

## כיצד ניישם את הלכת הסיבתיות העמומה בתביעות רשלנות רפואית?

בעקבות דנ"א 4693/05 ב"ח כרמל נ' עדן מלול (29.8.10)

יונתן דייוויס\*

### תקציר

הכלל הרגיל בדיני הנזיקין הוא כי על התובע להוכיח את יסודות עוולת הרשלנות, לרבות הקשר הסיבתי בין ההתרשלות לנזק, על פי מאזן ההסתברויות. במקרים שבהם נקבע קשר סיבתי עובדתי בין התרשלות לנזק ומדובר בגורם אשר יכול, אפילו תאורטית, לגרום לנזק אשר היה על הנתבע לצפותו אך אי אפשר להוכיח מה היה תהליך הגרימה בפועל, הסתפקו בתי המשפט בקיומו של קשר סיבתי הסתברותי לנזק, שייקבע על פי ראיות סטטיסטיות או בדרך של אומדנה.

ככלל קיימות שלוש קטגוריות שבאמצעותן אפשר לפתור את בעיית הסיבתיות העמומה בתביעות נזיקין: דוקטרינת אבדן סיכויי החלמה; דוקטרינת הנזק הראייתי בהיבט הנזיקי-מהותי; ודוקטרינת יחסית באמצעות פיצוי הסתברותי.

לעתים יש קושי לסווג את הדוקטרינות השונות. למשל, הדוקטרינה של אבדן סיכויי החלמה מסווגת לעתים בקבוצת המקרים של עמימות סיבתית, הקשורה להיקף הנזק, ולעתים במשבצת של עמימות עובדתית, הקשורה לעצם האירוע או להליך הגרימה.

בית המשפט העליון נזקק לאחרונה לדיון נוסף בפרשת **עדן מלול** בהרכב של תשעה שופטים כדי לקבוע את גבולות "האחריות היחסית" כחריג לכלל מאזן ההסתברויות.

בפסק הדין רחב היקף מביעים תשעה שופטי בית המשפט העליון את דעתם בשאלה מתי ובאיזה מקרים רשאי בית המשפט לחרוג מהכלל הרגיל של הוכחת התביעה על פי מאזן ההסתברויות. למרות הקביעה בפסיקתא של פסק הדין בדנ"א לפיה "ככלל אין להכיר בחריג האחריות היחסית במקרים של סיבתיות עמומה," לדעתנו, קריאה תמה של חוות דעת השופטים מביאה למסקנה הפוכה, לפיה במקרים קשים בהם קיים קושי מובנה להוכיח את הקשר הסיבתי העובדתי אפשר לסטות מכלל מאזן ההסתברויות והמחלוקת בין דעות השופטים משתרעת על פרשנות החלת החריג.

בית המשפט העליון בדנ"א ביטל את הלכת הסיבתיות העמומה בתביעות רשלנות רפואית כפי שנקבעה בערעור עדן מלול. העמימות הפסיקתית יצרה קושי מהותי להתמודד עם מצבים של חוסר ודאות מובנה. הלכת הסיבתיות העמומה בדנ"א איזנה את הסחף שהיינו עדים לו מאז פרשת עדן מלול בערעור בניסיון להחיל על כל מקרה נתון שקיימים בו כמה גורמים אפשריים את ההלכה. לעומת זאת בעקבות הדנ"א חוזקו הדוקטרינות של אבדן סיכויי החלמה ונזק ראייתי מהותי. במקרים המעטים שבהם קיימת סיבתיות עמומה יחויב בעל הדין הטוען להחלת החריג להוכיח את תנאי ההטיה הנשנית. תנאים אלה ייבחנו במשורה, אך יחולו לדעתנו על עילות התביעה המובהקות של הרשלנות הרפואית. המטוטלת של חוסר היכולת להוכיח את הקשר הסיבתי העובדתי תעבור אפוא מהדין המהותי לדיני הראיות באמצעות הדוקטרינה של הנזק הראייתי בהיבט הנזיקי מהותי שלה.

**מילות מפתח:** חוסר ודאות מובנה; עמימות עובדתית; סיבתיות עמומה; אבדן סיכויי החלמה; רשלנות רפואית; אחריות יחסית; פיצוי הסתברותי.

\* יונתן דייוויס, עורך דין, עורך ראשי של כתב העת רפואה ומשפט. דוא"ל: davies@med-law.co.il אתר: www.med-law.co.il

## מבוא

לצד התפתחות הטכנולוגיה המדעית, ששיפרה את היכולת להתחקות על הגורמים למחלות וריפויין בשנים האחרונות, רבו המקרים שבהם המדע מתקשה להסביר את קיומם של הגורמים לנוק, בין בהיעדר מידע ובין בשל חוסר ודאות באשר לגורמים שהביאו לנוק, המקשים על בירור שאלת הקשר הסיבתי הנדרש בתביעות נזיקין. התפתחות הפסיקה בתביעות רשלנות רפואית מלמדת על הצורך לחרוג מן הכלל הרגיל של מאזן ההסתברויות לצורך הוכחת התביעה במקרים שבהם קיימת "עמימות סיבתית" באשר לגורמים שהביאו לנוק, כדי להביא לתוצאה צודקת בהשתתף האחריות על המזיק. ולהבדיל – למנוע מצב שבו המזיק יישא בנוק שלא השתתף בגרימתו.<sup>1</sup>

בתי המשפט פיתחו דוקטרינות שונות הסוטות מן הכלל של הוכחת התביעה על פי מאזן ההסתברויות, ובזמן האחרון נזקק בית המשפט העליון לדיון נוסף בהרכב של תשעה שופטים כדי לקבוע את גבולות האחריות היחסית כחריג לכלל מאזן ההסתברויות.

מאמר זה עוסק בפרשנות פסק הדין בדיון הנוסף לאור ריבוי הדעות שהובעו בפסק הדין על רקע הלכות קודמות של בית המשפט העליון, בניסיון לחזות את התפתחות הפסיקה בעתיד ואת יישומה המעשי בעילות תביעה ברשלנות רפואית.

## עמימות עובדתית וסיבתיות עמומה

מאז פסק הדין שניתן בערעור בפרשת **עדן מלול** נחשפנו למונח "עמימות סיבתית", שקנה לו שביטה בפסיקת בית המשפט בכל הערכאות. "סיבתיות עמומה" משמעה חוסר ודאות בשאלת הקשר הסיבתי **העובדתי** המקשה על ההכרעה בשאלת קיומו או היעדרו של קשר סיבתי עובדתי על פי מבחני הקשר הסיבתי המקובלים (מבחן הצפיות,<sup>2</sup> מבחן הסיכון,<sup>3</sup> מבחן השכל הישר,<sup>4</sup> מבחן ההכרחיות,<sup>5</sup> מבחן הדיות<sup>6</sup> וכדו').

לצורך דיון בשאלת הקשר הסיבתי יש להבחין בין סיבתיות עובדתית לסיבתיות משפטית. הסיבתיות העובדתית עניינה בזיקה הפיזית-מדעית בין האשם לנוק, והיא נועדה להצביע על הגורמים שהביאו לנוק. הסיבתיות המשפטית מייחסת אשם למי שגרם לנוק על פי מדיניות משפטית ראויה, כגון הטלת אחריות בנוזיקין על פי שיקולים חברתיים כהרתעה ומניעת נזק.<sup>7</sup>

חוסר הוודאות בשאלת הקשר הסיבתי יכול לנבוע מהעובדה שהידע הרפואי בדבר הגורמים להיווצרות הנזק מוגבל, או מהעובדה שמחלות וליקויים רפואיים עשויים להיות תוצאה של גורמים רבים.<sup>8</sup> מקרים אלה חוסים תחת הקטגוריה של "חוסר ודאות מובנה". הוכחת הסיבתיות העמומה תיעשה במקרים אלה באמצעות חוות דעת של

- 1 השווה סעי' 64 לפקודת הנזיקין, הקובע שלא יראו אדם כמי שגרם נזק באשמו אם אשמו של אחר היה הסיבה או אחת הסיבות לנוק. אולם לא יראהו כך אם נתקיים אחד מאלה: (1) הנזק נגרם על ידי מקרה טבעי בלתי רגיל שאדם סביר לא יכול לצפותו; (2) אשמו של אדם אחר הוא שהיה הסיבה המכרעת לנוק.
- 2 ע"א 145/80 ועניין נ' מועצה מקומית בית שמש, פ"ד לו(1) 113 (1982).
- 3 ע"א 2694/90 ההסתדרות מדיצינית הדסה נ' מימון (קטין), פ"ד מו(5) 628 (1992); ע"א 610/94 בוכבינדר נ' כונס הנכסים הרשמי בתפקידו כמפרק בנק צפון אמריקה, פ"ד נו(4) 289.
- 4 ע"א 206/89 רז נ' בית חולים אלישע בע"מ, פ"ד מז(3) 805, 820 (1993); ע"א 641/87 קלוגר נ' החברה הישראלית לטרקטורים וציוד בע"מ, פ"ד מד(1) 239 (1990); ע"א 5373/02 נבון נ' קופת חולים כללית, פ"ד נו(5) 35, 43 (2003). ע"א 10094/07 פלונית נ' בית החולים האנגלי אי.מ.מ.ס (פורסם בנבו, 24.11.2010).
- 5 דנ"א 4693/05 בית חולים כרמל נ' עדן מלול (פורסם בנבו, 29.8.2010) סעי' 12 לחוות הדעת של השופטת נאור.
- 6 ע"א 285/86 נגר נ' ד"ר וילנסקי, פ"ד מג(3) 284 (1989).
- 7 ראו דברי השופטת דורנר בע"א 3124/90 סבג נ' אמסלם, פ"ד מט(1) 102, 107 (1995):  
"אמת המידה לקביעת המדיניות המשפטית הראויה בעניין זה מבוססות על שקלול רמת הסיכון כנגד אמצעי הזהירות, בהתחשב בערך החברתי שבפעילות שבגינה נוצר הסיכון כלומר, הגורמים שיש לשקול הם: ההסתברות להתממשות הסיכון; גובה הנזק הצפוי; עלות האמצעים בזמן ובמאמץ למניעת הנזק; האינטרס הציבורי בפעילות יוצרת הסיכון". ולאחרונה ע"א 10094/07, לעיל הי"ש 4, בפסקה 9 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין.
- 8 ראו פסקה מס' 13 לפסק דינה של השופטת נאור בפרשת **עדן מלול** בדנ"א.

מומחים אשר יצביעו על חוסר הוודאות המובנה. לעומתם קיימים מקרים של עמימות עובדתית שיכולה להיווצר בשל היעדר מידע שיש בו להצביע על הגורמים לנזק. היעדר מידע כזה יכול שיהיה נעוץ במעשה או מחדל במועד התרחשות האירועים, כגון מחדל בביצוע בדיקה שבאמצעותה היה אפשר לאבחן מחלה. עמימות עובדתית כזו יכול שתגרום לנזק ראייתי לתובע, שעליו נטל השכנוע, באופן שלא יוכל להוכיח את הקשר הסיבתי העובדתי בשל סיבה הנעוצה בהתנהגות המזיק, להבדיל מחוסר הוודאות המובנית. בפרשת **גולן**<sup>9</sup> ציין הנשיא ברק כי **"מצבי העמימות העובדתית עימם מתמודדים דיני הנזיקין הם שונים ומגוונים. כך גם ההסדרה המשפטית שלהם... אין להתייחס אל כולם כאל מיקשה אחת"**.

עיון בפסיקה מלמד שבתי המשפט פתרו את בעיית העמימות העובדתית באמצעות החלת דוקטרינת הנזק הראייתי **בהיבט המהותי**, העשוי להוליד גם עילת תביעה עצמאית בנוזיקין. העיקרון שביסוד הנזק הראייתי בהיבט המהותי הוא בהעברת נטל השכנוע לא רק על מחדלים בעריכת רשומות רפואיות ובשמירתן כנדרש<sup>10</sup> אלא גם על רשלנות בעלת אופי שונה, אשר גורמת לפגיעה באפשרותו של התובע להוכיח את עילת תביעתו. לדוגמה, התרשלנות מצד הנתבע באי-קיומן של בדיקות רפואיות אשר לו בוצעו היו יכולות להצביע על הגורמים לנזק. התרשלנות כזו גם היא עשויה להעביר את נטל השכנוע על שכמו של הנתבע.

בפרשת **שוקרון**<sup>11</sup> נדונה שאלת הקשר הסיבתי בין מחלה שבה חלה המערער לבין שירותו הצבאי במסגרת תביעה לפי חוק הנכים (תגמולים ושיקום) (נוסח משולב), תשכ"ט-1959 על רקע אי-קיומן של בדיקות שהיה צורך לבצע בעת שירותו של המערער. בית המשפט העליון (כבוד השופט ריבלין) חייב את קצין התגמולים בשל אי-קיום בדיקות ומעקב, כפי שהיה ראוי לקיימם, והעביר את נטל השכנוע אל הנתבעת. בית המשפט קבע כי "הנזק הראייתי" לא רק העביר את נטל השכנוע אלא גם הקנה זכות לקבל את התגמולים, כלומר הקים לתובע עילת תביעה עצמאית.

ההלכה הוחלה גם בתביעות רשלנות רפואית. בפרשת **מאיר**<sup>12</sup> הוכרה דוקטרינת "הנזק הראייתי" בהיבט המהותי שלה כמקנה עילת תביעה עצמאית בנוזיקין. המשנה לנשיא השופט אור קבע שהרופא המטפל **"נמנע מלבצע בתובעת בדיקה מתבקשת, אשר היתה יכולה לתת תשובה לשאלה, אם בעת ביצועה היתה למערער בתן רגישה. אם התשובה לכך היתה חיובית, הרי בהצטרף לתלונות המערער על כאבים וצירים היה בכך להצביע לכאורה על תהליך של היפרדות השליה. משנמנע ד"ר לאור מלבצע את הבדיקה, גרם בכך נזק ראייתי והועבר אליו הנטל לשכנע שבאותו שלב, בו נמנע מלבצע את הבדיקה, לא סבלה המערער מבתן רגישה וכי לא היתה שרויה בתהליך של היפרדות השליה. בנטל זה לא עמד, והנחתנו היא שהמערער סבלה בביקורה אצלו מבתן רגישה וכי היתה שרויה בתהליך כאמור"**.

מפסיקת בית המשפט העליון עולה כי לדוקטרינת הנזק הראייתי יש שני פנים, פן ראייתי-דיוני, הנוגע לעריכתו ולשמירתו של התיעוד הרפואי, ופן מהותי-נוזיקי אשר מקנה עילת תביעה עצמאית בנוזיקין בשל אי-עריכת בדיקות שאילו היו מתבצעות, היה בהן לאפשר לתובע להוכיח את הקשר הסיבתי בין ההתרשלנות לנזק.

בפרשת **עזבון המנוחה ברטה מרציאנו ז'**<sup>13</sup> נדונה משמעותה של דוקטרינת אבדן סיכויי החלמה בהיבט המהותי-נוזיקי של אי-ביצוע בדיקה אשר היה בה – אילו בוצעה – כדי לגלות את הנזק ולהפחית את אבדן סיכויי החלמה של מחלת הסרטן שבו לקתה המנוחה.

המנוחה נפטרה ממחלת סרטן המעי הגס שבה לקתה. בית המשפט המחוזי (השופט צ' זילברטל) קבע כי מחלת הסרטן לא אובחנה במועד למרות התלונות על כאבים בסרעפת שאובחנו כבקע סרעפתי. בית המשפט המחוזי קיבל את טענת התובעים כי בדיקת המעי הגס (קולונוסקופיה) היה בה כדי לגלות מבעוד מועד את המחלה אילו נערכה

9 ע"א 8279/02 גולן נ' עזבון המנוח דר מנחם אלברט (פורסם בנבו, 14.12.2006).

10 פסק הדין בפרשת **עדן מלול** לא דן בנזק הראייתי הדיוני שנוגע למחדלים שבעריכת או אובדן של תיעוד רפואי מתברר בעת הדיון בשאלת ההתרשלנות ומשמעותו העברת נטל השכנוע לכתב המזיק להוכחת יסודות עולות ההתרשלנות להבדיל משאלת הקש"ס. השווה ע"א 6948/02 אדנה נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(2) 541, 535 (2004).

11 רע"א 8317/99 שוקרון נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(5) 321.

12 ע"א 9328/02 מאיר נ' ד"ר לאור, פ"ד נח(5) 54 (2004).

13 ע"א 9656/03 עזבון המנוחה ברטה מרציאנו ז' נ' ד"ר זינגר (פורסם בנבו, 11.4.2005).

הבדיקה מבעוד מועד, אך קבע כי סיכויי החלמתה של המנוחה, גם אילו היה גילוי מוקדם, היו נמוכים יחסית ובוודאי לא מלאים, וקבע כי התרשלות המשיבים גרמה למנוחה נזק ששיעור אבדן סיכויי החלמה בו עומדים על 10% לשרוד עוד חמש שנים.

השופט רובינשטיין מוסיף וקובע כי המשיבים אינם יכולים ליהנות ממחדלים שבאי־עריכת בדיקת הקולונוסקופיה, ובכך נגרם נזק ראייתי אשר יש בו כדי להביא להפיכת נטל השכנוע בהקשר זה, ואם נהפך הנטל לא יכול להיות ספק שהנתבעים לא הוכיחו כי אין קשר סיבתי בין רשלנות לתוצאה הטרגית.

הנה כי כן, יש להבחין בין עמימות הנוגעת לעובדות שהביאו לנזק לבין הסיבות (הגורמים) שהביאו לנזק. אם העמימות נגרמה בעטיו של המזיק, נקבעו בדין חזקות ראייתיות (הדבר מדבר בעדו, נזק ראייתי דיוני או מהותי וכד') שלפיהן נטל ההוכחה מועבר אל הנתבע להוכיח כי הנזק לא נגרם מהתנהגותו בת האשם. סיווגה הגאוגרפי של העמימות העובדתית הוא בדיני הראיות, וההכרעה נתונה לשיקול דעתו של בית המשפט המכריע על פי מכלול הראיות שבפניו על פי מאזן ההסתברויות, לאמור הריס הנתבע את נטל השכנוע כאמור – תידחה התביעה. לא הריס את נטל ההוכחה – תתקבל התביעה במלואה והתובע יזכה במלוא הפיצוי.

לעומת זאת השאלה לאיזו קטגוריה משפטית יש לסווג את הדוקטרינה של הסיבתיות העמומה, שהיא רכיב של הקשר הסיבתי העובדתי (שהוא תנאי מהותי של עוולת הרשלנות), הייתה שנויה במחלוקת בין השופטים בדנ"א **עדן מלול**.

ככלל קיימות שלוש קטגוריות שבאמצעותן אפשר לפתור את בעיית הסיבתיות העמומה: דוקטרינת אבדן סיכויי החלמה במסגרתה תתברר הדוקטרינה של הגברת הסיכון לנזק; דוקטרינת הנזק הראייתי בהיבט הניקי־מהותי; דוקטרינה של אחריות יחסית (באמצעות פיצוי הסתברותי). שלושת הקטגוריות הנ"ל מביאות לתוצאה של מתן פיצוי חלקי לתובע תוך הישענות על נתונים סטטיסטיים או אומדנה. עם זאת קיימים הבדלים עקרוניים ומעשיים ביניהם כפי שמלמדת אותנו הפסיקה הרבה בסוגיה.<sup>14</sup>

לעתים יש קושי לסווג את הדוקטרינות השונות. למשל הדוקטרינה של אבדן סיכויי החלמה מסווגת לעתים בקבוצת המקרים של עמימות סיבתית, הקשורה להיקף הנזק, ולעתים לקבוצת המקרים של עמימות הקשורה לעצם האירוע או להליך הגרימה.

פרשת **עדן מלול** סווגה למשבצת העמימות המתייחסת לקשר הסיבתי בין ההתרשלות לבין הליך הגרימה של האירוע ועצם גרימת הנזק מההתרשלות, להבדיל מהיקף הנזק מההתרשלות.

המשנה לנשיאה ריבלין, שחוות דעתו מייצגת את דעת הרוב בדנ"א **עדן מלול**, סבור ש"כאשר קיימת במקרה קונקרטי אי־ודאות לגבי עצם גרימת הנזק, הכלל הרגיל הוא – וזאת תמיד יש לזכור – שעל התובע להוכיח קשר סיבתי במאזן ההסתברויות, ולעניין זה הוא יכול להסתיע – במקרים מתאימים ואם אכן מדובר בעמימות מובנית – בראיות מדעיות למשל, ובחזקות מתאימות שהדין מעמיד לטובתו. לחלופין, יש באפשרותו של התובע לעתור לפיצוי יחסי, ובלבד שיצביע על קיומה של הטיה נשנית".<sup>15</sup>

לעומת זאת השופטת נאור סבורה כי הדוקטרינה העדיפה היא הדוקטרינה של אחריות יחסית באופן שחישוב הפיצוי ייעשה בהתבסס על ראיות סטטיסטיות או בדרך של אומדן, בהתבסס על עמדתה שהביעה בערעור בפרשת **עדן מלול**.<sup>16</sup>

14 על הקושי לסווג מקרה מסוים לאחת הקטגוריות ראו דברי השופט עמית בת"א (מחוזי חי') 1042-02 **ויצמן נ' מזור שירותי רפואה ואבחון בע"מ** (פורסם בנבו, 13.10.2009).

15 כן ראו סעיף 51 לפסק דינו בדנ"א **עדן מלול**.

16 ע"א 7375/02 **בית חולים כרמל נ' עדן מלול**, פ"ד ס(1) 11 (2005) וכן ראו סעיפים 126-134 לפסק דינה של השופטת נאור בדנ"א.

## יישום דוקטרינת אבדן סיכויי החלמה והגברת הסיכון הלכה למעשה

הכלל הרגיל דיני הנזיקין הוא כי על התובע להוכיח את יסודות עוולת הרשלנות, לרבות הקשר הסיבתי בין ההתרשלות לנזק על פי מאזן ההסתברויות. במקרים שבהם נקבע קשר סיבתי עובדתי בין התרשלות לנזק במצבים שמדובר בגורם אשר יכול, אפילו תאורטית, לגרום לנזק אשר היה על התובע לצפותו, אך אי אפשר להוכיח מה היה תהליך הגרימה בפועל, הסתפקו בתי המשפט בקיומו של קשר סיבתי הסתברותי לנזק, שייקבע על פי ראיות סטטיסטיות או בדרך של אומדנה.

כך בסוגיית **אבדן סיכויי החלמה** קבע בית המשפט העליון בפרשת **פאתח**.<sup>17</sup> שאבדן סיכויי החלמה שנגרם עקב התרשלות יכול להיחשב כשלעצמו לנזק בר-פיצוי; את מידת הסיכון יש לקבוע לפי מבחן עודף ההסתברויות או לפי אומדן.<sup>18</sup>

בפרשת **פאתח** נכנס התובע לניתוח באוזנו ואגב ניתוח שותק עצב הפנים הימני שלו. לא הייתה רשלנות בעצם הניתוח, אך הייתה רשלנות בגילוי הנזק, ולפיכך נערך ניתוח שני (שנכשל) לאיחוי עצב הפנים רק עשרה ימים לאחר הניתוח הראשון, ולא מיד לאחר מכן, כפי שצריך היה לעשות. נמצא כממצא עובדתי כי גם אילו היה הנזק מתגלה במועד והניתוח השני היה נערך בעתו, היה הסיכוי להטבת הנזק כ-30%.

את מידת הסיכון או הסיכוי יש לקבוע לפי מבחן עודף ההסתברויות או לפי אומדן, ובעניין זה אפשר להשתמש בנתונים הסטטיסטיים בספרות הרפואית כראיה לכאורה להוכחת שיעור הנזק. לעומת זאת אם הניזוק יכול להראות שבגלל תכונותיו המיוחדות אין להביא את עניינו בגדר הנתונים הסטטיסטיים, יפסוק בית המשפט לפי הראיות הקונקרטיות שלפניו תוך הפעלת חזקות ראייתיות מן הדין.

דוקטרינת אבדן סיכויי החלמה היא חריג לכלל הרגיל דיני נזיקין אשר על פיו מוטל הנטל על הניזוק להוכיח, לפי מאזן ההסתברויות. הוכיח התובע את הקשר הסיבתי בין ההתרשלות לנזק על פי עודף ההסתברויות (בשיעור העולה על 51%) – יזכה במלוא תביעתו. לא הוכיח כדי מאזן ההסתברויות – יפסיד התביעה. כלל ראייתי זה מכונה בעגה המשפטית "הכול או לא כלום". לעומת זאת תנאי לפסיקת פיצוי בשל אבדן סיכויי החלמה הוא התרשלות מוכחת, אולם כאשר יש עמימות באשר לקשר הסיבתי (מקום שבו קיימת אי-ודאות באשר לנסיבות המקרה), עלול הניזוק להימצא במצב שבו אין ביכולתו להוכיח, לפי כללי ההוכחה הרגילים במשפט האזרחי, את יסודות עוולת הרשלנות אף על פי שהותרו בלי פיצויי תהא מנוגדת למטרות דיני הנזיקין ובלתי צודקת.

בפרשת **זכריה כהן**<sup>19</sup> תחם המשנה לנשיאה ריבלין את גבולותיה של דוקטרינת אבדן סיכויי החלמה בקבעו כי "דוקטרינת אבדן סיכויי החלמה יכולה בנסיבות מתאימות לשמש **אחת** מן הכלים העומדים לרשות בית המשפט בהתמודדות עם בעיית העמימות הראייתית כאשר קיימת אי-ודאות באשר לנסיבות המקרה." במקרה כזה עלול הניזוק להימצא במצב שבו אין ביכולתו להוכיח על פי הכללים הרגילים את יסודות עוולת הרשלנות, ועם זאת לא יהיה צודק להותירו ללא פיצוי. בית המשפט מונה את הכלים להערכת הקשר הסיבתי ומזכיר את הכלל של "הדבר

17 ע"א 231/84 **קופת חולים של ההסתדרות נ' פתאח**, פ"ד מב(3) 312 (1988).

18 בית המשפט העליון (השופט ש' לוי) קבע כי אבדן סיכויי החלמה שנגרם עקב רשלנות יכול להיחשב, הוא עצמו, לנזק בר-פיצוי. לעניין זה אין הבדל בין דיני החוזים לבין דיני הנזיקין. בית המשפט יישם את העיקרון ששומה על המזיק "לאזן" את העוול שנגרם לנפגע מהאירוע נושא התביעה למצב גרוע מכפי שהיה עומד אלמלא אותו אירוע. לעניין זה נקבע כי אין הבדל בין מקרה שבו הסיכוי שאבד גדול או קטן מ-50%, הואיל ובשני המקרים לא יזכה הנפגע בפיצוי אלא בשיעור הסיכוי שהפסיד עקב הרשלנות.

19 ע"א 7469/03 **המרכז הרפואי שערי צדק נ' זכריה כהן** (פורסם בנבו, 17.4.2005). מדובר באדם נכה משיתוק מוחין מלידה אשר סבל מכאבים בפרק ירך ונזקק לניתוח להחלפת מפרק הירך. לאחר הניתוח סבל מפריקת המפרק המלאכותי, אשר גרמה לו להיות מרותק לכיסא גלגלים, מצב שלא היה נתון בו לפני הניתוח. בית המשפט המחוזי (השופט ב' אוקון) קבע כי בית החולים הפר את חובת הזהירות כלפי התובע. הרשלנות העיקרית התבטאה בכך שלאחר הניתוח לא גובסה הרגל לצורך קיבועה, ובשל כך אירעה פריקה של המפרק המלאכותי. עיקר המחלוקת הייתה בשאלת הערכת עודף נזקי התובע שהיה נכה בשיעור 100% עם שיתוק מוחין מלידה. בית המשפט המחוזי קבע כי אין מקום לקבוע את הפיצוי בהסתמך על עיקרון בדבר "הפחתת סיכויי החלמה" מאחר שהרשלנות סיכלה באופן ממשי את סיכויי החלמה, פגעה בתנאי הכרחי לעצם האפשרות של הצלחת הניתוח מלכתחילה, ונציין ששיעור הצלחה זו הוא גבוה. בית המשפט קבע כי נגרם כאן נזק ראייתי למשיב "הטיפול הרשלני במקרה זה חיבל ביכולת לבודד את עצם הרשלנות מתוך התוצאות המשוערות של ניתוח שהיה נערך כראוי".

מדבר בעדו", "דוקטרינת הנזק הראייתית", את הגישות השונות בדבר "פיצוי הסתברות", פיצוי בגין "יצירת סיכון" ו"פיצוי בגין פגיעה בסיכון".

אשר לדוקטרינת "אבדן סיכוי החלמה" קובע כבוד השופט ריבלין כי זו אינה סוטה מן הכלל הרגיל של הכול או לא כלום, שהרי היא מחייבת את התובע להוכיח, במאזן ההסתברויות, כי הנתבע גרם בהתרשלותו לנזק מן הסוג האמור, ומדובר בנזק של פגיעה בעצם סיכויי ההחלמה, להבדיל מן התוצאה. לגופו של ענין במקרה זה, קבע בית המשפט העליון כי אין זה המקרה שבו מתקיימת עמימות ראייתית המצדיקה שימוש באחד הכלים החלופיים הללו, שמקומם באותם מקרים יוצאי דופן שבהם מתקיימים טעמים מיוחדים להחלתם בשל קושי או עמימות ראייתית.

במקרה הנדון ידוע מה היה מצבו של התובע לפני מעשה ההתרשלות, וגם הוכח מה היה יכול להיות מצבו אלמלא ההתרשלות. לפיכך לא היה מקום להחיל את דוקטרינת אבדן סיכוי החלמה: **"אכן עולם הרפואה נתון לספקות ואי ודאות כל טיפול רפואי עשוי לשאת עימו סיכון מסוים אפילו הוא מבוצע בהלכה. אולם אין זה מקובל ואין זה ראוי, בכל מקרה שבו נכשל ניתוח בשל התרשלות הצוות הרפואי, להפחית מסכום הפיצוי סכום המתיימר לבטא את אותו סיכון, אפילו יהא זה סיכון ערטילאי או מזערי"**.

הנה כי כן, מבחינים בתי המשפט בין הדוקטרינה של הגברת הסיכון לנזק ובין השאלה הראייתית בכמה פחות סיכויי ההחלמה של התובע ממעשה העוולה. מדובר בשילוב של דין מהותי ודיוני, בין ההכרה העקרונית שראוי שמזיק שגרם לעוולה יישא בתוצאות מעשיו בהיקף שיעור של הגברת הסיכון, ובין הצורך להוכיח את שיעור הנזק שגרם המזיק. מאחר שעל פי דיני הראיות הוכחת שיעור הנזק מוטלת על התובע, הבחנה זו מוקשית במיוחד נוכח השיטה של הוכחות התביעה על פי מאזן ההסתברויות, שהרי לשופט היושב בדן אין הכלים למדוד במדויק אם התובע הוכיח תביעתו על פי עודף ההסתברויות, במיוחד כאשר מומחים משני עברי המתרס מציגים עמדות קוטביות ולעיתים סותרות על אודות הנתונים המדעיים, ובמקרים רבים אי אפשר ליישם את הנתונים במקרה הקונקרטי.<sup>20</sup>

במציאות המשפטית הנוהגת כיום בתביעות רשלנות רפואית אין כמעט מקרה שבו טענה של הגברת סיכון או אבדן סיכוי החלמה אינה מתעוררת – בין כטענת חרב (מטעם התביעה) ובין כטענת מגן (מצד ההגנה) – מכאן החשיבות הרבה של דוקטרינה זו בתביעות רשלנות רפואית.<sup>21</sup>

### התפתחות ההלכה הפסוקה עד לדיון הנוסף בפרשת עדן מלול

בעקבות הלכת פאתח הכירה הפסיקה בזכותו של ניזוק לפיצוי הסתברותי מקום שבו גרעה התרשלותו המוכחת של המזיק (הנתבע) מסיכויי החלמתו של הניזוק אך רמת הוודאות בדבר קיומו של קשר סיבתי בין הרשלנות ובין אי-ההחלמה (לרבות שיעור הנזק) מוטלת בעמימות. בית המשפט העליון הכיר באפשרות של פיצוי חלקי גם במצבים של חוסר ודאות כאשר התובע לא הרים את נטל ההוכחה על פי מאזן ההסתברויות, והכיר באפשרות פיצוי לפי הסתברות כשמידת הצדק דורשת זאת על פני תוצאה של הכול או לא כלום.

בפרשת **יהונתן כהן**<sup>22</sup> קבעה כבוד השופטת שטרסברג-כהן בדעת מיעוט, כי במקרים כגון זה יינתן סעד בגין אבדן סיכויים, וכדבריה: **"מדובר באובדן הסיכוי שלא ללקות בליקוי הולדה, או בהגברת הסיכון ללקות בו. דוקטרינה זו באה לתת מענה למקרים בהם לא ניתן להוכיח את הקשר הסיבתי בין הנזק הסופי של הניזוק לבין ההתרשלות, שכן לא ידוע מה היה קורה אילו לא ההתרשלות"** (פסקה 15 ואילך לפסק דינה). אליבא דשופטת שטרסברג-כהן, דוקטרינת הגברת הסיכון דומה במהותה לדוקטרינה של אבדן סיכויי החלמה, שהוכרה בכמה פסקי דין ככזו היכולה לשמש נזק בר-פיצוי. הנשיא ברק השאיר את השאלה בצריך עיון וקבע כי בכל מקרה יש להוכיח כנדרש את שיעור הסיכון הכרוך בהתרשלות הרופאים (פסקה 6 לפסק דינו). הנשיאה (אז השופטת) ביניש השאירה אף היא את הסוגיה בצריך עיון. עם זאת ציינה כי עקרונית נוטה היא לגישה שלפיה אין להציב את

20 השווה לדוגמא כיצד ניתחו המשנה לנשיאה, השופט ריבלין והשופט הנדל את נסיבות המקרה בתביעת רשלנות בגין פרע כתפיים בלידה, ע"א 10094/97, לעיל ה"ש 4.

21 השווה א' פורת "אחריות מופרזת, קיזוז סיכונים ורפואה מגנטית" עיוני משפט ל 31-9 (2006).

22 ע"א 6643/95 כהן נ' קופת חולים של ההסתדרות הכללית לעובדים בארץ ישראל, פ"ד נג(2) 680 (1999).

התביעה הנוזיקית על הוכחת גרימת הנזק בדרך של הכול או לא כלום (פסקה 4 לפסק דינה). הערעור בעניין **יהונתן כהן** נדחה בדעת רוב, בהיעדר תשתית עובדתית לקביעת אבדן הסיכויים.

בפסיקה שלאחר מכן הוכרה זכותו של מי שניזוק מרשלנות רפואית לקבלת פיצוי חלקי גם כאשר קיימת עמימות עובדתית וראייתית באשר לשיעור הגברת הסיכון מרשלנות המזיק.<sup>23</sup>

בפרשת **גולן**<sup>24</sup> הרחיב בית המשפט העליון בדעת רוב (הנשיא ברק והשופט ג'ובראן כנגד דעתו החולקת של השופט גרוניס) את האפשרות לפיצוי יחסי במצבים שונים גם כאשר קיימת עמימות עובדתית תוך חלוקת מצבי העמיתות לשלוש קבוצות של מקרים: האחת – עמימות שעניינה עצם גרימת נזק לתובע, והשנייה – עמימות באשר לזהות המזיק שגרם לנזק (מתוך כמה מזיקים), והשלישית – עמימות באשר לגודל הנזק.

השופטת נאור בדנ"א **עדן מלול** מחלקת את קטגוריות המקרים שבהם יכולה להתקיים אידואות עם זיקה לסיבתיות עמומה לארבעה סוגי מקרים: עמימות באשר לגודל הנזק, סיבתיות עמומה באשר לזהות המזיק, סיבתיות עמומה באשר לזהות הניזוק, סיבתיות עמומה באשר לעצם גרימת הנזק.

בית המשפט העליון הכיר בהחלת דוקטרינת הפיצויים ההסתברותיים גם בעילות תביעה שאינן ניתנות לכימות, כגון הפרת חובת הגילוי המקימה עילה של פגיעה בזכות להסכמה מדעת.<sup>25</sup> בפרשת **ואתורי**<sup>26</sup> הוכרה זכותו של ניזוק בתביעת רשלנות רפואית לפיצויים הסתברותיים כאשר הופרה חובת הגילוי בעוולה של הסכמה מדעת לטיפול רפואי. נקבע שהקשר הסיבתי בעניין זה אינו טעון הוכחה על פי מבחני הסיבתיות המקובלים (הוכחה על פי מאזן ההסתברויות), אלא די בהוכחה היפותטית בנוגע לשאלה כיצד היה נוהג המטופל אילו קיבל את המידע. לפיכך יכריע בית המשפט הלכה למעשה בשיעור הנזק על פי אומדנה.

הלכה זו השתכללה בפרשת **דעקה**.<sup>27</sup> באשר לשאלת הקשר הסיבתי נקבע שכאשר מדובר בסיכוי של ממש להפרת חובת הגילוי, יהיה הניזוק זכאי לפיצוי הסתברותי על מלוא הנזק. לצד זכותו זו קמה לניזוק עילת תביעה עצמאית בשל "הפגיעה באוטונומיה", שאינה מחייבת הוכחת רכיב הקשר הסיבתי על פי מאזן ההסתברויות.<sup>28</sup>

## פרשת עדן מלול בגלגוליה השונים

על רקע התפתחות ההלכה התבררה פרשת עדן מלול, שנדונה תחילה בבית המשפט המחוזי בחיפה (השופט גריל) ואחר כך בבית המשפט העליון (ע"א 7375/02).

23 ראו ע"א 5049/91 **קופת חולים של ההסתדרות הכללית נ' רחמן**, פ"ד מט (2) 369 (1995); ע"א 1892/95 **אבו סעדה נ' שירותי בתי הסוהר פ"ד נא (2) 704 (1997)**; ע"א 2509/98 **גיל נ' קופת חולים של ההסתדרות הכללית של העובדים בארץ ישראל**, פ"ד נד (2) 38 (2000).

24 ע"א 8279/02, לעיל הי"ש 9.

25 השווה סעיף 13 לחוק זכויות החולה, התשנ"ו-1996.

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

27 ע"א 2781/93 **דעקה נ' בית החולים "כרמל" חיפה**, פ"ד נג (4) 526 (1999) בהרכב של שבעה שופטים.

28 בת"א (מחוזי י-ם) 7183/05 **בן דוד (קטינה) נ' ד"ר ענתבי** (פורסם בנבו, 15.11.2007) יישמה השופטת שטייניץ את דוקטרינת הפיצויים ההסתברותיים בתביעה שעילתה הולדה בעוולה כאשר קבעה:

"בנסיבות אלה, בהן לא ניתן, בשל התרשלות הנתבעים, לשחזר את עמדתם של התובעים לו נמסר להם כל המידע הרלבנטי, ועל מנת לעשות צדק עם התובעים שמעולם לא ניתנה להם זכות הבחירה האמיתית בשאלה כה קרדינלית לגורלם ולגורל משפחתם, הנני סבורה כי יש להעדיף בענייננו מתן פיצוי חלקי בדרך של הערכת שיעור הסיכויים, על פני דחיית התביעה על פי הגישה של עורך ההסתברויות. ניתן לראות בפיצוי חלקי זה גם ביטוי לפגיעה בזכותם של התובעים 2-3 לאוטונומיה ולקבלת החלטות עצמאיות ומושכלות ביחס לטיפול בתובעת.

לאחר שבחנתי את השיקולים שהועלו לעיל, הנני סבורה כי יש לקבוע, על פי מבחן הערכת הסיכויים ועל דרך האומדנא, כי הסיכוי שהתובעים 2-3 היו בוחרים לבצע דיקור מי שפיר, לו ניתן להם המידע הרפואי המלא, מגיע כדי 20%. עוד יש לקבוע כי לו בוצע הדיקור, ונתגלתה התסמונת, היו התובעים 2-3 בוחרים להביא את ההריון, בכל המתייחס לתובעת 1, לכלל סיוס".

פיצוי הסתברותי ללא הוכחת קשר סיבתי בין העוולה לנזק הוכר על פי הדוקטרינה של פגיעה באוטונומיה בתובענות ייצוגיות: ראו דנ"א 5712/01 **ברזני נ' בזק**, פ"ד נו(6) 385 (2003); ע"א 1338/97 **תנובה נ' ראבי**, פ"ד נד(4) 673 (2003).

התובעת עדן מלול, נולדה בשבוע ה-29 להיריון לאחר שאמה הגיעה לבית החולים בעקבות ירידת מי שפיר ודימום עקב היפרדות שליה. נקבע כממצא עובדתי שניתן היה להקדים את הניתוח הקיסרי ובכך למנוע חלק מהנזק המוחי (פיגור שכלי) ונכות בשיעור 100% שממנה סובלת התובעת.

באשר לשאלת הקשר הסיבתי הוכח שקיימים שני גורמים אפשריים לנזק: האחד, הפגות והמחלות הנלוות לה בשל הלידה המוקדמת; השני, הדימום שנגרם עקב היפרדות השליה שהייתה נמנעת אילו הוקדם הניתוח הקיסרי.

התובעים לא הגישו חוות דעת להוכחת אופן היווצרות הנזק הנירולוגי הכולל אלא הסתפקו בהגשת חוות דעת בתחום הגינקולוגי לעניין הרשלנות בלידה וחוות דעת נאונטולוגית. כשל ראיתי זה עמד לרועץ לתובעים בערעור והקשה על השופטים להגיע להכרעה בשאלה העקרונית בדנ"א, בבחינת "Hard cases make bad law".

בית המשפט העליון (השופט נאור בהסכמת השופטים מצא וג'ובראן) קבע כי במקרים של עמימות סיבתית, כאשר קיימים כמה גורמים אפשריים שהיו יכולים להסביר את היווצרות הנזק. אך קיים קושי מובנה בשל סיבתיות עמומה להוכיח את הנזק על פי עודף מאזן ההסתברויות (יותר מ-51%), אפשר לרכך את דרישת הקשר הסיבתי בין התרשלות לנזק על פי מאזן ההסתברות רק באותם מקרים שבהם גישת הכול או לא כלום גורמת לאי־צדק.

השאלה הייתה מהו שיעור הנזק הנוסף שנגרם מהדימום בעקבות האיחור בניתוח הקיסרי. בית המשפט המחוזי בחיפה (כבוד השופט גריל) קבע כי על בית המשפט לפצות את עדן מלול בשיעור של 40% מהנזק, לאחר שנקבעה ההתרשלות (האיחור בביצוע הניתוח הקיסרי) ולא עלה בידי בית החולים כרמל לשלול את הטענה כי הנזק (שיתוק מוחי) נגרם עקב הדימום. משפחת מלול לא הביאה עדויות לעניין הקשר הסיבתי (חוות דעת של נירולוג ילדים או נאונטולוג). לעומת זאת הוכיח בית החולים כרמל (באמצעות חוות דעת נאונטולוגית וחוות דעת של נירולוג ילדים) כי הנזק – רובו ככולו – נגרם בשל הפגות, ואין באיחור בניתוח הקיסרי כדי להוסיף על הנזק שכבר היה קיים (עקב הפגות). בכך ביקש בית החולים להחיל את דעת הרוב בפרשת **יונתן כהן**, שנסיונותיו היו דומות מאוד (לידת פג בצירוף נזק שנגרם מזיהום ששיעורו לא היה ניתן להערכה – התביעה והערעור שם נדחו כאמור).

לדעתנו אילו היה נוקט בית המשפט העליון בגישה המסורתית של הוכחת הקשר הסיבתי על פי עודף ההסתברויות (הכול או לא כלום), כי אז היה הערעור מתקבל והתביעה הייתה נדחית, מאחר שהתובעים לא הביאו ראיות לשלול את ההסתברות הסטטיסטית שהפגות היא שגרמה לנזק ולא הדימום,<sup>29</sup> אלא שבית המשפט העליון אימץ בפרשת **עדן מלול** את דוקטרינת הגברת הסיכון בשל הסיבתיות העמומה, וקבע כי בנסיבות העניין לא היה מקום לשלול שהדימום גרם לנזק, והיה אפשר להסתפק בהוכחת סיכון של ממש הגם שדרגת הסיכון אינה עולה על 50%. בנסיבות אלה נפסק על דרך האומדנה שהשיהוי בניתוח הקיסרי גרם לנזק בשיעור של 20% (להבדיל משיעור של 40% שקבע בית המשפט המחוזי). בכך הקל בית המשפט עם התובעים כאשר החיל את מבחני הסיבתיות העמומה, אך החמיר עמם בדרך הוכחת שיעור ההסתברות של הסיבתיות העמומה מקום שלא השכילו להוכיח טענותיהם באמצעות חוות דעת רפואיות בתחום הרלוונטי בשעה שיכלו לעשות זאת.

על פסק הדין הוגשה עתירה לדיון נוסף, ובה עתר בית החולים לצמצם את ההלכה בדבר הסיבתיות העמומה כדי שתחול על מקרים של עוולות המוניות בלבד ולא על המקרה הבודד. הבקשה נתקבלה, והמשנה לנשיא חשין קבע שהדיון הנוסף יתמקד בשאלת "התמודדות דיני הנזיקין עם סוגיית העמימות הסיבתית באמצעות פסיקת פיצוי על פי הסתברות".

מהפסיקתה של פסק הדין בדנ"א עולה לכאורה כי בית המשפט העליון קיבל את העתירה ברוב דעות וקבע כי **"ככלל אין להכיר בחריג האחריות היחסית במקרים של סיבתיות עמומה"**, אך למקרא חוות הדעת של השופטים בפסק הדין בדנ"א מתגבשת תמונה שונה לחלוטין תוך יצירת "עמימות פסיקתית" לגבי פרשנות פסק הדין. יתר על כן, לדעתנו יש בפסיקתה – שאינה חלק מפסק הדין – כדי להטעות באשר לפרשנות הנכונה של עמדות השופטים בסוגיית הסיבתיות העמומה, במיוחד על רקע קביעת המשנה לנשיאה ריבלין בסעיף 36 לחוות דעתו: **"בגדר דיון**

29 השוו נסיבות דומות בע"א 6768/01 רגב נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 22.4.2004), שם דחה בית המשפט העליון (כבוד השופטת פרוקצ'יה) את הערעור בשל היעדר עמידה בנטל השכנוע. בית המשפט סירב לקבוע כי העמימות העובדתית הנטענת גרמה לנזק ראיתי באופן המצדיק העברת נטל השכנוע לכתפי הנתבע.



נוסף זה לא באנו למחוק את העבר, במובן זה שאין בדרך הבחינה המותווית כאן כדי למנוע תוצאה של פיצוי יחסי במקרים שנכנסו בעבר לגדרי הדוקטרינות השונות של פיצוי לפי הסתברות. אולם המסגרת הרעיונית של מבחן ההטיה הנשנית אינה מובילה לכדי תוצאה זהה לזאת המתקבלת על-פי אותן דוקטרינות בכל המקרים. בחינת המקרים כולם תחת המסגרת הרעיונית של מבחן ההטיה הנשנית עשויה לעיתים לצמצם את תחום המקרים שבהם ייפסק פיצוי לפי הסתברות, ולעיתים – להרחיבו. (ההדגשה שלי – ד.י.)

### כיצד נפרש את דעות השופטים בדנ"א בפרשת עדן מלול?

במאמר ביקורת זה ננסה לפרש את פסק הדין בדנ"א על רקע ההלכות הקודמות של בית המשפט העליון ולחזות את היישום המעשי של הלכת הסיבתיות העמומה בתביעות רשלנות רפואית בעתיד, על רקע הקושי הראייתי המובנה בה עומדים ניזוקים בתביעות רשלנות רפואית להוכיח את תהליך היווצרות הנזקים.<sup>30</sup>

אין מחלוקת בין כל השופטים כי ברגיל חל הכלל של "המוציא מחברו עליו הראיה", והתובע חייב להוכיח תביעתו על פי מאזן ההסתברויות. במקרים קשים שבהם קיים קושי מובנה להוכיח את הקשר הסיבתי בין הרשלנות לנזק אפשר לסטות מכלל "מאזן ההסתברויות" לטובת הדוקטרינה של פיצוי על פי הסתברות כאמור.

המחלוקת בין השופטים שישבו בדיון הנוסף משתרעת אפוא על פרשנות החלת החריג על כלל המקרים המסוימים שבהם קיימת סיבתיות עמומה כאמור. נדגיש שברוב התביעות של רשלנות רפואית סוגיית הסיבתיות העמומה איננה מתעוררת כלל, בין משום שלא קיימת עמידות עובדתית<sup>31</sup> ובין שאפשר להוכיח באמצעות ראיות מדעיות את הקשר הסיבתי על פי מאזן ההסתברויות או החלת חזקות ראייתיות.<sup>32</sup>

נפתח בדעת המיעוט, השוללת לחלוטין את החלת החריג של פיצויים הסתברותיים, השופטים פרוקציה וגרוניס מתנגדים להחלת החריג להוכחת התביעה על פי כלל האחריות היחסית במקרים של סיבתיות עמומה. השופטת פרוקציה סבורה כי מדובר בחריג מהותי שרק המחוקק יכול לשנותו,<sup>33</sup> ואילו השופט גרוניס מחזיק בדעתו שאותה הביע בפרשת גולן הנ"ל כי המושג סיבתיות עמומה מקומו הגאוגרפי בתחום דיני הראיות, והמקרה הנוכחי הוא מקרה קשה שאין בו סיבתיות עמומה. על כן אין מקום להיזקק לשאלה במסגרת הדיון הנוסף.<sup>34</sup>

30 בהקשר זה ראוי להדגיש את דברי המשנה לנשיאה בסעיף 12 לפסק הדין: "בתי המשפט החילו את הפתרון של פיצוי לפי הסתברות, ברוב רובם של המקרים, על-מנת לסייע לתובעים המצויים בפני קושי הוכחתי של ממש ומתקשים לעמוד ברף של מאזן ההסתברויות. אך זאת לדעת: אימוץ הפתרון של פיצוי לפי הסתברות אינו יכול להיעשות רק במקרים שבהם התובע מתקשה לעמוד ברף מאזן ההסתברויות. יש להחיל פתרון זה – בהקשרים שבהם הוא מאומץ – גם לטובת נתבעים, שיוכלו לטעון להפחתת הפיצויים כאשר אין ודאות מלאה, וזאת חרף העובדה שהתובע הוכיח את תביעתו במאזן ההסתברויות, קרי: מעבר ל-50%..."

31 השוו פרשת זכריה כהן, לעיל ה"ש 19.

32 בע"א 285/86, לעיל ה"ש 6, קבע בית המשפט העליון (השופט לוין בסי' 19 לפסק הדין) כי היות שמעשיו של המזיק גרמו לנזק הראייתי ולשלילת אפשרות הניזוק להוכחת נזקו, הרי שהדבר מצדיק את הטלת מלוא האחריות על המזיק. על אף התוצאה הקשה מבחינת המזיק, הנושא במלוא האחריות, יש לקבוע כך משום שכל חלוקת אחריות אחרת תהיה שרירותית, ואילו הטלת מלוא האחריות על הניזוק תטיל עליו לספוג את מלוא הנזק.

33 השופטת א' פרוקציה מפרטת את המצב המשפטי הקיים עקרונית בדיני הראיות האזרחיים – מאזן ההסתברויות – המשמע תוצאה של הכול או לא כלום; הכול – אם נעברה "נקודת האיזון" המיתולוגית של 50%; לא כלום – אם לא נעברה. ומציינת כי לכלל הראייתי משמעות מהותית מרחיקה לכת נוכח התוצאה הבינארית האפשרית; לשיטתה גישה המייסדת "מדרג אחריות" כמו בפסק הדין מושא הדיון הנוסף היא סטייה ומהפך בתפיסת דיני הניזוק והמשפט האזרחי בכלל, ועל כן הריהי חקיקה שיפוטית רחבת היקף. לגישתה יש להותיר נושא זה בידי המחוקק. לגישור בין המשפט לצורכי החיים בתיקים הקשים נחוץ לשיטתה מבנה סטטוטורי כולל, שלגביו תינתן הדעת על השלכות בתחומים אחרים של המשפט, לא רק הרפואה ונזקים המוניים אלא מעבר להם. זאת תוך הבאה בחשבון של עלויות כלליות, של החשש להתעת'יתר של רופאים ולרפואה מתגוננת, של מצב נתבעים פרטיים אל מול ביטוח ו"כיס עמוק", ושל תפיסת האחריות בתחום האזרחי במקרה של פערי הוכחה בתחומי משפט נוספים. כל אלה מחייבים לדעתה, עיון ברפורמה חקיקתית נורמטיבית לעניין העמידות הסיבתית.

34 השופט א' גרוניס מטיל ספק אם קיים צידוק להתייחס לעניין מלול כמקרה של סיבתיות עמומה. לגופה של הסוגיה שהועמדה לדיון נוסף מצטרף לדעתה של השופטת א' פרוקציה כי אין להכיר, על דרך חקיקה שיפוטית, באחריות יחסית במצבים של עמידות באשר לקשר הסיבתי בין הניזוקין, דוגמת המקרה דן, קרי כי יש לבטל את ההלכה שנפסקה בערעור. להשקפתו, בעמדת השופטים מ' נאור, השופטת ע' ארבל, השופט א' רובינשטיין והשופט ס' גיוראן יש משום מהפכה בלתי מוצדקת בדיני הניזוקין ובדיני הראיות (עמדתם אינה מתיישבת עם ההיגיון הבסיסי של דיני הניזוקין בדבר

השופטת נאור, ואליה הצטרפו השופטים רובינשטיין, ארבל וגובראן, סבורה כי אין להירתע מהחלת כלל האחריות היחסית על המקרה הבודד, ובלבד שהוכח כי קיים קושי מובנה בהוכחת הקשר הסיבתי בין ההתרשלות לנזק, אך לשיטתה יש לצמצם את החלת החרג למקרים של נזקי גוף בלבד.<sup>35</sup>

לעומת זאת דעת רוב השופטים בדנ"א מצדדת בהחלת החרג, אלא שההבדל בין דעות השופטים נוגע לגבולות שהם תוחמים את התפרסותה של ההלכה החדשה. המשנה לנשיאה השופט ריבלין מציע להגדיר את מבחן החרגה מכלל מאזן ההסתברויות לכלל של פיצוי לפי הסתברות, בהתקיים תנאי של "הטיה נשנית" בקבוצה של מקרים בהתקיים ארבעה יסודות מצטברים: מזיק, קבוצת ניזוקים, סיכון חוזר ומשותף והטיה עקיבה בהחלת כלל מאזן ההסתברויות (ראו פסקה 22 לפסק דינו של המשנה לנשיאה).<sup>36</sup> השופטת נאור מציעה להשאיר את מבחן ההטיה הנשנית בצריך עיון.<sup>37</sup>

השופט ריבלין מבקש להכפיף למבחן ההטיה הנשנית (שאפשר לכוונתה גם הטיה שיטתית) את כל הדוקטרינות הקשורות לסיבתיות העמומה, לאמור אבדן סיכויי החלמה, פיצוי הסתברותי עקב פגיעה באוטונומיה והסכמה מדעת ומקרים של קושי מובנה להוכיח את הגורמים שהביאו לנזק התוצאתי (כגון בפרשת **עדן מלול**). עם זאת מקובלת על השופט ריבלין עמדת הנשיאה בניש כי מאחר שדוקטרינת אבדן סיכויי החלמה הפכה להלכה מושרשת בדין בישראל, שוב אין לדון בה תחת מבחן ההטיה הנשנית אלא כעילת תביעה עצמאית.

כך גם לעניין דוקטרינת "ההסכמה מדעת" ו"פגיעה באוטונומיה". מאחר שסוגיית הקשר הסיבתי מעוררת קשיים ראייתיים במבחן ההטיה הנשנית, הרי שבית המשפט ישתכנע בכל מקרה המגיע לפניו לפי נסיבותיו ולפי הראיות והעדויות אם קיים קשר סיבתי. לגישת השופט ריבלין הצטרפו הנשיאה בניש והשופט א' לוי.

צדק מתקן. דעתם אף אינה תואמת את אחד מכללי היסוד של דיני הראיות. הוא הכלל בדבר מאזן ההסתברויות). זאת ועוד, ההכרה באחריות יחסית במצבים של סיבתיות עמומה, כמוצע על ידם, תוביל לתוצאות קשות מבחינת תפיסת תפקידו של בית המשפט העליון בהכרעה במקרים קשים ומבחינת היקף שיקול הדעת השיפוטי הרצוי ותעצים את אי-הוודאות המובנית במשפט. בית המשפט העליון פועל מבחינה פונקציונלית כמחוקק בעת שמכריע הוא בהליך של דיון נוסף. על כן חייב הוא להתנתק במידה משמעותית מן הנתונים האינדיווידואליים ולנפק פתרון דוגמת זה היוצא מתחת ידיו של המחוקק.

35 השופטת נאור עורכת הבחנה בין קטגוריות שונות של סיבתיות עמומה. הקבוצה הראשונה היא עמימות באשר לגודל הנזק. הקבוצה השנייה – קבוצת ביניים – היא סיבתיות עמומה באשר לזהות המזיק. הקבוצה השלישית היא סיבתיות עמומה באשר לעצם גרימת הנזק. הקבוצה הרביעית – אף היא קבוצת ביניים – עניינה סיבתיות עמומה באשר לזהות הניזוק. ענייננו בעניין מלול הוא רק באשר לקבוצה השלישית. קרי קיימת אי-ודאות מובנית בשאלה אם הנתבע בכלל גרם בהתרשלות לנזק כלשהו. להבנתה, המבחן התוחם המוצע על ידי המשנה לנשיאה חל בקטגוריה של סיבתיות עמומה באשר לזהות הניזוק; הוא אינו נועד להתמודד עם הקטגוריה שנדונה בעניין מלול, קרי סיבתיות עמומה בנוגע לעצם גרימת הנזק. לפיכך, ואף שהיא נוטה לאמץ את עמדתו של המשנה לנשיאה כפתרון לקטגוריה של סיבתיות עמומה באשר לזהות הניזוק, היא מבקשת להשאיר את "מבחן ההטיה הנשנית" בצריך עיון בכל הנוגע לקטגוריה של סיבתיות עמומה בנוגע לזהות הניזוק. השופטת נאור עומדת על ההצדקות השונות לפתרון בעיית הסיבתיות העמומה בדרך של פיצוי לפי הסתברות במקרה הבודד, ובראשן שיקולי הצדק המתקן. נמנו עוד שיקולים, ובהם שיקול של הרתעה אופטימלית, וכן בצמצום עצמת הטעויות המשפטיות. בהמשך עומדת השופטת נאור על אמות המידה לפיצוי לפי הסתברות במקרה הבודד. בחישוב הפיצוי אין מניעה להתבסס על ראיות סטטיסטיות או בדרך של אומדן. כל זאת כאמור כאשר הוכחה התרשלות ספציפית של הנתבע כלפי התובע וקיימת סיבתיות עמומה ביחס לעצם גרימת הנזק. במצבים שבהם מתקיים מאזן הסתברויות רגיל יחול הכלל הרגיל של הכול או כלום. יישום אמות מידה עקרוניות אלו לפיצוי לפי הסתברות במקרה בודד לענייננו מוביל למסקנה כי בדין נפסק פיצוי חלקי במקרה הקונקרטי של המשיבים.

36 המשנה לנשיאה השופט א' ריבלין קובע כי עד כה התמודדה הפסיקה עם העמימות הסיבתית תוך קביעת מבחנים המתמקדים במקרה הבודד ותוך חתירה להשגת צדק פרטני. לשיטתו של השופט ריבלין ראוי להגדיר את מבחן החרגה מכלל מאזן ההסתברויות לכלל של פיצוי-לפי-הסתברות בדרך שאינה מצויה במישור של המקרה הבודד כי אם במישור רחב יותר על ידי איתור הטיה נשנית. תוצאה זו היא הרע במיעוטו. לצורך החלת חריג הפיצוי היחסי צריכים להתקיים ארבעה יסודות: מזיק, קבוצת ניזוקים, סיכון חוזר ומשותף והטיה עקיבה בהחלת כלל מאזן ההסתברויות. במקרים אלה, ובהם בלבד, יהיה אפשר לשיטתו לחרוג מן הכלל הרגיל של מאזן ההסתברויות ולחייב בפיצוי גם את מי שהסיכוי לכך שגרם לנזק בהתרשלותו נמוך למדי. בעובדות המקרה דנן יש כדי להצביע על קושי של עמימות סיבתית, אולם אין בהן, כשהן לבדן, כדי לקיים את מבחן ההטיה הנשנית שהיא אבן הבוחן להמרת הכלל המסורתי של מאזן ההסתברויות בכלל של פיצוי-לפי-הסתברות.

37 סעיף 39 לפסק דינה של השופטת נאור.

נותרנו אפוא עם מקרי העמימות הסיבתית המתייחסת לגורמים לנזק, להיקף הנזק ולזהות המזיק אשר גרם לנזק. בעניין זה גישתו של השופט ריבלין מרחיבה מזו של השופטים נאור, ארבל, א' רובינשטיין וג'ובראן בהתקיים תנאי ההטיה הנשנית וארבעת התנאים להתקיימותו כאמור. השופטים נאור, רובינשטיין וארבל מחייבים את החלת החריג רק במקרים של קושי מובנה להוכחת גורם הנזק ומגבילים את תחולת החריג לפיצוי הסתברותי לנזקי גוף בלבד. לעומת זאת השופט ס' ג'ובראן סבור כי יש לראות את הריכוך בדרישת הוכחת החריג במסגרת דיני הראיות (ולא ככלל מהותי) תוך הוכחת קושי להוכיח את העמימות המדעית שבה מצוי המקרה (חוסר ידע מספיק או מחלוקת מדעית מהותית).

הנשיאה ד' ביניש נקטה דרך ביניים וקבעה שהקושי הטמון ביישום פתרונות של פיצוי חלקי כאשר העמימות היא באשר לעצם גרימת הנזק הוא משמעותי הרבה יותר לעומת מצבים שבהם הוכח כי התרשלנות הנתבע גרמה לתובע לנזק והעמימות העובדתית היא בנוגע לשיעור הנזק. הפתרון שמציע המשנה לנשיאה א' ריבלין באשר לאותם מקרים של הטיה נשנית מקובל עליה לצורך אותה קבוצת מקרים, היינו "בהתקיים ארבע יסודות: מזיק, קבוצת ניזוקים, סיכון חוזר ומשותף והטיה עקבית בהחלת כלל מאזן ההסתברויות". ואולם, לגישתה, "דרכו של השי' ריבלין, מובילה לצמצום יתר של האחריות הנוזיקית. מנגד, הנשיאה בספק האם הפתרון של פיצוי לפי הסתברות במתכונת המוצעת על ידי השופטת נאור או במתכונת דומה לה (כגון זו המוצעת על ידי השופט ג'ובראן) אכן מביא לתוצאה צודקת באספקלריה של התוצאות לטווח ארוך. בהיעדר קווים תוחמים ברורים, החשש מפני 'מדרון חלקלק' הוא ממשי".

באשר ליישום הדוקטרינה של אבדן סיכויי החלמה אמנם קיימת מחלוקת בשאלה אם דוקטרינה זו משתייכת לקטגוריה של עמימות סיבתית באשר לגודל הנזק או באשר לעצם גרימת הנזק,<sup>38</sup> אולם מוסכם על הרוב המכריע של השופטים כי דוקטרינה זו נקלטה בהלכה הפסוקה ויש להחיל את הפיצוי ההסתברותי במקרים שבהם קיימת סיבתיות עמומה מחד או גורמים לא עוולתיים (כגון מצב רפואי קודם) שאינו מצדיק השתת מלוא האחריות על המזיק מאידך. בכך באה הדוקטרינה לאזן בין האינטרסים של הניזוק והמזיק כאחד בחלוקה צודקת של האחריות והנזק.

### כיצד ניישם את דעת הרוב בסוגיית הסיבתיות העמומה?

לצורך פרשנות הלכת הסיבתיות העמומה בתביעות רשלנות רפואית חשוב להיזקק לדעתם של שופטי בית המשפט העליון שלא ישבו בדיון הנוסף.<sup>39</sup> להערכתנו הזהירה ומתוך סקירת פסקי הדין שכתבו השופטים האחרים היושבים בבית המשפט העליון, הפער במחלוקת לכאורה בין דעות המשנה לנשיא ריבלין והשופטת נאור יצטמצם ככל שיתבררו מקרים שיגיעו להכרעת בית המשפט העליון שבהם תידון החלת החריג.

על פי גישת המשנה לנשיא ריבלין בבחנו את נסיבות המקרה מושא הדיון הנוסף, מבחן ההטיה הנשנית אינו חל רק במקרים של עוולות המוניות (שבהם התנאי המוקדם שתהיה עוולה לקבוצה) אלא גם בתביעות של רשלנות רפואית, שבה מופעלת מדיניות טיפול רפואי רשלני שיש בה כדי להגביר את הסיכון לנזק.<sup>40</sup>

מאגר הדוגמאות שעליהן התבסס בית המשפט העליון בהחלת החריג הוא מצומצם למקרים שהגיעו להכרעה בבית המשפט העליון ובמשפט המשווה. על רקע הקווים המנחים שהתווה בית המשפט העליון לבחינת סוגיית הסיבתיות העמומה בתביעות רשלנות רפואית אנו סבורים כי ההלכה החדשה תחול על רוב הסוגיות המתבררות כיום בתביעות רפואיות, ולפיכך המחלוקת בין הפוסקים תצטמצם, וברבות הימים תתפוגג העמימות הפסיקתית. כך למשל תחול הלכת הפיצוי ההסתברותי לפי מבחן ההטיה הנשנית, שהוא המכנה המשותף הבסיסי של דעת הרוב בדנ"א, על תביעות המערבות יסודות של אבדן סיכויי החלמה וכן בעילות שבהן קביעת הקשר הסיבתי מבוססת על ראיות

38 סעיף 22 לחוות דעתה של השופטת נאור; סעיף 47 לחוות דעתו של המשנה לנשיאה. השופט ריבלין מצטרף לעמדת הנשיאה באשר להותרת דוקטרינת אבדן סיכויי החלמה – בגבולות שהוצבו לה בפסיקה, וזאת לאור השתרשות דוקטרינה זו ובעיקר הצורך לגבש הלכה אחידה וברורה בפסק דין זה.

39 ראו גישת השופטת חיות בע"א 4975/05 לוי נ' ד"ר מור (פורסם בנבו, 20.3.2008), גישת השופט דנציגר בע"א 44/08 שירותי בריאות כללית נ' קסלר (פורסם בנבו, 19.5.2009), גישת השופט פוגלמן בע"א 9622/07 הולין נ' קופ"ח חולים כללית של ההסתדרות הכללית של העובדים בא"י (פורסם בנבו, 30.5.2010), גישת השופט י' עמית בת"א (מחוזי חי) 1042-02, לעיל ה"ש 14.

40 סעפים 21 ו-34 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין.

מדעיות המתבססות על נתונים סטטיסטיים או עילות שאינן ניתנות לכימות כגון פגיעה באוטונומיית הרצון, בהיבט הרחב של המונח. קבוצת התביעות שעליהן תחול ההלכה הן רבות ומגוונות, ובאופן כללי אפשר לומר שהיא תחול על תביעות רשלנות רפואית המבוססות על עוולת הרשלנות והפרת חובת הגילוי במסגרת העילה של הסכמה מדעת לרבות הולדה בעוולה, חיים בעוולה, רשלנות בלידה וכן תביעות המבוססות על אבחון רשלני, לרבות כל תביעה שיש בה סטייה ממדיניות רפואית שהותוותה בהנחיות קליניות או בחקיקה או דין המסדירים מדיניות רפואית כאמור (תביעות חיסון או גזזת).<sup>41</sup> כל אלה מקיימים את התנאי המוקדם לחריג לפיצויים הסתברותיים, הן לדעת השופטת נאור במקרה הבודד והן לדעת המשנה לנשיאה ריבלין בהתקיים ארבעת היסודות המצטברים לקיומו של תנאי ההטיה הנשנית.

המשנה לנשיאה ריבלין, הציג את מבחן ההטיה הנשנית לצורך החלת חריג הפיצויים ההסתברותיים בהתקיים ארבעה יסודות כדלקמן:<sup>42</sup> **"מבחן ההטיה הנשנית מתגבש איפוא בהתקיים ארבעה יסודות: מזיק, קבוצת ניזוקים, סיכון חוזר ומשותף והטיה עקבית בהחלת כלל מאזן ההסתברויות"**.

נראה שכבר בעתיד הקרוב ינסו הערכאות הדיוניות לפרש את משמעות ההלכה החדשה. לדעתנו שני רכיבים שהציב המשנה לנשיאה לצורך החלת תנאי ההטיה הנשנית יזכו לפרשנות יתר, לאמור, "קבוצת ניזוקים" ו"סיכון חוזר ומשותף".

אשר לתנאי "קבוצת הניזוקים" קובע המשנה לנשיאה: **"הדרישה להוכיח את קיומה של קבוצה חורגת ממסגרת הדיון האזרחי המסורתי שבו תובע נדרש להוכיח את עניינו הפרטני בלבד, ומציבה את התובע במקום שבו הוא משמש מעין "תובע ייצוגי" ביחס לקבוצה הנדונה. בדומה להליך ייצוגי, מבחן ההטיה הנשנית דורש למעשה מבעל-דין לטעון מעבר לעניינו הפרטני"**.

השאלה מי הם "חברי הקבוצה" זכתה לפרשנות רחבה מאוד ככל שמדובר בעילה על פי חוק התובענות הייצוגיות התשס"ו-2006, ודומה שאפשר לסווג לתוך המונח קבוצות ספיציפיות של חולים או מטופלים לצורך מבחן ההטיה הנשנית.<sup>43</sup>

בהמשך דבריו קובע כבוד המשנה לנשיאה כי המונח "סיכון חוזר ומשותף" כולל שני מצבים אפשריים: **הראשון, מצב שבו מעשה עוולתי יחיד חושף את קבוצת הניזוקים כולה לסיכון. כך הדבר למשל בדוגמת הזיהום הסביבתי; והשני, מצב שבו המזיק מבצע מספר מעשים עולתיים החושפים כל פעם חלקים מקבוצת הניזוקים לסיכון ובמצטבר את הקבוצה כולה. כך הדבר למשל בדוגמת המדיניות הרפואית הרשלנית. הנה כי כן, הגדרתו של הסיכון כ'חוזר ומשותף' עשויה להישען על היקף פריסתו הרחב של המעשה העולתי או על הישנותו"**.

בהקשר זה ניתן לראות בתנאי של "סיכון חוזר ומשותף" כלי לפיזור הנזק בין חברי הקבוצה הניזוקים במקום שקיים בו סיכון חוזר ומשותף. לדוגמה, תביעות רשלנות בלידה משקפות סיכון חוזר ומשותף לקבוצת היולדות והיילודים. לדעתנו יש ליתן לביטוי זה פרשנות רחבה, אשר תבחן כל מקרה לנסיבותיו על פי המתווה שהוכתב לעיל.<sup>44</sup> הגדרתו של הסיכון כחוזר ומשותף בתביעות רשלנות תעשה בצורה רחבה בהתייחס לקבוצת המטופלים

41 ראו פרשת **רמדיה** כמשל.

42 פסקה 22 לפסק דינו של המשנה לנשיאה.

43 ראו למשל ע"א 1338/97, לעיל ה"ש 28, ולאחרונה אישור הסכם פשרה ת"א (מחוזי ת"א) 1036-06 טל נ' **מרכז רפואי רבין** (פורסם בנבו, 31.5.2010). התובעות היו במועדים הרלוונטיים לתובענה מעשנות כבודות וביקשו להיגמל. בשלהי שנת 2001 פנו התובעות לקבלת טיפול רפואי נגד עישון במרפאה לגמילה מעישון בית החולים "בילינסון" שבבעלותה של שירותי בריאות כללית. אולם זמן קצר לאחר קבלת הטיפול שבו התובעות לעשן. לגרסת התובעות, בדיעבד התברר להן כי הטיפול הרפואי לכאורה שקיבלו היה טיפול ניסיוני – שניתן להן ללא היתר מתאים ממשד הבריאות ובלו שהן חתמו על טופס הסכמה להשתתפות בניסוי, וחמור מכך – בלי שנאמר או הוסבר להן כי מדובר בטיפול שהוא בגדר ניסוי רפואי. בנסיבות אלה הגישו התובעות תביעה כספית נגד הנתבעים וכן בקשה לאישורה כייצוגית. הקבוצה שבשמה הוגשה בקשת האישור היא כל המטופלים בטיפול הגמילה שניתן במרפאה מאת בית החולים. עילות התביעה הן בראש ובראשונה מתחום הגנת הצרכן. אולם יש בתביעה אלמנטים מובהקים של הפרת חובת הגילוי ופגיעה באוטונומיה; שהן עילות תביעה בניזיקין.

44 בת"א (מחוזי י-ם) 5324/03 א.ס.נ' ד"ר מן (פורסם בנבו, 7.9.2010) פירש השופט שפירא את המונח "סיכון חוזר ומשותף" בצמצום כאשר קבע: **"במקרה דנן כל המומחים ציינו כי מדובר במקרה חריג עד מאוד, ואף האמירה כי ידועים עוד שנים או שלושה מקרים דומים לא הוכחה, ואף אומרה חזר בו וטען כי לאחר בדיקת הנושא אין כל תיעוד רפואי, אף לא**

בכוח שעלולים להינזק מאותו מעשה עוולה. לפיכך לדעתנו החלת החריג תיבחן נוכח הסיכון החוזר והמשותף לקבוצת מטופלים העלולים להינזק מאותו סיכון. פרשנות רחבה כזו תאפשר לפרוס תחת כנפיה את רוב המקרים, ולהוציא מקרים נדירים שממילא היה הניזוק מתקשה להוכיחם על פי כללי ההוכחה הרגילים.

### אופן הוכחת הסיבתיות העמומה

בית המשפט העליון הרחיב בשיקולים התאורטיים העומדים בבסיס יישום הלכת הפיצוי ההסתברותי, כגון שיקולי צדק, הרתעה, טעות משפטית, גילוי האמת וכד', אך נמנע מלהתוות את הדרך הראייתית להוכיח את הקושי המובנה בהוכחת הגורמים שהביאו לנזק. השופטים נאור וג'ובראן עמדו בפסק הדין בערעור על הצורך בהבאת ראיות מדעיות בשקידה ראויה.

פסק הדין בעניין **בית החולים כרמל נ' עדן מלול** הוא נדבך חשוב נוסף בדיני הראיות המיוחדים לתביעות רשלנות רפואית, אשר באים להקל על תובע לגשר על בירור הזיקה הסיבתית בין הסיכון שנוצר בהתרשלות לבין הנזק במצבים שבו קיימת אירודאות באשר לנסיבות המקרה. עם זאת ההכרה בדוקטרינה של הגברת הסיכון עקב סיבתיות עמומה אינה פוטרת את התובע מהוכחת רכיבי העוולה לרבות שאלת הקשר הסיבתי, ולצורך כך על התובע להביא ראיות מדעיות באמצעות חוות דעת רפואיות בתחום הרלוונטי למשפט, להוכיח את הקשר הסיבתי או לחלופין להוכיח על דרך השלילה כי אי אפשר להוכיח על פי מאזן ההסתברויות את הקשר הסיבתי עקב הסיבתיות העמומה. עם זאת הבהיר בית המשפט העליון כי אם התובע לא יעמוד בחובת ההוכחה הזאת, הוא מסתכן בדחיית התביעה, שהרי הקלה במבחני הסיבתיות אינה פוטרת אותו מדיות הראיות.

כשם שעל בעל דין להוכיח את הסיבתיות העובדתית הפוזיטיבית על פי מאזן ההסתברויות, כך גם מצב של חוסר ודאות מובנית מחייב הוכחה עובדתית באמצעות חוות דעת מומחה ביחס להיעדר רכיב הסיבתיות העובדתית הדרושה.

הסתמכות על ראיות סטטיסטיות כלליות נעשית כדבר שבשגרה בדיני הניזקין בכלל ובמיוחד כאשר העובדה שבמחלוקת טמונה באירוע עתידי בפרט.<sup>45</sup> בפרשת **פאתח** התבטא השופט לויין כי רעיונית אין מניעה שההסתמכות על ראיות סטטיסטיות כלליות תיעשה גם כאשר העובדה שבמחלוקת טמונה באירוע בעבר.<sup>46</sup>

השופט נאור סבורה בדנ"א **עדן מלול** כי "בקטיגוריה של סיבתיות עמומה ביחס לעצם גרימת הנזק, אין מניעה לאמץ אמות מידה הסתברותיות, לרבות בדרך של היעזרות בראיות סטטיסטיות כלליות. כל זאת, כאמור, כאשר הוכחה התרשלות ספציפית של הנתבע כלפי התובע. השימוש בראיות סטטיסטיות כלליות לצורך זה מתאים את מושגי הסיבתיות המסורתיים למציאות המדעית הקיימת".

בשיטה האדוורסרית על בעל דין להוכיח את הטענות הרפואיות באמצעות מומחה שיש לו המומחיות הרלוונטית לשאלות השנויות במחלוקת. לפיכך על התובע להציג חוות דעת בתחום המשיק לנושא הרפואי השנוי במחלוקת. הערכת הסיכונים (או הסיכויים) להתרחשות האירוע אלמלא הנזק כרוכה בהסתמכות על נתונים סטטיסטיים האמורים לתמוך בעמדת המומחה המציג תזה מדעית, אולם הניסיון המצטבר מלמד שלצורך הצגת תזה מדעית מבוססת אין די במומחיות בתחום הרפואה הספציפי אלא דרושה למומחה הכשרה בתחומי האפידמיולוגיה והביו-סטטיסטיקה. בבחירת המומחה יש לוודא אפוא שחוות הדעת תינתן באותו תחום של הרופא המטפל או של הטיפול הרפואי, שאם לא כן עשוי בית המשפט להפחית ממשקל חוות הדעת של המומחה שאין לו המומחיות

**באופן של case report, ביחס למקרה דומה. די בכך כדי לקבוע כי המקרה דנן אינו חוסה תחת החריג של הטיה נשנית".**

45 כגון הערכת קיצור תוחלת החיים לעתיד או פוטנציאל השתכרות לעתיד המבוססים על הערכות ונתונים סטטיסטיים.

46 "אין מדובר פה בתהליך של קביעת עובדות במובן המקובל שמגמתו לקבוע מה אירע או לא אירע בפועל; אלא התהליך הוא של אמדן לגבי 'מה היה קורה אילו', שאחד ממרכיביו הוא גם תחזית לאחור; ואם בתחזית עסקינן מה לי תחזית לעתיד, מה לי תחזית לעבר?" (עניין **פאתח**, פסקה 10 לפסק דינו של ש' לויין).

להבחין בין פרי עבודתם של מחקרים רפואיים ויישומם במקרה הקונקרטי כפי שמתואר בספרות מדיקולוגית בארצות הברית.<sup>47</sup>

נטל הוכחת שיעור ההסתברות (הכללי) מוטל על התובע, ועליו להוכיחו "כנדרש". משמעות הדרישה היא שהתובע יוכיח את שיעור ההסתברות הכללי באמצעות ראיות מדעיות.<sup>48</sup>

התובע אינו נדרש לעמוד בסטנדרט סטטיסטי של מובהקות או רווח בר סמך מסוים;<sup>49</sup> עליו לעמוד בסטנדרט משפטי של הסתברות כללית משמעותית. אמת המידה היא משפטית ולא מתמטית, אלא שהשימוש בסטטיסטיקה עלול להיות רצוף כשלים, הטעויות וטעויות הן עקב השגיאות השגורות בנתונים עצמם והן עקב ההטיה בהצגת הנתונים הסטטיסטיים.<sup>50</sup>

לבתי המשפט אין בדרך כלל הכלים לבחון את נכונות הנתונים הסטטיסטיים המובאים בפניו, וזהו תפקידם של המומחים לפרוס בפני בית המשפט את איכות העובדות המדעיות שעליהן מבוססות חוות הדעת והעדויות. מומחה יכול להיות בעל ניסיון נרחב שנלמד ממאות מקרים, אך עם זאת יתקשה בניתוח אפידמיולוגי של משמעות המסקנות במקרה הקונקרטי. בעידן מהפכת המידע, כאשר המידע נגיש, שיטוט באינטרנט יכול להניב מידע רב המבוסס על עשרות או מאות אלפי מקרים ומפי מומחים רבים מתחומים שונים ומאמצות שונות ומנקודות ראות שונות, אך קיים ספק רב לגבי מהימנות המידע והרלוונטיות שלו. כך גם ניתוח הספרות הרפואית יכול להיות מוטא, והמומחה יכול בקלות להסיק את המסקנה הרצויה על סמך מידע שאינו מבוסס עובדתית או על סמך מידע בלתי מהימן. לפיכך, חזר בית המשפט העליון<sup>51</sup> על ההלכה שלפיה גם במקום שבו מונה מומחה מטעם בית המשפט בסוגיית החבות בתיקי רשלנות רפואית על בית המשפט להיזהר "מאימוץ מסקנותיו הנורמטיביות של המומחה בלא הפעלת שיקול דעת עצמאי ולא מצידו".

לפיכך, תנאי מוקדם למתן חוות דעת המסתמכת על נתונים סטטיסטיים הוא שהמומחה נותן חוות הדעת יהיה בעל מיומנות וידע בשיטות מחקר אפידמיולוגיות כדי לאפשר ניפוי נכון של המידע האמין ביותר. למשל השיטה של ביסוס עדות מדעית על פי עקרונות של Evidence Based Medicine, לעומת עדות מומחה לתחום, קנתה לה שביטה במערכת המשפט האמריקאית בשנים האחרונות.

כדי לברור את המוץ מן התבן פיתח המשפט האמריקאי אמות מידה לבחינת הראיה המדעית לקבילות תזה או שיטה מדעית. הביקורת אמנם הקלה בדרישות של קבילות הראיה המדעית, אך החמירה במובנים הפנימיים של משקל הראיה המדעית ומהימנותה על ידי הטלת התפקיד של שומר הסף (gatekeeper) על הערכאה הדיונית. הלכת **דאוברט**, שניתנה על ידי בית המשפט העליון בארצות הברית בשנת 1993, הפכה לחלק מוסד של דיני הראיות

47 J. Ioannidis, J. Lau, *Systematic Review of Medical Evidence*, JOURNAL OF LAW AND POLICY 12, 509 (2003)

"Medical evidence is complex; it is heterogeneous and of variable quality. Interpreting medical evidence is difficult. Evidence must be appraised in its totality using robust systematic approaches. (...)

From a legal perspective, it is important that judges and lawyers become more familiar with the advent of these evidence-based tools. While judicial decisions may continue to seek expert testimonies, such testimonies should be increasingly based on solid scientific evidence rather than expert opinion. Typically, a judge or a lawyer may find it difficult to probe behind an expert's opinion to evaluate or test the level of credibility based on concepts of best available evidence. Experts in court are typically challenged and accepted on the basis of their qualifications, conflicts of interest, or biases, and not on the value of their opinions. However, it would be useful to understand that the medical expert is only one part of the long chain of the medical evidence, and that there often can be considerable uncertainty behind expert statements".

48 ראו דברי השופט נאור בערעור בפרשת מלול: "אם ישנם נתונים – יש להציגם ולבאר, בדרך של עדות מומחים, מה משמעותם, וכיצד נכון להעריך את הנתונים הסטטיסטיים. אל לו לשופט להירתע מהיעזרות והתעמקות בחוות דעת רפואיות המתבססות על מחקרים מדעיים והערכות סטטיסטיות: בית המשפט אינו מומחה, אולם כמומחה למומחים, עליו לברר היטב את כל ההיבטים הנוגעים לראיה המדעית שהוצגה לו" (ע"פ 141/04 פלוגי נ' מדינת ישראל, פסקה 10 לפסק דינו של השופט ריבלין (פורסם בנבו, 15.3.2006)).

49 ראו בהקשר זה פסקאות 6 ו-20 לפסק דינו של המשנה לנשיאה.

50 להדגמה של הטיה בהצגת נתונים סטטיסטיים ראו: D. Kahneman, A. Tversky, *Availability: A Heuristic for Judging*: *Frequency and Probability*, COGNITIVE PSYCHOLOGY 5, 207-232 (1973)

51 השופט הנדל בע"א 10094/07, לעיל ה"ש 4.

בארצות הברית והמחוקק אימץ אותה על ידי תיקון חוק הראיות. הלכה למעשה בישראל לא אומצה הלכת דאוברט כמכשיר לבחינת קבילות הראיה המדעית והיא אוזכרה אך במספר מועט של מקרים.<sup>52</sup>

דוגמה מובהקת לשימוש שעושים בתי המשפט בנתונים סטטיסטיים היא בסוגיית קיצור תוחלת חיים. בתביעות רשלנות רפואית בעל הדין רשאי לבחור את המומחה שיעיד מטעמו. לעומת זאת בתביעה על פי חוק הפלת"ד בית המשפט ממנה מומחה העשוי להיזקק בין היתר לסוגיית תוחלת החיים בלי שתהיה לו מומחיות מתאימה.<sup>53</sup>

שיטת המשפט האדוורסרית קובעת אפוא שימוש בנתונים סטטיסטיים ובמחקרים רפואיים להוכחת קשר סיבתי במקרים של אבדן סיכויי החלמה או סיבתיות עמומה. סקירת הפסיקה מלמדת שבסופו של יום בית המשפט אינו פוסק על סמך הראיות הסטטיסטיות אלא על סמך אומדן. נוסף על השימוש בנתונים סטטיסטיים בית המשפט משתמש גם בכלים אחרים, כגון עובדות המקרה המסוים (עד כמה שהן ידועות), חזקות ראייתיות, הסתמכות על חוות דעת של מומחים, ובעיקר התרשמות כללית מהראיות. כלומר אותם כלים המשמשים את בית המשפט להכריע על פי עודף הסתברויות משמשים אותו להכריע על פי אומדן בקביעת האחריות היחסית.

בחינת הפסיקה בכל הקשור לפיצוי הסתברותי על פי נתונים סטטיסטיים מלמדת שמעטים המקרים שבהם פסקו בתי המשפט על סמך ניתוח הנתונים הסטטיסטיים, וברוב המכריע של המקרים בתי המשפט פוסקים על פי אומדנה. המסקנה היא אפוא שהראיות המדעיות המובאות בפני בית המשפט מבוססות על נתונים סטטיסטיים, אולם ההכרעה בסופו של דבר היא על פי אומדנה, כפי שקובע השופט אור בפרשת **תרצה גיל**.<sup>54</sup>

בפרשת **דטשי**,<sup>55</sup> אשר קדמה לפרשת **עדן מלול**, יושמה הלכת הסיבתיות העמומה על פי הרציונל שבדוקטרינת הגברת הסיכון. הנתבעת התרשלה בכך שחילצה את התובע מרחם אמו באיחור. המומחים הנירולוגים הסכימו כי לעובר נגרמה פגיעה מוחית בשלב הטרומ-לידתי אך לא ברור מה היקפה. הנזק המוחי שממנו סבל התובע נגרם מכמה גורמים שפעלו כגורמים מצטברים או חלופיים: הפגות, תסמונת המצוקה הנשימתית, תסמונת ה-NEC ואלח הדם – כולן תופעות שהנתבעת אינה אחראית להן – וכן היפרדות השליה, שהלכה והחמירה ככל שנדחה הניתוח הקיסרי על ידי הצוות הרפואי של הנתבעת.

בית המשפט המחוזי (השופט צבן) קבע כי קיימת תשתית עובדתית מספיקה כדי לקשר את הנזק מוחי שנגרם לתובע לאיחור בביצוע הניתוח הקיסרי, אלא שאיחור זה הוא רק אחד הגורמים שהביאו לנזק המוחי. בנסיבות אלו הכריע בית המשפט על דרך האומדנה בשאלה מהו חלקו היחסי של כל אחד מהגורמים הנזכרים כגורם לנכותו של התובע, וכדבריו:

**"שלושה גורמים עיקריים חברו יחדיו והביאו לנזק המוחי הקשה לתובע: הפגות; היפרדות השליה והטיפול המאוחר בה; הזיהומים הקשים מהם סבל התובע. הדיון הנרחב בדעות ששת המומחים שהובאו לעיל מלמד כי קשה לקבוע מהו הגורם העיקרי ואם קיים בכלל גורם עיקרי. היפרדות השליה לא נגרמה על ידי הנתבעת, אולם חילוף מוקדם יותר של העובר על-ידי הצוות הרפואי היה מונע לפחות חלק מהנזק למוח. לפיכך, נושאת הנתבעת באחריות לגורם נזק זה. לאור האמור, על דרך האומדנה, אני קובע כי שיעור התרומה של הנתבעת לנזקו של התובע הינו שלישי, ולפיכך תישא הנתבעת בשליש מנזקיו".**

52 ראו למשל פסק הדין בדעת מיעוט של השופטת מ. נאור בע"א 1639/01 **קיבוץ מעין צבי נ' קרישוב**, פ"ד נח(5) 215 (2004), ליישום הלכת דאוברט בדין הישראלי ראו "דייויס" קבילות ומשקל ראיות מדעיות במשפט – האם יש מקום לייבא את הלכת דאוברט? **רפואה ומשפט** 29 50 (נובמבר 2003).

53 ראו למשל: רע"א 5047/93 **כהן נ' רייך** (פורסם בנבו, 16.12.1993); ת"א (מחוזי ב"ש) 3330/97 **בן יאיר ים נ' הפניקס הישראלי חב' לביטוח** (פורסם בנבו, 2.12.2001); ת"א (מחוזי י-ם) 1021-99 **ירוחם לוי נ' מנורה חב' לביטוח בע"מ** (פורסם בנבו, 11.8.2010).

54 ע"א 2509/98, לעיל ה"ש 23, פסקה 8: "המצב בו מדובר הוא שחלק מהנזק נגרם מעצם הפגיעה הראשונית, קיום הגידול, וחלק אחר שלו על ידי הרשלנות הרפואית, כשקיים קושי רב להחליט מהו חלקה של הרשלנות בגרימת הנזק. בנסיבות אלה, אין מנוס מלקבוע את שיעור התרומה של רשלנות הרופאה לגובה הנזק על דרך האומדנה".

55 ת"א (מחוזי י-ם) 2154/00 **דטשי נ' בית חולים של ההסתדרות הכללית** (השופט צבן) (פורסם בנבו, 6.2.2003).

בפרשת **יפה לוי**<sup>56</sup> דובר על מקרה שבו רופאים לא אבחנו את מצבה הרפואי (מפרצת) של התובעת בזמן. הדיון בקשר הסיבתי נסב על שתי שאלות: הראשונה, אם היה אפשר לאבחן בבית החולים את המפרצת המדממת; השנייה, אם היה בכוחם של האבחון והטיפול הרפואי שהיה מוענק לתובעת בבית החולים כדי למנוע את נזקה. בית המשפט דחה את טענת הנתבעים בדבר נתונים סטטיסטיים על שיעורי אבחון מפרצות ושיעורי ההחלמה מהן בקבעו כי מדובר בנתונים שאינם דומים לנסיבות המקרה, ואין בנתונים כלליים וסתמיים כדי לשכנע בהיעדר קיומו של קשר סיבתי או בקיומו של גורם ממשי נוסף שהיה עלול לגרום לנזק.

בפרשת **מרכז לייזר לניתוחי קרנית בע"מ**<sup>57</sup> נסב הדיון על השאלה אם הוכח קשר סיבתי בין הניתוח שבוצע בקרנית המשיב לבין הדימום שאירע ברשתית וגרם לעיוורון. בית המשפט ניתח את ההסתברות לקרות הנזק בשני מישורים: האחד קיומה של הנחה לכאורית בדבר קיומה של התרשלות ללא הסתמכות על נתונים סטטיסטיים, באמרו כי סמיכות הזמנים בין הניתוח לבין הנזק שנגרם לעין שנותחה היא עצמה עשויה לרמוז על קיומו של קשר סיבתי בין השניים הואיל ועל פני הדברים קשה לייחס את השתלשלות העניינים לצירוף מקרים בלבד;<sup>58</sup> המישור השני הוא שימוש בנתונים סטטיסטיים. על סמך נתונים סטטיסטיים גרידא הגיע בית המשפט למסקנה כי הסיכוי שאצל אדם צעיר בעל קוצר ראייה יתפתח דימום בלתי תלוי בתקופה של כמה שבועות דווקא, הוא נמוך. אולם בית המשפט מסייג ואומר כי ספק רב אם די בנתונים הסטטיסטיים כשלעצמם כדי להקים חבות בנוזיקין. בהצטרף הנתונים הסטטיסטיים לראיות אחרות הם עשויים להיות בעלי משקל ולתמוך במסקנה כי מכלול הראיות יש בו כדי לשכנע את בית המשפט בנכונות גרסתו של המשיב. בית המשפט הגיע בסופו של יום למסקנתו בדבר אחריות המערער על סמך אלה: סמיכות הזמנים בין הניתוח לבין הנזק, הנתונים הסטטיסטיים, חוות הדעת ועוד חומר שהגיע לבית המשפט.

בפרשת **מנחם בראון**<sup>59</sup> התגלה בראשו של המערער גידול באונה המצחית השמאלית. הגידול הוסר בהליך ניתוחי. עקב הגידול נגרמו למערער נזקים, ובהם פגיעה עצבית במוח אשר לה השלכות נירולוגיות ופסיכיאטריות. לאחר הניתוח ובעקבותיו נוצר אף דימום בהמיספרה הימנית במוחו של המערער אשר גרם לשיתוק מסוים בפלג גופו השמאלי.

בית המשפט העליון קבע כי התרשלותן של המשיבות היא שמנעה את הידיעה מה היה גודל הגידול בזמן שטופל המערער, ולפיכך החיל את דוקטרינת הנזק הראייתי וקבע שכל נזקיו, לרבות נזקי הדימום, הם באחריות המזיק. לעומת זאת תנאי בסיסי הוא שעל הניזוק להוכיח את הקשר הסיבתי, וכי הנזק שנגרם לו הוא בגדר "תוצאה אפשרית" של התרשלות המעוול, ולמצער כי ההתרשלות הגדילה את הסיכון לנזק זה. כלומר, הנטל על המערער הוא להראות כי הסיכון הקונקרטי, קרי הסיכון לדימום בהמיספרה הימנית של המוח, הוגבר בשל האיחור בביצוע הניתוח, ואין די באמירות כלליות. המערער לא עמד בנטל זה באופן שמצדיק את העברת נטל ההוכחה לכתפי המזיק ומכאן שאין מקום להתערב בקביעתו של בית המשפט המחוזי כי אין להשית על המזיק את האחריות בשיעור של יותר מ-20% מנזקי התובע.

בפרשת **פלונית נ' מדאינווסט**<sup>60</sup> נקבע כי המשיבים חבים בפיצוי המערער בשל אי-אבחון מוקדם של סרטן צוואר הרחם שבו לקתה. המשיבים טענו בין היתר כי בהיעדר אפשרות לקבוע ממצא ברור בעניין קצב התפתחות הסרטן והסיכוי להימנע מכריתת הרחם לו היה הסרטן מתגלה כבר בבדיקה הראשונה, הרי שמדובר במצב של סיבתיות עמומה. לפיכך לשיטתם יש לקבוע כי המעשה הרשלני הגדיל את הסיכון של המערער לכך שרחמה ייכרת ב-20%, בית המשפט העליון (השופט מלצר) קבע כי יש לדחות את טענתם החלופית של המשיבים בעניין ההצדקה להחלתו של דוקטרינת הסיבתיות העמומה וקביעת משקל חלקי (של 20%) בגין ההתנהגות העוולתית (בגרימת הנזק), הן משום שהטענה לא פותחה בצורה ממצה בסיכומי המשיבים בבית המשפט המחוזי הנכבד, והן משום שבפסק דינו

56 ת"א (מחוזי י-ם) 4344/02 לוי נ' ד"ר ברו (פורסם בנבו, 29.9.2005).

57 ע"א 522/04 מרכז לייזר לניתוחי קרנית בע"מ נ' דיראוי (פורסם בנבו, 28.6.2005).

58 לעניין זה ראו גם ב"ע 101/81 דג נ' מדינת ישראל, פ"ד לח(1) 32 (1984) וכן ע"א 600/86 מגידש נ' גת גבעת חיים, פ"ד מו(3) 233 (1992).

59 ע"א 10776/06 בראון נ' קופת חולים של ההסתדרות הכללית (פורסם בנבו, 30.9.2009).

60 ע"א 8591/06 פלונית נ' מדאינווסט אינטרנשיונל (1985) בע"מ (פורסם בנבו, 9.2.2010).



של בית המשפט המחוזי אין כל זכר לאי־ודאות מובנית (כאמור בעניין מלול) בשאלת הקשר בין ההתנהגות העוולתית לבין כריתת רחמה של המערערת, אלא נקבע שם נחרצות כי אלו הם סיבה ומסובב.

**בפרשת ויצמן נ' מזור**<sup>61</sup> היה מדובר בתובע קטין שנפגע באורח קשה עקב אירוע מוחי שבו לקה. במהלך השיקום שעבר התובע אובחנה עלייה בלחץ הדם ונתגלה, לראשונה, כי לתובע רק כליה אחת, המצויה שלא במקומה הטבעי – באגן. לטענת התובע, אילו התגלה הליקוי הזה הרי שהוא היה נתון בתקופה הראשונה לחייו במעקב של נפרולוג, שהיה מגלה כי הוא סובל מהיצרות עורק הכליה והיה מטפל בו להורדת לחץ הדם. משלא נעשה הדבר, ובשל לחץ דם גבוה שמקורו בהיצרות העורק הכלייתי, נגרם לו אוטם מוחי.

בית המשפט קובע שעל פי עדויות המומחים הקשר המוכר בספרות הרפואית בין מחלות כלי דם למיניהן לבין היצרות עורק הכליה מחזק את התזה של הנתבעים, אך קבע כי הנתבעים התרשלו במהלך ההיריון באי־אבחון כליה בודדת אגנית אצל התובע. עם זאת הקשר הסיבתי בין ההתרשלות האמורה ובין הנזק שנגרם לתובע אינו ברור מאליו. בית המשפט סוקר את הדוקטרינות השונות הבאות להכריע בשאלת הקשר הסיבתי וקובע כי יש סוגים שונים של עמימות, ואפשר לסווג ולהבחין בין עמימות הנוגעת להיקף הנזק לבין עמימות הנוגעת להליך גרימת הנזק או לעצם אירוע הנזק.

בעניין זה ציין בית המשפט כי מניתוח הספרות הרפואית עולה כי מחלת כלי הדם שגרמה להיצרות עורק הקרוטיס היא גורם הסיכון המובהק והשכיח להתפרצות אוטם, ואילו יתר לחץ דם נמצא בתחתית של טבלת גורמי הסיכון.

בית המשפט קבע כי התובע הוכיח על פי הסתברויות כי הנתבעים יצרו גורם סיכון נוסף בדמות יתר לחץ דם שמקורו בהיצרות עורק כלייתי. הגברת הסיכון עקב הגורם של יתר לחץ דם הוערכה על ידיו בשיעור של שליש.

בפרשת **אליעזר לוי**<sup>62</sup> המנוחה נפטרה בגיל 29 ממחלת סרטן צוואר הרחם. בית המשפט המחוזי (השופט רזי) קיבל חלקית את תביעת העיזבון וקבע כי קיימת רשלנות מצד גינקולוג המנוחה וקופת חולים מכבי במועד אבחון המחלה, וכי אלמלא רשלנותם של המשיבים היו סיכוייה של המנוחה להחלים מן המחלה גבוהים ב-20%. בית המשפט העמיד את הפיצוי החלקי שזכאים לו המערערים על 20% מתוך תביעת התלויים, כשיעור סיכויי ההחלמה שאיבדה המנוחה בעקבות ההתרשלות.

בית המשפט העליון (השופטת חיות) התערבה בגובה הפיצוי תוך שהיא מעבדת את הנתונים הסטטיסטיים שהובאו כראיות. במקרה דנן סבור בית המשפט כי יש להעמיד את שיעור הפיצוי המגיע למערערים על 50% מתביעת התלויים (בניכוי חלק יחסי בשיעור דומה של קצבת השאירים) תחת השיעור של 20% שקבע בית משפט קמא. שכן ללא התרשלות סיכויי ההחלמה הם 80% והסיכון לתמותה 20%, ובשל ההתרשלות – סיכויי ההחלמה הם 60% והסיכון לתמותה 40%. כלומר, הסיכון לתמותה לאחר ההתרשלות עמד על 40%. 20% מתוכו נגרמו בשל ההתרשלות. בידענו כי המנוחה השתייכה לאותם 40% שלא החלימו קיים סיכוי סטטיסטי של 50% (20/40) שהמנוחה נפטרה בשל ההתרשלות. גישה זו אף תואמת את העקרונות הכלליים הנוהגים בדיני הנזיקין, ולפיהם אל לו לבית המשפט להתעלם מן המציאות כהווייתה ומהשפעתה על חישוב הנזק. ואף פסק הדין בעניין פאתח אינו שולל מסקנה.

בפסק הדין בעניין **קסלר נ' שירותי בריאות כללית**<sup>63</sup> קבע בית המשפט העליון כי המערערת התרשלה כלפי המשיב בכך שהגבירה את הסיכוי שלו ללקות באירוע מוחי כשלא חידשה את הטיפול בתרופת הקומדין (תרופה המיועדת לדילול דם). בית המשפט העליון העמיד את אחריותה של המערערת לנזקי המשיב על 70% לאחר ניתוח הנתונים שהוצגו לפניו כדלקמן:

**"משנקבע כי הסיכון שהמשיב ילקה באירוע מוחי כאשר הוא אינו נוטל קומדין הינו 10% ואילו הסיכון כי הוא ילקה באירוע מוחי כאשר הוא נוטל קומדין הינו 3%, הרי שלכאורה ההפרש בין שני**

61 ת"א (מחוזי חי') 1042-02, לעיל ה"ש 14.

62 ע"א 4975/05, לעיל ה"ש 39.

63 שם.

נתונים אלו הוא שאמור לשקף את הגברת הסיכון שהביאה המערערת בכך שלא העניקה למשיב טיפול בקומדין. ולא היא. יש לזכור כי הסיכון לכך שהמשיב ילקה באירוע המוחי אכן התרחש במקרה דנן, כך שהמשיב משתייך הלכה למעשה לאותם 10% שלוקים באירוע מוחי. מכאן, שעבור המשיב עמד הסיכון ללקות באירוע מוחי, הלכה למעשה, על 100%. משכך, ובהתאמה, הרי ש-3% של סיכון ללקות באירוע מוחי אגב נטילת הקומדין מהווים עבור המשיב 30% סיכון (100 x 3/10). נזקו של המשיב בפועל, אם כן, הינו ההפרש שבין שני הנתונים האחרונים, דהיינו 70% הגברת סיכון [לשיטת חישוב זו ולקביעה כי היא אינה נוגדת את דוקטרינת אובדן סיכויי החלמה כראש נזק ראו: עניין לוי הנ"ל, פסקה 11]. שיטת החישוב הנ"ל, אשר משקפת בצורה מדוייקת יותר את נזקו האמיתי של הניזוק, אף תואמת את העקרונות הכלליים של חישוב הנזק בדיני הנזיקין, לפיהם על בית המשפט לתת ביטוי, במסגרת חישוב זה, למציאות כהווייתה.

העולה מתוך סקירת הפסיקה – שרובה ככולה דנה באופן הוכחת דוקטורינת הגברת הסיכון לנזק – הוא שבתו המשפט נזקקים לראיות מדעיות המבוססות על נתונים סטטיסטיים אך בפועל מכריעים על פי אומדנה. בהיעדר כלים ראייתיים להכרעה מדוייקת בשאלה אם הוכח עודף הסתברות, אין הצדקה להימנע מהיזקקות לאומדן במצבים של סיבתיות עמומה שבהם נדרשת חלוקה שונה ביחס לעצם גרימת הנזק. כל זאת כאמור כאשר הוכחה התרשלות ספציפית של הנתבע כלפי התובע. פיצוי על פי הסתברות במקרים אלה משרת את האינטרסים של התובע ושל הנתבע כאחד, ובמקרים רבים יביא לתוצאה צודקת שלפיה לא יחויב המזיק במלוא הפיצוי אם הוכח שחלק מהנזק נגרם מגורמים לא עוולתיים.<sup>64</sup>

לדעתנו, בשל הקושי המובנה בהוכחת הסיבתיות העמומה חלה על תובע המבקש לטעון לסיבתיות מדעית עמומה להוכיח באמצעות חוות דעת רפואית שקיימת עמימות מדעית במובן זה של היעדר מידע מדעי רלוונטי באשר לקשר הסיבתי, המקשה על ההכרעה או שמדובר במקרה שבו הידע המדעי עצמו, אינו מאפשר קביעה ברורה או מקרים שבהם קיימים חילוקי דעות מהותיים בין האסכולות השונות המציעות סברות מדעיות שונות לחלוטין להתרחשותו של אירוע מסוים (כגון פרשת הקישון).

בתביעות רשלנות רפואית קשה מאוד להגדיר את קו פרשת המים, לאמור מהו עודף הנזק שנגרם בעטייה של התרשלות המזיק. הסבתיות העמומה מקשה גם על המזיק להוכיח שהנזק התוצאתי אינו קשור לעוולה לפיכך על הצדדים להוכיח טענותיהם באמצעות ראיות מדעיות כפי שקובע המשנה לנשיא ריבלין בדנ"א **עדן מלול**:

**"אכן, גם כאשר בית המשפט מוצא כי מוצדק באופן עקרוני לילך בדרך של פיצוי-לפי-הסתברות, עדיין עליו לבדוק אם על-פי הראיות שבידו יש באפשרותו להגיע לכלל מסקנה בדבר שיעור ההסתברות הנכון. בתי המשפט הכירו בעבר באפשרות לפסוק – במקרים מסוימים – על-פי אומדנה או הערכה (ראו, בעניין קרוב, עניין גולן הנ"ל; עניין גיל הנ"ל). בחירה בדרך זו מותנית בכך שבית המשפט סבור כי הדבר אמנם אפשרי על-פי התשתית שהונחה בפניו, ושאינו המדובר בניחוש או בספקולציה גרידא, ומכל מקום אין בה כדי להוות תחליף להבאת מיטב הראיות שהצדדים יכולים לשים עליהם את ידם באופן סביר. אכן, לא פעם נדרשות ולו ראיות סטטיסטיות או מדעיות שתאפשרנה לבית המשפט לשום את ההסתברות."<sup>65</sup>**

קביעה דומה מצאנו בחוות דעתה של השופטת נאור בפסק הדין נשוא הדין הנוסף<sup>66</sup>:

**"עלינו להכיר גם בכשלים המובנים בהערכת הסתברויות שאנו, כשופטים, איננו חסינים מפניהם. על כן – על בעלי הדין או על מי מהם, מוטל הנטל להביא לבית המשפט את מיטב הראיות המדעיות**

64 השוו הרציונל של הלכת הניכוי היחסי של תגמולי המל"ל מהפיצויים במקרים שבהם קיימת חלוקת אחריות בין התובע לנתבע עקב אירוע לא עוולתי שבנינו זכאי הנתבע לנכות את תגמולי המל"ל באופן יחסי לשיעור חלוקת האחריות. ראו ע"א 3097/02 מלמד נ' קופת חולים של ההסתדרות הכללית של העובדים בא"י, פ"ד נח(5) 511 (2004).

65 פסקה 31 לחוות דעתו בדנ"א עדן מלול.

66 פסקה 24 לחוות דעתו בע"א 7375/02, לעיל הי"ש 16.

שניתן להביאן. באותם מקרים של סיבתיות עמומה עליהם להביא מומחים לדבר, שיעידו אם יש או אין בנמצא נתונים סטטיסטיים שיסייעו בקביעת אומדן הסתברותי. אם ישנם נתונים – יש להציגם ולבאר, בדרך של עדות מומחים, מה משמעותם, וכיצד נכון להעריך הסתברותית את הנתונים הסטטיסטיים... כבכל עניין בו על בית המשפט להכריע בשאלה עובדתית, על הצדדים להביא לבית המשפט את מיטב הראיות שניתן להביא. להימנעות מהבאת ראיות יש משקל. כך גם להימנעות מחקירה שכנגד. זהו הכלל הרגיל בקביעת ממצאים שבעובדה והערכת ראיות, והוא חל גם בעניין קביעת שיעור הסיכוי שגורם אפשרי מוכר גרם בפועל, לנזק."

## סיכום

בית המשפט העליון בדנ"א ביטל את הלכת הסיבתיות העמומה בתביעות רשלנות רפואית כפי שנקבעה בערעור עדן מלול. העמימות הפסיקתית יצרה קושי מהותי להתמודד עם מצבים של חוסר ודאות מובנה. הלכת הסיבתיות העמומה בדנ"א איזנה את הסחף שהיינו עדים לו מאז פרשת עדן מלול בערעור בניסיון להחיל על כל מקרה נתון שקיימים בו כמה גורמים אפשריים את ההלכה. לעומת זאת בעקבות הדנ"א חוזקו הדוקטרינות של אבדן סיכויי החלמה ונזק ראייתי מהותי. במקרים המעטים שבהם קיימת סיבתיות עמומה יחויב בעל הדין הטוען להחלת החריג להוכיח את תנאי ההטיה הנשנית. תנאים אלה ייבחנו במשורה, אך יחולו לדעתנו על עילות התביעה המובהקות של הרשלנות הרפואית. המטוטלת של חוסר היכולת להוכיח את הקשר הסיבתי העובדתי תעבור אפוא מהדין המהותי לדיני הראיות באמצעות הדוקטרינה של הנזק הראייתי בהיבט הנזיקי מהותי שלה.

בגישה הזאת נקט לאחרונה בית המשפט העליון בע"א 10766/05 ג'מילה מוחסן נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 9.12.2010). בית המשפט העליון קבע שאין להחיל על המקרה את החריג להלכת הסיבתיות העמומה, אך יש להחיל את דוקטרינת הנזק הראייתי המהותי לצורך בחינת הגורם לנזק. באותו מקרה המערערת נולדה בשבוע ה-27 להיריון במשקל 1,225 גרם, והיא לוקה בשיתוק מוחין. בית משפט קמא קבע כי המשיבה התרשלה כלפי המערערים בכך שהרופא בבית החולים טעה ב-10 שבועות בקביעת גיל העובר (סבר כי העובר בן 17 שבועות). נקבע כי מדובר בטעות בלתי סבירה באופן העולה כדי התרשלות. אלא שבית המשפט קבע כי אין מתקיים קשר סיבתי בין התרשלות המשיבה לבין שיתוק המוחין שממנו המערערת סובלת. בית המשפט העליון (מפי השופט ד' חשין ובהסכמת המשנה לנשיאה א' ריבלין והשופט ס' ג'ובראן) קיבל את הערעור וקבע כי לצורך הכרעה בסוגיית הקשר הסיבתי יש להידרש לשאלות האלה: האם היה צריך לבצע את בדיקת המוניטור? אם התשובה לכך חיובית – האם היה מתגלה בבדיקה "איום" ללידה מוקדמת? אם התשובה לכך חיובית – האם היה צריך ליתן סטרואידים לאם? ואם גם התשובה לכך חיובית – האם היו הסטרואידים יכולים למנוע את שיתוק המוחין שממנו סובלת המערערת?

לאחר שהשיב על השאלות בחיוב קבע בית המשפט העליון כי בסיטואציה כזו של התרשלות עובר נטל השכנוע מן התובע לנתבע – להוכיח כי לא נתקיים הקשר הסיבתי שבין ההתרשלות לבין הנזק. התוצאה של העברת הנטל היא שהמשיבה, שלא הוכיחה במאזן ההסתברויות הרגיל כי אין קשר סיבתי בין התרשלותה לבין הנזק, תחויב במלוא נזקה של המערערת (כפי שהייתה התוצאה במקרה ההפוך, שבו הנטל נשאר אצל המערערת והיא איננה עומדת בו), וזאת אף על פי שקיימת אי-בהירות באשר לגורמי הנזק.