

כותבי המאמר
יוסף אמר, עו"ד
יחד עם חברתו
אוסנת לוי, עו"ד

תוכן העניינים

2	מבוא
4-3	קשר סיבתי בעייתי
7-5	עמימות סיבתית
8-7	הטיה נשנית
11-9	פרשת מלול והכרעת ביהמ"ש
30-12	האם שונתה הפסיקה בעקבות דני"א מלול ?
34-31	משפט משווה
36-35	הדין העברי
37	מילות סיכום

מבוא

שאלת הקשר הסיבתי, על כל מורכבותה, הייתה והינה נושא לדיון נרחב במאמרי מלומדים, דרך פסקי דין מנומקים, אשר נותנים פרשנויות רבות ושונות באשר לנטל הוכחת הקשר הסיבתי. על מי הוא מוטל, ומה הוא אותו נטל לאור דיני הראיות ודרישת ההוכחה עפ"י מאזן ההסתברויות במשפט האזרחי.

מקורה של הדרישה להוכחת קשר סיבתי בין סיבה לתוצאה מצוי בין השאר בעוולת הרשלנות סעיף 35 לפקודת הניזקין¹, בחוק משפחות חיילים שנספו במערכה² וחוק הנכים (תגמולים ושיקום), תשי"ט-1959 [נוסח משולב].³

במהלך עבודתי אסקור מצבים בהם הוכחת הקשר הסיבתי הינה בעייתית (קשר סיבתי בעייתית) או לחלופין קיימת עמימות סיבתית, אשר מביאים למצב בו יתכן ותתקיים הטיה נשנית. זהו אותו מצב בו קיימת "מחלקה" מוגדרת של מקרים אשר עומדים בתנאים שהוגדרו בפסיקה⁴. אותה "מחלקה" נכשלת שוב ושוב בעמידה בדרישות הראייתיות הנדרשות במשפט האזרחי⁵.

דרישת העמידה בנטל ההוכחה הינה מכוח הכלל הידוע "המוציא מחברו עליו הראיה", הווה אומר על התובע בעילה של רשלנות, הפרת חובה חקוקה וכו', להרים את נטל השכנוע בעניין יסודות עילתו⁶. התוצאה של אי עמידה בנטל, הינה תוצאה קשה בעבור הניזוק שיוצא בלא כלום או כמו שאומרת הפסיקה "הכל או לא כלום".

הלכה למעשה תוצאה זו גורמת בפועל למצב בו אחת ממטרות דיני הניזקין העיקריות, השבת המצב לקדמותו, איננה מושגת. זאת ועוד, ניתן לטעון כי תוצאה זו, בה לא מצליח התובע להרים את נטל ההוכחה, מביאה לכך כי הוא יצא מבית המשפט "וידידו על ראשו" יכול שתביא לחוסר צדק אשר הדעת אינה סובלת.

ב. קשר סיבתי בעייתי

הקשר הסיבתי הוא היחס בין סיבה ומסובב בין שני מאורעות. הסיבה היא מכלול הגורמים ההכרחיים להיווצרות האירוע של המאורע⁷.

על התובע במשפט האזרחי קיים הנטל להוכיח כי קיים קשר סיבתי בין התרשלנות הנתבע, לבין הנזק שנגרם לו. נטל זה מוטל תמיד על התובע ואולם יתכנו מקרים חריגים (כדוגמת מקרים של

1 פקודת הניזקין [נוסח חדש], התשכ"ח
2 חוק משפחות חיילים שנספו במערכה (תגמולים ושיקום), תשי"ט-1950.
3 חוק הנכים (תגמולים ושיקום), תשי"ט-1959 (נוסח משולב).
4 דנ"א 4693/05, בית חולים כרמל נ' עדן מלול (מאתר נבו)
5 יעקב קדמי על הראיות הוצאת דיונון תל אביב, תשנ"ט-1999.
6 ע"א 1639/01, קיבוץ מעיין צבי נ' יצחק קרישוב, פ"ד נח(5)215, פס" 11 לפסק דינה של כב' השופטת נאור
7 אמנון כרמי, בריאות ומשפט, הוצאה: ברוסי-ספרי משפט, 2003 (עמ' 317).

נזק ראייתי) בהם יועבר נטל ההוכחה לכתפי הנתבע להוכיח אי קיומו של קשר שכזה.⁸ חובתם של רופאים ושל מוסדות רפואיים לבצע רישומים רפואיים בזמן אמת ולשמור על רישומים אלה, הוכרה בפסקי דין רבים של ביהמ"ש העליון והיא מעוגנת בסעיף 17 לחוק זכויות החולה, התשנ"ו 1996,⁹ על פיו חלה חובה על המטפל טיפול רפואי, לתעד בין היתר, "מידע רפואי בדבר הטיפול הרפואי שקיבל המטופל". תיעוד זה יש בו חשיבות רבה הן לצורך המשך טיפולים בעתיד, הן על מנת ליתן למטופל אפשרות לדעת, כפי שהוא זכאי לדעת, את מצבו הרפואי ואת הטיפול הרפואי שניתן לו, והן כראיה, אם תדרש, לאופי ולפרטי הטיפול הרפואי שקיבל.

הקשר הסיבתי מורכב מקשר סיבתי עובדתי וקשר סיבתי משפטי.¹⁰ על פי הנוסחה בפסיקה הזיקה מורכבת משתי זיקות או בוחנים את הזיקה הנדרשת בשתי רמות: הרמה הראשונה היא זיקה עובדתית או מה שנקרא **קשר סיבתי עובדתי** הזיקה השניה היא לא עובדתית אלא משפטית או מה שמכונה **קשר סיבתי משפטי**. כדי שיהיה קשר סיבתי צריך להתקיים גם העובדתי וגם המשפטי. את הקשר סיבתי משפטי בודקים רק כשיש קשר סיבתי עובדתי.

הדרישה לקיומו של קשר סיבתי עובדתי נועדה לשמש מסננת לוגית שבודקת את קיומו של קשר האשם של הנתבע לבין נזקו של התובע. כל זאת בכדי שנתבע לא יידרש לשאת בעלותם של נזקים להם לא גרם. הקשר הסיבתי המשפטי נועד לשמש מסננת שמופעלת על ידי שיקולי מדיניות (בדוגמת שיקולי מדיניות שולליות אחריות)¹¹. הקשר הסיבתי משפטי הוא כל כולו פיתוח של הפסיקה.

בעיית הוכחת הקשר הסיבתי עולה ביתר שאת במצבים בהם הגורם לנזק הוא לדוגמה זיהום סביבתי. גורם זה מעלה קושי כפול: הן הוכחת הקשר הסיבתי בין החומר או החומרים המזהמים לבין הנזק עצמו, והן לגבי תרומתו של הנתבע או הנתבעים לנזק עצמו.¹² כאשר מתעוררת שאלת הקשר הסיבתי העובדתי הפוטנציאלי, על התובע להוכיח לא רק קשר סיבתי עובדתי פוטנציאלי (החשיפה מסוגלת לגרום למחלה), אלא גם קשר סיבתי עובדתי ספציפי (החשיפה הקשורה לנתבע גרמה למחלה בגוף התובע).¹³

בפס"ד קרישוב, אשר דן בהרחבה בקשר הסיבתי העובדתי והמשפטי והקושי בהוכחתם, בוחנת השופטת נאור את סוגיית המשפט והמדע בהקשר של צורך המשפט להתבסס על קביעות מדעיות לעניין הקשר הסיבתי, כאשר הבעיה העיקרית היא כי בבסיס המדע והמשפט עומדים יסודות שונים לחלוטין: "יש הטוענים, כי המדע והמשפט מדברים בשתי שפות שונות, הזרות אחת לשנייה. על הבלבול במונחים כבר עמדנו. בנוסף, נטען כי המשפט מייחס משמעות מעוותת לראיות מדעיות, כי למדע ולמשפט מטרות שונות: הטענה היא, שהמדע מחפש אמת והמשפט רק שוקל את האמת במסגרת מטרה רחבה יותר – צדק. לשון אחר – "נטל השכנוע" (אם נשתמש במונח משפטי) בעולם המדע גבוה הרבה יותר מאשר במשפט האזרחי, כי המדע מוכן

⁸ הי"ש 7, (עמ' 336).

⁹ חוק זכויות החולה, התשנ"ו 1996

¹⁰ ע"א 145/80, שלמה ועקנין נ' המועצה המקומית, בית שמש (מאתר נבו)

¹¹ ת"א (חי') 732/01, לוי תול ואח' נ' חיפה כימיקלים בע"מ ו-60 אח' (מאתר נבו)

¹² הי"ש 10 – דבריו של השופט שפירא

¹³ ע"א 1639/01, קיבוץ מעיין צבי נ' יצחק קרישוב (פס" 8 לפסק דינה של השופטת נאור)

לקבל את אי-הכרה מוטעית בקשר קיים, אך הרבה פחות מוכן לקבל הכרה מוטעית בקשר שבעצם אינו קיים, ואילו המשפט האזרחי, בעל נטל הטיית מאזן ההסתברויות, רואה (כמעט) באותה חומרה טעויות משני הסוגים האמורים. על כן – כך הטענה – המשפט מפרש בצורה מוגזמת את הססנותו של עולם המדע מפני הכרה בקשר (association) או בקשר סיבתי בין חומר (או תופעה) לבין מחלה. טענה נוספת: מטרת המשפט היא להכריע הכרעה סופית בעניין העומד על הפרק, ואילו מוקד המדע הינו ריפוי או מניעת מחלה ולא הכרעה ודאית; המדע אינו מכריז על הכרעה סופית, אלא תמיד משאיר אפשרות לשינוי העמדה¹⁴.

הקושי המפורט לעיל, מתווסף לקשיי הוכחה רבים נוספים אשר עומדים בפני התובע, הנדרש להוכיח את הקשר הסיבתי במשפט האזרחי עפ"י מאזן הסתברויות (הווה אומר לפחות 51%), כאשר כל מה שנמצא בידו הוא מחקרים מדעיים או חוות דעת מומחים רפואיים אשר מבססים את חוות דעתם על מחקרים, שבסיסם הוא תפיסות מדעיות ולא משפטיות. בפס"ד קרישוב קבע ביהמ"ש כי "יכול בית המשפט בנסיבות מסוימות, של קשר סיבתי בעייתי, שלא לשלול את קיומו של קשר סיבתי על בסיס כלל הנסיבות"¹⁵.

אחת הדרכים המוצעות בפסיקה להתגבר על קושי זה, אשר מקורו בהסתמכות והתרשמות בית המשפט על מחקרים מדעיים שבסיס הוכחתם זר למשפט, היא הדרך אשר נזכרה בגלגולה השני של פרשת עדן מלול¹⁶ (בערעור על פס"ד של בימ"ש מחוזי¹⁷). לעניין זה יפים דבריו של כב' השופט חשין (בהקשר שונה לחלוטין, אך רלוונטי ביותר לשאלה העומדת בפנינו): בעניינים מדעיים רבים החוזרים ועולים בפני בתי המשפט מצטברת, במשך הזמן, "מסה קריטית" (בלשון השופט חשין) של מסקנות רפואיות. עם היווצרה של "מסה קריטית" מלאכת השכנוע קלה יותר¹⁸. מצב זה, בו נמצאה אותה "מסה קריטית" יכול שיהווה בבסיס לקבלת תביעות אשר בהן לא הצליח התובע להרים את נטל ההוכחה עפ"י מאזן ההסתברויות.

את תוצאות הקשיים הללו ניתן לראות בשורה של פסקי דין, אשר בהם נדחתה התביעה על יסוד אי הוכחת הקשר הסיבתי העובדתי או המשפטי, במיוחד במקרים של רשלנות רפואית או נזקים בריאותיים אשר נבעו מתנאי עבודה סביבתיים¹⁹, וכן בתביעות אשר עניינן זיהומים סביבתיים.

ג. עמימות סיבתית

עמימות סיבתית הינו מצב בו סביר כי המעוול הוא זה אשר גרם בהתנהגותו הרשלנית לנזקו של התובע (יסוד ההתרשלות והנזק של הנתבע הוכחו), ואולם הוכחת יסוד הקשר, עפ"י דיני הראיות הקבילים, אינו מספיק לצורך קיום מאזן ההסתברויות הנדרש לתובע בהליך אזרחי.

¹⁴ הי"ש 12 (דבריה של כב' השופטת נאור)

¹⁵ הי"ש 12 (דבריה של כב' השופטת נאור)

¹⁶ ע"א 7375/02, בי"ח כרמל חיפה נ' עדן מלול (מאתר נבו)

¹⁷ ת"א 1058/94, עדן מלול (קטינה) נ' בית חולים "כרמל" חיפה

¹⁸ בשי"פ 2343/00, כהנא נ' מ"י, פ"ד נד(2), 65 – בפס"ד זה נדונה השאלה האם ניסויים מדעיים אשר ערכה המשטרה במד המהירות (ממל"ז) קודם הכנסתו לפעילות, הן בבחינת חומר חקירה שבו יכול הנאשם לעיין.

¹⁹ ת"א (ח') 732/01, לוי תול ואח' נ' חיפה כימיקלים בע"מ ו-60 אח'; ע"א 7375/02 בי"ח כרמל חיפה נ' עדן מלול; ע"א 1639/01, קיבוץ מעיין צבי נ' יצחק קרישוב, דני"א 6181/11, שירותי בריאות כללית נ' brown and Williamson tobacco corp

עמימות סיבתית יכולה שתהיה ביחס לזהות המזיק, ביחס לזהות הניזוק, ביחס לגודל הנזק וביחס לעצם גרימת הנזק. כל אחד ממצבים אלה הוא עולם ומלואו והפתרון לו יכול להיות שיהיה שונה בין מקרה אחד למשנהו²⁰.

בפס"ד מלול נאמר "סיבתיות עמומה ביחס לזהות הניזוק עניינה מצב בו קבוצת ניזוקים עומדת מול שורה של התנהגויות, שחלקן בנות-אשם וחלקן לא, ואין יודעים מי מהניזוקים ניזוק על ידי ההתנהגות בת-האשם ומי ניזוק על ידי הגורמים האחרים. גם כאן, בשונה מהקטגוריה של עמימות ביחס לגודל הנזק, אין וודאות כי חלק כלשהו מהנזק של ניזוק מסוים נגרם על-ידי נתבע מסוים. אי הוודאות היא בשאלה האם תובע מסוים, להבדיל מכל חבר אחר בקבוצת התובעים, ניזוק על ידי המתרשל, הקושי העולה מהאמור הוא בזיהוי "התובע הנכון"²¹.

המסגרת הרעיונית לעמימות סיבתית תומצתה ע"י השופטת חיות: "הכללים הרגילים שלפיהם מחויב להוכיח את כל יסודות העוולה במאזן ההסתברויות שאם לא כן תדחה תביעתו, עלולים לעורר קושי במצבים בהם התוצאה אינה עולה בקנה אחד עם מטרות דיני הניזקין. מקרים אלו מאופיינים באי וודאות מובנית ביחס להתקיימותו של אחד מיסודות העוולה, אך בית המשפט סבור כי אם לא תימצא דרך להתמודד עם אי הוודאות תוחמץ ההזדמנות לממש את מטרות דיני הניזקין ובכללם הרתעה או צדק מתקן"²².

הגדרה דומה ניתן למצוא במסגרת המצבים אשר ראוי להחיל עליהם את דוקטרינת הנזק הראייתי. עמימות סיבתית קיימת במצבים מגוונים, אשר קיימת בהם אי וודאות לגבי ההליך גרימתו של הנזק הישיר. ואם הערפל סביב הסיבתיות קשורה לאשמת המעוול, ראוי כי ישא בתוצאות מעשיו. הווה אומר נטל ההוכחה יעבור לנתבע אשר גרם לאותו נזק ראייתי.²³

עם זאת, בכמה הקשרים שללה הפסיקה בישראל גישה של "הכל או לא כלום" בנזיקין, והעדיפה מתן פיצוי חלק בדרך הסתברותית או בדרך של אומדנא²⁴. העמימות הסיבתית מצאה את ביטויה בראש נזק אשר הוכתר ע"י בית המשפט בשם אובדן סיכויי החלמה. דוקטרינה זו התקבלה בישראל לראשונה בפרשת פתאח²⁵ שם קבע כב' השופט לוי כי אובדן סיכויי החלמה שנגרם עקב התרשלות יכול להיחשב, כשלעצמו, כנזק בר פיצוי וכי את מידת הסיכון יש לקבוע לפי מבחן עודף ההסתברויות או לפי אומדן. דוקטרינה זו הושארה על קנה גם בדנ"א מלול לאור הצורך לגבש הלכה אחידה וברורה.

²⁰ רועי ששון, **סיבתיות עמומה ונזקים שניוניים: על בעיה חדשה-ישנה ופתרונות אפשריים לה**, משפטים מ"ד, תשע"ד, 271.

²¹ דנ"א 4693/05, **בי"ח כרמל נ' עדן מלול** (מאתר נבו) (דבריו של כב' השופט ריבלין).

²² ה"ש 20 (דבריו של כב' השופט ריבלין)

²³ אלכס שטיין, כיצד נפתור את בעיית הסיבתיות העמומה במשפטי רשלנות רפואית? **הכרעה לפי "מאזן ההסתברויות", אחריות בשל "פגיעה בסיכויי החלמה" ודוקטרינת הנזק הראייתי**, בשולי ע"א 2989/95, **קוונץ נ' מרכז רפואי ספיר – בית חולים "מאיר"**, עיוני משפט כג(3)(יוני 2000) 774-755.

²⁴ ע"א 7375/02, **בי"ח כרמל חיפה נ' עדן מלול** (מאתר נבו)

²⁵ ע"א 231/84, **קופת חולים של ההסתדרות נ' פאתח**

בית המשפט העליון הכיר במקרים בהם קיים קושי מובנה בקביעת הקשר הסיבתי למלוא היקף הנזק (כאשר הוכח כי ההתנהגות העוולתית גרמה לפחות לחלק מהנזק), תהיה חלוקת שיעור הפיצוי בין המזיק והניזוק.²⁶ בכל אותם המקרים פיצה בית המשפט את התובע אשר לא עמד בנטל על דרך האומדנא, הן לעניין עד כמה תרמה ההתנהגות העוולתית לאובדן סיכויי החלמה או לחילופין מה הוא אותו היקף הנזק לו יהיה אחראי המעוול, בשעה שלא ניתן להפריד בצורה חד משמעית את חלקו. בפס"ד ואתורי נקבע ע"י כב' השופט מצא: "ברם, משהוכיחו את הנזק, ואם יעלה בידם להוכיח גם את הפרת החובה, יהיה בידי בית המשפט לקבוע, על דרך האומדן השיפוטי, אם הייתה זו הפרת החובה אשר גרמה לנזק ועד כמה; משמע, שיתכן גם הערכה הסתברותית אשר תוכל לשמש בסיס לחיוב המשיבים רק בחלק מן האחריות וממילא רק בחלק יחסי מן הנזק שנגרם"²⁷

בעניין מלול אומרת כב' השופטת נאור "לא ניתן להוכיח מה היה תהליך הגרימה בפועל, נוכל להסתפק בקיומו של קשר סיבתי הסתברותי לנזק שייקבע על פי ראיות סטטיסטיות או בדרך של אומדנא" וכן "כמו כן עליו להוכיח על פי מאזן ההסתברות, כי בעניינו קיים קושי מובנה של סיבתיות עמומה, דהיינו כי בנסיבות העניין לא ניתן לדרוש ממנו להוכיח קשר סיבתי עובדתי כמקובל על פי "מבחן האלמלא".²⁸

בפרשת מלול נקבעה גם ההלכה בעניין הגברת הסיכון כראש נזק אשר מאפשרת לכאורה לתובע לזכות בפיצוי, ושוב על דרך האומדנא, כאשר אינו מביא ראיה סטטיסטית מדעית להוכחת שיעור הגברת הנזק ע"י המעוול ואף במקרים שבו אותה תוספת הינה מזערית.

גישה זו של בית המשפט העליון זכתה למאמרי ביקורת רבים אשר בחנו את ההלכה, הן לאור הצורך של מערכת המשפט והבאים בשעריה בוודאות משפטית, והן לאור החשש ממדרון חלקלק אשר יביא לריבוי תביעות ואף להתנהגות מתגוננת אצל הנתבע הפוטנציאלי וכך הלאה בשאלות רבות ומגוונות. אחת ממטרות המשפט הינה הכוונת התנהגות וחוסר וודאות זה יכול שיביא לבלבול אשר אינו רצוי כלל ועיקר.²⁹

את חילוקי הדעות היורדים לשורש העניין ניתן לראות בבירור בדיון הנוסף בעניין מלול שם נחלקו הדעות (5 מול 4) ונפסק כי, ככלל, אין להכיר בחריג האחריות היחסית (כחריג לכלל מאזן ההסתברויות) במקרים של סיבתיות עמומה. ואולם הדעות הן בקרב שופטי הרוב והן בקרב שופטי המיעוט נחלקו באשר למקומו של החריג לכלל מאזן ההסתברויות, הווה אומר האם להמשיך ולהכילו, כפי שנעשה עד לאותה עת בהעדר הלכה מוגדרת, ממקרה למקרה תוך חתירה לצדק פרטני או האם ביהמ"ש העליון צריך להוציא תחת ידו הלכה אשר תעביר את הכלל מהמישור של הכלל הבודד, אל המישור הכללי תוך שימוש בדוקטרינת ההטיה הנשנית, אשר מהווה אבן בוחן להמרת הכלל המסורתי של מאזן ההסתברויות בכלל של פיצוי לפי הסתברות.

²⁶ ע"א 423/98, אטד ואח' נ' ויינראוב ואח' (לא פורסם)
²⁷ ע"א 4384/98, ואתורי ואח' נ' בית החולים לניאדו ואח', (מאתר נבו)
²⁸ דנ"א 4793/05 בי"ח כרמל נ' עדן מלול (מאתר נבו)
²⁹ בנימין שמואלי, רון שפירא וקמיל פוקס "הסיבתיות העמומה" – עמומה מדי: על הגברת סיכון, אומדנא ומאזן הסתברויות מחקרי משפט כג (2) 855.

הסכמה מלאה הייתה כי יש לקבוע אחריות הסתברותית רק מקום בו קיימת סיבתיות עמומה – משמע, עמימות מובנית בהוכחת הקשר הסיבתי. לשם כך נדרשים שני תנאים מצטברים: האחד כי, כל אחד מהם יכול להיות קשור לנוק והתנאי השני, לא הוכח מעל 50% כי קיים קשר סיבתי ביחס לכל גורם. די באי התקיימות אחד מהתנאים בכדי שלא ניתן יהיה לקבוע כי קיימת עמימות סיבתית, ויש לשוב ולבחון את הקשר הסיבתי עפ"י מאזן ההסתברויות.

ד. הטיה נשנית (recurring)

הטיה נשנית התקבלה כחריג לכלל מאזן ההסתברויות בדנ"א בפרשת מלול הנ"ל (ברוב דחוק של 5 שופטים כנגד 4 שופטי מיעוט), כאשר גם שופטי דעת המיעוט לא ביטלו אפשרות זו כליל, אלא השאירו אותה בצריך עיון. מחלוקת זו יכולה להצביע על המגמה הכללית, הנוטה לקבל את החריג ואולם נראה כי המקרה הנדון לא היה המקרה המתאים לביסוס ההלכה.

כב' השופט ריבלין קבע בפס"ד את המבחן אשר בהתקיימו ניתן לסטות מכלל מאזן ההסתברויות לטובת הכלל של פיצוי לפי הסתברות במקרים שאינם המקרה הבודד. החריג יכול להתקיים כאשר מתקיימת הטיה נשנית במחלקה מוגדרת של מקרים, הווה אומר המקרה הנדון משתייך למחלקה של מקרים המאופיינים ביצירתם של סיכונים חוזרים ומשותפים כלפי קבוצת ניזוקים ובקיומה של הטיה שיטתית הפועלת לרעת אחד הצדדים המתדיינים באם מחילים את כלל מאזן ההסתברויות על כל אחד מהמקרים.

מהאמור לעיל עולה כי קיימים ארבעה יסודות **מצטברים** אשר חובה שיתקיימו כאשר עולה שאלת קיומה של הטיה נשנית: מזיק, קבוצת ניזוקים, סיכון חוזר ומשותף והטיה עקבית בהחלת כלל מאזן ההסתברויות. במקרים אלה, ניתן יהיה לשיטתו, לחרוג מן הכלל הרגיל של מאזן ההסתברויות ולחייב בפיצוי גם את מי שהסיכוי לכך שגרם נזק בהתרשלותו נמוך למדי.

למעשה, מבחן ההטיה הנשנית שהועלה ע"י כב' השופט ריבלין, סימן פתח של תקווה לתביעות נזיקין עתידיות אשר אינן יכולות לעמוד במבחן מאזן ההסתברויות הקלאסי אלא יועד לטיפול במקרים בהם קיימת הטיה נשנית בהחלת כלל מאזן ההסתברויות לעניין בחינת הקשר הסיבתי העובדתי, בין מעשיו של מזיק מסוים והנזקים הנגרמים לציבור בקבוצה גדולה של ניזוקים, או במקרים של עוולות סדרתיות מהטעם שהחלת עקרון מאזן ההסתברויות הקלאסי יביא, במקרים רבים, לתוצאה שאינה משקפת ותואמת ליסוד דיני הנזיקין תיקון המצב והשבת המצב לקדמותו.

במאמר שפורסם ע"י עו"ד אסף פוזנר³⁰, בעקבות פס"ד מלול, נכתב כי "זכינו למתאבן לקראת הדיון הבא, שיש להניח שלאחר שיגיע לבית-המשפט העליון אף הוא יחייב הרכב מורחב ודיון שיארך מס' שנים" עוד מוסיף עו"ד פוזנר כי בחינת זהות השופטים בהכרעה (שנעשתה ברוב של

³⁰ אסף פוזנר "פסק דין מלול" העתיד העמום" (פורסם בנוב, 2010).

5 מול 4) מגלה כי שופטי הרוב נמנים על השופטים הוותיקים, אשר צפויים לפרוש בשנים הקרובות מכס השיפוט. ומכאן שיש להניח כי סוגיות המשך שיגיעו לבית-המשפט העליון בעתיד, יהיו צפויות להיתקל בהרכב בעל דעות אחרות.

פרופ' אריאל פורת, במאמרו "אחריות הסתברותית לאחר פסק דין מלול", **ספר שלמה מר לוין** 375 (2013)³¹, כתב שמבחן ההטיה הנשנית מביא להטלת אחריות על מזיק במקרים שבהם חשף קבוצת ניזוקים לסיכון, בין על ידי התנהגות עוולתית אחת ובין על ידי שורה של התנהגויות עוולתיות, ובאופן טיפוסי ההסתברות שגרם נזק לכל ניזוק ספציפי היא גדולה מ-50%, או לחלופין קטנה מ-50% (עמ' 387). לדעתו, השופט ריבלין לא הרחיב את מבחן ההטיה הנשנית באופן שיאפשר הטלת אחריות הסתברותית במקרים של זיהוי מראש (מקרים בהם אין ריבוי מקרים ואין הטיה נשנית, אך למזיק יש לעתים אפשרות לדעת בעת שעליו לנקוט אמצעי זהירות, כי במקרה המסוים שלפניו יקשה על הניזוק להוכיח קשר סיבתי), והסיבה נעוצה כנראה בשיקולים של צדק מתקן. אם אין מדובר במקרים חוזרים ונשנים, המזיק עלול לשלם עבור נזק שמרבית הסיכויים שלא הוא גרם. עקרונות הצדק המתקן מחייבים הטלת אחריות נזיקית על מי שגרם נזק, ולא על מי שקיימת הסתברות של למטה מ-50% שגרם נזק (עמ' 388-389).

ה. פרשת מלול והכרעת בית המשפט העליון בדיון נוסף

תחילתה של הפרשה בשנת 1992, עת נולדה עדן מלול בבית החולים כרמל בחיפה. עדן נולדה כשהיא סובלת משיתוק מוחין ומפיגור שכלי ושיעור נכותה עומד על 100%. במהלך התביעה התברר כי אמה של עדן הגיעה לביה"ח לאחר ירידת מים מוקדמת כשהיא בשבוע ה-30 להריונה. בבית החולים החל דימום עקב היפרדות השליה ובשל כך בוצע ניתוח קיסרי. לא הייתה מחלוקת כי הפגות היא גורם משמעותי לנזק, השאלה הייתה מהו שיעור הנזק הנוסף שנגרם כתוצאה מהדימום בעקבות הניתוח הקיסרי. בית המשפט המחוזי קבע כעובדה כי בית החולים התרשל מאחר שהניתוח הקיסרי החל רק כ-45 דקות לאחר תחילת הדימום המסיבי³².

ביהמ"ש קבע שהיו למעשה שני גורמים, אפשריים למצבה של עדן: **הפגות** והסיכונים הנלווים לה **והדימום** ממנו סבלה האם. באשר לדימום, נקבע כי בית החולים נושא בחבות כיוון שהיה עליו לצפות את הסיכון, ולבצע במידי ניתוח קיסרי. בית המשפט חילק את הנזק באופן יחסי בין שני הגורמים וקבע בדרך של אומדנה כי הנתבעים יישאו בשיעור של 40% מהנזק, נוכח האפשרות שמצבה של מלול נגרם עקב הפגות.

משפחת מלול לא הביאה עדויות, הנסמכות על חוות דעות, לעניין הקשר הסיבתי ולעומתם הוכיח ביה"ח, באמצעות חוות דעת כי הנזק – רובו ככולו – נגרם על ידי הפגות ואין באיחור בניתוח הקיסרי כדי להוסיף על הנזק שכבר היה קיים עקב הפגות.

³¹ פרופ' אריאל פורת, במאמרו "אחריות הסתברותית לאחר פסק דין מלול", **ספר שלמה מר לוין** 375 (2013) ת"א 1058/94 **מלול נ' בית-חולים כרמל חיפה** (מאתר נבו) נפסק שמדובר בהתרשלות לאור קביעתו של ביהמ"ש כי ההיריון היה בסיכון גבוה וכי ברשות בית החולים היו כל הנתונים הדרושים כדי לצפות אפשרות של צורך בביצוע ניתוח.

סביר להניח, בשלב זה, כי אם היה נוקט ביהמ"ש בגישה המסורתית של הוכחת הקשר הסיבתי, דהיינו, "הכל או לא כלום" התביעה הייתה נדחית מאחר ומשפחת מלול לא הביאו ראיות לשלול את ההסתברות הסטטיסטית שהפגות ולא הדימוס גרם לנזק.

בדיון בערעור בביהמ"ש העליון לא חלקו הנתבעים על קביעת ביהמ"ש קמא כי התרשלו והדיון התמקד בשאלת הקשר הסיבתי בין העיכוב בניתוח הקיסרי לבין מחלתה של עדן³³ בעניין הסיבתי שררה כאמור עמימות, שכן לא היה ברור אם המחלה נבעה מהרשלנות או מעצם הפגות. בית המשפט העליון אימץ את דוקטרינת הגברת הסיכון בשל הסיבתי העמומה וקבע כי במצב שבו הקשר הסיבתי עמום, ויש כמה גורמים אפשריים לנזק, ולא ניתן להוכיח אף אחד מהם על פי הכלל של מאזן הסתברויות (דהיינו, מעל 51%), אזי ניתן לחרוג מכלל מאזן ההסתברויות בהתקיים תנאים מסוימים ובראשם התנאי שהכלל גורם לאי-צדק בנסיבות. ביהמ"ש קבע כי די להוכיח סיכון ממשי ששיעורו ייקבע בדרך האומדנה.

ביהמ"ש הפחית את השיעור הפיצוי שנקבע בבימ"ש קמא וקבע פיצוי של 20% ולא של 40% ובכך הקל עם התובעים כאשר החיל את מבחני הסיבתי העמומה, אך החמיר עמם בדרך הוכחת שיעור ההסתברות של הסיבתי העמומה, שעה שלא השכילו להוכיח את טענותיהם באמצעות חוות דעת רפואיות בתחום הרלבנטי כאשר יכלו לעשות זאת.

בעקבות הערעור התקיים דיון נוסף, שעסק בשאלת הפיצוי היחסי לפי רמת ההסתברות של גרימת הנזק במקרים של קשר סיבתי עמום.³⁴ בדיון הנוסף הפך ביהמ"ש העליון את החלטתו הקודמת שניתנה בערעור וקבע ברוב דעות של חמישה שופטים כנגד ארבעה שכלל אין להכיר בחריג האחריות היחסית במקרים של סיבתי עמומה. יחד עם זאת, שררה הסכמה בקרב מרבית השופטים כי ייתכנו מקרים חריגים שבהם בית המשפט יטיל אחריות יחסית, אף שהקשר הסיבתי לא הוכח לפי הכלל של מאזן ההסתברויות, אך טיבם של חריגים אלה שנוי במחלוקת.

לדעת כב' השופט ריבלין, שהיה בדעת הרוב, כלל מאזן ההסתברויות אינו מתאים לכל הנסיבות.³⁵ הוא לא פסל את האפשרות ליישם את דוקטרינת האחריות היחסית (פיצוי לפי הסתברות) בדיני הנזיקין, אך לדעתו יש לסייג את יישומה³⁶. לשיטתו, את הנסיבות המצדיקות חריגה מכלל מאזן ההסתברויות לטובת כלל של פיצוי-לפי הסתברות יש לבחון בהתחשב בארבעה יסודות המרכיבים את מבחן ההטיה הנשנית: (1) מזיק (2) קבוצה של ניזוקים (מחלקה מוגדרת של מקרים) אשר יש הסתברות שנפגעו מסיכון דומה (3) סיכון חוזר ומשותף (אשר מקורו במעשה עוולה יחיד או בכמה מעשה עוולה) שאליו נחשפו במצטבר חברי הקבוצה כולה

ע"א 7375/02 בית-חולים כרמל נ' מלול (מאתר נבו) ³³

דני"א 4693/05 בית-חולים כרמל נ' מלול (מאתר נבו) ³⁴

פסי' 9 "יש להבהיר כבר בפתח הדברים כי אין זו, כלל וכלל, שאלה חדשה. העיסוק בה בספרות המשפטית, וכן בפסיקה בארץ ובמדינות אחרות, הוא עתיק ורב. ריבוי הדיונים, יש לציין, לא הוביל מעולם למסקנות חד משמעיות. יותר מכך, ולא פחות חשוב מכך, המחלוקת בסוגיה זו קשה, הגישות רבות וספק רב אם נמצא – אם ניתן למצוא – פתרון כולל הנותן מענה לכלל הבעיות הכרוכות בסוגיה זו". ³⁵

פסי' 8 "עמדתי היא כי אין להתעלם לחלוטין מעצם האפשרות ליישם את הדוקטרינה בדבר האחריות היחסית – פיצוי לפי הסתברות – בדיני הנזיקין... משבאים לבחון אפשרות זו, יש צורך, לדעתי, להגדיר באופן ברור את אמות המידה ליישומה של דוקטרינה זו, ובלשון העתירה, יש "לתת סימנים ברעיון הגברת ההסתברות, לסייגו כהלכה ולהגדירו באופן שלא יחולל זעזוע בשיטת המשפטית כולה". ³⁶

(4) הטיה עקיבה (הטיה נשנית) בהחלת כלל מאזן ההסתברויות עקב קושי לקבוע את הקשר הסיבתי.

כב' השופט ריבלין מציין שכאשר פיזור ההטיה במקרים של סיכון חוזר ומשותף אינו מקרי, החלתו של כלל מאזן ההסתברויות, מביאה לעיוות בהטלת האחריות הנזיקית הראויה ולפגיעה בהשגת מטרות דיני הנזיקין. במצבים אלה, שיקולי צדק מתקן ושיקולי הרתעה ויעילות תומכים במעבר לכלל של פיצוי לפי הסתברות, כניסיון להתמודד עם התוצאות השליליות אשר ייגרמו עקב החלת כלל מאזן ההסתברויות בנסיבות אלה³⁷.

לדעת כב' השופטת פרוקצ'יה הטלת אחריות יחסית, הנגזרת מרמת ההוכחה, מנוגדת למאזן ההסתברויות וסוטה סטייה ניכרת מהרציונאל הפנימי של דין הראיות המגדיר את רמת ההוכחה הנדרשת במשפט אזרחי. לדעתה, ההצעות להטלת אחריות יחסית מביאות לשינוי מהותי בדיני הנזיקין ולמהפך בדיני הראיות, והן בגדר חקיקה שיפוטית בעלת השלכות רחבות היקף אף מעבר לנושאים אלה ועל כן ראוי שהסוגיה תוסדר בחקיקה.

כב' השופט גרוניס קבע אף הוא שאין להכיר באחריות היחסית (במצב של קשר סיבתי עמום), בעיקר מכוון שאינה מתיישבת לדעתו עם ההיגיון הבסיסי של דיני הנזיקין בדבר צדק מתקן, וכן בשל אי ההתאמה לכלל מאזן ההסתברויות שהוא אחד מכלל היסוד בדיני הראיות. לעניין הצעתו של ריבלין למבחן ההטיה הנשנית ציין כב' השופט גרוניס כי יתכן שהתנאים של קבוצת ניזוקים והטיה עקיבה יצדיקו סטייה מוגבלת מעקרון הצדק המתקן אך השאיר זאת בצריך עיון.

כב' הנשיאה בייניש קיבלה את הפתרון שהציע כב' השופט ריבלין במקרים של הטיה נשנית, אך סברה כי מבחן זה מביא לצמצום יתר של האחריות הנזיקית. לדעתה אין הצדקה לחזור מהפסיקה שהכירה בראש נזק עצמאי של אבדן סיכויי החלמה תוך הגבלת הדוקטרינה למקרים שבהם התממש הנזק. לדעתה החריג של פיצוי לפי הסתברות צריך להיות מתוחם באופן שלא ירחיב את האחריות בנוזיקין, שכן, הרחבה כזו עלולה להביא להרתעת יתר מפני פעולות לגיטימיות מבחינה חברתית ולפגיעה לא מידתית בנתבעים שהם מזיקים אפשריים.

כב' השופטת נאור, שהייתה בדעת מיעוט, פסקה כי במקרים שבהם הסיבתיות עמומה, ניתן להצדיק (בתנאים מסוימים) חריגה מהכלל של מאזן ההסתברויות³⁸. בניגוד לדעת השופט ריבלין, הציעה כב' השופטת נאור שפיצוי לפי הסתברות יוצדק גם במקרה היחיד ולא רק במקרה הקבוצתי. לדעתה פיצוי לפי הסתברות מוצדק מטעמים של צדק מתן, צמצום הטעות

³⁷ פס' 23 "כאשר החלתו של הכלל בדבר מאזן ההסתברויות מובילה באופן עקבי לעיוות בהטלת אחריות בנוזיקין ולהכרעות שיפוטיות שגויות, יש בכך משום פגיעה בעקרון הצדק המתקן. הן הטלה חסרה והן הטלה ביתר של אחריות בנוזיקין נוגדת את העיקרון שלפיו על המזיק לפצות את הניזוק בגין הנזק שגם לו בעוולה. הטלה חסרה של אחריות, מונעת את השבת מצבם של ניזוקים זכאים לקדמתו... הדברים יפים, בהיפוך, גם כאשר להטלת יתר של אחריות בנוזיקין עקב הטיה עקיבת לרעת הנתבעים. הטלת אחריות מופרזת כזו מחייבת את הנתבעים באחריות לנזקים שלא גרמו להם בפועל. בשני המקרים, הקשר הדו קוטבי שבין הניזוק לבין המזיק שפגע בו אינו מקבל את ביטוי הראוי מהבחינה של צדק מתקן

³⁸ פס' 43 "לגישתי, ייתכנו טעמים כבדי משקל לחריגה, במקרים מתאימים, מהכלל בדבר מאזן ההסתברויות במצבים של סיבתיות עמומה באשר לעצם גרימת הנזק. לדעתי, במקרים אלה ניתן לפסוק פיצוי יחסי לפי הסתברות, לרבות בדרך האמון.

המשפטית, טיעון הרע במיעוטו ושיקולים נוספים. עם זאת, סייגה השופטת נאור את החלת חריג האחריות היחסית וקבעה שיש להחילו רק בהתדיינות בדיני הנזיקין ורק כאשר מדובר בנזקי גוף.

ניתן לראות כי פסק הדין בעניינה של 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 בו קיימת אי ודאות באשר לנסיבות המקרה. יחד 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 הרבלנטי למשפט, להוכיח את הקשר הסיבתי עקב הסיבתיות העמומה.

על אף כל זאת ביהמ"ש העליון מבהיר כי אם התובע לא יעמוד בחובת ההוכחה הנ"ל הרי שהוא מסתכן בדחיית התביעה משום שהקלה במבחני הסיבתיות אינן פוטרות אותו מדיני הראיות.

ו. האם שונתה הפסיקה בעקבות דנ"א בעניין מלול?

תשעה שופטים ישבו בהרכב בדנ"א מלול, וכמעט כולם כתבו פסקי דין ממצים ומלומדים באופן מיוחד במינו. פסק הדין המחזיק למעלה מ-200 עמודים אך לא ניתן לדלות ממנו הלכה ברורה וחד משמעית.

בפסקי הדין שלהלן ניסיתי להתחקות אחר הילך רוחם של הפוסקים, בערכאות השונות, על מנת לנסות ולהבין לאן נושבות רוחות הפסיקה בעקבות הדנ"א מלול. אציין שמשימה זו לא הייתה קלה כלל וכלל מהסיבה, שככל הנראה, עדיין לא הגיע המקרה להכרעה סופית וחד משמעית בעניין.

ע"א 9213/05 פלוני נ' קופת חולים של ההסתדרות הכללית³⁹
3.2.2011 ניתן ביום

בראשו של המערער התגלה גידול אשר הוסר בניתוח. כתוצאה מהגידול ומהניתוח סובל מערער מתסמונות שונות הקשורות לפגיעה בבלוטת יותרת המוח מפגיעה בראיה ומקשיים קוגניטיביים ופסיכו-מוטוריים. במוקד ההליך עומדת טענת המערער להתרשלות המשיבה שהביאה לאיחור באבחון הגידול אשר מנע את האפשרות לטיפול בגידול בעודו קטן יותר. ביהמ"ש המחוזי קבע, בין היתר, כי המערער סבל מתסמונת פוליאוריה (ריבוי שתן) בנסיבות בהן צריכים היו רופאיו להפנותו לבדיקות הדמיה, אך אלה התרשלו ולא עשו זאת. בסופו של דבר יוחסו למשיבות 40% מסך הנזק. על החלטה זו הוגשו ערעורים מטעם שני הצדדים. הערעורים הוגשו בשנת 2005 אך בהסכמת הצדדים נדחה הדיון בהם עד להכרעה בדיון הנוסף בפרשת עדן מלול.

ביהמ"ש העליון סקר את פסק הדין של המחוזי שקבע ראשית כמסקנה משפטית המיוסדת על דוקטרינת הנזק הראייתי כי בשנת 1994 סבל המערער מתסמונת הקרויה פוליאוריה בנסיבות

³⁹ ע"א 9213/05 פלוני נ' קופת חולים של ההסתדרות הכללית (מאתר נבו)

בהן צריכים היו רופאיו להפנותו לבדיקת הדמיה, אך אלה התרשלו ולא עשו זאת. ביהמ"ש ציין כי ספק אם המערער הוכיח את קיומה של פוליאוריה ברמת הסתברות נדרשת אך מכוון שהמשיבה התרשלה בכל הנוגע לטיב הרישום הרפואי ולהיקפו עבר נטל ההוכחה לכתפה והיא לא עמדה בו. ביהמ"ש המחוזי מגיע למסקנה כי קיים קשר סיבתי בין אי גילוי הגידול לבין עיכוב הטיפול במערער עד לשנת 2000. השאלה אליה נדרש ביהמ"ש האם עיכוב הטיפול אכן גרם נזק, ואם כן מה היקפו. בית המשפט ציין, כי המומחים מסכימים שגידול מסוג זה נמצא במוחו של החולה למצער מלידתו, כי הוא גדל לאורך השנים, וכי ככל שהוא מטופל בשלבים מוקדמים יותר, אף ללא ניתוח, הנזק למטופל קטן יותר. ומנגד ציין, כי אין גרף גידול מקובל, ואין דרך לדעת האם בתקופה הרלוונטית הגידול אכן התרחב ובאיזו מידה. עוד נקבע, כי חלק מהנזק תלוי במשתנים שאינם דווקא גודל הגידול.

ביהמ"ש המחוזי מגיע למסקנה כי "לכאורה על פי המבחנים המקובלים של דיני הראיות, צריכה היתה התביעה להידחות, שכן התובעים אינם יכולים להוכיח מעבר למבחן ההסתברות (51%) כי אכן האיחור באבחון – שהוא הוא ההתרשלות של רופאי קופת החולים – הוא אשר גרם את הנזק לתובע" (פסקה 132). בנקודה זו סקר בית המשפט מספר דוקטרינות משפטיות המאפשרות פסיקת פיצוי בנסיבות של עמימות סיבתית. בסופו של דבר ביסס ביהמ"ש המחוזי את פסק דינו על ההלכה שנקבעה בערעור אזרחי עדן מלול ונקבע (על דרך ההערכה) כי 20% מהנזק יש לייחס לעצם קיומו הלא עוולתי של הגידול (פסקה 140) ביחס ליתר הנזק (80%) נקבע, כי הוא "נגרם ככל הנראה, במידה זו אחרת, דווקא כתוצאה מהאיחור באבחון", כי קיים לגביו "קושי מובנה של סיבתיות עמומה" – לפיכך נפסק בהסתמך על הלכת מלול כי שיעור תרומת הרשלנות של כל הנתבעות בשיעור מחצית (50%) מכלל הנזק אשר נגרם לתובע כתוצאה מן הגידול בראשו, בניכוי אותם 20% שהם המום המולד (פסקה 141).

ביהמ"ש העליון קובע כי בכל הנוגע לקיומה של פוליאוריה כפות המאזניים אינן מאוינות וכי המשיבה, שנטל ההוכחה עבר לכתפה, עמדה בנטל לפיכך הכף נוטה לחובת המערערים. עוד נקבע כי, על פי הראיות, המשיבים לא התרשלו באבחון הפוליאוריה, שעה שקיומה של זו נשלל לגופו. נראה כי המערער לא הציג בפני רופאיו תמונה קלינית שחייבה עריכת בדיקות הדמיה, במאזן ההסתברויות הנדרש במשפט אזרחי.

בנסיבות פסק הדין נקבע כי אין צורך לדון בשאלה המורכבת של התמודדות עם מצבי אי-ודאות סיבתית בעידן שאחרי ביטול הלכת עדן מלול.

ת.א. 7375/05 (מחוזי ירושלים) שפיר נ' שירותי בריאות כללית והמרכז הרפואי "ספיר" ב"ח
"מאיר" – כב' השופט סובל (ניתן ביום 30/10/11)⁴⁰

התובע נפגע בתאונת עבודה בביתו, תאונה אשר גרמה לו לחבלה משולבת בראש ובצוואר. התובעים מייחסים לנתבעים רשלנות באבחון השבר במפרקת באיחור של 11 ימים אשר העצימה את נזקי הנתבע וגרמה לנכותו. ביהמ"ש קובע כי אכן ביה"ח התרשל באבחון שבר המפרקת אך התרשלותם אינה מספיקה להקמת אחריות הנתבעת לנזקי התובעים וכי לא הוכח קשר סיבתי בין האיחור באבחון השבר לבין הנזקים הנטען.

⁴⁰ ת.א. 7375/05 (מחוזי ירושלים) שפיר נ' שירותי בריאות כללית והמרכז הרפואי "ספיר" ב"ח "מאיר" (מאתר נבו)

חובת ההוכחה של הקשר הסיבתי מוטלת על התובעים, אך הם לא הרימו את הנטל ולא הוכיחו את עודף הסתברות תרחישי התהוות הנזק הנטענים על ידם על פני תרחישי התהוות הנזק המוצעים על ידי הנתבעת.

כב' השופט סובול קוב כי, עפ"י דעת הרוב, בדנ"א מלול, ככלל, במקרים של סיבתיות עמומה אין להחכיר בחריג של פיצוי יחסי לפי הסתברות והחריג המצומצם והיוצא מן הכלל בו הכיר ביהמ"ש הוא במקרים של הטיה נשנית, אשר אינו הולם את המקרה שלפניו. זאת ועוד, קובע ביהמ"ש, כי גם פסיקת פיצוי יחסי בהתאם למידת ההסתברות אינה אפשרית, אף לפי דעת המיעוט בדנ"א מלול, אלא במקרה של עמימות מדעית ולא במקרה של מחלוקת מדעית בין מומחים שהגישו חוות דעת לבית המשפט. נקבע כי במצבים של מחלוקת מדעית "על ביהמ"ש להפעיל את הכללים המקובלים המשמשים אותו לשם קביעת מסקנות משפטיות אודות המציאות העובדתית, ובראשם כלל מאזן ההסתברויות, על פי התפיסה לפיה "המוציא מחברו עליו הראיה" (פסקה 16 לפסק דינו של השופט גיזבראן).

ע"א 9344/08 פלוני נ' סהר חברה ישראלית לביטוח
ע"א 9411/08⁴¹
(ניתן ביום 26/08/12)

פסק הדין ניתן על שני ערעורים שהוגשו כנגד פסק דינו של ביהמ"ש המחוזי בירושלים, בגדרו נקבע כי המערער בע"א 9411/08 תשלם למערער בע"א 9344/08 סכום של 944,612 ₪ (בניכוי סכומים מסוימים).

הדיון בביהמ"ש המחוזי התמקד בשאלת הקשר הסיבתי בין התאונה לבין הנזק. הנזק שהוכר בביהמ"ש קמא – נכות רפואית צמיתה משוקללת, המיוחסת לתאונה, בשיעור של 20% בא כתוצאה מייחוס תרומה של מחלת ה-OCD למלוא נזקיו של המערער, בשיעור של 15% נכות שקשורים ישירות למחלת ה-OCD (מחלה נפשית שהתפרצה אצל המערער בסמוך לתאונה), ועוד 4.5% נכות בשל מחלת הסכרת שהתפרצה אצל המערער בשנת 1999 בעקבות אי טיפול ראוי במחלת ה-OCD. המערער ביקש שייקבע כי הקשר הסיבתי העובדתי בין התאונה לבין הנזקים שנגרמו לו הוא בשיעור 100% ולא חלקי בלבד וכפועל יוצא מזה השיג על סכום הפיצוי שנפסק לו ואילו סהר ערערה על הקביעה בדבר אחריותה לנזקיו של המערער ועל שיעור הפיצוי שנפסק לחובתה.

ביהמ"ש העליון מפי כב' השופט מלצר ובסכמת המשנה לנשיא ריבלין וכב' השופט הנדל דחו את ערעורו של המערער וקיבלו בחלקית את ערעורה של חברת הביטוח "סהר".

נקבע כי אין לקבל את טענתו של המערער בדבר הצורך להתחשב במצבו המיוחד, בהקשר של "הגמשת" נטל הבאת הראיות שמוטל עליו. גם בדיני הנזיקין, חל, כידוע, הכלל הרחב של "המוציא מחברו עליו הראיה". לא ניתן "לשחרר" בעל דין מחובתו

⁴¹ ע"א 9344/08 ע"א 9411/08 פלוני נ' סהר חברה ישראלית לביטוח (מאתר נבו)

הבסיסית להראות שנגרם לו נזק בשיעור שהוא טוען לו, ובצורה שהוא גורס שנגרמה לו, גם אם הוא סובל מקושי זה או אחר. ביהמ"ש קובע כי הדברים נאמרים ביתר שאת, ואף פשוט יותר, כאשר אדם מיוצג ע"י עו"ד שמודע לקושי שממנו סובל לקוחו.

לעניין ערעורה של סהר נקבע כי מתן פיצויים בתביעה עפ"י חוק הפלת"ד כרוכה בהוכחת קשר סיבתי בין התאונה לבין הנזק. נהוג לחלק את יסוד הקשר הסיבתי לשני מרכיבים: א. רכיב הקשר הסיבתי העובדתי שבוחן האם התאונה היוותה "סיבה בלעדיה אין" לנזקו של התובע; ב. רכיב הקשר הסיבתי המשפט, שמבוסס על שיקולים שבמדיניות משפטית. לרוב בהקשרים של תאונות דרכים ההכרעה ברכיב זה תיעשה על בסיס "מבחן הסיכון" שבוחן האם הנזק שנגרם הוא "בתחום הסיכון" שהפעילות ברכב יצרה, בשילוב מסוים על מבחן "השכל הישר".

במקרה דנן, נקבע מעבר למאזן ההסתברויות שהתאונה הייתה גורם אחד שתרם לנזק (בצד גורמים אחרים, שאינם מעוולים), ואולם יש אי וודאות – "עמימות סיבתית" – הנוגעת לשאלה, מהו השיעור שבו תרמה התאונה להיווצרות הנזק. שעה שבמקרה זה הוכח מעבר למאזן ההסתברויות, כי התאונה גרמה לחלק מהנזק (להבדיל מדנ"א מלול שם עסקה הפרשה במקרה מסוג אחר של עמימות סיבתית" שבו "העמימות" נגעה להיותו של הנתבע מעוול שגרם לנזק, ולהיותו של התובע מי שניזוק מעוולה) במקרים שכאלה, לא יהיה זה ראוי – רק מאחר שהשיעור המדויק של התרומה לא הוכח – להשית על המזיק חובה של פיצוי מלא של הניזוק, או לחלופין לפטור אותו לחלוטין מפיצוי. על כן שימוש באומדן מסוים הוא יעיל ואפשרי במקרים אלה (אף שניתן להשיג את אותה התוצאה גם בדרכים אחרות, כגון שימוש במבחן של "השוואת אשמים", כאשר יש יותר ממעוול אחד, או באמצעות מעבר למבחן של "גורם מספיק לנזק"). תוצאה זו מתיישבת אף עם פסיקת בימ"ש במקרים דומים של "עמימות סיבתית" מאותו הסוג, ונראה שהגיונה בצידה.

ביהמ"ש מצא כי אין להתערב בפסק דינו של ביהמ"ש המחוזי בכל הקשור לסוגיית הקשר הסיבתי העובדתי הגם שמסקנת ביהמ"ש לשיעור התרומה בין התאונה לבין הנזק שקשור למחלת ה-OCD נעשה על דרך האומדנא. נקבע כי דרך זו אינה פסולה, ונראה שהאומדן הנ"ל נראה מדויק על כל צרכיו, בהתחשב בנסיבות המקרה – שנתמך בחוות דעת מקצועית שהוגשה בנושא, ומעבר לכך הוא נותן מקום נרחב גם לגורמים אחרים שתרמו להיווצרות המחלה.

בנוגע לקשר הסיבתי משפטי נקבע כי לאור הקביעה הנ"ל, אין צורך לדון במפורט בשאלה, האם האירועים שציינה סהר בערעורה מהווים אף הם גורמים ישירים למחלה או לא, די במסקנה כי זוהי אפשרות אחת, שאיננה מעלה ואיננה מורידה מן הקביעה כי אירוע התאונה עצמו תרם להיווצרות חלקית של מחלת ה-OCD.

ביהמ"ש מקבל את עמדתה של סהר בכל הקשור לנזק שנגרם למערער ממחלת הסכרת שממנה הוא סובל. מהטעם שמדובר בנזק "רחוק" שסהר אינה צריכה להיות אחראית לגביו.

ת"א 34924-11-09 בוני נ' גבאי⁴² ימ"ש שלום בראשון לציון - בפני כב' השופטת יעל בלכר – ניתן ביום 5/12/12

התובע הגיש כנגד הנתבע – עורך דין במקצועו, תביעה בגין הפרת הסכם ובעוולה של רשלנות מקצועית. התובע טוען, בין השאר, כי בהתנהלותו של הנתבע, ומשלא הגיש ערעור ואף לא נקט בצעדים לשמור זכות הערעור, הפר הנתבע את ההסכם הפרה יסודית והתרשל התרשל רבתי בביצוע תפקידו כעו"ד.

בין יתר השאלות שעלו לדיון עלו השאלות האם הנתבע התרשל והפר את ההסכם עם התובע, באי הגשת הערעור. אם התשובה לכך חיובית, מתעוררת השאלה, מהו הפיצוי לו זכאי התובע בגין ההפרה או ההתרשלות. דהיינו, מה הנזק שנגרם בגין אי הגשת הערעור והאם הוכח כדבעי.

על מנת שיפסק פיצוי בראש נזק זה של אובדן סיכויים, על התובע להוכיח במאזן ההסתברויות האזרחי. כלומר, יותר מ 50% שרשלנות הנתבע או הפרת ההסכם גרמה לאובדן סיכוי בעל ערך, ולהוכיח את גובהו של סיכוי זה לפי מאזן ההסתברויות. זוהי דרישה, שלמעט מקרים נדירים, לא ניתן לעמוד בה.

התשובה החיובית לשאלה אם באי הגשת הערעור חרג הנתבע מסטנדרט הזהירות והמיומנות הנדרש מעורך הדין הסביר, כמעט ברורה מאליה. הנתבע נשכר ע"י התובע לצורך הטיפול בערעור. הנתבע לא הגיש ערעור על פסק הדין שהפך חלוט, לא פעל כנדרש להארכת המועד להגשת הערעור, לא פעל בשקידה ראויה לנסות ולסיים את העניין בפשרה ולא הצדיק כל טעם שיכול להצדיק התנהלות שכזו. בכך התרשל כלפי התובע והפר את ההסכם בין הצדדים.

לטענת התובע, אילו הוגש הערעור, היה ערעורו מתקבל לפיכך ביקש להסתייע בדוקטרינה של אובדן סיכויי הצלחה ודוקטרינת הנזק הראייתי.

בפני התובע בתביעה מסוג זה ניצב קושי אינהרנטי. עליו להוכיח במידה הדרושה במשפט אזרחי (עודף הסתברויות) כי אילו הוגש ערעור היה הערעור מתקבל. קשה ביותר להוכיח שהסיכוי לזכיה בערעור היה מתממש בפועל, בשיעור של למעלה מ – 50%.

המקובל במקרים מסוג זה, הוא לפסוק פיצויים בגין הנזק של אובדן הסיכוי ואף שהסיכוי להתממשותו נמוך מ – 50%.

ביהמ"ש, מפי כב' השופטת בלכר, מציין כי במסגרת הדוקטרינה של אובדן סיכויים בחוזים (ולטעמו, גם במסגרת אובדן סיכויי החלמה בנזיקין), אין עוסקים בהטלת אחריות בהתאם לגובה הסתברות שהרשלנות גרמה לנזק, תורה שבאופן עקרוני, נדחתה ע"י ביהמ"ש העליון בדנ"א מלול להבדיל ממקרים של סיבתיות עמומה, שבהם לא ברור מי גרם לנזק, הפיצוי בגין אובדן הסיכוי ניתן כאשר הוכח במידה הדרושה

⁴² ת"א 34924-11-09 בוני נ' גבאי (מאתר נבו)

במשפט האזרחי, שרשלנות הנתבע גרמה לאובדן סיכוי בעל ערך. לפיכך, אין בהלכת מלול כדי לגרוע מתוקפה של הדוקטרינה של פיצוי בגין אובדן סיכויים. יתר על כן, שופטי הרוב בעניין מלול התייחסו במפורש לדוקטרינה של אובדן סיכויי החלמה והבהירו כי נותרה על כנה⁴³. נקבע כי גם אם היה מקום לסברה שהלכת מלול סתמה את הגולל על האפשרות לפסוק פיצוי בגין אובדן סיכויים בשל הפרת הסכם (וביהמ"ש איננו סבור שכך), עסקינן בקטגוריה של מקרים שמצדיקה חריגה מהכלל הרגיל של מאזן ההסתברויות, כפי שהוגדרה על ידי כב' השופט ריבלין. לשיטתו מוצדק לחרוג מהכלל הרגיל של הוכחה לפי מאזן ההסתברויות וליישם כלל של פיצוי לפי הסתברות, במקרה של הטיה נשנית שאיננה מצויה במישור הפרטני של המקרה הבודד, בהתקיימותם של ארבעה יסודות: מזיק, קבוצת ניזוקים, סיכון חוזר ומשותף והטיה עקבית בהחלת כלל מאזן ההסתברויות. תביעה על הפרת הסכם או ברשלנות כנגד עורך דין שהתרשל באי הגשת ערעור במועד, מקיימת את הדרישות הנ"ל, בשל הקושי האינהרנטי הטבוע בערעור ובהליכים משפטיים, שכמעט ואינו מאפשר לתובע להוכיח שהערעור היה מתקבל בהסתברות של מעל 50%.

ביהמ"ש מאריך את סיכויי הערעור וקובע כי סיכויי הזכיה המשוקללים שאבדו לתובע עומדים על שיעור של סך של 48% מהנזק שנגרם לו ופוסק לטובת התובע, בין היתר, 48% מהסכום ששילם בפשרה.

ת"א 1214/06 (מחוזי ת"א) פלוני קטין ואח' נ' מדינת ישראל משרד הבריאות – כב' השופטת דליה גנות (ניתן ביום 03/03/13)⁴⁴

הוריו של קטין טוענים כי עקב רשלנות בניהול הלידה, נולד הקטין במצב של כחלון, נזקק לחמצן ונותר עם הפרעה אוטיסטית. התובעים טוענים לקיומו של קשר משפטי סיבתי עובדתי ומשפטי בין הלידה הקשה והטראומטית לבין איבחון של התינוק כאוטיסט.

בין יתר השאלות שבחן ביהמ"ש נבחנה שאלה האם יש לסטות מכללי מאזן ההסתברות ולפנות למבחן ההטייה הנשנית?

כב' השופטת גנות דחתה את הטענה משום שהתובעים לא הוכיחו, גם לא באמצעות חו"ד, מאזן ההסתברות של למעלה מ- 50% כנדרש, קיומו של קשר סיבתי בין אירועי הלידה לבין האוטיזם בו לוקה הקטין.

לעניין מבחן ההטיה הנשנית קובעת כב' השופטת גנות, כי התובעים כשלו בהוכחת תביעתם, לא משום קיומה של "עמימות סיבתית" באשר למיחות הגורמים למחלת האוטיזם, שכן לא קיימת כל עמימות אלא חוסר ידע. ורצונו של ב"כ התובעים ליתן קביעה רפואית מדעית היא איצטלה משפטית, אשר משמעותה, קביעה בדבר קיומו של קשר סיבתי, אשר טרם הוכח אך לדעתו אין ספק כי יוכח בעתיד. ועל כן דעתה היא כי במקום שאין מדובר בעמימות סיבתית כי אם בחוסר

⁴³ פסק הדין של כב' השופט ריבלין וכב' הנשיאה ביניש. לדעת שופטי המיעוט, ממילא רצויה גם הרחבת הדוקטרינה למדרה של עמימות בקשר הסיבתי.

⁴⁴ ת"א 1214/06 (מחוזי ת"א) פלוני קטין ואח' נ' מדינת ישראל משרד הבריאות. (מאתר נבו)

ידע, יש להעדיף את היציבות במשפט על פני העדפתו של תובע פרטי, במיוחד כאשר מבוקש ליצור יש מאין ולקבוע, כי בעתיד, יוכח קיומו של קשר סיבתי.

על פסה"ד הוגש הערעור הנ"ל.

ע"א 2617/13 פלוני נ' מדינת ישראל – משרד הבריאות⁴⁵

(ניתן ביום 06/12/2015)

ערעור על פסק דינו של ביהמ"ש המחוזי בתל-אביב אשר דחה את תביעת המערערים – הריונה הראשון של המערערת הסתיים בניתוח קיסרי עקב CPD. בהיות התינוק כבן שנה הוא אובחן כאוטיסט. תביעתם של המערערים התמקדה בטענה לקיומו של קשר סיבתי בין הלידה הקשה והטראומטית וניהולה הרשלני לבין אבחון זה והשלכותיו.

ביהמ"ש קבע כי לא נפל פגם בהחלטה המקורית לבחור באפשרות של לידה וגינאלית אך יחד עם זאת, נקבע כי הצוות הרפואי התרשל במעקב אחר התקדמות הלידה ובניהולה, אך לא הוכח קשר סיבתי בין התרשלות זו לבין הנזקים הנטענים. לפיכך נדחתה התביעה.

ביהמ"ש העליון, מפי השופט הנדל, ובהסכמת השופט שהם והשופטת ברון, דחה את הערעור בקובעו כי לא עלה בידי המערערים להוכיח את קיומו של קשר סיבתי בין האוטיזם לבין הלידה הרשלנית במידת הוכחה הנדרשת דהיינו, בשיעור העולה על 50%. ביהמ"ש קובע כי גם לא נמצא קשר ישיר בין הפרעות סב-לידתיות לבין האוטיזם.

טענת המערערים לקבלת פיצוי יחסי – להבדיל מ"הכול או לא כלום" – באמצעות מבחן ההטיה הנשנית שהותווה כאחד החריגים לכלל הבסיסי של מאזן ההסתברויות נבחנה ע"י ביהמ"ש.

כב' השופט הנדל סוקר את דעת הרוב ואת דעת המיעוט בדנ"א מלול וקובע כי בנסיבות הלכת מלול נקבע כי התשתית הראייתית הקיימת לא מאפשרת לקבוע האם המזיק-הנתבע חשף במדיניותו או בדרך התנהלותו הרשלנית קבוצה של ניזוקים לסיכון הנדון. במילים אחרות, נקבע כי לא הוכח מבחן ההטיה הנשנית באופן המצדיק פיצוי לפי הסתברות.

נקבע כי גם אם תתקבל, כנקודת מוצא, טענת המערערים לפיה קבוצת הניזוקים היא כלל החולים האוטיסטיים, המערערים לא הוכיחו קיומו של סיכון חוזר ומשותף לאוכלוסייה מסוימת הנגרם כתוצאה ממצוקה נשימתית. בהקשר זה יוזכר כי לטענת המערערים, ישנם מחקרים המעידים על קשר בין מצוקה עוברית לאוטיזם – ואולם אפילו היה הדבר נכון במונח של קשר סיבתי (סיבה ומסובב), הרי נקבעה קביעה פוזיטיבית בפסק הדין כי לא הייתה מצוקה עוברית כי אם מצוקה נשימתית קלה בלבד. גם יסוד ההטיה העקבית לא הוכח. בהקשר זה נדרש להוכיח כי על פני קבוצת המקרים השייכים ל"מחלקה" הנטענת, מאזן ההסתברויות "מעדיף" באופן עקבי את אחד הצדדים בכל הנוגע לשאלת קיומה או היעדרה של זיקה סיבתית.

⁴⁵ ע"א 2617/13 פלוני נ' מדינת ישראל – משרד הבריאות (פדאור 15(62) 864

עוד קובע ביהמ"ש כי המערערים לא עמדו גם בדרישות דעת המיעוט בהלכת מלול. נראה כי בענייננו אין מדובר בשני גורמי סיכון הידועים כגורמים המסוגלים לגרום לנזק – האחד כרוך באשם והאחר לא. בתיק זה ידוע מעט מאוד על הקשר בין הפרעות הסב-לידתיות לבין אוטיזם. בפרט, לא ניתן לקבוע כי המצב שבו נולד הקטין בנסיבות המקרה (כיחלון ומצוקה נשימתית) עלול לגרום לאוטיזם או להביא להתפרצותו. על רקע זה מובנת קביעת בית המשפט קמא לפיה אין מדובר בעמימות מובנית כלל, אלא בחוסר ידע.

סיכומו של דבר, המערערים לא הוכיחו קשר סיבתי במאזן הסתברויות ואף לא צלחו את משוכת מבחן ההטיה הנשנית. לפיכך אינם זכאים לפיצוי מלא, ואף לא לפיצוי יחסי בשיעור הסתברותי.

ת.א. (חי') 972/00 מיכאל עצמון נ' חיפה כימיקלים בע"מ – כב' השופט עדי זרנקין

(ניתן ביום 17/6/2013)⁴⁶

לעניין הסיבתיות העמומה הכרעה יחסית והטיה נשנית נקבע כי – לדעתו של כב' השופט זרנקין הדיון בעניין זה הינו בעל ערך תיאורטי גרידא, שכן על פי ההלכה הנוהגת כיום, לא שונתה ההלכה מקדמת דנא, שקשר סיבתי בנזיקין, ובכלל זה בתביעות סביבתיות, יש להוכיח על פי מאזן ההסתברויות, ומי שלא עלה בידו להוכיח, בהסתברות העולה על חמישים אחוז, כי ישנו קשר סיבתי בין העוולה הנטענת לבין נזקו, לא תצלח תביעתו.

לטעמו קיימת אי בהירות באשר לשאלה, האם חריג ההטיה הנשנית נתקבל על דעת שופטי הרוב בדיון הנוסף בעניין מלול, אך בכל מקרה מבחן ההטיה הנשנית אינו מתאים למקרה נשוא תביעה זו, משום שלא הוכחו כל תנאיו. בראש ובראשונה, קיומו של מזיק טרם נתבררה וגם קיומה של קבוצת ניזוקים לא הוכח, משום שהתובעים לא טענו כאילו המדובר בקבוצה, וכאילו תביעתם מבוססת על טענות סטטיסטיות-אפידמיולוגיות. וגם לגופו של עניין, אין המדובר בקבוצה בעלת מאפיינים זהים, שכן מדובר באנשים שרמת החשיפה שלהם למי הקישון הנה שונה, נעשתה בתקופת שונות, ואף באזורים שונים, והם אף חלו במגוון מחלות השונות אלו מאלו.

גם התנאי השלישי בדבר קיומו של סיכון חוזר ומשותף אינו מתקיים. נתברר בדיון כי גורמי הסיכון הנטענים אינם מהווים, בצורת החשיפה שבה נחשפו אליהם התובעים, כגורמי סיכון למלות השונות נשוא התביעה. ועל כן במצב דברים זה שבו הראיות המדעיות שהובאו אינן מבססות כל עיקר את הטענה כי החומרים הרלוונטים, בצורת החשיפה אליהם נחשפו התובעים, מהוות גורם סיכון למחלות השונות בהן הם לקו, לא ניתן לדבר על "סיכון חוזר ומשותף" העומד בבסיס מבחן ההטיה הנשנית.

ת"א 6496/04 עזבון המנוחה פלונית ואח' נ' ביה"ח סורוקה⁴⁷ – כב' השופטת מיכל וולפסון (ניתן ביום 17/10/13).

⁴⁶ ת.א. (חי') 972/00 מיכאל עצמון נ' חיפה כימיקלים בע"מ (מאתר נבו)
⁴⁷ ת"א 6496/04 עזבון המנוחה פלונית ואח' נ' ביה"ח סורוקה (מאתר נבו)

התובעים טענו כי מותה של בתם נגרם כתוצאה מרשלנות רפואית של הטיפול באם לפני הלידה, בתהליך הלידה, ובתינוקות לאחר הלידה.

לא הייתה מחלוקת בין המומחים ממה נפטרה התינוקת. 2 חוות הדעת שהוגשו ע"י התובעים סתרו, בשלב מסוים, האחד את השנייה מה שהוביל את ב"כ הנתבעת לטעון בסיכומיו לסיבתיות עמומה לעניין הקשר הסיבתי.

התביעה הוגשה עפ"י עוולת הרשלנות והתיק התנהל בעיקרו תוך פרק הזמן שבין שני פסקי הדין בעניין עדן מלול. הסוגיה שנבחנה הייתה האם יש מקום לפצות במקום שלא ניתן להשיב על השאלה של הקשר הסיבתי בין מעשה המעוול לתוצאה לפי מאזן ההסתברויות, בכך או לא, אלא רק באופן יחסי.

כב' השופטת וולפסון מציינת כי הפסיקה בעניין הדנ"א מלול צמצמה את המקרים בהם ניתן לפצות על אחריות יחסית בנסיבות של סיבתיות עמומה וכי תיק זה לא נכנסה לגדר המקרים שדעת הרוב קבעה שניתן בהם להשתמש בדוקטרינה של אחריות יחסית המכונים מקרים של "הטיה נשנית". כב' השופטת קובעת כי על פי הראיות יש קושי בקביעת הקשר הסיבתי מבחינת דיני הנזיקין בין סיבת המוות, שידועה, לבין התנהגות עוולתית – קושי אשר נעוץ ביותר מאשר צומת אחד, בכל אחת משלוש חוות הדעת. בחינת נסיבות המקרה אינו מצביע על כך שניתן לסווג כנופל למקרים של הטיה נשנית על פי ארבעת היסודות שנקבעו בדנ"א מלול ע"י השופט ריבלין בדעת הרוב. ולא הובאו מיטב הראיות שניתן להביא כפי שנאמר ע"י השופטת נאור, בדעת המיעוט (סעיף 29 לפסה"ד).

מי שלא הצליחו התובעים לתת את התוצאה של הקשר הסיבתי בלעדיו אין, על פי מאזן ההסתברויות, אלא לכל היותר רכיב אחד במארג, גם לפי הטיעון של דבר מוליד דבר, אשר מוביל לכל היותר לאחריות יחסית בנקודת הזמן ובהעדר ביסוס בתשתית ראייתית של החלופה של הטיה נשנית, לא ניתן לקבוע כי יש קשר סיבתי בין אותה התנהלות לפטירה. התביעה נדחתה.

על פסה"ד הוגש ערעור לביהמ"ש המחוזי

ע"א 10411-12-13 – עזבון המנוחה פלונית נ' ביה"ח סורוקה בפני כב' השופטת שרה דברת,
השופט אריאל ואגו וכב' השופט יעקב פרסקי – ניתן ביום 25/12/14⁴⁸

ערעור על פסק דינו של ביהמ"ש השלום בב"ש, בו נדחתה תביעה לפיצויים בשל רשלנות רפואית אשר הביאה למותה של הקטינה בשעה ה – 96 ללידתה בבית החולים סורוקה.

ביהמ"ש, מפני כב' השופטת דברת, מקבל את הערעור וקובע כי, משנקבע ע"י בימ"ש קמא, כי בית החולים התרשל, היה בכך להעביר את הנטל לביה"ח להוכיח, כי אין לרשלנות זו קשר סיבתי למותה של התינוקת.

⁴⁸ עא (ב"ש) 10411-12-13 עזבון המנוחה פלונית נ' ביה"ח סורוקה (מאתר נבו)

נקבע כי בימ"ש קמא לא דן בשאלת העברת נטל הראייה וסבר, כי נטל הראייה להוכחה, מוטל על המערערים. ומשהוסק כי נטל הראייה מוטל על בית החולים, אותו ספק שנקבע גם ע"י בימ"ש קמא, פועל לטובת המערערים. לפיכך נקבע, כי התנהלות רופאי בית החולים בעת הטיפול בתינוקות לאחר התפרצות הזיהום בדמה מקימה את עוולת הרשלנות, שכן הוכח כי נהגו ברשלנות, עת לא התייעצו עם רופאי המחלקה למחלות זיהומיות, ומאחר ובית החולים לא עמד בנטל שהועבר אליו להוכיח, כי אין קשר סיבתי בין רשלנות זו למותה של התינוקת.

ביהמ"ש אומר, כי לאחר וגם לשיטת המערערים, גם אם היתה התינוקת מקבלת את הטיפול המיטבי לאחר התפרצות הזיהום, היה בכך כדי לשפר את סיכויי החלמה שלה אולם לא היה בכך כדי להבטיח את החלמתה.

ביהמ"ש קובע כי הפסיקה הכירה בעבר באובדן סיכויי החלמה שנגרם עקב התרשלנות כנזק בר פיצוי במקרים, בהם אין לדעת באם הטיפול הרפואי אכן היה מונע את הנזק שנגרם לניזוק, או שמא לא היה בו כדי להועיל, על ביהמ"ש להעניק פיצוי ההולם רק את אובדן סיכויי החלמה, וזאת גם הסיכוי שאבד בעקבות התרשלנות גדול מ – עפ"י דעת השופט ריבלין (ס' 49) ודעת הנשיאה בייניש (ס' 3) בדנ"א מלול. הערעור התקבל והדיון הוחזר לביהמ"ש לקביעת גובה הנזק, תוך קביעת סיכויי החלמה שהיו לתינוקת.

ת"א 16689-12-08 חסידוב ואח' נ' מועצה איזורית מטה אשר ואח' - כב' השופט ד"ר מנחם רניאל (ניתן ביום 08/12/13)⁴⁹

נדחתה תביעת התובעת לעניין נזקים אשר נגרמו לנכס שבבעלותה בעת ביצוע עבודות ביוב. נפסק כי די בתרחיש ששרטטה התובעת כדי להפיג את העמימות הראייתית לה היא טוענת.

"הסיבה המכרעת" לקרות הנזק נקבעת על פי אמות מידה משפטיות, אשר במרכזן עומדים שלושה מבחנים חלופיים: מבחן הצפיות, מבחן הסיכון ומבחן השכל הישר. בנסיבות לא הוכחה רשלנות, הכוללת נזק שנגרם עקב התרשלנות התובעים, ולכן אין כאן "גולגולת דקה". התובעת לא הוכיחה את יסודות עוולת הרשלנות, אך עם זאת נשאלה השאלה אם במקרה דנן ראוי להטיל אחריות נזיקית הסתברותית על המועצה ופלגי מים.

ביהמ"ש קובע, על סמך דעת הרוב, בדנ"א מלול, כי על מנת שבית המשפט יסטה מהמבחן הרגיל של מאזן ההסתברויות ויפסוק פיצוי לפי הסתברות, נדרש להוכיח את ארבעת היסודות של מבחן ההטיה הנשנית: מזיק, קבוצת ניזוקים, סיכון חוזר ומשותף והטיה עקבית בהחלטו של כלל מאזן ההסתברויות.

מבחן ההטיה הנשנית מביא להטלת אחריות על מזיק במקרים שבהם חשף קבוצת ניזוקים לסיכון, בין על ידי התנהגות עוולתית אחת ובין על ידי שורה של התנהגויות עוולתיות, ובאופן טיפוסי ההסתברות שגרם נזק לכל ניזוק ספציפי היא גדולה מ – 50%, או לחלופין קטנה מ 50%.

⁴⁹ ת"א 16689-12-08 חסידוב ואח' נ' מועצה איזורית מטה אשר ואח' (מאתר נבו)

ביהמ"ש קובע כי בעניינה של התובעת לא מתקיים מבחן ההטיה הנשנית. התובעת לא רק שלא הצביעה על קיומה של קבוצת ניזוקים, אלא הדגישה בסיכומיה את ייחודיות הנכס שלה. כפי שנקבע בדנ"א מלול, גישה המבקשת לפצות לפי הסתברות על סמך מקרה בודד, משמעה הטלת אחריות על נתבעים שיש סיכוי גבוה שלא גרמו כלל לנזק, וזאת לא ניתן לקבל.

ע"א 1415/13 ל.ב. נ' היינץ רמדיה בע"מ – מפי כב' השופטים עמית, ארז ונאור ניתן ביום 22/07/14⁵⁰

ערעור על פס"ד מחוזי, בגדרו נקבע כי לא הוכח כי נזקיה של המערערת הסובלת מאפילפסיה מסוג ESES (הגורמת לרגרסיה תפקודית לאחר תקופה של התפתחות תקינה), נגרמו עקב צריכת הפורמולה הצמחית הפגומה של "רמדיה".

ביהמ"ש מפי השופט עמית בהסכמת המשנה לנשיא נאור והשופטת ברק ארז דחו את הערעור וקבעו כי המערערים לא הסתמכו על חוות דעת מומחים מטעמם. המערערים לא הוכיחו כי המערערת סבלה מחסר בתיאמין, ולא הוכח שבזמן החשיפה לחסר, המערערת סבלה מתסמינים שניתן לקשור אותם לחסר בתיאמין. ועיקרו שלדבר, הרגרסיה בהתפתחותה של המערערת החלה כשלוש שנים לאחר שהפסיקה לצרוך את הרמדיה הפגומה. הדבר מעיד על העדר קשר סיבתי בין צריכת הרמדיה לבין הנזק.

בנוגע לטענה כי היה על ביהמ"ש לנקוט במבחן ההטיה הנשנית על פי הלכת עדן מלול, ולפסוק לזכותם פיצוי לפי הסתברות. נטען כי ישנו מזיק אחד (רמדיה), קבוצת ניזוקים (ילדים שצרכו את הפורמולה), וסיכון חוזר משותף (חוסר בתיאמין ובעיות התפתחות) ועל כן יש להחיל את מבחן ההטיה הנשנית. נקבע כי בהיעדר עמימות סיבתית נוכח המסקנה החד-משמעית השוללת קשר סיבתי למצבה של המערערת, ממילא אין להדרש למבחן ההטיה הנשנית שכל כולו בא לפתור סוגיה של עמימות סיבתית. כפי שציין המשנה לנשיאה השופט ריבלין בפסק דינו בעניין מלול, על התובע להוכיח על פי מאזן ההסתברות, כי בעניינו קיים קושי מובנה של עמימות סיבתית עמומה, דהיינו, כי בנסיבות העניין לא ניתן לדרוש ממנו להוכיח קשר סיבתי עובדתי. לא זה המקרה שבפנינו.

שנית, המודל של ההטיה הנשנית חל מקום בו המזיק יוצר סיכון חוזר ונשנה כלפי קבוצה של אנשים וקיימת הטיה עקבית בהחלת הכלל של מאזן ההסתברויות, קרי, הנתבע או התובע תמיד זוכים. המערערים לא עמדו ביסוד הרביעי של המבחן (הטיה שיטתית בהחלתו של כלל מאזן ההסתברויות) ולא הראו כי בסוג זה של תביעות שהתנהלו כנגד רמיה, קיים קושי מובנה לתובעים להוכיח את תביעתם, לרבות יסוד הקשר הסיבתי.

שלישית, מבחן ההטיה הנשנית מתאים למקרים בהם הנתבע הגביר את הסיכון של התובע לחלות או להינזק מנזק מהסוג שאירע לו בפועל. אין חולק כי הפורמולה הפגומה גרמה נזקים

⁵⁰ ע"א 1415/13 ל.ב. נ' היינץ רמדיה בע"מ מאתר נבו

קשים, ולעיתים אף מוות, לתינוקות שצרכו את הפורמולה, אך לא הוכח כי הגבירה את הסיכון לחלות באפילפסיה לגבי תינוקות שהחסר לא השפיע עליהם או שהשפיע עליהם בצורה מינורית.

משנפסק כי די בכל אלה כדי לדחות את הטענה לתחולת מבחן ההטיה הנשנית לא נדרש ביהמ"ש לקשיים עיוניים ומעשיים הנוגעים למבחן זה, כמו מהי רמת ההפשטה הנדרשת לצורך יישומו, למשל, לשם זיהוי קבוצת הניזוקים. ביהמ"ש מציין כי הדיון במבחן ההטיה הנשנית נעשה מנקודת הנחה כי מבחן זה הוא בגדר הלכה מחייבת. אולם השאלה אם אכן מדובר בהלכה מחייבת אינה חד משמעית.

ת"א 1190-07 (א' ש' (קטין) ואח' נ' מדינת ישראל – מרכז רפואי סוראסקי (איכילוב) (מחוזי באר שבע) בפני כב' השופט שלמה פרידלנדר – (ניתן ביום 01/02/15).⁵¹

תביעה בגין רשלנות רפואית בטיפול בתובע, שנולד פג, אשר גרמה לכאורה לשיתוק מוחין ממנה הוא סובל.

בית המשפט קיבל תביעת רשלנות רפואית, בקובעו כי הצוות הרפואי התרשל באי ניטור וויסות כראוי של רמת הפחמן הדו-חמצני בדמו של התובע ביממות הראשונות בחייו. נכוח שיעורם הנמוך של פגים הלוקים במחלת החומר הלבן של המוח, וסמיכות הזמנים בין שעות החשיפה לבין התפתחות המחלה יש להכיר בקשר סיבתי בין ההתרשלות לנזק.

בהתאם לחו"ד נקבע כי הגם שהפגות מייצרת "סיכון רקע" למחלתו של התובע – יש לתלות את המחלה, מעבר למאזן ההסתברות, בהתממשותו של הסיכון המיוחד הרלבנטי בענייננו, אשר הודגם בפועל – הוא ההיפוקרביה. תמיכה נוספת בקשר הסיבתי ניתן למצוא בחזקת הנזק הראייתי המובנה. ההתרשלות, בהוספת תרחיש גרימה אפשרי של הנזק, יצרה עמימות סיבתית, ובכך הכשילה את הניזוק בתביעתו נגד המעוול. נקבע כי משהוכחו התרשלות ונזק – עדיף כי ספק שקול בקשר הסיבתי ייזקף לחובת המעוול שגרם לכאורה לנזק, ולא לחובת הניזוק התמים.

לדעת כב' השופט פרידלנדר "חזקת הנזק הראייתי המובנה משכנעת יותר מן ההסתניגויות ממנה. השפיטה רוויה בספיקות שנטליהם מוקצים לפי "מאזן הנוחות". יישומה של החזקה מוצדק, מקל וחומר, בהשוואה לחזקת הרשלנות בנזק שנגרם על ידי גברים מסוכנים שבשליטת הנתבע, בהינתן קשר סיבתי ונזק, חרף ספק בהתרשלות. אם החזקה מוצדקת לגבי הגורם, שלא בטוח שהוא מעוול – מדוע לא תהיה מוצדקת לגבי מעוול, שלא בטוח שהוא הגורם? חזקת הרשלנות בעמימות סיבתית מקובלת בהקשר של שני גורמים עולתיים מדוע לא תיושם, אפוא, לגבי גורם עולתי וגורם טבעי, כבענייננו ובהקשרים רפואיים רבים? עמימות סיבתית ברפואה היא בגדר "הטיה נשנית" המכרסמת בהרתעה הנזיקית מפני רשלנות רפואית. כמודגם בפיצויים עונשיים ובתובענות ייצוגיות, חיוב המעוול בפיצוי מוצדק אף בחריגה וודאית מן הנזק שנגרם לתובע. אין מדובר, למעשה, על העברת הנטל בלבד – אלא על הרחבת האחריות בנזיקין. לאור האמור, ובשים לב להקטנת הנזק המצרפי הכרוכה בהעתקתו מין הניזוק התמים, החשוף

⁵¹ ת"א 1190-07 (א' ש' (קטין) ואח' נ' מדינת ישראל – מרכז רפואי סוראסקי (איכילוב) (מאתר נבו)

לנזקים משניים, אל המוסד הרפואי האחראי לעוולה ולמבטחו, שהם בגדר 'מונע יעיל', 'כיס עמוק' ו'מפזר עדיף' – אני סבור כי הרחבה זו ראויה"⁵²

ע"א 4351/14 פלוני נ' קופת חולים של הסתדרות הכללית של העובדים בארץ ישראל⁵³
ניתן ביום 08/11/2015

המערער נולד במהלך ניתוח קיסרי ביום 25.9.1979, על ידי רופאי המשיבה, לאחר שאמו המערערת 2 אושפזה בבית חולים שבבעלות המשיבה, עקב ירידת מים (פקיעה מוקדמת של מי שפיר). בשנת 1992 אובחן המערער כסובל מהפרעה התפתחותית נרחבת (PDD) לא טיפוסית, וכבעל פיגור בינוני. בשנת 2000 הגישו הוריו של המערער לבית המשפט המחוזי תביעה כנגד המשיבה. בתביעה טענו ההורים, בין היתר, להתרשלות מצד המשיבה בביצוע הלידה; לקשר סיבתי בין התרשלות זו לבין הנזקים שנגרמו למערער; ולקיומו של נזק ראייתי המונע מהם להוכיח את דבר ההתרשלות, והמתבטא בחסרונו של תרשים המוניטור אשר בו תועדה הלידה.

בבית המשפט המחוזי – בגלגולו הראשון של התיק – לאחר ששאלת האחריות הופרדה משאלת הנזק, נקבע כי המשיבה לא התרשלה במהלך הלידה, וכי לא הוכח קשר סיבתי בין מצבו הקליני של המערער לבין אירועי לידתו. בנוסף, נקבע כי על תביעתם של ההורים חלה התיישנות, הואיל וחלפו 20 שנה מיום גילוי מצבו הבריאותי של המערער, ועל כך לא חלקו המערערים.

בערעור, התהפכה הקביעה במובן מסוים, ונקבע כי המשיבה התרשלה במהלך הלידה, בכך שחרגה מאמות המידה המקובלות ומרמת הזהירות המצופה מרופא סביר. כן נקבע כי המשיבה התרשלה בכך שלא שמרה את הרשומות הרפואיות המקוריות, ובפרט את תרשים המוניטור, ובכך גרמה למערער נזק ראייתי כבד. משכך, קבע בית המשפט כי נטל הבאת הראיה יועבר אל כתפי המשיבה להוכיח שלא התרשלה. עם זאת, לאחר שבית המשפט עמד על שרשרת הקשרים הסיבתיים בתיק זה והכריע בהם, נותרה שאלה אחת להכרעה, והיא הקשר הסיבתי בין התרשלות המשיבה למצוקה שהתרחשה במהלך הלידה. לשם כך הוחזר התיק לבית המשפט המחוזי, שכן שאלה זו לא נבחנה בפסק דינו. יצוין, כי לשאלת הקשר הסיבתי שבין המצוקה לבין מצבו הקליני של המערער נדרש בית משפט זה על בסיס חוות דעת מומחית מטעם המשיבה, ד"ר מטרני, אשר קבעה הסתברות לכך בשיעור של 10%. הצדדים חלקו על הפרשנות שיש ליתן לקביעה זו של בית המשפט; לטענת המשיבים, בית המשפט קבע, על סמך חוות הדעת, כי הוכח הקשר הסיבתי ברמת הסתברות של 10%, ולטענת המערערים, נקבע כי המשיבים אחראים ל-10% מן הנזק שנגרם למערער.

בבית המשפט המחוזי – בגלגולו השני של התיק – לאחר ההלכה שהתקבלה בדנ"א מלול, נקבע כי הואיל ושאלת הקשר הסיבתי בין המצוקה העוברית לבין מצבו של המערער הוכרעה לפי שיעור ההסתברות שהוצב בחוות הדעת של ד"ר מטרני (10%), והואיל

⁵² שם – סעי' 31 לפסה"ד
⁵³ ע"א 4351/14 פלוני נ' קופת חולים של הסתדרות הכללית של העובדים בארץ ישראל (אתר נבו)

ושיעור זה אינו עומד בכלל מאזן ההסתברויות שנקבע בהלכה להוכחת התביעה, אין להידרש עוד לשאלת הקשר בין ההתרשלות למצבו של המערער דהיום. לפיכך, נדחתה התביעה.

ביהמ"ש העליון נדרש לשאלה האם עניינה של חוות הדעת בשאלת הקשר הסיבתי, או שמא עניינה בקביעת גובה הנזק בו חבה המשיבה לנוכח מצבו של המערער כיום.

ביהמ"ש העליון קיבל את הערעור (ברוב דעות השופטים ברק-ארז וג'ובראן כנגד דעתו החולקת של המשנה לנשיאה (רובינשטיין) והתיק הוחזר לביהמ"ש המחוזי.

השופטת ברק ארז – המערערים טענו שהצוות הרפואי התרשל במתן פיטוצין למערערת, התרשלות אשר גרמה להתכווצויות יתר של הרחם (טטניה) וכתוצאה מכך נגרמו למערער לקויות שונות. התביעה נדחתה. בפסק הדין בערעור הראשון נקבע כי המשיבה התרשלה במתן הפיטוצין והדין הוחזר לביהמ"ש בשאלה האם התרשלות המשיבה היא שהובילה לאירועי הטטניה. ביהמ"ש המחוזי נמנע מלהכריע בשאלה זו, גם בפעם השניה, בטענה כי לא יהיה בכך כדי לסייע למערערים, נוכח השינוי שחל בהלכה בעקבות הדנ"א בעניין מלול.

המומחית מטעם המשיבה כתבה בחוות דעתה כי היא "מעריכה את הנכות הנפשית של התובע בשיעור של 100%.. ומתוך זה, 10% בגין תרומתה האפשרית של המצוקה הרפי-נטלית לעיכוב בהתפתחות של התובע". המחלוקת הנוכחית בין הצדדים, נסבה על שאלה, שאינה מתחום דיני הנזיקין אלא מתחום דיני הפרשנות, מה קבע פס"ד בהתייחס לחו"ד המומחית מיטראני? האם נקבע בו שקיים קש"ס של 10% בין המצוקה בלידה לבין הנזק (כטענת המשיבה) או שמא כי 10% מסך כל הנזקים שמהם סובל המערער מקורם במצוקה בלידה (כטענת המערערים).

נקבע כי עיון בפסק הדין במלואו מוביל למסקנה שבימ"ש זה התייחס לחוות הדעת ככזו שעוסקת בשאלת הנזק, ולא בשאלת הסיבתיות והדבר עולה הן מלשונו של פסק הדין בערעור בחלקים האופרטיביים שלו והן מהקשר בו הוזכרה ההכרעה הצפויה בדנ"א מלול. כב' השופטת ברק קובעת כי בשלב הזה לא יכול להיות מקום לפתוח ולבחון מחדש את השאלה למה בדיוק התכוונה המומחית בעת שכתבה את חוות הדעת וכי האחריות לכך שהמומחית לא נחקרה על חוות דעתה רובצת לפתחה של המשיבה ועל כל ככל שיוכח כי התרשלות המשיבה היא זו שגרמה למצוקה (לאירועי הטטניה) המערער יהיה זכאי לפיצוי בשיעור 10% מנזקו.

השופט ג'ובראן – פסק הדין בערעור מתייחס לחו"ד ככזו העוסקת בקיומו של נזק בשיעור של 10% מכל הנזקים שנגרמו למערער. שגיאת ביהמ"ש המחוזי הוא בכך שיישם את הלכת דנ"א מלול על שאלת הקשר הסיבתי שלא נדרש לה – בין אירוע הטטניה לבין נזקו של המערער – ובשל כך דחה את התובענה מבלי להדרש לשאלת הקשר הסיבתי שהופנתה אליו.

המשנה לנשיאה רובינשטיין (בדעת המיעוט) (נותן את משנתו לאור קביעתו של כב' השופט ריבלין – על אף שהיה בדעת המיעוט בדנ"א מלול) קובע כי טיעונם של המערערים שובה לב כאשר הם נאחזים בניסוחים מסוימים של פסק הדין בערעור בכדי להטות את הדיון והכף אל עבר הנזק בלבד. ואולם, עיון מעמיק באמור ואחיזת השור בקרניו מלמדים, בלא ספק, כי חוות הדעת נדרשה לקשר הסיבתי בין המצוקה העוברית לבין נכותו של המערער, והיא מוערכת בשיעור של 10%. עפ"י ההלכה שנקבעה בדנ"א מלול, בוטל הכלל של פיצוי עפ"י הסתברות במקרים של עמימות בהוכחת הקשר הסיבתי, והכלל הנוטר הוא של הוכחה עפ"י "מאזן ההסתברויות" דהיינו, 51% - בין ההתרשלות לנזק הנטען, למעט מקרים חריגים. מקרה זה אינו עומד בנטל הנדרש להוכחת התביעה, לנוכח שיעור ההסתברות של 10% שהוצב בחוות הדעת שבמחלוקת כאמור.

ע"א 3900/14 ל.ד. נ' המרכז הרפואי הלל יפה ומשרד הבריאות (ניתן ביום 02/12/15)⁵⁴

ערעור וערעור שכנגד על פסק דינו של ביהמ"ש המחוזי במסגרתו התקבלו חלקית טענותיה של המערערת. המערערת עברה שני ניתוחים להסרת גידול סרטני בבלוטת התריס, במהלכם נפגעו כל בלוטות יותרת בלוטת התריס של המערערת ונגרמה לה ירידה קיצונית ברמת הסיידן בדם. ביהמ"ש המחוזי קבע, בהסתמך על חו"ד רפואיות, כי סיכויי ההצלחה של השתלת הבלוטה, לו הייתה מבוצעת, הם 50%. המערערת זכאית לפיצוי רק בגין אותם סיכויי החלמה שנגרעו כתוצאה מההתנהלות הרשלנית, כלומר פיצוי עבור 50% מנזקה בלבד.

ביהמ"ש העליון קובע כי למערערת נגרם נזק במהלך הניתוח הראשון אך לא הוכחה התרשלות מצד המשיבים.

בניתוח השני הוכחה התרשלות והשאלות העיקריות היו – האם טעה ביהמ"ש קמא בכך שהעריך את סיכויי החלמה ב – 50%? ובמישור המשפטי – בהנחה שסיכויי החלמה אכן גבוהים יותר, האם יש לפסוק פיצוי מלא או פיצוי יחסי, על פי הפגיעה בסיכויי החלמה?

ביהמ"ש מתחיל עם דוקטרינת "אובדן סיכוי החלמה" הקובעת כי במקרים בהם סיכויי החלמה של חולה נפגעו כתוצאה מהתרשלות, הוא יהיה זכאי ל פיצוי יחסי בהתאם לגובה הסיכויים שאבדו (או הופחתו). דוקטרינה זו הורתה בהלכת פאתח והיא השתרשה בפסיקה הישראלית ובדנ"א מלול אושרר תוקפה של הדוקטרינה ונקבע כי היא תוסיף לעמוד על כנה. ביהמ"ש מציין כי יש הרואים בהלכה זו צעד אחד מתוך מגמה רחבה יותר של מעבר מפתרונות קצה של "הכל" או "לא כלום" אל עבר משטר דיוני גמיש וראוי יותר אך הובהר כי הלכה למעשה לא מדובר בראש נזק עצמי של אובדן סיכויי החלמה (כפי הלכת פאתח), אלא בהטלת אחריות יחסית, המאפשרת פיצוי יחסי הסתברותי במקרים של עמימות סיבתית. כלומר, דוקטרינה זו מאפשרת, במקרים מסוימים, לפסוק לטובת הניזוק פיצוי בהתאם להסתברות שמעשיו של הנתבע הם שגרמו את הנזק⁵⁵.

⁵⁴ ע"א 3900/14 ל.ד. נ' המרכז הרפואי הלל יפה ומשרד הבריאות (מאתר נבו)
⁵⁵ עניין מלול, פסי' 36-37 לפסק דינו של המשנה לנשיאה א' ריבלין.

השופט ריבלין ציין כי בעקבות פסק הדין בעניין מלול, המקרה של אובדן סיכויי החלמה הוא המקרה היחיד שבו ניתן לפסוק פיצוי הסתברותי מבלי להידרש להוכחת קיומה של "הטיה נשנית". טעם נוסף להחלת דוקטרינה של פיצוי הסתברותי דווקא במקרים של רשלנות רפואית, הוא מכוון שהנזק שנגרם במקרים אלה הוא נזק גוף, והדבר מעצים את הקושי להותיר את הניזוק בלא פיצוי כלשהו. בעניין מלול מציינת השופטת נאור "נזק גוף בלתי מפוצה הוא הקרקע החזקה ביותר ליישום שיקול הצדק המתקן לטובת הכרה בחריג של פיצוי לפי הסתברות".

השופט עמית מציין כי לצד התפתחויות אלה, דומה כי הדיון בגבולות ובהיבטים מסויימים של הדוקטרינה טרם מוצה. ברקע הדיון, עומדת ההכרה בכך שבמקרים מסויימים פיצוי יחסי עשוי לסייע להגיע לתוצאה ראויה יותר, הן מבחינת שיקולים של צדק מתן וצדק חלוקתי והן מבחינת יעילות ההרתעה כאשר מן הצד השני עומד הצורך בהצבת גבולות ברורים לדוקטרינה המאפשרת פיצוי יחסי, מחשש לערעור יסודות הדין הנזיקי⁵⁶. על כך יש להוסיף כי הרחבתן של דוקטרינות המאפשרות פיצוי יחסי עלולה לייקר בצורה משמעותית את עלויות ההתדיינות המשפטיות ולהאריך את משכן, שכן ביהמ"ש יידרש לקבוע בכל מקרה את שיעור ההסתברות במקום להסתפק בקביעה בינארית בהתאם לכלל מאזן ההסתברויות.

לדעתו של השופט עמית טרם נאמרה המילה האחרונה. אין ספק כי פסק הדין בעניין מלול חיזק וביצר את האפשרות לפסוק פיצוי יחסי במקרים של אובדן סיכויי החלמה. ובנוסף לכך תרם לחידוד הרציונאל הניצב בבסיס הדוקטרינה, ואין תימה שבעקבות פסק הדין חלו שינויים והתפתחויות שסייעו לעצב את גבולותיה, אך נוכח התפתחויות אלה, ישנן סוגיות שטרם נדונו באופן יסודי, וגם המלומדים שעסקו בנושא מציינים כי המצב המשפטי לאחר עניין מלול אינו ברור.

דעתו נוטה לעבר הגישה המאמצת את עקרון הא-סמטריות במובן זה שפגיעה בסיכויי החלמה בהסתברות של מעל 50% תוביל לפיצוי מלא (דעת השופטת נאור בדנ"א מלול)⁵⁷, ולצד זאת, לא תזכה את התובע בפיצוי כלשהו בגין פגיעה בסיכויי החלמה זניחים.

נקבע כי ביהמ"ש קמא שגה בכך שהעריך את אבדן סיכויי החלמה ב – 50% בלבד, בעוד שהנתונים שהובאו בפניו העידו על הסתברות גבוהה להצלחת ההשתלה. בנסיבות, ולנוכח עמדתו של השופט עמית, בדבר היקף תחולתו של כלל הפיצוי היחסי במקרים של אובדן סיכויי החלמה, נפסק כי המערערת זכאית לפיצוי מלא בגין הנזק שנגרם לה.

השופטת חיות והשופט פוגלמן מסכימים עם גישתו של השופט עמית, לפיו מקום שבו הוכח כי ההתרשלות גרמה לאובדן סיכויי החלמה בשיעור על העולה על 50% אין מקום לפיצוי יחסי, והניזוק זכאי למלוא הפיצוי.

⁵⁶ יפים לעניין דבריו של המשנה לנשיאה א' ריבלין בעניין מלול: "המרת הכלל המסורתי של מאזן ההסתברויות על תוצאתו הבינארית, בכלל של פיצוי לפי הסתברות, ללא מבחן תוחם ראוי, תוביל לפריצת גבולות בלתי-רצויה אשר תפגע בהגשמת מטרותיו של הדין [...] (פסי' 12 שם)

⁵⁷ שם, פסי' 118 ופסי' 99 לפסק דינה.

ת"א 42367-10-12 עזבון ע"ב ואח' נ' הראל חב' לביטוח בע"מ – בפני כב' השופט אור אדם, סגר
הנשיאה. ניתן ביום 16/01/17⁵⁸

הסוגיה אליה נדרש בית המשפט במסגרת התיק הנדון, נוגעת לבחינת קיומו של קשר סיבתי בין
תאונת דרכים, למוות שארע ארבעה חודשים לאחר מכן.

המנוחה עברה תאונת דרכים ביום 1.6.11. ביום 17.6.11, עברה המנוחה אירוע מוחי, שיש
הסכמה כי קיים קשר סיבתי בינו לבין התאונה. ביום 25.9.11 עברה המנוחה אירוע מוחי, שאין
הסכמה אם קיים קשר סיבתי בינו לבין התאונה. בעקבות האירוע השני, נפטרה המנוחה ביום
5.10.11.

המחלוקת המרכזית בין הצדדים, היא בדבר קיומו של העדר קשר סיבתי בין המוות, לבין
תאונת הדרכים. סוגיית הקשר הסיבתי היא סוגיה רפואית מובהקת. לשם כך מינה ביהמ"ש 3
מומחים בתחומים שונים – כל חוות הדעת אחידות במסקנה, לפיה אין קשר סיבתי בין התאונה
לבין המוות.

למרות זאת טענו התובעים, כי ההכרעה בעניינים שברפואה מסורים בידי ביהמ"ש ולא בידי
המומחה הרפואי.

ביהמ"ש אומר, נראה כי למרות "השורה התחתונה" בכל שלוש חוות הדעת, אין המסקנה
מתחייבת מהקביעות המקצועיות של המומחים. ממכלול הנתונים עולה קשר אפשרי ואפילו
סביר בין הפסקת הקומדין בעקבות התאונה להתדרדרות ברמת ה – INR לפני האירוע המוחי
השני. אכן, אין הדבר נקי מספקות. ישנה אפשרות בעלת משקל של ממש, כי המנוחה, שגם לפני
התאונה לא היתה מאוזנת ברמת ה – INR תקופה ממושכת לא הצליחה להתאזן לאחר חידוש
הקומדין מאותן עילות כמו לפני התאונה. עם זאת, במשפט אזרחי אין הכרח בהוכחה ברמה
גבוהה, ודי בעמידה במאזן הסתברויות של 51% בלבד. נראה כי התובעים עמדו בנטל מינימאלי
זה.

ביהמ"ש מציין כי בפרשת עדן מלול, בדנ"א, נדונה הסוגיה של הכרעה הסתברותית במקרים של
סיבתיות עמומה. בית המשפט היה ער לכך כי במקרים מעין אלה, מתקומם חוש הצדק כנגד
ההכרח בהכרעה בינארית, כך או כך. עם זאת, מצא ההרכב המורחב בדעת רוב, שלא לשנות את
הכלל הבסיסי של רמת ההוכחה הנדרשת. למעט במקרים חריגים של הטייה נשנית.

כב' השופט ריבלין הדגיש בדעת הרוב, כך: "אין לחדד כי במקרים של עמימות סיבתית, יש
לעיתים בהחלט כלל מאזן ההסתברויות כדי לאתגר את תחושת הצדק. אולם תחושה זו אינה
חזות הכל והיא עלולה, לטעמי, להטעות. לא כל המקרים של עמימות סיבתית מצדיקים חריגה
מכלל מאזן ההסתברויות. על פני רוב המקרים הנדונים, כלל ותיק זה הוא כאמור המוצדק
והראוי ביותר. חריגה ממנו מצריכה טעמים חזקים. טעמים אלה ניתן למצוא על ידי הרחבת

⁵⁸ ת"א 42367-10-12 עזבון ע"ב ואח' נ' הראל חב' לביטוח בע"מ

נקודת המבט ואיתור הטיה נשנית. ודוק: לא מדובר בדוקטרינה המסירה את הקושי בכל המקרים שיש בהם עמימות סיבתית, או המפיגה תמיד את אי הצדק שעלול לנבוע מאי הוודאות. דוקטרינה כזו, חוששני, אין בנמצא ויעידו על כך הניסיונות המגוונים להתחקות אחריה..." (שם פסקה 44 לפסה"ד של כב' השופט ריבלין).

דעת המיעוט, מפי כב' השופטת דאז מרים נאור, ביקשה להכיר בפיצוי יחסי במקרים של סיבתיות עמומה, על רקע ההצדקות של מתן צדק מתקן, הרתעה, צמצום עוצמת הטעויות המשפטיות ויצירת תמריצים לגילוי האמת.

כב' השופט רובינשטיין, שהצטרף לדעתה, הוסיף במילותיו הציוריות "המציאות האנושית והמשפטית, גם בתחום הנזיקין, לא אחת אינה שחור ולבן אלא גוני אפור. עשיית צדק מחייבת לעתים גמישות שאינה אפשרית בדגם הבינארי".

נקבע כי בעניינו, נדמה כי מדובר במקרה קלאסי של סיבתיות עמומה. המציאות איננה שחור ולבן, וכך גם מצבה של המנוחה לפני התאונה. העדר האיזון ברמת ה INR אצל המנוחה, גרם לאירוע השני שהביא למותה בטרם עת. אולם העילה לאותו העדר-איזון איננה ברורה. יתכן כי ראוי היה לסייג את הלכת עדן מלול, לפחות לגבי מקרים בהם הסיכוי לקשר סיבתי טובב סביב מאזן ההסתברויות. בעניין עדן מלול, היתה קביעה ברורה לפיה הסיכוי לקשר סיבתי בין הרשלנות לבין הנזק הוא פחות מ – 50%. בעניינו, למרות השורה התחתונה בכל שלוש חוות הדעת, איש מהמומחים לא התחייב לאחוזי סיכוי מסוים של קשר בין התאונה למוות. נוכח כל האמור לעיל, נקבע כי קיים קשר סיבתי בין התאונה למות המנוחה.

ת"א 34231-07-10 ד.נ.י ואח' - שלום הרצליה בפני כב' השופטת אירית מני-גור (ניתן ביום 1/3/17)

התובעת הגישה כנגד הנתבעים תביעה מכח חוק הפיצויים לנפגעי תאונות דרכים. בכתב התביעה נטען, כי התובעת הייתה עובר ברחם אמה, עת הייתה אמה מעורבת בתאונת דרכים. המחלוקת בין הצדדים נגעה בשאלה האם התסמונת "פולימיקרוגיריה" ממנה סובלת הקטינה, הינה תוצאה של טראומה שחוותה התובעת כעובר ברחם אמה, או שמא תסמונת זו היא תולדה גנטית אשר אין לה כל קשר לתאונה.

המחלוקת בין הצדדים הסתכמה במחלוקת משפטית גרידא. האם בנסיבות התביעה דנן, ניתן ללמד "גזירה שווה" ולהחיל את דוקטרינה "האחריות היחסית" בדומה למקרים אחרים שנדונו בפסיקה.

ביהמ"ש קובע כי משלא נחקר המומחה מטעם ביהמ"ש ולא זומן לחקירה, חוות דעתו היא הראיה המקצועית היחידה העומדת בפני ביהמ"ש, היא ברורה אמינה ומקצועית ועל כן יש לאמצה. בחוות דעתו קבע המומחה כי יש לייחס 25% מהנזק לאירוע התאונה ו – 75% לפגם גנטי.

על מנת להוכיח את הקשר הסיבתי צריכה היתה התובעת להרים את נטל הראייה בשיעור העולה על 50%, במקרה זה היתה זוכה התובעת בפיצוי על מלוא נזקה, או כפי שכונתה דוקטרינה זו "הכל או לא כלום".

לאורך השנים, הכירה הפסיקה במספר חריגים לכלל מאזן ההסתברויות, החריג השלישי, שהוא החשוב לעניין זה, הוכר בהלכת מלול, והוא האפשרות לסטות מן הכלל של "מאזן הסתברות", בהתקיים מספר תנאים. האחד – יש להוכיח כי הנתבע התרשל וכי ההתרשלות הינה גורם מסכן לנזק הספציפי. השני – סוגית הקשר הסיבתי שרויה בעמימות מובנית. והשלישי כי גורם הסיכון העולתי הוא משמעותי ואינו זניח או מזערי.

ביהמ"ש מפי כב' השופטת מני גור, דוחה את התביעה וקובע כי במקרה דנן מדובר בסיבתיות עמומה ביחס לעצם גרימת הנזק, בדומה להלכת מלול⁵⁹. בדומה לפרשת "מלול", כך במקרה שלפנינו, קיימת סיבתיות עמומה מובנית מחמת קושי טכנולוגי לקבוע אם התאונה (היא הגורם בר-אשם), גרמה לנזק כלשהו. גם השופטת נאור שצידדה בסטיה מן הכלל "הכל או לא כלום" בהלכת מלול, במקרה של עמימות סיבתית ביחס לעצם גרימת הנזק, מסייגת מקרים אלה לחריגים ביותר. הגורם ההרתעתי הקיים ברשלנות רפואית, איננו רלוונטי בתיקי תאונות דרכים בענייננו, וכפי שקבעה כב' הנשיאה⁶⁰ "את חריג האחריות היחסית, אני מציעה להחיל, לעת הזו, רק ביחס להתרשלות ביחס לנזקי גוף". ובעמ' 696 בסעיף 113: "כשלעצמי, לא הייתי מגבילה את תחולת חריג האחריות היחסית למקרים של רשלנות רפואית בלבד. חריג האחריות היחסית עשוי לחול, למשל גם בתביעות בגין זיהום סביבתי".

נקבע כי במקרה דנן לא הוכחה "הטיה נשנית", יתרה מכך, גם על פי הקריטריונים של דעת המיעוט לא היה מקרה זה "נופל" בגדר החריגים העשויים להתקבל. אין מדובר בהתרשלות, אין מניע הרתעתי, אין מדובר בגורם סיכון משמעותי ביותר, אין סיכון חוזר.

"דומה, כי סטיה מכלל מאזן ההסתברות ביחס ל"קשר הסיבתי לגרימת הנזק" בתביעות על פי חוק הפלת"ד, הינה חדשנית, קיצונית, איננה נזכרת בחריגים שבהלכה הפסוקה, ועלולה להוביל ל"מדרון חלקלק" בתביעות פלת"ד. לא ניתן להחיל על תביעה על פי חוק הפלת"ד את ההלכות והחריגים שנקבעו בענייני התרשלות רפואית או לא רפואית.

לאור החלטת הרוב בדיון הנוסף בפרשת מלול, לא בשלה העת להחיל "סיבתיות עמומה" באשר לעצם גרימת הנזק, בתביעות פלת"ד, כאשר אין לדבר על עוולת התרשלות כלשהי, ו/או "הטיה נשנית".

ביהמ"ש מסיים בדבריו של כב' השופט רובינשטיין בדנ"א מלול, המתאר את רחשי לב ביהמ"ש במקרים קשים כגון אלה: "ואמנם כן, דומה כי השופט היושב על מדין בנזיקין, יודה, כי מקום שלפניו תובע שנזקו גדול וסבלו רב, מידת הרחמים מצויה בלבו, ועל כן מנסה הוא לא אחת לפשר

⁵⁹ בהתאם לביאור שביארה כב' הנשיאה, השופטת נאור: "יצוין כי סיבתיות עמומה ביחס לעצם גרימת הנזק עלולה להתעורר כאשר כבעניין מלול, יש גורם סיכון בר אשם וגורם סיכון שאינו בר-אשם (טבעי) ולא ידוע אם בכלל גורם הסיכון העולתי גרם לנזק כלשהו" (שם, סעיף 42 עמ' 643).

⁶⁰ שם עמ' 695 לפסק הדין

ולהשיג ולאו פיצוי מה [כך במקור], זאת גם אם המישור המשפטי הבינארי, שהוא מעריך על פי חומרי התיק, עלול בסופו של יום להוליד תוצאת אפס ולא מאה בשל המורכבות⁶¹.

ז. משפט משווה

בארה"ב, כאשר מדובר במקרה הפשוט של עמימות סיבתית, הנוגע לשאלה אם המזיק גרם או לא גרם לנזק, המבחן המהותי הוא מבחן הסיבה שאין בלתי (But-For Test). עם זאת, במקרים מסוימים בתי משפט בארה"ב פיתחו פתרונות שיפוטיים נוספים למצבים אלה. במקרים מסוימים כאשר יסוד ההתרשלות הוכח וכאשר התובע השקיע את מירב המאמצים בהבאת הראיות, בחרו בתי משפט לרכז את הנטל המוטל על הנתבע.⁶² הקלה זו התבטאה באופן שבו מושבעים לעתים הונחו להסתפק בשאלה אם מדובר בגורם מהותי (Substantial Factor) לגרימת הנזק בשונה מהשאלה אם מדובר בגורם ממשי לנזק,⁶³ או כאשר רטוריקת בית המשפט הייתה מלווה בנטייה כללית לטובתו של התובע משיקולי מדיניות.⁶⁴ במקרים מצומצמים השתמשו בתי המשפט ב"חזקת סיבתיות" (Causation Presumption of) כאשר היה מדובר במקרים שהוגדרו כרשלנות Per Se, לפיהם בעת ההתרשלות הפר הנתבע סטנדרט סטוטורי של זהירות או הוראת בטיחות.⁶⁵

סוגיית הגברת הסיכון, במיוחד בנוגע לאחריות למוצרים וחשיפה לרעלים (Toxic Substances) היא אחד הנושאים הבולטים ביותר בפסיקה ובכתביה האקדמית האמריקנית. סקירת תחום זה והתפתחותו רחבה. בתי משפט פיתחו משטרי אחריות למיניהם ומבחני סיבתיות כדי לקבוע את היקף האחריות ואת התקיימותה.⁶⁶ עם זאת על אף הגמישות והיצירתיות שגילו בתי המשפט, הכלל המנחה את הניתוח הסיבתי הוא עדיין כלל הסיבה שאין בלתי (But – For Test).⁶⁷

דוקטרינת אבדן הסיכוי החלה להתגבש כאחד הפתרונות הבולטים למקרים אלה בנוגע לרשלנות רפואית, ופיצוי בגין אבדן הסיכוי קיבל תמיכה רבה בשנים האחרונות בבתי משפט בארה"ב.⁶⁸ כך, בתי המשפט ביותר מ 20 מדינות הכירו באבדן סיכוי נזק עצמאי בר פיצוי.⁶⁹ על

שם עמ' 750 לפסק הדין ⁶¹
p.3d 23, 400 Saelzler v Advanced Group; Dana B. DOBBS, The Law of Torts s 173, at 1143 ⁶²
(421 (2000); Mayhue V. Sparkman, 653 N.E 2d 1384 (Ind 1995
RICHARD A. Epstrine; Cases and Materials on Torts 465-466 (8th ed. 2004) Wex S. Malone, ⁶³
(Ruminations ov Cause –in-Fact, 9 Stan. L. REV. 60, 94-97 (1956
(Kwasny V. United States, 823 F.2d 194 (7 th Cir. 1987 ⁶⁴
Graham v. Am Cyanamid Co., 350 F.3d 496 (6 th Cir. 2003); Zuchowicz v. United States, 140 ⁶⁵
(F.3d 381, 390-391 (2d Cir. 1998
(Golden v. CH2M, 528 F 3d 681' 683 (9 th Cir. 2008 ⁶⁶
David E. Bernstein, Getting to Causation in Toxic Tort Cases, 74 ⁶⁷
(Brook. L. Rev. 51 (2008-2009
Joan Diamond, CASES And Materials on Torts (American Casebook Series and Other ⁶⁸
Coursebooks), 242-250 (2001); Matsuyama v. Birnbaum, 890 N.E.2d 819' 832 (Mass 2008); Lord v
Lovett, 770 A.2d 1103 (N.h. 2001); Alberts v. Schultz, 975 P. 2d 1279 (N.M. 1999); jorgenson v.
(Venver, 616 N.W.2d 366 S.D. 2000

פי ה – Restatements (Third) of Tort, רוב בתי המשפט שהכירו באבדן הסיכוי כנוק עצמאי, הגבילו את עילת התביעה למקרים של רשלנות רפואית.⁷⁰ נוסף על כך גובשו שלושה תנאים להפעלת הדוקטרינה: (א) קיום מערכת חוזית הסכמית בין המטופל לרופא או למוסד המטפל; ⁷¹ (ב) ראיות אמפריות סבירות בנוגע להסתברות לאומדן הסיכוי שאבד; (ג) התובע לא יוכל להוכיח במאזן ההסתברויות את הקשר הסיבתי.

ניתן להניח שהשיקולים המרכזים בהגבלות שבפסיקה בארה"ב נוגעים בעיקר לשיקולי פיזור הנזק המתעוררים לרוב בתביעות רשלנות רפואית כנגד חברות ביטוח רשלנות רפואית.⁷² במקרים אלה הנזק ממוקד יותר וישנם סיכויים פחותים שהנזק נובע מגורמים אחרים; נתונים אמפיריים סבירים ואמינים זמינים לרוב בענף הרפואה, וכן מערכת יחסים ישירה ואישית של הסכמה והתחייבות נוקשה בין הרופא למטופל. זאת ועוד, הגבלת עילה זו רק למקרים שבהם סיכויי המקוריים של התובע עמדו על פחות מ – 50%, מונעים למעשה מאדם אשר צלח את מאזן ההסתברויות וקיבל פיצוי על נזקו, לתבוע שוב ובנפרד פיצוי על הפגיעה בסיכוי עצמו.

באנגליה, המקרה המפורסם בעניין Gregg v. Scott הוא אמנם האסמכתה העיקרית לדחיית דוקטרינת אבדן סיכויי ההחלמה על ידי בית הלורדים,⁷³ אך גם בה וגם במדינות אחרות ב – Commonwealth, הכירו בפיצוי על אבדן סיכוי בנוגע לתביעות נזק כלכלי טהור אשר נגרם ברשלנות.⁷⁴

בהקשר זה מעניינת עמדת מערכת המשפט האוסטרלית. שם אמנם טרם נדרש בית המשפט העליון להכריע בעניין מבחינה עקרונית, אך בשורה של מקרים משנת 2004 ואילך,⁷⁵ פסיקת פיצוי על אבדן סיכוי החלה לצבור תמיכה במגוון ערכאות,⁷⁶ ולא רק במקרים של רשלנות רפואית. בעניין Burton,⁷⁷ לדוגמה, נקבע כי על המדינה לשלם פיצוי על אבדן סיכוי לשוטר אשר לקה במצוקה פוסט-טראומטית לאחר אירוע ירי. בית המשפט קבע כי על המדינה לפצות

⁶⁹ Tory A. Weigand, Loss of Chance in Medical Malpractice: A Look at Recent Developments, 70 DEF. (2003) 301. J. COUNSEL שום דרישה מהותית שצריכה לאפיין את הסיכוי שאבד (לדוגמה, Lord v. Lord; (LA.App.2001) Herbert, (V. Parker (N.H.2001) 1103 A.2d 770 נגרם נזק ממשי כלל. במדינות אחרות נדרש שהפגיעה בסיכוי תהיה פגיעה "מהותית (Substantial) . במדינת קנזס נקבע, לדוגמה, שפגיעה של 10% היא פגיעה מהותית אם היא הסתיימה במוות, ובמקרה מוקדם הרבה יותר, פסק בית המשפט העליון בווינגטון, אשר הלך באותה דרך, ש-14% הם פגיעה בסיכוי במידה מספקת לפיצוי בגין הפגיעה בסיכוי. ראו, לדוגמה, Herskovits v. Group Health Co-op. of Puget Sound 664 (Pipe v. Hamilton 56 P.3d 823 (Kan.,2002) .p.2d 474 (wash. 1981)

⁷⁰ (Restatement (Third) of Torts: Phys. & Emot.Harm s 26 cmt.n (2010)
⁷¹ a contractual relationship exists between patient and physician (or physician's employer), in which the raison d'être of the contract is that the physician will take every reasonable measure to obtain an "optimal outcome for the patient

⁷² Boaz Shnoor, Loss Of Chance: A Behavioral Analysis of the Difference Between Medical (Negligence and Toxic Torts, 33 AM. J. TRIAL ADVOC. 71, 85-86 (2009)
⁷³ על אף דעת מיעוט אוהדת של הלורד ניקולס, קבע בית הלורדים שיהיה זה שינוי דרסטי של דיני הרשלנות הרפואית והרשלנות בכלל, וכי הכרה בראש נזק זה תפגע בוודאות ותגרום להשלכות פיננסיות אשר יהיה קשה לצפותן.

⁷⁴ (David A. Fischer, Tort Recovery for loss of a Chance, 36 Wake Forest L. Rev 642-648 (2001

⁷⁵ Rufo v. Hosking [2004] NSWCA 391; Tabet v Mansour [2007] NSWSC 36

⁷⁶ James Tibballs, Loss of Chance: A New Development in Medical Negligence Law, 187 MJA (233(2007

⁷⁷ State of New South Wales v Burton [2006] NSWCA 12

את השוטר משום שנהגה ברשלנות כאשר לא סיפקה לשוטר ייעוץ פסיכולוגי, ובכך הגבירה את סיכויי ללקות במצוקה.

בעניין Fairchild התובע חלה במחלת המזוטליומה, לאחר שנחשף לסיבי אסבסט אצל מעבידים אחדים, והשאלה הייתה לפתחו של מי מן המעבידים ניתן לגלגל את האחריות למחלתו. הקושי שם לא היה קשור לשאלה האם סיבי אסבסט יכולים לגרום למחלת המזוטליומה, שכן עניין זה לא היה נתון למחלוקת, אלא הקושי נבע מכך שהיה זה בלתי אפשרי להוכיח, במאזן ההסתברויות הנדרש, איזה חשיפה לסיבי אסבסט אצל מי מן המעבידים גרם בפועל למחלה.

במצב מיוחד זה פסק בית המשפט שם, כי כל אחד מן המעבידים יחוב בשל הגברת הסיכון על ידו.

אף בעניין Sienkiewicz נתעוררה בעיה דומה שבה התובעת נחשפה לאסבסט הן בעבודתה והן ממקורות נוספים, ולמרות שהחשיפה התעסוקתית הייתה פחותה בעוצמתה מן החשיפה האחרת קבע בית המשפט כי המעביד יישא במלוא הנזק, וזאת בשעה שהוכח, על פי מאזן ההסתברויות, כי המעביד הגדיל בצורה משמעותית את הסיכון לתחלואה.

נראה כי את פסקי הדין הללו יש להבין על רקע הנסיבות המיוחדות מאד של המקרים שבהם עסקו.

הנתבעים מביאים בסיכומיהם מאמר של המלומדים Ibbetson ו- Steel (More Grief On Uncertain Causation In Tort. The Cambridge Law Journal, 70)
([2011], pp 451

אשר מבסס את טענתם כי המרב שניתן ללמוד מפסקי הדין הללו הוא שבמקום שישנם מזיקים פוטנציאליים אחדים, ולא ניתן לקבוע בוודאות למי ממעשיהם ניתן לייחס את הנזק, כי אז ניתן לחוב מי מהם בשל הגברת הסיכון על ידו .

בין היתר סוברים המחברים כי גם אחרי פסקי הדין הללו על הטוען לקשר סיבתי בין חשיפה לבין תחלואה מוטלת החובה להוכיח שרשלנותו של הנתבע גרמה בפועל לנזק, ואין הוא יוצא ידי חובתו בטענה כי סביר שכך הוא הדבר, וכך הם אומרים :

It can plausibly be asserted, in the light of the general approval of Lord Rodger's reasoning in Sienkiewicz, that the balance of probability rule on causation requires that **the fact-finder believe that the defendant's negligence actually caused the claimant's injury; not merely that it probably did: if statistical evicence only generates belief in a probability, not a fact, it cannot on its own satisfy the .balance of probabilities rule**

התובעים טוענים אף בסיכומיהם כי הדין האנגלי אימץ את דוקטרינת הפיצוי היחסי, חלף הכלל ההסתברותי עתיק היומין, וזאת תוך שהם נדרשים למאמרים של המלומדים אריאל פורת ואלכס שטיין, הדין בפסקי הדין בעניין Holtby, Allen ו-Fairchild. במאמרים טענו המחברים כי במקרים בהם מדובר בהפרה נשנית, עלולה המסגרת הדיכוטומית של מאזן ההסתברויות להוביל לעיוות שיטתי, ותגרום לחוסר צדק ולהחלטות שגויות. המחברים אף הציעו במאמרים כי על בתי המשפט לשקול ולאמץ את דוקטרינת הנזק הראייתי על פיו יהא זה צודק לחייב את המזיק לפצות את הניזוק בגין הערך הפוטנציאלי של מידע שחסר, ואין הניזוק יכול להשתמש בו, בשל מעשיו של המזיק.

ספק אם מפסקי הדין נשוא מאמרים של פורת ושטיין ניתן להסיק כי במשפט האנגלי נזנח הכלל הבינארי הנקוט בשאלת הקשר הסיבתי.

בעניין Holtby היה מדובר בעובד שנחשף לאסבסט בעבודתו במקומות עבודה שונים, ולא ניתן היה לקבוע מי מן החשיפות אצל המעבידים השונים אחראי למחלתו, ולפיכך, הוחלט לחוב את המעביד אשר בשירותו עבד העובד במשך הזמן הארוך ביותר.

בעניין Allen חויב מעביד בפיצוי של עובד אשר סבל ממחלה בכף ידו בשל שימוש במכשירים רוטטים אצל המעביד, בשל העובדה כי המעביד לא הזהיר את העובד על הסכנה הכרוכה בכך. בית המשפט קבע כי הפיצוי יהיה יחסי רק בגין תקופה מסוימת מן המועד שבו הוכרה המחלה הספציפית כמחלת מקצוע.

שני פסקי דין אלו עוסקים במקרים מיוחדים, אשר הצדיקו, בשל נסיבותיהם המיוחדות, קביעה של פיצוי יחסי, אך אין פירושו של דבר כי בדין האנגלי, כמו גם אצלנו, נס ליחו של המבחן ההסתברותי – הבינארי, הנוהג מקדמא דנא בשאלת הקשר הסיבתי.

באשר לדין האירופי, נדרשו הצדדים, בין היתר, לסקירה שהובאה בפסק-הדין בעניין עדן מלול, בעניין האחריות היחסית.

על פי סעיף 3:103 (1) לעקרונות האירופיים הרי שבמקום שבו עוסקים בהתרחשויות אחדות, אשר די היה באחת מהן לגרום לנזק הנטען, אך קיים ספק מי מהן אכן גרמה בפועל לנזק, ניתן לייחס לכל התרחשות אחריות בגין הנזק שנגרם, כדי שיעור ההסתברות שהיא דווקא זו שגרמה לנזק.

סעיף 3:106 לעקרונות הנ"ל, קובע כי בכל האמור לגורמי סיכון "טבעיים" או גורמי סיכון שמקורם בתובע עצמו, הרי שבגינם לא יהא זכאי התובע לפיצוי.

מסקירת הדין האירופי שהובאה בפסק-דין מלול, בייחוד בפסק-דינו של כבוד השופט ריבלין, וכן מסקירת פסקי-הדין האירופים הנזכרים בה, נראה כי העקרונות האירופיים אכן מכירים באחריות היחסית, כאשר קיימת סיבתיות עמומה ביחס לעצם גרימת הנזק.

יחד עם זאת ראוי לציין כי נראה שעקרון האחריות היחסית אפשר ויחול, בדין האירופי, במקום שבו המדובר בריבוי מעשים או מחדלים, אשר כל אחד מהם מהווה סיכון פוטנציאלי משמעותי אשר יכול היה, לכשעצמו, לגרום לנזק.

ח. הדין העברי

מקומו של הדיון בקשר הסיבתי בדיני הנזיקין לא נפקד אף מן **הדין העברי**, ואף על פיו, תנאי יסוד להטלתה של אחריות בנזיקין הוא, שיתקיים קשר סיבתי בין המעשה של המזיק לבין התרחשותו של הנזק⁷⁸.

מבחן "הסיבה בלתי אין" נוהג אף במשפט העברי, ועל פיו אם התוצאה המזיקה היתה נגרמת גם אילו לא המעשה המזיק, כי אז אין להטיל אשם על מי שהתרשל. כך, למשל, נפסק כי מי שקרב את פירותיו של חברו למקום שנמצאה בו פרה, והפרה אכלה הפירות, לא יישא באחריות לנזק שנגרם, אם הפירות היו מונחים במקום שהפרה יכלה לאכלם גם בלי שקירבן אליה (**מרדכי בבא קמא, פרק שני, כא**).

אותו עיקרון חל אף כאשר פעולתו של המזיק היוותה רק פעולה אחת מבין סדרה של פעולות, שבכל אחת מהן לא היה כדי לגרום לנזק, ואף בהצטברם יחד, לא היה בהן כדי להביא לתוצאה המזיקה, אילו לא הצטרפה אליהן פעולתו של המזיק. כך, למשל, נפסק כי כאשר ישבו מספר אנשים על ספסל, ובא האחרון וישב אף הוא על הספסל ובעקבות זאת נשבר הספסל, האחרון יישא לבדו באחריות להתרחשותו של הנזק, אם יוכח שאילו לא ישיבתו לא היה הספסל נשבר (**תלמוד בבלי בבא קמא י"ב, רמ"א חושן משפט שפא**).

יחד עם זאת, המבחן של "הסיבה בלתי אין" איננו המבחן היחיד, בדין העברי, להטלת אחריות בנזיקין, ולעיתים תוטל על אדם אחריות אל אף שהתוצאה המזיקה היתה מתרחשת גם אילו לא פעולתו הרשלנית, וזאת בשעה שפעולתו, כאמור, היתה בגדר הסיבה המהותית להתרחשותו של הנזק. כך, למשל, כאשר חפר אדם בור שעומקו תשעה טפחים, ובא אדם וחפר טפח נוסף, ושור נפל לבור ומת, קבעה ההלכה שרק זה שחפר את הטפח האחרון יישא בנזק, אף שהשור היה יכול להינזק, אם כי לא למות, מפילה לבור בן תשעה טפחים. הרציונאל בהלכה זו הוא שהאחריות מוטלת על המזיק השני בגלל שתרומתו לנזק היא המכרעת (**משנה תורה נזקי ממון יב, יב; שולחן ערוך חושן משפט תי, טו**).

באשר להוכחת קיומו של הקשר הסיבתי בנזיקין, על דרך העיקרון הכלל הוא שעל הדיין לבחון, בהתאם למאזן ההסתברויות, האם הפעולה שעשה אדם היא שהביאה להתרחשותו של הנזק. נתעוררה שאלה מה יעשה הדיין בשעה שלא ניתן, או קשה מאד, להוכיח את הקשר הסיבתי בראיות כשירות? על פי הרא"ש (**שו"ת הרא"ש קזו**), כאשר לא ניתן להוכיח את הטענות בראיות קבילות, אין הדיין רשאי להרים את ידיו ולהסתלק מן הדיון, וההלכה מעניקה לו שלושה כלים שונים לפסוק על פיהם: "אומד הדעת", "שודה דייני", ופשרה. כאשר יש בכוחו של הדיין להעריך מי מבין הצדדים צודק, הוא רשאי לפסוק בהתאם לאומד הדעת, הגם שאומד דעת זה אינו מבוסס על ראיות קבילות.

⁷⁸ "על הקשר הסיבתי בדיני הנזיקין של המשפט העברי", הרב עו"ד ירון אונגר ופרופ' יובל סיני, **המרכז ליישומי משפט עברי**, המכללה האקדמית נתניה, 2113, וכן יובל סיני, "פסיקת פיצוי חלקי על פי אחריות יחסית במקרים של סיבתיות עמומה על פי המשפט העברי", **המרכז ליישומי משפט עברי**, 2006.

כאשר אין בכוחו לעשות כן, וניתן לשכנע את הצדדים להתפשר, רשאי הדיין לפתור את הסכסוך בדרך של פשרה, ואם אף פתרון זה אינו אפשרי, הדיין רשאי גם להכריע לפי שיקול דעתו האישי, מבלי שיוכל לבסס שיקול דעת זה על יסוד נתונים אובייקטיביים.

ההלכה אף התחבטה בשאלה מהו הדין בשעה שהמזיק הגביר את הסיכון להתרחשות הנזק, אף כי לא הוכח, על פי מאזן ההסתברויות, קיומו של קשר סיבתי בין ההתרשלות לנזק.

בעניין זה נפלה מחלוקת בין האמוראים אביי ורבא, כאשר לדעת אביי ניתן להטיל אחריות גם בגין הגברת הסיכון, ואילו רבא גרס כי משלא הוכח קשר סיבתי בין ההתרשלות לנזק, אין לעשות כן.

רוב הפוסקים הכריעו כדעתו של רבא, ועל פי פסיקתם אין להטיל על אדם אחריות לנזק אם לא יוכח קיומו של קשר סיבתי בין פעולותיו להתרחשות הנזק, אף אם יוכח שבמעשיו הגביר אדם זה את הסיכון להתרחשותו.

מילות סיכום

פסק הדין בעניין ת"א 34231-07-10 ד.נ.י ואח' שהובא לעיל ניתן במסגרת תיק שטופל במשרד בו אני מתמחה. תיק זה הוא בעצם העילה המיידית והישירה להחלטתי לבחור בנושא הנבחר לעבודתי זו מהסיבה שצולתי לתוך פסקי דין בניסיון למצוא הלכות המתאימות לעניין. פסק הדין ניתן ממש לאחרונה (ביום 1/3/17) לאחר שהחלטתי לכתוב את עבודתי.

במהלך עבודתי, בין קריאת פסקי דין, למאמרי מלומדים, למדתי כי שאלת הטלת אחריות במצבים של סיבתיות עמומה, מצבים שלרוב מביאים איתם עוגמת נפש מרובה לניזון ולסובבים אותו, היא מהסבוכות שבשאלות המתעוררות בתחום דיני הנזיקין. לטעמי ניתן לקרוא ולחוש את הקושי גם אצל השופטים המכובדים שכותבים את פסקי הדין ונאלצים לקבל החלטות לא קלות בידיעה שהם אלה שקובעים את גורלם של הצדדים.

שאלת הוכחת קיומה של הטיה נשנית אינה פשוטה כלל ועיקר. קושי זה גדול כפליים לאור הפרשנות הצרה אשר ניתנה לכל אחד מהתנאים הנדרשים להוכחת הטענה, כפי שבאה לידי ביטוי בעניין דנ"א מלול.

ואולם יתכן, וניתן לראות תחילתו של שינוי בפס"ד אשר ניתן בעניין תביעת שירותי בריאות כללית כנגד יצרני הסיגריות⁷⁹. שם ממשיך השופט ריבלין בקו אשר התווה בעניין מלול וקובע כי "נוכח התפתחות ההלכה, כפי שבאה לידי ביטוי בפרשת מלול, נדמה כי קיים בסיס ראשוני המאפשר לדון בישראל גם בנזקי עוולות המוניות הטומנות בחובן קשיי הוכחה מובנים ועמימות סיבתית, דוגמת נזקי העישון. ככל הנראה, כך סברה גם דעת הרוב בפסק הדין נשוא הבקשה (השופטות מ' נאור וא' חיות), אשר ציינו כי הן נוטות לתמוך בהחלט מבחן ההטיה הנשנית במקרים של עוולות המוניות".

אימוץ דוקטרינה כלשהי של פיצוי לפי הסתברות יכול שייעשה בדרך של פסיקה ממקרה למקרה. כפי שציין פרופ' פורת: "אין זה בלתי אפשרי להרחיב את אופן השימוש בהסתברויות לשם פסיקת פיצויים אף לענייננו על דרך של חקיקה שיפוטית"⁸⁰. כמובן שבסופו של דבר המחוקק יוכל להביע את דעתו בעניין זה, ומובן שאמת המידה החקיקתית שתקבע תחייב את בתי המשפט.

בכל הנוגע להחלטת מבחן ההטיה הנשנית צופה המשנה לנשיאה ריבלין, כי ההלכה הפסוקה בעניין מלול בוודאי תתפתח ותתעצב בהתאם לנסיבות המקרים השונים שיובאו לפני בית המשפט.

במלוא הענווה גם אני סבורה כי טרם נאמרה המילה האחרונה בנושא זה וכי, כפי שקורה לא אחת במקרים רבים, תלך הפסיקה בעקבות הדינמיקה של החיים ותתפתח בהתאם.

⁷⁹ דנ"א 6181/14, שירותי בריאות כללית נ' bown and wiliiamson tobacco corp (אתר נבו)
⁸⁰ ראה ה"ש 31

ספרות

יעקב קדמי על הראיות הוצאת דיונון תל אביב, תשנ"ט-1999.

אמנון כרמי, **בריאות ומשפט**, הוצאה: ברוסי-ספרי משפט, 2003 (עמ' 317).

רועי ששון, **סיבתיות עמומה ונזקים שניוניים: על בעיה חדשה-ישנה ופתרונות אפשריים לה**, משפטים מ"ד, תשע"ד, 271.

אלכס שטיין, כיצד נפתור את בעיית הסיבתיות העמומה במשפטי רשלנות רפואית? **הכרעה לפי "מאזן ההסתברויות"**, אחריות בשל "פגיעה בסיכויי החלמה" ודוקטרינת הנזק הראייתי, בשולי ע"א 2989/95, קוונץ נ' מרכז רפואי ספיר – בית חולים "מאיר", עיוני משפט כג(3) יוני 2000. 774-755.

בנימין שמואלי, רון שפירא וקמיל פוקס **"הסיבתיות העמומה" – עמומה מדי: על הגברת סיכון, אומדנא ומאזן ההסתברויות** מחקרי משפט כג (2) 855.

אסף פוזנר **"פסק דין מלול" העתיד העמום** (פורסם בנבו, 2010).

פרופ' אריאל פורת, **"אחריות ההסתברותית לאחר פסק דין מלול"**, ספר שלמה מר לוי 375 (2013)

p.3d 23, 400 Saelzler v Advanced Group; Dana B. DOBBS, The Law 1143 (of Torts s 173, at 421 (2000); Mayhue V. Sparkman, 653 N.E 2d 1384 (Ind 1995 RICHARD A. Epstrine; Cases and Materials on Torts 465-466 (8th ed. 2004) Wex S. (Malone, Ruminations ov Cause –in-Fact, 9 Stan. L. REV. 60, 94-97 (1956 (Kwasny V. United States, 823 F.2d 194 (7 th Cir. 1987 Graham v. Am Cyanamid Co., 350 F.3d 496 (6 th Cir. 2003); Zuchowicz v. (United States, 140 F.3d 381, 390-391 (2d Cir. 1998 (Golden v. CH2M, 528 F 3d 681' 683 (9 th Cir. 2008 David E. Bernstein, Getting to Causation in Toxic לסקירה כללית ניתן לראות (Tort Cases, 74 Brook. L. Rev. 51 (2008-2009 Joan Diamond, CASES And Materials on Torts (American Casebook Series and Other Coursebooks), 242-250 (2001); Matsuyama v. Birnbaum, 890 N.E.2d 819' 832 (Mass 2008); Lord v Lovett, 770 A.2d 1103 (N.h. 2001); Alberts v. Schultz, 975 P. (2d 1279 (N.M. 1999); jorgenson v. Venver, 616 N.W.2d 366 S.D. 2000 David A. Fischer, Tort Recovery for loss of a Chance, 36 Wake Forest L. Rev 642- (648 (2001 Rufo v. Hosking [2004] NSWCA 391; Tabet v Mansour [2007] NSWSC 36 James Tibballs, Loss of Chance: A New Development in Medical (Negligence Law, 187 MJA 233(2007 State of New South Wales v Burton [2006] NSWCA 12

"על הקשר הסיבתי בדיני הנזיקין של המשפט העברי", הרב עו"ד ירון אונגר ופרופ' יובל סיני, **המרכז ליישומי משפט עברי**, המכללה האקדמית נתניה, 2113, וכן יובל סיני, "פסיקת פיצויי חלקי על פי אחריות יחסית במקרים של סיבתיות עמומה על פי המשפט העברי", **המרכז ליישומי משפט עברי**, 2006).

חקיקה,

פקודת הנזיקין [נוסח חדש], התשכ"ח

חוק משפחות חיילים שנספו במערכה (תגמולים ושיקום), תשי"י-1950.

חוק הנכים (תגמולים ושיקום), תשי"ט-1959(נוסח משולב).

פסיקה ;

- דנ"א 4693/05, בית חולים כרמל נ' עדן מלול (מאתר נבו)
- ע"א 1639/01, קיבוץ מעיין צבי נ' יצחק קרישוב, פ"ד נח(5)215
- ע"א 145/80, שלמה ועקנין נ' המועצה המקומית, בית שמש (מאתר נבו)
- ת"א (חי) 732/01, לוי תול ואח' נ' חיפה כימיקלים בע"מ ו-60 אח' (מאתר נבו)
- ע"א 7375/02, ב"ח כרמל חיפה נ' עדן מלול (מאתר נבו)
- ת"א 1058/94, עדן מלול (קטינה) נ' בית חולים "כרמל" חיפה
- בש"פ 2343/00, כהנא נ' מ"י, פ"ד נד(2), 65
- ע"א 231/84, קופת חולים של ההסתדרות נ' פאתח
- ע"א 423/98, אטד ואח' נ' וינראוב ואח' (לא פורסם)
- ע"א 4384/98, ואתורי ואח' נ' בית החולים לניאדו ואח', (מאתר נבו)
- ע"א 9213/05, פלוני נ' קופת חולים של ההסתדרות הכללית (מאתר נבו)
- ת.א. 7375/05 (מחוזי ירושלים) שפיר נ' שירותי בריאות כללית והמרכז הרפואי "ספיר" בי"ח "מאיר" (מאתר נבו)
- ע"א 9344/08 ע"א 9411/08 פלוני נ' סהר חברה ישראלית לביטוח (מאתר נבו)
- ת"א 34924-11-09 בוני נ' גבאי (מאתר נבו)
- ת"א 1214/06 (מחוזי ת"א) פלוני קטין ואח' נ' מדינת ישראל משרד הבריאות. (מאתר נבו)
- ע"א 2617/13 פלוני נ' מדינת ישראל – משרד הבריאות (פדאור 15(62) 864
- ת.א. (חי) 972/00 מיכאל עצמון נ' חיפה כימיקלים בע"מ (מאתר נבו)
- ת"א 6496/04 עזבון המנוחה פלונית ואח' נ' ביה"ח סורוקה (מאתר נבו)
- עא (ב"ש) 10411-12-13 עזבון המנוחה פלונית נ' ביה"ח סורוקה (מאתר נבו)
- ת"א 16689-12-08 חסידוב ואח' נ' מועצה איזורית מטה אשר ואח' (מאתר נבו)
- ע"א 1415/13 ל.ב. נ' היינץ רמדיה בע"מ מאתר נבו
- ת"א 1190-07 (א' ש' (קטין) ואח' נ' מדינת ישראל – מרכז רפואי סוראסקי (איכילוב) (מאתר נבו)
- ע"א 4351/14 פלוני נ' קופת חולים של הסתדרות הכללית של העובדים בארץ ישראל (אתר נבו)
- ע"א 3900/14 ל.ד. נ' המרכז הרפואי הלל יפה ומשרד הבריאות (מאתר נבו)
- ת"א 42367-10-12 עזבון ע"ב ואח' נ' הראל חב' לביטוח בע"מ
- דנ"א 6181/14, שירותי בריאות כללית נ' bown and wilialiamson tobacco corp (אתר נבו)