

בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 8279/02

בפני: כבוד הנשיא (בדימ') א' ברק
כבוד השופט א' גרוניס
כבוד השופט ס' גובראן

המערערים: 1. זאב גולן
2. רות גולן
3. גיא גולן

נ ג ד

המשיב: עזבון המנוח דר מנחם אלברט ז"ל ע"י דורה מנחם

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בת"א-יפו מיום 25.7.02 בת.א. 1386/97 שניתן על ידי כבוד ס' הנשיא ג' קלינג

בשם המערערים: עו"ד פי' ג' נשיץ; עו"ד ג' עטר

בשם המשיב: עו"ד ג' גולדפרב

פסק-דין

השופט א' גרוניס:

1. בפנינו ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בתל אביב (כב' סגן הנשיא ג' קלינג), בו נדחתה תביעתם של המערערים נגד המשיב שעילתה רשלנות רפואית.

רקע עובדתי והכרעת בית משפט קמא

2. נפתח בתיאור עובדות הפרשה, כפי שהן משתקפות מגרסתם של המערערים. המערער 3 (להלן - גיא) נולד ביום 8.9.72 לזאב ורות גולן, הם המערערים 1 ו-2 (להלן

- ההורים). ככל הנראה, נגרם לגיא נזק מוחי עקב סיבוכים רפואיים שונים שאירעו במהלך הלידה ובסמוך לאחריה. צוות בית החולים לא יידע את ההורים בדבר האפשרות לקיומה של הפגיעה האמורה ולא הפנה אותם לבדיקות או לטיפולים מיוחדים. כחודשיים לאחר לידתו של גיא החלו הוריו לקחתו לביקורים בטיפת חלב פרטית שהופעלה על ידי ד"ר אלברט מנחם (שהמשיב בערעור זה הוא חליפו), לשם מעקב התפתחותי. עוד בשלב מוקדם התעורר בליבם של ההורים החשש כי התפתחותו של בנם אינה כשל שאר הילדים. הדבר נבע, בין היתר, מן העובדה שגיא התחיל ללכת ולדבר בגיל מאוחר. לטענת ההורים, העלו הם דאגתם בפני ד"ר מנחם כמה וכמה פעמים, אך הלה הרגיע אותם באומרו, כי התפתחותו של גיא הינה נורמלית. חששם של ההורים גבר לאחר ששכנתם, אשר בנה סבל מפגיגור התפתחותי, הסבה את תשומת ליבם לכך שהתפתחותו של גיא אינה תקינה. ההורים פנו פעם נוספת לד"ר מנחם ושאלו אותו האם יש מקום להיוועץ ברופא מומחה, אלא שתגובתו הייתה כי הם הורים היסטריים, וכי אין כל סיבה לדאגה. בהגיע גיא לגיל 3 החליטו הוריו לפנות לרופא אחר, שהומלץ להם על ידי שכנתם, וזה הפנה אותם בדחיפות למרפאה להתפתחות הילד בשם "בית אברהמס". באבחון שנעשה במוסד זה נקבע, כי גיא סובל מתסמינים שונים וביניהם פגיגור בהתפתחות, אי שקט מוטורי, קואורדינציה לקויה, בעיות התנהגות וקשיי דיבור, וכי הוא בעל רמה שכלית גבולית. בעקבות זאת החל גיא שרשרת ארוכה של בדיקות וטיפולים. בשנת 1978, כחלק מהמאמץ הטיפולי, נסע גיא עם הוריו לארצות הברית, שם טופל במוסדות מיוחדים להתפתחות הילד במשך כשלוש שנים. גם לאחר שובה של המשפחה ארצה נמשך הטיפול בגיא. בשנת 1992 הוכרז גיא כפסול דין והוריו מונו לשמש כאפוטרופסיו.

3. בשנת 1997 הגישו המערערים לבית המשפט המחוזי בתל אביב תובענה כספית נגד בית החולים בו נולד גיא ונגד ד"ר מנחם. התביעה נגד בית החולים נסתיימה בהסכם פשרה שקיבל תוקף של פסק דין, ומשכך נמשכה התובענה נגד ד"ר מנחם בלבד. במהלך ניהול התביעה נפטר ד"ר מנחם והמשיב בא תחתיו. בתובענתם טענו המערערים, כי ד"ר מנחם התרשל בכך שלא איבחן את מצבו של גיא בשנים בהן היה תחת טיפולו, דבר שמנע מגיא את קבלת הטיפול המתאים באותה תקופה. אילו היו מתגלות הבעיות מהן סובל גיא והטיפול בו היה מתחיל במועד מוקדם יותר, הרי שלפי המערערים, מצבו דהיום היה טוב יותר מכפי שהוא בפועל. ההורים תמכו טענותיהם בחוות דעת של ד"ר איה אמיר-מסר, מומחית לטיפול בריפוי ובעיסוק ולמדעי הנזירופסיכולוגיה והתנועה. בפסק דינו דן בית המשפט המחוזי בטענותיהם השונות של הצדדים ולבסוף הכריע, כי על אף שד"ר מנחם התרשל בטיפול בגיא, דין התביעה להידחות. נימוקו לכך היה, כי לא עלה בידי המערערים להוכיח שמצבו של גיא אכן

היה שונה אילו איבחן ד"ר מנחם את מצבו בשלב מוקדם יותר. בית המשפט הוסיף, כי אפילו הייתה מסקנתו שנגרם נזק כלשהו בגין ההתרשלות, הרי שלא הובאו כל ראיות בשאלה מה מידת השיפור שניתן היה להשיג במצבו של גיא אילו טופל במועד. על אף שהתובענה נדחתה, מצא בית משפט קמא לנכון להידרש לשאלת גובה הנזק, למקרה שייקבע בערעור כי יש להטיל על המשיב חבות. בית המשפט קיבל את קביעת המומחית, לפיה כיום סובל גיא מ-65 אחוזי נכות. לצורך חישוב הפיצויים, כך לפי בית המשפט, יש לצאת מתוך הנחה שלגיא הייתה נותרת נכות של 30 אחוזים אילו טופל כהלכה. משמע, ד"ר מנחם אחראי ליתרת הנכות, שהינה בשיעור 35 אחוזים. על בסיס זה העריך בית המשפט בסכום של מיליון ש"ח את גובה הפיצוי שיש לפסוק למערערים היה ויתקבל ערעור שיוגש. מכאן הערעור המונח בפנינו.

טענות בעלי הדין בערעור

4. לשיטתם של המערערים, משקבע בית משפט קמא כי ד"ר מנחם התרשל באי אבחון מצבו של גיא, שומה היה עליו לקבל את תביעתם, שכן הוכח שהתרשלות זו גרמה לנזק. טענה זו מושתתת על האמור בחוות דעתה של ד"ר אמיר-מסר, שתוכנה אומץ על ידי בית המשפט לעניין עצם ההתרשלות. על פי חוות הדעת, טיפול מוקדם ככל האפשר היה משפר את איכות חייו של גיא. דברים אלו, אליבא דמערערים, מצביעים על כך שמצבו של גיא אכן היה שונה כיום אילו אובחן על ידי ד"ר מנחם, וזאת בניגוד לקביעתו של בית המשפט המחוזי. תמיכה נוספת בטענה כי התרשלותו של ד"ר מנחם גרמה לגיא נזק ניתן למצוא, לדידם של המערערים, בעובדה שחל שיפור במצבו בתוך מספר חודשים לאחר שהחל את הטיפול בבית אברהמס. ברור אם כן, לטענתם, כי טיפול מוקדם יותר היה מגביר את השיפור במצבו של גיא, במיוחד היות שהשנים הראשונות הן הקריטיות ביותר להתפתחות הילד. לעניין קביעתו של בית המשפט, לפיה לא הוכח איזה שיעור מתוך בעיותיו ההתפתחותיות של גיא יש לייחס להתרשלותו של ד"ר מנחם, גורסים המערערים כי לא ניתן לקבוע בדיעבד מה היה מצבו של גיא אילו טופל בשלב מוקדם יותר. בעניין זה מעלים המערערים שתי טענות חלופיות. האחת הינה, כי נגרם להם "נזק ראייתי". לולא מעשיו ומחדליו של ד"ר מנחם, כך לפי המערערים, היינו יודעים היום עד כמה אפשר היה לצמצם את מידת הפיגור ממנו סובל גיא. על כן ישנה הצדקה להעביר אל המשיב את נטל השכנוע לשלילת הקשר הסיבתי שבין ההתרשלות לנזק. הטענה השנייה היא, כי ד"ר מנחם מנע בהתרשלותו את הסיכוי שיחול שיפור במצבו של גיא. משכך, לגישת המערערים, הרי שלפי ההלכה הפסוקה היה מקום להכיר באובדן הסיכוי כראש נזק עצמאי ולפסוק פיצוי בגינו. לבסוף, קובלים המערערים על שיעורן של הוצאות המשפט שנפסקו

לחובתם - 40,000 ש"ח - בטענה כי מדובר בסכום גבוה ביחס לנסיבות העניין, במיוחד לנוכח קביעת בית המשפט המחוזי שד"ר מנחם התרשל.

5. המשיב משיג על חלק מקביעותיו של בית משפט קמא בפסק דינו. טענתו העיקרית הינה, כי אין כל הוכחה לכך שד"ר מנחם היה הרופא שטיפל בגיא בשנים הראשונות לחייו. מאחר שעובדות הפרשה אינן ידועות למשיב כהווייתן, כך לפי הצהרתו, מעלה הוא טענה חלופית לפיה גם אם טיפל ד"ר מנחם בגיא הרי שלא נהג בהתרשלות. בפרט נאמר, כי שגה בית המשפט בהתבססו על חוות דעתה של ד"ר אמיר-מסר מן הטעם שהיא אינה רופאה, ועל כן אינה מצוידת במומחיות המתאימה לשם קביעת עובדות שברפואה. לעומת זאת, סומך המשיב את ידיו על המסקנה שלאורה נדחתה תביעת המערערים, לפיה לא הוכח מהו הנזק שנגרם לגיא, אם בכלל, מהתנהלותו של ד"ר מנחם.

דיון

6. אקדים ואומר כי לפי דעתי, דין הערעור להידחות. השאלה המרכזית הצריכה הכרעה בענייננו היא שאלת הקשר הסיבתי, ואליה אפנה מיד. עוד קודם לכן אציין, למעלה מן הדרוש, כי לא מצאתי דופי בקביעותיו של בית משפט קמא בכל יתר הסוגיות העומדות על הפרק. ראשית, שאלת זהותו של הרופא שטיפל בגיא בשנים הראשונות לחייו הינה שאלה עובדתית. הלכה מקובלת וידועה היא כי בית המשפט שלערעור לא יתערב, ככלל, בממצאים עובדתיים שנקבעו על ידי הערכאה הדיונית. לא שוכנעתי, כי במקרה דנא ישנה עילה לסטות מעיקרון זה. אף העמדה שהביע בית משפט קמא בסוגיית כשירות חוות דעתה של ד"ר אמיר-מסר להוכחת עניין שברפואה, מקובלת עליי. היות שנושא זה אינו דרוש לצורך הכרעה בערעור, די בכך שנאמר כי הניתוח שערכה הערכאה הדיונית עולה בקנה אחד עם ההסדר בדבר הוכחת עניינים שברפואה הקבוע בתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984, כפי שנתפרש על ידי הפסיקה. גם לגבי הקביעה כי ד"ר מנחם התרשל בטיפול בגיא, דעתי כדעתו של בית המשפט המחוזי. מדברי המומחית בחוות דעתה ובחקירתה הנגדית עולה, כי ניתן וצריך היה לאבחן את מצבו של גיא מוקדם מכפי שנעשה, וזאת על סמך סממנים חיצוניים דוגמת פה פעור, לשון שמוטה, פזילה ואי שקט מוטורי. המומחית אף עמדה על כך שבתחילת שנות השבעים, עת התרחשו האירועים נשוא הפרשה, היו בנמצא הידע והאמצעים הדרושים על מנת לאבחן את הבעיות ולטפל בהן. משבחר בית המשפט לייחס אמינות מקצועית לעמדתה של המומחית, ומשלא הוגשה כל חוות דעת מומחה נגדית מטעם המשיב, אך מתבקשת היא המסקנה כי אמנם הייתה התרשלות מצד ד"ר

מנחם. עוד יש לומר, הגם שהדבר לא צוין מפורשות בפסק הדין, כי בתור רופא האמון על מעקב אחר התפתחותם של תינוקות בשנות חייהם הראשונות, חב ד"ר מנחם חובת זהירות כלפי גיא.

הוכחת הקשר הסיבתי והנזק

7. מצינו, כי שניים מיסודותיה של עוולת הרשלנות - התרשלות וחובת זהירות - מתקיימים בענייננו. כעת עלינו לבחון את התקיימותם של שני היסודות הנותרים, הלא הם יסוד הנזק ויסוד הקשר הסיבתי (העובדתי והמשפטי) שבין ההתרשלות לנזק. בנסיבות המקרה דנא מתעוררות בהקשר זה סוגיות מורכבות וסבוכות. נסקור אותן בקצרה כעת, על מנת להבהיר את מבנה הדיון שנערוך. השאלה הראשונה המונחת לפתחנו הינה, האם הוכח כי התרשלותו של ד"ר מנחם, שעלתה כדי הפרת חובת הזהירות שלו כלפי גיא, גרמה לו נזק כלשהו. כפי שיובהר מיד, התשובה שניתן על שאלה זו הינה חיובית. משכך, נידרש לקבוע מהו שיעורו של אותו נזק. כפי שיפורט להלן, לא הונחה בפני הערכאה הדיונית כל ראיה שעל בסיסה ניתן לקבוע, או למצער להעריך, איזה חלק מתוך נזקו של גיא היה מתקיים אף אלמלא מחדליו של ד"ר מנחם ואיזה חלק יש לייחס להתרשלותו. לפיכך, קיים קושי להגיע להכרעה בדבר היקף חבותו של המשיב. נציג מספר דרכי ניתוח שנדונו בפסיקה ובספרות המשפטית, אשר באמצעותן ניתן להתמודד עם מצב דברים כגון דא. הדרך הראשונה הינה העברת נטל השכנוע בדבר התקיימות הקשר הסיבתי אל כתפי הנתבע, בשל כך שהוא יצר בעוולתו עמימות עובדתית המקשה על התובע להוכיח את יסודות תביעתו. נעמוד על מאפייניה של אותה עמימות עובדתית שבהינתנה ישנה הצדקה לנקוט פתרון זה, ונעסוק בשאלה מיהו בעל הדין שעליו הנטל להוכיח את קיומה או להפריכה. הדרך השנייה העומדת על הפרק הינה פסיקת פיצוי על דרך האומדנה. גם כאן, נבחן האם הפרשה בה עסקינן נמנית על סוג המקרים בו ראוי לילך במסלול זה. לבסוף, נדון באפשרות להחיל בענייננו את דוקטרינת הנזק הראייתי במובנה המהותי, אשר פותחה בספרות המשפטית.

8. נפתח דיוננו בשאלה, האם הוכח שד"ר מנחם גרם נזק כלשהו לגיא. בית משפט קמא היה, כאמור, בדעה כי אין כל ראיה המלמדת שמצבו של גיא היה שונה אילו איבחן ד"ר מנחם את מצבו. איני מסכים לקביעה זו. ד"ר אמיר-מסר גרסה, כי ככל שהתערבות הטיפולית בילדים הסובלים מבעיות כגון אלו של גיא נעשית בשלב מוקדם יותר, כך משתפרים הישגיהם ההתפתחותיים. בחוות דעתה ובעדותה ניתן למצוא אמירות נוספות מהן משתמע בצורה ברורה למדי, כי לדידה מצבו של גיא אכן

היה טוב יותר מכפי שהוא היום אלמלא התרשלותו של ד"ר מנחם. כשם שעמדתה של המומחית אומצה על ידי בית המשפט בהקשרים אחרים, מחמת שלא הובאה ראייה ממשית לסתור, כך ראוי היה לעשות אף בסוגיה הנדונה. לפיכך, נראה לי כי הוכח די הצורך שנזק כלשהו, ולו מינימלי, אכן נגרם לגיא בשל ההתרשלות. ברם, אין במסקנה זו כשלעצמה כדי להביא לקבלת הערעור. על מנת לבסס קיומה של רשלנות שהמשיב יחוב בגינה, יש לקבוע מה מידת הנזק שנגרם. בחומר שהונח בפני בית המשפט המחוזי אין בנמצא כל טיעון או ראייה שבכוחם ליתן מענה לשאלה זו. ד"ר אמיר-מסר הציגה, אמנם, את הערכתה בדבר מצבו של גיא דהיום, בקובעה כי דרגת נכותו הרפואית היא 65 אחוזים. ואולם, מדבריה עולה באופן מפורש כי נכות זו לא נגרמה במלואה בעטיו של ד"ר מנחם. אין מחלוקת כי עצם הופעתן של הבעיות ההתפתחותיות אצל גיא לא נבעה ממעשיו או ממחדליו של ד"ר מנחם, וכי אין לייחס לו אחריות בשל זאת. המערערים גם מכירים בכך שאף אילולא ההתרשלות היה גיא סובל מבעיות בחומרה כזו או אחרת. הנזק שד"ר מנחם גרם לגיא מתבטא, איפוא, בפער שבין המצב בו היה גיא כיום אילו אובחן וטופל במועד, לבין מצבו כפי שהוא בפועל. ואולם, מידת השיפור שניתן היה להשיג במקרה ההיפותטי האמור אינה ידועה. על רקע זה עלינו להחליט מה היקף החבות שיש להטיל, אם בכלל, על המשיב.

9. יובהר, כי אין מדובר במצב דברים בו נדרש בית המשפט לחלק את האחריות לנזק בין שני מעוולים. בעקבות הסכם הפשרה שנחתם בגדר ההליך בבית המשפט המחוזי, עילת התביעה של ההורים כנגד בית החולים חלפה מן העולם והאחרון יצא מן התמונה. זאת ועוד, פסק הדין החלקי שאישר את ההסכם אינו כולל כל ממצא בדבר אחריותו של בית החולים, ואף בהסכם עצמו מודגש כי אין בו משום הכרה באחריות מצד בית החולים. אין גם לומר, כי הסכום ששולם לפי הסכם הפשרה משליך על חבותו של המשיב. היות שפסק הדין אינו מטיל על בית החולים אחריות נזיקית, ממילא הוא אינו משקף קביעה בדבר מידת תרומתו של בית החולים לנזקו של גיא. משכך, לא ניתן להסיק מפסק הדין דבר לגבי השאלה העומדת בלב דיוננו, היינו מהו חלקו של ד"ר מנחם ביצירת הנזק. נקודת הפתיחה להתדיינות בין בעלי הדין היא, איפוא, אותו נזק שהיה נותר אף אם ד"ר מנחם היה מאבחן את מצבו של גיא, יהא מקורו של נזק זה אשר יהא. אין לראותו כנזק שנגרם על ידי מזיק נוסף, אלא כמצב נתון שהמשיב אינו אחראי לו ואשר טיבו המדויק אינו ידוע.

10. בפנינו, אם כן, סיטואציה בה נגרם חלקו של הנזק על ידי מעוול וחלקו האחר על ידי גורם שאינו בר אחריות. מקרה זה מכונה, לעיתים, התמרת מצב קיים (aggravation of preexisting condition), וזאת כאשר המזיק גורם להחרפה של נזק

שהיה קיים עובר להתרשלות. נעיר, כי במקרה דנא השימוש במונח "החמרה" לוקה בחוסר דיוק. הטעם לכך הוא כי מחדלו של ד"ר מנחם לא הביא להרעה במצבו של גיא לעומת הנזק שהיה קיים עוד קודם לכן. נראה, כי מצבו של גיא לפני שהיה מטופלו של ד"ר מנחם היה דומה, פחות או יותר, למצב שהתקיים לאחר סיום הטיפול. ההחמרה במצבו של גיא כתוצאה מן ההתרשלות מתבטאת למעשה, במניעת השיפור שניתן היה להשיג אילו היה גיא מאובחן כראוי. יחד עם זאת, רב הדימיון בין סוגי המקרים על השוני שביניהם. בשני המקרים, האתגר הניצב בפני בית המשפט הוא לקבוע איזה חלק מתוך הנזק, המהווה יחידה אחת, היה קיים אף אילו לא בוצעה העוולה, ואיזה חלק נבע ממנה. הניתוח שנערוך לגבי המקרה שנהוג לכנותו החמרת מצב קיים יפה, אם כן, אף לגבי הסיטואציה בה עסקינן.

11. כאשר ישנה אפשרות מעשית לדעת מה היה מצבו של הניזוק אלמלא ההתרשלות, יחוב הנתבע אך ורק בשיעור בו החמיר את הנזק לעומת אותו מצב (ראו, J.H. King "Causation, Valuation, and Chance in Personal Injury Torts Involving Preexisting Conditions and Future Consequences" 90 *Yale L.J.* (1981) Restatement (Second) of Torts (1965), § 433A, p. 1353, 1359-1360 (להלן - King); (437). ואולם, במקרים רבים, בעיקר בתביעות בגין נזקי גוף, לא קיימת אפשרות ממשית לקבוע מה היה מצבו של התובע לולא בוצעה העוולה, לנוכח חוסר הוודאות והעדר הדיוק בהם מתאפיין מדע הרפואה. נקודת המוצא הינה, כי הוכח שמצבו של הניזוק היה טוב יותר אלמלא ההתרשלות, אלא שבית המשפט אינו יכול להפריד בדיעבד בין הנזק הנובע מן העוולה לבין הנזק שנגרם על ידי הגורם החף. מקובל לומר, כי סוגיה זו עניינה בביסוס הקשר הסיבתי העובדתי שבין ההתרשלות לנזק, אך יש הסבורים כי "מיקומה הגיאומטרי" הוא בשאלת הוכחת הנזק. להתלבטות זו אין נפקות של ממש. על כל פנים, שתי הסוגיות הנזכרות שלובות זו בזו עד שלעיתים קרובות ההפרדה המושגית ביניהן מלאכותית למדי, שהרי שאלת הוכחת הנזק אינה עומדת בפני עצמה, אלא היא מהווה קביעה איזה חלק מתוך מצבו של התובע הינו בעל קשר סיבתי להתרשלות המזיק. ניתן לומר כי מדובר, למעשה, בסוגיה אחת, במסגרתה בוחן בית המשפט האם הוכח קיומו של קשר סיבתי עובדתי בין ההתרשלות לבין חלק מוגדר מתוך נזקו של התובע. הבעייתיות בסיטואציה בה עסקינן טמונה, אם כן, בכך שהתובע מתקשה להוכיח כי קיים קשר סיבתי עובדתי בין ההתרשלות לבין כל חלק שהוא, ולו פרומיל, מתוך הנזק. ברגיל, אמור מצב דברים זה להוביל לדחיית התביעה, שכן הנטל להוכיח על פי מאזן ההסתברויות את התקיימות כל אחד מיסודות עוולת הרשלנות, לרבות היקף הנזק שנגרם בשל ההתרשלות, מוטל על כתפי התובע. משמעות הדבר היא, כי ניזוק כלפיו בוצעה עוולה אשר החמירה את מצבו, ייצא בידיים ריקות אך

משום שעומד בפניו קושי ניכר להוכיח את מידת ההחמרה שאירעה. תוצאה זו אינה עולה בקנה אחד עם מטרות דיני הנזיקין, שהעיקריות בהן הינן השגת צדק מתקן והרתעת מזיקים פוטנציאליים מפני ביצוע עוולות. על כן, מתעורר הצורך לספק פתרון למצב בלתי רצוי זה.

12. נעיר, כי אין לערב מקרה כגון דא עם מצב דברים בו הגורם הראשוני לנזק הינו עוולה, אלא שבין הגורמים שתרמו להתפתחותו של נזק זה לאחר ביצועה של העוולה או להחמרתו, ישנם גם כאלה שאינם בני אשם. כך למשל, לעיתים נתונים פיזיים או נפשיים המייחדים את התובע מביאים להיווצרותו של נזק בעקבות עוולה, אשר אילו בוצעה כלפי אדם אחר, שאינו מתאפיין באותם נתונים, לא הייתה גורמת כל נזק. במקרים אחרים, נזק אשר עצם גרימתו כתוצאה מעוולה מסוימת הייתה צפויה, צומח למימדים לא צפויים עקב נתוני הניזוק. בפסיקתנו השתרש עיקרון המכונה "עיקרון הגולגולת הדקה", לפיו חייב המזיק לקבל את הניזוק כפי שהוא ולפצותו בגין כל נזק שנוצר בשל שילוב מעשה העוולה עם נתוני המיוחדים (ד"נ 12/63 ל'און נ' רינגר, פ"ד יח(4) 701). אף המקרה של החמרת מצב קיים עוסק במצבו של הניזוק עובר להתרשלות, אלא שכאן עומד במוקד הדיון קושי אחר. הסוגיה עימה מתמודד בית המשפט בסיטואציה של "גולגולת דקה" עניינה השפעת נתוניו של התובע על תוצאות העוולה. בהקשר זה לא מתעוררת שאלת הקשר הסיבתי העובדתי, שכן ברור כי העוולה הינה "גורם בלעדיו אין" לנזק אף אם הוא בלתי צפוי. במילים אחרות, בסיטואציה של "גולגולת דקה" אין האדם המעורב סובל מנזק כלשהו, אלא שמעשה העוולה מביא לנזק גדול מאשר אצל אחר שאינו בעל "גולגולת דקה". לעומת זאת, במקרה של החמרת מצב קיים סובל האדם המעורב מנזק מוקדם שאין מקורו בהכרח בעוולה. ואולם, העוולה גורמת להגדלתו של נזק זה. הבעייתיות שמציב מקרה כגון זה נוגעת להבחנה בין הנזק שנגרם כתוצאה מהעוולה לזה שהיה קיים אף טרם ביצועה (ראו King, עמ' 1360-1361).

בעיית העמימות העובדתית

13. המקרה של החמרת מצב קיים משתייך לקבוצת מקרים שהמכנה המשותף להם הינו עמימות עובדתית. קרי, עצם טיבה של הסיטואציה אליה נקלע הניזוק מקשה עליו או אינו מאפשר לו להוכיח את התקיימות אחד או יותר מיסודות העוולה. על פי רוב, מדובר בקשר הסיבתי. במקרים אלה מוכן המשפט לסטות מן הכללים המסורתיים באשר להוכחת הקשר הסיבתי, ויש שיראו זאת אף כהגמשה של כללי הסיבתיות עצמם. דוגמה בולטת לסיבתיות עמומה הינה מצב דברים בו לא ניתן להוכיח לפי מאזן

ההסתברויות שנוזקו של התובע נגרם כתוצאה מהתרשלותו של הנתבע. כך למשל, נדונו בפסיקה מקרים בהם עקב התרשלות נמנע מן התובע טיפול רפואי אשר עשוי היה להביא, בהסתברות מסוימת, להחלמה מפגיעתו או ממחלתו. משנעשה לבסוף אבחון נכון ביחס למצבו של התובע, לא הייתה עוד תועלת באותו טיפול בשל חלוף הזמן. כאשר סיכויי ההחלמה הסטטיסטיים הטמונים בטיפול הרפואי הרלוונטי עומדים על 50 אחוזים או למטה מכך, לא יכול היה התובע לבסס את עילת תביעתו לפי הכללים המסורתיים. הטעם לכך הוא כי לא הוכח לפי מאזן ההסתברויות, קרי, בהסתברות של למעלה מ-50 אחוזים, שהתובע היה מחלים אלמלא התרשל הנתבע באי מתן הטיפול. על רקע מצב הדברים האמור, אימץ בית משפט זה דוקטרינה שהוחלה על ידי הפסיקה בארצות הברית, והכיר בכך שעצם אובדן סיכויי ההחלמה יכול להיחשב כנוזק בר פיצוי. לפי הגישה האמורה, הסיכויים שהיו לניזוק להחלים מפגיעתו או ממחלתו כמוהם כ"נכס" שהיה בידיו, ואשר נשלל ממנו עקב התרשלות המזיק. הפיצוי הניתן במקרים אלו, שנועד לשקף את שוויו של "נכס" זה, מחושב כמכפלת הנוזק הממשי שסבל התובע בהסתברות שהוא היה מחלים ממנו בעקבות הטיפול (ראו, למשל, ע"א 231/84 קופת חולים של ההסתדרות הכללית נ' פאתח, פ"ד מב(3) 312, 319-320; ע"א 1892/95 אבו-סעדה נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד נא(2) 704, 715-719 (להלן - עניין אבו-סעדה). יש להעיר, כי פסק הדין בעניין אבו-סעדה כולל התייחסות מסוימת לסיטואציה של החמרת מצב קיים, אך נראה שהסוגיה המרכזית שהתעוררה בו הייתה של אובדן סיכויי החלמה). האפשרות לפסוק, למצער במקרים מסוימים, פיצוי בגין הגברת הסיכון ללקות במום או במחלה - שיש הרואים בה כצד השני של אותו המטבע - הוכרה אף היא (ע"א 7375/02 בית החולים כרמל נ' מלול (טרם פורסם), פסקאות 20-26 (להלן - עניין מלול). יוער, כי תלוי ועומד דיון נוסף על פסק דין זה: דנ"א 4693/05; וראו גם דעת היחיד של השופט ט' שטרסברג-כהן בע"א 6643/95 כהן נ' קופת חולים של ההסתדרות הכללית, פ"ד נג(2) 680 (להלן - עניין כהן) (701-704).

14. ניתן למנות דוגמאות נוספות למקרים המתאפיינים בסיבתיות עמומה. כך, ישנם מקרים בהם נזק בעולה כאשר זהותו של המעוול אינה ידועה (מתוך קבוצה מוגבלת של מזיקים אפשריים), ומקרים אחרים בהם נגרם נזק על ידי מעוולים שפעלו בנפרד כאשר לא ידוע איזה חלק מהנזק גרם כל מעוול. המקרים בהם מתקיימת סיבתיות עמומה נחלקים לסוגים שונים ומגוונים; כל סוג ומאפייניו הוא, כל סוג והפתרונות היאים לו. סוגיה זו אינה פשוטה כלל ועיקר, ולעיתים קרובות ישנה נטייה לערב מין בשאינו מינו. המורכבות אך מתגברת לאור זאת שבאירוע נזק אחד יכול שיתקיימו מאפיינים של יותר מסוג מקרים אחד. אין מקום להידרש במסגרת זו לסוגי המקרים אשר אינם רלוונטיים לענייננו (לדיון כללי בבעיית הסיבתיות העמומה

ובפירוט השונים הישימים לגביה ראו, למשל, ע"א 6643/95 כהן נ' קופת חולים של ההסתדרות הכללית, פ"ד נג(2) 680, עמ' 694 ואילך; ע"א 7469/03 המרכז הרפואי שערי צדק נ' כהן (טרם פורסם), פסקה 9; א' פורת וא' שטיין "דוקטרינת הנזק הראייתי: ההצדקות לאימוצה ויישומה במצבים טיפוסיים של אי-ודאות בגרימת נזקים" עיוני משפט כא(2) (תשנ"ח) 191 (להלן - דוקטרינת הנזק הראייתי); A. Porat & A. King, Tort Liability under Uncertainty (Oxford University Press, 2001); וכן מאמרו של King). כזכור, עניין לנו בסיטואציה בה נגרם נזק, חלקו בעוולה וחלקו שלא בעוולה, כאשר אין בידי בית המשפט נתונים המאפשרים לו לקבוע לאיזה חלק מן הנזק אחראי המזיק. נפנה עתה לעסוק בסוג זה של מקרים ובפירוט שניתן להחיל לגבינו, ונבחן האם יש מקום ליישם בענייננו.

פתרון אפשרי ראשון: העברת נטל השכנוע לעניין היקף הנזק אל הנתבע

15. בעניין שנדון בפני בית משפט זה הוגשה תביעה על ידי מטופל, אשר עקב התרשלות של רופאו במהלך ביצוע ניתוח, נזקק לניתוח נוסף לשם תיקון נזקי הניתוח הראשון. כתוצאה משני הניתוחים שעבר יצא התובע את בית החולים כשהוא לוקה בנכות נפשית. נכות זו נבעה משילוב שבין גורם חף, הלא הוא הניתוח הראשון שהיה בו הכרח על מנת לפתור בעיה רפואית, לבין גורם עוולתי, הוא הרופא שבמעשיו עורר את הצורך בביצוע ניתוח נוסף. נמצא, כי מעשה ההתרשלות של הרופא החמיר את מצבו של התובע, אלא שעקב טיבו של הנזק לא ניתן להגדיר, אף לא במידת השערה, מה חלקו היחסי של הנזק שנגרם על ידי המעוול מתוך הנזק הכולל. בית המשפט קבע, כי בנסיבות כגון אלו יש מקום לחרוג מן הכללים הראייתיים הרגילים, לפיהם נדרש הניזוק להוכיח את היקף הנזק שנגרם ברשלנותו של המזיק. הטעם לכך הוא כי המזיק הרשולן גרם, בנוסף לנזק הממשי, גם "נזק ראייתי". משמע, בעטיה של ההתרשלות נמנעה מן הניזוק האפשרות להוכיח איזה חלק מהנזק הסופי, המהווה יחידת נזק אחת, נוצר בלא קשר לאירוע הרשלני ואיזה חלק התגבש בעקבותיו. נזק ראייתי זה מצדיק, על פי קביעת בית המשפט, את העברת נטל השכנוע לנתבע על מנת שיוכיח מה היקף הנזק שנגרם על ידו. לא עמד הנתבע בנטל, יחוב בפיצוי בגין הנזק הכולל (ע"א 285/86 נגר נ' וילנסקי, פ"ד מג(3) 284 (להלן - עניין נגר), (293-296).

16. יצוין, כי הגישה לפיה יועבר נטל השכנוע אל כתפי הנתבע מקום שזה גרם לתובע נזק ראייתי, אומצה בעקבות עניין נגר בשורה ארוכה של פסקי דין. הפסיקה דנה בנזקים ראייתיים מסוגים שונים ובהקשרים שונים. כך למשל, הוכרו כנזק ראייתי קשיים בהוכחת אחד או יותר מיסודות העוולה, שאינם בהכרח הקשר הסיבתי. כמו כן

דובר על נזקים ראייתיים הנובעים מעצם טיבה של הסיטואציה אליה נקלע הניזוק באשמת המזיק, ומנגד נדונו נזקים שמקורם במעשה או במחדל נפרד של המעוול, נוסף על גרימת הנזק הממשי, כדוגמת אי ניהול רישומים רפואיים. הכלל שגובש הוא כי נטל השכנוע יועבר לנתבע ביחס לאותן עובדות שלגביהן נגרם נזק ראייתי בשל רשלנותו, ואך ביחס אליהן (ראו, למשל, ע"א 789/89 עמר נ' קופת חולים של ההסתדרות הכללית, פ"ד מו(1) 712, 721; ע"א 6160/99 דרוקמן נ' בית החולים לניאדו, פ"ד נה(3) 117, 125-127; רע"א 8317/99 שוקרון נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(5) 321 (להלן - עניין שוקרון), 334-333; ע"א 9328/02 מאיר נ' לאור, פ"ד נח(5) 54, 64-66 (להלן - עניין מאיר)). מקובל לומר כי גישה זו מגלמת את ההיבט הדיוני-ראייתי של דוקטרינת הנזק הראייתי, להבדיל מן הפן המהותי-נזיקי שלה שיידון להלן. במאמר מוסגר נעיר, כי אפשר שהאמירה כי נטל השכנוע עבר לנתבע חוטאת לאמת. מאחר שברובם המכריע של המקרים בהם נעשה שימוש בטכניקת העברת הנטל, אם לא בכולם, הנתבע אינו מסוגל להרים את הנטל המועבר אליו, ניתן לומר שלמעשה אין מדובר בכלי ראייתי, כפי שעשוי לרמז שמו, כי אם בכלל מתחום המשפט המהותי המכריע את גורל ההתדיינות (ע"א 361/00 ד'אהר נ' סרן יואב (טרם פורסם), פסקה 16 (להלן - עניין ד'אהר); כן השוו, ע"א 1146/99 קופת חולים כללית נ' סולן, פ"ד נה(4) 898, 905 (דעת המיעוט של השופט אנגלרד) וע"א 8151/98 שטרנברג נ' ד"ר צ'צ'יק, פ"ד נו(1) 539, 561, שם עלה העניין בהקשר לגישה מסוימת לכלל "הדבר מעיד על עצמו"; להתייחסות נוספת ראו ג' שני, כלל "הדבר מעיד על עצמו" בדיני הנזיקין - בחינה מחודשת, משפטים לה 81, 124-134).

17. חיזוק לעמדה שהובעה בעניין נגר ניתן למצוא בפסק דינו של בית משפט זה בעניין מלך (ד"נ 15/88 מלך נ' קורנהויזר, פ"ד מד(2) 89). בפרשה זו נפגע התובע באופן חמור ביותר לאחר שהותקף בו-זמנית על ידי שלושה כלבים. שניים מהם היו בבעלות משותפת של הנתבעים, ואילו הבעלות על הכלב השלישי לא הייתה ידועה ויכול שהיה למעשה כלב רחוב. בלב הדיון עמדה השאלה, האם חייבים הנתבעים לפצות את התובע בשיעור של שני שלישים מגובה הנזק או שמא עליהם לשאת במלוא הנזק. דעת הרוב בדיון הנוסף קבעה, כי מאחר שהנזקים שאירעו באותו מקרה, לפי עצם טבעם, אינם ניתנים לחלוקה, הנטל הוא על הנתבעים להוכיח כי קיים בסיס לחלוקת הנזק ולהגבלת אחריותם. משקבע בית המשפט כי הנתבעים לא עמדו בנטל, חויבו הם במלוא נזקיו של התובע. בית המשפט הוסיף, כי כאשר נדרש השופט להכריע מי מבעלי הדין יישא בנזק שקיים סימן שאלה באשר למקורו, עליו להעדיף את עניינו של ניזוק "חף מפשע" על פני זה של מזיק "אשם", שאחראי ולו לחלקו של הנזק (עניין מלך, עמ' 107 ואילך).

יישום הפתרון הראשון: טיבה של העמימות העובדתית והוכחתה

18. ראינו, איפוא, כי בית משפט זה גילה נכונות להעביר את נטל השכנוע אל כתפי הנתבע במקרה בו נגרמה על ידו עמימות עובדתית לגבי אחד מיסודות עילת התביעה. ברם, מכך לא נובעת מאליה המסקנה כי יש מקום לנקוט דרך זו במקרה דנא. עמימות עובדתית אינה בגדר סיסמה. נטל השכנוע לא יועבר לנתבע כדבר שבשגרה, כל אימת שישנה אי ודאות בדרגה כזו או אחרת ביחס לאחד מרכיבי העילה. שומה עלינו להגדיר מה טיבה של אותה עמימות עובדתית המצדיקה שימוש בכלי המשפטי האמור. כמו כן, עלינו לקבוע מיהו בעל הדין עליו מוטל הנטל להוכיח או להפריך את קיומה של העמימות העובדתית ואת עובדת גרימתה על ידי הנתבע. ספק אם ניתן לדלות תשובות ברורות לשאלות אלו מתוך הפסיקה שעסקה במקרים הדומים לענייננו. בעניין נגר הסביר בית המשפט, כי הבעיה בפניה הוא ניצב טמונה בכך שעקב טיבו של הנזק לא ניתן לקבוע, אף לא במידת השערה, מה היקף הנזק לו אחראי המעוול (עניין נגר, עמ' 293). נראה, כי העמימות העובדתית שהצדיקה באותו מקרה את העברת הנטל אל הנתבע, התבטאה בהעדר כל אפשרות להוכיח מה הנזק שנבע מן העוולה. עם זאת, לא נקבעו מסמרות באשר לאופייה של העמימות העובדתית שבהתקיימה ייהפך הנטל. לשאלה השנייה שהעמדנו, העוסקת בנטל להוכיח את קיומה של עמימות עובדתית כאמור, לא יוחסה כל חשיבות בעניין נגר. הערכאה הדיונית קבעה באותו מקרה כי לא ניתן לבודד את החלק שנגרם בעוולה מתוך הנזק הכולל. אין לגזור מכך עיקרון כללי, לפיו העמימות העובדתית אינה טעונה הוכחה. בעניין נגר הגיע בית המשפט למסקנתו האמורה לנוכח הפער הניכר שבין חוות הדעת שהציגו בפניו הצדדים, אשר העיד על כך שהשערותיהם של המומחים השונים בדבר גובה הנזק לא היו אלא ספקולציות (עניין נגר, עמ' 288-289). שונים הם פני הדברים כאשר התובע אינו מביא כל ראיה לעניין זה, כפי שאירע במקרה הנוכחי. הימנעותו של התובע מלהוכיח את נזקו אינה מלמדת בהכרח על קיומה של עמימות עובדתית. משהתובע נמנע מלהוכיח את נזקו, נשאלת השאלה הבאה: האם, כתנאי להעברת נטל השכנוע מן התובע לנתבע, על הראשון להוכיח שמעשי השני הם ששללו ממנו את האפשרות להוכיח לאיזה שיעור של הנזק אחראי השני. פסק הדין בעניין נגר אינו מספק תשובה לשאלה זו.

19. פסק הדין בעניין מלך מציג, כפי הנראה, גישה המקלה יותר עם התובע. בפסק דין זה כלל לא נעשה שימוש בטרמינולוגיה של נזק ראייתי. על כן תיתכן הטענה, כי לדידו של בית המשפט אין הכרח בגרימת נזק כאמור מצד הנתבע, לא כל שכן בהוכחת יסוד זה על ידי התובע, בכדי שיועבר לנתבע הנטל להוכיח כי הוא לא אחראי למלוא

הנזק. בספרות המשפטית הועלו תהיות לגבי ההצדקה העיונית להעברת נטל השכנוע לנתבע במקרים מסוג זה, בהעדר קביעה בדבר גרימת נזק ראייתי (א' פורת "דיני הנזיקין" ספר השנה של המשפט בישראל תשנ"א (א' רוזן-צבי עורך) 240, 247-251 (להלן - דיני הנזיקין)). על כל פנים, דומה כי ישנו שוני משמעותי בין הפרשה שנדונה בפסק דין מלך, לפחות כפי שראו אותה שופטי הרוב, לבין זו העומדת בפנינו. הנימוק העיקרי למהלך המשפטי שננקט באותו מקרה היה קביעתו של בית המשפט, כי פעולתם המשולבת של שלושת הכלבים, שעשו בתובע שפטים בעת ובעונה אחת, הולידה נזק השונה במהותו מצירוף הנזקים שגרם כל אחד מהכלבים לבדו. נזק זה, המתבטא בהפיכת הניזוק מאדם בריא ופעיל לשבר כלי, אינו ניתן מעצם טבעו לחלוקה. זאת ועוד, לדברי בית המשפט, יש להניח שאותו הנזק היה נגרם על ידי שני הכלבים שבבעלות הנתבעים אף אלמלא הצטרף אליהם הכלב השלישי (עניין מלך, עמ' 109-107). משמע, כל אחד משלושת הכלבים הינו "גורם בלעדיו אין" למלוא נזקו הייחודי של התובע, כפי שהוגדר על ידי בית המשפט (ראו דיני הנזיקין, עמ' 251). ניתן לומר, כי השימוש במושג העמימות העובדתית ביחס לעניין מלך אינו מדויק, מאחר שדובר בו בנזק שאינו ניתן לחלוקה מן הבחינה המהותית ולא מן הבחינה הראייתית. במקרה שבפנינו, לעומת זאת, לא נטען כי הנזק הכולל שנגרם לגיא כתוצאה משילוב שני הגורמים - מצבו המולד והתרשלותו של ד"ר מנחם - עולה על סכום חלקיו, או כי מדובר בנזק מסוג שונה בתכלית. אין כל קושי מושגי - להבדיל מקושי מעשי - לקבוע כי הנזק מורכב משני חלקים שלכל אחד מהם אחראי גורם אחר; החלק האחד הוא אותם אחוזי נכות מהם היה גיא סובל כיום אפילו היה מאובחן ומטופל במועד, והשני הוא אחוזי הנכות מהם הוא סובל כתוצאה מאי האבחון במועד על ידי ד"ר מנחם. לפיכך, אין להשליך מהעמדה שהובעה בעניין מלך למקרה הנוכחי.

20. אף התמונה העולה מן המשפט המשווה בסוגיה הנדונה אינה חד משמעית. בפסיקת בתי המשפט בארצות הברית העוסקת במקרים של החמרת מצב קיים, רווחת השיטה של העברת נטל השכנוע לנתבע לעניין היקף הנזק, אשר אומצה בעניין נגר. בהקשר זה ניתן למצוא בפסיקה ובספרות המשפטית האמריקאית אחיזה לגישה המחמירה מאוד עם הנתבע. לפיה, די בכך שהוכח כי פעולתו של הנתבע החמירה את מצבו הרפואי של התובע, על מנת שיוטל על הראשון הנטל לשכנע כי ניתן להבחין בין הנזק שנגרם בעוולה לזה שהתקיים עוד לפניו. הטעמים שניתנו לגישה זו הם הקושי הראייתי בפניו ניצב התובע בבואו להוכיח מהו שיעור הנזק לו אחראי הנתבע, כמו גם שיקולי מדיניות שעניינם העדפת האינטרס של ניזוק חף על פני זה של מזיק אשם (ראו, *Fosgate v. Corona*, 66 N.J. 268, 330 A.2d 355 (1974); *David v. DeLeon*, 250 King; Neb. 109, 547 N.W.2d 726 (1996), עמ' 1393-1394). נראה, כי בעיני מצדדיה

של הגישה הנזכרת, השתלבותם של המצב הקיים ושל הנזק שנוצר בעוולה לכדי יחידת נזק אחת, על הקושי ההוכחתי המובנה במצב זה, נחשבת כשלעצמה כנזק ראייתי, המצדיק קביעת חזקה כי הנזק אינו ניתן לחלוקה. מקורות אמריקאים אחרים, לעומת זאת, אינם מתייחסים לשאלת נטל השכנוע, וקובעים כי הנתבע יישא במלוא הנזק אם חבר המושבעים אינו מסוגל להפרידו לחלקיו (22 Am. Jur. 2d, Damages (2003), § 240) ; (1963) 151 Colo. 520, 379 P.2d 811 (Newbury v. Vogel).

21. העמדה לפיה ברירת המחדל במקרים של החמרת מצב קיים הינה הטלת האחריות למלוא הנזק על הנתבע, זכתה להתנגדות לפחות בשני פסקי דין אנגליים. פסקי דין אלה כלל לא נקטו, אמנם, את שיטת העברת הנטל אלא הלכו בדרך האומדנה, אליה נתייחס בהמשך, אך ראוי לצייןם כמשקל נגד לגישה הקיצונית משהו שהזכרנו לעיל. כך, באחד מפסקי הדין המצוטטים ביותר בסוגיה זו נאמר, כי שיקולי הצדק וההגינות, הדורשים התחשבות באינטרסים של שני הצדדים ולא רק באלו של התובע, אינם תומכים בפתרון המחייב את המעוול בפיצוי עבור נזקים אשר ברור כי לא נגרמו בעטיו (Thompson v. Smiths Shiprepairers (North Shields) Ltd. [1984] Q.B. 405,) 443-444 (להלן - עניין Thompson)). דברים אלה צוטטו בהסכמה בפסק הדין בעניין Holtby (Holtby v. Brigham & Cowan (Hull) Ltd. [2000] 3 All E.R. 421 (C.A)), בו נכללה אף התייחסות לסוגיית נטל השכנוע. בית המשפט ציין, בדעת רוב, כי גם במקרה של החמרת מצב קיים, הנטל לבסס את הקשר הסיבתי בין ההתרשלות לבין כל חלק מתוך נזקו של התובע מוטל על כתפיו, ואינו עובר אל הנתבע (שם, עמ' 428-430). בית המשפט העיר, אמנם, כי הנתבע עלול למצוא עצמו מחויב במלוא הנזק אם יימנע מלטעון כי חלק מהנזק נבע מגורמים שאינם תלויים בו, או אם לא יתמוך טענה כאמור בראיות. ברם, נאמר כי אין עליו חובה לעשות כן. לנוכח דבריו הברורים של בית המשפט לפיהם התובע הוא הנושא בנטל השכנוע, ברי כי הערתו האמורה מתייחסת למצב דברים בו קיימת אפשרות, המעוגנת בראיותיו של התובע, שהנתבע אחראי לנזק במלואו. היא אינה נוגעת, כפי הנראה, למקרה כגון זה העומד בפנינו, בו התובע אינו מביא כל ראיה לשם תיחום הנזק לו גרם הנתבע, ובו ידוע בוודאות כי חלק מן הנזק התקיים עובר לעוולה ועל כן ברי כי הנתבע אינו אחראי לו.

22. עמדתי בשאלות שהצבנו לעיל הינה, כי העמימות העובדתית שבגינה יועבר לנתבע נטל השכנוע לגבי היקף הנזק שגרם, משמעה קושי ממש להוכיח יסוד זה במובחן מקושי כלשהו, וכי קיומה של עמימות כאמור הינו עובדה אשר הנטל להוכיחה מוטל על התובע. להלן אפרט טעמי לכך. תחילה אציג עמדתי לעניין מהותה של העמימות העובדתית המביאה להעברת נטל השכנוע לכתפי הנתבע, ולאחר מכן אפרט

את גישתי בשאלת הנטל להוכיח את קיומה של העמימות העובדתית. כאמור, בעניין נגר לא הייתה לתובע, על פי קביעת בית המשפט, כל יכולת להוכיח את שיעור הנזק שנגרם כתוצאה מן העוולה. עם זאת, לא נערך דיון עקרוני באשר למידת העמימות העובדתית המצדיקה את העברת הנטל. לעומת זאת, מפסקי דין אחרים של בית משפט זה בהם הוחלה דוקטרינת הנזק הראייתי במובנה הדיוני עולה, כך נראה, כי אין להסתפק בחוסר ודאות גרידא או בקשיי הוכחה מתונים לגבי אחד מיסודות עילת התביעה. פסקי דין אלה לא עסקו, אמנם, במקרים של החמרת מצב קיים, אך כפי שציינו, למעשה בית המשפט הסתמך בהם על הניתוח המשפטי שנערך בעניין נגר. כמו בעניין זה כך גם בסיטואציות האחרות שנדונו, נקבע כי ישנה עמימות עובדתית, אשר נגרמה בעטיו של המזיק, ביחס לאחד מרכיבי העילה. ניתן להסיק לפחות מחלק מפסקי הדין האמורים, כי בדברו על עמימות עובדתית או על נזק ראייתי התכוון בית המשפט לקושי ממשי להוכיח את היסוד החסר (ראו, ע"א 8151/98 שטרנברג נ' צ'צ'יק, פ"ד נו(1) 539, 551-553; עניין שוקרון, עמ' 333; עניין מאיר, פסקה 13).

23. עמדה זו ראויה היא. הכלל הראייתי הבסיסי החל במשפט האזרחי הינו "המוציא מחברו עליו הראייה". ניתן להצדיק כלל זה בטעמים מוסריים כמו גם כלכליים (ראו למשל, דוקטרינת הנזק הראייתי, עמ' 244-246). אכן, בנסיבות מיוחדות מוכן המשפט להגמיש את כלליו ולפטור את התובע מעולו של נטל השכנוע ביחס לאחד מיסודות עילת תביעתו. ברם, מאחר שמדובר בחריג לעיקרון הכללי יש להתייחס אליו ככזה ולפרשו בצמצום, במיוחד לנוכח מרכזיותו של הכלל ממנו הוא יוצא. חשוב להבהיר שוב, כי העברת נטל השכנוע אל הנתבע לגבי עובדה מרכזית השנויה במחלוקת טומנת בחובה השפעה מכרעת על גורל ההליך, ומביאה על פי רוב לקבלת התביעה כנגדו. על כן, אין להסתפק בקיומם של קשיי הוכחה בכל דרגה שהיא על מנת שהנטל יועבר אל כתפי הנתבע. כאשר הסיטואציה בה מצוי התובע מקשה עליו במידה מסוימת להוכיח את תביעתו, יש לצפות ממנו כי יגביר מאמציו וינסה לשים ידו על כל ראיה שביכולתו להביא באופן סביר, על מנת לשכנע את בית המשפט כי אמנם זכאי הוא לסעד אותו דרש מן הנתבע. יש להעביר את נטל השכנוע רק כאשר נקלע התובע, באשמת הנתבע, למבוי סתום המקשה עליו באופן ממשי וניכר להוכיח את אחד מיסודות עילתו.

24. בפרט נכונים הדברים לגבי מצב עניינים בו קיים קושי להבחין בין נזק שנוצר כתוצאה מעוולה לנזק הנובע מגורם שאינו בר חבות. כאשר במקרה כזה מועבר לנתבע הנטל להוכיח כי הוא לא אחראי למלוא הנזק, התוצאה לגביו היא קשה, מכיוון שבסופו של יום עלול הוא להיות מחויב בפיצוי עבור נזקים שברור בעליל כי לא הוא גרמם.

בית משפט זה אף עמד על כך בעניין נגר (עמ' 295). הבעייתיות בולטת עוד יותר בתרחיש בו עיקר הנזק מקורו במצבו של הניזוק עובר לעוולה, וההחמרה שנגרמת לו על ידי המזיק הינה שולית. תוצאה הכרוכה בפיצוי יתר של התובע וב"הענשה" של הנתבע אינה רצויה. עלינו לשים לנגד עינינו כל העת את העיקרון שצריך להנחותנו בעת פסיקת הפיצויים, הלא הוא השאיפה להשיב את מצבו של התובע לקדמותו. עיקרון זה כפוף ממילא, גם במקרה רגיל, למגבלות ניכרות. הוכחת שיעורו של כל נזק גוף הינה מלאכה מורכבת מטבעה. אין כל דרך לתרגם באופן מדויק מום גופני ממנו סובל התובע למונחים כספיים. זאת ועוד, ניתן לומר כי תמיד יש לתובע "מצב קיים" כלשהו שהתקיים עובר להתרשלות (King, עמ' 1354). ביחס לכל ראש נזק שנתבע פיצוי בגינו ישנו הכרח לאפיין את המצב בו היה נתון הנפגע לפני העוולה, על מנת לבודד את הפגיעות, התסמינים או אובדן היכולות שנגרמו כתוצאה ממנה. דבר זה כרוך לעיתים קרובות בקשיים. מקרים בהם משתלב הנזק שנוצר בעוולה עם מצבו הקיים של התובע לכדי יחידת נזק אחת טומנים בחובם, אמנם, קושי רב יותר. ברם, איני סבור כי יש לראות בעצם השתלבותם של חלקי הנזק ליחידת נזק אחת כעמימות עובדתית המצדיקה מניה וביה את העברת נטל השכנוע. על אף הקושי ניתן לעיתים, בין באמצעות חוות דעת מומחה ובין בעזרת ראיות אחרות, לקבוע או להעריך מה היקף אחריותו של הנתבע. כל עוד לא נחה דעתו של בית המשפט כי קיים קושי ממשי לכמת את הנזק, ולו באופן גס, אין מקום להעברת נטל השכנוע. שומה עלינו להקפיד הקפד היטב כי פגיעה קשה זו באינטרס הנתבע תתוחם אך למצבים בהם אין אמנם כל אפשרות מעשית אחרת. לבסוף, אף שיקולי המדיניות בדבר העדפת האינטרס של ניזוק חף על פני זה של מזיק בר אשם אינם צריכים לשחק תפקיד כאשר ישנה אפשרות, ולו בדוחק, לתחום את הנזק.

25. אפנה עתה להציג את גישתי ביחס לשאלה השנייה שהצבנו - מיהו בעל הדין עליו מוטל הנטל להוכיח או להפריך את הטענה, כי הנתבע יצר בהתרשלותו עמימות עובדתית. הגם שלא הוקדש לשאלה זו דיון מעמיק בפסיקה, דומה כי התשובה לה קלה יותר מאשר לזו הראשונה. גרימת עמימות עובדתית על ידי הנתבע הינה תנאי יסוד לתחולת דוקטרינת הנזק הראייתי בהיבטה הדיוני. בכדי שהתובע יוכל ליהנות מפירוטתיה של דוקטרינה זו, כך נותנת הדעת, עליו הנטל להראות כי התנאי היסודי הכלול בגדרה מתקיים. אין כל היגיון בכך שהתובע יוכל לפטור את עצמו מן הצורך להציג ראיות ביחס ליסודות מסוימים בעילת תביעתו, בהסתמך על טענה בעלמא כי נגרמה לגביהם עמימות עובדתית. זאת ועוד, אפשר לראות בדוקטרינת הנזק הראייתי חזקה עובדתית, לפיה היו הראיות החסרות תומכות בגרסת התובע אלמלא ניזוקו או נעלמו עקב התרשלות הנתבע (עניין ד'אהר, פסקה 19). ככלל, המבקש להסתמך על

חזקה, עליו הראיה לשם ביסוס עובדות היסוד המקימות ומולידות אותה (ראו, ע"א 162/87 אמארה נ' יוסף, פ"ד מה(5) 533, 549; ע"א 7877/02 זיאד נ' חברת החשמל מזרח ירושלים בע"מ, פ"ד נח(2) 279, 285).

26. העמדה הנזכרת ראויה באופן מיוחד ביחס לסוג המקרים בו עסקינן. כפי שראינו, ייתכן שהעמימות העובדתית תוסק על ידי בית המשפט מתוך הבדלים משמעותיים בין חוות הדעת המוגשות לו, המלמדים שכל ניסיון לאמוד את הנזק הוא בהכרח ספקולטיבי. ברם, חשיבותה של שאלת נטל השכנוע באה לידי ביטוי בעיקר במקרים כגון זה שלפנינו, בהם לא מוצגות על ידי מי מהצדדים ראיות לעניין היקף הנזק לו אחראי הנתבע. לשיטתי, כאשר נמנע התובע מלהביא כל ראיה שבכוחה לתחם את שיעור הנזק, שומה עליו להוכיח כי עמימות עובדתית - כפי שזו הוגדרה על ידינו - היא שמנעה ממנו לעשות כן. לשון אחר, עליו לשכנע את בית המשפט כי הנזק הראייתי נגרם על ידי הנתבע, ביוצרו סיטואציה שמטבעה מקשה באופן ממשי על הוכחת היקף הנזק או שאינה מאפשרת אותה, ולא בשל מחדליו שלו בניהול ההליך המשפטי. הטעמים שמנינו לעיל, בגינם ראוי ליתן פרשנות מצמצמת למושג העמימות העובדתית, יפים גם כאן. גישה שתאפשר להעביר אל הנתבע את נטל השכנוע לגבי היקף הנזק, תוך מתן פטור לתובע מן הצורך להוכיח את עצם העמימות שבגינה מועבר הנטל, תהא בלתי הוגנת כלפי הנתבע ותביא לסטייה מוגזמת מכלל "המוציא מחברו עליו הראייה". יתרה מכך, היא אף עלולה להוביל לתוצאות אבסורדיות. אם יוכל התובע להסתפק באמירה סתמית בדבר קיומה של עמימות עובדתית מבלי שיצטרך להוכיחה, יהווה הדבר תמריץ עבורו שלא להביא ראיות בדבר שיעור הנזק שיש לייחס לנתבע, אף כאשר ראיות כאלה מצויות בידיו; בעוד שהבאת ראיות תגביל את פיצוייו להיקף הנזק לו אחראי הנתבע, הימנעות מכך תזכה אותו בפיצוי עבור מלוא נזקו.

27. יוטעם, כי הטלת נטל השכנוע בעניין קיומה של עמימות עובדתית על התובע אינה מכבידה עליו יתר על המידה. פעמים רבות נהיר לבית המשפט, כי מעצם טיבו של המקרה הנדון בפניו ישנה בעייתיות רבה מהרגיל לברר את העובדות כהווייתן, ועל כן קל יהיה לשכנעו שאמנם מתקיימת עמימות עובדתית. יחד עם זאת, אין לומר כי בכל מקרה כאמור מתקיימים בהכרח קשיי הוכחה משמעותיים, בלא שנעשה כל מאמץ לבסס מסקנה נגזרת זו. אכן, אפשר שבמקרים מסוימים, אשר מעצם טיבם טומנים בחובם קשיי הוכחה חריפים, יקבע בית המשפט כי נטל השכנוע עבר לנתבע אף בלא שהובאו בפניו ראיות לביסוסם של קשיים כאמור. לשון אחר, בנסיבות מסוימות יוכל בית המשפט לקבוע כי הנטל עבר בהתבסס על ניסיון החיים ועל השכל הישר ואולי אף על יסוד ידיעה שיפוטית. זאת, על אף שהתובע לא הביא ראיות, דוגמת חוות דעת

מומחים, שמצביעות על קיומה של עמימות עובדתית. ברם, פעמים רבות מעורר הדיון בהקשר זה שאלות מדעיות שאינן מצויות בתחום ידיעתו השיפוטית של בית המשפט. כך, בעיקר כאשר מדובר בנושאים רפואיים, אשר מידת האפשרות להוכיחם תלויה בידע שבידי מדע הרפואה ובדרגת הוודאות בה מתאפיין התחום הרפואי הספציפי העומד על הפרק. על כן, יש טעם לדרוש כי טענה בדבר קושי ניכר להוכיח את העמימות העובדתית תעוגן, דרך כלל, בחוות דעת של מומחה לתחום הרלוונטי. היה ולא הובאו ראיות על ידי מי מהצדדים באשר לשאלה זו, כי אז העמימות העובדתית - על המשמעויות הנובעות ממנה - לא הוכחה.

הפתרון הראשון: מן הכלל אל הפרט

28. האם בענייננו הוכיחו המערערים, כי מתקיימת עמימות עובדתית המצדיקה את העברת נטל השכנוע לגבי היקף הנזק אל המשיב? דומני, כי יש להשיב לשאלה זו בשלילה. כאמור, לא הוכח שיעור הנזק שגרם ד"ר מנחם לגיא. נזק זה מתבטא במידת השיפור שהיה חל במצבו אילו אובחנו בעיותיו במועד. הנקודה החשובה היא כי אין כל אמירה של המומחית מטעם המערערים, בין אם בחוות דעתה ובין אם בעדותה בעל פה, לפיה קיים קושי ממשי לקבוע או לאמוד את מידת השיפור שניתן היה להשיג אלמלא ההתרשלות. אכן, אך סביר הוא כי בנסיבות העניין אין זה פשוט לבודד את הנזק שגרם ד"ר מנחם מתוך נזקו הכולל של גיא. ברם, מי לידינו כף יתקע כי אמנם מדובר בקושי ממשי, אשר אף הכלים המודרניים שבידי מדע הרפואה אינם יכולים לסייע בפתרונו? יתכן, שישנה דרך כלשהי לתחם את הנזק, ולו באופן גס. אולי ניתן, למצער, להגדיר טווח מסוים של אחוזי נכות בו היה גיא נמצא כיום אלמלא ההתרשלות. על כל פנים, לא הוצגה כל ראיה התומכת באפשרות ההפוכה, לפיה הנזק כלל לא ניתן לחלוקה. אף אין לומר, כי בית המשפט רשאי היה לקבוע בלא ראיה כלשהי כי קיים קושי ממשי להפריד בין חלקי הנזק על יסוד ניסיון החיים, השכל הישר או ידיעה שיפוטית. בהעדר ראיות מצד מי מהצדדים ביחס לסוגיית העמימות העובדתית, יש לקבוע כי הנטל להוכיחה, שהיה מוטל על כתפי המערערים, לא הורם. טענתם נותרה, על כן, טענה בעלמא שלא הוכחה כדבעי. משכך, אין מקום לעשות שימוש במקרה זה בדוקטרינת הנזק הראייתי.

פתרון אפשרי שני: פסיקה על דרך האומדנה

29. בפסק הדין בעניין גיל (ע"א 2509/98 גיל נ' קופת חולים של ההסתדרות הכללית, פ"ד נד(2) 38) יושם פתרון שונה לגבי מקרה של החמרת מצב קיים. באותה פרשה נגרם איחור משמעותי באבחון גידול בראשה של התובעת עקב התרשלות

רופאתה, שהועסקה בידי הנתבעת. במהלך התקופה שחלפה בין המועד בו היה על הרופאה לאבחן את הגידול לבין המועד בו הוא נתגלה בפועל ובו החלה התובעת לעבור טיפולים, התפתח הגידול והחריף את מצבה. היקפם של הנזקים שהיו נמנעים אלמלא ההתרשלות לא היה ידוע. בית המשפט פסק, כי מאחר שקיים קושי רב להפריד בין נזקי ההתרשלות לבין הנזקים שהיו מתגבשים ממילא, אין מנוס מלקבוע את שיעור תרומתה של הנתבעת להיווצרות הנזק על דרך האומדנה. חלקה של ההתרשלות בגרימת הנזק הוערך על ידו בכשליש (שם, עמ' 44-47). בית המשפט העיר, כי סביר להניח שהתפתחות הגידול אף הקטינה את סיכויי החלמה ממנו, וכי אובדן סיכויים אלה יכול לשמש כנזק בר פיצוי. ברם, הסוגיה המרכזית שהתעוררה באותו מקרה הייתה של החמרת מצב קיים, ואלה אף מתייחס הניתוח דלעיל. בפסק דין אחר, שעסק אף הוא במקרה בו הוחמר בעוולה נזק ממנו היה התובע סובל ממילא, אושרה מסקנתו של בית המשפט המחוזי, אשר על בסיס ניתוח עמדות המומחים אמד את שיעור תרומת הנתבעים למכלול הנזק ב-85 אחוזים (ע"א 423/98 אטד נ' ויינראוב (לא פורסם)), פסקה 4, בגדרו נדחה הערעור, בסוגיה הנזכרת, על פסק הדין בת.א. (חי') 115/91 ויינראוב נ' אטד (לא פורסם) (להלן - עניין אטד)). אף בפסיקה האנגלית ננקטה במספר מקרים עמדה דומה. נפסק, כי כאשר לא ניתן להפריד בצורה מדויקת בין נזק שנגרם בעוולה לנזק הנובע מגורם שאינו בר חבות, שומה על בית המשפט לערוך את האומדן הטוב ביותר שמתאפשר לאור הראיות שבפניו, תוך גילוי התחשבות מירבית בתובע (עניין *Thompson*, עמ' 443-444; עניין *Holtby*, עמ' 429-431; *C. v. A. Local*; 302 EWCA Civ. [2001] *Authority*, פסקה 42 ואילך. לעניין עמדתו של המשפט העברי לגבי פסיקת פיצויים על דרך האומדנה, ראו פסקה ז(10) לדעת המיעוט של השופט א' רובינשטיין בע"א 153/04 רובינוביץ נ' רחנבוים (טרם פורסם) (להלן - עניין רובינוביץ)), וכן י' סיני, פסיקת פיצוי חלקי על-פי אחריות יחסית במקרים של "סיבתיות עמומה" על-פי המשפט העברי (המרכז ליישומי משפט עברי, 2006).

30. יצוין, כי שיטת האומדנה הוחלה בפסיקתנו אף לגבי מקרים שהתאפיינו בסוגים אחרים של סיבתיות עמומה. כך, במקרה בו נגרם נזק על ידי שלושה מעוולים שפעלו בנפרד, בלא שניתן היה להגדיר מהו הנזק לו אחראי כל אחד מהם, נפסק כי יש להניח שכל מזיק יצר שלישי מהנזק (ע"א 304/68 גינוסר נ' דחאברה, פ"ד כג(1) 366 (להלן - עניין גינוסר), 370-371). כמו כן, ניתן להזכיר פסקי דין בהם מצא בית המשפט שהתרשלות הנתבע גרמה לתובע לאובדן סיכויי החלמה או להגברת הסיכון ללקות במום, ובחר להעריך את גובהם של סיכויים או של סיכונים אלה על דרך האומדנה, לנוכח הקושי להוכיחם. כך נעשה בעניין אבו-טעדה הנ"ל (עמ' 718-719), וכן בעניין חלול (פיסקאות 27-31).

31. בבואנו לשקול יישומו של פתרון זה במקרה שבפנינו עלינו ליתן את הדעת לכך, שאין בנמצא כל נתון עובדתי עליו יכולה להתבסס האומדנה. אכן, הלכה היא כי העדר יכולת לחשב באופן מדויק את היקף הנזק שנגרם לתובע אינו שולל ממנו את זכאותו לפיצויים, בין אם המדובר בפיצויים חוזיים, נזיקיים או אחרים. מקום שהוכח קיומו של נזק רשאי בית המשפט לאמוד את גובהו. התנאי לכך הוא שקיים קושי אובייקטיבי, לאור אופיו וטיבו של הנזק, להוכיח בדייקנות ובוודאות את מידת הנזק לו אחראי הנתבע, ושהתובע הביא את אותם נתונים אשר ניתן באופן סביר להביאם (ע"א 355/80 נתן אניטימוב בע"מ נ' מלון טירת בת שבע בע"מ, פ"ד לה(2) 800, 809; ע"א 427/82 "השתיל" נ' אגן יצרני כימיקלים בע"מ, פ"ד מ(4) 309, 316-317; ע"א 294/92 דרוק נ' אליאסיאן, פ"ד מז(3) 23, 34; וכן דעת הרוב בעניין רובינוביץ). למעשה, כמעט בשום מקרה לא יכול בית המשפט לחשב באופן מדויק לחלוטין את הנזק שנגרם, למצער בתביעות נזיקין, ועל כן כמעט תמיד נדרש הוא להסתייע בהערכה במידה כזו או אחרת. אין קו גבול המפריד בין הגדרה מדויקת של הנזק לבין קביעתו על דרך אומדן. על כל פנים, סבורני כי יש מקום לאמוד את שיעור הנזק רק כל עוד ישנה נקודת אחיזה מינימלית, ולו בדל ראייה, עליה יכול בית המשפט להישען בהערכתו.

32. ההכרעה השיפוטית צריכה להיות מושתתת, כמידת האפשר, על קווים מנחים מוגדרים, בין אם חקיקתיים ובין אם פסיקתיים. אמת, במקרים דומים מסוימים ייתכן ששופטים שונים יגיעו לתוצאות שונות. מאחר שהשופטים הינם אנשים בשר ודם, מצב דברים זה הוא טבעי ובלתי נמנע. יחד עם זאת, במרבית המקרים, הקווים המנחים עליהם נדרש השופט להסתמך מאפשרים לסמן מתחם מוגדר של הכרעות שיפוטיות לגיטימיות, בתוכו ייפלו כל פסקי הדין או לפחות רובם הגדול. אין כך פני הדברים כאשר בית המשפט קובע את גובהו של הפיצוי שהוא מעניק על דרך האומדנה, בהעדר תשתית עובדתית כלשהי עליה הוא יכול להתבסס. במקרה כאמור אין כל דרך לחזות, אפילו בקירוב, את הכרעתו של בית המשפט. הגורם העיקרי שישפיע על גורלם של בעלי הדין הוא זהותו של השופט, כאשר שופטים שונים עשויים להגיע לתוצאות שונות בתכלית שאין ביניהן כל חוט מקשר. בתי משפט שיתקלו בעתיד במקרים דומים גם לא יוכלו לשאוב מפסק דין כזה כל עיקרון שיוכל להדריכם לצורך הכרעה בהתדיינויות שבפניהם. לא אחת נאמר כי אין להסכין עם מצב דברים בו, כלשון המטאפורה הידועה, נקבע תוכן ההחלטות השיפוטיות לפי אורך רגלו של הצינסלור היושב בדין (ראו דברי השופט Eldon בעניין *Gee v. Pritchard*, 36 E.R. 670, 674 (1818); וכן דברי השופט Simon בעניין *Attorney-General v. Times Newspapers Ltd.* [1973] 3 All E.R. 54, 81, אשר צוטטו בהסכמה על ידי השופט א' ברק בע"פ 696/81

אזולאי נ' מדינת ישראל, פ"ד לז(2) 565, 573). בפרט, עשה בית משפט זה שימוש בביטוי הנזכר בהקשרנו אנו, בציינו כי קביעת פיצוי באמצעות אומדן שאינו מעוגן בעובדות כלשהן אינה רצויה, שכן דרך זו כמוה כפסיקה "כאורך רגלו של הצ'נסלור" (ע"א 141/89 מחמוד נ' שמיר, חברה לביטוח בע"מ (לא פורסם), פסקה 3).

33. אעיר, נוסף על כך, כי כאשר בוחר בית המשפט לאמוד את הנזק מבלי שהוא נשען על נתונים עובדתיים כלשהם, דומה הדבר במובן מסוים לפסיקה על דרך הפשרה. כאן גם כאן, למצער לגבי אחד מרכיבי המחלוקת, סוטה השופט מתפקידו המסורתי במסגרתו מכריע הוא בין טענותיהם הנוגדות של בעלי הדין, מגדיר את זכויותיהם המהותיות האחד כלפי השני וגוזר מכך את החלטתו האופרטיבית. כאן גם כאן לא מבוסס המעשה השיפוטי על הכרעה בדבר צדקתו של אחד הצדדים, כי אם על דרך שלישית המוכתבת על ידי תחושת הצדק של השופט. אלא מאי? לפי סעיף 79 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984, מוסמך בית המשפט לפסוק על דרך הפשרה אך ורק אם מסכימים הצדדים לכך. לדידי, בהעדר הסכמה כזו אין לילך במסלול האומדנה כאשר ברור שזו תהיה בגדר ניחוש גרידא המהווה, למעשה, פשרה בין בעלי הדין. אכן, לאורך שנות התפתחותו של המשפט המודרני מסתמנת בו מגמה ברורה של מעבר הדרגתי מהכרעה בינארית אל עבר פתרונות ביניים, המעדינים את הכללים המשפטיים הדיכוטומיים ויוצרים איזון רב יותר בין האינטרסים של הצדדים (ראו בהקשר זה, ש' לבנוני "השפיטה: הכרעה דיכוטומית או פסיקה משקללת? האומנם "הכל או לא כלום"? עלי משפט ג (תשס"ד) 531). אחת הדוגמאות הבולטות לכך, בה דנו לעיל, הינה ההכרה באפשרות לפסוק פיצוי חלקי המשקף אובדן סיכוי או הגברת סיכון, במקרה בו לא ניתן להוכיח לפי הכללים הרגילים את אחריות הנתבע לנזק. ברם, לדעתי, אין להרחיק לכת יתר על המידה בהרחבת תחומיה של המגמה האמורה, וזאת במיוחד לאור העדר עיגון חקיקתי מתאים.

34. דיון זה משליך אף על פסיקת פיצוי במקרים של עמימות עובדתית. אמנם, בשניים מפסקי הדין שהזכרנו, בהם פסק בית משפט זה על דרך האומדנה - בעניין גיל, שעסק בהחמרת מצב קיים, ובעניין אבו-טעדה - לא נזכרו ראיות או חוות דעת כלשהן ששימשו בסיס להערכות בנוגע לשיעור הנזק. אף בעניין מלול, בו אמד בית המשפט את ההסתברות שהתרשלות הנתבעים גרמה לנזק, לא נתמך האומדן המספרי בתשתית מדעית של ממש. בפסקי הדין גינוסר ואטד, לעומת זאת, עוגן האומדן בממצאים עובדתיים או בעדויות מומחים, הגם שאלה היו מעטים מאוד (לפחות במקרה הראשון) ולא חד משמעיים. כך נעשה גם בפסקי הדין האנגליים שציינו (פסקה 29 לעיל). לטעמי, אין להחיל את שיטת האומדנה במקרה שבפנינו. כזכור, קבע בית משפט קמא,

למעלה מן הדרוש, כי אם אמנם ייקבע כי התרשלותו של ד"ר מנחם גרמה להיווצרות נזק, הרי שיש לייחס לו אחריות בגין 35 מתוך 65 אחוזי הנכות מהם סובל גיא. קביעתו זו של בית המשפט המחוזי אינה מעוגנת בראיה כלשהי. מדבריה של ד"ר אמיר-מסר, לפיהם נובע חלק מהנזק ממצבו המולד של גיא וחלקו מן ההתרשלות, לא ניתן לדלות כל אינדיקציה שהיא באשר ליחס המתקיים, לדעתה, בין שני החלקים. על כן, כל ניסיון לקבוע איזה חלק מתוך נזקו של גיא נגרם בשל התרשלותו של ד"ר מנחם לא יהא אלא ניחוש, הא ותו לא. באותה מידה שבית המשפט המחוזי חילק את הנזק הכולל בין 30 אחוזים ל-35 אחוזים, יכול היה הוא לקבוע חלוקה של 20 אחוזים מול 45 אחוזים, או כל יחס אחר בין שני המרכיבים. לא קיים שום קנה מידה או הסבר לחלוקה, ואף לא יכול להיות בשל היעדר בסיס ראייתי כלשהו. יוער, כי בעניין *Thompson* הובעה גישה הדומה לזו אותה הצגתי אני. מדברי בית המשפט שם עולה, כי אין זה ראוי להעריך את שיעור תרומתו של הנתבע לנזק על דרך אומדנה כאשר זו מהווה ניחוש עיוור (עניין *Thompson*, עמ' 450).

פתרון אפשרי שלישי: החלת דוקטרינת הנזק הראייתי בהיבט המהותי

35. דרך נוספת בה יש באפשרותנו לילך הינה אימוץ דוקטרינת הנזק הראייתי בפן המהותי-נזיקי שלה, להבדיל מן ההיבט הדיוני-ראייתי בו עסקנו לעיל. לפי דוקטרינה זו, שפוחה על ידי המלומדים פורת ושטיין, עומדת לתובע עילת תביעה נזיקית כאשר נשללת ממנו במעשה עוולה היכולת להוכיח את מרכיבי עילת תביעתו כלפי אדם שגרם לו נזק. המדובר בראש נזק עצמאי הנבדל מן הנזק הישיר שסבל הניזוק, ואשר משקף את שווייה של הזכות למידע שנשללה ממנו. דוקטרינה זו מציעה, לדעת הוגיה, פתרון שיטתי למקרים שונים של אי ודאות בגרימת נזקים, והיא ישימה, בין היתר, גם לגבי מצב דברים בו נגרם נזק על ידי גורם מעוול ועל ידי גורם חף באופן שלא ניתן להפרידו לחלקיו השונים. במקרה כאמור גורמת עוולתו של המזיק, פרט לנזק הישיר, גם לנזק ראייתי, שעניינו אובדן היכולת לבודד מתוך הנזק הכולל את החלק שנגרם בגין ההתרשלות ולתבוע פיצויים בגינו. הפיצוי בגין הנזק הראייתי צריך לשקף את שוויו הכלכלי של המידע החסר. ערכו של מידע זה הוא כגובה הפיצוי שהיה נפסק לטובת הניזוק אילו הייתה בידו האפשרות לייחס לנתבע חלק מנזקו. מאחר שלא ניתן לדעת מה שיעור הפיצוי בו היה זוכה התובע במקרה ההיפותטי האמור - שהרי העדר היכולת לייחס לנתבע חלק כלשהו מן הנזק הוא נקודת המוצא לדיונו - אין מנוס, לדברי פורת ושטיין, מלנקוט דרך של הערכה על מנת לקבוע את גובה הנזק הראייתי (דוקטרינת הנזק הראייתי, עמ' 238-241). דוקטרינת הנזק הראייתי בהיבטה המהותי מעוררת שאלות עיוניות ומעשיות לא פשוטות. היא זכתה לביקורת בספרות המשפטית (י' גלעד

“דוקטרינת הנזק הראייתי: האם הורם נטל השכנוע?” משפטים ל (תש”ס) 317) ונכון לעת הזו, היא לא נקלטה באופן מפורש בפסיקתו של בית המשפט העליון (ראו, ע”א 6768/01 רגב נ’ מדינת ישראל (טרם פורסם), פסקה 5; עניין ד’אהר, פסקה 19; אך ראו, עניין מאיר, עמ’ 65-66). איני נדרש להכריע האם יש מקום להכיר בדוקטרינה זו במשפטנו. כשם שאין תחולה לדוקטרינה במובנה הדיוני בלא שהוכח כי מעשיו של הנתבע יצרו קושי ראייתי, כך גם לא ייעשה שימוש בפן המהותי שלה אלא במצב זה. העמימות הנדרשת משמעה קושי משמעותי להוכיח אחד או יותר מיסודותיה של עילת התביעה, והדברים שנאמרו לעיל יפים גם כאן. ברי, כי הנטל להוכיח את התנאי האמור, בהיותו אחד מיסודותיה של עילת התביעה בגין גרם נזק ראייתי, מוטל גם במקרה זה על התובע (א’ פורת א’ שטיין “דוקטרינת הנזק הראייתי: תגובה לביקורת” משפטים ל (תש”ס) 349, 367). בענייננו, כאמור, לא הורם נטל זה על ידי המערערים.

פסיקת פיצוי בגין אובדן סיכויי החלמה

36. סעד חלופי שהתבקש על ידי המערערים הינו פסיקת פיצוי בגין סיכויי החלמה שאבדו לגיא כתוצאה מן ההתרשלות. טענה בדבר אובדן סיכויי החלמה מתייחסת למקרה בו אין זה ברור, וממילא התובע אינו יכול להוכיח, כי הנזק - המתבטא במניעת החלמתו - נגרם בעוולה. תחת זאת מתבקש פיצוי המשקף את ההסתברות שהנתבע אחראי לנזק. בענייננו, לעומת זאת, נראה כי נזק כלשהו אכן נגרם על ידי המזיק, אלא שלא ידוע מהו החלק שנגרם בעוולה מתוך הנזק הכולל. הסוגיה המרכזית המתעוררת במקרה דנא נוגעת, אם כן, לסוג שונה של סיבתיות עמומה. ניתן לחשוב, אמנם, על סיטואציות בהן עשויות שתי הסוגיות להשתלב זו בזו, אך המערערים לא הבהירו מהי בדיוק כוונתם בדונם באובדן סיכויי החלמה. על כל פנים, אף בהקשר זה, התשתית העובדתית החסרה שהונחה על ידם עומדת להם לרועץ, שכן כאמור, היקפו של הנזק שיכול היה להימנע אלמלא ההתרשלות אינו ידוע. אין אפשרות לחשב פיצוי בגין אובדן סיכויי החלמה כאשר אין נזק אליו ניתן לייחס את אותם סיכויים, כלומר, כאשר לא ניתן לקבוע מהו הנזק שסיכויי החלמה ממנו נשללו באשמת הנתבע. זאת ועוד, אין כל ראייה שעל יסודה ניתן לאמוד את שיעורם של סיכויי החלמה שאבדו, לכאורה. לפיכך, אף טענה זו דינה להידחות.

הוצאות המשפט

37. השגתם האחרונה של המערערים נוגעת להוצאות המשפט ולשכר טרחת עורך הדין בהם חויבו לשאת לטובת המשיב. פסיקת הוצאות נתונה, כידוע, לשיקול דעתה

של הערכאה הדיונית, ולמעט במקרים חריגים בהם נפל בשיקול הדעת פגם מהותי אין ערכאת הערעור נוהגת להתערב בסוגיה זו (ראו למשל, ע"א 213/80 שמעונוף נ' ברוכים, פ"ד לז(3) 808, 817; ע"א 1937/92 קוטלר נ' קוטלר, פ"ד מט(2) 233, 246). לא שוכנעתי כי במקרה דנא ישנה הצדקה לסטות מן הכלל האמור.

סוף דבר

38. ד"ר מנחם התרשל כלפי גיא על דרך המחדל, בכך שלא איבחן את הבעיות ההתפתחותיות מהן סבל. התרשלות זו מהווה הפרה של חובת הזהירות אותה חב ד"ר מנחם כלפי גיא. ההתרשלות גרמה להחמרת מצבו של גיא. ההחמרה מתבטאת במניעת השיפור אשר ניתן היה להשיג אילו היה גיא מאובחן כראוי. במילים אחרות, חלק מסוים מנזקו של גיא היה קיים אף אלמלא ההתרשלות, ואילו חלקו האחר נבע כתוצאה ממנה. הקושי שהתעורר במקרה שלפנינו נוגע להפרדה בין שני החלקים הנזכרים. ברי, כי ד"ר מנחם חב אך ביחס לאותו חלק מהנזק אשר נבע כתוצאה מן ההתרשלות. עם זאת, המערערים לא הביאו כל ראיה לעניין שיעור הנזק אשר נגרם עקב ההתרשלות. הסיטואציה בה קיימת יחידת נזק אחת אשר חלקה האחד נגרם על ידי גורם עוולתי ואילו חלקה האחר נובע מגורם שאינו עוולתי, מהווה דוגמא למצבים המתאפיינים על ידי קיומה של עמימות עובדתית. על רקע האמור, עברנו לבחון מספר פתרונות אפשריים למצב דברים זה, והאם ראוי להחילם במקרה דנא.

39. ראשית, דנו בפתרון שענייננו העברת נטל השכנוע בנוגע להיקף הנזק שנגרם כתוצאה מן ההתרשלות, לכתפיו של הנתבע. פתרון זה מהווה, למעשה, ביטוי לדוקטרינת הנזק הראייתי במובנה הדיוני. בהקשר זה פסקנו, כי טיבה של העמימות העובדתית אשר בגינה יועבר נטל השכנוע לכתפי הנתבע, משמעו קושי ממשי מצידו של התובע (להבדיל מקושי כלשהו) להוכיח את היקף הנזק שנגרם כתוצאה מהתרשלותו של הנתבע. עוד קבענו, כי על מנת שנטל השכנוע לעניין היקף הנזק יועבר לכתפי הנתבע, נדרש התובע להוכיח שמעשיו של הנתבע הם שיצרו את אותו קושי ממשי להוכיח את היקפו של הנזק. עם זאת הוספנו, כי בסיטואציות אשר מעצם טיבן טומנות בחובן קשיי הוכחה חריפים, עשוי בית המשפט להעביר את נטל השכנוע לעניין היקף הנזק לכתפי הנתבע אף בלא שהובאו בפניו ראיות לביסוסם של קשיים כאמור. זאת, בהתבסס על ניסיון החיים, על השכל הישר ואולי אף על ידיעה שיפוטית. משיישמנו את הכללים האמורים על המקרה שלפנינו הגענו לכלל מסקנה, כי אין מקום להעביר את נטל השכנוע לעניין היקפו של הנזק לכתפיו של ד"ר מנחם. הטעם לכך הוא, שהמערערים לא הביאו כל ראיה לכך שקיים קושי משמעותי להוכיח את שיעור

הנזק אשר נגרם לגיא כתוצאה מן ההתרשלות. מקרה זה אף אינו נמנה על אותם מקרים אשר טומנים בחובם מעצם טיבם קשיי הוכחה, ואשר בהם ראוי כי בית המשפט יורה על העברת הנטל אף ללא ראייה.

שנית, בחנו את הפתרון של פסיקה על דרך האומדנה. בהקשר זה קבענו, כי פתרון זה אכן עשוי להתאים לנסיבות בהן אין אפשרות להפריד בצורה מדויקת בין אותו חלק של הנזק שנגרם כתוצאה מן העוולה, לבין החלק הנובע מגורם שאינו בר חבות. עם זאת, אין מקום לפסוק את שיעור הפיצויים על דרך האומדנה במקרים כגון זה שלפנינו, בהם אין ולו בדל ראייה עליה יכול בית המשפט לבסס את הערכתו. פסיקה על דרך האומדנה אשר אינה נשענת על נתונים עובדתיים כלשהם, נגועה במימד של שרירותיות. כלשון המטאפורה הידועה, כמוה כקביעת תוכן ההחלטה השיפוטית "לפי אורך רגלו של הצי'נסלור היושב בדין". שלישית, עסקנו בפתרון שעניינו החלת דוקטרינת הנזק הראייתי בהיבטה המהותי. על פי הדוקטרינה, אשר טרם הוכרה על ידי בית משפט זה, זכאי הניזוק לפיצוי בגין ראש נזק עצמאי הנבדל מן הנזק הישיר ממנו סבל, ואשר משקף את שוויה של הזכות למידע שנשללה ממנו. אף אנו לא נדרשנו להכריע בסוגיית ההכרה בדוקטרינה הנזכרת. כאמור, המערערים לא הביאו כל ראייה לכך שהתרשלותו של ד"ר מנחם יצרה קושי ראייתי. כשם שאין מקום להעביר את נטל השכנוע לכתפי הנתבע במצב דברים שכזה, כך גם אין תחולה לדוקטרינת הנזק הראייתי בהיבטה המהותי. בהמשך הדברים הוספנו וקבענו, כי דינו של הערעור להידחות אף בכל הנוגע לסעד החלופי שהתבקש על ידי המערערים ואשר עניינו פסיקת פיצוי בגין אובדן סיכויי החלמה. זאת, בין היתר, בהיעדר כל תשתית ראייתית ביחס לשיעור הנזק אשר אליו ניתן לייחס את אובדן סיכויי ההחלמה. אף השגתם של המערערים לגבי שיעור הוצאות המשפט שנפסק על ידי הערכאה הדיונית, נדחתה.

40. אשר על כן, אם תישמע דעתי, לא יהא מנוס מדחיית הערעור.

ש ו פ ט

הנשיא (בדימ') א' ברק:

חברי השופט גרוניס מציע לדחות את הערעור ולפטור את המשיב מאחריות כלפי המערערים. לא אוכל להצטרף למסקנתו. לשיטתי, יש לקבל את הערעור ולהטיל

אחריות על המשיב לפיצוי המערער 3 (להלן – המערער) על נזקיו בגין התרשלות המשיב. אעמוד בקצרה על הטעמים שביסוד קביעתו.

1. מסכים אני עם חברי השופט גרוניס בשורה של קביעות עובדתיות ומשפטיות. כך, מסכים אני כי לא נפל דופי בקביעותיו של בית המשפט המחוזי בעניין זהותו של הרופא שטיפל במערער; בעניין כשירות חוות דעתה של המומחית להוכחת עניין שברפואה ובעניין התרשלותו של המשיב. שותף אני למסקנתו כי הייתה התרשלות מצד המשיב בכך שלא איבחן את מצבו של המערער בשנים בהן טיפל בו. כן מקובלת עלי עמדת חברי כי על יסוד חוות דעתה של המומחית הרפואית, יש לקבוע כי נגרם למערער נזק בשל ההתרשלות. הנזק מתבטא במניעת השיפור שניתן היה להשיג אילו היה מצבו הרפואי של המערער מאובחן כראוי על ידי המשיב. גם לטעמי, השאלה המרכזית המתעוררת בערעור היא קביעת שיעורו של הנזק למערער. חברי סבור כי יש קושי להעריך איזה חלק מתוך נזקו הכולל של המערער בגין הפגיעה המוחית, יש לייחס להתרשלותו של המשיב. מכיוון שבעניין זה לא הציגו המערערים ראיות או נתונים המסייעים בהערכת שיעורו של הנזק, אין מקום לפסוק פיצוי, לא על דרך האומדנה ולא על דרך של העברת נטל השכנוע. בעניין זה עמדתי שונה.

2. אין חולק כי במקרה שלפנינו קיים קושי עובדתי בקביעת היקף הנזק שגרם המשיב מתוך כלל נזקיו של המערער בשל הפגיעה המוחית בסמוך ללידה. על כן, ניתן לאפיין את המקרה שלפנינו כמקרה בו מתעוררת בעיה של עמימות עובדתית. עם זאת, כפי שציין חברי, מצבי העמימות העובדתית עימם מתמודדים דיני הנזיקין הם שונים ומגוונים. כך גם ההסדרה המשפטית שלהם. כל סוג והכללים הראייתיים המתאימים לו. אין להתייחס אל כולם כאל מיקשה אחת. אחת ההבחנות המהותיות בין סוגי המקרים, שהינה חשובה לעניינו, היא ההבחנה בין עמימות בקשר לעצם גרימת הנזק לבין עמימות שעניינה גודל הנזק שנגרם. הבחנה זו מביאה לחלוקה גסה של מצבי העמימות לשלוש קבוצות של מקרים. הקבוצה האחת - עמימות שעניינה עצם גרימת נזק לתובע. הקבוצה השנייה - היא קבוצת ביניים - היא מצב שבו ידוע כי עצם גרימת הנזק היא תולדה של התנהגות עוולתית של אחד מן הנתבעים, כאשר כל הנתבעים התרשלו כלפי התובע ולא ידוע מי מהם גרם לנזק. הקבוצה השלישית - אליה משתייך המקרה שלפנינו - היא עמימות שעניינה גודל הנזק שנגרם. קיימות כמובן חלוקות נוספות ותתי-קבוצות נוספות. למען הפשטות, לאור אי הרלוונטיות שלהן לעניינו, לא נעמוד עליהן.

3. הקבוצה הראשונה היא לב ליבה של הסיבתיות העמומה. נכללים בה אותם מקרים בהם העמימות העובדתית היא לגבי הקשר הסיבתי בין ההתנהגות העוולית לבין הנזק לתובע. כלולים בה המקרים בהם התובע אינו יכול להוכיח, על פי הכללים הראייתיים הרגילים, כי הנתבע – אשר חב לו חובת זהירות והתשלום כלפיו – גרם לו נזק כלשהו. שאלה המתעוררת במצבים אלה היא האם כאשר התשלום הנתבע היא גורם הידוע כמסוגל, תיאורטית, לגרום לנזק אשר אך לא ניתן להוכיח מה היה תהליך הגרימה בפועל, ניתן להסתפק בקיומו של קשר סיבתי הסתברותי לנזק, שייקבע על פי מידע סטטיסטי או בדרך של אומדנא. שהרי ברגיל, צריך התובע להוכיח, על פי מאזן הסתברויות, את יסוד הגרימה. הטלת אחריות יחסית, על פי הסתברות בלבד כי לתובע נגרם נזק עקב התנהלות עוולתית של הנתבע, מעוררת שאלות נכבדות (ראו, ע"א 6643/95 כהן נ' קופת חולים של ההסתדרות הכללית, פ"ד נג(2) 680 (להלן – פרשת כהן); ע"א 7375/02 בית החולים כרמל נ' מלול (טרם פורסם)). יש בהטלת אחריות על פי הסתברות משום סטייה מן הכללים המסורתיים החלים בדיני הסיבתיות. היא מטילה חובת פיצוי על אדם שכלל אין ביטחון כי גרם נזק. על רקע זה, יש הסבורים כי קביעת אחריות על פי הסתברות אינה ראויה, בכך שהיא מעבירה את בסיס האחריות לנזק מבסיס של גרימה (שהיא מטבעה בינארית) לבסיס של יצירת סיכון (ראו, בין היתר, א' פורת "פיצוי בגין יצירת סיכון ופגיעה בסיכוי" עיוני משפט כג (2000) 605; א' שטיין "כיצד נפתור את בעיית הסיבתיות העמומה במשפטי רשלנות רפואית? עיוני משפט כג (2000) 755). הסוגיה טעונה ללא ספק עיון מקיף ויסודי. העניין תלוי ועומד בפני בית המשפט בדנ"א 4693/05 בית חולים כרמל נ' מלול. בנסיבות אלה, אין מקום להרחיב את הדיון בסוגיה במסגרת הערעור שלפנינו, בו השאלה כלל אינה מתעוררת.

4. הקבוצה השנייה, קבוצת הביניים, כוללת מקרים בהם הניזוק עומד מול שורה של התנהגויות עוולתיות אשר גרם אחד משני אנשים או יותר, ואין הוא יודע מי מהם גרם לנזקו (לדוגמא – שני אנשים שירו ואין יודעים מי מהם פגע בניזוק – ראו Summers v. Tice, 199 P2d 1 (1948)). לגבי מקרים אלה, של אחריות לנזק שלא ניתן לשייכו למזיק, מוצע בהצעת חוק דיני ממונות לקבוע כדלהלן: "הכיר בית המשפט בהתנהגות עוולתית של כמה מזיקים ואין בידו לקבוע מי מהם גרם בפועל לנזק, ישא כל אחד מהמזיקים באחריות מלאה או חלקית לנזק כפי שיקבע בית המשפט". (סעיף 367 להצעת החוק). ההסדר המוצע בקודקס החדש יאפשר לבית המשפט לבצע חלוקה רעיונית של הנזק ביחסי ניזוק מול מזיקים, כשקיים לכך בסיס סביר וראוי.

5. הקבוצה השלישית היא עמימות שעניינה גודל הנזק. אלה מקרים בהם ידוע כי גרימת הנזק היא תולדה של התנהלות עוולתית של הנתבע. ידוע כי חלקו של הנזק נגרם

על ידי המעוול, אך אין יודעים מהו חלק זה מול חלקם של הגורמים האחרים, בין שהם עוולתיים ובין אם לאו. במקרים של עמימות שעניינה גודל הנזק, משהוכחו כל יסודות האחריות, אין כל מניעה כי היקף הפיצוי יקבע על פי שיקולים הסתברותיים וכי יפחת מ-100% של נזק. הגישה של "הכל או לא כלום" על פי הוכחה לפי מאזן הסתברויות אינה תקפה לגבי היקף הנזק. בתיחום הנזק, המציאות אינה בינארית. כמו כן קביעת גובה הנזק על פי הסתברות נעשית דרך קבע כשמדובר בהערכת נזקים עתידיים, כגון, אובדן תוחלת חיים או אובדן כושר השתכרות (ראו, א' פורת "פיצוי בגין יצירת סיכון ופגיעה בסיכוי" עיוני משפט כג (2000) 605, 623). הדוגמא של הפסד השתכרות מייצגת מקרה של אי וודאות לגבי גודל הנזק בו היקפו הנובעת מאי היכולת לדעת בוודאות אירועים עתידיים או היפותטיים. אי ודאות לגבי גודל הנזק והיקפו עשויה לנבוע אף מאי היכולת לדעת בוודאות מה אירע בעבר. גם פסיקת פיצוי בדרך של אומדנא עשויה להימצא ראוייה במקרים של עמימות בעניין גודל הנזק.

6. סיווג המקרים לקטגוריות השונות הוא מורכב לעיתים. כך, למשל, ישנם חילוקי דעות האם מצבים של "אבדן סיכויי החלמה" עניינם עצם גרימת נזק או גודלו (ראו ע"א 231/84 קופת חולים של ההסתדרות הכללית נ' פאתח, פ"ד מב(3) 312; ע"א 2939/92 קופת חולים הכללית נ' רחמן; ע"א 1892/95 אבו-סעדה נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד נא(2) 704; י' גלעד וא' גוטל "על הרחבת האחריות בנוזיקין בהיבט הסיבתי – מבט ביקורתי" משפטים לד (תשס"ד) 385, 416). שאלה קרובה היא האם קיים ראש נזק עצמאי של פיצוי בגין הגברת סיכון, כך שהגברת סיכון עניינה גודלו של הנזק ולא יסוד הגרימה (ראו פרשת כהן). הוא הדין לגבי מקרים שתלויים באירועים היפוטטיים כגון כאשר לא נתקבלה הסכמה מדעת (ע"א 4384/90 ואתורי נ' בית החולים לניאדו, פ"ד נא(2) 171; ע"א 2781/93 דעקה נ' בית חולים כרמל, פ"ד נג(4) 526).

7. קשיים אלה אינם מתעוררים במקרה שלפנינו, אותו הגדיר חברי כ"החמרת מצב קיים" (החרפה של נזק שהיה קיים עובר להתרשלות). מקרים אלה משתייכים לקבוצה השלישית. הם מקרים של עמימות שעניינה גודל הנזק. אלה מקרים בהם ידוע כי נגרם נזק בשל התנהגות עוולתית של הנתבע; העמימות סבה אך ורק סביב היקפו של אותו נזק. בענייננו, המערערים הוכיחו על פי כללי ההוכחה הרגילים, את כל יסודות האחריות ברשלנות: חובת זהירות (מושגית וקונקרטית), הפרת החובה (התרשלות), גרימה ונזק. אכן, במקרה שלפנינו הוכחה התרשלות שגרמה לנזק. הוכח כי מצבו של המערער היה טוב יותר אילו אובחן במועד על ידי המשיב. כפי שמציין חברי, "ההתרשלות [של המשיב] גרמה להחמרת מצבו של גיא. ההחמרה מתבטאת במניעת השיפור אשר ניתן היה להשיג אילו היה גיא מאובחן כראוי. במילים אחרות, חלק

מסוים מנזקו של גיא היה קיים אף אלמלא ההתרשלות, ואילו חלקו האחר נבע כתוצאה ממנה" (פסקה 38 לחוות דעתו). אין המדובר במצב שבו כל שהוכח הוא שאיבתון במועד היה עשוי להביא, בהסתברות מסוימת, לשיפור במצבו של התובע. בענייננו הוכח בהתאם לדיני הסיבתיות המסורתיים, כי אלמלא ההתרשלות היה מושג שיפור במצבו של המערער. בכך באה דרישת הקשר הסיבתי על סיפוקה. הטעם לך הוא שכדי לקיים את הקשר הסיבתי, הניזוק אינו נדרש להוכיח קשר סיבתי בין ההתרשלות לבין חלק מוגדר מתוך נזקו. די בכך שיוכיח כי ההתרשלות כלפיו גרמה לו נזק כלשהו. דרישת הקשר הסיבתי מתקיימת, איפוא, בענייננו. העמימות היא בעניין גודל הנזק בלבד.

8. אין חולק כי במקרה שלפנינו קיים קושי עובדתי לקבוע את היקף הנזק שנגרם למערער. אין חולק כי איבחון וטיפול במועד לא היו מביאים להחלמה מלאה של המערער. קשה לדעת מה היקף השיפור שהיה מושג לו אובחן וטופל במועד. קשה להפריד בין חלק הנזק שנגרם על ידי המשיב לבין חלקם של הגורמים האחרים בנזק. יצוין, כי ייתכן שחלק מהגורמים הנוספים גם הם עוולתיים ובמרכזם בית החולים. העובדה שהתביעה נגד בית החולים הסתיימה בהסכם פשרה וההליך נמשך נגד המשיב בלבד אינה רלוונטית לשאלה האם בית החולים הוא גורם עוולתי נוסף, גורם תמים או כלל לא גורם לנזק. אולם לדעתי, השאלה האם הגורמים הנוספים לנזקו של המערער הינם גורמים עוולתיים אם לאו אינה מכרעת בנסיבות המקרה הנדון, ועל כן לא אדרש לשאלה האם בית החולים הוא מעוול נוסף אם לאו.

9. במקרים של עמימות בקשר לגודלו של הנזק, כאשר אין יודעים מהו חלקו של הנתבעים מול חלקם של הגורמים האחרים, בין שהם עוולתיים ובין אם לאו, קיימת הצדקה כי הפתרון לעמימות העובדתית יהיה פסיקת פיצוי בדרך של אומדנא. במצבים כאלה הוגן שעלותה של אי הוודאות באשר לגודל הנזק תיפול גם על המעוול, שהוכח כי ביצע עוולה כלפי הניזוק שגרמה לנזק. משהוכח כי מצבו של הניזוק היה טוב יותר אלמלא התרשלות הנתבע, חוסר האפשרות לקבוע באופן מדויק את היקף הנזק אינה צריכה לשלול מן הניזוק כל פיצוי שהוא. אין הצדקה לקפח את עניינו של ניזוק חף ולתת עדיפות מוחלטת לעניינו של מזיק בר אשם, שאחראי בוודאות לפחות לחלקו של הנזק. כנקודת מוצא מימים ימימה מעדיף דין הנזיקין את הניזוק התמים על מי שידוע כי גרם לנזק בעוולה. ביטוי להעדפה מצוי, למשל, בכלל לפיו מעוולים יחד (בין כמזיקים במשותף ובין כמזיקים שגרמו נזק אחד) חבים כלפי הניזוק יחד וניתן לתבעם יחד ולחוד (א' ברק דיני הנזיקין – תורת הנזיקין הכללית 486 (ג' טדסקי עורך, תש"ל)).

האחריות יחד ולחוד מטיבה עם הניזוק. כל אחד מהם חשוף לתביעה על מלוא הנזק

מצד הניזוק ולאי תשלום על ידי אחד המעוולים. חלוקה רעיונית של הנזק נעשית בין המעוולים לבין עצמם, לפי מבחן של האשמה המוסרית (ע"א 267/58 לקריץ נ' שפיר, פ"ד יג 1250; ראו גם סעיף 84(ב) לפקודת הנזיקין [נוסח חדש]). ביטוי נוסף להעדפת עניינו של ניזוק תמים מצוי בדוקטרינה של העברת נטל השכנוע במקרים של החמרת נזק שאינו ניתן לחלוקה (ראו, ע"א 285/86 נגר נ' וילנסקי, פ"ד מג(3) 284). גישת האומדנא מקילה עם הנתבעים בהשוואה לפתרונות המשפטיים האחרים לעמימות לגבי היקף הנזק. היא מתחשבת באינטרסים של שני הצדדים, כמתחייב משיקולים של צדק והגינות.

10. בית משפט זה נקט בדרך האומדנא לא פעם. כך למשל, בפרשת גיל (ע"א 2509/98 גיל נ' קופת חולים של ההסתדרות הכללית, פ"ד נד(2) 38) מדובר היה בהתרשלות רופא באיבחון גידול בראש. הגידול אובחן באיחור של שלוש שנים, דבר שהחמיר את נזקה של התובעת, אך לא ניתן היה לדעת בוודאות את מידת החמרה. בית המשפט העריך, על דרך האומדנא וללא בסיס ראייתי, את היקף הנזק ב-30% מנזקה הכולל של התובעת.

11. לטעמי, ראוי לנקוט בדרך דומה במקרה שלפנינו. הנזק של המערער בעקבות הפגיעה המוחית שסבל ללידה אינו ניתן לחלוקה מוחשית. לא קיימת אפשרות ממשית לקבוע באופן מדויק מה היה היקף השיפור אצל המערער לולא התרשלות המשיב כלפיו. זאת לנוכח חוסר הדיוק בו מתאפיין מדע הרפואה בכלל ומדעי המוח בפרט. על רקע זה ברי כי בתחום התפתחות הילד לא ניתן להוכיח את היקף השיפור שהיה צפוי מן הטיפול לילד פגוע מוחין. יצוין כי המשיב במקרה שלפנינו נמנע מלהביא כל ראיה לעניין היקף הנזק. כמו כן, הוא לא הציג רישום רפואי כלשהו, שהיה עשוי לשפוך מעט אור על מצבו של המערער בשלוש השנים בהם היה במעקב רפואי אצל המשיב ועל השיפור שניתן היה להשיג באמצעות טיפול הולם. מכל מקום, בנסיבות המקרה לא ניתן לבודד את הנזק שגרם המשיב מתוך הנזק הכולל של המערער בגין הפגיעה המוחית. במצב דברים זה, אין מנוס מלקבוע את שיעור התרומה של רשלנות המשיב לגובה הנזק על דרך האומדנא.

12. לפי חוות דעת המומחית, המערער סובל מפגיעה מוחית מרכזית דיספוזית. המומחית מציינת כי "מבחינה קוגניטיבית, ניכרת מידה לא מובטלת של חוסר שימוש מגונה ביכולות הקוגניטיביות. בשלב זה של חייו של גיא, סביר להניח שגיא לא הצליח לרכוש מיומנויות קוגניטיביות של פענוח, קידוד ושימר במידה ובאופן שהיו מאפשרים לו לרכוש מיומנויות למידה יותר מובנות. משום שהחל בטיפול התפתחותי לא לפני גיל

שלוש שנים, ההנחה היא שהחשיפה המאוחרת, יחסית, של גיא לתהליכים התפתחותיים/למידתיים מובנים פגעה ביכולת האינטגרציה של תהליכים אלה" (עמ' 3 לחוות הדעת). נכותו של המערער, בגין הפגיעה המוחית, עומדת על 65% לפי תקנות המוסד לביטוח לאומי. כמה שיפור ניתן היה להשיג באמצעות התערבות טיפולית מוקדמת? בית המשפט המחוזי קבע כי אם אמנם ייקבע כי התרשלותו של המשיב גרמה להיווצרות נזק, יש להעמידו על 35% נכות מתוך 65% הנכות מהם סובל המערער. קביעה זו, שאינה מנומקת, אין בידי לקבל. כן לא ניתנה כל הנמקה לפסיקת פיצוי בסך כולל של 1 מיליון ₪. נראה כי עיקר הנזק של המערער נעוץ בעצם הפגיעה המוחית ממנה הוא סובל מאז לידתו, והתרומה של המשיב היא מישנית יותר. עצם הפגיעה המוחית והופעתן של בעיות ההתפתחות אצל המערער אינם נובעים ממעשיו או ממחדליו של המשיב. ברור שלמערער היה צפוי נזק מעצם הפגיעה המוחית ולכך אין המשיב אחראי. אפילו היה המערער מאובחן על ידי המשיב והטיפול בו היה מתחיל מוקדם יותר, היה צפוי שיותר נזק ניכר למערער בשל הפגיעה המוחית. בנסיבות העניין, הייתי מחזיר את הדיון לבית המשפט המחוזי, לקביעת היקף הנזק בדרך של אומדנא ולקביעת הפיצוי בראשי הנזק השונים. נוכח המסקנה בדבר פסיקת פיצוי בדרך של אומדנא, אני נדרש לשאלות השונות שמועלות בחוות דעתו של חברי בעניין העברת נטל השכנוע ודוקטרינת "הנזק הראייתי" בהיבט הדיוני-ראייתי ובהיבט המהותי-נזיקי.

אי לכך, לו דעתי הייתה נשמעת, היינו מקבלים את הערעור, מבטלים את חיוב ההוצאות שהוטל על המערערים בבית המשפט המחוזי ומחזירים את הדיון לבית המשפט המחוזי לקביעת היקף הנזק והפיצוי בראשי הנזק השונים, מבלי לעשות צו להוצאות.

נ ש י א (בדימ')

השופט ס' ג'ובראן:

לאחר שעיינתי בחוות-דעתם של חבריי, מסכים אני לקביעת חברי השופט א' גרוניס, לפיה מקום בו אין בדל ראיה עליה יכול בית המשפט לבסס את הערכתו, הרי שככלל אין מקום לפסוק פיצויים על דרך האומדנה.

יחד עם זאת, סבור אני, כי בנסיבות העניין, יש לאפשר למערער להציג ראיות נוספות על מנת לאמוד את היקף הנזק שנגרם לו ולפיכך מקובלת עלי התוצאה אליה הגיע חברי הנשיא (בדימוס) א' ברק, לפיה יש להחזיר את התיק לבית המשפט המחוזי לצורך קביעת היקף הנזק והפיצוי בגין ראשי הנזק, וזאת על דרך האומדנה.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינו של הנשיא (בדימ') א' ברק.

ניתן היום, כ"ג בכסלו התשס"ז (14.12.2006).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

נ ש י א (בדימ')