

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 7375/02

וערעור שכנגד

בפני: כבוד המשנה לנשיא (בדימ') א' מצא
כבוד השופטת מ' נאור
כבוד השופט ס' גובראן

המערערים והמשיבים שכנגד: 1. ב"ח כרמל – חיפה
2. קופ"ח כללית

נגד

המשיבים והמערערים שכנגד: 1. עדן מלול
2. צפורה מלול
3. ארמונד מלול

ערעור וערעור שכנגד על פסק-דינו של בית המשפט המחוזי בחיפה בת.א. [1058/94](#) מיום 18.7.2002, שניתן על ידי כבוד השופט י' גריל

תאריך הישיבה: ה' באלול התשס"ג (02.09.03)

בשם המערערים והמשיבים עו"ד יעקב אבימור; עו"ד יריב מדר
שכנגד:

בשם המשיבים והמערערים עו"ד יוסף ליאון
שכנגד:

מיני-רציו:

* נזיקין – קשר סיבתי – הוכחתו

* נזיקין – קשר סיבתי – מבחניו

* נזיקין – עוולות – רשלנות

אימתי תתקבל טענת "סיבתיות עמומה" בתביעות רשלנות וכיצד יש להוכיחה

ערעור וערעור שכנגד על פסק דינו של ביהמ"ש המחוזי שחייב, על דרך האומדנא, את המערערים - בית החולים כרמל בחיפה וקופת חולים כללית - לשאת יחד ולחוד ב- 40% מנזקי המשיבים בגין רשלנות רפואית בלידה שהתבטאה באיחור בביצוע ניתוח קיסרי.

עיקר הדיון נסב אודות שאלת קיומו של קשר סיבתי בין השהיית הניתוח הקיסרי לבין מחלת ה-PVL של התינוקת הפגה, ובכלל זה נדונה שאלת "הסיבתיות העמומה".

ביהמ"ש העליון קיבל את הערעור בחלקו ופסק כי :

בנסיבות העניין, אין מקום להתערבות בקביעת בימ"ש קמא לפיה ממצאים תקינים אצל הילוד לאחר הניתוח הקיסרי – לרבות ציון אפגר גבוה וציוני pH תקינים - אין בהם כדי לשלול קשר בין הדימום לבין פגם מוחי אצל העובר.

ביהמ"ש ציין כי עדיין אין "מסה קריטית" של פסקי דין ולפיה ציוני אפגר גבוהים וציוני pH תקינים שוללים (או אינם שוללים) אפשרות של מצוקה עוברית.

יש לרכך את הכלל הדורש הוכחת קשר סיבתי בין התרשלות ונזק על פי מאזן ההסתברות רק באותם מקרים בהם גישת "הכל או לא כלום" גורמת לאי צדק. אי צדק זה יכול להתעורר, למשל, בהקשרים בהם מוכח שקיימת אי ודאות מובנית בשאלה מי מבין גורמי סיכון מוכרים לנזק, שחלקם עוולתיים, גרם בפועל לנזקו של התובע. במקרים אלה, ניתן יהיה לתת לכל גורם אפשרי, הן אלה שיש עמם והן אלה שאין עמם אשם, את המשקל המתאים בנסיבות העניין, ובלבד שמדובר בגורמים מ שמעותיים ולא בסיכונים זניחים ומזערניים.

כאשר לא ניתן להוכיח מה היה תהליך הגרימה בפועל, ניתן להסתפק בקיומו של קשר סיבתי הסתברותי לנזק שייקבע על פי ראיות סטטיסטיות או בדרך של אומדנא. עם זאת, גם במצבים אלו עדיין מוטל על התובע להוכיח על פי מאזן ההסתברות שהנתבע התרשל כלפיו, שהתרשלות זו יצרה גורם המסוגל לגרום לנזק המסוים שנגרם לו, שניתן וצריך היה לצפות נזק זה, וכי קיימים סיכויים ממשיים – אף אם לא ניתן להוכיח ששיעורים עולה על 50% - שהגורם האפשרי גרם בפועל לנזק. כמו כן על התובע 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".

שאלת האומדנא או חלוקת האחריות בענין הקשר הסיבתי אינה פשוטה והיא מעלה קשיים. על דרך העיקרון, ניתן להיעזר בנתונים הסתברותיים, ככל שישנם כאלה, אף שיש להיזהר מפני הסתמכות גמורה על הערכת הסתברויות, ויש להכיר בקשיים שיש, לעיתים, לעולם המדע להשיב על השאלה מהו הסיכוי שגורם פלוני תרם לתוצאה. במקרים של סיבתיות עמומה, מוטל על בעלי הדין הנטל להביא לביהמ"ש מומחים לדבר, שיעידו אם יש או אין בנמצא נתונים סטטיסטיים שיסייעו בקביעת אומדן הסתברותי. אם ישנם נתונים – יש להציגם ולבאר, בדרך של עדות מומחים, מה משמעותם, וכיצד נכון להעריך הסתברותית את הנתונים הסטטיסטיים. אם בעלי הדין יכולים להראות שעניינו של הנפגע אינו נופל בגדר הנתונים הסטטיסטיים, עליהם לעשות כן. כבכל עניין בו על ביהמ"ש להכריע בשאלה עובדתית, על הצדדים להביא בפניו את מיטב הראיות שניתן להביא, ולהימנעות מהבאתן או מחקירה שכנגד יש משקל. בנסיבות העניין, לא היה מקום להוכיח, לפי מאזן ההסתברות, שהגורם האפשרי של דימום גרם לנזק, וניתן היה להסתפק בהוכחת סיכון ממשי, גם כשדרגת הסיכון אינה עולה על 50%. בנסיבות אלו, אין מנוס מפסיקה על דרך אומדנא, אלא שלאור העובדה שדרגת ההסתברות שהשיהוי בנייתוח הקיסרי גרם למחלה נמוכה משמעותית מכפי שהעריך בימ"ש קמא, יש להתערב בשיעור הפיצויים

שפסק ולהפחיתם במחצית (20%). המשקל של "אי שלילה" שונה מהוכחה פוזיטיבית בדבר קיומה של מצוקה עוברית.

פסק - דין

השופטת מ' נאור :

הערעורים

1. ערעור וערעור שכנגד על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בחיפה (כב' השופט י' גריל) בסוגיה של רשלנות רפואית בלידה. בית המשפט חייב את המערערים - בית החולים כרמל בחיפה וקופת חולים כללית - לשאת יחד ולחוד ב-40% מנזקי המשיבים. קביעה זו של שיעור הפיצוי נעשתה על דרך האומדנא. המערערים טוענים כי לא היה מקום לחייבם בחלק כלשהו מהנזקים; המשיבים (המערערים שכנגד) – טוענים בערעור שכנגד כי היה מקום לחייב את המערערים במלוא הנזק. עוד מעלים הצדדים טענות בעניין גובה הפיצויים. המערערים שכנגד מערערים גם על הקביעה כי הפיצויים ישולמו בתשלומים עתיים.

קביעותיה של הערכאה הראשונה

2. עדן מלול, המשיבה הראשונה, סובלת משיתוק מוחין ומפיגור שכלי. שיעור נכותה עומד על 100%. המשיבים תולים את מצבה ברשלנות רפואית בלידה. עדן נולדה ביום 18.3.1992 בבית החולים כרמל. אמה, צפורה מלול, היתה בשבוע ה-29 + 6 ימים להריונה. בסביבות השעה 18:30 היתה לאם, בביתה, ירידת מים מוקדמת. היא הוחשה מיד על ידי בעלה לבית החולים. בבית החולים החל דימום עקב היפרדות שלייה. בשל הדימום נעשה ניתוח קיסרי. משקלה של עדן בלידתה היה 1,345 גרם. בית המשפט קבע, כממצא שבעובדה, כי הדימום המסיבי החל בערך בשעה 20:15, בעוד הניתוח הקיסרי החל רק בשעה 21:00. על פי קביעתנו של בית המשפט, השתהה ביצוע הניתוח הקיסרי ובכך מצא התרשלות של המערערים. את ממצאיו העיקריים סיכם בית המשפט בפסק דינו כך:

"ההריון של התובעת היה הריון בסיכון גבוה לאור עברה המיילדותי, לרבות תפירת צוואר הרחם, והיא נתקבלה בבית החולים (בהיותה בשבוע 29 + 6 ימים) בסמוך לשעה 19:00 לערך, לאחר שבסמוך לשעה 18:30 היתה לה ירידת מי שפיר.

התובעת נתקבלה לצורך השגחה וחברה החל מן השעה 19:15 עד בערך 20:50 למכשיר המוניטור לניטור, אך מסתבר שבערך על פני שלושה קטעים של כ-20 דקות כל אחד, לא הופיעו רישומים של פעימות לב העובר, כך שלמעשה מתוך כשעה ו-35 דקות, משתקפים ברישומי פעימות לב העובר כ-30 דקות בלבד.

לא ניתן הסבר בבית המשפט על ידי הצוות המטפל ביחס לליקוי שבאופן ביצוע רישום פעימות לב העובר במוניטור, הגם שלאור העובדה שההריון היה בסיכון גבוה, וכן בשים לב לכך שמדובר היה בירידה מוקדמת של מי שפיר, היתה חשיבות רבה לרישומי פעימות לב העובר, כך שניתן יהיה לאבחן ולהעריך את המשמעות הנובעת מרישומי המוניטור.

מקובלת עליי עמדתו של פרופ' י. שנקר שסרט המוניטור, נ/1, אין בו למעשה כדי לשקף תמונה נכונה של פעימות לב העובר, גם אין בפנינו הערכה כתובה של תוצאות ההשגחה של התובעת עד לשלב בו הוחלט להעבירה לחדר הניתוח.

אין בפנינו במסמכי בית החולים רישום של שעת התחלת הדימום הנרתיקי הכבד, כשניתן להעריך ששעת התחלתו היתה כנראה בסמוך לשעה 20:00, שבה הוזמנו שתי מנות הדם, לפי מוצג נ/5, כשמומחה הנתבעים, פרופ' ש. משיח, סבור ששעת התחלת הדימום היא כנראה בין 20:00 ל-20:30, ולכן סברתי שניתן גם לקחת בחשבון את שעת התחלת הדימום כשעה 20:15.

...

במקרה שבפנינו נראה שבשים לב לעברה המיילדותי של התובעת, היות ההריון הריון בסיכון גבוה, והירידה המוקדמת של מי השפיר, כל אלה היה בהם כדי להעמיד את הצוות המטפל בבית החולים במצב שבו לכשיחול שינוי במצבה של התובעת, כגון התחלת דימום, ניתן יהיה

להעבירה מיידית לביצוע דחוף של הניתוח הקיסרי.

במקרה שבפנינו נראה שבין תחילת הדימום (שעה 20:00, או שעה משוערת בערך 20:15), ועד תחילת הניתוח (שעה 21:00, והניתוח נמשך כ-10 דקות), חלפה כשעה, או בערך כ-45 דקות.

בנסיבותיה של התובעת פרק הזמן היה ארוך מידי. יובהר שבפני הנתבעים היו הנתונים הדרושים על מנת לצפות אפשרות של צורך בביצוע של ניתוח (דהיינו: העבר המיילדותי של התובעת, והירידה המוקדמת של מי השפיר בשבוע ה-29 + 6 ימים), כך שהיה על הנתבעים, בנסיבות אלה, להיערך מראש לאפשרות שיהא צורך לבצע בתובעת ניתוח מיידית.

(ע' 57-58 לפסק-הדין).

תיאור זה של העובדות איננו ממצה את כל הממצאים הדרושים לענין. לחלק מהממצאים אחזור בהקשר המתאים.

3. קביעתו המרכזית של בית המשפט היא כי היו, למעשה, שני גורמים שהביאו למצבה של הקטינה. הגורם האחד הוא הפגות והמחלות הנלוות לפגות. איש לא חלק על כך שלגבי הפגות אין ליחס כל אשם לבית החולים. הגורם האחר הוא הדימום, ממנו סבלה האם עקב היפרדות השלייה טרם הלידה. לגבי גורם זה נושאים המערערים, על פי קביעת בית המשפט, בחבות, באשר היה עליהם לצפות להתפתחות מצב שבו יהיה צורך לבצע לאם מיידית חתך קיסרי. נראה לי כי כוונת הדברים, בהקשרם, לא היתה להטיל אחריות על הנתבעים בשל עצם קרות הדימום, שמקורו בהיפרדות שלייה. אף אחד מהעדים המומחים לא טען שניתן היה למנוע את היפרדות השלייה. כוונת הדברים בהקשרם היא, שאחד הגורמים לנזק הוא האיחור בטיפול בדימום, דהיינו: האיחור בביצוע הניתוח הקיסרי. עם זאת, חוזרת ונשנית בפסק הדין ההתייחסות ל"דימום" כעניין שנגרם באשם של המערערים.

4. לאחר סקירה וניתוח של פסקי דין שונים, קבע בית המשפט כי משנמצא שישנם שני גורמים לנזק, יש לחלק את הנזק בין הגורם שאין עימו אשם (הפגות) לבין הגורם שיש עימו אשם (הדימום), וזאת בדרך של אומדנא.

בדרך של אומדנא נקבע, כאמור, כי המערערים (הנתבעים) יישאו יחד ולחוד בשיעור של 40% מהנזק.

טענות הצדדים בנושא האחריות

5. המערערים, בית החולים וקופת החולים, מעלים כמה טענות חלופיות: לטענתם, הממצא שקבע בית המשפט, לפיו החל הדימום בסביבות השעה 20:15 – ממצא עובדתי שגוי הוא; מוסיפים הם וטוענים, כי לדעת הכל, עצם הפגות וסיכוייה הוא גורם מובהק למחלה ממנה סובלת עדן. אף בהנחה שהדימום החל בשעה האמורה, לא הוכיחו המשיבים, לטענתם, קשר סיבתי בין האיחור בביצוע הניתוח הקיסרי לבין הנזק; לחילופין, לא הוכיחו המשיבים את שיעור הסיכון של עדן ללקות בשיתוק מוחין עקב הדימום. לענין זה מסתמכים המערערים על דעת הרוב בע"א 6643/95 כהן ואח' נ' קופת חולים של ההסתדרות הכללית לעובדים ב-א"י, פ"ד נג (2) 680 (להלן: יהונתן כהן).

6. לעומתם טוענת משפחת מלול בערעורה שכנגד, כי בית המשפט טעה בכך שהעריך את השפעת הפגות על עדן בשיעור של 60% ואת השפעת הדימום בשיעור של 40%. לדבריהם, היה על בית המשפט לקבוע כי על הנתבעים לשאת במלוא הנזק; לחלופין מבקשים הם שבית משפט זה יעריך את שיעור האחריות של בית החולים וקופת החולים באחוזים גבוהים יותר.

ההתרשלות

7. לדעתי, אין מקום לכך שבית משפט זה יתערב במימצא העובדתי שקבעה הערכאה הראשונה, ולפיו הדימום המסיבי החל בסביבות השעה 20:15. כמה טעמים לדבר: שעת תחילת הדימום איננה רשומה במסמכים הרפואיים. בנסיבות אלה היה מתבקש, כפי שציין בית המשפט, שהנתבעים יביאו לעדות את הרופאים שטיפלו ביולדת. אם אכן הועברה היולדת לחדר הניתוח מיד בסמוך לתחילת הדימום המסיבי, היה צורך בהבאת העדים שטיפלו בה. הוריה של עדן העידו על פרק זמן ממושך ביותר עד תחילת הניתוח. הערכאה הראשונה לא היתה מוכנה לסמוך ידה על הערכת הזמן של ההורים, שבעיניהם, מטבע הדברים, ההתרחשויות נראו כנצח. עם זאת, האם הזכירה בעדותה שהרופא הכונן הוזעק מהבית לשם ביצוע הניתוח הקיסרי

וכי המתינו לו. נוכח טענה זו שבעובדה, היה על הנתבעים להביא ראיות לסתור מפי הרופאים המעורבים, והדבר לא נעשה. ככלל, בית המשפט של ערעור אינו ממחר להתערב בממצאים שבעובדה, ובנסיבות שתיארתי אין מקום לסטות מכלל זה. נקודת המוצא להמשך הדיון תהיה, איפוא, כפי קביעת הערכאה הראשונה: שהדימום המסיבי החל בסביבות השעה 20:15 וכי אכן היתה השתהות בביצוע הניתוח הקיסרי. בכך - התרשלו המערערים כלפי המשיבים.

הקשר הסיבתי

8. מרכז הכובד של הדיון הוא בשאלת הקשר הסיבתי בין ה"דימום" לבין מצבה של עדן. כבר הבהרתי כי למעשה מדובר בשאלת הקשר הסיבתי בין השהיית הניתוח הקיסרי (שמשמעותה היא אי-הפסקת הדימום על ידי ניתוח) לבין מחלתה של עדן. משפחת מלול הביאה מומחים רק בתחום המיילדות: פרופ' שר ופרופ' שנקר. היא נמנעה מלהביא נזירולוג ילדים או ניאונטולוג שהם, לכאורה, המומחים המתאימים להביע דעה בשאלת הקשר הסיבתי בין ההתרשלות למומים מהם סובלת עדן. פרופ' שנקר חזר והבהיר בחקירתו (ע' 101 ו-104 לפרוטוקול) כי הוא אינו מומחה למחלות ילדים, ועל כן אינו יכול להיחקר בנושא מחלתה של עדן, אף שיש דברים הידועים לו "מאינטליגנציה כללית". פרופ' שר הסתמך ביוזמתו, בחקירתו, על מאמר מסוים שהזכירה בחוות דעתה ד"ר דולפין, מומחית ניאונטולוגית מטעם המערערים. גם הוא הזכיר בחקירתו כי הוא אינו רופא ילדים. בפרוטוקול הדיון מצויין שבא-כוח בית החולים וקופת החולים קיבל את הצעת בית המשפט, שלא לחקור את פרופ' שר על חוות דעתה של ד"ר דולפין (אף שהוא חולק על הפרשנות שנתן פרופ' שר לחוות הדעת האמורה), מאחר ו"הדבר אינו דרוש שכן הרופאה ד"ר דולפין תבוא לבית המשפט ותעיד על חוות דעתה ותסביר את הדרוש" (ע' 35-36 לפרוטוקול). כך נקטעה חקירתו הנגדית של פרופ' שר בנושא זה. בסופו של דבר לא ביקש בא-כוח התובעים-המשיבים לחקור את ד"ר דולפין על חוות דעתה. לכך עוד אשוב.

9. חוות הדעת של המומחים בתחומי רפואת ילדים ונזירולוגית ילדים שהיו מונחות בפני בית המשפט, הן שתיהן מטעם בית החולים וקופת החולים. חוות דעת אחת היא, כאמור, חוות דעתה של ד"ר צפורה דולפין,

מומחית לרפואת ילדים ומומחית ברפואה ניאונטולוגית . מסקנתה של ד"ר דולפין היא, כי עדן פיתחה מחלה קשה של החומר הלבן של המוח הקרויה PVL. זוהי מחלה מוכרת היטב בפגים . לא ניתן לחזותה מראש . היא גורמת , כמעט בכל המקרים , לנכות קשה . ד"ר דולפין תיארה בחוות דעתה כי כל הבדיקות שנעשו לעדן לאחר לידתה היו תקינות : ציון האפגר בדקה הראשונה היה 9 , ולאחר חמש דקות – 10 ; הנשימה היתה עצמונית , היה דופק סביר ללא אוושות ; ההמטוקריט - 53% , רמת החומציות בדם היתה 7.4 ועוד . במהלך אשפוז – כך מציינת המומחית - החלה עדן לפתח מצוקה נשימתית , הפסקות נשימה ועוד . בהיותה בת שישה שבועות בוצעה בדיקת אולטרא-סאונד מוחי שהראתה סימנים אופייניים ל-PVL - מחלת החומר הלבן שסביב חדרי המוח . ד"ר דולפין עמדה על כך שמחלות שונות שהתגלו אצל עדן הן אופייניות לפגים . עוד עמדה היא על כך שמחלה זו מופיעה לרוב בפגים שנולדו לפני השבוע ה-32 להריון . על פי חוות דעתה , המחלה מופיעה כנמק בחומר הלבן של המוח במיקום אופייני סביב חדרי המוח ; עם ספיגת החומר הנימקי נוצרים חללים בצורת ציסטות . במאמר משנת 1994, הנוכח בחוות הדעת , נמצא שמתוך 1,239 פגים שנולדו לפני השבוע ה-32 להריון סבלו 4% מהפגים ממחלה זו . כל הפגים שפיתחו מחלה זו סבלו משיתוק מוחין , כמו שיתוק בגפיים . וכל מי שסבלו משיתוק בארבע גפיים סבלו גם מפיגור שכלי . עדן נמנית על קבוצה זו .

ד"ר דולפין מציינת כי המחלה איננה ניתנת למניעה ואין ידועים גורמים ברורים להופעתה . היא מזכירה שקיים מאמר משנת 1985 לפיו דימום אצל האם לפני הלידה יכול להיות גורם סיכון להופעת המחלה (המדובר באותו מאמר שהזכיר בחקירתו ביוזמתו פרופ' שר , אך כזכור נקטעה חקירתו) . ד"ר דולפין מציינת עוד , ודברים אלה צוטטו כמה פעמים בפסק דינה של הערכאה הראשונה :

"ייתכן שבמקרה זה ניתן לקשור בין הדימום אצל האם לפני הלידה (אשר בגללו בוצע הניתוח הקיסרי) ובין ה-P.V.L. אך מניסיוני הממושך בטיפול בפגים הרי שהמחלה מופיעה ללא כל גורם סיכון ברור פרט לעובדת הקשר בינה לבין הפגות".

קטע זה צוטט שוב ושוב בפסק דינה של הערכאה הראשונה, כנימוק להכרה בקשר סיבתי אפשרי בין העיכוב בביצוע הניתוח לבין ה-PVL. בא-כוח בית החולים וקופת החולים טוען, כי בית המשפט קמא גילה בו פנים שלא כהלכה. כאן יוזכר שוב, שבא-כוח משפחת מלול נמנע מלחקור את ד"ר דולפין על חוות דעתה; הוא הודיע כי לא יחקור אותה על חוות דעתה על אף שאין הוא מסכים למסקנותיה.

10. בית החולים וקופת החולים הגישו חוות דעת נוספת של מומחה לרפואת ילדים ולנוירולוגית ילדים, ד"ר וייץ. גם ד"ר וייץ עמד על תקינות הבדיקות שנעשו לעדן, ולא אחזור על דברים שציינה ד"ר דולפין. הוא הדגיש כי האם לא ניזקקה לעירווי דם ולחץ דמה היה תקין, הכל לפי רישומי הרופא המרדים. גם ד"ר וייץ קובע כי נוצרה אצל עדן PVL, וכי הבדיקה מעלה כי הילדה לוקה בנזק מוחי המתבטא בשיתוק ספסטי קשה של ארבע הגפיים, ובפיגור שכלי בינוני עד חמור. אחר-כך פונה ד"ר וייץ לדון בגורם למחלה. ד"ר וייץ קובע, על סמך מכלול הבדיקות, כי לא היה במקרה זה תשניק של הילוד; לעומת זאת פגות, על סיבוכיה הרבים והרב מערכתיים, היא אחת הסיבות, אם לא העיקרית, לשיתוק מוחין. ילוד שמשקלו פחות מ-1,500 גרם נושא, לדבריו, סיכון פי 30 לשיתוק מוחין מאשר ילוד במשקל ממוצע. על פי חוות הדעת של ד"ר וייץ, הגורמים לשיעור סיכון כה גבוה בפגים ירודי משקל אינם קשורים כלל לאירועי הלידה ולאיכות הטיפול המיילדותי, אלא לפגיעותה הרבה יותר של מערכת העצבים הבלתי בשלה, לבעיות רפואיות הייחודיות לטיפול הנמרץ, ואולי גם לרעלן חלבוני -TNF- האחראי הן ללידה המוקדמת עצמה והן לנזק המוחי המתבטא בשיתוק מוחין. ד"ר וייץ מצביע על כך שבמהלך האשפוז נצפו אצל עדן סיבוכים רב מערכתיים שונים השכיחים אצל פגים, ובהם PVL השכיח במיוחד בפגים והמראה מתאם הדוק עם הפרעות מוטוריות מולדות מסוג שיתוק מוחין. אין כיום אפשרות למנוע חלק מהסיבוכים האלה ואת הנזק המוחי הנגרם בעטיים.

ד"ר וייץ מסכם וקובע כי לא סיבוכים בלידה אחראים לנכותה של עדן, מאחר ומצבה לאחר הלידה היה מצויין, אלא סיבוכי פגות, כמו אירועי דום-נשימה, מצוקה נשימתית ועוד, הם שגרמו להיפוקסמיה כרונית, הנחשבת אחד הגורמים העיקריים לנזק המוחי בפגים.

שני המומחים מטעם הנתבעים קובעים איפוא בחוות הדעת כי הפגות היא הסיבה לנכותה של עדן.

11. את ד"ר וייץ חקר ב"כ המשיבים. ד"ר וייץ היה איתן בדעתו שמצבה של עדן מיד לאחר הלידה ותקינות הבדיקות שנעשו לה מצביעים על כך שהנזק המוחי לא נגרם על ידי איחור בביצוע הניתוח. כשנחקר על חוות דעתה של ד"ר דולפין ציין, כי הוא לחלוטין אינו מוכן לקבל שיתכן ובמקרה זה ניתן לקשור בין מחלתה של עדן לדימום של האם טרם הלידה. יחד עם זאת, עיון בחקירתו מעלה כי הוא מסכים שדימום מסיבי יכול, על דרך העיקרון, להביא לתשניק הילוד או לירידה בהספקת החמצן לפג, המסוגלים, בתורם, לגרום ל-PVL, אלא שלא כך ארע לדעתו במקרה זה (ע' 186 - 188). בלשונו :

"ש. האם הדימום הזה יכול היה לגרום ל-PVL. ת. באופן תיאורטי כן. אני לא חושב שזה המקרה. דימום קשה בלידה יכול לגרום לנזק מוחי אבל העובר צריך להראות סימנים חולניים מיד בלידה. זה לדעתם של גדולי המומחים."

12. בא-כוח בית החולים וקופת החולים טוען כי הערכאה הראשונה פירשה באופן לא נכון את דברי ד"ר דולפין, אותם ציטטתי לעיל, וכי הימנעותו של בא-כוח המשיבים מלחקור את ד"ר דולפין משמעה הסכמה לדבריה, גם כשבא כוח המשיבים הצהיר שהוא חולק על הדברים.

13. מקובל עלי שחוות הדעת של ד"ר דולפין בכללותה אכן מצביעה על כך שדעתה הברורה היא שה-PVL נגרמת מפגות, ולא מדימום. יחד עם זאת, לאור תשובותיו של ד"ר וייץ, אני סבורה שבצדק קבעה הערכאה הדיונית שדימום אמהי יכול לגרום ל-PVL אצל הילוד. כך, על דרך העיקרון. השאלה הטעונה איפוא הכרעה היא, האם זה מה שארע, בפועל, בענייננו, או למצער, האם יש הסתברות זו או אחרת שכך ארע, או - האם הדימום שנמשך הגביר את הסיכון הנובע מהפגות. ד"ר וייץ היה, כאמור, נחרץ בדעתו שלא כך ארע, וכי המחלה מקורה בסיבוכי הפגות.

14. ניתן איפוא לעבור לשאלת הממצאים הרפואיים לגבי האם והבת ומשמעותם. בפני הערכאה הראשונה הונחו מספר ממצאים רפואיים. האחד הוא מונויטור שעקב אחר האם למשך פרק זמן ארוך, מהשעה 19:15 ועד להעברתה לחדר הניתוח בשעה 20:50. הערכאה הראשונה מצאה כי ישנן הפסקות ממושכות ברישום המונויטור, ואין בראיות הסבר לכך. בתחילת רישום המונויטור יש ירידה חדה בדופק, שהתאוששה לאחר מכן. גם בהקשר זה חזר בית המשפט על כך שאנשי הצוות המטפל לא הובאו להעיד, ולא הוברר האם הצוות בחן את השאלה מדוע מופיעות הפסקות ממושכות, ומה המסקנה מכך.

15. אשר למשמעות ציוני האפגר הגבוהים: הערכאה הראשונה קיבלה את דברי פרופ' שר, מטעם משפחת מלול, לפיהם יש להטיל ספק בציון האפגר בתור קנה מידה, ובנוסף הזכירה את דברי פרופ' משיח, מומחה למיילדות מטעם בית החולים וקופת החולים שאמר:

"נזק מוחי יכול להתרחש אצל העובר בכל תשעת חודשי ההריון. הנזק המוחי לא צריך להתבטא בציון האפגר לאחר הלידה, יכול להיות נזק או פגם מוחי שהתרחש ימים או שעות קודם אבל לא מתבטא באפגר....".

לעניין בדיקת החומציות (pH) שתוצאתה היתה 7.4, קבע בית המשפט שהבדיקה היתה, אמנם, בערכים תקינים, אך הוא קיבל את דברי פרופ' שנקר, לפיהם רמה זו מתייחסת לשלב בו בוצעה הבדיקה, ואין בכך כדי לשלול אפשרות שהיה סבל עוברי ומצב של חוסר אספקת חמצן בשלב מסויים קודם לכן.

16. לעניין ההמטוקריט, מצוין בית המשפט כי לא היתה התייחסות לעניין בעדויות המומחים (אעיר במאמר מוסגר כי מומחי בית החולים וקופת החולים ציינו כי היו ערכים תקינים של ההמטוקריט, אך לא הובהר מה טיבו של נתון זה).

17. בית המשפט מסכם וקובע:

"אם לסכם את הדברים, אינני סבור שיש בתוצאות האפגר, ה-PH [דרגת החומציות – מ"נ] וההמטוקריט כדי לשלול קיום של פגם מוחי אצל העובר"

(פסקה מ"ג לפסק הדין; ההדגשה הוספה).

18. איני סבורה שיש מקום להתערבות בקביעת הערכאה הראשונה, שהשתכנעה, במקרה זה, על סמך דברי מומחים אותם בחרה לאמץ, כי ממצאים תקינים אצל הילוד לאחר הניתוח הקיסרי אינם שוללים גרימת נזק מוחי בשלב קודם, קרי - בשלב בו התעכב הניתוח הקיסרי ללא הצדקה. לא מן המותר להעיר כאן, כי סרטי המוניטור הפגומים שללו ממשפחת מלול אפשרות להצביע על מצוקה עוברית בשלב שבין האשפוז לבין הניתוח.

ודוק: רחוק ממני לקבוע קביעה כללית, שהיא בגדר הלכה משפטית – רפואית, לפיה אין ערך בכגון דא לממצאים רפואיים תקינים בדבר מצבו של הילוד (ציון אפגר גבוה, רמת חומציות תקינה וכל כיוצא באלה) לאחר הלידה: כל שבאתי לומר הוא, שאין מקום להתערבות בית משפט זה בקביעתה של הערכאה הדיונית שהגיעה לכלל מסקנה, לאחר שמיעת המומחים שהעידו בפניה, כי אין בממצאים תקינים אלה כדי לשלול קשר בין הדימום לבין פגם מוחי אצל העובר. אוסיף ואומר כי כבר היו דברים מעולם, שבית משפט זה סרב להתערב בקביעה מעין זו בענין נתון אפגר: ע"א 4641/94 כהן ואח' נ' עירית תל אביב יפו ואח', פ"ד נ (1) 422, 429 (להלן: הן כהן). באותו עניין התרשלו עובדי בית החולים בכך שלא גילו מבעוד מועד דלקת של האם, ועל כן לא בוצע ניתוח קיסרי מוקדם מאשר בוצע בפועל. הערכאה הראשונה מצאה שהתרשלות זו גרמה לכך שהתובע שם, בהיותו עובר, סבל ממצוקה עוברית שגרמה לנזק מוחי. גם שם הועלתה טענה בדבר אפגר גבוה, וכך קבע השופט אור:

"9. הנה כי כן, על סמך כל האמור לעיל, יש סימוכין למסקנת בית המשפט, שאותה התרשלות של צוות בית היולדות היא שגרמה לכך שהתובע, בהיותו עובר, סבל ממצוקה עוברית אשר היא שגרמה לו לנזק המוחי, על כל תוצאותיו.

10. הנתבעות העלו שתי טענות בניסיון לתקוף את מסקנתו של בית המשפט המחוזי. הטענה האחת

מסתמכת על העובדה שבסמוך לאחר לידתו של התובע נמצא אצלו אפגר 9-10. המונח אפגר מתייחס לבדיקות שנעשות ליילוד בסמוך לאחר לידתו ואשר קובעות את מצב העובר על-פי חמישה נתונים: נשימה, דופק, צבע, תגובה לגירוי וכוח השרירים. לכל נתון מוקצבות שתי נקודות, כך שהניקוד המקסימאלי שהתינוק יכול לזכות בו הוא 10. הבדיקה נקראת אפגר על שם ד"ר אפגר, אשר היתה הראשונה שהנהיגה אותה. לפיכך, אפגר 9-10 שנמצא אצל התובע בסמוך לאחר הלידה, מלמדת לכאורה שבשלב זה מצבו היה שפיר.

אולם מראיות שבאו בפני בית המשפט עולה, שבאפגר גבוה בסמוך לאחר הלידה אין כדי לשלול קיום של פגם מוחי אצל העובר, אשר עלול להביא לפיגור שכלי. כך עולה מעדותו של ד"ר מילבואר, מנהל מחלקת ילדים ופגים בבית היולדות. ד"ר מילבואר התייחס לבדיקות שעבר התובע לאחר לידתו, והסביר שאין בבדיקות אלה מסוגלות לגלות פיגור שכלי שאינו קשור בפגם במערכת המוטורית אשר יתגלה עם הלידה.... זו גם דעתם של ד"ר שנטל וד"ר להט. ואף ד"ר פרידמן לא שינה מדעתו בדבר הגורם לפגיעה המוחית של התובע, על-אף הנתון של אפגר גבוה לתובע בסמוך לאחר לידתו "

(שם, בע' 429).

בעניין רן כהן, כך יש להדגיש, איש לא ייחס את המחלה לפגות. המחלה נבעה מדלקת מי השפיר ממנה סבלה האם. כמו בעניין רן כהן בעניין אפגר כך בענייננו בעניין אפגר ובדיקת Ph, קבע בית המשפט על סמך עדויות מומחים שהעידו בפניו שהתוצאות התקינות של הבדיקות אינן שוללות מצוקה עוברית. גם במימצא זה אין לדעתי מקום להתערב.

19. בעניינים מדעיים רבים החוזרים ועולים בפני בתי המשפט מצטברת, במשך הזמן, "מסה קריטית" (כלשונו של השופט חשין ב-בש"פ 2343/00 כהנא נ' מ"י, פ"ד נ (2) 65, 67 - 68) של מסקנות רפואיות. עם היווצרה של "מסה קריטית" מלאכת השכנוע קלה יותר. לא הגענו לשלב בו נוכל לומר שקיימת "מסה קריטית" של פסקי דין ולפיה ציוני אפגר גבוהים וציוני pH תקינים שוללים (או אינם שוללים) אפשרות של מצוקה עוברית. בענייננו נחלקו המומחים בשאלה זו, ובית המשפט העדיף את הדעה האומרת שציונים גבוהים כאלה אינם שוללים, בנסיבות העניין, את המסקנה

שההתרשלות (שקבע שהיתה) הביאה לנזק או לחלקו. על פי הכללים המקובלים עלינו בעניין התערבות בממצאים של הערכאה הדיונית – איני סבורה שעלינו להתערב במסקנה זו. ארמוז כאן, ופירוט עוד יבוא, שדעתי היא שיש, עם זאת, מקום להתערב בנסיבותיו של עניין זה במסקנתו של בית המשפט בשאלת חלוקת האחריות.

20. נסכם את העולה מכל האמור עד כה: בית המשפט קבע כי פגות כשלעצמה וסיבוכיה הינם גורם סיכון מוכר וממשי לפגמים בהם לוקה עדן. מסקנה זו מעוגנת היטב בחוות הדעת של מומחי המערערים ואין יסוד להתערב בה. הפגות במקרה זה היתה כח עליון. אין לייחס בגינה אשם לאיש. גם היפרדות השלייה והדימום שנגרם ממנה הם גורמים שאין לייחס בגינם אשם. בשל הפרדות השלייה והדימום שבעקבותיה היה צורך – ועל כך לא חלק איש – בביצוע ניתוח קיסרי. בצד גורמים אלה, שאין עמם אשם, היתה, בנסיבות העניין, כפי שקבע בית המשפט, התרשלות כלפי התובעים: אי ביצוע ניתוח קיסרי בדחיפות מספקת, שחשף את האם לדימום מוגבר. דימום יכול, על דרך העקרון, וגם לדעת ד"ר וייץ מטעם בית החולים וקופת החולים, לגרום לנזק ממנו סובלת עדן. הטענה שהבדיקות התקינות שוללות אפשרות זו לא התקבלה על ידי בית המשפט. האם די בכך כדי לעמוד בדרישת הקשר הסיבתי בין אשמים של הנתבעים (אי ביצוע ניתוח קיסרי במועד) לבין התוצאה (ה-PVL)? משפחת מלול טוענת, כאמור, כי היה מקום להכיר באחריותם של בית החולים וקופת חולים למלוא הנזק. האחרונים טוענים, כי אין לחייבם בשום חלק מהנזק, וטענתם היא כי משפחת מלול לא הוכיחה, על פי מאזן ההסתברות, קשר סיבתי בין האיחור בניתוח לבין הנזק. בית החולים וקופת חולים מסתמכים בטענותיהם, בין השאר, על דעת הרוב בע"א 6643/95 כהן נ' קופת חולים של ההסתדרות הכללית לעובדים ב-א"י, פ"ד נג (2) 680 (יהונתן כהן). גם בפרשה ההיא לקה התובע ב-PVL. אמו הגיעה לבית החולים הנתבע בשבוע ה-30 להריונה עקב ירידת מים מוקדמת. הגורמים המסתברים ביותר לשיתוק המוחין, כך נקבע, הם הפגות והמשקל הנמוך. גורמי סיכון נוספים אפשריים היו דימום וכן זיהום אצל האם, שהתגלה לאחר הלידה. הערכאה הראשונה (הח"מ, כשופטת בית המשפט המחוזי) שם לא מצאה אחריות של הנתבע לגבי אף אחד מגורמי סיכון אפשריים אלה. בערעור – נחלקו הדיעות. השופטת ט' שטרסברג-כהן קבעה, בדעת מיעוט, כי רופאי בית החולים התרשלו בכך שלא גילו את הזיהום המתפתח מבעוד מועד. עם זאת קבעה, כי לא ברור אם הזיהום נשוא ההתרשלות גרם בפועל לשיתוק מוחין, וסביר

היה שהנזק היה נגרם אלמלא ההתרשלות, בשל הפגות והמשקל הירוד או הדימום או שניהם, ועל כן עולה שאלת הקשר הסיבתי. על אף התרשלות הגורם הרפואי, קבעה השופטת שטרסברג-כהן כי לא ניתן לקבוע שקיים קשר סיבתי בין הזיהום לבין הנזק או חלק ממנו. לעניין זה קבעה:

"כשלעצמי, סבורה אני כי אין לנקוט בגישה של 'הכל או לא כלום'. הגישה השוללת מתן פיצוי לתובע במקרה שבו הוכחה התרשלות אך לא ניתן לבסס קשר סיבתי עובדתי לנוכח חוסר הידעואי-הבהירות באשר לגורמים למחלה ולתהליך התהוותה, גורמת עוול לתובע ואיננה משרתת מדיניות ראויה של הרתעה מפני התרשלות. עם זאת, הטלת חובת פיצוי מלא על אחד מגורמי הנזק האפשריים שאין בטחון שהשתתף בגרימת הנזק, איננה צודקת ואיננה עולה בקנה אחד עם יסודות דיני הנזיקין, שכן היא מביאה לפיצוי התובע על מלוא נזקו גם ממי שלא ברור כי השתתף בגרימת הנזק, שיכול שלא נגרם בעוולה כלל"

(שם, בע' 700-699; ההדגשה הוספה).

לאחר ניתוח מקיף, קבעה השופטת שטרסברג-כהן כי תוספת הסיכון בגין חשיפתו של המערער לזיהום עומדת על 30%, והיא הציעה לחייב את המשיבים ב-30% מנזקי המערערים שם.

בענייננו, בית החולים וקופת החולים תומכים יתדותיהם בדעת הרוב של הנשיא ברק והשופטת ביניש, שדחו את הערעור, וטוענים הם כי יש ליישם את דעת הרוב על ענייננו:

וכך אמר הנשיא ברק:

"אכן, גם אם נניח - ובלי להכריע בדבר - כי המשיבה התרשלה באי-אבחון בעיית הזיהום וכן אם נניח כי לא הוכח קשר סיבתי בין התרשלות זו לבין הנזק של שיתוק המוחין וגם אם נניח - ובלי להכריע בדבר - כי קיים ראש נזק עצמאי של פיצוי בגין הגברת סיכון - למרות כל אלה, ובלי

להביע בהם כל עמדה לגופו של עניין, דעתי היא כי יש לדחות הערעור. כך הדבר, שכן לדידי, הנדבך הרביעי בפסק-דינה של חברתי, הוא השאלה אם בנסיבות המקרה הוכחה הגברת סיכון של 30%, לא בוסס דיו. על כן, די בטעם זה בכדי לדחות הערעור כולו, בלי להכריע בשאלות המשפטיות הנכבדות שהובאו בחוות-דעתה של חברתי "

(שם, בע' 705).

וממשיך הנשיא ברק וקובע כי גם אם יש לפצות בגין הגברת סיכון לחלות, יש להוכיח הגברת סיכון עצמאי זה, מה שלא הוכח באותה פרשה. את השאלה אם קיים ראש נזק עצמאי בגין העצמת סיכון השאיר הנשיא א' ברק בצריך עיון.

השופטת ביניש ציינה, כי אין בראיות שהובאו בפני הערכאה הראשונה תשתית לביסוס המסקנה שהיתה הגברת סיכון עקב מחדל רשלני, וכי אף אם היתה הגברת סיכון כאמור, לא הונחה תשתית לקביעה כי היא השפיעה בשיעור משמעותי, או לשיעורה של השפעה זו.

"אציין רק כי עקרונית נוטה אני לגישת חברתי שאינה מצביה את התביעה הנזיקית על הוכחת גרימת הנזק בדרך של 'הכל או לא כלום'. מסכימה אני גם לכך שכבר צעדנו לקראת אותה גישה בעצם ההכרה בראש נזק של אובדן סיכויי החלמה, אף כי הצעתה של חברתי להכיר בראש נזק של הגברת סיכון היא בבחינת צעד נוסף. אלא שגישה זו, גם אם מייצגת היא השקפה ראויה, מעוררת קשיים רבים גם במישור העיוני הנוגע לעקרונות יסוד בדיני הנזיקין וגם בכל הנוגע לתוצאות המעשיות וההשלכות הנובעות מכרסום בדרישת הוכחת הקשר הסיבתי לנזק שנגרם.

נראה כי גישה המצדדת בקביעת פיצוי בגין ראשי נזק עצמאיים כאשר לא ניתן להוכיח על-פי מאזן ההסתברויות שהנזק הכולל נגרם בעוולה, גם אם ראויה היא בנסיבות מסוימות, מחייבת גם קביעת סייגים לאחריות המוטלת על המזיק. ללא סייגים הנוגעים לשיעור הסיכוי או הסיכון שיש להכיר בהם ביחס לנזק הכולל, עלול להיפתח פתח רחב מדי להכרה בזכאות לפיצויים, פתח שעלול לשמוט את השטיח מתחת לרגלי השיטה הבנויה

בעיקרה על הוכחת הקשר הסיבתי בין התרשלותו של המזיק לנזק.

לפיכך, גם אם נקבל את הגישה שבדרך-כלל יש הצדקה להכיר בראש נזק של הגברת סיכוני מחלה, מתחייבת תשתית ראייתית לקביעה כי הגברת הסיכון שנעשתה באופן רשלני, השפיעה בשיעור המצדיק הכרה בו לעניין חובת הפיצוי. השיעור המוצע על-ידי חברתי - של 30% - ייתכן שיכול הוא להצדיק התחשבות בנזק האמור, אלא שכאמור לא שוכנעתי כי יש בסיס להערכה גבוהה זו"

(שם, בע' 710-711; ההדגשה הוספה).

21. המערערים בענייננו מבקשים, בהסתמכם על פרשת יהונתן כהן, כי נקבע שלא הוכח שיעור התרומה של האיחור בביצוע הניתוח הקיסרי (שלטענתם לא היה), ועל כן נקבע כי אין לחייבם בכל חלק מנזקי המשיבים. המשיבים, לעומתם, מבקשים שנחייב את המערערים בנזק הכולל. אניח בשלב זה לענין הקונקרטי שלפנינו. אתעכב על שאלת הסיבתיות העמומה בדיני הנזיקין, ואחר כך אשוב לענייננו.

"סיבתיות עמומה" – הכל או לא כלום או גישת הערכה הסתברותית?

22. הכלל הרגיל בדיני הנזיקין הוא כי על התובע להוכיח את הקשר הסיבתי בין התנהגותו העוולתית של הנתבע (במונחי עוולת הרשלנות – ההתרשלות) כלפיו והנזק, וזאת לפי מאזן ההסתברות. עמד בנטל – יפוצה על מלוא הנזק; גם אם יוכיח התנהגות עוולתית ונזק ולא עלה בידו להוכיח, לפי מאזן ההסתברות, את הקשר הסיבתי – לא יזכה בשום פיצוי. עם זאת, בכמה הקשרים שללה הפסיקה בישראל גישה של "הכל או לא כלום" בנזיקין, והעדיפה מתן פיצוי חלקי בדרך הסתברותית או בדרך של אומדנא.

כך, בסוגיית אובדן סיכויי החלמה קבע השופט ש' לוי ב-ע"א 231/84 קופת

חולים של ההסתדרות נ' פאתח, פ"ד מב (3) 312 :

"לפי עקרונות כלליים של דיני הפיצויים, שומה על גורם הנזק, המפר או המזיק, ל'אזן' את העוול

שנגרם לנפגע כתוצאה מהבאתו עקב האירוע נושא התביעה למצב גרוע מכפי שהיה עומד אלמלא אותו אירוע. לענין זה אין, לדעתי, הבדל בין מקרה, שבו הסיכוי שאבד גדול או קטן מ 50%. הואיל ובשני המקרים לא יזכה הניזוק בפיצוי אלא בשיעור הסיכוי שהפסיד עקב הרשלנות "

(שם, בע' 319; ההדגשה הוספה).

השופט לוין קבע שאובדן סיכויי החלמה שנגרם עקב התרשלנות יכול להיחשב, כשלעצמו, כנזק בר פיצוי. את מידת הסיכון יש לקבוע לפי מבחן עודף ההסתברויות או לפי אומדן. במקרה ההוא נקבע, כי הנפגע איבד סיכוי של 30% להחלמתו.

גישה דומה בענין הערכת מידת הנזק בסוגיית אובדן סיכויי החלמה ננקטה בע"א 2509/98 גיל נ' קופת חולים של ההסתדרות הכללית, פ"ד נד(2) 38, שם נפסק מפי השופט אור:

"... ברור, שלמערערת היה צפוי נזק מעצם הימצאות גידול במוחה והצורך בניתוח להוצאתו, ולכך אין הרופאה אחראית. אם היה מתגלה הגידול ב-1980 והניתוח היה מבוצע אז, גם במקרה כזה היה צפוי שייגרם נזק למערערת.

....

סביר להניח גם, שהתפתחות הגידול הקטינה את סיכויי החלמה ממנו, ואובדן סיכויי החלמה שנגרם עקב הרשלנות יכול לשמש כנזק בר-פיצוי...

....

המצב שמדובר בו הוא שחלק מהנזק נגרם מעצם הפגיעה הראשונית, קיום הגידול, וחלק אחר שלו על-ידי הרשלנות הרפואית, כשקיים קושי רב להחליט מהו חלקה של הרשלנות בגרימת הנזק. בנסיבות אלה, אין מנוס מלקבוע את שיעור התרומה של רשלנות הרופאה לגובה הנזק על דרך האומדנה. הערכתי היא, שיש להעריכו בשיעור כ-1/3 חלקים מכלל הנזק אשר נגרם למערערת כתוצאה מן הגידול בראשה מהניתוח ומהטיפולים אשר בעקבותיו "

) שם, בע' 46-47; ההדגשה הוספה; וכן ראו ע"א 1892/95 אבו סעדה ואח' נ' שרות בתי הסוהר – משטרת ישראל ואח' , פ"ד נא (2) 704, בו נפסקו, על דרך האומדנא, פיצויים בשיעור של 50% מהנזק הכולל).

בדומה, בסוגיית אי מתן הסכמה מדעת קבע חברי, השופט מצא, הן לענין שיעור האחריות החלקית והן לעצם הטלת אחריות חלקית:

"על המערערים, שסמכו את תביעתם על עוולת הרשלנות, רובץ נטל השיכנוע - בנוסף ליסוד הפרת החובה וליסוד הנזק - גם ליסוד הקשר הסיבתי. ברם, משהוכיחו את הנזק, ואם יעלה בידם להוכיח גם את הפרת החובה, יהיה בידי בית-המשפט לקבוע, על דרך האומדן השיפוטי, אם היתה זו הפרת החובה אשר גרמה לנזק ועד כמה; משמע, שתיתכן גם הערכה הסתברותית אשר תוכל לשמש בסיס לחיוב המשיבים רק בחלק מן האחריות וממילא רק בחלק יחסי מן הנזק שנגרם למערערים עקב מות המנוחה. שיטה זו, שיושמה הלכה למעשה בע"א 437/73 עאיק (קטינה) נ' ד"ר רוזמרין ואח', [פ"ד כט (2) 225] (ראו דברי השופט לנדוי בע' 231 בין אותיות השוליים א-ב), זכתה לביסוס עיוני מפורט (מפי השופט ש' לוי) בע"א 231/84 קופת חולים של ההסתדרות נ' פאתח...

העולה מגישה זו הוא שהקשר הסיבתי בענייננו אינו טעון קביעה על-פי מבחני הסיבתיות המקובלים; כמבחן 'הסיבה המכרעת' וכמבחן ה'צפיות'. למבחנים אלה נזקקים לצורך חיובה (במלואה) או שלילתה (מכול וכול) של אחריות הנתבע לגרימת נזקו של התובע. הווי אומר: על-פי מבחנים אלה אין קשר סיבתי לחצאין והשאלה העומדת להכרעה היא אם התקיים קשר סיבתי אם לאו, בחינת 'הכול או לא כולם'... מבחנים אלה, המיועדים לאפשר הכרעה על-פי מבחן עודף ההסתברויות, אינם יאים למקרים בהם ניצב בית-המשפט בפני הצורך להעריך באורח היפותטי כיצד היה נוהג חולה פלוני אילו העמידוהו הרופאים מראש על הסיכון והסיכוי הטמונים בטיפול רפואי מסוים. בכגון דא עשוי בית-המשפט לשקול ולקבוע, על יסוד מכלול נסיבותיו של המקרה, כיצד עשוי היה החולה להגיב אילו קיבל את המידע והוצב בפני הברירה אם להיזקק לטיפול או להימנע ממנו. לצורך קביעה זו רשאי בית-המשפט להיזקק לדרך האומדן השיפוטי ולבסס את הערכתו על ההתנהגות שבנסיבות העניין ניתן היה לצפותה מחולה סביר..."

(ע"א 4384/90 ואתורי ואח' נ' בית החולים לניאדו ואח' , פ"ד נא (2) 171, 191; ההדגשה הוספה).

בסוגיית אי מתן ההסכמה מדעת ראו גם פסק דינו של בית משפט זה בהרכב מורחב: ע"א 2781/93 דעקה נ' בית חולים "כרמל", חיפה ואח' , פ"ד נג (4) 526. בסוגיית הערכת שיעור הסיכויים, להבדיל משיטת עודף ההסתברות, נאמרו, על ידי חלק מהשופטים בענין דעקה אמרות שונות: ראו דברי השופטת ביניש בע' 552-553, דברי השופט אור בע' 570-569, דברי השופטת שטרסברג-כהן בעיקר בע' 605-594, דברי הנשיא בע' 623, דברי השופט חשין בע' 624, והמבקש להרחיב יעין שם.

23. דומה שבפסיקתו של בית משפט זה ניתן למצוא גם הכרה בכך שבמקרים מתאימים, בהם ישנו קושי מובנה בקביעת הקשר הסיבתי למלוא היקף הנזק (כאשר ידוע כי ההתנהגות העוולתית גרמה לפחות לחלק מהנזק), תהיה חלוקת שיעור הפיצוי בין המזיק והניזוק: ע"א 423/98 אטד ואח' נ' וינראוב ואח' (לא פורסם). השופט אור (בהסכמת השופטת שטרסברג-כהן והשופט אילן) אישר את מסקנתו של בית המשפט המחוזי לפיה ישלמו המערערים לתובע, הסובל מפיגור שכלי ומשיתוק מוחין, רק 85% מנזקיו. בית המשפט אימץ את מסקנת בית המשפט המחוזי, לפיה הרופאים התרשלו במהלך הלידה. השופט אור ציין, בקצרה:

"לא ראינו להתערב בהחלטת בית המשפט המחוזי, על פיה על המערערים לשאת ב-85% של הנזק שנגרם למשיב ולא בשלמותו, כטענת המשיבים, או בחלק קטן יותר שלו, כטענת המערערים. די אם נאמר, שבענין זה מקובלת עלינו הנמקתו של בית המשפט המחוזי"

(פיסקה 4 לפסק הדין).

להבנת הדברים עלינו לפנות, איפוא, לאמור בפסק דינו של בית המשפט המחוזי, הוא פסק דינו של כב' השופט ברלינר מיום 1.1.1998, בת"א (ח"י) 115/91 וינראוב ואח' נ' אטד ואח' (לא פורסם). התובע נולד בניתוח קיסרי שבוע ה-34 להריון ולאחר מצוקה עוברית קשה. בית המשפט קבע כי הליקוי שבגופו של התובע מקורו בתשניק קשה שלפני הלידה, וכי היתה התרשלות

שהתבטאה בעיכוב של שעות ארוכות בביצוע הלידה. השופט ברלינר ציין ש"אנו שרויים באזור של אי וודאות" וקבע כי ניתן להגיע למסקנה כי רשלנותם של הנתבעים לא גרמה לכל הנזק אלא לחלק הארי שלו. השופט ברלינר הזכיר בפסק-דינו את עדותו של פרופ' כספי, מומחה מטעם התובעים, שציין בעדותו כי אילו היה הילוד מוצא בשעה מוקדמת יותר לא היה מובטח שהעובר היה תקין. עם זאת, סביר מאוד להניח שמצבו היה טוב יותר מאשר בשעה בה הוצא. ובלשונו של המומחה: "אנו לא פועלים על סמך מידע מדויק, אנו פועלים על סמך הסתברויות, כשיש סמנים לא טובים צריך לפעול בנדון". בשונה מענייננו, שם נקבע פוזיטיבית שהיה תשניק בלידה על-פי אפגר נמוך, פגיעה רב-מערכתית, פרכוסים, חומציות בדרגה נמוכה מ-7 ועוד. עם זאת, נקבע שיעור אחריות של 85% בלבד בהסתמך על דברי המומחה מטעם התובעים, שצוטטו לעיל. בסופו של דבר, חייבה הערכאה הראשונה את הנתבעים ב-85% מהנזק בלבד. מסקנה זו אושרה, כאמור, בע"א 423/98 הנ"ל.

24. ב-ע"א 1/01 מרדכי נ' קופת חולים של ההסתדרות הכללית של עובדים ב-א"י, פ"ד נו (5) 502 נחלקו הדעות בבית משפט זה בשאלה אם עבר הנטל אל הרופאים המיילדים להוכיח כי לא רשלנותם גרמה לשיתוק אצל הילוד. השיתוק עלול היה להיות תוצאה של "כליאת כתפיים" בעת הלידה האופיינית לעוברים גדולים, אך עלול להיגרם גם מסיבה אחרת, שלא ניתן למונעה אף על ידי ניתוח קיסרי. הצדדים היו חלוקים גם בשאלה אם אמנם התרחש אירוע (שלא תועד) של עצירת כתף בעת הלידה, ואם היה על הצוות הרפואי לבצע הערכת משקל מוקדמת. שופטי הרוב, השופטת שטרסברג-כהן בהסכמת השופט לוי, קבעו כי נטל השכנוע עבר לכתפי הרופאים. שופט המיעוט (השופט אנגלרד) חלק על דעתם. לא אעמוד על פרטי המחלוקת. חברי השופט מצא דחה את עתירתה של קופת חולים לקיים דיון נוסף (דנ"א 6714/02 קופת חולים של ההסתדרות הכללית נ' שמעון (טרם פורסם)). בבחינת למעלה מן הצורך ציין:

"... לטעמי, העברת הנטל לעותרת הייתה מוצדקת אף מטעם אחר, שלא לובן בפסק-הדין, ושעניינו הגברה רשלנית של הסיכון. שלושת שופטי ההרכב הסכימו, כזכור, כי העותרת התרשלה בכך שלא יילדה את המשיב בניתוח קיסרי. מחדל רשלני זה הגביר את סיכונו של המשיב ללקות בשיתוק

מהסוג שבו לקה; ודי בכך כדי להצדיק את העברתו לכתפי העותרת של הנטל להוכיח כי לא מחדלה הוא שגרם לנזק, דהיינו כי לא 'כליאת כתפיים' - שאותה ניתן היה למנוע על-ידי ניתוח קיסרי - היא שהביאה לשיתוק. אמנם שיעורו המדויק של הסיכון שהוגבר לא הוברר במשפט. כן לא הוכח - כדברי שופט המיעוט - כי 'במרבית המקרים' נגרם השיתוק בשל ההימנעות מביצוע הניתוח. עם זאת ברור, גם לשיטתו, כי אין מדובר בהגברה זניחה בלבד של הסיכון. לדעתי, יצירה רשלנית של סיכון, ובלבד שאין המדובר בסיכון זניח, מצדיקה את העברת הנטל לנתבע להוכיח היעדר קשר סיבתי בין התרשלותו לבין הנזק (ראו: ע"א 3108/91 רייבי נ' וייגל, פ"ד מז (2) 497, 516); ואילו לעובדה שמדובר בסיבתיות עמומה ניתן לתת ביטוי, במקרים המתאימים, בדרך של קביעת פיצוי הסתברותי לפי שיעור הסיכון שהוגבר (ראו את דעת היחיד של השופט שטרסברג - כהן בע"א 6643/95 יהונתן כהן נ' קופת חולים של ההסתדרות הכללית, פ"ד נג (2) 680, 697-703; וכן את ההלכות שנפסקו בנושאים קרובים: ע"א 231/84 קופת חולים של ההסתדרות נ' פאתח, פ"ד מב (3) 312, לעניין אובדן סיכויי החלמה; וע"א 4384/90 ואתורי נ' בית החולים לניאדו, פ"ד נא (2) 171, 190-192, לעניין אי קבלת הסכמה מדעת לטיפול רפואי).

25. הנה כי כן, בהקשרים שונים בדיני הנזיקין, שגם לדעתי קרובים הם, נשללה גישה של "הכל או לא כלום". אני מבקשת לצרף דעתי לדעותיהם של השופטים הסוברים שבקביעת קשר סיבתי עובדתי בין התרשלות (מוכחת) ונזק (מוכח), במצבים שבהם מדובר בגורם הידוע כמסוגל, תיאורטית, לגרום לנזק אשר היה על הנתבע לצפותו, אך 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. בדרך זו צעדה הערכאה הראשונה, ועל דרך העיקרון הדברים מקובלים אף עליי. אדגיש כי גם באותם מקרים בהם נוכל, לדעתי, לנקוט בדרך זו, אין המדובר בזניחה מוחלטת של נטל השכנוע על פי מאזן ההסתברות. עדיין מוטל על התובע להוכיח על פי מאזן ההסתברות שהנתבע התרשל כלפיו, שהתרשלות זו יצרה גורם המסוגל לגרום לנזק המסוים שנגרם לו, שניתן וצריך היה לצפות נזק זה, וכי קיימים סיכויים ממשיים - אף אם לא ניתן להוכיח ששיעורים עולה על 50% - שהגורם האפשרי גרם בפועל לנזק. כמו כן עליו להוכיח, על פי מאזן ההסתברות, כי

בענייני קיים קושי מובנה של סיבתיות עמומה, דהיינו כי בנסיבות העניין לא ניתן לדרוש ממנו להוכיח קשר סיבתי עובדתי כמקובל על-פי "מבחן האלמלא".

26. למען הסר ספק, אני מבקשת לרשום מילות הסתייגות והבהרה: אין אני מציעה לזנוח את הכלל הרגיל לפיו על התובע בנזיקין להוכיח את הקשר הסיבתי העובדתי בין ההתרשלות והנזק על פי מאזן ההסתברות. אין אני מציעה גם לקבוע כלל שכוחו יפה בכל מקרה של טענה בעניין רשלנות רפואית. אין בכך צורך, ובמקרים רבים ניתן וגם צריך להוכיח (או לשלול), בתביעה בעניין רשלנות רפואית, את מלוא שרשרת הקשר הסיבתי בין ההתרשלות לנזק על-פי מאזן ההסתברות. ראוי עם זאת, לדעתי, לרכך את הכלל הדורש הוכחת קשר סיבתי בין התרשלות ונזק על פי מאזן ההסתברות רק באותם מקרים בהם גישת "הכל או לא כלום" גורמת לאי צדק. אי צדק זה יכול להתעורר, למשל, בהקשרים בהם מוכח שקיימת אי ודאות מובנית בשאלה מי מבין גורמי סיכון מוכרים לנזק, שחלקם עוולתיים, גרם בפועל לנזקו של התובע. במקרים אלה, נוכל לתת לכל גורם אפשרי, הן אלה שיש עמם והן אלה שאין עמם אשם, את המשקל המתאים בנסיבות העניין. ועוד: אני מציעה להביא בחשבון רק גורמים משמעותיים ולהתעלם מסיכונים זניחים ומזעריים (ראו והשוו: פרשת דעקה, ע' 604-605 דברי חברי השופט מצא ב-דנ"א 6714/02 שצוטטו לעיל; לעקרון ה-*de minimis* ככלל ראו ע"א 1338/97 תנובה מרכז שיתופי לשווק תוצרת חקלאית נ' תופיק (טרם פורסם, פסקה 11 לפסק-דין)).

קביעת המשקל המתאים בנסיבות העניין

27. עמדתי על כך כי במקרים המתאימים נוכל לתת לכל גורם סיכון מוכח וממשי את המשקל המתאים בנסיבות העניין. כיצד נאמוד את המשקל המתאים? כיצד נחלק את הנזק בין הגורמים האפשריים במצבים בהם אין, למעשה, בפינו תשובה לשאלה אלו מהגורמים האפשריים השתתפו בפועל בתהליך הגרימה? אכן – שופטים עוסקים באומדנא יום יום ובדיני הנזיקין בפרט. סוגיות כמו קביעת שיעורו של אשם תורם, הערכת אובדן כושר השתכרות, חלוקת אחריות בין מזיקים במשותף בינם לבין עצמם ועוד ועוד הן לחם חוקנו. עם זאת, אין לכחד: שאלת האומדנא או חלוקת האחריות בענין הקשר הסיבתי אינה פשוטה והיא מעלה קשיים. על דרך העיקרון, נוכל להיעזר בנתונים הסתברותיים, ככל שישנם כאלה. בפרשת פאתה שעסקה בזכור, באבדן סיכוי החלמה, ציין השופט ש' לוי:

"...עד כה אמדנו את מידת אבדן הסיכוי לפי נתונים סטטיסטיים; האם בכך אין אנו מעוותים את המציאות? התשובה היא שהנתונים הסטטיסטיים אינם משמשים לנו אלא כראיה לכאורה וכמורה דרך. אם הנפגע יכול להראות, שבגלל תכונותיו המיוחדות אין להביא את עניינו בגדר הנתונים הסטטיסטיים, יפסוק בית המשפט לפי הראיות הקונקרטיות שלפניו. ודאי שאם הסיכוי הסטטיסטי שהנפגע איבד הוא, נאמר, 25%, והנפגע יכול להראות שהוא אמור להיכלל באותם 25%, אבדן הסיכוי שלו יהיה 100%, ויש לפסוק לו את מלוא נזקו. אכן, בהעדר ראיות ספציפיות כאלה נוהגים אנו לפסוק לפי נתונים סטטיסטיים לכאורה גם בשטחים אחרים של דיני הנזיקין, כגון לענין תוחלת חיים וגיל ההשתכרות, והסוגיה לפנינו אינה יוצאת מכלל זה"

(ע' 319).

28. אכן, אין לכחד כי דרך האומדנא מעלה קשיים. במאמרם של ק' פוקס, ב' שמואלי ו- ר' שפירא "פיצוי בגין פגיעה בסיכוי במקרים של חוסר ודאות בדבר פגיעה עוולתית באינטרס" עיוני משפט כז (תשס"ג) 323 (להלן: פיצוי בגין פגיעה בסיכוי), העוסק בנושא קרוב, מדגישים המתברים כי אין אפשרות, לדעתם, לבנות תיאוריה משפטית על סמך נתוני הסתברות המוצבים בנוסחה נתונה יש מאין, בלא להצביע על שיטת חקירה העשויה באופן היפותטי להפיק נתונים אלה. זהו מאמר ביקורת על מאמרו של א' פורת "פיצוי בגין יצירת סיכון ופגיעה בסיכוי" עיוני משפט כג (תש"ס) 605; הדברים פורסמו אחר כך גם בספרם של פורת ושטיין (A. Porat & A. Stein *Tort Liability Under Uncertainty* (Oxford, 2001), במיוחד בע' 125-129, 195-201).

מלומדים אחרים העמידו אותנו על הקשיים והכשלים בהערכת הסתברויות, הקיימים אצל הדיוטות, ושופטים לעניין זה בכלל הדיוטות הם. כך, עבודתם המקיפה של פרופ' עמוס טברסקי ופרופ' דניאל כהנמן מראה, כי בני האדם, בבואם להעריך הסתברויות להתרחשותם של אירועים או מצבים, משתמשים בקיצורי-דרך מנטליים (Heuristics) לשם כך. קיצורי-דרך מנטליים אלה מהווים, למעשה, הפשטות של השיפוטים שאנו מתבקשים לערוך, ופעמים רבות גורמים לכשלים ולהטיות בשיפוטים שאנו עורכים. לפיכך, עלינו להיזהר מפני הסתמכות גמורה על הערכותינו. עלינו לעמוד על המשמר ולתור אחר ניתוח מעמיק ומפורט

יותר של ההסתברות להתרחשותו של אירוע, בהתחשב במשתנים ובגורמים רבים, פן ניכשל בהערכותינו (D. Kahneman and A. Tversky "Availability: A Heuristic for Judging Frequency and Probability" *Cognitive Psychology* 5, 207-232 (1973); M. Bar-Hillel "Subjective Probability Judgements" 22 *International Encyclopedia of The Social and Behavioral Sciences* pp. 15247-15251 (2002); M. Bar-Hillel "Probabilistic Analysis in Legal Factfinding" *Acta Psychologica* 56 (1984) 267-284). וראו גם, לענין הקושי לקבוע אם היתה ניתנת הסכמה מדעת בהינתן הסבר מתאים: A. D. Twerski & N.B. Cohen "Informed Decision Making and The Law of Torts: The Myth of Justiciable Causation" *U. Ill. L. Rev.* (1998) 607.

ישנם איפוא קשיים, אך עלינו להתמודד עמם. לענין זה יפים דברים שרשם אריאל פורת במאמר תגובה על הביקורת על הצעתו של "פיצוי בגין פגיעה בסיכוי": "פיצויים בגין פגיעה בסיכוי: מדע מדויק או משפט?" עיוני משפט כז (תשס"ג) 357 ;

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

(שם, בע' 365).

29. אכן, עלינו להכיר בקשיים שיש, לעיתים, לעולם המדע להשיב על השאלה מהו הסיכוי שגורם פלוני תרם לתוצאה. קושי כזה מתעורר לא אחת גם בהוכחת קשר סיבתי על-פי מאזן ההסתברויות. עלינו להכיר גם בכשלים המובנים בהערכת הסתברויות שאנו, כשופטים, איננו חסינים מפניהם. על כן – על בעלי הדין או על מי

מהם, מוטל הנטל להביא לבית המשפט את מיטב הראיות המדעיות שניתן להביאן. באותם מקרים של סיבתיות עמומה עליהם להביא מומחים לדבר, שיעידו אם יש או אין בנמצא נתונים סטטיסטיים שיסייעו בקביעת אומדן הסתברותי. אם ישנם נתונים – יש להציגם ולבאר, בדרך של עדות מומחים, מה משמעותם, וכיצד נכון להעריך הסתברותית את הנתונים הסטטיסטיים. כפי שבואר בפרשת פאתח, אם בעלי הדין יכולים להראות שעניינו של הנפגע אינו נופל בגדר הנתונים הסטטיסטיים, עליהם לעשות כן. כבכל עניין בו על בית המשפט להכריע בשאלה עובדתית, על הצדדים להביא לבית המשפט את מיטב הראיות שניתן להביא. להימנעות מהבאת ראיות יש משקל. כך גם להימנעות מחקירה שכנגד. זהו הכלל הרגיל בקביעת ממצאים שבעובדה והערכת ראיות, והוא חל גם בעניין קביעת שיעור הסיכוי שגורם אפשרי מוכר גרם, בפועל, לנזק. בהעדר ראיות וחקירה שכנגד יאמר בית המשפט: "תבן אין ניתן לעבדייך ולבנים אומרים לנו עשו" (שמות, ה, ט"ז). בענייננו, ה"תבן" שהובא על-ידי משפחת מלול אינו רב, ולכך יש ליתן, לדעתי, ביטוי משמעותי בקביעת האומדנא. בענין זה, ועל כך כבר רמזתי, אציע לחברי להתערב באומדנא של הערכאה הראשונה. לכך אפנה עתה.

מן הכלל אל הפרט:

30. כזכור, ביקש מאיתנו בא-כוח בית החולים וקופת החולים לפעול כאמור בדעת הרוב בפרשת יהונתן כהן. הוא מבקש שנקבע שהמשיבים לא הוכיחו על פי מאזן ההסתברות קיומו של קשר סיבתי בין האיחור בביצוע הניתוח הקיסרי לבין מחלתה של עדן. כאמור, לשיטתי אין הכרח, במקרה כמו זה שלפנינו, בהוכחה, לפי מאזן ההסתברות, שהגורם האפשרי של דימום גרם לנזק, וניתן להסתפק בהוכחת סיכון ממשי, גם כשדרגת הסיכון אינה עולה על 50%. לא יהיה זה מן המותר להעיר, כי בענייננו הרעיון לקביעת פיצוי חלקי הועלה, אמנם כטענה חלופית, דווקא בסיכומי בית החולים וקופת החולים בערכאה הראשונה. אין מנוס בענייננו מהערכה בדרך של אומדנא. ואולם, דעתי שונה מדעת הערכאה הראשונה לגבי שיעור החיוב, ונכון היה לחייב את המערערים, לדעתי, בשיעור מופחת משמעותית, במידה המצדיקה את התערבותה של ערכאת הערעור.

31. בית החולים וקופת החולים הוכיחו בחוות דעת מטעמם (שהיו מקובלות על הערכאה הראשונה) שבענייננו התקיים גורם אפשרי משמעותי ל-PVL – הפגות וסיבוכיה. לעניין האפשרות של "דימום" תרומה אפשרית למחלה, ישנן ראיות, אך

הן יחסית דלות. משפחת מלול הוכיחה באמצעות מומחי שני הצדדים שהעיכוב בביצוע הניתוח יכול היה להיות גורם לנזק או לחלקו, וכן הוכיחו שקיים בעניינם קושי מובנה של סיבתיות עמומה, דהיינו שלא ניתן להוכיח אם גורם אפשרי זה השתתף בפועל בתהליך הגרימה במקרה זה. על כן, בצדק נקטה הערכאה הראשונה בדרך של הטלת אחריות חלקית וחייבה את המערערים בחלק מנזקי המשיבים. עם זאת, דרגת ההסתברות שהדימום היווה גורם בפועל במקרה זה נמוכה בעיניי במידה משמעותית מכפי שהעריכה הערכאה הראשונה. בראש ובראשונה יש לציין לעניין זה את הימנעותם של המשיבים מלהביא מומחים רלוונטיים: ניירולוג ילדים או מומחה לרפואת ילדים. אילו היו מובאים מומחים מתאימים, יכולים היו בית החולים וקופת החולים לחקור אותם על חוות הדעת. המשיבים ניתלו, למעשה, על אמרות אלו ואחרות של המומחים בתחומים אלה שהביאו בית החולים וקופת החולים, הכל כפי שפורט. שאלנו במהלך הדיון את בא-כוח המשיבים מדוע לא הובאו חוות דעת כאלה. לא קיבלנו תשובה המניחה את הדעת. זאת ועוד: את ד"ר דולפין נמנעו המשיבים מלחקור; מפי ד"ר וייץ "הצילו" שדימום יכול, על דרך העקרון להוות סיבה לנזק; זאת ותו לא. נתונים הסתברותיים לגבי שעור המקרים שבהם דימום גורם לנזק לא הובאו על ידי אף אחד מהצדדים, ולא נאמר שאין כאלה. משקל ניכר יש ליתן, לדעתי, גם לבחינה בדיעבד. אכן, בית המשפט לא שלל את האפשרות שמצבה הטוב, לכאורה, של עדן לאחר הניתוח הקיסרי על פי הבדיקות, מעיד על כך שלא סבלה מצוקה עוברית; הוא לא שלל זאת, למרות דעתו הנחרצת של ד"ר וייץ, אך המשקל של "אי שלילה" שונה בעיני מהוכחה פוזיטיבית בדבר קיומה של מצוקה עוברית. כפי שביארתי, הדימום עצמו אינו באחריות בית החולים וקופת החולים, אלא, אי-הסרת הסיכון בהקדם, בדרך של ניתוח קיסרי. גם לכך שבית המשפט הזכיר שוב ושוב את ה"דימום" ולא את אי ביצוע הניתוח הקיסרי בהקדם כגורם אפשרי לנזק יש בעיניי משקל. בכל הנסיבות הללו, מציעה אני להפחית את הפיצוי בו חוייבו בית החולים וקופת החולים הפחתה משמעותית, ולהעמידו על 20% במקום 40%.

הערעורים על גובה הנזק

32. הערכאה הראשונה התקשתה בקביעת תוחלת החיים של עדן, וזאת נוכח פערים גדולים בין המומחים בשאלה זו. על כן - הורתה על תשלומים עתיים. איני רואה עילה להתערב בכך (ראו והשוו ע"א 6696/00 בית החולים המרכזי עפולה ואח' נ' פינטו (טרם פורסם)).

33. למרות הצעתי להקטין את שיעור החבות שנקבעה בערכאה הראשונה, אני מציעה שלא להפחית את שכר הטרחה הגלובאלי שנקבע בגין התשלומים העתיים, זאת כיוון שהסכום הגלובאלי שנפסק נראה לי נמוך.

34. לענין ניכוי תשלומי הביטוח הלאומי, הסכומים בהם נקבה הערכאה הראשונה (פסקה פ"ה לפסק דינה) ישונו בהתאם לתוצאת פסק דין זה.

35. אינני רואה הצדקה שלא לפסוק ריבית על התשלומים לעבר (כפי שייקבעו מחדש בעקבות פסק דין זה). על תשלומי העבר בניכוי החלק היחסי של תגמולי המוסד לביטוח לאומי יש לשלם ריבית כחוק מאמצע התקופה שבין האירוע לבין פסק דינה של הערכאה הראשונה (ראו: ע"א 6696/00 הנ"ל, פסקה 20). בית החולים וקופת החולים רשאים לזקוף את הסכומים ששולמו על ידם ביתר על חשבון חיוביהם העתידיים.

36. בשאר העניינים איני רואה הצדקה להתערב בקביעותיה של הערכאה הראשונה.

37. לאחר שמיעת הטענות בערעורים, ובעקבות מתן פסק-דינו העקרוני של בית-משפט זה בסוגיית הפיצוי בגין "השנים האבודות" (ע"א 140/00 עזבון המנוח אטינגר ז"ל נ' החברה לשיקום ופיתוח הרובע היהודי בעיר העתיקה בירושלים בע"מ ואח' (טרם פורסם); בקשות לדיון נוסף נדחו ב-דנ"א 4011/04, 4533 עיריית ירושלים ואח' נ' עזבון המנוח אטינגר ז"ל (טרם פורסם)), הגישה משפחת מלול בקשה לתיקון כתב הערעור שכנגד ולחלופין לפיצול סעדים. בקשתה היא כי יותר לה להוסיף לערעורה ראש נזק של פיצוי בגין אובדן יכולת השתכרותה של עדן בשנים שנגרעו, על-פי הצפוי, מתוחלת חייה, כפי שמאפשרת לה, לטענתה, הלכת אטינגר האמורה. לחלופין ביקשה כי נתיר לה לפצל את סעדיה, באופן שפסק-דיננו לא יחסום אותה מלתבוע בהמשך גם את רכיב הפיצוי של "השנים האבודות". המערערים מתנגדים לבקשה על שני חלקיה, הן בשל האיחור בהגשתה, הן בשל היעדר תשתית ראייתית הנחוצה להכרעה בה, והן מאחר שלטענתם אין הלכת אטינגר יכולה לחול על עניינם באופן רטרואקטיבי. לדעתי יש לקבל את חלקה השני של הבקשה. אכן, תיקונו של כתב הערעור בשלב מאוחר זה יחייב את החזרת התיק לבית-המשפט המחוזי, לשם קביעת

התשתית הראייתית הנחוצה להכרעה בסעד החדש, ולכך אין הצדקה. מאידך, לא ניתן כיום לשלול את הטענה כי להלכת אטינגר תחולה גם על תיקים תלויים ועומדים כדוגמת התיק שלפנינו. שאלה זו ממש מתבררת בימים אלה בבית-משפט זה (ראו, לדוגמה ע"א 2867/04 דאוד ואח' נ' בית החולים האיסלמי מקאסד, בו התקיים דיון בפני הרכב ביום 27.3.2005), ואין סיבה למנוע מהמשפחה מראש את האפשרות ליהנות מתוצאות הבירור במידה שאלה ייטיבו איתה. אציע לפצל, אפוא, את סעדיה של משפחת מלול, באופן שתישמר לה זכותה לתבוע בהליך חדש ונפרד - וככל שתהיה לה עילה לכך - את ראש הנזק שעניינו "השנים האבודות". למותר לציין כי לגופה של תביעה נפרדת זו אין אנו נוקטים כל עמדה.

38. לא יהיה צו להוצאות בערעורים.

ש ו פ ט ת

המשנה-לנשיא (בדימ') א' מצא :

אני מסכים.

המשנה-לנשיא (בדימ')

השופט ס' גובראן :

אני מסכים.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינה של השופטת מ' נאור.

ניתן היום, כ' באדר ב' תשס"ה (31.3.2005).

ש ו פ ט

ש ו פ ט ת

המשנה-לנשיא (בדימ')

העותק כפוף לשינויי עריכה וניסוח: 02073750_C05.doc עע
מרכז מידע, טל' 02-6750444 ; אתר אינטרנט, www.court.gov.il

נוסח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה