

**בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים**

ע"א 8151/98

כבוד השופטת ט' שטרסברג-כהן  
כבוד השופט י' טירקל  
כבוד השופט א' ריבלין

בפני:

המערערת: ביאטריס שטרנברג

נ ג ד

המשיבים: 1. ד"ר אהרון צ'צ'יק  
2. ד"ר אמנון ישראלי  
3. מדיקל קונסטלטנס אינטרנשיונל בע"מ

ערעור על פסק-דין של בית המשפט המחוזי  
בתל-אביב-יפו מיום 12.11.98 בת.א. 512/97  
שניתן על ידי כבוד השופטת גרסטל

תאריך הישיבה: טז' בחשוון תש"ס (26.10.99)

בשם המערערת: עו"ד צוקר; עו"ד יצחק חושן

בשם המשיבים: עו"ד יצחק רקובר

**פסק-דין**

**השופט א' ריבלין:**

**הרקע לערעור:**

1. המערערת, תושבת צרפת, נותחה ברגלה הימנית, בעת שהותה בארץ, בשנת 1994. הניתוח בא להחליף את מפרק הירך במפרק מלאכותי. במהלך הניתוח, נפגע העצב הסכימטי (להלן: העצב) ברגלה. הנזק

שהוסב לה הוא בלתי הפיך. בעקבות הניתוח היא סובלת מנכות המתבטאת בצניחת כף הרגל - " Drop Foot".

את נזקיה תבעה המערערת מידי המשיבים 1 ו-2 - הרופאים שביצעו את הניתוח, ומידי המשיבה 3 - שביטחה את הסיכונים הנובעים מעיסוקם. בתביעתה יחסה המערערת למשיבים ביצוע עוולות של רשלנות ושל תקיפה.

בית המשפט המחוזי בתל-אביב דחה את התביעה על שני ראשיה. לעניין טענת הרשלנות, מצא בית המשפט כי חוות דעתו של המומחה הרפואי מטעם המערערת, פרופ' פוגרונד, בדבר האמצעים שניתן וראוי היה לנקוט בהם, על מנת למנוע את הנזק, אינה מועילה לה, בשל שהתבססה על סברה שגויה באשר לשיטה שנבחרה לביצוע הניתוח. בית המשפט דחה גם את הגרסה המאוחרת, שהעלתה המערערת במשפט, ולפיה חוסר זהירות בביצוע בדיקת יציבות המפרק, במהלך הניתוח, גרם לפריקת התותב המלאכותי, שהושתל ברגלה, ובשל כך לפגיעה בעצב. טענה נוספת זו של המערערת, לעניין התרשלנות המשיבים, לא התיישבה, לדעת בית המשפט המחוזי, אף עם דברים שאמר המומחה מטעמה, לאמור - כי פריקה שכזו עשויה להתרחש גם במהלך ביצוע ראוי ומיומן של ניתוח להחלפת מפרק הירך.

2. המערערת ביקשה להיוושע מהוראת סעיף 41 לפקודות הנזיקין (נוסח חדש), המעבירה אל הנתבע, בהתקיים התנאים הכלולים בה, את הנטל להוכיח כי לא היתה לגבי המקרה שהביא לידי הנזק, התרשלנות שיחוב עליה. ואולם, גם טענת המערערת בעניין זה לא נתקבלה על דעת בית המשפט קמא. בית המשפט סבר כי המערערת לא הראתה כי האירוע שגרם לנזק מתיישב יותר עם מסקנה של חוסר זהירות סבירה מצד המשיבים מאשר עם המסקנה כי ננקטה רמת זהירות סבירה בביצוע הניתוח. כיוון שכך, נדחתה התביעה, ככל שהיא מבוססת על עוולת הרשלנות.

3. טענת המערערת, כי המשיבים ביצעו כלפיה עוולה של תקיפה, נדחתה אף היא בבית המשפט קמא. הטענה נתבססה, בעיקרה, על עדות המערערת, כי המשיב 1 נמנע מלמסור לה מידע אודות הסיכונים הכרוכים בביצוע ניתוח, בכלל, ואודות הסיכון לפגיעה בעצב, בפרט. בית המשפט המחוזי מצא, כי המשיבים יצאו ידי חובתם למסור למערערת את המידע שהיה חיוני לקבלת הסכמתה לביצוע הניתוח, משהודיעו לה על דבר הסיכונים העיקריים והאופייניים הנלווים לניתוח. בית המשפט קבע עוד, כי המערערת לא הוכיחה את דבר קיומו של קשר סיבתי בין אי מסירת המידע אודות הסיכון האמור, לבין ההסכמה להינתח.

כנגד הקביעות האלה כולן מופנה הערעור.

#### אחריות המשיבים מכוח עוולת הרשלנות

4. המערערת מייחסת את הנזק שהוסב לה, ואת הפגיעה בעצב, לפריקת התותב, שהושתל ברגלה, בעת בדיקת יציבותו. הפריקה הביאה לטענתה לרתיעת המפרק לאחור ובכך הסבה נזק לעצב. אפשרות אחרת, שהמערערת טוענת לה, מייחסת את הפגיעה בעצב ללחץ ממושך שהופעל עליו במהלך הניתוח. התרשלנות של המשיבים, כך היא טוענת, באה לידי ביטוי בהימנעותם מלנקוט אמצעי זהירות סבירים, על מנת להגן על העצב מפני פגיעה אפשרית של המפרק המלאכותי, ומפני פגיעה בו כתוצאה מהלחץ שהופעל עליו.

המשיבים מאשרים כי במהלך בדיקת היציבות של המפרק התרחשה פריקה שלו והוא נרתע לאחור, אלא שהם סבורים כי לא נתלוותה לאירוע זה כל התרשלנות מצדם. הם גם סבורים כי אין מקום לקבוע כי התותב אכן פגע, בעת פריקתו, בעצב וגרם לנזק שהוסב למערערת. לגרסתם גם לא הופעל כל לחץ מזיק על העצב בעת הניתוח.

5. במהלך המשפט העידו שני מומחים רפואיים: פרופ' פוגרונד - מטעם המערערת, ופרופ' הלפרין - מטעם המשיבים. פרופ' פוגרונד כתב בחוות דעתו כי ניתן היה למנוע את הפגיעה בעצב על-ידי בידודו מן האזור בו בוצע הניתוח ועל ידי הישמרות מפני הפעלת לחץ יתר על המכשירים. פרופ' הלפרין חלק על כך. במהלך המשפט הסתבר כי סברתו של פרופ' פוגרונד נסמכה על אדנים עובדתיים שגויים; אך כך גם חוות דעתו של פרופ' הלפרין.

מעדויות שני המומחים בבית המשפט קמא עולה, כי ניתוח להחלפת מפרק הירך, במפרק מלאכותי, מתבצע בסמיכות רבה לאזור בו מצוי העצב הסכימטי. עובדה זו טומנת בחובה סיכון של פגיעה, ישירה או עקיפה, בעצב, במהלך הניתוח. אין מחלוקת בין המומחים כי בפועל קיימות שתי שיטות עיקריות לביצוע הניתוח. בראשונה, המכונה "השיטה אחורית", נחשף אזור העצב ומתאפשר קשר עין עמו. עובדה זו, מאפשרת, ואף מחייבת, נקיטת אמצעי הגנה פיסיים על העצב במטרה לבדודו, במהלך הניתוח, ובכך למנוע פגיעה בו.

על פי השיטה האחרת, הידועה כשיטת "הרדינג", הגישה לאזור הניתוח היא גישה קדמית או צדית. בשיטה זו, האחרונה, אין חשיפה ישירה של העצב ואף אין מתאפשר מגע ישיר עמו, אלא שבכך אין כדי לייתר

נקיטת אמצעי זהירות למניעת פגיעה בו. המשיבים נקטו במקרה זה בשיטת "הרדינג", וכיוון שכך, סבורים הם כי אין תועלת בחוות דעתו של המומחה מטעם המערער, שסבר כי הניתוח בוצע בשיטה האחרת.

6. בית המשפט המחוזי אכן היה סבור כך בפסק דינו, וקבע כי "פרופ' פוגרונד חווה דעתו על סמך נתונים עובדתיים לא נכונים. דהיינו, הוא סבר שהניתוח בוצע, כפי שהוא נוהג לבצע, בשיטה האחורית, ואילו, בפעל בוצע הניתוח בשיטת 'הרדינג'". "לכן" - כך קבע בית המשפט - "חוות-דעתו של פרופ' פוגרונד, בעניין זה, כלל אינה יכולה להועיל". אלא שבפועל הסתבר, כאמור, כי גם המומחה מטעם המשיבים לא היה מודע, מצדו, לעובדה מרכזית וחיונית, בעת שערך את חוות הדעת, והיא - התרחשות פריקת המפרק במהלך הניתוח. הוא מעיד על עצמו כי דבריו של המשיב 1 בתצהירו, בנוגע לפריקה האחורית, לא הובאו לידיעתו.

חוות הדעת הכתובות של המומחים אינן עומדות לבדן. שני המומחים נחקרו בבית המשפט, וניתנה להם ההזדמנות להתייחס לעובדות שנעלמו מהם, בעת שהכינו את חוות הדעת מטעמם. בתצהירו, כאמור, סבר המומחה מטעם המערער כי:

"סיבוך כזה ניתן וצריך למנוע באמצעים סבירים ופשוטים. פגיעה כזו יכולה להיגרם אם אין מבדדים את העצב מאזור הניתוח כראוי או אם אין נזהרים מלחץ מוגזם על המכשירים המפשקים את אזור הניתוח או אם עושים מניפולציות כגון משיכה במשך החזרת הפרק ללא זהירות עם הפרוטזה והמכשיר הניתוחי".

בעדותו בבית המשפט הוא נדרש להתרחשות הספציפית של פריקת המפרק - בעת ביצוע ניתוח בשיטת "הרדינג" - והוא מסביר כי גם בשיטת הניתוח בה נקטו המשיבים יכולה הרתיעה לאחור של המפרק לפגוע בעצב, וכי ניתן למנוע פגיעה כזו על ידי נקיטת אמצעי זהירות מתאימים, ובהם בידוד האזור בו מצוי העצב מפני פגיעה. במהלך הניתוח ראוי להקפיד, כך העיד בבית המשפט, שלא להפעיל לחץ רב מדי על העצב, במיוחד בעת שימוש במכשירים.

המומחה מטעם המשיבים נדרש אף הוא לאירוע הפריקה רק במועד חקירתו בבית המשפט. הוא הסביר, כי אין לתלות בפריקה את הגורם לנזק: "לא הייתי רואה את הפריקה של המפרק כגורם רציני ליצירת הפגיעה העצבית בעקבות ניתוח של החלפת מפרק הירך. המפרק יצא מהמקום אך לא ילחץ על העצב". נראה, כי את סברתו זו הוא תולה בעובדה ש"הבדיקה הזו מבוקרת - בזמן שאתה בודק את המפרק אתה יכול לבדוק אם הוא נכנס או יוצא מהמקום. זה בידיים שלך. תוך כדי ביקורת אתה רואה אם הוא יוצא מהמקום. גם אם הוא יוצא מהמקום זה תחת הביקורת שלך, תחת הידיים שלך והראיה שלך". המומחה אישר, כי בעיקרון, אם נעשית הבדיקה בזהירות, אין זה סביר שתתרחש פגיעה בעצב. עדותו של המומחה מטעם המשיבים אין בה, איפוא,

כדי לשלול את האפשרות, שפריקת המפרק בעת בדיקת יציבותו גרמה לנזק. יש בה אך כדי להצביע על האפשרות לקיים הבדיקה בצורה מבוקרת ותוך נקיטת אמצעי זהירות, ועל ההנחה כי בדיקה מבוקרת אינה אמורה להביא לפגיעה בעצב. כאמור, המומחה מטעם המשיבים לא היה מודע, בעת שנתן את חוות דעתו, לדברים שאמר המשיב 1 עצמו ביחס לאירוע הפריקה.

7. המערערת מצביעה על הפריקה שהתרחשה במהלך הניתוח כעל הגורם לו ראוי לייחס את גרימת הנזק. המשיבים מצביעים על גורמים אפשריים אחרים. אין מחלוקת, כאמור, כי אכן ארעה פריקה במהלך הניתוח. אין ראייה כי הנזק אכן נגרם בשל הפריקה הזו, אולם המשיב 1, הרופא המנתח, הוא עצמו, היה סבור כך מלכתחילה. סמוך לאחר שהתבררה התוצאה המזיקה, אמר המשיב למערערת, על פי תצהיר עדותה, כי "במהלך הניתוח חלק מהפרוטזה קפץ ופגע בעצב". לחברתה, שבאה לבקר אותה בבית החולים, אמר המשיב 1 - כך על פי תצהירה של זו - כי "העצב נלחץ". השתיים לא נחקרו בעניין זה בבית המשפט המחוזי. המשיב 1 אישר, בעדותו שלו, כי אכן נטל על עצמו, בפני המערערת, אחריות לתוצאות המזיקות של המקרה. "הדגשתי בפניה כי זהו הניתוח שאני ביצעתי ואני אחראי על מה שקרה בניתוח ולתוצאותיו" - כך העיד. בתצהירו הוא גם מאשר, כי יתכן שאמר למערערת כי "...במהלך הניתוח חלק מהפרוטזה קפץ ויצא ממקומו ויתכן שפגע בעצב". יתרה מכך, הוא מוסר, בתצהיר עדותו, כי משנתגלו תוצאות הניתוח "ההסבר היחידי שעלה בדעתנו באותו שלב היה כי הסיבה לשיתוק היא אולי הפריקה האחורית שקרתה בזמן הבדיקה אם כי אינני משוכנע עד היום שזהו ההסבר הנכון". בעדותו בבית המשפט ציין כי בינתיים שינה מדעתו, וכי הוא סבור כי תזוזת המפרק לא היתה בעוצמה שיש בה כדי להסביר את הפגיעה העצבית.

8. היום מצביעים המשיבים על גורמים אפשריים נוספים לפגיעה העצבית, לבד מן הפגיעה הישירה כתוצאה מן הפריקה, ולבד מן הפגיעה בשל הפעלת לחץ יתר על העצב. האפשרויות אותן הם מונים הן דימום תוך עצבי, שארע כתוצאה מן התרופות שקיבלה המערערת עובר לניתוח, ומתיחת יתר של הרגל במהלך הניתוח שיכול והביאה לפגיעה בעצב. ואולם, סבורני כי יש ליתן משקל לסברתו הראשונית של המשיב 1, שנאמרה גם למערערת וחברתה, כי הסיבה לשיתוק היא הפריקה שארעה בזמן הניתוח שיכול והביאה לפגיעה בעצב. בנסיבות אלה, סבורני כי קיומן של אפשרויות תיאורטיות אחרות, אשר עשויות לתלות את הפגיעה העצבית בגורמים אחרים, אין בו די, מקום בו אלה אינן נתמכות בראיות כלשהן לקיומן (השוו: ע"א 6330/96 אורנה בנגר נ' בית החולים הכללי ע"ש ד"ר הלל יפה, פ"ד נב(1) 145). על מנת שניתן יהא לאמץ הסבר מוצע ולהסיק את המסקנה המתבקשת ממנו, יש צורך להראות כי האפשרויות המוצעות התקיימו בפועל, הלכה למעשה (ע"א 789/89 עמר נ' קופת חולים של ההסתדרות הכללית, פ"ד מו(1) 712, 718).

9. המומחה מטעם המערערת שלל את האפשרות, כי הפגיעה ממנה סובלת המערערת נגרמה בשל דימום אל תוך העצב בעקבות התרופות שקיבלה כאמור. ההסתברות להנחה האמורה, כך הסביר, נדירה ביותר. הוא מצוין כי הדבר האחד שיכול לגרום לדימום הוא חבלה בעצב. הוא גם מטיל ספק בקיומה של מתיחה. עם זאת לא הצביע בעצמו על קשר הכרחי, או מסתבר, בין הפריקה שארעה לבין הנזק שנגרם. המומחה מטעם המשיבים העריך, כי "אחוז הפגיעות העצביות על רקע של דיסלוקטיות [פריקה] הוא עדיין קטן מאוד" וכי "רוב המקרים לא ידועים, אחוז מסוים הוא כתוצאה ממתחה, אחוז מסוים הוא כתוצאה מפגיעה ישירה, יש כל מיני סיבות אפשריות".

ואולם מכל מקום, נדמה כי אין צורך להכריע בשאלה, האם די בראיות אלה, כשהן לעצמן, כדי להצביע על קיומה של התרשלות מצד המשיבים במהלך ביצוע הניתוח וביצוע בדיקת היציבות של המפרק, וכדי להצביע על הקשר הסיבתי שבין התוצאה לבין גורם מן הגורמים האפשריים לה, ובהם הפריקה. שכן, בעניינו אין נטל השכנוע רובץ על כתפיה של המערערת, כי אם על כתפיהם של המשיבים. אנמק את עמדתי.

#### **חסר ראייתי והיזק ראייתי**

10. ברישומים שערכו המשיבים לא נמצא זכר לאירוע הפריקה או לקיומו של דימום. המשיב 2, שהוא הרופא המנתח שסייע בידי המשיב 1 במהלך הניתוח, לא הובא כלל להעיד במשפט. לכל אלה - נפקות ראייתית.

לפי עדותו של המשיב 1, תפקידו של המשיב 2 היה להגן על העצב, מפני פגיעה, במהלך פריקה, בעת בדיקת היציבות. אי הבאתו לעדות יוצרת חסר ראייתי, הואיל וחקירתו בבית המשפט היתה עשויה להוסיף מידע על נסיבות הפריקה.

ככלל, הימנעות צד מהבאת ראיה, או מהעדת עד, כמוה כראיה נסיבתית, העשויה להקים, לחובתו של אותו צד, חזקה עובדתית כי אילו הובאה אותה ראיה, היה בה כדי לפגוע בגרסתו (ראו י' קדמי על הראיות (חלק ג, תשנ"ט) 1391). לא כך הדבר, מקום שהנסיבות מלמדות כי ההימנעות מהבאת אותה ראיה אינה מעידה על רצון להתחמק מגילוי עובדה המזיקה לעניינו של אותו צד.

במקרה זה נכון אני להניח, כי ההימנעות מהעדת המשיב 2 אינה מקימה חזקה עובדתית, כאמור. המשיבים טענו - ובית המשפט קיבל את הסברם - כי אי העדתו של המשיב 2 נבעה מהיות המשיב 1 המנתח

המוביל, והוא שביצע את בדיקת היציבות. ואולם, כאמור, המשיב 1 אישר בעדותו כי תפקידו של המשיב 2 - מנתח המשנה - היה להגן על העצב בעת בדיקת יציבותו. בנסיבות אלה, סבורני כי, לכל הפחות, היה בהימנעות זו, מהעדת המשיב 2, כדי להרחיב את החסר הראייתי שנוצר כבר כתוצאה מהעדר רישום על דבר הפריקה בגיליונות הרפואיים. הימנעותם של המשיבים מלהעיד את המשיב 2 מנעה מן המערערת את האפשרות לברר את פרטי האמצעים שנקט בהם המשיב 2, אם בכלל, על מנת למנוע פגיעה בעצב, במהלך בדיקת היציבות של המפרק, ועל מנת למנוע לחץ מופרז על העצב במהלך הניתוח.

כאמור, אירוע פריקת המפרק במהלך בדיקת היציבות לא תועד על ידי המשיבים ברישומי בית החולים שהתייחסו לניתוח. אכן, עצם הפריקה נתגלה למערערת, מפי רופאה, המשיב 1 עצמו, אך בהעדר רישום על ההתרחשות לא ניתן היה ללמוד על עוצמת הפריקה ועל נסיבות התרחשותה, וממילא לא היתה יכולה המערערת להביא ראיות להוכחת טענותיה בנושא זה. לחסר זה, במקרה שלפנינו, תוצאה כפולה: יש בו כדי ללמד על "נזק ראייתי" שגרמו המשיבים למערערת, ויש בו כדי להקים תחולה לכלל בדבר "הדבר מדבר בעדו". לזה וגם לזה נפקות ראייתית. בנסיבות המקרה, כפי שעוד יובהר, אין נפקא מינה באיזה מסלול נבחר, שכן התוצאה - אחת היא. נפתח אפוא בבחינת הנזק הראייתי שנגרם למערערת כתוצאה מאי התייעוד של אירוע פריקת המפרק.

11. המערערת הצביעה, כאמור, על מחדל כפול מצד המשיבים: הימנעותם מרישום תולדות הניתוח בגיליונות בית החולים, והימנעותם מהעדת המשיב 2, שסייע בידי המשיב 1, בניתוח. לחסר הזה, שגרמו המשיבים, ברשלנותם, השלכות ראייתיות.

חובתם של רופאים ושל מוסדות רפואיים לבצע רישומים רפואיים בזמן אמת ולשמור עליהם, הוכרה כבר בבית משפט זה (ראו, למשל, עניין בנגר הנ"ל, בעמ' 157; ע"א 3263/96 קופת חולים הכללית נ' שבדי, פ"ד נב(3) 817). במקרים מסוימים עשוי העדרו של רישום מסודר, של מהלך המחלה ושל הטיפול בה, לפגוע בטיפול הנאות עצמו, בזמן אמת (ע"א 5049/91 קופת חולים של ההסתדרות הכללית נ' רחמן, פ"ד מט(2) 369, 376). במקרה כזה עשוי הפגם ברישום להוביל, הוא עצמו, למסקנה בדבר קיומה של רשלנות רפואית (ראו: אזר-נירנברג רשלנות רפואית (מהדורה שניה, 2000) 483). טיפול רפואי מתבצע, לא פעם, על ידי מספר רופאים, ואלה מצדם מסתמכים על רישומים רפואיים לצורך העברת מידע מאחד לרעהו. גם רופא המטפל בחולה לבדו זקוק לרישומים, על מנת לשמר את המידע המצוי בידו אודות החולה, לרענן את זכרונו, לעקוב אחר מצב החולה, וכדומה. כמאמר השופט ד' לויין בעניין רחמן הנ"ל, בעמ' 376:

"... רואה אני לחזור ולהדגיש כי רשלנות רפואית מתגבשת כבר בעצם אי-ניהול תקין של הרישומים הרפואיים שחייבים בהם הרופאים המטפלים במוסדות הרפואיים השונים. מקרה זה הוא אחד מרבים שבהם היעדרו של רישום מסודר של מהלך המחלה ושל הטיפול בה פוגע לא רק בקביעת מימצאים לאחר האירוע, כי אם בראש ובראשונה בטיפול הנאות בחולה עצמו בזמן אמת. כבר חזרנו, חזור והדגש, כי סדרי מינהל תקינים מחייבים ניהול תרשומת מפורטת ומדויקת של הטיפול בחולה, ולא דווקא מהבחינה המינהלית גרידא".

ואולם, כאמור לעיל, לחסר זה - כאשר הוא מתגבש לכדי נזק ראייתי לתובע - גם נפקות ראייתית. אי שמירה על רישומים רפואיים עשויה, בנסיבות המתאימות, להעביר אל הנתבע את הנטל לשלול את קיומה של התרשלות או של קשר סיבתי מצדה - הכל לפי העניין ובהתאם לנזק הראייתי שנגרם (ראו ע"א 4426/98 איאד חוסין נ' קופת חולים של ההסתדרות הכללית, פ"ד נד(3) 481). זהו הפן הראייתי של דוקטרינת הנזק הראייתי: א' פורת, א' שטיין "דוקטרינת הנזק הראייתי: ההצדקות לאימוצה ויישומה במצבים טיפוסיים של אי-ודאות בגרימת נזקים" עיוני משפט כא(2) (תשנ"ח) 191. לעת הזו, זהו גם הפן היחיד של הדוקטרינה שניתן למצוא לו סימוכין בפסיקה. הפן האחר של הדוקטרינה - הוא הפן הנזיקי - מכיר בעילת תביעה נזיקית בגין הנזק הראייתי כנגד מי שגמרו במעשה עוולה (שם).

12. גישות שונות קיימות בפסיקה לעניין המתחם בו משפיעה העברת הנטל, ומחלוקת קיימת באשר למהות הנטל העובר. לעניין "מתחם" הנטל, קרי - היקף השאלות שביחס אליהן מועבר הנטל - אין ספק כי מקום בו היה על הרופא לבצע רישום נאות, אך רישום זה לא נעשה, ולמחדל זה לא ניתן הסבר מניח את הדעת, יועבר נטל ההוכחה בדבר העובדות השנויות במחלוקת, שיכלו להתברר מתוך הרישום, אל הרופא או המוסד הרפואי הנתבע (ע"א 58/82 קנטור נ' ד"ר מוסייב, פ"ד לט(3) 253, 260; ע"א 612/78 פאר נ' ד"ר קופר, פ"ד לה(1) 720, 724; ע"א 5461/91 עזבון עזאם נ' קופת חולים של ההסתדרות הכללית, תק-על 96(2) 263, פסקה 7 לפסק דינה של השופטת שטרסברג-כהן). בפסקי דין אלו, הכריע בית המשפט בסוגייה עובדתית קונקרטיית, לרעת הנתבע, אך לא העביר אליו נטל ראיה כללי בתביעה הנדונה. כך, למשל, בפרשת קנטור, כאשר נדרש בית המשפט לקביעה עובדתית בשאלה האם בוצעה בתובע בדיקה הכרחית שאינה רשומה בתיקו הרפואי, הוכרע כי בדיקה זו לא בוצעה. ואולם, בפרשות אחרות, הורחב מתחם הנטל שהועבר אל הנתבעים, ליסוד שלם בעוולה (למשל, יסוד ההתרשלות), או אף ביחס ליסודות העוולה כולם (ראו, למשל, פרשת בנגר הנ"ל). נראה לי כי הבחירה בעניין זה צריך שתיגזר מהיקפו של הנזק הראייתי שנגרם. אם החסר הראייתי שולל מן התובע את האפשרות להוכיח את יסודות העוולה כולם, אזי עשוי חסר זה להעביר לנתבע את "מלוא מתחם הנטל". ואילו כאשר הפגם ברישום ממוקד בעניין בודד ותו לא, יהיה מקום להעביר את הנטל אך לאותו עניין נקודתי. ובמילים אחרות - על פי התפרסותו של החסר הראייתי נגזר "היקפו" של הנטל המועבר.



13. ולעניין מהות הנטל המועבר: הדעות השונות בעניין זה הובעו בע"א 2245/91 ד"ר בנדיקט בנרשטיין נ' ניסים עטיה, פ"ד מט(3) 709. באותה פרשה, נדונה, בין היתר, אחריותו של רופא אורטופד מחליף, שטיפל בתובע פעם אחת בלבד. הרופא המחליף לא אבחן נכונה את מחלת התובע, ורשומותיו מאותה בדיקה חד-פעמית נמצאו לקויים. כל היושבים בדיון סברו, כי העדר רישום מקים הנחה לכאורית בדבר רשלנות. השופט ד' לוי סבר, כי רישום בלתי נאות מעביר את נטל הבאת הראיות גרידא: "נטל הבאת הראיות הינו נטל משני וקל יותר מנטל השכנוע. משמע, שעל הנושא בנטל להמציא בראיותיו תשובה כלשהי שיהא בה לסתור את ההנחה הלכאורית בדבר רשלנות". השופט י' קדמי סבר, כי הנטל העובר הוא נטל השכנוע, ולכן: "[ו]אין בעל החובה יוצא, לשיטתי, ידי חובת הפרכתה, אלא אם כן מטה הוא את מאזן ההסתברויות לזכותו". השופט ט' שטרסברג-כהן השאירה שאלה זו בצריך עיון, ואולם בפרשה אחרת הביעה דעתה, כי העדרם של רישומים רפואיים משמעו העברת נטל השכנוע מן התובע אל הנתבע (ע"א 6160/99 דרוקמן נ' בית החולים לניאדו, תק-על 2001(1) 1006). דעה זו נתקבלה בפרשות נוספות (דברי השופט ת' אור בפרשת שבודי הנ"ל, פסקה 8 לפסק דינו; וראו גם פרשת בנגר הנ"ל; ע"א 2989/95 קורנץ נ' מרכז רפואי ספיב, פ"ד נא(4) 687). מצדדים בה גם מספר מלומדים (ראו אזר-נירנברג, בספרם הנ"ל, בעמ' 478; א' פורת וא' שטיין "דוקטרינת הנזק הראייתית: ההצדקות לאימוצה ויישומה במצבים טיפוסיים של אי ודאות בגרימת נזקים" עיוני משפט כא (תשנ"ח) 191). גם דעתי כדעתם - ככל שהיא מתייחסת לשאלת מהות הנטל.

ודוק: העדרו של רישום אינו מעביר בהכרח את הנטל אל הרופא. כך, באחת הפרשות, טענה הרופאה, כי היא לא נתנה לתובעת את התרופה שגרמה לה לנזק חמור. ואכן, עובדת מתן התרופה לא נזכרה ברשומה הרפואית. אמר על כך השופט א' גולדברג באותה פרשה:

"אכן, כשלטענתו של הרופא המטפל נעשה על ידו טיפול מסוים בתובע, והדבר לא בא לידי ביטוי ברישומים הרפואיים, כי אז עובר עליו, כאמור, נטל ההוכחה כי אותה פעולה לה הוא טוען, אכן נעשתה. שונים הדברים כשלטענת הרופא הוא לא ביצע את הטיפול המיוחס לו. כי אז העדר רישומו של אותו טיפול ברישום הרפואי, יש בו כדי לתמוך בגרסתו. אלא שאם מוכח כי רישומו של הרופא לוקים בחסר או באי דיוקים, יש בכך כדי להחליש את המסקנה העולה, כאמור, מהעדר הרישום. הליקויים עליהם הצביע בא כוח המערערת לגבי מה שרשמה המשיבה מס' 2 בכרטיסה הרפואי של המערערת אכן מפחיתים במקרה זה ממשקל אמינותו של הרישום, אולם אין בכך להצדיק העברת נטל השכנוע אל כתפיה של המשיבה מס' 2 להוכחת העובדה הנגטיבית, כי לא היא שרשמה למערערת את התרופה" (ע"א 5128/90 כהן רבקה נ' קופת חולים של ההסתדרות הכללית, תק-על 93(1) 1078, סעיף 8 לפסק הדין).

14. ומן הכלל אל הפרט: בענייננו, ידוע בוודאות כי במהלך ניתוחה של המערערת, התרחשה פריקה של המפרק. הוכח גם, כי התרשלות בביצוע הבדיקה, במהלכה מתרחשת הפריקה, עשויה לגרום לפגיעה, ולכן יש לבצע בדיקה זו בזירות רבה. הפרטים בנוגע לפריקה, אשר יכלו, לו נרשמו, להוכיח האם בוצעה הבדיקה

ברשלנות והאם הפריקה היא שגרמה לנזק, אינם בנמצא, בשל מחדל רשלני בניהול הרשומה הרפואית. מחדל רשלני זה מזדקק לעין לאור האמור בתצהירו של המשיב 1, כי יתכן שאמר למערערת, סמוך לאחר הניתוח, כי "במהלך הניתוח חלק מהפרוטזה קפץ ויצא ממקומו ויתכן שפגע בעצב". מכל מקום, אין ספק כי התרחש במהלך הניתוח אירוע שצריך היה למצוא רישומו במסמכי בית החולים. אמנם, הבדיקה במהלכה התרחשה הפריקה, היא בדיקה שגרתית, אולם, אין חולק כי לפריקה המתרחשת, לעתים, במהלך בדיקה זו, עלולות להיות תוצאות מסוכנות, המתגלות רק לאחר זמן. משכך, צריכים היו המשיבים לציין ברשומה הרפואית המתייחסת למערערת את דבר הפריקה ופרטיה, ובין היתר, מה היה כיוון הפריקה, האם היה מגע עם העצב, ואם כן - באיזו עצמה ובאילו נסיבות. אי רישומו של אירוע הפריקה שארע במהלך הניתוח, מנע מן המערערת את האפשרות להוכיח מה טיב האמצעים שננקטו, אם בכלל, על מנת למנוע פגיעה בעצב ולחץ מופרז על העצב במהלך הניתוח. רישום מסודר ומלא של האירוע עשוי היה לשפוך אור על השאלה, האם התרשלו המשיבים בעת שביצעו את פריקת המפרק, והאם התרשלות זו הביאה לפגיעה בעצב. לפיכך, מועבר אל המשיבים הנטל להוכיח, כי לא היתה כל התרשלות במעשיהם, או, כי לא התרשלותם היא שהסבה את הנזק למערערת.

נטל זה לא הורם. לפנינו עומדת אך ורק עדותו של המשיב 1, לה ייחס בית המשפט קמא משקל רב, לאור התרשמותו החיובית מנכונותו הראשונית של המשיב 1 לשאת באחריות לאשר ארע. ברם, עדותו של המשיב 1 אין בה די להרמת הנטל. עדותו לעניין אמצעי הזהירות שנקט ובדבר אופייה של הפריקה, היא כללית, ואינה מוכיחה או משכנעת כי אכן לא היתה התרשלות שגרמה לפגיעה. דווקא נכונותו, בשלב ראשוני, לקחת אחריות - נכונות הראויה, כשלעצמה, לכל שבח - וסברתו הראשונית כי הפריקה היא שהביאה לקרות הנזק, יש בהן כדי להטות את הכף לטובת גרסת המערערת. המשיב 2, שתפקידו היה להגן על העצב, לא העיד, וגם בחירה זו של המשיבים תרמה להרחבת החסר הראייתי. המשיבים ניסו להציג אפשרויות אחרות לגרימת הנזק, אך אלו נשארו, כאמור, בגדר סברות שלא הוכח כי התקיימו הלכה למעשה.

די בדברים שנאמרו עד כה, כדי להביא, לדעתי, לקבלת הערעור. ואולם, מן הראוי ליתן את הדעת לעניין נוסף. המערערת טענה, כי בענייננו מתקיים הכלל האמור בסעיף 41 לפקודת הנזיקין (נוסח חדש). העובדה שברוב המכריע של הניתוחים מסוג זה לא מתרחש הנזק שנגרם למערערת מלמדת, לדעתה, כי לא ננקטה על ידי המשיבים הזהירות המונעת את הנזק ברוב המקרים. קמה במקרה זה, לדעתה, חזקה של העדר נקיטת אמצעי זהירות, וחזקה זו פועלת לטובתה. לבחינת טענה זו נפנה עתה. אין היא מנותקת, במקרה זה, משאלת החסר הראייתי.

**המדברים הדברים בעדם?**

"בתובענה שהוגשה על נזק והוכח בה כי לתובע לא היתה ידיעה או לא היתה לו יכולת לדעת מה היו למעשה הנסיבות שגרמו למקרה אשר הביא לידי הנזק, וכי הנזק נגרם על ידי נכס שלנתבע היתה שליטה מלאה עליו, ונראה לבית המשפט שאירוע המקרה שגרם לנזק מתיישב יותר עם המסקנה שהנתבע לא נקט זהירות סבירה מאשר עם המסקנה שהוא נקט זהירות סבירה - על הנתבע הראיה שלא היתה לגבי המקרה שהביא לידי הנזק התרשלות שיחוב עליה".

שלושה הם התנאים להפעלתו של הכלל הקבוע בסעיף 41 לפקודה: הראשון, כי לתובע לא היתה ידיעה או לא היתה לו יכולת לדעת מהן הנסיבות שהביאו לאירוע שבו ניזוק; השני, כי הנזק נגרם על ידי נכס שהיה בשליטתו המלאה של הנתבע; והשלישי, כי אירוע המקרה מתיישב יותר עם המסקנה שהנתבע התרשל מאשר עם המסקנה שנקט זהירות סבירה. בהתקיים הכלל הקבוע בסעיף 41 מוטלת על הנתבע החובה להוכיח קיומן של עובדות השוללות את החזקה שנהג ברשלנות.

סעיף 41 לפקודה מבטא את נוסחו המקומי של הכלל אודות "הדבר מדבר בעדו" - *res ipsa loquitur*. הכלל הוא עתיק, אך גדריו משתנים עם הזמנים, ונפקותו משתנה בשיטות משפט שונות.

ה- Restatement בארצות-הברית מפרשת את כלל ה- *res ipsa loquitur* כמקרה רגיל של ראייה נסיבתית המתירה לשופט להסיק שהנתבע התרשל. זוהי מסקנה מותרת ( *Permissible fact inference* ), אך לא מחייבת. בהתמלא התנאים המקימים שם תחולה לכלל, רשאי בית המשפט להסיק כי הנזק שהוסב לתובע נגרם ברשלנותו של הנתבע ( *"It may be inferred that the harm suffered by (S. 328 D, Torts, Second) the plaintiff is caused by negligence of the defendant"* ). ברוח זו פוסקים רוב בתי המשפט בארה"ב. כזה הוא גם הדין בקנדה (ראו: *Sopinka, Lederman & Bryant* 81 (1992) *The Law of Evidence in Canada* (Toronto, Butterworths, 1992)). לפיכך, גם משקבע בית המשפט כי ניתן ליישם את הכלל בדבר "הדבר מדבר בעדו", אין הדבר מחייב בהכרח את הנתבע להביא ראיות מטעמו. בית המשפט רשאי להחליט כי חרף מחדלו של הנתבע להביא ראיות, אין די בראיות הנסיבתיות, שהתובע סומך עליהן, כדי להרים את נטל השכנוע הרובץ עליו.

באנגליה מלמדת החלטת ה-Privy Council מ-1988, בפרשת Ng Chun Pui v. Lee Chuen

Tat [1988] RTR 298, כי הפרשנות המקובלת שם היום היא כי הכלל מעביר אל הנתבע את נטל הבאת הראיות אך לא את נטל השכנוע. הוא יוצר חזקה ראייתית אך לא חזקה משכנעת. המסקנה, כי הנתבע אחראי לתוצאה המזיקה, מתבקשת כל עוד לא יציג הנתבע ראיות הסותרות אותה. משעויינו כפות המאזניים, שב הנטל אל התובע להוכיח את אחריותו של הנתבע.

16. שונה הדין אצלנו. התיבות "על הנתבע הראיה שלא היתה לגבי המקרה שהביא לידי הנזק התרשלות שיחוב עליה", פורשו בפסיקה כהוראה המעבירה את נטל השכנוע אל הנתבע, ועליו להרימו על פי המבחן של עודף ההסתברות (ד"נ 4/69 נוימן ואח' נ' כהן ואח', פ"ד כד(2) 229). "הווה אומר, אם הוכח קיומם של שלושת התנאים המוקדמים, אזי עובר לשכם הנתבע הנטל של הבאת עדות שיש בה כדי לשכנע, מכוח עודף ההסתברויות, שאין ליחס את קרות התאונה לרשלנות מצדו" (שם, בעמ' 261). "נטל זה משמעו הוא שעל הנתבע להוכיח הסבר המעלה את הסיבה המדויקת שגרמה לתאונה, ושסיבה זו אין בינה לבין רשלנות מצדו ולא כלום; אם אין בכוחו להצביע על הסיבה המדויקת לתאונה, מכל מקום, מחובת הנתבע להוכיח שהוא נהג בזהירות סבירה כדי למנוע את הסכנה" (שם, בעמ' 304). לפיכך, אם בתום המשפט נותרו כפות המאזניים, בהן נשקלת שאלת הרשלנות, שקולות, יזכה התובע בתביעתו. בכך הרבותא שמעניק הכלל לתובע. היו כבר שבאו לידי מסקנה כי בלעדי יתרון ראייתי זה, הרי ש"האימרה, 'הדבר מדבר בעדו', אינה לא הלכה, לא חידוש ולא עיקרון, אלא, ציון מציאות מסויימת, ידועה לכל נפש מתוך ניסיון החיים" (דברי השופט מ' זילברג בע"א 224/51 פריצקר נ' פרידמן, פ"ד ז(2) 674). כך אצלנו, קודם שנקבעה נפקותו המחמירה של הכלל, וכך בשיטות אחרות: בקנדה הטיל בית המשפט העליון ספק בתועלתו של הכלל, בנפקותו, ואף בעצם קיומו. בעניין (4<sup>th</sup>) Fontaine v. Loewen Estate 156 D.L.N, אמר השופט Major:

"Whatever value res ipsa loquitur may have once provided is gone. Various attempts to apply the so-called doctrine have been more confusing than helpful. Its use has been restricted to cases where the facts permitted an inference of negligence and there was no other reasonable explanation for the accident. Given its limited use it is somewhat meaningless to refer to that use as a doctrine of law.

It would appear that the law would be better served if the maxim was treated as expired and no longer used as a separate component in negligence actions. After all, it was nothing more than an attempt to deal with circumstantial evidence".

בפועל, ניתן ליחס לכלל נפקות מעשית גם מקום בו הוא מעביר את נטל הבאת הראיות לבדו, או אף במקום בו הוא אך מתיר להסיק קיומה של התרשלות. זאת, בהנחה שברגיל אין הדין מתיר לנו למצוא את הנתבע רשן בהסתמך על ראיות בדבר הסתברות כללית, "סטטיסטית", של ההתרשלות. על הנחה זו מסתמך חיבורם העומדת להתפרסם של א' פורת וא' שטיין, Tort Liability under Uncertainty (Oxford University Press) chap. 3. במקרה כזה, יש נפקות לכלל, שאינו פוסל קביעת רשלנות בהסתמך על ראיות כלליות.

משקמה תחולה לכלל בדבר "הדבר מדבר בעדו", מתמלאת גם הדרישה בדבר קיומו של הקשר הסיבתי בין ההתרשלות לבין הנזק שהוסב. לכאורה, נוגעת החזקה שבסעיף 41 בשאלת ההתרשלות לבדה אולם בפועל מקימה היא על הנתבע את החובה להראות כי "לא היתה לגבי המקרה שהביא לידי הנזק התרשלות שיחוב עליה". לאמור, החזקה שעליו לסתור נוגעת לאחריות והיא מניחה גם את קיום הקשר הסיבתי בין ההתרשלות לבין הנזק" (י' אנגלרד, דיני הנזיקין - תורת הנזיקין הכללית (בעריכת ג' טדסקי, תשל"ז) 232; י' אנגלרד, הכלל 'הדבר מדבר בעדו' - בדיני נזיקין (תשכ"ה) 21). דומה, כי כאן טמונה ההבחנה המעשית העיקרית שבין העברת נטל השכנוע מכוח הנזק הראייתי שנגרם לתובע, לבין העברת נטל השכנוע מכוח הכלל אודות "הדבר מדבר בעדו". שזו הראשונה, יכול, כאמור, שתוגבל אך לנקודה או לנקודות שלגביהן נגרם לתובע נזק ראייתי, ואלה עשויות להיות צרות בהיקפן; ואילו השניה, מתפרשת על שאלת האחריות כולה.

17. ודוק: יכול כאמור והעברת הנטל מכוח הנזק הראייתי שנגרם לתובע תחבוק את יסודות העוולה כולם. כך, מקום שהתובע איננו יכול להוכיח את כל רכיבי תביעתו, בשל הנזק הראייתי. או אז, משנקבע כי מתקיים נזק ראייתי המעביר את נטל השכנוע, עשוי להתייטר הצורך בדיון האם מתקיימים תנאי הכלל *res ipsa loquitur*. בע"א 789/89 עמר נ' קופת חולים של ההסתדרות הכללית, פ"ד מו(1) 712, נקבע, כי אף אלמלא התקיימו, באותו מקרה, יסודותיו של סעיף 41 לפקודה, היה בית המשפט מגיע למסקנה, כי על הנתבעת מוטלת חובת הראיה. "טעמי לכך" - כך נפסק שם - "הם בכך שהעובדות הקשורות בביצוע האינטובציה הן כולן בידי צוות הרופאים והאחיות שלה ושהרשומים שנעשו לוקים בחסר ואינם מגלים את העובדות הדרושות לביור שאלת הרשלנות" (ראו גם פרשת דרוקמן הנ"ל, סעיף 9 לפסק דינה של השופטת ט' שטרסברג-כהן). ואולם, מקום שהנזק הראייתי נוגע אך לנקודה ספציפית, ועל כן נטל השכנוע מועבר אך בנקודה ספציפית זו, עשויה לקום נפקות להבחנה שבין שתי הדוקטרינות האמורות.

מכל מקום יש לומר, כי הגיונו של הכלל אודות "הדבר מדבר בעדו", דומה להגיונה של הבחירה להעביר את נטל השכנוע אל הנתבע בשל "נזק ראייתי" שגרם הנתבע ברשלנותו. בשני המקרים קיים יתרון לנתבע מבחינת היכולת להוכיח את עניינו במשפט: במקרה הראשון, לנתבע יותר יכולת, מאשר לתובע לדעת "מה היו הנסיבות שנגרמו למקרה שהביא את הנזק" (סעיף 41 לפקודה); גם במקרה האחר - גרימת חסר ראייתי ברשלנות - היה לנתבע יתרון מבחינת הנגישות לחומר הראיות שהיה אמור להיות בשליטתו במועדים הרלוונטיים. אם חרף היתרון הזה לא הצליח להטות את הכף לטובתו - תוטל עליו אחריות.

בענייננו, כאמור, מועבר נטל השכנוע, בשל היעדר הרישומים הרפואיים, הן ביחס לשאלת קיומה של התרשלות, והן ביחס לשאלת קיומו של קשר סיבתי בין ההתרשלות לבין הנזק. לפיכך, "כמות" הנטל המועבר מסיבה זו, חופפת לכמות הנטל המועבר מכוח הכלל *res ipsa loquitur*. חרף הזהות הזו ראוי להעיר מספר הערות, אודות כלל אחרון זה.

### התנאי הראשון

18. שלושה הם, כאמור, התנאים להפעלתו של הכלל אצלנו. הפסיקה היטיבה עם הניזוקים בפרשנות המקלה שהעניקה לשני התנאים הראשונים. התנאי הראשון ברור לכאורה עד שאין צורך לפרשו. "כאשר המעשה ידוע", אין תחולה לכלל (עניין פריצקר הנ"ל). כאשר ישנה עדות לעניין הסיבה להתרחשות הנזק ולדרך התרחשותו, תוכרע שאלת הרשלנות המיוחסת לנתבע, על פי אותה עדות, ולא יהא זה ראוי לפנות להוראת סעיף 41 לפקודה. ואף על פי כן, עולה קושיא באשר לתנאי זה והיא נוגעת למועד הידיעה. על פי הוראת סעיף 41, נראה כי המועד הרלוונטי לבחינת ידיעתו של התובע, מה היו הנסיבות שגרמו לאירוע הנזק, הוא מועד התרחשות מעשה הנזיקין. (ע"א 377/85 נעים נ' משרד החינוך והתרבות, פ"ד מב(1) 153; ע"א 169/77 שוורץ נ' ליברמן, פ"ד לב(3) 561, 565) ש"הרי זוהי השאלה המוקדמת: מי חייב להוכיח את נסיבות המקרה...; אם ההכרעה בה נופלת אחרי שכל הנסיבות כבר גלויות וידועות, מה הועיל הסעיף לתובע?" (ע"א 675/62 גיספן נ' אליצור, פ"ד יח(3) 165, 168). עם זאת, מופעל הכלל מקום בו נותרו פרטי ההתרשלות המזיקה עלומים גם במהלך המשפט. ואכן, לאור הגיונו ותכליתו של הכלל, המועד המתאים לבחינת קיומו של התנאי הראשון הוא דווקא המועד בו נדרש התובע להוכיח את יסודות תביעתו. אם "נמשכת" אי-הידיעה ממועד התרחשות מעשה הנזיקין ועד למועד זה, יבקש התובע להסתייע בכלל הראיות הקבוע בהוראת סעיף 41 לפקודה. ההנחה היא גם שבעת הוכחת התביעה, היה לנתבע יתרון על פני התובע, ביכולת לדעת ולהוכיח את נסיבות המקרה. ואולם, אין לנו צורך להאריך בדברים בעניין זה, הואיל ובענייננו, אין מחלוקת בין הצדדים כי תנאי זה, הראשון, התקיים, וכי למערערת אין ולא היתה ידיעה מה היו למעשה הנסיבות שגרמו למקרה אשר הביא לידי הנזק.

**התנאי השני**

19. לא יכולה להיות גם מחלוקת כי נתקיים התנאי השני, לאמור, כי הנזק נגרם על ידי נכס שלנתבע היתה שליטה מלאה עליו. לתנאי זה מטרה כפולה; הראשונה - זיהוי האחראי לתאונה (ראו אנגלרד, בחיבור הנ"ל, בעמ' 69). או אם תרצו, יש בתנאי זה כדי ליחד את המסקנה ההסתברותית הכללית למקרה המיוחד של התובע - ובכך להתיר לו את ההסתמכות על אותה הסתברות, ובלשונם של המלומדים פורת ושטיין - לעשות "אינדיווידואליזציה" של הכלל (בספר הנ"ל, בפרק השלישי). והשניה - עדות על כך שהסיבה להתרחשותה של התאונה נתונה בידיעתו המיוחדת של הנתבע, או כי מכל מקום היה לו יתרון בכל הקשור לברור סיבת התאונה והוכחתה במשפט.

גם התנאי השני זכה כאמור לפרשנות מקלה בפסיקה:

"המבחן הראוי לקיומה של שליטה איננו אפוא מבחן טכני-פורמאלי המבוסס על חזקה מלאה, רצופה ובלעדית בנכס המזיק, אלא מבחן ענייני מעשי, הבוחן אם זיקתו המיוחדת של הנתבע לנכס המזיק מעידה לכאורה על היותו בעל היכולת הטובה ביותר למנוע את התרחשות התאונה. אם התשובה לשאלה זו - על פי מאזן ההסתברויות - היא בחיוב, כי אז ייראה הנתבע כבעל שליטה בנכס המזיק" (השופט א' מצא בע"א 241/89 ישראלפיט (שרותים) תשל"ג בע"מ נ' הינדלי ואח', פ"ד מט(1) 45, 80).

לשון הפקודה איננה מחייבת את המסקנה "שהשליטה על הרכוש חייבת להיות רצופה ויחידה" (השופט צ' ברנזון בעניין גיספן, בעמ' 169). די בשליטה אפקטיבית (הנשיא א' ברק בעניין ישראלפיט, בעמ' 87) במועד הרלוואנטי לאירוע התאונה (השופט א' מצא, שם, בעמ' 79). אמת המידה הגמישה יושמה לא רק לעניין השליטה בנכס, כי אם גם לעניין הגדרתו של הנכס. כך, נפסק לעניין פגיעה זיהומית, שנגרמה בבית חולים, כי:

"מתקני בית החולים, החפצים והשטחים שבתוכם, החל מכפפות הידיים של האחיות וכלה בכלי האוכל ומיתקני הסניטציה, היו בשליטת בית החולים" (הנשיא מ' שמגר בע"א 206/89 רז נ' בית חולים אלישע בע"מ ואח' וערעורם שכנגד, פ"ד מז(3) 805, 819).

המשיבים בפרשה שלפנינו אחזו באזמל המנתחים, בעת שנגרם למערערת הנזק, הייתה להם שליטה אפקטיבית על מתקני בית החולים, על החפצים ועל השטחים שבחדר הניתוח, ונתקיים בהם התנאי השני מן התנאים הקבועים בסעיף 41 לפקודה.

### התנאי השלישי

20. קיומו של התנאי השלישי נתון במחלוקת, במקרה זה, והוא מעורר קושי גם במקרים אחרים. הקושי בהצבת גבולותיו המריץ את בתי המשפט, לא אחת, למצוא נתיבות העוקפות אותו, או המובילות, יחד עמו - ואף בלעדיו, לאותה מסקנה עצמה. כך, למשל, מצא בית המשפט בפרשת ישראליפט, עת הופעל הכלל הקבוע בסעיף 41 לפקודה, כי די היה גם בראיות הנסיבתיות, בדבר הדרך בה התרחשה התאונה, ובדבר סיבותיה האפשריות, כדי לבסס, לכאורה, את רשלנות הנתבעת, לפחות במידה הנדרשת להעברת הנטל על שכמה ליישב את אירוע התאונה עם היעדר רשלנות מצדה (ראו גם הדברים שנאמרו בע"א 612/78 פאר נ' קופר, פ"ד לה(1) 720, 725; ע"א 101/81 נעמן דג נ' מדינת ישראל, פ"ד לח(1) 32, 38; ע"א 206/89 רז נ' בית החולים אלישע בע"מ, פ"ד מז(3) 805, 812; עניין עמר הנ"ל, בעמ' 721).

גבולותיו של התנאי השלישי נמתחים בין הסיטואציה הראייתית בה מצויות ראיות שדי בהן כדי להטיל על הנתבע את הנטל להוכיח כי לא היתה התרשלנות באותו מקרה, אף ללא הסתייעות בכלל בדבר 'הדבר מדבר בעדו', לבין המקרה בו אין די ראיות אף כדי להוכיח כי אירוע הנזק מתיישב יותר עם התרשלנות מאשר עם נקיטת אמצעי זהירות סבירים. בין זו לבין זה מצוי מרחב המחיה, המטושטש משהו, של התנאי השלישי לכלל בדבר "הדבר מדבר בעדו".

21. את הקביעה, כי אירוע המקרה שגרם לנזק מתיישב יותר עם המסקנה שהנתבע לא נקט זהירות סבירה מאשר עם המסקנה שהוא נקט זהירות סבירה, צריך בית המשפט לגזור, רק לאחר שבאו הראיות כולן בפניו.

גזירת קיומו של התנאי השלישי מתוך הנסיבות הכלליות של האירוע, כפי שנתבררו בסופו של משפט, מעוררת קושי עיוני ומעשי. הצורך לשוב, בשלב זה, עת כבר נפרשה המסכת הראייתית הכוללת, ולהידרש להסתברות הכללית בדבר קיומה של התרשלנות - מוקשה. השאלה המתעוררת היא, האם צריך בית המשפט, בשלב זה, לבחון את ראיות התביעה לבדן, או שמא גם את ראיות ההגנה - כולן או מקצתן. לשאלה זו ניתן להציע תשובות שלוש:



על פי אחת התשובות, מתעורר הצורך בבדיקת קיומו של התנאי השלישי, ברגיל, בעת שבסופו של משפט נמצאות כפות המאזניים מעוינות. או אז, מתבקשים אנו לשוב באורח "וירטואלי" לשלב שנסתיים קודם שהחלה פרשת ההגנה, ולבדוק אם במצב הדברים כפי שנגלה בראיות, שהובאו עד אותו שלב (קרי - ראיות התביעה לבדן) נגרם, בדרך כלל, נזק מן הסוג הזה, ברשלנות, לאמור, האם הגורמים האפשריים הנגועים ברשלנות עולים במספרם או בתוחלתם על גורמים אפשריים חפים מאשם.

הבדיקה - לפי שיטה זו - מבוצעת במועד הכרונולוגי של סיום המשפט, אף שהיא מתייחסת למצב הראייתי בתום פרשת התביעה, אך מן הטעם שאין בדין הישראלי "תחנת ביניים", בה ניתן לטעון כי "אין ראיות לכאורה", וממילא אין גם מועד אפשרי, קודם לפסק הדין, לעריכת הבדיקות הנוגעות לכלל "הדבר מדבר בעדו".

בגישה זו, הגורסת כי יש לבדוק את התקיימות הכלל על יסוד הראיות שהובאו בפרשת התביעה בלבד, תומך, כך נראה לי, חברי השופט י' אנגלרד. בע"א 1146/99 קופת חולים כללית ואח' נ' סולן (טרם פורסם), בפסקה 11 לפסק דינו, כותב השופט י' אנגלרד:

"לו היו בוחנים את קיומו של עודף ההסתברות בסוף כל הראיות, הרי הכלל 'הדבר מעיד על עצמו' היה מאבד כל משמעות עצמית. הנימוק לכך הוא כי מצב של עודף הסתברות לקיומה של רשלנות על יסוד מכלול הראיות, די בו כדי לחייב את הנתבע באחריות בנזיקין על פי כללי ההוכחה הרגילים. יתרה מזו, בשלב הסופי של המשפט, כשמכלול הראיות בפני בית המשפט, אין עוד מקום לדבר על ראיות לכאורה או על הסתברות לכאורה של רשלנות. נמצא כי בשלב זה אין כל משמעות להעברת נטל השכנוע מכוח החזקה המשפטית הקבועה בסעיף 41 לפקודה".

והדברים מפורשים גם בחיבורו הנ"ל, בעמ' 153: "שאלת הפעלתו של הכלל נדונה, כאמור, בסיום ראיותיו של התובע" [ההדגשה במקור]. גישה זו, כך נראה, נסמכת על ההנחה כי גם אלמלא הכלל ניתן לפסוק את הדין על פי ראיות כלליות.

22. תשובה שונה תציע להביא בחשבון, בעת בחינת התקיימותו של הכלל, בסופו של המשפט, את ראיות התביעה, כמו גם את ראיות ההגנה הכלליות והקונקרטייות. תשובה זו, לדעתי, אינה נכונה ואין בה טעם. אינה נכונה - משום שאין היא עולה בקנה אחד עם הפסיקה ואף לא עם לשון הוראת החוק הדוברת בהסתברויות כלליות. אין בה תועלת - משום שאם נבחנות בשלב זה, הראיות כולן, נוצרת זהות בין האפשרות להוכיח את קיומו של התנאי השלישי שבכלל "הדבר מדבר בעדו", לבין האפשרות להוכיח את התביעה עצמה - אף בלא התחשבות בכלל. אם נדרש התובע להוכיח, על יסוד הראיות כולן, בסוף המשפט, את התקיימות

התנאי השלישי לכלל, הרי ברי כי אם הצליח לעשות כן, ממילא הוכחה תביעתו, גם בלא הסתייעות בכלל. ואילו אם נדרש הוא לכלל הואיל ולא הוכחה תביעתו על יסוד הראיות כולן - ממילא לא יעלה בידו, על יסוד אותן ראיות, להוכיח את קיומו של הכלל.

23. הדרך השלישית, אותה ניתן להציע לפרשנות התנאי השלישי של הכלל "הדבר מדבר בעדו", מבחינה בין הראיות הכלליות המובאות על ידי הנתבע לבין הראיות הקונקרטיות המובאות על ידו - שרק אלה הראשונות תובאנה בחשבון בעת בחינת קיומו של התנאי השלישי. דרך זו הותוותה על ידי הרוב בפסק הדין בעניין סולן הנ"ל.

כשלעצמי, אין לי ספק, כי אכן הראיות הקונקרטיות שהביא הנתבע לא תובאנה בחשבון הבדיקה. בדיקת קיומו של התנאי השלישי נעשית לאור הנסיבות הכלליות, לאמור, מבלי שפונה בית המשפט לפרטי המקרה. המסקנה אינה נסמכת על הוכחת מעשה רשלני מסוים. נהפוך הוא - אף שנסיבות התאונה, נכון לאותו שלב (קרי - בתום פרשת התביעה), אינן ידועות, מלמד ניסיון החיים כי תאונה מעין זו אינה נגרמת ברגיל בלא שנתקיים מעשה רשלני כלשהו. התנאי השלישי מתקיים מקום בו מוכחה ההסתברות הכללית, כי במרבית המקרים התוצאה שנגרמה באה בשל רשלנות. התנאי השלישי דורש הוכחת הסתברות כללית לקיום רשלנות, להבדיל מהצבעה על הסתברותה של אפשרות מסוימת כגורם לנזק. בפרשת נוימן תואר התנאי השלישי כך:

"הניסיון הכללי של החיים מלמד, שעה שמתחשבים בנסיבות המתארות את עצם אירוע התאונה, כי בדרך רגילה, כלומר, אם אין סיבה מיוחדת, העשויה להצביע בכיוון הפוך, יותר קרוב לודאי הוא, מאשר היפוכו של דבר, שתאונה כזאת לא היתה קורית, אילו היה בעל השליטה על הנכס המזיק נוהג לגביו בזהירות סבירה".

לצורך בדיקה זו אין כל חשיבות לכך שהנתבעים הצליחו להוכיח כי גורמים אפשריים מסוימים הנוגעים באשם לא נתקיימו בפועל במקרה מסויים זה. הוכחה קונקרטית זו היא חלק מפרשת ההגנה, היא אינה מובאת בחשבון הבדיקה של התנאי השלישי, וממילא לא יהא בה כדי לשנות מן המסקנה כי במקרים מעין אלה, קיימת, בדרך כלל, הסתברות רבה יותר, כי גורם הנוגע ברשלנות גרם לנזק. בדרך כלל, אמרנו, שהרי שאלת תחולתו של התנאי השלישי לכלל לא תתעורר אלא מקום בו נתקיים התנאי הראשון, לאמור, שאין לתובע ידיעה מה היו למעשה הנסיבות הקונקרטיות שהביאו לידי הנזק, וכל שבאמתחתו הן הנסיבות הכלליות. משהוכחה ההסתברות הכללית הזו, ועמה התנאים האחרים לתחולת הכלל, התוצאה תהא שהנתבע, שהצליח אך לעיין את כפות המאזניים, בסופו של משפט, ימצא אחראי.

24. אשר להשקפה, כי בשלב הבדיקה, בסופו של משפט, יש מקום לבחון גם את הראיות הכלליות, שהשכיל הנתבע להביא במשפט, והנוגעות לעצם שאלת קיומה של הסתברות לכאורית להתרשלות - אינני רואה צורך להכריע כאן בשאלת נכונותה. לשאלה פנים לכאן לכאן. מחד גיסא, ניתן לסבור, כי אין הצדקה להתעלמות מראיות כלליות שהביא הנתבע, כאשר יש בכוחן של אלה לגרוע מן הראיות הכלליות שהביא התובע; זאת - אם בדרך של שלילת אפשרות קיומם של גורמים כלליים רשלניים, ואם בדרך של הצבעה על גורמים אחרים אפשריים שאינם נגועים ברשלנות. לכאורה, ניתן לומר כי הצורך להתייחס לראיות כלליות אלה עולה מן הדרישה, הקבועה בפקודה, כי בית המשפט יבחן האם אירוע המקרה שגרם לנזק מתיישב יותר עם המסקנה שהנתבע לא נקט זהירות סבירה מאשר עם המסקנה שהוא נקט זהירות סבירה.

זאת ועוד זאת: דומה, כי אף לפי ההשקפה הגורסת "הסתפקות" בראיות שהובאו בפרשת התביעה, אין להתעלם מתרומת הנתבע לראיות - למשל, בדרך של נגיסה בראיות התביעה בחקירה נגדית מטעמו. ואם מתרומה זו של הנתבע לראיות אין אנו מתעלמים, שמא אין מקום להתעלם גם מתרומתו בראיות המובאות בשלב פרשת ההגנה - ובלבד שאלה ראיות כלליות שאינן באות ללמד אם היתה התרשלות במקרה הקונקרטי. לפי שיטה זו תבחנה כל הראיות הכלליות (גם אלה שהובאו בפרשת ההגנה) - בעת שבוחנים את קיומו של הכלל. הראיות הקונקרטיות, לעומת זאת, נבחנות רק לאחר שהוחל הכלל, ובעת הבדיקה אם עמד הנתבע בנטל השכנוע שהועבר אליו בשל שנתקיימו התנאים שבסעיף 41 לפקודה.

מאידך גיסא, ניתן לומר כי אין יסוד להבחין בין הראיות הכלליות לבין הראיות הקונקרטיות, וכשם שמן האחרונות אנו מתעלמים - קל וחומר מן הראשונות. שהרי דווקא האחרונות נוגעות למקרה המסוים עצמו, ועשויות להעיד כי לא נתקיימו בו גורמים רשלניים אפשריים או כי ננקטו אמצעי זהירות נאותים. ואם חרף זאת אין אנו נדרשים לראיות אלה, מדוע זה נדרש לראיה כללית - שפועלה דומה?

השאלה איזו מן הפרשנויות האמורות, לתנאי השלישי, יש לאמץ, היא בסופו של דבר שאלה של מדיניות משפטית, ונפקותה - בהרחבה או בהצרה של מספר המקרים בהם יעבור נטל השכנוע אל הנתבע. ההלכה, כפי שנקבעה בפרשת סולן, מתירה להביא את הראיות הכלליות, שהוצגו במסגרת פרשת ההגנה, בחשבון ההכרעה בשאלת תחולת הכלל. בענייננו, כשלעצמי, לא ראיתי צורך להכריע בין הגישות האפשריות האמורות, משום שבמקרה זה, גם אם בוחנים את הראיות הכלליות של הנתבע ואין מתעלמים מהן - צריכים אנו להגיע, לדעתי, למסקנה, כי נתקיים התנאי השלישי להחלת הכלל הקבוע בסעיף 41 לפקודת הנזיקין.

25. ודוק: ההסתברות ה"סטטיסטית" הכללית אינה שאלה של תדירות או נדירות עצם התוצאה המזיקה, כי אם של התוצאה המזיקה שנגרמת ברגיל ברשלנות. המערערת סבורה כי אחוז התקלות הנמוך, שנצפה בניתוח מסוג זה, והנע בין 1% ל-4% מכלל המקרים, מלמד, הוא עצמו, על היכולת לשמור על רמת זהירות גבוהה במהלך הניתוח ולהגן מפני פגיעה בעצב. משכך הדבר, היא מוסיפה וטוענת, הרי שבעת התרחשותה של תקלה, עוברת אל המנתח, החובה להסביר ולהוכיח כי לא היתה התרשלות מצדו, שהביאה לגרימת הנזק. השקפה זו אין לקבל. אין המדובר בבדיקת נדירות התוצאה המזיקה, כי אם בהשוואת המקרים הנגועים, ברגיל, ברשלנות, אל אלה בהם מתרחש הנזק שלא כתוצאה מרשלנות.

אין די בהצבת נתון סטטיסטי, בדבר הסתברות נמוכה של עצם התרחשותה של תקלה, בהליך טיפולי מסויים, כדי להקים את היסוד השלישי המתואר בסעיף 41 לפקודה. ההסתברות הצריכה לעניין היא אכן הסתברות כללית אך היא נוגעת לשקילת מספר המקרים בהם עשוי להתרחש נזק מסוג זה כתוצאה מהתרשלות, אל מול מספר המקרים בהם עשוי להתרחש הנזק שלא כתוצאה מהתרשלות. הנדירות של סוג תאונה מסויים, כשלעצמה, עשויה להשפיע בשני כוונים מנוגדים: מחד גיסא, היא עשויה ללמד כי הנזק היה בלתי נמנע, ואין הוא נובע ממעשה רשלני; מאידך גיסא, היא עשויה ללמד כי אילו ננקטו אמצעי זהירות, סביר להניח כי לא היה מתרחש המקרה הנדיר ('אנגלרד בחיבורו הנ"ל, בעמ' 52).

אכן, נתון סטטיסטי כזה, הנוגע לנדירות התוצאה המזיקה, עשוי להיות מובא בחשבון מכלול הראיות הבאות ללמד על קיומו של התנאי השלישי. בנסיבות מסויימות עשויה נדירות האירוע להוות סימן וראיה להתרשלות - זאת, בהצטרפה לנסיבות אחרות של המקרה - ובהן אופיו של הטיפול הרפואי שבמחלוקת, מצבו של החולה קודם לטיפול, טיב הנזק שנגרם לו, והיחס שבין אופי הטיפול לבין טיב הנזק שנגרם. נסיון החיים עשוי ללמד כי בהתחשב באופיו הפשוט והשגרתי של טיפול רפואי מסויים, במצב בריאותו התקין של המטופל, טרם טיפול, בנזק הקשה שנגרם לו, ובהעדר אפשרויות מסתברות אחרות שיש בהן כדי ללמד על סיבת הנזק, יתקיים התנאי השלישי האמור; אלא שלעיתים, קיומם של סיכונים בלתי נמנעים כתוצאה מהטיפול, גם אם הסיכוי להתממשותם נמוך, עשוי להתיישב גם עם אפשרות שאינה מלמדת על רשלנות.

26. נבחן, אפוא, מהן הנסיבות העשויות ללמד על התקיימות התנאי השלישי בענייננו. הוכחה כאן נדירות התוצאה המזיקה, מן הסוג שארע, בניתוחים מעין אלה; הוכח, מפי שני המומחים, כי ברגיל ניתן לבצע את הניתוח תוך כדי הגנה על העצב; אין גם מחלוקת, כי בעת בדיקת יציבות המפרק, במהלך הניתוח, ארעה פריקה; הוכח מפי המומחה הרפואי שהעיד מטעם המשיבים, כי בכל מהלך הבדיקה של המפרק, המתבצעת במהלך ניתוח מסוג זה, "גם אם הוא יוצא מן המקום זה תחת הביקורת של [המנתח], תחת הידיים [שלו] ותחת

הראייה [שלן]". גם המשיב 1 - הרופא המנתח - סבר מלכתחילה כי נסיבות המקרה מביאות למסקנה שהוא אחראי לתוצאות המזיקות של המקרה. כך אמר למערערת. הוא אינו מכחיש גם את האמור בתצהירה כי אמר לה שחלק מהתובב קפץ ופגע בעצב. הוא אמנם שינה מעמדתו עת שהעיד במשפט, ואולם דומני כי יש לבחון את "שינוי החזית" מצדו בזהירות, לאור העובדה שהוא בא בעקבות המשפט.

לנסיבות העשויות ללמד על התקיימות התנאי השלישי מתווספת הנסיבה הבאה - וכאן בא אני לנקודת השקפה נוספת שבין הפן הראייתי של דוקטרינת הנזק הראייתי לבין הכלל אודות "הדבר מדבר בעדו". כאמור, נמנעו המשיבים מלערוך רישומים רפואיים אודות ההתרחשות שארעה במהלך הניתוח. היעדרם של רישומים רפואיים עשוי, בנסיבות המתאימות, להוות נסיבה המטה את הכף אל עבר המסקנה, כי הנתבע לא נקט זהירות סבירה. מחדל רשלני זה בעריכת הרישומים עשוי לבסס את הסברה, כי אילו הכל היה מתנהל כשורה, ואמצעי הזהירות היו ננקטים, היה האירוע מתועד. ומשלא תועד, מוטלת אל כפות המאזניים משקולת נוספת המסיטה אותן אל עבר הסתברות המסקנה כי הנתבע לא נקט זהירות סבירה, ומרחיקה אותן מן המסקנה כי הוא נקט זהירות סבירה.

נראה לי, כי די בנסיבות האמורות כדי לקבוע, כי אף שלא היה בידי המערערת להוכיח מהי הסיבה הממשית לתאונה, הוכח כי ההסתברות שהיא נפגעה מרשלנות רפואית עולה על ההסתברות כי נפגעה כתוצאה מגורם שאינו כרוך בקיומה של התרשלות כזו. בכך הושלמה בדיקת קיומם של התנאים הקבועים בסעיף 41 לפקודה, וקמה תחולה לכלל "הדבר מדבר בעדו". נטל השכנוע מועבר, אפוא, גם מטעם זה, אל כתפי המשיבים, וכאמור, בנטל זה לא עמדו. בעדות המשיב 1 ובעדות המומחה מטעמו - עליהן כבר עמדו - אין כדי ללמד כי לא היתה התרשלות שגרמה לפגיעה.

27. בשל התוצאה אליה הגעתי איני רואה עוד צורך להכריע בשאלת קיומה של עילת התביעה האחרת עליה סומכת המערערת - היא עוולת התקיפה. טענתה של המערערת היא, כאמור, כי המשיב 1 נמנע מלהביא לידיעתה, עובר לניתוח, את המידע הדרוש אודות הסיכונים הכרוכים בביצוע הניתוח, וכי לא נתקבלה הסכמתה המודעת לניתוח. המשיב 1 מודה כי לא התריע, בפני המערערת, על דבר קיומו של הסיכון של גרימת שיתוק המביא לצניחת כף הרגל ובחר לתאר בפניה אך את הסיכונים הכלליים, והשכיחים, שבניתוח מסוג זה. בכך הפר, לדעתי, את חובת הגילוי שהיתה מוטלת עליו. נראה לי, עם זאת, כי הממצאים, כפי שנקבעו על ידי בית המשפט קמא, אינם מצביעים על קיום סיכוי של ממש לסירובה של המערערת לעבור את הניתוח, אילו עמד המשיב 1 בחובת גילוי המידע הדרוש למערערת ליתן הסכמה מדעת. נראה, לפיכך, כי בעילה זו היתה התביעה נכשלת.

כאמור, לדעתי, הוכחה במידה הדרושה, ובדרך הראויה, קיומה של העילה האחרת, שעניינה רשלנות בעצם הטיפול הרפואי.

התוצאה היא, לפיכך, כי יש לקבל, לדעתי, את הערעור, לבטל את פסק דינו של בית המשפט המחוזי, לקבוע כי המשיבים, יחד ולחוד, אחראים לנזקי המערערת - ולהחזיר את הדיון לבית המשפט המחוזי לצורך דיון בשאלת גובה הנזק.

הייתי מחייב את המשיבים, הדדית, לשלם למערערת את הוצאות הערעור וכן שכ"ט עורך-דין בסכום של 20,000 ש"ח.

שׁוֹפֵט

**השופט ט' שטרסברג-כהן:**

אף אני, כדברי השופט א' ריבלין, בדעה, כי ניתן - בנסיבות המקרה הנדון - להחיל את הכלל "הדבר מדבר בעדו" (ס' 41 לפקודת הנזיקין) וכי נטל השכנוע עבר לכתפי המשיבים שלא הרימוהו.

אשר לפרשנותו של סעיף 41 בעניין זה, הבעתי את עמדתי בע"א 1146/99 קופת חולים הכללית ואח' נ' סולן, ואין צורך שאחזור עליה. לעמדתי הצטרף חברי השופט י' טירקל, על דעתו החולקת של חברי השופט י' אנגלרד.

אשר על כן, מצטרפת אני לתוצאה אליה הגיע חברי.

שׁוֹפֵט

**השופט י' טירקל:**

אני מסכים לפסק דינו הממצה והמאלף של חברי השופט א' ריבלין ולהערותיה של חברתי השופטת ט' שטרסברג-כהן.

שופט

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט א' ריבלין.

ניתן היום, יח' בחשון תשס"ב (4.11.2001).

שופט

שופט

שופטת

העתק מתאים למקור  
שמריהו כהן - מזכיר ראשי  
אמ/W02.98081510