



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 3900/14

וערעור שכנגד

לפני: כבוד השופטת א' חיות
כבוד השופט ע' פוגלמן
כבוד השופט י' עמית

המערערת והמשיבה שכנגד: לימור דנינו

נ ג ד

המשיבים: 1. המרכז הרפואי הלל יפה
והמערערים שכנגד: 2. משרד הבריאות

ערעור וערעור שכנגד על פסק דינו של בית המשפט המחוזי
ירושלים בת"א 3366/09 שניתן ביום 13.04.2014 על ידי
כבוד השופט ר' וינוגרד

תאריך הישיבה: ט' בסיון התשע"ה (27.05.2015)

בשם המערערת והמשיבה שכנגד: עו"ד יראון פסטינגר
בשם המשיבים והמערערים שכנגד: עו"ד דב לוין

פסק-דין

השופט י' עמית:

ערעור וערעור שכנגד על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בירושלים (כב' השופט ר' וינוגרד) מיום 13.4.2014, במסגרתו התקבלו חלקית טענותיה של המערערת והמשיבה שכנגד (להלן: המערערת). המערערת עברה ניתוחים להסרת גידול סרטני בבלוטת התריס, במהלכם נפגעו כל בלוטות יותרת בלוטת התריס של המערערת (להלן גם: הבלוטות) ונגרמה לה היפוקלצמיה – ירידה קיצונית ברמת הסיידן בדם. בפסק הדין נקבע כי המנתח מטעם המשיב 1 התרשל בכך שלא ביצע השתלה עצמית של אחת הבלוטות ובכך גרם למערערת אבדן של 50% מסיכויי ההחלמה.

רקע עובדתי

1. למען הבהירות, יוצג כבר עתה הרקע הרפואי הנחוץ להבנת המקרה: בלוטת התריס ממוקמת במרכז הצוואר, היא מחולקת לאונה ימנית ואונה שמאלית, ומשני צידיה ממוקמות ארבע בלוטות קטנות. בלוטות אלה מכונות בלוטות יותרת בלוטת התריס, ותפקידן הוא להפריש את ההורמון המווסת את רמת הסיידן בדם. די בכך שאחת

מן הבלוטות תפעל כסדרה כדי לווסת את רמת הסידן בדם באופן תקין, אך אם נפגעות כל ארבע הבלוטות נגרמת תופעה של היפוקלצמיה.

המערערת, ילידת 1975, עברה ביום 11.6.2002 ניתוח בבית החולים הלל יפה בשל הימצאות גוש החשוד כגידול סרטני בבלוטת התריס שלה (להלן: הניתוח הראשון). הניתוח הראשון בוצע על ידי ד"ר דובקין, שהיה באותה עת רופא מתמחה, ועל-ידי ד"ר ליברנט, כירורגית מומחית בכירה ששימשה כעוזרת הבכירה בניתוח. במהלך הניתוח נכרתה האונה הימנית של בלוטת התריס. בגיליון הניתוח נכתב שזוהה העצב החוזר והופרד מבלוטת התריס אולם לא נכתב דבר בנוגע לזיהוי הבלוטות ושימורן.

מיד לאחר הניתוח חלה ירידה זמנית ברמת הסידן בגופה של המערערת. בנוסף, לאחר הניתוח סבלה המערערת מצרידות ובבדיקה שנעשתה לה נצפה שיתוק של מיתר הקול הימני, עובדה המעידה על כך שהעצב החוזר נפגע במהלך הניתוח הראשון.

2. לאונה הימנית שנכרתה בניתוח הראשון בוצעה בדיקה היסטופתולוגית ונמצא בה גידול ממאיר. כמו כן נמצא בבדיקה כי אחת מן הבלוטות נכרתה יחד עם האונה הימנית. בעקבות זיהוי של הגידול הממאיר, הוחלט שיש צורך בניתוח נוסף לכריתת האונה השמאלית של בלוטת התריס (להלן: הניתוח השני). ביום 11.7.2002 חתמה המערערת על טופס הסכמה כללי לניתוח, שעל גביו נוספו בכתב יד המילים "בניתוח בלוטת התריס קיים סיכוי פגיעה בעצב של מיתר הקול עם צרידות לאחר מכן". באותו יום נערך רישום מפורט בגיליון הרפואי של המערערת על ידי ד"ר ליברנט ובין היתר פורטו בו תוצאות הבדיקה הפתולוגית, ונרשם כי הוסבר לחולה על סיבוכים אפשריים בניתוח, לרבות אפשרות של פגיעה בבלוטות שתוביל להזדקקות לסידן תחליפי.

הניתוח השני נערך ביום 14.7.2002, ובמסגרתו נכרתה האונה השמאלית, כמתוכנן. הניתוח בוצע על ידי מנהל המחלקה הכירורגית, פרופ' אלפיסי, ועל-פי דרישת המערערת השתתף בניתוח גם ד"ר חייצ'יק, רופא בכיר ממחלקת אף אוזן גרון. בגיליון הניתוח נרשם כי במהלכו זוהה העצב החוזר וכן זוהו שתי בלוטות; כי אחת מהבלוטות נמצאה בסמוך לבלוטת התריס ונוצר הצורך להפרידה באמצעות דיסקציה; וכי הניתוח בוצע תוך שמירה על העצב החוזר ועל הבלוטות. לאחר הניתוח השני חלה ירידה משמעותית ברמת הסידן של המערערת והיא אובחנה כסובלת מהיפוקלצמיה, כתוצאה מפגיעה בכל ארבע הבלוטות.

3. המערערת הגישה ביום 9.7.2009 תביעה נגד המשיבים והמערערים שכנגד (להלן: המשיבים). במועד זה חלפו למעלה משבע שנים ממועד הניתוח הראשון ופחות משבע שנים ממועד הניתוח השני. בכתב התביעה נטען כי במהלך הניתוח הראשון התרשלו המנתחים בכך שלא זיהו את הבלוטות וכתוצאה מכך כרתו את חלקן או פגעו בהן, וכן פגעו בעצב החוזר. לטענת המערערת, גם במהלך הניתוח השני אירעה התרשלות מצד המנתחים, בכך שלא ביצעו השתלה עצמית של אחת הבלוטות, שאספקת הדם שלה נפגעה במהלך הניתוח. בנוסף טענה המערערת כי היא לא זכתה לקבל הסברים ראויים לפני הניתוחים, ועל כן ביצוע הניתוחים נעשה ללא הסכמה מדעת ותוך פגיעה באוטונומיה.

מנגד טענו המשיבים כי שני הניתוחים בוצעו במיומנות ובמקצועיות וכי עילת התביעה בגין הניתוח הראשון התיישנה. כמו כן טענו המשיבים כי למערערת ניתנו כל ההסברים הדרושים.

4. במהלך הדיונים בבית המשפט המחוזי הגישו הצדדים חוות דעת רפואיות. המומחה מטעם המערערת, פרופ' שילוני, סבר כי במהלך הניתוח הראשון נכרתה אחת הבלוטות ונפגעה בלוטה נוספת. פרופ' שילוני הוסיף כי גם העצב החוזר נפגע במהלך הניתוח, למרות שהמנתח חשב שהוא זיהה ושימר אותו. לשיטתו, תוצאות אלה, וכן העדר תיעוד בגיליון הניתוח לזיהוי הבלוטות, מעידים כי המנתחים פעלו בחוסר מיומנות. בנוגע לניתוח השני ציין פרופ' שילוני כי כאשר קיים חשש לפגיעה באחת הבלוטות, מומלץ לבצע השתלה עצמית של הבלוטה הפגועה. לטענתו, אם צוות המנתחים היה מבצע את הפרוצדורה הזו לאחר שזוהתה פגיעה באספקת הדם של אחת הבלוטות, היתה נמנעת פגיעה לצמיתות במערערת.

מטעם המשיבים הוגשה חוות דעתו של פרופ' פרוינד. אשר לניתוח הראשון, ציין פרופ' פרוינד כי גם זיהוי של העצב החוזר לא בהכרח מאפשר למנוע את הפגיעה בו, וכי מדובר בסיכון מוכר. לשיטתו של פרופ' פרוינד, הסיכון לפגיעה בכל ארבע הבלוטות במהלך כריתה מלאה של בלוטת התריס גם הוא סיכון מוכר, שמתרחש באחוז קטן של המקרים (עד 5%). בעניין האפשרות להשתלה עצמית של הבלוטה שנפגעה במהלך הניתוח השני, ציין פרוינד כי מדובר בפרקטיקה "שנויה במחלוקת" שהצלחתה איננה מובטחת.

5. התיישנות התביעה בגין הניתוח הראשון: כאמור, המערערת הגישה את תביעתה לאחר שחלפו שבע שנים מהיום בו נערך הניתוח הראשון. בית המשפט ציין כי מאחר שלא הוגש כתב תשובה לטענת ההתיישנות, המערערת מנועה מלטעון טענות עובדתיות בעניין זה. לגופו של עניין, נקבע כי הנזק שנגרם למערערת כתוצאה מפגיעה בעצב החוזר נודע למערערת בסמוך לאחר מכן, וחלה עליו התיישנות; לעומת זאת הפגיעה בבלוטות בניתוח הראשון – גרמה לנזק שהתממש רק בעקבות הניתוח השני, ולכן בעניין זה לא חלה התיישנות.

6. רשלנות בביצוע הניתוח הראשון: טענתה העיקרית של המערערת בנוגע לניתוח הראשון, התבססה על כך שבגליון הניתוח אין תיעוד לזיהוי של הבלוטות. בנוסף, המנתח הודה בעדותו כי ככל הנראה הוא לא זיהה את אחת הבלוטות וכתר אותה בטעות. בשים לב להעדר הרישום, קבע בית המשפט כי הנטל להוכיח שהמנתח זיהה את הבלוטות הועבר אל כתפי המשיבים, ולא עלה בידם להרים אותו. יחד עם זאת הודגש בפסק הדין, כי הפגיעה בבלוטות כשלעצמה איננה מהווה התרשלנות, וגם חוסר הצלחה לזהות את הבלוטות אינו מהווה בהכרח התרשלנות; אלא רק כאשר המנתח כלל לא ניסה לזהות את הבלוטות – ניתן לראות בכך התרשלנות. טענתה של המערערת, לפיה היעדר הרישום מעיד על כך שלא נעשה ניסיון לזהות וכתוצאה מכך נגרם הנזק – השווהה בפסק הדין לטענה בדבר "נזק ראייתי מובנה", ונפסק כי אין מקום להחלת דוקטרינה זו, נוכח ההרחבה הבלתי ראויה שהיא מבטאת בנסיבות העניין (בין היתר, בשל חלוף הזמן ובשל האפשרות כי גם אם המנתחים היו מזהים את הבלוטות – עדיין ייתכן שהן היו נפגעות בניתוח). עוד נקבע, כי נוכח טענתם של המנתחים לפיה "אין להעלות על הדעת כי הבדיקה לא בוצעה" ומכיוון שלא הוכח שבלוטה נוספת (פרט לזו שנכתרה) נפגעה בניתוח הראשון, הרי שלא התקיים בענייננו "ספק שקול", אשר מהווה תנאי להחלת דוקטרינת הנזק הראייתי. בהתאם לכך, הגיע בית המשפט למסקנה כי לא הוכחה רשלנות במסגרת הניתוח הראשון.

7. רשלנות בביצוע הניתוח השני: עובר לניתוח השני, היה המנתח פרופ' אלפיסי מודע לכך שלפחות בלוטה אחת נכתרה בניתוח הראשון ולכן יש חשיבות לשמור על הבלוטות הנותרות. במהלך הניתוח התרשמו המנתחים כי נגרמה פגיעה באספקת הדם לאחת הבלוטות. הטענה העיקרית שנדונה היתה כי במצב עניינים זה, נדרשו המנתחים להשתיל את הבלוטה שנפגעה. אין מחלוקת כי הפרוצדורה הרפואית של השתלת הבלוטה היא פרוצדורה קצרה ופשוטה. פרופ' אלפיסי הבהיר כי החלטתו שלא לבצע

השתלה נעשתה מתוך שיקול דעת, ועל בסיס ההתרשמות הברורה כי הבלוטה הנוספת תקינה לחלוטין. לעומתו טען פרופ' שילוני, המומחה מטעם המערער, כי בכל מקרה של פגיעה באחת הבלוטות יש לבצע השתלה מיידית של הבלוטה שנפגעה, וזאת אפילו במקרה שבו שלוש הבלוטות הנותרות הן תקינות. בית המשפט המחוזי קבע כי גם אם אין לאמץ את עמדתו של פרופ' שילוני במלואה, הרי שלאחר שהמנתחים היו מודעים לכך ששתי בלוטות נפגעו בניתוח הראשון – המערער עמדה בפני סיכון חריג, ובנסיבות אלה חובת המנתחים היתה לנסות למנוע את הפגיעה הקריטית במערער, באמצעות הפרוצדורה הפשוטה של השתלת הבלוטה שנפגעה. הובהר בפסק הדין כי לא כל טעות בשיקול דעת היא התרשלות, אך החלטת המנתחים שלא לבצע את השתלת הבלוטה איננה עולה בקנה אחד "עם הנהוג והמקובל בנסיבות מקרה מעין זה", היא מבטאת סטיה מסטנדרט הזהירות הראוי, ועל כן הוכחה התרשלות.

לצד זאת, קבע בית המשפט המחוזי, בהסתמך על עדותו של פרופ' שילוני ועל דבריו של המנתח פרופ' אלפיסי, כי סיכויי ההצלחה של השתלת הבלוטה, לו הייתה מבוצעת, הם 50%. בהתאם לכך נקבע כי סיכויי ההחלמה של המערער היו 50%, והמערער זכאית לפיצוי "רק בגין אותם סיכויי החלמה שנגרעו כתוצאה מההתנהלות הרשלנית", כלומר פיצוי עבור 50% מנזקה בלבד.

8. הסכמה מדעת ופגיעה באוטונומיה: בניגוד לטענתה של המערער, קבע בית המשפט כי אין ספק שבמסגרת ההכנה לניתוח השני הוסבר למערער הסיכון של פגיעה בבלוטות והיזקקות לסידן תחליפי באופן קבוע. נקבע כי בהקשר זה לא ניתן להעניק משקל לעדותה של המערער, שמסרה גרסאות סותרות, כאשר מן העבר השני עדותה של ד"ר ליברנט היתה "מהימנה עד מאד".

לאחר שנקבע, כאמור, כי המשיבים התרשלו בכך שלא השתילו את הבלוטה הפגועה, וכתוצאה מכך נפגעו סיכויי ההחלמה של המערער בשיעור של 50%, עבר בית המשפט לאמוד את הנזק שנגרם למערער.

9. שיעור הנכות: המומחים מטעם הצדדים נחלקו באופן מהותי בנוגע לאחוזי הנכות שיש לקבוע למערער. פרופ' שילוני גרס כי המערער סובלת מנכות בשיעור של 50% בשל מחלת בלוטות המגבילה את כושר עבודתה; וכן 10% נכות בשל הגבלת תנועות בעמוד השדרה הגבי כתוצאה משברים שנגרמו עקב ירידה ברמת הסידן. מנגד, סבר פרופ' פרוינד, המומחה מטעם המשיבים, כי שיעור הנכות הוא 10%. בנוסף טען פרופ' פרוינד כי הפגיעה בעמוד השדרה איננה קשורה לפגיעה בבלוטות, ובית המשפט

קיבל את טענתו זו. צויין בפסק הדין כי על אף שהמערערת סבלה מאפילפסיה עוד לפני הניתוחים, המשיבים לא הגישו חוות דעת המראה מה היה שיעור הנכות של המערערת עובר לניתוחים.

חוות דעתו של פרופ' שילוני התבססה, בין היתר, על דבריה של המערערת לפיהם היא איננה מסוגלת לעבוד כתוצאה מהיפוקלצמיה. בניגוד לכך, הוכח בבית המשפט כי המערערת עבדה כגרפיקאית עד חודש דצמבר 2004 (כשנתיים וחצי לאחר הניתוחים) ומשכורתה לא נפגעה. בנוסף נקבע כי רק בעקבות מעבר דירה עזבה המערערת את מקום עבודתה, וכי בהמשך חזרה המערערת לעבוד, גם אם לתקופות קצרות. בנוסף, נוכח סתירות מסוימות בגרסתה של המערערת, קבע בית המשפט כי לא ניתן לקבוע ממצאים עובדתיים על סמך עדותה בלבד. מנגד, נקבע כי לא ניתן לאמץ במלואה את חוות דעתו המצמצמת של פרופ' פרוינד, נוכח הפגיעה בשגרת חייה של המערערת כתוצאה מהתקפים שנגרמים מההיפוקלצמיה. בית המשפט קבע כי התקפים אלה, שתדירותם לא הובררה, גורמים להתכווצויות בידיים ובפנים ופוגעים בתפקודה של המערערת למשך שעה-שעתיים. בנסיבות העניין נקבע כי שיעור הנכות הרפואית והתפקודית של המערערת בגין ההיפוקלצמיה עומד על 25%.

10. ראשי הנזק: בכל הנוגע לגריעה מכושר ההשתכרות, נקבע כי שיעור הגריעה מכושר ההשתכרות בגין ההיפוקלצמיה זהה לשיעור הפגיעה התפקודית (25%). כושר השתכרותה העתידי של המערערת נקבע על יסוד שכרה של המערערת בשנת 2004, לאחר שמלאו לה 29 שנים והיא עבדה מספר שנים כגרפיקאית ללא שינוי של ממש בשכרה. בשים לב לאפשרות כי בגיל 29 המערערת טרם מיצתה את כושר השתכרותה, אך גם לקיומן של בעיות רפואיות שאינן קשורות לניתוח, נקבע כי יש לחשב את הנזק בהתבסס על שכר חודשי של 7,000 ש"ח. בהתאם לכך, קבע בית המשפט כי סך הנזק שנגרם למערערת בגין הפסדי שכר בעבר, גריעה מכושר השתכרות עתידי והפסדי פנסיה עומד על סכום של 615,000 ש"ח. לכך הוסיף בית המשפט פיצויים בגין ראשי הנזק של עזרת צד ג'; תרופות וטיפולים; וכאב וסבל. סך הכל נקבע כי הנזק עומד על 1,285,000 ש"ח שמהם יש להפחית 50% בגין אובדן סיכויי החלמה, כך שהסכום יעמוד על 642,500 ש"ח. בית המשפט ציין כי הצדדים הגיעו להסכמה דיונית לפיה מסך הנזק ינוכו חלק מתשלומי המל"ל שקיבלה המערערת בסך של 90,000 ש"ח. לסיכום, נקבע כי המשיבים ישלמו למערערת 552,500 ש"ח וכן שכר טרחת עורך דין בשיעור 20% ובתוספת מע"מ.

11. טענותיה של המערערת נחלקו לשלושה ראשים. ראשית, נטען בערעור כי הטענה בעניין סיכויי ההצלחה של השתלת הבלוטה לא נטענה על-ידי המשיבים, ובית המשפט העלה אותה מיוזמתו רק על סמך אמרת אגב של המומחה מטעם המערערת במסגרת חקירתו הנגדית. לגופו של עניין טענה המערערת כי לא הוכח שסיכויי ההצלחה של ההשתלה עומדים על 50% בלבד, ולא היה מקום להסתמך על חוות דעתו של הרופא המנתח בעניין זה. כמו כן ביקשה המערערת לדחות את הטענה כאילו המנתח עמד בפני שתי אפשרויות שוות מעמד: להשתיל את הבלוטה או לשמר אותה בתקווה שהיא תתאושש. נטען כי המנתח הודה שאין סיכוי שהבלוטה תתאושש, מה גם שלסיכויי ההתאוששות של הבלוטה אין סימוכין בספרות הרפואית, והמומחה מטעם המערערת לא נחקר בנושא. שנית, נטען בערעור כי בניתוח הראשון שנערך למערערת, הוכחה רשלנותם של המנתחים, אשר כלל לא ניסו לזהות את הבלוטות. לשיטת המערערת, המסקנה המתבקשת מהיעדר הרישום היא כי היעדר זיהוי הבלוטות במהלך הניתוח הראשון, הוא שגרם לפגיעה בהן, וגם דוקטרינת הנזק הראייתי המובנה מובילה להטלת אחריות על המשיבים. המערערת מדגישה כי אמנם פגיעה בבלוטות איננה בהכרח מעידה על רשלנות, אך בענייננו נפגעו כל ארבע הבלוטות, ותוצאה זו מלמדת כי הניתוחים לא נערכו בצורה הולמת. לבסוף, הפנתה המערערת טענות לעניין הערכת הנזק ושיעור הפיצויים. בין היתר, נטען כי המומחה מטעם המשיבים ביסס את חוות דעתו על סעיף שאיננו מתאים לנסיבות המקרה; כי בית המשפט לא נתן דעתו לחומרת הנזק והשלכותיו על אורח חייה של המערערת ועל יכולת השתכרותה; כי שכרה של המערערת היה צפוי לעלות; וכי גם יתר ראשי הנזק נאמדו בחסר.

12. מנגד, הדגישו המשיבים כי הניתוחים שנערכו למערערת הם ניתוחים מצילי חיים, וכי נוכח קיומו של גידול סרטני – היה צורך לבצע כריתה "רחבה" של בלוטת התריס. בנוגע לניתוח הראשון טענו המשיבים כי קביעת בית המשפט שבוצעה בדיקה לאיתור הבלוטות היא קביעה עובדתית המבוססת על מהימנות העדים ואין מקום להתערב בה, ולחלופין נטען כי חלה התיישנות על עילות שנוצרו בניתוח הראשון. לגבי הניתוח השני טענו המשיבים כי פרופ' אלפיסי פעל בהתאם לשיקול דעת לגיטימי, כאשר העדיף את הפרוצדורה של שימור הבלוטה שנפגעה על פני פרוצדורה של השתלת הבלוטה. נטען כי בית המשפט לא קבע מהם סיכויי ההצלחה של החלופה שנבחרה (שימור הבלוטה), וכי נוכח מומחיותו של המנתח (שגם בית המשפט התרשם ממנה), ראוי היה לאמץ את עמדתו בעניין זה, אף שהיא לא ניתנה במסגרת "עדות

מומחה". המשיבים הדגישו כי בספרות הרפואית קיימת מחלוקת לגבי יעילות הפרוצדורה של השתלת בלוטה, ולטענתם החלטתו של המנתח שלא לבצע השתלה מהווה לכל היותר בחירה בדרך פעולה אחת מתוך שתיים מוכרות. יתרה מזאת, לשיטתם של המשיבים, הידיעה על כך שחלק מהבלוטות נפגעו, מובילה דווקא למסקנה כי אין מקום ליטול "הימור" ולנסות לבצע השתלה. עוד נטען, כי ההבחנה בין מצב שבו לא ידוע על פגיעה ביתר הבלוטות לבין מצב שבו ידוע על פגיעה בחלקן, היא הבחנה שנעשתה על ידי בית המשפט ללא ביסוס רפואי. אשר להערכת הנזק שנגרם למערערת, נטען כי ההתקפים מהם סבלה המערערת מיוחסים רק לתקופה קודמת; כי כיום רמת הסידן של המערערת מאוזנת באמצעות מזרק המחובר לגופה דרך קבע, כך שהמערערת לא סובלת ממגבלה תפקודית; כי שכרה של המערערת לא נפגע כתוצאה מהניתוחים; וכי בית המשפט לא נתן את המשקל הראוי לבעיות רפואיות נפרדות שמהן סובלת המערערת. גם ביחס לשאר ראשי הנזק נטען כי נקבע פיצוי מופרז, כאשר ביחס לחלקם (עזרת צד ג' ותרופות וטיפולים) נטען כי הם כלל לא הוכחו.

דיון והכרעה

הניתוח הראשון

14. כמפורט לעיל, בית משפט קמא הגיע למסקנה כי לא הוכחה רשלנות של המנתחים בניתוח הראשון. אמנם בניתוח זה נפגעו ככל הנראה שתיים מבלוטות יותרת בלוטת התריס של המערערת, אך עובדה זו כשלעצמה איננה מעידה על התרשלנות שכן מדובר בבלוטות זעירות והסיכון לפגיעה בהן הוא סיכון מוכר בניתוחים מסוג זה. המחלוקת בין הצדדים, בהקשר זה, נסבה בעיקרה על השאלה אם צוות המנתחים זיהה או ניסה לזהות את הבלוטות בתחילת הניתוח, כפי שנהוג ומקובל לעשות, ונזכיר כי בגיליון הניתוח לא נכתב דבר אודות זיהוי הבלוטות.

לשיטת המערערת, בפסק דינו של בית משפט קמא נקבע שהמנתחים התרשלו בכך שלא ניסו לזהות את הבלוטות, אך לא הוכח קשר סיבתי בין היעדר הזיהוי לבין הפגיעה בבלוטות, ולפיכך טוענת המערערת לקיומו של קשר סיבתי, בין היתר על סמך דוקטרינת הנזק הראייתי. ואולם, קריאה מדוקדקת בפסק הדין מלמדת כי לא כך הם פני הדברים. מסקנתו של בית משפט קמא, לפיה לא הוכחה רשלנות של המשיבים, היא חד-משמעית, אך מפסק הדין עשויה להתעורר אי-בהירות בנוגע לשאלה אם הוכחה התרשלנות ולא הוכח קשר סיבתי (כפי שטוענת המערערת) או שההתרשלנות כלל לא הוכחה (כפי שטוענים המשיבים). נראה כי בפסק דינו של בית משפט קמא נכרכו שאלת

ההתרשלות ושאלת הקשר הסיבתי זו בזו, במסגרת הדיון בשאלת תחולתה של דוקטרינת הנזק הראייתי המובנה (פס' 37-40 לפסק הדין).

15. כשלעצמי, אני סבור כי בנסיבות העניין לא היה צורך בדיון על תחולתה האפשרית של דוקטרינת הנזק הראייתי המובנה. דוקטרינה זו נועדה למקרים שבהם ההתרשלות שפגעה ביכולת להביא ראיות וההתרשלות שיצרה את הנזק – חד הן (ע"א 4584/10 מדינת ישראל נ' שובר, פס' 113 לפסק-דין (4.12.2012)). הדוגמה הקלאסית למקרה כזה היא בדיקה רפואית שלא בוצעה עקב רשלנות, כשביצוע הבדיקה עשוי היה להוביל לטיפול שימנע את הנזק. ענייננו הוא שונה מעט, וניתן לתאר אותו כמקרה שבו נזק ראייתי מובנה "רוכב" על גבי נזק ראייתי "רגיל": חוסר התייעוד יצר נזק ראייתי ביחס לשאלה אם המנתחים ביצעו או לא ביצעו את הפעולה הבסיסית של חיפוש הבלוטות, וככל שההנחה היא שהמנתחים לא עשו זאת – נוצר נזק ראייתי מובנה – שבמסגרתו אי ביצוע הפעולה הרפואית גם מהווה התרשלות וגם מקשה על הנתבע להוכיח שהתרשלות זו הובילה להתרחשות הנזק.

נראה שמורכבות לכאורית זו הובילה את בית המשפט לבחון את הנושא בהתאם לדוקטרינת הנזק הראייתי המובנה, אך לאור האמור לעיל, אני סבור כי לא היה צורך בכך, וניתן היה להסתפק בכלל הרגיל שהוזכר בפסק הדין, ולפיו "מקום שבו 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 8151/98 שטרנברג נ' ד"ר צ'צ'יק, פ"ד נו(1) 539, 550 (2001); ע"א 8842/08 עזבון המנוח גדעון לב ארי ז"ל נ' אריה, פס' 17 (20.1.2011)). בהתאם לכלל זה, קבע בית המשפט המחוזי כי נוכח היעדר הרישום בגיליון הניתוח – "הועבר לנתבעים הנטל להוכיח כי הבלוטות זוהו בעת שנכרתה האונה הימנית של בלוטת התריס, ואין באפשרותם להרים נטל זה" (פס' 35 לפסק הדין).

לעומת המסקנה בדבר אי-זיהוי הבלוטות, עולה מפסק הדין מסקנה שונה לגבי חיפוש הבלוטות. מפסק הדין עולה כי לגבי חיפוש הבלוטות לא התעורר אצל בית המשפט "ספק שקול", וכנגד העמימות העובדתית שנוצרה כתוצאה מחסר ברישום עומדות "עדויות המנתחים, המהימנות כשלעצמן, לפיהן מדובר בבדיקה שהיא ה'אלף-בית' של ניתוחים מעין אלה, וטענתם לפיה אין להעלות על הדעת כי הבדיקה לא בוצעה בטרם החלה כריתת האונה הימנית של בלוטת התריס הנגועה" (פס' 40, וראו גם פס' 34 לפסק הדין). אף שהדבר לא נכתב במפורש בפסק הדין, משמעות

הדברים היא כי עלה בידי המשיבים להרים את הנטל הראייתי שהיה מוטל עליהם. זאת, אף מבלי להידרש לנימוקים נוספים שהועלו על ידי בית משפט קמא כמו שיהוי והתיישנות.

16. סיכום ביניים: למערערת נגרם נזק במהלך הניתוח הראשון אך לא הוכחה התרשלות מצד המשיבים.

הניתוח השני

17. אשר לניתוח השני, השאלה המרכזית לגבי יסוד ההתרשלות היא אם החלטתו של הרופא המנתח להימנע מהשתלת הבלוטה שנפגעה היתה החלטה סבירה אם לאו. עיקר טענתם של המשיבים הוא כי בפני הרופא המנתח עמדו שתי אפשרויות סבירות, אשר כל אחת מהן משקפת שיטה רפואית מסוימת, ושיקול דעתו המקצועי של המנתח הביא אותו לבחור באופציה של "שימור" הבלוטה ולהימנע מניסיון לבצע השתלה. אכן, לא כל טעות היא התרשלות, וכל שכן "כאשר לא בטעות טיפולית המדובר אלא בבחירת אחת האופציות האפשריות, שהרפואה יודעת אותן אותו זמן ושהיא סבירה בכל הנסיבות הקיימות מבחינתו של הרופא הממוצע לגבי החולה המסוים" (ע"א 323/89 קוהרי נ' מדינת ישראל, פ"ד מה(2) 142, 172 (1991)). דא עקא, בית משפט קמא קבע כממצא עובדתי-רפואי, על סמך הספרות הרפואית שהוצגה לו, כי "כבר במרוצת שנות ה-80 התבססה הדעה לפיה פגיעה של ממש באספקת דם של בלוטה מצריכה השתלה. הספרים המובילים בתחום מציינים במפורש כי ביצוע ההשתלה הוא פעולה יעילה ביותר למניעת היפוקלצמיה" (פס' 49). לא מצאתי כי טענותיהם של המשיבים מגלות עילה להתערב בקביעה זו. הטענה כי בפני המנתח עמדו שתי חלופות טיפוליות סבירות לא זכתה לביסוס מספק, והיא איננה נסמכת על חוות דעת מומחה אלא רק על דבריו של פרופ' אלפיסי, המנתח, במסגרת חקירתו הנגדית. בנסיבות העניין, לא די בכך על מנת להוכיח כי קיימת שיטה חלופית סבירה או כדי להדוף טענה להתרשלות באמצעות טענה להפעלת שיקול דעת (ראו פס' 47 לפסק הדין).

18. למרות שההשתלה איננה פרוצדורה מורכבת, בית המשפט נזהר מלקבוע שבכל מקרה של חשש לפגיעה בבלוטה קיימת חובה לבצע השתלה. כל שנקבע הוא שבנסיבות בהן ידוע שחלק מן הבלוטות כבר נפגעו, יש לבצע את ההשתלה על מנת לנסות למנוע את הנזק ה"קריטי" הנובע מהשבתת פעילותן של כל ארבע הבלוטות (פס' 48). מפסק הדין משתמע, כי כך יש לפעול, גם בהנחה שסיכויי ההצלחה של התהליך אינם מזהירים. כך למשל, בהנחה שסיכויי ההצלחה של ההשתלה הם 50% בלבד, עדיין

יש לבצע השתלה מקום בו חלק מהבלוטות, לרבות הבלוטה המועמדת להשתלה, כבר נפגעו.

יחד עם זאת, אם נותרה רק בלוטה אחת וקיים סיכוי קטן שהיא נפגעה, הרי בהנחה שסיכויי ההשתלה הם נמוכים – מובן שאין חובה לבצע השתלה והדבר אף עלול לגרום נזק. חרף נסיונם של המשיבים לטעון זאת, ענייננו שונה ממקרה זה, שכן פרופ' אלפיסי העיד שהוא נאלץ לבצע דיסקציה לבלוטה ובנסיבות אלה יש "סיכוי גדול מאד" שכלי הדם נפגעו (עמ' 68 לפרוטוקול הדיון בבית משפט קמא). עוד ראוי לציין כי בית המשפט תיאר את המקרה דנן כמקרה שבו "הנחת המנתחים היתה ששלוש בלוטות נפגעו כבר". בהקשר זה צודקים המשיבים בהערתם כי בשלב זה של הניתוח המצב העובדתי היה עמום יותר (היה ידוע בוודאות על כריתה של בלוטה אחת בניתוח הראשון וכן על פגיעה בבלוטה נוספת בניתוח השני, ולגבי בלוטה שלישית שררה אי ודאות), אך אינני סבור שיש בכך כדי לשנות את התמונה באופן מהותי (וראו עדותו של פרופ' אלפיסי בדבר מודעותו לזהירות הרבה שנדרשה ממנו לאחר הניתוח הראשון – עמ' 64 לפרוטוקול).

טענה נוספת שנשמעה מצד המשיבים היא כי ההבחנה בין מצב "רגיל" שבו לא ידוע על פגיעה קודמת בחלק מהבלוטות, לבין מצב "מיוחד" שבו נפגעו בלוטות קודמות ולכן קמה חובה לבצע השתלה של הבלוטה – היא הבחנה שאיננה מבוססת על חוות דעת רפואית ובית המשפט יצר אותה על דעת עצמו. נראה בעיניי כי מסקנתו של בית המשפט מבוססת כדבעי, ולאחר שהוכח בפניו כי פרוצדורת ההשתלה של בלוטה היא "יעילה ביותר", אין פגם בהבחנה ההגיונית בין מקרה שבו מתעורר חשש לפגיעה במספר בלוטות ולכן הימנעות מביצוע השתלה מהווה התרשלות, לבין מקרה שנפגעה רק בלוטה אחת, שאז ההחלטה שלא לבצע השתלה אינה מעידה בהכרח על התרשלות.

19. לסיכום שאלת ההתרשלות, בניתוח השני הוכחה התרשלות בכך שבנסיבות המקרה הקונקרטי הרופאים המנתחים לא ביצעו השתלה עצמית של הבלוטה שנפגעה. מכאן אנו מגיעים לשאלות העיקריות המונחת לפתחנו בערעור. במישור העובדתי-רפואי – האם טעה בית משפט קמא בכך שהעריך את סיכויי ההחלמה ב-50% ובמישור המשפטי – בהנחה שסיכויי ההחלמה אכן גבוהים יותר, האם יש לפסוק פיצוי מלא או פיצוי יחסי, על פי הפגיעה בסיכויי ההחלמה?

נפתח דיוננו בשאלה השניה.

20. הדוקטרינה של "אובדן סיכויי החלמה" קובעת כי במקרים בהם סיכויי ההחלמה של חולה נפגעו כתוצאה מהתרשלות, הוא יהיה זכאי לפיצוי יחסי בהתאם לגובה הסיכויים שאבדו (או הופחתו). דוקטרינה זו הורתה בע"א 231/84 קופת חולים של ההסתדרות נ' פאתח, פ"ד מב(3) 312 (1988) (להלן: עניין פאתח), והיא השתרשה במשפט הישראלי בפסיקה מאוחרת יותר (ראו למשל: ע"א 7469/03 המרכז הרפואי שערי צדק נ' כהן (17.4.2005) (להלן: עניין כהן); ע"א 44/08 שירותי בריאות כללית נ' קסלר (19.5.2009) (להלן: עניין קסלר); ע"א 1693/09 עזבון המנוחה פלונית נ' בית החולים אסף הרופא (3.9.2014) (להלן: עניין עזבון המנוח פלונית)). בדיון הנוסף שנערך בעניין מלול אושרר תוקפה של הדוקטרינה ונקבע כי היא תוסיף לעמוד על כנה (דנ"א 4693/05 ב"ח כרמל-חיפה נ' מלול (29.8.2010) (להלן: עניין מלול)). יש הרואים בהלכה זו צעד אחד מתוך מגמה רחבה יותר של מעבר מ"פתרונות קצה של הכל' או 'כלום'" אל עבר משטר דיוני גמיש וראוי יותר (ישראל גלעד דיני נזיקין – גבולות האחריות 1477 (2012) (להלן: גלעד); והשוו שלמה לבנוני "השפיטה: הכרעה דיכוטומית או פסיקה משקללת? האומנם 'הכול או לא כלום'?" עלי משפט ג 531 (תשס"ד)).

21. פסק הדין בעניין פאתח מבסס את ההכרה ב"אובדן סיכויי ההחלמה" על ההנחה כי אובדן הסיכוי "יכול להיחשב, הוא עצמו, כנזק בר-פיצוי" (שס, פס' 10). בהתאם לכך הודגש בפסיקה כי על מנת לזכות בפיצוי בגין אובדן סיכויי החלמה נדרש התובע להוכיח את מלוא רכיבי התביעה, לרבות הקשר הסיבתי בין פעולתו של הנתבע לבין "ראש הנזק" של אובדן סיכויי החלמה, בהתאם לנטל ההוכחה המקובל במשפט האזרחי (עניין כהן, פס' 10; ע"א 2493/07 קופת חולים של ההסתדרות הכללית נ' אבילפזוב, פס' ל"א (7.9.2009)).

לעומת זאת, בעניין מלול ובפסיקה שבאה אחריו הובהר כי הלכה למעשה לא בראש נזק מדובר אלא בהטלת אחריות יחסית, והשימוש במונח "ראש נזק" שימש "תחפושת" לדוקטרינה המאפשרת פיצוי יחסי-הסתברותי במקרים של עמימות סיבתית. כלומר, דוקטרינה זו מאפשרת, במקרים מסויימים, לפסוק לטובת הניזוק פיצוי בהתאם להסתברות שמעשיו של הנתבע הם שגרמו את הנזק (עניין מלול, פס' 36-37 לפסק-דינו של המשנה לנשיאה א' ריבלין; ע"א 10399/08 פרוטס נ' צ'רגייב, פס' 5 (4.4.2011) (להלן: עניין פרוטס); ע"א 676/10 עזבון המנוחה שרה אליהו ז"ל נ' קופת חולים לאומית, פס' 4 (13.7.2011) (להלן: עניין אליהו); ע"א 1535/13 מדינת ישראל נ' איבי,

פס' 35 (3.9.2015); גלעד, עמ' 1392, 1448). להבחנה בין מצבים שונים של עמימות סיבתית ראו ע"א 6102/13 עצמון נ' חיפה כימיקלים בע"מ, פס' 40 (24.9.2015) (להלן: עניין עצמון); גלעד, עמ' 1387-1395. להסרת ספק ייאמר כי הנטל להוכיח את הפגיעה בסיכויי החלמה עודנו מוטל על התובע.

22. השופט ריבלין ציין כי בעקבות פסק הדין בעניין מלול, המקרה של אובדן סיכויי החלמה הוא המקרה היחיד שבו ניתן לפסוק פיצוי הסתברותי מבלי להידרש להוכחת קיומה של "הטיה נשנית" (עניין אליהו, פס' 4). בהקשר זה ראוי לציין כי אמנם אין עסקינן במקרה של "הטיה נשנית" כהגדרתה בפסיקה (עניין מלול, פס' 22 לפסק דינו של המשנה לנשיאה א' ריבלין; עניין עצמון, פס' 42-45), אך ניתן לטעון שאחד הרציונאלים להחלת פיצוי הסתברותי דווקא במקרים של רשלנות רפואית ולא במקרים אחרים, הוא העובדה שבתביעות אלה מי שנושא בנטל הפיצוי הוא חברות הביטוח, שמהוות "שחקנים חוזרים" בתביעות מסוג זה (בועז שנור "הבסיס העיוני לפסיקת פיצויים חלקיים בישראל" משפטים לז 177, 205 (תשס"ז) (להלן: שנור)). ניתן גם לטעון שבמצבים אלה הטלת אחריות על הנתבע מסייעת לפיזור הנזק (בנימין שמואלי, רון שפירא, קמיל פוקס "הסיבתיות העמומה" - עמומה מדי: על הגברת סיכון, מאזן הסתברויות והערכה כללית המבוססת על צדק" מחקרי משפט כג 855, 886 (תשס"ז) (להלן: שמואלי, שפירא, פוקס)). טעם נוסף להחלת דוקטרינה של פיצוי הסתברותי דווקא במקרים של רשלנות רפואית, הוא מכיוון שהנזק שנגרם במקרים אלה הוא נזק גוף, והדבר מעצים את הקושי להותיר את הניזוק בלא פיצוי כלשהו. כדבריה של השופטת נאור בעניין מלול: "נזק גוף בלתי-מפוצה הוא הקרקע החזקה ביותר ליישום שיקול הצדק המתקן לטובת הכרה בחריג של פיצוי לפי הסתברות" (שם, פס' 62; וראו גם עדי אזור ואילנה נירנברג רשלנות רפואית 742 (מהדורה שניה; 2000) (להלן: אזור ונירנברג)). במקרים של רשלנות רפואית, האפשרות להחיל כלל של פיצוי הסתברותי היא גם פרקטית יותר, מכיוון שבתחום הרפואי קיימת נורמה כללית של איסוף נתונים וחישוב הסתברויות, גם בלי קשר לדיני הנזיקין (אריאל פורת, נזיקין כרך א, 373 (2013) (להלן: פורת – נזיקין)).

23. יש להדגיש כי פיצויים בגין "אובדן סיכויי החלמה" נפסקו בישראל רק במקרים שבהם נגרם לחולה נזק פיזי בפועל (עניין פרוטט, פס' 5 ופס' 9; עניין מלול, פס' 96 לפסק דינה של השופטת מ' נאור). תיחומה של הדוקטרינה למקרים אלה בלבד, מעיד גם הוא כי לא מדובר בפיצוי בגין אובדן הסיכון כשלעצמו אלא בפיצוי בגין הסיכון לכך שהנתבע גרם לנזק שאכן התרחש בפועל (לדיון תיאורטי ביתרונות ובחסרונות של פיצוי בגין יצירת סיכון גרידא ראו פורת – נזיקין, עמ' 333-347).

24. בהתאם לתפיסה זו, אשר מגדירה את הפיצוי בגין אובדן סיכויי החלמה כפיצוי יחסי בגין ההסתברות שהנזק נגרם לתובע כתוצאה מפעולתו של הנתבע – התגבשה גם שיטת חישוב הפיצויים. דרך החישוב המקובלת כיום היא באמצעות הנוסחה הבאה: $\frac{b-a}{b}$ כאשר: b = שיעור הסיכון לאחר ההתרשלות; a = שיעור הסיכון קודם להתרשלות. כך, לדוגמה, מקום בו ללא התרשלות סיכויי החלמה עמדו על 80% אך בשל ההתרשלות ירדו ל-60%, אבדן סיכויי החלמה יעמוד על 50% (40=50%: (20–40) (כפי שנפסק על ידי השופטת חיות בע"א 4975/05 לוי נ' מור, פס' 11 (20.3.2008) (להלן: עניין לוי); עניין פרוטס; אריאל פורת "אחריות הסתברותית לאחר פסק הדין מלול" ספר שלמה לוי 375, 381 (אשר גרוניס, אליעזר ריבלין ומיכאל קרייני עורכים; 2013) (להלן: פורת – אחריות הסתברותית)). דרך זו מייצגת בחינה ex-post ולא ex-ante, כלומר: ההסתברות שהנזק שנגרם בפועל לניזוק אירע כתוצאה מההתרשלות, ולא בחינה תיאורטית מהי ההסתברות לכך שהניזוק עלול היה להיפגע כתוצאה מההתרשלות (גיא שני "אובדן סיכויי החלמה, נזק ראייתי והטיה נשנית: נקודות המפגש ואתרי ההתנצחות שבין המודלים לפתרון בעיית הסיבתיות העמומה" ספר שלמה לוי 395, 424 (2013) (להלן: שני)).

25. לצד התפתחויות אלה, דומה כי הדיון בגבולות ובהיבטים מסויימים של הדוקטרינה טרם מוצה. ברקע הדיון, עומדת ההכרה בכך שבמקרים מסויימים פיצוי יחסי עשוי לסייע להגיע לתוצאה ראויה יותר, הן מבחינת שיקולים של צדק מתקן וצדק חלוקתי והן מבחינת יעילות ההרתעה (עניין מלול, פס' 24-25 לפסק דינו של המשנה לנשיאה א' ריבלין ופס' 45-70 לפסק דינה של השופטת (כתארה אז) מ' נאור; פורת – נזיקין, עמ' 355-359). מן העבר השני עומד הצורך בהצבת גבולות ברורים לדוקטרינה המאפשרת פיצוי יחסי, מחשש לערעור יסודות הדין הנזיקי. יפים לענייננו דבריו של המשנה לנשיאה א' ריבלין בעניין מלול: "המרת הכלל המסורתי של מאזן ההסתברויות, על תוצאתו הבינארית, בכלל של פיצוי-לפי-הסתברות, ללא מבחן תוחם ראוי, תוביל לפריצת גבולות בלתי-רצויה אשר תפגע בהגשמת מטרותיו של הדין [...]" (פס' 12; שם, פס' 3 לפסק דינה של השופטת נאור; ישראל גלעד ואהוד גוטל "על הרחבת האחריות בנזיקין בהיבט הסיבתי – מבט ביקורתי (בעקבות דנ"א 7794/98 משה נ' קליפורד)" משפטים לד 385, 418-419 (תשס"ה) (להלן: גלעד וגוטל); גלעד, עמ' 1419, 1478).

על כך יש להוסיף כי הרחבתן של דוקטרינות המאפשרות פיצוי יחסי עלולה לייקר בצורה משמעותית את עלויות ההתדיינות המשפטיות ולהאריך את משכן, שכן

בית המשפט יידרש לקבוע בכל מקרה את שיעור ההסתברות במקום להסתפק בקביעה בינארית בהתאם לכלל מאזן ההסתברויות (גלעד, עמ' 1381).

יתר על כן, כיום, תובע או נתבע יכולים להעריך באופן גס את סיכוייהם להוכיח את רכיבי התביעה במאזן הסתברויות. בהתאם לכך, נתבע רציונלי שידע כי במקרה הספציפי התובע יכול להוכיח את רכיבי התביעה ברמה של מאזן הסתברויות, יימנע מלנהל הליך משפטי מלא. לעומת זאת, החלת פיצוי יחסי, עלולה לתמרץ את הנתבע לנהל את ההליך עד תומו ולנסות להפחית מגובה הפיצוי ככל שניתן, באמצעות "הפחתת" סיכויי ההחלמה שאבדו לתובע, גם בהעדר מחלוקת אמיתית ביחס להתרשלות ולגובה הנזק. באופן דומה, צפויה עליה בכמות התביעות מצידם של תובעים שאינם סבורים כי ביכולתם להוכיח קשר סיבתי ברמה של מאזן הסתברויות.

בין היתר, גם שיקולים מעין אלה עמדו בבסיס ההכרעה בעניין מלול, שם הוחלט לסגור את שערי האחריות היחסית ולהותיר פתח קטן עבור חריגים מצומצמים בלבד, ובהם אובדן סיכויי החלמה. מכל מקום, נושאים עקרוניים אלו כבר נדונו והוכרעו בעניין מלול, והוזכרו כאן בתמצית רק על מנת לספק רקע לדיון בסוגיות שעדיין זקוקות לפיתוח.

היקף הדוקטרינה של אובדן סיכויי החלמה

26. במסגרת הדיון בדבר היקף הדוקטרינה של אובדן סיכויי החלמה, ניתן לתאר ארבע גישות אפשריות:

א. בכל מקרה שבו הוכח אובדן סיכויי החלמה ייפסק פיצוי יחסי, בלי קשר לשאלה מהו שיעור הסיכויים שאבדו לתובע.

ב. פיצוי יחסי לפי הדוקטרינה של אובדן סיכויי החלמה יינתן רק במקרים בהם סיכויי ההחלמה שאבדו הם פחותים מ-50%, ובכל מקרה שבו הסיכויים גבוהים מ-50% - ייפסק פיצוי מלא, בהתאם לכלל הרגיל של מאזן ההסתברויות. גישה זו מבטאת א-סימטריה בין הסתברות שנוטה לטובת המזיק לבין הסתברות שנוטה לטובת הניזוק, והיא מעדיפה באופן מובהק את האחרון על פני הראשון.

ג. יש להחיל את הדוקטרינה רק במקרים המתאפיינים בעמימות סיבתית, אך לא במקרים שבהם ניתן להגיע למסקנה מסויימת, לגבי קיומו של קשר סיבתי או העדרו, ברמה קרובה לוודאות.

ד. גישה נוספת, אשר מהווה שילוב של הגישה השניה והגישה השלישית, תומכת ביצירת כלל א-סימטרי, שיחול רק במקרים של עמימות סיבתית; כלומר – פיצוי יחסי יינתן רק במקרים בהם הפגיעה בסיכויי החלמה היא נמוכה מ-50% אך איננה זניחה.

27. בהלכת פאתח אומצה הגישה הראשונה, לפיה גם אובדן סיכויים מעל 50% מזכה את הניזוק בפיצוי יחסי (שס, עמ' 319). גישה זו היתה הגישה הדומיננטית בפסיקה עד שניתן פסק הדין בעניין מלול. בהתאם, במקרים מסויימים נפסק פיצוי יחסי בגובה 70% מהנזק (עניין קטלר, פס' 22) ואף למעלה מכך. גם לאחר שניתן פסק הדין בעניין מלול ניתן פסק דין אשר המשיך בדרך זו, וזיכה את התובע בפיצוי יחסי בגין אבדן של 66% מסיכויי החלמה (עניין עזבון המנוח פלונית, פס' 32).

למרות זאת, אני סבור כי בנושא זה טרם נאמרה המילה האחרונה (ראו גם את פסקי הדין שמוזכרים להלן, בפס' 29-31). אין ספק כי פסק הדין בעניין מלול חיזק וביצר את האפשרות לפסוק פיצוי יחסי במקרים של אובדן סיכויי החלמה. בנוסף לכך תרם פסק הדין לחידוד הרציונאל הניצב בבסיס הדוקטרינה, ואין תימה שבעקבות פסק הדין חלו שינויים והתפתחויות שסייעו לעצב את גבולותיה, כמתואר לעיל (שני, עמ' 416-417). נוכח התפתחויות אלה, ישנן סוגיות שטרם נדונו באופן יסודי, וגם המלומדים שעסקו בנושא מציינים כי המצב המשפטי לאחר עניין מלול אינו ברור די הצורך (פורת – נזיקין, עמ' 354, 390; שני, עמ' 417).

28. מבין ארבע האפשרויות שהוצגו, נוטה דעתי אל עבר הגישה הרביעית, אשר מאמצת את עקרון הא-סימטריות במובן זה שפגיעה בסיכויי החלמה בהסתברות של מעל 50% – תוביל לפיצוי מלא, ולצד זאת – איננה מזכה את התובע בפיצוי כלשהו בגין פגיעה בסיכויי החלמה זניחים. את הנימוקים לעמדתי זו אביא בשני שלבים, בהתאם לשתי הקביעות הללו.

אם סיכויי ההחלמה שנגרעו הם גבוהים מ-50% – יש לפסוק פיצוי מלא לטובת הנפגע

29. במסגרת המשפט הנוהג ניתן ביטוי, לא אחת, לכך שבקביעת כלל של אחריות יחסית יש מקום להעדיף את האינטרס של הניזוקים על פני האינטרס של הנתבעים. באופן מפורש הובעה עמדה זו על-ידי השופטת (כתארה אז) מ' נאור בעניין מלול:

“לטעמי הפעלת חריג האחריות היחסית גם לטובת הנתבעים עלולה לערער יתר על המידה את הגישה המסורתית של מאזן ההסתברויות [...] הואיל ומדובר בחריג לעיקרון הכללי יש להתייחס אליו ככזה ולפרשו בצמצום, במיוחד לנוכח מרכזיותו של הכלל ממנו הוא יוצא [...] והעיקר: אחד משיקולי המדיניות העיקריים בבסיס חריג האחריות היחסית הוא כאמור הפגם שדבק בהתנהגות הנתבע-המתרשל. נקודת המוצא מצדיקה פיצוי לפי הסתברות בקטיגוריה זו היא א-סימטריה מוסרית בין התובע (הניזוק) לנתבע (המזיק) שהוכח כי התרשל. נקודת מוצא זו מצדיקה, בהתאמה, א-סימטריה מתקנת בכלים המשפטיים העומדים לרשות הצדדים במשפט. הפגיעה – הנזק – היא נחלתו של הניזוק. החולשה המשפטית – קשר סיבתי עובדתי בלתי ניתן להוכחה עקב סיבתיות עמומה ביחס לעצם גרימת הנזק – הוא נחלתו של הניזוק. לפיכך גם הפתרון הוא נחלתו של הניזוק ולא של המזיק” (שם, פס’ 118, וראו גם פס’ 99 לפסק-דינה).

השופטת נאור אמנם הייתה במיעוט בעניין מלול, וגישתה העקרונית נוטה להרחבה של ההכרה בפיצוי יחסי-הסתברותי, אך בנקודה זו היא מבטאת דווקא עמדה מצומצמת בהשוואה לכלל ה”סימטרי” שהוצע על-ידי המשנה לנשיאה א’ ריבלין (ראו פס’ 8 לפסק דינה של השופטת נאור בעניין מלול). כפי שניתן לראות, גישה זו מבוססת בעיקרה על שיקולים של צדק מתקן, אשר תומכים ביצירת כלל אחריות א-סימטרי לטובת הניזוקים, ולכך אשוב בהמשך.

ובכלל, ניתן לטעון כי ברוח הלכת מלול, יש לצמצם ככל שניתן את האחריות היחסית. הגם שאבדן סיכויי החלמה נותר כ”אי” של אחריות יחסית גם לאחר הלכת מלול, יש אפוא לצמצמו ככל שניתן, ולטובת הניזוק.

30. במקרה נוסף, לאחר מתן פסק הדין בעניין מלול, ערך השופט (כתארו אז) א’ רובינשטיין הבחנה בין מקרה שבו “קיימת הסתברות נמוכה לקשר סיבתי בין החבלה להופעת המחלה” לבין המקרה הנדון, שבגדרו הוכח הקשר הסיבתי ברמה של מאזן

הסתברויות, וטענתם של הנתבעים לפיצוי יחסי – נדחתה (ע"א 9418/04 צוות ברקוביץ מאגרי בניה בע"מ נ' דמארי, פס' י"ג-י"ד (9.4.2006)). כמו כן, בעניין כהן, תיאר המשנה לנשיאה א' ריבלין את האפשרות לפסוק פיצוי לפי אובדן סיכויי החלמה "כמשענת לניזוק שנשללו ממנו הכלים הנקוטים ברגיל", ולפחות לכאורה, ניתן לראות בכך ביטוי לגישה א-סימטרית.

31. גלעד טוען כי הלכה למעשה, נוטים בתי המשפט להחיל את הגישה הא-סימטרית, ולא לקבל טענה של "אובדן סיכויי החלמה" שמועלית כטענת הגנה (גלעד, עמ' 1428-1430). דומה כי טענה זו היא מבוססת למדי, וראו בהקשר זה גם ע"א 1411/11 שירותי בריאות כללית נ' אברמוביץ, פס' 5 (6.5.2013); ע"א 3106/10 עיזבון המנוח נפתלי בשטקר ז"ל נ' בית החולים סורוקה באר שבע, פס' 11 (18.7.2013); ת"א (מחוזי ב"ש) 1311/01 ישורון נ' זייגר, פס' 29 (11.8.2005); ת"א (מחוזי ת"א) 1268/04 לוביאניקר נ' מרכז רפואי "רבין", פס' ז (4.9.2008).

יחד עם זאת, לשיטתו של גלעד הדין הרצוי, להבדיל מהמצוי, הוא כלל סימטרי, במטרה לקדם "הרתעה ראויה וחלוקת סיכונים הוגנת" (גלעד, עמ' 1449). סוגיית ההרתעה והיעילות האופטימלית במסגרת הדוקטרינה של אובדן סיכויי החלמה זכתה להתייחסות בכתובתו של פורת. לטענתו של פורת, אכן במבט ראשון נראה שכלל א-סימטרי מוביל להרתעת יתר שאיננה אופטימלית, אך עיון מעמיק מלמד שמערך התמריצים של המזיק הפוטנציאלי איננו מושפע בהכרח מהיקפו של כלל האחריות היחסית. פורת מסביר שכלל א-סימטרי, שבמסגרתו מוטלת אחריות מלאה במקרים שבהם אבדן הסיכוי הוא למעלה מ-50%, לא אמור להוביל לנקיטת אמצעי זהירות מוגזמים מכיוון שסטנדרט ההתנהגות הסבירה לא השתנה ולכן אין תמריץ לנקוט באמצעי זהירות נוספים. כלומר, בפועל צפויה אמנם פגיעה גדולה יותר בכיסם של הנתבעים, אך לא תהיה לכך השפעה על יעילות ההרתעה, במובן זה שרף הזהירות יישאר ברמה האופטימלית ולא יעלה. פורת מתנה מסקנה זו בכך שבית המשפט אינו שוגה בקביעת סטנדרט הזהירות והנתבע אינו טועה בהבנת הסטנדרט, אך גם בהינתן שטעויות כאלה מתרחשות במציאות, מסקנתו של פורת היא כי "במקרים שבהם הסתברות הקשר הסיבתי גבוהה מ-50% [...] הטיעון ההרתעתי בעד הטלת אחריות כזו [אחריות יחסית] קיים, אך אינו חזק כמו במקרים שבהם הסתברות הקשר הסיבתי פחותה מ-50% (פורת – אחריות הסתברותית, עמ' 391-392; פורת – נזיקין, עמ' 358-357). אזור ונירנברג מצדדים בכך שבמקרה של אובדן סיכויי החלמה של למעלה מ-50% יחוייב הנתבע לשלם פיצוי מלא, משיקולי הרתעה ואשם (אזור ונירנברג, עמ' 742). שמואלי, שפירא ופוקס מצטרפים אף הם למסקנה זו, מחשש לפגיעה חמורה בכלל

ההוכחת של "מאזן הסתברויות" ומחשש לריבוי התדיינויות (שמואלי, שפירא ופוקס, 895).

32. המסקנה כי ראוי להטיל אחריות מלאה על נתבעים שהוכח כי הסיכוי שהתרשלותם גרמה לנזק הוא מעל 50%, גם כאשר הטלת אחריות זו נעשית במסגרת כלל א-סימטרי, נתמכת גם משיקולים של צדק מתקן וצדק מחלק (ראו פורת – אחריות הסתברותית, עמ' 393). השאלה העיקרית שמתעוררת בהקשר של צדק מתקן היא אם קיימת הצדקה כללית לפיצוי יחסי-הסתברותי במקרים של עמימות סיבתית בכלל ואובדן סיכויי החלמה בפרט, אך לכך איננו צריכים להידרש במסגרת הדיון הנוכחי (בעניין זה ראו עניין מלול, פס' 23-24 לפסק דינו של המשנה לנשיאה א' ריבלין ופס' 45-62 לפסק דינה של השופטת (כתארה אז) מ' נאור, ופס' 3-11 לפסק דינו של השופט ס' ג'ובראן; פורת – נזיקין, עמ' 359. לדיון מפרספקטיבה של צדק מחלק ראו שנוור, עמ' 212-215).

33. טיעון מעניין נוסף, שהוזכר במאמרו של שני, מבוסס על ההשוואה בין "כלי העבודה" השונים שנועדו לסייע בהתמודדות עם מצבים של עמימות סיבתית. על פי טיעון זה, אם אובדן סיכויי החלמה יוביל לפיצוי יחסי בכל המקרים, עשוי להיווצר מצב אבסורדי: כאשר כפות המאזניים מעויינות – היינו ההסתברות לקיומו של קשר סיבתי עומדת על 50% – ניתן יהיה לעשות שימוש בדוקטרינת הנזק הראייתי שתוביל לפיצוי מלא; בעוד שבמקרה שהניזוק הצליח להוכיח קשר סיבתי בהסתברות גבוהה מ-50% – הוא יזכה לפיצוי יחסי בלבד (שני, עמ' 418; והשוו רע"א 2146/08 עזבון המנוח בושוויק מיכאל ז"ל נ' מרכז רפואי "בני ציון", פס' 9 (12.1.2011)). על מנת להימנע מתוצאה אבסורדית זו ולשמור על קוהרנטיות בדרך ההתמודדות עם עמימות סיבתית, נראה שיש לבחור בגישה שמחייבת פיצוי מלא במקרים של הוכחת הקשר הסיבתי לפי מאזן ההסתברויות הרגיל.

אין לפסוק פיצוי בגין אבדן סיכויי החלמה בשיעור "זניח"

34. בפסיקה ניתן למצוא מספר ביטויים לגישה אשר מכירה באפשרות לפיצוי יחסי-הסתברותי תוך הסתייגות ממקרים שבהם הסיכוי לקיומו של קשר סיבתי הוא "זניח או מזערי" (פס' 17-18 לפסק-דינו של המשנה לנשיאה א' ריבלין בעניין מלול). בעניין כהן, נדחתה טענה לאבדן סיכויי החלמה בנימוק שלא מתקיימת "עמימות ראייתית המצדיקה היאחזות בראש נזק חלופי זה" (שם, פס' 12). השופטת א' חיות הדגישה בעניין לוי כי הזכות לפיצוי בגין אובדן סיכויי החלמה קיימת "מקום שבו גרעה

התרשלותו המוכחת של הנתבע מסיכויי החלמתו של הניזוק, אך רמת הוודאות בדבר קיומו של קשר סיבתי בין אותה ההתרשלות ובין אי ההחלמה היא עמומה ואינה קרובה לנקודות הקיצון של ההסתברות [...] למעשה מדובר בפיצוי לפי סיכוי במתחם מצומצם ומוגדר של רשלנות רפואית" (עניין לוי, פס' 9; ע"א 2299/03 מדינת ישראל נ' טרלובסקי, פס' 14 (23.1.2007); שנוור, עמ' 216).

35. ישנן שתי הצדקות עיקריות ליצירת כלל שלפיו לא יינתן פיצוי יחסי בגין אובדן סיכויי החלמה בשיעור מזערי: שימור דרישת הקשר הסיבתי ושיקולי יעילות מערכתיים.

ראשית, הקשר הסיבתי בין ההתרשלות לבין הנזק הוא אחד מרכיביה היסודיים של עוולת הרשלנות, וגם אם במקרים מסויימים ומוגדרים ניתן לרוכך את דרישת הקשר הסיבתי, עדיין קיים קושי ניכר להעניק פיצוי במקרה שבו הקשר הסיבתי בין התרשלות לבין הנזק הוא זניח. יפים לעניין זה דבריה של השופטת (כתארה אז) ד' ביניש:

"נראה כי גישה המצדדת בקביעת פיצוי בגין ראשי נזק עצמאיים כאשר לא ניתן להוכיח על-פי מאזן ההסתברויות שהנזק הכולל נגרם בעוולה, גם אם ראוייה 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" (ההדגשה הוספה – י"ע) (ע"א 6643/95 כהן נ' קופת חולים של ההסתדרות הכללית לעובדים בארץ ישראל, פ"ד נג(2) 680, 711 (1999)).

כמו תחומים רבים אחרים, גם עולם הרפואה הוא במידה רבה עולם של אי-ודאות. כל פעילות רפואית טומנת בחובה מעצם טיבה סיכון מסויים לחולה, ומן העבר השני – גם במצבים הרפואיים הקשים ביותר עדיין קיים סיכוי מסויים להחלמה. מובן כי גם במקרים מן הסוג האחרון, הרופא המטפל עושה כל שביכולתו, ודיני הנזיקין צריכים לתמרץ זאת ולהרתיע מפני התרשלות. ואולם, כאשר הסיכון הוא מלכתחילה גבוה מאד, והסיכוי שההתרשלות גרמה בפועל לנזק הוא נמוך מאד, ספק אם יש מקום לנהל הליך דיוני שלם סביב זכאותו של הניזוק לפיצוי הסתברותי, וזאת כאשר גם סכום הפיצוי – במידה שיינתן – איננו צפוי להיות גבוה.

36. הכרה באובדן סיכויי החלמה ככלל גורף (גם מעל 50% וגם במקרים שבהם הסיכון הוא זניח), תוביל לכך שנתבעים ברשלנות רפואית לעולם יוכלו "לקזז" מתוך הפיצוי את החלק היחסי של הסתברות הנזק שהיה צפוי גם אלמלא ההתרשלות. כך למשל, אדם שלא החלים מניתוח שסיכויי ההצלחה שלו הם 95%, ובעקבות התרשלות צנחו סיכויי ההצלחה ל-5%, לא יזכה לפיצוי מלא אלא רק לפיצוי יחסי בשיעור של כ-95% מגובה הנזק. אף שתוצאה זו מתחייבת לכאורה מאימוץ "עקבי" של הכלל לפיצוי יחסי, היא איננה רצויה, כיוון שהוכח כמעט בוודאות שהנזק נגרם כתוצאה מהרשלנות. הבהיר זאת השופט (כתארו אז) א' ריבלין באמרו: "כל טיפול רפואי עשוי לשאת עמו סיכון מסוים, אפילו הוא מבוצע כהלכה. אולם אין זה מקובל ואין זה ראוי, בכל מקרה שבו נכשל ניתוח בשל התרשלות הצוות הרפואי, להפחית מסכום הפיצוי סכום המתיימר לבטא את אותו סיכון, אפילו יהא זה סיכון ערטילאי או מזערי" (עניין כהן, פס' 12). כמו כן, אימוץ גישה שונה מזו יוביל לכך שלכאורה בכל מקרה של רשלנות רפואית יידרש בית המשפט לקבוע מה היה מלכתחילה אחוז ההצלחה של הפרוצדורה הרפואית (ללא התרשלות), וברי כי הדבר יסבך וייקר את ההליך (שמואלי, שפירא ופוקס, 884).

37. בנוסף, אימוץ כלל שיאפשר פיצוי יחסי-הסתברותי גם במקרים של פגיעה באחוז זניח של סיכויי ההחלמה, עשוי להוביל להגשת תביעות רבות בעילה של אובדן סיכויי החלמה, גם מצידם של חולים שסיכויי ההחלמה שלהם מלכתחילה היו נמוכים ביותר. מאחר שרכיב הנזק במקרים אלה הוא צפוי מראש בסבירות גבוהה, אימוץ כלל לפיצוי יחסי יוביל לכך שעל מנת לזכות בפיצוי יהיה על התובע להוכיח רק את יסוד ההתרשלות ואובדן מזערי של סיכויי החלמה. כאמור, מצב כזה איננו רצוי. הוא חורג מתפקידם של דיני הנזיקין ויטיל על המערכת השיפוטית עלויות גבוהות. יצויין כי עלויות הדיון במקרים אלה עשויות להיות אף גבוהות מעלויות של דיון נזיקי "סטנדרטי", מכיוון שככל שהעמימות הסיבתית גוברת והשאלה העובדתית מצויה בעומקו של מתחם ההסתברויות הנמוכות, כך גוברים קשיי ההוכחה.

ניקח לדוגמה מקרה שבו אדם נכנס לניתוח שסיכויי ההחלמה ממנו הם 10%, התרשלות מצד הצוות הרפואי הפחיתה 5% מסיכויי ההחלמה, והחולה לא החלים. במקרה כזה קשה להצדיק פיצוי יחסי-הסתברותי, גם מכיוון שמלכתחילה הניזוק היה ער לכך שהסבירות להחלמתו היא נמוכה מאד, והתוצאה הצפויה היא אי-החלמה. להסרת ספק, אין בטיעון זה כדי לגרוע מזכותו של הניזוק לפיצוי, אם יעלה בידו להוכיח במאזן הסתברויות שההתרשלות גרמה לנזק, ובאופן זה מרתיעים דיני הנזיקין מפני רשלנות.

38. על מנת לסבר את האוזן אביא שלוש דוגמאות ליישום הכלל המוצע:

א. סיכויי ההחלמה של חולה עמדו על 90% וכתוצאה מרשלנות רפואית פחתו סיכויי ההחלמה והם עומדים על 70%, כשידוע שבפועל החולה לא החלים. בהתאם לכלל המוצע, החולה יזכה לפיצוי עבור מלוא הנזק שנגרם לו בפועל כיוון שההסתברות שהנזק נגרם כתוצאה מההתרשלות היא $30 = 66\% : (30-10)$.

ב. סיכויי ההחלמה של חולה עמדו לפני ההתרשלות על 75% ולאחריה על 60%. חולה זה יזכה לפיצוי יחסי בסך 37.5% מהנזק שנגרם לו, בהתאם להסתברות שהנזק נגרם כתוצאה מההתרשלות $(40 = 37.5\% : (40-25))$.

ג. חולה עמד במצב שבו סיכויי ההחלמה שלו הם 10% ובעקבות ההתרשלות הם פחתו ל-5%. הסיכוי שהנזק לחולה נגרם כתוצאה מההתרשלות הוא בשיעור זניח $(5.2\% -)$, והוא לא יהיה זכאי לפיצוי.

(לדוגמאות נוספות ולנוסחת הפיצוי ראו גלעד עמ' 1382 ה"ש 176, עמ' 1428-1427).

39. בשולי הדברים יוער כי גם אם לא יאומץ כלל משפטי אשר מחריג מקרים שבהם הסיכוי שאבד הוא זניח, כנראה שהפרקטיקה השיפוטית עדיין תיטה לכיוון זה. מטבע הדברים חישוב של סיכויי ההחלמה איננו מדויק וכרוך בניתוח סטטיסטי המבוסס על השערות, ולכן קשה מאד, ואולי אף בלתי אפשרי, להעריך אותו בדיוק של אחוזים בודדים. על מנת שבית משפט יגיע לקביעה כי נפגעו סיכויי החלמה בשיעור זניח, עליו לאמץ קביעות ברמת דיוק גבוהה, והסיכוי להגיע לתוצאה כזו – איננו גבוה (ראו בהקשר זה גלעד עמ' 1381-1382; פורת – נזיקין, עמ' 373; עניין מלול, פס' 131-134 לפסק דינה של השופטת (כתארה אז) מ' נאור).

מן הכלל אל הפרט

40. בפסק דינו של בית משפט קמא נקבע כי גם לו היתה מתבצעת ההשתלה, סיכויי ההצלחה שלה היו 50% בלבד, ועל כן נפסק שהנזק שנגרם למערערת כתוצאה מן ההתרשלות הוא 50% מסך כל הערכת הנזק.

טענתה הראשונה של המערערת בנוגע לקביעה זו היא דיונית, ולפיה לא היה מקום להידרש לטענת "אובדן סיכויי החלמה" כטענת הגנה, מאחר שהמשיבים לא טענו לכך במפורש. אכן, בכתב התביעה ובכתב ההגנה לא נשמעו מפי הצדדים טענות בדבר הרלוונטיות של דוקטרינת אובדן סיכויי ההחלמה. זאת, מכיוון שההליך בבית משפט קמא התפתח באופן כזה שמלכתחילה טען כל אחד מהצדדים "כולה שלי", ורק בסופו של יום התברר כי שאלת סיכויי ההחלמה תופסת מקום מרכזי בהכרעה. בהקשר זה יש לציין מספר נקודות: בחוות דעתם של המומחים הובאה התייחסות לשאלת סיכויי ההצלחה של הפרוצדורה; פרופ' שילוני ופרופ' אלפיסי נחקרו בנקודה זו, ופרופ' אלפיסי אף התייחס לסיכויי ההצלחה של ההשתלה בשים לב לגודלן של הבלוטות במקרים שונים, כלומר ברוזולוציה גבוהה; בסיכומים מטעם הצדדים נטען בהרחבה בנושא סיכויי ההצלחה של הפרוצדורה, וב"כ המשיבים אף התייחס בפירוש לאובדן סיכויי החלמה (עמ' 102 לפרוטוקול). כל זאת, מבלי שנשמעה טענה להרחבת חזית. בנסיבות אלה יש לדחות את טענתה הדיונית של המערערת, והמסקנה היא כי אין פגם בכך שבית המשפט נדרש בפסק דינו לנושא אובדן סיכויי ההחלמה.

באופן עקרוני ניתן לטעון כי הכחשה של מלוא האחריות טומנת בחובה ממילא הכחשה לאובדן סיכויי החלמה בשיעור נמוך ממלוא האחריות בבחינת "בכלל מאתיים מנה". עם זאת, אני סבור כי ככלל רצוי לטעון, כטענת הגנה חלופית, לאובדן סיכויי החלמה באופן מפורש בכתבי הטענות. זאת, על מנת להימנע מסיטואציה שבה רק בשלב מתקדם של ההליך מתבררת הטענה, ושני הצדדים טוענים כי לא היה סיפק בידם לטעון את מלוא טענותיהם בנושא.

41. במישור המהותי טענה המערערת כי שגה בית המשפט בכך שפסק כי סיכויי ההחלמה עומדים על 50% בלבד. בפסק הדין צויין כי בחקירתו העריך המומחה פרופ' שילוני את סיכויי ההצלחה של ההשתלה ב-"למעלה מ-50%", אך נקבע בזו הלשון: "מאחר ופרופ' שילוני לא הבהיר במדויק מה שיעור סיכויי ההחלמה, ומעדותו של פרופ' אלפיסי עלה כי אכן מדובר בכ-50% סיכוי, הרי שיש לקבוע שהתובעת זכאית לפיצוי בגין 50% מנזקה" (פס' 51). על פני הדברים, הנמקה זו איננה משכנעת די הצורך, כיוון שפרופ' שילוני, המומחה מטעם המערערת, העריך בחוות דעתו כי ההשתלה יעילה "באחוז גבוה של המקרים", ובסיכום חוות הדעת נאמר כי "ההשתלה עצמית, אם היתה מתבצעת, הייתה מבטיחה בסבירות גבוהה המשך תפקוד תקין של הבלוטות או אחת מהן לפחות" (ההדגשה נוספה – י"ע). במסגרת חקירתו הנגדית התבקש שילוני לפרט בנושא סיכויי ההצלחה של ההשתלה וענה שהיא תצליח "באחוז גבוה, לא תמיד [...] נכון שאין מאה אחוז הצלחה, אבל אין ספק שיש אחוזי הצלחה

ניכרים ואפילו גבוהים". כאשר נשאל במפורש "מה הסיכויים?" ענה פרופ' שילוני "מעל 50%". ודוק: לא 50% אלא מעל 50%. דברים אלה יש לקרוא על רקע האמור בחוות דעתו כאמור לעיל. ועל רקע אמירתו בעדותו כי "השתלה עצמית, אם היתה מתבצעת, הייתה מבטיחה בסבירות גבוהה המשך תפקוד תקין של הבלוטות או אחת מהן לפחות" (ההדגשה נוספה – י"ע) (עמ' 12-13 לפרוטוקול). בהערת אגב יצויין כי בחוות הדעת הוזכר מחקר שבו ההשתלה הצליחה למנוע היפוקלצמיה במאה חולים רצופים, אך במהלך חקירתו של פרופ' שילוני הובהר כי לא מדובר במתודולוגיה שמוכיחה את סיכויי ההצלחה של ההשתלה כשלעצמם (עמ' 15 לפרוטוקול).

מנגד, כל שנאמר בחוות דעתו הרפואית של פרופ' פרוינד מטעם המשיבים, הוא כי קיימת קבוצה של חוקרים הסבורה ש"אין בטחון שהשתלה של רקמת פרהתירואיד [הבלוטה] מצליחה תמיד למנוע ירידה כרונית של הסידן בדם. הם מדווחים על שני חולים בהם שתלו רקמת פרה-תירואיד עצמית ולא הצליחו למנוע ירידה כרונית של הסידן בדם. כך, שלמרות הודעות אופטימיות של הצלחה בשתילה עצמית של פרהתירואיד על ידי מספר מחברים, עדיין הנושא שנוי במחלוקת ומספר מרכזים נותרו ספקנים" (עמ' 5-6 לחוות דעתו). פרוינד לא ציין את זהותם של אותם מרכזים רפואיים "ספקנים" והדבר לא גובה באסמכתא. כמו כן, מובן כי הסתמכות על שני מקרים בלבד איננה מלמדת דבר על סיכויי ההצלחה של השתלת בלוטה, מה גם שלטענת המערערת הכישלון במקרים אלה נגרם בשל שינוי בטכניקת ההשתלה.

המסקנה בדבר סיכויי הצלחה גבוהים של השתלת בלוטה, מבוססת גם על הספרות הרפואית שהוצגה בפני בית המשפט המחוזי. אחד המקורות המרכזיים שהובאו הוא ספר יסוד בלימודי כירורגיה כללית, ובו נכתב כי הליך של השתלת בלוטה הוא "extremely effective" כלומר יעיל ביותר במניעת היפוקלצמיה, ובמקורות נוספים מתוך הספרות הרפואית ניתן למצוא תמיכה למסקנה זו (ראו פס' 46 לפסק-הדין).

אשר על כן, ודווקא מאחר שבית משפט קמא ביכר את חוות דעתו של המומחה מטעם המערערת, אני סבור כי בניגוד לקביעתו הסופית של בית משפט קמא, עלה בידי המערערת להראות שסיכויי ההצלחה של ההשתלה היו גבוהים מ-50%.

43. בעניין הערכת גובה הנזק טענו שני הצדדים לשגגה באומדן הנזק, כאשר מחד גיסא נטען שהנזק הוערך באופן מופרז ומאידך גיסא נטען שהנזק הוערך בחסר. הלכה ידועה היא כי "אין דרכה של ערכאת הערעור להתערב בגובה הפיצויים, מקום בו הפיצוי שנפסק לא חורג מהסביר" (ע"א 7952/08 חכם נ' קופת חולים כללית, פס' 10 (24.2.2010); ע"א 8799/08 הסתדרות מדיצינית הדסה נ' פלוני, פס' 34 (21.3.2011)), וגם בנסיבותיו של המקרה הנוכחי לא ראיתי הצדקה להתערבות בגובה הפיצוי. ראוי להדגיש כי הערכת הנזק בנסיבות המקרה הפרטני היתה מורכבת במיוחד, בין היתר בשל חוסר מידע לגבי תכיפות ההתקפים וכן בשל קושי ניכר לשייך נזקים מסויימים להיפוקלצמיה דווקא, נוכח מחלת האפילפסיה ממנה סבלה המערערת וכן בהינתן נכות אורתופדית שנקבע כי המשיבים אינם אחראים לה. בנסיבות אלה נדרש בית המשפט לתת משקל הולם לשיקולים מנוגדים, במקום בו הצדדים (ואף המומחים מטעמם) לא סייעו לצייר את המפה העובדתית במלואה. במיוחד לאור זאת, אינני סבור כי יש מקום להתערב במסגרת הערעור בהערכת גובה הנזק שנגרם למערערת.

סיכום וסוף דבר

44. כפי שקבע בית המשפט המחוזי, ההתרשלות היחידה מצידם של המשיבים היא בכך שנמנעו מלבצע את הפרוצדורה של השתלת הבלוטה, כשהמנתח היה ער לכך שאספקת הדם לבלוטה נפגעה ובנסיבות בהן היה חשש לפגיעה בבלוטות נוספות.

בית משפט קמא שגה בכך שהעריך את אבדן סיכויי ההחלמה ב-50% בלבד, בעוד שהנתונים שהונחו לפניו מעידים על הסתברות גבוהה להצלחת ההשתלה. בנסיבות אלה, ונוכח עמדתי בדבר היקף תחולתו של כלל הפיצוי היחסי במקרים של אובדן סיכויי החלמה, כאמור, המסקנה היא כי המערערת זכאית לפיצוי מלא בגין הנזק שנגרם לה, בהתאם להערכת הנזק שבוצעה בפסק דינו של בית המשפט המחוזי. במובן זה, הערעור מטעם המערערת מתקבל. הפיצוי יועמד אפוא על הסך של 1,285,000 ₪ וממנו ינוכו מלוא תגמולי המל"ל בסכום של 180,000 ₪.ח. לסכום של 1,105,000 ₪ יתווספו הוצאות המשפט ושכ"ט עו"ד בשיעור 20% בצירוף מע"מ ויתרת אגרה תחול בהתאם לתקנות.

אין צו להוצאות בערכאה זו.

השופטת א' חיות:

אני מצטרפת בהסכמה למסקנה אליה הגיע חברי השופט י' עמית ולפיה יש לאמץ את קביעותיו של בית המשפט המחוזי בהתיריות קרי: כי ההתיריות היחידה מצד המשיבים נעוצה בכך שנמנעו מלבצע פרוצדורה של השתלת בלוטת יותרת בלוטת התריס, למרות שהיה החשש לפגיעה בבלוטות נוספות ומשהמנתח היה ער לכך שאספקת הדם לבלוטה אשר בה אמורה הייתה להתבצע ההשתלה נפגעה.

כמו כן מקובלת עליי מסקנתו של חברי כי בניגוד לקביעתו של בית המשפט המחוזי הראיות שהוצגו מלמדות על הסתברות גבוהה להצלחת ההשתלה ועל כן לא היה מקום להעריך את אובדן סיכויי החלמה ב-50% בלבד. אשר לפועל היוצא מכך אני שותפה לגישתו של חברי, ומטעמיו, לפיה מקום שבו הוכח כי ההתיריות גרמה לאובדן סיכויי החלמה בשיעור העולה על 50%, כבענייננו, אין מקום לפיצוי יחסי והניזוק זכאי במקרה כזה למלוא הפיצוי על נזקיו על פי הכלל הרגיל של מאזן ההסתברויות. הסוגיה של אובדן סיכויי החלמה בשיעור "זניח" אינה טעונה הכרעה במקרה דנן ועל כן לא ראיתי צורך לנקוט בה עמדה.

לבסוף אני מסכימה כי הערכת הנזק שקבע בית המשפט המחוזי אינה מצדיקה התערבות ועל כן יש לגזור ממנה את מלוא הפיצוי המגיע למערערת.

ש ו פ ט

השופט ע' פוגלמן:

מצטרף אני להכרעתו המקיפה של חברי, השופט י' עמית, בסוגיות השונות המפורטות בחוות דעתו, אשר היו דרושות להכרעה בנסיבותיו של ערעור זה שעליהן עמדה גם חברתי, השופטת א' חיות. כחברתי אף אני אינני רואה לנקוט עמדה בסוגיה של אובדן סיכויי החלמה בשיעור "זניח", משזו אינה טעונה הכרעה בנסיבות שלפנינו.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט י' עמית.

ניתן היום, כ' בכסלו התשע"ו (2.12.2015).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט