

כללית של איסוף נתונים וחישוב הסתברויות, גם בלי קשר לדיני הנזיקין
[...]"⁷¹.

3.12 היקף הדוקטרינה של אובדן סיכויי ההחלמה

כמפורט לעיל, נתעוררה שאלה בפסיקה, אם יש מקום להפעיל תמיד את הדוקטרינה, ואין זה משנה מהו שיעור אובדן הסיכויים שהוכח, או שמא לא. כזכור, נקודת המוצא של השופט לוין בעניין פאתח הייתה כי:

"לעניין זה אין, לדעתי, הבדל בין מקרה, שבו הסיכוי שאבד גדול או קטן מ-50%, הואיל ובשני המקרים לא יזכה הנזוק בפיצוי אלא בשיעור הסיכוי שהפסיד עקב הרשלנות"⁷².

השופט עמית הכריע בשאלה זו בעניין ל"ד, תוך יצירת הבחנה בין שלושה סוגי מקרים:
א. סיכויי ההחלמה היו גבוהים מ-50% – במקרה זה יזכה התובע לפיצוי מלא (כלומר 100% מנזקו). לדוגמה: אם אובדן הסיכויים היה 70% – יזכה התובע ל-100% פיצוי, ולא ל-70% בלבד. כך, שוב לא יוכלו הנתבעים לרתום את הלכת פאתח לטובתם.

כנימוק לגישה זו הביא השופט עמית את דבריה של הנשיאה נאור בעניין דנ"א מלול:

"[...] 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

⁷¹ שם, פס' 22.

⁷² לעיל ה"ש 42.

הנתבע-המתרשל. נקודת המוצא המצדיקה 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".⁷³

נוסף על כך, אם אובדן סיכויי החלמה יוביל לפיצוי יחסי בכל המקרים, עלול להיווצר מצב אבסורדי: כאשר כפות המאזניים מעוינות - כלומר ההסתברות לקיומו של קשר סיבתי עומדת על 50% - אפשר יהיה להשתמש בדוקטרינת הנזק הראייתי שתוביל לפיצוי מלא; בעוד במקרה שהניזוק הצליח להוכיח קשר סיבתי בהסתברות גבוהה מ-50% - הוא יזכה לפיצוי יחסי בלבד. כדי להימנע מתוצאה אבסורדית זו ולשמור על קוהרנטיות בדרך ההתמודדות עם עמימות סיבתית, יש לבחור בגישה שמחייבת פיצוי מלא במקרים של הוכחת הקשר הסיבתי לפי מאזן ההסתברויות הרגיל.⁷⁴

ב. סיכויי החלמה היו נמוכים מ-50%⁷⁵ אך לא היו 'זניחים' או 'מזעריים' - התובע יזכה לפיצוי בגובה אובדן הסיכויים. לדוגמה: אם אובדן הסיכויים היה 30% - יזכה התובע לפיצוי בגובה 30% מנזקו.

ג. סיכויי החלמה היו 'זניחים' או 'מזעריים' - התובע לא יזכה בפיצוי כלל. מהו סיכוי זניח? אין קביעה קטגורית בפסק הדין, אך מובא כדוגמה אובדן סיכויי החלמה בגובה 5%. עם זאת, שני חבריו של השופט עמית להרכב, הנשיאה חיות והשופט פוגלמן, הותירו בצריך עיון את השאלה מה יהיה הדין במקרה של אובדן סיכויי החלמה מזעריים.

73 עניין ל"ד, לעיל ה"ש 69, פס' 29 לפסק דינו של השופט עמית. וראו גם דנ"א מלול, לעיל ה"ש 65, בפס' 118.

74 עניין ל"ד, לעיל ה"ש 69, פס' 33.

75 כולל 50%.

3.13 דרך החישוב של אובדן סיכויי ההחלמה

עניין לוי⁷⁶ עסק באישה שנפטרה ממחלת סרטן צוואר הרחם, לאחר שחל איחור במועד אבחון המחלה על ידי הנתבעים. הוכח שאלמלא איחור זה, סיכויי ההחלמה של המנוחה היו עומדים על 80%, ואילו כתוצאה של האיחור, הופחתו הסיכויים ל-60%.

האם המשמעות היא שגובה אובדן הסיכויים, שעליו תפוצה משפחת המנוחה, הוא 20%? בית המשפט המחוזי השיב בחיוב, אולם בית המשפט העליון תיקן תוצאה זו. הגם שלדרך החישוב של בית המשפט המחוזי יש תימוכין כאשר מתייחסים לאובדן הסיכויים במונחים של ראש נזק (גישה שנדחתה כאמור בפסיקה החדשה של בית המשפט העליון):

"[...] בהקשרים מסוימים היא עלולה להוביל לתוצאה לא מדויקת לפי כללים מקובלים של חישוב סיכויים. זאת בייחוד מקום שידוע בעת עריכת החישוב כי החולה לא החלימה. נראה כי חישוב מדויק יותר על פי כללים אלה מוביל אל המסקנה כי הסיכוי שהתרשלות המשיבים במקרה דנן היא שגרמה לנזק עומד על 50% ולא על 20% [...]"
(ההדגשה הוספה - א' ד').⁷⁷

את החישוב ערך בית המשפט העליון לפי הנוסחה הבאה (שהיא הנוסחה הנכונה לחישוב בכל מקרה של אובדן סיכויי החלמה, לכל הפחות בכל מקרה שבו ידוע כי בסופו של דבר לא החלים החולה):⁷⁸

- a - שיעור הסיכון קודם להתרשלות
(תמונת הראי של גובה סיכויי ההחלמה קודם להתרשלות)
- b - שיעור הסיכון לאחר ההתרשלות
(תמונת הראי של גובה סיכויי ההחלמה לאחר ההתרשלות)

⁷⁶ ע"א 4975/05 לוי נ' ד"ר מור (נבו 20.3.2008).

⁷⁷ שם, פס' 11 לפסק דינה של הנשיאה חיות.

⁷⁸ בית המשפט העליון חזר על נוסחה זו גם בעניין ל"ד, לעיל ה"ש 69.

אובדן הסיכויים יהיה:

$$\frac{b-a}{b}$$

בעניין לוי לדוגמה יישום הנוסחה היה כך:

שיעור הסיכון קודם להתרשלות = 20%

שיעור הסיכון לאחר ההתרשלות = 40%

$$\frac{40-20}{40} = \frac{20}{40} = 50\%$$

לפיכך זכו התובעים לפיצוי בסך 50% מנזקיהם, חלף ה-20% שנקבעו בבית המשפט המחוזי. וכפי שקבע שם בית המשפט:

“ביודענו כי הסיכון לתמותה אכן התממש ובמלים אחרות, ביודענו כי המנוחה השתייכה לאותם 40% שלא החלימו, קיים סיכוי סטטיסטי של 50% (20/40) שהמנוחה נפטרה בשל ההתרשלות. [...] ניתן לערוך את החישוב באופן המשקף נכונה את הסיכוי הסטטיסטי להחלים שאבד למנוחה כתוצאה מן ההתרשלות, בהינתן העובדה שלא החלימה” (ההדגשה הוספה – א’ ד).⁷⁹

על רציונל זה חזר בית המשפט העליון בעניין ל”ד:

“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 [...]” (ההדגשה הוספה – א’ ד).⁸⁰

⁷⁹ עניין לוי, לעיל ה”ש 76, פס’ 11 לפסק דינה של הנשיאה חיות.

⁸⁰ עניין ל”ד, לעיל ה”ש 69, פס’ 24 לפסק דינו של השופט עמית.

3.14 אובדן סיכויי החלמה כאשר הניזוק נותר בחיים

שאלה נכבדה, שנדמה שטרם הוכרעה במפורש בפסיקת בית המשפט העליון, היא מה יהיה הדין, כאשר הניזוק נותר בחיים, אך הרשלנות גרמה לו לאובדן פוטנציאלי (שטרם התממש) של סיכויי החלמה. האם הניזוק יהיה בכלל זכאי לפיצוי על אובדן זה, ואם כן, האם הנוסחה המתאימה לחישוב האובדן תהיה זו של פסק דין לוי?

שאלה זו עשויה להיות נפוצה יותר משנדמה. במחלות רבות, בעיקר במחלות סרטן, ישנם מחקרים וסטטיסטיקות מפורטים ביותר, החוזים את שיעור סיכויי ההחלמה בכל שלב (stage) שבו מתגלה המחלה.

כך, לדוגמה, בסרטן שד, סיכויי ההחלמה – באופן גס הם: אם המחלה מתגלה בשלב 1 גבוהים ביותר עד כדי 90% ומעלה; בעוד בשלב 4 הם אפסיים. אם לדאבון הלב התובעת נפטרה ממחלתה, לאחר שנתגלתה באיחור רשלני בשלב 4 במקום בשלב 1, ברור שהתובעים יזכו לפיצוי מלא, שכן הסיכון התממש, לפי הלכת ל"ד

ולפי הנוסחה: $\frac{100 - 10}{100} = 90\%$

מה יהיה הדין אם המחלה נתגלתה בשלב 3 שבו 40% סיכויי החלמה במקום בשלב 2 שבו 80% סיכויי החלמה? אם הסיכון אכן התממש והתובעת נפטרה ממחלתה בשלב 3, הפיצוי יהיה:

$$66\% = \frac{40}{60} = \frac{60 - 20}{60}$$

אך אם התובעת נותרה בחיים, ברור שלא תזכה לפיצוי מלא.

קיימות שתי גישות אפשריות: האחת, שלא תזכה בפיצוי כלל. השנייה, שתזכה לפיצוי בגובה 40%, שכן זה גובה אובדן הסיכויים שנגרם לה כתוצאה של אבחון מחלתה בשלב 3 במקום בשלב 2 (80-40).

כך עשה בית משפט השלום בעניין בירמן.⁸¹ פסק דין זה עסק באיחור באבחון סרטן מסוג מלנומה, באופן שהוריד את סיכויי ההחלמה של התובעת (שנותרה בחיים)

⁸¹ ת"א (שלום י-ם) 1856/06 בירמן נ' מכבי שירותי בריאות (נבו 13.5.2008). את פסק הדין נתן השופט דוד מינץ, היושב כיום בבית המשפט העליון.

מ-80%–85% ל-60%. בית משפט השלום קבע שדרך החישוב שנקבעה בעניין לוי אינה ישימה לנסיבות המקרה:

“בפסק הדין בעניין לוי, בקובעו את דרך החישוב, בית המשפט קבע את אשר קבע על בסיס העובדה שהחולה באותו מקרה לא החלימה ממחלתה, אלא נפטרה במחלתה, או בלשון בית המשפט ש’הסיכון לתמותה אכן התממש’ [...]. ברם, מקרה זה שונה בתכלית, שכן מדובר רק בהערכת הסיכון הסטטיסטי שהתובעת לא תחלים ממחלתה. רוצה לומר, לתובעת עדיין קיימת הסתברות סטטיסטית שהיא תחלים ממחלתה בשיעור של 60% וודאי שלא הוכח שהיא תיפול דווקא במסגרת אותם 40% מהמקרים בהם החולים אינם מחלימים ממחלתם. לכן, ברור ששיעור הנזק שניתן לזקוף לנתבעים במקרה זה נמוך באופן משמעותי משיעורו לו הסיכון לתמותה כבר היה מתממש.

לכן, הדרך הנכונה לאמוד את תרומת הנתבעים למצבה של התובעת היא [...]. לערוך חישוב המבוסס על אחוזים בשיעור הזהה לשיעור הקטנת סיכויי ההחלמה של התובעת לפני התרשלנות הנתבעים ולאחריה. לאמור, במקרה זה 82.5% פחות 60%, היינו 22.5%” (ההדגשה הוספה – א’ ד’).

אכן, בענייני לוי ול”ד הודגש כי דרך החישוב היא *ex-post*, ומתוך הנחה שהסיכון לתמותה התממש. עם זאת, נפסק בעניין לוי ש’יש תימוכין’ לדרך החישוב של אובדן סיכויים במונחים של ‘ראש נזק’, אך היא לא תהיה מדויקת ‘בייחוד’ במקרים שבהם החולה נפטר ממחלתו.

בדנ”א מלול,⁸² ציינה הנשיאה נאור כי:

“[...]” נוטה אני לדעה כי דוקטרינת אובדן סיכויי החלמה שייכת לקטיגוריה של עמימות ביחס לגודל הנזק. פסיקת פיצוי לפי הסתברות במסגרת דוקטרינת אובדן סיכויי החלמה מותנית בהוכחת קיומו של נזק פיזי ממשי בפועל שסבל התובע (למצער, סיכון שידוע שהתממש

⁸² לעיל ה”ש 65.

אצל התובע) ואשר טיבו הוא פגיעה בפועל בבריאות התובע [...]”
(ההדגשה במקור).

ולעומת זאת:

”[...] פיצוי בגין הגברת סיכון ניתן בטהרתו בגין עצם החשיפה לסיכון
אף אם זה לא התממש כדי נזק ממשי בפועל, ולפיכך עשוי להינתן גם
לתובע שהוא בריא ושלם” (ההדגשה הוספה – א’ ד).⁸³

המלומד שנור סבור במאמרו⁸⁴ כי:

”למרות שמבחינה תיאורטית הכרה באובדן סיכויי החלמה כנזק מצדיקה
פיצוי בגין אובדן סיכוי גם כשבסופו של דבר לא נגרם לתובע נזק – ספק
אם יש שיקולי מדיניות המצדיקים זאת. פסק דין המפצה אדם בגין
סיכוי לנזק כשידוע שהנזק לא קרה ולא יקרה יוצר הרתעת-יתר, חורג
מכללי הצדק המתקן ולא יהיה מקובל על החברה” (ההדגשה הוספה,
ולא לחינם).

סיכויי ההחלמה בעניין בירמן דלעיל היו סיכויי ההישרדות לעשר שנים ממועד גילוי
הגידול. פסק הדין ניתן ארבע שנים לאחר גילוי הגידול, ולכן ברי שדרך החישוב הייתה
רלוונטית (שכן טרם היה ידוע אם התובעת החלימה ממחלתה, כלומר, שרדה עשר
שנים).

ברור שאם עברו שנים רבות ממחלתה, והתובעת נותרה בחיים, אפשר להגיד
בביטחון שהסיכון המוגבר למוות כלל לא התממש, ולכן אין זכאות לפיצוי. אך אם
התביעה הוגשה סמוך לאבחון, לא ברור אם הסיכון יתממש או לא, ומדובר בסיכון
פוטנציאלי, שלכאורה יש לפצות עליו.

⁸³ דנ”א מלול, לעיל ה”ש 65, פס’ 96–97 לפסק דינה של הנשיאה נאור.

⁸⁴ בעוז שנור “הבסיס העיוני לפסיקת פיצויים חלקיים בישראל” משפטים 177, 189
(התשס”ז).

כך עושים בתי המשפט כדבר שבשגרה בראש הנזק של אובדן כושר השתכרות, למשל. יודעים בהקשר זה דבריו של השופט מ' חשין:

"בחישוב פיצויים בגין הפסד כושר השתכרות לימים יבואו, נדמים אנו בעינינו כמו היינו מהלכים בארץ הפלאות של עליסה, ארץ בה ניחושים והשערות הן עובדות, ותקוות ומשאלות לב הן מציאות. הוטל עלינו לגלות את צפונות העתיד עתיד שיהיה ועתיד שלא יהיה – ואנו לא נביאים אנו ולא בני נביאים".⁸⁵

וכן דברי הנשיא ברק:

"בקביעת הזכות לפיצויים והיקפה יש לבחון את הסיכוי, כי ההשתכרות בעתיד תהא קטנה מזו שבהווה. סיכוי זה אינו נמדד על פי עודף מאזן ההסתברות האזרחי הרגיל אלא במידת הממשות שלו, על פי מבחני השכל הישר. יש להתחשב בסיכוי, גם אם אין הוא בטוח, ובלבד שאינו אפסי או ספקולאטיבי או היפותטי גרידא".⁸⁶

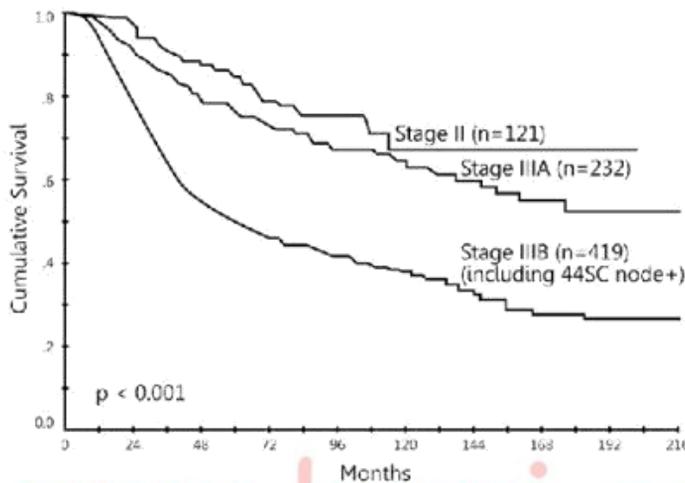
יוער כי המחקרים הרפואיים הם בדרך כלל לתקופות של עד חמש או עשר שנים מגילוי המחלה. לעיתים, לאחר תקופה זו, הגרפים מתיישרים והתמותה פוסקת, ואפשר להגיד למעשה שהחולה 'שרד' והחלים ממחלתו. הדוגמה הבאה לקוחה מתוך אחד מספרי הלימוד של סרטן השד:⁸⁷

⁸⁵ עניין מרצלי, לעיל ה"ש 18, עמ' 823.

⁸⁶ ע"א 237/80 ברשות נ' האשמש, פ"ד לו(1) 281, 307 (1981).

⁸⁷ JAY R. HARRIS ET AL., DISEASES OF THE BREAST 959 (3rd ed, 2004)

Overall Survival by Clinical Stage



www.bursi.co.il

אפשר לראות שלאחר עשר שנים ממועד אבחון הגידול בשלב 2, הגרף מתיישר ולמעשה התמותה פוסקת, ובמצב שכזה אין יתרון לאבחון הגידול בשלב 1.

כך, למשל, היה בעניין פלונית⁸⁸ שנידון בבית משפט השלום (אף שהמלים 'אובדן סיכויי החלמה' לא הוזכרו בו במפורש). התובעת טענה שם לאיחור באבחון גידול ממאיר בשלב 2 במקום בשלב 1. נטען להבדל לרעה בשיעור ההישרדות לחמש שנים של 11.5% (99.1% בשלב 1 לעומת 87.6% בשלב 2). ברם, פסק הדין ניתן שמונה שנים לאחר מועד האבחון. בית משפט השלום פסק כי:

"מקום בו מחוות הדעת [...], עולה כי נקודת ההנחה לעניין הפגיעה בסיכויי ההישרדות התייחסה לתקופה בת חמש שנים מהאבחון – הרי שמשעה בו חלפו כאמור למעלה משמונה שנים ללא הישנות של כל גידול ממאיר בשד הימני או בכלל – יש בכך כדי לשמוט את הקרקע

⁸⁸ ת"א (שלום פ"ת) 8812-05-15 פלונית נ' קופת חולים לאומית (נבו 30.7.2020).

תחת הטענה בחוות הדעת לעניין הפגיעה הנטענת בתוחלת החיים [...]”⁸⁹.

התביעה נדחתה, גם בשל כך שלא היה שוני בטיפול בגידול לו היה מאובחן בשלב 1. לטעמנו, כל הדעות שהבאנו לעיל יכולות לדור בכפיפה אחת, כאשר הכלל יהיה כדלקמן:

1. אם טרם חלפה התקופה אליה מתייחסים סיכויי ההחלמה – יש לפצות על הפגיעה באובדנם, לפי הנוסחה שהוצעה בעניין בירמן.⁹⁰ אין כל סיבה שלא לפצות על נזק פוטנציאלי שטרם התממש, ושאיננו יודעים אם יתממש אם לאו. זו דרכה של הפסיקה בדיני הנזיקין מקדמת דנא. והדברים אף בקל וחומר: אם על נזק פוטנציאלי של ירידה בשכר מפצים בתי המשפט כדבר שבשגרה, האם לא ראוי לפצות על נזק פוטנציאלי של אובדן חיים?
2. אם חלפה התקופה אליה מתייחסים סיכויי ההחלמה והתובע נותר בחיים – אכן, לא נגרם כל נזק והתובע לא יהיה זכאי לפיצוי,⁹¹ אלא אם האיחור הוביל לשוני בטיפול, כגון טיפולים רבים או קשים יותר, שאז יהיה זכאי התובע לפיצוי בגין הנזק שנגרם לו בשל הבדל זה.

⁸⁹ שם, פס' 16 לפסק הדין.

⁹⁰ עניין בירמן, לעיל ה"ש 81.

⁹¹ יושם אל לב כי גם לעמדתו של שנוור (לעיל ה"ש 84), שלילת הפיצוי בגין אובדן סיכויי החלמה משיקולים של מדיניות משפטית תהיה מוצדקת רק כאשר ידוע כי הנזק לא קרה "ולא יקרה". לעניין זה אין נפקות לבסיס העיוני לפסיקת פיצויים חלקיים בגין אובדן סיכויי החלמה, ראו דבריו של שנוור: "ההבדל בין שני הבסיסים לפסיקת פיצוי חלקי מומחש בצורה חדה גם במקרה שבו התרשלנות הרופא אכן הביאה להפחתת סיכויי ההחלמה (למשל, מ-80% ל-20%) אך בפועל ידוע שבסופו של דבר החולה החלים ולא נגרם לו נזק גוף" (שם, עמ' 189, ההדגשה הוספה – א' ד'). ראו גם דבריה של הנשיאה נאור בדנ"א מלול, לעיל ה"ש 65, פס' 84 לפסק דינה: "מקובל עלי כי הטלת אחריות בגין יצירת סיכון שידוע שלא התממש אינה מוצדקת, וזאת בעיקר מטעמים של חירות האדם לפעול וליטול סיכונים" (ההדגשה במקור).