



## בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 9213/05

ע"א 10277/05

רע"א 5652/06

בפני: כבוד השופט א' רובינשטיין  
כבוד השופט ס' גובראן  
כבוד השופט י' דנציגר

המערערים (ע"א 9213/05) 1. פלוני  
2. פלונית  
3 פלוני

נגד

המשיבות (ע"א 9213/05): 1. קופת חולים של ההסתדרות הכללית  
2. הסתדרות מדיצינית הדסה (משיבה פורמלית)

ערעורים על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בירושלים  
(השופט דרורי) מיום 29.8.05 בתיק א' 3248/01

תאריכי הישיבות: ה' בתמוז תשס"ז (21.6.07)  
כ"ו באדר ב' תשס"ח (2.4.08)  
י"ד בכסלו תשע"א (21.11.10)

בשם המערערים: עו"ד עמוס גבעון  
בשם המשיבה 1: עו"ד מירי ניסני-יצחק; עו"ד דורון איצקוביץ  
בשם המשיבה 2: עו"ד יעקב עוזיאל

### פסק-דין

השופט א' רובינשטיין:

א. ערעורים על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בירושלים (השופט דרורי) מיום 29.8.05 בתיק א' 3248/01, וכן בקשת רשות ערעור על החלטתו בתיק זה מיום 18.5.06. הערעורים הוגשו בשנת 2005 אך בהסכמת הצדדים נדחה הדיון בהם עד להכרעה בדיון הנוסף בפרשת עדן מלול (דנ"א 4693/05 בית חולים כרמל-חיפה נ' עדן מלול (טרם פורסם); ראו החלטת ההרכב מיום 21.6.07). משניתן פסק הדין בדיון

הנוסף (ביום 29.8.10) שבנו ושמענו את הצדדים. הצעתנו לפשרה (שהועלתה בדיון ביום 21.11.10) נדחתה על ידי המשיבה 1, ועתה באה עת הכרעה.

פסק הדין קמא

ב. בראשו של המערער 1 (להלן המערער; מערערים 2-3 הם הוריו) יליד 1986 התגלה בשנת 2000 גידול מסוג קרניופרינגיומה (Craniopharyngioma) אשר הוסר בניתוח. כתוצאה מהגידול ומהניתוח סובל המערער מתסמונות שונות, הקשורות ברובן לפגיעה בבלוטת יותרת המוח, מפגיעה בראיה ומקשיים קוגניטיביים ופסיכו-מוטוריים (פסקה 36 לפסק הדין קמא). במוקד ההליך עומדת טענת המערערים להתרשלות המשיבה 1 (להלן המשיבה) שהביאה לאיחור ניכר באבחון הגידול; איחור אשר מנע את האפשרות לטפל בגידול בעודו קטן יותר (בכל הנוגע למשיבה 2 הושג הסדר דיוני והיא אינה עוד צד מהותי להתדיינות). בפסק דין ארוך ומנומק (המשתרע על פני 136 עמודים) התמודד בית המשפט המחוזי עם מספר סוגיות.

ג. ראשית קבע בית המשפט, כמסקנה משפטית המיוסדת על דוקטרינת הנזק הראיתי (פסקה 101 לפסק הדין), כי בשנת 1994 סבל המערער מתסמונת הקרויה פוליאוריה (ריבוי שתן) בנסיבות בהן צריכים היו רופאיו להפנותו לבדיקות הדמיה, אך אלה התרשלו ולא עשו זאת. בית המשפט אמנם ציין, כי ספק אם המערער הוכיח את קיומה של פוליאוריה ברמת ההסתברות הנדרשת (פסקה 95 ופסקה 101); אך קבע, כאמור, כי רשלנות המשיבה בכל הנוגע לטיב הרישום הרפואי ולהיקפו מעבירה את הנטל לכתפיה - והיא לא עמדה בו. "יתרה מזאת" (כדבריו בפסקה 102) נדרש בית המשפט לארבעה עניינים נוספים בהם סטו הרופאים "מסטנדרט ההתנהגות הסביר, של רופא ילדים סביר" אף אילולא סבל המערער מפוליאוריה (פסקה 102). שנית נקבע, כי בהינתן הפוליאוריה, המאפיינת מצבים בהם בדיקות הדמיה יעילות, "אם היתה מבוצעת אותה בדיקת הדמיה, היה מתגלה הגידול. לכן יש קשר סיבתי בין אי ביצוע בדיקות ההדמיה לבין אי גילוי הגידול" (פסקה 128). לשון אחר, קיים קשר סיבתי בין אי גילוי הגידול לבין עיכוב הטיפול בו עד לשנת 2000.

ד. השאלה השלישית לה נדרש בית המשפט היא, האם עיכוב הטיפול אכן גרם נזק, ואם כן מה היקפו. בית המשפט ציין, כי המומחים מסכימים שגידול מסוג זה נמצא במוחו של החולה למצער מלידתו, כי הוא גדל לאורך השנים, וכי ככל שהוא מטופל מוקדם יותר (בשלבים מוקדמים אף ללא ניתוח) הנזק למטופל קטן יותר. ומנגד ציין, כי "אין לקרניופרינגיומה גרף גידול מקובל או לינארי" (פסקה 129), ואין איפוא דרך

לדעת האם בתקופה הרלבנטית (1994-2000) הגידול אכן התרחב ובאיזו מידה. ועוד נקבע, כי חלק מהנזק תלוי במשתנים שאינם דווקא גודל הגידול ("מיקומו; מבנהו הביולוגי; היותו מועד להידבקויות" - פסקה 129), ואף הם בגדר נעלמים. בהינתן רקע מדעי זה קבע בית המשפט:

"לכאורה, על פי המבחנים המקובלים של דיני הראיות, צריכה היתה התביעה להידחות, שכן, התובעים אינם יכולים להוכיח מעבר למבחן ההסתברות (מעל 50.1%) כי אכן האיחור באבחון - שהוא הוא ההתרשלות של רופאי קופת החולים - הוא אשר גרם את הנזק לתובע" (פסקה 132).

כך "על פי המבחנים המקובלים של דיני הראיות", ואולם בנקודה זו סקר בית המשפט מספר דוקטרינות משפטיות המאפשרות פסיקת פיצוי בנסיבות של עמימות סיבתית (בין היתר נדרש בית המשפט לע"א 6643/95 כהן נ' קופת חולים של ההסתדרות, פ"ד נג(2) 680; ע"א 2781/93 דעקה נ' בית חולים "כרמל" חיפה, פ"ד נג(4) 526; ע"א 231/84 קופת חולים של ההסתדרות נ' פאתח, פ"ד מב(3) 312; ע"א 2509/98 גיל נ' קופת חולים של ההסתדרות הכללית, פ"ד נד(2) 38).

ה. בסופה של סקירה, כך דומה, ביסס בית המשפט את פסק דינו מעבר לכל אלה על ההלכה שנקבעה לעת ההיא בערעור אזרחי עדן מלול (ע"א 7375/02 ב"ח כרמל-חיפה נ' מלול, פ"ד ס(1) 11). נקבע (על דרך ההערכה), כי 20% מהנזק יש לייחס לעצם קיומו הלא-עוולתי של הגידול (פסקה 140). ביחס ליתר הנזק (80%) נקבע, כי הוא "נגרם, ככל הנראה, במידה זו או אחרת, דווקא כתוצאה מהאיחור באבחון", כי קיים לגביו "קושי מובנה של סיבתיות עמומה", ולפיכך:

לאור הפסיקה האמורה [הלכת עדן מלול - א"ר], יש לקבוע את שיעור התרומה של הרשלנות הרפואית לגובה הנזק על דרך האומדנה... ותוך שאני לוקח בחשבון, מחד גיסא, את העובדה כי מדובר בתקופה ארוכה למדי ביחס לחייו הקצרים של התובע, תקופה בה סביר כי הגידול גדל והתפתח, ומאידך גיסא, את הספק המקנן בי ביחס לעדותם של התובע ואימו לעניין הופעת הסימפטומים ועוצמתם במהלך התקופה האמורה, נראה לי לנכון להעריך את שיעור תרומת הרשלנות של כל הנתבעות בשיעור מחצית (50%) מכלל הנזק אשר נגרם לתובע כתוצאה מן הגידול בראשו, בניכוי אותם 20% שהם המום המולד" (פסקה 141).

לפי תחשיב זה ייחס בית המשפט למשיבות 40% מסך כל הנזק. שאלה דביעית בה דן בית המשפט היתה חלוקת האחריות בין המשיבות, שכן למשיבה 2 יוחסה רשלנות שעניינה הטיפול במערער לאחר התייצבותו בחדר המיון שלה ביוני 1999 (נוכח קיומו של הסדר דיוני בין משיבה 2 והמערערים אין צורך להרחיב בסוגיה זו). בסופו של יום נקבע, כי הנזק בר הפיצוי (40% מסך כל הנזק) יתחלק באופן הבא: 75% למשיבה; 15% למשיבה 2 (25% בניכוי 10% אשם תורם).

ו. השאלה החמישית לה נדרש בית המשפט המחוזי היתה גובה הנזק. בית המשפט דן בפירוט והכריע בין חוות דעת שהוגשו בתחומי הרפואה (אנדוקרינולוגיה; נוירולוגיה; עיניים; פסיכיאטריה), והעמיד את נכותו הרפואית המשוקללת של המערער על 87.4%. אבדן כושר ההשתכרות הועמד על 50%, נפסק פיצוי גם בראשי נזק נוספים. בסופו של דבר הועמד סך כל הנזק על 2,129,092 ₪. בהתחשב בחלוקת האחריות שנקבעה חויבה המשיבה לשלם 638,728 ₪ ( $75\% \times 40\% \times 2,129,092$ ); נוכח התשלום שכבר העבירה משיבה 2, נדרשה המשיבה לשלם 516,473 ₪. הסוגיה השישית והאחרונה לה נדרש בית המשפט היתה ההתחשבות בקצבאות המוסד לביטוח לאומי. המערער לא היה זכאי לגמלת ילד נכה, אך בית המשפט קיבל את הטענה, לפיה סביר שהמערער יהיה זכאי בבגרותו "לקצבאות כלשהן" (פסקה 182). מסיבה זו נקבע, כי 200,000 ₪ מתוך הסכום בו חויבה המשיבה יוחזקו בנאמנות עד למיצוי זכויות המערער מול המוסד לביטוח לאומי. אומר כבר כאן, כי בעניין זה קיבל בית המשפט המחוזי החלטה נוספת בשנת 2006 (לאחר הגשת הערעורים שלפנינו), לגביה הוגשה בקשת רשות ערעור - אשר תידון בקצרה בחתימת פסק דין זה.

מבוא לטענות הצדדים

ז. טענות הצדדים, בשני הערעורים, בכתב ובעל פה, נוגעות כמעט לכל חלקי פסק הדין קמא. טענותיה העיקריות של המשיבה נוגעות לסוגיות אלה: (1) העברת נטל ההוכחה בגין תיעוד רפואי חסר; (2) הקביעה כי המערער סבל מפוליאוריה; (3) שאלת הקשר הסיבתי בין האיחור באבחון לבין הנזק (השאלה הנדונה בפרשת עדן מלול); (4) אחוז הנזק (כנטען, הנמוך) שיוחס לעצם קיומו הלא-עוולתי של הגידול (20%); (5) גובה הנזק שנפסק בראשים השונים; (5) שכר הטרחה (נוכח דחייתן של טענות בא כוח המערערים על "פברוק" ראיות מצד המשיבה הועמד שכר טרחתו על 15% מהסכום שנפסק). מנגד, טענותיהם העיקריות של המערערים מתייחסות לאלה: (1) עצם ייחוסו של חלק מהנזק לקיומו הלא-עוולתי של הגידול; (2) ייחוס 50% מהנזק בלבד למשיבות; (3) חלוקת האחריות בין המשיבות; (4) גובה הנזק; (5) סוגיית שכר

הטרחתה. על סוגיות אלה, שהועלו בסיכומי הצדדים (בשנת 2006), יש להוסיף כמובן את שאלת השלכות ביטולה (בפסק הדין בדיון הנוסף) של ההלכה שנקבעה בערעור אזרחי ע"ד מלול (כיום 29.8.10) - לגבי עניין אחרון זה הוגשו השלמות טיעון בכתב, ונשמעו טענות בעל פה לאחר שניתנה ההכרעה בדיון הנוסף.

ח. ואולם, לאחר העיון בטענות הצדדים, ובחומר הראיות שהוגש לבית המשפט המחוזי, סבורני כי יש ממש בטענת המשיבה לפיה לא הוכח קיומה של פוליאוריה, כפי שיפורט בהמשך (ואולם אציין כבר כאן, אף שעל פני הדברים ניתן היה לחשוב כי מדובר בהתערבות בקביעה עובדתית של בית המשפט המחוזי, לא כך הדבר במהות; לפירוט ראו פסקה כ"ד להלן). מסקנה זאת נראית, אף אם נקבל את קביעת בית המשפט המחוזי לגבי הפיכת הנטל בגין נזק ראייתי - קביעה שהיא נכונה לגופה (די לציין, כי טענות המשיבה בעניין הנזק הראייתי מוגבלות בעיקר לשאלת קיומם של ביקורים שלא תועדו, ואין היא נדרשת לקביעות בית המשפט בדבר טיב התייעוד הקיים; לגביו ראו פסקה 85 לפסק הדין קמא). ככל שקיומה של פוליאוריה לא הוכח, אין לייחס למשיבה התרשלות באי הפניית המערער לבדיקות הדמיה בשנת 1994. יתר על כן, בהינתן התשתית העובדתית שנפרסה בפני בית המשפט המחוזי, ונוכח קביעתו בדבר יעילות בדיקות ההדמיה דוקא במקרים בהם הופיעה גם פוליאוריה (פסקה 125) - עלינו גם להניח, כי אם היו נערכות בדיקות אלה, לא היו מגלות את הגידול. בטרם אפנה לנמק דברים אלה אוסיף, כי אף שתוצאה זו הופכת, לכאורה, את הקערה על פיה, למעשה נוכח טענות המשיבה (בבקשת רשות הערעור) לגבי גובה קצבאות הביטוח הלאומי שיש לנכות, משמעותה הכלכלית אינה כה מרחיקת לכת כפי שעלול להיראות במבט ראשון.

האם אכן סבל המערער מפוליאוריה?

ט. בכל הנוגע לשאלה, האם אכן סבל המערער מפוליאוריה קבע בית המשפט המחוזי:

"לא קלה ההכרעה האם סבל התובע מפוליאוריה, אם לאו, ויש עדויות לכאן ולכאן. ניתן לומר, כי אם היה נושא זה עומד בבדידותו, ללא דוקטרינות חיצוניות, הייתי מגיע למסקנה כי בעניין זה כפות המאזניים מעויינות, והממצא העובדתי שהייתי צריך לקבוע הוא כי התובע לא הוכיח שסבל בפועל מפוליאוריה. ברם, כיוון שנטל השכנוע הועבר אל הנתבעים, על פי דוקטרינת הנזק הראייתי כמוסבר לעיל, התוצאה היא כי במקרה של

ספק יש לזקוף ספק זה לחובתה של הנתבעת" (פסקה 128).

בטרם ניכנס לראיות, ניתן דעתנו כי פסק הדין לא הגדיר במובהק פוליאוריה מהי, ולמעשה הסתפק בניסוח התמציתי "פוליאוריה (ריבוי מתן שתן)" (פסקה 2 ראו גם פסקה 93), אם כי נדרש בהרחבה לעדויות המומחים. ואכן, פוליאוריה כפשוטה משמעה "שתן רב". פרופ' צדיק (עד מומחה מטעם המשיבות) בחוות דעתו דיבר על "ריבוי מתן שתן"; פרופ' הוכברג (עד מומחה מטעם המערערים) אמר בעדותו "המילה פוליאוריה אומרת השתנה מרובה" (עמוד 47 לפרוטוקול). כשלעצמי, אם הבינתי אל נכון, כעולה מן החומר, משמעה הוא כמות מרובה של שתן, ומטבע הדברים כמות מרובה מצריכה הטלת שתן מרובה. אין פירוש הדבר שגם ההיפך נכון; לא כל הטלת שתן תכופה נובעת מפוליאוריה ויכולה היא לנבוע מגורמים אחרים, כגון דלקות וכדומה.

י. כדי להעמיק את הבנתנו לגבי המכלול הראייתי הקיים בתיק, נלך אף אנו בדרכו של בית המשפט המחוזי, ונבחן איפוא מה מונח על כל אחת מכפות המאזניים (להלן נידרש אך לאותן ראיות אשר בית המשפט קמא מצאן בעלות משקל והתייחס להן בעצמו; ראו פסקה 100 לפסק הדין קמא). לטובת גישתו של המערער עומד בעיקר רישום רפואי שערך ד"ר סקלי (הרופא המטפל בקופת החולים) ביום 27.11.94. בתיקו הרפואי של המערער נרשם:

"polyuria. שתן ב.מ.פ. [בלי ממצא פתולוגי - א"ר] לכללי ולתרבית".

במקביל מצוי בתיק מכתב הפניה לרופא אורולוג (אשר נכתב ככל הנראה באותו היום; ראו פסקה 9 לפסק הדין קמא) בו כתב ד"ר סקלי:

"הנני מפנה אליך את הנ"ל בן 7½ מפני שהוא מתלונן על Disuria + Polyuria. בבדיקה גופנית ב.מ.פ. [בלי ממצא פתולוגי - א"ר]. שתן לכללי תקין. שתן לתרבית סטרילי. אני מבקש ייעוץ והטיפול המתאים".

מעבר לשני רישומים אלה (אשר ככל הנראה נערכו באותו היום) אין בתיקו הרפואי של המערער התייחסות נוספת לפוליאוריה. ויודגש, המערער לא הציג בפני רופאיו לאורך השנים עד גילוי הגידול (1994-2000) תלונה נוספת שיכלה להיות מאובחנת כפוליאוריה, והוא (או מי מטעמו כמובן) גם לא התייחס לבעיה זו כשהתבקש לתאר את

ההיסטוריה הרפואית שלו בפני גורמים רפואיים אחרים (לרבות בבירורים מעמיקים שנערכו לו בבית החולים הדסה; פסקה 98 לפסק הדין קמא). את הראיה השניה לקיומה של פוליאוריה מצא בית המשפט קמא בעדותו של מר חיים פרי, מי שהיה מחנכו של המערער בכיתה ו' (פסקה 100 לפסק הדין). זה העיד, "שהיו אצל המערער בקשות מעבר לשגרתיות בבקשה לצאת לשתות מים, או לצאת להתפנות" (עמוד 766 לפרוטוקול).

י"א. מנגד, על הכף השניה, מונחות ראיות שניתן לחלקן לשתי קבוצות: (1) ראיות המסבירות מדוע נרשמה פוליאוריה בתיקו של המערער; (2) ראיות לכך שהמערער לא סבל מפוליאוריה. בכל הנוגע לרישום בתיק הרפואי, הציג ד"ר סקלי (כאמור, הרופא שערך את הרישום) גרסה ברורה וקוהרנטית (כך, מקריאת פרוטוקול עדותו; להתרשמות בית המשפט ממנו ראו פסקה 102): ד"ר סקלי סבר (בטעות) כי המונח פוליאוריה אינו מתייחס לריבוי כמות השתן, אלא לריבוי מספר הפעמים בהם נותן החולה שתן:

"השופט דרורי: כשאדוני כתב את המילה פוליאוריה, למה אדוני התכוון?

ד"ר סקלי: למתן שתן בתכיפות יתר. זאת אומרת, הרבה פעמים ביום... אני לא התייחסתי כאן לכמות השתן... (עמוד 461 לפרוטוקול).

עוד קודם לכן, כאשר התבקש ד"ר סקלי להסביר את המונח פוליאוריה, הוא אמר: "הוא משתין בדחיפות [אולי צריך להיות "בתכיפות" - א"ר], זאת אומרת לעתים יותר קרובות מהרגיל" (עמוד 393 לפרוטוקול). ד"ר סקלי אף העיד (פוזיטיבית), כי התלונה שהציג בפניו המערער היתה תכיפות הפעמים בהם נתן שתן: "היה לו תכיפות, הוא עשה יותר מדי פעמים פיפי" (עמוד 460). ולא למותר לציין, כי במכתב ההפניה לאורולוג כתב ד"ר סקלי "Disuria + Polyuria" אבחנה המציינת גם צריבה במתן שתן, שני עניינים המעידים (לפי הבנתו של ד"ר סקלי) על זיהום בדרכי השתן:

"ד"ר סקלי: ברוב הפציינטים, שאם יש להם תכיפות יתר, כל פעם שהם הולכים לשירותים, עושים כמות מועטה של פיפי, כמה טיפות שזה שורף. זה נקרא דיסאוריה ופוליאוריה. והסיבה לכך, בתשעים וכמה אחוז, לפי מה שדיברנו כבר, זה זיהום בדרכי השתן" (עמוד 463).

לשון אחר, המערער התלונן בפני ד"ר סקלי על תכיפות יתר, ועל צריכה במתן שתן. הסבר זה על פניו משכנע ביותר, לא רק משום שהוא עולה בקנה אחד עם שורת הראיות האובייקטיביות השוללות קיומה של פוליאוריה על רקע קרניופרינגיומה (ראו להלן); אלא בעיקר, כיון שהוא עולה בקנה אחד עם התנהלות הרופא המטפל בזמן אמת: ד"ר סקלי ערך בדיקות לזיהוי זיהום בשתן, ומשלא נמצאו ממצאים בבדיקות אלה הפנה את המערער לאורולוג. ד"ר סקלי הבין פוליאוריה כתכיפות במתן שתן, ודומה כי לא קשר אותה לריבוי שתן.

י"ב. אילולא היה מתייחס מכתב ההפניה גם לקיומה של צריכה במתן שתן (Disuria או בכתיב האנגלי Dysuria), ניתן אולי היה לומר, כי מדובר ברשלנות, מקום שהחולה מתלונן על כמות שתן מרובה, והרופא מתעלם מתלונה זו. אך לא אלה פני הדברים. מנוסח מכתב ההפניה לאורולוג עולה, כי המערער הציג בפני ד"ר סקלי תמונה העולה בקנה אחד עם זיהום בדרכי השתן (צריכה ותכיפות במתן שתן), וזה צדק בתיאור תלונת הצריכה (Disuria), אך שגה במונח הרפואי שהשתמש בו לתיאור התכיפות במתן שתן. כפי שהעיד סקלי עצמו, אם היתה מוצגת בפניו תלונה לגבי כמות השתן, "הייתי עושה בדיקות אחרות" (עמוד 461).

י"ג. משהרישום Polyuria אכן שיקף תלונה בעניין תכיפות במתן שתן, גם קיומו של נזק ראייתי אינו יכול ליצור יש מאין תלונות נוספות בעניין שונה לחלוטין (ריבוי כמות השתן). אילו סברנו, כי בביקור ביום 27.11.94 איבחן ד"ר סקלי בעיה של כמות שתן מרובה, היה עלינו להניח את האפשרות שהיו גם תלונות נוספות בהמשך אשר לא תועדו כדבעי - והנטל להוכיח שהמערער לא סבל מפוליאוריה היה עובר למשיבה. ברם, עצם קיומו של נזק ראייתי אינו יכול ליצור תלונה בעניין שאין לגביו ראשית ראייה מוכחת (לולא כן היינו צריכים להניח, כי באחד הביקורים שלא תועדו כדבעי התלונן המערער שהוא סובל מקרניופרינגיומה).

י"ד. ואולם, אף אילו הנחנו שהרישום Polyuria בתיקו של המערער משמעו, כי הוא הציג בפני ד"ר סקלי תלונה לגבי כמות שתן מוגדלת, ואף אם הנטל להוכיח שהמערער לא סבל מפוליאוריה אכן עבר לכתפי המשיבה - נראה כי היא ביססה את גירסתה, לפיה המערער לא סבל מפוליאוריה. בעניין זה די להפנות לעדות המומחים השונים מטעם המערערים לגבי אופיה ומאפייניה של פוליאוריה. המומחים התייחסו למספר מאפיינים מובהקים של פוליאוריה (בפרט כזאת על רקע קרניופרינגיומה), ובכלל אלה העובדה



שפוליאוריה על רקע זה אינה נעלמת מעצמה, ובמקרים בהם היא מופיעה אין זה סביר למצוא תלונה אחת בלבד לאורך כל השנים עד להסרת הגידול:

אם ילד סובל מפוליאוריה בגיל 8	”עוה”ד ניסני:
... הוא ימשיך לסבול מזה, נכון?	
זה נכון	פרופ’ הוכברג:
זה לא יעלם פתאום?	עוה”ד ניסני:
בדרך כלל פוליאוריה זה לא משהו	פרופ’ הוכברג:
שנעלם... פוליאוריה של גידול,	
מה שהיה לילד הזה זה לא משהו	
שחולף” (עמוד 46-47).	

באופן דומה העיד פרופ’ ורדי (אף הוא עד מומחה מטעם המערערים), כי פוליאוריה על רקע קרניופרינגיומה אינה יכולה להיעלם לחלוטין (עמוד 131).

ט”ו. בענייננו אין חולק, כי אף שבשנים 1994-2000 ביקר המערער מספר פעמים במרפאת המשיבה, אין ולוא תלונה אחת נוספת לגבי פוליאוריה. מומחה נוסף מטעם המערערים, ד”ר ביטון, העיד כי מעולם לא נתקל בילד ”שהתלונן על פוליאוריה באופן חד פעמי ואחר כך למרות שהוא סבל מזה באמת הוא לא התלונן” (עמוד 210). אף אם נניח לטובת המערערים, כי אכן התיעוד הרפואי לקוי, עדיין בפנינו תיעוד של פניות ובירורים רפואיים רבים, שבהם לא נזכרה פוליאוריה. אפילו נניח (וסבורני כי הנחה זו מופרזת), כי אין לייחס כל משקל לרישום הרפואי של המשיבה 2 - היו הזדמנויות אחרות בהן היה מתבקש להזכיר את קיומה של פוליאוריה, וגם במסגרתן לא העלה המערער בעיה זו. נזכיר לדוגמה, כי בשנת 1999 נבדק המערער על ידי רופא בבית ספרו (על המסמך חתום ד”ר דניאל ורמייקין) וענה בשלילה לשאלה: ”דרכי השתן: צריבה, דחיפות או תכיפות, שתן דמי, חוסר שליטה...”. בהיעדר תלונות נוספות כלל בעניין זה, ונוכח עדויות המומחים לפיהן פוליאוריה על רקע קרניופרינגיומה אינה חולפת מאליה, המסקנה המתבקשת היא שלא הוכח כי המערער סבל מפוליאוריה.

ט”ז. מאפיין נוסף של פוליאוריה, עליו הצביעו כל המומחים הוא ריבוי שתיה. מתן שתן בכמויות גדולות מחייב צריכת נוזלים בכמויות דומות, ומומחי המערערים הסכימו כי חולה הסובל מפוליאוריה ואינו שותה כמויות גדולות צפוי להתייבשות (פרופ’ הוכברג בעמוד 48; פרופ’ ורדי בעמוד 130). כך תיאר את התופעה ד”ר ביטון:

עוה”ד ניסני:	ד”ר ביטון, ילד שסובל מריבוי שתן, ריבוי אמיתי במתן שתן
--------------	---

יסבול מצמא מתמיד, ישתה ביום,	
ישתה בלילה?	
בהחלט...	ד"ר ביטון:
כן, אחרת הוא מתייבש?	עוה"ד ניסני:
בהחלט.	ד"ר ביטון:
והוא גם [קם] כמה פעמים בלילה	עוה"ד ניסני:
להשתין?	
פוליאוריה זה הרבה" (עמוד 207).	ד"ר ביטון:

כך העיד גם פרופ' הוכברג, אשר השיב בחיוב לשאלה: "נכון שילד שסובל מריבוי אמיתי במתן שתן ירגיש צמא וירבה לשתות גם ביום וגם בלילה אחרת תהיה התייבשות". ואולם, בענייננו לא הוצגו כל תיעוד, ראיה או עדות אובייקטיבית משמעותית לגבי קיומה של שתיה מרובה. נהפוך הוא. בית המשפט קמא ציטט באריכות מעדותו של המערער עצמו (פסקה 97 לפסק הדין), בה מסר כי לא חש צורך בשתיית כמויות מים גדולות:

כמה היית, היית לוקח שתיה לבית הספר?	"עוה"ד ניסני:
בדרך כלל הייתי שותה מהקולר...	המערער:
כמה פעמים הייתה הולך לקולר לשתות?	עוה"ד ניסני:
היו ימים בכלל שהייתי שוכח מהקולר.	המערער:
לא שותה ימים שלמים?	עוה"ד ניסני:
לא.	המערער:
הרבה בלילה כשהיית קם לעשות פיפי היית גם שותה או לא?	עוה"ד ניסני:
לא.	המערער:
לא היית שותה?	עוה"ד ניסני:
בלילה לא הייתי שותה" (עמודים 256-257).	המערער:

תיאור זה אינו עולה בקנה אחד עם קיומה של פוליאוריה כפי שהסבירה המומחית, ומשקלו על פניו רב יותר מרישום חד פעמי (וככל הנראה לא מדויק, כאמור) של המונח פוליאוריה בגיליון הרפואי. אכן, מר פרי המורה בכיתה ו' דיבר גם על בקשות "לצאת לשתות מים, או לצאת להתפנות"; דבר זה לא נעלם מעינינו ולכך נתייחס בהמשך.

י"ז. יתר על כן, פוליאוריה גורמת הפרעה כה מרובה לאיכות החיים, עד שפרופ' ורדי (מטעם המערערים) הודה, שהורה אשר בנו סבל מפוליאוריה (לא כל שכן סובל) לא היה שוכח לדווח על קיומה במסגרת הבדיקה הנורולוגית:

”השופט דרורי: הורה שמביא ילד בן 13 לבית חולים הוא צריך להיזכר שבגיל 9.5 היה לו פוליאוריה? הפרופ' ורדי: ההורה זוכר את זה” (עמוד 165).

ואילו בענייננו, בשעה שההורים התבקשו למסור את ההיסטוריה הרפואית של המערער (לדוגמה בבדיקה הנוירולוגית שנערכה בשנת 1999 בבית החולים הדסה) לא התייחסו לפוליאוריה (או לכל הפרעה מכל סוג שהוא בצריכת נוזלים או במתן שתן).

י”ח. בכל הנוגע לתכיפות ההליכה לשירותים אצייין, כי המערער התייחס בעדותו לשיחה שקיימה אמו עם המורה המחנכת (עמוד 254), וגם האם העידה על שיחה זו (עמוד 267) - ואולם, המורה לא הוזמנה להעיד, ואין כל אינדיקציה בלתי תלויה בזמן אמת לקיומה של בעיית תכיפות במתן שתן (לא כל שכן פוליאוריה). גם בתיק הרפואי של בית הספר אין אינדיקציה לפוליאוריה (תשובת המערער לד”ר ורמייקין בשנת 1999 הוזכרה מעלה). אין איפוא ראיות אובייקטיביות בעלות משקל משמעותי היכולות לאשר את קיומה של פוליאוריה - ומנגד קיימת שורה של ראיות (במרכז חלקים מעדות המערער עצמו) השוללות את קיומה (בכל הנוגע לעדות המערער ואמו נקבעו גם ממצאי מהימנות, ראו: פסקה 82, פסקה 141, פסקה 169). אינדיקציה נוספת להיעדרה של פוליאוריה על רקע קרניופרינגיומה היא - לשיטת המשיבה - היעדרן של הפרעות אנדוקריניות אחרות שהיו צפויות אילו מקור הפוליאוריה היה בקרניופרינגיומה הפוגעת באיברי המוח (ראו חוות דעתו של ד”ר גדעון פרת מטעם המשיבה; ועדותו של ד”ר ביטון בעמוד 208 לפרוטוקול). אך כאמור, די בנתונים הרפואיים המוסכמים גם על המשיבה.

י”ט. בכל הנוגע לעדות מר פרי (מחנכו של המערער בכיתה ו'), נראה כי היא אינה יכולה לחזק דיה את הטענה בדבר קיומה של פוליאוריה. לא אדרש כאן לכל טענות המשיבה בעניין (בכללן טענה, אשר יתכן שניתן למצוא לה ביטוי בדברי העד עצמו, כי העדות הושפעה מדברים ששמע העד בשעות הארוכות בהן המתין למתן העדות); מה גם שחלק מטענות אלה הייתה חובה להוכיח בהתאם לדיני הראיות (דוגמת טענת באת כוח המשיבה, כי בשיחה מקדימה מסר העד “דברים שונים מאלו שמסר בעדותו”). תחת זאת אתיחס לשתי נקודות אובייקטיביות.

כ’. ראשית, בית המשפט קמא התייחס להיותו של מר פרי מחנכו של המערער בכיתה ו', אך אין הוא מציין באיזו שנה מדובר. עיון בתיק בית הספר (וכמובן תוך שזוכרים אנו את גילו של המערער, יליד 1986) מעלה, כי מדובר בשנת הלימודים

1998-1999 (קרי, עדותו של מר פרי, ביום 16.7.03, ניתנה כארבע שנים לאחר אותה שנה). קשה איפוא לראות כיצד עדותו (המתייחסת לבקשות מרובות לצאת מהכיתה בשנים 1998-1999) מצטרפת ומחזקת את רישומיו של ד"ר סקלי כארבע שנים קודם לכן בשנת 1994. לשון אחר, לא בנקל תהווה עדות על בקשות "מעבר לשגרתיות" לצאת מהכיתה בשנת 1998-1999 חיזוק לקיומה הנטען של פוליאוריה כבר בשנת 1994. בפרט כך, נוכח האמור מעלה לגבי אופיה המתמיד (וככלל גם המחריף) של פוליאוריה על רקע קרניופרינגיומה, ונוכח העובדה שלא הובא כל עד אחר - מורה, אחות או גורם אחר מבית הספר - לתקופה שבין 1994-1998, דבר שהיה מתבקש בנסיבות (כבר הוזכר, כי בשנת 1999 השיב המערער בשלילה לשאלת רופא בבית הספר לגבי הפרעות במתן שתן). מר פרי גם לא דיוח על כך לאחות בית הספר (שם).

כ"א. אף אילו סברנו, כי ניתן לראות בעדותו של מר פרי ראייה לקיומה של פוליאוריה, היא היתה מוגבלת לשנת הלימודים 1998-1999. באותה תקופה, ככל הנראה (בודאי לשיטת המערערים) היה הגידול במצב מתקדם הרבה יותר מאשר בשנת 1994, ולפיכך אין עדות זו יכולה לחזק את הטענה לגבי קיומה של פוליאוריה (וממילא, של התרשלות) כבר בשנת 1994. עוד נזכור, כי בשנת 1999 לא העלה המערער בפני רופאיו כל תלונה בהקשר למתן שתן. שנית, מר פרי, כמי שנכח בכיתה, יכול היה להעיד, לכל היותר, על תכיפות במתן שתן (עניין אשר עמד, לשיטת המשיבה, גם ביסוד התלונות בפני ד"ר סקלי) ולא על פוליאוריה במובנה הרפואי (ריבוי כמות השתן). מבלי לפגוע במר פרי - אשר מעדותו נראה כי היה מורה מסור, שאף ביקר את המערער בביתו ובבית החולים - ספק אם עדותו יכולה להטות את הכף לעבר התרשלות באבחונה של פוליאוריה בשנת 1994.

כ"ב. סבורני איפוא, כי בכל הנוגע לקיומה של פוליאוריה כפות המאזניים אינן מעוינות, והכף נוטה - עם כל הצער שבדבר באשר למערער שגורלו לא שפר עליו - לחובת המערערים. כאמור, אף אם נטל הראיה עבר, עמדה בו המשיבה. בית המשפט קמא, אשר לא היה "משוכנע" בעצמו כי המערער אכן סבל מפוליאוריה (ראו גם פסקה 95), הוסיף:

"גם אם נניח כי התובע לא סבל מפוליאוריה, וכי הרישום יסודו בטעות, יש לקבוע כי הרופאים סטו בכמה היבטים מסטנדרט ההתנהגות הסביר" (פסקה 102).

בית המשפט קמא מנה ארבעה "ראשי התרשלות": (1) אי עריכת בדיקת איסוף שתן; (2) אי בירורן ותיעודן של תוצאות הבירור האורולוגי; (3) הימנעות מבירור יזום עם

המערער לגבי הימשכות תופעת הפוליאוריה בביקוריו הבאים במרפאה, ולמצער אי תיעודו של בירור זה; (4) אי בירור מחדש של תלונת הפוליאוריה עם הופעת כאבי הראש בשנים הבאות.

כ"ג. ראשית אומר, כי אינני בטוח שאני מסכים עם בית המשפט לגבי ארבעת קביעותיו (לדוגמה, אם התלונה היתה לצריכה במתן שתן אשר בטעות הוכתרה פוליאוריה, אולי לא היה מקום לעריכתה של בדיקת איסוף שתן). ברם, אפילו נראה בעניינים אלה משום התרשלות, אין הם יכולים להעיד שהיתה פוליאוריה, שעה שקיומה של זו נשלל לגופו. ממילא, גם אי אפשר להתייחס לרשלנות באבחון הפוליאוריה, רשלנות שאילולא היא ניתן היה להביא לאבחון הגידול. ולבסוף לא למותר להזכיר, כי בית המשפט קמא הניח שבדיקת הדמיה בשנת 1994 היתה יכולה לזהות את הגידול, כיון שקיומה של פוליאוריה מאפיין מצבים בהם בדיקות ההדמיה יעילות לגילוי גידולים מסוג זה (פסקה 125). ואולם, משנשלל על פני הדברים קיומה של פוליאוריה נופלת גם ההנחה בדבר יעילות הבדיקה.

כ"ד. אכן, לא בקלות תתערב ערכאת ערעור בממצאי עובדה שקבעה הערכאה הדיונית (ע"א 558/96 חברת שיכון עובדים נ' רוזנטל, פ"ד נב(4) 563, 568; ע"א 3601/96 בראשי נ' עזבון בראשי ז"ל, פ"ד נב(2) 582, 594). ואולם, סבורני כי במספר מובנים המקרה שלפנינו אינו מקרה רגיל, ולמעשה חל הכלל לפיו, "כאשר מדובר בסבירותה של גירסה ולא במהימנות העדים, יכול גם בית המשפט שלערעור לשקול את הסבירות" (ע"פ 5937/94 שאבי נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(3) 832, 835 - השופט טל). ראשית יודגש, אין מדובר בהתערבות בממצאי מהימנות. ממצאים אלה נקבעו אך ביחס למערער ולאמו (ולאו דווקא לצערי לזכותם; ראו פסקה י"ח למעלה), ולמעשה הרוב המכריע של העדים לא היו "עדי ראיה" לאירוע, אלא מומחים חיצוניים (למעט, בעיקר, ד"ר סקלי - אשר בית המשפט התייחס להגינותו מעל דוכן העדים; פסקה 102); שנית, מדובר בהכרעה בין עמדות מקצועיות המונחות בפנינו באותה מידה שהיו מונחות בפני בית המשפט קמא. בית המשפט קמא לא התייחס לרושם שהותירו בו העדים השונים, וקביעותיו אינן מתבססות "על הופעתם, התנהגותם ודבריהם של העדים" (ע"פ 7052/06 יגאלי נ' מדינת ישראל (לא פורסם) פסקה 22 - השופט דנציגר):

"אין בפנינו גם מקרה בו ביסס בית המשפט את מסקנותיו בעיקר על התרשמותו מהנאשמים ומיתר העדים בעת מתן עדותם ומאופן מסירת דבריהם, קביעות שבית משפט לערעורים מהסס להתערב בהן" (ע"פ 398/89 מנצור נ' מדינת ישראל (לא פורסם) פסקה 4 לפסק דינו של השופט בך).

שלישית, למעשה בית המשפט קמא לא הכריע בין העמדות הרפואיות הנוגדות לגופן, ואף לא קבע ממצאים עובדתיים פוזיטיביים. להפך, בית המשפט ציין יותר מפעם אחת כי כפות המאזניים מעוינות - והשתמש בכלי הכרעה "חיצוניים" (הפיכת נטל). בנסיבות אלה, בהן הערכאה הדיונית ניתחה את חומר הראיות לפרטי פרטיו, והציגה את תוכנן של כפות המאזניים באופן בהיר ומקיף, תוך ציון כל צדי השאלות - בהכרעה לגבי הכיוון אליו תיטה הכף אין יתרון מובנה מכריע לערכאה הדיונית.

כ"ה. סוף דבר, איננו יודעים אם עריכת בדיקת הדמיה בשנת 1994 היתה מביאה לזיהוי הגידול: נוכח ספקות בית המשפט לגבי יעילות בדיקות ההדמיה (בפרט במקרים בהם לא הופיעה פוליאוריה), יתכן שאף אילו נערכה בדיקה, לא היתה מגלה את הגידול. על כל פנים, בהינתן החומר שהונח לפנינו ניתן לומר, כי המערער לא הציג בפני רופאיו תמונה קלינית שחייבה עריכת בדיקות הדמיה. במאזן ההסתברויות הנדרש במשפט אזרחי, נראית עמדת המשיבה, לפיה בשנת 1994 התלונן המערער בפני ד"ר סקלי על אירוע (למיטב ידיעתנו, חד פעמי) של תכיפות וצריבה במתן שתן, אירוע שאף אם נפלו פגמים באופן בו טופל (ואינני אומר כי כך היה), אין לו קשר מוכח לקרניופרינגיומה העומדת ביסוד תיק זה. מאחר שנקבע, כי בטיפול בכאבי הראש לא נפלה התרשלות מצדה של המשיבה (ובהינתן פסק הדין המוסכם בכל הנוגע לחלקה של משיבה 2 בפרשה), אין בפנינו עילה לחייב את המשיבה בפיצוי המערער.

ניכוי קצבאות המוסד לביטוח לאומי (רע"א 5652/02)

כ"ו. בשולי הדברים אתיחס בתכלית הקיצור לשאלת ניכוי של קצבאות הביטוח הלאומי. בפסקה 182 לפסק הדין קבע בית המשפט קמא:

"לאור נכותו הרפואית הניכרת של התובע ולאור קביעותי לעיל, סביר להניח כי התובע אכן יהיה זכאי בבגרותו לקצבאות כלשהן... אשר על כן רואה אני לנכון לנכות מסך הנזק שנפסק סך של 200,000 ₪ אשר יופקדו בנאמנות המוסכמת על הצדדים, עד שיתבררו זכויות התובע. על התובע לדאוג למצות זכויותיו בביטוח הלאומי...".

ביום 16.3.06 הודיעו המערערים לבית המשפט, כי נקבעה למערער דרגת אי כושר זמנית בשיעור 75% ותשולם לו קצבת נכות בשיעור 100% עד ליום 1.2.08. בהחלטה מיום 18.5.06 קבע בית המשפט, כי יש לנכות מהפיצוי בו חויבה המשיבה 40%

מתגמולי המוסד לביטוח לאומי - לפי החלק שיוחס לה בנוק הכולל ובהתאם לאמור בעניין מלמד (ע"א 3097/02 מלמד נ' קופת חולים של ההסתדרות הכללית, פ"ד נח(5) 511). כן דחה בית המשפט את בקשת המשיבה, לראות בנכות שנקבעה נכות קבועה, ואישר את קיזוז החלק היחסי מהקצבאות שישולמו עד ליום 1.2.08 בלבד. נקבע:

"החלטה זו [בדבר קיומה של נכות זמנית - א"ר] היא המחייבת לעת עתה, ועל פיה יש לחשב את הגמלאות. היה והתובעים אכן ישיגו על החלטה זו ויוחלט בעקבות השגותיהם אלה, כי אכן מדובר בנכות צמיתה, חזקה על התובעים... כי יפנו בהודעה מתאימה לבית המשפט אשר יכריע בהתאם לנתונים החדשים".

כ"ז. כלפי החלטה זו הגישה המשיבה את בקשת רשות הערעור שבפנינו (רע"א 5652/06), בה נטען, בעיקר, כי יש לראות בנכות שנקבעה נכות צמיתה. בשנת 2007 הגישה המשיבה בקשה נוספת לבית המשפט המחוזי, לה צורפו נתונים חדשים של הביטוח הלאומי התומכים (כנטען) בגירסתה - אך בית המשפט החליט (ביום 3.5.07) שלא לדון בה נוכח ההליך שנפתח בבית משפט זה. ביום 21.2.08 הגישה המשיבה הודעה (לה צורפה הודעה שהגישו המערערים לבית המשפט המחוזי) בה נאמר, כי ביום 15.1.08 נקבעה למערער "דרגת אי כושר יציבה בשיעור 75% וקצבת נכות בשיעור 100% תשולם לו החל מיום 1.2.08" (לרבות זכאות לקצבה חודשית נוספת בסך 308 ₪). בנסיבות אלה לא יתכן חולק, כי אף אילו קיימנו את פסק דינו של בית המשפט המחוזי בכל הנוגע לקיומה של אחריות (עניין אשר כאמור רואים אנו לשנות ממנו), צריך היה לנכות מסכום הפיצוי שנפסק (516,474 ₪) סכום משמעותי ביותר, המשקף (לפי פסק הדין) 40% מגמלאות המוסד לביטוח לאומי שישולמו בעתיד למערער דרך קבע (לא הונחה בפנינו חוות הדעת האקטוארית לגבי הסכום שקוּז בתקופת הנכות הזמנית; ולא נערכה חוות דעת אקטוארית לתקופה המתחילה מיום 1.2.08 אך לשיטת המשיבה - בבקשת רשות הערעור - מדובר בתוספת של למעלה ממיליון שקלים).

טו דבר

כ"ח. מוצע איפוא להיעתר לערעור המשיבה (ע"א 10277/05) ולא להיעתר לערעור המערערים (ע"א 9213/05), ונוכח האמור גם לא לבקשת רשות הערעור שהגישה המשיבה (רע"א 5652/06). בנסיבות, אין צורך לדון בשאלה המורכבת של ההתמודדות עם מצבי אי-ודאות סיבתית בעידן שאחרי ביטול הלכת עדן מלול. פסק דינו של בית המשפט המחוזי יבוטל, ואולם אציע לחברי שלא לחייב את המערערים בהשבת שכר

הטרחת והוצאות המשפט שנפסקו לטובתם, ולא לחייבם בשכר טרחת באי כוח המשיבה בערכאה זו. זאת, נוכח התרשלות המשיבה בכל הנוגע לתיעוד הרפואי, עניין שיש לו תרומה מכרעת לאופן בו השתלשלה הפרשה ולתוצאת פסק הדין קמא (ראו לאחרונה רע"א 1768/07 בנק החקלאות לישראל בע"מ נ' עין כמונים משק חקלאי בע"מ (לא פורסם)).

ש ו פ ט

השופט ס' ג'ובראן:

אני מסכים.

ש ו פ ט

השופט י' דנציגר:

אני מסכים.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט א' רובינשטיין.

ניתן היום כ"ט בשבט תשע"א (3.2.2011).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט