



## בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 8591/06

בפני: כבוד המשנה לנשיאה א' ריבלין  
כבוד השופט א' רובינשטיין  
כבוד השופט ח' מלצר

המערערת (המשיבה שכנגד): פלונית

נגד

המשיבים (המערערים שכנגד): 1. מדאינווסט אינטרנשיונל (1985) בע"מ  
2. ד"ר דוד יהודה כהן  
3. שירותים רפואיים בינלאומיים ה.א.ס.סי  
(ישראל) בע"מ

ערעור וערעור שכנגד על פסק דינו של בית המשפט המחוזי  
בתל-אביב יפו בת"א 2056/01 מיום 28.7.2006 שניתן ע"י  
סגנית הנשיאה כב' השופטת (בדימ') ש' סירוטה ע"ה

תאריך הישיבה: י"ד באדר התשס"ח (20.2.08)

בשם המערערת: עו"ד יצחק הוס

בשם המשיבים: עו"ד יעקב אבימור

### פסק-דין

השופט ח' מלצר:

1. ערעור וערעור שכנגד על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בתל אביב (כב' סגנית הנשיא, השופטת (בדימ') ש' סירוטה ע"ה), שבגדרו נקבע כי המשיבים (המערערים שכנגד) חבים בפיצוי המערערת (המשיבה שכנגד) בשל אי-אבחון מוקדם של סרטן צוואר הרחם, שבו לקתה. המערערת משיגה על סכום הפיצוי שנפסק לה, בעוד שהמשיבים משיגים הן על הקביעה בדבר אחריותם לנזקיה של המערערת, והן על שיעור הפיצוי, שנפסק לחובתם.

## תמצית העובדות הצריכות לעניין

2. המערערת, ילידת 1966, פנתה ביוני 1998 לרופא גניקולוג והתלוננה על כאבים בבטן התחתונה ודימום בלתי סדיר מהנרתיק. בסדרת בדיקות (קולפוסקופיה, משטח פאפ וביופסיה), שנערכו למערערת אובחנה עדות לזיהום מסוג HPV, אך לא לגידול ממאיר, ובבית החולים איכילוב, ששם אושפזה באותה תקופה עקב כאביה, אובחנה אף דלקת בדרכי המין. המערערת פנתה עם תוצאות הבדיקות, באופן פרטי, לגניקולוג פרופ' שינפלד, אך אשפוז נוסף וטיפולים שונים שרשם לא הועילו לה. בספטמבר 1998 ערך פרופ' שינפלד למערערת, בבית החולים של המשיבה 1, ביופסיה נוספת מצוואר הרחם, שנלקחה בשיטת הקוניזציה (להלן: הבדיקה הראשונה). הבדיקה הראשונה נשלחה עם שתי דגימות נוספות, שנלקחו מן המערערת לאבחון פתולוגי אצל המשיבה 3, עם מכתב שבו צוין כי אלו נשלחות עקב דמם מתמשך בצוואר הרחם, וכי בביופסיה אובחן זיהום HPV. האבחון הפתולוגי בוצע על-ידי ד"ר דוד כהן (המשיב 2), פתולוג בכיר, שמצא בחוות דעתו כי קיימת עדות לדלקת חריפה וכרונית של צוואר הרחם, אך קבע עוד באופן חד-משמעי ובהדגשה כי אין ברקמה האמורה שנתקבלה כל עדות לדיספלזיה (שינויים בתאי צוואר הרחם היכולים ללמד על מצב טרום סרטני), או ממאירות. כאבי המערערת ודימומיה לא פסקו, ובמרץ 1999, לאחר שהמערערת פנתה לטיפול אצל רופאה אחרת, בבית חולים אחר, ונלקחה ביופסיה נוספת מצוואר הרחם, נמצא בבדיקה פתולוגית כי המערערת לקתה בסרטן מסוג Villoglandular Adenocarcinoma of Cervix (להלן: "סרטן וילר"), כפי שפונה זה בבית המשפט הנכבד (קמא). בעקבות בדיקה שלישית, שבגדרה נבחן היקף הגידול הסרטני, בוצע במערערת ניתוח של כריתת הרחם (לרבות החצוצרות), על מנת למנוע את התפשטות הסרטן לבלוטות הלימפה. בדיקה פתולוגית של הרקמות שהוצאו בניתוח לא העלתה שארית גידול בצוואר הרחם, ובלוטות הלימפה היו נקיות מגרורות. ביני לביני, ונוכח אבחונו של סרטן הוילר, ערך ד"ר כהן באפריל 1999 בחינה נוספת של הבדיקה הראשונה, ומצא כי אף שהבחינה הנוספת איננה שוללת את ממצאיו המקוריים לעניין הדלקת החריפה, הרי שאכן קיימים בבדיקה מאפיינים היכולים להתיישב עם הדיאגנוזה של סרטן וילר.

3. מכאן תביעת המערערת, שבה טענה כי המשיבים התרשלו, וכי אילו היה הסרטן מאובחן עוד בספטמבר 1998, ולא רק במרץ 1999, לא היה צורך בכריתת כל רחמה. המערערת טענה למגוון נזקים שנגרמו לה עקב ההתרשלות הנטענת, שעיקרם פנים שונים של כאב וסבל (חוסר יכולת להרות, קושי במציאת בן זוג, ועוד), אובדן כושר

השתכרות עקב מצבה הנפשי והזדקקותה לטיפולים, וצורך בביצוע הליך פונדקאות בחו"ל לשם מימוש רצונה להביא צאצאים, שהם ילדיה הביולוגיים. המשיבים טענו בתמצית, מנגד, כי טעותו של ד"ר כהן באבחון איננה עולה כדי רשלנות, שכן הפתולוגיה של סרטן וילו, שהוא נדיר ביותר, דומה עד כדי זהות לזו של מחלות אחרות ושכיחות עד למאד, שגם מהן סבלה המערערת. עוד נטען כי גם לו היה הסרטן מתגלה בעקבות הבדיקה הראשונה, עדיין היה הכרח לכרות לא רק את צוואר הרחם הנגוע אלא את הרחם כולו, כך שממילא לא האבחון השגוי הנטען הוא שגרם לנזק. בנוסף טענו המשיבים, בהסתמך על חוות דעת מומחים מטעמם, כי כתוצאה מדלקת ממנה סבלה המערערת נגרם לה נזק קשה לחצוצרות (בלא קשר לאבחון השגוי), דבר שהביא אותה למצב של "עקרות מכאנית", כך שסיכוייה להרות באופן ספונטאני היו ממילא נמוכים מאד. עוד טוענים המשיבים כי במצב דברים נטען זה, אף אילולא נכרת הרחם ואילו הרתה המערערת, היו סיכויי ההריון להסתיים בלידה עומדים על 33% בלבד. את כל אלה ביקשו המשיבים לשקלל בחישוב הפיצוי המגיע למערערת. לחלופין חלקו המשיבים על היקף הנזקים הנטענים על-ידי המערערת.

4. בפסק דינו מצא בית המשפט המחוזי הנכבד כי המשיבים אכן התרשלו. על סמך עדויות המומחים שהובאו בפניו, קבע בית המשפט הנכבד כי סרטן הוילו, שהתגלה אצל המערערת הוא אמנם נדיר, וקיים קושי ניכר לאבחנו בשל דימונם הרב של מאפייניו הפתולוגיים למאפייני מחלותיה האחרות של המערערת, הנפוצות בהרבה. ואולם בית המשפט הנכבד קבע כי נתונים שונים: "צריכים היו להדליק נורות אדומות רבות" אצל ד"ר כהן בטרם ייתן חוות דעת כה החלטית מטעמו". בין נסיבות אלה מנה בית המשפט את העובדות הבאות: נמצא כי סרטן וילו תועד היטב בספרות הרפואית בתחום הפתולוגיה, וד"ר כהן עצמו אישר כי הכיר סוג סרטן נדיר זה הן מן הספרות המקצועית והן מכנסים שבהם השתתף וידע על הקושי לאבחנו מדלקת; המערערת היתה באותה עת בגיל שבו יש סיכון מוגבר לפיתוח סרטן זה; ד"ר כהן ידע כי המערערת סובלת אף ממחלה המקשה על אבחון סרטן הוילו; הדגימות שנאספו בבדיקה הראשונה היו "פירורים קטנים מפני השטח ללא רקמה מתחתיה" (המקשים מאד על יכולת האבחון, גם לשיטת ד"ר כהן עצמו). בית המשפט המחוזי קבע איפוא כי: "בנסיבות כגון אלה לא יכול היה ולא צריך היה ד"ר כהן להגיע למסקנות פסקניות" (כפי שהגיע אליהן – ח"מ). עוד צוין כי אף המומחים מטעם ההגנה העידו שאילו היו נתקלים (ככלל – לא דווקא במקרה דנן) בביופסיה חסרה, או היתה עומדת בפניהם הכרעה בממצא פתולוגי קשה לאבחנה, היו נוהגים אחרת: מבקשים ביופסיה נוספת, או לפחות נועצים בעמיתיהם. בית המשפט קבע כי גם בנסיבות הענין כאן היה על ד"ר כהן לבחון לעומק את המקרה שלפניו, ולנקוט אחד מכמה צעדים מקובלים,

קרי: לבחון שוב את הדגימות (כפי שעשה רק בדיעבד, שאז מצא עדות לסרטן הוילו), לבקש מרופאה של המערערת דגימת רקמה רחבה יותר, או להתייעץ בעמית למקצוע. נמצא איפוא כי ד"ר כהן התרשל בקביעתו הפסקנית כי אין מדובר בגידול סרטני או ממאיר, מבלי בחינת אפשרות קיומו של סרטן הוילו כאבחנה חלופית.

5. באשר לקשר הסיבתי שבין אי-הגילוי המוקדם לבין ההכרח לכרות את רחמה של המערערת, העדיף בית משפט קמא את עדות המומחה מטעם המערערת, פרופ' בלר, שהסביר כי ייחודו של סרטן הוילו ביחס לסוגים אחרים של סרטן הרחם הוא בכך שסרטן מסוג זה בדרך כלל אינו חודר לעומק, ולפיכך ניתן לטפל בו בצורה המשמרת את הפריון. אף שגם במצב דברים זה אין תמימות דעים בקרב המומחים האם דרך הטיפול הראויה היא של כריתת הרחם בשלמותו, או שמא די בכריתת צוואר הרחם בלבד (תוך שימור האפשרות התיאורטית להרות), הרי שהאבחון השגוי והרשלני שלל את יכולת המערערת לבחור את האופציה שרחמה לא ייכרת, ומשכך – מתקיים קשר סיבתי בין האבחון הרשלני לבין נזקה העיקרי של המערערת. נוכח האמור קבע בית המשפט קמא כי המשיבים אחראים בנוזקין כלפי המערערת.

6. לענין גובה הנזק: בית המשפט הנכבד קמא קבע כי נכותה הפיזית של המערערת עומדת על 40%, ונכותה הנפשית – על 5%. עם זאת, מצא בית המשפט, נוכח חוות הדעת שהיו מונחות בפניו והתרשמותו מן המערערת, כי אין בנכותה הרפואית של המערערת פגיעה הגורמת לה נכות תפקודית כלשהי, או השפעה על יכולת השתכרותה, ועל כן אין לפסוק לה פיצוי בגין הפסד השתכרות בעתיד (ובהתאם – אין לנכות את גמלת המוסד לביטוח לאומי). לענין ראש הנזק של כאב וסבל קבע בית משפט קמא כי שלילת תוויית ההריון והלידה מן המערערת, הקטנת סיכוייה להינשא, ותחושות התסכול והחרדה עמם נאלצת המערערת להתמודד מצדיקים את פיצוי המערערת בסכום כולל מוערך של 500,000 ש"ח, בתוספת הפרשי ריבית והצמדה ממועד האבחון השגוי, שהם 825,940 ש"ח בערכי מועד פסק הדין. בראש הנזק שעניינו הצורך בפונדקאות נקבע כי נוכח נתונה של המערערת, דרכה להורות תוכל לעבור בהליך של פונדקאות, שאיננו יכול להיערך בישראל כיוון שהמערערת נעדרת בן זוג, בעוד שחוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), התשנ"ו-1996 מאפשר את ביצוע ההליך רק באיש ואישה שהם בני זוג (עיינו: בג"צ 2458/01 משפחה חדשה נ' הועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים, משרד הבריאות פ"ד נ"ז (1), 419 (2002)). לגבי השלב הראשון של הפונדקאות, והוא – הפריה חוץ גופית של ביצית, שתישאב מן המערערת, נפסק למערערת פיצוי של 60,000 ש"ח, תוך הבאה בחשבון שגם אילולא

האבחנה הרשלנית, מצבה של המערערת היה מצריך כנראה הפריה חוץ-גופית לשם כניסה להריון (זאת, על בסיס טענת המשיבים ל"עקרות מכאנית" של המערערת). לצורך השלב השני של הליך הפונדקאות, והוא – השתלת הביצית המופרית ברחם פונדקאית, וכל הכרוך בכך (לרבות נסיעות) נפסק למערערת פיצוי בסך 300,000 ש"ח. נזקיה המיוחדים של המערערת הוערכו בסכום גלובלי של 35,000 ש"ח, והוצאותיה העתידיות למימון טיפול פסיכולוגי – ב-30,000 ש"ח. כל הסכומים הנ"ל, בתוספת שכר טרחת עורך דין והוצאות משפט שנפסקו לטובת המערערת, שולמו למערערת זה מכבר.

עיקרי טענות הצדדים בערעוריהם

7. המערערת משיגה על גובה הפיצויים שנפסקו לה. בתמצית, טוענת המערערת כי טעה בית המשפט קמא בדחותו את חוות דעת המומחה מטעמה באשר לנכותה, ובסרבו לפסוק לטובתה פיצויים בגין אובדן כושר השתכרות. לטענת המערערת, מקביעת בית המשפט עצמו, כי היא זקוקה ותמשיך להיזקק לטיפולים פסיכולוגיים, נגזרת מאליה מסקנה בדבר נכות תפקודית של המערערת ופגיעה בכושר השתכרותה. כמו כן טוענת המערערת כי העובדה שתיאלץ לנסוע לחו"ל לעיתים תכופות לצורך הליך הפונדקאות עלולה אף היא לפגוע בעבודתה. עוד טוענת המערערת כי טעה בית המשפט קמא כשפסק לה בגין הוצאות רפואיות עתידיות בהליך הפונדקאות סך של 360,000 ש"ח בלבד, אליו הגיע לאחר ששיקלל אף את "העקרות המכאנית", שלה טענו המשיבים. המערערת טוענת כי הליך הפונדקאות דורש ביצוע הליכי הפריה חוץ גופית יקרים בחו"ל, וכרוך בהוצאות ליווי, סיעוד ועזרה גבוהים משנקבעו לה, בפרט כאשר כוונתה המקורית היתה להביא לעולם שלושה ילדים בהליכי הפונדקאות. בהקשר זה משיגה המערערת גם על החלטות ביניים של בית המשפט הנכבד קמא, שהורה על הוצאתם של מספר מסמכים מתיק מוצגיה של המערערת – לאחר שנמצאו כבלתי קבילים, אשר מהם ניתן היה ללמוד, לשיטת המערערת, על עלויותיו הגבוהות של הליך הפונדקאות בחו"ל. עוד טוענת המערערת כי היה מקום לפסוק לה סכומים גבוהים בהרבה משנפסקו בגין טיפולים פסיכולוגיים עתידיים, כאב וסבל על גווניו (אובדן הסיכוי להרות ולהוליד, הקטנת סיכוייה להינשא, ועוגמת הנפש שנגרמה לה), וכן בגין הנזקים המיוחדים, שנגרמו לה.

8. בערעור שכנגד, משיגים המשיבים על הקביעה כי התרשלו באבחון מחלת הסרטן, שבה לקתה המערערת, וטוענים כי קביעות בית המשפט הנכבד קמא בענין הפסול שנפל בהתנהלותם, אינן אלא חוכמה שבדיעבד. לשיטתם, טעותו של ד"ר כהן –

שאינן חולקת כי אירעה – היתה טעות סבירה, שרופא פתולוג סביר היה עלול לטעות בה בשעת מעשה ועל סמך הידע העדכני שהיה בידיו באותה עת. המשיבים מדגישים כי המדובר בסרטן נדיר, אשר אין ידע רפואי נרחב באשר לדרכי אבחון. הם מוסיפים כי אבחון הסרטן היה בעייתי ביותר, במיוחד כאשר המערערת סבלה גם מזיהומים שמאפייניהם דמו מאוד לאלו של סרטן הוילו, נוכח מיקומו של הגידול ובשים לב לשיטה שבה נלקחה הביופסיה בבדיקה הראשונה. עוד טוענים המשיבים כי טעה בית המשפט קמא בהעדיפו את עדות המומחה מטעם המערערת (פרופ' בלר), על פני עדויותיהם של המומחים מטעם המשיבים (הפרופסורים צ'רנובילסקי, ענתבי וינאי).

המשיבים טוענים עוד כי גם אם ייקבע שהאבחון השגוי היה רשלני, הרי שטעה בית המשפט הנכבד קמא בקובעו כי התקיים קשר סיבתי בינו לבין כריתת רחמה של המערערת. זאת, שכן בשים לב לקצב הגידול הנטען של סרטן הוילו, גם אם היה מתגלה הסרטן בעת הבדיקה הראשונה – לא היה מנוס מכריתת הרחם. המשיבים טוענים, כטענה הנראית כחלופית לטענת היעדר הקשר הסיבתי, כי בהיעדר אפשרות לקבוע ממצא ברור בעניין קצב התפתחות הסרטן והסיכוי להימנע מכריתת הרחם לו היה הסרטן מתגלה כבר בבדיקה הראשונה, הרי שמדובר במצב שבו יש להחיל את פסק הדין ב-ע"א 7375/02 ב"ח כרמל – חיפה נ' מלול, פ"ד ס(1) 11 (2005) (להלן: עניין מלול) העוסק ב"סיבתיות עמומה". לפיכך, לשיטתם יש לקבוע כי המעשה הרשלני הגדיל את הסיכון של המערערת לכך שרחמה ייכרת ב-20%, ומכך לגזור את הנזק שהמשיבים חייבים לפצות את המערערת בגינו. בנוסף טוענים המשיבים כי על בית המשפט הנכבד קמא היה לקבוע שהמערערת לא רק שלקתה ב"עקרות מכאנית", אלא שסיכויי המערערת להצליח להיכנס להריון ואף לשמור עליו עומדים על 33% בלבד, ולגזור את חלקם של המשיבים ביתרת נזקה של המערערת על בסיס זה, וזאת בהתבסס על פסק הדין ב-ע"א 231/84 קופת חולים של ההסתדרות נ' פאתח, פ"ד מב(3) 312 (1988) (להלן: עניין פאתח).

לעניין גובה הנזק, טוענים המשיבים כי הסכום שנפסק למערערת בראש הנזק של כאב וסבל – מופרז. באשר לנזק הכרוך בצורך בהליך פונדקאות טוענים המשיבים כי לגבי הרכיב של הפריה חוץ גופית אין להעניק למבקשת פיצוי כלשהו, שכן ממילא היתה נזקקת להליך כאמור מחמת עקרותה המכאנית, ולגבי הרכיב של השתלת הביצית המופרית ויתר שלבי הפונדקאות, עלותם של אלה מגיעה כדי 30 עד 40 אלף דולר בלבד, בהתאם לחוות דעת המומחה מטעם המשיבים. המשיבים אף משיגים אף על הסכומים שנפסקו למערערת בגין נזקים מיוחדים ובגין טיפולים פסיכולוגיים עתידיים.

9. בטרם אדרש לטענות המרכזיות של הצדדים אציין כי כפי שכל אחד מבעלי הדין טוען כלפי בעל דינו – ובצדק – הרי שעיקר הטענות בערעורים איננו אלא ניסיון להתעמת עם ממצאים עובדתיים, שנקבעו על-ידי הערכאה הדיונית ועם בחירתה בין עמדות נוגדות של מומחים שהביאו בעלי הדין. ניסיון כזה ככלל לא יצלח, בהליכי הערעור (ראו: ע"א 11485/05 פלוני נ' קופת חולים של ההסתדרות הכללית (לא פורסם, 2.11.2007)).

אחריות המשיבים לנזקה של המבקשת

10. בבואו של בית המשפט לקבוע האם האבחון השגוי עולה כדי רשלנות, ברור שאין להכריע בדבר על יסוד הוכמה שלאחר מעשה (והרי זו חכמת חלם), אלא על יסוד בחינת סטנדרט הטיפול הרפואי הסביר בעת ההפרה הנטענת (ראו: ע"א 280/60 פרדו נ' חפץ-פלדמן, פ"ד טו 1974, 1977 (1961); ע"א 323/89 קוהרי נ' מדינת ישראל, פ"ד מה(2) 142 (1991)). לא כל טעות באבחון, ודאי של מחלה נדירה, מהווה בהכרח רשלנות (ענין פרדו הנ"ל, שם; ע"א 1483/99 מדינת ישראל נ' טווינה (לא פורסם, 21.1.2004); ע"א 3758/03 מזרחי נ' קופת חולים מאוחדת (לא פורסם, 4.3.2004)). רופאים, ובכללם פתולוגים, אינם אלא בשר ודם, ועלולים לטעות באבחוניהם, ודאי כאשר הם מצויים ב"תחום האפור" הרחב של אפשרויות הטיפול, או האבחון. קביעה גורפת כי כל אבחון פתולוגי, שבדיעבד הוברר כשגוי, ושלא נלוו אליו פעולות דוגמת בקשה לביופסיה נוספת, או התייעצות בעמיתים – עולה כדי רשלנות, כל פועלה יהיה קידום רפואה מתגוננת, לעתים – יתר על המידה ובאופן שאיננו בהכרח לטובת החולים (ראו: ע"א 3056/99 שטרן נ' המרכז הרפואי על שם חיים שיבא, פ"ד נו(2) 936, 956 (2002)).

11. עם זאת, במקרה שלפנינו, אין להתערב בקביעת בית המשפט המחוזי הנכבד כי המשיבים אכן התרשלו. קביעה זאת באה לאחר שבית משפט קמא הזהיר עצמו היטב שלא לבחון את פעולותיו של ד"ר כהן בחוכמה שלאחר מעשה, וזאת לאחר שבדק ביסודיות את חוות הדעת של המומחים מטעם הצדדים, האזין לחקירותיהם הממושכות בבית המשפט, ולמד את סיכומיהם המפורטים. אוסיף איפוא רק מספר מילים על הנמקתו של בית המשפט הנכבד קמא.

12. בטענותיהם בבית המשפט המחוזי הנכבד ובפנינו, נתנו המשיבים משקל רב לעובדה שסרטן הוילו הוא נדיר, ושנכון לשנת 1998 (עת בוצעה הבדיקה הראשונה), לא דווחו בספרות הרפואית, אלא מספר עשרות מקרים של חולות בסרטן זה. ברם, עיקר כוחו של טיעון זה מועם שעה שד"ר כהן העיד כי לא רק שהכיר את הספרות הרפואית העוסקת בתחום, אלא גם נכח בכנסים מקצועיים, ולפחות באחד בהם אף נידון במפורש הקושי לאבחן את סרטן הוילו – מזיהום. אין עסקינן אפוא במצב שבו אבחון שגוי הוא תוצאה של אי-מודעות של הפתולוג לאותה מחלה נדירה, שאז יתמקד הדיון בשאלה האם היעדר הידע והעדכון של הפתולוג עולה כדי רשלנות (השוו: ע"א 3264/96 קופת חולים כללית נ' פלד, פ"ד נב(4) 849 (1998)). מצב הדברים פה הוא שהפתולוג היה ער היטב לכך שקיימת מחלה נדירה היכולה להיכלל באבחנה המבדלת (פרט לזיהום ה"שגרתי"), הוא לא איבחן אותה, ולא נקט בכל בפעולה כדי לאבחנה – כאשר השאלה הנשאלת היא האם התרשל בהתנהגותו. במקרה המסוים שלפנינו, התשובה היא בחיוב, כפי שקבע בית המשפט הנכבד קמא.

אף אם נתעלם מחוות הדעת המומחים מטעם המערערת (פרופ' בלר ופרופ' רוזנמן) – שלא נדחו על-ידי בית משפט קמא, ואשר בהן נקבע כי כבר בבדיקה הראשונה נראה בבירור תהליך גידולי בצואר הרחם, הרי שגם בדברי המומחים מטעם המשיבים לא היה כדי לסייע להם. בהתאם לחוות הדעת של המומחה מטעם החשיבים, פרופ' צ'רנובילסקי, פתולוג בעל שם, שסקר את ממצאי הבדיקה הראשונה: "לא במבט השוואתי ולא ברטרופקט" (עמ' 1 לחוות דעתו), הרי שהאבחנה המבדלת של הממצאים בבדיקה הראשונה (הווה אומר – רשימת המחלות העלולות לגרום לתסמינים או המאפיינים שבבדיקה) כוללת הן את הזיהום שאובחן על-ידי ד"ר כהן, והן את סרטן הוילו. יצוין כי ד"ר כהן הסכים בעדותו עם קביעה זו (עמ' 84 לפרוטוקול מתאריך 28.12.2003), שניתן להסתפק בה כדי לשלול את טענת המשיבים בסיכומיהם בבית המשפט המחוזי "כי לא ניתן היה לאתר את הגידול כבר בבדיקה [הראשונה]" (סעיף 95 לסיכומיהם). אין ספק כי היה קיים קושי במקרה זה להצליח ולזהות אילו משתי המחלות – ה"רגילה", או הנדירה – היא זו שמאפייניה הפתולוגיים זוהו בבדיקה, כפי שמדגישים המשיבים. אולם בקושי בזיהוי אין משום פטור לפתולוג במקרה כגון זה, להתעלם כליל מן האפשרות הנדירה. טענת ד"ר כהן ש"אי-אפשר לחשוב שעל כל מקרה [רגיל] יש לנו גידול נדיר כל-כך" (עמ' 93 לפרוטוקול) – איננה פשוטה, שכן אז לעולם לא יאובחנו כראוי בדיקות שנלקחו מחולים שלקו במחלה נדירה. אף העובדה שבמכתב שצורף לבדיקה הראשונה ציין הרופא הקלינאי (שמטבע הדברים לא בחן את הדגימה תחת מיקרוסקופ) כי לדעתו סובלת המערערת מזיהום, אין משמעה שהפתולוג צריך להסתפק באשרור אותה אבחנה, אלא עליו לבחון את הבדיקה ואת ההשערה



הראשונית, ולגבש מסקנות באופן עצמאי. לעומת זאת, במקרה דנן נראה כי ד"ר כהן הסתפק בכך שמה שראה בבדיקה: "מספיק כדי להתאים לאבחנה הקלינית של הרופא המטפל של תהליך [זיהומי], זה מה שהתבקשתי לעשות" (עמ' 114 לפרוטוקול). בנסיבות המיוחדות של המקרה – כך קבע בית המשפט המחוזי, בהסתמך על חוות דעת המומחים מטעם שני הצדדים, שדנו בדרך הפעולה הסבירה במקרה זה – היו בפני ד"ר כהן מספיק "סימני אזהרה", שאותם מנה בית המשפט ואשר חייבו אותו שלא להתגדר בקביעה הפסקנית – והשגויה – כי הבדיקה הראשונה מלמדת על זיהום בלבד, ואין בה עדות למצב טרום סרטני, או לממאירות. לא ניתן לשלול איפוא את הקביעה כי בנסיבות המקרה דנן היה על ד"ר כהן לנקוט באחת ממספר דרכים שהיו מסייעות לו באבחון נכון: בחינה נוספת וזהירה של הדוגמיות שבידיו; בקשה מהרופא המטפל לרקמה רחבה יותר (כשבענין זה ציין פרופ' צ'רנובילסקי בחוות דעתו כי הביופסיה שנמסרה לד"ר כהן היוותה "בעיה אבחנתית קשה", כי "אין מדובר במקרה זה באבחנה חד משמעית", וכי אילו היו בידי ד"ר כהן ביופסיות נוספות "הוא יכול היה להגיע ביתר קלות לאבחנה הנכונה"); ולחלופין – התייעצות עם עמית מומחה. ראוי לציין בענין אחרון זה כי ד"ר כהן העיד שהוא אכן נועץ לעתים בעמיתיו ולו היה נועץ בעמית בענין שלפנינו, היה פונה לפרופ' צ'רנובילסקי (עמ' 102 לפרוטוקול) – אותו מומחה שקבע בחוות דעתו כי ממצאי הבדיקה הראשונה מתיישבים עם סרטן הוילו, וזאת ש"לא ברטרופקט" וחרף הקושי בזיהוי המחלה. מכאן, ואף שלא ניתן לומר כי פעולות המשיבים היו הפרה בוטה ומובהקת של חובת הזהירות המוטלת עליהם – עדיין הפרה היתה (השוו: ע"א 58/82 קנטור נ' ד"ר מוסייב, פ"ד לט(3) 253, 262 (1985); ע"פ 116/89 אנדל נ' מדינת ישראל, פ"ד מה(5) 276, 288-289 (1991); ע"א 10302/05 לוי נ' ד"ר ברו (לא פורסם, 2.12.2008)).

13. לענין הקשר הסיבתי בין ההתנהגות העוולתית לבין הנזק: אין הצדקה להתערב במסקנות בית המשפט המחוזי, אשר אימץ בעניין זה את חוות הדעת מטעם המערערת, פרופ' בלר. יש לדחות גם את טענתם החלופית של המשיבים בעניין ההצדקה להחלתו של פסק הדין בענין מלול (הנתון כיום בדיון נוסף בפני בית משפט זה) בעניין "סיבתיות עמומה" וקביעת משקל חלקי (של 20%) בגין ההתנהגות העוולתית (בגרימת הנזק), הן משום שהטענה לא פותחה בצורה ממצה בסיכומי המשיבים בבית המשפט המחוזי הנכבד, והן משום שבפסק דינו של בית המשפט המחוזי אין כל זכר ל"אי-וודאות מובנית" (כאמור בעניין מלול, בעמ' 31-32) בשאלת הקשר בין ההתנהגות העוולתית לבין כריתת רחמה של המערערת, אלא נקבע שם נחרצות כי אלו הם סיבה ומסובב.

14. בטרם נידרש לראשי הנזק השונים ולטענות העיקריות של הצדדים בעניינם, יש להידרש לטענת המשיבים למצב פוריותה של המערערת אילולא האבחון השגוי, ולסברתם כי יש לחייבם רק בשליש מכל נזק שייקבע כי נגרם למערערת. בסוגיה זו קיימים שני עניינים רפואיים נפרדים (כעולה אף מעדות פרופ' בלר, בעמ' 132 לפרוטוקול מתאריך 22.10.2003): האחד – עקרות מכאנית, והשני – סיכויי הצלחת הריון, אם יתרחש. כיוון שהצדדים מערבים במידת-מה בין השניים בסיכומיהם (סעיף 32 לסיכומי המערערת וסעיף 15 לסיכומי המשיבים), ודומה שאף בית המשפט הנכבד קמא לא דק פורתא בענין זה (עמ' 35-36 לפסק הדין), יש להזכיר את הנתונים הרלבנטיים שעמדו לפני בית משפט קמא, ואת נפקותם המשפטית:

(א) ראשית המומחה מטעם המשיבים, פרופ' ענתבי, קבע (בסעיף 9 לחוות דעתו) כי הנתונים הפתולוגיים מכריתת הרחם והחצוצרות לימדו על נזק קשה לחצוצרות – נזק הקשור בדלקת של המערערת ולא בסרטן (או באבחון השגוי). דבר זה גרם ל"עקרות מכאנית", והקטין באופן ניכר את הסיכוי להריון ספונטאני (הווה אומר, ללא פרוצדורה רפואית). המומחה מטעם המערערת, פרופ' בלר, נטה להסכים עם פרופ' ענתבי בסוגיית העקרות המכאנית (אף אם לא "בוודאות") וציין כי במצב של תהליך דלקתי בחצוצרות, דרך הטיפול הרגילה לשם השגת הריון היא של הפרייה חוץ-גופית (עמ' 126-130 לפרוטוקול מתאריך 22.10.2003). משמעות הדבר, וכך קבע בית המשפט הנכבד קמא (עמ' 35 לפסק הדין), היא כי בנסיבות המקרה ואילולא האבחון השגוי היתה באפשרות המערערת לפעול להשגת הריון בדרך של הפרייה חוץ גופית. בכך יש כדי להשפיע על פסיקת הפיצויים למערערת בראשי הנזק של הוצאות רפואיות לעתיד ושל כאב וסבל, כפי שהזכרנו לעיל וכפי שעוד יפורט בהמשך הדברים.

(ב) שנית פרופ' ענתבי קבע כי גם אם אבחון הסרטן במועד היה מאפשר להסתפק בכריתת צוואר הרחם בלבד, ולא של הרחם כולו, והמערערת היתה מגיעה למצב של הריון (באמצעות הפרייה חוץ גופית, כך יש להניח), הרי שנוכח כריתת צוואר הרחם, הסיכוי להביא את ההריון במצב זה לידי סיום מוצלח: "הוא קטן וכ-2/3 מההריונות מסתיימים בהפלות" (סעיף 13 לחוות דעתו). פרופ' בלר טען מנגד כי כריתת צוואר הרחם היה מפחיתה את סיכויי הצלחת הריון (ככל שהושג) באחוזים בודדים בלבד (עמ' 132 לפרוטוקול). נראה שבענין זה קיבל בית משפט קמא את עמדתו של פרופ' בלר, נוכח ניסיונו בטיפול בנשים עם פגיעה דומה בצוואר הרחם (עמ' 35 לפסק הדין).

בעיה זו, של סיכויים מופחתים להביא הריון (אם יתרחש) לידי סיומו המוצלח, בהיעדר צוואר רחם, היא אפוא נפרדת מבעיית העקרות המכאנית. בעניין זה לא רק שאין ממצא ברור בפסק הדין התומך בעמדת המשיבים לעניין מידת ההפחתה בסיכויים האמורים, אלא שאפילו אם היתה מתקבלת עמדתם, לא היה בכך כדי להשפיע על חיובם בפיצוי המערערת. סיכוי של שני שלישים לסיום הריון נתון בהפלה אין משמעו שלמערערת היה סיכוי של כ-33% בלבד להביא לעולם, בסופו של דבר, ילד בריא פרי רחמה, בשנות הפוריות הרבות שעמדו לפניה במועד האבחון השגוי.

מצבה של המערערת שונה מן המצב שנדון בעניין פאתח, ממנו מנסים המשיבים להיבנות. באותו מקרה דובר על תובע, אשר עקב אבחון רשלני מאוחר של מצבו הרפואי, פחתו ב-30% סיכויי ההצלחה של ניתוח לתיקון מצבו. מפסק הדין בעניין פאתח עולה כי ניסיון התיקון שם היה חד-פעמי, ומשכשל הניסיון – נשללו סיכויי שיקומו של התובע כאמור. בית משפט זה ראה איפוא להעמיד את הפיצוי לתובע על 30% מנזקי פגיעתו, בשל הפחתת הסיכוי להצלחת הניתוח בשיעור זה. בניגוד לעניין פאתח, הרי שבמקרה של המערערת כאן פתוחה היתה בפניה האפשרות (קודם לאבחון הרשלני והמזיק) לנסיונות חוזרים ונשנים: ככל שהריון אחד יסתיים בהפלה, היתה היא יכולה לשוב ולנסות להרות, עד שהריון יסתיים בלידה מוצלחת (אף אם הסיכוי לכך איננו ודאי סטטיסטית; ולמותר לציין שגם סיכוייה של אשה בריאה להשלים הריון נתון בהצלחה אינם עומדים על 100%). א-פריורית, סיכוייה הסטטיסטיים להצליח להביא לעולם ילד פרי-רחמה, בשנות הפוריות הרבות שהיו עוד לפניה, היו איפוא גבוהים משמעותית מ-33% הנטענים, בשל קיום האפשרות לביצוע ניסיונות חוזרים ונשנים. מכאן, שיש לראות את רשלנות המשיבים ככזו שהפכה את המערערת, באופן מלא, ממי שיכולה היתה להרות (גם אם בהפריה חוץ גופית), ובסופו של דבר ללדת – למי שהדרך היחידה העומדת לפניה להפוך לאם ביולוגית היא דרך הפונדקאות, ומכאן שהיא זכאית לפיצוי מלא, ולא בשיעור של 33% בלבד.

נעבור עתה לדון בקיצור בראשי הנזק השונים.

15. לעניין הפסד השתכרות בעתיד: המערערת מציינת את המובן מאליו, כי בצד קביעת הנכות הרפואית על בית המשפט להעריך ולקבוע את הפסד הממון שנגרם לתובע עקב ההפחתה בכושר השתכרותו והפגיעה ביכולתו להמשיך בעבודתו שמקודם (ע"א 3049/93 גירוגיסיאן נ' רמזי, פ"ד נב(3) 792 (1995); ע"א 140/00 עזבון המנוח אטינגר נ' החברה לשיקום ופיתוח הרובע היהודי, פ"ד נח(4) 486, 506 (2004)). ברם,

המערערת לא הצליחה לשכנע את בית המשפט המחוזי הנכבד כי כושרה להשתכר עקב אירוע הנזק נופל בפועל מכושרה הפוטנציאלי להשתכר אלמלא אותו נזק, ולא הצליחה לשכנע בערעורה כי יש הצדקה להתערב במסקנה זו. רבות מטענותיה של המערערת בענין זה נסמכות על חוות דעתו של המומחה מטעמה, ד"ר קרפ, חוות דעת שנדחתה מניה וביה על-ידי בית המשפט הנכבד קמא. בית המשפט ביסס קביעותיו דווקא על: חוות דעתו של המומחה מטעם המשיבים (שלפיו למבקשת יכולת הסתגלות טובה ומוטיבציה, שיסייעו לה להתמודד עם מצבה); עדות מעבדה של המערערת (ממנה עלה כי המערערת ממשיכה מזה שנים בעבודתה, ושכרה אף עלה עם הזמן), ומהתרשמותו הישירה של בית המשפט מאישיותה החיובית של המערערת. בקביעות אלה אין להתערב.

16. לעניין ההוצאות הרפואיות העתידיות, הכרוכות בהליך הפונדקאות: בעניין זה מצא בית המשפט הנכבד קמא את עצמו בסיטואציה, שבה, עקב התנהלות הצדדים, מונחות היו לפניו ראיות דלות ביחס לעלות הליך הפונדקאות. המערערת (שתבעה 5.5 מיליון ש"ח בראש נזק זה, ועתה – בלא כל הסבר – "מסתפקת" היא בסכום של 1.8 מיליון ש"ח) ביקשה להתבסס בתחילה על מסמכים שעיקרם פרסומים ומאמרים מרשת האינטרנט (שבית המשפט הנכבד קמא מצא כי אינם קבילים), לאחר מכן על חוות דעת מומחה שניסתה המערערת לצרף באיחור רב (שבית המשפט הנכבד קמא סירב להתיר את הגשתה), ולבסוף – על "ידיעה שיפוטית" של בית המשפט בעניינים אלה. המערערת משיגה אמנם על החלטות הביניים של בית המשפט בענייני הגשת הראיות השונות, אך באלה אין דרכה של ערכאת הערעור להתערב בדרך כלל, ומקרה זה איננו מצדיק החרגה. המשיבים מצדם נסמכו על חוות דעת מומחה, שכללה התייחסות לעלות מחזור טיפולים של פונדקאות בחו"ל (30,000 עד 40,000 דולר), אף שעורכה הודה כי הערכתו זו נסמכת רק על דברי עמיתיו ועל פרסומים באינטרנט (עמ' 12-13 לפרוטוקול מתאריך 19.4.2004). מכאן, ובשים לב לנתונים החלקיים שהיו לפניו, הרי שקביעותיו של בית משפט קמא לגבי הפיצויים שיינתנו למערערת על מנת שתוכל לעבור את הליך הפונדקאות, היו ראויות: כך הוא לגבי הקביעה בעניין הפיצוי של 60,000 ש"ח לצורך ביצוע חלקו הראשון של הליך הפונדקאות – הפריה חוץ גופית (תוך התחשבות מסוימת בכך שהמבקשת היתה נזקקת להליך רפואי דומה גם אילולא נכרת רחמה), וכך הוא לגבי הקביעה בעניין הפיצוי של 300,000 ש"ח להשלמת הליך הפונדקאות בחו"ל. סכום זה נראה בעיני הערכאה הדיונית כסביר על מנת לאפשר למערערת – כבת 39 במועד פסק הדין (ואשר כפי הנראה עובר למסירת עדותה – טרם פנתה להליכי הפונדקאות) – לנסות ולהפוך לאם ביולוגית, אם תבחר ללכת בנתיב זה בפועל. בכך אין להתערב.

17. לעניין כאב וסבל: בדין נמנע בית משפט קמא מלפצל ראש נזק זה לראשי-משנה מרובים (אובדן סיכוי להרות ולהוליד, אובדן סיכויים להינשא, עוגמת נפש, כאב וסבל), כפי שניסתה ומנסה המערערת לעשות, תוך דרישת מיליוני ש"ח בכל אחד מהם. בית המשפט הנכבד קמא עמד על משמעותו הקשה של אובדן הרחם שלא לצורך: הפגיעה בדימוי העצמי, אובדן הסיכוי להרות ולהוליד, רגשות תסכול וחרדה, והקטנת הסיכוי להינשא, על כל הכרוך בכך. עם זאת, ועל אף כל הסימפטיה הנתונה מטבע הדברים למערערת – דומה כי הסכום שפסק בית משפט קמא בראש נזק זה – 825,940 ש"ח, בערכי מועד פסק הדין (שהם 500,000 ש"ח, בתוספות הפרשי הצמדה וריבית ממועד האבחון השגוי ועד מועד מתן פסק הדין), גבוה הוא יתר על המידה על פי המבחנים המקובלים. נראה שבפסיקת סכום זה לא נדרש בית המשפט לעובדה (הנלמדת מקביעותיו שלו) כי מצבה של המערערת לא היה, למרבית הצער, שפיר אף אילולא האבחון השגוי, ולכך שאת נזקה של המערערת יש לבחון על יסוד נקודת מוצא זו (השוו: ע"א 357/80 נעים נ' ברדה, פ"ד לו(3) 762, 772 (1982)). בהקשר זה יש להדגיש כי גם אילולא התרשלו המשיבים, היתה המערערת צריכה לעבור ניתוח להסרת צוואר הרחם (אך לא של הרחם כולו) לשם בלימת הסרטן שפשה בגופה, ובנוסף, על פי מה שנקבע – היא היתה סובלת מעקרות מכאנית, שהיתה מאלצת אותה, ככל הנראה, לפנות ממילא לטיפול הפרייה חוץ גופית על מנת שתצליח להרות. אף במצב זה היתה בוודאי נוצרת פגיעה קשה (גם אם פחותה) בשלמות גופה של המערערת, בדימויה העצמי, בנפשה, ביכולתה להרות באופן ספונטאני ובהליך שהיה עליה לעבור על מנת להפוך לאם ביולוגית (אף שלא באפשרותה העקרונית להוליד ילד פרי רחמה) – שהם הנתונים אותם מנה בית המשפט הנכבד קמא – כבסיס לקביעת הפיצויים. כמו כן, אם נצא מנקודת ההנחה, שהוצעה על ידי המערערת ואותה קיבל בית המשפט הנכבד קמא, כי יש מבין בני הזוג הפוטנציאליים של המערערת, אשר היו פוסלים את האפשרות לבוא עמה בברית הנישואין, נוכח הקשיים הצפויים בהקמת משפחה והולדת ילדים – הרי שעל פי אותה דרך ניתוח עצמה (שאינן אנו נדרשים לה) גם מצבה האמור של המערערת, אילולא האבחון השגוי, היה עלול להקטין, במידה מסוימת, את סיכוייה למציאת בן זוג. מצב קשה זה עדיף, כמובן, על פני אובדן הרחם, שגלום בו אובדן מוחלט של הסיכוי להרות, וחובת המערערת לפנות להליך פונדקאות כתנאי להפיכתה לאם ביולוגית – ומכאן ההצדקה לפיצוי. יחד עם זאת הפיצוי לא יכול לעמוד בהיקף שקבע בית משפט קמא, שהרי זה גבוה משמעותית ביותר מן הפיצויים שקבע בית משפט זה במקרה בעל דמיון למקרה שלפנינו: ע"א 2186/00 קופת חולים הכללית נ' קלאס (לא פורסם, 28.1.2002), שם העלה בית משפט זה פיצוי בגין נזק לא ממוני, שנפסק לאשה צעירה, אשר רחמה נכרת בניתוח ללא קבלת הסכמתה כדין, והעמידו על סך של 150,000 ש"ח. קושי נוסף בקביעת בית המשפט הנכבד קמא טמון בהסתמכותו

הנרחבת על חוות דעת המומחה שהוגשה מטעם המערערת (ד"ר בן ברוך) – כבסיס לפסיקת הפיצוי למערערת. מסמך זה לא נערך כלל ועיקר כחוות דעת, מה גם שעורכת המסמך איננה פסיכולוגית, או פסיכיאטרית, כי אם מי ש"חוקרת דברים בהיבט החברתי" ואשר "ליקטה וערכה" מאמרים בנושא אי-פוריות. בליקוט האמור אין התייחסות כלשהי למערערת באופן אישי, ואף לא לקשיי הפוריות האפשריים שלה אילולא האבחון השגוי; משמע: "התמקדות בנזק האינדיבידואלי שהתרחש לניזוק, ואשר לגביו אחראי המזיק" – אין כאן (השוו: עניין ברדה, בעמ' 775). נוכח האמור, נראה שהמקרה שלפנינו נופל בגדר אחד החריגים המצדיקים התערבות בקביעת בית משפט קמא (השוו: ע"א 7130/01 סולל בונה נ' תנעמי פ"ד נח(1) 1, 27-28 (2003)). לפיכך ראוי כי נעמיד את הפיצויים בראש הנזק של כאב וסבל על סך של 600,000 ש"ח (במקום 825,940 ש"ח), בערכי מועד פסק דינו של בית המשפט המחוזי, סכום שאף הוא מצוי ברף הגבוה ביותר. את ההפרש (היתר) – על המערערת להשיב איפוא למשיבים, בצירוף הפרשי הצמדה וריבית מירביים על פי חוק פסיקת ריבית והצמדה, התשכ"א-1961 ממועד קבלתו בידה ועד למועד ההחזרה.

18. לא מצאתי מקום להתערבות בסכומים שפסק בית המשפט המחוזי בראשי הנזק הנוספים, שכן מדובר בסכומים סבירים בנסיבות הענין, שאינם מצדיקים את התערבותנו.

19. נוכח כל האמור לעיל ערעורה של המערערת (המשיבה שכנגד) נדחה, ומתקבל באופן חלקי ערעורם של המשיבים (המערערים שכנגד), כאמור בסעיף 17 לעיל.

20. בנסיבות הענין – לא יהיה צו להוצאות.

ש ו פ ט

המשנה לנשיאה א' ריבלין:

אני מסכים.

המשנה-לנשיאה

השופט א' רובינשטיין:

אני מסכים.

שופט

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט ח' מלצר.

ניתן היום, כ"ה בשבט תש"ע (9.2.10).

שופט

שופט

המשנה-לנשיאה