



בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 1399/20

לפני: כבוד המשנה לנשיאה נ' הנדל
כבוד השופט ג' קרא
כבוד השופט ע' גרוסקופף

המערער: פלוני

נ ג ד

המשיבה: שירותי בריאות כללית

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי תל אביב-יפו
מיום 12.01.2020 בת"א 18410-06-14 שניתן על ידי כבוד
השופטת ש' יעקובוביץ

בשם המערער: עו"ד שי פויירינג; עו"ד נמרוד הלוי

בשם המשיבה: עו"ד דורון איצקוביץ; עו"ד סאלי גורליק

פסק-דין

המשנה לנשיאה נ' הנדל:

מונח לפנינו ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו (ת"א 18410-06-14, כב' השופטת ש' יעקובוביץ), בגדרו נדחתה תביעת המערער לפיצוי בגין נזקי גוף שנגרמו לו לפי טענתו כתוצאה מרשלנותם של הרופאים שטיפלו בו במסגרת המשיבה, שירותי בריאות כללית, והתבטאה באיחור באבחון מחלת המיאלופתיה הצווארית ממנה הוא סובל (להלן גם: מיאלופתיה, המחלה).

כפי שיובהר בהמשך, ערעור זה נסב על השאלה האם הוכח קשר סיבתי בין ההתרשלות שמצא בית המשפט המחוזי בטיפול הרפואי שניתן על ידי רופאי המשיבה, לבין נזק שנטען שנגרם למערער. בתוך כך, עולה השאלה האם יש מקום להשתמש בנסיבות העניין בדוקטרינת הנזק הראייתי, לשם העברת נטל השכנוע בהקשר זה אל שכמי המשיבה.

רקע עובדתי וההליך בבית המשפט קמא

1. המערער אובחן בחודש מרץ 2010 כסובל מן המחלה נוירופתיה סוכרתית. בחודש מרץ 2012 אובחן בנוסף כחולה במיאלופתיה צווארית. בין השנים 2010-2012 המערער חזר והתלונן בפני רופאי המשיבה על כאבים שונים ברגליים ובגב התחתון, ובהמשך גם בידיים. בכתב התביעה טען המערער כי תסמינים אלה היו "למן ההתחלה" של מיאלופתיה, ואולם הרופאים נמנעו מלשלול את האפשרות המתבקשת הזו כגורם לתסמינים, והתקבעו במקום זאת על אבחנה שגויה של נוירופתיה סוכרתית. נוכח רשלנות זו, כך נטען, המחלה אובחנה אצל המערער באיחור של שנתיים, כאשר בשלב זה מצבו היה בלתי הפיך והוא נותר עם נכות צמיתה בשל כאבים ופגיעה בתפקוד ארבע הגפיים.

2. בית המשפט המחוזי דחה את תביעת המערער. בפסק הדין נקבע ראשית כי הטענה לאיחור של שנתיים באבחון המחלה, אינה מתקבלת. זאת לנוכח העדות של המומחה הרפואי מטעם המערער, פרופ' מנדס, שטען כי המועד שהחל ממנו נכון היה לבחון את תלונותיו בראי מיאלופתיה ולא נוירופתיה סוכרתית, הוא חודש יוני 2011, וכי "דגל אזהרה" נוסף צריך היה להיות מוצב בחודש נובמבר 2011. בית המשפט קמא מצא לצמצם את יריעת המחלוקת בנושא זה לחודש נובמבר 2011. נקבע כי במועד זה, ולא לפני כן, חלה החמרה בתסמינים של המערער, שלא היו עוד אלה שעליהם התלונן קודם בפני הרופאים המטפלים במשיבה. כך נלמד, בין היתר, מעדותו של המערער וכן מרשומות רפואיות מאוחרות שתיעדו את גרסתו באשר למועד שבו חל שינוי במצבו. לנוכח האמור, פסק הדין בחן את הטיפול הרפואי שניתן למערער בטווח הזמנים שבין חודש נובמבר 2011 ועד למועד אבחון המחלה בחודש מרץ 2012.

בארבעת החודשים הללו, ביקר המערער חמש פעמים במסגרת המשיבה אצל הרופא הנוירולוג ד"ר מזאריב (להלן: הנוירולוג). בחודש נובמבר 2011 התלונן המערער על כאבים שונים בידיים וברגליים, אך נקבע כי נבדק על ידי הנוירולוג רק ברגליים. בשלושת הביקורים הבאים, בחודשים ינואר ופברואר בשנת 2012, נקבע כי המערער התלונן בפני הנוירולוג על החמרה במצבו, אך לא נבדק על ידו. עוד צוין כי הרשומה הרפואית במועדים אלה מתעדת בעיקרה תלונות וממצאי בדיקה קלינית זהים לאלה שנרשמו בעבר, כאשר נראה שמדובר בהעתקה של רישום קודם. בביקור האחרון בחודש מרץ 2012, ערך הנוירולוג בדיקה קלינית במערער שהובילה לאבחון המחלה. בעקבות כך, נשלח המערער באופן דחוף לבצע בדיקת MRI, ולאחריה עבר ניתוח ביום 18.4.12. לאור הקביעות שתוארו, מצא בית המשפט קמא כי התנהלות הנוירולוג בטווח הזמנים

הרלוונטי חרגה מסטנדרט הטיפול הרפואי הסביר. בין היתר, נקבע כי הרשומה הרפואית שערך הייתה חסרה ולא אמינה, וכי בדיקות שונות שנדרשו לא בוצעו על-ידו כראוי או שלא בוצעו בכלל. צוין כי אפשר שממצאי בדיקות אלה היו מביאים לידי עריכת בירור רפואי נוסף, שלא נעשה.

יחד עם זאת, בית המשפט קמא מצא כי לא הוכח קשר סיבתי בין ההתרשלות האמורה לבין הנזק. בהקשר זה צוין כי המומחה הרפואי מטעם המערער לא הציג בחוות דעתו כל תרחיש אלטרנטיבי אלמלא התרשלות המשיבה. נקבע כי הוא לא חיווה את דעתו בשאלה מתי ניתן היה לאבחן את המחלה, מתי צריך היה לבצע את הניתוח, ומהי הפרוגנוזה שהייתה צפויה למערער אילו היה מאובחן ומנותח במועד. עוד צוין כי כאשר נשאל המומחה בחקירתו הנגדית מדוע שתק בעניינים אלה, השיב כי ציפה שיישאל על כך בחקירה. הודגש כי המומחה לא טען כי בשל התרשלות המשיבה נמנעה ממנו היכולת לחוות דעה באותם עניינים, בניגוד לטענת המערער בסיכומיו לקיומו של "נזק ראייתי". מעבר לכך, צוין כי המומחה מטעם המערער התקשה לבסס בחקירתו הנגדית את קביעתו שלפיה "הכלל הוא שהניתוח עוצר את המחלה". מנגד, ניתנה הדעת לעדותו של המומחה מטעם המשיבה, פרופ' בורנשטיין, שלפיה אבחון מוקדם יותר של המחלה במספר חודשים לא היה בו כדי לשנות ממצבו של המערער. לנוכח האמור, נדחתה התביעה מן הטעם שלא הוכח קשר סיבתי בין ההתרשלות לנזק.

הטענות בערעור

3. הערעור שלפנינו מכוון כנגד הקביעה כי לא הוכח במקרה הנדון יסוד הקשר הסיבתי. לטענת המערער, בניגוד למסקנתו של בית המשפט קמא, פרופ' מנדס אכן הצביע על מועד שהחל ממנו צריך היה להתייחס אל תלונותיו של המערער כאל אינדיקציה למיאולופתיה – חודש יוני 2011, ולאחר מכן חודש נובמבר 2011. עוד נטען כי מחוות דעתו ומעדותו של המומחה עולה כי לעמדתו נדרש היה לנתח את המערער באופן מיידי בסמוך למועד האבחון, וכי הכלל הוא שניתוח עוצר את המחלה, קרי מונע הידרדרות נוירולוגית נוספת. הגם שעל דוכן העדים לא זכר המומחה היכן הכלל האמור כתוב במאמרים שצורפו לחוות דעתו, נטען כי מאמרים אלה אכן מבססים את העמדה האמורה. מכאן, לשיטת המערער, כי הוכח על ידו שהפרוגנוזה אשר הייתה צפויה לו אילו היה מאובחן ומנותח במועד, הינה הישארות במצב הרפואי בו היה נתון במועד הניתוח ומניעת הידרדרות נוספת. בהתאם, לטענתו, הנזק שנגרם לו בשל התרשלות המשיבה הוא ההפרש שבין המצב בו הוא שרוי כעת, ובין המצב בו היה שרוי בחודש נובמבר 2011.

אלא שלטענת המערער, התרשלות המשיבה הביאה לכך שלא ניתן לדלות מידע על מצבו הרפואי במועדים הרלוונטיים. התרשלות זו יצרה לפי טענתו נזק ראייתי משני סוגים: נזק ראייתי נפרד, כתוצאה מאי רישום דבר אודות מצבו בביקוריו אצל הנורולוג; ונזק ראייתי מובנה, כתוצאה מאי שליחתו לביצוע בדיקות נדרשות לבירור מצבו הרפואי. לשיטת המערער, נזקים ראייתיים אלה מעבירים אל כתפי המשיבה את נטל השכנוע להוכיח כי בחודש נובמבר 2011 היה מצבו כבר כזה שניתוח לא היה משנה דבר ביחס למצבו היום, נטל אשר נטען כי המשיבה לא הרימה. על כן, מבקש המערער שנקבע כי הוכח יסוד הקשר הסיבתי, ונחזיר את התיק לבית המשפט המחוזי לדון בסוגיית הנזק.

המשיבה מצדה טוענת כי לא נפלה טעות בתוצאה אליה הגיע בית המשפט קמא, שלפיה לא הוכח קשר סיבתי בין ההתרשלות לנזק.

דיון והכרעה

4. על פי התשתית העובדתית שנפרשה בפני בית המשפט קמא ובהתאם לקביעות בפסק הדין, סבורני כי ניתן להצביע על חודש נובמבר 2011 כמועד האבחון הרצוי והסביר, שהחל ממנו צריך היה להתייחס לתלונות המערער באופן המעלה חשד למחלת המיאולופתיה. על מועד זה הצביע גם המומחה מטעם המערער, והוא מתיישב כאמור עם עדותו של המערער ועם התייעוד הרפואי המאוחר. בחקירתו של המומחה מטעם המערער, נשאל הלה על ידי בית המשפט מתי לשיטתו היה נכון לנתח את המערער, בהנחה וייקבע כי בחודש נובמבר 2011 היה צריך רופא סביר לאבחן את המחלה. לכך השיב המומחה כי בשלב זה היה צריך לנתח מיד (עמ' 22 ש' 12-20). מעבר לכך, פרופ' מנדס העיד כאמור כי "הכלל הוא שהניתוח עוצר את המחלה" (עמ' 41 ש' 23-עמ' 42 ש' 1). בחוות דעתו כתב כי הניתוח שעבר המערער "מיועד לעצירת המחלה אבל ללא אפשרות לשפר את הנזק שכבר אירע", וכן ציין באופן כללי כי "בטיפול כירורגי שחזור של המורפולוגיה של עמוד שדרה צווארי משפרת את הסיכויי לעצירה ולעיתים לשפור התסמונת" (עמ' 16-17 לחוות הדעת). המערער מפנה בסיכומיו למובאות משני המאמרים הרפואיים שצורפו לחוות דעתו של המומחה, אשר תומכים לפי הטענה בעמדתו.

5. ברם, גם אם נניח כי הוכח שניתוח בדרך כלל מסייע בעצירת הידרדרות המחלה, וכי ניתן וצריך היה לאבחן את המחלה ולנתח את המערער בסמוך לחודש נובמבר 2011 – עדיין אין בכך כדי להראות כי האיחור באבחון המחלה אכן גרם למערער לנזק. במילים אחרות, לא ברור האם המצב שבו הוא היה יכול להימצא אלמלא ההתרשלות, אילו היה

מנותח קודם, היה שונה מהמצב שבו הוא מצוי כיום, בהינתן העיכוב באבחון. נחדד, בענייננו, לא ידוע אם ההתרשלות כלל גרמה לנזק, בנוסף לחוסר הוודאות בנוגע לגודל הנזק, ככל שנגרם (ראו והשוו: ע"א 8279/02 גולן נ' עזבון המנוח אלברט, פ"ד סב(1) 330 (2006)). אין בנמצא כל התייחסות של המומחה מטעם המערער לסיכויי ההצלחה של הניתוח במקרה הספציפי של המערער על נסיבותיו הקונקרטיות, ולמידת השיפור הצפוי במצבו – ולו בהערכה גסה או בדרך של אומדנא – ביחס למצבו כעת. התייחסות שכזו נעדרת כליל מחוות דעתו של המומחה, מעדותו במשפט, וגם מכתבי הטענות השונים של המערער.

החסר האמור פועל כנגד המערער, שכן הכלל הראייתי השלט ברגיל במשפט האזרחי הוא כי "המוציא מחברו עליו הראיה". בענייננו מבקש כאמור המערער להעביר את נטל השכנוע לגבי הוכחת יסוד הקשר הסיבתי אל שכמי המשיבה, בהתבסס על דוקטרינת הנזק הראייתי. דוקטרינה זו, שזכתה להכרה בפסיקת בית משפט זה, רלוונטית למקרים שבהם הנתבע גורם באופן רשלני לחסר בתשתית הראייתית הדרושה לתובע לשם הוכחת רכיב עובדתי מסוים בתביעתו. במקרים אלה, עשוי בית המשפט להניח באותו הקשר הנחה המיטיבה עם התובע, כך שהנטל יונח לפתחו של הנתבע לסתור הנחה זו.

מההגדרה האמורה עולה כי נדרשים מספר רכיבים כדי לבסס טענת נזק ראייתי: עמימות עובדתית; שנוצרה כתוצאה מנזק לראיות שבשליטת הנתבע; עקב התרשלות הנתבע; ובאופן שמונע מהתובע להוכיח עובדות הנדרשות לתביעתו. רק בהתקיים רכיבים אלה, יעבור נטל השכנוע אל הנתבע. יובהר כי נטל זה יועבר רק ביחס לאותן עובדות שהנתבע פגע באפשרותו של התובע להוכיח, ולא ביחס לכל רכיב שהוא החיוני להוכחת יסודות התביעה. כמו כן, הגם שקיומו של נזק ראייתי מעביר את הנטל לנתבע למלא את העמימות העובדתית שנוצרה, עדיין הנטל לביסוס הטענה לקיום נזק ראייתי, על כלל הרכיבים שנמנו, מוטל על התובע. נטל זה אינו כבד, אבל הוא קיים. לא די כי צד מכריז על קיומו של נזק ראייתי, או מראה כי התקיימו חלק מן הרכיבים הנדרשים – כדי שיוכל ליהנות מפירותיה של הדוקטרינה (ראו למשל: ע"א 10094/07 פלוני נ' בית החולים האנגלי אי.מ.מ.ס, פסקה 7 לחוות דעתי (24.11.2010)); ע"א 6991/09 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 8 (24.10.2011)); גיא שני חזקות רשלנות – העברת נטל ההוכחה בדיני נזיקין 303-322 (2011)).

6. בענייננו, מתבטאת כאמור ההתרשלות באי-אבחון המחלה בסוף חודש נובמבר 2011 וביצוע הניתוח מיד בסמוך, לעומת האבחנה המאוחרת שהובילה לבסוף לניתוח, בסוף חודש מרץ בשנה לאחר מכן. זוהי תקופה של כארבעה חודשים. אכן, בהתייחס

לתקופה זו, נגרם נזק מסוים לראיות בגין התרשלות המשיבה. בפרט, כפי שנקבע, הרישום הרפואי שנערך אינו מהימן וכן לא בוצעו בדיקות מסוימות שנדרשו. ואולם, מצבו של המערער ביום האבחון ולאחר הניתוח ידוע. סביר גם כי יש מידע כלשהו למצבו של המערער בחודש נובמבר, גם אם כזה המבוסס על תלונותיו או על בדיקות חלקיות שבוצעו בו. העיקר הוא שלא הובאו נתונים לגבי קשת האפשרויות של הידרדרות במהלך ארבעת החודשים הללו. בהקשר זה, לא הונחה תשתית עובדתית שתבהיר את המשמעות של העדר ביצוע הבדיקות או אי-שמירת התיעוד הרפואי והשלכתה, על האפשרות להעריך את הפרוגנוזה הצפויה למערער אילו היה מאובחן ומנותח במועד. עניינים אלה – שהינם עניינים שברפואה – היה על המערער להעלות, בנסיבות, במסגרת חוות דעת (ראו: עניין גולן, פסקה 27 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) א' גרוניס).

חוות דעת שכזו אינה בנמצא, ובנוסף אין התייחסות לנושא זה בעדותו של המומחה הרפואי מטעם המערער. יתר על כן, גם כאשר נשאל המומחה בחקירתו באופן מפורש, מדוע לא פירט כיצד היה משתנה מצבו של המערער אילו היה מנותח במועד, המומחה לא טען לקושי כלשהו לחוות דעה בסוגיה זו, כל שכן קושי ממשי לעשות כן שמקורו בנזק ראייתי שגרמה התרשלות המשיבה. הבעייתיות שבקבלת טענת המערער לתחולת דוקטרינת הנזק הראייתי אף מתעצמת במקרה הנדון, לאור העובדה שהמומחה מטעם המשיבה העיד מצדו כי לא היה באבחון מוקדם במספר חודשים כדי לשנות.

ויובהר. סביר כי שאלת השיפור הפוטנציאלי במצבו של המערער אילו נותח במועד, המערבת הערכת תוצאות של תרחיש היפותטי שלא התממש בפועל, אינה פשוטה למענה. עם זאת, שאלות דומות נענות כדבר שבשגרה בתיקי רשלנות רפואית. בהיעדר עדות שבמומחיות בנושא זה בנסיבות המקרה שלפנינו, לא ברור האם שתיקת המערער ביחס לקשר הסיבתי והנזק היא תוצר של "מבוי סתום" שאליו נקלע בשל התרשלות המשיבה, או שמא ההיעזרות בדוקטרינה באה לרפא חסר שלו בניהול ההליך המשפטי, או אפילו כדרך להימנע מהבאת ראיות שהיו פועלות כנגדו. בנסיבות אלה, ומשהמערער לא עמד בנטל המוטל עליו להוכיח כי התרשלות המשיבה יצרה עמימות עובדתית שפגעה ביכולתו להוכיח את העובדות הדרושות בהקשר זה, אין מקום לעשות שימוש בדוקטרינת הנזק הראייתי.

7. המשמעות היא, שלא הוכח על ידי המערער כי ההתרשלות בעיכוב שחל באבחון המחלה ובניתוח, גרמה לו לנזק. כדי להמחיש את החסר, טלו מקרה בו כתוצאה מהתרשלות דומה באי-ביצוע בדיקות נדרשות ואבחון מתאים, הניתוח היה מתרחש באיחור של שבועיים. האם ניתן להניח במקרה זה כי בהכרח נגרם נזק בר פיצוי כתוצאה

מן העיכוב? על פני הדברים, אף התקופה של ארבעה חודשים איננה ארוכה באופן שייתן לבית המשפט מסגרת לקבוע פיצוי מבלי שהוכחו כלל הנתונים הרלוונטיים. עניין זה מוטל על המערער להוכיח דרך חוות דעת. דהיינו, היה על המומחה הרפואי מטעם המערער לומר שבהינתן תרחיש עובדתי מסוים, שעמום בנסיבות, יש בסיס למסקנה כי נגרם נזק, למשל, של עשרה אחוזי נכות עקב העיכוב באבחון. בשלב הזה תורו של המשפטן לטעון כי לא ניתן לדעת אם האפשרות האמורה היא זו שהתרחשה בפועל, וזאת כתוצאה מעמימות עובדתית שנגרמה באשמת הנתבע. או אז, הנטל היה עובר אל הנתבע למלא את העמימות האמורה. אך כאמור, זהו אינו המצב כאן. חוות הדעת של המערער אינה נותנת לבית המשפט כל תרחיש שניתן לתרגם אותו לנזק.

אכן, "החוש הנזיקי" אינו אדיש למקרים כמו זה שלפנינו, שבהם הנתבע המתרשל יוצא פטור, ואילו התובע החף יוצא ללא פיצוי. יחד עם זאת, בתביעת נזיקין יש להוכיח את היסודות של התרשלות, נזק, וקשר סיבתי עובדתי ומשפטי ביניהם. בענייננו קיימת התרשלות המתבטאת באיחור של ארבעה חודשים באבחון המחלה, ואולם לא הוכח כי איחור זה גרם לנזק. נגזר מכך, שלא הוכח כי קיים קשר סיבתי בין ההתרשלות ובין נזק. כלל גדול בנזיקין הוא שלא די בכך שנתבע התרשל. זהו חצי אחד של סיפור ההכרעה, והחצי השני הוא הוכחה שבכך נגרם נזק לתובע. היה וזה לא הוכח, אין הצדקה לפצותו. דוקטרינת הנזק הראייתי משמשת במשפטנו ככלי ראייתי, ולא כעילת תביעה בפני עצמה. אף אם קיים נזק לראיות באשמת הנתבע, יש לשאול האם הוכח כי נזק זה יצר עמימות הרלוונטית לדרישת ההוכחה של התובע בתביעה המסוימת. בראייה זו, התביעה העומדת במוקד הערעור אינה עוברת את המשוכה המוטלת עליה.

לאחר דברים אלה – פיצוי בגין פגיעה בוודאות

8. לאחר דברים אלה, הונחה בפניי חוות דעתו של חברי, השופט ע' גרוסקופף. הוא מסכים כי דין הערעור להידחות בעיקרו, אך סבור כי על המשיבה לפצות את המערער בסך של 100,000 ש"ח בשל הכאב והסבל שנגרמו לו בעקבות האבחון המאוחר, שהתבטאו ב"הארכת תקופת חוסר הוודאות" שבה הוא היה נתון. אין בידי להסכים לתוצאה זו, כפי שאסביר להלן.

9. כזכור, המערער לא הוכיח כי מצבו היה שונה אילו היה מאובחן ומנותח במועד, בהיבט של הנכות הרפואית שנגרמה לו. חברי מבקש להצביע על היבט אחר שבו לעמדתו נגרם למערער נזק כתוצאה מהאיחור באבחון: כאב וסבל שנגרמו לו בארבעת החודשים שבהם מחלתו לא אובחנה בשל התרשלות המשיבה. ואולם, במקרה הנדון המערער לא

הצביע על כאב פיזי כלשהו, שגרם לו סבל, אשר ידוע כי היה נחסך ממנו אילו היה מאובחן במועד. הגם שהמערער התלונן על החמרה במצבו הרפואי באותם חודשים, לא הוכח בפנינו כי החמרה זו הייתה נמנעת או מופחתת בעקבות ביצוע מוקדם של הניתוח. למעשה, גם חברי לא קבעו אחרת בחוות דעתו. ראש הנזק הרלוונטי, לפי קו זה, הוא חוסר הוודאות שבו היה המערער נתון עד לאבחון הנכון של מחלתו, וה"ספקות" שקיננו בלבו. עולה כי הפיצוי המוצע אינו בגין נזק פיזי כלשהו, אלא בגין נזק "רגשי", כדוגמת עוגמת נפש, ונזק כזה בלבד. ודוקו: אין עסקינן בראש הנזק של פגיעה באוטונומיה, אשר נסיבות המקרה אינן מתאימות לו לנוכח תנאיו המיוחדים של ראש נזק זה. מדובר אפוא בנזק מסוג שונה מזה שעומד בבסיס פסקי הדין המוזכרים בחוות דעתו של חברי, שעסקו בעיקרם, בהיבט הרלוונטי לענייננו, בכאבים פיזיים שנגרמו לתובע בתקופת העיכוב באבחון, ושהיו נמנעים אלמלא ההתרשלות (ראו למשל: ע"א 10766/06 בראון נ' קופת חולים של ההסתדרות הכללית (30.9.2009), ע"א 7313/09 קופת חולים לאומית נ' לוי (18.11.2010)). לאור תחימה זו של הנזק, סבורני כי עולה קושי לגבי הפיצוי המוצע.

10. בעבר הגישה בפסיקה הייתה כי כאשר נזק רגשי, המתבטא בתחושות שליליות של תסכול, לחץ או צער – עומד לבדו, לא ניתן לתבוע בגינו בניזיקין. גישה זו אינה נוהגת עוד בשיטתנו (ע"א 243/83 עיריית ירושלים נ' גורדון, פ"ד לט(1) 113, 138-142 (1985)). כן ראו, למשל: ע"א 1081/00 אבנעל נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(5) 193, 204-205 (2005); ע"א 153/04 רובינוביץ נ' רזנבוים, פסקה 14 לפסק דינה של השופטת נאור (6.2.2006)). עם זאת, עדיין נדרשת זהירות בבואנו לפסוק פיצוי בגין נזק מעין זה, כשהוא אינו נלווה לנזק פיזי כגון פגיעה. כפי שהוסבר בספרות המשפטית, פסיקת פיצוי בגין נזק כזה ללא כל סייגים או מגבלות, עלולה לעורר בעיות שונות הנובעות ממאפייניו של הנזק.

שניים ממאפיינים אלה הם שכיחותו של הנזק והקושי לזהותו ולהעריכו. אפשר לטעון כי כמעט כל מי שסבל מהתרשלות של אחר, חש צער או אי-נוחות כתוצאה מכך. מדובר בנזק סובייקטיבי ואינדיבידואלי מטיבו, אשר ככזה לרוב לא ניתן להוכיח באמצעים חיצוניים לנפגע. שילוב המאפיינים מעורר חשש מפני הצפה של תביעות, ביניהן כאלה הנסבות על נזק פעוט-ערך באופן הכרוך בעלויות התדיינות יקרות. כן עולה חשש מפני תביעות סרק ותביעות מופרזות. גם כאשר הנזק אותנטי, הקושי בכימותו עלול להביא לפסיקת פיצוי גבוהה מדי, אשר תכביד יתר על המידה על פעילות המזיק, שלעיתים רצויה מבחינה חברתית. החשש מפני הרתעת-יתר ממשי במיוחד לנוכח שכיחות הנזק האמור, אשר יכול להתקיים במגוון רחב של נסיבות ותוך פגיעה אפשרית בציבורים גדולים, לרבות מעורבות של ניזוקים עקיפים (להרחבה ראו: ישראל גלעד דיני

נזיקין – גבולות האחריות 930-935 (2012); אריאל פורת נזיקין 259-265 (כרך א, 2013).

בכל אלה אין כדי לשלול באופן גורף את האפשרות לפסוק פיצויים עקב גרימת נזק נפשי טהור. אך פיצוי כזה צריך להינתן בריסון ובמקרים המתאימים. זהו האיזון הראוי בין השיקולים המצדיקים את הפיצוי, כגון צדק מתקן וחשש מפני הרתעה חסרה, ובין השיקולים התומכים בהגבלת האחריות בהקשר זה, כפי שפורטו לעיל. כך למשל, ביחס לראש הנזק של פגיעה באוטונומיה, קבעה הפסיקה כי פיצוי בכגון דא מוגבל רק לפגיעה בליבת הזכות לאוטונומיה, ובעניין מהותי (ע"א 1303/09 קדוש נ' בית החולים ביקור חולים, פ"ד סה (3) 164, 277 (2012)). כן ראו אצל גלעד, בעמ' 935-939.

11. בענייננו, הנזק שמוצע לפצות בגינו הוא כאמור תחושה של חוסר ודאות בתקופה שבה התעכב האבחון באופן רשלני. המערער עצמו, הגם שטען באופן כללי לכאב וסבל בכתב התביעה, לא טען דבר לגבי מצבו הנפשי והרגשי בחודשים המסוימים שבהם חל עיכוב רשלני באבחון. אף בית המשפט קמא לא קבע קביעות עובדתיות בעניין זה שניתן להסתמך עליהן. אפשר להניח כי המערער חש בצער ובמצוקה בתקופה האמורה, ואיני מקל ראש בכך. עם זאת, לא ברור עד כמה תחושות אלה נבעו מכך שלא אובחנה נכונה המחלה ממנה סבל, להבדיל מהעובדה שהטיפול שקיבל לא סייע בהקלת כאביו. והרי גם בהינתן שהמחלה הייתה מאובחנת במועד ו"מקבלת שם", לא הוכח כי הטיפול המתאים היה חוסך את הכאבים האמורים. מעבר לכך, חוסר הודאות בנוגע למקור כאביו של המערער היה נחלתו זמן רב לפני שהיה על רופאי המשיכה לאבחן באופן סביר את המחלה, כאשר תקופת העיכוב הרשלני על פניה אינה ארוכה באופן בולט. בנסיבות אלה, ובפרט כאשר המערער עצמו לא טען לפיצוי בגין "חוסר ודאות", סבורני כי אין מקום לפיצוי המוצע.

הכרה בזכאות לפיצוי בגין התחושה השלילית במקרה זה עלולה להיות בעלת השלכות רחבות יותר שאינן רצויות, עד כדי יצירת עילה נזיקית חדשה של "פגיעה בוודאות" שתהיה רלוונטית כל עת שנמצא עיכוב רשלני של גורם מטפל באבחון מחלה, ללא כל מסננת או הגבלה. זאת, גם כאשר התובע לא טען דבר בעניין, כאשר העיכוב אינו ארוך באופן מיוחד, וכאשר הפגיעה ברגשות הנובעת מהעיכוב אינה מובהקת אלא משוערת בעיקרה. מעבר לחששות שפורטו לעיל הנעוצים במאפייני הנזק הנפשי הטהור, יש בכך גם כדי לבטא הטלת אחריות על בסיס התנהגותי, תוך הסתפקות בהתרשלות וויתור הלכה למעשה על הדרישה להוכיח קשר סיבתי ונזק. לכך לא אוכל להסכים.

12. בשולי הדברים אוסיף כי גם לו הייתי נכון להכיר באחריות המשיבה כלפי ראש הנזק של תחושת חוסר הוודאות, סבורני כי סכום הפיצוי שהוצע חורג מן הראוי בגין הנזק שגרמה רשלנות המשיבה. כך באופן כללי, וכך גם בהשוואה לפסקי דין שבהם נפסקו פיצויים בגין כאבים גופניים וסבל שנבע מהם, כאשר דובר בתקופת עיכוב ארוכה בהרבה (השוו למשל לעניין לוי לעיל).

13. אשר על כן, אם תישמע דעתי, דין הערעור להידחות במלואו. בנסיבות העניין בכללותן, הייתי נמנע מעשיית צו להוצאות.

המשנה לנשיאה

השופט ע' גרוסקופף:

אני מסכים לחוות דעתו של חברי, המשנה לנשיאה, השופט ניל הנדל לפיה הערעור צריך להידחות בעיקרו. עם זאת, אציע כי נקבל את הערעור באופן חלקי, ונפסוק למערערים פיצוי בשל הכאב והסבל שנגרם להם בעקבות האבחון המאוחר.

תביעת רשלנות מחייבת את התובע להוכיח לא רק את רשלנות הנתבע, אלא גם את הנזק שנגרם לו כתוצאה מכך. כאשר מדובר ברשלנות רפואית, הוכחה זו צריכה להיתמך בחוות דעת רפואיות, המלמדות על הפער שבין מצבו של התובע אלמלא הרשלנות למצבו בפועל לנוכח ההתרשלות. במקרה דנן, משמעות הדבר היא שהיה על המערער להוכיח באמצעות חוות דעת רפואית לא רק כי המשיבה התרשלה בכך שד"ר עזיז מזאריב, הנוירולוג אשר טיפל בו מטעמה (להלן: הנוירולוג) אבחן את המחלה רק במרץ 2012, באיחור של כארבעה חודשים, אלא גם מהי הפרוגנוזה ביחס למצבו אילו האיבחון היה מבוצע במועד, דהיינו בנובמבר 2011. ואולם, הפוך והפוך בחוות דעת הרפואית שהוגשה מטעמו, ולא תמצא כל הבהרה של עניין זה (כל שצוין בחוות הדעת בעניין "הנכות כתוצאה מהרשלנות" הוא ש"להערכת עיקרה של נכותו הצמיתה של המערער בארבע הגפיים היא תוצאה של רשלנות הצוות הרפואי". אלא שמסקנה זו התייחסה לרשלנות שבאי-אבחון המחלה במשך שנתיים (מאפריל 2010), וממילא אין היא רלוונטית לאי-אבחון במשך ארבעה חודשים (מנובמבר 2011)). רק במהלך עדותו ציין המומחה מטעם המערער כי "הכלל הוא שהניתוח עוצר את המחלה", ואולם בטענה כללית זו אין די כדי למלא את החסר בחוות הדעת, דהיינו השוואה בין מצב המערער

אילו היה מנותח בסמוך לנובמבר 2011, למצבו בפועל, משנותח באפריל 2012 (יוער בהקשר זה, כי עיון במאמרים אליהם מפנה המערער לעניין זה מלמד שמצב הדברים מורכב מטענה פשטנית זו, וכי סיכויי עצירת המחלה בה עסקינן, מיאלופתיה צווארית, תלויים בנתונים כגון גילו של החולה ופרק הזמן שחלף מאז שהופיעו הסימפטומים לראשונה). לעומת זאת, בחוות דעת המומחה מטעם המשיבה נאמר במפורש כי אבחון מוקדם במספר חודשים "לא היה משנה כלום". במצב דברים זה, אין מנוס, עם כל ההבנה למצבו של המערער, מלדחות את תביעתו.

המערער ביקש להתגבר על כשל הוכחתי זה באמצעות שימוש בדוקטרינת הנזק הראייתי, אותה פיתחו פרופסור אריאל פורת ופרופסור אלכס שטיין, ואשר נקלטה זה מכבר בפסיקה (ראו, אריאל פורת ואלכס שטיין "דוקטרינת הנזק הראייתי: ההצדקות לאימוצה ויישומה במצבים טיפוסיים של אי-ודאות בגרימת נזקים" עיוני משפט כא(2) 191 (1998); ARIEL PORAT & ALEX STEIN, TORT LIABILITY UNDER UNCERTAINTY, Ch. VI-VII (2001); ע"א 4584/10 מדינת ישראל נ' שובר, פסקה 12 (4.12.2012); ע"א 3518/16 פוגל נ' עיריית טבריה, פסקה 35 (25.10.2008)). ואולם, דוקטרינה זו מיועדת להתמודד עם מצב בו החסר הראייתי נעוץ בהתנהלות הנתבע, ולא עם מצבים בהם התובע הוא שנמנע מלהביא את הראיות הדרושות על מנת לאפשר לבית המשפט לקבוע ממצא ביחס לאחד הרכיבים הדרושים לביסוס התביעה (בענייננו, התייחסות בחוות הדעת הרפואית לנזק שנגרם בעקבות ההתרשלות).

ודוק, לאור קביעות בית המשפט המחוזי, לפיהן רישומי הנוירולוג מביקוריו של המערער אינם אמינים (ראו סעיפים 23-24 ו-30.1 לפסק הדין קמא), תהיתי האם אין מדובר במצב בו החסר הראייתי הוא תוצאה מצטברת של מחדלים מצד שני הצדדים: מחדל מצד הנתבע, אשר נמנע בזמן אמת מלתעד כהלכה את מצב התובע; ומחדל מצד התובע, אשר נמנע במהלך ההתדיינות מלהביא ראיות שיאפשרו להתגבר על התייעוד הרפואי החסר. אילו זה היה מצב הדברים, היה מקום לבחון את השאלה האם ראוי להכריע בין שני המחדלים על דרך של הכרעה בינארית (קרי, קביעה שמחדל הצד האחד מביא לאיון מחדל הצד האחר) או באמצעות חלוקת אחריות (דהיינו קביעה שיש להטיל על הנתבע אחריות, אך רק לחלק מהנזק). אפס, לאחר עיון בעובדות המקרה, ובחוות הדעת שהוגשו, הגעתי למסקנה כי לא זהו המקרה המתאים לדון בכך. אכן, המשיבה כשלה בכך שהנוירולוג לא תיעד באופן ראוי את מצבו הרפואי של המערער בזמן אמת, ואולם אף אם היה נערך תיעוד כאמור, לא היה בכך כדי להשלים את שחסר בראיות המערער – חוות דעת רפואית המתייחסת למצב המערער אילו הייתה מחלתו מאובחנת במועד. במילים אחרות, הכשל הראייתי של המערער אינו בכך שלא הביא ראיות שהיו

מאפשרות להתגבר על התיעוד הרפואי החסר, אלא בכך שלא הביא ראיות שהיו נדרשות אף אם התיעוד הרפואי היה שלם. מכאן שהחסר הראייתי המכשיל את התביעה אינו תוצאה מצטברת של מחדליי שני הצדדים, אלא נגזרת של מחדל המערער לבדו. על כן, אף בקו הטיעון האמור אין כדי לסייע למערער.

המסקנה המתבקשת היא שתביעת המערער, בעיקרה, צריכה להידחות. עם זאת, בכתב התביעה ביקשו המערערים גם שיפסק להם נזק בגין כאב וסבל, ואינני רואה הצדקה שלא לפסוק למערער פיצוי בראש נזק זה (השוו: ת"א (מחוזי י-ם) 733/91 ד.ש. נ' המרכז הרפואי שערי-מדק (8.6.1993); ע"א 10776/06 מנחם בראון נ' קופת חולים של ההסתדרות הכללית (30.9.2009); ע"א 7313/09 קופת חולים לאומית נ' מוטי לוי (18.11.2010) (בו נפסק פיצוי בגובה 150 אלף ש"ח בראש הנזק של כאב וסבל למרות שלא הוכח קשר סיבתי בין האיחור באבחון לבין ההחמרה במצב התובע); ע"א 7836/95 קופת חולים של ההסתדרות הכללית נ' עיזבון המנוחה תמי קרן (און) ז"ל, פ"ד נב(3) 199 (1998); ע"א 8591/06 פלונית נ' מדאינווסט אינטרנשיונל (1985) בע"מ (9.2.2010); ע"א 9656/03 עזבון המנוחה ברטה מרציאנו ז"ל נ' ד"ר זינגר יהודם (11.4.2005)). ויובהר, אבחון מאוחר של מחלה, אף אם לא הוכח כי היה בו כדי להביא להחמרת מצבו של המטפל, כרוך לא רק בבדיקות ובטיפולים מיותרים, אלא גם בהארכת תקופת אי הוודאות בה החולה נתון. "אין שמחה כהתרת ספקות" נאמר במקורותינו, והדברים נכונים גם בהקשר בו עסקינן. לפיכך, אציע לחבריי, כי נפסוק לטובת המערער בראש נזק זה סכום של 100 אלף ש"ח בצירוף שכר טרחת עורך דין בשיעור 20% בצירוף מע"מ.

ש ו פ ט

השופט ג' קרא:

אני מסכים עם חברי, המשנה לנשיאה נ' הנדל, כי דינו של הערעור להידחות. כך גם, לאור נימוקיו, לא אוכל להצטרף להצעתו של חברי השופט ע' גרוסקופף לפסוק למערער פיצויים בגין כאב וסבל.

שופט

אשר על כן, הערעור נדחה כאמור בפסק דינו של המשנה לנשיאה נ' הנדל.

ניתן היום, כ"ג בטבת התשפ"ב (27.12.2021).

שופט

שופט

המשנה לנשיאה