

בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 1892 / 95

וערעור שכנגד

בפני: כבוד השופטת ט' שטרסברג-כהן
כבוד השופט צ' א' טל
כבוד השופט י' טירקל

המערערים: 1. מוחמד קאסם אבו סעדה
2. קאסם אבו סעדה
3. עאטף קאסם אבו סעדה
ע"י ב"כ עו"ד צ. לוטן

נגד

המשיבים: 1. משטרת ישראל ושרות בתי הסוהר
2. בי"ח ממשלתי רמב"ם-מדינת ישראל
ע"י ב"כ עו"ד אלמגור ואח'

ערעור על פסק דינו של בית המשפט
המחוזי בנצרת מיום 14.2.95 בת.א.
867/90 שניתן על ידי כבוד השופט
ג. גינת

פסק-דין

השופטת ט' שטרסברג-כהן

1. זהו ערעור וערעור שכנגד על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בנצרת (כבוד השופט ג. גינת) בו חויבו המשיבים לפצות את המערער על נזק שנגרם לו כתוצאה מרשלנות רפואית, לאחר ניסיון התאבדות שביצע בכלא, בו ריצה עונש מאסר. ערעורו של המערער סב על אי הטלת אחריות על המשיב 1 (משטרת ישראל); על הטלת אחריות חלקית בלבד (50%) על המשיבים תחת אשר תוטל עליהם אחריות מלאה ועל גובה הנזק. הערעור שכנגד סב על הטלת אחריות על המשיבים עקב רשלנות מצד רופא בית הכלא ורופאי בית החולים, על אי דחיית התביעה עקב מעשהו הרצוני של המערער ולחילופין על אי הטלת אשם תורם על המערער וכן על גובה הנזק.

קביעותיו העובדתיות ומסקנותיו של בית משפט קמא:

2. ביום 1.4.89, ניסה המערער להתאבד בתליה בתא המאסר בו הוחזק. סוהר שהבחין במעשה, הציל את חייו (להלן: ניסיון ההתאבדות הראשון). בעקבות האירוע הועבר המערער לתא בידוד במקום הנתון לצפייה ישירה מעמדת הסוהר. לאחר שהייה של 24 שעות בתא, ביקש המערער להחזירו לתא רגיל. בקשתו נענתה והוא הועבר לתא בו נמצאים אסירים נוספים בני עדתו - העדה הדרוזית. ביום השלישי לשהותו שם, ביצע המערער ניסיון התאבדות נוסף ב"קפיצת ראש" ממיטתו ש"בקומה השנייה", לכיוון כיור בטון שהיה בחדר (להלן: ניסיון ההתאבדות השני). הוא נחבל, התלונן על כאבי ראש וטשטוש, הועבר למרפאת בית המעצר ונבדק על ידי רופא בית המעצר, ד"ר בריקמן.

השופט קמא קבע כי הרופא התרשל כלפי המערער עקב אבחנה שגויה שנבעה מאי בירור נסיבות הפגיעה וגררה אחריה שרשרת של מעשים ומחדלים רשלניים מצד הרופא. משלא איבחן הרופא שלפניו חבלת ראש עם חשד לפגיעה צווארית, ביצע הוא בדיקת "קשיון עורף" האסורה לביצוע כאשר קיים חשד לפגיעה צווארית; הוא ערך בדיקה בלתי מספקת של הגפיים שהביאה אותו למסקנה שגויה של תנועתיות גפיים תקינה; הוא נמנע ממתן הנחיות באשר לאופן העברתו של המערער לבית החולים ומסר במכתב ההפניה לבית החולים, אינפורמציה בלתי מספקת ובלתי מלאה ובמידה מסוימת שגויה, על מצבו של הנפגע. כל אלה נבעו מאבחנתו הלקויה שפגמה ביכולת לקביעת אבחנה נכונה על ידי רופאי בית החולים.

3. המערער הועבר לבית החולים בהיותו נתון באזיקים כשהוא שוכב בחלקו האחורי של רכב משטרת. גם בבית החולים לא נערך בירור של נסיבות הפגיעה. המערער נבדק על ידי המתמחה ד"ר אלרון, שאיבחן אצלו סימנים שהצביעו על שיתוק בגפיים התחתונות ואילו הרופא לא איבחן אותם נכונה וייחס אותם לאי שיתוף פעולה מצד המערער. בבית החולים נערכו למערער בדיקות בלתי מספיקות וצילומים שלא כללו צילום של עמוד השדרה הצווארי. בעקבות כל זאת נקבע, כי אין כל ממצא המצדיק המשך אשפוזו והוא שוחרר מחדר מיון, ללא אבחנה נכונה וללא טיפול והוחזר למתקן הכליאה באותו רכב משטרת ובאותו האופן בו הובא לבית החולים. למחרת היום 5.4.89 אובחן בבית המעצר כי המערער סובל משיתוק בארבע גפיו. הפעם פונה המערער לבית החולים ברכב של מגן דוד אדום. בבית החולים בוצעו לו - בין השאר - צילומי רנטגן של עמוד שדרה צווארי ואובחן אצלו שבר של שתי חוליות עליונות בעמוד השדרה הצווארי ושיתוק מלא של ארבע גפיו. הוא הוכר על ידי המוסד לביטוח לאומי כנכה בשיעור של 100% לצמיתות עקב קוואדרופלגיה.

השופט המלומד הטיל אחריות על רופא בית המעצר ועל רופאי בית החולים בגין הטיפול הכושל במערער לאחר ניסיון ההתאבדות השני ודחה את טענת המערער לפיה התרשלו הרשויות כלפיו גם עקב אי נקיטת צעדים למניעת ניסיון ההתאבדות השני.

ניסיון ההתאבדות השני

4. אין חולק והשופט קמא קבע כי במסגרת היחסים בין הרשות לבין האסיר הנתון במשמורת, מוטלת על הרשות כלפי האסיר חובת השגחה, עם זאת קבע הוא, כי בנסיבות המקרה מילאה הרשות חובתה זו על ידי הצעדים שנקטה בהם אחרי ניסיון ההתאבדות הראשון, שהיו צעדים סבירים. השופט קמא סבר כי כליאת המערער בתא בודד תוך מעקב אחריו והחזרתו - לפי בקשתו - לאחר תקופת בידוד לתא רגיל יחד עם חבריו, על מנת שאלה יתמכו בו ויאוששוהו, הם צעדים סבירים מה עוד שאירוע מסוג ניסיון ההתאבדות השני לא היה בגדר הצפיות. עוד קבע השופט, כי לא הייתה בפניו הוכחה בדבר קיומו של קשר סיבתי בין אי הפנייתו של המערער לפסיכיאטר לאחר ניסיון ההתאבדות הראשון לבין ניסיון ההתאבדות השני. על קביעה זו מלין המערער, הגורס, כי הרשות התרשלה כלפיו במניעת ניסיון ההתאבדות השני.

5. עמדתו של השופט קמא מקובלת עלי וספק אם בנסיבות העניין היתה הרשות צריכה לצפות ניסיון התאבדות כמעט בלתי אפשרי כפי שביצע המערער בניסיון ההתאבדות השני. עם זאת אין להקל ראש בטענתו, כי הייתה בהתנהגות הרשות משום התרשלות עקב אי נקיטת צעדים מספיקים למניעת ניסיון ההתאבדות השני. ניסיון ההתאבדות השני נעשה אחרי ניסיון התאבדות קודם, כשהמערער נתון במשמורת ובהשגחתה של הרשות. עובדה זו מטילה עליה חובה מושגית וקונקרטיית כלפי המערער לדאוג לשלמו ולבטחונו כאסיר. האם מלאה הרשות חובתה זו? הרשות נתנה דעתה למצבו המיוחד של המערער בעקבות ניסיון ההתאבדות הראשון. היא הפעילה שיקול דעת כדי למנוע ניסיון נוסף וכדי להחזיר את המערער ליציבות. היא כלאה את המערער בתא בודד בו אין הוא יכול להזיק לעצמו כשהוא נתון לפיקוח של סוהר בטווח ראייה. לאחר שהות של יממה שם, ללא התרחשויות מיוחדות ולאחר שהמערער עצמו ביקש לחזור לתא רגיל ולהימצא בחברת חבריו, החליטה הרשות שזו הדרך הטובה ביותר להחזירו למסלול תקין בעזרת תמיכה ועידוד של מקורבים לו. בדיעבד הסתבר שלא היה בכך כדי להועיל. אלא שבדיקת מעשיה של הרשות אינה צריכה להיעשות בדיעבד. עליה להיעשות נכון לעת בה ננקטו הצעדים שננקטו, בטרם התבררו ככישלון.

6. טוען ב"כ המערער כי היה צורך להזמין פסיכיאטר ולהיוועץ בו, או לשלוח את המערער לבדיקה פסיכיאטרית. זו בהחלט אפשרות והיא אף סבירה ומתקבלת על הדעת, אלא שלא די בכך כדי לקבוע שאי נקיטה בצעד זה מהווה התרשלות מצד הרשות. לא הייתה בפני בית המשפט עדות שייעוץ כזה בנסיבות כאלה היה דרוש או מועיל, או כי הדרך בה בחרה הרשות לטפל במקרה לא הייתה דרך ראויה מלכתחילה שייתכן ואף הפסיכיאטר היה מאשר, או שניתן היה לעזור למערער על ידי יעוץ או טיפול פסיכיאטרי תוך זמן קצר כל כך בין הניסיון הראשון והשני ולמנוע את הניסיון השני.

אין ספק שמטייבה הייתה הרשות לעשות לו נועצה בפסיכיאטר ואלמלא נטלה על עצמה לטפל בעניין שאינו בתחום מומחיותה; אלא שמדובר בהתנהגות אנוש, הגם חריגה, שהרשות ניסתה להתמודד איתה בדרכה היא, הקדישה לה מחשבה ותשומת לב, הפעילה את שיקול דעתה ופעלה בהתאם. בדיעבד התברר שהשיקול היה אולי מוטעה.

7. לאחר ששקלתי שיקול היטב את הצעדים שננקטו ואת אלה שאולי ניתן היה לנקוט בהם, הגעתי - לא בלי היסוס - לכלל מסקנה שאין להטיל אחריות על הרשות בשל התנהגותה בשלב שבין ניסיון ההתאבדות הראשון לבין ניסיון ההתאבדות השני, גם אם ניתן לייחס לה טעות בשיקול דעת שהפעילה בטיפול במקרה.

אשר על כן, מגיעה אני למסקנה אליה הגיע השופט קמא לפיה אין להטיל על הרשות אחריות בגין התרשלות בהקשר לניסיון ההתאבדות השני. עם זאת, מוצאת אני להעיר כי ראוי הוא ששלטונות בתי הסוהר, בעצה אחת עם משרד הבריאות, יוציאו הוראות והנחיות ברורות לטיפול במקרים חריגים של ניסיונות התאבדות בין כותלי בתי הכלא, על מנת שיינקטו הצעדים האופטימליים שניתן לנקוט בהם במקרים כגון אלה, ויועמדו לרשות הנוגעים בדבר הכלים להתמודד עם מצבים כאלה.

אחריות רופא הרשות לאחר ניסיון ההתאבדות השני

8. שלא כבעניין דחיית טענת הרשלנות מצד הרשות ככל שהדבר נוגע לאי נקיטת אמצעים מספיקים למניעת ניסיון ההתאבדות השני, מצא השופט קמא התרשלות מצד רופא הרשות בקובעו כי הרופא שבדק את המערער בבית המעצר לאחר ניסיון ההתאבדות השני לא חקר את נסיבות האירוע ולא הצטייד באינפורמציה הדרושה לשם עשיית אבחון נכון. לפיכך, לא ידע שהחבלה שנגרמה היא חבלת ראש כתוצאה מניסיון התאבדות. הוא ערך בדיקות בלתי מספיקות והתבסס על ממצאים קליניים בלתי מספיקים ובלתי ראויים. בין השאר ביצע הרופא בדיקת "קישיון עורף" אותה אין לבצע במי שחשוד כי נפגע בעמוד השדרה הצווארי; הוא לא קיבע את צווארו של המערער, דבר הנעשה דרך שיגרה בנפגעי ראש, הוא ביצע בדיקת תפקוד גפיים במצב שכיבה בלבד ועל פי בדיקה בלתי מספקת זו קבע שהתנועתיות תקינה. הוא הפנה את המערער לבית החולים במכתב הפניה לקוי וחסר ולא נתן כל הוראות להמשך טיפול בו. בגין כל אלה מצא השופט קמא את הרופא אשם ברשלנות כלפי המערער וקביעתו זו מקובלת עלי.

אחריות בית החולים

9. השופט המלומד פרט שרשרת של מעשים ומחדלים רשלניים שנעשו על ידי הצוות הרפואי של בית החולים באבחון ובטיפול במערער. הוא קבע כי האינדיקציה בבדיקה שבוצעה בחדר המיון הייתה לשיתוק בגפיים התחתונות אולם משום מה זקף הרופא המתמחה, ד"ר אלרון שבדק את המערער את הסימפטומים, לאי שיתוף פעולה מצד המערער. הרופא איבחן העדר פלס תחושת בגפיים ואף על פי כן לא נערכו למערער בדיקות מעמיקות יותר כדי לעמוד על הסיבה לכך. לא נערך בירור נסיבות הפגיעה; לא נערך צילום עמוד שדרה צווארי; לא נערך ייעוץ אורטופדי ונירולוגי וגם הרופאים הבכירים יותר שהיו במקום, לא נקראו לייעוץ. השופט ציין כי גם הצילומים שבוצעו, לא נמצאו. גם בהפקדת משימת האבחון בידי רופא שלא היה מיומן דיו למטלה שהוטלה עליו, שפרש באופן שגוי את הסימנים שהעלתה בבדיקתו, איבחן את מצב המערער כתקין למרות שמצבו היה רחוק מלהיות כזה ואיפשר את שחרורו מבית החולים מבלי להמליץ על השגחה, מצא השופט התרשלות.

10. חיזוק למסקנות אותן הסיק השופט קמא מקביעותיו, מצוי במסקנות ועדת חקירה פנימית שמונתה בעקבות המקרה. הועדה קבעה כי הרופאים שטיפלו בעציר בחדר מיון לא אבחנו נכונה את סימני השיתוק בגפיו התחתונות, ייחסו אותם ללא כל בסיס עובדתי מוצק לחוסר שיתוף פעולה של החולה, לא ערכו צילום של עמוד השדרה המלא, לא קיבלו ייעוץ אורטופדי ונירולוגי מיד, לא ביצעו תשאול ותחקור לגבי נסיבות הפגיעה ולא ידעו כי מדובר בחבלת ראש כתוצאה מנפילה, קטגוריה של פגיעה שלגביה קיימות הנחיות מפורשות בבית החולים ולא נערכו לו כל הבדיקות הראויות, באופן שהוחמצה בעיה רפואית שמחובתם היה לאבחן אותה. (על חובת האבחון האקטיבית ראה: ע"פ 116/89 אנדל נ' מדינת ישראל, פ"ד מה(5) 276 בעמ' 289 וע"א 58/82 קנטור נ' מוסיב ואח', פ"ד לט(3) 253). כל קביעותיו העובדתיות של השופט קמא והמסקנות שהסיק מהן בדבר אחריות בית החולים ורופאיו מקובלות עלי.

אחריות המדינה

11. השופט קבע כי: "היות ושני הנתבעים [בית הסוהר ובית החולים] הם למעשה גוף אחד - מדינת ישראל - והיות וחברת הביטוח (משיבה 3) הנושאת בתשלום הפיצויים בפועל הנה חברה אחת, איני מוצא לנכון לדון בשאלת חלוקת אחריות לנזק בין שני הנתבעים (ואף לא נתבקשתי לעשות כן) איני דן בטענות הנתבעים על פיהם רשלנות מזיק שני עשויה להישלל בשל רשלנותו של מזיק ראשון...".

מקובל עלי שאין להפריד בין רשלנות רופא בית המעצר לבין רשלנותם של הרופאים בבית החולים, שכן אלה מהווים מכלול אחד, שבגיננו יש להטיל אחריות על המדינה בגין מעשים ומחדלים של עובדיה ושל רשויותיה, לאחר ביצוע ניסיון ההתאבדות השני.

תאונת דרכים

12. ב"כ המערער טען כי יש לראות בהעברת המערער ברכב משטרתי מבית המעצר לחדר המיון ובחזרה, באופן שהועבר, תאונת דרכים על פי חוק הפיצויים לנפגעי תאונות דרכים תשל"ה-1975. טענה זו נדחתה על ידי השופט קמא ואף אני בדעה שיש לדחותה ולו מחמת העדר הוכחה כלשהי שההעברה כפי שנעשתה גרמה לנזק.

הקשר הסיבתי

13. משנקבעה רשלנותם של הרופאים ובעקבות זאת של המדינה, עומדים אנו בפני שאלה בעייתית השנויה במחלוקת והיא שאלת קיומו של קשר סיבתי בין הרשלנות לבין הנזק. אין איש מטיל ספק בכך שבעת הקפיצה האובדנית נגרמה פגיעה חמורה **לעמוד השדרה** הצווארי. קרוב לודאי שהשבר בחוליות ארע כבר אז אלא שלטענת המערער, העובדה שהשיתוק בגפיו לא הופיע מיד לאחר שנפגע אלא יממה לאחר מכן, מלמדת על כך שהפגיעה הראשונית כתוצאה מניסיון ההתאבדות לא גרמה לשיתוק בעוד אשר האבחנה והטיפול הכושלים גרמו לכך. לעומתו, טוענים המשיבים כי השיתוק נגרם כתוצאה מהפגיעה הראשונית למרות שסימניו לא הופיעו באופן מיידי אלא לאחר הדרדרות למצב של שיתוק, שהיה בלתי נמנע מלכתחילה. השאלה היא, איפוא, האם ובאיזו מידה ניתן היה למנוע - על ידי אבחון וטיפול נכונים את הנזק המלא שארע - ככל הנראה - עקב קרע **בחוט השדרה**.

הוכחת הקשר הסיבתי - טענות הצדדים

14. במישור הרפואי טוען המערער כי אלמלא הרשלנות הרפואית, היה נמנע השיתוק לחלוטין ולפיכך אחריות המשיבים כלפיו מלאה. טוענים המשיבים לעומתו, כי הפגיעה בעת הקפיצה האובדנית גרמה באופן מיידי לנזק בלתי הפיך. השבר בעמוד השדרה היה מוביל בהכרח להתפתחות השיתוק ללא אפשרות למנוע זאת ועל כן גם אם הייתה רשלנות מצד הצוותים הרפואיים, אין קשר סיבתי בינה לבין הנזק הסופי. לפיכך, אין להטיל עליהם אחריות לשיתוק בו לקה המערער.

במישור המשפטי, טוען המערער כי הוכח על ידו במידת ההוכחה הדרושה במשפט האזרחי (51%) כי הרשלנות הרפואית היא זו שגרמה לשיתוק, ולפיכך אחראים המשיבים ב-100% למצבו הסופי. טוענים המשיבים לעומתו, כי מאחר והשופט קמא קבע שאין הוא יכול להכריע בין העדויות הרפואיות השוללות קשר סיבתי לבין אלה המחייבות קשר כזה, לא עמד התובע בנטל ההוכחה המוטל עליו להוכיח בסבירות העולה על 50% קיומו של קשר סיבתי בין השיתוק לבין ההתרשלות ולפיכך דין תביעתו להידחות מכל וכל.

ההכרעה בנושא הקשר הסיבתי

15. השופט קמא אימץ את עדות ד"ר ואלד ובהסתמך עליה ועל הראיות האחרות שהיו בפניו קבע הוא כי השיתוק לא נגרם בעת הפגיעה הראשונית אלא כתוצאה מתזוזה מאוחרת יותר. חרף זאת, נמנע הוא מלהכריע בשאלת הקשר הסיבתי ובבחנו את עדויותיהם של הרופאים האחרים שהעידו וחיוו דעתם כי השיתוק נגרם כתוצאה מהפגיעה הראשונית, הגיע הוא למסקנה כי: "כפות המאזנים במקרה זה - שקולות". על פי קביעתו כי רשלנות המשיבים הוכחה ומאזן ההסתברות בשאלת הקשר הסיבתי שקול, הטיל השופט קמא על הנתבעים חבות בשיעור של 50% בלבד. בעשותו כן, הסתמך השופט המלומד על ההלכה שיצאה מלפני בית משפט זה בע"א 231/84 קופת חולים של הסתדרות נ' יוסף פאתח, פ"ד מב(3) 312, (להלן: פס"ד פאתח), בה הוכר אובדן סיכויי החלמה כראש נזק עצמאי בר פיצוי גם כשיעור האובדן קטן מ-50%.

16. המשיבים טוענים שהילכת פאתח אינה עונה על השאלה שבפנינו, שכן, שאלת הקשר הסיבתי לא עמדה שם על הפרק כלל. שם, בהנחה שנגרם נזק עקב הרשלנות הרפואית עמדה השאלה האם הנזק - אובדן סיכויי החלמה - הוא בר פיצוי גם אם הוא קטן מ-50% ואילו כאן השאלה היא האם הוכח קשר סיבתי בין השיתוק לבין הרשלנות. במילים אחרות, **האם נגרם בכלל נזק של אובדן סיכויי החלמה על ידי הרשלנות הרפואית**. שאלה זו מקדימה את שאלת **מידת** אובדן הסיכוי כאשר אין מחלוקת או כאשר הוכח שנגרם אובדן סיכוי.

17. אכן, השאלה באותו מקרה ובענייננו, אינה אותה שאלה. בפסק דין פאתח לא הייתה מחלוקת כי נגרם - עקב רשלנות רפואית - אובדן סיכויי החלמה והשאלה הייתה האם אובדן זה הוא בר פיצוי בכל שיעור. כבוד השופט ש. לוי (כתוארו אז) התייחס לנושא אובדן סיכויי החלמה כמושא אינדיווידואלי של נזק שהוא בר פיצוי ואימץ את הדוקטרינה לפיה **אובדן סיכויי החלמה הוא ראש נזק בר פיצוי** שניזוק זכאי להפצות בגינו על פי שיעור אובדן הסיכוי **גם אם שיעור זה נמוך מ-50%**. שם, היה מוסכם על הכל שהתרשלנות של המערערת, **הקטינה במידה כלשהי את סיכויי החלמה של הניזוק והשאלה הייתה מה הביטוי העובדתי והמשפטי שיש לתת לעובדה זו**. ואילו בענייננו, אין הסכמה שההתרשלנות מצד הרופאים "הקטינה במידה כלשהי את סיכויי החלמה של המשיב". לפי קביעתו של השופט קמא, נחלקו הרופאים בשאלה **האם** הקטינה ההתרשלנות את סיכויי החלמה.

מכאן, שהמחלוקת איננה מצטמצמת לשאלה באיזה שיעור הוקטנו סיכויי החלמה, אלא מתפרשת על פני שאלה מקדימה והיא **האם הקטינה הרשלנות הרפואית את סיכויי החלמה**. בשאלה אחרונה זו קבע

השופט קמא כי אין בידו להכריע בין שתי האפשרויות הרפואיות שהובאו לפניו ולפיכך, במוצאו את כפות המאזניים שקולות, הטיל הוא על המשיבים 50% מן האחריות. על כך המחלוקת בין הצדדים כשהמערער טוען כי כפות המאזנים אינן שקולות ומשהוכיח בהסתברות של 51% את הקשר בין הרשלנות ואובדן הסיכוי יש לפסוק לו את הנזק במלואו ואילו המשיבים טוענים שבמצב זה יש לדחות את התביעה מכל וכל.

18. לפנינו, איפוא, שתי שאלות: הראשונה, היא האם הוכח על ידי התובע במידת ההסתברות המספקת במשפט האזרחי, כי הרשלנות הרפואית גרמה לאובדן סיכויי החלמה כלשהם. ואם כן, מהו שיעור אובדן סיכויי ההחלמה.

כאמור, שאלת היות אובדן סיכויי החלמה, ראש נזק בר פיצוי, הוכרע על ידי בית משפט זה בפס"ד פאתח, בו הוכר ראש נזק זה כעצמאי, בין אם הסיכוי שאבד קטן או גדול מ 50%. בכל מקרה לא ישלם המזיק פיצוי העולה על אובדן הסיכוי. השופט ש. לוי סקר את התפתחות ההלכה באנגליה ובארה"ב בפסיקה ובדברי מלומדים, הזכיר את הגישות השונות הרווחות שם, הצביע על הבעייתיות שבנושא, על הפתרונות האפשריים ועל המגמה המסתמנת בשנים האחרונות בעיקר בארה"ב להכיר בראש נזק זה כעצמאי. במגמה זו ראה בית המשפט בפסק דין פאתח את הפתרון הראוי ביותר וקבעו כהלכה. בשיטתנו המשפטית מועטים מאוד הם המקרים בהם נדונה השאלה. המקרים שקדמו לפסק דין פאתח מאוזכרים בו. (ע"א 448/78 פד"י ל"ד 4 עמ' 246; ע"א 437/73 פד"י כ"ט 225). מאז פסק דין פאתח אומצה ההלכה שנקבעה בו על ידי בית משפט זה, פעם נוספת בע"א 2939/92, ע"א 5049/91 **קופת חולים של ההסתדרות הכללית של העובדים בארץ ישראל** **נ' יעקב רחמן ואח'**, תקדין עליון, כרך 95 (2), תשנ"ה/תשנ"ו 1995, סעיף 15 לפסק הדין. ראה גם ע' אזר וא' גרינברג: **רשלנות רפואית וסוגיות בנזיקין** (1984) עמ' 543 ואילך.

הלכת פאתח היא ההלכה השרירה וקיימת עד היום. הלכה זו מקובלת עלי לגופה ונראה לי שהיא עדיפה מכל בחינה אפשרית, על הגישות האחרות, ובמיוחד על הגישה של "הכל או לא כלום". היא מגלמת מדיניות ראויה לפיה זוכה הניזוק בפיצוי על כל הנזק שנגרם לו ברשלנותו של המזיק והמזיק אינו מחויב כלפיו מעבר לנזק שגרם לו, אלא רק כדי שיעורו.

19. אילו היה מוסכם על הכל, כפי שהיה במקרה נשוא פס"ד פאתח, כי **אכן נגרם אובדן סיכויי החלמה בשיעור כלשהו**, או אילו היה השופט קמא קובע כי **הוכח לפניו במידה הראויה כי נגרם אובדן סיכוי כלשהו**, הייתה מלאכתי מתמצית בבדיקת השאלה מהו שיעור אובדן סיכויי החלמה? אלא שלא כך הוא. השאלה שבמחלוקת היא **אם** נגרם אובדן סיכוי כלשהו על ידי ההתרשלנות הרפואית. זוהי שאלת הקשר הסיבתי בין

הרשלנות והנזק. שאלה זו לא הוכרעה על ידי השופט קמא ובהעדר הכרעה החליט הוא להטיל 50% מן התוצאה הסופית על גורמי הרשלנות הרפואית. האם בחר השופט קמא בדרך הנכונה להכרעה בשאלה זו? אינני סבורה כך.

בתביעת נזיקין בעילת רשלנות רפואית, על התובע להוכיח שקיימת כלפיו חובה שהופרה, שנגרם לו נזק ושקיים קשר סיבתי בין הפרת החובה לבין הנזק. נטל הוכחת הקשר הסיבתי, על התובע. נטל זה עליו להרים בהסתברות של למעלה מ-50%. עמד התובע בנטל, יקבל את מלוא נזקיו; לא עמד בכך, מפסיד הוא את מלוא תביעתו.

השופט קמא לא יכול היה להכריע בין הגרסאות ולפיכך חייב את המשיב לשאת ב-50% מהנזק.

נראה לי כי בכך שגה השופט פעמיים: במישור העקרוני, משסבר כי ניתן להכריע בשאלת הקשר הסיבתי על ידי "פשרה" מבלי להכריע בשאלה אם עמד התובע בנטל הוכחה במידה העולה על 50% או מבלי להיעזר בכלי ראיתי של העברת נטל ההוכחה; ובמישור הפרטני, משלא מצא שהמערער הרים את הנטל שהיה מוטל עליו לעניין הוכחת הקשר הסיבתי בהסתברות העולה על 50%.

מאזן ההסתברויות

20. בית משפט קמא סקר את חוות הדעת הרפואיות שהובאו בפניו אחת לאחת תוך שציין כי המומחים שהופיעו בפניו "אינם יכולים לתת תשובה חד משמעית לשאלה האם ניתן היה למנוע את הנזק שנגרם לתובע". לגבי חוות דעתו של ד"ר וולד, המומחה מטעם המערער, שהעריך כי הנזק הוחמר עקב הרשלנות הרפואית והשיתוק נגרם בעקבותיה, כתב השופט כי הוא "נוטה לאמץ את קביעותיו של ד"ר וולד שעדותו הייתה אמינה בעיני". מנגד, ציין השופט קמא ביחס לחוות הדעת האחרות כי "אין הוא יכול להתעלם מהעובדה שכל הרופאים שהעידו מטעם הנתבעים היו מצוות בית החולים ואמינותם המקצועית הייתה מוטלת על כפות המאזניים". עוד כתב השופט קמא כי: "אין לי ספק ששיתוקו המלא של התובע לא היה מייד. אף הנתבעים אינם טוענים זאת...".

לאור אמירות מפורשות אלה של בית המשפט ולאור קביעותיו העובדתיות והראיות הרפואיות עליהן התבססו אותן קביעות, לא נראית לי מסקנתו של השופט המלומד כי "כפות המאזניים שקולות". ראוי היה שבית המשפט יסיים את מלאכת ההערכה והאיזון בין חוות הדעת והעדויות הרפואיות מטעם שני הצדדים ויגיע להכרעה ביניהן. משלא עשה כן, עלינו המלאכה לגמור.

21. ערה אני לעקרון לפיו "אין בית המשפט שלערעור נוטה להתערב בקביעות עובדתיות הנקבעות על ידי ערכאה ראשונה". אלא שכאן, עוסקים אנו בעיקר במסקנות שבית המשפט הסיק מקביעות העובדות הרפואיות שנקבעו על ידו. עניין לנו בביקורת של ערכאת הערעור על הערכת עדות מומחים רפואיים, על הסקת המסקנות הנכונות מתוך הראיות הרפואיות ועל ניתוח הגיוני ומשפטי של ראיות אלה. בכגון אלה יש מקום להתערבות במקרים המתאימים שעניינו הוא אחד מהם.

מהבחינה הרפואית היו לפני בית המשפט עדויותיהם של מספר רופאים שלא עלו בקנה אחד זו עם זו. רופאי בית החולים גרסו כי הנזק היה בלתי הפיך מרגע הפגיעה ואילו רופא מטעם המערער גרס כי חל שינוי נאורולוגי ברור במצבו של המערער מאז בדיקתו על ידי רופא בית המערער ועד לאחר בדיקתו על ידי הצוות בבית החולים והשיתוק התרחש יום לאחר שחרורו מבית החולים באופן שהנזק הסופי היה בר מניעה. אני סבורה כי על סמך העובדות שהשופט עצמו קבען ועל סמך העדפותיו מכוח התרשמותו, של עדות אחת על פני אחרת, היה מקום להגיע למסקנה שכפות המאזנים אינן שקולות והן נוטות באופן ברור לטובת המערער. במה דברים אמורים?

22. בראש ובראשונה יש לתת את הדעת לעדות העובדתית של רופא בית המערער ד"ר בריקמן, שציין תנועה מלאה של הגפיים ורשם זאת במכתב ההפניה לבית החולים. הוא הוסיף וציין כי "אם אין קיבוע במקרה שהדבר דרוש, שברי או רסיסי חוליה יכולים לגרום לנזק נוסף לחוט השדרה". עוד הוסיף הוא כי חל שינוי במצב הנאורולוגי של הנפגע וכי מצב זה הוחמר עקב האבחנה והטיפול השגויים וכי השלמת הנזק ייתכן והייתה ניתנת למניעה. עדותו הייתה מקובלת על השופט קמא ועדיפה על עדותם של רופאי בית החולים, שהיו לדבריו, אינטרסנטים. גם בבית החולים לא היה המערער במצב של שיתוק, שארע רק יממה לאחר שחרורו. רופא בית החולים ד"ר כרכבי אמר כי "אם חושדים בחבלה בצוואר אין לעשות בדיקה של קישיון עורף כי הוא עלול לגרום לנזק נוסף". בדיקה כזו נעשתה מאחר וכנראה לא חשדו בחבלה צווארית. אמנם, רופאי בית החולים גרסו כי לא נגרם נזק נוסף על ידי האיחור באבחנה וכי הנזק ברגע הטראומה היה בלתי הפיך. אולם בעדות הרופאים השונים שהעידו, מסתמנים בקיעים בגרסה זו, אותם ציין השופט עצמו. פרופ' פיינסוד מסייג את דבריו באומרו "השהיית הטיפול **נדמה לי** לא הרעה משמעותית את מצבו...". וכן "כי השהיית הטיפול לא תרמה לבריאותו". לדבריו, "נזק נירולוגי אם הוא חמור מופיע מיד לאחר חבלה צווארית הינו בדרך כלל סופי". וממשיך הוא ואומר כי "שיתוק המופיע מיד הינו בדרך כלל סופי וקבוע". מכאן שאם השיתוק לא הופיע מיד, המשמעות היא שקרה דבר בין מועד הפגיעה ומועד הופעת השיתוק שהחמיר את הנזק.

מן הראיות שהובאו ניתן לקבוע - וכך אכן נקבע - כי השיתוק לא הופיע מיד ולפיכך קבע השופט כי גם פרופ' פיינסוד לא ידע ליישב את הסתירה שבין דעתו לפיה הנזק הינו מיידי לבין העדויות כי לתובע לא נגרם שיתוק מיידי. ד"ר גילברט ופרופ' ברהם - מרופאי בית החולים - אמרו, כי להערכתם הייתה הפגיעה בתובע מיידיית והופיע שיתוק מיידי ברגלים. אמירות אלה של רופאים שלא ראו כלל את התובע, סותרות את קביעותיהם של הרופאים שראו ובדקו אותו לאחר הפגיעה ולפני שהופיע השיתוק. פרופ' ברהם - גם הוא רופא בית החולים - אמר בעדותו: "נגרמה פגיעה בחוט השדרה במידה שלא השפיעה מיד על מצבו הנוירוכירורגי שלו [של המערער] אבל הייתה אחראית לתהליך של התפתחות חולנית אגרסיבית. אני בטוח שלא היה חיתוך מיידי של חוט השדרה בעת הפגיעה - נפילה".

23. אילו אכן כדברי רופאי בית החולים, נגרם הנזק הסופי מיד לאחר הפגיעה, מה טעם יש לעדויות הרפואיות ולקביעותיה של ועדת החקירה לפיהן במקרים של חבלה צוארית יש להימנע מבדיקת קשיון עורף, יש לקבע את הצוואר ויש לנקוט בצעדים שימנעו את החמרתה של הפגיעה ואת התוצאות הקשות היכולות להיגרם בעטייה עד כדי שיתוק מלא כפי שאירע בענייננו? אם אבחנה נכונה וטיפול נכון לא יכלו לסייע בכהוא זה מה טעם היה להתריע על האבחון הבלתי נכון ועל העדר הטיפול?

העולה מכל האמור ומתיישב עם ההגיון הפשוט הוא, כי משלא הופיע השיתוק המלא מיד עם הפגיעה, וגם לא בבדיקה בבית המעצר וגם לא בבית החולים, לא נחתך - ככל הנראה - חוט השדרה בעת הפגיעה, אלא מאוחר יותר. די בכך כדי להרים את נטל ההוכחה במידת ההסתברות הדרושה במשפט אזרחי, כי

האבחנה הלקויה והעדר הטיפול במשך היממה שחלפה מאז הפגיעה ועד השיתוק, אכן גרמו או תרמו לאובדן סיכויי החלמה של המערער.

אוסף ואומר, כי כאשר אין מדובר בהוכחת אירועים בעבר ותוצאותיהם, אלא בהוכחת אפשרויות השערות בעתיד ניתן להגיע לאותה תוצאה גם בדרכים אחרות, ולעשות שימוש בכלים אחרים לבד ממאזן ההסתברות, לשם הוכחת קשר סיבתי בין רשלנות רפואית לבין אובדן סיכויי החלמה, כגון, העברת נטל הוכחה. לאור התוצאה אליה הגעתי מוצאת אני להשאיר את הסוגיה בצריך עיון.

מסקנתי היא, איפוא, כי הוכח על ידי המערער, הקשר הסיבתי בין אחריות המשיבים לבין אובדן סיכויי החלמה שנגרם לו, במידת הסתברות העולה על 50% ולפיכך יש להטיל על המשיבים אחריות כלפיו.

האם יש להטיל על המשיבים אחריות בשיעור של 100% למלוא הנזק שנגרם? אינני סבורה כן. דעתי היא כי הנזק בגינו עליהם לפצות את המערער הוא בשיעור אובדן סיכויי החלמתו. מהו אותו שיעור?

שיעור אובדן סיכויי ההחלמה

24. משקבעו קיום קשר סיבתי בין הרשלנות הרפואית לבין אובדן סיכויי החלמה, עלינו להשיב על השאלה כיצד נעריך את שיעור אובדן סיכויי ההחלמה? אין לפנינו נתונים סטטיסטיים. אין לפנינו נתונים ספציפיים לגבי המקרה הנוכחי. אין לפנינו עדויות רפואיות לגבי שיעור אובדן סיכויי ההחלמה. המחלוקת נעה בין שני קטבים כשמצד אחד הטענה היא להעדר אובדן סיכוי מכל וכל ומצד שני הטענה היא לאובדן סיכוי מלא.

טוען המערער כי משהוכיח בסבירות של מעל 50% שנגרם לו אובדן סיכויי החלמה, יש לפסוק לו את מלוא הנזק ולחייב בו את המשיבים. עמדה זו אינה מקובלת עלי. משהוכח ראש הנזק של אובדן סיכויי החלמה, הרי כמוהו ככל ראש נזק אחר ויש לקבוע את שיעור האובדן, במסגרתו. מי שגרם לאובדן סיכויי ההחלמה אינו אחראי למלוא הנזק, אלא לאותם סיכויים שלאובדנם גרם. בע"א 437/33 פס"ד כט(2) 225, פסק בית המשפט פיצוי בגין אובדן סיכויי ההחלמה כשלפי העדויות הרפואיות לא היה המהלך משתנה כמעט לו הייתה הנפגעת מקבלת טיפול מיידי והתוצאות לא היו מושפעות בהרבה. בית המשפט **אמד** את אחוז החמרה שהוא אובדן הסיכוי, ב-30%. בפס"ד פאתח נקבע **אובדן סיכוי סטטיסטי** בשיעור של 30%. בע"א 2939/93 הנ"ל הוצגה טבלה ממנה ביקשו ללמוד על סיכויי החלמה של הנפגע. בהיותה מיושנת, לא הסתמך עליה בית המשפט. על השאלה אם שימוש בנתונים סטטיסטיים אינו מעוות את המציאות, השיב בית המשפט, בהתייחסו לדברי השופט ש. לויין בפס"ד פאתח, כי הנתונים הסטטיסטיים אינם משמשים לנו אלא כראיה לכאורה וכמורה דרך. באותו מקרה קבע בית המשפט כי בהתחשב בריבוי הדעות, כאשר סיכויי ההחלמה עולים על 50%, פירוש הדבר שההתפתחות העובדתית ללא רשלנות הייתה יכולה להיות החלמה מלאה. עם זאת קבע בית המשפט כי קיים חשש ממשי שלו הייתה ניתנת לנפגע הזדמנות להחלים, כושרו לא היה מגיע ל-100% לפיכך נקט בדרך האומדן.

25. האם אילו ניתן הטיפול הראוי לאחר אבחון נכון, היה נמנע השיתוק לחלוטין או האם היה נמנע באופן חלקי בלבד. סביר להניח - על סמך עדויותיהם של הרופאים - שבכל מקרה היה נשאר כושרו של המערער פגוע במידה כזו או אחרת עקב הפגיעה הראשונית, גם אם היו נעשים אבחון וטיפול נכונים וכי הרשלנות הרפואית רק החמירה את התוצאות.

כאשר מדובר בהערכת אפשרויות היפותטיות "מה היה אילו" ולא בהערכת עובדות שאירעו בעבר ותוצאותיהן, לא נראה לי שיש להשתמש באותם כלים כדי להגיע לתוצאה הראויה. בנושא מידת סיכויי החלמה שאבדו, "אין מדובר בתחרות בין שתי סיבות שגרמו לנזק, אלא ב"עימות" בין גורם הנזק לבין מצבו הנחזה של הנפגע אלמלא התאונה" (פסק דין פאתח בעמ' 320 ליד האות א.).

במצב של חוסר ודאות, קיימות שלוש אפשרויות: האחת, שכל הנזק של אובדן סיכויי החלמה נגרם על ידי הפגיעה הראשונית; השניה, שכל הנזק נגרם על ידי הרשלנות הרפואית; השלישית, שחלק מהנזק נגרם על ידי הפגיעה הראשונית וחלק על ידי הרשלנות הרפואית. אפשרות שלישית זו היא הסבירה ביותר בענייננו, אלא שאין אנו יודעים מה תרומתם היחסית של שני הגורמים לנזק. נראה לי, כי בנסיבות אשר כאלה, ניתן לנקוט בדרך האומדן ולהעמיד את אבדן סיכויי ההחלמה על 50% ולחייב את המשיבים לפצות את המערער בגין 50% אלה. דרך זו מונעת חיובו של המזיק בנזק שלא הוא גרמו, וזיכויו של הניזוק בפיצוי מעבר לנזק שהמזיק גרם לו. התוצאה היא, איפוא, כבפסק דינו של בית משפט קמא ולא מטעמיו.

הסתכנות מרצון

26. המשיבים טוענים כי מאחר והמערער ביצע ניסיון התאבדות והפגיעה ארעה לו כתוצאה מכך, נמנע ממנו להפצות על נזקיו גם אם הייתה רשלנות מצד גורם כלשהו לאחר אותו ניסיון. על פי הטענה, מצביע ניסיון התאבדות על כך שהמנסה להתאבד מקבל על עצמו מרצון סיכון של מוות וכל פגיעה מהווה נזק קטן יותר מ"הנזק" אותו רוצה להביא על עצמו המנסה להתאבד. לפיכך, גם אם הייתה רשלנות מצד הגורמים הרפואיים וגם אם זו גרמה או תרמה לנזק הסופי, יש לייחס נזק זה להסתכנותו מרצון של המערער ולדחות את תביעתו.

המערער טוען כי במצבו הנפשי שהביא לניסיון ההתאבדות לא ניתן לגבש רצון חופשי ולפיכך לא ניתן לקבוע הסתכנות מרצון וכי על כל פנים גם אם מלכתחילה רוצה המתאבד להביא למותו, אין רצונו זה משתרע על אירועים רשלניים שיתרחשו על ידי גורמים אחרים לאחר שהניסיון לא צלח בידו. השאלה הנדונה עלתה בפס"ד אנגלי Kirkham v. Chief Constable of the Greater Manchester Police [1990] 3 ALL. E.R. 246 שניסבותיו דומות לנסיבות שלפנינו. שם התאבד אדם בכלא, הוטלה אחריות על רשויות הכלא מאחר והאסיר היה חולה נפש קודם לכן והדבר לא דווח למרכז מידע של רשויות בית הסוהר. אף שבית המשפט סבר כי בעיקרון ניתן להעמיד הגנה של הסתכנות מרצון כנגד תביעתו של מתאבד, לא היה זה המקרה המתאים לעשות כן, משום היותו של האיש חולה נפש קודם לכן, באופן שלא יכול היה לגבש רצון חופשי ולהסתכן מרצון מודע.

27. בענייננו לא הובאה עדות רפואית בשאלת יציבותו הנפשית של המערער. מאחר והסתכנות מרצון היא טענת הגנה, הנטל להוכיחה הוא על המשיבים. המשיבים לא הוכיחו שהמערער היה במצב של יציבות נפשית ושכלית מספקת כדי לגבש הסתכנות מרצון, מה עוד שהיה זה מצידו נסיון התאבדות שני בכלא תוך זמן קצר. אלא שלא רק מטעם זה הייתי דוחה את טענת ההסתכנות מרצון, שכן, גם אם המערער קיבל על עצמו את הסיכונים הכרוכים בקפיצתו האובדנית, הוא לא קיבל על עצמו מרצון את הסיכונים שנגרמו על ידי רשלנות רפואית מאוחרת יותר שגרמה לנזקים הסופיים שאירעו בעקבות נסיון ההתאבדות, או החמירה אותם.

רשלנות תורמת

28. טענה נוספת בפי המשיבים, היא טענת רשלנות תורמת מצד המערער. ביסוד הטענה מונחת ההנחה כי אלמלא הקפיצה האובדנית של המערער לא היה נגרם לו הנזק הראשוני ולא היה נגרם לו אובדן סיכויי החלמה. על פי הטענה, גם אם אין לייחס לו הסתכנות מרצון, יש לייחס לו אשם תורם. טענה זו אינה מקובלת עלי. אף שבמקרים מתאימים ניתן לייחס לניזוק הסתכנות רצונית ולחילופין התרשלנות כלפי עצמו, אין הדבר כך במקרה בו פעולתו של הניזוק היא רצונית ולא רשלנית.

בדרך כלל נחשבת רשלנות רפואית בטיפול בניזוק תוצאה "רגילה" ממעשהו של המעוול וכחלק מהסיכון שהמעוול אחראי בגינו כלפי הניזוק הנזקק לטיפול הרפואי בעקבות הנזק שהמעוול גרם לו. האם כך הוא גם במקרה בו אין מדובר במעוול זר אלא בנזק שאדם גרם לעצמו ושביגו נזקק לטיפול הרפואי שהתברר כרשלני? נראה לי שאין הדבר כך. כענין של מדיניות אין ליישם כלל זה כאשר הניזוק גורם נזק לעצמו ולאחר מכן נגרם נזק נוסף עקב רשלנות רפואית בטיפול בו. הנימוקים לאי שחרורו מאחריות של מעוול זר עקב רשלנות רפואית במסגרת עזרה לניזוק, אינם טובים למקרה של הגורם נזק לעצמו (ראה: *Bourne v. Seventh Ward 546 s. 2d 197* (La App 1. Cir 1989)).

31. על פי השיטה הגורסת "הכל או לא כלום" יש לנושא הרשלנות התורמת חשיבות מיוחדת דרכה מוכנס לתמונה חלקו של הניזוק באחריות לנזק ואותו חלק מנוכה מן הפיצוי המגיע לו. בשיטה בה מפצה המזיק את הניזוק שהוכיח בהסתברות של 51% את הקשר הסיבתי, בשיעור של 100%, מאזנת הרשלנות התורמת את התוצאה בכך שהיא מביאה לניכוי חלקו של הניזוק ב"אשמה". בשיטה בה מפצה המזיק את הניזוק רק כדי שיעור אובדן סיכויי ההחלמה שנגרם על ידו ולא יותר מכך, ישלם הוא רק את מחיר הכישלון, כשיעור חלקו בנזק והניזוק ישא בחלק לו הוא עצמו גרם. במילים אחרות, באחריות בגין אובדן סיכויי החלמה מגולם כבר חלקו של הניזוק שגרם לצורך בטיפול הרפואי מלכתחילה, ועל הגורם הרפואי מוטלת האחריות רק בגין החמרת המצב. (אמנם, ייתכן מצב בו תוכר רשלנות תורמת של הניזוק לאובדן סיכויי החלמתו, כגון שהוא מסרב לקבל טיפול רפואי הולם או מאחר להגיע לבית החולים, אך אין זה המקרה כאן).

גובה הנזק

32. שני הצדדים מערערים על גובה הנזק לראשיו. השופט קמא פסק פיצויים לראשי נזק רבים על פי מבחנים שקבע, בהסתמך על חומר הראיות שבפניו. חלק נפסק על דרך האומדן בהעדר נתונים. כן נפסקו תשלומים עתיים כאשר הצדדים עצמם מסכימים כי שיטה זו עדיפה - בנסיבות המקרה - על תשלום חד פעמי. ראשי נזק רבים עמדו לנגד עיני בית המשפט, ביניהם: הפסד השתכרות, עזרה וסיעוד, רכב ונסיעות, דיור, עזרים מיוחדים, אביזרים וציוד ביתי סיעודי וציוד עזר, ספורט, מיזוג אוויר, פיזיותרפיה וריפוי בעיסוק. חלק קיבל וחלק דחה ובאלה שקיבל פסק את הפיצויים ההולמים לפי הנסיבות והראיות.

המערער היה בן 27 בעת האירוע. הוא היה רווק, חסר השכלה, מכור לסמים, חסר רכוש וללא מקום עבודה. הוא לא עבד גם קודם למאסרו באופן קבוע אף שעברו כ-10 שנים מאז הגיע לבגרות. במצב דברים זה, היה מקום להתייחס - כפי שעשה השופט קמא - לרקע דל זה כדי ללמוד ממנו על עתיד בלתי מבטיח מן הבחינה הכלכלית. מובן שאין בכך כדי לשלול ממנו פיצוי בגין כל אותם ראשי נזק שהתאונה ותוצאותיה גרמו להם באופן ישיר והעמידוהו בפני צרכים שכאדם בריא לא היה נזקק להם כלל.

ניתן להצביע על ראשי נזק בהם יכול היה האומדן להיות שונה במידה כזו או אחרת מהאומדן שנקבע על ידי השופט קמא, אולם אף שבדקתי חזור ובדוק את טענותיהם של שני הצדדים בשאלת הנזק, לא מצאתי שקביעה כלשהי של השופט קמא מצדיקה התערבות ערכאה זו.

כל השאלות הסובבות סביב קביעת הנזק ושיעורו, הן שאלות עובדתיות. רשימת ראשי הנזק תואמת את ראשי הנזק בגינם נפסקים פיצויים לנפגעי שיתוק כפי שסובל - למרבית הצער - המערער. המבחנים ואבני הבוחן שבהם נקט השופט המלומד לשם קבלת או דחיית ראש נזק זה או אחר, מעוגנים בחומר הראיות ותואמים את ההלכות באותם נושאים. הוא הדין באשר לגובה הנזק תחת כל פריט שבגיניו נפסק פיצוי, והוא הדין בניכויים שנוכו מסך הפיצויים.

אשר על כן, דין הערעור והערעור שכנגד על גובה הנזק להידחות.

סוף דבר, אני מציעה לדחות את הערעור ואת הערעור שכנגד ללא צו להוצאות.

יש להעביר העתק מפסק הדין ליועץ המשפטי לממשלה ולהסב תשומת ליבו לסעיפים 4-8 שבו.

ש ו פ ט

השופט צ' אל טל:

אני מסכים.

ש ו פ ט

השופט י' טירקל:

1. אני מסכים לתוצאה שאליה הגיעה חברתי, השופטת ט' שטרסברג-כהן, ובנסיבות הענין גם למסקנות הביניים שאליהן הגיעה.

2. אשר לענין האבחון הרפואי השגוי, שעליו עמדה חברתי, אמרתי במקום אחר כי:-

"חובתו של כל רופא - ובעיקר של רופא מומחה הבודק מקרה שבתחום התמחותו - להטות אוזן קשבת ורגישה לדברי החולה, לגלות פתיחות ומחשבה עצמאית, להשתחרר מהשפעתן של חוות דעת קודמות, לשקול בכובד ראש סיכונים אפשריים וכן את הטיפול שהם מחייבים ולא להתפס להנחות מוקדמות. המימרה 'הרפואה איננה מדע מדויק', השגורה על פיהם של רופאים (בדרך כלל, כאשר הם באים לפטור את עצמם מאחריות), משקפת רעיון נכון, אולם גלומה בה גם אזהרה לרופא. דווקא משום שהרפואה היא כזאת חייב הרופא לכלול בשיקוליו גם אפשרויות החורגות משגרת עבודתו הרגילה ובלבד שקיומן הוא בגדר הסתברות מתקבלת על הדעת. אין צריך לומר כי בבואו לשקול אפשרויות כאלה ואת דרכי הבדיקה והטיפול עליו להביא בחשבון את מידת הסיכון שלפי אותה אפשרות וכן את חומרת הבדיקה או הטיפול. ככל שהסיכון גדול יותר חייב הרופא לייחס משקל גדול יותר לאפשרות החורגת מן השגרה. כך גם בבדיקה או בטיפול שככל שחומרתם גדולה יותר יש להזהר בהם יותר, תוך שקילת חומרת הבדיקה או הטיפול לעומת מידת הסיכון שבאפשרות שאת קיומה מבקש הרופא לאמת או לשלול, או שאותה מבקש הוא למנוע". (ת.א. (ב"ש) 433/89 **בועז בלאט נ' קופת חולים של ההסתדרות הכללית ואח'**, לא פורסם, בעמ' 35, והמקורות שם).

3. אינני מחווה דעה בסוגיות העקרוניות של ההסתכנות מרצון ושל האשם התורם - כאשר מדובר בנסיון התאבדות שלא נסתיים במוות אלא בנזק גופני - שאין צורך להכריע בהן במקרה הנדון. הייתי משאיר אותן בצריך עיון.

שופט

הוחלט כאמור כבפסק דינה של השופטת ט' שטרסברג-כהן.

ניתן היום, ח' בסיוון תשנ"ז (15.4.97).

שופט

שופט

שופטת

-
העתק מתאים למקור
שמריהו כהן / מזכיר ראשי
חז 189292 /
J01.95018920