

ע"א 11219/07 ע"א 11311/07	בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים	
22/01/2008	כב' השופט צבי זילברטל כב' השופט נעם סולברג כב' השופטת רות שטרנברג-אליעז	לפני:

בעניין: 1. ד"ר אוריאל ולד
2. מדיקל קונסלטנטס אינטרנשיונל בע"מ
ע"י עו"ד כרמלי ושטובר

המערערים בע"א 11219/07
המשיבים בע"א 11311/07

נ ג ד

יהודה בדיחי
ע"י עו"ד רון

המשיב בע"א 11219/07
המערער בע"א 11311/07

ערעורים על פסק דינו של בית המשפט השלום בירושלים ב.ת.א. [4568/03](#) שניתן ביום 8.7.07 ע"י כב' השופט כרמי מוסק, סגן-נשיא.

פסק דין

1. המערער בע"א 11311/07 (להלן – "המערער") הגיש לבית משפט השלום בירושלים תביעה כנגד המשיבים בערעור הנ"ל בגין נזקי גוף שנגרמו לו כתוצאה מטיפול רפואי רשלני שהעניק לו המשיב מס' 1 בערעורו של המערער, ד"ר אוריאל ולד (להלן – "המשיב"). בית-משפט קמא קיבל את התביעה, קבע כי המשיב התרשל בטיפולו במערער וחייב את המשיבים לשלם למערער פיצוי בגין נזקי הגוף שנגרמו לו בסכום כולל של 567,000 ש"ח. לפנינו ערעורים שהוגשו על-ידי שני הצדדים לתובענה הנ"ל, ערעורים שהדיון בהם אוחד בהסכמה, כפי שנקבע בהחלטה מיום 22.10.07. יצוין, כי במועד הדיון בערעורים (25.12.07) הוסכם, כי פסק הדין ככל שהוא נוגע לחיובה של המשיבה 2 בערעור הנ"ל, יבוטל, ולהסכמה זו ניתן בזאת תוקף של פסק-דין.

2. המערער סבל מכאבי גב. המשיב הגיע למסקנה כי יש לבצע ניתוח לכריתת דיסק במרווח שבין החוליות L4 ו-L5. לצורך כך אושפז המערער בבית החולים "אסותא", וביום 28.11.00 הוא נותח על-ידי המשיב. אלא שתחת כריתת הדיסק במרווח שבין החוליות הנ"ל, בוצעה כריתה של הדיסק המצוי במרווח שבין החוליות L3 ו-L4. אין מחלוקת, כי הדיסק שהיה אמור להיות מנותח לא הוסר והניתוח בוצע במקום אחר, בו לא היה כל צורך לבצע ניתוח, שכן בבדיקות הדמיה שנערכו לפני הניתוח נמצא המרווח שבין החוליות L3 ו-L4 תקין. המשיב לא חלק על כך, כי במעשה האמור לעיל יש משום התרשלות כלפי המערער, והמחלוקת שבין הצדדים התייחסה לסוגיית הנזק, לרבות לשאלות של קשר סיבתי.

3. בית-משפט השלום מינה כמומחה מטעמו את פרופ' ליברגל, אשר חיווה דעתו, כי נכותו הנוכחית של המערער היא בשיעור משוקלל של 36%, כאשר הנכות הנובעת ממצב הגב התחתון היא בשיעור 20%, וחולשה והפרעה עצבית בשוק רגל ימין גורמים לנכות נוספת בשיעור זהה.

בכל הנוגע לקשר שבין מצבו הנוכחי של המערער לבין רשלנותו של המשיב, הסתמך בית המשפט, בעיקרו של דבר, על חוות-דעתו של פרופ' יצחק שקד שהוגשה מטעם המערער, כשאת חוות הדעת שהוגשה מטעם המשיב (חוות-דעתו של פרופ' יצחק אוטמרסקי) דחה בית המשפט מכל וכל.

בהתבסס על חוות-דעתו של פרופ' שקד קבע בית-משפט השלום, כי אילו היה הניתוח מבוצע במקום הנכון, כי אז "קרוב לודאי בהסתברות גבוהה שבמצבו של [המערער] היה חל שיפור משמעותי מזה שהיה לפני הניתוח" (סעיף 12 לפסק הדין).

בסופו של דבר נפסק, כי נזקו של המערער מתבטא במצבו הרפואי הנוכחי, דהיינו בנכותו המתוארת לעיל, אשר את כולה יש לזקוף לחובת המשיב. קביעה זו התבססה, בין היתר, על מסקנתו של בית-משפט קמא, לפיה בנסיבות המקרה לא יהיה זה סביר לזקוף לחובת המערער את סירובו לעבור ניתוח נוסף לכריתת הדיסק במרווח שבין החוליות L4 ו-L5. גם מסקנה זו

התבססה במידה רבה על חוות-דעתו של פרופ' שקד, לפיה העובדה שהמערער נותח במקום הנמצא סמוך ביותר למקום בו מוצע לערוך ניתוח נוסף, פוגעת באופן ניכר בסיכויי הצלחת הניתוח השני וגם מחייבת עריכת ניתוח נרחב מאד, הכולל גם קיבוע של עמוד השדרה (סעיף 15 לפסק הדין).

בעניין זה יצוין, כי פרופ' שקד העיד, כי סיכויי ההצלחה של הניתוח שמוצע לבצעו, עומדים על כ-50%, לעומת סיכויי ההצלחה של הניתוח המקורי, אילו היה מבוצע במקום הנכון, שהיו לו סיכויי הצלחה גבוהים ביותר.

כאמור, נקודת המוצא בפסק הדין הייתה, כי המערער לא יעבור ניתוח נוסף, כי סירובו הוא סירוב סביר בנסיבות העניין, וכי אילו היה הניתוח המקורי מבוצע כהלכה, היה נמנע נזקו של המערער. ליתר דיוק, בעניין אחרון זה נפסק, כי מאחר והסיכוי להצלחת הניתוח הראשון עומד, לפי עדותו של פרופ' שקד, על כ-90%, הרי שראוי שהמשיב ישא רק ב-90% מהנזק המתבטא במצבו הרפואי הנוכחי של המערער (סעיף 26 לפסק הדין).

4. בית המשפט קבע את נזקו של המערער ופסק לו פיצוי כדלהלן:

א. בגין נזק לא ממוני, ובכלל זה פיצוי בגין פגיעה באוטונומיה, נפסק פיצוי בסכום של 250,000 ש"ח.

ב. באשר להפסדי שכר בעבר ציין בית המשפט, כי המערער היה במועד הניתוח בן 60 והתפרנס מניהול עסק לממכר פלאפל. עוד נקבע, כי הקרקע עליה הייתה מצויה חנותו של המערער הופקעה בשנת 2003 והעסק נסגר בחודש אוגוסט 2003, ומאז המערער אינו עובד. בית המשפט הניח, כי המערער היה מתמיד בעבודתו, אלמלא

נכותו, עד לגיל 67 ופסק, כי המשיב אחראי רק ל-30% מהפסדי ההכנסה שנגרמו למערער עקב סגירת העסק.

בהתבסס על הממצאים וההנחות הנ"ל נפסק, כי לתקופה שמיום הניתוח ולמשך שישה חודשים, יקבל המערער פיצוי על הפסד מלוא הכנסותיו, שעמדו, על-פי דו"חות המס שהגיש לשנת 2000, על סכום של 9,000 ש"ח לחודש. מכאן, שלתקופה האמורה נפסק למערער פיצוי בסך 54,000 ש"ח.

לתקופה שמחודש מאי 2001 ועד לאוגוסט 2003 (סגירת העסק), תקופה של 26 חודש, נפסק למערער פיצוי חודשי בסך 1,000 ש"ח, ובסך הכל 26,000 ש"ח. לתקופה שמחודש אוגוסט 2003 ועד למועד מתן פסק הדין, משך 47 חודש, נפסק למערער פיצוי חודשי בסכום של 3,000 ש"ח, ובסך הכל 141,000 ש"ח. סך כל הפיצוי בגין הפסדי השכר שנגרמו למערער ובגין הפגיעה בכושר השתכרותו, הועמד על 260,000 ש"ח, כשסכום זה כולל ריבית.

ג. בגין עזרה וסיעוד הועמד הפיצוי על סך 100,000 ש"ח, מתוכם 30,000 ש"ח שמבטאים פיצוי בגין עזרת בני משפחה לתקופה של ששת החודשים לאחר הניתוח, והיתרה פיצוי לעתיד.

ד. בגין הוצאות ניידות נפסק למערער פיצוי בסך 10,000 ש"ח, לאחר שבית המשפט מצא כי המערער מסוגל לנהוג ברכבו והפיצוי נועד לבטא אותם מצבים בהם לא יוכל להשתמש מסיבה כלשהי ברכבו ויאלץ להשתמש במוניות.

ה. המשיב חויב להשיב למערער הוצאות בסך כולל של 10,000 ש"ח, כאשר מתוך הסכום האמור סך של כ-3,700 ש"ח הן הוצאות שהוצגו בגינן קבלות.

כאמור, המשיב חויב לשלם למערער 90% מסך כל סכומי הפיצוי המפורטים לעיל, וזאת בשל קביעת בית המשפט, לפיה הסיכוי להצלחת הניתוח הראשון היה בשיעור 90% בלבד.

5. המערער טען בערעורו ובעיקרי הטיעון מטעמו, כי יש מקום לשנות את פסק הדין בסוגיות הבאות:

א. היה מקום לחייב את המשיב לפצות את המערער במלוא נזקו ולא רק ב-90% ממנו.

ב. סכום הפיצוי שנפסק בגין נזק לא ממוני, אינו מבטא כראוי את נכותו של המערער ואת הפגיעה באוטונומיה שלו, מאחר שהניתוח שעליו ניתנה ההסכמה, לא בוצע, והוא נותח במקום שלא היה כל צורך לנתחו; לעניין זה נטען גם, כי יש לזקוף לחובת המשיב את העובדה שכאשר המערער נבדק על-ידו לאחר הניתוח, הוא כלל לא טרח ליידע את המערער אודות הטעות שארעה.

ג. היה מקום לקבוע, כי המערער היה ממשיד בעבודתו כסדרה עד הגיעו לגיל 75, ולא היה מקום לחשב את הפגיעה בכושר השתכרותו על יסוד ההנחה שבכל מקרה היה מסיים את עבודתו בגיל 67.

ד. לא היה מקום לפצות את המערער בשיעור של 30% בלבד מהפסדי ההכנסה לתקופה שתחילתה בסגירת העסק וסיומה במועד מתן פסק הדין, אלא במלוא הנזק הנובע מנכותו.

- ה. הפיצוי בגין הוצאות ניידות אינו מבטא את נזקו האמיתי של המערער, שכן הוא לא לקח בחשבון את הצורך בשימוש מוגבר ברכבו.
6. עיקר טענותיו של המשיב בערעור שהגיש, הן כדלהלן:
- א. נטען כי לא היה מקום לזקוף לחובת המשיב את מלוא הנזקים הנובעים מנכותו של המערער, אלא רק את הנזקים הנובעים מהפגיעה בסיכויי החלמתו של המערער. לשיטת המשיב, הוכח כי רשלנותו גרמה לכך שתחת סיכוי של 90% להצלחת הניתוח (אילו היה מבוצע כראוי), סיכויי הצלחתו של הניתוח השני שהמערער אמור לעבור, עומדים על 50% בלבד, ומכאן שהנזק שנגרם לו כתוצאה מרשלנות המשיב, צריך לבטא הפרש זה בלבד.
- ב. נטען כי על יסוד חוות-דעת המומחה מטעם המשיב, היה בית המשפט צריך לקבוע, כי בתקופה שלאחר הניתוח השתפר מצבו של המערער, כך שלא נגרמו לו כל הפסדי שכר בעבר. עוד נטען לעניין זה, כי לתקופה שמאז סגירת העסק ועד למועד מתן פסק הדין, לא היה מקום לפסוק פיצוי שיבטא הפסד שכר בשיעור של 30%.
- ג. לטענת המשיב, הפיצוי שנפסק בגין הנזק שאינו ממוני, הוא בסכום גבוה, שמן הראוי להפחיתו.
7. אכן, יש לקבל את טענת המערער, לפיה אין להעמיד את הפיצוי על שיעור של 90% מסך כל הנזק. בעניין זה העיד פרופ' שקד, שאילו היה הניתוח מבוצע במועד וכראוי, ניתן לצפות לשיפור במצב בלמעלה מ-90% מהמקרים (עמ' 10 ש' 7-8 לפרוטוקול מיום 22.1.06).

משמעותה של עדות זו, שבית המשפט ראה לנכון לאמצה, היא, שברובם המכריע של הניתוחים מהסוג הנדון משתפר מצבו של המנותח לעומת המצב שקדם לניתוח. די בכך כדי לחייב את המסקנה, שקיימת הסתברות העולה בהרבה על 50% לפיה הניתוח היה אמור להצליח. לא עולה מדברי פרופ' שקד, שסביר יותר להניח שהניתוח היה מצליח בשיעור 90% בלבד. מדבריו עולה, שקיים סיכוי בשיעור 90% ומעלה שהניתוח אכן יצליח. בנסיבות אלה, היה מקום לקבוע, כי עלה בידי המערער להוכיח שאילו היה הניתוח מבוצע כהלכה, לא היה סובל מכל נכות.

זאת ועוד, גם אם עולה מדבריו של פרופ' שקד, כי לא ניתן להתעלם מהאפשרות שמצבו של המערער לא היה משתפר לחלוטין לאחר ביצוע ניתוח כהלכתו וללא התרשלות, והייתה נותרת מגבלה כלשהי, הרי שאין מקום לקחת נתון זה בחשבון בדרך של הפחתה מסכום הפיצוי. עמד על כך בית המשפט העליון (כב' השופט א' ריבלין) בפסק הדין בע"א 7469/03 [המרכז הרפואי שערי צדק נ' כהן](#), כדלהלן:

"אכן, עולם הרפואה נתון לספקות ולאי-וודאות. כל טיפול רפואי עשוי לשאת עימו סיכון מסוים, אפילו הוא מבוצע כהלכה. אולם אין זה מקובל ואין זה ראוי, בכל מקרה שבו נכשל ניתוח בשל התרשלות הצוות הרפואי, להפחית מסכום הפיצוי סכום המתיימר לבטא את אותו סיכון, אפילו יהא זה סיכון ערטילאי או מזערי" (סעיף 12 לפסק הדין).

זאת ועוד, המזיק לא יישמע בטענה, כי גם אלמלא התרשלותו וגם אילו היה מטפל בניזוק כהלכה, הייתה נותרת לניזוק נכות בשיעור כלשהו, שהרי בנסיבות אלה, המזיק הרשן גרם, בנוסף לנזק הממשי, גם ל"נזק ראייתי":

"... בעטייה של ההתרשלות נמנעה מן הניזוק האפשרות להוכיח איזה חלק מהנזק הסופי, המהווה יחידת נזק אחת, נוצר בלא קשר לאירוע הרשלני ואיזה חלק התגבש בעקבותיו. נזק ראייתי זה מצדיק, על-פי קביעת בית המשפט, את

העברת נטל השכנוע לנתבע על מנת שיוכיח מה היקף הנזק שנגרם על ידו. לא עמד הנתבע בנטל, יחויב בפיצוי בגין הנזק הכולל" (סעיף 15 לפסק-דינו של כב' השופט א' גרוניס, בע"א 8279/02 גולן ואח' נ' עזבון המנוח ד"ר מנחם אלברט ז"ל).

כך גם בענייננו: בעטייה של התרשלות המשיב, נמנעה מן המערער האפשרות להוכיח איזה חלק ממצבו הנוכחי אינו נובע מהאירוע הרשלני, ואיזה חלק נובע ממנו. לפיכך, עובר הנטל בעניין זה למשיב, אשר מצדו, לא הוכיח עניין זה. התוצאה היא, כי אנו מקבלים את ערעור המערער בסוגיה האמורה, ופוסקים, כי על המשיב לפצותו במלוא נזקו ולא רק בשיעור של 90% ממנו.

8. גם בסוגיית הנזק הלא ממוני אנו סבורים, כי יש ממש בערעורו של המערער. כאמור לעיל, במקרה דנן הנזק הלא ממוני הכולל אמור לבטא הן את הנזק הממשי שנגרם למערער עקב נכותו הרפואית, שעומדת על 36%, והן את הפגיעה באוטונומיה שלו, שבאה לידי ביטוי בעובדה שהמשיב ניתח איבר שהמערער לא הסכים שינותח ושכלל לא היה צורך רפואי לנתחו. בנסיבות אלה, ובהתחשב בפסקי הדין שהוצגו לעיוננו, אנו סבורים כי יש מקום להעלות את סכום הפיצוי בראשי הנזק הנדונים, ואנו מעמידים את הפיצוי בראש הנזק האמור על סכום של 400,000 ש"ח, בתוספת ריבית מיום 28.11.00.

9. איננו סבורים שיש להתערב במסקנת בית משפט השלום לפיה המערער היה חדל לעבוד בגיל 67. מסקנה זו מבוססת, בין היתר, על העובדה שחנותו של המערער הופקעה והוא לא הוכיח כי מאז פעל למציאת מקום עסק אחר. עובדת ההפקעה היא נתון שבית המשפט היה רשאי להביאו בחשבון כאשר העריך עד לאיזה גיל היה המערער צפוי להמשיך ולעבוד. יש להניח כי אלמלא ההפקעה, היה ניתן לקבוע שהמערער יחדל מעבודה בגיל מתקדם יותר. גם לא מצאנו לנכון להתערב בסכומי הפיצוי שנפסקו למערער בשל הפסדי שכר ופגיעה בכושר ההשתכרות. אכן, ניתן להשיג על חלק מקביעותיו של בית המשפט ביחס לראשי הנזק

הנדונים : לאחר שנמצא כי המערער השתכר, במומו, סך 7,000 ש"ח לחודש (לעומת 9,000 ש"ח לפני הניתוח), ניתן היה לחשב הן את הפסדי העבר והן את הנזקים בעתיד על פי נתון זה ולא כפי שנעשה בפועל; הפיצוי עבור ששת החודשים שלאחר הניתוח לא הביא בחשבון שגם לאחר ניתוח "תקיין" היה צורך בתקופת החלמה וכי מהנתונים שדווחו לרשויות המס לא עולה הפסד הכנסה בשיעור שנקבע, ועוד. ואולם, סך כל הפיצוי שנפסק בראשי הנזק הנ"ל הוא סביר, ולפיכך לא יהיה זה ראוי שערכאת הערעור תתערב בו, גם אם בפריט זה או אחר נמצאה טעות בפסק הדין.

10. בפסקו למערער פיצוי בגין הוצאות ניידות התייחס בית המשפט אך להשלכה שיכולה להיות למצבו של המערער על הצורך שלא להיזקק למוניות כאשר לא ניתן יהיה לעשות שימוש ברכבו הפרטי. צודק המערער בטענתו, לפיה היה מקום לפצותו גם על השימוש המוגבר שהוא צפוי לעשות ברכבו-שלו מחמת נכותו. מדובר בנכות בשיעור לא מבוטל, שיש לה השלכה על כושר הניידות של המערער. במצב זה על המשיב לפצות את המערער עבור ההוצאות העודפות ששימוש מוגבר זה יגרור אחריו.

בדרך של אומדן אנו מעמידים את הפיצוי עבור הוצאות ניידות על סך 30,000 ש"ח.

11. אין לקבל את טיעון המשיב לפיו הנזק שגרם למערער מתבטא רק בפגיעה בשיעור של 40% בסיכויי הצלחת הניתוח. טיעון זה מתעלם לחלוטין ממסקנת בית המשפט, המעוגנת היטב בנתוני המקרה ובחומר הראיות, לפיה נקודת המוצא היא שהחלטת המערער להימנע מעריכת ניתוח נוסף היא החלטה סבירה. איננו מקבלים את גישת המשיב לפיה יש לזקוף לחובת המערער את אי-רצונו לעבור ניתוח נוסף. בהתחשב במה שעבר על המערער בעטייה של רשלנות המשיב, בסיכוני הניתוח הנוסף ובעובדה שבניתוח זה יידרש קיבוע של עמוד השדרה, ניתן בהחלט להבין לליבו ולהצדיק את גישתו.

במצב דברים זה, אין לערוך השוואה בין סיכויי הצלחתו של הניתוח הראשון, בהנחה שהיה מבוצע כראוי, לבין סיכויי הצלחת הניתוח השני, שהצורך בביצועו עלה רק עקב הרשלנות שהתלוותה לניתוח הראשון. המסקנה, לפיה מצבו הנוכחי של המערער במלואו הוא תוצאת רשלנותו של המשיב, מבוססת, כמפורט לעיל, על נסיבות המקרה ועל חוות דעת פרופ' שקד, אשר בית המשפט ראה לנכון לאמצה.

בהקשר זה נוסף, כי במקרה דנן אין לבסס את הפיצוי על ראש הנזק של אובדן סיכויי החלמה, גם משום שלא מתקיימת עמימות ראייתית המצדיקה היאחזות בראש נזק זה. במקרה דנן ניתן היה לקבוע כי אלמלא ההתרשלות לא היה המערער סובל מנכות, שכן סיכויי ההצלחה של הניתוח שהיה אמור להתבצע היו גבוהים ביותר והם סוכלו רק עקב רשלנותו של המשיב.

12. לנוכח המפורט לעיל, ולאחר שלא מצאנו ממש ביתר הטענות בערעורים, התוצאה היא שערעור המשיב נדחה במלואו וערעור המערער מתקבל בחלקו, באופן שפסק דינו של בית משפט השלום יתוקן בעניינים הבאים, כשביתר החיובים הקבועים בו לא יחול שינוי:

א. הפיצוי בגין נזק לא ממוני, לרבות פגיעה באוטונומיה, יעמוד על 400,000 ש"ח

למועד מתן פסק דינו של בית משפט השלום, בתוספת ריבית מיום 28.11.00.

ב. הפיצוי בגין הוצאות ניידות יעמוד על 30,000 ש"ח למועד מתן פסק דינו של בית משפט השלום.

ג. הפיצוי הכולל יעמוד על סך כל סכומי הפיצוי בראשי הנזק השונים (ולא על 90% מהם).

ד. שכר טרחת עורך הדין שנפסק למערער בבית משפט השלום יעודכן בהתחשב בהגדלת סכומי הפיצוי כאמור לעיל, ויהיה בשיעור 20% מסכום הפיצוי הכולל, בתוספת מע"מ.

ה. כאמור לעיל, מבוטל חיובה של המערערת מס' 2 בע"א 11219/07, מדיקל

קונסלטנטס אינטרנשיונל בע"מ.

המשיב ישא בהוצאות המערער בשני הערעורים וכן בשכ"ט עו"ד בסך 15,000 ₪ להיום

ובתוספת מע"מ.

המזכירות תמציא העתק פסק הדין לב"כ הצדדים.

ניתן היום, ט"ו בשבט תשס"ח (22 בינואר 2008), בהעדר הצדדים.

צבי זילברטל 54678313-11219/07

שופט

שופט

שופט

נוסח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה