



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 26571-06-11

לפני: כבוד השופט יצחק ענבר, כבוד השופטת יהודית שבת, כבוד השופט שאול
שוחט

המערער

ע"י עו"ד סומוגורה

נגד

המשיב

ד"ר מרמור
ע"י עו"ד אלרום ועו"ד בורשטיין

פסק דין

השופט יצחק ענבר:

1. לפנינו ערעורים הדדיים על פסק דינו של בית משפט שלום בתל-אביב (כב' השופטת ח' וינבאום-וולצקי) אשר ניתן ביום 17.4.11 בת.א 63162-05, לפיו חויב המשיב והמערער שכנגד, ד"ר אורי מרמור (להלן: "המשיב"), לשלם למערער ולמשיב שכנגד, (להלן: "המערער") פיצויים בסך 100,000 ₪ בגין פגיעה באוטונומיה, שיסודה באי קבלת "הסכמתו מדעת" של המערער לניתוח להסרת משקפיים לרוחק ראייה שביצע בו המשיב, ניתוח מסוג "לאסיק".

2. המערער, יליד 1957, פנה ביום 8.4.99 למשיב והתעניין בביצוע ניתוח לייזור לתיקון רוחק הראייה בעינו. המשיב ביצע למערער מספר בדיקות והמליץ על הניתוח. ביום 26.4.99 נותח המערער בעין ימין. ביום 3.5.99 נותח המערער בעין שמאל (שני הניתוחים יכונו להלן כאחד: "הניתוח"). לטענת המערער, לא זו בלבד שהניתוח לא הביא



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 26571-06-11

עמו את השיפור המיוחל, אלא שהוא אף גרם לנזקים קשים בעיניו. משכך, הגיש המערער נגד המשיב את תביעתו, אשר נתמכה בחות דעת של מומחה מטעמו בתחום רפואת העיניים: פרופ' בן סירא. המשיב כפר בחבות כלשהי ותמך את טענותיו בחוות דעתו של המומחה פרופ' פרוכט.

3. בפתח פסק דינו הגדיר בית משפט קמא את השאלות העיקריות הצריכות הכרעה, כמפורט להלן:

א. האם נתוני המערער התאימו לצורך ביצוע הניתוח? בהקשר זה היו הצדדים חלוקים בשאלות: האם ניתן במועד זה אישור ה-FDA לטיפול בלייזר ברוחק ראייה בנתוני המערער; האם נערכו למערער עובר לניתוח הבדיקות המקדמיות הדרושות.

ב. האם הייתה התרשלות בביצוע הניתוח עצמו.

ג. האם המערער נתן את הסכמתו המודעת לניתוח.

ד. האם נגרם למערער נזק ראייתי נוכח דלותו של התיעוד הרפואי, באופן המעביר את נטל הראייה למשיב.

ה. מהו הנזק שנגרם למערער בעקבות הניתוח.

4. אשר לשאלת התאמתו של המערער לניתוח "לאסיק" קבע בית משפט קמא כדלקמן:



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 26571-06-11

בבדיקת חדות ראייה, שנעשתה על ידי המשיב בסמוך לניתוח, נרשם כי המערער נזקק לעדשות +5.25 בעין ימין כדי להגיע לחדות ראייה 6/6 ולעדשות +6.00 בעין שמאל כדי להגיע לחדות ראייה של 6/9. נוכח אקומודציה טבעית של הראייה, שמבצע המערער עוד מצעירותו, חדות הראייה שלו הייתה למעשה גבוהה יותר ועמדה על +7 - +8. אלא שבניגוד לטענתו של המערער, מספרים גבוהים אלו לא הוו התווית נגד לביצוע הניתוח. ממצא זה בוסס בעיקרו על דברי פרופ' פרוכט בעדותו, אשר נתמכו בספרות רפואית, לפיהם בעת הרלבנטית בוצעו ניתוחים כאלה בהצלחה בארץ ובעולם. גם פרופ' פרוכט עצמו ביצע ניתוחים כאלו עד עשרה מספרים. בית משפט קמא ציין בהקשר זה, כי לא זו בלבד שעדות זו לא נסתרה על ידי פרופ' בן סירא, אלא שהאחרון אף לא ביצע ניתוחי לאסיק ומכאן שלא יכול היה להביא מניסיונו האישי.

בית המשפט הוסיף וקבע, כי מעדויות המומחים עולה כי ניתוחי רוחק ראייה נפוצים פחות מניתוחי קוצר ראייה, מה עוד שבניתוחים אלו אין המטופל נפטר מן הצורך בשימוש במשקפיים אלא בעיקר מקטין את שיעור רוחק הראייה שלו. עוד עלה כי בניתוחים במספרים גבוהים הסיכוי לרגרסיה כעבור מספר שנים גבוה יותר הגם שהדבר תלוי בנתוני כל אדם. אחד הסיכונים הנוספים בניתוחים מסוג זה הוא הסיכון לפגיעה באיכות הראייה. אלא שלהשקפתו של בית משפט קמא, "עצם העובדה שמדובר היה בפרוצדורה חדשה יחסית שהניסיון בה עדיין לא גדול, היא לכשעצמה לא מולידה רשלנות או אי התאמה לניתוח. לא ניתן להתעלם מן העובדה שבשנים שחלפו מתבצעים ניתוחים כאלה גם ברוחק ראייה גבוה, אף אם אין בכך כדי להביא למצב אופטימאלי של הסרת הצורך במשקפיים לחלוטין. לא הוצג בפניי כל מסמך ממנו ניתן ללמוד על איסור על ביצוע ניתוחים בנתונים כפי שהיו נתוני המערער".

עוד קבע בית משפט קמא, כי העובדה שה-FDA לא אישר, נכון לאותו מועד, את הניתוחים הללו אינה מלמדת בהכרח שהניתוח היה אסור, אלא רק שמדובר בפרוצדורה חדשנית שטרם נבדקה דיה ומטעם זה לא זכתה לאישור. אין חולק כי בחלוף 3 שנים אישר ה-FDA את הפרוצדורה. יחד עם זאת לעובדה זו, של העדר אישור ה-



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 26571-06-11

FDA, יש משקל לצורך בהסבר על הניתוח כפי שיידון בהמשך במסגרת סוגיית ההסכמה מדעת.

בהקשר לאמור לעיל דחה בית משפט קמא את ניסיונו של המערער להסתמך כראיה לקיום רשלנות על פסק דין שניתן בעניין אחר (ת.א (ת"א) 2079/04 רוני פרץ נ' לייזר רפואי ומדעי בע"מ), וזאת הן מהטעם שפסק דין בעניין אחד הוא עדות סברה בלתי קבילה לגבי עניין אחר, הן מהטעם שנתונו הרלבנטיים של אותו עניין שונים משלנו.

5. לאחר בחינת הראיות לא שוכנע בית משפט קמא כי הייתה התרשלות של המשיב בביצוע הבדיקות עובר לניתוח או בהתנהלותו במהלך הניתוח. בית משפט קמא בעניין זה, כי הניתוח בוצע באמצעות מכשיר NIDAK אשר זכה לימים לאישורו של ה-FDA. בניתוח נכח פרופ' לזר, אשר שני המומחים הסכימו כי הוא בעל ניסיון רב בתחום זה. בדיקות הטופוגרפיה והקרטומטריה שבוצעו למערער היו בגדר הנורמה כקביעתו של פרופ' פרוכט. טענתו של פרופ' בן סירא, כי בדיקת הרפרקציה הייתה צריכה להיעשות באמצעות טיפות ציקלוג'ל להבדיל מטיפות מידרמיד, אינה מתיישבת עם ספרות רפואית שהוצגה למומחה בעת חקירתו, מה גם שלמחלוקת בנושא זה נודעת, אם בכלל, משמעות מוגבלת. העובדה שבסופו של יום לא הביא הניתוח לתוצאות הרצויות, אינה מלמדת אף היא כשלעצמה על רשלנות בביצוע הניתוח.

7. בית משפט קמא דחה את טענתו של המערער כי נוכח דלותו של התיעוד הרפואי יש להעביר את נטל השכנוע אל כתפי המשיב. בית המשפט ציין בהקשר זה, כי מדובר בניתוח שנערך בשנת 1999, כאשר "חובת הרישומים המפורטים טרם הושרשה והתבססה בקרב הרופאים", מה עוד שבדוח הניתוח מופיעים כל הפרמטרים הנדרשים כגון נתוני המערער עובר לניתוח, מה תוקן ומשך הניתוח. גם בכרטיסיה שנרשמה עובר לניתוח מצוי המידע הרלבנטי לניתוח עצמו ובכללו שיעורי רוחק הראיה, צילינדר וקמירות



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 26571-06-11

העדרה. העדרה של קבלה על התשלום למשיב, כמו גם תיעוד חסר הנוגע לטיפול הפוסט ניתוחי, אינם נוגעים לשאלות השנויות במחלוקת ואינם מלמדים אפוא דבר.

8. מכאן נפנה בית משפט קמא לבחון את שאלת ההסכמה מדעת. לאחר בחינת עדויותיהם של המערער ושל המשיב קבע בית משפט קמא, כי לא רק שהמשיב הפר את חובתו לאפשר למערער לעיין בטופס ההסכמה לניתוח "בשלב מוקדם ככל האפשר", אלא שהוא גם לא הסביר למערער כי הניתוח לא יביא לתיקון מלא של רוחק הראיה, וכי יכולתו לבצע אקומודציה צפויה להיחלש עם השנים כך שהמערער צפוי להידרש לשימוש במשקפיים יותר מהר מאשר רוב המנותחים. כמו כן לא הסביר המשיב למערער כי לגבי ניתוחים של רוחק ראייה גבוה לא נצבר עדיין ניסיון רב. עם זאת הוסיף בית משפט קמא וקבע, כי אף לו היה המשיב מעמיד את המערער על מלוא המשמעויות והסיכונים האפשריים מן הניתוח, עדיין היה המערער מבכר לבצע את הניתוח. ביסודה של מסקנה זו עמדה התרשמותו של בית משפט קמא מרצונו העז במיוחד של המערער שלא להיעזר במשקפיים או בעדשות מגע. העולה מהמקובץ הוא, כי התרשמותו של המשיב בגילוי כל המידע הרלבנטי לא הביאה לכל נזק, זולת עצם הפגיעה באוטונומיה של המערער. בשים לב למכלול הנתונים העמיד בית משפט קמא את הפיצוי בראש נזק זה על - 100,000 ₪.

10. להשלמת התמונה יצוין, כי בית משפט קמא הוסיף ובחן מהו הנזק שנגרם למערער בעקבות הניתוח. לאחר בחינתן של עדויות המומחים ושל התנהלות המערער עצמו קבע בית משפט קמא, כי הניתוח לא הביא לשיפור מצב רוחק הראיה של המערער והוא שב למצבו טרם הניתוח, כאשר בה בעת נותרה בעקבות הניתוח נכות של 10% בגין פגיעה בחדות הראיה. עם זאת, למערער לא נגרמו הפסדי השתכרות כלשהם, לא בגין העבר ולא בגין העתיד. סכום הפיצוי בגין כאב וסבל, למקרה שתקבע חבות, הועמד על 5,000 ₪, וסכום הפיצוי בגין הוצאות רפואיות ונסיעות על סך 5,000 ₪.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 26571-06-11

הטענות בערעורים

11. הצדדים פרשו בעיקרי הטיעון יריעת מחלוקת רחבה שבה מחזרו את כל הטענות שהעלו בערכאה הראשונה: המערער קרא תגר על קביעותיו של בית משפט קמא לפיהן המשיב לא התרשל בכיצוע הניתוח, וכי נטל השכנוע נותר מוטל בנסיבות העניין אל כתפי המערער. בה בעת תקף את הקביעה לפיה היה מבצע את הניתוח אף אם היה מקבל מהמשיב את כל ההסברים הדרושים, ואת ממצאיו של בית משפט קמא באשר לגובה הנזק.

12. המשיב תמך בקביעותיו של בית משפט קמא שבהן התקבלו עמדותיו. בה בעת השיג על הקביעה לפיה לא נתן למערער את כל ההסברים הדרושים לגיבושה של הסכמה מדעת. כמו כן העלה טענות שונות כלפי גובה הפיצויים.

דיון והכרעה

13. הטענה כי המשיב התרשל בבחינת התאמתו של המערער לניתוח ובאופן עריכת הניתוח היא טענה שבעובדה, אשר נבחנה על ידי בית משפט קמא ביסודיות ונדחתה, תוך העדפתה של חוות דעתו של מומחה המשיב על פני מומחה המערער. בהתאם להלכה הפסוקה לא תתערב ערכאת הערעור בממצאי עובדה שנקבעו על ידי הערכאה המבררת אלא במקרים יוצאי דופן, כגון: כאשר אינם מעוגנים בחומר הראיות, או כאשר אינם עולים בקנה אחד עם השכל הישר. כוחו של כלל זה יפה במיוחד כאשר התשתית העובדתית נקבעת על יסודה של חוות דעת רפואית. בענייננו, לא ראיתי עילה להתערב בממצאיו של בית משפט קמא ומסקנותיו הנוגעים לשאלות הנזכרות לעיל.

14. אף לא מצאתי טעות בקביעותו של בית משפט קמא לפיה לא ניתן להוכיח באמצעות פסקי דין שניתנו בעניינים אחרים עובדות בהליך שלפנינו (ראו: ע"א 9817/02 וינשטיין נ' ד"ר דוד ברגמן, פסקה 15; ע"א 79/72 האפוטרופוס לנכסי נפקדים נ' פולק).



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 26571-06-11

בהינתן שהחוסרים הנטענים בתיעוד הרפואי הנם בעניינים בעלי חשיבות פחותה ואינם נוגעים ללב השאלות שבמחלוקת, אף אין טעות בקביעה לפיה נטל השכנוע נותר מוטל במקרה דנן על כתפיו של המערער (ע"א 8126/07 עזבון המנוחה ברוריה צבי נ' בית החולים ביקור חולים, בפסקה 36).

15. נמקד את הדיון, אפוא, בטענותיהם של הצדדים הנוגעות לסוגיית "ההסכמה מדעת", ובהמשך לכך בסוגיית גובה הפיצויים.

16. דוקטרינת ההסכמה מדעת עוגנה בפרק ד' לחוק זכויות החולה, התשנ"ו-1996. היקפה של חובת הגילוי מפורט בסעיף 13(ב) לחוק, אשר אימץ את מבחן "החולה הסביר", שזו לשונו:

13. (ב) לשם קבלת הסכמה מדעת, ימסור המטפל למטופל מידע רפואי הדרוש לו, באורח סביר, כדי לאפשר לו להחליט אם להסכים לטיפול המוצע; לעניין זה, "מידע רפואי", לרבות –
- (1) האבחנה (הדיאגנוזה) והסכנות (הפרוגנוזה) של מצבו הרפואי של המטופל;
 - (2) תיאור המהות, ההליך, המטרה, התועלת הצפויה והסיכויים של הטיפול המוצע;
 - (3) הסיכונים הכרוכים בטיפול המוצע, לרבות תופעות לוואי, כאב ואי נוחות;
 - (4) סיכויים וסיכונים של טיפולים רפואיים חלופיים או של העדר טיפול רפואי;
 - (5) עובדת היות הטיפול בעל אופי חדשני.

17. בענייננו, קבע בית משפט קמא, כי המשיב לא הסביר למערער, שסבל מרוחק ראייה גבוה שהגיע ל- +8, כי הניתוח לא יביא לתיקון מלא של רוחק הראיה, וכי ככל הנראה יידרש לתיקון ראייה נוסף לאחריו, משמע התיקון בניתוח יהיה חלקי בלבד. זאת ועוד: המשיב לא הסביר למערער כי יכולתו לבצע אקומודציה צפויה להיחלש עם השנים, משמע שהמערער צפוי להידרש לשימוש במשקפיים יותר מהר מאשר רוב המנותחים,



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 26571-06-11

שכן גם לאחר הניתוח תהיה ראייתו לא פחות מ-2. כמו כן לא הסביר המשיב למערער כי בניתוחים של רוחק ראייה משמעותי, כמו זה שהמערער סובל ממנו, לא נצבר ניסיון משמעותי ומכאן שהסיכויים לסיבוכים או לכישלונות עלולים להיות גדולים יותר. בדומה לכך לא הוסבר למערער, כי המכשיר שבאמצעותו בוצע הניתוח עדיין לא זכה באותה העת לאישורו של ה-FDA. קביעות אלו מעוגנות היטב בעדותו של המערער ובהתרשמותו הבלתי אמצעית של בית משפט קמא ממהימנותם של העדים ואין עילה להתערב בהן. המידע המפורט לעיל, אשר לא נמסר למערער, נוגע במישרין לתועלת הצפויה של הניתוח ולמידת חדשנותו, ואין כל ספק, כי הוא דרוש לכל "חולה סביר" הסובל מרוחק ראייה כדי לאפשר לו להחליט באופן מושכל ומודע אם לבצע ניתוח אם לאו. על אחת כמה וכמה בהינתן שעסקינן בניתוח אלקטיבי קוסמטי שכל מטרתו לשפר את רווחתו של המטופל, אשר היקף חובת הגילוי לגביו גבוה יותר מאשר בניתוחים מצילי חיים (ע"א 6153/97 שטנדל נ' פרופ' שדה, פסקה 12 לחוות דעתה של כב' השופטת דורנר; פסקה 3 לחוות דעתה של כב' השופטת נאור).

18. יתירה מזו: בהתאם לסעיף 13(ג) לחוק, המטפל נדרש למסור למטופל את המידע הרפואי "בשלב מוקדם ככל האפשר, ובאופן שיאפשר למטופל מידה מרבית של הבנת המידע לשם קבלת החלטה בדרך של בחירה מרצון ואי תלות". בהקשר זה מקובלת עלי קביעתו של בית משפט קמא, לפיה מקום שמדובר בניתוחים אלקטיביים שאין בביצועם שום בהילות, יש לצייד את המטופל בטופס ההסכמה עוד קודם ליום הניתוח, על מנת שיוכל לעיין בו ביישוב הדעת ובנחת ולבחון, בין היתר, אם יש לו שאלות להפנות לרופא. בענייננו, כך נקבע, נתן המשיב בידי המערער את טופס ההסכמה רק כאשר הגיע האחרון למרפאתו לצורך ביצוע הניתוח.

19. המסקנה המתחייבת מכל המקובץ לעיל היא, כי צדק בית משפט קמא בקבעו שהמשיב הפר את סעיף 13(ב) לחוק זכויות החולה. אלא שבאמור לעיל אין כדי למצות את הדיון בסוגיה שכן על המערער, אשר השתית את תביעתו על עילת הרשלנות, מוטל הנטל להוכיח, כי לו רק היה מקבל הסבר כנדרש לעניין הניתוח – לא היה מסכים לבצעו.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 26571-06-11

מה היה קורה, אפוא, לו הוסברו למערער מבעוד מועד כלל הנסיבות הרלבנטיות לעניין הניתוח והייתה מתבקשת הסכמתו? עם כל הקושי במתן תשובה לשאלה היפותטית זו "על בית המשפט לבקש את התשובה לשאלה בהתאם לראיות שבפניו, ועל פי שיקולים של שכל ישר וניסיון החיים" ((דברי כב' השופט אור בפסקה 6 לפסק דינו בע"א 2781/93 דעקה נ' בית החולים כרמל). בפסיקה הוזכרו מספר מבחנים לבחינתה של שאלה זו: מבחן סובייקטיבי, מבחן אובייקטיבי, ומבחן משולב (שם). נראה, כי בחינת הראיות תוך העברתם בכור ההיתוך של "שכל ישר וניסיון החיים" מכוונת לעברו של המבחן המשולב.

20. בית משפט קמא קבע, כי המערער היה מחליט לעבור את הניתוח גם לו היה מקבל מהמשיב את כל המידע הנדרש. ביסודה של קביעה זו עמדה התרשמותו של בית משפט קמא מכך שרצונו של המערער שלא להידרש לעזרי ראייה היה עז במיוחד, וזאת כפי הנלמד מכך שגם היום, לאחר הניתוח ותוצאותיו וחרף חלוף השנים, עושה המערער שימוש במשקפי ראייה רק במצבי "אין ברירה" בנהיגה בלילה, והוא אף משתמש בטיפות פילוקרפין לצורך שיפור הראייה במקום במשקפיים. לו היה הניתוח מביא לתוצאות המקוות, הרי שעם האקומודציה החזקה של המערער היה מסוגל להתהלך ללא משקפיים או עדשות מגע במשך שנים מספר, ולשיטתו של בית משפט קמא היה המערער מוכן להסתפק גם בכך.

21. אקדים ואומר כי עמדתי שונה. לדעתי, לא זו בלבד שבית משפט קמא ייחס משקל מופרז לרצונו של המערער להפטר ממשקפיו, אלא שהוא גם התעלם או (לפי העניין) לא ייחס משקל ראוי לנתונים אחרים הצריכים לעניין. לצורך הבהרת עמדתי אמנה תחילה את הנתונים העובדתיים הצריכים לעניין:

א. למערער, יליד 1957, אכן היה עניין רב שלא להשתמש במשקפיים, אך הוא הסתדר שנים רבות במצבו, לא פנה לרופא וגם את המשיב פגש באקראי באמצעות חברו (שהיה שכנו של המשיב).



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 26571-06-11

ב. לאחר הניתוח אמנם משתמש המערער בטיפות עיניים לצורך שיפור ראייתו ונמנע ככל האפשר מהרכבת משקפיים, אך מצד שני יש להביא בחשבון שבמהלך כעשר השנים שחלפו למן עריכת הניתוח (בשנת 1999) ועד למתן עדותו בבית משפט קמא (בשנת 2009), אשר במהלכן נצבר ניסיון רב בניתוחי רוחק ראייה, לא ניסה המערער לעבור ניתוח תיקון ראייה נוסף.

ג. הניתוח לא יכול היה לתקן את ראייתו של המערער באופן מלא אלא רק לשפרה באופן חלקי ולדחות את הצורך במשקפיים בשנים מספר בלבד. אף אם אניח, כשיטתה של הערכאה הראשונה, כי אין מדובר בעניין של מה בכך, הרי מצד שני יש להביא בחשבון, כי הטיפול הניתוחי דגן היה בשנת 1999 בחיתוליו, וכי המכשיר שבאמצעותו בוצע הניתוח עדיין לא אושר באותה העת על ידי ה-

FDA.

אני סבור, כי נתונים אלו, אשר לחלקם לא ייחסה הערכאה הראשונה משקל כלשהו, אינם יכולים לבסס את המסקנה שהמערער היה בוחר לעבור את הניתוח בכל מקרה. יש לזכור, כי מדובר בניתוח אלקטיבי שמטרתו נוחות ואסתטיקה גרידא, אשר נכונותו של מטופל ליטול לגביו סיכונים קטנה מזו המתייחסת לניתוח מציל חיים. התנהלותו המתוארת לעיל של המערער בשנים שקדמו לניתוח, העובדה שפנייתו למשיב הייתה אקראית, הימנעותו לעבור ניתוח מתקן נוסף במהלך כעשר שנים תמימות שחלפו מאז הניתוח, ותועלתו המוגבלת של הניתוח לעומת סיכוניו - מלמדים בכוחם המצטבר - כמסקנה הנובעת משכל ישר וניסיון חיים - כי לו היה המערער מקבל מהמשיב את מלוא המידע הדרוש היה בוחר שלא לעבור את הניתוח. כך העיד גם המערער, ובנסיבות העניין אין יסוד לפקפק בעדותו.

23. משבאנו לכאן לא נותר לברר אלא את גובה הנזק. התשתית העובדתית הצריכה לעניין זה הנה ממצאו של בית משפט קמא, לפיו לאחר הניתוח שב המערער למצב רוחק הראייה שבו היה נתון קודם לניתוח, אך נותר סובל מפגיעה בחדות הראייה המזכה אותו



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 26571-06-11

בנכות של 10%. יצוין כי ב"כ המשיב לא חלק במסגרת הערעור שכנגד על שיעורה של הנכות שנקבעה ונראה שלא בכדי, שהרי היא נמצאת בגדריה של המחלוקת שנתגלעה בנקודה זו בין מומחה המערער (שסבר כי למערער נותרו נכויות של 44% ו-30%) לבין מומחה המשיב (שסבר כי למערער לא נותרה נכות רפואית על פי תקנות המל"ל).

24. בית משפט קמא פסק למערער פיצוי של 100,000 ₪ בגין עצם הפגיעה באוטונומיה, אך ציין כי במידה שעמדתו בנושא החבות לא תתקבל, יעמוד הפיצוי בגין ראש הנזק של כאב וסבל על 50,000 ₪. ב"כ המערער הלין על מיעוט הסכומים, ואילו ב"כ המשיב הלין על גובהם ואף טען כי אינם יכולים להצטבר זה לזה.

25. אשר לגובה הפיצוי בגין פגיעה באוטונומיה, הרי שעל פי ההלכה הפסוקה, עם הטמעתו של הפיצוי בראש נזק זה על הפיצוי להיות משמעותי ולשקף את החשיבות שמעניקה שיטת המשפט לאינטרס שנפגע. מטעם זה נפסקו בשנים האחרונות לא אחת סכומי פיצוי הנעים בין 100,000 ₪ ל- 250,000 ₪ (ראו את סקירת הפסיקה בע"א 1303/09 קדוש נ' בית החולים ביקור חולים, בפסקה 48). גובהו המדויק של הפיצוי ייקבע בהתחשב בהפרה הקונקרטית ובנסיבותיה. וכך נאמר בעניין זה על ידי כב' המשנה לנשיאה ריבלין בע"א 1326/07 ליאור המר נ' פרופ' עמי עמית (בפסקה 73):

אשר לגובה הפיצוי – כשופטת א' חיות, אף אני סבור כי אין לפסוק פיצוי סטנדרטי בגין הפגיעה באוטונומיה, אלא צריך שהפיצוי יהיה אינדיבידואלי, בהתחשב בהפרה הקונקרטית ובנסיבותיה (ראו: ע"א 10085/08 תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ נ' עזבון ראבי, פס' 40 לפסק דינה של השופטת א' חיות (טרם פורסם, 4.12.2011)). יחד עם זאת, כבר הובהר כי "מאחר שמדובר בהערכה של נזק בלתי-מוחשי, יזקקו בתי-המשפט להערכה שתתבסס על נסיבות העניין ועל ניסיון חייהם. ככלל ניתן לקבוע, כי ככל שהמידע שלא נמסר חשוב יותר וככל שהאינטרס הנפגע קרוב יותר לליבת הזכות ומשפיע עליה בצורה משמעותית יותר – כך יגדל הפיצוי בגין הפגיעה באוטונומיה (וראו לעניין זה את



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 26571-06-11

המדדים שהציעה השופטת שטרסברג-כהן בהלכת דעקה להערכת הנזק הלא-מוחשי שנגרם למי שזכותו לאוטונומיה נפגעה בעת קבלת טיפול רפואי, בהם: סוג המידע שנמנע מן החולה; היקפו, טיבו ומשקלו הסגולי של המידע שלא נמסר לחולה לעומת זה שנמסר לו; עמדתו יחסו של החולה למסירת המידע הרפואי הקשור בו; ותוצאות הטיפול שבוצע... (שם, בעמ' 619-621)) (הלכת קדוש, פס' 42 לפסק-דין).

26. טענתו של ב"כ המשיב, לפיה אין הפיצוי בגין פגיעה באוטונומיה יכול להצטבר לסכום הפיצוי בגין נזק לא ממוני אחר, מנוגדת להלכה הפסוקה. לעניין זה אין לי אלא להפנות לדברי כב' המשנה לנשיאה ריבלין בפרשת ליאור המר הנ"ל (בפסקה 72), אשר זכו להסכמתם של כל יתר שופטי ההרכב:

בעניין קדוש עמדתי על כך שהפיצוי בגין הפגיעה באוטונומיה אינו ניתן לניזוק "על עצם הפגיעה בזכותו החוקתית באופן ערטילאי ועקרוני", אלא על "נזקים תוצאתיים אמיתיים" שנגרמו לו (כמאמרה של יפעת ביטון "כאבים באזור הכבוד" משפט וממשל ט 137, 145-146 (2005) (להלן: ביטון)). נזקים אלה, שניתן לזהותם כ"פגיעה ברגשות", כוללים תחושות שעניינן "פגיעה בכבוד, סבל נפשי, השפלה, בושה, צער עלבון, תסכול, ערעור האמונה בזולת, ערעור תפיסת העצמי ופגיעה בהערכה העצמית של הפרט או ביכולת המימוש העצמי, הן כאינדיבידואל והן כחלק מקבוצה ועוד" (ביטון, בעמ' 184). בשל שהנזק בגין פגיעה באוטונומיה יכול לעמוד בפני עצמו –

ניתן לתבוע פיצוי בגין פגיעה באוטונומיה גם בהיעדר נזק אחר; במקרים אחרים ניתן לתבוע פיצוי זה בנוסף או במצטבר לנזק גוף שנגרם ובכלל זה בנוסף ובמצטבר לנזק לא ממוני אחר, מקום בו מדובר בשני נזקים נפרדים. בכך אין כדי לחדש דבר, שהרי על המעוול לפצות על כלל הנזקים שגרם, ואם גרם ליותר מאשר נזק אחד, יפצה על שגרם. במובן זה המדובר בשאלה



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 26571-06-11

עובדתית ולא משפטית (הלכת קדוש, פס' 45
לפסק דיני).

27. בענייננו, מעבר לעצם הפגיעה באוטונומיה של המערער, שיסודה בכך שלא זכה לקבל מהמשיב את כל ההסברים והמידע שהיה זכאי לקבלם עובר לניתוח, נגרם למערער נזק לא ממוני נפרד: הן המכאובים שהסבו לו הניתוח ותקופת ההחלמה, הן תחושת תסכול עקב כשלון הניתוח שעבר שלא מדעת, הן אי נוחות וסבל שיסודם בפגיעה בחדות הראיה שבעטייה נותר עם 10% נכות צמיתה. נוכח מכלול הנתונים, פיצוי כולל של 150,000 ₪ בגין פגיעה באוטונומיה וכאב וסבל - נראה בעיני סביר וראוי.

28. בית משפט קמא הוסיף וציין כי לו היה נדרש לפסוק פיצוי בגין הוצאות רפואיות ונסיעות היה מעמיד הפיצוי על סכום גלובאלי של 5,000 ₪, לא כולל הוצאות לצורך חוות דעת. אין עילה להתערב בקביעה זו.

29. אשר לראש הנזק של הפסדי ההשתכרות ציין בית משפט קמא כי לשיטתו לא נגרמו למערער הפסדי שכר כלשהם, זאת מהטעם שהמערער התמיד בעבודתו כמנהל ביטחון באחת מחברות התקשורת גם בכל השנים שלאחר הניתוח, ושכרו אף עלה באופן משמעותי מסך 25,811 ₪ עובר לניתוח ששווים ביום מתן פסק הדין 33,171 ₪, לסך 39,852 ₪ בשלהי 2005, ששווים ביום פסק הדין 46,675 ₪. איני רואה עילה להתערב בקביעה זו ככל שהיא מתייחסת להפסדי העבר, המהווים נזק מיוחד הטעון הוכחה. אלא שבכל הקשור להפסדי העתיד יש להוסיף ולהביא בחשבון, כי בעת מתן פסק הדין היה המערער בן כ-54 שנים, היינו, לפניו עוד כ-13 שנות עבודה. התמדתו במקום עבודתו במשך שנים רבות לאחר התאונה מלמדת, כי סיכויי היפלטותו ממנו קטנים, אך לא ניתן לשלול אפשרות זו לחלוטין, ובמקרה שתתממש מסיבה זו או אחרת עלול המערער להתקשות להתמודד על מקום עבודה חדש עם מועמדים בריאים שנתונייהם דומים לשלו. מצד שני יש להביא בחשבון, כי ביסוד קשיים מסוג זה, אם יתממשו, יעמדו לא רק 10% הנכות שנקבעו למערער בשל הפגיעה בחדות הראיה, אלא גם בעיית רוחק הראיה שממנה



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 26571-06-11

הוא סובל ממילא. נוכח מכלול הנתונים ראיתי לפסוק למערער בגין אבדן כושר השתכרות סכום גלובאלי של 60,000 ₪.

30. סיכומם של דברים: אני מציע לחברי לקבל את הערעור ולדחות את הערעור שכנגד, לקבוע כי לו היה המשיב מקיים את חובתו על פי חוק זכויות החולה לא היה המערער עובר את הניתוח, ובהמשך לכך להעמיד את סכום הפיצויים הכולל למערער על סך 215,000 ש"ח, נכון ליום פסק דינו של בית משפט קמא (וזאת חלף הסך 100,000 ₪ שנפסק). כפועל יוצא מכך, שכ"ט עו"ד בגין ההתדיינות בערכאה הראשונה יעמוד על 49,880 ₪ נכון ליום פסק הדין (חלף הסך 23,200 ₪ שנפסק). כמו כן ישלם המשיב למערער את הוצאות הערעור, וכן שכ"ט עו"ד בערעור בסך 23,400 ₪.

העירבון שהפקיד המערער יוחזר לו באמצעות בא כוחו. העירבון שהפקיד המשיב יועבר למערער, באמצעות בא כוחו.

יצחק ענבר, שופט

[אב"ד]

השופט שאול שוחט:

אני מסכים.

שאול שוחט, שופט



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 26571-06-11

השופטת יהודית שבח :

קראתי את חוות דעתו המנומקת היטב של אב"ד השופט ענבר, שהביאה אותי להכפיף דעתי בפני דעתו.

מלכתחילה סברתי כי קביעתו של בית משפט קמא לפיה "אני סבורה כי גם אם היה הנתבע מעמיד את התובע על מלוא המשמעויות... היה התובע מבכר לבצע את הניתוח תוך נטילת הסיכונים" הינה קביעה עובדתית המסורה לשקול דעתה של הערכאה הדיונית, הבוחנת את התשתית הראייתית, שומעת את העדים ומתרשמת מהם באופן בלתי אמצעי, יתרון שאינו מצוי בארגז הכלים של הערכאה הערעורית. סברתי, אפוא, כי בית משפט קמא ששמע את עדותו של המערער והתרשם ישירות מדבריו, רשאי היה להסיק את שהסיק, וכי אל לנו להתערב בקביעה זו.

בחינה נוספת של הנמקותיו של בית משפט קמא שהווי בסיס לקביעתו ("רצון עז שלא להידרש לעזר ראייה" וכן "העובדה שגם היום לאחר הניתוח ותוצאותיו... אין התובע עושה שימוש במשקפי ראייה במשך היום...") מעלה כי אין המדובר בהכרח בממצא עובדתי, אלא במסקנה הנובעת מעובדות, שלגביה אין לערכאה הדיונית כל יתרון לעומת בית המשפט שלערעור, והיא עומדת תחת שבט ביקורתו.
וכפי שנפסק:

"בדבר סמכותה של ערכאת הערעור כבר סותתו אבני דרך. בידוע הוא, כי סמכותה של ערכאת הערעור מוגבלת לחלקה הקנויה לה, חלקת ההיסקים המשפטיים ואין היא נוהגת לחרוג ממנה ולפלוש לחלקה שאינה נתונה לה, חלקת הקביעות העובדתיות, אלא בנסיבות חריגות בלבד. לערכאת הערעור אין נגיעה בעיצוב הבסיס העובדתי גופו. דבר זה נעשה בערכאה הראשונה. בית משפט לערעורים לא יהיה מוכן להתערב בקלות בממצאי עובדה של בית משפט קמא, כאשר על בסיס ממצאים אלה הטביעה הערכאה הראשונה את חותם הכרעתה ולמצאים אלה יסוד ושורש בחומר הראיות. לא כן דינה



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 26571-06-11

של מסקנה מן העובדות. מסקנה מוסקת על פי ההגיון ולגביה אין לשופט של הערכאה הראשונה יתרון לעומת בית משפט של ערעור (ראה י' זוסמן סדר הדין האזרחי (מהדורה שביעית, ש. לוי עורך 1995) עמ' 857).

ע"א 558/96, ע"א 1240/96 חברת שיכון עובדים בע"מ נ' רוזנטל ואח', פ"ד נב(4), 563.

נחה דעתי כי יתר הנתונים הרלבנטיים, כפי שפורטו בחוות דעתו של השופט ענבר, במיוחד קביעת בימ"ש קמא לפיה לא גילה המשיב את אוזנו של המערער כי טרם נצבר ניסיון רב בניתוחים לתיקון רוחק ראייה, תומכים יותר במסקנה לפיה לא היה מסכים המערער להינתח, מאשר בזו הגורסת כי היה גם היה מסכים.

מכאן קצרה הדרך להתערבות בגובה הפיצוי, שהרי בית משפט קמא כבר קבע בפסק דינו כי אם לא תתקבל עמדתו בסוגיית החבות, שאז יש להוסיף לפיצוי שנפסק על ידו בגין הפגיעה באוטונומיה, סך נוסף של 50,000 ₪ בגין כאב וסבל, כמו גם סך של 5,000 ₪ בראש נזק של הוצאות רפואיות. התוספת המוצעת על ידי חברי בסך של 60,000 ₪ בגין הפגיעה בכושר ההשתכרות, בהינתן קביעת בימ"ש קמא בדבר פגיעה בחדות הראייה העולה לכדי נכות של 10% - מקובלת עלי.

אני מצטרפת אפוא לתוצאה אליה הגיע חברי השופט ענבר.

יהודית שבח, שופטת



**בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לערעורים
אזרחיים**

ע"א 26571-06-11

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט ענבר

המזכירות תמציא העתק פסק הדין לצדדים.

ניתן היום, י"ג כסלו תשע"ג, 27 נובמבר 2012, בהעדר הצדדים.

שואל שוחט, שופט

יהודית שוכ, שופטת

יצחק ענבר, שופט
אב"ד