



## בבית המשפט העליון

דנ"א 5636/11

לפני: כבוד הנשיאה ד' ביניש

העותרים: 1. פרופ' יהודה היס  
2. ד"ר י' ליטבק  
3. ד"ר יצחק ברלוביץ  
4. המרכז הלאומי לרפואה משפטית  
5. משרד הבריאות

נגד

המשיבים: 1. ליה עטרה בן צבי  
2. מאירה קולסקי-וג  
3. עזבון המנוחה צינר אווה רגינה ז"ל  
4. עזבון המנוח ישעיהו צינר ז"ל

עתירה לקיום דיון נוסף בפסק דינו של בית המשפט העליון בע"א 4576/08 ובע"א 5019/08, מיום 7.7.2011, שניתן על ידי כבוד המשנה לנשיאה א' ריבלין והשופטים: ' דנציגר, ' עמית

בשם העותרים: עו"ד ד"ר חיה זנדברג  
בשם המשיבים: עו"ד ד"ר שמואל ילינק

## החלטה

לפניי עתירה לדיון נוסף בפסק דינו של בית המשפט העליון מיום 7.7.2011 בע"א 4576/08. בפסק הדין נשוא העתירה נדחה ערעורם של העותרים על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בירושלים, שקיבל תביעה כספית שהגישו המשיבות 1-3 (להלן: המשיבות) - אלמנתו של המנוח ישעיהו צינר ז"ל (להלן: המנוח) ושתי בנותיו - לפיצוי על נזק בלתי ממוני שנגרם להן (יצוין, כי תביעתו של המשיב 4 - עזבון המנוח - נדחתה). המנוח נרצח ביום 1.1.1995 על ידי פועל שהעסיק, ועניינה של התביעה נשוא הליך זה הוא בעריכת הנתיחה שלאחר המוות ובאופן הטיפול בגופת המנוח לאחר הנתיחה.

1. גופת המנוח נותחה במרכז הלאומי לרפואה משפטית, העותר 4 (להלן: המרכז). אלמנתו של המנוח, שהתנגדה תחילה לביצוע הנתיחה מטעמים דתיים, חתמה בסופו של דבר על הצהרה לפיה היא מוכנה לביצוע הנתיחה. זאת, לאחר שנאמר לה כי אם לא תסכים לביצוע הנתיחה תעוכב הקבורה, ובלי שקיבלה הסבר כלשהו על מהות הנתיחה או על כך שהנתיחה כוללת לקיחת דגימות מגופת המנוח ושמירתן במרכז. לאחר הנתיחה נותרו בידי המרכז דגימות של רקמות בגודל מספר סנטימטרים מאברי גופו של המנוח וכן כיפת הגולגולת של המנוח. הדגימות וכיפת הגולגולת לא נקברו יחד עם המנוח אלא נשארו בידי המרכז תקופה ממושכת. חלק מגולגולתו של המנוח נקבר בבית העלמין בקרית שאול, אולם הדבר נמסר לאחת מבנותיו בשיחה טלפונית עם נציגת משרד הבריאות רק כשבע שנים לאחר מותו, לאחר שהמשיבות חזרו מבית העלמין ביום השנה העברי לפטירתו. באותה שיחה נמסר כי המשיבות רשאיות להותיר את חלקי הגולגולת במקום שבו נקברו או להביאם לקבורה בבית העלמין בחיפה, שם קבור המנוח. בתו של המנוח אספה את הכד, שנמסר לה כי מצויים בו שרידי גופת המנוח, מבית העלמין בקרית שאול. היא ביקשה כי בטרם יועבר הכד לבית העלמין בחיפה יודא מנהל בית העלמין כי אכן מדובר בשרידיו של המנוח, וזאת באמצעות לוחית שאמורה להימצא בתוך הכד, ושעליה חרוטים שמו של המנוח ומספר תעודת הזהות שלו. אולם, במעמד הקבורה נודע לבת כי איש לא וידא שאכן מדובר בשרידיו של המנוח. לפיכך פתחו המשיבות את הכד בעצמן, ובתוך כך נחשפו לשרידי גולגולתו של המנוח. בתוך הכד נמצאה תווית עם מספר סדרתי שאותו לא ידעו לפענח. משחשו המשיבות כי אין בכוחן להתמודד עם עריכת בירורים נוספים, החליטו לקבור את השרידים כפי שהם בקבר הראשי, למרות הספקות שקיננו בליבן באשר למקורם. עוד יצוין כי בשיחה הטלפונית הנזכרת עם נציגת משרד הבריאות לא נאמר לבתו של המנוח כי דגימות נוספות שנותרו בידי המרכז לאחר ביצוע הנתיחה הועברו בשלב מסוים לקבורה בבית העלמין בחיפה, ועובדה זו נודעה למשיבות לאחר בירורים שונים שערכו מיוזמתן מאוחר יותר.

2. בית המשפט המחוזי קיבל את תביעתן של המשיבות לפיצוי בגין נזק בלתי ממוני וקבע כי העותרים ביצעו כלפיהן עוולה של הפרת חובה חקוקה, וזאת נוכח הפרת התנאים הקבועים בחוק האנטומיה והפתולוגיה, תשי"ג-1953 (להלן: חוק הפתולוגיה) לצורך עריכת נתיחה שלאחר המוות. כמו כן קבע בית המשפט המחוזי כי גם האוטונומיה של המשיבות נפגעה, וכי פגיעה זו היא ראש נזק עצמאי. יחד עם זאת דחה בית המשפט המחוזי את תביעת המשיבות לקבל פיצויים עונשיים, וזאת משלא הוכח כי העותרים פעלו בזדון או מתוך כוונה לפגוע בכבוד המת, ומשהתקיים הליך

משמעתי כנגד העותר 1 בנוגע לשימוש שלא כדין בדגימות שנלקחו מנפטרים לצרכי מחקר.

3. פסק הדין העיקרי בערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי ניתן מפי המשנה לנשיאה, השופט א' ריבלין. בפסק דינו קבע המשנה לנשיאה כי ההסכמה שניתנה על ידי האלמנה לביצוע הנתיחה אינה עומדת בדרישות חוק הפתולוגיה, כיוון שלא הייתה חופשית ומדעת. בהקשר זה ציין המשנה לנשיאה כי כדי שתקיים הסכמה על האדם המסכים להבין את מהות הפרוצדורה של הנתיחה שלאחר המוות, את המידה שבה היא פוגעת בשלמות גופו של הנפטר ואת ההליכים העיקריים הכרוכים בה. בנוסף דחה המשנה לנשיאה את טענות המרכז לפיהן התנהלותו נעשתה מתוך פרשנות מוטעית של החוק ותפיסה פטרנליסטית שנועדה להגן על בני משפחות הנפטרים מפני הידיעה מה כוללת הנתיחה. כמו כן, קבע המשנה לנשיאה כי הוכח קשר סיבתי בין התנהלות העותרים לבין הנזק הבלתי ממוני שנגרם למשיבות. לעניין זה נתקבלה בפסק הדין נשוא העתירה קביעתו העובדתית של בית המשפט המחוזי, לפיה אילו היה נמסר לאלמנה מידע מלא אודות הנתיחה ולא היה מופעל עליה לחץ ליתן הסכמתה היא הייתה מסרבת לעריכת הנתיחה. כן נדחתה טענת העותרים כי הנתיחה הייתה מתבצעת אף ללא הסכמת האלמנה, לפי החלטת שופט חוקר. בהקשר זה ציין המשנה לנשיאה כי לא הוכח במקרה דנן כי שופט חוקר היה מחליט לקיים נתיחה שלאחר המוות, ולא כל שכן נתיחה מלאה.

המשנה לנשיאה הוסיף וקבע כי מן הראוי להכיר בראש נזק של פגיעה באוטונומיה, שמקורה במתן טיפול רפואי ללא הסכמה מדעת, גם במקרה שבו האוטונומיה הנפגעת היא של קרובי המנוח ביחס לאופן הטיפול בגופתו. בהקשר זה עמד המשנה לנשיאה על המעמד המיוחד והעצמאי שניתן לבני משפחתו של הנפטר בהתאם לחוק הפתולוגיה ועל הזכות לכבוד המת שהוכרה בפסיקת בית משפט זה כחלק מהזכות לכבוד האדם. לפיכך קבע המשנה לנשיאה כי הפגיעה באוטונומיה של בני המשפחה, כשהיא בקשר עם ביצוע נתיחה בגופו של המנוח ונלווית לה פגיעה בכבוד המת, מקנה זכות תביעה לבני המשפחה. המשנה לנשיאה הוסיף עוד כי אין מניעה ליתן פיצוי הן בגין הפגיעה באוטונומיה של המשיבות והן בגין הנזק הבלתי ממוני שנגרם להן כתוצאה מעצם ביצוע הנתיחה בהעדר הסכמה מדעת, שבא לידי בתחושות הזעזוע ועוגמת הנפש שגרמה להן התנהלות המשיבים. יחד עם זאת ציין המשנה לנשיאה, כי אינו חולק על כך שניתן לפסוק פיצוי כולל בגין הנזק הבלתי ממוני אשר יבטא גם את הפגיעה באוטונומיה.

באשר לשיעור הפיצוי שנפסק לטובת המשיבות קבע המשנה לנשיאה כי הסכומים שנפסקו להן אמורים לשקף הן את הנזק הבלתי ממוני שנגרם להן עקב ביצוע הנתיחה ללא הסכמה (שבא לידי ביטוי, כאמור, בזעזוע ועוגמת נפש ובפגיעה באוטונומיה) והן את הגברתו של הנזק עקב התנהלותם המאוחרת של העותרים. עם זאת, לא ראה המשנה לנשיאה לפסוק פיצויים עונשיים לטובת המשיבות וציין בהקשר זה כי התנהלות העותרים אינה מביאה להנחה כלשהי בדבר קיומה של כוונה לפגוע במשיבות או אדישות לאפשרות הפגיעה בהן. בסופו של דבר קבע המשנה לנשיאה כי יש להגדיל את הפיצוי שנפסק לאלמנה בגין הפגיעה באוטונומיה שלה שהוחמרה על ידי התנהלות העותרים מאוחר יותר. בהקשר זה ציין המשנה לנשיאה כי על הפיצוי בראש הנזק של פגיעה באוטונומיה להיות פיצוי מהותי ולא סמלי. לפיכך, קבע המשנה לנשיאה כי יש להעלות את שיעור הפיצוי לאלמנת המנוח מ-150,000 ש"ח ל-300,000 ש"ח, ואילו את הפיצוי לכל אחת מבנותיו של המנוח להותיר על סך של 100,000 ש"ח.

4. השופט י' עמית, שנותר בדעת מיעוט, חלק על המשנה לנשיאה במספר סוגיות. לשיטתו דבר החקיקה המסדיר את עריכתם של נתוחים לאחר המוות במקרים של מוות המעורר חשש לעבירה פלילית הוא חוק חקירת סיבות מוות, תשי"ח-1958 ולא חוק הפתולוגיה. בהקשר זה ציין השופט עמית כי קיימת לקונה משפטית בסיטואציה של נתיחה לחקירת סיבת מוות בשל חשש לפלילים, כאשר הסכמת המשפחה מייתרת את הצורך בפנייה לבית המשפט או בצו שיפוטי. משכך, הגיע השופט עמית למסקנה כי אין לראות את העותרים כמי שפעלו בניגוד לחוק הפתולוגיה ועל כן אין לייחס להם עוולה של הפרת חובה חקוקה. עם זאת, גם השופט עמית הגיע למסקנה כי העותרים פעלו בשעתו על פי פרקטיקה לא ראויה, בכך שלא נאמר לאלמנה שהניתוח יצריך נטילת דגימות ושמירתן למשך שנים. לפיכך סבר השופט עמית כי יש להכיר בעילת תביעה נגד העותרים מכוח עוולת הרשלנות בשל העדר הסכמה מדעת של המשיבות. סוגיה נוספת שלגביה חלק השופט עמית על עמדתו של המשנה לנשיאה היא האפשרות לפסוק פיצוי בגין פגיעה באוטונומיה בנוסף לפיצוי בגין נזק לא ממוני בשל העדר הסכמה מדעת. בהקשר זה ציין השופט עמית כי כאשר בית המשפט מכיר בעילה של העדר הסכמה מדעת משמעות הדבר היא כי נפגעה הזכות לאוטונומיה. בנסיבות אלה, כך לשיטת השופט עמית, יהא בפסיקת פיצוי הן בגין העדר הסכמה מדעת והן בגין פגיעה באוטונומיה משום פיצוי כפול. עוד הוסיף השופט עמית כי פגיעה באוטונומיה היא למעשה סוג של פגיעה ברגשות המהווה ביטוי לנזק לא ממוני, שבו נכללים גם נזקים כגון זעזוע ועוגמת נפש. בהקשר זה הביע השופט עמית את הדעה כי ישנו קושי בהבחנה בין הגנה מפני עצם הפגיעה בהפעלת כוח הבחירה לבין הגנה על אי-חווית רגשות שליליים בשל הנזק התוצאתי הנגרם מפגיעה בכוח הבחירה. כמו כן, הוסיף

השופט עמית כי גם שיקולים של מדיניות משפטית רצויה מצדיקים את ההתייחסות לפיצוי לא ממוני כפיצוי הכולל בחובו גם את הנזק של פגיעה באוטונומיה.

באשר לשיעור הפיצוי סבר השופט עמית כי יש להפחית במחצית את הסכום שנפסק על ידי בית המשפט המחוזי ולהעמידו על סך של 75,000 ש"ח לאלמנה ו-50,000 ש"ח לכל אחת מהבנות. בהקשר זה ציין השופט עמית כי העותרים לא פעלו מתוך רצון לפגוע בכבוד המת ומשפחתו אלא מתוך גישה פטרנליסטית שהייתה נהוגה עשרות בשנים ונועדה "לחסוך" את ההסברים והתיאורים ה"פלסטיים" הכרוכים בהליך הנתירה, על עגמת הנפש והזעזוע הנוסף הכרוכים בכך. עוד הוסיף השופט עמית כי קשה להלום כי לזכות המשיבות ייפסק פיצוי בסדר גודל שבתי המשפט נוהגים לפסוק לניזוקים שנכותם הפיזית הקשה תלווה אותם עשרות בשנים.

5. השופט י' דנציגר הצטרף בחוות דעתו לתוצאה ולהנמקה של המשנה לנשיאה וציין כי אין בידו לקבל את עמדת השופט עמית לפיה המסגרת הנורמטיבית היחידה האפשרית להסדרת נתיחה שמטרתה חקירת סיבת המוות עקב חשש לפלילים היא בחוק חקירת סיבות מוות. כמו כן, הוסיף השופט דנציגר כי המשנה לנשיאה לא ביקש לקבוע בפרשה דנן הלכה חדשה לפיה קיימת עוולה עצמאית של פגיעה באוטונומיה, אלא ביסס את חוות דעתו על ההלכה המנחה שהתגבשה בפסיקת בית משפט זה והכירה בפגיעה באוטונומיה כראש נזק עצמאי. בהקשר זה ציין השופט דנציגר כי יש להותיר בצריך עיון את שאלת ההכרה בפגיעה באוטונומיה כעוולה חדשה. עוד הוסיף השופט דנציגר כי ההבחנה בין עוגמת הנפש לבין הפגיעה באוטונומיה של אשת המנוח מבוססת על נסיבותיה המיוחדות של הפרשה דנן.

6. העותרים ממקדים את עתירתם לדיון נוסף בשתי סוגיות. האחת, היא האפשרות לפסוק פיצוי בגין ראש הנזק של פגיעה באוטונומיה בנוסף לפיצוי בגין נזק לא ממוני. האחרת, היא היקף ההשתרעות והגדרים של הפיצויים שיכולים להיפסק בגין ראש הנזק של פגיעה באוטונומיה. לטענת העותרים הנזק של פגיעה באוטונומיה והנזק הלא ממוני חד הם, שכן הפגיעה באוטונומיה גורמת לפגיעה ברגשות האדם שזכותו לאוטונומיה הופרה. העותרים מוסיפים בהקשר זה כי פסיקת בית המשפט העליון מעולם לא פיצלה בין הפגיעה באוטונומיה לבין הנזק הלא ממוני במקרים בהם לא נגרם נזק גוף. בנוסף עומדים העותרים על טעמים של מדיניות משפטית שיש בהם לשיטתם כדי לשלול את ההבחנה בין פיצוי בגין פגיעה באוטונומיה לפיצוי בגין נזק לא ממוני. בהקשר זה טוענים העותרים כי ההכרה באפשרות לפיצוי הן בגין פגיעה באוטונומיה והן בגין נזק לא ממוני עלולה להביא להצפה של בית המשפט בתביעות

בגין פגיעה באוטונומיה ולהרתעה לא יעילה של מזיקים בכוח נוכח הקושי בכימות הנזק של פגיעה באוטונומיה. העותרים מציינים עוד כי החל משנות ה-80 של המאה שעברה ניכרת נכונות הולכת וגוברת של בתי המשפט להכיר בנזקים שאינם רכשיים או ממוניים; אולם הדבר נעשה בזהירות ותוך קביעת גדרים, וזאת במיוחד בהקשר של הנזק של פגיעה באוטונומיה. לטענת העותרים בדעת הרוב בפסק הדין נשוא העתירה נעשה שינוי מרחיק לכת, החורג מהגישה הזוהירה שאפיינה עד כה את פסיקתו של בית משפט זה.

באשר לגובה הפיצוי שנפסק לטובת המשיבות טוענים העותרים כי משמעות דעת הרוב בפסק הדין נשוא העתירה היא העלאה ניכרת של רף הפיצוי בגין פגיעה באוטונומיה של הרצון. לטענתם, הפיצוי בסך 500,000 ש"ח שנפסק לאלמנה ולבנותיו של המנוח הוא גבוה בהשוואה למקרים אחרים של פיצוי בגין נזק לא ממוני שמקורו בנזק גוף פיזי מוחשי. בהקשר זה טוענים העותרים כי יש לקבוע אמות מידה ברורות לקביעת גובה הפיצוי בגין באוטונומיה. הם מוסיפים כי לעניין זה יש להתחשב בגובה הפיצוי המקובל בגין כאב וסבל במקרה של פגיעה בשלמות הגוף וכן בגובה הפיצוי המקובל בגין הנזק המוחשי לאדם שנגרם לו נזק גוף. במקרה שלפנינו, כך טוענים העותרים, נוצר מצב שבו סכום הפיצוי שנפסק למשיבות בגין פגיעה באוטונומיה עולה על הסכום המקובל בפסיקה בגין הנזק של כאב וסבל מחמת פגיעה בשלמות גופו של אדם.

7. המשיבים מתנגדים מטבע הדברים לקיום דיון נוסף בפסק הדין נשוא העתירה. לטענתם אין בפסק הדין נשוא העתירה משום חידוש או קושי כלשהו, שכן פסק הדין המכונן בנוגע להכרה בפגיעה באוטונומיה כראש נזק עצמאי ניתן בשנת לפני כשתים-עשרה שנים בע"א 2781/93 דעקה נ' בית החולים "כרמל", חיפה, פ"ד נג(4) 526 (1999) (להלן: עניין דעקה). פסק הדין נשוא העתירה מהווה, כך טוענים המשיבים, לכל היותר נדבך נוסף בהתפתחות הטבעית של ההלכה המושרשת זה מכבר. המשיבים טוענים עוד כי לא כל הסכום שנפסק לטובתם הוא פיצוי בגין פגיעה באוטונומיה אלא רק הסכום של 150,000 ש"ח שהמשנה לנשיאה קבע כי יש להוסיפו לפיצויים לאלמנת המנוח. בהקשר זה טוענים המשיבים כי ישנו כשל לוגי בטענת העותרים היוצאים כנגד פסיקת פיצוי כפול הן בגין פגיעה באוטונומיה והן בגין נזק בלתי ממוני ומנגד טוענים כי כל הפיצוי שנפסק הוא בגין פגיעה באוטונומיה. המשיבים טוענים עוד כי פגיעה באוטונומיה היא ראש נזק עצמאי והוכרה לא רק במקרים של טיפול רפואי והם מוסיפים כי דווקא דעת המיעוט של השופט עמית, המבקשת להגביל את אפשרות הפיצוי בגין פגיעה באוטונומיה, סוטה מההלכה הנוהגת. בנוסף עומדים המשיבים

בתגובתם לעתירה על הפגיעה בכבוד האדם של המנוח, כמו גם ברגשות ובאוטונומיה של בני משפחתו, שנגרמה כתוצאה מהתנהלות העותרים, שבאה לידי ביטוי בהשתתפותם בפיצויים מוגברים לטובתם.

8. דין העתירה לדיון נוסף להידחות. ההלכה שנקבעה בפסק הדין נשוא העתירה אינה מצדיקה לעת הזו את קיום ההליך של דיון נוסף. בפסק הדין יישם בית המשפט את ההלכה שנקבעה כבר בעניין דעקה בדבר היות הפגיעה באוטונומיה ראש נזק עצמאי. שאלת האפשרות לפסוק פיצוי הן בגין ראש נזק זה והן בגין נזק בלתי ממוני אחר היא אמנם שאלה חשובה, ויש להניח כי טרם נאמרה בה "המילה האחרונה" של בית המשפט. לאחרונה נפסקה הלכה בהקשר קרוב (ראו ע"א 10085/08 תנובה – מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ נ' עזבון המנוח תופיק ראבי ז"ל (טרם פורסם, 4.12.2011); יצוין, כי עתירה לדיון נוסף גם על פסק דין זה תלויה ועומדת כיום בדנ"א 9416/11). במסגרת אותה הלכה הוכר הקשר בין שני ראשי הנזק האמורים (ראו שם, פסקה 40 לפסק דינה של השופטת א' חיות). לכך יש להוסיף כי גם המשנה לנשיאה לא שלל בפסק דינו בפרשה שלפנינו את האפשרות לכלול את הפיצוי בגין פגיעה באוטונומיה במסגרת הפיצוי הבלתי-ממוני. בנסיבות אלה ניתן, אפוא, להניח כי ההלכה בדבר הקשר בין הפיצוי בגין נזק בלתי ממוני ובין ראש הנזק של פגיעה באוטונומיה תתברר ותועמד על מכונה בפסיקתו העתידית של בית משפט זה ללא צורך בדיון נוסף במקרה דנן. אף שאלת גובה הפיצוי בגין פגיעה באוטונומיה אינה מצדיקה את קיומו של דיון נוסף. זאת, הן נוכח נסיבותיו של המקרה דנן והן בהתחשב בפסיקת בית משפט זה, שקבעה כי אין לתת פיצוי סמלי בלבד בגין פגיעה באוטונומיה (ראו ע"א 9936/07 בן דוד ענטבי (טרם פורסם, 22.2.2011), פסקה 11 לפסק דינו של השופט נ' הנדל).

אשר על כן, העתירה נדחית. העותרים ישאו בשכר טרחת עורך דין בסך 15,000 ש"ח לטובת המשיבים.

ניתנה היום, ג' באדר התשע"ב (26.2.2012).

ה נ ש י א ה