



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 4576/08

ע"א 5019/08

בפני :
כבוד המשנה לנשיאה א' ריבלין
כבוד השופט י' דנציגר
כבוד השופט י' עמית

המערערים בע"א 4576/08
והמשיבים בע"א 5019/08 :
1. ליה עטרה בן-צבי
2. מאירה קולסקי-וג
3. אווה רגינה צינר
4. עז' המנוח ישעיהו צינר ז"ל

נ ג ד

המשיבים בע"א 4576/08
והמערערים בע"א 5019/08 :
1. פרופ' יהודה היס
2. ד"ר י. ליטבק
3. ד"ר יצחק ברלוביץ
4. המרכז הלאומי לרפואה משפטית
5. מדינת ישראל-משרד הבריאות

ערעורים על פסק-דין של בית-המשפט המחוזי בירושלים
מיום 11.3.08 בת.א. 5340/03 שניתן על-ידי כבוד השופט
צ' זילברטל

תאריך הישיבה : ג' באדר התש"ע (17.2.10)

בשם המערערים בע"א 4576/08
והמשיבים בע"א 5019/08 : עו"ד שמואל ילינק ; עו"ד אודיה גודלמן-גולן

בשם המשיבים בע"א 4576/08
והמערערים בע"א 5019/08 : עו"ד מוריה צ'רקא

פסק-דין

המשנה לנשיאה א' ריבלין:

1. לפנינו שני ערעורים על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בירושלים (כבוד השופט צ' זילברטל), שבמסגרתו קיבל בית המשפט המחוזי תביעה לפיצויים בגין נזק

בלתי ממוני שנגרם עקב עריכת נתיחה שלאחר המוות ואופן הטיפול בגופת המנוח לאחר הנתיחה.

רקע

2. המערערים בע"א 4576/08 והמשיבים בע"א 5019/08 הם שתי בנותיו, אלמנתו ועזבונו של ישעיהו צינור ז"ל (להלן: המנוח; האלמנה והבנות ייקראו להלן יחד: המערערות). המנוח נרצח ביום 1.1.1995 בידי פועל שהעסיק, לאחר שהוכה פעמים רבות בראשו. גופת המנוח הועברה למרכז לרפואה משפטית (להלן: המרכז), שם בוצעה בה נתיחה שכללה נטילת דגימות של רקמות בגודל מספר סנטימטרים מכל אחד מאברי גופו, וכן הסרת כיפת הגולגולת של המנוח. הדגימות וכיפת הגולגולת לא נקברו יחד עם גופתו של המנוח, אלא נשארו בידי המרכז במשך תקופה ממושכת. הנתיחה בוצעה על-ידי ד"ר ליטבק, וככל הנראה גם על-ידי פרופ' יהודה היס, שהיה באותה תקופה מנהל המרכז וחתם על ממצאי הנתיחה יחד עם ד"ר ליטבק. תביעתם של המערערים הופנתה נגד פרופ' היס, ד"ר ליטבק, ד"ר ברלוביץ, המרכז ומדינת ישראל (הם ביחד המשיבים בע"א 4576/08 והמערערים בע"א 5019/08, ולהלן: המשיבים).

3. חוק האנטומיה והפתולוגיה, התשי"ג-1953 (להלן: חוק הפתולוגיה) קובע כי לצורך עריכת נתיחה שלאחר המוות נדרשת הסכמה מצד בן זוגו של הנפטר, ובהיעדר בן זוג – הסכמה מצד ילדיו (סעיף 6א לחוק הפתולוגיה). גם בהינתן הסכמת בן הזוג, שמורה לילדיו הזכות להתנגד לביצוע הנתיחה. אלמנת המנוח התנגדה תחילה לנתיחתו מטעמי דת, ואולם לבסוף חתמה, בתחנת המשטרה, על הצהרה שלפיה היא "...מוכנה שהמשטרה תערוך נתיחה בגופתו של בעלי ישעיהו או כל פעולה שהמשטרה רוצה". להצהרה זו לא קדם הסבר כלשהו על מהות הנתיחה או על כך שנתיחה כוללת לקיחת דגימות מגופת המנוח ושמירתן במרכז. בית המשפט המחוזי קבע עוד כי השינוי בעמדתה של האלמנה נבע מכך שנאמר לה כי אם לא תסכים לנתיחה הדבר יוביל לעיכוב הקבורה. עוד יצוין, כי הסכמת בן משפחה לנתיחה צריכה להינתן על גבי טופס מיוחד, שנוסחו קבוע בתקנות (תקנה 2 לתקנות האנטומיה והפתולוגיה, התשי"ד-1954 (להלן: תקנות הפתולוגיה)). ההצהרה שעליה חתמה האלמנה לא הייתה ערוכה לפי הטופס.

4. כשבע שנים לאחר פטירת המנוח, ביום השנה העברי לפטירתו ועת חזרו המערערות מבית העלמין, התקשרה נציגת משרד הבריאות לאלמנה. אחת מבנותיה –

המערערת 1 – ענתה לשיחה ואז נאמר לה לראשונה כי נותרו בידי המרכז חלקים מגולגולתו של אביה המנוח, וכי חלקים אלה הובאו לקבורה במערת קבורה בבית העלמין בקריית שאול. נציגת משרד הבריאות ציינה כי המערערות רשאיות להותיר את חלקי הגופה במקום שבו נקברו או להביאם לקבורה בבית העלמין בחיפה, שם קבור המנוח. במועד זה לא נאמר לה כי דגימות נוספות שנותרו בידי המרכז לאחר ביצוע הנתיחה הועברו בשלב מסוים לקבורה בבית העלמין בחיפה, ועובדה זו נודעה למערערות לאחר בירורים שונים שערכו מיוזמתן מאוחר יותר.

5. בעקבות השיחה הטלפונית נפגשה בתו של המנוח עם נציגת משרד הבריאות, וקיבלה ממנה מכתב מטעם שר הבריאות המאשר כי הדגימות שניטלו מגופתו של אביה הובאו לקבורה בקריית שאול, ומידע אותה כי שרידי המנוח קבורים בכד שמספרו 5. הבת הגיעה לבית הקברות על-מנת לאסוף את הכד, ושם נחשפה למערת קבורה ובה כדים ומיכלים רבים, האמורים להכיל שרידים שונים של גופות נפטרים. היא זיהתה את הכד שמספרו 5, אך ביקשה כי בטרם יועבר הכד לבית העלמין בחיפה יוודא 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. מנהל בית העלמין הבטיח כי כך יעשה – אך במעמד הקבורה נודע לבת כי איש לא וידא שאכן מדובר בשרידיו של המנוח. לפיכך פתחו המערערות את הכד בעצמן, ובתוך כך נחשפו לשרידי גולגולתו של המנוח, אלא שבתוך הכד נמצאה תווית עם מספר סדרתי שאותו לא ידעו לפענח. משחשו המערערות כי אין בכוחן להתמודד עם עריכת בירורים נוספים, החליטו לקבור את השרידים כפי שהם בקבר הראשי, למרות הספקות שקיננו בליבן באשר למקורם.

לנוכח אירועים אלה החליטו המערערות להגיש תובענה נגד המשיבים, ובה עתרו לקבלת פיצויים בגין נזק בלתי ממוני, פיצויים מוגברים ופיצויים עונשיים.

6. במאמר מוסגר יצוין כי ברקע אירועים אלה עמדה החלטת המרכז להביא לקבורה את כל חלקי הגופות שנמצאו בחזקתו. החלטה זו באה לאחר שבשנת 2000 התחוללה סערה ציבורית ותקשורתית סביב התנהלותו של המרכז, והוקמה ועדה לבחינת התנהלות המרכז – היא ועדת סגלסון. בדו"ח שפרסמה הוועדה נחשפו ליקויים חמורים בעבודת המרכז, ובין היתר – שימוש באיברים וברקמות לצרכי מחקר והצגתם לראווה במרכז בלא שהתקבלה הסכמת בני משפחות הנפטרים לכך. בעקבות חשיפת ממצאים אלה נפתחה חקירה משטרתית נגד פרופ' היס, שהיה מנהל המרכז.

בסיום החקירה הוחלט שלא להגיש כתב אישום נגדו, אולם הוגשה קובלנה משמעתית. בקובלנה נטען כי ב-125 נתיחות, בין השנים 1996-2000, נעשה שימוש לצרכי מחקר בדגימות שניטלו מנפטרים, וזאת בניגוד לדין ומבלי שהתקבלה הסכמת בני משפחות הנפטרים לכך. פרופ' היס הואשם בכך שנמנע מקביעת נהלים מסודרים לקבלת אישור מבני משפחות נפטרים לנטילת דגימות לצרכי מחקר. הוא הורשע במסגרת ההליך המשמעתי, לאחר שהודה במסגרת עסקת טיעון בעבירת משמעת של רשלנות בקיום המוטל עליו כעובד ציבור, ונגזר עליו עונש של נזיפה.

יצוין, כי החל משנת 2003 שונו הנהלים במרכז וכעת הם מבהירים כי כתנאי לעריכת הנתיחה, על המרכז לקבל את הסכמת בני המשפחה הרלוונטיים לפי חוק הפתולוגיה, לאחר שניתן לבני המשפחה הסבר מפורט בדבר מהות הנתיחה, לרבות העובדה שהנתיחה כוללת נטילת חלקים ודגימות מהגופה ושמירתם במרכז במשך פרק זמן ממושך.

פסק דינו של בית המשפט המחוזי

7. בית המשפט המחוזי קבע כי המרכז לא עמד בדרישות הקבועות בחוק לביצוע נתיחה שלאחר המוות. ראשית, המרכז לא הציג תעודה החתומה על-ידי שלושה רופאים שהוסמכו לכך, המאשרים כי הנתיחה דרושה לצורך קביעת סיבת המוות – בניגוד להוראת סעיף 6 לחוק הפתולוגיה. בית המשפט המחוזי קבע כי פגם זה אינו פגם טכני או פורמאלי שכן המערערות חולקות על נחיצות הנתיחה. שנית, האלמנה לא נתנה את הסכמתה על גבי הטופס הנדרש לפי תקנה 2 לתקנות הפתולוגיה. שלישית, האלמנה סירבה תחילה לעריכת הנתיחה, והסכמתה בתחנת המשטרה באה רק לאחר שהוסבר לה כי סירוב עלול לעכב את הקבורה; והאלמנה לא קיבלה כל הסבר אודות מהות הנתיחה ועיקריה, ולא ידעה כי היא כוללת נטילת דגימות שיישארו בידי המרכז.

8. בית המשפט המחוזי קבע עוד כי תכליתה של דרישת ההסכמה הקבועה בחוק הפתולוגיה היא לשמור על כבוד המת וכבודם של יקיריו ולהגן על חופש הדת שלהם. מקום בו ההסכמה אינה הסכמה חופשית ומדעת, כך נקבע, מתרסקת דרישת ההסכמה מתוכן. הסכמה חופשית פירושה הסכמה המשקפת את עמדותיו האמיתיות של בן המשפחה כלפי הנתיחה, ועל-כן הסכמה שהושגה תחת לחץ – כך נפסק – לאו הסכמה היא. הסכמה מדעת פירושה כי על בן המשפחה להבין מהו ההליך אותו הוא מסכים לקיים, ובכלל זה עליו להבין "מהי מטרתו של הליך הנתיחה, ואילו פרוצדורות עיקריות הוא כולל" (ההדגשה במקור). במסגרת אלה הדגיש בית המשפט המחוזי כי

ההסבר צריך לכלול מידע בנוגע למידת נחיצותה של הנתיחה לצורך גילוי סיבת המוות ומידע בנוגע למידת פולשניותה והיקף פגיעתה בשלמות גופת המנוח. לעניין זה בית המשפט המחוזי הוסיף כי אכן מקובל בקרב אנשי מקצוע לראות בנטילת דגימות מגופת הנפטר חלק אינהרנטי ומתחייב של הנתיחה – ואולם אין להניח כי מידע זה נמצא ברשותו של בן משפחה ממוצע שאינו בעל ידע רפואי מקצועי.

9. בית המשפט המחוזי קבע עוד כי החובה להימנע מנתיחה ללא אישור בן המשפחה הרלוונטי חלה על הרופא המנתח, ולפיכך אין די בהסכמה שניתנה בפני חוקר משטרה כדי למלא אחר דרישות החוק. יש להוסיף כי בית המשפט המחוזי היה ער להבדלים שבין הליך הנתיחה שלאחר המוות לבין הליכים רפואיים אחרים שגם לגביהם נדרשת הסכמה חופשית ומדעת, ועם זאת קבע כי תכליתה של דרישת ההסכמה בחוק הפתולוגיה מובילה למסקנה כי הסכמה חופשית ומדעת נדרשת גם ביחס לנתיחה. בית המשפט המחוזי הוסיף כי עמדתו של המרכז, לפיה מסירת מידע מלא אודות הנתיחה לבני המשפחה עלולה לגרום להם צער נוסף, אינה יכולה להצדיק הימנעות ממסירת מידע נחוץ – אם כי יש לעשות זאת ברגישות המתבקשת.

בית המשפט המחוזי דן בהרחבה גם בטענות המשיבים לגבי הפרקטיקות המקובלות בעולם בנוגע להיקף המידע שנמסר לבני המשפחה של נפטר אודות הליך הנתיחה שלאחר המוות. בית המשפט קבע כי טענות אלה לא הוכחו, וכי ממילא הן מתייחסות לשיטות משפט שבהן לא נדרשת הסכמה של בני משפחת הנפטר לצורך עריכת נתיחה שלאחר המוות, מקום בו ישנו חשד כי המוות נגרם כתוצאה מעבירה.

10. בית המשפט המחוזי דן בטענה נוספת מצד המשיבים, והיא כי היה באפשרותם לפתוח בהליך לפי חוק חקירת סיבות מוות, התשי"ח-1958, ולבקש כי שופט חוקר יאשר את הנתיחה חרף התנגדות המשפחה. במקרה כזה, טענו המשיבים, היה בית המשפט מורה על ביצוע הנתיחה ולפיכך אף אם האלמנה הייתה מתנגדת לביצוע הנתיחה – לא היה בכך כדי למנוע אותה. בית המשפט המחוזי דחה טענה זו, היות שלא השתכנע כי בית המשפט אכן היה, בהכרח, מאשר את עריכת הנתיחה. בית המשפט המחוזי מצא כי במקרים דומים, שבהם סיבת המוות הייתה ברורה לכאורה ומשפחת הנפטר התנגדה לנתיחה – הורה בית המשפט כי יש להסתפק בהליך פוגעני פחות מנתיחה מלאה, כגון בדיקת דם או נתיחה חלקית (ראו למשל בג"ץ 754/03 בני משפחת שרחה יוסף נ' השופט מינק, פ"ד נז(5) 817 (2003) (להלן: עניין שרחה יוסף)). לפיכך נקבע כי עצם קיומה של סמכות עקרונית להורות על עריכת נתיחה חרף

התנגדות בני המשפחה אינה שוללת את הקשר הסיבתי שבין הפרת הוראות חוק הפתולוגיה לבין ביצוע הנתיחה. מכל מקום, פסק בית המשפט המחוזי, אפילו היה מורה בית המשפט על עריכת נתיחה כאמור, היו המערערות זוכות לכך שדעתן תישמע ותישקל. קיום ההליך אף היה מניח את דעתן כי בית המשפט ואנשי המקצוע סברו כי הנתיחה היא חיונית וכי נעשה מאמץ לברר אם קיימים אמצעים פוגעניים פחות לבירור סיבת המוות. כל אלה היו מפחיתים את הפגיעה במערערות במידה ניכרת.

11. בית המשפט המחוזי דחה, מנגד, טענות שהעלו המערערות ביחס לאופן ביצוע הנתיחה, וביניהן הטענה כי ניתן היה להסתפק בנתיחה פולשנית פחות. למעט העובדה שהנתיחה בוצעה ללא הסכמת המשפחה – כך נפסק – עמדה הנתיחה עצמה בסטנדרטים המקצועיים והמדעיים המקובלים לביצוע נתיחה שלאחר המוות. בית המשפט המחוזי מצא כי נטילת הדגימות ושמירתן הן חלק מהליך הנתיחה, שמטרתה גם לשלול כל סיבת מוות אחרת, וכי נהוג לשמור את הדגימות עד לסיום ההליכים המשפטיים בעניינו של הנפטר – דבר שעשוי להתמשך זמן רב. על-כן, אף שהדגימות נשמרו במשך תקופה ארוכה בידי המכון – לא הוכח כי תקופה זו חרגה מן המקובל, כך נפסק.

12. בית המשפט המחוזי פסק כי בהתנהלות המרכז נפלו פגמים נוספים, מלבד ביצוע הנתיחה ללא ההסכמה הנדרשת: המרכז החליט לקבור חלקים מגופת המנוח בשנת 1997 מבלי להודיע על כך למשפחה; גם כאשר פנה משרד הבריאות למשפחה בשנת 2002 – לא יידע אותה על החלקים שנקברו בעבר; וההודעה למשפחה נמסרה בחוסר רגישות ובאופן שגרם למערערות סבל נוסף. כך למשל, ההודעה לא כללה כל הסבר בנוגע לסיבת לקיחת הדגימות ושמירתן במרכז, בתו של המנוח נאלצה לאסוף את השרידים בעצמה מתוך מערת קבורה שבתוכה שרידים של גופות נוספות והמשיבים לא עשו דבר להפגת חששות המערערות כי הכד שניתן להן לא משויך למנוח.

13. בית המשפט המחוזי קבע כי התנהלות המשיבים מקימה עוולה של הפרת חובה חקוקה, לפי סעיף 63 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש]. החיקוק שהופר – חוק הפתולוגיה – נועד, כך נקבע, בין היתר לטובת בני המשפחה שהסכמתם לנתיחה היא תנאי לעריכתה. בית המשפט המחוזי קבע כי אלמלא הופר החוק, האלמנה הייתה מסרבת לנתיחה, לא ניתן היה לבצע לפי חוק הפתולוגיה, והזעזוע ועגמת הנפש שנגרמו למערערות היו נחשכים. בית המשפט המחוזי הוסיף כי גם האוטונומיה של המערערות

נפגעה, ופגיעה זו היא ראש נזק עצמאי, שבינו לבין הימנעות המשיבים מקבלת הסכמה כדין מתקיים קשר סיבתי ברור (בעניין זה הסתמך בית המשפט המחוזי על שנפסק בע"א 2781/93 דעקה נ' בית חולים "כרמל" חיפה, פ"ד נג(4) 526 (1999)). לבסוף נפסק כי הנזק שחוק הפתולוגיה נועד למנוע הוא פגיעה ברגשות בני המשפחה, באוטונומיה שלהם ובכבוד המת – וזהו הנזק שאירע בפועל. על כן פסק בית המשפט המחוזי כי המשיבים ביצעו עוולה של הפרת חובה חקוקה כלפי המערערות.

14. בית המשפט המחוזי הוסיף וקבע, מעבר לצורך, כי התנהלות המרכז עולה גם כדי רשלנות, מאחר שהפרו את חובת הזהירות המוטלת עליהם, מעצם תפקידם ולפי חוק הפתולוגיה, כלפי נפטרים ובני משפחותיהם. נקבע כי המשיבים יכולים וצריכים היו לצפות כי אם יפרו את הוראות חוק הפתולוגיה וינהגו בחוסר רגישות – בכלל ובנסיבות מקרה זה בפרט – הדבר יגרום לפגיעה בנפטרים ובבני משפחותיהם. לפיכך, ולאור קביעותיו בעניין הקשר הסיבתי במסגרת הדיון בעוולת הפרת חובה חקוקה, קבע בית המשפט המחוזי כי המשיבים חבים בנזקי המערערות גם ברשלנות. בית המשפט המחוזי לא הכריע בשאלת תחולתה של עוולת התקיפה או בשאלת תחולתה של עילת תביעה עצמאית בגין פגיעה באוטונומיה, וזאת משהדיון בשאלות אלה התייתר לאור קביעת חבותם של המשיבים מכוח עוולת הרשלנות ועוולת הפרת חובה חקוקה.

15. לבסוף, דן בית המשפט המחוזי בטענה כי כשרותו המשפטית של אדם לרכוש זכויות וחובות באה לקיצה עם מותו, ועל-כן פגיעה בגופתו של אדם אינה יכולה ליצור עילת תביעה. בית המשפט המחוזי דחה טענות אלה ופסק כי אף אם בוצעה העוולה כלפי מי שנעדר כשרות משפטית ואינו יכול לתבוע סעד בגינה – לא נשללת האפשרות כי לאדם אחר תקום זכות תביעה בגין עוולה זו. בית המשפט ציין עוד כי הזכות לכבוד כוללת בחובה את הזכות לכבוד המת, וזו פורשה בפסיקה ככוללת גם את זכותם של בני משפחתו של המת (בג"ץ 4225/01 כהן נ' שר הביטחון, פ"ד נח(4) 155, 169-168 (2004); ע"א 294/91 חברת קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום, פ"ד מו(2) 464, 525 (1992)). על-כן פסק בית המשפט המחוזי כי קמה למערערות זכות תביעה בגין הפגיעה בכבודו של המנוח. בית המשפט הוסיף כי תפיסת המחוקק בנוגע למעגל הניזוקים הפוטנציאליים משתקפת בהסדרים הקבועים בחוק הפתולוגיה, ומשכך בני המשפחה המנויים בחוק הפתולוגיה הם הנפגעים העיקריים והישירים מהעוולות שביצע המכון.

בית המשפט המחוזי ציין עוד כי אפילו היה רואה במערערות נפגעות משניות לפי הסיווג המקובל ביחס לנזק בלתי ממוני (לאור פסקי הדין ברע"א 444/87 אלטוחה נ' עיזבון דהאן, פ"ד מד(3) 397 (1990); ובע"א 754/05 לוי נ' מרכז רפואי שערי צדק (טרם פורסם, 5.6.2007)), הרי שהשיקולים התומכים בצמצום ההכרה בנפגעים המשניים לא חלים במקרה זה. מכיוון ש"הנפגע העיקרי" במקרה זה לא יכול לתבוע, ותביעת בני המשפחה היא התביעה היחידה האפשרית, אין מדובר ב"השלכה פריפריאלית" של פגיעה ישירה באחר. לבסוף, נפסק כי המערערות נכללות בגדר אותם "מקרים קשים" שבהם יש לזכות בפיצוי בלתי ממוני אפילו מבלי שיתקיים התנאי, שנקבע בהלכת אלטוחה, בנוגע לחומרת הפגיעה הנפשית.

תביעת עזבונו של המנוח, לעומת זאת, נדחתה, שכן נקבע כי העוולה לא הצמיחה למנוח זכויות כלשהן בחייו, ולכן אין זכויות אלה עוברות לידי היורשים.

16. מכאן המשיך בית המשפט המחוזי לבחינת גובה הפיצויים. בית המשפט המחוזי בחן את בקשת המערערות לפיצויים עונשיים, וציין כי אלה יינתנו במקרים חריגים, שבהם התנהגות המזיק מקוממת במיוחד, ומקום בו לא ניתן לנקוט בסנקציה עונשית מסורתית יותר, במסגרת הדין הפלילי או המשמעתי. במקרה זה, כך נקבע, אין מקום לפסוק פיצויים עונשיים משלא הוכח כי המשיבים פעלו בזדון או מתוך כוונה לפגוע בכבוד המת, ומשהתקיים הליך משמעתי. עם זאת בית המשפט המחוזי קבע כי יש מקום לפסוק "פיצויים מוגברים" שמטרתם להיטיב החמרה או הגברה של נזק לא ממוני שנגרמה עקב התנהלות המזיק (בהתבסס על שנפסק בע"א 140/00 עיזבון אטינגר נ' החברה לשיקום ופיתוח הרובע היהודי בעיר העתיקה בירושלים בע"מ, פ"ד נח(4) 562, 486 (2004), להלן: עניין אטינגר; וברע"א 4740/00 אמר נ' יוסף, פ"ד נה(5) 510 (2001), להלן: עניין אמר). התנהגות המרכז בזמן גילוי העובדה שנשמרו חלקים מגופת המנוח, שאופיינה כאמור בחוסר רגישות, החמירה את הנזק שנגרם למערערות – כך נפסק. נקבע כי גם חשיפת הפרשה הציבורית סביב התנהלות המרכז, והעובדה כי התנהלות זו לא הייתה פרי שגגה מקרית אלא בגדר מדיניות עקבית, החמירו את נזקי המערערות בכך שעוררו אצלן חשש שמא גם בגופת המנוח בוצעו מעשים דומים של שימוש בחלקי גופה למחקר ללא הסכמה, ושמא לא נמסרו לידיהן כל הדגימות שנלקחו מגופת המנוח.

בסיכומו של דבר פסק בית המשפט כי האלמנה זכאית לפיצוי של 150,000 ש"ח וכי כל אחת משתי הבנות זכאית לפיצוי של 100,000 ש"ח, בתוספת ריבית

מאמצע התקופה שבין יום פטירת המנוח לבין יום הבאת הדגימות לקבורה בבית העלמין בחיפה.

טענות הצדדים בערעורים

17. ערעורן של האלמנה ושל הבנות (ע"א 4576/08) מופנה כלפי החלטת בית המשפט המחוזי שלא לפסוק פיצויים עונשיים וכן כלפי גובה הפיצויים המוגברים שנפסקו. לשיטתן, יש מקום לפסוק פיצוי עונשי לא רק כאשר הוכחה כוונה בהתנהלות המזיק, אלא גם כשהמזיק היה מודע לאפשרות גרימת הנזק ואדיש לה. המערערות טוענות כי יש לראות בהתנהלות השיטתית של המרכז ראייה להלך הרוח ששרר בו. מדובר, כך נטען, במדיניות ולא בטעות חד-פעמית ומכאן שהיא ננקטה במודע ואף בכוונה. עוד מוסיפות המערערות כי המשיבים לא העידו בעלי תפקידים מטעמם ועל-כן לא ניתן לקבוע כי הוכח שהמניע להתנהלותם היה דווקא הרצון לחסוך מבני משפחות הנפטרים צער נוסף. יתרה מכך, טוענות המערערות, הלך הרוח של המשיבים מצוי בידעתם המיוחדת, ומטעם זה היה מקום להעביר את נטל הבאת הראיות לכתיבה, במיוחד לאור קיומן של ראיות נסיבתיות שונות לכך שהמשיבים נהגו לכל הפחות באדישות כלפי רגשותיהן של המערערות. עוד טוענות המערערות כי ההליך המשמעתי שהתנהל בעניין פרופ' היס לא צריך להגביל את האפשרות לפסוק פיצוי עונשי משלא נקבעה בו סנקציה מרתיעה דיה; כי פסיקת פיצויים עונשיים מוצדקת גם לאור הפגיעה בזכויות חוקתיות של המערערות; וכי היה מקום לשקול לחומרה את העובדה שהמרכז הוא רשות ציבורית. המערערות טוענות גם כי בניגוד לקביעת בית המשפט המחוזי, נעשה בחלק מן הדגימות שנלקחו מגופת המנוח שימוש שלא לצורך גילוי סיבת המוות. המערערות אף גורסות כי הנתיחה עצמה בוצעה באופן פסול וכי אין לבחנה במנותק משאלת ההסכמה. לבסוף, משיגות המערערות על גובה הפיצויים שנפסקו, משאלה אינם משקפים, לפי עמדתן, את הנזק שנגרם להן.

המשיבים טוענים, תוך סקירה השוואתית רחבה, כי פיצויים עונשיים צריכים להישמר למקרים קיצוניים בלבד, שבהם הוכח כי המזיק פעל בכוונה ובזדון, וכן כי אין לפסוק פיצויים עונשיים מקום בו התקיים הליך פלילי או משמעתי באותו עניין. עוד טוענים המשיבים כי המדיניות שהייתה נהוגה במרכז בשנים הרלוונטיות אינה מעידה על הלך רוח של אדישות כלפי בני משפחות הנפטרים, כי אם על אופן פרשנותם את החוק, שאף אם התגלתה בדיעבד כשגויה, לא הייתה – לעמדתם – בלתי סבירה בעת שהונהגה. לבסוף, המשיבים מצביעים על כך שפסיקת פיצויים עונשיים

בשל שקיימים נפגעים נוספים כתוצאה מן המדיניות האמורה תהא בגדר "מתת שמיים" ביחס למערערות.

18. ערעורם של המשיבים (ע"א 5019/08) מופנה הן כנגד קביעת החבות הן כנגד סכום הפיצויים. המשיבים טוענים כי אף אם פירש המרכז את חוק הפתולוגיה באופן שגוי, אין טעות זו עולה כדי התרשלות. עוד גורסים המשיבים כי אפילו הופר חוק הפתולוגיה – לא מתקיים קשר סיבתי בין עריכת הנתיחה לבין הנזק, אם משום שהאלמנה הייתה מסכימה לעריכת הנתיחה אף בהינתן הסבר מלא, ואם משום ששופט חוקר היה מאשר את ביצוע הנתיחה. לעניין זה המשיבים טוענים כי הנטל להוכיח כי שופט חוקר לא היה מאשר את הנתיחה מוטל על כתפי המערערות. המשיבים מוסיפים וחוזרים על הטענה כי אילו היה נמסר למערערות מידע מלא אודות מהות הנתיחה, היה הדבר מגדיל את הפגיעה בהן. כן חוזרים המשיבים על טענתם כי המידע הרלוונטי ביותר עבור בני משפחתו של נפטר ביחס לנתיחה אינו מהות הנתיחה ועיקריה, אלא כוונתה של המטרה לבקש את ביצוע הנתיחה חרף התנגדות בני המשפחה.

המשיבים מוסיפים וטוענים כי פרשנות תכליתית של חוק הפתולוגיה מוביל למסקנה כי למעשה הוראותיו לא הופרו על-ידם. המשיבים סבורים כי יש לפרש את סעיף 6 לחוק כך שנדרשת חתימתם של שלושה רופאים רק ביחס לפרוצדורה של תרומת איברים ולא ביחס לביצוע נתיחה שלאחר המוות. ביחס להיעדר טופס חתום כדין, טוענים המשיבים כי המסמך עליו חתמה האלמנה בתחנת המשטרה מקיים את תכלית החוק במידה שווה. עוד גורסים המשיבים כי תכלית החוק היא להגן על כבוד המת, ולבני משפחתו "מעמד מסויג" שאינו מקנה להם זכות עצמאית כלשהי. לעמדתם, ניתן להכיר בזכות עצמאית של קרובי הנפטר רק ביחס לרצונם לעצב את זכרו ולא ביחס לפיצוי כספי. לבסוף, המשיבים חוזרים על טענותיהם מלפני בית המשפט המחוזי ביחס לטיבה של ה"הסכמה" הנדרשת לפי חוק הפתולוגיה לביצוע נתיחה, תוך שהם דוחים את העמדה שלפיה על בני המשפחה להבין את מהות הנתיחה ועיקריה.

לעמדת המשיבים, פיצוי בגין פגיעה באוטונומיה צריך שיוגבל לפגיעה בחירותו של אדם מפני התערבות בגופו. הכרה בפגיעה בהיבטים אחרים של האוטונומיה האישית כראש נזק עלולה, כך נטען, להרחיב את הזכות לפיצוי בגין פגיעה באוטונומיה הרחבה בלתי רצויה. לבסוף, המשיבים טוענים כנגד סכום הפיצויים שנפסק, באשר לעמדתם הוא חורג מן הסטנדרט שנקבע בפסיקה ביחס לפגיעה באוטונומיה שלא נלווית אליה נכות.

המערערות, מצידן, סבורות כי קביעותיו של בית המשפט המחוזי ביחס לחבות המשיבים – ניתנו כדין. המערערות מדגישות כי בית המשפט המחוזי קבע שהאלמנה הייתה מסרבת לנתיחה אילו ניתן לה הסבר מלא אודותיה ואילו לא הופעל עליה לחץ ליתן את הסכמתה. הטענה כי שופט חוקר היה מאשר את ביצוע הנתיחה, כך גורסות המערערות, היא טענת הגנה שעל המשיבים הנטל להוכיחה, ונטל זה לא הורם.

המערערות מוסיפות כי טענת המשיבים – שלפיה לא נדרשת תעודה החתומה על-ידי שלושה רופאים המעידה כי הנתיחה נחוצה – נטענה לראשונה לפני בית משפט זה, וכי אף לגופה היא שגויה. לעניין שיעור הפיצויים טוענות המערערות כי הסכום שנפסק אינו משקף רק את הפגיעה באוטונומיה אלא גם את הפגיעה הרגשית החמורה שנגרמה למערערות ואת הפגיעה בכבודן.

דרישת ההסכמה

19. אין מקום לשנות מקביעת בית המשפט המחוזי כי ההסכמה שנתנה האלמנה לנתיחה לא הייתה חופשית ומדעת, ועל-כן אינה עומדת בדרישות חוק הפתולוגיה. אף שהליכי הנתיחה שונים מטיפול רפואי – כפי שגם קבע בית המשפט המחוזי – אין להסיק מכך שההסכמה הנדרשת לצורך נתיחה היא שונה. אמנם, הסכמה לטיפול רפואי נדרשת כדי לאפשר למטופל לבחור את הטיפול הרצוי לו, ולהעריך נכונה את הסיכונים והסיכויים הכרוכים בכל טיפול אפשרי (ראו עניין דעקה, בעמ' 573), בעוד שביחס לנתיחה שלאחר המוות ברי כי אין "סיכונים" או "סיכויים" להצלחת הנתיחה. גם הרציונל העומד מאחורי דרישת ההסכמה לנתיחה שלאחר המוות – מניעת פגיעה בכבוד המת, בכבודם של בני משפחתו וברגשותיהם, העשויות להיגרם בעקבות ביצוע נתיחה המנוגדת לעמדת המשפחה – אינו זהה לרציונל העומד מאחורי דרישת ההסכמה לטיפול רפואי. אולם, בין אם מדובר בהסכמה לטיפול רפואי ובין אם מדובר בהסכמה לנתיחה שלאחר המוות – הרי שהסכמה, בסופו של דבר, נדרשת לפי הדין, וההסכמה שניתנת מתוך אילוץ או ללא הבנת משמעות ההחלטה – לאו ההסכמה היא, אלא פיקציה של ההסכמה.

אימוץ פרשנות שלפיה "ההסכמה" היא מונח טכני בלבד, שאינו מצריך כל הבנה ביחס למושא ההסכמה, ירוקן מתוכן את דרישת ההסכמה ואת הוראות חוק הפתולוגיה. הדרישות כי הסכמה תינתן מתוך מודעות לאופי ההליך אליו מסכימים וללא אילוץ חיצוני – הן דרישות היסוד המינימאליות הצריכות להתקיים כתנאי להכרה ב"הסכמה" כלשהי – לטיפול רפואי, לעריכת נתיחה שלאחר המוות ובכלל. משנדרשת

הסכמה, שתכליתה התחשבות ברצונו של "המסכים" והכרה באוטונומיה שלו – די בכך כדי לקבוע כי על ההסכמה להיות הסכמה אמיתית ולא הסכמה נחזית. הסכמה הנעדרת תוכן מהותי היא הסכמה למראית עין בלבד. לא לכך כיוון המחוקק בקבעו כי הסכמת בני משפחתו של נפטר נדרשת לצורך ביצוע נתיחה שלאחר המוות, וכי בהיעדרה ניתן לערוך את הנתיחה רק אם ניתן צו שיפוטי המורה על כך. כשם שבהחלטה על טיפול רפואי הידע המקצועי של הרופאים ותפיסתם הערכית אינם יכולים להכתיב לבדם את ההחלטות בנוגע לטיפול הרפואי, ויש להתייעץ עם המטופל באשר לדרך הטיפול הרצויה לו (ראו גם ע"א 4384/90 ואתורי נ' בית החולים לניאדו, פ"ד נא(2) 171, 182 (1997)), כך גם ההחלטה על עריכת נתיחה שלאחר המוות אינה יכולה להיות מוכרעת רק על סמך עמדתם המקצועית של הפתולוגים.

ודוק: אין חולק כי בהחלטה על ביצוע נתיחה יש חשיבות גם לאינטרס הציבורי שבבירור סיבת המוות. אלא שחוק הפתולוגיה קובע איזון מסוים בין אינטרס ציבורי זה לבין האינטרס הלגיטימי של בני המשפחה בשמירה על כבוד המת לפי תפיסתם ואמונתם. במסגרת איזון זה, התנגדותם של בני המשפחה לביצוע נתיחה אינה סוף פסוק, ועומדת לרשות האפשרות לבקש צו שיפוטי שיורה על ביצוע הנתיחה. אין מקום כי הגורמים המקצועיים יעשו דין לעצמם וינהגו בניגוד לאיזון שנקבע על-ידי המחוקק, אפילו סבורים הם כי היה מקום לקבוע איזון שונה.

20. גם לגופם של דברים, בדין קבע בית המשפט המחוזי כי כדי שתתקיים הסכמה נדרש, לכל הפחות, כי האדם המסכים יבין את מהות הפרוצדורה של הנתיחה שלאחר המוות, את המידה שבה היא פוגעת בשלמות גופו של הנפטר ואת ההליכים העיקריים הכרוכים בה. בכלל זה, יש ליידע את בני המשפחה כי במהלך הנתיחה יש בכוונת המנתחים לאסוף דגימות מגופת הנפטר ולשמור אותן לצרכים משפטיים. כמו כן נדרש כי ההסכמה תינתן מבלי שהופעל לחץ או אילוץ על האדם המסכים. בפועל, לא קיבלה האלמנה הסבר באשר לאופן עריכת הנתיחה או באשר למידת נחיצותה, ולא נאמר לה כי הנתיחה כוללת נטילת דגימות. איש מעורכי הנתיחה – שעליהם מוטלת החובה לקבל את הסכמת בני משפחת הנפטר מלכתחילה – לא יידע אותה בדבר נחיצות הנתיחה ובדבר אופייה. העובדה כי בקרב אנשי מקצוע ידוע כי נתיחה שמטרתה היא חקירת סיבת המוות כוללת מטבעה נטילת דגימות, אין בה כדי להוביל למסקנה כי מידע זה נגיש או ידוע לכל אדם סביר. האדם הרגיל, שאינו בקיא במקצוע הרפואה ובתחום הפתולוגיה, עשוי באופן סביר להניח כי גילוי סיבת המוות יכול להתבצע באמצעות בחינה של אברי הנפטר בלבד, וללא נטילת דגימות או שמירתן.

לא ניתן לקבל את טענת המשיבים לפיה כל שדרוש לבני המשפחה לדעת הוא כי אם לא יסכימו לערוך את הנתיחה – יפנו המשיבים לשופט חוקר. זהו רק צידה האחד של המשוואה, המשקף את שצפוי להתרחש אם לא יתנו בני המשפחה את הסכמתם. אלא שעל-מנת לקבל החלטה מושכלת, על בני המשפחה לקבל מידע גם באשר לצידה השני של המשוואה – המשקף את שצפוי להתרחש אם יתנו את הסכמתם לנתיחה. לא למותר לציין כי לא בכל מקרה שבו ימנעו בני המשפחה מלתת את הסכמתם לנתיחה יבחרו הגורמים המקצועיים לפנות לשופט חוקר לצורך אישור הנתיחה. רק מקום בו אכן מתגבשת כוונה כזו בפועל יש ליידע את בני המשפחה לגביה. מקום בו אין כוונה של ממש לעשות שימוש בסמכות לפנות לשופט חוקר, אין להפעיל על בני המשפחה לחץ בלתי ראוי בדרך של ציון הסמכות הכללית לפנות לשופט חוקר.

נוסף על כך, לצורך מילוי דרישות החוק אין די, ככלל, בהסכמה שניתנה בתחנת המשטרה. גם מקום בו ניתנה הסכמה בתחנת המשטרה על המרכז לוודא כי בן המשפחה מודע לאופן עריכת הנתיחה ולמאפייניה המרכזיים כאמור. נראה כי נוסח הצהרה של האלמנה בעניין זה ("..מוכנה שהמשטרה תערוך נתיחה בגופתו של בעלי ישעיהו או כל פעולה שהמשטרה רוצה" [ההדגשה הוספה – א' ר']) כמו מעיד מעצמו על הצורך בכך.

21. טענות המרכז, לפיהן התנהלותו נעשתה מתוך פרשנות מוטעית של החוק ומתוך תפיסה פטרנליסטית שלפיה יש להגן על בני משפחות הנפטרים מפני הידיעה מה כוללת הנתיחה – אינן יכולות להתקבל. חוק הפתולוגיה קובע הסדר ברור, שלפיו נדרשת הסכמת בני משפחה מסוימים לעריכת נתיחה וניתנת לבני משפחה אחרים זכות להתנגד לכך. הסדר זה לא היה חלק מנוסחו המקורי של חוק הפתולוגיה, והחובה לקבל את הסכמת בני משפחתו של הנפטר הוספה בתיקון משנת 1980 (חוק האנטומיה והפתולוגיה (תיקון), התשמ"א-1980, ס"ח 42). תיקון זה בא בעקבות הרצון והצורך להכיר בעמדותיהם של הנפטר ושל בני משפחתו הקרובים במסגרת ההחלטה אם לקיים נתיחה שלאחר המוות אם לאו (ראו דברי ההסבר להצעת חוק האנטומיה והפתולוגיה (תיקון), התשמ"א-1980, ה"ח 51). מכאן שהתפיסות הפטרנליסטיות שהמרכז אימץ לעצמו לא היו נחלתו של החוק שנים רבות לפני האירועים שביסוד פרשה זו. כיום קובע החוק בצורה ברורה כי נקודת המוצא שלפיה יש לפעול (עד לקבלת הכרעה שונה מאת שופט חוקר) היא קבלת הסכמת בני המשפחה הרלוונטיים כתנאי לעריכת הנתיחה. ודוק: שיקול הדעת לערוך נתיחה חרף התנגדות המשפחה, לצורך קיום אינטרסים ציבוריים חשובים אחרים, אינו נתון בידי המרכז או בידי גורמי

החקירה. שיקול דעת זה ניתן לבית המשפט דווקא, מתוך הכרה בכך שלמול האינטרסים הציבוריים שיש לשקול בכגון דא, עומדת זכות ממשית של בני המשפחה.

יתרה מכך, המשיבים פעלו בניגוד להוראות שונות הכלולות בחוק הפתולוגיה, מבלי שניתן לכך כל הסבר סביר. כך למשל, המשיבים לא הציגו תעודה החתומה בידי שלושה רופאים המעידה על נחיצות הנתיחה. טענתם כי התנהגות זו עולה בקנה אחד עם פירוש אפשרי של חוק הפתולוגיה הועלתה לראשונה במסגרת הערעור, חרף התייחסות ברורה של המערערות לנושא זה בטענותיהן לפני בית המשפט המחוזי. משכך, טענה זו נדחת מבלי לדון בה לגופה. המשיבים אף אינם מוצאים פגם ממשי בנוהג, שגם לפי הודאתם התקיים, להחתים בני משפחה על הסכמה לנתיחה שלא על גבי הטופס הקבוע בתקנות הפתולוגיה. מן הראוי להזכיר כי דין זה מחייב את המרכז, אפילו אין הוא, לפי השקפתו, מוצא בו חשיבות מרובה.

קשר סיבתי בין היעדר ההסכמה לבין ביצוע הנתיחה

22. המשיבים טוענים כי לא הוכח שמתקיים קשר סיבתי בין היעדר ההסכמה מדעת מצד האלמנה לבין עריכת הנתיחה בפועל. לשיטת המשיבים אפילו אם האלמנה הייתה מסרבת לעריכת הנתיחה, זו הייתה נערכת לפי החלטת שופט חוקר.

בית המשפט המחוזי קבע, כעניין שבעובדה, כי אילו היה נמסר לאלמנה מידע מלא אודות הנתיחה ולא היה מופעל עליה לחץ ליתן את הסכמתה – הייתה היא מסרבת לעריכת הנתיחה. קביעה זו מתיישבת עם הראיות שבאו לפני בית המשפט המחוזי – ובמיוחד סירובה ההתחלתי של האלמנה לעריכת הנתיחה – ואין מקום לסטות ממנה. הטענה שלפיה המשיבים היו בוחרים לפנות לשופט חוקר על-מנת לבקש את עריכת הנתיחה, וכי זה היה מאשר בקשה כזו, היא טענה שבאה מפי המשיבים ועליהם מוטל הנטל להוכיחה. בית המשפט המחוזי קבע – ובצדק – כי נטל זה לא הורם.

23. אין די בקיומה של אפשרות גרידא לערוך נתיחה לפי החלטת שופט חוקר כדי להוביל למסקנה כי אפשרות זו תמומש בכל מקרה ומקרה. במקרה שבקשה מסוג זה מובאת לפני שופט חוקר, עליו לשקול את הפגיעה ברגשות, בחופש הדת ובחופש הבחירה שעשויים להיגרם למשפחה עקב עריכת נתיחה בניגוד לרצונה מחד גיסא, ואת האינטרס הציבורי בגילוי האמת, בקידום החקירה ובמיצוי הדין עם האשמים בעבירות מאידך גיסא (ראו עניין שרחה יוסף, בעמ' 823). אין המשיבים יכולים לטעון כי בכל מקום שבו יש, לדעתם, צורך בעריכת הנתיחה – גם השופט החוקר יסבור כך בהכרח

ויאשר את הנתיחה. בהחלטה אם לקיים נתיחה למרות התנגדות המשפחה אם לאו, צריך השופט לשקול את האינטרסים השונים הנוגעים לעניין, ועליו לפעול "במידה ובמידתיות" (עניין שרחה יוסף, בעמ' 825). לשופט החוקר יש סמכות ושיקול דעת בהחלטה אם לערוך את הנתיחה, והוא אינו משמש רק "חותמת גומי" לאישור עמדתו של המרכז. על כן אין לקבל את עמדת המשיבים כי בכל מקרה בו קיים חשש כי סיבת המוות אינה טבעית – השופט החוקר יאשר את הנתיחה.

24. במקרה זה אכן לא הוכח כי שופט חוקר היה מחליט לקיים נתיחה שלאחר המוות – לא כל שכן נתיחה מלאה – מקום בו יתכן שהיו דרכים פוגעניות פחות לגלות את סיבת המוות ולהוכיחה. כך למשל, ייתכן שניתן היה לאשר גם נתיחה חלקית, כפי שנעשה בעבר במקרים אחרים, או להפסיק את הנתיחה בשלב שבו סיבת המוות הוכחה די הצורך. יתכן אף כי השופט היה בוחר להעדיף את הערך של התחשבות בכבוד המת ובבני המשפחה – ומסרב לאשר נתיחה המנוגדת לרצונם. אלא שכל אלה הם בגדר ספקולציה. משנמנעה הפנייה לשופט החוקר בגלל התנהלותו של המרכז – אין המשיבים יכולים להישמע בטענה כי אילו היו פונים לשופט – החלטת השופט הייתה בהכרח מתאימה לרצונם.

המסקנה היא כי הוכח קיומו של קשר סיבתי בין התנהלות המשיבים לבין הנזק הבלתי ממוני שנגרם למערערות, ובכלל זה הזעזוע ועוגמת הנפש שנלוו לעריכת הנתיחה תוך לקיחת דגימות ושמירתן במרכז. בית המשפט המחוזי הוסיף, מעבר לצורך, כי גם אילו היו המשיבים פונים לבית המשפט בבקשה לאשר את הנתיחה ובקשתם הייתה מתקבלת – היה נזקן של המערערות פוחת ואולי מתאיין בעקבות ההליך המשפטי. להליך משפטי זה עשויה להיות השפעה חיובית על בני המשפחה אף מקום בו עמדתם לא מתקבלת, וזאת שכן עמדתם נשמעת ונשקלת בכבוד ראש, ונחיצות ביצוע הנתיחה מוכחת. נוסף על כך, אילו התקיים הליך משפטי, המערערות היו יודעות מראש על שמירת הדגימות במרכז ובכך היו נחשכים מהן ההלם והזעזוע שבגילוי פתאומי ובדיעבד של עובדות אלה. אכן, גם נימוק חלופי זה תומך בתוצאה שאליה הגיע בית המשפט המחוזי.

בית המשפט המחוזי הוסיף וציין כי במקרה זה קיים ראש נזק בלתי ממוני נוסף – הוא פגיעה באוטונומיה – וזה אינו מחייב את קיומו של קשר סיבתי בין היעדר ההסכמה מדעת לבין ביצוע הנתיחה. עתה אעבור לבחינת ראש נזק זה.

25. הזכות לאוטונומיה, במובנה הרחב, כוללת גם את זכותו של אדם "לגבש את אישיותו באופן חופשי, כרצונו, לבטא את שאיפותיו ולבחור בדרכים להגשמתן, לבחור בחירותיו הרצוניות" וכיוצא באלה (ראו ע"א 5942/92 פלוני נ' אלמוני, פ"ד מח(3) 837, 842 (1994)). עם זאת, האוטונומיה שהוכרה כחלק מראש הנזק של "פגיעה באוטונומיה" היא זו המתקשרת לזכותו של אדם על גופו, בזכות של אדם "כי יעזבוהו לנפשו" (ראו עניין דעקה, פס' 16 לפסק דינו של השופט ת' אור). זהו "ההיבט הפיזי" של הזכות לאוטונומיה. החירות מפני התערבות בגופו של אדם ללא הסכמתו הוכרה כחלק מן ה"גרעין הקשה" של זכות האדם לשלוט בחייו ושל כבודו כאדם (שם, פס' 17-19; עניין ואתורי, בעמ' 182).

עצם עריכת פרוצדורה רפואית מסוימת ללא הסכמה מדעת פוגעת באוטונומיה של המטופל, והיא הנזק שנגרם לו. לפיכך, ככל שהתביעה היא לנזק בגין פגיעה באוטונומיה אין צורך כי המטופל יוכיח שהיה מסרב לטיפול אילו היה מקבל את מלוא המידע הרלוונטי לגביו, ואף אין צורך להראות כי נגרם למטופל נזק גופני. הפיצוי שנפסק בראש נזק זה משקף אך ורק את הפגיעה באוטונומיה – ואינו חופף לנזק שייתכן כי נגרם בעקבות הטיפול עצמו. גם במקרה שלפנינו, קבע בית המשפט המחוזי כי לצורך פסיקת פיצויים בראש הנזק של פגיעה באוטונומיה אין צורך להוכיח את קיומו של קשר סיבתי בין היעדר ההסכמה לבין ביצוע הנתיחה בפועל, שכן עצם עריכת הנתיחה ללא הסכמה מדעת היא שיוצרת את הנזק. ודוק: בית המשפט המחוזי הדגיש כי אין הוא דן בעילה של פגיעה באוטונומיה, אלא בראש נזק של פגיעה באוטונומיה במסגרת עילת הפרת חובה חקוקה או עילת הרשלנות. מכאן שאין ממש בטענת המשיבים שלפיה קבע בית המשפט המחוזי קביעות סותרות בעניין זה.

26. כאמור, הדוקטרינה המכירה בפגיעה באוטונומיה כראש נזק עצמאי התפתחה בתחילה במקרים שבהם ניתן טיפול רפואי ללא הסכמה מדעת, אך היא הוכרה גם במקרים נוספים, כגון במקרה של הוספת סליקון לחלב ללא ידיעת הצרכנים (ע"א 1338/97 תנובה מרכז שיתופי לשווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ נ' ראבי, פ"ד נז(4) 673 (2003)). עריכת נתיחה בניגוד לדעתו של הנפטר שהובעה בחייו הוזכרה כבר בעניין דעקה כביטוי להגנה על האוטונומיה של הגוף (ראו שם, בעמ' 589). אכן, ביצוע נתיחה ללא הסכמת בני המשפחה, ושלא באמצעות המנגנון הקבוע לכך בחוק, עולה כדי תחושת פגיעה בגופו של הנפטר ובכבוד המת. פגיעה זו, שהיא פגיעה בכבוד האדם, היא פגיעה קשה ומשמעותית. הפגיעה הכרוכה בעריכת נתיחה שלאחר

המוות, מבלי שניתן לבני המשפחה המידע הדרוש כדי לקבל החלטה מודעת, עוברת סף קריטי שלאחריו הפגיעה באוטונומיה מוכרת כראש נזק עצמאי – וזאת בדומה לפגיעה באוטונומיה הכרוכה בטיפול רפואי שנערך ללא הסכמה מדעת.

אמנם, במקרה זה, בשונה ממקרים אחרים שבהם נפסק פיצוי בגין פגיעה באוטונומיה, לא נפגעה חירות הגוף של המערערות. ההתערבות הפיזית הבלתי מורשית הייתה בגופת המנוח ולא בגופן של המערערות. אלא שכפי שיפורט, ישנם שיקולים ייחודיים הפועלים ביחס לזכויותיהם של החיים בקשר עם "כבוד המת" של יקירם, המצדיקים הכרה בראש הנזק של פגיעה באוטונומיה גם במקרה שבו האוטונומיה הנפגעת היא זו של קרובי המנוח, ביחס לאופן הטיפול בגופתו.

מעמדם של בני משפחת המת

27. חוק הפתולוגיה קובע מעמד מיוחד ועצמאי לבני משפחתו של הנפטר לעניין ביצוע הנתיחה שלאחר המוות. החובה להתחשב ברצונם של בני המשפחה כוללת את החובה לקבל אישור לביצוע הנתיחה מאת בן המשפחה הרלוונטי (לפי דרגת הקרבה) וכן את החובה להימנע מנתיחה במקרה שכן משפחה באותה דרגת קרבה, או בדרגת הקרבה הבאה, מתנגד לביצוע הנתיחה. ביצוע הנתיחה שלא בתנאים אלה מותנה בהוראה מאת שופט חוקר. בהיעדר אינדיקציה לרצונו של המת עצמו – בני המשפחה הם אלה שבידיהם מופקדת זכות הבחירה אם לערוך נתיחה שלאחר המוות אם לאו. יתרה מכך, סעיף 6א(ה) מורה כי "לא השאיר אדם בני משפחה, לא תנותח גווייתו אלא אם הסכים לכך בחיים". משמע – נקודת המוצא היא שאין עורכים נתיחה שלאחר המוות אלא אם הסכים לכך האדם בחייו. אם לא פירש המנוח את רצונו בעודו בחיים, הגורם היחיד המוסמך לאשר את הנתיחה, מלבד בית המשפט, הוא בן המשפחה הרלוונטי. עינינו הרואות, כי החוק מקנה חשיבות עצומה לעמדתם של בני משפחת הנפטר בשאלה כיצד יש לנהוג בגופתו. עמדה זו משקפת הן הגנה ישירה על בני המשפחה האבלים והן הגנה עקיפה על הנפטר ועל רצונותיו, באמצעות הקרובים לו ביותר. עריכת נתיחה שלאחר המוות ללא הסכמת בני משפחתו של הנפטר פוגעת אפוא פגיעה ישירה בבני המשפחה – ברגשותיהם, בחופש הדת והאמונה שלהם ובכבודם. פגיעה זו היא הפגיעה שמתכוון חוק הפתולוגיה למנוע. על-כן מקימה הפרת החובה החוקה בחוק הפתולוגיה זכות תביעה ישירה לבני משפחה בגין פגיעות אלה.

28. שאלה מורכבת יותר היא אם הפרת חוק הפתולוגיה מקימה לבני המשפחה זכות תביעה ישירה גם בגין פגיעה באוטונומיה או בגין פגיעה בזכות לכבוד של המת

עצמו. לעיזבון ככזה אין זכות תביעה בגין פגיעות אלה, שהרי סעיף 1 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"ב-1962 קובע כי אדם כשר לזכויות ולחובות רק "עד מותו". אדם שנפטר אינו כשיר עוד לקבל זכויות ולכאורה, פגיעה שנגרמת לאחר המוות אינה מזכה את הנפטר בזכות תביעה. בהיעדר זכות לנפטר – אין הוא יכול להעביר זכות כלשהי ליורשיו. חרף זאת, הדין מכיר במקרים מסוימים בעילות תביעה הנוצרות לאחר המוות, וקובע את גבולותיהן. כך למשל, סעיף 5 לחוק איסור לשון הרע, התשכ"ה-1965 קובע כי לשון הרע שפורסמה על אדם לאחר מותו – דינה כדין לשון הרע שפורסמה על אדם חי. אולם, לשון הרע שפורסמה לאחר המוות לא מקנה עילה לתובענה אזרחית או לקובלנה וניתן להגיש בגינה כתב אישום רק לבקשת קרובי משפחה מסוימים של הנפטר. הזכות לפרטיות לא זכתה אמנם להוראת חוק דומה, אולם בפסיקה פורשה כזכות הנשמרת אחרי המוות (ראו רע"א 1719/92 סקולר נ' גרבי, פ"ד מז(5) 764 (1993); ראו גם מיכאל בירנהק "זכויות המתים וחופש החיים" עיוני משפט לא(1) 57, 91-93 (2008)).

29. הפסיקה הישראלית קבעה לא אחת כי גם הזכות לכבוד עומדת לאדם לאחר מותו. כך למשל, נקבע כי כבוד האדם שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו פורש עצמו גם על כבוד המת (ראו בג"ץ 6126/94 סנש נ' רשות השידור, פ"ד נג(3) 817, 866 (1999); ראו והשוו: בג"ץ 52/06 חברת אלקטא לפיתוח נכסי ההקדש המוסלמי בא"י בע"מ נ' Simon Weisenthal Center Museum Corp., בפס' 135-137 (טרם פורסם, 29.10.2008) (להלן: עניין מרכז ויזנטל); יצחק אנגלרד חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב-1962 40-42 (מהדורה שניה, 1995)).

כן נפסק כי כבוד המת כולל בחובו גם את כבודם של בני משפחתו:

כבוד האדם אינו רק כבודו של אדם בחייו. זהו גם כבודו של אדם לאחר מותו, וזהו גם כבודם של יקיריו, השומרים את זכרו בלבם (עניין קסטנבאום, בעמ' 525).

ועוד נכתב כי:

מעגל אינטרסים שני נעוץ בהגנה על בני משפחתו של הנפטר, אשר פגיעה בזכרו ובכבודו אחוזה ושלובה בפגיעה בכבודם שלהם. עמד על כך השופט מ' אלון באומרו: "הלכה פסוקה היא, כי 'כבוד האדם' בענייננו משמעו, בראש ובראשונה כבוד המת, היינו רצונו המפורש או המשוער של הנפטר, וכבוד החיים, היינו רצון משפחתו

הנפטר, אוהביו ואהוביו, המבקשים לכבד את זכר הנפטר" (ע"א 1482/92 הגר נ' הגר, פ"ד מז(2) 793, 801-802 (1993) (להלן - פרשת הגר); ע"א 506/88 שפר נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(1) 102, 87 (1993)).

עניינו של האינטרס במעגל השלישי של כבוד המת הוא כהיבט הציבורי, והוא משתלב באחריותה של החברה לכבד את בניה שהלכו לעולמם, ולהגן על זכרם ועל כבודם. הנפטרים היו בחייהם חלק בלתי נפרד מן החברה, מן הציבור ומן המדינה; כשם שהחברה חבה בהגנה על כבודם בחייהם, כך היא חבה בכבודם במותם. היא חבה גם בכבוד בני המשפחה וקרוביו החיים של הנפטר, שהם חלק ממנה. היא חבה בכבוד רגשות הדת והקדושה המתלווים למושג כבוד הנפטר בדתות ובמסורות השונות. כיבוד המת בידי החברה הוא ערך המקשר בין הדורות שחלפו לדורות שיבואו, ומהווה חוליית הציבור ברצף הקיום האנושי לדורותיו (עניין מרכז ויזנטל, פס' 139).

30. אין ספק כי הזכות ל"כבוד המת" – זכות המוקנית למי שאינו כשיר לזכויות – יוצרת קושי עיוני מסוים. אף-על-פי-כן לא נרתעו בתי המשפט מלהכיר בה, במקרים בהם נפגע ערך שנתפס בשיטת המשפט הישראלית כראוי להגנה לאחר המוות. בין ההיבטים השונים החוסים תחת "כבוד המת" ניתן למנות, את החובה להביא את המת לקבורה בתוך פרק זמן מסוים ואת האיסור להוציא את הגופה מקברה, למעט במקרים מסוימים (פקודת בריאות העם, 1940; תקנות בריאות העם (קבורה מחדש), 1941); את הזכות להיקבר בכבוד (ע"א 9486/00 וירג נ' המועצה הדתית כרמיאל, פ"ד נז(1) 565 (2002)); ואת החשיבות שבשמירה על רצון המת במילוי צוואתו (ראו למשל ע"א 724/87 כלפה נ' גולד, פ"ד מח(1) 22, 28 (1993)). את כל אלה ניתן לראות כהיבטים ספציפיים המשקפים את "כבוד המת" בכללותו. מדובר בזכויות, חובות או אינטרסים שהם ייחודיים למת באשר הוא מת. אם לא תינתן זכות תביעה לבני המשפחה בגין הפגיעה בכבוד המת – יוותרו זכויות ואינטרסים הכרוכים מטבעם במותו של אדם ללא הגנה אמיתית.

31. החשיבות שבהגנה על ההיבטים השונים של "כבוד המת" נובעת גם מכך שדינים אלה מגנים על זכויות או על אינטרסים אחרים מלבד אלה של המת, כגון זכותם של בני המשפחה לכבד את זכר יקירם, בריאות העם או האינטרס הציבורי שבשמירה על כבוד אתרי קבורה. ברבים מן המקרים, השמירה על כבוד המת והשמירה על זכויות אחרות שנלוות לו אינם ניתנים להפרדה, והפסיקה אף מתייחסת אליהם כהיבטים השלובים זה בזה. הזכות לכבוד המת משקפת היבטים אלה כולם:

רצון הנפטר בחייו להיות זכאי לכבוד לאחר מותו, רצון המשפחה בכיבוד זכרו של הנפטר והערך החברתי של כיבוד המתים (ראו עניין מרכז ויזנטל, פס' 149).

32. סיבה נוספת לנכונות של המחוקק ושל בתי המשפט להכיר בזכות לכבוד המת נובעת, יש להניח, מן המקום המיוחד השמור לכבוד המת בתרבויות השונות. סוגיות המוות והקבורה העסיקו את התרבות האנושית מאז ומעולם. בכל תרבות, בכל דת ובכל אמונה תופס המוות מקום מיוחד, וזוכה להתייחסות ולכבוד. לכך נוסף החשש האנושי מפני המוות, המלווה באמונות והשערות באשר לאפשרות של חיים שלאחר המוות (afterlife) (ראו גם אנגלרד, בעמ' 42). טקסי הקבורה והאבל אמנם שונים מתרבות לתרבות, וכך גם התפיסות באשר לאפשרות של המשכיות או של הישארות הנפש לאחר המוות. אך אף שהביטויים לערך של כבוד המת שונים הם – ההכרה ביחס מיוחד ובכבוד מיוחד למתים היא אוניברסאלית. אכן, כבר נכתב (בהקשר להסדרים לפינוי ולקבורת גופותיהם של פלסטינים שנהרגו במהלך קרב):

בתחום ההומניטרי ניתן לרוב להגיע לידי הבנה והסדר.
כבוד המת חשוב לכולנו, שהרי בצלם אלוהים נברא
האדם (בג"ץ 3114/02 ברכה נ' שר הביטחון, פ"ד נו(3)
11 (2002)).

הערך של כבוד המת, בעיקר לאור הדואליות שלו כערך המגן על המת ועל הציבור, עשוי אף להגביל את זכותו של אדם חי לפגוע בכבודו שלו – כמת (ראו בג"ץ 6167/09 אבני נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 18.11.2009), בו נדחתה בקשת העותר כי לאחר מותו גופתו תינתן למאכל חיות). ניתן אף לציין כי האפשרות להכיר בזכויות מסוימות ולהגן על מי שאינם נתפסים כבעלי זכויות, במובן הדווקני, במסגרת הזכות לכבוד האדם, הועלתה – להבדיל – גם בהקשר של בעלי חיים (בג"ץ 9232/01 "נח" ההתאחדות הישראלית של הארגונים נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נז(6) 212 (2003)).

33. יותר מכך, אם לא תוכר הזכות לכבוד המת ככוללת גם את הזכות לכבודם של קרובי המת – ואת אפשרותם לתבוע את מימוש הזכות הזאת – יהיו זכויות אלה כמעט ריקות מתוכן. דומה כי מסיבה זו לא היססו בתי המשפט, בשורה של הלכות, לקבוע כי כבוד המת הוא גם "כבודם של יקיריו". ההכרה בכך שכבוד המת הוא גם כבודם של בני משפחתו מובילה למסקנה כי הפגיעה בכבוד המת היא פגיעה ישירה בבני המשפחה. פגיעה זו מזכה את המשפחה בזכות תביעה כנגד המזיק. מטעמים אלה ניתן להוסיף כי אפילו היו בני משפחת הנפטר ניזוקים משניים – סבור אני כי ניתן היה להכיר בזכותם לפיצוי, וזאת בהמשך לפסק הדין בעניין לוי, שם נקבע כי נזקם של

הורים, שנפגעו כתוצאה מעוולה שבוצעה כלפי עובר שטרם נולד ונעדר כשרות משפטית, הוא בר פיצוי.

34. אכן, יש להישמר גם מפני הכרה בזכות רחבה מידי של המשפחה ביחס לקרובים המת. כך למשל, לא תמיד ניתן להניח כי המשפחה מייצגת את האינטרסים של המת בצורה הטובה ביותר. במקרים מסוימים עלול להתעורר חשש שמא לא ייצגו בני המשפחה נאמנה את רצונו האמיתי של הנפטר (ראו בירנהק, בעמ' 82, 85). כמו כן, במקרים מסוימים האפשרות לפעול בשם המת – דווקא היא פוגעת בכבוד המת. לעתים השמירה על כבודו של המת היא דווקא בכך שלא יתאפשר לנהל הליכים משפטיים בעניינו, על-מנת שהנפטר יוכל "לנוח על משכבו בשלום" (ת"א (שלום ת"א) 87908/01 אשכנזי נ' אלוני (לא פורסם, 17.03.2001) (לעניין תביעת בגין לשון הרע ופגיעה בפרטיות של המנוח); בירנהק, בעמ' 81). אלא שהמענה לחשש זה לא נמצא בויתור מוחלט על זכות התביעה בגין פגיעה בכבוד המת בכל המקרים. יש לבחון כל מקרה לגופו, בחינה עדינה ורגישה. עוד יש לזכור כי גם הזכות לכבוד המת, כיתר הזכויות, אינה זכות מוחלטת, ובכל מקרה יש לאזנה למול זכויות ואינטרסים המנוגדים לה (ראו גם עניין מוזיאון ויזנטל, פס' 164).

סופו של דבר, מאחר שהזכות לכבוד אינה נעלמת עם מותו של אדם, מאחר שהיא פורשה בפסיקה ככוללת גם את זכותם של בני משפחתו ומאחר שבעת היווצרות הפגיעה בכבוד המת אין הנפטר כשיר עוד לשאת בזכויות ובחובות – מקנה הפגיעה באוטונומיה של בני המשפחה, כשהיא בקשר עם ביצוע נתיחה בגופו של המנוח ועם הפגיעה הנלווית בכבוד המת, זכות תביעה לבני המשפחה. משכך, אין מקום להתערב בפסיקת בית המשפט המחוזי בעניין אחריות המשיבים לנזק שנגרם למערערות.

גובה הפיצוי

35. הסעד של "פיצויים עונשיים" הוא חריג בנוף הנזיקי – ובנוף המשפט האזרחי בכלל. הכלל הוא כי פיצויים נאמדים לפי הנזק שהתרחש בפועל, מתוך מטרה להיטיבו ולהשיב את מצבו של הנפגע – ככל שהדבר ניתן באמצעים כספיים – לקדמותו. כבר נכתב כי "תכלית זו שזורה ושלובה בעיקרון שלפיו אין אדם חב בפיצויים אלא בגין הנזק שגרם. עיקרון זה מקבל ביטוי בהתניית האחריות בנזיקין בקיומם של נזק שהוסב לניזוק ושל קשר סיבתי בין המעשה העוולתי לבין אותו נזק" (ראו: עניין אטינגר, בעמ' 562). לפיכך, אופן פעולתם הרגיל של דיני הנזיקין הוא כי התנהגותו העוולתית

של המזיק היא תנאי הכרחי להטלת אחריות, אולם משנקבעה אחריותו של המזיק, גובה הפיצויים הוא נגזרת של הנזק שנגרם לניזוק ולא של חומרת התנהגותו של המזיק.

לעומת זאת, פיצויים עונשיים נתפסים, באופן מסורתי, ככאלה שנשענים על רציונלים עונשיים כגון גמול והרתעה. הנזק הממשי שנגרם לניזוק מוטב, ברגיל, באמצעות פיצויים "רגילים", ואילו הפיצויים העונשיים משקפים סכום שהוא מעבר לנזק הממשי שנגרם לניזוק. הפיצויים העונשיים אינם שיקוף של הנזק שנגרם, אלא של התנהגות המזיק. לא השפעתם על הניזוק היא העיקר, כי אם השפעתם על המזיק. משום כך, למשל, הלך רוחו של המזיק הוא רלוונטי ביותר ביחס לפסיקת פיצויים עונשיים, ואינו רלוונטי כלל ביחס לשומת הפיצויים הרגילים.

36. אכן, "האופי הלא-תרופתי של הפיצויים העונשיים מהווה אתגר להבחנה המסורתית, החדה, בין המשפט האזרחי – המתמקד בפיצוי – לבין המשפט הפלילי – המתמקד בענישה. מקדמת דנא נתפס המשפט האזרחי כמבקש, בעיקרו, להסדיר יחסים בין פרטים, ובאספקלריה זו מסווגים הפיצויים העונשיים כאנומליה" (עניין אטינגר, בעמ' 563). חריגה זו מפעולתם הרגילה של דיני הנזיקין מובילה לקשיים עיוניים שונים בפסיקת פיצויים עונשיים (וראו הפירוט שם). כך למשל, נטען כי פסיקת פיצויים עלולה לקפח את המזיק, באשר היא שוללת ממנו את ההגנות הדיוניות והראייתיות הרגילות שעומדות לו בדין הפלילי. מן העבר השני, יש הטוענים כי פיצויים עונשיים מיטיבים עם הנפגע מעבר למגיע לו, באשר הם מוסיפים על הפיצוי התרופתי שניתן לו בגין נזקיו ובכך הם בבחינת "מתת-שמים" עבורו. אלא שלמול כל אלה עומדים גם נימוקים של ממש לטובת פסיקת פיצויים עונשיים במקרים המתאימים:

במישור העיוני נטען כי ההבחנה בין המשפט האזרחי לבין המשפט הפלילי אינה כה חדה, וכי שני ענפים אלה שולחים "זרועות" זה לזה ונוגסים זה בזה, ואף ניתן להבחין ב"שטח מפורז" של "משפט אזרחי-עונשי" (ראו למשל: רע"פ 2976/01 אס"ף נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(3) 418 (2002); ק' מן "סנקציות אזרחיות-עונשיות" עיוני משפט טז(2) 243 (1991)). במישור המעשי הודגש הערך המוסף הטמון בפסיקת הפיצויים העונשיים בעיקר באפקט ההרתעה והחינוך כנגד מעשים הראויים לגינוי, ובחיזוק ההגנה לזכויות הראויות לכך (ראו *Conway v. INTO* (1991) 2 I.R. 305). זאת, לא פעם בהקשרים או בנסיבות אשר ידו של המשפט הפלילי אינה מגעת אליהם. גם הטיעון בדבר windfall לניזוק זכה לתשובה

מסוימת, ולפיה " He can only profit from the windfall if the wind is blowing his way", ובלשון אחרת: הניזוק, שטרם וקידם את האינטרס הציבורי הטמון בפסיקת הפיצויים העונשיים, הוא המתאים ביותר לקבלתם (ראו *Cassell & Co. Ltd. v. Broome* (1972) (A.C. 1027)). עוד ראוי לציין כי מקום שבו התקיים גם הליך פלילי ביחס למעשה העוולה, ניתן להביא את תוצאותיו בחשבון הפיצויים העונשיים (לשיקולים אלה ואחרים ראו גם הדוח המפורט של ה- Law Reform Commission באירלנד, שפורסם בשנת 2000 תחת הכותרת " Restitutionary Damages (2000) (עניין אטינגר, בעמ' 563-564).

37. נוסף על כך, ישנן גישות המנתחות את הפיצויים העונשיים גם לאור מטרות "נזיקות" יותר. כך למשל, במסגרת הניתוח הכלכלי של דיני הנזיקין הוצע כי הפיצויים העונשיים מקדמים את התכלית של הרתעה יעילה. לפי תיאוריה זו, אין די בפיצויים התרופתיים הרגילים לשם קידום מטרה זו, שכן ישנם מקרים שבהם חרף ביצוע עוולה לא מוגשת תביעה בנזיקין מסיבות שונות, ובהן עלויות התביעה. מקרים אלה מפחיתים את תוחלת העלות של ההתנהגות המזיקה על-ידי הפחתת ההסתברות להטלת אחריות. פיצויים עונשיים עשויים לאזן את הפחתת ההסתברות להטלת אחריות בכך שהם מעלים את גובה האחריות. בחישוב התוחלת, פסיקת פיצויים עונשיים עשויה להביא להרתעה יעילה (ראו: A. Mitchell Polinsky & Steven Shavell, *Punitive Damages: An Economic Analysis*, 111 Harv. L. Rev. 869 (1998)).

ישנם גם הרואים בפיצויים עונשיים כלי הממלא תכליות תרופתיות ממש. לפי גישה זו, כשהמדובר בנזקים חברתיים מפוזרים (diffuse) ורחבי היקף, לא כל הניזוקים צפויים לתבוע בגינם וישנם אף נזקים שאינם בני תביעה כשהם מופיעים לבדם. פסיקת פיצויים עונשיים, לפי גישה זו, "מרפאה" נזקים שאכן התרחשו, אלא שהם לא התרחשו לאותו ניזוק שעומד לפני בית המשפט בתביעה המסוימת שנדונה (ראו: Catherine M. Sharkey, *Punitive Damages as Societal Damages*, 113 (Yale L. J. 347 (2003)).

38. מכל מקום, כיום מכירה גם הפסיקה בארץ בסמכותם של בתי המשפט לפסוק פיצויים עונשיים (ראו למשל: רע"א 1497/06 פלוני נ' פלוני (לא פורסם, 10.9.2006)), אולם אלה שמורים למקרים חריגים ביותר. חומרת מעשיו של המזיק משמשת אמת

המידה הכללית לפסיקת פיצויים עונשיים. בדרך כלל מתפרשת אמת מידה כמתייחסת למעשים מקוממים ונפשעים ביותר, שבוצעו מתוך כוונה (או "מעין כוונה") ולא ברשלנות גרידא. בעבר גם עמדתי על כך ש"ככל שמדובר בגישה המסורתית והמקובלת המתייחסת לפיצוי העונשי במונחים של גמול, חינוך וכד', סביר לומר שהנטייה לפסוק פיצוי זה תפחת במקום שתכליות אלה מוצו בהליך פלילי שהתקיים קודם לכן" (רע"א 9670/07 פלונית נ' פלוני (לא פורסם, 6.7.2009)). יש להוסיף, כי שיטות משפט שונות הכירו באפשרות לפסוק פיצויים עונשיים – במקרים חריגים ויצאי דופן – גם בתביעות המתבססות על עוולת הרשלנות (ראו למשל: P.H. F. Trindade & P. Cane, *The Law of Torts* 104 (Toronto, 2000); A. Phang & P.W. ; *Law of Torts in Australia* 530 (Melbourne, 3rd ed., 2001). Lee, *Exemplary Damages – Two Commonwealth Cases* 62 C.L.J. 32 (2003)). גם בישראל נשמעה עמדה דומה (ת"א (מחוזי-ים) 1459/96 לוי נ' הסתדרות מדיצינית הדסה (לא פורסם, 11.1.1998)). מנגד, בישראל נשמעה גם עמדה שלפיה יש מקום לדרוש יסוד נפשי מוגבר של "זדון" (ראו: ת"א (שלום-ים) 3795/03 עיזבון אבו ג'אבר נ' תוהמי, פס' 51-52 (לא פורסם, 11.12.2006)), וכך מנוסח סעיף 462 לתזכיר הצעת חוק דיני ממונות, התשס"ו-2006, שעניינו פיצויים לדוגמה ("בית המשפט רשאי לפסוק לנפגע פיצויים שאינם תלויים בנזק, אם מצא שההפרה נעשתה בזדון").

39. חרף ההבחנה העיונית החדה בין פיצויים עונשיים לבין פיצויים תרופתיים, מבחינה מעשית אין הניגודיות כה חריפה, למצער ביחס לפיצוי בלתי ממוני. יחסי הגומלין שמתקיימים בין פיצויים עונשיים לבין פיצויים בלתי ממוניים בעלי אופי תרופתי באים לידי ביטוי, לדוגמה, בעת בחינת חומרת התנהגותו של המזיק. ברי כי יש חפיפה משמעותית (אם כי לא מוחלטת) בין חומרת המעשים לבין חומרת הנזק שהם מסבים לזולת. ככל שהמעשה גורם לאדם אחר נזק משמעותי יותר, גוברת הנטייה לראות במעשה כחמור יותר. במקרים מסוימים, חומרת המעשה וגודל הנזק הבלתי ממוני כרוכים זה בזה כמעט עד לבלי הפרד. כך למשל, בת"א (מחוזי ת"א) 2191/02 אלמונית נ' פלוני (לא פורסם, 8.3.2006), הוטלו פיצויים עונשיים על אדם שהורשע בעבירות של סחר בנשים, תוך שנכתב כי: "יש לראות בעצם ההתנהגות האסורה מצד סוחרי הנשים, כאשר היא הוכחה, כמו במקרה זה, כראייה לכך שלקורבן נגרם נזק. יש לקבוע שבמקרה זה הסבל טבוע בעצם המעשה" (ההדגשה הוספה – א' ר'). אף שבית המשפט שם הפריד באופן ברור בין הסכומים שנפסקו כפיצויים בגין הנזק לבין הסכומים שנפסקו כפיצויים עונשיים, הרי שחומרת המעשים לימדה על עוצמת הנזק, ועוצמת הנזק שגרמו מעשיו של המזיק מגבירה, ובמידה מסוימת אף מגדירה, את חומרתם. השפעה הדדית כזו מוצאת לעיתים את ביטויה גם בפסיקה (ראו למשל:

רע"א 9670/07 הנ"ל, שם פסק בית המשפט המחוזי כי אין להוסיף על הסכום שנפסק בערכאה המבררת פיצויים עונשיים, אך הוסיף כי באותו סכום יש ממילא גם "סממנים עונשיים"; כן ראו: ת"א (שלום רמ') 3707/01 מדני נ' מטיקה (לא פורסם, 17.1.2005), שבו אומדן הפיצוי הבלתי ממוני נעשה תוך שנלקח בחשבון כי ייפסקו גם פיצויים עונשיים.

40. בניגוד לפיצויים עונשיים, מטרתם של הפיצויים המוגברים היא לרפא נזק ממשי שנגרם לניזוק, מקום בו הנזק הבלתי ממוני הוחמר עקב התנהגותו של המזיק. הפיצויים המוגברים מבטאים "הערכה כנה של הנזק שנגרם [לניזוק], כאשר נזק זה הוגבר על ידי התנהגותו הבלתי ראויה של המזיק" (א' ברק "פיצויים" דיני הנזיקין – תורת הנזיקין הכללית 579 (מהדורה שניה, ג' טדסקי עורך, תשל"ז). "תוספת הנזק" שבאה עקב ההחמרה היא הבסיס לפסיקת פיצויים מוגברים. ההבדל בין פיצויים עונשיים לבין פיצויים מוגברים תואר על-ידי בית המשפט הקנדי כך:

"...aggravated damages are given for conduct that shocks the plaintiff; exemplary (or punitive) damages for conduct which shocks the jury" (*Muir v. Alberta* (1996) 132 D.L.R. (4th) 695, 714).

41. החמרת הנזק הבלתי ממוני שהוסב לניזוק עלולה להיגרם עקב היסוד הנפשי של המעוול. כך למשל, מקום בו הניזוק מודע לכך שהמזיק התכוון לגרום לו נזק, עלולה ידיעה זו כשהיא לעצמה להחמיר את הפגיעה בניזוק, ולגרום לו זעזוע ועוגמת נפש נוספים על אלה שנגרמו לו עקב המעשה העוולתי עצמו. הידיעה כי אדם אחר התכוון לפגוע בו, עלולה להגביר את תחושותיו השליליות של הנפגע. יש אף הרואים בפיצוי המוגבר ביטוי לא לפגיעה החמורה יותר ברגשותיו של הניזוק, אלא לפגיעה בראש נזק נפרד של פגיעה בכבוד (A. Beever, *The Structure of Aggravated and Exemplary Damages* 23 Ox. J. Leg. Stud. 87 (2003)). כך או אחרת, ביצוע העוולה מתוך כוונה טומנת בחובה לעתים קרובות פגיעה נוספת בתחום הנזק הבלתי ממוני. בפגיעה מכוונת, כפי שהיטיב לתאר זאת Beever, טמונה האמירה כי הניזוק אינו ראוי להגנה על זכויותיו או אפילו להכרה בהן. קיומה של כוונה, לפיכך, עלול להגביר את הנזק הממשי שנגרם לניזוק ובה בעת היא משמשת אמת מידה לפסיקת פיצויים עונשיים. גם בכך ניתן לראות נקודת השקה בין תכליות "עונשיות" לבין תכליות "תרופתיות".

42. הגברת נזקו של הניזוק עלולה להתרחש גם עקב התנהגותו של המזיק סביב המעשים העוולתיים הישירים, שניתן לראותה גם כהתנהגות "נלווית" להתנהגות העוולתית. כך למשל, ביחס לעוולת לשון הרע נקבע כי:

התנהגותו של המזיק אף היא עשויה להשפיע על שיעור הנזק והערכתו. כך, למשל, התנצלות על דברי לשון הרע עשויה להקטין את הנזק שהם גרמו ובכך להשפיע על שיעור הפיצויים (ראו סעיף 19 לחוק). חומרת הפגיעה ברגשותיו של הניזוק ובשמו הטוב נמדדת לעתים בחומרת מעשיו וביטוייו של המזיק. ודוק, אין בכך פיצוי עונשי. זהו נזק מוגבר המביא לפיצוי מוגבר (aggravated) בשל התנהגות המזיק. כך, למשל, מזיק היודע כי דבריו אינם אמת והעושה כל מאמץ בבית-המשפט להוכיח את אמיתותם, עשוי לגרום להגברת נזקו של הניזוק ובכך להגביר את הפיצוי שלו הוא יהיה זכאי (רע"א 4740/00 אמר נ' יוסף, פ"ד נה(5) 510, 525 (2001)).

43. כאמור, הערעורים מתייחסים לשלושת סוגי הפיצויים הנזכרים: פיצויים תרופתיים רגילים שנפסקו בגין נזק לא ממוני (ובכלל זה בגין הפגיעה באוטונומיה); פיצויים מוגברים שנפסקו בגין התנהלות המשיבים בעת שהודיעו למערערות על קיומן של דגימות שלא נקברו בקבר הראשי או שלא נקברו בעת הלוויתו של המנוח, והתנהלותם לאחר מכן; ופיצויים עונשיים, שלא נפסקו במקרה זה.

תחילה ייאמר כי אין מקום לסטות מן הקביעה כי לא הוכח שבחלק מן הדגימות שנלקחו מגופת המנוח נעשה שימוש שלא לצורך גילוי סיבת המוות או מן הקביעה כי הנתיחה עצמה בוצעה בצורה נאותה ומקצועית. הבחינה הנפרדת של תקינות ביצוע הנתיחה ושל קיומה של הסכמה מדעת לביצועה – בדין יסודה. אכן, הוכח כי לקיחת דגימות ושמירתן תואמת את הסטנדרטים המקצועיים והמדעיים המקובלים. אמנם, לפי הדין בישראל סטנדרטים אלה אינם מהווים סוף פסוק, ולעיתים יהיה מקום לחרוג מהם על-מנת לאזן בין הצרכים המקצועיים לבין האינטרסים והזכויות של הנפטר ושל בני משפחתו. עם זאת, הפגיעה במערערות נהוותה עקב ביצוע הנתיחה ללא הסכמתן האמיתית והמלאה, ולא עקב ביצוע הליכים מיותרים מבחינה מדעית בגופת המנוח – אשר אילו בוצעו היה בהם ביזוי נוסף ועצמאי של גופת המנוח.

44. הסכומים שנפסקו למערערות אמורים לשקף הן את הנזק הבלתי ממוני שנגרם להן עקב ביצוע הנתיחה ללא שנתנו לכך הסכמה מדעת והן את הגברתו של נזק זה עקב התנהלותם המאוחרת של המשיבים. הנזק שנגרם למערערות עקב ביצוע הנתיחה הוא הזעזוע ועוגמת הנפש שנגרמו להן עקב ביצוע הנתיחה, כמו גם הפגיעה באוטונומיה שלהן. גרימת נזק ממשי של עוגמת נפש וזעזוע אינה מאיינת את הנזק הנוסף שנגרם עקב פגיעה באוטונומיה ומן הראוי כי הפיצויים שייפסקו יביאו לידי ביטוי את שתי הפגיעות האמורות, כמו גם את החמרתן עקב התנהלות המשיבים. הטבת הנזק שבפגיעה באוטונומיה צריכה להיעשות באמצעות פיצויים מתאימים, ולא "סמליים". כבר נכתב כי:

עתה, משראש הנזק נקלט בשיטתנו והושרש, בשלה העת לפסוק סכום פיצויים שאינו בהכרח "סמלי". כך דרכו של פיצוי כספי בגין רכיב נזק חדש. תחילה, די בפיצוי סמלי. ברם, בחלוף הזמן – כזכור, ניתן פסק דין דעקה בשנת 1999 בגין מקרה שארע בשנת 1988 – יש ליתן פיצוי הראוי מבחינה נורמטיבית על פי נסיבות המקרה (ע"א 9936/07 בן דוד נ' ענטבי, פס' 11 לפסק-דינו של השופט הנדל (לא פורסם, 22.2.2011))

מספר אלמנטים בהתנהגות המשיבים תרמו להחמרת נזקי המערערות, ובהם הפגיעה באוטונומיה. המערערות לא יודעו על נטילת דגימות מן הגופה ושמירתן במרכז עד לשנת 2002 – כשבע שנים לאחר מות המנוח; כאשר יידעו המשיבים את המערערות בעניין זה, נעשה הדבר בחוסר רגישות, תוך שהמשיבות נדרשו לאסוף את הדגימות שנקברו בקריית שאול בעצמן, וללא כלים של ממש לוודא כי הדגימות שאספו אכן משויכות למנוח; המשיבים לא עדכנו את המערערות מיוזמתם על כך שקברו חלק מן הדגימות בקבר הראשי בשנת 1997; ולבסוף, השימוש המחקרי שעשו המשיבים בדגימות שנלקחו מגופות של נפטרים אחרים, מבלי לקבל את הסכמת בני משפחותיהם, הגבירו את החששות וחוסר האמון של המערערות – כפי שפורט בהרחבה בפסק דינו של בית המשפט המחוזי. התנהגויות "נלוות" אלה של המשיבים יצרו נזק מוגבר, ויש בהן כדי להצדיק פסיקת פיצויים מוגברים.

במקרה זה, יש מקום להגדיל את הפיצוי שנפסק לאלמנה בגין הפגיעה באוטונומיה שלה, שהוחמרה כאמור על-ידי התנהלות המשיבים מאוחר יותר. לפיכך יש להוסיף לסכום שנפסק 150,000 ש"ח, בערכי יום מתן פסק-דינו של בית המשפט המחוזי. הסכומים שנפסקו לבנות יישארו על כנם.

45. אין מקום לשנות גם מהחלטת בית המשפט המחוזי שלא לפסוק למערערות פיצויים עונשיים. ראשית, המערערות לא הוכיחו כי המשיבים פעלו בכוונה לפגוע במשפחות הנפטרים, או אף באדישות לתוצאה זו. האפשרות כי המשיבים פעלו ממניעים פטרנליסטיים וכי מעשיהם נועדו – לפי הבנתם – להגן על רגשותיהם של בני משפחות הנפטרים, לא הופרכה והיא אף אינה בלתי סבירה. אמנם, אופן פעולתם של המשיבים במקרה זה לא היה תולדה של שגגה או תקלה חד-פעמית, והיא שיקפה אופן התנהלות רגיל ושגרתי באותה תקופה. גם ההימנעות מקבלת הסכמה מדעת של המערערות נעשתה בהחלטה מודעת, כפי שעולה אף מטיעוני המשיבים לפנינו, שביקשו לשכנענו כי למדיניות זו יתרונות משמעותיים. אלא שמודעותם של המשיבים מתייחסת להחלטה להימנע מקבלת הסכמה מדעת ולא לפגיעה הרגשית במערערות. אי מתן הסבר למערערות על אופי הנתיחה אינו השמטה מקרית אלא החלטה מודעת. עם זאת, אין היא מעידה בהכרח כי החלטה זו התקבלה מתוך אדישות לרגשותיהם של בני משפחות הנפטרים. באותו אופן, התנהלותם העקבית של המשיבים מלמדת כי הם היו מודעים לכך שהמערערות לא יוכלו להביא לקבורה בעצמם את כל חלקי גופתו של המנוח; אלא שאין היא מעידה על אדישות או כוונה לכך שהדבר יפגע במערערות. ואכן, הדגימות שנלקחו מגופתו של המנוח נקברו בשיתוף פעולה עם "חברה קדישא" ויש בכך כדי ללמד כי המשיבים ייחסו חשיבות לשמירה על כבוד המת, ומתוך כך להגנה על רגשותיהם של בני משפחות הנפטרים ועל רגשותיהם הדתיים בפרט. אמנם – לא היה זה מתפקידם להלביש לדאגה זו צורה שעמדה בניגוד להוראות הדין, ואף היה עליהם לצפות כי הימנעות מקבלת הסכמה אמיתית תביא לפגיעה גדולה יותר במשפחות בעתיד, עת ייוודע להן דבר לקיחת הדגימות בעת ביצוע הנתיחה. אולם מכאן ועד לקביעה כי המשיבים חפצו בתוצאה זו – רב המרחק.

לאור זאת, התנהלות המשיבים אינה מביאה להנחה כלשהי בדבר קיומה של כוונה לפגוע במערערות או אדישות לאפשרות הפגיעה בהן. המשיבים אמנם לא העידו בעלי תפקידים במרכז מטעמם ביחס להלך הרוח ששרר במרכז באותה תקופה, אלא שגם המערערות נמנעו מזימוןם לעדות. קיומו של הלך רוח מסוים במרכז בתקופה הרלוונטית הוא בסופו של יום עניין לתובע, החפץ בפסיקת פיצויים עונשיים, להוכיח. במצב דברים זה לא ניתן להסיק מהיעדר העדויות ממצא כלשהו לחובת מי מן הצדדים.

לפיכך, אפילו ניתן באופן עקרוני לפסוק פיצויים עונשיים גם בהיעדר כוונה של ממש מצד המזיק (אלא "רשלנות מקוממת" או אדישות לאפשרות שיגרורם נזק בלבד) – לא הוכח כי אכן זה היה הלך הרוח של המשיבים. בנוסף, אפילו היינו

מכירים עקרונית באפשרות לפסוק פיצויים עונשיים בהיעדר כוונה, היה הדבר שמור למקרים חריגים בחומרתם. מבלי להפחית מחומרת מקרה זה – אין זה אחד מאותם מקרים. במקרים רבים שבהם פסקו בתי המשפט פיצויים עונשיים דובר בעבירות אלימות או עבירות מין חמורות, ובכלל זה עבירות שבוצעו בקטינים, ואין מקרה זה דומה. ויודגש: אין בכך לומר שהכאב שנגרם למערערות אינו כאב אמיתי ומוחשי. אלא שחומרת המעשים אינה דומה. על-כן לא ראיתי להרחיב בסוגיה העקרונית של היסוד הנפשי הנדרש לצורך פסיקת פיצויים עונשיים.

46. בית המשפט המחוזי קבע את סכום הפיצוי הלא ממוני, כך ראוי להניח, בערכים מתאימים ליום פסק-הדין וממילא לא היה צריך לשערך את הסכום הזה. עם זאת, מצא בית המשפט המחוזי ליתן ביטוי למעבר הזמן בפסיקת ריבית. בכל אלה אין להתערב. שכן הטרחה שנפסק בבית המשפט המחוזי יתוקן בהתאם לסכום הפיצוי המתוקן, ויעמוד על סכום של 90,000 ש"ח ליום פסק-הדין של בית המשפט המחוזי.

התוצאה היא כי הערעור שמספרו ע"א 4576/08 מתקבל באופן חלקי, כך שלסכום הפיצוי לאלמנה יתווסף סכום של 150,000 ש"ח. הערעור שמספרו ע"א 5019/08 נדחה. המשיבים בע"א 4576/08 יישאו בהוצאות המערערים באותו הליך ובשכר-טרחת עו"ד בסכום של 10,000 ש"ח.

47. קראתי בעיון את חוות דעתו המפורטת של חברי, השופט י' עמית. אכן, עמדותינו במספר סוגיות הן שונות, ומשכך ראיתי לנכון להרחיב ביחס למקצת מן הטעמים שבבסיס עמדתי.

חברי השופט עמית סבור כי מקום בו קיים חשש שהמוות נגרם בפלילים, אין תחולה לחוק הפתולוגיה, וזאת אף אם הנתיחה בוצעה מכוח הסכמת בני המשפחה ולא מכוח צו שיפוטי. לעמדתו, המסגרת החוקית נקבעת לפי תכלית הנתיחה המבוקשת: באם המדובר בחשש לפלילים, יחול חוק חקירת סיבות מוות ובאם המדובר בצורך רפואי-מחקרי יחולו הוראות חוק הפתולוגיה. עמדתי בעניין זה, כאמור, שונה, שכן סבור אני כי על המסגרת החוקית להיקבע לפי מקור הסמכות לעריכת הנתיחה, שעליו מבקשים גורמי החקירה להסתמך. מקום בו מקור הסמכות הוא בצו שיפוטי, יחולו הוראות חוק חקירת סיבות מוות, המסדירות הליך זה. לעומת זאת, מקום בו מקור הסמכות הוא בהסכמת המשפחה, יחולו הוראות חוק הפתולוגיה, המסדירות את הסוגיות השונות הנוגעות להליך קבלת ההסכמה.

48. בהיעדר תחולה להוראות חוק הפתולוגיה כל אימת שמתעורר חשש לפלילים, הרי שמקורו של "מסלול חלופי", בדמות הסכמת בני המשפחה אינו ברור. למסלול כזה אין עיגון בהוראות חוק חקירת סיבות מוות וחוק זה לא מתיר עריכת נתיחה מכוח הסכמת בני המשפחה. לעניין זה לא ניתן להיעזר בסעיף 28 לחוק חקירת סיבות מוות, המורה כי "הוראות חוק האנטומיה והפתולוגיה, תשי"ג-1953, יחולו, בשינויים המחויבים לפי העניין, גם על בדיקה וניתוח לפי סעיף 26", וזאת שכן "בדיקה וניתוח לפי סעיף 26" הן כאלה הנערכות מכוח צו שיפוטי ולא מכוח הסכמת בני המשפחה. סעיף זה קובע כי חוק הפתולוגיה יחול בשינויים המחויבים על הנתיחה המבוצעת מכוח צו שיפוטי, והוא לא יכול לשמש מקור לסמכות לערוך נתיחה מכוח הסכמת בני המשפחה. כמו-כן לא ניתן לערוך היקש להוראות סעיף 6א לחוק הפתולוגיה, מקום בו פועלת ההנחה שלפיה תכליותיהם של שני דברי החקיקה הנדונים – חוק הפתולוגיה וחוק חקירת סיבות מוות – הן כה שונות ונפרדות עד שאין להחיל את הוראותיו של חוק הפתולוגיה על מקרים שבהם קיים חשש לפלילים. אם הסדריו של חוק הפתולוגיה אינם מתאימים למצב שבו קיים חשש לפלילים, הרי שלא ניתן גם "ליבא" הסדרים אלה בדרך של היקש.

49. אכן, כפי שעולה מן המובאות המוזכרות בחוות דעתו של חברי השופט עמית (ראו פסקה 8 לפסק-דינו), "מקום שחקירה משטרתית הצריכה ניתוחה של גווייה לשם בירור סיבת המוות, עמדו בפני המשטרה שני מסלולי פעולה אפשריים: האחד, על-פי סעיף 6 לחוק האנטומיה והפתולוגיה... האחר, על פי סעיפים 19 ו-26 לחוק חקירת סיבת המוות, בדרך של פנייה לשופט חוקר..." (בג"ץ 66/81 המפקח הכללי של משטרת ישראל נ' שופט בית-משפט השלום ברמלה, פ"ד לה (4) 337, 343 (1981)). כיום מותנה השימוש במסלול הקבוע בסעיף 6 לחוק הפתולוגיה בתנאים הקבועים בסעיף 6א לאותו חוק (ובראשם קבלת הסכמת המשפחה), אולם אין בכך כדי לשנות מן הקביעה הבסיסית שלפיה הדין מעמיד לפני המשטרה שני מסלולים חלופיים: פעולה לפי חוק הפתולוגיה או פעולה לפי חוק חקירת סיבות מוות. אף אחד משני מסלולים אלה אינו מתיר עריכת נתיחה מכוח הסכמת בני המשפחה לבדה. איני סבור כי יהא זה נכון ליצור מסלול שלישי, חלופי, המאפשר עריכת נתיחה באופן שאינו מוסדר באף אחד משני דברי החקיקה העוסקים בעניין זה.

יתירה מכך, אף איני סבור כי שאלת תכליתו המקורית של חוק הפתולוגיה מכריעה בעניין תחולתו על נתיחה המבוצעת על רקע חשש לפלילים. בנתיחה המבוצעת לצורך גילוי סיבת המוות, אף אם היא מבוצעת על רקע זה, מתקיימות גם תכליות

אחרות, של מחקר והוראה, ועל-כן אין מניעה, להשקפתי, לבצע נתיחה לפי הוראות חוק הפתולוגיה רק מן הסיבה שברקע ישנו גם חשש לפלילים.

50. מכל מקום, המדובר אכן במחלוקת שהיא עיונית בעיקרה במסגרת תיק זה, שכן אין חולק כי החובה לקבל הסכמה מדעת של בני המשפחה הופרה – בין אם במסגרת עוולת הרשלנות ובין אם במסגרת עוולת הפרת חובת חקוקה. איני סבור גם כי הפרשנות שמציע חברי, השופט עמית, גורעת מחומרת התנהגותם של המשיבים, שסברו לאורך כל הדרך כי הם פועלים מכוח חוק הפתולוגיה ועם זאת לא מצאו לנכון לקיים את מלוא הוראותיו. לעניין זה יודגש כי טענתם של המשיבים, שלפיה התנהלותם נבעה מפירוש שגוי של החוק, התבססה על הטענה כי חוק הפתולוגיה עצמו לא קובע חובה לקבל הסכמה מדעת, אלא אך הסכמה כללית, וכי אין חובה ליידע את בני המשפחה אודות מהות הנתיחה. המשיבים לא טענו כי לחוק הפתולוגיה אין כלל תחולה בעניינם. גם הטענה כי לא נדרשת חתימתם של שלושה רופאים לצורך ביצוע הנתיחה התבססה על פרשנות של חוק הפתולוגיה גופו (הגם שפרשנות זו הועלתה, כאמור, לראשונה בערעור) ולא על הסברה כי חוק הפתולוגיה לא חל.

51. סוגיה נוספת שראיתי לנכון להידרש לה היא האפשרות לפסוק פיצוי בגין פגיעה באוטונומיה בנוסף לפיצוי בגין נזק לא ממוני. לפי הנימוק הראשון שמציע חברי השופט עמית בתמיכה לעמדתו, "אין לפסוק פיצוי הן בגין אי הסכמה מדעת והן בגין פגיעה באוטונומיה, מאחר שיהא בכך כפל פיצוי בגין אותה פגיעה". אלא שמקום בו עילת התביעה נסמכת על היעדר הסכמה מדעת, אין הפיצוי נפסק בגין היעדר ההסכמה כאמור, אלא בגין הנזק הממשי שנגרם עקב ביצועה של פעולה, אשר אילו היה הניזוק מיודע לגביה כיאות, הוא לא היה נותן את הסכמתו לביצועה והנזק היה נמנע. העילה שבגינה נקבעת אחריותו של המזיק היא הימנעותו מקבלת הסכמה מדעת, אולם הנזק הוא הנזק המוחשי שנגרם עקב הפעולה שננקטה. כך, מקום בו בוצע הליך רפואי ללא הסכמה מדעת, ועקב ההליך נגרם לניזוק נזק גוף, הרי שהפיצוי "בגין אי הסכמה מדעת" ניתן למעשה בגין נזק הגוף שנגרם, ואשר היה נמנע אילו הניזוק היה מיודע כיאות ומסרב לביצוע ההליך. לעומת זאת, הפיצוי בגין פגיעה באוטונומיה משקף נזק אחר, בלתי ממוני, שנובע מעצם הפגיעה ברצון החופשי. משהמדובר בשני נזקים נפרדים, איני רואה בפסיקתם במצטבר משום כפל פיצוי.

אמנם, כדברי חברי, במקרים רבים הפגיעה באוטונומיה היא נזק משני ביחס לנזקי הגוף, ומשכך לא נפסק בגינו פיצוי נפרד. אלא שאין בכך כדי לאיין נזק שנגרם בפועל, במקרים שבהם הוא לא זניח. כבר בעניין דעקה נקבע כי ראש הנזק של פגיעה

באוטונומיה נפרד ומובחן מנזקי הגוף שנגרמו לניזוק עקב טיפול רפואי שניתן ללא הסכמה מדעת. חשיבותו של ראש נזק זה גוברת מקום בו אין בצידו גם נזק גוף, אולם קיומו העצמאי נותר בעינו גם אם נגרם בצידו נזק גוף (וראו גם: אליעזר ריבלין "פיצויים בגין נזק לא מוחשי ובגין נזק לא ממוני – מגמות הרחבה" ספר שמגר – מאמרים חלק ג 21, 44 (2003)).

52. כאשר לנימוק השני שמציג חברי, ולפיו הנזק שבפגיעה באוטונומיה הוא למעשה פגיעה רגשית, שהפיצוי בגינה נכלל במסגרת הפיצוי הבלתי ממוני הכולל, מסכים אני באופן עקרוני כי אכן נגרמת פגיעה רגשית עקב שלילת האוטונומיה, וכי ניתן לסווג גם את הפיצוי בגין פגיעה זו כפיצוי בלתי ממוני. אבל – אפילו נראה בפיצוי זה משום פיצוי בגין פגיעה ברגשות ולא בגין פגיעה בזכות, הרי שאין בכך כדי לייתר, במקרים המתאימים, התייחסות נפרדת להיבט נפרד זה של הנזק הלא ממוני. כך למשל, ובדומה, לעיתים נוהגים בתי המשפט להפריד בין הפיצוי בגין כאב וסבל לבין הפיצוי בגין קיצור תוחלת חיים (ולאחרונה נדון גם ראש הנזק של אובדן הנאות החיים, וראו: ע"א 4022/08 אגבבה נ' המועצה המקומית פרדס חנה כרכור (לא פורסם, 21.10.2010)), אף ששניהם היבטים שונים של הנזק הלא ממוני. במקרים אחרים, נפסק פיצוי בלתי ממוני בשיעור כולל, המבטא את מכלול ההיבטים של נזק זה ומבלי להידרש לחלוקה הפנימית שבין הרכיבים השונים. הבחירה בין התייחסות נפרדת לכל מרכיבי הנזק הבלתי ממוני לבין התייחסות בסכום כולל, מושפעת משיקולים שונים, שביניהם ניתן למנות את מידת האפשרות להפריד בין ההיבטים השונים; את הדומיננטיות היחסית של היבטים שונים; ואת שאלת הצורך ליתן התייחסות מיוחדת להיבט מסוים, כיוון שזה עשוי לעורר שאלות ייחודיות או כיוון שבכך ניתן לתאר באופן מדויק יותר את טיב הנזק שנגרם. הבהרת היחס בין הרכיבים השונים של הנזק הבלתי ממוני אף עשוי לתרום לאחידות רבה יותר בפסיקת פיצויים בראש נזק זה, שכן יש בכך כדי להבהיר כיצד השיקולים השונים הביאו את בית המשפט לתוצאה המספרית. מנגד, ישנם מקרים שבהם אין תועלת מרובה בהפרדה בין הרכיבים השונים של הנזק הלא ממוני, ואז עשויה התייחסות נפרדת לגרום לבזבוז משאבים שיפוטניים שלא לצורך.

53. במקרה זה, כאמור, סבור אני כי הדרישה לקבלת הסכמת בני המשפחה לנתיחה הוספה לחוק הפתולוגיה מתוך מגמה ברורה להגן על חופש הבחירה של בני המשפחה ביחס לנושא רגיש זה. הפגיעה בחופש הבחירה היא בליבו של הפגם בהתנהלות המשיבים. היבט זה של הנזק הבלתי ממוני – הוא הפגיעה באוטונומיה – אף עורר שאלות עיוניות ייחודיות, שלא התעוררו ביחס להיבטים אחרים של הנזק הבלתי ממוני,

כגון הזעזוע ועוגמת הנפש שנגרמו לאלמנה ולבנותיה. נוסף על כך, מקרה זה מדגים היטב כי הנזק בגין פגיעה באוטונומיה נבדל מן הנזק הבלתי ממוני הכרוך בעצם ביצוע הנתיחה. לצורך ההדגמה, ניתן להצביע על כך כי פגיעה רגשית מסוימת הייתה, כנראה, נגרמת למערערות אפילו הייתה הנתיחה מבוצעת מכוח צו שיפוטי, אך זו הייתה שונה באופן משמעותי מן הפגיעה שנגרמה להן עקב ביצוע הנתיחה ללא התחשבות בזכויותיהן. לאור מכלול השיקולים, ראוי לעמדותי במקרה זה לשום בנפרד את הנזק בגין הפגיעה באוטונומיה וליתן לו ביטוי משלו. עם זאת, באופן עקרוני איני חולק על כך שניתן גם לפסוק פיצוי כולל בגין הנזק הבלתי ממוני, אשר יבטא בתוכו גם את הפגיעה באוטונומיה.

54. חברי השופט עמית נדרש לשתי סוגיות נוספות ביחס לנזק של פגיעה באוטונומיה: האחת, שאלת הסיווג כעוולה או כראש נזק; והשנייה, השאלה אם ניתן לראות בפגיעה באוטונומיה נזק אובייקטיבי, לא תוצאתי, הנפרד מן התחושות השליליות שנגרמות בעטיו. דיון מקיף בסוגיות אלה חורג ממסגרת הדיון כאן, שכן במקרה זה ניתן לבסס את הפיצוי בגין הפגיעה באוטונומיה אף במסגרת הדוקטרינות המוכרות שבוססו בפסיקה. עם זאת, אומר בקצרה כי סבור אני שניתן לעגן את הפיצוי בגין פגיעה באוטונומיה גם בדרך של הכרה בעוולה של פגיעה בזכות חוקתית וכי לדרך זו יתרונות משלה.

55. סיכומי של דבר, סבור אני כי ראוי ליתן ביטוי נפרד לפגיעה באוטונומיה של המערערות. כבר נקבע בפסק-הדין שניתן בעניין בן דוד כי על הפיצוי בראש נזק זה להיות פיצוי מהותי ולא סמלי, כמפורט בפסקה 44 לעיל. כן סבור אני כי יש ליתן ביטוי ממשי להגברת הנזק עקב התנהלותם של המאוחרת של המשיבים. משכך, אם תתקבל עמדתי, נורה על הגדלת סכום הפיצויים לאלמנה, כמפורט בפסקה 46 לעיל.

המשנה-לנשיאה

השופט י' עמית:

1. בית משפט קמא הדגיש בפסק דינו את העובדות הבאות: היה צורך בביצוע הניתוח; כל הכרוך בנתיחה עצמה בוצע על פי הסטנדרטים המקצועיים; הנתיחה בוצעה כראוי; הנתיחה הצריכה נטילת הדגימות; היה צורך לשמור את הדגימות למשך מספר שנים. למרות זאת, מצא בית משפט קמא לחייב את המדינה לפצות את

המערערות בפיצויים מוגברים מהטעמים הבאים: הפרה כפולה של חוק האנטומיה והפתולוגיה, התשי"ג-1953 (להלן: חוק הפתולוגיה), בכך שלא ניתן אישור של שלושה רופאים לניתוח ובכך שהאלמנה לא הוחתמה על הטופס על פי התקנות; היעדר הסכמה מדעת של האלמנה, הן מאחר שהסכמתה ניתנה תחת אילוץ והן מאחר שלא הוסבר לה כי הניתוח כרוכה בנטילת דגימות ושימורן; התנהלותם של המשיבים לאחר מכן – הדרך בה הובאו השרידים לקבורה והדרך בה הודע הדבר למערערים.

חברי, המשנה לנשיאה, אימץ את מסקנות בית משפט קמא ואף סבר כי יש להוסיף פיצוי בגין פגיעה באוטונומיה מעבר לפיצוי בגין נזק לא ממוני.

2. דעתי שונה מדעתו של חברי במספר נקודות. לטעמי, יש לדחות את ערעור המערערות ולקבל בחלקו את ערעור המדינה. על מנת לחדד את הדברים, אקדים ואציג את השורה התחתונה אליה הגעתי בכל אחד מהנושאים העומדים לדיון:

א. קיימת לאקונה משפטית בסיטואציה של נתיחה לחקירת סיבת מוות בשל חשש לפלילים, כאשר הסכמת המשפחה ניתנת ללא צורך בצו שיפוטי.

ב. אין לראות את המשיבים כמי שפעלו בניגוד לחוק הפתולוגיה וממילא אין לייחס להם עוולה של הפרת חובה חקוקה.

ג. המשיבים פעלו בשעתו על פי פרקטיקה לא ראויה, ויש להכיר אפוא בעילת תביעה מכוח עוולת הרשלנות בשל היעדר הסכמה מדעת של המערערות. המשיבים אף התנהלו באופן רשלני בדרך בה הביאו את הדברים שנים מאוחר יותר לידיעת המערערות.

ד. אין מקום לפסוק פיצוי בגין פגיעה באוטונומיה §111 לפיצוי בגין נזק לא ממוני.

ה. אין מקום לפסיקת פיצויים עונשיים, אף לא פיצויים מוגברים. נהפוך הוא, יש להפחית את הפיצוי שנפסק למערערות.

העובדות הצריכות לעניין תוארו בהרחבה על ידי חברי, כך שיכולים אנו לפנות לעיצומם של דברים, ואפתח בשאלת הדין החל על המקרה שבפנינו.

3. כמעט כל מקרה מוות שנחזה כנגרם תוך ביצוע עבירה מצריך ניתוח או בדיקה שלאחר המוות כנדבך חיוני לצורך ההליך הפלילי. על חשיבותה של הנתיחה שלאחר המוות לאינטרס הציבור, כמו גם לבני משפחת הקרוב, לא יכולה להיות מחלוקת. כל שופט היושב על מדין בעבירות פשע חמור כרצח או הריגה, יודע כי אפילו במקרים שסיבת המוות ברורה לכאורה – כמו במקרה בו עסקינן שהמנוח הוכה פעמים רבות בראשו בגרון – עשויות לעלות טענות שונות לגבי סיבת המוות. מכאן נחיצותה של חוות הדעת הפתולוגית הכרוכה פעמים רבות בנתיחה לאחר המוות – אם על מנת לבסס ולאשש קיומו של קשר סיבתי תוך התחקות אחר הליך הגרימה; אם על מנת לשלול טענות הגנה אפשריות של מי שעשויים לעמוד לדין בעקבות החקירה המשטרתית (כמו טענה לקיומן של מחלות או תופעות רפואיות שעשויות היו להשפיע על הופעת המוות); ואם על מנת לשלול את האפשרות כי המוות נגרם כתוצאה מעבירה (יוסף אלרון "השופט החוקר על פי חוק חקירת סיבות מוות, תשי"ח-1958" 199 שמגר חלק ב' 329 (2003) (להלן: אלרון); מרדכי ארגמן "חקירת סיבות מוות, פונקציות וסמכויות – מחקר משווה ביקורתי של המודל הישראלי בהשוואה למודלים שונים ברחבי העולם" (עבודת גמר לתואר "דוקטור לפילוסופיה", אוניברסיטת חיפה – הפקולטה למשפטים, 2010) (להלן: ארגמן)).

לא למותר לציין את הצורך בנטילת דגימות ושמירתן לצרכי משפט. הדברים נכונים במיוחד בהאידנא, כאשר טענות לנזק ראייתי ולמחדלי חקירה מועלות חדשות לבקרים על ידי ההגנה במשפטים פליליים, וכאשר משפטים פליליים עשויים להתארך שנים עד למתן פסק דין חלוט (על הצורך בנטילת רקמות ואיברים ושמירתם כחלק בלתי חשוב ובלתי נפרד של חקירת סיבת מוות ראו משה דה-פז ויואל ליפשיץ "נתיחה רפואית-משפטית הצורך בנטילת ושמירת רקמות ואיברים היבטים משפטיים ונוהליים מקובלים בישראל ובעולם" רפואה ומשפט 28, 28 (2003) (להלן: דה-פז וליפשיץ)).

4. במקרה של מוות המעורר חשש לפלילים, ומשלא ניתנת הסכמה של בני המשפחה לנתיחה שלאחר המוות, נוהגת המשטרה לפנות, כעניין שבשגרה, לבית משפט השלום מכוח סעיף 19 לחוק חקירת סיבות מוות, התשי"ח-1958 (להלן: חוק חקירת סיבות מוות). שופט בית משפט השלום רשאי, בכובעו כשופט חוקר ומכוח סמכותו לפי סעיף 26 לחוק, להורות, בין היתר, על בדיקה או ניתוח של הגווה (הסדר דומה המתייחס לחקירת סיבת מוות של חיילים, קבוע בסעיף 1298(א) לחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955).

5. סעיף 28 לחוק חקירת סיבות מוות קובע כי "הוראות חוק האנטומיה והפתולוגיה, התשי"ג-1953 יחולו, בשינויים המחוייבים לפי הענין, גם על בדיקה וניתוח לפי סעיף 26", ואילו סעיף 9 לחוק הפתולוגיה קובע כלהלן:

חוק זה לא יפגע בהוראות חוק חקירת סיבות מוות, התשי"ח-1958, אולם שופט חוקר כאמור באותו חוק לא יצווה על ניתוח גוויה אלא אם ראה שיש יסוד סביר לחשש שהמוות נגרם בעבירה או ברשלנות או בהזנחה, ולאחר שניתנה לאחד מבני המשפחה הודעה על כוונתו לצוות כאמור; התייצב אחד מבני המשפחה או אדם או גוף בעל ענין בהליך כאמור, תינתן לו הזדמנות להשמיע את דבריו (הדגשה הוספה – י.ע.).

ברי כי המשטרה אינה יכולה להודיע לבני המשפחה על כוונתו של השופט להורות על נתיחה שלאחר המוות, שהרי השופט עצמו לא יודע מה תהא החלטתו כל עוד הבקשה לא הובאה בפניו ולא נערך בפניו דיון במעמד הצדדים. לכן, יש לפרש את הדברים כך, שעל המשטרה לומר לבני המשפחה כי בהיעדר הסכמה לניתוח בדעתה לפנות לבית המשפט בבקשה לצוות על נתיחה שלאחר המוות, ככל שאכן יש בכוונתה לפעול בדרך זו.

6. מן העבר השני, סעיף 6(א) לחוק הפתולוגיה קובע כלהלן:

"מותר לרופא לנתח גוויה לשם קביעת סיבת המוות או כדי להשתמש בחלק ממנה לריפוי של אדם, אם נקבע בתעודה שנחתמה על ידי שלושה רופאים שהוסמכו לכך בהתאם לתקנות כי הניתוח משמש לאחת המטרות האמורות (ההדגשה הוספה – י.ע.).

תקנה 12 לתקנות האנטומיה והפתולוגיה, התשי"ד-1954 (להלן: תקנות הפתולוגיה) קובעת כלהלן:

(א) הרופאים המוסמכים לקבוע בתעודה שנחתמה על ידיהם שניתוח גוויה משמש לאחת המטרות המותרות לפי החוק כאמור בסעיף 6 לחוק, הם:
(1) לגבי אדם שמת בבית חולים - הרופא שטיפל בו באחרונה לפני מותו, מנהל של בית החולים או ממלא מקומו, ומנהל המחלקה של בית החולים שבה מת האדם או ממלא מקומו;

(2) (א) לגבי אדם שמת מחוץ לבית חולים - הרופא שטיפל בו באחרונה לפני מותו, ואם לא היה בטיפולו של רופא - כל רופא אחר, רופא ממשלתי ומנהל בית חולים או מנהל המכון הפתולוגי לרפואה משפטית על שם ליאופולד גרינברג, ובהעדרו - ממלא מקומו;
 (ב) היה האדם המת חייל, יכול שיהיה אחד משלושת הרופאים קצין רפואה ראשי של צה"ל או רופא אחר שהוא הסמיך ודרגתו אינה פחות מסגן אלוף.

חברי, המשנה לנשיאה, סבור כי חוק הפתולוגיה קובע בצורה ברורה כי יש לקבל את הסכמת בני המשפחה וכמו בית משפט קמא, סבור אף הוא כי המשיבים הפרו את הוראת סעיף 6 לחוק הפתולוגיה. למסקנה זו איני יכול להסכים. לטעמי, אין להחיל ישירות את הוראות חוק הפתולוגיה במקרה דנן ובמקרים דומים אחרים. למעשה, קיימת לאקונה בחוק לגבי מצב בו ניתנת הסכמת המשפחה לנתיחת הגופה לצורך חקירת סיבות מוות שמקורן בחשש לפלילים, כאשר הסכמה זו מייתרת את הצורך בפנייה לבית המשפט או בקבלת צו שיפוטי. אנמק להלן את מסקנתי.

7. חוק חקירת סיבות מוות וחוק הפתולוגיה קובעים שני מסלולים מקבילים לכאורה לניתוח שמטרתו חקירת סיבת המוות. אלא שהתכלית שבבסיסם של שני חוקים אלה היא שונה. חוק הפתולוגיה נועד מלכתחילה להסדיר את הנושא של נתיחות שלאחר המוות לצרכי הוראה, מחקר ולימוד (וראו גם תקנות האנטומיה והפתולוגיה (ניתוחים במקרים מיוחדים), התשמ"ה-1985, שעניינן בניתוח גוויה בשל חשש למחלה מידבקת או מחלה לא מוכרת בישראל או לא מזוהה).

את סעיף 6 לחוק הפתולוגיה, יש לפרש אפוא כמתייחס לניתוח שנועד לקביעת סיבת המוות לצרכי רפואה ומחקר, בעוד שחוק חקירת סיבות מוות עניינו בקביעת סיבת המוות לצרכים פליליים-משטריים. כך עולה מדברי ההסבר להצעת חוק האנטומיה והפתולוגיה, התשי"ג-1953, ה"ח 162, שם נאמר, בין היתר, כלהלן:

"כן מוצע להתיר ניתוח גוויות לשם קביעת סיבת המוות. מטרת ניתוחים אלה היא לקבוע את סיבת המוות במקרה ספק ולסייע בכך גם להתמחותם והתקדמותם המקצועית של הרופאים וכן לעזור למניעת מחלות, כגון על ידי הדרכת בני משפחת הנפטר בנקיטת אמצעי זהירות, כשקיים חשש של מחלה תורשתית.

בימינו משתמשת הרפואה בחלקי גויה לריפויים של בני אדם, כגון לשם הרכבה או לשם מילוי מקומם של אברים חסרים. החוק מציע להתיר את השימוש בחלקי גויה לצורך זה. ניתוחים כאלה מותנים בהיתר של שלושה רופאים (סעיף 6).

הנה כי כן, לפני המחוקק עמדה בעיקר הסיטואציה של תרומת איברים או צרכי מחקר והדרכה. מכאן הדרישה של המחוקק בחוק הפתולוגיה לחתימה של שלושה רופאים בנוסף לקבלת הסכמתה המפורשת של המשפחה, בעוד שלצורך חקירת סיבת מוות בשל חשש לפלילים, די בחובת הודעה למשפחה ושמיעת עמדת בני המשפחה.

ההבחנה מעוגנת לטעמי גם בהגיון ובשכל הישר. דרישה לקבלת הסכמה של שלושה רופאים לבירור סיבת מוות על רקע פלילי היא מוקשית. פעמים רבות, הצורך הראשוני בבירור סיבת המוות קשור לשורה של ראיות חיצוניות שאינן נוגעות בהכרח לעניינים שברפואה משפטית (כגון עדויות על כך שהמנוח הותקף, ראיות לפריצה שבוצעה בבית בו נמצאה הגופה וכיו"ב). בכגון דא, לחוקר המשטרה, ולא לרופא שטיפל לאחרונה במנוח, יש את המידע הנחוץ לבחינה ראשונית של השאלה אם יש הצדקה לכאורית לניתוח לצורך קביעת סיבת המוות. מטעם זה, וככל שהמשפחה מתנגדת לניתוח, עוברת ההכרעה לפתחו של שופט בית משפט השלום, שעליו לבחון ולהכריע על סמך מכלול העובדות המובאות בפניו, אם קיים חשש סביר שהמוות נגרם בעבירה ואם יש בחשש זה כדי להצדיק נתיחה לבירור סיבת המוות.

8. על ההבחנה בין המסלול של חוק הפתולוגיה למסלול של חוק חקירת סיבות מוות עמד השופט ברק (בתוארו אז) בבג"ץ 66/81 המפקח הכללי של משטרת ישראל נ' שופט בימ"ש השלום ברמלה מר א' בייזר, פ"ד לה (4) 337 (1981):

"נמצא, כי מקום שחקירה משטרתית הצריכה ניתוחה של גויה לשם בירור סיבת המוות, עמדו בפני המשטרה שני מסלולי פעולה אפשריים: האחד, על פי סעיף 6 לחוק האנטומיה הפתולוגיה, בדרך של פניה לשלושה רופאים לשם קבלת תעודה שניתוח הגויה משמש לקביעת סיבת המוות. הוראות ביצוע בענין זה נקבעו בתקנה 12 לתקנות האנטומיה והפתולוגיה, תשי"ד-1954. משניתנה התעודה האמורה, 'מותר לרופא לנתח גויה'; האחר, על פי סעיפים 19 ו-26 לחוק חקירת סיבת המוות, בדרך של פניה לשופט חוקר לחקור בסיבת המוות (על-פי סעיף

19), תוך בקשה כי יצווה על ניתוח הגוויה (על-פי סעיף 26) שכן הדבר דרוש לבירור סיבת המוות. הלכה למעשה נקבעו נוהלים פנימיים באלו מקרים יש לעשות שימוש במסלול הראשון (על פי חוק האנטומיה והפתולוגיה) ובאלו מקרים יש לעשות שימוש במסלול השני (על-פי חוק חקירת סיבות המוות). נוהלים אלה נקבעו בהנחיות היועץ המשפטי לממשלה (ראה הנחיות היועץ המשפטי לממשלה, הנחיה 21.050 מיום 1.1.68). [] ... אשר למסלול הקבוע בסעיפים 19 ו-26 לחוק חקירת סיבות מוות, הרי בכל הנוגע למקרה בו קיים יסוד סביר לחשש שמותו של אדם נגרם בעבירה, לא חל כל שינוי בעקבות החלפתו של סעיף 9 לחוק האנטומיה והפתולוגיה. כבעבר כן עתה רשאי שופט חוקר לחקור בסיבת המוות אם יש יסוד סביר לחשש שמותו של אדם נגרם בעבירה. כבעבר כן עתה רשאי שופט חוקר, אשר הכיר בקיומו של יסוד סביר לחשש שמותו של אדם נגרם בעבירה, להורות על ניתוח הגוויה, אם ראה שהדבר דרוש לבירור סיבת המוות. נמצא כי שאלת המפתח היא אם קיים יסוד סביר לחשש שהמוות נגרם בעבירה" (שם, בעמ' 343-344).

[במאמר מוסגר, אציין כי הנחיה 21.050 של היועץ המשפטי לממשלה הנזכרת לעיל, הוסרה מקובץ ההנחיות בשנת 2003 - ככל הנראה בעקבות דו"ח סגלסון – וטרם נוסחו הנחיות חדשות. בקובץ ההנחיות של היועץ המשפטי לממשלה נאמר כי "אין להסתמך על הנחיות שהוסרו. עם זאת, אין מניעה מאזכורן של הנחיות שהוצאו מן הקובץ המעודכן והן בבחינת חוות-דעת, תוך ציון שהן הנחיות היסטוריות, אשר אינן מהוות חלק מקובץ הנחיות היועץ המשפטי לממשלה".]

השופט טירקל, שהיה באותה פרשה בדעת מיעוט, סבר אף הוא כי יש להבחין בין שני המסלולים:

"כפי שציין חברי הנכבד ניתן היה לנתח את הגוויה לשם בירור סיבת המוות גם מכוחו של סעיף 6 לחוק האנטומיה, ודומה שגם הוראת סעיף זה תומכת באמור לעיל. יצירתם של שני אפיקים חוקיים מקבילים לצורך קביעת סיבת מותו של אדם בדרך של נתיחה מדגישה ביתר שאת את כוונתו של המחוקק להבדיל בין קביעת סיבת המוות לצרכים פליליים משטרתיים, היינו - גילוי עבירה, לבין קביעתה לצרכים רפואיים מדעיים" (הדגשה שלי – י.ע.).

חברי עמד על כך שסעיף 6 לחוק הפתולוגיה תוקן בשנת 1980, אז נוספה הדרישה לקבלת הסכמת בני המשפחה. אך אין בתיקון זה כדי לשנות את תכלית החוק, כפי שעולה, בין היתר, מדברי ההסבר להצעת החוק (ה"ח 1490), שם נאמר: "החוק הקיים מסדיר ענייני ביתור גוויות ונתיחתן. תוך הפעלתו התעוררו בחלקים של הציבור בקורת ותגובות שליליות לגבי עריכת ניתוחים שלאחר המוות, אף במסגרת החוק. החוק המוצע בא לתת תשובה לביקורת ולהתחשב בעמדת הנפטר ובני משפחתו הקרובים". הצורך בהסכמת בני המשפחה, לא בא אפוא לשנות את תכליתו ותחולתו של החוק.

9. בית משפט קמא קבע כי היה על המשטרה לקבל את הסכמת האלמנה על גבי טופס מיוחד שנוסחו קבוע בתקנות הפתולוגיה. תקנה 2 לתקנות אלה מפנה לטפסים שבתוספת לתקנות, והטופס הרלוונטי לענייננו הוא טופס 4 שנוסחו בתקופה הרלוונטית לענייננו היה כלהלן:

"הסכמת בן משפחה לניתוח שלאחר המוות"

אני [שם משפחה, שם פרטי], בעל ת"ז [...], מסכים לניתוח שלאחר המוות של [שם משפחה, שם פרטי].

[חתימה]

[תאריך]

קרבת החותם לנפטר (בן זוג/ילד/ ילד/ הורה/ אח/ אחות)"

בעקבות דו"ח סגלסון, לגבי אי סדרים שנתגלו במרכז הפתולוגי באבו כביר בנוגע לנטילת דגימות לצרכי מחקר ולשימוש בהן, תוקן טופס 4 בשנת 2005 – כעשר שנים לאחר המקרה שבפנינו – ונוסחו דהיום הוא כלהלן:

"הסכמת בן משפחה לניתוח שלאחר המוות"

אני [שם משפחה שם פרטי] בעל ת"ז [...] מסכים לניתוח שלאחר המוות של [שם משפחה ושם פרטי] ולשימוש בדגימות שניטלו ממנה לצורכי מחקר, הוראה ובקרת איכות. הגבלות [_____] (אם ההסכמה מוגבלת רק לנתיחה או לשימוש בחלק מהדגימות יש לציין זאת)".

הנה כי כן, אפילו לאחר התיקון משנת 2005, הטופס על פי התקנות מאפשר לבן המשפחה להסתייג ולסרב לשמירת דגימות או לשימוש בהן "לצורכי מחקר, הוראה ובקרת איכות". לא בכדי אין בטופס כל רמז לצורך בשימור דגימות לצרכי חקירה ומשפט, באשר חוק הפתולוגיה לא נועד מלכתחילה למקרים של בירור סיבת המוות מחשש לעבירה פלילית. לגבי ניתוח כאמור, הניח המחוקק כי יחולו הוראות חוק חקירת סיבות מוות. מכאן, שאפילו אם היו מחתימים את האלמנה על גבי הטופס הנ"ל, לא היה בכך כדי להביא לידיעתה כי הניתוח כרוך בנטילת דגימות ושמירתן משך שנים לאחר מכן לצרכי חקירה ומשפט.

10. חוק הפתולוגיה לא נועד אפוא מלכתחילה לחול על נתיחה לחקירת סיבת מוות בשל חשש לפלילים. ברם, גם הוראות חוק חקירת סיבות מוות לא חלות ישירות בענייננו, באשר לא הייתה פניה לבית המשפט וממילא לא ניתן צו שיפוטי המורה על ניתוח גופת המנוח. מכאן מסקנתו של חברי, כמו גם של בית משפט קמא, כי חלות הוראות חוק הפתולוגיה.

איני סבור כך. אכן, חוק חקירת סיבות מוות עוסק בהליך משפטי במסגרתו רשאי בית המשפט להורות על נתיחת הגופה, ובמקרה דנן התייגר הצורך בצו שיפוטי בעקבות הסכמת האלמנה, ולכן החוק לא "נכנס לפעולה". נראה כי המחוקק הישראלי הותיר לאקונה בשאלה איזה חוק ואיזה הסדר ראוי לחול במצב כמו במקרה דנן: כאשר נדרש ניתוח לאחר המוות לצורך קביעת סיבת מוות מחשש לעבירה וכאשר הניתוח נעשה בהסכמה ושלא על פי צו שיפוטי. סיטואציה שכזו מעין זו "נופלת בין הכסאות", בין חוק הפתולוגיה מזה לחוק חקירת סיבות מוות מזה, ולטעמי היא נופלת קרוב יותר לכסא של חוק חקירת סיבות מוות. כאמור, חוק הפתולוגיה לא נועד מלכתחילה לחול על חקירת סיבת מוות לצרכי חקירה פלילית ומשפט, והמקום הטבעי לניתוח כזה הוא חוק חקירת סיבות מוות.

11. פעמים רבות אין צורך לפעול במסלול של חוק חקירת סיבות מוות, באשר בני המשפחה מסכימים לנתיחה, לעיתים, לאחר שמובהר להם כי בהיעדר הסכמה תיעשה פנייה לבית המשפט. גם כאשר המשטרה מגישה בקשה לבית המשפט לפי סעיף 19 לחוק חקירת סיבות מוות, על פי רוב הצדדים מגיעים להסכמה המייתרת את הדיון והבקשה נמחקת. לעניין זה, ראו הסטטיסטיקה במאמרו של אלרון, ומסקנתו כי "במרבית המקרים ההליך החל והסתיים בהפניית הגוויה לנתיחה, ללא קיום דיון ממשי ומשמעותי" וכי מספר הבקשות שהגיעו לכלל שמיעה ודיון ממשי, הנו מועט ביותר (אלרון, בעמ' 339).

כאשר מתייחר הצורך בפניה לבית המשפט או במתן צו שיפוטי, אם לפני הפניה לבית המשפט ואם בעקבות הפניה לבית המשפט, אני סבור כי יש להחיל "אוטומטית" את חוק הפתולוגיה על כל הוראותיו ותקנותיו, באשר הזירה הטבעית לחקירת סיבות מוות עקב חשש לפלילים היא בחוק חקירת סיבות מוות. שאם לא כן, נמצאנו מרבים בפניות לבית משפט השלום בהליך לפי חוק חקירת סיבות מוות, ולו על מנת ליהנות מ"הגנת" בית המשפט וכדי לחסוך את הצורך בפרוצדורה של חוק הפתולוגיה, אשר כאמור לא נועד כלל למקרים מעין אלה. לכן, בניגוד לדעתו של חברי ושל בית משפט קמא, אני סבור כי לא היה צורך בחתימה של שלושה רופאים לפי חוק הפתולוגיה ולא היה צורך להחתים את האלמנה על טופס לפי תקנות הפתולוגיה, כך שאין לראות את המשיבים כמי שחטאו בעוולה של הפרת חובה חקוקה.

12. יכול הטוען לטעון, כי חוקר משטרה אינו מיומן במתן הסבר אודות הנתיחה, ולכן, בכל מקרה בו לא ניתן צו שיפוטי, יחולו הוראות חוק הפתולוגיה. ברם, גם חוק חקירת סיבות מוות אינו מחייב את בית המשפט להסביר למשפחה במה כרוכה הנתיחה. בית המשפט יכול וצריך להסביר למשפחה את נחיצותה של הנתיחה אך אין בחוק חקירת סיבות מוות הוראה המחייבת את בית המשפט להסביר לבני המשפחה במה כרוך הניתוח וכי הניתוח כרוך בנטילת דגימות ושמירתן. למיטב ידיעתי, לא כך נעשה בפרקטיקה, ואף ספק עד כמה השופט יכול להסביר למשפחה את רזי הנתיחה ובמה היא כרוכה, ובנקודה זו אני חולק על ההנחה של חברי, המשנה לנשיאה, כי אילו התקיים הליך משפטי, המערעורות היו יודעות מראש על שמירת הדגימות במרכז הפתולוגי.

כאמור, בפרקטיקה, הצדדים מגיעים להסכמה המקבלת תוקף של צו שיפוטי ללא דיון וללא הופעה של בני המשפחה, או שהבקשה נמחקת עוד לפני הדיון. בעדותו של ד"ר חן קוגל, שעבד במרכז, עולה כי עד לשנת 2003 – שאז שונו הנהלים בעקבות דו"ח סגלסון – שיטת העבודה הנהוגה במכון הפתולוגי הייתה להסתמך על ההסכמה שניתנה לנתיחה במשטרה, מבלי לאשרר את ההסכמה על ידי רופאי המרכז ומבלי להסביר לבני המשפחה מה כולל הליך הנתיחה.

13. ודוק: ברי כי יש צורך לקבל את הסכמת בני המשפחה לנתיחה לאחר המוות במקרה של חשד לפלילים. כך מחייב השכל הישר, וכך מתחייב אם בהיקש לסעיף 6א לחוק הפתולוגיה הדורש את הסכמת בני המשפחה, ואם בהיקש לסעיף 28 לחוק חקירת סיבות מוות הקובע כי יש להחיל את הוראות חוק הפתולוגיה "בשינויים המחוייבים

לפי העניין" גם על בדיקה וניתוח מכוח צו שופט לפי סעיף 26 לאותו חוק. אך אין בכך כדי לגרוע ממסקנתי כי חוק הפתולוגיה לא חל ישירות בענייננו ואינו בגדר חיקוק שנועד לטובת בני המשפחה במצב של ניתוח לשם חקירת סיבת מוות עקב חשש לפלילים. לכן, לא נדרשו המשיבים לעמוד בדרישות חוק הפתולוגיה לקבלת תעודת חתומה על ידי שלושה רופאים ולקבלת הסכמת האלמנה על גבי הטופס לפי תקנות הפתולוגיה.

14. הפרה של החובה לקבל הסכמה מדעת, יכול שתתקיים במסגרת עוולת הרשלנות או במסגרת העוולה של הפרת חובה חקוקה. לאור המסקנה אליה הגעתי, ולפיה הפרו המשיבים את חובתם לקבל הסכמה מדעת של האלמנה במסגרת עוולת הרשלנות, דומה כי המחלוקת ביני לבין חברי המשנה לנשיאה בשאלת תחולת חוק הפתולוגיה היא בעיקרה במישור העיוני (למעט השאלה אם הופרה החובה לקבלת הסכמה של שלושה רופאים והחובה להחתמת האלמנה על טופס). טרם אתייחס להפרת חובה זו במסגרת עוולת הרשלנות, אקדים ואתייחס לאחד הנימוקים בגינו הגיע בית משפט קמא למסקנה כי לא ניתנה הסכמה מדעת.

האם ניתנה הסכמת האלמנה מתוך אילוץ וכפייה?

15. בית משפט קמא קבע כי האלמנה "אמנם הצהירה בפני חוקר משטרה, כי היא מסכימה לביצוע נתיחה בגופת בעלה המנוח, ואולם, הנתבעים לא חלקו על גרסת התובעים לפיה הסכמה זו ניתנה לאחר שתובעת 3 [האלמנה – י.ע.] סירבה בתחילה לאפשר את עריכת הנתיחה, וחזרה בה מסירובה רק משנאמר לה במשטרה כי סירובה יימנע הוצאת רישיון קבורה למנוח ויעכב את הקבורה". מכך הסיק בית משפט קמא כי הסכמתה של האלמנה ניתנה מתוך כפייה או לחץ, ואינה בגדר הסכמה מדעת.

איני שותף למסקנה זו והייתי נזהר מלקבוע כי האלמנה נתנה הסכמתה תחת לחץ ומתוך חשש שסירובה יביא להלנת המת. למרבה הצער, סירוב לנתיחה לאחר המוות אכן עלול להביא לדחיית הקבורה ולהלנת המת מקום בו המשטרה מוצאת לפנות לבית המשפט בבקשה לנתיחה לאחר המוות. יתרה מזו, מקום בו אחד הצדדים מבקש לתקוף את החלטת שופט בית משפט השלום על פי חוק חקירת סיבות מוות, הדבר נעשה בדרך של עתירה לבג"ץ המתכנס לדיון בהרכב שלושה, מה שעלול להאריך עוד יותר את ההליך. אמירה של המשטרה כי במקרה של סירוב לנתיחה לאחר המוות תיעשה פנייה לבית המשפט לפי חוק חקירת סיבות מוות, מקום בו אכן יש כוונה לפנות לבית המשפט, אינה בגדר "איום" או הפעלת לחץ לא לגיטימי על בני המשפחה. ומנגד,

השיקול של בני המשפחה להסכים לנתיחה לאחר המוות על מנת למנוע הלנת המת, הוא שיקול לגיטימי ומובן במערך השיקולים שנכפה על בני המשפחה בעקבות הסיטואציה הקשה אליה נקלעו שלא בטובתם. אך אין לראות בהסכמה כזו, שניתנה תחת אילוץ ממשי, כהסכמה שניתנה תחת אילוץ במשמעותו החוזית הרגילה.

16. ובכלל, מטבע הדברים, אדם שמתו מונח לפניו, נמצא במצב של זעזוע והלם תחת הבשורה המרה, לעיתים אף תחת השפעה של תרופות הרגעה, והדברים מתנהלים בתוך לחץ זמן של ביצוע נתיחה והבאה לקבורה, תוך סערת רגשות גדולה בה שרויה משפחת המנוח או המנוחה (בג"ץ 3869/07 טויל ז"ל נ' כב' השופטת רייך-שפירא, בפסקה ג(5) לפסק דינו של השופט רובינשטיין (לא פורסם, 7.5.2007)). קבלת הטענה כי ההסכמה לניתוח ניתנה תחת כפייה או אילוץ מתוך חשש לדחיית הקבורה, פותחת פתח רחב לטענות דומות לפגם שנפל במתן ההסכמה, אם טענה לאילוץ ואם טענה לטעות בהבנת הדברים, במיוחד על רקע המצב הנפשי הקשה של בן המשפחה בעת מתן ההסכמה. רוצה לומר, כי מצב נפשי קשה של בן משפחה סמוך לאחר שנתבשר על מות יקירו, הוא מצב אינהרנטי לסיטואציה הקשה. לכן, ולצורך בחינת טיבה של הסכמת בן משפחה לניתוח לאחר המוות לצרכי חקירה או משפט, אין לבחון את הדברים מנקודת מבט חוזית "רגילה" של ביצוע עסקה מסחרית.

סיכומו של דבר, שיש לדחות את הטענה כי לא נתקבלה הסכמה מדעת של האלמנה בשל אילוץ או כפייה.

הפרת חובת הגילוי לשם קבלת הסכמה מדעת של האלמנה במסגרת עוולת הרשלנות

17. עמדנו על כך שקבלת הסכמתה של האלמנה לניתוח מתבקשת מכוח השכל הישר ומתוך היקש להוראות חוק הפתולוגיה או חוק חקירת סיבות מוות. הסכמתה של האלמנה לניתוח אכן נתקבלה, אך אין חולק כי לא נאמר לאלמנה שהניתוח יצריך נטילת דגימות ושמירתן למשך שנים. שותף אני למסקנתו של חברי כי בכך ניתנה הסכמה שלא מדעת של האלמנה, וכי המשיבים הפרו את חובת הגילוי המוטלת עליהם.

בהקשר זה, העלו המשיבים שתי טענות. האחת, כי מעצם ההסכמה לניתוח לאחר המוות ניתן ללמוד על הסכמה מכללל גם לנטילת דגימות. הטענה השניה היא, כי מטעמים פטרנליסטים סברו המשיבים בשעתו כי אין מקום להכביד על משפחות אשר יקירן מצא את מותו זה מקרוב, בהסבר מפורט, לעיתים הסבר "פלסטי" אודות הדרך בה מבוצע הניתוח והדגימות שתילקחנה מהגופה ותישמרנה שנים רבות.

18. טענות אלה סותרות זו את זו, שאם יש להניח כי בעצם מתן ההסכמה לניתוח ניתנת גם הסכמה מכלל לא נטילת דגימות מהגופה ולשמירתן של הדגימות למשך שנים, ממילא אין צורך לנקוט בגישה פטרנליסטית שנועדה "לחסוך" מבן המשפחה מידע זה. מכל מקום, דין שתי הטענות להידחות.

אדם מן היישוב, שאין לו ידע מקצועי בתחום הרפואה המשפטית, אינו אמור לדעת ולהבין כי ניתוח לאחר המוות מחשש לפלילים כרוך בנטילת דגימות ושמירתן. בנקודה זו אני מצטרף לדעתו של חברי המשנה לנשיאה, כי משנתבקשה הסכמתה של האלמנה, יש ליצוק תוכן להסכמה זו בדרך של מתן הסבר לגבי הפרוצדורה של הניתוח והכרוך בה. כפי שמצפים אנו כי יינתן הסבר לבני משפחה אודות מהותו של ניתוח לאחר המוות במסגרת חוק הפתולוגיה, וכי בני המשפחה ייתנו הסכמה מפורשת לשמירת דגימות לצרכי מחקר, הוראה ובקרת איכות, כך יש לקבל הסכמת בני המשפחה לשמירת דגימות לצרכי הליכי חקירה ומשפט. יש להסביר לבני המשפחה כי נטילת הרקמות והדגימות ושמירתן למשך תקופה הן חלק בלתי נפרד מהליך הניתוח.

גם לגישה הפטרנליסטית אין מקום, למרות שניתן להבין את הרציונל שבבסיסה. יש בגישה הפטרנליסטית כדי לפגוע בעצם ההסכמה לניתוח לאחר המוות, ודומה כי אין צורך להכביר מילים אודות רגישותו של הנושא וחשיבותו למגזרים שונים בחברה הישראלית. המשיבים עצמם הכירו בכך שהפרקטיקה בה נהגו, ולפיה לא נאמר לבני המשפחה כי הניתוח כרוך בנטילת דגימות ושמירתן, אינה פרקטיקה ראויה. כיום, ובעקבות דו"ח סגלסון – שעניינו בעיקר בהתנהלות המרכז הפתולוגי לגבי השימוש בדגימות איברים לצרכי מחקר ולא לצרכי חקירה ומשפט – ניתן למשפחת המנוח דף מידע שבו מוסבר אודות תהליך הניתוח. בדף ההסבר מצוין כי במהלך הניתוח תילקחנה דגימות שאמורות להישמר במרכז עד לסיום הליכי החקירה או המשפט, ובן משפחה המעוניין לקבור דגימות אלה בקבר הנפטר מתבקש לציין זאת. הנוהל כולל גם הסכמה בכתב של בן המשפחה כי הדגימות מהגופה תישמרנה כראיה, לפי שיקול דעתם המקצועית של רופאי המרכז בהתאם להחלטות גורמי החקירה והתביעה. לא מותר לציין כי הנהלים דורשים הסכמה מפורשת של משפחת הנפטר ללקיחת דגימות או רקמות לצורך מחקר רפואי, ודרישות אלו ראויות ליישום גם לענייננו (אודות הנוהל החדש ראו ת"א (י-ם) 4417/02 ת' כ' נ' היס (לא פורסם, 22.10.2009) וכן דה-פז וליפשיץ בעמ' 33-34).

19. את הפרת חובת הגילוי לצורך קבלת הסכמה מדעת, יש לראות אפוא בהקשר של עוולת הרשלנות ובמסגרתה. בכך לא סגי על מנת לפסוק למערערות פיצוי, ועל המערערות להראות גם קיומו של קשר סיבתי, קרי, כי אילו המידע על נטילת הדגימות ושמירתן היה נמסר לאלמנה, לא הייתה ניתנת הסכמה. בנקודה זו אני נכון לקבל את מסקנת בית משפט קמא ואת מסקנתו של חברי כי הוכח קיומו של קשר סיבתי וכי האלמנה הייתה מסרבת ליתן הסכמתה אילו המידע המלא היה נמסר לה. אף לא הונחה תשתית ראייתית לטענת המשיבים כי אילו הייתה מובאת בפני שופט בית משפט השלום בקשה לנתיחה לאחר המוות הוא היה מאשר את הנתיחה, או היה מאשר אותה בדרך בה התבצעה.

סיכום ביניים

יש לראות את המשיבים כמי שהתירשלו בקיום חובת הגילוי לשם קבלת הסכמה מדעת. עם זאת, בהתחשב בכך שהיה מדובר בפרקטיקה של שנים רבות, בהתחשב בכך שבבסיסה של אותה פרקטיקה עמדו שיקולים של ממש, ובהתחשב בלאקונה הקיימת בחוק בנושא זה – אין מדובר בהפרה בעוצמה גבוהה, ועל כן אעמוד בהמשך בדוני בגובה הפיצוי. אך קודם לכן, אתייחס לשאלה נוספת הצריכה לענייננו.

האם יש מקום לפסוק פיצוי בגין פגיעה באוטונומיה בנוסף לפיצוי בגין נזק לא ממוני?

20. חברי, המשנה לנשיאה ריבלין, מצא כי משהופרה החובה החקוקה בחוק הפתולוגיה ומשלא ניתן לבני המשפחה המידע הדרוש כדי לקבל החלטה מדעת, יש לפצות את האלמנה בסכום של 150,000 ₪ גם בגין פגיעה באוטונומיה. זאת, בנוסף לפיצוי בגין הנזק הלא ממוני שיש לפסוק לזכותה בגין הזעזוע ועוגמת הנפש שנגרמו לה עקב אי מסירת המידע המלא אודות הניתוח, וכלשוננו: "גרימת נזק ממשי של עוגמת נפש וזעזוע אינה מאיינת את הנזק הנוסף שנגרם עקב פגיעה באוטונומיה".

כאמור, איני סבור כי יש לראות את המשיבים כמי שהפרו את הוראות חוק הפתולוגיה אלא כמי שהפרו את חובת הגילוי במסגרת עוולת הרשלנות. מכל מקום, החשוב לענייננו, כי אני סבור שאין לפסוק פיצוי הן בגין נזק לא ממוני עקב הפרת חובת הגילוי והן פיצוי בגין פגיעה באוטונומיה עקב הפרת חובת הגילוי, ולא בכדי לא מצינו לכך תקדים בפסיקה.

21. במישור העיוני, שאלה נכבדה היא, כיצד יש לסווג את הפגיעה באוטונומיה – האם בגדר עוולה או עילה העומדת בפני עצמה או כראש נזק במסגרת עוולת הרשלנות או במסגרת העוולה של הפרת חובה חקוקה. בע"א 2781/93 דעקה נ' בית החולים כרמל, פ"ד נג(4) 526 (1999) (להלן: עניין דעקה) נקבע כי הפגיעה באוטונומיה היא ראש נזק במסגרת עוולת הרשלנות. אולם, מבחינה מושגית, יכול הטוען לטעון כי ניתן לראות את הפגיעה באוטונומיה כעוולה העומדת בפני עצמה, ולא כראש נזק. כך, כפי שמכירים אנו בעוולה של תקיפה, שהיא שימוש בכוח נגד גופו של אדם בניגוד להסכמתו או בהסכמתו שהושגה שלא מדעת, גם אם לא נגרם לאותו אדם נזק, ניתן להעלות את הטענה כי פגיעה באוטונומיה היא בגדר עוולה שמתייחסת גם למקרה של קבלת הסכמתו של אדם שהושגה שלא מדעת גם אם לא נגרם לו נזק. חברי, המשנה לנשיאה, אף התבטא בהערת אגב בע"א 8126/07 צבי נ' בית החולים ביקור חולים (לא פורסם, 3.1.2010) כי יש לראות את הפגיעה באוטונומיה כעוולה חוקתית. כן ראו הערתה של השופטת דורנר בע"א 6153/97 שטנדל נ' שדה, פ"ד נ"ו(4) 746, 759 מול אותיות ה-ו (2002), כי הפגיעה באוטונומיה "הוכרה כמעשה רשלני המזכה בפיצויים בשל עוגמת נפש".

אלא שאם מכירים אנו בפגיעה באוטונומיה כעוולה, מתעוררת השאלה האם ניתן להכיר בעוולה חדשה יציר הפסיקה, עוולה שאינה נכללת בפקודת הנזיקין. בעניין דעקה הכיר בית המשפט בפגיעה באוטונומיה כנגזרת של הזכות לכבוד, ומתוך ההכרה בהגנה על אינטרס חוקתי קצרה הדרך לשיח אקדמי אודות עוולות חוקתיות (השוו: דפנה ברק-ארז "עוולות חוקתיות בעידן חוקי היסוד" משפט וממשל ט 103 (תשס"ו); יפעת ביטון "כאבים באזור הכבוד" – פיצוי בגין פגיעה בזכויות חוקתיות" משפט וממשל ט 137 (2005) (להלן: ביטון)). שתי המחברות מציינות במאמריהן כי במצב המשפטי דהיום המדובר בראש נזק של פגיעה באוטונומיה או של פגיעה ברגשות). אחזור ואזכיר כי בהלכת דעקה נקבע כי פגיעה באוטונומיה היא ראש נזק בלבד במסגרת עוולת הרשלנות. יש להבחין בין יצירת עוולת מסגרת חדשה או הכרה בעילת תביעה עצמאית של הפרת זכות חוקתית, לבין ההכרה בפגיעה באינטרס חוקתי כראש נזק בלבד ובמסגרת עוולות קיימות (לתמיכה ברעיון של מתן סעד חוקתי בעקבות הפרה של זכות חוקתית ראו דעתו של הנשיא ברק בבג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2) 481, בפסקאות 130-137 לפסק דינו (2005). כן ראו ע"א 9185/03 טננבוים נ' הוצאת עיתון הארץ, פ"ד נח(1) 377 (2003) שם הותיר המשנה לנשיא דאז, השופט אור, בצריך עיון את השאלה אם יש להכיר בזכותו של אזרח לסעד חוקתי עצמאי מקום בו נפגעה זכותו על פי חוקי היסוד, וראו ההפניות שם).

22. אף סיווג הפגיעה באוטונומיה כראש נזק במסגרת עוולת הרשלנות או במסגרת עוולת הפרת חובה חקוקה אינו חף מקשיים. כידוע, הפגיעה באוטונומיה אינה מצריכה הכרה בקשר סיבתי ואילו שתי העוולות הנ"ל, מעצם טיבן וטבען, מורכבות משלוש "מולקולות" היוצרות שרשרת: הפרת חובת הזהירות/הפרת חובה חקוקה ← קשר סיבתי ← נזק.

מכאן הקושי המושגי בסיווג הפגיעה באוטונומיה כראש נזק בלבד במסגרת שתי עוולות אלה, למרות היעדרו של קשר סיבתי. על הקשיים הנובעים מסיווג הפגיעה באוטונומיה כראש נזק ולא כעילת תביעה עצמאית, עמד חברי במאמרו "פיצויים בגין נזק לא מוחשי ובגין נזק לא ממוני – מגמות הרחבה" 19 שמוגר חלק ג' 21, 45 (2003) (להלן: ריבלין).

מכל מקום, הפגיעה באוטונומיה הוכרה, כאמור, לראשונה בהלכת דעקה שסיווגה אותה כראש נזק מיוחד, העומד בפני עצמו. בדרך זו הלכה הפסיקה לאורך כל השנים, וגם חברי, המשנה לנשיאה, במסגרת פסק דינו מתייחס אליה ככזו. איני רואה לסטות מסיווג זה, מה עוד שלצורך השאלה שבפנינו, איננו נדרשים להכרעה בשאלת הסיווג. אשר על כן, אתייחס לפגיעה באוטונומיה כראש נזק.

23. כעת אחזור לשאלה בה אנו עוסקים במסגרת הערעור דנן. האם ניתן לפסוק פיצוי בגין פגיעה באוטונומיה בנוסף ובמצטבר לפיצוי על נזק בלתי ממוני של זעזוע ועוגמת נפש, כפי שנעשה על ידי חברי במקרה דנן? התשובה לשאלה זו כרוכה בשאלות נוספות: האם הפגיעה באוטונומיה היא כשלעצמה מהווה את הנזק, או שמא יש צורך בנזק נוסף? האם ניתן לתבוע בגין פגיעה באוטונומיה גם בהיעדר נזק אחר? שאלות סבוכות אלה נובעות, בין היתר, מהקושי העיוני שהזכרנו לעיל, אם יש לסווג את הפגיעה באוטונומיה כעילת תביעה/עוולה או כראש נזק.

אצביע להלן על שלושה נימוקים עיקריים בגינם אני סבור שאין מקום לפסוק במקרה דנן פיצוי נוסף בגין פגיעה באוטונומיה והם: הכרה בעילה של היעדר הסכמה מדעת כוללת מיניה וביה הכרה בפגיעה באוטונומיה; נזק בלתי ממוני כולל בחובו גם נזק בעקבות פגיעה באוטונומיה; שיקולים של מדיניות משפטית רצויה. אפתח בנימוק הראשון.

24. ניתן להקיש מהתביעה שבפנינו לתביעת רשלנות רפואית בגין נזק גוף, הכוללת על פי רוב שלוש עילות: רשלנות עקב התרשלנות בטיפול, היעדר הסכמה מדעת ופגיעה

באוטונומיה. ברגיל, כאשר מוכחת רשלנות בטיפול הרפואי שגרמה לנזק גוף, הדבר מייתר את הדיון בסוגיית ההסכמה מדעת (וממילא הפגיעה באוטונומיה), מאחר שהנזק בגין הפגיעה באוטונומיה נתפס כזניח על רקע נזק הגוף (לגישה שונה ולפיה לפגיעה באוטונומיה ערך עצמאי משל עצמו ראו צחי קרן-פז "פיצוי על פגיעה באוטונומיה: הערכה נורמטיבית, התפתחויות עכשוויות ומגמות עתידיות" המשפט י"א 187, 204 (תשס"ז) (להלן: קרן-19)).

בפרקטיקה, הלכה למעשה, רק אם לא הוכחה התרשלנות בטיפול הרפואי תיבחן הטענה להיעדר הסכמה מדעת ורק אם לא הוכחה עילה של היעדר הסכמה מדעת (בהיעדר קשר סיבתי), או-אז נדרש בית המשפט לבחון קיומה של פגיעה באוטונומיה (ע"א 7952/08 חכם נ' קופת חולים כללית, בפסקה 6 לפסק דיני (לא פורסם, 24.2.2010)). לשון אחר, פיצוי בגין היעדר הסכמה מדעת ייפסק בהתקיים התנאים המצטברים הבאים: היעדר רשלנות עקב התרשלנות בטיפול (ובמקרה דנן היעדר התרשלנות בנתיחה לאחר המוות), היעדר הסכמה מדעת עקב הפרת חובת הגילוי וקיומו של קשר סיבתי בין הפרת החובה לנזק. ואילו על מנת לפסוק פיצוי בגין פגיעה באוטונומיה צריכים להתקיים התנאים המצטברים הבאים: היעדר הסכמה מדעת עקב הפרת חובת הגילוי והיעדר קשר סיבתי בין הפרת החובה לבין הנזק (וראו פסק דינה של השופטת וילנר בת.א. (חיפה) 869/06 אסתר כהן נ' שירותי בריאות כללית, בפסקה 71 (לא פורסם, 20.10.2009)).

מדוע אין לפסוק בגין פגיעה באוטונומיה בנוסף לעילה של היעדר הסכמת מדעת? הטעם לדבר הוא, שכאשר בית המשפט מכיר בעילה של היעדר הסכמה מדעת, הכרה זו כוללת מיניה וביה את הקביעה כי נפגעה הזכות לאוטונומיה, שהרי לא ניתנה הסכמה מדעת. לשון אחר, היעדר הסכמה מדעת משמעה פגיעה בחופש הבחירה, קרי, בזכות לאוטונומיה. אין לפסוק פיצוי הן בגין אי הסכמה מדעת והן בגין פגיעה באוטונומיה, מאחר שיהא בכך כפל פיצוי בגין אותה פגיעה. לכן אנו נדרשים לעילה של פגיעה באוטונומיה, מקום בו נקבע כי אמנם לא הייתה הסכמה מדעת, אך העילה של היעדר הסכמה מדעת נדחת בהיעדר קשר סיבתי. בדומה, גם חברי המשנה לנשיאה, נמנע בשעתו מלפסוק פיצוי בגין פגיעה בכבוד ובאוטונומיה, משנתקבלה התביעה בשל הפרת החובה לקבל הסכמה מדעת (ע"א 522/04 מרכז לייזר לנתוחי קרנית בע"מ נ' דיראוי, בפסקה 16 לפסק דינו (לא פורסם, 28.6.2005)).

כך גם בענייננו. משנקבע כי המשיבים לא התרשלו בביצוע הנתיחה ובשמירת הדגימות, עברנו לשלב הבא ובחנו את הטענה להיעדר הסכמה מדעת. מצאנו כי לא

ניתנה הסכמה מדעת של המערערות, כי יש קשר סיבתי בין הפרת חובת הגילוי למתן ההסכמה, וכי בשל כך נגרם למערערות נזק שבא לידי ביטוי בזעזוע ובעוגמת נפש. בכך התמצתה התביעה בגין פגיעה באוטונומיה, ובדומה למקובל ולנהוג בתביעות רשלנות רפואית, אין מקום לפסוק בנוסף לכך גם פיצוי בגין פגיעה באוטונומיה.

25. נימוק נוסף יורד לשורש השאלה מה מבטא הפיצוי בגין פגיעה באוטונומיה.

מבחינה מושגית, אני מסכים עם חברי כי לכאורה ניתן לראות את הפגיעה באוטונומיה כראש נזק עצמאי ומצטבר. לכן, מבחינה עיונית, אין לכאורה מניעה לפסוק פיצוי הן בגין פגיעה באוטונומיה והן בגין נזק לא ממוני שנגרם בשל התרשלנות בטיפול או בשל היעדר הסכמה מדעת (אם במסגרת עוולת הרשלנות ואם במסגרת עוולה של הפרת חובה חקוקה). המצדדים בגישה זו טענו כי יש להבחין בין פגיעה תוצאתית לבין פגיעה הנובעת מעצם שלילת כוח הבחירה של התובע (קדן-19 לעיל). דהיינו, כי יש להבחין בין נזק תוצאתי של כאב וסבל או צער ועוגמת נפש לבין נזק של פגיעה באוטונומיה, שמהותה היא הזכות של אדם "כי יעזבוהו לנפשו", שאז הפיצוי ניתן בשל עצם שלילת כוח הבחירה של התובע, בבחינת הגנה על חירותו השלילית של הפרט.

כך נאמר בעניין דעקה (שם, עמ' 581-582):

"במישור העקרוני ראשי הנזק בגין פגיעה באוטונומיה ונזק הגוף שנגרם לחולה הם ראשי נזק מובחנים, הבאים האחד בנוסף או בהשלמה לשני, ולא האחד במקום השני. אכן, הפיצוי בגין הפגיעה באוטונומיה אינו בא לשמש תחליף לפיצוי בגין נזק גוף. הוא בא להשלים את הפיצוי האמור, ולהשיב את מצבו של הנפגע לקדמותו, במידה הטובה ביותר אותה ניתן להשיג באמצעות פיצוי כספי" (הדגשה במקור – י.ל.).

אף ניתן לומר כי החיוב הנזיקי בשל הפגיעה באוטונומיה מהווה פיצוי עבור הפגיעה הקניינית באוטונומיה, אותו "נכס" בדמות זכות הבחירה, השמורה לתובע במנותק מפיצוי עבור נזק בלתי ממוני לו זכאי בגין צער ועוגמת נפש (לגישה זו ראו קדן-19 בעמ' 200-196; נילי קרקו-אייל "אופי הערכת הפיצוי בגדר ראש הנזק של פגיעה בזכות לאוטונומיה – בעקבות ע"א 2781/93 עלי דעקה נ' בעת החולים כרמל, חיפה" המשפטי יא 267 (תשס"ז) (להלן: קרקו-אייל). לטענתה של המחברת, הפיצוי בגין פגיעה באוטונומיה צריך לבטא את הפגיעה בערך האובייקטיבי של הפגיעה, אולם אין

בכך, לטעמה, כדי לשלול פיצוי נוסף עבור נזקים לא ממוניים במקרים מסוימים. ראו גם כן: Nili Karako-Eyal *Has Non-U.S. Case Law Recognized a Legally Protected (Autonomy Right?)* 10(2) Minn. J.L. Sci. & Tech. 671, 715-716 (2009).

כשלעצמי, איני סבור כך. על כל פנים, לא מצאתי ולו פסק דין אחד שבו הוכרה תביעה בגין נזק גוף שנגרם בעילה של התרשלות בטיפול או בעילה היעדר הסכמה מדעת ובנוסף נפסקו פיצויים בגין פגיעה באוטונומיה. ולא בכדי.

26. לטעמי, פגיעה באוטונומיה (שמשמעה פגיעה בחופש הבחירה בין חלופות) מגלמת בחובה סוגים שונים של פגיעה ברגשות, אשר כולם מסתופפים תחת הכותרת נזק לא ממוני, ולכן אין מקום לפסוק פיצוי הן בגין פגיעה באוטונומיה והן בגין נזק לא ממוני. והיה כי נשאל את מי שהסכמתו החופשית נפגעה עקב היעדר הסכמה מדעת, במה מתבטאת הפגיעה באוטונומיה שלו, הוא ישיב לנו כי הפגיעה באוטונומיה, בזכות הבחירה שלו, גרמה לו זעזוע, כעס, רוגז, גועל, דאגה, הלם "סבל נפשי, השפלה, בושה, צער, עלבון, תסכול, ערעור האמונה בזולת, ערעור תפיסת העצמי ופגיעה בהערכה העצמית" (ביטון, בעמ' 184) וניתן להוסיף עוד שורה ארוכה של מגוון רגשות. רוצה לומר, כי "הרמת המסך" מעל הפגיעה באוטונומיה מביאה אותנו בסופו של דבר אל הנזק התוצאתי של נזק לא ממוני.

נזק לא ממוני משול לדירה עם מספר כניסות, כניסה נפרדת לכל סוג של פגיעה. יש כניסה בגין פגיעה שגרמה נזק גוף, יש כניסה בגין היעדר הסכמה מדעת, יש כניסה בגין פגיעה באוטונומיה, יש כניסה בגין פגיעה בשם הטוב, יש כניסה בגין פגיעה עקב הפלייה (כמו חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשס"א-2000) ועוד. אך כל הכניסות מובילות לאותו חדר שבו שוכנת לה ציפור הנפש על כל מגירותיה (מיכל סנונית ציפור הנפש (1985)). כל הרוצה יבוא ויטול רגש מהמגירה המתאימה לו, ללא קשר לכניסה דרכה הגיע לדירה. צער, זעזוע, בושה, השפלה וכיו"ב, כל אלה יכולים להיות מנת חלקו הן של מי שנגרם לו נזק גוף והן של מי שנגרמה לו פגיעה מסוג אחר. הרגשות שונים ומגוונים, אך כולם נכללים בנזק לא ממוני. עמד על כך חברי במאמרו באומרו:

"ביטוייו של הנזק הלא ממוני, הנגרם כתוצאה מפגיעת גוף הם רבים: פגיעה בנוחות או ברווחה הגופנית, פגיעה נפשית, פגיעה אחרת ברגשות, פגיעה באוטונומיה או בזכות יסוד אחרת, כאב וסבל, קיצור תוחלת חיים ואף אבדן הנאות החיים. אופייה של הפגיעה תובא

בחשבון שומת הפיצויים כך גם עצמתה ומשכה"
(ריבלין, 61, הדגשה הוספה – י.ו.).

27. כאמור, הורתה של הפגיעה באוטונומיה במשפטנו היא בהלכת דעקה, וכך נאמר שם:

"אני סבור, על רקע זה, כי יש לראות גם בפגיעה בכבודו של אדם ובזכותו לאוטונומיה, הטבועה בביצוע פרוצדורה רפואית בגופו שלא בהסכמתו המודעת, משום נזק בר פיצויי בדיני הנזיקין. הפגיעה, שלא כדין, ברגשותיו של אדם כתוצאה מאי כיבוד זכותו היסודית לעצב את חייו כרצונו, מהווה פגיעה ברווחתו של אותו אדם, והיא נכנסת לגדר הגדרת 'נזק' האמורה. זאת, בין אם נראה בה משום פגיעה ב'נוחותו' של אדם, ובין אם נראה בה משום 'אבדן או חיסור כיוצאים באלה', כלשון הגדרת נזק בסעיף 2 לפקודה. אכן, עמדנו על מרכזיותה של הזכות לאוטונומיה בעיצוב זהותו וגורלו של האדם בחברה בה אנו חיים. ראינו את חשיבותה של זכות זו ליכולתו לחיות כפרט חושב ועצמאי. מתבקשת המסקנה כי זכות זו היא חלק חיוני, בלתי נפרד, באינטרס של אדם 'בנפשו, בנוחותו ובאושרו'..." (שם, בעמ' 575-573, הדגשה הוספה – י.ו.).

מכאן, שבפרשת דעקה בית המשפט היה נכון לראות את הפגיעה באוטונומיה כחלק מהפגיעה "בנוחות", כותרת תחתיה מסתופפים גם כאב, סבל, זעזוע ועגמת נפש.

בפרשת הסיליקון בחלב שהזכיר חברי, נטען לנזק לא ממוני שבא לידי ביטוי בתחושות שליליות ובתחושות של גועל. נקבע כי הטעיה לגבי תכולת החלב היא לכאורה בגדר פגיעה באוטונומיה של הפרט. וכך נאמר שם:

"ואולם הנזק שטוען לו ראבי הוא נזק לא ממוני: תחושות שליליות ותחושות של גועל. הנזק הלא ממוני שהתובע טוען לו מאופיין בתחושת הגועל הנובעת מכך שמדובר בסיליקון, על כל המטען האסוציאטיבי המלווה חומר זה. לדעתי, נזק מסוג זה הוא לכאורה נזק בר-פיצוי. הטעיה בדבר תכולת החלב במקרה זה היא לכאורה בגדר פגיעה באוטונומיה של הפרט. אנו עוסקים במוצר מזון. זכותם של צרכנים היא לקבוע מה יכניסו לפיהם ולגופם וממה יימנעו. מי שרוצה למשל לצרוך רק מזון כשר, ויסתבר לו בדיעבד שהמזון שהוצג תוך הטעיה איננו כזה, יחוש תחושת גועל ופגיעה באוטונומיה שלו..." [] ...החדרת תוספת של סיליקון לחלב בניגוד לתקן היא פגיעה באוטונומיה של הפרט, עם זאת אין להבין מדבריי שכל מקרה של סטייה מהוראות תקן או דיווח

לא נכון על תכולתו של מזון יצדיקו תביעה. עשויים להיות מקרים לא מעטים שבהם סטייה קלה מהוראות תקן זה או אחר, גם כשהדברים נוגעים למזון, לא יהיה בה כדי להצדיק לא תביעה אישית וממילא גם לא תביעה ייצוגית. אין הצדקה לתביעה כאשר הפגיעה היא בגדר de minimis [] ... ואולם לכאורה התביעה בענייננו איננה עניין של מה בכך. הפרסום המטעה שפרסמה תנובה לאחר הפרסומים שיש בחלב סיליקון יש בו כדי ללמד לכאורה שתנובה עצמה הבינה שישנה התנגדות רחבה בציבור להוספתו של סיליקון לחלב. תנובה לא הייתה נכנסת למסע ההכחשות כשהכחישה את התלונה בדבר החדרת הסיליקון אלמלא הבינה בעצמה שאין מדובר בעניין של מה בכך.

אינני סבורה שעלינו לקבוע כי רק נזק ממוני יכול להצדיק תביעה ייצוגית. לתובע נגרם לכאורה נזק לא ממוני שאיננו עניין של מה בכך, ודי בכך כדי להכשיר את תביעתו כתביעה ייצוגית" (שם, בעמ' 684, ההדגשות הוספו – י.ע.).

העולה מהאמור לעיל, שהפגיעה באוטונומיה ותחושת הגועל נאמרו בדיבור אחד, ושתיהן מגלמות בחובן נזק לא ממוני, ומכאן גם הדרישה כי הפגיעה לא תהא בגדר זוטי דברים (לביקורת ולדעה אחרת לפיה יש להבחין בין עצם הפגיעה באוטונומיה עקב שלילת המידע על הוספת הסיליקון, לבין הנזק התוצאתי של תחושת הגועל עקב הידיעה בדיעבד על צריכת הסיליקון, ראו קרן-19 בעמ' 205-208. לשיטתו של המחבר, יש להבחין בין רגשות הגועל שהם נזק תוצאתי הנובע מכך שהתובע לא היה בוחר בקו הפעולה שבו בחר בעקבות המידע החסר, לבין הנזק מעצם שלילת זכותו של התובע לבחור בקו הפעולה שבו היה בוחר לו ניתן לו המידע החסר (שם, 217)).

28. ומזוית נוספת: הפגיעה באוטונומיה מאחדת בחובה את העילה, את הסיבה ואת הנזק. הסיבה בגינה אנו נכונים לפסוק פיצוי בגין זעזוע ועגמת נפש שנגרמה לתובע, היא בשל נכונותנו להכיר בפגיעה באוטונומיה, שהיא בתורה, נובעת מהיעדר הסכמה מדעת. אילולא הפגיעה באוטונומיה, בזכות הבחירה, לא היינו מכירים בנזק של זעזוע ועגמת נפש, ולכן, קשה להלום כי נציב את הנזק של פגיעה באוטונומיה במצטבר לנזק של זעזוע ועגמת נפש. לכן, ההבחנה בין הגנה מפני עצם הפגיעה בהפעלת כוח הבחירה לבין הגנה על אי-חווית רגשות שליליים בשל הנזק התוצאתי הנובע מפגיעה בכוח הבחירה, נראית לי הבחנה דקה ומוקשית, שתועלתה אינה מרובה. לפיכך, אין דעתי כדעתם של קרן 19 וקרן-אייל במאמריהם, כי הפיצוי עבור פגיעה באוטונומיה צריך לבטא פגיעה נפרדת מזו הכלולה תחת הכותרת של "נזק בלתי ממוני". להשקפתי,

מדובר בזכויות שהינן קשורות זו לזו, ולכן הפיצוי עבור הפגיעה בהן אינו צריך להיות במצטבר.

לכך יש להוסיף את החשש כי התנהגויות עוולתיות ואפילו התנהגויות חוזיות או התנהגויות שעניינן בדיני עשיית עושר ולא במשפט, תסווגנה כפגיעה באוטונומיה או שייפסק בגינם פיצוי נוסף בשל פגיעה באוטונומיה. כך, לדוגמה, בכל טענה חוזית לכפייה או הטעיה ניתן להעלות את הטענה לשלילת כוח הבחירה. כך גם לגבי עוולות כמו כליאת שווא או נגישה או מצבים המעוררים סוגיות של עשיית עושר ולא במשפט כמו הענקת טובת הנאה מבלי לשאול לרצונו של הזוכה (השוו קרן-19, בעמ' 203-204, 245-260 וכן בעמ' 214-217, שם מנתח המחבר סיטואציות חוזיות כמו זו שנדונה בע"א 9136/02 מיסטר מאני ישראל נ' רייז, פ"ד נח(3) 934 (2004) באספקלריה של פגיעה באוטונומיה).

29. הנימוק השלישי בגינו אני סבור כי יש לראות פיצוי לא ממוני, כפיצוי הכולל בחובו גם את הנזק של פגיעה באוטונומיה, נובע משיקולים של מדיניות משפטית רצויה. שאם לא כן, נמצאת מרבה הליכים שלא לצורך. כך, לדוגמה, אם מצא בית המשפט כי הרופא התרשל בטיפול ועקב כך נגרם למטופל נזק גוף המזכה אותו בפיצוי ממוני ובפיצוי לא ממוני, אין טעם להידרש לשאלה אם הרופא גם פגע באוטונומיה של המטופל עקב הפרת חובת הגילוי וקבלת הסכמה שלא מדעת, שאלה שבירורה כרוך במשאבים שיפוטניים נוספים (לדעה נוגדת, ראו קרן-19 הגורס כי בנוסף לנזק התוצאתי הנובע מהרשלנות במהלך הניתוח, יש לפצות את התובע גם עבור הנזק בגין הפגיעה באוטונומיה).

כאמור, הפגיעה באוטונומיה הולכת ותופסת מקום של כבוד כמעט בכל תביעה בגין רשלנות רפואית. הכרה בפגיעה באוטונומיה כנזק העומד בפני עצמו – במנותק מראש הנזק הלא ממוני – משמעה כי ניתן לפסוק פיצויים לפלוני בכל מקרה בו לא ניתנה הסכמה מדעת, גם כאשר הניתוח הצליח ולא נגרם כל נזק גוף בעקבותיו. לטעמי, ובאספקלריה של מדיניות משפטית, תוצאה זו אינה רצויה בעליל. תוצאה זו אף נוגדת את הגישה המקובלת בדיני הנזיקין ולפיה הפיצוי ניתן בגין הנזק התוצאתי לפגיעה, כגון אבדן הפסד השתכרות עקב קטיעת יד, להבדיל מעצם הפגיעה (לדעה אחרת ראו קרן-19 בעמ' 227 וקרן-אייל לעיל, הסבורה כי אי מתן פיצוי במקרה של היעדר נזק, יגרום להרתעת חסר. לדעת המחברת, זו גם העמדה המקורית שבבסיס הלכת דעקה, אלא שבהמשך אימץ בית המשפט גישה אישית-סובייקטיבית לכימות הפיצוי, מה

שעשוי להביא לפסיקת פיצוי זניח ושולי כאשר הטיפול הרפואי הצליח ולא נגרם נזק גוף).

סיכום ביניים

30. א. ניתן לסווג את הפגיעה באוטונומיה כעילה/עוולה עצמאית או כראש נזק בעוולת הרשלנות ועוולת הפרת חובה חקוקה. כל אחת משתי החלופות מעוררת קשיים עיוניים. בעניין דעקה נקבע כי יש לראות את הפגיעה באוטונומיה כראש נזק, והפסיקה הלכה בעקבות סיווג זה.

ב. אין תקדים לפסיקת פיצוי בגין פגיעה באוטונומיה בנוסף לפיצוי בגין נזק לא ממוני. ניתן להצביע על שלושה נימוקים חלופיים או מצטברים השוללים תוצאה זאת:

(1) מקום בו מתקבלת תביעה בגין רשלנות או בגין היעדר הסכמה מדעת לא ייפסק ממילא פיצוי בגין פגיעה באוטונומיה.

(2) פגיעה באוטונומיה משקפת את אחד מסוגי הנזקים שמטיכם ומטבעם נכללים תחת הכותרת של "נזק לא ממוני". אין מקום להבחין בין נזק רגשי-תוצאתי (כמו כעס וזעזוע) בעקבות הפגיעה באוטונומיה, לבין נזק בגין עצם הפגיעה באוטונומיה. הפגיעה באוטונומיה היא העילה, היא הסיבה והיא הנזק עצמו בדיבור אחד (מה שמתקשר לבעייתיות בסיווגה כאמור לעיל).

(3) מדיניות משפטית ראויה החוסכת משאבים שיפוטיים מקום בו נפסק ממילא פיצוי בגין התרשלנות או היעדר הסכמה מדעת או כאשר הטיפול הצליח.

גובה הפיצוי

31. ניתן גם ניתן להבין את צערן וכאבן, ושמא גם זעמן, של המערערות, משנודע להן לראשונה כי לא כל חלקי גופת יקירן נטמנו. יש להצר על כך, אך איני סבור כי יש מקום לפסוק למערערות פיצוי מוגבר, בוודאי לא פיצוי עונשי כדרישתן.

המשיבים לא פעלו במזיד מתוך רצון לפגוע בכבוד המת ומשפחתו, אלא מתוך גישה פטרנליסטית, שהייתה נהוגה עשרות בשנים. זאת, מתוך כוונה שלא להוסיף

לצערם של בני המשפחה במתן הסבר מקיף אודות הנתיחה, מידת הפולשנות והפגיעה בשלמות גופו של הנפטר, שעה שמתם מוטל לפניהם. ההנחה כי לפחות חלק מהמשפחות היו מעדיפות "לחסוך" את ההסברים והתיאורים ה"פלסטיים" הכרוכים בהליך הנתיחה, על עגמת הנפש והזעזוע הנוסף הכרוכים בכך, היא שעמדה בבסיס גישה זו. בדרך זו נהגו המשיבים שנים רבות, שמא עשרות שנים, ונטען כי למרות שדו"חות נתיחה נמסרו כדבר שבשגרה לקרובי הנפטרים ולעורכי דינם, לא הועלו בעבר טענות לגבי נטילת הדגימות ושמירתן. כך, בבג"ץ 8189/98 סינקלייר נ' המכון לרפואה משפטית אבו כביר (לא פורסם, 21.6.1999) התייחס בית משפט זה לפרקטיקה של נטילת דגימות ושמירתן באומרו:

"הליך לקיחת דגימת רקמות הנו הליך רפואי מקובל הנעשה בכל מכון לרפואה משפטית ברחבי העולם לשם בחינת סיבת המוות כאשר הרקמות נשמרות לאחר הבדיקה למקרה שיהיה בהן צורך להליך משפטי כלשהוא.

[... אשר לראש השלישי שעניינו הנוהלים של המשיב 1 בכל הנוגע לנתיחה שלאחר המוות, יצויין, כי הנתיחה נעשתה מכוח צו של בית משפט במסגרת הליך חקירת סיבות מוות שנגרם באופן בלתי טבעי. מתצהירו של פרופ' היס שלא נסתר, עולה, כי הליך של לקיחת רקמות מאברים שונים ובדיקתם הוא חלק שגרתי של כל בדיקה פתולוגית ונתיחה שלאחר המוות ושמירת הדגימות נעשית באופן מקצועי ביותר תוך הבטחת זיהויין ותוך עמידה בסטנדרטים מקצועיים מקובלים בכל העולם. ואף על פי כן הצהירו המשיבים, כי מאחר ומן הראוי להסדיר נוהלים מעבר לקבוע בחוקים הרלוונטיים ולסטנדרטים המקצועיים על פיהם עובד המשיב 1, הוקמה ע"י מנכ"ל משרד הבריאות ועדה שבראשה יעמוד ראש מינהל הרפואה במשרד הבריאות וחברים בה יועץ המנכ"ל ונציג הלשכה המשפטית. הועדה אמורה לקבוע נוהלים לעבודת המכון לרפואה משפטית. מכאן, שגם הסעד השלישי בעתירה נענה".

אף נטען כי זו הייתה הפרקטיקה המקובלת בעולם בנוגע להיקף המידע שנמסר לבני משפחת הנפטר אודות הליך הנתיחה.

32. יש לבחון אפוא את המקרה שלפנינו בפרספקטיבה של שנת 1995 והמצב המשפטי ששרר אז. הגישה הפטרנליסטית נדחתה על ידי הפסיקה בכל הקשור להסכמה מדעת ביחסי רופא-חולה, אך ענייננו אינו בבריאותו של מטופל שעודנו בחיים. ניתן להבין, גם אם לא להסכים, לגישה ששררה בשעתו ולפיה עדיף "לחסוך" מבני

המשפחה בשעתם הקשה את הפרטים הקשים הכרוכים בנתיחה שלאחר המוות. המקרה שבפנינו אירע בשנת 1995, ושנה לאחר מכן נחקק חוק זכויות החולה, התשנ"ו-1996 שבמסגרתו דחה המחוקק את הגישה הפטרנליסטית והכניס ללקסיקון את המונח "הסכמה מדעת". לכן, ולצורך קביעת גובה הפיצויים, אין לשפוט את הדברים על פי הסטנדרטים והראייה המקובלת כיום.

יש לזכור כי משמעות הקביעה כי לא סגי בהסכמה שניתנת בתחנת המשטרה, שהיה על האלמנה לנסוע מחיפה למרכז באבו כביר, כדי לקבל שם הסבר מפורט, שמא "הסבר פלסטי", אודות הליך הניתוח ועל כך שדגימות מגופתו של המנוח תישארנה במכון להמשך הבדיקות. גם בכך היה כדי לעכב את הליך הקבורה, שלא לדבר על תוספת ההלם והזעזוע שמן הסתם היו מנת חלקן של המערערות באותן שעות קשות. מכל מקום, כיום נקבעו נהלים לגבי קבלת הסכמת בני המשפחה לנתיחה, כאשר ההסכמה ניתנת בתחנת המשטרה.

לכך יש להוסיף כי המשיבים סברו כי חוק הפתולוגיה אינו חל עליהם, ולטעמי, צדקו בכך, ומכאן מסקנתם, המוטעית לטעמי, לגבי היקף חובת הגילוי המוטלת עליהם.

33. העולה מן המקובץ, כי יש לזקוף לזכותם של המשיבים שורה של "נסיבות מקלות" בגינן אין מקום לפסיקת פיצויים עונשיים, ואף יש להפחית מהפיצוי שנפסק למערערות בסופו של יום.

חברי, המשנה לנשיאה, סבור כי יש מקום להטיל על המשיבים פיצויים מוגברים בשל התנהלות המשיבים בדרך בה הודיעו למערערות על קיומן של דגימות שלא נקברו בקבר הראשי ומה שאירע לאחר מכן. אכן, המדובר בהתנהגות שהיה בה כדי להוסיף לנזקן של המערערות, ויש להתחשב בכך במסגרת הפיצוי הכולל, להבדיל מפסיקת פיצויים מוגברים. בפסיקת פיצוי מוגבר יש ליתן משקל לכלל הנסיבות, ובין היתר, לטיב ההתנהגות – האם הייתה זדונית, פוגענית ומכוערת במיוחד, האם נעשתה מתוך כוונה או בהתרשלות גסה או רשלנית במיוחד, כיצד התנהל המזיק במהלך המשפט ועוד. יש ליתן משקל לטיב הזכות שנפגעה, לאופן הפגיעה בזכות ומידת הפגיעה בניזוק, כגון אם הפגיעה הייתה כרוכה בהשפלה וביזוי פומביים. רוצה לומר כי לא כל התנהגות רשלנית המאוחרת לרשלנות הראשונית תחייב פיצויים מוגברים להבדיל מהגדלת הפיצוי עקב תוספת הנזק, ככל שנגרמה, כתוצאה מההתרשלות המאוחרת. לדוגמה, רופא שהתרשל שלוש פעמים באי-אבחון לא יחוייב בפיצוי מוגבר

אך ורק בשל כך שהתירשל פעם נוספת (עוד על ההבחנה בין פיצויים עונשיים לפיצויים מוגברים ועל השיקולים להטלת פיצויים מוגברים או עונשיים ראו ב'טון, בעמ' 178-171. כן ראו ע"א 9656/03 מרציאנו נ' זינגר, בפסקה לד(3) לפסק דינו (לא פורסם, 11.4.2005), שם מזכיר השופט רובינשטיין הצעת חוק פרטית שעניינה בפיצויים ללא נזק. מחברי ההצעה מסבירים כי הפיצויים העונשיים באים להעניש את המזיק על עצם התנהגותו, והפיצויים המוגברים עניינם בחומרת התנהגותו של המזיק והשפעתה על הנזק).

34. לשיטתי, לא רק שאין מקום לפסיקת פיצוי מוגבר, אף יש לקבל את ערעור המדינה לגבי גובה הפיצוי שנפסק לזכות המערערות. ענייננו מקביל למצב של תביעה בגין רשלנות רפואית לגביה נפסק כי לא הייתה התרשלות של הרופא בטיפול אך לא הייתה הסכמה מדעת. אחזור ואזכיר את קביעותיו של בית משפט קמא כי היה צורך בנתיחה מלאה; כי הנתיחה עמדה בסטנדרטים המקצועיים והמדעיים המקובלים; כי נטילת הדגימות ופיסת הגולגולת ושמירתן לאחר מכן בוצעה על פי הסטנדרטים המקובלים והנהוגים; וכי התקופה בה נשמרו הדגימות בידי המרכז לא חרגה מהמקובל (סעיפים 42-46 לפסק הדין). לכך יש להוסיף, כפי שציין חברי, כי הדגימות נקברו בשיתוף פעולה עם חברה קדישא ותוך שמירה על כבוד המת. על רקע כל אלה, דומני כי הפיצוי שנפסק על ידי בית משפט קמא הוא על הצד הגבוה. לא נעלם מעיני כי המשיבים פעלו בחוסר תבונה ובחוסר רגישות בדרך בה התנהלו כאשר יידעו את המערערות כעבור שנים אודות קבורת הדגימות, וגם בשל כך זכאיות המערערות לפיצוי. עם זאת, אציין כי הפנייה של משרד הבריאות אל המערערות נעשתה מתוך כוונה לתקן בדיעבד את המצב שנוצר, בעקבות אימוץ המלצות ועדת סגלסון.

35. אין חולק כי כבוד המת הוא נגזרת של זכות היסוד החוקתית לכבוד של האדם החי, וזכות זו כוללת את זכותם של בני משפחת המת. הנושא של כבוד המת והטיפול בגופות נפטרים הוא אחד מן הנושאים הרגישים בחברה הישראלית, ויעידו על כך פסקי הדין הרבים של בית משפט זה, שחלקם הוזכרו על ידי חברי, בסוגיות העוסקות בכבוד המת – החל מהנצחה וכלה בפינוי קברים והבאה לקבורה. ספק אם יש מדינה בעולם שעוסקת באופן כה אינטנסיבי בנושאים אלה בהם כרוכות שאלות של דת, אמונה ותפישות תרבותיות ורגשיות של מגזרי האוכלוסיה השונים בישראל. יש אף הסבורים כי העיסוק בכבוד המת דוחק את מקומם של נושאים אחרים שעל סדר היום הציבורי, וכי קדושת המת דוחקת את קדושת החי ואת צרכי החיים, בניגוד לציווי הבסיסי "וחי בהם" (ויקרא יח, ה). לטעמי, הזירה המשפטית אינה צריכה להיות הזירה הראשונה או העיקרית לדיון בנושאים רגישים אלה, ומכאן "הפרופיל הנמוך" שעל בתי המשפט

לשמור בכגון דא גם לגבי גובה הפיצויים. זאת, במיוחד על רקע הפיצוי שנפסק במקומותינו בראש הנזק של כאב וסבל בגין נזקי גוף (לנזק לא-ממוני במצב בו נגרם לתובע נזק גוף ראו בהרחבה ריבלין לעיל). אכן, פגיעה רגשית אינה כפגיעה פיזית, ומדובר במישורים שונים, אך כפי שנאמר ברע"א 4740/00 אמר נ' יוסף, פ"ד נה(5) 510, 524 (2001):

"אינני סבור כי ההלכות החלות בפיצוי הנזק הלא-רכושי בנזקי גוף ניתנות להחלה, באופן אוטומטי, גם לעניין הנזק הלא-רכושי בנזקים לשם הטוב. לא הרי פגיעה בגוף כהרי הפגיעה בשם הטוב. עם זאת, ההשוואה היא אפשרית והיא צריכה להעשות במקרים מתאימים".

באותו מקרה היה מדובר בתביעת לשון הרע, והדברים יפים לענייננו על דרך של קל וחומר. זאת, באשר פעמים רבות הנזק הנטען בתביעת לשון הרע מתמקד בנזק לא ממוני הנובע מהפגיעה בשם הטוב כשלעצמה (להבדיל מטענות לנזק רכושי כמו אבדן הכנסות), ומאחר שהפגיעה בשם טוב נזכרת בנפרד ובמפורש כאחד מראשי הנזק במסגרת הגדרת "נזק" בפקודת הנזיקין.

36. אין בכוחו של בית המשפט לפסוק פיצוי שיפצה על ייסורי נפש ואין בית המשפט יכול להעריך בכסף או בשווה כסף את מגוון הפגיעות המתכנסות תחת הכותרת "נזק לא ממוני". וכי מי יכול למוד כאב וסבל, צער ובושה, דאגה וזעזוע? אלו דברים שאין להם שיעור. אלא שמלאכה זו נתונה לבתי המשפט מעשה של יום ביומו בתביעות נזיקין ואין בית המשפט רשאי להתנצל מחובתו זו. עמד על כך השופט טירקל בע"א 7130/01 סולל בונה נ' תנעמי, פ"ד נח(1) 1, 27-28 (2003) באומרו:

"כידוע, הערכת הפיצויים בגין ראש הנזק של כאב וסבל היא אחת המשימות הקשות ביותר בהערכת הפיצויים, הן בשל הקושי האינטלקטואלי שביסוד ראש נזק זה והן בשל הקושי לתרגם לערכים כספיים את שיעורו...".

לטעמי, דווקא מבחינה ערכית, קשה להלום כי לזכות המערערות ייפסק פיצוי בסדר הגודל שבתי המשפט נוהגים לפסוק לניזוקים שנכותם הפיזית הקשה תלויה אותם עשרות בשנים (השוו לע"א 2055/99 פלוני נ' הרב זאב, פ"ד נה(5) 241 (2001), שם הועמד הפיצוי על סכום נכבד של 500,000 ₪ לקטין ששני שלישי מאיבר מינו נכרתו עקב רשלנות מוהל). ודוק: איני סבור כי יש לפסוק לזכות המערערות פיצוי סמלי, אך

גם אין להפריז בגובה הפיצוי בהשוואה לפיצוי שנפסק בגין נזק לא ממוני בעקבות נזק גוף. בהתחשב במכלול הנסיבות במקרה דנן, ואם דעתי תישמע, אני סבור כי יש להפחית במחצית את הסכום שנפסק על ידי בית משפט קמא, ולהעמידו על הסך של 75,000 ₪ לאלמנה והסך של 50,000 ₪ לכל אחת מהבנות (המערערות 2-3) בגין נזקיהן הלא ממוניים, בצירוף ריבית כאמור בפסק דינו של בית משפט קמא.

ש ו פ ט

השופט י' דנציגר:

1. לאחר שעיינתי בחוות הדעת של חבריי, המשנה לנשיאה א' ריבלין והשופט י' עמית, החלטתי לצרף דעתי לתוצאה ולהנמקה שמפורטות בחוות דעתו של המשנה לנשיאה לרבות לעניין הגדלת הפיצוי לאשת המנוח כמפורט בסיפא לסעיף 44 ובסעיף 46 לחוות דעתו.

נתיחה שלאחר המוות הנובעת מחשש לפלילים – המסגרת הנורמטיבית

2. במקרה דנן בוצעה הנתיחה מכוח הסכמת אשת המנוח ואין עסקינן בנתיחה המבוצעת מכוח צו של בית משפט לפי חוק חקירת סיבות מוות. כמו המשנה לנשיאה, אף אני סבור כי המשיבים הפרו חובתם לקבל הסכמה מדעת תוך הפרת הוראותיו הברורות והחד משמעיות של חוק האנטומיה והפתולוגיה.

אין בידי לקבל את עמדתו של חברי השופט עמית לפיה המסגרת הנורמטיבית היחידה האפשרית להסדרת נתיחה שמטרתה חקירת סיבת המוות עקב חשש לפלילים היא בחוק חקירת סיבות מוות. לטעמי, ההיסטוריה החקיקתית עליה הצביע חברי השופט עמית אינה תומכת בהכרח במסקנתו הנ"ל. כמו כן, הדברים שמביא חברי השופט עמית בסעיף 8 לחוות דעתו מפיו של השופט (כתוארו אז) א' ברק בבג"ץ 66/81 אין בהם לטעמי כדי לבסס מסקנתו. אדרבא דברים אלו מחזקים דווקא את מסקנתו של המשנה לנשיאה לפיה הדין מעמיד לרשותו אכיפת החוק שני מסלולים חלופיים לקבלת היתר לביצוע נתיחה שלאחר המוות (סעיף 49 לחוות דעתו של המשנה לנשיאה). נדמה כי לא בכדי נותר השופט י' טירקל בדעת מיעוט בבג"ץ 66/81. אכן, על המסגרת החוקית הקובעת את התנאים לקבלת היתר לביצוע נתיחה שלאחר המוות

"להיקבע לפי מקור הסמכות לעריכת הנתיחה, שעליו מבקשים גורמי החקירה להסתמך" (הסיפא לסעיף 47 לחוות דעתו של המשנה לנשיאה).

אוסף ואציין, כי דווקא הרגישות המיוחדת הקיימת ביחס להליך הנתיחה שלאחר המוות בחברה הישראלית מחייבת להקפיד על שמירתן של המגבלות הקבועות לעניין זה בחוק המשקפות איזון עדין בעטיו אין זה רצוי ליצור "מסלול שלישי, חלופי, המאפשר עריכת נתיחה באופן שאינו מוסדר באף אחד משני דברי החקיקה העוסקים בעניין זה" (סעיף 49 לחוות דעתו של המשנה לנשיאה).

הסכמה לביצוע נתיחה שלאחר המוות עקב אילוף או כפיה

3. חברי, השופט עמית, סבור כי לא ניתן לקבוע שהסכמתה של אשת המנוח לביצוע הנתיחה שלאחר המוות ניתנה בשל אילוף או כפיה (סעיפים 15-16 לחוות דעתו). גם בסוגיה זו אני רואה את הדברים עין בעין עם חברי.

השאלה האם הופעלה כפיה או אילוף היא שאלה עובדתית הנגזרת מנסיבותיו הקונקרטיות של המקרה. מטבע הדברים מדובר בשאלה שהתשובה עליה מצויה ברובד העובדתי ולא ברובד המשפטי ומשכך אני סבור כי יש מקום להתערבותה של ערכאת הערעור בממצאיה של הערכאה הדיונית. בהקשר זה קבע בית המשפט המחוזי בנסיבות העניין כי לאחר שאשתו של המנוח סירבה כי תבוצע בו נתיחה היא חזרה בה מסירובה משהובהר לה כי סירובה יגרום לעיכוב הקבורה. אני סבור כי התקיימו בנסיבות העניין החריגים המאפשרים את התערבותה של ערכאת הערעור בממצאיה העובדתיים של הערכאה הדיונית.

כאשר עסקינן בבן משפחה המתנגד לביצוע הנתיחה שלאחר המוות ממניעים דתיים, על רשויות אכיפת החוק להימנע מלפעול להשגת ההסכמה על ידי שימוש באיום מרומז לפיו אי מתן ההסכמה לביצוע הנתיחה יגרור אחריו את "הלנת המת". בנסיבות אלה די לומר לבן המשפחה כי אם לא יסיר התנגדותו יינקט הליך לקבלת אישורו של בית המשפט לביצוע הנתיחה. בנסיבות העניין, לאחר שאשת המנוח התנגדה לביצוע הנתיחה מחשש לפגיעה בכבוד המת, המשטרה הפעילה עליה לחץ בהדגישה כי התנגדותה לביצוע הנתיחה תגרור אחריה את עיכוב קבורתו של המנוח, ובכך נעשה שימוש בלתי הולם ברצונה של אשת המנוח להביא את בעלה למנוחת עולם במהירות המירבית לשם השגת הסכמתה כאמור.

4. כמו המשנה לנשיאה ריבלין (סעיפים 22-24 לחוות דעתו), אף אני סבור כי קיים קשר סיבתי בין היעדר ההסכמה מדעת לבין ביצוע הנתיחה שלאחר המוות. בהקשר זה, אני מסכים לקביעתו של המשנה לנשיאה כי השופט החוקר לפי חוק חקירת סיבות מוות אינו "חותמת גומי" וגם אם רשויות אכיפת החוק מגישות בקשה לאישור ביצוע נתיחה אין כל וודאות כי הבקשה תאושר. מכל מקום מדובר בטענת הגנה שהנטל להוכחתה מוטל על כתפי הנתבע. בסעיף 11 לחוות דעתו מציין חברי השופט עמית נתונים סטטיסטיים המגלים כי ברוב המוחלט של המקרים בית המשפט מאשר בקשות לביצוע נתיחה שלאחר המוות ללא קיום דיון ממשי ומשמעותי. אף אם אלו הם פני הדברים, הרי שלא די לטעמי בנתונים סטטיסטיים כאמור לשם הוכחת ניתוקו של הקשר הסיבתי במקרה הקונקרטי. כמו המשנה לנשיאה, אף אני סבור כי בנסיבות המקרה דנן לא הצליחו המשיבים לעמוד בנטל הראייתי להוכחת ניתוקו של הקשר הסיבתי.

פגיעה באוטונומיה – פיצוי במסגרת ראש נזק מוכר

5. באשר למחלוקת הנוספת שנפלה בין חבריי בשאלה האם יש מקום לפסוק פיצוי בגין פגיעה באוטונומיה בנוסף לפיצוי בגין נזק לא ממוני, הגם שהמשנה לנשיאה סבור כי "ניתן לעגן את הפיצוי בגין פגיעה באוטונומיה גם בדרך של הכרה בעוולה של פגיעה בזכות חוקתית וכי לדרך זו יתרונות משלה" הרי שנחה דעתי כי הוא לא ביקש לקבוע בגדריה של פרשה זו הלכה חדשה לפיה קיימת עוולה עצמאית של פגיעה באוטונומיה. כל קביעותיו של המשנה לנשיאה במקרה דנן מבוססות על ההלכה המנחה שהתגבשה עד כה בפסיקתו של בית משפט זה ואשר הכירה בפגיעה באוטונומיה כראש נזק עצמאי ותו לאו וכלשונו "במקרה זה ניתן לבסס את הפיצוי בגין הפגיעה באוטונומיה אף במסגרת הדוקטרינות המוכרות שבוססו בפסיקה" (סעיף 54 לחוות דעתו). התרשמותי היא כי דבריו של המשנה לנשיאה ממוקדים בעובדותיה הייחודיות של פרשה זו המעידות על התנהלות קשה ובעייתית מצדם של המשיבים, לרבות בעניין שמירת רקמות מגופו של המנוח ללא שהודע על כך לבני משפחתו מה שהוביל, בין היתר, להקמתה של ועדת סגלסון כאמור.

נסיבותיה המיוחדות של פרשה זו הן שאיפשרו לבית המשפט המחוזי להבחין בין עוגמת הנפש לבין הפגיעה באוטונומיה שנגרמה לאשת המנוח, שכן מחדליהם של המשיבים גיבשו רכיב איכותי ממשי ונבדל של פגיעה באוטונומיה ולא אך עוגמת נפש, דהיינו – "נזק אובייקטיבי, לא תוצאתי, הנפרד מן התחושות השליליות שנגרמות

בעטיו" (סעיף 54 לחוות דעתו של המשנה לנשיאה). משכך, יש להבין את קביעותיו של המשנה לנשיאה כמתחמות לנסיבותיו של העניין הקונקרטי ולא כחידוש הלכה המכיר בקיומה של עוולה חדשה.

לטעמי, השאלה האם יש להכיר בעוולה כאמור היא סוגיה שיש להותירה בצריך עיון.

6. אשר על כן, אני מצטרף להנמקה ולתוצאה אליה הגיע המשנה לנשיאה.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינו של המשנה-לנשיאה א' ריבלין.

ניתן היום, ה' בתמוז התשע"א (7.7.2011).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

המשנה-לנשיאה