



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 544/10

לפני :
כבוד השופט א' רובינשטיין
כבוד השופט י' דנציגר
כבוד השופטת ד' ברק-ארז

המערערים :
1. פלונית
2. פלוני

נגד

המשיבים :
1. עיריית כפר קאסם
2. המוסד לביטוח לאומי

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בירושלים
(השופטת כנפי-שטייניץ) מיום 2.12.09 בת"א 6522/04

תאריך הישיבה : כ"ט בתשרי התשע"ג (15.10.12)
בשם המערערים : עו"ד בן חיים עופר
בשם המשיבה 1 : עו"ד חולוד ראבי
בשם המשיבה 2 : עו"ד עפר בן-צבי ; עו"ד שרית פחימה

פסק-דין

השופט א' רובינשטיין:

א. ערעור וערעור שכנגד על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בירושלים (השופטת כנפי-שטייניץ) בת.א. 6522/04 מיום 2.12.09, בגדרו התקבלה באופן חלקי תביעתם של המערערים והמשיבים שכנגד כנגד המשיבה 1 והמערערת שכנגד, ונקבע כי על המשיבה לשלם למערערים סך של 755,727 ש"ח בגין נפילתה של המערערת לבור בשטח שיפוטה של המשיבה – מועצה מקומית ותוצאותיה של זו. המדובר בפרשה יוצאת דופן, כפי שיפורט.

ב. המערער 2 (להלן המערער) הוא בעלה של המערערת 1 (להלן המערערת), ומי שמונה על ידי בית המשפט לענייני משפחה בכפר סבא (תמ"ש 12610/03) כאפוטרופוס על גופה ועל רכושה.

ג. בכתב תביעה שהגישו המערערים לבית המשפט המחוזי נטען, כי ביום 7.8.02, בשעת לילה, הלכה המערערת כשבתה בת השנתיים בזרועותיה, ברחוב המגרש בכפר קאסם. נטען, כי בעודה הולכת בשולי הרחוב נפלה המערערת לשוחת ביוב פתוחה, בלתי מגודרת, מכוסה בגזם ובזבל. בכתב התביעה נטען, כי בעקבות נפילתה לקתה המערערת בהפרעה פוסט טראומטית קשה ובמצב דכאוני עם תסמינים פסיכויים, המגיעים – כך נטען – כדי 70% נכות לצמיתות. נטען, כי נזקיה של המערערת נגרמו בשל התרשלותה של המשיבה. בהחלטת בית המשפט המחוזי מיום 2.8.05 צורף המוסד לביטוח לאומי כתובע נוסף. בתביעתו עתר הביטוח הלאומי לשיפוי בגין גמלאות נכים ששילם וישלם למערערים. במקור הוגשה התביעה גם כנגד הפניקס הישראלי חברה לביטוח בע"מ, אולם זו נמחקה ביום 15.3.06.

ד. בכתב הגנתה הכחישה המשיבה כי המערערת נפלה לשוחת ביוב. המשיבה אף כפרה בקשר הסיבתי שבין נזקיהם הנטענים של המערערים לבין נפילתה של המערערת.

ה. לבית המשפט המחוזי הוגשו שתי חוות דעת רפואיות. חוות דעת של הפסיכיאטר ד"ר וייל מטעם המערערים קבעה, כי המערערת סובלת מהפרעה פוסט טראומטית קשה. ד"ר וייל העריך את נכותה הנפשית של המערערת – כאמור – ב-70% לצמיתות. מנגד הגישה המשיבה את חוות דעתו של ד"ר קריץ, לפיה המערערת מתחזה ואין לה חולי נפשי. כן הובא לעדות הפסיכיאטר ד"ר גרינשטיין, הרופא המטפל של המערערת, אשר התרשם כי היא סובלת מהפרעה פוסט טראומטית קשה בדרגת חומרה מירבית, ושלא את טענת ההתחזות.

ו. נוכח חוות הדעת הסותרות שהוגשו מטעם הצדדים, הורה בית המשפט קמא ביום 29.1.08 על מינויו של ד"ר יואב כהן כמומחה מטעמו. ד"ר כהן התבקש לחוות דעתו באשר למצבה הרפואי של המערערת ובאשר לטענת ההתחזות. ביני לביני, ביום 27.1.08 אושפזה המערערת בכפיה במרכז לבריאות הנפש "גהה", עד ליום 1.5.08, בהוראת הפסיכיאטר המחוזי. במהלך האשפוז חל שיפור דרמטי במצבה, היא החלה לתקשר עם הסובבים אותה, והפכה פעילה ועצמאית יותר.

ז. חוות דעתו של ד"ר כהן הושלמה ביום 23.4.09. ד"ר כהן דחה את טענת ההתחזות, בקבעו כי המערערת פיתחה תגובה נפשית חריגה בעוצמתה בעקבות התאונה. עוד קבע ד"ר כהן, כי המערערת סבלה מנכות פסיכיאטרית בשיעור של 70% ממועד התאונה ועד ליום 1.5.08, מועד שחרורה מהאשפוז, וכי בתקופה זו הייתה באי כושר מלא לעבודה. לדבריו, החל ממועד זה ירד שיעור נכותה לכדי 30%, אך עדיין מצויה היא באי כושר מלא. ד"ר כהן קבע, כי מצבה של המערערת עשוי להשתפר עד כדי נכות צמיתה של 10% ודרגת אי כושר של 25%. לדעתו, המערערת יכולה הייתה להגיע למצב זה כבר כשנה לאחר התאונה אילו קיבלה בזמן את הטיפול באשפוז, כפי שהומלץ לה. ד"ר כהן הוסיף, כי לעמדתו את האיחור בקבלת הטיפול ותוצאותיו יש לזקוף לחובתה של המערערת.

פסק דינו של בית המשפט המחוזי

ח. (1) ביום 2.12.09 ניתן פסק דינו של בית המשפט המחוזי. נקבע, כי "יש לקבל את גרסת התביעה לתאונה". עוד נקבע, כי "לנתבעת, כרשות מקומית, חובת זהירות כלפי המשתמשים בדרך ציבורית המצויה בתחומה ... שוחת ביוב פעורה בעומק של 70 ס"מ מהווה סיכון בלתי סביר למשתמשים בדרך, ועל הנתבעת היה לצפות כי העדר טיפול במפגע עלול להביא לפגיעה בגוף". על רקע זה קבע בית המשפט המחוזי כי למשיבה אחריות לתאונה ולנזק שנגרם למערערת. בית המשפט המחוזי דחה את טענת המשיבה, כי למערערת אשם תורם לנזקה.

(2) בשלב זה פנה בית המשפט המחוזי לדון בשאלת אי הקטנת הנזק. צוין, כי נושא אשפוזה של המערערת לשם הטבת מצבה עלה לכל אורך הטיפול הרפואי בה, ונתקל בסירוב עקבי של המערער. כן צוין, כי כל המומחים שחיוו דעתם בעניינה של המערערת "סברו כי לו אושפזה התובעת, היה בכך כדי להטיב את מצבה". בית המשפט המחוזי דחה את הסבריו של המערער באשר לסירובו לאשפוז את המערערת. נקבע, כי סירובו של המערער לאשפוזה של המערערת, בניגוד להמלצתם המתמשכת והחד משמעית של הרופאים המטפלים, אינו סביר, וכי יש להטיל על המערערים את הנזקים שנגרמו להם נוכח התנגדותו של המערער לאשפוזה של המערערת. בהקשר זה נאמר, כי "משמעותה של קבלת טענת הנתבעת לאי הקטנת הנזק היא, כי יש לכמת את נזקי התובעת כאילו אושפזה התובעת תוך תקופה סבירה לאחר התאונה והוטב מצבה". בהתבסס על חוות דעתו של ד"ר כהן נקבע, כי יש לחשב את נזקי המערערים כלהלן: אי כושר מלא לתקופה של שנה אחרי התאונה, ואי כושר של 25% ממועד זה ואילך.

(3) לבסוף דן בית המשפט קמא בראשי הנזק השונים. בראש הנזק של עזרה וסיעוד נפסק למערערים סך 93,543 ש"ח בעבור תקופה של שנה לאחר התאונה, וסך של 124,215 ש"ח בעבור התקופה שמתום שנה לאחר התאונה ועד למועד פסק הדין. לעתיד, נפסק למערערים סכום של 292,969 ש"ח בגין ראש נזק זה. בגין נזק לא ממוני נפסק למערערים סך של 200,000 ש"ח. בגין אבדן השתכרות של המערער נפסק למערערים סכום גלובלי של 15,000 ש"ח. בית המשפט קמא דחה את תביעת המערערים לקבלת פיצוי בגין אבדן כושר השתכרות של המערערת. כן נדחתה תביעה לפיצוי בגין התאמת דיור. בגין טיטולים נפסק למערערים סכום גלובלי של 20,000 ש"ח, ובגין הוצאות נסיעה ותרופות נפסק למערערים סכום של 10,000 ש"ח. בית המשפט המחוזי דחה את דרישת המערערים להטיל על המשיבה פיצויים עונשיים, בקובעו כי אין המדובר "בעוולה שבוצעה בכוונה או ב'מעין כוונה'". בסך הכל נפסק למערערים סכום של 755,727 ש"ח. נקבע, כי בהתאם להוראות סעיף 330 לחוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], התשנ"ה-1995, 75% מסכום הפיצויים שנפסק למערערים ישולמו למוסד לביטוח לאומי ו-25% ישולמו למערערים. לבסוף נקבע, כי המשיבה תשלם למערערים אגרת בית משפט, תישא בהוצאות המומחים והעדים, וכן בתשלום שכר טרחתו של בא כוח המערערים בסך 17.5% מסכום הפיצוי שנפסק.

(4) מכאן הערעורים. יצוין, כי ביום 25.6.10 דחה בית המשפט המחוזי (השופט סולברג) את בקשת המשיבה לעיכוב ביצוע פסק הדין ועיכוב הליכי הוצאה לפועל שננקטו נגדה על ידי המוסד לביטוח לאומי. ביום 2.8.10 דחה בית משפט זה (השופט – כתארו אז – גרוניס) את בקשתה של המשיבה לעיכובם של הליכי הוצאה לפועל.

הערעור והערעור שכנגד

ט. לכתחילה הופנה ערעורם של המערערים כלפי המשיבה, ואילו הערעור שכנגד הופנה כלפי המערערים. בהחלטה מיום 15.12.11 (השופטים חיות, פוגלמן ועמית) צורף המוסד לביטוח לאומי כמשיב בערעור ובערעור שכנגד. ביום 10.2.12 הגיש המוסד לביטוח לאומי "הודעת ערעור שכנגד", וביום 26.2.12 הגישה המשיבה תגובה להודעת הערעור שכנגד מטעמו של המוסד לביטוח לאומי.

טענות המערערים

י. עיקר טרונותם של המערערים מופנית כנגד קביעתו של בית המשפט קמא, לפיה הפרו הם את חובתם להקטנת הנזק, ובלשונם – "בבסיס הערעור ניצבת השאלה העובדתית והמשפטית, עד כמה היו צריכים המערערים לצאת מגדרם לפעול בניגוד

לסיכונים הכרוכים בטיפול נפשי בנזעי חשמל ובכלל, בניגוד לאמונתו הסובייקטיבית של המערער ולסטיגמה הכרוכה בטיפול כזה ובניגוד לדעתו של הרופא המטפל, ועד כמה צריך נפגע להנזק – אם בכלל – במקרה מעין זה” (סעיף 9 לסיכומי המערערים). ביתר פירוט טוענים המערערים, כי שגה בית המשפט המחוזי באמצו, באופן גורף, את חוות דעתו של ד”ר כהן, אשר כנטען חרג מסמכותו בקבעו קביעות משפטיות ביחס למידת האחריות שיש להטיל על המערערים. לטענת המערערים, היה על בית המשפט קמא לבחון את הסוגיה על בסיס השיקולים שנשקלו בזמן אמת, ולא כ”חכמה שלאחר מעשה”. נטען, כי שגה בית המשפט המחוזי בדחותו את עדותו של ד”ר גרינשטיין, אשר – לפי הטענה – “צידד בגישה בדבר הסרוב להתאשפז”, וכי “נפגע הפועל על פי תפיסתו הסובייקטיבית, חששותיו מפגיעה בו או בבני משפחתו נוכח אי הודאות בתוצאות הטיפול אינו יכול להיחשב כמי שהפר חובתו להקטין נזקיו, במיוחד לא שעה שבעמדה זו מצדד אף הרופא המטפל”. לטענת המערערים, בית המשפט המחוזי לא נתן משקל מספיק לעובדה שמדובר בפגיעה נפשית. המערערים מלינים על התייחסותו “הפטרנליסטית” של בית המשפט המחוזי ודחיית טעמיהם לסרוב לאשפוז; בהקשר זה נטען, כי בית המשפט המחוזי לא נתן משקל ראוי לתפיסותיהם ואמונותיהם של המערערים, על פי הרקע החברתי והתרבותי ממנו הם באים. עוד נטען כנגד הפחתת גובה הפיצוי “באורח בלתי סביר, בלתי מוצדק ובלתי הוגן”, תוך קיפוח המערערים. כן נטען, כי הטענה בדבר הפרת החובה להקטנת נזק לא נטענה בכתב ההגנה מטעם המשיבה, וגם מטעם זה היה על בית המשפט המחוזי לדחותה באשר מדובר בהרחבת חזית אסורה. המערערים מוסיפים וטוענים, כי לא ברור מהי הקונסטרוקציה המשפטית שמכוחה חויבה המערערת בגין מעשי ומחדלי המערער, וכי אין מקור משפטי להטלת “אחריות שילוחית” מעין זו.

הראש השני של הערעור מופנה כנגד הסכומים שנפסקו למערערים בגין ראשי הנזק השונים. נטען, כי את סכום הפיצוי בגין הנזק שאינו ממוני יש להעמיד על 800,000 ש”ח; כי את סכום הפיצוי בגין עזרה וסיעוד לעבר ולעתיד יש לקבוע לפי נכות תפקודית מלאה של המערערת – 100%; כי יש לפסוק למערערים פיצוי, ולוא גלובלי, בגין אבדן כושר השתכרותה של המערערת ועלות חינוך הילדים וכן פיצוי בגין התאמת דיור; כן מלינים המערערים על סכום הפיצוי שנפסק בגין הוצאות רפואיות ועל שכר טרחת בא כוחם שנפסק בבית המשפט קמא.

תשובת המשיבה והטענות בערעור שכנגד

יא. במסגרת הערעור שכנגד טוענת המשיבה, כי שגה בית המשפט המחוזי בקבעו שהיא אחראית לתאונה ולנזקים שנגרמו למערערים, ובקבעו כי יש לקבל את גרסת

המערערים באשר לנסיבות התרחשותו של האירוע. טענותיה של המשיבה בהקשר זה מופנות, רובן ככולן, כנגד ממצאי עובדה ומהימנות שנקבעו בבית המשפט המחוזי, והמשקל שניתן לעדויות השונות. עוד טוענת המשיבה, כי שגה בית המשפט המחוזי בדחותו את טענתה של מערערת אשם תורם בשיעור 100%, שכן – כך נטען – המערערת הכניסה עצמה למצב המסוכן, ועל כן קמה למשיבה הגנת סעיף 5 לפקודת הנזיקין. המשיבה מוסיפה וטוענת, כי שגה בית המשפט בדחותו את טענת ההתחזות שהועלתה בפניו; כנטען, "טעה בית המשפט קמא עת שהעדיף את גרסת המערערים על גרסת המשיבה שהייתה כנה אמיתית וסבירה יותר מגרסת התביעה".

בהתייחס לסוגיית הפרתה של חובת הקטנת הנזק נטען, כי בדין קבע בית המשפט קמא שהמערערים הפרו חובה זו, שכן הוכח כי סירובו הממושך של המערער לאשפז את המערערת פגע בסיכויי החלמתה. נטען, כי חובת הקטנת הנזק חלה גם על נזק שאינו ממוני, וכי "כל אדם סביר היה מסכים לקבל את הטיפול והאשפוז הרפואי שנזקקה לו המערערת". עוד נטען, כי בזמן אמת סבר גם ד"ר גרינשטיין – הרופא המטפל של המערערת – שאשפוזו של המערערת ייטיב את מצבה. בהתייחס לטענה בדבר היעדר מקור משפטי לחובה של המערערת במעשיו ומחדליו של המערער נטען, כי "דין מעשיו של המערער כאפטרופוס כדין מעשיה של המערערת". המשיבה מוסיפה וטוענת, כי הטענה בדבר הפרת החובה של הקטנת הנזק הועלתה בסעיף 13(ה) לכתב ההגנה, ולפיכך יש לדחות את טענת המערערים בהקשר זה.

המשיבה סומכת ידיה על קביעתו של בית המשפט קמא, כי שיעור נכותה הרפואית של המערערת הוא 10%. עם זאת נטען, כי שגה בית המשפט בהעמידו את נכותה התפקודית של המערערת על 25%. באשר לראשי הנזק הפרטניים נטען, כי שגה בית המשפט בפסקו למערערים הוצאות בגין עזרה וסיעוד לעבר, בגין העסקת עוזרת, בגין טיטולים ובגין הוצאות תרופות ונסיעות. עוד נטען, כי שגה בית המשפט קמא בפסקו למערער פיצוי בגין הפסד שכר. לבסוף נטען, כי הסכום שנפסק למערערים בגין כאב וסבל גבוה בנסיבות העניין. המשיבה סומכת ידיה על קביעותיו של בית המשפט, כי יש לדחות את תביעת המערערים לפיצוי בגין התאמת דיור, הפסד השתכרות למערערת ועלות חינוך ילדים, וכן על שיעור ההוצאות ושכר הטרחה שנפסק למערערים.

תגובת המערערים לתשובת המשיבה ולטענות בערעור שכנגד

יב. בתגובת המערערים לסיכומי המשיבה נטען, כי הערעור שכנגד נסב על ממצאי עובדה ומהימנות, וכי הלכה היא כי ערכאת הערעור לא תתערב בכגון דא. מעבר לטענה

זו השיבו המערערים לטענות המשיבה בנוגע לסתירות בעדויותיהם של העדים, בנוגע לאשמה התורם של המערערת ובנוגע לטענת ההתחזות. בתשובתם, חזרו המערערים על טענותיהם בסוגית הפרתה של חובת הקטנת הנזק. נטען, כי "בית המשפט קמא התייחס לסירוב המערער לאשפוז של המערערת במנותק מחששו המרכזי מתוצאות הטיפול בנזעי חשמל, טיפול שכלל לא ניתן בסופו של יום, ואין – לפיכך – לדעת אם וכיצד היה משפיע" (סעיף 28 לסיכומי התשובה). עוד נטען, כי גם לגישתו היה על בית המשפט קמא לקבוע את נזקיה של המערערת על בסיס 30% נכות רפואית ו-100% נכות תפקודית.

טענות המוסד לביטוח לאומי

יג. בערעור מיום 12.2.12 הצטרף המוסד לביטוח לאומי "לכל טענותיהם של המערערים". נטען (סעיף 8 להודעת הערעור שכנגד), כי "ככל שטענות המערערים, כולן או מקצתן, יתקבלו על ידי כבוד בית משפט זה, ועקב כך תצטרך המשיבה 3 [המשיבה – א"ר] לשלם סכום נוסף, הרי שהפיצוי הנוסף אותו תידרש לשלם יחולק בין המל"ל למערערים, כפי שנפסק בצדק על ידי בית משפט קמא בסעיף 44 לפסק דינו".

הכרעה

יד. בערעוריהם משיגים הצדדים על כל תג ותג בפסק דינו של בית המשפט קמא, צד צד והשגותיו. את השגותיהם של הצדדים ניתן לחלק לארבעה אשכולות: האחד, לעניין קביעת האחריות לאירוע התאונה; השני, לעניין הטענה בדבר התחזותה של המערערת; השלישי, לעניין הקטנת הנזק; הרביעי, לעניין ראשי הנזק הקונקרטיים והסכומים שנפסקו בהם. נדון בטענות אלה כסדרן.

אשכול טענות ראשון – הכרעה בשאלת האחריות

טו. בפתח הערעור שכנגד משיגה המועצה-המשיבה על קביעתו של בית המשפט קמא כי "יש לקבל את גרסת התביעה לתאונה" (פסקה 8 לפסק הדין). קביעה זו נסמכה על "עדויותיהם של עדי ראיה, שאף אם היו דלות לא נסתרו" ועל "תלונות מזמן אמת על התאונה ונסיבותיה, שתועדו ברישומיהן הרפואיים של התובעת ובתה מיד לאחר התאונה". מדובר בקביעה המושתתת – במובהק – על ממצאי עובדה ומהימנות. על ההלכה בדבר התערבות ערכאת הערעור בקביעות עובדתיות של הערכאה הדיונית, חזר בית משפט זה פעמים רבות (ראו, מני רבים, ע"א 2989/95 קורנץ נ' מרכז רפואי ספיר - בית חולים מאיר, פ"ד נא(4) 687, 695 (השופטת שטרסברג-כהן); ע"א 8526/96 מדינת

ישראל נ' פלוני (לא פורסם, 23.6.05; השופט – כתארו אז – ריבלין)). ככלל, לא בנקל תתערב ערכאת הערעור בממצאים עובדתיים שנקבעו על ידי הערכאה הדיונית כאשר אלה מושתתים על עדויות, שנשמעו בערכאה הראשונה (ע"א 1240,558/96 חברת שיכון עובדים נ' רוזנטל, פ"ד נב(4) 563, 568 (השופט גולדברג)). ההתערבות בממצאי עובדה תיעשה במקרים חריגים בלבד (ע"א 3601/96 בראשי נ' עזבון המנוח קלמן בראשי, פ"ד נב(2) 582, 594 (השופטת – כתארה אז – ביניש)). לאחר העיון בחומר הראיות לא נמצא, כי ענייננו בא בקהלם של המקרים החריגים, המצדיקים את התערבותה של ערכאת הערעור.

טז. בבית המשפט המחוזי העידה העדה מנאר אל-מצרי כי ביום 7.8.02 ישבה במרפסת בית דודתה וראתה אשה נושאת תינוק נופלת לבור בכביש (עמ' 66 לפרוטוקול הדיון מיום 1.5.07 שורות 10-14; עמ' 72 שורה 5). העד עודה אהד העיד כי ביום האירוע ראה את המערערת ובתה בתוך הבור (עמ' 45 לפרוטוקול הדיון מיום 1.5.07 שורות 4-10; עמ' 46 שורות 21-24). ברישום בתיקה הרפואי של בתה הפעוטה של המערערת, מיום 8.8.02 (יום לאחר האירוע; עמ' 40 למוצג ת/23 בבית המשפט המחוזי), צוין כי "אתמול כלילה נפלה בתוך בור בכביש שלא היה מכוסה, יש נפיחות בגולגולת לפי האנמניזה לא הקיאה ולא אבדה הכרה". דברים דומים נרשמו במכתבו של ד"ר נטור עלי מיום 8.8.02 בו הפנה את בתה של המערערת לחדר מיון (ת/11). ברישום של ד"ר נטור מיום 8.8.02 (עמ' 4 במוצג ת/23 בבית המשפט המחוזי) צוין, בנוגע למערערת, כי "אתמול כלילה נפלה לתוך בור ברחוב של המועצה. יש לה כאבים באזור הברכיים עם כאבי ראש". הדברים נשנו גם במכתבו של ד"ר נטור מיום 14.8.02, שבוע לאחר התאונה (המכתב צורף כנספח למוצג ת/22 בבית המשפט קמא).

יז. מטעם המשיבה העיד ראש המועצה לשעבר, מר סמי עיסא, כי המערער הגיע למשרדו "וסיפר שהאשה נפלה בבית, נחבלה" (עמ' 234 לפרוטוקול מיום 18.10.07 שורה 16; עמ' 239 שורה 22), וכי המערער פנה אליו "בשביל להפעיל את הביטוח של המועצה או הביטוח של מישו אחר" (עמ' 234 שורות 17-18; עמ' 239 שורה 27 – עמ' 240 שורה 2). גרסה זו לא הועלתה בכתב ההגנה מטעם המשיבה, אלא לראשונה במסגרת עדותו של מר עיסא. כשנשאל מר עיסא האם ניהל תרשומת אודות פגישה זו והאם דיווח עליה למשטרה השיב בשלילה (עמ' 240 לפרוטוקול שורות 6-20). לאחר מכן אישר מר עיסא כי אין עדות נוספת – אנושית או כתובה – שיש בה כדי לתמוך בגרסתו (עמ' 241 לפרוטוקול שורות 17-19). המערער, בחקירתו הנגדית, לא עומת עם גרסה זו. יתירה מכך; במסגרת עדות הזמה באשר לגרסתו של מר עיסא העיד המערער, כי "זה שקר וכזה [צ"ל כזב – א"ר], אף פעם לא הגעתי למשרדו, מעולם לא דיברתי

בכלל על הדבר הזה. פשוט שקר" (עמ' 292 לפרוטוקול מיום 7.7.09 שורות 18-19). משאלה פני הדברים, אין ניתן להלום את טענות המשיבה כי "לא נסתר שהמערער ניסה להיתלות בביטוח המועצה" (סעיף 29 לסיכומיה), וכי גרסתו של ראש המועצה "לא נסתרה" (סעיף 20 לסיכומיה).

יח. בתום מסכת הראיות הגיע בית המשפט קמא לכלל מסקנה, כי בהעדר כל ראיה תומכת לעדותו של מר עיסא "אין בידי להעדיפה על פני ראיות התביעה". בקביעה זו, כאמור, לא נמצא מקום להתערב. נפנה עתה לדון בשאלת אחריותה של המשיבה.

יט. האחריות המוטלת על רשות מקומית לנקוט אמצעי זהירות מפני אפשרות פגיעה של עוברי אורח, קמה הן מכוח סעיף 35 לפקודת הנזיקין, והן מכוח סעיפים 235 ו-236 לפקודת העיריות [נוסח חדש]. על הרשות המקומית לדאוג, במסגרת הסביר, לתקינות מערכת הכבישים והמדרכות שבתחום שיפוטתה. בחקירתו הנגדית בבית המשפט קמא נשאל מר עיסא האם המועצה דאגה להסדרתו של הבור, והשיב (עמ' 238 לפרוטוקול מיום 18.10.07 שורות 1-6) כי:

"ת. זה שאלה קשה. אתה יודע למה? במגזר הערבי, שבעים אחוז מהתשתית שלה הוא עפר. ש. בקיצור, התשובה היא לא? ת. אנחנו עובדים לפי תקצוב ממשלתי, כל תקצוב ממשלתי, עובדה שאחרי התקצוב הממשלתי ב-2003, בוצעה שם עבודת פיתוח והושלמה עבודת פיתוח".

כ. סבורני, כי אי הסדרתו של בור עמוק, ולמעשה התעלמות ממנו, הוא במובהק הפרת חובת הזהירות המוטלת על המועצה. בניגוד לנטען על ידי המשיבה (סעיף 37 לסיכומיה), לא בהגזמה בדרישות זהירות עסקינן, כי אם בלוז חובת הזהירות המוטלת עליה.

כא. אזכיר לחיבת המשפט העברי, כי הבור הוא אחד מארבעה אבות נזיקין (משנה בבא קמא א', א'), וכהגדרת א' גולאק (יסודי המשפט העברי, מהדורת תשכ"ז, ב' 234) "שם בור בדינינו כולל הוא כל תקלה מזיקה, בין היא בעומק, כבור שנחפר ברשות הרבים...", וכדברי ש' אלבק פשר דיני הנזיקין בתלמוד (תשכ"ה) 25 "בור 'תחילת עשייתו לנזק', היינו שמטבע ברייתו הוא ראוי להזיק, ומשום כך היה לבעל הבור להעלות על דעתו נזק". פרופ' אלבק מייחד (עמ' 141) פרק לנזקי בור, המוגדר על-ידיו כ"כל תקלה שאין דרכה להזיק ושאינן להעלות על הדעת שתזיק". אנציקלופדיה

התלמודית ערך "בור" (ג', כ"ג) מגדירה אותו כ"תקלה שאדם עושה ותחילת עשייתה לנזק; שתיכף שנעשתה עומדת לנזק, לפי שהתקלה מזיקה במקום שעשאה, שאינה זזה ממקומה והעובר עליה ניזוק". הדברים מבוססים על הפסוקים בשמות כ"א, ל"ג-ל"ד "וכי-יפתח איש בור או כי-יכרה איש בור ולא יכסנו ונפל שמה שור או חמור; בעל הבור ישלם כסף ישיב לבעליו והמת יהיה-לו". ההלכה מבחינה בין מות אדם בבור, שבעל הבור פטור לגביו, לבין נזקי גוף אחרים (כבענייננו) שבהם ישנו חיוב כלפי מי שנפל לבור וניזוק; ראו שם (153) ההסבר להבדל בהלכה בין מיתת אדם לנזק שנגרם לו, הלקוח מגליון תוספות בשיטה מקובצת ע', ב' "בור פטר בו מיתת אדם משום דהוה ליה לעיוני (היה עליו לשים ליבו – א"ר), וחייב בנזקי אדם לפי שאין אדם מדקדק ומעיין אלא בדבר שהוא ירא ממנו שמא יפול וימות, אבל בדבר שאינו בא לו ממנו מיתה אלא נזיקין אינו מעיין... ולכך חייב בור בנזקי אדם ופטר בו מיתת אדם" (הדגשה הוספה – א"ר). נודה כי בעיני המביט בן דורנו ההבחנה בין מיתה לשאר נזקים אינה פשוטה, אך הדברים נתלים בכתוב (ראו רש"י בבא קמא כ"ח, ב' דיבור המתחיל "שור ולא אדם חמור ולא כלים"), שהפסוק עוסק במיתה ולא בנזק אחר. והרי עסקינן בנידון דידן בנזקים שאינם מיתה, ולגביהם מכל מקום במשפט העברי ישנו חיוב; ראו רמב"ם נזקי ממון י"ב, י"ז "ואם הוזק בו אדם חייב נזק שלם...". וכך גם שם, י"ג, ב' "הבור מאבות נזיקין הוא ותולדותיו כמוהו מועדין מתחילתן, וכל המניח תקלה הרי זו תולדת הבור, ואם הוזק בה אדם או בהמה משלם זה שהניח התקלה נזק שלם..."; הדברים מבוססים על דברי הגמרא בבא קמא כ"ח, ב' (וראו רש"י שם "אבל בנזקי אדם חייב בעל הבור..."); כן ראו ערוך השולחן לרי"מ אפשטיין (רוסיה המאות הי"ט – הכ'), חושן משפט ת"י, כ"ג. פירוש רמב"ם לעם נזקי ממון י"ג, ב', (הפירוש מאת ד"ר א' ארזי בעריכת הרב מ' רייך); א' גולאק, יסודי המשפט העברי שם, 235. לעניין יסוד האחריות בנזיקין ראו רע"א 3415/98 מדינת ישראל נ' סלמה פ"ד נג(4) 721, 724 בדברי השופט אנגלרד, המציין כי "במסורת המשפט העברי האחריות היא על יסוד פשיעה, שמשמעותה התרשלות"; וביקורת על כך אצל יובל סיני יישום המשפט העברי בבתי המשפט בישראל (תשס"ט), 570-573, המציין כי במשפט העברי ישנה גם "שיטת הבעלות והאחריות המוחלטת" (עמ' 573); ראו גם י' עמית, "ועשית מעקה לגגך ולא תשים דמים בביתך" על חובת הזהירות של המחזיקים במקרקעין", פרשת השבוע דברים (א' הכהן ומ' ויגודה עורכים (תשע"ב)), 185.

כב. מוסיפה המשיבה וטוענת, כי למערכת אשם תורם בהתרחשות התאונה בשיעור 100% וכי המערכת הסתכנה מרצון. כנטען, "המערכת בחרה לה ללכת על הפסולת. כאשר אדם סביר היה עוקף את הפסולת האמורה" (סעיף 33 לסיכומי המערכות). בית המשפט קמא קבע בהקשר זה כי "לא מצאתי תשתית ראייתית לטענה זו. התובעת נפלה

תוך כדי הליכה בשולי הדרך כשבתה בזרועותיה, כתוצאה ממפגע סמוי ונסתר מן העין, אשר לא הוכח כי ניתן היה להבחין בו מבעוד מועד. לא מצאתי, לפיכך, ליחס לתובעת אשם תורם לנזקיה". גם בקביעה עובדתית זו לא נמצא מקום להתערב, בהיעדר טעם לכך.

כג. יתר על כן; סעיף 5 לפקודת הנזיקין קובע כי הסתכנות מרצון של הניזוק עשויה לשמש הגנה למזיק:

"כדי שתתגבש הגנת ה'הסתכנות מרצון' צריכים איפוא להתקיים שלושה תנאים מצטברים: התנאי הראשון עניינו בידיעת הניזוק אודות מצב הדברים יוצר הסיכון, ובכלל זה הערכת מהות הסיכון, אופיו המסוכן של המעשה ... וסוג הסיכונים העומדים לפתחו. אכן, ברי כי מי שאינו מודע לאפשרות קיום הסכנה או מי שמודע למצב הדברים אך לא יודע להעריך את אופיים המסוכן, לא ייחשב כמי שלקח סיכון מרצונו ... התנאי השני, הינו כי הניזוק יחשוף עצמו בפועל למצב הדברים יוצר הסיכון, הפיסי והמשפטי ... התנאי השלישי הוא כי הניזוק יחשוף עצמו לסיכון מרצון, אשר צריך שיתקבל בהכרה ברורה של הסכנה, בידיעת הניזוק את זכותו להישמר מפניה, ומתוך בחירה חופשית ונטולת פגם להסתכן בכל זאת" (ע"א 11172/05 אלון נ' תדד (לא פורסם, 21.10.09; השופטת ארבל)).

כד. בסיכומיה בבית המשפט קמא טענה המשיבה (סעיף 18) כי "מהתמונות שצורפו לכתב התביעה עולה ששפת הדרך בה הלכה, הייתה מלאה בפסולת, לרבות פסולת בנין, אשר נבנה בסמוך אליה וכי היא הייתה צריכה, כאדם סביר, לצפות כי הדרך אינה מתאימה להליכה שם ועליה לעקוף את הפסולת האמורה. על כן יש לומר כי סכנת הנפילה במקום הייתה סכנה רגילה וצפויה באותו סוג מקום ועל כן אין להטיל בגינה אחריות קונקרטית על הנתבעת". טענתה של המשיבה, המובלעת גם בסיכומיה כאן, היא כי פסולת הבנין לצד הדרך משמעה, בהכרח, ידיעה של המערערת בדבר סכנת נפילה לבור עמוק ונטילת סיכון זה. אין ניתן להלום כי הליכה ברחוב, גם אם מדובר ברחוב בו מצויה פסולת בנין, משמעה ידיעה על סיכון ליפול לבור, והסכמה לסיכון זה.

כה. סיכום ביניים: קביעתו של בית המשפט קמא, כי האחריות לתאונה מוטלת על המשיבה, בעינה. יש להכריע איפוא בטענות הצדדים באשר לנזק, ובראש ובראשונה – בטענה בדבר התחזותה של המערערת.

כו. המשיבה טוענת, כי "טעה בית המשפט הנכבד עת שלא קבע שהמערער התחזתה לאורך כל הדרך" (סעיף 38 לסיכומי המשיבה). מנגד טוענים המערערים, כי יש לדחות טענה זו מכל וכל (סעיפים 19-22 לסיכומי התשובה מטעמם). לאחר העיון סבורני, כי גם בסוגיה זו אין מקום להתערבותנו.

כז. לבית המשפט קמא הוגשה חוות דעתו של ד"ר פרדריק וייל מטעם המערערים, בה נאמר כי המערער סובלת מ"הפרעה פוסט טראומתית בדרגת חומרה קשה המתבטאת במצב דיכאוני עם תסמינים פסיכויים. אינה מתפקדת כלל, זקוקה לליווי צמוד בכל שעות היממה". מטעם המשיבה הוגשה חוות דעתו של ד"ר אברהם קריץ, בה נאמר כי "התנהגותה של הנבדקת אינה מאפיינת שום מחלה פסיכיאטרית מוכרת. התנהגותה מתאימה להתחזות כפי שלדעתה מתנהג פגוע נפש חמור". על רקע המחלוקת בין ד"ר וייל וד"ר קריץ, מינה בית המשפט קמא מומחה מטעמו – ד"ר כהן (החלטה מיום 29.1.08, עמ' 260 לפרוטוקול). היתה זו, בכל הכבוד, גישה נכונה; ראו ע"א 4330/07 מוחס נ' מדינת ישראל (2009), פסקאות ט"ו, כ"ז-כ"ח. אכן ישנן מקרים שבהם הקוטביות שבפער בין חוות הדעת של הצדדים מחייבת מינוי מומחה גם בשאלה הקשה של האחריות (וכמובן הדבר קל יותר בשאלת הנזק); עוד ראו ע"א 9010/08 מרכז רפואי רבין נ' לוביאניקר (2011), פסקה מ"ד. ראו גם עמדתו של השופט זילברטל ברע"א 2104/12 פלונית נ' וינברג (2012), המטעימה את הצורך בשיקול דעת מעמיק בשמיעת עמדות הצדדים בטרם מינוי מומחה רפואי בשאלת האחריות. אין גם תימה שבית המשפט ככלל יישען על המומחה מטעמו. בנידון דידן, בחוות דעתו המקיפה דחה ד"ר כהן את טענת ההתחזות. נאמר (עמ' 9 לחוות הדעת) כי:

"אינני שותף לדעתו של ד"ר קריץ בנושא. פלונית עשתה עלי רושם אמין בזמן הבדיקה. התנהגותה בחדר הייתה מתאימה לאבחנה שלה ולא היה בה שמץ של הגזמה. להיפך, בניגוד למתחזים טיפוסיים היא סירבה לדבר על האירוע ולא קשרה בינו לבין מצבה באופן ישיר. התרשמתי כי גם דבריו של בעלה נמסרו באופן עקבי ואמין אצלי ובחקירתו בבית המשפט ... לרושם זה שותפים גם שאר הרופאים שבדקו את פלונית, כולל ד"ר מרצ'בסקי הרופא מטעם הביטוח הלאומי. ד"ר מרצ'בסקי התלבט בעניין אבל לבסוף קבע כי קיימת הפרעה פסיכיאטרית אמיתית (דיכאון) ... עד שלא תובא בפני הוכחה ברורה לכך שהתובעת משקרת ומעמידה פנים של חולה (כגון למשל הקלטת מטקס החינה, אם אכן מדובר בתובעת) אני דוחה את טענת ההתחזות באופן מוחלט".

כח. בפסק דינו של בית המשפט קמא נקבע, בהקשר זה, כי "לאחר ששמעתי את כל העדויות, ותוך מתן משקל של ממש לחוות דעתו של המומחה מטעם בית המשפט, הנתמכת גם בעדותו של ד"ר גרינשטיין, הרופא המטפל, הנני דוחה את טענת ההתחזות וקובעת כי מצבה של התובעת הוא תוצאה של תגובה נדירה וקשה בעוצמתה לטראומה שחוותה באירוע נושא התביעה" (פסקה 21 לפסק הדין קמא).

כט. טענותיה של המשיבה כנגד החלטתו של בית המשפט קמא ליתן בכורה לחוות דעתם של ד"ר כהן (המומחה מטעם בית המשפט) וד"ר וייל על פני חוות דעתו של ד"ר קריץ באות אף הן בגדר הכלל, לפיו ברגיל לא תיטה ערכאת הערעור להתערב בממצאיה העובדתיים של הערכאה הדיונית. הדברים נכונים במיוחד עת עסקינן בהעדפת חוות דעת מומחה שמונה על ידי בית המשפט (ראו, למשל, ע"א 10094/07 פלונית ואח' נ' בית החולים האנגלי אי.מ.מ.ס (לא פורסם, 24.11.10; השופט הנדל)). דבר זה שואב אף הוא מן השכל הישר; מומחה בית המשפט מוחזק, מבלי לפגוע במומחי הצדדים ומתוך ידיעת המציאות האנושית, כידו הארוכה של בית המשפט, ואף שבית המשפט חופשי לסטות מחוות דעתו, יעשה כן – ככלל – כחריג ובמשורה. בית המשפט קמא שקל את העדויות וחוות הדעת שהונחו בפניו, דן בתהיות שעלו ממסמכים שונים ומעדויות שונות, והחליט לאמץ את חוות דעת המומחה מטעמו. פשיטא, כי נדרשות ראיות כבדות משקל על מנת להוכיח כי נפלה בהחלטה זו שגגה. ראיות כאלה לא הוצגו.

ל. יתירה מכך; בסיכומיה (סעיף 43) טענה המשיבה, כי "תימוכין לשאלת ההתחזות ניתן למצוא גם במומחי המוסד לביטוח לאומי", והפנתה למכתבו של ד"ר מרצ'בסקי, פסיכיאטר שבדק את המערערת מטעם המוסד לביטוח לאומי, מיום 30.1.03 (עמ' 66 בת/23). ואולם, בבית המשפט קמא הוצגה גם חוות דעתו של ד"ר מרצ'בסקי מיום 5.2.04 (עמ' 12-13 בת/15), בה צוין כי "הפרוגנוזה מאד לא טובה. יש לקבוע נכות לצמיתות. לא מסוגלת לתפקד כעקרת בית". מעבר לעובדה שהמשיבה אינה מתייחסת לקביעה זו (המאוחרת למסמך הימנו היא מנסה להיבנות), כשעומת ד"ר קריץ – המומחה מטעם המשיבה – עם קביעה זו השיב כי לא ראה אותה, וכי נוכח קביעה זו היה "שוקל את הדברים שוב" (עמ' 270 לפרוטוקול מיום 11.11.07 שורות 12-15; עמ' 273 שורות 20-23).

לא. בהקשר ההתחזות טענה המשיבה (סעיף 40 לסיכומיה), כי "טעה בית המשפט הנכבד עת שלא ייחס כל משקל לסרט בו נראתה המערערת רוקדת בחתונה". מדובר

בסרטון (סומן נ/4 בבית המשפט קמא), בו – לטענת המשיבה – נצפית המערערת כשהיא רוקדת בחתונה. המומחה מטעם המשיבה, ד"ר קריץ, שבחוות דעתו המשלימה מיום 5.11.07 נאמר, כי "בתקליטור הנ"ל נראית פלונית [המערערת – א"ר] כשהיא במיטבה", העיד כי לא זיהה בעצמו את המערערת וכי בא כוח המשיבה אמר לו שמדובר במערערת (עמ' 253 לפרוטוקול מיום 11.11.07 שורות 10-24; עמ' 260 לפרוטוקול שורות 19-23). החוקר הפרטי, מר גרינפלד, שהעביר למשיבה את הסרטון העיד כי מסרו לו שמדובר במערערת (עמ' 255 לפרוטוקול מיום 29.1.08 שורות 5-6). המומחה מטעם בית המשפט, ד"ר כהן, ציין בחקירתו כי אינו יכול לומר שהאישה הנצפית בסרטון היא המערערת (עמ' 284-285 לפרוטוקול מיום 7.7.09). המערערת עצמה העידה, כי "האשה שטוענים שזו אני איננה אני וגם אינני מכירה אותה. אני מזהה שתיים מאחיותיי רוקדות מסביב לכלה, אני לא זוכרת אירוע כזה ואני גם לא מתלבשת כך" (עמ' 292 לפרוטוקול מיום 7.7.09 שורות 5-6).

לב. על רקע המכלול, כפי שפורט מעלה, סבורני כי לא נמצא מקום להתערבות בקביעתו העובדתית של בית המשפט קמא כי "האשה הנחזית להיות התובעת לפי הצבעת ב"כ הנתבעת היא בעלת דמיון רב לתובעת. יחד עם זאת, לא ניתן לומר בביטחון כי זו אכן התובעת", וכי "משהוכחש הדבר על ידי התובעת, לא ניתן להסתפק בדמיון החיצוני בין התובעת לאותה 'רוקדת', שאיננו דמיון מובהק, על מנת לקבוע כי אכן זוהי התובעת הנראית בסרט" (פסקה 20 לפסק הדין).

לג. סיכומה של סוגיה זו, גם אם לא אחד שיתכנו סימני שאלה, אין בידי להיעתר לטענותיה של המשיבה בעניין התחזותה הנטענת של המערערת.

אשכול טענות שלישי – נטל הקטנת הנזק

לד. המומחה מטעם המערערים, ד"ר וייל, העריך את נכותה הנפשית של המערערת ב-70% (נכות תפקודית מלאה). בחוות דעתו נאמר, כי אם תטופל המערערת בתנאי אשפוז לא ניתן לשלול שיפור מה במצבה, אך דרגת נכותה הצמיתה לא תרד מתחת ל-50%.

לה. לעמדתו של המומחה מטעם בית המשפט, ד"ר כהן, המערערת סבלה מנכות פסיכיאטרית בשיעור של 70% החל מיום התאונה (7.8.02) ועד לשחרורה מאשפוז בבית החולים גהה בתאריך 1.5.08. בתקופה זו, כך נאמר, היתה המערערת מצויה באי כושר מלא מבחינת עבודתה. בחוות דעתו נאמר, כי "השיפור המהיר והדרמטי במצבה של פלונית עם אשפוז הוא מפתיע ויוצא דופן". נאמר, כי מיום 1.5.08 ירד שיעור

הנכות של המערערת ל-30%. עוד נאמר, כי במצבה של המערערת "יכול לחול שיפור נוסף עד כדי נכות צמיתה של 10% ודרגת אי כושר של 25% אם תמשיך בטיפול מרפאתי אותו היא מקבלת בחינם בבית חולים 'גהה'". נאמר, כי "ההשפעה הדרמטית של הטיפול באשפוז ... מעלה את המחשבה הנוגה כי היענות מוקדמת יותר להצעה לאשפוז (שניתנה לראשונה שלושה חודשים לאחר התאונה) הייתה מביאה לתוצאות טובות בהרבה ואולי אף להחלמה מלאה, ובודאי היתה חוסכת שנים ארוכות של סבל ופגיעה תפקודית קשה". ד"ר כהן הטעים, כי "למצב זה היתה יכולה להגיע כעבור כשנה מיום התאונה אם היתה מקבלת בזמן את הטיפול באשפוז כפי שהומלץ לה. את האיחור קבלת הטיפול ותוצאותיו יש לזקוף לחובתה, כלומר לחובת האפוסטרופוס שלה, שלא נשמע לעצת הרופאים המטפלים".

לו. בית המשפט קמא קבע, כי יש לזקוף לחובת המערערים את סירובו של המערער לאשפוז של המערערת, וכי אין מקום להטיל על המשיבה את הנזקים שנגרמו למערערת עקב הסירוב להתאשפז. נקבע כי:

"משמעותה של קבלת טענת הנתבעת לאי הקטנת הנזק היא, כי יש לכמת את נזקי התובעת כאילו אושפזה התובעת תוך תקופה סבירה לאחר התאונה והוטב מצבה. לפי חוות דעת ד"ר כהן, לו נענה התובע להמלצות האשפוז, הייתה נכותה הרפואית של התובעת מגעת כדי 10% החל משנה לאחר התאונה, עם דרגת כושר של 25%. לפיכך יש לחשב את נזקי התובעת לפי שיעור נזק זה. קרי: אי כושר מלא לתקופה של שנה לאחר התאונה, ואי כושר של 25% ממועד זה ואילך".

לז. המערערים טוענים, כי "ההמלצה לה סרב הנתבע [צ"ל המערער – א"ר] היתה לטיפול בנזעי חשמל. טיפול זה כלל לא ניתן למערערת לבסוף במסגרת אשפוז המאוחר" (סעיף 28 לסיכומי התשובה). ואולם, בית המשפט המחוזי קבע – כממצא עובדתי – כי המערער סירב הן לטיפול בנזעי חשמל והן לאשפוז של המערערת (פסקאות 24-26 לפסק הדין קמא). בממצא עובדתי זה, המבוסס על תרשומות ומכתבים של הרופא המטפל בזמן אמת, כמפורט בפסק דינו של בית המשפט המחוזי, אין להתערב.

לח. אם כן, בפסק הדין קמא נקבע כי המערערים לא עמדו חובת הקטנת הנזק, ובשל כך הופחת הפיצוי בגין הנזקים שנגרמו להם. בטרם נידרש לטענות הצדדים בסוגיה זו, נייחד מספר מלים לחובה זו של הקטנת הנזק.

לט. חובת הקטנת הנזק דורשת מן הניזוק "לנקוט בכל הצעדים הסבירים להקטנת הנזק שנגרם לו עקב העוולה, והוא לא יהיה זכאי לפיצוי עקב נזק שיכול היה למנוע על-ידי נקיטת אמצעים כאלה" (ד' קציר פיצויים בעד נזקי גוף (מהדורה 5, 2003; להלן קציר) 1648). הפעולות בהן על הניזוק לנקוט לשם הקטנת נזקיו נבחנות באמות מידה ליברליות "משום היות המזיק האחראי לסיטואציה שאליה נקלע הנפגע בעטייה של עוולתו" (קציר, בעמ' 1655). בע"א 252/86 גולדפרב נ' כלל חברה לביטוח בע"מ, פ"ד מה(4) 45 (להלן עניין גולדפרב) נאמר, מפי השופט – כתארו אז – ברק, כי בבחינת סירובו של ניזוק לקבל טיפול רפואי שהוצע לו "יש להתחשב במספר גורמים שיש בהם כדי להשפיע על סבירות התנהגותו של הניזוק. גורמים אלה הם בעיקר מידת הסיכון שבניתוח, מידת הכאב והסבל הכרוכים בו ומידת ההצלחה שניתן לצפות לה" (שם, בעמ' 54). ובעניין אחר נאמר כי:

"נטל ההוכחה, כי הניזוק-התובע לא עמד בחובת הקטנת הנזק, מוטל על כתפי המזיק-הנתבע ... נטל זה מחייב את המזיק להראות, כי מאזן ההסתברויות נוטה לכוון טענתו, על פיה הניזוק לא עשה את המוטל עליו, ולא נהג כנדרש על מנת להקטין את נזקו. הוכחת טענה בדבר אי הקטנת הנזק, כשהמדובר בטיפול רפואי שהניזוק סרב או נמנע מלקבל, מחייבת את המזיק להרים את נטל הוכחתם של מספר יסודות. ראשית, כי קיים טיפול רפואי אשר היה עשוי להיטיב את מצבו של הניזוק. שנית, כי הניזוק נמנע מקבלתו של הטיפול המיטיב ... שלישית, שלאחר שיקול כלל נסיבות המקרה הרלבנטיות יימצא שהניזוק התנהג התנהגות בלתי סבירה כשנמנע מקבלת הטיפול. בעניין זה יש חשיבות למידת הסיכון והכאבים הכרוכים בטיפול הרפואי, לעומת הסיכויים שבו (ראו לעניין הנטל המוטל על הנפגע להקטנת הנזק על ידי קבלת טיפול רפואי, בע"א 252/86 הנ"ל). יש חשיבות גם למודעות שהיתה לניזוק, לסיכון ולכאבים, לעומת הסיכויים הכרוכים בטיפול. מודעות זו יכול שתתקיים אם משום שהוסברה לניזוק ואם משום שהיא גלויה לעין לכל אדם סביר. רביעית, יש להוכיח את קיומו של קשר סיבתי בין מעשיו או מחדליו של הניזוק לבין נזקו המוגדל" (ע"א 120/00 משה נ' משה (לא פורסם, 20.5.02; השופט – כתארו אז – אור)).

ואחר כל אלה, ברי כי על אדם מן היישוב שלא לנצל את הנסיבות שאליהן נקלע להעצמת הנזק כדי להגדיל פיצוי, אלא חובתו לפעול להקטנת הנזק, ועל בתי המשפט לתת לחובה זו ביטוי; ראו גם ע"א 9474/03 בהג'את נ' מוטא (2006).

מ. בית המשפט קמא קבע, על יסוד חוות דעתו של המומחה מטעמו, כי באשפוזה של המערערת זמן קצר לאחר התאונה היה כדי להקטין – באופן ניכר – את נזקיה. נקבע, כי "סירובו של התובע לאשפוז, בניגוד להמלצתם המתמשכת והחד משמעית של הרופאים המטפלים, אינו יכול להיחשב סביר" (פסקה 28 לפסק הדין). טענותיהם של המערערים בהקשר זה פורטו בהרחבה מעלה, ובתמצית נזכיר כי הם משיגים על קביעה זו בשלושה מישורים: הראשון, כי הטענה בדבר הפרת החובה להקטנת נזק היא הרחבת חזית אסורה; השני, כי עובדתית לא סבר הרופא המטפל שיש לאשפז את המערערת; השלישי, כי בית המשפט קמא והמומחה מטעמו התעלמו מ"הסטיגמה שיש באשפוז כאמור להטיל על המערערים החיים במגזר הערבי" (סעיף 37 לסיכומי המערערים).

הרחבת חזית

מא. בסעיף 13(ה) לכתב ההגנה מטעם המשיבה, שהוגש לבית המשפט קמא, נטען כי "התובעת לא עשתה דבר ו/או די הצורך להקטנת נזקיה". המומחה מטעם המשיבה, ד"ר קריין, התייחס בחוות דעתו לסירובו של המערער לאשפוז של המערערת. אכן, הטענה בכתב ההגנה נטענה באופן כוללני ולא התייחסה דווקא לסירובו של המערער לאשפוז של המערערת. גם ההתייחסות בחוות דעתו של המומחה מטעם המשיבה לא הייתה בהיבט הקטנת הנזק, אלא כאינדיקציה לעמדתו בדבר התחזותה של המערערת. אין לכחד גם, כי נוכח חוות דעתו של המומחה מטעם בית המשפט, ניתן לסירובו של המערער לאשפוז של המערער ולטענות בעניין הקטנת הנזק משקל גדול מזה שניתן להן מלכתחילה.

מב. המערערים טוענים, כי היה על המשיבה לתקן את כתב הגנתה נוכח חוות דעתו של המומחה מטעם בית המשפט (סעיף 29 לסיכומיהם). על דרך הכלל, סבורני כי תיקון כתבי טענות הוא דרך המלך (ראו תקנה 136 לתקנות סדר הדין האזרחי, תשמ"ד-1984, המאפשרת תיקון כתבי טענות נוכח חוות דעת מומחה מטעם בית המשפט ללא נטילת רשות). ואולם, בענייננו נערכה חוות דעתו של ד"ר כהן כחמש שנים לאחר הגשת התביעה, ולאחר שנשמעו ראיות ונחקרו העדים, ובנסיבות אלה תיקון כתבי הטענות היה גורם לעיכוב ממושך בניהול ההליך, וגם לשכל הישר מקום בהליך הדיוני. לפיכך, ונוכח ההתייחסות הנזכרת בכתב ההגנה לסוגית הקטנת הנזק, גם אם היתה לאקונית וכדרך שגרתם של כתבי הגנה בנזיקין, סבורני כי ההתמקדות בה לאור חוות דעתו של המומחה מטעם בית המשפט אין לראותה בהכרח כהרחבת חזית אסורה, כי אם כשינוי משקלה של טענה זו, שינוי שאינו אסור כשלעצמו:

"אם כך, מה שנשתנה הינו רק המשקל היחסי שייחסו המשיבים לטענה החלופית לעומת הטענה המרכזית שהוצגה בכתב הגנתם ובשלבים הראשונים של המשפט; ושינוי משקל כזה אינו מהווה חריגה ממסגרת כתבי הטענות" (ע"א 4541/91 לוביאניקר נ' שר האוצר, פ"ד מח(3) 397, 404-405; השופט קדמי).

ראו גם א' גורן סוגיות בסדר דין אזרחי (מהדורה 9, 2007) 98.

מג. על רקע האמור, לא אוכל להיעתר לטענה בדבר הרחבת חזית. נפנה עתה לדון בטענות המערערים לגופם של דברים.

עמדתו של הרופא המטפל כהצדקה לסירוב המערער לאשפוזו של המערערות

מד. בית המשפט המחוזי קבע כי "סירובו של התובע לאשפוז, בניגוד להמלצתם המתמשכת והחד משמעית של הרופאים המטפלים, אינו יכול להיחשב כסביר". המערערים טוענים, כי בזמן אמת סבר הרופא המטפל שאין מקום לאשפוזו של המערערת (סעיף 27 לסיכומי המערערים; סעיף 26 לסיכומי התשובה מטעם המערערים), וכי אין זה מתפקידו או מיכולתו של המערער להיות שותף למחלוקת הרפואית בין הרופא המטפל לבין ד"ר כהן.

מה. ואולם, בית המשפט המחוזי קבע – כממצא עובדתי – כי "נושא אשפוזו של התובעת לשם הטבת מצבה עלה לכל אורך הטיפול הרפואי בה, ונתקל בסירוב עקבי של התובע" (פסקה 22 לפסק הדין). עיון בחומר הראיות שעמד בפני בית המשפט קמא מלמדנו, כי אין להתערב בממצא זה.

מו. לאורך הטיפול במערערת בבית החולים "גהה" צוין על ידי הרופא המטפל, ד"ר גרינשטיין, כי יש מקום לאשפוזו של המערערת ולטיפול בנזעי חשמל (התיק הרפואי בבית החולים גהה סומן כת/20 בבית המשפט קמא). כך, בסיכום הביקור מיום 7.1.03 צוין כי "הכי נכון לאשפז אבל אינם מוכנים". במכתבו של ד"ר גרינשטיין מיום 26.1.03 צוין כי "יש מקום לאשפוז אולם המשפחה מסרבת". במכתבו מיום 18.3.03 ציין ד"ר גרינשטיין כי "אנו ממשיכים לנסות ולשכנע אותה להתאשפז". במכתבו מיום 1.2.04 ציין ד"ר גרינשטיין כי "יש מקום לאשפוז, אבל הבעל, שהוא האפוסטרופוס לענייני גוף ורכוש, אינו מעוניין בכך". בסיכום הביקור מיום 25.1.04 צוין כי "דרוש אשפוז אבל אינו [המערער – א"ר] מעוניין". בסיכום מיום 4.6.08 (חלק ממוצג ת/25) – לאחר אשפוזו הכפוי של המערערת – צוין כי "הבעל סירב לאופציה אשפוזית שהוצעה לו מס' פעמים לאורך טיפולה". הנה כי כן, בזמן אמת עמדתו של ד"ר

גרינשטיין, הרופא המטפל, היתה כי יש לאשפז את המערערת. יש לציין, כי הצורך באשפוז של המערערת הועלה גם על ידי רופאי המוסד לביטוח לאומי שבדקו אותה מעת לעת (ראו, למשל, חוות דעתו של ד"ר מרצ'בסקי מיום 30.1.03 בה צוין, כי המערערת "זקוקה לאשפוז להסתכלות"). גם המומחה מטעם המערערים, ד"ר וייל, ציין בחוות דעתו (מיום 6.7.03) כי שאל את המערער "על התנגדותו לאשפוז". כאמור, אף הוא ציין, כי לא ניתן לשלול שיפור מה במצבה של המערערת אם תקבל טיפול בתנאי אשפוז.

מז. המערערים מנסים להיבנות מעדותו של ד"ר גרינשטיין בבית המשפט קמא. ואולם, גם בעדותו אישר ד"ר גרינשטיין כי נעשו נסיונות לשכנע את המערער לאשפוז של המערערת (ראו, למשל, עמ' 222 לפרוטוקול מיום 18.10.07). אמנם, בעדותו ציין ד"ר גרינשטיין כי הוא מעריך "שאשפוז היה מחמיר את מצבה" של המערערת (עמ' 222 לפרוטוקול מיום 18.10.07 שורה 23, וכן שורה 19; עמ' 223 שורות 20-21), אולם מעבר לעובדה כי הערכה זו לא עמדה במבחן תוצאות אשפוז של המערערת בשנת 2008, סבורני – כבית המשפט קמא (פסקה 27 לפסק הדין) – כי עדות זו, שניתנה בשנת 2007, אינה יכולה כל עיקר לגבור על עמדתו והמלצותיו של ד"ר גרינשטיין בזמן אמת.

מח. מן האמור עולה, כי בזמן אמת סבר הרופא המטפל שיש מקום לאשפוז של המערערת ולטיפול בנזעי חשמל. לפיכך, יש לדחות מכל וכל את נסיונותיהם של המערערים להתלות בעמדתו כבסיס להצדקת סירובו של המערער. נותר איפוא לדון בטענות המערערים בדבר אמונתו הסובייקטיבית של המערער ובדבר הסטיגמה הכרוכה באשפוז של המערערת כבסיס להצדקת הסירוב האמור.

המבחן לבחינת סבירות הסירוב לקבלת טיפול רפואי

מט. טענותיהם של המערערים בעניין אמונתו הסובייקטיבית של המערער ובעניין הסטיגמה הכרוכה באשפוז של המערערת מעלות את השאלה, מהו המשקל שיש למימד הסובייקטיבי של הניזוק בשעה שנבחנת סבירות סירובו לקבל טיפול רפואי.

נ. בספרו סוקר קציר (בעמ' 1661-1663) את פסיקת בתי המשפט בסוגיה זו, ומציין כי עד לסוף שנות ה-80 של המאה הקודמת "בית המשפט העליון המשיך לשים את הדגש על האלמנט הסובייקטיבי בדונו בחובת הנפגע לקבל טיפול רפואי". נאמר כי:

"בענין זה חלה, בשנים האחרונות, התפתחות לקראת אובייקטיביזציה של בחינת התנהגותו של הנפגע. בעוד שתחילה, נראה היה כי מבחן זה מצוי כולו בתחום הסובייקטיבי, כלומר בגדר החלטתו או חששותיו, של הנפגע, הרי המגמה המסתמנת לאחרונה מובילה לקראת אובייקטיביזציה של קנה-המידה, בנושא זה. אפשר שניתן לייחס מגמה זו להתקדמות הרפואה, בעיקר בתחום הכירורגי; ואפשר שהמדובר כאן בהחלתם של כללי הסבירות, האובייקטיביים מעיקרם, גם על תחום זה" (שם, בעמ' 1661).

נא. השינוי בגישתו של בית המשפט מיוחס לפסק דינו של השופט ברק בעניין גולדפרב. באותו עניין נאמר (בעמ' 51) כי:

"נטל ההוכחה בעניין הקטנת הנזק מוטל על המזיק-הנתבע. הוא מבקש להפחית מהשיעור הרגיל של הפיצוי המוטל עליו, ועל כן עליו העול לשכנע כי הניזוק-התובע לא עשה להפחתת נזקו ... מה תוכנו של נטל זה? הגישה המקובלת הינה כי הקטנת הנזק כוללת בחובה אמת-מידה אובייקטיבית. על הניזוק לנקוט בכל אותם אמצעים להקטנת נזקו שאדם סביר היה נוקט בנסיבות העניין. גדר הספקות בהקשר זה מקורו בשאלה מהי מידת הסובייקטיביות במבחן אובייקטיבי זה? לשון אחרת: עד כמה מתחשבים בנסיבותיו ובתכונותיו הסובייקטיביות של הניזוק בגיבוש היקפו של הנטל המוטל עליו. כך, למשל, מה דינו של ניזוק שמסרב לעבור ניתוח רפואי בגופו מפני שבעבר היה לו נסיון רע עם ניתוחים שונים, וזאת חרף עצה רפואית כי הניתוח יפחית את נזקו ללא כל סיכונים של ממש: האם חששו של ניזוק זה אינו סביר (על-פי אמת-מידה אובייקטיבית 'נקה') או הינו סביר (על-פי אמת-מידה אובייקטיבית-סובייקטיבית)? ואולי המבחן הנו 'משולב' - כפי שרוב המבחנים האובייקטיביים הינם - כלומר 'הוא אובייקטיבי במובן זה, שהוא נעשה בעיני האדם הסביר. יחד עם זאת הוא סובייקטיבי במובן זה, שנבחנת בו התנהגותו של אדם סביר במצבו של הנפגע' ... כשלעצמי, נראה לי, כי ההפניה ל'אדם הסביר' אינה אלא דיבור מטאפורי, שאין בו כדי ליתן תשובה מניחה את הדעת לשאלות אלה. כאשר אנו שואלים כיצד מתנהג האדם הסביר משיבים לנו לרוב כי בית-המשפט הוא האדם הסביר, והוא קובע את רמת ההתנהגות ... אך מהי אמת-המידה שבית-המשפט צריך לקבוע? על כך משיבים לנו לרוב, כי הכל תלוי בנסיבות העניין. ומששואלים מהן אותן נסיבות של העניין, חוזרים ומשיבים, כי אלה נקבעות על-פי אמת-המידה של האדם הסביר. בכך נסגר המעגל. אכן לפנינו מעין מעגל שוטה שכבר עמדו עליו בעבר ... נראה לי כי המוצא ממעגל שוטה זה הוא בהכרח, כי סבירות אינה מושג פיסי או מטאפיזי. סבירות היא מושג נורמטיבי".

ובהמשך (בעמ' 52) נאמר כי:

"בקביעת רמת ההתנהגות הראויה לעניין הנטל להקטנת הנזק נוכל, על כן, להיעזר ברמת ההתנהגות הראויה, על-פי דיני הרשלנות, המוטלת על מזיק כלפי ניזוק. אכן, כשם שבקביעת סטנדרט ההתנהגות שדיני הרשלנות מטילים על מזיק כלפי ניזוק קובע המשפט ובית-המשפט את רמת ההתנהגות הראויה של בני החברה זה כלפי זה, ואת האמצעים שמזיקים פוטנציאליים צריכים לנקוט להגנת ניזוקים פוטנציאליים, כך גם בקביעת הנטל להקטנת הנזק קובע המשפט ובית המשפט את רמת ההתנהגות הראויה של בני החברה זה כלפי זה, ואת האמצעים שניזוקים פוטנציאליים צריכים לנקוט כדי להקטין את המעמסה הכספית של המזיקים הפוטנציאליים. עם זאת, לאור השוני בין החובה של המזיק כלפי הניזוק לבין הנטל של הניזוק כלפי עצמו ביחס למזיק, מתבקש גם שוני באמת-המידה הראויה. רמת ההתנהגות הנדרשת מהמזיק כלפי הניזוק צריכה מעצם טבעה, להיות גבוהה יותר מרמת ההתנהגות הנדרשת מהניזוק כלפי המזיק".

נב. אם כן, מני פסק הדין בעניין גולדפרב אמת המידה העיקרית שלפיה נבחנת סבירות סירובו של הניזוק היא אובייקטיבית (ראו, למשל, ע"א 379/89 דוננפלד נ' מנורה חברה לביטוח בע"מ (18.1.93); השופט – כתארו אז – מצא). עם זאת, הדלת לתחשבותו הסובייקטיבית של הניזוק לא נסגרה באופן מוחלט:

"גם ניתוח רפואי מהווה פגיעה בגופו של אדם, ויש להשאיר לאדם אוטונומיה על גופו ולהחליט אם הוא חפץ בפגיעה זו. וכל עוד החלטה זו היא כנה מבחינה סובייקטיבית ומבוססת גם אובייקטיבית, אין 'להענישו' עליה בהפחתת הפיצוי המגיע לו במומו" (ע"א 4837/92 אליהו חברה לבטוח נ' בורבה, פ"ד מט(2) 257, 261 (השופט טל)).

נדמה, אם כן, כי גם לגישת המצדדים במתן משקל לתחושתו הסובייקטיבית של הניזוק, החלטתו צריכה להיות מבוססת "גם אובייקטיבית". ראו גם דברי השופט נתניהו בע"א 810/81 לוי נ' מזרחי פ"ד לט(1) 477, 495 בדבר מבחן משולב, אשר "הוא אובייקטיבי במובן זה שהוא נעשה בעיני האדם הסביר, יחד עם זאת הוא סובייקטיבי במובן זה שנבחנת בו התנהגותו של אדם סביר במצבו של הנפגע" (הדגשה הוספה).

נג. המשפט העברי נדרש אף הוא למבחנים אובייקטיבי וסובייקטיבי, וזאת אף במקטע מסוים בדיני הנזיקין. אחד מראשי הנזיקין הוא בושת – קרי, פיצוי על בושת שנגרמה לאדם. המשנה (בבא קמא ח', א') אומרת: "בושת? הכל לפי המבייש

והמתבייש", וכדברי הפרשן ר' פנחס קהתי "בית דין מעריך את דמי הבושת לפי המבייש והמתבייש, שאם החובל אדם קל, הבושת שהוא מבוויש מרובה מן הבושת שמבייש אדם חשוב, וככל שהנחבל חשוב יותר, בושתו מרובה" וכן ראו פרוש ר' עובדיה מברטנורא שם; ראו גם משנה כתובות ג', ז', שם באה לשון דומה "לפי המבייש והמתבייש", והביאור "שככל שהמבייש נקלה יותר בושתו מרובה, וכל שהמתבייש חשוב יותר בושתו מרובה". ראו גם ירושלמי כתובות ג', ה"ח "לא דומה המבייש את הגדול למבייש את הקטן, לא דומה מתבייש מן הגדול למתבייש מן הקטן, בושת הגדול מרובה ונזקו ממועט, בושת הקטן ממועט ונזקו מרובה". הרמב"ם (חובל ומזיק ג', א') מסכם בדומה: "אינו דומה מתבייש מן הקטן למתבייש מאדם גדול ומכבוד, שזה שביישו זה הקל בושתו מרובה"; ראו גם הרב א' שינפלד, נזיקין, בסדרה חוק לישראל (בעריכת פרופ' נ' רקובר תשנ"ב), עמ' 305-306 והמקורות שם. יצוין, כי המחבר מטעים (עמ' 305 פסקה ה') שבשאר תשלומי נזק "אין מתחשבים במעמדו החברתי של הניזוק, כיון שגם נזקו של אדם חשוב מוערך כאילו הוא עבד העומד להימכר". הפגיעה בכבודו של הנחבל באה לידי פיצוי בתשלומי דמי בושת, כפי שתיארנו; ראו גם ד"ר אביעד הכהן, פרשיות ומשפטים (2011) המציין (עמ' 109-110) לעניין בושת, כי המשפט העברי "קובע כלל גדול בהערכת שווי הנזק, ולפיו הכל לפי המבייש והמתבייש", כלומר אין מדובר רק במבחן אובייקטיבי אלא גם במבחן סובייקטיבי התלוי במיהותם של המזיק והניזוק". ראו גם אנציקלופדיה תלמודית ערך "בושת", כרך ג' עמ' מ"ה – מ"ח א' גולאק, יסודי המשפט העברי (מהדורת תשכ"ז, ב') 215-216. לפנינו איפוא שילוב היפה גם לענייננו; האובייקטיבי והסובייקטיבי אינם מוציאים זה את זה בהכרח, נוכח גוני המציאות האנושית.

נד. נשוב לענייננו: סבורני, כי נוכח העובדה שסירובו של המערער לאשפוזה של המערערת עמד בניגוד לעמדתו של הרופא המטפל בזמן אמת, כמפורט מעלה, ושל גורמים רפואיים אחרים, ובהיעדר כל אינדיקציה אובייקטיבית – חוות דעת מזמן אמת למשל – המצדדת בסירוב זה, אין ניתן לומר כי מדובר בסירוב סביר, אף אם נניח כי המערער עצמו חשש שהאשפוז יחמיר את מצבה של המערערת (הנחה שנוכח חומר הראיות אינה חד משמעית – ראו הדיון בפסקה 26 לפסק דינו של בית המשפט קמא). אכן, גם המערערים טוענים כי "לעדוהו של ד"ר גרינשטיין משקל ומשמעות מכריעים" (סעיף 27 לסיכומי התשובה של המערערים). בנסיבות, אין די בתחושתו הסובייקטיבית של המערער על מנת להכניס את סירובו לאשפוזה של המערערת לגדרי ה"סירוב הסביר". הדבר נתבהר יותר ויותר כחלוף הזמן, ונזכיר שהתאונה היתה באוגוסט 2002 והאשפוז רק בינואר 2008, כעבור כמעט חמש וחצי שנים; היה על המערערת להישמע

לרופאים כולם. עם זאת, וכפי שיפורט לקמן, שונים הם פני הדברים במידה מסוימת באשר לטענה בדבר הסטיגמה הכרוכה באשפוז פסיכיאטרי.

נה. לטענת המערערים, בית המשפט קמא לא נתן משקל ל"תפיסותיהם ואמונותיהם של המערערים על הרקע החברתי, תרבותי, סוציולוגי ממנו הם באים" (סעיף 24ט לסיכומי התשובה). כנטען, יש להתחשב בשיקול "בדבר הסטיגמה שיש באשפוז כאמור להטיל על המערערים החיים במגזר הערבי" (סעיף 37 לסיכומי המערערים). במלים אחרות, המערערים טוענים כי את סבירות סירובו של המערער יש לבחון על רקע הציבור אליו הם משתייכים. לטענתם, גם אם טיפול פסיכיאטרי מקובל בקרב הציבור הרחב, יש לבחון האם הוא מקובל בקרב האוכלוסייה הערבית.

נו. טענת הסטיגמה הועלתה (על ידי המערער) אך בעת בדיקתה של המערער על ידי המומחה מטעם בית המשפט, בשנת 2008. ד"ר כהן ציין בחוות דעתו, כי "הסבר זה הינו הסבר נפוץ ביותר לסירוב לאשפוז בפרט בחברה הערבית, ומבוסס על מציאות מרה של יחס שלילי של החברה כלפי חולים ומשפחותיהם" (עמ' 8 לחוות הדעת). בעדותו העיד ד"ר כהן, המומחה מטעם בית המשפט, כי במגזר הערבי אשפוז פסיכיאטרי מלווה בסטיגמה קשה (עמ' 280 שורה 25 – עמ' 281 שורה 3 לפרוטוקול הדיון מיום 7.7.09).

נז. בית המשפט קמא קבע, כי "יש לדחות גם הסברים אלה כבלתי סבירים ... אף אין בחששות אלה כדי להסביר את סירובו העיקש של התובע לאשפוז את אשתו חרף מצבה הקשה ועל אף שחלוף הזמן לא הטיב את מצבה אלא רק החמירו". הגם שבית המשפט קמא התייחס ל"חלוף הזמן", פסק דינו בהקשר הקטנת הנזק מושתת על ההנחה כי היה על המערער לאשפוז את המערערת מיד עם קרות התאונה (סעיף 30 לפסק הדין). עוד נקבע בהקשר זה, כי "אף שמדובר במחלת נפש ולא בחולי גופני, אין מצב זה שונה במהותו ממצבו של ניזוק שנשברה ידו בתאונה, והוא מסרב לגבסה, חרף המלצות רפואיות ברורות המחייבות לעשות זאת".

נח. עם קביעה גורפת זו אין בידי להסכים. לדידי, אין ניתן ללמוד גזרה שווה ומלאה מסירוב לגיבוס יד לסירוב לאשפוז פסיכיאטרי. נסיון החיים מלמדנו, כי אשפוז פסיכיאטרי כרוך למרבה הצער ביחס חברתי שלילי למאושפז. בכך נבדל הוא מטיפול רפואי פיסי. מחלות נפש, בשונה ממרבית מחלות הגוף, עלולות להדביק לחולה סטיגמה, תווית חברתית לא חיובית, שיתכן כי תגרום לבני אדם לרחק ממנו ומחברתו, מקשרי משפחה עמו וכדומה. כך לגבי טיפול פסיכיאטרי, לא כל שכן אשפוז

פסיכיאטרי. עוד ב-1980 ציין השופט (כתארו אז) אלון, כי "אשפוזו של אדם בבית חולים לחולי נפש קשה ומר הוא למאושפז ולבני משפחתו" (ב"ש 198/80 טוידנו נ' מדינת ישראל, פ"ד לה(3) 332, 338 (1980)). הדברים נכונים אף לעמידה בפני ועדה פסיכיאטרית; ראו ע"א 10834/04 ד"ר פלונית נ' המנהל הכללי של משרד הבריאות (2006), שם נאמר כי "הגם שנראה כי אין החשש מוצדק אובייקטיבית חוששת המערערת מן הסטיגמה, ואולי בכך מתיחד הנושא הנפשי מאחרים". כותבת ד"ר כרמל שלו, בריאות, משפט וחכיות האדם (2003), 93: "מבין המחלות הכרוניות, מחלות הנפש הן הקשות ביותר מבחינת התיוג החברתי השלילי (סטיגמה) המיוחס לחולים בהן". אוכלוסיה שמרנית נתונה לסטיגמות; בדומה לערבים, כך החרדים. פרופ' דוד גרינברג (Greenberg) ופרופ' אליעזר ויצטום (Witztum) בספרם *Sanity and Sanctity* (2001) תיארו את עבודתם בתחום בריאות הנפש בין החרדים בירושלים, חברה שמרנית, וכן דנו במחקר משה במדינות אחרות. נמצא (עמ' 255), כי החרדים פונים פחות מאחרים לטיפול פסיכיאטרי, כי ישנה חשדנות כלפי הפסיכולוגים והפסיכיאטרים שאינם דתיים, לרבות מצד רבנים חשובים (ראו עמ' 214-216), ותופעות של חשש מסטיגמה; נאמר (עמ' 228-229) (תרגום שלי – א"ר) "הפחד מסטיגמה הוא כוח חברתי רב עוצמה הפועל בכל חברה... הרושם שלנו הוא שהחרדים משתמשים באופן יחסי יותר (לטיפול פסיכיאטרי – א"ר) בסקטור הפרטי, וסטיגמה היא מרתיע אמיתי לשימוש בשירותים ציבוריים. היסטוריה של מחלת נפש היא כתם גדול על כל הייחוס במשפחתי. בן משפחה בעל רקע פסיכיאטרי משפיע על סיכויי נישואין של כל אחד אחר במשפחה. מסיבה זו, משפחות ינסו להסתיר בעיה פסיכיאטרית על-ידי שליחת בן המשפחה החולה לחו"ל או בקשת עזרה מגורם מקצועי פרטי. הכל נעשה להימנע מהבאת קיומה של הפרעה נפשית לידיעת הרבים". מחקר מלפני שנים אחדות, משותף למשרד הבריאות ומאייר-ג'וינט-ברוקדייל, מאת נעמי שטרוך, מיכאל שרשבסקי, אלונה בידני-אורבך, מרס לכמן, טלי זהבי ונגה שגב, סטיגמה, אפליה ובריאות הנפש בישראל: סטיגמה כלפי אנשים שחלו במחלה פסיכיאטרית וכלפי טיפול נפשי נדרש לנושא הסטיגמה והעלה ממצאים בדבר קיומה. הוטעמה בין השאר הסטיגמה הגבוהה יותר אצל חרדים, וגם באשר לערבים נמצאה ככלל רמת סטיגמה גבוהה יותר בפרמטרים מסוימים, אם כי לא בכולם.

נט. המסקנה עשויה להיות, כי ההבדל בין אשפוז פסיכיאטרי לטיפול רפואי "רגיל" אינו יכול להיות לבדו צידוק לסירוב לאשפוז, אולם הוא עשוי – בנסיבות מסוימות – להשליך על עוצמת הראיות הנדרשות לצורך ביסוסו של המימד האובייקטיבי. החשש מפני סטיגמה שלילית בשל אשפוז פסיכיאטרי עשוי להשליך גם על קביעת נקודת הזמן בה תיקבע סבירות הסירוב לאשפוז כאמור. כך, למשל, ייתכנו מקרים בהם החשש מפני

הסטיגמה השלילית יצדיק סירוב לאשפוז במשך תקופה מסוימת, שלאחריה יהפוך סירוב זה לבלתי סביר. גם המשיבה טוענת בסיכומיה כי "הסטנדרט הסובייקטיבי המופעל לגבי נפגע בזמן הסמוך לפגיעה מוחלף בסטנדרט אובייקטיבי יותר ככל שחולף הזמן" (סעיף 51 לסיכומי המשיבה; ראו גם קציר, בעמ' 1657). גישה זו נראית לי. ברי, כי מדובר בהכרעה תלויה נסיבות, וגם לשכל הישר תפקיד בהקשר זה. יש לציין, כי בע"א 252/90 אבידן נ' הפניקס הישראלי חברה לביטוח בע"מ (לא פורסם, 13.5.93; השופט – כתארו אז – אור) הופחת שיעור נכותו של המערער דהתם בגין סירובו לאשפוז פסיכיאטרי.

ס. אין ניתן לשלול גם, מיניה וביה, את הטענה כי יש ליתן משקל להשתייכותם של המערערים לציבור הערבי לצורך בחינת סבירות סירובו של המערער לאשפוז של המערער. הגם שהדברים אינם מובהקים כפי שהראינו, אין זה מן הנמנע, כי יהיו מקרים בהם סירוב לקבלת טיפול מסוים יהא בלתי סביר (או על דרך החיוב – טיפול מסוים יהא מקובל) בעיני הציבור בכללותו, אולם סביר בקבוצה מסוימת בציבור. מקרים כאלה יתכנו, מטבע הדברים, בטיפולים הכרוכים בסטיגמות שליליות. פשיטא, כי לא ניתן לקבוע כללים גורפים, וכל מקרה צריך להיבחן לנסיבותיו. בהקשר זה ניתן להקיש, גם אם בהיקש לא מושלם, מדיני לשון הרע שבהם הובעה העמדה – במספר מקרים – לפיה ניתן להכיר בפרסומים מסוימים כלשון הרע בעיני ציבור מסוים, הגם שבעיני הציבור הרחב אין המדובר בלשון הרע (ראו למשל ע"א 466/83 שאהה נ' דרדריאן, פ"ד לט(4) 734; ע"א 809/89 משעור נ' חביבי, פ"ד מז(1) 1), וכבר הזכרנו את גישת המשפט העברי לפיה "הכל לפי המבייש והמתבייש". אטעים עם זאת, כי אין מקום להסיק מפסק דיננו מתן גושפנקה לדימוי השלילי בקרב קבוצות אוכלוסיה שונות ביחס לטיפול פסיכיאטרי. דבריי באים לתאר מה שנראה כדברים כהוייתם, קרי, אותו חשש מסטיגמת האשפוז הפסיכיאטרי בקבוצות מסוימות. סבורני כי יש לשרש את הדימוי ככל הניתן, אך אין להתעלם מקיומו, ואין חולק שישנם הבדלים בין קבוצות שונות בהקשר זה. אטעים; יש להבחין בין התיחסות לסוגיות אזרחיות – נזיקיות, בהקשר חברתי מסוים, כמו בנידון דידן, ובין התיחסות לטענות בדבר "היתר לפלילים", למשל, בשל מנהגי "כבוד המשפחה", דבר הפסול מכל וכל; לעניין אחרון זה ראו למשל ע"פ 10828/03 נג'אר נ' מדינת ישראל (2005), פסקה ו' לפסק דיני.

סא. סבורני, כי יש מקום ליתן משקל מסוים – מתון – לטענת המערער בדבר חששו מפני סטיגמה שלילית כהסבר לסירובו לאשפוז של המערער, בהיבט הכללי של טענה זו (המתייחס לאשפוז פסיכיאטרי), ובהיבט הקונקרטי – הציבור אליו משתייכים המערערים. דומני, כי בנסיבות חשש זה יכול היה להצדיק את סירובו של המערער

לאשפוז של המערערת למשך תקופה מסוימת שבה לצד סטיגמה, עדיין היו תקוות שיפור בלא אשפוז. בחלוף פרק זמן זה, ומשלא חלה הטבה במצבה של המערערת, פשט סירובו של המערער את אדרת הסבירות. יש לציין, כי המומחה מטעם בית המשפט, ד"ר כהן כתב בחוות דעתו (עמ' 8) על "המחשבה הנוגה כי היענות מוקדמת יותר להצעה לאשפוז (שניתנה לראשונה שלושה חודשים לאחר התאונה) היתה מביאה לתוצאות טובות בהרבה ואולי אף להחלמה מלאה, ובודאי היתה חוסכת שנים ארוכות של סבל ופגיעה תפקודית קשה. סירובו של (המערער 2) שנתמנה לאפוטרופוס על גופה של אשתו אכן מעורר תמיהה...". ולגבי החשש מסטיגמה ציין ד"ר כהן, כי "למרות קשייו... חובתו כבעלה וכאפוטרופוס שלה היתה להישמע להמלצות החד משמעיות, בפרט כאשר ראה שמצבה אינו משתפר בטיפול מרפאתי. דבר זה צריך להילקח בחשבון בקביעת קשר הגרימה בין התאונה לנכות הקיימת כיום". בחקירתו הנגדית העיד ד"ר כהן כי:

"מניסיוני, אדם סביר במצב כזה אחרי שנה, שנתיים של המחלה היה משתכנע לאשפוז ללא ספק" (עמ' 283 לפרוטוקול מיום 7.7.09 שורות 26-27; הדגשה הוספה).

שמע מינה, כי גם לעמדתו של ד"ר כהן – שעל יסודה נקבע כי המערערים לא עמדו בנטל הקטנת הנזק – ניתן היה להמתין עם אשפוז של המערערת במשך "שנה שנתיים". אציע להעמיד את התקופה על 18 חודש.

סב. פועל יוצא של האמור הוא כי ניתן לראות בסירובו של המערער "סירוב סביר" לתקופה של שמונה עשר חודש לאחר התאונה.

סג. המומחה מטעם בית המשפט קבע, כי במצבה של המערערת יכול לחול שיפור נוסף "עד כדי נכות צמיתה של 10% ודרגת אי כושר של 25% אם תמשיך בטיפול מרפאתי אותו היא מקבלת חינם בבית חולים 'גהה'", וכי "למצב זה היתה יכולה להגיע כעבור שנה מיום התאונה אם היתה מקבלת בזמן את הטיפול באשפוז כפי שהומלץ לה". בהתאם לכך, ועל יסוד האמור, יש לחשב את נזקי המערערת באופן הבא: אי כושר מלא לתקופה של 30 חודש לאחר התאונה, ואי כושר של 25% ממועד זה ואילך. לקביעה זו השלכה על הפיצוי לו זכאים המערערים, כפי שיפורט.

סד. בטרם חתימת סוגיה זו אוסיף, כי אין לקבל את טענת המערערים, לפיה אין להטיל את האחריות למחדלי המערער – סירובו לאשפוז של המערערת – לפתחה של המערערת, בפרט כאשר בכתב התביעה שהגישו המערערים בבית המשפט המחוזי נטען

כי הנזקים נגרמו "לתובעים", קרי – למערער ולמערערת יחדיו. הדבר גם נוגד את השכל הישר.

אשכול רביעי – טענות בנוגע לראשי הנזק השונים

סה. הצדדים מלינים על קביעותיו של בית המשפט קמא באשר לראשי הנזק השונים. חלק לא מבוטל מטענותיהם – באשר להתאמת דיור, באשר לאבדן כושר ההשתכרות של המערערת לעתיד ובאשר להוצאות רפואיות – נסב על ממצאי עובדה שנקבעו בבית המשפט קמא.

סו. בידוע הוא, כי שיקול הדעת המסור לבית המשפט בקביעת שיעור הפיצויים רחב ביותר, ועל כן לא תמהר ערכאת הערעור לשים עצמה בנעליה של הערכאה הדיונית. התערבות בקביעת נזק של הערכאה הדיונית תיעשה במשורה, במקרים שבהם ישנה טעות בולטת בפרט זה או אחר, או שהשקלול אינו מאוזן כדבעי. אכן, "אין דרכה של ערכאת ערעור לבחון לעומק כל אחד מראשי הנזק, והבחינה נעשית הן על פני הדברים לאור הסכום הכולל שנפסק, והן מקום בו נפלה טעות בולטת באחד או יותר מראשי הנזק, באופן שיש בטעות זו כדי להשפיע על הסכום הכולל של הפיצוי" (ע"א 1952/11 אבו אלהווא נ' עיריית ירושלים (לא פורסם, 6.11.12; השופט עמית)); "סבירות התוצאה הסופית תופסת את עין הביקורת של ערכאת הערעור" (ע"א 11061/08 נגה חברה לביטוח בע"מ נ' ג'אברין (לא פורסם, 4.1.11; השופט הנדל)).

סז. לאחר העיון, סבורני כי יש להתערב בקביעותיו של בית המשפט קמא בראש הנזק של עזרה וסיעוד. בית ראשי הנזק לא נמצא מקום להתערבות.

סח. באשר לפיצוי בגין עזרה וסיעוד לעבר, פסק בית המשפט המחוזי סך של 6,000 ש"ח לתקופה בת שנים עשר חודשים, וסך של 1,500 ש"ח לתקופה בת 75 חודשים. קביעה זו נעשתה על יסוד ההנחה כי בשנה הראשונה מקרות התאונה נפגע כושר תפקודה של המערערת באופן מלא, ולאחר מכן יש להעריך את נזקיה לפי נכות תפקודית בשיעור של 25%. כאמור מעלה, את נזקיה של המערערת יש לחשב לפי נכות תפקודית מלאה (100%) לתקופה בת 30 חודש מקרות התאונה. בהתאם, יש לפסוק למערערים סך של 6,000 ש"ח לתקופה בת שלושים חודשים, קרי, 180,000 ש"ח בצירוף ריבית כחוק ממחצית התקופה - 1.11.03, וסך של 1,500 ש"ח לתקופה בת 58 חודשים, קרי, 87,000 ש"ח בצירוף ריבית כחוק ממחצית התקופה - 1.7.07.

סט. באשר לפיצוי בגין עזרה וסיעוד לעתיד, העריך בית המשפט קמא את שיעור הפיצוי על 1,000 ש"ח לחודש בצינו כי "אף שאבדן כושר תפקודה של התובעת הוערך ב-25% לצמיתות, יש לקחת בחשבון שילדיה של התובעת יגדלו ויצאו מן הבית וכי התובעת תזקק עם השנים לעזרה מופחתת בעבודות הבית ולטיפול בילדיה". סבורני, כי משלא הונחה תשתית ראיתית-מקצועית לשיפור נוסף במצבה של המערערת, לא היה מקום להפחית מסכום הפיצוי לעתיד בגין עזרה וסיעוד, שנקבע על יסוד הפגיעה בתפקודה של המערערת. פועל יוצא של הדברים הוא כי יש להעמיד את הפיצוי בגין עזרה וסיעוד לעתיד מיום מתן פסק דינו של בית המשפט קמא (2.12.09) על 1,500 ש"ח לחודש.

ע. סכום הפיצוי המגיע למערערים יתוקן איפוא בהתאם לאמור. הפיצוי ישולם למערערים ולמוסד לביטוח לאומי בהתאם להוראת סעיף 330(א) לחוק הביטוח הלאומי, תשנ"ה-1995.

כללם של דברים

עא. התוצאה היא שהערעור מתקבל בחלקו כאמור, בפסקאות ס"א ו-ס"ט מעלה. לא נוכל להיעתר לערעור שכנגד. פסק דינו של בית המשפט קמא יתוקן בהתאם, לרבות שכר טרחת עורכי הדין. המשיבה תשא בהוצאות המערערים בערכאה זו ובשכר טרחת עורך דין בסך 20,000 ש"ח. אין צו להוצאות לטובת המוסד לביטוח לאומי.

ש ו פ ט

השופטת ד' ברק-ארז:

1. אני מסכימה לתוצאה שאליה הגיע חברי השופט א' רובינשטיין. אף לשיטתי, הפחתת הנזק בשיעור שעליו החליט בית המשפט קמא, אשר הותירה את מרבית הנזק רובץ לפתחה של הניזוקה, היא בעייתית בנסיבות העניין. עם זאת, אני מבקשת להבהיר את גישתי בכל הנוגע לעקרונות החלים על חובת הניזוק להקטין את נזקו בשים לב לסוג הטיפול שהוצע למערערת.

2. הדילמה שמעוררת חובת הניזוק להקטין את נזקו במקרים שבהם נגרמו נזקי גוף והקטנת הנזק כרוכה בהסכמה לקבל טיפול רפואי היא ברורה. לכאורה, על הניזוק להסכים לשיתוף פעולה עם פרוצדורות טיפוליות שהיה מעדיף להימנע מהן, במקרים שבהם ההסכמה לטיפול היא סבירה בנסיבות העניין. הסבירות – כשמה כן היא –

מחילה על מערך ההחלטה של הניזוק אמת מידה חיצונית-אובייקטיבית שכופת את רצונו של הניזוק בפניה. הדבר כרוך לכאורה בפגיעה באוטונומיה של הפרט להחליט באשר לטיפול הרפואי שהוא נזקק לו, מאחר שלהחלטה נלווה תג מחיר ברור: אם יסרב סירוב בלתי סביר לא יהיה זכאי לקבל את הפיצוי בגין הנזק שנגרם לו. השאלה המתחדדת היא איזה מקום ואיזה משקל יש לייחס לאוטונומיה של הרצון בהערכת סבירותה של ההחלטה להימנע מטיפול, ולחלופין, האם ראוי לכבד, לפחות במידה מסוימת, בחירות סובייקטיביות של ניזוקים, כאלה שאינן מובילות לטיפול המיטיב ביותר, אך גם אינן משוללות הצדקה לחלוטין.

3. זכותו של הניזוק לאוטונומיה באה לידי ביטוי, באופן מסורתי, בפסיקתו של בית משפט זה בכך שהניזוק לא נדרש להקטין את נזקו בנסיבות שבהן ההחלטה לסרב לפעולה רפואית בגופו היתה "כנה מבחינה סובייקטיבית ומבוססת גם אובייקטיבית" (ראו: ע"א 4837/92 "אליהו" חברה לביטוח נ' בורבה, פ"ד מט(2) 257, 261 (1995)). על-פי רוב, הפסיקה עסקה ביישומם של עקרונות אלה בכל הנוגע למצבים שבהם הניזוק נדרש להסכים לעריכת ניתוח בגופו. בעניין זה נקבע כי "יש להתחשב במידת הכאב והסבל שהניזוק צפוי להם אם יסכים לניתוח... כמו כן יש לקחת בחשבון את סיכויי ההצלחה של הניתוח. אין לדרוש מניזוק לעבור ניתוח ניסיוני או ספקולטיבי כדי להפחית מהפיצוי בו חייב המזיק" (ע"א 252/86 גולדפרב נ' כלל חברה לביטוח בע"מ, פ"ד מה(4) 45, 54 (1991) (להלן: עניין גולדפרב)). כן ראו: ע"א 120/00 יעל נ' בצלאל (לא פורסם, 20.5.2002), בפסקה 5). יתר על כן, בית משפט זה פסק גם ש"קיימים מקרים, בהם על-אף המלצת המומחה רשאי נפגע לסרב לניתוח, הטומן בחובו סיכונים, ובמקרים כאלה אין לזקוף לחובתו את אי-נכונותו להינתח" (ע"א 427/88 תד"ל אחזקה ושירותים בע"מ נ' תהילה, פ"ד מד(4) 430, 438 (1990)). הנקודה החשובה לענייננו היא שנורמת הסבירות אשר בה חייב הניזוק צריכה להתחשב בכך ש"נגרר" למצב שלא הוא היה אחראי ליצירתו. במלים אחרות, הערכת סבירותו של הסירוב צריכה להתחשב גם בכך שהניזוק נקלע למצב זה בגין התנהגותו הבלתי זהירה של המזיק. כפי שכתב השופט א' ברק (כתוארו אז) בעניין גולדפרב: "המטען הנורמטיבי של הנטל להקטנת הנזק צריך להיות נמוך מזה של החובה לנהוג זהירות" (שם, בעמ' 53).

4. בענייננו, הטיפול שהוצע למערערת היה אשפוז פסיכיאטרי שמיועד, בין השאר, לטיפול בחשמל. אכן, בשונה מניתוח, אשפוז פסיכיאטרי אינו כרוך לכאורה בפגיעה בשלמות הגוף. אולם, לעתים הוא עשוי להיות כרוך בפעולות שיש להן השלכה על שלמות הגוף, וודאי שהוא כרוך מעצם טבעו בהגבלת חירותו של הפרט הנוגע בדבר. אין בדברים אלה כדי לגרוע מחשיבותו של טיפול פסיכיאטרי במקרים

המתאימים. סירוב גורף לקבל טיפול פסיכיאטרי לא יוכל להיחשב כסביר, במקרה הרגיל. אולם, כמו בהקשרים שבהם מוצע לניזוק לעבור פרוצדורות רפואיות שלהן השלכות על גופו, יש לבחון מהן ההשלכות של הטיפול המוצע ועד כמה הוא מכביד ופוגעני, כשלעצמו.

5. עד כה, יישומם של העקרונות הנוגעים להקטנת הנזק במצבים שבהם הוצע לניזוק טיפול פסיכיאטרי – תוך הבחנה בין סוגי טיפולים – טרם זכה להתייחסות ישירה בפסיקתו של בית משפט זה, להבדיל משאלות קרובות אחרות (כמו הסוגיה של מימון של טיפולים פסיכיאטריים פרטיים, להבדיל מטיפולים במסגרת ציבורית. ראו: ע"א 11152/04 פלוני נ' מגדל חברה לביטוח בע"מ, פ"ד סא (3) 310, 327-328 (2006)). בפועל, במקרה הטיפוסי שבו הופחת שיעור הפיצויים של ניזוקים שהסתייגו מטיפול פסיכיאטרי, הדבר נעשה כאשר הסירוב נסב על טיפול מרפאתי או תרופתי. כך בפסיקתו של בית משפט זה (ראו: ע"א 7008/09 אל רחים נ' אל קאדר (7.9.2010), בפסקה 6 לפסק דינו של השופט י' עמית). כך אף בפסיקתן של הערכאות הדיוניות (ראו למשל: ת"א (י-ם) 866/94 פוקס נ' מנורה חב' לביטוח בע"מ (22.7.1997), בפסקה 15); ת"א (ת"א) 51229/97 לוי נ' חלבי (25.11.2002); ת"א (ב"ש) 1275/04 חן נ' כלל חברה לביטוח בע"מ (23.1.2007), בפסקה 3; ת"א (ת"א) 61017-05 ארדואן נ' אליהו חברה לביטוח בע"מ (3.12.2009), בפסקה 33). גם בארצות-הברית, השאלה נדונה בעיקר באופן יישומי, ללא "מבט-על", אך ניתן לומר שהנטייה להחיל את חובת הקטנת הנזק מתחזקת ככל שנדונה דרישה מכבידה פחות מהיבטו של הניזוק. כך למשל, בעניין *Skaria v. New York*, 442 NYS2d 838 (1981) התקבלה טענה בדבר אי-עמידה בנטל להקטין את הנזק בנסיבות שבהן הניזוקה לא פנתה כלל לקבל טיפול נפשי. לעומת זאת, בעניין *Dohman v. Richard*, 282 S2d 789 (1973) נדחתה טענה כזו כאשר נדונה המלצה רפואית שכללה טיפול בחשמל. לגישות שונות בנושא, ראו עוד: Eugene Kontorovich, *The Mitigation of Emotional Distress Damages*, 68 U. Chicago L.Rev. 491 (2001); Kevin C. Klein & G. Nicole Hininger, *Mitigation of Psychological Damages: An Economic Analysis of the Avoidable Consequences Doctrine and Its Applicability to Emotional Distress Injuries*, 29 Okla. City U. L. Rev. 405 (2004).

6. חברי השופט רובינשטיין מיקד את דבריו בהקשר זה בדימוי השלילי שקיים בקרב קבוצות אוכלוסיה שונות ביחס לטיפול פסיכיאטרי. לשיטתי, העיקר אינו בכך. חשוב לשים לב שהמערערת לא התנגדה לקבל טיפול פסיכיאטרי. היא אף קיבלה טיפול בתרופות פסיכיאטריות ורק התנגדה לאשפוז שהוצע לה. אכן, אין ספק כי טיפול פסיכיאטרי מביא כיום מזור לאנשים רבים, וכי אשפוז פסיכיאטרי מביא לעיתים

לשיפור דרמטי במצבם של הזקוקים לו. עם זאת, ואף בהתעלם מסטיגמה העשויה להיות כרוכה בו, לא ניתן להכחיש שאשפוז פסיכיאטרי כרוך בפגיעה בחירויות, ולכן העדפה להימנע ממנו, לפחות בשלבים שבהם לניזוק יש עדיין תקווה לריפוי בדרכים אחרות, ובכלל זה טיפול נפשי בקהילה (שאינו מחייב את ניתוקו משגרת חייו), אינה יכולה להיפסל כבלתי סבירה לחלוטין. לא בכדי מוסדר הנושא של אשפוז פסיכיאטרי בחוק מיוחד שנועד לכך – חוק טיפול בחולי נפש, התשנ"א-1991 (להלן: חוק טיפול בחולי נפש) – להבדיל מטיפול פסיכיאטרי אחר. חוק זה מסדיר לא רק אשפוז בכפייה, אלא גם אשפוז מרצון. לפי סעיף 4 לחוק טיפול בחולי נפש, גם כאשר מתאשפז אדם מרצון, שחרורו יהיה "בתוך ארבעים ושמונה שעות מחתימתו" ולא מיד (סעיף-קטן (ב)), וזאת על מנת לתת שהות לבחון את האפשרות של אשפוזו בכפייה (סעיף-קטן (ד)). כן ראוי לציין, כי גם טיפולים מסוימים הניתנים במסגרת האשפוז חייבים בהסכמה מיוחדת, מעבר להסכמה לאשפוז הפסיכיאטרי עצמו (סעיף-קטן (א)), וכי טיפול בחשמל נמנה עם טיפולים אלה (כאמור בתקנה 34 לתקנות טיפול בחולי נפש, התשנ"ב-1992). למעשה, זהו טיפול שאף נעשה "בהרדמה בלבד ותוך מתן תרופות להרפיה וקיום אמצעי הבטיחות המתחייבים מכך" (תקנת-משנה (ג)). כלומר, לאו מילתא זוטרתא היא.

7. באופן כללי יותר, גישתי בנושא זה מבוססת על שני העקרונות הבאים: ראשית, כפי שציין השופט צ' א' טל בעניין בורבה, חובת הקטנת הנזק נדונה כיום בחסותה של תפיסת הזכויות החוקתיות: "זכות זו של האדם לגופו קיבלה משנה תוקף, עם חקיקת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו" (שם, בעמ' 261. ראו והשוו באופן כללי: דפנה ברק-ארז וישראל גלעד, "זכויות אדם בדיני החוזים ובדיני הנזיקין: המהפכה השקטה" קריית המשפט ח 11 (2009)). לכך מצטרף כמובן גם עקרון ההסכמה מדעת החל על טיפולים רפואיים (ולא רק טיפולים פסיכיאטריים) הקבוע בסעיפים 13-15 לחוק זכויות החולה, התשנ"ו-1996, ולפיו לא יינתן טיפול רפואי (ובוודאי שלא אשפוז) ללא הסכמתו של החולה, למעט בסייגים המנויים בחוק. שנית, בבחינת השאלה האם הסירוב לעבור טיפול רפואי חורג ממידת הסבירות ראוי לייחס משקל לכך שהמזיק הוא זה שגרר את הניזוק למצב שבו הוא מצוי. קביעתו של מתחם הסבירות לצורך הדיון בהקטנת הנזק צריכה להיעשות כך שזה יכלול לא רק את ההחלטה המיטבית בנסיבות העניין. יש לזכור כי אופטימאליות וסבירות אינן אמות מידה שקולות.

השופט י' דנציגר:

אני מסכים לפסק דינו של חברי השופט רובינשטיין ולהערוותיה של חברתי,
השופטת ברק-ארז.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט א' רובינשטיין.

ניתן היום, א' בניסן תשע"ג (12.3.13).

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט

ש ו פ ט