בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"א 35119-03-16

לפני כבוד השופטת אורלי מור-אל

התובע **פלוני**

נגד

הנתבע **פרופסור עופר יוסיפוביץ**

מטעם התובע: עו"ד ורד פרי
מטעם הנתבע: עו"ד ישראל שוייצר ועו"ד שרי שוט ממשרד עו"ד איתן האזרחי.

<u>פסק דין</u>

"דומה כי הפגיעה באוטונומיה היא סוס הפרא החדש של המשפט ואולי, כדבר המשורר, הגיע העת "למתוח המושכה וקצת לקחת חזרה".

(יצחק עמית "**סוס הפרא של הפגיעה באוטונומיה**" ספר שטרסברג-כהן).

תביעה זו עניינה דרישת פיצוי בסכומים של מאות אלפי שקלים בעקבות ניתוח כריתת הערמונית שעבר התובע בעילת העדר הסכמה מדעת ופגיעה באוטונומיה, עקב כך שלא נמסר לו מידע רלוונטי אודות סיכוני הניתוח ובכלל זה פגיעה צמיתה בתפקוד המיני וקיצור איבר מינו.

לאחר שבחנתי את טענות הצדדים ואת מלוא הראיות באתי לידי מסקנה שחרף תחושותיו הסובייקטיביות הקשות של התובע, לא עלה בידו להוכיח תביעתו ודינה להידחות.

<u>תמצית העובדות וטענות הצדדים</u>

1. התובע יליד 1937 חלה, לדאבון הלב, באדנוקרצינומה בבלוטת הערמונית. התובע פנה לנתבע באופן פרטי ולאחר התייעצות עמו החליט לבצע ניתוח של כריתת הערמונית. הניתוח בוצע בתאריך 14/7/11. בכתב התביעה נטען, שהתביעה הוגשה בגין ניתוח כריתת הערמונית שהסתיים עם נזקים בלתי צפויים. לטענת התובע התלבט בין טיפול בהקרנות לבין ניתוח, והסכים לביצוע ניתוח לאחר שהנתבע הסביר לו שזו דרך הטיפול המומלצת על ידו וכי יכולה אמנם להיות פגיעה בשליטה בשתן ובתפקוד המיני, במהלך תקופת התאוששות מסויימת ואולם מדובר בקשיים זמניים בלבד. לטענת התובע, לאחר הניתוח הסתבר לתובע שהוא סובל מקיצור משמעותי של איבר מינו, עור האיבר המין מכסה לגמרי את העטרה ומקשה על מתן שתן. עוד הסתבר שאבדן התפקוד המיני לא היה זמני והתובע לא שב לאונו. לטענת התובע,

בשום שלב לפני הניתוח וגם לא לאחר מכן, לא אמר לו הנתבע שקיים סיכון כלשהו של קיצור איבר מינו ואובדן התפקוד המיני לצמיתות.

עוד טען התובע, לחלופין, שהנתבע אחראי לנזקיו בגין רשלנותו, חוסר זהירות ו/או מיומנות שלו או של הצוות, בשורת מעשים ומחדלים חמורים שפרט התובע בסעיף 13 לכתב התביעה.

התובע הוסיף וטען שלו ידע שקיימים הסיכונים של קיצור איבר המין ואובדן התפקוד המיני, היה שוקל לבצע הקרנות תחילה, ועוד טען שהסכמתו לניתוח לא הייתה הסכמה מדעת ולכן על הנתבע לפצותו בגין כל הנזקים שנגרמו לו מהניתוח.

התובע לא צרף לכתב התביעה חוות דעת רפואית, אלא מסמך שכותרתו "מכתב לרופא המטפל" ששנערך על ידי פרופ' פניאל, שמועדו 4/3/12 וטען שמדובר ב"תעודת רופא" ומשכך התביעה עומדת בתנאי תקנה 127 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984 (להלן: "**תקנות סדר הדין האזרחי**").

2. בכתב הגנתו התייחס הנתבע לכך שלכתב התביעה לא צורפה חוות דעת רפואית כדין ואך משום כך דינה של התביעה להמחק. לגופו של עניין הדגיש הנתבע, שהתובע הגיע למרפאת הנתבע עם אבחנה של סרטן בערמונית ולשם כך, תוך דיון עם התובע על אפשרויות הטיפול ומתן הסברים על הסיכונים והסיכויים, הוחלט על ביצוע הניתוח מושא התביעה, אשר הביא לריפוי מלא של מחלת הסרטן וכפועל יוצא הציל את חייו של התובע. עוד נטען שהנתבע נתן לתובע את מלוא ההסברים הנדרשים לפני עריכת הטיפול והכחיש מכל וכל שהייתה פגיעה כלשהי באוטונומיה או שלא התקבלה הסכמה מדעת של התובע לעריכת הטיפול.

3. סמוך לאחר הגשת כתב ההגנה הגיש הנתבע בקשה לסילוק התביעה על הסף נוכח אי צירוף חוות דעת רפואית לכתב התביעה. בתגובה לבקשה זו השיב התובע שעניינה של התביעה הוא העדר הסכמה מדעת למתן טיפול רפואי ולצורך הוכחת טענה זו אינו נדרש להוכיח עניין שברפואה אלא עניין עובדתי – האם ניתנו לו ההסברים והאם כשקיבל את המלצת הנתבע על ביצוע הניתוח ידע אודות התוצאות האפשריות שלו.

במסגרת דיון קדם משפט שנערך בתאריך 19/12/2017 בפני השופטת מי-טל אל-עד קרביס, בפניה התנהל ההליך באותה עת, נכתבו הדברים הבאים מפי באת כוח התובע: "**לאחר שבית המשפט מפנה אותי לסעיף 13 בכתב התביעה ולטענות הרשלנות המפורטות שם, וכן לאחר שביהמ"ש מפנה אותי לכך שהמסמך הרפואי של פרופ' פניאל אינו עולה ולו כדי "תעודת רופא", ומדובר גם במסמך שאינו עדכני, מלפני 5 שנים, שאני מבקשת שהות של שישים ימים כדי להגיש חוות דעת רפואית ערוכה כדין**".

4. חלף המועד להגשת חוות דעת והתובע בחר שלא לתמוך את תביעתו בחוות דעת רפואית, לפיכך החליטה השופטת אל-עד קרביס בתאריך 17/3/2018, כי יש לראות את התובע כמי שמוותר על טענותיו שברפואה.

5. בדיון קדם משפט שהתנהל בתאריך 12/4/18 בפני השופטת אל-עד קרביס, הודיעה ב"כ התובע, ניתן למחוק את הטענות בכתב התביעה שעניינן רשלנות וטענה שבכתב התביעה יש טענות נוספות של פגיעה באוטונומיה והיעדר הסכמה מדעת אשר אינן טעונות חוות דעת רפואית. הנתבע עמד על טענתו שיש לתמוך את התביעה בחוות דעת רפואית ומשכך דינה של התביעה להמחק על הסף.

בהחלטה שניתנה בעניין, קבע בית המשפט, שסילוקה של התביעה על הסף הוא צעד קיצוני מצריך זהירות יתירה וכי בהינתן שהתובע נמנע מהגשת חוות דעת רפואית הרי שלא יהא בידו להוכיח "עניין שברפואה" ככל שהעניין ידרוש הוכחה; ואולם אין בכך כדי להביא למחיקת התביעה על הסף שכן לא ניתן לשלול שיצליח להוכיח טענותיו בעניין העדר הסכמה מדעת ופגיעה באוטונומיה ללא חוות דעת בהסתמך על עדותו וחומר ראייתי אחר.

6. אחר דברים אלה הגישו הצדדים ראיותיהם. בפרשת התביעה הוגשו תצהיר התובע ורעייתו ובפרשת ההגנה תצהיר הנתבע. שני הצדדים הגישו מסמכים רפואיים.

7. בסיכומיו חזר התובע על טענותיו להעדר הסכמה מדעת ופגיעה באוטונומיה וטען, ששעה שטענותיו מתייחסות לתחושות או מציאות אין צורך בהשכלה רפואית כדי להעיד עליהן, אין המדובר בעניין שברפואה ומשכך לא היה כל צורך בהגשת חוות דעת רפואית מטעמו. לטענת התובע יש לפרש את תקנה 127 לתקנות סדר הדין האזרחי בצמצום, שעה שמדובר בתקנה שבאה להגביל זכויות אדם. התובע טוען, שאובדן האונות המינית או קיצור איבר מינו, הן עובדות אשר מטופל מעיד עליהם בפני רופא ובית המשפט ואין צורך בהשכלה רפואית או בניסיון מקצועי במרפאות ו/או בתי חולים כדי לקבל עובדות אלה או כדי להסבירן לבית המשפט. התובע טוען עוד שיש לקבוע שמתקיימת עוולה בענייננו, בין אם מדובר בהפרת חובה חקוקה, בין אם מדובר ברשלנות, בין אם מדובר בתקיפה ו/או פגיעה באוטונומיה.

התובע הוסיף עוד, שגם אם לא הוכח שאיבר המין קוצר אנטומית, גם "תחושה" של קיצור איבר מינו, היא בבחינת אי נוחות קשה מאוד לכל גבר ולראייה ציטט מספרו של אלוף גיורא איילנד. התובע טען עוד, כי לנתבע עניין כלכלי בביצוע הניתוח ולפיכך לא ניתן לטעון שנתן לתובע ייעוץ אובייקטיבי.

הנתבע חזר בסיכומיו על טענותיו בנוגע להימנעות מצירוף חוות דעת רפואית היות התביעה נעדרת תשתית ראייתית, העלה טענות בנוגע להרחבת חזית, מהימנות עדויות התובע ורעייתו ושב על הטענה שכל ההסברים הנדרשים ניתנו לתובע בהתאם לאמת המידה הסבירה והמקובלת בעת עריכת הניתוח.

8. בשים לב לגדר המחלוקת בין הצדדים אפתח את הדיון בבחינה קצרה של המצב המשפטי, ולאורו אבחן את גרסת התובע וטענותיו.

<u>העדר הסכמה מדעת ופגיעה באוטונומיה</u>

9. כיום אין עוד חולק בדבר חובתו של הרופא לקבל את הסכמתו המודעת של המטופל לטיפול הצפוי, קרי: חובה על הרופא למסור למטופל מידע רפואי בדבר הסיכויים והסיכונים של הטיפול. הכלל הוא, כי "**יש לגלות לחולה את כל הסיכונים אשר אדם סביר היה מייחס להם חשיבות בהחלטתו להסכים לביצוע הטיפול**" (ראו: ע"א 3108/91 **רייבי נ' וייגל** (12/5/1993), ע"א 2781/93 **דעקה נ. בית חולים כרמל חיפה** (29/8/1999) (להלן: "**עניין דעקה**"), ע"א 6153/97 **שטנדל נ. פרופ' יעקב שדה** (11/6/2002), ע"א 4384/90 **ואתורי נ' בית החולים לניאדו** (04/03/1997)).

חובת הגילוי, היקפה והחריגים לה מעוגנים בחוק זכויות החולה, התשנ"ו–1996 (להלן: "**חוק זכויות החולה**"), ממנו עולה, שלמעט מקרים חריגים המתייחסים למתן טיפול דרוש ובלתי צפוי, נדרשת הסכמה מפורשת ומודעת של החולה לכל טיפול וטיפול, כאשר היקף חובת הגילוי מפורט בסע' 3(ב) לחוק זכויות החולה. עלתה מחלוקת באשר להיקף חובת הגילוי ו"המשקפיים" בהם יש לבחון חובה זו (מבחן החולה הסביר - כגישת כב' המשנה לנשיא השופט ריבלין, או מבחן החולה המעורב, המשולב בעיני הרופא הסביר - כגישת כב' השופט עמית). מכל מקום במבחנים הרלוונטיים, נדרשת גם בחינת תדירות הסיכון ומשמעותו (בהקשר זה ראה פסק הדין המקיף והמנתח דוקטרינה זו בע"א 1303/09 **קדוש נ. בית החולים ביקור חולים** (5.3.12) להלן: "**עניין קדוש**").

ניתן לקבוע, שהסכמה מדעת לטיפול מבוססת על שקלול של חיוניות הטיפול וסיכויי הצלחתו מחד גיסא, עם תדירות הסיבוך האפשרי ומידת חומרתו, מאידך גיסא, קרי: מדובר במאזן הסיכויים והסיכונים.

התוצאה של מתן טיפול רפואי ללא קבלת הסכמה מדעת מהווה הן עוולה של תקיפה והן עוולה של התרשלות. כאשר טיפול שניתן ללא הסכמה מדעת, מהווה מטבעו גם פגיעה באוטונומיה של המטופל. מבחינה ראייתית, מוטלת על התובע החובה להוכיח על פי מאזן ההסתברויות, כי הוא לא היה מסכים לטיפול אילו נמסר לו המידע הדרוש. המדובר במצב היפותטי, אשר אינו קל להוכחה, אולם על התובע לעמוד בנטל להוכחתו.

במקרים שלא הוכח קשר סיבתי בין הפרת חובת הגילוי ובין מתן ההסכמה המודעת לטיפול, עומדת עילת הפגיעה באוטונומיה לבדה, כאשר הפיצוי ניתן בגין עוגמת הנפש שנגרמה למטופל, על בסיס אומדנה המתבססת על חומרת הפגיעה באוטונומיה שלו.

בהתאם לפסיקה, כאשר לא נמסר למטופל כל המידע הדרוש לפני הטיפול הרפואי, מחדל זה כשלעצמו עשוי להוות עילה להכרה בראש נזק של פגיעה באוטונומיה, ללא קשר לשאלת הנזק

שנגרם כתוצאה מהטיפול וללא צורך בהוכחת קשר סיבתי בין העדר ההסכמה לטיפול ובין הנזק. הזכות לפיצוי נובעת מכך שביצוע פעולה רפואית בגופו של אדם בהעדר הסכמה מודעת, הינה בבחינת פגיעה בכבודו ובזכותו לאוטונומיה. משכך, עצם הטיפול הרפואי, ללא הסכמה מדעת הוא התרשלות המזכה בפיצוי "**במקרים מן הסוג העומד לדיון, יתבטא הנזק בעיקר בתגובתו הנפשית והרגשית של התובע לכך שנעשה בגופו טיפול רפואי ללא הסכמתו מדעת...בהערכת גובה הפיצוי בגין נזק זה, עשויה להיות חשיבות לחומרת ההפרה של החובה לקבל את הסכמתו המודעת של החולה בטרם בצוע הטיפול בו...המדובר בנזק אשר מעצם טיבו קיים בו היבט סובייקטיבי דומיננטי...מדובר בפגיעה בזכות יסוד, אשר מחייבת קביעת פיצוי הולם, להבדיל מפיצוי סמלי...**" (עניין דעקה).

בית המשפט הוסיף ועמד בהרכב מורחב על עילת התביעה שעניינה פגיעה באוטונומיה, כעילה הנותנת ביטוי להכרה בזכות היסוד של כל אדם לכתוב את סיפור חייו ולהיות אדון לגורלו, הכל בשים לב לפגיעה בכל מקרה ומקרה (ראו: עא 1535/13 **מדינת ישראל נ' ציפורה איבי** (3/9/15) (להלן: "**ענין איבי**")).

באשר לפיצוי שיש לפסוק בגין פגיעה באוטונומיה – סיכם בית המשפט בעניין **איבי** את ההלכות בנושא ועמד על כך, שהפיצוי אמור להיות אינדיבידואלי בהתחשב בהפרה הקונקרטית ובנסיבותיה, כאשר יש לשקול את סוג המידע שלא נמסר לחולה לעומת זה שנמסר לו, היקפו ומשקלו הסגולי של המידע שלא נמסר לעומת זה שנמסר, עמדתו יחסו של החולה למסירת מידע רפואי הקשור בו ותוצאות הטיפול שבוצע.

יש הסבורים שמן הראוי להוסיף ולצמצם את תחומי הזכאות של הנפגע בגין פגיעה באוטונומיה ועמם נמנה כב' השופט י' עמית אשר ראה לדמות את ראש הנזק של פגיעה באוטונומיה ל"**סוס הפרא החדש של המשפט**" שיש לרסנו (יצחק עמית "**סוס הפרא של הפגיעה באוטונומיה**" ספר שטרסברג-כהן וכן ראו עמדתו של כב' השופט עמית בעניין קדוש). אולם גם לפי גישתו המצמצמת של כב' השופט עמית מקום שהוכחה פגיעה באוטונומיה, בלא קשר לפגיעה אחרת, יש לפסוק פיצוי (ראו עמדת כב' השופט עמית בעניין **איבי**).

10. מהאמור עד כאן עולה שעל מנת להוכיח את תביעתו היה על התובע להוכיח בין היתר, עובדות ונתונים כדלקמן:

א. שאיבר מינו אכן התקצר כנטען על ידו שהתפקוד המיני שלו אכן נפגע לצמיתות כתוצאה מן הניתוח.

ב. שלא נמסר לו כל המידע הרלוונטי בנוגע לאפשרות קיצור איבר מינו או אבדן התפקוד המיני לצמיתות, על אף שמדובר במידע שעל הרופא היה למסרו בהתאם למבחנים שהציבה הפסיקה, בתקופה הרלוונטית לעריכת הניתוח – 14/7/11.

ג. לצורך הוכחת העדר הסכמה מדעת על התובע גם להוכיח שלו היה יודע את המידע לא היה מבצע את הניתוח.

בניגוד לטענת התובע, אין המדובר בעובדות גרידא אלא גם בעניינים שברפואה – כך קיצור איבר המין הוא לא רק עניין עובדתי אלא גם עניין שברפואה, הפגיעה בתפקוד המיני וסיבתה הם במובהק גם עניין שברפואה, השאלה מה המידע שצריך היה הרופא למסור במועד עריכת הניתוח 14/7/11 יכול להיות גם הוא להיות עניין שבמומחיות שעל פניו מצריך הוכחה על ידי חוות דעת. כזכור, התובע החליט שלא לתמוך את תביעתו בחוות דעת רפואית ומלבד עדותו והמסמכים הרפואיים לא הביא ראיות נוספות. כמובן, שספרו של האלוף גיורא איילנד אליו הפנה התובע בסיכומים, אינו יכול לשמש כמקור נורמטיבי לקביעת עובדות או נורמות.

על רקע האמור, אבחן את גרסת התובע והנתונים שהוכחו ונסתרו בתביעה.

<u>המסכת העובדתית – גרסת התובע ורעייתו למול המסמכים הרפואיים</u>

11. בטרם נכנס לגוף הדברים, מן הראוי להקדים מילים לעניין גרסת התובע ורעייתו. משמיעת העדויות ניכר היה שהתובע ורעייתו מאמינים באמונה שלמה ב"עוול" שלכאורה נגרם להם, ושבויים בתיזה שאכן לא ידעו את העובדות עת נכנס התובע לניתוח ומשום כך נגרם להם נזק גדול. דא עקא שבחינת גרסאותיהם שהיו כמעט זהות, עד כדי כך שרעייתו בתצהירה דברה בגוף ראשון (ראו סעיף 4 לתצהיר), מעלה שמדובר בגרסאות מגמתיות, כאשר השניים הרבו בעדותם "לא לזכור" נתונים שאינם נוחים להם כשהם תולים את הדברים בחלוף הזמן ובגילם וכאשר לגבי חלק מן הנתונים נפלו בעדויותיהם סתירות של ממש. בחינת הדברים כהווייתם, בהתאם למסמכים הרפואיים מעלה שהאמור בתצהירי התובע ורעייתו נכתב בדיעבד, באופן מגמתי ותוך הצגת רק חלק מן הנתונים הרלוונטיים.

12. בתצהירו פרט התובע, שלאחר שהסתבר שחלה, הרופא בקופת החולים המליץ להתייעץ עם רשימה של רופאים מומלצים והוא פנה למרפאת הנתבע שהמליץ על ניתוח. התובע פרט, כי סיפר לנתבע שהיה לו סרטן במיתרי הקול ושטיפלו בו בהקרנות טיפול שעלה יפה, ואפילו הרב פירר הנחה אותו אז להעדיף הקרנות ולא ניתוח. הנתבע המליץ לתובע לטענתו על כריתה רדיקלית מלאה של הערמונית ולא על הקרנות, והסביר שלמרות שזו דרך הטיפול המומלצת על ידו עלולה להיות פגיעה זמנית בשליטה בשתן ובתפקוד המיני, במהלך תקופת התאוששות מסוימת. לטענת התובע, נאמר כפי שגם נכתב שמדובר בקשיים זמניים. התובע טען שלא נאמר לו דבר על אפשרות קיצור איבר מינו, הסיכון הזה לא עלה בכלל. התובע פרט שהחליט לקבל את המלצת הנתבע. לאחר הניתוח הסתבר לו שיש קיצור משמעותי של איבר המין, עור איבר המין מכסה לגמרי את פתח יציאת השתן ומקשה על מתן שתן. לדבריו הרגיש את קיצור איבר המין מיד לאחר הניתוח וציין זאת בפני הנתבע בעת הביקור למחרת הניתוח ולפני השחרור הביתה. הנתבע אמר לו שהכל יסתדר. עוד הסתבר לו שאבדן התפקוד המיני לא היה זמני ועד

היום אין לו כוח גברא. התובע המשיך ותאר שלאחר כמה חודשים פנה לשמוע מה אפשר לעשות ונבדק בתאריך 4/3/12 אצל פרופ' בניאל אשר תיעד את הדברים בסיכום רפואי. התובע הדגיש שבשום שלב לפני הניתוח וגם לא לאחר מכן לא אמר לו הנתבע שיש סיכון כלשהו של קיצור איבר מינו ואובדן התפקוד המיני לצמיתות ואם היה יודע נתונים אלה, היה שוקל מחדש את האופציות הקיימות. התובע פרט את הפגיעה באיכות חייו שנגרמה כתוצאה מכך ובין היתר קשייו בהטלת שתן, לאור מבנה איבר המין כעת.

13. רעייתו של התובע חזרה בתצהירה על הדברים, בקצרה, כאשר גם לטענתה, בשום שלב לפני הניתוח וגם לא לאחר מכן, לא אמר הנתבע שקיים סיכון כלשהו של קיצור איבר המין ואובדן התפקוד המיני לצמיתות, ואילו הייתה יודעת את המידע הייתה ממליצה לבעלה לבצע הקרנות. במיוחד לאור הנסיון המוצלח בעבר. גם האשה תארה את הפגיעה באיכות חייהם.

14. מעדותם של השניים עלה, כי קודם להתייעצות עם הנתבע התייעצו עם פרופסור אחר שגם הוא המליץ להם על ניתוח. כך שהתובע ורעייתו קיבלו מידע משני מומחים רפואיים ולא רק מן הנתבע.

השניים לא זכרו את מהות ההתייעצות עם הפרופסור האחר ופרטיה כמו שלא זכרו פרטים רבים אחרים: ראו לדוגמא לגבי התובע – לגבי השאלה האם סבל מבעיות שליטה על השתן לפני הניתוח – "**זה הרבה שנים – לא זוכר.... יכול להיות שהיה, יכול להיות שלא, אני לא זוכר... לא זוכר**" (פרוטוקול מתאריך 12/6/19, עמ' 36 שורה 33 ואילך).

לגבי התייעצות עם מומחה נוסף – "**מה שזכור לי אחד, בהרצלייה משהו, לא זוכר**" (שם עמ' 38 שורה 19) אף כי לאחר מכן התרצה התובע ומסר פרטים לגבי אותה התייעצות ואולם לא זכר אם אותו מומחה נתן לו מסמך, אף כי השיב בבטחון מלא, שלא אמר לו על הסכנה של קיצור איבר המין (שם, עמ' 55 שורה 3 ואילך).

לגבי השאלה מהם ההנמקות שנימק הנתבע לגבי העדפת ניתוח על פני הקרנות – "**הוא אמר, אני לא זוכר אבל הוא אמר**" (שם, עמ' 42 שורה 2).

15. לגבי חלק מעדותו של התובע הייתה סתירה של ממש בין דבריו לבין המסמכים הרפואיים: כך לדוגמא התובע טען בתוקף שמאז הניתוח לא הייתה כל זקפה -

"ש: עד מתי ניסיתם ולטענתך לא הצלחתם לקיים יחסי מין? עד מתי ניסיתם? מתי הפסקת, אמרת "לא מנסים יותר"?
ת: כל הזמן מנסים, לא הולך, הפין לא עומד, הפין לא עומד.
ש: אין זקפה? מאז הניתוח אין זקפה?
ת: לא, לא, לא, אין זקפה.
ש: מאז הניתוח אין?
ת: אין, אין, אין.
ש: עכשיו תראה,
כב' הש' מור-אל: מאז הניתוח לא הייתה זקפה?
העד, פלוני: לא, לא.

כב' הש' מור-אל: לא הייתה?
העד, פלוני: לא".

(שם, עמ' 45 שורה 10 ואילך, מכאן ואילך שם התובע ורעייתו הוסרו בכל הציטוטים כאשר התובע צוין כ"פלוני" והרעייה כ"האשה")

אולם מן המסמכים הרפואיים שצירף התובע עצמו לתביעתו ולתצהירו ולא כפר בשום דרך ואופן במהימנות הכתוב בהם, מתועד באופן ברור שלא כך היו הדברים – כך לדוגמא בתאריך 6/9/11 כחודשיים לאחר הניתוח תיעד הנתבע "**מרגיש מצוין. מדווח על שליטה מלאה במתן השתן. תפקוד מיני – זיקפות חלשות**". בתאריך 24/10/11 תיעד הנתבע: "**שליטה מלאה במתן השתן. זיקפות טובות וחזקות, מתלונן על קיצור של הפין**". בתאריך 8/11/11 תיעד – "**ביקור ביוזמתו. מתלונן על קיצור שהפין, לדבריו – הזיקפות סבירות. בבדיקה – הפין אלסטי, באורך תקין. אין עדות לפלקים פיברוטיים. צויד במרשם לויאגרה**".

התובע לא טען בשום צורה שתיעוד זה של הנתבע אינו נכון ואף הנתבע לא נחקר על כך בחקירה נגדית. בהקשר זה אני מעדיפה את התיעוד מזמן אמת על פני עדותו של התובע, כאשר ניכר שעדות התובע מגמתית ומונעת מתוך הרצון להוכיח את תביעתו. גם במסמך עליו בנה התובע תילי תילים של טענות ואליו אתייחס בהמשך, והוא מכתב לרופא המטפל מתאריך 4/3/12 תועד כי מדובר ב"**ירידה בזקפה**". הווה אומר בניגוד מוחלט לעדות התובע - זקפה קיימת.

כאשר התובע נשאל בהקשר זה האם המסמכים הרפואיים מזוייפים השיב – "**אני לא אמרתי מזויף, יכול להיות שהיה ולא היה ... לא יודע**" (שם, עמ' 46 שורה 13 ואילך) ואולם בהמשך חזר בו התובע וטען –

"ת: אני אומר לך עוד פעם, אני לא יודע מה שהוא כותב, מה שהוא טוען. אני אומר שלא היה, עובדה שלמחרת הניתוח, כשהוא בא לבקר אותי, אדון עופר, דוקטור עופר, סליחה, בא לבקר אותי בבוקר, אני אומר לו "מה עשית לי?" במילים האלה.
ש: ככה? "מה עשית לי"?
ת: "מה עשית לי? קיצרת לי את הפין". שאלתי אותו, הוא אומר "יהיה בסדר, יהיה בסדר".
ש: זה עם הקטטר עדיין עליו?
ת: מה?
ש: זה כשיש לך עדיין קטטר?
ת: כן, הייתי.
ש: הקטטר עדיין מחובר ואתה אומר "מה עשית לי?"
ת: כן, כן, "מה עשית לי?"

(שם עמ' 46 שורה 23 ואילך)

ואולם בניגוד לאמור כאן בתשובות לשאלון השיב התובע, כי הבחין בקיצור איבר מינו רק לאחר הורדת הקטטר לאחר כשלושה שבועות מהניתוח (שם, עמ' 47 שורה 27 ואילך).

כאשר התובע התבקש להסביר את הסתירה השיב, לאחר שהוסבר לו שהעניין חשוב –

העד (פלוני): כן, אני מבין אותך אבל אני עונה לך גם, גברת, כבוד השופטת. בן אדם לפעמים כותב דבר, במקום אחר כותב משהו אחר, במיוחד בגיל שלנו, אנחנו לא זוכרים, אנחנו לא בגיל 30, 20, 40, זוכרים את הכול, לא זוכרים את הכול. היום אני אניח את זה פה אני לא אמצא אותו, אחרי רגע אני לא אמצא את הנייר הזה, אז הוא שואל אותי שאלות כאלה?"

ובהמשך שב ואישר כי אינו זוכר –

העד, (פלוני): אני עניתי, אמרתי, בגיל הזה אנחנו לא זוכרים.
כב' הש' מור-אל: אז יכול להיות שכשענית לעורכת הדין לא זכרת.
העד, (פלוני): יכול להיות, יכול להיות.
(שם, עמ' 49 שורה 11 ואילך).

16. חוסר היכולת לזכור את העובדות חזר על עצמו גם בעדות רעייתו של התובע – רעייתו של התובע העידה שלפני שהגיעו לנתבע, השתדלו להתייעץ עם רופאים אחרים, אחד אמר הקרנות אחד אמר כריתה אז החליטו להגיע אל הנתבע. העדה נשאלה מה אמר הפרופסור האחר איתו התייעצו והשיבה:

"ת: אני חושבת שהוא אמר שיש לעשות כריתה, אני חושבת, ולא הקרנות.
ש: הוא דיבר איתכם על הקרנה?
ת: אני לא זוכרת.
ש: את לא זוכרת אם הוא דיבר על הקרנה? את לא זוכרת אם הוא דיבר על כריתה?
ת: לא, היום אני,
ש: את בטח לא זוכרת, תראי,
ת: אני רוצה להגיד לך, היום אני לא זוכרת, אני בגיל שאני לא זוכרת דברים.
ש: את לא זוכרת.
ת: אלא אם אני רואה את הכתוב שיש לי".

(שם, עמ' 14, שורה 20 ואילך).

העדה גם לא זכרה אצל עוד איזה רופאים הם היו ומה היו המלצותיהם (שם, עמ' 17, שורה 8 ואילך).

העדה נשאלה אודות מסמך סיכום הביקור הרפואי הראשון (ההתייעצות) אצל הנתבע, ואולם על אף שהמסמך צורף על ידי התובעים עצמם, העידה שאינה זוכרת אותו -

"ש: תראי, גברת, אני שואל אותך פה ואני חוקר אותך, את לא יודעת,
ת: אני עוד פעם אומרת, לא בגלל זה שאני רוצה להתחמק מתשובה. יש דברים שהיום,
ש: אבל את אומרת שאת לא זוכרת ועד עכשיו שום דבר כמעט את לא זוכרת.
ת: יש דברים שאני לא זוכרת.
ש: אני רוצה לדעת מה לשאול.
ת: אם אני אהיה בבית עם מסמך כזה ממול אני יודעת שכן היה לי. לא תמיד אני זוכרת דברים".

שם, עמ' 22 שורה 28 ואילך).

רעיית התובע העידה שידעה בפעם הראשונה שהעור מכסה את איבר המין כשניסו לקיים יחסי מין כחודש לאחר הניתוח (שם, עמ' 26 שורה 12 ואילך וגם בעמוד הבא) זאת בניגוד לעדות התובע שהבחין בכך כבר בבוקר לאחר הניתוח.

בשים לב לטענת התובע שכבר למחרת הניתוח ידע על קיצור איבר המין והעלה טענה בפני הנתבע, רעייתו של התובע נשאלה אם היא זוכרת שיחות עם התובע לאחר הניתוח והשיבה שלא היו שיחות מיוחדות (שם עמ' 25 שורה 27 ואילך).

בניגוד לתובע, האשה העידה, שהנתבע לא שוחח איתם על הסיכונים של ההקרנות (שם, עמ' 28 שורה 4).

העדה לא ידעה לומר האם התובע מגיע לזקפות (שם, עמ' 27 שורה 20 ואילך).

17. על רקע עדויות אלה והמסמכים הרפואיים שחלקם יפורטו גם להלן תבחן השאלה האם התובע עמד בנטל הנדרש עליו להוכיח העדר הסכמה מדעת או פגיעה באוטונומיה.

<u>האם הוכחו קיצור איבר המין ופגיעה בתפקוד המיני?</u>

18. השאלה הראשונה שיש לבחון הינה שאלת הבסיס האם הוכחו קיצור איבר המין או פגיעה בתפקוד המיני? בחינת הראיות שהובאו מעלה שעובדות אלה, שיש בכל אחת מהן פן רפואי הדורש הוכחה, לא הוכחו.

19. <u>אשר לקיצור איבר המין</u> – לא יכולה להיות מחלוקת שהתובע לא הוכיח מה גודל איבר המין קודם לניתוח. הנתבע העיד, שהוא לא מתעד ואין כל צורך לתעד את גודל איבר המין של מטופליו טרם הניתוח דבר שיכול לגרום חוסר נוחות למטופלים. התובע לא הוכיח בכל דרך מה היה המצב טרם הניתוח.

התובע מסתמך כמוצא שלל רב, על מסמך מתאריך 4/3/12 שכותרתו "**מכתב לרופא המטפל**" שנכתב על ידי פרופ' ג'ק בניאל, שבדק את התובע במרפאה בה עבד הנתבע קודם לכן ודרכה נערך הניתוח. פרופ' בניאל, כתב את המסמך לרופא המטפל ובשל החשיבות שהתובע מייחס למסמך זה אביא אותו במלואו -

"דוקטור נכבד

הנ"ל נבדק אצלי לאחר כריתת ערמונית רדיקלית. סובל בעיקר מקיצור משמעותי של הפין, ירידה בזקפה. עור הפין מכסה לגמרי את העטרה ומקשה על ההשתנה.

הטיפול המומלץ הוא:

1. **טיפול יומי CIALIS 5MG – כל יום לפני השינה, מלבד הימים בהם נוטל כדור שלם של ויאגרה.**

2. **3-4 נסיונות VIAGRA 100MG – ללא אוכל, להמתין שעה, עם גירוי מיני. התרופה פעילה 12-8 שעות. ניתן לאכול שעתיים לאחר הנטילה. אם עובד – להמשיך לקחת פעמיים בשבוע.**
3. **אם אין תגובה טובה – לימוד הזרקות לפין במרפאתנו.**
4. **מעקב עוד 6-3 חודשים. אם עדיין הפין יהיה מכוסה בעור, נשקול ניתוח לכריתת עודף העור".**

אף שהתרתי לתובע לזמן לעדות את פרופ' בניאל (ראו החלטה בפרוטוקול מתאריך 5/3/19), התובע בחר שלא לעשות כן וכך נותר אך המסמך.

ממסמך זה לא עולה את אשר התובע מבקש להפיק – כפי שהסביר הנתבע בעדותו הפסקה המתחילה במילים "**סובל בעיקר**..." יש בה את תיאור תלונותיו של התובע, ולא קביעה עובדתית או רפואית. התובע טוען לקיצור משמעותי של איבר מינו. אין מחלוקת שזו הפעם הראשונה שפרופ' בניאל ראה את התובע ואין בידו לקבוע מה היה המצב טרם הניתוח.

יתירה מכך, מן ההמלצות הרפואיות עולה, שקיים מזור לטענותיו של התובע, כאשר פרופסור בניאל ממליץ על טיפול הדרגתי, החל מטיפול תרופתי, הזרקות וגם טיפול ניתוחי ולענייננו חשוב שהפרופסור מציין מפורשות שיש לשקול ניתוח "**אם עדיין הפין יהיה מכוסה בעור**", הווה אומר מדובר במצב הפיך.

התובע ואשתו העידו שניסו מספר פעמים ויאגרה ואת התרופה הראשונה עליה הומלץ ואולם משהדבר לא עזר, התובע לא ניסה עוד דבר ולא חזר לרופאים בנסיון לפתור את הבעיה.

התובע לא הוכיח בדרך כלשהי ולרבות לא באמצעות חוות דעת, כי בניתוח אותו עבר יש סיכון מסתבר של קיצור איבר המין.

הלכה למעשה, עלה מעדותו של הנתבע שאין כל אפשרות אנטומית שבניתוח מסוג זה שעבר התובע איבר מינו יתקצר.

המומחה נשאל, האם הוא מסכים שקיצור איבר המין הוא סיכון מסתבר של ניתוח כריתת הערמונית והשיב בשלילה (שם, עמ' 72, שורה 12 ואילך) ובהמשך עדותו הסביר המומחה – שלא מדובר בסיכון שכן לא נוגעים באיבר המין בניתוח הזה, הוא פשוט לא מתמלא בדם ומכיוון שהוא לא מתמלא בדם, הרושם המתקבל הוא כמו מצב שיוצאים ממקלחת קרה ואיבר המין נראה קצת קצר, למרות שהוא לא ממש מתקצר, לא נוגעים באיבר עצמו ומקצרים אותו (שם, עמ' 72 שורה 22 ואילך).

"ת: לפין יש מבנה אנטומי מסוים, יש לו מבנה אנטומי מסוים, במבנה האנטומי של הפין שמתחיל בהתחלה ובסוף לא נוגעים.
ש: אוקיי,
ת: הניתוח לא מקצר את הפין.
ש: אבל זה נכנס פנימה?
ת: לא, הוא לא נכנס פנימה,
ש: אז מה?
כב' הש' מור-אל: הוא לא מתמלא, אמרת,

העד, פרופ' יוסיפוביץ': הוא לא מתמלא בדם.
כב' הש' מור-אל: הוא לא מתמלא בדם, אז הרושם של המטופל שמסיים את הניתוח שלו,
העד, פרופ' יוסיפוביץ': הוא כמו רושם של גבר שיוצא ממקלחת קפואה והכול מכווץ.
כב' הש' מור-אל: וזה כל הזמן ככה?
העד, פרופ' יוסיפוביץ': כן.
כב' הש' מור-אל: אז מבחינת הרושם שהוא מבין את זה כאילו הפין התקצר לו?
העד, פרופ' יוסיפוביץ': כן.
כב' הש' מור-אל: אז את זה אתה אומר להם?
העד, פרופ' יוסיפוביץ': כן, בוודאי בימים אלה אבל בוודאי.
כב' הש' מור-אל: לא, אז?
העד, פרופ' יוסיפוביץ': אני לא זוכר, 9 שנים, אני באמת לא זוכר.

(שם, עמ' 73 שורה 3 ואילך)

המומחה שב והסביר בנוגע לממצאי בדיקתו את התובע ב- 8/11/11 בעקבות טענתו לקיצור איבר מינו בה מצא – "**בבדיקה – הפין אלסטי, באורך תקין**. ..." והסביר –

"העד, פרופ' יוסיפוביץ': רגע, שנייה, 100 אחוז, 100 אחוז. אני מדבר כרגע על ה-8 לנובמבר, את שואלת אותי אם הסברתי או לא הסברתי. כשאני כותב "הפין אלסטי באורך תקין" זה אומר שבדקתי אותו, מצאתי שהפין באורך תקין. שוב, במצב הרפוי יכול להיות שהוא נראה קצת זה אבל כשאתה מותח אותו הגופים הספוגיים באורך תקין. "אין עדות (לא ברור)" כי גם זה משהו שיכול לפעמים לקרות בפין. "צויד במרשם ויאגרה" ומכאן הוא התקדם לייעוץ שאגב לא ראיתי לעולם עד כתב התביעה, מעולם לא ראיתי את הטופס הזה, אף אחד לא חזר אליי ואמר לי ככה וככה וככה, "תן לי פתרון", לא קרה. ציידתי אותו במרשם ויאגרה, מכאן להתקדם לרופא אחר כדי לשאול אותו מה קורה מבחינת התפקוד המיני וכדי שנוכל לעזור לו עם זה, כולל דרך אגב להגיע איתו לזקפות טובות, צריך לעשות 1, 2, 3, עוד פעם, אם זה עומד על הפרק. לא כולם מעוניינים, דרך אגב, זה גם חלק מהעניין, צריך להבין מי הגיל, מי האנשים, מי המטופלים.
ש: מה זה באורך תקין? אתה בדקת, יש לך נתונים מה היו הנתונים שלו לפני הניתוח?
ת: לא, לא מדדתי לפני, לא מדדתי אחרי, זה נראה לי באורך תקין בדיוק כמו שנראה לו.
ש: זאת אומרת שזו לא בדיקה שאתה בודק אותה לפני הניתוח?
ת: לא, אני לא בודק לאף אחד את האורך לפני הניתוח.
ש: אוקיי, אז אתה לא יודע אחרי הניתוח אם זה קוצר או לא קוצר, נכון?
ת: נכון, אי אפשר לדעת, עוד פעם, לא, אני אומר שוב, הפין לא מתקצר אף פעם, אף פעם זה לא קיים.
כב' הש' מור-אל: הוא אומר לך שזה אנטומית לא יכול לקרות.
העד, פרופ' יוסיפוביץ': זה רק התחושה הסובייקטיבית, אנטומית לא יכול לקרות.
עו"ד פרי: זאת אומרת, התחושה הסובייקטיבית הזאת אתה לא יכול לשלול, אתה מסכים,
העד, פרופ' יוסיפוביץ': התחושה הסובייקטיבית, יכול להיות שאני אתבע על כך שאם מגרד לי באוזן אחרי ניתוח כזה וזה נורא מציק לי והורג לי את אורחות החיים". (שם, בעמ' 79 שורה 25 ואילך).

אשר למצב שהיה קודם לניתוח הסביר המומחה: "**אז בדרך כלל, בדרך כלל, שוב, אני יכול רק להסתמך על הזיכרון של 8 שנים אחורה, בדרך כלל כשיש תלונה כזאת של פין שמכוסה בעור בדרך כלל מדובר, כמו שאמרתי, בשני דברים, פין קטן מלכתחילה ועודף עור חלקי. יכול להיות שלאחר הניתוח אתה תקבל עודף עור מלא, זה כן, במצב הרפוי בלבד...**" (שם, עמ' 84, שורה 4 ואילך).

ובמקום אחר –

"ש: האם נכון שזה נראה כאילו שיש שוב עורלה על העטרת?
ת: עורלה על העטרת קשורה לשני דברים באופן עקרוני, אוקיי? היא קשורה לאורך הפין הבסיסי, מן הסתם, ולצורת ברית המילה שנעשתה. יש הרבה מאוד ילדים קטנים שמגיעים עם האימהות שלהם שטוענות שהעורלה מכסה כי הברית לא הייתה מספיק טובה אז אני לא מתעסק עם זה.
ש: האם אתה יכול לשלול שהייתה כמו מעין עורלה על העטרת בבדיקה שלך?
ת: לא הבנתי את השאלה.
כב' הש' מור-אל: הרי הוא טוען שהפין היום מכוסה בעור, הוא מגדיר את זה כך.
העד, פרופ' יוסיפוביץ': כן.
כב' הש' מור-אל: עכשיו, אני מניחה, יכול להיות שבגלל המצב של הפין כמו שאתה אומר זה שינוי שהוא מבחין בו. השאלה אם גם אתה ראית אותו בביקור הזה?
העד, פרופ' יוסיפוביץ': אני פחות מתייחס לעור שעוטף או לא עוטף, אני יותר מתייחס לפין האם הוא אלסטי והאם יש לו (לא ברור), מכיוון שמה שקורה, אם הפין מגיע לזקפה טובה, מה שקרוב לוודאי לא קורה כרגע אצלו, אם הפין מגיע לזקפה טובה אז גם המטופל רואה שבסופו של דבר, וזה גם מה שהם אומרים כל ה-1,000 וה-2,000 שבאו אחרי זה, שבזקפה האורך תקין, הוא פתאום נראה להם אותו אורך. כשהוא לא בזקפה אז הוא נראה כאילו יצאתי מהמקלחת, מקלחת קרה וכרגע הכול נראה קצר וזה מפריע בתחושה הסובייקטיבית.
עו"ד פרי: אבל גם כשהכול נראה קצר עדיין יש הבחנה בין העטרת לבין גוף הפין?
העד, פרופ' יוסיפוביץ': זה יותר קשור (מדברים ביחד).
ש: האם אתה לא יכול לשלול, לאור מה שרשמת, שבמקרה של התובע העטרת הייתה מכוסה בעור?
ת: אני גם לא יכול לשלול שמלכתחילה הפין שלו קטן והעטרת כיסתה באופן חלקי את הפין לפני, מה שלא הפריע לו, ועכשיו כשזה מכסה,
ש: זה לא משהו שהיית כותב אותו אם הפריע?
ת: לא, לא, לא.
ש: לא?
ת: לא, לא, אני לא כותב בדרך כלל שהפין קטן בייעוץ הרפואי, אני משתדל לא לעשות את זה.
ש: לא פין קטן אלא, שוב אני אומרת, אני מתייחסת לזה,
ת: בדרך כלל זה מפריע, אני לא צוחק, בדרך כלל זה מפריע יותר לאנשים שהפין שלהם מלכתחילה הוא קצת יותר קטן, בדרך כלל זה בא יותר לידי ביטוי, זה מפריע יותר". (שם עמ' 80 שורה 21 ואילך).

די בהסברים אלו, כדי לקבוע שטענת התובע שאיבר מינו התקצר דינה להידחות, אלא שבסיכומיו התחכם התובע, הרחיב חזית, ודיבר על "תחושה" של קיצור איבר המין. הטענה

בכתב התביעה הייתה קיצור איבר המין ולא "תחושה של...". שינוי החזית בהקשר זה בסיכומים, אינו יכול להתקבל. על התובע היה לברר את העובדות מבעוד מועד ולהגיש תביעה מבוססת משלא עשה כן אין לו להלין אלא על עצמו.

התובע עצמו טען שתביעתו מבוססת על עובדות, ובכן העובדות להן טען התובע לא הוכחו ואף נסתרו ומכאן שדינה של הטענה בהקשר זה להידחות.

20. אשר <u>לפגיעה צמיתה בתפקוד המיני</u> – הרי שכבר צוטטו לעיל הסתירות בגרסת התובע בעניין זה והמסמכים הרפואיים. אני מעדיפה את הכתוב במסמכים הרפואיים בזמן אמת על פני עדותו של התובע. לאור מסמכים אלה, המתעדים לאחר הניתוח זיקפות חלשות ולאחר מכן זקפות חזקות וטובות ואף פרופ' בניאל מתאר אך ירידה בזקפה ולא העדר זיקפה – ניתן לקבוע שהתובע לא הוכיח גם עובדה זו.

יתירה מזו, מדובר בטענה מובהקת ברפואה, תפקוד מיני ובכלל זה קיומן של זקפות הוא עניין שניתן לבדיקה, להערכה ולטיפול. תובע המבקש להוכיח אין אונות צריך לעשות זאת באמצעות חוות דעת ואין די בעדותו ותחושתו הסובייקטיבית. התובע שבחר להגיש את התביעה ללא חוות דעת רפואית לא יכול להוכיח את הטענה. לפי המסמך של פרופ' בניאל שהתובע עצמו סמך עליו את כל תביעתו, קיימת "**ירידה בזקפה**", דהיינו המצב הפיך ובר טיפול שכן פרופ' בניאל התייחס לכך שכעבור 3-4 חודשים יש לבחון "**אם עדיין הפין יהיה מכוסה בעור**", שאז יוצע טיפול נוסף ומכאן שלא הוכחה פגיעה צמיתה בתפקוד המיני.

21. הלכה למעשה, ניתן היה לסיים את פסק הדין כבר כאן, ואולם על מנת שפסק דיני לא יצא חסר, אתייחס גם לשאלות האחרות הטענות הכרעה.

<u>האם נמסר לתובע כל המידע הרלוונטי בנוגע לאפשרות קיצור איבר מינו או אבדן התפקוד המיני לצמיתות?</u>

22. התובע טוען שלא נמסר לו המידע בתחומים אלה, לא נמסרה לו כלל האפשרות של קיצור איבר המין ולגבי התפקוד המיני נאמר לו שהמצב זמני.

23. אשר <u>לקיצור איבר המין</u> – כמפורט לעיל, הוכח שאיבר המין לא קוצר, וכי מדובר בנראות בלבד. משכך לא היה צריך למסור מידע לגבי מצב שלא קיים. לגבי האפשרות שתהא לתובע תחושה לאחר הניתוח של קיצור איבר המין, השיב הנתבע, כי כיום מקובל למסור את המידע ואז בשנת 2011, זה היה פחות מקובל והוא אינו מסוגל לזכור אם אכן אמר לתובע את הדברים. התובע הגיש את תביעתו בשיהוי רב ואין לצפות שהנתבע יוכל לשחזר את השיחה המדוייקת עמו. כפי שראינו לעיל, התובע לא זכר דברים רבים ובהחלט יכול שגם לא זכר הסבר זה של המומחה. התובע טען שהדברים לא נכתבו ואולם, על פניו מדובר בחלק מהתפקוד המיני ומאחר שנכתב

כי ניתן הסבר על התפקוד המיני, הרי שלו היו נאמרים הדברים, לא היה צריך לפרטם באופן נפרד.

יתירה מזו, התובע לא הוכיח באיזה אחוז מן המקרים מתקבלת התחושה שאיבר המין קוצר, ושאכן בהתאם לידע שהיה קיים, לנורמה המקובלת באותה תקופה נדרש לפרט סיכון זה כחלק מן הסיכונים המסתברים בניתוח מסוג זה, בין היתר, בהתאם למבחן ה"חולה הסביר". מדובר בעניין שהוא בעל פן רפואי שנדרש להוכיחו על מנת שניתן יהא לקבוע שאכן הרופא אמור לפרט גם את התחושה שעשויה להתקבל לאחר הניתוח בחלק מן המקרים, כאשר תדירות אותם מקרים לא הוכחה. בהקשר זה, נשאל הנתבע והשיב:

> **"העד, פרופ' יוסיפוביץ': זה מפריע לחלקם, אני עוד פעם מדבר וזה באמת תלוי כי מה שקורה, אנחנו נכנסים פה לדיון רפואי על הנושא הזה? אני לא חושב, זה מעניין אבל באופן עקרוני, כשהזקפה היא טובה, כשיש זרימת דם טובה לפין אז זה לא 100 אחוז מהמקרים, זה בדרך כלל קורה,**
>
> **כב' הש' מור-אל: אוקיי, זה בחלק מהמקרים.**
>
> **העד, פרופ' יוסיפוביץ': ושוב, זה גם קשור למחלות הרקע של המטופל, זה קשור לכמות השומן שיש באזור הזה, אנשים שמנים קצת יותר מפריע להם מכיוון שהשומן יותר, רזים פחות, יש פה הרבה מאוד אלמנטים, אי אפשר להיכנס לכל דבר כזה.**
>
> **כב' הש' מור-אל: לא, אבל היות וזה משהו שכנראה מאוד מפריע לאנשים,**
>
> **העד, פרופ' יוסיפוביץ': לא, גם, לא, בואי, את יודעת, עוד פעם, שאלת אותי כמה, נתתי לך את המספר, זה לא כל חולה שני, זה לא כל חולה, ממש לא, ממש ממש לא, ממש לא".** (שם, עמ' 82 שורה 1 ואילך).

עובדה היא שלטענת התובע גם רופאים אחרים עמם התייעץ, לרבות פרופסור נוסף לא הסבירו לו אודות האפשרות של קיצור איבר המין לאחר הניתוח ומכאן ניתן להסיק שככל שהדבר אכן לא הוסבר מדובר היה בנורמה סבירה ומקובלת לפחות נכון לאותה תקופה.

מכל מקום, גם אם יונח שהדברים לא הוסברו לתובע ושראוי היה להסבירם, עדיין על מנת שתתקבל תביעתו, עליו לעבור מסוכות נוספות, אותן כפי שפורט לעיל וכפי שיפורט להלן, הוא לא עבר.

24. אשר <u>לפגיעה צמיתה בתפקוד המיני</u> – בהקשר זה אינני מקבלת את טענות התובע ואני מעדיפה את הסברי הנתבע וקובעת שהוסבר לתובע אודות אפשרות של פגיעה צמיתה בתפקוד המיני. אפרט כיצד הגעתי למסקנתי זו.

במסמך הסיכום הרפואי תעד המומחה אודות הייעוץ עם התובע כדלקמן: "**שוחחנו ארוכות אודות אפשרויות הטיפול ותופעות הלוואי. שוחחנו אודות מעקב פעיל לעומת הקרנות חיצוניות לעומת כריתה רדיקאלית של הערמונית. מעקב פעיל אינו אופציה עקב נרחבות המחלה ודירוג הגליסון בביופסיה. לנוכח מצבו הכללי המצוין, להערכתי שתי האופציות רלוונטיות. שוחחנו ארוכות אודות התאוששות השליטה בשתן והתיפקוד המיני בכל אחת מהאפשרויות – יחליט ויחזיר תשובה**".

התובע טוען, כי מאחר שנכתב כי שוחחו אודות "**התאוששות השליטה בשתן והתפקוד המיני**" הרי שניתן להסיק שדובר על "התאוששות" ומכאן על פגיעה זמנית בלבד.

בהקשר זה הסביר הנתבע -

> **ת: אני קורא מה שאני קורא לגבי התפקוד המיני, את רואה? "התאוששות השליטה בשתן", זה קשור להתאוששות. דרך אגב, המילה "התאוששות" דרך אגב, סליחה שאני מחדד לך את המחשבה, ההתאוששות קשורה לחלק הראשון של המשפט. החלק השני של המשפט, זה כבר תחביר, "והתפקוד המיני" זה לא נוגע להתאוששות, זה נוגע לתפקוד המיני. תפקוד מיני זה שם קוד לשיחה של בין לא יודע מה, 10 דקות לחצי שעה עם כל מטופל ומטופל, תלוי מי הוא, מה הניתוח שאני הולך לעשות לו ואיך זה ייראה אחר כך.**
> **ש: עכשיו,**
> **ת: שם נכנס גם העניין הזה.**
> **ש: של הקיצור?**
> **ת: כן, מדי פעם.**
> **ש: כאילו זה כתוב?**
> **ת: זה חלק מהזה".** (עמ' 78 שורה 14 ואילך)

25. התובע העלה עוד אי אלו טענות לגבי נוסח ההסכמה מדעת עליה חתם, מדובר בהסכמה מדעת כללית בניגוד למקובל היום. התובע לא הוכיח מה היה מקובל בשנת 2011 ואין לו להלין אלא עצמו. מכאן, שיש לקבל את עדות הנתבע שזה הטופס שהיה מקובל בזמנו. מכל מקום, כמפורט לעיל המומחה תעד באריכות במסמך הסיכום הרפואי כי הסביר לתובע באריכות את המצב ואת השלכות הניתוח.

<u>האם התובע היה מבצע את הניתוח לו המידע היה מובא לידיעתו?</u>

26. התובע טען שלו היה המידע מובא לידיעתו, לא היה מבצע את הניתוח, אלא היה שוקל הקרנות. אינני מאמינה לטענתו זו והיא אינה סבירה בעיני. סביר יותר לקבוע שבדיעבד שכנע התובע את עצמו שנגרם לו עוול שיכול היה לחסוך לו היה בוחר בהקרנות.

27. כפי שהתובע הודה בעדותו הוסבר לו בזמן אמת היתרון של הניתוח וכי גם להקרנות קיימים סיכונים ותופעות לוואי. שני פרופסורים - הנתבע והפרופסור הנוסף עמו התייעץ התובע המליצו לתובע על ניתוח. מכאן סביר לקבוע שניתוח הוא הטיפול הסביר בנסיבות העניין ומכל מקום התובע לא טרח להוכיח אחרת. התובע לא טרח להוכיח שסיכוני ההקרנות ותופעות הלוואי שלהן פחותות, לא טרח להוכיח שסיכויי ההצלחה בטיפולים היו שווים כך שסביר היה לקבוע שהיה בוחר ללכת דווקא בדרך זו, כפי שלא טרח להוכיח נתונים אחרים נדרשים בתביעתו.

חייו של התובע חשובים מהתפקוד המיני או מנראות גודל איבר מינו, אין לי ספק שגם התובע ורעייתו חשבו כך בזמן אמת. בדיעבד וברצונם להוכיח את תביעתם ולקבל פיצוי, עדותם של התובע ואשתו בהקשר לשאלה אם היה עובר את הניתוח היא עדות מגמתית שרווח משני בצידה ואיני מאמינה לה.

<u>סוף דבר</u>

28. אחר כל האמור לעיל דינה של התביעה להידחות, שעה שלא הוכחה.

בסופו של יום, קשה שלא להתרשם, שהתביעה הוגשה כלאחר יד וללא כל בסיס כאשר התובע באמצעות באת-כוחו מטיל רבב בתפקודו של פרופסור מוערך, אליו בחר התובע ללכת לטיפול פרטי. התובע אף הגדיל לעשות וייחס לנתבע בכתב התביעה רשלנות בטיפול הרפואי, טענה שכלל לא הוכחה ושהתובע העלה ללא כל בסיס רפואי או אחר, שכן הניתוח של התובע לא כשל אלא הצליח. בבדיקה מתאריך 24/10/11 תועד PSA 0 מה שאומר שהתובע החלים מן הסרטן. חייו נצלו ולא נהרסו כטענתו.

זה המקום להיזכר ולהזכיר דברים שכתב כב' המשנה לנשיאה דאז השופט מישאל חשין ז"ל, על הגשת הליכים חסרי בסיס, דברים היפים בשינויים המחוייבים, גם לענייננו – "**נתחלפו העתים, נשתנו המנהגות, וימים שהיו חלפו ואינם עוד עמנו. על דרך ההפלגה נאמר, שכיום נוטל אדם לידו את עיתון הבוקר או עיתון הצהריים, ומבטו מרקד בין הידיעות השונות עד שעינו צדה ידיעה פלונית. ומשמצא מה שמצא קרא הוא אל חבריו: קומו ונעלה ציון - אל בית המשפט העליון. אומר ועושה. עתירה לבית-משפט כמו נכתבת היא במהלך הנסיעה, ובעומדו לפני בית המשפט ועתירה פגומה בידו, מבקש אותו מתדיין כי תינתן ארכה בידו לתקון את אשר עוול. מנהג חדש הוא שבא למדינה, ואני לא אסכים לחיות בו. נזכור כולנו ונשמור: המבקש כי ינהגו בו כבוד - יקדים וינהג כבוד בחברו, והאומר לחברו כי ייטול קורה מבין עיניו, ייטיב לעשות אם יקדים וייטול קורתיים מבין עיניו שלו**" (בג"צ 2148/94 **גלברט נ' נשיא בית המשפט העליון** (19/5/94)).

התובע הגדיל עוד לעשות וטען בסיכומיו שהנתבע אינו יועץ אובייקטיבי שעה שבעבור ניתוח פרטי הוא מקבל תגמול. התובע בחר ללכת לניתוח פרטי. ברור שהמנתח בניתוח פרטי מקבל תגמול. אלו חשב התובע שמנתח פרטי אינו אובייקטיבי יכל להיות מנותח במערכת הציבורית. הטענה מקוממת במיוחד שעה שלא הוכח רבב באופן עריכת הניתוח על ידי הנתבע או בהחלטה לנתח.

הנתבע מקבל את שכרו בעבור ניתוחים פרטיים כפי שאלפי אנשים שמספקים שירות לציבור מקבלים את שכרם בעבור עצות ועבודה שהם עושים, כפי שעורך דין המייצג תובע בתחום הנזיקין מקבל את שכרו אך ככל שהתביעה מתקבלת - האם רק בשל העניין הכלכלי בתוצאת ההליך, ניתן לטעון שעורך דין מוליך תובע בדרך חתחתים בהליך חסר סיכוי, מתוך תקווה שהנתבעים יסכימו לקנות סיכון, והכל תוך העמדתו בסכנה של הטלת הוצאות ככל שהתביעה תדחה?

בחסות ההליך המשפטי הרשה התובע לעצמו להעלות טענות חסרות בסיס משפטי או עובדתי שמלכתחילה לא תמך אותן בחוות דעת רפואית ולאחר מכן כלאחר יד, הודיע שהוא חוזר בו

מטענות הרשלנות. טענות שבהעדר בסיס עובדתי ומשפטי לא ראוי היה שיעלו כלל ועיקר לא בכתב תביעה ולא בכל פלטפורמה אחרת.

29. גם תביעה בגין פגיעה באוטונומיה אמורה להיות מבוססת ונסמכת על נתונים עובדתיים ורפואיים. בדרך כלל לא יהא די בתחושותיו של תובע בעניין ובטענות כלאחר יד. בענייננו התובע לא הוכיח שאיבר מינו אכן התקצר; התובע לא הוכיח שהתפקוד המיני שלו נפגע לצמיתות; התובע לא הוכיח שהנתבע לא הסביר לו אודות אפשרות של אובדן תפקוד מיני תמידי; התובע נמנע מלקבל טיפול רפואי שיכול והיה בו להחזיר את המצב לקדמותו, טיפול שעצם קיימותו סותרת את טענת התובע שמדובר בקיצור איבר מין (לכאורה תוצאה אנטומית ולא הפיכה) או אובדן לתמיד של התפקוד המיני. גם אם אניח שהמומחה לא הסביר לתובע אודות אפשרות נראות איבר המין לאחר הניתוח, התובע לא הוכיח מה הסתברות הסיכון ולא הוכיח שבעת הרלוונטית, אמת המידה הסבירה והמקובלת, במבחנים המקובלים בפסיקה, הייתה לפרט את אפשרות הפגיעה בנראות איבר המין. מכל אלה אין אלא להסיק שהתובע לא הוכיח נתונים בסיסיים הכרחיים על מנת שתביעתו תתקבל.

30. לולא גילו ומצבו של התובע, והנחתי שיכול ולא הבין את עד תום את משמעות ניהול התביעה כפי שבחר לנהל, ראוי היה להטיל על התובע הוצאות משמעותיות. בנסיבות העניין אסתפק בהוצאות ושכר טרחה בסכום כולל של **6,000** ₪ לטובת הנתבע.

זכות ערעור לבית המשפט המחוזי בתוך 45 יום.

ניתן היום, כ"ב טבת תש"פ, 19 ינואר 2020, בהעדר הצדדים.



אורלי מור-אל, שופטת