

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 9817/02
וערעור שכנגד

בפני :
כבוד השופט י' טירקל (בדימ')
כבוד השופט א' א' לוי
כבוד השופטת מ' נאור

המערער : נחום וינשטיין

נגד

המשיבים :
1. ד"ר דוד ברגמן
2. המרכז הרפואי הרצליה

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בחיפה ב-ת.א.
11120/97 מיום 22.10.02 שניתן על ידי כב' סגן הנשיא,
השופט ח' פיזם

בשם המערער : עו"ד יונגר ישראל

בשם המשיבים : עו"ד אלרום אבשלום

פסק-דין

השופטת מ' נאור:

1. לפנינו ערעור וערעור שכנגד על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בחיפה (ס' הנשיא ח' פיזם) מיום 22.10.02, לפיו נדחתה תביעתו של המערער נגד המשיבים לפיצוי כספי על נזקים אשר נגרמו לו, לטענתו, בעקבות ניתוח לייזר לתיקון הראייה אשר בוצע בעיניו. המשיב הראשון, ד"ר דוד ברגמן (להלן – "ד"ר ברגמן"), הינו הרופא המנתח ואילו המשיב השני הינו המרכז הרפואי בו בוצע הניתוח (להלן – "המרכז"), אשר חב, לטענת המערער, באחריות שילוחית בגין רשלנות הרופא.

2. אלה העובדות שקבעה הערכאה הראשונה :

המערער הינו יליד 1949 והיה ערב הניתוח עובד בכיר בחברת החשמל. בילדותו הוא סבל ממחלת פוליו וכתוצאה ממנה הוא נכה בגפיו. בגין נכות זו אושרה לו נכות כשיעור של 94% לצמיתות, מתוכם 5% בגין מצב עיניו.

ביום 7.2.94 נפגשו המערער וד"ר ברגמן במטרה לבדוק אם המערער כשיר לעבור ניתוח לייזר לשיפור הראייה. לאחר בדיקה זו הודיע ד"ר ברגמן למערער כי הוא כשיר.

הניתוח הראשון בוצע בעין השמאלית ביום 14.2.94. הניתוח השני בוצע כעבור שבועיים ימים בלבד, ביום 1.3.94, בעינו הימנית של המערער; לאחר זמן מה התברר כי לא חל שיפור בראייה והוחלט לבצע שני ניתוחים נוספים. ביום 2.8.94 בוצע ניתוח בעין הימנית וביום 1.11.94 בעין השמאלית; לאחר שלא חל שיפור בעקבות ניתוחים אלה, הוחלט לבצע בעינו של המערער הליך המכונה גרידת אפיטל. הליך זה הינו ניתוח לשיפור העכירות, המבוצע לעתים לאחר ניתוחי לייזר. ביום 10.1.95 בוצעה הגרידה בעין שמאל וביום 7.3.95 בעין ימין; לאחר כשלון טיפולים אלה בוצע במערער ניתוח להשתלת קרנית.

כיום מוגבלת ראייתו של המערער באופן משמעותי בשתי עיניו. נקבעה לו נכות בעינו ברמה של 55%.

3. הן המערער והן המשיבים הגישו לביהמ"ש חוות דעת מומחים מטעמם. המערער הגיש את חוות דעתו של פרופ' א' ניימן. המשיבים הגישו את חוות דעתו של פרופ' ש' מריין. ביהמ"ש החליט שלא בהסכמת הצדדים למנות מומחה מטעמו, ד"ר מ' גלבוע, אשר הגיש חוות דעת נוספת.

בחוות דעתו של פרופ' ניימן (מטעם המערער) נאמר שבעניינו של המערער אירעו שלוש תקלות: תיקון מידת המיופיה (קוצר ראייה) – חלה הידרדרות רבה, עכירות משמעותית במרכז הקרנית (כתוצאה מקרינת הלייזר) ופגיעה רבה בחדות הראייה (עקב שינויים במרכז הרשתית). עוד צוין בחוות הדעת כי כישלון זה היה צפוי בנתון של מיופיה גבוהה, ממנה סבל המערער (על מידת המיופיה נעמוד בהמשך). צוין כי במרבית המאמרים הרפואיים אשר עסקו בנושא נקבע כי עכירות כלשהי מופיעה כמעט בכל המקרים לאחר ניתוח מסוג PRK (אותו עבר המערער), אך במידה משמעותית יותר בעיניים עם מיופיה גבוהה. הנזק אשר נגרם לחדות הראייה נגרם לדעת פרופ' ניימן כתוצאה מהלם אקוסטי מכני המלווה את יריות הלייזר, אשר פוגע בכלי דם שביריים הקיימים בעיניים שכאלה.

בחוות דעתו של פרופ' מרין (מטעם המשיבים) נאמר כי הליקויים בראיית המערער נובעים מפגיעה ברשתית ולא בקרנית ופגיעה זו לא נבעה מהטיפול בלייזר אלא משינויים ניווניים ברשתית (שהיא קרקעית העין). לדעתו, העכירות בקרנית והגידול במיופיה, תקופת מה לאחר הניתוח, הם סיבוכים נדירים יחסית, אשר בכל מקרה אינם קשורים בפעולת הרופא המטפל.

ד"ר גלבוע - המומחה מטעם ביהמ"ש - הגיע למסקנה כי ד"ר ברגמן פעל באופן נכון, בהתאם לידע הרפואי שהיה בזמנו. לדעתו, אין קשר בין הטיפול בלייזר לבין השינויים התפקודיים אשר הופיעו בעיני המערער. הסיבה לנזק היא קוצר הראייה עצמו, אשר גורם לקרעים עדינים בשכבת הרשתית ולכתם צהוב. ניוון הרשתית בעיניים קצרות ראייה הוא הגורם לעצירות ולפגיעות הרקמה. ד"ר גלבוע הסכים עם הקביעה – כפי שהוא פירש אותה - בחוות דעתו של פרופ' מרין, כי מכשיר הלייזר לא גרם בשום אופן לפגיעה ברשתית המערער. גם סמיכות שני הניתוחים הראשונים – אשר נגדה מתלונן המערער – היתה מתאימה ומקובלת במרכזים רבים בעולם. הטיפול במערער היה סביר ומקובל לפי הידע שהיה בנמצא בעת ביצוע הניתוחים.

4. ביהמ"ש ציין כי משמינה ביהמ"ש מומחה על מנת שחוות דעתו תספק נתונים מקצועיים לצורך הכרעה בדין, סביר שביהמ"ש יאמץ את ממצאיו, אלא אם נראית לו סיבה בולטת לעין שלא לעשות כן, וכך קבע: "בדרך כלל, לא יטה בית המשפט לסטות מחוות דעתו של המומחה, בהעדר נימוקים כבדי משקל שיניעוהו לעשות כן" (ע.א. 3056/99 שטרן נ' המרכז הרפואי ע"ש חיים שיבא פד' נו(2) 936, 949).

לאחר שבית המשפט בחן את המסמכים ואת חוות הדעת השונות, לרבות החקירות הנגדיות של הרופאים המומחים, הוא קבע כי אין קשר בין הטיפול הרפואי בלייזר במערער לבין הנזק העיקרי שנגרם לו – הפגיעה ברשתית. נזק זה נגרם כתוצאה מתהליך ניווני אשר התרחש כתוצאה מקוצר ראייה גבוה. העובדה כי הנזק ברשתית נתגלה רק כשנה לאחר הטיפול בלייזר - מוכיחה זאת.

ביהמ"ש קבע, כי הוא מאמין לטענת המערער כי לא קיבל הסבר מספיק באשר לטיפול בעיניו והסיכונים הכרוכים בכך, באופן שיכול היה לקבל החלטה שקולה אם להסכים לניתוח או לדחות אותו, או לבקש התייעצות נוספת או טיפול אחר, וזאת בעיקר בהתחשב בנסיבות הרפואיות המסובכות הנוגעות לבריאות עיניו ובהתחשב בטכנולוגיה החדשנית של הלייזר. עם זאת, ציין ביהמ"ש, הנזק למערער לא נגרם ע"י הלייזר אלא הינו תוצאה של הניוון. על כן, גם אם נטל ההוכחה להראות כי הטיפול אשר

קיבל המערער היה ראוי וללא רשלנות היה מוטל על המשיבים, הרי משנקבע כי לא הטיפול גרם לנזק - עמדו המשיבים בנטל ויש לדחות את התביעה.

5. לאחר שדחה את התביעה, בחן ביהמ"ש את התוצאה האפשרית למקרה בו התביעה היתה מתקבלת, קרי – אילו היה מקום לייחס אחריות וחבות של המשיבים בגין הפגיעה בראיית התובע. במקרה שכזה קבע ביהמ"ש כי יש מקום לפסוק פיצויים בסך של 900,000 ש"ח למערער, המורכבים, בין השאר, מפיצויים בגין ראש נזק של כאב וסבל (בסך 500,000 ש"ח), הפסד השתכרות (בסך 100,000 ש"ח) ועוד. סכומים אלה נקבעו בהתאם לגילו של המערער בעת שהחל את הטיפול, ובשל השפעת ההידרדרות בראייתו על מעמדו כעובד ועל שכרו.

6. על פסק דינו של בית המשפט המחוזי הגיש המערער ערעור, וזאת הן על הקביעה כי המשיבים לא נושאים באחריות לנזקו, והן על גובה הפיצויים אשר יינתנו למערער אם אכן אחריות זו תוטל עליהם. המשיבים הגישו ערעור שכנגד על כך שעל אף שזכו במשפט, בית המשפט לא פסק לזכותם הוצאות. בנוסף, מערערים המשיבים (למקרה של קבלת ערעור המערער) על סכום הפיצויים – הגבוה לטענתם - אשר קבע בית המשפט.

הערעור

7. טענתו המרכזית של המערער היא כי לפני שהחל בטיפול הלייזר הוא סבל ממיופיה כה גבוהה, עד כי אסור היה לבצע בו את הניתוח. הוא מציין כי הראיה הטובה לכך שהמשיב הפר את חובת הזהירות המוטלת עליו, היא קביעת שלושת המומחים כי אף לא אחד מהם היה מבצע במערער את הניתוח לאור ליקוי ראייה זה. סיבת הסירוב נובעת לטענתו הן מהסכנה הגדולה הנובעת מניתוח בעיניים בעלי מיופיה גבוהה והן מהיות הניתוח חדש וניסיוני.

המערער מצביע על כך ששלושת המומחים מסכימים לכך שהעכירות בקרנית נגרמה בעקבות הניתוחים. על אף שהמומחים מטעם המשיבים ומטעם ביהמ"ש רואים בנזק שברשתית ככזה הנובע מתהליך ניווני ולא מהניתוח, טוען המערער כי די בקביעה כי הניתוח גרם לנזק בקרנית בכדי להצדיק חיוב בנזיקין.

בעניין גובה המיופיה, מציין המערער כי בבדיקה שנערכה לו אצל המשיבים ביום 3.2.94, נמצא כי הוא סובל ממיופיה של 21- בעין ימין ו- 24- בעין שמאל.

בהתאם לכך יש לבחון היטב האם נכון היה והאם ניתן היה לבצע את הניתוח באדם הסובל ממיופיה כזו. הוא מצביע על כך שפרופ' ניימן טוען כי אין לבצע ניתוח במיופיה מעל 12-; פרופ' מרין מעולם לא ביצע ניתוח במיופיה מעל 17-; ד"ר גלבוע מאמין שמיופיה של 15- היא הגבוהה ביותר אשר בה מנתחים. נטען לפיכך, כי כל המומחים מסכימים כי ככל שהמיופיה גבוהה יותר, כך גובר הסיכון. מכיוון שהניתוח היה לדבריו חדש ו"ניסיוני". הידע הרפואי היה מועט, ובשל כך היתה קיימת חובת זהירות מוגברת, אשר חייבה שלא לבצע את הניתוחים.

בעניין חדשנות הניתוח והבעייתיות שבשימוש במכשיר הלייזר המנתח, מביא המערער מספר טענות. ראשית, הוא מסתמך על דבריו של ד"ר גלבוע, המציין מספר פעמים בעדותו עובדה זו. שנית, נאמר כי למכשיר אין אישור ממשד הבריאות הישראלי וכי רק ב- 1995 הוא זכה לאישור בארה"ב. בעניין זה ציין ד"ר גלבוע כי אם היה ידוע שהמכשיר לא מאושר, הוא לא היה מבצע ניתוח שכזה, מכיוון שמכשיר שכזה מצריך את אישורו של משרד הבריאות. שלישית, המערער מסתמך על מאמר אשר פורסם בארה"ב ב- 1992 ע"י פרופ' זיילר, שהינו מומחה עולמי בתחום, המזהיר כי אין לבצע את הניתוח במיופיה גבוהה מ- 6-. בשל כך ניתן לקבוע, לדברי המערער, כי גם הידע שהיה קיים במועד הניתוחים הראה שאסור היה לבצע את הניתוח.

אחר דברים אלה מתייחס המערער לקביעה של פרופ' מרין וד"ר גלבוע, לפיה הנזק נגרם כתוצאה מהתהליך הניווני. הוא טוען כי ד"ר גלבוע כלל לא אבחן תהליך שכזה וקביעה זו היא בגדר סברה. מוזכרים דבריו של פרופ' מרין כי לפני ניתוחים שכאלה ישנה חשיבות גדולה לביצוע בדיקה המאבחנת ניוון ברשתית. פרופ' מרין ציין כי הוא איננו יודע אם בדיקה כזאת נעשתה במקרה של המערער, וכי הוא לא מאמין שרופא ייגש לניתוח מבלי לעשותה. מכיוון שלבדיקה שכזאת אין כל תיעוד, הרי שהגנתם של המשיבים מסתמכת על ההשערה כי הבדיקה נעשתה ותו לא.

עמדת המשיבים בעניין התהליך הניווני איננה מסבירה לדבריו את הירידה הדרסטית בראייתו מייד לאחר הניתוחים. תהליך ניווני הוא ארוך ולא מסביר הידרדרות שכזו. בנוסף, אם אכן היה תהליך שכזה, הכיצד לא אבחן אותו המשיב ומדוע הוא לא מסר פרטים בעניין למערער?

טענה נוספת של המערער מתמקדת בסמיכות הזמנים בין הניתוח הראשון לניתוח השני – כשבועיים. המערער מציין כי טפסי ההסכמה אשר הוציא המרכז הרפואי מציינים כי פרק הזמן שצריך לעבור בין שני הניתוחים הוא 3 חודשים. פרק זמן

זה הינו מוצדק והכרחי לשם בדיקת הסתגלות העין לאחר הניתוח והקביעה אם הניתוח הצליח או נכשל. ד"ר גלבוע מסכים כי יש להמתין כחודש או חודשיים בין הניתוחים. מוזכר כי בדיקות של פרופ' טרייסטר, אשר בדק את המערער ביום 11.5.95, העלו כי כבר לאחר הניתוח הראשון חלה ירידה בעין שנותחה. נתון זה היה צריך להתגלות ע"י ד"ר ברגמן והיה צריך להביא לביטול הניתוח, דבר אשר היה מונע נזק מעין אחת. בשל כך טוען המערער כי הניתוח בוצע בניגוד לטופס ההסכמה, באופן המהווה עוולה נזיקית.

טענה אחרת של המערער נוגעת לנזק ראייתי אשר נגרם לו, לדבריו, מהיעדר רישום רפואי בכל הנוגע לטיפול בו. התיעוד הרפואי היחיד בעניינו של המערער והקשור ישירות לניתוחים, הינו מסמך מיום 3.2.94, המציין כי המערער סובל מקוצר ראייה של 21- בעין ימין ו- 24- בעין שמאל. אין גיליון ניתוח, אין תיעוד אודות מהלך הניתוח, אין נתונים בדבר כיול המכשיר, ובכלל זה מי כייל אותו, באיזו עוצמה וכיו"ב. משכך, מוחה המערער על קביעת פרופ' מרין כי התהליך הניווני החל לפני הניתוחים, שכן קביעה זו נעשתה בהיעדר תיעוד רפואי. פרופ' מרין גם מציין כי לא ידוע לו אם ד"ר ברגמן ביצע במערער בדיקה טופוגרפית של העין לפני הניתוח - בדיקה הכרחית, לטענת המערער, לצורך בדיקת התאמה לניתוח. גם לבדיקה זו, אם נעשתה, אין רישום. גם לשאלה מה הוסבר ומה לא הוסבר למערער, אין תשובה בשל היעדר תיעוד. כך הדבר גם בכל הנוגע לסיבות אשר הביאו להחלטת ד"ר ברגמן לנתח את עינו השנייה של המערער בחלוף כשבועיים בלבד ממועד הניתוח הראשון. בשל החסר האמור - בכל הנוגע למצבו של המערער לפני הניתוח ולאחריו, לבדיקות אשר נעשו או לא נעשו בו בשלבים השונים, ולניתוחים עצמם - טוען המערער כי נגרם לו נזק ראייתי חמור.

כידוע, עפ"י ההלכה ניתן להעביר את נטל ההוכחה אל כתפי הנתבע, מקום בו הוכח כי היעדר רישום אשר יכול היה לשפוך אור על נתונים הצריכים לתביעה, גרם או יכול היה לגרום לנזק ראייתי לתובע (השוו למשל ע"א 6160/99 נתן דרוקמן נ' בית החולים לניאדו, פ"ד נה (3) 117, ע"א 1/01 מרדכי שי שמעון נ' קופת חולים של ההסתדרות פ"ד נו (5) 502).

בעניין העברת נטל ההוכחה טוען המערער גם לתחולת הכלל "הדבר מעיד על עצמו", עפ"י סעיף 41 לפקודת הנזיקין, תשכ"ח-1968. המערער טוען להתקיימותם של כל התנאים המצוינים בסעיף: הוא לא ידע ולא יכול היה לדעת מה היו הנסיבות אשר גרמו לנזק; הוא לא קיבל הסברים כלשהם בדבר הסיכונים האפשריים מהניתוח, ואף הובטח לו כי אחוזי ההצלחה הינם מירביים; המכשיר אשר באמצעותו בוצע הניתוח

היה בשליטתם המלאה והבלעדית של המשיבים; לאור עדויות המומחים בדבר ביצוע ניתוח במיפיה כה גבוהה, לאור היות הניתוח חדשני וניסיוני ובשל חוסר ההסבר למערער, מבקש המערער להראות כי המסקנה אשר יותר מתיישבת עם נסיבות המקרה, כפי שפורטו לעיל, היא כי המשיבים לא נקטו זהירות סבירה. בשל כך, לדעת המערער, מועבר נטל ההוכחה אל כתפי המשיבים, ואלו האחרונים לא עמדו בו.

8. המשיבים, מצידם, מבקשים להראות כי הבסיס הרפואי והמשפטי שבתביעת המערער נשמט לאחר שכל המחקרים שהוצגו בפני ביהמ"ש, וכך גם חוות דעתו של המומחה מטעם ביהמ"ש, כולם הגיעו למסקנה כי אין כל קשר סיבתי בין ניתוחי הלייזר המבוצעים בקרנית – היא החלק הקדמי של העין – לבין הדימומים שהופיעו ברשתית עיניו של המערער. נטען כי הדימומים הללו נגרמו כתוצאה ממצבן הרפואי של עיני המערער, העוברות תהליך ניווני, כפי שנקבע בפסק הדין.

בשל כך מבקשים המשיבים כי בימ"ש זה לא יתערב בקביעות ביהמ"ש קמא, בדבר היעדר הקשר הסיבתי כאמור לעיל, שכן קביעות אלו הן קביעות שבעובדה, אשר בהן לא נוהגת ערכאת הערעור להתערב.

המשיבים ביקשו להסב את תשומת הלב לשינוי אשר חל בטענות המערער בכל הנוגע לסוג הנזק אשר נגרם לעיניו כתוצאה מהניתוח. בעוד שבתביעתו המקורית טען המערער לקשר סיבתי בין הניתוח לבין הדימומים ברשתית, כאשר דימומים אלה היו את הגורם לירידה בראייתו, הרי בשלב הערעור טען המערער רק לקשר סיבתי בין הניתוח לבין העכירות שבקרנית עיניו, ונטען כי עכירות זו היא הגורם אשר הביא לירידה בראייה.

בעניין הסמיכות בין הניתוחים, נטען כי לאחר הניתוח הראשון נמצא כי ראייתו של המערער השתפרה בעין המנותחת. בשל כך ובשל העובדה כי למערער היה קשה להסתדר עם פערים כה גדולים בראייה בין שתי העיניים, פנה המערער לד"ר ברגמן כעבור שבוע וביקש לבצע ניתוח גם בעינו הימנית. ד"ר ברגמן קיבל את בקשת המערער וביצע את הניתוח השני בחלוף שבועיים מהניתוח הראשון. למעט הסיבות אשר הוזכרו לעיל – בדבר השיפור בראייה בעין המנותחת והפער בינה לבין העין השנייה – לא מוזכרים שיקולים נוספים אשר שקל ד"ר ברגמן, או שהיה ראוי לשקול אותם, עובר לקבלת ההחלטה לבצע את הניתוח השני בסמיכות קרובה לראשון.

המשיבים טוענים כי בתקופה שלאחר הניתוחים חל שיפור בראיית המערער, אך כעבור מספר חודשים בוצעו ניתוחים מתקנים בשתי העיניים בעקבות נסיגה קלה בראייה. כעבור זמן נוסף נצפתה ירידה בחדות הראייה עקב הופעת דימומים ברשתית, וזאת כתופעה טבעית המתרחשת בעיניים הסובלות ממיופיה גבוהה.

בעניין השאלה בדבר הסיכון שבניתוח עיניים הסובלות ממיופיה גבוהה, מבקשים המשיבים להראות כי לא היתה כל מניעה רפואית לנתח את המערער בהינתן הנתונים המתייחסים למגבלה זו. המשיבים מוכנים לאמץ את טענת המערער כי נתוני הראייה שלו טרם הניתוח היו 21- ו- 24-. הצלחה של ניתוח שכזה מושגת כאשר המנותח מאבד את הצורך להשתמש במשקפיים. בשל כך ברור כי ככל שהמיופיה של המנותח תהיה גבוהה יותר, כך יגדל הסיכוי שתלותו במשקפיים לא תיפסק כתוצאה מהניתוח. זאת הסיבה להעדפה לנתח במיופיות נמוכות ולא בשל סיכון כלשהו הקיים בניתוח במיופיות גבוהות. המשיבים טוענים כי עמדה זו הביע גם המומחה מטעם ביהמ"ש.

המשיבים התייחסו למספר טענות אשר העלה המערער, הנוגעות לטיב המכשיר ולכישוריו של ד"ר ברגמן. המערער ציין שלמכשיר אשר ביצע את הניתוח לא היה אישור ממוסד הבריאות. המשיבים טוענים שמכשיר שכזה לא נזקק לאישור עד היום, שכן הוא אינו מנוי בין המכשירים המפורטים בתוספת לתקנות בריאות העם (מכשירים רפואיים מיוחדים), התשנ"ד-1994. הם מוסיפים ומציינים שהמכשיר היה הראשון מסוגו אשר אושר ע"י מנהל התרופות האמריקאי (FDA); המשיבים דוחים את טענת המערער לפיה הוא היה "שפן נסיונות" של ד"ר ברגמן. לד"ר ברגמן היתה מיומנות רבה בביצוע ניתוחים שכאלה והוא היה בעל נסיון של מאות ניתוחים דומים.

המשיבים טוענים עוד, כי המערער לא עסק בתביעתו בשאלת רשלנות המשיבים בביצוע הניתוח. כל שנטען בערעור, לשיטת המשיבים, כוון לשאלה בדבר הקשר הסיבתי בין הדימומים שהופיעו ברשתית לבין הניתוחים. כבר בשלב זה ייאמר כי טענה זו יש לדחות מכל וכל. מהותה של תביעת המערער בבימ"ש קמא היתה עוולה נזיקית מסוג רשלנות, ובמילים אחרות – התלונה היתה כי התנהגות ד"ר ברגמן והמרכז הרפואי במהלך הטיפול במערער והניתוחים השונים, היתה רשלנית כלפיו והביאה – באמצעות הניתוח עצמו – לנזק בראייה אשר ממנו סובל המערער כיום.

טענתו העיקרית של המערער היתה כאמור כי לא היה מקום לנתחו בשים לב למיופיה הגבוהה ממנה סבל. טענתם העיקרית של המשיבים מתייחסת להיעדר קשר

סיכתי בין הניתוחים לבין הדימומים ברשתית העין, אשר היוו לכל הדיעות את הגורם המרכזי לירידה בחדות הראייה. עפ"י הטענה, ירידה זו נגרמה עקב הליך ניווני אשר ממנו סובל המערער, והנובע מהמיופיה הגבוהה. לשם ביסוס טענה זו, הנתמכת בחוות דעת המומחה מטעם והמומחה מטעם ביהמ"ש, מבקרים המשיבים את חוות דעתו של פרופ' ניימן – המומחה מטעם המערער. נטען כי פרופ' ניימן מעולם לא הפעיל מכשיר שכזה ואיננו בקיא בתחום ניתוחי הלייזר. בענין המאמרים אשר ציטט פרופ' ניימן, ומבלי להודות כי הם תומכים בדעתו, נאמר שאלו פורסמו לאחר ביצוע הניתוחים, ועל כן אינם יכולים להעיד על הידע בתחום זה בתקופה בה טיפל ד"ר ברגמן במערער. יתרה מזאת, נטען כי כל המאמרים והמחקרים אשר הביא פרופ' ניימן אינם תומכים בתזה אותה הוא העלה, ומשלל המאמרים והמחקרים אשר סקרו המשיבים עולה, לדעתם, כי אכן לא קיים קשר בין הניתוחים המבוצעים בקרנית לבין הופעת דימומים ברשתית.

בענין העכירות אשר הופיעו בעיניו של המערער, נטען כי זוהי תופעה ידועה בעקבות ניתוחי לייזר. לעתים הן חולפות כלעומת שבאו ולעתים יש צורך בהסרתן באמצעות פעולה המכונה "גירוד אפיטל". פעולה זו בוצעה במערער. בשל היתכנות הופעת העכירות, מצוינת אפשרות זו על גבי טופס ההסכמה לניתוח, כאחת מתופעות הלוואי האפשריות שלו. כזכור, מבקרים המשיבים את העובדה שהמערער טען בערעור כי הנזק אשר נגרם לו הינו כתוצאה מהעכירות, ואלו נבעו מהניתוח. לטענתם לא יכולה להיות מחלוקת כי הנזק, או לפחות רובו המכריע, לא נגרם מהעכירות, אלא, כפי שהוסבר, מהדימום ברשתית.

באשר לטענת המערער בדבר היעדר הסכמה מדעת לביצוע הניתוחים, מזכירים המשיבים את קביעת ביהמ"ש קמא, כי על אף שבית המשפט מאמין למערער בנוגע להסבר הרפואי שניתן לו, הרי שזנזקיו לא נגרמו ע"י טיפול הלייזר ולכן אין לטענה זו כל משמעות. מעבר לכך, טוענים המשיבים כי עובר לניתוח נבדק המערער ע"י ד"ר ברגמן והוסברו לו כל הסיכונים הכרוכים בניתוח. המערער לא ביקש הסברים נוספים ולכן טענת המשיבים היא כי הוא איננו יכול לבוא בטענות כעת נגד ד"ר ברגמן.

בענין החסר ברישום, טוענים המשיבים כי הרישום אשר נערך במקרה דנן עונה על הסטנדרטים הרפואיים המקובלים ואין לצפות מרופא סביר לרשום כל ביקור וביקור כאשר לא מתגלים כל ממצאים שליליים. עוד נאמר, כי מעיון במסמכים ובתצהיר העדות של ד"ר ברגמן עולה, כי בטפסי ההסכמה של המערער לניתוחים נרשמה חדות ראייתו, והוא היה במעקב רפואי, כנדרש, לאחר הניתוחים. גם כאשר קיים

חסר או ליקוי ברישום, מועבר נטל ההוכחה לנתבע אך ורק לגבי העובדות השנויות במחלוקת אשר יכלו להתברר מהרישום הרפואי (ע"א 8151/98 ביאטריס שטרנברג נ' ד"ר אהרון צ'צ'יק, פ"ד נו (1), 539, ו-ע"א 6330/96 אורנה בנגר נ' בית החולים הכללי ע"ש ד"ר הלל יפה, פ"ד נב (1), 145). מכיוון שעל פי טענת המשיבים, נוגעת המחלוקת בערעור זה רק לקשר בין הניתוח לבין הדימום ברשתית, הרי שלשיטתם, החסר ברישום הנטען ע"י המערער איננו בעל חשיבות לבירור הערעור.

דיון

9. בבחינת שאלת ההתרשלות יש לבחון, בראש ובראשונה, אם קיים קשר סיבתי בין הניתוחים לבין הפגיעה ברשתית עיניו של המערער. יש לזכור, כי הניתוח נעשה בקרנית, ולא ברשתית. בית המשפט קיבל את דעות המומחים לפיהן אין קשר בין הטיפול הרפואי בלייזר לבין הנזק העיקרי שנגרם למערער – הפגיעה ברשתית. לכן, אין קשר בין הפגיעה בראייתו של המערער לבין הטיפול הרפואי.

בית המשפט קבע כי חוות דעתו ועדותו של ד"ר גלבוע מהימנת עליו, וכן נתמכות בחוות דעתו ובעדותו של פרופ' מרין, שהיה אמנם מומחה מטעם הנתבעים, אך לא היה מגמתי לפי קביעת בית המשפט. גם העובדה, אותה מציין פרופ' ניימן שהנזק ברשתית התגלה רק שנה לאחר הטיפול, תומכת בהעדר קשר סיבתי. הסיבה לנזק לרשתית, כך קבע בית המשפט הוא קוצר הראייה הגבוה כשלעצמו.

10. פסק הדין מבוסס על העדפה של מומחה על משנהו (וליתר דיוק מומחה בית המשפט ומומחה הנתבעים אותם העדיף בית המשפט על המומחה מטעם התובע). אין זה מסוג העניינים שערכאת הערעור נוהגת להתערב בהם. ולכאורה די בכך כדי לדחות את הערעור. המערער טוען כי ראייתו נפגעה מיד בסמוך לאחר הניתוח, והוא מצביע על כך שהיה כל העת בחופשות מחלה מתמשכות, ואולם אין תיעוד על גילוי פגם ברשתית עד כשנה לאחר הניתוח.

11. ואולם, ב"כ המערער ביקש להפנות, לאחר הדיון בערעור, לשני פסקי דין מהם יש להסיק, לטענתו, מסקנה אחרת בשאלת הקשר הסיבתי בין מיופיה גבוהה לבין ניתוח לייזר ופגיעה ברשתית. אף אחד משני פסקי הדין איננו פסק דין חלוט.

12. המקרה הראשון עליו ביקש ב"כ המערער להסתמך הוא ת"א (ת"א) 1599/97 מחדד נ' מרכז לייזר לניתוחי קרנית בע"מ (פסק דין מיום 3.12.2003, סגן הנשיא ר' שטרנברג-אליעז). במקרה זה נקבע שהתובע הוכיח את אשמתה של הנתבעת. התובע עבר ניתוח לייזר. הוא סבל

ממיופיה גבוהה. עתה לוקה הוא בעיוורון. מטעם התובע שם העיד ד"ר ניימן, אותו מומחה שנתן בענייננו את חוות הדעת מטעם המערער. גם שם עלתה השאלה האם שטף הדם ברשתית מקורו במיופיה עצמה, או שהוא קשור בניתוח. בית המשפט קיבל שם את התביעה.

צויין כי לא נערך מחקר סטטיסטי בענין השפעת ניתוח כזה על אנשים עם מיופיה גבוהה, ואולם הנתבעת שם, שהיא נתבעת שונה מהנתבעת בענייננו, ביצעה מאות ניתוחי לייזר מהסוג הנדון והיה לאל ידה להציג בפני בית המשפט נתונים סטטיסטיים. עובדה נוספת שמזכיר בית המשפט שם היא שכחות מקרי העיוורון עקב דימום לאחר ניתוח שארעו בישראל. הנתבעת דווחה על 4 מקרים שהתרחשו אצלה מתוך כ-6 מקרים בישראל ואילו בעולם כולו דווח על מספר מקרים נוספים. מספר המקרים שארעו אצל הנתבעת עולה עשרות מונים על המקובל בעולם. בית המשפט הגיע איפוא באותו מקרה לכלל מסקנה שהקשר הסיבתי הוכח. באותו ענין חלף זמן קצר בין הניתוח והעיוורון.

13. הערער שהוגש לבית משפט (ע"א 522/04) התברר לפני זמן קצר, וטרם ניתן פסק הדין.

14. עוד ביקש ב"כ המערער להביא לפנינו החלטת ביניים בענין אחריות שניתנה בבית משפט השלום בקרית: ת.א. 1780/99 הרוש אסתר נ' פרופ' משה לזר – בי"ח אסותא, ומרכז לייזר לניתוחי קרנית בע"מ (כב' סגן הנשיא א' בית נר; החלטה מיום 15.2.04) גם החלטה זו אינה חלוטה. כאן, התעוורה התובעת באחת מעיניה חמישה שבועות לאחר ניתוח במכשיר לייזר מסוג אקסמר. גם כאן העיד פרופ' ניימן, ולדבריו אין זה סביר כי התובעת תלקה בדימום שאינו קשור לניתוח דווקא כחודש לאחריו. בית המשפט שם קבע, כי במכלול העדויות שנשמעו האבחנה שיש קשר סיבתי בין העיוורון לניתוח היא האבחנה הסבירה. נזכיר כי הראיות שם נסובו על פענוח תצלומים של העין הפגועה, ועל עדותה של התובעת לפיה בוקר אחד העין הפכה בפתאומיות לעיוורת. גם שם עמד בית המשפט על כך שבידי הנתבעים שביצעו, לטענתם, מאות ניתוח לייזר מהסוג הנדון היתה האפשרות להציג נתונים סטטיסטיים והם לא עשו כן, ובכך לא שללו את קביעתו של פרופ' ניימן ביחס לסיכון המיוחד הטמון בניתוח לייזר אצל חולים בעלי קוצר ראייה גבוה.

15. ב"כ המערער ביקש להגיש את פסק הדין וההחלטה לעיוננו. ב"כ המשיבים טען כי אין לפסקי הדין השלכות על ענייננו ועוד ציין כי אין מדובר בפסקי דין חלוטים. עיינתי בפסק הדין ובהחלטה ואולם דעתי היא כי לא ניתן באמצעות פסקי דין שניתנו בין צדדים אחרים להוכיח עובדות בהליך שבפנינו. לצורך הדיון יוצאת אני מן ההנחה שמדובר בפסקי דין חלוטים, אף שלא כך הוא. ואולם פסקי הדין לא הובאו כדי לבסס באמצעותם טיעון משפטי אלא כדי להוכיח עובדות (קיום קשר סיבתי בין ניתוח הלייזר

לפגיעה בעין עם מיופיה גבוהה), וכזאת לא ניתן לעשות. פסק דין בענין אחד הוא עדות סברה לגבי ענין אחר. לעולם על השופט להכריע בדין על סמך הראיות המובאות בפניו. בע"א 79/72 האפוטרופוס לנכסי נפקדים ממנהל נ' פולק, פ"ד כז (1), 768 הסביר השופט מ' לנדוי כי "במשפט השני ... רשאים הצדדים לפסק בו יחתך הדין על-סמך המסקנות אליהן הגיע אותו שופט שבפניו התברר המשפט, ומסקנות אלה צריך שתהיינה מושתתות על עדויות שגבה אותו שופט עצמו".

מעבר לכלל המשפטי שפסק דין בעניין אחר הוא בגדר עדות סברה במשפט אחר, יש בפרשת ניתוחי הלייזר שוני בין הראיות שהובאו (או לא הובאו) במקרים השונים. בראש ובראשונה – בפסקי הדין המאוחרים יותר שהגשתם מתבקשת עתה עמדו בתי המשפט על כך שבידי הנתבעים (שם) היו נתונים סטטיסטים שיכלו לשפוך אור על השאלה שבמחלוקת. נראה גם כי המומחה המשותף לתובעים השונים צבר בעצמו נסיון מהמקרים השונים שבאו לידיעתו בישראל. בענייננו העיד ד"ר ברגמן כי בכל 6000 ניתוחי הלייזר שבצע מקרהו של התובע הוא המקרה היחיד בו נתקל בו התעוררה בעיה, אם כי הזכיר שהיו מי שנותרו על ידו "וקרה להם משהו פנו למישהו אחר" (עמ' 50 לפרוטוקול). הוא לא נחקר על מקרים אלה (לחשיבותם של נתונים סטטיסטים ראו: ע"א 1639/01 קיבוץ מעיין צבי נ' יצחק קרישוב, פ"ד נח(5) 215). על כן אין בכוחם של פסקי הדין המאוחרים שהגשתם התבקשה לאצול על עניינו של התובע.

16. בית המשפט בחן את השאלה שלפניו גם בהנחה שנטל הראיה התהפך ולכן אין צורך לבחון את שאלת הנזק הראייתי.

17. סוף דבר: לדעתי אין מקום להתערב בקביעותיה העובדתיות של הערכאה הראשונה שלא מצאה שהמשיבים התרשלו.

הסכמה מדעת

18. כזכור קבע בית המשפט כי הוא מאמין למערער כי המערער לא קיבל הסבר באשר לטיפול בעיניו והסיכונים הכרוכים בכך באופן שיכול היה לקבל החלטה נכונה. לדעתי לא הסיק מכך בית המשפט את המסקנות הנדרשות. כיוון שלא הוכח במשפט קשר סיבתי בין מצב עיניו של המערער לבין הניתוח, הנחתנו חייבת להיות שלא היה מקום להתריע בפניו על סיכון אפשרי מניתוח במיופיה גבוהה. עדין צריך היה להתרות בו על חשש לעכירות בקרנית (המהווה חלק קטן מהנזק), ועל כך שמדובר בניתוח

חדשני יחסית בארץ. מה היתה ההשפעה של אזהרות כאלה אילו ניתנו למערער? לשאלה זו והדרכים לפתרונה התייחס בית המשפט בע"א 9384/90 ואתורי נ' בית החולים לניאדו, פ"ד נא (2) 171, 181 מדובר בסופו של יום בהערכה; בדעת הרוב (מפי השופט אור) בע"א 2781/93 דעקה נ' בית החולים כרמל חיפה, פ"ד נג(4) 526, 560, נקבע כי בגין פגיעה באוטונומיה כשלעצמה ראוי לפסוק סכום מסוים. ראו לעניין זה גם: ע"א 6153/93 שטנדל נ' יעקב שדה, פ"ד נו(4) 746, והדעות השונות מובאות בו.

בענייננו, כמבואר, לא היה צורך או אפשרות להתריע בפני המערער על פי הידע באותה עת על סיכון אפשרי מניתוח כשקיימת מיופיה גבוהה. בנסיבות אלה מתאים יהיה לדעתי לנקוט בדרך בה נקט בית המשפט בפרשת דעקא ולקבוע סכום מסויים בגין הפגיעה באוטונומיה ואי מתן הסבר בעניין העכירות. אציע לחברי להעמיד את הסכום על 150,000 ₪. ממילא יש לדחות את הערעור שכנגד בנושא ההוצאות.

לסיכום

19. לאור הראיות שבתיק זה הייתי דוחה את ערעורו של המערער בשאלת הרשלנות, אך פוסקת לו 150,000 ש"ח בגין הפגיעה באוטונומיה. הערעור שכנגד יידחה.

ש ו פ ט ת

השופט (בדימ') י' טירקל:

אני מסכים.

ש ו פ ט

השופט א' א' לוי:

אני מסכים.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינה של כב' השופטת מ' נאור.

ניתן היום, ט' סיון תשס"ה (16.6.2005).

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט

ש ו פ ט (בדימ')