

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 5586/03

בפני :
כבוד המשנה לנשיאה א' ריבלין
כבוד השופטת ע' ארבל
כבוד השופטת א' חיות

המערער : ד"ר לארי פרימונט

נגד

המשיבים :
1. פלוני
2. המוסד לביטוח לאומי

ערעור על פסק-דינו של בית המשפט המחוזי
בתל-אביב-יפו מיום 29.8.02 בת.א. 933/92
שניתן על ידי כבוד השופט נ' ישעיה

תאריך הישיבה : כ"ד בשבט תשס"ה (3.2.05)

בשם המערער : עו"ד י' בן-דן

בשם המשיב 1 : עו"ד ע' זלצמן
בשם המשיב 2 : עו"ד ע' אלטשולר

פסק-דין

השופטת ע' ארבל:

רקע עובדתי

ערעור על החלטת בית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו (כב' השופט נ' ישעיה),
במסגרתה קבע כי המערער התרשל בביצוע השתלת שיער בראשו של המשיב 1, כי
התרשלותו גרמה למשיב ללקות במחלת הסכיזופרניה, וכי המערער אחראי לפצות את
המשיב בגין הנזקים הנובעים ממחלתו.

1. המשיב 1 (להלן: המשיב) פנה לצורך השתלת שיער אל "המרכז הקנדי ישראלי
לטיפול בשיער בע"מ" (להלן: המרפאה). המשיב קיבל הסברים על הטיפול והוחתם על

טופס בו נרשמו פרטיו האישיים ונתונים על מצב בריאותו. המשיב הוזמן לביצוע הטיפול ליום 31.1.89, אז הוחתם על מסמך הנושא את השם "הזמנת טיפול השתלת שיער" בו הביע, בין היתר, את הסכמתו לטיפול. למשיב הוסברה והובהרה מהות הטיפול ואופן השתלת השיער. ההשתלה אכן בוצעה באותו יום על ידי המערער.

ימים ספורים לאחר ביצוע ההשתלה פנה המשיב אל רופא המשפחה והתלונן בפניו על מתח נפשי רב וחרדות התוקפות אותו. הוא טופל בתרופות, אך משאלה לא הועילו הופנה לבדיקות בבית החולים הפסיכיאטרי "גהה" שם אושפז מספר פעמים לצורך אבחנה וטיפול. למשיב נקבעה נכות נפשית בשיעור של 100%, אשר מוכרת על ידי המוסד לביטוח לאומי ממנו זכאי המשיב לקצבת נכות כללית.

המשיב הגיש תביעת פיצויים לבית המשפט המחוזי בתל-אביב כנגד המערער והמרפאה (להלן גם: הנתבעים), וטען כי הנתבעים נהגו ברשלנות בכך שלא בדקו בטרם העניקו הטיפול את מצבו הבריאותי של המשיב ואת התאמתו לביצוע ההשתלה. לתביעה הצטרף, בהסכמת הצדדים, המשיב 2 - המוסד לביטוח לאומי - בתביעת שיכוב לפי סעיף 324 לחוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], התשנ"ה-1995. הדיון בתביעות פוצל כך ששאלת אחריות הנתבעים נידונה והוכרעה תחילה.

פסק דינו של בית המשפט המחוזי

2. בין הצדדים לא היתה מחלוקת כי המשיב שרוי במצב בריאותי קשה מבחינה פסיכיאטרית וכי קיימת חובת זהירות מושגית במסגרת יחסי רופא-לקוח. שתי המחלוקות המרכזיות בין הצדדים התמקדו בקיומו של קשר סיבתי ובקיומה של חובת זהירות קונקרטיית.

לעניין הקשר הסיבתי העובדתי הוגשו לבית המשפט חוות דעת מטעם שני הצדדים, אשר תמכו כל אחת בגרסת הצד מזמין חוות הדעת. בית המשפט בחר להסתמך על חוות הדעת שהוגשה מטעם המשיב על ידי ד"ר ויבורסקי, אשר קבעה כי הניתוח להשתלת השיער היווה מנגנון שחרור (Trigger) לפרוץ מחלת הסכיזופרניה אצל המשיב. הסמיכות בין התפרצות מחלתו של המשיב לטיפול ההשתלה שבוצע בו היוו אף הם נימוק לביסוס קביעתו של בית המשפט. בית המשפט קבע כי ההיסטוריה הרפואית של המשיב הכוללת בעיות נפשיות אין בה די כדי להביא לפריצת הסכיזופרניה ללא זיקה לאירוע טראומתי מבחינתו של המשיב. בית המשפט סבר כי קביעתו של המומחה מטעמם של המערער והמרפאה, פרופ' אליצור, כי המחלה

התפתחה בתהליך "זחלני" לא יכולה להסביר את התפרצותה של המחלה במלוא עוזה מיד לאחר טיפול ההשתלה. כן קבע בית המשפט כי אמנם יתכן והמחלה היתה פורצת מאוחר יותר אף אם לא היתה מתבצעת השתלת השיער, אך הניתוח הוא שזרו או החיש את פרוץ המחלה בעוצמה רבה ובפתאומיות. תיאור החוויה על ידי המשיב מצביעה, על-פי קביעת בית המשפט, על חוויה טראומתית ביותר שחוה המשיב, טראומה שגם על-פי פרופ' אליצור עלולה להביא להתפרצות סכיזופרניה.

בית המשפט המחוזי קבע כי אף חובת הזהירות הקונקרטית מתקיימת במקרה זה. בית המשפט דחה את טענת הנתבעים, לפיה לא הוכח בשום דרך כי המערער צפה או יכול היה לצפות כי כתוצאה מניתוח ההשתלה ילקה המטופל בסכיזופרניה, וזאת מאחר שלא הוצגו מטעם הנתבעים כל רשומות רפואיות שישפכו אור על מהלך הניתוח ועל פעולותיו של הרופא במהלכו. בית המשפט קבע כי היעדרן של הרשומות הרפואיות מונע מהמשיב ראייה אותנטית בעלת משקל, ולפיכך עובר נטל השכנוע לכתפי הנתבעים. מאחר שהאחרונים אף לא עשו מאמץ להרימו, יש לקבוע כי הם התרשלו. עוד קבע בית המשפט כי עצם העובדה שהנתבעים לא ערכו למשיב בדיקות רפואיות מקדימות, ולו שטחיות או ראשוניות, ואף לא שאלו אותו בדבר עברו או מצבו הבריאותי בתחום הנפשי, מצביעה על הפרת חובת הזהירות הקונקרטית.

לפיכך קבע בית המשפט כי המערער והמרפאה אחראים לנזקים שנגרמו למשיב כתוצאה מטיפול השתלת השיער והם חבים לפצותו על כך. כמו כן קבע כי על הנתבעים לפצות את המוסד לביטוח לאומי בגין הכספים ששילם וישלם בעתיד למשיב בשל הנכות שנקבעה לו.

3. יוער כי באשר לגובה הפיצויים הגיע המערער להסכמי פשרה עם המשיב ועם המוסד לביטוח לאומי והסכמים אלו קיבלו תוקף של פסק דין.

טענות הצדדים

4. הערעור בפנינו נסב על שאלת האחריות. בהתאמה לפסק דינו של בית המשפט המחוזי מעלה המערער טענות בשתי סוגיות מרכזיות: קביעת ההתרשלות והקשר הסיבתי.

באשר לקביעת התרשלותו, טוען המערער כי בניגוד למצוות תקנה 127 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984, לא צירף המשיב לתביעתו חוות דעת של מומחה

להוכחת טענותיו בעניינים שברפואה בעניין התרשלותו של המערער. לפיכך, טוען המערער, לא הוכח כי המערער חב למשיב חובת זהירות קונקרטיית, מה היקפה, והאם הופרה. המערער קובל על קביעתו של בית המשפט המחוזי כי נטל השכנוע רובץ על כתפיו. ראשית, הוא טוען, כי טענה זו נטענה לראשונה רק במסגרת סיכומיו של המשיב. שנית, לטענתו, אין ביסוס לקביעת בית המשפט קמא, לפיה הימנעותו של המשיב מלטעון לפגמים ספציפיים בניתוח ההשתלה נבעה מהיעדרן של רשומות רפואיות, מאחר שהמשיב כלל לא טען זאת. לפיכך, לטענתו, לא הונחה כל תשתית עובדתית לצורך העברת הנטל. שלישית, טוען המערער כי כלל לא נגרם למשיב נזק ראייתי, שכן הוא ידע לפרט את כל הפעולות שנערכו בניתוח, והוא כלל לא טען כי במהלך הטיפול נפל פגם כלשהו בפעולותיו של המערער. לבסוף טוען המערער לחלופין, כי ממילא הוא הרים את נטל השכנוע להוכיח כי לא התרשל. לטענתו, הוכח במהלך המשפט כי לא מוכר בקרב המומחים בהשתלות שיער קיומו של סיכון להתפרצות מחלת הסכיזופרניה כתוצאה מהטיפול, ולפיכך לא היה יכול המערער לצפות התרחשות זו. לפיכך, טוען המערער, אף שגויה קביעתו של בית המשפט קמא כי היה על המערער לערוך למשיב בדיקות רפואיות, שכן שום בדיקה שהיתה נערכת לא היתה מובילה למסקנה שהמשיב אינו כשיר לקבל את הטיפול. לבסוף טוען המערער כי לא ניתן לבסס את התרשלותו על אי הפניית שאלות לגבי עברו הנפשי של המשיב. המערער טוען כי המשיב הציג עצמו כאדם בריא והסתיר את ההיסטוריה הנפשית שלו. לטענתו, לא היה טעם בהצגת שאלות ספציפיות לגבי עברו הנפשי של המשיב, שכן כפי שנאמר בחוות דעתו של ד"ר ויבורסקי, וכפי שקבע בית המשפט קמא, לא סבל המשיב מתסמינים שיש בהם כדי להעיד על מחלתו. לטענתו, הוא אינו פסיכיאטר ואינו אמון על אבחון מחלות נפש, ולפיכך אין לדרוש ממנו, כעניין של מדיניות משפטית, לערוך עם מטופליו שיחות המכוונות לזיהוי מחלות כאלה.

טענתו המרכזית השניה של המערער, כאמור, הינה שלא מתקיים בעניין דנן קשר סיבתי. המערער טוען כי תהליך התפרצות מחלת הסכיזופרניה החל עוד בטרם טיפול ההשתלה. המערער סבור כי מעדותו של ד"ר ויבורסקי בבית המשפט עולה כי טענה זו נכונה גם לגישתו. עוד טוען המערער כי בית המשפט קמא התעלם מראיות בדבר תחילת הידרדרות מצבו של המשיב עוד בטרם השתלת השיער. לטענת המערער, בית המשפט לא הכריע במחלוקת בין הצדדים האם נדרשת טראומה אובייקטיבית או ניתן להסתפק בטראומה סובייקטיבית לצורך ביסוס הקשר הסיבתי במקרה דנן. לטענתו, ממילא לא הוכיח המשיב כי עבר טראומה, וקביעותו של בית המשפט התבססו על דברי המשיב שצוטטו על ידי ד"ר ויבורסקי בחוות דעתו. לבסוף טוען המערער בעניין זה כי מאחר שבית המשפט קבע כי יתכן והמחלה היתה פורצת מאוחר

יותר גם לולא התבצעה ההשתלה, היה עליו לתחום את היקף הנזק ולחייבו רק על הנזקים שנגרמו לו כתוצאה מהקדמת פריצת המחלה אצלו.

באשר לתביעת המוסד לביטוח לאומי, טוען המערער כי תנאי להצטרפותו כתובע היה הגשת כתב תביעה מתוקן והמצאתו במסירה אישית לכל הנוגעים בדבר. המערער טוען כי כתב התביעה המתוקן מעולם לא הומצא למערער אישית. כמו כן טוען המערער כי המוסד לביטוח לאומי לא הגיש את סיכום טענותיו בשאלת האחריות כמצוות בית המשפט, ועל כן היה על בית המשפט לראות מחדל זה כאי התייצבות ולדחות את תביעתו.

5. המשיב מסתמך על פסק דינו של בית המשפט המחוזי וטוען כי הוא מפורט ומבוסס כדבעי. לטענתו אין כל הוכחה לטענה לפיה היתה מתפרצת המחלה אצל המשיב גם לולא טיפול ההשתלה באותו מועד ובאותו עיתוי. המשיב תומך אף בקביעותו של בית המשפט המחוזי באשר להעברת נטל השכנוע להוכחת התרשלות המערער לאחר שלא הוצגו רשומות רפואיות מהטיפול. באשר לחובת הזהירות הקונקרטי, טוען המשיב כי המערער לא עמד בנטל השכנוע להוכיח כי לא התרשל. כמו כן סבור המשיב כי הפניית השאלות הכלליות שהופנו למשיב לקראת הניתוח, לא היה בה כדי לשמש תחליף לבדיקה רפואית מקצועית.

6. המשיב 2 טוען כי העדר חוות דעת מומחה בעניין מסוים לא מביאה בהכרח לכישלון בהוכחתו של אותו עניין. לטענתו, חוות הדעת שהוגשה מטעם המשיב ביססה הן את הקשר הסיבתי והן היוותה חלק מהבסיס לקביעת התרשלותו של המערער שלא בדק ולא גילה את עברו הנפשי של המשיב. המשיב 2 טוען כי הקביעה בדבר התרשלותו של המערער ממילא התבססה על נתונים פוזיטיביים ולא רק על הקביעה של העברת נטל ההוכחה. לעניין העברת נטל ההוכחה טוען המשיב 2 כי מדובר בטענה משפטית, ולפיכך לא היה חייב המשיב להעלותה בכתב תביעתו. כן הוא סבור שרשומה המתעדת את השיחה שהתבצעה בין המערער למשיב בטרם ההשתלה יכלה לבסס את התרשלותו של המערער, ולפיכך מוצדק היה להעביר את נטל ההוכחה לכתפי המערער. המשיב 2 סבור כי המערער התרשל בכך שלא ביצע את הבדיקות הנחוצות האפשריות ואף לא עשה דבר על מנת לגלות את עברו הנפשי של המשיב. לבסוף טוען המשיב 2 כי הוא הגיש את סיכומיו לבית המשפט קמא במועד.

המתווה הנורמטיבי

7. על מנת לבסס חבות בעוולת הרשלנות יש להוכיח קיומם של שלושה יסודות: חובת זהירות, הפרתה של חובה זו, דהיינו התרשלנות, וקיומו של נזק. בנוסף יש להוכיח קיומו של קשר סיבתי הן "עובדתי" והן "משפטי" בין ההתרשלנות לבין הנזק. על קיומו של נזק אין חולק בענייננו, ולפיכך נתמקד ביסודות עליהם נחלקו הצדדים: קיומה של חובת זהירות והפרתה, וקשר סיבתי בין ההתרשלנות לנזק.

חובת זהירות

8. חובת הזהירות מתחלקת לשתי בחינות: חובת זהירות מושגית וחובת זהירות קונקרטי. הצדדים אינם חלוקים באשר לקיומה של חובת זהירות מושגית בעניין זה, אשר מטבע הדברים מתקיימת בין רופא לבין מטופל. המחלוקת נסבה על קיומה של חובת זהירות קונקרטי.

בחינת חובת הזהירות הקונקרטי הנה בשאלה "אם בין המזיק הקונקרטי לבין הניזוק הקונקרטי קיימת חובת זהירות לעניין הפעולות שהתרחשו בפועל לעניין הנזק שנגרם בפועל" (ע"א 243/83 עיריית ירושלים נ' גורדון, פ"ד לט(1) 113, 128 (1985) (להלן: עניין גורדון)). בחינה זו נעשית על ידי מבחן הצפיות במישור הפיסי והנורמטיבי, דהיינו מה אדם סביר יכול היה לצפות או צפה בפועל, ומה אדם סביר היה צריך לצפות. הכלל הוא כי אין לדרוש מאדם לצפות במישור הנורמטיבי את מה שלא ניתן לצפות במישור הפיסי, וכי אם לא קיימים שיקולים מיוחדים, מקום בו קיימת צפיות פיסי, תהיה חובה לצפות במישור הנורמטיבי. אולם, גזירתה של הצפיות הנורמטיבית מן הצפיות הטכנית אינה אוטומטית ונקבעת על-פי טעמים שבמדיניות משפטית (עניין גורדון, בעמ' 129; ע"א 915/91 מדינת ישראל נ' לוי, פ"ד מח(3) 45, 65 (1994)).

9. הכללים בדבר קביעת חובת הזהירות הקונקרטי בין רופא למטופל מתפתחים ממקרה למקרה. כך נקבע, כי התרשלנות מקצועית של רופא הנה עניין לבתי המשפט לענות בו, ואין המדובר בשאלה מדעית לחוות דעתם של הרופאים. ההתרשלנות מבוססת על עיקרון הסבירות, ושואלת באילו אמצעים צריך לנקוט כדי להבטיח את שלומו של הניזוק, בהתאם לאמצעים שהיה רופא סביר נוקט בנסיבות העניין.

השיקולים שיש לשקול בקביעת החובה המוטלת על הרופא הינם רבים ומגוונים. כך, יש להיזהר מחד מקביעת התרשלות במקרה בו נעשתה טעות בשיקול הדעת של הרופא, וזאת על מנת לא ליצור רפואה הפועלת מתוך צורך להתגונן מפני תביעות. מאידך יש להביא בחשבון כי החולה מפקיד את גופו בידי הרופא, וכי יש לו ציפייה מוצדקת שהרופא יעשה כל שביכולתו למנוע תקלה או פגיעה כתוצאה מהטיפול (ע"א 612/78 פאר נ' ד"ר קופר, פ"ד לה (1) 720, 726-727 (1980)). שיקולים נוספים שיש לשקול הינם ההסתברות שהנזק יתרחש, ההוצאות הנדרשות על מנת למנוע את הנזק, חומרת הנזק, הערך החברתי של ההתנהגות שגרמה לנזק, היכולת היחסית למנוע את הנזק וכדומה (ע"א 4025/91 צבי נ' ד"ר קרול, פ"ד נ (3) 784, 790 (1996)). עוד נקבע, כי רופא אינו יוצא ידי חובתו בקבלת החלטה ההולמת את הממצאים הגלויים שבפניו, כי אם עליו לברר ולחקור גם אחר ממצאים נוספים הנדרשים לצורך קבלת החלטה, וכל זאת בשקידה ראויה ובמאמץ סביר. ודאי כי קבלת החלטה על סמך נתונים חסרים, שהיה ניתן וצריך לקבלם, עלולה להיות החלטה בלתי הולמת המבססת את התרשלותו של הרופא (ע"א 58/82 קנטור נ' ד"ר מוסייב, פ"ד לט (3) 253, 262 (1985) (להלן: עניין קנטור); ע"א 1884/93 פרופ' דינבר נ' עיזבון המנוח זלמן יערי ז"ל, פ"ד נ (2) 605, 609 (1996) (להלן: עניין דינבר)).

10. בית המשפט קמא ביסס את התרשלותו של המערער על שלושה אדנים: ראשית, קבע בית המשפט כי מאחר שלא הוצגו רשומות רפואיות מהטיפול, ממילא עובר נטל ההוכחה לכתפי המערער, אשר אפילו לא ניסה לעמוד בנטל זה; שנית, התרשלותו של המערער נובעת מכך שלא ביצע בדיקות מקדימות כלשהן למשיב בטרם הטיפול; שלישית, המערער לא הציג למשיב כל שאלה בדבר מצבו הנפשי בהווה ובעבר. בטרם אתיחס לכל נימוק בנפרד, אומר כי איני סבורה שניתן לבסס את התרשלותו של המערער על שני הנימוקים הראשונים של בית המשפט המחוזי, וכי אף התרשלותו של המערער מהנימוק השלישי לא הוכחה על ידי המשיב.

11. אין חולק כי ישנה חשיבות רבה ביותר לביצוע רישומים על ידי רופא בעת הטיפול שהוא מעניק או סמוך לאחריו. חשיבותם של הרישומים נובעת הן מהצורך לבצע מעקב אחר מצבו הבריאותי של המטופל ולקבל תמונת מצב מלאה באשר למצבו זה, על ידי כל גורם רפואי שיגיש סעד לאותו מטופל, וכן מהצורך בראיות אותנטיות ובעלות משקל באשר להשתלשלות האירועים במהלך הטיפול ובאשר לתוכנו ומהלכו של הטיפול. לפיכך נקבע, כי מקום בו לא נערכו רשומות רפואיות בנוגע לטיפול, ולא ניתן הסבר מניח את הדעת למחדל זה, יועבר נטל הוכחת העובדות השנויות במחלוקת שיכלו להתברר מתוך הרישומים אל כתפי הרופא או המוסד במסגרתו ניתנו השירותים

הרפואיים (עניין קנטור, בעמ' 259; ע"א 8151/98 שטרנברג נ' צ'צ'יק, פ"ד נו(1) 539 (2001)).

עם זאת, לא כל חוסר ברישום מעביר אוטומטית את נטל ההוכחה לכתפי הנתבע. על היעדר הרישום לנגוע ללב השאלה שבמחלוקת. כמו כן, אין מדובר בהעברה כללית של נטל הראייה אל הנתבע, אלא בהעברת הנטל לצורך הכרעה בסוגיה עובדתית קונקרטית (ראו ע"א 5373/02 נבון נ' קופת חולים כללית, פ"ד נו(5) 35, 46 (2003); ע"א 1/01 שמעון נ' קופת חולים של ההסתדרות, פ"ד נו(5) 502, 517 (2002)).

במקרה שבפנינו אכן לא קיימות רשומות רפואיות ממהלך הטיפול שנערך למשיב. עם זאת, לא נטען כי קיומן של רשומות כאלו היה יכול להבהיר עובדות השנויות במחלוקת. למעשה, כלל אין מחלוקת בין הצדדים על אופן הטיפול ומהלכו. לא נטען על ידי המשיב כי במהלך הטיפול עצמו נהג המערער ברשלנות באופן כלשהו. אף אין מחלוקת עובדתית באשר למה שהוסבר למשיב או למה שנשאל המשיב עובר לטיפול. במצב דברים זה אין בסיס להעברת נטל ההוכחה להוכחת ההתרשלות לכתפי המערער.

12. איני מוצאת גם כי ניתן לבסס את התרשלותו של המערער על כך שלא ערך בדיקות רפואיות מקדימות למשיב. עסקינן במחלת נפש אשר התפרצה אצל המשיב סמוך לטיפול. למערער אין, ולא צריכה להיות, הכשרה בתחום בריאות הנפש, וספק אם בדיקה כלשהי שהיה עורך היתה מגלה את בעיותיו הנפשיות של המשיב, או מעלה חשש כלשהו להתפרצות מחלת נפש בעקבות הטיפול. לפיכך, אף לא ניתן לבסס את התרשלותו של המשיב על נימוק זה.

13. הנימוק השלישי של בית המשפט המחוזי עניינו בהצגת שאלות בדבר מצבו הנפשי של המועמד להשתלה. לפני ניתוח ההשתלה שבוצע למשיב, הוא התבקש למלא שאלון רפואי קצר עליו הוחתם. במסגרת שאלון זה נשאל המשיב לגילו, האם אביו ואחיו קרחים, האם סבל ממחלת לב, לחץ דם, סכרת, בעיות בקרישת דם או מאלרגיה כלשהי, וכן האם הינו לוקח תרופות. מתחת לשאלון קצר זה ישנו מקום לרופא לסמן האם המועמד מתאים להשתלה או לא. בשאלון אותו מילא המשיב, מסומנת המילה "כן". לבסוף חתם המשיב על הצהרה שזו לשונה: "אני מצהיר כי מסרתי את הפרטים המלאים והנכונים וכן על סמך הצהרתי זו נקבעה התאמת לטיפול זה".

טיפול השתלת שיער הינו למעשה ניתוח המבוצע בהרדמה מקומית. ככל ניתוח, גם ניתוח אסתטי כולל בחובו סיכונים אשר על הרופא המטפל למנוע את התממשותם ככל שניתן באופן סביר. לפיכך נשאל המשיב בטרם הטיפול שאלות באשר למצב בריאותו, בהן שאלות לגבי בעיות לב, לחץ דם, נטילת תרופות וכדומה, ועל סמך תשובותיו נקבעה התאמתו לטיפול השתלת שיער. עם זאת, לא נשאל המשיב כל שאלה באשר למצבו הנפשי בעבר ובהווה, והאם ידועות לו בעיות מהן הוא סובל בתחום זה. אין ספק כי המערער לא צפה בפועל שהניתוח עשוי לגרום להתפרצות מחלת הסכיזופרניה אצל המשיב. השאלה המתעוררת הינה האם יכול וצריך היה המערער לצפות זאת.

14. כידוע, ישנו ביקוש הולך וגדל לביצוע ניתוחים אסתטיים מסוגים שונים. הניתוחים מבוצעים במקרים רבים על ידי מכונים פרטיים אשר גובים סכומים גבוהים עבור הניתוח. האינטרס הכלכלי של מכונים אלו, ואף של הרופאים העובדים במסגרתם, בביצוע ניתוחים אסתטיים רבים הוא ברור. לפיכך, מתעורר החשש כי האינטרס של המכון או הרופא לבצע את הניתוח יגבר על הזהירות הנדרשת בבחינת התאמתו של המטופל לביצוע הניתוח. חשש זה התבטא לאחרונה בהתקנת תקנות שמטרתן לחייב ביצוע פעולות כירורגיות בידי רופא בעל תואר מומחה בענף שהניתוח הוא בתחומו (ראו תקנות בריאות העם (רישום מרפאות) (תיקון מס' 2), התשס"ו-2006). הרקע לתקנות היה מספר אירועים של נזקים אשר נגרמו במסגרת ניתוחים פלסטיים שבוצעו על ידי רופאים שאינם מומחים בתחום וללא הכשרה מתאימה לכך (ראו הדיון בוועדת העבודה, הרווחה והבריאות של הכנסת, מיום 31.7.06). לכך יש להוסיף את מה שהוזכר כבר לעיל, שאין המדובר בניתוחים שהינם הכרחיים, ולפיכך מערכת השיקולים, הן של הרופא, והן של המטופל, עשויה להשתנות על בסיס מידע בדבר סיכון, אפילו בהסתברות נמוכה, לנזק שיכול להיגרם למטופל כתוצאה מהניתוח. אין להתעלם אף מכך שהעלות של החובה הנדרשת הינה מזערית, למעשה הוספת שאלה או שאלות מספר באשר למצבו הנפשי של מטופל לטופס השאלות הקיים כבר ממילא. כמו כן, גם אם מתברר שלמטופל ישנן או היו בעיות נפשיות, הרי שלא נדרש מהרופא המטפל לבחון ולבדוק האם מצבו הנפשי של המטופל צריך למנוע את מתן הטיפול, אלא הוא יכול להפנותו לרופא מומחה בתחום על מנת לחוות דעתו בשאלה זו.

15. טוען המערער כי המשיב הציג עצמו בריא והסתיר את ההיסטוריה הנפשית שלו. על כך אשיב כי הידע והמומחיות מצויים בידיו של המערער. לא ניתן לצפות מהמשיב שידע אילו נתונים חשובים לביצוע הטיפול ואילו אינם רלוונטיים. כך למשל, אם לא היה מטופל נשאל לגבי מצב ליבו, ובדיעבד התברר כי הטיפול היה מסוכן עבורו

בשל בעיות הלב מהן הוא סובל, כלום היינו אומרים שהרופא פטור מלשאת בנזקו מאחר שהמטופל לא יידע אותו בדבר מחלתו? הרופא הוא אשר צריך לברר ולחקור עבור הנתונים והממצאים הרלוונטיים לטיפול, ואין להניח כי המטופל ידע שהוא צריך למסור נתונים אלו. מבחינת השאלות שהוצגו למשיב עולה כי מדובר בשאלות העוסקות במצבו הפיזי של המטופל בלבד, כך שניתן להניח שהמטופל לא יעלה בדעתו כי בריאותו הנפשית, שהיא ממילא עניין שאנשים לא נוטים לחשוף אותו, רלוונטית לביצוע הטיפול. לפיכך, מההיבט הנורמטיבי אני סבורה כי יש להציג בפני מטופל העומד לפני ניתוח אסתטי שאלות בדבר עברו ומצבו בתחום הנפשי.

16. עם כל זאת, השיקולים שהוזכרו לעיל מבססים את ההיבט הנורמטיבי של מבחן הצפיות, אך אני סבורה שההיבט הפיסי של מבחן זה לא הוכח במקרה דנן. אומר כי סביר להניח שמטופל אשר מצהיר על בעיות נפשיות כלשהן, ודאי מדליק נורה אדומה בעיניו של הרופא המטפל. אמנם אין לצפות מאותו רופא, שאינו מומחה לבריאות הנפש, כי ידע להחליט על סמך המידע שנמסר לו האם המטופל מתאים לטיפול אם לאו, אך במצב כזה ניתן לצפות מהרופא שיפנה את המטופל למומחה לבריאות הנפש, על מנת שיחווה את דעתו באשר להתאמתו של אותו מטופל לביצוע ההשתלה, והאם אין חשש כי יגרם למטופל נזק נפשי כתוצאה מהשתלה זו. יש לזכור כי מדובר בניתוח אסתטי שנעשה על-פי בחירת המטופל בלבד, ואין בו שום צורך רפואי. לפיכך, לו יוזהר מטופל על ידי פסיכולוג או פסיכיאטר כי טיפול מסוג זה עלול, ברמה כזו או אחרת של סיכון, להזיק לבריאותו הנפשית, יתכן וישקול שוב את רצונו בביצוע הטיפול. נפש האדם מורכבת היא, וקשה להעריך איזו פעולה או אירוע יגרום להשפעה על נפשו של אדם, בייחוד שמדובר באדם שאובחן בעבר או בהווה כסובל מבעיות נפשיות. ניתוח ודאי אינו אירוע שבשגרה. לפיכך, סביר לכאורה לקבוע כי יש לדרוש אישור של מומחה לבריאות הנפש בטרם ביצוע "ניתוח רשות" באדם בעל בעיות נפשיות.

17. עם זאת, טוען המערער כי מדע הרפואה אינו מכיר בהתרחשותם של נזקים נפשיים כתוצאה מטיפול השתלת שיער, וכי המשיב לא הביא כל חוות דעת רפואית להוכחת עניין זה. אמנם כאמור לעיל, אין שאלת ההתרחשות שאלה רפואית-מדעית, כי אם עניין לבית המשפט לענות בו, אך נראה שבמקרה זה לא ניתן לענות על שאלה זו מבלי נתונים כלשהם בדבר האפשרות של גרימת נזקים נפשיים כתוצאה מניתוחים אסתטיים, או אפילו מניתוחים בכלל, ולו באופן נדיר. המשיב לא הביא בשאלה זו כל ראיה שתוכל לבסס את יכולתו של המערער לצפות התרחשות של נזק נפשי כלשהו כתוצאה מהניתוח. כאמור, אני נוטה לדעה כי המדיניות הראויה הינה כי אדם בעל רקע

של בעיות נפשיות יידרש לעבור בדיקה של גורם המומחה לבריאות הנפש על מנת שיאשר את ביצוע הניתוח האסתטי. עם זאת, לא ניתן לבסס את חיובו של המערער על סמך זאת בלבד, ללא כל ביסוס עובדתי נוסף.

הראיה היחידה שהובאה מטעמו של המשיב לביסוס יכולתו של המערער לצפות התרחשות של נזק נפשי כלשהו כתוצאה מהניתוח, הינה התייחסות קצרה של ד"ר ויבורסקי בעדותו לעניין, לפיה אירוע טראומטי, שעלול להוות טריגר להתפרצות מחלת הסכיזופרניה, הינו סובייקטיבי ותלוי בעיני החווה אותו. לדעתו, אירוע כזה יכול להיות אף ניתוח להשתלת שיער. מנגד, יש לציין כי פרופ' אליצור בעדותו חלק על ד"ר ויבורסקי וטען כי אין כל מקרה דומה בספרות המקצועית בו התפתחה מחלת הסכיזופרניה כתוצאה מניתוח השתלת שיער. כמו כן טען כי הדרישה כיום הינה להוכיח טראומה אובייקטיבית שבה עומד האדם מול סכנת מוות, ולדעתו ניתוח מסוג זה אינו יכול לגרום להתפרצות המחלה. איני סבורה כי בכך עמד המשיב בנטל המוטל עליו להוכיח התרשלותו של המערער.

אמנם ניתן למצוא התלבטויות בשאלה זו – האם ניתוחים אסתטיים עלולים לגרום לנזקים נפשיים, אך ראשית, כאמור, לא הובאו על כך ראיות מטעם המשיב, ושנית, נראה כי הנזקים הנפשיים עליהם מדובר הינם מינוריים, ולפיכך ספק אם היינו יכולים לקבוע שהמערער יכול היה לצפות את סוג הנזק שנגרם למשיב (ראו ע"א 935/95 פלונית נ' קליפורד, פ"ד נב(4) 736, 761-760 (1998) (להלן: עניין קליפורד)). אמר בסוגייה זו בית משפט זה בעבר:

”אם נבחן את ההלכה הקיימת, נמצא, כי אחד האלמנטים המשפיעים בקביעת רמת הזהירות הנדרשת מהרופא, הוא האפשרות לדעת על הסיכון מראש, קרי שקיימים מקרים מדווחים בספרות המקצועית, שלפיהם יכול היה הרופא להעריך מראש את הנזק שייגרם לחולה עקב הטיפול” (השופט י' גולדברג בעניין קליפורד, בעמ' 763).

הלכה ידועה וברורה היא ששומה על רופא לברר בטרם ביצוע טיפול או ניתוח כלשהו במטופל את מצבו הרפואי הרלוונטי לביצוע הטיפול. בפני הרופא צריכים לעמוד כל הנתונים הרלוונטיים שיאפשרו לו לקבוע האם יש לבצע טיפול, איזה טיפול יש לבצע, ואילו סיכונים קיימים (ראו עניין קנטור; עניין דינבר; ע"א 2694/90 הסתדרות מדיצינית הדסה נ' מימון, פ"ד מו(5) 628 (1992); Michael A. Jones; *Medical Negligence* 170-172 (1996, London)). עם זאת, אין לצפות מרופא שיברר

את כלל ההיסטוריה הרפואית, הן הפיזית והן הנפשית, של כל מטופל, אלא הוא נדרש להתאים את שאלותיו לנסיבות העניין ולטיפול הנדרש בהתאם לסטנדרט ההתנהגות המצופה מרופא באותה סיטואציה. במקרה זה, כאמור, לא הוכח שהמערער סטה מסטנדרט התנהגות זה בהימנעו מלהציב למשיב שאלות בדבר מצבו ועברו הנפשי.

18. יוער, כי שאלה זו של יכולת הצפיה, רלוונטית גם לקביעת הקשר הסיבתי בין ההתרשלות לנזק, וביתר דיוק מדובר בשאלת הקשר הסיבתי העובדתי הפוטנציאלי. דהיינו, האם יש ביכולתה של ההתרשלות לגרום באופן פוטנציאלי לנזק שנטען שנגרם (ראו ע"א 1639/01 קיבוץ מעיין צבי נ' קרישוב, פ"ד נח(5) 215, 226 (2004) (להלן: עניין קיבוץ מעיין צבי)). בעניין קיבוץ מעיין צבי, בו נטען לקשר סיבתי בין חשיפה לאסבסט לבין מחלת סרטן הלימפומה, נטתה דעת הרוב להקל בדרישת ההוכחה של הקשר הסיבתי העובדתי הפוטנציאלי, וקבעה כי הוא מתקיים למרות העדר ספרות מקצועית המצביעה על קשר כזה, וזאת מאחר שמדובר במחלה נדירה שקשה לבסס אודותיה נתונים סטטיסטיים. עם זאת, קביעת התקיימותו של הקשר הסיבתי התבססה על חוות דעת מומחים, ועל העובדה כי שישה מחבריו לעבודה של התובע נפטרו אף הם ממחלת הסרטן. לעומת זאת, בענייננו אין כל ראיה התומכת בהנחה שניתוח מהסוג הנידון עלול לגרום להתפרצותה של מחלת נפש.

המסקנה היא כי יש לקבוע שלא הוכח שהמערער התרשל ועל-כן דין הערעור להתקבל. משכך, מתייחד הדיון בשאלת הקשר הסיבתי ובשאלת תיחום הנזק. עם זאת, ברצוני להעיר שתי הערות בנושאים אלו.

19. גם לו הייתי מוצאת שקיימת התרשלות במקרה דנן, היה צורך לבחון את שאלת הקשר הסיבתי בין ההתרשלות לנזק. איני סבורה כי היה מקום להתערב בקביעתו של בית המשפט קמא אשר העדיף חוות דעת של מומחה אחד על פני חוות דעתו של מומחה אחר. קביעה זו הינה במסגרת שיקול דעתו, ולא מצאתי כי יש עילה להתערבות בשיקול דעתו זה (ראו אוסף אסמכתאות בע"א 9418/04 צוות ברקוביץ – מאגרי בניה בע"מ נ' דמארי, תק-על 2006(2) 162). עם זאת, אני סבורה כי קבלת חוות דעתו של המומחה מטעם המשיב אין די בה. כל מה שמוכיחה חוות דעת זו הוא שהניתוח להשתלת השיער הוא שגרם להתפרצות מחלת הסכיזופרניה, דהיינו לנזק. עם זאת, יש לזכור כי ההתרשלות הנטענת היתה בכך שהמשיב לא נשאל אודות מצבו הנפשי, כאשר ההנחה היא שעברו הנפשי של המשיב היה מדליק אצל המערער נורה אדומה, ולפיכך היה שולח המערער את המשיב לבדיקה פסיכיאטרית בטרם הניתוח. עניין זה מעורר שתי שאלות: האחת, האם אכן ישנם נתונים בעברו הנפשי של המשיב שהיו מדליקים

את הנורה האדומה אצל המערער. גם אם התשובה לכך חיובית מתעוררת השאלה האם הפנייתו של המשיב לבדיקה פסיכיאטרית אכן היתה מונעת את ביצוע הניתוח. כלומר, האם פסיכיאטר שהיה בודק את המשיב היה ממליץ לו להימנע מניתוח או לא מאשר את ביצוע הניתוח.

20. באשר לשאלה הראשונה טוען המערער כי לפי חוות דעתו של ד"ר ויבורסקי, אותה אימץ בית המשפט קמא, לא סבל המשיב מתסמינים המעידים על מחלתו. טענה זו אין בידי לקבל. מחוות דעתו של ד"ר ויבורסקי, ואף מממצאים אחרים שהוגשו לבית המשפט המחוזי, עולה כי עברו של המשיב אכן מעיד על קיומן של בעיות נפשיות. כך למשל, חוות דעתו של ד"ר ויבורסקי כוללת הכרה בכך שהמשיב סבל מקשיים נפשיים בעבר. ממסמכים רפואיים נוספים עולה כי המשיב טופל בעבר על ידי מרפאה פסיכיאטרית ואף נטל תרופות במסגרת הטיפול. כמו כן עולה כי המשיב אף היה מאושפז תקופה קצרה עקב בעיותיו הנפשיות.

21. באשר לשאלה השניה שעולה, הרי שגם כאן אני סבורה שלא הוכיח המשיב את טענתו. אף לו היה מוכח שידוע על קשר בין ניתוחים כגון זה שעבר המשיב לבין התפרצות מחלות נפש, ואף אם היינו מניחים שהתפרצותה של מחלת הסכיזופרניה אצל המשיב נגרמה כתוצאה מהניתוח, הרי שלא הוכח שבמקרה דנן בדיקתו של המשיב על ידי פסיכיאטר היתה מובילה למסקנה שאין לאפשר את ביצוע הניתוח. היה על המשיב להוכיח כי הנתונים הקונקרטיים שהיו בדבר מצבו הנפשי עובר לניתוח, היו מובילים למסקנה של פסיכיאטר כי אין לבצע את הניתוח (השוו ע"א 350/77 כיתן בע"מ נ' וייס, פ"ד לג(2) 785 (1979)). יוער כי איני נדרשת לשאלה באיזו רמת הסתברות היה על המשיב להוכיח זאת.

22. אף אם היה עובר המשיב את כל המשוכות האמורות, היה נותר בפניו מכשול אחד נוסף הנוגע לתיחום הנזק. בית המשפט המחוזי קבע כי יתכן ומחלתו של המשיב היתה מתפרצת ממילא גם לולא ביצוע הניתוח. קביעה זו מחייבת, לטעמי, דיון בשאלה של היקף הנזק בו חייב המערער ובדוקטרינת "אובדן הסיכויים" (ראו ע"א 6643/95 כהן נ' קופת חולים של ההסתדרות הכללית, תק-על 99(2) 227).

לסיכום, לו תישמע דעתי, יתקבל הערעור. בנסיבות העניין לא הייתי עושה צו להוצאות.

אני מסכימה עם חברתי השופטת ארבל כי יש לקבל את הערעור. מקובלת עלי קביעתה כי לא הוצגה במקרה דנן ראיה התומכת בטענת המשיב לפיה ניתן היה לצפות שהניתוח עלול לגרום להתפרצותה של מחלת נפש אצלו. חברתי הוסיפה וציינה בפסק דינה כי "מההיבט הנורמטיבי... יש להציג בפני מטופל העומד לפני ניתוח אסתטי שאלות בדבר עברו ומצבו בתחום הנפשי". אני סומכת ידיי על עמדה זו וראיתי להדגיש כי סטנדרט התנהגות סביר ומקצועי מצד רופא-מנתח מחייב הצגת שאלות הנוגעות לעברו של המטופל בתחום הנפשי, במסגרת השאלון שהוא נדרש למלא לפני ביצוע הניתוח. סטנדרט זה הוא סביר וראוי על אחת כמה וכמה מקום שבו מבקש המטופל לעבור ניתוח אלקטיבי-אסתטי. אילו הוצגו שאלות כאלה למשיב שבפנינו, היה מתברר כי הוא סבל בעבר מבעיות נפשיות שבגינן טופל בתרופות ואף אושפז. נתונים אלה היו מחייבים את המערער - ואף זאת כפרקטיקה רפואית סבירה וזהירה - לקיים התייעצות מקדימה עם מומחה בתחום בריאות הנפש באשר להשלכות האפשריות של הניתוח על מצבו הנפשי של המשיב. במקרה דנן, סטה המערער מסטנדרט התנהגות של רופא סביר בכך שלא כלל בשאלון את השאלות הדרושות לעניין מצבו הנפשי של המטופל. משכך לא נתגלו למערער הנתונים הנוגעים לעברו של המשיב בתחום הנפשי ולא נתאפשרה התייעצות עם מומחה בתחום זה טרם ביצוע הניתוח. ואולם, במקרה דנן לא הוכיח המשיב כי אילו היו נכללות בשאלון שאלות לעניין מצבו הנפשי ואילו הייתה מתקיימת בעקבות תשובותיו לשאלות אלה התייעצות עם מומחה בתחום הנפשי, הייתה אכן מתקבלת חוות דעת המצביעה על סיכון להתפרצות מחלת נפש כתוצאה מן הניתוח. כל שהוכח הוא כי הניתוח היווה בפועל טריגר להתפרצות סכיוזופרניה אצל המשיב. בנסיבות אלה, בצדק קבעה חברתי השופטת ארבל כי לא הוכח שהמערער יכול היה לצפות שהניתוח יגרום להתפרצות המחלה.

ש ו פ ו ת

המשנה לנשיאה א' ריבלין:

אני מסכים לפסק דינה של חברתי השופטת ע' ארבל, ולהערוותיה של חברתי השופטת א' חיות.

המשנה לנשיאה

הוחלט כאמור בפסק דינה של השופטת ארבל.

ניתן היום, י' בניסן תשס"ז (29.3.07).

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט ת

המשנה לנשיאה