

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 4960/04

בפני :
כבוד השופט א' ריבלין
כבוד השופטת מ' נאור
כבוד השופטת א' חיות

המערערים :
1. ערן סידי
2. צפורה סידי
3. יגאל סידי

נגד

המשיבים :
1. קופת חולים של ההסתדרות הכללית
2. ד"ר דוד קמפף
3. מור המכון למידע רפואי בע"מ

ערעור על פסק-דין של בית-המשפט המחוזי בירושלים
מיום 1.4.04 בת.א. 1338/97 שניתן על-ידי כבוד השופט ע'
חבש

תאריך הישיבה : כ"ו בתמוז התשס"ה (2.8.05)

בשם המערערים : עו"ד עמוס גבעון

בשם המשיבים 1-2 : עו"ד יעקב אבימור

בשם המשיבה 3 : עו"ד חיים שנהב

פסק-דין

השופט א' ריבלין:

1. המערער 1 (להלן: המערער) נולד לאביו ואמו, המערערים 2 ו-3 (להלן: האב והאם), בשנת 1986. למרבה הצער, עם היוולדו התברר כי הוא סובל מבעיות בריאותיות שונות, ובכלל זה חסר כף יד ימין ובעיות נשימה. בגין אלה הוגשה תביעה בעילה של "הולדה בעוולה". התביעה נדחתה על-ידי בית המשפט המחוזי בירושלים (כבוד השופט ע' חבש) ומכאן הערעור שבפנינו.

2. להלן קיצור העובדות כפי שהובאו בפסק-דינו של בית המשפט קמא: בטרם נולד המערער, עברה אמו שתי הפלות – האחת יזומה (בשנת 1982) והאחרת טבעית (בשנת 1983). שני הריונות נוספים הסתיימו בלידה מוצלחת. בתחילת ההיריון עם המערער סבלה האם מדלקות חריפות בדרכי השתן. ההיריון הוגדר כ"הריון בר סיכון גבוה", זאת בשל עברה המיילדותי של האם ובשל גילה המבוגר יחסית (39 שנים). האם טופלה במהלך ההיריון על-ידי המשיב 2, ד"ר קמפף, שעבד אז אצל המשיבה 1. היא עברה בדיקה של דיקור מי-שפיר וחלבון עוברי, והממצאים היו תקינים. כמו-כן נעשו מספר סריקות על-קוליות, והודע לאם כי ההיריון והעובד תקינים לחלוטין. בסופו של דבר התברר, כאמור, כי העובר – לימים התינוק שנולד – סבל מפגמים קשים, ובכלל זה חסר כף יד ימין.

בפני בית המשפט המחוזי הונחו שתי חוות דעת מטעם המערערים, ואחת – מטעם המשיבים. אלה וזו דיברו בקולות שונים. המומחים מטעם המערערים – ד"ר ויס וד"ר ניסקורן – סברו, בעיקרו של דבר, כי ניתן וצריך היה לאתר את הפגמים בעובר, באמצעות סריקה על קולית המבוצעת כראוי; ביצוע סריקת מערכות מלאה – כך הבהירו – הינו בגדר פרקטיקה רפואית סבירה ומקובלת, במיוחד לנוכח הסיכון שהיה טמון בהריונה של האם, וסריקה כזו מאפרת איתור מומים בגפיים. לעומת זאת, ד"ר יפה, המומחה מטעם המשיבים, מצא כי לא נפל כל פגם בטיפול שניתן לאם, אדרבא, גורמי הסיכון הרלבנטיים לה טופלו כראוי. המומחה הוסיף כי מכשירי האולטרא-סאונד שבהם נהוג היה אז לעשות שימוש, לא היו טובים כפי שהם היום, וכי רק בשנת 1993 יצאו מתחת ידי משרד הבריאות סטנדרטים בדבר ביצוע סריקות, ואלה – הסטנדרטים – "אינם כוללים הצורך לראות גפיים".

3. בית המשפט המחוזי קבע, כי ההיריון אמנם היה "בסיכון גבוה", אולם תיבות אלה כוללות בחובן מגוון של מצבים. הסיכון נבחן בכל מקרה ומקרה לפי נסיבותיו, ובהתאם נקבעות הבדיקות הדרושות והטיפול המתאים. במקרה שבפנינו – כך נפסק – ניתן לאם טיפול הולם בשני גורמי הסיכון שהיו כרוכים בהריונה: נערכה בדיקת מי-שפיר בגין גילה של האם, ותוצאות הבדיקה היות תקינות; וכן נעשו בדיקות וטיפולים מתאימים לאישה שעברה המיילדותי הוא כשל האם, לרבות תפירת צוואר הרחם כדי למנוע הפלה של העובר. בית המשפט הדגיש כי "אין במשפחה בעיות גנטיות... ולא לידה ילדים עם מום קודם לכן". עוד קבע בית המשפט, כי אין קשר בין גיל האשה לבין הופעת פגמים אורטופדיים אצל העובר.

בית המשפט קמא קיבל את גרסת המשיבים לפיה בעת הרלבנטית – שנת 1986 – לא נהוג היה לבצע, כדבר שבשגרה, סריקות על-קוליות נרתיקיות לצורך סקירת מערכות. בית המשפט העדיף גרסה זו על פני הגרסה שהובאה מפי המומחים מטעם המערערים, שנמנעו, כך נפסק, מלהשיב תשובות ישירות לשאלות בדבר אמות המידה שהיו נהוגות בשנים 1985-1986. בית המשפט הדגיש, כי "בשנת 1986 מכשיר האולטרא סאונד היה עדיין בחיתוליו, ולא היו כל הנחיות או כללים [ל]גבי מתי יש לבדוק ומה צריך לבדוק בכל שלב משלבי ההריון; ולא היו הנחיות לעניין הצורך ליידע את האשה ההרה על מגבלותיו של המכשיר ועל זכותה להיבדק במקום אחר, וכו' וכו'". בית המשפט הבהיר עוד כי השאלה איננה האם אפשרי היה לבדוק את הגפיים, אלא האם צריך היה לעשות כן כדבר שבשגרה. לשאלה אחרונה זו השיב בית המשפט בשלילה. בית המשפט מצא כי "על פי חומר הראיות, ד"ר קמפף עשה את כל מה שנהוג לעשות בזמנים הרלוונטיים", והוסיף:

בידע הרפואי ובפרקטיקה הרפואית שהיתה נוהגת בשנות השמונים, רופא סביר אשר מקבל תמונת מצב כפי שראינו כאן, לא היה מבצע בדיקות אולטרא-סאונד על מנת לשלול דבר שאין מקום לחשוד בקיומו אצל התובעת, וכל התלונות על אי ביצוע בדיקות אלה אין להן מקום. אני בדעה, כי בהעדר אינדיקציות לקיומם של פגמים גנטיים בהיסטוריה המיילדותית של התובעת, וגם בגין נדירות הופעת מום של העדר כף יד (אחד למאה אלף או חמשה למאה אלף לידות) גם היום אי ביצוע בדיקת אולטרא סאונד על מנת לבדוק אם יש לעובר כף יד או אצבעות, לא נחשבת כמעשה רשלני. כמובן, אין בכך כדי לשחרר את הרופא המטפל היום מהאחריות שעליו להודיע זאת לאשה על מנת שתכלכל את צעדיה בהתאם לרצונה.

4. בית המשפט המחוזי דחה את הטענה בדבר פגמים ברישום, הן משום שלא הוכח כי הרישום הרפואי היה בלתי-תקין עד כדי רשלנות, והן משום שהחסרים ברישום עליהם הצביעו המערערים אינם קשורים בקשר סיבתי לנזק שבו מדובר כאן.

לבסוף, ציין בית המשפט כי לאור המסקנה בדבר היעדר התרשלות מצד המשיבים, אין לו צורך לדון בשאלה האם היתה האם מפסיקה את ההיריון אילו ידעה על המום, ובשאלה האם היה המערער מעדיף שלא להיוולד במומו.

5. על פסק-דין זה משיגים המערערים. לטענתם, המומחה מטעם המשיבים העיד בעניינים המצויים מחוץ לתחום מומחיותו, ולמעשה אין חוות-דעת נגדית מטעם המערערים בתחום האולטרא-סאונד. זאת ועוד, לדעתם, העדויות מטעם המשיבים, הן עצמן תמכו בטענות המערערים, וכך גם הספרות המקצועית שהוצגה בבית המשפט וההלכות שנפסקו בערכאות השונות. המערערים טוענים כי נגרם להם נזק ראייתי וכי מתקיימים במקרה זה יסודותיו של כלל "הדבר מעיד על עצמו". הם מדגישים כי לא זו בלבד שהמשיבים לא גילו את הפגם של חסר כף יד, אלא הם ציינו במסמכיהם כי הגפיים תקינות. לדבריהם, טפסי הבדיקה של המשיבים, הם עצמם מלמדים כי צריך היה לבדוק את הגפיים של העובר. המערערים מלינים על שלא הוסבר להם מהן המגבלות של הסריקות שבוצעו לאם, והיא לא הופנתה לביצוע סריקה מורחבת, זאת למרות עברה המיילדותי, גילה והעובדה שהיא טופלה על-ידי המשיב 2 גם במסגרת פרטית. המערערים מדגישים כי ההפלה היזומה שעברה האם בעברה נבעה מחשש לפגמים בעובר. המשיבים, מצדם, סבורים כי לא נפל דופי בפסק-הדין של בית המשפט המחוזי, והם מבקשים לאמץ את ממצאיו ואת מסקנותיו.

דין הערעור להתקבל כמפורט להלן.

בדיקות העל-שמע השגרתיות

6. כפי שנפסק לא אחת, מבחן הסבירות השולט בעוולת הרשלנות אינו מקים חובה מוחלטת למנוע כל סיכון. כך בכלל, וכך גם בתחום הרשלנות הרפואית. "הכלל הרחב הוא" – כך נפסק – "שלשם פתרון השאלה, האם רופא הפר את חובת הזהירות שהוא חב לחולה, יש לבחון את סטנדרט הטיפול הרפואי הסביר בעת ההפרה. אין לבחון את סטנדרט הטיפול הסביר בראיה מאוחרת או ב'חכמה שלאחר מעשה'" (ע"א 323/89 קוהרי נ' מדינת ישראל - משרד הבריאות, פ"ד מה(2) 142). אכן, מדע הרפואה אינו עומד על שמריו. הידע והטכנולוגיה מתפתחים ללא הרף, ולצד זה משתרשות תובנות באשר לאמות-המידה הראויות במערכת היחסים המורכבת והעדינה שבין הרופא לחולה.

השאלה הראשונה המתעוררת בענייננו נוגעת לסטנדרטים שחלו בשנת 1986 לגבי סריקות על-קוליות, ובפרט, השאלה היא האם האמצעים שהיו אז בנמצא והנהלים שהיו מקובלים הצריכו את גילוי הפגם שעמו נולד המערער. והנה, כבר בשאלה זו נפרדו דרכיהם של המומחים מטעם הצדדים. כך, ד"ר ויס טען בחוות-דעתו כי "סקירות האברים" שנעשו במקרה זה "נעשו בחסר ובליקוי, שכן לא בוצעה סקירה אף לא של

כל האברים המצויינים לבדיקה בטופס הבדיקה עצמו. כל שכן, לא נבדקו כל גבי הילוד, כמקובל בסקירה אנטומית של העובר, המבוצעת בהריון, לשם הערכתו". המומחה גרס כי "הפרקטיקה הרפואית הסבירה המקובלת היא שכל עובר יעבור סריקת מערכות מלאה בודאי עת מדובר בהריון כשל ערן סידי". לדבריו, "בבדיקת מערכות תקינה, צופים מומים בעובר".

רוח דומה נושבת מחוות-הדעת של ד"ר ניסקורן. בתשובה לשאלה האם ניתן לאבחן בבדיקת אולטא-סאונד פגם של חסר כף יד, הוא משיב:

- א. מדובר בממצא אולטרהסונוגרפי מוכר.
- ב. בדיקת קיום גפה – כף יד/5 אצבעות, ניצפה ע"י בדיקה פשוטה.
- ג. ניתן לאבחן חסר גפה ו/או כף יד/5 אצבעות בקלות יחסית.
- ד. ניתן לאבחן חסר גפה ו/או כף יד/5 אצבעות בשבוע 15 להריון, וליתר דיוק והבהרה – ניתן לאבחן פגמים אלו אף מוקדם יותר בבדיקת אולטרהסאונד וגינלי.

גישתו של ד"ר יפה, בשאלה זו, שונה. בחוות-דעתו הוא הסביר כי בשנת 1986 מכשירי האולטרא-סאונד "לא היו רגישים וטובים כפי שהם היום". אז גם לא היתה מקובלת הבדיקה התוך-נרתיקית, וכן, "לא היו כל דפוסי עבודה מקובלים ולא הוצאו כל הוראות ונהלים"; רק בשנת 1993 – הבהיר המומחה – יצאו לראשונה הנחיות של משרד הבריאות, ואלה, מצדם, אינם כוללים את הצורך לראות גפיים. המומחה הוסיף כי המום שבו עסקינן עלול להופיע זמן רב לאחר סקירת המערכות.

הנה כי כן – שתי דעות סותרות לחלוטין מפי המומחים, בשאלה שהיא בעיקרה עובדתית גרידא. בית המשפט המחוזי ביכר את עמדתו של ד"ר יפה, המומחה מטעם המשיבים. את העדפתו זו נימק בית המשפט בהתרשמותו מעדותם במשפט של המומחים מטעם המערערים, ובעיקר, מכך שאלה לא השיבו תשובות ישירות וחד-משמעיות לשאלות הנוגעות לאמות-המידה שהיו נהוגות בבדיקות אולטרא-סאונד בשנת 1986. ד"ר וייס, למשל, אישר כי באותה עת לא היו כללים והנחיות בעניין זה, ו"ד"ר ניסקורן היסס רבות להעיד דברים ברורים לגבי הפרקטיקה שהיתה נוהגת בשנת 1986".

7. נכון אני לראות, כנקודת מוצא לדיון, את קביעתו של בית המשפט המחוזי, לפיה ככלל, בשנים 1985-1986, לא נהוג היה, בכל בדיקת על-שמע שגרתית המתבצעת במסגרת שירותי הרפואה הציבוריים, לבדוק את הגפיים של העובר. למסקנה זו הגיע בית המשפט לאחר שבחן את חוות-הדעת שבאו בפניו, והיא נתמכת גם ברושם העולה מן העדויות, לפיו באותה עת לא היו כלל הנחיות בנושא זה, ולמעשה, בלשוננו, "כל רופא הישר בעיניו יעשה" (או בלשונם של המומחים: "זה איזה שהם דברים שלא צריכים בשבילים הוראות... זה חלק מהמקצוע" – דברי ד"ר יפה; "אין כללים. כלומר כל רופא מטפל בהתאם לשיקול דעתו מה הוא רוצה" – דברי ד"ר וייס; "תלוי מהיכן באת, כל אחד והנהלים שלו" – דברי ד"ר ניסקורן). שרירותיות זו, כשלעצמה, היא מוקשית, אך לא ניכנס לעובי הקורה בעניין זה. בע"א 434/94 פלונית נ' מור - המכון למידע רפואי בע"מ, פ"ד נא(4) 205, נדון מקרה דומה, שבו לא נתגלה בבדיקות האולטרא-סאונד מום של חסר גפה ימנית. היה זה בשנת 1988, קרי: כשנתיים לאחר הלידה נשוא ענייננו. בית משפט זה, מפי השופטת ד' דורנר, פסק:

בעניין שלפנינו, מתכונת הבדיקה המצומצמת הינה פרי שיקלול ההסתברות לקיומו של חסר בגפה כנגד עלות הבדיקה שבאמצעותה ניתן לגלות את החסר והתקציב העומד לרשות הרפואה הציבורית. שיקלול זה משקף רמת זהירות סבירה. הוא מאפשר מתן שרות רפואי ברמה סבירה לאוכלוסייה כולה. מסקנתי היא איפוא שיש לדחות את הטענה כי עריכת בדיקה בסטנדרט נמוך מן המקובל ברפואה הפרטית היא מעשה רשלני.

מן החומר שהובא בפני בית המשפט המחוזי בענייננו, ומן הממצאים אליהם הגיע, עולה מסקנה דומה. יש אפוא לקבוע, כי בזמן ההיריון עם המערער לא היה זה בבחינת התרשלות שלא לתור, במסגרת בדיקה שגרתית הנעשית במערכת הרפואה הציבורית, אחר פגם של חסר גפה. ודוק: איננו אומרים כי לא ניתן היה לגלות את המום באמצעים שהיו אז – כפי שנראה מיד, הדבר בהחלט היה אפשרי. אולם על-מנת לגלות צריך לחפש – ובשנת 1986, כך קבע בית המשפט קמא ואיננו רואים עילה להתערב בקביעה זו, לא היתה חובה לחפש. יתכן שהיום המצב שונה – לא נקבע מסמרות בעניין זה – אך אלה היו פני הדברים אז.

8. עם זאת, במאמר מוסגר אציין כי קשה להתעלם מן העובדה שבדו"ח הסריקה העל קולית שנערכה לאם, מצויה רובריקה של "תנועות גפיים", ובטופס הוקף בעיגול הסימן + (כלומר: נצפו תנועות גפיים). סימון זה מעורר תהיות: האם כוללת בדיקת

"תנועות גפיים" גם בדיקה של עצם קיומן (ד"ר יפה העיד כי "כל מה שאתה בודק אתה מודד")? האם די, למשל, בכך שנצפו תנועות גפיים תחתונות, כדי לאשר קיומן של "תנועות גפיים"? נראה כי לעניין זה, ולרובריקות נוספות הכלולות בטופס שלא סומנו כלל, כיוון המומחה ד"ר ויס באמרו, בחוות-דעתו, כי "לא בוצעה סקירה אף לא של כל האברים המצוינים לבדיקה בטופס הבדיקה עצמו". התמיהה בעניין זה לא לובנה ונותרה לכן בעינה. ואולם לא על בסיס זה סבורני כי יש לקבל את הערעור. העיקר בענייננו נוגע לשאלת מסירת המידע להורים.

מן ה"צריך" ל"אפשרי"; החובה למסור מידע בנוגע לבדיקות אפשריות נוספות

9. בענייננו, קביעותיו של בית המשפט המחוזי אודות מגבלות הבדיקה השגרית ואודות היעדר ההסדרה של נושא הסריקות העל-קוליות, סתמו במידה רבה את הגולל על התביעה. אכן, בית המשפט המחוזי חזר והדגיש בפסק-דינו, כי השאלה העומדת לבחינה איננה מה ניתן היה לגלות בבדיקת אולטא-סאונד בשנים 1985-1986, אלא מה צריך היה לגלות, כדבר שבשגרה (כאשר לצורך העניין ראה בית המשפט קמא במקרה דנן במקרה מן השגרה, שכן גורמי הסיכון, לשיטתו, לא היו רלבנטיים). אלא שהגדרה זו של השאלה היא מצמצמת מדי, בנסיבות העניין. גם לאחר שאמצנו את קביעתו של בית המשפט קמא, לפיה אין לאתר רשלנות באי-גילוי חסר הגפה בבדיקות האולטרא-סאונד השגריות (והמצומצמות) שבוצעו באם, עדיין יש לבדוק האם היה צורך לחשוף בפניה מידע נוסף אודות מגבלות הבדיקות שנעשו לה ואודות האפשרויות הנוספות שהיו פתוחות בפניה, ולו במסגרת הרפואה הפרטית. שאלה זו לא לובנה על-ידי בית המשפט קמא.

10. ככלל, חולה אינו מחויב לעבור פרוצדורה רפואית מסוימת, וקנויה לו הזכות לבחור האם לעבור טיפול ומהו הטיפול שיינתן לו. מן הזכות לאוטונומיה נובע ש"לכל אדם חירות מפני התערבות בגופו ללא הסכמתו" (ע"א 2781/93 מיאסה עלי דעקה נ' בית החולים "כרמל", חיפה, תק-על 99(3) 574). לשם מימוש הזכות הזו, דרוש לו לחולה מידע, המצוי ברגיל בידיו של הרופא. על הרופא למסור לחולה את המידע. בפסיקתנו נשתרשה אפוא חובתו של הרופא לקבל את הסכמתו של המטופל - הסכמה מדעת - לטיפול (ראו למשל ע"א 3108/91 רייבי נ' וייגל, פ"ד מז(2) 497; ע"א 4384/90 ואתורי נ' בית החולים לניאדו, פ"ד נא(2) 171). "על מנת שהסכמתו של חולה לטיפול רפואי שעתיד להיעשות בגופו תהא 'הסכמה מדעת', יש לספק לו מידע הולם על מצבו, על מהות הטיפול המומלץ ומטרתו, על הסיכונים והסיכויים הטמונים בו ועל

אלטרנטיבות טיפוליות סבירות לטיפול האמור" (ע"א 2781/93 מיאסה עלי דעקה נ' בית החולים "כרמל", חיפה, תק-על 99(3) 574).

במשפטנו נפסק כי "המבחן למידע שחובה למסור למטופל אינו אפוא הנוהג המקובל בקרב הרופאים אלא צרכיו של המטופל למידע כדי להחליט אם לקבל את הצעת רופאו. צרכים אלה נקבעים על-פי קנה-מידה אובייקטיבי. על הרופא מוטל למסור למטופל את כל האינפורמציה שאדם סביר היה נדרש לה כדי לגבש החלטה אם להסכים לטיפול המוצע" (ע"א 434/94 ברמן, קטינה באמצעות הוריה נ' מור - המכון למידע רפואי בע"מ, פ"ד נא(4) 205). באחת הפרשות כתב הנשיא שמגר את הדברים האלה:

לקיומה של פרקטיקה רפואית נהגת עשויה להיות משמעות ככל שהדברים נוגעים לעילה המושתתת על רשלנות רפואית, אם כי גם בהקשר זה אין לפרקטיקה רפואית מקובלת משקל מכריע... מכל מקום, ככל שהדברים נוגעים לדרישה, כי עובר לביצוע של מהלך רפואי תינתן לכך הסכמה של החולה, לא אומץ במשפטנו כלל הנותן מעמד בכורה לקיום פרקטיקה רפואית מוכחת. בפסיקה אשר עסקה בדרישה, הקרובה לענייננו, כי הסכמתו של חולה לטיפול רפואי תהא הסכמה מדעת, עוצב סטנדרד הגילוי הנדרש מרופא תוך התחשבות, בראש ובראשונה, בזכות היסוד של הפרט לאוטונומיה. לאור זאת נקבע, כי יש לגלות לחולה את כל הסיכונים אשר אדם סביר היה מייחס להם חשיבות בהחלטתו להסכים לביצוע הטיפול... באימוץ אמת מידה זו, נדחתה אמת המידה הרווחת בפסיקה האמריקאית, בה ניתן משקל מכריע לפרקטיקה הרפואית המקובלת... והאינטרסים של הפרט המקבל את הטיפול הועמדו במרכז (ע"א 3108/91 רייבי נועם נ' ד"ר קורט וייגל, פ"ד מז(2) 497).

הנה כי כן, "פסיקתנו אף לא קיבלה את הגישה האמריקנית, הגורסת כי רופא יוצא ידי חובתו אם הוא מוסר למטופל מידע על-פי הפרקטיקה הרפואית המקובלת. אלא, נקבע סטנדרט גילוי גבוה יותר, המבוסס על צרכי המטופל כאדם סביר" (ע"א 6153/97 יובל שטנדל נ' פרופ' יעקב שדה, פ"ד נו(4) 746). תפיסה זו שוללת את הגישה הפטרנליסטית ביחס לחולה, ומכירה בזכותו של זה האחרון לאוטונומיה ולקבלת החלטות עצמאיות-מושכלות, ככל שהדבר ניתן, לגבי הטיפול בו. עמדה על כך השופטת דורנר:

החולה אינו אובייקט. הוא הסובייקט הנושא בתוצאות הסיכון והסיכוי שנוטל הרופא בבחורו בדרך הטיפול. על-כן עומדת לו זכות-יסוד, הנובעת מן האוטונומיה של הפרט, להחליט מדעת, כלומר בידיעת העובדות הרלוואנטיות, אם להסכים לטיפול הרפואי המוצע לו. כנגד זכות המטופל עומדת חובתו של הרופא המטפל למסור למטופל מידע בדבר הטיפול הרפואי שהוא מציע, לרבות אמצעי טיפול אלטרנטיביים והסיכונים והסיכויים הכרוכים בכל אחד מאמצעי הטיפול...

11. הגישה האדנותית, הגורסת כי הרופא יוצא ידי חובתו כלפי המטופל לעניין מסירת מידע אם הוא נוהג על-פי הפרקטיקה הרפואית המקובלת, נדחתה אפוא. אין ספק, להיבטים המקצועיים-רפואיים משקל רב בכגון דא. בידי הרופאים מונח הידע לגבי הטיפולים השונים והבדיקות האפשריות, והם גם מי שעומדים מול החולה הבודד, לעיתים ברגעיו הקשים, ונדרשים להעביר לו את המידע ולקבל יחד עמו את ההחלטות הנדרשות. זוהי משימה קשה. היא מערבת שיקולים מקצועיים-רפואיים, שיקולים אנושיים ולא אחת גם שיקולים תקציביים-מנהלתיים. היא מחייבת מתן משקל למכלול האינטרסים הרלבנטיים, ובראש ובראשונה – לאינטרס של החולה ולזכויותיו, שהרי הוא, בסופו של יום, חש ונושא על גופו את תוצאות ההחלטה המתקבלת. על כן, בפסיקתנו נקבע סטנדרט גילוי, המצוי גם בפסיקה אמריקנית והמקובל בקנדה ובאוסטרליה, המבוסס על צרכיו של המטופל הנדרש לגבש הסכמה לטיפול רפואי (פרשת פלונית נ' מור הנ"ל). יצוין, כי מבחן זה משתקף גם בחוק זכויות החולה, התשנ"ו-1996, הקובע, בסעיף 13 שבו, כהאי לישנא:

- (א) לא יינתן טיפול רפואי למטופל אלא אם כן נתן לכך המטופל הסכמה מדעת לפי הוראות פרק זה.
- (ב) לשם קבלת הסכמה מדעת, ימסור המטפל למטופל מידע רפואי הדרוש לו, באורח סביר, כדי לאפשר לו להחליט אם להסכים לטיפול המוצע; לענין זה, "מידע רפואי", לרבות -
- (1) האבחנה (הדיאגנוזה) והסכות (הפרוגנוזה) של מצבו הרפואי של המטופל;
- (2) תיאור המהות, ההליך, המטרה, התועלת הצפויה והסיכויים של הטיפול המוצע;
- (3) הסיכונים הכרוכים בטיפול המוצע, לרבות תופעות לוואי, כאב ואי נוחות;
- (4) סיכויים וסיכונים של טיפולים רפואיים חלופיים או של העדר טיפול רפואי;
- (5) עובדת היות הטיפול בעל אופי חדשני.
- (ג) המטפל ימסור למטופל את המידע הרפואי, בשלב מוקדם ככל האפשר, ובאופן שיאפשר למטופל מידה

מרבית של הבנת המידע לשם קבלת החלטה בדרך של בחירה מרצון ואי תלות.
(ד) על אף הוראות סעיף קטן (ב), רשאי המטפל להימנע ממסירת מידע רפואי מסויים למטופל, הנוגע למצבו הרפואי, אם אישרה ועדת אתיקה כי מסירתו עלולה לגרום נזק חמור לבריאותו הגופנית או הנפשית של המטופל.

12. אין לכחד, מבחן ציפייתו הסבירה של החולה איננו תמיד קל ליישום. החולים עצמם אינם עשויים מקשה אחת – יש מביניהם המעוניינים במידע רב, אחרים מעדיפים להתנחם באי-הידיעה ושמים מבטחם ברופאים. לא כל מידע ניתן להסביר לכל חולה, ולא כל חולה מסוגל לקבל החלטות מושכלות לגבי עצמו. היקף המידע הטעון גילוי נגזר, בין היתר, מתוחלת הסיכון הכרוך בטיפול (מכפלת הסתברותו ושיעורו) ומהסיכוי הצומח ממנו. יפים לכאן דבריו של בית המשפט העליון בפרשת שטנדל הנ"ל:

ואכן, הסכמה מדעת לטיפול מבוססת על שקלול של חיוניות הטיפול וסיכויי הצלחתו, מצד אחד, עם תדירות הסיכון האפשרי ומידת חומרתו, מצד שני. זהו מאזן הסיכויים והסיכונים. לדוגמה, סביר שמטופל יסכים לטיפול הרפואי היחיד האפשרי להצלת חייו, גם אם הסיכון האפשרי עקב הטיפול הוא חמור ואף תדיר. כן סביר הוא, כי המטופל יתנגד לקבלת טיפול רפואי לצורך ריפוי ליקוי שאפשר להמשיך ולחיות עימו כאשר סיכויי הצלחת הטיפול אינם ודאיים, גם אם הסיכון האפשרי אינו שכיח ודרגת חומרתו נמוכה. הזיקה בין פרטי המידע הרלוואנטיים מגדירה את היקף הגילוי הנדרש, ומחייבת מתן מידע מלא על סיכויי ההצלחה. ככל שהטיפול אינו חיוני, כך כוללת חובת הגילוי מתן מידע מפורט יותר.

והשופטת שטרסברג-כהן כתבה בעניין עלי דעקה:

מטבע הדברים, החלטה אנושית אם ליתן הסכמה לטיפול רפואי, ואם לאו, היא פועל יוצא של השפעות רבות ושל שיקולים מגוונים הנוטלים חלק בגיבוש ההחלטה. כגון, סוג הניתוח שעל החולה לעבור; מידת נחיצותו של הניתוח או הטיפול הרפואי; יחסו של החולה לסיכון – חשש וסלידה, אדישות או אהדה – חומרת מצבו הרפואי של החולה; האפשרות לבחור בטיפול אחר השונה באיכותו ובסיכונים הכרוכים בביצוע; מידת אמונו של החולה ברופא ובמידע שנמסר לו על ידי הרופא; נכונותו לסמוך על הרופא; וכיוצא באלה שיקולים נוספים. לא ניתן לקבוע איזה מן השיקולים מצוי במרכז הכובד של תהליך גיבוש

ההחלטה. משקלם של שיקולים אלה וחשיבותם בגיבוש ההחלטה, אינם קבועים; הם עשויים להשתנות על פי אופיו ונטיותיו של כל אדם השוקל אם להסכים או לסרב לביצוע ניתוח בגופו. שיקולים רבים, שאין לדעת כיצד היו נשקלים ואיזו חשיבות היתה מיוחסת להם, נוטלים חלק בגיבוש ההסכמה או הסירוב לביצוע הניתוח.

הרצון הסובייקטיבי של החולה, כפי שהוא מובע במשפט, אינו סוף פסוק בשאלת הגילוי. יש לבדוק את הציפייה הסבירה של החולה, הנדרש לקבל החלטה מושכלת עובר לביצוע הטיפול. בעת שבא בית המשפט להעריך את אותה ציפייה סבירה, יש לדבר-הרופאים, אנשי המקצוע, חשיבות רבה, וגם ממשאביה המוגבלים של המערכת הרפואית, הנדרשת ליתן מענה לציבור חולים גדול, אין להתעלם. מטעם זה, בין היתר, נקבע כי "אין לדרוש מן הרופאים שהיקף ההסברים שניתנים למטופל יהיה מוחלט, ויכלול סיכונים רחוקים ובלתי משמעותיים. ניתן לצמצם היקף זה לגדרם של סיכונים ממשיים בלבד, שהנם מהותיים בנסיבות העניין" (ע"א 6948/02 פנטה אדנה נ' מדינת ישראל, משרד הבריאות, פ"ד נח(2) 535). אלא שכל השיקולים הללו צריכים להילקח בחשבון ההכרעה בשאלת הציפייה הסבירה של החולה, ואין להמיר את המבחן הזה במבחן הפרקטיקה המקובלת.

13. בפרשת פלונית נ' מור הנ"ל התעוררה השאלה האם מבחן המטופל הסביר צריך לחול גם בנוגע למסירת מידע ביחס לטיבה ולמגבלותיה של בדיקה מן הסוג הנדון. השופטת ד' דורנר השיבה לשאלה זו בחיוב. השופטת ביניש העלתה את השאלה "אם חייב הרופא להעמיד את המטופל על כך שישנם סיכונים חבויים נוספים, שניתן לערוך ביחס אליהן בדיקות נוספות, שעה שאין המטופל שייך לקבוצת סיכון ואין כל אינדיקציה כי סיכון זה רלוונטי לגביו". השופטת ביניש ציינה גם כי בארצות-הברית נחתכה שאלה זו לפי מבחן הרמה המקובלת ברפואה. בסופו של דבר, השופטת ביניש, וכמוה גם המשנה לנשיא ש' לוי, הותירו שאלה זו בצריך-עיון.

היום אנו נדרשים להכריע בעניין זה. אין ספק בליבי, כי המבחן שעניינו צרכי המטופל הסביר צריך לחול לא רק ביחס לטיפול שנעשה, אלא גם ביחס לטיפול שאינו נעשה ושניתן לעשותו במסגרת אחרת. אינני סבור כי יש להבדיל – מבחינת הגדרת המבחן – בין מידע הקשור בהתערבות פעילה לבין מידע לגבי מגבלות הבדיקה המתבצעת ולגבי אפשרויות בדיקה ואבחון נוספות. אכן, ניתן לומר כי המידע מן הסוג הראשון מתוחם יותר, באשר הוא נוגע לפעולה מסוימת, ואילו המידע מן הסוג השני

הוא "פתוח" ועשוי להתפרש על תחום רחב. אך שוני זה, לכל היותר, יש לו השפעה על יישום המבחן, ולא על מהותו. מבחינה עקרונית, אותם שיקולים העומדים ביסוד הבחירה במבחן החולה הסביר ביחס להתערבות פעילה, יפים גם לגבי גילוי מידע ביחס למגבלות הבדיקה הנעשית והאפשרויות הנוספות הפתוחות בפני החולה. ובאותה מידה, הקביעה לפיה אין חובה לגלות כל מידע, והבדיקה מה צריך היה לגלות מראש אינה נבחנת במבט של "לאחר מעשה" – נכונים גם כאן. ברי כי מבחן החולה הסביר איננו מקים חובה על הרופא להעמיד את המטופל על כל סיכון חבוי בלתי-רלבנטי ועל כל בדיקה נוספת שאין הוא זקוק לה. בוודאי אין לראות בגדר חובתו השגרתית של רופא המטפל בחולה במסגרת הרפואה הציבורית, למסור מידע מפורט על כל היתרונות שעשויים לצמוח לו אם יבחר ברפואה פרטית. ברגיל, מי שפונה לרופא במסגרת חברותו בקופת חולים, למשל, מצפה לקבל טיפול הולם במסגרת זו. אולם, בנסיבות מתאימות, עשוי להיווצר צורך ליידע את המטופל לגבי אפשרויות טיפול הזמינות רק במסגרת הרפואה הפרטית – אולי אף במסגרת שירותי-רפואה מעבר לים – וזאת אם אכן מדובר בטיפול או בתרופה שעשויים לסייע למצבו ואינם זמינים ברפואה הציבורית בארץ. הבריאות עומדת בראש מעיינם של רוב בני האדם, וברגיל, אל לו לרופא להכמין מידע העשוי – ולו בהשקעת ממון רב – ליתן סיכוי עדיף לריפוי. את בחירה עליו להתיר בידי החולה; אל לו לצאת מן ההנחה כי ממילא אין החולה מסוגל להגיע לכלל הכרעה מושכלת. מאידך גיסא, אין כמובן צורך להציף את החולה במידע רב ומורכב, שאיננו רלבנטי למצבו או שאיננו בר-מימוש.

14. משהגענו עד הלום, מונחות בפנינו שתי שאלות: האחת, האם היתה אפשרות, בתקופה הרלבנטית (שנת 1986), לבצע סריקה על-קולית טובה ורחבה יותר מזו שנעשתה, שהיה בה כדי לגלות את מצבו של העובר? והאחרת, האם היה זה בגדר הציפייה הסבירה של ההורים, בנסיבות המקרה הזה, כי מידע על אודות האפשרות הזו, במידה וישנו – יגולה להם?

לשתי השאלות הללו יש להשיב בחיוב.

אין מחלוקת כי בשנת 1986 אפשרה בדיקת האולטרא-סאונד, כעיקרון, גילוי מומים כמו זה שעמו נולד המערער. המומחים מטעם המערערים עמדו על כך, אולם גם ד"ר יפה, המומחה מטעם המשיבים, אישר זאת. הוא הסביר, אמנם, כי כיום יש שיפור משמעותי ברזולוציה, וישנה יכולת טובה יותר לראות את אבריו של התינוק. "ולמשל לגבי נושא של כף יד" – לדבריו – "אם היד היא מכופפת, אם האגרוף הוא קמוץ, לא

ניתן, היה הרבה יותר קשה לראות זאת בטכניקה הקודמת". ואולם, הוא מדגיש, "אני לא אומר שבלתי אפשרי, ניתן היה, אבל הרבה יותר קל לראות את זה יום בטכניקות שמצויות היום". בהמשך החקירה נשנו הדברים: ניתן היה, לדברי המומחה, לראות את כף ידו של העובר ואת אצבעותיו, וזאת אף בסקירה לא וגינלית, כאשר לעיתים יש צורך להמתין עד שהעובר משנה תנוחה או פותח את כף ידו. מנהל מכון מור העיד כי "בשנים 85-86 מה שאני יכול לומר זה שנעשתה בדיקה רחבה יותר על ידי רופאים פרטיים בפרקטיקה הפרטית בלבד, תמורת תשלום מאד גבוה, שהם אז היו נכנסים להרבה מאד פירוט יתר לעומת הבדיקה הרוטينية שהיתה מבוצעת במוסדות הבריאות המקובלים...".

15. הנה כי כן, כבר בשנת 1986 ניתן היה לערוך סריקה על-קולית מורחבת וממוקדת יותר מזו שנעשתה באפן שגרתי במסגרת הרפואה הציבורית. לשיטתי, מידע על כך צריך היה לבוא לידיעת ההורים, על-מנת שיוכלו הם להחליט האם ברצונם לעבור, ולו בתשלום, את הסריקה המורחבת.

בפרשת פלונית נ' מור פסקה השופטת ד' דורנר בזו הלשון:

בענייננו, סריקת המערכות נועדה לגלות מומים בעוברים. אלא שכאמור, שלימות השלד נבדקת רק תמורת תשלום. על-פני הדברים נראה כי על-אף השיעור הנמוך של קיום מומים מסוג זה בעובריהן של נשים בריאות, מטופלת סבירה נזקקת למידע אודות הבדיקות השונות שניתן לבצע כדי שתוכל להחליט אם להסתפק בבדיקה המצומצמת המוצעת לה.

באותו מקרה דובר באמהות בריאות, צעירות, ללא חשש ללידת ילדים בעלי-מום. עם זאת, הדגיש שם בית המשפט כי האמהות "לא הסתפקו בטיפול הניתן במסגרת הרפואה הציבורית", אלא טופלו על-ידי הרופאים באופן פרטי. כך גם בענייננו: האם טופלה על-ידי המשיב 2 במסגרת קופת חולים, אולם בנוסף היא שכרה את שירותיו באופן פרטי. כך נאמר בכתב הערעור, והמשיבים לא טענו אחרת. משמעות הדבר היא, כי האם, במעשיה, העידה על עצמה שאין היא מסתפקת בשירותי הרפואה הציבוריים, וחפצה לנקוט בצעדים נוספים – גם אם אלה כרוכים בתשלום, על-מנת למנוע, ככל הניתן, תקלות. בנסיבות אלה נראה לי כי מקבלת משנה תוקף החובה למסור לה מידע אודות מגבלות הבדיקה השגרתית ויתרונות הבדיקה "הפרטית". זאת ועוד, אין מחלוקת כי ההיריון הוגדר כהיריון בסיכון גבוה – עקב גילה ועקב עברה המיילדותי. בית המשפט המחוזי קבע כי האם טופלה באופן ממוקד למול גורמי סיכון אלה, ולא היה

צורך בטיפול נוסף. אלא שגם אם כך הדבר, עדיין ראוי היה ליתן בידי האם למודת ההריונות הבעייתיים, מידע שיאפשר לה לבדוק שהפעם, אל נכון, הכל תקין (זאת כמובן במגבלות הבדיקות העומדות לרשותה). יש לזכור גם כי מדובר באם שעברה הפלה יזומה, עקב חשש מפני מומים בעובר (בשל מחלת אדמת). בחירתם של הרופאים שלא לחשוף בפני האם אפשרויות נוספות שעמדו לרשותה, מתוך תפיסה כי "לנשים שהן בסיכון נמוך אין שום מקום ואין שום צורך לעשות את זה. ואנחנו לא עושים את זה" – כלשונו של המומחה מטעם המשיבים – יש בה משום פטרנליזם.

מסקנתנו היא, אם כן, כי אי-מסירת המידע לאם עלתה כדי התרשלות מצד המשיבים 1 ו- 2 (לא מצאתי עילה להתערב במסקנתו של בית המשפט קמא כי לא הוכחה התרשלות מצד המשיב 3 – מסקנה העולה בקנה אחד גם עם עמדתו של בית משפט זה בפרשת ברמן הנ"ל). אלא שבכך לא סגי כדי להטיל אחריות על המשיבים. שאלה נוספת, נפרדת, היא שאלת הקשר הסיבתי.

הקשר הסיבתי

16. ברגיל, שאלת הקשר הסיבתי הצריכה הכרעה כאשר נטענת טענה של אי-קבלת "הסכמה מדעת", היא השאלה הבאה: האם, אילו נמסר המידע, היה החולה בוחר לעבור את הטיפול הרפואי, שבדיעבד התברר כי גרם לו נזק. "שאלת הקשר הסיבתי כאשר הנזק נגרם שלא מטיפול רשלני, אלא עקב העדר מידע מספיק לקבלת 'הסכמה מדעת' של המטופל, היא שאלה סבוכה לעצמה. משהכרנו בהתנהגות רשלנית כזו מצד הרופא כגורם אפשרי לנזק, הרי המבחן לעניין זה יהיה האם החולה, אילו קיבל את המידע המלא, היה מקבל על עצמו מרצון את הטיפול המוצע" (דברי השופט ת' אור בפרשת עלי דעקה הנ"ל). ההכרעה בשאלה זו איננה פשוטה לעיתים (ראו ע"א 4384/90 ואתורי נ' בית החולים לניאדו, תקדין-עליון 505 (1) 97), אולם בסופו של יום, היא נחתכת בדרך-כלל לכאן או לכאן – הכל או כלום (לגישה הסתברותית גם בעניין זה ראו דברי השופט שטרסברג-כהן בפרשת עלי דעקה הנ"ל).

17. אלא שבמקרה שבפנינו שאלת הקשר הסיבתי אף מורכבת יותר. כאמור, המידע שלא נמסר, במקרה זה, אין עניינו טיפול אקטיבי שנעשה בחולה, כי אם בדיקה שלא נעשתה ושניתן היה לעשותה במסגרת הרפואה הפרטית. שוני זה משליך על שאלת הקשר הסיבתי. שאלה זו, בנסיבות המקרה דנן, מורכבת משלוש שאלות-משנה: האחת, אילו נמסר המידע להורים, האם הם היו פונים לשירותי הרפואה הפרטית ומבצעים סריקת מערכות מורחבת? שנית, בהנחה שהתשובה לשאלה הראשונה היא בחיוב –

האם בדיקה זו היתה מגלה את הפגם? ושלישית, בהנחה שגם התשובה לשאלה השנייה היא בחיוב – האם גילוי הפגם היה מביא לסיום ההיריון?

השאלה הראשונה דומה לשאלה שהצגנו קודם, הנשאלת ברגיל בתיקי "הסכמה מדעת" (האם החולה היה מסכים לטיפול אילו נמסר לו המידע הדרוש). מדובר בשאלה היפותטית הנוגעת לדרך שבה היה אדם מתנהג בנסיבות עובדתיות שלא התקיימו. שאלה זו התשובה עליה אינה קלה, והיא כרוכה לרוב בסוגיות של מהימנות העדויות, אך בסופו של יום, בית המשפט נדרש לקבוע ממצא בעניין זה, על-פי מכלול נסיבות המקרה. במקרה שבפנינו, אין ממצא של הערכאה המבררת ביחס למרכיב זה של הקשר הסיבתי. יצוין כי על-פי נסיבות המקרה ניתן היה אולי לטעון כי נגרם למערערים "נזק ראייתי" משלא נתאפשר בירור עמדתם לגבי ביצוע הבדיקה הנוספת. אלא שטענה זו התשובה לה אינה פשוטה בנסיבות היפותטיות שכאלה, ומכל מקום, גם היא צריכה בירור בערכאה המבררת תוך שמיעת טענות הצדדים.

18. השאלה השנייה היא בעלת אופי אחר. היא הסתברותית, סטטיסטית מטיבה: מהי ההסתברות לגילוי פגם של חסר כף יד בסקירת מערכות המתבצעת במסגרת הרפואה הפרטית. למעשה, השאלה המתעוררת כאן עניינה "אובדן סיכויי גילוי מחלה", על משקל הדוקטרינה המוכרת של "אובדן סיכויי החלמה". לגבי זו האחרונה, נראה כי הרעיון העומד מאחוריה הוא קביעת ראש-נזק של "אובדן סיכויי החלמה", כאשר על התובע להראות כי נתקיימו יסודות העוולה ביחס לראש-נזק זה. הדוקטרינה אינה סוטה, על פני הדברים, מן הכלל הרגיל של "הכל או כלום", שכן היא מחייבת את התובע להוכיח, במאזן ההסתברויות, כי הנתבע גרם ברשלנות לנזק מן הסוג האמור, ומשנקבע שכך הוא, החבות נסבה על הנזק כולו (ע"א 7469/03 המרכז הרפואי שערי צדק נ' כהן, תק-על 2005(2) 406).

דוקטרינת "אובדן סיכויי החלמה" עניינה בהסתברות שאילו נתגלתה המחלה, ניתן היה לרפא את החולה. בענייננו השאלה נוגעת לנדבך קודם – אילו נעשתה הבדיקה, מהי ההסתברות שהמחלה היתה מתגלית. ניתן לסבור – ואיננו קובעים מסמרות בעניין זה – כי אין סיבה להבדיל בין זו לבין זו, וכי לפיכך ראוי להחיל כללים דומים כאן ושם. דרך אחרת שניתן לשקול להתמודדות עם הסיבתיים העמומה בענייננו מצויה בדוקטרינת הנזק הראייתי (השוו ע"א 9328/02 לאה מאיר נ' ד"ר דן לאור, תק-על 2004(2) 837, שם הוחלה הדוקטרינה, בפן הראייתי שלה, במקרה של רשלנות באי קיומן של בדיקות רפואיות, אשר לו בוצעו היו יכולות להצביע על הגורמים לנזק).

אולם גם בעניין זה לא נשמעו טענות מפי הצדדים, ובית המשפט קמא לא הכריע בפסק-דינו באשר לרכיב זה של הקשר הסיבתי בפסק-דינו. יצוין, כי במסגרת ניתוח עמדות המומחים, הזכיר בית המשפט מאמר שהוצג במשפט, שעניינו הקושי בצפיית קצות גפיים בבדיקת אולטרא-סאונד. כמו-כן נשמעו דעות שונות על-ידי המומחים בנוגע לעניין זה, ובין היתר, דובר על כך שדרוש כי העובר יפתח את כף ידו בכדי שניתן יהיה "לספור גלילים". אלא שהכרעה בשאלת ההסתברות לגילוי הפגם של חסר כף יד, באמצעים שהיו קיימים בשנת 1986 – לא מצינו.

19. שאלת הקשר הסיבתי השלישית מעלה את טענת "טוב מותי מחיי" (הולדה בעוולה). סוגיה זו נתבררה בבית משפט זה בע"א 518/82 ד"ר רינה זייצוב נ' שאול כץ, פ"ד מ(2) 85, ונשמעו לגבי עמדות שונות. בית המשפט קמא לא דן בה בענייננו, לאור מסקנתו בדבר היעדר התרשלות.

עתה, משהגענו למסקנה שהגענו בסוגיית ההתרשלות, אין מנוס מהחזרת התיק לבית המשפט המחוזי, על-מנת שיקבע ממצאים ויכריע בשלוש השאלות שמנינו שעניינן הקשר הסיבתי. אם לאור הבירור המשלים יגיע בית המשפט למסקנה כי קמה חבות של המשיבים – ואיננו מביעים כל עמדה בעניין זה – ימשיך וידון בעניין גובה הנזק.

עניין נוסף הטעון בירור עובדתי לאור המסקנה אליה הגענו, נוגע לטענת ההתיישנות שהעלו המשיבים ביחס לתביעתם של האב והאם (להבדיל מתביעתו של המערער). בית המשפט יתייחס אפוא בפסק-דינו המשלים גם לעניין זה.

הערעור מתקבל, אם כן, במובן האמור. בנסיבות המקרה, לא ראיתי לעשות צו להוצאות.

ש ו פ ט

השופטת מ' נאור:

1. תמימת דעים אני עם חברי השופט א' ריבלין בקביעתו כי אין לאתר רשלנות באי גילוי חסר הגפה בבדיקות האולטרא-סאונד השגרתיות והמצומצמות שבוצעו באם.

2. ואולם, חברי מציע להחזיר את התיק לבית המשפט המחוזי כדי לברר אם בנסיבות הענין היה צורך לחשוף בפני האם מידע נוסף אודות מגבלות הבדיקות שנעשו לה ואודות האפשרויות הנוספות שהיו פתוחות בפניה, ולו במסגרת הרפואה הפרטית. על חלק זה של חוות דעתו של חברי חולקת אני. לדעתי אין מקום להחזיר את התיק לבית המשפט המחוזי ויש לדחות את הערעור. אבאר את גדר המחלוקת, הנוגעת, להבנתי, לא לעקרונות שמציע חברי אלא ליישומם.

3. אני חולקת על חברי הקובע כי בנסיבות מתאימות עשוי להיווצר צורך ליידע את המטופל לגבי אפשרות טיפול המוצעת רק במסגרת הרפואה הפרטית – ואולי אף במסגרת שירותי רפואה מעבר לים. כך יש לעשות, אכן, כשמדובר בטיפול או בתרופה שעשויים לסייע לחולה ואינם זמינים ברפואה הציבורית בארץ. כשחולה אובחן כסובל ממחלה מסויימת, וישנה תרופה שאינה מצויה ב"סל" הבריאות, תרופה שהרופא המטפל סבור כי תוכל להועיל למטופל יותר מאשר התרופה שב"סל" – מקובל עלי שעל הרופא ליידע את החולה בדבר קיומה של התרופה. עליו להשאיר להחלטתו של החולה את השאלה אם לרכוש את התרופה מכספו אם לאו. שאלה זו כרוכה לא אחת באפשרויות הכספיות של החולה וגם בפער בין ההשפעה של התרופה שב"סל" לזו שאינה נמצאת בו. על הרופא לספק את המידע הנדרש, והחולה – יחליט.

4. גם חברי סבור כי חובת הגילוי נוצרת "בנסיבות מתאימות" (פיסקה 13 לפסק דינו). חובת הגילוי אינה קיימת בחלל הריק. היא תלויה תמיד בנסיבות הענין. לדעתי בנסיבות הענין שבפנינו לא היתה סיבה ליידע את התובעת בענין אפשרויות בדיקה מקיפה יותר במסגרת הרפואה הפרטית. לדעת חברי, כיוון שכבר בשנת 1986 ניתן היה לערוך סריקה על-קולית מורחבת וממוקדת יותר מזו שנעשתה באופן שגרתי במסגרת הרפואה הציבורית, מידע על כך צריך היה לבוא לידיעת ההורים, כדי שיוכלו הם להחליט האם יש לעבור, ולו בתשלום, את הסריקה המורחבת. כיוון שהדבר לא נעשה -

מסקנתו של חברי היא כי ישנה התרשלות באי מסירת מידע זה (פיסקה 15 לחוות דעתו). אף שתמימת דעים אני, כאמור, עם חברי ש"בנסיבות מתאימות" קמה חובה על הרופא לגלות לחולה קיומה של בדיקה או תרופה שניתן לקבל במסגרת פרטית, בנסיבות הענין דעתי שונה מדעתו. אין מקום לקבוע, בענייננו, כי היתה התרשלות.

5. בעולם הרפואה המודרני קיימות בדיקות רבות ומגוונות חלקם מדויקות יותר וחלקם מדויקות פחות, המאפשרות לגלות קיומה של מחלה המקננת בגופו של אדם. חלקן של הבדיקות יקרות ביותר. לא אקבע מסמרות, ודומני שגם חברי אינו עושה כן, בשאלה מתי ראוי להפנות את תשומת הלב לאפשרויות של בדיקות נוספות. ניתן להביא דוגמאות לא ממצות: גם לדעתי יש טעם בהפניה לבדיקה נוספת כאשר ידוע, על פי הסטנדרטים הרפואיים המקובלים, שהבדיקות הנעשות במסגרת הרפואה הציבורית אינן מספקות ויש צורך בבדיקות משלימות; יש טעם בהפניה לבדיקה נוספת גם כאשר ישנה אינדיקציה לצורך בבדיקה כזו, כגון חשד למחלה מסוימת שהבדיקה אליה נשלח המטופל לא גילתה אותה. אכן, בהתקיים סיבות המצביעות על הצורך בבדיקה נוספת שאיננה ניתנת ברפואה הציבורית, גם לדעתי יש להצביע על קיומה בפני המטופל. כך גם, כמבואר, כשמתעורר צורך בתרופה מסוימת, עד כאן דומני שבין חברי לביני ישנה מידה רבה, אם לא מלאה, של הסכמה על עקרונות.

6. המחלוקת היא בשאלה האם לפנינו "נסיבות מתאימות" בהן קמה חובת הגילוי. על כך – תשובתי בשלילה. בנסיבות הענין שלפנינו לא היה לדעתי צורך להפנות את ההורים לבדיקה נוספת כזו. כל שנקבע בפסק דינו של חברי בענין העדר התרשלות – ובענין זה דעתי כדעתו – אוצל גם על סוגיית הצורך במתן הסבר נוסף. בלשון אחרת אין לומר, על יסוד הידע שהיה קיים ב-1986 כשמכשיר האולטרא-סאונד היה בחיתוליו, שהיה ידוע על פי סטנדרטים מקובלים שיש צורך בבדיקות נוספות. גם הסיבות בגינן הוגדר ההריון כהריון בו סיכון גבוה (ההיסטוריה המיילדותית וגילה של האם) לא היו

אינדיקציה לצורך בבדיקה משוכללת יותר. כשם שאין בענייננו התרשלות בטיפול, כך אין התרשלות באי הפניה לבדיקה נוספת. שאלת ההתרשלות והשאלה אם נמסר מידע שאינו מספיק כרוכות ושלובות זו בזו. המסקנה בשתי הסוגיות היא לדעתי בשלילה: לא היתה התרשלות ולא היתה סיבה למסירת מידע נוסף.

7. לשיטתי אין צורך לדון בשאלת הקשר הסיבתי ובשאלת ה"הולדה בעוולה". עם זאת לא אוכל להימנע מלומר כי קשה, לדעתי, לומר על ילד חסר כף יד (הסובל גם מבעיות נוספות) כי "לידתו בעוולה" וכי "טוב מותו מחייו".

8. אם תישמע דעתי נדחה את הערעור.

ש ו פ ט ת

השופטת א' חיות:

במחלוקת שנפלה בין חבריי, דעתי כדעת חברי השופט ריבלין. בניגוד לגישתה של חברתי השופטת נאור, הסוברת כי - "כשם שאין בענייננו התרשלות בטיפול אין התרשלות באי הפניה לבדיקה נוספת", אני סבורה כי חובת הגילוי בדבר קיומה של בדיקת על-שמע מורחבת ומקיפה קמה, בין היתר ולעתים אף ביתר שאת, בנסיבות אשר בהן לא הייתה מוטלת על הרופא המטפל החובה לבצע בעצמו בדיקה כזו במסגרת הבדיקות השגרתיות הניתנות למטופלים ברפואה הציבורית. השאלה מה היקפה של חובת הגילוי בנסיבות כגון אלה, היא אכן שאלה מורכבת אך נראה לי כי כאשר מדובר בבדיקות המבוצעות במהלך ההיריון והמיועדות לאתר מומים בעובר, מותר להניח כי קיימת אצל כל הורה צפייה סבירה לקבל בעניין זה את מלוא האינפורמציה האפשרית מן הרופא, על מנת שיוכל לכלכל את צעדיו ולהחליט אלו בדיקות ברצונו לבצע, בנוסף לבדיקות שמעמידה לרשותו הרפואה הציבורית. זאת תוך שיקלול כל הנתונים הרלוונטיים לעניין ובהם: עלויות הבדיקה, הסיכון הכרוך בבדיקה ומידת ההסתברות להימצאות אותו הפגם בעובר הספציפי. בחירה זו נשללה מן המערערים במקרה הנדון, משום שהמשיב 2 לא הביא לידיעתם את האפשרות שהייתה קיימת במועד הרלוונטי

לבצע בדיקה מקיפה ומורחבת כזו בשוק הרפואה הפרטי. מטעמים אלה, תמימת דעים אני עם חברי השופט ריבלין כי יש מקום להחזיר את הדיון לבית משפט קמא על מנת שישלים את הדיון ויבחן את כל השאלות הנוספות הצריכות הכרעה, נוכח מסקנה זו.

ש ו פ ט ת

הוחלט, ברוב-דעות, כאמור בפסק-דינו של השופט ריבלין, כנגד דעתה החולקת של השופטת נאור.

ניתן היום, י"ח בכסלו התשס"ו (19.12.05).

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט