

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 119/05

וערעור שכנגד

בפני :

כבוד השופט א' ריבלין
כבוד השופט ס' ג'ובראן
כבוד השופטת ד' ברלינר

המערערים
והמשיבים שכנגד :

1. אמין מחמוד חליפה
2. פאיקה חליפה
3. מחמוד חליפה

נ ג ד

המשיבים
והמערערים שכנגד :

1. מדינת ישראל, משרד הבריאות
2. ד"ר משה בן עמי
3. ד"ר יואל גיסלביץ
4. קופת חולים כללית

ערעור וערעור שכנגד על פסק דינו של בית המשפט המחוזי
בחיפה מיום 26.12.2004 בתיק א' 363/00 שניתן על ידי
כבוד השופט י' כהן

תאריך הישיבה :

י"ד בתמוז התשס"ו (10/7/06)

בשם המערערים
והמשיבים שכנגד :

עו"ד רון וורמברנד

בשם המשיב 1
והמערער שכנגד :
בשם המשיבים 2-4
והמערערים שכנגד :

עו"ד עמיר אלמגור, עוד יוסף נוילנדר

עו"ד רפאל גלס

פסק-דין

השופטת ד' ברלינר:

ערעור על פסק דינו של ביהמ"ש המחוזי בחיפה, השופט י. כהן מיום 26.12.04
בו נדחתה תביעתם של המערערים כולם, להכיר בהולדתו של המערער 1 כהולדה

בעוולה, שנגרמה בשל רשלנותם של המשיבים או מי מהם. הרשלנות על פי הנטען, התבטאה באי איתורו של מום מולד שניתן היה לאיתור.

א. רקע כללי

1. אמין חליפה (להלן: אמין או המערער) נולד בתאריך 11.11.90. מייד עם לידתו אובחן כבעל מום מולד הידוע בשם Spina Bifida, בעברית: "שדרה שסועה" (להלן: ספינה ביפידה).

2. ספינה ביפידה הוא פגם באיחוי של עמוד השדרה. תעלת השדרה מתפתחת בשבועות הראשונים של ההיריון. כאשר התעלה אינה מתאחה באופן מלא, פורצים חלק מעצבי עמוד השדרה והקרומים העוטפים אותו, החוצה אל מחוץ לתעלה. פריצה זו יוצרת פגיעה קשה במערכת העצבים המרכזית. אמין נולד עם ספינה ביפידה "פתוחה" (דהיינו הפריצה אינה מכוסה), שמשמעותה חוסר נוירולוגי כבר עם לידתו. הנכות שנגרמה לו היא נכות מקסימאלית והיא מגיעה ל 100%, לצמיתות. הנכות היא הן בתחום המוטורי והן בתחום הנפשי. אמין לא יוכל לדאוג לעצמו אף פעם ומצבו ככל הנראה לא ישתנה.

3. אמו של אמין, פאיקה (להלן: פאיקה), הייתה בזמן ההיריון במעקב בתחנה לבריאות האישה במקום מגוריה, אום אל פחם. הריון זה היה הריונה הרביעי, לאחר שילדה שלושה ילדים בריאים. מאוחר יותר, הייתה במעקב במרפאת הריון בסיכון גבוה בבית חולים "העמק" בעפולה, זאת בשל היותה חולה במחלת לב נרכשת (בהבדל מתורשתית). הסיכון לא היה לשלומם של העובר, אלא רק לשלומה של האם. אין מחלוקת על כך שבמהלך ההיריון, לא עברה פאיקה בדיקת חלבון עוברי, שמטרתה גילוי מומים פתוחים במערכת העצבים. אין מחלוקת גם על כך שלא נערכה לה בדיקת אולטרא סאונד ממוקדת (להלן: US או סקירת מערכות). פאיקה עברה בדיקת אולטרא סאונד בסיסית (להלן: בדיקת אולטרא סאונד) אחת, בשבוע ה 17 כדי לקבוע את גיל ההיריון. בבדיקה זו לא נבדק עמוד השדרה, וממילא לא התגלה קיומה של ספינה ביפידה. בבית משפט קמא טענו אמין והוריו (להלן: המערערים) כי לו היו נערכות בדיקות אלה ניתן היה לאבחן ולגלות את המום במועד.

4. כפועל יוצא מן האבחון, לו היו ההורים מדווחים על הממצאים, היו מסכימים להפסיק את ההיריון ולמנוע הבאת ילוד בנכות קשה (סע' 35 לכתב התביעה).

5. על פי הנטען, מי שהיה אחראי לכך שפאיקה תעבור את הבדיקות הנ"ל הם מדינת ישראל (משרד הבריאות) שהפעילה את התחנה לבריאות המשפחה, קופת חולים כללית שהפעילה את בית חולים העמק, וכן הרופאים הספציפיים שטיפלו בה. משלא דאגו לכך- התרשלו.

בית משפט קמא

6. בפני בית משפט קמא הובאו שלוש חוות דעת מטעם הצדדים, כדלקמן: חוות דעתו של פרופ' י' שנקר (להלן: שנקר), מומחה למיילדות, מטעם המערער. שאלו עיקריה: פאיקה הייתה נתונה לסיכון הריוני גבוה בגלל מחלת הלב שלה. בקרב אוכלוסיית המיעוטים, אליה משתייכים המערער ופאיקה, מומים מולדים רבים. בדיקת החלבון העוברי הייתה נהוגה כדרך שגרה בשנת 1990. בדיקה זו, לו הייתה נערכת, ובהנחה שהייתה מתגלית רמה גבוהה של חלבון עוברי בדם האם, הייתה אמורה להוביל לעריכת בדיקות נוספות לרבות סקירת מערכות. בדיקה זו, הייתה יכולה לאבחן את הפגם של העובר באחוזים גבוהים ביותר. בפועל, בבדיקת האולטרא סאונד היחידה שנערכה לפאיקה (בשבוע ה- 17 להריון, כאמור) לא נבדק עמוד השדרה של הילוד.

7. בית משפט קמא סבר כי חוות הדעת של פרופ' שנקר היא מגמתית ומשום כך יש להיזהר בה. את המגמתיות הסיק ביהמ"ש קמא מאלה: הסיכון ההריוני הגבוה של פאיקה אינו מהווה אינדיקציה לחשש לחיי העובר לפיכך אין לקשר בין הגדרת ההריון כהריון בסיכון גבוה, לבין אי ביצוע בדיקות אשר מטרתן לגלות מומים בעובר. אחוז המומים הגבוה אצל בני מיעוטים כתוצאה מנישואי קרובים, אינו רלבנטי, שכן פאיקה ובעלה אינם קרובים, אין למשפחה היסטוריה של בעיות גנטיות ובנוסף שלושת ילדיה הראשונים של פאיקה בריאים לחלוטין. לצד ה"יש" ציין כב' השופט קמא גם את ה"אין" בחוות הדעת: לא אוזכרה עובדה שלפאיקה הוצע לעבור בדיקת חלבון עוברי והיא סירבה, ההתעלמות מנתון זה מצביעה על כך שהמומחה התעלם מעובדות שלא היו נוחות לו.

8. חוות הדעת הנוספת הייתה של ד"ר י. בליקשטיין (להלן: בליקשטיין), מטעם מדינת ישראל - משרד הבריאות. על פי האמור בה לא היה מקובל להפנות נשים בהריון, כעניין שבשגרה, בתקופה בה נולד המערער לסקירת מערכות. גם לפי הנוהל שפורסם על ידי משרד הבריאות בשנת 1993, לא היה צורך להפנות את פאיקה לסקירת מערכות. למחלת הלב של פאיקה אין קשר להתפתחות ספינה ביפידה והיא לא הייתה בסיכון בהיבט זה. בחוות הדעת מצוין גם כי פאיקה לא נטלה תרופות בתקופה שלפני ההריון ובמהלך 20 השבועות הראשונים לו. בית המשפט אימץ נתון עובדתי זה.

9. המומחה השלישי שחיווה דעתו בפני בית המשפט קמא, פרו' צ. חגי (להלן: חגי), מטעם קופת חולים כללית ורופאיה חזר על עיקרי הדברים שצוינו כבר לעיל, קרי: כי מחלתה של פאיקה, אשר בעטייה הוגדר ההיריון בסיכון גבוה, לא השפיעה על התפתחות המום בעובר. אף הוא ציין כי בשנת הולדת המערער לא הייתה הנחייה לבצע סקירת מערכות כעניין שבשגרה.

10. בהתבסס על הכתוב בכרטיס המעקב בתחנה לטיפול באם ובילד: "חלבון עוברי W11 17.6.90 לא בוצע, לא מעוניינת", הסיק בית משפט קמא כי הוצע לפאיקה לעבור בדיקת חלבון עוברי אך היא סירבה לביצוע הבדיקה. בית המשפט קיבל את הרישום בכרטיס כראיה קבילה ואף ייחס לה משקל רב, זאת, למרות הכחשתה של פאיקה כי הבדיקה הוצעה לה וחרף העובדה כי האחות שרשמה את הרישום, נפטרה, ולא ניתן היה לשמוע מפיה, מה היו נסיבות הרישום.

11. בית משפט קמא מנה את הנסיבות אשר הביאו אותו להעדיף את הרישום על פני גרסתה של פאיקה: מדובר ברישום שבוצע במהלך המעקב השוטף באשר להתפתחות ההיריון וכחלק מהשגרה המקובלת בתחנה לטיפול האם והילד. ניתן להבין את סירובה של פאיקה על רקע הנתונים הבאים: ביצוע הבדיקה הכביד עליה, הן מבחינת המרחק הרב בין עירה לבין מקום הבדיקה והן מבחינת התשלום אותו נדרשה לשלם עבורה. על פניו לא נראה כי יש להשקיע מאמץ כה רב כשהסיכון מועט, לאור העובדה שאר ילידיה כולם בריאים. מעל כלל הנסיבות ריחף רצונה הבלתי מתפשר של פאיקה, לאורך ההיריון כולו, להמשיך בהיריון למרות האיום על חייה. פאיקה גם דחתה בדיקות אחרות, למשל בדיקת אקו לב עוברי, שנועדה לבדוק האם העובר לוקה בליבו.

12. בדיקת החלבון העוברי הוצעה לה בשנית ב 1.8.90, כחלק מתוכנית טיפול שהותוותה לה עם קבלתה לטיפול במרפאה של בית החולים ה"עמק" בעפולה. לא הוברר בוודאות מדוע לא בוצעה הבדיקה. על רקע התנהגותה הקודמת של פאיקה הניח בית המשפט ב"סבירות גבוהה" כי הבדיקה לא התקיימה מחוסר עניין בביצועה, מצד פאיקה.

13. אליבא דבית משפט קמא, כיוון שבדיקת החלבון העוברי הינה בדיקת רשות, מרגע שסירבה פאיקה לבצע אותה, יצאו המטפלים בה ידי חובתם. גם בעובדה שרופאיה לא ניסו לשכנע אותה, לא ראה בית משפט קמא משום רשלנות. במיוחד לאור שלושת ההריונות הקודמים ושאר ילדיה הבריאים, ולנוכח העובדה כי סיבת הגדרת ההיריון כהיריון בסיכון נבע ממצב האם ולא מחשש לעובר. בלשונו של השופט קמא: "אין אני סבור שיש מקום לקבוע כי בכך שאנשי הצוות הרפואי לא "נדנדו" לפאיקה

בעניין הבדיקה, וניסו לשכנעה לבצעה היפרו הם את חובת הזהירות כלפי התובעים. פאיקה היא אישה מבוגרת... משהוצע לה לבצע בדיקה היה עליה לקבל ההחלטה המתאימה ואם החליטה שאינה מעוניינת בביצועה – כי אז ההחלטה היא החלטתה ואין מקום לטענות כלפי הצוות הרפואי". הציטטה דלעיל היא למעשה ליבת ההחלטה של ביהמ"ש קמא ובדיעבד- היא עומדת במוקד המחלוקת בערעור, (הגם שאיננה השאלה היחידה).

14. כיוון שבדיקת החלבון העוברי אמורה לשמש אינדיקציה לסקירת מערכות, הרי שמרגע שזו הראשונה לא התבצעה, מהסיבות שנמנו לעיל, אין לבוא בטענות מדוע לא התבצעה זו האחרונה. המערערים טענו בהקשר זה כי חרף אי עריכתה של בדיקת החלבון העוברי עדיין נהגו הנתבעים באופן רשלני משלא שלחו את פאיקה לסקירת מערכות, זאת בהתבסס על הטענה כי בדיקה זו הייתה נהוגה כבדיקה שגרתית בישראל של שנות ה-90.

15. השאלה האם היה מקובל בשנות ה-90 להפנות כל אישה לביצוע סקירת מערכות באופן שיגרתי ללא אינדיקציה להתפתחות חריגה, נתונה במחלוקת בין חוות הדעת השונות שהוגשו לבית המשפט. פרו' שנקר טען כי הבדיקה הייתה סטנדרט מקובל, גם אם לא הייתה חובה לבצעה מטעם משרד הבריאות. לעומתו ד"ר בליקשטיין וד"ר חגי טענו כי הדבר לא היה נהוג. רק 3 שנים לאחר הולדת המערער בתאריך 8.6.93 פורסם חוזר מנכ"ל משרד הבריאות, הממליץ לערוך בדיקת סקירת מערכות, והנהיג בדיקה זו באופן רוטיני. בית משפט קמא אימץ את דעתם של דר' בליקשטיין ודר' חגי תוך שהוא נסמך גם על פסק הדין ע"א 434/94 ברמן ואח' נ' מכון מור, פ"ד נ"א(4) 205 (להלן: פס"ד ברמן), אשר קבע כי בדיקת אולטרא סאונד, אינה רשלנית למרות שהיא נמוכה מן הרמה המקובלת ברפואה הפרטית. קביעה זו מבוססת על שיקלול רמת הסיכוי והסיכון כי העובר יהיה בעל מום, לעומת עלות הבדיקה, ובהתחשב בתקציב הרפואה הציבורית בישראל. מכאן הסיק בית המשפט כי אין לבוא בטרוניה אל מטפליה של פאיקה, על כך שהסתפקו בבדיקה הבסיסית בלבד.

מסקנתו הכוללת של ביהמ"ש קמא הייתה כי חרף העובדה שבדיקות חלבון עוברי וסקירת מערכות היו חושפות ככל הנראה את קיומו של המום – לא הוכחה רשלנות בדרך ההתנהלות של המשיבים או מי מהם במהלך הריונה של פאיקה.

עיקר הטענות בערעור

התרשלות המשיבים באי שליחת האם לסקירת מערכות (US).

16. הבחינה העובדתית: שגה בית משפט קמא בקובעו כי לא היה מקובל בישראל, לפני שנת 1993, לבצע סקירת מערכות בשליש השני להריון. מסקנתו התבססה בין היתר על אימוץ מוטעה של פסק דין ברמן. המערערים מפנים לדבריו של בית המשפט המחוזי בעניין ברמן (עמ' 8 לפסק הדין) ולפיהם: "בערך בשנת 1988 נוצר בארץ נוהג לבצע סקירת מערכות במהלך הטרימסטר השני של ההיריון" ובהמשך (עמ' 9): "בדיקה זו התמסדה והיא מקובלת על כלל הגניקולוגים". לטענת המערער סקירת מערכות רוטינית ב-1990 כללה גם בדיקה של עמוד השדרה, והיה ביכולתה לאבחן ספינה ביפידה.

17. קביעת בית משפט קמא, כי חוזר משרד הבריאות מ-1993, יצר נוהג חדש, בטעות יסודה. פסקי דין רבים מוכיחים כי החוזר בסך הכול מיסד נוהג קיים. כך בפסק דין 1567/93 פלונית נ' ד"ר שטינהרץ, לא פורסם (עמ' 25): "אמנם עד לשנת 1993 לא הנחה משרד הבריאות ביצוע בדיקות כאמור, אך אין זאת אומרת שבפרקטיקה הנוהגת, פעלו אחרת". כמו כן פס"ד ת"א (ירושלים) 687/94 ענבר דוכבנה נ' ד"ר יוסף שלו, תק-מח 2000(3), 10703 בהתייחסו לחוזר קובע כי: "... אף שיצא כשנה וחצי לאחר המקרה שלפנינו משקף את המצב שהיה קיים בפועל גם קודם לכן". להוכחת הנוהג הקיים, על ביצוע הבדיקה באופן רוטיני ב-1990, מצביעים המערערים בנוסף, על מאמרים רפואיים, שתומכים לדעתם במסקנה זו. בית משפט קמא התעלם מהמאמרים הללו ומהראיות המצויות בהם באשר לבדיקות השגרה בהריון שהיו נהוגות בשנת 1990 ואף לפני כן.

18. הבחינה המשפטית: מהאמור לעיל עולה כי המשיבים הפרו את הנוהג המקובל שעל כן הוכחה עוולת הרשלנות. משלא קבע כך, טעה בית משפט אף מהבחינה המשפטית ולא רק מהבחינה העובדתית.

19. לטענת המערערים מן הראוי היה לשלוח את האם לבדיקה של סקירת מערכות רוטינית לא רק מכוח הנוהל השגרתי הנוהג, אלא אף בגלל קיום אינדיקציה לאפשרות פגיעה בעובר (בהנחה שיש צורך באינדיקציה שכזו). פאיקה נטלה תרופות כנגד בעיות לב שהגבירו את הסיכון לעובר. דר' בליקשטיין ופרו' חגי הניחו כי המערערת לא לקחה תרופות בזמן ההיריון. בפועל, נראה כי ההוראה שניתנה לפאיקה שלא לקחת עוד את התרופות למחלת הלב שלה, ניתנה רק אחרי החודשיים הראשונים להיריון. בתאריך 13.06.90 כתב רופא הלב המטפל בה, פרופ' אבינדר, במכתב "... בינתיים בטרימסטר הראשון להימנע מתרופות". לדעת ב"כ המערער – ממכתב זה עולה כי עד לאותו שלב – נטלה פאיקה את התרופות אותם היא נוטלת כל חייה. בית משפט קמא – קיבל לעניין זה את טענת המשיבה 1 כי המכתב אינו מעיד על נטילת התרופות עובר

לכתיבתו, וכי הוא צופה פני עתיד. בכך – לדעת ב"כ המערער טעה. פאיקה העידה כי לא הפסיקה ליטול תרופות עד להוראה, והיה מקום לקבל גרסתה.

בדיקת חלבון עוברי:

20. באשר לרישום בתיק התחנה מיום 17.06.90 על ידי האחות אודט ז"ל "לא בוצע ולא מעוניינת": לטענת המערערים מדובר בראיה שאינה קבילה. המערערים מפנים לע"א 120/00 משה יעל נ' משה בצלאל ואח', תק-על 2002(2), 1125, (עמ' 1129), שם נקבע בנסיבות דומות כי מדובר בעדות מפי השמועה, והלכה זו הם מבקשים לאמץ.

21. ובאותו הקשר: בית משפט קמא שגה בהערכת המשקל הראייתי של הרישום (גם בהנחה שהראיה קבילה). קיימים מספר גורמים המכרסמים בהערכה זו:

1. קביעת בית משפט לפיה אינו מוכן לבסס ממצא עובדתי על דבריה של פאיקה (כי הבדיקה לא הוצעה לה עמ' 12 לפסק הדין), צריכה להיבחן על רקע פער של יותר משלוש שנים בין מתן פסק הדין לבין שמיעת עדותה.

2. גם בית משפט קמא קבע כי התאריך של כתיבת ההערה "לא בוצע" (לגבי הבדיקה), מאוחר מהתאריך של הגיליון עליו נרשמה ההערה (17.6.90 שבוע 11), משמע- הרישום אינו מדויק.

3. לכך מצטרפת העובדה כי רופאי ואחיות התחנה לא נקראו להעיד, אף לא ד"ר גלעדי, הרופא שלכאורה הפנה את פאיקה לבדיקה, בשלב מאוחר יותר, כשהחלה בטיפול בבית חולים העמק.

22. רשלנות הצוות המטפל עומדת בעינה גם אם הרישום נכון. זאת, הן בשל החריגה מהנוהל המקובל על פיו הצוות הרפואי אמור לנסות ולשכנע לעבור את הבדיקה למרות הסירוב הראשוני (כך, על פי הנחיות משרד הבריאות וקופת חולים כללית), והן, בשל מצבה המיוחד של פאיקה, המתואר על ידי האחות אודט "כירוד מהבחינה הנפשית והפיזית".

דיון

23. נקודת המוצא בדיון זה היא כי ניתן היה לגלות שאמין יוולד כשהוא לוקה בספינה ביפידה, לו היו נערכות הבדיקות הרלבנטיות, קרי: בדיקת חלבון עוברי ובדיקת סקירת מערכות. אמרנו – נקודת המוצא, בהבדל מקביעה חד משמעית באשר לגילוי, משום שבין היתר, במהלך הדיון בפנינו, עלתה טענה כי גם הבדיקות- לא בהכרח היו מאתרות את המום.

24. הולדה בעוולה - כעילת רשלנות ברת תביעה, הוכרה זה מכבר בפסיקה הישראלית. לפיכך נחסך מאיתנו בערעור הנוכחי הדיון העקרוני, המורכב משאלות חוק, אתיקה, מוסר ופילוסופיית חיים, באשר לגרעין הקשה והטעון בסוגיה זו, קרי: האם יש מקרים שבהם טוב לו לאדם שלא נולד משנולד, שעל כן עצם הולדתו- יכול שיש בה משום עוולה. פסק הדין "המכונן" בתחום זה הוא ע"א 518/82 ד"ר רינה זייצוב 2-1 אח' נ' שאול כץ ו-9 אח', פ"ד מ(2), 85, עמ' 90-91 (להלן: פט"ד זייצוב). פסק דין זה קבע והגדיר את יסודות העוולה. בית המשפט הכיר באחריותו של רופא כלפי הורים וילדם, מקום בו ההתרשלות גרמה ללידת קטין בעל מום אשר מבלעדיה לא היה נולד כלל. מפסק הדין עולה כי "הולדה בעוולה" מקימה עילת תביעה להורים, בגין הנזק של לידתו וגידולו של ילד בעל מום (wrongful birth), ולקטין, בגין האילון לחיות את חייו עם המומים הפיזיים והנפשיים עימם נולד (wrongful life).

25. הביטוי האולטימטיבי לערכיות ולגודל ההכרעה בסוגיה המורכבת של הולדה בעוולה, מצוי בדעות השונות של השופטים בפרשת זייצוב באשר ל"רמת" המום עימו נולד הקטין, אשר יש בו כדי להקים את העוולה. לדעת השופטים א' ברק, כתוארו אז (עמ' 110-122 לפסק הדין), וש' לוין (עמ' 122-123) עילת התביעה קיימת בכל לידה של ילד בעל מום כתוצאה מרשלנות, כשהנזק הוא גרימת חיים במום. קרי: העילה קיימת בין במקרים בהם אלמלא הרשלנות היה נולד ילד בריא לחלוטין, ובין אם מבלעדיה לא היה נולד כלל. לעומתם השופטים, מ' בן-פורת (עמ' 96, 104-105) וד' לוין (עמ' 124-126) קובעים בפן העקרוני כי "יתכנו מקרים, אם כי נדירים, שבהם ניתן יהיה לקבוע שטוב היה לאדם פלוני לולא נולד" (עמ' 96), ומצמצמים את עילת התביעה רק למקרים אלה תוך ניסיון, כמעט בלתי אפשרי, להגדיר מבחן כמותי. בלשונה של השופטת בן פורת:

"לקטין הפגום במקצת לא תהא לדעתי עילה כלשהי
בנזיקין. הוא זכה כתוצאה מרשלנות היועץ, בחיים
כמעט מלאים... הכרה בקיומו של נזק לקטין במצב
המתואר מנוגדת לתקנת הצבור ולעקרון קדושת החיים
גם יחד. אם הקטין נולד עם מום גופני קל יחסית, אין
לגרוס שנגרם לו נזק בר פיצוי מחמת הרשלנות שהרי
בעטיה הוא זכה בחיים. (הדגש אינו במקור ד.ב.)."

ובלשון השו' ד' לוין (עמ' 126):

"כל שניתן להסיק מכל שנאמר עד כה הוא כי אכן,
עקרונית נקודת המוצא היא שחיים, אפילו הם חיים
במום, עדיפים על אי חיים. אולם, וקיים "אולם" כזה,

יכול שמומו של הילוד יהא כה כבד עד שייאמר על אותו יצור אנוש כי "חיי אינם חיים" וכי "נוח לו לאדם שלא נברא יותר משנברא". אמור מעתה, וזו דעתי, כי עילה אפשר שתתגבש ותתקיים גם כאשר ההבחנה היא בין יצור אנוש שזכה לחיים לבין אי חיים. אולם הכל תלוי בנסיבות המיוחדות של כל מקרה ומקרה, על פי מידת המום כפי שהוכח. מבחינה זו מקובלת עלי השקפתה של המשנה לנשיא בחוות דעתה".

השו' א' גולדברג, בדעת מיעוט, סבר כי עילת תביעה הולדה בעוולה לא תיתכן כלל.

26. לענייננו, דומה כי אין צורך להכריע בין הדעות השונות, המופיעות בדעת הרוב בפסק דין זייצוב, המאפשרות תביעת פיצויים בגין עילת "הולדה בעוולה" (ראה לעניין זה: ע"א 913/91 שרית אזולאי נ' מדינת ישראל, תק-על 92(1) 241). המום ממנו סובל הקטין, ספינה ביפידה, גרם לו נכות של 100% לצמיתות, הן בפן הפיזי והן בפן הקוגניטיבי. עד כמה שקביעה זו קשה וכואבת, נראה כי המקרה כלול בתחומם של המקרים הנדירים בהם ניתן לומר 'נוח לו שלא נברא משנברא'. מכאן נראה, כי גם לגישה המצמצמת של השופטים בן-פורת וד' לויין קיימת זכות עמידה ועילת תביעה למערער. (באשר לעמדת המשפט העברי להולדה בעוולה עיין ב"הולדה בעוולה – זכויות תביעה ופיצויים" ש' ילינק עמ' 252-235).

הפנייתה או אי הפנייתה של פאיקה לבדיקות הרלוונטיות- האם רשלנות?

27. אמות המידה הנדרשות ביחסי רופא חולה משתנות ללא הרף, עימן משתנים אף גדרי הסבירות של הטיפול הרפואי שנדרש להלכה וניתן למעשה. התקדמות הטכנולוגיה משפיעה על התובנות באשר לדרך הטיפול העדיפה וההתנהלות הראויה במצבים שונים של התערבות רפואית. על מנת לדעת אם הייתה הפרה רשלנית של חובת הזהירות ביחסי רופא חולה עלינו להבהיר מה היו המדדים המקובלים של חובה זו בעת מתן הטיפול הרפואי, בע"א 323/89 פכרי קוהרי נ' מדינת ישראל - משרד הבריאות, פ"ד מה(2), 142, עמ' 151-152, נאמר בנושא זה:

"הכלל הרחב הוא, 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" (HINDSIGHT).

חיוני אם כן להבהיר מה היה סטנדרט הטיפול הרפואי בשנת 1990, הן בנוגע לבדיקת חלבון עוברי והן באשר לסקירת מערכות, זאת כדי להגדיר האם הטיפול שניתן לפאיקה במהלך ההיריון יש בו משום סטייה מהנורמות שהיו מקובלות אז, והוא מהווה התרשלות.

28. באשר לבדיקת חלבון עוברי: בשנת 1990 על פי הנוהל שהיה קיים, הוצע לנשים בהיריון לעבור בדיקת חלבון עוברי (ראה עמ' 41 עדותה של ד"ר וולוביק). מדובר בבדיקת סקר שמתבצעת באמצעות בדיקת דם פשוטה. יחד עם זאת כיוון שמדובר בבדיקת רשות, האישה קיבלה הסברים ביחס אליה, ונדרשה לשלם עבורה אם רצתה בה. הבדיקה נערכה במכון גנטי שאינו קיים בכל מקום. בדיקת חלבון עוברי נועדה לגילוי מומים מולדים פתוחים במערכת העצבים. על קיומם של אלה ניתן ללמוד מכך שרמת החלבון העוברי בדם האם גבוהה מהנורמה. אין מדובר בבדיקה אבסולוטית ויכולים להיות מצבים של False positive, או False negative. כאשר הבדיקה מצביעה על ערכים גבוהים של חלבון עוברי יש צורך בהמשך בירור ואז מופנית האישה לבדיקות נוספות ביניהם בדיקת סקירת מערכות שכשמה כן היא- מטרתה לסקור את איברי העובר. סקירת מערכות ניתן לעשות כמובן גם ללא כל קשר לבדיקת חלבון עוברי. על הצורך או הנוהג ביחס אליה נחלקו הדעות, ועל כך בהמשך.

אי ביצוע בדיקת חלבון עוברי לפאיקה.

29. הסוגיות שהועמדו בפנינו בנושא זה הן ברובם סוגיות "קלאסיות" של דיני הראיות: עדות מפי השמועה והערכת עדויות. רק בשוליים מצויות סוגיות נורמטיביות או קרוב לכך. ואלה הדברים:

קבילות הרישום של האחות אודט ז"ל:

30. "ברשומת אישה הרה" (כרטיס המעקב שהתנהל על שמה של המערערת בתחנה לאם ולילד באום אל פאחם) נרשם בתאריך 17.06.90 (השבוע ה- 11 להיריון) לגבי בדיקת חלבון עוברי- "לא בוצע לא מעוניינת".

האם רישום זה קביל בהתחשב בכך שהאחות שרשמה אותו נפטרה? המערערים טוענים כי מדובר בעדות מפי השמועה, ומפנים לע"א 120/00 משה יעל נ' בצלאל, תק-על 2002 (2) 1125 (להלן: פס"ד משה יעל), שם נקבע מפי כב' השופט אור כי רישומים

של רופא שנפטר הם בגדר עדות מפי השמועה וככאלה הם "לכאורה ראייה בלתי קבילה ובכל מקרה ראייה בעלת משקל נמוך ביותר" (פסקה ה').

ביהמ"ש קמא לא קיבל הטענה כי מדובר בראייה בלתי קבילה, ואינני סבורה כי יש להתערב במסקנותיו.

31. הכלל הפוסל עדות שמיעה מקורו בהלכה הפסוקה ולא בהוראת חוק. פקודת הראיות (נוסח חדש), תשל"א-1971, שהיא החיקוק הרלוונטי, אינה אוסר על קבלתה. הפסיקה, במקביל ליצירת הכלל, הכירה ברשימת חריגים, לא סגורה, המתירה את קבלתה. טעם משותף לרבים מהחריגים הוא, כי בהתחשב בנסיבות בהם נאמרו או נכתבו הדברים, יש להניח כי הם אינם שקריים. טעם נוסף הוא כי קיים אינטרס ציבורי שלא לפסול את הראייה, כבר בע"א 601/68 ישראל ו- מתיה ביידר נ' עמיאל לוי ואח', תק-על 69(2), 1, עמ' 2 נאמר על ידי השופט קיסטר:

"לכלל אי-קבילותה, של עדות שמיעה כראייה ישנם חריגים מספר, כפי שהתפתחו בקומת לאו (כך במקור ד.ב.). אחד החריגים לכלל האמור הוא, כי הודעות מסוימות של נפטר, כאשר קיימת מידה גבוהה של הסתברות בדבר נכונות העובדות הנכללות בהן, תהיינה קבילות לשמש כראייה. הפסיקה האנגלית קבעה כללים לאותן הודעות אשר תהיינה קבילות; כללים וסייגים המבוססים על נסיון חיים רב, ואשר מבטיחים את מירב הבטחון כי קיימת אותה מידה גבוהה של הסתברות בדבר אמיתות העובדות המצויות בהודעת הנפטר...

אכן, בתי-המשפט היו ערים לכך שאי-אפשר לחקור את הנפטר בבית-המשפט על הדברים שנאמרו או נרשמו על-ידו, אך מאידך, ישנם מצבים בהם מבקש אדם להוכיח קיומה או נכונותה של עובדה אשר היתה בידיעתו הישירה של המנוח ואי-מתן רשות להוכחתה על-ידי הודעתו של זה, כשיש מקום לסברה שהינה נכונה, תמנע ממנו כל אפשרות אחרת להוכחתה".

32. לכך יש להוסיף כי מזה שני עשורים ויותר, המגמה בדיני הראיות היא לעבור מקבילות למשקל, היינו צמצום מספר המקרים בהם תוגדר ראייה כבלתי קבילה תוך שימת דגש על משקלה, כאשר סוגיה זו תוכרע ע"י בית המשפט הדן בתיק. וראה לעניין זה דנ"א 7818/00 יוסף אהרן נ' אמנון אהרונ' ואח', תק-על 2005(1), 3427 והאסמכתאות שם.

33. לענייננו: לצד המגמה הכללית כמפורט לעיל, הרישום בכרטיס המעקב נכנס לגדרו של אחד החריגים המוכרים, קרי: אמירת נפטר במילוי תפקידו. הרישום במקרה

הנוכחי נעשה כחלק משגרת עבודתה, על פניו לא הייתה שום סיבה לכך שהאחות אודט לא תתעד דברים כהווייתם (וראה י. קדמי "על הראיות" תשס"ד – 2003, 507-511. להלן: י. קדמי).

המערערים טענו בהקשר זה כי הרישום אינו אוטנטי משום שנרשם בו שבוע 11. בדיקת חלבון עוברי נעשית רק החל מהשבוע ה-16, ולכן בשבוע 11 לא ניתן לרשום "לא בוצע". גם נתון זה אינו מכרסם באמינות הרישום. על פי העדויות שהיו בפני ביהמ"ש הרישום המאוחר הוא חלק מהפרקטיקה. הבדיקה הוצעה בתאריך מסויים בשבוע ה-11 ומאוחר יותר על סמך דיווחה של המטופלת, נרשם כי לא בוצעה. הרישום המאוחר מהווה על כן המשך מילוי התפקיד ונשאר עדין בגדר החריג הנ"ל.

כדי להשלים התמונה אני רואה להתייחס לפסק הדין משה יעל, עליו נסמכו המערערים. באותו עניין מדובר היה ברישום שערך רופא שנפטר ואשר בו תיעד דברים שנאמרו לו על ידי אחרים. לפיכך: בדרך לקבלתו – עמד בפני בית משפט מכשול כפול: הדברים שנרשמו היו עדות מפי שמועה ומי שהנציחם- נפטר.

בענייננו, האחות רשמה את דבריה של המערערת עצמה (ולא אמרות של אחרים) הרישום היה חלק מתפקידה המוגדר של האחות (אף זאת בניגוד לפס"ד משה יעל, שבו לא ניתן להבין אם מדובר ברישום רוטיני שבו היה הרופא חייב). עיון בפרוטוקול מצביע על כך שלא היה בפיה של פאיקה הסבר מדוע תרשום האחות אודט בזמנו- רישומי כזב.

34. לאמור לעיל יש להוסיף את הרישום הנוסף המתעד פנייה לפאיקה שתבצע בדיקת חלבון עוברי, קרי גיליון המרפאה הגניקולוגית בבית חולים העמק בעפולה בו טופלה בשל מחלת הלב. ב- 01.08.90 מופיעה כאמור כחלק מתוכנית הטיפול שהותוותה הפנייתה של פאיקה לבדיקות חלבון עוברי (רישום מס' 4). כפי שציין ביהמ"ש קמא לא ברור מדוע לא ביצעה פאיקה את הבדיקה על פי התוכנית הנ"ל. אין בכך כדי לגמד את המשמעות של עצם הפנייתה פעם נוספת. במיוחד כך- כאשר הרשלנות העיקרית, אליבא דהמערערים, התבטאה בכך שלא נעשתה פניה חוזרת לפאיקה שתעשה את הבדיקה (נושא ההצעה החוזרת ידון בהמשך).

35. האם התרשלו המשיבים או מי מהם בכל הקשור לבדיקת החלבון העוברי? לאור האמור לעיל- נראה לי כי התשובה היחידה האפשרית היא זו שניתנה על ידי בית

המשפט המחוזי, דהיינו כי לא הייתה רשלנות. חובתם של הגורמים המטפלים הייתה ליידע את פאיקה על האפשרות לעריכת בדיקה, כממצא עובדתי נקבע שכך נעשה.

ביהמ"ש קמא דחה את גרסתה והכחשתה של פאיקה בנושא זה והעדיף את הרישומים אליהם הצטרפו ראיות נסיבתיות התומכות במסקנה כי פאיקה לא רצתה בביצועה. בגדר ראיות נסיבתיות מצוי רצונה של פאיקה ללדת ילד נוסף בכל מחיר, גם במחיר סיכון כבד לחייה שלה כפי שהוכח. משזו הייתה עמדתה – היגיון הדברים מתיישב עם חוסר נכונות מצידה לבצע כל תהליך שעלול לשמש זָרָז נוסף לביצוע הפלה (שהומלצה לה על רקע מצבה הבריאותי).

לפיכך, הן בשל בדיקת העובדות לגופן, והן בשל מושכלות היסוד שעניינן היקף התערבותה של ערכאת הערעור בממצאי עובדה לרבות ובמיוחד ממצאי מהימנות- אין מקום להתערב בקביעותיו של ביהמ"ש קמא. ראה לעניין זה: ע"א 734/76 פלוני נ' אלמוני, פ"ד לב(2), 661, עמ' 665-666, וכן דברי השופטת ע' ארבל בע"א 1064/03, אליהו חברה לביטוח בע"מ ואח' נ' עזבון המנוחה רחל שחר פיאמנטה ז"ל ואח', תק-על 2006(1), 1806, עמ' 1809.

36. באשר לפן הנורמטיבי:

גם בנושא זה נראה לי כי מסקנת בית משפט קמא בדין יסודה. הנורמה, ככל שהדבר אמור בזכויות החולה (או המטופל לענייננו) לעניין המידע שהוא זכאי לקבל – מצויה היום בחוק זכויות החולה, התשנ"ו-1996. סעיף 13ב' אומר כדלקמן:

"לשם קבלת הסכמה מדעת, ימסור המטפל למטופל מידע רפואי הדרוש לו, באורח סביר, כדי לאפשר לו להחליט אם להסכים לטיפול המוצע".

וסעיף 13ג':

"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".

חוק זכויות החולה התקבל כ- 6 שנים לאחר הולדתו של אמין. אולם, האמור לעיל יכול להבהיר מהו היקף חובתו של המטפל, ומהו חלקו של המטופל.

המטופל הוא שצריך להחליט, זוהי זכותו, זוהי גם חובתו.

הדרך שהמערערים טוענים לה, הפניה נוספת, "נדנוד" כפי שהגדיר זאת ביהמ"ש קמא – נועדה למעשה לפרוק חלק מהאחריות המוטלת על המטופל ולהעבירה אל שכם המטפל, פניה כזו גם עלולה להוות לחץ על המטופל. בין משום שיש בכך פריקת האחריות מעל המטופל, ובין משום שמדובר בהפעלת לחץ ובמילים אחרות החלפת שיקול דעתו של המטפל בזו של המטופל – אין מקום להציב אותה כרף נורמטיבי לקביעת רשלנות.

הצבת רף כזה – אינה עולה בקנה אחד עם מתן האפשרות "לקבלת החלטה בדרך של בחירה מרצון ואי תלות" וראה לעניין זה ע"א 2781/93 מיאסה עלי דעקה נ' בית החולים "כרמל", חיפה. תק-על 99(3), 574 (להלן: פס"ד דעקה) שם נקבע כי הסכמה מדעת מנתקת את הקשר הסיבתי בין רשלנות (נקבע בהנחה שיש כזו, הנחה שאינה מתקיימת במקרה הנוכחי) לבין התוצאה המזיקה קרי הולדת הוולד במצבו, וכך נאמר בפס"ד דעקה (עמ' 597):

"אכן, זכותו של החולה לסרב לטיפול, גם אם יתרונותיו עולים על חסרונותיו, סיכוייו גוברים על סיכוניו. מרכז הכובד בהחלטה על ביצוע טיפול רפואי טמון בכיבוד זכויותיו של החולה כאדם - ובמיוחד הזכות לכבוד ולאוטונומיה, עליה עמדתי - ופחות בתוצאה הרפואית של החלטתו (ראו: LAW AND PSYCHIATRY ART II: SOME PROBLEMS IN Ruth Macklin, "SYMPOSIUM: GAINING INFORMED CONSENT FROM PSYCHIATRIC PATIENTS" 31 Emory L.J. 345 at p. 350; 1982) (349 - 350) ראו גם דברי השופט מצא בע"א 4384/90 הנ"ל, בפיסקה 10".

וכן ת"א (חיפה) 1383/93 אוהיון בת אל נ' קופ"ח כללית של, תק-מח 2000(4), 3906, בו נגזרה גזירה שווה בין החלטה מדעת להסכמה מדעת, בנסיבות דומות לנסיבות התיק הנוכחי.

37. המערערים מפנים בהקשר זה לאותן הנחיות משרד הבריאות שכבר הוזכרו שהתקבלו בשנת 1987 (נספח יב' לתיק המערערים) ולפיהן בשבוע ה- 15-12 תחזור האחות על ההמלצה לביצוע הבדיקה, כאשר הטענה היא כי הנחיה זו לא בוצעה.

גם בהנחה כי אכן הנחיה זו לא קוימה – אין בכך כדי להצביע על רשלנות מצד המשיבה מס' 1. המידע וההמלצה ניתנו לפאיקה ומכאן ואילך ההחלטה, כאמור, הייתה

שלה. ועוד: ההפניה הנוספת בבית חולים העמק, מחליפה במקרה זה את ההפניה החוזרת המומלצת בהנחיות על ידי האחות. עובדתית יש חשיבות לכך שההמלצה ניתנה ונרשמה על ידי שני מקורות שונים שאין קשר ביניהם. כל אחת מההפניות משמשת חיזוק לאוטנטיות ולדיוק ברישום המקביל. קשה להניח ולקבל כי פעמיים תועדה פנייה לפאיקה בלי שבפועל הוצעה לה הבדיקה. יש בכך גם כדי להצביע על דפוס התנהגות מצידה של פאיקה בהבדל מחוסר הבנה ותשומת לב.

סיכום ביניים

38. לא הייתה רשלנות מצד המשיבים או מי מהם הקשורה לאי עריכתה של בדיקת החלבון העוברי.

מנקודת מוצא זו, יש להמשיך ולבדוק את רכיב הרשלנות הנוסף שעניינו בכך שפאיקה לא הופנתה לעריכת בדיקת US ממוקדת – סקירת מערכות.

אי שליחתה של פאיקה לבדיקה של סקירת מערכות

39. בדיקת אולטרא סאונד מתבצעת בשתי רמות: הרמה הבסיסית, אותה עברה פאיקה בשבוע ה- 17 להריונה, בדיקה זו נועדה כאמור רק לבדוק את גיל ההיריון, היא אינה סוקרת את איברי העובר וממילא אינה יכולה לגלות מומים והבדיקה היסודית – אותה הגדרנו כסקירת מערכות (או US) אשר יכולה לחשוף מומים, אין מחלוקת כי פאיקה לא עברה בדיקה זו.

40. שתי שאלות ניצבו בפני ביהמ"ש המחוזי ובדיעבד בפנינו.

א. האם הייתה אינדיקציה אשר חייבה לשלוח את פאיקה לבדיקה מקיפה (כאשר האינדיקציה שיכולה הייתה להיווצר על בסיס בדיקת החלבון העוברי – לא קיימת).

ב. האם בשנת 1990 היה קיים נוהל או נוהג שיגרתי להפנות כל אישה בהיריון לסקירת מערכות, גם ללא אינדיקציה כלשהי.

41. באשר לקיומה של אינדיקציה כל הגורמים הרלוונטיים כבר צוינו לעיל ויובאו להלן בקצרה: מדובר בהיריון רביעי לאחר שלושה ילדים בריאים, ללא חשש לבעיות גנטיות וללא קירבה משפחתית בין ההורים, היכולה להשפיע על יצירת מומים ביילוד. הגדרת ההיריון כהיריון בסיכון נבע מהסיכון לחייה של פאיקה עצמה כתוצאה ממחלת

הלב הנרכשת ממנה סבלה. הדגש הוא על כך שמדובר במחלה נרכשת ולא תורשתית שאינה מהווה סיכון לילוד. לפיכך, הטיעון היחיד שנותר בהקשר זה הוא נטילת התרופות, וליתר דיוק, משמעות המסמך נ/1, בו רופא הלב, פרופ' אבינדר, מורה לפאיקה: "בינתיים בטרימסטר הראשון להימנע מתרופות".

42. המערערים מלינים על קביעתו של ביהמ"ש קמא כי המסמך צופה פני עתיד וזאת מבלי ששמע את עדותו של פרופ' אבינדר שרשם את הדברים. אין ממש בטענה. בפני עצמו, המילים שצוטטו מתוך המסמך אינן מספקות תשובה לשאלה האם עד לאותו שלב פאיקה נטלה תרופות. מדובר בהוראה אופרטיבית שיש לה מקום בין אם נטלה עד אז את התרופות ובין אם לאו. כדי להוציא את המילים מכלל פשוטן ולתמוך דווקא בפרשנות מסוימת – היה על המערערים להביא את דר' אבינדר, כדי להבהיר מה ידע ומה נאמר לו. בהודעת הערעור נטען, כי לא הובאה כל הוכחה כדי לסתור את עדות האם בנקודה זו. דא עקא- בפיה של פאיקה לא הייתה גרסה ברורה וחד משמעית בהקשר זה כפי שעולה מהפרוטוקול: "לשאלתך האם יתכן שלא לקחתי בתקופת ההיריון עם אמין את כל הכדורים שדר' אבינדר רשם לי אני משיבה שאינני זוכרת" (עמ' 11). משזוהי גרסתה, לא הייתה למעשה בפני בית משפט קמא ראייה פוזיטיבית לנטילת התרופות, שלא לדבר על כך שלא הוכח קשר בין סוג התרופות אותן נטלה פאיקה ככלל, לבין המום שהתגלה לאחר הלידה – ספינה בפידה.

43. נותרה איפה השאלה הנוספת, קרי: קיומו של נוהג בשנת 1990, להפנות נשים בהיריון לבדיקה של סקירת מערכות, גם ללא אינדיקציה ספציפית. המערערים טוענים כי נוהג כזה היה קיים, זאת בהתבסס על פסקי הדין שהוגשו על ידם, כאשר חוזר משרד הבריאות משנת 1993, נתן גושפנקא לנוהג זה.

עד שאני מגיעה לבדיקת פסקי הדין אליהם הפנו המערערים – מילים קצרות באשר להיבט של דיני הראיות הרלוונטיים. "הכלל הוא שפס"ד אינו מהווה ראייה במשפט אחר- פלילי או אזרחי- אלא אם כן נקבע בחוק מפורש אחרת..." (השופט י' קדמי, עמ' 1373). הרעיון מאחורי כלל זה הוא ברור. כיוון שאין מדובר בין אותם צדדים, לא יכולה להיווצר מניעות או השתק כלשהו, שהרי לא ניתנה לצד שכנגד ההזדמנות להביא ראיות בדיון שבו נקבע הממצא העובדתי הרלוונטי. הכלל נכון גם באשר לנוהג או מנהג אותו רוצים להוכיח, אלא אם כן מדובר "במנהג מושרש" שהוכח פעמים כה רבות בבתי משפט, עד שהפך "לידיעה שיפוטית", ובתור שכזו הוא אינו טעון הוכחה פעם נוספת (ראה לעניין זה: השו' קדמי עמ' 629 והאסמכתאות המובאות שם).

לענייננו, פסקי הדין שצוטטו, וודאי אינם מצביעים על "מנהג מושרש" שהפך לידיעה שיפוטית, שעל כן מלכתחילה, הם אינם יכולים לשמש בסיס לקביעת רשלנות המתבטאת בכך שהמשיבים או מי מהם סטו מנורמת הזהירות ולא העניקו למערערת את הטיפול שהיה מקובל בזמנו. לגופו של עניין, לא ניתן למצוא בפסקי הדין את מה שהמערערים מבקשים לקרוא לתוכם דהיינו קביעה פוזיטיבית מוחלטת באשר לנוהג בשנת 1990 להפנות לסקירת מערכות כל אישה בהיריון.

44. הצוטט אשר הובא על ידי המערער מפסק הדין המחוזי בעניין ברמן הינו חלקי ולא מדויק. השופט קציר שכתב את פסק הדין מביא מדבריו של העד מטעם התובעים שם, אשר העיד כי "בערך בשנת 1988 נוצר בארץ נוהג לבצע סקירת מערכות במהלך הטרימסטר השני של ההיריון וזאת בעיקר על ידי רופאים שרכשו מכשירי אולטרא סאונד וביקשו למשוך את הפציינטיות לבדיקה". חלקו השני של המשפט לא צוטט על ידי המערערים. כל פרשנות למשפט במלואו- מיותרת.

השופטת ביניש אשר דנה בערעור בתיק זה (ע"א 434/94 פלונית נ' מור - המכון למידע רפואי בע"מ, פ"ד נא(4), 205), אמרה בין היתר: "נוכח כל אלה אין לומר כי העדר אבחון מוקדם, וקיום בדיקות שגרתיות בלבד, שנערכו על פי הסטנדרטים המקובלים באותה תקופה, היה בגדר רשלנות" (עמ' 218, 219 הדגש אינו במקור ד.ב.). אין באמירה זו אימוץ עובדתי של הטענה כי הנורמה באותה תקופה כללה סקירת מערכות כבדיקה רוטינית.

45. פסקי הדין הנוספים אליהם היפנו המערערים אף הם אינם משנים את התמונה. בעניין שטיינהרץ (ת"א 1156/93 פלונית נ' ד"ר שטיינהרץ ואח', לא פורסם) דובר בהיריון שהבעייתיות שבו הייתה ידועה שכן היולדת סבלה ממום גנטי. בעניין דוכובנה (ת"א (ירושלים) 687/94 ענבר דוכובנה נ' ד"ר יוסף שלו, תק-מח 2000(3), 10703) דובר על כך שחוזר המנכ"ל, אותו חוזר משנת 1993, מאמץ קריטריונים שהוטו בשנת 1991 על ידי האיגוד האמריקאי לאולטרא סאונד.

סוף דבר. לעניין סקירת מערכות:

אינדיקציה ספציפית לשליחתה של פאיקה לסקירת מערכות לא הייתה ונוהג לא הוכח. כיוון שהגעתי למסקנה זו- אינני רואה מקום לדיון בשאלה בדבר רמת הדיוק, המיומנות המקצועית ויכולת הגילוי של מומים למיניהם בבדיקות מסוגים שונים. גם

היום- בדיקת האולטרא סאונד אינה נותנת מענה אבסולוטי לעניין גילוי כל המומים האפשריים, על אחת כמה וכמה בשנת 1990. עם כל הצער על הסבל הקשה שהוא מנת חלקו של המערער, אי אפשר ליצור נורמות יש מאין, ולקבוע כי המשיבים או מי מהם - סטה מהן.

46. באשר לטענה בדבר פער הזמנים בין סיום שמיעת הראיות והגשת הסיכומים, לבין מתן פסק הדין: יש אכן טעם לפגם, ויותר מכך, בפרק הזמן הארוך שחלף בין שני המועדים. יחד עם זאת – אין לכך השלכה על הממצאים שנקבעו. הממצאים ברובם אינם מבוססים על התרשמות מעדים לרבות המערער, אלא על תוכן דבריהם לגופו, תוך בחינת מכלול הראיות.

לפיכך – אם תישמע דעתי - ידחה הערעור.

47. המשיבים הגישו ערעור שכנגד הטוען כי על רקע הכרעת בית משפט קמא לטובתם ודחיית התביעה של המערער, היה עליו לפסוק לטובתם הוצאות משפט. ככלל פסיקת ההוצאות נתונה לשיקול דעתה של הערכאה הדיונית שהתרשמה מדרך ניהול הדיון ע"י הצדדים. רק לעיתים נדירות תתערב ערכאת הערעור בפן זה של הכרעת בית משפט קמא. ראה רע"א 6568/05 דוני כץ נ' גניה כץ, תק-על 2005(3), 2098, עמ' 2099 (להלן: פס"ד כץ):

"ככלל פסיקת הוצאות היא פרוגטיבה של הערכאה הדיונית, הרואה לנגד עיניה את מכלול נסיבותיו של התיק ואת ההתנהלות הצדדים במשפט, והתערבות ערכאת ערעור היא במשורה. סיכם את ההלכה בנושא זה השופט גרוניס (ע"א 9535/04 סיעת "ביאליק 10" נ' סיעת "יש עתיד לביאליק" (טרם פורסם): "בתי משפט שלעצור מתייחסים במורת רוח לערעורים העוסקים אך ורק בסוגית ההוצאות שהשיתה (ובענייננו לא השיתה - א"ר) הערכאה הדיונית. לא אחת נקבע, כי רק במקרים חריגים תתערב ערכאת הערעור בפסיקת הוצאות (ע"א 356/81 הרבסט נ' רינסקי, פ"ד לח(1) 167; ע"א 136/92 ביניש עדיאל נ' דניה סיבוס חברה לבניין בע"מ, פ"ד מז(5) 114, 131). עמדה זו של ערכאות הערעור נובעת מכך שלערכאה הדיונית ניתן שיקול דעת רחב, ואף רחב מאוד, בשאלה מה סכום ההוצאות ושכר הטרחה שיושת על בעל הדין שהפסיד בדינו ... העניין פשוט וברור: הערכאה הדיונית היא זו שבפניה נשמע ההליך והיא זו המודעת לדרך התנהלותם של בעלי הדין וליתר הגורמים המשפיעים על קביעת שכר הטרחה וההוצאות".

48. לענייננו - חרף דחיית ערעורם של המערערים אציע לחברי לדחות את הערעורים שכנגד ולהימנע מפסיקת הוצאות. שיקולים שונים משמשים את בית המשפט בקובעו הוצאות משפט. בבג"צ 891/05 תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ ואח' נ' הרשות המוסכמת למתן רשיונות יבוא-משרד התעשייה והמסחר ואח', תק-על 2005(2), 4087, עמ' 4097, אמר הרשם י. מרזל בנושא זה: "ניסיון לקבוע מסמרות בעניין זה לא יצליח, נוכח ריבוי המקרים והנסיבות שניתן להעלות על הדעת כמו גם אלו שמציאות החיים צופנת לה בחיק העתיד". אחד משיקולים רבים אלו הוא השיקול האנושי "לפנים משורת הדין", כשם שאומר השופט רובינשטיין בפס"ד כץ דלעיל:

"לא אחת יארע שבתי המשפט, לרבות בית משפט זה, מחליטים שלא לפסוק הוצאות בשל נסיבותיהם הספציפיות של תיקים שלפניהם, לא רק כאשר התוצאה אינה חד משמעית לכיוון אחד, אלא גם בשל נסיבות הכרוכות בצדדים, ופעמים שכך גם לפנים משורת הדין (הדגש אינו במקור ד.ב.)."

כך נהג גם בית המשפט בע"א 3186/98 מזרחי בת אל נ' קופת חולים לעובדים לאומיים, פ"ד נו(1), 924, עמ' 929-930, שעוסק בסיטואציה דומה:

"מן האמור עולה כי דין הערעור להידחות. בכך טרם הסתיים העניין, משום שקופת החולים הגישה ערעור שכנגד על החלטת בית המשפט המחוזי שלא לחייב את בת אל בתשלום הוצאות משפט ושכר-טירחת עורך-דין לקופת החולים. לטענת קופת החולים, הוצאות ניהול המשפט הסתכמו בממון רב ואין זה צודק כי היא תישא בהן בעצמה. כמו כן, חיוב בת אל בתשלום הוצאות הוא מדיניות משפטית ראויה אשר תביא לצמצום במספר התביעות והערעורים המוגשים לבית המשפט. כידוע, אין בית משפט זה ממהר להתערב בפסיקת ההוצאות של בית המשפט קמא. בנדון דידן התחשב בית המשפט קמא בנסיבות הקשות של המקרה. איני רואה מקום להתערב בשיקול דעתו זה של בית המשפט."

נראה לי כי אין צורך להוסיף על כתפי המערער, אשר הוכה קשות על ידי הגורל, בנוסף לעול מומו אותו יישא לאורך חייו, גם את עול תשלום הוצאות המשפט.

לפיכך, אציע לחבריי לדחות את הערעורים כולם, ללא צו להוצאות.

השופט א' ריבלין:

אני מסכים.

ש ו פ ט

השופט ס' ג'ובראן:

אני מסכים.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק-דינה של השופטת ד' ברלינר.

ניתן היום, י"ז באלול התשס"ו (10.9.06).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט