

## בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 2714/02

וערעור שכנגד

בפני : כבוד הנשיא א' ברק  
כבוד המשנה לנשיא ת' אור  
כבוד השופטת מ' נאור

המערערים : 1. פלונית  
2. פלוני

נגד

המשיבים : 1. מרכז רפואי "בני ציון" חיפה  
2. דר' לוינסקי  
3. מדינת ישראל - משרד הבריאות

ערעור וערעור שכנגד על פסק הדין של בית המשפט המחוזי  
בירושלים בת.א. 2152/00 מיום 18.2.02 שניתן על ידי כב'  
השופט י' צבן

תאריך הישיבה : ט' באייר התשס"ג (11.05.03)

בשם המערערים : עו"ד זאב וייל, עו"ד אילנה זינגל, יעל אזולאי

בשם המשיבים : עו"ד ערן רות

### פסק-דין

השופטת מ' נאור:

1. בשנת 1996 התייצבה המערערת הראשונה בבית החולים רמב"ם לאחר שלא חשה בתנועות העובר. אובחן שהעובר שברחמה הוא ללא רוח חיים. המערערת עברה תהליך של לידה. חבל הטבור היה כרוך סביב צווארו של העובר ובחבל הטבור היה קשר. סיבת מותו היתה חסימת חבל הטבור. טענותיה של המערערת בעניין מותו של העובר מופנות נגד המרכז הרפואי בני ציון (להלן – המרכז הרפואי). מספר ימים לפני שהמערערת הגיעה לבית החולים רמב"ם, הוחלט במרכז הרפואי תחילה לילד את המערערת בניתוח קיסרי, בשל משקל גבוה של העובר. החלטה זו בוטלה בו ביום,

בישיבה של צוות הרופאים במרכז הרפואי, והוחלט להמתין ללידה רגילה. המעוררת שוחררה לביתה עם הוראות.

אם הניתוח הקיסרי היה מתבצע, היתה נמנעת התוצאה של מוות עקב חסימת חבל הטבור. האם אחראים המרכז הרפואי ורופאיו בנוזיקין כלפי המעוררים (היולדת ובעלה) בגין מות העובר? הערכאה הראשונה השיבה על שאלה זו בשלילה, וזו השאלה המרכזית הטעונה הכרעה בערעור זה. בשאלה מרכזית זו כרוכה ושלובה שאלה נוספת – שאלת העלמו של תיקה הרפואי של המעוררת. במרכז הרפואי נותר רק צילום של התיק. בצילום שנותר היו חסרים מסמכים חשובים. שלושת המסמכים התגלו כשנה לאחר הגשת התביעה, בקלסר של אחד הרופאים. אף שהתביעה נדחתה - חוייבו המשיבים לשלם למעוררים הוצאות בסך 50,000 ₪.

2. לפנינו ערעור וערעור שכנגד. המעוררים, בני הזוג, קובלים על כך שהערכאה הראשונה מצאה שלא היתה התרשלות של בית החולים כלפיהם, ועוד טוענים הם כי בית המשפט לא הסיק את המסקנות המתבקשות מהעלמם של המסמכים הרפואיים. המעוררים בערעור שכנגד קובלים על ההוצאות שנפסקו נגדם בגין העלמם של המסמכים הרפואיים, ועל כך שלא נפסקו הוצאות לזכותם, משנדחתה התביעה.

3. המעוררת היא ילידת 1971. היה זה הריונה הראשון. לפני ההריון הנדון שקלה כ-113 ק"ג. מאז שירותה הצבאי היא סובלת ממחלת נפש וטרם הריונה נקבעה לה נכות נפשית של 60%. במהלך ההריון היתה המעוררת במעקב של טיפת חלב, ושל רופא קופ"ח ד"ר בצלאל טסלר. המועד המשוער של הלידה נקבע ליום 3.6.96. במאי 1996 אובחן כי לתובעת עובר גדול ולכן הופנתה על ידי ד"ר טסלר לבדיקות ולמעקב במרכז הרפואי. בתאריך 26.5.96, בשבוע ה-39 להריונה, נתקבלה המעוררת בחדר מיון יולדות של המרכז הרפואי. ד"ר קיורקיאן, אשר בדק אותה, העריך כי משקל העובר עפ"י האולטרא-סאונד הינו 4,150 גרם ומצא כי צוואר הרחם ארוך וסגור. המעוררת שוחררה לביתה עם הוראות לעקוב אחר תנועות העובר ולשוב לביקורת בחדר לידה ביום 30.5.96. ביום 30.5.96 התייצבה המעוררת בחדר לידה ונבדקה שוב ע"י ד"ר קיורקיאן. נערכה לה בדיקת אולטרא-סאונד ונמצא שתהליך הלידה טרם החל. המעוררת שוחררה לביתה בצירוף אותן הוראות מעקב, והנחייה להתייצב בחדר לידה ביום 3.6.96.

4. המעוררת התקבלה לאשפוז ביום 3.6.96 בבוקר, בתום 40 שבועות ויום אחד להריונה. באותו בוקר, עפ"י בדיקות אולטרא-סאונד, הוערך כי משקל העובר הינו

4,293 גרם. ד"ר לוינסקי (המשיב 2), שוחח עם המערערת, הסביר לה את מצבה ואת הסיכונים הכרוכים בלידה וגינאלית של עובר גדול וזאת בשל חשש לעיצור כתפיים. לאחר התלבטות נקבע כי הלידה תהיה בניתוח קיסרי שיועד למחרת, 4.6.96. המערערת הסכימה לניתוח. בגליון הטיפול נרשם:

"3.6.96 הוסבר לאשה כי נמצא ב-US הערכת משקל 4,370 (ד"ר דגני) (לפי פמור 4,290) לפי HADLOCK 4,480 ק"ג. הוסבר לה כי בשבוע 41 במידה ורוצים לילדה יש לעשות זירוז. אם נחכה התינוק יכול לגדול בשבוע כ-200 גרם. האשה שאלה לגבי הסיכונים בלידה וגינאלית של עובר גדול. הוסבר לה על בעיות ביציאת הכתפיים. כמו כן הוסבר לה כי הערכה הקלינית היא כי התינוק לא גדול כפי שה-US מנבא אך יש טעויות בקליניקה כמו שיש טעויות ב-US ולאחר התלבטות האשה ביקשה לעשות ניתוח קיסרי."

באותו יום בשעה 14:00, התקיים דיון מחלקתי של צוות הרופאים במחלקה. בדיון הוחלט, בסופו של דבר, שלא לנתח את המערערת, אלא להמתין ללידה רגילה. בשעה 16:40 שוחררה המערערת לביתה ע"י ד"ר מיכל פורת שהיא רופאה כללית, וניתנו לה הוראות אלה: עליה לעקוב אחר תנועות העובר; עליה לבוא לחדר לידה באחד המקרים הבאים – ירידה בתנועות, ירידת מים, או דמוי צירים, ועליה לבוא לביקורת בחדר לידה ביום 5.6.96. לענין זה מציין בית המשפט, כי המערערת ידעה כיצד ומתי לעקוב אחרי תנועות העובר, על פי הדרכה שקיבלה בטיפת חלב ובבית החולים.

5. המערערת לא הגיעה לחדר הלידה במרכז הרפואי ביום 5.6.96. בלילה שבין 7-8.6.96 (בין שישי לשבת) חשה המערערת כאבים עזים. היא פנתה לחדר לידה בבי"ח רמב"ם, שם נרשם כי התקבלה ביום 8.6.96 בשעה 04:50, וכי סיבת הפניה היא "חוסר תנועות עובר מיום שישי בבוקר". בבית החולים רמב"ם אובחן, כאמור, כי העובר שברחמה של המערערת הוא ללא רוח חיים, והיא עברה תהליך לידה. העובר המת - שהיה ממוסמס - שקל 4,415 גרם. אין חולק כי סיבת המוות הינה חסימת חבל הטבור.

6. בעוד שלפני הלידה עבדה המערערת בעבודה חלקית לא קבועה ולא מסודרת, מאז הלידה היא אינה עובדת והמוסד לביטוח לאומי קבע כי נכותה הנפשית הינה בשיעור 75%. בית המשפט קבע כי המערערת לא ידעה את הרופאים שטיפלו בה במרכז הרפואי כי היא סובלת ממחלת נפש.

7. יצויין כבר כאן, כי התביעה הוגשה ע"י המערערים ביום 15.3.00. עיקרה התבסס על חוות דעת רפואית של ד"ר דוד וייס. חוות דעת זאת התייחסה בעיקר לנזק הראייתי עקב חוסר במסמכים. כאמור, בעת הגשת התביעה לא היה בנמצא תיקה הרפואי של המערערת, אלא רק העתקו הצילומי, ובתיק חסרו מלכתחילה שלושה מסמכים מרכזיים. חוסר זה היקשה על המערערים לבסס את תביעתם. במהלך חודש פברואר 2001, אותרו בקלסר מיוחד של ד"ר רון גונן - מנהל חדרי הלידה של המרכז הרפואי - צילומים של שלושת המסמכים החסרים. בעקבות איחור זה הגישו הרופאים המומחים מטעם שני הצדדים חוות דעת משלימות וכן הוגש כתב הגנה מתוקן ביום 20.3.01.

8. בית משפט קמא (כב' השופט צבן) דן בשתי שאלות מרכזיות: האחת - האם החלטת הרופאים לשנות את החלטתם הראשונה מיום 3.6.96 לבצע ניתוח קיסרי, לשחרר את המערערת לביתה, ולזמנה לחדר לידה ליום 5.6.96 (להלן – ההחלטה המשנה), הינה החלטה המבוססת על שיקולים רפואיים סבירים. השאלה השנייה הייתה האם התנהלות המשיבים בכל הנוגע למסמכים הרפואיים גרמה למערערים נזק ראייתי המעביר את נטל השכנוע על כתפי המשיבים, והאם נטל זה הורם על ידם.

9. בעניין ההחלטה המשנה היו בפני בית המשפט שתי גרסאות. הגרסה הראשונה הייתה של המערערת. המערערת הצהירה שלאחר שהסכימה לביצוע ניתוח קיסרי שוחח עמה ד"ר לוינסקי, המשיב 2. לטענתה הוא אמר לה: "לבית החולים 'לא משתלם' לנתח אותי ניתוח קיסרי ולהסתכן בתביעה משפטית כנגדם אם יתברר כי התינוק קטן מהמשקל הצפוי, לכן הוא שולח אותי הביתה על מנת שאחכה לצירים ואלד בלידה טבעית". עוד הוסיפה המערערת כי למרות הפצרותיה לקיים את הניתוח כמתוכנן, היא נענתה בשלילה ואף זכתה, לדבריה, ליחס משפיל ומזלזל. מולה עמדה גרסתו של ד"ר לוינסקי. ד"ר לוינסקי הכחיש את דברי המערערת בדבר מה שלטענתה אמר לה. הוא הוסיף כי הסיבות לשינוי ההחלטה הוסברו למערערת, והיא אף הסכימה להן. עובדה זו מגובה בגיליון הרפואי החתום על ידי ד"ר זמברג - רופא בכיר במחלקה - אשר נכח בדיון בו שונתה ההחלטה המקורית. בחלקו השני של הגליון נרשם:

"בדיון מחלקתי הוחלט על נסיון לידה וגינלית לאור הערכת משקל מתחת ל – 4500 גרם אצל אשה גדולה גופנית \_\_\_\_ הערכה קלינית של עובר המתאימה ל – 4000 גרם. סוכם עם האשה כי במידה ובהמשך הלידה יחולו סיבוכים או יהיה צורך בפיטוצין יבוצע ניתוח. כמו כן יש להימנע מהתערבות מכשירנית מכל סוג. הדברים הוסברו לאשה והיא הסכימה למהלך הדברים."

10. בית משפט קמא העדיף את גרסת ד"ר לוינסקי ואמר כי הגם שהתרשמותו מעדות המערערת הינה חיובית, הוא אינו מקבל את דבריה ולפיהם ד"ר לוינסקי אמר לה כי אין זה משתלם לבית החולים לנתחה. רופאים, כך ציין, אינם נוהגים לצאת בהצהרות שכאלה למטופליהם, בוודאי לא כאשר מדובר על אישה הרה אשר, לפי הנטען, נמנעים מלנתחה עקב חשש מתביעה משפטית.

11. הגליון הרפואי סתר, לדעת בית משפט קמא, את טענות המערערת הן בשאלת החשש כביכול מתביעה שהעלה לטענתה ד"ר לוינסקי, והן את טענתה כי לא ניתנה לה סיבה של ממש לשינוי ההחלטה. לכל אלה הוסיף בית המשפט את העובדה כי המערערת לא הסבירה כראוי את אי הגעתה לחדר לידה ביום 5.6.96 כפי שנתבקש ממנה. טענותיה כי לא הבינה כראוי את ההנחיות, או לחילופין, כי חששה לחזור למקום אשר בו היא חשה מושפלת, אינן מקובלות עליו.

12. איני רואה יסוד להתערבותו של בית משפט זה בקביעתה של הערכאה הראשונה, אשר לא קיבלה את דברי המערערת בענין הדברים שכביכול נאמרו לה על ידי ד"ר לוינסקי, ולא היה מקום לנסות לחזור לנושא זה בערעור.

#### סבירות השיקולים הרפואיים

13. בפני בית המשפט הוצגה עמדה אחידה של המומחים בעניין צירוף נתונים, אשר אין חולק כי בהתקבלותם יש לבצע ניתוח קיסרי. ההסכמה היא כי לגבי אם סוכרתית יש לבצע ניתוח קיסרי כאשר העובר שוקל מעל 4000 גרם, ואילו כאשר משקל העובר הינו מעל 4500 גרם - ההמלצה היא לנתח בכל מקרה.

14. אין חולק כי המערערת אינה סוכרתית (אם כי עולה מטיעוניה כי משקלה הרב – 113 ק"ג לפני ההריון – היה חייב להכנס בגדר שיקול נוסף בקבלת ההחלטה האם לנתחה אם לאו). המחלוקת העיקרית היתה, אם כן, בדבר משקל העובר עפ"י הבדיקות השונות. השאלה העולה היא האם כשהעובר הוא במשקל הגובל במשקל אשר מעבר לו יש לנתח - האם אז ההחלטה שלא לבצע ניתוח קיסרי הינה סבירה. הועלו גם, כפי שנראה, טענות בשאלה כיצד נכון היה לחשב את משקל העובר. מטעם המערערים העיד כמומחה ד"ר דוד וייס, רופא מומחה במיילדות וגניקולוגיה. במהלך חקירתו – אך לא בחוות דעתו – העלה המומחה טענה שמכל מקום צריך היה לאשפז את המערערת להשגחה.

15. ד"ר דוד וייס, הגיש את חוות דעתו הראשונה ביום 6.12.99, כלומר - בטרם נתגלו המסמכים החסרים. עפ"י חוות דעת זו מיוחסת למשיבים "רשלנות רישומית". את חוות הדעת המשלימה הגיש ד"ר וייס לאחר שהמסמכים נמצאו. בצדק ציינה הערכאה הראשונה כי מחוות דעת זו נעדר דיון בשאלה העיקרית, והיא אם ההחלטה להמנע מניתוח היתה סבירה. חסר זה הוסבר ע"י ד"ר וייס בטענה כי חסרים לו נתונים רבים לגבי שיקולי הרופאים השונים וכך נתוני בדיקות רלוונטיים. לדעתו, כאשר שוקל העובר בין 4000-4500 גרם, הנטייה היא לנתח. מעל 4500 גרם קיימת חובה לנתח. בעדותו בעל-פה ציין כי רק בשל כך שמשקל העובר הוא 4,293 גרם לא מחליטים על ניתוח, ובענין זה ישנן דעות שונות.

16. פרופ' ראובן פייזר, רופא מומחה במיילדות ובגיניקולוגיה, העיד מטעם המשיבים. לדעתו, יש להמליץ על ניתוח קיסרי כאשר האם סוכרתית ומשקל העובר הוא 4000 גרם ויותר, או כאשר משקל העובר הינו יותר מ- 4500 גרם כגורם יחיד. מכל אלה עולה, לדעתו, כי ההחלטה על ההמנעות מניתוח היתה סבירה. מכל מקום, מות העובר עקב כריכת חבל הטבור הינו בגדר תאונה בלתי צפויה.

17. בית המשפט קבע כי למערערת היה גורם סיכון אחד והוא משקל העובר. ניתוח קיסרי בשל משקל גבוה של העובר נועד למנוע כליאת כתפיים של העובר. לא היו למערערת גורמי סיכון אחרים. בנסיבות כאלה ניתוח קיסרי סביר ואפשרי הוא, ובאותה מידה סביר ואפשרי היה להמתין ללידה רגילה.

בלשונו של השופט צבן:

"... הרופאים רשאים לשקול שנית, שיקוליהם היו הגיוניים ועל פי הנתונים שבפניהם סברו שעדיף לתת עוד הזדמנות ללידה עצמית על פני ניתוח, שלא היה הכרחי ביום 3.6.96, כיוון שהעובר היה במשקל נמוך מ- 4500 גרם. גם אם לאחר מעשה הסתבר כי ניתוח היה מציל את חיי העובר, אין בכך כדי לפסול את השיקולים בזמן ההחלטה ולקבוע כי ההחלטה נגועה ברשלנות... ההחלטה המתקנת עוגנה בשיקולים מקצועיים סבירים, שהם רפואה שקולה ואפשרית" (סעיף 14 לפסק הדין).

18. המערערים תוקפים את נקודת המוצא של הערכאה הראשונה ולפיה משקל העובר ביום 3.6.96 היה 4,293 גרם. הנתון האמור מופיע בכמה מסמכים: בתעודת השחרור מיום 3.6.96 מצויין, ובהדגשה: "הערכת משקל סביב 4,300 גרם." המספר המדויק - 4,293 גרם - מופיע בבדיקות אולטרא-סאונד הריון שערך ד"ר דגני (בבדיקת

אולטרא-סאונד שערכה בודקת בשם יעל באותו יום מופיע המשקל 4,302 גרם). המערערים סומכים טענותיהם בראש ובראשונה על הרישום שנעשה בבוקר ה-3.6.96, לפני ישיבת הצוות. נחזור ונצטט את הרישום:

"3.6.96 הוסבר לאשה כי נמצא ב-US הערכת משקל 4,370 (ד"ר דגני) (לפי פמור 4,290) לפי HADLOCK 4,480 ק"ג. הוסבר לה כי בשבוע 41 במידה ורוצים לילדה יש לעשות זירוז. אם נחכה התינוק יכול לגדול בשבוע כ-200 גרם. האשה שאלה לגבי הסיכונים בלידה וגינאלית של עובר גדול. הוסבר לה על בעיות ביציאת הכתפיים. כמו כן הוסבר לה כי הערכה הקלינית היא כי התינוק לא גדול כפי שה-US מנבא אך יש טעויות בקליניקה כמו שיש טעויות ב-US ולאחר התלבטות האשה ביקשה לעשות ניתוח קיסרי."

ואולם – גם לפי רישום זה, שקדם לדיון המחלקתי, בכל מקרה, ולפי כל צורת חישוב, אין המשקל מגיע ל-4,500 גרם, והמערערת זומנה למעקב קרוב ב-5.6.96 (מעקב אליו לא הגיעה). על כן משליכים המערערים יחדם על סטיית התקן שיש בכל הערכה: במשקל מעל 4,000 גרם קיימת סטיית תקן (לשני הכיוונים) של 20%, ובענייננו כ-900 גרם (סטיית התקן מצוינת בכל טופס של בדיקת האולטרא-סאונד). על כן – כך טוענים המערערים – היה על הרופאים להביא בחשבון משקל עודף נוסף של 900 גרם, ואם היו מביאים בחשבון גם את סטיית התקן, מדובר, לטענת המערערים, במשקל עובר העולה על 5,000 גרם. על כן חובה היתה, לטענתם, לבצע ניתוח קיסרי. בפסק דינה של הערכאה הראשונה אין התייחסות מפורשת לסוגיית סטיית התקן ולשאלה אם יש להוסיף, על דרך העיקרון, 20% למשקל העובר על פי האולטרא-סאונד. התייחסות מפורשת – אין, אך בית המשפט קיבל את הנתון של 4,293 גרם, הוא הנתון שמופיע בבדיקתו של ד"ר דגני. באי-כוח התובעים טוענים כי מחקירתו הנגדית של פרופ' פייזר, המומחה מטעם הנתבעים, עולה הסכמה לתזה לפיה יש להוסיף 20% למשקל (פרופ' פייזר "אימץ" חוות דעת שהוגשה על ידי פרופ' שלו, שנעדר מן הארץ, ונחקר עליה נגדית). עיינתי בחקירתו של פרופ' פייזר, ואני סבורה שהמערערים קוראים בתשובתו את ההיפך ממה שנאמר בה. המומחה נשאל (בעמ' 68 לפרוטוקול מיום 13.12.01) לגבי סטיית התקן, והשיב:

"אני לא מבין את עניין הסטיית תקן פה, אמרת [בשאלה קודמת] ש - 4,293 [משקל העובר בבדיקה – מ.ג.] ואמרתי לך שזה מתחת לאחוזון 90 [דהיינו – מתחת לקו הגבול – המצריך ניתוח קיסרי, ראו תשובה בעמ' 66], וזה אומר שלשיטתך סטייה מעל 4 ק"ג מתחיל להיות במקום פלוס-מינוס 20%, אז אתה יכול להוסיף

אפשרות של 20% כלפי מעלה או מטה, וזה כ-800 גרם.

19. הדברים נוסחו, אמנם, כדרך תשובות הניתנות לעיתים בעל-פה, אך לדעתי ברור שהמומחה אינו מקבל את "שיטתו" של השואל לפיה יש להוסיף למשקל האולטרא-סאונד עוד 20%. על כן "אינו מביין" מה רוצים ממנו בעניין סטיית התקן. זאת ועוד: למומחה הוצג על ידי בא-כוח המערערים נייר עמדה של ההסתדרות הרפואית בישראל בעניין יילוד עובר החשוד כמקרוזומי (מוצג ת/15). בנייר עמדה זה מצויין כי ניתן לאפשר לידה טבעית לגבי יולדת ללא סוכרת כאשר משקל עובר הוא בתחום שבין 4,000 ל-4,500 גרם, אך בכל מקרה יש להפעיל שיקול קליני ולתעד אותו. עוד מוזכר שם כי יש מקום להשתמש באולטרא-סאונד כאמצעי עזר, וכי כאשר יש הבדל בולט בין הערכת משקל קלינית ואולטראסונית יקבע ניסיונו הקליני של הרופא האחראי. כזכור, מהקטע שצוטט לעיל בעניין הרישום שנעשה לפני ישיבת הצוות עולה שההערכה הקלינית היתה שהעובר פחות גדול ממה ש"מנבא" האולטרא-סאונד. בנייר העמדה מוזכר גם עניין סטיית התקן: "כאשר משקל העובר פחות מ-4,000 גרם, טווח דיוק ההערכה האולטרסונית הוא  $\pm 10\%$ . בעוברים גדולים יותר הערכת המשקל האולטרסונית מדוייקת עוד פחות ( $\pm 20\%$ ).

20. סטיית התקן יכולה לפעול לשני הכיוונים. בתצהירו של ד"ר זמברג (החתום על שני חלקי הגליון הרפואי שצוטטו לעיל) נאמר כך:

"כעולה מן המסמך היתה התלבטות בשל כך שבהערכה קלינית העובר לא הוערך גדול כמו ע"י מכשיר U/S ובשל כך שידוע לנו על טווח טעותו בהערכת U/S בשלב זה של ההריון (כשהטעות הינה כלפי מטה וגם כלפי מעלה)."

ההערכה הקלינית היתה, איפוא, דווקא כלפי מטה ולא כלפי מעלה. בנסיבות אלה אין מקום לקבל את טענת המערערים לפיה היה מקום להוסיף במקרה זה 20% למשקל על פי האולטרא-סאונד. תהא דרך החישוב בדרך כלל כאשר תהא, ושאלה זו לא לובנה די הצורך במשפט, ההערכה הקלינית – גוברת, כאמור בנייר העמדה שהוצג על ידי התובעים. על כן איני סבורה שהערכאה הראשונה שגתה בכך שלא הביאה בחשבון משקל העולה ב-20% על זה שהתברר באולטרא-סאונד.

21. על כן, בדין קבע בית המשפט, בנסיבותיו של עניין זה, שהנתבעים לא התרשלו בכך שלא ביצעו ב-3.6.96 (או ב-4.6.96) ניתוח קיסרי.



22. מעבר לכל אלה העלה שופט הערכאה הראשונה נימוק נוסף, המקובל אף עלי, לפיו אף בהנחה שהיתה התרשלות בכך שלא נעשה ניתוח קיסרי, אין קשר סיבתי בין התרשלות זו לבין התוצאה המצערת של מות העובר. וכך כתב השופט צבן:

**"להוסיף ולהדגיש:** ביום 3.6.96 התובעת לא סבלה מצוקה, העובר לא סבל מצוקה, הבדיקות היו תקינות ורגילות, לא היו שינויים משמעותיים מבדיקות בימים קודמים ולא היה כורח או הכרח בניתוח באותו יום. במצב כזה, המתנה של יומיים ללידה טבעית נראית סבירה ואפשרית. גורם הסיכון היחיד, משקל העובר, לא "הבשיל" דיו והמשקל לא הגיע ל-4500 גרם. כל אלה ביחד מביאים למסקנה כי ההחלטה המתקנת עוגנה בשיקולים מקצועיים סבירים, שהם רפואה שקולה ואפשרית.

ביצוע ניתוח קיסרי ליולדת שעוברת גדול נעשה בעיקר בשל חשש לקושי ביציאת העובר בלידה רגילה ואפשרות של "כליאת כתפיים". במקרה שבפנינו, מת העובר עקב הסתבכות חבר הטבור וחסמתו. מכאן, שאין קשר סיבתי בין מות העובר לבין קיום או אי קיום ניתוח קיסרי ביום 3.6.96. גם אין בפני ראייה רפואית הקובעת כי הצורך בניתוח קיסרי הינו בשל חשש למות העובר כתוצאה מהסתבכות חבר הטבור."

23. דברים אלה מקובלים עלי. ההתלבטות בשאלה אם לבצע ניתוח קיסרי אם לאו נובעת מהחשש של מה שמכונה "היצרות כתפיים" בשעת הלידה (לתופעה של היצרות כתפיים, הקרויה גם שיתוק ע"ש ERB בפסיקתו של בית משפט זה ראו ע"א 1/01 מרדכי נ' קופת חולים של ההסתדרות הכללית של העובדים בארץ ישראל, פ"ד נו(5), 502; ע"א 2694/90 הסתדרות מדיצינית הדסה נ' אסי מימון ואח', פ"ד מו(5), 628; ע"א 8549/00 בית החולים הכללי משגב לדרך ירושלים (בפירוק זמני) נ' דבאש, פ"ד נו(3), 844).

24. על החשש להיצרות כתפיים כמצריך (בנסיבות מסוימות) ניתוח קיסרי, עמדו גם כותבי נייר העמדה ת/15 בדברי ההסבר לנייר העמדה. יש לו ביטוי גם בהסברים שניתנו למערערת בבוקר ה-3.6.96 שצוטטו לעיל. לחשש להיצרות כתפיים אין דבר עם מה שארע בפועל: במקרה שלפנינו סיבת המוות ידועה, ואיננה בגדר נעלם. הכל מסכימים כי מותו של העובר נגרם עקב קשר אמיתי בחבל הטבור. מוות כזה הוא בלתי צפוי, ובאופן מעשי בלתי נמנע. אכן, אילו בוצע הניתוח הקיסרי ב-4.6.03 לא היתה נגרמת התוצאה המצערת. במובן זה קיים קשר סיבתי עובדתי בין אי ביצוע הניתוח לבין מות העובר. קשר סיבתי עובדתי זה איננו קשר סיבתי משפטי. אם נפעיל את מבחן הצפיות נאמר כי איש לא יכול היה לצפות שאם לא יבוצע ניתוח קיסרי תהיה תוצאת

מוות עקב קשר אמיתי בחבל הטבור; גם לפי מבחן השכל הישר אין קשר סיבתי בין אי ביצוע פעולה שנועדה למנוע סכנה אחרת לבין תוצאת המוות. הניתוח הקיסרי גם לא נועד למנוע את הסיכון של קשר אמיתי בחבל הטבור (למבחנים האמורים לצורך קביעת קשר סיבתי משפטי ראו והשוו: ע"א 576/81 בן שמעון נ' ברדה ואח', פ"ד לח(3), 1; ע"א 2061/90 מרצלי נ' מדינת ישראל, משרד החינוך והתרבות ואח', פ"ד מז(1), 802).

25. טוענים המערערים כי דין הוא שחבותו של המזיק אינה מותנית בכך שיחזה מראש את פרטי הנזק שנתהווה ואת מידת חומרתו, וכי הצפיות צריכה להתייחס לדרך עלילתו ותהליך גרימתו הכלליים של סוג הנזק שנגרם. המזיק אינו צריך לצפות את פרטי ההתרחשויות ודי לו שיראה את ההתרחשויות בקוויים הכלליים (ע"א 2061/90 הנ"ל, פ"ד מז(1), 802 והאסמכתאות בו). אכן, זהו הדין. ואולם, אין בכך כדי להועיל למערערים. הסיכון בגינו נשקל הניתוח הקיסרי נבע מגודלו של העובר; גודלו של העובר יוצר סיכון של היצרות כתפים. הסיכון שהתממש למרבה הצער הוא במישור אחר לחלוטין. הניתוח הקיסרי (שלא בוצע) נועד למנוע תקלה במהלך הלידה. מה שאירע בסופו של דבר אינו קשור אפילו לתהליך הלידה (ראו והשוו לניתוח סוגיית הקשר הסיבתי, בדעת הרוב, מפי חברי השופט ת' אור בדנ"א 7794/98 דביד משה נ' דניס קליפורד (טרם פורסם)).

26. אין מקום להיזקק לטענה שעלתה לראשונה, אגב אורחא, בחקירתו הנגדית של ד"ר וייס (ולא בחוות דעתו) לפיה צריך היה לאשפז את המערערת להשגחה, או לטענות אחרות שהן בבחינת ניסיונות להרחבת חזית.

27. ועוד: לא הוכח שלנכותה הנפשית של המערערת, שמטעמים של צנעת הפרט לא אפרט אותה, היה קשר כלשהו להתנהגותה לאחר ששחררה לביתה ב-3.6.03. אין עיגון לטענה כזו בחוות הדעת מטעמה. המערערת גם לא סיפרה לרופאים על מצבה. לא היתה לרופאים סיבה שלא לשחרר את המערערת תוך מתן הנחיות, כפי שנעשה ביום 3.6.96.

28. סוף דבר: מכל כיוון שנסתכל על הדברים לא היה מקום לחייב את הנתבעים בנזקי המערערים הנובעים מאי ביצוע ניתוח קיסרי. התוצאה היא מצערת וקשה, אך הנסיבות – כריכת חבל הטבור – הן בלתי ניתנות למניעה ולצפייה מראש. על כן – דין הערעור בשאלת הרשלנות להידחות.

## המסמכים הרפואיים

29. כאמור, תיקה הרפואי של המערערת בבית החולים נעלם, ונמצא רק העתקו הצילומי. צילומים של שלושה מסמכים חשובים לא נמצאו בתיק המצולם. רק כשנה לאחר התביעה הסתבר, לאחר בירורים של באת-כוח הנתבעים, שצילום המסמכים מצוי בקלסר של מנהל המחלקה. הערכאה הראשונה מתחה ביקורת על התנהלות הנתבעים בכל הקשור לשמירת המסמכים וכינתה אותה מוקשה, לא רגילה ובלתי מקובלת. היא ציינה כי כאשר השמירה על המסמכים היא לקויה, תמוהה או בעייתית, עובר הנטל על הנתבעים להוכיח כי לא התרשלו, אך בענייננו עמדו הנתבעים בנטל זה ודין התביעה להידחות. עם זאת, כך קבע בית המשפט, התובעים ערכו בדיקות מוקדמות טרם הגשת התביעה, והתברר להם כי המסמכים המרכזיים מיום 3.9.96 חסרים. על כן, אין תימה כי נכנסו להליך זה והוציאו הוצאות ניכרות לניהולו. רק קרוב לשנה לאחר הגשת התביעה ולאחר כמה ישיבות של קדם-משפט התגלו המסמכים החסרים. בשלב זה, כך קבע בית המשפט, "היו התובעים כבר במהלך מואץ ומתקדם, הוצאות רבות הוצאו, אמונתם בנתבעים, בהתנהלותם ובנקי כפיהם היתה פחותה והם המשיכו בהליך, ובמצב שנוצר קשה לכהות בהם". בית המשפט קבע כי התובעים הוציאו הוצאות לא מבוטלות עקב מחדלים של הנתבעים, ועל כן, אף שדין התביעה להדחות, ישאו הנתבעים באופן יוצא מן הכלל בהוצאות בסכום של 50,000 ₪.

30. המערערים שכנגד (הנתבעים) מערערים על פסיקת סכום זה. לטענתם – אילו ויתרו התובעים על תביעתם משהתגלו המסמכים החסרים והנתבעים היו מחויבים בהוצאות – ניחא; ואולם משבחרו התובעים להמשיך בתביעתם גם כשהתגלו המסמכים והתביעה נדחתה, ראוי היה לחייב דווקא את התובעים בהוצאות הנתבעים. המערערים טוענים בערעורם כי זהו מקרה מתאים לפסוק כי קיימת לתובעים עילת תביעה עצמאית ברשלנות בשל נזק ראייתי. הם מסתמכים על דברי השופטת שטרסברג-כהן בע"א 6160/99 דרוקמן נ' בית החולים לניאדו ואח' פ"ד נה(3) 117, 125.

31. אם תשמע דעתי, נדחה הן את טענות המערערים שכנגד והן את טענות המערערים. אשר לטענות המערערים שכנגד: אין זה ממנהגה של ערכאת הערעור להתערב בשיקול דעתה של הערכאה הראשונה בפסיקת הוצאות. אין המדובר בהוצאות עונשיות: המערער הצהיר בתצהיר עדותו הראשית של המערערים היו בפועל הוצאות בסכום של 34,000 ₪, והוא לא נחקר על כך. אכן, כפי שציינה הערכאה הראשונה, כשהתגלו המסמכים החסרים היו המערערים כבר בתהליך מואץ ומתקדם של משפט, ו"קשה לכהות בהם" שהמשיכו בו.

32. טענת המערערים לפיצוי בשל עילה עצמאית ברשלנות לא הועלתה כדבעי (כמו בפרשת דרוקמן עצמה) בערכאה הראשונה. מעבר לכך: בענייננו נמצאו המסמכים והסתבר, בסופו של יום, כי אין בהם כדי לבסס עילה ברשלנות. אין, איפוא, למערערים בענייננו כל עילה.

#### לסיכום

33. אציע לחבריי לדחות את הערעור והערעור שכנגד ולא לעשות צו להוצאות בערכאה זו.

ש ו פ ט ת

הנשיא א' ברק

אני מסכים.

ה נ ש י א

המשנה לנשיא ת' אור

אני מסכים.

המשנה לנשיא

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

ניתן היום, י"א בחשוון תשס"ד (6.11.2003).

ש ו פ ט ת

המשנה לנשיא

ה נ ש י א