



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 143/08
וערעור שכנגד

בפני : כבוד המשנה לנשיאה א' ריבלין
כבוד השופטת מ' נאור
כבוד השופט י' עמית

המערער : בני חי קרצמן

נגד

המשיבים : 1. שירותי בריאות כללית
2. מדינת ישראל - משרד בריאות

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בחיפה בת"א 1034/01 שניתן ביום 21.11.07 ע"י כבוד השופטת ש' שטמר

תאריך הישיבה : כ' בטבת התש"ע 6.1.2010

בשם המערער והמשיב שכנגד : עו"ד עודד בולדו
בשם המשיבים והמערעים שכנגד : עו"ד אבשלום אלרום, עו"ד אסף אלרום
בשם המשיבה 2 : עו"ד יצחק שפרבר

פסק-דין

השופט י' עמית:

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בחיפה מיום 21.11.07 (כב' השופטת ש' שטמר) בת"א 1034/01 בגדרו נדחתה תביעת המערער כנגד המשיבות.

עניינו של הערעור נסב על טענה להולדה בעוולה כתוצאה מהסבר מוטעה לגבי סיכויי העובר להיוולד בריא.

תמצית העובדות הצריכות לעניין

1. המערער, קטין יליד 19.10.95, נולד בניחוח קיסרי במשקל 633 גרם, כשהוא נזקק להחייאה ולמתן חמצן, הוא אושפז במחלקת טיפול נמרץ ילודים ושהה בבית החולים למעלה מארבעה חודשים בשל פגות קשה. נכותו של המערער עומדת על 100% לצמיתות – הוא לוקה בפיגור שכלי קשה ופיגור פסיכומטורי, לא מסוגל לדבר

וללכת בכוחות עצמו, לא שולט על הסוגרים, מזונו כולל אוכל נוזלי בלבד והוא תלוי ויהא תלוי כל ימי חייו בעזרת הזולת.

2. נספר לקורא כי הוריו של המערער עלו לארץ מאוקראינה בחודש אפריל 1995, כחצי שינה לפני הלידה. אמו של המערער הייתה במעקב הריון במרפאת נשים של המשיבה 1 (להלן: שירותי בריאות כללית) בקרית שמונה. בשלב מסויים של ההריון אובחן בבדיקת אולטרסאונד כי גיל ההריון לא תואם את גודל העובר. האם הופנתה ביום 17.10.95 לבית החולים "רבקה זיו" בצפת (להלן: בית החולים) של המשיבה 2 (להלן: המשיבה), שם בוצע לאם אולטרסאונד נוסף ובבדיקה נמצא פיגור בגדילה תוך רחמית (UGR – Intra Uterine Growth). גודל העובר תאם גיל 24-25 שבועות למרות שגיל ההריון היה 30 שבועות + 3 ימים, דהיינו, פיגור בגדילה של בין חמישה לשישה שבועות. בבדיקה נמצא מיעוט מי שפיר, מיעוט תנועות עובר והיעדר זרימה דיאסטולית בעורק טבורי.

נוכח תוצאות הבדיקה אושפזה האם בבית החולים והוצע לה לבצע בדיקה נוספת, לה סירבה מחשש שהבדיקה תגרום לזירוז הלידה. ביום 19.10.95 הובהר להורי המערער על ידי רופאי המחלקה בבית החולים כי אם לא יבוצע ניתוח קיסרי העובר ימות תוך זמן קצר ביותר ואם יבוצע ניתוח קיסרי יש 50% שיוולד בריא ללא מומים קשים (בהמשך נעמוד על טיב ההסבר שניתן). ההורים הסכימו ליילד את המערער בניתוח קיסרי, וכאמור, המערער נולד פג והוא סובל משורה של מומים קשים.

3. המערער הגיש באמצעות הוריו תביעה נגד שירותי בריאות כללית ונגד המשיבה בעילה של הולדה בעוולה (wrongful life).

באשר לשירותי בריאות כללית, טען המערער כי התנהלותה הרשלנית באה לידי ביטוי בכך שהרופא שניהל את מעקב ההריון לא השכיל להפנות את אמו במועד לבית החולים או לוועדת העל המאשרת הפסקת הריון, על אף שהבחין בכך בבדיקות האולטרא סאונד.

באשר למשיבה, טען המערער כי התנהלותה הרשלנית באה לידי ביטוי בכך שרופאי המשיבה לחצו על הוריו לבצע את הניתוח הקיסרי והטעו את הוריו באשר לסיכויי ההיוולד בריא, שאילולא כן, היה נותר ברחם אמו ולא בא לעולם במומו הקשים.

4. בפסק דינו סקר בית משפט קמא בפירוט את מהלך הריונה של האם לרבות הבדיקות שביצעה, התייעצות הורי המערער עם הרופאים והמידע שנמסר להם בכל שלב ושלב של ההיריון, עדויות הצדדים וחוות הדעת הרפואיות מטעמם.

בסופו של יום, דחה בית המשפט המחוזי את תביעת המערער ונביא להלן, בתמצית שבתמצית, את עיקרי מסקנותיו:

(-) מצבו של המערער הוא כזה שניתן לומר כי טוב היה אילו לא בא לאוויר העולם, נוכח המומים שמהם הוא סובל;

(-) אין להחיל בנסיבות המקרה את הכלל "הדבר מדבר בעדו", כך שאין להעביר את נטל ההוכחה אל המשיבות.

(-) לא הייתה התרשלות מצד שירותי בריאות כללית במהלך מעקב ההריון, וגם אם הייתה, אין קשר סיבתי בין ההתרשלות הנטענת לבין הנזק;

(-) הרופאים שאירו בידי ההורים את הברירה בין הותרת המערער ברחם, מה שהיה מביא למותו תוך זמן קצר, לבין ביצוע הניתוח הקיסרי להצילו. ההחלטה לבצע את הניתוח הקיסרי להולדת המערער נעשתה על פי בחירת ההורים, לא עקב "שכנוע" והצגת "תמונה ורודה" על ידי רופאי המשיבה, אף לא בשל הנתונים שנמסרו להורי המערער על ידי רופאי המשיבה (בהמשך נעמוד ביתר פירוט על המידע שנמסר להורים ועל ממצאיו של בית משפט קמא בעניין זה).

על מסקנות אלה בפסק דינו של בית המשפט המחוזי נסב הערעור שבפנינו.

הערעור וטענות הצדדים

5. המערער הלין על קביעותיו של בית משפט קמא במישור האחריות של שירותי בריאות כללית ושל המשיבה. ביני לביני, ובהמשך לדיון שהתקיים בפנינו, הודיעו המערער ושירותי בריאות כללית כי הגיעו להסכמה על דחיית הערעור כנגד שירותי בריאות כללית, לאחר שהגיעו להסדר פשרה מחוץ לכותלי בית המשפט. משכך, נותרה המשיבה הצד היחיד שכנגדו מופנה הערעור שבפנינו.

6. המערער טען כי שגה בית משפט קמא בכך שדחה את הטענה כי רופאי המשיבה הפעילו לחץ על ההורים כדי לשכנע אותם להסכים לביצוע הניתוח הקיסרי. בהקשר זה, הצביע המערער על כך שההורים התמידו בסירובם להתערבות כלשהי בימים 17.10.95 ו-18.10.95, ורק ביום 19.10.95 "נשברו" תחת לחץ הרופאים והסכימו לניתוח קיסרי.

7. טענתו המרכזית של המערער היא, שהחלטתם של ההורים לאפשר לרופאים ליילד את המערער בניתוח קיסרי, נבעה מהצגה מוטעית של נתונים שנמסרו להורים על ידי רופאי המשיבה. על מנת להבין טענה זו, נחזור בנקודה זו לפסק דינו של בית משפט קמא.

בית משפט קמא בחן את שתי הגרסאות שהועלו בפניו בעניין זה. לגרסתו של ד"ר גוטפריד, ששוחח עם ההורים לפני הניתוח הקיסרי, הוא הסביר להורים כי יש סיכוי של 50% שהעובר ישרוד את הניתוח, ויש סיכוי של 50% שאם ישרוד, הוא עלול לסבול מפיגור שכלי או שיתוק מוטורי כך שהשורה התחתונה היא שלעובר יש סיכוי של 25% לשרוד ולהיות בריא. מנגד, טענו ההורים כי ההסבר שנמסר להם הוא שסיכויי העובר לחיות חיים תקינים הם 50% הא ותו-לא.

בעניין זה נקבעו בפסק הדין שני ממצאים:

במישור הרפואי נקבע כי הדעה המקובלת כיום בין הרופאים היא כפי שהוצגה בגרסתו של ד"ר גוטפריד, כך ש"כל 50 יילודים מ-100 הריונות במצבו של התובע עובר ללידתו, מתים על פי הסטטיסטיקה הרפואית, ומתוך ה-50 שנותרים בחיים, 25 מהם יסבלו ממומים כמו פיגור שכלי או מוטורי ואחרים".

במישור העובדתי, למרות שבית משפט קמא התקשה לקבל כי ד"ר גוטפריד לא הסביר להורים שיש אחוזי סיכוי גבוהים שהתינוק ימות בשל משקלו הנמוך ופגותו, בית המשפט היה נכון להעדיף את גרסת ההורים בנקודה זו. זאת, בהסתמך על מסמך בית החולים שכותרתו "רפורט אישי", הכולל פירוט המעקב אחר היולדת החל מרגע אשפוזה ועד ללידה בניתוח הקיסרי. וכך נכתב באותו מסמך:

"בשיחה עם האישה (שאינה דוברת עברית) אחותה והבעל כשנוכחים גם ד"ר זוהר וד"ר גוטפריד טען ד"ר

גוטפריד שיש ליילד את האישה עקב סבל בעובר והסיכוי שלו לחיות בצורה תקינה 50%. הוסבר לאישה (כאשר המתורגמנית היא אחותה – פרידה מינביץ) סיכונים לילוד- מפיגור שכלי ומוטורי ועד למוות ניאונטלי. האישה ובעלה הביעו רצון לניתוח קיסרי."

למרות הקביעה כי לא נמסרו להורים נתונים סטטיסטיים נכונים, הגיע בית משפט קמא למסקנה שאין קשר סיבתי בין מסירת הנתונים הלא מדוייקים לבין החלטתם של ההורים להסכים לביצוע ניתוח קיסרי. זאת, מאחר שהנתון הרלוונטי מתוך הנתונים הסטטיסטיים הנכונים הוא, שמתוך התינוקות שיוולדו יהיו 50% בעלי מומים ואף מומים קשים, ונתון זה נמסר להורים. נקבע כי גם אם ההורים הבינו שהסיכוי להולדת ילד בריא בהריון מסוג זה עומד על 50% בלבד, המדובר בסיכון עצום שהם נטלו על עצמם במודע, אם על פי סולם הערכים המוסרי-דתי שלהם או בשל גילם הצעיר שהטה אותם לקחת סיכון ולא נתן להם להשאיר את עוברם ברחם.

8. על מסקנה זו הלין המערער בפנינו. לטענתו, התנהגות ההורים מאז הגעתם לבית החולים ביום 17.10.95 מעידה על כך שביקשו ליתן לטבע לעשות את שלו ולא רצו בהתערבות מלאכותית. לכן, סירבו לבדיקה שהוצעה להם ביום 17.10.95 ועמדו בסירובם גם למחרת, עד ש"נכנעו" ללחץ הרופאים ביום 19.10.95 ונתנו הסכמתם לביצוע ניתוח קיסרי. זאת, עקב ההסבר השגוי שניתן להם על ידי ד"ר גוטפריד ועקב הנימה האופטימית ששידר, ואם הנתונים היו נמסרים להם כהווייתם, יש להניח שהיו מחליטים שלא לבצע ניתוח קיסרי והיו מניחים לעובר למות.

מנגד, טענה המשיבה כי גם בהנחה שד"ר גוטפריד מסר להורי המערער נתונים סטטיסטיים שגויים, אין לכך קשר סיבתי להסכמתם של ההורים לניתוח קיסרי. ההחלטה לבצע את הניתוח הקיסרי נעשתה מבחירת ההורים, בזמן אמת, ולא עקב "שכנוע" והצגת תמונה אופטימית על ידי רופאי בית החולים בניגוד לנתונים שנמסרו להורים, וכך נקבע על ידי בית משפט קמא.

המשיבה הצביעה על כך שעדותו של האב הייתה עדות יחידה של בעל דין. האם-היולדת לא הובאה לעדות ולא הוגש תצהיר מטעמה, אף לא הוגש תצהיר מטעם אחות אבי המערער ששימשה כמתורגמנית להורים, ושעדותה יכולה הייתה לשפוך אור על סלע המחלוקת בדבר ההסבר שניתן על ידי הרופאים להורים.

9. הטענה כי רופאי המשיבה לחצו על הורי המערער להסכים לניתוח קיסרי, ולכן ההורים חזרו בהם מסירובם להתערבות במהלך הטבעי של ההריון, היא טענה שבעובדה שנדחתה בפסק דינו של בית משפט קמא. על פי הממצאים העובדתיים שנקבעו בפסק הדין, ההורים קיוו שההריון יסתיים בלידה תקינה ולכן סירבו ביום 17.10.95 לבצע בדיקת OCT לעובר (בדיקה הבודקת את מידת החמצון כאינדיקאציה לגבי המצוקה בה העובר שרוי אך עלולה לזרו לידה). ההורים סירבו לביצוע בדיקה זו גם ביום 18.10.95 לאחר בדיקת אולטרסאונד והסבר שקיבלו מאחד הרופאים, ורק ב-19.10.95 השתכנעו כי ההריון עומד להגיע לקיצו ויש לקבל החלטה.

אין דרכה של ערכאת ערעור להתערב בממצאים שבעובדה, מה עוד שקביעות אלה מעוגנות גם ברישומי בית החולים. כך, בגיליון המעקב מיום 17.10.95 נכתב כי יש פער של כשישה שבועות בין גיל ההיריון לגודל העובר וכי "...הוצע OCT אך היולדת ובן זוגה מסרבים". ברישום מיום 18.10.95 נכתב "הוסבר למשפחה עם נוכחות אחות האב על חומרת המצב". כאמור, ביום 19.10.95 כבר היה ברי מעל לכל ספק כי המתנה נוספת לא יכולה להועיל, והיה על ההורים לקבל החלטה לכאן או לכאן וכך הוסבר להורים.

10. נתמקד אפוא בטענה המשפטית-עובדתית של המערער, כי המידע שנמסר להורים ביום 19.10 היה שגוי והביא אותם לקבלת ההחלטה שהביאה להולדתו של המערער במומיו הקשים.

כדי להבהיר את העילה המשפטית שעומדת בבסיס התביעה, יש להבחין בין שלושה סוגי תביעות: התרשלות בטיפול הרפואי עצמו; התרשלות בשל היעדר הסכמה מדעת; ופגיעה באוטונומיה (להבחנות אלה, ראו פסק דינה של כב' השופטת י' וילנר בת.א. (חיפה) 869/06 אסתר כהן נ' שירותי בריאות כללית (לא פורסם, 20.10.2009) בפסקאות 64-71). ענייננו נופל בסוג התביעה השני - התרשלות בשל היעדר הסכמה. מצבו הקשה של המערער הוא מידי שמיים, כפועל יוצא מהפיגור בגדילה התוך רחמית והפגות כשלעצמה ולמשיבה לא מיוחסת רשלנות בגין הטיפול שניתן או שלא ניתן למערער או לאמו בבית החולים. הרשלנות המיוחסת למשיבה היא בהפרת חובת הגילוי של הרופאים כלפי הורי המערער, הפרה שהניעה את ההורים, לטענתם, לקבל החלטה לא מושכלת ליילד את המערער בניתוח קיסרי ולהולדתו בעוולה עקב כך.

11. העילה של הולדה בעוולה נסבה על עצם ההולדה, בבחינת מוטב היה שלא אוולד משנולדתי. העילה הוכרה לראשונה בע"א 518/82 ד"ר זייצוב נ' כץ, פ"ד מ(2) 85 (1986) (להלן: זייצוב) כך שאיננו נדרשים לדון במסגרת ערעור זה במגוון השאלות הסבוכות במישור המשפטי-אתי-לוגי-פילוסופי בסוגיה זו. גם אין חולק כי המומים מהם סובל המערער הם בדרגה כה גבוהה, שגם לגישתם המצמצמת של חלק מהשופטים בפרשת זייצוב, ענייננו בא בגדר אותם מקרים עליהם ניתן לומר "נוח לו שלא נברא משנברא". בכל אלה אין לנו צורך להכריע כאן.

הבסיס לתביעה בעילה של הולדה בעוולה הוא התרשלות בגין אי איתור של המום או בגין אי מסירת מידע להורים, וקיומו של קשר סיבתי בין אותה התרשלות לבין התוצאה של הולדת הוולד במצבו הקשה. בבסיס התביעה עומדת טענה נוסח "אם" (IF): אילו היו מאתרים את המום/אילו ההורים היו מדונחים על הממצאים/אילו ההורים היו מקבלים את מלוא המידע, אזי היו מסכימים למעשה (הפלה) או למחדל (המשך הריון ללא התערבות) שהיה מונע הבאת יילוד הסובל מנכות קשה.

12. במקרה דנן, למשיבה לא מיוחסת רשלנות באי איתור או אי דיווח לגבי הפיגור בגדילה התוך-רחמית. המחלוקת מתמקדת בטענה להתרשלות במסירת מידע מוטעה שגרם להורים להסכים לביצוע ניתוח קיסרי, מה שהביא ללידתו של המערער. שאם כך הדבר, יש לייחס למשיבה רשלנות עקב הפרה של זכות ההורים לקבל את המידע רפואי הנדרש כדי להחליט אם להסכים לטיפול המוצע. זו דוקטרינת ההסכמה מדעת המעוגנת כיום בחוק זכויות החולה, התשנ"ו-1996 (להלן: חוק זכויות החולה) (ראו ע"א 119/05 חליפה נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 10.9.2006) בפסקה 36). סעיף 13(א) לחוק זכויות החולה קובע כי "לא יינתן טיפול רפואי למטופל אלא אם כן נתן לכך המטופל הסכמה מדעת לפי הוראות פרק זה". סעיפים 13-ב-ג לחוק זכויות החולה קובעים כלהלן:

"13.ב. לשם קבלת הסכמה מדעת, ימסור המטפל למטופל מידע רפואי הדרוש לו, באורח סביר, כדי לאפשר לו להחליט אם להסכים לטיפול המוצע; לעניין זה, "מידע רפואי", לרבות – ...

"13.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".

13. כאמור, בית משפט קמא קבע, כממצא עובדתי, כי המידע שהוצג להורים על ידי הרופא הוא קיומם של 50% סיכוי שהעובר יהיה בריא לעומת 50% סיכוי שהעובר יסבול ממומים קשים. ואילו הנתונים הסטטיסטיים הנכונים הם, כי מתוך 50% העוברים שישרדו 50% יהיו בריאים ו-50% יסבלו ממומים קשים. דהיינו, סיכוי של 25% בלבד ללידה של ילד בריא. מכאן נובעת טענת המערער: לא הרי סיכון בשיעור של 50% כסיכון בשיעור של 75%, ואילולא הנתונים השגויים שהוצגו בפני הוריו, שהניעו אותם להסכים לביצוע ניתוח קיסרי, הוריו היו מחליטים להותירו ברחם למותו והוא לא היה נולד במומיו הרבים.

טענה זו אני מתקשה לקבל, ואנמק את מסקנתי.

14. למרות שענייננו בשאלה "מה היה אילו", האב לא כתב בתצהירו ואף לא טען בעדותו כי אילו היו הרופאים מוסרים את המידע הנכון לו ולאשתו-האם היולדת, הם היו מחליטים בצורה שונה והיו משאירים את העובר ברחם לגורלו. דומני כי אין מדובר בהשמטה גרידא של המובן מאליו, מאחר שהדבר לא מובן מאליו, וכפי שנראה להלן, הטענה אינה סבירה ולא עומדת במבחן ההגיון.

זאת ועוד. ניתן היה לצפות כי אמו של המערער תיתן תצהיר ותעלה על דוכן העדים למסור את גרסתה כדי לשכנע את בית המשפט כי אכן הייתה בוחרת להשאיר את העובר למותו ברחם. ברם, לא כך נעשה ואביו של המערער היה היחיד שנתן תצהיר ונחקר. לטענת ב"כ המערער, תצהיר האב נערך למעשה יחד עם האם, ויש לראות את עדותו כעדותה בבחינת "והיו לבשר אחד", ולכן לא ראה תוחלת במתן תצהיר על ידי האם. כן הצביע על כך שבמהלך הדיון הוצע לב"כ המשיבה לחקור את האם, אך הוא לא ראה בכך טעם מאחר שהאם כבר ישבה באולם ושמעה את עדות בעלה.

אני נכון לקבל את ההסבר לאי העדת האם, ולו בדוחק, אך לא כך לגבי אי העדת אחותו של האב, שהייתה "המתורגמנית" בין ההורים לרופאי המשיבה. האחות לא הובאה לעדות, למרות החלק המרכזי שמילאה במגעים בין הרופאים להורים. ד"ר זוהר, אחת הרופאות בבית החולים, אף העידה כי במהלך היומיים האינטנסיביים שהרופאים היו עם ההורים, לאחות היה תפקיד דומיננטי. יש לזקוף אפוא לחובת המערער את אי העדת אחותו של האב, וכפי שנאמר בפסיקה פעמים רבות, הימנעות מלהביא ראיה שיכולה הייתה לתמוך בטענתו של בעל דין, מקימה חזקה שבעובדה שהיה באותה ראיה לפעול לחובת הנמנע (ראו, לדוגמה, ע"פ 728/84 חרמון נ' מדינת ישראל, פ"ד מא(3) 617, 625 (1987); ע"א 2275/90 לימה נ' רוזנברג, פ"ד מז(2) 606,

614 (1993) בסמוך לאותיות ה-ו; ע"א 465/88 הבנק למימון ולסחר בע"מ נ' מתתיהו, פ"ד מה(4) 651, 658 (1991); ע"א 293/90 גרינהולץ נ' מרמלשטיין (לא פורסם, 28.12.94); י' קדמי על הראיות - הדין בראי הפסיקה כרך שלישי, (תשס"ד) בעמודים 1649-1650).

עד כאן במישור הראייתי. בנקודה זו נמשיך ונבחן את טענת ההורים על פי הגיונם של דברים.

15. חובה על הרופא למסור למטופל את המידע הדרוש לו כדי להחליט אם לקבל או לדחות את הצעת רופאו. המבחן הוא אובייקטיבי - על הרופא החובה למסור למטופל את המידע שאדם סביר היה נדרש לו כדי לגבש החלטה אם להסכים לטיפול המוצע (ראו ע"א 434/94 ברמן, קטינה באמצעות הוריה נ' מור המכון למידע רפואי בע"מ, פ"ד נא(4) 205 (2007); ע"א 4690/04 סידי נ' קופת חולים של ההסתדרות הכללית, פ"ד ס(3) 590, 599 (2005)).

ודוק: אין חובה למסור מידע שלא נצרך להחלטתו של המטופל ו"לא יזכה החולה לפיצוי כלשהו במצב שבו נמנע הרופא מלמסור לו מידע אשר אינו חשוב להחלטתו" (ראו ע"א 2781/93 דעקה נ' בית החולים "כרמל" חיפה, פ"ד נג(4) 526, 578 (1999) (להלן: דעקה)).

במקרה דנן, נמסר להורים כי אם העובר ישאר ברחם הוא ימות, אך אם יבצעו ניתוח קיסרי יש סיכון עצום בשיעור של 50% שהמערער יוולד כשהוא סובל ממומים קשים. כפי שאמר האב בתצהירו, הרופא "הסביר שכדאי שנסכים לעשות את הניתוח וכי יש לילד סיכוי של 50% להיות תקין לגמרי שאם לא כן הוא פשוט ימות בבטן". ברישומי בית החולים ב-19.10.95 בשעה 09:30 בבוקר נרשם כי הוסבר להורים "סיכונים לילוד - מפיגור שכלי מוטורי עד מוות נאונטלי. האשה ובעלה הביעו רצון לניתוח קיסרי".

16. השאלה מה הסיכון שלמרות הניתוח הקיסרי העובר לא ישרוד, לא הייתה השאלה הקרדינלית מבחינת ההורים, שהרי ללא ניתוח קיסרי לא היה ספק שהעובר ימות ברחם. הנתון שהיה חשוב מבחינת ההורים באותה נקודת זמן קשה בה היו שרויים הוא מה הסיכוי לילד בריא, והתשובה שקיבלו - 50% סיכוי - היא פשטנית, אך נכונה דווקא מנקודת מבטם. אין לומר כי ההורים הוטעו בכך שנמסר להם נתון שגוי לפיו יש 50% סיכון שהילד יוולד בעל מום במקום 75% סיכון שיוולד בעל מום. הנכון הוא,

שאכן היה סיכון של 50% שהמערער יוולד עם מומים קשים אם יישאר בחיים. ודוק: כאשר ב"הולדה בעוולה" עסקינן, הרי לפחות על מי מקצת הדעות, הנזק בא לידי ביטוי בחייו של האדם במומו הקשה, בבחינת טוב היה אילולא נולדתי משנולדתי, ואילו המוות אינו מהווה "נזק" שכן הוא האופציה "המועדפת" על פני החיים. לכן, הנתון החשוב מבחינת ההורים היה שיעור הסיכוי של הילד החי להיוולד בריא או בעל מום. הנתון של 50% שנמסר להורים היה אפוא נתון נכון ומכאן שהרופאים לא הפרו את חובת הגילוי.

ומזוית אחרת של קשר סיבתי: אם ההורים היו מקבלים את ההסבר הנכון, לשיטתם, הרי שהסיכון שייולד להם ילד הסובל ממומים קשים הוא בשיעור של 25% בלבד (שכן הסיכון שהעובר לא ישרוד עומד על 50%, ובמקרה שהוולד יחיה, יש סיכון של 50% שיסבול ממומים קשים). יוצא שעל פי ההסבר שקיבלו ההורים, הסיכון ל"נזק" – בדמות ילד הסובל ממומים קשים – הוא כפול מהסיכון להתרחשותו על סמך המידע הנכון והמדויק שלא הוצג להורים. אם הסכימו ההורים לקחת סיכון של 50% שייולד להם ילד שיסבול ממומים קשים אם יסכימו לניתוח קיסרי, קל וחומר שהיו מסכימים לכך אם הסיכון להתרחשות ה"נזק" – בדמות חיים של סבל בשל מומים קשים – הוא בשיעור של 25% בלבד.

סיכומו של דבר, שאין קשר סיבתי בין ההחלטה שקיבלו ההורים לבין ההסבר שניתן להם.

17. לא ניתן ולא ראוי לבוא בטרוניא לרופאי המשיבה. הייתה זו חובתם המקצועית והאתית להציג בפני ההורים את שתי האפשרויות שעמדו על הפרק באותן שעות: מותו הוודאי של המערער אם יושאר ברחם או ביצוע ניתוח קיסרי על הסיכון ללידת ילד עם מומים קשים מול הסיכוי ללידת ילד בריא. ההחלטה הקשה הונחה לפתחם של הורי המערער כמי שצריכים היו להחליט, ומשהחליטו מדעת על ביצוע הניתוח, נשמטת העילה של הולדה בעוולה. לא לנו לקבוע כיום, בדיעבד, אילו שיקולים הנחו את המערערים שעה שהיו צריכים להחליט בלחץ זמנים על גורלו של המערער, וכפי שנאמר בפרשת דעקה בעמ' 601:

"לא ניתן לקבוע איזה מן השיקולים מצוי במרכז הכובד של תהליך גיבוש ההחלטה. משקלם של שיקולים אלה וחיבותם בגיבוש ההחלטה אינם קבועים; הם עשויים להשתנות על-פי אופיו ונטיותיו של כל אדם השוקל אם להסכים או לסרב לביצוע ניתוח בגופו. שיקולים רבים,

שאינן לדעת כיצד היו נשקלים ואיזו חשיבות הייתה מיוחסת להם, נוטלים חלק בגיבוש ההסכמה או הסירוב לביצוע הניתוח...".

ההורים הועמדו בפני דילמה קורעת לב, אך מול חובתם של הרופאים להציע ולהציג בפניהם את שתי האפשרויות, הייתה זו זכותם וחובתם של ההורים להחליט, ויש להצר על כך שהגורל אינה להם ולמערער. למערער יש שם שנתנו לו אביו ואמו, אך לא לכל נזק יש שם במשפט, ובמקרה דנן, נזקו של המערער נותר יתום.

18. בנסיבות הקשות של המקרה, דומנה כי לא היה מקום לערעור שכנגד שהוגש על ידי המשיבה על כך שלא נפסקו הוצאות לזכותה בבית משפט קמא. מכל מקום, אין דרכה של ערכאת ערעור להתערב בנושא הוצאות, ולכן דין הערעור שכנגד להידחות. בנסיבות המקרה, אמליץ לחברי שלא להשית הוצאות על המערער גם בערכאה זו.

ש ו פ ט

המשנה לנשיאה א' ריבלין:

אני מסכים.

המשנה לנשיאה

השופטת מ' נאור:

אני מסכימה. ענייננו בתביעה של הקטיין לפיצוי בגין לידתו כבעל מום. לאחר שניתנה הסכמת ההורים, נעשה ניתוח קיסרי ונולד התובע כשהוא בעל מום. המחלוקת בעיקרה היא אחת: האם ההתרשלות במסירת המידע להורים אודות הסכנה שבלידת ילד בעל מום לפני שההורים הסכימו לבצע ניתוח קיסרי, התרשלות שאינה שנויה במחלוקת בענייננו, מקימה בענייננו עילת תביעה לפיצוי בגין לידת הילד בעל המום. הטענה איננה שהמשיבים גרמו במעשה או במחדל באופן ישיר להיווצרות המום (ראו פסקאות 46 ו-62 לפסק הדין המחוזי). הטענה היא כי ההתרשלות במסירת המידע מנעה מההורים מידע חיוני הדרוש לקבלת החלטה עניינית בדבר המשך ההריון, וכתוצאה מכך נעשה ניתוח קיסרי ונולד ילד בעל מום. טענה זו בדבר היעדר "הסכמה מדעת" של

ההורים מתעוררת בענייננו בגדרי תביעה של הקטין (ראו בלהה כהנא חבות של הורים
בנזיקין כלפי ילדיהם וסוגיות בנזיקין בהקשר לקטינים וצדדים שלישיים, 282-281
(2008)). בתביעה לפיצוי בגין לידה של ילד בעל מום על התובע להוכיח קשר סיבתי
עובדתי לפיו לולא ההתרשלות לא הייתה מתרחשת הלידה (ע"א 3186/98 מזרחי נ'
קופת חולים לעובדים לאומיים, פ"ד נו(1) 924, 926 (2001)). במישור טענת היעדר
הסכמה מדעת, משמעות הקשר הסיבתי העובדתי האמור היא, כי על התובע – ובענייננו
הקטין – להוכיח שההורים היו משנים את החלטתם לו היה בפניהם המידע החיוני
והאם לא היתה יולדת את הילד בעל המום (נילי קרקו-אייל דוקטרינת ההסכמה מדעת
בחוק זכויות החולה, תשנ"ו-1996, 242-240 (2008), (להלן: קרקו-אייל)). הערכה
היפוטטית שכזו בדבר "סיבתיות ההחלטה" היא לרוב מורכבת (ע"א 4384/90 ואתורי נ'
בית החולים לניאדו, פ"ד נא(2) 171, 191 (1997); ע"א 2781/93 דעקה נ' בית החולים
"כרמל", חיפה, פ"ד נג(4) 526, 552-555 (1999); ע"א 6153/97 שטנדל נ' שדה, פ"ד
נו(4) 746, 760 ו-761 ב(2002)). המורכבות נובעת בין היתר מכך ש"לאופן הצגת
המידע השפעה ניכרת על החלטותיהם של מטופלים" ולכן לרוב "קיים קושי לחזות את
ההשפעה שצפויה היתה להיות למסירת המידע על החלטת המטופל" (קרקו-אייל, 508).
מורכבות נוספת מתעוררת, כפי שרמז בית המשפט המחוזי בפסק דינו, כאשר בהחלטת
ההורים האם להמשיך בהריון או לסיימו נשקלים גם שיקולים נוספים שאינם רפואיים,
כגון שיקולי מוסר ודת (ראו פסקה 76 לפסק הדין המחוזי). אלא שבענייננו פטורים אנו
מן הקושי האמור, כיוון שכפי שהראה חברי השופט עמית בפסקה 16 לפסק דינו, גם אם
נלך לשיטת אביו של המערער, לא היה המידע הנכון והמלא משנה את הסכמת ההורים
ללידה בניתוח קיסרי. כפי שהראה חברי טענה אחרת אינה עומדת במבחן ההגיון, וזאת,
אוסף, גם אם נקבל את טענת ב"כ המערער כי ההורים נדרשו לקבל את ההחלטה
הגורלית תוך זמן קצר ובהיותם עולים חדשים סבלו מקשיי תרבות ושפה. מסקנה זו
מתחזקת לאור העובדה שהאב לא טען במפורש בתצהירו כי הוא ואשתו היו משנים את
החלטתם, וכאמור יש משקל גם לאי העדת אחרות של האב. ודוק: תביעת הקטין היא זו
שלפנינו. אין לפנינו תביעה של ההורים אף שגם היא אפשרית באותה עילה (ראו:
שמואל ילינק הולדה בעוולה – זכויות תביעה ופיצויים 31 (1997)). אין בפסק דינו כדי
להכריע בתביעה אפשרית של ההורים בעילה אחרת, לפיצוי בגין פגיעה באוטונומיה
(בתביעה שכזו אין צורך בהוכחת סיבתיות ההחלטה, ראו ע"א 522/04 מרכז לייזר
לנתוחי קרנית בע"מ נ' דיראוי, פסקה 16 לפסק דינו של חברי השופט ריבלין (לא פורסם,
28.6.2005); קרקו-אייל, 246). אשר על כן מצטרפת אני כאמור בהסכמה לפסק דינו של
חברי השופט עמית.

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט י' עמית.

ניתן היום, י"ג בסיון התש"ע (26.5.2010).

שופט

שופטת

המשנה לנשיאה