



בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 7416/12

לפני : כבוד המשנה לנשיא מ' נאור
כבוד השופט י' עמית
כבוד השופט נ' סולברג

המערערת : קופת חולים מאוחדת

נגד

המשיבים : 1. פלוני
2. פלוני
3. הסתדרות מדיצינית הדסה
4. פלוני
5. פלוני
6. פלוני

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי ירושלים
בת"א 5193/03 שניתן ביום 30.08.2012 על ידי סגן הנשיא,
השופט א' פרקש

בשם המערערת : עו"ד דורון איצקוביץ ועו"ד הגר הראל
בשם המשיבים 1-2 ו-4-6 : עו"ד אהוד כליף

פסק-דין

השופט י' עמית:

רופא ממליץ פעמיים לאשה ולבעלה להפסיק את ההריון. הזוג אינו פועל
על פי המלצת הרופא ופונה לרב ידוע שממליץ להם שלא להפסיק את ההריון. הזוג
מחליט להמשיך בהריון אולם הסיכון שעמד בבסיס המלצת הרופא מתממש והילד
שנולד סובל מנכויות קשות. הרופא נתבע בטענה שלא הסביר לבני הזוג את פשר
המלצתו ובית המשפט מקבל את התביעה.

על כך נסב הערעור שלפנינו, המערור את הסוגיה של חובת ההסבר המוטלת
על רופא בעת מתן המלצה.

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בירושלים (כב' סגן הנשיא ס'
פרקש) בת"א (מחוזי י-ם) 5193/03 מיום 30.8.2012, בגדרה נתקבלה תביעת המשיב 4

(להלן: הקטיון) והוריו, המשיבים 1-2 (להלן ביחד: ההורים או המשיבים) לפיצויים בגין "הולדה בעוולה".

העובדות המוסכמות על הצדדים

1. ביום 23.12.1999 נבדקה המשיבה 1 (להלן: האם או המשיבה) על ידי ד"ר משה אברמוב, רופא נשים וגניקולוג במרפאת קופת חולים מאוחדת (להלן: קופת החולים או המערערת). במהלך הבדיקה (להלן: הביקור הראשון) איבחן ד"ר אברמוב כי האם נמצאת בהריון עם התקן תוך-רחמי, אך לא הצליח לאתר את חוט ההתקן על מנת להוציאו. משכך, המליץ לאם להפסיק את ההריון – המלצה שעל טיבה ומהותה נחלקו הצדדים. בתרשומת שערך ד"ר אברמוב בכרטיס הטיפולים של האם נכתב כלהלן: "23.12, B חיובי, איחור שבועיים, ב-IUD US צמוד לשק, לא נראה החוט (pv) מתאים ל-6 הומלץ DNC רוצה לחכות נחזור על US עוד שבועיים".

2. ביום 17.1.2000 שבה האם אל ד"ר אברמוב, הפעם כשהיא מלווה במשיב 2 (להלן: האב או המשיב). במהלך הביקור (להלן: הביקור השני) חזר ד"ר אברמוב על המלצתו לאם להפסיק את ההריון, ואף מסר לידי ההורים הפנייה לוועדה להפסקת הריון. בין הצדדים התעוררה מחלוקת גם לגבי ההסבר שנמסר להורים בביקור השני. בתרשומת שערך ד"ר אברמוב בכרטיס הטיפולים של האם נכתב: "U/S 17.1.00 [מילה מחוקה] מתאים 9 שבועות עם דופק ותנועות. IUD ליד השק. ניתנה הפנייה ל-TOP לה"צ. בני הזוג ישקלו. החליטו לא לבצע הפלה" (על פי ד"ר אברמוב המשפט האחרון הוסף במועד מאוחר יותר – י"ע).

3. בעקבות ההמלצה פנו ההורים אל הרב מרדכי אליהו ז"ל על מנת לקבל את עצתו. קודם לפגישה נפגשו ההורים עם מזכירו של הרב אליהו, הרב איתן דיקן, אשר הפנה אותם לקבלת חוות דעת נוספת. ביום 24.1.2000, בעקבות ההפניה, הגיעו ההורים במסגרת שר"פ (שירות רפואה פרטי) אל פרופ' שמחה יגל, מנהל יחידת האולטרסאונד בבית החולים הדסה שבהר הצופים. במהלך הביקור ערך פרופ' יגל לאם בדיקת אולטרסאונד ומסר בידי ההורים את תוצאות הבדיקה. בתום הבדיקה, מששאלו ההורים את פרופ' יגל האם עליהם לבצע הפסקת הריון, הוא לא השיב להם והפנה אותם אל הרופא המטפל, ד"ר אברמוב.

4. לאחר הבדיקה אצל פרופ' יגל, נפגשו ההורים עם הרב אליהו אשר המליץ להם להמשיך בהריון ולא לבצע הפלה. ביום 24.2.2000 שבה האם לביקור נוסף אצל ד"ר אברמוב והודיעה לו כי החליטה שלא לבצע הפלה. ד"ר אברמוב המשיך במעקב הריון של האם עד ללידה.

ביום 14.5.2000, בשבוע ה-27 להריונה, ילדה האם את הקטין. מאז לידתו סובל הקטין מנכות, שהועמדה על ידי המומחים שמונו מטעם הצדדים, על 100% לצמיתות עקב שיתוק מוחין וקוואדרופלגיה וכן 50% נכות לצמיתות בגין פגיעה קוגניטיבית.

ההליכים ופסק דינו של בית משפט קמא

5. ביום 20.5.2003 הגישו המשיבים תביעה נזיקית. התביעה כוונה בראשיתה גם נגד שתי נתבעות נוספות בעילה על פי חוק הפיצויים לנפגעי תאונות דרכים, התשל"ה-1975 (להלן: הפלת"ד), עקב פגיעתה של האם בתאונת דרכים ביום 15.4.2000, עת הייתה בחודש החמישי להריונה (להלן: התביעה המקורית). אציין כי על אף שכתב התביעה המקורי כלל עילה של רשלנות רפואית, לא נזכרה בו כלל הטענה לפיה הפר ד"ר אברמוב את חובת הגילוי, וטענות המשיבים התמקדו בטיב הטיפול הרפואי שניתן לאם ככלל, והטיפול שניתן לה בבית החולים בימים שקדמו ללידה בפרט.

בית משפט קמא מינה מומחה מטעמו, שקבע כי הכף נוטה לסברה שההתקן התוך-רחמי, ולא תאונת הדרכים, הוא הסיבה ללידה המוקדמת של הקטין וכפועל יוצא לנכותו. על יסוד קביעה זו, הגיעו האם ושתי הנתבעות הנוספות להסכם פשרה, שקיבל תוקף של פסק דין ביום 14.7.2005, לפיו קיבלה האם פיצוי בגין פגיעתה בתאונת הדרכים על פי חוק הפלת"ד.

המשיבים הגישו כתב תביעה מתוקן ביום 17.9.2006 נגד קופת חולים ונגד ההסתדרות המדיצינית הדסה (להלן: בית החולים הדסה). כתב התביעה המתוקן וחוות הדעת שצורפה לו, כללו אמנם התייחסות להפרת חובת הגילוי על ידי ד"ר אברמוב (סעיפים 33 ו-48 כב לכתב התביעה), אולם הופנו בעיקר נגד בית החולים הדסה ועסקו בטיפול הרפואי באם ובקטין לפני הלידה, במהלכה ולאחריה. טענות אלו נזנחו בסיכומים שהוגשו מטעם המשיבים לבית משפט קמא, וסיכומיהם התמקדו בשאלת חובת הגילוי והקשר בין הפרתה לבין הנזק שנגרם לקטין.

6. בית משפט קמא פיצל את הדיון בין שאלת האחריות לשאלת הנזק. אסקור להלן, בתמצית, את מסקנותיו בשאלת החבות של קופת חולים ובית חולים הדסה.

תחילה, דחה בית משפט קמא את תביעתו של הקטין בעילה של "חיים בעוולה", לנוכח הכרעתו של בית המשפט העליון בהרכב מורחב בע"א 1326/07 המר 1 עמ"ת (28.5.2012) (להלן: עניין המר) שביטל עילה זו.

בפן העובדתי, האם אישרה בעדותה כי ד"ר אברמוב אמר לה כי תיתכן לידה מוקדמת. בית משפט קמא היה נכון להניח כי ד"ר אברמוב הציג לפני האם גם את האפשרות כי תיתכן "הפלה מזוהמת", שכן זה הסיכון הראשון הנובע מהמשך הריון עם התקן תוך-רחמי. בית המשפט העלה את האפשרות כי "ייתכן והתובעת הבינה את המושג של הפלה מזוהמת עם לידה מוקדמת". על אף שהתובעת אישרה כי ד"ר אברמוב התריע בפניה על הסיכון ללידה מוקדמת, בית המשפט ביכר את גרסת האם, שטענה כי במהלך הביקור הראשון, כמו גם בביקורים הנוספים, לא הוצגו בפניה הסכנות הכרוכות בלידה מוקדמת. זאת, לעומת גרסת ד"ר אברמוב, שטען כי הסביר לאם אודות הסיכון ללידתו של פג עם נכות מוטורית או שכלית קשה. בהמשך לכך הדגיש בית המשפט כי הוא מקבל את גרסת ההורים כי לא הבינו את ההשלכות הכרוכות בלידת פג, וסברו לתומם כי המשמעות היא העברת הפג לאינקובטור לאחר הלידה עד להגיעו לגודל תקין, ללא הותרת נכות.

7. בפן המשפטי, קבע בית המשפט כי היה על ד"ר אברמוב להסביר ולנמק בפני האם את המלצתו לביצוע ההפלה, לפרוש בפניה את הסיכונים הקונקרטיים הכרוכים בהמשך הריון עם התקן תוך-רחמי ולוודא כי הבינה את המשמעות של לידת פג. נקבע כי לצד חובת הרופא להסביר לאם מדוע המליץ לה על הפלה, עליו לתעד את הסבריו, כפי שעולה מחוק זכויות החולה, תשנ"ו-1996 (להלן: חוק זכויות החולה). בית המשפט הדגיש כי חובת התיעוד נקבעה במפורש בסעיף ו' לחוזר מנכ"ל משרד הבריאות מס' 6/96 מיום 19.3.1996, שם מוסברת חשיבות תיעוד ההסברים והשיקולים אשר על בסיסם מגבש הרופא את המלצתו.

בית המשפט קבע כי אי מסירת מידע מלא בדבר הטיפול הרפואי המוצע והסיכונים המהותיים הכרוכים בקבלת הטיפול ובהימנעות ממנו, מהווה הפרה של חובת הזהירות המושגית והקונקרטית אשר חלה על ד"ר אברמוב. נקבע כי עקרון זה תקף ביתר שאת לגבי הביקור השני והשלישי, שאז היה עליו להסביר להורים בפרוטרוט

את המשמעויות הנובעות מהחלטה שלא לבצע הפלה בנסיבותיה הרפואיות של האם. בקביעה זו, נתמך בית משפט קמא בחוסר ברישומיו הרפואיים של ד"ר אברמוב, חוסר שמעביר את נטל ההוכחה אל קופת חולים להוכיח כי אכן הוסברו לאם הסיכונים שבהמשך ההריון. סיכומם של דברים, קבע בית המשפט כי ד"ר אברמוב הפר את חובת הגילוי ובכך התרשל כלפי ההורים.

8. בנוגע לפגישת ההורים עם פרופ' יגל, קבע בית משפט קמא כי ככל הנראה הצדדים לא ראו עין בעין את מטרת הביקור. כך, בעוד שההורים סברו כי בביקור יקבלו חוות דעת נוספת לגבי דרך הפעולה המומלצת, אם הפלה אם לאו, סבר פרופ' יגל כי ההורים פנו אליו על מנת שיערוך בדיקת אולטרסאונד נוספת, לאור מומחיותו בביצוע בדיקות מעין אלו. בנקודה זו קיבל בית המשפט את גרסתו של פרופ' יגל אשר הסביר את השקפתו לפיה הוא מעמיד קו ברור בין כובעיו השונים כעורך בדיקת אולטרסאונד וכרופא מטפל. בהתאם לכך, ובשל רצונו למנוע כאוס ובלבול בקרב המטופלות, הוא נמנע מלהמליץ על טיפול לנשים אשר מגיעות אליו לשם עריכת בדיקת אולטרסאונד בלבד. בקבלו גרסה זו, פסק בית המשפט כי לא חלה על פרופ' יגל – אשר לתפיסתו ולהבנתו ההורים הגיעו אליו אך ורק לשם בדיקת אולטרסאונד – חובה להסביר להורים את הסיכונים העלולים לנבוע מהמשך הריון עם התקן תוך-רחמי.

9. לאחר שהכריע בשאלת ההתרשלות, בחן בית המשפט האם קיים קשר סיבתי בין הפרת חובת הגילוי של ד"ר אברמוב לבין אי הפסקת ההריון, לאמור, האם היו ההורים בוחרים להפסיק את ההריון לו היה נמסר להם כל המידע הרלוונטי. שאלה זו נבחנה לאור טענת קופת חולים כי ההורים הינם אנשים דתיים-מסורתיים ולכן היו בכל מקרה נמנעים מביצוע הפלה ופועלים על פי המלצת הרב אליהו להמשיך את ההריון. בית משפט קמא דחה טענה זו, וקבע כי במאזן ההסתברויות הנדרש במשפט האזרחי, אילו היו מסבירים להורים מהי הנפקות של לידה מוקדמת, יש להניח כי היו מחליטים, לאחר התייעצות עם גורמים נוספים, להפסיק את ההריון. מסקנה זו נשענה, בין היתר, על עדויות ההורים ועדותו של הרב דיקן, ממנה עולה כי אם היו מובאים בפני הרב אליהו הסיכונים שבלידה מוקדמת, לרבות האפשרות כי היילוד יישאר נכה, אפשר שהיה ממליץ לבצע הפלה.

על יסוד האמור, קיבל בית משפט קמא את התביעה נגד קופת חולים, מעבידתו של ד"ר אברמוב, ודחה את התביעה נגד בית החולים הדסה, נוכח קביעתו כי פרופ' יגל לא התרשל.

על החלטת בית המשפט המחוזי בעניינה של קופת החולים נסב הערעור שלפנינו.

10. להשלמת התמונה אציין, כי טרם ניתן פסק דין סופי בתובענה (בנושא הנזק), הוגש ערעור קופת חולים כנגד דחיית ההודעה לצד שלישי ששלחה להורים. כחודש לאחר הגשת הערעור הוגשה גם בקשת רשות ערעור על החלטתו של בית משפט קמא בשאלת האחריות, בגדרה נקבעה אחריות קופת חולים לנזקי המשיבים. כב' השופט צ' זילברטל דחה את הבקשה מן הטעם שאין ליתן רשות ערעור על החלטה הקובעת חבות בטרם הסתיים הדיון כולו ונקבע סכום הפיצויים (רע"א 8662/12 קופת חולים מאוחדת נ' פלונית (27.1.2013)).

ביני לביני, ביום 6.1.2014 ניתן פסק דין סופי בתביעה, לאחר שבית המשפט המחוזי נתן תוקף של פסק דין להסדר פשרה בין המשיבים לקופת חולים. הצדדים הסכימו להעמיד את הפיצוי על 6,300,000 ₪, מעבר לתגמולי המוסד לביטוח לאומי בעבר ובהווה. על כן, בדיון שהתקיים בפנינו הוסכם כי הערעור יקיף את כל המחלוקות בין הצדדים, ובהתאם לכך ניתנה לצדדים אפשרות להשלים סיכומיהם.

טענות הצדדים

11. ניתן לחלק את טענות קופת חולים לשלושה ראשים. ראשית, במישור ההתרשלות – נטען כי מהתנהגותם, מתצהיריהם ומחקירתם של המשיבים עולה כי הם הבינו היטב את הסיכון שבהמשך ההריון עם התקן תוך-רחמי, ולכן לא היה מקום להטיל אחריות על המערערת. שנית, במישור הקשר הסיבתי בין ההתרשלות הנטענת לבין הנזק – נטען כי ללא קשר למידע הרפואי אשר היה נמסר למשיבים, ממילא הם לא היו מחליטים להפסיק את ההריון. זאת, נוכח המלצתו החד-משמעית של הרב אליהו ז"ל ונוכח העדפת ההורים המלצה זו על פני ההמלצה הרפואית. שלישית, במישור האשם התורם – נטען כי ההורים לא נהגו באופן סביר ועל כן, לכל הפחות, היה מקום להשית עליהם אשם תורם נכבד.

לצד שלושת ראשי טיעון אלה, טענה קופת חולים כי לא היה מקום לזקוף לחובתה חוסר ברישומים הרפואיים, וככל שיש חוסר, ניתן להשלימו בעדות הרופא,

בהתנהלות המשיבים ובעדויות המומחים. כל אלו תומכים, לטענתה, במסקנה כי המשיבים קיבלו הסבר אודות הסיכונים הכרוכים בהמשך ההריון.

12. מנגד, המשיבים תמכו במסקנות בית משפט קמא מטעמיו, והצביעו על הכלל לפיו אין דרכה של ערכאת ערעור להתערב בקביעותיה העובדתיות של הערכאה הדיונית.

לטענת המשיבים, המחלוקת בדבר חובת הגילוי והיקפה הוכרעה על ידי בית משפט קמא, הן בפן הנורמטיבי – מה היה על ד"ר אברמוב לעשות, הן בפן העובדתי – מה נעשה בפועל. באשר לקשר הסיבתי נטען כי בעצם פנייתם של ההורים לסמכות רבנית אין כדי לשלול את האפשרות שהיו מבצעים הפלה אם היה נמסר להם מלוא המידע הנדרש. בהקשר זה הוסיפו המשיבים כי יש להתחשב במאפייניהם הסובייקטיביים ובכלל זה בעובדה שמדובר בזוג שלא רצה ילד נוסף והשתמש בהתקן תוך-רחמי, והעובדה שלא שללו הפלה על הסף. עוד נטען כי חובת הגילוי מוטלת על הרופא ואין חובה מקבילה המוטלת על המטופל לדרוש ולברר הפרטים בעצמו. בהתאם, בהיעדר הסבר מספק לגבי הסיכונים הכרוכים בהמשך ההריון, לא ניתן לבקר את "סבירותם" של המשיבים ואין מקום להשית עליהם אשם תורם.

דיון והכרעה

13. אין חולק כי נכותו של הקטין נגרמה עקב הלידה המוקדמת, וכי זו נגרמה מאחר שהאם הייתה בהריון עם התקן תוך-רחמי. המחלוקת נסבה על שלוש אלו: האם הפר ד"ר אברמוב את חובת הגילוי המוטלת עליו כרופא המטפל בכך שלא הסביר להורים את פשר המלצתו לבצע הפלה; האם יש קשר סיבתי בין הפרת חובת הגילוי לבין החלטת ההורים להמשיך בהריון; האם ועד כמה יש להטיל אחריות על ההורים שדחו את המלצתו של ד"ר אברמוב.

טרם נפנה לבחינת המחלוקת אקדים ואעמוד על המישור הראייתי ועל המישור הרפואי, ואסקור בקצרה את הסוגיה של היקף חובת הגילוי וההסבר.

נטל השכנוע ונזק ראייתי

14. רישומיו של ד"ר אברמוב, בשני הביקורים בהם המליץ להורים להפסיק את ההריון, היו לקוניים ולא כללו התייחסות להסברים שניתנו לאם, אם ניתנו. כפי שקבע

בית משפט קמא, הרישום גם לא עמד בסטנדרט הנדרש לפי חוק זכויות החולה ולפי חוזר מנכ"ל. בית משפט קמא קבע כי העדר הרישום מהווה ראייה הפועלת לחובת קופת חולים ויש להעביר את הנטל אליה לשכנע כי אכן הוסברו לאם ולבעלה הסיכונים שבהמשך ההריון.

15. נזק ראייתי שנגרם על ידי הנתבע יצדיק בנסיבות מתאימות העברת נטל השכנוע אל הנתבע להוכיח את העובדות אשר היו מתבררות לולא התנהגותו העוולתית. רבות נכתב על השיבות החובה לנהל רישומים רפואיים, חובה המעוגנת כיום בסעיף 17 לחוק זכויות החולה. מקרים של העדר או חוסר בתייעוד רפואי הינם מקרים בהם נעשה שימוש תדיר בדוקטרינת הנזק הראייתי כדי להעביר את נטל השכנוע אל הנתבע (ראו פסק דיני בע"א 8684/11 אלקיים נ' עזבון המנוח ניב יבור, פסקאות 14 ו-16 והאסמכתאות שם (25.6.2014) (להלן: עניין אלקיים); ע"א 8842/08 עזבון המנוח גדעון לב ארי ז"ל נ' אריה, פסקה 17 (20.1.2011) (להלן: עניין לב ארי). ראו גם סעיף 2(ו) לחוזר מנכ"ל משרד הבריאות מס' 6/96 מיום 10.3.1996, לגבי החובה לתעד את פרטי הדיון שנעשה לשם בחירה באפיק הטיפולי המתאים).

16. דא עקא, גם אם נקבל את הטענה כי קיים חוסר ברשומה הרפואית, שונה המקרה דכאן מהמקרים הקלאסיים של נזק ראייתי. במקרה הרגיל של נזק ראייתי, הטענה היא, שאילו היה הרישום נעשה כהלכתו, התובע יכול היה להוכיח נתון מסויים החשוב להוכחת תביעתו. לדוגמה, אילו היו רושמים את מדדי לחץ הדם כנדרש, התובע יכול היה להוכיח כי עובר לניתוח סבל מלחץ דם נמוך מאוד. במקרה כזה, נוכח החוסר הראייתי יש להעביר את נטל השכנוע אל הנתבע להוכיח אחרת (השוו עניין אלקיים, פסקה 14). לא כך במקרה דנן. בהינתן שגרסת המשיבים היא כי ד"ר אברמוב לא הסביר להם את הסכנות של הפלה מזוהמת או לידה מוקדמת, הרי שהרישום דווקא משקף את הנתון שנדרש להוכחת גרסה זו. הלכה למעשה טוענים המשיבים להיעדר נזק ראייתי, ולכך שהחוסר ברישום אכן משקף את היעדר ההסבר שניתן להם אודות הסיכונים הכרוכים בהמשך ההריון.

לעמדה זו שורשים בפסיקה. בע"א 10218/08 אברמובסקי נ' אפרים (23.8.2012) (להלן: עניין אברמובסקי), דחתה חברתי המשנה לנשיא מ' נאור את הטענה לנזק ראייתי. נקבע כי גם אם נקבל את הטענה כי הרישום חסר, הרי שהגנתו של המערער שם לא נפגעה, שכן לטענתו מסירת דף המעקב ומתן הסבר על מועדה של בדיקת שקיפות עורפית לא נרשמו מאחר שאכן לא התרחשו בפועל. דהיינו, הרשומה

הרפואית שיקפה את שהתרחש לטענתו בפועל (שם, פסקה 25). בדומה, נפסק בע"א 8799/08 הסתדרות מדיצינית הדסה נ' פלוני, פסקה 23 (21.3.2011), על ידי המשנה לנשיאה א' ריבלין כי הגיליון הרפואי אינו חסר, והוא משקף מהימנה את דרך קבלת ההחלטה בפועל – במהירות, בלי מתן תשומת הלב הראויה, ותוך התעלמות מעצת המומחה למחלות זיהומיות.

מכאן, שלא כל חוסר ברשומה הרפואית מביא מיניה וביה להחלת דוקטרינת הנזק הראייתי והעברת נטל הראיה. אציין כי לעיתים קיימת מחלוקת לגבי עצם השאלה אם קיים חוסר ברישום, ופשיטא כי במקרה כזה החוסר ברישום אינו מעביר את הנטל (המשנה לנשיא נאור בע"א 2886/05 אשכנזי נ' קופת חולים כללית, פסקה 57 (8.11.2010) (להלן: עניין אשכנזי)).

17. מכאן, שיש להבחין בין שלוש קטגוריות: חוסר ברישום אשר מעביר את נטל הראיה מכוח דוקטרינת הנזק הראייתי; כאשר השאלה אם קיים חוסר ברישום שנויה במחלוקת, שאז אין להעביר את הנטל; וחוסר ברישום המשקף את טענת התובע ומהווה ראיה התומכת בגרסתו, שאינו מעביר את הנטל. קטגוריה זו מכנה המלומד גיא שני כ"נזק הראייתי האינדיקטיבי" (גיא שני "הנזק הראייתי ו'עונשו': בשבחי מעבר מהמודל הקיים של העברת הנטל למודלים של מידתיות ואינדקטיביות" משפטים מא 315, 376-371 (2011); גיא שני חזקת הרשלנות: העברת נטל ההוכחה בדיני נזיקין -399-395 (2011) (להלן: שני)):

"כך, למשל, במקרים מסוימים היעדרו של רישום מלמד על היעדרו של טיפול. טלו מקרה שבו נעדר מן הרישומים הרפואיים תיעוד של בדיקה שאמורה הייתה להיערך, ומן החומר המוצג לבית המשפט עולה שהנוהג הוא לתעד את הבדיקה כאשר היא נערכת. במקרה כזה אפשר להסיק מהיעדרו של הרישום כי הבדיקה לא נעשתה. הפסיקה אכן קבעה כך לא אחת, תוך התייחסות להיעדר הרישום כאל 'נזק ראייתי'. אלא שתכופות אין כאן נזק ראייתי, ואין כאן בהכרח 'התרשלות ברישום הרפואי', אלא מדובר בהתרשלות בטיפול המשתקפת במרשם" (שני, בעמ' 396, ההדגשה במקור – י"ע).

במילים אחרות. לא כל חוסר ברישום הוא בגדר נזק ראייתי אשר מעביר את נטל הראיה. יש חוסר ברישום המשקף את עילת התביעה ותומך בה, בבחינת מה שלא נרשם גם לא נעשה. הטיפול הנטען לא נרשם – לפנינו ראיה התומכת בגרסת התובע כי הטיפול לא ניתן. ההסבר הנטען לא נרשם – לפנינו ראיה התומכת בגרסת התובע כי לא ניתן הסבר.

18. כך גם בענייננו. טענת המשיבים היא כי ההתרשלות של ד"ר אברמוב, בכך שלא הסביר להם את הסיכון בהמשך ההריון, משתקפת ברישום הלקוני שערך. החוסר ברישום הוא אינדיקציה ראייתית, שפועלת לטובת המשיבים, אך כוחה הראייתי הוא כמו כל ראיה אחרת. ובקיצור, אין מדובר בנזק ראייתי וממילא לא חלה דוקטרינת הנזק הראייתי על העברת נטל הראיה.

ודוק: ברי כי החוסר הרישומי כשלעצמו, לא שולל את הטענה שנאמרו או נעשו דברים נוספים שלא תועדו ברשומות. כפי שהעברת הנטל מכוח דוקטרינת הנזק הראייתי אינה חוסמת את דרכו של הנתבע להשלים את החסר באמצעות ראיות אחרות (עניין לב ארי, פסקה 17 והאסמכתאות שם), על אחת כמה וכמה כאשר החוסר ברישום הוא אך ראיה אחת מני מספר ראיות, ואין בו כדי להעביר את הנטל.

19. בנסיבות דנן לא נגרם למשיבים נזק ראייתי. נהפוך הוא, לרישום הלקוני שערך ד"ר אברמוב, שבו לא נכתב כי הסביר להורים את הסכנות בלידה מוקדמת, יש משקל ראייתי לחובתה של קופת חולים. אולם על המשיבים כתובעים רובץ עדיין נטל השכנוע להוכיח במאזן הסתברויות כי אכן לא הוסברו להם הסיכונים בהמשך ההריון, שבגינם המליץ להם ד"ר אברמוב פעמיים לבצע הפלה.

משהבהרנו דברים במישור הראייתי, אבחן בהמשך האם הופרה חובת הגילוי וההסבר במקרה דנן. אך תחילה, מילים מספר בנושא הרפואי שעל הפרק.

הסיכון בהריון עם התקן תוך-רחמי

20. אבהיר את הרקע הרפואי והמושגים הרלוונטיים לענייננו, כפי שעולה מחוות דעת המומחים ומפסק דינו של בית משפט קמא.

לפי חוות דעתו של פרופ' אברהם גולן, שמונה כמומחה בתחום הגניקולוגיה והמיילדות מטעם בית משפט קמא, רק לעיתים נדירות (עד 0.8%) אישה נכנסת להריון עם התקן תוך-רחמי, מצב הכרוך בסיכונים הן ליולדת הן ליילוד. אחד הסיבוכים השכיחים הוא הפלה המלווה בזיהום, והשני, שהתממש במקרה דנן, הינו לידה מוקדמת (חוות דעתו של פרופ' אלכסנדר נרי, המומחה מטעם התובעים, בעמ' 5-6; חוות דעתו של פרופ' יצחק בליקשטיין, המומחה מטעם בית החולים הדסה, בעמ' 3-4). לידה מוקדמת מוגדרת כהתכווצויות סדירות המופיעות עם שינויים בצוואר הרחם לפני השלמת שבוע 37 להריון, ומהווה גורם שני בחשיבותו לתמותה נאונטלית בארצות הברית. ככל שמשך ההריון קצר יותר, ליילוד נשקפים סיכונים גדולים יותר. נוכח הסיכונים בהמשך ההריון, הטיפול המקובל במצב זה הוא לאתר את חוט ההתקן התוך-רחמי ולשלוף אותו, ואם לא ניתן לעשות כן, ההמלצה הרפואית היא הפסקת ההריון. בענייננו, האופציה של הוצאת ההתקן נשללה, שכן בבדיקה הראשונית על ידי ד"ר אברמוב לא נצפה חוט ההתקן.

עד כאן קיימת תמימות דעים בין הצדדים. אין גם מחלוקת שיש חובה להסביר לאישה הרה את הסכנות הנובעות מהמשך הריון עם התקן תוך-רחמי. המחלוקת בשאלת ההתרשלות היא אודות ההסברים שד"ר אברמוב נתן או לא נתן למשיבים, והאם עמד בחובת הגילוי המוטלת עליו. טרם הכרעה בשאלה זו, אבחן תחילה, ברמה הנורמטיבית, מהי רמת הפירוט הנדרשת לשם עמידה בחובת הגילוי בנסיבות כגון דא.

היקף חובת הגילוי לצורך "הסכמה מדעת"

21. הלכה ידועה היא כי על הרופא חובה למסור למטופל כל מידע רפואי הדרוש לו לשם קבלת החלטה מושכלת הנוגעת לגופו ולחייו (ראו למשל: עניין אברמובסקי, פסקה 32; ע"א 4383/90 ואתורי נ' בית החולים לניאדו, פ"ד נא(2) 171, 182 (1997); ע"א 2600/09 מכבי שירותי בריאות נ' נ' ס', פסקה 9 לפסק דיני והאסמכתאות שם (10.11.2013) (להלן: עניין מכבי שירותי בריאות)). חובה זו עוגנה בסעיף 13 לחוק זכויות החולה, שכותרתו "הסכמה מדעת לטיפול רפואי", והיא כוללת גם את החובה למסור למטופל מידע באשר ל"סיכויים וסיכונים של טיפולים רפואיים חלופיים או של העדר טיפול רפואי" (סעיף 13(ב)(4) לחוק זכויות החולה).

בפסק דיני בעניין קדוש סקרתי בהרחבה את המגמות השונות לעניין חובת הגילוי, וניסיתי לחלץ מספר קווים מנחים לשם קביעת היקף החובה בנסיבות נתונות. לאור הרלוונטיות של חלק מכללים אלו אביאם כלשונם:

"ה. ידיעה כללית של מטופל בדבר סיכונים הכרוכים בטיפול אינה פוטרת את הרופא המטפל מלחזור ולהציגם בפני המטופל. עם זאת, לידיעת המטופל עשויה להיות השלכה לגבי היקף החובה.

ו. לא די להציג בפני המטופל את 'השורה התחתונה' מבלי לנמק ולהסביר את השיקולים שהביאו אליה. זאת, בסייג הנזכר לעיל ולפיו אין להציף את המטופל במידע שלא יוכל להתמודד עימו.

ז. חובת הגילוי נועדה להשיג הסכמה מדעת של המטופל, ולכן המידע הנמסר צריך להיות כזה שנדרש לצורך גיבוש ההסכמה. המבחן בדיעבד הוא אם אי הגילוי אכן פגע בהסכמה מדעת של המטופל" (ע"א 1303/09 קדוש נ' בית החולים ביקור רופא, פסקה 34 לפסק דיני (5.3.2012) (להלן: עניין קדוש). ראו גם ע"א 6936/09 יהודה נ' כללית שירותי בריאות, פסקה 26 לפסק דיני (5.3.2012)).

כאמור, לא די במתן השורה התחתונה מבלי לבאר מהי משמעות הסיכון (השוו: ע"א 9936/07 בן דוד נ' ענטבי, פסקה 6 (22.2.2011) (להלן: עניין בן דוד)). ברם, אין גם לפנות לקיצוניות השנייה ולדרוש שהרופא יפרט כל סיכון ותת-סיכון. כאשר קיים מגוון רחב של מומים פוטנציאליים, לא ניתן להטיל חובה על הגורם המטפל למנותם אחד לאחד (ע"א 8075/08 היימברג נ' הסתדרות מדצינית הדסה, פסקה 8 (10.3.2011)). הצבת דרישה רחבה מעין זו אינה אפשרית מבחינה פרקטית, היא עלולה לפגוע בשירות הרפואי, ואף קיים חשש שהמידע "יציף" את המטופל ויקשה עליו לקבל החלטה (עניין קדוש, פסקה 27(ה)); ע"א 2816/06 קופת חולים לאומית נ' זליג, פסקה 33 (11.7.2010) (להלן: עניין זליג), שם נשלל הצורך לפרוט בפני המטופל את חומרת הסכנות של כל אחת מהאבחנות האפשריות).

22. לכך יש להוסיף כי אופי ההסבר והיקף חובת הגילוי אינם מנותקים מנסיבותיו וממאפייניו של המטופל הספציפי, ומיכולתו להבין את המידע שנמסר לו ולקבל על בסיסו החלטה מושכלת (עניין קדוש, פסקה 53(ד) לפסק דיני, וראו גם פסקה 8 לפסק דינו של המשנה לנשיא ריבלין). במקרה דנן, מדובר בזוג הורים המגדירים עצמם דתיים-מסורתיים, אנשים עובדים "מן הישוב", והאב הוא בעלים ומנהל של בית עסק. הקטין הוא ילדם השלישי, כאשר ד"ר אברמוב היה הרופא המטפל של האם משנת 1996 ובמהלך שני הריונותיה הקודמים. ד"ר אברמוב גם המשיך לטפל באם לאחר שבחרה להמשיך את ההריון הנדון, בניגוד להמלצתו.

הסכמה שלא מדעת לעומת אי הסכמה שלא מדעת

23. הן הרופאים שהיו מעורבים בתיק זה (ד"ר אברמוב ופרופ' יגל) והן המומחים מטעם הצדדים ומטעם בית המשפט, היו תמימי דעים לגבי הפרטים והסיכונים שנהוג להסביר למטופלת במקרה של הריון עם התקן תוך-רחמי. מעדותם עולה כי ברמה הבסיסית ביותר מקובל להסביר למטופלת – בשפתה ובהתאם לנסיבותיה – כי המשך ההריון עם התקן תוך-רחמי כרוך בסיכון להפלה מזוהמת שעלולה לסכן את חיי האישה עצמה, וכן בסיכון ללידה מוקדמת, על כל הסיכוכים והנכויות העלולים לנבוע מפגות, כמו פגיעה מוטורית או מוחית בעובר.

24. המקרה שלפנינו אינו מקרה רגיל של טענה להפרת חובת הגילוי. ברגיל, הטענה להפרה של חובת הגילוי מועלית בהתייחס לאי הצגת דרכי טיפול נוספות, אי מתן הסבר על סיכוני הטיפול המוצע או אי גילוי אפשרויות אבחון נוספות העומדות בפני המטופל. במקרים מעין אלה, הטענה היא להסכמה שלא מדעת, בגינה פעל המטופל על פי הנחיית הרופא ונגרם לו נזק. ואילו במקרה דנן, ענייננו במטופלת שנהגה בניגוד להמלצה כך שהטענה היא לאי הסכמה (להמלצה) שלא מדעת.

ד"ר אברמוב המליץ להורים פעמיים להפסיק את ההריון, המלצה שאין חולק כי הייתה נכונה ומוצדקת, הן בזמן אמת והן בדיעבד, ואשר נדחתה על ידי ההורים שפעלו בניגוד אליה. ולא רק זאת, אלא שאין חולק כי ד"ר אברמוב הסביר להורים גם את הסיכון הכללי בגינו ניתנה ההמלצה, הסיכון שלבסוף התממש, והוא החשש ללידה מוקדמת. ההפרה הנטענת של חובת הגילוי מתמקדת אפוא באי מתן הסבר אודות משמעות הסיכונים הכרוכים בלידה מוקדמת.

25. סעיף 13(ב)(4) לחוק זכויות החולה שצוטט לעיל, קובע כי על הרופא להסביר למטופל "סיכויים וסיכונים של טיפולים רפואיים חלופיים או של העדר טיפול רפואי". ובמילים פשוטות, על הרופא לפרוס בפני המטופל את "הבעד ונגד" לגבי דרכי טיפול שונות או אי טיפול. יכול הטוען לטעון כי סעיף זה לא חל כפשוטו של מקרא ישירות על ענייננו, שהרי במקרה דנן ד"ר אברמוב המליץ פוזיטיבית על דרך הטיפול – ביצוע הפלה. עם זאת, פרשנות תכליתית של סעיף 13(ב) מביאה למסקנה כי יש להחילו גם על המלצה של רופא, כך שעל רופא להסביר בשפה פשוטה, כחלק מהמלצתו, את הסיכונים הכרוכים בדחיית המלצתו. השאלה אינה אילו הסברים על המטופל לדרוש נוכח המלצת הרופא, אלא מה נדרש הרופא להסביר למטופל כשהוא ממליץ לו על דרך טיפול מסוימת. החובה הראשונית מוטלת על הרופא המטפל. ככל שהרופא מילא אחר חובת הגילוי הראשונית, הכדור עובר לשטחו של המטופל לשאול ולבקש מידע נוסף הדרוש לו על מנת לקבל החלטה מושכלת.

עם זאת, ייחודיות הטענה להפרת חובת הגילוי, בנסיבות בהן המטופל פועל בניגוד להמלצתו של הרופא, עשויה להשפיע על נטל ההוכחה ועל קביעת אשם תורם.

26. נטל ההוכחה: על מטופל שנהג בניגוד להמלצת הרופא ועקב כך נגרם לו נזק, נטל הוכחה כבד יותר. זאת, מאחר שהגיונם של דברים כי רופא שהמליץ על פעולה דרסטית כמו הפלה או טיפול חריג אחר, הסביר למטופל, או נשאל על ידי המטופל, מדוע הוא נוקט בהמלצה זו.

ודוק: יש להבחין בין המלצה דרסטית לבין המלצה שגרתית-כללית-סתמית. לדוגמה, כאשר ניתנת המלצה להפסיק לעשן ולעשות פעילות גופנית, או הפניה לבדיקה או טיפול שעל פניהם לא נראים כחריגים או דחופים, אזי אין מקום להנחה מקדמית כי ניתן הסבר למטופל. כך למשל, בעניין אשכנזי הופנה המטופל לבדיקת א.ק.ג. אולם לא הובהר לו הצורך הדחוף בבדיקה זו, כפי שהיה צריך להיעשות בנסיבות המקרה (עניין אשכנזי, פסקאות 61-62 לפסק דינה של השופטת נאור). בע"א 2245/91 ברנשטיין נ' עטיה, פ"ד מט(3) 709, 719 (1995) (להלן: עניין ברנשטיין), המליץ הרופא למטופל צעיר שחלה במחלה בשם בירגר, להפסיק לעשן נוכח הקשר בין החמרת המחלה לבין עישון, החמרה שעלולה להביא לקטיעת גפיים. בית המשפט עמד על כך שבהמלצה שניתנה, לא היה כשלעצמה כדי להבהיר למטופל את הסיכונים הכרוכים באי קבלת ההמלצה:

"עינינו הרואות כי קיימת חשיבות מכרעת להפסקת העישון ואין הרופא יכול להסתפק בחצאי הסברים, בהסברים הניתנים אגב אורחא, או בהסברים כלליים שענינם בכך שהעישון מזיק לבריאות. על הרופא הסביר להעמיד את החולה על חומרת מצבו, ולהבהיר לו הבהר היטב את ההכרח שיפסיק את העישון באופן מוחלט ולצמיתות במצבו המיוחד בשל החולי שהוא לוקה בו, כך שהחולה ידוע ידע שאין כל ברירה ושהמשך העישון מסכן את חייו. האזהרה צריך שתעמוד ביחס ישר לגודל הסכנה הצפויה לחולה. אזהרה כללית, ללא הבהרת התוצאה במקרה שבו הסכנה הנשקפת היא רצינית, אינה שלמה והיא מהווה, בנסיבות העניין, רשלנות [...]" (שם, בעמ' 719).

אזהרה כללית וסתמית יכולה אפוא לעלות כדי התרשלות רגילה בטיפול, על פי דין הרשלנות הכללי, אף מבלי להידרש לסוגיה של הפרת חובת הגילוי (עניין קדוש, פסקה 16).

מכאן, שיש לתת משקל לאופייה של ההמלצה ולאופן שבו היא מצטיירת כבלתי שגרתית על ידי המטופל. במקרה דנן, ההמלצה של ד"ר אברמוב להפסיק את ההריון, היא המלצה דרסטית, וכך הצטיירה בעיני ההורים עצמם, כפי שעולה מעדותם וכפי שעולה מהתנהגותם, כמובהר בהמשך. הגיונם של דברים, כי ד"ר אברמוב, כרופא המטפל, יבקש לנמק להורים את המלצתו לנקוט בצעד דרסטי זה.

27. אשם תורם: גם במקרים בהם בית המשפט השתכנע כי הרופא המטפל לא הסביר את המלצתו ואת הסיכונים הכרוכים באי קבלתה, הרי שלהתנהגות המטופל בניגוד להמלצה, עשויה להיות השלכה בסוגיית האשם התורם. על בית המשפט לבחון את התנהגות המטופל וסבירות החלטתו לפעול בניגוד להנחיה הרפואית, בשים לב למידע שנמסר לו והיה בידיעתו.

ודוק: לא בכל מקרה בו נהג המטופל בניגוד להמלצה הרפואית נייחס לו אשם תורם, וגם בסוגיה זו יש לבחון את אופיה וטיבה של ההמלצה. כך, בעניין אשכנזי קבע בית המשפט כי אין לייחס למטופל אשם תורם, שכן לא הוסברה לו דחיפות הטיפול ולא ניתן היה להבין שיש לבצע בדיקת א.ק.ג. באופן מיידי (עניין אשכנזי, פסקה 65 לפסק דינה של השופטת נאור). לעומת זאת, בעניין זליג, האישה לא הלכה לבדיקה

מסויימת אליה הופנתה, ושכאמצעותה ניתן היה לגלות מבעוד מועד את הסיבה לתסמינים מהם סבלה. נקבע כי יש להתערב בשיעור האשם התורם של המטופלת ולהעמידו על 50% (עניין זליג, פסקה 37).

28. סיכום ביניים: המלצה של רופא על טיפול מסוים, ואפילו טיפול חריג ודרסטי, אינה פוטרת אותו מחובת הגילוי וההסבר, אף אם המטופל לא שעה להמלצתו המוצדקת, שאז ענייננו באי הסכמה (להמלצה) שלא מדעת. אולם להתנהגות המטופל עשויה להיות השלכה הן על נטל הראיה והן על נטייתו של בית המשפט לייחס אשם תורם למטופל.

האם הופרה חובת הגילוי במקרה דנן

29. ומהתם להכא.

אפיינתי את המקרה שלפנינו כנופל לקטגוריה מיוחדת של מקרים בהם מתעוררת הסוגיה של חובת הגילוי, באשר ההורים-המשיבים נהגו בניגוד להמלצתו הדרסטית של ד"ר אברמוב לבצע הפלה. על רקע זה, אשוב לגופה של מחלוקת ואבחן אם ד"ר אברמוב עמד בחובת הגילוי.

30. לטענת קופת חולים, ד"ר אברמוב נתן להורים הסבר מלא בדבר הסיכונים הכרוכים בהמשך ההריון עם התקן תוך-רחמי, וההורים הבינו את משמעות הדברים.

מנגד, לטענת המשיבים, בשני הביקורים כלל לא הוזכר הסיכון להפלה מזוהמת וכל שנאמר להם הוא שקיים חשש ללידה מוקדמת, מבלי לבאר מה הנפקות של לידה מוקדמת. להבנתם דאז, לידה מוקדמת משמעה פגות, קרי, תינוק שנולד לפני הזמן ובמשקל נמוך, ושניתן להשלים את הגדילה באינקובטור.

אלו הן שתי הגרסאות העובדתיות שעמדו בפני בית משפט קמא.

31. בית משפט קמא קבע כי על אף שד"ר אברמוב לא התייחס ברשומה הרפואית להסברים שניתנו לאם, אין חולק כי הוא אמר שקיים חשש ללידה מוקדמת. יתרה מזו, האם סיפרה כי גם פרופ' יגל אמר להם שיש סיכוי ללידה מוקדמת. אולם בית המשפט

אימץ את גרסת ההורים וקבע כי לא הוסבר להם כי המשמעות של סיכונים אלו הוא סיכון חיי האם והסיכון שבלידתו של עובר כפג עם נכות קשה, מוטורית או שכלית.

בית משפט קמא ביסס את קביעתו על חמישה אדנים: ראשית, בתרשומת שערך ד"ר אברמוב במהלך הביקור הראשון אין כל התייחסות להסבר שניתן לאם. שנית, ההסברים הקונקרטיים אודות הסיכונים הכרוכים בלידת פג אינם מופיעים אף בתצהירו של ד"ר אברמוב שם נטען, בין היתר, כי הוסבר לאם על הסיכונים בהריון בנוכחות התקן "לרבות הסיכון ללידה מוקדמת והסיכונים הכרוכים בכך [...]" (סעיף 7.3 לתצהיר ד"ר אברמוב). פירוט ההסברים שלטענת ד"ר אברמוב נתן לאם, הופיעו לראשונה רק בעת עדותו בפני בית המשפט ורק כאשר נשאל על כך ישירות. שלישית, יש להניח כי בנסיבות העניין זכרונה הספציפי של האם טוב יותר מזה של ד"ר אברמוב, שכן בעוד שהאם מעידה על מקרה הנוגע לה אישית, ד"ר אברמוב בודק מטופלות רבות מידי יום ומקיים אלפי פגישות בשנה, ולכן סביר שלא יזכור במדויק כל פגישה ופגישה. רביעית, ד"ר אברמוב לא טען – אף לא בעדותו בבית המשפט – כי שוחח עם האם על היבטים מרכזיים כמו השבוע בו יכולה להתרחש הלידה המוקדמת, אחוזי ההיתכנות של לידה מוקדמת והסיכונים הכרוכים בלידה מוקדמת מבחינת האם והעובר. חמישית, תופעת היעדר הרישום חזרה פעם נוספת גם בביקור השני והשלישי.

32. עיקר טענות קופת חולים מופנות כלפי ממצאי העובדה של בית משפט קמא, שביכר את גרסת המשיבים לפיה לא הוסבר להם כי הולדת פג כרוכה בסיכונים של נכות קשה של היילוד.

ככלל, אין דרכה של ערכאת הערעור להתערב בממצאי עובדה ומהימנות שנקבעו על ידי הערכאה הדיונית (ראו לדוגמה, ע"א 9555/10 הופמן נ' יפה, פסקה 18 והאסמכתאות שם (15.7.2013); עניין בן בן דוד, פסקה 5 והאסמכתאות שם). עם זאת, אין מדובר בכלל "הרמטי" ולהלכה זו נקבעו חריגים (ראו, בהרחבה, פסק דיני בע"פ 8146/09 אבשלום נ' מדינת ישראל, פסקה 19 והאסמכתאות שם (8.9.2011)).

בענייננו, חמשת האדנים עליהם ביסס בית משפט קמא את מסקנתו, כמפורט לעיל, מבוססים ברובם על שיקולים שבהגיון ובשכל הישר, ובכגון דא, אין לערכאה הדיונית יתרון על ערכאת הערעור. לכך יש להוסיף מספר אינדיקציות במישור הראייתי עליהן לא נתן בית משפט קמא את דעתו. משכך, אחזור ואבחן את הראיות מהן ניתן

ללמוד על אשר נאמר או לא נאמר על ידי ד"ר אברמוב להורים בביקור הראשון והשני, שבמהלכם המליץ להורים להפסיק את ההריון.

33. בית משפט קמא העדיף את עדות האם, מאחר שהעידה על אירוע הנוגע לה, לעומת עדותו של ד"ר אברמוב, שניתנה כחלוף שנים ולאחר שתחת ידיו עברו מטופלות רבות. בחלוף שנים כה רבות ולאחר מטופלות כה רבות, קשה להניח כי ד"ר אברמוב זוכר באופן פוזיטיבי מה אמר בשעתו למשיבים.

לא בכדי ד"ר אברמוב התמקד בנוהג שלו במקרים כגון דא. כך, בתצהיר שהוגש לבית משפט קמא מציין ד"ר אברמוב כי כאשר הוא ממליץ על הפסקת הריון הוא "נוהג כדרך קבע" לתת למטופלת הסבר מפורט על הסיכונים הכרוכים בהמשך ההריון. על כך חזר ד"ר אברמוב גם בעדותו:

"[...] זה לא ההריון הראשון בנוכחות התקן תוך רחמי. יש דברים שאני אומר לכולם בתור סטנדרט ואני לא מתחיל בלידה מוקדמת, כי לידה מוקדמת זה הדבר שבא אחרי" (עמ' 79 לפרוטוקול, שורות 2-5. הדגשה הוספה – י"ע).

"יש נוהל בנושא של הריון עם IUD, שאני דבק בו, גם אם זה לא כתוב [...]" (עמ' 86 לפרוטוקול, שורות 14-13).

"[...] שוב, זה לא מקרה ראשון שאני רואה, של הריון בנוכחות התקן. במרבית המקרים, עד היום, אלא אם כן זה מצאנו את ההתקן בשלבים מאוד מאוחרים, אני ממליץ על הפסקת הריון, כשהסיבות הן והן גם הוסברו – הפלה מזהמת, לידה מוקדמת בשלב שבא אחרי זה [...]" (עמ' 87 לפרוטוקול, שורות 4-7).

הנוהג והרוטינה הרפואית של ד"ר אברמוב מהווים שיקול רלוונטי שניתן לקחת בחשבון כחלק מההכרעה במחלוקת העובדתית. כך למשל, בעניין אברמובסקי, על אף שלא נכתב ברשומה הרפואית כי הרופא מסר לאם דף מעקב הריון, אימץ בית המשפט את קביעת בית המשפט המחוזי כי הוכח, שכחלק מרוטינת מעקב ההריון, נהג הרופא למסור דף מעקב (שם, פסקה 24). קיצורו של דבר, כי מול זכרונה של המשיבה, ניתן להעמיד את נוהגי העבודה של ד"ר אברמוב.

34. אף איני רואה להסיק מכך שבתצהיר עדות ראשית מטעמו וגם בעדותו לא מצא ד"ר אברמוב לפרט את טיב הסיכונים והסיבוכים האפשריים שיכולים להיגרם ליילוד עקב לידה מוקדמת. כאמור, בתצהירו כתב ד"ר אברמוב באופן כללי כי הסביר לאם את הסיכונים השונים לרבות הסיבוכים הכרוכים בלידה מוקדמת, ומשנשאל על כך פירט כי קיימת אפשרות ל"פגיעה בעובר מכל סוג שהוא, בין מוטורית לבין מוחית" (עמ' 88 לפרוטוקול) או סיכון ל"זיהום חריף" לאם (שם, בעמ' 89). שלא כמו בית משפט קמא, איני סבור כי מאופן ניסוח התצהיר ניתן להסיק על טיב ההסבר שנתן להורים בזמן אמת.

ומכאן, לאינדיקציות הראייתיות המחלישות את גרסתם של ההורים.

35. אין חולק כי נאמר למשיבים – גם על ידי ד"ר אברמוב וגם על ידי פרופ' יגל – כי קיים חשש ללידה מוקדמת, כך שהיילוד יהיה פג. פגות הינה מונח שגור ומוכר, בשונה אולי מסיבוכי הריון אחרים. אכן, כפי שציין פרופ' יגל בעדותו, אין לצפות לידיעה כללית של אישה אודות אחוזי הסיכון לנזק או לתמותה של העובר בכל גיל של ההריון. אולם הנחה סבירה היא כי הסיכון הכללי שייגרם נזק ליילוד-פג הוא בגדר נחלת הכלל (השוו עניין קדוש, פסקה 53(ד), שם הבעתי דעתי כי כאשר מדובר בסיכונים שהם בגדר נחלת הכלל יש לכך השלכה על היקף חובת הגילוי. כן ראו ת"א (מחוזי ת"א) 3304/98 פלונים נ' המרכז הרפואי ע"ש שיבא, פסקה 33 (28.9.2006) (להלן: עניין פלונים), שם מציינת השופטת ר' רונן כי העובדה שלידת פג מסכנת את התינוק הינה עובדה "הידועה לכל").

הדברים נכונים במיוחד לגבי נשים בהריון, ובמיוחד לגבי נשים שכבר עברו הריון ולידה, כמו המשיבה שהיה זה הריונה השלישי לאחר שתי לידות. הנחה סבירה זו, לפיה קיימת ידיעה כללית של ציבור הנשים בהריון על סיכוני פגות, נתמכה בעדותם של הרופאים והמומחים (פרופ' יגל בעמ' 99-100 לפרוטוקול; פרופ' שיף בעמ' 430-429 לפרוטוקול).

36. המלצה להפסקת הריון הינה צעד דרסטי, וקשה להניח כי המלצה זו, שניתנה לאם כבר בביקור הראשון, ניתנה על ידי ד"ר אברמוב ללא הסבר מדוע ההפלה כה חיונית.

ההנחה כי האם קיבלה הסבר להמלצה, עוברת כחוט השני בעדותם של הרופאים והמומחים הרפואיים בפני בית משפט קמא. מעדויותיהם, הנסמכים על נסיונם ועל נסיבות המקרה, עולה תמונה אחידה ולפיה קשה להלום כי המלצה להפסקת הריון נאמרה ללא הסבר. אביא להלן מקצת הדברים:

ד"ר אברמוב: "אם אני ממליץ אז כמובן שאני מסביר גם למה אני ממליץ. אני מניח שמי שממליצים בפניו משהו, או רוצה לדעת מדוע המליצו בפניו" (שם, בעמ' 81, שורות 9-10).

פרופ' גולן: "ההמלצה שמקופל בה אזהרה מסיכונים. בעייני, זה צמוד, זה בנשימה אחת. המלצה לא יכולה לעמוד לבד, תלוי באוויר החדר. היא מתבססת על משהו" (שם, בעמ' 351, שורות 19-20).

ובהמשך דבריו –

"[...] אין ספק שלהמלצה על הפסקת הריון, בא הסבר. אי-אפשר להגיד לאישה, היא בהריון צעיר – לכה תעשי הפסקת הריון [...] זה לא עומד תלוי בחלל הרחם [טעות במקור – י"ע], זה טריוויאלי, אנחנו כולנו מבינים את זה. בוודאי שהיה הסבר למה צריך לעשות הפסקת הריון, אחרת למה לעשות הפסקת הריון? ועוד כתוב שם, הוא כותב, ד"ר אברמוב, רוצים לחכות" (שם, בעמ' 352, ראו גם עמ' 356, וכן עמ' 4 לחוות דעתו של פרופ' גולן).

פרופ' בליקשטיין: "וללא ספק זה [מתן הסבר על הסיכונים שבהמשך ההריון – י"ע] נעשה. זה לא יכול לבוא באוויר. ואל נשכח שזה לא מדובר באיזה כדור שאני נותן לה, אני אומר לה – גברתי, תבלעי את הכדור הזה וההריון ייפסק. אני מפנה את האישה הזאת לוועדה, שהוועדה גם היא, עוד שלב ועוד נדבך, שצריך להסביר לאישה הזאת מה הולך לקרות ולמה מסכימים לעשות לה הפסקת הריון" (עמ' 385 לפרוטוקול, וראו גם בעמ' 382 ובעמ' 398).

פרופ' שיף: "כשרופא מישראל אומר לאישה, ואני מניח, אני לא נכחתי בשיחה, אומר לאישה, אני מבין מכל הכתובים שאכן זה נאמר, שהיא צריכה להפסיק את ההריון, ובוודאי, הוא לא, הוא אומר את המשפט הזה בלי להוסיף כלום, הרי הוא לא זורק ואומר – את צריכה להפסיק את ההריון ולא מוסיף דבר, הוא אומר שבפניה סכנות משמעותיות [...]" (שם, בעמ' 430, וכן בעמ' 7 לחוות דעתו של פרופ' שיף).

דברי הרופאים והמומחים אך מחזקים את ההנחה הסבירה, המעוגנת בשכל הישר, כי גרסת המשיבים לפיה לא הוסברו להם סיכוני הפגות, מוקשית מלכתחילה.

37. גם אם נניח לזכות המשיבה כי הייתה "בהלם" למשמע ההמלצה, ועל-כן לא שאלה לפשרה ולהצדקתה, הרי שהיא הגיעה לביקור השני עם האב-המשיב, דווקא בשל ההמלצה להפלה. קשה להלום כי גם בביקור השני ד"ר אברמוב סתם ולא פירש את המלצתו, וקשה עוד יותר לקבל כי ההורים שמעו את הדברים בדממה ולא שאלו ולא הקשו. אילו סברו ההורים כי לידת פג כרוכה בסכנה לחייו (מה שלא נטען במפורש על ידם) או בהכנסתו לאינקובטור עד שיגדל, כנטען על ידם, מן הסתם היו מקשים על ד"ר אברמוב מדוע הוא ממליץ לבצע צעד דרסטי כמו הפסקת הריון. אחת משתיים: או שהפג ימות חלילה או שישהה באינקובטור, על-פי הבנתם הנטענת של המשיבים.

במצב הדברים הרגיל, יש לראות את המטופל שאינו בקי ורגיל בעולם הרפואה כמי שאינו יודע לשאול. אך כאשר המטופל אינו נשמע להמלצת הרופא, ניתן לצפות כי ישאל את הרופא לנימוקי ההמלצה לפני שהוא מחליט לפעול בניגוד אליה. ההורים העידו שלא הבינו מה פשר ההמלצה החריגה על רקע הידע המוגבל שהיה להם על לידה מוקדמת. למרות זאת, הם לא "העזו" לשאול את ד"ר אברמוב ולא ביקשו ממנו שיסביר וירחיב בדבר הסיכון בהמשך ההריון (ולא נעלם מעיני כי ההורים סיפרו בעדותם כי ד"ר אברמוב היה חסר סבלנות ולאחר שהמשיב אמר לו כי הם רוצים להתיעץ עם רב, "הפרצוף שלו התהפך, הוא היה קשוח כזה" (עמ' 50 לפרוטוקול)).

ברי כי ההורים הבינו שמדובר בהמלצה יוצאת דופן. מכאן התהייה העולה מהתנהגות ההורים, בפרט נוכח העובדה שלא מדובר באנשים חסרי השכלה וגם לא באישה שזהו הריונה הראשון או פגישתה הראשונה עם הרופא המטפל. ד"ר אברמוב טיפל באם בשני ההריונות הקודמים וגם לאורך כל ההריון נושא דיוננו.

38. המלצתו של ד"ר אברמוב הייתה אמורה אפוא להדליק אצל ההורים נורה אדומה. פעמיים חזר ד"ר אברמוב על המלצתו, אף הסביר להורים כי המשך ההריון כרוך בסיכון של לידה מוקדמת – וכך עשה גם פרופ' יגל לדברי ההורים עצמם – ואף הפקיד בידי ההורים טופס הפנייה לוועדה להפסקת הריון. המלצה דרסטית מעין זו מעידה, כשלעצמה, על חומרת הסיכון, כפי שעולה גם מעדויות הרופאים והמומחים ואף מעדויות ההורים עצמם. בכך שונה המקרה דנן מהמקרה שנידון בעניין עטיה, שם המטופל לא הוזהר כראוי מפני סכנת העישון על רקע המחלה המיוחדת בה לקה, ולא

הוסברו לו התוצאות הצפויות אם ימשיך לעשן (עניין עטיה, בעמ' 723. ראו גם עניין אשכנזי, פסקה 65).

39. זאת ועוד. עצם הפניה לסמכות תורנית כה נכבדה כמו הרב אליהו בבקשת עצה, מלמדת כי ההורים היו במצוקה נוכח ההמלצה החד-משמעית של ד"ר אברמוב, והבינו כי לפניהם דילמה קשה הקשורה לסיכון הנוגע למצבו העתידי של היילוד. האב הסביר כי זו הפעם היחידה בחייו שהתייעץ עם דמות כל כך בכירה כמו הרב מרדכי אליהו ז"ל להבדיל מרב היישוב שאיתו הוא יכול לדבר בחופשיות (עמ' 28 לפרוטוקול). יש בכך כדי להעיד שההורים הבינו כי לפניהם דילמה גדולה המצריכה ייעוץ מיוחד. אם מקבלים אנו את גרסתם של ההורים, מדוע מצאו לנכון להתייעץ עם הרב אליהו, שהרי לשיטתם אין סיכון בלידת פג, למעט הכנסתו לאינקובטור.

קיצורו של דבר, כי התנהגותם של המשיבים מעידה על התלבטותם ועל הבנתם כי בפניהם החלטה משמעותית: האם ביקשה מהרופא זמן לשקול החלטתה; התייעצה עם האב; השניים חזרו לביקור נוסף אצל הרופא; ההורים פנו לרב אליהו לשם התייעצות עמו; הלכו לפרופ' יגל לקבל חוות דעת נוספת; נפגשו עם הרב אליהו – ורק לאחר כל אלו הודיעו לד"ר אברמוב על החלטתם.

על כך מעידים ההורים עצמם. המשיבה סיפרה כי דבריו של ד"ר אברמוב בביקור הראשון, "הממו" אותה והיא הייתה צריכה להמתין על מנת לשקול את הדברים בקור רוח. המשיב מוסיף כי אשתו הייתה נסערת ומבולבלת. ההורים חזרו וציינו בעדותם כי הבינו את משמעות החלטה וידעו כי הם עומדים בפני החלטה קשה ועל כן בחרו להתייעץ גם עם הרב אליהו. יש בכך כדי לתמוך בטענת קופת חולים כי בני הזוג הבינו את הסיכונים והסיבוכים הכרוכים בהמשך ההריון ועל כן עמדו בפני דילמה – המשך ההריון והסתכנות בפגיעה עתידית באם וביילוד או הפסקת ההריון.

40. ההורים הסבירו בעדותם כי הבינו שככל שהעובר ייולד בשלב מוקדם יותר, הוא יהיה קטן יותר ויהיה סיכון גדול יותר לחייו, ועל כן העדיפו שייולד בחודש תשיעי. בתצהירה מציינת האם שכאשר פונתה לבית החולים בשבוע ה-27 להריונה "הבנתי כי החשש ללידה מוקדמת עלול להתרחש וביקשתי מהצוות שיעכבו את הלידה ככל שניתן כדי שהתינוק יצא במשקל רב ככל שניתן". בפסקה 27(ד) לכתב התביעה המקורי נכתב כי לא ניתן היה לעכב את הלידה על אף "צעקותיה ותחנוניה של האם, כי פוחדת היא מלידה מוקדמת". האב הוסיף "ואתה רוצה לשמור כדי לא ללדת מוקדם,

כדי שלא יהיה פג ודברים כאלה, אתה רוצה תמיד לשמור ולהגיע לחודש תשיעי [...]” וכשנשאל מדוע היה חשוב שהילד ייוולד בזמן השיב “כדי שהוא יהיה בריא, כמו ילד רגיל, נורמאלי” (עמ’ 32 לפרוטוקול). הנה כי כן, האב עצמו מקשר בין לידה מוקדמת לבין האפשרות שהילוד לא יהיה “כמו ילד רגיל, נורמאלי”.

בעניין פלוניס, ובדומה למקרה שלפנינו, התובעת טענה כי הייתה מודעת לאפשרות כי תלד פג, אך הוסבר לה שקיימות שתי אפשרויות בלבד – שהתינוק ייוולד בריא או שימות. בית המשפט המחוזי דחה טענה זו וקבע כי אם התובעת ידעה כי לידת פג מסכנת את העובר, אזי גם ידעה שקיימת סכנה ללדת תינוק עם נכות או בעל מום (עניין פלוניס, פסקה 33). גם בענייננו, אמירותיהם של ההורים לא מתיישבות עם החששות שהביעו לגבי לידה מוקדמת. אם חשבו ההורים ששהות באינקובטור היא הנפקות היחידה של לידה מוקדמת, ולאחריה יוותר התינוק ללא כל נכות או מגבלה, לא ברור מדוע כה חששו. המשיבה הסבירה כי רצו להימנע מהצורך להשאיר את העובר בפגייה למשך שלושה חודשים, ומשנשאלה מדוע כל-כך חשוב שהילוד ייוולד בחודש התשיעי אם אין שום סיכון, השיבה כי “עדיף שהוא יהיה בתינוקות רגיל ולא באינקובטור”, ומשנשאלה שוב מה הבעיה אם היילוד ישהה באינקובטור שהרי אחרי כן הוא יוסיף משקל, השיבה “אמרתי את התשובה” (עמ’ 63 לפרוטוקול). כאשר נשאלה שוב, מדוע העדיפה שהילד שלה ייוולד בחודש התשיעי השיבה כי לא רצתה שהתינוק שלה יהיה קטן ויהיה באינקובטור, ומשנשאלה מדוע פחדה מכך, עד כדי שצעקה והתחננה לעכב את הלידה כפי שנכתב בכתב התביעה, לא השיבה (שם, בעמ’ 70).

41. האם ציינה בעדותה כי נאמר לה שקיים סיכון קטן ללידה מוקדמת אך היא אינה זוכרת אם צוינו אחוזים (עמ’ 67 לפרוטוקול). בדומה, גם האב טען כי נאמר להם שיש סיכוי קטן שייוולד בלידה מוקדמת (שם, בעמ’ 33). האב שלל את האפשרות שד”ר אברמוב ציין בפניהם אחוזים, אך העיד אף הוא כי לאחר הביקור הראשון מסרה לו האם שיש סיכון קטן ללידה מוקדמת עקב הקרבה של ההתקן התוך-רחמי לשק ההריון (שם, בעמ’ 12).

ד”ר אברמוב שלל אפשרות זו מכל וכל “אז זה לא הגיוני שאני אגיד דבר כזה, כי קודם כל זה לא סיכוי קטן ואני לא אגיד סיכוי קטן [...]” (שם, בעמ’ 87).

ייתכן שאפשר להבין מחלוקת זו על רקע צפיית ההורים ותפיסתם מה נחשב הסבר רפואי מלא בנסיבות המקרה. האב ציין, שכדי שיבינו את הסיכון הכרוך בלידת פג היה צריך, לדוגמה, להגיד להם שלילד יהיה פיגור שכלי או שיהיה אוטיסט (שס, בעמ' 26-27). האם אמרה כי היה צריך להגיד להם שהילד יהיה פגוע ומרותק לכיסא גלגלים (שס, בעמ' 42):

”אם היה רופא אומר לי – תשמעי, הילד שלך יהיה משותק, לא הולך, לא מדבר, אתה חושב שהייתי, שהייתי עושה הפלה? הוא לא אמר לי את כל הדברים האלה, אז אני חשבת שהילד יהיה באינקובאטור” (שס, בעמ' 60).

ככל שנועדו הדברים לתאר את ההסבר שהמשיבים סבורים כי היה על ד"ר אברמוב לתת להם, הרי שאין לקבל את הדברים. "יש לבחון את סטנדרט הטיפול הרפואי הסביר בעת ההפרה. אין לבחון את סטנדרט הטיפול הסביר בראייה מאוחרת או ב'חכמה שלאחר מעשה' [...]” (עניין טידי, בעמ' 595). בדומה, אין לבחון את חובת הרופא להסביר ולהזהיר מפני סיכונים על פי הנזק שהתממש בפועל. רפואה היא עניין של סיכונים וסיכויים, וברי כי ד"ר אברמוב לא יכול היה ולא צריך היה לומר למשיבה כי אם תמשיך בהריון ייולד לה ילד משותק. לא כך מתבטא רופא סביר. על הרופא להתייחס לקשת הסיכונים המרכזיים האפשריים, תוך התחשבות בשיעור הסיכון וחומרתו. במובן זה, ומבלי להכריע עדיין בשאלה מה טיב ההסבר שניתן בפועל, מקובלים עלי דבריו של ד"ר אברמוב:

”תראה, אני לא ידעתי וגם הם לא ידעו שמה שאתה ציינת [לגבי מצבו של הקטין – י"ע] זה בדיוק מה שיקרה [...] אני לא ידעתי שיקרה בדיוק מה שקרה [...] לא תמיד קורים הדברים האלה, יש דברים אחרים שקורים. יותר חמורים, פחות חמורים, אבל זה שדובר על נזק גופני ונזק שכלי, בוודאי שנאמר” (עמ' 91 לפרוטוקול).

בתצהירם הסבירו ההורים את מהות ההסבר שציפו לקבל מהרופא המטפל: “שבלידה מוקדמת טמונה סכנה שהפג יפגע באופן שיגרמו לו בעיות רפואיות חמורות ובעיות התפתחותיות, וכי הסיכוי שלידה כזו תרחש הוא גבוה בשל נוכחות ההתקן [...]” (פסקה 24 לתצהירה של האם ופסקה 28 לתצהירו של האב). אכן נדרש הרופא

להתייחס לטיכונים האפשריים, להבדיל מאמירה חד-משמעית להתממשות הסיכון. הרופא לא נדרש "להפחיד" את המטופל, ויפים לענייננו דבריו של השופט ח' מלצר בעניין זליג:

"אוסף, כי בניגוד לסברת בית המשפט המחוזי הנכבד, אין אנו בדעה שהיה על ד"ר וינר לסקור בפני המשיבה, בנסיבות המקרה דנן, את 'חומרת הסכנות האפשריות' של כל אחת ואחת מן האבחנות האפשריות שברשימת האבחנה המבדלת [...]"

כאן עסקינן איפוא בשאלה של חובת הרופא לפרוס בפני המטופל את פרטי האבחנות הספציפיות האפשריות, שיתכן שיתבררו במסגרת הבדיקה, ואת משמעותן הרפואית, והכל – כדי 'להפחידו' די הצורך ולשכנעו לבצע את הבדיקה. בנסיבות המקרה דנן – לא קיימת חובה כזו. מתן הסבר על 'הבדיקה ומשמעותה', על 'הבעיות הפוטנציאליות ו... הצורך בבדיקה', ועל כך שהבדיקה 'תיתן לנו את האבחנה לחסימה החלקית' – די והותר בו, בנסיבות המקרה שלפנינו" (עניין זליג, פסקה 33).

42. עמדנו על כך, שהיעדר רישום היא ראייה שעשויה לתמוך בגרסתו של המטופל ולהביא לדחיית הטענה כי ניתן לו הסבר (עניין אשכנזי, פסקה 65; עניין לב ארי, פסקה 17). עוצמתה של ראייה זו במקרה דנן אינו גדול, משהוכח כי פרטים שונים שלא נרשמו אכן נאמרו למשיבים. כך לדוגמה, ההורים מסכימים כי בביקור הראשון הוסבר לאם כי כאשר הרופא ינסה להוציא את ההתקן התוך-רחמי קיים סיכוי גדול להפלה, וזאת על אף שלא נכתב ברשומה הרפואית שניתן הסבר לעניין זה. ניתן לטעון כי כפי שהסבר זה לא בא זכרו ברישום, ייתכן כי גם הסברים נוספים לא נרשמו.

43. מתיאורם של ההורים את פגישתם עם פרופ' יגל, עולה כי גם ממנו לא ביקשו הסברים אודות הסיכון שבהמשך ההריון, אם כי לגרסתם שאלו אותו אם עליהם להפסיק ההריון (שם, בעמ' 69).

בית משפט קמא עמד על התמיהה העולה מהתנהגות זו:

"אם אמנם כגרסת ההורים הגיעו אליו השניים לקבל חוות דעת נוספת האם לבצע הפלה, כהמלצת ד"ר אברמוב, מדוע לא עמדו על כי יאמר להם את דעתו ואף יכתבנה?! התובע העיד, כי שאל פעמיים את פרופ' יגל אם לבצע הפלה ונענה כי ההחלטה נתונה בידיהם והוא לא יאמר להם כן או לא (שם, עמ' 27, ש' 3-11). נקודה

זאת לא מובנת. שהרי ההורים, לטענתם, הגיעו אליו במסגרת שר"פ, שילמו במיטב כספם ולבסוף יוצאים ממנו בלא לקבל את דעתו הנוספת האם לבצע הפלה אם לאו?!" (פסקה 35).

אזכיר כי בעקבות המלצתו של ד"ר אברמוב להפסיק את ההריון, המשיב אף התלווה למשיבה לביקורה השני אצל ד"ר אברמוב. ניתן היה לצפות כי לאחר שנודע לו כי ד"ר אברמוב המליץ על הפסקת הריון, ולאחר ששמע את ד"ר אברמוב חוזר על המלצה זו גם בפניו, יקשה המשיב וישאל לפשר ההמלצה. הנה כי כן, ההורים פנו פעם שניה לד"ר אברמוב בעקבות המלצתו להפסיק את ההריון, ואף פנו לפרופ' יגל ושמעו גם ממנו אודות החשש ללידה מוקדמת, ובכל המקרים שבו בידיים ריקות בלי להבין במה מדובר? ולא רק זאת, אלא שההורים אף לא נשמעו להמלצתו של פרופ' יגל ולא שבו ופנו אל ד"ר אברמוב בסוגיה זו.

44. ולבסוף, ולא אחרון בחשיבותו, אזכיר כי כתב התביעה המקורי התמקד בעילה על פי חוק הפלת"ד, ובהמשך כיוונו המשיבים בליסטראותיהם אל עבר בית החולים הדסה, בטענות שונות הנוגעות לטיפול לפני, במהלך ואחרי הלידה. רק בהמשך הדרך, נושא ההסבר שנתן או לא נתן ד"ר אברמוב להורים, החל לתפוס "נפח" בטיעוני המשיבים.

45. סיכום ביניים: נטל ההוכחה המוגבר המוטל על מטופל שפעל בניגוד להמלצתו הדרסטית של הרופא שנתבררה כנכונה; עדותו של ד"ר אברמוב כי הוא נוהג להסביר את הסיכונים לגבי לידה מוקדמת; העובדה עליה אין חולק כי גם ד"ר אברמוב וגם פרופ' יגל אמרו להורים כי קיים חשש ללידה מוקדמת; ההנחה כי הסיכונים הנובעים מלידה מוקדמת ופגות הם נחלת הכלל, ולמצער, נמצאים בידיעת נשים בהריון, ובמיוחד בידיעתן של נשים שכבר ילדו; הגיונם של דברים כי לא תינתן המלצה דרסטית להפסקת הריון ללא הסבר על ההשלכות והסיכונים הכרוכים בהמשך ההריון; התנהגותם והתנהלותם של המשיבים שפקדו את ד"ר אברמוב פעמיים וקיבלו ממנו הפניה לוועדה להפסקת ההריון; פנייתם של ההורים לסמכות תורנית בכירה כמו הרב אליהו המעידה על כך שהבינו כי בפניהם החלטה קשה וחשובה; הפנייתם של ההורים לקבלת חוות דעת נוספת; התבטאויותיהם של ההורים כי ביקשו למנוע את הסכנה של לידה מוקדמת; כתבי הטענות שעיקרם הוקדש לתביעה על פי הפלת"ד וכנגד בית החולים הדסה – כל אלה מטים את הכף למסקנה כי ד"ר אברמוב הסביר להורים כי לידה מוקדמת ופגות עשויות להשליך על מצבו של היילוד.

46. לאור התוצאה אליה הגעתי, איני נדרש לשאלת האשם התורם, אך אציין כי אם הייתי מקבל טענת המשיבים כי נמנעו מלפעול על פי המלצתו של ד"ר אברמוב מאחר שלא הסביר להם "ברחל בתך הקטנה" את הסיכונים הנובעים מלידה מוקדמת, הייתי מטיל עליהם אשם תורם בשיעור נכבד.

דין הערעור להתקבל גם מטעם נוסף של היעדר קשר סיבתי. כפי שאראה להלן, הסיבה בגינה הגיעו ההורים להחלטה שלא להפסיק את ההריון אינה נעוצה בהיקף ההסבר שניתן להם על ידי ד"ר אברמוב.

הקשר הסיבתי

47. לטענת המערערת, גם אם הופרה חובת הגילוי לא מתקיים קשר סיבתי בין ההפרה לבין הנזק. מאחר שההורים דתיים, הם העדיפו את עצת הרב אליהו ז"ל על פני ההמלצה הרפואית. לטענת המערערת, אמירתם המגומגמת של המשיבים, לפיה היו שוקלים לבצע הפלה ומתייעצים ביניהם אילו ידעו כי פגות עשויה לגרום לנכויות שונות אצל היילוד, אינה מספיקה להוכחת הקשר הסיבתי.

48. ההכרעה בשאלת קיומו של קשר סיבתי מצריכה את בית המשפט להתחקות אחר נבכי נפשם של ההורים במצב דברים היפותטי, ולקבוע מה הייתה עמדתם בשאלת המשך ההריון אילו היו נחשפים למלוא המידע אודות סיכוני הפגות. הוכחת קשר סיבתי נחלקת לשני שלבים, כפי שנקבע בעניין המור:

"לשם הוכחת הקשר הסיבתי בין ההתרשלות לבין הנזקים השונים הנובעים ממומו של הילד, יש להראות, בשלב הראשון, כי אילו עמד בפני הוועדה להפסקת הריון מלוא המידע הרפואי הרלבנטי (מידע שלא הובא לידיעת ההורים בשל ההתרשלות) – היתה הוועדה מאשרת להורים את הפסקת ההריון. בשלב השני, ורק אם התשובה לשאלה הראשונה היא חיובית (שאם לא כן ממילא ניתק הקשר הסיבתי), ידרשו ההורים להראות כי אלמלא ההתרשלות, הם אכן היו פונים לוועדה להפסקת הריון לשם קבלת האישור (עו"ד פוזנר במאמרו הנ"ל, מכנה שלבים 'מחסומים': 'המחסום האובייקטיבי' – מחייב הוכחה כי הוועדה להפסקת הריון היתה מאשרת את הפסקת ההריון; ו'המחסום הסובייקטיבי' – מחייב להראות כי לולא ההתרשלות, היתה האישה מחליטה

להפסיק את ההריון) (עניין המר, פסקה 43 לפסק דינו של המשנה לנשיא ריבלין. הדגשות במקור – י"ע).

ד"ר אברמוב הפנה את ההורים לוועדה להפסקת הריון, אך ההורים בחרו שלא לממש הפנייה זו. הריון עם התקן תוך-רחמי מהווה עילה להפסקת הריון בישראל, וזו הגישה המקובלת גם על האיגוד האמריקאי למיילדות וגניקולוגיה (חוות דעתו של פרופ' גולץ). גם פרופ' יגל אישר כי אילו הוא היה הרופא המטפל, היה ממליץ להורים על הפסקת הריון ו"אני לא מכיר רופאים שלא היו ממליצים על הפסקת הריון". לא הייתה מחלוקת בין הצדדים כי הוועדה הייתה מאשרת את הפסקת ההריון. יש בכך כדי להקים חזקה, הניתנת לסתירה, כי ההורים היו מבקשים להפסיק את ההריון אם היה עומד בפניהם מלוא המידע הרלוונטי לקבלת ההחלטה (עניין המר, פסקה 52 לפסק דינו של המשנה לנשיא ריבלין; עניין מכבי שידותי בריאות, פסקה 10).

49. מה הייתה עמדתם של ההורים, במצב דברים היפותטי, בו ד"ר אברמוב היה מגלה את אוזנם כי פגות עלולה להביא לנכות מוטורית או מוחית של היילוד? לעניין זה יפים דבריה של השופטת (כתוארה דאז) ד' ביניש:

"אין ספק כי קיים קושי מעשי לגלות את עמדתו של החולה במועד הרלוונטי כיוון שתמיד הוא נדרש להתייחס לשאלה במבט לאחור, שעה שהוא סובל מתוצאות הטיפול. בפסקי-דין רבים עמדו בתי-המשפט על כך כי אין זה אנושי להטיל על אדם המתייסר מטיפול רפואי שניתן לו, להעיד ולהציג באופן אמין את התשובה לשאלה מה היה עושה בעת קבלת ההחלטה על הטיפול לו ידע על כל התוצאות האפשריות" (ע"א 2781/93 דעקה נ' בית החולים "כרמל", חיפה, פ"ד נג(4) 526, 553 (1999)).

ההורים הגדירו עצמם כדתיים-מסורתיים המשתייכים לזרם של הציונות הדתית. הכרעה בשאלת הקשר הסיבתי אינה יכולה להיעשות באופן בלעדי בהסתמך על נתונים כלליים כמו השתייכות דתית-מגזרית, ובית המשפט נדרש לבחון כיצד היו נוהגים ההורים המסויימים העומדים בפניו בנסיבות המקרה (עניין המר, פסקה 53 לפסק דינו של המשנה לנשיא ריבלין).

50. הפסיקה חזרה ודחתה טענה כללית כי בשל השתייכות מגזרית-דתית מסוימת, יש להניח שהאשה לא הייתה מבצעת הפלה (ראו, לדוגמה, ע"א 8426/10 פלוני קטין נ' מלאך, פסקה 5 (5.6.2013)). אלא שהמקרה שלפנינו מתייחד בקיומו של "גורם זר מתערב" בדמות פנייה של ההורים לסמכות תורנית בכירה וקבלת המלצה רבנית שלא להפסיק את ההריון. האם אין בכך כדי להעיד שההורים ביכרו שלא להפסיק את ההריון מטעמי אמונה ודת, ללא קשר לטיב ההסבר שקיבלו מד"ר אברמוב?

על רקע הנסיבות שיפורטו לעיל, מצאתי להתערב בפסק דינו של בית משפט קמא גם בשאלת הקשר הסיבתי, וזאת מהטעמים שיפורטו להלן.

51. ראשית, ד"ר אברמוב המליץ להורים פעמיים להפסיק את ההריון, ואף נתן להם הפניה לוועדה לאישור הפלות. ההורים מצאו לפנות לרב אליהו, שעל סמכותו התורנית אין עוררין, ויש להניח כי הפנייה אליו הייתה במישור האמוני-הלכתי ולא במישור הרפואי. האב העיד כי לא הביאו לרב אליהו שום מסמך מפרופ' יגל, ולמיטב זכרונו גם לא הביא שום מסמך מד"ר אברמוב:

ת. וכמו שאמרתי, אם הרב היה צריך עוד איזה משהו, אז הוא היה אומר – תשמעו, אני צריך עוד חוות-דעת, הוא היה אומר לאיתן [הרב דיקן – י"ע] – לכו לשלוש רופאים, תביאו לי שלוש חוות-דעת. מה שהוא אמר לנו – עשינו.

ש. זאת אומרת, סמכתם על שיקול הדעת של הרב, שזה לגיטימי, אבל, אתם הסתמכתם שהוא, יש לו את כל האינפורמציה שהוא צריך, ועל סמך האינפורמציה שיש בידיו, הוא נותן לכם את ההמלצה שלו. נכון?
ת. כן, זה מה שהוא צריך. הוא צריך לקבל" (עמ' 29 לפרוטוקול).

למרות שההורים ידעו או צריכים היו לדעת, כי הרב אליהו הוא סמכות תורנית, וכי אינו נסמך בהמלצתו אך ורק על נתונים ושיקולים שברפואה, הם סמכו וקיבלו את עצתו. אם ביכרו ההורים בסופו של יום המלצה רבנית על פני המלצה רפואית, ניתן להגיע למסקנה כי עשו זאת, מן הסתם, גם כן משיקולים של אמונה והלכה.

52. שנית, לאחר שההורים הודיעו לד"ר אברמוב כי החליטו שלא להפסיק את ההריון, הנושא "נסגר" מבחינתם והאם המשיכה במעקב הריון אצל ד"ר אברמוב מבלי לחזור ולשאול אותו לפשר המלצתו. הדבר מעיד על כך שהמלצתו של הרב אליהו ז"ל

התירה מבחינת ההורים את הספקות והיא שהביאה אותם להחלטתם לדחות את המלצתו של ד"ר אברמוב.

53. שלישית, ההורים נזהרו מלהצהיר בכתבי הטענות, בסיכומים ובתצהירים כי אילו היו מוצגים להם הסיכונים של לידת פג היו מבצעים הפסקת הריון. כל שנאמר בתצהירי ההורים הוא, כי אילו היו מסבירים להם שבלידה מוקדמת טמונה סכנה כי לפג ייגרמו בעיות רפואיות חמורות ובעיות התפתחותיות, ואם רב היה ממליץ להם למרות זאת להמשיך בהריון, אזי היו מתייעצים בינם לביין עצמם ועם אנשים נוספים "אם אנו מוכנים ומסוגלים לגדל ילד נכה".

המשפט האחרון מתחבר לעדותם של ההורים, ממנה עולה כי רק אם היה נאמר להם במפורש ובאופן חד-משמעי על ידי ד"ר אברמוב כי הילד יסבול מנכות, היו שוקלים הפלה. אחזור ואצטט את דברי האם בחקירתה:

"אם הוא היה אומר לי – תשמעי, אחד, שתיים, שלוש, הילד שלך יהיה פגוע, הילד שלך יהיה על כסא גלגלים, לא ידבר, אז הייתי שוקלת את זה" (שם, בעמ' 42 שורות 25-27).

"אם היה רופא אומר לי – תשמעי, הילד שלך יהיה משותק, לא הולך, לא מדבר, אתה חושב שהייתי, שהייתי עושה הפלה? הוא לא אמר לי את כל הדברים האלה, אז אני חשבת שהילד יהיה באינקובאטור" (שם, בעמ' 60, שורות 15-17).

בדומה, העיד גם האב:

"אם היו אומרים לי יצא לך ילד אוטיסט, הייתי יושב עם אשתי, אחד, שתיים, שלוש, כן להמשיך לא להמשיך, לפי מה שאני אומר לך היום, ומה שהייתי חושב אז, לא היינו ממשיכים [...] עכשיו אני לא יכול להגיד לך מה הייתי עושה. אבל שאלה מה היו אומרים לי וכנגד מה, אני לא יכול לדעת (שם, בעמ' 34).

אלא שכבר עמדנו על כך, שרופא סביר לא היה מעלה בפני מטופלת תרחיש חד-משמעי לפיו כל הריון עם התקן תוך-רחמי מסתיים בלידה מוקדמת

ובלידת ילד משותק. זאת, מן הטעם שהסבר כזה אינו נכון, והנכון הוא, שקיימת אפשרות סטטיסטית מסוימת כי כך יקרה. לכאורה, משתמע מעדויות ההורים כי אם ד"ר אברמוב היה מסביר להם כי יש "רק" אפשרות או סיכוי שהיילוד-הפג יסבול מנכויות, לא היה בכך כדי להניעם להפסיק את ההריון. יש באמירות של ההורים, כפי שצוטטו לעיל, כדי להעיד לכאורה על כך שהיו נכונים לקחת סיכון, מאחר שסיכון גרידא – להבדיל מתרחיש חד-משמעי – לא נתפס בעיניהם כמצדיק הפסקת הריון, במיוחד נוכח הנחייתו של הרב אליהו.

54. רביעית, אחד מנימוקי בית משפט קמא בשאלת הקשר הסיבתי התבססה על עדות ההורים לפיה המידע שהובא על ידם לרב אליהו היה ללידה מוקדמת, בלא הסבר לגבי המשמעויות של לידת פג והסכנות הנובעות מכך. בית המשפט קיבל את עדותם של ההורים ומכאן הסיק כי "סביר להניח כי אם היה מובא לפני הרב גם המידע בדבר האפשרות להיות נכות בעובר שיוולד, ייתכן כי היה ממליץ לבצע הפלה, שכן היו מקרים שרבנים ממליצים לבצע הפלה".

היסק זה מוקשה בעיני, מאחר שלא הוכח כי שעה שהרב אליהו נתן עצתו להורים, הוא עשה זאת לאחר שעיין בחומר רפואי כלשהו, או לאחר ששוחח עם פרופ' יגל שאליו הופנו ההורים בעצת עוזרו, או שביקש לשמוע מההורים פרטים לגבי עמדות הרופאים. בהקשר זה אציין כי הרב דיקן, מי שתיאם את הפגישה בין הרב אליהו לבין בני הזוג, העיד כי מסר לרב אליהו בקצרה את מהות הבעיה, וכי בפני הרב לא היה שום נתון רפואי מלבד מה שאמר לו. הרב דיקן אף העיד על עצמו כי לא ידע בשעתו מה המשמעות של לידה מוקדמת (שם, עמ' 4-5 לפרוטוקול). משלא ביקש הרב מידע רפואי כלשהו, איני סבור כי ניתן להניח כי אילו היה מובא בפניו המידע כי לידת פג עלולה להיות כרוכה בסיכונים להתפתחותו של היילוד, היה משנה את עמדתו. זאת, מבלי שנעלמה מעיני עדותו של פרופ' יגל, שהעיד כי "[...] אני יודע שהרב הזה יודע מצוין ואני עבדתי אתו 20 שנה ואני רק מכבד אותו ואת מכוון פועה שהוא עובד אתו ביחד [...] יש להם commonsense ופעם הם אומרים נעשה הפסקת הריון ולפעמים לא הפסקת הריון" (שם, בעמ' 110).

55. חמישית, דומה כי נוצרה אי הבנה שאף היא הכשילה את ההורים.

הרב דיקן, עוזרו של הרב אליהו, הפנה את ההורים לפרופ' יגל – מומחה מוכר ומקובל בתחום האולטרסאונד, המיילדות והגניקולוגיה – על מנת לקבל חוות דעת נוספת. אלא שאף אחד לא טרח לספר לפרופ' יגל אודות סיבת ההפנייה, והוא סבר לתומו כי ההורים הגיעו אליו כמומחה בתחום האולטרסאונד. פרופ' יגל נהג כמנהגו ונמנע מלהסיג את גבולו של הרופא המטפל ולכן לא אמר להורים כי אף הוא היה ממליץ לבצע הפלה במצב של הריון עם התקן תוך-רחמי. כך נוצרה טרגדיה של טעויות – עוזרו של הרב סבר מן הסתם כי פרופ' יגל נתן להורים חוות דעת נוספת (second opinion), פרופ' יגל לא הבין כי הוא מתבקש לתת חוות דעת נוספת, ההורים סברו כי פרופ' יגל נתן חוות דעת נוספת לפיה הוא לא ממליץ לעשות הפלה וכי כל המידע הרפואי הועבר לרב קודם לכניסתם אליו, ועם תובנה מוטעית זו הגיעו אל הרב אליהו. עמד על כך בית משפט קמא בפסק דינו:

”התובע הסביר כי לאחר שד”ר אברמוב המליץ לבצע הפלה, שנראה לו צעד מאוד קיצוני רק בגלל החשש מלידה מוקדמת [...] ומכיוון שפרופ' יגל לא השיב חד משמעית אם לבצע הפלה אם לאו, והבנתו הייתה שפרופ' יגל אינו ממליץ לבצע הפלה, ומשהרב אליהו המליץ להם לא לבצע הפלה החליטו לבסוף שלא לבצע את ההפלה.”

יש להצר על כך שחד-גדיא זה הסתיים בלידה מוקדמת שהביאה לנכות כה קשה ממנה סובל הקטין, אולם לד”ר אברמוב אין קשר לאותה אי הבנה שהורתה בפניה לעוזרו של הרב אליהו ז”ל.

56. ההורים טענו כי העובדה שהשתמשו בהתקן תוך-רחמי מעידה כאלף עדים כי לא רצו ילד, וכי אין ליחס להם שלילה אידיאולוגית של הפסקת הריון. אלא שלא דין מניעת הריון כדין הפסקת הריון, והדברים פשוטים. הא-ראיה, שכאשר עמדו ההורים על סף החלטה אם להפסיק את ההריון, מצאו לנכון לפנות לסמכות תורנית כה בכירה, פעם ראשונה ויחידה בחייהם.

57. סיכום ביניים: החזקה לפיה אם ועדה להפסקת הריון הייתה מתירה לבצע הפלה ההורים היו פונים לוועדה לקבלת אישורה, נסתרה במקרה דנן. אין לפנינו מקרה “נקי” של הסבר חסר שבעטיו המטופל לא פעל על פי ההמלצה הדרסטית של הרופא לבצע פעולה מסויימת. ההורים הבינו כי המלצתו החוזרת של ד”ר אברמוב לבצע הפלה היא המלצה דרסטית הנובעת מהסיכונים לאם עקב הפלה מזוהמת וליילוד עקב

לידה מוקדמת, אך בכרו על פניה המלצה רבנית-תורנית. למיצער, ההורים נפלו קרבן לאי הבנה בין הרב דיקן, עוזרו של הרב אליהו ז"ל, לבין פרופ' יגל שלא נמסר לו על מה ולמה הופנו אליו ההורים, ואין לזקוף אי הבנה זו לחובתו של ד"ר אברמוב.

הערה לפני סיום

58. "דברי הרב ודברי הרופא דברי מי שומעין?" כאשר בעניינים מובהקים שברפואה עסקינן, דומה כי מדובר בשאלה ריטורית. שופט אינו מתיימר להיות מהנדס או רופא, וכאשר שופט דן בשאלות שבהנדסה או ברפואה, הוא נסמך בעניינים אלה על חוות דעת מומחים. ובכלל, בענייני מקצוע יש לפנות אל מי שעוסק בתחום הרלוונטי. הדבר היה ידוע כבר לחכמינו שהזהירו "כל שאינו יודע בטיב גיטין וקידושין לא יהא לו עסק עמהם" (אה"ע, קידושין, ו, א; שו"ע, אה"ע, מט, ג; שו"ע, אה"ע, סדר הגט, קא). כך לדוגמה, מי שאינו פונה לעורך דין בענייני משפט עלול להקדיח את תבשילו. עמד על כך בית משפט זה בעניין אחר בהזהירו, בפרפרזה על דברי חז"ל "כי כל שאינו בקי בטיב דיני הצוואות לא יהא לו עסק עמהן" (ע"א 2555/98 הרב אליהו אברג'ל נ' עזבון המנוח משה, פ"ד נג(5) 673, 687 (1999)).

גם רב, גדול בתורה ובהלכה ככל שיהיה, אינו רופא ואינו מהנדס. מי שפונה לרב על מנת לקבל עצה-הנחיה-המלצה בעניינים מובהקים של מקצוע, כמו הנדסה או רפואה, צריך לדעת כי דברי הרב אינם במישור המקצועי הטהור, והם מערבים שיקולים שבאמונה ובהלכה. לכן, אין לבוא בטרוניה לרב אליהו ז"ל – שהלך לעולמו בשנת 2010 וקולו לא נשמע במשפט – על עצתו-הנחייתו להורים. מי שנשמע לעצת רב בעניין שברפואה, כפי שעשו ההורים במקרה דנן, אמור לדעת ולהבין כי האחריות נעצרת אצלו, ולא אצל הרב, שהרי הרב אינו רופא וממילא שיקוליו אינם רפואיים גרידא.

סיכום וסוף דבר

59. עברנו בדרכנו מספר תחנות והגיעה עת סיכום:

(-) לא כל חוסר ברישום הוא בגדר נזק ראייתי אשר מעביר את נטל הראיה. במקרה דנן, הרשומות שערך ד"ר אברמוב הן אמנם לקוניות, אך אינן בגדר נזק ראייתי, אלא בגדר ראייה רגילה במכלול הראיות (נזק ראייתי אינדיקטיבי על פי המינוח שהוצע על ידי המלומד שני).

(-) המצב השכיח בתביעות של הפרת חובת הגילוי הוא שהמטופל פועל על פי עצת הרופא מבלי לקבל את מלוא המידע (הסכמה שלא מדעת). במקרה שלפנינו, נטען כי ההורים פעלו בניגוד להמלצת הרופא מאחר שלא קיבלו את מלוא המידע (אי הסכמה שלא מדעת).

(-) המטופל אינו אמור לדרוש מהרופא הסברים לגבי המלצתו. הנטל הראשוני הוא על הרופא להסביר בשפה פשוטה, כחלק מהמלצתו, את הסיכונים הכרוכים בדחיית המלצתו ומכאן עובר הכדור לשטחו של המטופל לשאול ולבקש מידע נוסף הדרוש לו על מנת לקבל החלטה מושכלת.

(-) יש להבחין בין המלצה שגרתית וסתמית לבין המלצה שאינה כזו, המלצה דרסטית או חריגה.

(-) לדחיית המלצה לא שגרתית של הרופא על ידי המטופל יש השלכות. במישור הראייתי – בנטל הוכחה מוגבר המוטל על המטופל להראות כי לא קיבל הסבר להמלצה. במישור המהותי – בנטייה לייחס אשם תורם למטופל גם אם ההסבר להמלצה לקה בחסר.

(-) הצבענו על שורה של אינדיקציות, המעוגנות בשכל הישר, בתשתית הראייתית ובהתנהלות ההורים, המעידות על כך שלא ניתן לקבל את טענת ההורים כי אמנם הבינו כי קיים חשש ללידה מוקדמת אך לא הבינו כי הדבר עלול להתבטא בנכויות שונות שייגרמו ליילוד, וכי בשל כך נהגו בניגוד להמלצתו של ד"ר אברמוב.

(-) בדומה, הצבענו על כך שבסופו של יום החלטת ההורים שלא לנהוג על פי המלצת ד"ר אברמוב נובעת מהעדפתם את המלצתו של הרב, או בשל חוסר הבנה שנגרמה בעקבות הפנייתם על ידי עוזרו של הרב לפרופ' יגל, שמצידו לא ידע ולא הבין כי ההורים מגיעים אליו לצורך חוות דעת נוספת בסוגית ההפלה.

60. אשר על כן, אציע לחבריי לקבל את ערעורה של קופת החולים במלואו, לבטל את פסק דינו של בית משפט קמא ולקבוע כי אין לייחס רשלנות לד"ר אברמוב.

תוצאה זו קשה למשיבים שלזכותם נפסק סכום נכבד על ידי בית משפט קמא, שהועבר כבר במלואו או בחלקו למשיבים. בנסיבות אלה, ובהתחשב בכך שהמשיבים מן הסתם כבר הסתמכו ושינו מצבם לגבי חלק מהסכום, אמליץ לקופת חולים, לפעול לפנים משורת הדין, באופן שלא תבצע השבה מלאה של הסכום ששולם.

לאור התוצאה אליה הגעתי, כל צד ישא בהוצאותיו.

ש ו פ ט

השופט נ' סולברג:

1. הפרשה עגומה, הנטל הפיזי והנפשי המוטל על ההורים בגידול ילדם הוא עצום ורב. אך דומני כי הרופא עשה את שלו, כי לא התרשל, וכי אין לפקוד עליו או על קופת החולים את תוצאות החלטתם המושכלת של ההורים, להימנע מביצוע הפלה.

2. כחברי, השופט י' עמית, אף אני סבור כי מסקנתו של בית המשפט המחוזי, לפיה הופרה חובת הגילוי של הרופא בכך שלא הסביר להורים כי הסיכון הטמון בלידה מוקדמת הוא חשש שהיילוד יסבול מנכויות שונות – היא מוקשית.

3. ודוק: פעם ופעמיים המליץ הרופא לאם להפסיק את ההריון, לאחר שלא הצליח לאתר את חוט ההתקן התוך-רחמי על מנת להוציאו. בפעם הראשונה הזהיר את האם מפני לידת פג בלידה מוקדמת, ומפני "הפלה מזוהמת" (פסקה 27 לפסק הדין של בית המשפט המחוזי). בפעם השניה חזר על המלצתו-זו באוזני האם והאב גם יחד, ומסר להם הפניה לוועדה להפסקת הריון. או אז פנו ההורים לקבל עצתו של רב, ובין לבין פנו לרופא נוסף, שגם הוא אמר להם כי קיים חשש ללידה מוקדמת. הרב המליץ להמשיך בהריון, לא לבצע הפלה, וההורים עשו כעצתו.

4. הרופא העיד כי הוא נוהג להסביר למטופלותיו את הסיכונים הכרוכים בלידה מוקדמת. יש רגליים לדבר, בפרקטיקה הנוהגת ובשכל הישר. אכן, יש צורך בהסבר שכזה, ולא כלאחר-יד, אלא "ברחל בתן הקטנה". המלצה להפסקת הריון היא עניין שחשיבותו רבה ומשמעותו קריטית. תמימות-דעים שררה בין הרופאים והמומחים הרפואיים בעדויותיהם בבית המשפט המחוזי על כך שלבטח מתלווה הסבר להמלצה שכזו, היא אינה עומדת בחלל ריק, באופן טבעי מתפתח לגביה שיג ושיח, והיא אינה תלויה על בלימה. על רקע זה, ועל יסוד נימוקי חברי, מקובלת עלי מסקנתו, לפיה הסביר הרופא להורים כי לידה מוקדמת ופגות עשויים להשליך על מצבו של היילוד.

5. זאת ועוד. הסיכונים הבסיסיים שבפגות אינם מן הנסתרות. הידיעה בעניין זה, קרי, על קשת האפשרויות לגבי פגות – בין מוות לבין חיים, כשבתווך חיים עם לקויות ומוגבלויות שונות – היא מן המפורסמות. מדובר בידיעת הסיכונים האפשריים המרכזיים, להבדיל מן הפרטים, מאחוזי הסיכונים, ומסיווג של כל הסיכונים ונגזרותיהם. ידיעת הסיכונים הבסיסיים הנ"ל היא נחלת הכלל, לבטח כך לגבי אנשים מן הישוב, דוגמת ההורים דגן. ההריון הנדון היה הריונה השלישי של האם. קדמו ללידה שני הריונות שמהם נולדו ילדים בריאים. כל ההריונות היו במעקב אצל אותו רופא. האב הוא בעלים ומנהל של בית עסק, וישנם עוד סימנים לרוב ללמדנו כי מדובר בהורים מביני עניין. בהלה אחזה באם לקראת הלידה בשבוע ה-27, היא צעקה והתחננה לעכב את הלידה, ולימים העידה כי הבינה שככל שהעובר יוולד מוקדם יותר, הוא יהיה קטן יותר, והסיכון לחייו יגדל. גם האב העיד על רצונם לשמור על ההריון ולהגיע לחודש התשיעי כדי שיוולד ילד בריא, רגיל, נורמלי, כדבריו. על רקע זה, קשה להלום את טענתם של ההורים כי לא הבינו את ההשלכות הכרוכות בלידת פג, וסברו לתומם כי משמעות הדבר היא השמתו של הפג באינקובטור לאחר הלידה, עד אשר יגיע למשקל הולם ולגודל תקין, מבלי שתיוותר נכות. הדברים הללו, לגבי הידיעה הכללית על אודות פגות והסיכונים הכרוכים בה, ועל המודעות הקונקרטית אצל ההורים, משליכים הן על היקף חובת הגילוי של הרופא, ובנסיבות העניין מצמצמים אותה קמעא; הן על

הקשר הסיבתי בין ההפרה הנטענת של חובת הגילוי לבין הנזק, קרי, על החלטת ההורים שלא לבצע הפלה, משום שביפרו לפעול על סמך עצתו-הנחייתו של הרב.

6. כזכור, בתחילה מיקדו ההורים את תביעתם בעילה על-פי חוק הפיצויים לנפגעי תאונות דרכים, התשל"ה-1975, בעקבות פגיעתה של האם בתאונת דרכים במהלך הריונה. כתב התביעה כלל אמנם גם עילה של רשלנות רפואית, אך לא היתה טענה על הפרת חובת הגילוי מצדו של הרופא. טענות ההורים התמקדו בטיב הטיפול הרפואי שניתן לאם בכלל, ובבית החולים בימים שקדמו ללידה בפרט. לימים הגישו ההורים כתב תביעה מתוקן, שם התייחסו אמנם להפרת חובת הגילוי מצדו של הרופא, אך עיקרו של כתב התביעה התמקד בטיפול באם וביילוד לפני הלידה, במהלכה ולאחריה. הא למדנו שגם ההורים לא התייחסו ברצינות רבה לטענה על הפרת חובת הגילוי מצדו של הרופא.

7. פנייתם של ההורים אל הרב מלמדת על מצוקה, על הפנמה, על הבנה. ההורים מנהלים אורח חיים דתי-מסורתי, הם עצמם העידו כי הבינו את משמעות ההחלטה הקשה שהם עומדים לפניה, ולפיכך גם רצו להתייעץ עם הרב. לראשונה עשו כן, עם רב חשוב ונכבד שכזה, להבדיל מהתייעצויות של שגרה עם רב הישוב שבו הם מתגוררים. ההורים עשו את אשר עשו, בודעם את התשתית הרפואית העובדתית המוגבלת שעמדה לפני הרב לצורך מתן עצתו.

8. כזכור, המלצנו לבעלי-הדין ליתן את הסכמתם לפסיקה בדרך של פשרה. הדבר לא נסתייע, ואנו מצויים אפוא לפסוק על-פי שורת הדין. גבי דידי, על יסוד האמור לעיל, לא שוכנעתי כל-עיקר כי הרופא הפר את חובת הגילוי. אדרבה, דומני כי ההורים החליטו את אשר החליטו באופן מודע ומושכל. המעמסה המוטלת על כתפיהם קשה עד מאד, אך לדעתי אין לזקוף רשלנות לחובת הרופא, ולא לחייב את קופת החולים בתשלום פיצויים. ההורים יאלצו אפוא להסתפק בתגמולי המוסד לביטוח לאומי, אלא אם תראה קופת החולים לילך כברת-דרך לקראתם, לנקוט אמת מידה שלפנים משורת הדין, ולא לדרוש השבה מלאה של סכום הכסף שכבר שילמה להורים.

9. בשולי פסק-דינו שאל חברי "דברי הרב ודברי הרופא דברי מי שומעין?" והשיב נכוחה. אזכיר בהקשר זה, כי משנמחקה הודעת צד ג' ששלחה קופת חולים מאוחדת אל הרב שעל עצתו-הנחייתו הסתמכו ההורים, לא נתלבנו עד תום פרטי דבריו. ממילא, לא נתמקד בו, אך באופן כללי מן הראוי לזכור ולהזכיר את דברי אבטליון במסכת אבות "חכמים היזהרו בדבריכם..." (משנה, אבות א, יא) וממילא גם – רבנים בעצותיכם.

ש ו פ ט

המשנה לנשיא מ' נאור:

1. עיינתי בחוות דעתו של חברי השופט י' עמית, אליה הצטרף חברי השופט נ' סולברג. דעתי שונה מדעתם.

2. אין מחלוקת כי ד"ר אברמוב המליץ להורים על הפסקת היריון. אין חולק גם כי נאמר להם כי קיים סיכון ללידה מוקדמת, כך שהיילוד יהיה פג. ד"ר אברמוב העיד כי הוא לא הסתפק בכך, אלא הסביר להורים על הסיכונים הקונקרטיים הכרוכים בלידה מוקדמת, כדוגמת הסיכון לפגיעה שכלית או מוטורית אצל העובר (עמודים 90-91 לפרוטוקול), וכי ההורים הבינו את משמעות הדברים. ההורים, מצדם, העידו כי ד"ר אברמוב לא הסביר להם כי לידה מוקדמת עשויה להביא לכך שהיילוד יסבול מנכויות שונות. המחלוקת בין הצדדים לא התמקדה איפוא בפן המשפטי, קרי, בשאלה המשפטית מהו היקף המידע שהיה על ד"ר אברמוב למסור להורים על-מנת לעמוד בחובת הזהירות כלפיהם. בלב המחלוקת מצויה שאלה שבעובדה, והיא האם ד"ר אברמוב הסביר להורים על טיב הסיכונים הכרוכים בלידה מוקדמת. במחלוקת זו, העדיף בית המשפט המחוזי את גרסת

ההורים, וקבע כי ד"ר אברמוב העלה בפניהם את האפשרות ללידה מוקדמת, אך לא אמר להם על הסיכון בלידתו של העובר כפג עם נכות מוטורית או שכלית. דעתם של חבריי היא שיש להתערב במסקנה זו. דעתי שונה.

3. כידוע, אין דרכה של ערכאת הערעור להתערב בממצאים שבעובדה שנקבעו בערכאה הדיונית, ובייחוד בקביעות מהימנות, אלא במקרים חריגים. כך, לדוגמה, כאשר התשתית העובדתית של הערכאה הדיונית מופרכת או בלתי סבירה בעליל (ראו: ע"א 9936/07 בן דוד נ' ענטבי, פסקה 5 (22.2.2011), והאסמכתאות שם). או, למשל, במקרים יוצאי-דופן שבהם הנמקת השופט "אינה עומדת במבחן ההגיון או כאשר אי-מהימנותו של עד, שבית-משפט קמא סמך עליו, בולט לעין..." (ע"א 734/76 פלוני נ' אלמוני, פ"ד לב(2) 661, 665 (1978)). שבתי ועיינתי בראיות, ולא מצאתי כי יש הצדקה להתערב בקביעותיו של בית המשפט המחוזי. בית המשפט המחוזי השתית את מסקנתו, בין היתר, על קביעות מהימנות, וציין כי הוא מאמין לאם שהיא ובעלה לא הבינו את טיב הסיכונים הצפויים לעובר, אם ייולד כפג:

"חובה הייתה על ד"ר אברמוב להביא מידע זה לידיעת התובעת [המשיבה – מ"נ] ולוודא כי אכן הבינה מה המשמעות של היוולדות פג, ולא רק בעניין גודלו, שמספר ימים או שבועות באינקובטור יביאו לגדילתו ללא הותרת חותם על גופו, כפי שהבינה, לטענתה, ואני מאמין לה כי אכן כך הבינו היא ובעלה. ודוק, התובעת ובעלה לא העידו כי אינם יודעים מהו פג וכי ככל שייולד מוקדם יותר הסכנה לחייו גדולה יותר, אלא שלא ידעו ולא היו מודעים לאפשרות כי לידה מוקדמת כפג יכולה להיות עם נכות קשה" (פסקה 27; ההדגשה הוספה – מ"נ).

4. כמו כן, ביחס לשאלת קיומו של קשר סיבתי בין התנהגותו של ד"ר אברמוב להחלטת ההורים שלא לבצע הפלה, התרשם בית המשפט המחוזי כי עדותם של ההורים הייתה "מינורית ועשתה רושם חיובי על כך שהינם דוברים אמת" (פסקה 45). יש לתת משקל להתרשמותו הישירה של בית המשפט המחוזי

מהעדויות, אשר על בסיסן קיבל את גרסתם של ההורים כמהימנה. בית המשפט נסמך במסקנתו גם על עדות האב, שלפיה הבנתו כי לידה מוקדמת משמעותה עובר קטן יותר שיש לה תקופה מסוימת באינקובטור, התבססה על לידה מוקדמת שאירעה לקרובת משפחתו (עמוד 13 לפרוטוקול). מנגד, התקשה בית המשפט המחוזי לתת אמון בגרסתו של ד"ר אברמוב. אחד הטעמים לכך, שלדעתי הינו בעל משקל, הוא ההבדל בין תצהירו של ד"ר אברמוב לבין עדותו בבית המשפט. בתצהיר עדותו הראשית, ציין ד"ר אברמוב באופן כללי בלבד כי הסביר להורים "... את כל הסיכונים הכרוכים בהריון בנוכחות התקן, לרבות הסיכון ללידה מוקדמת והסיכונים הכרוכים בכך...". בעדותו, ורק לאחר שנשאל על כך במפורש, העיד ד"ר אברמוב כי הוא הסביר להורים כי בלידה מוקדמת קיים סיכון לנזק גופני או שכלי ליילוד. העובדה כי ד"ר אברמוב לא פירט מיוזמתו בתצהיר את הסיכונים שהציג בפני המשיבים, מעוררת ספק בדבר היקף ההסבר שניתן להורים, שכן היא מעידה על מה שנתפס בעיניו כהסבר מספק.

5. מסקנתו של בית המשפט המחוזי נתמכת גם בעובדה כי ברשומות הרפואיות לא צוין כי ניתן להורים הסבר בדבר הסיכונים הכרוכים בלידה מוקדמת. מקובל עליי, מטעמי של חברי השופט י' עמית, כי חסר רישומי מסוג זה אינו מעביר את נטל הראייה מכתפי ההורים לכתפי המערערת (עיינו גם: ע"א 10218/08 אברמובסקי נ' אפרים, פסקה 25 לפסק דיני (23.8.2012)). ואולם, להעדר הרישום יש משקל כראייה, התומכת בעמדת ההורים כי לא ניתן להם ההסבר הדרוש (ראו והשוו: ע"א 8799/08 הסתדרות מדיצינית הדסה נ' פלוני, פסקה 23 לפסק דינו של המשנה לנשיאה א' ריבלין (21.3.2011)). כן ראו את קביעתי בעניין ע"א 2886/05 אשכנזי נ' קופת חולים כללית (8.11.2010), שבו דובר בצורך במתן הסבר על כך שישנה דחיפות בביצוע בדיקה רפואית מסוימת, כי "ככלל, העדר רישום בנושאים אלה עלול להביא לדחיית הטענה כי ההסברים אכן ניתנו" (פסקה 65)). יצוין, כי בענייננו משקלו הראיתי של העדר הרישום אינו מכריע, זאת כיוון שאין מחלוקת כי פרטים שונים שלא נרשמו, אכן נאמרו להורים. כפי שציין חברי השופט י' עמית, האם ציינה בעדותה כי בביקורה הראשון אצל ד"ר אברמוב, הוסבר לה כי ניסיון להוצאת ההתקן התוך-רחמי עשוי להגדיל את הסיכון להפלה.

ברשומה הרפואית לא נכתב שניתן הסבר לעניין זה. אכן, ייתכן שכפי שד"ר אברמוב לא רשם הסבר זה, גם הסברים נוספים שניתנו לא נרשמו.

6. כפי שפורט בחוות דעתו של חברי השופט י' עמית, ישנן אינדיקציות עובדתיות נוספות, העשויות להעלות ספק בדבר אמיתות גרסת ההורים. כזו היא, למשל, העובדה שהאם פחדה מלידה מוקדמת, והתחננה בפני הצוות הרפואי שטיפל בה שינסה לעכב את הלידה. כזו היא גם אמירתו של האב, שלפיה חשוב שהילד ייוולד בזמן "כדי שהוא יהיה בריא, כמו ילד רגיל, נורמאלי" (עמוד 32 לפרוטוקול). חששותיהם של ההורים מפני לידה מוקדמת, כפי שבאו לידי ביטוי בעדויותיהם ובהתנהגותם, מחלישה את גרסתם, ואף דומה כי בית המשפט המחוזי לא נתן את דעתו לעניין זה. ואולם, חששות אלה ניתנים להסבר בכך שהידיעה על כך שפגות אינה מצב רצוי, היא אכן נחלת הכלל. לצד זאת, יש הבדל בין ידיעה כללית על כך שפגות היא מצב שאינו רצוי, לבין הבנה כי הסיכונים הקונקרטיים הכרוכים בלידה מוקדמת הם פגיעה מוטורית או שכלית ליילוד. דהיינו, עצם העובדה שההורים לא רצו בלידה מוקדמת, אין משמעה בהכרח כי הבינו לאשורם את הסיכונים הנובעים מכך. בין כך ובין כך, מדובר באינדיקציה אחת מבין מכלול הראיות. נוסף על כך, התנהגותם של ההורים, כדוגמת פנייתם לקבלת עצתו של הרב, עשויה להתפרש כאינדיקציה לכך שהבינו כי היילוד עשוי לסבול מלקויות שונות. ואולם, ניתן להסביר התנהגות זו גם בדרך אחרת. לפי גרסתם של ההורים, שאותה קיבל בית המשפט המחוזי כמהימנה, הם הבינו כי הסיכון בלידה מוקדמת אינו סיכון של ממש. על רקע זה, המלצתו של ד"ר אברמוב להפסיק את ההיריון נראתה בעיניהם כהמלצה חריגה וקיצונית, ומשכך ראו לנכון לפנות לגורמים אחרים לקבלת עצה.

7. מן האמור לעיל עולה, כי ישנן אינדיקציות שבעובדה לכאן ולכאן, מהן ניתן להסיק מסקנות נוגדות. לא אכחד: המקרה שלפנינו הוא מקרה גבולי. ייתכן, כי אם מקרה זה היה בא בפניי בערכאה הדיונית – הייתי מכריעה אחרת כפי שחבריי מציעים להכריע בערעור. ואולם, אני סבורה כי בהינתן היתרון המוקנה

לערכאה הדיונית בהערכת מהימנות העדים, ובהתחשב בכך שמסקנתו של בית המשפט המחוזי נסמכה על תשתית עובדתית סבירה, אין מקום להתערבות בה.

8. חבריי נתנו משקל לכך שד"ר אברמוב העיד כי הוא נוהג להסביר על מכלול הסיכונים הכרוכים בהריון עם התקן תוך-רחמי למטופלות שלו. אף שגם לדעתי יש לתת משקל לרוטינה הרפואית של הרופא המטפל, ברי כי אין מדובר בראייה המכריעה את הכף בכל מקרה ומקרה, ויש לבחנה בהתחשב במכלול הנסיבות. מקובלת עליי כאמור גם העמדה כי הסיכונים הבסיסיים שבפגות הם נחלת הכלל. ואולם, ידיעה כללית של מטופל בדבר סיכונים לא די בה, ועל הרופא המטפל להסביר למטופל את מהותם (ראו והשוו: ע"א 8126/07 עזבון המנוח ברוריה צבי נ' בית החולים ביקור חולים, פסקה י' לפסק דינו של השופט א' רובינשטיין (3.1.2010); ע"א 1303/09 קדוש נ' בית החולים ביקור חולים, פסקה 43 לפסק דינו של חברי השופט י' עמית (5.3.2012)). בהקשר האמור חשוב לציין, כי ד"ר אברמוב עצמו טען בעדותו כי הוא פירט בפני ההורים את הסיכונים הכרוכים בלידה מוקדמת, ובהם פגיעה מוטורית או מוחית בעובר. גם המומחים מטעם הצדדים ומטעם בית המשפט ציינו כי על מנת לצאת ידי חובת הגילוי על הרופא המטפל להסביר למטופלת סיכונים אלה. על רקע זה, אני סבורה שבמקרה דנן יש לייחס חשיבות נמוכה לידיעתם או אי-ידיעתם הכללית של ההורים על סיכוני פגות.

9. חבריי מפנים לעמדות המומחים מטעם הצדדים ומטעם בית המשפט, לפיהן לא ייתכן כי ד"ר אברמוב נתן להורים המלצה כה חריגה, כהמלצה להפסיק את ההיריון, מבלי שנלווה לכך הסבר כלשהו. לדעתם של חבריי, דבר זה מהווה אינדיקציה לכך שניתן הסבר על מכלול הסיכונים הכרוכים בלידה מוקדמת. ואולם, לדעתי מסקנה זו אינה מתחייבת. הכול מסכימים כי ד"ר אברמוב הסביר להורים את הסיכונים הכלליים הכרוכים בהיריון עם התקן תוך רחמי. אין מדובר בהמלצה שניתנה ב"חלל ריק", אלא נלווה לה הסבר מסוים, והשאלה הנותרת היא מה היה היקפו של הסבר זה. בשאלה זו, כאמור לעיל, לא מצאתי כי יש הצדקה להתערב בממצאיו של בית המשפט המחוזי.

10. בהיות דעתי דעת מיעוט, איני רואה מקום להרחיב בשאלת האשם התורם של ההורים. אעיר, עם זאת, כי בנסיבות המקרה דנן ראוי היה לדעתי להטיל על ההורים אשם תורם משמעותי.

המשנה לנשיא

הוחלט ברוב דעות השופטים י' עמית ונ' סולברג, כנגד דעתה החולקת של המשנה לנשיא מ' נאור, לקבל את הערעור.

ניתן היום, י"א בחשון התשע"ה (4.11.2014).

שופט

שופט

המשנה לנשיא

