

## בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פליליים

ע"א 434/94

|   |               |
|---|---------------|
| כבוד המשנה לנשיא ש' לוי<br>כבוד השופטת ד' דורנר<br>כבוד השופטת ד' ביניש | בפני:         |
| 1. שי ברמן, קטינה באמצעות הוריה<br>2. תומר גל, קטין באמצעות הוריו       | המערערים:     |
| נ ג ד   |               |
| מור - המכון למידע רפואי בע"מ  | המשיב:        |
| כל בשבט תשנ"ז (28.1.97)   | תאריך הישיבה: |
| עו"ד מ' קין   | בשם המערערים: |
| עו"ד א' מזור  | בשם המשיבה:   |

### פסק-דין

השופטת ד' דורנר :

**העובדות, ההליכים והטענות**

זהו ערעור על פסק-דינו של בית-המשפט המחוזי בחיפה (השופט דוד קציר), אשר דחה את תביעתם של המערערים, שניהם קטינים ילידי 1988, נגד מור - המכון למידע רפואי בע"מ (להלן: המכון), שהוא חברת בת של קופת- החולים הכללית, בגין גרימת חיים במום.

1. סיפור המעשה נדיר בנסיבותיו. אימהותיהן של המערערים, ענת ברמן, (להלן: ברמן) וד"ר מיכל תומר (להלן: תומר), דרו בשכנות זו לזו ואף היו מיוודדות. שתי הנשים הרו לבעליהן בהפרש של חודשיים. אותה עת ברמן היתה כבר אם לילד, והיא בת 29, ואילו לתומר היה זה הריונה הראשון, והיא היתה אז בת 26.

לנוכח גילן הצעיר וההיסטוריה הגנטית שלהן לא עלה חשש ללידת ילדים בעלי מום. אף-על-פי-כן הקפידו השתיים על עריכת מעקב אחר התפתחות העובר על-מנת להבטיח, ככל הניתן, כי לא ילדו ילדים הסובלים ממומים. שתיהן לא הסתפקו בטיפול הניתן במסגרת הרפואה הציבורית. תומר טופלה על-ידי ד"ר בוריס קפלן, רופא בכיר במחלקה הגינקולוגית בבית-החולים בילינסון, בקליניקה הפרטית שלו. ברמן טופלה במסגרת השירות הרפואי הפרטי (שר"פ) במרכז הרפואי הדסה בירושלים על-ידי פרופ' יורם בייץ, אותה עת רופא בכיר במחלקה הגינקולוגית בבית-החולים. במסגרת טיפול זה וביזמתה, לאחר אישור פרופ' בייץ, עברה ברמן בדיקת מי שפיר שיש בה סיכון להפלה וכן בדיקת חלבון עוברי - בדיקות המומלצות לנשים שגילן או ההיסטוריה הגנטית שלהן מעלים חשש לקיום מומים בעובר. שני הרופאים הפנו את הנשים לעריכת הבדיקות במסגרת שירותי הרפואה הציבורית. בין הבדיקות נערכה גם סריקת מערכות באולטרסאונד, המיועדת לגילוי מומים בעוברים. בדיקה זו נערכה על ידי המכון. שתי הנשים מסרו את תוצאות הבדיקות לרופאיהן. הרופאים פיענחו את התוצאות, ושניהם מסרו לנשים כי לא נמצא מום בעובריהן.

2. בתאריך 6.9.1988, כארבעה חודשים לאחר עריכת סקירת המערכות, ילדה ברמן את בתה שי, ורק אז התברר לה כי התינוקת חסרה את הגפה הימנית מתחת למרפק. המום המולד שנתגלה בבת חברתה גרם לתומר חרדה רבה. היא ביקשה מד"ר קפלן להפנות אותה לעריכת בדיקה נוספת באולטרסאונד, שבגידרה תיבדק שלמות הגפיים של העובר. ד"ר קפלן ביקש בהפנייתו לערוך סריקת מערכות שיגרתית. תומר, שהייתה אז בשבוע ה-37 להריונה, סיפרה לטכנאית שערכה את הבדיקה על חששותיה, וביקשה אותה לבדוק אם הגפיים של העובר שלמות. בתום הבדיקה אמרה לה הטכנאית כי הכול תקין, אך בפועל ערכה, על-פי הנחיות ד"ר קפלן, את הבדיקה השיגרתית. שלושה שבועות לאחר הבדיקה החוזרת ילדה תומר את בנה גל, ואז התברר כי אף לגל חסרה הגפה הימנית מתחת למרפק.

3. כמסתבר (כך העידו רופאים העובדים במסגרת הרפואה הציבורית ומנהלים גם קליניקות פרטיות), בסריקת מערכות שיגרתית במסגרת הרפואה הציבורית אין נבדקת שלמות הגפיים. זאת לנוכח השיעור הנמוך של תינוקות הנולדים חסרי גפיים (חמישה מקרים לשנה מתוך מאה אלף לידות, כלומר, 0,0005%) והקושי בזיהוי הגפיים הדורש מיומנות של רופא. כמו כן, סריקה הכוללת בדיקה של שלמות הגפיים היא ממושכת יותר, ולעיתים נדרשת אף בדיקה חוזרת. לעומת זאת, סריקת המערכות השיגרתית במסגרת הרפואה הפרטית -

שבעלותה נושאת הנבדקת - כוללת בדיקה של שלימות הגפיים. תומר וברמן לא ידעו על כך דבר, רופאיהן לא יידעו אותן כי הבדיקה השיגרית, הממומנת על-ידי קופת-חולים, היא במתכונת מצומצמת, ואף במכון, אשר כאמור ערך את הבדיקות על-פי הפניות בכתב של הרופאים, לא ניתן להן הסבר על כך. כך היה, כאמור, גם בבדיקה חוזרת של תומר, אשר ביקשה במפורש לבדוק את שלמות הגפיים. רק לאחר גילוי המומים בילדי תומר וברמן הוסיף המכון בדף ההסבר שהוא מחלק לנבדקות פירוט בדבר מטרת סריקת המערכות ומה בודקים ומה אין בודקים בה. ואילו ד"ר קפלן מפנה מאז גילוי המום את מטופלותיו הפרטיות למכוני אולטרסאונד פרטיים.

4. בתביעותיהם בבית-המשפט המחוזי טענו המערערים כי המכון התרשל בכך שבבדיקות האולטרסאונד שנערכו לאימותיהם לא נבדקו שלמותם של גפי העוברים, וכתוצאה מכך לא נתגלה המום. לחלופין נטען כי להורים לא הודע שהבדיקה היא במתכונת מצומצמת. בכך נשללה מהם האפשרות לבחור בבדיקה השלמה. ברמן אף טענה כי מן הפרוספקט שהציג בפניה המכון עולה כי נבדקת גם שלימות הגפיים. אילו היה מתגלה המום, כך נטען והיה מדווח לה עליו, הייתה היא מחליטה על הפסקת ההריון, ובתה לא הייתה נולדת במומה הקשה.

במשפט העידו ברמן ותומר כי מן המצג שהוצג בפניהן עלה כי כל מערכות העובר ייבדקו, ולא עלה על דעתן כי חסר כה חמור, שלהדיוט נראה כי קל יותר להבחין בו מאשר במום באברים הפנימיים של העובר, לא יתגלה. תומר, שבמקצועה הינה רופאת-שיניים, הטעימה כי ידיעותיה ברפואה אף חיזקו אותה באמונתה זו. פרופ' בייץ לא הוזמן לעדות, ואילו ד"ר קפלן, שבעת ניהול המשפט שימש מנהל מרפאה של קופת-החולים הכללית, העיד מטעם המכון. הוא סיפר כי ידע ששלימות הגפיים לא נבדקת בסריקת מערכות שיגרית, ורק אחרי גילוי המום נודע לו כי במכונים פרטיים נבדקת שלמות הגפיים. לכן, מאז הוא מפנה את מטופלותיו למכונים פרטיים.

5. בית-המשפט המחוזי לא דן בשאלות הכרוכות בסוגיות הקשר הסיבתי. שכן, הוא מצא כי עריכת הבדיקה במתכונת מצומצמת לא היוותה רשלנות. ואילו בטענה בדבר אי מסירת מידע לאימהות לא דן, והסתפק בקביעה כי לא ניתן היה להבין מן הפרוספקט שנערכת גם בדיקה של שלמות הגפיים. וכך, בין השאר, נכתב בפסק-הדין:

"אכן, לא יכולה להיות על כך מחלוקת, שטוב היה אילו עברו כל הנשים בהריון, בדיקות ממוקדות לשם גילוי מומים למיניהם; אך השאלה שעלי להידרש לה אינה מהו הרצוי, אלא מה הנורמה שהיתה מקובלת בעת הנתונה, לגבי בדיקתן של נשים שאין לגביהן סיכון. נורמה זו היתה, כאמור, שיש לערוך להן בדיקות שגרתיות שבמהלכן אין חיפוש אחר קצות הגפיים; נורמה זו אף אינה נראית בעיני פסולה, מטעמים

חברתיים, כאשר מביאים בחשבון את האחוז האפסי של מקרים שבהם נולדים ילדים חסרי גפיים... אכן נאמר [בפרוספקט שהופץ על-ידי המכון] כי 'הבדיקה אמינה ומאפשרת זיהוי וגילוי מוקדם, מדויק ומידי של ממצאים רבים ושונים הקשורים במעקב אחר תקינות ההריון ובירורים גניקולוגיים...' אך בהמשך (תחת הכותרת 'להריון') ישנו פירוט של הדברים הנבדקים, ולא מצאתי בין אלה, בדיקת תקינות, או שלמות, הגפיים של העובר".  
(עמודים 28, 32-34 לפסק-הדין).

תביעתם של המערערים נדחתה איפוא.

6. בערעור שבפנינו טענו המערערים שתי טענות מרכזיות. טענתם הראשונה היא כי קביעת סטנדרט בדיקה נמוך יותר ברפואה הציבורית הנמוך מן הסטנדרט המקובל ברפואה הפרטית היא כשלעצמה מעשה שלני. לחלופין טענו כי על המכון הייתה מוטלת חובה ליידע את הנשים שבאו להיבדק כי הבדיקה השיגרית שאליה מפנה קופת-חולים הינה בדיקה חלקית. זאת על-מנת שתעמוד בפניהן האפשרות לבחור - תמורת תשלום - בבדיקה המלאה.

בתשובתו תמך המכון בפסק-הדין, ולעניין חובת היידוע טען כי המטופלות מופנות אליו על-ידי רופאיהן, כי הוא מבצע את הבדיקה המבוקשת על-ידי הרופא, ולפיכך לא מוטלת עליו החובה להסביר למטופלות את מהות הבדיקה.

השאלות המתעוררות בפנינו הן איפוא שלוש. ראשית, האם עריכת בדיקה במתכונת מצומצמת היא כשלעצמה מעשה שלני. שנית, האם זכאיות המטופלות לכך שיידעו אותן בדבר היקפה המצומצם של הבדיקה. ושלישית, בהנחה שקיימת זכות למידע כאמור, האם למולה עומדת חובה של המכון דווקא.

אדון בשאלות אלה על-פי סידרן.

#### חובת הזהירות בסריקת מערכות במתכונת מצומצמת

7. כידוע, בגדר חובת הזהירות המוטלת על-פי דין אין המזיק נדרש למנוע באופן מוחלט כל סיכון. כל שנדרש מן המזיק הוא לנהוג כפי שאדם סביר היה נוהג בנסיבות העניין. לאמור, עליו לפעול על-פי רמת זהירות אובייקטיבית הנקבעת על-יסוד שיקולים שבמדיניות משפטית. ראו ע"א 145/80 ועקנין נ' המועצה המקומית בית שמש ואח', פ"ד לז(1) 113, 127, 131. בגדר קביעת המדיניות המשפטית יש לשקול, בין השאר, את

עלות האמצעים הנדרשים למניעת הנזק ואת האינטרס שיש לחברה בקיום הפעילות העשויה לגרום לנזק לעומת ההסתברות למימוש הנזק. עמדתי על-כך באחת הפרשות:

"אמות המידה לקביעת המדיניות המשפטית הראויה בעניין זה מבוססות על שקלול רמת הסיכון כנגד עלות אמצעי הזהירות, בהתחשב בערך החברתי של הפעילות שבגינה נוצר הסיכון. כלומר, הגורמים שיש לשקול הם: 'ההסתברות להתממשות הסיכון; גובה הנזק הצפוי; עלות האמצעים בזמן ובמאמץ למניעת הנזק; האינטרס הציבורי בפעילות יוצרת הסיכון".  
[ע"א 3124/90 סבג נ' אמסלם ואח', פ"ד מט(1) 102, 107].

ראו גם ע"א 285/73 לגיל טרמפולין וצידו ספורט ישראל בע"מ נ' נחמיאס ואח', פ"ד כט(1) 63, 75.

8. בעניין שלפנינו, מתכונת הבדיקה המצומצמת הינה פרי שיקלול ההסתברות לקיומו של חסר בגפה כנגד עלות הבדיקה שבאמצעותה ניתן לגלות את החסר והתקציב העומד לרשות הרפואה הציבורית.

שיקול זה משקף רמת זהירות סבירה. הוא מאפשר מתן שרות רפואי ברמה סבירה לאוכלוסיה כולה.

מסקנתי היא איפוא שיש לדחות את הטענה כי עריכת בדיקה בסטנדרט נמוך מן המקובל ברפואה הפרטית היא מעשה רשלני.

#### הזכות לקבלת מידע רפואי

9. טיפול רפואי כרוך מעצם טבעו בבחירה בין אמצעי ריפוי, שבכל אחד מהם טמון סיכוי לריפוי (אך לא ודאות), ולעיתים כרוכים בו גם סיכונים. רופא עשוי לעמוד בחובת הזהירות כלפי המטופל שהוא חייב בה על-פי סעיפים 35 ו-36 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש], גם אם לא יצליח לרפא את החולה ואף אם מצבו של החולה יורע בעקבות הטיפול, ובלבד שיטפל בחולה בהתאם לסטנדרטים המקובלים במקצוע הרפואה באותן נסיבות. כלומר, ינהג כרופא סביר וזהיר. ראו, למשל, ע"א 552/66 לויטל נ' קופת-חולים כללית, פ"ד כב(2) 480, 483; ע"א 744/76 שרתיאל נ' קפלר, פ"ד לב(1) 113, 123.

בגדר סטנדרטים אלה על הרופא לבחור באמצעי היכול להביא לריפוי. ואולם, החולה אינו אובייקט. הוא הסובייקט הנושא בתוצאות הסיכון והסיכוי שנוטל הרופא בבחורו בדרך הטיפול. על-כן עומדת לו זכות-יסוד,

הנובעת מן האוטונומיה של הפרט, להחליט מדעת, כלומר בידעית העובדות הרלוואנטיות, אם להסכים לטיפול הרפואי המוצע לו. כנגד זכות המטופל עומדת חובתו של הרופא המטפל למסור למטופל מידע בדבר הטיפול הרפואי שהוא מציע, לרבות אמצעי טיפול אלטרנטיביים והסיכונים והסיכויים הכרוכים בכל אחד מאמצעי הטיפול. עמד על כך הנשיא שמגר:

"ככל שהדברים נוגעים לדרישה, כי עובר לביצוע של מהלך רפואי תינתן לכך הסכמה של החולה, לא אומץ במשפטנו כלל, הנותן מעמד בכורה לקיום פראקטיקה רפואית מוכחת. בפסיקה אשר עסקה בדרישה, הקרובה לענייננו, כי הסכמתו של חולה לטיפול רפואי תהא הסכמה מדעת, עוצב סטנדרד הגילוי הנדרש מרופא תוך התחשבות, בראש ובראשונה, בזכות היסוד של הפרט לאוטונומיה. לאור זאת נקבע, כי יש לגלות לחולה את כל הסיכונים אשר אדם סביר היה מייחס להם חשיבות בהחלטתו להסכים לביצוע הטיפול ... באימוץ אמת-מידה זו נדחתה אמת המידה הרווחת בפסיקה האמריקנית, שבה ניתן משקל מכריע לפראקטיקה הרפואית המקובלת... והאינטרסים של הפרט המקבל את הטיפול הועמדו במרכז".

[ע"א 3108/91 רייבי נ' וייגל ואח', פ"ד מז(2) 497, 509.]

10. הגישה הפאטרנליסטית, הגורסת כי הרופא יצא ידי חובתו כלפי המטופל לעניין מסירת מידע אם נהג על-פי הפרקטיקה הרפואית המקובלת, נדחתה איפוא. בפסיקתנו נקבע סטנדרט גילוי, המצוי גם בפסיקה אמריקנית והמקובל בקנדה ובאוסטרליה, המבוסס על צרכיו של המטופל הנדרש לגבש הסכמה לטיפול רפואי.

פסק-הדין המנחה בעניין זה - *Canterbury v. Spence*, 464 F.2d 772, D.C. Cir.

(1972) - אשר ביסס את חובת הגילוי המוטלת על הרופא על יחסי הנאמנות בינו לבין המטופל, ניתן על-ידי

בית-המשפט הפדרלי לערעורים בעיר וושינגטון. וכך כתב השופט רובינסון (Robinson) בעמוד 787:

"In our view, the patient's right of self-decision shapes the boundaries of the duty to reveal. That right can be effectively exercised only if the patient possesses enough information to enable an intelligent choice. The scope of the physician's communications to the patient, then, must be measured by the patient's need, and that need is the information material to the decision. Thus the test for determining whether a particular peril must be divulged is its materiality to the patient's decision: all risks potentially affecting the decision must be unmasked. And to safeguard the patient's interest in achieving his own determination on treatment, the law must itself set the standard for adequate disclosure."

גישה זו התקבלה על-ידי בית-המשפט העליון הקנדי. וכך כתב השופט למברט (Lambert):

“[T]he standard for gauging the extent of the duty of the doctor to the patient in matters to do with the choice of decisions about treatment and about all other matters requiring the understanding and knowing co-operation of the patient is not the standard of the reasonable practitioner, set by medical considerations alone, but rather the standard of disclosing all material risks and all special or unusual risks, and answering the patient’s questions fully and frankly. That standard has its root in the social concept of individual responsibility for health and bodily integrity and in the legal concepts associated with considering the relationship between a doctor and a patient, at least with respect to decisions involving understanding and choice, as a fiduciary relationship...”

[Arndt v. Smith, 126 D.L.R. (4<sup>th</sup>) 705, 715 1995.]

בדומה קבע בית-משפט העליון של אוסטרליה בפרשת **Rogers v. Whitaker**, 67 ALJR

(1992) 47,52:

“The law should recognize that a doctor has a duty to warn a patient of a material risk inherent in the proposed treatment; a risk is material if, in the circumstances of the particular case, a reasonable person in the patient’s position, if warned of the risk, would be likely to attach significance to it or if the medical practitioner is or should reasonably be aware that the particular patient, if warned of the risk, would be likely to attach significance to it.”

11. המבחן למידע שחובה למסור למטופל אינו איפוא הנוהג המקובל בקרב הרופאים אלא צרכיו של המטופל למידע כדי להחליט אם לקבל את הצעת רופאו. צרכים אלה נקבעים על-פי קנה-מידה אובייקטיבי. על הרופא מוטל למסור למטופל את כל האינפורמציה שאדם סביר היה נדרש לה כדי לגבש החלטה אם להסכים לטיפול המוצע.

בישראל עוגנו לאחרונה חובת הגילוי והיקפה בחוק החרות. זהו חוק זכויות החולה, תשנ"ו-1996,

שבו נקבע בסעיף 13:

"(א) לא יינתן טיפול רפואי למטופל אלא אם כן נתן לכך המטופל הסכמה מדעת לפי הוראות פרק זה.

(ב) לשם קבלת הסכמה מדעת, ימסור המטפל למטופל מידע רפואי הדרוש לו, באורח סביר, כדי לאפשר לו להחליט אם להסכים לטיפול המוצע; לענין זה, 'מידע רפואי', לרבות (1) האבחנה (הדיאגנוזה) והסכות (הפרוגנוזה) של מצבו הרפואי של המטופל; (2) תיאור המהות, ההליך, המטרה, התועלת הצפויה והסיכויים של הטיפול המוצע; (3) הסיכונים הכרוכים בטיפול המוצע, לרבות תופעות לוואי, כאב ואי נוחות; (4) סיכויים וסיכונים של טיפולים רפואיים חלופיים או של העדר טיפול רפואי; (5) עובדת היות הטיפול בעל אופי חדשני.

(ג) המטפל ימסור למטופל את המידע הרפואי, בשלב מוקדם ככל האפשר, ובאופן שיאפשר למטופל מידה מרבית של הבנת המידע לשם קבלת החלטה בדרך של בחירה מרצון ואי תלות".

נראה איפוא כי לצד חובת גילוי שמקורה בחובת הזהירות הכללית המעוגנת בעוולת הרשלנות, אפשר כיום לבסס את חובת הגילוי על חובה חקוקה כמשמעותה בסעיף 63 לפקודת הנזיקין. מטופל יזכה לפיצויים אם יוכיח הפרתה של חובת הגילוי, גרם נזק וקיומו של קשר סיבתי בין השניים (סעיפים 64 ו-76 לפקודת הנזיקין). הסביר זאת פרופ' שפירא:

"סבורני שניתן ליישם את מבחן 'החולה הסביר' על הגדרת חובת הזהירות בסעיף 36 לפקודת הנזיקין. הסעיף מורה על קיומה של חובה כל אימת שרופא סביר היה צריך לצפות מראש, בנסיבות הענין, שהחולה עלול להיפגע מהתנהגותו. לדעתי, שומה על רופא סביר לגלות בדרך-כלל אותו מידע הנחוץ לחולה סביר כדי לגבש את הסכמתו לטיפול המוצע... לאחר שהוכיח החולה-התובע הפרה של חובת הגילוי וגרם נזק, שומה עליו להראות קיום קשר סיבתי בין אי-הגילוי לבין הנזק שאירע".

[עמוס שפירא, "הסכמה מדעת' לטיפול רפואי - הדין המצוי והרצוי". עיוני משפט יד (תשמ"ט) 226, 235, 236.]

ראו גם דוד קרצמר, **תקיפה וכליאת שוא** (1981), 16.

12. בענייננו, סריקת המערכות נועדה לגלות מומים בעוברים. אלא שכאמור, שלימות השלד נבדקת רק תמורת תשלום. על-פני הדברים נראה כי על-אף השיעור הנמוך של קיום מומים מסוג זה בעובריהן של נשים בריאות, מטופלת סבירה נזקקת למידע אודות הבדיקות השונות שניתן לבצע כדי שתוכל להחליט אם להסתפק בבדיקה המצומצמת המוצעת לה. מחומר הראיות גם עולה כי ברמן ותומר היו בוחרות בבדיקה המלאה ואף היו מפסיקות את ההריון לו נודע להן במועד על המומים בעוברים שהן נושאות.



## חובת המכון ליידוע המטופלות

14. עם זאת, עדיין נותרה השאלה אם כנגד זכותן של האימהות עמדה חובת גילוי של המכון דווקא. כאמור, בין המכון למטופליו באולטרסאונד לא היה קשר ישיר. הבדיקות במכון בוצעו על-סמך הנחיות בכתב של רופאי המטופלים, ואף תוצאות הבדיקות היו מיועדות לרופאים. על-כן, בגדר חובת הזהירות שחב המכון למטופליו היה עליו לבצע את הבדיקה כפי שנדרש על-ידי הרופא המפנה - הכול כבודק זהיר וסביר. סוג הבדיקה לא נקבע איפוא על-ידי המכון אלא על-ידי הרופא המפנה.

עולה מן המקובץ כי החובה לגלות לברמן ולתומר את מגבלות הבדיקה השיגרית ואת האפשרות לערוך בדיקה אחרת מקיפה יותר, לא הייתה מוטלת על המכון. שכן, לא המכון הציע להן להיבדק במתכונת המצומצמת, אלא הן הופנו לבדיקה המצומצמת על-ידי רופאיהן.

מסקנתי היא איפוא כי חובת היידוע לא הייתה מוטלת על המכון.

15. מסקנה זו אינה חלה על הבדיקה החוזרת שנערכה לתומר.

כאמור, תומר ביקשה מעורכת הבדיקה, עובדת המכון, לבדוק את שלמות הגפיים של העובר. בכך נוצר קשר ישיר בינה לבין המכון, וקמה החובה להסביר לה כי הרופא הפנה אותה לעריכת בדיקה מצומצמת שבגידרה לא תבדק שלמות הגפיים. כך לא נעשה. עריכת הבדיקה המצומצמת ללא הסבר ומתן תשובה כי לא נמצא פגם בעובר היוו כשלעצמם התרשלות. ואולם, הבדיקה נערכה בשבוע ה-37 להריון, ואין חולק כי בשלב זה לא ניתן היה להפסיק את ההריון ולמנוע את הלידה במום. בשל נתק סיבתי זה גל אף לא סמך את תביעתו על אותה בדיקה. המערערים ביקשו להראות כי יש בהתרשלות המכון בבדיקה זו כדי להעיד על התרשלותו בכל הפרשה כולה. ברם, כמובהר לעיל, נסיבות עריכת בדיקה זו הן שונות ואין בהן כדי לבסס את הטענה בדבר התרשלות המכון בבדיקות האחרות.

16. על-יסוד האמור לעיל אני מציעה לדחות את הערעורים.

כן אני מציעה, בנסיבות העניין, שלא לעשות צו להוצאות.

## שׁוֹפֵט ת

**השופט ד' ביניש:**

לבי למערערים אשר לא שפר עליהם גורלם ונגזר עליהם להתמודד עם מום קשה כל ימי חייהם. ניכר כי צערם של המערערים ושל הוריהם עמד נגד עיניו של בית משפט קמא בעת כתיבת פסק דינו המפורט והמנומק היטב. השופט המלומד בחן, על יסוד כל החומר שהיה בפניו, אם הייתה רשלנות בבדיקות האולטרה-סאונד שנערכו לאמותיהם של שני המערערים בתקופת הריון. מסקנתו של השופט כי אין בקיום בדיקה שגרתית, במתכונת שנהגה ביחס לנשים שאינן בקבוצת סיכון - משום רשלנות - היא מסקנה מבוססת ומעוגנת בעובדות כפי שהוכחו.

תמימת דעים אני עם חברתי הנכבדה, השופטת דורנר, בקביעתה כי כאשר מביאים בחשבון את ההסתברות לקיומו של חסר בגפה, כנגד עלות הבדיקה שבאמצעותה ניתן לגלות את החסר, משקפת ההחלטה לקיום הבדיקה הסטנדרטית והמצומצמת, איזון נכון של רמת הזהירות הדרושה.

נראה לי ראוי להדגיש, כי מהתמונה שנפרשה בפני בית משפט קמא ביחס לרמת בדיקת האולטרה-סאונד במועד הרלוונטי לעניינם של המערערים, לא ניתן היה לערוך בדיקות ממוקדות לכלל ציבור הנשים בהריון, וזאת לא רק בשל עלותה הכספית של הבדיקה. המומחים, שאת חוות דעתם העדיף בית משפט קמא, העידו על הצורך בהקצאת אמצעים כגון, מכשור מתאים וזמן נוסף לבדיקה, ובעיקר עמדו על הצורך במיומנות מקצועית לאיתור מומים מהסוג הנדון. מיומנות זו כרוכה בניסיון בעריכת בדיקות כאלה, ונתברר כי באותה תקופה לא נצבר ניסיון כזה במידה מספקת, בהיקף הנדרש לכלל ציבור הנשים הנזקק לבדיקות האולטרה-סאונד הטרומיילדותי. יתרה מזאת, מעדויות המומחים ומהספרות המקצועית שהוצגה על ידם הוברר, כי מומים שלדיים הם הקשים ביותר לזיהוי, הן מטעמים הקשורים בטיבה של הבדיקה העל קולית והן בשל קשיים הנובעים מתנוחת העובר, ולכן אחוז הטעות בבדיקות לעניין זה הוא גבוה.

בית משפט קמא עמד על כך שאף בשנת 1993, כחמש שנים לאחר לידת המערערים, טרם התפרסמו הוראות מחייבות של משרד הבריאות לבדיקות אולטרה-סאונד. בחוזר מנכ"ל משרד הבריאות מיום 8.6.93, אשר עוסק בהנחיות לביצוע בדיקות אולטרה-סאונד במיילדות שלכאורה משקפות את הסטנדרט הראוי באותה עת, נקבע לראשונה כי רק רופאים מומחים במיילדות וגינקולוגיה או ברדיולוגיה אבחנתית, אשר עברו

הכשרה מסוימת, יבצעו בדיקות אולטרה-סאונד מיילדותיות. אותו חוזר קבע בהוראת מעבר כי לאור המחסור במומחים העונים על הדרישה, יותר גם לאחרים, אשר מומחיותם פורטה, לבצע את הבדיקה. בחוזר זה נאמר עוד כי כאשר מתבצעת בדיקת אולטרה-סאונד בהריון היא תכלול את המרכיבים הבאים: מספר עוברים, כמות מי שפיר, הערכה סונוגראפית של גיל ההריון וסקירה אנטומית של איברים שונים. אין חולק כי אין בחוזר הפנייה לבדיקות הגפיים. לבית משפט קמא אף הובאו ראיות לפיהן סטנדרד בדיקה זה, שאינו כולל גפיים, מקובל גם על-פי ההנחיות לבדיקה בארה"ב. [ראו: **American Guidelines for the Performance of the Antepartum Obstetrical Ultrasound Examination (Institute of Ultrasound in Medicine 1991)**].

במהלך חקירת הרופאים המומחים בבית המשפט, התברר אמנם כי במסגרת שירות פרטי שנתנו הרופאים במכונים משלהם, או בציד אולטרה-סאונד משלהם, נהגו לערוך בדיקות אולטרה-סאונד ממוקדות, שהן בדיקות יסודיות יותר. אולם לא נתלבן כי בתנאים ששררו בתקופה הנדונה, הייתה גישה זו נדרשת מבחינה רפואית גם כשאין מידע על סיכון מיוחד. כדברי העד ד"ר שלו:

"לדעתי עדיין לא הוכחה תועלת של עריכת סריקת מערכות בטרימסטר השני לגבי נשים בעלות סיכון נמוך. בבית החולים אני בודק רק נשים שיש אצלן סיכון גבוה ואני עורך שם את הבדיקה כפי שנתבקש... סקירת מערכות או סריקת מערכות, מונח זה הומצא ע"י רופאים באזור מסוים בארץ והוא הידוע לכלל הצבור המתעניין בכך ולדעתי למונח זה יש ערך מסחרי בלבד".

נוכח כל אלה אין לומר כי העדר אבחון מוקדם, וקיום בדיקות שגרתיות בלבד, שנערכו על פי הסטנדרטים המקובלים באותה תקופה, היה בגדר רשלנות.

חברתי, השופט דורנר, בחנה גם את טענת המערערים בדבר רשלנות באי מסירת מידע רפואי מלא בדבר אפיה ומגבלותיה של הבדיקה שנערכה לאמותיהם. נוכח קביעתה, המקובלת עלי, כי לא חלה על המכון - המבצע בדיקות לפי הפניית רופא - חובת גילוי, אין מתעוררת בערעור שלפנינו שאלת היקפה של חובת הגילוי ויידוע החולה על-ידי הרופא המטפל.

הנורמה לפיה חייב רופא, העומד לבצע טיפול רפואי, ליתן לחולה את מירב הפרטים הקשורים לטיפול לשם קבלת הסכמתו המודעת, וחובתו של הרופא להעמיד את החולה על המידע הנדרש לו באורח סביר כדי להסכים לטיפול, לרבות המידע בדבר הסיכונים והסיכויים - היא כיום נורמה מוכרת בפסיקתנו וסטייה ממנה היא

בבחינת רשלנות [ראו: ע"א 4384/90 ואתורי ואח' נ' בית החולים לניאדו ואח' (טרם פורסם)]. נורמה זו אף עוגנה לאחרונה בהוראות חוק זכויות החולה, תשנ"ו1996-.

עם זאת שאלת היקף המידע הנדרש בהתאם לסוג הטיפול הניתן היא שאלה נכבדה לעצמה. המבחנים שציינה חברתי בפסק דינה, ביחס לרמה הנדרשת שסטייה ממנה נקבעה כרשלנות, אכן מקובלים כיום בכמה מדינות ששיטותיהן קרובות לשיטתנו, כאשר אי הגילוי מתייחס לסיכון הנוצר כתוצאה מהתערבות רפואית פעילה. ראו: [ **Kennedy & A. Grubb, Medical Law (Butterworths 1994), pp. 172 - 230** ].

שאלת היקף המידע בנושאים של בדיקות לגילוי ואבחון או הימנעות מלספק מידע על אפשרות בדיקה ואבחון נוספות, כשאין החולה משתייך לקבוצת סיכון, היא שאלה מורכבת שטרם נדונה בפסיקתנו. העדפת המבחן של ציפיית "החולה הסביר" על פני סטייה מהפרקטיקה הרפואית, נעשתה עד כה, כאמור, ביחס למידע הקשור בהתערבות רפואית פעילה. [ראו: **W.P. Keeton, Prosser & Keeton on the Law of Torts, Sec. 32, (5<sup>th</sup> ed. 1984), pp. 189-90**; ראו גם:

**61 Am Jur 2d, Physicians, Surgeons, and Other Healers, Secs. 174-180**].

וראו דברים שנאמרו בפסק דין שניתן בארה"ב בעניין **Reed v. Campagnolo**:

"[O]ne's informed consent must be to some treatment. Here, the defendants never proposed that the tests be done. Whether the defendants had a duty to offer or recommend the tests is analyzed in relation to the professional standard of care. Application of that standard may or may not produce a result identical with the informed consent criterion of what reasonable persons, in the same circumstances as the Reeds, would want to know .... The commentators similarly speak of informed consent in the context of a doctor's affirmative act." (630 A.2d 1145, 1152-1153 (Md. 1993).

גם פסקי הדין שהזכירה חברתי דנו במסירת מידע לצורך קבלת הסכמה לניתוח בר סיכון

[ **Canterbury v. Spence, 464 F.2d 772, 782 (1972); Rogers v. Whitaker (1992) 67** ]

[ **ALJR 47** ] או בניסיונות של הריון בר סיכון, כאשר הרופא לא גילה את אוזנה של המטופלת ביחס לסיכון זה

[ **Arndt et al. v. Smith, 126 D.L.R. (4<sup>th</sup>) 705 (1995)** ].

אין ספק, כי ראוי למסור למטופל מה כוללת הבדיקה אליה הופנה ואף אני סבורה, כי על הרופא מוטלת חובה לעשות כן. השאלה הראויה לליבון מעמיק יותר היא השאלה אם חייב הרופא להעמיד את המטופל על כך שישנם סיכונים חבויים נוספים, שניתן לערוך ביחס אליהם בדיקות נוספות, שעה שאין המטופל שייך לקבוצת סיכון ואין כל אינדיקציה כי סיכון כזה רלוונטי לגביו. שאלה זו התעוררה בארצות הברית ביחס לבדיקות שונות, בין היתר בתחום של ייעוץ גנטי מוקדם לגילוי מומים מולדים והיא הוכרעה על-פי מבחן הרמה המקובלת ברפואה. [ראו: **Munro v. The Regents of the University of California, 215 Cal. App. 3d 977 (1989)**; ראו גם: **Karlsons v. Guerinot, 394 N.Y.S.2d 933 (1977)**; **Jay M. Zitter, "Malpractice: Physicians Duty, Under Informed Consent Doctrine to Obtain Patient's Consent to Treatment in Pregnancy or Childbirth Cases," 89 ALR 4<sup>th</sup> 799**].

שאלת היקף החובה מורכבת במיוחד ביחס לבדיקות אבחון ואיתור מוקדם, כאשר אלו בדיקות שגרתיות המבוצעות לכלל האוכלוסייה. ככל שמתרבות אפשרויות הבדיקה, עם חידושי הרפואה, מן הראוי יהיה לקבוע את היקף חובת היידוע של המטופל. סוגיה זו שייכת גם לתחום הרשלנות הרפואית המתבטאת באי עריכת בדיקות, ואינה מצמצמת רק לשאלת גילוי מידע. ההשלכות של היקף החובה להפנות לקיומן של בדיקות כאלה ונוספות, הן רבות מבחינה ערכית ואף כלכלית. לפיכך ראויות הקביעות לעניין זה לדין נכבד בנפרד.

כיוון שבענייננו לא הוגשה תביעה נגד הרופאים ולא נתבררו די הצורך חובות הרופא המטפל כלפי אמותיהם של המערערים, מעדיפה אני להשאירן בצריך עיון.

ש ו פ ט ת

### המשנה-לנשיא ש' לזין:

1. אני מסכים לדחיית הערעור.
2. במחלוקת שנפלה בין חברותי הנכבדות, מבקש אף אני, כמו השופטת ביניש, להשאיר בצריך עיון את השאלה מה היקף החובה המוטלת על רופא לידע את החולה שנשלח לבדיקה שגרתית על סיכונים חבויים שלגביהם יש לערוך בדיקות נוספות. שאלה זו אינה מתעוררת במקרה שלפנינו.

## המשנה לנשיא

הוחלט לדחות את הערעור כאמור בפסק-דינה של השופטת דורנר.

ניתן היום, ח' בתמוז (התשנ"ז) (11.8.97).

שופטת

שופטת

המשנה לנשיא

העתק מתאים למקור

שמריהו כהן

מזכיר ראשי

02