

## בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 3056/99

בפני: כבוד הנשיא א' ברק  
כבוד השופטת ד' דורנר  
כבוד השופט א' א' לוי

המערער: רועי שטרן

נגד

המשיבים: 1. המרכז הרפואי על שם חיים שיבא  
2. משרד הבריאות

ערעור על פסק-דינו של בית המשפט המחוזי  
בירושלים מיום 30.3.99 בת.א. 822/94  
שניתן על ידי כבוד השופט מ' גל

תאריך הישיבה: ט"ז בטבת התשס"א (11.01.01)

בשם המערער: עו"ד חיים מנדלבאום

בשם המשיבים: עו"ד ירון בשן

## פסק-דין

### השופט א' א' לוי:

#### מבוא

1. זהו ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בירושלים, (כבוד השופט מ' גל) מיום 30.3.99, לפיו נדחתה תביעתו של המערער לפיצויים בגין נזקי גוף אשר נגרמו לו בלידתו.

#### העובדות

2. המערער נולד ביום 25.8.74, במשקל 2.420 ק"ג, בבית חולים "שיבא", (להלן: "המשיב") השייך למשיבה 2. אמו של המערער הייתה אז בשבוע ה-37 להריונה, ובבואה לבית החולים לא סבלה מצירים או מפתחת צוואר הרחם, כי אם רק מירידת מים שאירעה כשעה לפני כן. בבדיקה שנערכה נמצא הרחם קטן, ועלה חשד שהעובר נמצא במצג עכוז, טרם התהפכות הראש כלפי מטה. בעקבות כך נערך צילום בטן, אשר אישר כי מדובר במצג עכוז, מצב המוגדר כ"לידה בסיכון", המחייבת את נוכחותו של רופא בכיר, על מנת לקדם

אפשרות של ביצוע ניתוח קיסרי. כאן המקום להוסיף, כי צילום הבטן לא אותר, וגם ברישומיו של בית החולים לא נמצא תיעוד מתאים, כך שסוגו של מצג העכז נותר בבחינת נתון עלום.

3. כחמש שעות לערך לאחר שהגיעה אמו של המערער לבית החולים, החלו צירי הלידה. בשלב זה ניתן לה תכשיר להגברת הצירים וזירוז הלידה, ומכאן התקדם התהליך במהירות עד ללידה וגינאלית. דא עקא, תוך כדי חילוץ בפעולה המכונה "שליפה חלקית בעכז", סבל המערער מפגיעה דו צדדית במקלעת העצבים הבריכאלית. הפגיעה העצבית גרמה לשיתוק על שם Erb, בשתי הגפיים העליונות, ועם חלוף השנים נותר שיתוק חלקי בגפה הימנית. בין הצדדים הוסכם כי למערער נגרמה נכות אורטופדית בשיעור 35%.

4. בעקבות הפגיעה כאמור, הגיש המערער תביעת נזיקין נגד המשיבים בעילת רשלנות ו/או היפר חובות שבחוק. מבין רכיבי הרשלנות בהם נקב המערער אציין את אלה:

(א) היולדת, שזו היתה לידתה הראשונה, לא נבדקה בעת קבלתה לאשפוז, לא נאסף מידע על גילה ומצבה הרפואי, על הפלה שעברה, וכן לא נבדק משקלו של הילוד.

(ב) לא נבדק סוגו של מצב העכז בו היה הילוד.

(ג) חדר הלידה לא אויש בצוות מקצועי, מוסמך ומיומן. המערער טען כי רק כאשר התעורר קושי לחלץ את המערער מרחם אמו, קרא הרופא, ד"ר שטרן, לרופא אחר (ד"ר משיח) כדי לסייע לו.

(ד) אף שמצבו של הילוד חייב ביצועו של ניתוח קיסרי, יילדו את האם בלידה וגינאלית שבמהלכה נגרם הנזק. בעניין זה הוסיף המערער וטען, כי משנודע לאמו על מצג העכז, היא בקשה מהרופא התורן שיילד אותה בניתוח קיסרי, אך הוא סרב לעשות זאת.

(ה) לא העמידו את הוריו של המערער על מצבו האמיתי, ולא הפנו אותו לקבלתו של טיפול רפואי ופיזיותרפי מתאים.

5. המערער תמך את תביעתו, לעניין האחריות, בחוות דעת רפואית של פרופ' מ' לנצט. כבר עתה אציין, כי חוות דעת זו התמקדה בסוגיית הצורך בניתוח קיסרי, ולא בטעויות שנפלו, אם נפלו, בתהליך הלידה הווגינאלי.

כאמור, מצג עכוז מוגדר כ"לידה בסיכון", ולכן נדרשת נוכחותו של רופא בכיר לנוכח האפשרות שיידרש לבצע חיתוך הדופן (להלן: "ניתוח קיסרי"). פרופ' לנצט העיד, כי בהעדרו של תיעוד רפואי לגבי סוג מצג העכוז אשר אובחן בעניינו של המערער, מותר היה להניח כי מדובר במצג מסוג רגליים (footling), היינו, מצג בו הברכיים של הילוד ישרות. עם זאת, לא בכל מקרה של מצג עכוז מבוצע ניתוח קיסרי, והשיטה המקובלת בתקופה הרלבנטית ללידתו של המערער, אליבא דפרופ' לנצט, היתה שיטה של ניקוד (המכונה Zatuchni Andros), היינו, רק בהצטרף מספר מוגדר של נתונים יש לבצע את הלידה על ידי חיתוך הדופן. באשר למקרה הנוכחי מצא העד כי התקיימו מספר מאותם נתונים: גילה המבוגר יחסית של היולדת (31), הפלה טבעית (עצמונית) בעבר, אצל הילוד אובחן פיגור תוך רחמי בגדילה, ולבסוף ירידת מים מוקדמת. לנוכח כל אלה מסקנתו של פרופ' לנצט היתה, שאסור היה להסתפק במתן אוקסיטוצין (תכשיר להגברת הצירים) לשם זירוז הלידה בתהליך וגינלי, אלא היה צריך לגשת לבצע ניתוח קיסרי. לעניין זה הפנה פרופ' לנצט לספרו של DONALD - Practical obstetric problems, London, Lloyd-Luke, 1979, pp. 388-393.

6. פרופ' א' כספי מטעם המשיבים העיד, כי בשנת 1974 רוב לידות העכוז היו לידות ואגינליות ומיעוטן בניתוח קיסרי. באשר למאפיינים אשר חייבו ביצוע ניתוח קיסרי במצג עכוז, מנה העד את אלה: אגן צר, ילוד במשקל מעל 4500 גרם, פעילות בלתי תקינה של שריר הרחם אשר מתבטאת בהפרעה בצירים ללא פתיחה של הצוואר, ויולדת בגיל מעל 35 שנים.

באשר למקרה הנוכחי, מצא העד, כי משקל הילוד (2420 גרם), לא היווה בעיה למעבר באגן, ומרגע שניתן עירוי לגרימת צירים הסתיימה הלידה תוך פחות משעה, ללא בעיות בפעילות הרחמית. העד לא ייחס משקל יתר לירידה המוקדמת של המים, הואיל ועל פי הספרות עליה הסתמך פרופ' לנצט, הדבר כרוך בסיכון רק אם הלידה לא החלה תוך 12 שעות מאז ירידת המים, וזה אינו המצב במקרה הנוכחי.

פרופ' כספי מצא, שמשקלו של הילוד לא העיד על פיגור בגדילה ברחם, ומכל מקום משקלו של עובר ופיגור גדילה ברחם, לא היוו בשנת 1974 גורם שחייב ניתוח קיסרי.

פרופ' כספי חלק גם על החשיבות שייחס פרופ' לנצט לעניין ההפלה העצמונית, ובכלל, לשיטת הניקוד לפי Zatuchni Andros, ומכאן מסקנתו, שבמקרה הנוכחי לא נדרש ניתוח קיסרי, וכך היה מחליט כל רופא סביר באותה עת, בין היתר, משום החשש לסיבוכים אפשריים בניתוח קיסרי, שהיו ועודם גדולים יותר מאלה הכרוכים בלידה רגילה.

להשלמת התמונה אוסיף, כי מטעם המשיבים העיד גם פרופ' ג' אלסנר, אשר שימש אותה עת כסגן מנהל מחלקת נשים ויולדות במרכז הרפואי על שם "שיבא". העד מנה בין המצבים אשר בהם נהגו לייילד בניתוח קיסרי את אלה: מצגי רגליים, עובר בעל משקל גבוה או נמוך מאד (פג), וכן באותם מקרים בהם היה מדובר ב"היריון יקר" שנבע מעקרות ממושכת. העד אישר, כי בכל המקרים הללו נדרשה נוכחותם של רופא מומחה, רופא ילדים ומרדים, על מנת לקדם את האפשרות שיהיה צורך לבצע ניתוח קיסרי. העד הוסיף כי הרופא המומחה שהיה אז הוא מי שמכהן עתה כמנהל המחלקה, ואקדים ואומר שרופא זה לא נקרא להעיד מטעם המשיבים.

### **פסק דינו של בית המשפט המחוזי**

7. כל הדין בתיק זה, לרבות שמיעת העדויות וחקירת המומחים, התקיים בבית המשפט המחוזי בפני כב' השופט (כתוארו אז) אליקים רובנשטיין. משזה פרש מכס השיפוט והתמנה לתפקיד היועץ המשפטי לממשלה, נבצר ממנו לפסוק את הדין, והתיק הועבר לשופט אחר (כב' השופט גל).

בתאריך 12.8.97 החליט כב' השופט גל, חרף התנגדות הצדדים, למנות מומחה רפואי מטעמו (פרופ' פייזר), על מנת שיחווה את דעתו במחלוקת שנתגלעה בין המומחים מטעם הצדדים. את ההחלטה הזו נימק בית המשפט בכך, שהוא אינו רואה פסול להסתייע במומחים, בכל עת שהוא מגיע למסקנה (בלשונו) "שלא יקל בידו להכריע באופן רציונלי בין המומחים שהעידו מטעם הצדדים". בקשת רשות ערעור על החלטה זו נדחתה (רע"א 5202/97), ועל פי השקפתי נכון לנהוג כך גם עתה, ומאותם טעמים, כאשר המערער חזר וטען כנגד אותה החלטה של בית משפט קמא.

פרופ' פייזר היה שותף לדעתו של פרופ' כספי, לפיה משקלו של הילוד במקרה הנוכחי, אינו נכנס לתחום ההגדרה של "פיגור צמיחה תוך רחמי". הוא הדין בעניין אחר אליו התייחס פרופ' לנצט - ההפלה המוקדמת בעברה של היולדת. פרופ' פייזר הביע את הדעה, שהסיכון בהפלה מוקדמת, אם בכלל, הוא להפלה חוזרת, אך משהגיע ההיריון ללידה, סיכון זה בטל מעצמו.

באשר להוריות לבצע ניתוח קיסרי במצג מסוג עכוז, ציין פרופ' פייזר כי ההתייחסות השתנתה עם השנים, ומטעם זה סבר, שלא נכון נהג פרופ' לנצט כאשר הסתמך על המהדורה החמישית של ספרו של DONALD (משנת 1979), במקום לפנות למהדורה הרביעית משנת 1974, הואיל ומזו ניתן היה ללמוד על ההשקפה שרווחה בעת לידתו של המערער. ההוריות לניתוח קיסרי על פי מהדורה זו היו אלה: אגן צר, עובר גדול, לידה ראשונה ביולדת מבוגרת (מעל 35 שנים), פעילות רחמית לא יעילה, והתארכות השלב הראשון של

הלידה ליותר מ-20 שעות. במהדורה משנת 1971 של Williams Obstetrics, 14<sup>th</sup> Edition, New York, Appleton-Century-Crofts, p. 863, כלולה הוריה מחמירה יותר, היינו, במקרה של פקיעה מוקדמת של קרום השפיר, מומלץ לנתח בכל הסוגים של מצג עכוז, אם הלידה לא החלה תוך 12 שעות.

פרופ' פיזר מצא, שבמקרה של המערער לא התקיימו אף אחת מההוריות לבצע ניתוח קיסרי, כפי שהיו תקפות ומקובלות אותה עת. ראשית, גודל העובר התאים לגיל ההריון, ואין לומר כי העובר סבל מפיגור צמיחה תת-רחמית. שנית, סוג העכוז אכן לא נרשם בגליון היולדות, ולכן הוא נותר בגדר ספקולציה. עם זאת הציע פרופ' פיזר לעניין זה נתון סטטיסטי, לפיו 25% ממצגי העכוז הם מסוג רגליים. שלישית, במחצית הראשונה של שנות ה-70, צורת מצג העכוז לא היוותה גורם חשוב בהחלטה על ניתוח קיסרי, אפילו היה מדובר במצג רגליים. עוד קבע המומחה, כי במחצית השנייה של שנות ה-70 חל שינוי בגישתם של הרופאים, אולם, כאמור, דעתו היתה כי על פרופ' לנצט היה להסתמך בחוות דעתו על ספרו של "Donald" במהדורתו משנת 1974, שנת לידתו של המערער, ולא המהדורה המאוחרת משנת 79, ולו נהג כך, היה אמור להגיע למסקנה כי במקרה דנן לא התקיימו הוריות שהצדיקו ביצוע ניתוח קיסרי.

8. לאחר שאפשר לבעלי הדין לחקור את פרופ' פיזר על חוות דעתו, נתן בית משפט קמא את פסק דינו, בו דחה את תביעת המערער. בית המשפט קבע, כי על בית החולים היה לבצע רישומים על תהליך הלידה, ומשלא נמצא ברישומים סוגו של מצג העכוז, צילום-הבטן נעלם, ואנשי הצוות אשר נכחו בלידה לא נקראו להעיד, נשללה מהמערער היכולת להוכיח את סוג המצג שהיה עובר ללידתו. לפיכך, הניח בית משפט קמא לטובתו, כי מדובר במצג-עכוז-רגליים.

בית המשפט החליט לאמץ את חוות דעתו של המומחה מטעמו, אשר למעשה תמכה בחוות דעתו של פרופ' כספי, המומחה מטעם המשיבים, לפיה לא היו בפני הצוות הרפואי של המשיב הוריות מקובלות, נכון לשנת 1974, אשר חייבו ביצועו של ניתוח קיסרי. את העניין הזה הוא נימק כך (עמ' 12 לפסק הדין):

"בכללם של דברים מקובלות עלינו מסקנות פרופ' פיזר (זולת שני פרטים משניים, שעליהם נתעכב להלן: עמדתו, שלפיה העדר רישום מפורש של סוג המצג המסובך יותר, כגון מצג רגליים, מלמד על-כך, שהמדובר במצג גרידא או מסוג בעייתי פחות; ועמדתו המתייחסת לעדות פרופ' אלסנר, לגבי המקובל בבית החולים דנן בנוגע למצג רגליים או למצג בלתי שלם). לא רק שהלה כמומחה מטעם בית המשפט נקי לחלוטין משיקולי הצד הפונה אליו, אלא בנימוקיו ובהסבריו - לרבות בחקירה הנגדית - היה כדי לשכנע בנכונות גישתו. אכן, ברגיל, כל עוד לא נראית מניעה גלויה ובולטת, סביר שבית המשפט יאמץ את מסקנות המומחה מטעמו".

אך בכך לא נפתרה המחלוקת בין הצדדים, הואיל וכבר בכתב ההגנה שהוגש מטעמם של המשיבים הוברר, כי הנוהל אצל המשיב היה ש"ליוד וגינלי היה מבוצע... רק במקרים של מצג עכוז שלם או FRANK", ומאידך "במקרה של מצב עכוז בלתי שלם, ובדאי במקרה של מצג רגלים, לא היה ניתן להתחיל בליוד וגינלי, אלא היה מבוצע ניתוח קיסרי" (ראה סעיף 19(ג)16) של כתב ההגנה, וכן את תשובתו של פרופ' אלסנר בעמ' 18: "אילו היה מצג רגליים היולדת היתה עוברת את הלידה בניתוח קיסרי").

כאמור, לנוכח החסר ברישומיו של המשיב, הניח בית משפט קמא לטובת המערער, כי מצג העכוז במקרה שלו היה מסוג רגליים. לפיכך, ולו יושמה הפרקטיקה שהיתה נהוגה אותה עת אצל המשיב, אפשר שהנזק אשר נגרם, היה נמנע. אך בכך לא היה די כדי להכריע את הכף לזכות תביעתו של המערער, הואיל ובית המשפט סבר, שהדרך הנכונה לבחון את התנהגותו של המשיב אינה על פי הנורמות החדשניות שהוא אימץ לעצמו ואשר הקדימו את זמנו, אלא על ידי השואה לנורמות שהיו נהוגות בבתי החולים בארץ ובעולם באותה עת. כאמור, על פי אלו האחרונות, ובנתונו של המקרה הנוכחי, לא היו בתי חולים אחרים מבצעים ניתוח קיסרי, אפילו היה מצג רגליים, ובלשונו של בית המשפט בעמ' 18 לפסק-דינו:

"ואולם, ענייננו אינו מתמקד בנורמות ההתנהגות המיוחדות של בית החולים, שכן אין ראייה לפיה אמו של התובע פנתה אל בית חולים זה דווקא, אך משום גישתו הרפואית השונה מהרגיל. בדיעבד, לאחר מעשה כולנו חכמים, אלא שאת הרשלנות יש לבדוק לזמנה, כפי שאדם סביר צריך וחייב לנהוג בה בשעה.....

בזמן לידת התובע, הסטנדרד הסביר גם בנסיבות עניין כדן קבע אפשרות ביצוע לידה וגינאלית. העובדה שלפיה בית החולים הנתבע מס' 1, באופן פרטיקולרי, הקדים את המאוחר יכולה ללמד על שבחו ועל הסטנדרדים שנקט מעבר לסביר, אולם מכאן אין להשליך בהכרח על רמת ההתנהגות הכללית, הצריכה מבית חולים סביר לצורך עוולת הרשלנות".

עוד נקבע, כי אין לומר שהלידה, כפי שבוצעה, חורגת מקריטריון הרופא הסביר בנסיבות המקרה או שהיא מהווה סטייה מנורמות רפואיות שהיו מקובלות אז, אפילו בעת שהיה מדובר במצג רגליים או במצג בלתי-שלם (פרק של רגל אחת או שתיהן לא בכיפוף). השופט המלומד קבע שהרשלנות נבחנת לפי קריטריונים אובייקטיביים כלליים, והרחבת הגישה הכובלת את הזהיר-יותר עלולה ליצור חוסר סימטריה בנורמות הזהירות, ולהוביל לתוצאות שליליות, עת יוצרי סיכונים ימנעו מלנסות לאחוז באמצעים עודפים.

לבסוף, קבע בית המשפט, כי למרות הנוהל שהונהג אצל המשיב, ובהנחה הנוחה ביותר למערער, שעסקין במצג רגליים - אין מדובר ברשלנות, ואין על המשיבים לחוב בה כלפיו.

בהמשך, דחה בית המשפט גם את הטענה בדבר רשלנות בביצוע הלידה. בית המשפט מצא, כי במקום נכח לפחות רופא מומחה (ד"ר משיח), ומכאן מסקנתו שגם אם נעדרו אחרים (רופא מרדים ורופא ילדים), לא הונחה תשתית עובדתית אשר חייבה להסיק את קיומו של קשר בין היעדרות זו לנזק אשר נגרם למערער.

בכל אלה עוסק הערעור שבפנינו.

### **תמצית טענות הצדדים**

9. לטענת המערער, טעה בית משפט קמא עת קבע כי הסטנדרט הרפואי באותה תקופה לא חייב ביצוע ניתוח קיסרי, וכי בית החולים היה בבחינת חלוץ לפני המחנה. על פי השקפת המערער, טעה בית משפט קמא בקובעו כי הסטנדרט שנקבע על ידי בית החולים, אינו הסטנדרט המחייב לצורך בחינת קיומה של רשלנות. עוד נטען, כי טעה בית המשפט משלא נתן משקל לעובדה, כי הסטנדרט שנקבע על ידי המשיב במועדים הרלוונטיים בתובענה, הפך עד מהרה לסטנדרט מחייב בכל מקום, וממילא הסטנדרטים המקובלים אינם בהכרח הסטנדרטים המחייבים. המערער טען כי לבית המשפט מסור שיקול דעת רחב בקביעת הסטנדרטים המקובלים, והחלטה לייחס חשיבות מכרעת לסטנדרט שהיה מקובל אותה עת, היא שגויה ומתעלמת מהקושי להגדיר במדויק מהי "אותה העת".

עוד טען המערער, כי טעה בית המשפט משלא קבע כי גם הלידה עצמה, בתהליך הוגינאלי, בוצעה ברשלנות, וכתוצאה מכך נגרם הנזק. לעניין התרשלות המשיבים הוסיף המערער, כי בית משפט קמא טעה בכך שלא קבע כי המשיבים התרשלו משלא דאגו כי במהלך הלידה יהיה נוכח כל הצוות הרפואי שצריך היה להימצא, ולא ניתן משקל ראוי לעובדה שאיש מאנשי הצוות אשר נטל חלק בתהליך הלידה, לא העיד בבית המשפט, ואף לא ניתן לכך הסבר. בעניין זה נטען, כי על בית משפט קמא היה לקבל את עדותה של אמו של המערער, אשר העידה כי רוב הזמן שהתה בחדר הלידה לבדה, ורק לשמע צעקותיה כי העובר יוצא, הגיעה האחות ולאחריה הרופא - ד"ר שטרן שקרא לרופא אחר - ד"ר משיח.

בערעורו, מלין המערער גם על עצם מינוי המומחה מטעם בית המשפט. לדידו, טעה בית המשפט בכך שמינה מומחה נוסף, על אף התנגדות הצדדים, ועל אף שחוות דעת זו הוגשה בשלב מאוחר, לאחר הגשת הסיכומים. המערער הוסיף בעניין זה, כי עצם מינוי המומחה בשלב זה מלמד על כך, שבית המשפט אצל את סמכותו השיפוטית למומחה, וזאת בניגוד לדין.

10. המשיבים תמכו יתדותיהם בחוות דעתם של פרופסור כספי מטעמם, ופרופסור פיזר מטעם בית המשפט. הם טענו כי בית משפט קמא תיקן את הנזק הראיתי שנגרם למערער, כתוצאה מהמידע החסר באשר לסוג מצג העכז בו היה עובר ללידתו, כאשר הניח לטובתו את האפשרות האופטימלית (מצג רגליים). המשיבים גם אישרו כי בבית חולים "שיבא" נהגו בשנת 1974- לערוך ניתוח קיסרי במצג מהסוג שהמערער היה מצוי בו, אולם לטענתם, צדק בית משפט קמא בקובעו, על סמך עדותו של המומחה מטעמו, כי הנורמה הרפואית הכללית הייתה פחות מחמירה.

באשר לעדותו של פרופסור אלסנר נטען, כי זה העיד באשר לפרקטיקה שהייתה נהוגה אצל משיב 1, ולא על הנורמה הכללית שנהגה בשנת 1974. באשר לנורמה הנהוגה נטען, כי פרופסור לנצט מטעם המערער, לא ביסס את הטענה כי ב-1974 הייתה הוריה לבצע ניתוח קיסרי במצג רגליים, וכל שהעלה בחכתו היה בהסתמכו על האמור בספרו של וויליאמס. המשיבים טענו, כי המערער לא הצביע על מקור ספרותי כלשהו שקבע באופן נחרץ, ביחס לתקופה שלפני לידת המערער, כי יש לילד ילודים במצג רגליים בניתוח קיסרי. זאת ועוד, המערער לא העיד רופאים מבתי חולים שונים, על מנת להוכיח שניתוח קיסרי היה בבחינת נורמה מקובלת, ולא הובאו ראיות על כך שבבתי חולים אחרים הייתה נהוגה הפרקטיקה בה נהג המשיב. לטעמם של המשיבים, משלא הוכחה פרקטיקה כללית, ולא הונחה תשתית לטעם עיוני בידע הרפואי של 1974, לקיים פרקטיקה כללית כזו, נכשל המערער בהוכחת טענותיו.

באשר לעצם מינויו של המומחה מטעם בית משפט קמא נטען, כי בית המשפט היה רשאי, על פי שיקול דעתו, למנות מומחה מטעמו בכל עת, ופרופסור פיזר לא חרג מכתב המינוי, כפי שטען המערער, הואיל והוא התבקש לחוות את דעתו במחלוקת שנפערה בין המומחים שהביאו הצדדים, בשאלת הנורמה המקובלת באותה עת, וכך עשה. באשר לטענתו של המערער כי לא ניתנה לאמו הבחירה בין הנורמה הנהוגת והנורמה החדשה, נטען על ידי המשיבים, כי לא הייתה נורמה חדשה אלא פרקטיקה מחמירה במיוחד, שלא ננקטה במקרה זה, מן הסתם, מפני שהיה רשום בגיליון הלידה כי מדובר במצג עכז, ולא כהנחתו המחמירה של בית משפט קמא (מצג-עכז-רגליים).

בתשובה לטענת המערער בסוגיית הרשלנות שליוותה את תהליך הלידה, טענו המשיבים, כי הצוות הרפואי נכח בחדר הלידה, וממילא צדק בית משפט קמא משקבע כי לא הוכח קשר סיבתי בין נזקו של המערער לענין זה. המשיבים טענו עוד, כי קביעת בית משפט קמא באשר לאי-החלתו של כלל הדבר מדבר בעדו, צודקת, ואפילו אם היה מקום להעברת נטל הראיה, כטענת המערער, נותר נטל השכנוע על כתפו של המערער.



**מינוי המומחה מטעם בית המשפט**

11. כאמור, המערער משיג על עצם מינויו של מומחה מטעם בית המשפט, וטען כי המינוי בשלב כה מאוחר מהווה העברה של סמכות בית המשפט לאחר.

דין טענה זו להידחות. מלשונה של תקנה 130 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984- עולה כי בית המשפט רשאי **בכל עת** למנות מומחים מטעמו לעניין שבמחלוקת, משמע אף לאחר הגשת הסיכומים. במצב זה, ולנוכח העובדה כי הראיות כולן נשמעו בפני שופט אחר של בית משפט קמא, אך הגיוני היה שבית המשפט יבקש להסתייע במומחה מטעמו, על מנת לפלס את דרכו בסבך חוות הדעת הנוגדות שהונחו בפניו על ידי בעלי הדין, ואשר עוסקות בסוגייה רפואית שברורה דורש ידע מקצועי ומיומנות, שאינם נחלתו של כל שופט.

אין ממש אף בטענה כאילו בהחלטה לסמוך את ידיו על חוות דעתו של פרופ' פייזר, אצל בית המשפט את סמכות ההכרעה בתביעה למומחה מטעמו. זה האחרון אמור להעמיד לרשות בית המשפט את הידע, הנתונים והעובדות בתחום בו נדרשת מומחיות, וזאת על מנת לסייע לבית המשפט בגיבושה של המסקנה המשפטית הנכונה. המומחים כולם, אלה מטעמם של בעלי הדין וזה מטעם בית המשפט, לא התיימרו להציע מסקנות משפטיות, אלא עובדות והערכות, כל אחד מנקודת מבטו, כאשר לבית המשפט נותרה שמורה הסמכות להחליט את מי מבין חוות הדעת להעדיף, אם בכלל. כך או כך, למתדיינים שמורה הזכות לנסות לקעקע את אמינותו של המומחה מטעם בית המשפט, אולם משלא השכילו לעשות זאת בערכאה הראשונה, תקשה מלאכתם שבעתיים בערכאת הערעור (ע"א 558/96, חברת שיכון עובדים בע"מ נ' רוזנטל חנן 321-אח', פ"ד נב(4), 563, 571; ע"א 167/59, שמחה רוחוביץ ואח' נ' מרגרט שורץ, פד"י י"ג(2), 1233, 1234). ובאשר לענייננו, במצב זה, בו לא נתעררה חוות דעתו של המומחה מטעם בית המשפט, אין פסול בכך שבית המשפט יהא נוטה לאמצה, אדרבא:

"משמנה בית המשפט מומחה על מנת שחוות דעתו תספק לבית המשפט נתונים מקצועיים לצורך הכרעה בדיון, סביר להניח שבית המשפט יאמץ ממצאיו של המומחה אלא אם כן נראית סיבה בולטת לעין שלא לעשות זאת. אכן עד מומחה כמוהו ככל עד - שקילת אמינותו מסורה לבית המשפט ואין בעובדת היותו מומחה כדי להגביל שקול דעתו של בית המשפט. אך כאמור לא ייטה בית המשפט לסטות מחוות דעתו של המומחה בהעדר נימוקים כבדי משקל שיניעוהו לעשות כן" (ע"א 293/88, חברת יצחק ניימן להשכרה בע"מ נ' רבי, דינים עליון, כרך טו, 560, סעיף 4 של פסק הדין).

**אי-ביצועו של ניתוח קיסרי - רשלנות?**

12. טרם אשיב על שאלה זו אזכיר ענין לו תהיה השלכה בערעור זה. בפסיקה ענפה הודגשה חובתם של רופאים לערוך רישום רפואי מדויק, הואיל והוא מאפשר לעקוב אחר תהליכים שהתרחשו בעבר והחלטות שנתקבלו. (לעניין זה ראה ע"א 58/82 קנטור נ' מוסיב, פ"ד לט (3), 253, 259; ע"א 612/78, פאר נ' קופר, פד"י לה(1), 720; ע"א 789/89 עמר נ' קופת חולים של ההסתדרות הכללית, פ"ד מו(1), 712, 721; ע"א 2245/91, 2359 ברנשטיין נ' קופת חולים של ההסתדרות הכללית של העובדים, פ"ד מ"ט(3), 709, 721, 725; ע"א 6330/96 בנגר נ' בית החולים הכללי ע"ש ד"ר הלל יפה - חדרה, פ"ד נ"ב(1), 145, 157; ע"א 3263/96 קופת חולים הכללית נ' ינון שבודי, פ"ד נ"ב(3), 817, 824; וכן ראה פרק ה' של חוק זכויות החולה, התשנ"ו-1996, שאינו חל על עניינו של המערער שבפנינו).

במקרה של העדר רישומים רפואיים - הן בשל רישום לקוי והן בשל אי-שמירה עליהם - יש הסבורים כי נכון להכיר בקיומה של עילת תביעה בגין "נזק ראייתי", אשר תעמוד לרשות הניזוק כנגד האנשים והמוסדות שהיו חייבים לערוך את הרישומים ולשמור עליהם (ראה א' פורת וא' שטיין, "דוקטרינת הנזק הראייתי: ההצדקות לאימוצה ויישומה במצבים טיפוסיים של אי-ודאות בגרימת נזקים", עיוני משפט, כרך כא, ניסן התשנ"ח, אפריל 1998, בעמ' 191). הפן האחר של עניין זה מתבטא במישור הראייתי, והכוונה להעברתו של נטל השכנוע לשכמו של הנתבע, ביחס לכל טענה "הסומכת על הרישום-שלא-נערך; ובהפרכתה של מסקנת רשלנות, המתחייבת בנסיבות לנוכח היעדר הרישום" (בלשונו של כב' השופט קדמי בע"א 2445/91, 2359 הנ"ל, בעמ' 725). לעניין זה התייחסה גם כב' השופטת ט' שטרסברג-כהן בע"א 6160/99, דרוקמן נ' בית חולים לניאדו ואח', תק-על" 2001(1), 1006, סעיף 11 של פסק הדין):

"העברת נטל השכנוע במקרה של העדר רישומים רפואיים, מוצדקת היא מן הטעם שהעברת נטל הבאת הראיות לבדו, אינה מספקת תרופה נאותה לתובע שניזוק נזק ראייתי. במה דברים אמורים? כאשר בהיעדר רישומים רפואיים עסקינן, הרי שבפני התובע קיים קושי אמיתי להביא ראיות שיוכיחו את תביעתו בהסתברות הדרושה במשפט אזרחי (מעל 50%). במצב דברים זה, העברת נטל הבאת הראיות בלבד אל כתפי הנתבע והותרת נטל השכנוע על כתפי התובע תכביד על התובע יתר על המידה, באופן שהוא עלול להפסיד את תביעתו, בהיעדר רישומים רפואיים מזמן אמת שאינם בשליטתו מלכתחילה. תוצאה זו אינה ראויה, לאור העובדה שהנתבע הוא שגרם לנזק הראייתי עקב היעדר רישומים רפואיים. במצב דברים זה, אין מקום להטיל על התובע נטל כבד כמו נטל השכנוע ויש להעבירו אל כתפי הנתבע, כעניין של מדיניות משפטית ראויה".

במקרה הנוכחי, הרישום שביצע הצוות הרפואי היה מינימלי, וחסרים בו פרטים להם נודעת חשיבות, כמו סוג מצג-העכוז, מדוע הוחלט לבצע לידה וגנילית, מה גרם לנזק שאובחן בילוד, וכיוצא באלה עניינים. לנוכח מצב זה סבר בית המשפט המחוזי, כי על מנת לרפא את "הנזק הראייתי" אשר נגרם למערער, יש להניח לטובתו את ההנחה המיטיבה עמו, היינו, שקדם ללידתו מצג-עכוז-רגליים. עם זאת, הוסיף בית המשפט וקבע,

כי גם במצב זה אין לומר על המשיב כי התרשל, הואיל והוא פעל על פי הסטנדרטים אשר הנחו את הקהילה הרפואית אותה עת, ודי בכך לדחיית התביעה.

לתוצאה זו אינני יכול להסכים.

13. השאלה המרכזית עמה התמודד בית משפט קמא היתה, אם הפר הצוות הרפואי של המשיב את חובת הזהירות המוטלת עליו, כאשר בחר ליילד את אמו של המערער בלידה ווגינאלית ולא בניחוח קיסרי. בדרך כלל, שאלה זו נבחנת בהתאם לסטנדרט שהיה נהוג אותה עת בידי צוות רפואי סביר, ודוק: המבחן "איננו המבחן של חכמים לאחר מעשה אלא של הרופא הממוצע בשעת מעשה" (כלשון בית המשפט בע"א 280/60, פרדו נ' חפץ-פלדמן, פד"י טו, 1974, 1977). דברים אחרונים אלה צוטטו, בהסכמה, בע"א 323/89 פ' קוהר ו'אח' נ' מדינת ישראל, פד"י מה(2), 142, 172, במקרה בו לא היה מדובר בטעות טיפולית של רופא, אלא בבחירה של אחת ממספר דרכי פעולה אפשריות, ובלשונו של כב' השופט בייסקי (שם בעמ' 172):

"החלטותיו ופעולותיו של הרופא צריכות להיות מבוססות על שיקולים סבירים וברמה המקובלת, היינו, על הרופא לבסס החלטותיו על הידע העדכני הנתמך בספרות מקצועית, בניסיון קודם, והכול - בהתאם לנורמות המקובלות אותה עת בעולם הרפואה". (וראה גם ע"א 2694/90 הסתדרות מדיצינית הדסה נ' א' מימון ואח', פד"י, מו(5), 628, 634; ע"א 4809/93 חזיזה ואח' נ' מרכז רפואי סורוקה, דינים עליון, כרך נא, 346; ע"א 3264/96, 3709/96 קופת חולים כללית ואח' נ' יפה פלד ואח', פד"י נב(4), 849, 858).

באשר למקרה הנוכחי מצא בית המשפט, בהסתמך על חוות דעתו של פרופ' פייזר, כי נכון לשנת 1974, בוצעו לידות ווגינאליות במצגי עכוז. יותר מכך, על פי הפרקטיקה שהיתה מקובלת אותה עת, מצג-עכוז-רגליים לא נחשב כהוריה לביצועו של ניתוח קיסרי, אלא אם הצטרפו אליו נתונים נוספים, למשל גילה המתקדם של היולדת, משקל גבוה או נמוך מאד של הילוד, ועוד. כל אלה לא התקיימו בעניינו של המערער, ומאידך, לא נטען וגם לא הוכח כי אמו של המערער בחרה ללדת דווקא אצל המשיב, משום אותה שיטה חדשנית שהנהיג אצלו. עם זאת, המקרה הנוכחי שונה במובן זה שהמשיב הנהיג אצלו אמות מידה שונות לבחינת הצורך בניתוח קיסרי. הדבר מצא את ביטויו בסעיף 19(ג) של כתב ההגנה, ממנו עולה כי במצב של מצג-עכוז-רגליים השקפת המשיב היתה נחרצת, לאמור: "לא היה ניתן להתחיל ביילוד ווגינלי, אלא היה מבוצע ניתוח קיסרי". דברים ברוח זו נאמרו גם על ידי פרופ' אלסנר (בעמ' 18), ומכאן המסקנה (ובעניין זה מקובלת עלי השקפתה של כב' השופטת ד' דורנר), שהמשיב סבר כי הניתוח הקיסרי הוא המענה הנכון למקרה מן הסוג בו נמצא המערער עובר ללידתו, ובכך הוא קבע את רף הזהירות הנדרש ממנו ומכל בית חולים שהיה מאמץ את אותה פרקטיקה, הואיל ועל פי הנתונים והידע שהיו בידיהם אותה עת, צריכים היו לצפות שלידה וגינלית בנסיבותיו של מקרה זה, עלולה להיות כרוכה בנזק. לפיכך, המשיב לא יכול להתגונן רק בטענה כי פעל בדרך בה היה פועל

בית חולים סביר אחר אותה עת, והיה עליו להוסיף ולהסביר מדוע החליט לסטות מדרך הטיפול שהנהיג, לאחר שמצא אותה עדיפה, מתוך ראיית טובתם של יולדות וילודים, על זו שהיתה נהוגה בקהילה הרפואית. מכאן, שנכון היה להכריע את הכף לזכות המשיב, רק אם היה מוכח כי ההחלטה ליילד את המערער בלידה ווגינלית, היתה תוצאה של הפעלת שיקול דעת שהוביל להכרעה בין שתי דרכי טיפול אפשריות; ולהפך, אם ענין זה לא הוכח, כי אז צריך להוסיף ולתהות אם המשיב לא חטא ברשלנות שמקורה אחר.

14. בחינת שיקוליו של הצוות הרפואי לבצע לידה ווגינלית אפשרית בשתי דרכים, האחת, על ידי עיון ברישומים שביצע הצוות, ולחלופין או בנוסף, על ידי העדתם של אלה אשר נמנו על אותו צוות. את שני אלה מנע המשיב מבית המשפט, הואיל ומחד, הרישומים היו מינימליים ומהם לא ניתן להבין כי הופעל שיקול דעת כלשהו, ומדוע הועדפה הדרך האחת על פני האחרת. מאידך, בחר המשיב, מטעמים השמורים עמו, שלא להעיד איש מאנשי הצוות הרפואי.

במצב זה, אין להתפלא על כך שבא-כוח המשיב, שאישר בסעיף 21 לסיכומיו כי אצל שולחו הונהגה "פרקטיקה מחמירה במיוחד" לטיפול במצגי-עכוז, נאלץ להוסיף ולאשר כי לא נעשה שימוש באותה פרקטיקה "מסיבות כלשהן שאינן ידועות לנו". ודעתי היא, שנכון היה לעשות צעד נוסף לקראת המערער ולקבוע, שאפשרות השימוש בניתוח קיסרי לא נדונה כלל, והמשיב פעל כפי שפעל, לא משום שבחר מדעת בדרך הלידה שהיתה מקובלת אותה עת בקהילה הרפואית, אלא עקב כשל באבחון סוגו המדויק של מצג העכוז. וכאן ראוי להדגיש, שהאפשרות לקיומו של כשל זה, אינה קלוטה מהאוויר, אלא היא משתמעת מבין השיטין, אם למעלה מכך, מהאמור בסעיף 19(ג)(16) של כתב ההגנה.

ואם תאמר כי קיומו של "כשל" זה אינו בטוח כלל, הואיל והוא אינו מבוסס על ממצא שהוכח בראיות, אלא על הנחה שהניח בית משפט קמא לטובת המערער, ולפיה העובר היה במצג-עכוז-רגליים, כי אז רשלנותם של אנשי המשיב מסתמנת מכיוון אחר. כוונתי לכך, שלא ניתן משקל לעדות אמו של המערער, אשר לא נסתרה בראיות מטעם המשיבים ולפיה:

"... שלחו אותי לצילום והכניסו אותי ליד חדר הקבלה, והזריקו לי בעירוי לזירוז צירים. אחרי כשעה בערך, התחילו הצירים להיות חזקים, הכניסו אותי לחדר לידה, זכור לי שהייתי לבדי הרבה זמן, קראתי 'העובר יוצא, העובר יוצא' עד שהגיעה האחות המיילדת, בעלי היה לידי כשצעקתי, אף אחד לא מהצוות הרפואי. צעקתי שתגיע אחות, הגיעה אחות והגיע ד"ר שטרן והוא קרא לד"ר משיח, ד"ר שטרן משך את העובר החוצה, ד"ר משיח רכן על בטני כמעט בשכיבה, ודחף את העובר למטה".

את התיאור הזה, הרחוק מלבוא בגדרו של טיפול רפואי נאות, משלימה העובדה שהיולדת נכנסה לבית החולים עם עובר בריא ויצאה משם עם תינוק בעל מום. אכן, לידות כרוכות בסיכון, ועל כן אבחונן של נזק

בגוף הילוד, אינו מצביע בהכרח על רשלנות של הרופאים המיילדים [ראה לעניין זה Whithouse v. Jordan 1 All ER 650 652-3 (1980)]. אך נדמה שעל הכל מוסכם, שאת הנזק אשר נגרם למערער ניתן היה למנוע לו בוצע ניתוח קיסרי, ובמקום לספק הסבר מדוע צעד זה לא ננקט, כל שיכול היה בא-כוח המשיב לומר היה שהניתוח לא נערך "מסיבות כלשהן שאינן ידועות לנו".

אני סבור שהנסיבות שתוארו מצביעות על קשר ברור בין הנזק להפרתה של חובת הזהירות אותה הגדרתי בסעיף 13 של חוות דעתי. במצב זה עבר נטל ההוכחה לשכמו של המשיב, בו לא עמד מאותם עניינים בהם עסקתי - רישומים לקויים ואי-העדה של אנשי הצוות הרפואי (ראה ע"א 4426/99, חוסין נ' קופת חולים של ההסתדרות הכללית, פד"י נד(3), 481).

15. לנוכח כל האמור, דעתי היא שיש לקבל את הערעור, לבטל את פסק דינו של בית המשפט המחוזי, ולקבוע כי הוכחה אחריותם של המשיבים לנזקו של המערער. אני מוסיף ומציע להחזיר את הדיון לבית משפט קמא, על מנת שידון בשאלת שיעור הפיצויים להם זכאי המערער.

המשיבים יישאו בהוצאות המערער, בסך של 30,000 ש"ח לרבות מע"מ.

ש ו פ ט

### השופט ד' דורנר:

מסכימה אני עם מסקנתו של חברי, השופט אדמונד א' לוי, כי מן הדין לקבל את הערעור. עם זאת, נימוקיי לתוצאה זאת שונים במידת-מה מנימוקיו, ועל-כן אציג את עמדתי.

### העובדות, ההליכים, ופסק-דינו של בית-המשפט המחוזי

1. כפי שפורט בפסק-הדין של חברי, השופט לוי, סמוך ללידת המערער אובחנו סימנים שונים, שהעידו על סיבוך צפוי בתהליך הלידה, והיה בהם כדי להוביל להגדרתה כ"לידה בסיכון". העיקרי שבהם היה תנוחתו

של העובר ב"מצג עכוז". למרות סימנים אלה, החליט הרופא המומחה להימנע מביצועו של ניתוח קיסרי, ולקיים לידה רגילה (וגינאלית). משנתקבלה החלטה זו, הושארה אימו של המערער (להלן: האם) לבדה בחדר-הלידה משך זמן רב, ללא השגחה ומעקב. לבסוף, משהחלה הלידה בפועל, ולשמע קריאתה "העובר יוצא", שבה לחדר האחות המיילדת, וזמן-מה אחריה הגיעו גם שאר חברי הצוות המטפל.

הלידה בדרך זו הביאה לידי פגיעה גופנית במערער, שהותירה אותו משותק באופן חלקי בגפתו הימנית העליונה. נקבעה לו נכות צמיתה בשעור של 35%. המערער הגיש תביעה בנזיקין כנגד המשיבים, שבגידרה טען כי בהחלטה שלא ליילדו בניתוח קיסרי הייתה משום רשלנות.

2. בבית-המשפט המחוזי הוגשו חוות-דעת של שלשה מומחים, שתיים מהן מטעם הצדדים ואחת מטעם בית-המשפט, שהעידו על טיב הפרקטיקה הרפואית שנהגה בעת הלידה, בעיקר ביחס לביצועם של ניתוחים קיסריים בנסיבות דומות. מחוות-דעת אלה עולה, כי בתקופה שבה נולד המערער חלה התפתחות במחקר הרפואי, אשר היה בה כדי לחייב שינוי בפרקטיקה שנהגה עד אליה. אלא שלנוכח הזמן הקצר שחלף מאז חלה ההתפתחות האמורה, מסקנותיו של מחקר זה טרם עודכנו בספרי-היסוד המקובלים בתחום, ולא יושמו עוד באופן מלא ברבים מבתי-החולים בארץ.

עם זאת, בבית-החולים המשיב 1 (להלן: בית-החולים) נהגה הפרקטיקה החדשה, שהפנימה את ההתפתחויות שחלו זה מכבר במחקר הרפואי. בכך, נבדל בית-חולים זה בעת לידתו של המערער מבתי-חולים אחרים בארץ.

המומחים התייחסו בעיקר לשאלה, האם הפרקטיקה הרפואית הכללית שנהגה אותה תקופה, חייבה כי בנסיבות הנדונות יבוצע ניתוח קיסרי. בסוגיה זו נחלקו הדעות. פרופ' לנצט, המומחה מטעם המערער, סבר כי צירוף הסימנים אשר אובחנו בעובר ובאימו גיבשו הוריה "די ברורה" לקיומו של ניתוח קיסרי. פרופ' כספי, לעומתו, שחיווה את דעתו מטעם המשיבים, טען כי על-פי פרקטיקה זו לא גובשה הוריה לניתוח כאמור, ומכאן שההחלטה לקיים לידה רגילה הייתה סבירה בנסיבות העניין. לדיעה זו הצטרף המומחה מטעם בית-המשפט, פרופ' פייזר.

הרופא המומחה אשר החליט שלא לבצע ניתוח קיסרי לא העיד בפני בית-המשפט המחוזי. כן לא העיד איש מבין חברי הצוות הרפואי אשר טיפל באם, והיה נוכח בתהליך הלידה. משכך, אין בחומר הראיות שעמד לנגד עיניו של בית-המשפט המחוזי, ואשר עומד לנגד עינינו, כדי להעיד על שיקוליו הסובייקטיביים של הרופא, ועל הנסיבות שהובילו אותו להחלטה שנתקבלה.

4. בית-המשפט המחוזי אימץ את חוות-דעתו של פרופ' פייזר, המומחה מטעם בית-המשפט. בפסק-דינו נקבע, כי על-פי הפרקטיקה הרפואית הכללית שנהגה בעת לידתו של המערער לא גובשה הוריה חד-משמעית לביצועו של ניתוח קיסרי בנסיבות כשל מקרה זה, ומכאן שאין לייחס את נזקו של המערער להחלטה רשלנית מצד הצוות המטפל. כן נקבע, כי לא הוכח קשר סיבתי בין נזקו של המערער לבין העובדה כי אימו הושארה לבדה עד לצאת העובר, אף כי ידוע היה כי מדובר בלידה בסיכון.

### סוגיית הרשלנות

5. בגידרו של הערער שלפנינו הצדדים אינם חלוקים על כך שלו היה מבוצע ניתוח קיסרי, הרי שנכותו של המערער הייתה, קרוב לודאי, נמנעת. עם זאת, חלוקים הם ביחס לשאלה המשפטית, האם ההחלטה להימנע מביצועו של ניתוח קיסרי הייתה רשלנית בעת שנתקבלה.

מסכימה אני כי רכיב ההתרשלות נאמד באופן אובייקטיבי. כן מסכימה אני כי מעשה המבוצע בהתאם לנהוג ולמקובל בפרקטיקה הרפואית איננו יכול לגבש חיוב בנזיקין, וכי דינו להיבחן על רקע המידע שהיה מצוי ברשות הרופאים המטפלים עת קיבלו את החלטותיהם.

עם זאת, עומדת בעינה השאלה המרכזית העולה בערעור זה, והיא מהי הפרקטיקה הרפואית שביחס אליה יש לאמוד את סבירות ההחלטה להימנע מביצועו של הניתוח הקיסרי. לשון אחר, האם יש בהנהגתה של פרקטיקה רפואית מתקדמת בבית-חולים כדי להטיל על רופאיו חובת זהירות התואמת את אותה פרקטיקה, או שמא יש להעריך את סבירות הטיפול הניתן בבית-חולים זה על-רקע הפרקטיקה הישנה, שנהגה אותה עת בבתי-חולים אחרים.

6. דעתי בסוגיה זו היא, כי אמת-המידה שעל רקעה ראוי לבחון את ההחלטה היא זו אשר נהגה בבית-החולים בפועל. להלן אבהיר את עמדתי.

רף הזהירות הנדרש בגידרה של עוולת הרשלנות נקבע בהתאם לשיקולים שבמדיניות משפטית. עמד על כך השופט ברק:

סבירותם של אמצעי הזהירות נקבעת על פי אמות מידה אוביקטיביות המגולמות באמירה כי על המזיק לנהוג כפי שאדם סביר היה נוהג בנסיבות הענין. אדם סביר זה אינו אלא בית המשפט, אשר צריך לקבע את רמת הזהירות הראויה. רמת זהירות זו נקבעת על פי שיקולים של מדיניות משפטית. השאלה אינה מהו האמצעי שמבחינה פיסית מונע נזק, אלא השאלה היא מהו האמצעי שיש לדרוש כי ינקטו בו בנסיבות הענין.

[ע"א 145/80 ועקבין נ' המועצה המקומית בית שמש, פ"ד ל"ז(1) 113, 131]

ראו גם ע"א 343/74 גרובנר נ' עיריית חיפה, פ"ד ל(1) 141, 156.

בקבלת החלטה בדבר טיבו של רף הזהירות הנדרש יש לאזן בין שני שיקולים עיקריים, הפועלים בכיוונים מנוגדים. מן העבר האחד נדרש רף זהירות גבוה מספיק כדי להגן על ניזוקים מפני פגיעה, ולהבטיח כי תינקט זהירות ראויה על-מנת שיימנעו נזקים. לשיקול זה משנה-תוקף בהקשר הרפואי, שם מונחים תדיר על כף המאזניים חיי אדם, שלמותו הגופנית, ואיכות חייו. מן העבר השני מן הראוי למנוע הכבדת יתר על גופים שבמהלך פעילותם עלולים נזקים להיגרם. הטלתה של חובת זהירות חמורה מדי עלולה לפגוע ביכולתם של רופאים להפעיל שיקול-דעת המבוסס על מיטב הכרתם ומיומנותם המקצועית. היא עלולה לעודד תופעה בלתי-רצויה של "רפואה מתגוננת", המבקשת למזער חשיפה לתביעות ברשלנות אף במחיר פגיעה בבריאותם של מטופלים. קביעתו של רף נורמטיבי גבוה מדי עלולה איפוא להוביל לידי הכבדה בלתי ראויה על פעילותם של מערכת הרפואה, ובטווח הארוך אף לפגוע ברווחת המטופלים ובבריאותם. ראו, למשל, ע"א 612/78 פאר נ' קופר, פ"ד לה(1), 720.

במקרה שלפנינו, השאלה היא האם בהחלה של סטנדרט זהירות התואם את הפרקטיקה שנהגה בבית-החולים בפועל יש כדי לשבש את מהלך פעילותו התקין של בית-החולים, ולהטיל עליו מעמסה בלתי ראויה.

7. התשובה לשאלה זו היא, לדעתי, בשלילה. משבחר בית-החולים בפרקטיקה רפואית מתקדמת, אין בהטלת חובה עליו לנהוג בהתאם לאותה פרקטיקה כדי לשבש את פעילותו. כאשר מאמץ בית-החולים פרקטיקה חדשה, אין הוא משתחרר מן החובה להמשיך ולהביא בחשבון, בכל הכרעה טיפולית העלולה לפגוע במטופל, את מכלול השיקולים המקצועיים העומדים לרשותו. המידע החדש, שעליו מתבססת הפרקטיקה שאומצה, הינו מידע רלוואנטי שהרופאים באותו בית-חולים נדרשים לכלול במניין שיקוליהם. בכך שבבתי-חולים אחרים רמת הטיפול נמוכה יותר אין כדי להעניק לרופאים המטפלים פטור משקילה מושכלת של השלכות הטיפול הניתן על-ידיהם, בהתבסס על הידע המצוי ברשותם.



על כל רופא, תהיה אשר תהיה סביבת עבודתו, מוטלת חובה לשקול באופן זהיר את טיב הטיפול הניתן על-ידיו בהתאם לנסיבות שלפניו, על סמך מכלול האינפורמציה המקצועית המצויה בהישג-ידו הסביר. יחד עם זאת, בכל מקרה לגופו, יש לבחון האם מידע מסוג פלוני אכן היה מצוי בהישג-יד כאמור. לא בכל מקרה אותו סוג של מידע הוא נגיש לכל רופא במידה זהה. במובן זה, חובת הזהירות רגישה לנסיבותיו של המקרה הקונקרטי. בעוד שבבית-החולים בו הונהגה הפרקטיקה החדשה ההתפתחות המחקרית הייתה ידועה ונגישה באופן סביר, הרי שמבחינה אובייקטיבית, בבתי-חולים אחרים לא הייתה התפתחות זו נגישה באותה מידה. משום כך, יתכן כי בנסיבות דומות, על בתי-חולים שכאלה לא הייתה מוטלת אחריות נזיקית.

עמד על עקרון זה פרופ' יצחק אנגלרד:

בקביעת ההתרשלות האובייקטיבית [אין] מתעלמים לחלוטין מן היסודות הנפשיים של הפועל. אופיה של פעולת המזיק אינה נמדדת רק לפי חזותה החיצונית. מייחסים לאדם הסביר (כלומר לקנה המדה החיצוני), את **ידיעותיו המיוחדות** של המזיק ולפי ידיעות אלה קובעים את ההתנהגות. (ההדגשה במקור).  
 [נ' אנגלרד, "יסודות האחריות בנזיקין", דיני הנזיקין - תורת הנזיקין הכללית (ג' טדסקי עורך, מהדורה שנייה, מאגנס, תשל"ז), 119, 128-127].

תוצאה זו אף משקפת את עקרון הצפיות העומד בבסיס הטלת האחריות בגין מעשה רשלני: מקום בו הפרקטיקה החדשה היא רווחת, צפוי הוא כי נקיטתה של הפרקטיקה הישנה תוביל לגרימת הנזק למערער. מקום בו הפרקטיקה טרם נקלטה, לרופא הסביר קשה יותר להביא בחשבון את מכלול המידע הקיים, ועל-כן רמת הצפיות הנדרשת ממנו על בסיס אובייקטיבי היא נמוכה יותר.

עיקרון זה בא לידי ביטוי גם בהבחנה המקובלת בין חובת הזהירות המוטלת על רופאים מומחים לבין זו המוטלת על רופאים שאינם מומחים. חובת הזהירות המוטלת על רופאים מומחים משקפת את מכלול האינפורמציה המצויה ברשותם, המבטאת את ידיעותיהם המיוחדות. הדין מכיר בכך שנגישותם הרבה יותר למידע של רופאים מומחים צריכה למצוא את ביטויה בקביעת סטנדרט ההתנהגות הנדרש מהם. ראו, למשל, ע"א 3264/96 **קופת חולים כללית נ' פלד** (טרם פורסם; ניתן בתאריך 16.11.98); עדי אזור ואילנה נירנברג, **רשלנות רפואית** (מהדורה שנייה, תש"ס), 372-374.

8. במקרה שלפנינו, קו ההגנה של המשיבים מבוסס על כך שהפרקטיקה החדשה טרם עוגנה בספרי-היסוד בתחום. בכך בלבד אין כדי לפטור את הרופא המומחה מאחריות. ידיעותיהם של רופאים מומחים אינן ניזונות אך מספרי-היסוד המעודכנים מעת לעת. ספרים אלה, על-פי טבעם, מרכזים את הידע הרפואי הקיים עד

לעת פרסומם, ואין בהם כדי לבטא את ההתפתחויות במחקר הרפואי שחלו לאחר הוצאתם לאור. הסטנדרט הנדרש מרופאים מומחים עשוי לעלות על האמור בספרי-היסוד, כאשר המידע הדרוש ניתן היה להשגה על-ידיהם באורח סביר. במקרה דנן, משנהגה בבית-החולים הפרקטיקה החדשה, הרופא יכול היה, וצריך היה, להכיר פרקטיקה זו ולנהוג על-פיה. משלא עשה כן, הפר הוא את חובת הזהירות והתרשל.

9. ודוקו: יתכן כי דעתו של בית-המשפט המחוזי הייתה יכולה להתקבל, לו מטענות המשיבים היה עולה כי הבחירה בפרקטיקה הרפואית הישנה הייתה פרי של שיקול-דעת מקצועי ומושכל, שרק ברבות הימים התברר כשגוי. כך היה הדבר, לו היה הרופא טוען ומוכיח כי לנוכח חדשנותה של הפרקטיקה החדשה, עדיין סבור היה כי הפרקטיקה הישנה עדיפה. אלא שבמקרה שלפנינו הרופא המומחה בחר שלא להעיד, וממילא לא טען טענה כזאת. משכך, אין להניח כי החלטתו ביטאה הכרעה מקצועית מושכלת בין מה שנתפס על-ידיו כשתי אסכולות טיפוליות המתחרות זו עם זו על הבכורה. בבית-החולים בו עסק רופא זה הדעה הוכרעה לטובת הפרקטיקה המתקדמת והמודרנית יותר, אלא שהרופא בחר שלא להחיל פרקטיקה זו, ואף לא הציע לכך הסבר. משכך, אין בית-החולים יכול להיבנות על כך שבבתי-חולים אחרים הנהיגו פרקטיקה שונה, אף אם בגידרה של אותה פרקטיקה ניתן למצוא צידוק להחלטה הטיפולית שהתקבלה.

10. מעבר לדרוש אציין כי עדותה של האם, לפיה הושארה לבדה פרק-זמן ניכר עד לצאתו של העובר ללא כל מעקב רפואי, לא נסתרה בבית-המשפט המחוזי. זאת חרף העובדה, כי מוסכם על הכול כי הייתה זו לידה בסיכון שהצריכה מעקב, וכי איבחונם של קשיים נוספים בלידה עשוי היה להוביל אל המסקנה כי ניתוח קיסרי דרוש אף לפי הפרקטיקה הישנה. עובדות אלה נתמכות אף בדבריו של עד ההגנה, פרופ' כספי.

בנתונים אלה כשלעצמם יש כדי לגבש רשלנות מצד הצוות הרפואי. עם זאת, שאלת היחס בין רשלנות זו לבין הנזק שנגרם היא בנסיבות אלה שאלה מורכבת, המשלבת יסודות של דין ושל עובדה. אציין רק כי במקרים מעין אלה הנטל להוכיח כי הנזק איננו נובע מן המעשה הרשלני, עשוי לעבור לגורם הרשלן. ראו ע"א 7705/98 **המרכז הרפואי סורוקה נ' כהן** (טרם פורסם; ניתן בתאריך 29.8.2001). עם זאת, משמצאתי את בית-החולים רשלן, וכי רשלנות זו גרמה לנזקו של המערער, שוב אין אני נזקקת להכרעה בסוגיה זו.

מסכימה אני איפוא כי מן הדין לקבל את הערעור, ולהשיב את הדיון לבית-המשפט המחוזי, על-מנת שידון בשאלת שיעור הפיצויים להם זכאי המערער.

**הנשיא א' ברק:**

1. אני מסכים למסקנתם של חבריי, השופט א' א' לוי, והשופטת ד' דורנר, לפיה יש לקבל את הערעור. מוכן אני להניח, כפי שקבע בית המשפט המחוזי, כי בשנת 1974 לא היה זה מקובל כסטנדרט רפואי (אובייקטיבי) לבצע ניתוח קיסרי במקרה של מצג עכוז כפי שהיה במקרה שבפנינו (או כפי שניתן להניח שהיה, בהיעדר רישום נאות, וכפי שקבע בית המשפט המחוזי). בה בעת, שותף אני למסקנה, כי אין להתעלם בניסבות המקרה מן הפרקטיקה שנהגה בבית החולים הספציפי בו נולד המערער. אכן, עוד בסעיף 19(ג) (16) לכתב ההגנה שהגישו המשיבים, נטען כי בבית החולים הספציפי (משיב מס' 1) "במקרה של מצג עכוז בלתי שלם, ובודאי של מצג רגלים, לא ניתן היה להתחיל ביילוד וגינלי אלא היה מבוצע ניתוח קיסרי". גם בעדותו של פרופ' אלסנר, שהוזמן להעיד בבית המשפט המחוזי מטעם המשיבים על "הדברים שהיו מקובלים בבי"ח באותן שנים", נרשם כי "ניתוחים קיסריים היינו עושים... למשל במצגי עכוז מהסוג של פוטנג, כלומר שזה מצג די נדיר בלידת עכוז כשהרגליים באים לפני העכוז".

2. משמעותה של פרקטיקה זו שנהגה בבית החולים בו יולד המערער הנה, כי בית החולים החליט כי ראוי הוא, מבחינת מאזן הסיכונים והסיכויים בלידה, לערוך ניתוח קיסרי במצגי עכוז רגליים, ולא לקיים לידה וגינלית רגילה. כלום ניתן לחייב את בית החולים ברשלנות בשל סטייה מן הסטנדרט אותו אימץ, כאשר הוכח כי ברוב בתי החולים האחרים לא נהגו לבצע אותה העת ניתוח קיסרי בהוריות שהיו? תשובתי לשאלה זו - כתשובתם של חבריי - היא בחיוב. ביסוד גישתי זו מונחת התפישה הבאה: ההתרשלות - המהווה אחד מהיסודות בעוולת הרשלנות - נקבעת על פי אמת מידה אובייקטיבית. מזיק שעשה כל שהוא מסוגל לו - ועל כן לא סטה מרמת ההתנהגות הסובייקטיבית שלו - יישא באחריות בנזיקין, אם בהתנהגותו הוא סטה מרמת הזהירות האובייקטיבית הנקבעת על פי מבחני האדם הסביר. היעדר התרשלות סובייקטיבית אינו משוחרר מאחריות בנזיקין ברשלנות, במקום שאותה התנהגות מקיימת את התנאים של התרשלות אובייקטיבית. מכאן לא נובע, כי ההתרשלות הסובייקטיבית אינה רלבנטית לעניין אחריות בנזיקין ברשלנות. התרשלות זו רלבנטית היא, במקום שהסטנדרט "האישי" הוא ברמה גבוהה יותר מהנהוג כרגיל. במצב דברים זה, ההתרשלות (האובייקטיבית) תקבע לפי הסטייה מסטנדרט זה (ראו והשוו: **Charlesworth & Percy On Negligence** 450 (Ed. 1997). 9<sup>th</sup>), וכן: ע"א 61/89 מדינת ישראל נ' אייגר (קטין), פ"ד מה(1) 580). אכן, כעולה מעדותו של פרופ' אלסנר, מצג עכוז רגליים נתפש כמצב עם סיכון שהוביל את בית החולים להנהיג ניתוח קיסרי באותם המקרים. משמעות הדבר היא כי מבחינת ידעותיו של המזיק - ובהיעדר הוכחה אחרת - ביצוע לידה וגינלית במצג עכוז רגליים נתפש כיצירת סיכון בלתי סביר. משכך הדבר, איני רואה טעם לפטור את בית החולים

מאחריות, אך בשל העובדה כי אותה העת לא נהגו כך בבתי חולים אחרים. יש ליתן, על כן, משקל לפרקטיקה הנוהגת בבית החולים ולנהלים שקבע בנדון, אם פרקטיקה זו היא מעל לאמת המידה האובייקטיבית הרגילה (ראו והשוו: ע"פ 116/89 אנדל נ' מדינת ישראל, פ"ד מה(5) 276). במצב דברים זה, הסטייה מאמת המידה הסובייקטיבית, תהווה התרשלות על פי אמת המידה האובייקטיבית.

3. ודוק: ניתן היה להגיע למסקנה אחרת לו בית החולים היה מספק הסבר מניח את הדעת לסטייה מסטנדרט הזהירות שקבע, כלומר, מראה כי לא יצר סיכון בלתי סביר על פי הידע שהיה בידיו אותה העת. אולם, כך לא עשה בית החולים בנסיבות המקרה. לא הועדו הרופאים שביצעו את הלידה, הרישום הרפואי נמצא חסר ולא כלל כל התיחסות לשאלת הניתוח הקיסרי וגם בפנינו, לא נשפך אור על הליך קבלת ההחלטות בנסיבות המקרה. אשר על כן, מקובלת עלי הקביעה כי הוכח במידה מספקת כי המשיב מס' 1 התרשל ומן הדין לקבל את הערעור כמוצע בפסקי הדין של חבריי.

#### ה נ ש י א

התוצאה היא שהערעור מתקבל, והדין מוחזר לבית משפט קמא, על מנת שידון בשאלת שיעור הפיצויים להם זכאי המערער.

המשיבים יישאו בהוצאות המערער בסך של 30,000 ש"ח, לרבות מע"מ.

ניתן היום, כ"ב בשבט תשס"ב (4.2.02).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ה נ ש י א

העתק מתאים למקור 006.99030560 /אז  
נוסח זה כפוף לשינויי עריכה טרם פרסומו  
בקובץ פסקי הדין של בית המשפט העליון בישראל.

שמריהו כהן - מזכיר ראשי

בבית המשפט העליון פועל מרכז מידע, טל' 02-6750444