



## בית המשפט המחוזי בירושלים

ת"א 3130-09 א' ק' ו' נ' שירותי בריאות כללית

**בפני כב' השופט יוסף שפירא**

**התובעת**

**א' ק' ו'**

ע"י ב"כ עו"ד מ' קין ואח'

**נגד**

**הנתבעת**

**שירותי בריאות כללית**

ע"י ב"כ עו"ד א' כרמלי, עו"ד י' דור ואח'

### פסק דין

האם התרשלו רופאי הנתבעת במעקב אחר הריונה של אם התובעת? האם היה על רופאי הנתבעת להפנות את אם התובעת לבדיקות שאינן כלולות בסל הבריאות? מהו המשקל שיש ליתן לשיוכה המגזרי של התובעת לצורך הכרעה בשאלת כוונותיהם ושיקוליהם של הוריה? מהם נתוני העזר על פיהם תוכרע "השאלה ההיפותטית" כיצד היו פועלים הורי התובעת לו היו מודעים לנכותה? אלו ועוד השאלות העומדות להכרעת.

לפני תביעת התובעת, אשר נולדה עם מומים אורטופדיים ניכרים, בעילה של הולדה בעוולה. התובעת טוענת כי אילו היה נודע להוריה בעת ההיריון שהיא עתידה לסבול ממומים אלו, היו הם מפסיקים את ההיריון ומונעים ממנה את הסבל שהינו מנת חלקה.

### רקע עובדתי

1. התובעת, ילידת 1.1.2000, הינה בתם השנייה של הוריה, כאשר אחיה הבכור נולד ללא כל נכות. אחריה נולדו להוריה עוד שלושה ילדים, ילידי השנים 2004, 2007 ו-2010, כאשר האח שנולד בשנת 2007 סובל אף הוא מפגיעה אורטופדית.

לפי עדות אמה של התובעת, היא טופלה במהלך הריונה נשוא הליך זה, אשר הוגדר כהריון רגיל, במרפאת הנתבעת ע"י ד"ר ענבתאווי.

בעניין זה יצויין שהנתבעת טענה כי אם התובעת טופלה על ידי ד"ר מוחדאתי, וניסתה לחזק טענה זו באמצעות עדותו של ד"ר ג'ועבה שטען כי הוא מזהה את כתב ידו של האחרון בגיליון הרפואי, אולם אם התובעת חזרה על בעדותה מספר פעמים על כך שטופלה אך ורק על ידי ד"ר ענבתאווי וכי רק



## בית המשפט המחוזי בירושלים

ת"א 3130-09 א' ק' ו' נ' שירותי בריאות כללית

בהיריון הראשון טופלה על ידי ד"ר מוחדאתי, וכן מעדותו של ד"ר ג'ועבה עולה דווקא כי כתב היד הינו של ד"ר ענבתאווי (פרו', 5.9.2010, 20).

התובעת נולדה בבית החולים של הסהר האדום בירושלים, ובמסמכי השחרור לא צוינו ממצאים חריגים בתחום האורטופדיה.

במהלך חייה עברה התובעת מספר ניתוחים לשיפור הנכויות מהן היא סובלת, אשר הצליחו להקל על סבלה.

### טענות התובעת

2. התובעת טוענת שרופאי אם הנתבעת התרשלו בעת מעקב ההיריון ולא שלחו אותה לבדיקות הנדרשות ואף לא הגדירו את ההיריון כהריון בסיכון, כפי שהיה נדרש לאור העובדה שהורי התובעת הינם בני דודים. לאור כך, לא אובחנו המומים מהם היא סובלת, אשר ניתן היה לאבחנם, ולא ניתנה להוריה האפשרות להחליט על סיום ההיריון.

לפיכך, התובעת טוענת כי על הנתבעת לפצותה בגין הנזק שנגרם לה כתוצאה ממחדלי רופאי הנתבעת, דהיינו בגין הנכות הקשה איתה נולדה ואיתה היא מתמודדת יום יום ועתידה להמשיך ולהתמודד עימה עד תום חייה.

התובעת טוענת כי יש להעדיף את עמדתם של השופט (כתוארו אז) א' ברק והשופט ש' לויין בפסק הדין בעניין זייצוב (ע"א 518/82 ד"ר רינה זייצוב נ' שאול כץ, פ"ד מ(2) 85 (1986)), אשר סברו כי הניזוק בעילה של הולדה בעוולה זכאי לפיצוי בהתאם לשיעור נכותו, אף אם הינה מינורית.

### טענות הנתבעת

3. הנתבעת טוענת כי יש לדחות את התביעה כליל.

לדבריה הוכח שהתובעת לא עומדת בשום תנאי מתנאי הקשר הסיבתי בעילת ההולדה בעוולה: התובעת כלל לא היתה מבצעת את הבדיקות אליהן היתה נשלחת, גם לו היתה התובעת מבצעת בדיקות אלו הרי שהמומים מהם היא סובלת לא היו מתגלים בבדיקות, ולבסוף - גם אם היו המומים מתגלים בבדיקות הרי שהורי התובעת לא היו מפסיקים את ההיריון.

מבחינה משפטית סוברת הנתבעת שיש להעדיף דווקא את עמדתם של כב' המשנה לנשיא, השופטת מ' בן פורת והשופט ד' לויין, שקבעו כי יש להכיר בעילה של הולדה בעוולה רק כאשר ניתן לומר ש"טוב מותי מחייה". במקרה דנן ברי שנכותה של התובעת אינה מקימה עילה זו.

### דיון

4. ככל תביעה שעניינה רשלנות, חלה על התובע החובה להוכיח כדבעי את יסודות העוולה, דהיינו את קיומה של חובת הזהירות והפרתה, את קיומו של נזק ואת קיומו של הקשר הסיבתי בין המעשה הרשלני לבין קרות הנזק.



## בית המשפט המחוזי בירושלים

ת"א 3130-09 א' ק' ו' נ' שירותי בריאות כללית

בתביעה בעילה של הולדה בעוולה הוכחת הקשר הסיבתי מורכבת ממספר נדבכים, ועל התובע להוכיח כי היה מממש את האפשרות לביצוע הבדיקות לו היתה ניתנת לו, עליו להוכיח כי הבדיקות, שאליהן הוא טוען שהיה על הרופא לשלחו, יכולות היו לאבחן את המומים שנגרמו לו, ולבסוף עליו להוכיח כי היה פועל להפסקת ההיריון הפגום.

על נדבכים אלו עמד כב' השופט (כתוארו אז) א' ריבלין בע"א 4960/04 ערן סידי נ' קופת חולים של ההסתדרות הכללית, פ"ד ס(3) 590 (להלן: "פרשת סידי"), בקובעו:

**"שאלה זו [שאלת הקשר הסיבתי - י.ש.], בנסיבות המקרה דנן, מורכבת משלוש שאלות משנה: האחת, אילו נמסר המידע להורים, האם הם היו פונים לשירותי הרפואה הפרטית ומבצעים סריקת מערכות מורחבת? שנית, בהנחה שהתשובה לשאלה הראשונה היא בחיוב - האם בדיקה זו הייתה מגלה את הפגם? ושלישית, בהנחה שגם התשובה לשאלה השנייה היא בחיוב - האם גילוי הפגם היה מביא לסיום ההיריון?" (שם, 606).**

5. במקרה דנן הגיעו הצדדים להסכמה בדבר שיעור נכותה של התובעת, דהיינו נכות רפואית בשיעור 54%. כן אני סבור שהתובעת הרימה את הנטל להוכחת הטענה שהנתבעת הפרה את חובת הזהירות אותה חבה היא כלפי התובעת, ועל כך אעמוד להלן.

אולם, לאור פסק דינו של בית המשפט העליון בדנ"א 4693/05 בי"ח כרמל-חיפה נ' עדן מלול (אתר נבו, 29.8.10), בו העמיד הלכה על מכונה בשאלת העמימות הסיבתית וקבע כי אין לפסוק פיצוי על פי הסתברות אלא אך במקרים חריגים (אשר המקרה דנן אינו נכנס תחת כנפיהם), אני סבור כי דין התביעה להידחות. אף אם אקבע שנטל השכנוע בשאלה האם היו התובעת מבצעים את הבדיקות שאליהן היו אמורים רופאי הנתבעת להפנותם מוטל על כתפי הנתבעת, הרי שהנתבעת הרימה את הנטל להוכיח, על פי מאזן ההסתברויות, כי ההורים לא היו מבצעים את הבדיקות. לפיכך אין מנוס מלקבוע שנותק הקשר הסיבתי בין מחדלם של רופאי הנתבעת לבין נזקיה של התובעת. אפרט.

6. בהערת אגב אציין כי ביחס להלכת מלול נטען שעל אך שפורמלית נקבע שאין לקבל את כלל ההכרעה על פי הסתברות, מרבית שופטי ההרכב סוברים כי בנסיבות מיוחדות ניתן להכריע על סמך הסתברות, אולם ישנה מחלוקת בדבר היקפו של החריג (ראו: יונתן דיוויס, כיצד ניישם את הלכת הסיבתיות העמומה בתביעות רשלנות רפואית - בעקבות דנ"א 4696/05 בי"ח כרמל נ' עדן מלול (29.8.10), רפואה ומשפט 43 (2011), 1).

### מחדלי רופאי הנתבעת

7. מחדלי הנתבעת מוכחים אפילו מתוכן עדותו של המומחה מטעמה. המומחה מטעם הנתבעת, ד"ר גוסטבו מלינגר, אישר בעדותו כי היריון של בני זוג שהינם קרובי משפחה מהווה היריון בסיכון, וזאת על פי קביעות כבר משנות ה-70 של המאה הקודמת לגבי מקרים דומים.



## בית המשפט המחוזי בירושלים

ת"א 3130-09 א' ק' ו' נ' שירותי בריאות כללית

כך העיד:

**"ש. בין היתר הגדרה של הריון בסיכון, מפנה לחוזר של מדאנס, קרבת משפחה מדרגה ראשונה בין בני הזוג, זה הריון בסיכון?  
ת. זה לא קשור למדאנס, זה הרבה לפני זה, משנות ה-70, זה נכון.  
ש. הסיבה לכך שהריון בין בני זוג שיש ביניהם קרבת משפחה, כמו במקרה שלנו, בני דודים מדרגה ראשונה, שיש קשר גם בין ההורים שלהם, אח ואחות, היא שזה למעשה מכפיל עד כדי משלש סיכון במומים בהשוואה לאוכלוסיה רגילה.  
ת. מגביר את הסיכון." (פרו', 7.10.10, 32).**

הואיל והורי התובעת הינם בני זוג מוסלמים דתיים, סקטור בו נישואי קרובים הינם בגדר חזון נפרץ (כן ראו עדות ד"ר קלמן שהעיד שמדובר בתופעה שאינה מקובלת בחו"ל ולפיכך פחות מתועדת בספרות הרפואית – פרו', 5.9.10, 24), היה על רופאי הנתבעת לבחון נתון זה במסגרת מעקב ההיריון, וייתכן שאף לפניו, והיעדר תיעוד על בדיקת סוגיה זו או הגדרתו של ההיריון כהיריון בסיכון מהווה מחדל.

8. בפסק הדין בע"א 7756/07 נמרוד גרסטל נ' ד"ר עוזי דן (אתר נבו, 21.12.10) נקבע שהסיכון שהתממש לא היה צפוי וכי כל הסיכונים הצפויים טופלו כראוי. שם נשאלה השאלה "היריון בסיכון גבוה – סיכון ממה?" וזו היא השאלה שיש לבדוקה עת נטענת הטענה שהיה על הרופא המטפל להגדיר את ההיריון כהיריון בסיכון. במקרה דנן כלל לא נבדקו הסיכונים האפשריים, כך שאין להחיל את הקביעות שם ביחס למקרה דנן.

9. התובעת טענה כי ככל שהיריון זה היה מוגדר כהיריון בסיכון, או אז היתה התובעת זכאית למימון בדיקת סקירת מערכות מוקדמת, וכך העיד המומחה מטעמה, ד"ר דן קלמן:

**"ש. לגבי סקירה מוקדמת ומאוחרת בסל בריאות. השאלה רלוונטית לגבי מקרים רגילים של הריון רגיל. אבל אם זה היריון בסיכון מקבלים במסגרת הסל?  
ת. אם ישנה המלצה חד משמעית ליעוץ גנטי אין בעיה לקבל חינם, גם את הסקירה המוקדמת והמורחבת בתנאי שיש הוראה." (פרו', 5.9.10, 27).**

על אף שד"ר מלינגר שלל טענה זו, אין כל הכרח לקבוע מסקנות בסוגיה זו, לאור העובדה שגם אי הפניית ההורים לבדיקות פרטיות מהווה מחדל, כפי שיפורט להלן.

10. התובעת טענה כי גם אם לא היתה חובה לבצע בדיקות אלו בשנת 1999, הרי שמבחינת הפרקטיקה מרבית הרופאים נהגו כך. בסוגיה זו העיד המומחה מטעמה, ד"ר קלמן, כך:

**"ש. תאשר שבשנת '99 סקירת מערכות מורחבת לא היתה בסל הבריאות.**



## בית המשפט המחוזי בירושלים

ת"א 3130-09 א' ק' ו' נ' שירותי בריאות כללית

- ת. לא היתה בסל הבריאות אבל היתה חלק מבדיקות השיגרה המקובלות.
- ש. שאתה אומר שהבדיקה הזאת היתה חלק מהפרקטיקה המקובלת מהיכן אתה שואף נתונים אלה?
- ת. מהיותי רופא באותה בדיקה [צ"ל: תקופה – י.ש.].
- ש. אבל לא מספרות רפואית?
- ת. אוקיי.
- ש. אתה מכיר את המלצות האיגוד הישראלי לאולטרסאונד מיילדותי?
- ת. כן.
- ש. ששיקפו את הפרקטיקה המקובלת באותה עת בשנת 2000.
- ת. שיקפו פחות ממה שהיה מקובל באותה תקופה.
- ש. אתה חושב שההמלצות של האיגוד לאולט' מיילדותי הן המלצות שרופא שפעל לפיהן מבחינתך הוא התרשל?
- ת. לא אמרתי התרשל אלא עשה פחות מדי.
- ש. לא נהג כראוי?
- ת. אני לא משפטן תשאל אותי כרופא. לתפיסתי, אם לא עשית את המקובל באותה תקופה לא עשית מספיק.
- ש. לפי הנחיות האיגוד לשנת 2000 אין חובה לבצע סקירת מערכות. מה אתה יודע על זה?
- ת. אין הנחיה מדויקת ומפורטת לעשות סקירת מערכות אבל הקו שהוביל אז, הפרקטיקה המקובלת, היתה שעושים. (פרו', 5.9.10, 22).

11. לסוגיית משמעות הפער שבין נוהלי משרד הבריאות או המלצות רפואיות של גופים מוכרים, לבין הפרקטיקה הרפואית הנוהגת, התייחס כב' השופט י' עמית בשולי דבריו בע"א 10306/08 שמאלי עמיחי נ' מור המכון למידע רפואי בע"מ (אתר נבו, 16.3.11), כדלקמן:

"ודוק: לא נעלם מעיני כי במסגרת עוולת הרשלנות בית המשפט הוא הקובע את סטנדרט הזהירות וההתנהגות, כך שפרקטיקה נהוגת אינה מהווה 'חסינות' מפני תביעת רשלנות. אלא שלא בנקל יכתוב בית המשפט או יעצב סטנדרטים אחרים מאלה שנקבעו על ידי משרד הבריאות או על ידי גופים וגורמים מקצועיים בתחום הרפואה." (שם, פסקה 16).

בסוגיה זו העיר כב' המשנה לנשיאה א' ריבלין, בדבריו בשלהי פסק הדין, כך:

"כפי שציין חברי השופט י' עמית – בית-המשפט הוא הקובע את רמת הזהירות הראויה ואין בהנחיות שקבע גוף מעורב או רלבנטי, כדי לשמש להכרעה – שאלת החובה המוטלת בעוולת הרשלנות ובשאלת הפרתה."

12. במקרה דנן הוגש חוזר המנכ"ל משנת 1995 (אשר גם אם נכונה טענת התובעת כי לא ניתן לו תוקף, הרי שהוא מגלה את העמדה המקובלת באותה התקופה) וכן הוגשו המלצות האיגוד הישראלי למיילדות וגניקולוגיה משנת 2000, ועל פי שניהם לא היתה חובה להפנות את הנשים ההרות לבצע בדיקת אולטרסאונד בזמן ההיריון.



## בית המשפט המחוזי בירושלים

ת"א 3130-09 א' ק' ו' נ' שירותי בריאות כללית

בעניין זה יש לציין כי המלצות האיגוד הישראלי למיילדות וגניקולוגיה שהוגשו לתיק בית המשפט מתייחסות להיריונות בסיכון נמוך (נייר עמדה מס' 6), אולם במקרה דנן עצם הגדרתו של ההיריון רגיל ולא כהיריון בסיכון גבוה מהווה מחדל בפני עצמו, כאמור לעיל.

13. על אף האמור, סטנדרט הזהירות והיקפה של חובת הגילוי נקבעים על ידי בית המשפט, וכבר נקבע כי כאשר ישנה אפשרות לבצע בדיקות נוספות מחוץ למערכת הציבורית חובה על הרופא המטפל ליידע את המטופלת על אפשרויות אלו. אם כך נפסק ביחס להיריון רגיל, ברי כי כאשר ההיריון צריך להיות מוגדר כהיריון בסיכון, כאשר עיקר הסיכון בו הינו להיווצרות פגמים מולדים, כולל פגימות שלד, אזי חלה חובה זו במלוא עוזה.

ביחס לכך העיד ד"ר מלינגר במפורש כי על הרופא ליידע את המטופלת ביחס לקיומם של שירותים נוספים. אלו דבריו:

ש. האם אתה מסכים איתי שסקירת מערכות מוקדמת היתה אמורה להיות בידיעתו של כל רופא שעוסק במיילדות ורפואת נשים בנושא שקיים שניתן לביצוע וחייב לספר למטופלות שלו על קיומו של שירות כזה?

ת. נכון.

ש. היית מעלה על דעתך רופא בקופת חולים בעת הרלוונטית, שעושה שני דברים: האחד – לא מספר למטופלות שלו שיש כזה דבר סקירה מוקדמת, ולא שולח את המטופלות שלו אפילו לאותה סקירת מערכות בשליש שני שניתנת על ידי הקופה כדבר שבשגרה?

ת. לא רק אז וגם היום אני יכול לתאר מצב כזה.

ש. כמצב חיובי או שלילי?

ת. זה המצב הקיים במדינה. שקשורה עם האוכלוסיות שאנו עובדים.

ש. האם זה הרצוי מבחינתך שכך רופא ינהג או שזה המצוי וצר שאתה לא יכול להלחם כנגד התופעה?

ת. יש ברפואה או היו ברפואה שתי גישות. האחת הפטרנליסטית והשנייה הגישה שהלקוח אדון להחלטותיו. הגישות האלה הן עניין של גס של זמן וגם של גיאוגרפיה וגם דמוגרפיה. אני אישית שצריך להתמודד עם לקוח שצריך למסור לו בצורה מאוד לא טועה לגבי העובר, אני תמיד שואל אותו אתה רוצה שאתן לך את הגישה הליגאליסטית שיש להסביר את כל הדברים האפשריות כולל לנסוע לחו"ל או לדבר כמו הרופא של פעם ולהגיד לך מה אני באמת חושב.

ש. האם בעיניך זה מצב טוב שהרופא שותק, לא מדבר על סקירה מוקדמת ולא שולח לסקירה בשליש שני לסקירת מערכות, או שאתה אומר ככה צריך להיות. או שזה לא בסדר שזה ככה?

ת. זה מאד תלוי מול איזה פציינט אני עומד. אם אתה שואל אותי מה הייתי רוצה בשבילי. הייתי רוצה שאם אין ביכולתו לעשות את הבדיקות האלה אני לא צריך להגיד לו כל פעם לעשות מי שפיר כדי שיהיה כתוב בתיק ושלא יוכלו לתבוע אותי.

ש. כשאתה עובד אתה לא פועל בתוך חלל אלא לפי הנחיות מלמעלה? איך אתה נוהג?

ת. אני עובד בבי"ח וולפסון ויש לי קליניקה פרטית.

ש. בקליניקה הפרטית כשבאה אשה ובאה למעקב הריון, אומר לה לעשות סקירה מוקדמת או אפילו לא מאזכר את זה?



## בית המשפט המחוזי בירושלים

ת"א 3130-09 א' ק' ו' נ' שירותי בריאות כללית

ת. היום אני מסביר ומתעד ואפילו מחתים על זה שהסברתי. על כל בדיקה הקיימת במערכת ושצריך ליידע אותה. (פרו', 7.10.10, 34).

14. מבחינה נורמטיבית כבר קבע בית המשפט שאל לו לרופא לנהוג על פי הגישה האדנותית, אלא חייב הוא להביא את מלוא הידע הרפואי העדכני בפני המטופל ולהותיר בידו את ההחלטה על גורלו. יפים לכך דברי בית המשפט בפרשת סידי הנ"ל, בציינו:

"הגישה האדנותית, הגורסת כי הרופא יוצא ידי חובתו כלפי המטופל לעניין מסירת מידע אם הוא נוהג על פי הפרקטיקה הרפואית המקובלת, נדחתה אפוא. אין ספק, להיבטים המקצועיים-רפואיים משקל רב בכגון דא. בידי הרופאים מונח הידע הנוגע לטיפולים השונים ולבדיקות האפשריות, והם גם מי שעומדים מול החולה הבודד, לעתים ברגעיו הקשים, ונדרשים להעביר לו את המידע ולקבל עמו יחדיו את ההחלטות הנדרשות. זוהי משימה קשה. היא מערבת שיקולים מקצועיים-רפואיים, שיקולים אנושיים ולא אחת גם שיקולים תקציביים-מינהלתיים. היא מחייבת מתן משקל למכלול האינטרסים הרלוונטיים, ובראש ובראשונה – לאינטרס של החולה ולזכויותיו, שהרי בסופו של יום הוא החש ונושא על גופו את תוצאות ההחלטה המתקבלת. על כן נקבע בפסיקתנו סטנדרט גילוי, המצוי גם בפסיקה אמריקנית והמקובל בקנדה ובאוסטרליה, המבוסס על צרכיו של המטופל הנדרש לגבש הסכמה לטיפול רפואי (פרשת ברמן נ' מור). (שם, 600).

עוד העיד ד"ר מלינגר כי בנסיבות המקרה דן היה על הרופא המטפל להפנות את הורי התובעת ליעוץ גנטי, כך:

"ש. האם זה נכון גם שכאשר יש הריון של אשה שידוע שהיא נשואה עם קרוב משפחה מדרגה ראשונה מקובל כדבר שבשגרה לעשות יעוץ גנטי?  
ת. מקובל עד מקובל מאד. חשוב להגיד שהיעוץ הגנטי במצבים כאלה הוא יעוץ לרוב פורמלי. כי הם לא יודעים מה לחפש אלא אם כן יש היסטוריה משפחתית. (פרו', 7.10.10, 34).

בעניין זה טען מומחה התובעת, ד"ר קלמן, באופן חד משמעי, כי ביעוץ גנטי היו בוחנים את היתכנות המום של רגל קלוטה, כדלקמן:

"ש. כשמפנים שני הורים שהם בני דודים ליעוץ גנטי, ואין שום מום ידוע ברקע המשפחתי אז זה כמו מחט בערימת שחת כדי למצוא את הבדיקה הרלוונטית, נכון.  
ת. נכון.  
ש. לא סביר שאם הם היו פונים ליעוץ היו עושים להם בדיקה דווקא לגילוי רגל קלוטה?  
ת. ועוד איך כן. מאה אחוז שהיו בודקים. (פרו', 5.9.10, 25).

אני נותן אמון בדבריו אלו.



## בית המשפט המחוזי בירושלים

ת"א 3130-09 א' ק' ו' נ' שירותי בריאות כללית

15. הנתבעת בחרה לסמוך את הגנתה על המסמכים הרפואיים ולא הביאה את הרופא המטפל לעדות. משאין כל תיעוד רפואי על הפנייה לבדיקות שניתן לבצען במסגרת הרפואה הפרטית והפנייה לייעוץ גנטי, והרופא אשר טיפל באם התובעת לא הובא לעדות, יש לקבוע כי התובעת לא הופנתה כלל לבדיקות אשר באמצעותן טוענת היא שהיתה אפשרות לאבחן את המומים מהם סובלת התובעת וכן כי לא הופנתה לייעוץ גנטי.

16. מן המקובץ עולה שחובה היה על רופאי הנתבעת להגדיר היריון זה כהיריון בסיכון, ולא נעשה כך. כפועל יוצא מכך היה עליהם לשלוח את התובעת לבדיקת סקירת מערכות, וגם דבר זה לא נעשה. די בכך על מנת לקבוע כי נמנעה מהורי התובעת האפשרות לממש את האוטונומיה המוקנית להם ולקבל את החלטותיהם האישיות ובכך מתקיים היסוד של הפרת חובת הזהירות. זכות זו נמנעה עקב מחדלי רופאי הנתבעת.

17. בעניין זה יש להבהיר כי התובענה הוגשה על ידי התובעת בלבד והוריה אינם צד להליך זה. לפיכך גם אם הוכח שנפגעה האוטונומיה שלהם, זכות המקנה פיצוי נפרד מזכויותיה של התובעת (להרחבה ראו: סעיף 11 לפסק דינו של כב' השופט נ' הנדל בע"א 9936/07 מאיה בן דוד נ' ד"ר אייל ענטבי (אתר נבו, 22.2.11) בהסכמת כב' המשנה לנשיאה א' ריבלין וכב' השופטת ע' ארבל (להלן: "פרשת מאיה בן דוד"), הרי שאין בידי לפסוק להם פיצוי בגין כך.

### שאלת הקשר הסיבתי

18. משקבעתי שהתובעת הוכיחה כדבעי את מחדליהם של רופאי הנתבעת, וכן כי הוסכם על שיעורה של הנכות הרפואית, יש לבחון האם ישנו קשר סיבתי בין מחדלי הרופאים – אי גילוי המומים במהלך ההיריון, לבין נכותה של התובעת.

טרם אבחן את השאלות לגופן יש לציין שגם אם המקרה דנן היה מקרה מובהק של עמימות סיבתית, ואיני סבור כך, הרי שלאור הלכת מלול גם במקרה בו ישנה עמימות ביחס לקשר הסיבתי חלה על התובע החובה להוכיח את תביעתו בהתאם לעקרון מאזן ההסתברויות. לחלופין, ככל שמועבר נטל ההוכחה לכתפי הנתבעת, מוטלת עליה החובה להוכיח את היעדרו של הקשר הסיבתי או ניתוקו בהתאם לעקרון מאזן ההסתברויות.

### האם התובעת היתה מבצעת את הבדיקות אליהן היתה נשלחת?

19. השאלה הראשונה אותה יש לבחון בהקשר קביעת קיומו של הקשר הסיבתי הינה האם התובעת היתה מבצעת את הבדיקות אליהן אמורה היתה להישלח, לו היתה נשלחת ולו היו ניתנים לה כל ההסברים המתבקשים.

ביחס לשאלה זו נקבע בפרשת סידי כך:





## בית המשפט המחוזי בירושלים

ת"א 3130-09 א' ק' ו' נ' שירותי בריאות כללית

"השאלה הראשונה דומה לשאלה שהצגנו קודם, הנשאלת ברגיל בתיקי 'הסכמה מדעת' (האם החולה היה מסכים לטיפול אילו נמסר לו המידע הדרוש). מדובר בשאלה היפותטית הנוגעת לדרך שבה היה אדם מתנהג בנסיבות עובדתיות שלא התקיימו. שאלה זו התשובה עליה אינה קלה, והיא כרוכה לרוב בסוגיות של מהימנות העדויות, אך בסופו של יום בית המשפט נדרש לקבוע ממצא בעניין זה על פי מכלול נסיבות המקרה. במקרה שלפנינו אין ממצא של הערכאה המבררת בנוגע למרכיב זה של הקשר הסיבתי. יצוין כי על פי נסיבות המקרה היה ניתן אולי לטעון כי נגרם למערערים 'נזק ראייתי' משלא נתאפשר בירור עמדתם בנוגע לביצוע הבדיקה הנוספת. אלא שטענה זו התשובה לה אינה פשוטה בנסיבות היפותטיות שכאלה, ומכל מקום, גם היא צריכה בירור בערכאה המבררת תוך שמיעת טענות הצדדים." (שם, 606).

20. אני סבור כי התשובה לשאלה זו הינה שלילית, ולפיכך לא מתקיים כל קשר סיבתי בין מחדלי רופאי הנתבעת לבין המשך ההיריון ומומיה של התובעת. אפרט.

21. תחילה אציין כי אני סבור שבשאלה זו יש להעביר את נטל השכנוע לכתפי הנתבעת ולקבוע כי עליה להוכיח שגם לו היתה התובעת מופנית לבדיקות לא היתה היא פונה לבצען. אשוב ואדגיש כי ההכרעה בשאלה זו אינה מוחלטת וכי די בהוכחה מעבר ל-51%, על מנת לקבוע כי התובעת לא היתה מבצעת בדיקות אלו.

לסוגיית העברת נטל השכנוע במקום בו נגרם לתובע נזק ראייתי התייחס כב' המשנה לנשיאה א' ריבלין בדבריו בפרשת מאיה בן דוד הנ"ל, כדלקמן:

"לצורך העברת הנטל לפי דוקטרינת הנזק הראייתי, נדרש כי התרשלותו של הנתבע תשלול מן התובע את האפשרות להוכיח אחד או יותר ממרכיבי עילת התביעה. מקום בו חרף התרשלותו של הנתבע, עומדת לתובע האפשרות להוכיח את תביעתו – אין תחולה לדוקטרינת הנזק הראייתי (ראו: ע"א 9328/02 מאיר נ' לאור, פ"ד נח(5) 54, 64 (2004); ע"א 754/05 לוי נ' מרכז רפואי שערי צדק, פס' 9 לפסק-הדין ([פורסם בנבו], 5.6.2007); ע"א 679/08 סנפרוסט בע"מ נ' מוסכי צמח בע"מ, פס' 27 לפסק-הדין ([פורסם בנבו], 2.1.2011)). במקרה זה סבור אני כי הייתה למערערים אפשרות להוכיח מהי ההמלצה שהיו מקבלים במכון גנטי – למשל בדרך של עדות מומחה בתחום זה (אף כי הם בחרו שלא לממש את יכולת ההוכחה הזו). לפיכך אין מקום להעביר את נטל השכנוע לעניין זה, ויש לבחון מתוך ההנחה שנטל השכנוע מוטל על המערערים (התובעים בהליך המקורי)." (שם, פסקה 2 לפסק דינו של כב' המשנה לנשיאה א' ריבלין).

בפרשה זו בוצעה הבדיקה הנדרשת, אולם התובעת שם לא הופנתה לייעוץ גנטי. בנסיבות אלו סבר כב' המשנה לנשיאה א' ריבלין כי העובדות נשוא הייעוץ היו ידועות ולפיכך ניתן להוכיח, למצער על פי מאזן ההסתברויות, מה הייעוץ שהיה ניתן לתובעת. לפיכך קבע הוא שאין מדובר בנזק ראייתי המצדיק את העברת הנטל.



## בית המשפט המחוזי בירושלים

ת"א 3130-09 א' ק' ו' נ' שירותי בריאות כללית

22. סוגיית העברת נטל השכנוע כאשר לא בוצעה בדיקה נדרשת נקבע כבר בע"א 9328/02 לאה מאיר נ' ד"ר דן לאור (אתר נבו, 22.4.2004) (המשנה לנשיא ת' אור בהסכמת הנשיא א' ברק והשופטת א' פרוקצ'יה), שם נקבע כך:

"העברת נטל השכנוע כאמור נעשתה, במרבית המקרים, כשהנזק הראייתי נגרם בשל רשלנות הקשורה בהעדרם של רשומות רפואיות כנדרש (להעברת נטל השכנוע בשל התרשלות בעריכת, שמירת ואופן רישום של רשומות רפואיות, לרציו שביסוד העברת הנטל והתפתחות הפסיקה בנושא זה, ראו ע"א 6948/02 פנטה אדנה נ' מדינת ישראל (טרם פורסם)). אך העיקרון שביסוד העברת נטל השכנוע מתפרש לא רק על מחדלים בעריכת רשומות רפואיות ובשמירתן כנדרש. הוא מתפרש גם על רשלנות בעלת אופי שונה, אשר גורמת לכך שנפגעת האפשרות של התובע להוכיח את עילת תביעתו. כך גם במקרה של רשלנות מצד הנתבע באי קיומן של בדיקות רפואיות, אשר לו בוצעו יכולות היו להצביע על הגורמים לנזק. רשלנות כזו גם היא עשויה להעביר את נטל השכנוע על שכמו של הנתבע." (שם, פסקה 13).

במקרה דנן מחדלי רופאי הנתבעת גורמים לכך כי כלל לא בוצעו הבדיקות והייעוץ. די באי ודאות זו על מנת לקבוע כי הנתבעת גרמה לתובעת נזק ראייתי ניכר ולפיכך יש להורות כי על הנתבעת להרים את הנטל להוכחת טענות ההגנה בשאלה האם היתה אם התובעת מבצעת בדיקות אלו לו היתה נשלחת אליהן.

23. על אף שאם התובעת טענה כי היתה פונה לביצוע כל הבדיקות אליהן היתה נשלחת, איני נותן אמון בדבריה ובדברי אב התובעת. אני סבור כי באופן בו התנהגה אם התובעת בהריונות שבאו לאחר לידת התובעת יש בכדי לשפוך את האור על האופן בו היתה נוהגת בהריונה של התובעת. כך ציינה אם התובעת בתצהירה:

"מטבע הדברים, אילו ידעתי שקיימות בדיקות נוספות או ברמה טובה יותר, כי אז הייתי פונה ומבקשת לקבל את השירות הרפואי המיטבי, גם אם הדבר היה כרוך בתשלום. יש להבין בעניין זה, שרצונה של אם הוא שיוולדו לה ילדים בריאים ומוצלחים. לכן, אילו ידעתי שקיימים ספקות או סימני שאלה ביחס לטיב השירות הרפואי שניתן לי במהלך ההיריון הנדון הייתי עושה כל שנדרש על מנת לעבור את הבדיקות הדרושות לשם איתור ואבחון מחלות ומומים בעובר מוקדם ככל האפשר." (שם, סעיף 6).

כך גם נכתב בתצהירו של אב התובעת.

24. על דברים אלו חזרה התובעת גם בעדותה, והעידה לגבי יתר ההריונות:

"ש. האם את יודעת מה זה בדיקת חלבון עוברי והאם עשית פעם בדיקת חלבון עוברי?  
ת. בילדים הקודמים שלי לא עשיתי את זה, אבל עכשיו אני בהריון ובגלל המשפט אמרו לי שאני אעשה את הבדיקה הזאת כי אמרו שיש להם חששות שיהיו בעיות כמו עם התובעת.



## בית המשפט המחוזי בירושלים

ת"א 3130-09 א' ק' ו' נ' שירותי בריאות כללית

- ש. מי אמר לך את זה?  
 ת. בקופת חולים שיח' ג'ראח.  
 ש. אמרו לך שבגלל הבעיות עם התובעת תעשי את כל הבדיקות?  
 ת. התחילו להבהיר לי יותר בקשר לבדיקות אמרו שבגלל שתבעתי ולא ידעתי מהבדיקות האלה ועכשיו הם מבהירים מה הבדיקות האלה שצריך לעשות אותן.  
 ש. בפעם הראשונה שעשית חולבן עוברי היה בהריון החמישי בשנת 2010?  
 ת. פעם ראשונה דרשו ממני לעשות את זה.  
 ש. בשנת 2004 שהיית בהריון לא עשית חולבן עוברי?  
 ת. לא היו מסבירים לי מה הבדיקה הזאת, מה החשיבות של הבדיקה הזאת.  
 ש. האם עשית חולבן עוברי במהלך ההריון השלישי?  
 ת. לא וגם לא נדרש ממני לעשות את זה. רק בהריון החמישי עשיתי סקירת מערכות.  
 ש. וחולבן עוברי לא עשית בהריון החמישי?  
 ת. חושבת שעשיתי את הבדיקה הזאת המשולשת. (פרו', 5.9.10, 7).

ביחס לד"ר ג'ועבה העידה התובעת כי הוא מטפל בה החל מההיריון השלישי וכי היחסים ביניהם טובים (שם, 9). ביחס לאופן המעקב על ידו בהריונות הבאים העידה כך:

- ש. אני רואה ברישומים של קופת חולים, בהריון השלישי, 4.11.04, דף 39 לתיק הרפואי, רשום שעשית חולבן עוברי ב- 4.11.2004. אז אולי את רוצה לשנות את התשובה שאמרת מקודם שלפני ההריון החמישי לא עשית חולבן עוברי?  
 ת. אף פעם לא נדרשתי לעשות את הבדיקה הזאת, גם לא בהריון החמישי. הבדיקה המשולשת זה הנפחות ברגליים. (שם, 9).

וביחס לידיעתו של ד"ר ג'ועבה לגבי מצבה של התובעת, העידה אם התובעת כך:

- ש. כשאת ביקרת אצל ד"ר ג'ועבה לראשונה סיפרת לו על הבעיות שיש לתובעת?  
 ת. סיפרתי לו אבל לא זוכרת אם בפעם הראשונה או מתי. בלידה של [REDACTED] לא. אבל בלידה הזאת סיפרתי על הבעיה עם הבת שלי.  
 ש. ת. הבן הראשון שמו ח', השניה ו', השלישי א', הרביעי מ' ועכשיו אני בהריון החמישי.  
 ש. אם אני אומר לך שבנובמבר 2004 בהריון של א' ד"ר ג'ועבה רשם שלתינוקת השניה היו מומים בשלד, האם הוא רשם נכון או לא נכון? האם אמרת לו או לא אמרת לו?  
 ת. אתה מזכיר לי מלפני 6 שנים, יכול להיות שכן ויכול להיות שלא. הבן שלי א' בן 6 עכשיו. (שם, שם).

ביחס למצבה האישי כתוצאה מההתמודדות עם בתה הפגועה, העידה אם התובעת כך:

- ש. אם כן מדוע חשבת לספר לו על המומים של התובעת?  
 ת. בגלל שסבלתי מהמצב של התובעת, סבלתי המון ואני לא הבאתי לא' ישירות אחרי התובעת כי סבלתי נפשית, רק אחרי 5 שנים.  
 ש. האם זה נכון שבהריון עם א' חששת שייצא עוד תינוק עם מומים?  
 ת. בטח שאני פחדתי. (שם, שם).



## בית המשפט המחוזי בירושלים

ת"א 3130-09 א' ק' ו' נ' שירותי בריאות כללית

25. אם התובעת אף "שכחה" על דוכן העדים את סירובה לבצע בדיקות שהוצעו לה בהיריון השלישי. אלו דבריה:

"ש. האם נכון שבהריון עם א' ד"ר ג'ועבה ביקש ממך לעשות סקירת מערכות ואת אמרת לו שאת לא רוצה?  
ת. לא זכור לי שהוא ביקש או לא ביקש." (שם, 9).

וכן:

"ש. האם היתה בדיקה במהלך ההריון עם א' שביקשו ממך לעשות בדיקה כלשהי ואת אמרת שאת לא מסכימה?  
ת. לא ביקש ממני הוא היה אומר לי שהבדיקות שלי בסדר ולא ביקש בדיקות אחרות וא' נולד בסדר גמור.  
ש. האם את עשית את כל הבדיקות שד"ר ג'ועבה הפנה אותך במהלך ההריון עם א'?  
ת. כל הבדיקות שדרשו ממני לעשות הייתי עושה. אבל אחרי הלידה של התובעת והתביעה התחילו לבקש ממני כל מיני סוגי הבדיקות שלא ידעתי מה הבדיקות האלה.  
ש. מתי התחילו לבקש ממך?  
ת. בהריון הזה שאני בו עכשיו בשנת 2010.  
ש. לפני כן, בהריון עם א' לא הציעו לך לעשות כל מיני בדיקות?  
ת. לא הפנו אותי ולא ביקשו ממני. בהריון הזה כן הפנו אותי לשיח' ג'ראח." (שם, 10).

משהתגלו הסתירות בדבריה, חזרה התובעת לגרסת השכחה, כדלקמן:

"ש. אמרת שבהריון החמישי הציעו לך לעשות את כל הבדיקות בגלל המשפט הזה והאם אמרו לך שכדאי שתעשי את כל הבדיקות כדי שתצליחי במשפט?  
ת. לא כדי לזכות במשפט אלא אנו לא רוצים להביא עוד ילד כמו התובעת.  
ש. ואם ד"ר ג'ועבה רושם בהריון עם א' 'הצעתי לך לעשות סקירת מערכות והגב' לא רוצה' אז הוא משקר?  
ת. בהריון הראשון והשני והשלישי והרביעי לא הזכירו את הבדיקות שאני עוברת אותן בהריון החמישי עכשיו. למה בהריונות הקודמים לא הפנו אותי לשיח' ג'אראח ולא הסבירו לי כמה חשוב הבדיקות ועכשיו כן עומדים על כך להסביר לי?  
ש. מקודם אמרת שאין לך מריבה עם ד"ר ג'ועבה. למה את חושבת שיכתוב דברים שאת אומרת שזה שקר?  
ת. אין לי מריבה איתו ואני לא זוכרת אם כן ביקש או לא ביקש. אבל לא נדרש ממני לעשות את הבדיקות שדורשים עכשיו." (שם, 10).

26. בהמשך, נשאלה אם התובעת ביחס להתנהלותה בהריונו של בנה הרביעי, אשר גם הוא נולד עם מום אורטופדי, ומעדותה עולה כי היא אכן ביצעה בדיקת סקירת מערכות בהריון זה (בניגוד לגרסתה הקודמת). כך העידה:



## בית המשפט המחוזי בירושלים

ת"א 3130-09 א' ק' ו' נ' שירותי בריאות כללית

ש. בהריון הרביעי של מ', ד"ר ג'ועבה אמר לך שיש בדיקות נוספות שניתן באמצעותן לאתר מומים בעובר וניתן לעשות אותן באופן פרטי?  
ת. לא.  
ש. את בטוחה שלא?  
ת. לא. כשבאתי לו את תוצאות סקירת המערכות הוא אמר שזה לא גורם סכנה.  
ש. תוצאות שעשית בהריון עם מ'?  
ת. כן.  
ש. אז עשית בהריון עם מ' סקירת מערכות, ומה אמרו לך שהכל בסדר?  
ת. אמרו שיש חור אבל זה לא גורם סכנה. (שם, 11).

כן עולה מדבריה כי כלל לא הסבירו לה את פשר הממצאים שנדגמו בבדיקת סקירת המערכות ובוודאי שלא הפנו אותה להמשך בירור ובדיקות נוספות, אלו דבריה :

ת. ד"ר ג'ועבה אמר שיש חור, החוליות באות אחת מעל השניה והחור בצורת משולש, וזה לא גורם סכנה וגמרנו את הסיפור בתשובה זו שזה לא גורם סכנה, ולא יגרום לו בעיה כמו אחותו.  
ש. האם נכון שהציע לך שבגלל שהתוצאה של סקירת המערכות לא טובה ללכת לעשות אם אר איי שאפשר לראות יותר טוב מה יש לעובר?  
ת. אף אחד לא אמר לי שסקירת מערכות לא בסדר.  
ש. אחרי הסקירה בהדסה הפנו אותך לאם אר איי בהדסה?  
ת. לא זכור לי, אך אני לא חושבת שהפנו.  
ש. אני אומר לך שב – 11.12.07 בשעה 15:21 ד"ר ג'ועבה רשם 'ייעצתי לגב' לעשות אם אר איי וייעוץ גנטי והיא סירבה'. מה את אומרת?  
ת. באיזה שנה?  
ש. ב – 11.12.07 בהיריון של מ'?  
ת. בדיקה גנטית אף פעם לא הפנו אותי. את הייעוץ הגנטי הכרתי רק בהיריון הנוכחי. (שם, 12).

27. כל האמור בעדותה של התובעת נסתר בתצהירו ובעדותו של ד"ר ואליד ג'ועבה, ואני נותן אמון בדבריו בין היתר משום שדבריו נתמכים בתוכן תיקה הרפואי של אם התובעת, תיעוד מזמן אמת.  
כך ציין בתצהירו :

"ביום 28.11.2004, שבוע 21.6 להיריון, הפניתי את ר' לסקירת מערכות. הסברתי לה כי הסקירה חשובה בגלל המומים מהם סבלה הבת השניה והאפשרות שמדובר במום גנטי שעשוי להישנות אצל צאצאים נוספים. היא מסרה לי כי אין בכוונתה לבצע סקירת מערכות, והדבר תועד על ידי ברשומה הרפואית." (סעיף 5 לתצהיר).

ואכן, ברשומה הרפואית מיום 28.11.2004 נכתב כך :

"SECOND BABY HAD SKETAL CONGENITAL MALFORMATION.  
REFUSED TO HAVE DETAILED ULTRASOUND"



## בית המשפט המחוזי בירושלים

ת"א 3130-09 א' ק' ו' נ' שירותי בריאות כללית

28. את מהלך ההיריון הרביעי, בהתייחס לסוגיית הבדיקות הנוספות, תיאר ד"ר ג'ועבה בתצהירו כך:

6. בשנת 2007 הרתה ר' בפעם הרביעית. מעקב ההריון החל בשבוע 6 וסווג כהיריון בסיכון גבוה. ביום 23.10.2007 הפניתי אותה לסקירת מערכות ולתבחין משולש (triple test). את התבחין המשולש היא לא ביצעה.

7. בסקירת מערכות מורחבת מיום 6.12.2007 (שבוע 22 להריון) נצפה מום בעמוד השדרה מסוג Dorsal Hemivertebra. זהו מום אורטופדי קשה. מדובר בהתפתחות פתולוגית של חוליות עמוד שדרה, אשר רק מחצית מכל חוליה מתפתחת.

8. לאור הממצא בסקירת המערכות, המליץ מבצע הבדיקה להפנות לבדיקת MRI עוברי, שהיא בדיקה רגישה יותר, המאפשרת לבחון ביתר דיוק את מבנה וחומרת המום. כן המלצתי לגברת לפנות לייעוץ גנטי.

9. בביקורה במרפאתי בתאריך 11.12.2007 הסברתי לר' את החשיבות בביצוע הבדיקות הנ"ל, אולם היא מסרה כי היא מסרבת לבצען וציינה כי בכוונתה להמשיך בהריון בכל מקרה, למרות המום ממנו סובל העובר ולמרות המום של בתה. הדברים צוינו על ידי ברשומה הרפואית. אילו הבדיקות היו מתבצעות הייתי מקבל את תוצאותיהן ומיודע על ביצוען ע"י ר' במהלך ביקורה הבאים."

ואכן ברשומה הרפואית נכתב במפורש כפי שמצהיר ד"ר ג'ועבה (עמ' 43 לנספח ב' לתצהירו).

29. חיזוק לסיפא דבריו בסעיף 9 הנ"ל מתקבל מתצהירו ועדותו של מר יורם סגל, המנהל האדמיניסטרטיבי במחוז ירושלים של הנתבעת, מהם עולה כי כל בדיקה המבוצעת בקופת החולים או במימונה של קופת החולים – באמצעות הפניה והתחייבות – מתועדת. בנספחי תצהירו של מר סגל אין כל תיעוד לביצוע הבדיקות אליהן הופנתה אם התובעת על ידי ד"ר ג'ועבה.

30. בחקירתו, עמד ד"ר ג'ועבה על עמדתו כי הסביר לתובעת את מהות הבדיקות ולא רק הציג לה לבצע בדיקות שאין מבינה מהן, וכך העיד על עצמו:

"ת. לא רשמתי בתיק, אבל הסברתי לה. מי שעובד בדרך נכונה ויודע מה הוא עושה אז בטוח שהוא הסביר את זה נכון." (שם, 17).

ב"כ התובעת הקשה על דבריו של ד"ר ג'ועבה וטען כי התנהלותה הלא עקבית של התובעת מעידה על כך שלא הבינה נכוחה את מהות הבדיקות, אולם ד"ר ג'ועבה שלל אפשרות זו גם כן מתוך הסתכלות על התנהגות אם התובעת. כך העיד:

"ש. שאלנו אותה פה והיא אמרה שתבחין משולש היא הבינה שזו בדיקה שבודקים אם יש לה בצקות ברגליים?  
ת. אני לא חושב שהיא אמרה נכון. היא הלכה לשיח גראח ושילמה 48 ₪ ועשתה בדיקת דם וחיכתה שלושה שבועות ובאה אליי עם התוצאות היא עשתה את זה ב – 4.11.04 בהיריון של 2007 היא



## בית המשפט המחוזי בירושלים

ת"א 3130-09 א' ק' ו' נ' שירותי בריאות כללית

סרבה עשות את הבדיקה ב- 2010 אני חושב שהיא עשתה את זה.  
(שם, שם).

עוד שאל ב"כ התובעת את ד"ר ג'ועבה לגבי התנהגות מצופה מאשה שכבר ילדה ילד פגוע, כדלקמן:

ש. מניסיוןך ההתנהגות של הנשים, אישה שחוותה כבר לידה של ילד עם מום שהוא בעייתי, היא נזהרת יותר מהאפשרות שזה יקרה שוב?  
ת. מניסיוני יש הרבה הבדל בין אנשים. יש כאלה חולים שיש להם ילדים עם נכות ומסרבים לעשות את כל הבדיקות כי אומרים שזה מאלוקים וזה מקובל עליהם ויש כאלה שאומרים שיש בעיה עם התינוק ומקובל עליהם והתינוק יכול לחיות עם הבעיה ויש כאלה שמעוניינים לעשות את הבדיקות כי יש להם מחשבה להפיל את ההריון. (שם, 19).

דווקא ביחס לכך אני מקבל את כיוון מחשבתו של ב"כ התובעת ואת ההיגיון העומד בבסיסה, ואני סבור שאכן מצופה מאישה אשר כבר ילדה ילד פגוע לנקוט בכל דרך אפשרית על מנת לברר כי לא יקרה כך בשנית. במקרה דנן אני סבור שהיעדר עקביות אינו מעיד על חוסר הבנה אלא על חוסר נכונות, כפי שמעיד ד"ר ג'ועבה.

לסיכום עדותו של ד"ר ג'ועבה חשוב לציין כי הוא אינו עובד של התובעת.

31. כאמור, איני נותן אמון בעדותה של התובעת, אשר היתה מלאת סתירות ושכחה, אולם מנגד עדותו של ד"ר ג'ועבה היתה קוהרנטית ונסמכה על תיעוד רפואי מזמן אמת. לאור כך, אני קובע שהנתבעת הרימה את הנטל להוכיח את טענתה שבהריונות שבאו לאחר לידת התובעת דנן בחרה התובעת להימנע מביצוע הבדיקות אליהן היא נשלחה.

בנסיבות אלו אני סבור שהורם הנטל להוכחת הטענה שהתובעת לא היתה פונה לביצוע הבדיקות במהלך ההיריון של התובעת, גם לו היו מוסברים לה השיקולים לביצוע בדיקות אלו והיא היתה נשלחת לבצען. יש לדון זאת בקל וחומר – אם כאשר התובעת ידעה כי ישנו סיכון ללידת ילד פגוע הואיל וכבר נולדה לה בת פגועה, ועל אף זאת היא סירבה לבצע את הבדיקות הנדרשות, ברור ומובן כי בהיעדר "גורם הרתעתי" שכזה לא היתה התובעת מבצעת את הבדיקות.

די באמור לעיל על מנת לדחות את תביעת התובעת בעילה של הולדה בעוולה, אולם אתיחס בקצרה גם ליתר רכיבי הקשר הסיבתי.

### האם בבדיקות אלו היו מתגלים המומים מהם סובלת התובעת?

32. השאלה השניה הנדרשת לבירור הינה האם היו מתגלים המומים לו היו מבוצעות הבדיקות.



## בית המשפט המחוזי בירושלים

ת"א 3130-09 א' ק' ו' נ' שירותי בריאות כללית

לאופיה של שאלה זו התייחס בית המשפט בפרשת סידי כך :

"השאלה השנייה היא בעלת אופי אחר. היא הסתברותית, סטטיסטית מטיבה: מהי ההסתברות לגילוי פגם של חסר כף יד בסקירת מערכות המתבצעת במסגרת הרפואה הפרטית? למעשה, השאלה המתעוררת כאן עניינה 'אבדן סיכויי גילוי מחלה', על משקל הדוקטרינה המוכרת של 'אבדן סיכויי החלמה'. לגבי זו האחרונה, נראה כי הרעיון העומד מאחוריה הוא קביעת ראש נזק של 'אבדן סיכויי החלמה', כאשר על התובע להראות כי נתקיימו יסודות העולה בנוגע לראש נזק זה. הדוקטרינה אינה סוטה, על פני הדברים, מן הכלל הרגיל של 'הכול או לא כלום', שכן היא מחייבת את התובע להוכיח, במאזן ההסתברויות, כי הנתבע גרם ברשלנות לנזק מן הסוג האמור, ומשנקבע שכך הוא, החבות נסבה על הנזק כולו (ע"א 7469/03 המרכז הרפואי שערי צדק נ' כהן, 17.4.2005). (שם, 606).

33. ראשית יש להידרש לטענת הנתבעת כי ישנו פער במומחיות בין המומחים. לדברי הנתבעת, המומחה מטעמה עוסק בביצוע בדיקות האולטרסאונד ובפיענוחן. בניגוד אליו, המומחה מטעם התובעת שימש כרופא בקהילה ורק הפנה את הפונות אליו לביצוע הבדיקה. לפיכך, בכל הקשור לממצאים הניתנים לגילוי בבדיקות אלו, יש לבכר את חוות שדעתו של ד"ר מלינגר. טענה זו של הנתבעת מקובלת עליי, ואכן ישנו פער מקצועי בין המומחים, וככל שישנה מחלוקת ביניהם יש להעדיף את עמדתו המקצועית של ד"ר מלינגר.

34. טענתו של ד"ר מלינגר הינה כי העובדה שלא זוהה שום מום בלידתה של התובעת אלא לכל המוקדם חודשיים לאחר לידתה, מחייבת את המסקנה כי לא ניתן היה לאתר את המומים בבדיקות במהלך הלידה. ד"ר קלמן סבור כי ניתן היה לאתר מומים אלו במהלך ההיריון, הואיל ומדובר במומים בולטים.

35. במסגרת השאלה השנייה, ישנן שתי שאלות הדורשות הכרעה :  
1. האם, **ככלל**, ניתן לזהות את מומים מהם סובלת התובעת במהלך ההיריון, בבדיקת האולטרסאונד או בבדיקות נוספות?  
2. האם, **במקרה דנן**, ניתן היה לאבחן מומים אלו?

36. להכרעה בשאלה האם ניתן לאבחן מומים מהסוג מהם סובלת התובעת בבדיקת סקירת מערכות, די להפנות לעדותו של המומחה מטעם הנתבעת, ד"ר מלינגר, שהעיד כך :

"ש. זה יהיה נכון לומר ששיטת העבודה של רופא שעושה אולטרסאונד בצורה מקצועית שמרגע שהוא גילה מום אחד, הסקירה הופכת להיות מורחקת ומכוונת באופן מיידי מתוך הבנה לצפיה שיימצאו מומים נוספים?  
ת. זה נכון. לצערי המום הקשה לאתרו זה המום השני. אבל זה נכון, ברגע שאתה רואה שמהו לא בסדר החושים שלך יותר חדים.





## בית המשפט המחוזי בירושלים

ת"א 3130-09 א' ק' ו' נ' שירותי בריאות כללית

- ש. הסיבה לכך היא שבדרך כלל המומים לא באים בבודדים אלא שהם באים בקבוצה נכון  
ת. לא. לרוב לא. לרוב מומים הם בודדים.  
ש. אבל לעיתים בקבוצה?  
ת. תלוי איזה סוג.  
ש. דווקא בנושא שלד שיש מום שלד, שם היתה מצפה יותר למומים נוספים לשלד לאחר שגילית את הראשון.  
ת. בכל מום ההתייחסות אותו דבר. כשרואים מום ראשון, אתה צריך לחפש את הנוספים, זה אולי החלק הקשה של המקצוע שאתה אף פעם לא בטוח שלא פיספסת משהו.  
ש. כל מה שדיברנו עד כה מתאים לזמן הרלוונטי למשפט הזה דהיינו שנים 99 ושנת 2000?  
ת. ואני מוסיף, אם מדובר ברופאים שהם מומחים מאוד מיומנים. באולם שנים כמות המומחים כאלה בארץ היתה מצומצמת מאוד." (פרו', 7.10.10, 34).

בהמשך דבריו אישר ד"ר מלינגר את טענת התובעת כי בבדיקה שגרתית ניתן היה לאתר לפחות את אחד המומים, עובדה אשר חייבה את המשך החיפוש המדוקדק של יתר המומים מאותו הסוג – מומי השלד, כדלקמן:

- ש. לכן נכון לומר שאת המום בעמוד השדרה אותו איחוי של חוליות שיש במקרה הזה אפשר היה לאבחן בסקירת מערכות של השליש השני של ההריון?  
ת. יש סיכוי לכך.  
ש. האם נכון לומר שגם בסקירת המערכות של השליש השני רופא שמזהה מום אחד צריך לנהוג על פי הנוהל של בדיקה יותר מכוונת ומורחבת כדי לתאם מומים נוספים?  
ת. כן." (שם, 36).

אכן, ד"ר מלינגר טוען כי גם אם היו מבצעים בדיקה מורחבת והמכוונת לא היו מאבחנים את המום בשכמות הואיל וגם בבדיקה מורחבת לא בוחנים את השכמות אלא את "השלד בכללותו" (שם, 37), אולם איני סבור כי תשובה זו עולה בקנה אחד עם יתר דבריו בעדותו. מבחינה נורמטיבית יש לקבוע שחובה על הרופא המודע לקיומו של פגם בשלד של העובר להקדיש עוד מספר דקות על מנת לבחון כראוי את 'כלל השלד' ולא את 'השלד בכללותו'. אי ביצוע הבדיקה באופן הזה אינה יכולה להיחשב לטיפול ראוי והולם.

כמו כן, בעדותו אישר במפורש ד"ר מלינגר כי את מרבית המומים ניתן לאבחן באמצעות הבדיקות במהלך ההריון (פרו', 7.10.10, 33, 37), ככל שאכן היו קיימים ולא התפתחו בשלב מאוחר יותר, אולם הוסיף כי אחד המומים – המום על שם ספרנגל – הינו מום נדיר ביותר שעל פי הספרות אובחן פעם אחת בלבד באמצעות בדיקת אולטרסאונד. על כך משיבה התובעת כי את המום הנדיר ניתן לאבחן בצילום רנטגן, וזה היה צריך להיעשות ככל שהיה מתברר כי היא סובלת ממומים שלדיים.



## בית המשפט המחוזי בירושלים

### ת"א 3130-09 א' ק' ו' נ' שירותי בריאות כללית

37. על אף האמור, לשאלה האם ניתן היה לאתר את מומיה של התובעת, בנסיבות המקרה דנן, אני סבור כי יש לענות בשלילה.

כאמור, בחוות דעתו סובר ד"ר מלינגר כי לא ניתן היה לאתר את מומיה של התובעת לאור העובדה שמומים אלו לא אותרו גם בבדיקות הפיזיקליות שבוצעו בבית החולים. חיזוק לעמדתו של ד"ר מלינגר מצוי בטופס השחרור של התובעת מבית החולים, בו לא צויין שום פגם בבדיקות הפיזיקליות שנעשו לה. אי גילוי המומים תמוה עוד יותר לאור קביעתו של ד"ר קלמן בחוות דעתו, בה הגדירם כמומים "גסים ומרובים" (שם, ע' 3).

התובעת טוענת כנגד מסמך זה, שרמתו המקצועית של בית החולים בו היא נולדה הינה ירודה ואין לסמוך על מסמך זה, אולם טענה זו נשארה כטענה בעלמא ולא הוכחה כלל. ברי כי טענה זו אינה באה בגדרי הידיעה השיפוטית ואף אינה מן המפורסמות.

38. מן המקובץ עולה אפוא, כי שני המומחים מסכימים שלו היו מומים אלו קיימים במהלך ההיריון באופן בו הם קיימים כיום, ולו היתה מתבצעת הבדיקות באופן ראוי, אזי ניתן היה לאבחנם במועד, אולם התובעת לא הרימה את הנטל להוכחת טענתה שרמתו המקצועית של בית החולים בו נולדה הינה ירודה ובכך לסתור את האמור בטופס השחרור, ודי בכך על מנת ליתן משנה תוקף לחוות דעתו של ד"ר מלינגר.

למען הסר ספק יובהר כי אף אמה של התובעת אישרה שהתובעת עברה בדיקות בבית החולים הסהר האדום, אולם לא נמצא בה כל מום (פרו', 5.9.10, 5).

לאור האמור אני סבור שהתובעת לא הרימה את הנטל שהוטל לפתחה להוכיח כי ניתן היה לאתר את מומיה בבדיקות במהלך ההיריון, לו היו מבוצעות אלו, ומאחר שדבר זה ניתן להוכחה באמצעות חוות דעת של המומחים לדבר, אין לקבוע שהנטל הועבר אל כתפי הנתבעת.

### האם התובעת היתה מבצעת הפסקת היריון?

39. השאלה השלישית הנדרשת לצורך גיבושו של הקשר הסיבתי, הינה האם התובעת היתה מבצעת הפסקת היריון.

בפרשת סידי הוגדרה שאלה זו כך:

**"שאלת הקשר הסיבתי השלישית מעלה את טענת 'טוב מותי מחיי' (הולדה בעוולה). סוגיה זו נתבררה בבית משפט זה בע"א 518/82 זייצוב נ' כץ, ונשמעו בעניינה עמדות שונות." (שם, 607).**

40. הנתבעת טוענת כי מהעובדה שהורי התובעת הינם אנשים מאמינים, מוסלמים, יש להסיק כי בכל מקרה הם לא היו פונים לביצוע הפלה.



## בית המשפט המחוזי בירושלים

ת"א 3130-09 א' ק' ו' נ' שירותי בריאות כללית

שני הוריה של התובעת וכן ד"ר ג'ועבה העידו במפורש שבנסיבות המתאימות אין איסור באיסלאם על ביצוע הפסקת היריון. די בכך על מנת לדחות את טענת הנתבעת, אשר נטענה ללא כל סימוכין. אולם גם ללא עדויות אלו איני סבור כי ניתן לקבוע את התנהגותו של הפרט רק על פי שיוכו המגזרי והמגדרי. דרך זו נשללה בהלכת ריס אבו חנא (ע"א 10064/02 "מגדל" חברה לביטוח בע"מ נ' ריס אבו חנא (אתר נבו, 27.9.05)) ובשאר פסק הדין שבאו בעקבותיה, ונקבע לא אחת כי אין לקבוע את מתווה חייו של ניזוק, ובמקרה דנן את ההחלטות שהיה מקבל, רק על בסיס השיוך הדתי או המגזרי.

41. לנוכח האמור לעיל, איני נדרש להכריע במחלוקת האם ראוי לו למקרה דנן להיכנס תחת כנפיה של עילת ההולדה בעוולה: האם יש לנקוט בשיטת כב' השופטת בן פורת וכב' השופט ד' לויין בפרשת זייצוב, ולבחון האם די בנכותה של התובעת בכדי לגבש את טענת "טוב מותי מחייו", או שמא ללכת בדרך בה הלכו כב' השופטים ברק ושי' לויין, ולקבוע כי יש לפצות את התובעת על פי שיעור נכותה, גם אם טוב לה שנולדה וטובים חייה ממותה. שאלות כבדות משקל אלו עתידות להידון על ידי בית המשפט העליון בהרכב מורחב (על פי החלטת כב' הנשיאה ד' ביניש מיום 3.10.11 בע"א 1326/07 ליאור המר נ' פרופ' עמי עמית והתיקים שאוחדו עימו (ע"א 572/08; ע"א 8776/08; ע"א 2600/09; ע"א 2896/09; ע"א 3856/09; ע"א 3828/10) וכן הוקמה ועדה מיוחדת במשרד המשפטים על מנת לקבוע את היקפה של עילה זו.

אציין שבתחום זה דן הספר "הזכות לחיים ללא מום", בעריכת יונתן דיוויס ואברהם סהר (2007), בו קובצו מאמרים רבים ומלומדים הבוחנים בין היתר אף את סוגיית ההולדה בעוולה הן מהפן המוסרי, הן מהפן המדעי והן מהפן המשפטי. בהקדמתו לספר זה, כותב כב' השופט (בדימוס) י' טירקל כך:

**"דומה שכל מילה ומילה בשמו של הספר שלפניכם – 'הזכות לחיים ללא מום' – עומדת בלב מערבולת מסתחררת של שאלות, שכל אחת מהן גוררת אחריה שובל של שאלות נוספות..."**

כב' השופט טירקל סבור שספק אם ניתן להשיב על שאלות אלו.

על אף האמור, פטור בלא כלום איני יכול, ולפיכך אציין כי מקובלת עליי הכרעתה של כב' הנשיאה ב' גילאור בת"א (מחוזי, חי') 259/02 פלוני נ' מדינת ישראל (אתר נבו, 2.12.07), אשר העדיפה את עמדתם של כב' השופטים ברק ושי' לויין על פני עמדת השופטים בן פורת וד' לויין (כן ראו פסק דינו של כב' השופט י' ענבר בת"א (מחוזי, י-ס) 6018/04 פלוני (קטין) נ' שירותי בריאות כללית (אתר נבו, 1.5.11)). משהוכחו יסודות עוולת הרשלנות שוב אין לדוק עם הניזוק באם טוב לו בחייו אם לאו, וברי כי אין כל אפשרות מעשית לבחון תחושה סובייקטיבית זו.



## בית המשפט המחוזי בירושלים

ת"א 3130-09 א' ק' ו' נ' שירותי בריאות כללית

### הנזק

42. מאחר שדין התביעה להידחות אין אני נזקק להערכה מפורטת של שיעור נזקה של התובעת.

על אף האמור, בבחינת מבט בסוגיה זו ממעוף הציפור, בהתחשב בכך שאני סבור שישנו פער ניכר בין נכותה הרפואית של התובעת לבין שיעור הגריעה מכוסר השתכרותה ובהתחשב בפגיעה המינורית בניידותה ובסיוע לו היא תידרש במהלך חייה, אני סבור, בין היתר לאור תחשיבי הנזק, כי פיצוי בסך של 1,450,000 ₪ (לפני ניכויים) הולם את נסיבות הליך זה. מסכום זה יש לנכות את התגמולים אותם עתידה התובעת לקבל מאת המוסד לביטוח לאומי בגין נכותה החל מהגעתה לגיל 18.

### תוצאה

43. איתרע מזלה של התובעת, ולאור קרבת הדם שבין הוריה נולדה היא עם מומים אורטופדיים אשר ילוו אותה למשך כל ימי חייה. התובעת הוכיחה כי במהלך הריונה התרשלו רופאי הנתבעת בביצוע מעקב ההיריון, אולם לא עלה בידה להוכיח קיומו של קשר סיבתי בין מחדל זה לבין אי ביצוע הפסקת ההיריון וחייה במומה.

לאור כך דינה של התביעה להידחות.

בנסיבות העניין כל צד יישא בהוצאותיו.

ניתן היום, ב' כסלו תשע"ב (28 נובמבר 2011), בהעדר הצדדים.  
המזכירות תשלח עותק פסק הדין לב"כ הצדדים.

י. שפירא

יוסף שפירא, שופט