

בית המשפט המחוזי בחיפה

ת"א 831-08 דהן הדסה חיה נ' מדינת ישראל ואח'

תיק חיצוני:

בפני כב' השופט מנחם רניאל

תובעת דהן הדסה חיה ת.ז. XXXXXXXXXX (קטינה)
 באמצעות אמה אושרה דהן ת.ז. x-57065872
 ע"י ב"כ עו"ד מירון קין

נגד

נתבעת 1. מדינת ישראל – משרד הבריאות
 2. עיריית תל-אביב
 ע"י ב"כ רוזן - זינגר

חקיקה שאוזכרה:

[חוק העונשין, תשל"ז-1977](#)[פקודת הנזיקין \[נוסח חדש\]](#)[חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו](#)[חוק זכויות החולה, תשנ"ו-1996](#)[חוק בתי המשפט \[נוסח משולב\], תשמ"ד-1984](#)[תקנות הביטוח הלאומי \(קביעת דרגת נכות לנפגעי עבודה\), תשט"ז-1956](#)**פסק דין****א. מבוא**

1. הדסה חיה דהן (להלן: "התובעת"), שנולדה בניתוח קיסרי בשבוע ה-28 להיריון, ביום 9.1.02, סובלת מלידתה משיתוק מוחין חלקי בינוני מסוג SPASTIC DIPLEGIA (דיפלגיה ספסטית). תביעה זו מבוססת על טענת התובעת, שהנתבעת לא יידעה את אמה אושרה דהן (להלן: "האם"), שאושפזה בשבוע 27 להריונה, על הסיכון לתחלואה המלווה בנכות קשה

או מוות שיכולים להיגרם לעובר בשל פגות קיצונית, ובכך נשללה מהאם הזכות לבקש את הפסקת ההיריון מוועדה להפסקת היריון. עוד נטען כי הנתבעת ועובדיה ביצעו באם ניתוח קיסרי, מבלי שהתקבלה הסכמתה כנדרש על פי דין, זאת למרות שניתן היה להימנע מניתוח קיסרי, ליילד את התינוקת במצג עכוז בגישה נרתיקית, ובכך להגדיל את הסיכויים למותה. בנוסף להפרת חובת הגילוי, היעדר הסכמה מדעת ופגיעה באוטונומיה מחדל זה של הנתבעת מקים, כך לטענת התובעת, עילות של תקיפה ושל הולדה בעוולה.

ב. מה שאינו שנוי במחלוקת

2. אם התובעת פנתה לראשונה לנתבעת ביום 28.12.01, ואושפזה עד אחרי הלידה ביום 9.1.02. אין לתובעת כל טענות לגבי הטיפול בה לאחר הלידה (ולהיפך, המומחה מטעמה שיבח את הטיפול שניתן לאם התובעת), ובהתחשב במועד שבה פגשה אמה לראשונה את הנתבעת, כל התביעה מבוססת על מה שקרה באותם 12 ימים שבין פנייתה של אם התובעת לנתבעת, לבין לידת התובעת.
3. ההיריון נשוא התביעה היה הריונה הראשון של אם התובעת שהיתה אז כבת 39. במרץ 2000 פנתה האם לרופא נשים בקופת חולים כללית בה היא חברה. רופא הנשים רשם כי האם **"בת 39 רווקה, מעוניינת להרות, שוללת הריונות. חבר בן 44 בהליכים. לזרע תורם. לבדיקות הכנה. תחזור עם תשובות"**. באפריל אותה שנה בוצעו לאם בדיקות כלליות והורמונליות וביוולי 2000 נכתב מכתב לבנק הזרע. על פי כרטיס מעקב ההיריון עולה כי מדובר בהיריון ספונטני, כשמעקב ההיריון החל בשבוע ה-9 במסגרת מרפאת קופת חולים כללית, ולא אצל הנתבעת.
4. כבר בתחילת מעקב ההיריון דווח, כי האם סבלה מעודף משקל משמעותי ויתר לחץ דם. כן סבלה האם מדימומים בתחילת ההיריון, כעולה מחופשות המחלה שנרשמו לה על ידי רופא המשפחה בתאריכים 21.8.01 ו-28.8.01, ובהמשך לא הייתה מסוגלת לעבוד במשך שלושה ימים (6.11.01).
5. לפני ובמהלך ההיריון עברה האם בירור גנטי מקיף, בדיקת דיקור מי שפיר ומספר בדיקות אולטרה-סאונד מיילדותי (סקירת מערכות מוקדמת בשבוע ה-15 וסקירת מערכות נוספת בשבוע ה-22), כשהבדיקות היו תקינות. בהערות סקירת המערכות מיום 21.11.01 נרשם כי קיים "קושי בהדגמת הלב עקב עובי הדופן- מומלץ אקו לב". כל אלה, לא אצל הנתבעת.
6. ביום 28.12.01 בשעה 3:54, בהיותה בשבוע 27+1 להריונה, פנתה האם לחדר מיון נשים בבית החולים סוראסקי בתל אביב (להלן: **"בית החולים"**) בתלונות בדבר ירידת מים משעה 20:3. בבדיקה נמצא כי צוואר הרחם היה סגור, אובחנה ירידת מים ברורה ללא סימני אמניוניטיס, ניטור ריאקטיבי, ועובר אחד במצב עכוז. בבדיקת אולטרה-סאונד שנערכה לאם נמצא מיעוט ניכר של מי שפיר. הערכת משקל אולטרה-סונוגרפית הצביעה על משקל עובר של 1,050 גרם ולפיכך הוחלט לאשפז את האם ביחידה להיריון בסיכון גבוה.

7. במהלך אשפוזה טופלה האם באנטיביוטיקה מונעת וצלסטון (סטרואידים) להבשלת ריאות העובר, בעודה תחת מעקב. לאורך אשפוזה לא היה חום אימהי, לא הייתה טכיקרדיה אמהית, ועל פי תרשימי המוניטור וביקורת אולטרה-סאונד לא הייתה מצוקה עוברית.

8. ביום 9.1.02 לפנות בוקר, כ-12 יום לאחר אשפוזה בבית החולים, החלה האם להתלונן על כאבי בטן. הבדיקות העלו כי האם נמצאת בלידה פעילה עם התרחבות של צוואר הרחם ולכן הוחלט על סיום ההיריון בניתוח קיסרי דחוף.

9. על התפתחות הלידה ניתן ללמוד מהרישומים בערב הלידה ואילך (נספח ו' למוצגי הנתבעת). ביום 8.1.02, לאחר ביקור בוקר שגרתי, כתב ד"ר ארז כרמון בביקור הערב:

**"ערב (28+5 w) תנ + צירים 0, דימום 0 טרם בוצע מוניטור הערב.
לדבריה היום בעת מתן צואה דם טרי (?) נבדקה באותו זמן ע"י
האחות: אין דימום וגינלי.
על הפד הפרשה ורודה, אין דימום. חום, דופק תקינים."**

10. ביום 8.1.02 בשעה 21:58 תיארה אחות בית החולים: **"בתחילת המשמרת התלוננה על הפרשה ורדית מווגינה. נבדקה ע"י ד"ר כרמון, ללא הוראות. נא לעקוב על דימום. נעשה ניטור עוברי פעמיים - ראקטיבי, פעילות רחמית לא סדירה... המשך מעקב"**.

11. מספר שעות לאחר מכן, ביום 9.1.02 בשעה 2:49, כתבה האחות:

**"אשה התלוננה על כאבים, חוברה למוניטור בשעה 02:10 ראקטיבי,
נצפו צירים סדירים, מים יורדים עם קרישי דם קטנים, נבדקה ע"י
ד"ר דויד..."**

12. ברישום רופא מאותו הזמן (ד"ר דוד מרגרט) נכתב: **"תנועות + PV צוואר פתוח ל-1.5 ס"מ כמעט מחוק. S-2"**. בהמשך בדק את האם גם הרופא הבכיר ד"ר אלי גבע בשעה 4:30: **"PV - 6 ס"מ, S-1, Breech עוברת לחדר לידה כעת"**. בהמשך ברישום מחדר לידה נכתב **"PV - 8-9 ס"מ עכוז נמוך. עוברת כעת בדחיפות לחדר ניתוח להרדמה כללית. הביעה את הסכמתה בעל פה להנתח"**.

13. על נסיבות הלידה כתב גם הצוות הניאונטלי (גיליון רפואי החל מה-9.1.02): **"בת של דהאן אשרה... מס' דקות טרם הניתוח הופעת צירים ופתיחת צוואר הרחם בבדיקה"**. בסיכום המחלה נכתב: **"לידה בשבוע 28 להיריון, בניתוח קיסרי דחוף עקב התפתחות לידה ומצג עכוז"**.

14. במהלך הניתוח הקיסרי שבוצע בסביבות השעה 5:00 הוצאה התובעת במשקל 1,245 גרם, משקל התואם את גיל ההיריון הכרונולוגי, במצג עכוז, ניקוד אפגר 7. בזמן הניתוח דווח על ריח רע שעלה מהשיליה, דבר שהעלה חשד לזיהום בחלל הרחם. בתרבויות שנלקחו מן השיליה צמחו חיידקי E.Coli.

15. בשל גיל ההיריון הצעיר (פגות קיצונית) נזקקה התובעת מייד עם היוולדה להנשמה באמבו ולאיינטובציה. תרבויות דם שנלקחו ממנה לאחר הלידה הדגימו זיהום בחיידקי E.Coli וסטרפטוקוק אצידומינימוס והתובעת טופלה באנטיביוטיקה.

16. בין התאריכים 9.1.02-6.3.02 אושפזה התובעת בפגיה במחלקת ילודים. מעקב מוח אולטרה-סונוגרפי הדגים התפתחות PVL (Periventricular Leukomalacia), תהליך דגנרטיבי של החומר הלבן במוח שהתבטא בקיומן של שלוש ציסטות בקוטר 6 מ"מ. התובעת שוחררה מבית החולים ביום 6.3.02, במשקל 2,635 גרם, והופנתה להמשך טיפול במכון להתפתחות הילד.

17. אין מחלוקת בין הצדדים שלא היה כל דופי בטיפול הרפואי שניתן לאם במהלך אשפוזיה בבית החולים, וכי הלידה המוקדמת הייתה בלתי נמנעת עקב פקיעת הקרומים המוקדמת, שגרמה לבואה לבית החולים. הטענה היחידה המועלת בכתב התביעה בעניין הטיפול שניתן (סעיף 9' לכתב התביעה), אך לא נזכרת בסיכומי התובעת, היא שהנתבעת התרשלה בכך שעובדיה לא נמנעו מביצוע ניתוח קיסרי. ב"כ התובעת טען בעל פה לפני שמיעת הראיות, כי במקום לבצע ניתוח קיסרי באם היה צריך **"לאפשר לעובר להיוולד בלידה נרתיקית כן שהוא ימות"** (עמ' 4 לפרוטוקול, שורות 27-28, ההדגשה שלי- מ' ר'). כלומר, הטענה היא שהיתה זו רשלנות מצד הרופאים לנסות לקיים את הלידה שהיתה עתידה להיוולד בהריון ראשון לאמה בת ה-39, והפרקטיקה הרפואית הנכונה היתה להגדיל את הסיכויים למותה של הלידה התובעת על ידי לידה נרתיקית. יש לציין, כי טענה זו, שזו היתה הפרקטיקה הנכונה והראויה, לא נתמכת בשום חוות דעת רפואית. אף רופא מומחה לא קבע שהעלאת הסיכוי למותה של התובעת בדרך זו היא הפרקטיקה הראויה, או המקובלת, וכי העלאת הסיכוי לחייה של התובעת על ידי ניתוח קיסרי היא רשלנות. אפילו המומחה מטעם

התובעת, ד"ר דן קלמן, מומחה לרפואת נשים ומיילדות (להלן: "ד"ר קלמן"), העיד, שלגבי עובר שמצגו עכוז ומשקלו פחות מ-1.5 ק"ג הדרך האופטימאלית לילדו היא בניתוח קיסרי. לדבריו, כפי שעולה מעדותו, "היה צריך לנתח את הגברת ברגע שהתפתחה פתיחה" (עמ' 18 לפרוטוקול, שורה 21). על כן, כבר בשלב זה, בהעדר ראיות לכך שזו הפרקטיקה הראויה או המקובלת, אני דוחה את טענת התובעת, שבצדק לא חזרה עליה בסיכומיה, לרשלנות מצד הנתבעת בעצם ביצוע הניתוח הקיסרי, במקום להגדיל את סיכויי מותה על ידי לידה וגינאלית.

18. אין מחלוקת בין מומחי התביעה וההגנה, שכאשר הגיעה אם התובעת לבית החולים, בשבוע 27+1 לאחר פקיעת הקרומי וירידת המים, היה ברור שהלידה צפויה בתוך שבועיים לכל היותר, אף אם ייעשו כל המאמצים לדחיית הלידה. כדברי ד"ר קלמן בחוות דעתו (ת/2 עמ' 3) "באותה עת (הגעת אם התובעת לבית החולים – מ.ר.) היתה צפויה לידת פג במשקל נמוך באופן קיצוני ובשלב מוקדם".

ג. ממה סובלת התובעת והגורם למצבה

19. לפי חוות דעתו של ד"ר ליאון הלר (ת/1), מומחה לרפואה פיזיקאלית ושיקום מטעם התובעת (להלן: "ד"ר הלר"), מיום 27.12.10, לאחר בדיקת התובעת ביום 23.12.10, התובעת סובלת משיתוק מוחין חלקי בינוני מסוג SPASTIC DIPLEGIA, עם דגש על פלג הגוף הימני. בהמשך, תחת הכותרת "תולדות המקרה", כתב (ת/1, עמ' 2):

"על פי הדוחות העומדים לרשותי אובחן כי הלידה סובלת מחולשה בארבעת הגפיים, כאשר הרמה הנה גבוהה יותר בגפיה התחתונות. היא החלה ללכת בגיל כשנתיים, בעזרת הליכון אחורי, שני סדים המורכבים בגפיים תחתונות בליווי מטפל.

נצפו גם בעיות בשפה, בעיקר בהיגוי, איטיות בלמידה ובכל הפרמטרים באבני הדרך. החולשה בגפיים העליונות ירדה, וכעת קיימת רק היפרמוביליות בכפות הידיים. כן התגבר הטונוס בגפיים תחתונות, התחילה ללכת בכיפוף הירכיים, ברכיים וקרסוליים, היא טופלה ע"י הזרקת בוטוקס, פיזיותרפיה 3 פעמים בשבוע, הידרותרפיה אך ללא תוצאות. בסוף 2008 עברה ניתוח להארכת גידים בירכיים, ברכיים ובקרסוליים דו-צדדי.

מבחינה שכלית, כיום נמצאת בכיתה ג' בבי"ס לחינוך רגיל, נעזרת ע"י סייעת ועקב קשייה בכתיבה ועמידה בקצב הלימוד, הוקצה לה באופן חריג מחשב אישי מטעם משרד החינוך."

20. ד"ר הלר כתב גם בסיכום חוות דעתו, כי ניכר פיגור בולט אצל התובעת בכל אבני הדרך, כשלפי בדיקתו היא סובלת מחולשה בארבעת הגפיים, הבולטת בעיקר בגפיה התחתונות, וכן מטונוס מוגבר מאוד מלווה החזרים ערים. עוד הוא מציין כי לתובעת צלקות בירכיים, בברכיים ובקרסוליים, בעקבות ניתוח להארכת גידים משנת 2008, וכי התובעת מסוגלת ללכת בעזרת הליכון אחורי והרכבת סדים קצרים בשתי רגליה. בתפקוד היומיומי נמצא כי התובעת עצמאית כמעט ברוב הפעולות היומיומיות, אולם היא זקוקה לעזרה קלה בגריבת גרביים, נעילת נעליים, הכנת אוכל והגשתו, היות והיא הולכת בעזרת הליכון. התובעת שולטת על הסוגרים, אך מדי פעם היא מאבדת שליטה עקב הקושי בהגעה לשירותים (ת/1, עמ' 3).

21. בכל הנוגע לסיבת הנכות ממנה סובלת התובעת קבע ד"ר הלר: **"הנכות והפגיעות המפורטות לעיל הינן תוצאה ישירה ואופיינית לנזקי פגות וזיהום בשעת הלידה. הללו נובעים מגיל ההריון המוקדם ומן המשקל הנמוך של התינוקת בשעת לידתה..."** (ת/1, עמ' 4). דברים דומים קבע גם המומחה לגניקולוגיה מטעם התובעת, ד"ר קלמן, בחוות דעתו מיום 8.6.08 (ת/2, עמ' 3):

"ילדה זאת סובלת מדיפלגיה ספסטית, וזאת כתוצאה ישירה מן הפגות, משקל הלידה הנמוך מאוד והחשיפה לזיהום בשל פקיעת הקרומים" (ההדגשה שלי- מ' ר').

22. המומחה לרפואת יילוד וגניקולוגיה מטעם הנתבעת, פרופ' יצחק בליקשטיין (להלן: **"פרופ' בליקשטיין"**) הסכים כי הסיבה לנזק הנוירולוגי ממנו סובלת התובעת היא הפגות (נ/5, מיום 14.4.09). כך כתב גם ד"ר אלי הימן, מומחה לנוירולוגיה ואפילפסיה בילדים מטעם הנתבעת (להלן: **"ד"ר הימן"**) בחוות דעתו: **"מדובר במקרה בו לא קיימת שום סיבה לנזקים הנוירולוגיים מלבד הפגות, והסיבה למצבה הנוירולוגי היא אותה פגות"** (נ/4, עמ' 4, ההדגשה שלי- מ' ר').

23. במילים אחרות, אין חולק כי התובעת סובלת משיתוק המוחין החלקי מסוג דיפלגיה ספסטית, והסיבה לכך היא הפגות עצמה, דהיינו עצם העובדה שהתובעת נולדה בלידה מוקדמת. כפי שפורט לעיל, הפנייה הראשונה של אם התובעת לנתבעת היתה לאחר פקיעת

הקרומים, והנתבעת אינה אחראית לכל מה שאירע לפני שפנתה אליה אם התובעת לראשונה. באותה עת, כאשר הגיעה אם התובעת לבית החולים, היה ברור שהלידה צפויה כך שהתובעת תיוולד במצב של פגות. אין ספק, שלפגות עצמה לא אחראית הנתבעת.

ד. רשלנות בשל הימנעות הנתבעת מהפסקת היריון או הפנייה לוועדה להפסקת היריון

24. התובעת טוענת, כי הצוות הרפואי התרשל בכך שנמנע מהפסקת ההיריון או מהפניית האם לוועדה להפסקת היריון. לטענת התובעת, בהתאם לנורמה הרפואית הראויה כאשר קיים סיכון למום גופני, על רופא סביר לצפות כי האישה לא תרצה להמשיך את ההיריון.

25. התובעת טוענת כי זכותה של האם על גופה ניזונה מערכי יסוד של חירויות הפרט והאוטונומיה האישית העומדת בבסיסו של האדם שלא להיות הורה בעל כורחו. גישה זו עולה לטענתה בקנה אחד עם הוראות סעיף 316 [לחוק העונשין](#), התשל"ז-1977 (להלן: "**חוק העונשין**"), המתיר הפסקת היריון בהתקיים התנאים הקבועים בו.

26. לטענת התובעת מתן הסבר על ידי רופאי בית החולים לאם, ללא הצגת האפשרות להפסקת היריון, הוא חלקי ובלתי שלם, ולפיכך היה צריך ליידע את האם על זכותה לסיים את ההיריון בכל דרך. לטענתה לא הייתה מניעה לאשר הפסקת היריון, ודי בכך שהאם הייתה למעלה מגיל 40, מה שמצדיק את הפסקת ההיריון בכל עת וגם ללא כל סיבה נוספת. ודוק, אין מדובר בטענה לפגיעה באוטונומיה של אם התובעת, שלא תבעה דבר בפני, אלא בטענה שאי הצגת האפשרות הזו בפני אם התובעת היא רשלנות כלפי התובעת.

27. מנגד, הנתבעת טוענת כי מלבד הסיבוך המיילדותי ממנו סבלה האם, לא נמצאה כל עדות לאינדיקציה רפואית כלשהי לפתולוגיה בעובר במהלך ההיריון. במצב זה, שבו אין כל אינדיקציה לפתולוגיה בעובר, האופציה הטיפולית היחידה הקיימת כשילדת מגיעה לבית החולים בהיריון שנכנס ל"שלב החיות" עם ירידת מים, הוא ניהול ממתין ("נוהל משמר"), שמטרתו להאריך את משך ההיריון, כל עוד חיי העובר והמטופלת אינם בסכנה.

28. לטענת הנתבעת, עמדת התביעה, כאילו בשל החשש מפגות היה מקום לשקול את המתת העובר-חרף העובדה שההיריון בשלבי החיות, וחרף העדר פתולוגיה בעובר, וחרף העדר מצוקה עוברית וחרף העדר סכנה כלשהי לבריאות האם- עומדת בניגוד לפרקטיקה המקובלת בעולם ובארץ ואינה מתיישבת עם קודים רפואיים ואתיים. כמו כן, התובעת לא הביאה, ולו ראייה אחת, להוכחת טענתה כי היה ראוי להפסיק או להציע להפסיק את ההיריון בשל ירידת המים בשלב זה של ההיריון.

29. הנתבעת טוענת כי הפסקת היריון בשל סיבוך מיילדותי, שהוא ירידת מים בשבוע 27, לא הייתה אז וגם היום אינה דרך שיש לנהוג בה. לא הוכח, שהרופאים התרשלו בהימנעותם

מהפסקת היריון יזומה או מהפניית האם לוועדה להפסקת היריון, שממילא לא הייתה מאשרת בנתונים אלה את הפסקת ההיריון והמתת העובר הבריא. נקיטת הנוהל המשמר הקטינה את הסיכון לשיתוק מוחין, והטיפול המסור והשמרני שהוביל את האם ללידה בשבוע 28-29 שיפר את סיכויי הישרדות התובעת. כאשר החלה הלידה, כבר לא ניתן היה לעצור אותה.

1.ד הפסקת היריון

30. לגישה של התובעת כאמור, הייתה מוטלת על הנתבעת חובה להביא להפסקת ההיריון או להפנות את אימה לוועדה להפסקת היריון על מנת שזו תאשר את הפסקת ההיריון. טענתה זו מתבססת על דברי המומחה מטעמה, ד"ר קלמן, שכתב בחוות דעתו שאילו הוסברו לאם התוצאות העלולות לנבוע מלידת ילד חי בתנאים הנתונים "כי אז הייתה בידי האישה האפשרות לבקש ולקבל אישור מיד להפסקת ההיריון. מבחינה רפואית ניתן לבצע את הפסקת ההיריון בכל שלב עד ללידה" (ת/2, עמ' 4). התובעת טוענת (בעמ' 3 לסיכומיה) שמחוות דעתו של ד"ר קלמן עולה כי מבחינה טכנית ניתן לבצע הפסקת היריון בכל רגע נתון בטרם הלידה.

31. ד"ר קלמן העיד כי טענותיו המובאות בחוות דעתו "לא מצוצות מהאצבע", אבל אישר בעדותו, שלא הפנה בחוות הדעת לספרות רפואית כלשהי התומכת בדעתו כי כך היה על רופאי הנתבעת לנהוג (עמ' 14 לפרוטוקול, שורה 19). מלבד התייחסות זו שלעיל, ד"ר קלמן לא הרחיב בחוות דעתו אודות סוגיית הפסקת ההיריון, האפשרות לבצעה והפרקטיקה הרפואית המחייבת ביצועה. לעומת זאת, מומחה הנתבעת פרופ' בליקשטיין, תיאר בהרחבה בחוות דעתו נ/5 אודות האפשרות להמתת עובר עקב ירידת מים בשבוע +27 להיריון והמתת עובר על פי החלטת ועדת-על אזורית להפסקת היריון. עוד לפני שאביא מחוות הדעת שהגישו הצדדים, אפנה לבחון את הסעיפים הרלוונטיים [לחוק העונשין](#) עליו מסתמכת התובעת.

2.ד אישור הפסקת היריון – המסגרת הנורמטיבית

32. בהתאם לסעיף 314 [לחוק העונשין](#), ניתן לבצע הפסקת היריון במוסד רפואי מוכר, אם ניתן לכך אישור מראש על ידי ועדה להפסקת היריון. התנאים למתן אישור הוועדה קבועים בסעיף 316(א) [לחוק העונשין](#) שזו לשונו:

”316. (א) הועדה רשאית, לאחר שנתקבלה הסכמתה המודעת של האשה, לתת אישור להפסקת ההיריון אם ראתה שיש הצדקה לכך מחמת אחת מאלה:

- (1) האשה היא למטה מגיל הנישואין, או מלאו לה ארבעים שנה;
- (2) ההיריון נובע מיחסים אסורים לפי החוק הפלילי או מיחסי עריות, או שהוא שלא מנישואין;
- (3) הוולד עלול להיות בעל מום גופני או נפשי;
- (4) המשך ההיריון עלול לסכן את חיי האשה או לגרום לאשה נזק גופני או נפשי;” (ההדגשות שלי- מ' ר').

33. התובעת טוענת בסיכומיה להתקיימותם של סעיפים 316(א)(1), 316(א)(3) ו-316(א)(4) לחוק העונשין שהצדיקו במקרה דנן את הפסקת ההיריון (עמ' 3 סעיף ג' לסיכומים מטעמה). באשר לתנאי שבסעיף 316(א)(1) לחוק העונשין, התובעת טוענת כי הגיל של האם, שהייתה לפי הטענה בת 41 שנים בזמן הלידה, היווה הצדקה, ללא כל תנאי או הגבלה נוספים, לאשר הפסקת היריון, ללא הגבלת המועד להגשת הבקשה וללא צורך בהסברים ו/או בנימוקים נוספים אחרים (עמ' 4 לסיכומי התובעת).

34. באשר לתנאים שבסעיפים 316(א)(3) ו-4) לחוק העונשין, התובעת טוענת כי גם המומחה מטעם התובעת לא חולק על כך שהעובר ברחמה של האם היה עלול להיות בעל מום גופני קשה, כפי שאכן התברר לאחר הלידה, וכי עקב סיכוני הזיהום, אם התובעת הייתה נתונה בסיכון קשה הכרוך בהמשך ההיריון, מה שמצדיק את הפסקת ההיריון.

35. אקדים את המאוחר ואומר כי התובעת לא התייחסה לכך שכאשר מדובר בהיריון שהוא מעל 23 שבועות, היריון בשלב החיות כמו במקרה דנן, הפנייה תובא לועדת-על אזורית להפסקת היריון, ולא לוועדה רגילה לפי חוק העונשין, כפי שעולה מהנחיות משרד הבריאות (נספח ד' למוצגי הנתבעת), ועל כך בהרחבה בהמשך. בעת חקיקת חוק העונשין בשנת 1977 האפשרות של הפסקת היריון בשלב החיות לא עמדה על הפרק, ועל כן החוק מתעלם מגיל ההיריון וקובע הסדר כוללני, קצר וחסר לביצוע הפלות.

36. בכל מקרה, גם אם הייתה סמכות לוועדה הרגילה להפסקת היריון, לא עלה בידי התובעת להוכיח כי בהנחה שאמה הייתה פונה לוועדה, זו הייתה מאשרת את הפסקת ההיריון. השאלה אם ועדה להפסקת היריון היתה מאשרת את הפסקת ההיריון היא שאלה עובדתית

שיש להוכיחה (ראה דברי בת"א (מחוזי חיפה) 1238/07 חורי נ' מכבי שירותי בריאות (פורסם בנבו, – ניתן 15.2.11, וכן [ת"א 259/02](#) (מחוזי חיפה – הנשיאה גילאור) פלוני נ' מדינת ישראל, [פורסם בנבו], ות"א 1338/97 (מחוזי ירושלים – השופט ע. חבש) ע' ס' נ' קופ"ח של ההסתדרות הכללית של העובדים, [פורסם בנבו] תק-מח 2009(2), 134). אין בידי לקבל את טענתה כאילו די בכך שמתקיים אחד מהתנאים שבסעיף 316(א) [לחוק העונשין](#) כדי להביא בהכרח לאישור הוועדה, הרשאית לאשר את הפסקת ההריון.

37. בכל הנוגע לסיכון חיי האשה בשל המשך ההריון (סעיף 316(א) [לחוק העונשין](#)), עולה מחוות דעתו של פרופ' בליקשטיין, שאני מקבלה, באשר לא נסתרה, לא בדברי ד"ר קלמן ולא בחקירתו הנגדית של פרופ' בליקשטיין, כי במקרה דנן "לא היה מצב שבו טובת העובר סיכנה את האם". פרופ' בליקשטיין ציין בחוות דעתו, כי אם התובעת התקבלה בבית החולים במצב של ירידת מים בשבוע 27+1, כשבמצב זה הסיכון ללידה מוקדמת קיצונית (פחות מ-32 שבועות) הוא וודאי. משעה שפוקעים קרומי מי השפיר מופיעה תקופה חבויה, שבסיומה מתפתחים הפלה (לפני שבוע 24) או לידה (אחרי שבוע 24), כמשך התקופה החבויה אינו ידוע מראש, אך הממוצעים נעים בין 12 ל-16 יום (נ/5, עמ' 4).

38. פרופ' בליקשטיין הסביר כי החשש הגדול מירידת מים הוא התפתחות זיהום המסכן את האם והעובר כאחד, כאשר הסיכון הוא המכתיב את ניהול המקרה (נ/5, עמ' 4-5):

1. אם חלה ירידת מים בסוף ההיריון- ממתניים 12-24 שעות להתפתחות לידה ספונטנית ואם לא מתפתחת לידה, אזי מפעילים לידה עקב החשש מזיהום.

2. אם חלה ירידת מים 2-3 שבועות לפני שהעובר בר-קיימא, יוזמים הפלה, שכן גם אם יחלפו 12-16 יום מאז ירידת המים- לא יגיע העובר לגיל היריון בר-קיימא.

3. אם חלה ירידת מים אחרי שהעובר בר-קיימא, מנהלים מעקב שמרני מתוך שאיפה "למשוך" את גיל ההיריון כמה שיותר. הלידה מתרחשת בצורה יזומה אם מתעורר זיהום או אם היא מתפתחת בצורה ספונטנית (או שניהם יחד). (ההדגשה שלי- מ' ר').

39. במקרה שבפנינו, המים ירדו במהלך השבוע ה-28 להיריון, שלב בו העובר הוא בר-קיימא, ועל כן הטיפול המקובל הוא טיפול שמרני, שמטרתו להאריך את משך ההיריון כמה שיותר (נ/5, עמ' 5). בהמשך חוות דעתו, קבע כי עם ירידת המים בהריונה של אם התובעת לא היה

מצב שבו טובת העובר סיכנה את האם, ולפיכך "לא נוצר ניגוד אינטרסים רפואי בין המשך החיים התוך-רחמיים של העובר לבין בריאותה של אם התובעת" (נ/5, עמ' 6). מכאן, שלא התקיימה העילה שבסעיף 316 (א) (4) [לחוק העונשין](#).

40. גם ד"ר דוד פאוזנר, מנהל מחלקת יולדות בבית החולים (להלן: "ד"ר פאוזנר") העיד: "אם בעת הראשונה יש זיהום אימהי, למרבה הצער, נילד את אותה אישה. אם אין זיהום נמשך כאמור במעקב תוך הקפדה יתרה על בדיקות עוקבות של האם האישה כדי לשלול התפתחות זיהום" (עמ' 40 לפרוטוקול, שורות 25-28). בעניין זה העידה גם ד"ר יסכה אשר-לנדסברג, שנמנתה על הצוות הרפואי שטיפל באם התובעת בזמן אשפוזה (להלן: "ד"ר לנדסברג"), כי לא היו סימנים לסבל עוברי או סימנים לזיהום תוך רחמי שיכולים היו להוות עילה לסיום מידי של ההיריון (עמ' 50 לפרוטוקול, שורות 14-16).

41. חוות הדעת מטעם התביעה לא סתרה את עדותם של פרופ' בליקשטיין, ד"ר פאוזנר וד"ר לנדסברג. התובעת לא הוכיחה כי המשך ההיריון עלול היה לסכן את חיי האם או לגרום לה נזק גופני או נפשי, וכאמור אני מקבל את דברי פרופ' בליקשטיין שלא היה סיכון לאם בהמשך ההיריון. לפיכך, הוועדה להפסקת הריון לא הייתה מוסמכת לאשר במקרה זה הפסקת הריון לפי סעיף 316(א)(4) [לחוק העונשין](#).

42. באשר לטענת התובעת, כי היה ידוע לנתבעת שהעובר שיוולד עלול לסבול ממום קשה, כפי שמצוין בסעיף 316(א)(3) [לחוק העונשין](#), כתב ד"ר קלמן, המומחה מטעם התובעת, בחוות דעתו, כי סטטיסטיקות שנערכו ביחס לפגים שנולדו סביב שבוע 27 להיריון מצביעות על כך שאחוז גבוה מאוד מילדים אלה סובל מנזקים נוירולוגיים, קוגניטיביים והתנהגותיים קשים. באשר לנכויות הצפויות נקבע במחקרים אלה כי לפחות 20% מאותם ילדים יסבלו לפחות מנכות קשה אחת. הוא הוסיף, כי באופן כללי נקבע במחקרים שפורסמו בספרות הרפואית שהסיכון ללקות בשיתוק מוחין אצל ילודים ששרדו מתחת ל-33 שבועות של הריון היה גבוה פי 30 בהשוואה לילודים שנולדו במועד (ת/2, עמ' 3).

43. [בחוק העונשין](#) אין הגדרה למונח "מום גופני" או "מום נפשי", אשר אם הוולד עלול להיות בעל מום כזה, מהווה הדבר עילה להפסקת הריון על פי סעיף 316(א)(3) [לחוק](#). [בת.א \(חיי\) 259/02 פלוני נ' מדינת ישראל](#) (לא פורסם, 2.12.07) (להלן: [פרשת פלוני](#)) דחתה נשיאת בית המשפט המחוזי בחיפה, כב' השופטת גילאור, את טענת התובע כי הוראות סעיף 316(א)(3) [לחוק העונשין](#) אינן מתירות מתחם שיקול דעת ומרגע שמתעורר חשד לכל מום שהוא, נפשי או גופני, על הוועדה לאשר את הפסקת ההיריון:

"הן מלשון החוק והן מתכליתם של הדברים לוועדה מסור שיקול דעת רחב, ובוודאי כאשר העילה להפסקת היריון היא לפי סעיף קטן (א)(3) – "בגין מום גופני או נפשי". הסעיף מנוסח בצורה רחבה שאינה מבחינה בין מום קל למום קשה ואינה קובעת קריטריונים לאבחנה שכזו. הדבר מלמד ששיקול הדעת כולו מסור לוועדה."
(ההדגשות שלי- מ' ר')

44. סעיף 316 [לחוק העונשין](#) אינו נוקט לשון חובה אלא רשות: **"הוועדה רשאית... לתת אישור להפסקת היריון אם ראתה שיש הצדקה לכך מחמת אחת מאלה..."**. במילים אחרות, בניגוד לגישת התובעת, הוועדה להפסקת היריון לא חייבת לאשר הפסקת היריון בהתקיים אחד מהמקרים המנויים בסעיף, אלא שהדבר נתון לשיקול דעתה. בשל כך יש לדחות את טענתה של התובעת לפיה במידה שאמה הייתה בוחרת באופציה של הפסקת היריון, כי אז די היה בכך **"לאלץ את חברי הוועדה לאשר את בקשתה"** (עמ' 4 לסיכומי התובעת).

45. לכך יש להוסיף, כי לשבוע ההיריון של האישה רלוונטיות להחלטת הוועדה להפסקת היריון. וכפי שקבעתי במקרה אחר בו נידונה שאלת הפסקת היריון בשבוע 27 (ת"א (חיי) עודאי נ' ד"ר דוידזון (טרם פורסם, 26.5.10), בפסקה 6.1):

"אם בשלב מוקדם די בסיכוי לפרוגנוזה גרועה על מנת להתיר הפסקת היריון, בשלב מאוחר, שבו העובר בר חיות, משתנים האיזונים בין האם לעובר ולחברה. בשלב זה, אין די בסיכוי לפרוגנוזה גרועה. הפלת עובר בשלב החיות כרוכה בבעיות אתיות קשות, ואין די ברצונם של ההורים בעניין זה"

(ראו בעניין זה גם את דברי כב' השופטת י' וילנר בת"א (חי) 869/06 כהן נ' שירותי בריאות כללית (לא פורסם, 20.1.2009)).

46. לפי חוות דעתו של פרופ' בליקשטיין, הפלת עובר, קרי הפסקת חייו התוך-רחמיים, יכולה להיעשות עד שלב שבו מושגת חיות (Viability). משעה שהעובר בר-קיימא, (Viable), כמו במקרה שלפנינו, הפסקת חייו התוך-רחמיים מסתיימת בלידת חי, כך שבמידה ורוצים למנוע לידת חי צריך להמיתו ברחם. מרגע יצירתו ועד היותו בר-קיימא תלוי העובר בחסדי אמו בלבד. משלב שהעובר הופך לבר-קיימא, דהיינו צפוי לחיים לבדו או באמצעות הרפואה, הוא הופך ל"פציינט" לכל דבר. פרופ' בליקשטיין הסביר כי תפיסה זו של The

fetus as a patient מבוססת על הגיון אתי צרוף ומהווה את הבסיס לכל המיילדות המודרנית (נ/5, עמ' 7):

"לעיתים, טובתו של העובר ה"פציינט" נמצאת בניגוד לטובתה של האם, יחד עם זאת, מחויבותו של הרופא לעובר היא מוחלטת, ממש כמו מחויבותו של הרופא לאישה. מחויבות זו- כוונתה חיובית, היינו, הרופא מחויב לתת לעובר את הטיפול (כולל מעקב) הטוב ביותר גם בעודו ברחם. הרופא, יחד עם זאת, מוגבל על ידי האם, בזכות האוטונומיה שלה על גופה, מלהעניק לו טיפול חודרני. מכל מקום, לעולם אין הרופא חייב להזיק לעובר בר-קיימא או להמיתו, אפילו האם רוצה בכך. המצב החריג היחיד (וגם על כך יש עוררין) הוא בקיומו מעל לכל ספק של מום קשה, ושהוכח- מעל לכל ספק- שהמום ימנע ממנו חיים סבירים" (ההדגשה במקור, מ' ר').

47. כאמור, הוועדה לא "חייבת" לאשר הפסקת היריון, אפילו אם מתקיים אחד מהתנאים שבסעיף 316 [לחוק העונשין](#). תמוחה בעיני טענת התובעת, לפיה המחוקק קבע מעמד מיוחד לנשים שגילן מעל גיל 40, והללו זכאיות להפסקת היריון בכל עת וללא הנמקה, "אפילו במצב קיצון שבו אישה בת 40 בהיריון מתקדם תבקש את הפסקת היריון מפני שהוא פוגע בגזרתה, כי אז לחברי הוועדה אין שיקול דעת, ידיהן כבולות ואלה חייבים לאשר את הפעולה" (עמ' 6 לסיכומי התובעת). על כך יש להוסיף את האמור בהנחיות משרד הבריאות, לפיהן, מכיוון שגיל ההיריון עת התקבלה האם לבית החולים היה מעל 24 שבועות (גיל החיות), המתת עובר יכולה הייתה להיות מאושרת רק על ידי ועדת-על אזורית, כפי שעולה מהנחיות משרד הבריאות שלהלן.

3.ד. הנחיות משרד הבריאות

48. משרד הבריאות פרסם ביום 28.12.94 הנחיות בנושא ועדות-על אזוריות להפסקת היריון בהריונות מעל שבוע 23 (חוזר משרד הבריאות 76/94, נספח ד' למוצגי הנתבעת, להלן: "ההנחיות"), שנשענות על המלצות המועצה הלאומית למיילדות, גנטיקה ונאונטולוגיה, ותוקפן החל מיום 1.1.95. במסגרת סעיף א' להנחיות נקבע כי הועדות הרגילות להפסקת היריון, שפעלו באותה תקופה בבתי החולים והמרפאות שאושרו לכך על ידי שר הבריאות, תהיינה רשאיות לדון רק בבקשות של נשים שגיל הריוןן אינו עולה על 23 שבועות.

49. בהתאם לסעיף ב' להנחיות הוקמו 6 ועדות-על אזוריות שתדונה בהפסקת הריונות שגילם מעל 23 שבועות. חברי הועדה הם מנהל המרכז הרפואי, מנהל מחלקת יולדות, מנהל המחלקה הנאונטולוגית, מנהל המכון הגנטי ועובדת סוציאלית בכירה. כן נקבעו נהלי עבודה (סעיף ד' להנחיות) לפיהם נשים הרות הפונות לוועדות הרגילות להפסקת היריון תופנינה לוועדה העל-אזורית אם יסתבר כי גיל ההיריוןן גבוה מ-23 שבועות, מבלי שפנייתן תובא לדיון בוועדה רגילה.

50. בניגוד לטענת התובעת כי לנוהלי משרד הבריאות אין כל תוקף משפטי, אני קובע שלנוהלי משרד הבריאות משקל משמעותי בבחינת התנהגותה של הנתבעת, במיוחד כשמדובר בנהלים שהוצאו לאחר בחינה מדוקדקת ומקצועית. בהעדר ראיות הפוכות, ההנחיות משקפות את הפרקטיקה המקובלת לאחר הוצאתן, וכפי שקובע בעניין זה כב' השופט י' עמית בע"א [10306/08 עמיחי נ' מור המכון למידע רפואי בע"מ](#), שירותי בריאות כללית בע"מ (טרם פורסם, 16.3.11), בפסקה 18:

"לא נעלם מעיני כי במסגרת עוולת הרשלנות בית המשפט הוא הקובע את סטנדרט הזהירות וההתנהגות, כך שפרקטיקה נוהגת 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." (ההדגשה שלי- מ' ר').

51. ד"ר קלמן, המומחה מטעם התובעת, סיים את עבודתו כרופא בבית חולים בשנת 1991, כלומר הוא לא עבד בבית חולים בשנת 1995, אז הוקמו ועדות-העל המוסמכות לאשר המתת עובר בגיל חיות, ולפי דברי פרופ' בליקשטיין, זו כנראה הסיבה לכך שד"ר קלמן שגה בהבנת הסוגיה של המתת עוברים בגיל חיות. ד"ר קלמן אישר בעדותו כי מעולם לא ישב

בוועדת-על אזורית להפסקת היריון (עמ' 14 לפרוטוקול, שורה 8). פרופ' בליקשטיין הדגיש כי **"מעולם לא הייתה כוונת ועדת על להמית עובר מסיבה מיילדותית, כמו חשש ללידה מוקדמת עקב ירידת מים, חשש ללידה מוקדמת עקב מחלה אמהית וכדומה"** (נ/5, עמ' 8).

52. פרופ' בליקשטיין חזר על כך בעדותו בצינו **"אין מצב שרופא ימליץ על סיבה מיילדותית כסיבה להפסקת היריון כשהעובר בריא בגיל החיות"** (עמ' 77 לפרוטוקול, שורות 19-20), וכי לא נעשית המתת עוברים בגיל החיות מבלי שתהיה סיבה רצינית לכך, **"אני כבר לא מדבר על מומים אלא מומים מאוד גדולים"** (עמ' 78 לפרוטוקול, שורות 1-2). בהמשך העיד, כי ועדת-על להפסקת היריון לא מפסיקה היריון על סיכון פוטנציאלי, אלא רק כשמדובר בסיכון לגופו של עניין, כשרואים מום קשה שאינו בר חיות או מום מסכן חיות (עמ' 80 לפרוטוקול, שורות 6-9).

53. גם ד"ר פאוזנר, מנהל מחלקת היולדות, שהעיד על סדרי העבודה בוועדות האזוריות להפסקת היריון בהן הוא משתתף (ובהן השתתף גם בשנת 2001), העיד כי מאז ומתמיד הפסקת היריון של עובר חי, שעל פניו נראה תקין, רק משום שלאמו ירדו המים, לא היוותה ולא יכולה להוות סיבה להפסקת היריון, **"לכן לו האישה הזו היתה מגיעה להפסקת היריון בשלבי החיות, לא היתה נענית"** (עמ' 39 לפרוטוקול, שורות 11-13). לדבריו, כבעל ניסיון של 20 שנה, הוא לא זוכר שום מקרה בו אישה ביקשה הפסקת היריון כשמדובר היה בירידת מים ובעובר בריא, ובכל מקרה לדעתו אף אם בקשה כזאת הייתה מועלית היא לא הייתה נענית (עמ' 46 לפרוטוקול, שורות 13-16). בהקשר זה העיד גם ד"ר קלמן, כי הוא לא מכיר שום ועדה להפסקת היריון אזורית המאשרת הפסקת היריון בשבוע 27 על רקע ירידת מים בלבד (עמ' 17 לפרוטוקול, שורה 13).

54. לביסוס דבריו הפנה פרופ' בליקשטיין בחוות דעתו גם לחוזר המנהל הכללי 23/07 מיום 19.12.07 (נ/1, להלן: **"חוזר המנכ"ל"**), בנושא **"ועדות להפסקת היריון בשלב החיות"**, בו נקבע כי רצון האם, אף כי יש לכבד אותו, איננו מהווה שיקול דעת יחיד ומכריע בהחלטה אם לאשר הפסקת היריון בשלב החיות, ויש לשקול שיקולים נוספים גם במקרים בהם מבחינת החוק קיימת עילה מותרת להפסקת ההיריון (סעיף 11 לחוזר המנכ"ל).

55. בחוזר המנכ"ל נכתב, כי בהיעדר מידע קונקרטי על בעיות רפואיות אצל האישה או אצל העובר, כמו במקרה שבפנינו, הפסקת היריון בשלב החיות עקב העילה שלאישה מלאו 40 שנה (סעיף 316(א)(1) **לחוק העונשין**) משמעה הפסקת היריון של עובר בריא בשלב בו היה מסוגל לחיות אילו נולד, ובנסיבות שאין בהן סכנה בריאותית לחיי האישה מהמשך ההיריון. פעולה זו בעייתית מבחינת האתיקה הרפואית המנחה את גורמי הרפואה לדאוג

לבריאות האם והעובר, ועל כן אישורה דורש נימוקים כבדי משקל המבוססים על הצגת חומר מתועד ואמין שיצביע בברור על הצדקה להפסקת היריון עקב אחת מעילות אלה (סעיף 11.1 לחוזר המנכ"ל). גם דברים אלו סותרים את טענת התובעת כאילו בכל מקרה על הוועדה להיענות לבקשה להפסקת היריון כאשר מדובר באשה מעל גיל 40.

56. באשר לעילה של ולד שעלול להיות בעל מום גופני או נפשי (סעיף 316(א)(3) לחוק העונשין) נקבע בחוזר המנכ"ל כי **"אין להשתמש בעילה מס' 3 לחוק העונשין כדי לאשר הפסקת היריון בשלב החיות של עובר בריא, במקרים של סיכון ללידה מוקדמת, או לידה מוקדמת שאיננה ניתנת למניעה, או כשיש התוויה רפואית לגרימת לידה מוקדמת"** (סעיף 11.2.4 ההדגשה במקור).

57. אני דוחה את טענת התובעת, כאילו חוזר המנכ"ל שנערך בשנת 2007 אינו רלוונטי למקרה שבפנינו, מכיוון שבמועד הרלוונטי לתביעה חל רק החוזר משנת 1994 (נספח ד' למוצגי הנתבעת) בחוזר המנכ"ל כתוב מפורשות כי הוא רענון והרחבה לחוזר שירותי רפואה 76/94 מיום 28.12.94, וכי הוא **"אינו מבטל את חוזר 76/94 אלא בא לתקן מספר נקודות בו, להדגיש נקודות אחרות ולהוסיף קווים מנחים להפעלת שיקול הדעת"**. עוד מוסבר בחוזר המנכ"ל כי לאחר ניסיון שהצטבר במשך יותר מעשר שנים בהן הופעלו ועדות על אזוריות להפסקות היריון מאוחרות- ובעקבות לקחים ומסקנות של צוות שבדק את הנושא מטעם משרד הבריאות- מובא עדכון ורענון להנחיות הקיימות. כלומר, הנחיות אלה מעגנות בכתובים את הפרקטיקה שהיתה נהוגה קודם לכן.

58. ניתן ללמוד על העובדה שבשנת 2001 ועדות-העל האזוריות להפסקות היריון פעלו בהתאם להנחיות שפורסמו לאחר מכן בחוזר המנכ"ל משנת 2007, מעדותו של ד"ר פאוזנר, חבר בוועדת-על בבית החולים, שהעיד על הפסקת היריון כשמדובר בעובר בריא. מעדותו, שלא נסתרה והיא מהימנה עלי, עולה כי גם במועד הרלוונטי לתביעה, הפסקת היריון לא הייתה אופציה טיפולית כשמדובר ב"עובר שנראה בריא, כשהוא שלם בגופו וכשמעקב ההיריון היה תקין ואין עדות למום או פגע בו" (עמ' 43 לפרוטוקול, שורות 19-23). ד"ר קלמן אישר בעדותו כי המעקב של האם היה תקין לחלוטין ולא נמצאו שום פתולוגיות בעובר בבדיקות אולטרה-סאונד ומי שפיר, קרי העובר במקרה דנן היה בריא (עמ' 17 לפרוטוקול, שורה 21).

59. ד"ר פאוזנר הסביר בעדותו כי הפנייה לוועדה להפסקת היריון, שממילא לא הייתה נענית, ייעודה הוא להרוג את העובר, **"ואם להרוג עובר, לא יעלה על הדעת לעשות את זה לעובר בריא ושלם. לכן אין הפנייה לוועדות עליונות להפסקת היריון במצבים המתוארים כאן"**. (עמ' 43 לפרוטוקול, שורות 23-24, ההדגשה שלי- מ' ר'). דברים אלה מתאימים לאמור

בהנחיות חוזר המנכ"ל, ומלמדים, שאלה היו הקריטריונים של הוועדות האזוריות להפסקת היריון גם במועד הרלוונטי לתביעה, טרם הוצאו כל הנהלים הפורמאליים.

60. לא הוכח כי ועדה להפסקת הריון הייתה מאשרת את הפסקת ההיריון בשבוע 28 בהעדף אינדיקציה שיש פגם בעובר מלבד הלידה המוקדמת. שאלה זו אינה שאלה שבהשערה ויש להוכיחה בחוות דעת. לא רק שהתובעת לא הוכיחה זאת אלא שהוכח דווקא ההיפך. הוכח, כי בהתאם להנחיות משרד הבריאות ולעדויות באשר לדרכן של ועדות-העל בפועל, אף אם אמה של התובעת הייתה פונה לוועדת-על להפסקת הריון, היתה בקשתה נדחית.

4.ד הפרקטיקה הנוהגת

61. נוסף לבחינת האפשרות לביצוע הפסקת הריון והתנאים לאישור הבקשה, תנאים שכאמור לא התקיימו בענייננו, יש לבחון האם התנהגות הנתבעת עמדה בסטנדרט ההתנהגות שהיה מקובל באותה עת. כלומר, מהי הפרקטיקה הנוהגת והסבירה שהייתה מקובלת באותה עת בעולם הרפואה בענין זה.

62. לפי חוות הדעת של פרופ' בליקשטיין, ירידת מים לפני המועד היא ברוב המקרים "מצב של **No win situation**", שבו מתקיימת תלות מובהקת בין מועד ירידת המים לבין הסיבוכים הצפויים, ולכן "המאמץ הוא לדחות את הלידה המוקדמת ככל שניתן, מבלי לסכן את האם והעובר בזיהום". במצב של ירידת מים מוקדמת יילוד מידי מגדיל את הסיכון לנוק מוחי או לתמותה מאשר ילוד בגיל הריון מבוגר יותר ולכן הטיפול המקובל במקרים כאלו הוא זה המכונה טיפול שמרני (נ/5, עמ' 6). וכך מסביר פרופ' בליקשטיין מהו אותו "טיפול שמרני" (נ/5, עמ' 5):

"טיפול שמרני מטרתו מעקב אחרי האם והעובר, מיועד להאריך את משך ההיריון, לגרום לעובר להבשיל את מערכתיו, לאפשר לעובר לעלות במשקל ולשפר את סיכוייו לשרוד בחייו החוץ-רחמיים שעה שיוולד. טיפול שמרני זה מסתיים כאשר מתפתחת לידה ספונטנית או כאשר נוצרים תנאים חדשים: זיהום, דימום, מצוקה עוברית, או מצוקה אימהית. לכן, הטיפול השמרני מבוסס על בדיקות שמטרתן זיהוי הזמן המתאים להתערבות בסיום ההיריון." (נ/5, עמ' 6).

63. ד"ר לנדסברג העידה, שהאם טופלה "לפי הפרוטוקול" בנוגע לירידת מים, כך שהיא נבדקה מדי יום לנוכחות של סימני זיהום, לפחות פעם או פעמיים, העובר נוטר כדי לוודא שאין מצב של מצוקה עוברית וניתן לה טיפול להבשלת ריאות, כאשר הניהול הוא כאמור ניהול שמרני (עמ' 50 לפרוטוקול, שורות 18-22).

64. לפי חוות הדעת של פרופ' בליקשטיין, סיכוי ההישרדות של התובעת אילו נולדה בשבוע +27 להיריון היו 68%, אך הטיפול השמרני שהוביל ללידה בשבוע 28-29 שיפר את סיכויי ההישרדות שלה לכדי 84%. המדובר בשיפור בהישרדות ב-25%. הגישה השמרנית, כפי שננקטה במקרה דנן, הקטינה את הסיכון לשיתוק מוחין ב-30% (מ-12.3% ל-8.2%), ועל אף הסיכון עקב הפגות הקיצונית, הסיכוי שייולד ילוד ללא פגיעה מוחית הוא מעל ל-90% (נ/5, עמ' 5-6).

65. פרופ' בליקשטיין הדגיש כי "אין באף מקום בעולם המלצה אחרת" מלבד הטיפול השמרני, וצוות עובדי הנתבעת שטיפל באם לא היה צריך לשקול הפסקת היריון באף רגע במהלך האשפוז, ולא היה מקום לקצר את חייה התוך-רחמיים של התובעת או להמיתה בעודה ברחם (נ/5, עמ' 7).

66. מומחה התובעת ד"ר קלמן הסכים עם כך שהטיפול שניתן לאם התובעת היה תקין ולא נפל בו כל דופי, בציינו כי "הטיפול הרפואי שניתן באותו שלב תאם את הנדרש" (ת/2, עמ' 3). בעדותו הוא אישר כי הטיפול הרפואי שניתן לאם התובעת היה כמקובל (עמ' 15 לפרוטוקול, שורה 8; עמ' 16 לפרוטוקול, שורות 14-15). ד"ר קלמן העיד עוד, כי במצב של ירידת מים מוקדמת יש לעשות כל מה שניתן על מנת להאריך את ההיריון כך שהעובר ייפגע במינימום האפשרי, והסביר מדוע יש לנקוט בטיפול שמרני (עמ' 18 לפרוטוקול, שורות 5-7).

**"ת. כל יום נוסף מקטין את הסיכון לפגיעה בעובר וזו הסיבה למה
אנו נוקטים בגישה השמרנית הזו, כי לכאורה אפשר היה לעשות
הפסקת היריון ברגע דריכתה בבית החולים.
ש. מה זה להפסיק, הכוונה לסיים אותו?
ת. אנו לא עושים את הדברים האלה חד משמעית" (ההדגשות שלי-
מ' ר').**

67. ניתן לראות, כי ד"ר קלמן כלל לא תומך בטענת התביעה, לפיה ראוי היה להפסיק את ההיריון בשל פקיעת הקרומים, אלא להיפך. הוא העיד כי "לא כתבתי בשום מקום שאנחנו

כרופאים צריכים להציע לה הפסקת היריון והוסיף **"אין חס ושלום, ואסור להציע בצורה גורפת לנשים, לעשות הפסקת היריון"** (עמ' 15 לפרוטוקול, שורות 25-22). ד"ר קלמן הבהיר, כי כל מה שכתב בחוות דעתו על ההתנהלות הלא תקינה לכאורה של בית החולים היה רק בנוגע להסבר שלדעתו לא ניתן לאם התובעת אודות המצב (עמ' 20 לפרוטוקול, שורות 20-21). בהמשך עדותו חזר ד"ר קלמן והעיד כי הטיפול השמרני נעשה בהתאם לפרוטוקול:

"הם עשו בדיוק מה שצריך "לפי הספר"...הטיפול ניתן לפי הפרוטוקול שקיים בכל מחלקה במדינת ישראל ובעולם המודרני"
(עמ' 18 לפרוטוקול, שורות 17-14).

68. זה המקום לשוב ולומר, שהתביעה שבפני אינה תביעת האם אלא תביעת הבת שנולדה. הבת שנולדה היא הטוענת שהיתה זו **רשלנות** של הנתבעת, שלא להציע לאימה להפסיק את ההריון. אין זו תביעת האם שיכלה לטעון, שאמנם אין זו רשלנות שהרופאים עסוקים בקיום העובר ובנסיון לשפר את סיכוייה לשרוד, אך היתה זו **פגיעה באוטונומיה** שלה שלא ניתנה לה האפשרות לבחור.

69. ד"ר פאוזנר העיד גם הוא כי נשים המגיעות עם ירידת מים בשבוע 27 מתאשפזות והטיפול בהן נעשה בבית החולים, כאשר **"נשים כאלה לא מגיעות לוועדה להפסקת היריון כי אין בפרקטיקה המקובלת היום אצלנו בכלל ובעולם המערבי מצב שבו מפסיקים חיות של עובר בוועדה עליונה להפסקת היריון שלשם כך זומנה"** (עמ' 39 לפרוטוקול, שורות 9-6). לפי עדותו, הפרקטיקה הנהוגה כאשר יולדת מגיעה לבית החולים עם ירידת מים היא טיפול משמר, ולא הצעת הפסקת היריון:

"אנו נתבסס על המצב הידוע שלידה בשבוע 27 טומנת בחובה סיכויי הישרדות נמוכים יותר מאשר מאוחר יותר בשלבי ההיריון, וסיכויי תחלואה עובריים גבוהים יותר מאשר מתקדם ההיריון. לכן הברירה הראשונית היא טיפול משמר. לא יהיה טיפול משמר אם האישה נכנסה ללידה פעילה, אם נתגלו בה סימני זיהום שעלולים לסכן את העובר והאם, או אם נתגלו סימני מצוקה של העובר. זה הגישה הראשונית. טיפול משמר ודחיית הלידה עד כמה שניתן. לא בצורה אקטיבית, בצורה פאסיבית" (עמ' 39 לפרוטוקול, שורות 23-17).

70. המסקנה היא, שאין מחלוקת בין מומחי התביעה וההגנה, שהנוהל המקובל במצב של ירידת מים מוקדמת אינו הצעת הפסקת הריון וסיום חיי העובר, אלא טיפול שמרני שנועד לשפר את סיכויי שרידות העובר. במצב דברים זה, משלא הייתה נהוגה פרקטיקה לפיה הפנו נשים בהיריון הצפויות ללידה מוקדמת להפסקת הריון, אין מקום לבחון את השאלה אם בפועל, כפי שטוענת התובעת, אמה הייתה מבצעת הפסקת הריון.

71. סיכומם של דברים, הפסקת ההיריון בשל ירידת מים מוקדמת- בהעדר כל אינדיקציה לפתולוגיה בעובר או סכנה לאם- לא היתה נהוגה או ראוי שתונהג בשנת 2001, וניתן לומר שהיא אינה מהווה אופציה כזאת גם היום. לפיכך, אני קובע שהרופאים בבית החולים של הנתבעת לא התרשלו כאשר נמנעו מהפסקת הריון יזומה או מהפניית התובעת לוועדה להפסקת הריון, שממילא לא הייתה מאשרת, בנסיבות מקרה זה, את הפסקת ההיריון תוך המתתו של עובר בריא.

ה. הפרת חובת הגילוי, העדר הסכמה מדעת ופגיעה באוטונומיה

72. לטענת התובעת, הרופאים לא יידעו את אמה על הסיכון לתמותה ולתחלואה קשה המלווה בנכות קשה בשל פגות קיצונית בין השבועות 27-29 להיריון והסיכון הכרוך בהארכת תקופת ההיריון כתוצאה מחשיפה אפשרית לזיהום, ובכך הם הפרו את חובת הגילוי הקבועה בדיון, לפיה יש לגלות לאם מידע חיוני הקשור למצבה ולסיכונים להם היא והעובר שלה היו חשופים. ראייה לכך היא שהרשומה הרפואית שותקת בעניין זה.

73. התובעת טוענת עוד כי הנתבעת הפרה את החובה ליידע את האם על האפשרות לסיים את ההיריון. מתן אפשרות בחירה לאם מתיישבת עם חובת הגילוי ועם זכותה של האישה על גופה וזכותה שלא לכפות עליה הריון לא רצוי. לטענת התובעת, עם אשפוזה של האם, היה הצוות הרפואי צריך ליידע אותה על הסיכונים הכרוכים לעובר, גם תחת הסיכוי המפוקפק להארכת משך ההיריון, לשמוע את עמדתה ולייחס לה משקל מרכזי ומכריע בגיבוש ההחלטה אם להמשיך את ההיריון או לא. אין חולק כי בשום שלב לא נמסר לאם על האפשרות לסיים את ההיריון.

74. לטענת התובעת אמה לא הייתה ערה לסיכון הטמון בפגות מלכתחילה ולסכנה שבזיהום, ולא ידעה שהארכת תקופת ההיריון לא תחלץ את עובר מסכנה, ותותיר אותה בקבוצת ההיריון בין 27-29 שבועות. על כן הטיפול הרפואי שהוביל להתמשכות הלידה וללידת התובעת במומיה הקשים מהווה עוולת תקיפה על פי סעיף 23 [לפקודת הנזיקין](#).

75. התובעת מוסיפה וטוענת כי הטיפול הרפואי ניתן לאם התובעת ללא הסכמה מדעת ותוך פגיעה גסה בזכותה של האם על גופה, זאת בניגוד ל**חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק זכויות החולה**, התשנ"ו-1996 (להלן: "חוק זכויות החולה"). נטען, כי לאם התובעת לא נמסר כל מידע על הצורך בניתוח קיסרי והסיכונים הכרוכים בו, על אף שהצורך בביצועו היה צפוי מראש עקב הפגות הקיצונית והסיכון לזיהום, וגם עקב מצג העכוז, נתונים אשר היו ידועים כבר בעת קבלת אמה של התובעת לבית החולים בתאריך 28.12.01. כתוצאה מכך, הניתוח הקיסרי בוצע ללא הסכמה מדעת של האם. כמו כן, הפרת הנתבעת את הוראת סעיף 13 ל**חוק זכויות החולה** מהווה הפרה חובה חקוקה לפי סעיף 63 ל**פקודת הנזיקין**, כך שיש לחייבה באחריות בנזיקין לנזקים שנגרמו וייגרמו לתובעת.

76. הנתבעת מצידה טוענת, כי אי מתן הסבר למטופלת אודות טיפול רפואי שאינו מהווה כלל אופציה טיפולית רפואית מקובלת, אינו הפרת חובת הגילוי של הרופא כלפי האם וממילא אינה התרשלות או פגיעה באוטונומיה. כמו כן נטען שטענת התובעת בדבר פגיעה באוטונומיה מהווה הרחבת חזית, שכן לא נכללה בכתב התביעה ועל כן יש לדחותה. עוד טוענת הנתבעת כי אמה של התובעת ידעה מהי הפרוגנוזה הרפואית, היא ידעה והבינה כי מטרת הצוות הרפואי בבית החולים היא להמשיך את ההיריון, ככל שניתן, אך לא ניתן להאריך את ההיריון עד תום.

77. אני מקבל את הטענה שמדובר בהרחבת חזית. התובעת טענה בכתב תביעתה לתקיפה (סעיף 10 (א), ולהעדר הסכמה מדעת לניתוח קיסרי (סעיף 9 (ה)), אך זאת רק בתביעת התובעת. אם התובעת אינה אחת התובעות, למרות שלא היתה שום מניעה לצרפה – התובעת הגישה את התביעה באמצעות אימה, ואימה העידה בפני. אם התובעת לא הגישה תביעה בשל תקיפתה או פגיעה באוטונומיה שלה, וצירופה של אם התובעת כתובעת נוספת על ידי טענה זו, ללא רשות, במסגרת הסיכומים, היא הרחבת חזית בלתי מוסכמת. די בכך כדי לדחות את הטענה, אבל מאחר שהצדדים הקדישו מאמצים לטיעון בנושא זה, אתייחס לטענה לגופה.

ה.1. היקף חובת הגילוי

78. סעיף 13 ל**חוק זכויות החולה** קובע חובה למסירת מידע, לפיה יש ליתן טיפול רפואי לאדם רק לאחר שזה מסר הסכמה מדעת לטיפול. הסכמה מדעת משמעה מסירה באופן סביר של כל המידע הרלוונטי על מנת שהמטופל יוכל להחליט האם הוא מעוניין בטיפול:

13. הסכמה מדעת לטיפול רפואי

- (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) והסככות (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.

79. על היקפה של חובת הגילוי וגבולותיה נקבע בפסק דינה של כב' השופטת ע' ארבל בע"א [7756/07 גרסטל נ' ד"ר דן \(טרם פורסם, 21.12.10\)](#), בפסקאות 10-13:

"הפסיקה הייתה מודעת לקשיים המוטלים על הרופא בבואו לבצע את חובתו להעביר למטופל את כל המידע הנחוץ לו ליתן הסכמה מדעת. לפיכך גיבשה הפסיקה, בהתאם לסעיף 13 לחוק זכויות החולה, את מבחן ציפייתו הסבירה של החולה לקבלת מידע אשר יאפשר לו ליתן הסכמה מדעת לטיפול. מבחן זה בפני עצמו אינו נטול קשיים ומערב בתוכו שיקולים שונים ומגוונים...

ניתן לסכם, אם כן, את עמדת בית משפט זה בעניין חובת הגילוי – חובה זו חלה גם על אפשרויות בדיקה ואבחון נוספות הקיימות בפני המטופל. על הרופא לא חלה חובה ליידע את המטופל על כל סיכון ועל בדיקה אפשרית קיימת, ומובן כי אין הוא נדרש להציף את המטופל במידע שאינו רלוונטי אליו או

שאינו בר מימוש. עם זאת, על הרופא להציג בפני מטופליו את כל המידע הסביר, כולל בדיקות אפשריות נוספות אשר מטופל סביר ירצה לדעת אודותן” (ההדגשה שלי- מ' ר').

80. חובת הגילוי חלה רק על אפשרויות טיפול רלוונטיות וסבירות. הפסקת ההריון לא היתה אפשרות טיפול רלוונטית וסבירה. הפסקת ההריון על ידי המתת עובר בר-קיימא איננה אופציה ברת מימוש ועל כן לא קמה החובה ליידע את האם על כך. וכפי שהעיד בעניין זה ד"ר פאוזנר (עמ' 43 לפרוטוקול, שורות 19-21):

”זה לא אופציה טיפולית הפסקת היריון, כשמדובר בעובר שנראה בריא, כשהוא שלם בגופו וכשמעקב ההיריון היה תקין ואין עדות למום או פגע בו. מאחר וזו לא אופציה טיפולית היא לא מועלית לאישה כאחת האלטרנטיבות שלפניה.” (ההדגשה שלי- מ' ר').

81. גם ד"ר קלמן, המומחה מטעם התביעה, הסכים לדברי ב"כ הנתבעת, לפיהם לא נותנים למטופל לקבל החלטה על אופציה שאינה אפשרית, ואין צורך להציג לו טיפול שאינו מתקבל על הדעת (עמ' 17 לפרוטוקול, שורה 10). משכך, אני דוחה את טענת התובעת, כי הנתבעת הפרה את החובה ליידע את האם על האפשרות לסיים את ההיריון, אפשרות שאינה קיימת בנסיבות שבפנינו, מאחר שאין חובה להעמיד את המטופל על אפשרות אשר אינה פתוחה בפניו או למסור לו מידע אשר אינו חשוב להחלטתו.

ה. האם הוצגה לאם תמונה מלאה על מצבה הרפואי?

82. לא אחת נקבע כי זכותו של מטופל לקבל תמונה מלאה על מצבו הרפואי, לרבות הסיכונים והסיכויים הטמונים בו (ראו למשל: [ע"א 9936/07 בן דוד נ' ד"ר ענטבי](#) (טרם פורסם, 22.2.11), בפסקה 6). הימנעות מטפל מלמסור למטופל מידע רפואי מהווה הפרה של חובת הגילוי כלפיו ובכך התרשל. בהקשר זה נשאלת השאלה אם הוכחה טענת התובעת לפיה לא נמסר לאימה כל מידע או הסברים על טיבם של סיכונים הפגות בלידה בשבוע 27-29 להיריון, ולא הוסבר לה דבר אודות הסיכון של זיהום תוך רחמי אשר היא והעובר היו חשופים לו. לאחר בחינת הראיות שהוצגו בפני, יש להשיב על שאלה זו בשלילה, כפי שאפרט להלן.

83. אמה של התובעת העידה, כי בזמן שאושפזה במחלקה להיריון בסיכון, אף אחד מצוות הרופאים לא שוחח עמה לגבי מצבה ולגבי הצפוי לה או לילד שייוולד, ולא אמרו לה מה

הסיכויים והסיכונים שצפויים לה ולעובר שלה (עמ' 26 לפרוטוקול, שורות 7-1). לעומת זאת, ד"ר לנדסברג, שטיפלה באם לאורך אשפוזה, העידה בפני, כי מעצם העובדה שאישה מגיעה למחלקה בה היא עובדת- בה מתנוסס השלט של "היחידה להיריון בסיכון"- ברור כי ההיריון חרג ממסלולו התקין והוא מצריך השגחה וטיפול מיוחדים. היא העידה שכל ההתנהלות במחלקה מעבירה לאישה המאושפזת "מסרים שהיא מצויה בהיריון שהינו בסיכון". עצם מיקומה של האישה במחלקה גורם לכך שהיא "מודעת לכך שהיא עלולה ללדת מוקדם יותר ומודעת לכך שעלולים להיות סיבוכים" (עמ' 51 לפרוטוקול, שורות 20-25).

84. באשר להסבר שניתן לאישה המתאשפזת במחלקה להיריון בסיכון העידה ד"ר לנדסברג כך (עמ' 51 לפרוטוקול, שורה 28, עד עמ' 52 לפרוטוקול, שורה 3):

"מסבירים לה שהיא צריכה להיות מאושפזת כי הריונה מחייב השגחה מיוחדת. שהיא בסיכון ללידה מוקדמת, ורק לציין שבמקרים של ירידת מים טרם המועד, באופן מובנה וברור אנו גורמים ללידה מוקדמת בשבוע 34, ולא לאחר מכן. אנו מסבירים לה שאנו עושים את המיטב על מנת לנסות להאריך ההריון עד כמה שניתן. שאנו מנסים ונותנים את ההשגחה המיטבית על מנת לזהות את הרגע שבו לא ניתן יהיה להאריך את ההריון ולמעשה כך זה מתנהל, מידי יום אנו פוגשים את האישה פעם או פעמיים, בודקים אותה ומספרים לה לגבי מצבה. במקרה של גברת כהן, אני מתקנת דהן, כל עוד ניתן היה הרגענו אותה שהבדיקה שלה תקינה." (ההדגשות שלי- מ' ר').

85. בחקירתה הנגדית חזרה ד"ר לנדסברג על כך שהיא מדברת לדבר עם האישה על הפרוגנוזה שלה (עמ' 53 לפרוטוקול, שורה 19). כשנשאלה על ידי ב"כ התובעת, כיצד היא מסבירה את הטענה כי איש לא דיבר עם האם ואין לכך אזכור בתיקה הרפואי, השיבה ד"ר לנדסברג כי ללא ספק דיברו עם האם, אולם הדבר לא נרשם "מאחר והשיחות הינן יומיומיות עם האישה, ולא רק הצוות הרפואי וגם הצוות הסיעודי. כולם הרי נמצאים שם כדי למנוע ולצמצם נזקי פגות. ברור שהמחלקה היא להריון בסיכון, ברור שיש סיכון ללידה מוקדמת, ברור שהדברים נאמרים. אכן אף אחד לא שאל אותה אם היא מוכנה לקחת על עצמה את ההתמודדות עם לידה כזו משום שאין לה אופציה אחרת. זה פרי בטנה." (עמ' 55 לפרוטוקול, שורות 15-19).

86. בהמשך עדותה הבהירה ד"ר לנדסברג כי אין לה ספק, שהיא בעצמה דיברה עם האם וכי שיחותיה עם המטופלות שלה לא מסתכמות בביקור ותיעוד בגיליון. היא העידה כי ישנן פעמים רבות בהן היא נוהגת לשבת עם המטופלות שלה ולהסביר להן את מצבן, תוך שהיא מבקשת לעודד את רוחן, ועל כן לא כל דבר כזה מתועד "אחרת הייתי יותר עסוקה בתיעוד מאשר בביצוע רפואה" (עמ' 55 לפרוטוקול, שורות 25-28).

87. עדות זו של ד"ר לנדסברג אמינה בעיני. מקובל עליי כי לא כל שיחה עם המטופל צריך לתעד ולהעלות על הכתב. האם אושפזה במחלקה להיריון בסיכון 12 ימים בטרם הלידה, ולא סביר בעיני שלא הוסבר לה מה פירוש "הריון בסיכון". באותם 12 ימים, האם נבדקה על ידי מספר רופאים שונים, מספר פעמים ביום. כפי שאפרט להלן, איני מאמין לעדות האם אשרה דהן, כי במהלך תקופת אשפוזה לא נאמר לה, ולו פעם אחת, שגם אם הריונה יתארך במקצת, הרי שבכל מקרה מדובר יהיה בלידת פג, על כל המשתמע מכך. אני מעדיף על הכחשת אם התובעת הבלתי סבירה את עדות הרופאה המתישבת עם ההיגיון והשכל הישר. האם העידה כי בינה לבין ד"ר לנדסברג הייתה תקשורת טובה וכי "היא טיפלה בני. אז נוצר קשר" (עמ' 34 לפרוטוקול, שורות 26-27). אין מדובר בקשר של החלפת עירוני או מתן תרופות, אלא קשר של דיבור והחלפת מידע. לא יעלה על הדעת, כי השתיים נפגשו מדי יום ושוחחו ביניהן, כאשר הנושא העיקרי שבגללו האם נמצאת במחלקה הוא הסיכון של לידה מוקדמת, והקשר בין המטופלת לרופאה הוא טוב, אבל ד"ר לנדסברג אף פעם לא הסבירה לאם דבר אודות מצבה הרפואי והצפוי לה. לא מתקבל על הדעת, שבאף אחת מהפעמים שבהן ד"ר לנדסברג שוחחה עם האם, היא לא דיברה איתה על מצבה הרפואי, שבגללו היא נמצאת במחלקה להריון בסיכון ומקבלת טיפול רפואי שנועד להאריך את משך ההריון.

88. לכך יש להוסיף את הסתירות העולות מעדותה של האם. כך למשל, בעוד בתחילה העידה האם שלא ניתנו לה כל הסברים אודות הסיכונים והסיכויים בעניינה, וכאילו היתה במצב של חוסר ידע, עלה מחקירתה הנגדית, כי בזמן שאושפזה היא דווקא הבינה שמטרת הרופאים הייתה לנסות ולהאריך את משך ההריון כמה שרק אפשר (עמ' 31 לפרוטוקול, שורות 11-23):

"ש. זה הבהיל אותך ללדת ילד בשבוע 27?

ת. כן

ש. לכן גם הבנת כשבאת לבית החולים שהמטרה של הרופאים היא לנסות להאריך את משך ההריון כמה שאפשר, כי אחרי ירידת מים אי אפשר להגיע לשבוע 40, אך אפשר להאריך בכמה ימים או שבועות, נכון שכך הבנת?

ת. לא.

ש. את אומרת את זה בהיסוס

ת. כן, כי אני זוכרת שהרופאה שטיפלה בי בהיי ריסק אמרה שהיו

מקרים לפני שהגיעו גם ל-32.

ש. לבית המשפט: אמרה לך שהמטרה של הרופאים היא לנסות

להאריך את ההיריון כמה שאפשר, כי אחרי ירידת מים אי אפשר

להגיע לשבוע 40 אך אפשר להאריך בכמה ימים או שבועות, ואת

אמרת שלא?

ת. סליחה, התבלבלתי. התשובה היא – כן (ההדגשות שלי- מ' ר').

89. מדבריה אלו של האם, עולה שהיא הייתה מודעת לכך שבכל מקרה יוולד לה פג, וכי להגיע לשבוע 32 זוהי מטרה מבחינתה, שהרי לדבריה "מי רוצה ללדת לפני?" (עמ' 31 לפרוטוקול, שורה 31). עוד אישרה האם בעדותה, שבעת אשפוזה היא הבינה שהלידה עלולה להתרחש בכל רגע, וכי ככל שההיריון יתארך משמעות הדבר היא שהעובר יהיה "פחות פג" (עמ' 32 לפרוטוקול, שורה 1). בהמשך העידה שהיא הייתה מעודדת מהעובדה שבמשך כ-12 ימים לא היו לה צירים, מאחר שידעה, כי ככל שיעבור יותר זמן העובר יהיה "יותר בשל" (עמ' 33 לפרוטוקול, שורות 1-3). כלומר לא ניתן לומר כי האם לא ידעה על כך שיש סיכון של אי בשלות בלידת פג ועל כך שהשאיפה היא להאריך את ההיריון כמה שיותר כדי להפחית את הסיכון שידעה שקיים. על כך יש להוסיף, שהאם העידה כי אחותה, שהיא אחות מוסמכת בחדר מיון נשים, ליוותה אותה במהלך ההיריון (עמ' 30 לפרוטוקול, שורות 18-20). בעת אשפוזה בבית החולים, אחותה הייתה בחו"ל, אך הן שוחחו 3-4 פעמים ביום (עמ' 33 לפרוטוקול, שורות 15-16), כך שיש להניח שאחותה היודעת היטב את הסיכונים במצבה, דיברה איתה על מצבה וכי האם הייתה מודעת לכך.

90. סתירה נוספת בעדותה של האם ניתן למצוא בכך שבעוד בתחילה העידה שאביה של התובעת נעלם אחרי שנתיים "כשהוא ראה שזה לא עובר לה" (עמ' 28 לפרוטוקול, שורה 12), העידה בחקירתה הנגדית, כי היעלמותו התרחשה עוד לפני הלידה (עמ' 29 לפרוטוקול, שורות 30-31). כן העידה האם, כי לפני שהכניסו אותה לחדר ניתוח הרופא "צעק "לזוז מהר דחוף לפני שהן מתות". זה מה שהוא צעק ולא הספיקו להרדים אותי. אני זוכרת איך שכולם צעקו "איכס" כשהוא פתח את הבטן" (עמ' 26 לפרוטוקול, שורות 23-24). הניתוח הקיסרי בוצע בהרדמה כללית, ונשאלת השאלה כיצד האם יכלה לשמוע את דברי הצוות הרפואי. כשנשאלה בעניין זה בחקירתה הנגדית, העידה האם, שהיא לא הספיקה להירדם וכי הרופאים "כיסו, הזריקו את החומר, כיסו ותיכף חתך את הבטן" (עמ' 32 לפרוטוקול, שורה 26). האם אף ענתה בחיוב לשאלתי כי בהנחה שהיא אכן לא הספיקה להירדם לפני

תחילת הניתוח הרי שבוודאי כאב לה מאוד בעת חיתוך הבטן, עובדה שקשה לקבל. המסמכים הרפואיים שהוצגו אינם מעידים על ניתוח קיסרי שבוצע באם כשהיא ערה, ועדות האם מעוררת ספק רב. גם דברים אלו, המצביעים על בעייתיות בעדותה של האם, מחזקים את המסקנה שיש להעדיף על עדותה את עדות הרופאה בדבר ההסברים שקיבלה האם אודות מצבה והצפוי לה.

91. תימוכין לכך שלא סביר שהאם אושפזה במחלקה להיריון בסיכון גבוה במשך כ-12 ימים מבלי שעודכנה ולו פעם אחת על מצבה הרפואי ועל הסיכויים והסיכונים הנובעים ממנו ניתן למצוא גם בעדותם של ד"ר פאוזנר ופרופ' בליקשטיין, שהעידו לגבי המקובל במקרים של אישה שמאושפזת בשל ירידת מים מוקדמת. ד"ר פאוזנר העיד, כי כשאישה מגיעה לבית החולים בשבוע 27 להיריונה, ברור שהמצב הוא בכי רע ויש צורך לדחות עד כמה שאפשר את מועד הלידה, ומסבירים לאותה אישה שהצוות נוקט בכל האמצעים כדי לדחות את הקץ:

"מסבירים שיילוד מייד חושף את העובר לסיכונים משמעותיים גבוהים יותר מאשר יילוד מאוחר יותר. אנו גם נותנים לה טיפול בצלסטון (סטרואידים), תכשיר שמאיץ את בשלות הריאות העובריות ומטפלים בטיפול אנטיביוטי כדי למנוע התפתחות זיהום. אם כך המצב, והעובר על פניו נראה שלם ובריא וללא כל פגע, ואין כאמור סימני זיהום, זה ההסבר שניתן לאישה. ההתנהלות היא יום יומית, בדיקה יום יומית של האישה, מחשש להתפתחות זיהום, בדיקה יום יומית של העובר מחשש לסימני מצוקה, והמתנה" (עמ' 39 לפרוטוקול, שורה 26 עד עמ' 40 לפרוטוקול, שורה 5).

92. כשנשאל ד"ר פאוזנר על ידי ב"כ התובעת, מה דעתו על האפשרות שלא מספרים לאישה מה הולך לקרות לה מרגע כניסתה לבית החולים, השיב שהנחה זו אינה נכונה. ד"ר פאוזנר העיד, שלא רק שהרופא שבודק את היולדת לראשונה בעת שהיא מתקבלת לאשפוז ומעריך שאכן יש ירידת מים מספר לה אודות המצב, אלא גם הרופא שבודק אותה מאוחר יותר במהלך כל אותם הימים בהם נוקטים בנחה משמר (עמ' 44 לפרוטוקול, שורות 26-28):

"מספרים. מספר הרופא הראשוני שבודק אחרי שהעריך שאכן ירידת מים, מספר הרופא שבודק אותה מאוחר יותר וסועד אותה במשך בממוצע 16 יום, וזה מה שקורה בממוצע, הוא דן איתה איך מה ומתי על התוצאות ומתי תהיה הלידה"

93. לדברי ד"ר פאוזנר אין הנחיה לתעד שיחות על הפרוגנוזה, אך ישנה הנחיה לשוחח עם האישה ולהסביר לה את המצב (עמ' 45 לפרוטוקול, שורה 25 -עמ' 46 לפרוטוקול, שורות 1-2).

94. גם פרופ' בליקשטיין העיד כי להערכתו לא ייתכן מצב בו אישה מגיעה עם ירידת מים בשבוע 27 או 28, כך שצפויה לידת פג, ולא מקיימים איתה שיחה על מה שעומד לקרות (עמ' 76 לפרוטוקול, שורות 5-11):

**"ש. נראה לך הגיוני שלא מספרים לאישה את הפרוגנוזה האפשרית עם כל החיוב ועם כל השלילה כשהיא מגיעה לבית החולים?
 ת. ברוב המקרים העסק מהיר מאוד תוך חצי יום העסק נגמר. אין מספיק זמן לאישה להפנים את גודל הבעיה. לעומת זאת במקרה הנדון האישה שכבה משהו כמו 12 יום, שבועיים, היה ביקור גדול של רופאים ויום יום דנו איתה אם הלויקוציטים עלו או ירדו או החום עלה או ירד וזאת למה? כדי לראות אם אפשר להמשיך את ההיריון או להפסיקו. לא נראה לי בכלל הגיוני שבדרך כזו של ניהול מקרה, מישהו החמיץ את העברת המידע ליולדת. לא יכול להיות" (ההדגשות שלי- מ' ר').**

אשר על כן, על פי כל האמור לעיל, אני קובע כי אם התובעת קיבלה מהנתבעת מידע מלא על מצבה הרפואי ועל הפרוגנוזה.

ה.3. הסכמה מדעת לביצוע הניתוח הקיסרי

95. לטענת התובעת, הניתוח הקיסרי בוצע באמה מבלי שהתקבלה הסכמתה, זאת לאחר שלאם לא נמסר כל מידע על הצורך בניתוח קיסרי והסיכונים הכרוכים בו. הנתבעת מצידה מפנה לטופס הסכמה להרדמה מיום 9.1.02 (נספח ו' למוצגי הנתבעת) עליו חתמה האם בטרם נכנסה לניתוח הקיסרי.

96. כאשר מדובר בניתוח אלקטיבי, שאף בלעדיו ניתן לנהל אורח חיים רגיל, ההסבר הנדרש לקבלת הסכמה מדעת נכלל ברף העליון של חובת הגילוי (ע"א 6153/97 שטנדל נ' פרופ' שדה, פ"ד ניו(4) 746, 757 (2002)). במקרה דנן מדובר היה בניתוח דחוף, ולא ניתוח

אלקטיבי, כפי שעולה מעיון בגיליון הרפואי של האם מיום 9.1.02, בו צוין על ידי ד"ר ארז כרמון כי האם "עוברת כעת בדחיפות לחדר ניתוח להרדמה כללית" (ההדגשה שלי- מ' ר').

97. ד"ר פאוזנר נשאל על ידי ב"כ התובעת, מדוע לא לספר לכל אישה שמתאשפזת, כבר בתחילת אשפוזה, שייתכן שהיא תזדקק לניתוח קיסרי, וכך יתאפשר לה לשקול ולהביע את דעתה אם היא מסכימה או לא. ד"ר פאוזנר השיב (עמ' 44 לפרוטוקול, שורות 19-23):

"עיקר ענייננו הוא הטיפול המיידני. לכן לא מועלות אופציות שאולי תתרחשנה לידה ואגינאלית או ניתוח קיסרי. כשנכנסה הגברת ללידה במצג עכוז, נבחרה הדרך היעילות המועדפת למעשה הבלעדית היום והיא ניתוח קיסרי, והיא נותחה כדי לספק לעובר תנאים מיטביים לפתוח את חיוו." (ההדגשות שלי- מ' ר').

אני מקבל דברים אלה. אין להפחיד את האישה בכניסתה לבית החולים. יש חובה לתת לה מידע על הטיפולים הסבירים והצפויים. ההתוויה לניתוח קיסרי היתה רק לאחר שהיה מצג עכוז ואז היה הטיפול דחוף.

98. נחיצות הניתוח הקיסרי והדחיפות בביצועו פוטרים את הרופא ממתן מידע מלא ומפורט, וכפי שנאמר בע"א 2781/93 דעקה נ' בית החולים "כרמל", פ"ד נג (4) 526, 548 (1999), להלן: פרשת דעקה):

"ניתן לומר כי ככל שהניתוח או הטיפול אינו מיועד למנוע סכנה מיידית, וככל שניתן לדחות את הטיפול בלי להחמיר את המצב, כדי שהחולה יוכל לגבש את הסכמתו כשהמידע הרלוונטי בידיעתו, כך חובת הגילוי של הרופא רחבה יותר. מובן שמידת הסיכונים הצפויים מהטיפול רלוונטית אף היא להיקף חובת הגילוי, ומובן גם כי יש חריגים הפוטרים את הרופא ממתן מידע מלא ומפורט בנסיבות ובמצבים מיוחדים; כך, למשל, במקרה של דחיפות הטיפול בשל מצב חירום..." (ההדגשות שלי- מ' ר').

99. לפי הראיות שבפניי, כולל עדות אם התובעת, האם הייתה מודעת לכך שמכניסים אותה לחדר ניתוח לצורך ניתוח קיסרי ונתנה את הסכמתה לכך בעל פה, למרות שהוחתמה בלהט הרגע רק על טופס הסכמה להרדמה. לא היה צורך בהרדמה כשלעצמה. בחקירתה הנגדית העידה האם בתחילה שהיא לא חתמה על טופס הסכמה להרדמה, אך כשהוצג בפניה הטופס

המדובר היא אישרה כי אכן מדובר בחתימתה (עמ' 32 לפרוטוקול, שורות 17-8). אומנם על טופס ההסכמה להרדמה מצוין שמה של מטופלת אחרת, אלא שב"כ הנתבעת הראתה שמדובר בטעות ידועה, ואין מחלוקת שמדובר בתיקה הרפואי של האם וכי על גבי אותו טופס עם שם המטופלת האחרת שהוקלד בטעות מופיעה חתימתה של האם וצוין בו התאריך והשעה בהם בוצע באם הניתוח הקיסרי (עמ' 35 לפרוטוקול, שורות 29-28).

100. כמו כן, בגיליון הרפואי צוין במפורש כי האם "הביעה את הסכמתה בעל פה להנתח". דברים אלו שנכתבו בגיליון הרפואי מתיישבים עם עדותה של האם, לפיה ד"ר כרמון אמר לה שהיא בפתיחה של 9 ס"מ "וחייב דחוף חדר ניתוח" (עמ' 32 לפרוטוקול, שורה 20). מכאן, שאין מדובר בטיפול רפואי שניתן לאם ללא קבלת הסכמתה, או ללא קבלת הסכמה מדעת, הכרוך בהפרה של הרופא את חובת הגילוי המוטלת עליו, אלא בטיפול רפואי שהאם ידעה היטב שהוא עומד להתבצע עקב הצורך הדחוף בו, והסכימה לו.

ה.4. פיצוי בשל פגיעה באוטונומיה

101. אין ספק, שהאוטונומיה של התובעת לא נפגעה. הפיצוי בגין פגיעה באוטונומיה של אם התובעת ניתן בגין פגיעה ברגשותיה שלה, כלומר בתביעת האם, במובחן מתביעת בתה הקטינה. מלבד העובדה שהתובענה הוגשה על ידי התובעת ולא על ידי אימה, אין לפסוק פיצוי בשל פגיעה באוטונומיה משום שלא התרחשה פגיעה באוטונומיה. לא הופרה החובה לקבל הסכמה מדעת לטיפול הרפואי. מאותה סיבה, ונוכח נסיבותיו של המקרה שלפנינו, יש לדחות גם את טענת התובעת בדבר תקיפה על פי סעיף 23 לפקודת הנויקין. כפי שצוין בפרשת דעקה (בעמ' 547), את החלת עוולת התקיפה בגין מתן טיפול רפואי יש להשאיר לאותם מקרים קיצוניים שהטיפול הרפואי בהם ניתן בעל כורחו של המטופל, או למקרים שהטיפול בהם היה שונה במהותו מהטיפול שהסכים לו, או כאשר לא נמסר כלל מידע על מהות הטיפול או על תוצאתו הבלתי נמנעת. זה אינו המקרה שבפני. ההחלטה לבצע את הניתוח הקיסרי בוצעה בדחיפות נוכח מצב החירום שהתפתח. האם, שחתמה על טופס הסכמה להרדמה, נתנה בעל פה הסכמתה לניתוח הדחוף והדרוש. לפיכך, דין התביעה בשל פגיעה באוטונומיה להידחות.

ו.1. הולדה בעוולה

102. כאמור, אין רשלנות ואין פגיעה באוטונומיה, ואין אחריות שיש להטיל על הנתבעת לנזקי התובעת. למרות זאת אעסוק בטענת התובעת, שאילו היתה רשלנות, לאור פגיעותיה של התובעת, יש להכיר בעילת תביעתה בגין "הולדה בעוולה". מנגד, הנתבעת סבורה כי

ענייננו אינו נופל בגדר המקרים הבודדים בהם הכירו בתי המשפט בעילה זו ומן הראוי להגביל את העילה של הולדה בעוולה רק כאשר מדובר בנזקים קשים במיוחד. לטענת הנתבעת, כל מגבלתה של התובעת היא רגלים שאינן ישרות ופעולות אותן היא מבצעת מעט באיטיות.

103. העילה של הולדה בעוולה נסבה על עצם ההולדה, בבחינת "טוב מותי מחייו". העילה הוכרה לראשונה בע"א 518/82 ד"ר זייצוב נ' כץ, פ"ד מ(2) 85 (1986) (להלן: פרשת זייצוב), אז הכיר בית המשפט באחריותו של רופא כלפי הורים ובנם, מקום בו ההתרשלות גרמה ללידת קטין בעל מום אשר מבלעדיה לא היה נולד כלל. באותה פרשה, בה נקבעו והוגדרו יסודות העוולה, הובאו דעות שונות של השופטים באשר ל"רמת" המום אשר יש בו כדי להקים עילת תביעה. לדעת כב' השופטים א' ברק, (כתוארו אז) ושי' לוין, עילת התביעה קיימת בכל לידה של ילד בעל מום כתוצאה מרשלנות, כשהנזק הוא גרימת חיים במום. לעומתם כב' השופטים מ' בן פורת וד' לוין נקטו בגישה מצמצמת, לפיה בפן העקרוני "יתכנו מקרים, אם כי נדירים, שבהם ניתן יהיה לקבוע שטוב היה לאדם פלוני לולא נולד" (עמ' 96 לפסק הדין). כב' השופט א' גולדברג, בדעת מיעוט, סבר כי עילת תביעה של הולדה בעוולה לא תיתכן כלל. לאור חילוקי הדעות, יש הטוענים שלא ברור מה ההלכה שנפסקה, וכל שופט יכול לבחור לפי נטיית לבו. דעתי היא שברור מה ההלכה שנפסקה, שכן אב בית הדין היתה השופטת בן פורת, ולפי סעיף 80 (ב) לחוק בתי המשפט (נוסח משולב) התשמ"ד – 1984 "באין רוב לדעה אחת בענין אזרחי, תכריע דעת אב בית הדין".

104. המום ממנו סובלת התובעת, דיפלגיה ספסטית, והמגבלות הנובעות ממנו, אינם מצדיקים הכרה בעילה של "הולדה בעוולה", אפילו היתה הנתבעת מתרשלת. בפסק דיני בת"א (חיי) 1134/06 עודאי נ' ד"ר דוידזון (טרם פורסם, 26.5.10), ציינתי כי אין להשוות בין ילד חסר מומים לבין ילד בעל מום, ולהגיע כך למסקנה שטוב מותו של בעל המום מחייו, אלא רק במקרים קשים:

"מי שסובר שכל ילד בעל מום זכאי לפיצוי, לא עוסק בהבחנות בין מומים קלים לקשים. מי שסובר, כמוני, שרק ילד בעל מום קשה טוב מותו מחייו, חייב לעסוק בהבחנות (וראה דברי השופטת נאור בע"א 4960/04 סידי נ' קופת חולים (לא פורסם [פורסם בנבו] – ניתן 19.12.05), לפיהם, קשה לומר על ילד החסר כף יד וסובל מבעיות נשימה ובעיות אחרות שטוב מותו מחייו. דברים אלה צוטטו בהסכמה על ידי השופטת בר-זיו בפ"ד שמאלי לעיל). אין צורך

למתוח מראש בדיוק את הגבול המבחין, וניתן להתקדם ממקרה למקרה, כדי לדעת מתי טוב מותו של הילד שנולד מחייו, כדברי איוב (פרק ג):

ג יאבד יום, אולד בו; והלילה אמר, הרה גבר...
 י. פי לא סגר, דלתי בטני; ויסתר עמל, מעיני.
 יא למה לא מרחם אמות; מבטן יצאתי ואגוע.

איני מקבל את ההנחה שבכל מקרה של פיגור יש לראות את הנולד כמי שטוב מותו מחייו. יש רמות שונות של פיגור. אולי זו לא הבחירה הראשונה של ההורים, אבל תובע שמומו קל, והוא אינו חריג מאד בסביבתו, לא יכול להחשב כמי שטוב מותו מחייו. "

(ראו דברים דומים שכתבתי בת.א (חיי) 1238/07 חורי נ' מכבי שירותי בריאות (טרם פורסם, 15.2.11), פסקה 5).

105. במקרה שבפני, מדובר בילדה שד"ר הלה, המומחה השיקומי מטעם התובעת, העיד שאין לה כל בעיה קוגניטיבית; היא לומדת בבית ספר רגיל, בכיתה התואמת את גילה; היא מדברת ברור, חייכנית וחברותית מאוד; היא לא משותקת והולכת בכוחות עצמה; היא עולה לבד לביתה שנמצא בקומה שנייה בבניין דירות ומתפקדת בצורה עצמאית, אם כי באופן חלקי באשר לרחצה והלבוש שלה (עמ' 12-13 לפרוטוקול).

106. עוד על מצבה של התובעת כיום ניתן ללמוד מחוות דעתו של ד"ר הלה בה הוא כותב כי בבדיקתו את התובעת, שהגיעה בליווי אמה ביום 23.12.10 ונבדקה על ידו במשרדי ב"כ התובעת, הוא מצא ילדה המשתפת פעולה, מתמצאת במקום ובזמן, מדברת ברור, חייכנית וחברתית מאוד. בבדיקתה הגופנית הוא מצא כי קיימת חולשה בארבעת הגפיים, כאשר בגפיים עליונות אין כמעט ירידה בכוח גס, פרט להיפרמוביליות בכפות הידיים וטונוס מוגבר במקצת, יותר משמאל. בגפיה התחתונות של התובעת בולטות צלקות בירכיים, בברכיים ובקרוסוליים עקב ניתוחים שעברה בשנת 2008 להארכת גידים. כמו כן טונוס מוגבר מאוד מלווה ערנות החזרים בברכיים ובקרוסוליים, אין קיצור של עקב אכילס אבל כפות הרגליים בתנוחת EQUINUS. הוא ציין שהתובעת מסוגלת ללכת בעזרת הליכון אחורי, כאשר היא מרכיבה שני סדים קצרים עד לברכיים והליכתה בטוחה ומהירה (ת/1, עמ' 2-3).

107. באשר לתפקודה היומיומי כתב ד"ר הלר כי התובעת עצמאית ברוב הפעולות היומיומיות כגון רחצה ולבוש, אולם היא מבצעת אותן באיטיות, מתקשה בגריבת גרביים ונעילת נעליים. בזמן האחרון התחילה לחתוך אוכל מוצק ולפי דברי האם מצליחה בכך. התובעת שולטת על הסוגרים אך מדי פעם היא מרטיבה עקב הקושי בהליכה לשירותים, בלילה ללא חיתול.

108. מבחינה שכלית ד"ר הלר התרשם שהתובעת אינה סובלת מפיגור אלא מאיטיות וליקויי למידה, בעיקר בתחום החשבון והאנגלית. התובעת לא מסוגלת להדביק את קצב הכתיבה של הכיתה הרגילה בה היא לומדת ונעזרת בסייעת ומחשב אישי שהוקצה לה במיוחד על ידי משרד החינוך (ת/1, עמ' 3). הוא הוסיף כי היות ומדובר בילדה, יש לבצע הערכת IQ בהגיעה לגיל בגרות לצורך קביעה אם קיים פיגור או מדובר על איטיות וליקוי למידה בלבד (ת/1, עמ' 4).

109. לבסוף קבע ד"ר הלר בחוות דעתו כי לתובעת נכות של 80% בגין שיתוק חלקי בינוני מסוג SPASTIC DIPLEGIA לפי סעיף 29(3)(ב) [לתקנות הביטוח הלאומי \(קביעת דרגת נכות לנפגעי עבודה\)](#), התשט"ז-1956 (להלן: "תקנות המל"ל").

110. בכל הנוגע לקביעת שיעורי הנכות ממנה סובלת התובעת אני מקבל את טענת הנתבעת כי לתובעת 50% נכות, ולא 80% כפי שכותב ד"ר הלר. התקנה הרלוונטית בתוספת היא תקנה 29 לתקנות המל"ל, שכותרתה "תסמונות מוחיות והפרעות בעצבים הקרניאליים":

"(1) המיפלגיה (HEMIPLEGIA)

...

(2) פרפלגיה (PARAPLEGIA)

20%	(א) בצורה קלה
50%	(ב) בצורה בינונית
80%	(ג) בצורה קשה
100%	(ד) בצורה מוחלטת (חוסר תנועתיות מוחלטת)
	(3) QUADRIPLEGIA
60%	(א) בצורה קלה
80%	(ב) בצורה בינונית
"100%	(ג) בצורה קשה

111. אני מקבל את דברי ד"ר ראובן לנגר, המומחה מטעם הנתבעת לרפואת שיקום (להלן: "ד"ר לנגר"), שאין לקבוע לתובעת אחוזי נכות לפי סעיף של קואדריפלגיה (QUADRIPLEGIA), כפי שקבע ד"ר הלר בחוות דעתו, כאשר ללא ספק ידיה של התובעת לא מצדיקות זאת ומוסכם כי קיים רק טונוס יתר קל ביותר בגפיים העליונות. לגישתו של ד"ר לנגר, "בספסטיק דיפלגיה מקובל לקבוע אחוזי נכות על פי מצב הגפיים התחתונות", ולכן הסעיף המתאים לענייננו הוא סעיף 29(ב)(2) לתקנות המל"ל, כלומר 50% נכות בגין פרפלגיה (PARAPLEGIA) בצורה בינונית (נ/6 מיום 23.2.11, עמ' 2-3).

112. בניגוד לד"ר לנגר, ד"ר הלר לא נימק בחוות דעתו מדוע יש לקבוע לתובעת נכות בגין קואדריפלגיה ולא פרפלגיה, למרות שכתב מפורשות כי השיתוק מתבטא "יותר בגפיים התחתונות". לפי עדותו של ד"ר הלר (עמ' 10 לפרוטוקול, שורות 13-17), המסמך הרפואי המאוחר ביותר באשר לתובעת שעמד בפניו בעת עריכת חוות דעתו היה משנת 2005, כאשר התובעת הייתה בת 3. לא עמדו בפניו מסמכים מהתקופה האחרונה. על כן עדיפה בעיני קביעתו של ד"ר לנגר.

113. גם ד"ר הימן, שתחום מומחיותו הוא תסמונות נוירולוגית, כמו זו ממנה סובלת התובעת, קבע בחוות דעתו מיום 27.4.11, על סמך בדיקתו מיום 3.3.11, כי לתובעת 50% נכות לפי סעיף 29(ב)(2) לתקנות המל"ל. מחוות דעתו עולה כי התובעת בעלת תפקוד קוגניטיבי תקין, שיתוק מוחין דיפלגי ויכולת ניידות סבירה, בעלת יכולת לחיות חיים עצמאיים, יכולת להקים משפחה, יכולת לעבודה עצמאית תוך השתכרות למחייתה, כל זאת עם התאמות המתבקשות בשל המגבלה המוטורית ממנה היא סובלת (נ/4, עמ' 4). ד"ר הימן הסביר בעדותו, כי כשהוא קובע את דרגת הנכות משוקללת בו גם היכולת התפקודית ואין להתייחס רק להליכה של התובעת (עמ' 62 לפרוטוקול, שורות 18-20). התובעת מצידה לא הציגה כל חוות דעת רפואית נוירולוגית. אני מקבל איפוא את חוות הדעת של ד"ר לנגר וד"ר הימן בכל הנוגע לדרגת הנכות וקובע כי לתובעת דרגת נכות של 50% בגין פרפלגיה בצורה בינונית.

114. מחוות דעתו של ד"ר הלר, עדותו ועדותה של האם, נמצאנו למדים, כי התובעת, בת 9, משתתפת בכל הפעילויות של בית ספרה, מלבד ספורט, והיא בעלת תחביבים רבים דוגמת נגינה באורגנית, קריאת ספרים, צפייה בסרטים ובמשחקי מחשב (עמ' 34 לפרוטוקול, שורות 9-23). לשמחתנו, התובעת, הסובלת מנכות של 50% בגין פרפלגיה בצורה בינונית, המתבטאת בעיקר בהליכה יותר איטית, לא באה בגדר אותם מקרים עליהם ניתן לומר "נוח לו שלא נברא משנברא". על כן, גם אם היתה נקבעת רשלנות של הנתבעת, לא ניתן היה

לומר על התובעת שטוב מותה מחייה, ועל כן, היה צריך לדחות את עילת התביעה של "הולדה בעוולה".

115. לאור כל האמור, ולאור פסק הדין של בית המשפט העליון, בע"א [7925/09 סעאבנה](#) נ' מינהל מקרקעי ישראל, ממנו הבנתי שעלי להגביל את דיוני בשאלות שהן "למעלה מן הצורך", לא אדון בנזקה של התובעת, לאחר שדחיתי את הטענות בדבר אחריות הנתבעת לנזקי התובעת.

ז. הוצאות משפט

116. על פי תקנה 512, בתביעות נזיקין המוגשות לבית המשפט המחוזי, יש לפסוק את רכיב שכר הטירחה בהוצאות המשפט לפי התעריף המומלץ של לשכת עורכי הדין הקובע שכר טירחה של לפחות 250,000 ₪ בתוספת מע"מ לתביעות שבסמכות בית המשפט המחוזי. למרות זאת, נקבע בפסיקה רף נמוך יותר לפסיקת שכר טירחה בתביעות רשלנות רפואית, בשל כך שהתובע הוא בדרך כלל נכה שלא זכה לפתרון מלא של בעיותיו הרפואיות, ו"לפנים משורת הדין" (ראו: רע"א [6568/05 כץ נ' כץ](#), סעיף ג(3) ([פורסם בנבו], 17.8.2005); ע"א [119/05 חליפה נ' מדינת ישראל](#), סעיף 48 ([פורסם בנבו], 10.9.2006). מנגד, יש לפסוק הוצאות משפט במקרים שבהם לא היה מקום להגיש את התביעה מלכתחילה.

117. תביעה זו לא היתה צריכה להיות מוגשת כלל. אפילו חוות הדעת שעליה נסמכה התביעה, קבעה שהטיפול הרפואי שניתן לאם התובעת ולתובעת היה תקין. נטען שהיה צריך להעמיד בפני האם כשהגיעה לבית החולים בשבוע 28 את האפשרות להפיל את העובר ששבטנה. אם התובעת הגיעה לבית החולים כאשר כבר היה ידוע שתיוולד פגה, יהיו אשר יהיו מאמצי הרופאים. הדרך היחידה של הנתבעת להמנע מתביעה, היתה לומר לאם התובעת, אשה בת 41 שזה היה הריונה הראשון, שעולה מתוך התיק הרפואי שנדרשו מאמצים להשגתו, שהיא יכולה לבקש להרוג את העובר החיה שבטנה, למרות ידיעת הרופאים שלא היה סיכוי סביר שבקשה זו תיענה בחיוב. הרופאים פעלו נכון, לפי האתיקה והפרקטיקה המקובלת, ועזרו לה ללדת ילדה שגדלה ושמחה ולומדת ומתפתחת, וכדברי אימה "היא כל החיים שלי" (עמ' 28 שורה 24). בנסיבות אלה, לא היתה תביעה זו צריכה להיות מוגשת, ולא היתה צריכה להתנהל, תוך הגשת כמה חוות דעת וחקירות הרופאים והמומחים. זהו מקרה מתאים שבו יש לפסוק הוצאות משפט, ובהתחשב בעובדה שמצבה הכלכלי של אם התובעת, המגדלת לבדה את ילדתה, אינו שפיר, אני מחייב את התובעת לשלם לנתבעת שכר טירחת עו"ד בסך 29,000 ₪ ועוד הוצאות הנתבעת כפי שישומו לפי תקנה 513.

ח. סוף דבר

על פי כל האמור לעיל, מאחר שהנתבעת לא התרשלה ולא הפרה את חובת הגילוי ולא נתנה טיפול רפואי ללא הסכמה מדעת, וגם מאחר שמצבה של התובעת אינה מזכה אותה בפיצוי בשל הולדה בעוולה, אני דוחה את התביעה. התובעת תשלם לנתבעת שכר טירחת עו"ד בסך 29,000 ₪ ועוד הוצאות הנתבעת כפי שישומו לפי תקנה 513.

המזכירות תשלח העתק פסק הדין לצדדים.

ניתנה היום, י"ב שבט תשע"ב, 05 פברואר 2012, בהעדר הצדדים.

מנחם רניאל 54678313-831/08

נוסח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה

בעניין עריכה ושינויים במסמכי פסיקה, חקיקה ועוד באתר נבו – הקש כאן