

## חידושי פסיקה

### יונתן דייויס\*

למדור חידושי פסיקה בחרנו לקט פסקי דין שיצאו מתחת ידו של בית המשפט העליון בסוגיות שונות בתחום הרשלנות הרפואית וכן גישת בית המשפט העליון בפרשנות סוגיות עקרוניות בתחום המשפט הרפואי, כגון התיישנות תביעה נגד חברות הסיגריות עקב נזקי עישון שנתגלו באיחור; קריטריונים להחזר הוצאות להשתלת כליה בחו"ל לפי הביטוחים המשלימים על פי חוק הבריאות; שומת הנזק הלא ממוני במקרים שבהם הניזוק מאבד הכרה ומוחזק כמי שאינו סובל עד פטירתו; קריטריונים לגזור על נאשם שהורשע ברצח עונש מופחת לפי סעי' 300 אי לחוק העונשין על פי דפי עמדה שפורסמו בכתב העת "רפואה ומשפט".

לפסק הדין החשוב בדיון הנוסף שדן בהלכת "הסיבתיות העמומה" בפרשת עדן מלול הקדשנו מאמר נפרד במדור ביקורת פסיקה.

### אופן בחינת ההתרשלות והקשר הסיבתי העובדתי בתביעת רשלנות רפואית באמצעות הדוקטרינה של הנזק הראייתי המהותי

ע"א 10094/07 פלונית נ' בית החולים האנגלי אי.מ.מ.ס (פורסם בנבו, 24.11.10) (השופטים ריבלין, הנדל וארבל)

במהלך לידת המערערת התרחשה תופעה המכונה "פרע כתפיים", שעיקרה היתקעות הכתפיים בתעלת הלידה באופן שאיננו מאפשר את המשך הלידה לאחר יציאת הראש. בעקבות התרחשות זו סובלת המערערת משיתוק ע"ש Erb בזרועה, שיתוק שהמערערים מייחסים לפרע הכתפיים. בית המשפט המחוזי דחה את התביעה על סמך קביעותיו של מומחה מטעם בית המשפט שקבע שהתנהלות הצוות הרפואי הייתה לפי הסטנדרט הרפואי המקובל.

בית המשפט העליון קיבל את הערעור ודחה את הערעור שכנגד בקבעו ממצאים חשובים באשר לבחינת שאלת הרשלנות והקשר הסיבתי.

השופט ניל הנדל קבע שטענת ההתרשלות מבוססת על שילוב בין שלושה תמרורי אזהרה לבין שני צעדי מנע שלא ננקטו. ראוי לציין כי לצורך הוכחת יסודותיה של עוולת הרשלנות די בהוכחתם של תמרור אזהרה אחד וצעד מנע אחד שלא ננקט, כמובן על פי סטנדרט הזהירות והטיפול הסביר הנדרש. כן ראוי להזכיר את כלל אי-ההתערבות של ערכאת הערעור בממצאים העובדתיים של הערכאה הדיונית, והחלטת הערכאה הדיונית לבכר חוות דעת מומחה אחת על פני רעותה היא חלק מהכלל האמור, במיוחד עת עסקינן בהעדפת מומחה שמינה בית המשפט. ברם יש להבהיר כי סטנדרט הזהירות נקבע על ידי בית המשפט ולא על ידי המומחה.

מתפקידו של בית משפט העליון לקבוע את הנורמה ההתנהגותית הראויה שתשמש אבן בוחן לקיומה של התרשלות. בשל כך יש האומרים כי אין למנות מומחה מטעם בית המשפט בתביעה בגין רשלנות רפואית כי בדרך זו מוסר בית המשפט את מושכות ההכרעה בשאלה הסופית (ultimate question) לידי גורם אחר. לכן במקרה שבו מונה מומחה מטעם בית המשפט בסוגיית החבות בתיק רשלנות רפואית על בית המשפט להיזהר מאימוץ מסקנותיו הנורמטיביות של המומחה בלא הפעלת שיקול דעת עצמאי ומלא מצדו.

במקרה דנן קיומו של תמרור אזהרה לעניין הסוכרת ההריונית נדחה בדין. לעומת זאת באשר לתמרור האחר – קיומם של גורמי סיכון אחרים לסיבוך "פרע כתפיים", למשל גילה של היולדת ועברה הוולדני – נראה כי על פני הדברים לא העניק להם בית המשפט המחוזי את המשקל הראוי. אם משקלו של העובר יהא גורם מעורר חשד, כי אז עולה, גם לפי דברי המומחה, שהנתונים האחרים הם סוג של סיוע וחיזוק.

\* עורך ראשי של כתב העת רפואה ומשפט. דוא"ל davies@med-law.co.il

במקרה דנא אין תיעוד של הערכת משקלה של המערערת טרם הלידה. בשל היעדר הרישום התמודדה המיילדת בעצמה עם הסיבוך הרפואי שנוצר. על פי ההנחיות שהיו מקובלות בעת לידתה של המערערת, כאשר הערכת המשקל של העובר נמוכה מ-4 ק"ג אין לנקוט, אך בשל המשקל המוערך, כל פעולות מנע מיוחדות בנוגע לסיבוך "פרע כתפיים". כאשר הערכת המשקל של העובר היא יותר מ-4,500 גר' מומלץ לנתח ניתוח קיסרי בשל הסיכון לפרע כתפיים, וכאשר הערכת המשקל היא בין 4,000 גר' ל-4,500 גר' ומתקיימים גם גורמי סיכון אחרים, שהם מעין "אינדיקטורים מחזקים", יש מקום לנקוט צעד מנע כגון תגבור חדר הלידה ואף לשקול ניתוח קיסרי. בענייננו כאמור הערכת משקלה של המערערת טרם הלידה, אם נערכה, לא נרשמה על ידי המשיב. עם זאת ידוע כי משקלה האמתי של המערערת, כפי שנמדד לאחר הלידה, היה 3,965 גר'. עוד ידוע כי טווח הסטייה המקובל של הערכת משקל ידנית טרם הלידה הוא כ-10% – לכאן או לכאן. בנסיבות אלו, ועל סמך על דוקטרינת הנזק הראייתית, הערכת משקלה הידנית של המערערת הייתה עשויה להשיק ל-4.5 ק"ג (לו הייתה הערכת משקל זהה למשקל בפועל, סביר כי הרופא היה מעגל זאת ל-4 ק"ג, ואם מדובר בסטייה של 10% כלפי מעלה, המשקל היה קרוב ל-4.5 ק"ג). כלומר, המערערת שייכת לכל הפחות לקבוצת העוברים שמשקלם נמצא בטווח הביניים שבין 4 ק"ג לבין 4.5 ק"ג. נתון זה ועמו הנתונים האחרים בדבר גילה של היולדת (כ-37) ועברה הוולדני מובילים למסקנה כי על בית החולים היה לנקוט צעדי מנע לנוכח קיומם של גורמי סיכון משניים.

אף אם נניח שההימנעות מניתוח קיסרי הייתה סבירה בנסיבות העניין, רשלנות המשיב מצאה ביטויה באי-נקיטת צעד המנע השני – תגבור הצוות הרפואי בחדר הלידה במהלכה של הלידה. בשל היעדר הרישום כמוסבר לעיל לא נכח הצוות הרפואי, למעט המיילדת, בשלב הקריטי. העולה מן האמור הוא כי המשיב התרשל – לא על פי מבחן של "חכמה לאחר מעשה" אלא בהתחשב באמות המידה שנדרשו בזמן אמת. בשל ההתרשלות התממש הסיכון שאמצעי זהירות היו אמורים למנעו.

התוצאה היא כי בנסיבות מקרה זה ועל סמך הראיות שהוגשו הוכחה חבותו של המשיב לנזקה של המערערת. אי-נקיטתו של המשיב אמצעי הזהירות גרמה מבחינה עובדתית ומשפטית לנזקי המערערת.

בית המשפט נזקק לדיון בסוגיית הקשר הסיבתי המשפטי בין הרשלנות לבין הנזק. בלשונו של השופט הנדל: "לאור העובדה שמשקלה של המערערת בפועל נמוך מ-4 ק"ג ודאי, אינו משיק לקו ה-4.5 ק"ג. משהתברר עתה כי המשקל בפועל אינו מחייב כשלעצמו נקיטת אמצעים – מדוע יש לומר כי קיים קשר סיבתי משפטי בין הנזק שנגרם לבין המשקל האימיתי של המערערת? שתי תשובות לשאלה זו. האחת, היא כי על סמך הנתונים כפי שהיו בפועל (משקל של כ-4 ק"ג) וכן נתונים מחזקים (גיל היולדת ועברה הולדני), היה על המשיב לנקוט צעדים שבהם לא נקט. אם כך, הנתונים העובדתיים האמורים משקפים את המצב בפועל ולא נוצר כל קושי בקביעת קיומו של קשר סיבתי משפטי – בהתאם לאמור לעיל. השנייה מתייחסת לקו לפיו רשלנות המשיב מהווה תולדה של הערכת משקל כוזבת".

בית המשפט סבור כי הן בחינת המשפט המשווה והן שיקולי מדיניות כלליים תומכים בקיומו של קשר סיבתי בהינתן הערכה כוזבת. על המשיב היה לפעול לפי המידע שהיה בידיו. בהיעדר דרך לשקול את התינוק בצורה מדויקת, הערכת המשקל היא הקובעת, גם אם זו תתגלה כמוטעית וכל עוד מדובר בהערכה שאינה רשלנית. הזמן הקובע הוא המועד שהיה על המשיב לפעול. אין זה משנה אם התמונה התגלתה כאחרת בחלוף שבע שנים או שבע דקות, שהרי אי אפשר לעצור את הליך הלידה ועל כן על הרופא לפעול על פי המידע שבידו בהתקיים מצב חירום או חשש למצב שכזה. המסקנה המתבקשת היא קיומו של קשר סיבתי בין שנבחן את העניין לפי גישת ההרתעה הכללית ובין שנבחן אותו לפי גישת הצדק המתקן.

המשנה לנשיאה א' ריבלין הצטרף לתוצאה והוסיף כמה הערות לעניין שאלת ההתרשלות (תוך הרחבת עניין החסר הראייתי) ולעניין שאלת הקשר הסיבתי המשפטי בנוגע למבחן הסיכון הדומיננטי וסיכוני הרקע.

## האם יש מקום להלכת הסיבתיות העמומה בעילת תביעה של הולדה בעוולה?

ע"א 7321/08 פלוני נ' שירותי בריאות כללית (פורסם בנבו, 5.9.10) (השופטים ריבלין, ג'ובראן והנדל)

המערערת הייתה בת 36 בעת האירועים מושא התובענה. בשבוע ה-23 להריונה אובחן אצל המערער הידרופס פטאליס חיסוני. הוא נולד בשבוע ה-27 במשקל 1,075 גרם. נקבע שהמערער סובל מקוצר ראייה – סיבוך הנובע מלידתו המוקדמת ומהפגות שיסודם בהידרוצפס. המערערים הגישו תביעה בגין הולדתו בעוולה של המערער נגד שירותי בריאות כללית ונגד ההסתדרות המדיצינית הדסה. נפסק שהמשיבה והדסה אינן אחראיות לנוקי ה-PDD, שהוא עיקר נכותו של המערער. PDD מאופיין בפגיעה ביכולת החברתית-הסוציאלית הנמצאת בספקטרום של אוטיזם קל יחסית בשילוב עם פיגור קל. טענה מרכזית בערעור היא שהיה מקום לחייב את המשיבה ואת הדסה גם בגין נזקי ה-PDD.

במהלך המשפט הגיעו המערערים להסדר כספי עם הדסה. בית המשפט המחוזי קיבל את התביעה והעמיד את שיעור הפיצוי על סך של 150,000 ₪ בתוספת שכר טרחה עורך דין בשיעור של 20%. המערערים מסתייגים משיעור הפיצוי הנמוך לגישתם, והערעור שכנגד קובל על קביעת בית המשפט המחוזי שלפיה יש לחלק את אחריותו של המשיבה והדסה באופן שבו המשיבה תישא באחריות של 60% ואילו הדסה תישא ב-40%. לגישת המשיבה, נכון הוא להעמיד את רשלנותה של הדסה בשיעור שאינו נופל מ-80%.

לטענת המערערים, משמעות קביעתו של בית משפט המחוזי היא שהמשיבות אחראיות בכלל להולדתו של המערער. היעדר רשלנות מטעמן היה מונע התעברותה של המערערת מלכתחילה או היה מביא את ההיריון לכדי סיום. אם כך, המערער לא היה נולד ואף לא היה סובל מכל הנזקים. לכן יש לחייב את המשיבות במלוא הנזקים שנגרמו. זהו "קשר סיבתי ייחודי" בהקשר של הולדה בעוולה: האם משנקבע כי רשלנותו של מאן דהוא גרמה להולדה בעוולה, יהא הוא אחראי לכל הנזק שנגרם לתינוק שנולד בין שהנזק הוא חלק מרשלנותו ובין שלא?

ברי כי לולא לידתו של המערער לא היה סובל הוא גם מהנזקים האחרים. זהו המבחן של הקשר הסיבתי העובדתי. אולם הקשר הסיבתי כולל לא רק מרכיב עובדתי אלא גם מרכיב משפטי: השאלה אם הרופא שהתרשל וגרם להולדה בעוולה אחראי גם לנזק שלא צפה ולא היה צריך לצפות מבחינה נורמטיבית.

משהובהרה המחלוקת בין הצדדים ראוי להתייחס לשאלה שהוגדרה לעיל כ"הקשר הסיבתי הייחודי" בהקשר של "הולדה בעוולה". בשאלה זו נחלקו הצדדים, אך לא תוך הצגת עמדות ברורות, ואף – ואולי בשל כך – בית המשפט המחוזי לא פסק בעניין. נראה כי לנוכח ההיבט העקרוני של השאלה והיות שדרכו של משפט היא שכל שאלה עקרונית לובשת הקשר עובדתי קונקרטי, לא יהא נכון שבית משפט זה יכריע בשאלה לראשונה. מוטב, עם כל הרצון להימנע ממצבים כאלה, שהתיק יוחזר לבית המשפט המחוזי כדי שיפסוק בעניין לאחר שמיעת הטענות.

## בחינת שאלת הרשלנות הרפואית על פי הפרקטיקה שהייתה נהוגה בעת האירוע

ע"א 2087/08 מגן נ' שירותי בריאות כללית (פורסם בנבו, 12.8.10) (השופטים ריבלין, פרוקצ'יה והנדל)

בית המשפט המחוזי דחה את תביעתה נגד המשיבה בגין רשלנות רפואית בטיפול באמה בזמן ההיריון שבעטייה היא סובלת ממומים ומפיגור שכלי קל. בית המשפט העליון דחה את הערעור.

השופט נ' הנדל קובע כי בבוא שופט להכריע בשאלת התרשלנותו לכאורה של רופא או איש צוות רפואי שומה עליו להרכיב את משקפי התקופה הרלוונטית.

מחד גיסא ידו של הרופא נדרשת להיות כל העת על הדופק – להתעדכן בפריצות דרך רפואיות, בפרוצדורות חדשניות ובמחקרים משדות מחקר מגוונים גם מעבר ליס. מאידך גיסא אין לשפוט אותו על שלא ניחן ביכולות ניבוי העתיד וחיזוי. יש לבחון אם הרופא נהג כרופא סביר בהתחשב במגבלות הידע והטכנולוגיה הנתונות באותה עת. כוחם של הדברים מתעצם לנוכח חלוף הזמן ממועד האירוע מושא הדיון – למעלה משלושים שנה. ככל שנלך

אחורה בזמן ישתנו גבולותיה של חובת ההתעדכנות והיא תלבש צורות שונות. אין מהירות ההתעדכנות והיקפה בשלהי שנות השבעים כמהירות ההתעדכנות והיקפה בקצו של העשור הראשון למילניום. כיום לרופא גישה נוחה מאוד לעדכונים מקצועיים מידיים באמצעות האינטרנט והוא יכול להתייעץ במרחב הווירטואלי עם מומחים מרחבי הגלובוס ולהיחשף לאסכולות רפואיות שונות. לכך נודעת השלכה על האופן שבו תיבחן שאלת ההתרשלות בכל מקרה לגופו.

יש לקבוע כי השימוש בחומר ההרדמה EPONTOL בשנת 1979 לא היה רשלני. אין חולק כי השימוש בחומר זה בשנת 1979 היה בגדר הפרקטיקה המקובלת בישראל. רק באמצע שנות השמונים הופסק השימוש בחומר ההרדמה האמור בישראל. כפי שנפסק, אף שאין השימוש בפרקטיקה מקובלת מהווה הגנה הרמטית לרופא שכשל באותה פרקטיקה, נוצרת חזקה שהשימוש באותה הפרקטיקה איננו רשלני. חזקה כזאת לא נסתרה במקרה הנדון. המערערת אינה יכולה להיבנות מהעובדה שה-EPONTOL מעולם לא הותר לשימוש בארצות הברית. קיומה של מחלוקת בין אסכולות רפואיות במדינות שונות בדבר טיפול, הצורך בניחות, הסיכון והתועלת בשימוש בתרופה זו או אחרת – הוא נתון עובדתי מוכר.

טענה חשובה אחרת נוגעת לאי־עריכתו של דיון רב־תחומי בין מומחים רפואיים לבין הורי המערערת בשאלה אם להמשיך את ההיריון. ככלל, יתערב בית משפט לערעור בממצאיה העובדתיים של הערכאה המבררת ובקביעות מהימנות במקרים חריגים גרדא, ובפרט כאשר התשתית העובדתית שנקבעה נשענת על חוות דעת מומחים בתחום הרפואה. אין מקרה זה נמנה עם המקרים הנדירים המצדיקים התערבות. קביעות בית המשפט המחוזי – הן בדבר המידע שהיה נתון לרשות הצוות הרפואי על אודות מצב המערערת והסיכון הנשקף לה והן באשר להסתברות הגבוהה שגם אם היו הוריה נחשפים למידע זה, היו בוחרים הם להמשיך בהיריון – נשענות על תשתית ראייתית איתנה ועל הערכות מהימנות. יובהר כי באין סיכון ידוע – אין גילוי. הכרה בקיומה של חובת גילוי בנסיבות מקרה כגון דא עלולה להרחיב עד בלי די את גבולות חובת היידוע.

אשר לסוגיית הרישום הרפואי. חשיבותו של רישום רפואי מלא ומדויק בזמן אמת הוכרה בפסיקה ואף עוגנה בסעיף 17 לחוק זכויות החולה. בכוחו של רישום רפואי חסר ליצור נזק ראייתי. הכלל הוא כי נזק ראייתי שנגרם לתובע מקום שבו לא נערכים רישומים רפואיים כנדרש או שלא נשמרים רישומים אלה עשוי להביא להעברת נטל השכנוע אל שכס הנתבע. ודוק, לא כל חסר או סתירה ברישום הרפואי מצדיקים העברת הנטל. חייב להיות קשר סיבתי בין הנזק הראייתי לבין היעדר יכולת מצד התובע להוכיח רכיב בעולת הרשלנות. בענייננו החסר ברישום אינו עונה על המבחן האמור.

גם לו היה עובר נטל השכנוע לכתפי המשיבה, הרי שהיה עובר אך ורק ביחס לאותן העובדות השנויות במחלוקת שיכלו להתבהר מתוך הרישום. עדיין היה על המערערת להוכיח קיומו של קשר סיבתי בין השימוש בחומר ההרדמה לבין מצבה. משוכה זו לא צלחה המערערת. לא די בהצבעה על נדירות מחלת המערערת ועל העובדה שהשימוש בחומר ההרדמה האמור בישראל נזנח. יש להראות כי מצב המערערת הוא תוצאה ישירה של השימוש בחומר ההרדמה.

המשנה לנשיאה א' ריבלין מצטרף לפסק דינו של השופט הנדל משום שלא הוכח הקשר הסיבתי שבין התנהגותם של רופאי המשיבה לבין הנזק שנגרם למערערת בלידתה. עם זאת השופט ריבלין סבור כי בית המשפט המחוזי לא ייחס משקל די לעובדה כי רופאי המשיבה לא היו מעודכנים בידע הרפואי שהיה קיים במדינות הים, ובהן ארצות הברית, ולא היו ערים לפרקטיקה שהייתה נהוגה בהן. גם העובדה שאמצעי התקשורת בעבר היו מפותחים פחות מאלה דהיום לא היה בה כדי לפטור את אנשי הרפואה מן הצורך לעקוב אחר המחקר, הידע והפרקטיקה באותן ארצות שבהן היה אפשר לעמוד על פסגת הידע – State of the art. הקושי להתעדכן מתגמד אל מול החובה ליתן את הטיפול הרפואי המיטבי. אלא שכאמור בהיעדר הוכחה מספקת בדבר הזיקה הסיבתית המשפטית בין התנהגות רופאי המשיבה לבין התוצאה הקשה – אין להתערב בפסק הדין.

## היקף המידע שעל רופא משפחה למסור למטופלת ושיעור האשם התורם של המטופלת

ע"א 2813/06 קופת חולים לאומית נ' זליג (פורסם בנו, 11.7.10) (המשנה לנשיאה א' ריבלין, השופט ס' ג'ובראן והשופט ח' מלצר)

ערעורים הדדיים על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בירושלים (השופט מ' דרורי) שבו נקבע כי קופת חולים לאומית התרשלה בטיפול בגב' זליג (להלן: המשיבה) וההתרשלות הביאה לידי כריתת אחת מכליותיה של המשיבה ולנזקים נוספים. המערערת חויבה בפיצוי המשיבה בשיעור של 70% מנזקה לנוכח אשם תורם כדי 30% לקרות הנזק שנקבע כי המשיבה נושאת בו. המערערת משיגה על עצם הטלת האחריות עליה. הן המערערת – כטענה חלופית בלבד – הן המשיבה מערערות, באופנים נוגדים, על שיעור האשם התורם שיוחס למשיבה ועל גובה הפיצויים שנפסקו לטובתה.

בית המשפט העליון (השופט ח' מלצר) קיבל חלקית את ערעורה של קופת חולים לאומית, במובן של הגדלת שיעור האשם התורם ל-50%, ודחה את ערעורה של גב' זליג בקבעו כי בשני עניינים (מתוך ארבעה) שבהם נקבע כי המערערת התרשלה – בעניין התנהלותו של ד"ר וינר ובעניין דרכי העברת המידע במערערת – אין בסיס מספק לקביעותיו של בית המשפט המחוזי הנכבד. לעומת זאת בשני העניינים האחרים שזכרו בפסק דינו של בית המשפט קמא – רשלנותה של ד"ר מה-נעים ועיכוב רשלני של תשעה ימים בעריכת בדיקת ה-CT – אין מקום להתערב במסקנות בית המשפט, לרבות בסוגיית הקשר הסיבתי לנזקה של המשיבה.

אשר להתנהלותו של ד"ר וינר: לא נמצא עיגון בדין ובנסיבות המקרה לקביעתו של בית המשפט המחוזי שלפיה ד"ר וינר התרשל כשלא ביצע "מעקב שוטף" כדי לוודא שהמשיבה ביצעה את בדיקת ה-IVP שאליה הופנתה. משלא העלתה המשיבה טענה שלפיה הסברו של ד"ר וינר היה בלתי מספק ולכן נמנעה מלבצע את הבדיקה (אלא טענה בלהט שלא הופנתה כלל לבדיקה), ומשדחתה הערכאה הדיונית את גרסתה העובדתית של המשיבה בכל הנוגע לטיפול שקיבלה מד"ר וינר, הרי שהיה מקום לדחות מניה וביה אף את טענתה להתרשלותו של רופא זה ולא היה מקום לפתח בשביל המשיבה גרסה משפטית חלופית ולקבוע כי ד"ר וינר התרשל (בכך שלקה בהסברו).

למעלה מן הצורך לא נמצא עיגון מבוסס בדין אף לאחת משתי ההנמקות הנפרדות של בית משפט קמא לכך שד"ר וינר התרשל: האחת – כי הסברו בעניין בדיקת ה-IVP לא היה מספק, ולכן קמה לו חובת המעקב, שכן בית המשפט סבור כי מבחינה משפטית מדובר בהסבר מספק, על פי דיני ה"הסכמה מדעת" שפותחו בפסיקה. צוין בין היתר כי אם נטיל על הרופא חובה גורפת שלא להסתפק בהסבר כללי על משמעות הבדיקה וחשיבותה (והסבר כזה ניתן במקרה דנן) אלא למסור הסבר מפורט על כל אבחנה שקיימת אפשרות רחוקה שתתאשר בבדיקה – השירות הרפואי רק ייפגע. עם זאת דומה שהתועלת במסירת המידע בנסיבות אלה – זניחה.

ההנמקה השנייה היא כי בלא קשר לטיב ההסבר עצם הסיכון שעלול להיגרם למשיבה אם לא תבצע את הבדיקה הוא כזה המחייב את ביצוע המעקב. משמסר הרופא הסבר מספק כאמור לעיל באשר לצורך בביצוע הבדיקה, הרי שאין בקיום האפשרות העיונית שהמטופל סובל ממחלה המחייבת טיפול ואשר הבדיקה הייתה חושפת אותה, כדי להקים לרופא חובת "מעקב שוטף" נוסף על חובת ההסבר הסביר למטופל. יתרה מכך: הטלת חובת מעקב גורפת, גם כאשר ניתן למטופל הסבר סביר, תטיל נטל בלתי סביר על הרופאים.

הובהר שאין בהערות הללו כדי לשלול היתכנותם של מקרים ספציפיים וחריגים שבהם נסיבות המטופל, הטיפול או יחסי המטפל והמטופל יהיו כאלה שבהן יימצא כי על רופא להמשיך ולעקוב אחר מטופלו ולא להסתפק בהפנייתו לביצוע הליך רפואי.

הכשל המערכתי: בית משפט קמא קבע כי המערערת לא דאגה לקיומה של זרימת שוטפת של מידע בין כל הרופאים המטפלים ובפרט להעברת תלונות המשיבה לידי רופאת המשפחה, ד"ר מה-נעים, ובכך התרשלה המערערת. אי אפשר היה לקבוע כך מאחר שלא כך טענה המשיבה התובעת עצמה. ממילא לא הונחו בפני בית המשפט נתונים היכולים לבסס את קביעתו האמורה ומלבד זאת ממילא לא הוברר במפורש קיומו של קשר סיבתי בין כשל מערכתי זה לבין הנזק.

כאמור, לא נמצא מקום להתערב בעניין רשלנותה של ד"ר מהנעים ולעניין הקביעה בדבר עיכוב רשלני של תשעה ימים בעריכת בדיקת ה-CT. אמנם בעניין בדיקת ה-CT המערערת מציעה שלל הסברים אפשריים לעיכוב בבדיקה. כל אחד מהסברים אלו היה יכול לספק לו הועלה ובוסס בדיון בערכאה הדיונית. מאחר שלא נעשה כך אין כל אפשרות להתערב במסקנת בית המשפט המחוזי כי חל עיכוב בעריכת הבדיקה וכי זה תרם לקרות הנזק.

אשם תורם: ככלל, ערכאת הערעור לא תתערב בשיעור האשם התורם שנקבע, שהוא עניין להערכתה של הערכאה הדיונית, אלא כאשר נדרש שינוי עקרוני בהערכה. ברם פה אין מנוס מהתערבות שכזו, בעיקר לנוכח הקביעה כאן כי ד"ר וינר לא התרשל. מכאן שעל כפות המאזניים עתה מונחת מזה רק התרשלותה של ד"ר מהנעים, שהיה בה כנראה כדי לאפשר את איתור הסיבה לחסימה החלקית במועד מוקדם כל צורכו (בצירוף עיכוב רשלני של תשעה ימים בעריכת בדיקת ה-CT) ומזה – החלטתה של המשיבה לא לפנות לביצוע הבדיקות והטיפוליים שאליהם הופנתה (ובראשם – בדיקת ה-IVP), אשר היה בהם כדי להציל את כלייתה. לנוכח המשמעות הרבה שיש לייחס למחדלה של המשיבה, ובהיעדר התרשלות מצד ד"ר וינר, הרי שיש להעמיד את האשם התורם שבו תישא המשיבה על 50% במקום על 30%.

### רשלנות רופא משפחה באי-הפנייה לבדיקות ושיעור האשם התורם של המטופל באי-מילוי הוראות.

ע"א 2886/05 אשכנזי נ' ד"ר גאנדין לודמילה (פורסם בנוב, 8.11.10) (השופטים נאור ד חשין ופרוקצ'יה)

ערעור על פסק דין של בית המשפט המחוזי בירושלים (השופט י' שפירא) שבו התקבלה תביעת המערערים נגד המשיבות בעילה של רשלנות רפואית, אך גם נקבע כי למערער אשם תורם בשיעור של 50%. המערערים משיגים על האשם התורם שיוחס למערער ועל שיעורו וכן על מיעוט הפיצויים שנפסקו להם. המערערות שכנגד מלינות על הקביעה כי הרופאה התרשלה בטיפול במערער, על הקביעה כי קיים קשר סיבתי בין התרשלותה של הרופאה לבין הנזק ועל גובה הפיצוי.

בית המשפט העליון (מפי השופטת נאור ובהסכמת השופט חשין, בניגוד לדעתה החולקת של השופטת פרוקצ'יה) קיבל את הערעור, דחה את הערעור שכנגד ברובו (פה אחד) ופסק כי חסר בגיליון הרפואי של המערער קיים, ברם אין בו כדי להביא לקביעה שהיו תלונות נוספות שאינן רשומות. הכלל שלפיו מקום שצריך לעשות רישום רפואי שכזה אך הרישום לא נעשה ולמחדל זה לא ניתן הסבר מניח את הדעת, יועבר נטל ההוכחה בדבר העובדות השנויות במחלוקת ושיכלו להתבהר מתוך הרישום אל הרופא או המוסד שבמסגרתו ניתנו השירותים הרפואיים – כלל זה אינו רלוונטי כשעצם קיומו של חוסר רישומי בשאלת התלונות נתון במחלוקת; מחלוקת עובדתית זו תוכרע על ידי בית משפט, ואין מקום להעברת נטל הראייה לגבי היקף התלונות. בית משפט הכריע בעניין זה כגרסת הרופאה.

מהראיות עולה כי ההתרשלות של הרופאה היא בשל אי-הפנייה לבדיקת אק"ג דחופה חרף האבחנה בדבר CHEST PAIN. אמירה סתמית לחולה לעשות בדיקה כזו וכזו בלא שיודגש לפניו שיש דחיפות בבדיקה לא תעמיד את החולה המצוי, או לא בהכרח תעמיד אותו, על צורך דחוף בבדיקה, והיה צורך להעמידו על כך שבעת החמרה עליו לפנות מיד לקבלת טיפול רפואי. התרשלות הרופאה מנעה מהמערער מידע חיוני להוכחת תביעתו והעמידה אותו בסיכון שמא התרחש אירוע המחייב טיפול מיידי בלי שהדבר ייודע במועד ובלי שהטיפול יינתן. בסוגיה זו רלוונטי כלל העברת נטל השכנוע לרופאה המתפרס גם על רשלנות מצד הנתבע באי-קיומן של בדיקות רפואיות אשר לו בוצעו היו יכולות להצביע על הגורמים לנזק. אי-ביצוע הבדיקה באופן מיידי גרם למערער נזק ראייתי. במקרה כזה עובר הנטל לרופא או לממסד הרפואי המתרשל להוכיח את העובדות השנויות במחלוקת שיכלו להתברר אלמלא ההתרשלות. בנטל זה לא עמדו המשיבות. לכן קיים קשר סיבתי בין התרשלותן לבין נזקו של המערער.

בדעת רוב נפסק כי אין להטיל על המערער אשם תורם. בהיעדר אזהרה כלשהי מצד הרופאה יכול חולה לומר לעצמו: "הייתי אצל הרופאה והיא קבעה שזו בעיה מקומית. מדוע שאלך לבית החולים או אשוב אל הרופאה?" גם בהנחה שהחולה נשלח לבדיקת אק"ג, הרי אי-אמירה ברורה שמדובר בבדיקה דחופה וכי יש לחזור בו ביום עם התשובה, היה בה כדי "להרדים" את ערנותו של החולה.

## דחיית ערעור בעילה של רשלנות רפואית במעקב היריון עקב חוסר אבחנה של נגיף CMV שגרם לנזק

ע"א 7756/07 גרסטל נ' ד"ר עוזי דן (פורסם בנוב, 21.12.10) (השופט א' רובינשטיין, השופטת א' פרוקציה והשופטת ע' ארבל)

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בחיפה שבגדרו נדחתה תביעת המערערים להכרה בהולדתו של המערער 1 (להלן המערער) כהולדה בעוולה, ולפיצוי בגינה. המערער נולד כשהוא סובל מנזק מוחי קשה, אשר נגרם ככל הנראה מהידבקותו בנגיף הציטומגלו (להלן: הנגיף או CMV) עת היה עובר ברחם אמו. על פי הנחיות משרד הבריאות, אין להפנות מטופלת ללא התוויה קלינית לבדוק הידבקות בנגיף. כיוון שבעת ההיריון לא הופיעו סימנים קליניים כלשהם המעידים כי אמו של המערער (המערערת 2, ולהלן המערערת) נושאת את הנגיף, ולהידבקותה בו לא היה ביטוי רפואי, לא הופנתה המערערת לעריכת הבדיקה.

בית המשפט העליון, ברוב דעות (מפי השופט א' רובינשטיין, בהסכמת השופטת א' פרוקציה, נגד דעתו החולקת של השופטת ע' ארבל) דחה את הערעור, מהטעמים האלה:

המשיב 1 לא התרשל בהימנעו מהפניית המערערת לבדיקה, ואין לומר כי הנחיות משרד הבריאות בנושא אינן סבירות. ההלכה היא כי בחינת התנהגותו של איש הרפואה תיעשה לפי הידע והפרקטיקה הנהוגים בעולם הרפואה באותה עת. עם זאת נקבע כי במקרים שבהם הצוות הרפואי מציב לעצמו רמת התנהגות הגבוהה מהמקובל, תיבחן התנהגות הרופא לפי אמת מידה זו. ואולם, בית המשפט, בדומה ל בית המשפט המחוזי, השתכנע כי לא השתרש בקרב רופאי הנשים בכלל ובקרב רופאי הנשים ב"מכבי" בפרט סטנדרט רפואי גבוה מן המקובל והנדרש. הנחיית משרד הבריאות בנושא חד-משמעית והיא התקבלה לאחר שיקול דעת מקצועי ומעמיק ואין להתערב בה. עם זאת בית המשפט מצטרף לדברי בית משפט קמא באשר לצורך לבחון מעת לעת את הנחיות המדינה בנושא. לא כל שכן כאשר רופאים רבים נוקטים בדיקה זו.

באשר לסיווג ההיריון, המערערים לא הרימו את נטל ההוכחה באשר לטענה כי היה על המערער 1 להגדיר את ההיריון היריון בסיכון גבוה, וכן לא הורם הנטל להוכיח כי במקרים של היריון בסיכון גבוה נערכת בדיקה זו באופן שגרתי. יתרה מכך, ההתייחסות להיריון דנא נוהלה כהיריון בסיכון ביחס לסיכונים הרלוונטיים הקשורים למהלך הבעייתי של ההיריון הראשון, אך באשר לסכנת ההידבקות בנגיף הייתה המערערת נתונה בסיכון בדומה לכל יולדת אחרת, ולעניין זה לא הייתה, לפי ההמלצות, חובה לערוך בדיקה. הגורמים המקצועיים אשר חוות דעתם נתקבלה סברו כי המשיב 1 נהג כראוי בכל הנוגע לטיפול במערערת וכי לא הייתה התרשלנות מצדו. נוכח זאת שוכנע בית המשפט כי אף בגדרי "ניסיון החיים" אין מקום להתערב בקביעה כי המשיב 1 לא פעל ברשלנות, ולא חלה עליו חובת בדיקה ביחס למערערת.

חובת יידוע: זכותו של מטופל לקבל מידע רפואי מדויק ומלא על מצבו הרפואי ועל הסיכונים הרלוונטיים למצבו. לגישת השופט רובינשטיין, חובת היידוע חזקה ביתר שאת עת מדובר במטופל אשר ניצב בפני פרוצדורה רפואית שעליו לעבור, אז על הרופא ליתן לו מידע מלא ומקיף על כל אחת מהאפשרויות העומדות לפניו על כל פרטיה ודקדוקיה, סיכוייה וסיכוניה. חובת היידוע בדבר סיכונים קיימת גם כאשר מדובר במטופל אשר מגיע לרופא במסגרת רפואה שגרתית (במובחן מטיפול במסגרת תהליך טיפולי כאמור), כגון בעת בדיקות שגרתיות בהיריון רגיל, שאז חובת היידוע קיימת באשר לסיכונים רפואיים העשויים להיות רלוונטיים למצבו של המטופל אך היא אינה מתפרסת עד כדי "עוקצי תאנים" של סיכונים רחוקים ובלתי רלוונטיים לו.

על פי נתונים שהוכחו בערכאה הדיונית, בדיקת ה-CMV לוקה בבעייתיות בארבעה מובנים עיקריים: (1) תוצאותיה אינן מדויקות ונתונות לפרשנויות שונות; (2) חוסר היכולת לטפל בעובר שנדבק במחלה; (3) האפשרות להידבק מיד בסמוך לאחר הבדיקה ובהיריון; (4) חוסר היכולת לקבוע מה עלה בגורל עובר שנדבק והתקיימות האפשרות שהעובר בריא לחלוטין חרף ההידבקות. בזאת, בשילוב הקביעות בדבר ערכה הנמוך של בדיקה ללא התוויה, יש כדי להצביע לכיוון אי-התערבות בהכרעה, כי לא חלה בנסיבות, קרי בהיעדר אינדיקציה קונקרטי, חובת יידוע יזומה בדבר הנגיף. השופטת ע' ארבל (בדעת מיעוט) קובעת כי הייתה חובה ליידע את המערערת 2, כמו כל אישה בהיריון, בדבר האפשרות לבדיקת הידבקות בנגיף ומשמעויותיה ולהותיר לה את ההחלטה בעניין ביצוע

הבדיקה. על פי עמדת בית משפט זה בעניין חובת הגילוי – חובה זו חלה גם על אפשרויות בדיקה ואבחון אחרות הקיימות לפני 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 לו או שאינו בר מימוש. עם זאת על הרופא להציג לפני מטופליו את כל המידע הסביר, כולל בדיקות אפשריות אחרות אשר מטופל סביר ירצה לדעת על אודותן. ביישום מבחינים אלו בעניין דנן, לגישת השופט ארבל, אין ספק כי מידע בדבר הבדיקה לגילוי נגיף ה-CMV הוא מידע הנמצא בגדר ציפייתה הסבירה של האישה ההרה, ולפיכך ראוי הוא שרופא יגלה למטופלותיו ההרות על אודות האפשרות לערוך בדיקה להידבקות בנגיף ה-CMV ועל משמעותיה של בדיקה זו. הנחיית משרד הבריאות בנושא, המדריכה במפורש את הרופאים שלא להפנות את המטופלות באופן שגרתי לבדיקה, איננה מסירה מהמשיב 1 את האחריות בנוגע לחובת הגילוי. ההנחיה עוסקת בהפניית נשים הרות לביצוע הבדיקה באופן שגרתי ואין היא עוסקת בשאלה אם יש לגלות את המידע על אודות הבדיקה לנשים ההרות אם לאו.

עם זאת משרד הבריאות אף הוא אינו יכול להיות פטור מאחריות. לצד החוזר הקובע שאין להפנות מטופלות באופן שגרתי לבדיקה היה על משרד הבריאות להבהיר את הצורך להציג לפני המטופלות את האפשרות לערוך בדיקה זו למרות זאת. משכך, האחריות מוטלת על המשיבים כולם. בנסיבות אלו, לגישתה, היה מקום להחזיר את הדיון לבית המשפט המחוזי כדי שיקבע אם מתקיים קשר סיבתי על פי ההנחיות שנקבעו בפסיקת בית משפט זה בסוגיה, ואם כן מהו גובה הנזק. כמו כן יש לבחון את שאלת פיצוי המערערת 2 בגין עצם הפגיעה באוטונומיה שלה (על פי הלכת דעקה). השופטת א' פרוקציה קובעת לעניין חובת היידוע כי היא צריכה להתמקד בעניינים בעלי חשיבות של ממש לבריאות המטופל במקרה שאפשר באמצעות המידע לקדם קידום ממשי את תכליתם. עניינים המצויים אך בשוליים הצדדיים ביותר של הסיכון האפשרי וקיום אמצעים בלתי יעילים ובלתי משוכללים לבדיקת הסיכון עשויים בהשתלבותם שלא להצמיח חובה, דרך שגרה, ליידע מטופלות על קיומם בהיותם בעלי פוטנציאל תועלת נמוך. אין הדברים אמורים במצבים של סיכון מיוחד, העשויים להצדיק יידוע בדבר אמצעים שונים להתמודד עם הסיכון גם אם אלה אינם נדרשים דרך שגרה. לגישת השופטת פרוקציה, בהיעדר סיכון מיוחד הנלווה להיריון מצד אחד ונוכח הערך החלקי והמסופק בלבד של הבדיקה למניעת אותו סיכון מרוחק מצד אחר, לא קמה חובת יידוע לגורם הרפואי ליידע את המטופלת על דבר קיומה של בדיקת CMV. כן מקובלת עליה עמדת השופט רובינשטיין שלפיה יש מקום כי רשות הפיקוח הרפואית תעניין מעת לעת בהנחיותיה בעניין זה, השוללות לפי שעה חובת יידוע שגרתי בעניין בדיקת CMV.

### ביצוע ניתוח נירוכירורגי מורכב על ידי מתמחים שבעטיו נגרם לתובע נזק מוחי

ע"א 3754/09 מחבר נ' הסתדרות מדיצינית הדסה (פורסם בנבו, 13.12.10) (השופטים א' חיות, ע' פוגלמן וי' עמית).

בית המשפט המחוזי בירושלים (השופט י' ענבר) קבע כי הטיפול הרפואי שנתן הצוות הרפואי בבית החולים הדסה עין כרם למערער היה רשלני ופסק לו פיצויים בגין נזקי גוף שנגרמו לו מאותו הטיפול. בית המשפט המחוזי אמנם דחה את טענת המערער כי העובדה שנותח בלא הסכמתו ובלא הסכמת משפחתו מהווה עוולה בקבעו כי בשלב שבו הוחלט על הניתוח היה המערער נתון ב"מצב חירום רפואי" בשל הלחץ הנובע מהגידול, ובהינתן מצבו הקוגניטיבי שלא אפשר כלל להשיג ממנו הסכמה מדעת אותה שעה, היה אפשר לטפל טיפול רפואי גם בלא הסכמתו של המערער. עם זאת ובכל הנוגע להליך הניתוח עצמו, נקבע כי הצוות הרפואי של בית החולים התנהל ברשלנות תוך חריגה מן הסטנדרט הרפואי המקובל. במוקד קביעותיו לעניין זה עמדה סוגיית זהות הרופאים שביצעו את הניתוח. בית המשפט המחוזי קבע כי את הניתוח הוביל רופא מתמחה, וכי בנסיבות אותו אירוע הפקדת "אזמל המנתחים בידי המתמחה" יש בה משום התרשלנות מצד הצוות הרפואי של בית החולים. המערער מלין על מיעוט הפיצוי שנפסק לזכותו, ואילו המשיבה מלינה על ממצאיו ומסקנותיו של בית משפט קמא בסוגיית החבות. אשר לגובה הנזק סבורה המשיבה כי זה נפסק לזכות המערער ביתר ובהפרזה, ובמיוחד היא מלינה על פסיקת הפיצוי בראש הנזק של עזרת הזולת החורג לגישתה מן ההלכה שנפסקה בהקשר זה בעניין אקסלרד (ע"א 3375/99).

פסק הדין עורר תרעומת בקהילה הרפואית, ובעקבות הממצאים של פסק הדין הוציא מנכ"ל משרד הבריאות הנחיות בדבר "גיליון הניתוח – רישום ותיעוד" (חוזר 24/10), ולפיהן



יש להקפיד על הגדרות מדויקות של תפקידי הרופאים המשתתפים בניתוח, במיוחד במקום בו הניתוח מבוצע ע"י יותר מרופא אחד:

- א. "מנתח" - יוגדר הרופא המבצע את עיקר הניתוח אין מניעה כי רופא מתמחה יוגדר וישמש בפועל כמנתח, בהתאם לשלב התמחותו והכשרתו.
- ב. "מנתח משנה" - יוגדר רופא או רופאים נוספים המשתתפים בניתוח.
- ג. "מנתח אחראי" - יוגדר הרופא הבכיר בצוות הרפואי המשתתף בניתוח בפועל. בניתוחים בהם משתתפים יותר ממנתח אחד וישנם מנתחים בעלי אותה רמה מבחינת בכירותם, יחליטו המנתחים ביניהם מראש, מיהו המנתח האחראי בניתוח והדבר יצוין בדו"ח הניתוח בהתאם.

יש להקפיד כי, דו"ח הניתוח יכלול תמיד פירוט של כל שלבי הניתוח ובפרט ציון כל האירועים והסיבוכים המשמעותיים שאירעו במהלך הניתוח, ככל שהיו.

בחוברת 40 של כתב העת "רפואה ומשפט" פרסם פרופ' אברהם סהר מאמר ביקורת המכוון נגד התנהלות המומחים הרפואיים שהעידו בתיק תחת הכותרת "הרופא הנאות". עתה הוכרעה המחלוקת בבית המשפט העליון.

בית המשפט העליון קבע שאין מקום להתערב בממצאיו ובמסקנותיו של בית משפט קמא בכל הנוגע לסוגיית החבות. בית המשפט מסכים כי בנסיבותיו המיוחדות של המקרה דן היה מקום שאת הניתוח שבוצע במערער, למצער החל מן השלב שבו הופיע הדימום, יבצע רופא בכיר ולא רופא מתמחה (העדויות שהוצגו, לרבות עדותו של פרופ' סגל עצמו, תומכות במסקנה זו). כן צדק בית משפט קמא בדחותו את גרסת המשיבה באשר למעורבותו הפעילה של פרופ' סגל במהלך הניתוח ובקבעו כי בנסיבות המקרה דן הייתה התרשלות בכך שאזמל המנתחים הופקד בידי ד"ר פרוז, הרופא המתמחה שחתם על דוח הניתוח והוגדר בו כ"מנתח". מסקנה זו יפה ביתר שאת בהתחשב בעובדה כי מדובר בניתוח שהתבצע בנסיבות יוצאות דופן כניתוח חירום, על פי הפרוצדורה הקבועה לכך בסעיף 15(3) לחוק זכויות החולה. כמו כן צדק בית משפט קמא בקבעו כי נוכח הרישום הלקוי של מהלך הניתוח, שאינו משקף אותו לאשורו ואינו מפרט את הקשיים והסיבוכים שהתעוררו בו, עובר נטל השכנוע אל המשיבה לשלול את הקשר הסיבתי בין ההתרשלות האמורה ובין האוטם המוחי שנגרם למערער במהלכו. עוד קבע בית משפט קמא, ובצדק, כי לא המשיבה לא הציגה ראיה של ממש השוללת את דבר קיומו של קשר סיבתי כאמור.

### התיישנות תביעה נגד חברות הסיגריות עקב נזקי עישון שנתגלו באיחור

ע"א 2206/08 סיגמן נ' חב' דוב בע"מ (פורסם בנבו, 11.7.10) (השופטת א' פרוקצ'יה, השופט א' רובינשטיין והשופטת ע' ארבל)

בית המשפט המחוזי מרכז דחה תביעת נזיקין שהגיש המערער ביום 22.5.03 נגד חב' דובק בע"מ (להלן: המשיבה) בטענה כי היא אחראית בנזיקין למחלת ריאות קשה שבה לקה – מחמת התיישנות. טענתו העיקרית של המערער היא כי בית המשפט המחוזי שגה בקביעתו כי מחלתו אובחנה ונתגלתה לפני המועד הקובע במאי 1996. המערער מעלה שתי טענות לעניין האיחור בגילוי עובדות חיוניות שהן חלק מעילת התביעה: האחת – עניינה בכך שהנזק, קרי המחלה, נודע לו רק בשנת 2002 בעקבות בדיקה שעבר באותה שנה. השנייה – כי הקשר הסיבתי בין העישון לבין המחלה נודע לו אף הוא לראשונה רק במועד זה. לפיכך הוא טוען כי האיחור בגילוי הנזק ובגילוי הקשר

הסיבתית בין המחלה לבין העישון שנגרם לכאורה מהתרשלות המשיבה הפסיק את מירוץ ההתיישנות, אשר התחדש רק בשנת 2002 בעקבות הבדיקה הרפואית. מכאן כי תביעתו שהוגשה בשנת 2003 לא התיישנה.

בית המשפט העליון, ברוב דעות (מפי השופטת א' פרוקצ'יה, בהסכמת השופט א' רובינשטיין, נגד דעתה החולקת של השופטת ע' ארבל), דחה את הערעור, מהטעמים האלה:

שילובן של הוראות סעיף 8 בעניין "התיישנות שלא מדעת" בחוק ההתיישנות עם כלל הגילוי בסעיף 89(2) לפקודת הנזיקין בנוגע לעוולות נזיקין מוביל למסקנות האלה:

כאשר מדובר בעוולות נזיקין המתבססת על נזק, מועד גילוי של הנזק והשפעתו על תחילת מירוץ ההתיישנות מוכרע על פי האמור בסעיף 89(2) לפקודה. לעומת זאת אשר למרכיבים אחרים בעילת התביעה שאינם מרכיב הנזק חל כלל "ההתיישנות שלא מדעת" בחוק ההתיישנות על פי סעיף 8 לחוק. משמעות הדבר היא כי גילוי מאוחר של מרכיבי עילת התובענה בנזיקין, הקשורים במעשה האשם או במרכיב הקשר הסיבתית בין האשם לנזק, נבחן על פי אמות המידה שבסעיף 8 לחוק ההתיישנות.

סעיף 8 לחוק ההתיישנות קובע כלל גילוי מאוחר בעל אופי אובייקטיבי, במובן הזה: כדי לעכב את מירוץ ההתיישנות בשל גילוי מאוחר של עובדות מטריאליות לעילה, אין די בכך שאדם גילה את העובדות הללו באיחור. עליו להוכיח כי אִי-הגילוי נבע מסיבות שלא היו תלויות בו ושאינן בזהירות סבירה לא היה יכול למנוע אותן. משמעות הדבר היא כי כשהעובדות המטריאליות מצויות בידיעת התובע, ולו "בכוח", הוא ייחשב כאילו ידע אותן בפועל כל עוד היה אפשר לגלותן במאמץ סביר. כן על התובע להוכיח כי נקט אמצעים סבירים כדי לגלות את הזיקה הסיבתית.

אשר לגילוי מאוחר של גורם הנזק בעוולת הנזיקין, הנשלט על ידי סעיף 89(2) לפקודה, הכלל הוא כי לצורך פתיחת מירוץ ההתיישנות, מצד אחד אין הכרח כי מלוא הנזק יתגבש ויתגלה בטרם יחל מירוץ ההתיישנות. מצד אחר לא כל נזק פועט יצדיק את תחילת מנין התקופה. המבחן לתחילת מירוץ ההתיישנות בגילוי הנזק לצורך סעיף 89(2) הוא מבחנו של האדם הסביר; השאלה אם מבחן גילוי הנזק על פי סעיף 89(2) לפקודה הוא מבחן סובייקטיבי או אובייקטיבי, נותרה עד כה פתוחה. בית המשפט קובע כאן (ברוב דעות) כי פרשנות תכליתית של סעיף 89(2) לפקודה מביאה למסקנה כי מבחן הגילוי גם על פי הוראה זו הוא מבחן אובייקטיבי, המניח כי ההגנה הניתנת לתובע שגילה במאוחר את עובדת קיומו של נזק שהוא חלק מעילת התביעה נפרסת על מי שלא התרשל בגילוי, ונקט אמצעים סבירים כדי לגלות עובדות שהיו קיימות ב"כוח" בנוגע לנזק. פרשנות זו מתיישבת עם הניסוח הלשוני של סעיף 89(2) לפקודה ואינה סותרת אותו; היא שומרת על האיזון הבסיסי בין האינטרסים השונים המתמודדים במוסד ההתיישנות – של התובע, הנתבע והציבור הרחב. היא משתלבת לא רק עם הוראות פקודת הנזיקין אלא גם עם תפיסת ההתיישנות הכללית; היא משקפת מדיניות התואמת את הדין המצוי והולמת את הדין הרצוי.

טיב האמצעים שעל תובע לנקוט כדי שייחשב למי שנקט זהירות סבירה בגילוי עובדות הנזק נגזרים מטיב העניין. נטל ההוכחה בדבר גילוי מאוחר של עובדה שהיא מרכיב בעילת התביעה המביא לדחיית מירוץ ההתיישנות, מוטל על התובע המעלה טענה זו על פי מבחן מאזן ההסתברויות. במקרה דנן לא עמד המערער בנטל ההוכחה המוטל עליו להראות כי נתקיימו בעניינו התנאים לחלות מבחן הגילוי המאוחר, המצדיק את עיכוב מירוץ ההתיישנו וחידושו רק עם הגילוי המאוחר. לא נמצא ממש גם בטענת המערער כי המשיבה ויתרה בהתנהגותה על טענת ההתיישנות. בשל כל אלה דין טענת ההתיישנות שהעלתה המשיבה להתקבל, כפי שקבע בית משפט קמא. השופטת ע' ארבל סבורה בדעת מיעוט כי המבחן במסגרת סעיף 89(2) לפקודת הנזיקין, בנוסחו הנוכחי, צריך להיות מבחן סובייקטיבי וכי ביישום בענייננו התביעה לא התיישנה. השופטת מציינת עוד כי היא הייתה מגיעה לתוצאה דומה גם על פי המבחן האובייקטיבי.

## קריטריונים להחזר הוצאות השתלת כליה בחו"ל על פי חוק ביטוח בריאות

בג"ץ 3848/09 בן ציון נ' בית הדין הארצי לעבודה (פורסם בנבו, 29.8.10)

העותר נפגע במהלך עבודתו והוכר על ידי המוסד לביטוח לאומי כנפגע מעבודה. בעקבות פגיעתו סבל העותר מכשל כלייתי סופני, אולם המוסד לביטוח לאומי הכיר בקשר של 50% בלבד בין מצב הכליה לתאונת העבודה. לאחר שנכשלה השתלת הכליה הראשונה שבוצעה בעותר הצטרף העותר שוב לרשימת הממתינים להשתלה. משראה שהרשימה ארוכה, פנה לבצע את ההשתלה בבית חולים בארצות הברית. בקשתו של העותר לקבלת החזר הוצאות הניתוח מקופת חולים "מכבי", שבה הוא מבוטח בביטוח בריאות, התקבלה לפני משורת הדין ועד לסכום שלא כיסה את מלוא ההוצאות שהוציא.

העותר תבע את קופת החולים ואת המוסד לביטוח לאומי לתשלום פער ההוצאות בין מה שקיבל למה שהוציא בפועל. בית הדין האזורי דחה את תביעתו לאחר שקבע שאינו עומד בתנאי הזכאות לקבלת החזר הוצאות. ערעור על פסיקה זו נדחה על ידי בית הדין הארצי לעבודה.

לטענת העותר, מדובר בעניין שחורג מענייני הפרטי ומחייב בירור מעמיק וממצה של סוגיית ההתרמה של חולים במצבו. לטענת המשיבים, אין מקום להשיג שוב על קביעת בית הדין הארצי מאחר שעניינו של העותר אינו חורג מגבולות ענייני הפרטי.

בג"ץ קיבל חלקית עתירה על פסק דינו של בית הדין הארצי לעבודה, שדחה את ערעורו של העותר על דחיית תביעתו לקבלת החזר על מלוא ההוצאות שהוציא לצורך השתלת כליה שעבר בחו"ל.

נקבע כי הפרשנות הנכונה של ביטוח בריאות לעניין החזר הוצאות טיפול בחו"ל מחייבת התחשבות במצבו הפרטי של כל מבוטח ובמצב ההמתנה להשתלות בישראל. על כן בית המשפט הורה על השבת התיק לבית הדין האזורי לעבודה לצורך בירור סוגיות אלו בנוגע לעותר.

סעיף 3(ד) לחוק ביטוח בריאות ממלכתי, תשנ"ד-1994 קובע כי שירותי הבריאות הכלולים בסל שירותי הבריאות המוגדר בחוק יינתנו בישראל. עם זאת מכוח החוק הותקנו תקנות ביטוח בריאות ממלכתי (שירותי בריאות במדינות חוץ), תשנ"ה-1995, ובהן מוגדרת זכאות לקבלת שירותים רפואיים בחו"ל.

מכוח תקנות אלו, למבוטח בביטוח בריאות ממלכתי קיימת בתנאים מסוימים זכאות לקבל החזר הוצאות גם עבור ניתוחי השתלה כאשר אין אפשרות לקבל את הטיפול בישראל או כאשר המבוטח מצוי בסכנת חיים.

בית הדין הארצי לעבודה, שדחה את ערעורו של העותר על דחיית תביעתו לקבלת החזר מלא של הוצאות הניתוח שביצע בחו"ל, לא הסתמך על חוות הדעת הרפואיות שהגיש העותר שלפיהן היה נתון בסכנת חיים אלמלא היה מבצע את הניתוח בחו"ל ולא ניתח כלל את חוות הדעת האלה. כמו כן בתי הדין לעבודה לא ניתחו בפסקי דינם את מצבו של העותר לפי חוות הדעת שהגיש, ובמקום זאת העדיפו – ללא כל הנמקה עובדתית רפואית – את חוות הדעת הרפואיות שהגישו המשיבים שלפיהן לא נשקפה סכנת חיים לעותר בדיאליזה שעבר.

נקבע כי מצב רשימות ההמתנה להשתלות איברים בישראל ידוע, ובהתחשב במצבו הרפואי של העותר, כפי שעלה מחוות הדעת שהגיש, המשך טיפול הדיאליזה שלו היה עלול להרע את מצבו מאוד ואף לגרום לו לתופעות לוואי חמורות שחייבו השתלה דחופה.

עוד נקבע כי בהתחשב במצבו של העותר ייתכן שהיה מקום לראות בו חריג לכלל האוסר על מתן טיפולים בחו"ל לפי התקנות.

בית המשפט קבע כי היה מקום לבחון את מצבו של העותר בהתחשב במצבו הרפואי, כמו במצב ההשתלות בישראל, שבו מספר הממתינים להשתלת איבר עולה בקביעות בהרבה על מספר התרומות.

נקבע כי העתירה מצדיקה את התערבות בית המשפט בפסק דינו של בית הדין הארצי מאחר שהיא מגלה עניין בעל חשיבות ציבורית נרחבת מעבר לעניינו הפרטי של העותר ובשל הפרשנות המוטעית של בית הדין הארצי של התקנה המתירה החזר הוצאות ניתוח בחו"ל למבוטחים.

על כן נקבע שעניינו של העותר ישוב לבית הדין האזורי לעבודה, שיבחן את נסיבות המקרה ביחס למצבו של העותר. נקבע כי בית הדין האזורי יבחן אם היה סיכון בהמשך טיפול הדיאליזה שעבר העותר אם לא היה עובר את הניתוח בחו"ל, וכן אם הניתוח שעבר העותר בחו"ל הוא טיפול כשירות רפואי חלופי לפי לשון התקנה.

## כיצד יש לשום את הנזק הלא ממוני ומהם הקריטריונים לפיצוי לניזוק שנפטר ללא כאב וסבל

ע"א 4022/08 אגבה נ' ד.י.ש בע"מ (פורסם בנוב, 21.10.10) (המשנה לנשיאה א' ריבלין והשופטים ע' ארבל ור' רובינשטיין)

ערעור וערעור שכנגד על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בתל אביב שבמסגרתו נקבעה אחריותם של הפנימייה, המתני"ס והמציל למותו של ניר. ניר טבע בברכת השחייה שאליה הגיע במסגרת קייטנה מטעם הפנימייה שבה למד – פנימייה המכוונת לילדים בעלי צרכים מיוחדים, ובעיקר לילדים הסובלים מהפרעות התנהגות שונות – הוא נמשה מן המים כשהוא מחוסר הכרה, בלא דופק וללא יכולת נשימה. בעקבות פעולות ההחייאה חזר לבו לפעולה, אולם הוא נותר מחוסר הכרה. עשרה ימים לאחר מכן נפטר, בהיותו בן 11 שנים. הערעורים מכוונים הן נגד קביעת האחריות והן נגד גובה הנזק שנפסק. בהקשר אחרון זה הצדדים חלוקים בעיקר בנוגע לבסיס השכר שצריך לשמש לצורך חישוב הפסד ההשתכרות שנגרם לניר (ילד בעל צרכים מיוחדים) וכן בנוגע לפיצויי בגין כאב וסבל. המערערים סבורים כי יש מקום לבחון מחדש את ההלכה שנקבעה בעניין פרייליך (ע"א 773/81), אשר לפיה אין לפסוק פיצויים בעבור כאב וסבל במקרה שהכרתו של הניזוק ניטלה ממנו מרגע הפגיעה ועד לרגע המוות. בית המשפט העליון דחה את הערעורים וקבע כי הכרעתו של בית המשפט המחוזי באשר להתרשלותם של הפנימייה, המתני"ס והמציל ובאשר לחלוקת האחריות ביניהם – מבוססת היטב ואין מקום להתערב בה. חובתם של מדריכי הפנימייה דומה לזו של מורים בבית הספר, ואף גוברת כשמדובר ביציאה אל מחוץ לכותלי הפנימייה, במיוחד כאשר מדובר בילדים בעלי צרכים מיוחדים ובמיוחד כך כשהם שוהים במקום שיש עמו סיכונים ידועים. אף חובתו של המציל כלפי ניר אינה מוטלת בספק. הן המדריכים הן המציל לא השגחו במצוקתו של ניר דקות ארוכות כשראשו היה נתון בתוך המים.

לעניין הנזק הלא-ממוני, סך הפיצויים שנפסקו בראש נזק זה – בהתחשב בסבלו של ניר בטרם הטביעה ובהתחשב בכך שהלך לעולמו בגיל 11 – אינו חורג מן הראוי במידה המצדיקה התערבות בהכרעתו של בית המשפט המחוזי בעניין זה, לכאן או לכאן. עם זאת בית המשפט מוצא לנכון להתייחס לסוגיה הנוגעת להלכת פרייליך אף על פי שאין בדברים כדי להשפיע על התוצאה הסופית במקרה זה. המערערים סבורים שאפשר לבסס קיומו של נזק סובייקטיבי בדמות "כאב וסבל" גם בתקופת אבדן ההכרה, וזאת לטענתם מכוח דוקטרינת הנזק הראייתי אף על פי שביט המשפט סבור כי עמדת המשיבים אינה עולה בקנה אחד עם התפיסה המקובלת באשר לדוקטרינת הנזק הראייתי. לגופו של עניין בית המשפט סבור כי ראוי ליתן פיצוי בגין נזק בלתי ממוני בתקופת אבדן ההכרה. אלא שכאמור, אין לכך השלכה לעניינו. בתוך קבוצת הנזקים הבלתי ממוניים אפשר לציין שלושה ראשי נזק עיקריים: האחד הוא ראש הנזק של "קיצור תוחלת החיים", השני הוא ראש הנזק של "כאב וסבל". מדובר בפיצוי בגין תחושות של חוסר נוחות פיזית או מיחושים הנגרמים לניזוק מפציעתו, וכן בגין כל פגיעה נפשית, כגון צער, עצב או עגמת נפש אשר נגרמה לו עקב הפגיעה (שם). השלישי, המוכר פחות במשפט הישראלי, הוא "אבדן הנאות החיים" (יש המכנים זאת "נזקים הדוניסטיים"). מדובר בפיצוי בגין פגיעה באיכות החיים של הניזוק או בשל ערך החיים עצמם, בגין אבדן תחושות העונג, הסיפוק, החדווה ונחת הרוח הקיימות ברגיל לאדם במהלך חייו. ראש הנזק הזה עשוי לכלול פיצוי בגין מגוון רחב של פעילויות הנמנעות מן הנפגע ואשר ברגיל מסבות לאדם אושר (השופט רובינשטיין מסתייג מהשימוש במונח "פיצויים הדוניסטיים" בהקשר זה).

במשפט המשווה קיימות כמה תפיסות באשר לזכות לפיצוי בגין אבדן הנאות החיים, ואילו בתי המשפט בישראל ככלל נמנעו עד היום מלפסוק פיצויים בגין אבדן הנאות החיים כראש נזק עצמאי. אלא שלעתים ראש הנזק של כאב וסבל קיבל מובן רחב שאפשר להביא בחשבון גם אלמנטים כגון אבדן השמחה וחדוות החיים שנגרמו לניזוק.

שאלת הפיצויים בגין הנזקים ההדוניסטיים מקבלת משמעות מיוחדת בהקשר של נפגע שנתר מחוסר הכרה, או שהיה עת מסוימת מחוסר הכרה, שכן קיים ספק רב אם ניזוק אשר איבד הכרתו חש כאב או סבל, לפחות לא במובן הפשוט והרגיל של המונח. אך ללא ספק נפגעת יכולתו של הניזוק ליטול מהנאות החיים.

אף בגדרי המשפט המשווה הוטעמה מורכבותו של הנושא, אולם עדיין מעמדה של התפיסה האובייקטיבית בנוגע לאבדן הנאות החיים במשפט הישראלי אינו ברור, שכן הסוגיה הושארה עד כה ב"צריך עיון". בית משפט זה סבור כי אכן שאלת ההכרה בראש הנזק של אבדן הנאות החיים אצל הניזוק מחוסר ההכרה, קרי ההכרה בהיבט האובייקטיבי של ראש נזק זה, אינה פשוטה (בעיקר לנוכח קשיי הערכה), אך אין בקושי שהיא מעוררת כדי להצדיק את שלילת הפיצוי. הצורך לבחון שאלות אלה מחדש אף עולה בקנה אחד עם ההתפתחות הכללית בפסיקת פיצויים בגין נזקי גוף לא ממוניים במשפט הישראלי. מכל מקום, וכאמור, ההכרעה לטובת הפיצוי אינה משנה בענייננו את התוצאה, שכן אין מקום להתערב בשיעור הכולל של הפיצויים שנקבע.

סכום הפיצויים שנפסקו לניר בגין הנזק הלא ממוני שנגרם לו עומד על 800,000 ש"ח. פיצוי זה אינו חורג במידה העולה על המותר מן הסכומים הנפסקים ברגיל בגין פגיעה בלתי ממונית קשה כפי שאירעה במקרה זה, ואף עומד ברף הגבוה של הפיצויים. סכום הפיצוי הבלתי ממוני שנקבע כולל בתוכו כמה רכיבים הנוגעים להיבטים שונים של הנזק הבלתי ממוני שנגרם לניר – הן בהיבט הסובייקטיבי הן בהיבט האובייקטיבי. בלי להידרש לחלוקה הפנימית בין רכיבים אלה די בכך שהפיצויים שנפסקו במקרה זה אכן מבטאים בגבולות הסביר את הפגיעה הבלתי ממונית הקשה שנגרמה לניר במקרה דנן הן בעת הטביעה הן לאחריה.

## מהם הקריטריונים לגזור על נאשם שהורשע ברצח עונש מופחת לפי סעיף 300א לחוק העונשין

ע"א 5683/07 גדקר נ' מדינת ישראל (פורסם בנוב, 4.10.10) (השופטים א' לוי, ארבל והנדל).

המעורר הורשע ברצח אשתו ומבקש שיגזרו עליו עונש מופחת לפי סעיף 300א לחוק העונשין בשל הפרעה נפשית חמורה, בהסתמך על חוות דעת מטעמו.

סעיף 300א לחוק העונשין מעניק שיקול דעת לבית המשפט לגזור ענישה מופחתת על אדם שהורשע ברצח בהתקיים התנאים והדרישות על פי אחת החלופות המפורטות בסעיף. חשיבותו של סעיף זה נובעת מהעובדה שהעונש בגין הרשעה בעברת הרצח הוא מאסר עולם חובה, ולפיכך אין לבית המשפט שיקול דעת לסטות מעונש זה אלא במסגרתו של סעיף 300א.

קיימת מחלוקת, אף בקרב המומחים מתחום בריאות הנפש בשאלה אם הפרעת אישיות היא הפרעה נפשית חמורה, כדרישתו של סעיף 300א (ראו למשל מאמרם של שמואל פניג, יוסף לריה ודייוויד רועה "הפרעות אישיות וענישה מופחתת, מזווית משפטית" **רפואה ומשפט** 23, 73 (אוקטובר 2000)). איגוד הפסיכיאטריה בישראל פרסם זה מכבר נייר עמדה מנחה למומחים הנדרשים לחוות דעתם בדבר ענישה מופחתת בעברת הרצח. הוועדה שכתבה את נייר העמדה המליצה לקבוע כי הפרעת אישיות תיחשב חמורה רק במקרים בודדים וחריגים שבהם האדם מאובחן כלוקה בהפרעת אישיות ומגלה פגיעה בולטת בתפקוד וכן פסיכופתולוגיה הקרובה למצב של חולה נפש פסיכוטי. צוין כי חומרת ההפרעה באישיות לפני ביצוע העברה צריכה להתבטא באלה: אשפוזים רבים, צורך בטיפול תרופתי בנוגדי-פסיכוזה, קשיים ניכרים ביכולת לעבוד ולשמור על קשרים, כישלונות בחיי משפחה וקשיי תפקוד בלימודים, בחברה, בעבודה ובשירות הצבאי (ראו מאמרם של יובל מלמד, יעקב מרגולין, שמואל פניג, רוברטו מסטר, אוברי זאבו ואבי בלייד "עונש מופחת בעבירת רצח" **רפואה ומשפט** 29, 165 (דצמבר 2008)).

בית המשפט העליון דחה את הערעור וקבע כי סעיף 300א מעניק שיקול דעת לבית המשפט לגזור ענישה מופחתת על אדם שהורשע ברצח בהתקיים התנאים והדרישות על פי אחת החלופות המפורטות בסעיף. חשיבותו של סעיף זה

נובעת מהעובדה שהעונש בגין הרשעה בעברת הרצח הוא מאסר עולם חובה, ולפיכך אין לבית המשפט שיקול דעת לסטות מעונש זה אלא במסגרת הסעיף. במקרה הנדון רלוונטי ס"ק (א), העוסק בהפרעה נפשית חמורה. סעיף משנה זה עוסק במקרה שבו עומד הנאשם על סף כניסה לתחולתה של ההוראה המעניקה פטור מאחריות פלילית בשל אי־שפיות הדעת, אך בשל עצמתם הפחותה של תסמיני ליקויו הוא אינו חוצה סף זה. מטרתו של הסעיף היא לתת מענה במקרים שבהם תחושת הצדק אינה מתיישבת עם הטלתו של מאסר עולם על המורשע ברצח בשל מצבו הנפשי בעת ביצוע העברה.

כדי לזכות בענישה מופחתת מכוח סעיף זה על הנאשם להוכיח שלושה יסודות: ראשית, קיומה של הפרעה נפשית חמורה; שנית, הגבלה ניכרת של יכולתו להבין את אשר הוא עושה או את הפסול שבמעשיו או להימנע מעשיית המעשה גם אם לא עד כדי חוסר יכולת של ממש. תנאי זה מתמקד למעשה במישור השכלי של הנאשם – שלא הבין את אשר עשה או את הפסול במעשיו, או במישור הרצוני – לא היה יכול להימנע מלנהוג כפי שנהג; התנאי השלישי הוא קיומו של קשר סיבתי בין ההפרעה הנפשית להגבלה הניכרת. יש לציין כי גם אם מתמלאים תנאי הסעיף, בית המשפט רשאי להפעיל את שיקול דעתו אם להפחית בעונשו של המורשע ברצח אם לאו. ההבחנה בין ענישה מופחתת לבין פטור מאחריות פלילית בשל אי־שפיות הדעת נעוצה בעיקרה בעצמת ההשפעה של ההפרעה הנפשית על יכולתו הקוגניטיבית של הנאשם להבין את אשר הוא עושה או את האסור שבמעשה, או להימנע מהמעשה.

נטל ההוכחה להתקיימותם של תנאי סעיף 300א מוטל על כתפי הנאשם, ורמת ההוכחה הנדרשת היא במאזן הסתברויות. אף על פי שבית המשפט נעזר במומחים מתחום בריאות הנפש כדי לגבש את מסקנותיו בסוגיית הענישה המופחתת, ועליו לבחון בחינה מעמיקה את חוות הדעת שהוגשו לו ולשמוע את עדויות המומחים, בסופו של יום ההחלטה אם התקיימו תנאיו של הסעיף נתונה לשיקול דעתו של בית המשפט, ואין הוא מחויב לאמץ חוות דעת כזו או אחרת.