



בית המשפט המחוזי בחיפה

11 ספטמבר 2023

ע"א 76974-01-23 מרכז רפואי העמק ואח' נ' ח.י. מ ואח'

לפני הרכב כבוד השופטים:

בטינה טאובר, סגנית נשיא [אב"ד]

סארי ג'יוסי

מאזן דאוד

המערערים

1. מרכז רפואי העמק

2. שרותי בריאות כללית

ע"י ב"כ עוה"ד מריאנה נובק מנדל

נגד

המשיבים

1. ח.י.מ.

2. מ.ג.

3. י.מ.

ע"י ב"כ עוה"ד אסף נוי ואח'

פסק דין

1. בפנינו ערעור על פסק דינו של בית משפט השלום בחיפה (כב' השופט אחסאן כנעאן), מיום 03/01/2023 בת"א 38066-12-18, בגדרו התקבלה התביעה שהגיש המשיב 1 יליד 2010 (להלן: "הקטין"), באמצעות הוריו, המשיבים 2 ו-3, לפיצויים בגין נזקי גוף שנגרמו לקטין במהלך לידתו במרכז רפואי העמק.
2. בית משפט קמא קבע כי הצוות הרפואי מטעם המערערים התרשל בעת ניהול הלידה של המשיבה 2 ובכך גרם לנזקו האורתופדי של הקטין, אשר אובחן כסובל משיתוק מסוג ERB.
3. המערערים מבקשים להורות על ביטול פסק דינו של בית משפט קמא, ולקבוע כי בנסיבות המקרה התחייבה המסקנה לפיה לא היה מקום למתן הוראה לניתוח קיסרי ועל כן לא מתקיים הקשר הסיבתי הנדרש בין נזקיו של הקטין לבין התנהלות המערערים.

רקע כללי:

4. מהתשתית העובדתית שהונחה בפני בית משפט קמא עולה כי ביום 02/10/2010 נולד הקטין בבית חולים העמק כשהוא שוקל 4,026 גרם, בלידה נרתיקית רגילה. זמן קצר לאחר לידתו, נבדק הקטין על ידי רופא ילדים ונמצא כי ידו שמוטה, קיימת בעיות בתנועת האצבעות וכי אינו מסוגל להרים את ידו הימנית. בהמשך התברר כי הקטין לוקה בשיתוק מסוג ERB.
5. מדובר בהיריון שלישי של המשיבה 2, לאחר שני הריונות קודמים שהסתיימו בהפלות מוקדמות.
6. אין מחלוקת בין הצדדים כי המשיבה 2 סבלה מסכרת נעורים, על כן ההיריון מושא הערעור הוגדר כהיריון בסיכון גבוה. עוד אין מחלוקת כי המשיבה 2 עברה ביום 22/09/2010, בהיותה בשבוע 5+36, הערכת משקל במסגרת קופת חולים מכבי, שהדגימה עובר במשקל 3,345 גרם.
7. שבוע לאחר מכן, ביום 29/09/2010, התקבלה המשיבה 2 ללידה בבית חולים העמק. בבדיקת אולטרסאונד שבוצעה על ידי ד"ר נסאר סאלח נרשם כי הערכת המשקל של העובר AGA, דהיינו שמשקלו תואם את גילו הכרונולוגי על פי עקומת הגדילה. ברשומה הרפואית מיום 01/10/2010 תועד כי בוצעה הערכת משקל קלינית לעובר, על ידי המיילדת דומוביץ נילי, שציינה משקל 2,800 גרם. בפועל, כאמור, נולד הקטין במשקל 4,026 גרם.
8. המשיבים הגישו בחודש 12/2018 תביעה נגד המערערים בגין נזקים שנגרמו לקטין בעקבות רשלנות מצד בית חולים העמק בו נולד הקטין. לביסוס טענת הרשלנות הגישו המשיבים שתי חוות דעת, הראשונה נערכה על ידי מומחה רפואי בתחום הגניקולוגיה ומיילדות, ד"ר רמי מאור; השנייה נערה על ידי פרופ' שלמה פורת, מומחה לאורתופדיית ילדים אשר העריך את נכותו של הקטין בשיעור 30%.
9. ד"ר מאור קבע כי עסקינן ביולדת הסובלת מסכרת מסוג 1 המטופלת באינסולין, עם קבלתה ללידה במרכז הרפואי העמק, נרשם על ידי המיילדת הערכת משקל קלינית 2,800 גרם ואילו הערכת משקל סונוגרפית AGA. לשיטתו של ד"ר מאור הרישום הלקוני של תוצאות בדיקת הערכת המשקל אשר לא תאמה את המשקל בלידה, ואת יתר הבדיקות הסונוגרפיות שבוצעו במהלך ההיריון, שהצביעו על עובר מקרוזומי, מלמדות על שתי אפשרויות: הראשונה, היא שהבדיקה היתה רשלנית ובלתי מקצועית מצידו של הבודק אשר טעה בהערכת המשקל ביותר מ-30%; השנייה, היא שהבדיקה לא בוצעה כלל. לעמדת המומחה ד"ר מאור הבדיקה הרשלנית או אי ביצוע הבדיקה, גרמה להערכת משקל שגויה בעת מהלך הלידה ולכן לא הוצע למשיבה 2 לסיים את ההיריון בניתוח קיסרי כמקובל וכמומלץ בנייר העמדה.
9. בכתב ההגנה שהוגש מטעם המערערים נטען, בין היתר, כי הצוות הרפואי פעל כשורה וכי אין קשר בין פעולות הצוות הרפואי לבין הנזק שאירע, ומשכך דין התביעה להידחות.

10. בחוות הדעת מטעם המערערים שנערכה על ידי פרופ' יריב יוגב, נטען כי הלידה התנהלה בהתאם לפרקטיקה המקובלת ועל פי מידת הזהירות המקובלת. הלידה עברה בצורה מהירה ללא כל אירוע המלמד על קושי בחילוף העובר או כתפיו, כאשר נסיבות העניין והערכת משקל העובר טרם הלידה, אשר היתה בתחום הנורמה, לא הצדיקו עריכת ניתוח קיסרי, אף בנוכחות סכרת טרום הריונית. פרופ' יוגב קבע כי הסיבה להעדפת ניתוח קיסרי לעומת לידה נרתיקית בנשים סוכרתיות עם עובר מאקרוזומי היא למניעה פרע כתפיים. לעמדתו, לאור העובדה כי בנסיבות המקרה לא התרחש פרע כתפיים מתיירת האינדיקציה לניתוח קיסרי. להערכתו, הפגיעה הנורולוגית התרחשה ככל הנראה בחיים התוך רחמיים ולכן לא היתה ניתנת לצפייה מראש או למניעה על ידי ניתוח קיסרי.

11. המערערים הגישו בתחום האורתופדי חוות דעת שנערכה על ידי ד"ר מיכה רינות, אשר העריך את נכותו של הקטין בשיעור 10% לצמיתות.

12. יצוין כי שני המומחים בתחום המיילדות הגישו חוות דעת משלימות מטעם הצדדים. בחוות הדעת המשלימה שנערכה על ידי ד"ר מאור התייחס המומחה לחוות הדעת שהוגשה על ידי פרופ' יוגב ונטען כי גרף הגדילה שהוצג על ידי פרופ' יוגב אינו נכון שכן לשבוע ה-5+36 המשקל הוא 3,345 גרם. נטען כי המשיבה 2 היתה במהלך כל ההיריון באחוזון יותר מ-50% והחל משבוע 36 יש שבירת אחוזון מ-73% ל-86%, שמגיע ל-97% בלידה. עוד התייחס ד"ר מאור להערכת המשקל שבוצעה בבית החולים ונטען כי "ללא ספק אם הערכת המשקל של הצוות הרפואי בבית חולים העמק היה מבצע הערכות משקל קלינית וסונוגרפית מקצועית ועל פי סטנדרטים מקובלים היו מתקבלות הערכות משקל מדויקות יותר שהיו משנות את החלטה על אופן סיום ההריון.. יתרה מזו אם היה בודק את עצמו ומבחין את ההפרש במשקל בין הערכות המשקל במהלך ההריון ובין התוצאות ביום הלידה היה צריך לפחות לחזור על הבדיקות בטרם קיבל החלטה שגויה ליילד העובר בלידה נרתיקית".

13. עוד התייחס ד"ר מאור לשאלה האם היה פרע כתפיים במהלך הלידה ונטען כי המקרה שלפנינו לא מתאים למקרים המתוארים במאמר אליו הפנה פרופ' יוגב בעניין זה, שכן המשיבה 2 היתה עם צורת רחם בעל צורה נורמלית, שעברה לידה נורמלית מבחינת שלבי לידה והזמנים שבין השלבים. נוכח האמור, ד"ר מאור חזר וקבע כי הצוות הרפואי בבית החולים, אשר טיפל במשיבה 2 התרשל בקבלת החלטות על אופן יילוד הקטין, ובמקום לסיים את הלידה בניתוח קיסרי כנדרש וכמקובל, החליט לאפשר לידה נרתיקית במהלכה נגרם לקטין שיתוק ERB.

14. מנגד, פרופ' יוגב קבע בחוות דעתו המשלימה כי הבדל של 10% אינו מהווה שבירת אחוזונים כפי שקבע ד"ר מאור. צוין כי לאורך ההיריון הערכות המשקל שבוצעו הדגימו משקל עובר באחוזונים דומים, לא מדובר בשבירת אחוזונים וכל הערכות המשקל הדגימו כי העובר היה תואם לגיל ההריון, לכן לא היתה כל

אינדיקציה לבצע ניתוח קיסרי. לשיטתו של פרופ' יוגב, העובדה כי אנשי צוות שונים ביצעו הערכת משקל בשבוע סביב הלידה וכולם טעו, מלמדת כי לא מדובר ברשלנות אלא בטעות אנוש וכנראה, הנתונים הקליניים של האם ושל העובר לא אפשרו הערכה מדויקת.

15. עוד ציין פרופ' יוגב בחוות דעתו המשלימה כי אין בתיעוד הרפואי רישום כי היתה בעיה בלידה או פרע כתפיים, אלא ציון כי מדובר בתסמונת ארב ללא פרע כתפיים, לפיכך מתבקשת המסקנה כי פגיעתו של הקטין אירעה בתקופה התוך רחמית.

16. בית משפט קמא מינה ביום 07/10/2020 ד"ר מיכאל עסאף מומחה בתחום האורתופדי, אשר קבע כי נכותו האורתופדית הצמיתה של הקטין עומדת על 25%, בגין הפגיעה במקלעת הברכיאליית מימין. ד"ר עסאף קבע כי קיימת אצל הקטין פגיעה בשרירי הגוף העליון מימין, כתוצאה מהפגיעה במקלעת הברכיאליית בגובה העצבים C5-6, עם ביטוי קליני ותפקודי מתאים לפגיעה מסוג זה.

17. הצדדים הגישו תצהירי עדות ראשית. ביום 07/07/2022 נשמעו עדויות הצדדים. מטעם המשיבים העידו הורי הקטין, המשיבים 2-3, והמומחה מטעמם ד"ר רמי מאור. מטעם המערערים העידו פרופ' יריב יוגב, ד"ר נסאר סאלח אשר ביצע את הערכת המשקל הסונוגרפית ביום 29/09/2010 וכן המיילדת הגב' מיכל עיילי. הצדדים ויתרו על חקירת המומחה מטעם בית המשפט בתחום האורתופדי. לאחר תום שמיעת העדים והמומחים הגישו הצדדים סיכומיהם.

פסק דינו של בית משפט קמא:

18. בית משפט קמא קיבל כאמור בפסק דינו את התביעה של המשיבים וקבע כי הצוות הרפואי מטעם המערערים התרשל בעת ניהול הלידה של המשיבה 2 ובכך גרם לנזקו האורתופדי של הקטין.

19. באשר לשאלה איזה אחוזון היה הקטין בעת הלידה, בית משפט קמא קיבל את טענת המערערים וקבע כי לא ניתן על סמך הבדיקות הסונוגרפיות לבדן, שתועדו במהלך ההיריון ובהן נרשם משקל העובר, להגדיר את העובר כעובר מיקרוזומי שההתוויה לגביו היא סיום הלידה בניתוח קיסרי. עוד קבע בית משפט קמא כי לא היתה בנסיבות המקרה שבירת אחוזונים בהערכת משקל הילוד.

20. בית משפט קמא קבע כי הרשומה הרפואית בעניין הערכת משקל העובר לוקה בחסר, שכן הרופא לא ציין את הערך המדויק שהעלתה הבדיקה והסתפק בציון המושג AGA. חוסר זה הצדיק העברת נטל השכנוע לכתפי המערערים להראות כי משקלו של העובר נופל מ-4,000 גרם, בשים לב לכך שההיריון מושא הדיון היה היריון בסיכון גבוה, וכן לאור העובדה כי חוסר זה היה קריטי לצורך מיקום הקטין על גבי עקומת

דולברג וכן לצורך עמידה על השאלה האם קיים הבדל בולט בין הבדיקה הסונוגרפית לבין הבדיקה הקלינית.

21. לאחר מכן נדרש בית משפט קמא לשאלה האם עלה בידי המערערים להרים את נטל השכנוע, בכל הקשור לתוצאת הערכת המשקל בבדיקה הסונוגרפית.

22. בית משפט קמא דחה את טענת המערערים לפיה הטענה כי היה על הצוות הרפואי לתת דעתו לפער בין הבדיקה הקלינית לבדיקה הסונוגרפית במעמד הלידה, הנה הרחבת חזית. נקבע כי אמנם הטענה כי היה צורך לתגבר את חדר הלידה בצוות רפואי נוסף לא נטענה בחוות הדעת מטעם המשיבים והיא מהווה הרחבת חזית, אך לגבי הטענה כי היה על הצוות הרפואי לבצע הערכת משקל סונוגרפית נוספת או לקיים דיון בין הרופאים, לאור הפער בין הבדיקה הקלינית לסונוגרפית נטענה בחוות הדעת המשלימה של ד"ר מאור, בעמ' 5 לחוות הדעת, ועל כן רשאית היתה התביעה להעלות את הטענה בסיכומיה.

23. לגופה של הטענה, קבע בית משפט קמא כי באי ביצוע בדיקה מחדש או באי שקילה מחדש של עניינה של היולדת, זרעה הנתבעת עמימות עובדתית, ומשלא הרימה את הנטל ולא הראתה מה היתה הערכת המשקל, ככל והיתה מבצעת את הבדיקה מחדש, וכאשר התובע נולד כשמשקלו מעל 4,000 גרם, הרי התרשלה היא בטיפול במשיבה 2.

24. בית משפט קמא קבע כי הפער הבולט בין תוצאות הבדיקה הקלינית שבוצעה על ידי המיילדת ובין תוצאות הערכת המשקל הסונוגרפית, חייב את הצוות הרפואי לערוך דיון באשר לפער זה. עוד נקבע כי מן הראוי היה כי המערערים היו מזמנים לעדות את המיילדת דמביץ אשר ביצעה את הערכת המשקל הקלינית, על מנת שתסביר אודות הבדיקה שערכה והאם היא היתה מודעת לסטייה הבולטת של הערכת המשקל שבוצעה מהערכת המשקל בבדיקת האולטרסאונד, שבוצעה יומיים קודם לכן. לפיכך קבע בית משפט קמא כי מתקיימת החזקה כי אילו היתה המיילדת דמביץ מובאת לעדות היא היתה תומכת בתביעה ומחזקת אותה.

25. בית משפט קמא קבע כי בנסיבות העניין מהימנות שתי הבדיקות של הערכת המשקל מוטלות בספק, או למצער כאלה שדורשות התייחסות וביקורת של רופא מומחה בעל ניסיון, בפרט כאשר בדיקת האולטרסאונד נערכה על ידי מתמחה שרק החל מספר חודשים את התמחותו לפני ביצוע הבדיקה. בהתאם לאמור נקבע כי עצם הפער הבולט בין שתי הבדיקות, בהיריון בסיכון גבוה עם אישה סוכרתית, מחייב כי רופא מומחה, להבדיל ממתמחה, יחוה דעתו כיצד לסיים את ההיריון, האם בניתוח קיסרי או בלידה נרתיקית וכן מתחייב לתעד ברשומה הרפואית עניין זה. בנסיבות העניין משלא נעשה דיון מחדש בעניינה של היולדת ולא נערכה בדיקה מחודשת, נגרם נזק ראיתי לתביעה.

26. בבחינת הקשר הסיבתי העובדתי הרפואי בין ההתרשלות לבין הנזק שאירע קבע בית משפט קמא כי מתקיים בנסיבות העניין קשר סיבתי כאמור. נקבע כי משנמנעה האפשרות מהיולדת לסיום ההיריון בניתוח קיסרי,

על ידי מעשה רשלני של המערערים, הרי עובר הנטל אל המערערים אף בשאלת הקשר הסיבתי להראות כי ניתוח קיסרי לא היה מונע את הנזק הנטען, ומשלא עמדו המערערים בנטל זה מתקיים כאמור קשר סיבתי עובדתי רפואי.

27. נקבע כי המערערים לא הצליחו להוכיח את הסיבה המדויקת לאירוע הנזק. בית משפט קמא קבע כי האפשרות שהנזק נגרם כתוצאה מלחצי לידה וצירים היא האפשרות הסבירה ביותר, וזאת על דרך האלימינציה, משנשללו קיומם של גורמים אפשריים אחרים שאוזכרו במאמר שהפנה אליו פרופ' יוגב. נקבע כי המערערים לא הוכיחו את הטענה כי הנזק יכול להיגרם אף בניתוח קיסרי.

28. באשר לקשר הסיבתי המשפטי קבע בית משפט קמא כי הערכת המשקל בנסיבות העניין נועדה למנוע את הנזק מתסמונת מקלעת העצבים בכתף, ועל כן נזק זה נופל לגדר הסיכון שיצרה ההתנהגות העוולתית של המערערים.

29. על רקע האמור, פנה בית משפט קמא לבחינת גובה הנזק והעמיד את נכותו התפקודית של הקטין בשיעור 30%, בהתחשב בנכות הרפואית שנקבעה לו על ידי המומחה מטעם בית המשפט. לאחר בחינת הרכיבים של כאב וסבל, הפסד השתכרות לעתיד, הפסד תנאים סוציאליים, הוצאות ועזרה, חייב בית משפט קמא את הנתבעים לשלם לתובעים סך של 1,112,979 ₪ בצירוף שכר טרחת עו"ד והוצאות.

תמצית טענות הצדדים:

30. המערערים תוקפים את פסק דינו של בית משפט קמא וטוענים כי שגה בית משפט קמא באופן בו בחן את הראיות ובמסקנות המשפטיות שהסיק לאורן, הן בכל הנוגע לסוגיית האחריות והן בסוגיית הקשר הסיבתי. לטענת המערערים בנסיבות העניין התחייבה המסקנה לפיה לא היה מקום למתן הוראה לניתוח קיסרי ובכל מקרה לא מתקיים קשר סיבתי עובדתי ומשפטי בין נזקיו של הקטין לבין התנהלות המערערים.

31. לטענת המערערים קביעת בית משפט קמא כי היה מקום לבצע הערכה מחדש של משקל העובר, לאור הפערים בין הבדיקה הקלינית שבוצעה על ידי המיילדת לבדיקות הסונוגרפיות שנעשו לאם, מהווה פרשנות שגויה שאינה מתיישבת עם קביעותיו של ד"ר מאור בחוות דעתו או בעדותו. נטען כי קביעה כאמור לא עלתה כלל בחוות הדעת המשלימה של ד"ר מאור ואף עומדת בסתירה לה.

32. לשיטת המערערים כאשר ד"ר מאור אישר בחקירתו כי בהנחה והערכת המשקל הסונוגרפית ביום 29/09/2010 עמדה על 3,600 גרם, לא היה מקום להמליץ או להציע למשיבה 2 ניתוח קיסרי, די היה בכך כדי להגיע למסקנה בדבר דחיית התביעה ללא כל צורך בדיון נוסף. נטען כי שגה בית משפט קמא עת קבע

כי אינו מקבל את ההסבר שניתן על ידי פרופ' יוגב בעדותו, לפיו כאשר שתי הבדיקות הן מתחת לסף הנדרש ל-4 ק"ג, אין המלצה לסיום ההיריון בניתוח קיסרי ואין כל חשיבות לפערים בין הבדיקות.

33. עוד טענו המערערים כי שגה בית משפט קמא עת קבע כי מהימנות שתי הבדיקות, הסונוגרפית והקלינית, מוטלות בספק ובפרט שגה עת קבע כי ד"ר נסאר לא היה בעל ניסיון לביצוע הבדיקה. נטען כי עת ויתרו המשיבים על חקירת ד"ר נסאר בעניין האופן בו בוצעה הערכת המשקל הסונוגרפית, ויתרו הם על טענת רשלנות או היעדר מהימנות הבדיקה.

34. עוד נטען כי שגה בית משפט קמא עת קבע כי טענה לפיה הערכת המשקל הקלינית בוצעה כשהיולדת בלידה אקטיבית הינה טענה לא מבוססת שאינה מתיישבת עם הרשומה הרפואית, וזאת בשעה שד"ר מאור אישר בעדותו כי התובעת "באה בלידה אקטיבית".

35. נטען כי קביעת בית משפט קמא לפיה די בהבדל בולט בין שתי הערכות המשקל, הקלינית והסונוגרפית, כדי לחייב דיון מחדש אודות הפער בין שתי ההערכות, אינה עולה כלל מנייר העמדה עליו התבסס בית משפט קמא. נטען כי לפי נייר העמדה, יש לבצע הערכה קלינית של משקל העובר, ורק כאשר ההערכה הקלינית הנה מעל 4 ק"ג, יש לשקול הוספת הערכה סונוגרפית. על כן בנסיבות העניין הצוות הרפואי כלל לא היה מחויב לבצע הערכה סונוגרפית ביום 29/09/2010.

36. לבסוף התייחסו המערערים בהודעת הערעור בהרחבה לשאלת הקשר הסיבתי. לטענתם, טעה בית משפט קמא עת קבע כי מתקיים קשר סיבתי עובדתי רפואי בין ההתרשלות לבין הנזק שנגרם, תוך התעלמות מטענת המשיבים להתרחשות אירוע של פרע כתפיים. לשיטתם לא ניתן היה כלל לקבוע כי ההחלטה לקיים לידה נרתקת מבססת את שאלת הקשר הסיבתי.

נטען כי לא ניתן לחלץ מחוות דעתו של ד"ר מאור כל קביעה לפיה ניתוח קיסרי נועד למנוע סיכון של שיתוק מסוג ERB כתוצאה מלחצי לידה וצירים, אף לא ניתן לחלץ מטענות המשיבים כל טענה בדבר נזק ראייתי ביחס להתממשות סיכון כזה. נטען כי משלא נטען על ידי המשיבים כי המערערים גרמו נזק ראייתי בכך שמנעו מהם להוכיח כי נזקו של הקטין נגרם כתוצאה מלחצי לידה וצירים, וטענו להתרחשות סיכון של "פרע כתפיים" לא היה כל מקום להעברת הנטל להוכחת הקשר הסיבתי לכתפי המערערים משלא התקיימו התנאים לכך.

37. עוד טענו המערערים כי שגה בית משפט קמא עת לא נתן כל משקל ראייתי לויתור המשיבים על חקירת ד"ר רינות, אשר קבע בחוות דעתו כי שיתוק מסוג ERB, מופיע גם אצל יילודים לאחר ניתוח קיסרי שלא עברו כלל תהליך של לידה רגילה או טראומה במהלך הלידה.

38. המשיבים טענו מנגד כי דין הערעור להידחות תוך שהם סומכים ידיהם על פסק דינו של בית משפט קמא. לעמדתם, מדובר בפסק דין שעיקרו קביעות עובדתיות, שאין מקום להתערב בהן על ידי ערכאת הערעור אלא במקרים חריגים, שהמקרה הנדון אינו נמנה עליהם. נטען כי בית משפט קמא נתן פסק דין מנומק עובדתי ומעמיק, לאחר סקירת וניתוח העובדות, הראיות וחוות הדעת שבתיק.

39. לטענת המשיבים, בנסיבות המקרה, צדק בית משפט קמא עת קבע כי כאשר המערערים לא ביצעו בדיקה מחדש בעניין הערכת משקל העובר, זרעו עמימות עובדתית, ומשלא הרימו את הנטל ולא הראו מה היתה הערכת המשקל אם הייתה מבוצעת בדיקה מחודשת, וכאשר הקטין נולד כשמשקלו מעל 4,000 גרם, התרשלו המערערים בטיפול במשיבה 2.

40. לשיטת המשיבים המערערים בטיעוניהם מתעלמים מהנורמה המשפטית שצריך לנהוג בה, בין היתר מנייר העמדה אשר קובע כי במקרה של פער בולט בין שתי הבדיקות, הסונוגרפית והקלינית, בהיריון בסיכון גבוה עם אישה סוכרתית, היא שרופא יחווה דעתו כיצד לסיים את ההיריון.

דינו:

41. לאחר שעיינו בפסק דינו של בית משפט קמא, בהודעת הערעור, בתשובה לערעור ובטיעונים בעל פה, הגענו למסקנה כי דין הערעור להידחות כפי שיפורט להלן.

42. במסגרת ערעורם חלקו המערערים למעשה על כל קביעה וקביעה עובדתית שנעשתה על ידי בית משפט קמא בפסק דינו, ככל שזו אינה מקדמת את עניינם. בתמצית ייאמר, כי בערעורם טוענים הם כנגד קביעתו של בית משפט קמא לפיה היה מקום לבצע הערכה מחדש של משקל העובר לאור הפערים בין הבדיקה הקלינית לבדיקה הסונוגרפית. כן טוענים המערערים כנגד האופן בו ניתח בית משפט קמא את סוגיית הקשר הסיבתי.

43. בטרם נתייחס לשתי השאלות שבמחלוקת נציין כי לא מצאנו מקום להתערב בקביעות ובממצאים עובדתיים שנקבעו על ידי בית משפט קמא. הלכה ידועה היא כי בית משפט של ערעור, לא ייטה להתערב בקביעותיה העובדתיות ובממצאי המהימנות של הערכאה הדיונית, לה היתה הזדמנות להתרשם באופן בלתי אמצעי מן העדויות אשר הובאו בפניה, פרט למקרים חריגים, במסגרתם נפלו פגמים מהותיים בהחלטה היורדים לשורשם של דברים, ואין זה המקרה שבפנינו (ראה: ע"א 1596/18 ח'ורי נ' עמוס (16/03/20); ע"א 9226/17 פולק נ' ALLIANZ VERSICHERUNGS-AG (07/09/18); ע"א 9070/04 חסן נ' חסן (11/03/07)). כללים אלה יהוו הבסיס ונקודת המוצא לבדיקת המחלוקות המשפטיות שנתגלעו בין הצדדים.

הפער בין הבדיקה הקלינית והבדיקה הסונוגרפית:

44. לשיטת המערערים שגה בית משפט קמא עת קבע כי הטענה שהיה מקום לבצע הערכה מחודשת של משקל העובר לאור הפערים בין הבדיקה הקלינית לבדיקה הסונוגרפית, נטענה בחוות הדעת המשלימה של ד"ר מאור. קביעה מוטעית זו לפיה הטענה בחוות דעתו המשלימה של ד"ר מאור, הובילה לעמדת המערערים לכך שבית משפט קמא קבע שלא בצדק כי המערערים התרשלו עת לא ביצעו הערכת משקל חוזרת לעובר.
45. וביתר פירוט, לטענת המערערים ד"ר מאור התייחס לבדיקה הסונוגרפית מיום 29/09/2010 ככזו שבוצעה ביום הלידה, משכך טוענים המערערים כי ד"ר מאור התייחס בחוות דעתו רק לאבחנה שנדרשה בין הערכות המשקל שבוצעו קודם להגעת היולדת לבית החולים אשר נכללו תחת הקטגוריה "הערכות המשקל במהלך הלידה", לבין הערכות המשקל הסונוגרפית והקלינית שבוצעו בבית החולים מעת הגעת המשיבה 2 לבית החולים ועד הלידה, אשר נכללו תחת הקטגוריה "התוצאות ביום הלידה" ולא לשתי הערכות המשקל שבוצעו בבית חולים העמק.
46. בית משפט קמא קבע בפסק דינו כי באשר להערכות המשקל "במהלך ההיריון" הכוונה של ד"ר מאור היתה לבדיקות שבוצעו במהלך ההיריון, לרבות הבדיקה הסונוגרפית מיום 29/09/2010; ובאשר לבדיקה ביום הלידה, הכוונה היא לבדיקה הקלינית שבוצעה ביום 02/10/2010. מכאן סבר בית משפט קמא בצדק שטענה זו נטענה על ידי מומחה התביעה, פתוחה הדרך בפני התביעה להעלות את הטענה בסיכומיה.
47. גם לאחר ששבנו ושקלנו את טענות המערערים סבורים אנו כי אין מקום להתערב בקביעת בית משפט קמא בעניין זה. נראה כי קביעת המומחה מטעם התביעה בחוות דעתו המשלימה ברורה ואין בידינו לקבל את הפרשנות שמבקשים המערערים לייחס לקביעת המומחה, וזאת ממספר נימוקים.
48. מעיון בחוות דעתו המשלימה של ד"ר מאור עולה כי כאשר התייחס ד"ר מאור לפער בין הבדיקות שבוצעו להערכת משקל העובר התייחס הוא אך לשתי הבדיקות שבוצעו בבית חולים העמק – הבדיקה הסונוגרפית שבוצעה על ידי ד"ר נסאר והבדיקה הקלינית שבוצעה על ידי המיילדת דומוביץ, וקבע כי הצוות הרפואי טעה כאשר העריך את משקל העובר בהערכה קלינית 2,800 גרם (ראו סעיף 2 לחוות הדעת המשלימה).
49. עצם העובדה שצוין בטעות על ידי ד"ר מאור כי הבדיקה הסונוגרפית בוצעה ביום הלידה, אין בה כדי להעיד כי ד"ר מאור ביקש לערוך אבחנה בין הבדיקות שבוצעו במהלך ההיריון טרם הגעת היולדת לבית החולים לבדיקות שבוצעו לאחר הגעת היולדת לבית החולים, שכן עולה מחוות דעתו כי הוא התייחס באופן מפורש

לבדיקות שבוצעו על ידי הצוות הרפואי בבית חולים העמק ונקבע על ידו בחוות דעתו המשלימה כי ככל ו-
"הצוות הרפואי בבית חולים העמק היה מבצע הערכות משקל קלינית וסונוגרפית מקצועית ועל פי
סטנדרטים מקובלים היו מתקבלות הערכות משקל מדויקות יותר שהיו משנות את החלטה על אופן
סיום ההריון" (עמ' 5 לחוות הדעת המשלימה).

49. ברי כי ד"ר מאור התייחס מפורשות לפער בין הבדיקות שבוצעו בבית חולים העמק, וקבע בעניין זה כי ככל
והצוות הרפואי היה מבחין בפער במשקל בין שתי הבדיקות, היה צריך לחזור על הבדיקות בטרם קבלת
ההחלטה ליילד העובר בלידה נרתיקית.

50. בהתאם לאמור, צדק בית משפט קמא בקובעו כי אין עסקינן בהרחבת חזית שכן טענה זו אכן נטענה בחוות
הדעת המשלימה של המומחה מטעם התביעה. ועוד, לא מצאנו להתערב בקביעת בית משפט קמא כי "הבדל
בולט" זה בין תוצאות שתי הבדיקות הצריך עריכת דיון או שקילה מחדש על ידי הצוות הרפואי לאור
נתונייה של המשיבה 2.

51. המערערים טוענים כי כאשר שתי הבדיקות הסונוגרפית והקלינית הן מתחת לסף הנדרש ל-4,000 גרם, אין
המלצה לסיום ההריון בניתוח קיסרי ואין כל חשיבות לפערים בין הבדיקות.
בטענות אלו אין ממש. אכן, אין לקבוע כי לאור נתונייה של היולדת היה צורך אפריורי לערוך ניתוח קיסרי
בנסיבות העניין, אולם הצוות הרפואי צריך היה לתת דעתו לאפשרות זו, בשים לב לפער הבולט בהערכות
המשקל שבוצעו בבית החולים, ועל סמך נתונייה של המשיבה 2, אישה סוכרתית בהריון בסיכון גבוה (ראו
והשוו: ע"א 2694/90 הסתדרות מדיצינית הדסה נ' מימון, פ"ד מו(5) 628, 634 (1992) (להלן: "עניין
מימון").

52. בענייננו ההבדל הבולט בין הערכות המשקל שבוצעו ליולדת בבית החולים, היה צריך "להדליק נורת
אזהרה" אצל הצוות בחדר הלידה בדבר אפשרות לטעות שנפלה בהערכות המשקל שבוצעו. היה על הצוות
לשקול ביצוע הערכת משקל נוספת או לחילופין לערוך דיון לגבי פער זה, בפרט כאשר עסקינן ביולדת
סוכרתית שהיתה בהריון בסיכון גבוה, כאשר ידוע כי עוברים לאם סוכרתית מגלים נטייה למאקרוזומיה.
אין ברשומה הרפואית כל תיעוד אודות דיון שנערך כאמור או כל התייחסות לנקיטת אמצעים על ידי הצוות
הרפואי בעניין. בנסיבות אלה, אנו סבורים כי קביעת בית משפט קמא לפיה הצוות הרפואי התרשל הינה
קביעה המבוססת היטב שאין מקום להתערב בה.

53. בהודעת הערעור חלקו המערערים על קביעת בית משפט קמא לפיה על פי נייר העמדה, די בהבדל בולט בין
הבדיקה הקלינית והבדיקה הסונוגרפית כדי לחייב את הצוות הרפואי לערוך דיון אודות הפער בין שתי
הבדיקות. לשיטתם, דברים אלה אינם עולים מנייר העמדה, שכן להבדל בולט בין הערכות המשקל האמור
יש משמעות רק כאשר אחת ההערכות גבוהה מ-4,000 גרם, דבר שלא התקיים בענייננו. זאת ועוד, לטענת

המערערים, על פי נייר העמדה להערכת המשקל חשיבות כאשר הערכה הסונוגרפית האחרונה בוצעה יותר מעשרה ימים קודם להערכה הנוכחית ובמידה ויש הבדל בין שתי הערכות אלו, יקבע ניסיונו של הרופא בחדר הלידה. עוד טענו המערערים כי שגה בית משפט קמא עת לא העדיף את קביעותיו של פרופ' יוגב בעניין זה, שכן הוא "לקח בעצמו חלק בניסוח נייר העמדה ובוודאי שידוע לו מה היתה כוונת מחברי המסמך".

54. ראשית, אין כל התייחסות בחוות דעתו של פרופ' יוגב לעניין זה. מבלי להביע עמדה בדבר המשקל שניתן לייחס לדברי אחד ממחברי נייר העמדה בדבר כוונת מחברי המסמך, כוונה שאינה עולה מן הכתוב, הרי ככל ואכן כוונת מחברי המסמך היתה כפי שנטען על-ידי המערערים, מן הראוי היה לפחות שהדבר יקבל התייחסות בחוות הדעת שהוגשו מטעמו של פרופ' יוגב.

55. שנית, איננו סבורים כי ניתן להסיק מנייר העמדה את הדברים האמורים. בנייר העמדה של האיגוד הישראלי למיילדות וגניקולוגיה, נייר עמדה 4 – יילוד עובר החשוד כמקרוזומי, נקבע כי "ביולדת המתקבלת לפני לידה יש לבצע הערכה קלינית של משקל העובר. כאשר ההערכה הקלינית של גודל העובר גבוהה מ – 4,000 גרם, יש לשקול הוספת הערכה אולטרה סונית במידה והתנאים מאפשרים. להערכת משקל העובר חשיבות יתר כאשר ההערכה הסונוגרפית האחרונה בוצעה יותר מ – 10 ימים טרם הנוכחית. במידה ויש הבדל בולט בין הערכת המשקל הקלינית והאולטרה סונית, יקבע ניסיונו של הרופא בחדר הלידה. יש להקפיד על תיעוד הערכת המשקל בגיליון ההרה".

56. מהאמור עולה כי נייר העמדה מתווה שורת פעולות שיש לבצע עם קבלת יולדת לפני לידה לשם אבחון עובר החשוד כמקרוזומי. אין להסיק מהאמור לעיל כי רק כאשר ההערכה הסונוגרפית בוצעה יותר מעשרה ימים קודם להערכה הנוכחית, וככל ויש ההבדל בולט יקבע ניסיונו של הרופא בחדר הלידה. אנו סבורים, כי פרשנות נכונה לנייר העמדה מובילה למסקנה כי במקרים שבהם קיים הבדל בולט בין הערכת משקל קלינית וסונוגרפית, מן הראוי שרופא בחדר הלידה יתן דעתו להבדל הזה ויכריע בהתאם לניסיונו, ללא קשר לעובדה אם עסקינן בהערכת משקל גבוהה מ-4,000 גרם, או למועד עריכתו. הקביעה לפיה להערכת משקל העובר חשיבות יתר כאשר ההערכה הסונוגרפית בוצעה יותר מ-10 ימים טרם הנוכחית, עומדת בפני עצמה ואינה קשורה לקביעה שנרשמה לפניו או לזאת שלאחריה, ולמעשה אינה שוללת את הצורך לבצע הערכה, שיקול הנתונים וקיום דיון בהם על ידי הצוות הרפואי בחדר הלידה, בטרם הכרעתו.

57. ועוד, לא מצאנו מקום להתערב בקביעות העובדתיות של בית משפט קמא באשר למיומנותו של ד"ר נסאר ואף לא באשר לשאלה אם הערכת המשקל הקלינית בוצעה כאשר היולדת היתה "בלידה אקטיבית". בית משפט קמא ביסס את קביעותיו בעניין זה לאחר ששמע עדויות העדים מטעם הצדדים והתייחס למכלול הראיות שהוצגו בפניו בעניין זה. טענות המערערים בעניין זה אינן באות בגדר המקרים המצדיקים התערבות ערכאת הערעור.

58. נוכח האמור, אנו סבורים כי צדק בית משפט קמא בקובעו כי המערערים התרשלו עת לא נקטו את האמצעים הנדרשים בטיפול ביולדת, בכל הנוגע להערכת משקלו של העובר, ובכך לא נבחנה האפשרות לסיים את הלידה בניתוח קיסרי.

שאלת הקשר הסיבתי:

59. בבחינת הקשר הסיבתי יש לבחון כאמור האם ניתוח קיסרי היה מונע את השיתוק על שם ERB שממנו סובל הקטין.

60. בית משפט קמא קבע כאמור כי בנסיבות העניין כי מתקיים קשר סיבתי בין ההתרשלות לבין הנזק. נקבע כי משמנעה האפשרות לסיים את ההיריון בניתוח קיסרי, על ידי מעשה רשלני של המערערים, עובר הנטל אל המערערים (הנתבעים) להראות כי ניתוח קיסרי לא היה מונע את אותו נזק, ומשלא הצליחו המערערים להוכיח את הסיבה המדויקת לאירוע הנזק ומאחר ובית משפט קמא מצא כי האפשרות הסבירה ביותר בנסיבות העניין היא שהנזק אירע כתוצאה מלחצי לידה וצירים, מתקיים קשר סיבתי כאמור.

61. לטענת המערערים לא ברור מפסק הדין אם בית משפט קמא ביסס את קביעותיו על דוקטרינת הנזק הראייתי או על סעיף 41 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש], ומכל מקום שגה עת העביר את הנטל משלא התקיימו התנאים לתחולתם. לטענת המערערים, משלא נטען על ידי המשיבים בכתב התביעה ובחוות הדעת מטעמם, כי נגרם להם נזק ראייתי בכך שמנעו מהם להוכיח כי נזקו של הקטין נגרם כתוצאה מלחצי לידה וצירים, וטענו להתרחשות סיכון של "פרע כתפיים", לא היה מקום להעברת הנטל להוכחת הקשר הסיבתי לכתפי המערערים. עוד נטען על ידי המערערים כי שיתוק על שם ERB יכול להתרחש בתקופה התוך רחמית וללא קשר לסוג הלידה או למהלכה, ובנסיבות העניין היעדר דיווח אודות קושי בחילוץ העובר ברשומה הרפואית מעיד כי הפגיעה שגרמה לשיתוק נגרמה בחיים התוך רחמיים.

62. אין מחלוקת כי ברשומה הרפואית לא צוין קיום אירוע של פרע כתפיים. המשיבים טענו כי לא מופיע ברשומה קיום של אירוע של פרע כתפיים מאחר והמיילדת ביקשה לחפות על מחדל זה. בית משפט קמא לא מצא מקום להידרש לטענה זו מאחר וקבע כי האפשרות הסבירה ביותר היא שהנזק נגרם כתוצאה מלחצי הצירים, ולחלופין המערערים לא הצביעו על הסיבה המדויקת לאירוע הנזק.

63. נדרש תחילה לשאלה האם היה מקום להעביר את הנטל למערערים להוכיח את הסיבה המדויקת לאירוע הנזק?

64. בית משפט קמא הפנה בפסק דינו לע"א 1/01 מרדכי נ' קופת חולים של ההסתדרות הכללית של העובדים בארץ ישראל, פ"ד נו(5) 502 (2002) (להלן: "עניין מרדכי"), והסיק מהאמור שם למקרה שלנו לעניין העברת הנטל לנתבעת להוכיח כי ניתוח קיסרי לא היה מונע את הנזק במקרה דנן.

65. בעניין מרדכי נדון עניינו של יילוד אשר הגיש תביעה לפיצויים בעילה של רשלנות רפואית בגין שיתוק ERB. התובע אשר נולד במשקל 4,600 גרם טען כי השיתוק נגרם על ידי הצוות הרפואי במהלך לידתו בבית החולים של הנתבעת. התובע טען כי עם קבלתה של היולדת ללידה, היה הצוות הרפואי צריך לבצע הערכת משקל של העובר ובעקבותיה היה מתברר כי מדובר בעובר גדול ועל כן היו מיילדים אותו בניתוח קיסרי. עוד טען התובע כי תיקו הרפואי לוקה ברישום חלקי שכן לא פורטו בו הנתונים על אודות מהלך הלידה וסיומה. כל מה שנרשם בגיליון הקבלה היה שההיריון מתאים ל-40 שבועות.

66. בית המשפט העליון קבע כי נטל השכנוע עבר אל הנתבעת משני טעמים: האחד, החסרים ברשומה הרפואית אשר נוגעים לסלע המחלוקת בין הצדדים, באשר לשאלה אם הייתה רשלנות בהערכת משקלו של העובר ואם לידתו היתה טראומטית, מצדיקים העברת הנטל לנתבעת. נקבע כי החסר מתבטא בכך שאין רישום המתעד את התקדמות הלידה משעה 12:00 עד 13:50, ובכך שבגיליון קבלת היולדת אין רישום על הערכת משקלו של העובר; הטעם השני להעברת נטל השכנוע הוא הכלל "הדבר מעיד על עצמו", שכן התקיימו במקרה דנן שלושת התנאים להחלת הכלל – לתובע לא היתה ידיעה או לא היתה לו יכול לדעת מה היו למעשה הנסיבות שגרמו למקרה אשר הביא לידי הנזק; הנזק נגרם על ידי נכס שלנתבעת היתה שליטה מלאה עליו; וקיימת עדיפות הסתברותית לקיומה של רשלנות מצד הנתבעת, שכן האירוע שגרם לנזק מתיישב עם המסקנה שהנתבעת לא נקטה זהירות סבירה יותר מאשר עם המסקנה שהיא נקטה זהירות כזו.

67. לאחר מכן קבע בית המשפט העליון כי הנתבעת לא עמדה בנטל להוכיח היעדר רשלנות מצדה. נקבע כי על מנת שהנתבעת תעמוד בנטל זה עליה להוכיח אחד משני התנאים: את הסיבה המדויקת שגרמה לנזק של התובע השוללת רשלנות מצדה; ואם אין בידה להצביע על הסיבה, עליה להוכיח כי הצוות הרפואי נהג בזהירות סבירה כדי למנוע את האירוע גורם הנזק.

נקבע בנסיבות אותו מקרה, כי "לא עלה בידי הנתבעת להוכיח את הסיבה המדויקת שגרמה לנזק של התובע. הטענה שלפיה אפשר שהנזק היה מולד איננה מספקת על-מנת להרים נטל זה, מה עוד שלא היו אינדיקציות כלשהן לקיומו של פגם כזה: האם הייתה בריאה, הילדים שנולדו לה קודם להולדת התובע היו בריאים וההיריון היה תקין. לעומת זאת כאמור היו נתונים המעלים סבירות גבוהה יותר של אירוע עצירת כתף שגרם לנזק כתוצאה מחילוף היילוד במשיכה. כן לא עלה בידי הנתבעת להוכיח – לפי עודף הסתברויות – כי הצוות הרפואי נהג במיומנות ובזהירות. הטעם לכך נעוץ בעובדה של היעדר רישומים על אודות בדיקות שבוצעו להערכת גודל העובר, היעדר רישומים בדבר גודל העובר והיעדר רישומים בדבר התנהלות הלידה בשלבים הקריטיים שלה לקראת סיומה. לכך יש להוסיף כי איש מבין הצוות הרפואי שטיפל באם התובע לא העיד בפני בית-המשפט ולא הסביר את

כל השאלות והתמיהות המובאות לעיל. בשל כל אלה אין אפשרות לקבוע כי הנתבעת הוכיחה במידת ההוכחה המוטלת עליה כי הצוות הרפואי נהג ללא התרשלות.....".

68. בית משפט קמא כאמור, קבע כי לאור האמור בעניין מרדכי עבר נטל השכנוע למערערים במקרה דנן, להוכיח כי ניתוח קיסרי לא היה מונע את הנזק. בית משפט קמא לא ציין בפסק דינו האם העברת הנטל נעשית מכוח דוקטרינת הנזק הראייתי או מכוח הכלל "הדבר מעיד על עצמו". כך גם בית משפט קמא לא ערך דיון באשר לתנאים המצדיקים העברת נטל השכנוע כאמור. ואולם צוין בפסק דינו של בית משפט קמא כי משנמנעה האפשרות לסיים את ההיריון בניתוח קיסרי, "על ידי מעשה רשלני, עובר הנטל אל המערערים, גם בשאלת הקשר הסיבתי, להראות כי ניתוח קיסרי לא היה מונע את אותו נזק".

69. אנו סבורים כי בנסיבות העניין הוכח על ידי המשיבים בפני בית משפט קמא כי נגרם להם נזק ראייתי אשר הצדיק העברת הנטל למערערים. בית המשפט העליון הדגיש בפסיקתו העקבית את החובה של צוות רפואי לערוך רישום רפואי מדויק. רישום זה מאפשר לעקוב אחר תהליכים שהתרחשו בעבר והחלטות שנתקבלו, כאשר במקרה של היעדר רישום רפואי, גם בשל רישום חסר, תהיה לעיתים הצדקה להכיר בקיומה של עילת תביעה בגין "נזק ראייתי" או לחילופין העברת נטל ההוכחה לשכמו של הנתבע שהיה עליו להוכיח כי לא היתה רשלנות במעשיו או מחדליו (ראה: ע"א 789/89 עמר נ' קופת חולים של ההסתדרות הכללית, פ"ד מו(1) 712 (1992); ע"א 6160/99 דרוקמן נ' בית החולים לניאדו, פ"ד נה(3) 117, 125-127 (2001); ע"א 6948/02 אדנה נ' מדינת ישראל, משרד הבריאות, פ"ד נח(2) 535 (2004)). עוד נקבע כי החסר הראייתי צריך להיות נוגע לעובדות השנויות במחלוקת בין הצדדים, וכי אילולא החסר – ניתן היה להוכיח את הטעון הוכחה על פי דין (ע"א 10218/08 אברמובסקי נ' ד"ר אפרים (23/08/12)).

70. בענייננו, כפי שנקבע לעיל, לאור הפער בין הבדיקה הקלינית והבדיקה הסונוגרפית, החלטת המערערים לא לערוך שקילה מחדש של עניינה של היולדת, גרמה נזק ראייתי למשיבים, במובן זה שנמנעה מבית המשפט האפשרות לדעת מה היו תוצאותיה של הערכת המשקל של העובר, לו זו היתה נערכת מחדש, כאשר הערכה זו משמעותית לצורך קבלת החלטה אודות אופן הטיפול ביולדת, נקיטתם של אמצעים שהיה בהם כדי למנוע את התוצאה ובעניין הקשר הסיבתי.

71. נראה כי המקרה דנן תואם את המקרה שתואר בע"א 10094/07 פלונית נ' בית החולים האנגלי אי.מ.מ.ס., פסקה 9 (24.11.2010), בגדרו נקבע כי העובדות שביססו את המסקנה בדבר קיומה של רשלנות, מעמיקות את התשתית לעיצוב הקשר הסיבתי, "ניתן לומר כי זהו 'פן הקשר הסיבתי' של הנזק הראייתי... היעדר הרישום כמוסבר לעיל הביא לכך שהצוות הרפואי, למעט המיילדת, לא היה נוכח בשלב הקריטי... בעטיים של מחדלי בית החולים נשללה האפשרות למתן הטיפול הנכון והטוב ביותר. לפי נקודת מבט זו, יש משקל לכך שלא הוכח כי טיפול אחר לא היה משנה את התוצאה... אי נקיטת אמצעי הזהירות על ידי המשיב גרמה מבינה עובדתית ומשפטית לנזקי המערערת".

וכן ראו לעניין זה הדברים שנקבעו בעניין מימון, בעמ' 638:

"זאת ועוד, החלטתו של הרופא שלא לנקוט את אמצעי הזהירות הנדרשים ולנהל את הלידה כלידה רגילה לחלוטין הגבירה באופן ניכר את הסיכון להתרחשות הנזק, ולפיכך התרשלותו בכל הנוגע לאי נקיטת אמצעי זהירות תרמה תרומה ממשית להתרחשות הנזק, עד כי התקיים הקשר הסיבתי הנדרש. מקום בו הטיפול שניתן שלל את האפשרות כי בהמשך יינתן טיפול נכון וטוב יותר, הרי יש לקבוע, כי התקיים קשר סיבתי לנזק (בעניין זה ראה, d. Giesen, 167 international medical malpractice law (1988), tulingen)".

72. בנסיבות העניין אנו סבורים כי אופן הטיפול ביולדת, אי שקילת הטיפול הנאות בזמן אמת ו/אי נקיטתם של אמצעי זהירות, ובכלל זה ביצוע ניתוח קיסרי, הם אלה שביססו את הקשר הסיבתי. למעשה התנהלות המערערים עת לא נקטו את אמצעי הזהירות הנדרשים, הגבירה באופן ניכר את הסיכון להתרחשות הנזק ועל כן אי נקיטת אמצעי הזהירות על ידי המערערים כמפורט לעיל, גרמה מבחינה עובדתית ומשפטית לנזקי המשיבים ואופן המצדיק את העברת הנטל אל כתפי המערערים.

73. בהמשך פסק דינו בית משפט קמא נדרש לשאלה האם המערערים עמדו בנטל להוכיח כי נזקו של המשיב 1 נגרם מהיעדר רשלנות וקבע כי לא עלה בידי המערערים להוכיח את הסיבה המדויקת שגרמה לנזקו של הקטין. נקבע כי המערערים לא הוכיחו את הסיבה המדויקת שגרמה לנזקו של הקטין השוללת רשלנות מצדם. בית משפט קמא התייחס למאמר שהפנה אליו פרופ' יוגב וקבע כי פרופ' יוגב מונה בחוות דעתו באופן כללי מספר גורמים אפשריים לגרימת הנזק בחיים התוך רחמיים, מבלי לציין איזה גורם לדעתו גרם לנזק בענייננו או מה הסבירות שכל אחד מגורמים אלו יוביל לנזק. יתר על כן בית משפט קמא ציין ובצדק כי לאחר בחינת האפשרויות הנזכרות במאמר אליו הפנה פרופ' יוגב עולה כי האפשרות שהנזק נגרם כתוצאה מלחצי לידה וצירים היא האפשרות הסבירה ביותר על דרך האלימנציה, תהליכים הקשורים בלידה עצמה שהיו נמנעים ככל שהמערערים היו ממליצים לסיים את ההיריון בניתוח קיסרי, ובאופן שהמשיב 1 לא היה ניזק בלידתו.

74. לא מצאנו להתערב בקביעת בית משפט קמא לפיה לא הוכיחו המערערים האפשרות לקיומם של "שרירנים או מחיצה ברחם או עיוות בצורת הרחם" או "תנוחה לא נכונה ברחם", משלא נטענה אפשרות זו במפורש על ידי פרופ' יוגב ולא הוכחה לכל הפחות על ידי בדיקת אולטרסאונד. עוד צדק בית משפט קמא בקובעו כי לא הוכיחו המערערים את הטענה כי נזק היה מתרחש אף בניתוח קיסרי.

75. המערערים טענו בהודעת הערעור כי שגה בית משפט קמא עת לא נתן משקל ראייתי לויתור המשיבים על חקירת ד"ר רינות. נטען כי עת וויתרו המשיבים על חקירת ד"ר רינות אשר קבע כי שיתוק על שם ERB מופיע גם אצל ילודים לאחר ניתוח קיסרי שלא עברו כלל תהליך לידה רגיל או טראומה במהלך הלידה, לא

ניתן היה לקבוע כי ההחלטה לקיים לידה נרתיקית מבססת את הקשר הסיבתי. לשיטתם שגה בית משפט קמא עת קבע כי ד"ר רינות מעלה אותם נימוקים שהעלה פרופ' יוגב.

76. עיינו בחוות הדעת שהוגשה מטעם ד"ר מיכה רינות בתחום האורתופדי, ולא מצאנו להתערב בקביעת בית משפט קמא. מעיון בחוות הדעת שהוגשה מטעם ד"ר רינות, עולה כי התייחסות ד"ר רינות בחוות דעתו לשאלת הקשר הסיבתי מתמצית אך בקביעה כי שיתוק מסוג ERB יכול להופיע עוד בחיים העובריים, "כמו גם אצל ילודים לאחר ניתוח קיסרי שלא עברו כלל תהליך לידה רגיל או טראומה במהלך הלידה" (עמ' 5 לחוות הדעת). ד"ר רינות ציין כי על פי התייעוד הרפואי הלידה היתה ללא אירוע טראומטי וללא פרע כתפיים, וכן בנוסף על פי בדיקת MRI לא היו סימנים ברורים לפגיעה בפלקסוס הברכיאלי מימין.

77. אין באמור בחוות דעתו של ד"ר רינות כדי לקבוע כי בנסיבות המקרה השיתוק נגרם עוד בחיים העובריים. למעשה כפי שקבע בית משפט קמא, ד"ר רינות בדומה לפרופ' יוגב הציג את האפשרויות הידועות לגבי התרחשות הנזק בשיתוק מסוג ERB: ייתכן והנזק מקורו במום מולד שהתפתח אצל העובר לפני הלידה, או נזק שנגרם בעת לידה טראומטית בשל עצירת כתף וחילוץ היילוד. המומחים מטעם המערערים אינם קובעים הגורם לנזק בנסיבות העניין או הסבירות שכל אחד מגורמים אלו יוביל לנזק בין אם באופן כללי ובין אם באופן קונקרטי.

78. בנסיבות העניין, משלא עלה בידי המערערים להוכיח את הסיבה המדויקת שגרמה לנזקו של הקטין, ומשלא הוכח כי ניתוח קיסרי לא היה מונע את השיתוק על שם ERB שממנו סובל הקטין, ומשלא מצאנו מקום להתערב בקביעת בית משפט קמא בדבר התקיימות קשר סיבתי משפטי בנסיבות העניין מתבקשת המסקנה כי התקיים קשר סיבתי כאמור.

79. בטרם סיום, מצאנו להתייחס לטענת המערערים לפיה שגה בית משפט קמא עת קבע, כי האפשרות הסבירה ביותר בנסיבות העניין היא שהנזק אירע כתוצאה מלחצי לידה וצירים, משלא נטענה טענה זו על ידי המשיבים בסיכומיהם. יובהר כי בית משפט קמא בפסק דינו לא קבע מה הסיבה שגרמה לנזקו של הקטין, שכן כאמור נקבע כי המערערים לא הוכיחו את הסיבה המדויקת לאירוע הנזק. אך לאור האמור במאמר שהפנה אליו פרופ' יוגב, ולאפשרויות שנסקרו שם בדבר גורמים אפשריים לגרימת הנזק, ציין בית משפט קמא כי נראה שהאפשרות הסבירה ביותר מבין האפשרויות שנסקרו היא שהנזק נגרם כתוצאה מלחצי לידה וצירים, כאשר נשללו קיומם של גורמים אפשריים אחרים המוזכרים במאמר, ובכך לא נפלה כל שגגה מלפני בית משפט קמא.

76. סיכומו של דבר, לא מצאנו הצדקה להתערבות בפסק דינו של בית משפט קמא, ואנו מורים על דחיית הערעור.

77. אנו מחייבים את המערערים ביחד ולחוד לשלם למשיבים ביחד ולחוד הוצאות הערעור בסך של 15,000 ₪. התשלום יבוצע מתוך הפקדון שהופקד על ידי המערערים.

78. המזכירות תעביר מן הפקדון שהופקד על ידי המערערים סך של 15,000 ₪ למשיבים באמצעות בא כוחם והיתרה תוחזר למערערים באמצעות בא כוחן.

79. **המזכירות תמציא העתק פסק הדין לצדדים.**

ניתן היום, כ"ה אלול תשפ"ג, 11 ספטמבר 2023, בהעדר הצדדים.



בית משפט השלום בחיפה

ת"א 38066-12-18 פלוני נ' מרכז רפואי העמק ואח'

תיק חיצוני:

פלוני ואח'

התובעים

ע"י עוה"ד אסף נוי ואח'

נגד

1. מרכז רפואי העמק
2. שירותי בריאות כללית

הנתבעים

ע"י עוה"ד איתן האזרחי ואח'

3. קופת חולים מכבי (דחיה)

פסק דין

"לידתו של אדם היא פלא. נרקמים סביבו חלומות, נתלות בה תקוות
וכרוכים בה גם סיכונים ואי וודאות."

השופט הנדל בע"א 10094/07 פלונית נ' בית החולים האנגלי א.מ.מ.ס.

מבוא

תביעה לנזקי גוף בעילה לרשלנות רפואית, בגין נזק שנגרם לילוד במהלך הלידה: שיתוק על שם ארב. התביעה ממוקדת בטענה להתרשלנות של הצוות שטיפל ביולדת, לאחר שהתקבלה ללידה בבית חולים העמק. עיקר הטענות מתמקדות בפעולות שנעשו או שהיו צריך להיעשות לצורך הערכת משקל הילוד. פסק הדין ידון להלן בסוגיית האחריות ובסוגיית גובה הנזק.

טענות הצדדים

1. התובע יליד 2/10/2010 בנם של התובעים 1 – 2. הנתבע מס' 1 הוא בית חולים העמק והנתבעת מס' 2 היא קופת חולים כללית, הבעלים של בית החולים, ומעסיקת הצוות הרפואי שעובד שם.

בטרם כניסת התובעת מס' 2 (להלן: האם) להריון עם התובע, היא הרתה פעמיים, הריונות שהסתיימו בהפלות. בשנת 2010 האם נכנסה להריון עם התובע. האם סבלה מסכרת נעורים, על כן הריון זה הוגדר, כהריון בסיכון גבוהה. כתב התביעה מפרט את מהלך ומעקב ההיריון שבוצע בקופת חולים מכבי, אולם מאחר והתביעה כנגד נתבעת מס' 3 נדחתה בהסכמה, לא אכנס לפירוט עובדתי זה בהיותו לא רלוונטי לדיון שנערוך להלן, למעט עובדות אחדות שיפורטו בהמשך.

על הפי נטען בכתב התביעה, האם התקבלה ללידה בבית החולים ביום 29/9/2010. ברישום מיום 1/10/2010 נרשם כי העובר שוקל 2,800 גרם. ביום 2/10/2010 נולד התובע כשהוא שוקל 4,026 גרם. זמן קצר לאחר לידתו, התובע נבדק על ידי רופא ילדים ונמצא כי יד ימין שמוטה, קיימות בעיות בתנועת האצבעות, וכי התובע אינו מסוגל להרים את אותה יד. לאחר סדרת בדיקות אובחן התובע כסובל מתסמונת ע"ש ERB (להלן: התסמונת), אשר על פי הנטען מקורה בלידת התובע, בשל היותה רגילה ובשל משקלו הגבוה.

2. במישור האחריות נטען, בין היתר, כי הנתבעים התרשלו: עת לא מסרו להורים מידע אודות הסיכון לכך שמחלת הסכרת, ממנה סבלה האם, תשפיע על העובר לעניין משקלו, עת לא מסרו מידע אודות חשיבות מסירת מידע לעניין משקלו ועל האפשרות לבצע לידה קיסרית או על יתרונות וחסרונות הלידה הרגילה. לצד שורה ארוכה של טענות התרשלות, נטען על ידי התביעה כי נגרם להם נזק ראייתי, על ידי רישום חסר או רישום לא מדויק, דבר המהווה הפרת חובה חקוקה וגרימת נזק ראייתי. לטענת התובעים, לאור האמור יש להעביר את הנטל להוכיח שלא הייתה התרשלות אל הנתבעים. התובעים טוענים כי הנזק ראייתי נגרם עת שהנתבעים לא ביצעו בדיקות אולטרה-סאונד, דבר אשר מנע מהם להוכיח את משקל העובר בסמוך לפני הלידה, ובכך נמנע מהם להוכיח את תביעתם.

לכתב התביעה צורפה חוות דעת רפואית בעניין האחריות שנערכה על ידי ד"ר רמי מאור, מומחה בתחום הגניקולוגי (להלן: ד"ר מאור או מומחה התביעה). מסקנותיה הסופיות של חוות הדעת היו, כי הערכת המשקל, שהתבצעה על ידי הצוות המטפל בבית החולים, הייתה רשלנית ובלתי מקצועית או לחילופין שהבדיקה לא בוצעה כלל. בעקבות כך לא הוצע לאם לסיים את הלידה בניתוח קיסרי, כמקובל וכמומלץ בנייר עמדה מס' 4, של האיגוד הישראלי למיילדות וגניקולוגיה משנת 1998 (להלן: נייר העמדה). כתוצאה מהלידה הנרתיקית הרגילה, במשקל ילוד של 4,026 גרם, אירעה התסמונת והתובע ימשיך לסבול ממנה כל חייו.

כן צורפה חוות דעת של פרופ' שלמה פורת, מומחה לאורתופדיית ילדים, אשר קבע כי נכותו הצמיתה של התובע היא בשיעור 30%, נכות המתבטאת בהיעדר יכולת לסובב את הכתף החוצה.

3. הנתבעים הגישו כתב הגנה בו כפרו באופן גורף בכל טענות התביעה. נטען עוד בכלליות כי הצוות הרפואי פעל כשורה, ובנוסף כי אין קשר בין פעולות הצוות הרפואי לבין הנזק שאירע לבסוף.

בתחום המיילדות הגישו הנתבעים חוות דעת של פרופ' יריב יוגב (להלן: פרופ' יוגב או מומחה הנתבעות), לפיה טרם הלידה בוצעה לאם בבית החולים הערכת משקל קלינית וסונוגרפית, אשר קבעו כי משקל העובר לא היה

גבוה, לגיל ההיריון ונמוך מ 4,000 גרם. הערכת משקל זו אינה הורית נגד לידה נרתיקית. הלידה עברה בצורה מהירה ללא כל אירוע המלמד על קושי בחילוץ העובר או כתפיו. לאור העובדה כי לא היה אירוע של פרע כתפיים, מתייתרת האינדיקציה לניתוח קיסרי במקרה הנידון. להערכתו הפגיעה הנורולוגית שהתבטאה בתסמונת, אירעה ככל הנראה בחיים התוך רחמיים, ולכן לא הייתה ניתנת למניעה על ידי ניתוח קיסרי.

בתחום האורטופדי הובאה חוות דעתו של ד"ר מיכה רינות, אשר העריך את נכותו של התובע בשיעור 10%.

4. ביום 7/7/2022 נשמעו עדויות הצדדים. מטעם התביעה העידו הורי התובע ומומחה התביעה. מטעם הנתבעים העידו פרופ' יוגב, ד"ר סלאח נסאר שביצע על פי הנטען בדיקת אולטרה-סאונד לאם, לאחר קבלתה ללידה, והמיילדת גב' מיכל איילי שילדה את האם.

להשלמת התמונה אציין כי בשטח האורטופדי מיניתי את ד"ר מיכאל עסאף, שקבע כי התובע סובל מנכות צמיתה בשיעור של 25%. הצדדים השלימו עם קביעה זו ולא ביקשו לחקור את ד"ר עסאף על חוות דעתו.

הכרעה ודיון

5. לאחר ששקלתי את טענות הצדדים הגעתי למסקנה כי דין התביעה להתקבל. מניתוח הראיות עולה כי הנתבעות גרמו לתביעה נזק ראייתי בנוגע לשני עניינים, דבר אשר העביר את נטל השכנוע אליהן להראות כי לא התרשלו. לגבי עניין אחד, הנתבעות הצליחו להרים את הנטל, אך לגבי העניין השני משימה זו לא צלחה. כן הגעתי למסקנה כי מתקיים קשר סיבתי עובדתי ומשפטי בין ההתרשלות לבין הנזק שנגרם. להלן אפרט ואנמק.

הגדרות ומונחים

6. לצורך ההתמצאות והבנת התיק, אפתח בהבאת הגדרות של מונחים רפואיים, על מנת להקל על הקורא להבין את טענות הצדדים:

עקומת דולברג - עקומה לגדילה תוך רחמית, של עוברים במדינת ישראל. עקומה זו היא עקומת גדילה בה נמדד גודלו של העובר, ביחס לעוברים אחרים באוכלוסייה באותו שבוע.

AGA – APOPRIATE FOR GESTATIONAL AGE – עובר שמשקלו תואם את גילו הכרונולוגי על פי עקומת הגדילה של דולברג.

LAG – LARGE FOR GESTATIONAL AGE - עובר שמשקלו מעל 4000 גרם או מעל אחוזון 90, על פי עקומת הגדילה של דולברג = עובר או ילד מיקרוזומי.

פרע כתפיים – כליאת כתף של העובר בזמן לידה נרתיקית בעצם האגן של היולדת.

שיתוק על שם ERB – שיתוק על שם ארב הוא מצב הידוע במיילדות ומתרחש לרוב בלידת עוברים גדולים. הפגיעה היא שיתוק המוגבל לשורשי העצבים הצוואריים של החוליות החמישית והשישית (C_5 , C_6), מערכת הגפיים העליונות ובאה לידי ביטוי בפגיעה במקלעת העצבים הברכיאלית.

בדיקה קלינית של משקל העובר – בדיקה להערכת משקל שמבוצעת על ידי מישוש בטן היולדת בידי הבודק (אחיותו כמו כדור או אבטיח).

בדיקת משקל סונוגרפית – הערכת משקל באמצעות מכשיר האולטרא-סאונד.

מומחה התביעה

7. מומחה התביעה קבע בחוות דעתו, כי ההיריון של האם היה הריון בסיכון גבוהה, נוכח מחלת הסוכרת ממנה סבלה. לטענתו, הרופאים שטיפלו בה לא לקחו בחשבון עובדה זו, כאשר מספר ימים לפני הלידה הערכת המשקל הייתה 3345 גרם, משמע העובר היה באחוזון 88 לפי טבלת דולברג, קרי עובר מקרוזומי. עוד קבע ד"ר מאור, כי ציון הערכת המשקל בגרמים היא הכרחית, לאור עמדת נייר העמדה הקובעת כי יש להציע ליולדת ניתוח קיסרי, כאשר הערכת המשקל היא 4000 גרם ויותר. לו הצוות המקצועי אשר טיפל ביולדת היה בודק את כל הערכות המשקל שנערכו ליולדת במהלך הריונה, היו רואים כי בכול הבדיקות נמצא שמדובר בעובר גדול, והפער בין המשקל הצפוי להערכת המשקל הולך וגדל.

הרפואה המודרנית קבעה, כי ניסיון לילד עוברים שמשקלם מעל 4 ק"ג, בלידה נרתיקית היא פרוצדורה מסוכנת, עקב האפשרות של כליאת כתפיים ונזק בלתי הפיך לעובר ועל כן יש להעדיף ניתוח קיסרי. בעת קבלת האם לחדר לידה, הרישום הנוגע להערכת המשקל היה לאקונוי ונרשם AGA, ללא ציון ערך מספרי של הערכת המשקל. לפי טבלת דולברג משקל תקין לעובר בשבוע ה- 37 ו- 5 ימים (כפי שהייתה האם בעת הלידה) הוא 3000 – 3100 גרם. לעומת זאת, ההערכה הקלינית שנעשתה על ידי המיילדת הייתה 2800 גרם. הפער הגדול בין הערכת המשקל הקלינית לסונוגרפית מעמיד, לטענת המומחה, בספק את עצם ביצוע הבדיקה.

8. לסיכום קבע מומחה התביעה, כי עם קבלת האם, נרשם על ידי המיילדת הערכת משקל קלינית 2800 גרם ואילו הערכת משקל סונוגרפית נרשמה AGA. הרישום הלקוני של תוצאות בדיקת הערכת המשקל, אשר לא תאמה את המשקל בלידה, 4026 גרם, ואת יתר הבדיקות הסונוגרפיות שבוצעו במהלך הריון (שהצביעו על עובר מיקרוזומי) מלמדות על שתי אפשרויות: שהבדיקה הייתה רשלנית ובלתי מקצועית, שכן הבודק טעה בהערכת

המשקל ביותר מ-30%, או שהבדיקה לא בוצעה כלל. בדיקה רשלנית או אי ביצוע הבדיקה גרמה להערכת משקל שגויה בעת מהלך הלידה ולכן לא הוצע לאם לסיים את ההיריון בניתוח קיסרי כמקובל וכמומלץ בנייר העמדה.

מומחה ההגנה

9. פרופ' יוגב ערך חוות דעת בה חלק מכל וכל על קביעות מומחה התביעה. לגבי עקומת דולברג של האם, טוען פרופ' יוגב כי מומחה התביעה מדווח פרטים מוגזמים ביודעין, בניסיונו להטעות את הקורא. פרופ' יוגב חולק בחוות דעתו על אופן חישוב האחוזונים, בעקומת דולברג שנעשתה על ידי מומחה התביעה. לטענת פרופ' יוגב, מומחה התביעה הזין לתוכנה שמחשבת את הערכים בעקומה, מספר נתונים באופן מוטעה, מה שגרם לכך שהתוצאה שהתקבלה אצל מומחה התביעה הייתה שגויה. לעומת זאת, כאשר מסתכלים על גרף הגדילה הנכון, ניתן לראות כי העובר שמר על אחוזון הגדילה שלו לאורך ההיריון כולו, אחוזון שנע בין 73% ל-82%. מומחה התביעה מטעה שוב כאשר הוא מכנה את העובר, כעובר מיקרוזומי, על סמך הערכת משקל של 3345 גרם, שנעשתה שבוע לפני הלידה. עובר מיקרוזומי הוא עובר ששוקל מעל 4000 גרם או נמצא מעל אחוזון 90%. העובר לא קיים אף אחת מחלופות אלו.

לכן לאורך ההיריון הערכת המשקל הייתה בתחום הנורמה, קרי AGA. בטרם הלידה בוצעה הערכת משקל קלינית לפיה משקל העובר 2800 גרם. כן בוצעה הערכה סונוגרפית לפיה העובר AGA. הערכת עובר אינה מדע מדויק ותתכן סטיה של כ-15% לכל כיוון. החלטה לגבי אופן היילוד תיעשה על סמך הערכת משקל ולא על סמך משקל היילוד בפועל. משהוערך העובר, קלינית וסונוגרפית פחות מ-4000 גרם, לא הייתי כל הורית נגד לניסיון לידה נרתיקית. עוד מדגיש כי העובדה שהבדיקות האלו לא מדויקות ותתכן סטיה, אין משמעה שיש להפחית את הסף לניתוח קיסרי לפחות מ-4000 גרם באישה סוכרתית.

פרופ' יוגב חולק על הקביעה כי תסמונת ERB נגרמה עקב פרע כתפיים. על פי התייעוד הרפואי הלידה עברה ללא כל קושי ולא התרחש בלידה קושי בחילוץ הכתפיים, שהוא למעשה פרע כתפיים. עוד הפנה פרופ' יוגב למחקרים לפיהם תסמונת ERB יכולה להיגרם מסיבות אחרות (חוץ מפרע כתפיים) כאשר העובר עדין נמצא בתוך הרחם.

חוות הדעת המשלימות

10. מטעם התביעה הוגשה חוות דעת משלימה ומגיבה לחוות הדעת מטעם ההגנה. לפי חוות הדעת המשלימה גרף הגדילה של דולברג, שהוצג על ידי פרופ' יוגב איננו נכון כאשר לשבוע ה-36 + 5 ימים המשקל הוא 3345 גרם. לפי הגרף שערך מומחה התביעה במהלך כל ההיריון האם הייתה באחוזון יותר מ-50%. החל משבוע 36 יש שבירת אחוזון מ-73% ל-86% שמגיע ל-97% בלידה. האם סובלת מסכרת וידוע כי נשים הסובלות מסוכרת יולדות עוברים גדולים. במבחן התוצאה נולד עובר שמשקלו מעל 4000 גרם. לכן לשיטתו מדובר בעובר מיקרוזומי.

באשר להערכת המשקל, פרופ' יוגב לא רושם כי הצוות טעה בגדול עת העריך את העובר בהערכה קלינית במשקל של 2800 גרם, פער של כמעט 1500 גרם מהמשקל בו נולד. הצוות לא שאל את עצמו האם עובר שהוערך שבוע לפני הלידה כשוקל 3345 גרם יולד במשקל של 2800 גרם. ללא ספק אם הערכות המשקל של הצוות הרפואי בבית החולים היו מקצועיות, הייתה מתקבלת החלטה לסיים את ההיריון בצורה אחרת. יתרה מכך, אם הצוות הרפואי היה בודק את עצמו ומבחין בהפרש בין הערכות המשקל לאורך ההיריון לבין הערכת המשקל ביום הלידה, היה עליו לחזור על הבדיקות בטרם קיבל החלטה שגויה ליילד בלידה נרתיקית.

על פי מאמר שכתב פרופ' יוגב הערכת משקל בעוברים גדולים היא מדויקת יותר. אם הצוות בבית החולים היה מבצע הערכת משקל קלינית וסונוגרפית מקצועית ועל פי סטנדרטים מקובלים היו מתקבלות הערכות משקל מדויקות יותר שהיו משנות את ההחלטה כיצד לסיים את ההיריון. יתרה מכך, אם הרופא היה בודק את עצמו ומבחין בהפרש במשקל בין הערכת המשקל היה לפחות חוזר על הבדיקה.

במאמר אליו מפנה פרופ' יוגב, באשר לסיבות לתסמונת ERB, דובר ב- 6 מקרים שאירעו במשך 4 שנים במצבים מאוד מיוחדים: 2 מקרים בהם צורת הרחם הייתה מעוותת, במקרה אחר השלב השני של הלידה היה מאוד ארוך ובמקרה אחר כלל לא התפתחה לידה. המקרה שלפנינו לא מתאים למקרים שבמאמר כאשר לפנינו האם הייתה עם צורת הריון נורמלית שעברה לידה רגילה מבחינת שלבי לידה והזמנים שבין השלבים. על המאמר נכתבה ביקורת לפיה החוקרים לא חקרו את הכוחות שפועלים על העובר ברחם בעת הלידה.

11. פרופ' יוגב אף הוא כתב חוות דעת מגיבה. לפי חוות הדעת המגיבה מומחה התביעה מדייק יותר בעריכת עקומת דולברג אך לא לחלוטין. לגבי שבוע 36+5 ימים הוא עושה הערכה שגויה כאשר לתוכנה הוא מזין גיל הריון 36+2 ימים ולכן מקבל אחוזון 86% בעוד שהזנה נכונה תוביל לקבלת אחוזון 83%. עוד קובע פרופ' יוגב כי הבדל של 10% (קפיצה מאחוזון 73% ל-83%) אינו מהווה שבירת אחוזונים, כפי שקבע מומחה התביעה. הבדל של 10% בלבד אינו נחשב שבירת אחוזונים. מדובר בשינוי מזערי ביותר ביחס לאחוזון הקודם. על פי האיגוד הבינלאומי לאולטרה סאונד, אחד הקריטריונים להתקיימות שבירת אחוזונים, הוא שתהיה משמעותית, כשמדובר בשבירה של שתי עקומות גרף הגדילה. עקומות הגדילה מחולקות לאחוזונים, ובמקרה הנוכחי העובר עבר את עקומת אחוזון 75%, אך לא עבר את העקומה הבאה, שהיא אחוזון 90. לכן לא מדובר במצב של שבירת אחוזונים, אלא לכל היותר עלייה קלה באחוזון הגדילה. בהקשר זה אין משמעות למשקל הלידה בפועל כפי שסבור מומחה התביעה, שכן מדובר בחוכמה בדיעבד, ולכן לא ניתן לקחת נתון זה בשיקולים הקליניים בזמן אמת.

לאורך ההיריון הערכות המשקל שבוצעו, הדגימו כי משקל העובר באחוזונים דומים, בין 71% ל-83%. לאור זאת, לא מדובר כלל בשבירת אחוזונים וכל הערכות המשקל הדגימו כי העובר היה תואם לגיל ההיריון. לכן לא הייתה כל אינדיקציה לבצע ניתוח קיסרי או למנוע מהאם את ניסיון הלידה.

מומחה התביעה טוען כי הצוות הרפואי "טעה בגדול" לגבי הערכת המשקל. פרופ' יוגב מסכים כי הערכת המשקל הייתה שונה מהמשקל בפועל, אך עדיין יש לזכור כי מדובר בהערכת משקל. הערכת משקל מתבססת על הערכת מדדי העובר בסונר והצבתם בנוסחה מתמטית, בעוד שהערכה הקלינית היא ניסיון להעריך את גודל העובר דרך בטן האם. העובדה שאנשי צוות שונים ביצעו הערכת משקל בשבוע סביב הלידה וכולם טעו, מלמדת לדידו כי לא מדובר ברשלנות, אלא בטעות אנוש, וכנראה שבמקרה הנדון הנתונים הקליניים של האם ושל העובר לא אפשרו הערכה מדויקת. לכן מדובר לכל היותר בטעות בהערכת המשקל ובוודאי לא ברשלנות.

כפי שכתב פרופ' יוגב בחוות דעתו המקורית, אין שום דרך להימנע מטעויות אלה, וכל השיקולים הקליניים מתבססים על הערכה בלבד עם המגבלות הקשורות בכך. כמו כן, יש לזכור כי העובדה שהעובר הוגדר AGA אינה מלמדת כי הוא באחוזון 50, אלא באחוזון 90. משכך, גם אם העובר היה מוערך, כמו הערכת המשקל בשבוע 36 (סביב 3500 גרם), הרי שהטעות אינה 40% כפי שכתב מומחה התביעה, אלא רק 500 גרם המהווים 14% מתוך 3500 גרם, טעות סבירה ביותר ובטווח סטיית התקן.

טענת מומחה התביעה, לפיה פרופ' יוגב לא היה בחדר הלידה בזמן הלידה ולכן אינו יכול להעיד האם היה פרע כתפיים, היא תמוהה, שכן באותה מידה גם מומחה התביעה לא היה בחדר הלידה, אך מאידך מרשה לעצמו להסיק מסקנות בנוגע ללידה הנדונה. כאשר מסתכלים על התיעוד הרפואי בזמן אמת, לא צוין בשום מקום כי הייתה בעיה בלידה או פרע כתפיים. כך לא צוין בסיכום הלידה או בסיכום השחרור כי ארע אירוע של פרע כתפיים. כך במסמכי הלידה שעברה האם בשנת 2013 נכתב לגבי הלידה נשוא התביעה כי מדובר היה בשיתוק ארב ללא פרע כתפיים. כלומר, התיעוד של הצוות הרפואי לא התעלם מהאירוע של פרע כתפיים, אלא ציין ברחל בתך הקטנה קיומה של תסמונת ארב ללא פרע כתפיים. מצב זה אכן לעיתים מתרחש ומלמד לרוב על אירוע תוך רחמי. גם מומחה התביעה כותב בחוות דעתו כי מצב של סוכרת פלוס עובר מיקרוזומי קשור עם 20% סיכון לפרע כתפיים, אך עדיין מדובר ב-80% סיכוי שהדבר לא יתרחש. לכן מניח פרופ' יוגב כי מסיבה זו גם בכתב התביעה עצמו לא נטען כי בלידה ארע פרע כתפיים.

באיזה אחוזון היה התובע בעת הלידה

12. לאחר ששקלתי טענות הצדדים, אני מקבל את טענת הנבועים, לפיה לא ניתן על סמך הבדיקות הסונגרפיות לבדן, שתועדו במהלך מעקב ההיריון ובהן נרשם משקל העובר, להגדיר את העובר כעובר מיקרוזומי.

כפי שקבע מומחה הנבועים, הצבת הערכים של משקל העובר, שתועדו עד השלב לפני קבלת האם לבית החולים לצורך הלידה, מלמד כי העובר היה באחוזון 83%, נכון למועד ההערכה הסונגרפית האחרונה, לפני קבלת האם לאשפוז. אכן מומחה התביעה טעה בפעם הראשונה, באשר לנתון של שבוע 36+5 ימים הוא הזין לתוכנה גיל הריון שונה של 36+2 ימים, ולכן קיבל אחוזון 86%, בעוד שהזנה נכונה תוביל לקבלת אחוזון 83%; ובפעם השנייה (בחוות הדעת המשלימה) כאשר הזין באופן שגוי כי מין העובר הוא נקבה במקום זכר, מה שהעלה את האחוזונים מ-83% ל-88%.

ד"ר מאור אישר עוד בחקירתו הנגדית, כי בהנחה שמשקל העובר המוערך ביום 29.9.2010 (המועד בו בוצעה בבית חולים בדיקת אולטרה-סאונד) היה 3600 גרם, הזנת הנתונים לתוכנה, שמחשבת את האחוזון לפי עקומת דולברג, תראה כי העובר היה באחוזון 88%. וכך נרשמה תשובתו של ד"ר מאור (עמ' 44 ש' 20 – 21):

"השופט כנעאן: אבל מבחינה מדעית זה אחוזון 88 נכון?"

ד"ר מאור: נכון אבל מדעית."

שאלה זו נשאלה לא בכדי, שכן על פי תצהיר ד"ר נסאר וכן תצהיר התובעת, הערכת המשקל באותו תאריך הייתה בגבולות 3600 גרם, כפי שנפרט להלן. לא הייתה כל סיבה מבוררת מדוע ד"ר מאור לא טרח להתייחס בחוות דעתו, לאפשרות שההערכה הסונוגרפית שנעשתה ביום 29.9.2010 הייתה 3600 גרם, כאשר מידע זה הוא על סמך עדות התובעת כפי שנרשם בתצהירה, כאשר הדבר גרר התדיינות מיותרת בשאלה האם התובעת חצתה את אחוזון 90 או את רף ה- 4,000 גרם (על סמך ההערכה), התדיינות שהאריכה את הדיון שלא לצורך.

לכן, סיכומו של דבר, אינדיקציה זו, לא חייבה את המסקנה כי מדובר בעובר מיקרוזומי, שההתוויה לגביו היא סיום הלידה בניתוח קיסרי.

שבירת אחוזונים

13. גם בעניין זה אני מקבל את טענת הנתבעים, לפיה אין שבירת אחוזונים, כפי שסבר מומחה התביעה. מומחה התביעה העיד לפני כי שבירת אחוזונים מתבטאת בעליה של יותר מ- 10% בהערכת משקל הילוד באחוזונים (עמ' 55 ש' 28). המומחה מטעם התביעה לא הפנה בעניין זה לשום אסמכתא מקצועית.

מאידך מומחה הנתבעים הסתמך על הגדרת של האיגוד הבינלאומי לאולטרה-סאונד, לפיה נדרש שתהיה חציה של שני קווי אחוזונים, על מנת שהדבר יוגדר כשבירה משמעותית. במקרה זה העובר חצה את קו אחוזונים 75% אך לא חצה את הקו הבא הוא קו ה- 90%. בהקשר זה אין לקבל את טענת מומחה התובעים, כי יש לקחת בחשבון את משקל העובר הסופי לאחר הלידה לצורך הגעה למסקנה האם הייתה שבירה של אחוזונים, שכן בזמן אמת לפני הלידה נתון זה אינו בנמצא.

יתרה מכך, מומחה התובעים טעה כאמור בהזנת הנתונים לצורך עריכת עקומת דולברג. על פי חוות דעתו בשבוע 33 היה העובר באחוזון 73% ואילו בשבוע 36 + 5 היה העובר באחוזון 88%. אולם כאמור המומחה מטעם התביעה שגה שכן בשבוע 36 + 5 העובר היה באחוזון 83%. הטעות כאמור נבעה מהזנה לא נכונה, עת הזין מומחה התביעה את מין העובר כנקבה ובכך התקבל אחוזון 88%. כשנשאל מומחה התביעה האם טעה, כך תועדו הדברים (עמ' 38 ש' 11 – 12):

"ש.טעית שהתייחסת לעובר כנקבה, נכון?"

ת. טעיתי נכון.

לאור תיקון טעות זו שאלתי את המומחה האם הפרש של 10% בדיוק, מהווה שבירת אחוזונים. בתשובה לשאלה זו המומחה לא היה נחרץ והשיב (עמ' 55 ש' 32) **"אנחנו לא מדע מדויק כבודו"**. משמע שלא מדובר בנתון שהרופא יכול להצביע עליו ולומר כי יש שבירת אחוזונים. בשים לב לכך, אין בידי במקרה זה לקבוע כי הייתה שבירה של אחוזונים.

קיים חוסר ברישומי בית החולים

14. אקדים ואומר, כי מצאתי שהיה חסר ברשומה הרפואית, בכל הקשור לאי ציון משקל העובר כפי שהתקבל בבדיקת האולטרה-סאונד, וכי חסר זה יוצר עמימות עובדתית בנקודה זו ומעביר את הנטל עלשכמי הנתבעת, להראות כי משקלו נופל מ- 4,000 גרם.

לאחר שהתקבלה האם ללידה בבית החולים, בוצעה בדיקת אולטרה-סאונד על ידי ד"ר נסאר, אך לא צוין ערך מספרי למשקל העובר אלא צוין על ידו AGA. האם בכך נוצר חסר ברישום המעביר את נטל הבאת הראיה? לדעתי התשובה לכך חיובית. לכך אתייחס להלן, אך בטרם אעשה כן, אסקור את המצב המשפטי, בנוגע לנזק ראייתי בשל חוסר ברישום הרפואי.

15. חובתם של רופאים לדאוג לתעד ממצאים וטיפוליים רפואיים בזמן אמת לצורך קיום מעקב שוטף, ראוי ואחראי אחר התפתחות הדברים לצורך קבלת החלטות נאותות, ועל שהרישומים ישמשו כראיה אותנטית ובעלת משקל באשר למה שהתרחש בעבר (ראו: ע"א 1/01 מרדכי נ' קופת חולים של ההסתדרות הכללית של העובדים בארץ ישראל, פ"ד נו(5) 502, 507 (2002) (להלן: עניין מרדכי); ע"א 6160/99 דרוקמן נ' בית חולים לניאדו, פ"ד נה(3) 117, 125 (2001)). חשובים לענייננו הדברים שנאמרו בע"א 6696/00 בית חולים המרכזי עפולה נ' פינטו [פורסם בנבו] (2.9.2002), המדגשים את המטרה מאחר רישום רפואי:

"הוא מאפשר טיפול עקבי, רציף ונכון בחולה, המטופל לא-פעם לאורך זמן ועל ידי אנשי צוות שונים. הוא מעניק כלים לניתוח מושכל של העובדות והממצאים, ובעקבות ניתוח זה – להסקת מסקנות ההולמות את מצבו של החולה ולהפקת לקחים מן ההתרחשויות. הוא נותן תוקף לזכותו של החולה לדעת מה מצבו הרפואי, מה נעשה בגופו, ומהן האפשרויות העומדות בפניו. הוא מאפשר לחולה להוכיח את תביעתו מקום שהטיפול בו הוא רשלני."

אי עריכתו של רישום רפואי, עשוי להביא להעברת נטל השכנוע, מכתפי התובע לכתפי הנתבע. ההיגיון בכך, שבהעדר רישום מדויק ומהימן, עשוי להיווצר לתובע קושי אמיתי, להוכיח תביעתו על פני מאזן הסתברויות (ראו: ע"א 9656/03 עיזבון המנוחה ברטה מרציאנו ז"ל נ' ד"ר זינגר [פורסם בנבו] (11.4.2005)). העברת

נטל השכנוע מתפרס לא רק על מחדלים בעריכת רשומות רפואיות ובשמירתן כנדרש. הוא חל גם על רשלנות, אשר גורמת לכך שנפגעת האפשרות של התובע להוכיח את עילת תביעתו. לדוגמא מקום בו לא בוצעו בדיקות רפואיות, אשר לו בוצעו יכלו להצביע על גורם הנזק (ראו: 9328/02 מאיר נ' ד"ר לאור, פ"ד נח (5) 54, 64 – 65 (2004)).

16. באשר להיקף נטל ההוכחה המועבר, הוא עשוי להשתנות ממקרה למקרה, בהתאם לנסיבות המקרה (ראו: ע"א 8151/98 שטרנברג נ' ד"ר צ'צ'יק, פ"ד נו(1) 539, 551 – 552 (2001)). הכלל המנחה הוא כי נטל השכנוע יועבר, אך ורק ביחס לעובדות שלגביהן נגרם נזק ראייתי, בעטייה של רשלנות (ראו: ע"א 8279/02 גולן נ' עזבון המנוח ד"ר מנחם אלברט ז"ל [פורסם בנבו] (14.12.2006); ע"א 789/89 עמר נ' קופת חולים של ההסתדרות הכללית, פ"ד מו(1) 712, 721 (1992); רע"א 8317/99 שוקרון נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(5) 321 (2002)). אולם יש לזכור "כי העברת הנטל אינה בגדר פעולה 'אוטומטית'. על הניזוק להוכיח שהעברת הנטל בנסיבות העניין מוצדקת. זאת, הואיל ולא פעם נפקותה של העברת הנטל הינה למעשה, הקביעה שהמעוול אחראי לנזקי הניזוק." (ראו: ע"א 10094/07 פלונית נ' בית חולים האנגלי אי.מ.מ.ס. [פורסם בנבו] (2010) (להלן: עניין פלונית)).

לא כל נזק ראייתי מצדיק את העברת נטל השכנוע. בע"א 1399/20 פלוני נ' שירותי בריאות כללית [פורסם בנבו] (27.12.2021) (להלן: עניין פלוני) נקבע כי המשיבה התרשלה עת איבחנה את מחלת הנוירופתיה הסוכרתית, ממנה סבל המערער, באיחור של ארבעה חודשים, אך לא הוכח קשר סיבתי בין האיחור לבין הנזק. פסק הדין אישר את הקביעה כי האיחור באבחון התבטא בארבעה חודשים. יחד עם זאת, המערער לא הראה או הוכיח כי אם היה מבצע ניתוח, ארבעה חודשים בטרם האבחון, הניתוח היה מונע את הנזק שאירע לבסוף. בית משפט העליון לא העביר את נטל השכנוע, בעניין הקשר הסיבתי, וקבע כי האיחור היה איחור קל שבעקבותיו נגרם נזק ראייתי מסוים, אך לא הייתה בשל כך הצדקה להעברת הנטל.

נראה שבית משפט העליון החיל מבחן של מידתיות לגבי הנזק הראייתי שנגרם ("נגרם נזק מסוים"), מבלי לומר זאת במפורש, שכן הנזק הראייתי שנגרם לא הצדיק העברת נטל הראיה (לעניין החלת מבחני מידתיות על חזקות התרשלות בנזיקין ראו: גיא שני, "הנזק הראייתי ו'עונשו': בשבחי המעבר מהמודל הקיים של העברת הנטל למודלים של מידתיות ואינדיקטיביות" משפטים מא תשע"א, 315 (2011)).

לסיכום, על מנת שיעבור נטל השכנוע מהתובע לנתבע, בשל נזק ראייתי, על התובע להוכיח את המרכיבים הבאים: עמימות עובדתית; שנוצרה כתוצאה מנזק לראיות שבשליטת הנתבע; עקב התרשלות הנתבע; ובאופן שמונע מהתובע להוכיח עובדות הנדרשות לתביעתו (ראו: עניין פלוני).

17. לאחר שסקרנו את המצב המשפטי, הגיעה העת לעבור ליישום הכללים המשפטיים הנ"ל על ענייננו, אך בטרם נעשה כן, יש לדחות את הערכת מומחה התביעה, לפיה ד"ר נסאר לא ביצע כלל בדיקת אולטרה-סאונד.

לקביעה כזו אין שום תימוכין, והיא סותרת את הרשומה הרפואית. ברשומה עצמה, שנערכה בעת קבלת האם למחלקת האם והעובר, צוין US (משמע אולטרה-סאונד) **"מצג ראש, כמות מים תקינה, AGA, BPP 8/8"**. פרופ' יוגב נשאל על כך האם ציון "מצג ראש" מעיד שבוצעה בדיקה סונוגרפית ולא קלינית, ועל כך השיב **"חד משמעית סונוגרפית"** (עמ' 98 ש' 24). כך גם לגבי הרישום **"כמות מים תקינה"** (עמ' 98 ש' 26). לבסוף העיד פרופ' יוגב כי אם צוין ברשומה המושג AGA הסבירות היא שנעשתה בדיקה סונוגרפית (עמ' 99 ש' 14). עם קביעות אלו אני מסכים לחלוטין. לכן אין ספק כי דברים אלו צוינו על סמך בדיקה סונוגרפית. על מנת שהתביעה תפריך קביעה זו היה עליה להתכבד ולהביא ראיות משמעותיות, שכן משמעות הטענה שהרשומה היא מזויפת. למעט הערכות בעלמא התביעה לא הביאה ראיות שיוכיחו את הנטען.

18. יישום הכללים הנ"ל מוביל אותי למסקנה שיש לדחות את טענת הנתבעת, שבאה לידי ביטוי בחוות הדעת ובעדות פרופ' יוגב, לפיה אין צורך לציין את משקל העובר בערך מספרי, ודי אם יצוין שהעובר הוא AGA. וכך העיד: **"התחלתי את רישא חוות דעתי, שאם זה AGA, אין לי בעיה שיכתבו תואם את גיל ההיריון"** (ראו עדותו עמ' 99 ש' 29). אין בידי להסכים לטענה זו. בנוסף אני קובע כי אי ציון הערך המספרי של הערכת המשקל, מגבש בנסיבות הקונקרטיות של מקרה זה, חוסר משמעותי ברישום, המעביר את נטל השכנוע לכתפי הנתבעות, להראות מה היה המשקל המוערך של העובר בזמן הלידה.

ראשית, חלק עיקרי מהמחלוקת בין הצדדים התמקדה בעקומת דולברג, והאם הייתה עליה בהערכת משקל העובר מעל אחוזון 90 או האם היה מצב של שבירת אחוזונים. ברי כי הכרעה בשאלה זו דורש כי יצוין ערך מדויק, על מנת לדעת היכן למקם את האם על העקומה.

שנית, בכל הערכות המשקל הקודמות, שבוצעו במהלך מעקב ההיריון, צוין ערך מספרי מדויק ולא צוין AGA בלבד. גם בהיריון משנת 2013, כאשר התקבלה האם ללידה באותו בית החולים כל הערכות המשקל הסוגרפיות שהיו ידועות לגבי היריון זה צוינו בערך מספרי מדויק (ראו: עמ' 177 למוצגי הנתבעות). לכן אין מקום לסברה לפיה ניתן להסתפק בערך כללי ולא מספרי. שלישית, על פי עדות ד"ר מאור הערך AGA מסמל טווח של ערכים שיכול לנוע בין 10% ובין 90% (עמ' 13 ש' 29 – 30) (בא כוח הנתבעת עו"ד נובק במהלך הדיון מסכימה לכך (עמ' 15 ש' 5) וכן במסגרת הסיכומים עמ' 3 פסקה 6, שם היא מפנה גם לחוות דעת פרופ' יוגב המשלימה 3/1 עמ' 4). לכן ציון המושג AGA הוא עמום ביותר, משקף טווח אחוזונים גדול ביותר, ואין בו מידע אינפורמטיבי מדויק היכן ממוקמת התובעת באותו שלב על גבי עקומת דולברג, והוא מהווה בנסיבות העניין חסר משמעות. לכל היותר יש בו מידע אינפורמטיבי נמוך, לפיו לדעת הבודק העובר אינו מיקרוזומי.

שלישית, אין מחלוקת בין הצדדים כי הריונה של האם היה הריון בסיכון גבוה, בשל הסוכרת ועודף המשקל. סיכון זה מחייב מתן תשומת לב גבוה יותר להיריון זה. כחלק מתשומת הלב המוגברת היה על הבודק לציין ערך מדויק של המשקל שהניבה הבדיקה הסונוגרפית ולא להסתפק בציון ערך הכולל בחובו קשת רחבה מאוד של אפשרויות.

רביעית, לפי הוראות נייר העמדה, שכל המומחים מסכימים כי הוא הבסיס לסטנדרט ההתנהגות הרפואי, **"במידה ויש הבדל בולט בין הערכת המשקל הקלינית ואולטרסונית, יקבע ניסיונו של הרופא בחדר הלידה, יש**

להקפיד על תיעוד הערכת המשקל בגיליון ההרה. בתיעוד הרפואי בענייננו, הערכת המשקל שבוצעה על ידי המיילדת דומביץ הייתה 2800 גרם. מאידך הרופא ציין AGA. נשאלת השאלה כיצד ניתן להשוות שני ערכים אלו אם הרופא אינו מציין משקל מדויק שהתקבל בבדיקת אולטרה-סאונד? כיצד ניתן לדעת האם יש הבדל בולט בין שתי הבדיקות? לנתבעת הפתרוניס. ברי כי במקרה ענייננו לאור העובדה כי ההיריון בסיכון גבוה, היה חשוב לציין ערכים מספריים על מנת לעמוד על השאלה האם יש הבדל בולט.

חמישית, ד"ר נסאר, שביצע את הערכת המשקל הסונוגרפית, אישר בעדותו כי באופן כללי זו שיטה מקובלת לתעד מספרית את הערכת המשקל הסונוגרפית (עמ' 108 ש' 12 – 13). לאחר מכן סייג את עצמו וטען כי רק אם יש משמעות למספר אז יש חשיבות לציין ברשומה (עמ' 108 ש' 14 – 17). אולם טענה זו איננה מקביל, שכן לעיתים לא ניתן לדעת מראש אם יש חשיבות לאותו מספר או אין, ורק בדיעבד מתגלה כי הייתה חשיבות. בזמן ביצוע הבדיקה, עדין לא בוצעה לאם הערכה קלינית של משקל העובר, ולא היה ידוע מה ההפרש שיתקבל לאחר ביצוע הבדיקה, והאם יש הפרש גדול ביניהן. לכן אינני מקבל עדות זו של ד"ר נסאר מאחר ואינה סבירה בעיני.

19. לסיכום אני סבור כי הרשומה הרפואית בעניין הערכת המשקל לוקה בחסר, עת הרופא לא ציין את הערך המדויק שהעלתה הבדיקה והסתפק בציון המושג AGA. עוד אני סבור כי בנסיבות העניין, חוסר זה מצדיק את העברת נטל השכנוע לכתפי הנתבעת, בשים לב להיות ההיריון של האם הריון בסיכון גבוה, ובשים לעובדה כי חוסר זה הוא קריטי לצורך מיקום התובעת על גבי עקומת דולברג, וכן לצורך עמידה על השאלה האם קיים הבדל בולט בין הבדיקה הסונוגרפית לבין הבדיקה הקלינית. כעת נעבור לדון בשאלה האם הנתבעת הצליחה להרים את נטל השכנוע שהועבר לכתפיה.

הרמת נטל השכנוע לגבי הערכת משקל העובר בבדיקת הסונוגרפית

20. לאחר ששקלתי טענות הצדדים הגעתי למסקנה כי עלה בידי הנתבעת להרים את נטל השכנוע, בכל הקשור לתוצאת הערכת המשקל בבדיקה הסונוגרפית. להלן אנמק ואפרט.

בתצהיר של הרופא ד"ר סאלח נסאר, שערך את הבדיקה הסונוגרפית, טען כי ביצע בדיקת אולטרה-סאונד לאם ביום 29.9.2010. עוד טען בסעיף 11 לתצהירו כי הערכת המשקל הסונוגרפית שביצע תאמה את גיל העובר והייתה פחות מ- 4,000 גרם, לכן ציין AGA. בהתחשב בשבוע ההיריון בו התקבלה האם, המשמעות היא שהערכת המשקל הייתה עד 3,600 גרם ואינה מעידה על עובר מיקרוזומי, לכן בנתוני היולדת לא היה כל מקום להמליץ לאם לבצע ניתוח קיסרי. בהמשך בסעיף 11.3 לתצהיר הוא מחדד את הצהרתו כאשר הוא מוסיף "ברור שהערכת המשקל הייתה עד גבולות 3,600 גר'....".

התובעת בתצהירה טענה כי בסעיף 12 שלא ידעה כי הערכת המשקל הקלינית שבוצעה ביום 1.10.2010 היא 2,800 גרם שכן "אם הייתי יודעת שזה משקלו הייתי אומרת להם שזה לא נכון כי אני ידעתי שהעובר שוקל בסביבות 3.6 ק"ג לפי בדיקה אולטרסאונד שעשו לי ב 29.9.2010".

לבסוף התביעה בסיכומיה שותקת לגבי הטענה כי האם מודה בתצהיר כי נאמר לה שהערכת המשקל הסונוגרפית היא 3600 גרם. לכן שתיקה זו מלמדת שהתובע מסכימה שזו הייתה הערכת המשקל.

21. לכאורה ניתן היה לסיים את הדיון בנקודה זו, שכן אם בדיקת האולטרה-סאונד הראתה שמשקל העובר המוערך הוא 3600 גרם, מדובר בהערכת משקל פחות מ- 4000 גרם, הערכה שאין לגביה המלצה לביצוע ניתוח קיסרי. יתרה מכך, לכאורה על פי הערכה זו, העובר לא עבר את אחוזון 90 ולכן אין המלצה לביצוע ניתוח קיסרי. ד"ר מאור הודה בחקירתו כי אם בדיקת אולטרה-סאונד ביום הלידה הצביעה על משקל של 3600 גרם אזי אין לסיים את ההיריון בניתוח קיסרי.

וכך העיד בעמ' 53 ש' 20 – 22:

"כב' השופט כנעאן: מגיעה אליך אותה יולדת לחדר הלידה שאתה עובד בו, אתה

עושה הערכת משקל וכותב 3,600 או 3,700 הייתה עושה לה קיסרי או לא?"

ד"ר מאור: לא הייתי עושה כלום. לא הייתי עושה כלום.

ובעמ' 53 ש' 28 – 29:

"עו"ד נובק: אבל ב- 3.600 או 3.700, לא היה צריך להציע ניתוח קיסרי. נכון?"

ת: נכון. נכון. נכון.

אולם ניתוח זה הוא פשוטני בנסיבות העניין והתמונה יותר מורכבת. בהמשך בוצעה הערכת משקל נוספת, והפעם הערכת המשקל הייתה הערכת משקל קלינית. לאור הפערים בין הבדיקה הסונוגרפית והבדיקה הקלינית העלתה התביעה טענות נוספת, שחלקן אני מקבל כפי שיפורט להלן.

תמרוז אזהרה – פער בין הבדיקה הקלינית לבדיקה הסונוגרפית

22. טענה אחת, שהעלתה התביעה ומצאתי בה כדי להטיל אחריות, היא הטענה לפיה, לאחר הערכת המשקל הקלינית, שנעשתה על יד המיילדת דמביץ ביום 1.10.2010, ובה הוערך המשקל ב- 2800 גרם, הצוות הרפואי לא עשה חשיבה מחדש, ואליבא דמומחה התביעה, בחוות הדעת המשלימה, לא ערך בדיקה חוזרת של הערכת משקל. בסיכומים נטען כי לא התקיים שיח כלל על פער זה ונטען כי ההפרש בין 2.8 ק"ג לבין הערך AGA "מתאים לגיל הילוד קרי 3.650 גרם, מספיקה כדי לקבוע רשלנות בתיק זה." עצם אי שקילתן של שיטות טיפול שונות מהווה, כשלעצמה, מעשה רשלנות. לשיטת התביעה על פי הפסיקה היה על המיילדת לתת דעתו לאפשרות של עריכת ניתוח קיסרי, ועל סמך הנתונים שבידיו, צריך היה להחליט לכאן או לכאן. עוד נטען כי נקבע בפסיקה שלא

מפקידים החלטה זו בידי המיילד לבדו, אלא מקובל להתייעץ עם מומחים לנושא ולהעמיד בכוננות צוות לשם עריכת ניתוח קיסרי. לצד טענה זו, נטען בסיכומי התביעה כי לאור הפערים בין בדיקה זו ליתר הבדיקות, לא מתועד ברשומה כי נערך דיון לגבי ההפרשים בין שתי הבדיקות. עוד נטען כי חדר הלידה לא תוגבר בצוות רפואי מתאים, ולמעט המיילדת לא היה נוכח בלידה אף איש צוות. עוד נטען כי התובע לא נבדק מיד לאחר הלידה על ידי רופא ילדים, ולכן אין לתמוה שאין רישום על פרע כתפיים מיד לאחר הלידה.

הנתבעת בסיכומיה טוענת כי בסיכומי התביעה צצו טענות חדשות, לפיהן לאור הפער בין הבדיקה הקלינית לסונוגרפית היה מקום לשקול שיטות טיפול שונות או לתגבר צוות רפואי בחדר הלידה או לבצע הערכת משקל סונוגרפית נוספת או לקיים דיון בין הרופאים. לטענת הנתבעת מדובר בהרחבת חזית, מאחר וטענות אלו כלל לא נטענו בחוות דעת ד"ר מאור ולכן אינן דורשות התייחסות. מעבר לדרוש, הנתבעת מזכירה כי אליבא דמומחה התביעה הערכה סונוגרפית יותר מדויקת מהערכה קלינית, ועל פי תוצאות ההערכה הסונוגרפית ההבדל בין שתי הבדיקות הוא כלפי מטה, ולא היה מוביל לניתוח קיסרי.

23. לאחר ששקלתי טענות הצדדים, אני סבור כי הנתבעת צודקת באופן חלקי בטענתה, בנוגע להרחבת חזית. אכן לא נטען בחוות דעת ד"ר מאור כי היה צריך לתגבר את חדר הלידה בצוות רפואי נוסף, וטענה זו אכן מהווה הרחבת חזית. לא כך לגבי הערכה מחדש של משקל העובר לאור הפערים בין הבדיקה הקלינית לבדיקות הסונוגרפיות שנעשו לאם, כולל הבדיקה הסונוגרפית שבוצעה בבית החולים ביום 29.9.2010. לגבי הפרש זה, טען גם טען ד"ר מאור, בחוות דעתו המשלימה. וכך כתב ד"ר מאור בחוות דעתו המשלימה (עמ' 5):

"יתרה מזו, אם היה בודק את עצמו ומבחין את ההפרש במשקל בין הערכות המשקל במהלך ההיריון ובין התוצאות ביום הלידה היה צריך לפחות לחזור על הבדיקות בטרם קיבל החלטה שגויה ליילד העובר בלידה נרתיקית."

ברי כי הכוונה בהערכת משקל ביום הלידה היא לבדיקה הקלינית, שכן זו הבדיקה היחידה שמעשתה ביום הלידה להערכת המשקל, ואילו הכוונה לבדיקות במהלך ההיריון היא ליתר הבדיקות, לרבות הבדיקה הסונוגרפית שבוצעה ביום 29.9.2010 בבית החולים. להגשת חוות הדעת המשלימה לא התנגדה הנתבעת, בטענה להרחבת חזית בפתח עדותו של ד"ר מאור. לכן, משטען מומחה התביעה, לגבי הצעדים שהיה צריך לעשות, לאור פערים אלו, נפתחה הדרך בפני התביעה להעלות את הטענה בסיכומים.

24. לגוף הטענה, אני מוצא כי יש בה ממש. על פי נייר העמדה אם יש פערים בין הבדיקה הקלינית לבדיקה הסונוגרפית ומדובר ב-"הבדל בולט בין הערכת המשקל הקלינית והאולטרסונית, יקבע ניסיונו של הרופא בחדר הלידה." משמע לאור פער בולט יש לערוך חושבים על ידי הרופא המילד, להפעיל שיקול דעת, ולדעתי לתעד זאת ברשומה הרפואית. אכן ההבדל בין הבדיקה הקלינית שנערכה לתובעת לבין הבדיקה האולטרסונית הוא הבדל בולט.

ד"ר נסאר, שביצע את הבדיקה הסונוגרפית והעיד לפני, לא חלק בעדותו כי יש פער ניכר בין שתי הבדיקות, וכך העיד (עמ' 109 ש' 18 – 19):

"ש. אבל יש פה הפרש ניכר מאוד?

ת. יש הפרש"

כלומר ד"ר נסאר אינו מתכחש לפרופוזיציה שבשאלה, לפיה יש הפרש ניכר בין שתי הבדיקות. ד"ר נסאר טען בעדותו כי הערכת המשקל הקלינית באותו שלב אינה מדויקת, מאחר ומדובר כבר בלידה עצמה וכי הראש מבוסס באגן (שם בסוף עמ' 109). טענה זו, לא נתמכה בחוות דעת, וגם אם נתמכה בחוות דעת נשאלת השאלה, מדוע לא בוצעה הערכה קלינית יומיים לפני, בעת ביצוע הבדיקה הסונוגרפית? מדוע לבצע בדיקה שידוע מראש שאין בה ערך ממשי? לנתבעות הפתרונים.

בסעיף 11.5 לתצהיר מטעם ד"ר נסאר, טען כי הפער בין תוצאות הבדיקות לא מעיד על חוסר מיומנות, מאחר וההערכה הקלינית בוצעה כשהיולדת בצירים ובלידה מתקדמת. טענה זו אינה מבוססת דיה בלשון המעטה. ד"ר נסאר לא נכח בלידה עצמה (עמ' 106 ש' 12 – 13) ומדובר בעדות סברה ושמועה.

יתרה מכך, עדות זו אינה מתיישבת עם הרשומה הרפואית. על פי הרשומה הערכת משקל קלינית נעשתה ביום 1.10.2010 בשעה 18:51. באותו זמן לא היו צירים מתועדים ואין לידה פעילה. על פי אותה רשומה, פקיעת כרומים, התרחשה כשלוש שעות לאחר מכן, והייתה רק בשעה 21:54. לכן אין ממש בטענה כי ההערכה הקלינית הייתה בזמן צירים או לידה פעילה. לבסוף הלידה בפועל הייתה ביום 2.10.2010 שעה 6:25. הצירים שתועדו נרשמו בין מועד פקיעת הכרומים לבין הלידה אך לא לפני.

עיון ברשומה הרפואית מעלה כי לאחר הבדיקה הקלינית שנערכה על יד המיילדת דמביץ, והעלתה כי הערכת המשקל היא 2800 גרם, לא נערך כל דיון באשר לפער הבולט בינה לבין הבדיקה האולטרסונית. דיון כזה היה מחויב כלפי היולדת הספציפית, נוכח גורמי הסיכון והיות ההיריון בסיכון גבוהה, בשים לב שהאם היא סוכרתית.

25. מסקנה זו מתחזקת נוכח הודאת הנתבעת בסיכומיה, לפיה הערכת המשקל שביצעה המיילדת דמביץ, הייתה לא מדויקת (סעיף 39 לסיכומי הנתבעת). כאן בדיוק המקום לשוב ולחדד את חשיבות התיעוד המספרי של הבדיקה הסונוגרפית. בהנחה שהמיילדת דמביץ, שביצעה את ההערכה הקלינית, הייתה מעיינת ברשומה מלפני יומיים (ואינני יודע אם עיינה בפועל שכן היא לא העידה) והייתה רואה AGA, מה היא הייתה אמורה להבין בנוגע לפער בין שתי הבדיקות? האם AGA משמעו הערכה של 3100 גרם? או שמא 3200 גרם? או 3600 גרם?

ואם נניח לרגע כי המיילדת הייתה מבינה או ידעה שהערכת המשקל הסונוגרפית הייתה 3600, לטעמי לאור הסטייה הגדולה בין ההערכה הקלינית לבין ההערכה הסונוגרפית (סטייה של כ- 30%), היה מן הראוי להביא את המיילדת דמביץ לעדות על מנת שתסביר אודות הבדיקה שערכה, האם הייתה מודעת לסטייה הבולטת מהערכת המשקל בבדיקת האולטרסה-סאונד (הפרש של כ- 30%), ואם כן מה עשתה בעקבות כך. במקרה זה, אין אלא לילך לפי החזקה שאילו הובאה המיילדת דמביץ לעדות היא הייתה תומכת בתביעה ומחזקת אותה (ראו: : ע"א 548/78

אלמונית נ. פלוני, פ"ד לה(1) 760, 736; ע"א 55/89 קופל (נהיגה עצמית) בע"מ נ. טלקאר בע"מ, פ"ד מד (4) 595, 602 – 603).

26. אינני מקבל את דעתו של פרופ' יוגב, לפיה מששתי הבדיקות הם מתחת לסף הנדרש, לצורך המלצה על ניתוח קיסרי (מתחת ל-4000 גרם), אין המלצה על סיום ההיריון בדרך זו ואין חשיבות לפערים בין הבדיקות. ראשית, פרופ' יוגב אינו מעלה טענה זו בחוות הדעת או בחוות הדעת המשלימה, אשר אמורה להגיב על טענות ד"ר מאור. לראשונה הוא מעלה טענה זו בחקירתו הנגדית. שנית, נייר העמדה לא קובע כך, אלא הקריטריון הוא "הבדל בולט" בין שתי הבדיקות. שלישית, מהימנות שתי הבדיקות של הערכת המשקל שנעשו על ידי הנתבעת מוטלות בספק, או למצער כאלה שדורשות התייחסות וביקורת של רופא מומחה בעל ניסיון (להבדיל ממתמחה או מיילדת). אני מקבל כי עצם קיום פער בולט בין שתי הבדיקות יכול להצביע על אפשרות לביצוע לקוי שלהן. עצם הפערים הגדולים בין שתי הבדיקות חייב שקילה מחדש האם הערכת המשקל נעשתה בצורה תקינה. היה מן הראוי שבמקרה כזה יתערב מומחה בכיר יותר במחלקה, נוכח היות ההיריון בסיכון גבוה. רביעית, הבדיקה האולטרסונית, נערכה על ידי מתמחה שרק החל מספר חודשים את התמחותו לפני ביצוע הבדיקה. הלידה כאמור התרחשה בחודש 10/2010 בעוד שד"ר נסאר החל את התמחותו במיילדות כחצי שנה לפני כן ביום 1.4.2010 (ראו: עמ' 108 ש' 7). על פי עדותו של פרופ' יוגב, לא מקובל לתת למתמחים בתחילת דרכם לבצע הערכת משקל סונוגרפית, וכלשונו: "אתה מבין שלא מתמחה חודש עושה את זה." (עמ' 100 ש' 3).

בהקשר זה, טוענת הנתבעת כי על פי עדות ד"ר נסאר, בטרם החל את התמחותו במיילדות עבד כרופא בבית חולים אנגלי במשך כשנה וחצי, ועסק בין היתר בביצוע בדיקות סונוגרפיות. אולם טענה זו היא מפי רופא מעוניין בתוצאות, לא באה לה תימוכין מגורם אחר לרבות הרופאים הממונים עליו בבית חולים הנתבע או בבית חולים הקודם, מה מידת ניסיונו או המומחיות שצבר בבדיקות מסוג זה. אינני יכול לסמוך על עדותו לבדה מעוד טעם, לפיו הוא לא טרח לציין בבדיקה הספציפית את הערך המספרי של הערכת המשקל, מקום שהיה צריך לעשות כן, ולכן על פניו הבדיקה לא הייתה מקצועית. עוד עולה, כי על פי הרשומה, לאחר שד"ר נסאר ביצע את הבדיקה הוא דיווח לד"ר שירי. אולם הנתבעת מסיבות השמורות עימה, לא טרחה להביא לעדות את ד"ר שירי דבר המשמש לחובתה.

לכן טענת פרופ' יוגב לפיה לא היה צורך לעשות דיון או חשיבה מחדש, לאור הפער הבולט בין שתי הבדיקות, היא פשטנית מדי, ולא מקובלת עלי. הנורמה המשפטית שצריך לנהוג בה, שבפער בולט בין שתי הבדיקות, בהיריון בסיכון גבוהה עם אישה סכרתית, שרופא מומחה (להבדיל ממתמחה) יחווה את דעתו כיצד לסיים את ההיריון האם בניתוח קיסרי או בלידה נרתיקית. בנוסף יש לתעד ברשומה הרפואית חיווי דעה זה. בענייננו לא נעשה בכלל דיון כזה, לא על יד המיילדת, לא על ידי רופא מתמחה ולא על ידי רופא מומחה ובכך התרשלה הנתבעת.

יפים לענייננו דברי בית משפט העליון בע"א 2694/90 הסתדרות מדצינית הדסה נ' מימון, פ"ד מו(5) 628

(1992) (להלן: פסק דין מימון), אשר גם עסק במקרה של שיתוק על שם ארב:

"אכן, אין לקבוע, כי על פי נתונים אלה חובה היה לערוך ניתוח קיסרי, אך המיילד צריך היה לתת דעתו לאפשרות זו, ועל סמך הנתונים שבידיו צריך היה להחליט לכאן או לכאן. מתברר, כי מטעמי זהירות אין מפקידים החלטה זו בידי המיילד התורן לבדו, אלא מקובל להתייעץ עם מומחים לנושא ולהעמיד בכוננות צוות לשם עריכת ניתוח קיסרי בהתאם לאינדיקאציות המתגלות עם התקדמות הלידה. אך כזאת לא נעשה."

בדומה נייר העמדה מחייב הפעלת שקול דעת על ידי רופא, בעקבות פער הולט בין שתי בדיקות. דבר זה לא התקיים בענייננו ולכן הנתבעות התרשלו.

27. לא מצאתי תשובה הולמת לקביעת מומחה התביעה, שבמקרה כזה צריך לחזור על הבדיקות מחדש. לכן, באי חזרה על הבדיקות, התרשלה הנתבעת בטיפול באם. במצב זה, בו לא נעשה דיון מחדש בעניינה של האם, ולא נערכה בדיקה מחדש, נגרם נזק ראייתי לתביעה, והעניין דומה למקרה שנידון בעניין פלונית. שם נולד עובר שמשקלו 3950 גרם, לגביו לא נעשתה בכלל בדיקת הערכת משקל. נקבע כי הנתבעת שם גרמה נזק ראייתי לתביעה, באי עריכת הבדיקה וכפועל מהעברת נטל הבאת הראיה על שכמיה, נקבעה אחריותה.

ההתרשלות נקבעה על ידי השופט הנדל בשני אופנים: נקבע כי אם הייתה נעשית בדיקה קלינית, ובהנחה כי הבדיקה הייתה תואמת את משקל הילוד בפועל, ומאחר ומשקל הילוד בפועל היה ידוע, הייתה מתקבלת תוצאה של 4,000 גרם, בשים לב לכך שהנטיה בבדיקה זו לציין מספרים עגולים. משכך הייתה הנחיה לבצע ניתוח קיסרי.

הדרך השניה היא, שאם ניקח בחשבון את מגבלותיה של הבדיקה, שאינה בדיקה מדויקת, טווח הסטיה הוא 10% כלפי מעלה או כלפי מטה. לדעתו של השופט הנדל, בשל העמימות העובדתית, יש להניח לטובת התביעה שהסטיה היא כלפי מעלה ומאחר והילוד נולד על גבול ה- 4000 גרם הסטיה כלפי מעלה תוביל למסקנה שהערכת המשקל גם היא הייתה מעל 4000 גרם. השופט ריבלין הסכים לתוצאה אך חלק על ההנחה של הדרך השניה, לפיה הסטיה שיש לקחת בחשבון היא כלפי מעלה, ודיי היה לשיטתו בעמימות העובדתית שנותרה ובאי הרמת הנטל כדי לקבוע את אחריות הנתבעת.

בדומה בענייננו, הנתבעת, באי ביצוע בדיקה מחדש או באי שקילה מחדש של עניינה של היולדת, זרעה עמימות עובדתית, ומשלא הרימה את הנטל, ולא הראתה מה הייתה הערכת המשקל, אם הייתה מבצעת את הבדיקה מחדש, והתובע נולד כשמשקלו מעל 4000 גרם, יש לקבוע כי התרשלה בטיפול באם.

הקשר הסיבתי

28. הדיון בפרק זה יעסוק בעיקר בקשר הסיבתי העובדתי רפואי, מאחר והנתבעות התמקדו רק בחלק זה של הקשר הסיבתי.

לגבי הקשר הסיבתי העובדתי רפואי, טוען פרופ' יוגב כי על פי הרשומה לא היה אירוע של פרע כתפיים. גם על פי עדות המיילדת לא היה אירוע כזה. עוד טוען פרופ' יוגב כי על פי מחקר עליו הסתמך, חלק מהמקרים בהם

הילוד מאובחן כסובל מתסמונת ארב, אינם כוללים אירוע של פרע כתפיים, ואלה יכולים להיגרם מאירועים תוך רחמיים, על ידי סיבות שונות.

המומחה מטעם התביעה מגיב לטענות אלו וטוען כי על פי המאמר עליו הסתמך פרופ' יוגב, מדובר על 6 מקרים שאירעו במשך 4 שנים, במצבים מאוד מיוחדים: 2 מקרים בהם צורת הרחם הייתה מעוותת ובמקרה השני שלב הלידה היה מאוד ארוך, ובמקרה נוסף כלל לא התפתחה לידה. המקרה שלפנינו לא מתאים למקרים שבמאמר הנ"ל. לפנינו יולדת עם צורת רחם רגילה, ועברה לידה רגילה מבחינת הזמנים. עוד מפנה ד"ר מאור לביקורת שנכתבה על מאמר זה, כלא מבוסס ולוקה בהבנה של הכוחות הפועלים ברחם.

פרופ' יוגב כתב חוות דעת מגיבה לחוות הדעת המשלימה של ד"ר מאור, בה טען כי שיתוק על שם ארב יכול להתרחש בתקופה התוך רחמית וללא קשר לסוג הלידה או למהלך הלידה. עוד הפנה למאמר אשר קבע כי מחצית מהמקרים קורים ללא תופעה של פרע כתפיים, בשל כוחות המופעלים על העובר בעת הלידה, תנוחה לא נכונה של העובר ברחם וכישלון של הכתפיים להסתובב ותקיעת הכתפיים באזור עצם הסאקרום.

29. לאחר ששקלתי טענות הצדדים אני סבור כי מתקיים בענייננו קשר סיבתי עובדתי – רפואי בין ההתרשלות לבין הנזק שאירע. באופן עקרוני אני מסכים שהמאמר שהוצג על ידי פרופ' יוגב אינו מבוסס דיו מבחינה מדעית, ואינו מציג מספר נאות של מקרים, שיבססו את הקביעה המדעית, או מחקר מתאים בנוגע לגורמים הנוספים לפרע כתפיים הוכיח מגננונים אלו יותר את הנזק. מטרת נייר העמדה היא להפחית את הסיכון להיווצרות הנזק מסוג שיתוק על שם ארב. סיכון זה מופחת על ידי מתן הוראה לסיום ההיריון בניתוח קסרי. משנמנעה אפשרות זו מהתובעת על ידי מעשה רשלני, עובר הנטל אל הנתבעות, גם בשאלת הקשר הסיבתי, להראות כי ניתוח קיסרי לא היה מונע את אותו נזק. הנתבעות לא עמדו בנטל זה.

טענות הנתבעות בענייננו דומות להפליא לטענות שבית משפט העליון התמודד עימם בעניין **מרדכי**. בעניין **מרדכי** נידונה תביעה של ילוד שנולד עם שיתוק ארב, כאשר משקלו בעת הלידה היה 4.6 ק"ג. התובע טען בעניין מרדכי כי הנזק אירע עקב פגיעה טראומטית. התברר כי אין רשומה רפואית שתיעדה את מהלך הלידה, עשתה זאת בצורה חלקית ומשעה מסוימת ועד הלידה (פרק זמן של שעה ו-50 דקות) אין תיעוד. כמו כן לא נרשמה הערכת משקל בעמודה המיועדת לכך ברשומה.

בית משפט מצא כי הרשומה חסרה, וכי נטל השכנוע עבר לנתבעת מכוח הכלל "הדבר מדבר בעדו". בית משפט בדעת רוב סבר כי הנטל עבר הן בשאלת ההתרשלות והן בשאלת הקשר הסיבתי. עוד נקבע כי על-מנת שהמשיבה תעמוד בנטל להוכיח היעדר רשלנות, עליה להוכיח אחד משניים אלה: את הסיבה המדויקת שגרמה לנזק של התובע השוללת רשלנות מצדה, ואם אין בידה להצביע על הסיבה, עליה להוכיח כי הצוות הרפואי נהג בזהירות סבירה כדי למנוע את האירוע גורם הנזק.

בשים לב לכללים הנ"ל בית משפט דן בקביעת המומחה מטעם בית המשפט לעניין הגורמים האפשריים להיווצרות השיתוק על שם ארב, דיון הדומה לענייננו. וכך נוסחו קביעות המומחה:

"בבסיס חוות-דעתו של מומחה התביעה עומדת ההנחה כי שיתוק ע"ש Erb יכול להיווצר אך ורק ממשיכת יילוד לשם חילוץ מתעלת הלידה. הנחה זו אינה מדויקת. מעדותו של המומחה מטעם בית-המשפט עולה כי לעתים נעוץ השיתוק בפגם מולד, ולעתים השיתוק מופיע גם לאחר לידה פיזיולוגית רגילה (ללא עצירת כתף), לידה ספונטנית לא טראומטית, ואף לאחר ניתוח קיסרי (עמ' 8-9 לפרוטוקול). מדברי המומחה עולה כי קיימות כמה אפשרויות לגבי התרחשות הנזק: ייתכן שהנזק מקורו במום מולד שהתפתח אצל העובר לפני הלידה, ייתכן שהנזק נגרם בעת לידה טראומטית בשל עצירת כתף וחילוץ היילוד וייתכן שהנזק נגרם במהלך לידה פיזיולוגית לחלוטין, ללא פעולות מיוחדות של חילוץ."

בית משפט בדעת רוב בהתייחס לטענות אלו קבע:

"במקרה שלפנינו לא עלה בידי הנתבעת להוכיח את הסיבה המדויקת שגרמה לנזק של התובע. הטענה שלפיה אפשר שהנזק היה מולד איננה מספקת על-מנת להרים נטל זה, מה עוד שלא היו אינדיקציות כלשהן לקיומו של פגם כזה: האם הייתה בריאה, הילדים שנולדו לה קודם להולדת התובע היו בריאים וההיריון היה תקין."

יצוין כי השופט אנגלרד בדעת מיעוט סבר שאין לעביר את הנטל לנתבעת לגבי הסיבה המדויקת שגרמה לשיתוק. אולם כאמור ההלכה היא לפי דעת הרוב. בענייננו הנתבעת לא הצליחה להוכיח את הסיבה המדויקת לאירוע הנזק.

30. בהתעלם ממעמדו ותוקפו המדעי של המאמר, מוכן אני להניח כי המאמר משקף קביעה מדעית מבוססת. גם אז הייתי מגיע למסקנה כי יש סבירות גבוהה יותר לקיומו של קשר סיבתי עובדתי בין ההתרשלות לנזק.

פרופ' יוגב בחוות דעתו מונה באופן כללי מספר גורמים אפשריים, לגרימת הנזק בחיים התוך רחמיים, מבלי לציין איזה גורם לדעתו גרם לנזק בענייננו, או מה הסבירות או הסיכוי שכל אחד מגורמים אלו יוביל לנזק בין אם באופן כללי ובין אם סיכוי קונקרטי בענייננו. על פי המאמר הנזק ע"ש ארב מתרחש במקרים הבאים:

"However a significant proportion of OBPP's occurs in utero, as according to some studies more than half of the cases are not associated with shoulder dystocia. Possible mechanism of intrauterine injury include the endogenous propulsive forces of labor, intrauterine maladaptation, or failure of the shoulders to rotate' and impaction of the posterior shoulder behind the sacral promontory. Utrine

anomalies, such as fibroids' and intrauterine septum, or bicornuate uteri may also result in OBPP."

אחלק את הדיון לפי קבוצות הגורמים האפשריות.

א. קבוצה ראשונה עוסקת בקיום שרירנים או מחיצה ברחם או עיוות בצורת הרחם. לגבי אפשרויות אלו, לא נערך כלל דיון על יד פרופ' יוגב, ולא הוכח כי הם מתקיימים בתובעת ופרופ' יוגב אינו טוען זאת בחוות דעתו. בעוד שד"ר מאור טוען כי גורמים אלו לא מתקיים בתובעת. אילו גורמים אלו היו מתקיימים, ניתן היה להצביע על כך על פי בדיקות אולטרה-סאונד קודמות ללידה או במהלך הלידה, וסביר להניח כי פרופ' יוגב היה מאיר את עינינו. גם בחוות הדעת המגיבה, פרופ' יוגב אינו עונה לטענה של ד"ר מאור, לפיה בתובעת לא מתקיימים תנאים אלו.

כך גם לגבי הגורם של תנוחה לא נכונה ברחם, לא הוכח כי התקיים בענייננו ומדובר בהשערה בעלמא. יתרה מכך המאמר אינו מבוסס דיו, ואין הוכחה מספקת שלחץ מתנוחה לא נכונה יכול לגרום לנזק, כפי שנכתב במאמר ביקורת שהובא על יד ד"ר מאור. יתרה מכך, אין באותו מאמר כל התייחסות סטטיסטית לגורם זה, אם בכלל, מה שכיחותו ומה ההוכחה לפיה תנוחה לא נכונה יכול להוביל לנזק זה.

ב. באשר לגורמים של לחצים בזמן לידה או אי הסתובבות של הכתפיים או הילחצות הכתף בעצם הסקרום, תהליכים אלו הם תהליכים הכרוכים בלידה עצמה ובצירים שהיא יוצרת. אך אילו הנתבעות היו ממליצים לסיים את ההיריון בניתוח קיסרי, הלידה הנרתיקית לרבות הצירים היו נחסכים מהאם, והנזק לא היה נגרם בשל הלחץ שגורמים צירים או חוסר סיבוב של הכתף או הילחצות הכתף עם עצם הסקרום.

אני מוצא כי האפשרות שהנזק נגרם כתוצאה מלחצי לידה וצירים היא האפשרות הסבירה ביותר וזאת על דרך האלמינציה, משללתי קיומם של גורמים אפשריים אחרים המוזכרים במאמר כגון שרירנים או מחיצה ברחם וכו'. אולם גם אם יש עמימות באשר לסבירות של כל גורם, כאשר גורם אחד אפשרי מקורו בהחלטה הרשלנית לקיים לידה נרתיקית, וגורם אחר אפשרי מקורו שלא בהתרשלות, ומאחר ונטל השכנוע בשאלת הקשר הסיבתי עבר לשכמי הנתבעות, ועובדות אלו נמצאות אך ורק בידיעתה הבלעדית, אי הרמת הנטל פועל לחובת הנתבעות.

באשר לטענה כי נזק מסוג זה יכול להיגרם גם בניתוח קיסרי, הנתבעות לא הוכיחו כי אפשרות זו הייתה מתרחשת בענייננו בפועל במאזן הסתברויות. הנתבעות החליטו במקרה זה ליילד את התובעת בלידה נרתיקית ובכך למנוע מהתובעת את האפשרות להוכיח, שבמקרה זה הנזק לא היה מתרחש בלידה קיסרית. לא הוכח מה שכיחות התופעה ומה רמת הסיכון שהדבר יתרחש ואני יכול להניח כי הסיכוי והשכיחות הם נמוכים ביותר, ובכל מקרה

נמוכים יותר מהאפשרות שהנזק יגרם מלחצי לידה או מפרע כתפיים, אחרת נייר העמדה לא היה ממליץ על ביצוע ניתוח קיסרי.

בעניין זה שוב אני מפנה לפסק דין מימון, בו נאמרו דברים בעניין הקשר הסיבתי היפים לענייננו:

"זאת ועוד, החלטתו של הרופא שלא לנקוט את אמצעי הזהירות הנדרשים ולנהל את הלידה כלידה רגילה לחלוטין הגבירה באופן ניכר את הסיכון להתרחשות הנזק, ולפיכך התרשלותו בכל הנוגע לאי נקיטת אמצעי זהירות תרמה תרומה ממשית להתרחשות הנזק, עד כי התקיים הקשר הסיבתי הנדרש. מקום בו הטיפול שניתן שלל את האפשרות כי בהמשך יינתן טיפול נכון וטוב יותר, הרי יש לקבוע, כי התקיים קשר סיבתי לנזק."

31. לצורך הוכחת הטענה שלא היה אירוע של פרע כתפיים, הובאה לעדות המיילדת מיכל איילי. המקרה אינו זכור לה וכל עדותה הוא מתוך הרשומה הרפואית.

מעדותה ומעדות ד"ר סאלח עולה כי בחדר הלידה לא נכח רופא, וכי לא בדק את התובע רופא ילדים מיד לאחר הלידה. לכן התביעה טוענת כ נגרם נזק ראייתי נוסף. עוד נטען כי לא מופיע ברשומה קיום אירוע של פרע כתפיים מאחר והמיילדת ביקשה לחפות על מחזל זה. אינני מוצא צורך להידרש לטענה זו, בשים לב לקביעתי לעיל, לפיה האפשרות הסבירה ביותר במקרה זה, שהנזק אירע מלחצי הצירים ולחילופין הנתבעות לא הצביעו על הסיבה המדויקת לאירוע הנזק.

לא נעלם מעיני כי גם ד"ר רינות, שנתן חוות דעת בתחום האורטופדי מטעם הנתבעות, אף הוא מתייחס לשאלת הקשר הסיבתי אך מעלה אותם נימוקים כמו פרופ' יוגב. לכן כל הנימוקים הנ"ל תקפים גם כלפי חוות דעתו ועומדים בעינם.

32. באשר לקשר הסיבתי המשפטי, הנתבעות לא מעלות כל טענה בסיכומיהם בהקשר זה וטענותיהן מרוכזות בקשר הסיבתי העובדתי רפואי. יחד עם זאת אציין כי, השופט הנדל מנתח סוגיה זו בצורה יסודית בעניין פלונית, והנימוקים שם יפים לענייננו. הערכת המשקל נועדה על מנת למנוע את הנזק מסוג זה (תסמונת מקלעת העצבים בכתף) ועל כן נזק זה נופל לגדר הסיכון שיצרה ההתנהגות העוולתית של הנתבעות. בנוסף, הנתבעות אינן חולקות כי במקרה בו הערכת המשקל עולה על 4000 גרם יש לבצע ניתוח קיסרי במקרה של האם, בעוד שבעניין פלונית עלתה הטענה כי לא היה הכרח לבצע ניתוח קיסרי כאשר החכות נקבעה גם על סמך אי תיגבור חדר הלידה ברופא. בענייננו לא עומדת טענה חלופית כזו, ועל כן אין מחלוקת בין הצדדים שאם אמצא כי הנתבעות התרשלו אזי מתקיים קשר סיבתי.

גובה הנזק

33. לאור הפערים בין חוות הדעת בעניין הנזק מינתי את ד"ר מיכאל עסאף כמומחה בתחום האורטופדי. על פי חוות דעתו לתובע נותרה נכות צמיתה בשיעור 25% לפי תקנה בשל הפגיעה במקלעת הברכאלית מימין. התובע כיום בן 12 שנה. ההלכה הפסוקה קבעה חזקה לפיה בקטינים הנכות תפקודית זהה לנכות הרפואית (ראו: ע"א 9873/06 **כלל חברה לביטוח בע"מ נ' פפו** [פורסם בנבו] (22.3.2009); ע"א 7008/09 **ג'אבר עדנאן נ' מוסבאה עבד אל קאדר** [פורסם בנבו] (7.9.2010), פסקה 14). התובע ביקש לחשב את ההפסדים לפי נכות תפקודית של 30% והנתבעות בסיכומיהן לא חלקו על כך. לכן חישוב ההפסדים יעשה לפי נכות תפקודית של 30%.

כאב וסבל

34. בשים לב לגובה הנכות וגילו של התובע אני פוסק בגין כאב וסבל סך של 110,000 ₪ נכון למועד פסק הדין. אין מקום לפסוק בגין פגיעה באוטונומיה משפטית בגין כאב וסבל (ראו: ע"א 10085/08 **תנובה - מרכז שיתופי נ' עזבון המנוח תופיק ראבי ז"ל** [פורסם בנבו] (4.12.2011)).

הפסד כושר השתכרות לעתיד

35. התובע כאמור קטין בן 12 שנה לגביו מתקיימת החזקה כי יתשכר השכר הממוצע במשק (ראו: ע"א 10064/02 **מגדל חברה לביטוח בע"מ נ. רים אבו חנא, פ"ד ס(3) 13 [2005]**). השכר הממוצע במשק כיום הוא בסך של 10,428 ₪. אני מקבל את טענת הנתבעת לפיה שגתה התביעה עת ערכה חישוב לפי מקדם היוון של 2% כאשר בית משפט העליון כבר הכריע בסוגיה זו וקבע כי מקדם ההיוון יהיה בשיעור 3% (ראו: ע"א 3715/17 **המאגר הישראלי לביטוח רכב (הפול) נ' פלוני** [פורסם בנבו]; ע"א 4025/19 **המוסד לביטוח לאומי נ' מועצה אזורית מגילות ים המלח** [פורסם בנבו]). מאידך הייתה שגיאה בחישוב התקופה (46 שנה) ונכון שהתקופה היא 49 שנה בהיוון כפול לעוד כ- 6 שנים).

לכן חישוב הפסד כושר ההשתכרות לעתיד מגיל 18 עד גיל 67, בהיוון כפול הוא כדלקמן:

$$0.84 \times 310.20 \times 10,428 \times 30\% = 815,160.- \text{ ₪}$$

הפסד תנאים סוציאליים

36. יש לפסוק לתובע הפסד תנאים סוציאליים בשיעור 12% (כפי שהתבקש על ידי התביעה והנתבעות מסכימות) מסה"כ הפסד כושר ההשתכרות לעתיד קרי בסך של 97,819 ₪.

הוצאות ועזרה

37. לאחר הלידה הוריו של התובע לקחו אותו לטיפולם ומעקב רפואי. לא הוגשו קבלות אך יש לפצותם על דרך האומדנא בראש נזק של ההוצאות.

לא הוכח כי בעתיד יגרמו לו הוצאות בגין נסיעה או כי יזדקק לטיפולים רפואיים נוספים. מאידך שוכנעתי כי התובע זקוק לעזרה מסוימת שניתנת על יד ההורים. הוא יזדקק לעזרה כזו גם בעתיד בשל הנכות שנותרה.

לכן בגין עזרה והוצאות לעבר אני פוסק על דרך האומדנא סך של 20,000 ₪. בגין עזרה לעתיד ובהתחשב בנכות שנותרה אני פוסק סך של 70,000 ₪.

ניכויים

38. הנתבעות צירפו חוות דעת תיאורטית לעניין ניכויי קיצבאות של נכות כללית ושירותים מיוחדים. יחד עם זאת, בסיכומים לא נטען כי יש לבצע ניכויים כלשהם (כנראה משלא הוכח כי התובע יהיה זכאי רפואית לקצבאות אלו ובאיזה רף) ועל כן לא אבצע ניכויים.

הערה לפני סיכום

39. בפתח ישיבת ההוכחות, טענה בא כוח הנתבעות כי בכוונת בא כוח התובע לעשות שימוש במסמכים שהגיעו לידי, ויש בהם כדי לפגוע על פי הנטען במהימנותו של פרופ' יוגב. לאחר שבא כוח התובעים הצהיר שאין בכוונתו לעשות שימוש במסמכים כאמור, בחקירתו של פרופ' יוגב החל לעמת אותו על דברים שהיו אמורים להתפרסם בכתבה טלוויזיונית, ועוסקים בחוות דעת שניתנות בין היתר על ידי פרופ' יוגב. אולם בא כוח התובעים לא עשה לבסוף שימוש בשום מסמך התומך בטענה לפיה פרופ' יוגב נותן חוות דעת "מאחורי הקלעים" הנוגדות את חוות הדעת שהוא כותב בשם נתבעים ומוגשת לבית המשפט, לא בתיק זה ולא בכלל.

40. למרות שהתובעים לא הוכיחו בשום דרך טענות חמורות אלו, שהופנו לפרופ' יוגב במהלך החקירה, הדבר לא הפריע להם לשוב ולהעלות את הטענות בסיכומים תוך הפניית בית המשפט לתחקיר הטלוויזיוני, וכינוי פרופ' יוגב כ"מושחת" כאילו הדבר הוכח בבית המשפט. התנהלות זו, בה צד להליך בהינף קולמוס, מוצא לנכון להכפיש מומחה, בעל שם בתחומו, ללא שום הוכחה, על סמך תחקיר טלוויזיוני שאינני יודע מה מהימנותו, והוא לא עבר שום ביקורת שיפוטית אשר תאשש את מהימנותו, וללא הגשת שום ראיה בנושא, היא התנהגות פסולה שיש להוקיע אותה, ובשל כך אני מוצא לנכון לחייב את התובעים בהוצאות משפט לטובת הנתבעות ולטובת אוצר המדינה, על ניסיונם להשפיע על בית המשפט בדרכי לא הולמת.

סיכום

41. לסיכום אני מקבל את התביעה ומחייב את הנתבעות לשלם לתובע סך של 1,112,979 ₪. לסכום זה יתווסף שכר טרחת עו"ד בשיעור של 20% בתוספת מע"מ כחוק. כן יישאו הנתבעות בהוצאות משפט בסך של 20,000 ₪ (המשקפים שכ"ט המומחה מטעמם, שכר עדות המומחה מטעמם והשתתפות בחוות דעת ד"ר עסאף).

מסכום זה ינוכה הוצאות לטובת הנתבעות, בשל התנהלות המתוארת לעיל בסך של 20,000 ₪. כן יישאו התובעים בהוצאות לאוצר המדינה בסך של 20,000 ₪. תשלום ההוצאות לאוצר המדינה יהיה מתוך הכספים שישולמו על ידי הנתבעות, ובטרם ישוחררו על יד יבא כוח התובעים לתובעים.

הכספים שישולמו יישמרו בידיו הנאמנות של בא כוח התובע עד להגשת בקשה לחלוקת כספים ולהשקעתם ומתן החלטה בה. בקשה כאמור תוגש בתוך 30 יום מהיום.

מזכירות בית המשפט תמציא העתק מפסק הדין לבאי כוח הצדדים.

ניתן היום, י' טבת תשפ"ג, 03 ינואר 2023, בהעדר הצדדים