



## בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 9936/07

ע"א 10611/07

בפני: כבוד המשנה לנשיאה א' ריבלין  
כבוד השופטת ע' ארבל  
כבוד השופט נ' הנדל

המערערים בע"א 9936/07  
והמשיבים בע"א 10611/07:  
1. מאיה בן דוד  
2. צביה בן דוד  
3. דני בן דוד

נגד

המשיבים בע"א 9936/07  
והמערערים בע"א 10611/07:  
1. ד"ר אייל ענטבי  
2. קופת חולים מאוחדת

ערעורים על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בירושלים  
מיום 15.11.2007 בתיק א 7183/05 שניתן על ידי כבוד  
השופטת ג' כנפי שטייניץ

בשם המערערים בע"א  
9936/07 והמשיבים בע"א  
10611/07:  
עו"ד עמוס גבעון

בשם המשיבים בע"א 9936/07  
והמערערים בע"א 10611/07:  
עו"ד יעקב אבימור  
עו"ד שרון צלמן קראוס

### פסק-דין

השופט נ' הנדל:

1. מונחים בפנינו ערעור וערעור שכנגד על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בירושלים בת"א 7183/05 (השופטת ג' כנפי-שטייניץ), אשר חייב את ד"ר ענטבי וקופת חולים מאוחדת – הם המשיבים בע"א 9936/07 (הם המערערים בע"א 10611/07; להלן 'המשיבים') – בפצוי המערערים בע"א 9936/07 (הם המשיבים בע"א 10611/07; להלן 'המערערים') בשיעור 20% מנזקיהם. עסקינן בתביעה שעניינה הולדתה בעוולה של מערערת 1 בע"א 9936/07 (להלן 'המערערת'), אשר נולדה

כשהיא סובלת מתסמונת דאון. מערערים 2 ו-3 הם הוריה של המערערת. המערערים משיגים על גובה הנזק שנקבע וטוענים שיש לקבל באופן מלא את תביעתם בגין רשלנות רפואית. הערעור שכנגד נסב על עצם קביעתה של רשלנות מצד המשיבים ולחילופין נגד שיעור הנזק הגבוה לטעמם שנפסק.

המסכת העובדתית הצריכה לעניין

2. מממצאי בית המשפט המחוזי עולה כי מערערת 2 בע"א 9936/07 (להלן 'האם') ילדה את המערערת בהריונה החמישי. בעטיים של קשיי פריון, הושג ההריון – בדומה לקודמיו – באמצעות מיקרומניפולציה מסוג ICSI (הפריה המתבצעת דרך הזרקת זרעון בודד לתוך הביצית). בהריון מושא הערעורים שבפנינו נקלטו אצל האם שלושה עוברים. בשל הסיכונים הכרוכים בהריון מרובה עוברים, לרבות סיכויי הפלה ולידה מוקדמת, הומלץ לבצע דילול עוברים – פעולה אותה סירבה האם לעבור (וראו כרטיס מעקב ההריון מיום 22.3.2004). משכך, הושמה האם במעקב הריון תחת פיקוחו של ד"ר ענטבי (הוא משיב 1 בע"א 9936/07 ומערער 1 בע"א 10611/07). האם הופנתה לבדיקת שקיפות עורפית, אשר תוצאותיה נמצאו תקינות ביחס לשלושת העוברים. מאוחר יותר נשלחה האם לביצוע סקירת מערכות מורחבת לשלילת מומים, שנערכה ביום 10.6.2004. מממצאי הבדיקה עולה כי כאשר לעובר שכונה 'עובר A' נרשמה בדו"ח הסריקה העל-קולית הערה, לפיה "חדר שמאלי של הלב נקודה היפראקוגנית 1 מ"מ – מופנת לרופא מטפל לשקול יעוץ גנטי ואקו-לב עובר" (ראו מוצג ו' מטעם המערערים). האם, אשר נתקפה דאגה רבה לנוכח ההערה האמורה, מסרה לד"ר ענטבי את תוצאות הבדיקה ביום 17.6.2004 והלה הרגיעה וביטל את ההערה כ"חסרת חשיבות" (עמוד 2 לפסק הדין). באותו מפגש כתב ד"ר ענטבי בגיליון הרפואי הממוחשב של האם כי היא "מרגישה טוב. תנועות+ על קול תקין. אורך צוואר 41 מ"מ" ובמקום המיועד לרישום תוצאות בדיקות העל-קול נרשם – "10.6 אורך צוואר 41 מ"מ". ביום 30.8.2004 ילדה האם את שלושת ילדיה בניתוח קיסרי: בן ובת בריאים והמערערת, שאובחנה כאמור כסובלת מתסמונת דאון.

לבית המשפט המחוזי הוגשה תביעה בגין הולדתה בעוולה של המערערת. לאחר שבחן את חוות דעת המומחים מטעם הצדדים ויתר הראיות שהוגשו, זיהה בית משפט קמא את המערערת כעובר A, אצלו נצפתה כאמור הנקודה ההיפראקוגנית בלב. כאשר לתוכן המפגש של האם ובעלה עם ד"ר ענטבי (להלן 'הרופא המטפל'), נקבע כי לא הוכח שהרופא המטפל הסביר להורים את משמעות הממצא האולטראסוני ואת קיומו של קשר אפשרי בין הממצא האמור לבין סיכון מוגבר לתסמונת דאון. עוד נקבע

כי לא הוכח שהרופא המטפל פירט וביאר להורים את אפשרויות הבירור הפתוחות בפניהם ושאל לא מסר להם הפניות לייעוץ גנטי או לבדיקת אקו לב עובר. בכך, על פי הנפסק, התרשל הרופא המטפל באי מסירת מידע רפואי מלא לידי מערערים 2 ו-3. בית המשפט המחוזי הניח כי ככל שהיה ניתן להורים המידע הרפואי המלא, היו הם נכונים לפנות לייעוץ גנטי שאינו פולשני ואין עמו כל חשש לנזק. אומנם, הובהר, לא הייתה קיימת הצדקה רפואית לביצוע דיקור מי שפיר בגין תוצאות הסריקה ויש להניח כי לו היו ההורים פונים לייעוץ גנטי הייתה זו גם המלצתו. ברם, בשל התרשלות המשיבים לא ניתן לשחזר את עמדת המערערים לו היה נמסר להם כל המידע הרלוונטי. משכך "ועל מנת לעשות צדק עם התובעים שמעולם לא ניתנה להם זכות הבחירה האמיתית בשאלה כה קרדינלית לגורלם ולגורל משפחתם" – הוחלט להעניק למערערים פיצוי חלקי על פי מבחן הערכת הסיכויים ועל דרך האומדנא (ראו עמוד 29 לפסק הדין). בפיוצי חלקי זה, הודגש, יש ליתן ביטוי גם לפגיעה בזכויות ההורים לאוטונומיה ולקבלת החלטות עצמאיות ומושכלות ביחס לטיפול במערערת. בית המשפט המחוזי העריך כי הסיכוי שההורים היו בוחרים לבצע דיקור מי שפיר, לו ניתן להם המידע הרפואי המלא, מגיע כדי 20%. בנוסף, נקבע כי לו היה מבוצע הדיקור, הייתה תסמונת הדאון של המערערת מתגלה ואז היו ההורים בוחרים להפיל את העובר הסובל מהתסמונת. בית המשפט המחוזי ראה במשיבה 2, היא קופת חולים מאוחדת, אחראית באחריות שילוחית למעשיו של הרופא המטפל. להשלמת התמונה יצוין כי ניתן היה לבצע הפלה של עובר אחד ספציפי מבין שלושת העוברים שנקלטו ברחמה של האם. בשולי העיסוק בשאלת האחריות, הביע בית משפט קמא דעתו כי תסמונת דאון נכללת בגדר המקרים הקשים המקימים עילת תביעה גם למערערת ולא רק להוריה.

3. לטענת המערערים, שגה בית המשפט המחוזי משקבע פיצויים בסך 20% בלבד מגובה הנזק. לשיטתם, היה עליו לקבל את תביעתם ולפצותם באופן מלא בגין הנזק הואיל ונקבע שהמשיבים הפרו חובתם להפנות את המערערים לייעוץ גנטי וקרדיולוגי וכן שבדיקור מי שפיר הייתה תסמונת הדאון של המערערת מתגלה בוודאות. לפי קו טיעון זה, אין לבחון כלל את השאלה האם הייתה האם מוכנה לבצע דיקור מי שפיר, חרף הסיכונים לעובר ולהריון הגלומים בו. בכל מקרה, לגישתם, לא ניתן להעריך בדיעבד את מחשבותיה של האם בשל רשלנותם של המשיבים, אשר ככאלה מוטל על שכמם נטל ההוכחה גם לעניין הקשר הסיבתי. עוד נטען כי הפרת החובה מצד הרופא המטפל הסבה להם נזק ראייתי מהותי. הודגש בפנינו כי המערערים היו מסיימים את ההריון לאלתר לו היו יודעים שצפוי להיוולד להם ילד הלוקה בתסמונת דאון. לתפישתם, אין עסקינן בתיק המעלה שאלות מתחום ההסכמה מדעת, אלא בתיק נזיקי בו רשלנות הרופא מוצאת ביטויה באי הפנייה לעריכת הבדיקה המתאימה או באי

מסירת מידע. משכך, הם סבורים שיש להניח את המערכת העובדתית והמשפטית המקסימאלית לטובתם – דהיינו, שהייעוץ הגנטי היה מפנה לדיקור מי שפיר, תוצאות הבדיקה היו מאתרות את התסמונת וההורים היו מסכימים להביא להפסקת ההריון עם המערערת. הם מצביעים על גורמי סיכון שצריכים היו לאותת לרופא המטפל על הצורך בהפניה לדיקור מי שפיר, בלא כל קשר לייעוץ גנטי או קרדילוגי. בדיון בפנינו נטען כי בהתחשב בגילה של האם, שיטת ההפריה בה נעשה שימוש, העובדה שעסקינן בהריון מרובה עוברים וכן בהינתן הנקודה ההיפראקוגנית – נדרש ביצועו של דיקור מי שפיר. בנוסף, נטען כי יש להשית פיצויים עונשיים על הרופא המטפל והוצגו השגות שונות על ראשי הנזק שפסק בית המשפט המחוזי.

מהעבר האחר, סבורים המשיבים כי קיימת "בעיית זיהוי". קרי, עובר A, בו נצפתה הנקודה ההיפראקוגנית, אינו המערערת, הסובלת מתסמונת דאון. זאת, בשל מיקום העוברים ברחם האם במהלך ההריון. קבלת עמדתם זו משמעה התייתרות התביעה בהיעדר כל קשר סיבתי, הואיל והמערערת אינה עובר A, אלא אחת מהעוברים האחרים. לחלופין, אף אם תזוהה המערערת כעובר A, נטען כי חלוף הזמן וצערם של ההורים הובילם לשכוח או להדחיק את שנמסר להם בזמן אמת על ידי הרופא. האם בחרה לשמור על ההריון בכל דרך ולהמעיט בפרוצדורות חודרניות ככל האפשר – ולראיה סירובה לדלל עוברים חרף הסיכונים הכרוכים בהמשך ההריון כפי שהוא. לפי קו טיעון זה, קיבלה האם את עצתו של הרופא המטפל ובחרה שלא לפנות לייעוץ גנטי, "תוך שהיא יודעת אודות המשמעות של הממצא האקוגני שנמצא אצל אחד העוברים ובשים לב להשפעה הנמוכה שיש לממצא זה על הסיכון לתסמונת דאון לאור סיכון הרקע שלה, וזאת כפי שנמסר לה מפיו של פרופ' ענטבי" (ראו פסקה 41 לסיכומי המשיבים). לגרסת המשיבים, חילופי הדברים במפגש בין הרופא המטפל לבין ההורים אינם בבחינת הנתונים הנדרשים לשקף את מצב המטופל והטיפול בזמן אמת וככאלה אין חובה לתעדם ברישום. המשיבים משיגים על קביעת בית המשפט המחוזי, לפיה התרשל הרופא המטפל בגין אי מסירת מידע רפואי מלא להורים. לגישתם, עומדת קביעה זו בסתירה לשאר הקביעות העובדתיות, לפיהן הממצא האולטרסוני כשלעצמו אינו מחייב בירור נוסף. עוד חולקים המשיבים על ממצאיו העובדתיים של בית המשפט המחוזי, לפיהם לא קיבלה האם לרשותה את הרישום הממוחשב של תוצאות סקירת המערכות בתום הבדיקה, הכוללים גם את ההערה הבאה: "הוסבר לגברת שלצערנו בדיקת על-קול אינה יכולה להחליף את בדיקת מי השפיר" (וראו מסמך 348 ברשומה הרפואית ת/1). הודגש כי עסקינן במשפט מכוון, שנכתב לאחר שהוסברו לאם משמעות הממצאים וכן האפשרות לבצע בדיקת מי שפיר. בכך – גם אם נמסר המידע לאם על ידי גורם שאינו הרופא המטפל – יש לנתק את הקשר הסיבתי. עוד נטען כי לשם דחיית

התביעה די בקביעת בית משפט קמא לפיה קיים למעשה סיכוי של 80% שגם לו היה נפרש בפני האם מלוא המידע הדרוש לה לשם קבלת ההחלטה האם לבצע דיקור מי שפיר, הייתה היא מחליטה שלא לבצע את הדיקור. זאת, בשל אי הרמת נטל ההוכחה הנדרש הן בשאלת ההתרשלות והן בשאלת הקשר הסיבתי. רוצה לומר, טעה בית המשפט המחוזי בקבעו את קיומו של סיכוי העומד על 20% שההורים היו בוחרים לבצע את הדיקור, משום שהכלל החל הוא של מאזן הסתברויות – דהיינו, מעל 50%. במסגרת הערעור שכנגד קובלים המשיבים גם על קביעות בשאלת שיעור הפיצויים שנפסק למערערים. בקליפת האגוז, טוענים המשיבים כי לא ניתן לקבל פיצוי מחד גיסא בגין הולדה בעוולה ומאידך גיסא בגין קיצור תוחלת החיים. כן עולות שאלות באשר לזכאותו של אדם המגיש תביעה שעילתה הולדה בעוולה בגין אובדן ההכנסה בשנים האבודות.

ד"ר

4. הכמיהה לפרי בטן – שורשיה בשחר האנושות. בימות אבותינו שטחו העקרונות תחינתן לפיריון בפני בשר ודם (וראו תביעת רחל אמנו מיעקב אבינו בבראשית ל', א' – "הבה לי בנים ואם אין מתה אנכי") ובורא עולם (ראו למשל נדר חנה, אמו של שמואל הנביא, בשמואל א, פרק א', פסוקים י"א: "והיא מרת נפש ותתפלל על ה' ובכה תבכה. ותדור נדר ותאמר ה' צבאות אם ראה תראה בעני אמתך וזכרתני ולא תשכח את אמתך ונתתה לאמתך זרע אנשים ונתתיו לה' כל ימיו חייו..."). כיום, התווספה כתובת חדשה לפניות – הטכנולוגיה, המאפשרת פעולות הפריה מלאכותית חדשניות. כל הריון יקר הוא מבחינה אנושית. יקר הוא להורה ויקר הוא לחברה. במקרנו, מצא מחירו הגבוה של ההריון מושא הערעורים את ביטויו בשני מובנים: האחד הוא אי עריכתן של בדיקות ופרוצדורות העלולות לסכן את שלום העוברים. כך, סירבה האם לביצועה של פעולת "דילול עוברים". השני הוא שיש לערוך את כל הבדיקות הנדרשות לשם שמירה על בריאות העוברים. במסגרת זו, טענת המערערים היא שלו היו נחשפים באמצעות הרופא למלוא האינפורמציה הדרושה להם לצורך קבלת החלטה מושכלת – היו הם מופנים לייעוץ גנטי, מבצעים בעקבותיו דיקור מי שפיר ומפסיקים את ההריון עם המערערת כתוצאה מאיתור התסמונת. ברקע, ניצבת סוגיה נוספת בעלת קושיות ממעלה ראשונה, הנובעת משקלול הנתון בדבר איכות החיים הצפויה לעובר אם זה ייוולד, עד כדי יצירת תביעה בת פיצוי בגין הולדה בעוולה.

התיק שבפנינו מעלה שתי סוגיות מרכזיות: ראשונה היא סוגיית האחריות, המתפצלת לשתי תתי שאלות – שאלת ההתרשלות ושאלת הקשר הסיבתי. הסוגיה השנייה עניינה גובה הנזק. אדון בסוגיות לפי סדרן.

שאלת ההתרשלות – הפרת חובת הגילוי

5. עוולת הרשלנות מושתתת על שלושה אדנים: קיומה של חובת זהירות של המזיק כלפי הניזוק, הפרתה של החובה ונזק הנוצר כתוצאה מההפרה. די באדן רעוע אחד כדי למוטט את עילת התביעה בגין רשלנות. במסגרת הערעור שכנגד טוענים המשיבים שלא התרשלו בטיפולם באם וכי להורים נמסר במפגש עם הרופא המטפל מלוא המידע הדרוש להם לצורך קבלת ההחלטה אם להמשיך בהריון במתכונתו הנוכחית אם לאו. מנגד, מאמצים המערערים כאמור את קביעתו של בית המשפט המחוזי, לפיה "ד"ר ענטבי הפר את החובה למסור לתובעים 2-3 מידע מלא ביחס לממצא האולטראסוני שנתגלה, על רקע נתוני הסיכון של התובעת, וביחס לאפשרויות הפתוחות בפניהם, אף שחלה עליו החובה לעשות כן. בכך התרשל" (ראו עמוד 22 לפסק הדין).

קביעותיו המשפטיות של בית המשפט המחוזי הן נגזרות של קביעותיו העובדתיות. כך, נשענת הקביעה בדבר התרשלותו של הרופא המטפל על ממצאי העובדה והמהימנות ביחס לתוכנו של המפגש בינו לבין הורי המערערת. כידוע, הלכה היא שאין זו דרכה של ערכאת ערעור להתערב בקביעותיה העובדתיות של הערכאה המבררת אלא במקרים חריגים בלבד. כך, למשל, מקום בו התשתית העובדתית שהונחה בפסק הדין של הערכאה דלמטה מופרכת או בלתי סבירה בעליל או שבולטת בפסק הדין מושא הערעור "טעות משפטית שורשית" (ע"א 6768/01 רגב נ' מדינת ישראל, פ"ד נ"ט (4) 625, 631). כוחו של הכלל האמור יפה עת עסקינן בתשתית עובדתית המבוססת על חוות דעת מומחים בתחום הרפואה (וראו ע"א 2087/08 מגן נ' שירותי בריאות כללית (12.8.10); ע"א 918/08 פולר נ' בית חולים "העמק" ואח' (28.03.10); ע"א 2989/95 קורנץ נ' מרכז רפואי ספיר – בית החולים "מאיר" פ"ד נא (4) 687, 695). סבורני כי פסק דינו של בית המשפט המחוזי מקיף, מפורט ומנומק. הוא בחן היטב את הראיות העומדות בלב המחלוקת בין הצדדים, לרבות עריכת השוואה בין חוות דעת המומחים השונות והתייחסותן למגוון רחב של מוצגים ומקורות מקצועיים. משכך, לא מצאתי סיבה שבדין המצדיקה את התערבותנו בממצאי העובדה והמהימנות שנקבעו בידי בית משפט קמא. זוהי גם תשובתי לטענת המשיבים לפיה אין לזהות את עובר A כמערערת. פסק הדין של בית המשפט המחוזי נדרש לסוגיה והתמודד עמה כדבעי על

סמך מכלול הראיות שהוגשו בפניו, לרבות נתונים אובייקטיביים בהריון ובלידה. משכך, אין עילה משפטית להתערב בממצא האמור. בהינתן המסד העובדתי, כפי שזה הובנה בידי בית המשפט המחוזי, נפנה אפוא לבחינת שאלת ההתרשלות.

6. חובת התקשורת שבין רופא לבין מטופלו – בכל הקשור למצבו הרפואי של האחרון – שני צדדים לה. מצד אחד, ניצבת זכות המטופל לקבל תמונה מלאה על מצבו הרפואי, לרבות הסיכונים והסיכויים הטמונים בו וכן החלופות הרפואיות העומדות בפניו. זכות זו שזורה אף בזכותו של מטופל לאוטונומיה ולקבלת החלטות עצמאיות ומושכלות באשר לטיפול לו הוא זקוק. מהצד האחר, מוטלת חובת גילוי על הגורם המטפל כלפי מטופלו. עליו לשתף את המטופל ב"כל האינפורמציה שאדם סביר היה נדרש לה כדי לגבש החלטה אם להסכים לטיפול המוצע" (ע"א 434/94 ברמן נ' מור-המכון למידע רפואי בע"מ, פ"ד נא(4) 205; וראו גם ע"א 6153/97 שטנדל נ' פרופסור שדה, פ"ד נו(4) 746). אוסיף כי השיח הדינאמי האמור להתנהל בין השניים מסייע לא רק למטופל, להבין את מצבו ולהגיע להחלטות מושכלות, אלא גם למטפל, העשוי להיחשף כך למלוא הנתונים הרלוונטיים (ראו סעיף 18 לחוק זכויות החולה, התשנ"ו-1996). במסגרת תיק זה, אין צורך לתחום במדויק את גבולות החובה למסור מידע על ידי המטפל למטופל. כפי שעולה, המקרה אינו גבולי. בית המשפט המחוזי קבע כאמור כי התרשלותו של הרופא המטפל מצאה ביטויה בהפרת חובת הגילוי כלפי הורי המערערת – הם מערערים 2 ו-3. קופת חולים מאוחדת חויבה באחריות שילוחית למעשיו של הרופא המטפל. הימנעותו של האחרון ממסירת האינפורמציה הרפואית המלאה הנדרשת לצורך קבלת החלטה מושכלת על ידי הורי המערערת תוארה בפסק דינו של בית המשפט המחוזי כדלהלן (עמוד 21 לפסק הדין):

"ד"ר ענטבי, בעת קבלת תוצאות סקירתו של ד"ר תדמור, שקלל את נתוניה השונים של התובעת ומצא כי אין בממצאיה כדי להעלות את הסיכון לתסמונת דאון לרמה המחייבת ביצוע דיקור מי שפיר או אפילו הפנייה לייעוץ גנטי. ואולם, הוא לא מצא לשתף את התובעים במאזן השיקולים שערך. הוא לא פירט בפניהם מה משמעותו של הממצא שנצפה בסקירת המערכות, איזה סיכון הוא מעלה, אם בכלל, אלו אפשרויות אבחוניות נוספות עומדות בפניהם, ומה הסיכון הכרוך בכל אחת מהן. תחת לפרט בפניהם את כל הנתונים, בצירוף המלצתו המתבססת על הפרקטיקה הרפואית המקובלת, על מנת שיוכלו לקבל החלטה מושכלת, בחר ד"ר ענטבי להחליט עבורם בשאלה הרת גורל זו מבלי לשאול את פיהם."

מפסק דינו של בית המשפט המחוזי עולה כי עיקר המחלוקת העובדתית בין הצדדים נסב סביב תוכן המפגש שבין הורי המערערת לבין הרופא המטפל. בית משפט

קמא קבע כי לא הוכח שהלה הסביר להורים את פרטי האינפורמציה הבאים: משמעות הממצא האולטראסוני; דבר קיומו של קשר אפשרי בין הממצא האולטראסוני לבין סיכון מוגבר לתסמונת דאון; ואפשרויות הבירור הפתוחות בפניהם. אף לא הוכח כי הרופא המטפל מסר להורי המערערת הפניות לייעוץ גנטי או לבדיקת אקו לב עובר. ואכן, עיון בעדותו של הרופא המטפל מעלה כי במובן מסוים הלה הוסיף לעמוד מאחורי התנהגותו זו גם בפני בית המשפט המחוזי (ראו עמודים 305-306, 314 לפרוטוקול). בעדותו ציין הרופא המטפל כי הורי המערערת נחרתו בזיכרונו (וראו עמוד 359 לפרוטוקול: "הם היו זוג יוצא דופן, כי הם באו לכל הפגישות ביחד") ושהוא חש כמי שמכירם היטב. היכרות זו היוותה הבסיס להנחותיו בדבר בחירותיהם של הורי המערערת והובילה אותו למסירה החלקית בלבד של האינפורמציה לידיהם. כפי שהעיד: "בני הזוג מאוד לא רצו שום התערבות. כלומר בני הזוג אמרו כמה פעמים יש לנו אמונה, כשהם לא רצו הפחתה בשלב שהיה הנושא של טיפול תרופתי הם לא רצו. כלומר הם לא רצו התערבות שיכולה בעין לסכן את העוברים. כך שזה היה ברור לי שהם לא ירצו דיקור מי שפיר. מה גם שכשהם קיבלו את הטיפול באיקסי הם קיבלו על זה הסבר" (עמודים 361-362 לפרוטוקול). בהמשך, תיאר ד"ר ענטבי כיצד הוא רואה את מהות תפקידו: "כל עבודתי זה לאסוף מידע מהבדיקות שהאישה הולכת, ולעשות את האינטגרציה ולתת לה את המסקנה שלי, ואם אני מרגיש שהיא מודאגת לחינם להרגיע אותה, זאת כל עבודתי, וכשמהו משמעותי, לתת לו משקל וחשיבות, ולכן נתתי חשיבות לכל נושא השלישייה והלחץ דם, ולכן לא נתתי חשיבות, כי לא היה צריך לנקודה הזאת" (עמוד 369 לפרוטוקול).

אכן, במאזן הכוחות רופא-מטופל נהנה הראשון מיתרון מובהק מכוח היותו הגורם המקצועי. הידע הרפואי מצוי באמתחתו. מומחיותו הרפואית וניסיונו עשויים להקנות לו כלים לקבלת ההחלטה האם לבצע פרוצדורה רפואית או להימנע מביצועה. ברם, הגורם המקצועי מאבד את יתרונו על פני המטופל ברגע בו הועברה ההחלטה לידי האחרון. או אז, המטופל הוא המחליט בשאלת הטיפול הרפואי אותו יקבל. עליו להסכים מדעת ליישומן של החלטות הרפואיות המתקבלות בעניינו – מהטעם הפשוט שמדובר בעניינו. אומנם, ייתכן שאף בשלב זה על הרופא לפעול ולברר האם המטופל מבין את אפשרויות הבחירה המונחות בפניו ולהמשיך לייעוץ לו. השיח אינו מצטמצם בנקודת זמן מדויקת שניתן להצביע עליה מראש. אל לרופא ליצור חיץ ולהותיר את החולה "מאחורי הפרגוד" עם מספר פתקי הצבעה, שההכרעה בהם מסורה לידי האחרון. ברם, בה בעת, הרופא אינו מחליט עבור מטופלו ואל לו להחליף את שיקול דעתו, אף אם הוא סבור שהוא מודע למכלול השיקולים הרפואיים והאישיים הרלוונטיים גם יחד. נפקות הדבר לענייננו היא שגם אם גרס הרופא המטפל כי הסיכון



העולה מהבדיקה לתסמונת דאון הוא בגדר "רעש רקע" ותו לא, היה עליו להסביר להורי המערערת כיצד הגיע למסקנה זו ולפרוש בפניהם את כל אפשרויות הבדיקה והטיפול הקיימות במצב הנתון. לא ניתן היה להסתפק בהצגת "השורה התחתונה" שלו, בלא כל ביאור ונימוק, כפי שארע: "זה מבחינתי היה רעש רקע, צריך להגיע אותה, לשמור את ההריון בפוקוס המתאים של מניעת לידה מוקדמת, מניעת סיכוכים אחרים, ולשים את הדבר הזה בפרופורציות המגיעות לו, שהוא לא משמעותי, זה היה המשמעות שלי" (עמוד 343 לפרוטוקול). "פרופורציה" היא מילת המפתח בשיח בין הרופא לבין מטופלו. בהתקיים סיכון המחייב דיווח, כפי שארע כאן, הפרופורציה תבוא על דרך ההסבר ולא על דרך הצגת השורה התחתונה בלבד.

חברי, השופט א' ריבלין, היטיב לתאר את חובת הגילוי המוטלת על רופא (ע"א

4960/04 ערן סידי נ' קופת החולים של ההסתדרות הכללית (19.12.05), פסקה 13):

"אותם שיקולים... במבחן החולה הסביר... יפים גם לגבי גילוי מידע ביחס למגבלות הבדיקה הנעשית והאפשרויות הנוספות הפתוחות בפני החולה. ובאותה מידה, הקביעה לפיה אין חובה לגלות כל מידע, והבדיקה מה צריך היה לגלות מראש אינה נבחנת במבט של "לאחר מעשה" – נכונים גם כאן. ברי כי מבחן החולה הסביר איננו מקים חובה על הרופא להעמיד את המטופל על כל סיכון חבוי בלתי-רלבנטי ועל כל בדיקה נוספת שאין הוא זקוק לה... הבריאות עומדת בראש מעיינם של רוב בני האדם, וברגיל, אל לו לרופא להכמין מידע העשוי – ולו בהשקעת ממון רב – ליתן סיכוי עדיף לריפוי. את בחירה עליו להתיר בידי החולה; אל לו לצאת מן ההנחה כי ממילא אין החולה מסוגל להגיע לכלל הכרעה מושכלת. מאידך גיסא, אין כמובן צורך להציף את החולה במידע רב ומורכב, שאיננו רלבנטי למצבו או שאיננו בר-מימוש."

במקרנו, ברי כי מדובר במידע הרלוונטי למצבה של המערערת ושהינו חב

גילוי. באותו עניין נתנה השופטת א' חיות את דעתה ליחס המיוחד שנדרש בכל הקשור

לגילוי מידע רפואי על ידי הגורם המטפל לאישה בהריון:

"כאשר מדובר בבדיקות המבוצעות במהלך ההריון והמיועדות לאתר מומים בעובר, מותר להניח כי קיימת אצל כל הורה צפייה סבירה לקבל בעניין זה את מלוא האינפורמציה האפשרית מן הרופא, על מנת שיוכל לכלכל את צעדיו ולהחליט אלו בדיקות ברצונו לבצע, בנוסף לבדיקות שמעמידה לרשותו הרפואה הציבורית. זאת תוך שקלול כל הנתונים הרלוונטיים לעניין ובהם:

עלויות הבדיקה, הסיכון הכרוך בבדיקה ומידת ההסתברות להימצאות אותו הפגם בעובר הספציפי. בחירה זו נשללה מן המערערים במקרה הנדון, משום שהמשיב 2 לא הביא לידיעתם את האפשרות שהייתה קיימת במועד הרלוונטי לבצע בדיקה מקיפה ומורחבת כזו בשוק הרפואה הפרטי".

סבורני כי בדין קבע בית המשפט המחוזי שהרופא המטפל התרשל בדמות אי מסירת מידע רפואי מספיק. הסיכון היה ברור וממשי ולא הוצבה כל הגנה ברפואה או במשפט, המצדיקה את אי מסירת החומר. מהחומר עולה כי ההתרשלות בנדון בעלת שני ראשים: האחד, אי מסירת מידע רפואי להורים. השני, אי הפניה לייעוץ גנטי. כמובן, ניתן להציג זאת כמחדל אחד המורכב משני חלקים. ניתן לומר שהחלק השני בדבר אי הפניה לייעוץ גנטי הוא התופס את העין. כפי שבית המשפט המחוזי קבע, אלמלא הפרת החובה למסירת מידע רפואי מלא, היו המערערים פונים לקבלת ייעוץ גנטי שאינו פולשני ואינו מהווה סכנה להריון. כמובן, הרופא המטפל אינו חייב להיות מומחה בכל תחום. לעתים, תפקידו מצטמצם להפניית המטופל לגורם המומחה המתאים, תוך הדגשת חשיבות העניין. עוד צוין בפסק הדין כי בהסתמך על החומר שהוגש – לא הייתה כל הצדקה בנסיבות העניין לאי הפניית ההורים לייעוץ גנטי. המסקנה היא שהמשיבים התרשלו. עם זאת, בדיקת קיומו של קשר סיבתי עודנה נחוצה טרם תוטל חבות בנזיקין על המשיבים.

קשר סיבתי

7. מלאכת ההכרעה בשאלת קיומו של קשר סיבתי בין הפרת חובת הגילוי של רופא לבין נזק בדמות הולדה בעוולה – אינה קלה כלל ועיקר. היא מצריכה מבית המשפט להתחקות אחר נבכי נפשם של ההורים ולקבוע מה הייתה עמדתם בשאלת המשך ההריון לו היו נחשפים למלוא המידע הדרוש להם. המערערים טוענים כי אלמלא הפר הרופא המטפל חובתו והיה פורש בפניהם את הסיכונים הכרוכים בהמשך ההריון עם המערערת – היו בוחרים לעבור דיקור מי שפיר, חרף הסכנות הגלומות בו, ולהפסיק את ההריון עם המערערת. מנגד, מאמצים המשיבים בהקשר זה את קביעותיו של בית המשפט המחוזי בכל הקשור לתוצאות הייעוץ הגנטי, לו אכן היו ההורים מופנים אליו.

באשר לשאלה מה הייתה תוצאתו של הייעוץ הגנטי, אם היו מופנים ההורים אליו, ונפקותו עבור המשך ההריון עם המערערת – עמדתו של בית המשפט המחוזי ברורה (ראו עמוד 27 לפסק הדין):

"תוצאות הייעוץ הגנטי, לו ניתן, לא הוכחו. כאמור, התובעים לא הגישו חוות דעת מומחה בתחום הייעוץ הגנטי אשר יש בה כדי לשקלל את כלל נתונייה של התובעת, כפי שהיו ידועים במועד הרלבנטי, לכלל המלצה כלשהי... בחקירתו הנגדית הודה, כזכור, פרופ' דוד [המומחה מטעם המערערים], כי ככל שהתובעת הייתה מופנית לבירור גנטי, לא בהכרח תוצאת הבירור הייתה המלצה על ביצוע דיקור מי שפיר (בע' 50). פרופ' שלו [המומחה מטעם המשיבים] העריך מצדו, כי גם לו הייתה התובעת מופנית לייעוץ גנטי, היועץ הגנטי לא היה ממליץ על ביצוע דיקור מי שפיר. משנקבע לעיל כי לא הייתה קיימת הצדקה רפואית לביצוע דיקור מי שפיר, ומשלא הוגשה חוות דעת של מומחה בתחום הייעוץ הגנטי המורה אחרת, יש להניח שזו גם הייתה תוצאת הייעוץ".

מכאן נפנה בית המשפט המחוזי לבחינת השאלה הבאה: האם לו היה נמסר למערערים מלוא המידע הרפואי לו היו זקוקים – היו הם מבצעים את דיקור מי השפיר, למרות הסיכונים הטמונים בו וחרף היעדר המלצה רפואית לבצעו? על כך השיב בית משפט קמא כי "שקלול הנתונים בענייננו, לרבות טיב בחירותיה של התובעת בעבר, מוביל למסקנה כי אילו הונחה הבחירה לפתח התובעים, מרב הסיכויים שהתובעים היו בוחרים שלא לבצע דיקור מי שפיר" (ראו עמוד 28 לפסק הדין).

על פני הדברים, עמדת בית המשפט המחוזי משכנעת. ודוק, עסקינן בסוגיית הקשר הסיבתי ולא בשאלת ההתרשלות. כאמור לעיל, התרשל הרופא המטפל משנמנע מלפרוש בפני המערערים את מלוא המידע הרפואי הדרוש להם לצורך קבלתה של החלטה מושכלת בשאלה האם להמשיך את ההריון עם המערערת. אף בדין קבע בית המשפט המחוזי שעל הרופא היה להפנות את המערערים לייעוץ גנטי. גם בכך הלה התרשל. סלע המחלוקת בין הצדדים מתמקד בשאלה הבאה: האם הייעוץ הגנטי היה מביא את המערערים לעבור דיקור מי שפיר? שאלה זו מהווה חוליה מהותית בשרשרת הקשר הסיבתי. זאת, שכן לאחריה נקבע כי לו היה מבוצע הדיקור – היו בוחרים המערערים להפסיק את ההריון בכל הנוגע למערערת. כזכור, קיימת אפשרות להפיל עובר ספציפי מבין שלושת העוברים שבהריון מושא הדיון. על כך אין מחלוקת. יריעת המחלוקת תצטמצם, אפוא, לשאלת המעבר מתחנת הייעוץ הגנטי לתחנת דיקור מי השפיר.

8. לשם הכרעה בשאלה זו, מן הראוי יהא להיעזר בדוקטרינת הנזק הראייתי – הפעם בלבוש הקשר הסיבתי. כפי שנקבע, התרשל הרופא המטפל בשניים – אי מסירת

מידע רפואי שלם ואי הפניה לייעוץ גנטי. התרשלותו האמורה שללה, הלכה למעשה, מהמערערים את היכולת לקבל החלטה מושכלת בשאלות האם לבצע בדיקות נוספות והאם להמשיך בהריון חרף הסיכונים הכרוכים בו בכל הקשור לעובר A המזוהה כמערערת. היעדר מידע גורר היעדר יכולת להחליט המוביל להיעדר היכולת לדעת כיצד היו מחליטים. בלשון משפטית, נגרם למערערים נזק ראייתי. כאן מתעורר הפן הראייתי של הדוקטרינה. משמע, קיומו של נזק ראייתי אינו מוביל לחיוב הצד שגרם אותו, אלא מעביר את נטל השכנוע לכתפיו, חרף היותו הנתבע – המשיבים דנא (וראו ע"א 5373/02 נבון נ' קופת חולים כללית, פ"ד נז(5) 35, 45 (2003); ע"א 916/06 כדר נ' הרישנו (28.11.2007); ע"א 8126/07 עזבון המנוחה ברוריה צבי נ' בית החולים ביקור חולים (3.1.2010)). האומנם הצליחו המשיבים להרים את הנטל?

המשיבים סומכים ידיהם על שני אדנים: האחד, חוות הדעת הרפואיות של המומחים פרופסור דוד ופרופסור שלו, המחזקות את הטיעון כי הייעוץ הגנטי בין כה לא היה מפנה את המערערים לביצוע דיקור מי שפיר. השני, התנהגותם הכללית של המערערים, המקימה לטענתם מעין חזקה כי הללו היו נחושים שלא לסכן את ההריון בכל מחיר ומשכך לא היו בוחרים לבצע דיקור פולשני העלול להציב את שלושת העוברים בסכנה.

באשר לאדן הראשון, אומר כבר עתה כי סבורני שצדק בית המשפט המחוזי בקבעו כי המשיבים הצליחו להוכיח שהייעוץ הגנטי לא היה מפנה לדיקור מי שפיר. עיון בחוות דעת המומחה מטעם המשיבים, פרופסור שלו, בחוות דעתו המשלימה ובעדותו בפני בית המשפט המחוזי מעלה כי הלה העריך שמכון גנטי לא היה ממליץ למערערים על ביצוע דיקור מי שפיר (ראו עמוד 168 לפרוטוקול). זאת, הואיל ו"בפרקטיקה שהייתה קיימת ב-2003 וקיימת עד היום יש אחידות דעים באשר לעובדה שממצא אקוגני בלב כממצא בודד אינו סיבה לדיקור מי השפיר" (וראו גם עמוד 4 לחוות הדעת של פרופסור שלו). בכך, סבורני כי עמדו המשיבים בנטל השכנוע והוכיחו כי גם אלמלא התרשל הרופא המטפל והמערערים היו פונים לייעוץ גנטי, גם אז לא היו מופנים לביצוע דיקור מי שפיר. קביעה זו מתחזקת נוכח העובדה שהמומחה מטעם המערערים, פרופסור דוד, ציין בחקירתו הנגדית כי אינו יכול לדבר בשם שום מכון גנטי ואף הדגיש בחוות דעתו המשלימה: "באף מקום בחוות דעתי לא הבעתי דעה שהרופא המטפל חייב היה להפנות את הגב' בן דוד לדיקור מי שפיר, אף שאם מסכמים את הנתונים שלה: בת 34.5 בעת שהרתה, הריון ICSI והממצא האקוגני בלב העובר – חובה כזאת מתבקשת מאליה. ואם לא "בחובת הפניה" לדיקור מי שפיר עסקינן – במה כן? בזכותה של הגב' בן דוד לדעת ובחובתו של הרופא ליידע אותה!"

(עמוד 3 לחוות הדעת המשלימה מאת פרופסור דוד; ההדגשות במקור). בצדק הובילו דברים אלה את בית המשפט המחוזי להדגיש כי המערערים לא הגישו חוות דעת מומחה בתחום הייעוץ הגנטי מטעמם, "אשר יש בה כדי לשקלל את כלל נתוניה של התובעת, כפי שהיו ידועים במועד הרלבנטי, לכלל המלצה כלשהי" (עמוד 27 לפסק הדין). המשיבים הרימו, אפוא, את נטל ההוכחה בדבר אי העברת היועץ הגנטי את ההורים מתחנת הייעוץ לתחנת הדיקור. זאת, כתוצאה מחוות הדעת שהוגשה בנדון על ידי המשיבים ומהעבר האחר אי הגשת חוות דעת סותרת בנקודה זו על ידי המומחה מטעם המערערים.

נפנה לאדן השני, שעניינו השאלה לו היה נמסר למערערים המידע המלא – האם היו מחליטים, חרף עמדתו הצפויה של היועץ הגנטי, לבצע בכל זאת דיקור מי שפיר. המשיבים עונים על כך בשלילה ומעגנים זאת בהתנהגותם הכללית של המערערים במהלך ההריון, דאגתם הרבה לשלומם ובאופן ספציפי יותר – סירובה של האם לבצע פעולת דילול עוברים. בית המשפט המחוזי, כאמור, קבע כי "אין חולק כי דיקור מי שפיר כרוך בסיכון מסוים לאובדן העובר וההריון כולו. נטייתם הטבעית של התובעים הייתה לשמור על ההריון מכל משמר, ולפיכך ניתן להניח כי התובעים לא היו פועלים בניגוד להמלצה רפואית התואמת את נטייתם הטבעית שלא לסכן את המשך ההריון" (ראו עמוד 28 לפסק הדין). ממצא עובדתי זה נשען על ממצא עובדתי נוסף והוא – שלא הוכח כי היועץ הגנטי היה ממליץ לבצע דיקור כאמור. חשוב להדגיש כי אין בכך לבקר בכל נימה או דרך את התנהגות הורי המערערת. ההפך הוא הנכון. מסירותם ודאגתם הרבה נוגעת ללב. יוצא, כי המשיבים התרשלו. הקושי בתביעה מצוי ברובד הקשר הסיבתי ונובע מהידע הרפואי שמטבעו הוא בעל אופי חסר.

קשר סיבתי חלקי?

10. חרף הקושי האמור בסוגיית הקשר הסיבתי, קבע בית המשפט המחוזי:

"בנסיבות אלה, בהן לא ניתן, בשל התרשלות הנתבעים, לשחזר את עמדתם של התובעים לו נמסר להם כל המידע הרלבנטי, ועל מנת לעשות צדק עם התובעים שמעולם לא ניתנה להם זכות הבחירה האמיתית בשאלה כה קרדינלית לגורלם ולגורל משפחתם, הנני סבורה כי יש להעדיף בענייננו מתן פיצוי חלקי בדרך של הערכת שיעור הסיכויים, על פני דחיית התביעה על פי הגישה של עודף הסתברויות... יש לקבוע על פי מבחן הערכת הסיכויים ועל דרך האומדנא כי הסיכוי שהתובעים 2 ו-3 היו בוחרים לבצע דיקור מי שפיר, לו ניתן להם המידע

הרפואי המלא, מגיע כדי 20%... הנתבעים חבים אפוא  
 בפיוצי התובעים בשיעור 20% מנזקיהם" (עמודים 29-  
 30 לפסק הדין).

היש לאשר דרך פסיקה זו? לאמור, האומנם ניתן להסתפק בהסתברות העומדת  
 על 20% לצורך הוכחתו של קשר סיבתי? התשובה לשאלה זו כרוכה בדיון מסוים  
 בהלכת ד"נ עדן מלול (דנ"א 4693/05 בי"ח כרמל-חיפה ואח' נ' עדן מלול ואח'  
 (29.08.2010); להלן "ד"נ עדן מלול"). פסק דין עדן מלול, על שני גלגוליו, דן  
 במקרים בהם ניתן לחרוג מכלל מאזן ההסתברויות לטובת כלל של פיוצי לפי הסתברות  
 ולהטיל, למשל, חבות בשיעור של 20% - כפי שנפסק בערכאה קמא.

יצוין כי בית המשפט המחוזי נתן את פסק דינו בתקופת התפר שבין הלכת עדן  
 מלול בהרכב רגיל (ע"א 7375/02 בית חולים כרמל חיפה נ' עדן מלול, פ"ד ס(1) 11  
 (31.3.05)) לבין ההלכה החדשה בדיון הנוסף בהרכב מורחב (ד"נ עדן מלול). אף הדיון  
 בפני בית משפט זה נערך בתקופה זו. בהתאם, ניתנה האפשרות לצדדים להשלים בכתב  
 את טיעוניהם לאחר מתן פסק הדין בדיון הנוסף, אותה בחרו לנצל.

המעוררים חזרו על טענתם בדיון בפנינו, לפיה הלכת מלול אינה רלוונטית  
 לעניינם. זאת, משום שלשיטתם "ההכרעה הינה שיש לקבל את מלוא הפיוציים או  
 דחיית התביעה" (פסקה 1 להשלמת הטיעון מטעם המערערים). הודגש כי למערערים  
 הוסב נזק ראייתי הן בעטיו של אי רישום תוכן השיחה בין ההורים לבין הרופא המטפל  
 בשאלת הפסקת ההריון והן בשל הימנעות הרופא המטפל מלהפנותם לביצוע ייעוץ  
 גנטי. משכך, הועבר לגישתם נטל השכנוע לכתפי המשיבים והללו לא הצליחו להרימו.  
 הואיל והלכת מלול לא שינתה את הלכת "הנזק הראייתי המהותי", הוטעם, הרי שכוחו  
 של טיעון זה עודנו יפה גם כעת. יתרה מכך, גם לפי מאזן ההסתברויות, גורסים  
 המערערים כי היו מבצעים בעקבות הפנייה לייעוץ הגנטי "כל בדיקה לרבות דיקור מי  
 שפיר ומפסיקים את ההריון" (פסקה ג להשלמת הטיעון). בנוסף, נטען על ידי  
 המערערים כי גם לפי מבחן ההטיה המשנית המופיע בהלכת מלול – ואף אם לא  
 תתקבל טענתם כי נטל השכנוע לעניין ההטיה המשנית רובץ לפתח המשיבים – הוכח  
 על ידי המערערים כי בכל מקרה של חשש לתסמונת דאון ומקום בו נמסר חשש זה  
 להורים, מתבצעת הפסקת הריון באישור הועדות להפסקות הריון. זאת, בהתבסס על  
 פסק דינו של בית המשפט המחוזי ואף עדויותיהם של המומחים מטעם המשיבים. עוד  
 נטען כי ענייננו אינו מקים כל "סיבתיות עמומה" לנזק, הואיל והסיבה לנזק נעוצה באי  
 מסירת מידע רפואי מספק למערערים.

מנגד, סבורים המשיבים בהשלמת הטיעון מטעמם ובתגובה להשלמת הטיעון של המערערים כי הלכת מלול אך מחזקת את ההצדקה לדחיית התביעה כליל. זאת, לאור קביעתו של בית המשפט המחוזי, לפיה קיים סיכוי של 80% שגם לו היה בפני המערערים מלוא המידע הדרוש, היו מחליטים הם שלא לבצע דיקור מי שפיר. הלכת מלול השיבה את כלל מאזן ההסתברויות במקרה של סיבתיות עמומה על כנו הן בשאלת ההתרשלות והן בשאלת הקשר הסיבתי. לפי ממצאיו של בית המשפט המחוזי, הסבירות לכך שהמערערים היו בוחרים לבצע דיקור מי שפיר נמוכה מ-51% ועומדת על 20% בלבד. משכך, לא עמדו המערערים בנטל ההוכחה ויש לקבוע כי הקשר הסיבתי בין אי מסירת המידע הרפואי המלא לבין אי ביצוע בדיקת דיקור מי השפיר – ניתק.

מטיעוני הצדדים עולה כי למעשה, מסכימים שניהם שהלכת עדן מלול אינה מתיישבת עם התוצאה אליה הגיע בית המשפט המחוזי. כמובן, כל צד מושך לכיוון אחר. בעוד המערערים סבורים כי יש לחייב את המשיבים בשיעור פיצוי מלא של 100% ושלא היה מקום להסתפק בפיצוי של 20%, עמדת המשיבים היא שלא הוכח קשר סיבתי בין ההתרשלות לבין הנזק ועל כן דין התביעה להידחות. הבהרתי לעיל מדוע אין לקבל את עמדת המערערים. תחת זאת, יש לקבוע כי מרכיב הקשר הסיבתי לא הוכח כנדרש, הגם שהנטל הועבר לכתפי המשיבים כפועל יוצא מהנזק הראייתי שהסבו למערערים. אולם, לנוכח קביעת בית המשפט המחוזי שיש לפסוק פיצוי בשיעור של 20%, נותרה השאלה להכרעה האם מסקנתו עומדת באמות המידה שהתוותה הפסיקה?

סבורני כי יש להשיב על שאלה זו בשלילה. על פי דעת המיעוט ודעת הרוב בדיון הנוסף בעדן מלול יש לקבוע אחריות הסתברותית רק מקום בו קיימת סיבתיות עמומה – משמע, עמימות מובנית בהוכחת הקשר הסיבתי. נדמה כי כדי שמצב זה יתקיים על פי הפסיקה – נדרש לפחות שבסיומו של בירור יהיו מספר גורמים אפשריים, שהמשותף להם הינו בשניים: א. כל אחד מהם יכול להיות קשור לנזק. ב. לא הוכח מעל ל-50% כי קיים קשר סיבתי ביחס לכל גורם.

בענייננו, אין עסקינן בסיבתיות עמומה. לשם הכרעה בטענה בדבר עמימות סיבתית בתיק זה, די לומר כי שני התנאים האמורים אינם מתקיימים. כפי שהוסבר לעיל, מהחומר עולה כי אף אם ההורים היו מופנים לייעוץ גנטי, קיימת סבירות של למעלה מ-50% - למעשה, 80% לפי פסיקת בית משפט קמא – שהם היו נמנעים מדיקור מי שפיר. בחינת סוגיית הקשר הסיבתי מובילה למסקנה כי השאלה העומדת להכרעה הינה ברורה ונקודתית. לא מדובר בגורמים מתחרים, שיוצרים קושי להשיב על

שאלת הסיבתיים. פסיקת בית המשפט המחוזי בתיק זה מתבססת על התרשמותו מחוות דעת מומחים ומעדויות הוריה של המערערת, לפיהן נכון למועד הרלוונטי יועץ גנטי לא היה ממליץ על עריכתו של דיקור מי שפיר ובמצב זה הורי המערערת לא היו מבקשים לבצע פרוצדורה זו. אין כאן עמימות מובנית, אלא סוגיה שניתן להכריע בה על פי הראיות שהוגשו. יוצא, אפוא, כי יש לבחון את הקשר הסיבתי על פי הכלל המסורתי של מאזן הסתברויות. התוצאה היא שלא הוכח קיומו של קשר סיבתי.

אף אין נפקות לכך שההתרשלות של המשיבים גרמה למערערים שלא להיות מיודעים כראוי בדבר האפשרויות העומדות בפניהם. כפי שצוין, בית המשפט המחוזי קבע כי תהליך הגילוי לא היה משפיע על התנהגותם של הורי המערערת – וזאת, בשיעור של 80%. אי לכך, שאלת הקשר הסיבתי וההכרעה בה מאופיינות בקיומם של נתונים המאפשרים תוצאה שאינה משתמעת לשני פנים, הנסבה סביב הנתונים הקונקרטיים של המקרה (וראו פסקה 17 לחוות דעתו של חברי השופט א' ריבלין, ד"נ עדן מלול).

פיצוי בגין פגיעה באוטונומיה

11. נותרה עוד סוגיה אחת. כאמור, בית המשפט המחוזי שקלל בסכום הפיצויים גם את הפגיעה באוטונומיה של הורי המערערת ואף בא כוח המשיבים הסכים בדיון בפנינו לדבר קיומו של רכיב נזק זה. ההכרה הפסיקתית בפגיעה באוטונומיה כמקימת עילת תביעה עצמאית ומהווה ראש נזק נפרד – ראשיתה בפסק דינו המכונן של השופט ת' אור בעניין דעקה (ע"א 2781/93 דעקה נ' בית החולים "כרמל" חיפה, פ"ד נג(4) 526). האדנים עליהם הושתתה ההלכה בדבר פיצוי נפרד בגין פגיעה באוטונומיה הינם חוקתיים – זכויות היסוד של האדם לכבוד ולחירות. כפי שנימק זאת השופט אור (שם, 581): "אם אנו מקבלים ברצינות כי לחולה זכות לבחור אם יקבל טיפול רפואי ואיזה טיפול יינתן לו, עלינו לקבוע כי יש "מחיר" לעצם הפגיעה בכבודו, אשר מתבטאת בביצוע טיפול רפואי בגופו בלי שניתנה לכך הסכמה מדעת על-ידיו". חברי השופט א' ריבלין התייחס בעניין צבי למקרים בהם תחול הלכת דעקה: "אכן, הפגיעה באוטונומיה המקימה עילת תביעה בשל שנתקיימה עוולה חוקתית צריך שתיגע ב"גרעין הקשה" של זכות האדם המקדשת את האוטונומיה" (ע"א 8126/07 צבי נ' בית החולים ביקור חולים (3.1.2010)). סבורני כי בגדרו של "גרעין קשה" זה עשויים להימנות גם מקרים בהם הפגיעה באוטונומיה של המטופל הובילה לכך שלא בוצעה בו פרוצדורה מסוימת או אף לכך שלא ניתנה לו האפשרות לבחור אם לבצעה. זכותו של המטופל לבחור אם לקבל טיפול אם לאו. הוא האדון על הטיפול בגופו. אומנם, ייתכן



כי מבחינה משפטית עולה שבחירתו במקרה מסוים הייתה שלא לקבל טיפול נוסף. אולם, הפגיעה עודנה קיימת. המטופל הוא אשר אמור להחליט בזמן אמת. זאת, למעט חריגים שאינם רלוונטיים כאן – כגון מטופל שלא ניתן לברר את עמדתו בעטיים של נתון אישי, מצב רפואי או סד זמנים. במובן זה, אין אחריות מוחלטת בראש הנזק של פגיעה באוטונומיה. דרך אחת להציג מצבים שכאלה היא שאין כלל פגיעה באוטונומיה. דרך אחרת היא שקיימת פגיעה באוטונומיה, אך מוענקת לפוגע מעיין "הגנה". ניתן אף לחשוב על תרחישים בהם עשויות להתעורר שאלות סבוכות בדבר קיומו של קשר סיבתי בין שלילת יכולתו של המטופל לבחור לבין הפגיעה באוטונומיה שלו.

קווים ראשוניים לקביעת שיעור הפיצוי בגין הפגיעה בזכות לאוטונומיה שורטטו בהלכת דעקה על ידי השופט ת' אור: (שם, 583)

"בהערכת גובה הפיצוי בגין נזק זה, עשויה להיות חשיבות לחומרת ההפרה של החובה לקבל את הסכמתו המודעת של החולה בטרם ביצוע הטיפול בו. הימנעות ממסירת מידע משמעותי כלשהו על הפרוצדורה אותה מבקשים לבצע בחולה חמורה יותר, בדרך כלל, מאי מסירה של חלק מן האינפורמציה המהותית. באופן דומה, ככל שהסיכון אשר לא נמסר לחולה על דבר קיומו הוא חמור יותר מבחינת הפגיעה האפשרית בחולה, וככל שהסתברות התרחשותו גבוהה יותר, הרי שעוצמת הפגיעה באוטונומיה של החולה חמורה יותר. לשון אחר, ככל שחשיבותה של ההחלטה בה מדובר מבחינת החולה גדולה יותר, נישולו ממעורבות אפקטיבית בתהליך קבלת ההחלטה פוגע במידה רבה יותר בזכותו לאוטונומיה. ברור, כי מדובר בהנחיות כלליות בלבד. המדובר בנזק אשר מעצם טיבו קיים בו היבט סובייקטיבי דומיננטי, המעורר קשיים בלתי נמנעים בהערכתו. בסופו של דבר, גובה הפיצוי בכל מקרה, בדומה לפיצוי בגין נזקים לא ממוניים אחרים, נתון לשיקול דעתו של בית המשפט, וייקבע בדרך של אומדנה המבוססת על הערכה של מכלול נסיבות הענין, ועל התרשמותו של בית המשפט. על בית המשפט לנקוט, בהקשר זה, גישה מאוזנת. עליו ליתן את המשקל הראוי לכך שמדובר בפגיעה בזכות יסוד, אשר מחייבת קביעת פיצוי הולם, להבדיל מפיצוי סמלי. לצד זה, בשל הקשיים הטבועים בתהליך הערכת הנזק, על בית המשפט לרסן עצמו, ולא לפסוק פיצויים בשיעורים מופרזים"

ניתוח נוסף של שאלת שיעור הפיצוי בגין הפגיעה בזכות לאוטונומיה מופיע אף בפרשת שטנדל (ע"א 6153/97 יובל שטנדל נ' פרופסור שדה פ"ד נו(4) 746 (11.6.2002)): "הפיצוי בגין פגיעה בזכות לאוטונומיה בלבד, במקום שלא הוכח קשר סיבתי בין הפרת חובת הגילוי לבין מתן ההסכמה לטיפול הרפואי, הוא נמוך יחסית. שכן, הוא ניתן אך בשל עוגמת-הנפש שנגרמה למטופל, ועל-יסוד אומדנה המתבססת על חומרת הפגיעה באוטונומיה שלו. כך, בע"א דעקה, שבו נמסר לחולה על ניתוח שבכוונת הרופאים לבצע בה רק כאשר הייתה בחדר-הניתוח לצורך ניתוח ברגלה וכשהיא נתונה תחת השפעת תרופות מטשטשות - נפסקו פיצויים בסך 15,000 ש"ח בלבד. מנגד, במקום שמוכח כי המטופל לא היה נותן את הסכמתו לקבלת הטיפול שגרם לו לנזק אילו קיבל את המידע הדרוש, זכאי הוא לפיצוי בגין כל רכיבי הנזק שנגרמו לו כתוצאה מאותו טיפול. ראו ע"א ברמן, שם בע' 215; ע"א דעקה, שם בע' 582" (ראו פסק דינה של השופטת ד' דורנר; שם, 761).

אכן, בעניין דעקה הסתפק בית המשפט בפסיקת פיצוי בסך 15,000 ש"ח בלבד בגין פגיעה באוטונומיה. בשנים שחלפו מאז ההכרה בעילת התביעה נפסקו במשורה סכומי כסף נמוכים כפיצוי בגין הפגיעה באוטונומיה של מטופל. דומני כי עתה, משראש הנזק נקלט בשיטתנו והושרש, בשלה העת לפסוק סכום פיצויים שאינו בהכרח "סמלי". כך דרכו של פיצוי כספי בגין רכיב נזק חדש. תחילה, די בפיצוי סמלי. ברם, בחלוף הזמן – כזכור, ניתן פסק דין דעקה בשנת 1999 בגין מקרה שארע בשנת 1988 – יש ליתן פיצוי הראוי מבחינה נורמטיבית על פי נסיבות המקרה. בתיק זה, אין אנו עוסקים בפגיעה באוטונומיה ברף הגבוה של ביצוע ניתוח במטופל ללא הסכמתו המודעת. ברם, העניין רגיש הוא. לא ניתנה זכות בחירה לאישה בהריון בשאלת ביצועה של פרוצדורה משמעותית. נלקחה ממנה האפשרות לדעת מה הייתה מחליטה באשר לגורלה של המערערת. המשפט בעל כלים להביע עמדה ולקבוע שבמאזן ההסתברויות, היו ההורים מחליטים שלא לבצע כל פרוצדורה נוספת. בה בעת, עוגמת הנפש של המערערים נותרה בעינה.

פגיעה באוטונומיה לחוד ופגיעה פיזית לחוד. מבחינה משפטית לא הוכח, אפוא, שהגילוי היה מונע את הנזק שנגרם למערערת. אכן, קיומו של קשר סיבתי בין ההתרשלות לבין הנזק נדרש לצורך ההכרעה בשאלת קיומה של רשלנות. לשם כך, על בית המשפט לעשות שימוש מרבי בכלים המשפטיים המסורים לידיו. ובכל זאת, התוצאה המתקבלת הינה בגדר מענה לשאלה "מה אם?". שאלה זו משמעה גם כי לעולם לא ניתן יהא לדעת מה היה מתרחש בשדה החיים, להבדיל מקביעה באפיק המשפטי. הפער האמור מצדיק אף הוא מתן פיצוי בגין פגיעה באוטונומיה. דווקא בשל

כך, קביעה לפיה יש לדחות את התביעה בעטיו של היעדר קשר סיבתי אינה ניצבת בסתירה לפסיקת פיצוי בגין פגיעה באוטונומיה.

אין לשכוח כי האוטונומיה של היחיד ניצבת בליבת כבוד האדם. אי מתן למטופל בחירה חופשית של הטיפול בו משול לטשטוש עד כדי מחיקת ההבדל בין הרופא לבין המטופל. השניים הינם גורמים עצמאיים ונפרדים. המטפל הוא בעל הידע והניסיון ואילו המטופל, כמושא הטיפול, הינו בעל הדעה הסופית. טיפול באחרון בלא שמירה על זכויותיו עלול להפוך אותו, שלא במכוון, לחפץ – לאובייקט, במקום סובייקט. כאן, הפגיעה מועצמת בשל נסיבות המקרה – טיב ההחלטה, השלכותיה ונפקותה. זהו פן "הפגיעה באוטונומיה" של הנזק הראייתי. כאמור, נמנעה מההורים האפשרות לדעת כיצד היו נוהגים לו היה נמסר להם מלוא המידע הרלוונטי ובשאלה זו נגזר עליהם להתייטר. מחומר הראיות עולה כי הרופא החליט – במודע – שהוא רשאי להחליט עבור ההורים ביחס לבתם. על רקע כל אלה, הייתי מציע שסכום הפיצוי במקרה זה יעמוד על סך 250,000 ₪.

12. לדעתי, הכרה כנה בעוצמת הנזק שנגרם כתוצאה מהפגיעה באוטונומיה תואמת את המשפט העברי. כפי שצוין לעיל, הפגיעה באוטונומיה מהווה פגיעה בכבוד האדם בשל שלילת או צמצום חופש הבחירה של האדם. "החוט המשולש" – אוטונומיה, כבוד האדם וחופש הבחירה – "לא במהרה ינתק" (קהלת ד, י"ב). בליבת האוטונומיה מצוי הכבוד ובגלעינו של האחרון שוכנת הבחירה. בכתב העת של אוניברסיטת Yale נדונה הזכות לאוטונומיה כזכות מוגנת. צוינו הטענות המתחרות בדבר זכות הבחירה של המטופל מול מקצועיותו של הגורם המטפל. הוצע לבנות מודל חדש לחלוקת סמכות ההכרעה בין הרופא לבין מטופלו. מעניין הוא כי במהלך המאמר שזורים בערבוביה המונחים "Patient Choice" ו-"Patient Autonomy", ממש כאילו עסקינן במושגים שתוכנם זהה (ראו Marjorie M. Shultz, From Informed Consent to Patient Choice: A New Protected Interest, 95 Yale L.J. 219 (1985)).

המשפט העברי ראה את כוח בחירתו של אדם כערך מרכזי. סיפורו של אדם הוא גם בחירותיו. הסבא מסלובודקה – אשר חי במהלך המאות ה-19 וה-20; מראשי תנועות המוסר, ראש ישיבה בליטא ומקים ישיבת חברון בשנת 1925 – התייחס לפסוק "זה ספר תולדות האדם" (בראשית ה, א): "זה ספר תולדות אדם וגו' כתב הרמב"ן ז"ל: "ולפי דעתי ירמוז לכל התורה כי כל התורה כולה ספר תולדות אדם, ע"כ אמר בכאן "ספר" ולא אמר ואלה תולדות אדם וכו'. וטעם ויקרא את שמם אדם, מפני ששם "אדם" כלל לכל המין האנושי וכו' ועליהם הוא אמר זה ספר תולדות אדם" ... אנו צריכים לומר

שכל העולמות נבראו לבני אדם לא משום שהם בוחרים, כי אם משום שיכולים לבחור, כלומר: מפני כח הבחירה שיש בהם... גדול הוא בזה יותר מן המלאכים". כך הסביר הרב מסולובודקה מדוע בורא הקב"ה מחדש בכל יום את כל העולם גם עבור הרשע – "ומכיון שיש גם לרשע הכח הזה, נבראו בשבילו עולם ומלואו" (אור הצפון, מאמרי מוסר, חלק ראשון, ירושלים תשי"ט, עמודים י"א – י"ז ופירוש רמב"ן על ספר בראשית ה, א').

הרב אברהם קוק, שהיה הרב הראשי לפני קום המדינה, הציג את עוצמתו של חופש הבחירה כדלקמן: "הרצון החפשי... הוא התמצית של ההויה, המתגלה בפנימיותה. וזאת היא נשמת אדם הראשון בכל מילואה" (שמונה קבצים, הרב אברהם יצחק הכהן קוק, תשס"ה, עמוד קז).

הרב סולובייצ'יק – אשר חי בברלין ובארצות הברית והלך לעולמו בעשור האחרון של המאה העשרים – כתב על כבוד האדם כלשונו: "כבוד האדם - עניין שהוא אוניברסאלי, ללא הפלייה בין סוגי בני האדם, מוצאם או מקורם. כבוד האדם הוא דבר שחל על הכול... היהדות מאמינה שהערך האמיתי של האישיות האינדיבידואלית אינו בא לידי ביטוי על ידי איכות הכריזמה של האדם או על ידי יופיו של הסיפור שהוא מספר לזולת, או אפילו על ידי הישגיו, כי אם על ידי עצם העובדה שהוא קיים. "כבוד האדם" נקבע ביהדות לאדם הבודד, המנגן את שירת חייו בבודדותו, בספקותיו ובבטחוננו הפנימיים ביותר" (הרב יוסף דוב הלוי סולובייצ'יק, האדם ועולמו, תשנ"ח עמודים 31-37).

היהדות העלתה על נס את "החוט המשולש" אף בכך שראתה בפגיעה בכוח הבחירה כמקימת עילת תביעה. החידוש בדעקה הוא שניתן לדרוש פיצוי בגין פגיעה באוטונומיה, גם אם אי מתן זכות הבחירה למטופל לא הסב לו נזק במבחן התוצאה הרפואית. ראייה זו של הדברים מופיעה במשפט העברי אף בתלמוד. כפי שהרמב"ם מסכם את ההלכה: "שור שהיה עומד להריגה מפני שהוא מזיק את הבריות ואילן העומד לקציצה מפני שהוא מזיק את-הרבים, וקדם אחד ושחט שור זה וקצץ אילן זה שלא מדעת הבעלים – חייב לשלם לבעלים כמו שיראו הדיינים, שהרי הפקיען מלעשות מצוה" (משנה תורה, נזיקין, הלכות חובל ומזיק, פרק ז', הלכה י"ג, תלמוד בבלי, מסכת בבא קמא דף צא, עמוד ב). בעל השור זכאי לפיצוי, הגם שיכול הנתבע לטעון "השגתי את התוצאה, החיה / העץ אינם מהווים סכנה לציבור עוד". התשובה לכך היא שאומנם נכון הדבר. ברם, מהתובע נשללה הזכות לפעול כבחירתו ביחס לקניינו.

יושם אל לב, בניגוד למקרים אחרים במשפט העברי, הרמב"ם מציין באופן מפורש כי שיעור הפיצוי נתון לשיקול דעתם של הדיינים. יש בכך לייחד את עילת הפגיעה באוטונומיה ולהבדילה מנזק פיזי שנגרם למשל למטופל ושהרופא אינו חב בו. בהקשר זה, ראוי להזכיר את האמור במאמר מהעת האחרונה, במסגרתו נערכה השוואה בין פסקי דין בישראל, באנגליה ובאוסטרליה באשר לסוגיית הפיצוי בגין פגיעה באוטונומיה. נטען כי הפסיקה הישראלית מתייחסת לפגיעה באוטונומיה כרכיב נזק עצמאי, ואילו הדיון הפסיקתי בשיטות המשפט אחרות נוטה לערב גם את הנזק הפיזי שנגרם. הענקת שיקול דעת לבית המשפט בקביעת שיעור הפיצוי בגין הפגיעה באוטונומיה, תוך הפנמת ייחודה, הינה גישה ראויה ההולמת את הקבוע במשפט העברי (וראו Nili Karako-Eyal, Has Non-U.S. Case Law Recognized a Legally Protected (Autonomy Right?, 10 Minn. J.L. Sci & Tech. 671 (2009)).

המשפט העברי מעניק, אפוא, את מלוא הכבוד והכבוד לשיקולים בדבר חופש הבחירה כבסיס לפגיעה בכבוד האדם והאוטונומיה שלו. פגיעה שכזו אף עשויה, כשלעצמה, להקים עילת תביעה. איתנותה של עילת התביעה עומדת בקו ישיר עם חשיבותם של הערכים בדבר כבוד האדם ובאוטונומיה שלו. בכך יש גם להשליך על שיעור הפיצוי. כאמור לעיל, סבורני כי במקרה בו הפגיעה באוטונומיה קשה היא וברורה – יש מקום להעלות את הרף כמתואר.

13. סוף דבר, הייתי מציע לחבריי לדחות את הערעור של המערערים ולקבל את הערעור שכנגד באופן הבא: תחת פסק דינו של בית המשפט המחוזי, תידחה תביעת המערערים – למעט המרכיב בדבר פיצוי בגין פגיעה באוטונומיה. לגבי האחרון, על המשיבים לשלם סכום של 250,000 ₪ נכון ליום הגשת התביעה. בנסיבות העניין, לרבות התוצאה אליה הגעתי, הייתי מחייב את המשיבים לשלם למערערים הוצאות משפט בגין שני ההליכים בסך 30,000 ₪.

ש ו פ ט

המשנה לנשיאה א' ריבלין:

1. מסכים אני לתוצאה שאליה הגיע חברי, השופט נ' הנדל. כפי שציין חברי, השאלה העיקרית העומדת לפנינו כיום היא האם הייעוץ הגנטי היה מביא את המערערים לעבור דיקור מי שפיר. לעניין זה אני סבור, כדעת חברי השופט הנדל, כי אילו המכון הגנטי היה נמנע מהמלצה על דיקור מי שפיר, בני הזוג היו פועלים על-פי

המלצת המכון ונמנעים מעריכת הבדיקה. אולם אילו היה המכון הגנטי ממליץ לבני הזוג לעבור דיקור מי שפיר, ייתכן כי היו שועים להמלצתו ומבצעים את הבדיקה. אמנם הוכח כי בעבר סרכו בני הזוג לעבור בבדיקה זו, עקב חששם מפני סיכון ההיריון, אלא שסירובם הקודם ניתן על רקע טיב הסיכון שעמד אז לנגד עיניהם – "הפרעות בפיריון בעתיד וככל הנראה ללא ביטוי על ההתפתחות העצבית או השכלית של היילודים" (פסקה 10 לפסק-דינו של בית המשפט המחוזי). באם היו בני הזוג מקבלים המלצה לעבור דיקור מי שפיר על-מנת למנוע סיכון של תסמונת דאון, ייתכן שהחלטתם הייתה שונה. גם בסירובם לעבור הליך של דילול העוברים אין כדי ללמד על ההחלטה שהיו מקבלים לגבי דיקור מי שפיר, שכן הסיכון להיריון בהליך הדילול הוא גדול יותר באופן משמעותי. המסקנה היא אם כן, כי המלצתו של המכון הגנטי – לטובת דיקור מי שפיר או נגדו – היא שאלה מכרעת.

2. ברי כי אלמלא ההתרשלות, היה הרופא המטפל מפנה את בני הזוג לייעוץ גנטי, וסוג ההמלצה שהם היו מקבלים לא היה עוד בגדר נעלם. אלא שבכך אין די כדי לקבוע כי נגרם למערערים נזק ראייתי, שתוצאתו תהיה העברת נטל השכנוע לכתפי המשיבים. לצורך העברת הנטל לפי דוקטרינת הנזק הראייתי, נדרש כי התרשלותו של הנתבע תשלול מן התובע את האפשרות להוכיח אחד או יותר ממרכיבי עילת התביעה. מקום בו חרף התרשלותו של הנתבע, עומדת לתובע האפשרות להוכיח את תביעתו – אין תחולה לדוקטרינת הנזק הראייתי (ראו: ע"א 9328/02 מאיר נ' לאור, פ"ד נח(5) 54, 64 (2004); ע"א 754/05 לוי נ' מרכז רפואי שערי צדק, פס' 9 לפסק-הדין (טרם פורסם, 5.6.2007); ע"א 679/08 סנפרוטט בע"מ נ' מוסכי צמח בע"מ, פס' 27 לפסק-הדין (טרם פורסם, 2.1.2011)). במקרה זה סבור אני כי הייתה למערערים אפשרות להוכיח מהי ההמלצה שהיו מקבלים במכון גנטי – למשל בדרך של עדות מומחה בתחום זה (אף כי הם בחרו שלא לממש את יכולת ההוכחה הזו). לפיכך אין מקום להעביר את נטל השכנוע לעניין זה, ויש לבוחנו מתוך ההנחה שנטל השכנוע מוטל על המערערים (התובעים בהליך המקורי).

3. בבואנו להכריע בשאלה מה היה ממליץ המכון הגנטי, ניתן לנקוט שתי גישות באשר לטיב המידע הדרוש לצורך כך. לפי הגישה האחת, יש להניח כי למומחה בגנטיקה ידע או מיומנות עדיפים על-פני אלה של מומחה רפואי אחר, ואפילו כזה שמומחיותו רלוונטית לשאלה שבפנינו. לפי הגישה האחרת, יש להניח כי המלצתו של המכון הגנטי הייתה ניתנת על-פי מידע ושיקולים שעליהם יכול להעיד גם מומחה רפואי מתחום הגניקולוגיה והמיילדות. המערערים לא הציגו חוות דעת מומחה בתחום הגנטיקה ועל-כן ככל שיש עדיפות לגישה הראשונה, יש לקבוע כי המערערים לא

הוכיחו כי במסגרת ייעוץ גנטי היו מקבלים המלצה לעבור דיקור מי שפיר. בהקשר זה ראוי לציין כי המומחים מטעם שני הצדדים העידו בפירוש כי אינם יכולים לומר באופן ברור מהי ההמלצה שמכון גנטי היה נותן לבני הזוג. כך למשל, בתשובה לשאלה אם מכון גנטי היה נמנע מהמלצה על דיקור מי שפיר, עונה פרופ' דוד (המומחה מטעם המערערים): "ייתכן, אינני יודע" (עמ' 49 לפרוטוקול הדיונים). גם פרופ' שלו, המומחה מטעם המשיבים אומר במפורש "אני לא בטוח שאני יכול לענות בשם המכון הגנטי. אני יכול לענות את הדעה שלי לשאלה הספציפית" (עמ' 167 לפרוטוקול). לאחר פירוט דעתו והנימוקים לה, חוזר פרופ' שלו ואומר "אני יכול להעריך שמכון גנטי לא היה ממליץ על דיקור, אבל שוב, אני מדבר בשם עצמי" (עמ' 168 לפרוטוקול). בתשובה לשאלה "מה היו עושים בייעוץ גנטי" עונה פרופ' שלו "אני לא יכול לתת תשובה בתחום ייעוץ גנטי, אני מעריך שלא היו עושים דיקור" (עמ' 197 לפרוטוקול). משמע – היה נדרש מומחה מתחום הגנטיקה על-מנת להוכיח מה הייתה המלצתו של מכון גנטי.

4. עם זאת, התוצאה אינה משתנה גם לפי הגישה השנייה. שני הצדדים הציגו חוות דעת של מומחים מתחום הגניקולוגיה והמיילדות. אף ששני המומחים הסתייגו באופן ברור מחיווי דעתם באשר לטיב ההמלצה שמכון גנטי היה נותן, הרי ששניהם הביעו עמדתם באשר לשאלה המהותית, אם הייתה הצדקה רפואית להמליץ על דיקור מי שפיר. לעניין זה העדיף בית המשפט המחוזי את עמדתו של המומחה מטעם המשיבים. המדובר בעניין עובדתי אשר בו ערכאת הערעור אינה נוהגת להתערב על נקל; יתרה מכך, אף לגוף הדברים נראה כי עמדתו של המומחה מטעם המשיבים הייתה חד משמעית, שלא היה מקום להמליץ כך, בעוד שאין זה ברור אם עמדת המומחה מטעם המערערים היא שהיה מקום ליידע את בני הזוג באופן מלא יותר (ולעניין זה עמדתו התקבלה בבית המשפט המחוזי) או שהיה מקום גם להמליץ על עריכת הבדיקה.

5. עמדותיהם של שני המומחים נחלקו גם בשאלה אם יש להתייחס לממצא של נקודה היפראקוגנית בלב כממצא יחיד, אם לאו. נראה כי אין חולק שאם מדובר בממצא יחיד, לא היה מקום להמליץ על דיקור מי שפיר (להבדיל מיידוע בני הזוג לגבי האפשרות לקיימו). בהקשר זה נראה לי כי בצדק העדיף בית המשפט המחוזי את עמדת המומחה מטעם המשיבים. מחוות דעתו, כמו גם מעלון הסברה של בית החולים הדסה שבו בוצע ההפריה מסוג ICSI (המופיע בפסקה 10 לפסק-דינו של בית המשפט המחוזי), עולה כי הפריה כזו אינה מעלה את הסיכון לתסמונת דאון, אלא למום כרומוזומלי אחר. משכך, עמדתו של המומחה מטעם המשיבים הייתה שאין לראות בסוג זה של הפריה גורם סיכון נוסף, שצריך לשקללו ביחד עם הנקודה ההיפראקוגנית.

כך גם לגבי גילה של האם, שהיה גבולי, אך לא מעל הרף שבו מומלץ לבצע דיקור מי שפיר. לאור בדיקת השקיפות העורפית התקינה, לא ניתן להניח כי גיל האם היה מוביל להמלצה חיובית לגבי הבדיקה, אפילו בצירוף הנקודה ההיפראקוגנית. גם הנחיות משרד הבריאות לגבי המשמעות שיש לייחס לממצאים אולטרה-סונוגרפיים מורות כי אין תמימות דעים באשר לשאלה אם מוקד אקוגני בלב, כממצא אולטרה-סונוגרפי יחיד, מעלה את הסיכון לבעיות כרומוזומליות. יצוין, כי גם כאשר נמצאים שני ממצאים אולטרה-סונוגרפיים, אין הדבר מוביל להמלצה אוטומטית לעבור דיקור מי שפיר, ונקבע בהנחיות כי הצורך בדיקור ייקבע בכל מקרה לגופו, בין היתר לפי תוצאות ה"תבחין המשולש" (ראו פסקה 19 לפסק-דינו של בית המשפט המחוזי). בענייננו, לא עברו בני הזוג "תבחין משולש" בשל אופיו של ההיריון כהיריון מרובה עוברים, אולם חלף זאת הם עברו בדיקת שקיפות עורפית – וממצאיה היו תקינים. לאור שיקולים אלה, לא ניתן לקבוע כי הוכח שמכון גנטי היה ממליץ לבני הזוג לעבור דיקור מי שפיר. בהיעדר המלצה כזו, יש לקבוע כי בני הזוג לא היו מבצעים את דיקור מי שפיר, כאמור בפסק-דינו של חברי, השופט הנדל.

6. לבסוף, יש לומר כי אין עוד ספק שהיה על הרופא המטפל ליידע את בני הזוג באשר למשמעותה של הנקודה ההיפראקוגנית שנמצאה בלב העובר, ולהציג בפניהם את האפשרות לעבור דיקור מי שפיר, על יתרונותיה וחסרונותיה. עוד ניתן להניח, כי אפילו היה מסתפק הרופא המטפל בהפניית בני הזוג לייעוץ גנטי, מבלי ליידע אותם על משמעות הממצא בעצמו, הם היו מקבלים את המידע האמור במסגרת הייעוץ. המסקנה העולה מכך היא כי התרשלותו של הרופא מנעה מבני הזוג את חופש הבחירה וההחלטה לגבי עניין שהיה בעת הרלוונטית, ומוסיף להיות גם היום, חשוב ביותר לעתידם ולחיייהם. רופא אינו רשאי לשקלל עבור המטופל, ללא ידיעתו וללא שיתופו, את התועלות ואת הסיכונים של פרוצדורה רלוונטית, ולהחליט עבור המטופל כי הפרוצדורה אינה כדאית. אמנם, לא ניתן להפריז בחשיבות הידע והניסיון הרפואיים, ואלה באים לידי ביטוי באינספור דרכים במהלך הטיפול, וביניהן גם מתן ייעוץ והדרכה למטופל בדבר דרך הטיפול הרצויה. אלא שהבחירה בדרך הטיפול היא בסופו של דבר החלטתו של המטופל, אשר בריאותו, איכות חייו ולעיתים חייו ממש, הם המונחים על הכף. המקרה שלפנינו חמור אף יותר, שכן בהחלטתו שלא ליידע את בני הזוג על הסיכונים האפשריים שעומדים בפניהם, שקלל הרופא המטפל לא רק נתונים רפואיים אלא גם את דעתו והערכתיו לגבי העדפותיהם האישיות של בני הזוג. חומרת הדבר נעוצה בכך שאף מקום בו נתון לרופא יתרון מובהק על-פני המטופל בשל הידע המקצועי שלו, עליו לנסות להקטין את הפער ככל האפשר על-ידי מתן הסבר שיאפשר למטופל לקבל החלטה מושכלת באשר לדרך הטיפול הרצויה. קל וחומר שאם מעורבים



בהחלטה גם שיקולים אישיים, רגשיים וערכיים, אסור לרופא למנוע מן המטופל את אפשרות הבחירה. ראוי לזכור כי הפער ההולך ומצטמצם היום, בכל הנוגע לרמות הידע המקצועי, לרבות הידע הרפואי, שוב אינו מאפשר לרופא לשמור לעצמו את ההתלבטות בקשר לאפשרויות הטיפול ובוודאי לא את הנתונים שעשויים להישקל על-ידי החולה – לעתים במידה רבה של שיקול דעת מושכל. במקרה שלפנינו, טיב הבחירה שהייתה צריכה להגלות לבני הזוג, ושלייתה מבני הזוג גרמו לפגיעה קשה ביותר באוטונומיה שלהם, וניתן להניח כי פגיעה זו מוסיפה על הקושי המשמעותי איתו נאלצים בני הזוג להתמודד ממילא. משכך, שותף אני לעמדתו של חברי השופט הנדל גם באשר לרף הפיצוי המתאים.

המשנה-לנשיאה

השופטת ע' ארבל:

אני מסכימה לחוות דעתו של השופט נ' הנדל ומצטרפת להערותיו של חברי השופט א' ריבלין.

שופטת

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט נ' הנדל.

ניתן היום, י"ח באדר ב' תשע"א (22.2.11).

שופט

שופטת

המשנה-לנשיאה