



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 2124/12

ע"א 5203/12

לפני :
כבוד השופטת א' חיות
כבוד השופט ע' פוגלמן
כבוד השופט י' עמית

המערערים בע"א 2124/12 : 1. שירותי בריאות כללית
והמשיבים 1-2 בע"א 5203/12 : 2. פלוני

המערערים בע"א 5203/12 : 1. פלונית
2. פלוני

נ ג ד

המשיבים בע"א 2124/12 : 1. פלונית
2. פלונית
3. פלוני

המשיבים בע"א 5203/12 : 1. שירותי בריאות כללית
2. פלוני
3. פלונית (פורמלית)

ערעורים על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בירושלים
בת"א 5416/03 שניתן ביום 27.1.2012 על ידי כבוד השופט
מ' דרורי

תאריך הישיבה : כ"ג בניסן התשע"ד (23.4.2014)

בשם המערערים בע"א 2124/12 : עו"ד יעקב אבימור ועו"ד שרון דלמן-קראוס
והמשיבים 1-2 בע"א 5203/12 :

בשם המשיבים 2-3 בע"פ 2124/12 : עו"ד אסף פוזנר ועו"ד אתי ליבמן-עפאים
והמערערים בע"א 5203/12 :

פסק-דין

השופט י' עמית:

עניינם של שני הערעורים המאוחדים שבפנינו בהולדה בעוולה.

רקע עובדתי

1. המשיבה 2 בע"א 2124/12, שהיא המערערת 1 בע"א 5203/12 (להלן: האם),
בת 24 בהריונה הראשון, החלה להיות מטופלת אצל המערער 2 (להלן: ד"ר זר) ביום

13.9.1994, בשבוע ה-13 להריונה. ד"ר זר שלח את האם למספר בדיקות אולטרה סאונד וסקירת מערכות וכן לבדיקות נוספות שלא העלו דבר, כמו בדיקת תבחין משולש לקביעת רמת סיכון לתסמונת דאון ומומים נוספים. גם המשיב 3 בע"א 2124/12, שהוא המערער 2 בע"א 5203/12 (להלן: האב), ביצע בדיקת טיי-זקס שנמצאה תקינה.

ביום 25.3.1995 נולדה המשיבה 1 בע"א 2124/12 (להלן: הילדה) בלידה רגילה בשבוע ה-41 להריון במשקל 3.190 גרם. בסביבות גיל שנה ההורים שמו לב לאיחור בהתפתחות הילדה, וביום 1.1.1997 הילדה אובחנה בבית החולים שניידר כסובלת מתסמונת ה-X השביר. כתוצאה מתסמונת גנטית זו סובלת הילדה מפיגור שכלי.

נספר לקורא כי תסמונת ה-X השביר היא אחת התסמונות הנפוצות באוכלוסיה ללא הבדל במוצא האתני, ומהווה הגורם השני בשכיחותו אחרי תסמונת דאון לפיגור שכלי. המדובר במוטציה בגן המצוי על הזרוע הארוכה של כרומוזום X. החולים נולדים רק לנשאות, והמוטציה באה לידי ביטוי בריבוי חזרות של שלישיית נוקליאטידים (CGG) על אזור מסויים ברצף ה-DNA. כאשר קיימות פחות מ-55 חזרות לשלישייה, המצב תקין. בין 55-200 חזרות קיים סיכון כי אצל הילוד תתגלה המוטציה המלאה (קדם-מוטציה), ומעל 200 חזרות מדובר במוטציה מלאה אשר יכולה (אך לא בהכרח) לגרום לפיגור שכלי ולאנטיזים. ריבוי החזרות מועבר מהאם לצאצאים ועולה ומחמיר מדור לדור בשושלת המשפחתית, כפי שאכן קרה במקרה דנן – אצל הילדה נמצאה מוטציה מלאה עם ממוצע של 1000 חזרות, אצל האם נמצאו 460-700 חזרות, ואצל הסבתא נמצאו 29-65 חזרות. הגן למחלה נתגלה בשנת 1991 ובבדיקת דם חד-פעמית ניתן לאתר אם האם היא נשאת של הגן.

2. המשיבים הגישו תביעה כנגד ד"ר זר וקופת חולים (להלן ביחד: המערערים), שבמסגרתה נעשה מעקב ההריון. נטען כי היה על ד"ר זר להפנות את האם לבדיקת נשאות ל-X שביר, ולמצער, ליידע אותה על האפשרות לבצע בדיקה כאמור.

אין מחלוקת בין הצדדים כי אילו ההורים היו יודעים אודות הבדיקה, האם הייתה מבצעת את הבדיקה; כי אם הבדיקה הייתה מבוצעת, יש להניח כי המוטציה הייתה מתגלית אצל האם; כי אילו המוטציה הייתה מתגלית הייתה נערכת בדיקת מי שפיר שהייתה מגלה כי העובר נושא את המוטציה במספר חזרות גבוה; כי במקרה כזה

ועדה להפסקת הריון הייתה מאשרת הפסקת ההריון; וכי האם הייתה מבצעת את ההפלה, כפי שאכן עשתה בהריון שלישי כאשר התגלה שהעובר נושא את המוטציה.

המחלוקת בשאלת האחריות התמקדה אפוא בשאלה אם היה על ד"ר זר לשלוח את האם לבדיקה, או לגלות את אוזנה לגבי האפשרות לבצע את הבדיקה. בית משפט קמא פיצל את הדיון בין שאלת האחריות לשאלת הנזק ואסקור להלן, בתמצית, את מסקנותיו בפסק דינו.

החלטת בית משפט קמא בשאלת האחריות

3. בית משפט קמא מצא כי ד"ר זר לא נטל אנמנזה מפורטת מהאם לגבי ההיסטוריה המשפחתית שלה. ברם, גם אם היה מראיין את האם כנדרש, לצורך גיבוש אנמנזה מלאה, הרי שלא היה אמור לשאול אותה לגבי קרובי משפחה רחוקים. ממילא אין להניח כי הנושא של בת דודתה של האם, הסובלת מפגור שכלי ומאושפזת במוסד, היה עולה במהלך הפגישה. לכן, גם בהנחה שד"ר זר התרשל בלקיחת האנמנזה, הרי שאין קשר סיבתי בין אותה התרשלות לבין אי ביצוע הבדיקה לגילוי תסמונת ה-X השביר והנזק.

4. נקבע כי על פי הפרקטיקה הרפואית שנהגה בשנת 1994, ביצוע הבדיקה כבדיקת סקר לאוכלוסיה הכללית טרם הומלץ על ידי הגורמים המקצועיים. הפניית נשים מהאוכלוסיה הכללית לביצוע בדיקה זו הייתה נדירה באותה תקופה, ומשכך, לא הייתה בגדר פרקטיקה המחייבת את הרופא הסביר.

במאמר מוסגר: יש להבחין בין בדיקה אבחנתית-מכוונת אשר מבוצעת לנשים המצויות בסיכון גבוה כגון, היסטוריה גנטית-משפחתית בעייתית, לבין בדיקות סקר (screening) המיועדות לכלל הנשים או לחלק גדול מהנשים באוכלוסיה הכללית, אף ללא חשד או ללא אינדיקציה מוקדמת לסיכון מוגבר.

5. בעקבות פסק הדין בע"א 4960/04 ערן סידי נ' קופת חולים של ההסתדרות הכללית (19.12.2005) (להלן: עניין סידי), קבע בית משפט קמא כי ד"ר זר הפר את חובת הגילוי כלפי האם.

בית המשפט מצא כי באותה תקופה ניתן היה לשלוח נשים הרות, ללא כל אינדיקציה לסיכון, לביצוע בדיקה זולה ופשוטה שהייתה מגלה נשאות לתסמונת ה-X השביר, וכי בדיקות אלו בוצעו בהצלחה גם בשנת 1994. אילו הבדיקה הייתה נעשית, אין ספק כי ניתן היה לגלות כי הילדה סובלת מתסמונת זו. בהתחשב בכך שהאם בחרה במיוחד בד"ר זר להיות הרופא שלה לצורך מעקב ההריון, ולשם כך אף עברה לטיפולו מרופא אחר, ניתן להסיק כי ציפתה למיטב השרות הרפואי ולגילוי נרחב. מה עוד, שהאם והאב מילאו אחר כל הנחייה והוראה של ד"ר זר, ביצעו את כל הבדיקות, לרבות בדיקות לאיתור מומים גנטיים ואחרים ובדיקות נוספות שמומנו על ידם. לאור זאת הסיק בית משפט קמא, כי ניתן לייחס להורים ציפייה כי ד"ר זר יגלה אוזנם אודות האפשרות לערוך בדיקה השוללת קיומה של התסמונת.

6. בהמשך לכך נקבע כי הייתה זו חובתה של קופת חולים להפיץ בקרב רופאיה את המידע אודות האפשרות לביצוע בדיקה לגילוי נשאות לתסמונת ה-X השביר, גם ללא אינדיקציה לסיכון. נקבע כי חובה זו מקבילה לחובתו העצמאית של רופא להתעדכן בחידושי המקצוע, ומשכשלה קופת החולים למלא חובתה זו, מוטלת גם עליה אחריות.

בשורה התחתונה הטיל בית המשפט אחריות על המערערים.

פסק דינו של בית משפט קמא בשאלת הנזק

7. לאחר קביעת אחריות המערערים, הביאו הצדדים ראיותיהם לעניין הנזק, כאשר כל צד תומך עמדתו, כמקובל במקומותינו, במספר חוות דעת של מומחים מטעמו, בתחומים השונים.

אין חולק, כי נכותה הצמיתה של הילדה עומדת על 100%. היא סובלת מפגיור בינוני ומהפרעות קוגניטיביות התנהגותיות; התפתחותה מבחינה מוטורית תקינה; היא עצמאית באופן יחסי בכל פעולות היומיום, אוכלת בכוחות עצמה, מדליקה טלוויזיה ומכשיר DVD, הולכת לשירותים ללא עזרה, אם כי נטען כי מעת לעת "מפספסת" ומטילה שתן וצואה במכנסיה. הילדה נמצאת במסגרת לימודים מיוחדת בין השעות 08:00 עד 17:00, ותמשיך לשהות במסגרת זו עד הגיעה לגיל 21 וחצי ביום 1.9.2016.

בית משפט קמא דחה הטענה כי יש להשים את הילדה במוסד. נקבע כי טובת הילדה דורשת כי תמשיך להתגורר עם הוריה עד לאותו מועד, ומגיל זה או במועד מאוחר יותר, "ככל שיהיו מסוגלים בני הבית לשאת את המגורים המשותפים", תעבור הילדה להתגורר בצמידות לבית ההורים בליווי מטפל צמוד.

8. פסק דינו של בית משפט קמא ניתן לפני שנפסקה הלכת המר (ע"א 1326/07 ליאור המר נ' פרופ' עמית (28.5.2012)), ונפסקו לזכות המשיבים הסכומים הבאים בראשי הנזק כמפורט להלן (רוב הסכומים, לרבות הסכום הסופי שנפסק, לא פורטו בפסק הדין אלא בפסיקתא שהגישו הצדדים לחתימת בית המשפט – י"ע):

א. בראש הנזק של דיור נפסק סך של 350,000 ₪ נכון ליום 1.9.2016 (סכום המשקף את הסך של 400,000 ₪, שנפסק על ידי בית משפט קמא, במהוון עד ליום 1.9.2016).

בנוסף, קיבל בית משפט קמא את הטענה כי כשנה לאחר הלידה עברו ההורים מרמת גן לתל אביב, מאחר ששם נמצא לילדה גן ילדים התואם את מוגבלותה, ומאחר שהדירה שנרכשה נמצאת בשכנות לדירת הסבא והסבתא ויש בבניין גם בריכת שחיה המאפשרת פעילות גופנית והנאה לילדה. בית המשפט קבע, כי למעבר הדירה היו מספר סיבות, ביניהן מצבה של הילדה, ועל כן הכיר בשליש מתוך העלויות הנוספות שהיו כרוכות במעבר הדירה מרמת גן לתל אביב, ובהתאם לכך פסק את הסכומים הבאים: סך 166,666 ₪ בגין ההפרש בין הדירות + 12,333 ₪ בגין שכר דירה ששולם בתקופת הביניים בין מעברי הדירות + 48,323 ₪ הפרש כספי בין תחזוקת הדירות לעבר + 22,368 ₪ עלויות אחזקה דירה לעתיד עד הגיע הילדה לגיל 18.

ב. הפסד השתכרות לעתיד: הצדדים הסכימו כי יש לפסוק סך של 2,362,136 ₪. בנוסף נקבע כי יש להוסיף לסכום זה 12.5% בגין הפרשות לפנסיה מהוון עד גיל 67 (= 73,226 ₪). כן נפסק סך של 135,066 ₪ בגין אובדן הנאות הצבא.

ג. עזרת צד ג' לעתיד: נפסק על פי שתי משמרות של מטפלות ישראליות ומשמרת לילית של מטפלת זרה – סך של 17,500 ₪ לחודש החל מיום 1.9.2016 ועד תוחלת חייה של הילדה. נדחתה הטענה לקיצור בתוחלת חיים – סה"כ נפסק בראש נזק זה סך של 5,127,445 ₪.

ד. הוצאות שמרטפות לעבר – נפסק סך של 47,472 ₪ ולעתיד – 10,000 ₪; בגין עזרת בני משפחה המורחבת לעבר – נפסק סך של 50,000 ₪; בגין עזרת ההורים החל מיום לידתה ועד ליום 1.9.2016 – נפסק סך של 2,000 ₪ לחודש (סה"כ 256,191 ₪ לעבר ו-102,653 ₪ לעתיד).

ה. בגין אובדן שכר של האם, נקבע כי יש להכיר בהפרש של 1,500 ₪ לחודש משנת 2000 (המועד בו החלה האם לעבוד) ועד שהילדה תגיע לגיל 21.5 – סך של 295,990 ₪, ובגין הפסד שכר של האב נפסק סך גלובלי של 100,000 ₪.

ו. אפוטרופוס ומנהל כספים: נפסק סך 1,023 ₪ לחודש החל מיום 1.3.2012 ועד לתוחלת חיים – סך של 174,421 ₪.

ז. טיפולי קלינאות תקשורת לעבר – נפסק סך של 236,288 ₪; ריפוי בעיסוק – סך של 33,643 ₪; תרופות – נפסק סך של 50,000 ₪ לעבר ו-300 ₪ לחודש לעתיד (=103,013 ₪); טיפולי הידרותרפיה – נפסק סכום של 400 ₪ לחודש עד לגיל 31 (=82,275 ₪); מועדונית – נפסק סך של 40,000 ₪.

ח. בגין בלאי בגדים מוגבר (נטען כי הילדה "מפספסת" לעיתים ומרטיבה את הבגדים, וכן מתלבשת ומתפשטת באופן שמבלה יותר את הבגדים והנעליים): נפסק סך של 30,000 ₪ לעבר ו-300,000 ₪ לעתיד.

ט. ניידות: נפסק סך 1,250 ₪ לחודש החל מגיל 21 ועד סיום תוחלת חיים (=366,246 ₪).

י. נזק לא ממוני של הילדה: בגין כאב וסבל נפסק 1,000,000 ₪ + 600,000 ₪ בגין אובדן הנאות חיים.

יא. כאב וסבל של ההורים: נפסק סך של 800,000 ₪ (400,000 ₪ לכל הורה).

9. סך הכל נפסק לזכות המשיבים סך של 13,239,361 ₪ (בהתאם לפסיקתא המוסכמת שהוגשה על ידי הצדדים), בניכוי תגמולי מל"ל (קיצבת נכות, קיצבת שר"ם

וקיצבת ילד נכה) בסך של 1,344,788 ₪, כך שהסכום לתשלום הועמד על 11,894,573 ₪ "נטו" לפני שכר טרחת עו"ד ומע"מ.

תמצית טיעוני הצדדים בערעורים

10. על פסק דינו של בית משפט קמא נסבים שני הערעורים המאוחדים שבפנינו. המערערים מלינים על עצם הטלת האחריות ולחלופין, על גובה הפיצוי שנפסק לזכות המשיבים. מנגד, הלינו המשיבים על מיעוט הפיצוי שנפסק לזכותם.

11. הטענה המרכזית של המערערים בנושא האחריות נסבה מטבע הדברים על היקף חובת הגילוי. לטענת המערערים, היה על בית משפט קמא להתחשב בכך שהפרקטיקה הרפואית באותה עת לא המליצה על ביצוע בדיקת סקר לאבחון התסמונת. נטען כי בית משפט קמא הרחיב עוד יותר את הלכת טידי, שהיא כשלעצמה מהווה הרחבה רבתי של חובת הגילוי. עוד נטען כי בית משפט קמא טעה בכך שהסיק כי בשנת 1994 אכן בוצעו בדיקות סקר לגילוי נשאות של תסמונת ה-X השביר באוכלוסיה הכללית; כי גם אם בוצעו בדיקות נשאות למספר נשים, הרי שאלה בוצעו לצורך מחקר ולא כבדיקות סקר; כי לכל היותר יש במאמרים שהוצגו כדי להצביע על המצב בחו"ל אך לא על המצב בארץ; כי מעדויות המומחים עולה כי אף אחד מהם לא שלח את המטופלות שלו לביצוע הבדיקה בשנים הרלבנטיות לתביעה. המערערים הדגישו כי כיום המדובר בבדיקת סקר שהיא נחלת הכלל, אך את התנהגותו של ד"ר זר יש לבחון על רקע המידע שהיה בתקופה הרלבנטית, ומידע זה היה נחלתם של הגנטיקאים ולא של רופאי נשים, כך שד"ר זר לא ידע ולא צריך היה לדעת על הבדיקה.

עוד נטען, כי משרד הבריאות, כרגולטור, לא הוציא הנחיות למוסדות הרפואיים במדינה, ומשכך אין להטיל אחריות כלפי קופת חולים או ד"ר זר. נטען, כי הבדיקה לאבחון ה-X השביר הייתה בחיתוליה בשנת 1994 ובאותה עת לא הייתה מהימנה, ומשכך, אף היה זה משום חוסר אחריות להציע בדיקה כזו לנשים בהריון.

12. מנגד טענו המשיבים, כי הבדיקה הייתה מהימנה כבר בשנת 1991-1992 עם איתור הגן; כי היה צריך לשלוח את האם לבדיקת אבחון – להבדיל מבדיקת סקר – בשל פיגור שכלי במשפחתה אצל בת דודתה; כי יש להבחין בין פרקטיקה רפואית מקובלת לצורך טיפול או הפניה לטיפול לבין שאלת חובת הגילוי; וכי בתקופה

הרלבנטיות לתביעה גם נשים שלא הוגדרו כשייכות לקבוצת סיכון יכולות היו לבצע את הבדיקה באופן פרטי.

אבחן להלן את טענות הצדדים במישור האחריות.

האם היה על המערערים ליידע את האם בדבר האפשרות לבדיקת תסמונת ה-X השביר?

13. המחלוקת העיקרית מתמקדת בשתי שאלות שיש להבחין ביניהן: האם בשנת 1994 היה נהוג להפנות נשים בסיכון נמוך – קרי, הריון שאין לגביו נתונים מוקדמים או שבמהלכו לא מתבררים ממצאים המגבירים את הסיכון לתחלואה של האם או של העובר – לבדיקת סקר לגילוי תסמונת ה-X השביר? והאם היה על ד"ר זר להסביר לאם את האפשרות לבצע באופן פרטי את הבדיקה?

14. המקרה שבפנינו מדגים את הפער בין מקומה של הפרקטיקה הרפואית בסוגיית ההתרשלות בטיפול במסגרת עוולת הרשלנות או הפרת חובה חקוקה, לבין מקומה של הפרקטיקה הרפואית בסוגיית ההתרשלות במסגרת מידע במסגרת עוולות אלה.

הנה כי כן, בית משפט קמא הגיע למסקנה כי על פי הפרקטיקה הנוהגת בשנת 1994, ובהיעדר אינדיקציה אבחנתית להריון בסיכון, לא נהגו להפנות נשים בהריון לבצע בדיקת תסמונת ה-X השביר, ועל כן אין לייחס לד"ר זר התרשלות בטיפול. אולם בבואו לדון בשאלת הגילוי והיידוע, הגיע בית המשפט למסקנה כי ד"ר זר התרשל בכך שלא הסב תשומת ליבה של האם לאפשרות לערוך בדיקה כזו.

15. הצדדים התמקדו בחובת הגילוי ביחסי רופא-מטופל, אך איני רואה להרחיב שוב בנושא זה, שזכה לבחינה מחודשת בע"א 1303/09 קדוש נ' בית החולים ביקור חולים (5.3.2012) (להלן: עניין קדוש). בעניין קדוש סברתי כי יש להחיל את מבחן "החולה הסביר בעיני הרופא הסביר בנתוני המקרה", ולהפחית במידת-מה את הרף הגבוה של מבחן צרכי החולה, תוך התחשבות בפרקטיקה הנוהגת. וכפי שנאמר שם:

"בכך אנו מעתיקים את מרכז הכובד של המבחן ממשקפיו של המטופל הסביר אל נקודת האמצע, בין משקפיו של מטופל במצבו הנתון לבין משקפיו של הרופא. כך ניתן גם משקל-מה לפרקטיקה הרפואית המקובלת, וכפי שהראינו, בחלק מהמדינות בארה"ב ניתן משקל לפרקטיקה הנוהגת גם בסוגיה של היקף הגילוי. ולבסוף, בכך נמצאנו מצמצמים במידת מה את

הפער בין מישור ההתרשלות בטיפול, לגביו מחילים את מבחן הפרקטיקה הרפואית לצורך קביעת סטנדרט הזהירות, לבין מישור חובת הגילוי.

[...] קשה להלום כי הפרקטיקה הנוהגת לגבי הטיפול, המשמשת את בית המשפט תדיר בשאלת קיומה של התרשלות בטיפול, לא תשליך כלל על היקף חובת הגילוי לגבי הטיפול. אכן, חובת הגילוי רחבה מחובת הטיפול, אך מקום בו הפרקטיקה הרפואית שוללת טיפול מסוים, יש בכך כדי להשליך על השאלה עד כמה מוטלת חובה לגלות אוזנו של המטופל לגבי אותו טיפול" (שם, פסקה 51).

המבחן שהוצע על ידי בעניין קדוש נדחה על ידי המשנה לנשיאה השופט ריבלין אשר דבק במבחן הציפייה הסבירה של החולה, מבחן שאינו מביא בחשבון את הפרקטיקה הנוהגת לגבי חובת הגילוי. עם זאת, וכפי שציין השופט רובינשטיין, שהצטרף לעמדתו של השופט ריבלין, ההבדל בין הגישות אינו כה דרמטי והמחלוקת היא בעיקר תיאורטית-עיונית. מה עוד, שקריאה זהירה של דברי השופט ריבלין מלמדת על כך, שאף הוא סבור כי ניתן לקחת בחשבון את הפרקטיקה הנוהגת: "מקובל עלי גם כי בבוא בית המשפט להעריך את אותה ציפייה סבירה של החולה, עליו להביא בחשבון את עמדתם של אנשי המקצוע, הרופאים, כמו גם את דבר קיומם של אילוצים מערכתיים" (שם, פסקה 8).

16. בעניין קדוש, הותרתי בצריך עיון אם יש להחיל את המבחן המוצע גם על בדיקות הריון, באשר נושא זה הוא בבחינת *sui generis* "שמא לאור החשיבות שמייחס הציבור לאבחון מומים מולדים ונוכח השפעתם על חייהם של היילוד ושל בני משפחתו, ומאחר שנושא זה מערב גם שיקולים אישיים, רגשיים וערכיים" (שם, פסקה 52).

בע"א 2600/09 מכבי שירותי בריאות נ' ט' (10.11.2013) (להלן: עניין מכבי שירותי בריאות) סקרתי את הגישות בפסיקה בנושא היקף חובת הגילוי בהקשר של בדיקות הריון, ואחזור ואפנה לסקירה שם:

"בהלכת טידי הציב השופט (כתוארו אז) ריבלין מבחן מרחיב לחובת הגילוי, הוא מבחן הצפיות של החולה הסביר. חברתי, השופטת חיות, אף הרחיבה באומרה:

כאשר מדובר בבדיקות המבוצעות במהלך ההיריון והמיועדות לאתר מומים בעובר, מותר להניח כי קיימת אצל כל הורה ציפייה טבירה לקבל בעניין זה את מלוא האינפורמציה האפשרית מן הרופא כדי שיוכל לכלכל את צעדיו ולהחליט אילו בדיקות ברצונו לבצע מלבד הבדיקות שמעמידה לרשותו הרפואה הציבורית. זאת, תוך שקלול כל הנתונים הרלוונטיים לעניין, ובהם עלויות הבדיקה, הסיכון הכרוך בבדיקה ומידת ההסתברות להימצאות אותו הפגם בעובר הספציפי (הדגשה הוספה – י"ע).

השופטת נאור (כתוארה אז) סברה בדעת מיעוט, כי יש מקום להפנות לבדיקה נוספת, שאיננה ניתנת ברפואה הציבורית, בהתקיים סיבות המצביעות על הצורך בבדיקה כזו. כגון, כאשר ידוע על פי הסטנדרטים הרפואיים המקובלים כי הבדיקות במסגרת הרפואה הציבורית אינן מספקות, או מקום בו ישנה אינדיקציה לצורך בבדיקה כזו, נסיבות שלא התקיימו לשיטתה באותו מקרה.

(עוד לגבי היקף חובת הגילוי בבדיקות הריון ראו עניין שמאלי; עניין אברמובסקי; ע"א 7756/07 גרסטל נ' ד"ר דן (21.12.2010); ע"א 8075/08 היימברג נ' הסתדרות מדיצינית הדסה (10.3.2011), ופסק דיני בע"א 1303/09 קדוש נ' ביקור חולים בפסקה 52 (5.3.2012) (להלן: עניין קדוש). כן ראו אסף יעקב "רפואה ציבורית ורפואה פרטית – הידורו שני סטנדרטים יחד?" מחקרי משפט כ"ט 9 (2013))."

בעניין סידי, ניתן משקל לכך שהאם פנתה לשירותי הרפואה הפרטית, מה שהעיד על כך שלא הסתפקה בטיפול שניתן לה במסגרת הרפואה הציבורית. במקרה דנן, מעקב ההריון בוצע אמנם במסגרת הרפואה הציבורית, אך האם עברה להיות מטופלת אצל ד"ר זר במיוחד לצורך מעקב ההריון, וביצעה בדיקות גם באופן פרטי, הכל על פי הנחייתו של ד"ר זר.

17. המחלוקת במקרה דנן נוגעת ליישומה של הלכת סידי על מערך עובדות קונקרטי. בית משפט קמא, ששמע את המומחים מטעם הצדדים והתרשם מתשובותיהם באופן בלתי אמצעי, הגיע למסקנה כי ניתן היה לבצע בתקופה הרלבנטית בדיקה של התסמונת באופן פרטי גם במקרה של הריון בסיכון נמוך, וכי היה על ד"ר זר ליידע את ההורים בדבר אפשרות זו. על אף שמדובר במסקנה משפטית, הרי שהיא נשענת גם על קביעות שבעובדה ומהימנות, שאין דרכה של ערכאת ערעור להתערב בהן.

אקדים ואומר כי מחומר הראיות ומחוות דעת המומחים, לרבות המומחים מטעם המערערים, עולה כי בשנת 1994 אכן לא הייתה הנחייה לבצע בדיקת סקר לאיתור התסמונת, הנחייה שניתנה רק כעבור שנים, אך הבדיקה הייתה זמינה וידועה, ונוכח חשיבותה, ניתן היה לצפות כי ד"ר זר ידע אודותיה ויידע את ההורים לגביה. אעמוד להלן על מקצת הדברים.

18. פרופ' שלו, המומחה בתחום המיילדות מטעם המערערים, הצביע בחוות דעתו על כך, שרק בשנים 2000-2001 נאספו מספיק נתונים שאפשרו להכניס את הבדיקה כבדיקת סינון כללית גם לאוכלוסיה שאינה בסיכון. בחוות דעתו כותב פרופ' שלו כי בשנת 1994 הבדיקה לקביעת נשאות של X שביר "הוצעה לנשים הרות רק מעת לעת באופן ספורדי לחלוטין ביוזמות פרטיות של רופאים ובשום פנים ואופן לא כפרקטיקה מקובלת לנשים לפני הריון או בזמן הריון בסיכון נמוך". השורה התחתונה בחוות דעתו היא שבשנת 1994 לא הייתה כל המלצה להפניית נשים הרות לביצוע בדיקה לנשאות תסמונת ה-X השביר.

ברם, ענייננו אינו בשאלה אם הפרקטיקה הנוהגת הייתה להפנות לביצוע הבדיקות. כאמור, בסוגיה זו קיבל בית משפט קמא את עמדת המערערים ואיני רואה להתערב בכך. השאלה הצריכה לענייננו היא, אם היה על ד"ר זר לגלות אוזנה של האם על קיומה של בדיקה זו. כפי שנראה להלן, ביצוע הבדיקה בשנת 1994 לא היה דבר חריג, ולכך השלכה על חובת הגילוי.

19. פרופ' שלו מצביע בחוות דעתו על כך שבשנת 1994 בוצעו במעבדה בתל-השומר 780 בדיקות לגילוי התסמונת, ובמעבדה באיכילוב בוצעו בשנים 1994-1995 כ-200 בדיקות כאלה, המהוות על פי חישוביו כ-10% בלבד מכלל היולדות בשני בתי חולים אלה. למיטב ידיעתו, בדיקה כזו לא בוצעה בכל בתי החולים בתל אביב, כך שיש להניח כי אחוז הנבדקות מקרב כלל היולדות הוא אף נמוך יותר. עוד נאמר בחוות דעתו כי בדיקות בוצעו בשנת 1994 גם בבתי החולים רמב"ם ובני ציון בצפון, ובית חולים העמק היה שולח בדיקות של מקרים החשודים לקיום התסמונת, לבית החולים בני ציון. פרופ' שלו חולק בחוות דעתו על אמירתו של פרופ' פרידמן, המומחה מטעם המשיבים, כי בשנת 1994 כבר היו "מאות עבודות מחקר, סקירות מקבוצות גדולות של נשים בהריון בסיכון גמור". לדעתו המספר היה נמוך בהרבה. עד לשנת 1994 פורסמו רק 7 עבודות לגבי נשים בסיכון נמוך, 14 עבודות נוספות שפורסמו עד לשנת 1994 עסקו בבדיקות עצמן ובשכיחותן באוכלוסיות של פרטים פגועים, ובשנים 1995-1996 כבר

הופיעו עוד כ-100 מחקרים בנושא (מה שמעיד לדעתו על כך שהבעיה של נשאות התסמונת לא הייתה פתורה).

במאמרם של טולדנו-אלחדף ואחרים, ממליצים המחברים על ביצוע בדיקת סקר לגילוי התסמונת לכלל הנשים בהריון. במאמר מפורטות בדיקות סקר שנערכו בבית החולים בילינסון (השייך לקופת חולים) החל משנת 1992. על פי מאמר זה, בין התאריכים 1.1.1992 עד 31.10.2000, משך כמעט תשע שנים, השתתפו במחקר 14,334 נשים. המאמר אינו מפרט את מספר הבדיקות שבוצעו בחתך של שנים, ובחקירתו של פרופ' שוחט נתברר כי בשנת 1994 בוצעו רק 409 בדיקות, ומספר זה אינו מתייחס רק לנשים בהריון אלא גם לילדים שהגיעו לאבחון בשל פיגור שכלי (עמ' 380-381 לפרוטוקול). תשובה זו אינה עולה בקנה אחד עם מה שנאמר במאמר עצמו, ולפיו הבדיקות בוצעו לנשים בגיל הפוריות, הן כאלה שבהריון והן לפני הריון, וכי הנשים ביקשו להיבדק ביוזמתן או בעצתן של הרופאים שלהם במימון עצמי. כל אשה מילאה שאלון על מנת לוודא שאין היסטוריה של פיגור שכלי במשפחה, ומי שהייתה לה היסטוריה כזו במשפחה הוצאה מהמחקר.

החשוב לענייננו הוא, שמסקנתו של בית משפט קמא לפיה בדיקות כאמור נעשו בשנת 1994, מעוגנת בחומר הראיות. מבלי להידרש למחלוקת בין המומחים אודות כמות המאמרים, ברי כי בשנת 1994 נושא הבדיקות לאיתור תסמונת ה-X השביר, היה על סדר היום ברפואת נשים בהריון. גם אם לא הייתה הנחיה בפרקטיקה להפנות נשים בסיכון נמוך לביצוע בדיקה כאמור, הרי שהיה על ד"ר זר ליידע את האם אודות האפשרות לערוך בדיקה זו. על רקע זה, דומה כי בית משפט קמא פירש בצורה מקילה את דבריו של ד"ר זר בחקירתו:

"ידעתי שיש מחלה כזאת, כמו שקראתי. כמו שיש גמדות, יש מחלה כזאת, לא ידעתי כמו הרבה אחרים וטובים כמוני, שיש דרך איזשהי לבדוק את זה" (עמ' 582 לפרוטוקול, הדגשה הוספה – י"ו).

20. במהלך שנת 2000 פנו ההורים במכתבים למספר גורמים אליהם הפנו שאלות הנוגעות לתסמונת ה-X השביר.

א. במכתב תשובתו מיום 26.1.2000 של פרופ' שוחט, מנהל המכון הגנטי של בית החולים בילינסון, נכתב כי הגן למחלה נמצא בשנת 1991 וכי "החל משנת 1994

מוצעת גם בדיקה לאבחון נשאות לקראת או בתחילת ההריון [...] בדיקה זו מומלצת כיום על ידי הגנטיקאים לנשים בהריון [...] עד היום הבדיקה אינה נכללת בסל הבריאות המוכר ע"י משרד הבריאות [...] (הדגשה הוספה – י"ע). אציין כי פרופ' שוחט, שהובא לעדות על ידי המערערים, נחקר והשיב כי בתקופה הרלבנטית הייתה אפשרות לקיום הבדיקה, אם כי מעדותו עולה כי אך מעט נשים השתמשו באותה אופציה, והיא הייתה מיועדת בעיקר לקבוצות סיכון (עמ' 377 לפרוטוקול).

ב. במכתב תשובה להורים מיום 7.2.2000, החתום על ידי ד"ר ברקנשטט, ד"ר פסו ופרופ' ברקאי מהמכון הגנטי של בית החולים שיבא, נכתב כי "מיוולי 1991 מתבצע אבחון בשיטות אלו במכון הגנטי במרכז הרפואי ע"ש שיבא [...] החל מינואר 1992 הורחבה הבדיקה גם לילדים ומבוגרים הסובלים מפיגור שכלי והפרעות למידה [...] מספטמבר 1993 מוצעת הבדיקה גם לנשים בגיל הפוריות המצויות בסיכון נמוך. מספר הנשים הפונות לבדיקה גדל במהלך השנים" (הדגשה הוספה – י"ע). במכתב מוסבר כי השכיחות הגבוהה של הנשאות, חומרת המחלה ואמינות הבדיקה עמדו בבסיס הסיבות בגינן הוחלט להציע לנשים בסיכון נמוך לבצע את הבדיקה. בסיפא למכתב מוצגת טבלה לגבי מספר הבדיקות שבוצעו בחתך של שנים – בשנת 1993 בוצעו 67 בדיקות ובשנת 1994 בוצעו 770 בדיקות.

ג. במכתב תשובה להורים מיום 14.2.2000, בחתימתו של ד"ר ירון יובל מהמכון הגנטי באיכילוב, נאמר כי החל משנת 1992 ועד לחודש יוני 1994 בוצעו בדיקות למשפחות עם חולים ידועים ומספר מקרים בודדים על פי דרישה, וכי "החל מיוני 1994 הוחל בביצוע בדיקות סקר ל-X שביר גם לנשים באוכלוסיה הכללית".

21. אותו ד"ר ירון, שהשיב להורים בשעתו בשם המכון הגנטי בבית החולים איכילוב, הוא המומחה בתחום הגנטי מטעם המערערים. מחוות דעתו של פרופ' ירון עולה כי בשנת 1993 נכתב מאמר שעורר את השאלה האם הגיעה העת לבדיקת סקר גנטי לאיתור נשאי X שביר באוכלוסיה, אך מכל המאמרים באותה תקופה התמונה הברורה היא, שעד לשנת 1994 לא הייתה המלצה לבצע בדיקת סקר לאיתור נשאים באוכלוסיה הכללית. בחוות הדעת נזכר נייר העמדה של הקולג' האמריקני לגנטיקה רפואית מחודש יולי 1994, שבו נאמר במפורש כי בדיקת סקר כאמור אינה מומלצת בשלב זה, למעט במסגרת מחקר קליני מבוקר, כי ורק בשנת 1995 מופיעים מאמרים המדברים על בדיקות סקר לאיתור נשאי X שביר באוכלוסיה.

עוד נכתב בחוות הדעת של פרופ' ירון, כי במכון הגנטי במרכז הרפואי תל-אביב הוחל בביצוע בדיקות לגילוי X שביר כבר בשנת 1992 אך זאת לשם אבחנה גנטית של התסמונת בחולים ובני משפחותיהם וכי "רק מיוני 1994 הוחל בהדרגה להציע בדיקות סקר לגילוי נשאי X שביר גם לאוכלוסיה הכללית אלא שבדיקות הסקר נעשו בתחילה בהיקף זניח באופן ספורדי ולא שיטתי" והבדיקה הפכה לנחלת הכלל כבדיקת סקר רק סמוך לשנת 1998.

בנייר העמדה הרשמי של איגוד הגנטיקאים הרפואיים בישראל מיום 11.6.1998, כפי שצוטט על ידי פרופ' ירון בחוות דעתו, נאמר כך:

"[...] מאז 1991 מתבצעות בארץ בדיקות מולקולאריות לתסמונת X שביר לפרטים בסיכון גבוה ומאז 1994 נעשות בדיקות גם לנשים שאינן בסיכון יתר (בדיקות סקר). כיום ישראל היא המובילה בעולם בבדיקות סקר לנשים שאינן בסיכון יתר לנשאות. הגישה בארץ לייעוץ הגנטי ולביצוע בדיקות סקר היא ייחודית ושונה מזו שבארצות אחרות ולכן התעורר הצורך בהסדרת ביצוע הבדיקות במתכונת אחידה ומוסכמת [...] (הדגשה הוספה – י"ו).

בהמשך חוות דעתו מצביע פרופ' ירון על כך שיש להבחין בין בדיקה גנטית אבחנתית בחולים, לבין בדיקת סקר גנטית "שהחלה טיפין-טיפין רק בשנת 1994".

22. אחזור ואדגיש שוב את ההבחנה בין שאלת הטיפול לשאלת גילוי המידע. האם בשנת 1994 הבדיקה לתסמונת ה-X השביר הייתה בדיקת סקר סטנדרטית שרופאי נשים נהגו להפנות אליה בתקופה הרלבנטית? התשובה לשאלה זו היא שלילית, כפי שנקבע על ידי בית משפט קמא. כך עולה גם מחוות דעת מומחי המערערים והפרסומים השונים בנושא, ובין היתר, ממכתב הנחיה מיום 14.5.1995 שהפיקה המחלקה לגנטיקה בבית החולים הדסה לרופאים. במכתב נאמר כי חלק מבדיקות הסקר המוצעות על ידי מכונים גנטיים ומעבדות פרטיות שונות הן מיותרות ועלולות להזיק, ולכן לא קיימת המלצה של משרד הבריאות על ביצוען. בדיקת תסמונת ה-X השביר נזכרת במסמך זה בצירוף המלצה להפניה לבדיקה רק כאשר קיים חשד לקיום התסמונת במשפחה, דהיינו, בדיקה אבחנתית ולא בדיקת סקר.

אלא שהשאלה שלפנינו היא אם היה על ד"ר זר לדעת אודות הבדיקה, ליידע את האם אודותיה ולהסביר לה כי היא יכולה לבצע את הבדיקה באופן פרטי. מחוות

דעתו של פרופ' ירון, המקובלת עלי, עולה כי אכן לא היה מקום להפנות את האם לבדיקת סקר, אך דווקא מחוות דעת זו אנו למדים כי כבר בשנת 1994 כבר היו מקומות שעשו בדיקות סקר לנשים בהריון בסיכון נמוך. ד"ר ירון עצמו היה שותף למאמר בנושא בדיקות סקר לגילוי תסמונת ה-X השביר ב-9,660 נשים בהריון, שהשתתפו במחקר שהתנהל לאורך כארבע שנים, החל מחודש ספטמבר 1994 ועד לחודש אוקטובר 1998 במכון הגנטי בבית החולים איכילוב (נספח 7 לחוות דעתו של פרופ' שלו, בעמ' 521).

הגן לתסמונת ה-X השביר זוהה בשנת 1991. במאמרם של נגה שם-טוב ומרדכי שוחט שפורסם בכתב העת "הרפואה" באוקטובר 1994 (נספח 3 לחוות דעתו של פרופ' שלו) נאמר כי גילוי הגן והפגם בתסמונת ה-X השביר, הוא אבן הפינה בגילוי מנגנון מוטציה חדש שבעקבותיו התגלו עוד גנים למחלות אחרות. המאמר אך ממחיש כי גילוי הגן הכה גלים בעולם הרפואה.

עוד אפנה למכתבו של ד"ר בורוכוביץ, יו"ר איגוד הגנטיקאים הרפואיים מיום 19.9.1996 (נספח 13 לחוות דעתו של פרופ' פרידמן), בו הוא ממליץ להסתדרות הרפואית בישראל לבצע בדיקות סקר לתסמונת ה-X השביר, לאור שכיחות הנשאות בארץ. יש במכתב כדי להעיד כי עד לאותו מועד לא הייתה המלצה להפנות נשים בהריון לביצוע בדיקת סקר זו. עם זאת, ההמלצה אינה מגיעה כך לפתע לאוויר העולם, והיא תולדה של הסכמה שהתגבשה עוד קודם לכן בדבר חשיבותה של הבדיקה.

23. כפי שאמרתי בעניין קדוש, לטעמי, יש להתחשב בפרקטיקה הרפואית גם לצורך השאלה אם הרופא הפר את חובת הגילוי. כאשר טיפול מסוים אינו נוהג בפרקטיקה, קשה להלום כי לא תהא לכך השלכה על היקף חובת הרופא לגלות אוזנו של המטופל אודות אותו טיפול. הדברים נכונים ברמת העיקרון גם לגבי בדיקות הריון. לטעמי, להנחיות משרד הבריאות או להנחיות איגוד המיילדות והגניקולוגיה או איגוד הגנטיקאים יש ליתן משקל הן בבחינת שאלת ההתרשלות בטיפול והן בבחינת שאלת הפרת חובת הגילוי.

ברם, משקלה של הפרקטיקה לצורך חובת הגילוי בבדיקות הריון אינו קונקלוסיבי והוא אך אחד מני מספר פקטורים שיש לקחת בחשבון. לכן, העובדה שאיגוד המיילדות והגניקולוגיה לא המליץ בשנת 1994, ואף לא בשנים מאוחרות יותר,

להפנות לבדיקת סקר כללית נשים בהריון לבצע בדיקת תסמונת ה-X השביר, אין בה כשלעצמה כדי לפטור את הרופא מחובת הגילוי אודות הבדיקה.

יש לזכור כי השיקולים לביצוע בדיקת סקר באוכלוסיה הכללית אינם זהים לשיקולים שעניינם חובת הגילוי למטופל הספציפי. לרפואה הציבורית אילוצי תקציב, ובמסגרת ההחלטה אם לערוך בדיקת סקר מסוימת לכל אוכלוסיית הנשים בהריון, משקללים אל תוך המשוואה גם שיקולי עלות. שיקולים אלה יכול שיהיו לא רלבנטיים מבחינת המטופל הספציפי "שונא הסיכון". לכן, בנוסף לפרקטיקה הנוהגת בטיפול, על בית המשפט לקחת בחשבון שיקולים נוספים, ובין היתר: שכיחות הסיכון, שכיחות הנשאות וחומרת הסיכון; זמינות הבדיקה ועלותה; תקפותה ומהימנותה של הבדיקה (ערכי ניבוי חיוביים ושליילים כוזבים ואמיתיים); התועלת בבדיקה וסיכוני הבדיקה; רצונם של ההורים במידע נוסף או נכונותם לבצע בדיקות נוספות גם באופן פרטי, כפי שעולה מבקשתם המפורשת של ההורים או כפי שנלמדת מכללא על פי התנהלותם והתנהגותם – כל אלה שיקולים שיש להביא בחשבון בבואנו לבחון אם הופרה חובת הגילוי כלפי המטופל הספציפי.

ודוק: אין מדובר בחובה מוחלטת. את שנאמר בעניין סידי לגבי חובת הרופא למסור "את מלוא האינפורמציה האפשרית" יש לבחון על רקע מערכת שיקולים זו, המאפשרת לבית המשפט ולרופא "לסנן" מידע הנוגע לתופעות נדירות ולבדיקות לא שכיחות. במקרה דנן, המדובר בבדיקה זמינה, שעלותה נמוכה, בדיקה שנעשית פעם אחת בחיי האשה, תוצאותיה מדויקות והיא עשויה להתריע ברמת ודאות גבוהה אודות מוטציה גנטית שכיחה על השלכותיה החמורות.

24. אחזור ואדגיש שוב את מה שכבר נאמר. טיפול לחוד וחובת הגילוי לחוד. עמד על כך המשנה לנשיאה השופט ריבלין בדנ"א 121/11 גרסטל נ' דן (5.2.2011), בדחותו בקשה לדיון נוסף בעניין גרסטל:

"הבחנה זו שבין החובה לבצע טיפול או בדיקה, לבין החובה ליתן מידע לגביהם, נותנת ביטוי לאפשרות שהדרך הטיפולית הנכונה ביותר עבור הכלל או עבור הרוב, אינה בהכרח נכונה עבור כל אחד מן הפרטים. משכך, ראוי כי ההמלצה הרפואית תינתן לפי שיקולים כלליים, ואולם היקף חובת היידוע נקבע בהתחשב גם בקיומם של מטופלים שהשיקולים הרלוונטיים לגביהם הם שונים ונבדלים. ודוק: בהחלטה רפואית כרוכים לעיתים קרובות גם שיקולים לבר-רפואיים, 'מהם

שיקולים ערכיים, שיסודם בהשקפת עולם, בתפיסות אתיות ובאמונה דתית, ומהם שיקולים הכרוכים בנסיבותיו המיוחדות של המקרה הנתון' (ראו: ע"א 4384/90 ואתורי נ' בית החולים לניאדו, פ"ד נא(2) 171 (1997)). אלה עשויים להשתנות מאדם לאדם, ורק יידוע המטופל ושיתופו בהחלטה הסופית יאפשרו לו לבחור באפשרות הטיפולית המתאימה לו ביותר – מבחינה רפואית ואנושית גם יחד" (הדגשות במקור – י"ע).

ייתכן כי בדיקה מסוימת לנשים בהריון הפכה לפרקטיקה מקובלת רק בשנת 2014, אך חובת הגילוי לגביה התקיימה עוד קודם לכן, לעיתים אף שנים קודם להכרזה על אותה בדיקה כפרקטיקה מחייבת ומקובלת בטיפול. מן המפורסמות הוא, שעשויות לחלוף שנים עד שטיפול מסוים הופך להנחייה, לאסכולה או לפרקטיקה מקובלת. במהלך אותן שנים, וככל שמדובר בפרקטיקה חשובה שהולכת ונעשית נפוצה, קיימת נקודת זמן בה מתגבשת חובת הגילוי לגבי אותה פרקטיקה. הד להבחנה בין טיפול לבין יידוע אנו מוצאים בנייר העמדה של האגודה הישראלית למיילדות וגניקולוגיה מחודש פברואר 2000, שהוגש דווקא על ידי המערערים. בנייר העמדה מפורטות מספר בדיקות מעבדה, כולל בדיקת טיי-זקס לכל בן זוג או אישה הרה. לאחר מכן נכתב:

"הערה: אין המלצה לביצוע שגרתי של בדיקות סקר למחלות גנטיות. עם זאת, יש להסביר לנשים את האפשרות לבצע באופן פרטי בדיקות סקר נוספות שאינן כלולות בסל השירותים" (הדגשה הוספה – י"ע).

הנחייה זו מדגימה את ההבחנה בין טיפול לבין מסירת מידע. הבחנה דומה אנו מוצאים גם בחוזר מינהל הרפואה של משרד הבריאות מספר 34/2008 מיום 23.7.2008, שם נאמר:

"5.2. בפני הפונה/ים תוצגנה הבדיקות המומלצות הכלולות בסל שירותי הבריאות, ואלו שאינן כלולות בו. במסגרת זו תוצגנה הבדיקות אשר מומלצות או הניתנות לביצוע על פי המלצות איגוד הגנטיקאים הרפואיים בישראל [...]"

5.3. יש ליידע את הפונים על קיומן של בדיקות נוספות שאינן כלולות ברשימה זו ואשר עשויות לגלות מחלות חמורות פחות או נדירות יותר. היה והינם מעוניינים לקבל פרטים נוספים על בדיקות אלו, יופנו לייעוץ גנטי פרטני" (הדגשה הוספה – י"ע).

ובדומה, נקבע גם בכללי האתיקה של ההסתדרות הרפואית בישראל (ראו עניין קדוש, פסקה 23 לפסק דיני):

פרק ו' סעיף 3: "הרופא יפרט בפני המטופל גם את אמצעי הטיפול הנדרשים לו, אשר אינם נכללים בסל הבריאות, אף אם הרופא מנוע, מסיבות מנהלתיות, מלתת אותם למטופל".

פרק ז' סעיף 1: "הרופא ימסור למטופל, בשפה ברורה ומובנת, פרטים על האבחנה הרפואית שלו ועל המהלך הצפוי של מחלתו, לרבות מהות הטיפול המוצע, הסיכויים, הסיכונים ותופעות הלוואי האפשריות. הרופא יציג למטופל את הטיפולים החלופיים האפשריים, על מנת לאפשר לו לקבל החלטה מושכלת בדבר המשך הטיפול שיינתן לו".

פרק ט' סעיף 1: "הרופא ימסור למטופל בשקיפות מלאה פרטים בדבר הטכנולוגיות הרפואיות הקיימות, הרלוונטיות למצבו, גם אם אינן כלולות בסל שירותי הבריאות. הרופא ימסור מידע זה למטופל מוקדם ככל האפשר, על מנת לאפשר לו לקבל החלטה מושכלת בדבר הטיפול הרפואי שיינתן לו".

25. לסיכום, בית משפט קמא מצא כי בשנת 1994 כבר נתגבשה נקודת הזמן בה צריך היה ליידע את ההורים – שפנו במיוחד אל ד"ר זר לצורך מעקב הריון ודקדקו וביצעו כל בדיקה עליה הורה – בדבר האפשרות לבצע באופן פרטי בדיקה לאיתור תסמונת ה-X השביר. על רקע הראיות וחוות דעת המומחים כמפורט לעיל, איני רואה להתערב במסקנה זו במקרה הפרטני שלפנינו, ואציע לחברי להותיר את הכרעת בית משפט קמא בנושא האחריות על כנה.

הנזק

26. פסק דינו של בית משפט קמא ניתן לפני שנפסקה הלכת המר. שני הצדדים הודיעו כי הם מסכימים שיש להחיל הלכה זו על הערעור שבפנינו, בבחינת "הלכת המר באופן מלא" (על פי הביטוי שטבע השופט הנדל בע"א 1326/07 ליאור המר נ' עמית, פסקה 8א (21.5.2012) (להלן: עניין המר השני)). לכן, במקום בחינת הנזק על פי עילת היילוד בגין "חיים בעוולה", שומה עלינו לבחון את הנזק על פי עילת ההורים בגין

"הולדה בעוולה", תוך שהפיצוי נבחן באספקלריה של החזר הוצאות גידולה של הילדה.

27. הלכת המר לא באה לשנות מהעיקרון לפיו על המעוול לדאוג לצרכי היילוד, והלכה למעשה, תביעת ההורים כוללת את מרבית הסעדים שנכללו בעבר בתביעת היילוד, באופן שהקטין אינו נפגע והמעוול נושא בנזק לו גרם (דברי השופט זילברטל ברע"א 4512/13 בית החולים אגודת הסהר האדום (אל הלא) נ' פרופ' ישראל מייזנר בפסקה 12 (28.8.2014)). בעניין מכבי שירותי בריאות הבעתי דעתי כי הלכת המר הסבה את הפיצוי מהקטין להורים, כך שיש לראות את הפיצוי כאילו הועבר מכיסו של היילוד לכיסם של ההורים, שמחזיקים אותו בנאמנות עבורו. הסבת הפיצוי מהיילוד אל ההורים נעשית בשינויים המחוייבים, וניתן להצביע על מספר שינויים מהותיים עקב אותה הסבה (לעניין זה ראו עניין המר השני ופסק דינה של השופטת וילנר בת.א. (מחוזי חי') 207/07 פ.ח.נ. נ' מדינת ישראל (30.4.2014)):

ראשית, במקום הפסדי ההשתכרות של היילוד, הפיצוי ניתן להורים בגין הוצאות הקיום של היילוד, שהן הוצאות מיוחדות הנובעות ממוגבלותו (הוצאות עודפות), והוצאות רגילות לאחר בגרותו (מאחר שאלמלא הלקויות מהן הוא סובל, היילוד היה משתכר למחיתו). בעניין מכבי שירותי בריאות עמדתי על כך ש"פסק דין המר, כשמו כן הוא, 'המיר' את ראש הנזק של הפסד ההשתכרות של הילד לראש נזק של תמיכת ההורים בילד". בכך נוצרה מעין פיקציה, חזקה הניתנת לסתירה, ולפיה הוצאות הקיום לאחר הגיע היילוד לבגרות, זהות לשכר הממוצע במשק, תוך התחשבות והפחתה של יכולת ההשתכרות של היילוד במומו. כדוגמה לסתירת החזקה לפיה יש לפסוק את השכר הממוצע במשק אצביע על מצב בו הילד צפוי לשהות במוסד (המשנה לנשיאה ריבלין בעניין המר, פסקה 62; השופטת חיות בעניין מכבי שירותי בריאות, פסקה 2).

מכאן, שככלל, גובה הפיצוי בגין הפסדי השתכרות נותר בעקבות הלכת המר כפי שהיה, למעט במקרה בו היילוד סובל מקיצור תוחלת חיים, שאז אין מקום לפסיקת פיצוי בגין השנים האבודות. זאת, להבדיל מהמצב המשפטי שקדם להלכת המר, על-פיו היינו נוהגים לפסוק לזכות היילוד את הפסדי ההשתכרות בשנים האבודות.

שנית, בעוד שקודם להלכת המר, הפיצוי הלא-ממוני בגין כאב וסבל נפסק ליילוד על פי סבלו-שלו ועד תוחלת חייו, הרי שבעקבות הלכת המר, הפיצוי בגין כאב

וסבל וכן פגיעה באוטונומיה, ניתן להורים ומחושב על פי סבלם ונזקם עד תוחלת חייהם.

[במאמר מוסגר: בעניין קדוש הבעתי דעתי כי אין מקום לפסיקת פיצוי בגין פגיעה באוטונומיה בנוסף לפיצוי בגין כאב וסבל. לאור הלכת המר, שניתנה בהרכב מורחב, יש להכיר בכך במקרים של הולדה בעוולה (עניין מכבי שירות בריאות, פסקה 13)].

28. העקרונות שפורטו לעיל, ישמשו אותנו כבואנו לקבוע את ראשי הנזק השונים, ותחילה, אקדים ואעמוד על מצבה של הילדה, שביני לביני כבר חצתה את גיל 18.

ד"ר אסתי גלילי-ויסטוב, המומחית מטעם בית המשפט בתחום הנפשי, בדקה את הילדה בהיותה בגיל 14, תוך שהיא נסמכת על דברי ההורים. מחוות דעתה ומתשובות ההבהרה עולה כי הילדה סובלת מפגור שכלי בינוני, היפראקטיביות, קשיי ריכוז וקשב, ותסמינים רבים המתאימים להפרעות התפתחות כוללנית מסוג PDD אשר מאפיינים אוטיזם. לילדה יכולת שינון טובה והיא יכולה לחזור על עמודים שלמים בספר שמקריאים לה, אך היא אינה יודעת קרוא וכתוב; יכולות השפה שלה מצומצמות והיא משתמשת במספר קטן של משפטים הקשורים לצרכים קונקרטיים; היא נהנית ממוסיקה וצופה בקלטות המתאימות לגיל הגן; אוכלת בעצמה ויכולה לקחת לעצמה אוכל, ואולי תוכל לרכוש בעצמה מוצרים בסיסיים במקום מוכר, אך אינה מסוגלת להכין אוכל; זקוקה לסיוע חלקי בהתלבשות (מתקשה לכפתר בגד) והוריה מסייעים לה בבחירת הבגדים, בנעילת נעליים וקשירת שרוכים; הולכת בעצמה לשירותים אך זקוקה לסיוע בניקוי עצמי ולעיתים יש "פספוסים", וגם בתקופת המחזור החודשי יש צורך לדאוג להיגיינה שלה; תהא מסוגלת להתנייד בתחבורה ציבורית במסלול קבוע עם נהג מוכר לאחר תרגול חוזר. הילדה חרדתית, חוששת מאנשים זרים ומשינוי בשגרה, וכאשר נמצאת במצוקה קשה עשויה להגיב באלימות; סף הכאב שלה גבוה מאוד ויש סכנה לפגיעה עקב היעדר "אינסטינקט" של פגיעה עצמית. הילדה תזדקק למסגרות מיוחדות מלאות כל חייה ואין סיכוי לשיקום לחיים עצמאיים, ובאופן מעשי, הגישה מבחינה טיפולית (חינוכית, התנהגותית ותרופתית) דומה לאוטיזם.

29. על רקע דברים אלה אבחן בקצרה את ראשי הנזק השונים, תוך יישומם על פי עקרונות הלכת המר כמתואר לעיל, ותוך הישענות-מה על ממצאיו ומסקנותיו של בית משפט קמא בפסק דינו. כך, איני רואה לקבל את טענת המערערים כי יש לחשב את הנזק על פי שהותה של הילדה במוסד, משנקבע כי טובתה של הילדה מצריכה כי

תמשיך לשהות בחיק משפחתה או לצד משפחתה. ממילא אני נדרש לטענות שהועלו על ידי עמותת "בזכות, המרכז לזכויות אדם של אנשים עם מוגבלויות", שביקשה להצטרף כצד לערעור כ"ידיד בית המשפט" כדי לשטוח את משנתה בנושא.

על מנת לקצר בדברים, ובמקום לעבור על כל פריט ופריט בראשי הנזק, אעמוד אך ורק על ראשי הנזק המרכזיים שבהם יש להוסיף או להפחית מהסכום שנפסק, אם בשל המרת הפיצוי לתביעת ההורים על פי הלכת המור, ואם משום שהסכום שנפסק חורג ומצריך התערבות. אקדים ואומר כי הסכום הכולל שנפסק הוא חריג בגובהו ונובע מפסיקת פיצוי-יתר במספר ראשי נזק, וממילא לא ראיתי להיעתר לערעור שכנגד הנסב על מיעוט הפיצוי. את האמור להלן יש לקרוא גם בהתחשב בכך שאין דרכה של ערכאת ערעור למצות את התערבותה ובהתחשב בכך שכמחצית הסכום כבר שולמה לידי ההורים.

אעמוד להלן על אותם ראשי נזק, תוך הפחתת הסכומים בערכי פסק דינו של בית משפט קמא. ברגיל רצוי לעגל את הסכומים לצורך נוחות החישוב והקריאה, ואין מקום להגיע לרמת השקל הבודד. לא כך עשיתי במקרה דנן, מאחר שהחישוב להלן נעשה בדרך של "מעקב" והתערבות בסכומים שנפסקו על פי הפסיקתא שהוגשה על ידי הצדדים.

מגורים: בית משפט קמא פסק סכום של 350,000 ₪ (= 400,000 ₪ בהיוון עד לשנת 2016), ואין מקום לכל הסכומים הנוספים שנפסקו עקב מעבר הדירה מרמת גן לתל אביב כאשר הילדה הייתה כבת שנה. זאת, מעבר לכך שסכומים אלה לא הוכחו כדבעי.

יש להפחית אפוא מפסק הדין הסך של 442,214 ₪ (336,956 ₪ הפרש דירות + 25,272 ₪ שכר דירה בתקופת הביניים + 57,618 ₪ הפרש תחזוקת דירות לעבר + 22,368 ₪ הפרש אחזקת דירה לעתיד).

במאמר מוסגר: ניתן לטעון כי מאחר שבהולדה בעוולה עסקינן, זכאים ההורים לפיצוי בגין מלוא ערך הדירה, שאם היילוד לא היה בא לעולם, לא היה צורך כלל ברכישת דירה. אולם הרציונל של הלכת המור הוא כי הפיצוי ניתן לא בגין הולדת היילוד כשלעצמה, אלא בגין ההוצאות העודפות הנובעות מהלקויות של היילוד.

עזרת צד ג' לעתיד: הסכום של 17,500 ₪ הוא על הצד הגבוה, בהתחשב בכך שהילדה עצמאית כמעט לחלוטין בפעולות היום-יום. אעמיד הסכום על 10,000 ₪ לחודש: $2,929,777 = 334.717 \times 0.8753 \times 10,000$ ₪.

יש להפחית אפוא מפסק הדין הסך של 2,197,667 ₪ בראש נזק זה.

בלאי ביגוד: נפסק סך של 30,000 ₪ לעבר וסך של 300,000 ₪ לעתיד, בעיקר בשל "פספוסים" בהטלת שתן מעת לעת. הסכום מוגזם על פניו, ואעמיד הפיצוי הכולל בגינו על סך של 30,000 ₪.

יש להפחית אפוא מפסק הדין הסך של 300,000 ₪ בראש נזק זה.

אבדן הנאות צבא: מאחר שהתביעה היא של ההורים, אין לפסוק בגין ראש הנזק של אבדן הנאות צבא, ויש להפחית אפוא מפסק הדין סך של 135,066 ₪ בגין ראש נזק זה.

כאב וסבל ואבדן הנאות חיים יילוד: מאחר שבתביעת ההורים עסקינן, יש להפחית את מלוא הסכום של 1,600,000 ₪ שנפסק בגין ראש נזק זה.

הפסדי השתכרות אב ואם: משנפסק פיצוי בגין עזרת צד ג' לעבר ולעתיד, אין מקום לפיצוי בגין הפסד השתכרות, שהוא ראש נזק שנפסק לזכות הנפגע.

יש להפחית אפוא מפסק הדין הסך של 395,990 ₪ בגין ראש נזק זה (הפסדי שכר אם – 295,990 ₪ + 100,000 ₪ הפסדי שכר אב).

כאב וסבל הורים ופגיעה באוטונומיה: במקום הסך של 400,000 ₪ שנפסק לכל הורה בגין כאב וסבל, יש להעמיד הפיצוי הכולל על 500,000 ₪ לכל הורה בגין כאב וסבל ופגיעה באוטונומיה.

יש להוסיף אפוא לפסק הדין סך של 200,000 ₪.

30. לסיכום, יש להפחית בערכי פסק הדין את הסך של 4,870,937 ₪, כך שהסכום הכולל שנפסק לזכות המשיבים יעמוד בפסיקתא על הסך של 8,368,424 ₪ (=

13,239,361 – 4,870,937), ומסכום זה יש לנכות קצבאות מל"ל ולהוסיף שכר טרחת עורך דין ומע"מ כאמור בפסיקתא.

ש ו פ ט

השופטת א' חיות:

אני מצטרפת למסקנתו של חברי השופט י' עמית לפיה יש לדחות את הערעור ככל שהוא נוגע לסוגיית אחריותם של המערערים בע"א 2124/12 לנזקי המשיבים (המערערים בע"א 5203/12), וכן מקובלת עלי מסקנתו כי יש לקבל באופן חלקי את טענות המערערים בע"א 2124/12, בכל הנוגע לגובה הנזק.

1. אכן, כפי שציין חברי בפסקה 14 לפסק-דינו "המקרה שבפנינו מדגים את הפער בין מקומה של הפרקטיקה הרפואית בסוגיית ההתרשלות בטיפול במסגרת עוולת הרשלנות או הפרת חובה חקוקה, לבין מקומה של הפרקטיקה הרפואית בסוגיית ההתרשלות במסגרת עוולות אלה." על החשיבות לקיים פער זה ולא לצמצמו עמד השופט א' ריבלין (כתוארו אז) בע"א 4960/04 סידי נ' קופת חולים של ההסתדרות הכללית, פ"ד ס(3) 590 (2005) (להלן: הלכת סידי), באומרו:

"יש לבדוק את הציפייה הסבירה של החולה הנדרש לקבל החלטה מושכלת עובר לביצוע הטיפול. בעת שבא בית המשפט להעריך את אותה ציפייה סבירה יש לדבר-הרופאים, אנשי המקצוע, חשיבות רבה, וגם ממשאביה המוגבלים של המערכת הרפואית, הנדרשת ליתן מענה לציבור חולים גדול, אין להתעלם. מטעם זה, בין היתר, נקבע כי "...אין לדרוש מן הרופאים שהיקף ההסברים שניתנים למטופל יהיה מוחלט ויכלול סיכונים רחוקים ובלתי משמעותיים. ניתן לצמצם היקף זה לגדרם של סיכונים ממשיים בלבד, שהינם מהותיים בנסיבות העניין" (ע"א 6948/02 אדנה נ' מדינת ישראל [7], בעמ' 546). אלא שכל השיקולים הללו צריכים להיות מובאים בחשבון ההכרעה בשאלת הציפייה הסבירה של החולה, ואין להמיר את המבחן הזה במבחן הפרקטיקה המקובלת." (הדגשה לא במקור) [הלכת סידי, בעמ' 602].

הלכה זו אומצה בפסקי דין מאוחרים יותר (ראו למשל: ע"א 9936/07 בן דוד נ' ענטבי, פסקה 6 (22.2.2011); ע"א 8693/08 הרמן נ' שטרנברג, פסקה 24 (24.3.2011); ע"א 2342/09 ג' נ' שירותי בריאות כללית, פסקה 6 (6.4.2011); ע"א 1303/09 קדוש

נ' בית החולים ביקור חולים, פסקאות 7-15 לפסק דינו של המשנה לנשיא א' ריבלין (5.3.2012) (להלן: עניין קדוש)), והיא שמה את כובד המשקל על צרכיו וצפיותיו של המטופל ומציבה סטנדרט גילוי גבוה בפני הרופא המטפל. זאת, מתוך הכרה בחשיבות זכותו של המטופל לאוטונומיה ולקבלת החלטות מושכלות לנוגעות לבריאותו ולחיי וכן מתוך הכרה כי רק בהינתן המידע הרפואי הרלוונטי יוכל המטופל לקבל החלטה מושכלת באשר לאפיק הטיפולי הנכון עבורו ולהגשים את זכותו לאוטונומיה (דנ"א 121/11 גרסטל נ' ד"ר דן, פסקה 8 (5.12.2011)). עם זאת, חשוב להדגיש כי אין מדובר בחובה שהינה מנותקת-הקשר המחייבת את הרופא לשטוח בפני המטופל כל פיסת מידע רפואי בתחום הרלוונטי, וכבר נפסק כי "חובת יידוע בהיקף בלתי מוגבל לא תיטיב גם עם המטופל, אשר ימצא עצמו נחשף למידע רב מכדי שיוכל להתמודד עמו, כך שהדבר למעשה יפגע ביכולתו להגיע להחלטה מושכלת" (ע"א 718/06 סתחי נ' מדינת ישראל, פסקה 13 (30.10.2007)). מטעם זה הדגיש השופט ריבלין (כתוארו אז) בפרשת סידי כי "היקף המידע הטעון גילוי נגזר, בין היתר, מתוחלת הסיכון הכרוך בטיפול (מכפלת הסתברותו ושיעורו) ומהסיכוי הצומח ממנו" (שם, בעמ' 601), ואף אני ציינתי שם כי:

"כאשר מדובר בבדיקות המבוצעות במהלך ההיריון והמיועדות לאתר מומים בעובר, מותר להניח כי קיימת אצל כל הורה ציפייה סבירה לקבל בעניין זה את מלוא האינפורמציה האפשרית מן הרופא כדי שיוכל לכלכל את צעדיו ולהחליט אילו בדיקות ברצונו לבצע מלבד הבדיקות שמעמידה לרשותו הרפואה הציבורית. זאת, תוך שקלול כל הנתונים הרלוונטיים לעניין, ובהם עלויות הבדיקה, הסיכון הכרוך בבדיקה ומידת ההסתברות להימצאות אותו הפגם בעובר הספציפי." (שם) [ההדגשה לא במקור].

2. במקרה דנן קיבל אמנם בית המשפט קמא את עמדת המערערים כי במועד הרלוונטי (שנת 1994) לא הייתה הנחיה לבצע בדיקת סקר לאיתור תסמונת ה-x השביר וכמו כן לא הייתה אז פרקטיקה מקובלת או המלצה להפנות נשים לפני הריון או בזמן הריון בסיכון נמוך לביצוע בדיקה לנשאות תסמונת ה-x השביר. למרות זאת קבע בית המשפט קמא בהסתמכו על הלכת סידי, ובדין קבע, כי היה זה מחובתו של ד"ר זר ליידע את ההורים אודות האפשרות לבצע את הבדיקה באופן פרטי, שכן באותה עת כבר בוצעו בדיקות אלה בהצלחה. בית המשפט המחוזי הדגיש בהקשר זה, בין היתר, את העובדה כי מדובר בבדיקה פשוטה וזולה שהייתה מגלה את הנשאות לתסמונת ה-x השביר וכן קבע כי אילו נעשתה הבדיקה ניתן היה לגלות שהילדה סובלת מתסמונת זו

וכי צפייתם הסבירה של ההורים, כמי שבחרו בד"ר זר לצורך מעקב ההריון, הייתה לגילוי נרחב של אפשרויות הבדיקה, לרבות בדיקות לאיתור מומים גנטיים ואחרים בעובר והם אף הוכיחו זאת בהתנהלותם שכן ביצעו במימון פרטי את כל הבדיקות האחרות שעליהם המליץ ד"ר זר ומילאו אחר כל ההנחיות וההוראות שלו.

אשר על כן, אני מצטרפת כאמור למסקנותיו של חברי השופט י' עמית ולתוצאה שאותה הציע לפיה יש לדחות את הערעור בע"א 5203/12 וכן את הערעור בע"א 2124/12, ככל שהוא נוגע לסוגיית האחריות ולקבלו בחלקו, ככל שהוא נוגע לסוגיית הנזק.

ש ו פ ט ת

השופט ע' פוגלמן:

אני מסכים לחוות דעתו של חברי השופט י' עמית ומצטרף להערוותיה של חברתי השופטת א' חיות.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט י' עמית.

ניתן היום, ו' בחשון התשע"ה (30.10.2014).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט ת