



בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 2959/22

ע"א 3229/22

לפני :
כבוד השופט י' עמית
כבוד השופט ע' גרוסקופף
כבוד השופט ח' כבוב

המערערות בע"א 2959/22
והמשיבות בע"א 3229/22 :
1. פלונית
2. פלונית

נ ג ד

המשיבה בע"א 2959/22
והמערערת בע"א 3229/22 :
הסתדרות מדיצינית הדסה

המשיבה בע"א 2959/22
ובע"א 3229/22 :
מאוחדת שירותי בריאות

ערעורים על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בירושלים
בת"א 23276-11-15 מיום 7.3.2022 שניתן על ידי כב'
השופט אלכסנדר רוך

תאריך הישיבה :
ו' בניסן התשפ"ג (28.3.2023)

בשם המערערות בע"א
2959/22 והמשיבות בע"א
3229/22 :
עו"ד עידו שטובר ; עו"ד יוסי טולדאני

בשם המשיבה בע"א 2959/22
והמערערת בע"א 3229/22 :
עו"ד עוזיאל יעקב

פסק-דין

השופט י' עמית:

במוקד הערעור שלפנינו, טענה לרשלנות בהליך ייעוץ גנטי שקדם ללידתה של
המערערת 2 בע"א 2959/22 והמשיבה 2 בע"א 3229/22 (להלן: המערערת), שאובחנה
כלוקה בתסמונת נזירודגנרטיבית נדירה וסובלת מנכויות קשות.

1. המערערת היא בתה של המערערת 1 בע"א 2959/22 והמשיבה 1 בע"א 3229/22 (להלן: האם). קודם ללידתה של המערערת נולדו לאם ארבעה ילדים כמפורט להלן:

(-) בשנת 1989 נולד א', בנה של האם מנישואיה הראשונים. למרבה הצער, במהלך השנה הראשונה לחייו א' החל לסבול מתסמינים נוירולוגיים ואובחן כסובל משיתוק מוחין. אין מחלוקת שמסמכים מתקופת לידתו של א' ובשנים שלאחר מכן משקפים הנחה שא' נפגע בזמן לידתו ממצוקת עובר, ולכך עוד נשוב בהמשך.

(-) בשנת 1996 נולדה לאם ולבעלה השני בת בריאה.

(-) בשנת 1999 נולד לבני הזוג הבן נ'. לדאבון הלב, גם הבן נ' אובחן כסובל משיתוק מוחין, אך זאת על רקע הידבקות בוורוס CMV במהלך ההיריון.

(-) בשנת 2001 נולדה לבני הזוג בת נוספת, בריאה.

2. על רקע האמור לעיל, ביום 29.4.2002 פנתה האם למחלקה לייעוץ גנטי אצל המערערת בע"א 3229/22 והמשיבה 1 בע"א 2959/22 (להלן: המשיבה או הדסה) בבקשה לייעוץ גנטי. במאי 2002 פנתה האם לקופת חולים מאוחדת (המשיבה הפורמלית בשני הערעורים, ולהלן: קופת החולים) בנושא הייעוץ, וביום 21.5.2002 הגיעו האם והילדים א' ונ' לפגישת ייעוץ במרפאה הגנטית עם רופאה גנטיקאית, פרופ' מיינר (להלן גם: הרופאה). ביום 1.8.2002 פרופ' מיינר שלחה למשפחה מכתב, ובשל חשיבותו לענייננו אצטט את תוכנו כמעט במלואו:

"[...] פניתם למרפאתנו עם ילדיכם [...] בשל פגיעה התפתחותית הקיימת אצל כל אחד מהם. בקשתם לנסות ולברר האם קיים גורם גנטי המסביר את פגיעותיהם ולאור זאת מהו הסכון לבעיה גם בהריונות עתידיים שלכם. כחלק מניסיון לענות על שאלות אלו בקשתי מסמכים רפואיים המתייחסים לברור ולמעקב שבוצע לשני הילדים, ובוצעה בדיקת כרומוזומים לשניהם. בדיקת הכרומוזומים הייתה תקינה, וברצוני לנצל מכתב זה כדי לסכם את שאוכל בשלב זה על סמך הנתונים הרפואיים שהגיעו לידי."

[א'] נולד לאחר הריון תקין בלידה שע"פ המדווח הסתמנה במצוקת עובר עם אפגר 7 בדקה ראשונה ובהמשך 9. בבדיקתו עדות לספסטיות ניכרת עם קושי בדבור ודיסארתריה. לא ברור לי ע"פ הדוחות הנמצאים בידי האם בוצעה בדיקת עיניים ל[א'] והאם בוצעו בדיקות הדמיה מוחית.

לעומתו [נ'] נולד לאחר הריון שבמהלכו הייתה [האם] חולה בזיהום וירלי CMV ובלידתו של [נ'] עדות לכך כי הוא נדבק עם סימנים התומכים בזהום מולד ב-CMV אצל [נ'].

בנסיון לאבחן את הגורמים לבעיה כלשהי ביילוד אחת השיטות לאבחנה היא כזו שמפרידה בין גורם שהוא גנטי, היינו נובע מפגיעה בגנים המצויים בתאי העובר לבין גורם שהוא סביבתי כלומר שתלוי בסביבה המקיפה את העובר. הסביבה הזו יכולה להיות קשורה לסביבה הרחמית (בעיה באספקת דם), האמהית (זיהום בזמן ההריון) או לסביבה המיילדותית (מצוקה בזמן הלידה). מצבים אלה אינם קשורים לנתונים 'גנטיים' היינו הסיכון להשנותם הוא נמוך ביותר. לעומת זאת גורמים גנטיים הינם גורמים הקשורים למבנה ותפקוד לא תקין של גן המצוי בעובר והם יכולים להיות תורשתיים עם סכון הישנות בהריונות נוספים של בני הזוג.

במכתבי אתיחס לאפשרויות השונות והן:

1. כי בכל אחד מההריונות מדובר בגורם סביבתי שונה אשר הביא להופעת הבעיות אצל [נ'] ואצל [א'].
2. כי למרות שקיים גורם סביבתי המוכח אצל [נ'] הרי שקיים גם גורם גנטי האחראי לבעיות ההתפתחות של שני הילדים.

לגבי האפשרות מס' 1 שהרי שבהחלט הנתונים לגבי [נ'] מוכיחים כי בלידתו הוא ביטא סימנים של זיהום מולד בוירוס CMV. זאת ע"פ בדיקות גופניות, הדמיות ומעבדתיות. הנתונים אצל [א'] מובהקים פחות. לא ברור בדיוק מהו המהלך שהביא להתפתחות הפרעה נוירולוגית מוטורית כה קשה. חשוב כי תבוצע בדיקת עיניים והדמיה מוחית אצל [א'].

ולגבי אפשרות מס' 2 הרי שבכל זאת לא ניתן שלא להביא בחשבון אפשרות כי הגורמים הסביבתיים (זיהום ב-CMV אצל [נ'], ומצוקת עובר אצל [א']) התווספו למרכיב גנטי בעל משמעות בהתפתחות הבעיה שאצל שני הילדים.

בדיקת הכרומוזומים שנערכה ל[נ'] ול[א'] היתה תקינה ואולם ידוע כי קיימים גנים שונים היכולים לגרום להסתמנות נוירולוגית כדוגמת זו הנמצאת אצל [א'] ו[נ']. אין כיום עדיין אפשרות לבדוק את תקינותם במסגרת מעבדתית ואולם קיימים מחקרים שונים אשר יביאו בעתיד לאפשרות בדיקות אבחנתיות יעילות יותר.

כדי להתקדם מחקרית בכיוונים אלה, במידה והנכם מעוניינים, תוכלו ליצור עימי קשר [...]

בסך הכל לאחר שאנו מביאים בחשבון את כל הנתונים הללו ניתן להעריך כי הסכון לבן נוסף עם פגיעה נוירולוגית נאמד בעד 15%.

אני לרשות[נ]ם בכל שאלה נוספת שתתעורר (הדגשות הוספו – י"ע).

אין מחלוקת כי בדיקת ההדמיה המוחית הנזכרת במכתב לא בוצעה לא, והלכה למעשה הליך הייעוץ בא לסיומו בשליחתו של מכתב זה.

3. למעלה משנתיים וחצי לאחר דברים אלה, נכנסה האם להיריון נוסף, וביום 5.9.2005 נולדה המערערת. לדאבון הלב, נתגלה כי גם המערערת סובלת מתסמינים שונים, ולבסוף אובחנה כלוקה בתסמונת נוירודגנרטיבית קשה ונדירה בשם H-ABC הנגרמת על רקע גנטי. בדיעבד התברר שגם א' סבל מאותה תסמונת נדירה. אציין כבר בשלב זה כי התסמונת זוהתה והוגדרה לראשונה בשנים הרלוונטיות לדיוננו: המאמר הראשון בעניינה פורסם בסוף שנת 2002, ואילו הבסיס המולקולרי שלה זוהה מאוחר יותר, רק בשנת 2013.

כפי שניתן להיווכח, הגורל לא שפר על משפחתן של המערערות. א' נפטר כשהוא בן 19 שנים בלבד. בשנת 2017 נפטר נ' גם הוא, כשהוא בן 18 שנים בלבד. המערערת סובלת מלקויות קשות, ונכותה המשוקללת עומדת על 95% (80% נכות מוטורית קשה ו-75% נכות קוגניטיבית בגין פיגור שכלי).

4. התביעה דנן הוגשה ביום 10.11.2015 ובבסיסה כאמור טענה לרשלנות בייעוץ הגנטי שלאחריו נולדה המערערת. במוקד הדיון עמד מכתבה של פרופ' מיינר והתנהלות הצדדים בקשר למכתב זה. התביעה הוגשה במקור הן כנגד הדסה הן כנגד קופת חולים מאוחדת שבה התנהל מעקב ההיריון של המערערת, אך ההליך בעניינה של קופת החולים הסתיים בפשרה שקיבלה תוקף של פסק דין ביום 31.3.2020 (להלן: הסכם הפשרה).

5. בית המשפט המחוזי (השופט א' דון) קיבל את טענות המערערות לרשלנות בייעוץ הגנטי וקבע את אחריותה של הדסה לנזקי המערערת. בתוך כך, נדחתה טענה להתיישנות התביעה, ונקבע כי "קצה החוט" ממנו מתחיל מרוץ ההתיישנות הוא מועד אבחון של א' כלוקה בתסמונת.

בית המשפט קבע כי נכון למועד שליחת המכתב ובשים לב לנתונים שהיו בידי פרופ' מיינר באותה עת, לא נפל רבב בשיקול דעתה המקצועי והוא אינו חורג ממתחם הסבירות. זאת, בהתחשב בכך שהובא לידיעתה של פרופ' מיינר כי רופאים מומחים אבחנו את בעיותיו של א' ככאלו שמקורן במצוקת עובר; לא היה בפניה ממצא מהדמיה מוחית של א' (שכן הדמיה זו כלל לא בוצעה); מקור מחלתו של נ' הוא בזיהום שלא רלוונטי לדיון הגנטי; לשני הילדים אבות שונים; ובוצעו בדיקות גנטיות בסיסיות שתוצאותיהן שללו קיומו של סיכון, ובמכתב צוינו הבדיקות שהיה נדרש לעשות גם לשיטתו של מומחה התביעה.

6. למרות זאת, בית המשפט מצא כי בהתנהלותה של הרופאה בקשר למכתב היתה גלומה "מידה של בעייתיות", וזאת בהתבסס על משקלם המצטבר של שני כשלים: האחד, מכתבה של פרופ' מיינר יצר מצג של חוות דעת סופית ומסכמת, על אף שלעמדתה של פרופ' מיינר היה נדרש לבצע בדיקות נוספות; והשני, המכתב או העתקו לא נשלח לרופא המטפל באם בקהילה או בכל מסגרת אחרת, ולא הובהר במפורש בנוסח המכתב שפרופ' מיינר ביקשה לשלוח אותו לרופא המטפל או עשתה מאמץ לברר את זהותו, והדבר לא עלה בידה (סעיף 8(ז) לפסק הדין).

בית המשפט ציין כי משהוחלט על הוצאת המכתב באותה נקודת זמן, ראוי היה שכותרתו תשקף שאין מדובר בחוות דעת סופית ושהיא כפופה להשלמת הבדיקות המפורטות בו, וראוי היה להדגיש את הבדיקות הנחוצות ואת חיוניותן באופן נפרד. בית המשפט הפנה, בין היתר, לע"א 1355/11 הסתדרות מדיצינית הדסה נ' קופת חולים מאוחדת (9.2.2015) (להלן: ע"א 1355/11) בציינו את חובת הרופא להסביר למטופל את מצבו הרפואי ואת אפשרויות הטיפול בו, כמו גם את חובתו לוודא כי הסבריו הובנו כראוי. עוד ציין בית המשפט כי רבים מהפונים לגורמי הרפואה נעדרי השכלה או נמצאים במצוקה, ושיקולי מדיניות מחייבים התנהלות מוקפדת שתצמצם ככל הניתן "כשלי התנהלות". כן נקבע כי יש קשר סיבתי בין התנהלות המשיבה לבין כניסתה של האם להיריון בעקבותיו נולדה המערערת.

7. בית המשפט הוסיף וקבע כי אין מנוס מלייחס לאם אשם תורם משמעותי בשיעור 40%, מ"ש מטמנה האם את ידה בצלחת", התעלמה מהמכתב ולא ביצעה לא' את בדיקת הדמיית המוח במשך שלוש שנים עד להריונה עם המערערת. זאת, מכיוון שלגרסתה של האם עצמה, מכתבה של פרופ' מיינר "הונח הוא לאחר כבוד בירכתי ביתה, ולמעשה, בפאתי חיי האם ותודעתה". בית המשפט ציין כי לטענת האם, בפגישה שנייה שקיימה עם פרופ' מיינר, היא הבינה מדבריה שהבדיקות תקינות ואין כל בעיה, ולכן הרשתה לעצמה לעבור ברפרוף על המכתב. חרף הבנת מצבה המורכב של האם, נקבע כי אין סיבה לחשוב שהרופאה הטעתה את האם לחשוב כי הכל כשורה בטרם התקבלו תוצאות ההדמייה, וסביר להניח כי האם שמעה את שרצתה לשמוע, וככל שכך זכרה את הדברים שנאמרו, סביר שזכרה שלא במדויק. נקבע כי אילו קראה האם את המכתב, הייתה נדרשת לכל הפחות למשמעותם של 15% סיכון הנזכרים בו, והיה עליה לפנות לפרופ' מיינר או לרופא המשפחה לקבלת הסבר מינימלי.

8. בית המשפט קיבל את הנחת התביעה כי אילו היתה מתבצעת לא' הדמיה מוחית, סביר להניח כי ממצאיה היו משנים באופן יסודי את חוות דעתה של פרופ' מיינר, דהיינו הסיכון היה מתברר ולידת המערערת הייתה נמנעת. נקבע כי יש אחיזה רבה לטענת ההגנה כי יחסה של האם לבדיקות ולמעקבים בהריונותיה השונים לקה בחסר ואף מעבר לכך, וכי יחס זה מתיישב עם המסקנה לחוסר אחריות מוחלט של האם בהתנהלותה ולרשלנות תורמת ניכרת. עם זאת, נקבע כי אין לבסס על התנהלותה מסקנות נוספות מכיוון שלא על מעקב ההיריון נסב ההליך. עוד נקבע כי ניתן לטעון שלו ידעו ההורים על קיומו של סיכון, לא היה נוצר ההיריון, אך משנוצר ההיריון, לא ניתן כלאחר יד להגיע למסקנה שמצופה מהאם לוותר על הריונה זה.

לבסוף, נדחתה טענת המערערת כי היה על פרופ' מיינר לכלול בחוות דעתה המלצות להיריון עתידי, ונקבע כי תכלית ביקורה של האם אצל פרופ' מיינר היתה להעריך סיכונים אפשריים בשאלה אם להיכנס להיריון נוסף, ולא בבדיקות שיהיה עליה לעשות אם ייווצר היריון. מכל מקום, לפי קביעת בית המשפט, אין בטענה כדי לשנות דבר שכן לצורך כל המלצה עניינית היה על האם לעיין במכתב ולבצע את הבדיקות הנזכרות בו.

9. במישור הנזק, בית המשפט העמיד את תוחלת החיים של המערערת על 30 שנה בהסתמך על עמדת המשיבה ובהתחשב בפטירתו של א' בגיל 19. אובדן כושר ההשתכרות של המערערת חושב לפי השכר הממוצע במשק, מגיל 20 ועד לתוחלת החיים שקבע, לפי 95% אחוזי נכות ובהיוון כפול. נפסק הסך של 941,664 ₪ בגין הפסדי שכר; 101,880

נח בגין אובדן זכויות סוציאליות; 3,226,390 ₪ בגין עזרת הזולת לעבר ולעתיד (לפי חישוב של 3,000 ₪ לחודש מגיל שנתיים עד 5, 8,000 ₪ לחודש מגיל 5 עד גיל 20, ו-16,500 ₪ מגיל 20 עד 30); 150,000 ₪ בגין הוצאות נידות, אביזרים רפואיים ודיוור לעבר ולעתיד; ו-700,000 ₪ בגין כאב וסבל וקיצור תוחלת חיים (פיצוי לא ממוני).

סך הנזק שנפסק הסתכם ב-5,119,934 ₪, ולאחר הפחתת אשם תורם בשיעור 40% – 3,071,960 ₪. בפסק הדין נקבע כי מסכום זה ינוכה סך הפיצוי שהתקבל מקופת החולים בהסכם הפשרה וכן ינוכו תגמולי המל"ל. בית המשפט ציין כי לא נעלמה מעיניו השאלה אם יש לנכות את תגמולי המל"ל רק מנזקי המשיבה, בהינתן הסכם הפשרה שהתגבש עם קופת החולים, אך בהעדר טענות וראיות לסתור לא פסק בנושא. בית המשפט הורה על הגשת חוות דעת אקטוארית עדכנית בנוגע לניכויי המל"ל שתתחשב בתוחלת החיים שנפסקה, וקבע כי לסכום שיפסק לאחר הניכויים יצורף שכ"ט בשיעור של 23.4% והחזר הוצאות נלוות בסך 25,000 ₪.

10. לאחר מתן פסק הדין הגישו המערערות בקשה "למתן הוראות ו/או השלמת פסק הדין", במסגרתה עדכנו כי לפי חוות הדעת האקטוארית שהוגשה, סך קצבאות המל"ל שהתקבלו ויתקבלו עומד על 2,658,540 ₪, כך שהתביעה "נבלעת" בתגמולים. המערערות טענו, בין היתר, כי פסק הדין שאישר את הסכם הפשרה בין המערערות לקופת החולים שקלל ניכוי רעיוני של קצבאות המל"ל, כך שניכוי רעיוני נוסף של מלוא הקצבאות מהווה ניכוי כפול ואינו בר ניכוי; כי המשיבה לא טענה בסיכומיה לניכוי סכום הפשרה, והסוגיה נדונה בפסק הדין מבלי שניתנה לצדדים האפשרות להתייחס אליה; וכי לנוכח סעיף 330(ג) לחוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], התשנ"ה-1995 (להלן: חוק הביטוח הלאומי), המערערת זכאית לקבל 25% מסך הפיצוי, וזאת למרות "בליעת" התביעה ולמרות שלילת אפשרות המל"ל להגיש תביעת שיכוב נגד מוסד רפואי (סעיף 328(ג)(2) לחוק הביטוח הלאומי).

בית המשפט דחה את הבקשה על הסף, וקבע בעיקרו של דבר שדין הטענות להתברר במסגרת הגשת ערעור. בהמשך, התבקשה והתקבלה פסיקתא על בסיס חוות הדעת האקטוארית שהוגשה, ולפיה, לנוכח תגמולי המל"ל, לא נותר תשלום פיצוי כלשהו למערערות, ועל המשיבה לשלם למערערות הוצאות בסך 25,000 ₪ בלבד.

על רקע זה הוגשו הערעורים שלפנינו.

11. ע"א 3229/22 – ערעור הדסה: ערעורה של הדסה נסב על מספר מישורים. ראשית טענה הדסה להתיישנות התביעה, ולשיטתה, כבר ביום 27.9.2008 אובחנה המערערת כסובלת מבעיית התפתחות נוירולוגית עם חשד לרקע גנטי, ובמועד זה היה "קצה חוט" ממנו יש למנות את תקופת ההתיישנות. על כן, לשיטתה של הדסה, התביעה התיישנה כבר ביום 28.9.2015 וקביעתו של בית משפט קמא כי מרוץ ההתיישנות חל ביום שבו אובחן א' כסובל מהתסמונת מנוגדת להלכה הפסוקה.

במישור האחריות, נטען כי פסק הדין מבוסס על שינוי חזית בגרסת המערערות וכי קביעות בית המשפט באשר לרשלנותה של פרופ' מיינר כלל לא נטענו בכתב התביעה. מכל מקום, נטען כי בית המשפט הרחיק לכת בקביעתו כי רופא ימצא רשלן בגלל מבנה צורני של מכתב ייעוץ, כשכל המידע הנחוץ נכלל בו ומתוכנו עלה בבירור שמדובר בסיכום ביניים; וכי משפנתה האם לייעוץ גנטי מיוזמתה וביקשה לשלוח אליה את מכתב הסיכום, לא קמה למשיבה חובה לאתר את זהות הרופא המפנה. בנוסף נטען, כי ממכלול הנסיבות ומהמידע הרפואי שהיה ידוע על התסמונת באותה עת, עולה כי אין קשר סיבתי בין התרשלותה של פרופ' מיינר כפי שנקבעה לבין החלטתה של האם להיכנס להיריון. לחלופין, נטען כי בהתנהלותה-שלה התרשלה האם באופן שניתק כל קשר סיבתי בין ההתרשלות הדסה לבין לידת המערערת.

הדסה טענה כי היה על בית המשפט לקבוע את אחריותה היחסית שלה ושל קופת החולים ולהפחית את חלקה היחסי של קופת החולים מסך הנזק, ולא להפחית את טכום הפיצוי ששילמה קופת החולים על פי הסכם הפשרה. נטען כי על פי כתב התביעה וחוות הדעת שצורפה אליו, המהווים הודאת בעל דין – מרב האחריות מוטלת על קופת החולים כמי שביצעה את מעקב ההיריון. עוד טענה הדסה כי נפסק פיצוי גבוה יתר על המידה בכל הנוגע לעזרת צד ג' מגיל 20 ואילך.

12. ע"א 2959/22 – ערעור המערערות: המערערות השיגו על החלטת בית המשפט לייחס לאם רשלנות תורמת ולחלופין על שיעור האשם התורם שנקבע. עוד לשיטתן, היה מקום לקבוע כי פרופ' מיינר התרשלה גם בכך שלא המליצה על ביצוע הדמיה מוחית ולמצער סקירה מכוונת מוח בכלל היריון עתידי, מה שלטענתן היה יכול לגלות את מחלתה של המערערת בשלב ההיריון. בתגובה לערעור הדסה טענו המערערות, בין היתר, כי מכיוון שהתביעה "נבלעה" והלכה למעשה הדסה לא נדרשה לשאת בתשלום פיצוי, לא קמה לה זכות ערעור על פסק הדין.

במישור הנזק, המערערת טענה כי שגה בית המשפט בהעמידו את תוחלת החיים של המערערת על 30 שנה, ולמצער, לנוכח המחלוקת בין המומחים, היה מקום למנות מומחה מטעם בית המשפט או לפסוק את הפיצוי בדרך של תשלום עיתי; כי יש לראות בסכום הפיצוי שהתקבל בהליך הפשרה מול קופת החולים כ"חיוב חוזי הסכמי" שאין לנכותו מהפיצוי שבו חייבת המשיבה; כי היה מקום לנכות רק מחצית מתגמולי המל"ל ולייחס חלק מהתגמולים לתגמולים המשולמים מכוח אחריותה של קופת החולים; וכי יש לחייב את המשיבה בתשלום 25% מהפיצוי, לנוכח הוראת סעיף 330 לחוק הביטוח הלאומי, כשלעניין זה, התשלום ששולם לפי הסכם הפשרה שולם מכוח הסכם חוזי ואינו בגדר תשלום של מעוולת. המערערת הוסיפו והלינו על מיעוט הסכום שנפסק בראשי הנזק של כאב וסבל, עזרת צד ג' והוצאות, ועל אי פסיקת פיצוי בגין פגיעה באוטונומיה.

דיון והכרעה

13. אקדים ואומר כי נסיבותיהן של המערערת ובני משפחתן קשות ומכמירות לב. האם איבדה שניים מילדיה שבחיייהם הקצרים סבלו מלקויות קשות, ובתה המערערת סובלת גם היא עקב מחלתה מנכות גבוהה מאוד. לא בכדי, בדיון שהתקיים לפנינו ביקשנו להביא לסיום ההליך בדרך של פשרה, אולם הדבר לא הסתייע. לאחר כל אלה, ולאחר בחינת טענות הצדדים וראיותיהם – הגעתי לכלל מסקנה כי יש לדחות את ערעורן של המערערת, בעוד שערעורה של הדסה דינו להתקבל. אסביר להלן את טעמי.

טענות מקדמיות

14. ראשית כל, אסיר מעל דרכנו מספר טענות מקדמיות שהועלו על ידי הצדדים.

15. "בליעת" התביעה וזכות ערעור להדסה: כאמור, לטענת המערערת, מאחר שבסופו של יום התביעה "נבלעה" והמשיבה לא נדרשת בתשלום פיצוי, אין לאחרונה זכות לערער על פסק הדין.

ככלל, בעל דין שאינו מבקש לשנות את התוצאה האופרטיבית של פסק הדין, רשאי להעלות במסגרת תשובתו לערעור את טענותיו והשגותיו כנגד מסקנות וממצאים שנפסקו לחובתו, מבלי להגיש הודעת ערעור (בש"א 4691/91 מדינת ישראל נ' אוחן, פ"ד מה(5) 695, 699 (1991)). במקרה דנן, הדברים ממילא נדונו לגופם הן בערעורים והן בדיון שלפנינו, ומכל מקום, משחויבה המשיבה בהוצאות המערערת בסך 25,000 ₪

(בנוסף לשכ"ט שנפסק כאחוז מהפיצוי), הרי שגם עומדת לה זכות ערעור על ההוצאות שנפסקו לחובתה, כך שאיני רואה נפקות אופרטיבית לטענת המערערת בנושא זה.

הערה במאמר מוסגר: בבוא בית המשפט לשום את הנזק בתביעות נזקי גוף, טוב יעשה השופט אם יכתוב תחילה את הנתונים הצריכים לעניין (גיל הנפגע, יום התאונה, מספר השנים עד לפרישה מהעבודה ומקדם ההיוון, מספר השנים עד לתוחלת חיים ומקדם ההיוון, הזמן שחלף ממועד התאונה ועד מתן פסק הדין וכיו"ב). בתום הדיון בנזק, יש לסכם את הסכומים השונים שנפסקו בראשי הנזק על מנת לבחון את הפיצוי הכולל שנפסק, ומסכום זה להפחית את ניכויי המל"ל. זאת, באשר לשני הצדדים חשובה במיוחד "השורה התחתונה", וגם בית המשפט אמור לדעת מה הסכום שבסופו של יום יגיע לידי הנפגע. אכן, לעיתים חוות הדעת האקטואריות אינן מעודכנות ליום מתן פסק הדין, אך במקרה כאמור, יכול בית המשפט לציין כי הניכוי ייערך על פי חוות דעת אקטוארית מעודכנת, תוך שהוא מציין כי בשלב זה, אלה הם הסכומים השונים לצורך הניכוי.

16. התיישנות: לנוכח המסקנה אליה הגעתי, אין נפקות של ממש לטענת הדסה כי התביעה התיישנה, ואולם על מנת שהדיון לא ימצא חסר אתיחס גם לסוגיה זו.

כזכור, המערערת נולדה ביום 5.9.2005, וכתב התביעה הוגש על ידי המערערת ואמה למעלה מ-10 שנים לאחר מכן, ביום 10.11.2015. המערערת טענה הלכה למעשה להארכת תקופת ההתיישנות לפי כלל הגילוי המאוחר (סעיף 8 לחוק ההתיישנות, התשי"ח-1958) והשאלה העומדת במרכז הדיון היא מתי נודעו למערערת העובדות המהוות את עילת התובענה.

הדסה תוקפת בערעורה את קביעתו של בית משפט קמא כי יש למנות את מרוץ ההתיישנות ממועד אבחון של א' במחלה, שאז התחוויר הכשל הגנטי (בפסק הדין לא צוין מפורשות מועד האבחון אך מטענות הצדדים עולה כי מדובר בשנת 2014). הדסה סבורה כי את תקופת ההתיישנות יש למנות החל מיום 27.9.2008, אז היה ברור מעל כל ספק כי המערערת סבלה מאיחור התפתחותי ממחלה נוירולוגית עם חשד לרקע גנטי, והחל בירור אצל נוירולוגים, לרבות הפניה לבדיקות גנטיות ו-MRI מוח. נטען כי מבחינה אובייקטיבית, במועד זה התגבש "קצה החוט" ממנו ניתן להבין שקיימת עילת תביעה בגין הייעוץ הגנטי; היה על האם לבצע את הבדיקות אליהן הופנתה המערערת מיד בסמוך למועד ההפניה, בדגש על בדיקת MRI; ומשלא ניתן הסבר לשיהוי בביצוע

הבדיקות, יש לקבוע כי התביעה התיישנה ביום 28.9.2015, בעוד שהתביעה הוגשה ביום 10.11.2015, כחודש וחצי לאחר תום תקופת ההתיישנות.

17. דומה כי יש ממש בטענת המשיבה כי לא היה מקום להתחיל את מירון תקופת ההתיישנות מיום האבחון הסופי של מחלתו של א'. למרות זאת, ספק אם היה מקום לדחות את התביעה מחמת התיישנותה, הגם שמדובר במקרה גבולי.

אכן, ממכתב שחרור מחדר מיון ילדים בבית החולים הדסה עין כרם מיום 27.9.2008, עולה כי שני נוירולוגים שבדקו את המעוררת (לאחד מהם הגיעה המעוררת יום אחד בלבד עובר לקבלתה בחדר המיון), התרשמו כי הגורם למצבה הוא מטבולי-גנטי, והיא הופנתה לבדיקות דם לבירור גורם מטבולי, בדיקות גנטיות, EEG ו-MRI. אולם, המעוררות טענו כי ביצעו את הבדיקות אליהן הופנו, אך תוצאותיו התקינות של הבירור הגנטי שנעשה בשלהי 2008 פרמו כל קצה חוט שיכול היה להתגבש. המעוררות הפנו למסמך מיום 16.3.2009 ממרפאת הנוירולוגיה של הילד בבית החולים הדסה, שבו צוין כי בירור גנטי ומטבולי שנעשה וגם בדיקת EEG, נמצאו תקינים אך יש להשלים את הבירור הגנטי שבו התחילו והומלץ על ביצוע MRI. הנה כי כן, המעוררות לא קפאו על השמרים והחלו בביצוע הבדיקות אליהן הופנו, כשתוצאות חלקן נמצאו תקינות, ומשכך, קשה להגיע למסקנה כי התביעה התיישנה במועד הגשתה, 7 שנים וחודש וחצי בלבד לאחר המכתב מיום 27.9.2008.

18. למען בהירות הדיון אבהיר, כי הדיון בסוגיית ההתיישנות מתייחס לתביעת ההורים בעילה של "הולדה בעוולה", ובכל מקרה לא עומדת למעוררת תביעת היילוד בעילה של "חיים בעוולה". זאת מכיוון שלשיתתם של שני הצדדים, תביעת ההורים התיישנה לאחר יום 28.8.2015, הוא המועד הקובע להגדרת קבוצת ההורים שבהם עסקה הלכת מכבי (רע"א 4288/15 מכבי שירותי בריאות נ' פלוני (28.8.2016)). לסקירת הוראות המעבר הנוגעות לביטול עילת היילוד, ראו ע"א 7903/16 פלוני נ' מכוני אבחון בשפלה בע"מ, פסקאות 4-6 (2.4.2017); רע"א 398/18 מדינת ישראל משרד הבריאות נ' פלוני (15.3.2018)). מכאן שהלכת מכבי לא חלה בנסיבותיהן של המעוררות כפי שטענו בפני בית משפט קמא, ולמעשה עניינן לא נכנס לגדרה של אף אחת מהקבוצות עליהן חלות הוראות המעבר להארכת התקופה להגשת תביעת היילוד.

19. וכעת, לאחר שסילקנו טענות של סף, אפנה לעיקרם של דברים ולבחינת אחריותה של הדסה לנזקי המערערת.

בית משפט קמא עמד על כך שבהתחשב בנתונים שהובאו בפניה, לא נפל רבב בשיקול דעתה המקצועי של פרופ' מיינר, קרי בממצאיה ובמסקנותיה הנזכרים במכתב. עם זאת, נקבע כי פרופ' מיינר התרשלה בכך שלא שיקפה במכתב שחוות הדעת אינה סופית, והיא כפופה להשלמת הבדיקות שפורטו בו, בפרט בדיקת MRI לא; הבדיקות הנחוצות וחיוניות לא הודגשו באופן נפרד, וניתן היה לשלוח תזכורת לאם ולהאיץ בה לבצע את הבדיקות שנדרשו; והמכתב לא נשלח לרופא מטפל בקהילה או במסגרת אחרת, ולא הובהר בו כי פרופ' מיינר ביקשה לשלחו לרופא המטפל או עשתה מאמץ לברר את זהותו, אך הדבר לא צלח.

20. קביעותיו של בית משפט קמא בנוגע להתרשלות המשיבה מתייחסות לאופן העברת המידע אל האם-המטופלת, המהווה אחד מהרבדים לבחינת הסכמה מדעת של מטופל בכל הנוגע לטיפול רפואי (עדי ניב-יגודה "עקרון ההדדיות במפגש הרפואי – בין חובת הגילוי (מטפל) לאחריות המטופל ו'חובת היידוע" עלי משפט יג 183, 193 (2016)). חובת הרופא להסביר למטופל את מצבו הרפואי ולוודא כי הסבריו הובנו, היא חלק מחובת הגילוי שבה הוא חייב (ע"א 1355/11, פסקה 32), ועל חשיבותה ומשמעותה אין חולק (ראו, מיני רבים, ע"א 4960/04 סידי נ' קופת חולים של ההסתדרות הכללית, פ"ד חולק (3) 590, 598 (2005); ע"א 1303/09 קדוש נ' בית החולים ביקור חולים, פ"ד סה (3) 164 (2012); ע"א 8710/17 פלונית נ' שירותי בריאות כללית, פסקאות 16-21 (6.8.2019)).

21. ואולם, בנסיבות המקרה הקונקרטי, קביעותיו של בית משפט קמא אינן חפות מקשיים. במכתב, שתוכנו הובא לעיל במלואו, ציינה פרופ' מיינר מפורשות כי הייעוץ ניתן נכון לאותו שלב, ובכוונתה "לסכם את שאוכל בשלב זה על סמך הנתונים הרפואיים שהגיעו לידי". בהתייחסה לבעיות מהן סובל א', ציינה כי "לא ברור בדיוק מהו המהלך שהביא להתפתחות הפרעה נוירולוגית מוטורית כה קשה. חשוב כי תבוצע בדיקת עיניים והדמיה מוחית..." (ההדגשות הוספו). מכאן שהמידע המהותי והחיוני צוין באופן מפורש במכתב, וספק אם בקריאה פשוטה לא ניתן להבינו.

המעצרות טענו כי הפרקטיקה הנוהגת היא כתיבת פרק נפרד של ההמלצות בסופו של המכתב, פרק הנעדר ממכתבה הנ"ל של פרופ' מיינר. תימוכין מסוימים לעמדה זו נמצאו בחקירתה הנגדית של פרופ' פתאל-ולבסקי מטעם הדסה אליה הפנו המעצרות:

"ש: נכון שנהוג כך אני ראיתי אפילו במכתב שחרור מהמיון אבל בוודאי בייעוצים שהיועץ מסכם את מה שהוא יודע ואחרי זה אם צריך לעשות עוד בירורים אז הוא כותב בסוף המכתב המלצות לבדיקות כך נהוג נכון?

ת: אני מסכימה שכך נהוג. אני חושבת שאולי מכיוון שהיא גנטיקאית אז ההמלצות שלה התייחסו לבדיקות גנטיות ולא קליניות שזה הנורולוג צריך לתת את ההפניה".

איני סבור כי ניתן להסיק מדברים אלה, כי יש דרך אחת "נכונה" לערוך את המסמך, וכי בהעדר פרק סיום של "המלצות אופרטיביות" או נוסח כגון דא, יש לראות את היועץ הגנטי כמי שהתירשל בעריכת המסמך, מה עוד, שלגרסת האם היא נפגשה עם פרופ' מיינר עוד לפני קבלת המכתב. מכתב הסיכום שהוציאה פרופ' מיינר נערך כשלושה חודשים לאחר שהחלה האם בהליך הייעוץ, לאחר שהתקבל התייעוד הרפואי ממוסדות רפואיים והתקבלו תוצאות תקינות של בדיקת הכרומוזומים. אמנם לא בוצעו בדיקות נוספות שד"ר מיינר סברה כי יש לעשות, אך אלה נרשמו במפורש במכתב: "חשוב כי תבוצע בדיקת עיניים והדמיה מוחית אצל [א']". אף איני רואה לזקוף לחובתה של פרופ' מיינר כי לא שלחה לאם תזכורת לביצוע הבדיקות ולא האיצה באם, כקביעת בית משפט קמא. כבר נפסק כי אין להציב "נדנוד" של רופא למטופל כרף נורמטיבי לקביעת רשלנות, ויש בדבר כדי פריקת אחריות מכתפי המטופל והעברתה למטפל (ע"א 119/05 חליפה נ' מדינת ישראל, פסקה 36 (10.9.2006); ע"א 2813/06 קופת חולים לאומית נ' זליג, פסקה 34 (11.7.2010); ע"א 10218/08 אברמובסקי נ' ד"ר אפרים, פסקה 26 (23.8.2012); ע"א 1355/11, פסקה 35). אציין בהקשר זה, כי הדסה טענה כי האם התבקשה להביא לפגישת הייעוץ את מלוא התייעוד הרפואי בעניינם של א' ונ', אך אין מחלוקת כי בפועל הייתה זו פרופ' מיינר שביוזמתה טרחה ופנתה לרופא המטפל ולבתי החולים שבהם נולדו הילדים כדי לקבל את התייעוד הרפואי הנדרש.

22. אשר לאי שליחת המכתב לרופא המטפל, יש להדגיש כי זהות הרופא שטיפל באם לא הייתה ידועה, והדבר לא נעלם מעיני בית משפט קמא, שציין כי "שם הרופא/ה לא היה בידיעת הנתבעת, ולא באשמתה. ויותר מכך [...] אפילו בשלב זה, מי היה אותו רופא שאמור היה לקבל לידיו את המכתב, איננו יודעים".

בפסק הדין צוין כי ביום 29.4.2002 האם פנתה מיוזמתה למכון הגנטי (פסקה 3(א) לפסק הדין), ורק לאחר מכן פנתה לקופת החולים, לטענת הדסה, אך ורק לצורך קבלת כתב התחייבות לייעוץ. ההפניה של הרופא מיום 20.5.2002 נכתבה בכתב יד ולא ניתן להבין מי הרופא החתום על המסמך, מהם פרטיו או כתובתו. יתרה מכך, פרופ' מיינר העידה בחקירתה, הגם שהדבר לא נזכר בתצהיר מטעמה, כי דיברה עם האם בטלפון לפני ששלחה את המכתב, ולדבריה: "אני שואלת אותה גברת למי לשלוח את התשובה והיא נותנת לי את הפרטים של למי לשלוח את התשובה וכך אני עושה את זה. הרופא ששלח אליי את המכתב כתב לי פתקית ללא פרטים. אני שולחת את מכתב התשובה למי שהמטופל מנחה אותי, הוא החליף רופא או לא החליף, נמצא בירושלים או באשדוד, את כל הדברים האלה אני לא יודעת ולכן אני שואלת אותה לאן לשלוח את מכתב התשובה". הדברים נתמכים בתצהירה של האם, שם נאמר כי "הרופאה מסרה לנו שתשלח מכתב סיכום לרופא ששלח אותנו אליה וגם אלינו..." (הדגשה הוספה – י"ע), אך כאמור, גם במהלך המשפט עדיין לא התברר מי היה אותו רופא שאמור היה לקבל לידי את המכתב, כטענת האם. בכך שונה ענייננו מע"א 6023/97 טייג נ' גלזר, פ"ד נג(2) 840 (1999) אליו הפנו המערערות, ובו נקבעה התרשלותם של גורמים רפואיים שלא הנהיגו נוהל קבוע ומחייב להעברת ממצאי בדיקה לרופא המטפל.

אציין כי מקביעותיו של בית המשפט עולה, כי המערערת קיבלה את המכתב לאחר שנערכה בינה לבין פרופ' מיינר פגישה שנייה, זאת, על בסיס גרסתה של האם בתצהירה ובעדותה, ולמרות שפרופ' מיינר לא הזכירה קיומה של פגישה זו. בית המשפט דחה את גרסת האם כי בפגישה זו נמסר לה שאין כל בעיה וקבע כי ככל שכך זוכרת האם את הדברים, סביר להניח שלא זכרה במדויק, ואין כל סיבה לסבור שפרופ' מיינר אמרה לאם שהכל כשורה לפני קבלת תוצאות בדיקת העיניים וההדמיה המוחית, שלדעתה-שלה נדרשו. בית המשפט עמד על כך שעל פי גרסתה של האם עצמה, היא לא התעמקה בתוכן המכתב בשל כך שחשבה שהוא תואם את שנאמר לה בפגישה ובשל קשיי היום יום שחווה, אך בנסיבות אלה, גרסתה לא יכולה לעמוד למול גרסת פרופ' מיינר. לא למותר לציין כי בית המשפט אף קבע כי טענות המערערות כי המכתב לא נשלח לרופא של האם ושהבדיקות שנתבקשו הובלעו בגוף המכתב, גובלות בהרחבת חזית (פסקה 8(ב) לפסק הדין).

אוסף ואזכיר כי המכתב נושא תאריך 1.8.2002, והמערערת נולדה ביום 5.9.2005, כך שכאשר המכתב נשלח, לא היה עדיין רופא שהאם הייתה אצלו במעקב היריון. יתרה מזו, פרופ' מיינר טענה בעדותה והדבר לא הוכחש, כי בטרם נשלח המכתב, האם עקרה לעיר אחרת.

הנה כי כן, מצד אחד פרופ' מיינר אוספת בעצמה את החומר הנדרש לצורך הייעוץ הגנטי, נפגשת עם האם, מוציאה מכתב סיכום שבו נאמר במפורש כי יש לבצע בדיקת עיניים והדמיה מוחית ל-א' וכי עוד לפני בדיקה זו יש עד 15% סיכון, ומתקשרת אליה ושואלת למי לשלוח את המכתב. מצד שני, האם הניחה את המכתב "לאחר כבוד בירכתי ביתה, ולמעשה, בפאתי חיי האם ותודעתה", ולדבריה "למען האמת לא התעמקנו יותר מדי במכתב שקיבלנו בשלב מאוחר יותר"; לא מסרה לפרופ' מיינר מי הרופא המטפל בה; ולא טרחה להציג את המכתב לרופא שטיפל בה כאשר נכנסה להריון כשנתיים וחצי לאחר מכן. בנסיבות אלה, לא ברשלנות תורמת של האם עסקינן, אלא שכלל אין מקום לקבוע כי המשיבה התרשלה.

23. למעלה מן הצורך אציין כי ספק אם יש גם קשר סיבתי בין ההתרשלות שייחס בית משפט קמא למשיבה, לבין כניסתה של האם להריון עם המערערת ולידתה. הדיון בפסק הדין בסוגיה זו לא זכה להתייחסות מספקת. בית המשפט קבע כדבר מובן מאליו כי "אין על הפרק בתיק זה כל שאלה של קשר סיבתי" (פסקה 8(ז) לפסק הדין), וקיבל את ההנחה כי לו נערכה הדמיה מוחית לא' הסיכון לבעיה גנטית היה מתברר, חוות דעתה של פרופסור מיינר הייתה שונה, ולידת המערערת במומה הייתה נמנעת. זאת, למרות שבהמשך קבע כי הצדדים לא הניחו בנושא תשתית ראייתית ומשפטית מלאה, ולא נערך בו דיון ממצה (פסקה 14(ו) לפסק הדין).

24. בית משפט קמא נתן משקל קריטי להכרעתו בקשר הסיבתי "גם אם לא בלי לבטים", לחשיבות שראתה פרופ' מיינר עצמה בביצוע ההדמיה לא' וכי בכך "גילתה היא בכך את דעתה, שעל הפרק בדיקה שהיה לה פוטנציאל להוביל לאבחנות רלוונטיות".

איני סבור כן. פרופ' מיינר ביקשה כי תתבצע בדיקת הדמיה לא', על מנת להעריך את מידת הסיכון, ואין לייחס לה בהכרח ידיעה אם ניתן יהיה לאבחן בשלב העוברי את התסמונת של א', ככל שתוכח בכלל שהוא סובל מתסמונת גנטית, שבאותה עת לא הייתה ידועה לפרופ' מיינר.

גם מחוות דעת המומחים שהונחו בפני בית משפט קמא לא ניתן לקבוע שאם הייתה נערכת הדמיה מוחית לא' ומחלתו הייתה מתבררת – ההריון ולידת המערערת היו נמנעים בהכרח. כאמור, האם הגיעה לייעוץ גנטי במאי 2002, טרם התגלתה התסמונת (כך אישר גם ד"ר רמדאן בעדותו, עמ' 22 לפרוטוקול). פרופ' פתאל-ולבסקי, נוירולוגית ילדים מטעם המשיבה, ציינה בחוות דעתה כי הפרסום הראשון על המחלה היה

באוקטובר 2002, ובשנת 2007 פורסם מאמר נוסף שפרט על אודות המהלך הקליני וההדמיה במחלה וכן על הממצאים בפתולוגיה. צוין במאמר כי החולים המוכרים במחלה הם מקרים ספורדיים, בודדים במשפחה, צורת התורשה אינה ברורה, וההנחה הייתה שמדובר במוטציה "de novo", קרי מוטציה חדשה שאינה עוברת בתורשה (עמ' 2 לחוות הדעת). מכאן מסקנתה כי לו היתה מתבצעת האבחנה הקלינית של המחלה לאחר 2002 ולפני ההיריון של המערערת בשנת 2005, הרי שעל פי הספרות באותה תקופה, העמדה הרפואית היתה שאין סיכון בהיריון עתידי. למסקנה דומה הגיע מומחה המשיבה בתחום הגנטיקה פרופ' פרידמן, שציין בחוות דעתו כי בשנה הרלוונטית לא היה ידוע על מקרי הישנות של מחלת H-ABC ונתון זה היה מובא לידיעת האם (עמ' 13 בחוות הדעת).

המשיבה לא חולקת על כך שאילו בוצעה לא' בדיקת MRI בהתאם להמלצה בייעוץ הגנטי הוא היה מאובחן כלוקה בתסמונת H-ABC. טענתה היא שגם אם המכתב היה מנוסח כפי שסבר בית המשפט שהוא אמור להיות מנוסח; וגם אם המכתב היה נשלח לרופא המטפל; וגם היה מוסבר לאם בייעוץ פרונטלי על משמעויותיו (טענה אחרונה זו נטענה לשם הזהירות, שכן המשיבה טוענת שמקביעותיו של בית משפט קמא עולה כי ממצאי הייעוץ הוסברו באופן פרונטלי בפגישה השנייה בין האם לפרופ' מיינר) – גם אם כל אלה היו מתקיימים, הרי שלכל היותר ניתן לומר כי האם הייתה מבצעת בדיקת MRI לא' והיתה מתגלה המחלה. אלא שאם הייתה האם פונה בעקבות זאת לייעוץ חוזר באותה תקופה, היו אומרים לאם שהמחלה לא עוברת בתורשה, והסיכון שעובר יחלה במחלה הוא אפסי. מכאן, שהערכת הסיכון הייתה אף קטנה מזו שצוין במכתב הייעוץ ששלחה פרופ' מיינר (עד) 15%, וסביר להניח שהאם לא הייתה נמנעת מלהיכנס להיריון. אזכיר כי היה זה הריונה החמישי של האם, כשפרט לשני הבנים החולים נולדו לאם שתי בנות בריאות (אחת מהן נולדה לאחר לידתם של א' ונ'). לפי גרסתה של האם היא הבינה מהייעוץ הגנטי שהכל בסדר, כך שבהעדר אינדיקציה לסיכון, היא לא נמנעה מלהיכנס להיריון. לא למותר לציין כי לשיטתה של הדסה, טענת האם כי לא הייתה נכנסת להיריון אם הייתה יודעת שא' סובל ממחלה גנטית מהווה כשלעצמה שינוי חזית.

25. בית משפט קבע כי משקלה הראייתי של חוות דעתו של ד"ר פרידמן מטעם המשיבה, גבוה בהרבה מזו של מומחה התביעה ד"ר רמדאן (פסקה 13(ב) לפסק הדין). עוד נקבע כי ככלל, יש להעדיף את חוות דעת פרופ' הופמן, מנהל היחידה לנוירו-רדיולוגיה בבי"ח שיבא, שהגיש חוות דעת מטעם המשיבה, על פני חוות דעת הגנטיקאי רמדאן מטעם המערערת, ובית המשפט מתח ביקורת על כך שלא הובאה מטעם התביעה חוות דעת בתחום הנוירו-רדיולוגיה כפי שעשתה ההגנה (פסקה 14(ז)(1) לפסק הדין). מכאן שקבלת עמדת מומחה ההגנה בהקשר זה מתיישבת עם הכלל לפיו ערכאת הערעור

לא תיטה להתערב במסקנות הערכאה המבררת בדבר העדפת חוות דעת מומחים (ע"א 2027/96 אוביין נ' בית חולים ביקור חולים, פ"ד נד(2) 849, 854 (2000); ע"א 9466/05 שוויקי נ' מדינת ישראל, פ"ד סב(3) 825, 806 (2008)).

26. כאמור, בית משפט קמא עמד על התנהלותה של האם, שלא קראה את מכתב הייעוץ ולא פנתה לפרופ' מיינר או לרופא המשפחה לקבלת הסבר מינימלי על אודות אחוזי הסיכון המצוינים בו. גרסתה של האם הייתה כי בשל הסבריה של פרופ' מיינר, שניתנו לה במהלך פגישתה השנייה עמה, היא לא העמיקה בתוכן המכתב מכיוון שסברה כי הוא חופף למה שהוסבר לה בעל פה. ניתן אפוא להבין את טענת הדסה כי בנסיבות אלה, גם אם פרופ' מיינר התרשלה בניסוח המכתב, הדבר לא תרם עובדתית להחלטותיה של האם בהמשך הדרך.

כמו כן, בית המשפט מצא כי יש אחיזה רבה לטענות ההגנה בהקשר זה וכי יחסה של האם למעקב בהריונותיה השונים "לקה בחסר, שלא לומר בזלזול של ממש, אם לא עוד מעבר לכך". אף לא למותר לציין כי על אף שהייתה בת 41 בעת שנכנסה להריונה עם המערערת האם לא ביצעה בדיקת שקיפות עורפית, לא תבחין משולש, ולא בדיקת מי שפיר. זאת ועוד, לפי תיעוד רפואי ממהלך ההיריון עם נ', לא בוצע כלל מעקב היריון ושבוע ההיריון לא היה ידוע; האם לא זכרה אם במהלך הריונה עם הבת הרביעית ביצעה בדיקות שגרתיות או סקירת מערכות; האם לא הביאה לידיעת הרופא המטפל בהיריון דגן את מכתבה של פרופ' מיינר; ותועד חוסר רצונה לבצע בדיקת מי שפיר. בכל אלה, יש כדי לתמוך במסקנה כי הייעוץ הגנטי שקיבלה ואשר בא לידי ביטוי במכתבה הנ"ל של פרופ' מיינר, לא עמד בראש מעייניה.

לאור כל זאת, ספק רב אם הוכח קשר סיבתי בין ההתרשלות שייחס בית המשפט למשיבה לבין נזקי המערערת.

27. תסמונת ה-H-ABC מתאפיינת בהיפומיאלינציה (אי היווצרות מיאלין שהינו חיוני לעטיפת תאי העצב במוח) ובאטרופיה (ניוון) של הצרבלום (מוחון). המערערת טענה בערעור כי פרופ' מיינר התרשלה בכך שלא המליצה על ביצוע הדמיה מוחית ולמצער סקירה מכוונת מוח בכל היריון עתידי, מה שלטענתה היה מאפשר לגלות את מחלתה של המערערת, למצער בשליש האחרון של ההיריון.

כאמור, פרופ' מיינר ביקשה את בדיקת ההדמיה לא, כדי להעריך את מידת הסיכון, כך שמכתב הייעוץ שלה היה למעשה ייעוץ ביניים, מבלי שהונחו בפניה תוצאות

הדמיה מוחית של א' שיכלו להעיד על כך שהוא סובל ממום מוחי. לכן, בשלב זה לא היה מקום כי פרופ' מיינר תתן המלצות לרופאים המטפלים לבצע סקירה מכוונת מוח בכל הריון עתידי. בית משפט קמא קבע כי בהתחשב בנתונים שהיו בידיה באותו מועד לא נפל פגם בשיקול דעתה המקצועי, קרי במסקנות שהובאו במכתב, לרבות העדר התייחסות להריון עתידי.

28. אך אפילו אם אצא מנקודת הנחה כי היה על הייעוץ לכלול המלצה לבדיקת MRI עוברי בהריונות עתידיים, הרי שבתיק דנן לא הוכח כדבעי כי היה בכוחה של בדיקת MRI עוברי לאבחן את האטרופיה המוחית שנגרמת מ-H-ABC.

הצדדים נחלקו בשאלה אם ניתן היה לגלות אטרופיה של הצרבלום במהלך ההריון. המערערות טענו כי ניתן לראות בשלב העוברי מדדים לא תקינים בגודלו של הצרבלום כביטוי לאטרופיה, ונטען כי בסקירת מערכות רגילה שנעשתה לאם הצרבלום כלל לא נבדק, בהעדר התוויה לבדיקתו, ומשכך נגרם למערערות נזק ראייתי (מובנה). אולם, לדברי פרופ' פתאל-ולבסקי, אף שניתן ככלל לזהות צרבלום קטן לפני הלידה, בחולים בתסמונת ה-H-ABC הניוון של הצרבלום מתפתח רק לאחר הלידה, ועל כן תסמונת זו לא כלולה כאבחנה מبدלת במקרים של צרלבום קטן (עמ' 117 לפרוטוקול). גם ד"ר הופמן הסביר כי המחלה מתפתחת לאחר הלידה, כי אין דיווחים על צרבלום אטרופי לפני הלידה, וסביר להניח שה-MRI העוברי, אם היה נעשה, היה תקין (עמ' 111-109 לפרוטוקול). אמנם בית משפט קמא קבע כי עיקריה של חוות הדעת של ד"ר הופמן אינם רלוונטיים לתביעה דנן (פסקה 14(ה) לפסק הדין), אך קביעה זו שגויה לטעמי. שלא כמו סברתו של בית משפט קמא, זה ההקשר הנכון שבו הובאה חוות דעתו של ד"ר הופמן, ויש לתת לה משקל.

מומחי המשיבה הסבירו כי תהליך ייצור המיאלין מתחיל בעיקר לאחר הלידה, וחזרו והדגישו כי ענייננו במחלה ניוונית פרוגרסיבית שמתפתחת לאחר הלידה ואין כל דיווח בספרות על אבחון טרום לידתי שלה. לאור זאת, ובהיעדר חוות דעת נגדית בתחום הנוויר-רדיולוגיה, אני סבור כי המערערות הרימו את הנטל להראות כי אילו המליצה פרופ' מיינר על ביצוע MRI עוברי או בדיקה מכוונת מוח, ניתן היה לגלות את מחלתה של המערערת.

29. לכך יש להוסיף כי כפי שקבע בית משפט קמא, לצורך המלצה עניינית ל-MRI עוברי היה על האם לקרוא את מכתבה של פרופ' מיינר ולעשות לא' בדיקת הדמיה מוחית,

וכן היה עליה להביא לידיעת הרופא המלווה את ההיריון את תוכן המכתב והמלצות הייעוץ הגנטי. כל אלה – לא נעשו.

30. איני סבור כי השוואת המקרה דנן למקרה הנדון בע"א 1355/11 מביאה למסקנה שונה, הגם שקיימים קווי דמיון ברורים בין הפרשות (למשל, זהות הגורמים המעורבים). שם, בית המשפט דחה את טענת הנתבעת (הדסה) כי מכיוון שבדיקות הדם יצאו "תקינות", וחרף הערכת סיכון להישנות מחלה גנטית בשיעור של עד 25%, היה ניתן לשלוח את מכתב הייעוץ בדואר רגיל בהתאם לפרקטיקה שהייתה מקובלת אז במרפאה. נקבע כי לנוכח מורכבות המכתב, שמשמעותו אינה מובנת לאדם מן היישוב, היה נדרש לתווך ולהסביר להורים את מלוא משמעויות הייעוץ, הסיכונים והאפשרויות העומדות בפניהם. בענייננו, בית המשפט אימץ למעשה את גרסת האם לפיה התקיימה פגישה בינה לבין פרופ' מיינר שבה קיבלה הסבר על ממצאי הייעוץ, כך שקבע ולו במשתמע, כי התקיים ייעוץ פרונטלי.

גם סוגיית הקשר הסיבתי שנדונה שם לא חופפת את מלוא ההיבטים העולים בנסיבות המקרה דנן, וכך גם בסוגיית האשם התורם. בית המשפט שם קבע מבחינה עובדתית כי האחות במרפאה לייעוץ גנטי אמרה להורים כי אם יימצא ממצא לא תקין הם יוזמנו למכון פעם נוספת, וההורים הסיקו מאי זימוןם שהכל כשורה; וכי האם לא שקטה על שמריה לאחר שקיבלה את המכתב ופנתה לרופא המטפל להמשיך מעקב. בשורה התחתונה, הנסיבות העובדתיות שונות בין המקרה מושא דיוננו לבין המקרה הנדון בע"א 1355/11, ועל אף קווי הדמיון הקיימים, איני סבור כי יש בו כדי להוביל להטלת אחריות על המשיבה במקרה דנן.

31. בפי הצדדים טענות נוספות הנוגעות לאשם התורם של האם, תוחלת החיים שנקבעה, גובה הנזק, ניכויי המל"ל וחלוקת האחריות, וקבלת 25% מהפיצוי לפי סעיף 330(ג) לחוק הביטוח הלאומי. הגם שיש בסיס לחלק מהטענות, הרי שלאור התוצאה אליה הגעתי ולפיה אין המשיבה אחראית לנזקי המערערות – אין מקום להידרש לטענות אלה.

סוף דבר

32. לפנינו מקרה קשה בנסיבותיו. המערערת סובלת מתסמונת קשה הנגרמת על רקע גנטי, ובדיעבד התברר שגם אחיה למחצה סבל מהמחלה. מדובר בתסמונת נדירה וחדשה באופן יחסי, עליה פורסם לראשונה סמוך לאחר שהתקיים בעניינה של המשפחה ייעוץ

גנטי. ואולם, עם כל הצער שבדבר והבנת מצבן המורכב של המערערות, אין מנוס מלקבוע כי נזקן נותר יתום.

לנוכח כל האמור לעיל, אציע לחבריי לקבל את ערעורה של הדסה (ע"א 3229/22) ולדחות את ערעורן של המערערות (ע"א 2959/22). לנוכח התוצאה אליה הגעתי ונסיבותיהן הקשות של המערערות, אציע כי לא יעשה צו להוצאות.

ש ו פ ט

השופט ע' גרוסקופף:

אני מסכים.

ש ו פ ט

השופט ח' כבוב:

אני מסכים.

ש ו פ ט

לפיכך הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט י' עמית.

ניתן היום, כ"ט בסיון התשפ"ג (18.6.2023).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט