



בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 8985/20

ע"א 8918/20

לפני :
כבוד השופט י' עמית
כבוד השופטת י' וילנר
כבוד השופטת ר' רונן

המערערים בע"א 8918/20
והמשיבים בע"א 8985/20 :
1. פלונית
2. פלונית
3. פלוני

נ ג ד

המשיבה בע"א 8918/20
והמערערת בע"א 8985/20 :
שירותי בריאות כללית

ערעור וערעור שכנגד על פסק דינו של בית המשפט המחוזי
חיפה מיום 8.11.2020 בת"א 25376-07-15 שניתן על ידי
כבוד השופט כ' סעב

תאריך הישיבה :
ב' בסיון התשפ"ג (22.5.2023)

בשם המערערים בע"א
8918/20 והמשיבים בע"א
8985/20 :
עו"ד אורי ענבר

בשם המשיבה בע"א 8918/20
והמערערת בע"א 8985/20 :
עו"ד תמר קרת ; עו"ד רועי ליטוין

פסק-דין

השופט י' עמית:

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בחיפה (כב' השופט כ' סעב) בת"א
25376-07-15 מיום 8.11.2020, במסגרתו התקבלה תביעה בעילה של "הולדה בעוולה".

1. המערערת 1 בע"א 8918/20 והמשיבה 1 בע"א 8985/20 (להלן: הקטינה), ילידת 9.9.2008, אובחנה לאחר לידתה כלוקה בתסמונת גנטית תורשתית.

2. עוד קודם ללידתה של הקטינה, שמונה מבני משפחתה המורחבת מצד אמה (המערערת 2 בע"א 8918/20 והמשיבה 2 בע"א 8985/20, ולהלן: האם או המערערת), אובחנו כלוקים בתסמינים דומים, מה שהעלה את החשד למחלה תורשתית במשפחה. בשנת 2004 החל המכון הגנטי במרכז הרפואי "העמק" (השייך למשיבה בע"א 8918/20 והמערערת בע"א 8985/20, ולהלן: המשיבה) בשיתוף עם המכון הגנטי במרכז הרפואי "סורוקה", במחקר לזיהוי הגן הגורם לתסמונת המשפחתית. במחקר השתתפו חלק מבני המשפחה, ונלקחו דגימות דם משלוש דורות של האם, אחיותיו של אביה (להלן: המשתתפות במחקר או הדודות), וכן משניים מבעליהן, משישה ילדים חולים ומשני ילדים בריאים. בשנת 2006 נרשמה התקדמות במחקר, ואופיין אזור מסוים כגנום שלהערכת החוקרים כלל את הגן האחראי לתסמונת המשפחתית. על בסיס נתון זה קמה האפשרות לבצע, במגבלות מסוימות, אבחון טרום לידתי של התסמונת בבדיקת "תאחיזה משפחתית".

עם השלמת המחקר, ממצאיו אושרו לפרסום ביום 2.7.2008, וביום 8.8.2008 פורסמו במאמר שנכתב על ידי עורכי המחקר שעל שמם גם נקראה התסמונת ("Birk Barel Mental Retardation" (להלן: תסמונת בירק-בראל)). כשלושה חודשים לאחר מכן, וכחודשיים לאחר לידת הקטינה, נשלחו בימים 11.11.2008 ו-12.11.2008 מכתבים למשפחות שהשתתפו במחקר ולרופאים המטפלים בהן, בהם צוינו עיקרי הממצאים והמלצות. במכתבים צוין, בין היתר, כי הושלם הבירור הגנטי במשפחה, זוהה הגן האחראי לליקוי המוכר וכי ניתן לערוך אבחון טרום לידתי של המחלה. כמו כן, הומלץ להפנות לייעוץ גנטי את כל האחיות של המשתתפות במחקר, את בנות אחיהן ואת כל בני המשפחה המורחבת.

3. התביעה דנן הוגשה על ידי הקטינה הלוקה בתסמונת והוריה, שלא השתתפו במחקר (להלן יחד: המערערים). טענת המערערים הייתה כי רשלנות צוות המחקר מטעם המשיבה מנעה אבחון טרום לידתי של התסמונת בהיריון עם הקטינה במהלך שנת 2008.

4. בית המשפט המחוזי קיבל את טענות המערערים וקבע את אחריותה של המשיבה לאי מניעת לידתה של הקטינה במומה. נקבע כי המשיבה התרשלה בכך שלא מילאה כראוי אחר חובתה ליידע את המשתתפות במחקר על תוצאותיו מיד עם השלמתו, תוך מתן המלצה למשתתפות ליידע על אודות ממצאיו את בני משפחתן הקרובים הנמצאים בסיכון מוגבר, ביניהם האם. נקבע כי אילו צוות המחקר היה מעביר המלצותיו למשתתפות במועד הנכון, אזי דודתה של האם כ' הייתה מיידעת אותה על הסיכונים והאפשרויות העומדות בפניה, האם הייתה מבצעת אבחון טרום לידתי ובדיקת מי שפיר, ולידת הקטינה במומה היתה נמנעת. בית המשפט קבע, בין היתר, כי קיימת חובת זהירות מושגית וקונקרטית בין צוות המחקר לבין בני משפחה קרובים של המשתתפות במחקר; כי שיקולי מדיניות משפטית מצדיקים לקבוע כי הצוות היה יכול לצפות את הנזק לקרובי המשפחה; כי המידע הנחוץ הועבר למשתתפות באיחור ניכר, במכתב מנובמבר 2008; כי סביר יותר להניח שההורים היו בוחרים להפסיק את ההיריון אילו ידעו על הסיכון ללידת ילד חולה; והוועדה להפסקת היריון הייתה מאשרת את הפסקתו לנוכח תסמונת ידועה במשפחה; כך שלאור כל אלה, מתקיים קשר סיבתי סובייקטיבי ואובייקטיבי בין התרשלות צוות המחקר לבין נזקי המערערים.

בית המשפט הוסיף וביסס את מסקנתו להתרשלות המשיבה בכך שעברה המיילדותי של המערערת והגדרת ההיריון עם הקטינה כ"היריון בסיכון" היו תמרורי אזהרה שחייבו את הצוות הרפואי-עורכי המחקר להפנות את האם לייעוץ גנטי, ואם הייתה המערערת מופנית לייעוץ כאמור, אז המידע על בני משפחה החולים היה מוביל לאבחון טרום לידתי של הקטינה. עם זאת, בית המשפט ייחס להורים אשם תורם של 25% בכך שעובר להיריון עם הקטינה, האם לא מסרה לרופא שביצע את מעקב ההיריון מידע על בני משפחה חולים, מה שהיה מביא להפנייתה לייעוץ גנטי ולאבחון טרום לידתי.

5. מכאן עבר בית המשפט לקבוע את גובה הפיצוי, וחישב את נזקי הקטינה לפי נכות מוסכמת של 65% בגין מוגבלות שכלית בינונית. בתוך כך, בית המשפט העדיף את עמדת מומחי המשיבה השוללת נכות נוספת בשיעור 20% בגין פרפלגיה קלה, והעמיד את תוחלת החיים של הקטינה עד גיל 75.

בראש הנזק של כאב וסבל – נפסק להורים סכום כולל של 750,000 ₪; בגין עזרת צד ג' לעבר – סך של 252,000 ₪ (3,000 ₪ לחודש מגיל 5 עד 12); בגין עזרת צד

ג' לעתיד – סך של 283,636 ₪ (3,000 ₪ לחודש מגיל 12 ועד לסיום לימודיה במוסד לחינוך מיוחד בגיל 21) ו-2,457,693 ₪ (10,000 ₪ לחודש מגיל 21 עד לגיל 75 בהתחשב בקיצור תוחלת החיים); ניידות – סך של 20,000 ₪, בהתחשב בכך שהקטינה עשויה לקבל קצבת ניידות מהמל"ל ומימון נסיעות למוסד החינוכי-שיקומי; שכר אפוסטרופוס – סכום גלובאלי של 50,000 ₪ לעבר ולעתיד. בית המשפט לא פסק לקטינה פיצוי בראש הנזק של הפסדי שכר, וזאת בשל כך שלשיתו, לפי הלכת המר (ע"א 1326/07 המר נ' עמית (28.5.2012) (להלן: הלכת המר)), עילת התביעה מוקנית להורים, ולא ניתן לפסוק כפל פיצוי הן עבור עזרה וסיעוד שניתנים על ידי ההורים הן עבור אובדן השתכרות.

סכום הנזק הכולל הועמד על סך 3,813,329 ₪, ולאחר ניכוי אשם תורם בשיעור 25% – 2,859,997 ₪. בית המשפט קבע כי מסכום זה ינוכו תשלומי המל"ל וכי המשיבה תישא בהוצאותיהם המוכחות של המערערים וכן בשכ"ט עו"ד בשיעור 20% בתוספת מע"מ.

6. לאחר מתן פסק הדין נחלקו הצדדים בשאלה אם הקטינה תהיה זכאית לקצבת ניידות לעתיד וקצבת שירותים מיוחדים בהגיעה לגיל 18, מה שמשליך על גובה ניכויי המל"ל. בעוד שלעמדת המערערים, סכום הפיצוי לאחר הניכויים עומד על סך של 929,387 ₪ ולאחר שכ"ט עו"ד והוצאות – 1,197,360 ₪; לעמדת המשיבה, הטענות מהוות הרחבת חזית ושגויות לגופן, ולמעשה תביעתם של המערערים "נבלעת" בתשלומי המל"ל. בית המשפט המחוזי לא הכריע במחלוקת שהתעוררה, וקבע בהחלטתו מיום 21.2.2021 כי על הצדדים לערוך את חישוביהם יחד, וכל שתיוותר מחלוקת ניתן יהיה לנקוט בהליך של מימוש פסק הדין בהתאם להליכים המקובלים בסוגיה זו.

על פסק דינו של בית המשפט המחוזי הוגשו שני הערעורים שלפנינו.

תמצית הטענות בערעורים

7. ערעורה של המשיבה (ע"א 8985/20) נסב בעיקרו על הטלת האחריות, ולשיטתה, הוכח כי כל המידע הרלוונטי נמסר למשתתפות במחקר עוד הרבה לפני השלמתו, והמשתתפות התבקשו להעביר את המידע לבני משפחתן, אך לא עשו זאת מטעמיהן-שלהן. עוד לשיטתה של המשיבה, שגה בית משפט קמא כשייחס למשיבה אחריות בקשר למעקב ההיריון של הקטינה, שעה שהאם כלל לא טופלה על ידי המשיבה ומעקב ההיריון נערך בתחנת טיפת חלב. המשיבה טענה, בין היתר, כי הקביעה לפיה

מכתבי הסיכום למשתתפות המחקר נשלחו באיחור אינה מבוססת; כי בית משפט קמא התעלם מדפוס ההתנהלות של משפחתה המורחבת של המערערת, שלא שיתפה פעולה עם המחקר וממצאיו ולא נעתרה לבקשת החוקרים לבוא למכון ולהיבדק; וכי לא הוכח קשר סיבתי בין ההתרשלות הנטענת לבין נזקי הקטינה, והמערערת ממילא לא הייתה מבצעת הפסקת היריון.

8. ערעור המערערים (ע"א 8918/20) מתמקד בהחלטת בית המשפט לייחס להורי הקטינה אשם תורם ובגובה הפיצוי שנפסק. נטען כי אבי הקטינה (להלן גם: המערער) כלל לא נטל חלק במעקב ההיריון, וכי להתנהלותה של האם במסגרת המעקב אין כל קשר להתרשלות המשיבה באי העברת המידע על הסיכון ועל האפשרות לבצע אבחון טרום לידתי. זאת מכיוון שהטיפול באם נעשה במסגרת תחנת טיפת חלב שלא הופעלה בידי המשיבה, וגם אם נפל פגם בהתנהלותה של האם, ממילא אין בו כדי להשליך על התרשלותה של המשיבה.

במישור הנזק, המערערים טענו כי בית משפט קמא שגה באופן שבו יישם את הלכת המר וביטול עילת התביעה של היילוד, וקיפח את המערערים בכך שלא פסק פיצוי בגין אובדן כושר ההשתכרות של הקטינה ואובדן תנאים סוציאליים. עוד טענו המערערים כי היה מקום לפסוק לזכותם סכום גבוה יותר בגין כאב וסבל, שכר אפטרופוס וגמלת ניידות. המערערים טענו כי בפסיקת הפיצוי בגין ניידות בית המשפט התחשב בקצבת הניידות שייתכן שהקטינה תקבל מהמל"ל, ולמעשה "קנס" את המערערים פעמיים, כשמחד גיסא נמנע מלפסוק פיצוי הולם בגין צרכי הניידות וההוצאות היתרות של המערערים בתחום זה, ומאידך גיסא ניכה את מלוא קצבת הניידות שהקטינה קיבלה ועשויה לקבל בעתיד. המערערים הוסיפו וטענו כי לנוכח קביעת המומחה מטעמה בדבר מצבה של הקטינה, המשיבה מושתקת מלטעון כי ישולמו לה בפועל גם קצבת שר"מ מגיל 18 וקצבת ניידות לעתיד, וכי המשיבה לא עמדה בנטל להוכיח כי תוחלת החיים של הקטינה תקוצר.

הצדדים הגישו סיכומים כמשיבים לערעורים וכן סיכומי תשובה, וטיעוניהם בכתבי טענות אלה יפורטו בהמשך במידת הצורך.

דיון והכרעה

9. אקדים ואומר כי הגעתי לכלל מסקנה כי דין ערעורה של המשיבה להתקבל, כך שיש לקבוע כי לא מוטלת על המשיבה אחריות לנזקי המערערים. בהעדר אחריות, אין

עוד נפקות אופרטיבית לקביעות בית משפט קמא במישור הנזק, ומטעם זה בלבד דין הערעור מטעם המערערים להידחות (שאילולא כן, היה מקום לקבלת הערעור ביחס לאי פסיקת הוצאות מחייה (הפסדי השתכרות)).

10. כאמור, בית המשפט ביסס את אחריותה של המשיבה על כך שאיחרה לעדכן את דודותיה של האם שהשתתפו במחקר, כי עליהן להעביר את ממצאיו ומשמעויותיו לבנות אחיהן (עליהן נמנית האם-המערערת); וכי אם הדבר היה נעשה במועד הנכון, האם היתה מודעת לאפשרות לבצע אבחון טרום לידתי בשלהי ההיריון עם הקטינה, ולידתה במומה הייתה נמנעת. עוד קבע בית המשפט בבחינת למעלה מן הצורך, כי ניתן לבסס את טענת ההתרשלות על עברה המיילדותי של המערערת, שהביא להגדרת ההיריון עם הקטינה כ"היריון בסיכון" והצדיק כשלעצמו את הפניית האם לייעוץ גנטי.

11. בכל הנוגע לקביעתו השנייה של בית המשפט – הרי שמעקב ההיריון של המערערת כלל לא בוצע על ידי צוות המחקר מטעם המשיבה, שלא הכיר את המערערים ולא טיפל במערערת. ממילא, הצוות לא ידע על הריונה של המערערת, על עברה המיילדותי של המערערת (הכולל הפלה טבעית, סכרת הריונית וליקוי במערכת ההמוגלובין) והגדרת ההיריון כ"היריון בסיכון". מובן אפוא כי לא היה זה מתפקידו של צוות המחקר להפנות את האם לייעוץ גנטי או לבדיקות כלשהן בקשר להריונה עם הקטינה, ולא ניתן לייחס למשיבה כל התרשלות הקשורה בביצוע מעקב ההיריון. מעקב ההיריון בוצע בתחנת טיפת חלב שהופעלה בידי משרד הבריאות ולא בידי גורמים מטעם המשיבה, ובמסגרת ההליך שלפנינו המערערים אף הודו כי הטיפול שניתן בידי צוות טיפת חלב לא נמצא באחריותה של המשיבה "על כל המשתמע מכך" (פסקה 12 לסיכומיהם בע"א 8985/20). די בכך כדי לקבל את ערעורה של המשיבה בנקודה זו.

12. הסוגיה העיקרית שנמצאת במחלוקת נוגעת לעיתוי ולאופן היידוע של המשתתפות במחקר על ממצאיו. בנושא זה, עמדתי שונה מעמדתו של בית משפט קמא, וכפי שאסביר להלן, אני סבור כי יש לראות במשיבה כמי שהתרשלה כלפי המערערים ואחראית לנזקם.

13. צוות חוקרים מטעם המשיבה החל לחקור בשנת 2006 את מה שנחזה להיות כמחלה משפחתית תורשתית, וזאת על מנת שניתן יהיה לזהות את הגן הפגוע ובכך להקל ולסייע למשפחה בהתמודדות עם המחלה. שלוש מדודותיה של האם, להן נולדו ילדים חולים, בחרו להשתתף במחקר והיו בקשר עם החוקרים. לעומתן, המערערים, הורי הקטינה, כלל לא נטלו חלק במחקר, וממילא לא היו מוכרים לחוקרים.

בית משפט קמא קבע כי צוות המחקר צפה את הנזק שיכול להיגרם לבני משפחתן של המשתתפות במחקר, אך המליץ להן ליידע את בנות אחיהן על האפשרות לפנות לייעוץ גנטי ולבצע אבחון טרום לידתי באיחור ניכר, רק בנובמבר 2008, כארבעה חודשים לאחר שממצאי המחקר אושרו לפרסום וכשלושה חודשים לאחר שפורסמו בפועל. אלא שבכך לא שעה בית המשפט לטענת המשיבה, כי המשתתפות יודעו על ההתקדמות במחקר ועל האפשרות לבצע אבחון טרום לידתי עוד לפני פרסום תוצאותיו הסופיות של המחקר, וכן שהן הונחו ליידע את בני משפחותיהן – כולל בנות האחים, האחייניות של הדודות – להגיע למכון הגנטי ולהיבדק. בית משפט קמא לא נדרש כלל לעדויות ולתצהירי החוקרים שהובאו מטעמה של המשיבה בנושא זה, כך שענייננו נמנה על סוג המקרים החריגים המצדיקים את התערבות ערכאת הערעור הגם שעסקינן בקביעות עובדתיות (וראו פסק דיני בע"פ 8146/09 אבשלום נ' מדינת ישראל, פסקה 19 ((8.9.2011)).

כך, כבר בשנת 2007 הגיעו החוקרים מיוזמתם לכפר שבו התגוררו חלק מבני המשפחה, יזמו מפגשים בבתייהם והסבירו לבני המשפחה בשפתם ובצורה פשוטה ככל הניתן, על השערותם בנוגע לצורת התורשה הייחודית של המחלה (מנגנון של "השתקה גנומית אבהית" שבו הגן הפגום לא בא לידי ביטוי כשהוא מועבר מאב לצאצאיו, ועל כן עלול "להתחבא" באחד הדורות ולהופיע בדור שאחריו, כפי שאירע במקרה שלפנינו). החוקרים הסבירו לבני המשפחה על הסיכון הן של הנשים הן של והגברים להוריש את המחלה לצאצאיהם, והחוקרים הפצירו בהם להעביר את המידע לבני משפחתם המורחבת ולבוא ולהיבדק במכון הגנטי. על כך הצהירו פרופ' בירק (כיום, מנהל המכון לגנטיקה במרכז הרפואי "סורוקה") וד"ר בראל, עורכי המחקר שעל שמם נקראת המחלה, וכן מר שריף חטיב, שהיה במועדים הרלוונטיים סטודנט לגנטיקה שהתלווה לביקור של צוות החוקרים בכפר.

ד"ר בראל ומר חטיב לא נחקרו על תצהיריהם, והמעוררים לא הביאו לעדות מטעמם מי מבני המשפחה שנכח בפגישות על מנת לסתור את דבריהם. אין בכך שמטרת המוצהרת של הביקור היתה איסוף דגימות מחקר, כפי שציין פרופ' בירק בעדותו, או בכך שהצוות לא נפגש עם הדודה כ' אלא עם דודה אחרת (שלפי הנטען בתצהירה של ד"ר בראל הייתה אשת הקשר של הצוות), כדי להפחית מהמשקל שיש לייחס לביקורים אלה ולמידע שהועבר במסגרתם לבני המשפחה שניאותו להיפגש עם החוקרים. בשלב זה טרם אופייין הגן הספציפי שאחראי למחלה המשפחתית, ולא הייתה ידועה בוודאות

דרך התורשה הייחודית והנדירה שלה, והחוקרים ביקשו לגייס למחקר בני משפחה נוספים על מנת שניתן יהיה לבסס את השערותם ולזהות במדויק את הגן הפגוע.

14. לביסוס טענתם, הפנו המערערים למכתבים שנשלחו לרופאים המטפלים במשתתפות במחקר ביום 4.7.2006, בהם הוסברה, בין היתר, האפשרות לבצע אבחון טרום לידתי בבדיקת "תאחיזה משפחתית", והומלץ לעדכן את האחיות (דודותיה של המערערת, אחיות אביה) בהמלצה לפנות למכון הגנטי בתחילת כל היריון בעתיד. ואולם, פרופ' שלו, מנהלת המכון הגנטי במרכז הרפואי "העמק" ואחת מעורכות המחקר, הסבירה בתצהירה ובעדותה כי מכתבים אלו נכתבו על רקע הסיכון המידי שבו היו נתונות האחיות ללדת צאצא חולה (לחלקן כבר נולדו ילדים חולים). פרופ' שלו הסבירה כי הבינה מפגישה שקיימה עם כ' שהיא ואחיותיה מתכננות הריונות נוספים ומבקשות להביא לעולם ילדים בריאים, והיה ביכולתה להציע להן בדיקה המאפשרת, במגבלות מסוימות, אבחון טרום לידתי (סעיפים 8 ו-19 לתצהירה; פרוטוקול הדיון מיום 26.3.2019, עמ' 70). ואכן, כ' ביצעה אבחון טרום לידתי בהריונה בשנת 2007, כשהמחקר עוד היה בעיצומו.

המכתבים אליהם מפנים המערערים נשלחו בשלב מוקדם של המחקר, ופרופ' שלו הסבירה כי בהזדמנויות שונות המשתתפות במחקר יודעו על כך שגם הבנות של אחיהן בסיכון ללדת ילד חולה, וכי הן התבקשו ליידע בני משפחה בגיל הפריור על הסיכון ולהנחות אותם להגיע למכון ולהיבדק. ואולם, החוקרים הסבירו כי רבים מבני המשפחה לא שיתפו עמם פעולה ולא הגיעו להיבדק בשנים הרלוונטיות למחקר או בשנים לאחר מכן, ולמעשה עד עצם היום הזה לא עשו כן.

15. כ' העידה כי הבינה שהסיכון להולדת ילד חולה קיים רק אצל אחיותיה וכי עליה לעדכן רק את האחיות שלהן נולדו ילדים חולים (סעיף 6 לתצהיר; פרוטוקול הדיון מיום 4.12.2018, עמ' 40, שורות 31-36; עמ' 43, שורות 1-4). אולם, בד בבד בחרה לציין כי "אצלנו במגזר זה לא טבעי ולא נהוג לשתף את הגברים בנושאים כאלו הקשורים להריון, ולכן לא סיפרתי לאחים שלי" (סעיף 13 לתצהיר); "כשאמרה לי (פרופ' שלו – י"ע) להפיץ את זה במשפחה הבנתי להורים שלי, לאחים, לאחיות שלי... לא סיפרתי לאחים. לא מערבים אותם בדברים כאלה. לא הריון ולא לידה. ככה זה אצלנו" (עמ' 41, שורות 4-19, הדגשות הוספו). לאמירתה זו של הדודה כ', בית משפט קמא לא נתן כל משקל.

16. אין יסוד אפוא לטענות כלפי צוות המחקר על כך שלא יידע את המשתתפות במחקר על הסיכון שבו מצויות בנות האחים, ומדברי עדת התביעה עצמה עולה כי היא היתה מודעת לצורך לעדכן את האחים ומטעמיה שלה בחרה שלא לעשות כן. כל זאת,

כשאין כל מחלוקת על כך שעל צוות המחקר נאסר לפנות למי שלא השתתף במישרין במחקר, וחובתם של החוקרים היתה אך ליידע את המשתתפים במחקר על תוצאותיו ולהנחות אותם ליידע גם את בני המשפחה האחרים (דברי פרופ' אפלמן, המומחה לגנטיקה מטעם המערערים, פרוטוקול הדיון מיום 4.12.2018, עמ' 31-32; וראו גם התייחסותו של פרופ' פרידמן המומחה מטעם המשיבה למחויבויות הרופא לפי הצהרת הלסינקי והוראות חוזר מנכ"ל בנושא זה, עמ' 9-11 לחוות דעתו). וכך ציין פרופ' בירק בעדותו:

"אני זוכר שהסברנו להם את המשמעות שיש לאחים של המארכת שלבנות שלהן יכול להיות וחשוב שהבנות האלה יגיעו בבוא היום לייעוץ לפני הריונות. האם המידע הזה הועבר לבני המשפחה או לא? זה שורש העניין כאן, זה דבר שהוא היה, הוא נשגב ממני ומיכולתי [...] אנחנו לא יכולים למסור להם [...] השאלה אם זה נמסר לה או לא. אנחנו לא יכולים יותר מאשר לדבר עם משפחות המחקר הישירות. ואם לא, אני באמת מצטער שנולד ילד חולה, אבל יש גבולות ליכולת של העוסקים במחקר להעביר את המידע. יש מגבלות של החוק" (פרוטוקול הדיון מיום 18.7.2019, עמ' 111-112).

אי הטלת חובה על מטפל ליידע בני משפחה אחרים של מטופל, מוצדקת משיקולים של פרטיות וסודיות רפואית של המטופל (ראו: רועי גילבר "נוכחים נפקדים: על מעמדם המשפטי של בני המשפחה בתהליך קבלת החלטות רפואיות של מטופל בעל כשרות משפטית" מחקרי משפט 179, 231 והטקסט ליד ה"ש 224 (2021)). בהחלטת בית המשפט המחוזי בת"א (מחוזי מר') 3502-08-08 אבו מוחסן נ' שוחט (3.5.2009) (להלן: עניין אבו מוחסן) (כב' הנשיאה ה' גרסטל), נקבע כי אין מקור חוקי המחייב יועץ גנטי למסור מידע גנטי לקרוביו של מטופל שלו, וכי לא ראוי להטיל על המטפל חובת מסירת מידע לצדדים שלישיים, בפרט מיוזמתו-שלו (ההחלטה נזכרת במאמרו של גילבר הנ"ל וכן בת"א (מחוזי חי') מישורי-דרעי נ' אלהואשלה (24.11.2013) (להלן: עניין אלהואשלה)). בפסק דין מאוחר להחלטה זו מיום 9.11.2009, נקבע כי לא קיימת חובת זהירות מושגית בין מטפלים לקרובי משפחתו של המטופל, והתביעות שנדונו שם נמחקו מחמת היעדר עילה.

בשונה מעניין אבו מוחסן, בענייננו טענו המערערים לפגם או הפרה של חובת המטפלים ליידע את המטופלים על כך שעליהם לעדכן את בני משפחתם הרלוונטיים על תוצאות המחקר. לביסוס קיומה של חובת זהירות בנסיבות אלו הפנו המערערים להחלטת בית המשפט המחוזי בעניין אלהואשלה, שעסקה בנסיבות דומות. שם, נדחתה בקשה

לסילוק תביעה על הסף, ונקבע כי "ככל שאכן זו הפרקטיקה הנוהגת (הכוונה לבקשת המכון הגנטי ממטופליו לעדכן את קרובי משפחתם וליידע אותם על אודות סיכון מוגבר – י"ע), כפי שעולה לכאורה מחוות הדעת הרפואית שצרפו התובעים, יש אפשרות לומר כי קיימת חובת זהירות מושגית שבין המטפל לבני משפחתו הקרובים של המטופל, שכן המלצה כזו של המטפל הגנטי למטופל היתה יכולה לחסוך הולדת ילד פגוע לבני משפחה קרובים..." (פסקה 28 להחלטה). ספק אם קביעה זו יכולה לעמוד, אולם מובן כי אין בהחלטה זו, בפרט בשלב המקדמי שבו ניתנה, כדי להכריע בענייננו. מכל מקום, לדידי, המערערות לא צלחו את המשוכה הראשונה שניצבת בדרכם, והיא הוכחת התרשלנות של המשיבה (על המודל המוצע על ידי לבחינת יסודות עוולת הרשלנות ראו בפסק דיני בע"א 4486/11 פלוני נ' שירותי בריאות כללית, פ"ד סו(2) 682, 698-705 (2013)).

17. במקרה דנן, מעדויות החוקרים עולה כי עוד לפני שהסתיים המחקר, החוקרים נסעו לכפרם של בני המשפחה, נפגשו עימם והסבירו להם בשפתם על אודות השערות לגבי צורת התורשה של המחלה והסיכון להולדת ילד חולה. עוד הפצירו החוקרים במשתתפות במחקר וביתר בני המשפחה עימם נפגשו לבוא למכון הגנטי ולהיבדק. לכל הפחות, צוות המחקר יידע את המשפחות המשתתפות במחקר על ממצאיו, ולו באופן פורמאלי, במכתבים מהימים 11-12.11.2008, והמליץ להן להפנות לייעוץ גנטי "את כל האחיות [...] ; את כל הבנות של כל האחים [...] , כאשר הקמת המשפחה או הריון יעמוד על הפרק..." (ההדגשה הוספה – י"ע). המכתבים נשלחו כארבעה חודשים לאחר שהמאמר אושר לפרסום (יום 2.7.2008) כשלושה חודשים לאחר שהמאמר פורסם בפועל (יום 8.8.2008), וכחודשיים לאחר לידתה של הקטינה (יום 9.9.2008).

קביעתו של בית משפט קמא כי משלוח המכתבים נעשה באיחור אינה מבוססת על פרקטיקה רפואית-מחקרית נהוגה ומוכחת, ומראיות המשיבה עולה מסקנה נוגדת. פרופ' פרידמן מטעם המשיבה ציין בעדותו כי הגם שהחוקרים יכלו באופן עקרוני להודיע למשפחות על ממצאי המחקר ברגע שהמאמר התקבל לפרסום, לא ניתן היה להציע ייעוץ גנטי או בדיקה על סמך תוצאה מחקרית, ויש צורך לאמת את התוצאה בבדיקה קלינית שעברה ואלידציה (הוכחת אמינות). לדבריו, "באותו שלב לא היה בארץ אף מכון גנטי שעשה את הבדיקה לצרכים קליניים" ונדרש זמן להיערכות (פרוטוקול הדיון מיום 26.3.2019, עמ' 99, שורות 18-22; עמ' 102, וראו גם עמ' 11 לחוות דעתו). מכאן מסקנתו, המקובלת עליי, כי המכתבים בהם הוצגו תוצאות המחקר וניתנה המלצה לפנות לייעוץ גנטי, נשלחו תוך פרק זמן סביר. נשוב ונזכיר שכפי שהראנו לעיל, עוד בטרם הסתיים המחקר הדורות המשתתפות בו יודעו על ממצאיו ואף נערך לכ' אבחון טרום

לידתי, כך ש"זו משפחה שהיינו איתה בקשר, שיודעת את הסיכון שלה" (דברי פרופ' שלו בדיון מיום 26.3.2019, עמ' 86, שורות 7-8, הדגשה הוספה).

18. אף ייתכן שכטענת המשיבה, המשתתפות במחקר לא חלקו עם הגברים שבמשפחה את ממצאי המחקר מסיבות הקשורות בחיתון ובשל משמעות הדברים במגזר אליו הן משתייכות. הדברים נתמכים בדברי הדודה כ' שציינה כאמור בפירוש כי לא מערבים את הגברים בסוגיות הקשורות להיריון ולידה (פרוטוקול הדיון מיום 4.12.2018, עמ' 41, שורות 4-19). על הסיבה לכך ניתן ללמוד מדברי המערער, שהודה כי יש משמעות למחלות במשפחה הגרעינית של האישה, ואם היה מודע למקרה כזה היה מחפש "מישהי אחרת" (פרוטוקול הדיון מיום 4.12.2018, עמ' 60, שורות 10-20).

אזכיר כי לפי קביעותיו של בית משפט קמא, המערער לא דיווחה במסגרת מעקב ההיריון עם הקטינה שנערך בטיפת חלב על קיומן של מחלות במשפחה, ובתרשומת רפואית תועד סירובו של האב להיבדק למחלה מסוימת, על אף שהאם הייתה חשודה כנשאית של המחלה. לטענת המשיבה, המערערים לא ביצעו בדיקות גנטיות ביודעין ובמתכוון גם לאחר ההיריון מושא דיוננו, ויש ללמוד מכך כי לא היו מבצעים הפסקת היריון. יש בטענות אלה כדי להעמיד בספק גם קיומו של קשר סיבתי בין ההתרשלות הנטענת לנזק, אם כי לא נעלמה מעיני קביעתו של בית משפט קמא כי בהריונות מאוחרים המערערים ביצעו אבחון טרום לידתי לשלילת קיומה של המחלה המשפחתית. בנסיבות המקרה דנן, די לנו בכך שצוות המחקר ביקש ליידע באמצעות המשתתפות במחקר ובאמצעים נוספים על אודות ממצאי המחקר, הסיכון הנשקף לבני המשפחה המורחבת והאפשרות לבצע במגבלות מסוימות אבחון טרום לידתי.

19. כאמור, צוות המחקר ניסה לרתום בני משפחה נוספים להשתתף במחקר, אך לטענת המשיבה, הצוות נתקל בהיענות נמוכה ושיתוף פעולה חלקי ביותר מצד המשפחה. כך למשל, אחרי הביקור בכפר בשנת 2007, צוות החוקרים הצליח לגייס רק 15 פרטים נוספים למחקר, שכולם היו חולים או הורים לילדים חולים, ולפי האמור בתצהירי החוקרים, פריצת הדרך של המחקר היתה מקרית ולא בזכות מספר הדגימות שנלקחו. עוד נטען כי צוות מהמכון הגנטי נפגש בשנת 2012 עם שתיים מבנות המשפחה שגם הן התבקשו להפיץ את המידע בקרב בני המשפחה, אך איש מהמשפחה לא הגיע להיבדק; כי אחיותיהן של המשתתפות במחקר שלא נולדו להם ילדים חולים, כמו גם אחיה ואביה של המערער, לא הגיעו להיבדק על אף המלצה מפורשת לעשות כן; וכי בשנת 2016 הרתה המערערת פעם נוספת, ובייעוץ גנטי שניתן לבני הזוג הוצעה להם

האפשרות למסור למכון פרטי התקשרות של בני משפחה נוספים אך הם סרבו. בהקשר זה, אביא מדברי פרופ' שלו בתצהירה, המדברים בשם עצמם:

"אודה על האמת – נוכח המאמצים הכל-כך גדולים שעשינו אנוכי וחברי החוקרים, לסייע למשפחה באבחון טרום לידתי של התסמונת, תוך שאנו משרכים רגלינו בכפרים, ומשוחחים טלפונית עם הנחקרים, וחוזרים וממש מתחננים שבני המשפחה יגיעו אלינו להיבדק, נדהמתי ממש לקבל את התביעה, ואני מרגישה פגועה אישית קשה מעצם הגשתה. אני רואה בכך, פשוטו כמשמעו, יריקה לבאר הממסד הרפואי ובפרצופי, לאחר שעשינו כל שאל ידינו כדי לסייע למשפחה [...]" (ס' 17 לתצהיר).

לטעמי, צוות המחקר מילא אחר חובתו ואף הרבה מעבר לכך. מאמציהם הרבים והטובים של החוקרים נשאו לבסוף פרי והביאו לאפשרות לבצע אבחון טרום לידתי של המחלה. הישג זה ראוי לציון והערכה. למרבה הצער – אך לא בשל התרשלות המשיבה – מאמצי החוקרים לא הצליחו לסייע לקטינה שבמוקד ההליך שלפנינו. עם זאת, יש לקוות ולהניח שמעבודתם של החוקרים נתרמו וייתרמו רבים אחרים.

20. לסיכום, אין לראות במשיבה כמי שהתרשלה ואחראית לנזקם של המערערים, ויש להורות על קבלת ערעורה של המשיבה (ע"א 8985/20). כאמור, בנסיבות אלה מתייחד הדיון בטענות הצדדים בסוגיה של אשם תורם ושיעור הנזק, וכפועל יוצא נדחה בזאת ערעורם של המערערים (ע"א 8918/20).

לנוכח מצבה של הקטינה, אציע כי בנסיבות העניין לא יעשה צו להוצאות.

ש ו פ ט

השופטת י' וילנר:

אני מסכימה.

ש ו פ ט ת

השופטת ר' רונן:

אני מסכימה.

ש ו פ ט ת

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט י' עמית.

ניתן היום, י"ט בסיון התשפ"ג (8.6.2023).

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט

מרכז מידע, טלי 077-2703333, *3852 ; אתר אינטרנט, <https://supreme.court.gov.il> חכ 20089850_E05.docx