

מי ילד מושלם של אמא?

הרהורים בעקבות פסק הדין בעניין סידי¹

נילי קרקו-אייל*

א. מבוא

- ב. הלכת סידי — היקפה של חובת הגילוי החלה על מטפל באישה הרה באשר לאפשרויות האבחון הטרום לידתי
- ג. הרהורים וערעורים על הלכת סידי — כחינה ביקורתית של פסק הדין

א. מבוא

"בן לו היה לי! ילד קטן,
שחר תלתלים ונבון.
לאחוז בידו ולפסוע לאט
בשבילי הגן.
ילד.
קטן"².

מתוך "עקרה", רחל

דברי שירה אלה של המשוררת רחל ביטאו את כמיהתה הנואשת לילד פרי בטנה. אלא שלא לכל ילד כמהה המשוררת רחל, כי אם לילד שחר תלתלים ונבון, שניתן יהיה לאחוז בידו ולפסוע עמו בשבילי הגן. הילד שייחלה לו המשוררת רחל הוא אפוא ילד יפה, חכם ובריא — ילד "מושלם".

* דוקטור למשפטים, בית הספר למשפטים, המסלול האקדמי המכללה למינהל. מוקדש לבנותי האהובות — יובל ושלי — המלמדות אותי מדי יום מהי אימהות.

ברצוני להודות לד"ר יופי תירוש ולד"ר יעל השילוני-דולב על הערותיהן המועילות למאמר.
1 ע"א 4960/04 סידי נ' קופת חולים של ההסתדרות הכללית, תק"על 3055 (4) 11 פס' 11 (2005).

2 לקוח משירה של המשוררת רחל "עקרה". ראו שירת רחל (מהדורה 26, הוצאת 'דבר' ת"א, תשל"ה) צב.

נראה כי הכמיהה לילד "מושלם" הנה מנת חלקו של נתח ניכר מהציבור במדינת ישראל. בדיקות פרטיות לגילוי מומים בעובר³, המבוצעות אף בהיעדר אינדיקציה רפואית לצורך בביצוען, הן נפוצות במדינת ישראל יותר מאשר בכל מדינה אחרת⁴. במרבית המקרים יביאו בדיקות אלה, אם הצביעו על קיומו של מום, לסיומו של ההיריון⁵.

המגוון הגדול של בדיקות המאפשרות אבחון טרום לידתי של מומים בעובר⁶, אותן אפשר לרכוש באופן פרטי, אף בהיעדר אינדיקציה רפואית לצורך בביצוען, הביא לפתח דלתו של בית המשפט את שאלת היקף חובת הגילוי המוטלת על המטפל באישה ההרה. האם על זה חלה החובה ליידע את האישה באשר לאפשרות לבצע בדיקות אבחון טרום-לידתי באופן פרטי, אף בהיעדר כל אינדיקציה רפואית

3 אודה ואתוודה כי משך דקות ארוכות התלבטתי מה המינוח שבו אעשה שימוש במאמר לתיאור בדיקות אלה. כפי שאראה בהמשך, הבחירה במינוח זה או אחר בתחום הנדון במאמר זה אינה אקראית או חסרת חשיבות, אלא נושאת בחובה משמעויות ערכיות והנה בעלת השלכות חברתיות. כמה אפשרויות עמדו בפניי: "בדיקות לגילוי פגמים בעובר"; "בדיקות לגילוי לקויים בעובר"; או "בדיקות לגילוי סטייה מהנורמה בעובר"; והאחרונה – שבה בחרתי לבסוף – "בדיקות לגילוי מומים בעובר". דחיתי את שתי האפשרויות הראשונות מאחר שבשימוש במינוח "פגמים בעובר" או במינוח "ליקויים בעובר" יש משום ייחוס תכונות של מוצרים לעוברים (כך, למשל, אנו נוהגים לומר: "המכונת שרכשתי פגומה" או "יש ליקויי בניה בדירה שרכשנו"). בהתאם לכך, סברתי כי מינוחים אלה אינם עולים בקנה אחד עם גישתי הערכית, שעליה מתבסס מאמר זה, ושלפיה אין להתייחס לעוברים כפי שמתייחסים למוצרי צריכה. דחיתי גם את האפשרות השלישית מאחר שהיא מניחה שקיימת נורמה פיזית וקוגניטיבית מוסכמת, אשר סטייה ממנה מעידה על בעיה בעובר. אלא שקיומה של נורמה מעין זו מוטל בספק, למעט במקרים שבהם עסקינן במומים פיזיים וקוגניטיביים קשים. ממילא עולה מכאן שתיאור מום מסוים שממנו סובל העובר כסטייה מהנורמה, נושא עמו הכרעה ערכית באשר לנורמה הפיזית והקוגניטיבית הראויה, הכרעה שאני מבקשת להימנע ממנה. נותרתי אפוא לבסוף עם האפשרות האחרונה שהיא, כאמור, "בדיקות לגילוי מומים בעובר". משמעויות הערכיות והחברתיות של מינוח זה הן הקלות ביותר, וכך גם מידת השיפוטיות הטמונה בו באשר לשאלה מהי הנורמה הפיזית והקוגניטיבית הרצויה. עם זאת, אני מודעת לכך שאף אני לא הצלחתי להימנע לחלוטין משימוש במונחים בעלי משמעויות ערכיות. כך, למשל, השימוש בביטויים ילד "מושלם" "יפה" "בריא" נושא עמו משמעות ערכית ברורה. לצערי, הימנעות מוחלטת מביטויים מעין אלה הנה כמעט בלתי אפשרית. על כן תקוותי היא כי הקורא לא ייחס לביטויים אלה משמעויות נסתרות מעבר לנדרש לצורך רשימה זו.

4 Yael Hashiloni-Dolev, A Life (Un)Worthy Of Living: Reproductive Genetics In Israel And Germany, 39 (2007). עם הבדיקות הנפוצות נמנות בדיקת מי שפיר; סקירת מערכות מכוונת; ובדיקות גנטיות מגוונות. לפירוט הבדיקות הבאות בגדר אבחון טרום לידתי, ראו שם, בעמ' 38–41.

5 על הקשר הקיים בין ריבוי בדיקות לגילוי פגמים בהיריון למספר גבוה יותר של הפלות מבחירה, ראו שם, בעמ' 45. חשוב לציין בהקשר זה כי על פי החוק במדינת ישראל, אחת ההצדקות למתן אישור להפסקת היריון היא חשד להיות העובר בעל מום גופני או נפשי. ראו ס' 316(א)(3) לחוק העונשין, התשל"ז–1977.

6 למספרן הרב של בדיקות העשויות להיות מוצעות לבני זוג בשלב ההיריון, ראו שם, בעמ' 42.

מי ילד מושלם של אמא? הרהורים בעקבות פסק הדין בעניין סידי

לצורך בביצוען. שאלה זו היא שעמדה במרכזו של פסק הדין בעניין סידי, וכפי שנראה מיד נענתה על ידו בחיוב.

עניינה של רשימה זו הוא בחינתו הביקורתית של הכלל המשפטי שאומץ על ידי בית המשפט בעניין סידי. במרכזה של בחינה ביקורתית זו יעמדו השלכותיה הערכיות והחברתיות של הכרעת בית המשפט. אבקש לטעון שאף שהכלל שאומץ על ידי בית המשפט ראוי ועולה בקנה אחד עם דוקטרינת "ההסכמה מדעת" ועם עקרון האוטונומיה העומד ביסודה⁷, הרי אופן ניסוחו והצגתו בפסק הדין הנו בעל השלכות ערכיות וחברתיות המעוררות קושי.

בחלקו הראשון של המאמר תוצג ההלכה שאומצה בעניין סידי, הכלל המשפטי שקדם לה ופסקי הדין שצעדו בעקבותיה. בחלקו השני תיבחן הלכה זו בחינה ביקורתית.

ב. הלכת סידי — היקפה של חובת הגילוי החלה על מטפל באישה הרה באשר

לאפשרויות האבחון הטרום לידתי

בעניין סידי נדונה תביעתו של ילד שנולד כשהוא סובל מבעיות בריאותיות שונות, ובכלל זה חסר כף יד ימין ובעיות נשימה. במהלך הריונה בוצעו באמו של התובע כמה בדיקות לאבחון טרום-לידתי: חלבון עוברי, דיקור מי שפיר, וכמה בדיקות אולטרה-סאונד שגרתיות שבוצעו במסגרת שירותי הרפואה הציבורית. ממצאיהן של כל הבדיקות היו תקינים, ולאם הודע שהעובר שהיא נושאת ברחמה בריא לחלוטין. לימים, עם לידת התובע, התברר זה כסובל משורה של פגמים⁸. בעקבות זאת הגישו התובע והוריו תביעה בעילה של "הולדה בעוולה" שעיקרה הטענה כי טוב היה לתובע אילו לא היה נולד כלל במומו⁹.

בית המשפט מצא כי אי-גילוי המומים שמהם סובל התובע באמצעות בדיקות האולטרה-סאונד השגרתיות שבוצעו במסגרת שירותי הרפואה הציבורית אינו מהווה התרשלות. הטעם למסקנת בית המשפט היה שבמועד שבו נשאה האם את התובע ברחמה, לא נהוג היה לבדוק בבדיקות מסוג זה מומים בגפיים — פרקטיקה אשר נמצאה על ידי בית המשפט קמא כסבירה¹⁰.

אלא שבכך לא תם הדיון בעניינו של התובע. עתה פנה בית המשפט להכריע בשאלה אם על המטפל חלה חובה לחשוף בפני האם ההרה מידע על אודות

7 על משמעותה של דוקטרינת ההסכמה מדעת נעמוד בהמשך.

8 לעובדות פסק הדין, ראו עניין סידי, לעיל ה"ש 1, פס' 2–3 לפסק דינו של השופט ריבלין.

9 עילה זו הוכרה על ידי בית המשפט העליון בע"א 518/82 זייצוב נ' כץ, פ"ד מ(2) 85 (1986).

10 ראו עניין סידי, לעיל ה"ש 1, פס' 8 לפסק דינו של השופט ריבלין.

מגבלות הבדיקות שנערכו לה והאפשרות לבצע בדיקות מקיפות יותר במסגרת הרפואה הפרטית.

כאמור, בית המשפט סבר שהתשובה לשאלה זו חיובית, אף שבמקרה הנדון לא הייתה כל אינדיקציה רפואית לצורך לבצע בדיקות מקיפות מאלה הנערכות במסגרת הרפואה הציבורית^{11,12}. בהישענו על אדניהם המוצקים של דוקטרינת "ההסכמה מדעת" ושל עקרון אוטונומיית החולה¹³, קבע בית המשפט כי אין להבחין בין היקפה של חובת הגילוי כאשר לטיפול שנעשה לבין היקפה של חובת הגילוי כאשר לטיפול שלא נעשה אך שניתן היה לעשותו במסגרת אחרת; ובין מידע הקשור בהתערבות רפואית פעילה למידע כאשר למגבלות הבדיקה המתבצעת ואפשרויות בדיקה ואבחון נוספות. עם זאת, הדגיש בית המשפט כי להבדלים אלה עשויה להיות השלכה על היקף חובת הגילוי המוטלת על המטפל. בהמשך לכך, הבהיר בית המשפט כי אף שלא מוטלת על המטפל חובה ליידע את המטופלת כאשר ליתרונות הטמונים ברפואה פרטית, חלה עליו חובה למסור לה מידע כאשר לאפשרויות טיפול ואבחון הזמינות רק במסגרת הפרטית, זאת אם אכן מדובר בטיפול או בבדיקה העשויים לסייע לו, ואלה אינם זמינים ברפואה הציבורית¹⁴. עיקרון זה חל, כך סבר בית המשפט, גם כאשר לבדיקות אבחון טרום-לידתי. משכך יש ליידע אישה הרה כאשר למגבלות בדיקת האולטרה-סאונד השגרתית הנערכת במסגרת שירותי הרפואה הציבוריים, ובאשר לאפשרות ביצוען של בדיקות מקיפות יותר באופן פרטי ויתרונותיהן¹⁵. בהמשך לכך, קבע בית המשפט כי באי-מסירת

11 חשוב להדגיש כי אף שהריונה של האם הוגדר כהיריון בסיכון גבוה, הרי הדבר נבע מגילה המבוגרת, מדלקות חריפות בדרכי השתן שמהן סבלה במהלך ההיריון ומעברה המיילדותי (שתי הפלות — אחת יוזמה בשל מחלת אדמת, והאחרת טבעית), ולא מקיומו של חשש למומים בעובר (ראו שם, פס' 2 לפסק דינו של השופט ריבלין). לכן אין בהתייחסותו של בית המשפט לנתונים אלה בפסק הדין (ראו שם, פס' 15 לפסק דינו של השופט ריבלין) כדי לשנות ממסקנת שלפיה עניינה של ההלכה שנקבעה בפסק הדין הוא היקפה של חובת הגילוי במקרים שבהם אין אינדיקציה רפואית למומים בעובר. ואכן, זו הדרך שבה הוצגה הלכת סידי בפסיקה מאוחרת לו. ראו למשל ת"א (מחוזי חי') 745/02 המר נ' עמית, פס' א(3) לפסק הדין (לא פורסם, 26.12.1006); 834/02 פלוגי נ' אבידן (לא פורסם, 25.2.2007) (להלן: עניין אבידן).

12 דעת הרוב ניתנה על ידי השופט ריבלין, ואליו הצטרפה השופטת חיות. השופטת נאור נותרה, לעומת זאת, בדעת מיעוט. היא הסכימה עם דעת הרוב שלפיה בנסיבות מתאימות עשויה לקום חובת גילוי כאשר לקיומה של בדיקה שניתן לבצע במסגרת פרטית, אך סברה כי חובה זו אינה קמה בנסיבות המקרה. את גישתה ביססה השופטת נאור על העובדה שבמועד הרלוונטי לתביעה הייתה בבדיקת הסקירה האולטרה-סאונד בחיתוליה, ולא היה די מידע שיעיד על הצורך בביצוע בדיקות מקיפות יותר. ראו עניין סידי, פס' 3–6 לפסק דינה של השופטת נאור.

13 ראו עניין סידי, פס' 10–13 לפסק דינו של השופט ריבלין.

14 ראו שם, פס' 13 לפסק דינו של השופט ריבלין.

15 ראו שם, פס' 15 לפסק דינו של השופט ריבלין.

מידע לאמו של התובע על האפשרות לבצע בדיקה מקיפה יותר באופן פרטי הופרה חובת הגילוי שהוטלה על המטפל והוכחה התרשלותו^{16,17}.

שאלת היקפה של חובת הגילוי המוטלת על מטפל כלפי מטופלת הרה, בהקשר של בדיקות אבחון טרום-לידה, עלתה כשבע שנים טרם שניתן פסק הדין בעניין סיד, בעניין ברמן¹⁸, אך נותרה בצריך עיון¹⁹. נסיבותיו של עניין ברמן דמו במידה רבה לאלה של פסק הדין בעניין סיד. התובעים בעניין ברמן נולדו כשהם חסרים את הגפה הימנית מתחת למרפק. אימותיהם של התובעים עברו בדיקות אולטרה-סאונד שגרתיות במסגרת הרפואה הציבורית, אשר בגדרן לא נבדקו שלמות גפיו של העובר. נוכח גילן הצעיר וההיסטוריה הגנטית של השתיים לא עלה חשש ללידת ילדים בעלי מום, ולפיכך לא הופנו השתיים לביצוע בדיקת אולטרה-סאונד מכוונת שהנה מקיפה יותר²⁰. משקבע בית המשפט כי אין בהפנייתן של נשים הרות לביצוע בדיקות אולטרה-סאונד מקיפות על דרך השגרה משום התרשלות²¹, נפנה לדון בשאלת חובת הגילוי. בדומה לעניין סיד, טענו גם כאן אימותיהם של התובעים כי על המכון שבו נבדקו הייתה מוטלת החובה ליידע את הנשים הנבדקות כי הבדיקה השגרתית המתקיימת במסגרת הרפואה הציבורית הנה בדיקה מצומצמת בהיקפה. זאת, על מנת שתעמוד בפניהן האפשרות לבחור בבדיקה המלאה במסגרת הפרטית. שלושת שופטי ההרכב היו תמימי דעים כי על המכון המבצע בדיקות אולטרה-סאונד על פי הנחיות הרופא המפנה – לא חלה חובת גילוי. משכך בחרו שניים משופטי בית המשפט – השופטת ביניש והשופט

16 ראו שם, שם. חשוב לציין שאף שלעברה המיילדותי של אמו של התובע ולעובדה שרכשה שירותי רפואה פרטיים אחרים במהלך ההיריון ניתן משקל על ידי בית המשפט בהכרעה בדבר קיומה של חובת גילוי, הרי מדובריו עולה כי לידיו חובה זו הייתה קיימת גם בהיעדר נסיבות מיוחדות אלה. וכך אומר בית המשפט: "בנסיבות אלה נראה לי כי מקבלת משנה תוקף החובה למסור לה מידע על אודות מגבלות הבדיקה השגרתית ויתרונות הבדיקה "הפרטית" (ההדגשה שלי – נ.ק.א.). השימוש בביטוי "משנה תוקף" הוא שמלמד כי נסיבותיו המיוחדות של המקרה שימשו רק תימוכין נוספים למסקנת בית המשפט בדבר קיומה של חובת גילוי וכי זו הייתה מוכרת אף בהיעדרן.

17 בקשה לקיומו של דיון נוסף בעניין סיד נדחתה על ידי בית המשפט העליון. ראו דנ"א 461/06 קופת חולים כללית נ' סיד, תק"על (3)06, 835, פס' 5 (להלן: עניין סיד (ד"נ)) (2006).

18 פ"ד נא (4) 205 (1997).

19 מן הראוי לציין כי שאלת היקף חובת הגילוי המוטלת על מטפל כלפי מטופלת הרה עלתה בפרשיות נוספות, אך בהקשרים שונים מאלה שנדונו בעניין סיד. ראו למשל: ע"א 4384/90 ואתורי נ' בית החולים לניאדו, נא (2) 171 (1997).

20 יתרה מכך, אף משביקשה אמו של התובע מרופאה כי יפנה אותה לבדיקת אולטרה-סאונד נוספת שבה תיבדק שלמות גפיו של העובר שהיא נושאת ברחמה, כוצעה בה פעם נוספת הבדיקה בדיקת האולטרה-סאונד השגרתית. בקשה זו הועלה על ידי אמו של התובע לאחר שבחרה ללדת את בתה שי כשהיא חסרה את הגפה הימנית מתחת למרפק. לעובדות פסק הדין, ראו שם, בעמ' 209.

21 ראו שם, בעמ' 212, 217.

ש' לויין – להשאיר את שאלת היקפה של חובת הגילוי בצריך עיון, בהותירם את ההכרעה בסוגיה מורכבת זו, כלשונה של השופטת ביניש, למקרה אחר²². לעומתם בחרה השופטת דורנר לדון בסוגיה באריכות. בהתבססה על אדניה של דוקטרינת "ההסכמה מדעת" ועקרון אוטונומיית החולה, קבעה השופטת הנכבדה כי הייתה חובה למסור לאימותיהם של התובעים מידע על האפשרות לבצע בדיקה מקיפה יותר באופן פרטי ותמורת תשלום. מטופלת סבירה, כך סברה, נזקקת למידע על אודות הבדיקות השונות לאבחון מומים בעובר שניתן לבצע, בין במסגרת רפואה ציבורית ובין במסגרת רפואה פרטית. זאת, על מנת שתוכל להחליט אם להסתפק בבדיקה המצומצמת המוצעת לה במסגרת שירותי הרפואה הציבורית²³. כאמור, השופטים האחרים בהרכב העדיפו שלא להכריע בסוגיית היקף חובת הגילוי לאישה ההרה, וזו נותרה אפוא ללא הכרעה.

שאלת היקפה של חובת הגילוי באשר לבדיקות אבחון טרום לידתי נדונה, לאחר פסק הדין בעניין ברמן, כמה פעמים בבית המשפט המחוזי. בכל המקרים צעדו בתי המשפט בעקבות גישתה של השופטת דורנר בעניין ברמן, וסברו כי ישנה חובה למסור לאישה הרה מידע בדבר האפשרות לבצע בדיקות נוספות מדויקות או מקיפות יותר, אף אם באופן פרטי²⁴. מאחר שכל פסקי הדין ניתנו על

22 ראו שם, בעמ' 219.

23 ראו שם, בעמ' 212–215.

24 פסק הדין הראשון שבו הכריע בית המשפט לטובת קיומה של חובת גילוי האמורה הוא ת"א (ב"ש) 92/93 ירקוני נ' רוזן, תק"מח (1)98 1083 (1998). בפסק הדין נדון עניינו של קטין שנולד כשהוא לוקה במומים קשים ביותר. בית המשפט הצטרף לגישתה של השופטת דורנר בעניין ברמן, וקבע כי קמה חובה למסור מידע להוריו על האפשרות לבצע בדיקת אולטרה-סאונד מקיפה מזו השגרתית המבוצעת במסגרת שירותי רפואה ציבוריים, על אף היעדר אינדיקציה רפואית לצורך בביצועה של בדיקה מקיפה (פסק הדין בוטל בהסכמת הצדדים על ידי בית המשפט העליון. זאת, עקב טענת קופת התולים כי לא ניתנה לה האפשרות להתגונן, במסגרת הדיון שהתקיים בבית המשפט המחוזי, בפני טענת ההתרשלות שביטויה בהפרת חובת הגילוי האמורה. ראו ע"א 1973/98 ירקוני נ' רוזן, תק"על (2)00 1596 (2000). לאחר הכלל שאומץ בפסק דין ירקוני צעדו פסקי דין נוספים. ראו למשל: ת"א (מחוזי ת"א) 2314/00 פלומבה נ' קופת חולים כללית, תק"מח (3)05 7231 (1983). (בפסק הדין נדונה תביעתה של קטינה שנולדה עיוורת לחלוטין עקב מום מולד בעיניה. מנסיבות המקרה עלה שלא הייתה כל אינדיקציה רפואית לצורך בביצוע בדיקה מקיפה מזו השגרתית המבוצעת במסגרת הרפואה הציבורית); ת"א (מחוזי ת"א) 1226/99 לוי (קטין) נ' יניב, תק"מח (1)05 6792, פס' 60 לפסק הדין (2005) (בפסק הדין נדונה תביעתו של קטין שנולד כשהוא סובל ממומים קשים. מנסיבות המקרה עולה כי הייתה אינדיקציה רפואית לצורך בביצוע בדיקת מי שפיר. עם זאת, בית המשפט הבהיר שאף אם לא הייתה אינדיקציה לצורך בביצוע הבדיקה, היה על הנתבעים למסור לתובעת מידע בדבר האפשרות לבצע בדיקה זו. ראו, שם); ת"א (מחוזי י"ם) 755/95 שישני נ' יגל, פס' 24 לפסק הדין (לא פורסם, 8.4.2002). (בפסק הדין נדונה תביעתה של קטינה שנולדה כשהיא סובלת ממומים קשים. מנסיבות המקרה עולה כי הייתה קיימת אינדיקציה רפואית לצורך בביצוע בדיקה על ידי מומחה בתחום. עם זאת, מעיון בפסק הדין עולה שבית המשפט חזר על הלכת ירקוני כלשונה מבלי להגביל את תחולתה למקרים שבהם קיימת אינדיקציה רפואית לצורך בביצוע בדיקה נוספת. ראו, שם).

ידי בתי משפט המחוזי, היה כוחו המחייב של הכלל שאומץ על ידם מוגבל. ממילא עולה מכאן חשיבותו של פסק הדין בעניין סיד, אשר קבע הלכה מחייבת בסוגיה. אחר גישתו של בית המשפט בעניין סיד צעדו בתי המשפט במספר לא מבוטל של פסקי דין. בין במקרים שבהם היה מומו של הילוד קל ובין במקרים שבהם היה מומו של הילוד קשה; בין במקרים שבהם לא הייתה אינדיקציה רפואית לצורך בביצוע בדיקה מקיפה מזו השגרתית המוצעת במסגרת שירותי בריאות ציבוריים ובין שהייתה קיימת אינדיקציה מעין זו^{25,26}.

ג. ההורים וערעורים על הלכת סיד ציחנה ביקורתית של פסק הדין

1. אין ספק כי פסק הדין בעניין סיד מבוסס היטב מההיבט הדוקטרינלי-משפטי²⁷, ועל כן במישור זה לא נפל כל פגם בפסק הדין. זכותו של אדם לאוטונומיה, שממנה נגזרת זכותו לקבל החלטה מושכלת באשר לטיפול הרפואי לו הוא זקוק או אותו הוא מבקש, הוכרה בפסיקה עוד טרם פסק הדין בעניין סיד²⁸. בקשר הדוק לה הוכרה החובה למסור למטופל מידע באשר למצבו הרפואי ולטיפול הרפואי המוצע²⁹.

25 ת"א (שלום חי) 8008/95 אברמוב נ' בית החולים רמב"ם, תק"ש 06(3) 49, פס' 8.1, 8.2 (2006); עניין המר, לעיל ה"ש 11, פס' (3) א לפסק הדין; ת"א (מחוזי י"ם) 7482/05 פלוגי נ' כסיף, פס' 38 לפסק הדין (טרם פורסם, 25.1.2007) (להלן: עניין כסיף); עניין אבירן, לעיל ה"ש 11; ת"א (מחוזי י"ם) 3103/01 פלוגי נ' הרמן, פס' 41 לפסק הדין (לא פורסם, 28.2.2007) (להלן: עניין הרמן).

26 להלכת סייד, כדאי לציין, אין אח ורע במשפט האנגלו-אמריקני. במשפט האנגלו-אמריקני מוטלת על המטפל חובה לגלות למטופלת ההרה על קיומה של בדיקה פלוגית לאבחון טרום-לידה רק במקרים שבהם קיימת אינדיקציה רפואית לצורך בביצועה של הבדיקה. ראו למשל: Jeri E. Reutenauer, *Medical Malpractice Liability In The Era Of Genetic Susceptibility Testing*, 19 QUINNPIAC L. REV. 529, 560-562 (2000); Sonia M. Suter, *The Genetics Revolution: Conflicts, Challenges And Conundra — The Routinization Of Prenatal Testing*, 28 AM. J.L. & MED. 233, 251 (2002); Jeffrey R. Botkin, *Symposium: Genes And Disability: Defending Health And The Goals Of Medicine: Prenatal Diagnosis And The Selection Of Children*, 30 U. FLA. L. REV. 265, 277-278 (2003); Canesi v. Wilson, 730 A.2d 805, 815-816, 817 (1999); Becker v. Schwartz, 46 N.Y. 2d 401, 406 (1978); Haymon v. Wilkerson, 535 A.2d 880, 881-882 (1987); Karlsons v. Guerinot, 57 A.D.2d 73, 75, 78 (1977); Munro v. The Regents of the University of California, 215 Cal. App.3d 977, 987-988 (1989); Reed v. Campagnolo, 630 A.2d 1145 (1993).

27 למסקנה זו חימוכין בהחלטת בית המשפט העליון בבקשה לקיים דיון נוסף בעניין סיד, ראו עניין סיד (ד"נ), פס' 5.

28 ראו רע"א 1412/94 הסתדרות מדיצינית הדסה עין כרם נ' גלעד, פ"ד מט(2) 516, 525-526 (1995); ע"א 434/94 ברמן נ' מור — המכון למידע רפואי בע"מ, פ"ד נא(4) 205, 212 (1997); ע"א 2781/93 עלי דעקה נ' בית החולים כרמל, פ"ד נג(4) 526, 575, 576 (1999).
29 ראו ע"א 560/84 נחמן נ' קופת חולים, פ"ד מ(2) 384, 387 (1986); ע"א 4384/90 ואתורי נ' בית החולים לניאדו, פ"ד נא(2) 171, 181-182 (1997); עניין ברמן, לעיל ה"ש 28, בעמ' 217; עניין עלי דעקה, לעיל ה"ש 28, בעמ' 576. חובת הגילוי מעוגנת מפורשות גם בס' 13(ב) לחוק זכויות החולה, התשנ"ו-1996.

חובה זו פורשה כמי שמחייבת את המטפל למסור למטופל מידע, בין השאר, בדבר מהות הטיפול המוצע, מטרתו, סיכוייו וחלופות הטיפול המוצע³⁰, והיא הוחלה אף על מקרים שבהם הטיפול המוצע הנו היעדר טיפול רפואי³¹.

בעניין סידי אומץ הכלל שלפיו על המטפל חלה חובה למסור לאישה הרה מידע בדבר האפשרות לבצע, באופן פרטי, בדיקות אבחון טרום לידתי נוספות, אף בהיעדר אינדיקציה רפואית לצורך בכך, על מנת שזו תוכל לבחור אם ברצונה לבצע בדיקות אלה. כלל זה מהווה אפוא משום התפתחות טבעית של דוקטרינת ההסכמה מדעת והנו בעל בסיס מוצק בדין הקיים.

יתרה מכך, לגופו של עניין, אני סבורה כי הכלל שאומץ בעניין סידי ראוי הוא. בכלל זכותה של אישה הרה לאוטונומיה באה זכותה להחליט מהן בדיקות האבחון הטרומ-לידתי שתבצע במהלך הריונה. זאת, על מנת שתוכל לכלכל את צעדיה עם הגיע תוצאות הבדיקות. זכות זו אינה צריכה להיות מותנית בהיקף סל שירותי הבריאות, שהרי היקפו של זה נקבע בהתחשב בשיקולים תקציביים המחייבים בדרך כלל את צמצומו. אף העובדה כי אין אינדיקציה רפואית לצורך בביצוע הבדיקה אינה מהווה שיקול נגד הכרה בקיומה של חובת גילוי מעין זו. זאת, להבדיל מהכרה בקיומה של חובה מצד קופת החולים לממן את הבדיקה. אף בנסיבות אלה עומדת להורים העתידיים הזכות לקבל החלטה באשר להיקף בדיקות האבחון הטרומ-לידתי שיבצעו. העובדה שאין אינדיקציה לצורך בביצוע הבדיקה, והצורך במימון הבדיקה באופן פרטי, הנם שיקולים בעלי חשיבות, אך מן הראוי שיישקלו על ידי ההורים העתידיים ולא על ידי הרופא המטפל. ההחלטה להביא ילד לעולם הנה מן ההחלטות החשובות ביותר שפרט מקבל במהלך חייו, נוכח ההשלכות האישיות, המשפחתיות והכלכליות הכרוכות בכך³². חשיבותה של ההחלטה מחייבת מתן הגנה ראויה לזכות הפרט לאוטונומיה, והיא העומדת ביסוד הרחבת היקף חובת הגילוי המוטלת על המטפל.

עולה מדבריי שככל שהדבר נוגע להיבט הדוקטרינלי-משפטי של פסק הדין

30 ראו למשל עניין ברמן, לעיל ה"ש 28, בעמ' 212; עניין עלי דעקה, לעיל ה"ש 28, בעמ' 551; ת"א (מחוזי ת"א) 348/92 שנכר נ' קופת חולים של ההסתדרות הכללית, פ"מ תשנ"ו(1) 89, 104 (1996); ת"א (שלום ת"א) 23605/88 אביב נ' גלעד, פ"מ תשנ"ד(4) 397, 403 (1994); ת"א (מחוזי י"ם) 475/95 אמיאל נ' בית החולים האוניברסיטאי הדסה, תק"מ 96(1), פס' 6 (1996); ת"א (מחוזי י"ם) 597/94 דוידוביץ נ' מאוריצי, תק"מ 97(1) 2478, פס' 12 לפסק הדין (1997); ת"א (מחוזי י"ם) 1109/97 פרננדס נ' הסתדרות מדיצינית הדסה, פס' 14 לפסק הדין (לא פורסם, 2000.5.16). החובה למסור פרטי מידע אלה לחולה מעוגנת מפורשות גם בס' 13(ב)(2) ר"י 13(ב)(4) לחוק זכויות החולה.

31 ראו עניין ואתורי, לעיל ה"ש 29, בעמ' 182. חובה זו קבועה מפורשות גם בס' 13(ב)(4) לחוק זכויות החולה.

32 על חשיבות ההחלטה להיות הורה אפשר ללמוד מהחשיבות הניתנת לזכות להורות או לאי-הורות ולזכות לתכנון המשפחה, ראו למשל: דנ"א 2401/95 נחמני נחמני, פ"ד (4) 661, 682, 719-720, 789 (1996); עניין זייצוב, לעיל ה"ש 9, בעמ' 112.

בעניין סידי אני צועדת יד ביד עם בית המשפט הנכבד. ביקורתי על פסק הדין מופנית לקושי שהוא מעורר במישור הערכי.

פסק הדין בעניין סידי מעורר כמה שאלות וקשיים במישור הערכי, בהיבטים שונים. כך מעורר פסק הדין שאלות וקשיים מנקודת המבט של צדק מחלק, מנקודת מבט מגדרית, מנקודת המבט של עלויות מערכת הבריאות ומנקודת המבט של טובת המטופלת³³. כל אחת מהן חשובה וראויה לדיון בפני עצמה, אך כפי שמעיד שמו של המאמר, עניינו אחר.

עיון בפסק הדין מגלה כי אמנם בית המשפט בעניין סידי קבע נדבך חשוב נוסף לזכות המטופל – ובמקרה זה האישה ההרה – לאוטונומיה, אולם הוא התעלם מהאינטרס של הילוד בעל המום שבא לאוויר העולם, ובהמשך לכך מהאינטרסים של בעלי מום נוספים, בין שמקורם של אלה בהיריון, בלידה או באירוע שפקד אותם במהלך חייהם. אפרט את טענתי.

נראה כי אפשר להניח, במידה רבה של צדק, שהכרה משפטית בקיומה של חובה למסור לנשים הרות מידע על האפשרות לבצע בדיקות אבחון טרום-לידה, באופן פרטי, אף בהיעדר אינדיקציה רפואית לצורך בכך, צפויה להיתפס על ידי חלק גדול מהציבור כתמיכה בצורך לבצע בדיקות אלה, אף אם זו לא הייתה כוונת בית המשפט או עמדתו. אם כיצוען של בדיקות מסוג זה אינו נחוץ או אינו ראוי, מדוע לחייב רופאים למסור מידע בדבר האפשרות לבצען, ואף להיות נכונים להטיל אחריות על האחרונים במידה שהפרו את חובתם? תפיסה זו מוצאת חיזוק בהטלת חובת גילוי על המטפל, אף אם משמעות הדבר מימון הבדיקה באופן פרטי על ידי המטופלת. החלת חובת הגילוי אף על בדיקה שיש לבצעה באופן פרטי, או במילים אחרות הכרה בקיומה של חובת גילוי אף אם משמעותה העקיפה הטלת נטל כלכלי על המטופלת, מדגישה, כך ניתן לטעון במידה רבה של צדק, את הכרת בית המשפט בחשיבותה וברצינותה³⁴. לבסוף, על החשיבות שמייחס בית המשפט לביצוע הבדיקה הרחבה במסגרת הפרטית, אפשר ללמוד בעקיפין גם מההבדלים

33 לאזכור שאלות ובעיות אלה, ראו, למשל: עניין ברמן, לעיל ה"ש 28, בעמ' 219; עניין ירקוני, לעיל ה"ש 24; עניין סידי, לעיל ה"ש 1, פס' 12 לפסק דינו של השופט ריבלין; ת"א (מחוזי י"ם) 3103/01 פלוגי – קטין נ' הרמן, פס' 38 (לא פורסם, 28.2.2007); עניין אבירן, לעיל ה"ש 11; עניין אברמוב, לעיל ה"ש 25, פס' 8.3; עניין פלומבה, לעיל ה"ש 24; Rayna Rapp, *Testing Women, Testing the Fetus – The Social Impact of Amniocentesis in America*, Educ. Stud. 46–47 (2000). Adrienne Asch & Gail Geller, *Feminism, Bioethics, and Genetics, in FEMINISM & BIOETHICS – BEYOND REPRODUCTION*, 318, 342 (Susan M. Wolf ed., 1996); Lori B. Andrews, *Prenatal Screening and the Culture of Motherhood*, 47 (1996); Hashiloni-Dolev, לעיל ה"ש 4, בעמ' 50–51.

34 ודוק, בדיקות אבחון טרום-לידה שעל האישה לממן באופן פרטי הנן איגניות בדיוק כמו בדיקות אבחון טרום-לידה הנכללות בסל השירותים. עם זאת, לא ניתן להתעלם מהעובדה שהטלת חובת גילוי על המטפל, אף אם משמעות הדבר מימון הבדיקה באופן פרטי על ידי האישה, מרמזת באופן משתמע על החשיבות והרצינות אותן מייחס בית המשפט לבדיקות מסוג זה.

המוזכרים בפסק הדין בין הבדיקה המצומצמת לבדיקה הרחבה, המקיפה, מטבע הדברים, איברים רבים יותר של העובר.³⁵

בצד הנחה זו עומדת הנחה שנייה, הנגזרת מעצם מהותן ומטרתן של בדיקות אבחון טרום-לידתי – גילוי מומים בעובר, והיא שבמרבית המקרים יובילו ממצאים המעידים על קיום מום בעובר לסיום ההיריון. זאת, לפחות ככל שהדבר נוגע לציבור החילוני במדינת ישראל.³⁶

כאשר מציבים הנחות אלה זו בצד זו, מצטיירת תמונה מדיאגה: כלל משפטי שלפיו יש למסור לנשים הרות מידע בדבר קיומן של בדיקות אבחון טרום לידתי, אף בהיעדר אינדיקציה רפואית לצורך בביצוען, עלול להיתפס כביטוי נוסף לגישה היוגנית (Eugenics), בת זמננו, שעניינה מניעת לידתם של ילודים בעלי מום באמצעים טכנולוגיים רפואיים.³⁷

דברים אלה מקבלים משנה תוקף נוכח ניסוחה של ההחלטה בעניין סידי. בית המשפט, לא רק שהכיר בפסק הדין בקיומה של חובת גילוי כאמור, אלא נמנע מלהדרגיש שמטרת מסירת המידע היא להעמיד בפני ההורים שתי אפשרויות: האחת – לבצע בדיקה מורחבת נוספת במימון פרטי; האחרת – להסתפק בבדיקה המוצעת במסגרת הציבורית. לעניין זה מן הראוי להביא את דבריו של בית המשפט עצמו, אשר אמר:

35 ראו עניין סידי, פס' 7 ו-14 לפסק דינו של השופט ריבלין. גם בפסקי דין אחרים, שניתנו טרם פסק הדין בעניין סידי ולאחריו, מופיעים ייאורים בדבר ההבדלים בין הבדיקה המצומצמת הנערכת במסגרת שירותי הרפואה הציבוריים והבדיקה המורחבת, ראו למשל: עניין פלומבה, לעיל ה"ש 24, פס' 5; עניין ירקוני, לעיל ה"ש 24; עניין אבידן, לעיל ה"ש 11; עניין אברמוב, לעיל ה"ש 25, פס' 4.4–4.9.

36 Saxton, להלן הערה 46, עמ' 301; Kaplan, להלן ה"ש 46, בעמ' 64.

37 התנועה היוגנית הגה תנועה חברתית שמטרתה שיפור המין האנושי באמצעות שימוש בטכנולוגיה. הגישה היוגנית יכולה להיות מסווגת כגישה חיובית או כגישה שלילית. יוגניקה שלילית מבקשת להפחית או לחסל גנים פגומים. יוגניקה חיובית מעודדת שימור או התרבות של תכונות רצויות או נעלות. ראו John R. Harding, *Beyond Abortion: Human Genetics And The New Eugenics*, 18 PEPP. L. R. 471, 477–478 (1991); Anne Finger, *Claiming All of Our Bodies: Reproductive Rights and Disability*, in TEST-TUBE WOMAN: WHAT FUTURE FOR MOTHERHOOD 281, 283–284 (Rita Arditti, Renate Duelli-Klein & Shelley Minden eds., 1984). על התפתחות התנועה היוגנית וביטוייה בגרמניה הנאצית, ראו Finger, בעמ' 284–286; Harding, לעיל ה"ש 37 בעמ' 480–483. הגישה היוגנית בצורתה הבוטה ביותר באה לידי ביטוי בהריגת תינוקות שנולדו בעלי מום, כפי שנהגו בספרטה, וכפי שנהגים במקומות מסוימים בעולם גם היום, ובהריגת בגירים בעלי מום או עיקורם, כפי שנהגו בגרמניה הנאצית. ראו שם, בעמ' 289–290, 286. כיום נוספו לאמצעים אלה טכניקות מעודנות יותר למניעת קיומם של הבלתי ראויים להיוולד, ובראשן בדיקות אבחון טרום-לידתי. עוברים בעלי מום מאותרים עוד בשלב ההיריון, ובואם לעולם נמנע באמצעות ביצוע הפלה. הדבר מבטיח בתורו לידתם של ילודים בריאים וכך את שיפור הגזע האנושי. ראו: Barbara K. Rothman, *Of Maps And Imaginations: Sociology Confronts The Genome*, 42 Soc. Prob. 1,8 (1995) Suter, לעיל ה"ש 26, בעמ' 269; Harding, ראו ה"ש 37 בעמ' 478–479, 484–485.

מי ילד מושלם של אמה? ההורים בעקבות פסק הדין בעניין סירי

"הנה כי כן, כבר בשנת 1986 ניתן היה לערוך סקירה על-קולית מורחבת וממוקדת יותר מזו שנעשתה באופן שגרתי במסגרת הרפואה הציבורית. לשיטתי, מידע על כך צריך היה לבוא לידיעת ההורים, על מנת שיוכלו להחליט האם ברצונם לעבור, ולו בתשלום, את הסריקה המורחבת"³⁸.

מדברים אלה עולה שאף שבמרכז מסקנתו של בית המשפט עומדת החלטת ההורים, בית המשפט מתייחס, אולי מבלי משים, לאפשרות אחת בלבד – ביצוע הבדיקה המורחבת. לכן מתווספת העובדה שבית המשפט אינו עומד על כך שביצוע הבדיקה המורחבת במסגרת הפרטית, אף היא בעלת מטרה כפולה: האחת – החלטה אם לסיים את ההיריון אם לאו; האחרת – הכנה נפשית של ההורים העתידיים ובני משפחה אחרים ללידתו של ילד בעל מום, במקרה שבו הוחלט על המשך ההיריון. בשני היבטים אלה בולטת התעלמותו של בית המשפט משני תרחישים אפשריים: האחד – ההורים העתידיים יחליטו להסתפק בבדיקה המוצעת במסגרת שירותי הרפואה הציבורית, תרחיש שעשוי להוביל ללידת ילוד בעל מום, עקב אי-גילוי המום במהלך ההיריון; השני – ההורים העתידיים יבצעו את הבדיקה המורחבת במסגרת פרטית, אך יחליטו שלא לסיים את ההיריון אף לאחר שהתברר כי העובר בעל מום. התעלמותו של בית המשפט מתרחישים אפשריים אלה, כאשר מוצבת אל מול הכרתו בקיומה של חובת גילוי כביטוי לזכות ההורים לאוטונומיה, עשויה להוביל את הקורא למסקנה עגומה אחת והיא, שגישתו של בית המשפט היא כי ראוי שהורים עתידיים יבחרו לבצע את הבדיקה המורחבת המוצעת במסגרת הפרטית, ויסיימו את ההיריון במקרה שהתגלה כי העובר הנו בעל מום³⁹.

דברים אלה מקבלים חיזוק נוכח דבריו הבאים של בית המשפט, דברים שנאמרו לעניין מסקנתו כי במקרה הנדון חלה חובה למסור לתובעת מידע בדבר האפשרות לבצע בדיקות מקיפות יותר: "משמעות הדבר כי האם, במעשיה, העידה על עצמה שאין היא מסתפקת בשירותי הרפואה הציבוריים, וחפצה לנקוט צעדים נוספים – גם אם אלה כרוכים בתשלום, על מנת למנוע, ככל הניתן, תקלות. בניסבות אלה נראה כי מקבלת משנה תוקף החובה למסור לה מידע על אודות מגבלות הבדיקה השגרית ויתרונות הבדיקה 'הפרטית' "⁴⁰ (ההדגשות שלי – נ.ק.א.). אף

38 לעיל ה"ש 1, פס' 15 לפסק דינו של השופט ריבלין.

39 וראו גם את פסק דינה של השופטת חיות, בעניין סירי, שנקטה בניסוח דומה. ניסוחים דומים, בעלי אותן השלכות, אומצו על ידי בתי המשפט גם בפסקי דין אחרים, ראו למשל: עניין אברמוב, לעיל ה"ש 25, פס' 8.3 (יב); עניין ירקוני, לעיל ה"ש 24; עניין ברמן, לעיל ה"ש 28, בעמ' 215; עניין פלומבה, לעיל ה"ש 24; עניין אבידן, לעיל ה"ש 24; עניין ניב, לעיל ה"ש 24, פס' 60.

40 ראו עניין סירי, לעיל ה"ש 1, פס' 15 לפסק דינו של השופט ריבלין. להתבטאויות דומות, מהן עולה הסתייגות בית המשפט מלידת ילד בעל מום ו/או תמיכתו בביצוע בדיקות אבחון טורם לידתי, ראו למשל: עניין המר, לעיל ה"ש 11, פס' ב'; עניין ירקוני, לעיל ה"ש 24; עניין פלומבה, לעיל ה"ש 24.

שכל עניינה של פסקה זו הן נסיבות המקרה שמהן עולה כי הכרה בקיומה של חובת גילוי עולה בקנה אחד עם זכות האם לאוטונומיה, אי-אפשר להתעלם משני ביטויים שבית המשפט משתמש בהם בניסוח מסקנתו:

האחד – "תקלות". ממנו עולה, בראש ובראשונה, כי לידתו של ילד בעל מום, לידתו של ילד שאינו מושלם, הנה "תקלה". דבר המשול לרכישת מוצר שהתקלקל, ומוצר פגום יש כידוע להשיב ליצרן. יתרה מכך, מאחר שמשמעותו הלשונית של הביטוי "תקלה" היא "מכשול, הפרעה"⁴¹, יש לשימוש בו השלכה נוספת – הצגת היילוד בעל המום כמכשול או הפרעה, למשפחתו ולחברה בכללותה, ומכשולים, כידוע, יש לסלק.

השני – "תרונות הבדיקה הפרטית", שממנו עולה כי בדיקה זו עדיפה על פני הבדיקה המצומצמת המבוצעת במסגרת הרפואה הציבורית. מאחר שיתרונות הבדיקה הרחבה הן בכך שבמסגרתה נבדקים איברים רבים יותר של העובר, אפשר להסיק מדבריו של בית המשפט כי בדיקה שבה גדולים הסיכויים לאיתורו של מום בעובר עדיפה.

מכאן קצרה הדרך למסקנה שבית המשפט תומך בביצוע בדיקות מקיפות לגילוי מומים בעובר, בדיקות שמשמעותן, כפי שראינו, במרבית המקרים, סיום ההיריון, משנתגלה כי בעובר נפל מום.

אופן ניסוחה של חובת הגילוי בעניין סידי, כפי שתואר זה עתה, מציב, כך נראה, את בית המשפט בשורה אחת עם הממסד הרפואי – הציבורי והפרטי – בישראל, התומך בביצוע בדיקות נרחבות לאבחון טרום-לידתי והמעודד נשים לבצען⁴². יתרה מכך, בחירתו זו של בית המשפט באופן ניסוחה של חובת הגילוי בעניין סידי מחזקת את הגישה היוגנית המודרנית שאומצה בהתלהבות על ידי החברה הישראלית עצמה, המרבה בבדיקות אבחון טרום-לידתי על אף היעדר

41 ראו מילון אבן שושן (אברהם אבן שושן ודב ירדן עורכים, 2000).

42 לתיאור גישה זו של הממסד הרפואי הציבורי והפרטי בישראל, ראו HASHILONI-DOLEV, לעיל ה"ש 4, בעמ' 38–43. לצד גישה זו, ובהמשך לה, עומדת נטייתם המוגברת של יועצים גנטיים להמליץ על ביצוע הפלה במקרה של גילוי מום בעובר. ראו יעל השילוני דולב "מיהו תינוק רצוי? הפלות סלקטיביות בשל אנומליות בכרומוזומי מין בגרמניה ובישראל" תיאוריה וביקורת 25 (2004) 97, 97, 108. מן הראוי גם להזכיר שאף שההחלטה הסופית על אישור הפלה נתונה בידי ועדות הפלות של בתי חולים, הרי בישראל הוועדות מתירניות מאוד בכל הנוגע להפלות על רקע של חשש לקיומו של מום העובר. ראו שם, בעמ' 108; דלילה אמיר "הוועדות להפסקת ההיריון כמסגרת מחנכת" מיניות ומגדר בחינוך 175, 184 (שמחה שלסקי עורכת, 2000). יתרה מכך, בישראל אומצה עמדה מתירנית, בחוק ובפרקטיקה, כלפי ביצוע הפלה בשלב מאוחר של ההיריון (שבוע 23 ואילך) עקב החשש לקיומו של מום בעובר. ראו Hashiloni-Dolev, לעיל ה"ש 4, עמ' 83, 87; יעל השילוני דולב "להפיל עובר 'חריג': מדיניות פתוחה, שיח משפטי ופרקטיקה רפואית בישראל ובגרמניה" הזכות לחיים ללא מום – מיצירת עובר עד לידתו כאדם קובץ מאמרים בתחומי מדע, מוסר ומשפט 161, 165 (יונתן דייזיס ואברהם סהר עורכים, 2007) (להלן: "הזכות לחיים ללא מום"); הזכות לחיים ללא מום, נספחים: 424, 428.

אינדיקציה רפואית לצורך בביצוע⁴³. הגישה היוגנית המודרנית זוכה עתה אפוא לא רק לתמיכת הממסד הרפואי והחברה, אלא גם לתמיכת הרשות השופטת⁴⁴ — דבר העשוי בתורו להביא לכיסוס נוסף של גישה זו בממסד הרפואי ובחברה הישראלית⁴⁵.

בקשר הדוק לכך, אף השאיפה לילד "מושלם" — הקשורה קשר הדוק לאידאליזציה של הגוף, לשאיפה לשלמות, לנורמליות, לבריאות, ליופי ולמצוינות, המאפיינות את החברה המערבית המסחרית-הצרכנית⁴⁶ — נראית כמי שזכתה לתמיכת הרשות השופטת. על המטפל חלה חובה למסור למטופלת מידע בדבר קיומן של בדיקות נוספות במסגרת הפרטית, על מנת שזו תוכל לבצען וכך למנוע היוולדו של ילד שאינו "מושלם" אם יתגלה קיומו של מום בעובר. זו המסקנה המשתמעת מפסק דינו של בית המשפט⁴⁷. דברים אלה מקבלים משנה תוקף, אם

43 ראו Hashiloni-Dolev, לעיל ה"ש 42, בעמ' 39, 41. יתרה מכך, כפי שעולה ממחקרה של השילוני-דולב במדינת ישראל קיימת התנגדות מעטה לבדיקות אבחון טרום-לידה, ואם זו קיימת מקורה בקבוצות דתיות. לעניין זה ראו את הנתונים המובאים אצל השילוני-דולב. שם, בעמ' 46. עם זאת, חשוב להדגיש כי גישה ההלכה היהודית לסוגיה של בדיקות אבחון טרום-לידהי ולהפלת תינוק בעל מום מורכבת מכפי שעולה מנתונים מחקריים אלה. ראו שם, בעמ' 47-48. הדין בסוגיה זו חורג כמובן מגדר רשימה זו. לגישה ההלכה לסוגיה, ראו, למשל: מיכה הלפרין "הפסקת הריון — היבטים משפטיים, מוסריים והלכתיים" הזכות לחיים ללא מום, לעיל ה"ש 42, בעמ' 65, 76-78; ירושלמי מיכל בר אילן "צער גופה קודם: הפלות מלאכותיות בהלכה ובחוק הישראלי" הזכות לחיים ללא מום, לעיל ה"ש 42, בעמ' 81.

44 חשוב לציין כי הרשות השופטת אינה חלוצת הרשויות שאימצו עמדה התומכת בגישה היוגנית. ראשונה הייתה הרשות המחוקקת שאימצה גישה מקלה בדבר הפסקת הריון מטעמים הקשורים למום הולד. על כך ראו ע' שפירא "הזכות לא להיוולד כפגם: פלוגות של לוגיקה, ערכים ומדיניות משפטית" דילמות באתיקה רפואית 239, 244.

45 לטענה בדבר קיומו של קשר בין גישה ממסדית המעודדת ביצוע בדיקות אבחון טרום-לידהי לעלייה בפועל בביצוע בדיקות אלה, ראו Botkin, לעיל ה"ש 26, בעמ' 287.

46 על השאיפה לילד "מושלם" ועל הקשר בינה ובין הגישה הרווחת בחברה המערבית, המסחרית-צרכנית, המאדירה אידאליזציה של הגוף, נורמליות, שלמות, יופי ומצוינות, ראו: Deborah Kaplan, *Prenatal Screening An Its Impact On Persons With Disabilities*, 8 FETAL Marsha Saxton, *Born*, 99 בעמ' 42, לעיל ה"ש 42, בעמ' 99 (1993) DIAGN. & THER. 64, 67 (1993). השילוני-דולב, לעיל ה"ש 42, בעמ' 98. *And Unborn: The Implications Of Reproductive Technologies For People With Disabilities*, in TEST-TUBE WOMAN 298, 303 (Rita Arditti, Renate Duelli-Klein & Shelley Minden eds., 1984); SUSAN WENDELL, *THE REJECTED BODY FEMINIST: PHILOSOPHICAL REFLECTIONS ON DISABILITY* 85-86 (1996). השאיפה לילד "מושלם" בחברה הישראלית, שביטוייה בנטייתם המוגברת של ישראלים לבצע בדיקות אבחון טרום-לידהי ונטייתם המוגברת להפיל עוברים בעלי מום, שואבת את כוחה לא רק מהתרבות המערבית-מסחרית-צרכנית, אלא גם מהאתוס הציוני. כפי שטוענת מאירה וייס, את הנטייה הישראלית המתוארת ניתן לראות כביטוי למה שמכונה אידאל "הגוף הנבחר" המאפיין את החברה הישראלית. אידאל זה, הסוגד לבריאות, לכוח ולשלמות, מקורו בתנועה הציונית ששאפה לשקם את הגוף היהודי, ובתפיסות יהודיות בנוגע לגוף הנבחר שמקורן בגלות. ראו השילוני דולב, לעיל ה"ש 42, בעמ' 98.

47 חשוב לציין, כי דברים אלה נכונים אף אם לא היה בכונת השופטים שישבו בדין לתמוך בגישה היוגנית המודרנית. טענתי אינה מופנית כנגד כוונתו הגלויה או הנסתרת של בית

נזכור שהן בפסק דין סידי עצמו והן בחלק מפסקי הדין שבאו בעקבותיו, היה המום שבו לקה היילוד מום שלפחות חלק מהציבור היה מגדירו כמום שאינו מום קשה. בהקשר זה חשובה במיוחד העובדה שבמקרים אלה לא הייתה פגיעה ביכולותיו הקוגניטיביות של היילוד⁴⁸.

2. משהצגנו באופן זה את הגישה העולה מפסק הדין בעניין סידי עולה ממילא השאלה אם גישה זו ראויה אם לאו. מה הפגם, אם בכלל, בגישה משפטית המאדירה, אף אם מבלי משים, את השאיפה לילד "מושלם"? האם אין אנו כחברה חפצים לעודד את לידתם של ילדים "מושלמים" בלבד שיהפכו בבוא היום למבוגרים "מושלמים"?

התשובה לשאלה זו צריכה להיות, לדעתי, שלילית. אימוצה של גישה משפטית המאדירה את השאיפה לילד "מושלם", התומכת בה והמעודדת אותה הנה בעלת השלכות שליליות על מי שנולדו בעלי מום או לקו במום במהלך חייהם, מהן אין להתעלם⁴⁹. אעמוד בפירוט על טענתי.

עידודם של הורים עתידיים לבצע בדיקות אבחון טרום לידתי — בדיקות

המשפט, אלא כנגד הגישה העולה מפסק דינו. עם זאת, אפשר לשער שלפחות חלק משופטי בית המשפט העליון והערכאות האחרות עצמם שותפים לגישה היוגנית הרווחת, כאמור, בחברה הישראלית, וכי גישה זו היא שהובילה לניסוח חובת הגילוי כפי שנוסחה בעניין סידי ובפסקי דין אחרים. למסקנה זו תמוכין בעובדה ששופטים המסתייגים מגישה זו עשו כן מפורשות או בעקיפין. כך, למשל, בעניין סידי עצמו התבטאה השופטת נאור, אשר סברה כי במקרה דנן לא הוטלה חובת גילוי על המטפל, באופן הבא: "עם זאת, לא אוכל להימנע מלומר כי קשה, לדעתי, לומר על ילד חסר כף יד (הסובל גם מבעיות נוספות) כי 'לידתו בעוולה' וכי 'טוב מותו מחייו'". ראו שם, פס' 7 לפסק דינה של השופטת נאור; עניין המר, לעיל ה"ש 25, פס' ב'.

48 בעניין סידי נולד, כאמור, התובע חסר כף יד ובעל בעיות נשימה. כדאי לשים לב בהקשר זה לדבריה של השופטת נאור שסברה שאין עסקינן במום שדרגתו כה קשה עד שניתן לומר על היילוד ש"טוב מותו מחייו". ראו שם, פס' 7 לפסק דינה. לפסק דין נוסף שבו לא היה המום שבו לקה היילוד חמור, ראו עניין המר, לעיל ה"ש 25 (חסר מלא של כף היד ושל חלק מעצמות האמה).

49 חשוב להקדים ולהדגיש כי על אף שכיתותן של בדיקות אבחון טרום-לידתי, קיומם של בעלי מום בחברה הנו בלתי נמנע. ראשית, חלק מהמומים אינם מאובחנים על אף ביצוע הבדיקות בשל מגבלותיהן הטכנולוגיות. שנית, חלק מההורים העתידיים בוחרים שלא לבצע בדיקות מסוג זה, או שלא להפיל עובר בעל מום, מטעמי אמונה, מטעמים אידאולוגיים או מטעמים אישיים אחרים. שלישית, חלק מהמומים נגרמים במהלך הלידה עצמה, ואין בבדיקות האבחון הטרם-לידתי כדי למנוע אותן. לבסוף, אירועים טרגיים במהלך חייו של הפרט עלולים להפכו לבעל מום. מכאן עולה שלטיעונים המוצגים על ידי תוקף ומשקל גם בעידן שבו בדיקות אבחון טרום-לידתי שכיחות. לטענה כי החברה אינה יכולה למנוע לחלוטין קיומם של בעלי מום, ראו WENDELL, לעיל ה"ש 46, בעמ' 153; Saxton, לעיל ה"ש 46, בעמ' 306, 310; Hashiloni-Dolev, לעיל ה"ש 42, בעמ' 45. ואכן, יותר מ-10% מהתושבים במדינת ישראל הנם בעלי מוגבלויות, מתוכם כ-150,000 בעלי נכויות קשות. ראו www.aisrael.org.

שמטרתן העיקרית היא סיום ההיריון במקרה שנתגלה מום בעובר – באמצעים שונים, ובכלל זה באמצעות המשפט, מעביר מסר ברור לאנשים שנולדו עם מום: "מן הראוי היה שמעולם לא הייתם באים לאוויר העולם" או "קיומכם צריך היה להימנע"^{50,51}. בקשר הדוק לכך, נושא עמו כלל משפטי המעורר נשים לבצע בדיקות אבחון טרום לידתי מסר נוסף, בין לאנשים שנולדו עם מום ובין לאנשים שהפכו לבעלי מום במהלך חייהם: "החברה אינה רוצה עוד אנשים כמוך"⁵². לכך מצטרפות האידאליזציה של הגוף והאדרת השאיפה לשלמות, לבריאות ליופי ולמצוינות, הטמונות בגישה התומכת בביצוע בדיקות אבחון טרום-לידתי. אלה טמונות בחוכן, באופן אינהרנטי, מסר שלפיו יש לדחות "גופים" שאינם עומדים בסטנדרטים גבוהים אלה⁵³.

מסרים מסוג זה הנם בעלי השלכה הרסנית על יחסה של החברה ושל פרטים בחברה כלפי נכים, זאת משלושה טעמים הכרוכים זה בזה: הם מעמידים בספק את זכותם של נכים להתקיים; הם מגבילים את הגדרת זהותם למום שבו הם לוקים ומתעלמים מתכונות אנושיות אחרות המאפיינות אותם; ולבסוף, הם מציגים אותם כנעדרי כל ערך אנושי וחברתי⁵⁴. בהמשך לכך, עלולים מסרים אלה לתמוך בכמה תופעות חברתיות שליליות, שעמן אפשר למנות – הפליית נכים, דחייה חברתית של נכים במישורים שונים והמתת חסד של נכים⁵⁵.

50 WENDELL, לעיל ה"ש 46, בעמ' 152.

51 דברים אלה מקבלים משנה תוקף אם נזכור כי בהמשך לטענה כי הופרה חובת הגילוי, טוענים התורבעים כתביעות מסוג זה ברגיל, זאת במסגרת יסוד הקשר הסיכתי, כי אילו ידעו על מומיו של היילוד, היו מסיימים את ההיריון ומונעים את לידתו. לטענה האמורה בפסקי דין שעסקו בהפרת חובת הגילוי הנדונה ברשימה זו, ראו למשל: עניין הרמן, לעיל ה"ש 25, פס' 4; עניין המר, לעיל ה"ש 25, פס' ב'; עניין כסיף, לעיל ה"ש 25, פס' 2, פס' 41.

52 WENDELL, לעיל ה"ש 46, בעמ' 153; Bonnie Steinbock, *Disability, Prenatal Testing, And Selective Abortion*, in *PRENATAL TESTING AND DISABILITY RIGHTS* 108, 120 (2000).

53 WENDELL, לעיל ה"ש 46, בעמ' 85, 91.

54 ראו שם, בעמ' 152; JENNY MORRIS, *PRIDE AGAINST PREJUDICE: TRANSFORMING ATTITUDES TO* 152; Steinbock, *Disability*, 82 (1991), לעיל ה"ש 52, בעמ' 120; Suter, לעיל ה"ש 26, בעמ' 268; Nancy Pries, *Why I Haven't Changed My Mind About Prenatal Diagnosis*; 268 *Reflections And Refinements*, in *PRENATAL TESTING AND DISABILITY RIGHTS* 234, 235–236 (Adrienne Asch & Erik Parens eds., 2000). להתנגדות ארגוני נכים בגרמניה לבדיקות אבחון טרום-לידתי על בסיס טענה זו, ראו Hashiloni-Dolev, לעיל ה"ש 4, בעמ' 126, 127, 128. טענה דומה מושמעת נגד עצם ההכרה בעילה של הולדה בעולה. ראו Darpana M. Sheth, *Better Off Unborn? Analysis Of Wrongful Birth And Wrongful Life Claims Under The American With Disability Act*, 73 TENN. L. REV. 641, 658–660 (2006); Wendy F. Hensel, *The Disabling Impact Of Wrongful Birth And Wrongful Life Actions*, 40 HARV. C. R. — C. L. L. REV. 141, 173–177 (2005).

55 לטענה שבדיקות אבחון טרום-לידתי, וכך גם אמצעים חברתיים הננקטים לעידודן, עלולים לקדם או לתמוך בגישות שליליות כלפי בעלי מום, ראו Kaplan, לעיל ה"ש 46, בעמ' 68, 69; MORRIS, לעיל ה"ש 54, בעמ' 64–65; Steinbock, לעיל ה"ש 52, בעמ' 117, 120. לעומת זאת, לגישה שונה שלפיה בדיקות אבחון טרום-לידתי אינן טמונות בחוכן סיכון מעין

מסרים מסוג זה צפויים להשפיע לא רק על יחסה של החברה לנכים, אלא גם על יחסם כלפי עצמם. הידיעה שהחברה נוקטת אמצעים מגוונים למניעת יילודים נוספים בעלי מום ואף מעודדת פרטים לנקוט אמצעים אלה, צפויה לגרום לנכים עצמם להרגיש חסרי ערך, על ההשלכות האישיות שיש לכך⁵⁶. יתרה מכך, האדרת השאיפה לשלמות, לכריאות, ליופי ולמצוינות, צפויה לגרום לפרטים בעלי מום לחוש תחושות של בושה, כישלון ודחייה כלפי גופם⁵⁷. תחושות אלה, יחד עם הידיעה כי הם אינם עונים לסטנדרטים החברתיים של "נורמליות" צפויים לא רק לגרום סבל ניכר לנכים, אלא להקשות באופן ניכר על השתלבותם בחברה⁵⁸. לא רק זאת, אלא שגישה המאדירה "חיים מושלמים" מתעלמת מיכולתם של בעלי מום להיות חיים מלאי תוכן, עניין ואושר, על אף נכותם⁵⁹. כך מעבירה גישה זו מסר עגום לנכים בדבר החיים הצפויים להם: "עובדת היותכם בעלי מום מונעת מחייכם להיות מושלמים, ואתם צפויים לחיים מלאי סבל, צער ואומללות, חיים בודדים, נטולי שאיפות וריקים מעתיד בעל תוכן". נקל לשער כיצד צפוי מסר כזה לפגוע בתמריציהם של בעלי מום לעשות את חייהם לבעלי משמעות, עניין, תוכן ואושר, על אף נכותם⁶⁰.

זה, ראו שם, בעמ' 120–121. כמו כן, כדאי לשים לב לטענה שהחברה מגלה גישה דואלית כלפי נכים, ומכאן שבצד ההשלכות השליליות שיש לריבוי ולעידוד בדיקות אבחון טרום לידתי על קהילת הנכים, קיימים תחומים שבהם לא באות השלכות אלה לידי ביטוי, כגון חקיקה שעניינה זכויות נכים או הקצאת משאבים לבעלי צרכים מיוחדים. בהקשר זה יש לזכור כי החקיקה בישראל אוסרת מפורשות הפליה מכל סוג נגד נכים. עם חקיקה זו נמנים, למשל, חוק שוויון הזדמנויות לאנשים עם מוגבלויות, התשנ"ח–1998 וחוק חניה לנכים, התשנ"ד–1994. לטענה בדבר גישתה הדואלית של החברה כלפי נכים, ראו, Nancy Press, *Assessing The Expressive Character Of Prenatal Testing: The Choices Made Or The Choices Made Available?*, in *PRENATAL TESTING AND DISABILITY RIGHTS* 214, 225 (2000) Botkin, לעיל ה"ש 26, בעמ' 292. יתרה מכך, נראה כי גישה הפוכה, דהיינו כזאת המתנגדת לביצוע בדיקות אבחון טרום-לידתי ולהפלות, אינה בעלת השפעה הפוכה, דהיינו השפעה חיובית על גישות חברתיות כלפי נכים. התנגדות לבדיקות אבחון טרום-לידתי או להפלות, למשל מטעמים דתיים או מוסריים, אין משמעה בהכרח אימוץ גישות של שוויון ושיתוף כלפי נכים. עולה מכאן שאף שקיים קשר בין גישה המעודדת בדיקות אבחון טרום-לידתי וגישות חברתיות שליליות כלפי נכים, אין להתעלם ממורכבות היחס שבין הגישה כלפי בדיקות אבחון טרום-לידתי וגישות חברתיות כלפי נכים.

56 ראו Wendell, לעיל ה"ש 46, בעמ' 153–154. לטענה ברוח דומה, ראו Marsha Saxton, *Why Members Of The Disability Community Oppose Prenatal Diagnosis And Selective Abortion*, in *PRENATAL TESTING AND DISABILITY RIGHTS* 147, 160–161 (2000).

57 ראו Wendell, לעיל ה"ש 46, בעמ' 86, 89.

58 לטענה ברוח דומה, ראו Wendell, לעיל ה"ש 46, בעמ' 153.

59 על הסתירה הקיימת בין הגישה הרווחת בחברה, שלפיה נכות הנגה באופן כללי חוויה שלילית מלאת כאב וסבל, לגישתם של נכים, שלפיה יש ביכולתם להיות חיים בעלי משמעות, תוכן ועניין, ראו Kaplan, לעיל ה"ש 46, בעמ' 65, 68; Morris, לעיל ה"ש 54, בעמ' 40, 43–44; Suter, לעיל ה"ש 26, בעמ' 268.

60 דברים אלה מקבלים משנה תוקף אם נזכור כי בהמשך לטענה כי הופרה חובת הגילוי, טוענים התובעים בחביעות מסוג זה ברגיל, וזאת במסגרת יסוד "הנזק", כי "טוב מותו של היילוד

אודה ואתוודה כי ביני לביני תהיתי, במהלך כתיבתו של מאמר זה, אם אין אני מייחסת משקל רב מדי לנוסח שבו בחר בית המשפט בתיאור חובת הגילוי. הלא בדבריו המפורשים של בית המשפט לא נכללים איזה מהמסרים המתוארים. נהפוך הוא, ביקורתי מתבססת כולה על המשתמע מפסק דינו של בית המשפט. יתרה מכך, אפשר לטעון כי ביקורתי נגד פסק הדין מאבדת את חשיבותה נוכח העובדה כי בחלק לא מבוטל מהמקרים נדחות תביעות המבוססות על הטענה של הפרת חובת הגילוי כפי שהוכרה בעניין סיד, בין משום שבית המשפט סבור כי בנסיבות המקרה לא הופרה חובת הגילוי⁶¹; בין משום שהתובעים לא הוכיחו קיומו של קשר סיבתי, דהיינו כי מסירת המידע לרשותם הייתה מביאה לסיום ההיריון⁶²; ובין משום שהתובעים לא הוכיחו קיומו של "נזק". דהיינו כי "טוב מותו של היילוד מחייו"⁶³. לבסוף, ביקורתי חשופה לטענה כי מחקרים אמפיריים מלמדים שעמדת הציבור בנושא נתון אינה משתנה שינוי קיצוני בעקבות פסיקת בית המשפט העליון, וכי השינויים בעמדות הציבור הדרגתיים ומוגבלים באופיים⁶⁴. במילים אחרות, ביקורתי חשופה לטענה כי ההנחה העומדת ביסודה, שלפיה לפסיקת בית המשפט העליון השפעה על עמדות ערכיות בציבור, מוטעית.

אף שאני מודעת לטענות אפשריות אלה נגד הביקורת שמתחתי על פסק הדין, אני בכל זאת סבורה שאין להקל ראש בחשיבות הנוסח – המילים – שנבחרו על ידי בית המשפט לתיאור חובת הגילוי המוטלת על המטפל במקרים מסוג זה. אפרט את טענתי.

ראשית, הנוסח הנבחר על ידינו והמילים שבהן אנו משתמשים הם תמיד בעלי משמעות גלויה ונסתרת. הבחירה במילה או בביטוי אלה או אחרים אינה אקראית.

מחיוו. לטענה האמורה בפסקי הדין שעסקו בהפרת חובת הגילוי הנדונה ברשימה זו, ראו למשל: עניין אבידן, לעיל ה"ש 11; עניין פלומבה, לעיל ה"ש 24, פס' 5. טענה זו נשמעת, כדאי לציין, בין במקרים שבהם המום שבו לוקה היילוד חמור ובין במקרים שבהם דרגת החומרה של המום קלה או בינונית. זאת, מהטעם שהפסיקה טרם הכריעה בשאלה מהי דרגת המום הנדרשת על מנת שלילוד תעמוד עילת תביעה בטענה של "הולדה בעוולה". לגישת הפסיקה בסוגיה זו, ראו עניין זייצוב, לעיל ה"ש 9, בעמ' 104–105, 110–122, 122–123, 124–126; ע"א 913/91 אזולאי נ' מדינת ישראל, תק"על (1)93, 241, פס' 3 לפסק הדין (1993); ע"א 119/05 חליפה נ' מדינת ישראל, תק"על (3)06, 3976, פס' 25–26 לפסק הדין (2006); ת"א (מחוזי י"ם) 1591/96 יהודה נ' מרכז רפואי אסף הרופא, תק"מח (3)01, 12650, פס' 22 לפסק הדין (2001); עניין פלומבה, לעיל ה"ש 24; עניין כסיף, לעיל ה"ש 25, פס' 41; עניין המר, לעיל ה"ש 25, פס' ב'; עניין לוי, לעיל ה"ש 24, פס' 62–65; עניין שושני, לעיל ה"ש 24, פס' 39; ת"א (מחוזי י"ם) 859/94 עמור נ' מדינת ישראל, פס' 7–8 (לא פורסם, 8.8.2002); הזכות לחיים ללא מום, לעיל ה"ש 42, בעמ' 357–358, 307. מן הראוי לציין כי בפועל הכירו בתי המשפט בקיומה של עילת תביעה בטענה של "חיים בעוולה" גם במקרים שבהם לא היה מומו של היילוד חמור. ראו שם, בעמ' 359.

61 ראו למשל: עניין הרמן, לעיל ה"ש 25, פס' 41.

62 ראו עניין המר, לעיל ה"ש 11, פס' ב'; עניין אבידן, לעיל ה"ש 11.

63 ראו עניין המר, לעיל ה"ש 11, פס' ב'.

64 לטענה זו, ראו גר ברזילי בית המשפט העליון בעין החברה הישראלית (1994).

היא בעלת משמעות ערכית דואלית — היא מבטאת את עמדתו הערכית של הדובר, ויש בה להשפיע על עמדתו הערכית של הקורא. די אם נקיש לעניין זה מהמשמעויות העמוקות שיש לבחירה בשם תואר זה או אחר לאדם בעל מום — "פגום", "לקוי", "מאותגר", "איטי", "מפגר" וכו'.⁶⁵

דברים אלה נכונים גם כאשר לרטוריקה שבה משתמש בית המשפט. זו מבטאת את תפיסתו הערכית של השופט היושב לדין, ומהווה בו זמנית פעולה של יצירת נורמות ערכיות ותפיסות חברתיות. למעשה, הנרטיב שבו בוחר בית המשפט הנו בעל כוח ייחודי מאחר שפסק דין הנו בעל כוח נורמטיבי, המכריז על התרחשות מסוימת כעל המציאות הסופית והמוחלטת, וכך תורם להבניית מציאות זו.⁶⁶ כך, למשל, השימוש בביטוי "תקלה", כפי שנעשה בפסק הדין בעניין סידי, מעניק הד סופי ומוחלט לקביעה כי עובר או יילוד בעלי מום מהווים מכשול או הפרעה למשפחה ולחברה בכללותה, ומסייע באופן זה להטמעתה. ממילא עולה מכאן שלמילים, לביטויים ולנוסח שבו נעשה שימוש חשיבות החורגת ממשמעותם הלשונית.

שנית, ובקשר הדוק לדברים שהובאו זה עתה, חשוב לזכור כי המשפט, בכלל, ואופן ניסוחם של כללים משפטיים, בפרט, נמנים עם הדרכים שבהן החברה מבנה את תפיסת הנכות ומעצבת גישות כלפי נכים. כפי שטוענים מלומדים השייכים לאסכולה של Disability Studies, נכות הנה תוצר של הבניה חברתית ולא תכונה אינהרנטית, אובייקטיבית של בעל המום, הניתנת לתיאור כמצב רפואי או טרגדיה אישית, שפתרונה במישור הרפואי-מדעי. לגישתם של מלומדים אלה, נכות הנה תולדה של פרקטיקות חברתיות, גישות כלכליות ותפיסות תרבותיות.⁶⁷ בקשר הדוק לכך טוענת אסכולה זו כי יחסה של החברה לבעלי מום נקבע בדרכים פורמליות ובדרכים שאינן פורמליות, בדרכים ישירות ובדרכים עקיפות.⁶⁸ טענה זו, החלה על פרקטיקות ומוסדות חברתיים שונים, נכונה גם, ואולי ביתר שאת, כאשר למשפט.⁶⁹

65 ראו: Simi Linton, *CLAIMING DISABILITY — KNOWLEDGE AND IDENTITY* ch. 2 (1998).

66 לכווחו של הנרטיב בפסק הדין כמבנה מציאות ולמשמעות הערכית הטמונה בביטויים ובנוסח שנוקט בית המשפט, ראו למשל יופי תירוש "סיפור של אונס לא יותר" משפטים (לא) 3(579 (תשס"א-2001); שולמית אלמוג "עיני המעורער חשכו" בין הנרטיבי לנורמטיבי מחקרי משפט טו 295, 306 (תש"ס-2000); אורית קמיר "תרגיל במשפט וספרות: המשפט כמתרגם ומכונן זיכרון או: גיימס בורד ורייט פוגש במשפט יהודי ודמוקרטי, במחמוד דרוויש ובפסקי הדין מדינת ישראל נ' יגאל עמיר" מחקרי משפט יח 323 (תשס"ב-2002).

67 לחיבור גישה זו, ראו למשל: Sagit Mor, *Between Charity, Welfare, And Warfare: A disability Legal Studies Analysis Of Privilege And Neglect In Israeli Disability Policy*, 18 YALE J.L. & HUMAN 63, 69-70 (2006).

68 Linton, לעיל ה"ש 65, בעמ' 34; Wendell, לעיל ה"ש 46, בעמ' 36.

69 לטענה זו, ראו Mor, לעיל ה"ש 67, בעמ' 71. ראו למשל את הדיון המקיף במאמרה של שגית בנפקיות העמוקות שיש להסדרי רווחה במדינת ישראל על הגדרת נכות ומעמדם של נכים. ראו את מאמרה של Mor, שם, בעמ' 79 ואילך.

על פי גישה זו – שזכתה לכינוי Disability Legal Studies⁷⁰ – יש להתבונן מעבר לזכויות ולזכאויות שמעניק המשפט לאנשים בעלי מום או לאלה הנשללות מהם באמצעות החוק. יש לבחון את הדרך שבה נורמות משפטיות, מוסדות משפטיים ופרקטיקות משפטיות מעצבות את ההבניה החברתית של נכות ומעצבות גישות חברתיות כלפי נכים. על פי גישה זו, המשפט אינו רק ביטוי לנורמות חברתיות או לתפיסות תרבותיות, אלא משתתף פעיל ביצירתן. מודעות לכוחו זה של המשפט מהווה, על פי גישה זו, שלב מוקדם והכרחי להשגת שינוי חברתי באשר למעמדו של בעלי מום⁷¹.

שלישית, לפסק הדין השלכות ערכיות, אף אם אין בחובת הגילוי שאומצה בו כדי להביא לחיובם של הנתבעים באחריות בכל מקרה. פסקי דין הנם בעלי משמעות נורמטיבית וערכית החורגת מתוצאות פסק הדין לגופו של עניין.

רביעית, התעלמות בית המשפט מהאינטרסים של בעלי מום ומההשלכות שעשויות להיות לפסק הדין במישור זה ניכרת במיוחד, וכך מקבלת משמעות מיוחדת, נוכח העובדה שבית המשפט אינו מתעלם משיקולים ערכיים אחרים, זאת בצד זכות המטופל לאוטונומיה. כך, עיון בפסק הדין מגלה כי אף שבית המשפט התעלם מהאינטרסים של בעלי מום, הובאו בכלל פסיקתו שיקולי יעילות כלכלית ושיקולים בדבר טובת החולה⁷², בצד זכות המטופל לאוטונומיה.

חמישית, ההתנגדות החברתית להולדת בעלי מום ולהמשך קיומם הנה חזקה מאוד, ומבוססת על שורה ארוכה של טעמים. עם אלה נמנים: העלויות שיש בקיומם כדי להטיל על החברה ועל התא המשפחתי בפרט; הטענה כי לידת ילד בעל מום צפויה "להרוס את המשפחה"; שיקולי אלטרואיזם שעניינם מניעת סבל מהילוד וחיים ללא איכות; והתזכורת הטמונה בקיומם של בעלי מום לאוזלת ידה של הרפואה ולטרגיות האפשריות של החיים העלולה לפגוע בכולנו⁷³. עצמתה של התנגדות זו היא המחייבת את בית המשפט להקפיד על ניסוחיו, פן אלה יהיו חיזוק נוסף לגישה חברתית זו. כאשר לכלל המשפטי שאומץ בעניין סידר, חייב הדבר את בית המשפט להבהיר מפורשות כי הכרה בקיומה של חובת גילוי, אין משמעותה שלגישת בית המשפט ההחלטה הראויה היא ביצוע בדיקות אבחון טרום-לידתי נרחבות אף בהיעדר אינדיקציה רפואית לצורך בכך, וסיום ההיריון במקרה שנתגלה קיומו של מום בעובר.

שישית, כפי שכבר ציינו, את חובת הגילוי ביסס בית המשפט בעניין סידר על זכות האישה ההרה לאוטונומיה. זכות זו משמעה, בין השאר, הזכות לבחור

70 לחיאור גישה זו, ראו שם, בעמ' 68, 75–79.

71 ראו שם, בעמ' 78–79.

72 ראו עניין סידר, פס" 12 ר" 13 לפסק הדין. כפי שראינו, דיון בשיקולים ערכיים אחרים, ישנו גם בפסקי דין נוספים שאימצו את הלכת סידר. ראו לעיל ה"ש 31.

73 לטעמים אלה ואחרים, ראו, למשל: Kaplan, לעיל ה"ש 46, בעמ' 65–67; Linton, לעיל ה"ש 65, בעמ' 45; Steinbock, לעיל ה"ש 52, בעמ' 119.

במסלול הרפואי המתאים למטופל. עיקרה של הזכות לאוטונומיה הוא אפוא הענקת שליטה למטופל בהקשר של טיפול רפואי. הנה כי כן, הזכות לאוטונומיה כרוכה בתפיסה החברתית שמן הראוי שלפרט תהיה שליטה על חייו, בכלל, ועל בריאותו וגופו, בפרט⁷⁴. לעומת זאת, נכות נתפסת על ידי החברה כמצב שבו אדם הנו חסר שליטה על גופו, על יכולותיו הקוגניטיביות ועל חייו. שליטה בחיים הנה אחד מסממניהם של חיים "מושלמים", אבדן שליטה ותלות הנם סימן לחיים "פגומים"⁷⁵. יתרה מכך, עצם ביצוען של בדיקות אבחון טרום-לידתי, וסיום ההיריון במקרה שנתגלה מום בעובר, נתפס על ידי החברה כביטוי רצוי להפעלת שליטה של ההורים על חייהם⁷⁶. עולה מכאן שהדיון בזכות לאוטונומיה כזכות בעלת חשיבות הראויה להגנת הדין, וכבסיס התאורטי לכלל שאומץ בפסק דין סידי, נושא עמו מסר – תת-מודע – בגנות חיים עם מום, חיים שהינם ללא שליטה. דברים אלה מחזקים את הטענה בדבר חשיבות הדברים שלא נאמרו על ידי בית המשפט בפסק הדין, דברים שעיקרם הכרה באפשרות שלא לבצע בדיקות אבחון טרום-לידתי, והכרה בדבר הערך שיכול להיות לחיים עם מום.

לבסוף, גם אם לפסיקת בית המשפט העליון השפעה מוגבלת על עמדותיו הערכיות של הציבור, אין חולק שלפסיקותיו השפעה כלשהיא על עמדות אלה. יתרה מכך, להבדיל ממקרים בהם פסיקת בית המשפט העליון משקפת עמדה ערכית שונה לחלוטין מזו המקובלת בציבור, הרי שבעניין סידי מצטרפת הגישה הערכית העולה מפסק הדין לגישה הרווחת ממילא בציבור ובממסד הרפואי כלפי בדיקות אבחון טרום לידתי. המסר העולה מפסק הדין צפוי, אם כך, לזרוע זרעים נוספים ב"קרקע" הציבורית הפורייה שהצמיחה כבר, כפי שראינו, פרקטיות יוגניות.

בסיומה של רשימה זו ברצוני להבהיר באופן מפורש את עמדתי. ביקורתי מופנית כלפי האופן שבו בחר בית המשפט לנסח את פסק דינו, ככל שהדבר נוגע לחובת הגילוי המוטלת על המטפל. אין להסיק מביקורתי זו שאני מתנגדת לכלל המשפטי שאומץ על ידי בית המשפט שלפיו יש למסור לנשים הרות מידע בדבר האפשרות לבצע באופן פרטי בדיקות אבחון טרום-לידתי נרחבות מאלה המוצעות בשירותי הרפואה הציבוריים, אף בהיעדר אינדיקציה רפואית לצורך בכך. כפי שכבר אמרתי, כלל זה מבוסס היטב בדין הקיים ומוצדק מכוח זכות האישה לאוטונומיה. כמו כן, אין ללמוד מדבריי שאני מתנגדת לביצוען של בדיקות מסוג זה, או לזכות האישה להפיל את עובריה, אם בדיקות האבחון הטרומ-לידתי העידו

Elisabeth Beck-Gernsheim, *Life As A Planning Project, in Risk, Environment and* 74
MODERNITY: TOWARDS A NEW ECOLOGY 142 (Scott Lash, Bronislaw Szerszynski & Brian
Wynne eds., 1996).

LINTON, לעיל ה"ש 65, בעמ' 25; WENDELL, לעיל ה"ש 46, בעמ' 103.

Beck-Gernsheim, לעיל ה"ש 74, בעמ' 144, 147.

מי ילד מושלם של אמא? הרהורים בעקבות פסק הדין בעניין סידי

על קיומו של מום, בהתקיים תנאים מסוימים (בעיקר גיל ההיריון)⁷⁷. זכויות אלה נגזרות אף הן מהזכות לאוטונומיה, והן ביטוי לזכות האישה לשלוט בגופה ובחיייה, ואין אני מפקפקת בקיומן⁷⁸.

טענתי היא שעל בתי המשפט להקפיד בהצגת גישה אובייקטיבית, כזאת שלא יעלה ממנה ולו בעקיפין חזות התומכת בבדיקות אבחון טרום לידתי או שמא בסיום ההיריון. לשם כך, על בתי המשפט להדגיש כי מטרת מסירת המידע לאישה ההרה הוא לאפשר לה להחליט אם ברצונה לבצע את הבדיקה אם לאו, בין לשם סיום ההיריון ובין לשם הכנה נפשית להיוולדו של ילוד בעל מום, אם יוחלט על המשך ההיריון. הצגה מאוזנת זו של אפשרויות הבחירה העומדות בפני האישה ההרה, תפחית את המסרים השליליים העולים מפסקי דין מסוג זה כלפי בעלי מום⁷⁹. באופן זה יוכלו בתי המשפט להעביר מסרים אחרים, חיוביים, לחברה, ובראשם שניים:

ראשית, יש להכיר ברצונם של הורים להביא ילד בעל מום לעולם ולכבד רצון זה.

שנית, יש להכיר בערכו של אדם בעל מום וביכולתו לחיות חיים בעלי עניין ותוכן, שיהיה בהם אושר לו ולסביבתו.

77 לגישה זו, ראו למשל: MORRIS, לעיל ה"ש 54, בעמ' 82.
78 לגישה שלפיה אין לקשור בין זכותה של אישה להפיל לבין השאיפה להגן על אינטרסים של בעלי מום, ראו Anne Finger, *Claiming All Of Our Bodies: Reproductive Rights And Disability*, in TEST-TUBE WOMAN 281, 287 (Rita Arditto, Renate Duelli-Klein & Shelley Minden eds., 1984). להנחה הנפוצה, אך המוטעית, כי קיימת סתירה בין הזכות להפיל והשאיפה להגן על אינטרסים של בעלי מום, ראו Rayna Rapp, *Testing Women, Testing the Fetus — The Social Impact of Amniocentesis in America*, EDUC. STUD. 50–51 (2000).
79 דווקא, מפחיתה ולא מונעת, מאחר שעדיין היו התובעים נשמעים בטענה כי אילו היו יודעים על המום היו מסיימים את ההיריון, וכי "טוב מותו של היילוד מחייו" ובית המשפט היה מקבל את טענתם כחלק מן המקרים.