

על הולדה בעוולה והטעם שבטעמים להפסקת היריון: הרהורים בעקבות פלוני נ' מדינת ישראל¹

דניאל שפרלינג*

א. מבוא. ב. פסק הדין בעניין פלוני. ג. ביקורת על פסק דין בעניין פלוני והדין הרלוונטי – כללי. ד. בחינת ההחלטה לאשר או לא לאשר הפסקת היריון; 1. בחינת ההחלטה להפסיק את ההיריון בפסק הדין בעניין פלוני; 2. הוראות חוק העונשין וההנחיות הקיימות לבחינת ההחלטה להפסיק היריון; 3. חמש הנחות יסוד בנוגע להפסקת היריון. ה. בחינה לאור עקרונות דיני הנזיקין; 1. כללי; 2. הרחבת הלכת זייצוב – סקירת הפסיקה; 3. ניתוח ביקורתי של פסק דין בעניין פלוני; 4. פיצוי התובעת על הפגיעה בזכותה לאוטונומיה – ראש הנזק הנכון. ו. בעיית "המדרון החלקלק". ז. הסיפור שאינו מסופר בפסק הדין. ח. הערה לסיום.

א. מבוא

מאמר זה מנתח את החלטת בית המשפט המחוזי בחיפה בעניין פלוני אשר קבעה, באופן תקדימי, כי ילד שנולד להיות בגובה הנמוך מהמוצע ובעל סיכונים רפואיים אחרים, זכאי לתבוע בעילה של "הולדה בעוולה". החלטה זו הרחיבה את המסגרת המשפטית של הולדה בעוולה בשניים: ראשית, בית המשפט קבע שלצורך גיבוש העוולה של הולדה בעוולה, די אם ההתרשלות כלפי התובע (או הוריו) הייתה דיונית. כך, גם אם ההחלטה שלא להפסיק את ההיריון הייתה סבירה בנסיבות העניין, הרי בכל זאת נזקו של התובע (המום שבחייו) הוא בר-פיצוי. שנית, בית המשפט הרחיב את ההסתכלות על הנזקים הנמצאים במסגרת של

1 ת"א (מחוזי חי') 259/02 פלוני נ' מדינת ישראל, תק"מח 7(4) 10051 (2007).
* S.J.D., LL.M (אוניברסיטת טורונטו); LL.B, B.A. (האוניברסיטה העברית). מרצה בכיר, בית הספר למדיניות ציבורית וממשל ובית הספר לבריאות הציבור ורפואה קהילתית, האוניברסיטה העברית בירושלים (dsperling@mssc.huji.ac.il).

“הולדה בעוולה”, ופסק, לראשונה מאז הוכרה באופן עקרוני, כי גם נזק סוציו-אקונומי שאינו רפואי, הוא נזק בר-פיצוי.

לאחר סקירת הפסק וביקורת על קביעת בית המשפט הנוגעת להחלטה אם לאשר את הפסקת ההיריון אם לאו, תטען רשימה זו כי ההחלטה בעניין פלוני אינה עולה בקנה אחד עם עקרונות בסיסיים בדיני הנזיקין. זאת, בהתבסס על כך כי בית המשפט קובע שיסוד ההתרשלות הוכח במקרה הקונקרטי; כי עוולת הרשלנות התקיימה בנסיבות העניין, וזאת ללא הוכחה של קשר סיבתי לנזק; כי נפסק פיצוי על דרך האומדנה, וזאת שלא כמקובל; וכי לאור כלל השבת המצב לקדמותו, טעה בית המשפט משלא התייחס לנכות התפקודית של התובע ומשפסק פיצוי אשר אינו מבטא את הצורך בשיפור תפקודו של התובע. בהמשך תתייחס רשימה זו לחשש ספציפי שמביע בית המשפט כשיקול בפסיקת הפיצוי גלובלי בעניין “המדרון החלקלק”. הרשימה תראה כי חשש זה לוקה בכשל לוגי, והוא אף אינו מבוסס במקרה הנדון כאן. בחלק האחרון של המאמר יסופר (מחדש) הסיפור שאינו מסופר בעניין פלוני ושמשמש, להערכתך, בסיס ורקע להחלטתו של בית המשפט. סיפור זה יראה כי בית המשפט בעניין פלוני התעלם, הלכה למעשה, מהמשמעויות האישיות והחברתיות של מסכת האירועים שעוברת האישה בכל משך ההיריון, ועל ידי כך חיזק את העוול שנעשה לאמו של הקטין. סיווג סיפור המעשה כנתון לחוות דעת רפואיות “ניטרליות”, “מדעיות” ו“אובייקטיביות” והכרעה בו בקני מידה “רפואיים”, כך יטען במאמר, הנציחו את הפעלת הכוח הפוליטי-ממסדי של המשפט על הפרט, ובייחוד על גוף האישה. מאמר זה ייחתם בקריאה לעיון מחדש בשימוש שראוי לעשות בעילת ההולדה בעוולה, ובקשר שבין עילה זו לסוגיית הפסקת ההיריון ולהנחיות משרד הבריאות המסדירות סוגיה זו.

ב. פסק הדין בעניין פלוני

פסק הדין בעניין פלוני שניתן לפני חודשים ספורים ושעליו הוגש ערעור לבית המשפט העליון², העלה את השאלה אם פעלה המדינה כדין כשסירבה לאשר בקשה של אישה לעבור הפסקת היריון בשבוע 24.5, זאת מהטעם, שנחזה למבוסס, שלפיו הילד שייוולד יהיה חולה במחלת ההיפוכונדרופלזיה. מי שחולה במחלה זו יהיה נמוך קומה (בגובה ממוצע שבין 140–150 ס"מ) ובעל דיספרופורציה מלאה בגופו, כך שעצמות הירכיים והזרועות שלו תהיינה קצרות מהנורמלי לגילו. כדי לשפר את מצבו הגופני, חולה כזה

2 ע"א 572/08 מדינת ישראל נ' שומרת (קטין) (להלן: כתב ערעור בעניין שומרת) (עותק שמור בידי המחבר). דיון בערעור קבוע ל-18.11.2009.

על הולדה בעוולה והטעם שבטעמים להפסקת היריון:
הרהורים בעקבות פלוני נ' מדינת ישראל

יזדקק לפחות לארבעה ניתוחי הארכת גפיים – באחוז גבוה של סיבוכים רפואיים ובפרוצדורה מורכבת וקשה – וגם לטיפול הורמונלי המעכב את התבגרותו המינית³. ועדה לאישור הפסקת היריון שפעלה בבית החולים אישרה תחילה את הבקשה, אולם בשל השלב המתקדם של ההיריון ובהתאם לנוהל פנימי של בית החולים העבירה הוועדה את הבקשה לאישורה של "ועדת-על", שכללה את מנהל בית החולים (שאישר את הסכמת הוועדה) ואת מנהל מחלקת נשים ויולדות בבית החולים (פרופ' כספי) אשר דחה את הבקשה להפסקת היריון. לאחר דחיית הבקשה להפסקת היריון, עברה האם סדרה נוספת של בדיקות רפואיות, ובשלב מתקדם השלימה עם גזרת ה"וועדה" והביאה את בנה לעולם. הילד נולד חולה במחלת ההיפוכולדרופלזיה, ומכאן התביעה. עילות התביעה שניסחו ההורים (התובעים בשם הקטין) היו הולדה בעוולה⁴ והפרת חובה חקוקה (הלוא היא החובה הנוגעת להפסקת היריון לפי חוק העונשין, התשל"ז-1977).

הניתוח המשפטי שעומד בעניין פלוני מתמקד בשאלה אם הרכב הוועדה המיוחדת להפסקת היריון היה סביר, אם התקיימה התייעצות בין החברים ("סיעור מוחות מפרה בין המומחים"), ואם ניתנה להורים זכות הטיעון בפני הוועדה. בית המשפט מצא שהחלטת הוועדה (שהיא אינה אלא פרופ' כספי) הייתה חייבת להתקבל לאחר שמיעת ההורים שיגדלו את הילד, ושיתמודדו עם הבעיות הכרוכות בגידולו של ילד חריג, וזאת מכוח חובת הזהירות של הוועדה כלפי הילד וכלפי ההורים. משנפלו פגמים דיוניים בכינוס הוועדה ובניהולה, נקבע כי ועדת-העל הפרה את חובת הזהירות המוטלת עליה.

המדינה לא הכחישה בבית המשפט את קיומו של קשר סיבתי בין התרשלותה, אם תוכח, ובין הנזק שאירע לילד (היוולדו במום), אך טענה שהחלטת האם שלא להפסיק את ההיריון על בסיס ייעוץ רפואי שקיבלה לאחר החלטת הוועדה העליונה מנתקת את הקשר הסיבתי בין החלטת הוועדה להולדת התובע. השופטת דחתה את הטענה שביצוע בדיקות רבות לאחר החלטת הוועדה מעיד על רצון (ואולי תקוות) ההורים למצוא פגם מסוג

3 עניין פלוני, לעיל ה"ש 1, בעמ' 10072–10073.

4 המונח הראוי יותר לניסוח עילה זו הוא "חיים בעוולה" ("Wrongful Life"), המכוון לתביעת הילד הניזוק שתמציתה הוא בכך שהנזק שנגרם לו נעוץ בעובדה שהוא ייאלץ לחיות במומו. על רקע אותן נסיבות עובדתיות, יכולים גם הורי הילד לתבוע את הגורם הרשלן בתביעה שעניינה "הולדה בעוולה" ("Wrongful Birth"). במרכזה של תביעה זו הטענה כי הנזק שנגרם להורים התובעים הוא בלידתו ובגידולו של ילד בעל מום. בתי המשפט אימצו את השימוש במינוח השגוי של "הולדה בעוולה" המתאר כביכול את תביעת הילד. רשימה זו תתייחס למינוח האמור, בכפוף להערה זו.

אכונדרופלזיה, המצדיק כשלעצמו הפסקת היריון – זאת, בניגוד להיפוכונדרופלזיה – והיא קבעה שפרט לכך, הבדיקות נועדו "לקבל חיזוק לדעה של פרופ' כספי שאולי הכל בסדר"⁵. בית המשפט קיבל אף את עדות האם שלפיה היא אף לא ידעה שבאפשרותה להגיש בקשה נוספת להפסקת היריון⁶.

השופט גילאור, שכתבה את פסק הדין בעניין פלוני, אימצה את דעת השופטים אהרן ברק ושלמה לוין בהלכת זייצוב⁷, שהיא ההלכה המרכזית לתביעות בעילה של הולדה בעוולה. לפי דעה זו, שמאמר זה ידון בה בהמשך, אחריות בהולדה בעוולה יכולה להתגבש מבלי להזדקק להשוואה בין מצב של חיים במום למצב של אי-חיים, ועל ידי כך ניתן להימנע מהאמירה המתבקשת בתביעות מסוג זה, שלפיה טוב לקטין שנולד במומו (נמוך הקומה) לולא נולד. דעה זו משמיעה אפוא כי מבחינה עקרונית, כל נזק שבעטיו נולד התובע במום עשוי לזכות לפיצוי, ומידת הנדירות של הנזק ואופי ההגבלה האישית ממנו משפיעים על גובה הפיצוי. לקביעת נזקו של התובע הביאה השופטת את הנתונים השונים על גובהו הצפוי של התובע, ודנה בטיפול המאפשר הוספת גובה (טיפול הורמונלי וניתוחים להארכת גפיים)⁸. כן עלה בבית המשפט שאחוז הסיבוכים של טיפול מסוג זה גבוה, והפרוצדורה של ניתוחי הארכה הנה מסובכת אף היא. השופטת דחתה את הטענה שלפיה קיומן של פרוצדורות טיפוליות מסובכות ומסוכנות עולה כדי חובת הקטנת הנזק, וקבעה שגובהו של התובע צפוי להיות בסביבות 150 ס"מ⁹. לקביעת גובה הפיצוי, נמנעה השופטת מלקבוע את נכותו התפקודית, ולא אמדה את נזקיו בדרך הרגילה. אחת הסיבות לכך היא סירובה לפצותו בגין כאב וסבל הקשור קשר ישיר עם קומתו הנמוכה. בגין שיקולים של מדיניות משפטית ובייחוד בשל החשש ממדרון חלקלק, קבעה השופטת את הפיצוי באופן גלובלי בסך של 750,000 ₪¹⁰.

לצד ההסדר הפסיקטי של הולדה בעוולה ובחינת התרשלות המדינה לפי דיני הנזיקין הכלליים, משמשים ברקע פסק הדין בעניין פלוני האיסור המשפטי להרוג עובר בטרם יציאתו מבטן אמו¹¹, והפטור לאיסור זה¹². על פי ההסדר הכללי, ביצוע הפסקת היריון היא

5 עניין פלוני, לעיל ה"ש 1, בעמ' 10069.
 6 שם, בעמ' 10070.
 7 ע"א 518/82 זייצוב נ' כץ, פ"ד מ(2) 85 (1986). בפרשה זו נדון ערעורה של אמו של קטין, אשר נולד חולה במחלה תורשתית ע"ש הנטר כנגד החלטת בית המשפט המחוזי בירושלים, שדחה את תביעת הנזיקין שהגישה האם נגד רופא ומוסד רפואי, אשר סברו כי בהתבסס על בדיקות גנטיות של האם, העובר לא יהיה חולה במחלה האמורה.
 8 עניין פלוני, לעיל ה"ש 1, בעמ' 10071–10072.
 9 שם, בעמ' 10074.
 10 שם, בעמ' 10076.
 11 איסור זה כפול, והוא כולל את ההוראה בדבר הריגת עובר כשהוא נולד "חי מבטן אמו", וגם הריגת עובר שנולד מת (בעיקר בשל הפסקת היריון). ראו ס' 308, 313 לחוק העונשין,

על הולדה בעוולה והטעם שבטעמים להפסקת הריון:
הרהורים בעקבות פלוני נ' מדינת ישראל

עברה פלילית, אלא אם כן נתקבלה הסכמת האישה ונתקבל אישור הוועדה להפסקת הריון לפי אחת מהעילות הבאות: האישה היא למטה מגיל הנישואין (17) או מלאו לה 40; ההריון נובע מיחסים אסורים (למשל אינוס) או מיחסי עריות, או שהוא לא מנישואין; הוולד עלול להיות בעל מום גופני או נפשי; או שהמשך ההריון עלול לסכן את חיי האישה או לגרום לה נזק גופני או נפשי¹³. מכוח הוראות החוק והנחיות פנימיות של מנכ"ל משרד הבריאות, שנכנסו לתוקף ב-1.1.1995 (לאחר האירוע הרשלני, נשוא פסק הדין בעניין פלוני)¹⁴, בכל מרפאה מאושרת או בית חולים קיימות ועדות אזוריות, ומעליהן מצויות שש ועדות-על הפרושות על פני יחידות שונות בארץ. ועדות-העל דנות בבקשות להפסקת הריון מעל שבוע 23. זאת, על פי הנחיות המשרד, שעודכנו לאחרונה¹⁵. מדי שנה מאושרות כ-20,000 פניות להפסקת הריון, ואחוז הפסקות ההריון מכלל אישורי הוועדות עומד על כ-95%-1698%.

התשל"ז-1977, בהתאמה. להוראה הראשונה ראו ת"פ (שלום צפת) 1188/05 **מדינת ישראל נ' חורי** (פורסם בנבו, 30.3.2006); תפ"ח (מחוזי ת"א) 854/80 **מדינת ישראל נ' דולברג**, פ"מ התשמ"ז(2) 446. להוראה השנייה ראו למשל ת"פ (מחוזי ב"ש) 8001/99 **מדינת ישראל נ' פואד** (16.1.2000).

- 12 ס' 312-321 לחוק העונשין (תיקון 39) (חלק מקדמי וחלק כללי), התשנ"ד-1994, ס"ח 348.
13 בעבר הייתה קיימת עילה נוספת שאפשרה לבצע הפלה גם מטעמים סוציאליים. ביטולו של סעיף זה הביא, לדעת הארגון "משפחה חדשה", לביצוע הפלות באופן פרטי ולא מוסדר. ארית רוזנבלום "הזכות להפלה" בתוך אתר משפחה חדשה: www.newfamily.org.il/rec/23 (נבדק לאחרונה ב-22.10.2010). בשנת 2007, למשל, 55% מהפסקות ההריון נעשו בשל סיבת היחסים האסורים, 18% מהם כדי להגן על בריאות האישה או על חייה, 18% נוספים מהם בשל חשש למום בעובר, ועוד 9% מטעמי גיל האישה. משרד הבריאות **הפסקות הריון על פי החוק 1990-2007**, 10 (2008) www.health.gov.il/Download/pages/abortion (נבדק לאחרונה ב-22.10.2010) (להלן: "הפסקות הריון על פי החוק"). במשך השנים ניכרת ירידה במרבית סעיפי החוק, למעט בעילה שלפיה ההריון הוא עקב יחסים אסורים או גילוי עריות. בנוגע לעילה זו ניכרת עלייה של 10%: מ-5.6 הפסקות הריון לכל ה-1,000 נשים בגיל פריור בשנת 1990 ל-6.2 בשנת 2007. הירידה הגדולה ביותר מאמצע שנות ה-90 ועד לשנת 2007 היא בעילה של סכנה לחיי האם ולבריאותה (45%), לאחר מכן בעילה של מום העובר (27%) ובעילה של גיל האישה (29%). שם, בעמ' 10-12.
- 14 משרד הבריאות, מנהל רפואה "ועדות על-אזוריות להפסקת הריון בהריונות מעל שבוע 23 חוזר 76/94 (1994) www.health.gov.il/download/forms/a2346_mr70c_93.pdf (נבדק לאחרונה ב-22.10.2010) (להלן: "הנחיות קודמות").
- 15 משרד הבריאות, מנהל רפואה "ועדות להפסקת הריון בשלב החיות" חוזר 23/07 (2007) www.health.gov.il/download/forms/a3115_mk23_07.pdf (נבדק לאחרונה ב-22.10.2010) (להלן: "הנחיות חדשות").
- 16 בשנת 2007 שיעור הפסקת ההריון היה הנמוך ביותר מתחילת שנות ה-90 ובמקביל אחוז הפסקות הריון מכלל הפניות לוועדות היה 93% לעומת 96% בשנת 2000. משרד הבריאות, **הפסקות הריון על פי החוק**, לעיל ה"ש 13, בעמ' 7, 9. למרות אחוז גבוה מאוד של אישורי

בשנת 2007, למשל, 58% מהפסקות ההיריון היו בהיריון עד השבוע ה-7 של ההיריון, 31.8% היו בשבוע 18, 9.06% בין השבוע ה-13–23, 0.64% בין השבוע ה-24–26, 0.37% בין השבוע ה-27–31, ועוד 0.23% בשבועות ה-32 ואילך¹⁷. ביצוע הפסקת ההיריון היא חלק מסל שירותי הבריאות¹⁸, והזכאות לקבל השתתפות מטעם הקופה חלה גם בנוגע לנערות בנות 17¹⁹.

ג. ביקורת על פסק דין בעניין פלוני והדין הרלוונטי – כללי

עניין פלוני מכיל אוסף של גרסאות עובדתיות, שמטרתן אינה אלא לבחון את טענת התובע אשר נוסחה בעילה של הולדה בעוולה (לצד עילה של הפרת חובה חקוקה). הטענה של הולדה בעוולה נועדה להישמע בדרך כלל כאשר אירעה רשלנות באבחון פגם בעובר שבגינה נמנעה מההורים האפשרות להפסיק את ההיריון. טענה זו הועלתה – בטעות מושגית וקונקרטית, לדעתי – על ידי הורי הילד (בשמו), אלא שתובעים אלה הצליחו להוכיח בבית המשפט כי המדינה התרשלה בהתנהלותה הכושלת של ועדה עליונה שהוקמה בבית החולים לאישור הפסקת ההיריון בשלב החיות²⁰. הנזק שנגרם בעקבות התרשלות זו היא לידתו של ילד "פגום ובלתי רצוי", ילד עם נמיכות קומה.

- הוועדה להפסקת ההיריון, 40% מהפסקות ההיריון מבוצעות במוסדות פרטיים. **הפסקות הריון על פי החוק**, שם, בעמ' 29.
- 17 **הפסקות הריון על פי החוק**, שם, בעמ' 15. בין השנים 2000–2007 עלה אחוז הפסקות ההיריון עד השבוע ה-7 מ-48% ל-58%, לעומת ירידה באחוז הפסקות ההיריון בשבועות 8–12 מ-43% ל-32%. אחוז הפסקות ההיריון מהשבועות 13–23 עלה מ-7.9% ל-9.06%. אמנם שיעור הפסקות ההיריון בשבועות 24–26 ירד מ-0.72% ל-0.64%, אולם העלייה הדרמטית ביותר נראתה במספר הפסקות הריון בשבועות 32 ומעלה מ-17 בשנת 2000 ל-46 בשנת 2007. שם, בעמ' 15. בשנת 2007, כ-92% מהבקשות להפסקת הריון לאחר שבוע 23 אושרו על ידי הוועדה. **הפסקות הריון על פי החוק**, שם, בעמ' 17.
- 18 משרד הבריאות, מנהל רפואה "זכאות להפסקות הריון – בהתאם לסל השירותים הבסיסי על פי חוק ביטוח בריאות ממלכתי" חוזר 75/95 (1995) www.health.gov.il/download/forms/a2422_mr75_95.pdf (נבדק לאחרונה ב-22.10.2010).
- 19 משרד הבריאות, מנהל רפואה "זכאות להפסקות הריון – בהתאם לסל השירותים הבסיסי על פי חוק ביטוח בריאות ממלכתי" חוזר 20/01 (2001) www.health.gov.il/download/forms/a920_mr20_01.pdf (נבדק לאחרונה ב-22.10.2010).
- 20 מושג החיות (Viability) פותח בקשר לסוגיית הפסקות ההיריון בפסק הדין של בית המשפט העליון האמריקני בעניין Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973); פסק הדין אומץ אצלנו בע"א 413/80 פלונית נ' פלוני, פ"ד לה(3) 57 (1981). לדיון במושג זה ראו: DANIEL SPERLING, MANAGEMENT OF POST-MORTEM PREGNANCY: LEGAL AND PHILOSOPHICAL ASPECTS 2–10 (2006).

על הולדה בעוולה והטעם שבטעמים להפסקת היריון:
הרהורים בעקבות פלוני נ' מדינת ישראל

באמצע את דעת השופטים ברק ושלמה לויין בעניין זייצוב, עניין פלוני מעורר לא מעט מחשבות. ברשימה זו בחרתי לפרט ארבע מהן. האחת, נוגעת לבחינת ההחלטה אם לאשר את הפסקת ההיריון אם לא; השנייה, נוגעת להחלטת בית המשפט לאור העקרונות המשפטיים המקובלים בדיני נזיקין; השלישית, נוגעת לחשש שמביע בית המשפט – ומשמיעים ביתר עוז מבקריו של פסק הדין – בעניין "המדרון החלקלק"; הרביעית, קשורה לסיפור שאינו מסופר בעניין פלוני ושממש, להערכתו, בסיס ורקע להחלטת בית המשפט. בטרם אדון בכל אחת מהסוגיות, ראוי להדגיש כי ההנחה שמשרתת את עניין פלוני ואת סיפור המעשה המגולל בו, היא כי יש טעם בהבחנה שבין טעמים שונים להפסקת היריון, וכי טעם זה הולך ומתחזק ככל שאנו נמצאים בשלב החיות²¹, באופן מוגדר, ההנחה היא, כי בקשה להפסקת היריון מטעמי מום העובר אינה כבקשה להפסקת היריון מטעמים לא רפואיים (סוציו־אקונומיים); כי בקשה להפסקת היריון מטעמי מחלה קשה אינה כבקשה להיריון מטעמי מחלה שהיא פחות קשה; וכי בקשה להפסקת היריון בשלב החיות מוצדקת אם היא מועלית מטעמים מסוימים, אך היא אינה מוצדקת אם מה שעומד מאחוריה הוא הגנה על טעמים אחרים, אפילו היו כשרים בשלב שקדם לשלב החיות. ראוי להתבונן בהנחות אלה, ובמיוחד לתהות על תוקפן ועל כוחן המחייב, שכן החוק אינו עורך, כלל וכלל, הבחנות בין עילות שונות להפסקת היריון – הבחנות שעשויות להיות בעלות השלכות מוסריות משפטיות²². החוק מונה את כל העילות להפסקת היריון ברשימה – ובנשימה – אחת, והוא אף אינו מסייג את אמירתו כך שתחול רק על שלב מסוים בהיריון ולא על שלב אחר²³. מאין הופיעו הבחנות אלה ומה יצדיקן? תשובה לשאלה זו תידחה עד לאחר הדיון בעניין פלוני.

ד. בחינת ההחלטה לאשר או לא לאשר הפסקת היריון

1. בחינת ההחלטה להפסיק את ההיריון בפסק הדין בעניין פלוני

21 ראייה להנחה זו ניתן למצוא במשפט האמריקני, למשל בעניין *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1967); *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992); George J. Annas, *The Supreme Court and Abortion Rights*, 356 NEJM 2201 (2007).

22 ניתן לטעון כי המחוקק אימץ מבחן כללי לעילות ההפלה תוך כוונה להסמיך את ענף הרפואה לקבוע מבחנים מדויקים שיכשירו מבחינה חוקית את הפסקת ההיריון, כפי שנראה למשל באנגליה. פרשנות זו ניתנת לסתירה, ובכל מקרה היא צריכה דיון שגבולותיו חורגים ממאמר זה.

23 לשכיחות השימוש בעילות להפסקת היריון, ראו לעיל ה"ש 13.

בבית המשפט מופיעים, בזה אחר זה, עדים מומחים מטעם התביעה והנתבעת שכל מטרתם היא להצביע על סבירות או אי-סבירות ההחלטה לאשר את הפסקת ההיריון. הדרך שבה בוחרים המומחים לעשות זאת היא על ידי מתן חוות דעת בשאלה אם המום שהתגלה אצל העובר מהווה מחלה (כן או לא), או שהוא בגדר הפרעה של נוחות או הפרעה מסוג אחר. לגישת העדים המומחים, ההבחנה בין מחלה לכל מה שמחוצה לה משמשת קריטריון המצדיק הפסקת ההיריון, במיוחד בשלב החיות. אם מוכח שלעובר תהיה מחלה פתולוגית קשה או השלכות רפואיות רחבות, כי אז מוצדק להתיר את הפסקת ההיריון. לעומת זאת, אם מה שצפוי לעובר הוא נזק סוציו-אקונומי, רגשי, או חברתי ובכל מקרה לא רפואי, כי אז הפסקת ההיריון, ודאי בשלב החיות, אינה מהווה טעם מספיק²⁴.

עיון בפסק מעלה שלוש התרשמויות עיקריות. ראשית, המומחים חלוקים ביניהם באבחון המדויק של "מחלת" העובר ובהשלכות העתידיות שלה. חלק סבור שמדובר בגמדות (אקונדרופלזיה)²⁵ או שלכל היותר כי לא ניתן לקבוע בפסקנות היעדר מחלת אקונדרופלזיה²⁶, ואילו אחרים סבורים שמדובר במחלת נמיכות קומה (היפוכונדרופלזיה)²⁷. שנית, המומחים משתמשים במונחים שונים כדי לתאר את המום או תוצאת המום של העובר. חלק מן המומחים פונים לתאר את מצבו העתידי של העובר במונחים רפואיים, ואילו חלק אחר מן המומחים בוחרים לעשות שימוש בשפה חוץ-רפואית²⁸. כך, מופיעים בערבוביה הביטויים "ליקוי במבנה או מרקם העצם"; "גמדות"; "פתולוגיה"; "מידות קטנות של הגפים"; "מחלה"; "הפרעה משמעותית בגדילה"; "הגבלה בכושר התפקוד ובכושר התנועה"; "נכות ללא השפעה על רמת ההתפתחות השכלית או המינית"; "חולים שאינם סובלים בד"כ מבעיות רפואיות ושבריאותם טובה"; "מחלה שאינה כרוכה

24 לאינטואיציה זו בסיס אמפירי. במחקר שערכו רפאל כהן-אלמגור ויהודה שניר הציגו החוקרים חמישה מצבים שבהם נבחנה מידת ההסכמה של חברים בוועדת-על להפסקת ההיריון לאשר הפלה. למשל בנוגע למצבים גופניים-מחלתיים שונים כמו תסמונת דאון, Hydrocephalus (נזק לא ברור למוח) וחוליה שסועה הייתה נכונות לאשר הפלה כמעט תמיד (70%–80% בממוצע על פני תקופות שונות של ההיריון). מנגד, כאשר הטעם להפסקת ההיריון היה מום אסתטי (חסר גף מהמרפק ומטה) או הסבר סוציאלי (חשש מרצח על חילול כבוד המשפחה אם לא תאושר ההפלה) כמחצית מהתשובות היו בעד אישור ההפלה וכמחצית מהן היו נגדה. מסקנת החוקרים הייתה כי "סיבות רפואיות המסכנות את חיי העובר או את בריאותו יקבלו משקל גדול יותר בהחלטות חברי הוועדה מאשר סיבות אחרות". רפאל כהן-אלמגור ויהודה שניר "גורמים המשפיעים על קבלת ההחלטות של ועדות העל להפסקות היריון" **הרפואה** 138, 1009, 1012 (2000).

25 עניין פלוני, לעיל ה"ש 1, בעמ' 10055.

26 שם, בעמ' 10053.

27 שם, בעמ' 10055–10056.

28 שם, בעמ' 10068.

על הולדה בעולה והטעם שבטעמים להפסקת הריון:
הרהורים בעקבות פלוני נ' מדינת ישראל

בתחלואה אורטופדית ייחודית; "נכות"; "נורמלי"; "בעיה חברתית אך לא רפואית";
"בעיה ברת תיקון" ועוד.

שלישית, בית המשפט הולך שבי אחר הצורך לאבחן ולסווג את המחלה של העובר
ומקנה לאבחנה זו תוקף משפטי. כך, כותבת השופטת גילאור:

"מצאתי שכן יש משמעות לאבחנה בין אכונדרופלזיה והיפוכונדרופלזיה.
שתי התסמונות מאופיינות בקומה נמוכה ובקיצור של העצמות הארוכות.
אולם, נראה שבעוד שהיפוכונדרופלזיה אינה כרוכה בתחלואה, הרי
לאכונדרופלזיה מתלווים סיבוכים וסיכונים. אין עוררין שאכונדרופלזיה
היא תסמונת חמורה יותר וקשה יותר. בשל כך, לאבחנה המדויקת של
התובע חשיבות לשאלת נכותו. כן יש לעמוד על ההבדל בין התסמונות, על
מנת לנתח את החלטות הרופאים לאור ממצאי הבדיקות התוך רחמיות,
לשאלת האחריות"²⁹.

לגישת השופטת, אכונדרופלזיה היא מחלה קשה בעלת תופעות לוואי רבות, ואילו
היפוכונדרופלזיה היא (רק) תסמונת גנטית של קומה קצרה ודיספרופורציה בין הגוף לגפיים
ואינה מלווה בתופעות לוואי אורטופדיות או נוירוכירורגיות. כך, מודה השופטת,
היפוכונדרופלזיה היא תסמונת שלא נלווית לה תחלואה³⁰. בקביעתו זו, בית המשפט מסווג
בין מחלה לתסמונת (ללא מחלה) ועל ידי כך יוצר את אותה קו גבול מלאכותי שמכריע
בשאלת האחריות והנזק (נכות). מה שנמצא מחוץ למחלה הספציפית, לכאורה אינו מהווה
סיבה מצדיקה להפסקת הריון³¹. כאמור, להבחנה זו ולנפקותה המשפטית, אין כל עדות
במקורות המשפט שאמורים להנחות את בית המשפט בענייננו, ואין היא מחויבת מכוח

29 שם, בעמ' 10058.

30 שם, בעמ' 10058. על אף סיווגה של השופטת גילאור את הפגם שממנו סובל הילד התובע,
כתסמונת שאין בצדה מחלה, היא כותבת כמה שורות לאחר מכן, כי למחלתו עלולה להיות
השלכה על עתידו, וכי נכותו עלולה להיות סוציו-אקונומית, וככל שיתבגר אפשר שיתקשה
באופן ממשי בבחירת מקצוע, בקבלה לעבודה, בבניית זוגיות ועוד. שם, בעמ' 10076. כמו כן,
עולה מעניין פלוני כי פרופ' כספי, שסירב לאשר את הבקשה להפסקת הריון ושביגין החלטתו
המשיכה האם את הריונה, העיד בבית המשפט כי הוא עצמו "לא היה לוקח למחלקה שלו
רופא כזה". שם, בעמ' 10076.

31 קביעה זו נתמכת מעט במחקרים אמפיריים, אשר מגלים שכ-75% מהגנטיקאים הקליניים
ומרופאי המיילדות תומכים בהפסקת הריון בשל אכונדרופלזיה גם בשלב החיות, לעומת כ-
25% מהם אשר מתנגדים לכך. Julian Savulescu, *Is Current Practice Around Late Termination of Pregnancy Eugenic and Discriminatory? Maternal Interests and Abortion*, 27 J. OF MEDICAL ETHICS 165, 167 (2001).

חיות הדעת הרפואיות שהוצגו בבית המשפט. זאת ועוד, ההבחנה שבין מחלה לתסמונת ללא מחלה, או בין פגמים קשים לפגמים קלים בעובר, מקבלת משנה תוקף משפטי, כך נראה, לנוכח העובדה שהעובר נמצא בשלב החיות³². ברוח זו, בית המשפט מדגיש כי "מרגע שהעובר יכול להתקיים מחוץ לרחם יש להעניק לאינטרס שלו בחיים משקל משמעותי לעומת אינטרס ההורים שלא לגדלו"³³.

בעת הדיון בבית המשפט טען התובע שהוראות חוק העונשין אינן מותירות מתחם לשיקול דעת חברי הוועדה להפסקת היריון. לטענתו, מרגע שמתעורר חשד למום גופני או נפשי, על הוועדה לאשר את הפסקת ההיריון³⁴. הנתבעת, לעומת זאת, טענה שלוועדה מסור שיקול דעת רחב אם לאשר את הפסקת ההיריון אם לאו, והיא אינה משמשת רק חותמת גומי³⁵. בעניין זה בית המשפט קובע שהסעיף המתיר לבצע הפסקת היריון בחוק העונשין נוקט לשון "רשות", והוא מהווה הוראה מסמיכה המלווה בשיקול דעת רחב. סעיף זה אמנם מנוסח באופן רחב ואינו מבחין בין מום קל למום קשה וגם אינו קובע קריטריונים להבחנה ביניהם, אך הדבר מלמד, לדעת בית המשפט, ששיקול הדעת כולו מסור לוועדה³⁶. בענייננו, בית המשפט מודה שהחוק מתעלם מגיל ההיריון וקובע הסדר כוללני, קצר וחסר לביצוע הפלות, אך הוא מפנה אל ההנחיות הקודמות³⁷, אף שלא היה להן תוקף מחייב בעת האירוע, וקובע כי הנחיות אלה הוצאו כדרך להתמודד עם החסר (לקונה) בחוק בדרך של הוספה ולא גריעה.

2. הוראות חוק העונשין וההנחיות הקיימות לבחינת ההחלטה להפסיק היריון

בית המשפט בעניין פלוני מפנה אל ההנחיות הקודמות, אף שאלה לא כוללות אף קריטריון מהותי, שלפיו ראוי להכריע בבקשה להפסקת היריון. מבחינה זו, פרט להסדרה של דיון נוסף בבקשה להפסקת היריון בשלב מתקדם (שבוע 23 ומעלה), הנחיות אלה לא מוסיפות

32 להבחנה זו משמעות פרקטית רבה בשל השימוש הרב שנעשה בעילה זו בהפסקות היריון בשלב החיות. כך, למשל בשנת 2007, מתוך 245 הפסקות היריון שבוצעו לאחר שבוע 24, 218 (89%) היו מטעמי חשש למום העובר. הפסקות היריון על פי החוק, לעיל ה"ש 13, בעמ' 17.

33 עניין פלוני, לעיל ה"ש 1, בעמ' 10061.

34 שם, בעמ' 10054.

35 שם, בעמ' 10054.

36 שם, בעמ' 10066. מתן משקל כמעט מוחלט לוועדה נראה גם בפסיקה נוספת של השופטת גילאור בת"א (מחוזי חי') 745/02 המר נ' עמית (פורסם בנבו, 26.12.2006), ובפסק דין מאוחר יותר בת"א (מחוזי י-ם) 3198/01 פלוני (קטיין) נ' עיריית ירושלים, פס' 268 לפסק הדין (פורסם בנבו, 12.5.2008) (להלן: עניין פלוני-קטיין).

37 הנחיות קודמות, לעיל ה"ש 14.

על הולדה בעולה והטעם שבטעמים להפסקת הריון:
הרהורים בעקבות פלוני נ' מדינת ישראל

ואין בהן כדי להתמודד עם החסר הקיים, לכאורה ולדעת בית המשפט, בהוראות החוק. הנחיות מהותיות יותר הוצאו, כאמור, לאחרונה על ידי משרד הבריאות³⁸. לפי לשון, הנחיות אלה באו להרחיב ולתקן את ההנחיות הקודמות, ולא להחליפן³⁹. ההנחיות החדשות מסדירות את המידע שיש למסור לאישה המבקשת להפסיק הריונה⁴⁰ ואת שירותי הייעוץ שיש להעניק לה. תרומתן הגדולה היא בכך שהן קובעות, לראשונה, קווים מנחים "קליניים" לשקילת השיקולים בבקשה להפסקת הריון בשלב החיות⁴¹.

אלא שכאשר מעיינים בקווים אלה, מגלים כי ההנחיות עורכות הבחנות בעלות נפקויות דומות לאלה שגזור בית המשפט, שכאמור אין להן כל בסיס או השראה בחוק עצמו⁴², ושספק אם הן עולות בקנה אחד עם הוראות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו⁴³. כך, אישור הפסקת הריון מטעמים של גיל האישה או מסיבה הקשורה ביחסי האישות שהביאו להריון עצמו, מצריך נימוקים כבדי משקל⁴⁴. מנגד, להפסקת הריון מטעמים של מום גופני או נפשי לוולד נדרשת רק דרגת הסתברות של 30% לקיום המום האמור⁴⁵.

- 38 הנחיות חדשות, לעיל ה"ש 15.
- 39 בין יתר התיקונים, ההנחיות החדשות קובעות שמספר חברי הוועדה העליונה להפסקת הריון יהיה חמישה, וכי שני חברים שבה, מנהל המחלקה הניאונטולוגית ומנהל המכון הגנטי, יהיו יועצים קבועים לוועדה, אך נוכחותם לא תהיה הכרחית לקבלת החלטה חוקית. הנחיות חדשות, שם, ס' 2.3, 2.5, 2.6. הרחבה חשובה נוספת נוגעת למעמדו של האב בבקשה להפסיק את ההריון. ההנחיות החדשות מאמצות את דעת הרוב בעניין פלונית, לעיל ה"ש 20, ואת דעת השופטת ארבל במ"א (מחוזי ת"א) 3582/93 **שיבק נ' שיבק**, פ"מ התשנ"ד (1) 81 (1993), שלפיהן לבן הזוג/אבי העובר אין מעמד חוקי בוועדה להפסקת ההריון, ונוכחותו אינה הכרחית לצורך הכרעה בבקשה. עם זאת, ההנחיות קובעות כי ככל שהאישה מסכימה לכך, ראוי לאפשר לבן הזוג/אבי העובר ללוות את המבקשת בבקשתה להפסיק את ההריון. הנחיות חדשות, שם, ס' 10.3. לדיון מקיף בנושא מעמד אבי העובר/בן הזוג בשאלת הפסקת הריון ראו: Wesley D.H. Teo, *Abortion: The Husband's Constitutional Rights*, 85 *ETHICS* 337 (1975); L.M. Purdy, *Abortion and the Husband's Constitutional Rights: A Reply to Wesley Teo*, 86 *ETHICS* 247 (1976); Carmel Shalev, *A Man's Right to Be Equal: The Abortion Issue*, 18 *ISR. L. REV.* 381 (1983).
- 40 לכתיבה קודמת בנושא זה ראו אליאב שוחטמן "על דרישת ההסכמה המודעת בהפסקת הריון" **משפטים** כט 737 (1998).
- 41 הנחיות חדשות, לעיל ה"ש 15, ס' 11.
- 42 נדמה שהבחנות אלה ניזונות מנקודת מוצא שלפיה "הפסקת הריון מאוחרת, בשלב החיות, היא פעולה מרחיקת לכת". שם, בעמ' 1. לעמדה שמרנית (ומרחיקת לכת) זו אין כל ביטוי או עיגון משפטי בדיון הישראלי.
- 43 כוונתי היא בייחוד לזכות לפרטיות ולזכות לשלמות הגוף, המעוגנות בסעיפים 2, 4, 7 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.
- 44 הנחיות חדשות, לעיל ה"ש 15, ס' 11.1.
- 45 שם, ס' 11.2.1.

זאת ועוד, ההנחיות החדשות מבחינות בין דרגות קושי שונות של מומים, זאת – שוב – שלא על פי החוק שמכוחן הוצאו. כך, ההנחיות קובעות כי המום החשוד ייבחן לפי מגבלת התפקוד הנובעת ממנו או הקשורה אליו. ההנחיות מבחינות בין מגבלה קלה בתפקוד, שמידת חומרתה אינה מגיעה כדי פגיעה בהשתלבות בחברה או בצורך בעזרת הזולת לכל החיים; מגבלה בינונית בתפקוד, הפוגעת בהשתלבות בחברה, אך לא מצריכה את עזרת הזולת לכל החיים; ומגבלה קשה בתפקוד, שמידת חומרתה מגיעה לכדי צורך בעזרת הזולת לכל החיים. כאשר המום מוביל למגבלה תפקודית קלה, קובעות ההנחיות שאין כל הצדקה לבצע הפסקת היריון בשלב החיות. לעומת זאת, כאשר המום מוביל למגבלה תפקודית בינונית, ניתן לאשר הפסקת היריון עד השבוע ה-27 להיריון כשהסתברות לקיומה גבוהה מ-30%, ולא ניתן לאשר הפסקת היריון לאחר שבוע זה או בדרגת הסתברות נמוכה מ-30%. לבסוף, כאשר מדובר במום המוביל למגבלה תפקודית קשה, ניתן לאשר הפסקת היריון בכל שלב, בתנאי שהסתברות להתקיימותה של המגבלה האמורה עולה על 30%⁴⁶. אם המשך ההיריון עלול לסכן את חיי האם או לגרום לה נזק גופני או נפשי, קובעות ההנחיות באופן תקדימי ומסוכן, שסכנה זו כשלעצמה לחיי האם ולבריאותה – אין בה כדי להצדיק הפסקת חיי עובר בריא, אם ניתן ליילדו חי מבלי לגרום נזק בלתי הפיך לאישה. לפיכך, על פי ההנחיות, אישור להפסקת היריון מהטעם האמור יינתן רק במקרים חריגים ומנימוקים כבדי משקל⁴⁷.

ספק בעיניי אם הנחיות אלה, כמו הקודמות להן, הוצאו בסמכות, ואם באופן עקרוני וכדברי השופטת גילאור, יכלו להשלים חסר בחוק⁴⁸. תפקידה של חקיקת משנה הוא ליישם ולפשט הוראות של חקיקה ראשית ולא להוסיף עליהן, בחינת חידוש. פרט לכך, ספק אם יש להנחיות אלה תבונה מעשית. ההנחיות מניחות שניתן לקבוע בדרגה גבוהה של ודאות כי מום מסוים יוביל למגבלה כלשהי, וכי כל המגבלות האפשריות ניתנות למיון לשלוש קבוצות. טלו למשל את מקרה עניין פלוני. בבית המשפט העידה נגה זיו, מרפאה בעיסוק בעניין מגבלות התפקוד של התובע:

”בעתיד יתקל בבעיות קשות בכל תחומי חייו עקב הסביבה המותאמת לגובה הממוצע של אנשים. לדבריה, יתקל בקשיים בכל הקשור לריהוט (לדוגמת כיורים וכסאות), במציאת מקום עבודה. לא יוכל להשתמש בשירותי תחבורה ציבורית עקב סכנה לנפילות בשל הקושי לאחוז באביזרי הבטיחות, קושי להתיישב וחשש לנזק לעמוד השדרה הצווארי עקב מחלה.

46 שם, ס' 11.2.2.

47 שם, ס' 11.3.1.

48 עניין פלוני, לעיל ה"ש 1, בעמ' 10061.

על הולדה בעולה והטעם שבטעמים להפסקת היריון:
הרהורים בעקבות פלוני נ' מדינת ישראל

יזדקק להתאמות במכוניתו הפרטית. יתקשה לבצע פעולות משק בית,
יתקשה לטפל בתינוקות, יתקל בקשיים בתחומי הפנאי ויזדקק להתאמת
לבוש. [...] [יצטרך] התאמות מיוחדות בבית, בסביבת העבודה וברכב"⁴⁹.

האם ניתן להבין מדברי העדה כי מגבלת תפקודו של התובע היא קלה או בינונית? האם
על פי דבריה יקשה על התובע להשתלב בחברה או שהדוגמאות שהיא מונה אינן הולמות
את הכוונה המקורית של מנסחי ההנחיות (מהי)? מאידך גיסא, האם לא נובע מהדברים
שהושמעו בבית המשפט שהתובע יזדקק לעזרה מהזולת שאף אם לא תצטרך להינתן לכל
אורכם, הרי היא תידרש בחלק גדול ומשמעותי של חייו, כך שראוי יהיה להכיר בפגם שאתו
ייולד הילד כפגם קשה?

כן מעלות ההנחיות תהיות נוספות. ראשית, הסתמכותן הבלעדית של ההנחיות על
הסתברות למום בשיעור של למעלה מ-30% או לפחות 30% מעלה את השאלה, אם יכולים
מומחי הגנטיקה לכמת את המום בדרגה כה מדויקת של הסתברות? בהקשר הזה, עולה
השאלה אם צריכה להיות נפקות משפטית שונה להסתברות בשיעור של 29% של מום
לעומת 33%? מגבלה נוספת שנקבעת בהנחיות קשורה לשבוע 27 להיריון. מה טיבה של
מגבלה זו, שעד להתקיימותה ניתן לבצע הפסקת היריון, וממנה והלאה לא תהיה הצדקה
לכך? האם מגבלה זו נסמכת על ראיות רפואיות הקשורות להתפתחות העובר לאחר שבוע
זה או שמא היא נקבעה באופן סמלי כדי לייצג תחום ביניים שבין שני מצבים קיצוניים – זה
של מגבלה "קלה" וזה של מגבלה "קשה"? אם האחרון, יש לחזור ולשאל מדוע דווקא
שבוע 27 הוא זה שנמצא בתחום הביניים ולא, למשל, שבוע 30, או 32 (בהנחה שהיריון
אורך 40 שבועות, שלב החיות מתחיל בשבוע 24, ובין שלב החיות לסוף ההיריון נמצאים
16 שבועות). כן עולה השאלה, מה דינו של מום קשה, שניתן לתיקון בכמה ניתוחים במהלך
חיי התובע (כמו מום לב, למשל)? לחלופין, מה דינו של מום קל, שהתגלה, בשל מחדל
רפואי או אדישות הורית, בשלב החיות, ושלו היה מתגלה קודם היה מהווה עילה מוצדקת
להפסקת היריון?

3. חמש הנחות יסוד בנוגע להפסקת היריון

פרט לקשיים שצוינו לעיל, ההנחיות החדשות של משרד הבריאות, כמו גם החלטת בית
המשפט בענייננו, יוצאות מנקודת הנחה, כאילו בהיות העובר בר־חיות, רק מומים בעלי

השלכות קשות על איכות חייו יכולים להצדיק הפסקת היריון בשלב מאוחר⁵⁰. נקודת מוצא זו נסמכת על חמש הנחות יסוד – רובן ככולן לוקות בבעיות חמורות⁵¹. הפסקאות הבאות ידונו בהנחות אלה ובמענה להן.

הנחה ראשונה היא שניתן להבחין בקלות בין מומים שונים ולהעריך את התפתחותם והשלכותיהם על היילוד. בתשובה להנחה זו ניתן לטעון, כי דיאגנוזה בתחום הרפואה היא הערכת מצב לפי מיטב הכשירות המקצועית ועשויות להיות לה השקפות שונות. לפי גישה זו, הערכת המומים אינה שייכת לתחום מדעי שבו ניתן לקבוע לעולם מסקנה חד-משמעית ולזנוח הערכות והשערות⁵². ראייה לכך נראית בעניין פלוני⁵³, כמו במקרים רבים אחרים⁵⁴ שבהם הופעת מומחים רפואיים מביאה לרוב למחלוקות בין אנשי המקצוע באשר לשאלות אלה.

הנחה שנייה היא כי הפסקת היריון בשלב מתקדם חייבת להתחשב באינטרסים של העובר לחיות ובפוטנציאל שלו להיות אדם כשיר לזכויות מרגע לידתו. עניין זה משמיע

50 על הקשר בין גובה נמוך לאיכות חיים ראו למשל: Linda D. Voss, *Is Short Stature a Problem? The Psychological View*, 155 EUROPEAN J. OF ENDOCRINOLOGY 39 (2006); David E. Sandberg & Melissa Colman, *Growth Hormone Treatment of Short Stature: Status of the Quality of Life Rationale*, 63 HORMONE RESEARCH 275 (2005).

51 התפיסה שלפיה להבחנה שבין מום קל למום קשה יש נפקות משפטית וצריכה להיות נפקות משפטית, קיבלה ביטוי בעמדתה של השופטת בן-פורת בעניין זייצוב, לעיל ה"ש 7, פס' 8 לפסק דינה של השופטת בן-פורת. לפי עמדה זו, "אם הקטין נולד עם מום גופני קל יחסית, אין לגרוס, לפי השקפתי, שנגרם לו נזק בר-פיצוי מחמת הרשלנות, שהרי בעטייה (כאמור) הוא זכה בחיים". השוו גם השופט דב לוין: "אמור מעתה, וזו דעתי, כי עילה אפשר שתתגבש ותתקיים, גם כאשר ההבחנה היא בין יצור אנוש שזכה לחיים לבין אי-חיים. אולם, הכול תלוי בנסיבות המיוחדות של כל מקרה ומקרה, על-פי מידת המום, כפי שהוכח". שם, פס' 5 לפסק דינו של השופט לוין. עמדה זו מתנגשת עם עמדת השופט ברק שלפיה כל נזק שהוא בר-פיצוי על פי דיני הנזיקין הרגילים (כגון כאב וסבל, הוצאות גידול, אבדן השתכרות ועוד) הוא בר-פיצוי בתביעת ההורים בהולדה בעוולה. שם, פס' 13 לפסק דינו של השופט ברק. מרבית פסקי הדין המחוזיים שעסקו בהולדה בעוולה, לרבות פסק הדין נשוא רשימה זו, הצטרפו לעמדת השופט ברק בעניין זייצוב, שם. ראו למשל ת"א (מחוזי י-ם) 859/94 **עמור נ' מדינת ישראל, משרד הבריאות** (פורסם בנבו, 8.8.2002); ת"א (מחוזי י-ם) 1591/96 **יהודה נ' מרכז רפואי אסף הרופא**, פ"מ התשס"א (1) 505 (2001). בפסיקה מאוחרת של בית המשפט העליון בתביעה לפי עילה זו, הוא נמנע מלהכריע בין הדעות השונות שהושמעו בעניין זייצוב. ראו למשל ע"א 119/05 **חליפה נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 3.4.2006).

52 אמנון כרמי **בריאות ומשפט** כרך א 672 (2003).

53 עניין פלוני, לעיל ה"ש 1, בעמ' 10055–10056.

54 ראו למשל ת"א 5007/03 **בכר נ' המרכז הרפואי שערי צדק** (פורסם בנבו, 21.8.2005), וההפניות המופיעות אצל כרמי, לעיל ה"ש 52.

על הולדה בעולה והטעם שבטעמים להפסקת הריון:
הרהורים בעקבות פלוני נ' מדינת ישראל

החמרה בשקילת השיקולים בבקשה להפסקת הריון, מצד אחד⁵⁵, והגנה על טובת העובר בדרך של מניעת סבל ופגיעה משמעותית באיכות חייו כאשר מתגלה מום קשה, מצד אחר⁵⁶. במענה להנחה זו, ניתן לטעון כי חלקה הראשון משמיע כי לעובר זכות משפטית שתוקפה תלוי בהתפתחות טכנולוגית (מסוגלותו לחיות מחוץ לרחם), ותחולתה של זו האחרונה משתנה – ובעיקר גדלה – עם הזמן. תמוה הדבר, שקיומה והענקתה העקרונית של זכות תלויים רק בדבר שהוא קונטינגנטי ואינו נכון באופן בלתי מותנה. כמו כן, אפשר לטעון כי לעובר בהריון בשבוע 13 קיים לכאורה אותו פוטנציאל להיות אדם כמו לעובר בהריון בשבוע 25. בכל זאת, אנו מתייחסים אחרת לראשון. טיעון זה מצביע על כך שקשה להצדיק הפסקת הריון על סמך פוטנציאל בלבד, אלא נדרש "דבר מה נוסף" כדי להצדיק יחס שונה לעובר בשלב החיות⁵⁷. בנוסף, אנו מתירים לבצע הפסקת הריון בשלב החיות כדי להגן על בריאות האישה. עובדה זו מלמדת על כך שהאינטרס של העובר אינו גובר על זה של האם גם בשלב החיות. אם זהו המצב, לכאורה עולה שמנקודת המבט של העובר עצמו, אין הבדל אמיתי בין הפסקת הריון בשלב החיות להפסקת הריון בשלב מוקדם יותר⁵⁸. לבסוף, החלק השני של הנחה זו גם הוא בעייתי, שכן אם כדי להיטיב עם עובר, הנמצא בשלב החיות, וכדי לקדם את האינטרסים שלו, יש לחסוך ממנו סבל וכאב עתידי (בדרך של אי-הבאתו לעולם), לא ברור מה עומד בבסיס החובה המוגברת והבלתי מותנית

- 55 בישראל, נכון לשנת 2005, מספר האישהורים להפסקות הריון בשבוע 24 ומעלה פחת באופן דרמטי בכל העילות המנויות בחוק והגיע ל-197 בלבד, שמתוכם 170 (86.2%) בקשות על רקע מום היילוד. לשם השוואה, בשבועות 24 ומטה מספר האישהורים על רקע מום היילוד היווה 2,846 מתוך 18,245 (15.5%) (לשכה מרכזית לסטטיסטיקה, אישהורים להפסקת הריון לפי גיל, מצב משפחתי, דת, שבוע הריון וסעיפי החוק, 2005). ממצאים אלה נתמכים על ידי מחקרים אמפיריים המגלים למשל שאחוז ההסכמות לבקשות להפסקות הריון באותן עילות יורד באופן דרמטי בשלב החיות. Savulescu, לעיל ה"ש 31; J.M. Green, *Ethics and Late Termination of Pregnancy*, 342 LANCET 1179 (1993). על ההתנגשות של רעיון העובר כאדם עם מושג החיות, והתפיסה שהעובר הוא חולה ראו: Barbara Hewson, *Reproductive Autonomy and the Ethics of Abortion*, 27 (Supplement II) JOURNAL OF MEDICAL ETHICS (2001) 10ii.
- 56 F.A. Chervenak, L.B. McCullough & S. Campbell, *Third Trimester Abortion: Is Compassion Enough?*, 106 BRITISH J. OF OBSTETRICS AND GYNAECOLOGY 293 (1999); JONATHAN GLOVER, *CAUSING DEATH AND SAVING LIVES* (1977).
- 57 Savulescu, לעיל ה"ש 31, בעמ' 168.
- 58 שם, בעמ' 169.

לטפל בעוברים שנולדו טרם זמנם, הסובלים ממומים קשים. לפי טיעון זה, ההצדקה להפסקת ההיריון מתנגשת עם החובה הבסיסית לטפל בילדים שנולדו באותו פרק זמן⁵⁹. הנחה שלישית היא כי אנשים נוטים יותר להצדיק הפסקת היריון בשל קיומו של פגם או מום בעובר⁶⁰. הנחה זו ניתנת אף היא לסתירה. סקרי דעת קהל בארץ ובעולם מלמדים שקיימת דווקא ירידה משמעותית בסובלנות ובתמיכה ציבורית כלפי הפלות הנגרמות בעקבות מום (מ-84% בשנת 1980 ל-67% בשנת 1997)⁶¹, וירידה זו אף תואמת למגמה של פחות בשימוש בעילה של מום הוולד כתמיכה בבקשה להפסקת היריון⁶². סקר שנערך לאחרונה בקרב 512 מרואיינים המהווים מדגם ארצי מייצג, מצא ש-30% מהישראלים רואים בהפלה רצח, ועוד 32% ציינו כי לא יבצעו הפלה בשום מקרה⁶³. הנחה רביעית היא כי בהתקיים, ורק בהתקיים, שלעובר מום רציני וחמור, כי אז התוצאה הרעה שבהריגתו עדיפה ועולה בייעילותה על החיסרון הכרוך בהבאתו לעולם של ילד שחיוו נופלים בהרבה מחייו של ילד נורמלי⁶⁴, שניתן וצריך היה להביא במקומו⁶⁵; באשר להנחה זו, הרי היא יוצאת מנקודת מוצא שלפיה לא רק שהאישה ההרה יכולה להביא ילד אחר תחת העובר המופל ואף תרצה בכך, אלא שהעובר החלופי יהיה נטול פגמים או מומים כאשר יצא לאוויר העולם. לכאורה גם נובע מהנחה זו, שלנשים מותר להפסיק את ההיריון

- Sally Sheldon & Stephen Wilkinson, *Termination of Pregnancy for Reason of Foetal Disability: Are There Grounds for a Special Exception in Law?*, 9 MEDICAL L. REV. 85, 91 (2001). 59
- Marsha Saxton, *Disabled Women's View of Selective Abortion: An Issue for All Women*, 54 J. OF AMERICAN MEDICAL WOMEN'S ASSOCIATION 26 (1999); Marsha Saxton, *Disability Rights and Selective Abortion*, in ABORTION WARS: A HALF CENTURY OF STRUGGLE, 1950-2000 374 (Rickie PRENATAL Solinger ed., 1998). על הקשר בין הפסקת היריון למוגבלות ראו למשל: 60
- TESTING AND DISABILITY RIGHTS (Erik Parens & Adrienne Asch eds., 2000). 61
- E. Lee and J. Davey, *Attitudes to Abortion for Fetal Abnormality* (1998) כפי שצוטט אצל Sheldon & Wilkinson, לעיל ה"ש 59, בעמ' 86. www.prochoiceforum.org.uk/aad1.php (נבדק לאחרונה ב-22.10.2010). לעיל ה"ש 13. 62
- www.ynet.co.il/ ynet קובי נחשוני "הפלה – רצח או פעילות רפואית לגיטימית?" (22.10.2010) articles/0,7340,L-3489116,00.html (נבדק לאחרונה ב-22.10.2010) בתגובה לסקר זה, ציינה מנכ"לית גשר מפעלים חינוכיים, הגב' שושי בקר, כי "הסקר משקף את הנטייה של הציבור בישראל למעט בהפלות" והוא תואם את הירידה במספר ההפלות בארץ. שם. 64
- סבולסקו אף טוען שלהורים חובה לבחור באותם גנים לא-מחלתיים שיבטיחו את רווחת היילוד העתידי. Julian Savulescu, *Procreative Beneficence: Why We Should Select the Best Children*, 15/5-6 BIOETHICS 413 (2001). לעיל ה"ש 56. 65

על הולדה בעוולה והטעם שבטעמים להפסקת היריון:
הרהורים בעקבות פלוני נ' מדינת ישראל

רק אם תבאנה לעולם ילד בריא במקום העובר שהפילו. נקודת מוצא ומסקנה מתבקשות אלה הן בלתי סבירות בעליל. יתרה מזאת, בבסיסה של הנחה זו נמצאת התפיסה שמעמדו המוסרי של העובר נמוך דיו כך שניתן להרגו משיקולי תועלת, אלא שאם זוהי נקודת המוצא, אזי לא ברור במה תורמת ההבחנה שבין מומים קלים למומים קשים לטיעון עצמו, שכן גם כאשר לעובר מום קל, מעמדו נותר דומה לזה של עובר בעל מום קשה – ונמוך ממנו⁶⁶.

לפי ההנחה החמישית, כיוון שגידולו של ילד פגום באופן קשה הוא מורכב יותר ומחייב משאבים כלכליים ונפשיים גדולים מגידולו של ילד שאינו פגום (או שפגום באופן קל יותר), הרי שלהורי העובר (או לאמו) אינטרס בר־הגנה שלא לגדל ילד כזה אפילו היה בר־חיות⁶⁷. בתשובה להנחה זו ניתן לטעון כי לצד הקשיים האובייקטיביים בגידולו של ילד בעל פגם, עיקר הקושי אינו נובע מהפגם שאתו הילד נולד, אלא מההפליה החברתית הקשה כנגד אוכלוסיית האנשים בעלי המוגבלויות. על פי תפיסה זו, פגם המוגבלות הוא כמו צבע עור, מגדר או לאום היוצרים אף הם יחס מפלה בחברה⁶⁸. המוגבלות היא אפוא יצירה סוציו־פוליטית־תרבותית ואינה מגבלה אישית הנובעת מפגם פיזי זה או אחר⁶⁹. לכן, כשם שאיננו מפסיקים היריון בשל מין העובר או צבע עורו, כך אין זה לגיטימי להתייחס למום העובר כקריטריון בר־הגנה להפסקת היריון, בין שמדובר במום קל ובין שמדובר במום קשה. זאת ועוד, יש הטוענים כי התרה של הפסקת היריון מאוחרת מטעמי מום קשה (להבדיל ממום קל) היא צורה של אאוגניקה פסיבית, היינו אאוגניקה ה"סוגרת אפשרויות" להבאתם לעולם של ילדים פגומים שתוצאותיה סלקציה של ילודה⁷⁰.

66 Sheldon & Wilkinson, לעיל ה"ש 59, בעמ' 96–97.

67 Savulescu, לעיל ה"ש 13; Ann Furedi, *Issues for Service Providers: A Response to* ; *Points Raised*, 27 (Supplement II) J. OF MEDICAL ETHICS 28 (2001).

68 Christopher Newell, *The Social Nature of Disability, Disease and Genetics: A Response to Gillam, Persson, Holtug, Draper and Chadwick*, 25 J. OF MEDICAL ETHICS 172 (1999).

69 Solveig Magnus Reindal, *Disability, Gene Therapy and Eugenics: A Challenge to John Harris*, 26 J. OF MEDICAL ETHICS 89 (2000).

70 ולכתיבה מקיפה בנושא ראו: TOM SHAKESPEARE, *DISABILITY RIGHTS AND WRONGS*; Tom Shakespeare, *Choice and Rights: Eugenics, Genetics and Disability Equality*, 13 DISABILITY AND SOCIETY 665 (1998).

70 Savulescu, לעיל ה"ש 31, בעמ' 167. מאידך גיסא, יש מי שטוען שהחלטה להפסיק היריון בשל מום העובר אינה משמיעה שחיים באותו המום אינם ראויים לחיות ואין לראות בה ביטוי לשיפוט מוסרי כזה או אחר, הקשור לאיכות חייהם של אנשים עם מוגבלויות או לזכויותיהם המוקנות. John Gillott, *Screening for Disability: A Eugenic Pursuit?*, 27 J. OF MEDICAL ETHICS (Supplement II) 21 (2001).

לסיכום חלק זה, לא רק שההבחנה שיצר בית המשפט בין מחלה ובין תסמונת אחרת שאינה מחלה, היא לא מהימנה, רצופה בכשלים מושגיים ולוקה במבחן מעשי שאינו עומד בבחינת ההחלטה בעניין פלוני, ולא רק שהבחנה זו אינה נסמכת על החוק – לא בשלב החיות ולא לפניו, אלא שאין לה כוח של ממש כדי לגזור או לפטור אחריות מהנתבעת לאותו הנזק בנסיבות המקרה, שכן ממילא לעולם יימצא מצב בריאותי מסוים שממנו ייגרם לילד נזק, אשר ראוי לפצותו בגינו, תהא זו מחלה, תסמונת או כל הפרעה רצינית אחרת לתפקוד החיים הנורמלי⁷¹. כישלון הגדרתו של מצב בריאותי זה כמו גם ההנחות שעליהן הוא מסתמך מעלים ספק באשר לקביעה כאילו צריכה להיות לו נפקות מוסרית-משפטית הכרחית במקרה שלפנינו.

ה. בחינה לאור עקרונות דיני הנזיקין

1. כללי

עניין פלוני מעלה שאלות קשות הנוגעות להסדר המשפטי הקיים הנוגע לשתי סוגיות חשובות ביותר במשפט הישראלי: הפסקת היריון והמכשיר המשפטי של תביעות הולדה בעוולה. הסוגיה הראשונה מוסדרת על ידי חוק פלילי שנחקק בשנת 1977, בתקופה שבה המתת העובר לא נעשתה ברחם האישה, וגם על ידי הנחיות משרד הבריאות, שתוקפן החוקי וסבירות האמור בהן מוטלים בספק. הסוגיה השנייה היא אינה אלא יציר פסיקת בית המשפט העליון בפסק דין חלוק ומורכב שניתן לפני למעלה מ-22 שנה⁷², לצד אמירות מרחיבות של בתי המשפט המחוזיים, וזאת, ללא כל הדרכה והכוונה מוסדרת של בית המשפט העליון מאז נקבעה הלכה זו. רשימה זו תטען, כי קבלת התביעה בעילה של הולדה

71 רלוונטית למושג "מצב בריאותי" היא ההגדרה הרחבה של ארגון הבריאות העולמי למושג "בריאות": "a state of complete physical, mental and social well-being and not the absence of disease or infirmity" World Health Organization, Frequently Asked Questions (WHO definition of health), available at www.who.int/suggestions/faq/en/ (נברך לאחרונה ב-22.10.2010).

72 העדפת ההסדרה הפסיקתית על פני ההסדרה שבחוק היא במובן מסוים הגשמת חזונו של השופט ברק בעניין זייצוב ולפיו "לא רק שהסוגיה שלפנינו ראוי לה שתוסדר בדרך ההלכה הפסוקה, אלא גם שכל הסדר חקיקתי, קשה הוא ביותר. [...] הגישה הראויה בסוגייתנו היא בקביעת האחריות על דרך הפירוש ההלכתי של עוללת הרשלנות, תוך סיווג ההלכה הפסוקה ושינוייה בכל אותם מקרים מיוחדים, שבהם המחוקק סבור, כי פתרונו של בית המשפט אינו ראוי". עניין זייצוב, לעיל ה"ש 7, פס' 27 לפסק דינו של השופט ברק.

על הולדה בעוולה והטעם שבטעמים להפסקת היריון:
הרהורים בעקבות פלוני נ' מדינת ישראל

בעוולה מוסיפה להכרה הגורפת של עילה זו, ובמקרה שבפנינו מעלה אף שאלות קשות
לנוכח דוקטרינת דיני הנזיקין. טענה ושאלות אלה יידונו להלן.

לאחר שהוא עורך הבחנה בין מום האכונדרופלזיה וההיפוכונדרופלזיה ובהעניקו משקל
משפטי-מוסרי להבחנה זו, מגיע בית המשפט לתוצאה, כי החלטת הוועדה להפסקת היריון
הייתה סבירה בנסיבות העניין⁷³. פרט לחדשנות הפסיקתית שלפיה בית המשפט מתערב
בטיב שיקול דעתה של ועדה להפסקת היריון – חדשנות שיש לתהות על מקומה לאור
פסיקה קודמת של בית המשפט העליון שלפיה "המחוקק לא התכוון, שענייני הפסקת היריון
יידונו בבתי המשפט, אלא בוועדת ההריונות"⁷⁴ – תוצאה זו נמצאת מנוגדת לתוצאה
הסופית בעניין פלוני המקבלת את התביעה, וקובעת כי עובדות המקרה משכללות את
העוולה של הולדה בעוולה, לרבות היסוד העובדתי של התרשלות שלא מנעה את המשך
ההיריון. שכן אם החלטת הוועדה הייתה סבירה, כיצד זו התרשלה? הדרך להבין סתירה זו
היא להכיר בדפוס חדש של התרשלות, הלוא הוא אותו פגם דיוני שאירע בוועדה – פגם
המגבש, בהרחבה פסיקתית חדשה זו, את יסוד ההתרשלות שבעילת ההולדה בעוולה. בטרם
יידון פתרון זה, אעיר כי ספק בעיניי אם בית המשפט העליון יכול היה לצפות הרחבה כזו,
בעת שאישר באופן עקרוני ובדעת רוב, את האפשרות להעלות את הטענה של הולדה
בעוולה בעניין זייצוב. דומה שהשלכות עניין פלוני והניתוח המשפטי שבו מעלים מחדש –
וביתר שאת – את התבונה בהזדקקות העקרונית לעילה של הולדה בעוולה. על עילה זו
נכתבה ביקורת רבה, ושלא במקרה השימוש בה איננו נפוץ במדינות רבות בעולם⁷⁵.

השאלות שעניין פלוני ופסקי הדין מהשנים האחרונות בנושא הולדה בעוולה מעלים,
נוגעות וחוזרות לאותן תהיות ראשוניות שהעלה בית המשפט בעניין זייצוב, בעת שבחר
להכיר עקרונית בעילה של הולדה בעוולה. וכך ביטא בית המשפט העליון תהיות אלה:

73 עניין פלוני, לעיל ה"ש 1, בעמ' 10066.

74 עניין פלוני, לעיל ה"ש 20, פס' 7 לפסק דינה של השופטת בן-עתו.

75 לביטולה בצרפת, ראו: M. Spriggs & J. Savulescu, *The Perruche Judgment and the Right Not To Be Born*, 28 J. OF MEDICAL ETHICS 63 (2002); לסקירה זרה, ראו רונן פרי "להיות או לא להיות: האם זו השאלה? תביעות נזיקין בגין 'חיים בעוולה' כטעות קונספטואלית" **משפטים** לג 507 (2003). לכתובה על עוולה זו בהקשרה הישראלי, ראו גד טדסקי "על בעית הנזיקין בגין הולדה" **מסות במשפט** 268 (1978); עמוס שפירא "הזכות לא להיוולד בפגם: פלוגתות של לוגיקה, ערכים ומדיניות משפטית" **דילמות באתיקה רפואית** 239 (רפאל כהן-אלמגור עורך) (2001) (הספר להלן: **דילמות באתיקה רפואית**); דוד הד "הזכות לא להיוולד בפגם?" **דילמות באתיקה רפואית**, שם, בעמ' 255. שמואל ילינק "הולדה בעוולה": זכויות תביעה ופיצויים (1997) ואסופת מאמרים שפורסמה בספר **הזכות לחיים ללא מום: מיצירת עובר עד לידתו כאדם** (יונתן דיויס ואברהם סהר עורכים, 2007).

"היש לו לאדם זכות שלא להיוולד? הניתן להעריך, במונחים כספיים, את סבלו של קטין, הטוען, כי נוח לו שלא נברא משנברא? הרצוי להכיר באחריותם של רופאים כלפי קטינים והוריהם, או שמא עשוי הדבר להגביר הפלות בלתי רצויות? הראוי להכיר בתביעתו של קטין כנגד הוריו, או שמא יש בכך פגיעה במוסד המשפחה ובזכותו של אדם להחליט, אם להעמיד צאצאים או לאו? היש להכיר באחריות בגין כל מום, או שמא יש להבחין בין פגמים קשים ביותר לבין פגמים קשים פחות? היש להבחין בין פגמים 'פיסיים' (כגון, פגם מוחי או עיוורון) לבין פגמים 'משפטיים' (כגון ממזרות) או 'חברתיים' (כגון הפליה פסולה)? ואם תאמר, כי יש להכיר באחריות בנויקין, בידי מי להפקיד תפקיד יוצר זה? האם רצוי לה למערכת השיפוטית לגבש אחריות במצבים אלה בדרך החקיקה השיפוטית, או שמא יש להפקיד זאת בידי הרשות המחוקקת?"⁷⁶.

2. הרחבת הלכת זייצוב – סקירת הפסיקה

בעניין פלוני הרחיב בית המשפט המחוזי בחיפה את המסגרת המשפטית של הולדה בעוולה בשניים: ראשית, בית המשפט קבע שלצורך גיבוש העולה של הולדה בעוולה די אם ההתרשלות כלפי התובע (או הוריו) הייתה דיונית. כך, גם אם ההחלטה שלא להפסיק את ההיריון הייתה סבירה בנסיבות העניין, הרי עדיין נזקו של התובע (המום שבחיי) הוא בר-פיצוי. שנית, בית המשפט הרחיב את ההסתכלות על הנזקים הנופלים בתוך המסגרת של הולדה בעוולה, ופסק, לראשונה מאז הוכרה באופן עקרוני, כי גם נזק סוציו-אקונומי שאינו רפואי, הוא נזק בר-פיצוי.

אכן, הרחבה עקרונית זו של השימוש בעילת ההולדה בעוולה מצטרפת לכמה קביעות שיפוטיות נוספות, שהתקבלו לאחר הלכת זייצוב ושהגמישו את האפשרות לתבוע בגין עוולה זו. ראשיתה של מגמה זו בע"א 434/94 ברמן, קטינה באמצעות הוריה נ' מור – המכון למידע רפואי בע"מ⁷⁷, שבה תבעו שני קטינים שנולדו ללא הגפה הימנית שמתחת למרפק את המכון הרפואי שבו ביצעו אמותיהם בדיקת מערכות שגרתית בגין התרשלותם באיתור הפגם ו/או בהפניית האימהות לבדיקה מקיפה יותר, הניתנת במגזר הפרטי לבחינת שלמות הגפיים. כיוון שהשתיים היו ללא סיכון למומים גנטיים, קבע בית המשפט המחוזי כי הנורמה המקובלת בעת האירוע הייתה לערוך את הבדיקה השגרתית, שבה אין חיפוש

76 עניין זייצוב, לעיל ה"ש 7, פס' 5 לפסק דינו של השופט ברק.

77 פ"ד נא(4) 205 (1997).

על הולדה בעוולה והטעם שבטעמים להפסקת היריון:
הרהורים בעקבות פלוני נ' מדינת ישראל

אחר קצות הגפיים, והוא לא מצא את הנורמה הזו פסולה⁷⁸. בערעורם על החלטת בית המשפט המחוזי, טענו התובעים, כי הייתה מוטלת על המכון למידע רפואי חובה ליידע את הנשים שבאו להיבדק כי הבדיקה השגרתית, הממומנת על ידי קופת חולים, היא בבדיקה חלקית, וזאת כדי שתוכלנה לבחור אם לעבור את הבדיקה המשלימה על חשבונן אם לאו. בדונו בערעור, קבע בית המשפט העליון כי לחולה המטופל עומדת זכות יסוד, הנגזרת מהאוטונומיה של הפרט, להחליט בדיעת העובדות הרלוונטיות אם להסכים לטיפול הרפואי המוצע לו אם לאו, וכי כנגד זכות זו עומדת חובת המטפל למסור מידע בדבר הטיפול המוצע, לרבות אמצעי טיפול אלטרנטיביים והסיכונים והסיכויים הכרוכים בכל טיפול כזה⁷⁹. משכך, קבע בית המשפט כי המבחן למידע שיש למסור למטופל אינו הנוהג המקובל בקרב הרופאים – מבחן שמשקף את התפיסה הפטרנליסטית ושנוגע בעיקר להתערבות רפואית פעילה, אלא מה שצריך המטופל לדעת כדי להחליט אם לקבל את הצעת מטפלו גם באשר לבדיקות לגילוי ולאבחון, הנקבעים על פי קנה מידה אובייקטיביים⁸⁰. במקרה המסוים נקבע, כי על אף השיעור הנמוך של מומים מהסוג שהיה לתובעים בעובריהן של נשים בריאות, מטופלת סבירה נזקקת למידע על אודות הבדיקות השונות שניתן היה לבצע כדי להחליט אם להסתפק בבדיקה המצומצמת הניתנת לה במסגרת השירותים הציבוריים⁸¹.

המשכה של מגמת ההרחבה נראה בע"א 4960/04 סידני נ' קופת חולים של ההסתדרות הכללית⁸², שבה נדונה תביעתו של ילד שנולד חסר כף יד ימין ועם בעיות נשימה. על פי הטענה שהושמעה בבית המשפט, ילד זה לא היה נולד לולא התרשלו רופאי הנתבעת באיתור מום הגפה. אף על פי שבעת ההיריון לא הייתה נהוגה במערכת הרפואה הציבורית בדיקה של סריקת מערכות מלאה שהייתה מאתרת את מום היילוד, קבע בית המשפט העליון כי להורי התובע היו ציפיות סבירות לקבל מידע בנוגע לבדיקות היריון מקיפות שהיו נהוגות במסגרת הרפואה הפרטית אשר יכלו לאתר את המום. משמידע זה לא נמסר

78 ת"א (מחוזי חי') 1112/89 ברמן נ' מור – המכון למידע רפואי בע"מ (לא פורסם, ניתן ביום 19.12.1993).

79 עניין ברמן, לעיל ה"ש 77, פס' 9 לפסק דינה של השופטת דורנר.
80 שם, פס' 11 לפסק דינה של השופטת דורנר וכנגד דעתם של השופטים ביניש ולוין, שהשאירו קביעה זו בצריך עיון. בית המשפט ביסס קביעה זו על ס' 13 לחוק זכויות החולה, התשנ"ו-1996.

81 עם זאת, התביעה נדחתה, כיוון שחובת הגילוי לתובעים לא הייתה מוטלת על המכון הרפואי, אלא על ידי רופאי התובעים, וממילא הקשר הישיר בין המכון לאמו של אחד התובעים (תומר) שביקשה מהמכון לבדוק את שלמות הגפיים, נותק כיוון שזו הייתה כבר בשבוע ה-37 להריונה ולא יכלה בשלב זה להפסיק את ההיריון בהיודע המום.

82 פ"ד ס(3) 590 (2005).

על ידי הרופאים, החזיר בית המשפט את התיק לדיון בערכאה ראשונה, זאת תוך שהוא מניח שלוש הנחות לכאוריות מצטברות, שלפיהן לו נמסר המידע להורים, הם היו פונים לשירותי רפואה פרטיים ועורכים בדיקה מקיפה לאיתור מומים; בדיקה היפותטית זו הייתה מאתרת את הפגם האמור בתובע; ובני הזוג היו מחליטים להפסיק את ההיריון בהיודע הפגם⁸³. החלטה זו הרחיבה באורח ניכר את חובת היידוע בדבר בדיקות לאיתור מומים בהיריון ואת עריכתן בידי הצוות המטפל לדרישת בני הזוג⁸⁴. מאז, יושמה הלכת ע.ס. בכמה מקרים⁸⁵, והיא הוחלה גם בנוגע לבדיקה שאליה ניתן היה להפנות נשים בהיריון ללא כל אינדיקציה לנשאות או למחלה, ועל אף עדויות של מומחים שלפיהן זו הייתה בדיקה שאמינותה ומהימנותה לקו או בחסר⁸⁶, וגם אם קיומו של קשר סיבתי לנזקו של התובע נוסח על ידי בית המשפט באופן ספקולטיבי⁸⁷.

פסק דין נוסף שתרם להתרחבותה של עילת ההולדה בעוולה היה בעניין ת"א 1226/99 א.ל. (קטיין) נ' יניב⁸⁸. במקרה זה נדונה תביעת קטיין שנולד עם "תסמונת דאון" ומומים קשים ביותר שבעטיים נקבעה לו נכות תפקודית של 100%, וזאת עקב התרשלות הנתבעים שנמנעו מלהורות על בדיקות לאיתור המומים (בדיקת מי שפיר ואקו-לב עוברי) ובהתעלם מההיסטוריה המיילדותית של אם הקטיין (היריון קודם שהופסק בשל מומים בעובר). אף שלא הוכח כי העובר בהיריון הקודם שהופסק היה פגוע בתסמונת דאון, אף שאם הקטיין ילדה ילד בריא לאחר ההיריון המופסק ואף שבדיקת האולטרה-סאונד לא העלתה כל חשד ממשי למום לב אצל התובע הקטיין – קבע בית המשפט שהיה על הנתבעים לנהוג ביתר זהירות, להישמע להמלצת שתי אחיות של טיפות חלב להמשך מעקב היריון בסיכון,

83 שם, פס' 17–19 לפסק דינו של השופט ריבלין (השופטת נאור הסכימה באופן עקרוני לקביעת הרוב אך סברה כי מקרה זה אינו מבין אותן נסיבות המצדיקות יידוע בדבר בדיקות פרטיות). כיוון שבנוגע לשלוש ההנחות לא נקבע ממצא בבית המשפט המחוזי, השופט ריבלין רומז כי לתובעים נזק ראייתי משלא נתאפשר בירור עמדתם לגבי ביצוע הבדיקה הנוספת בשירותי הרפואה הפרטית. סיבה זו מחזקת את מסקנתו להחזיר את התיק לדיון בבית המשפט המחוזי. שם, פס' 17 לפסק דינו של השופט ריבלין. השווה גם עניין המר, לעיל ה"ש 36 (הנשיאה גילאור מסתייגת מעמדת הרוב בעניין סידי).

84 עתירה לדיון נוסף על פסק דין זה נדחתה על ידי בית המשפט העליון. דנ"א 461/06 קופת חולים כללית נ' ע.ס. (פורסם בנבו, 17.7.2006).

85 ראו למשל ת"א (מחוזי חי') 834/02 פלוני נ' דן (פורסם בנבו, 25.2.2007).

86 ת"א (מחוזי י-ם) 5416/03 פלונית – קטינה באמצעות הוריה נ' שירותי בריאות כללית (פורסם בנבו, 27.5.2008) (קבלת תביעה של הולדה בעוולה בשל אי-גילוי תסמונת ה-X ללא אינדיקציה רפואית מקום שבדיקה זו לא הייתה מוכרת כבדיקת סקר הממונת מכספי הציבור) (להלן: עניין פלונית-קטינה)

87 ת"א (מחוזי ב"ש) 92/93 ירקוני נ' רוזן (פורסם בנבו, 9.2.1998).

88 פורסם בנבו (29.3.2005).

על הולדה בעוולה והטעם שבטעמים להפסקת היריון:
הרהורים בעקבות פלוני נ' מדינת ישראל

ובהתחשב בעברה המיילדותי, להפנות את אמו של התובע לבדיקת אקו-לב ומי-שפיר או לכל היותר להציע לה לעבור בדיקות אלה. בית המשפט ציין כי ביצוע הבדיקות היה מגלה את מום היילוד, והיה מאפשר לשים קץ להיריון אפילו היה בשליש השלישי. משכך, מצא בית המשפט את הנתבעים אחראים בדין להפרת חובת הזהירות כלפי התובעת ובעקבות זאת, לנזק שנגרם ליילוד, קרי הולדתו במום. ניתן לטעון, שפסק דין זה מהווה עליית מדרגה בנסיבות הקליניות שבהן מחייב בית המשפט את הצוות המטפל לנהוג בזהירות כלפי מטופלת בהיריון ולהפנותה לסדרה של בדיקות נוספות ובלתי שגרתיות, שתשלול קיומם של מומים ביילוד.

השימוש הנרחב וההבנה המתקדמת של עילת ההולדה בעוולה קיבלו ביטוי נוסף בפסיקת בית המשפט המחוזי מהחודשים האחרונים בעניין פלוני-קטיין⁸⁹, שבה רוככה דרישת ההוכחה של הקשר הסיבתי, ונקבע, כי כדי להצליח בתביעה של הולדה בעוולה, אין הכרח כי התובע יוכיח שאמו של התובע הייתה בוחרת למנוע את הלידה לו הייתה יודעת על המום שבידו, אלא די להראות שרשלנות הרופא או המוסד האחראי לפיקוח ולבקרה על ההיריון היא זו שגרמה לכך שהקטין נולד לחיי מום וסבל. בעניין פלוני-קטיין נדונה תביעה נגד מפעילת תחנת טיפת חלב וקופת חולים כללית, בגין התרשלותן בגילוי מומי התובע שבעקבותיה נמנעה הפסקת ההיריון. שם, לתובע, שהיה בן למשפחה חרדית מירושלים, אירע נזק של שדרה שסועה, שבעקבותיה סבל מפגמים מוטוריים ומבעיות משקל, מבעיות למידה וקשיים תפקודיים אחרים. על נזק זה, אפשר היה לעמוד, על פי הטענה, עוד במהלך ההיריון, לו הנתבעות היו מבצעות מעקב אחר ביצוע בדיקת חלבון עוברי ואחר מצב ההיריון משנשלחה אם התובע לבדיקת אולטרה-סאונד. בתגובה לטענת הנתבעות, שלפיה אמו של התובע ממילא לא הייתה מפסיקה את ההיריון בשל השתייכותה למגזר החרדי, הרחיב בית המשפט את התפיסה הנוגעת להוכחת הקשר הסיבתי בעילה של הולדה בעוולה, במסגרת תובנה כללית יותר על עקרון השוויון, וקבע שעיקרון זה מחייב כי יינתן פיצוי זהה לכל מי שנולד בעל מום, ללא קשר לעצמת הדת של אמו⁹⁰.

אין ספק, כי הכרה בתחולתה של עילת תביעה של הולדה בעוולה גם במצב שבו קיים ספק כבד בדבר כוונתה של האם להפסיק את ההיריון אילו היה נודע לה דבר המום, או למצער ייתור הצורך בהוכחה מנוגדת לאמור, פותחת פתח לשימוש לרעה בעילה זו בשורה

89 עניין פלוני-קטיין, לעיל ה"ש 36, בעמ' 9009.

90 שם, פס' 286–292. מעניין לציין, שבית המשפט אינו מסתפק באמירה כללית זו, אלא בוחן את נסיבותיה הספציפיות של אם התובע, ומגיע למסקנה, כי במקרה הספציפי השתייכותה למגזר החרדי לא הייתה – מניה וביה – מונעת ממנה לבצע את ההפלה, שכן היא "אינה בת טיפוסית של המגזר החרדי".

ארוכה מאוד של מקרים, המאיינים את הרעיון המרכזי העומד מאחורי תביעה זו – הוא הרעיון של טוב אי־קיומו של התובע מקיומו במום.

3. ניתוח ביקורתי של פסק דין בעניין פלוני

כפי שתואר לעיל, קשת המקרים שבהם הכיר בית המשפט בשימוש בעילת ההולדה בעוולה והנסיבות שבהן עילה זו הוכשרה, הלכו וגדלו באופן משמעותי בשנים האחרונות. עניין פלוני הוא אמנם נדבך נוסף במגמת הרחבה זו, אך נדמה כי הוא מחדד את הקשיים העיוניים והמעשיים הרבים שהעלה בית המשפט בעניין זייצוב. זאת, בעת שהוא אישר באופן עקרוני את הגשת התביעה לפי עילה זו, במיוחד על שום טיבו וחדשנותו של הנזק המדובר, קרי שיעור קומתו של התובע וגם על שום אופייה המקורי של התרשלות הנתבעת, דהיינו התנהלות הוועדה להפסקת היריון⁹¹. פרט לכך, רשימה זו תטען כי ההחלטה בעניין פלוני אינה עולה בקנה אחד עם עקרונות בסיסיים בדיני הנזיקין. טענה זו מבוססת על ארבעה אדנים עיקריים: האחד נשען על כך כי בית המשפט קובע שיסוד התרשלות הוכח במקרה הנדון; השני, שלפיו בית המשפט פוסק כי עוולת הרשלנות התקיימה בנסיבות העניין, וזאת ללא הוכחה של קשר סיבתי לנזק; השלישי מצביע על כך שבית המשפט קובע פיצוי על דרך האומדנה, וזאת שלא כמקובל; הרביעי מדגיש, כי לאור כלל השבת המצב לקדמותו, טעה בית המשפט משלא התייחס לנכות התפקודית של התובע ומשפסק פיצוי אשר אינו מבטא את הצורך בשיפור תפקודו של התובע.

3.1 מציאת התרשלות

תביעה של הולדה בעוולה היא מקרה פרטי של התרשלות מומחה בהליכי בדיקה וייעוץ גנטי, המביאה ללידתו במום של התובע⁹². בתביעה זו מיוחסת למומחה אחריות בנזיקין בעוולה של רשלנות, המוצדקת על ידי שיקולי מדיניות של צדק, הרתעה, מניעה ופיזור נזק⁹³. יסודה של עוולה זו הוא הפרת חובת הזהירות שחב המומחה או היועץ הגנטי כלפי

91 בתי המשפט הכירו ברשלנות מנהלית של רשויות הציבור (ע"א 915/91 מדינת ישראל נ' לוי, מח(3) 45 (1994), ופסקו כי הפרת זכות טיעון בפני רשות מנהלית מהווה נזק בר־פיצוי (ע"א 1081/00 אבנעל חברה להפצה בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(5) 193 (2005)). עם זאת, קביעה כזו לא נעשתה במסגרת תביעות של הולדה בעוולה שמהותן הפרת חובת הזהירות שחב מומחה או יועץ גנטי באיתור מחלות תורשתיות של היילוד ואזהרה מפניהן.

92 להגדרתו ולבסיסיו העיוניים של יסוד ההתרשלות בדיני הנזיקין ראו רונן פרי "יסוד ההתרשלות בעוולת הרשלנות: תאוריה פוזיטיבית וביקורת נורמטיבית" משפטים לח 351 (2008).

93 שפירא, לעיל ה"ש 75, בעמ' 241.

על הולדה בעוולה והטעם שבטעמים להפסקת היריון:
הרהורים בעקבות פלוני נ' מדינת ישראל

היילוד באיתור מחלות תורשתיות ואזהרה מפניהן. סטנדרט הטיפול שנבחן הוא זה שהיה סביר בעת ההפרה ולא מה שנתפס ב"חכמה שלאחר מעשה" כסביר⁹⁴. הורי הילד, המגשים את התביעה, משמשים בעת התביעה כמו גם בעת האירוע הרשלני כחליפיו או שלוחיו של היילוד⁹⁵.

בענייננו, טענת התובע שלפיה הנתבעת הפרה את חובת הזהירות כלפיו התמקדה בשני ראשים: דחיית הבקשה להפסקת היריון על ידי "ועדת-העל" (פרופ' כספי), אף על פי שבקשה זו אושרה על ידי הוועדה להפסקת היריון שלה המנדט הקבוע בחוק; התנהלות רשלנית של "ועדת-העל" הבאה לידי ביטוי בכך שזו לא התכנסה בהרכב הנדרש, לא קיימה דיון, לא כללה אישה בין חבריה, לא העניקה זכות טיעון להורים ונתנה את החלטתה באופן סתמי וללא נימוקים. הראש האחד מתייחס לטיב ההחלטה שנתקבלה על ידי ועדת-העל (בהתעלם מסמכותה החוקית להחליט) ונוגע להפעלת שיקול דעת הוועדה בשאלת הפסקת ההיריון לנוכח הפגם שאותר בעובר, ואילו הראש האחר בוחן את התנהלותה הדיונית של הוועדה, היכולה להשליך על שמירת זכויותיה של אם התובע.

בהתייחסה לטענות התובע, בוחנת השופטת אם הנוהל הפנימי בבית החולים שנקבע להסדרת ועדת-העל מקיים את חובת הזהירות של הנתבעת כלפי ההורים המבקשים להפסיק את ההיריון וכלפי העובר. בבואה להשיב על שאלה זו, פונה השופטת להנחיות הקודמות, שאף שלא פורסמו בעת המקרה, יש בהן לדעתה כדי לשפוך אור על רמת הזהירות הנדרשת מוועדה עליונה להפסקת היריון בשבועות מתקדמים. לשיטתה, הנוהל שלפיו גורם אחד הוא בעל יכולת הכרעה בבקשה להפסקת היריון ועצם העובדה כי קבלת ההחלטות ב"וועדת-העל" נעשית ללא התייעצות או ויכוח מלומד בין חברי הוועדה הם בלתי סבירים. הפרת חובת הזהירות של הנתבעת מקבלת משנה תוקף נוכח התנהלות הוועדה כלפי הורי התובע ובמיוחד שלילת זכותם לפרוש טיעוניהם לתמוך בבקשה להפסקת ההיריון בפני

94 ע"א 323/89 קוהרי נ' מדינת ישראל – משרד הבריאות, פ"ד מה(2) 142 (1991); עניין סידני, לעיל ה"ש 82.

95 עם זאת, עובדת היותו של היילוד העתידי נשוא חובת הזהירות של היועץ הגנטי או הרופא אינה נקייה מקושי משפטי. ניתן לטעון, כי היות שברגע ההתרשלות התובע (יילוד עתידי) לא היה בעל כשרות משפטית, הרי שלא ניתן לחוב כלפיו חובת זהירות. לחלופין, הואיל והתובע לא היה קיים (עובדתית ומשפטית) בעת הפרת החובה לכאורה, הרי שלא ניתן לקבוע שהנתבע יכול היה לצפות את הפגיעה בתובע, ובהיעדר צפיות לא יכולה לקום חובת זהירות בדיני הנזיקין. פרי, לעיל ה"ש 75, בעמ' 528. הפסיקה התגברה על קושי זה באמצעות הקביעה שאף שהמשפט אינו מכיר בתובע הספציפי כנהנה מקיומה של חובת הזהירות בעת האירוע המעוול, לא קיימת מניעה עקרונית להכיר בתובע שביום הגשת התביעה הוא אדם ספציפי. פרי, בעמ' 532.

חברי הוועדה. לבסוף, התרשלות הוועדה כלפי התובע והוריו באה לידי ביטוי בכך שהוועדה לא יידעה את ההורים בהחלטתה הסופית⁹⁶.
 באשר להחלטת ועדת-העל לגופה, הוא הראש האחד של חובת הזהירות של הוועדה, קובעת השופטת כי החלטת פרופ' כספי להשאיר את ההיריון היא סבירה ומשקפת בנסיבות העניין נקיטת משנה זהירות של רופא כלפי מטופלו⁹⁷. עם זאת, השופטת פוסקת על פי הראיות שלפניה כי הנתבעת התרשלה כלפי התובע בגין התנהלות ועדת-העל, הוא הראש השני של חובת הזהירות, לעיל⁹⁸.

3.2 היעדרו של קשר סיבתי בולט

ככלל, על מנת שניתן יהיה להטיל אחריות על הנתבע בעוולת הרשלנות, נדרש להוכיח קיומו של קשר סיבתי בין אשמו של הנתבע ובין הנזק שסבל התובע⁹⁹. הפרת חובת הזהירות צריכה להיות הסיבה העובדתית והמשפטית לקרות הנזק: עובדתית – שכן לולא הפרת החובה, ולולא אמצעי הזהירות, לא היה נגרם הנזק (או שגדולים הסיכויים למניעתו); משפטית – שכן, אשמו של המזיק הביא את הנזק, ואילו אשמת הניזוק לא היה אשם מכריע הן משום שהיה צפוי, הן משום שהיה בתחום הסיכון שהחובה באה למנוע והן משום שהתנהגות המזיק על פי מבחני השכל הישר היא זו שגרמה לנזק¹⁰⁰.

בעניין פלוני, משהוכחה התרשלות הנתבעת ומשהוכר באופן עקרוני נזקו של התובע, עולה שאלת הימצאותו של קשר סיבתי בין הפרת חובת הזהירות בהתנהלות הוועדה לבין נזקו של התובע. במקרה שלפנינו הביעו הוריו של התובע רצון מפורש להפסיק את ההיריון. מקרה זה שונה מהמקרים המקובלים בתביעות של הולדה בעוולה, שבהם נמנעת מלכתחילה מהורי התובע האפשרות לשקול את הפסקת ההיריון בשל התרשלות באבחון הפגם. בשל הבדל זה, בית המשפט סבור כי בחינת הקשר הסיבתי צריכה להפנות למצב עניינים היפותטי שבו על בית המשפט לשקול מה הייתה מחליטה ועדת-העל לו פעלה

96 עניין פלוני, לעיל ה"ש 1, בעמ' 10062, 10065.

97 שם, בעמ' 10066.

98 שם, בעמ' 10065.

99 ס' 64, 35 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש]. אף שעמדה משפטית זו מבוססת בפסיקה, היא מעוררת קושי הואיל וליילוד לא קיים מעמד משפטי בעת השליחות או היחס החליפי, וממילא החלטת ההורים אם להמשיך את ההיריון או להפסיקו עלולה לנבוע מגחמות אישיות ואינטרסים אנוכיים.

100 ע"א 145/80 ועקנין נ' המועצה המקומית, בית שמש, פ"ד לז(1) 113 (1983); ע"א 576/81 בן שמעון נ' ברדה, פ"ד לח(3) 1 (1984); ע"א 4114/90 בן שושן נ' כריכיה קואופרטיבית בע"מ, פ"ד מח(1) 415 (1994); ע"א 916/05 כדר נ' הרישנו (פורסם בנבו, 28.11.2007).

על הולדה בעוולה והטעם שבטעמים להפסקת היריון:
הרהורים בעקבות פלוני נ' מדינת ישראל

בזהירות הנדרשת (מתנהלת כראוי), והאם לנוכח החלטה זו נזקו של התובע (הבאתו לעולם בפגם) היה נגרם אם לאו. אלא שבענייננו, השופטת אינה בוחנת קיומו של קשר סיבתי, הלכה למעשה, כיוון שהנתבעת הכירה והודתה בקשר כאמור¹⁰¹. במקום זאת, השופטת בודקת את טענת הנתבעת שלפיה קשר סיבתי זה נותק על ידי האם משהחליטה להמשיך בהיריון לאחר החלטת ועדת העל. ניתוחה העובדתי מביא את השופטת לדחות טענה זו. על פי פסיקתה, אם התובע המשיכה לבצע בדיקות אף לאחר החלטת הוועדה לא כדי למצוא הוכחה נוספת למום שעל פיה תבקש בשנית להפסיק את ההיריון, אלא כדי לקבל חיזוק לדעתו של פרופ' כספי ש"העובר יהיה בסדר"¹⁰².

ממצא ותיאור התרשלות הנתבעת ובחינת קיומו של קשר סיבתי בין האירוע המעוול לנזקו של התובע נראים תמוהים משני טעמים עיקריים: ראשית, לא ברור כיצד ומדוע הוועדה להפסקת היריון חבה חובת זהירות כלפי התובע לנהל את דיוניה באופן תקין, להבדיל מחובת זהירות כלפי אמו (או יוצריו הביולוגיים). בית המשפט העליון קבע זה מכבר, שלעובר אין כל מעמד בעת הדיון בוועדה להפסקת היריון. כך, מינוי אפוטרופוס המייצג, לכאורה, אינטרסים של העובר, נוגע לענייני ממונות, הנובעים למשל מירושה, ולשמירה על זכויות עתידיות שיקומו לעובר רק לאחר היולדו בחיים, וכוללות, בין היתר, זכות להגשת תביעה בנוזיקין על אירוע שהתרחש בעת ההיריון¹⁰³. אם ליילוד אין כל מעמד בהחלטת הוועדה להפסקת היריון, הרי שהתרשלות הוועדה, אף אם תוכח, אינה יכולה לגרום ליילוד-התובע את הנזק המיוחס לו, ועל כן היא אינה מקיימת את הקשר הסיבתי לנזק הנתבע¹⁰⁴.

שנית, אף אם נכיר בקיומה העקרוני של חובת הזהירות של הוועדה כלפי העובר – החובה לנהל באופן תקין וצודק את הוועדה להפסקת היריון – ואף אם חובה זו הופרה במקרה קונקרטי והביאה להולדתו של ילד ניזוק, הרי על פי החלטת בית המשפט בעצמו, ניתוח הקשר הסיבתי בין התרשלות הוועדה (בהתנהלותה מול הורי העובר) לבין נזקו של התובע צריך להוביל לכך שקשר זה אינו מתקיים במקרה הקונקרטי. משקבע בית המשפט

101 עניין פלוני, לעיל ה"ש 1, בעמ' 10069.

102 שם, בעמ' 10070.

103 עניין פלונית, לעיל ה"ש 20, פס' 6 לפסק דינה של השופטת בן-עתו. השו"ג ע"א 754/05 לוי נ' מרכז רפואי שערי צדק (פורסם בנבו, 5.6.2007) (עובר שנפגע עקב התרשלות ונולד מת לאחר שבוע 40 להיריון אינו יכול לתבוע בגין הנזק שנגרם לו בשל היעדר כשרות משפטית).

104 ניתן לטעון, כי הוועדה להפסקת היריון – ככל מזיק אחר בנוזיקין – חבה חובת זהירות לתובע הנולד חי, ועל כן ניתן באופן עקרוני להכיר בהתרשלות הוועדה כמשכללת את עוולת הרשלנות כלפי התובע. דא עקא, שיסוד ההתרשלות המקים עוולה זו במקרה הקונקרטי מתייחס למציאות עובדתית שבה נוטלים חלק אמו ואביו של התובע שלא בשם התובע (בהכרח), ודאי לא התובע עצמו.

כי החלטתו של פרופ' כספי הייתה סבירה וממילא הנוהל שעל פיו פעל היה כדין, הרי שניתן להניח באותה סיטואציה היפותטית שאליה מפנה בית המשפט ושכמסגרתה הוועדה לא הייתה מתרשלת בהתנהלותה, כי זו הייתה מחליטה שלא לאשר את הפסקת היריון¹⁰⁵. כיוון שמבחינה עובדתית נזקו של התובע היה נגרם גם אם ועדת-העל הייתה מתנהלת באופן נכון כלפי אמו של התובע, הרי שהקשר הסיבתי במקרה הלא היפותטי אינו יכול להתקיים. זאת ועוד, נובע מהחלטת בית המשפט כי ההחלטה להמשיך את ההיריון, המהווה חוליה סיבתית הכרחית בהתרחשותו של הנזק הנטען (חיים במום) נעשתה כדין גם אם הדרך שבה נתקבלה עולה כדי רשלנות. עמדה זו, לא רק שמובילה לסתירה, אלא מערערת את יסודות הקביעה שלפיה התקיים במקרה הנוכחי קשר סיבתי משפטי בין מעשה ההתרשלות לנזק הנטען.

3.3 קביעת נזק בדרך של אומדנה

אף אם הוכח קיומו של קשר סיבתי בין התרשלות הנתבע לבין הנזק שנגרם לתובע, דיני הנזיקין מחייבים לקצוב ולהעריך את שיעור הפיצויים הנגזר מהנזק שהוסב לתובע. בענייננו, לאחר שבית המשפט מכיר בנזק שנגרם לתובע וקובע כי נזק זה הוא תוצר ישיר של התרשלותה של ועדת-העל בהתנהלותה מול הורי התובע, הוא פוסק לזכות התובע פיצוי גלובלי על דרך האומדנה, וזאת משיקולים של מדיניות משפטית ובמיוחד בשל החשש ממדרון חלקלק – חשש שידובר עליו בפרק ו', להלן. אלא שפסיקת פיצוי על דרך האומדנה היא מעשה שיפוטי בלתי שגרתי, המופעל במשורה בקבוצה מסוימת של מקרים. הכלל הנהוג הוא, שכאשר בית המשפט משתכנע כי מדובר בנסיבות שבהן "בלתי אפשרי או לפחות קשה להוכיח את שיעור הנזק בצורה מדויקת ומלאה"¹⁰⁶ או בשל קושי אובייקטיבי הנובע מנסיבות עמומות, על בית המשפט להפעיל את ניסיון החיים שלו והשכל הישר, ולהעריך את הפיצוי הראוי כשהוא מעמיד את עצמו במקום הצדדים¹⁰⁷. מקרים נוספים שבהם נעשה שימוש במכשיר האומדנה כדי לפצות תובע נוגעים למצבים שבהם נוצר קושי להפריד בין נזקי ההתרשלות לבין נזקים שהיו מתגבשים (או מחמירים) ממילא (כמו למשל בהתרשלות הנוגעת לאיחור באבחון גידול סרטני)¹⁰⁸; כאשר הנזק נגרם על ידי כמה

105 פרופ' כספי העיד בבית המשפט כי לא היה משנה את החלטתו אף בדיעבד. עניין פלוני, לעיל ה"ש 1, בעמ' 10067.

106 ע"א 294/92 דרוק נ' אליאסיאן, פ"ד מז(3) 23, 34 (1993); ראו גם ע"א 427/82 "השתיל" נ' אגן יצרני כימיקלים בע"מ, פ"ד מ(4) 309 (1986).

107 ת"א (מחוזי ת"א) 986/96 עובד נ' פז חברת נפט בע"מ (פורסם בנבו, 9.8.2006).

108 ע"א 2509/98 גיל נ' קופת חולים של ההסתדרות הכללית של העובדים בארץ ישראל, פ"ד נד(2) 38 (2000).

על הולדה בעוולה והטעם שבטעמים להפסקת היריון:
הרהורים בעקבות פלוני נ' מדינת ישראל

מעוולים שפעלו בנפרד מבלי שניתן היה לייחס את הנזק שאליו אחראי כל אחד מהמעוולים¹⁰⁹; או במקרים שבהם הניזוק הוא קטין ובית המשפט פסק פיצוי גלובלי לתובע אף בגדר ראשי נזק ממוניים, בשל הקושי להעריך את הנזק¹¹⁰. פסיקת פיצויים על דרך האומדנה היא אפוא כלל אשר נועד לעשות צדק עם התובע, מקום שהוכח קיומו של נזק, המשמש אמצעי שמונע פטור מאחריות מצדו של מעוול. זאת ועוד, בית המשפט העליון קבע לאחרונה, כי פסיקת פיצויים על דרך האומדנה המוכתבת על ידי תחושת הצדק של השופט המהווה ניחוש גרידא היא פעולה שראוי כי בית המשפט יימנע ממנה, בהיעדר הסכמה של הצדדים במשפט ובהיעדר עיגון חקיקתי מתאים¹¹¹.

בענייננו, לא עלו קושי ראייתי או מחלוקת באשר לקביעת שיעור הנזק שנגרם לתובע וגם לא הייתה זו אחת מאותן סיטואציות נדירות שבהן הערכת הנזק שגרם הנתבע היא קשה לביצוע. זאת, משום שבפני בית המשפט הופיעו מומחים שונים שהעידו על הנזק התפקודי והבריאותי שצפוי לתובע¹¹². לנוכח זאת, נראה שבית המשפט המחוזי נדרש להצדיק באופן משכנע יותר את הזדקקותו לפסיקת פיצוי על דרך האומדנה מאשר פנייה אל טיעון המדרון החלקלק. כפי שרשימה זו תראה בפרק ו' להלן, הצדקה משכנעת כזו נעדרה מהחלטת בית המשפט.

3.4. הפרה של עקרון השבת המצב לקדמותו

העיקרון הבסיסי בדיני הניזקין הוא כי פיצוי בגין עוולה נועד להחזיר, ככל שניתן, את מצבו של התובע למצבו שלם בקדמותו, טרם האירוע המעוול (*restitutio in integrum*). לצורך זה, על השופט היושב בדין להשוות את מצב העניינים של התובע לפני האירוע המעוול ולאחריו (בעת התביעה). ככלל, הפיצוי שנועד להשיב את החסר יכול להיות בכמה ראשים, לרבות נזקים עתידיים כגון קיצור שנות חיים, אבדן הכנסה, ירידת ערך, פגיעה בשם הטוב ועוד. במצב הרגיל של תביעת הולדה בעוולה, המלאכה של השוואת מצבו של התובע לפני האירוע המעוול ולאחריו מובילה לקושי מושגי הנובע מהשוואה (בלתי אפשרית) בין מצב

109 ע"א 304/68 גינוסר, קבוצת הנוער העובד להתיישבות שיתופית בע"מ נ' דחאברה, פ"ד כג(1) 366 (1969).

110 דוד קציר פיצויים בשל נזק גוף כרך א 455 (מהדורה חמישית, 2003); ת"א (מחוזי נצ') 504/05 צור נ' מאג'ד (פורסם בנבו, 25.9.2008); ת"א (שלום קר') 636/04 קייס נ' בן אריה (פורסם בנבו, 11.6.2009).

111 ע"א 8279/02 גולן נ' עזבון אלברט (פורסם בנבו, 14.12.2006) (השופטים גרוניס וג'ובראן כנגד דעתו החולקת של הנשיא ברק).

112 עניין פלוני, לעיל ה"ש 1, בייחוד בעמ' 10055–10059.

של אי-קיום למצב של קיום במום¹¹³. המצדדים בקיומה העקרוני של עילת ההולדה בעוולה מציעים להתגבר על קושי זה באמצעות השוואה מלאכותית בין מצבו של התובע (לאחר האירוע המעוול) עם מצבו של תובע פוטנציאלי בריא (בנעלי התובע הנוכחי) תוך הבנה שהנזק שנגרם לתובע הוא המום שבחייו להבדיל מעצם חייו¹¹⁴. המקטרגים, לעומת זאת, מצביעים על הקושי העקרוני לערוך השוואה כזו בשל העובדה שלתובע המסוים אשר בא בשערי בית המשפט לא הייתה קיימת אפשרות להיות בריא. על פי טענה זו, כל תובע פוטנציאלי בריא שאליו נבקש להשוות את התובע יהיה אדם אחר מהתובע עצמו. על כן ההשוואה המתבקשת בין שתי הסיטואציות אינה אפשרית או שהיא מלאכותית ואינה נכונה¹¹⁵.

במקרה שלפנינו הצטרפה השופטת גילאור לדעת המצדדים באפשרות העקרונית לערוך השוואה כאמור (השופטים ברק ולויין בעניין זייצוב), תוך הכרה בכך שדעה זו נמנעת במתכוון מהקושי הלוגי הטמון בהשוואה זו. עם זאת, קביעת הפיצוי שהתובע זכאי לו אינה משקפת השוואה בין מצבו של התובע במומו למצב ילד בריא כנדרש על פי דעה זו, אלא היא נסמכת על הערכה כללית של השופטת עצמה. סכום הפיצוי שנקבע בעניין פלוני בדרך של אומדנה אינו נותן ביטוי מדויק לפער בין מצבו של הקטין במומו למצבו ללא המום, ובכך הוא אינו מבקש להחזיר את התובע למצבו הקודם, גם אם ניתן היה לעשות זאת מבחינה עקרונית. לחלופין, אין הוא כולל הערכה מבוססת של הנזקים העכשוויים והעתידיים שנגרמו לתובע, שבהם לא התקשתה השופטת להכיר בבסיס החלטתה השיפוטית ושעליהם שמעה ממומחים שונים אשר העידו בבית המשפט. יוצא אפוא כי בית המשפט בעניין פלוני סוטה מכלל חשוב ומרכזי בדיני הנזיקין, הוא כלל השבת המצב לקדמותו, ואינו תואם לדרך שבה ניתן ליישם את תפיסת השופטים ברק ולויין בעניין זייצוב – תפיסה שאליה מצטרפת השופטת גילאור בהחלטתה.

4. פיצוי התובעת על הפגיעה בזכותה לאוטונומיה – ראש הנזק הנכון

113 השוו לאסא כשר המציע להיזקק פחות להשוואה בין שני המצבים ולהתמקד בהערכה אובייקטיבית שמקורה במענה על השאלה אם האדם שעתיד להיוולד ולעמוד על דעתו יוכל להיות בעל יכולת לעצב לעצמו ולקיים חיים בעלי משמעות. אסא כשר "נוח לו לאדם שלא נברא יותר משנברא" המשפט 26, 44 (2008).

114 גישה זו מבוטאת על ידי השופטים ברק ושלמה לויין בעניין זייצוב. לעיל ה"ש 7, בעמ' 117. לביקורת על גישה זו ראו פרי, לעיל ה"ש 75, בעמ' 560–561.

115 הד, לעיל ה"ש 75; טרסקי, לעיל ה"ש 75, בעמ' 287; השופט גולדברג בעניין זייצוב, שם. כמענה לחוסר האפשרות הלוגית להשוות בין שני המצבים מציע רונן פרי לראות בהתרחשות היועץ הגנטי או הרופא אי-קיום הבטחה הנוגעת למצב דברים עתידי (מצבו הבריאותי של היילוד) והפרת ערבותו לאמיתות המצג שהוא מציגו להורי היילוד במסגרת חוזה לטובת צד ג' (היילוד). פרי, שם, בעמ' 569–583.

על הולדה בעוולה והטעם שבטעמים להפסקת היריון:
הרהורים בעקבות פלוני נ' מדינת ישראל

אכן, עניין פלוני מעלה קשיים רבים במישור דיני הנזיקין, עד כי יש מי שרואה בו תמיכה לחוסר היכולת להשית אחריות בנזיקין על מי שפועל בסמכות חוקית ולא כדי רשלנות¹¹⁶. ברור, עם זאת, שאף שהוועדה להפסקת היריון פעלה באופן חוקי, עובדות פסק הדין מצביעות על התנהלות בלתי ראויה, שאף אם אינה עולה כדי התרשלות במובן עוולת הרשלנות, היא צריכה לחייב את בעליה באחריות משפטית, רצוי במסגרת דיני הנזיקין. הדרך המתאימה יותר לעשות זאת (שלא נטענה על ידי התובעים), היא להטיל אחריות על הוועדה בשל פגיעתה בזכות האם לאוטונומיה, שעיקרה ההחלטה הפרטית אם להמשיך את ההיריון, אם לאו¹¹⁷. כפי שרשימה זו תראה בהמשך, ניתן לטעון כי המשך ההיריון של אם התובע מהווה פגיעה באוטונומיה שלה כאדם¹¹⁸. בתוך כך, אפשר לומר כי כל עוד החלטת אמו של התובע להפסיק את ההיריון הייתה כנה מבחינה סובייקטיבית ומבוססת גם מבחינה אובייקטיבית (בשל גילוי המום), אין להענישה על ידי שלילת חופש הבחירה שלה להחליט החלטות אינטימיות באשר לגופה ולמהלך חייה¹¹⁹.

אכן, כבר נקבע כי "זכותו של החולה לסרב לטיפול, גם אם יתרונותיו עולים על חסרונותיו, וסיכוייו גוברים על סיכוניו"¹²⁰. גם כאשר בחירת החולה כרוכה בסיכונים מהותיים, חלה על הרופא חובה לספק למטופל את כל המידע שבאופן סביר דרוש לו לגיבוש החלטה אישית מושכלת אם לבחור במסלול הרפואי תוך נטילת הסיכונים, אם לאו¹²¹. זאת ועוד, הפסיקה קבעה כי היקף המידע שיש למסור למטופל אינו נקבע על פי הפרקטיקה הרפואית המקובלת, אלא תלוי בצרכיו של המטופל למידע, הנקבעים על פי מבחן אובייקטיבי. במילים אחרות, על רופא למסור למטופל כל מידע שאדם סביר היה נדרש לו כדי לגבש החלטה אם להסכים לטיפול המוצע¹²². עמדה זו הרחיבה את ההלכה

- 116 גיל סיגל "בין אוטונומיה אימהית לזכויות העובר – היבטים של חברה, משפט ומוסר" **משפט רפואי וביואתיקה** 1, 11, 20 (2008).
- 117 דרך נוספת שלפיה ניתן לגזור אחריות על הנתבעת – אף היא לא נטענה על ידי התובעים – קשורה לתביעה בגין נזקי אמו/הורי הקטין עקב שלילת זכות הטיעון שלהם בפני ועדת-העל והתנהלותה הבלתי ראויה של הוועדה. מדובר בהפרה של חובת ההגנות של המנהל המקנה בצדה זכות לפיצוי כספי כעילה עצמאית בדיני הנזיקין. עניין **אבנעל**, לעיל ה"ש 91.
- 118 דעה דומה הושמעה על ידי סיגל, לעיל ה"ש 116, בעמ' 18.
- 119 ע"א 4837/92 "אליהו" **חברה לביטוח נ' בורבה**, פ"ד מט(2) 257 (1995).
- 120 ע"א 2781/93 **עלי דעקה נ' בית חולים "כרמל"**, **חיפה**, פ"ד נג(4) 526, פס' 19 לפסק דינו של השופט אור (1999).
- 121 ע"א 4384/90 **ואתורי נ' בית החולים לניאדו**, פ"ד נא(2) 171, פס' 10 לפסק דינו של השופט מצא (1997).
- 122 ס' 13 לחוק זכויות החולה, התשנ"ו-1996; עניין **ברמן**, לעיל ה"ש 77; ע"א 522/04 **מרכז לייזר לניתוחי קרנית בע"מ נ' דיראוי** (פורסם בנבו, 28.6.2005); **פלונית-קטינה**, לעיל ה"ש 86.

המשפטית בדבר חובת הגילוי למטופל, שהתמקדה במידע הקשור לטיפול אקטיבי במחלה¹²³, והיא הוחלה לא רק בקשר לטיפול קיים שנעשה בפרקטיקה הרפואית, אלא גם לזה שאינו נעשה במערכת הרפואית הנדונה ויכול להינתן במסגרת אחרת, למשל במסגרת הרפואה הפרטית או רפואה שמעבר לימים¹²⁴.

בית המשפט העליון הכיר בפגיעה באוטונומיה של החולה כנזק עצמאי ובר־פיצוי בעניין **עלי דעקה**¹²⁵, וקביעה זו אושרה בפסקי דין מאוחרים יותר¹²⁶, ואף הוחלה לאחרונה גם במערכת יחסים צרכנית העלולה לשאת נזקים בריאותיים לצרכן¹²⁷. וכך ציין בית המשפט העליון בעניין **עלי דעקה**:

”יש לראות גם בפגיעה בכבודו של אדם ובזכותו לאוטונומיה, הטבועה בביצוע פרודורה רפואית בגופו שלא בהסכמתו המודעת, משום נזק בר־פיצוי בדיני הנזיקין. הפגיעה, שלא כדין, ברגשותיו של אדם כתוצאה מאי־כיבוד זכותו היסודית לעצב את חייו כרצונו, מהווה פגיעה ברווחתו של אותו אדם, והיא נכנסת לגדר הגדרת 'נזק' האמורה. זאת, בין שנראה בה

123 ע”א 3108/91 **רייבי נ’ וייגל**, פ”ד מז(2) 497 (1993). כן נקבע בפסיקה, שהצורך בגילוי המידע למטופל מערב שיקולים מקצועיים רפואיים, שיקולים אנושיים ושיקולים תקציביים־מנהלתיים. עניין **סידי**, לעיל ה”ש 82.

124 שם, פס’ 13 לפסק דינו של השופט ריבלין; לביקורת ראו נילי קרקו־אייל “מי ילד מושלם של אמא? הרהורים בעקבות פסק הדין בעניין סידי” **המשפט** יג 469 (2008); רות ערן שמיר “המידע הדרוש לצורך מתן הסכמה מדעת לטיפול רפואי: זכות המטופל מול חובת המטפל” **רפואה ומשפט** 36, 51 (2007). על קשיים מעשיים ועיוניים הנובעים מהלכה זו עמד גם השופט משה דרורי בעניין **פלונית־קטינה**, לעיל ה”ש 86, פס’ 122 לפסק דינו של השופט דרורי. ראו גם דברי השופט סוקול בת”א (מחוזי חי’) 248/04 **כנאנה (קטינה) נ’ בית החולים הצרפתי בנצרת** (פורסם בנבו, 30.8.2007).

125 עניין **עלי דעקה**, לעיל ה”ש 120. לביקורת על פסיקה זו ולבחינת האופן שייפסק בו פיצוי בראש הנזק של פגיעה באוטונומיה, ראו זאב וייל ותהילה מיארה “הזכות לאוטונומיה כראש נזק חדש” **רפואה ומשפט** 23, 61 (2000); צחי קרן־פז “פיצוי בשל פגיעה באוטונומיה: הערכה נורמטיבית, התפתחויות עכשוויות ומגמות עתידיות” **המשפט** יא 187 (2007); נילי קרקו־אייל “דוקטרינת ההסכמה מדעת – עילת התביעה הראויה מקום שבו הופרה זכות המטופל לאוטונומיה” **הפרקליט** מט 181 (2006); נילי קרקו־אייל “אופן הערכת הפיצוי בגדר ראש הנזק של פגיעה בזכות לאוטונומיה: בעקבות ע”א 2781/93 עלי דעקה נ’ בית חולים כרמל, חיפה” **המשפט** יא 267 (2007).

126 ראו למשל ע”א 6153/97 **שטנדל נ’ שדה**, פ”ד נו(4) 746 (2002).

127 ת”א (מחוזי ת”א) 1372/95 **עזבון ראבי נ’ תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית ישראלית בע”מ** (פורסם בנבו, 7.10.2008) (באיי־סימון מרכיב הסיליקון על קופסאות החלב הפרה חברת “תנובה” את זכותם לאוטונומיה של צרכני החלב שעניינה הזכות לגבש החלטה באופן שקול ובידיעת העובדות הרלוונטיות אם לרכוש מוצר מסוים).

על הולדה בעוולה והטעם שבטעמים להפסקת היריון:
הרהורים בעקבות פלוני נ' מדינת ישראל

משום פגיעה ב'נוחותו' של אדם, ובין שנראה בה משום 'אבדן או חיסור
כיוצאים באלה', כלשון הגדרת נזק בסעיף 2 לפקודה. [...] זכותו של כל
אדם כשיר היא שהקהילה וחבריה יכבדו את רצונו בכל הנוגע לדברים
החשובים לו, כל עוד אין הוא פוגע באחרים"¹²⁸.

גישה נכונה זו מבטאת כרסום בהשקפה מסורתית פטרנליסטית השמה את מרכז הכובד
אצל הרופא, ומצביעה על מגמה להעתיק מרכז כובד זה אל החולה ולראות בו בעל מעמד
בכורה בתהליך גיבוש ההחלטה הרפואית¹²⁹. הלכת **עלי דעקה** והחלטות נוספות שהלכו
בעקבותיה מבטאות אפוא את הצורך להעניק "הגנה לעצמאות החולה כישות בעלת רצון
ולא כמושא גרידא לביצוע טיפול רפואי"¹³⁰, ולהבטיח כי הוא יהיה אדון לגורלו, לחייו,
לבריאותו ולכל מה שנעשה בגופו¹³¹.

בעניין פלוני, נכון יותר היה להשקיף על הנזק המתואר כפגיעה באוטונומיה של אם
התובע – פגיעה ונזק אשר אינם קשורים לעצם לידתו במום של התובע, אלא לאותו נזק
נפשי ורגשי הכרוך בהמשך כפוי של היריון ובתוצאות ההליך – גידולו של ילד פגום בלתי
רצוי. נקודת מבט זו הייתה חוסכת מבית המשפט את הצורך למצוא "תעלולים משפטיים",
שאינם הולמים כללי יסוד בדיני הנזיקין, ושלמרבית הצער מובילים להחלטה שיפוטית בלתי
משכנעת.

ו. בעיית "המדרון החלקלק"

לאחר שקובעת השופטת גילאור כי "למחלתו של התובע השפעה ברת פיצוי על חייו", היא
נמנעת ביודעין לקבוע את נכותו התפקודית ואינה אומדת את נזקיו בדרך הרגילה¹³². אחת
הסיבות לכך היא שהתובע ביקש לפצותו בגין כאב וסבל שקומתו הנמוכה תסב לו ובשל

- 128 עניין **עלי דעקה**, לעיל ה"ש 120, פס' 21 לפסק דינו של השופט אור.
129 שם, פס' 31 לפסק דינה של השופטת שטרסברג-כהן. לצד זאת, ייתכנו מצבים שבהם בקשתו
של המטופל להמשך טיפול תיתקל בסירוב להעניק טיפול. לדיון במקרים אלה ראו דניאל
שפרלינג "מצפון, התנגדות עקרונית, ואתיקה בסירוב למתן טיפול רפואי לדרישת מטופל"
הרפואה 147, 398 (2008).
130 עניין **עלי דעקה**, שם, פס' 40 לפסק דינה של השופטת שטרסברג-כהן. להשקפה אחרת,
שלפיה הזכות לקבל מידע רפואי היא זכות חברתית הכלולה בזכות לקבל שירותי בריאות והיא
אינה מהווה פן מהאוטונומיה של הרצון האישי של המטופל ראו ערן שמיר, לעיל ה"ש 124.
131 למושג ההסכמה מדעת וזיקתה לאוטונומיה של האדם ראו עמוס שפירא "ההסכמה מדעת"
לטיפול רפואי – הדין המצוי והרצוי" **עיוני משפט** יד 225 (1989).
132 עניין פלוני, לעיל ה"ש 1, בעמ' 10076.

תסכולו להתמודד "מדי יום עם המבטים ועם התגובות של בני האדם לצורתו המיוחדת"¹³³. על כך כותבת השופטת: "טענה זו בעייתית מבחינה מושגית. אם אדם נמוך זכאי לפיצוי בגין מראהו, מדוע לא נפצה גם אנשים מכוערים?"¹³⁴ בגין שיקולים של מדיניות משפטית, ובייחוד בשל החשש ממדרון חלקלק, היא קובעת את הפיצוי באופן גלובלי בסך של 750,000 ₪¹³⁵.

פרט לסטייה המהותית מעקרונות יסוד בדיני הנזיקין¹³⁶ ומפסיקה המפצה תובעים בשל נזק לא ממוני שהוא תולדה של כיעור¹³⁷, אפשר וצריך לתהות עד כמה משקל יש להעניק לעקרון המדרון החלקלק בשאלת קביעת הנזק והערכת הפיצוי בגינו. ההנחות שמשמשות את קביעת השופטת הן: (א) פיצוי כאב וסבל של אנשים מכוערים היא פעולה בלתי ראויה או בלתי נכונה מבחינת מדיניות משפטית; (ב) פיצוי כאב וסבל של נמיכות קומה אינו בלתי ראוי (או הוא ניטרלי מבחינת מדיניות משפטית); ו'ג' כיוון שפיצוי על האחרון (נמיכות קומה) יוביל (בהכרח) להכרה של פיצוי על הראשון (כיעור), אין לקבוע פיצוי כאב וסבל בגין נמיכות קומה. ההנחה המובלעת בטיעון זה היא שקשה לנו לערוך הבחנה בין פיצוי כאב וסבל על נמיכות קומה לבין פיצוי כאב וסבל על כיעור, ובשל כך האחד יוביל לאחר¹³⁸. הטענה של המדרון החלקלק אינה אומרת שאין לאבן סיבה לעצור בנקודה כלשהי במורד המדרון, אלא שהיא לא יכולה לעצור באותה נקודה בגלל הקושי לערוך את ההבחנות בין שתי הסיטואציות (המותרת והאסורה)¹³⁹.

טענה של מדרון חלקלק היא באופייה טענה אמפירית. מחקר אמפירי יוכל להצביע על אי-המסוגלות שלנו (השופטים, החברה, או אולי השופטת עצמה) לערוך הבחנות, למשל, בין נמיכות קומה לכיעור. על כן, כדי לשכנע אותנו בטענת המדרון החלקלק, הטוען חייב לא רק להציג את הטענה בדבר סכנת המדרון החלקלק, אלא להצביע על העובדות המראות

133 שם, בעמ' 10076.

134 שם.

135 יצוין, כי גם רופאי מיילדות ואנשי מקצוע מהתחום משתמשים, בטעות רבה, בעיקרון של המדרון החלקלק, כשיקול השולל בקשות להפסקת היריון בשלבים מתקדמים. M. Garel, S. Gosme-Seguret, M. Kaminski & M. Cuttini, *Ethical Decision-Making in Prenatal Diagnosis and Termination of Pregnancy: A Qualitative Survey among Physicians and Midwives*, 58(3) *OBSTETRICAL & GYNECOLOGICAL SURVEY* 168 (2003).

136 לעיל ס' ה' 3.1 במאמר זה.

137 ת"א (מחוזי ת"א) 2725/99 רוטשטיין נ' החברה העירונית ראשון לציון – לתרבות ספורט ונופש בע"מ (פורסם בנבו, 5.4.2006); ת"א (מחוזי ב"ש) 3330/97 בן יאיר ים נ' הפניקס הישראלי (פורסם בנבו, 2.12.2001).

138 BERNARD WILLIAMS, *MAKING SENSE OF HUMANITY* 213 (1995).

139 David Enoch, *Once You Start Using Slippery Slope Arguments, You're on a Very Slippery Slope*, 21 *OXFORD J. LEGAL STUD.* 629, 632 (2001).

על הולדה בעוולה והטעם שבטעמים להפסקת היריון:
הרהורים בעקבות פלוני נ' מדינת ישראל

שאינו לנו יכולת אמיתית לערוך הבחנות בין שתי הסיטואציות האמורות (ושלכן הופעתה של התוצאה השלילית או האסורה היא מסתברת). יוצא אפוא שטיב הטיעון בדבר המדרון החלקלק תלוי במידת התמיכה האמפירית שלה הוא זוכה. מיותר לציין שהשופטת גילאור לא מביאה כל תמיכה אמפירית המשרתת את הטיעון שלה.

בנוסף, קיימות הבחנות בין סיטואציות מותרות לאסורות שקל יותר לעשות (ולכן טענת המדרון החלקלק תהיה פחות "טובה" ואולי "גרועה"), וישנן הבחנות אחרות בין סיטואציות כאלה שקשה יותר לעשות (ולכן טענת המדרון החלקלק תהיה יותר "חזקה" או "טובה"), אלא שלרוב יהיה לנו קשה לערוך הבחנה בין האבחנות שנוכל לעשות בקלות לבין האבחנות שיהיה קשה לנו לעשות, ולכן נתקשה להבחין בין טענות מדרון חלקלק שהן "טובות" / "חזקות" לבין אלה שהן "חלשות" / "פחות חזקות"¹⁴⁰. כיוון שכך, ועל פי ההיגיון הפנימי של המדרון החלקלק, דהיינו חוסר יכולתנו להבחין בין טענות שונות על פי טיבן, טענה טובה של מדרון חלקלק עלולה להוביל לטענה פחות טובה ואולי גרועה של מדרון חלקלק¹⁴¹.

לבסוף, העלאת טענה בדבר מדרון חלקלק מניחה שהסיטואציה האסורה (קביעת פיצוי כאב וסבל בגין כיעור) היא כה חמורה ושלילית, שאין להתיר את הסיטואציה הניטרלית או המותרת של קביעת פיצוי בגין נמיכות קומה, שתוביל אליה. טענה כזו מעוררת קושי עקרוני ולפיו אין זה ברור מדוע יש לשלול מאדם זכות לקבל פיצוי אך בשל כישלון החברה לעצור את התדרדרות האבן בנקודה כלשהי במדרון החלקלק, אפילו נניח כי היא בלתי מזוהה. בנוסף, וכמו כל טיעון תוצאתי, גם הטענה בדבר המדרון החלקלק צריכה לערוך תחשיב המשווה את הרעה שתתקבל בפסיקת פיצוי לאנשים מכוערים עם הרעה שבדחיית הפיצוי בגין נמיכות קומה (וקביעת פיצוי גלובלי במקום)¹⁴², תחשיב כזה נעדר מהחלטת השופטת. יוצא אפוא שטענה של מדרון חלקלק צריכה תימוכין אמפירי כדי להיחשב טובה, והיא מחייבת בחינה משווה בין הרעה הצפויה שמבקשים למנוע לבין התוצאה הרעה שבהעלאת הטענה עצמה. בכל מקרה, כל העלאה של טענת המדרון החלקלק, אפילו תהיה טובה,

140 להתנגדות לטענה זו ראו: Adam Corner & Ulrike Hahn, *Evaluating the Meta-Slope: Is There a Slippery Slope Argument against Slippery Slope Arguments?*, 21 ARGUMENTATION 349, 355-357 (2007). לדעת המחברים, ממצאים אמפיריים תומכים במסקנה שאנשים יכולים להבחין בין טענות חזקות של מדרון חלקלק וטענות פחות חזקות, ושכלל אין לאנשים בעיה להעריך טענות מסוג המדרון החלקלק.

141 Enoch, לעיל ה"ש 139, בעמ' 635.

142 שם, בעמ' 636.

תוביל, בהכרח ועל פי הגיונה שלה, לטענה גרועה של מדרון חלקלק. על כן ספק אם קיים טעם חזק להעלות או להשתמש בטענה כזו בכלל¹⁴³.

ז. הסיפור שאינו מסופר בפסק הדין

פסק הדין בעניין פלוני מביא בפנינו סיפורים וגרסאות עובדתיות שונות מתוך מטרה לברר ולסווג את מחלתו של התובע הקטין. הניתוח המשפטי, שקובע את חובת הזהירות כלפי התובע ואת הפרתה, מתמקד בסופו של דבר בבחינה פרוצדורלית-טכנית שעניינה בשאלה אם התכנסותה של העליונה ועדת-העל שבבית החולים הייתה כדין, אם לאו. האזכור של הבדיקות שעוברת האם לפני הדיונים בוועדה הראשונה והשנייה להפסקת היריון ולאחריהם נעשה באופן אגבי בלבד, ורק למטרת הכרעה בשאלת הקשר הסיבתי בין החלטת הוועדה להולדת התובע.

מובל ומנוהל על ידי סוללת מומחים רפואיים, ועל ידי שורה של אבחנות שרירותיות שאין להן היגיון משפטי רב או השלכות נורמטיביות משכנעות, בית המשפט מתעלם מהמשמעויות האישיות והחברתיות של מסכת האירועים שעוברת האישה בכל משך ההיריון הכל כך בלתי רצוי. כך, מחזק בית המשפט את העוול שנעשה לאמו של הקטין, מתעלם מנוכחותה ולא מעניק לה כל מקום בין סיפוריו. הדבר ניכר הן מרוח הפסק והן מהשימוש המושכל בתיאור המתרחש. למשל, המילה "אוטונומיה" מאוזכרת בכל עשרות העמודים של פסק הדין רק פעם אחת בלבד, וזאת לא על ידי בית המשפט עצמו, אלא

143 קורנר והאן מבקרים מסקנה זו וטוענים כי היא אינה מתחייבת, גם אם מניחים שטענה טובה של מדרון חלקלק מובילה לטענה גרועה או פחות טובה של מדרון חלקלק. לדעת המחברים, יש להבחין בין סלקציה של טענות של מדרון חלקלק, שמטרתה היא לבחון אם להשתמש בטיעון זה מלכתחילה, לבין "חזוקה" של הטענה בדבר מדרון חלקלק (הבחנה בין Argument Strength לבין Argument Desirability). כיוון שבחירה של טענות מושפעת מרמת התועלת המצרפית שתושג בשימוש בטענות העומדות לבחירה, חזוקה של הטענה היא רק מרכיב אחד בבחינת תועלת זו ואינה משפיעה באופן קונקלוסיבי על השימוש בטענות מהסוג האמור. Corner & Hann, לעיל ה"ש 140, בעמ' 353. עם זאת, נראה כי ככל שטענה (מסדר שני) של מדרון חלקלק תהיה "חזקה" ותעיד על כך ששימוש בטענה (מסדר ראשון) של מדרון חלקלק תוביל לטענה גרועה (מסדר ראשון) של מדרון חלקלק, נתקשה להבין את השיקולים הנוספים שעשויים לתמוך, באופן מצרפי, במסקנה שיש להזדקק בסופו של דבר לטענה של מדרון חלקלק. האפשרות שמציבים המחברים נראית תאורטית בלבד.

על הולדה בעולה והטעם שבטעמים להפסקת היריון:
הרהורים בעקבות פלוני נ' מדינת ישראל

במסגרת עדותו של פרופ' פרידמן¹⁴⁴. הביטוי "זכות" מופיע אף הוא בפסק רב בקשר לזכות העובר, וכלל אינו מאוזכר בהקשר של זכותה של האישה¹⁴⁵.

כאשר מתבוננים במה שעולה מן הפסק מתגלה תמונה קשה ומדאיגה ביותר. תמונה זו כוללת סיפור של השפלת האם התובע וכפייה עליה שלא להפסיק את הריונה, אף שהחליטה להפסיקו מתוך רצון בוגר וחופשי, ובעמדה מול ממצאים ברורים ומלאים המצביעים על פגם בעובר שיפגע באופן משמעותי באיכות חייו. החלטתה האינטימית ביותר של האישה על גופה ועל תכנון משפחתה כפופה לכוח מדיקלי, גברי ומנוכר, המשתמש בשפה "ניטרלית" ו"מדעית", שמכסה על עריצותו. כוח פוליטי זה מקבל לגיטימציה בבית המשפט, על ידי השתקת הגרסה הנשית, שנתפסת, בלשונו של פוקו, כהיסטרית וכחסרת אחריות כלפי ילדיה וכלפי הסולידריות של מוסד המשפחה בכלל¹⁴⁶, ותחת זו מעדיפה את הגרסה האובייקטיבית-משפטית-קרה – זו שרצופה קשיים מושגיים רבים, אשר פורטו לעיל.

כך, עוברת אמו של התובע סדרה שלמה של בירורים קפדניים ובדיקות רפואיות מקיפות, הכוללות שש בדיקות אולטרה-סאונד סונוגרפיות (לאחר החלטת הוועדה השנייה ובשלבי היריון מתקדם) וייעוץ גנטי נוסף, וכל זאת לאחר שגופה היה נתון לאינספור בדיקות וצילומים בטרם פנתה לשתי הוועדות. מושלכת ממומחה למומחה, היא מעידה בבית המשפט – עדות שזוכה לאזכור של שורה בודדת: "ד"ר שניידר אמר לי את נוסעת לד"ר שלו כדי שהוא יחרוץ את גורל העובר הזה"¹⁴⁷ (ההדגשה שלי – ד.ש.).

144 עניין פלוני, לעיל ה"ש 1, בעמ' 10067.

145 ראו למשל שם, בעמ' 10070–10071.

146 I MICHEL FOUCAULT, THE HISTORY OF SEXUALITY: AN INTRODUCTION 147 (Robert Hurley trans ed., 1979).

147 עניין פלוני, לעיל ה"ש 1, בעמ' 10070. כאשר נשאל פרופ' שניידר מדוע הפנה את האם לפחות פעמיים להתייעצות אצל פרופ' שלו, מתבהרת התמונה (עדות מיום 20.11.2005):
"ש: בשביל מה הפנית אותה לפרופ' שלו?
ת: כי

ש: לא הספיק לך מה שהיה עד עכשיו?

ת: א' לא הספיק

ש: לא הספיק?

ת: לא לי ולא לה.

ש: למה לא?

ת: גם היא ביקשה חוות דעת, כי כל הזמן היינו בספקות.

[...]

ת: העניין הוא שאנחנו שלחנו אותה לבדיקות חוזרות ונשנות על מנת שלאושש את האבחנה

ש: אז בוא נראה

סוגיית הטיפול בהפסקת היריון זוכה בעניין **פלוני** לכישלון מערכתי כולל. הממסד הרפואי מבקש להשליט בו את ערכיו ואת השקפותיו האישיות ולסווגו כעניין רפואי. סיווגו של טיפול זה כ"רפואי" וכנתון לחוות דעת רפואיות שהן כביכול ניטרליות, מדעיות ואובייקטיביות מנציח את הפעלת הכוח הפוליטי-ממסדי של המשפט על הפרט, ובייחוד על גוף האישה¹⁴⁸. לעיצוב דמותה הנקייה כביכול של סוגיית הפסקת ההיריון, תרם השיח המשפטי, ולצד תרם גם פסק הדין בעניין **פלוני**. באחד מפסקי הדין החשובים ביותר בסוגיית הפסקת היריון נפסק כבר, כי "התעברות, היריון ולידה הם אירועים אינטימיים, שכל כולם בתחום צנעת הפרט; אין המדינה מתערבת בתחום זה, אלא מטעמים כבדי משקל, הנוצצים בצורך להגן על זכות הפרט או על אינטרס ציבורי רציני"¹⁴⁹. בענייננו, ניתן וצריך היה להתחשב ברצונה של האישה ובטיב שיקול הדעת שלה ולכבד את בקשתה להפסיק את ההיריון¹⁵⁰. כפיית המערכת על האישה להמשיך את ההיריון חייבת הייתה להיות בת-פיצוי. בין שנשקיף על הסיפור הלא מסופר בעניין **פלוני** כהפרה של זכות האישה לאוטונומיה (כעילה עצמאית ברוח עניין **עלי דעקה**¹⁵¹), כהפרה של זכותה לפרטיות או זכותה לשלמות הגוף (במסגרת עוולה של תקיפה¹⁵²), טוב היה שהמערכת המשפטית

ת: כך שבכל שלב היא תוכל לעשות הפסקת היריון

ש: בוא נראה למה אתה צריך לשנות את דעתך

ת: אחרת אין טעם לבדיקות חוזרות."

כתב הערעור בעניין **שומרת**, לעיל ה"ש 2, בעמ' 13-14.

148 SALLY SHELDON, BEYOND CONTROL: MEDICAL POWER AND ABORTION LAW 25 (1997).

149 עניין **פלוני**, לעיל ה"ש 20, בעמ' 81.

150 לעמדה אחרת, הגורסת כי לאישה אין זכות מוקנית להפסקת היריון על אף ס' 6א לחוק שיווי זכויות האישה, התשי"א-1951, מהטעם שזכותה להפסיק את ההיריון כפופה לאישור הוועדה להפסקת היריון ראו יוסי גרין **פרו ורבו בעידן המודרני – משפט והלכה** 357 (2008). לדעת גרין, למרות האמור בחוק העונשין, זכותה של האישה להפסיק היריון בשלב החיות מוצדקת רק לצורך הגנה על חייה או בריאותה או כאשר קיים חשש למום חמור במיוחד. ראו הרצאתו של יוסי גרין "זכות העובר להיוולד בפגם או זכות האם להפסיק את הריונה: איזו מהן גוברת?" יום עיון בנושא "ברירה טבעית או בחירה חופשית: כנס ארצי על הפסקת היריון ומניעת חיים עם מוגבלות" (8.7.2008). עמדה דומה הובאה בהצעת החוק של ח"כ נסים זאב מש"ס, ולפיה ניתן יהיה להפסיק היריון של עובר בן 22 שבועות ומעלה רק אם המשך ההיריון מסכן את חיי האישה סכנה ממשית או שהעובר אינו בר-חיים. הצעה זו לא הבשילה לחקיקה של הכנסת. הצעת חוק העונשין (תיקון – הוראות בענין הפסקת הריונות), התשס"ח-2007, ה"ח 879.

151 עניין **עלי דעקה**, לעיל ה"ש 120; ראו לעיל ה"ש 116-131 והטקסט הנלווה להן.

152 לביצוע ניתוח קיסרי בניגוד לדעתה של אישה הרה המשכלל עוולה של תקיפה אף שסירובה היה מסכן את חיי העובר ראו: St. George Healthcare N.H.S v. S. Regina, 3 All E.R. 673 (1998). עם זאת, הטלת אחריות בתקיפה נראית רחוקה יותר בשל הרתיעה שקיימת בפסיקה

על הולדה בעוולה והטעם שבטעמים להפסקת היריון:
הרהורים בעקבות פלוני נ' מדינת ישראל

הכירה, בסיכומו של יום, בחובת המדינה לפצות על המקרה העגום שמתואר או שלא מספיק מתואר בפסק הדין. יש להצטרף על כך, שבית המשפט לא צבע בצבעים חיים יותר את העוול שנעשה לאישה ותחת זאת, התמקד, בעצה אחת עם מה שהביאו לו עורכי הדין שבאו בשערי, בדיון עקר ושנוי במחלוקת של הולדה בעוולה ופיצוי של נזק בעצם החיים עצמם¹⁵³.

ח. הערה לסיום

רשימה זו הראתה, כי פסק הדין בעניין פלוני רצוף קביעות החורגות מדיני הנזיקין, המניחות הנחות בלתי מבוססות מבחינה מוסרית-אתית, והמגיעות לתוצאות שקשה מאוד להצדיקן. במיוחד מתמיהה לכל אורך קריאת פסק הדין הדרך שבה בחר בית המשפט לנתח את הסוגיה שלפניו, בעצה אחת עם מה שהובא בפניו על ידי באי כוח הצדדים והמומחים הרפואיים שפקדו את היכלו. בבואו לדון בעניין פלוני יצטרך בית המשפט העליון לתת דעתו לא רק לכשלים הלוגיים והמשפטיים הניכרים בפסק, אלא גם, ובעיקר, להרחבה המשמעותית שעשתה הפסיקה בשימוש בעילה של הולדה בעוולה, ולתבונה הקיימת בהכרה עקרונית בה. כן יצטרך בית המשפט לבחון אם יש להחיל את העילה של הולדה בעוולה על כל סוגי הנזקים שדיני הנזיקין מכירים בהם באופן כללי, או להגבילה לנזקים קשים במיוחד או כאלה הנושאים אופי רפואי-בריאותי, בהנחה שלהבחנה בין הנזקים השונים תהיה הצדקה. לבסוף, בית המשפט יהא מחויב לשקול מחדש את ההסדרה המשפטית של סוגיית הפסקת היריון, הקשורה קשר אמיץ לעילה של הולדה בעוולה¹⁵⁴.

בשנים האחרונות מלייחס למסד הרפואי אחריות בשל עוולת התקיפה. עניין עלי דעקה, לעיל ה"ש 120, פס' 6 לפסק דינה של השופטת ביניש.

153 ניתן לראות בנטיית בעלי הדין, ובית המשפט בעקבותיהם, להשקיף על העניין כהתרשלות הנעשית במסגרת עילה של הולדה בעוולה חלק ממגמה רחבה יותר של דוגמטיזם של משפטים המתבטא בניסיון לבסס כל תביעה בגין תקלה רפואית (או מעין רפואית) על דיני הנזיקין בכלל ועל עוולת הרשלנות בפרט ולהסיט על ידי כך את תשומת הלב למאפיינים המיוחדים של הסיטואציה הנדונה. פרי, לעיל ה"ש 75, בעמ' 584.

154 הצורך לדון בשאלות אלה מתחדד גם לנוכח ההנחיות החדשות של משרד הבריאות, הקובעות כי "אף כי להורים ו/או לצאצא שנולד יש, עקרונית, זכות להגיש תביעה על רשלנות רפואית בגין החלטות חברי הועדה, עמדת משרד הבריאות היא שהחלטה לאשר או לא לאשר בקשה לבצע הפסקת היריון, כשהיא לעצמה, לא מן הראוי שתהיה עילה לתביעה אישית כנגד מי מחברי הועדה, המוסד בו התקיימה הוועדה או מדינת ישראל-משרד הבריאות, בין בעילה של הולדה בעוולה או של חיים בעוולה ובין אם בעילה אחרת". הנחיות חדשות, לעיל ה"ש 15, ס'

בהקשר זה, טוב יהיה אם בית המשפט יביע עמדה עדכנית בשאלת הטעמים להפסקת היריון ומקומם של טעמים אלה בשלבי היריון מתקדמים. בעניין אחרון זה, שאלת מעמדה החוקתי של הנחיית משרד הבריאות לאור חוקי-היסוד צריכה אף היא להיות מוכרעת במסגרת משפטית זו או במסגרת קרובה אחרת. נדמה שהמחיר החברתי וההשלכות לטווח בינוני וארוך של ההחלטה בעניין פלוני על ציבור הנתבעים הפוטנציאלי, על קבוצת האנשים בעלי המוגבלויות, על קבוצת הנשים בכלל ועל הנשים ההרות בפרט, ולבסוף גם על המוסד המשפטי בכלל הוא גבוה מאוד. בפתחו של בית המשפט העליון מונחת כעת ההזדמנות לפעול במלוא המרץ כדי לנסות ולהוריד מחיר זה לאלתר.

12.3. ספק בעיניי, אם יש להוראה היוצרת חסינות משפטית בדרך של הנחיה מנהלית מעמד או תוקף כמו זה שאליו הנחיה זו מכוונת.