

הצורך בהכרעות קשות בתביעות של חיים בעוולה והולדה בעוולה
הערות והארות בעקבות ת"א (מחוזי-חיפה)
259/02 פלוני נ' מדינת ישראל

רועי גילבר *

- א. מבוא
- ב. המסגרת הערכית
- ג. עניין פלוני
- ד. על גבולותיה של ההלכה בעניין זייצוב
- ה. סיכום ומבט לעתיד

א. מבוא

רשימה זו תעסוק בכלי משפטי¹ חשוב שיש בידו לסייע במניעת הולדת ילד הנושא מום.² מדובר במצב שבו מוטלת אחריות משפטית על רופא שבשל רשלנותו המקצועית הביא ללידתו של ילד בעל מום. ההנחה היא כי הטלת אחריות במקרים כאלה תפחית

* דוקטור, מרצה, בית הספר למשפטים, המכללה האקדמית נתניה. ברצוני להודות לד"ר רות זפרן, ד"ר יוסי גרין, ד"ר דניאל שפרלינג, פרופ' עמוס שפירא וגב' נילי ברויאר אשר השיחות שקיימתי עימם בנוגע לפסק הדין תרמו לתוכנה של רשימה זו. רשימה זו מבוססת על דברים שנישאו בכנס שהתקיים באוניברסיטת חיפה ביולי 2008 ואשר הוקדש כולו להיבטיו השונים של פסק הדין נשוא רשימה זו.

- 1 כלי משפטי אחר הוא הסדרה משפטית של תחום ההפלות הסלקטיביות. הדיון בכלי משפטי זה חורג ממסגרתה המצומצמת של הערת פסיקה זו וידון בהרחבה במקום אחר. לדוגמא ראו: סעיפים 312–321 לחוק העונשין, התשל"ז–1977, וכן חוזר מנכ"ל 23/07 "ועדות להפסקת הריון בשלב החיות" (משרד הבריאות, מדינת ישראל, 2007/12/19) (להלן: החוזר החדש).
- 2 לשם הקיצור המילה מום תתייחס למחלות ומגבלות פיזיולוגיות אחרות מלידה אשר מוכרות ומוגדרות מבחינה רפואית, זאת למרות ההכרה שבעיני אנשים רבים חלק מהמגבלות המוכרות מבחינה רפואית אינן נתפסות כמגבלות מכל בחינה אחרת.

את מספר מעשי הרשלנות של רופאים בתחום זה, תעודד אותם לנקוט באמצעי זהירות ראויים וסבירים ותמנע את הבאתו לעולם של ילד בעל מום. השאלה האם על הרופא לשאת באחריות להתנהגותו כאשר רשלנותו הביאה לעולם ילד הנושא מום ידועה בדיני הנזיקין כהולדה בעוולה כאשר ההורים תובעים את המערכת הרפואית, או חיים בעוולה כשהילד עצמו תובע על כך שנולד כשהוא נושא מום. בהקשר זה תעסוק רשימה זו בפסק דין שניתן יחסית לאחרונה בו הכיר בית המשפט המחוזי בחיפה בתביעה של ילד אשר נולד כשהוא מאובחן מבחינה רפואית כנמוך קומה בצורה "חריגה". בית המשפט פסק לנער התובע פיצוי גבוה באופן יחסי בגין ראש נזק לא ממוני. פסק דין זה העלה מחדש לדיון שאלות ערכיות ומשפטיות בכל הקשור להכרעה בתביעות מסוג זה אשר עלו בבית המשפט בעליון לפני למעלה משני עשורים.

בית המשפט העליון דן בתביעות של חיים בעוולה והולדה בעוולה בע"א 518/82 זייצוב נ' כץ.³ בפסק דין זה הכיר בית המשפט העליון בשתי עילות התביעה – זו של ילד וזו של הוריו. הקושי המרכזי הטמון בעניין זייצוב הוא כי הוא חסר הכרעה במספר שאלות עקרוניות, כשהחשובה שבהן היא מהי חומרת המום המצדיקה הטלת אחריות על הרופא הרשלן. בקרב דעת הרוב של ארבעת השופטים שקיבלו את שתי התביעות ניצבות שתי עמדות השונות עקרונית זו מזו.⁴ מצד אחד עומדת גישתם של השופטים אהרן ברק ושלמה לוין לפיה יש מקום להטיל אחריות על רופא שגרם לילד להיוולד כשהוא סובל ממום תהא חומרתו של המום אשר תהא שכן האינטרס המוגן של הילד הוא לחיות חיים ללא מום. מצד שני, ניצבת עמדתם של השופטים מרים בן-פורת ודב לוין. השופטת בן-פורת קובעת שרק במקרים קיצוניים שבהם ניתן יהיה לומר שטוב לו לילד שלא נולד מאשר נולד ישא הרופא באחריות לנזק שנגרם. היא מוסיפה ואומרת שכאשר ילד נולד עם מום שאינו חמור וקשה יש לקבוע שלא נגרם לו נזק בשל רשלנות, שכן בשל רשלנות זו זכה הילד בחיים. כלומר, לפי גישה זו ההנאה מקיומם של החיים עולה על הסבל שנגרם מהמום המולד.⁵ השופטים כולם, אך במיוחד השופטים בן-פורת ודב לוין מתחמקים מקביעה של עמדה ערכית ברורה: מהי חומרתו של מום המצדיקה הפסקת הריון או פיצוי כאשר ההריון לא הופסק במועד. זהו למעשה הקושי המרכזי בעניין זייצוב. על קושי זה עמדו כמעט כל השופטים שהכריעו בתביעות מסוג זה,⁶ כאשר באופן מפתיע עד לפסק הדין בת"א (מחוזי-חיפה) 259/02 פלוני נ'

3 ע"א 518/82 זייצוב נ' כץ, פ"ד מ(2) 85 (להלן: עניין זייצוב).

4 הקביעה כי דעת הרוב מורכבת מעמדותיהם של השופטים בן-פורת, ברק, ש' לוין וד' לוין וכי שופטי הערכאות הראשונות רשאים לבחור באחת משתי הגישות שבדעת הרוב בן-פורת וד' לוין מצד אחד וברק וש' לוין מצד שני נקבעה בע"א 913/91 שרית אזולאי (קטינה) נ' מדינת ישראל, תק"על (1) 93, 241, פסק דינו של השופט מליך (להלן: עניין אזולאי).

5 השופטת בן-פורת בעניין זייצוב, לעיל הערה 3, בעיקר בפסקה 2.

6 לפסיקה שניתנה מאז פסק הדין בעניין זייצוב ועד לכתיבת רשימה זו ראו להלן הערות 112–115.

מדינת ישראל,⁷ נשוא רשימה זו, לא נדרשו השופטים בערכאות השונות לקבוע עמדה חד משמעית בסוגיה.

מאז ניתן פסק הדין בעניין זייצוב לא דן בית המשפט העליון בסוגיית חומרת המום פעם נוספת, אך הערכאות הנמוכות יותר גאלצו לעסוק בכך לא פעם ולא פעמיים. על בסיס הקביעות בעניין זייצוב הטיל לאחורנה בית המשפט בעניין פלוני על בית החולים חובה לפצות ילד שהינו נמוך קומה בצורה "חריגה" בסכום גבוה. בית המשפט המחוזי קבע כי בהליך קבלת ההחלטה של הועדה להפסקת הריון בבקשה שהגישה אמו במהלך הריונה נפלו פגמים. פסק הדין, כאמור, יעמוד במרכז רשימה זו. הקושי המרכזי הטמון בפסק הדין בעניין פלוני הוא המסר הערכי שאותו שולח בית המשפט בהכרעתו. כיוון שהעניין עומד כעת בפני הכרעתו של בית המשפט העליון, על ערכאה עליונה זו להתייחס להלכה שנקבעה בעניין זייצוב בהקשר זה של תביעות בגין חיים והולדה בעוולה; חוסר הבהירות המשפטית בסוגיה זו אינו יכול להתקיים עוד, שכן כפי שנראה מניתוח פסק הדין בעניין פלוני, המצב המשפטי הנוכחי מוביל להכרעות בעייתיות בערכאות המשפטיות השונות.

שני טיעונים מרכזיים עומדים בבסיס רשימה זו. ראשית, פסק הדין שניתן בעניין פלוני לוקה הן מבחינה משפטית והן מבחינת המסר הערכי שהוא שולח. שנית, חרף הקושי הרב שיש בכך, וחרף העדר קיומה של הסכמה חברתית בסוגיות אלה, פסק הדין שניתן בעניין פלוני מחייב את בית המשפט העליון לקבוע מדיניות ברורה וחד משמעית בכל הקשור לטיבו ועוצמתו של המום אשר מצדיק קבלת תביעות של הולדה בעוולה וחיים בעוולה. פסק הדין בעניין פלוני מחייב לכל הפחות את בית המשפט העליון להתחיל ולקיים דיון ערכי ומשפטי מקיף בדבר הקריטריונים הראויים לדיון בתביעות אלה.

על מנת לדון בכל אחד מטיעונים אלה, אסקור תחילה את הטיעונים האתיים הדומיננטים בהקשר זה. לאחר כן, אפנה לנתח את פסק הדין שניתן בעניין פלוני מבחינה משפטית, על בסיס הקריטריונים הנדרשים מכל תובע בנוזיקין להוכיח את תביעתו (חובת זהירות, הפרה, קשר סיבתי ונזק). ניתוח משפטי זה יוביל לדיון כללי יותר בעניין זייצוב. החלק האחרון של המאמר ינסה להתוות את הדרך שבה, לעניות דעתי, על בית המשפט העליון ללכת בעיסוקו בתביעות מסוג זה.

7 ת"א (מחוזי-חיפה) 259/02 פלוני נ' מדינת ישראל, מאגר נבו, מיום 2.12.2007 (להלן: עניין פלוני).

ב. המסגרת הערכית

כמו סוגיות רבות בתחומי המשפט הרפואי והביואתיקה, קיים בסוגיה זו מתח רב בין שני עקרונות חשובים אשר כל אחד מהם מוביל להכרעה ערכית שונה. העיקרון האחד הינו כיבוד האוטונומיה⁸ או חופש הבחירה של הפרט, ובענייננו כיבוד רצונה של האישה ההרה: כאשר היא נמצאת בהריון ומעוניינת בהפסקתו יש לכבד את רצונה שהרי מדובר בגופה ובחייה.⁹ כאשר ידוע שאין היא מעוניינת בהבאת ילד בעל מום תהיה עוצמתו, חומרתו ומידת נדירותו אשר תהיה ורשלנות הרופא מביאה בדיוק לכך, הרי שבבסיס התביעה עומדת התרשלותו של הרופא באי כיבוד רצונה של האישה ובגרימת נזק לה ולילדה.¹⁰

עקרון כיבוד האוטונומיה של הפרט הינו העיקרון המרכזי ביותר בתחום הביואתיקה. עקרון זה מקבל עדיפות בקודקסים אתיים רבים, בהנחיות מקצועיות של העוסקים ברפואה ואף במשפטן של מדינות רבות. העיסוק בעיקרון זה והכתיבה עליו רבה ומגוונת וכך גם התפיסות השונות לגביו והפרשנות הניתנת לו.¹¹ עיקרון זה זוכה לעיגון במשפט הישראלי ומוגדר כזכות יסוד.¹² למרות התפיסות השונות של עקרון כיבוד האוטונומיה קיימת הסכמה רחבה כי משמעותו היא שהאדם חופשי לקבל החלטות עצמאיות באשר לחייו ללא התערבות של גורמים חיצוניים ותוך אי פגיעה

8 לדיון בעיקרון האוטונומיה בפסיקה הישראלית ראו ע"א 2781/93 דעקה נ' בית חולים כרמל, פ"ד נג(4) 526 (להלן: עניין דעקה).

9 לדיון בעיקרון האוטונומיה בהקשר של הפסקת הריון ראו ע"א 413/80 פלונית נ' פלוני, פ"ד לה(3) 57 (להלן: עניין פלונית).

10 עניין זייצוב, לעיל הערה 3, הוא דוגמא לכך.

11 אחת התפיסות המרכזיות של עקרון האוטונומיה בביואתיקה מוצגת על ידי המלומדים Childress & Beauchamp אשר מבססים את גישתם על הזרם הליברלי באופן כללי ועל גישתו של ישעיהו ברלין באופן יותר ספציפי. ראו: Tom L. Beauchamp & James F. Childress *Principles of Biomedical Ethics* (5th ed., New York, 2001); Isaiah Berlin *Four Essays on Liberty* (Oxford, 1969); J.K. Mason & G.T. Laurie *Law and Medical Ethics* (7th ed., Oxford, 2006). אבל, גם מלומדים אלה מודעים לתפיסות אחרות של עקרון זה המשלבות את ההשפעה שיש לסביבה החברתית של אדם על יכולתו לקבל החלטות עצמאיות. בכך מכירה גם המלומדת O'Neill שגישתה מבוססת על תפיסה קנטיאנית, ראו: Onora O'Neill *Autonomy and Trust*; Hilde *in Bioethics* (Cambridge, 2002). לגישות אחרות המבוססות על מסורת קהילתית: Lindemann-Nelson & James L. Lindemann-Nelson *The Patient in the Family* (New York, 1995); John Hardwig "What about the Family" *Hastings Center Report* (March–April, 1999) 5; Catriona Mackenzie & Natalie Stoljar (eds.) *Relational Autonomy: Feminist Perspectives on Autonomy, Agency and the Social Self* (New York, 2000); Katherine O'Donovan & Roy Gilbar "The Loved Ones: Families, Intimates and Patient Autonomy" *23 Legal Studies* (2003) 332.

12 ראו עניין דעקה, לעיל הערה 8.

בחופש הפעולה של אדם אחר.¹³ שני רכיבים מרכזיים יש לעקרון זה והם הכשירות לפעול והיכולת לבחור.¹⁴ בהקשר שבפנינו כשירותה של האישה ההרה לפעול אינה נושא לדיון. באשר ליכולתה של האישה לבחור באופן עצמאי, מבוססת יכולת זו, לפי חלק מהגישות, על קבלת מידע רלבנטי לצורך קבלת ההחלטה וכן על העדר השפעה זרה ובלתי הוגנת.¹⁵ בהקשר של היקף זכותן של נשים לקבל החלטה הקשורה בהריון ובעובר שברחמן יש לעקרון זה חשיבות רבה¹⁶ שכן הוא מסייע לנשים לשמור על עצמאותן בחברה, בתחום שלא ניתן להגזים בחשיבותו.¹⁷

העקרון המרכזי השני הינו עקרון קדושת החיים או ערך החיים,¹⁸ אשר תומך במימוש פוטנציאל החיים שבהריון.¹⁹ התפיסה העומדת בבסיס עקרון זה הינה כי לא ניתן לקבוע ערך לחיים, וכי לחיים עצמם יש ערך אשר עולה על כל השיקולים הערכיים האחרים, שהרי בלא חיים לא ניתן לדבר על ערכים אחרים.²⁰ מתוך החשיבות הרבה שיש לחיים עצמם, זוכה עקרון זה גם לעיגון משפטי: מדובר בזכות יסוד בסיסית המעוגנת באמנות בינלאומיות ומוכרת אף בישראל כזכות יסוד.²¹ בענייננו, כאשר עולה השאלה האם יש מקום להפסיק את ההריון על רקע של מום בעובר עשויה לעלות הטענה לפיה החיים עצמם, גם במום, עולים בערכם על הסבל שעלול להיגרם לילד אשר יאלץ לחיות במומו.²² כאשר מדובר בתביעות של רשלנות רפואית בשל חוסר אבחון של מום, נשמעת גם כאן הטענה לפיה במרבית המקרים, החיים עצמם עולים בערכם על סבלו של הילד ולכן אין מקום להטיל אחריות על הרופא שהתרשל.²³ טענה נוספת בהקשר זה היא

Roy Gilbar *The Status of the Family in Law and Bioethics: The Genetic Context* 13 (Aldershot, 2005).

Graeme Laurie *Genetic Privacy: A Challenge to Medico-Legal Norms* (Cambridge, : ראו : 14 2002).

ראו: Childress & Beauchamp, לעיל הערה 11.

חשיבות עיקרון כיבוד האוטונומיה של האישה ההרה באה לידי ביטוי בשורה של מקרים באנגליה שבהן נשים הרות הגיעו לחדר לידה וסרבו לעבור ניתוח קיסרי חרף המלצת הרופאים אשר ביקשו שלא להציב את העובר בפני סכנת חיים. בית המשפט לערעורים קבע בסופו של דבר כי האוטונומיה של האישה בנסיבות כאלה גוברת על כל שיקול אחר. ראו: *St George's Health Care NHS Trust v. S; R v Collins, ex parte S* [1998] FLR 526.

ראו: Katherine O'Donovan & Jill Marshall "After Birth: Decisions about Becoming a Mother" *Feminist Perspectives on Family Law* (Alison Diduck & Katherine O'Donovan eds., Oxford, 2006) 101–122.

דוד הד אתיקה ורפואה (1989).

שם, בפרק ה; מרדכי הלפרין "הפסקת הריון: הבטים משפטיים, מוסריים והלכתיים" רפואה ומשפט 27 (2002) 84.

הד, לעיל הערה 18.

זכות זו לא מעוגנת רק מקומית בסעיפים 2 ו-4 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, אלא גם באמנות בינלאומיות אחרות ובחקיקה של מדינות מערביות אחרות. הפסיקה הישראלית מכירה בחשיבות הרבה של עקרון קדושת החיים. ראו למשל: ע"א 506/88 שפר נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(1) 87.

על כך נסוב הדיון בעניין זייצוב, לעיל הערה 3, בעיקר על ידי השופטת בן-פורת.

שם, שם.

כי מרגע שנוצר פוטנציאל לחיים לאחר ההתעברות, מדובר בהליך הדרגתי, מעין רצף, כשהאינטרס במימוש פוטנציאל החיים הולך ועולה ככל שמתקדמים שבועות ההריון. בהקשר של רשימה זו, המתמקדת בעובר בשבועות הריון מתקדמים (שבוע 24 ואילך) ההסתברות למימוש פוטנציאל החיים של העובר משמעותית ומכאן המקום המרכזי של עקרון קדושת החיים בענייננו.

ישנם מצבים שבהם עלולה להיות התנגשות בין שני עקרונות אלה. בענייננו, כיבוד רצונה של האישה להפסיק את הריונה לאחר קבל מידע על מומים שאובחנו בעובר פוגע באינטרס של העובר למימוש פוטנציאל החיים שלו, אשר הולך וגדל ככל שההריון מתקדם. מנגד, מימוש פוטנציאל החיים של העובר עלול לפגוע באינטרס האישה לנהל את חייה כרצונה.

למרות המתח הקיים בין האינטרסים השונים של האישה והעובר שברחמה, ברוב המכריע של התביעות האישה והילד מציגים חזית אחידה ותובעים ביחד את הרופא על כך שברשלנותו נולד ילד הנושא מום או מגבלה. בהקשר זה, משמעות קבלת תביעתו של הילד ואמו²⁴ היא כי עדיף היה לתובעים כי הילד לא היה נולד כלל. זו תוצאה קשה מנקודת המבט של אלה התומכים בעקרון קדושת החיים כערך עליון. לחילופין, קבלת התביעה של ההורה והילד היא שעל הרופא הרשלן לשאת בהוצאות הנוספות שנגרמו לילד ולהורה עקב הלידה עם המום, הוצאות הנוספות לאלה שממילא הורים לילדים בריאים נושאים בהן כאשר אין מדובר במעשי רשלנות ובלידה עם מומים. בנקודה אחרונה זו, עדיין מדובר עקרונית בכיבוד רצונם של ההורים לגדל ילד ללא מום מולד ולהימנע מהוצאות נוספות ובלתי מתוכננות. כאשר לילד התובע, ברור שאין כאן מימוש רצון או בחירה אישית שכן בעת המעשה הרשלני לא ניתן לברר את רצונו. מדובר במימוש אינטרס כללי שחלק, אם לא רוב, האנשים מעוניין בו – חיים ללא מום או מגבלה בחברה שבה מרבית האנשים אינם בעלי מגבלה או מום.

כך או כך, האפשרות לקיומה של התנגשות ערכית בין עקרון כיבוד האוטונומיה של הפרט לבין עקרון קדושת החיים הינה, יש לשער, אחת הסיבות שבגינה העמדה המשפטית בשאלה זו עמומה. למרות שני עשורים של פסיקה בסוגיות של חיים והולדה בעולה ולמרות הסדרה חוקית ופרקטיקה ענפה של הפסקות הריון במדינת ישראל (כ-20,000 הפלות חוקיות בשנה)²⁵ לא ניתן למצוא התייחסות מפורשת להיקף זכותה של האישה למנוע הולדת ילד עם מום. חוק העונשין המאפשר ביצוע הפסקת הריון אינו קובע מפורשות מהי חומרתו של המום בעובר המצדיק אישור בקשה להפסקת

24 כיוון שהילד והאם הם הניזוקים הישירים מתייחסת רשימה זו לשני תובעים אלה בלבד. במרבית המקרים נושאים שני ההורים של הילד בהוצאות רבות שנובעות מרשלנותו של הרופא, ולכן הכירו בתי המשפט בהקשר זה גם בתביעתו של האב. ראו עניין זייצוב, לעיל הערה 3.

25 משרד הבריאות, הפסקות הריון עפ"י חוק 1990–2006, אתר משרד הבריאות. <http://www.health.gov.il/pages/default.asp?PageId=4317&catId=576&maincat=2> (נבדק ב-21.8.2008).

הריון.²⁶ בסופו של יום, ההכרה בשאלת מידת חומרתו של המום תסייע בהגדרת היקף זכותה של האישה לקבל החלטות עצמאיות בקשר להריונה. פסק הדין העירוני שניתן בעניין זייצוב לא קבע בצורה מפורשת את חומרתו של המום שבגיננו יש להטיל חובת פיצוי על הרופא על מנת להרתיעו מפני רשלנות דומה בעתיד.²⁷ נראה כי בשל כך פסק הדין שהתקבל בעניין פלוני נשוא רשימה זו מעורר מחלוקת משפטית וציבורית.²⁸ אילו היה ברור בנסיבות פסק הדין בעניין פלוני שנמיכות קומה הינה מום "קל" שאינו מצדיק הפסקת הריון או מום "חמור" שמצדיק הפסקת הריון בכל שלב

26 ניתן לטעון כי יש בכך כדי להצביע על קו ליברלי, אשר אכן ננקט בפועל, לפיו ועדות רבות אפשרו עד לאחרונה הפסקות הריון גם בשל חשד למומים "קלים" יחסית. ראו דו"ח הצוות לבדיקת ביצוע חוק העונשין (בדיקת ביצוע סעיפי חוק העונשין הנוגעים בהפסקת הריון) (דו"ח ועדת ריפטיין) (משרד הבריאות, 16.9.1992). וכן רפאל כהן-אלמגור "שניר" גורמים המשפיעים על קבלת החלטות של ועדות העל להפסקת הריון" הרפואה 138 (2000) 1011. וכן הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה, פניות לוועדות להפסקת הריון בשנת 2005 (29.10.2007) http://www.cbs.gov.il/reader/cw_usr_view_SHTML?ID=752 (נבדק ב-21.8.2008). יש לציין כי דיווח שניתן לכותב המאמר על ידי חבר אחת מועדות העל להפסקת הריון מגלה כי היחס בין מספר הפניות לבין מספר האישרים לא השתנה אף לאחר פרסומו של החוזר החדש אשר מגביל את האנטרס של האישה להפסיק את הריונה לפי העילות שבחוק. בעוד שבשנת 2007 ערב פרסומו של החוזר החדש הוגשו לאותה ועדת על 64 בקשות מהן אושרו 55 (כ-86%), בשנת 2008, לאחר פרסומו של החוזר החדש הוגשו 39 בקשות כשמתוכן אושרו 32 (82%). ההבדל המשמעותי בין שנים אלה הינו במספר הנמוך יחסית של בקשות שהוגשו בשנת 2008 לעומת 2007. הסיבה להבדל זה אינה ידועה.

27 אם כי גם כאן, נוכח הפסיקה שניתנה לאחר פסק הדין בעניין זייצוב ניתן לומר שהקו שאמץ הינו ליברלי, כלומר שכל מום עימו נולד הילד הוא בר-פיצוי ללא קשר לערך שיש בעצם החיים עצמם. אבל יש לציין כי בכל הקשור לתביעות הילד, מעלה השופט ברק בסעיף 18 לפסק דינו בעניין זייצוב את הקושי שבהערכת הנזק אל מול "הזכיה" בחיים עצמם: "עפ"י אילו אמות מידה ראציונאליות יוכל אדם סביר לקבוע, כי אף במקרה הקיצוני ביותר עדיפים אי החיים על פני החיים כמדם? האם קטין שנולד עיוור, חייו בפגם עדיפים על אי חיים, אם לא? כיצד נעשית בחינה זו?"

28 עניין פלוני זכה לפרסום נרחב יחסית בתקשורת. ראו נועם שריבט "המדינה תפצה ילד שנולד נמוך בשל התנהלות לקויה של ועדת ההפלות" גלובס (4.12.2007) <http://www.globes.co.il/news/docview.aspx?did=1000282483> (נבדק ב-13.8.2008); אתר קשת "פסק דין תקדימי: המדינה תפצה אישה שילדה נמוך קומה" (4.12.2007) <http://www.keshet-tv.com/VideoPage.aspx?MediaID=2762&CatID=052&CurrentCatID=330> (נבדק ב-13.8.2008); טורי דעה פורסמו בעניינו: נילי ברויאר "אל תגמדו אותי" Ynet (27.6.2008) <http://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-3559285,00.html> (נבדק ב-2.7.2008) וגם גיל סיגל, "בשבילי רק ילד מושלם" <http://www.haaretz.co.il/hasite/spages/935970.html> (נבדק ב-13.8.2008). פסק הדין היה נושא ליום העיון שנערך ביום 8/7/2008 באוניברסיטת חיפה על ידי המחלקה לגנטיקה, משפט ואתיקה במרכז הבינלאומי לבריאות, משפט ואתיקה "ברירה טבעית או בחירה חופשית: כנס ארצי על הפסקת הריון ומניעת חיים עם מוגבלות". לתוכנית הכנס, רשימת הדוברים והנושאים ראו: <http://medlaw.haifa.ac.il/events/gilbar.htm> (נבדק ב-13.8.2008).

ניתן היה להגיע בקלות רבה יותר להכרעה האם יש להטיל אחריות נזיקית על רופאים המתרשלים בהליך קבלת ההחלטה ומביאים ללידתו של ילד נמוך קומה.²⁹

ג. עניין פלוני

רשימה זו מתמקדת בפסק הדין בעניין פלוני. בעניין זה קבע בית המשפט המחוזי בחיפה שועדת על להפסקת הריון נושאת באחריות לנזקיו של נער שנולד עם "נמיכות קומה בצורה חריגה". בפסק הדין נקבע שעל המדינה לפצות את הנער, שאינו סובל מכל בעיה רפואית, בסך של 750,000 ש"ח בגין הנזק הלא ממוני שנגרם לו.³⁰ שתי טענות מרכזיות תוצגנה בהקשר זה: האחת, כי פסק הדין בעניין פלוני לוקה בניחוח המשפטי שבו. ניתוח אשר הוביל, לעניות דעתי, לתוצאה בלתי ראויה. הטענה השנייה היא כי פסק הדין בעניין פלוני מחייב הבהרה של המצב המשפטי אשר לא הוכרע באופן ברור בעניין זייצוב.

ייתכן כנראה בשלב זה, כי לעניות דעתי, הניסיונות של בתי המשפט עד כה להתחמק מקביעת עמדה ברורה וחד משמעית בדבר היקף ההתערבות של החברה באוטונומיה של האישה ההרה ובאנטרס של העובר בעל המום למימוש פוטנציאל החיים שלו הסתיימו: פסק הדין בעניין פלוני מצריך מתן תשובה מפורשת באשר לטיבו של המום המצדיק מניעת חיים עם מוגבלות בנקודת הזמן שבה הופך העובר לבר-חיות (Viable), כלומר בשלב שבו הוא מסוגל מבחינה רפואית לשרוד מחוץ לרחם אמו.³¹ ספק רב בעיניי האם התשובות שניתנות בפסק הדין בעניין פלוני ממצות וראויות מבחינה משפטית וערכית.

1.ג החלק העובדתי

בעניין פלוני מדובר בנער שנולד עם קיצור משמעותי בגפיו. מבחינה רפואית

29 המינוחים "קל" ו"חמור" אשר יופיעו במהלך רשימה זו בהתייחס למום המולד אינם מוגדרים באופן מכוון שכן מתן הגדרה, אם זו בכלל אפשרית, עומדת בבסיס הדין ברשימה זו.

30 עניין פלוני, לעיל הערה 7.

31 החוזר החדש קובע כי גיל החיות של העובר הינו עשרים וארבעה שבועות. כלומר כאשר העובר בן עשרים וארבעה שבועות ויום הוא בר-חיות והפסקת ההריון של אמו תובא להכרעת ועדות להפסקת הריון בשלב החיות אשר עליהן כאמור לפעול על פי הקבוע בהנחיות. ראו החוזר החדש, לעיל הערה 1, בע' 1. גיל החיות (Viability) של העובר נקבע על בסיס הספרות הרפואית אשר מאז אמצע שנות ה-90 של המאה הקודמת מתעדת מקרים של עוברים המצליחים לשרוד למרות שנולדו בשבועות העשרים ושלושה עד העשרים וחמישה. ראו: Dina El-Metwally, Betty Vohr & Richard Tucker "Survival and neonatal morbidity at the limits of viability .in the mid 1990s: 22 to 25 weeks" 137(5) *The Journal of Pediatrics* (2000) 616

מדובר בגמדות. לפי קביעת בית המשפט, אשר נאלץ להכריע בין עמדות המומחים הרבים שהופיעו בפניו, מדובר בגמדות אשר אינה מלווה בבעיות אורתופדיות או ניורוכירורגיות.³² בפסק הדין תיארה השופטת גילאור את מצבו של הילד התובע:

"כיום התובע כבן 13 וחצי. אין עוררין שקומתו נמוכה באופן חריג.³³ הוא לומד במסגרת חינוכית רגילה ומנהל חיים רגילים לבן גילו. לא אושפז ולא נותח. לא מדווח על בעיות רפואיות כלשהן והוא אינו מטופל במסגרת כלשהי.³⁴"

במקום אחר בפסק הדין נקבע:

"אין התובע סובל מהפרעה תפקודית... ואינו נמצא במעקב רפואי. ... הוא ילד פעיל המתפקד ככל בן גילו. משתתף בחוגי טרמפולינה, כדורגל וגיטרה, ורוכב על אופניים. מקובל על חבריו ושופע ביטחון. הוריו מקפידים שינהל חיים רגילים, עצמאיים ומלאים, ולא נותנים לו להרגיש שהוא חריג. נראה שהם עושים עבודה מצויינת.³⁵"

החשד שמדובר בנמיכות קומה אובחן בשבוע העשרים ושנים להריון. חברי הועדה הסטטוטורית להפסקת הריון בבית החולים אישרו את בקשת האם להפסקת הריון. כיוון שבעת הדין ומתן האישור העובר היה בן יותר מעשרים ושלושה שבועות, נדרש, על פי הנהלים הפנימיים של בית החולים, אישור של ועדת על להפסקת הריון, אשר באותו מקרה היתה מורכבת משני רופאים בלבד, מנהל מחלקת נשים ויולדות ומנהל בית החולים.³⁶ בפועל, קבע בית המשפט כי היתה זו החלטתו של מנהל מחלקת נשים ויולדות, פרופ' כספי, אשר הלכה למעשה דחה את בקשת האם להפסיק את הריונה. החלטתו של פרופ' כספי הובילה למעשה ללידתו של התובע. לטענת התובע דחיית הבקשה של אמו להפסקת ההריון מהווה רשלנות שעל הרופא ובית החולים לשאת בתוצאותיה.³⁷

2.ג. חובת זהירות

על מנת להוכיח את התקיימותה של עוולת הרשלנות לפי סעיפים 35 ו-36 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש], התשכ"ח-1968 על התובע להוכיח את ארבעת היסודות

32 ענין פלוני, לעיל הערה 7, בע' 12 ו-13.

33 גובהו של התובע כאשר היה כבן 10 היה 120 ס"מ, אשר נמצא באחוזון ה-5 של בני גילו. הערכת חלק מהמומחים היתה כי יגיע לגובה של כ-150 ס"מ. ראו שם, בע' 31.

34 שם, בע' 6.

35 שם, בע' 38.

36 שם, בע' 15.

37 שם, בע' 6-7.

המצטברים הבאים: (1) הנתבע חב כלפי התובע בחובת זהירות, כלומר על הנתבע לנקוט באמצעי זהירות ראויים וסבירים כלפי התובע (יסוד החובה); (2) הנתבע הפר את חובת הזהירות שחב כלפי התובע (יסוד ההפרה או ההתרשלות); (3) לתובע נגרם נזק (יסוד הנזק); (4) קיים קשר סיבתי בין הפרת החובה של הנתבע לנזק באמצעי זהירות סבירים לבין הנזק שנגרם לתובע, או במלים אחרות, התרשלותו של הנתבע היא זו שגרמה לנזקו של התובע (יסוד הקשר הסיבתי). לפיכך, היה על בית המשפט המחוזי לבחון האם מתקיימים בנסיבות המקרה כל יסודות עוולת הרשלנות.³⁸ למרות שראוי היה בעניין זה לבחון תחילה את יסוד הנזק, בחר בית המשפט המחוזי בעניין פלוני בהליך הבדיקה השגרתי של יסודות העוולה, והתחיל לדרון ביסוד החובה. קריאת פסק הדין מגלה כי בית המשפט כמעט ואינו מקדיש מקום לשאלה האם בכלל חב הרופא, פרופ' כספי, בחובת זהירות לתובע כאשר זה היה עדיין עובר. אמנם בית המשפט מעלה את השאלה, אך לא מתעכב עליה אלא ממשיך במהירות לשאלה החשובה יותר – היא שאלת ההפרה.³⁹ לעניות דעתי, כיוון שניתן למצוא בפסיקה תשובה ברורה לשאלה האם מוטלת חובת זהירות על הרופא כלפי הילד בעת הארוע הנזיקי,⁴⁰ היה מקום להעלות את השאלה הזו לדיון ולתת לה מענה בהסתמך על עמדות השופטים בעניין זייצוב.⁴¹

38 התובע טען גם כי הנתבע הפר חובה חוקית שהיתה מוטלת עליו וזאת לפי סעיף 63 לפקודת הנזיקין, אבל במסגרת רשימה זו לא אדון בכך. גם בית המשפט המחוזי דחה טענה זו ולא הקדיש לה מקום רב.

39 עניין פלוני, לעיל הערה 7, בע' 19: "האם נוהל שכזה מקיים את חובת הזהירות שחבה הנתבעת כלפי ההורים המבקשים להפסיק את ההיריון וכלפי העובר? מכוח חובת הזהירות היה על הנתבעת להקפיד על נהלים לפיהם דרכי הפעולה של וועדת העל, והליך קבלת החלטותיה, ייעשו ברמה מקובלת ועל פי שיקולים סבירים." [ההדגשה שלי – ר' ג.].

40 מדברי בית המשפט בעניין זה נראה כי בית המשפט מעלה כשאלה לא רק את חובת הזהירות כלפי הילד אלא גם כלפי הוריו, וזאת למרות שהם כלל לא צד לתביעה. נקודה זו וחשיבותה ידונו בהמשך רשימה זו.

41 השופטת בן-פורת אינה מטילה ספק בקיומה של חובת זהירות: "השארתי אחרונה את השאלה, כלום קיימת חובת זהירות כלפי מי שבזמן ביצועו של מעשה ההתרשלות עדיין לא היה קיים, ואפילו לא הורה, מהטעם שהתשובה החיובית נראתה לי מלכתחילה מובנת מאליה. לדעתי, נעלה מספק שחובת זהירות קיימת, שהרי הרעיון המונח ביסודה הוא שיש למנוע, על-ידי התנהגות סבירה, התהוותו של נזק הצפוי לסוג מסוים של בני-אדם." ראו עניין זייצוב, לעיל הערה 3, סעיף 7 לפסק דינה של השופטת בן-פורת. כך גם סבור השופט ברק המפרט את תשובתו: "... מה הדין, אם התרשלות הרופא קדמה להתעברות או ללידה, ולולא אותה התרשלות היה נולד ילד בריא? האם חב הרופא חובת זהירות מושגית בנסיבות אלה, והאם ניתן לראות בהתנהגותו משום התרשלות? הקושי במקרה זה הוא, כי המעשה המיוחס לרופא בוצע עוד בטרם נולד הקטין. היש לכך חשיבות? הגישה המקובלת היא, כי עם לידתו של הקטין הוא זוכה לכשרות משפטית, המעניקה לו זכות לפיצויים בגין התנהגות שקדמה להתעברות וללידה... העובדה שההתרשלות הרפואית התרחשה לפני ההתעברות או הלידה, אינה מעלה ואינה מורידה." שם, סעיף 15 לפסק דינו של השופט ברק.

3.ג ההפרה

נשיאת בית המשפט המחוזי בחיפה, כב' השופטת בלהה גילאור, מצאה ליקויים רבים בדרך קבלת ההחלטה של ועדת העל והגיעה למסקנה שועדת העל הפרה את חובת הזהירות שהיתה מוטלת עליה כלפי הילד.⁴² בית המשפט קבע שהועדה לא התכנסה באופן פורמאלי ומסודר, לא כללה הרכב רחב מספיק של חברים, כפי שראוי היה שיעשה, ושההחלטה היתה הלכה למעשה החלטה של איש מקצוע אחד – פרופ' כספי. בית המשפט קבע עוד כי ספק האם חבר הועדה השני, מנהל בית החולים, שאישר בחתימתו את החלטת הועדה הסטטוטורית להפסיק את הריון אכן שינה את עמדתו והצטרף לעמדתו של פרופ' כספי שדחה את הבקשה. האישה ההרה, אמו של הילד התובע, לא הופיעה בפני הועדה ולא הצליחה להציג את עמדתה בפני חברי הועדה.⁴³ בית המשפט מוצא שההחלטה עצמה, שלא להפסיק את ההריון בשל מום שכזה, היתה סבירה.⁴⁴ ההפרה של חובת הזהירות מתמצת, לפי קביעת בית המשפט, בליקויים הנעוצים בהליך קבלת ההחלטה של הועדה. השופטת גילאור קובעת כי החלטה סבירה לא יכולה להכשיר הליך פגום ורצוף כשלים. בדיני הנזיקין, קובעת השופטת גילאור, משמעותה של החלטה שהתקבלה בדרך רשלנית ושכגינה נגרם נזק היא כי יש לפצות בגין הנזק שנגרם על מנת להשיג צדק מתקן ולהרתיע מזיקים פוטנציאליים.⁴⁵ בהקשר זה יש להעיר שתי הערות. הראשונה מתייחסת למטרות חברתיות של דיני הנזיקין אותן מזכירה השופטת גילאור. השנייה מתייחסת לביקורת הנשמעת מצד בית המשפט על החלטה של גוף ציבורי.

לעניין ההערה הראשונה. שתי מטרות חברתיות מרכזיות של דיני הנזיקין הבאות לידי ביטוי בפסיקה בישראל הינן הרתעה וצדק מתקן.⁴⁶ הגישה של הרתעה יעילה או הרתעה אופטימאלית אינה נזכרת בפסק הדין, ואף לא זוכה למקום מרכזי בפסיקה הישראלית בדיני נזיקין.⁴⁷

כאשר מתמקדים במטרת ההרתעה⁴⁸ בנסיבות המקרה ברור כי אחת המטרות של הטלת האחריות על הנתבעת נועדה להרתיע את פרופ' כספי ואת חברי הועדות להפסקת הריון בבתי חולים ובמוסדות רפואיים הן במערכת הציבורית והן במערכת הפרטית שלא

42 עניין פלוני, לעיל הערה 7, בע' 23.

43 שם, בע' 22.

44 שם, בע' 24.

45 שם, שם.

46 ראו למשל ד"ר 15/88 מלך נ' קורנהויזר, פ"ד מד(2) 89, סעיפים 29–32 לפסק דינו של השופט לוי; ע"א 3124/90 סבג נ' אמסלם, פ"ד מט(1) 102, פסק דינה של השופטת דורנר.

47 ראו למשל: ע"א 744/76 אתא נ' שוורץ, פ"ד ל(3) 785, 788–789, 799–801, 809–811; ע"א 4704/96 עו"ד מקרין נ' שרות בתי הסוהר, פ"ד נב(3) 366 וגם ישראל גלעד "על גבולות ההרתעה היעילה בדיני נזיקין" משפטים כב (תשנ"ג) 421.

48 לדיון מקיף במטרת ההרתעה ראו למשל אריאל פורת "אחריות קיבוצית בדיני נזיקין" משפטים כג (תשנ"ד) 311; וכן גלעד, שם.

לנהוג בצורה שבה נהג פרופ' כספי. כיוון שהתנהלותו של פרופ' כספי פגעה בזכויותיה הדיוניות של אם התובע ובאוטונומיה שלה, הרי שהכלי של תביעה נזיקית יכול לסייע במניעת הישנות של פגיעה שכזו ולהוביל לפרקטיקה ראויה וסבירה המכבדת את האישה ומעמדה בחברה. אולם, חשוב לזכור כי אמו של התובע לא היתה אחת התובעות בתיק ולכן עולה השאלה האם יש מקום להטיל אחריות על הרופא אשר פעל בצורה רשלנית כאשר האדם שסבל נזק עקב התנהגותו (כלומר האם) לא הגיש תביעה.

אי הגשת תביעה נפרדת על ידי האם אינה עניין טכני בלבד. יש לכך משמעות משפטית וחברתית בהקשר שבפנינו. תביעה מצדה של האם (או ההורים) נוספת על זו של הילד משקפת טענה כי אינטרסים שונים נפגעו בארוע נשוא התביעה. משפטית, כפי שנזכר לעיל, בתי המשפט תופסים באופן שונה את תביעת הילד (חיים בעוולה) ותביעת הוריו בהקשר זה (הולדה בעוולה). נראה כי ללא קשר לתביעת הילד בגין הפגיעה שלטענתו נגרמה לו, יכולה היתה האם להגיש תביעה במקרה שבפנינו בגין פגיעה באינטרסים האישיים שלה כמו פגיעה בחופש הבחירה (פגיעה בזכותה לאוטונומיה). בתי המשפט, באופן עקרוני מכירים בראש נזק כזה ומעניקים פיצוי, בעיקר במצבים שבהם התובע (או יותר נכון התובעת) לא יכולים היו לממש את חרותם לנהל את חייהם כרצונם.⁴⁹ נראה כי הגשת תביעה מצד האם במקרה שבפנינו היתה מדויקת מבחינת מטרת ההרתעה והיתה מאפשרת דיון בטענה כי התנהלותו של פרופ' כספי מנעה למעשה מאמו של התובע לקבל החלטה להפסיק את הריונה.

באשר לילד התובע, ההנחה כי מטרת ההרתעה נועדה למנוע הישנות של מקרים שבהם נגרם נזק, כלומר שבהם נולד ילד עם מום כתוצאה ממעשה רשלני או מחדל של הרופא.⁵⁰ אך שאלה מקדימה היא האם נגרם כאן למעשה נזק שמפניו יש להרתיע? האם הולדתו של ילד נמוך קומה אשר השתלב בחברת בני גילו בצורה טובה הינה נזק שמפניו יש להרתיע? זו שאלה מורכבת אשר ראוי היה להקדיש לה מקום. ייתכן שדיון מעמיק יותר בפסק הדין היה מביא למסקנה שונה. ההכרעה בשאלה זו אינה משפטית כלל, כי אם חברתית-תרבותית בעיקרה. שאלה אחרת בהקשר זה של יסוד ההפרה היא האם התועלת החברתית שהיתה בפעולה המזיקה לא עולה על הנזק עצמו? זהו למעשה המנגנון שנקבע בפסיקה לקביעת השאלה האם היתה הפרה של חובת זהירות.⁵¹ כלומר, מצד אחד התועלת שניתן לשאוב מפעולתו של פרופ' כספי היא הבאתו לעולם של ילד, נמוך קומה, אך בריא מכל בחינה אחרת, אשר מנהל חיים מלאים וככל הנראה ללא סבל גופני. מצד שני, נטען שיש נזק כיוון שהילד נמוך קומה בצורה "חריגה" מה שיחייב

49 ראו למשל בהקשר הרפואי עניין דעקה, לעיל הערה 8, ובהקשר המשפחתי ראו ע"מ (י"ם) 595/04 פלוני נ' פלונית, (טרם פורסם); ת"פ (כ"ס) 1801/04 מ"י נ' הרנוי, (טרם פורסם); וכן תמ"ש (י"ם) 19270/30 כ.ש. נ' כ.פ. (טרם פורסם).

50 לפי הגישה של הרתעה יעילה, המטרה היא להוביל לדפוס פעולה שמקטין את עלויות התאונות או עלות מניעתן. ראו פורת, לעיל הערה 48, סעיף ה' 1, וכן מאמרו של גלעד, לעיל הערה 47.

51 ראו ע"א 10078/03 שתיל נ' מדינת ישראל, מאגר נבו, מיום 19.3.2007 (להלן: עניין שתיל).

אותו להתאים את חייו פיזית וחברתית לחברה של אנשים שאינם נמוכי קומה, ולסבול מיחס בלתי ראוי מבחינה חברתית. האם התועלת במקרה זה עולה על הנזק? שוב, גם כאן היה צורך לקיים דיון מעמיק, אשר לא נערך במסגרת פסק הדין.

כאמור, השאלה הקשה כאן היא האם הנזק (תפקודי, רגשי, חברתי) שנגרם לתובע בשל נמיכות הקומה עולה על ההנאה שהוא שואב מחייו. התשובה, כאמור, אינה חד משמעית וודאי שאינה נוטה באופן ברור לכך שיש כאן נזק בר-פיצוי לא רק באשר להיבט התפקודי אלא גם באשר להיבט הרגשי והחברתי. בתי המשפט נדרשים לעתים לקיים דיונים עקרוניים שכאלה גם כאשר מדובר בסוגיות אשר לא ניתן להגיע בהן להסכמה חברתית רחבה.⁵² נוכח זאת נראה שבמקרה שבפנינו היה צורך לקיים דיון שכזה ולהגיע להכרעה ערכית ברורה יותר מזו הקיימת כיום במשפט הישראלי.⁵³

בסופו של דבר, הטלת אחריות על הרופא או בית החולים לצורך הרתעה נראית בעייתית. אמנם, בית המשפט קבע שנגרם לתובע נזק בר-פיצוי, ומכאן, ניתן לטעון, יש לקבל את עמדת בית המשפט המבקש להרתיע את בית החולים והמדינה. אבל, ניתוח יסודי הנזק, כפי שנראה בהמשך, אינו נקי אף הוא מספקות. לפיכך, אם ניתוח שאלת הנזק יוביל למסקנה כי למעשה לא נגרם לתובע נזק בר-פיצוי (נוכח הטענה כי עצם קיום חייו של התובע עולים על הנזק שנגרם לו) הרי שמטרת ההרתעה תאבד מכוחה.

ניתוח משפטי זה רלבנטי גם ככל שמדובר במימוש המטרה הנוספת שמזכיר בית המשפט – הצדק המתקן. תפיסה קלאסית זו של צדק מתקן משמעה שעל המזיק שהפר את האיזון בינו לבין הניזוק לתקן את העוול שגרם ולהשיב במידת האפשר את המצב לקדמותו.⁵⁴ הצדקה לכך ניתן למצוא במסורת הליברלית הקובעת כי אדם רשאי לנהל את חייו כרצונו כל עוד אין הוא גורם נזק לאדם אחר.⁵⁵ כיוון שזה נהנה וזה חסר,

52 בהקשר הרחב יותר של תפיסת יחסי משפחה ניתן לציין את פסקי הדין הבאים בג"ץ 7052/03 עדאללה נ' שר הפנים, פדאור 06 (10) 217, אשר דן בזכות לחיי משפחה בהקשר של איחוד משפחות; ע"א 5587/93 נחמני נ' נחמני, פ"ד מט(1) 485 אשר עסק במחלוקת בין בני הזוג נחמני מה יעלה בגורל הביציות המופרות שהוקפאו כאשר החליט הזוג להיפרד. בענין זה כתב השופט טל: "הסיטואציה האנושית שלפנינו, עיקרה ונופה בתחום החברתי-מוסרי ורק מיעוטה בתחום המשפטי. אלא שאין לחברה כלים להכרעה ואכיפה בתחום המוסרי והחברתי, ועל כן מניחים את הבעיה לפתחו של בית המשפט." ראו גם ע"א 10280/01 ד"ר ירוס'חקה נ' היועץ המשפטי לממשלה, תק"על 2005 (1) 163 (להלן: עניין ירוס'חקה) אשר עסק ברצונן של זוג נשים חד מיני לאמץ זו את ילדיה הביולוגיים של זו.

53 אפשרות אחרת היא לקיים דיון בהקשר של מידת הפגיעה באינטרס של אמו של התובע לקבל החלטות עצמאיות באשר לגופה ולהריון שברחמה. כאמור, המשפט מכיר בנזק הבלתי-מוחשי שנגרם כאשר זכותו של אדם שרצונו יכובד נפגעת, אבל אימו של התובע איננה צד בתביעה זו, שהוגשה רק בשמו של הילד.

54 לדיון במטרת הצדק המתקן ראו: פורת, לעיל הערה 48, סעיף ד' 1 וההפניות בהערות השוליים שם.

55 John Stuart Mill *On Liberty and other Essays* (Oxford, 1991) (1859) 83–104; Izhak England *The Philosophy of Tort Law* (Aldershot, 1993) Ch. 1–2.

על הנהנה להשלים את חלקו של החסר שנפגע. אך בנסיבות עניין פלוני, ניתן לשאול איזה נזק פרופ' כספי נדרש לתקן כדי שמטרת הצדק תתממש. האם החלטתו לא הביאה אושר, הנאה וסיפוק (הן לילד והן להוריו) שעולים על הנזק שמתלווה ללידתו וחייו. גם כאן, אנו חוזרים לשאלה המרכזית בעניין שבפנינו, עימה לא התמודד כראוי בית המשפט והיא האם אכן מדובר בנזק בר-פיצוי. דיון בהקשר זה נערך בצורה בלתי ממצה בסוף פסק הדין. נוכח המורכבות הקיימת בהוכחת יסוד הנזק בתביעה זו, דיון ממצה שכזה היה צריך להיעשות בראשית פסק הדין, שהרי ללא הוכחת יסוד הנזק נופלת התביעה כולה וכך מתייתר הצורך בקיום דיון בשלושת היסודות האחרים: חובת זהירות, הפרה וקשר סיבתי.

לעניין ההערה השנייה. פסק דין זה מעלה לדיון את היחס שבין שתי מערכות של דינים – זו של המשפט הציבורי וזו של דיני הנזיקין. מדובר כאן למעשה בגוף ציבורי (המדינה היא הנתבעת כאן) אשר החלטותיו חשופות לביקורת של המשפט המנהלי. מערכת היחסים בין שתי מערכות דינים אלה, של המשפט המנהלי והמשפט הנזיקי, זוכה בשנים האחרונות לדיון בבית המשפט העליון.⁵⁶ בהקשר זה יש לומר שהשופטת גילאור צועדת על קרקע בטוחה שכן הפסיקה קבעה כי ההנחה (הניתנת לסתירה) היא שלרשות יש פטור מאחריות בנויקין כשהיא מפעילה שיקול דעת ומקבלת החלטה גם אם החלטה אחרת היתה טובה יותר. הפסיקה, יש לציין, צמצמה בשנים האחרונות פטור זה וקבעה כי הוא חל רק בכל הקשור להחלטה עצמה ולטיבה אך לא לדרך קבלת ההחלטה והוצאתה אל הפועל.⁵⁷

השופטת גילאור בוחנת את התנהלות ועדת העל (או ליתר דיוק את התנהלותו של פרופ' כספי) מול הנחיות החוזר הישן של משרד הבריאות בנושא שעוסק בועדות העל להפסקת הריון, אשר יצא מספר חודשים לאחר קרות המקרה.⁵⁸ חוזר זה קבע כי ועדת על תמנה באופן קבוע חמישה חברים ותתכנס באופן מסודר לדון בבקשות. נוכח ההנחיות שבחוזר זה קבעה השופטת כי התנהלות ועדת העל בבית החולים הנתבע היתה בלתי סבירה.

אבל, גם בהקשר זה ניתן היה לדייק. ראשית, החוזר הישן פורסם לאחר האירוע נשוא פסק הדין כשבעת האירוע לא הייתה כל התייחסות בחוק, בתקנות או בהנחיות של משרד הבריאות לבקשות להפסקת הריון המוגשות לאחר עשרים ושלושה

56 ראו לאחרונה עניין שתיל, לעיל הערה 51.

57 שם, פסקאות 19–20 ו-23 לפסק דינו של השופט לוי; וכן ע"א 915/91 מדינת ישראל נ' לוי, פ"ד מח(3) 45, 81–75; ע"א 3653/97 חברת מרכז נ' עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד נג(5) 817, 821–835, 835–839; ע"א 1678/01 מדינת ישראל נ' וייס, פ"ד נח(5) 167; ע"א 2906/01 עיריית חיפה נ' מנורה, פדאור 06 (11) 298.

58 חוזר שרותי רפואה 76/94 "ועדות על-אזוריות להפסקת הריון בהריונות מעל שבוע 23" (החטיבה לענייני בריאות, משרד הבריאות, מדינת ישראל). הדיון בבקשה להפסקת ההריון בבית החולים התרחש בתחילת נובמבר 1993 בעוד שהחוזר הישן פורסם למעלה משנה לאחר מכן בסוף דצמבר 1994.

שבועות של ההריון. מכאן, שבחינת הסבירות של הליך קבלת ההחלטה לא יכולה היתה להיעשות בפסק הדין בדרך שבה נעשתה תוך השוואה להוראות החוזר של משרד הבריאות אשר יצא לאחר קרות הארוע נשוא פסק הדין בעניין פלוני. זאת ועוד, הנוהל הפנימי של בית החולים ממילא אינו תואם להוראות החוק, אלא עומד בניגוד אליהן במספר היבטים חשובים. היבט אחד קשור בכך שאין בחוק כל קביעה שלאחר השבוע העשרים ושלושה להריון יש לפנות לוועדת על מיוחדת אשר תשב בהרכב רחב יותר ושתדון במקרים מורכבים כאלה. נהפוך הוא: מקריאת החוק עולה כי דין בקשה להפסקת הריון בשבוע החמישה עשר כדין בקשה להפסקת הריון בשבוע השלושים, במיוחד בכל הקשור לזהות הוועדה שאמורה לדון בבקשה.⁵⁹ לכן, גם אם בקשה השופטת גילאור להיעזר בחוזר הישן אשר יצא לאחר קרות הארוע, הרי בהיותו עומד בניגוד להוראות החוק, ספק אם ניתן להתחשב בו. אמנם השופטת קובעת כי הוראות החוזר הישן נועדו להוסיף על האמור בחוק ולא לסתור אותו, אבל, קריאת שני מסמכים אלה, מגלה שמסקנה זו לא מובנת מאליה. ההתרשמות היא כי הוראות החוזר הישן אינן מתיישבות עם הוראות החוק.

לכן, מכל האמור עולה השאלה האם אכן התנהלות בית החולים והתנהלות פרופ' כספי בארוע היתה בלתי סבירה. ברור, שיש צורך לבחון את סבירות ההתנהלות של פרופ' כספי בעת קרות הארוע ולא כחוכמה שלאחר מעשה. הפסיקה ברורה וחד משמעית בעניין זה. לכן, לא ניתן היה לעשות שימוש בנוהל שהוסדר ופורסם רק שנה לאחר קרות הארוע נשוא התביעה ושככל הנראה היה חסר סמכות משפטית.⁶⁰ בהקשר זה ראוי לתת את הדעת לנקודה נוספת והיא הנפקות שהמשפט המנהלי מייחס להפרה של נוהל פנימי. העמדה הרווחת היא כי הפרה של נוהל פנימי של גוף ציבורי או סטיה מהנחיות פנימיות של הרשות המנהלית הינן בעלת נפקות מועטה. הכלל שנקבע בפסיקה הוא שכאשר לרשות יש שיקול דעת לקבל החלטה, אך היא מקבלת החלטה באופן לקוי הפוגע, למשל, בזכויות דיוניות של הפרט הרלבנטי, לא יתערב בית המשפט בשיקול הדעת וישנה את ההחלטה, אלא יחזיר את הענין לרשות לדיון מחודש. לכן, עולה השאלה מדוע המשפט הנזיקי צריך לייחס נפקות רבה יותר לאותה הפרה ממש.⁶¹ אין ספק כי הטלת חובה על הרשות

59 כאמור, הבסיס להוצאתה של ההנחיה הפנימית בבית החולים בעניין פלוני, ולאחר מכן להוצאתו של חוזר משרד הבריאות היא התקדמות בטכנולוגיה הרפואית אשר מאפשרת החל מאמצע שנות התשעים לעובר שנוולד בשבועות 23-25 לשרוד מחוץ לרחם אמו. ראו לעיל הערה 31.

60 ויודגש כי בית המשפט דוחה את טענת התובע כי בית החולים אשר קבע נוהל פנימי של קבלת החלטה על ידי ועדת על פעל בניגוד לחוק. עניין פלוני, לעיל הערה 7, בע' 19. זאת ועוד, בית המשפט מתייחס באופן חיובי ביותר לקביעת הנוהל הפנימי בדבר קיומה של ועדת על: "כעיקרון, נוהל לפיו בקשה לאישור הפסקת הריון בשבוע מתקדם תאושר על ידי ועדת על המורכבת מרופאים בכירים ומנוסים יותר, בעלי ראייה רחבה יותר, נראית לי כפתרון הראוי להתמודדות עם השאלות המורכבות שמעלה הסוגיה של הפסקת הריון מאוחרת. ראייה לכך הן ההנחיות שפורסמו שנה מאוחר יותר" [הכוונה לפרסומו של החוזר הישן – ר' ג', שם, בע' 19].

61 ראו בג"ץ 3472/92 ברנד נ' שר התקשורת, פ"ד מז(3) 143. כך לדוגמא, בתחום אחר ממעטים

לפצות את התובע בסכום גבוה כפי שנפסק בעניין פלוני שולחת מסר כי ההפרה של נהליו הפנימים של בית החולים במקרה זה או סטייה מהם היתה משמעותית מאוד וחמורה.

כך או כך, במרכז הדיון ביסוד ההפרה עומדת השאלה האם כעניין של מדיניות משפטית הליך קבלת החלטות של פרופ' כספי (או ועדת העל) באותו מקרה היה סביר. בית המשפט קבע כי התנהלות ועדת העל לא היתה סבירה אלא לקויה וכי הועדה לא יישמה באופן תקין את הנהלים הפנימיים שקבע בית החולים.⁶² ככלל, המונח סבירות בנוזיקין נקבע לאחר שנשקלים ארבעה שיקולים חשובים בכל הקשור למניעת נזק:⁶³ עלות מניעת הנזק מול עוצמת הנזק וההסתברות להתרחשותו תוך התחשבות באנטרס החברתי שיש לפעולה המזיקה.⁶⁴ הפסיקה קבעה כי אין מדובר בנוסחה כלכלית שבה למשתנים יש ערך כספי או כלכלי אלא מדובר כאמור במדיניות משפטית, באיזון בין ערכים חברתיים שונים כאשר הנזק או העלות יכולים מצד אחד להיות פגיעה בערך חברתי חשוב ומצד שני קידום ערך חברתי אחר.⁶⁵

מנקודת המבט הזו, האם המסקנה שאליה הגיע בית המשפט בעניין פלוני נכונה? ייתכן. אבל אפשר היה להגיע גם למסקנה הפוכה. בהקשר שלנו, ברור כי יש אנטרס חשוב בקיומו של הליך פורמאלי ומסודר של הפסקת הריון בשבוע מתקדם. חשוב כמובן לתת לחברי ועדה אפשרות לשקול את כל ההיבטים של הפסקת הריון כשהעובר הינו בר-חיות תוך מתן אפשרות לרופאים מתחומים רלבנטיים כמו גנטיקה וניאונטולוגיה להביע את חוות דעתם המקצועית ולשמוע את חוות דעתה של עובדת סוציאלית. ברור, שיש ערך חברתי רב לקבלת עמדתה של האישה עצמה תוך קיום דיון יחד איתה בבקשתה. ערך רב יש בשמירה על כללי הצדק הטבעי ובשמירה על זכויותה הדיוניות של האישה אשר מקדמות את מעמדה ואת זכויותה בחברה.⁶⁶ יש לציין כי טיעונים אלה מתייחסים בעיקר לפגיעה באמו של התובע אשר אינה צד

בתי הדין לעבודה להתערב בשיקול הדעת של קופות החולים שלא לממן ולספק תרופות שאינן בסל התרופות למבוטחיהם גם כאשר הקופות שעליהן חלים עקרונות המשפט המנהלי אינן עומדות בכל הדרישות המנהליות. ראו, לדוגמה הויכוח בין הנשיא אדלר לשופטת נילי ארד בע"ע 1507/02 מכבי שרותי בריאות נ' בן-צבי, מאגר נבו, מיום 30.6.2003. לדיון מקיף יותר בתחום זה ראו: Roy Gilbar & Hadara Bar-Mor "Justice, Equality and Solidarity: The limits of the right to health care in Israel" 16 *Medical Law Review* (2008) 225 פנימיות ראו יואב דותן הנחיות מנהליות (1996).

62 עניין פלוני, לעיל הערה 7, בע' 24.
 63 מה שידוע בנוסחת הנד. ראו למשל לאחרונה עניין שתיל, לעיל הערה 51, פסקה 18 לפסק דינו של השופט לוי.
 64 שם. ראו גם: דנ"א 1740/91 בנק ברקלים נ' פרוסט, פ"ד מז(5) 31; ע"א 3124/90 סבג נ' אמסלם, פ"ד מט(1) 102.
 65 ע"א 5604/94 חמד נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(2) 498, פסק דינם של השופטים ברק וריבלין.
 66 ראו למשל, הדיון בעניין פלוגית, לעיל הערה 9.

לתביעה שהוגשה, אם כי חלקם רלבנטיים גם לגבי העובר למרות שמשפטית הוא אינו בעל מעמד.⁶⁷

אבל, אל מול כל אלה בהקשרו של הילד התובע, ניתן לטעון, כאמור, כי התועלת שצמחה לילד ולהוריו מפעולתו של פרופ' כספי עולה על כל הפגיעות האלה. במלים אחרות, ניתן לטעון כי הערך החברתי שיש במימוש פוטנציאל החיים של עובר עם מגבלה קלה יחסית כמו זו של התובע בעניין פלוני עולה על הערך החשוב של כיבוד האוטונומיה של הפרט. יותר מכך, מנקודת מבט תועלתנית, כאשר משווים את הפגיעה באם התובע אל מול לידת התובע ניתן לטעון כי תוצאות ההליך הרשלני הביאו תועלת ולא נזק: ילד "זכה" בחיים, אשר איכותם במומו ומגבלתו בנסיבות המקרה כפי שתואר בפסק הדין עולה על כל פגיעה בזכויותיה של אם התובע המבקשת לעבור הליך מסודר של הפסקת הריון, או של מימוש האנטרס להיוולד ללא מום. דיון זה מצביע על כך שהעדר תביעה מצדה של האם, כפי שנדון לעיל, אינו עניין טכני בלבד אלא בעל השלכות ערכיות ומשפטיות בכל הקשור להכרעה בעניין עצמו.

כך או כך, דיון ערכי זה מחזיר אותנו ללב לבו של העניין: מהי עוצמתו של מום מולד אשר לגביו מוסכם שהוא מצדיק הפסקת הריון או הטלת אחריות משפטית כאשר הוא לא מאובחן במועדו. בנוסף, עולה השאלה האם יש כאן בכלל רשלנות. ברור שיש כאן התנהלות לקויה אך לא ברור כלל האם הפר כאן פרופ' כספי את החובה שהיתה מוטלת עליו. הרופא, חב בחובה לילד לנקוט באמצעי זהירות כדי למנוע ממנו נזק. אבל, פעם נוספת עולה השאלה האם בכך שהביא פרופ' כספי ללידתו של הילד שהינו נמוך קומה בצורה "חריגה" הוא הפר חובה זו כלפי הילד והסב לו נזק. האם יש כאן למעשה נזק שאמצעי זהירות טובים יותר מאלה שנקטו, קרי ביצוע הליך מסודר יותר, היה יכול למנוע. ברור שאי הבאתו לעולם של התובע, אם זו אכן היתה החלטת הועדה, היתה מונעת את עצם נמיכות הקומה (הגמדות כתסמונת רפואית), אבל יחד איתה היתה מונעת גם את החיים עצמם שערכם, לפחות לפי עמדת חלק מהעוסקים בסוגיה זו, עולה על הנזק שנגרם בשל המגבלה.⁶⁸ אין ספק כי הטלת אחריות על הרופא בנסיבות שכאלה שולחת מסר לפיו עיקרון קדושת החיים אינו זוכה לעדיפות כאשר הוא ניצב מול אנטרסים אחרים כמו השמירה על שלמות הגוף, קידום איכות חייו של האדם, וכיבוד האוטונומיה של הפרט. המסקנה הזו, גם אם היא ראויה, עומדת בסתירה לרושם המתקבל במשפט הרפואי הישראלי לפיו על פי רוב

67 ראו סעיף 1 לחוק הכשרות המשפטית והאפוסטרופסות, התשכ"ח-1962.

68 ראו עמדת השופטת בן-פורת בעניין זייצוב, לעיל הערה 3. אין בכוונתי להיכנס לויכוח הפילוסופי והעקרוני שניטש סביב עניין זייצוב. ויכוח זה נדון בהרחבה בספרות בישראל כשהקולות הבולטים בו הינם של פרופ' דוד הד מצד אחד ופרופ' עמוס שפירא מצד שני. ראו: עמוס שפירא "הזכות לא להיוולד בפגם: פלוגתות של לוגיקה, ערכים ומדיניות משפטית" דילמות באתיקה רפואית (רפאל כהן-אלמגור עורך, 2002) 253; דוד הד "הזכות לא להיוולד בפגם?" דילמות באתיקה רפואית (רפאל כהן-אלמגור עורך, 2002) 260.

בעת התנגשות שכזו זוכה עקרון קדושת החיים לעדיפות.⁶⁹ מסקנה פחות קיצונית היא כי בתחום זה בישראל אינטרס השמירה על שלמות הגוף ועל איכות החיים עדיף על פני האינטרס החברתי של מימוש פוטנציאל חיים עם מום.

בנוסף, יש לבחון האם ניתן לקבוע כי עדיף לאדם שלא להיוולד כאשר ידוע שהנולד יהיה נמוך קומה בצורה חריגה. זו שאלה רלבנטית העולה מפסק הדין אך בית המשפט לא נכנס לדיון שכזה כאשר הוא מנתח את יסוד ההפרה. לעניות דעתי, היה על בית המשפט לדון בשאלה זו לפני שהוא עוסק בשאלה האם היתה או לא היתה רשלנות בהתנהלותו של פרופ' כספי. יש לציין כי השופטת בן-פורת, אשר כתבה את אחד משני פסקי הדין המרכזיים של דעת הרוב בעניין זייצוב דנה ראשית בשאלת הנזק ורק לאחר מכן ביתר יסודות עוולת הרשלנות.⁷⁰ הדיון בשאלת הנזק הוא עומד כאמור בבסיס הדיון בסוגיות אלה וממנו צריכה להיגזר ההכרעה לעניין האחריות. נכון, שמאז ההכרעה בעניין זייצוב, דנים בתי המשפט בשאלת הנזק רק לאחר שהם דנים ביסודות החובה, ההפרה והקשר הסיבתי, אבל זאת כיוון שבמרבית, אם לא בכל, המקרים מאז ההכרעה בעניין זייצוב ועד להכרעה בעניין פלוני מדובר היה בילדים שנולדו עם פגיעות פיזיות קשות.⁷¹ בעניין פלוני, נדונה לראשונה פגיעה פיזית שניתן להתייחס אליה כקלה יחסית.⁷²

ולפני סיום חלק זה יש לחזור לציין כי ההחלטה עצמה ותוכנה שלא לאשר את הבקשה להפסקת הריון היתה סבירה ונכונה לפי קביעת בית המשפט. מכאן, שבכל הקשור לתביעת הילד, סבור היה בית המשפט כי למעשה בין אם הליך קבלת ההחלטה של פרופ' כספי היה תקין או לא, טוב שהבקשה להפסקת ההריון נדחתה וטוב שהילד התובע נולד. מכאן, אנחנו חוזרים להבדל שבין תביעת הילד לתביעת האם. אין ספק כי רשלנותו של פרופ' כספי פגעה באנטרסים של האם והסבה לה נזק (פגיעה בחופש

69 לדוגמאות ראו עניין שפר, לעיל הערה 21; ע"א 480/85 קורטאם נ' מדינת ישראל, פ"ד מ(3) 527; חוק החולה הנוטה למות, התשס"ו-2005. הגם שחוק זה מקדם את כיבוד רצונו של הנוטה למות, עדיין עקרון קדושת החיים זוכה למקום מרכזי.

70 ראו עניין זייצוב, לעיל הערה 3, פסק דינה של המשנה לנשיאה בן-פורת. בסעיף 4 לפסק דינה היא מציינת: "...רואה אני, בכל הכבוד, את שורש הבעיה... בשאלה, אם במסגרת העילה שבה עסקינן קיים במקרה כלשהו 'נזק' במובנו המשפטי. אני מקדימה שאלה זו לשאלת קיומה של חובת זהירות והפרת חובה זו (אם היא קיימת...)". [ההדגשה שלי – ר' ג']. גם השופטים ברק וגולדברג אשר כתבו פסקי דין עקרוניים התייחסו בעיקר פסיקתם ליסוד הנזק.

71 גם אמרה זו אינה מדוייקת לחלוטין ותידון באופן מפורט יותר בהמשך. בסופו של דבר, השאלה האם פגיעה גופנית היא קשה או לא היא לא רק שאלה רפואית אלא גם חברתית. ראו עדותו של פרופ' פרידמן, עניין פלוני, לעיל הערה 7, בע' 25 אשר העיד "שקומה נמוכה אינה נכות. זו בעיה חברתית אבל זו לא בעיה רפואית".

72 להתפתחות הפסיקה ממתן פסק הדין בעניין זייצוב ועד למתן פסק הדין בעניין פלוני ולהשלכותיה אתיחס בהרחבה בהמשך. ממחקרם של כהן-אלמגור ושניר, לעיל הערה 26, עולה כי מחצית מחברי ועדות העל אשר השתתפו במחקר היו בדעה שחוסר בגפה (מהמרפק במטה) הינו מום המצדיק אישור בקשה להפסקת הריון. מכאן, ניתן ללמוד כי ההכרעה בטיבו של המום חשובה מאוד לשאלת הרשלנות והטלת האחריות.

הבחירה שלה), ואין ספק כי נוכח הפסיקה הקיימת במשפט הישראלי ניתן היה לפסוק לאם פיצוי. אבל, בכל הקשור לילד, נראה, גם לפי קביעת בית המשפט כי קשה לקשור בין התרשלותו של פרופ' כספי באי ביצוע תקין של קבלת החלטה בבקשה להפסקת הריון לבין הולדתו של הילד.

4.ג קשר סיבתי

הקביעות של בית המשפט בעניין פלוני מעלות תהיות לא רק בכל הקשור ליסוד ההפרה אלא גם בכל הקשור ליסוד הקשר הסיבתי שבין התנהלותו של פרופ' כספי לבין הנזק שנגרם לילד. התהיות עולות במיוחד נוכח הקביעה של בית המשפט לפיה ההחלטה עצמה שלא להפסיק את ההריון היתה סבירה. בכך שונה פסק הדין בענייננו מהפסיקה הקודמת שניתנה בסוגיה של הולדה בעוולה. עד לפסק דין זה מדובר היה ברשלנות מקצועית אשר באה לידי ביטוי בהעדר אבחון של מום מקום שצריך וראוי היה לאבחן אותו, או של ייעוץ גנטי רשלני אשר צריך היה להצביע על קיומם של מחלה או מום.⁷³ במקרה שבפנינו, המשיך בית המשפט את המגמה של הפסיקה בשנים האחרונות לפיה מוטלת על הצוותים הרפואיים אחריות נזיקת לא רק בכל הקשור להיבט הרפואי המקצועי (אבחון מדויק, מתן טיפול נכון וכד') אלא גם בכל הקשור להתנהלות (תקשורת ועמידה בנהלים) מול המטופל.⁷⁴ בעניין פלוני, הנתונים הרפואיים היו ידועים והסיכוי לקיומה של נמיכות קומה עם הולדתו של הילד היתה ידועה לפרופ' כספי כמו ליתר הרופאים שעמם התייעצה אימו של התובע. המחלוקת בין הרופאים התמקדה בעיקרה בעוצמתה של המגבלה, האם היא תמצה בנמיכות קומה בלבד או שמא תלווה בפגיעות פיזיולוגיות נוספות. הרשלנות עצמה בנסיבות המקרה מתמצית בהליך קבלת החלטה לקוי וביישום בלתי ראוי של נהלים ולא ברשלנות מקצועית. פרופ' כספי קיבל החלטה עקרונית, אשר נשענה על מידע רפואי עדכני בנסיבות העניין. החלטתו היתה מבוססת על נתונים רפואיים אבל היתה בבסיסה ערכית. לדעתו, אשר לא השתנתה בחלוף כל אותן שנים מעת הארוע ועד למועד מתן עדותו בבית המשפט, אין להפסיק חיים של עובר אשר יהפוך לאדם נמוך

⁷³ כך היה בעניין זייצוב, לעיל הערה 3, שם היה מדובר במתן יעוץ גנטי רשלני. לסקירת הפסיקה לאחר עניין זייצוב ראו להלן הערות 112–115.

⁷⁴ כך לדוגמא ע"א 4960/04 ערן סידי נ' קופת חולים כללית, מאגר נבו מיום 19.12.2005. ההתרשמות שלי היא כי לאחרונה הרחיבו בתי המשפט את היקף האחריות המוטלת על רופאים בתחום זה של הריון ולידה. הרחבת היקף האחריות נעשית הן בכל הקשור ליסוד ההפרה והן בכל הקשור ליסוד הקשר הסיבתי. לעניות דעתי, הרחבת היקף האחריות, המשרתת את התובעים בטווח הקצר, תשמש כחרב פיפיות בטווח הארוך ועלולה, אם תימשך מגמה זו, להוביל לפרקטיקה מתגוננת באופן קיצוני כפי שארע בתקופה מסוימת בארה"ב. פסק דין אחרון אשר תומך בהתרשמות זו בסוגיה נשוא רשימה זו: ת"א (מחוזי-ירושלים) 3198/01 פלוני נ' עיריית ירושלים, מאגר נבו, מיום 12/5/2008.

קומה באופן "חריג".⁷⁵ ברור, שנוכח זאת, לא יכול היה בית המשפט להגיע למסקנה אחרת מזו שאליה הגיע, קרי שהחלטתו של פרופ' כספי היתה סבירה. הטענה היחידה אשר יכולה להישמע בהקשר זה הינה כי לו היה מתקיים הליך פורמאלי ומסודר עם חברי ועדה נוספים עפ"י חוק (רופא נוסף, ועובדת סוציאלית) הרי שרוב חברי הוועדה היו מגיעים להחלטה הפוכה המאשרת את הבקשה. טענה זו יש להוכיח אם רוצים להוכיח את יסוד הקשר הסיבתי. נוכח עדותו של פרופ' כספי לפיה הנוהג היה שאם אחד משני הרופאים החברים בוועדת העל מסרב לאשר את הבקשה אז לא מאשרים את הבקשה להפסקת הריון,⁷⁶ לא יהיה זה פשוט להוכיח קשר סיבתי בנסיבות העניין.

כאמור, כאשר מתמקדים ביסוד הקשר הסיבתי, אחד הקשיים בהוכחתו הוא קביעת בית המשפט שהחלטה שלא להפסיק את ההריון היתה סבירה.⁷⁷ מבחינת החוליות בשרשרת הסיבית, ניתן לראות כי לאחר מספר חוליות המתאפיינות ברשלנות הגיעה חוליה בשרשרת אשר אינה כזו. האם חוליה זו לא קוטעת את הקשר בין הליך קבלת ההחלטה, חרף ליקוייו, לבין הנזק שנגרם. ההחלטה עצמה היתה ראויה והובילה ללידתו של ילד נמוך קומה. האם יש בכך להטיל אחריות על בית החולים? גם אם נקבל את הטענה, הנשמעת גם מפי בית המשפט כי ליקויים מנהליים בהליך קבלת החלטה ראויים לתיקון באמצעי נזיקי, הרי ליקויים אלה, יש לקבוע, לא הובילו לנזק ישיר לילד, כי אם לנזק ישיר לאמו, אשר, כאמור, לא הגישה תביעה.

השופטת גילאור ערה לשאלה הקשה של הקשר הסיבתי אשר רבצה לפתחה, אך היא לא נדרשה להכריע בה, שכן המדינה הנתבעת הודתה בקיומו של קשר סיבתי אך טענה מנגד כי קשר זה נותק בשל התנהגות האם (אשר, בין היתר, לא פנתה בבקשה להפסיק את ההריון לוועדה בבית חולים אחר). השופטת דוחה טענה זו (בצדק) מה שסלל בפני בית המשפט את הדרך לדון בשאלה הקשה יותר – היא שאלת הנזק.

בהקשר המסויים של שאלת הקשר הסיבתי מציינת השופטת ש"יש להידרש למצב דברים היפוטטי ולשאול מה היתה מחליטה וועדת העל להפסקת הריונות לו פעלה בזהירות סבירה".⁷⁸ בהקשר זה ראוי לחזור ולהצביע על האופי המיוחד של ההחלטה. אם נניח שעובדתית מצבו הרפואי-בריאותי של העובר היה ידוע, ההחלטה של פרופ' כספי היתה ערכית ומוסרית ולא מקצועית.⁷⁹ החוק, כאמור, מותיר שיקול דעת נרחב לחברי הוועדה, ומכאן גם השוני שניתן למצוא ביחסן של הוועדות השונות בבתי החולים ברחבי

75 עם זאת, מעניין לציין כי פרופ' כספי העיד כי לא היה מעסיק את התובע, נוכח קומתו הנמוכה, כרופא במחלקתו. ראו עניין פלוני, לעיל הערה 7, בע' 37.

76 שם, בע' 20.

77 שם, בע' 24.

78 עניין פלוני, לעיל הערה 7, בע' 27.

79 כך גם מעיד פרופ' כספי, שם, בע' 25.

הארץ.⁸⁰ העובדה שיש ועדות להפסקת הריון המקלות יותר על נשים המבקשות את ההפסקה בעוד שיש ועדות המקלות פחות על נשים הפונות לועדה, הובילה לפרקטיקה לפיה נשים יודעות לאיזו ועדה לפנות אם ברצונן שלא להתקל בקשיים ולהפסיק את ההריון. פרקטיקה נוספת מצביעה על כך שיש נשים הפונות לועדה אחרת כאשר הועדה הראשונה אליה פנו סרבה לאשר את בקשתה.⁸¹ כל זה בא להצביע על כך שאין ביטחון בכך שלו היתה הועדה בראשותו של פרופ' כספי מקבלת החלטה באופן ראוי, היתה החלטתה הפוכה, והיה ניתן אישור להפסיק את ההריון. במלים אחרות, אין ודאות בכך שהמחדל של ועדת העל בראשותו של פרופ' כספי הוא זה שהוביל לנזק שנגרם לילד בעצם לידתו במום. כיוון שאין לדעת זאת בודאות היה מקום לכל הפחות להידרש לכך ולבחון זאת. כאמור, נוכח עדותו של פרופ' כספי לפיה מספיק שחבר אחד בועדת העל יתנגד כדי שלא תאושר בקשה להפסקת הריון (כך היה הנוהג אותה עת בועדת העל של בית החולים) יהיה קושי להוכיח יסוד זה.

מבחינת הניתוח המשפטי של יסוד הקשר הסיבתי, השאלה האם מתמלא יסוד זה מזמינה הכרעה ערכית המערבת מדיניות משפטית ושיקולים חברתיים שבית המשפט מעוניין לקדם.⁸² למרות שנראה כי מבחני הקשר הסיבתי העובדתי והמשפטי (צפיות) עשויים להתקיים במקרה שבפנינו ההכרעה האם להטיל בשל כך אחריות בנוזקין על הרופא הינה הכרעה עקרונית, וניתן היה להידרש אליה אף בדיון ביסוד הקשר הסיבתי. במלים אחרות, היה מקום לבחון האם יש להטיל אחריות על ועדה שרשלנותה הובילה ללידתו של ילד המוגדר מבחינה רפואית כנמוך קומה בצורה חריגה. ברור, ששאלה זו עומדת לדיון גם כאשר עוברים לדון בשאלת הנזק, אבל כיוון ששאלה זו הינה שאלה של מדיניות חברתית ראוי היה לדון בה במסגרת אחד מהיסודות של עוולת הרשלנות המתייחס לאחריות ולא רק בכל הקשור לפיצוי שעלי הרופא לשלם כאשר נקבע כבר כי הוא נושא באחריות לנזק שנגרם.⁸³

5.ג הנזק

בפסק הדין בעניין פלוני קיומו של יסוד הקשר הסיבתי לא היה במחלוקת, ומכאן פתוחה היתה הדרך לבית המשפט לעבור ולדון בשאלת הנזק. הדיון בשאלה זו איפשר לבית המשפט לדון ולהכריע בשאלה שחברתית ומשפטית טרם נדונה בצורה רצינית בבתי המשפט ואף לא זכתה להכרעתו של המחוקק. השאלה העקרונית שבית המשפט נדרש לה היא מהו טיבו של המום המולד

80 ר"ד וועדת ריפטיין ומחקרם של כהן-אלמגור ושניר, לעיל הערה 26.

81 זה עולה גם בפסק הדין עצמו. עניין פלוני, לעיל הערה 7, בע' 27.

82 ראו הדיון שמקיימת השופטת דורנר בע"א 8199/01 עזבון המנוח מירו ז"ל נ' מירו, פ"ד (נז) 2) 785.

83 כל זאת, כאמור, אם מחליטים לדון בשאלת הנזק בסוף הדיון המשפטי ולא בתחילתו.

אשר נסיבותיו מזכות בפיצוי בדיני הנזיקין ומנגד מהו טיבו של המום שנסיבותיו אינן מזכות בפיצוי בדיני הנזיקין. במילים אחרות, השאלה היא האם ניתן להגדיר את המומים שלגביהם מוסכם שכאשר הם מאובחנים במהלך ההריון הם מצדיקים הפסקת הריון, וכאשר הרופא מתרשל ולא מאפשר הפסקת הריון, הרי שנוכח טיבו של המום יש לפצות בגינו את הילד או ההורים. התשובה לשאלה זו תשפיע גם על היחס שבין עקרון כיבוד האוטונומיה של האישה ההרה והאינטרס החברתי של שמירה על שלמות הגוף מצד אחד לבין עקרון קדושת החיים והאינטרס במימוש פוטנציאל החיים שבעובר מצד שני. התשובה לשאלה זו צריכה בראש ובראשונה להינתן במישורים החברתיים והערכיים. התשובה לשאלה זו כפי שעולה ממחקרים סוציולוגיים עשויה להיות שונה בין חברה אחת לחברה אחרת. בעוד שחברה אחת תצדיק הפלות סלקטיביות גם בשל קיומם של מומים קלים, הרי שחברה אחרת עשויה להצדיק הפלות רק בשל קיומם של מומים חמורים וקשים.⁸⁴

לדוגמא, ניתן לשאול האם ידיעה שילד יפתח עם לידתו מחלה קשה הפוגעת באיכות החיים והמלווה בקיצור משמעותי של תוחלת חיים כ-Cystic Fibrosis מצדיקה הפסקת הריון ומתן פיצוי בגין רשלנות באבחון, בעוד שידיעה בעת ההריון על מומים "קלים" יותר כמו לבקנות, חרשות, עקרות וגמדות אינם מצדיקים זאת. שאלות אלה לא עמדו עד מתן פסק הדין בעניין פלוני להכרעה בצורה כה חדה ומפורשת. בתי המשפט הצליחו להכריע בתיקי הולדה בעוולה וחיים בעוולה מבלי לקיים דיון מקיף בסוגיה זו.

אין זה אומר שלא היה צורך בדיון כזה כבר בפסיקה שקדמה לעניין פלוני. בחלק מהמקרים מדובר היה בתביעה בנסיבות שבהן נולד ילד אשר סבל מתסמונת דאון. מוסכם היה על השופטים שתסמונת זו מלווה בסבל רב, ומכאן שטוב לו לילד התובע שלא נולד משנולד.⁸⁵ אבל, השופטים לא עצרו לשאול האם אכן תסמונת דאון מלווה בסבל כה נוראי, כה בלתי נסבל המצדיק קביעה חד משמעית שכזו. דיון כזה לא נערך כלל בפסיקה. בניגוד להנחה של השופטים בדבר חומרתה של תסמונת דאון התשובה לשאלה זו אינה מובנת מאליה. התשובה לשאלה קשה זו תלויה, כמובן, בנשאל (האדם

84 ראו בהקשר זה מחקריהן הנפרדים של יעל השילוני-דולב וציפי עברי. יעל השילוני-דולב "מיהו תינוק רצוי? הפלות סלקטיביות בשל אנומליות בכרומוזומי מין בגרמניה ובישראל" תאוריה וביקורת 25 (2004) 97; Yael Hashiloni & Shiri Shkedi "On New Reproductive Technologies and Family Ethics: Pre-implantation Genetic Diagnosis for Sibling Donor in Israel and Germany" 65 *Soc. Sci. & Medicine* (2007) 2081; Tsipy Ivry "At the Back Stage of Prenatal Care: Japanese Ob-gyns Negotiating Prenatal Diagnosis" 20(4) *Medical Anthropology Q.* (2006) 441

85 ראו פסקה 65 לפסק דינו של השופט בנימיני בת"א (מחוזית"א) 1226/99 א' ל' (קטיין) נ' ד"ר יניב, מאגר נבו, מיום 29/3/2005 שם כתב: "במקרה דנא, נולד התובע כשהוא לוקה בתסמונת דאון, בנוסף למום בלב ומומים נוספים. די בתסמונת דאון כדי לקבוע כי מקרה זה נכנס לגדר המקרים הקשים בהם ניתן לומר – עם כל הקושי הכרוך באמירה שכזו – כי טוב היה לילד אלמלא נולד במומו הקשה." [ההדגשה שלי – ר' ג']

הנושא את התסמונת, בני משפחתו הקרובים, אנשי הקהילה שבה הוא חי, ואחרים) וכן בתפיסה החברתית ככל הקשור למוגבלויות וללידה של ילדים עם מוגבלויות. באופן יותר ספציפי התשובה תלויה ביחס של החברה לילדים שנולדים עם תסמונת דאון. בהקשר ספציפי זה של תסמונת דאון המובאת כאן כדוגמא להעדרו של דיון רציני ומעמיק בפסיקה בשאלת הנזק בתיקים אלה של הולדה בעוולה יש לתת את הדעת לשאלת תפקידם של בתי המשפט בעיצוב תפיסות חברתיות. הגם שיש הרואים במערכת בתי המשפט כגורם בעל השפעה בעיצוב תפיסות חברתיות,⁸⁶ אחרים סבורים שעל בתי המשפט לפעול במסגרת התפיסות החברתיות המוסכמות ולא לשמש כרועה המוביל כצאן את הציבור.⁸⁷ לאור התפיסה של תסמונת דאון בחברה הישראלית, אלו התומכים בגישה בלתי מתערבת של בתי המשפט יצדדו, יש להניח, בקביעות השופטים כי מדובר בתסמונת המסכה סבל רב ללוקים בה ולבני משפחותיהם.⁸⁸ אלו התומכים בהתערבות אקטיבית של בתי המשפט בעיצוב עמדות הציבור בסוגיות עקרוניות אינם

86 ויכוח שכזה קיים בקרב השופטים עצמם. דוגמא לכך, בהקשר של עיצוב תפיסת התא המשפחתי בישראל ניתן לראות בפסק הדין בבית המשפט המחוזי שניתן בעניין ירוס'חקק, לעיל הערה 52, אשר עסק בעתירתן של זוג נשים חד-מיני לאמץ זו את ילדיה הביולוגיים של זו, ובכך למעשה לקבל הכרה משפטית לתא המשפחתי החד-מיני שהקימו. השופטת סביונה רוט-לוי נוקטת בעמדה מתערבת: "צודקות המערערות בטענתן כי דברים אלו יפים במיוחד בעניין הקטינים דנן, כאשר הצורך לספק להם ולתא המשפחתי שבו הם גדלים מסגרת משפטית שתסייע להם להתמודד עם הסביבה המתקשה לעתים לקבל את משפחתם עולה בקנה אחד עם חובת בית-המשפט לעצב נורמות חברתיות ולעמוד איתן מול חוסר פתיחות וחוסר סובלנות של חלקים מסוימים בחברה כלפי השונה מהם. מנגד נוקט ס' הנשיא פורת בעניין זה עמדה בלתי מתערבת: "אף אם יש מקום לשינוי המצב הקיים, הרי שאין זה מתפקידו של בית-המשפט. היחס להומוסקסואלים ולסביות, ככלל, והיחס להשלכות מסגרת חד-מינית על התפתחות קטינים, בפרט, שנויים במחלוקת ציבורית חריפה הן בעולם הרחב והן בארץ". ראו: ע"מ (מחוזית"א) 10/99 פלונית נ' היועמ"ש, פס"מ תש"ס (1) 831. לעמדת הרוב בהקשר זה אשר ניתנה על ידי הנשיא ברק ראו להלן הערה 87.

87 העיסוק בסוגיה עקרונית זו נרחב ואינו יכול להתמצות ברשימה זו. יש לציין כי בהקשר של השפעת בתי המשפט על תפיסת התא המשפחתי כתב הנשיא ברק בעניין ירוס'חקק, לעיל הערה 52 כי: "ככלל, שופט אינו צריך להיות נושא דגל של הסכמות חברתיות חדשות. עליו לתת ביטוי לערכי יסוד המוכרים בחברתו ולא ליצור אותם". ברק ממשיך וכותב: "ההסכמה החברתית אשר שופט צריך לפעול במסגרתה היא הסכמה המעוגנת בערכי היסוד של החברה. אל-לו לשופט לפעול במסגרת הסכמה חברתית המשקפת רוחות שעה חולפות. על השופט לפעול במסגרת המרכזי והבסיסי. עליו להימנע מלפעול במסגרת הארעי והחולף. כאשר החברה אינה נאמנה לעצמה, השופט אינו חייב לתת ביטוי לרוחות השעה. עליו לעמוד מנגדן. עליו לתת ביטוי לאותה הסכמה חברתית המשקפת את עקרונות היסוד ואת האי מאמין של החברה שבה הוא חי ופועל."

88 ראייה בולטת לכך היא האפשרות של כל אישה הרה מעל גיל 35 בישראל לעבור בדיקת דיקור מי שפיר כדי למנוע בעיקר את לידתם של ילדים הנושאים תסמונת דאון. ראו: תקנות בריאות העם (בדיקת מי שפיר), תש"ס-1980, סעיף 3. חוזר משרד הבריאות 23/93 "גיל הזכאות לבדיקת מי שפיר", שירותי אשפוז, משרד הבריאות, מדינת ישראל, הפחית את גיל הזכאות של האישה לבדיקה ללא תשלום משלושים ושבע שנים לשלושים וחמש. אם כי ראוי לציין שהתקנות לא מציינות במפורש שמדובר במניעה ספציפית של תסמונת דאון.

יכולם לקבל את העדרו של דיון רציני בכל הקשור לפסיקה העוסקת בתסמונת דאון. עם הגשתו של ערעור לבית המשפט העליון בעניין פלוני נפתחה הדרך לדיון עקרוני שכזה כעת.

כך או כך, נראה שהעדרו של כל דיון בפסיקה באשר לטיבו של המום מאז ניתן פסק הדין בעניין זייצוב ועד שניתן פסק הדין בעניין פלוני, לא נבע רק מהאפשרות שיצרו השופטים ברק ושל' לוין בעניין זייצוב להימנע מדיון שכזה,⁸⁹ אלא גם מתפיסות חברתיות אשר מקובלות על חלקים רבים בחברה הישראלית המתקשה לקבל הבאתו לעולם של ילד שאינו "מושלם".⁹⁰ תפיסות חברתיות אלה לא רק שמובילות להפסקות יזומות בשל חשד למומים קלים יחסית אלא כפי שאנו רואים בעניין פלוני גם למתן פיצוי גבוה בשל אי הפסקת הריון על רקע קיומו של מום "קל" יחסית.

הדילמה בדבר חומרתו של המום המולד עולה במלוא עוצמתה בנסיבות פסק הדין בעניין פלוני שכן בית המשפט קבע שאין להתייחס לנכות הפיזית התפקודית של התובע אלא יש מקום לפצותו רק בגין היחס החברתי הפוגע לו יחשף בעתיד.⁹¹ לצורך הכרעה הכלים המשפטיים שעמדו לרשותו של בית המשפט בעניין פלוני היו מוגבלים ולא סייעו בצורה משביעת רצון לפיתרון הדילמה שבפניה ניצב. בית המשפט הסתמך, כמו רבים לפניו, על עמדת חלק מהשופטים בעניין זייצוב. שם, הוצגו על ידי דעת הרוב שתי עמדות. כאמור, השופטים ברק ושל' לוין קבעו כי בכל מקום שבו תוכח רשלנות רפואית יש להכיר בתביעתו של הילד ללא קשר לחומרת המום.⁹² אימוצה של גישה זו בנסיבות פסק דינו פלוני אכן הובילה להטלת אחריות וחובת פיצוי על הצוות הרפואי. לעומת זאת, השופטים בן-פורת וד' לוין קבעו כי עילת תביעה קיימת בסוג מקרים זה רק במקרים נדירים בהם המום כה חמור עד שחיייו של הילד אינם חיים. לפי עמדה זו, על בית המשפט לקבוע האם המום הוא כה קיצוני המצדיק הטלת אחריות וקביעת פיצוי לילד שנפגע.⁹³ מובן מאליו, שהליכה בדרך זו מחייבת הכרעה ערכית לגבי כל מום ומום אשר באופן רשלני לא מאובחן בעת ההריון ושמוביל

89 ראו דיון מפורט בהקשר זה בהמשך.

90 המחקר שנערך בישראל בסוגיה זו מצביע על הקושי של קבוצות רבות באוכלוסיה (נשים, הורים וצוותים רפואיים) לקבל הבאתו לעולם של ילד הנושא מום או מגבלה. ראו: מחקריה של השילוני-דולב, לעיל הערה 84; וכן מאירה וייס אהבה התלויה בדבר (1991). ועוד: Larissa Remennick "The Quest for the Perfect Baby: Why Do Israeli Women Seek Prenatal Genetic Testing?" 28(1) *Sociology of Health & Illness* (2006) 21

91 בית המשפט משתמש במילותיו של ב"כ התובע וקובע כי נכותו של התובע הינה "סוציאקונומית" שכן העולם בנוי לאנשים בעלי גובה נורמאלי. ועוד מוסיף בית המשפט כי לטענתו של התובע "יהא עליו להתמודד עם המבטים והתגובות של אנשים ל"צורתו המיוחדת". ראו עניין פלוני, לעיל הערה 7, בע' 41. יש לזכור כי חלק מהמומחים הרפואיים שהעידו במשפט קבע כי ייתכן והתובע יגיע לגובה של כ-150 ס"מ.

92 עניין זייצוב, לעיל הערה 3, פסק דינו של השופט ברק. להבהרת העמדות השונות בעניין זייצוב ראו עניין אזולאי, לעיל הערה 4, פסק דינו של השופט מלץ.

93 שם, וכן עניין זייצוב, שם, פסק דינה של השופטת בן-פורת.

ללידה של ילד הסובל מאותו מום. במרבית המקרים, התוצאה של קבלת עמדה זו תהיה הפוכה לזו שהובילו ברק וש' לויץ: דחייה של מרבית התביעות בהולדה בעוולה.⁹⁴ כך גם בנסיבות עניין פלוני: נראה כי נוכח קביעות בית המשפט בדבר אורח חייו ואיכות חייו של הילד התובע אימוץ גישה בן-פורת וד' לויץ תוביל לדחיית התביעה. השופטת גילאור בחרה בדרך שהתוו השופטים ברק וש' לויץ.⁹⁵ ערכית ומשפטית, דרך זו קלה ופשוטה יותר, שכן היא מאפשרת הטלת חובת פיצוי ללא צורך בהכרעה האם המום המדובר שבשלו תובעים הינו חמור דיו על מנת להטיל אחריות וחובת פיצוי. נהפוך הוא: השופטים ברק וש' לויץ שמים את הדגש על ההתנהלות הרשלנית של הגורם הרפואי שנותן את היעוץ/האבחון; אחת שרשלנות כזו מוכחת ונקבעת על ידי בית המשפט מבקשים דיני הרשלנות לקדם את מצבו של הניזוק (שהרי לא ניתן להשיב את מצבו לקדמותו) ולפצותו בין אם המום המולד היה נדיר וחמור ובין אם לא. מידת הנדירות והחומרה תקבע את גובה הפיצוי. המטרה היא לאפשר לילד הניזוק לחיות בצורה ראויה במומו. אבל, כיוון שבית המשפט קובע בענייננו כי הפגיעה אינה פיזית-תפקודית אלא על נובעת מהיחס השלילי הצפוי מהחברה הסובבת את התובע, יש לשאול האם יקדם הפיצוי הגבוה את מצבו של הניזוק, והאם פיצוי נמוך יותר לא היה משיג את אותה מטרה. שאלה זו מוליכה אותנו לדון בגובה הפיצוי שנפסק בפסק הדין בעניין פלוני.⁹⁶

6.ג הפיצויים

השופטת גילאור מודעת היטב לבעייתיות העולה מפסיקתה בשאלת האחריות. אמנם, היא קובעת ש"למחלתו של התובע השפעה ברת פיצוי על חייו"⁹⁷ ומציינת ש"יהא עליו להתמודד מדי יום עם המבטים ועם התגובות של בני האדם לצורתו המיוחדת" אבל, היא קובעת גם ש"טענה זו בעייתית מבחינה מושגית. אם אדם נמוך זכאי לפיצוי בגין מראהו, מדוע לא נפצה גם אנשים מכוערים?"⁹⁸

94 לסקירת הפסיקה בסוגיה זו, ראו להלן הערות 112–115.

95 עניין פלוני, לעיל הערה 7, בע' 30.

96 ראוי לחזור ולציין שההסתמכות על ההלכה בעניין זייצוב אינה מובנת מאליה שכן בעניין זייצוב היה מדובר ברשלנותה המקצועית של היועצת הגנטית (רשלנות רפואית), בעוד שבעניין פלוני אין מדובר ברשלנות רפואית גרידא אלא ברשלנות מנהלית הקשורה לדרך קבלת ההחלטה שהיתה לקיחה.

97 יש לציין כי השופטת גילאור קובעת מפורשות בעניין פלוני כי היא אינה מטילה חובת פיצוי בגין הנכות התפקודית משמע שהיא דוחה אפשרות של הטלת חובה לפצות בגין פגיעה אפשרית ביכולת העתידית של התובע להשתכר (מה שנקרא אובדן כושר השתכרות לעתיד) וזאת למרות שהיא מציינת לדוגמא את עדותו של פרופ' כספי אשר הודה כי לא יהיה מוכן להעסיק רופא במצבו של התובע.

98 עניין פלוני, לעיל הערה 7, בע' 38. נראה, בכל הכבוד, כי קיימת סתירה בקביעות של בית המשפט. מצד אחד קובעת השופטת גילאור כי למחלתו של התובע השפעה ברת-פיצוי על חייו

אין ספק כי דבריה של השופטת גילאור אכן מעלים את השאלה העקרונית שעמדה להכרעה בפני בית המשפט – שאלת טיבו של מום המצדיק מתן פיצוי בנזיקין. אך דבריה אלה של השופטת גילאור המצוטטים כאן, ממצים מבחינתה את הדיון בשאלת הערכת הנזק והפיצוי בפסק הדין. ולא כך הוא.

דברים אלה של השופטת גילאור מעלים לדיון את טיעון המדרון החלקלק הרלבנטי בסוגיה שבפנינו.⁹⁹ בפסק הדין בעניין זייצוב הוטלה אחריות על יועצת גנטית אשר רשלנותה הביאה ללידתו של ילד החולה במחלה הקשה HUNTER אשר פוגעת במערכות גופניות חיוניות רבות.¹⁰⁰ בנסיבות המקרה נראה כי רבים יסכימו כי אכן טוב היה לו לילד התובע, שאול כץ, שלא נולד מאשר שנולד. בעניין פלוני, שני עשורים לאחר מתן פסק הדין בעניין זייצוב, הנסיבות שונות לחלוטין. בעניין פלוני מדובר בילד נמוך קומה עם חוסר פרופורציה בין גפיו לגופו כאשר, לפי קביעת בית המשפט, הוא בריא מכל בחינה אחרת. כלומר, ההחלטה להטיל אחריות בסוג מקרים זה של הולדה בעוולה וחיים בעוולה ראשיתה במקרה שבו הנכות והפגיעה בילד היו קשים מאוד. כשני עשורים לאחר מכן, ובהתבסס על הקביעות העקרוניות בעניין זייצוב, החליט בית המשפט המחוזי בעניין פלוני להטיל אחריות על רופא אשר קיבל החלטה ערכית נכונה אם כי באופן לקוי, החלטה שהובילה ללידתו של הילד התובע כשהוא נמוך קומה בצורה חריגה. האם ארבעת השופטים בעניין זייצוב אשר הטילו אחריות מקצועית על היועצת הגנטית העלו בדעתם שכדור השלג ידרדר במדרון עד שיגיע לנסיבות עניין פלוני.

ההחלטה של בית המשפט לפסוק סכום גבוה כפיצוי בראש הנזק הלא ממוני שולחת מסר בעייתי מבחינה ערכית במיוחד בכל הקשור ליחס החברתי כלפי אנשים עם מוגבלויות. העמדה הערכית שעלולה להשתמע מפסק הדין בעניין פלוני היא כי

(שם, בע' 38). כלומר, נגרם לו נזק עקב המגבלה שעימה נולד. מצד שני קובעת השופטת כי נמיכות הקומה של התובע "אינה כרוכה בתחלואה" כלומר שלמעשה מדובר בנמיכות קומה בלבד ולא במחלה או מום. ראו שם, בע' 13. השופטת חוזרת על כך בע' 14. נראה אם כן כי השופטת אינה קובעת מבחינה משפטית האם אכן מדובר במחלה או שמה מדובר באדם שנולד עם נמיכות קומה וחוסר פרופורציה בין גפיו לגופו. נראה כי הקביעה השניה היא זו שאותה מאמץ בסופו של דבר בית המשפט, שכן הפיצוי ניתן על ההשלכות החברתיות-כלכליות שעלולות להיות לנער התובע נמוך הקומה. כיוון שברור שיש השלכות חברתיות-כלכליות לאדם שמוסכם לגביו (לפי אמרתו של בית המשפט) שהוא מכוער עולה השאלה האם יש מקום לפצות בנסיבות אלה. האם לא ראוי לעשות שימוש בכלים אחרים שיש למשפט ולתחומים אחרים כדי לתקן את היחס החברתי השלילי כפי שנטען על ידי התובע. סתירה פנימית זו בקביעותיו של בית המשפט באשר לנמיכות הקומה של התובע העלה לראשונה ד"ר דניאל שפרלינג בדבריו ביום העיון שבו נדון פסק דין זה. ראו לעיל הערה 28.

99 לדיון נרחב יותר בטיעון המדרון החלקלק בסוגיה זו ראו מאמריהם הנפרדים של הד ושל שפירא, לעיל הערה 68.

100 מדובר במחלה קשה הגורמת בין היתר לפיגור שכלי ועיוות בעצמות וכן לפגיעה במערכות רבות כמו לב וריאות.

טוב היה לילד בנסיבות המקרה שלא היה נולד (שכן הוא תבע על כך שרשלנות הרופא הובילה ללידתו, כלומר שאילו היה מתקיים הליך קבלת החלטה ראוי, ההחלטה שהיתה מתקבלת היתה הפסקת ההריון ואי הבאתו לעולם). המסקנה הפחות דרסטית, אשר אף היא בעייתית, היא כי גם אם מתעלמים מהלידה ומתמקדים במום, הרי שמדובר במום המצדיק קבלת פיצוי גבוה מהמזיק הרשלן. האם היחס של החברה לאנשים נמוכי קומה הוא כזה המצדיק פיצוי כה גבוה? כיוון שהפיצוי ניתן בראש הנזק הלא ממוני המסר החברתי ששולח בית המשפט בעייתי באופן מיוחד, כיוון שהוא מקבל למעשה את טענת התובע לפיה היחס של החברה לאנשים עם מוגבלויות אינו סובלני אלא מתאפיין בריחוק, ניכור, חוסר רגישות, וחוסר יכולת לקבל כל אדם באשר הוא ללא קשר למגבלותיו הפיזיות. מסר נוסף שנשלח על ידי בית המשפט הוא כי חיהם של אנשים נמוכי קומה, ואנשים הנושאים מוגבלות כלשהי, גם קלה יחסית, אינם שווים בערכם ובאיכותם לחיהם של אנשים "בריאים" שאינם נושאים מגבלות אלה. המסר שפסק הדין שולח הוא שחיהם של אנשים עם מוגבלות מזכים בפיצוי על עצם קיומם.¹⁰¹ האם ראוי שמסרים אלה (אשר יש להניח שאינם מכוונים) אכן יישלחו לציבור? או שמא נאמר שכיוון שממילא החברה הישראלית אינה סובלנית ואינה מסבירה פנים לאנשים עם מוגבלויות הרי שמגבלה פיזית היא בהכרח בישראל מגבלה חברתית הצריכה לזכות בפיצוי כספי הולם. אם זו היתה כוונתו של בית המשפט המחוזי, הרי היה עליו לציין זאת מפורשות ולנסות ולהתמודד עם היבט זה.

בהקשר זה עולה תהיה נוספת: גם אם נקבל את קביעתו של התובע באשר ליחס החברתי הפוגעני כלפיו האם בית המשפט צריך לקבל זאת, להשלים עם כך ולבטא זאת באמצעות מתן פיצוי גבוה, או שמא על בית המשפט לשלוח מסר חינוכי והסברתי, גם באמצעות דיני הנזיקין, ולהטיל, אם בכלל, פיצוי נמוך. שאלה זו נוגעת לתפקידו ויעודו של בית המשפט בחברה, אשר נזכרה לעיל. שאלה זו אינה מאפיינת דווקא את הפסיקה בתחום זה אלא באה לידי ביטוי בתחומים רבים גם מחוץ לגדר המשפט הרפואי.¹⁰² שאלה קשה עוד יותר, אשר יתכן ובסופו של דבר מצדיקה מתן פיצוי בנסיבות פסק דין בעניין פלוני היא האם בית המשפט במקרה פרטי זה צריך לשלוח מסר חינוכי והסברתי על גבו של התובע, כלומר לדחות את תביעתו תוך קביעה שאין מדובר בנזק בר-פיצוי. לאלה הסבורים כי אין זה מתפקידו של בית המשפט להוביל מדיניות חברתית התשובה פשוטה: על התובע לקבל פיצוי גם בגין היחס הפוגעני אליו ייחשף במהלך חייו אם יוכיח שייחשף לכך במידה כזו או אחרת. השינוי החברתי, כך ניתן לטעון, צריך להיעשות באמצעים אחרים כמו מערכת החינוך, התקשורת וגורמים אחרים. עבור אלה המאמינים כי אחד מיעודיו של בית המשפט

101 ראו עמדתה של ברויאר, לעיל הערה 28.

102 לדיון בשאלה זו, אם כי בהקשר שונה ראו רועי גילבר "הכל נשאר במשפחה? סודיות רפואית בעידן המידע הגנטי" מאזני משפט ה (תשס"ו) 357, וכן רועי גילבר "הרופא מול המשפחה: תביעות נזיקיות בנושא אבחון התעללות בילדים" משפט ועסקים ו (תשס"ז) 521.

הוא להוביל שינוי תפיסתי וערכי הרי שנסיונות מקרה זה מאפשרות לבית המשפט להתחיל בשינוי ולהוביל מדיניות שונה, אשר אחת מתוצאותיה בהקשר הנזיקי בסוף הדרך עשויה להיות ביטול עילת התביעה של חיים בעוולה או לפחות צמצום היקפה באופן משמעותי.¹⁰³

מנגד, ניתן להשמיע את הטענות הבא: יש להפריד בין כיבוד עמדותיו ורצונותיו של הפרט המסויים שבמקרה שלו דנים (בעניינינו התובע ואמו) לבין התפיסה החברתית שראוי שהציבור בכללותו ידבוק בה. כלומר, החברה וכל אחד מפרטיה יכולים וצריכים לגלות יחס ראוי, סובלני והוגן לאנשים בעלי מוגבלויות אך ללא קשר לכבוד גם את רצונה של האישה המסויימת לא להביא ילד בעל מגבלה קלה ככל שתהיה. במלים אחרות, פלוני יכול לכבד את כל האנשים בעלי המוגבלויות שהוא פוגש ולהעניק להם יחס הוגן וראוי, אבל חופשי להימנע ככל יכולתו מהבאתו לעולם של ילד בעל מגבלה.¹⁰⁴ הגם שטענה זו עשויה לשכנע ניתן לטעון מנגד כי לכל פסק דין, גם זה המתייחס למקרה ספציפי, ולענייניו של אדם מסויים יש השפעה על עיצוב תפיסות הציבור בנושא זה. לעניות דעתי, קשה בכלל, ובפרט בסוגיה זו להפריד את הפרטי מהציבורי ולהיפך.

כך או כך, הרושם שמתקבל מקריאת פסק הדין הוא שהדין של בית המשפט בשאלת הנזק והערכת הפיצויים אינו ממצה. השופטת פוסקת פיצוי גלובאלי אך לא מסבירה באופן מפורט מדוע היא פוסקת פיצוי כה גבוה. בית המשפט יכול היה לנסות לבחון את תפיסתם של נערים ובגירים במצבו של התובע ובני משפחותיהם הקרובים עד כמה הם סובלים חברתית ממצבם. יש להניח שבדיקה היתה מגלה שחלקם לפחות אינו סובל כפי שנטען על ידי התובע, אלא להיפך: חי חיים מלאים, רבי פעילות ואושר.¹⁰⁵ ייתכן, שבדיקה מעמיקה יותר של מחקרים סוציולוגיים שנערכו בישראל באשר ליחס הניתן לאנשים עם מוגבלויות בכלל ולאנשים המוגדרים רפואית כנמוכי קומה היה משקף תמונה מורכבת יותר מהתמונה החד מימדית של סבל חברתי ניכר אותו הציג התובע.¹⁰⁶ בהקשר ספציפי עולה השאלה, אשר לא זוכה למענה בפסק הדין, כיצד הוכיח התובע כי יסבול מיחס חברתי שלילי. נוכח כל זאת, ייתכן שגם אם בית המשפט היה מחליט לפסוק פיצוי, הרי שהפיצוי על אי הנוחות החברתית היה נמוך בצורה משמעותית.

103 במתווה הדומה לגישת בן-פורת וד' לויץ בעניין זייצוב, לעיל הערה 3.

104 תודה לד"ר דניאל שפרלינג ולד"ר יעל השילוני-דולב על התרומה שלהם לדין בנקודה זו.

105 ראו רשימתה של ברויאר, לעיל הערה 28.

106 ראו ספרה של מאירה וייס, לעיל הערה 90, מגלה שהתפיסה של הורים לילדים הנולדים עם מחלה, מום או מגבלה אינו אחיד. אמנם חלקם הגדול, בשלב הראשון מגלה יחס של ריחוק, ניכור ואי נטילת אחריות, אבל כאשר הילד גדל עם הוריו ויתר בני משפחתו, היחס עשוי להשתנות מקצה לקצה.

ד. על גבולותיה של ההלכה בעניין זייצוב

פסק הדין בעניין פלוני שבפנינו מושתת על קביעות בית המשפט העליון בעניין זייצוב. מאז צאתו זכה פסק הדין בעניין זייצוב לעיסוק אקדמי נרחב והוא משמש בסיס לפסיקות בתי המשפט בנושא זה.

כאמור, בקרב דעת הרוב של ארבעת השופטים שקיבלו את התביעה ניצבו שתי עמדות השונות עקרונית זו מזו.¹⁰⁷ עמדתם של ברק ו'ש' לוי'ן לפיה יש מקום להטיל אחריות על רופא שגרם לילד להיוולד כשהוא סובל ממום תהא חומרתו של המום אשר תהא מיושמת בצורה שאינה מעוררת מחלוקת כאשר מדובר במום קשה, אשר ניתן להסכים לגביו שהסבל שהוא מטיל על הילד עולה על ההנאה מעצם החיים עצמם. גישתם של ברק ו'ש' לוי'ן הופכת בעייתית יותר ויותר ככל שעוצמתו וחומרתו של המום פוחתת, ומגיעים למומים שאין לגביהם הסכמה חברתית שיש לפצות בגינם, בעיקר נוכח התפיסה של אנשים עם מוגבלויות מלידה כי חיים במום יכולים להיות חיים מלאים ומאושרים. האם גם במצב שכזה יש מקום לפצות, כאשר רשלנותו של הרופא לא רק הביאה לעולם את המום אלא הביאה לעולם גם חיים.¹⁰⁸ השופטים ברק ו'ש' לוי'ן מדגישים כי כיוון שהרופא התרשל ונגרם נזק הרי שיש מקום להטיל בשל כך אחריות.¹⁰⁹ אין ספק שיש בגישה זו לענות על לפחות חלק ממטרות דיני הנזיקין ובראשן הרתעה, צדק מתקן ואף צדק חלוקתי (בהיות הצוותים הרפואיים מבוטחים, מפזרי נזק טובים יותר ומונעי נזק זולים יותר). אבל, השופטים ברק ו'ש' לוי'ן אינם ערים מספיק למסר החברתי הבעייתי שפסיקתם שולחת כאשר המום הינו "קל" יחסית. האם גם אז, מבחינה חברתית כמו גם משפטית, הנזק עולה על התועלת שבעצם ההנאה מהחיים עצמם? שאלה זו לא עמדה בבסיס ההכרעה בעניין זייצוב נוכח מידת חומרתו של המום. מצד שני, עומדת כאמור עמדתם של השופטים בן-פורת וד' לוי'ן. השופטת בן-פורת קובעת שרק במקרים קיצוניים שבהם המום חמור ישא הרופא באחריות לנזק שנגרם.¹¹⁰ עמדה זו פותרת כביכול את הקושי העולה מעמדתו של השופט ברק שכן במרבית המקרים, כשמדובר במום שאינו קשה באופן משמעותי לא תוטל אחריות על הצוות הרפואי הרשלן וזאת נוכח הערך הרב וההנאה שיש בחיים עצמם של אלה הנושאים מום שאינו "חמור" יחסית.

107 הקביעה כי דעת הרוב מורכבת מעמדותיהם של בן-פורת, ברק, ש' לוי'ן וד' לוי'ן וכי שופטי הערכאות הראשונות רשאים לבחור באחת משתי הגישות שבדעת הרוב נקבעה כאמור בעניין אזולאי, לעיל הערה 4.

108 אינני נכנס כאן לטיעון הפילוסופי העקרוני לפיו גישתו של ברק אינה אפשרית הלכה למעשה שהרי לא ניתן היה להביא לעולם את שאול כץ ללא מום, אלא כל שניתן היה להביא ילד אחר, בעל זהות ומאפיינים שונים מאלה של שאול כץ. ראו בהרחבה הד, לעיל הערה 68.

109 השופט ברק בעניין זייצוב, לעיל הערה 3, בפיסקאות 19–22.

110 השופטת בן-פורת בעניין זייצוב, שם, בעיקר בפיסקה 2.

אבל, גם עמדתה של השופטת בן-פורת אינה נקיה מספקות. עמדה זו אינה מסייעת לקבוע באילו מקרים תוטל אחריות ובאילו לא. מהו אותו מום חמור המצדיק הטלת אחריות? מהו אותו מום קל אשר אינו מצדיק הטלת אחריות? האם שאלות אלה הושארו בכוונה ללא מענה מפורש ומדוייק? כמו השופטים ברק ושל' לוי, נראה כי השופטים בן-פורת וד' לוי מתחמקים מקביעה של עמדה ערכית ברורה: מהי חומרתו של מום המצדיקה הפסקת הריון או פיצוי באם ההריון לא הופסק במועד. זהו למעשה הקושי בעניין זייצוב. על קושי זה עמדו כמעט כל השופטים שהכריעו בתביעות מסוג זה,¹¹¹ כאשר באופן מפתיע עד לפסק הדין בעניין פלוני לא נדרשו השופטים בערכאות השונות לקבוע עמדה חד משמעית.

הפסיקה ככלל, נוטה ללכת אחר עמדתם של השופטים ברק ושל' לוי, ומטילה אחריות על רופאים המתרשלים באי מניעת מום בעובר במקרים רבים.¹¹² בחלק גדול מפסקי הדין ניתן למצוא אמירות של שופטים הקובעים כי גישת השופטים ברק ושל' לוי נראית להם יותר. מצד שני, ניתן לראות שחלק לא מבוטל מהשופטים גם קובע שנוכח עוצמתו של המום שבו הם עוסקים, ניתן היה להגיע לאותה הכרעה גם לפי גישתם של השופטים בן-פורת וד' לוי.¹¹³ אבל, עמדה המצדדת באופן מפורש בגישת השופטים בן-פורת וד' לוי קשה למצוא.¹¹⁴ מעניין לציין שהשופטת גילאור

111 לפסיקה שניתנה מאז פסק הדין בעניין זייצוב ועד לכתובת רשימה זו ראו להלן הערות 112–115.
112 כך למשל: ת"א (י"ם) 697/94 רחל רוזן נ' הדסה ואח', תק"מ 97(3) 2825 (מחלה תורשתית בשם ציטרולינמיה); ת"א (מחוזי-י"ם) 1591/96 אסף יהודה נ' מרכז רפואי אסף הרופא, תשס"א (1) 505, פסיקה 21 (פיגור שכלי, הפרעות התפתחותיות, אפילפסיה); ת"א (מחוזי צת"א) 2314/00 פלומבה אוראל נ' קופת חולים כללית, מאגר נבו, מיום 12.7.2005 (עיוורון); ת"א (מחוזי-י"ם) 577/95 שושני נ' ד"ר יגל, מאגר נבו, מיום 8.4.2002, פסיקה 39 (פיגור שכלי, פיגור מוטורי, פיגור התפתחותי ועוד); נראה כי השופט שפירא נוטה גם הוא לגישתם של ברק ושל' לוי בת"א (מחוזי-י"ם) 7482/05 פלוני נ' ד"ר כסיף, מאגר נבו, מיום 25.1.07 (תסמונת דאון).

113 ת"א (מחוזי-י"א) 1165/92 פלוני נ' ד"ר שלו, פ"מ תשנ"ה (3) 197 (חוסרים בחלק מהגפיים וכן פגיעות אחרות בגפיים); ת"א (י"ם) 859/94 עמור רעות נ' מדינת ישראל, דינים מחוזי לג(7) 4, ס' 8 לפסק הדין (תסמונת דאון); ת"א (מחוזי-י"א) 1226/99 א' ל' (קטין) נ' ד"ר יניב, מאגר נבו, מיום 29.3.2005 (תסמונת דאון ומומים קשים נוספים); ע"א 119/05 חליפה נ' משרד הבריאות, מאגר נבו, מיום 10.9.2006, השופטת ברלינר, סעיף 26 לפסק הדין (ספינה ביפידה); ת"א (מחוזי-חיפה) 1034/01 קרצמן נ' שירותי בריאות כללית, מאגר נבו, מיום 21.11.2007, פסיקה 24 (פיגור שכלי קשה ושיתוק מוחין).

114 דוגמא לכך ניתן למצוא בהמ' (מחוזי – חיפה) 4993/90 מדינת ישראל נ' שרית אזולאי, תשנ"א (2) 29. ההחלטה הזו כאמור, נהפכה בעניין אזולאי, לעיל הערה 4. השופטת דברת בפסק דין שניתן לאחרונה מצדדת בעמדתה של השופטת בן-פורת בעניין זייצוב. ראו: ת"א (מחוזי-ב"ש) 3344/04 ר.ו.ו. נ' מכבי שירותי בריאות, מאגר נבו, מיום 31.08.08 (להלן: עניין ר.ו.ו.). פסקה 12: "במחלוקת שבין השופטת בן-פורת לזו של השופט ברק (כתוארו דאז), דעתי כדעתה של השופטת בן-פורת. אין מנוס להתמודד עם השאלה של טוב מותי מחיי עם כל הקושי הנובע מכך. הפתרון של השופט ברק מעשי הוא אך אינו עולה בקנה אחד עם מהות ומשמעות דיני הנזיקין".

הביעה את דעתה באופן מפורש רק בעניין פלוני, כאשר בפסיקה קודמת לא הכריעה בשאלה זו.¹¹⁵

סקירה זו מביאה אותנו לשאלה הקשה שהובאה לפתחו של בית המשפט המחוזי בחיפה בעניין פלוני. כאמור, השופטת גילאור בחרה ללכת אחר דרכם של השופטים ברק וש' לויין בעניין זייצוב. אבל, בעניין פלוני הפיצוי לא ניתן בשל המגבלה הפיזית, אלא בשל אי נוחות חברתית שממנו יסבול התובע. אמנם, השופטים ברק וש' לויין קובעים כי כל נזק שהוא בר-פיצוי בנוזקין הוא בר-פיצוי גם בתחום זה של הולדה בעוולה, במיוחד בכל הקשור לתביעות ההורים,¹¹⁶ אבל כיוון שבמקרה שבפנינו מדובר במתן פיצוי בגין הסבל החברתי שסבל ויסבול הילד, עולה השאלה האם אכן מדובר בסבל חברתי כה גדול המצדיק מתן פיצוי גבוה כמו זה שנפסק.

הפסיקה מעוררת המחלוקת בעניין פלוני עומדת בניגוד להערכת חלק המלומדים אשר כתבו בנושא זה. פרופ' עמוס שפירא ופרופ' דוד הד, אשר חלוקים במספר סוגיות בנושא זה לא חששו כלל מפני המדרון החלקלק אשר הביא בסופו של יום להכרעה שניתנה בעניין פלוני. פרופ' שפירא דוחה במפורש את האפשרות שעמדתו של השופט ברק תוביל לקביעה של בית משפט בישראל שרופא שלא מנע את לידתו של אדם נמוך קומה ישא באחריות נזיקית.¹¹⁷ פרופ' שפירא כותב:

"מומים גנטיים, דוגמת 'מחלת הנטר', מהווים בעליל נזקים גופניים בני פיצוי לפי המוסכמות החברתיות המקובלות, כביטויין בעקרונות דיני הנזיקין. הכרה בכך אינה מובילה בהכרח לסיווג המשפטי של קומה נמוכה, צבע עור כהה ועיניים שחורות כנזק בר-פיצוי. בית המשפט המוכן להיעתר לתביעת 'חיים בעוולה', המוגשת על ידי תינוק מוכה פגם גנטי, אינו כופת עצמו בעובדות של לוגיקה, ערכים ומדיניות משפטית לנהוג כך כמי שנולד נמוך, כהה ושחור עיניים."¹¹⁸ [ההדגשה שלי – ר' ג']

פרופ' הד מסכים עם פרופ' שפירא בנקודה זו.¹¹⁹ כך או כך, דיון בנוגע לטיבו של המום ותפיסתו החברתית נעשה באופן בלתי

115 ראו: ת"א (מחוזי-חיפה) 834/02 פלוני נ' ד"ר דן אבידן, מאגר נבו, מיום 25.2.2007 (תסמונת גולדנהר, אשר באה לידי ביטוי בסדרת מומים במבנה הגולגולת, המוח והפנים); וכן ת"א (מחוזי – חיפה) 745/02 המר ליאור נ' פרופ' עמי עמית, תק-מח 2006 (4) 10603 (חסר כף יד שמאל). מעניין לציין שהשופטת גילאור באמרת אגב בפסק הדין זה כתבה שלא ראוי בעיניה לומר על ילדה שמומה קל יחסית (חסר בכף יד) כי טוב מותה מחייה. השופטת דברת בעניין ר.ו, שם, בפסקה 12, נוקטת בעמדה זוהי: "...כשמדובר במום כמו של ר', של חסר של האמה שלא יהיה כדי לשנות או להשפיע השפעה של ממש על תפקודו וחיי, אין מקום לפיצוי."

116 השופט ברק בעניין זייצוב, לעיל הערה 3, בפיסקאות 20–21.

117 שפירא, לעיל הערה 68, בע' 253.

118 שם, בע' 253–254.

119 הד, לעיל הערה 68, בע' 260.

ממצה בפסיקת בתי המשפט בישראל עד כה. ניתן ורצוי היה להיכנס לדיון מעמיק הרבה יותר, לפחות כמו זה שנעשה בחוזר משרד הבריאות החדש.¹²⁰ ייאמר מייד, לשאלה זו של מידת עוצמתו של מום המצדיק נקיטה באמצעי משפטי (הפסקת הריון או הטלת אחריות בגין אבחון רשלני) אין תשובה מוסכמת פשוטה וברורה, וייתכן שאין לגביה הסכמה חברתית כלל. אבל, ראוי היה לכל הפחות במסגרת דיון בפסק הדין להעלות את השאלות הללו ולהצביע על השיקולים המתנגשים. ייתכן שכתוצאה מכך ניתן היה לקבל החלטה המעניקה פיצוי נמוך מזה שניתן המשקף למעשה את התפיסה החברתית הרצויה של מומים גנטיים מולדים שאינם קשים.

ה. סיכום ומבט לעתיד

ניתוח פסק הדין בעניין פלוני מצביע על כך שבחינת יסודות עוולת הרשלנות בנסיבות פסק הדין אינה ממצה ואף אינה מדויקת. באשר לילד התובע קיים ספק רב, אשר אינו נדון בצורה מעמיקה, האם אכן נגרם לו נזק. האם לידתו במצבו אכן משקפת נזק בריפיוני בניזקין. גם אם התשובה לשאלה זו חיובית, הרי שקיים ספק האם יש קשר בין מחדלי ועדת העל (או פרופ' כספי) בנסיבות הארוע לבין נזק זה, שכן לפי קביעת בית המשפט, איתה יסכימו מלומדים רבים וחלקים גדולים בחברה הישראלית, ההחלטה שלא להפסיק את ההריון היתה סבירה, כלומר שנכון היה שלא לאשר את בקשת האם שלא ללדת את בנה. מכאן, שלא ברור כיצד הטיל בית המשפט על פרופ' כספי אחריות כלפי הילד התובע.

באשר לאם התובע הניתוח המשפטי לא מעלה ספקות. לאם התובע אכן נגרם נזק. ראשית, היא נפגעה בכך שזכויותיה הדיוניות לא כובדו, שלא הופיעה בפני ועדה אשר להחלטתה היתה השלכה מכרעת לגבי חייה וגופה ומכאן שגם היכולת שלה לממש את רצונה להפסיק הריון נפגעה. במלים אחרות, זכותה של האם לאוטונומיה נפגעה ועל כך נקבע במשפט הישראלי ניתן לפצות.¹²¹ יותר מכך, ייתכן גם כי לאם התובע נגרמו נזקים כלכליים טהורים כתוצאה מהצורך לאבחן את בנה או לספק לו טיפול בשלב כזה או אחר של חייו וזאת נוכח מגבלתו. אין ספק כי נזקים אלה הם תוצאה של החלטת פרופ' כספי שלא להפסיק את ההריון אשר התקבלה באופן לקוי. אבל, אמו של התובע אינה צד בתביעה זו, ולכן אין כל רלבנטיות לכך שמחדליו של פרופ' כספי פגעו באינטרסים אלה. עמדתי היא, כי במקרה שבפנינו היה מקום לדחות את תביעת הילד ולקבל את תביעת האם ולפצותה בגין הפגיעה באוטונומיה.¹²²

120 הגם שניתן להשמיע ביקורת רבה גם על קביעות החוזר. ראו החוזר החדש, לעיל הערה 1.

121 ראו עניין דעקה, לעיל הערה 8.

122 לעמדה זו שותפים גם פרופ' עמוס שפירא וד"ר שגית מור אשר הביעו זאת ביום העיון שנערך בנושא ושהוקדש לפסק הדין בעניין פלוני. ראו לעיל הערה 27.

הפסיקה בסוגיה זו של ילד אשר נושא מום מולד מבחינה בין תביעתם של ההורים כנגד הרופא שהתרשל לבין התביעה של הילד שנולד כנגד הרופא הרשלן.¹²³ גם המלומדים מתייחסים להבדל זה. פרופ' הד מדגיש כי בסוג המקרים כמו זה של עניין פלוני, כאשר מדובר במום שאינו חמור (כמו חרשות), להורים נגרם נזק ויש להם עילת תביעה כנגד הרופא אך קיים ספק האם לילד יש עילת תביעה.¹²⁴ נסיבות פסק דין בעניין פלוני מדגישים את ההבדל שקיים בין תביעות ההורים לתביעות הילד ונראה כי פסק הדין לא נתן את הדעת מספיק להבחנה זו.

בסופו של יום, השאלה אשר עמדה במרכז ההכרעה בעניין פלוני היא שאלת הנזק. האם אכן מדובר בנסיבות המקרה בנזק בר-פיצוי. לו היה מתחיל בית המשפט המחוזי בחיפה לדון בשאלה זו, ולו היה דן בכך באופן מעמיק וממצה, תוך שמיצת עדותם של אנשים נמוכי קומה ובני משפחותיהם, למשל, וקבלת עדותם של סוציולוגים, פסיכולוגים ואנשי מקצוע אחרים נראה שניתן היה להגיע להכרעות מדוייקות יותר מבחינה משפטית ולהכרעות ראויות יותר מבחינה ערכית וחברתית.

כעת, משניתן פסק הדין בעניין פלוני, נמצאת הפסיקה בישראל בצומת הדורשת הכרעה. על פסק הדין בעניין פלוני הוגש ערעור לבית המשפט העליון, ובעת כתיבת רשימה זו טרם ניתנה בו הכרעה. בית המשפט העליון, יכול, עקרונית, שלא להכריע בשאלה נשוא רשימה זו, במיוחד אם ייקבע שלא ניתן להטיל אחריות על הנתבעת נוכח סבירות ההחלטה של פרופ' כספי או נוכח קלותו של המום (אימוץ גישתם של השופטים בן-פורת וד' לוי).

אבל, לעניות דעתי, חרף המשימה הקשה והנטל הכבד שהיא מטילה על השופטים העוסקים בה, יש מקום להכריע בשאלת טיבו של המום המצדיק הטלת אחריות וחובת פיצוי בנזיקין. בהעדר הכרעה בשאלת הנזק, או בשאלה של עוצמת המום וטיבו, יפתח הפתח בפני הורים וילדים רבים להגיש תביעות על מומים קלים, כאשר הלכה למעשה מדובר בילדים שהשתלבו במסגרות חיים רגילות ונזקם אינו שווה לערך הרב שיש בקיומם של החיים עצמם. אם כתוצאה מפסק הדין בעניין פלוני יתקבלו תביעות רבות כשמדובר במומים "קלים" יחסית הרי שהמסר החברתי שיתקבל יהיה בעייתי, שכן משמעותו תהיה שהחברה רואה בחיים של אנשים בעלי מוגבלויות לא קשות כחיים שאינם שווים בערכם לחייהם של אנשים "בריאים" וכי יש להטיל חבות לפצות על מי שהיתה לו יד ביצירת חיים אלה. מסר כזה ינציח את הריחוק, הניכור, הסלידה וחוסר הסובלנות הקיימים במידה רבה בחברה הישראלית כלפי אנשים עם מוגבלויות.¹²⁵

123 עניין זייצוב, לעיל הערה 3, פסק דינם של השופטת בן-פורת ושל השופט ברק.

124 ראו הד, לעיל הערה 68, בע' 260.

125 בהקשר הספציפי של יחסם של הורים לילדים שנולדו עם מומים ומחלות ראו וייס, לעיל הערה 90; וכן: Mira Bluebond-Langner *In the Shadow of Illness: Parents and Siblings of the Chronically Ill Child* (New Jersey, 1996).

בנוסף, מתן גושפנקא לפסיקת בית המשפט המחוזי בעניין פלוני, או לחילופין, העדר הכרעה בשאלה המרכזית שעמדה לדיון במסגרת רשימה זו, משמעותה מתן עדיפות לעקרון כיבוד האוטונומיה של הפרט ולאינטרס השמירה על שלמות הגוף על פני עקרון קדושת החיים והאינטרס החברתי שיש במימוש פוטנציאל החיים בשלב החיות של העובר. הכרעה שכזו, גם בחברה ליברלית כמו החברה הישראלית, הינה קשה ואינה מובנת מאליה. האיזון, לעניות דעתי, יכול להיעשות באופן אחר, גם במחיר של העלאת רף ההתערבות של המדינה בחייה של האישה ההרה בנסיבות שבהן עולה חשד לקיומו של מום בעובר.

יש לזכור כי במקרה נשוא רשימה זו, נולד ילד נמוך קומה אשר השתלב בצורה טובה בחברה וחי עד כה חיים מלאים. מתן פיצוי במקרה שכזה לילד (ולא להוריו) יקדש ויחזק את החתירה של החברה לשלמות גוף, ידגיש כי צורתו של הקנקן חשובה מתוכנו, ויצדיק את השאיפה של נשים רבות בישראל להוליד "ילד מושלם". אין ספק כי לבית המשפט העליון יש כעת הזדמנות לשלוח מסר חברתי אחר מזה שעולה מפסק דינו של בית המשפט המחוזי בעניין פלוני ולהתחיל ולדון בקביעת מגבלות בקבלת תביעות מסוג זה. תקוותי היא כי השופטים יעמדו באתגר הקשה הניצב בפניהם.