

מאמר המערכת: בין אוטונומיה אימהית לזכויות העובר -

היבטים של חברה, משפט ומוסר

מאת

גיל סיגל*

הסובלנות, הרגישות לשונה והדאגה לחלש הם חלק מהמסורת היהודית לדורותיה ומהחברה בעלת המאפיינים הסוציאליים שאנו חיים בה כיום בישראל. מתוך כך אנו מחויבים לרתום את היכולת הטכנולוגית והרפואית, כמו גם את המשאבים החברתיים, לקידום מטרות חשובות אלו. ובאותה מידה היינו מבקשים גם לחזות במעשי החקיקה והפסיקה היוצאים תחת ידי הרשות המחוקקת והשופטת, בהתאמה. הסיבה לכך היא, שבתחומים רבים הכרעות בתחום המדיניות החוקית והמשפטית תתורגמנה לכלל ביטוי והשפעה על תפיסות חברתיות של רצוי מול לא-רצוי, או של מקובל או שמא דחוי.

אני מבקש להתמקד במאמר מערכת זה ביחס הראוי בחברה הישראלית לעובר ולילד שנולד במום. סוגיה זו מקפלת בתוכה טכנולוגיה מדעית, עשייה רפואית, תפיסות חברתיות והכרעות שיפוטיות באופן שלא רק מרתק מן הבחינה האינטלקטואלית, כי אם מחייב הכרעות קשות.

פוריות ולידה הם תחומים שישיראל המודרנית שכללה וקידמה לראש סדר העדיפויות. מתוך כך, טיפול ומניעה של עקרות הורים מחד, והפחתת תחלואה בילוד מאידך הם תהליכים רפואיים, כמו גם חברתיים רבי משמעות. כך, מספר יחידות ההפריה החוץ-גופית ביחס לגודל האוכלוסיה בישראל הוא מהגבוהים בעולם,¹ מספר מחזורי הטיפול ההורמונאלי לאוכלוסיה הוא הגבוה בעולם וללא מחסום כלכלי משמעותי,² אחוז הילדים שנולדים מהפריה חוץ-גופית עולה בהתמדה (מ-2.6 ל-3.3 אחוזים מכלל הלידות בישראל),³ ביצוע בדיקות רפואיות

* מרצה בכיר, הפקולטה למשפטים, הקריה האקדמית אונו. פרופ' אורח, הפקולטה למשפטים University of Virginia, חוקר בכיר, מכון גרטנר למדיניות בריאות. המחבר מודה לד"ר ר. קליינמן, ד"ר א. גיאברין, עו"ד ט. אגמון, ד"ר נ. סיגל, עו"ד ח. מרגלית, ומר אביעד דוויק על הערותיהם הטובות והמועילות.

1 יחד עם פינלנד ויוון. ראה: John A. Collins, *An International Survey of the Health Economics of IVF and ICSI*, 8 HUMAN REPRODUCTION UPDATE 265 (2002).

2 שם, עמ' 268.

3 משרד הבריאות - האגף לרישוי מוסדות רפואה ומכשירים מיוחדים (שמור בקובץ במערכת כתב העת, לא פורסם).

במהלך הריון בישראל גבוה במיוחד,⁴ וקבוצות חולים מהאוכלוסייה היהודית בארץ ובארצות הניכר תומכים ומשתתפים במחקרים לגילוי גנים האחראים למחלות. ברם, מחקרים חוזרים בשנים האחרונות מתחומי הסוציולוגיה האמפירית הדגימו גוון בעייתי בחברה הישראלית בכל הנוגע לתפיסה החברתית של הילד הרצוי להוריו מן הבחינה הגופנית.⁵ מובן כי כל הורה שואף לטוב ביותר עבור צאצאיו, אך בתוך המירוץ לטוב ביותר, יש לבחון את עמדתנו כלפי אלו אשר אינם עומדים בציפיות של הסובבים אותם. מסתבר כי בכל הנוגע לילדינו, כחברה, יש בנו פחות סובלנות. אנו רוצים לא פחות מילד מושלם, ואם ניתן - יש לדאוג לכך כבר בשלבים המוקדמים, קרי שלב ההריון והלידה.⁶ ואכן, מספר בדיקות מי השפיר ומגוון הבדיקות הגנטיות המבוצעות במהלך ההריון בישראל נחשב כגבוה, וההתערבויות להפסקת הריון על רקע מומים בעלי דרגת חומר משתנות שכיחות.⁷

ברם, מהי התרופה המשפטית להולדת ילד בעל מום, ואיזה מום הוא בר פיצוי?⁸

4 וראה:

Rosa Gofin et al., *Screening Tests un Prenatal Care: A National Study in Israel* 6 ISRAEL MEDICAL ASSOCIATION JOURNAL 535 (2004)

5 וראה:

Yael Hashiloni-Dolev, *Genetic Counseling for Sex Chromosome Anomalies (SCAs) in Israel and Germany: Assessing Medical Risks According to the Importance of Fertility in Two Cultures*, 20 MEDICAL ANTHROPOLOGY QUARTERLY 469 (2006). Yael Hashiloni-Dolev, *Between Mothers, Fetuses and Society: Reproductive Genetics in the Israeli-Jewish Context*, 12 NASHIM: A JOURNAL OF JEWISH WOMEN'S STUDIES AND GENDER 129 (2006). MEIRA WEISS, *THE CHOSEN BODY: THE POLITICS OF THE BODY IN ISRAELI SOCIETY* (2002). Meira Weiss, *War Bodies, Hedonist Bodies: Dialectics of the Collective and the Individual in Israeli Society*, 24 AMERICAN ETHNOLOGIST 813 (1997). Barbara Prainsack and Ofer Firestone, *'Science for Survival': Biotechnology Regulation in Israel* 33 SCIENCE AND PUBLIC POLICY 33 (2006).

יש לציין כי יש אוכלוסיות הממקדות את מאמציהם בשלב מוקדם עוד יותר - בשלב טרם הנישואין. פרויקט שכזה מתקיים בקהילה החרדית והאורתודוקסית ונקרא "דור ישרים". לוז התוכנית הוא ביצוע בדיקות סקר לצעירים בגילאי התיכון ושמירת הנתונים במאגר. עם הצעת שידוך, שני בני הזוג המיועדים מותאמים במאגר, ובמידה ושניהם נושאים גן רציסיבי למחלה שנסקרה, מודיעים לזוג המוצע כי השידוך אינו מומלץ. בדרך זו מנעו בעשור האחרון בקהילות אלו באופן מוחלט לידות ילדים עם טאי זקס. לניתוח מפורט ראה:

Gil Siegal, *Looking for Ms or Mr Gene Right: Premarital Genetic Screening* AMERICAN INSTITUTE OF BIOLOGICAL SCIENCES (2007), www.actionbioscience.org/genomic/siegel.html.

7 כך צוטט יושב ראש האיגוד למיילדות וגניקולוגיה, פרופ' אליעזר שלו, המסכים כי המצב כיום בישראל מתירני בצורה קיצונית:

"היום יש גישה של מתירנות בהפסקות הריון מאוחרות במצבים לא קיצוניים. זו מתירנות בלתי רגילה, יותר מבכל מקום אחר בעולם. בישראל מפחדים מההריג ומאשרים הפסקות הריון גם למומים שאפשר לחיות איתם".

ראה: אמנון מרנדה ומיטל יסעור-בית אור "הצעה: לאסור הפלות לאחר השבוע ה-22 להריון" www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-3478510,00.html 3.12.2007 YNET

8 השופט ברק בע"א 518/82 זייצוב נ' כץ, פ"ד מ(2) 85, 100 (1986) (להלן: "פרשת זייצוב") אומר: **"אכן, השתנה היחס של האדם לעצמו, להוריו ולחברה שבה הוא חי. מה שבעבר נתפס כגורל מתאכזר, המטיל אסון שאותו נושא האדם על כתפיו הוא, בחינת 'על כרחך אתה נוצר, על כרחך אתה נולד, ועל כרחך אתה חי' (משנה, אבות ד, כב), הולך ונתפס כאירוע, שלחברה עניין בו, ביצירתו, במניעתו ובפיצוי עליו. לא רחוקה הדרך מכך ועד לבחינת השאלה, אם אין קיום המום עשוי להטיל אחריות משפטית על מאן דהוא".**

מן הבחינה הנזיקית הצרופה, במידה והמום של הילוד נגרם בשל פעילות רפואית רשלנית (כמו לדוגמא, ניהול לידה רשלני, עיכוב בזיהוי מצוקת עובר או עיכוב בביצוע ניתוח קיסרי), הדין מעניק תרופה לנפגע כנגד המעוול. הנזק, ובשל כך הפיצוי, ייגזר מהשוואת מצבו של הילד אלמלא האירוע הרשלני (ילד בריא) למצבו הנוכחי (במומו). דיני הנזיקין הרבו לטפל בכך, ובזאת לא נעסוק ברשימה זו.⁹ הקושי הוא בסוג המקרים בהם המום לא נגרם בשל רשלנות של מאן דהוא אלא נגרם באופן עצמוני, והטענה לנזק נובעת מהלידה והקיום במום.

והנה, לאחרונה נקבעה בבית המשפט המחוזי בחיפה רשלנות ונפסק פיצוי כספי בגין אי-מניעת לידתו של התובע,¹⁰ וזאת כיוון שבעת ההריון היה קיים חשש משמעותי כי בבגרותו יגיע לגובה הנמוך מהסטנדרד הנורמאלי לאוכלוסייה. בפרשה מעוררת מחלוקת זו אני מבקש לעסוק, מכיוון שהיא מחזקת את נטייתה של החברה הישראלית לכיוון של "Perfect Baby Society".

באם נפגעת בגופך או ברכושך, הרי שעל פי המשפט האזרחי פתוחה בפניך הדרך לתביעה על מנת לקבל פיצוי שמטרתו המוצהרת היא "השבת המצב לקדמותו" - להשיב את הנפגע למקום בו היה לפני הפגיעה, לפני מעשה העוולה, ככל שכסף יכול לשמש כפיצוי. כך אנו מעריכים ממונית נזקים של קיצור שנות חיים, אובדן הכנסה, ירידת ערך נכס, פגיעה בשם טוב וכדומה. במקרה הפרטי של "הולדה בעוולה", התובע מבקש פיצוי ממזיק אשר גרם נזק בכך שהמזיק שגרם לו להיוולד, דן אותו לחיים. המקרה הטיפוסי הוא תביעות של ילדים שנולדו עם מומים קשים אשר היו צריכים להיות מאובחנים על פי יעוץ גנטי או במהלך ההריון, ובשל הרשלנות של הרופאים באבחון מומים אלו עוד בעת ההריון, ההריון הסתיים בלידה של תינוק חי אך בעל מומים. במקרים קשים אלו עומדת בפני השופט הדילמה הבאה: מצד אחד, המום עצמו לא נגרם בשל רשלנות של אף אדם, אלא הוא תוצאה מצערת של הפרעה גנטית או הפרעה התפתחותית במהלך ההריון. מצד שני, ברור כי הילוד סובל מנזק גופני, ואזי נשאלת השאלה האם ועל מי לפצותו. וכאן שורש הבעיה – אילו אובחן העובר בעת ההריון - הייתה האם עוברת הפלה ומפסיקה את ההריון והתינוק המסוים הזה לא היה בא לעולם. כלומר – רק בשל הרשלנות באבחון בעת ההריון זכה הילד לחיים עצמם. במקרים אלו השאלה המרכזית היא, האם יתכן שחיים כבעל מום יהיו קשים כל כך עד שנאמר – "טוב מותי מחיית"?

9 עדי אזור ואילנה נירנברג **רשלנות רפואית** (מהדורה שניה, 2000); שמואל ילינק **הולדה בעוולה: זכויות תביעה ופיצויים** (1997).

10 ת"א (מחוזי חי') 259/02 **פלוני נ' מדינת ישראל**, מערכת משפטית נבו (2007) (להלן: "עניין פלוני"). לפסק דין זה אתייחס בהרחבה בהמשך.

כיוון שהשופט אמור לקבוע את שיעור הפיצוי על ידי הערכה של המצב לפני הרשלנות ובלעדיה אל מול המצב לאחר הרשלנות, אנו עומדים בפני מצב בלתי פתיר – כיצד נעריך את ערכו של "החידלון" – את המצב האופטימאלי של הילד התובע (שפירושו – טוב מותי מחיי) אל מול הערכת שווי חייו כיום, במומו?! אכן, במספר מדינות בעולם המחוקק אסר מפורשות על הגשת תביעות שבמהותן עומדת העדפת המוות על פני חיים, ולא חשוב עד כמה פגומים חיים אלו.¹¹

שתי גישות התבססו במשפט הישראלי, כפי שהובעו בפסק הדין הידוע בפרשת **זייצוב**.¹² הגישה הראשונה (כפי גישת השופט ברק, אליו מצטרף השופט ש. לוי) סוברת כי הדרך לפתור את הקושי היא בעקיפתו. דרך המלך לפי דיני הנוזיקין הייתה להשוות את המצב של אי-חיים למצב של חיים במום, אלא שאז נתקשה מאוד לקבוע, שאי-חיים הוא מצב טוב יותר, ולכן בית המשפט מנסה לעקוף מכשלה זו. קרי – אנו נשווה את מצבו של הילד הנוכחי אל מול ילד בריא, וכך נקבל משוואה שהנתונים בה ידועים, וערך הפיצוי נהיר:

"גישתי שלי מבוססת על כך, כי חובת הזהירות המושגית של הרופא מטילה עליו לנקוט אמצעי זהירות סבירים, כדי שחייו של הקטין יהיו ללא מום. מכאן גם זכותו של הקטין, כי לא תהא התרשלנות, אשר תעשה את חייו לחיי מום. אין לו לקטין כל זכות לאי-חיים. האינטרס, אשר הדין מגן עליו, אינו האינטרס של אי החיים אלא האינטרס של החיים ללא מום. על-כן הנזק, שלו אחראי הרופא המתרשל, אינו בעצם גרימת החיים או במניעתם של אי החיים. הנזק שלו אחראי הרופא הוא בגרימתם של חיים פגומים. על-כן גם הערכתו של נזק זה אינה צריכה לקחת בחשבון את המצב לאי החיים".¹³

11 סקירת דין משווה בנושא זה ניתן למצוא אצל רונן פרי "להיות או לא להיות: האם זו השאלה? תביעות נזיקין בגין "חיים בעוולה" כטעות קונספטואלית" **משפטים** לג 507, חלק א.1. (התשס"ג). על המקורות המופיעים במאמר זה ניתן להוסיף שני פסקי דין שניתנו במאי 2006 בבית המשפט הגבוה באוסטרליה, בהם נקבע שאין מקום ואפשרות לחייב בתשלומי נזיקין את הרופאים במקרים כאלה וכי אין להעריך כלל את הנזק כאשר משווים את החיים עם מומים לעומת חוסר חיים בכלל: 16 H.C.A. 2006 [Waller v James]; 2006 [Harrington v Stephens] H.C.A. 15 בצרפת בית המשפט פסק שניתן לחייב בתשלומי נזיקין כאלה, אך כתוצאה מכך תוקן החוק הצרפתי כדי למנוע זאת. וראה

A M Duguet *Wrongful Life: The Recent French Cour de Cassation Decisions* 9 European Journal Of Health Law 139-163, 2002

(אני מודה לפרופ' ד. פרנקל על שהאיר את עיני).

12 ניתוח הגישות שבפס"ד ניתן למצוא אצל רונן פרי "להיות או לא להיות: האם זו השאלה? תביעות נזיקין בגין "חיים בעוולה" כטעות קונספטואלית", לעיל ה"ש 10. וראה גם: שמואל ילינק **הולדה בעוולה: זכויות תביעה ופיצויים**, לעיל ה"ש 8; גד טדסקי "על בעיות הנוזיקין בגין הולדה" **מסות במשפט** 269 (1978); דוד חד "הזכות לא להיוולד בפגם?" **דילמות באתיקה רפואית** 255 (רפאל כהן-אלמגור עורך, 2002); עמוס שפירא "הזכות לא להיוולד בפגם: פלוגות של לוגיקה, ערכים ומדיניות משפטית" 239 (רפאל כהן-אלמגור עורך, 2002).

13 פרשת **זייצוב**, לעיל ה"ש 7, בעמ' 117.

היתרון הבולט בגישה זו הוא כי אין התחבטות בלתי פתירה בכימות ערך החדלון. מנגד, הקושי הברור בדרך פיקטיבית זו הוא שלילד התובע המסוים לא הייתה מעולם האופציה להיוולד בריא אלא רק במומו, או לחילופין - כלל לא להיוולד. מן הבחינה העיונית, במידה ונשווה לילד בריא כל פגם שיצביע עליו תובע פוטנציאלי, אנו עומדים בפני אשד של תביעות. אך לטעמי, חמורה מכך היא הסכנה שתיגרם בשל כרסום מתמשך בערך של "קדושת החיים", כולל קדושת החיים המתהווים. הכרסום נובע מכך שבמידה והתביעה תתקבל פירושה שעל מישוה לפצות את התובע בשל העובדה שהוא חי, וחיייו הם ב"מוס".

הגישה השניה (מפי השופטת בן פורת, אליה מצטרף השופט ד. לוי) מאפשרת רק במקרים של מומים קיצוניים וקשים להכיר בעובדה שישנם סוגים של חיים שבהם "טוב מותי מחייו":

"לאחר ששקלתי בדבר התגבשה בי הדעה, כי ייתכנו מקרים, אם כי נדירים, שבהם ניתן יהא לקבוע, שטוב היה לאדם פלוני לולא נולד. לעתים תהא זו הנחה חברתית מוסכמת, שמוטב היה לפלוני לא להיוולד מלחיות תוך מוגבלות חמורה. הנחה חברתית כזו תוסק, אם במקרה נתון תהיה זו דעתו של "האדם הסביר" - מונח מושרש היטב בדיני הנזיקין. זהו, לפי השקפתי, בסיס משפטי והגיוני כאחד לקביעה, שקיים אותו "אבדן", או שקיימת אותה "גריעה", כנדרש בהגדרה של "נזק" בפקודת הנזיקין [נוסח חדש].

לקטין הפגום במקצת לא תהא, לדעתי, עילה כלשהי בנזיקין. הוא זכה, כתוצאה מרשלנות היועץ, בחיים כמעט מלאים... הכרה בקיומו של נזק לקטין במצב המתואר מנוגדת לתקנת הציבור ולעקרון קדושת החיים גם יחד. אם הקטין נולד עם מום גופני קל יחסית, אין לגרוס, לפי השקפתי, שנגרם לו נזק בר-פיצוי מחמת הרשלנות, שהרי בעטייה (כאמור) זכה בחיים"¹⁴.

היתרון בגישה זו הוא היצמדות לאמת הביולוגית, והיא שלילוד המסוים לא הייתה אופציה של חיים בריאים. גישה זו משמרת באופן יחסי את העיקרון של "קדושת החיים". החיסרון הבולט הוא במתיחת קו הגבול – איזה מום הוא קשה וקיצוני שבעטיו ראוי לפצות על עצם החיים? – חרשות? עיוות בשלד? הפרעת קשב קשה? ברור גם כאן כי האפשרות להרחבת גדרי הפגמים המעניקים פיצוי לילודים קיימת. הגישה השלישית (מפי השופט גולדנברג) דוחה מכל וכל תביעות של הולדה בעוולה.

14 שם, עמ' 105.

מחלוקת השופטים בפרשת זייצוב התקבעה בערכאות דלמטה כהעדר הלכה מחייבת בסוגיה טעונה זו. כך, בפסקי דין שונים נפסקו לתובעים פיצויים בגין הולדה בעוולה. עם זאת, הקו המנחה בהם היה, על פי רוב, מחלות קשות או מומים גופניים משמעותיים.¹⁵

והנה, ההכרעה בעניין **פלוני** שיצא תחת נשיאת בית המשפט המחוזי בחיפה, השופטת ב. גילאור, נקבע כי ילד, אשר בשל מום גנטי (היפו-כונדרופליזיה Hypochondroplasia) צפוי לו גובה של 142-155 ס"מ, ללא כל מומים נוספים ובעל התפתחות תקינה לגמרי, זכאי לפיצוי מאת אלו אשר לא אפשרו את הפסקת ההריון. במקרה הזה נתבעה המדינה כמעסיק מכוח אחריותה השילוחית, כבעלת בית החולים בו תפקדה הוועדה להפסקת הריונות.¹⁶ תביעה נזיקית כנגד ועדה להפסקת הריון בגין מילוי תפקידה טרם נודעה בישראל (כך מעידה השופטת גילאור), ובכך חדשנותה.

עובדות המקרה בקצירת האומר – במהלך ההריון של התובע נמצא כי אורך גפיו נמוך מן המקובל. הועלה חשד לתסמונת א-כונדרופליזיה, בה מתקיימים בצד הקומה הנמוכה גם עיוותי שלד ומומים ברקמות שונות. מן הבחינה הרפואית, ועדות רפואיות מאשרות הפלה במידה והאבחנה של א-כונדרופליזיה והמומים הנלווים לה מאוששת. במקרה זה נשללה האבחנה של א-כונדרופליזיה ונותרה האפשרות להיפו-כונדרופליזיה, בה המשמעות היחידה היא גובה נמוך מן האחוזון ה-5, על פי רוב סביב 150 ס"מ, וללא כל מומים נלווים. הוועדה אישרה את ההפלה לבקשת ההורים, אך כיוון שהפסקת ההריון המבוקשת הייתה בשבוע הריון מתקדם, הפנתה הוועדה את המקרה לוועדה עליונה בבית החולים על פי נוהל פנימי.¹⁷ חבר הוועדה דחה את הבקשה, תוך אזכור מקרים של טעויות

15 לדוגמא: ת"א (מחוזי י-ם) 7183/05 **מאיה בן דוד נ' ד"ר ענטי** מערכת משפטית נבו (2007); ע"א 119/05 **חליפה נ' מדינת ישראל** מערכת משפטית נבו (2006); ת"א (מחוזי ת"א) 2314/00 **פלומבה אוראל נ' קופת חולים כללית** מערכת משפטית נבו (2005); ת"א (מחוזי ת"א) 1226/99 **א. ל. נ' ד"ר יניב** מערכת משפטית נבו (2005).

16 ראה לעיל ה"ש 9.

17 נציין כי רק כשנה לאחר מכן עוגן בחוזר מנכ"ל משרד הבריאות (76/94, מתאריך 28/12/94) הצורך בהקמת "ועדות על-אזורים" לבחינת הפסקות הריון מעבר לשבוע 24. ב-19/12/2007 הופץ חוזר מתוקן (23/07) שכותרתו "ועדות להפסקת הריון בשלב החיות". בחוזר זה מודגשת המגמה להקפדה יתירה על קווים מנחים להפסקות הריון מאוחרות, תוך העצמת מעמד העובר. כך בסעיף 11.1 העוסק בהפסקת הריון כשאשה למטה מגיל נישואין, או שמלאו לה 40 שנה, או כאשר ההריון נוצר מיחסים אסורים או מיחסי עריות או שהוא לא מנישואין – "**פעולה זו של הפסקת הריון בשלב החיות בעייתית מבחינת האתיקה הרפואית...אישורה דורש נימוקים כבדי משקל המבוססים על הצגת חומר מתועד ואמין שיצביע בברור על הצדקה להפסקת ההריון עקב אחת העילות הללו**".

וכן בסעיף 11.2.2: "**מגבלה גופנית ו/או התפתחותית שמידת חומרתה איננה מגעת כדי פגיעה בהשתלבות בחברה או צרך בעזרת הזולת כל החיים – אינה מצדיקה הפסקת הריון בשלב החיות**".

בעבר בהערכת היפו-כונדרופלזיה והעדר פגם גופני. הרציונאל לפעילות ועדת-על הוא שבשלב מתקדם של הריון, "הפסקת" הריון פירושה למעשה המתת עובר בר-חיות. בשלב זה אל מול האינטרס לאוטונומיה גופנית של האם מתבססים האינטרסים של העובר.¹⁸

בפסק הדין נקבע כי התנהלות ועדת-העל לקחה בפגמים רבים, ובהם העדר שימוע לאם והחלטה על ידי רופא יחיד אשר החליט שלא לאשר את ההפלה בשלב המאוחר. פגמים אלו, כך נקבע, עולים כדי הפרת חובת הזהירות. אולם, בית המשפט קובע כי השתכנע כי גם לו הייתה מתקיימת הפרוצדורה כהלכתה לא הייתה משתנה התוצאה, וועדת העל לא הייתה מאשרת הפסקת הריון מאוחרת רק בשל קומה נמוכה. לכן, תוצאה זו של אי-אישור הפלה היא סבירה.¹⁹ עם זאת, בית המשפט מוצא לנכון לקבוע כי קיים קשר סיבתי בין הפרת חובת הזהירות בהתנהלות הוועדה לבין הנזק של חיים בגמדות יחסית.

לגבי אומדן הנזק - במחלוקת השופטים בפרשת **זייצוב**, השופטת גילאור מאמצת את גישת השופט ברק ומשווה כל "נזק" של התובע אל מול מצבו הבריאותי של לילד בריא. מתוך כך, "כל נזק הוא בר פיצוי", והיא מעניקה לתובע פיצוי גלובלי בסך 750,000 ש"ח.²⁰ בית המשפט דן בצדדים הרפואיים של גמדות והטיפול בה, והגם שקיים סיכוי לא מבוטל כי טיפול הורמונאלי יצמיח את התובע במספר סנטימטרים נוספים אשר "יכניסו אותו לקצה התחתון של הנורמה", הוא מפצה אותו בגין תחזית הגובה הנוכחית: בין 142 ל-155 ס"מ.

היריעה הנוכחית קצרה מדי בכדי להעמיק חקר בניתוח משפטי של פסק הדין, ואני אך באתי לדון בהיבטים האתיים והחברתיים שבו. אך פטור בלי כלום אי אפשר, ולכן אסתפק בהצבעה על מוקדי הקושי בו. ראשית, בית המשפט מעניק פיצוי לנזקי הקטין בשל התנהלות לקויה של הוועדה, הגם שבית המשפט מקבל

18 כך לדוגמה בשווייץ, שם התקבל במשאל עם בשנת 2001 חוק הפלות חדש הקובע כי יש לקבל בקשת אישה לביצוע הפלה לפי בקשתה ללא כל הנמקה תוך 12 שבועות ממועד הווסת האחרונה. מעבר למועד זה יש ביקורת של ועדה רפואית החייבת לשקול את הבקשה להפלה ולנמק את הסכמתה בסיבות כבדות משקל. הרחבה בנושא זה ניתן למצוא אצל: מרכז המחקר והמידע של הכנסת **הגבלות בחקיקה על הפסקות הריון יזומות – סקירה משווה** www.knesset.gov.il/mmm/data/pdf/m01861.pdf (2007)

19 כך בעניין **פלוגי**, בעמ' 26: "באשר להחלטה עצמה. בסופו של יום, ובדיעבד, החלטת פרופ' כספי להשאיר את ההריון היא החלטה סבירה".

20 זו קביעה בעייתית משום שכללי הסיבתיות מורים לתוצאה הפוכה. ראה ישראל גלעד "הסיבתיות במשפט הנזיקין הישראלי – בחינה מחודשת" **משפטים** יד 15 (תשמ"ד – תשמ"ה). על מטרת הפיצויים כ"השבת המצב לקדמותו" ראה אהרן ברק "הערכת הפיצויים בנזקי גוף" **עיוני משפט** ט 243, 249-251 (תשמ"ג). לכלל מקומו של הקשר הסיבתי בפקודת הנזיקין ראה **דיני הנזיקין – תורת הנזיקין הכללית** 187-210 (ג' טדסקי ואחרים עורכים, תשל"ז, מהדורה שנייה מתוקנת ומעודכנת).

את הקביעה כי התנהלות אחרת של הוועדה לא הייתה משנה את התוצאה הסופית, וכי ההחלטה שלא להפיל היא החלטה סבירה. מתוך כך עולה כי **אין קשר סיבתי** בין הפרת חובת הזהירות לבין הנזקים הנטענים. בדיני נזיקין אין אנו מפצים בגין הפרת חובת זהירות אשר מנותקת מן הנזק, קרי לא גרמה לו בפועל.²¹ בנוסף, ומתוך כך, ברי כי לאם קמה זכות לפיצוי בגין פגיעה בזכויותיה הטבעיות במהלך ההליך הפגום (פיצוי אותו לא תבעה). נזק זה לא הוכר בהליך והוא מתאים במהותו ובטיבו לפיצוי בגין פגיעה באוטונומיה כפי שהוכרה בפס"ד **דעקה**.²² במילים אחרות – הייתה עומדת לאם הטענה בדבר הזכות לפיצוי גם לו היה נולד ילד "בריא". אך בכל מקרה, מתחוויר כי הזיווג בין נזקים דיגניטריים אלו של האם לבין נזקי הגוף של התובע אינו ראוי.

שנית, בית המשפט מעניק לתובע פיצוי בגין קומה נמוכה. נראה, כי ההכרעה בדבר גובהו העתידי של הילד היא מוקדמת מדי.²³ אמת, ברגיל בתי המשפט מפצים בגין נזקים עתידיים צפויים (כגון באובדן תוחלת חיים, אובדן השתכרות). ברם, בתביעה זו שכל מהות הנזק מתבססת על קביעת הנזק בשל גובה תת-סטנדרדי, ראוי היה, לעניות דעתי, להמתין להתגבשות הנזק. כך, למשל, אנו מכירים בחובה של תובע להקטין את נזקו. יש לחובה זו סייגים מוכרים, אך ברור כי הורים מסורים יעשו כל אשר לאל ידם להטיב עם צאצאם. העמדת התביעה על מכוונה תיתכן כאשר הנזק התגבש אל נכון ולאחר מיצוי אפשרויות טיפול סבירות (דוגמת הטיפול בהורמון הגדילה ולא כדוגמת ניתוחי הארכות הגפיים אשר משיתים על ניזוק עול מוגזם להקטין את נזקי המזיק).²⁴ במיוחד נכונים הדברים לאור הקונטקסט הבעייתי למאוד של פיצוי בגין "מום" שהוא בתוצאתו והתבטאותו אצל התובע יכול גם להתאים לביטוי של פיזור סטטיסטי של גובה באוכלוסיה.

אך אני מבקש לחזור אל עיקרי טיעוניי והם כולם בשדה המדיניות המשפטית הראויה. מהי **תוצאת** פסק דין שכזה? ראשית, הנה לנו ראייה כי חיים בגובה הנמוך מן המקובל אינם ראויים, ולכן עדיף היה לבצע המתת העובר בכדי למנוע החבות בנזיקין. הנוכל מתוך כך להסיק גם כי כל מי שצפוי להגיע לגובה מעל הממוצע,

21 כך בסעי' 64 רישא לפקודת הנזיקין; סעי' 366 לקודקס האזרחי, וראו ע"א 10932/03 **עזבון נילי דבוש נ' המחלקה לכיבוי אש ואח'** מערכת משפטית נבו (2007).

22 ע"א 2781/93 **דעקה נ' בית החולים כרמל, חיפה**, פ"ד נג' (4) 526 (1999). כך גם בנוגע לפסיקת פיצוי בשל פגיעה בכללי הצדק הטבעי: ע"ע (ארכי) 360/99 **כהן נ' מדינת ישראל**, פד"ע לח 1 (2002).

23 התביעה הוגשה כבר ב-2002, עת היה הילד בן 8. הפסיקה של השופטת ניתנה בגיל 13. עקומת הגדילה של התובע התפרשה כנופלת בתחום התחתון של הנורמה (אחוזון 5) או כנופלת ממנה (גמדות יחסית).

24 ע"א 252/86 **יצחק גולדפרב נ' כלל חברה לביטוח בע"מ**, פ"ד מה' (4) 45 (1991); ע"א 4837/92 **אליהו נ' בורבה**, פ"ד מט' (2) 257 (1995).

מעל 2 מטר למשל, זכאי גם הוא להפסקת הריון או לפיצוי על הנזקים שבעצם חייו ב"מומו"? כיצד מתיישבת קביעה זו עם עיקרון "קדושת החיים" שכה הועלה על נס בשיטת המשפט הישראלית?

למבקשים להתנער מעיקרון "קדושת החיים" בשם אידיאלים ליברליים מודרניים, אבקש להזכיר כי ההווה התרבותית-חברתית בישראל, המעוגנת כדבעי בחקיקה, נטועה בקונטקסט אחר מאשר זו האירופאית או האנגלו-אמריקנית.²⁵ בשל כך, דברי החקיקה המחייבים של מדינת ישראל הדגימו פעם אחר פעם את העדפת "קדושת החיים" בנסיבות של עימות קיצוני אל מול עיקרון האוטונומיה האישית. כך בסעיף 15 לחוק זכויות החולה²⁶ המתיר טיפול בחולה ללא הסכמתו או אפילו בניגוד מפורש לרצונו, כך בחוק החולה הנוטה למות²⁷ המגביל את יכולתו של אדם לקבוע את אשר יעשה בגופו, חוק "לא תעמוד על דם רעך", וכך בקביעת דרישת הטעם לבקשת הפלה בחוק העונשין.²⁸

שנית, רופא או ועדה שלא ירצו לחשוף עצמם לסיכון של תביעה משפטית ימליצו תמיד לבצע הפלה בכל מקרה שחורג מגדר ה"נורמה" החברתית או האסטטית המקובלת, או אפילו בחשש למקרה כזה. והנה לנו מתכון מהיר להפלות מיותרת של עוברים בריאים, או של ילדים עם שפה שסועה, שש אצבעות, חירשות וכדומה – כולן בעיות הנחשבות ברות תיקון.

יתכן ותשמע הטענה כי מדובר בעצם בפיצוי לתובע על התערבות בחירות הפרטית של ההורים לבחור ולממש את בחירתם בהפסקת הריון. כיוון שהתפקוד לקוי של הוועדה מנע מהם את הפסקת ההריון, על המעוול (ובמקרה הנדון המדינה בגין אחריותה השילוחית) לשאת בנזקים הנובעים מכך. קו של טיעון זה אינו יכול להתקבל. למדינה סמכות טבועה, על ידי שימוש בחוקיה, כדי לקבוע את גבולות המותר והאסור בשימוש בחירויות הפרט. במידה ומעשי המדינה (באמצעות שלוחיה) אינם עומדים ברף ההתנהגות הסביר, יחשב מפעיל הוועדה (ובמקרה שלנו המדינה) כחב בדיון. כך אם למשל הוועדה לא הייתה מאשרת הפלת ילד שנולד מגילוי עריות. בכך אין כל קושי. אך כל עוד מעשי הנתבע הם בגדר שימוש

25 ראה גם גיל סיגל "ביו-אתיקה בעולם המערבי – ישראל שבין אירופה לארה"ב" **הרפואה** 143(ב) 142 (2004). העדר בכורה מוחלטת לאוטונומיה של האם בקונטקסט של הפלות מופיע ברוב חוקי המדינות באשר להפלות מאוחרות. וכך גם כאמור לעיל בה"ש 16 בנוגע לחוק בשווייץ, הקובע כי יש לקבל בקשת אישה לביצוע הפלה לפי בקשתה ללא כל הנמקה תוך 12 שבועות ממועד הווסת האחרונה. מעבר למועד הזה יש ביקורת של ועדה רפואית החייבת לשקול את הבקשה להפלה ולנמק את הסכמתה בסיבות כבדות משקל.

26 חוק זכויות החולה, התשנ"ו-1996, ס"ח 327.

27 חוק חולה הנוטה למות, התשס"ו-2005, ס"ח 58.

28 חוק העונשין, התשל"ז-1977, ס"ח 226.

סביר בסמכויות על פי דין, לא ניתן יהיה להשית על העושה שימוש בסמכות כדין חבות משפטית.²⁹ במילים אחרות, פועל יוצא של קבלת הטענה הזו היא הקביעה כי אין מקום כלל לרגולציה של הפסקות הריון. זו טענה אשר יתכן ויש לה מקום, אך המחוקק הישראלי דחה אותה מפורשות בהסדר ההפלות בישראל, בסימן א' בפרק י' של חוק העונשין.³⁰ מתוך כך ברור כי השתת חבות בניזקין בכל מקרה בו הוועדה עושה שימוש בסמכותה החוקית (ולא באופן העולה כדי רשלנות) מעקרת את רצונו של המחוקק להתיר במקרים מסוימים הפלה ולאסור אותם במקרים אחרים.³¹ למה הדבר דומה? אני נוהג ברכבי ומאחר לטיסה. כיוון שהחוק מונע ממני לנהוג במהירות של 120 קמ"ש אני מאחר לטיסה ולפגישת עסקים חשובה. האם יעלה על הדעת כי בשל העובדה שהמדינה עשתה שימוש בכוחה כרגולטור והגנה על הזולת (בדומה להגנה על העובר) תעמוד לי תביעה בגין נזקי כנגד המדינה או כנגד השוטר שאכף הדין?

דומה ובסוג התביעות הללו הזירה הנזיקית אינה מתאימה ואף גורמת נזק. הפתרון הסוציאלי לפיצוי ילדים מצוי בזירת הביטוח הסוציאלי. במקרה כזה איננו עוסקים בהקצאת אשם, אלא בניסיון לסייע בממון לשיקום נפגע עם מגבלה גופנית (בחזקת קצבה). את הזירה הנזיקית נותר לאותם מקרים בהם מטרות דיני הנזיקין יקודמו נאמנה.

ולבסוף, ברור כי הקפדה של "שלמות" הילודים על פי סטריאוטיפים חברתיים נושאת בחובה מסר בעל קושי מוסרי מהמדרגה הראשונה והשלכות משמעותיות. ראשית, מה מקומם בחברה של שונים, של אחרים או במיוחד של מוגבלים?³² ההכרעה כי חיים באחוזון ה-5 מבחינת גובה הם חיים שראוי להפיל בגללם, או

29 וכך בחזר המנכ"ל 23/07, ה"ש 17, בסעיף 12:

"...עמדת משרד הבריאות היא שהחלטה לאשר או לא לאשר בקשה להפסקת הריון, כשהיא לעצמה, לא מן הראוי שתהיה עילה לתביעה כנגד מי מחברי הוועדה, המוסד בו התקיימה הוועדה או מדינת ישראל-משרד הבריאות, בין בעילה של הולדה בעוולה או של חיים בעוולה ובין אם בעילה אחרת. כל זאת אם קוימו כל הכללים לפעילות הוועדה, נעשה שימוש בשיקול דעתה...לאחר מיצוי הביורור ומתן ייעוץ נאות לאישה".

30 חוק העונשין, לעיל ה"ש 24.

31 וכך הגיונה של ההגנה הכללית בסעיף 6 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש], נ"ח התשכ"ח 266: "בתובענה שהוגשה על עוולה, חוץ מרשלנות, תהא הגנה שהמעשה שמתלוננים עליו היה לפי הוראות חיקוק ובהתאם להן או שנעשה בתחום הרשאה חוקית או מתוך אמונה סבירה ובתום לב בקיומה של הרשאה חוקית; בסעיף זה, "מעשה" - לרבות מחדל".

כך לגבי ההגנה המוקנית למדינה בסעיף 3 לחוק הנזיקין האזרחיים, התשי"ב-1952, ס"ח 339:

"אין המדינה אחראית בניזקים על מעשה שנעשה בתחום הרשאה חוקית, מתוך אמונה סבירה ובתום לב בקיומה של הרשאה חוקית; אולם אחראית היא על רשלנות שבמעשה".

32 ראה לעיל ה"ש 6.

לחילופין לפצות בגינם, פירושה הוא שמוטב היה כי לא באו קטני מידות בקרבינו, וכך לגבי כל תכונה גופנית "חריגה" אחרת. יתר על כן, במידה ותימשך המגמה במדרון זה, והדרה של קבוצות הקצה הנוכחיות, הרי שבשלב הבא תיווצר מחדש קבוצת קצה של הפיזור הסטטיסטי של התכונה הגופנית, ושוב תעמוד השאלה של פיצוי אלו המצויים בה וחוזר חלילה. האם סופו של התהליך הוא בני אדם כדגם אחיד, נורמטיבי ו"מושלם"? ובצלמו של מי?

שנית, חשבו על סיטואציה היפותטית שבה בעידן שלפני המהפכה התעשייתית הייתה עומדת לרשות האזרחים היכולת לברור על פי התכונות הגופניות מי לחיים ומי למוות. ברור כי תינוק לבנבן, חלשלוש ומרכיב משקפיים כביל גייטס לעולם לא היה שורד את תהליך הסלקציה, שכן היו מעדיפים במקומו תינוק עם שרירים חסונים, גב רחב וכפות ידיים מסוקסות. ואנה אנו באים ללא התפתחויות אנושיות דומות הנובעות מחזקה של השונות, ההטרוגניות?

אכן, השליטה בתהליכי הפרייון וההולדה נושאים בחובם כוחות רבים עם משמעויות הנגזרות לא רק לכאן ולעכשיו כי אם גם אל מול דמותה המתהווה של החברה הישראלית, ובמידה מסוימת אף של כלל האנושות. הזהירות מתחייבת ומחייבת את העוסקים במלאכה הרפואית כמו גם את אלה המופקדים על הסדרה ושפיטה של ההתערבויות הרפואיות.