

## שאלת הקשר הסיבתי בעילה של "הולדה בעוולה"

## בעקבות הלכת המר נ' עמית

יונתן דייוויס\*

## תקציר

פסק הדין בעניין **המר** ביטל את הלכת **זייצוב**, אשר הכירה בעילה התביעה של הקטין בגין "חיים בעוולה" אך הותירה, ואף הרחיבה, את עילת ההורים בגין "הולדה בעוולה".

שנתיים אחרי הלכת **המר**<sup>1</sup> עדיין עסוקים בתי המשפט במיצוב זכויות הצדדים בנושאים פרוצדורליים כגון התיישנות, הוראת המעבר שבין המצב המשפטי לפני המר ואחריה,<sup>2</sup> אך דומה שבתי המשפט טרם נזקקו לשאלות מהותיות כגון כיצד יש להוכיח את יסודות העוולה החדשה שעומדת להורים בהיבטיה השונים לרבות שאלת הקשר הסיבתי, ומה התוצאה המשפטית אם לא יצליחו להוכיח את ההתרשלות.

המאמר סוקר את המצב המשפטי עד להלכת המר ולאחריה בדבר מימוש עילות התביעה בעולת הרשלנות והפרת חובה חקוקה על פי פקודת הנזיקין (בשל הפרת חובת הגילוי הקבועה בחוק זכויות החולה, התשנ"ו-1996) וכן בדבר הפגיעה באוטונומיה בלבד. נדון בהשלכות הלכת המר על זכויות ההורים והקטין שניזוק, במעמד המשפטי החדש של ההורים והקטין נוכח הקשיים שמעוררת הלכת המר ובסוגיות חדשות הצריכות בירור כגון שאלת האשם התורם של ההורים על פי דיני הנזיקין מחד וסבירות החלטות הוועדה להפסקת הריון לפי המשפט המנהלי מאידך.

על רקע הדיון בסוגיות החדשות שמעוררת הלכת **המר** נדון במבחנים הסובייקטיביים והאובייקטיביים בשאלת הקשר הסיבתי הייחודית לתביעות הולדה בעוולה, וזאת על רקע קביעות בית המשפט העליון בפרשות **המר השנייה קדוש ופלוני**,<sup>3</sup> שלפיהן רופא שהתרשל וגרם להולדה בעוולה אינו אחראי גם לנזק שלא היה יכול לצפות.

**מילות מפתח:** הולדה בעוולה, מעקב הריון, חובת גילוי, ועדה להפסקת הריון, הפלה, הסכמה מדעת, רשלנות, פגיעה באוטונומיה, קשר סיבתי ייחודי.

## מבוא

עילת התביעה "הולדה בעוולה"<sup>4</sup> היא **עוולת מסגרת** המוכרת בדין כעוולה בת תביעה שמקורה בהלכה הפסוקה ובספרות המשפטית. העוולה מהווה חקיקה שיפוטית ולידתה בפרשת **זייצוב**.<sup>5</sup> העילה קיבלה משנה תוקף בשנות

\*

1 ע"א 1326/07 **המר נ' פרופ' עמית** (פורסם בנבו, 28.5.1912) (להלן – פרשת **המר** או הלכת **המר**).

2 ע"א 1326/07 **המר נ' פרופ' עמית** (פורסם בנבו, 21.5.2014) (להלן: פס"ד המר השני).

3 ע"א 4486/11 **פלוני נ' פלוני** (פורסם בנבו, 15.7.2013).

4 מאז הלכת **זייצוב** נקטו בתי המשפט את הביטוי "הולדה בעוולה" לשתי עילות התביעה של הניזוק והוריו. אף שהיה מדובר בשתי עילות תביעה שונות בתכלית, זו של **הקטין** הניזוק, המכונה "חיים בעוולה" (Wrongful Life), וזו של **ההורים**, המכונה "הולדה בעוולה" (Wrongful Birth).

5 ע"א 518/82 **ד"ר זייצוב נ' כץ**, פ"ד מ(2) 85 (1986) (להלן – הלכת **זייצוב** או פרשת **זייצוב**).

התשעים לאחר שהזכות לאוטונומיה הוכרה כזכות חוקתית<sup>6</sup> וקנתה לה אחיזה כעילת תביעה נפרדת על פי הלכת המר אף אם ההורים לא הוכיחו את רכיב הקשר הסיבתי.<sup>7</sup>

עילת "ההולדה בעוולה"<sup>8</sup> היא נטע זר בדיני הנזיקין במובן זה שהעוולה מבוצעת כלפי עובר שטרם בא לעולם, שאף הדין אינו מכיר בו ככשר לזכויות וחובות. תוצאת העוולה היא הנזק הכפול, ליילוד שנולד בפגם אשר נגרם מהפרת חובת הזהירות מצד המטפל, ולהוריו שניזוקו בשל הצורך לגדל ילד עם מום שאלמלא לידתו לא היה נגרם להם נזק. הנזק במקרה זה הוא הפגיעה בזכות להורות ותכנון המשפחה, והסעד הנתבע הוא נזק ממוני שמתבטא בהוצאות קיום שבגידול ילד ונזק לא ממוני להורים בשל הפגיעה באוטונומיה שלהם מחד ובשל כאב וסבל שבגידול ילד במומו מאידך. בית המשפט התייחס בפרשת המר לאנומליה זו,<sup>9</sup> ונראה שתידרש תקופת הסתגלות עד שבתי המשפט יתאימו את הלכת המר לדין הקודם.

תוחלת העוולה מתפרסת על פני ציר זמן ממושך וראשיתה ביעוץ גנטי לפני ההתעברות,<sup>10</sup> המשכה באי-אבחון תסמונות או מומים בהיריון עצמו,<sup>11</sup> ואחריתה באי-גילוי מידע עד סמוך ללידה.<sup>12</sup> המכנה המשותף של המקרים היוצרים את עילת התביעה הוא שהם מתרחשים כולם עד סמוך לפני הלידה.<sup>13</sup>

ניתוח הפסיקה מאז ההכרה בעילת התביעה של ההורים מגלה הפוכה לרציונל הנלמד מפרשת זייצוב, במובן זה שעילת התביעה של ההורים (להלן – "הולדה בעוולה") שלא היה חולק עליה בפרשת זייצוב לא יושמה הלכה למעשה בפסיקת בתי המשפט. לעומת זאת הכירו בתי המשפט הדיוניים בתביעת הקטין (להלן – "חיים בעוולה") אשר נולד במומו ולא סיווגה בין ראשי הנזק המקובלים על אף הסתייגות חלק משופטי בית המשפט בפרשת זייצוב מקיומה של עילת תביעה העומדת לקטין.<sup>14</sup> רק בעקבות הלכת המר זכתה עילת התביעה של ההורים להכרה מחודשת בעקבות ביטול עילת הקטין שנולד עם מום.

בעקבות ההכרה בזכות לפיצויים בשל הפגיעה באוטונומיה בעילות התביעה הנגזרות על פי דין להורים ולקטין על פי עולת המסגרת "הולדה בעוולה", התרבו המקרים שבתי המשפט הכירו בהם בזכות לפיצויים אף שלא נכנסו לגדר "המקרים הקשים", שבהם טוען היילוד שנולד במום ש"טוב לו מותו מחייו".

במאמרנו "מזייצוב ועד סידי – הזכות להפרע פיצויים בעילות הולדה בעוולה וחיים בעוולה"<sup>15</sup> סקרנו את המצבים הרפואיים השונים המקימים עילת תביעה ואת פסיקת בתי המשפט מאז פרשת זייצוב ועד לפרשת סידי.<sup>16</sup> במאמר זה נתמקד בשאלת הקשר הסיבתי הנדרש להוכחת עילת ההורים, המכונה "חיים בעוולה", בעקבות הלכת המר ולאור פסיקת בית המשפט בשאלת היקף חובת הגילוי בעילה של היעדר הסכמה מדעת ופגיעה באוטונומיה.

6 ראו סעיפים 2–4 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס"ח התשנ"ב 150, וגם סעיף 13 לחוק זכויות החולה, התשנ"ו–1996, ס"ח 53.

7 ע"א 2600/09 מכבי שירותי בריאות נ' סביגיאן (פורסם בנבו, 10.1.2013).

8 להלן ולשם הקיצור נכנה את שתי העולות, על אף ההבחנה ביניהן, בשם "הולדה בעוולה" אלא אם יצוין אחרת.

9 ראו סעיף ב לפסק דינו של השופט רובינשטיין בפרשת המר.

10 ראו עובדות המקרה בפרשת זייצוב, כמו כן ראו המצבים המתוארים במאמר של עו"ד ג' גולדנברג "בחירת מין הילוד – נייר רקע" רפואה ומשפט 33, 138 (דצמבר 2005), וכן: חוק מידע גנטי, התשס"א–2000, ס"ח 62 (להלן – חוק מידע גנטי).

11 ע"א 913/91 אזולאי נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 1993). ראו תיאור המקרים במאמרם של ר' בולדוס, כ' מוסק "על שמע מיילדות – סוגיות משפטיות באבחון מומים" רפואה ומשפט 30, 21, 33 (מאי 2004).

12 ראו פסק דינו של כבוד השופט דרורי בת"א (י-ם) 3161/01 חלמסקי נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 24.2.2005).

13 סעיף 316 לחוק העונשין, התשל"ז–1977, ס"ח 104, אשר דן במקרים שבהם תותר הפסקת היריון, אינו נוקב במועד לביצוע הפסקת ההיריון.

14 השופטת בן-פורת הסתייגה בפרשת זייצוב מזכותו של הקטין לפיצויים בראש הנזק של אבדן כושר השתכרות גם באותם מקרים שניתן לומר עליהם "טוב מותי מחייו".

15 ראו סקירת הפסיקה במאמרי "מזייצוב עד סידי – הזכות להפרע פיצויים בעילות 'הולדה בעוולה' ו'חיים בעוולה'" מתוך הזכות לחיים ללא מום: מיצירת עובר עד לידתו כאדם קובץ מאמרים בתחומי מדע, מוסר ומשפט (יונתן דייויס ואברהם סהר עורכים, 2007).

16 ע"א 4960/04 סידי נ' קופ"ח של ההסתדרות, פ"ד ס(3) 590 (2005) (להלן – פרשת סידי).

## הסוגיות המשפטיות בעקבות הלכת המר והשפעתן על הזכויות המתמודדות

החידושים הטכנולוגיים ברפואה מאפשרים לגלות מומים בכל שלבי ההיריון.<sup>17</sup> חומרת המום והשלכתו על איכות חיי העובר לכשייוולד ישפיעו על החלטת ההורים כיצד לנהוג לפני ההיריון ובמהלכו. כאשר מתגלה חשד למום בעובר, יש כמה שיקולים שעל הרופאים המטפלים להציג לפני ההורים. שיקולים אלה מושפעים ממועד גילוי המום, באשר ההחלטה על המשך ההיריון או הפסקתו תיגזר מגילו הכרונולוגי של העובר. מקובל שעובר עד גיל 24 שבועות להיריון הוא עובר ללא חיות (non viable), וממועד זה ואילך העובר נחשב לבר-חיות (viable).<sup>18</sup> לעובר שאינו בר חיות אין סיכוי לשרוד.<sup>19</sup> שונה המצב כאשר עניין לנו בעובר בר-חיות שגילו הכרונולוגי הוא יותר מ-24 שבועות. במקרה זה יש משקל רב לחומרת המומים ולאנטרסים של העובר מזה ושל אמו מזה, וכן של ההורים כיחידה משפחתית שעליה לגדל ילד עם מום. בהיריון של עובר בר-חיות יש להביא בחשבון את השיקולים הרפואיים, החברתיים, הסוציאליים והמוסריים וכן את זכויותיהם של העובר, האם וההורים כיחידה משפחתית.<sup>20</sup> הלכת המר עוררה דיון בסוגיות משפטיות רבות המשנות את מפת האינטרסים של זכויות המתדיינים ומשפיעות על שאלת הקשר הסיבתי המיוחדת לעילת ההולדה בעוולה.

## מעמדו המשפטי של הקטין והשמירה על האינטרסים של הניזוק

הלכת המר ביטלה את עילת התביעה המכונה "חיים בעוולה" והרחיבה באופן משמעותי את עילת ההורים המכונה "הולדה בעוולה". לצד ביטול הזכויות המהותיות של הקטין כבעל דין נקבע שיהיה ניתן לפסוק להורים פיצוי שיכסה את הוצאות קיומו, גידולו ומלוא צרכיו של היילוד גם לאחר בגירתו ולמשך כל חייו. באופן זה מגשימה הלכת המר את התכלית הראויה שהייתה בבסיסה של הלכת זייצוב – ליתן פיצוי מיטיב באורח מלא ככל האפשר לצרכיו הרפואיים, השיקומיים והסיעודיים של הילד בעל המוגבלות – אך זאת במסגרת תביעת הוריו בגין הולדה בעוולה. עם זאת ביטול עילת התביעה של הקטין מעוררת קשיים מעשיים שבתי המשפט יצטרכו להתמודד עמם בבואם לחשב את הנזק להורים תוך שמירה על זכויותיו של הקטין כאילו היה בעל דין, כפי שעולה מחוות דעתו של השופט רובינשטיין.<sup>21</sup> בפסק דין המר. מבחינה משפטית יצר בית המשפט ישות משפטית חדשה שאינה מוכרת בדין. מעמדו של הקטין בעילה של "הולדה בעוולה" דומה לזכותו של הניזוק בתביעה על פי חוק לתיקון דיני הנזיקין

17 ראו י' וולמן **אולטראסאונד במיילדות** (2006). באמצעות שיטות הדמיה חדישות של MRI עוברי ושיטות מתקדמות יותר ניתן לאבחן כיום מומים מוחיים רבים. ראו L.R. Pistorius, P.M. Hellmann, G.H. Visser, G. Malinger, D. Prayer, *Fetal Neuroimaging: Ultrasound, MRI, or Both?* 63(11) OBSTET GYNECOL SURV. 733–45 (Nov 2008). כך למשל בדיקת הנירוסונוגרם העוברי היא בדיקת אולטרה-סאונד מפורטת בעלת מישורים רבים של מערכת העצבים המרכזית, המבוצעת על ידי בודק בעל ניסיון ספציפי המשתמש במכשור מתוחכם. הבדיקה מבוצעת כאשר יש סיכון מוגבר לאנומליות במערכת העצבים המרכזית, או כאשר בדיקת אולטרה-סאונד בסיסית או מורחבת מצביעה על אבנורמליות במערכת העצבים המרכזית. לטענת המחברים, אף שעדיין לא נעשה שימוש אוניברסלי בבדיקת הנירוסונוגרם העוברי, בדיקה זו היא בעלת ערך אבחנתי גדול מזה של האולטרה-סאונד הרגיל, במיוחד בעוברים עם מלפורמציות מורכבות.

18 י' שנקר "האם יש הצדקה להמתת עובר בר חיות ברחם מסיבות רפואיות?" **רפואה** 131, 101 (אוגוסט 1996).

19 א' שטיינברג **אנציקלופדיה רפואית-הלכתית** כרך ה, 103–114 (1996).

20 ראו סקירת המשפט המשווה בפסק דין המר סעיפים 30–33. השווה חוק ההפלות הבריטי, ראו The British Abortion Act (1967).

21 "במישור המעשי נדרש חברי, המשנה לנשיאה בין היתר, לשאלה כיצד מבטיחים שפיצוי ההורים בעילה של הולדה בעוולה אכן יבטיח גם את עתידו של היילוד (ראו פסקה 75). שאלות אלה קשות לפתרון, שהרי מה ייעשה – לדוגמה – כשההורים חסרי אחריות או בזבזנים ויותירו את היילוד חסר כל על ידי שימוש המכלה את הכסף... מעבר למורכבות המשפטית, חוות דעתו של המשנה לנשיא, אף שהיא מבקשת להבטיח את עתידו של היילוד באמצעות תביעת הוריו, עלולה להתיר, בניגוד לכוונתה כמובן, מקרים בהם יילוד שכיום היה זוכה לפיצוי יוותר בחוסר כל – והרי הרשלנות היא אותה רשלנות וההוצאות שבאו בעקבותיה הן אותן הוצאות (זאת אף אם נימנע משימוש במושג המשפטי "נזק"). בל נכחד, שופטי הרוב בעניין זייצוב (ע"א 518/82 זייצוב נ' כץ, פ"ד מ(2) 85) היו מודעים לקשיים השונים הכרוכים בעמדות שהציגו, אך בחרו לנקוט עמדה שאף אם בצדה קשיים תיאורטיים, היא מבטיחה את כיסוי ההוצאות המרובות אשר נגרמו כתוצאה מטיפול רשלני של רופא כמובנו של משפט זה במסגרת דיני הנזיקין; לקשיים ראו גם פסקה 42 לעמדת המיעוט בועדת מצא של עו"ד פוזנר".

(הטבת נזקי גוף), התשכ"ד–1964, אלא שתביעת מיטיב על פי חוק זה היא רטרופקטיבית, ואילו תביעת ההורים בעילה של הולדה בעוולה היא פרופקטיבית על פי הוצאות הקיום של הקטין.<sup>22</sup>

בהקשר זה ראוי לעמוד על ההבדלים בין המצב המשפטי שקדם ל**הלכת המר**, שבו הפיצויים נפסקו לקטין על פי ראשי הנזק המוכרים בדין, ובין הפיצוי שייפסק בתביעת ההורים בגין עילת "הולדה בעוולה" לאחר **פסק דין המר**, שבו אין לקטין מעמד משפטי מוכר אך שומה על בית המשפט לשמור על זכויותיו.<sup>23</sup>

הלכת **המר** הבחינה בין נזקי ההורים הישירים והעקיפים לעודף ההוצאות ילדם. בהתאם להלכה ההורים זכאים לפיצויים מהמזיק בגין נזקם הישיר וכן לפיצוי בגין ההוצאות העודפות הנדרשות למילוי צרכיו הרפואיים והסיעודיים של ילדם. ככל שילדם מוסיף להיות תלוי בהם בשל נכותו גם בהגיעו לבגרות – זכאים הם לפיצוי גם בגין ההוצאות שהם נושאים בהן בשבילו בתקופה זו למשך כל תוחלת חייו, לרבות הוצאות הקיום הרגילות שלו – אם נגרעה ממנו יכולת ההשתכרות ולא נתקיימו נסיבות מיוחדות השוללות זכאות זו.

ניתן להצביע על כמה הבדלים משמעותיים באופן חישוב הנזק בעקבות הלכת **המר**. לפי הלכת **המר** נקבע כי הפיצוי שנפסק להורים בעילת "הולדה בעוולה" אינו בגין **הפסדי השתכרות** של הקטין הפגוע אלא בגין ההוצאות שנאלצים **ההורים** להוציא למילוי צרכיו של הקטין. הוצאות אלה כונו "הוצאות הקיום" של היילוד, ונועדו למחייתו ולקיומו של היילוד. נקבע עוד כי קיימת הצדקה להענקת הפיצוי להורים בגין הוצאות קיום רגילות **לאחר** בגרותו של היילוד. הנחת המוצא היא שאלמלא המוגבלות היה היילוד משתכר למחייתו. בעקבות זאת נפסק שהוצאות הקיום יהיו מופחתות. אם יהיה קיצור תוחלת חיים אין מקום לפסוק פיצוי ב"השנים האבודות" לפי הלכת **אטינגר**,<sup>24</sup> ואף לא הפסדי פנסיה.<sup>25</sup>

על פי הלכת **המר** הוצאות הקיום כוללות נזק ממוני לרבות עזרת הזולת, ניידות, התאמת דיור, הוצאות רפואיות ואביזרים, הוצאות מוגברות של כביסה, מיזוג, ביגוד וכיו"ב, למעט נזק לא ממוני.

שוני נוסף בפסיקת הפיצויים בין עילת הקטין בגין עילה של "חיים בעוולה", כפי שנפסק לפני הלכת **המר**, לבין עילת ההורים בעקבות הלכת **המר** הוא בנזק הלא ממוני: קודם להלכת **המר** נפסק הפיצוי בגין כאב וסבל **לקטין** על פי נזקו וסבלו שלו, ואילו כיום, בעקבות הלכת **המר**, ההורים זכאים לפיצוי בגין כאב וסבל לכל תוחלת חייהם<sup>26</sup> וכן לפיצוי בגין "פגיעה באוטונומיה". בעקבות זאת מתעוררת שאלת ניכוי הביטוח הלאומי שלהם זכאי הקטין מסכום הפיצויים שנפסק להורים. שאלה זו טרם הוכרעה במלוא היקפה, אך בפרשת **ח.ע.** קבעה השופטת וילנר כי את תגמולי המל"ל יש לנכות אך מהוצאות גידולו של הקטין (באופן שפסקה תשלום עתי לעתיד), אך נמנעה מלנכותם מהנזק הלא ממוני, וכדבריה: "סבורני כי בעילת ההורים בגין 'הולדה בעוולה' לא תנוכנה מן הפיצוי הנפסק בגין הנזק הלא ממוני גמלאות המוסד לביטוח לאומי על ענפיו השונים, והצריכות בניכוי (בהתאם לסעיף 328 של חוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], התשנ"ה–1995), שכן, פיצוי זה מוענק להורים בגין סבלם הם, ואילו קצבאות המוסד לביטוח לאומי מוענקות ליילוד בגין צרכיו הוא".

22 כך למשל סעיף 20 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"ה–1965 מורה לנו שפעולה משפטית של קטין חייבת באישור בית משפט. לפיכך התפתח נוהג שלפיו בתי המשפט מאשרים הסדרי פשרה וקובעים כי היא לטובתו של הקטין או החסוי ואף נזקקים לאשר הסדר השקעת כספי הפיצויים. כיצד ינהג בית משפט בבואו לאשר הסדר פשרה בתביעה להולדה בעוולה שהקטין לא צד לה? ראוי לציין בהקשר זה כי **ועדת מצא** פנתה בהמלצה למחוקק "להסמיך את ביהמ"ש לכלול בפסק דינו הוראות לעניין השימוש בכספי הפיצויים, ככל שימצא ביהמ"ש לנכון לשם הבטחת צורכי היילוד". השופט רובינשטיין הציע בפסק דינו לקבוע בחוק כי "הפיצויים המיועדים להבטיח את צורכי היילוד, לא ייחשבו כחלק מרכושם של ההורים, במצב של פשיטת רגל; לא יהוו חלק מעיזבונם; ולא יהיו ניתנים לעיקול, לשעבוד או להמחאת זכות מכל סוג שהוא". בהמלצות אלה יש משום הסדר זמני עד לשינוי החקיקתי המתבקש בעקבות הלכת **המר**. עד אז ייאלצו בתי המשפט להחיל את הדין הקודם.

23 השוו ע"א **מכבי שירותי בריאות נ' סביגיאן**, לעיל ה"ש 7.

24 לפי ההלכה שנקבעה בע"א 140/00 **עייזבון המנוח אטינגר ז"ל נ' החברה לשיקום ופיתוח הרובע היהודי**, פ"ד נח(4) 486 (2004).

25 ת"א (חי') 207/07 **ח.ע. (חסויה) נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 30.4.2014) (סעיף 76 לפסק הדין, השופטת יעל וילנר). ראוי לציין שההלכת השנים האבודות לא הוחלה בשל קביעת בית המשפט בעניין קיצור תוחלת החיים של התובעת.

26 ראו פסק דין **המר**, סעיף 70 לפסק דינו של כבוד השופט א' ריבלין.

## ההורים כניזוקים ישירים להבדיל מניזוקים משניים

הלכת המר שינתה את מפת האינטרסים במובן זה שביטלה את עילת התביעה של הקטין, שהוא הניזוק העיקרי שנולד עם מום, והפכה את ההורים לנפגעים ישירים הזכאים לתבוע את נזקי הקטין.<sup>27</sup> עד הלכת המר היו ההורים נפגעים משניים ולא היו זכאים לפיצוי אלא אם עמדו בתנאי הלכת אלסוחה<sup>28</sup> כפי שנקבע בפרשת לבנה לוי:<sup>29</sup>

**"סיווג ניזוקים כנפגעים עיקריים או כנפגעי-משנה הוא פועל יוצא של התחקות אחר אופיו של הקשר הסיבתי שבין הנזק שנגרם להם לבין ההתנהגות העוולתית. הניזוק העיקרי הוא מי שהפגיעה בו – בגופו או ברכושו – היא תוצאה ישירה של העוולה; הניזוק המשני הוא מי שנפגע כתוצאה מן הפגיעה שהוסבה לאחר (שם, פס' 22 לפסק-הדין)."**

בפרשת לבנה לוי נקבע כי אין לראות בהורים המאבדים את ילדם במהלך לידה בשל רשלנות רפואית ניזוקים משניים, אלא שיש לפצותם בגין הנזקים שנגרמו להם מאירוע העוולה כניזוקים עיקריים הניצבים במעגל הסיכון הראשון. הלכת המר אימצה והרחיבה את דעת המיעוט של השופטת חיות בעניין לבנה לוי לעיל בהכירה בהיות ההורים ניזוקים ישירים גם בנסיבות אותם מקרים שבהם נטען כי התנהגותם הזהירה של הרופאים והצוות הרפואי אשר טיפלו באם ההרה הייתה מונעת לחלוטין את הולדתו של האדם אשר נולד עם מוגבלות.

בהלכת המר התהפכה התוצאה, ונקבע כי נזקם של ההורים, המקים להם עילת תביעה בגין "הולדה בעוולה", מציב אותם בעמדה של נפגעים עיקריים. הפגיעה בהם, הן במישור הממוני (הנגזר מחובתם לדאוג לצרכיו המיוחדים של הילד) הן במישור הבלתי ממוני, היא פגיעה ישירה מעצם העובדה שילדם נולד עקב ההתרשלות. כפי שמטעים זאת המשנה לנשיאה, השופט ריבלין: **"ההתנהגות העוולתית הובילה באופן ישיר לנזקם של ההורים. לא רק שמעשה הרשלנות כוון ישירות כלפי ההורים, גם הפגיעה בהם היא פגיעה ישירה. הפגיעה אינה נובעת ממוגבלותו של הילד – שהרי מוגבלות זו כלל לא נגרמה בהתרשלות; הפגיעה נובעת מההוצאות שהם מוציאים ומן הכאב והסבל שהם חווים. הולדתו של הילד נושאת עימה פגיעה כלכלית ונפשית בהורים. פגיעה זו היא למעשה התממשותו של הסיכון הראשוני, ההופך את התנהגות המזיק לעוולתית"**.

## סוגיית האשם התורם

סוגיה נוספת שעשויה להיות מושפעת מהלכת המר היא סוגיית האשם התורם של ההורים במעקב ההיריון. ההלכה לפני המר, התקפה לדעתנו גם היום, הייתה שאי אפשר לנכות אשם תורם של ההורים מתביעת הקטין ואי אפשר לייחס אשם תורם למי שאינו הניזוק עצמו, שהרי תנאי מוקדם להחלת טענת האשם התורם לפי סעיף 68 לפקודת הניזוקין [נוסח חדש] הוא שהאשם התורם ייגרם על ידי הניזוק, שהוא "אדם", להבדיל מעובר.

על פי הלכת המר עילת התביעה אמנם נתונה להורים, אך עדיין יש להתייחס לקטין כאל "ניזוק" לצורך שומת הנזק. אם כך, יש להתייחס אליו כאל הניזוק גם לצורך סוגיית האשם התורם, ואין לומר כי לצורך האשם התורם

27 ראו ד"ר יוסי גרין "האם נוהל הפסקת הריון הקבוע בחוק העונשין משקף את תקנת הציבור?" **רפואה ומשפט** 39, 187 (דצמבר 2008). "לרוב בהחלטה על הפסקת הריון מעורבים חמישה בעלי אינטרסים, האם ההרה, אבי העובר והרופא שהם בעלי כשירות משפטית לקבל החלטות על גורל ההריון, העובר, הנושא בתוצאות ההחלטה, אך אינו בעל כשירות משפטית להחליט על גורלו והמדינה באמצעות הוועדה להפסקת הריון ולעיתים באמצעות בית המשפט". במאמר מוצגת מפת האינטרסים של כל אחד מהמעורבים בפרוצדורה ובהסדר החוק היוצר סתירה בין הזכות לאוטונומיה של נושאת ההריון וזכותה לתכנן המשפחה ובין הסמכויות הנתונה לוועדה להפסקת הריון להפעיל שיקול דעת שלא לקבל את הבקשה.

28 ראו רע"א 444/87 אלסוחה נ' דהאן, פ"ד מד(3) 397 (1990).

29 ע"א 754/05 לוי נ' מרכז רפואי שערי צדק (פורסם בנבו, 5.6.2007).

ה"ניזוק" הוא ההורים, כי אז עלול להיגרם עיוות דין בכך שהקטין יצא נפגע מניכוי אשם התורם של הוריו, כפי שקובע כבוד השופט ריבלין בפרשת **אבישג**.<sup>30</sup>

הבעייתיות הודגמה בפרשת **פלוגי נ' עיריית ירושלים**.<sup>31</sup> התובעת, אישה חרדית, טופלה בטיפת חלב אשר הפנתה אותה לבצע בדיקות חלבון עוברי ובדיקות אולטרה-סאונד בקופת חולים. במהלך ההיריון פנתה בשל מצבה הרפואי למעקב היריון מקביל בבית החולים הדסה, ובשלהי ההיריון התגלה מום המכונה ספינה ביפידה. התובעת ביקשה להפסיק ההיריון, אך נאמר לה שמאוחר מדי, והיילוד נולד בניתוח קיסרי בשבוע ה-34 להיריון. נקבע כממצא עובדתי כי לתובעת אשם תורם כי לא פנתה לבצע בדיקת חלבון עוברי שאליה הופנתה על ידי רופאת טיפת חלב (עיריית ירושלים). בית המשפט הכיר בקיומן של שתי תביעות נפרדות של ההורים ושל הקטין בתביעת התובע הקטין ותביעת ההורים, ובהיותם של הנתבעים מעוולים בנפרד אשר גרמו נזק שאינו ניתן לחלוקה. למרות זאת הורה כי מסכום הפיצויים הכולל יש לנכות את אשמה התורם של התובעת בשיעור 15%. בית המשפט מצא שכל הגורמים שטיפלו בתובעת אחראים לנזק וחילק האחריות כך: עיריית ירושלים (25%), קופת חולים (30%), הדסה (30%) והתובעים בגין האשם התורם (15%).<sup>32</sup> אך טעה בכרכו את תביעת הקטין בתביעת ההורים ובנכותו את שיעור האשם שייחס להורים מתביעת הקטין.

קיימת מחלוקת בין הפוסקים אם בשל הוראת סעיף 84 יש צורך בכל מקרה לשלוח הודעה לצד ג בין הנתבעים לבין עצמם, אך ברור שבמקרה שנתבע מבקש לטעון לאשם תורם הוא חייב להגיש הודעה לצד שלישי. בעניין **טוויל** נקבע שחלוקת אחריות על יסוד הוראות סעיף 84 לפקודה נתונה לשיקול דעתו של בית המשפט, ואף יהיו מצבים שבהם אי אפשר לפסוק בהיעדר הודעה לצד ג.

נוכח פסק דין **המר**, ודווקא על רקע הקשיים המעשיים שהשופט רובינשטיין מזכיר בפסק דין **המר**,<sup>33</sup> שומה על בית המשפט לשמור על האינטרסים של הקטין שאינו בעל דין.

עד פרשת **המר** הייתה זהות אינטרסים בין ההורים לקטין, ואילו כיום בעקבות הלכת **המר** הקטין אינו בעל דין וחשוף לפגיעה בעניינו. כך למשל לא נראה לנו שניתן לעשות המחאת חובות בין ההורים (shifting) בכל הנוגע לאשם תורם המיוחס לבן הזוג השני, ואף אין מקום לנכות את אשם התורם של ההורים מנזקי הקטין למרות שאינו בעל דין. נוסף שכיום בעקבות הלכת **המר** יש לשקול לדעתנו להחיל את החסינות המהותית של ההורים מפני תביעה לפי סעיף 22 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"ב–1962.<sup>34</sup> גם אחרי הלכת **המר** עילת התביעה היא של ההורים, אך הנזק נותר של הקטין, ועל כן אי אפשר לייחס חלק ברשלנות של ההורה בגין נזק שנגרם לילדו בפרט אם הנזק נוצר בטרם נולד.<sup>35</sup> הקביעה אף נוגדת את **הוראת סעיף 18** לפקודת הנזיקין, הקובע ש"אין בן זוג

30 ע"א 7698/06 **אבישג אברהם נ' ש.ר.ב. (בי"ח מעיני הישועה)** (פורסם בנבו, 3.6.2008): "הדוקטרינה המכונה 'אשם תורם' מעוגנת בסעיף 68(א) לפקודת הנזיקין [נוסח חדש]... עניינו של הסעיף בשיעור אשמתו של הניזוק עצמו בגרימת הנזק – הניזוק ולא אחר. כאשר גורם נוסף, שאינו הניזוק עצמו, תרם לגרימת הנזק, חלה הדוקטרינה של מעוולים במשותף (ראו: סעיפים 11, 83–84 לפקודת הנזיקין)."

31 ת"א (מחוזי י-ם) 3198/01 **פלוגי נ' עיריית ירושלים** (פורסם בנבו, 12.5.2008 – השופט דרורי) (בית המשפט העליון אישר את פסק הדין; ראו ע"א 5749/08 פסק דין מיום 3.2.14).

32 נעיר שלפי סעיפים 68(ב) ו-84 לפקודת הנזיקין היה בית המשפט חייב בפרשת **פלוגי נ' עיריית ירושלים** לקבוע את האחריות המלאה של הנתבעים ואחר כך לדון בהודעות לצד שלישי. מכיוון שמדובר במעוולים בנפרד, המשמעות היא שניתן לנכות את האשם התורם רק מתביעת העירייה, אשר שלחה הודעה לצ"ג כנגד האם. סעיף 84 לפקודת הנזיקין מחריג סיטואציה של אשם תורם, ואי אפשר לראות בהורים מעוולים במשותף או בנפרד. את סוגיית האשם התורם מסדיר סעיף 68 לפקודת הנזיקין וסעיף 68(ב) קובע "הופחתו הפיצויים בשל אשם תורם וקבע ביהמ"ש וירשום את כל סך הפיצויים שהתובע יכול היה להפרע אילולא אשמו" וכן ראו סעיף 68(ג), שבו נקבע שסעיפים 11 ו-13 יחולו בשינויים המחויבים.

33 לפירוט נרחב בעניין הקשיים הפרקטיים שיצרה הלכת **המר**, ראו אסף פוזנר "על הדילמה שבין תוצאה להנמקה וריבוע המעגל: על תביעתו הישירה – הנגזרת של היילוד בגין הולדה בעוולה" (מאמר שפורסם כחלק מעבודת דוקטורט [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2390691](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2390691)).

34 סעיף 22 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"ב–1962 קובע ש"הורים לא ישאו באחריות לנזק שגרמו לקטין תוך כדי מילוי תפקידי אפוטרופסות אלא אם פעלו שלא בתם לב או לא נתכוונו לטובת הקטין".

35 בע"א 326/88 **צימרמן נ' גבריאילוב**, פ"ד מ(1) 353 (1991) מתייחס בית המשפט העליון לאמרת אגב של השופט שמגר בע"א 587/73 **שאולי נ' מזרחי**, פ"ד ל(1) 533 (1975), אולם בכל המקרים מדובר בתביעת נזיקין של קטין שבה המזיק תובע השתתפות מההורים על פי דוקטרינת האשם התורם. בעניינו, בעת ביצוע העוולה הקטין טרם נולד, ועל כן אי אפשר לייחס אשם תורם להתנהגותם של ההורים כאפוטרופסים.

**חב על העוולה שעשה בן זוגו**, ובאנלוגיה – בית המשפט לא יוכל להעביר חובות של ההורים לקטין. כל קביעה אחרת תהיה מנוגדת לעיקרון המקודש של טובת הילד.

לעניין הנזק הלא ממוני, הרי במקרים של הולדה בעוולה מתמשך הנזק הנפשי לאורך תקופת חייהם של ההורים – התובעים. נזק זה שונה ונפרד מהפגיעה באוטונומיה, שהיא פגיעה חד-פעמית המתרחשת ברגע שבו נשללה מהם הבחירה. לפיכך אם ניתן להפריד בין הנזקים הנפסקים להורה שלו יש לייחס אשם תורם, אך צודק הוא לנכות את שיעור האשם התורם מחלקו בפיצויים ולא מכלל הפיצויים שנפסקו.<sup>36</sup>

## הפרת חובת הזהירות כמצמיחה לתובעים עילות תביעה במישורים שונים

הפרת חובת הזהירות במעקב היריון יכולה להצמיח עילות תביעה שונות מצטברות וחילופיות. בעבר הושתתה עילת התביעה של הולדה בעוולה בעיקר על עוולת הרשלנות בטיפול רפואי, אך כיום היא מושתתת על שלושה ראשי תביעה: **רשלנות בטיפול, היעדר הסכמה מדעת** בשל הפרה של חובת הגילוי לפי סעיף 63 לפקודת הנזיקין ו**פגיעה באוטונומיה**.<sup>37</sup> בעבר הייתה העילה הדומיננטית בתביעות הולדה בעוולה עוולת הרשלנות בטיפול, ואילו כיום מקובל להשתמש בעילה של היעדר הסכמה מדעת, אך המציאות מלמדת שכאשר בית המשפט דוחה את התביעה בעילת הרשלנות, הוא אינו נזקק לדון בעילה של הסכמה מדעת. משנדחת טענת הרשלנות מחמת היעדר קשר סיבתי, לא ידונו בתי המשפט בעילה של היעדר הסכמה מדעת. דוגמה לכך היא פרשת **מיכאל עטיה**.<sup>38</sup>

דרך הניתוח המסורתית של עוולת הרשלנות כפי שבאה לידי ביטוי בפסיקה הייתה הוכחת חובת זהירות מושגית < חובת זהירות קונקרטית > הפרת החובה (התרשלות) < הוכחת הקשר הסיבתי על פי מבחן הציפיות > נזק.<sup>39</sup> בפרשת **פלוגי**<sup>40</sup> הציע השופט עמית מודל חדש לבחינת יסודות עוולת הרשלנות בגין המקרים השכיחים הנופלים בליבת דיני הנזיקין שלפיה יש לבחון תחילה אם ההתנהגות גרמה לנזק (קשר סיבתי) על פי מבחן הציפיות והסיכון, ולאחר מכן לבחון את קיומה של חובת הזהירות לפי שיקולי מדיניות השוללים את האחריות.

לצורך הערכת ההתנהגות העוולתית יש להבחין בין סיכון צפוי לסיכון בלתי צפוי, ובין סיכון סביר לבלתי סביר. הסיכונים שמאפיינים את ההתנהגות העוולתית ברשלנות הם סיכונים צפויים ובלתי סבירים. מכאן שתנאי מוקדם להוכחת הקשר הסיבתי הוא התממשות הסיכון.

בית המשפט מעביר את מרכז הכובד מהצורך להוכיח תחילה את ההתנהגות העוולתית לפי המודל המסורתי אל שאלת הקשר הסיבתי. שאלת הציפיות תיבחן במסגרת רכיב הרשלנות מנקודת מבט *ex ante*, ובמסגרת רכיב הקשר הסיבתי – מנקודת מבט *ex post* בהתייחס לניזוק ולמזיק המסוימים.

## היקף חובת הגילוי במעקב היריון

עוד לפני פרשת המר התבססה במשפט הישראלי העילה של היעדר הסכמה מדעת כעילת תביעה עצמאית מכוח חובת הגילוי שבחוק זכויות החולה, התשנ"ו-1996, שהפרתה מקימה עוולה של הפרת חובה חקוקה לפי סעיף 63 לפקודת הנזיקין. זכות האישה למידע על אודות מצבה הבריאותי במהלך ההיריון והשלכותיו על מצבו של העובר לכשייוולד נגזרת מהזכות לאוטונומיה, שעליה אין צורך להכביר מילים. כנגד הזכות למידע חלה על הגורמים המטפלים במעקב ההיריון חובת גילוי למידע נגיש. הפרת חובת הגילוי מקימה לתובעים עילת תביעה בכמה

37 ראו ע"א 7952/08 **חכם נ' קופת חולים כללית** (פורסם בנבו, 24.2.2010).

38 ת"א (מרכז) 1841-11-09 **מיכאלי (קטין) נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 24.2.2014).

39 ראו ישראל גלעד **דיני הנזיקין, גבולות האחריות** כרך א, 457 (2012). פרוף' גלעד עומד על כך שבמסגרת המודל המסורתי המשופר ניתן לוותר על תפקידה של חובת הזהירות כ"מסננת זיקה" ולהשאיר עניין זה לסוגיית הקשר הסיבתי (שם), בעמ' 463-466.

40 ע"א 4486/11 **פלוגי נ' פלוגי**, לעיל ה"ש 3.

מישורים מקבילים על פי דיני הנזיקין, וזאת ביחס ישיר לגודל הנזק. הפרת חובת הגילוי נגזרת מחובת הזהירות הכללית של המטפל ומהחובה הסטטוטורית לקבל את הסכמתה מדעת של המטופלת המוסדרת בחוק זכויות החולה, התשנ"ו-1996, אולם עקרונות חובת הגילוי התגבשו בפסיקה שפורסמה עוד לפני חקיקת החוק, ומכוחה קמה לתובעים עילת התביעה.

בפרשת **קדוש**<sup>41</sup> נקבע בדעת הרוב כי חוק זכויות החולה אימץ את מבחן "החולה הסביר", ונדרש בסעיף 13 שבו למידע מפורט שאותו יש להציע למטופלים. החוק נותן ביטוי להגנה המוגברת על האוטונומיה ועל הכבוד של הפרט, והוא מעגן את זכותו של החולה שלא להיות נתון לטיפול רפואי כפוי ופטרונני.<sup>42</sup> המבחן הנוהג לקביעת היקף חובת הגילוי הוא מבחן ציפיותו הסבירה של החולה. מבחן זה אינו תמיד קל ליישום כי "החולים עצמם אינם עשויים מקשה אחת – יש בהם המעוניינים במידע רב, אחרים מעדיפים להתנחם באי-הידעה ושמים מבטחם ברופאים. לא כל מידע ניתן להסביר לכל חולה, ולא כל חולה מסוגל לקבל החלטות מושכלות לגבי עצמו. היקף המידע הטעון גילוי נגזר, בין היתר, מתוחלת הסיכון הכרוך בטיפול (מכפלת הסתברותו ושיעורו) ומהסיכוי הצומח ממנו".

בפרשת **קדוש** הציע השופט עמית לבחון את היקף חובת הגילוי על פי מבחן המטופל המעורב/המשולב בעיני הרופא הסביר, מבחן שיש בו הן כדי להרחיב את חובת הגילוי והן כדי לצמצמה תוך התחשבות בנקודת מבטו של הרופא והתחשבות בפרקטיקה הנוהגת. על פי המבחן המוצע, מוטלת על הרופא חובה לגלות למטופל מידע שהרופא יודע או צריך לדעת שייתפס כחשוב בעיני האדם הסביר במצבו של המטופל (המטופל ה"משולב" או ה"מעורב") כדי לקבל החלטה מושכלת בנוגע לטיפול המוצע. מבחן זה מאזן בין צרכיו של החולה מחד לבין עבודתו של הרופא מאידך, וניתן ליישבו עם לשונו של סעיף 13(ב) לחוק זכויות החולה.

בסופו של דבר נקבע בפסיקה כי המבחן הנוהג לקביעת היקפה של חובת הגילוי, הנדרשת לצורך קבלת הסכמתו מדעת של מטופל לטיפול רפואי מסוים, הוא "מבחן החולה הסביר". המידע הדרוש לחולה הסביר כדי שהסכמתו תיחשב להסכמה מדעת מעוגן בפרק ד בחוק זכויות החולה, התשנ"ו-1996, הקובע בסעיף 13(א) כי לא יינתן טיפול רפואי למטופל אלא אם כן נתן לכך המטופל הסכמה מדעת "לפי הוראות פרק זה". סעיף 13(ב) מוסיף וקובע כי "לשם קבלת הסכמה מדעת, ימסור המטפל למטופל מידע רפואי הדרוש לו, באורח סביר, כדי לאפשר לו להחליט אם להסכים לטיפול המוצע".

חובת הגילוי חלה לטעמנו על כל הגורמים המטפלים באישה במעקב ההיריון, אשר בעקבות טיפולם עלול להיגרם נזק, שאלמלא ההפרה היה ניתן למניעה. לעניין זה אין מקום להבחנה בין חובת הגילוי אשר חלה על הרופא המטפל או המומחה שאליו מופנית האישה לטיפול אם יש לו גישה למידע. לדעתנו, יש ליישם לעניין זה מבחן כפול: מחד גיסא מבחן החולה הסביר, כלומר צרכיה של המטופלת ולא של הרופא.<sup>43</sup> מאידך גיסא מבחן תכלית הבדיקה שאליה מופנית האישה. כך למשל כאשר מופנים בני זוג לייעוץ גנטי לברר אם מחלה תורשתית מסוימת הקיימת בקרב משפחתם עלולה לפגוע בצאצאיהם לעתיד, על היועץ הגנטי לברר את ההיסטוריה הרפואית של בני הזוג ולא להסתפק במידע המתקבל מהרופא המטפל. באותה מידה אם מופנית האישה לבדיקת אולטראסאונד חובתו של הסורק אינה מצטמצמת לביצוע הבדיקה אלא עליו ליידיע את האישה בתוצאות הבדיקה, השלכותיה וקיומן של בדיקות ממוקדות אף שאינן מצויות בסל הבריאות. עליו ליידיע את האישה ההרה בקיומן של בדיקות נוספות אם מתעורר בלבו חשד לבעיה כלשהי. חובת הזהירות של הרופא מבצע הבדיקה תהפוך מוגברת אם הבדיקה שאליה מופנית האישה נעשית באופן פרטי. הפניית האישה לרופא המטפל ללא המלצות להמשך טיפול לא תועיל ואינה ממלאת את תכלית הבדיקה. כאשר הרופא המטפל מפנה אישה לבדיקה, ומבצע הבדיקה יוזם בדיקות

41 ע"א 1303/09 **קדוש נ' ביי"ח ביקור חולים** (פורסם בנבו, 5.3.2012).

42 דפנה ברק-ארז וישראל גלעד "זכויות אדם בדיני החוזים ובדיני הנזיקין: המהפכה השקטה" **קריית המשפט** ח 11, 32 (2009).

43 עמד על כך השופט ריבלין בע"א **סידי נ' קופ"ח של ההסתדרות**, לעיל ה"ש 16, בעמ' 601: "בנסיבות מתאימות, עשוי להיווצר צורך ליידיע את המטופל לגבי אפשרויות טיפול הזמינות רק במסגרת הרפואה הפרטית – אולי אף במסגרת שירותי-רפואה מעבר לים – וזאת אם אכן מדובר בטיפול או בתרופה שעשויים לסייע למצבו ואינם זמינים ברפואה הציבורית בארץ. הבריאות עומדת בראש מעיינים של רוב בני האדם, וברגיל, אל לו לרופא להכמין מידע העשוי – ולו בהשקעת ממון רב – ליתן סיכוי עדיף לריפוי. את בחירה עליו להותיר בידי החולה; אל לו לצאת מן ההנחה כי ממילא אין החולה מסוגל להגיע לכלל הכרעה מושכלת. מאידך גיסא, אין כמובן צורך להציף את החולה במידע רב ומורכב, שאיננו רלבנטי למצבו או שאיננו בר-מימוש".



נוספות, נוצרת יריבות ישירה בינו ובין האישה באותו יחס של מערכת היחסים שבין הרופא המטפל למטופלת. במקרה כזה חלה עליו חובת גילוי מוגברת בהכירו את הנסיבות טוב מהרופא המטפל,<sup>44</sup> ועליו להסביר לאישה את תוכן המידע הקשור לבירור הרפואי המשלים לפי צרכיה.<sup>45</sup> הפסיקה הטמיעה את ההלכות הללו לעניין חובת הגילוי גם באשר לקיומם של **סיכונים חבויים** שניתן לעשות בעניינם בדיקות נוספות אף שהמטופל שייך לקבוצת סיכון מסוימת ואין אינדיקציה כי סיכון כזה רלוונטי לו.<sup>46</sup> עם זאת יודגש שדוקטרינת ההסכמה מדעת חלה רק בהתייחס לחובת הרופא למסור למטופל את כל המידע הרלוונטי בנוגע לאופציה טיפולית קיימת לרבות הימנעות ממנה. מובן שבהיעדר אופציה רפואית לא חלה על הרופא חובת גילוי והסבר על אודותיה.<sup>47</sup>

בעקבות הלכת **קדוש** וגם על פי כללי האתיקה של הרופאים<sup>48</sup> אין עוד מחלוקת כי על המטפל לגלות למטופל כל מידע מהותי כדי שהסכמתו תיחשב להסכמה מדעת, ו"מידע מהותי" כולל קיומם של אמצעי טיפול חלופיים. בפרשת **טל יוחאי**<sup>49</sup> (שפורסם באותו מועד של פ"ד קדוש) הרחיב בית המשפט העליון את חובת הגילוי גם לקיומן של אסכולות. נקבע כי מקום שבו קיימות שתי אסכולות טיפוליות עיקריות חלופיות (ויתכנו אף יותר) והגוף המטפל נוהג על פי אחת מהן, וכשתוחלת הסיכון הכרוך בטיפול (מכפלת הסתברותו ושיעורו) והסיכוי הצומח ממנו הם משמעותיים, חלה על הרופא המטפל חובה לגלות למטופל את דבר קיומן של שתי האסכולות. יתרה מזאת, במקרים מסוימים תחול על הצוות הרפואי החובה לשקול – במידת האפשר – איזו מן האסכולות מתאימה לעניינו של המטופל הספציפי שלפניו. הפרת חובה זו יכול שתעלה כדי התרשלות בטיפול.

לפני חקיקת חוק זכויות החולה הפרת חובת הגילוי נדונה בידי הנזיקין במסגרת עוולת התקיפה ובעוולת הרשלנות, וניתן היה לבחון אותה גם במסגרת דיני החוזים. השימוש בעוולת תקיפה הלך ופחת עם השנים אך היא

44 בע"א 434/94 **ברמן נ' מכון מור**, פ"ד נא (4) 204 (1997) קובעת כבוד השופט דורנר כי "אמנם לא הייתה מוטלת חובת גילוי על מכון מור כמי שמבצע את בדיקת האולטראסאונד לתובעת", אך מוסיפה בסעיף 15 לפסק הדין: "מסקנה זו אינה חלה על הבדיקה החוזרת ... נוצר קשר ישיר בינה ובין המכון וקמה החובה להסביר לה כי הרופא הפנה אותה לעריכת בדיקה מצומצמת. כאמור ת. ביקשה מעורבת הבדיקה, עובדת המכון, לבדוק את שלמות הגפיים של העובר, בכך שבגדרה לא תיבדק שלמות הגפיים, כך לא נעשה. עריכת הבדיקה המצומצמת ללא הסבר ומתן תשובה כי לא נמצא פגם בעובר היוו כשלעצמם התרשלות".

45 היטיב לסכם את ההלכה כבוד השופט ריבלין בע"א 522/04 **מרכז לייזר לניתוחי קרנית בע"מ נ' מחמד דיראוי** (פורסם בנבו, 10.11.2005) בסעיף 15 לפסק הדין: "בפסיקתנו מושרשת חובתו של רופא לקבל את הסכמתו של מטופל – הסכמה מדעת – לטיפול" (ראו למשל ע"א 3108/91 **רייבי נ' וייגל**, פ"ד מז (2) 497 (1993); ע"א 4384/90 **ואתורי נ' בית החולים לניאדו**, פ"ד נא (2) 171 (1997)). חובה זו מקפלת בתוכה את הצורך למסור למטופל את המידע הדרוש לו, ובכלל זה – מידע על מהות הטיפול, על הסיכונים הכרוכים בו ועל הסיכויים הטמונים בו. "המבחן למידע שחובה למסור למטופל אינו אפוא הנוהג המקובל בקרב הרופאים אלא צרכיו של המטופל למידע כדי להחליט אם לקבל את הצעת רופאו. צרכים אלה נקבעים על פי קנה מידע אובייקטיבי. על הרופא מוטל למסור למטופל את כל האינפורמציה שאדם סביר היה נדרש לה כדי לגבש החלטה אם להסכים לטיפול המוצע" (ע"א 434/94 **שי ברמן, קטינה באמצעות הוריה נ' מור** – **מכון למידע רפואי בע"מ**, פ"ד נא (4) 205 (1997)).

46 דומה כי הרחבת חובת הגילוי על פי מבחן צפיות החולה הסביר, כפי שנקבע בעניין סידי, לא התקבלה על ידי דעת הרוב בע"א 7756/07 **גרסטל נ' ד"ר דן** (פורסם בנבו, 21.12.2010). שם נקבע כי אין קיימת חובת יידוע כלפי מטופלת בהיריון בדבר קיומה של בדיקת הידבקות בנגיף ה-CMF. אמנם זכותו של מטופל לקבל מידע על מצבו הרפואי היא זכות ראשונה במעלה, וחובת היידוע מקבלת משנה תוקף כשמדובר במטופל הניצב לפני ביצועה של פרוצדורה רפואית, אולם חובה זו אינה מתפרסת עד כדי "עוקצי תאנים" של סיכונים רחוקים ובלתי רלוונטיים. השופט ארבל סברה, בדעת מיעוט – בדומה לדעתה של השופטת חיות בעניין סידי – כי ציפייתן של נשים בהיריון היא שגם אם הסכנה נדירה והבדיקה איננה מדויקת, צריך ליידע אותן בדבר הבדיקה ולהותיר בידיהן את ההחלטה אם לבצע אותה. אציין כי עתירה לדיון נוסף בפרשה נדחתה ביום 5.12.11 בהחלטתו של המשנה לנשיאה כבוד השופט ריבלין (דני"א 121/11, פורסם בנבו).

47 ראו ת"א 896/06 **אסתר כהן נ' שירותי בריאות כללית** (פורסם בנבו, 20.10.2009), שם נקבע שבהיעדר אינדיקציה רפואית לפתולוגיה בעובר במהלך ההיריון אין מקום לטענה בדבר היעדר הסכמה מדעת ופגיעה באוטונומיה בכך שלא הוצע לאם להפסיק את ההיריון. על פי הוראת סעיף 316(א)(3) לחוק העונשין.

48 ראו גם את כללי האתיקה של ההסתדרות הרפואית בישראל הקובעים כי "הרופא יהיה קשוב למטופל, יכבד את האוטונומיה שלו ואת זכותו לבחור את הטיפול הרפואי ואת אופן ביצועו" (פרק ד', סעיף ו(1)); כי "הרופא יסביר למטופל, בשפה ברורה ועל פי יכולתו להבין, את מצבו הרפואי ואת אמצעי הטיפול האפשריים במצבו..." (פרק ד', סעיף ו(2)); כי "הרופא יסייע למטופל בבחירת ההליך הרפואי המתאים לו, תוך שימוש בידע המקצועי הנמצא בידו" (פרק ד', סעיף ו(4)); כי "הרופא ימסור למטופל, בשפה ברורה ומובנת, פרטים על האבחנה הרפואית שלו ועל המהלך הצפוי של מחלתו, לרבות מהות הטיפול המוצע, הסיכויים, הסיכונים ותופעות הלוואי האפשריות. הרופא יציג למטופל את הטיפולים החלופיים האפשריים, על מנת לאפשר לו לקבל החלטה מושכלת בדבר המשך הטיפול שניתן לו" (פרק ד', סעיף ז(1)).

49 ע"א 6936/09 **טל יוחאי יהודה נ' כללית שירותי בריאות** (פורסם בנבו, 5.3.2012).

עדיין יכולה לשמש עילת תביעה.<sup>50</sup> בעקבות חקיקת חוק זכויות החולה נוספה גם העילה של הפרת חובה חקוקה; כדי לפסוק לתובע פיצוי בגין הפרת חובת הגילוי במסגרת עוולת הרשלנות או העוולה של הפרת חובה חקוקה, יש להוכיח נזק וקשר סיבתי בדמות סיבתיות ההחלטה.<sup>51</sup>

במסגרת עוולת הרשלנות והעוולה של הפרת חובה חקוקה (עקב הפרת חובת הגילוי על פי חוק זכויות החולה) לא די לבחון את הפרת חובת הגילוי כשלעצמה אלא יש צורך בבחינת הקשר הסיבתי של "סיבתיות ההחלטה".<sup>52</sup> נראה כי הפסיקה לא נתנה דעתה לשאלה מה המבחן שלפיו תוכרע שאלת הקשר הסיבתי, ולכאורה ניתן להשתמש באותם מבחנים ששימשו אותנו לצורך הקביעה אם הופרה חובת הגילוי.

## פגיעה באוטונומיה – ראש נזק או עוולה חוקתית

בפרשת **עלי דעקא**<sup>53</sup> הכיר בית המשפט העליון בהרכב מורחב של שבעה שופטים בעילה של פגיעה באוטונומיה כראש נזק עצמאי ונפרד המתגבש מיד עם הפרת חובת הגילוי. להבדיל מעילות התביעה של רשלנות והפרת חובה חקוקה, בעילה של "פגיעה באוטונומיה" אין צורך להוכיח קשר סיבתי בין הפרת החובה לבין הנזק הממשי שנגרם מאי-גילוי המידע. ההלכה בדבר פגיעה באוטונומיה כחלק מהזכות לקבלת מידע אומצה בשורה של פסקי דין אם כי עדיין קיימת מחלוקת באשר לאופן הערכת הפיצוי בגדר ראש הנזק של פגיעה בזכות לאוטונומיה כאשר היא מצטרפת לעילות אחרות שהוכחו.<sup>54</sup> ההכרה בעילה של פגיעה באוטונומיה כחלק מהזכות לקבלת מידע במהלך ההיריון אומצה עד כה בהקשר של מעקב היריון במקרים בודדים בלבד.<sup>55</sup>

בפרשת **קדוש** נתגלעה מחלוקת פוסקים בין המשנה לנשיאה ריבלין לשופט עמית באשר להיקף עילת התביעה של הפגיעה באוטונומיה אם ראש נזק או עוולה חוקתית. בפרשת **קדוש** אמנם נקבע, על דעת כל חברי ההרכב, כי יש לראות בפגיעה בזכות לאוטונומיה ראש נזק במסגרת עוולה קיימת – עוולת הרשלנות ולא עוולה עצמאית ונפרדת – עוולה חוקתית. אולם בפסיקה המאוחרת הורחב משקלה של הפגיעה באוטונומיה בעילת תביעה עצמאית שיכולה להצטרף לעילת התביעה העיקרית (רשלנות בטיפול או היעדר הסכמה מדעת).

בפרשת **המר** הרחיב המשנה לנשיאה השופט ריבלין את הדיון בשאלת היחס שבין העילה של הולדה בעוולה לבין העילה של פגיעה באוטונומיה במסגרת תביעת ההורים: במקרים שבהם ניתן להפריד בין הנזק מן הפגיעה בזכותם האוטונומית של ההורים – להחליט אם להמשיך בהיריון או להפסיקו – לבין הנזקים האחרים, והפגיעה באוטונומיה היא פגיעה נוספת מהותית הנוגעת בליבה של הזכות, יש ליתן פיצוי נפרד בגין פגיעה באוטונומיה (נוסף על זכותם לתבוע פיצויים בגין כל נזק ישיר אחר שנגרם להם). אשר לשיעור הפיצוי – צריך שהפיצוי יהיה אינדיבידואלי, בהתחשב בהפרה הקונקרטית ובנסיבותיה. נקבע עוד כי ככל שהמידע שלא נמסר חשוב יותר, וככל שהאינטרס הנפגע קרוב יותר לליבת הזכות והשפעתו עליה רבה יותר – כך יגדל הפיצוי בגין הפגיעה באוטונומיה.

50 ע"א 1615/11 **מרפאת עין טל מרכז לרפואת עיניים נ' פינקלשטיין** (פורסם בנבו, 6.8.2013), בפסקה 17.

51 ניתן להצביע על שני זרמים בפסיקה בדבר היקף הגילוי בסוג זה של מקרים. השופטים ריבלין וחיות בעניין **סידי** והשופט ארבל בעניין **גרסטל** נוקטים גישה מרחיבה על פי מבחן הצפיות. על פי גישה זו, בשלב ההיריון כל הורה סביר מצפה לקבל מהרופא המטפל את מלוא האינפורמציה בנוגע לבדיקות לאבחון מומים אצל העובר, כולל בדיקות שאינן מצויות במסגרת הרפואה הציבורית. מנגד, ניתן להצביע על דעתה של השופטת נאור בפרשת **סידי**, שבה היא מסייגת את חובת היידוע למקרה שבו קיימת אינדקציה לבדיקה נוספת, ואת דעתם של השופטים פרוקצ'יה ורובינשטיין בעניין **גרסטל**, שלפיה חובת היידוע נגזרת ממבחן האדם הסביר ואינה מתפרסת עד כדי סיכונים רחוקים ונדירים.

52 כהגדרת השופט עמית בפרשת **קדוש** ע"א 1303/09 **מרגלית קדוש נ' ביי"ח ביקור חולים** (פורסם בנבו, 5.3.2012).

53 ע"א 2781/93 **מיאסה עלי דעקה נ' ביי"ח הכרמל**, פ"ד נג(4) 526 (1999).

54 בע"א 9817/02 **נחום וינשטיין נ' ד"ר דוד ברגמן** (פורסם בנבו, 16.6.2005) נפסק פיצוי של 150,000 ש"ח בעטייה של הפגיעה באוטונומיה של המערער לאחר שנקבע כי המערער לא קיבל הסבר בנוגע לסיכויים ולסיכונים של ניתוח לייזר בעיניו באופן שהיה יכול לקבל החלטה נכונה. התביעה בעוולת הרשלנות נדחתה משלא הוכח הקשר הסיבתי בין מצב עיניו של המערער לבין הניתוח. לביקורת על אופן הערכת הפיצוי בשל פגיעה באוטונומיה ראו נילי קרקר-איל "אופן הערכת הפיצוי בגדר ראש נזק של פגיעה באוטונומיה" **המשפט** 21, 37 (פברואר 2006).

55 בת"א 577/95 (מחוזי י-ם) **שושני נ' פרופ' יגל** (פורסם בנבו, 20.3.2003) נקבע בסעיף 37 לפסק הדין: "הפסקת הריון אינה ענין של ניחוש או הימור על ידי המומחים אם אמנם יש הצדקה להפסקת הריון, ואם זה רצון ההורים שהם אוטונומיים להחליט בעניין זה – תיעשה הפניה לוועדה להפסקת הריון אף בשלב מתקדם של ההריון וזו תחליט אשר תחליט".

באותם מקרים שבהם משוכנע בית המשפט כי נגרמה פגיעה לאוטונומיה של התובע – כזו הנוגעת לליבת הזכות ובעניין מהותי – שומה עליו לפסוק פיצוי הולם, שישקף את מלוא חומרת הפגיעה.

בפרשת **מרפאת עין טל**<sup>56</sup> קבע השופט עמית כי פסק הדין בעניין המר לא הכריע במחלוקת העקרונית בשאלה אם הפיצוי בגין פגיעה באוטונומיה הוא מצטבר לפיצוי בגין נזק לא ממוני עקב התרשלות בטיפול או היעדר הסכמה מדעת (שאלה שנתרה בצריך עיון בהחלטת הנשיאה ביניש.<sup>57</sup>

בפרשת **מכבי נ' סביגיאן**<sup>58</sup> קבע השופט עמית כי הלכה למעשה לא שינתה הלכת המר את שיעור הפיצוי שהיה נפסק לקטין בגין "חיים בעוולה", אלא הסבה את הפיצוי להורים בגין "הולדה בעוולה". זאת, למעט בראש הנזק של כאב וסבל, באשר ניתן לטעון כי אין להשוות כאב וסבל של ההורים ותוחלת החיים של ההורים לכאב וסבל של הקטין ולתוחלת חייו. לדעתו אין טעם ואין צורך להבחין בין נזק לא ממוני בדמות נזק נפשי לבין "תחושות שליליות" הנובעות מפגיעה באוטונומיה. "עם זאת, כאשר בסוגיה של הולדה בעוולה עסקין, איני רואה אלא לכוף ראשי ולקבל עלי את הכרעת ההרכב המורחב בעניין המר, שם נקבע כי יש לפסוק פיצוי להורים הן בגין נזק נפשי והן בגין פגיעה באוטונומיה".

השופטת חיות קבעה בפרשת **מכבי נ' ס.ג.** שאמנם בפרשת **תנובה**<sup>59</sup> קבעה כי "אין מקום לפצל את הפיצוי בגין פגיעה באוטונומיה מן הפיצוי בגין עוגמת נפש ותחושות שליליות שנגרמו לנפגע בגין אותה פגיעה (להבדיל מראש נזק לא ממוני המסב עצמו על פגיעות אחרות באותה תביעה)", אך כשמדובר במקרים הנוגעים להולדה בעוולה יש להבחין בין הנזק הממוני להורים לפגיעה באוטונומיה. הפגיעה הראשונה הנגרמת במקרים אלה היא הפגיעה החדה והברורה באוטונומיה של ההורים ובזכות היסוד החוקתית שלהם כבני אדם לשקול, לבחון ולהחליט אם יש ברצונם להוליד ילד בעל מום אם לאו, ואם הם מוכנים לקבל עליהם את כל הכרוך בגידולו ובטיפול בו לאורך כל חייהם וחיי. פגיעה מהותית כזו בליבת חירותם הבסיסית של ההורים המיועדים לקבל החלטות המעצבות את תמונת חייהם מסבה להם נזק לא ממוני שניתן לאפיין אותו בעיקר ברגשות של כעס, עלבון ותסכול בשל שלילת החירות לבחור אם רצונם הוא להוליד ילד בעל מום. פגיעה זו מועצמת מאוד בהתחשב בעובדה שבמקרים אלה של הולדה בעוולה נדרש כיסוד מיסודות העוולה קשר סיבתי סובייקטיבי, היינו מדובר במקרים שבהם הוכח כי ההורים היו מפסיקים את ההיריון אילו ידעו על המום.

הפגיעה הנוספת הנגרמת להורים במצבים של הולדה בעוולה מגולמת בכאב ובסבל אשר ילוו אותם לאורך כל חייהם כמי שייאלצו להתמודד יום יום ושעה שעה עם קשייו ומגבלותיו של הילד, עם העובדה שהוא איננו ככל הילדים וכן עם החרדה המתמדת מה יעלה בגורלו אם חלילה לא יוכלו לדאוג לצרכיו המיוחדים. נזק זה אף הוא איננו ממוני, אך הוא שונה באופיו ובקווי המתאר שלו מן הנזק הלא ממוני הנובע מן הפגיעה באוטונומיה (להבחנה בין השניים ראו גם דברי המשנה לנשיא ריבלין בפסקה 70 לפסק דינו בפרשת המר).

הנה כי כן, ההלכה הברורה כיום בעקבות הלכת המר היא שההורים זכאים לפיצוי בשל הנזק הלא ממוני על הפגיעה באוטונומיה שלהם להחליט על המשך ההיריון, ובנוסף ובמצטבר לפיצוי בגין נזק לא ממוני בשל הצורך לגידול ילדם במומו. לקביעות אלה משמעות מיוחדת לשאלת הקשר הסיבתי שבה נדון להלן.

## אופן בירור שאלת הקשר הסיבתי עד להלכת המר

עולת הרשלנות מתקיימת בהתמלא ארבעה תנאים: קיומה של חובה, הפרתה, יסוד הנזק ושאלת הקשר הסיבתי בין הפרת החובה לנזק.<sup>60</sup> כאשר התביעה מבוססת על עולת הרשלנות בטיפול רפואי, הרי שאלת הקשר הסיבתי

56 ע"א מרפאת עין טל מרכז לרפואת עיניים נ' פינקלשטיין, לעיל ה"ש 50, בפסקה 17. בית המשפט העליון ראה להוסיף פיצוי בגין פגיעה באוטונומיה בסך 250,000 ש"ח לנזק הלא ממוני שפסק בית המשפט המחוזי.

57 דנ"א 5636/11 היס נ' בן צבי (פורסם בנבו, 26.2.2012).

58 ע"א מכבי שירותי בריאות נ' סביגיאן, לעיל ה"ש 7.

59 ע"א 10085/08 תנובה – מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ נ' עזבון המנוח ראבי ז"ל (פורסם בנבו, 4.12.2011).

60 ראו סעיפים 35–36 ו-76 לפקודת הנזיקין [נוסח משולב].

יתברר על פי בחינת הקשר הסיבתי המשפטי (הפוטנציאלי), והקשר הסיבתי העובדתי – לפי המבחנים שהותוו בסעיף 76 לפקודת הנזיקין.<sup>61</sup> התרשלות במעקב היריון כשלעצמה אינה מקימה מניה וביה עילת תביעה, ועל הניזוק להוכיח קיומו של קשר סיבתי בין ההתרשלות לבין הנזק. כלומר, על הניזוק הנטל להוכיח כי אלמלא ההתרשלות, לו אובחן המום, היו הוריו בוחרים להפסיק את ההיריון.

בחינת הקשר הסיבתי טרם הלכת המר הייתה דרשלבית: תחילה היה על ההורים להוכיח כי אילו עמד לפני הוועדה להפסקת היריון במועד הרלוונטי מלוא המידע הרפואי הרלוונטי, הייתה הוועדה הרפואית מאשרת להורים את הפסקת ההיריון. רק מקום שבו ניתן היה להשיב בחיוב על שאלה זו, נדרשו ההורים לשוב ולהוכיח כי הלכה למעשה, אלמלא ההתרשלות, הם אכן היו פונים לוועדה להפסקת היריון לשם בקשת האישור, ובאופן אקטיבי אף פועלים להפסקת ההיריון.

הקושי המרכזי הטבוע בעילה של הולדה בעוולה הוא הוכחת הקשר סיבתי מאחר שהיא מצריכה מבית המשפט להתחקות על נכחי נפשם של ההורים ולקבוע מה הייתה עמדתם בשאלת המשך ההיריון לו היו נחשפים למלוא המידע הדרוש להם לצורך החלטה כזאת.<sup>62</sup>

בית המשפט העליון הציע בפרשת **ואתורי** גישה שונה לחלוטין לבחינת שאלת הקשר הסיבתי בתביעות שעילתן היעדר הסכמה מדעת או רשלנות במסירת מידע.<sup>63</sup> בפרשת **עלי דעקה**,<sup>64</sup> שבה הוכר ראש הנזק עקב פגיעה בזכות לאוטונומיה, נקבע שבעילה זו אין צורך להוכיח את רכיב הקשר הסיבתי. עם זאת עמד השופט אור על הצורך להוכיח את הקשר הסיבתי במקרים של רשלנות במסירת מידע.<sup>65</sup>

בפרשת **סידי**<sup>66</sup> נקבע ששאלת הקשר הסיבתי בתביעה שעילתה "חיים בעוולה" מורכבת משלוש שאלות משנה: האחת, אילו נמסר המידע להורים, האם היו פונים לשירותי הרפואה הפרטית ומבצעים סריקת מערכות מורחבת? שנית, בהנחה שהתשובה לשאלה הראשונה היא בחיוב – האם בדיקה זו הייתה מגלה את הפגם? ושלישית, בהנחה שגם התשובה לשאלה השנייה היא בחיוב – האם גילוי הפגם היה מביא לסיום ההיריון?

השאלה שהוצבה בהקשר זה בפרשת **סידי** הייתה מהי ההסתברות לגילוי פגם של חסר כף יד בסקירת מערכות המתבצעת במסגרת הרפואה הפרטית במועד הרלוונטי לבדיקה. שאלה זו תוכח באמצעות חוות דעת מומחים אשר יצביעו בחוות הדעת על הבדיקה או הטיפול אשר באמצעותם היה ניתן לגלות את המום. בשאלה זו תהיה חשיבות לדוקטרינת הנזק הראייתית כפי שיושמה בהלכה הפסוקה<sup>67</sup> במקרה של רשלנות באי-קיומן של בדיקות רפואיות,

61 דנ"א 7794/98 **רביד משה נ' דניס קליפורד**, פ"ד נו (4) 721 (2003).

62 ראו סקירת הפסיקה במאמר דייוויד, לעיל ה"ש 15.

63 בע"א **ואתורי נ' בית חולים לנידא**, לעיל ה"ש 45, בעמ' 191 מתייחס כבוד השופט מצא לשאלת הקשר הסיבתי בנושא ההסכמה מדעת כדלקמן: "העולה מגישה זו היא שהקשר הסיבתי בענייננו אינו טעון קביעה על פי מבחני הסיבתיות המקובלים כמבחן 'הסיבה המכרעת' וכמבחן 'הציפיות' למבחנים אלה נזקקים לצורך חיובה (במלואה) או שלילתה (מכל וכל) של אחריות הנתבעת לגרימת נזקו של התובע... הכרעה על פי עודף ההסתברויות אינה יאה למקרים בהם ניצב בית המשפט בפני הצורך להעריך באופן היפותטי כיצד היה נוהג חולה פלוני אילו העמידו הרופאים מראש על הסיכון והסיכוי הטמונים בטיפול רפואי מסוים".

64 **מיאסה עלי דעקה נ' ביי"ח הכרמל**, לעיל ה"ש 53, בעמ' 565.

65 "שאלת הקשר הסיבתי כאשר הנזק נגרם שלא מטיפול רשלני, אלא עקב העדר מידע מספיק לקבלת 'הסכמה מדעת' של המטופל, היא שאלה סבוכה לעצמה. משהכרנו בהתנהגות רשלנית כזו מצד הרופא כגורם אפשרי לנזק, הרי המבחן לעניין זה יהיה האם החולה, אילו קיבל את המידע המלא, היה מקבל על עצמו מרצון את הטיפול המוצע".

66 **סידי נ' קופ"ח של ההסתדרות**, לעיל ה"ש 16.

67 בע"א 9328/02 **לאה מאיר נ' ד"ר דן לאור**, פ"ד נח(5) 54 (2004), נקבע בעניין זה: "העיקרון שביסוד העברת נטל השכנוע מתפרש לא רק על מחדלים בעריכת רשומות רפואיות ובשמירתן כנדרש. הוא מתפרש גם על רשלנות בעלת אופי שונה, אשר גורמת לכך שנפגעת האפשרות של התובע להוכיח את עילת תביעתו, כך גם במקרה של רשלנות מצד הנתבע באי קיומן של בדיקות רפואיות, אשר לא בוצעו יכולות היו להצביע על הגורמים לנזק, רשלנות כזו גם היא עשויה להעביר את נטל השכנוע על שכמו של הנתבע". ברע"א 8317/99 **שלמה שוקרון נ' מדינת ישראל**, פ"ד נו(5) 321 (2002) החיל בית המשפט העליון הלכה זו לעניין נטל ההוכחה בשאלת הקשר הסיבתי בין מחלה שבה חלה המערער לבין שירותו הצבאי במסגרת תביעה לפי חוק הנכים (תגמולים ושיקום) [נוסח משולב], התשכ"ט-1969. בע"א 9656/03 **עזבון המנוחה ברטה מרציאנו ז"ל נ' ד"ר זינגר יהורם** (פורסם בנבו, 11.4.2005), נקבע ש"אי ביצוע בדיקת קולונוסקופיה שהיה מביא לאבחון מוקדם מחלתה של המנוחה מהווה הוכחה של רכיב הקשר הסיבתי בהקשר לדוקטרינת 'אובדן סיכויי מחלה'". הנזק הראייתי, כך נקבע במקרה כזה, מקים עילת תביעה עצמאית בנזיקין (הפן המהותי כאמור). כפי

אשר לו נעשו היו יכולות להצביע על הגורמים לנזק. כפי שנראה להלן, הלכת המר הפכה את הבחינה התלת-שלבית לבדיקת דו-שלבית. הלכת המר הקלה במבחן הסובייקטיבי של עמדת ההורים בשאלה אם היו מפסיקים ההיריון, אך העלתה את הרף בשאלה האובייקטיבית – אם הוועדה להפסקת ההיריון הייתה מאשרת את הבקשה.

כזכור, הדיון בהרכב המורחב בבית המשפט העליון נולד מן הצורך להפריד בין המקרים ה"קלים", שבהם התובע עמד ברף הראייתי של הוכחת ההתרשלות והקשר הסיבתי, ולמרות זאת אי אפשר לומר על התובע ש"טוב לו מותו מחייו", ובין "המקרים הקשיים". הגבול בין המקרים הוא עמום מאוד. סוגיה זו נדונה בוועדת מצא בנושא ההולדה בעוולה,<sup>68</sup> שנתבקה לבחון אם ליילוד בעל מוגבלות – שלא היה יכול לבוא לעולם אלא במוגבלותו – נתונה זכות לתבוע פיצויים בניזקין מן הצוות הרפואי שבדק את אמו לקראת ההיריון או במהלכו.

רוב חברי ועדת מצא סברו שההכרה בעילה של "הולדה בעוולה" במונחים של "נזק" יוצרת הבניה חברתית שלילית כלפי אנשים עם מוגבלויות, ועל כן המענה הראוי לצורכיהם המיוחדים של יילודים במוגבלות צריך להימצא בהסדר סוציאלי שיעוגן בחקיקה. גישתם של רוב חברי ועדת מצא לא אומצה בפרשת המר.

בית המשפט העליון פטר עצמו בפרשת המר מלהציב גבולות וקבע ששאלת הקשר הסיבתי תוכרע על פי המבחן הדו-שלבי, שאותו נסקור להלן.

ואכן פרשת **סידי** מעבירה אותנו מהרף התחתון לרף העליון אחרי המר. בפרשת **סידי** הראשונה (ע"א 4960/04) נקבע ששאלת הקשר הסיבתי מורכבת משלוש שאלות משנה, שבהיבט הסובייקטיבי בכולן תחום העובדות הרפואי. בית המשפט העליון קבע כי בשנת 1986 לא הייתה חובה לבצע סקירה מורחבת במסגרת הרפואה הציבורית, אך הייתה חובה ליידע את ההורים על אודות האפשרות לבצע סקירה ממוקדת במסגרת הרפואה הפרטית ואף מעבר לים, והפרת חובת הגילוי עלתה כדי התרשלות.

עם זאת קבע בית המשפט העליון כי עצם קיומה של האפשרות לגלות בתקופה הרלוונטית מומים קלים (כגון חסר כף יד) – אין בה די כדי להטיל אחריות, ועל בית המשפט לבחון את ההסתברות לגילוי מום כזה של חסר כף יד בסקירה מורחבת המתבצעת במסגרת הרפואה הפרטית לצורך הקביעה אם התקיים קשר סיבתי בין אי-הגילוי ובין לידתו במום.

פרשת **סידי**<sup>69</sup> בגלגולה השני בבית המשפט העליון הוכרעה על פי העובדות כפי שפורשו בחוות דעת המומחים, ובשל המבחן הדו-שלבי בשאלת הקשר הסיבתי לא נותר סיכוי לתביעה.

בית המשפט המחוזי קבע על סמך חוות דעתו של מומחה הנתבעים כי הסיכוי לגילוי המום הספציפי שממנו סובל המערער היה מזערי ביותר, ועל כן דחה את התביעה בשנית. בעקבות זאת קבע בית המשפט העליון (השופט חיות) כי לא נמצא מקום להתערב בקביעה זו, ובכך פטר עצמו מלדון בשאלה אם המקרה היה עומד בדרישת הקשר הסיבתי שנקבעה בהלכת המר. מתוך ניתוח המקרים שנדונו עד כה ברור כי ועדה להפסקת ההיריון לא הייתה מאשרת הפלה במקרים הקלים (כגון חוסר כף יד) מאחר שואינה עומדת במבחן דרגת ההסתברות למגבלה תפקודית עקב המום בשיעור של 30% לפחות). כפי שקובע חוזר מנכ"ל משרד הבריאות 23/07 בעניין ועדות להפסקת ההיריון בשלב החיות, המגדיר מגבלה קלה בתפקוד (mild handicap) כמגבלה רפואית ו/או התפתחותית

שקובע בית המשפט העליון בעניין **שוקרון** הנ"ל. שימוש בעיקרון של נזק ראיתי בנסיבות של אי-קיום בדיקות שימש להעברת נטל השכנוע גם בפסק דינה של השופטת יהודית צור בת"א (מחוזי י-ם) 776/94 **עזבון רון ארטו ז"ל נ' ד"ר יריב מלימובקה** (פורסם בנבו, 17.5.1998), בפסקה 33. כמוהו גם בפסק דינו של השופט זילר בת"א (מחוזי י-ם) 7331/91 **רחל שריב נ' המרכז הרפואי שערי צדק** (לא פורסם). בפסק דין זה נקבע כי הנתבעת שגרמה להיעדר מידע באי-נתינתה שירות רפואי נאות ובאי-נתינתה פירוש נכון לתוצאות בדיקה שביצעה, תישא במלוא הסיכון הנובע מכך, ובשל היעדר מידע זה ההנחות תהיינה כולן לטובת התובעת. דברים דומים אמר השופט ד' חשין בת"א (י-ם) 1234/99 **מזרחי נ' הסתדרות מדיציניית הדסה** (פורסם בנבו, 8.9.2004). בנוגע להימנעות הנתבעים מלבדוק אם נפל פגם במכשיר או בשימוש בו. בשל הימנעות זו הועבר נטל השכנוע לכך שתפעול המכשיר לא היה רשלני לנתבעים.

68 ראו דוח הוועדה הציבורית בנושא "הולדה בעוולה" (ירושלים, אדר התשע"ב, מרס 2012).

69 ע"א 3856/09 **ע.ס. נ' קופ"ח כללית** (פורסם בנבו, 29.4.2013).

שמידת חומרתה אינה מגעת כדי פגיעה בהשתלבות בחברה או צורך בעזרת הזולת כל החיים – **מגבלה כזאת איננה מצדיקה "הפסקת היריון בשלב החיות"**.

## הקשר הסיבתי הנדרש על פי הלכת המר

פסק דין **המר** ביטל את עילת התביעה של הילד שנולד עם מום, המכונה "חיים בעוולה", והרחיב את עילת ההורים, המכונה "הולדה בעוולה", באופן שיהיה ניתן לפצות באמצעותה את ההורים גם על נזקיהם וגם על הוצאות גידול ומלוא צרכיו של היילוד לאחר שיתבגר ולמשך כל חייו.

עד לפסק דין בעניין **המר** כמעט שלא התייחסו בתי המשפט לתביעת ההורים, אף אם תבעו והוכיחו תביעתם.<sup>70</sup> עתה התהפכו היוצרות: מרכז הכובד עבר לתביעת ההורים, ועליהם להוכיח את יסודות עוולת הרשלנות לרבות בשאלת הקשר הסיבתי, שומת הנזק וראש הנזק של פגיעה באוטונומיה.

בפרשת **המר** נקבע שלצורך הוכחת הקשר הסיבתי בין ההתרשלות לבין הנזקים השונים הנובעים ממומו של הקטין יש להוכיח **בשלב ראשון** כי אילו עמד בפני הוועדה להפסקת היריון מלוא המידע הרפואי הרלוונטי (מידע שלא הובא לידיעת ההורים בשל ההתרשלות) – הייתה הוועדה מאשרת להורים את הפסקת ההיריון **בשלב השני**, ורק אם התשובה לשאלה הראשונה היא חיובית (שאם לא כן ממילא ניתן הקשר הסיבתי), יידרשו ההורים להראות כי אלמלא ההתרשלות הם אכן היו פונים לוועדה להפסקת היריון לשם קבלת האישור.

בפסק דין **המר השני** קובע השופט הנדל כי ניתן לכנות את המבחן הראשון "מבחן אובייקטיבי" ואת המבחן השני "מבחן סובייקטיבי". החידוש בהלכת **המר** הוא כי הנטל בשלב הראשון להוכיח שהוועדה להפסקת היריון הייתה מאשרת להפסיק את ההיריון מוטל על ההורים,<sup>71</sup> אולם בשלב השני הועבר הנטל לסתור את ההנחה כי ההורים היו מבצעים בפועל את הפסקת ההיריון, מההורים אל כתפי הנתבעים. נקבע שם כי "החלטת הוועדה להפסקת היריון תשמש גם מעין חזקה הניתנת לסתירה בדבר עמדתם של ההורים ביחס להפסקת היריון". חזקה זו נעוצה בהנחה כי "קיים מתאם הגיוני-הסתברותי מתבקש בין השיקולים אותם מביאות הוועדות בחשבון החלטתן, לבין השיקולים המנחים את ההורים, מקום בו הם מבקשים לקבל אישור להפסקת ההיריון".<sup>72</sup> כלומר, משעה שההורים עמדו בנטל הראשוני המוטל עליהם להוכיח כי הוועדה להפסקת היריון אכן הייתה מאשרת להפסיק את ההיריון, עובר נטל ההוכחה אל כתפי הנתבעים לסתור את החזקה שנקבעה ולהוכיח כי גם במצב זה, וחרף אישור הוועדה את הפסקת ההיריון, היו ההורים בוחרים להמשיך את ההיריון.

עד הלכת **המר** כמעט שלא מצאנו התייחסות לשאלה ההיפותטית כיצד הייתה מחליטה הוועדה להפסקת היריון אילו הובאה לפניו בקשה של אישה, והדיון בשאלת הקשר הסיבתי התברר במסגרת חובת הגילוי על פי השאלה התאורטית שלפיה אילו נמסר המידע, האם הייתה המטופלת או בני הזוג בוחרים או מבקשים את הבדיקה או הטיפול שהיה בהם למנוע את הנזק או את לידתו של הניזוק עם הנזק שעמו נולד. כלומר, מדובר כאן במבחן סובייקטיבי הנתמך בחוות דעת מומחה כיצד היו נוהגים ההורים אילו ניתן היה לגלות את המום בעובר.

## הוכחת השלב הראשון – האם הוועדה להפסקת היריון הייתה מאשרת את בקשת ההורים?

70 ראו דברי השופט הנדל רע"א 9936/07 בן דוד נ' ענתבי (פורסם בנבו, 22.2.2011).

71 ע"א 4409/10 שהאב נ' ד"ר דוידזון (פורסם בנבו, 20.6.2012).

72 פסקה 45 בפסק דין **המר**.

משנקבע בפסק דין **המר** כי הוכחת זכאותם של ההורים להפסיק את ההיריון מותנית בקריטריונים המנחים את החלטות הוועדה להפסקת היריון,<sup>73</sup> יש לבחון את מקור הסמכות והכוח שהוענק לוועדה להפסקת היריון מחד ואת זכות ההורים לתכנון המשפחה מאידך, וכיצד על בית המשפט להכריע במקרה של התנגשות בין הסמכות לזכות.

הפסקת היריון יזומה ("הפלה") מבוצעת על פי הוראות סעיף 315 לחוק העונשין, התשל"ז-1977, והיא טעונה אישור של הוועדה להפסקת היריון. סעיף 316(א) לחוק העונשין מפרט את המקרים שבהם ניתן להפסיק היריון.<sup>74</sup>

בישראל אין הגבלה על מועד הפסקת היריון. הפסקת היריון אפשרית בכל שלב של ההיריון עד סיומו, ובלבד שיש הצדקה להפסיקו מהסיבות המנויות בחוק, ובענייננו אם **"הוולד עלול להיות בעל מום גופני או נפשי"**.<sup>75</sup> אלא שהפסקת היריון אינה נתונה להחלטתם של ההורים בלבד, וזו מסורה לשיקול דעתה של הוועדה להפסקת היריון לפי הוראות החוק והעילות המנויות בו. בפועל רוב הבקשות להפסקת היריון בשלבים המוקדמים של ההיריון מאושרות.

על פי נתוני משרד הבריאות<sup>76</sup> שיעור הפסקות ההיריון בישראל נמוך לעומת מרבית מדינות מערב אירופה, הן בקרב צעירות עד גיל 20 והן בקרב נשים מעל גיל 35. בשנת 2012 היו 21,689 פניות של נשים לוועדות להפסקת היריון הפועלות בתוקף החוק, ורובן אושרו, ובסך הכול בוצעו 20,063 הפסקות היריון לפי אישורי הוועדות. כמחצית (47%) הפסקות ההיריון שאושרו בשנת 2012 היו בבתי חולים פרטיים, 31% בבתי חולים ממשלתיים, 17% בבתי חולים של שירותי בריאות כללית ו-5% בבתי חולים ציבוריים אחרים. מחצית (54%) הפסקות ההיריון בשנת 2012 נעשו לפי ס"ק (2): "ההריון נובע מיחסים אסורים לפי החוק הפלילי מגילוי עריות או שהוא מחוץ לנישואין". 9% לפי ס"ק (1): "האישה היא למטה מגיל הנישואין המינימלי (17) או שמלאו לה 40 שנה. 18% בהתאם לס"ק (3) "העובר עלול להיות בעל מום גופני או נפשי",

ו-19% לפי ס"ק (4): "המשך ההריון עלול לסכן את חיי האישה או לגרום לה נזק גופני או נפשי".

בשנת 1994 פרסם ראש מנהל שירותי הבריאות במשרד הבריאות הנחיות לסדרי עבודה לוועדות על-אזוריות להפסקת היריון בהריונות שגילם גדול מהשבוע ה-23.<sup>77</sup> תכלית ההנחיות הייתה להקים שש ועדות אזוריות שתדונה בהפסקות היריון שגילו גדול מ-23 שבועות, נוסף על הוועדות הרגילות הפועלות במסגרת בתי החולים על פי החוק והתקנות. על פי ההנחיות, רשאי רופא נשים להפנות אישה ההרה יותר מ-23 שבועות לוועדה העל-אזורית, וכן במקרים מיוחדים של הריונות שגילם פחות מ-23 שבועות. ההנחיות מציינות כי ועדות העל-אזוריות לא תשמשנה ועדות ערר לוועדות הרגילות. הלכה למעשה, מאשרות ועדות העל-אזוריות בישראל מדי שנה מאות הפסקות היריון, בשליש השלישי להיריון.<sup>78</sup>

למרות ההתפתחות העצומה בתחום המעקב ההריוני, התפתחות העובר והיכולת לאתר מומים ואף להגדיר חומרתם, הרי שעד שנת 2007 לא הונחו הוועדות להפסקת היריון על פי אילו קריטריונים עליהם לפעול, ולא הוגדרו

73 בפסק דין **המר** קובע המשנה לנשיאה השופט ריבלין כי "הוכחת זכאותם של ההורים להפסיק את ההיריון מכוח החלטת הוועדה להפסקת היריון, הנשענת על קריטריונים ברורים, המעוגנים בחקיקה ובהנחיות משרד הבריאות. ההנחיות מפרטות כיצד על הוועדה להפעיל את שיקול דעתה, בהתאם לשלב שבו נמצא ההיריון. עוד שבבקשות להפסקת היריון בתחילתו דנה ועדה 'רגילה', הרי שמעל גיל 24 שבועות, דנה בבקשת האישור להפסקת היריון 'ועדה על אזורית', כהגדרתה בחוזר משרד הבריאות 76/94 מיום 28.12.1994. חוזר משרד הבריאות 23/07 מיום 19.12.2007 נועד להסדיר את נושא הפסקות ההיריון בשלב החיות, וקובע, לעניין זה, מדרג מפורט של המוגבלויות, המדורגות מבחינת השפעתן התפקודית למוגבלויות קלות, בינוניות וקשות. החוזר קובע יחס ברור בין סוג המוגבלות, הסיכויים להתממשותה ושלב ההיריון".

74 (1) גיל האישה הוא פחות מגיל הנישואים (עד 17) או מעל לגיל 40.

(2) האישה איננה נשואה או שההיריון הוא מחוץ לנישואין או נובע מיחסים אסורים.

(3) הוולד עלול להיות בעל מום גופני או נפשי.

(4) המשך ההיריון עלול לסכן את חיי האישה או לגרום לה נזק גופני או נפשי.

75 ראו סעיף 316(א)(3) לחוק העונשין, התשל"ז-1997, ס"ח 104. השווה: **הדס שושני נ' שמחה יגל**, לעיל ה"ש 55.

76 נתוני האגף לשרותי מידע ומחשוב של משרד הבריאות "הפסקות היריון שנים 1990-2012" (ירושלים, דצמבר 2013).

77 ראו הנחיות מינהל שירותי הרפואה במשרד הבריאות מס' 28/12/1994 מיום 28/12/1994. [HTTP://WWW.HEALTH.GOV.IL/Download/Forms/A2346\\_MR70C\\_93/](http://www.health.gov.il/Download/Forms/A2346_MR70C_93/)

78 נתוני האגף לשרותי מידע ומחשוב של משרד הבריאות "הפסקות היריון שנים 1990-1995".

אמות מידה לקביעה המוסרית בעובר המצדיק מתן אישור להפסקת היריון. הנושא כולו הושאר לשיקול דעתן של הוועדות. היעדר הנחיות מפורטות של המחוקק לקביעת אמות מידה באישור הפסקת היריון גרם לחוסר אחידות נרחב בנוהלי עבודת הוועדות בבתי החולים השונים,<sup>79</sup> כיוון שבהיעדר הנחיות מפורטות, ההחלטה בדבר מתן האישור הייתה נתונה למעשה לשיקול דעתם של חברי הוועדה על פי גישתם האישית והמוסרית לנושא.

חוזר מנכ"ל 8023/07 הסדיר לראשונה הנחיות רפואיות קליניות שניתנו לוועדות העל להפסקת היריון. כמו כן שינה החוזר את שם הוועדות ל"וועדות להפסקת היריון בשלב החיות"

מתן האישור להפסקת היריון תלוי בסוג המגבלה הצפויה כפי שהוגדרה בחוזר:

- **מגבלה קלה** הצפויה בתפקוד הוולד, דהיינו כזו שלא תמנע השתלבותו בחברה ולא תגרום לו להיזקק לעזרת הזולת, אינה מצדיקה הפסקת היריון.
- **מגבלה בינונית** שתפגע בהשתלבותו בחברה, אך לא תצריך עזרת הזולת, תצדיק הפסקת היריון עד השבוע ה-27 ורק כאשר ההסתברות למגבלה היא 30% לפחות.
- **מגבלה קשה** שתגרום לאי-יכולת להשתלב בחברה והדורשת היזקקות לעזרת הזולת, מצדיקה הפסקת היריון בכל שלב, ואף זאת רק אם קיימת סבירות של 30% שמגבלה זו תתקיים.

## הקשיים ביישום המבחן האובייקטיבי של סבירות החלטת הוועדה להפסקת היריון

כאשר קיימת התוויה רפואית להפסקת היריון, חזקה שקיימת זהות אינטרסים בין המעורבים בהליך, לרבות העובר המעדיף שלא להיוולד. אולם אין הדבר כך כאשר הפסקת ההיריון מתבקשת שלא מטעמים רפואיים<sup>81</sup> או כאשר יש חילוקי דעות בין הצדדים המעורבים.

הטיפול באישה ההרה ניתן על פי המלצות של גורמים רפואיים נוספים על אלה העוקבים ישירות אחר ההיריון. לרוב אלה הם הגורמים הרפואיים המקצועיים שאליהם מופנית האישה לבדיקות השגרה. בבדיקות אלה יש וממצא מחייב בירור מעמיק יותר, כך ייתכן כי בדיקת על-שמע מעלה חשד לקיום תסמונת בעלת רקע גנטי, המחייב בדיקות נוספות כבדיקת מי שפיר או בדיקת על-שמע ספציפית ללב. יש והבירור הגנטי נעשה במהלך ההיריון ויש שגם לפני ההתעברות.<sup>82</sup>

הבעייתיות העולה מהוראות החוזר היא שהוא קובע שמקרים רבים אינם נופלים בהגדרות חוזר המנכ"ל בדבר סבירות של 30% לקיומו של מום, כיוון שההסתברות להתרחשותו נמוכה. הריונות רבים מסתיימים בוולד שסובל מפגיעות קשות ביותר הגורמות לו למגבלה חמורה, אך מאחר שההסתברות למגבלה בינונית או קשה הייתה נמוכה, אי אפשר היה לאשר הפסקת ההיריון.<sup>83</sup> מקרה אחר קיומם של כמה מומים קטנים או בינוניים שכל אחד כשלעצמו אינו מצדיק הפסקת ההיריון לפי החוזר, אך צירופם יחדיו יגרום למגבלה קשה בתפקוד. לעתים קשה, ואף בלתי אפשרי, לצפות בשלבי המעקב את יכולת התפקוד של העובר במומו. במקרים רבים אי אפשר לדעת אם המום הוא אקראי או חלק מתסמונת ידועה – אם ניתן להימנע מהמלצה להפסקת היריון רק משום שאי אפשר להעריך את

79 דוח ועדת ריפטיין שהוקמה על ידי שר הבריאות כדי לבחון את עבודת הוועדות לפי חוק העונשין מצא כי קיים חוסר אחידות בנוהלי עבודת הוועדות בבתי החולים השונים, תוך חריגה מהוראות החוק.

80 ביום 19.12.2007 פורסם חוזר מנכ"ל משרד הבריאות (מס' 23/07) בנושא ועדות ע-אזורים להפסקת היריון בהריונות שגילם מ-24 שבועות מלאים, דהיינו 24/07 שבועות, וכן קווים מנחים מנהליים וקליניים לעבודה להפסקת היריון בנוגע להיריון בשלב החיות.

81 ראו גרינף לעיל ה"ש 27.

82 ראו פרשת זיצוב.

83 נניח מקרה של חשש לשיתוק מוחין בשיעור של 10% בלבד, אין ספק כי התממשות חשש זה תביא למגבלה חמורה יותר בתפקוד הוולד, ועל פי חוזר המנכ"ל אין לתת אישור להפסקת היריון כיוון שסבירות זו נמוכה מהנדרש.



יכולת תפקוד העובר במומו. צירוף אלה עם חוסר יכולת הערעור או הפנייה לערכאות משפטיות לסעד מצביע על הישנותה של פגיעה בזכויות ההורים.

ההנחיות שבחוזר קובעות רף נכות תפקודית עתידי שאינו ניתן בהכרח לצפייה בשלב ההיריון. דוגמה אופיינית למום בר־תיקון הוא מום המכונה בשם "רגל קלוטה" (club-foot), שהוא מום של כף הרגל שרבים הסבורים שאין הצדקה להפסיק בגינו ההיריון, בין היתר בשל קושי באבחון. בספרו של י' וולמן<sup>84</sup> צוין כי בגילוי של מום מסוג רגל קלוטה יש כ-10%-14% סיכויים למצוא מומים מבניים נוספים, וגם כאשר המום הוא מום יחיד, הסיכוי לגלות מומי קריטיפ (מומים כרומוזומליים) הוא כ-6%-22%. רגל קלוטה היא מום שבמקרים לא מעטים הוא חלק ממומים אחרים בעובר. שיעור אבחנת המום בבדיקת על-שמע עולה עם העלייה במודעות, בזכות ניסיון הבדקים ואיכות המכשור. כרבע מהמקרים מאובחנים לפני הלידה, וב-10% האבחנה שגויה. במקרים שבהם יש חשד לרגל קלוטה דו־צדדית, שיעור השגיאות קטן מאוד.

בשלב הראשון להערכת המצב מבוצעות בדיקות לגילוי מומים נוספים ושל התקינות הגנטית. יש הסוברים כי בממצא יחיד ללא מומים נוספים ניתן להימנע מבדיקת הקריטיפ. כאשר נשללים מומים נוספים, ניתן להתייחס אל המום כאל מום יחיד, ובטיפול לאחר הלידה בתינוקות ללא בעיות נירולוגיות ניתן להגיע להצלחה בכ-50% מהמקרים בתיקון המום בטיפול שמרני. יש מקרים שבהם נדרש ניתוח אורתופדי שבו סיכויי ההצלחה רבים. יש לזכור כי גם שלילת מומים נוספים בבדיקות אינה שוללת מקרים נדירים שבהם המום הוא חלק מתסמונת רחבה יותר.<sup>85:86</sup>

הביקורת כלפי היקף סמכות הוועדה מקבלת משנה תוקף נוכח קביעות בעניין החזקה המשפטית שנקבעה בהלכת המר המעניקה משקל רב לקביעות הוועדה להפסקת ההיריון בשלב החיות. כפי שקובע המשנה לנשיאה השופט ריבלין בסעיף 45 לפסק הדין:

**"הקריטריונים המנחים את הוועדות משמשים, בפועל, לתיחום עילת ההולדה בעוולה, שכן עילת התביעה אינה מתקיימת – בשל העדר קשר סיבתי – מקום בו המוגבלות אינה מן הסוג שהיה מוביל למתן אישור לביצוע הפלה. יתרה מזאת. קיים מתאם הגיוני־הסתברותי מתבקש בין השיקולים אותם מביאות הוועדות בחשבון החלטתן, לבין השיקולים המנחים את ההורים, מקום בו הם מבקשים לקבל אישור להפסקת ההיריון. לאור האמור, ראוי כי החלטת הוועדה להפסקת ההיריון תשמש גם מעין חזקה הניתנת לסתירה בדבר עמדתם של ההורים ביחס להפסקת ההיריון".**

הלכה פסוקה היא כי תפקידן העיקרי של הנחיות מנהליות הוא ליצור מערכת מנהלית הפועלת באופן שוויוני בפני אזרחי המדינה והזקוקים לשירות המנהלי. עוד נקבע כי דין מערכת זו של הנחיות מנהליות כדין חקיקה המהווה מערכת נורמות המחייבות את המערכת השלטונית.<sup>87</sup>

טול את המקרה שבו פונה האישה לוועדה להפסקת ההיריון כשלעובר רגל קלוטה. על פי ההנחיות מדובר במום קל, והנכות הצפויה לא תגיע לכדי 30%. בשלב זה ייתכן שלוועדה לא יהיו נתונים בדבר היות המום בודד או שהוא מלווה במומים גנטיים נוספים. בפרשת הפרת ההנחיות של משרד הבריאות בנוגע למעקב ההיריון עשויה לקום בנסיבות המתאימות עילת תביעה של עוולת הפרת חובה חקוקה לפי סעיף 63 לפקודת הנזיקין לרבות בשאלת הקשר הסיבתי בין הפרת החיקוק לנזק.<sup>88</sup>

84 וולמן, לעיל ה"ש 17, בעמ' 309.

85 שם, עמ' 307.

86 ראו D.Shipp, B.R.Benacerraf, *The Significance of Prenatally Identified Isolated club foot. Is Amniocentesis Indicated?*, Am. J. OBSTET. GYNECOL (1998) 178:600-2.

87 ראו ע"א 6926/93 מספנות ישראל בע"מ נ' חברת החשמל לישראל בע"מ, פ"ד מח(3) 749 (1994).

88 ראו ע"א 145/80 ועקנין נ' המועצה המקומית בית שמש, פ"ד לז(1) 113 (1982); ע"א 84/85 ליכטנשטיין נ' מדינת ישראל, פ"ד מ(3) 141 (1986).

סירוב הוועדה להיענות לבקשת ההורים, בהתבסס על ההנחיות שנקבעו, עשויה להקים להורים עילת תביעה נגד הוועדה כפי שנקבע בפרשת **פלוני**.<sup>89</sup> באותה פרשה הוגשה תביעה בעילה של הולדה בעוולה. התובע, יליד ה-5 בינואר 1994, סובל מקיצור באורך הגפיים, ולטענת התביעה ממומים נוספים. האבחנה המדויקת הייתה שנויה במחלוקת – בית המשפט הכריע כי מדובר בגמדות מסוג היפוכונדרופליזיה שאין עמה תופעות לוואי אורתופדיות או נירוכירורגיות, להבדיל מאכונדרופליזיה. המום אובחן בשבוע 21.5 להיריון. הרופאים שטיפלו באם סברו שהמום מצדיק הפסקת היריון והפנו אותה לוועדה, שדנה בבקשה ואישרה אותה. כיוון שגיל ההיריון עלה על 23 שבועות, משמע העובר כבר היה בר־חיות, והפסקת ההיריון הייתה המתה של העובר. הוועדה לא הסתפקה בהחלטתה שלה, אף שניתנה כחוק, ועל פי הנוהל שנהג בבית החולים במועד הרלוונטי, העבירה את הבקשה לאישור "ועדת על" שבה השתתפו שני רופאים. הוועדה דחתה את הבקשה, בהתנגדות אחד מהם, והפסקת ההיריון נמנעה. לטענת התובע, דחיית הבקשה להפסקת היריון, אף שאושרה על ידי ועדה מורשה בדיון, מהווה הפרת חובה חקוקה והפרת חובת הזהירות שעובדי בית החולים חבים כלפיו.

בית המשפט (הנשיאה ב' גילאור) הגיע למסקנה שוועדת העל הפרה בהתנהלותה את חובת הזהירות המוטלת עליה. עקרונית, החלטה הבוחנת החלטת ועדה רגילה צריכה להיות זהירה, שקולה וקפדנית יותר מן הנוהל שנקבע בחוק, שהופעל במקרים "רגילים" ופשוטים יותר. החלטה של רופא יחיד, בכיר ומנוסה ככל שיהיה, אין בה כדי להחליף שיקול דעת של הרכב רופאים רחב ומגוון. בענייננו לא דובר בוועדה המתכנסת באופן מסודר ובהליך פורמלי. בפועל, ואולי גם בכוח, החלטת ועדת העל, שהיא החלטת הרופא שהוא "הוועדה" להפסקת היריון, ניתנה מבלי שנדרש דין וחשבון בפני גורם נוסף. זאת ועוד, החלטה כה גורלית, שעשויה לשנות את חיי ההורים, חייבת להתקבל לאחר שדעתם נשמעה. הם אמורים לגדל את הילד שיהיה חריג. ועדת העל אינה פועלת מכוח חוק העונשין, המחייב מתן זכות טיעון, אולם מבחינת סדרי העבודה ואופן קבלת ההחלטות עליה לפעול, כלפי התובע והוריו, לפחות על פי חובת הזהירות המוטלת עליה.

אין ספק כי לא כל מום מצדיק הפסקת היריון, אך מוסכם על הכול כי נדרשת התייחסות שונה לשלבי היריון מתקדם, ויש צורך לברור את המקרים שבהם תאושר הפסקת ההיריון. עיקר ההשגות הן שיש להסדיר את סמכויות הוועדה ואת מעמדה בחקיקה ראשית. נוכח המבחן האובייקטיבי שנקבע בהלכת המר אין זה ראוי שהיקף שיקול הדעת של הוועדה להפסקת היריון יתבסס על הנחיות קליניות מקצועיות, במיוחד על רקע האפשרות של הפגיעה בזכות החוקתית לתכנון המשפחה. יש לזכור שהחלטת ההורים להפסיק היריון עשויה לנבוע ממניעים שחברי הוועדה מנועים מלהביאם בחשבון, או מהעובדה שלבעל אין מעמד עצמאי בפני הוועדה, והדבר פוגע בכללי הצדק הטבעי בהיות הוועדה וחבריה כפופים לכללי המשפט המנהלי.

## מעמדו של האב בפני הוועדה להפסקת היריון

סעיף 316 לחוק העונשין דן בסמכות הוועדה לאשר הפסקת היריון בכפוף לקבלת הסכמתה המודעת של האישה להפסיק את הריונה.<sup>90</sup>

סעיף 316(א) לחוק קובע שלא יינתן אישור על ידי הוועדה אלא לאחר שנתקבלה לכך הסכמתה המודעת של האישה, והוועדה לא תסרב לתת אישור בטרם ניתנה לאישה הזדמנות להופיע לפניו ולמסור לוועדה את נימוקיה.<sup>91</sup> הסכמה מודעת משמעה לעניין זה הסכמה בכתב, לאחר שהוסברו לאישה הסיכונים הגופניים והנפשיים הכרוכים בהפסקת ההיריון.

89 ת"א (מחוזי חי') 259/02 **פלוני נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 2.12.2007).

90 סעיף 316 לחוק העונשין, התשל"ז-1977, ס"ח 104 קובע כי "הוועדה רשאית, לאחר שנתקבלה הסכמתה המודעת של האישה, לתת אישור להפסקת ההיריון, ראתה שיש הצדקה לכך מחמת אחת מאלה: ... (3) הוולד עלול להיות בעל מום גופני או נפשי. (4) המשך ההיריון עלול ... לגרום לאשה נזק גופני או נפשי". וכן "לא תסרב הוועדה לתת אישור בטרם נתנה לאשה הזדמנות להופיע בפניה ולמסור לוועדה את נימוקיה".

91 סעיף 316(ג) לחוק.

לביצועו של החוק הזה הותקנו תקנות העונשין (הפסקת הריון), התשל"ח-1978<sup>92</sup> (להלן – התקנות). סעיף 316(3) לחוק העונשין מהווה את התשתית החוקית הבסיסית להכרה בעוולה האזרחית של חיים בעוולה מקום שהחוק מכיר בזכות להורות כזכות יסוד בסיסית חוקתית הנגזרת מזכותם של בני הזוג לאוטונומיה.<sup>93</sup>

הלכת **המר** יצרה אנומליה משפטית כשהכירה בשני ההורים כניזוקים ישירים, בעוד על פי חוק העונשין והנחיות משרד הבריאות אין לבן הזוג אבי העובר מעמד חוקי בפני הוועדה להפסקת הריון, ואין נדרשת הסכמתו מדעת להפסקת ההיריון. עמדה זו נתמכת בפסיקה שהתייחסה למעמד הבעל בפני הוועדה להפסקת הריון. בפרשת **פלונית**<sup>94</sup> לא הכיר בית המשפט העליון במעמד האב כבעל זכויות בפני הוועדה להפסקת הריון תוך קביעת סייגים לסמכות הוועדה לשמוע את האב וקביעת נהלים לנהוג לפי כללי הצדק הטבעי ועקרונות של בריאות האשה והעובר.<sup>95</sup>

ראוי להבהיר שאמנם לבן הזוג – אבי העובר – אין זכות לבקש הפסקת הריון של בת זוגו, אך עומדות לו זכויות משפטיות להיפרע פיצויים מהמזיק אם נקבעת רשלנות במעקב ההיריון, כפי שנקבע בפרשת **לבנה לוי**.<sup>96</sup> במקרה זה נפטר עובר בהיריון שלאחר טיפולי הפריה. ההורים הגישו תביעת נזיקין וטענו שבית החולים התרשל בטיפול. השאלה הרלבנטית לדיונו היא אם ההורים זכאים לפיצוי בגין הנזקים הנפשיים הלא ממוניים שמהם הם סובלים בשל מות העובר. בית המשפט המחוזי קבע כי האם והאב אכן זכאים לפיצויים על נזק זה. יתר על כן, לאבי העובר יש זכויות ביצירת העובר, והוריו אמורים להיות האפוסטרופסים הטבעיים שלו לכשייוולד אם כך, מה טעם ראה המחוקק להבחין בין מעמדו של האב לפני לידתו<sup>97</sup> ולאחריה?!

בעקבות הלכת **המר** יש לדעתנו לבחון מחדש את הפרשנות שניתנה בפסיקה למעמדו החסר של האב, במיוחד במצבים שבהם תבחן הוועדה להפסקת בקשה של אישה להפסקת הריון על רקע חשד למום בעובר לפי סעיף 316(3) לחוק העונשין, והיא תיתקל בחילוקי דעות בין בני הזוג באשר להמשך ההיריון. ראוי לציין כי ההחלטה על הפסקת הריון לאחר ההתעברות שונה תכלית השינוי מזכותו של האב לעתיד במועד שלפני ההפריה.<sup>98</sup> אמנם הזכות החיובית להיות הורה גוברת על הזכות השלילית שלא להיות הורה, אך כפי שנקבע בפרשת **נחמני**,<sup>99</sup> אין סימטריה בין הזכויות, למרות הדמיון ה"חיצוני" שביניהן, ואין לראות בזכות להיות הורה אלא נגזרת מהזכות לאוטונומיה של ההורה, העומדת מול הזכות שלא להיות הורה. הזכויות המתנגשות במקרה זה הן הזכות שלא להיות הורה מול הזכות לחיים של העובר שאותו מייצגת הוועדה להפסקת הריון על פי המנדט המוקנה לה בחוק,

92 בתקנה 13(ד) לתקנות נקבע:

"הרופא המוסמך האמור יבדוק את הפונה לצורך קביעת משך ההריון ויסיביר לה את הסיכונים הכרוכים בהפסקת ההריון ותוצאותיה האפשריות. הסכמתה המודעת של האשה תינתן בנוסח שבטופס 2 לתוספת".

93 ראו דנ"א 2401/95 **נחמני נ' נחמני**, פ"ד (4) 661 (1996).

94 ע"א 413/80 **פלונית נ' פלוני**, פ"ד (3) 57, 67 (1981).

95 כדברי הנשיא שמגר בפרשת **פלונית** הנ"ל: "במערכת המשפט הישראלית לא ראה המחוקק, כמובא לעיל, מקום להעניק לאב מעמד מעוגן בחוק בהליכים, המתקיימים עובר למותן ההחלטה בדבר הפסקת ההיריון, כפי שנקבעו בדיני העונשין. העדר המעמד על-פי חוק, כאמור לעיל, אינו רק בעל השלכה לצורך הסקת המסקנה, אם יכול הבעל למנוע על-פי דין מן הוועדה להחליט בעניין, אלא אין גם הוראה כלשהי בדבר זכות ההופעה של הבעל לפני הוועדה כדי להשמיע דבריו, גם מתוך ההנחה הנ"ל, שאין להם כוח לחייב את הוועדה. אין ללמוד מכאן, כי אסור לוועדה לשמוע את הבעל, אם הלה פונה ומבקש זאת: ועדה, שכוננה על-פי חוק כדי לטפל בנושא שנמסר לסמכותה, רשאית לשמוע לפי שיקולה דבריו של פלוני, שיש לו נגיעה לעניין, המבקש להביא לפניו עמדתו בנושא הנתון להכרעתה, אם היא סבורה, כי יהיה בדבריו שיושמעו לפניו, לכאורה, כדי לסייע בידיה להגיע להחלטתה, ובלבד שיוקפד על שניים אלה: (א) שלא תעוכב בשל כך פעולתה של הוועדה, בדרך שיש בה כדי לסכל מטרת כינונה, כגון, כאשר יידרש עיכוב, שיש בו כדי לסכן חיי האישה או למנוע הפסקת ההיריון בנסיבות אחרות המצדיקות זאת, כאמור בחוק וכן (ב) כי הוועדה תאמץ לעצמה נהלים וכללי פעולה, המונעים פגיעה בזכותה של האישה, שמעמדה הוכר בחוק שלנו בסעיף 316(ג) שבו; כך יש למשל לוודא, שהאישה תוכל להיות נוכחת בעת הופעת הבעל, או שתוכל להגיב על טענותיו, אם תרצה בכך (השווה, למשל, לכללים, שנקבעו על-ידי השופט ברק בבג"צ 685/78 לעניין זה אין, כמבואר לעיל, מעמד שווה לאישה ולבעל, כי האישה היא הנושאת בכל מקרה בסיכונים הגופניים והנפשיים, כאמור בסעיף 316(ב) לחוק, בין אם ניתן לה האישור ובין אם לאו".

96 ע"א לוי נ' **מרזב רפואי שערי צדק**, לעיל ה"ש 29.

97 ראו ביקורתו של י' גרין האם נוהל הפסקת הריון הקבוע בחוק העונשין משקף את תקנת הציבור?

98 השווה דעת הרוב בדנ"א **נחמני נ' נחמני**, לעיל ה"ש 93.

99 ראו עמדת כבוד השופט טירקל שם, בעמ' 736 לפסק הדין.

המקבילה לסמכותו של בית המשפט הממונה כאפוטרופוס לעובר על פי סעיף 33(6) לחוק הכשרות המשפטית ואפוטרופסות, התשכ"ב-1962.<sup>100</sup>

לאור העקרונות שהותוו כאמור, במקרה של חילוקי דעות בין ההורים בקשר להפסקת היריון תועדף עמדת האישה כפי שקרה בפרשת **ש.א. נ' ס.מ.**<sup>101</sup> שבה נתבקש בית משפט ליתן צו להורות למשיבה לבצע הפלה. הבקשה הוגשה כסעד בתובענה נזיקית. המשיבה – גרושה, אם לשני ילדים, בת 26 שנים – התעברה לאחר שקיימה יחסי מין עם המבקש, חייל בשירות חובה בן 21 שנים. לטענת המבקש, ההיריון הוא פרי של גנבת זרע, תרמית והונאה. לטענתו יש בהיריון כדי לגרום לו נזקים כלכליים, נזקים נפשיים ופגיעה בסיכוייו להתחתן.

בית המשפט לענייני משפחה בחיפה (השופטת אלה מירז) דחה את הבקשה למתן צו והורה על מחיקת התביעה, בקבעו כי במקרה דנן מתנגשת זכות ההולדה השלילית של המבקש עם זכות ההולדה החיובית של האישה. מאזן זכויות הצדדים במקרה דנן נוטה בהכרח לטובת האישה: "כאשר קיימים חילוקי דעות בין האב לאם הרי שהגם שקיימת זכות לאב בהיריון האם ובמקרה דנן 'זכות ההולדה השלילית' הרי שהיא לא תזכה להגנה ולא ניתן יהיה לממש על ידי צווי בתי משפט וזאת בין השאר בשל היתרון של זכויות האישה בהקשר זה שבעיקר נובע מהיות העובר חלק מגופה ובהיות בריאותה ושלמות גופה אף היא מושפעת מכך. בנוסף, העובדה כי קבלת אישור לביצוע הפלה נעשית באמצעות הוועדה בלבד, כאשר למבקש אין זכות טיעון וכאשר המשיבה אינה חפצה לילד לוועדה, הרי שבוודאי שלא ניתן ליתן צו המורה למשיבה להפיל את העובר ובכל מקרה לא ניתן היה לאכוף צו כאמור". בנוסף, לזכות ההולדה החיובית של האישה מצטרפות זכויות נוספות, ובהן בריאותה של האישה, חירותה לעשות בגופה כרצונה, זכותה לפרטיות, וזאת לצד אינטרסים נוספים, ובהם הכרה בעיקרון של קדושת החיים, האינטרס הציבורי לדאוג להמשך קיום האנושות בהגנה על חיים עתידיים.

עם זאת, כדי לקבוע שהסכמת ההורים להפסקת ההיריון היא הסכמה מדעת לפי חוק זכויות החולה, התשנ"ו-1996, הרי שחובת הגילוי של הוועדה להפסקת היריון קיימת לדעתנו כלפי ההורים בצוותא חדא, ועל הוועדה לפעול על פי כללי המשפט המנהלי, ובכלל זה לשמוע את דעתו של האב מכוח כללי הצדק הטבעי.<sup>102</sup> כמו כן לדעתנו מחויבת הוועדה כגוף סטטוטורי בחובת הגילוי לבני הזוג למסור את מרב הנתונים והמידע כדי שיוכלו לקבל החלטה מושכלת באשר להמשך ההיריון.<sup>103</sup> במקרה של חילוקי דעות או חוסר הבנה בין בני הזוג, רופא פסיכיאטר<sup>104</sup> (ולמצער עובדת סוציאלית) הוא שצריך להסביר להורים את ההשלכות של גידול ילד עם מום על תכנון המשפחה, לרבות ההשלכות על בריאותם הנפשית, או לחלופין, להביא את המקרה להכרעת בית המשפט לענייני משפחה.<sup>105</sup> לדעתנו ראוי להוסיף תיקון לחוק העונשין, שלפיו בכל מקרה של ספק אם ההורים מבינים את משמעות הנתונים המובאים לפנייהם או שהם חלוקים בדעותיהם כאמור, יש להביא את החלטת הוועדה להפסקת היריון לאישור בית המשפט לענייני משפחה. תכלית התיקון היא להבטיח כי נשקלו כל השיקולים הרלוונטיים

100 ראו מאמרה של השופטת בדימוס ט' שטרסברג-כהן "מעמד העובר במשפט הישראלי" **הזכות לחיים ללא מום** (עורכים י' דייזיס וא' סהר, 2006).

101 ראו תמ"ש (חי') 10708-02-09 **ש.א. נ' ס.מ.** (פורסם בנבו, 3.5.2009).

102 ראו בג"ץ 3495/06 **הרב יונה מצגר נ' היועמה"ש** (פורסם בנבו, 30.7.2007) וכן דעת המיעוט של השופט פרוץ' מנחם אלון בע"א 413/80 **פלונת נ' פלוני**, לעיל ה"ש 94, הרואה בזכות הטיעון של האב בפני ועדה להפסקת היריון שדנה בבקשה לבצע הפלה – גוברת על סמכות הוועדה לשמוע רק את האם.

103 ראו לעניין זה דברי השופט עזרא קמא בת"א **שושני נ' פרוץ' יגל**, לעיל ה"ש 55: "חשד לתופעות ולסימנים באם ובעובר צריך שיהיו גלויים ומתועדים, אפילו קשתה בינתם של ההורים מהבינם, עם התקדמות הרפואה והתמורות שחלו בריפוי של אדם, אף 'בתכנון' הטרומ - לידתי, עלתה לאין שיעור. גם המודעות של האנשים והלכה החקיקה בענין זה והתקדמה עם הרפואה, עקב בצד אגודל. דברים שהיו ידועים אך לרופאים, ואחר לא יבינם, נמצאים היום בידיעת הכל, ואפילו אין הם ידועים לכל - על הרופא להסבירם בלשון פשוטה ומובנת לחולה ולנבדק. חובת הרופא ליידע את החולה או את הנבדק משמעותו – גם לתעד את הדברים וגם להסבירם לחולה ולנבדק ולמי שהרופא חב כלפיו חובה של מסירת מידע, ולא להכמינם בלבד. משום כך, הטענה כי 'לא כל דבר אומרים' אינה יכולה להתקבל כפרקטיקה רפואית סבירה".

104 ראו המלצות ועדת ריפטיג אשר אומצו בהנחיות מנכ"ל משרד הבריאות 23/93.

105 בת"א (מחוזי ב"ש) 1315/00 **פלונת נ' קופת חולים הכללית** (פורסם בנבו, 30.10.2005) החליט בית המשפט המחוזי (השופטת כץ) בתביעה שעילתה הולדה בעוולה כי צוות הרופאים אשר המליץ על הפסקת ההיריון וחזר בו, לא שימש ועדה להפסקת היריון על פי חוק העונשין, ודי בהסברים שניתנו להורים על אודות ההתלבטות באשר לאבחנה כדי לקבוע כי הצוות הרפואי עמד בחובת הגילוי המוטלת עליו על פי דין. ההורים טענו כי פעלו על פי עצת הרופאים ולא הבינו כלל את משמעות ההסברים, וממילא הסכמתם הייתה שלא מדעת.

להחלטת הוועדה. כמו כן מוצע כי החלטת בית המשפט תהא סופית וחלוטה לעניין סעיף 33(6) לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"ב–1962.

## שאלת החסינות של חברי הוועדה להפסקת היריון

חוזר משרד הבריאות קובע כי לפי עמדת משרד הבריאות חברי ועדה להפסקת היריון ממלאים תפקוד ציבורי על פי דין בעת שהם דנים בבקשה להפסקת היריון, ובתור שכאלה הם עשויים להיות זכאים להגנת המדינה בנסיבות המתאימות לפי סעיפים 7א–17 לפקודת הנזיקין.

שמיכת החסינות המוענקת על פי פקודת הנזיקין לעובדי ציבור אינה מכסה לדעתנו תביעת רשלנות רפואית של הוועדה, שאם לא תאמר כן, כל פעולה של רופא במסגרת עבודתו בבית חולים בבעלות המדינה חסינה מפני תביעה משפטית. לא זו הייתה תכלית התיקון לחוק, והלכת **המר** אינה מוציאה את אחריות הוועדה להפסקת היריון. שאלת החיסיון שמבקשים להעניק לעצמם חברי הוועדה<sup>106</sup> שנויה במחלוקת על רקע פרשנות סעיפים 7א–17 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש] והפסיקה בנושא כפי שנקבע בפרשת **פלוגי**.<sup>107</sup>

מלבד הפרשנות המשפטית שיש ליתן להוראות סעיפים 7א–17 לפקודת הנזיקין, יש לבחון את נושא הכיסוי הביטוחי. כידוע, פעולותיהם של חברי הוועדה להפסקת היריון מבוטחות בענבל החברה הממשלתית לביטוח בע"מ, אשר מבטחת את עובדי המדינה. בוועדות להפסקת היריון יושבים גם רופאים שאינם עובדי מדינה והמבוטחים על פי פוליסות ביטוח אחריות מקצועית. ספק בעינינו כי במקרה נתון של תביעת רשלנות רפואית נגד מי שאינו עובד מדינה תיטול ענבל את הכיסוי הביטוחי לפעולות שנעשו על ידיו כחבר בוועדה להפסקת היריון כשהוא מבוטח בגוף אחר.<sup>108</sup>

כך או כך, לחברי הוועדה אין לדעתנו חסינות על פי פקודת הנזיקין לפעולות שנעשו במסגרת תפקידם כחברי הוועדה להפסקת היריון, ואין תוקף משפטי להנחיות מנכ"ל משרד הבריאות.

הנה כי כן, על הוועדה להפסקת היריון להביא בחשבון שיקוליה את עמדת האב, ואם לא כן, היא עלולה למצוא עצמה מפרה את כללי הצדק הטבעי ואת חובת הגילוי על פי חוק זכויות החולה.

## הקשיים ביישום המבחן הסובייקטיבי – האם ההורים היו מפסיקים את ההיריון?

הקושי הראשון בפרשנות סמכות הוועדה להפסקת היריון נעוץ בנוסח סעיף 316, שלפיו על האישה לפנות לוועדה בבקשה להפסיק את ההיריון, ולוועדה שיקול דעת אם להיענות לבקשתה. ומה אם האישה אינה מודעת לכך שמתקיימת אצלה עילה להפסיק ההיריון לפי ס"ק (3) ו(4) לעיל? בית המשפט לא התעלם בפרשת המר מקושי זה, וכדבריו:<sup>109</sup>

<sup>106</sup> סעיפים 7א–17 לפקודת הנזיקין חלים רק על עובדי ציבור במסגרת תפקידם השלטוני אשר ניתנה בעניינם הודעה שהמעשה נעשה תוך כדי מילוי תפקידם השלטוני על פי תקנות הנזיקין (אחריות עובד ציבור), התשס"ו–2006. מכאן שספק אם יש תחולה של החוק על חברי ועדה להפסקת היריון במוסדות רפואיים שאינם בבעלות המדינה. שנית, ועיקרו של דבר, יש לבחון את התנהגות חברי הוועדה על פי דיני הנזיקין ולא על פי כללי המשפט המנהלי. המבחן לאחריות הנזיקין הוא מבחן הרופא הסביר בשעת מעשה. החסינות המוענקת לעובדי ציבור על פי סעיף 7א לפקודת הנזיקין לא נועדה להגן עליהם מפני התרשלות ביחס רופא–חולה. לפיכך הניסיון להשתמש בפקודת הנזיקין אינו ראוי בנסיבות העניין ומוטעה מבחינה משפטית.

<sup>107</sup> ת"א פלוגי נ' מדינת ישראל, לעיל ה"ש 89.

<sup>108</sup> י' דיוויס "האם הנחיות קליניות יכולות לשמש מכשיר להגנה משפטית? הערות ביקורת בעקבות חוזר משרד הבריאות בעניין ועדות להפסקת היריון בשלב החיות" **רפואה ומשפט** 39 (2008).

<sup>109</sup> סעיף 46 לפסק הדין.

**"קושי ראשון נובע מעצם הצורך להוכיח בדיעבד שרשרת סיבתית עובדתית היפותטית: מה היה קורה לו היו ההורים יודעים בשלב ההריון על קיומה של המוגבלות? האם אכן היו פונים לוועדה המוסמכת בבקשת היתר להפסקת הריון? ואם היו פונים – האם היו ההורים מפסיקים את ההריון?"**

קושי שני נעוץ בהסתייגותן של נשים רבות מפנייה לוועדה להפסקת הריון ומבקשה להפסיק ההריון, בעיקר מטעמים סוציאליים וחברתיים. על קושי זה עמד בית המשפט העליון בפרשת המר במקרה שהאישה משתייכת לקבוצת אוכלוסייה המתנגדת להפסקת הריון יזומה מטעמי דת, וכדברי המשנה לנשיאה: <sup>110</sup>

**"ראוי להדגיש כי סתירת החזקה לפיה מקום בו הייתה ועדה להפסקת הריון מאפשרת את ביצוע ההפלה, הריו ההורים גם פונים לוועדה בבקשה מתאימה, אינה יכול להיעשות באופן בלעדי באמצעות נתונים כלליים כגון בדבר השתייכות דתית-מגזרית... כך יש לזכור כי השאלה העומדת להכרעה אינה מהי עמדתה של הדת אליה משתייכים התובעים כלפי הביצוע הפלה בנסיבות המקרה, אלא כיצד היו נוהגים התובעים המסוימים העומדים לפני בית המשפט. לא די בכך שדעתם של ההורים אוסרת עליהם לבצע הפלה כדי לקבוע את התוצאה על מנת שנתון זה יהיה רלבנטי לצורך ההכרעה על ביהמ"ש להשתכנע כי האם הייתה נשמעת לאיסור זה גם בפועל".**

בפרשת פלוני נ' קופ"ח מאוחדת<sup>111</sup> נדונה תובענה בעילה של חיים בעוולה בשל לידתו המוקדמת של התובע בשבוע ה-27 להריון. התובעת אובחנה בהריון כשבגופה היה התקן תוך-רחמי. רופא נשים בקופת חולים הצליח לאתר את חוט ההתקן והוציאו. לאחר הפעולה הודיע הרופא לתובעת כי עליה להפסיק ההריון מחשש לזיהום.

בעקבות המלצת הרופא פנו ההורים, שהם אנשים דתיים, לרב וביקשו לקבל את עצתו אם להפסיק את ההריון. הרב הפנה אותם לחוות דעת שנייה אצל גינקולוג בכיר בבית החולים הדסה, וזה סירב להמליץ על הפסקת הריון והפנה אותם לרופא המטפל. אחרי הדברים האלה החליטה התובעת שלא לבצע הפלה וילדה את בנה בשבוע ה-27 להריון כשהוא סובל מנזק ניורולוגי על רקע הפגות.

בשאלת הקשר הסיבתי נדרש בית המשפט לדיון בשאלה אם הייתה התובעת מבצעת הפלה לו נמסר לה מהו הסיכון בהיוולדו של עובר עם נכות קשה והכריע את הכף לטובת ההורים על אף היותם אנשים דתיים. בית המשפט החיל את החזקה שבהלכת המר שבה נקבע שאילו היו מסבירים להם את המשמעות של לידה מוקדמת של העובר, היו ההורים פונים לוועדה להפסקת הריון, וזו הייתה מאשרת את הפסקת ההריון.

ההליך כולו התנהל לפני שניתן פסק דין המר, אך פסק הדין נכתב לאחר שכבר ניתנה ההלכה, ועל פי זה דחה את תביעתו של הקטין בעילה של "חיים בעוולה" והכיר בתביעת ההורים להולדה בעוולה.

בית המשפט קבע שהרופא המטפל הפר את חובת הזהירות כלפי ההורים כשלא העמיד אותם על הסיכונים של הריון עם התקן, אשר עלול להוביל ללידה מוקדמת עם נזקי פגות, על כל המשתמע מכך.

## הצורך בחזקת הבחירה בביצוע הפלה על פי הלכת המר

הצורך בהכרה בחזקה כי עמדת ההורים לבחור בהפלה משקפת גם את החלטת הוועדה להפסקת הריון נוצר על רקע הטענה שהעלו הנתבעים בפרשת פלוני נ' עיריית ירושלים<sup>112</sup> שלפיה השתייכותם של ההורים למגזר החרדי יוצרת חזקה הפוכה שבכל מקרה לא היו מבקשים להפסיק את ההריון, ועל כן לא הוכיחו את הקשר הסיבתי בין ההתרשלות שבאי-גילוי מום של שדרה שסועה לנזקי היילוד.

110 סעיף 53 לפסק דין המר.

111 בת"א 5193/03 ד'א'נ' (קטין) נ' קופת חולים מאוחדת (פורסם בנבו, 30.8.2012 – השופט א' פרקש).

112 בת"א פלוני (קטין) נ' עיריית ירושלים, לעיל ה"ש 31.

באותו מקרה נבדקה האם במעקב היריון במסגרת טיפת חלב ולא הופנתה לבדיקת חלבון עוברי שבאמצעותו ניתן היה לגלות מומים של מערכת העצבים המרכזית. בשל בעיה לבבית של האם היא פנתה לבית החולים הדסה, שם הייתה בהשגחתה של המחלקה להיריון בסיכון גבוה, ובד בבד ביצעה בדיקות אולטרה-סאונד בקופת חולים על פי הפניית רופאת טיפת חלב. רופאי הדסה הסתמכו על הבדיקות השגויות שנעשו בקופת חולים, אשר החמיצו את גילוי המום. בשלהי ההיריון גילו מומחי הדסה את המום והמליצו לתובעת ליילד את התובע בניתוח קיסרי. האם סירבה וביקשה להפסיק ההיריון בדרכה שלה. לבסוף נולד התובע עם מום המכונה שדרה שסועה (Spina Bifida) ובעיות אורולוגיות ונירולוגיות.

בית המשפט המחוזי (השופט דרורי) קבע בפסק דין פורץ דרך כי עילת התביעה של הולדה בעוולה מקורה בעוולה המבוצעת באם בטרם הלידה, כאשר לעובר אין זכויות וחובות, וה"נזק" הוא בעצם הולדת התובע, שהיה עובר בעת רשלנות הרופאים, בעת אי-גילוי המום. לפיכך אין צורך להוכיח ב"רחל בתך הקטנה" כי האם הייתה מפסיקה את ההיריון, מאחר ש"קשה לדרוש מאם להעיד על כך כאשר בנה האהוב חי. אין הצדקה לבדוק את דתה של כל יולדת התובעת בעילת 'הולדה בעוולה', ואף לא מוצדק לבדוק את מידת עוצמת הציות שלה לדת בה היא מאמינה, בסוגית ההפלה. לפיכך אין להטיל על בית המשפט, לנסות להיכנס לנעליו של כל מתדיין, ולדמיין כיצד הוא היה נוהג באותה סיטואציה".

בית המשפט קבע בפרשת המר כי על אף הקשיים המתוארים אי אפשר לוותר על הדרישה להוכחת קיומו של קשר סיבתי בין ההתרשלות לבין הנזק.<sup>113</sup> "מדובר למעשה בויתור על הוכחת יסוד מיסודות עוולת הרשלנות, שהרי מבלי להוכיח כי אלמלא ההתרשלות היו ההורים בוחרים לבצע הפלה, לא ניתן להוכיח קשר סיבתי בין ההתרשלות לבין הולדת הילד". ולכן אם ההורים מעוניינים לתבוע בעילה של "הולדה בעוולה", עליהם להוכיח את יסוד הקשר הסיבתי של העילה. מכאן, שנקבעה חזקה הניתנת לסתירה בדבר עמדתם של ההורים כלפי ביצוע הפלה. עם זאת נקבע כי מדובר בהנחה עובדתית ולא נורמטיבית: "אין בה בשום פנים כדי לקבוע כי הימנעות מביצוע הפלה, בנסיבות שבהן הייתה ועדה להפסקת הריון מאפשרת את ביצועה, משום התנהגות בלתי סבירה או בלתי רצויה. משמעותה כי מבחינה מעשית, יש להניח כי באופן טיפוסי נוהגים בדרך-כלל הפרטים בחברה, לפחות בקירוב, במתאם לקריטריונים המנחים את הוועדות להפסקת הריון". עם זאת נקבע כי גם אם לא עלה בידי ההורים להוכיח כי הם עצמם היו בוחרים להפסיק את ההיריון – אין בכך כדי לגרוע מאפשרותם לתבוע בגין הנזק שנגרם להם בגין הפגיעה באוטונומיה שלהם, כלומר בזכותם לקבל החלטה כה חשובה בחייהם באופן מושכל.

הוכחת הזכאות של ההורים להפסיק את ההיריון מכוח החלטת הוועדה להפסקת הריון תחייב את בית המשפט לפרש את החלטותיה בדיעבד (ex post) על פי מבחן אובייקטיבי (חוות דעת מומחים) ומבחן סובייקטיבי (עדות ההורים כיצד היו נוהגים אילו היה נמסר להם המידע שהיה, אולימביא אותם לבקש הפסקת הריון). כלומר, בהתקיים המבחנים האובייקטיבי והסובייקטיבי הללו קמה חזקה הניתנת לסתירה כי הוועדה להפסקת הריון הייתה מאשרת את ביצוע ההפלה.<sup>114</sup> קשת המקרים היא בלתי מוגבלת, ולדעתנו יש לפרש את המבחנים בהרחבה לפי נסיבותיו של כל מקרה ומקרה. בעניין זה שיקול דעתה של הוועדה להפסקת הריון אינה מוגבלת לרשימת המקרים המפורטים בסעיף 316 לחוק העונשין.<sup>115</sup>

עד הלכת המר כמעט שלא מצאנו התייחסות לשאלה ההיפותטית כיצד הייתה מחליטה הוועדה להפסקת הריון אילו הובאה בפניה בקשה של אישה, והדיון בשאלת הקשר הסיבתי התברר במסגרת חובת הגילוי על פי השאלה התאורטית שלפיה אילו נמסר המידע, האם הייתה המטופלת או בני הזוג בוחרים או מבקשים את הבדיקה או הטיפול שהיה בהם למנוע את הנזק או את לידתו של הניזוק עם הנזק שעמו נולד. כלומר, מדובר כאן במבחן סובייקטיבי הנתמך בחוות דעת מומחה אם ניתן וצריך היה לגלות את המום בעובר.

113 מסקנה זו נתקבלה הן על דעת הרוב והן על דעת המיעוט בוועדת מצא – ראו עמ' 47 ו-98 בהתאמה.

114 ראו דברי המשנה לנשיאה ריבלין בסעיף 49 לפסק דין המר.

115 ראו דברי השופט הנדל בפסק דין המר השני: "המבחן האובייקטיבי" והמבחן הסובייקטיבי אינם אמורים למצות את כל קשת האפשרויות בסוגיית הקשר הסיבתי בתביעת היילוד. למשל נניח שהרופא התרשל בכך שלא מסר מידע שהיה עליו למסור בדבר האפשרות לערוך בדיקה מסוימת של העובר במהלך ההיריון. גם אם לצד ההתרשלות קיים נזק, עדיין יתכן והתביעה תיכשל בשל העדר קשר סיבתי. דוגמה לכך – אם הוכח כי הבדיקה לא הייתה מגלה את הפגם".

בפרשת ח.ע.<sup>116</sup> נדון מקרה של אישה שהייתה במעקב היריון והופנתה לבצע סריקת מערכות במכון מור, ונטען כי הנתבעים התרשלו משלא אבחנו את המום של ספינה ביפידה בעמוד השדרה המותני שעמו נולדה בתה. לטענת האם, אילו היה המום מאובחן בעת הריונה, היא הייתה מבצעת הפסקת היריון, ולידתה במום הייתה נמנעת.

משעה שעמדה התובעת בנטל המוטל עליה בשלב הראשון, קמה לה החזקה כי בפועל כך היו נוהגים ההורים, ועל הנתבעים הנטל לסתור חזקה זו. בנטל זה לא עמדו הנתבעים, ומשכך יש לקבוע כי הוכח רכיב הקשר הסיבתי בין ההתרשלות לבין הנזק הנטען. בית המשפט קבע כי גם בהיעדר קיומה של החזקה היה עולה בידי התובעת להוכיח קיומו של קשר סיבתי, היינו כי אם הייתה הוועדה מאשרת להפסיק את ההיריון, היו הוריה פועלים לפי אישור הוועדה, שהרי בהיריון עם התובעת ביצעה האם בדיקת דיקור מי שפיר. עצם הסכמתה לבדיקה מעידה על כוונותיה לפעול לפי תוצאות הבדיקה.

בחינת הפסיקה שפירשה את הלכת המר עד כה מגלה שפרשנות שיקול דעתה של הוועדה להפסקת היריון אינה מצומצמת אך להיבטים הרפואיים, ועליה לשקול היבטים סוציאליים ואישיים של ההורים.

נניח למשל כי אישה הרתה מחוץ לנישואין, ובשל החשש מתגובת משפחתה אינה פונה לוועדה להפסקת היריון. במהלך ההיריון מתגלה חשד למומים גנטיים, ולמרות זאת האישה אינה מופנית לייעוץ גנטי. כיצד הייתה מחליטה הוועדה להפסקת היריון אילו הייתה האישה פונה בבקשה? לכאורה מדובר במום קל שאינו מצדיק היתר להפסקת היריון, אך מה אם הבקשה מבוססת על היריון מחוץ לנישואין? ומה אם מתברר בסופו של דבר שנולד יילוד עם תסמונת גנטית קשה? האם ניתן להכשיר את טעותה של הוועדה להפסקת היריון שלא נענתה לבקשת האישה על אף הרשלנות שבאי-הפניית לייעוץ גנטי?

כך קרה בפרשת ש.א.<sup>117</sup> שבה נדונה תביעת רשלנות רפואית בעילה של חיים בעוולה בשל נזק מוחי קשה אשר נגרם מסיבוכים של ניתוח לתיקון מום מולד מסוג פתח במחיצה הבין-חדרית בלבד (VSD) עם לחץ דם ריאתי. התביעה הוגשה ונדונה לפני פס"ד המר, אך פסק הדין ניתן לאחר פס"ד המר, ובית המשפט החיל את הוראות המעבר שבסיפה לפס"ד המר, שלפיה באותם מקרים שבהם לא הוגשה תביעת ההורים, לא תבוטל עילת התביעה של היילוד ("חיים בעוולה").

במשפחת התובעת חמישה ילדים: הבכורה סובלת משיתוק מוחין. התובעת היא הבת השנייה, ולאחריה נולדו שלושה ילדים בריאים. מעקב ההיריון נעשה בקופת חולים במקום מגורי ההורים. האם הופנתה לייעוץ גנטי ובו הומלץ על דיקור מי שפיר, סקירת אולטרה-סאונד, אקו לב ושיחה עם גינקולוג. בניגוד להמלצת הייעוץ הגנטי לא נעשתה בדיקת אקו לב עובר. בית המשפט קיבל את התביעה וקבע כי אילו בוצעה הבדיקה כפי שהיה ראוי לבצעה, היה מתגלה הפגם, ומסיבות סוציאליות סביר יותר כי ההיריון שבו נשאה אמה של התובעת את התובעת היה מופסק, והתובעת לא הייתה באה לעולם.

בהתייחס לחוזר מנכ"ל משרד הבריאות קבע בית המשפט כי מאחר שלא הובאו ראיות בשאלת השיקולים שעל הוועדה להפסקת היריון לשקול, נראה שאין לשלול אפשרות שוועדה להפסקת היריון הייתה מאשרת ביצוע הפלה בשלב מוקדם זה אילו היו הורי התובעת פונים אליה לשם כך, ומוסיף בהקשר זה את סמכות הוועדה להביא בחשבון שיקולים שאינם רפואיים גרידא.<sup>118</sup>

**"...השיקולים שמנחים את הוועדות להפסקת היריון אינם מוגבלים לטובת העובר – להיוולד או לא להיוולד; הוועדות שוקלות במסגרת האיזון הכולל גם את טובתם של ההורים ואת רצונם בהפסקת ההיריון. מתן היתר לבצע הפלה במצב מסוים אינו מלמד בהכרח על תפיסה חברתית רווחת שלפיה עדיף במקרה מסוג זה לא להיוולד. מתן ההיתר נסמך, לפחות בחלקו, על התפיסה החברתית ביחס לזכותה לאוטונומיה של האישה ההרה, כבודה ופרטיותה והיקף הזכות לבצע הפלה (פס"ד המר, בסעיף 20). האפשרות לאשר הפסקת היריון מסיבות סוציאליות או בשל נזק נפשי שעלול להגרם**

116 ת"א (מחוזי חי') 207/07 ח.ע (חסויה) נ' מדינת ישראל משרד הבריאות (פורסם בנבו, 30.4.2014 – השופטת וילנר).

117 ת"א 9513-03-09 פלונית (קטינה) נ' שירותי בריאות כללית (פורסם בנבו, 30.4.2013 – השופטת שטמר).

118 סעיף 22 לפסק הדין.



לאשה, אינה כרוכה בהכרח במצב העובר. כלומר שניתן לאשר בצוע הפלה בשל נזק נפשי לאשה, גם ללא שהעובר סובל מאיזו פגימה שהיא. נדמה שבהצטרף מצבה הנפשי של האשה בשל מחלת בתה התנוקות שבה היא כבר מטופלת, לאפשרות – ולו הרחוקה – שגם הבת שהיא נושאת ברחמה תסבול פגימה גופנית ממשית – ועדה להפסקת הריון יכולה הייתה להמליץ על בצוע הפסקת הריון".

לעומת זאת מצאנו פסיקה המפרשת בצמצום את שיקול דעתה הוועדה וסותרת את חזקת הבחירה בביצוע הפסקת ההריון.

בעניין **פלונית**<sup>119</sup> דובר במקרה שבו התובעת נולדה, בשנת 1984, כשהיא סובלת מתסמונת דאון, במצב של פיגור שכלי קשה. התובעת הגישה תביעה נגד הנתבעות בטענה של "הולדה בעוולה".

במרכז ההליך עמד סירובה של הוועדה להפסקת הריון שבבית החולים "רוטשילד" בחיפה להיעתר לבקשתה של אם התובעת לאפשר לה הפסקת הריון. נטען שהיה צורך לבצע בדיקת מי שפיר מוקדם ככל הניתן כדי לא להחמיץ את האפשרות להפסיק את ההריון, אך רופא קופת חולים לא הזהיר אותה באשר לחלון הזמן שיש לה כדי לעשות את בדיקת מי השפיר לצורך הפסקת ההריון. בנוסף טוענת התובעת כי האם, היא חסרת השכלה וידע בנושא, לא קיבלה הסבר על אודות חשיבות הבדיקה של מי השפיר. על בית החולים היה לצפות את האפשרות שהאם "תיפול בין הכיסאות" ותחמיץ את המועד המאפשר הפסקת הריון.

בית המשפט דחה את התביעה ופסק כי אין הדרך הנהוגה על ידי הרופאים באותו מועד שבו בוצעו המעשים או המחדלים שגרמו לנזק משום "חזות הכול". רשאי בית המשפט לקבוע שאף ש"כך עשו כולם", דרך זו היא רשלנית.

בית המשפט לא מצא כי מי מהנתבעות התרשלה כלפי התובעת וקבע כי קביעת חזקה שלפיה רופא שלא "חיפש" את המטופל ווידא ביצוע בדיקות – התרשל – היא מרחיקת לכת. "נדנדו" מצד רופא לעשות בדיקות שונות עשוי להוות לחץ על המטופל ולפגוע ביכולתו לתת הסכמה מדעת לטיפול המוצע. הטלת חובת מעקב גורפת, גם כאשר ניתן למטופל הסבר סביר, והחלטתו אם לאמץ את המלצת הרופא היא מושכלת, תטיל נטל בלתי סביר על הרופאים.

המקרה הנוכחי אמנם עוסק באישה פשוטה בעלת השכלה מוגבלת, ועם זאת מדובר בהריון חמישי, ובאישה שידעה למצוא את דרכה לוועדה להפסקת הריון. מכאן שאין מדובר באישה חסרת כל הבנה שיש לעקוב אחריה ולוודא את ביצוע הבדיקות. מנסיבות המקרה עולה שהאם קיבלה את ההסברים הנדרשים בכל הנוגע לצורך לביצוע בדיקות מי השפיר ולמועד הנדרש לזה, ועל כל פנים לא הוכח קשר סיבתי בין אי-ביצוע הבדיקה לבין ההסברים שקיבלה או לא קיבלה. כמו כן לא הייתה התרשלות בהסתפקותן של הרופאה והאחות בתחנת טיפת החלב בהפניית האם לביצוע הבדיקה ובאי-נקיטתן אמצעים נוספים כדי לוודא שהאם אמנם תבצע את הבדיקה ותשוב לתחנה עם תוצאותיה.

בפרשת **עודאי שהאב**<sup>120</sup> ניתן פסק הדין זמן קצר אחרי הלכת המר. מדובר בערעור על תביעה שהוגשה בעילה של "חיים בעוולה" נגד רופא טיפת חלב, בטענה כי התרשל באי-הפנותו את ההורים (שהם בני דודים) לייעוץ גנטי שלאחריו, על פי המלצת הייעוץ הגנטי, הייתה האישה מופנית לסקירת מערכות מכוונת.

בית המשפט המחוזי בחיפה (השופט רניאל) אמנם קבע כי האחריות להפנות את האם לעריכת סקירה מכוונת לאחר בדיקת חלבון עוברי לא תקינה מוטלת על המכון לייעוץ גנטי שלא נתבע, אולם קבע שגם אם בעקבות ביצוע הבדיקה בשבוע ה-27 להריון היו מתגלים המומים, הרי קשה לדעת מה הייתה החלטת הוועדה להפסקת הריון בשים לב לשלב המתקדם של ההריון נכון לאותו מועד, ועל כן לא הוכח ברמה הנדרשת כי הוועדה הייתה מאשרת ביצוע ההפלה. משכך, קבע בית המשפט כי יש לדחות את התביעה.

בית המשפט העליון (השופט דנציגר) יישם את הלכת המר לעניין הוכחת הקשר הסיבתי בשני שלבים (קביעת הוועדה אילו העניין בא לפנייה והחלטת ההורים לפנות לוועדה), אך קבע כי "בנסיבות הענין נקבע ממצא עובדתי

119 ת"א (חיפה) 467/08 **פלונית (חסויה) נ' שירותי בריאות כללית** (פורסם בנבו, 10.12.2012 – השופטת שטמר).

120 ע"א **שהאב נ' ד"ר דוידזון**, לעיל ה"ש 71.

לפיו ההורים לא עמדו בנטל ההוכחה לבסס טענתם כי אילו היו פונים לוועדה להפסקת הריון זו הייתה נעדרת לבקשתם".

משכך, נקבע שההורים לא עברו את השלב הראשון, וממילא מתייחד הצורך לדון בהחלטת החזקה הראייתית שההורים היו מבקשים מהוועדה להפסיק את ההיריון, ועל כן ערעור ההורים נדחה.

לדעתנו, סביר שאילו הייתה התביעה מתנהלת מלכתחילה על פי המתווה של הוכחת הקשר הסיבתי הדו-שלבי על פי הלכת המר, היו התובעים טורחים להוכיח באמצעות חוות דעת מומחה את שאלת הקשר הסיבתי על שני שלביה, שהרי העובדה שההורים הם בני דודים מעלה את הסבירות ללידת ילוד עם מום גופני, ולהערכתנו הייתה מאשרת הפסקת הריון על רקע זה אילו היה עניין זה בא לפניה. כך יצא שאמירת אגב של שופט הערכה הדיונית הכריעה את הכף לחובת התובעים, שהרי עמדת הוועדה להפסקת הריון לפני פסק דין המר לא הייתה תנאי מוקדם בשאלת הקשר הסיבתי, והקביעה העובדתית של הערכאה הדיונית כאמור הייתה למעלה מן הצריך בבית המשפט המחוזי, אך מכרעת בבית המשפט העליון נוכח הלכת המר.

בפסק דין המר השני<sup>121</sup> קבע השופט הנדל כי על המערערת להתמודד עם טענת היעדר קשר סיבתי בין התרשלות לנזק משני כיוונים: האחד, היעדר קשר סיבתי בין אי-היידוע לבין הנזק לנוכח קשיי הגילוי של הפגם; האחר, היעדר קשר סיבתי משום שגילוי המום לא היה מביא להפסקת הריונה של האם מבחינה אובייקטיבית. די במסקנה שהתבררה באשר להיעדר קשר סיבתי מוכח בכיוון הראשון, כדי לדחות את התביעה. יוזכר כי לנוכח הלכת המר יש לתת דגש להחלטה של הוועדה להפסקת הריון ורק אחר כך – במידה והאחרונה הייתה מאשרת הפלה – לתת את הדעת לאופן בו הייתה פועלת האם. על סמך הראיות שהוצגו בפניו קבע בית המשפט המחוזי כי לא הייתה מתבצעת הפלה גם אילו היה מתגלה המום. זאת משום שהוועדה להפסקת הריון לא הייתה מאשרת הפלה בנסיבות העניין. מומחה ההגנה ... העיד כי לאחר השבוע ה-23, התקופה הרלוונטית, בוועדה בה כיהן לא היו מאשרים הפסקת הריון עקב חסר של כף יד. יש לזכור כי הקביעה שהוועדה לא הייתה מאשרת את הפסקת ההיריון נשענה על שני אדנים: סוג המום והשלב בו היה מצוי ההיריון, על פי הראיות שהוגשו. בכל מקרה, המערערת לא הוכיחה כי הוועדה הייתה מאשרת הפסקת הריון.

## האם יש מקום להכיר בקשר סיבתי ייחודי במקרים של "הולדה בעוולה"?

בפרשת פלוני<sup>122</sup> נדרש בית המשפט העליון לבחון את אופן ברור שאלת הקשר הסיבתי במסגרת עוולת הרשלנות בכלל ובתיקי הולדה בעוולה בפרט תוך התייחסות לשאלה אם יש מקום להכיר בקשר סיבתי ייחודי במקרים של הולדה בעוולה בעקבות הלכת המר.

מדובר במקרה שבו אובחן העובר סובל מפגם מולד בשבוע ה-23 להיריון ונולד בניתוח קיסרי בשבוע ה-27 עם סיבוכי פגות קשים. בית המשפט המחוזי קבע בפסק הדין כי קופת חולים התרשלה באי-יידוע המערערת בנוגע לסיכויי התפתחות ההידרופס בעובר, העלולה לגרום ללידה מוקדמת ולפגות, על סיבוכיה. עוד נקבע כי המערער סובל מתסמונת PDD בשילוב עם פיגור קל המהווה את נכותו העיקרית (40%). בית המשפט המחוזי קבע כי קיים קשר סיבתי-עובדתי בין ההידרופס לבין הלידה המוקדמת, אך שלל קשר סיבתי בין ה-PDD, אשר מקורה בהפרעה גנטית טרום-לידתית, לרשלנות. אולם בעקבות ערעור על פסק הדין הראשון הושב הדיון לבית המשפט המחוזי לבחינה אם יש קשר סיבתי-משפטי ייחודי במקרים של הולדה בעוולה, שכן ברור כי אלמלא לידתו של המערער הוא לא היה סובל מנזק ה-PDD, וכלשונו של השופט הנדל בע"א 7321/08:

**"נותרה, אפוא, טענה אחת בערעור. טענה זו הגדרתי לעיל כ'קשר סיבתי ייחודי' בהקשר של הולדה בעוולה: האם משנקבע כי רשלנותו של מאן שהוא גרמה להולדה בעוולה – יהא הוא אחראי לכל הנזק שנגרם לתינוק שנולד, בין אם הנזק מהווה חלק מרשלנותו ובין אם לאו? בענייננו, רשלנותו**

121 ע"א 1326 מיום 21/5/2014.

122 ע"א 4486/11 פלוני נ' פלוני, לעיל ה"ש 3.

של המשיבה והדסה גרמה ללידתו של המערער. אלמלא בא המערער לעולם – לא היה הוא ניזוק גם ביחס ל-PDD. נדמה כי שאלה זו הינה בפועל סוגיה של קשר סיבתי משפטי. ברי, כי לולא לידתו של המערער לא היה סובל הוא מנזקי ה-PDD. זהו המבחן של הקשר הסיבתי העובדתי. אולם, הקשר הסיבתי כולל לא רק מרכיב עובדתי אלא גם מרכיב משפטי: האם הרופא שהתרשל וגרם להולדה בעוולה, אחראי גם לנזק שלא צפה ולא צריך היה לצפות מבחינה נורמטיבית? טול לדוגמא: בית משפט קובע כי לו היה רופא פלוני פועל בזהירות ולא ברשלנות כי אז תינוק מסוים לא היה בא לאוויר העולם...”

משהוחזר התיק לבית המשפט המחוזי הוא בחן את הקשר הסיבתי-המשפטי על פי מבחן הסיכון ומבחן הציפיות וקבע כי בשירותי בריאות כללית היו צריכים לצפות כי התרשלותם באי-ידיעות התובעת באשר לסיכונים התפתחות ההידרופס בעובר הייתה עלולה לגרום ללידה מוקדמת ולפגות על סיבוכיה, אלא שנוזקי התובע מקורם בתסמונת ה-PDD ולא נגרמו מההידרופס או מהפגות. מכאן שלא היו צפויים ואינם במתחם הסיכון. בית המשפט המחוזי דחה את התביעה בקבעו כי קופת חולים אינה אחראית לנזקים שמהם סובל התובע בשל תסמונת ה-PDD.

בערעור על פסק הדין השני של בית המשפט המחוזי ניתח בית המשפט העליון (כבוד השופט עמית) את דרך הניתוח המסורתית של עוולת הרשלנות כפי שבאה לידי ביטוי בפסיקה ובספרות,<sup>123</sup> והציע מודל חדש לבחינת עוולת הרשלנות, ולפיו בחינת ההתרשלות תיעשה במרבית המקרים המשתייכים ל"ליבת דיני הנזיקין"<sup>124</sup> שבעניינם כבר הוכרה חובת זהירות בפסיקה (ביחסים שבין מעביד-עובד, רופא-חולה, מורה-תלמיד וכיו"ב), שבהם תיבחן שאלת ההתרשלות והקשר הסיבתי, ובהתקיימם אין צורך להקדים את בחינת חובת הזהירות לבחינת ההתרשלות. לעומת זאת כאשר מדובר במקרים מרוחקים מהליבה, כגון בשאלות מדיניות או שנגרם בהם נזק נפשי או כלכלי, כי אז יש טעם להקדים את בחינת החובה לבחינת ההתרשלות.

השופט עמית מציע כי בחינת ההתרשלות תיעשה על פי מבחני הסיכון והציפיות, וכלשונו: <sup>125</sup> **"סיכון סביר.... הוא סיכון שתוחלת הנזק שלו נמוכה מעלות מניעתו. בשפה פשוטה יראו אדם כמי שהתרשל, כאשר התנהגותו יצרה סיכון שאדם סביר היה יכול לצפות ואדם סביר לא היה יוצר בשל אי סבירותו.... נקודת המוצא היא כי התנהגות מסוימת תאופיין כעוולתית, כאשר היא יוצרת סיכון צפוי ובלתי סביר ומכאן שהנזק מושא התביעה צריך להיות התממשות של אותו סיכון".**

במסגרת בחינת ההתרשלות יש להוכיח קשר סיבתי-עובדתי וקשר סיבתי-משפטי. בחינת הקשר הסיבתי-העובדתי תיעשה על פי מבחן הציפיות, על פי המבחן אם היה המעשה או המחדל הרשלני גורם בלעדיו אין נזק. בהינתן קשר סיבתי-עובדתי, הרי שלצורך הקשר הסיבתי-המשפטי יבחן בית המשפט אם ניתן היה לראות כי התנהגות היא עוולתית בעת התרחשותה. בבחינת הקשר הסיבתי מושא התביעה קובע השופט עמית כי ניתן היה לצפות סיכון של הידרופס וסיבוכי פגות, אך נוסף על אלה נגרם נזק של תסמונת PDD. בית המשפט דוחה את הערעור מאחר שאי אפשר להטיל אחריות על מזיק במקרה שבו מתקיימת צפיות טכנית בלבד. לשון אחר, כאשר הנזק אינו התממשות של סיכון עוולתי שנוצר מההתנהגות העוולתית, אזי אין קשר סיבתי. עם זאת קשר סיבתי יכול להתקיים אם המעשה העוולתי לא יצר את הסיכון אך הגביר את הסיכון הצפוי הבלתי סביר, שהתממש בסופו של דבר, אולם אין להכיר בנזק שמקורו בסיכון בלתי צפוי.

לעניין השאלה אם יש להכיר בקשר סיבתי ייחודי במקרים של הולדה בעוולה קובע השופט עמית כי אין להסיק מהלכת המר כי יש להחיל דינים מיוחדים של קשר סיבתי, וזאת בשל קביעתו של בית המשפט כי **"עוולת התביעה של ההורים בגין הולדה בעוולה מתיישבת יפה עם הגדרתה הרגילה של עוולת הרשלנות"**.<sup>126</sup>

123 גלעד, לעיל ה"ש 39, בעמ' 438-460.

124 שם, בעמ' 469.

125 פסקה 20 לפסק הדין.

126 שם בפסיקה 36 לפסק דין פלוני: "פסק דינו של בית משפט זה בערכאה הראשונה ופסק דינו של בית המשפט המחוזי מושא ערעור זה, ניתנו שניהם לפני שניתן פסק הדין בהלכת המר. כיום, משהלכה זו עומדת נגד עניינו, לא מצאתי בדברים שנאמרו שם, כל סיבה בגינה יש לקבוע דיני נזיקין מיוחדים להולדה בעוולה, ואין להסיק מהלכה זו כי על הולדה

על פי הלכת פלוני, שפירשה את הלכת המר, הרי שבמסגרת הקשר הסיבתי יש להוכיח "כי אלמלא ההתרשלות, היו הוריו של הילוד בוחרים להפסיק את ההיריון באמצעות ביצוע הפלה"<sup>127</sup>, מה שמעורר קושי להוכיח בדיעבד שרשרת סיבתית-עובדתית היפותטית: מה היה קורה אילו ידעו ההורים בשלב ההיריון על קיומה של המוגבלות? האם היו פונים לוועדה המוסמכת בבקשת היתר להפסקת ההיריון? האם הייתה הוועדה מאשרת את בקשתם? האם היו ההורים מפסיקים את ההיריון לאחר קבלת האישור? התשובה שניתנה לשאלות אלה בהלכת המר, בסוגיה של הולדה בעוולה, אינה יוצרת דין ייחודי בשאלת הקשר הסיבתי-משפטי בדבר הולדה בעוולה.

בפרשת קדוש הושארה בצריך עיון השאלה אם יש להחיל את המבחן של "המטופל המעורב בעיני הרופא הסביר" גם על בדיקות במעקב היריון. לשיטתו של השופט עמית, לאור החשיבות שמייחס הציבור לאבחון מומים מולדים בשל השפעתם על חייהם של היילוד ושל בני משפחתו, ומאחר שנושא זה מערב גם שיקולים אישיים, רגשיים וערכיים, בירור שאלת הקשר הסיבתי שונה מהבחנה הרגילה. הנושא של בדיקות היריון מעורר שרשרת של סוגיות: האם צריך ליידע אישה הרה על קיומה של בדיקה כלשהי או בדבר קיומו של ממצא שעשוי לרמוז על מום בעובר? בהנחה שכן, האם הייתה מבצעת את הבדיקה? ואם הייתה מבצעת את הבדיקה, האם ניתן היה לגלות את המום בעובר? ובהנחה שהמום היה מתגלה, האם ניתן היה להפסיק את ההיריון? ומשנולד הילד במצבו, האם קמה עילה של הולדה בעוולה? שאלות סבוכות אלה מערבות גם את השאלה אם להידרש לדוקטרינת הנזק הראייתי כשנקבע כי הרופא המטפל התרשל באי-גילוי או באי-הפניה לייעוץ גנטי. אך ראה התוצאה בעניין בן דוד,<sup>128</sup> שם נדחתה הדוקטרינה של נזק ראייתי למרות הפרת חובת הגילוי.

הלכת המר הציבה במרכז הבמה את עילות ההסכמה מדעת והפגיעה באוטונומיה תוך העדפתה של עוולת הפרת חובה חקוקה, בין באמצעות הפרת חובת הגילוי הקבועה בחוק זכויות החולה ובין באמצעות בחינת סבירות החלטות הוועדה להפסקת היריון לפי לכללי המשפט המנהלי. מכאן שהמודל שהוצע בעניין פלוני אינו מתיישב עם מבחן המטופל המעורב בעיני הרופא הסביר בפרשת קדוש.

לדעתנו המודל החדש שנקבע בהלכת פלוני לבחינת מבחני הקשר הסיבתי על פי מבחן הצפיות והסיכון במקרים של הולדה בעוולה מעלה את רף ההוכחה של תובע בכוח הראאות שקיים קשר סיבתית-עובדתי, כפי שקובע השופט עמית בפרשת פלוני: "רופאי המשיבה אמנם התנהגו באופן עוולתי על פי מבחן הצפיות, מאחר שניתן היה לצפות כי היילוד יסבול מהידרופס ומסיבוכי פגות. אך בדיעבד, בבואנו לבחון מה הסיכון שהתממש, אין להטיל על הרופאים אחריות בשל התממשות סיכון של תסמונת ה-PDD. הטלת אחריות במקרה מעין זה, עלולה להביא להרתעת יתר, שכן תסמונת זו, היא בגדר סיכון סביר אשר יכול להופיע אצל כל יילוד".

נזכיר כי השאלה הראשונה שהוצבה בהלכת המר – מה הייתה עמדת הוועדה להפסקת היריון אילו הייתה מובאת לפניו בקשה להפסיק את ההיריון – נבחנת על פי מבחני הנזק התפקודי שנקבעו בחוזר משרד הבריאות. בשל חוסר הוודאות בדבר התפתחות מומים במועד שבו הופיעו סימנים ראשונים שניתנים לאבחון במעקב היריון המחייבים בדיקות נוספות, ייתכן שהסיכון הבלתי צפוי שהתממש (כגון ה-PDD בפרשת פלוני) הוא תולדה של הסיכון הצפוי והבלתי סביר שלא התממש. בית המשפט משאיר בפרשת פלוני את המחלוקת בידי המומחים הרפואיים שיחוו דעתם בעניין סבירות התפתחות סיכונים משניים, ובכך עלולה תביעת התובע להידחות רק בשל אי-עמידה בהוכחת הקשר הסיבתית-עובדתי.

במקרים שבהם התובעים מתקשים להוכיח את תביעתם על פי עוולת הרשלנות כאמור, פתוחה לפנייהם הדרך לטעון להפרת חובת הגילוי כמקימת עילה של אי-קבלת הסכמה מדעת המהווה הפרת חובה חקוקה לפי סעיף 63 לפקודת

בעוולה יש להחיל דינים מיוחדים של קשר סיבתי. אדרבה, בהלכת המר נאמר כי "עילת התביעה של ההורים בגין הולדה בעוולה מתיישבת יפה עם הגדרתה הרגילה של עוולת הרשלנות".

127 ראו פרשת המר, בפסקה 42.

128 ע"א 9936/07 בן דוד נ' ד"ר ענטבי (פורסם בנבו, 22.2.2011).

הנזיקין. עם זאת בתי המשפט לא תמיד נזקקים לטענות הרשלנות והיעדר הסכמה מדעת במצטבר כפי שהתרחש בפרשת ט.מ.<sup>129</sup>

בתביעות בעילה של "הולדה בעוולה" יש מקום להכיר בקשר סיבתי ייחודי ולהבדילו מדרישת הקשר הסיבתי, המבוסס על מבחני הסיכון והצפיות שנקבעו בהלכת פלוני, וזאת על רקע דרישת הקשר הסיבתי הדו-שלבית בתביעות הולדה בעוולה כפי שנקבעה בהלכת המר.

שאלה נוספת בנוגע לקשר הסיבתי היא על מי מוטל נטל השכנוע ומהו נטל השכנוע בנוגע לסיבתיות ההחלטה. שאלה זו זכתה להתייחסות מועטה בפסיקה. בעניין **סידי** ובעניין **ג'ובראן** נקבע כי על המטופל-התובע להוכיח מה היה בוחר אילו היה מקבל את מלוא המידע הנדרש לו. בעניין **דעקה** סברה השופטת שטרסברג-כהן כי המבחן הראוי הוא "הערכת הסיכויים", ואילו השופט אור סבר כי ניתן להכריע על פי כללי ההוכחה הרגילים.<sup>130</sup> כיום בעקבות הלכת המר שהוחלה בה חזקת ההפלה<sup>131</sup> עבר נטל השכנוע בשלב השני לכתפי המטפל, והשאלה הרלוונטית בהקשר זה היא אם הוצגה לפני הורים השאלה הישירה אם רצונם לבצע הפסקת היריון או לגדל ילד עם המום שממנו סובל הניזוק. לא מן הנמנע שלצורך תשובה לשאלה זו יש צורך בהתייעצות נוספת עם מומחה (פסיכיאטר, פסיכולוג או עובדת סוציאלית) אשר יוכל להסביר להורים את ההשלכות של גידול ילד עם מום, ובכך תתמלא דרישת ההסכמה מדעת לפי חוק זכויות החולה, התשנ"ו-1996. גם כאן יש מקום להחלת דוקטרינת הנזק הראייתי בהיבט המהותי כדי להוכיח רכיב זה של הקשר הסיבתי.

החידוש בהלכת המר הוא כי אמנם בשלב הראשון הנטל להוכיח שהוועדה להפסקת היריון הייתה מאשרת להפסיק את ההיריון מוטל על ההורים, אולם הנטל בשלב השני, להוכיח כי ההורים היו מבצעים בפועל את הפסקת ההיריון, הועבר מההורים אל כתפי הנתבעים.<sup>132</sup> כלומר, משעה שההורים עמדו בנטל הראשוני המוטל עליהם – להוכיח כי הוועדה להפסקת היריון אכן הייתה מאשרת להפסיק את ההיריון – עובר נטל ההוכחה אל כתפי הנתבעים לסתור את החזקה שנקבעה ולהוכיח כי גם במצב זה, וחרף אישור הוועדה את הפסקת ההיריון, היו ההורים בוחרים להמשיך בהיריון.

ראוי לציין כי הפסיקה לא השתמשה בדוקטרינת הנזק הראייתי כדי להעביר את הנטל אל הרופא להוכיח מה היה מצב הדברים אלמלא הופרה חובת הגילוי.<sup>133</sup> זאת, אף שדוקטרינת הנזק הראייתי משמשת את בתי המשפט תדיר במקרים של התרשלות בטיפול, שאז מעביר בית המשפט את הנטל אל הרופא להראות מה היה מצב הדברים אילו לא ההתרשלות בטיפול.<sup>134</sup> דוקטרינת הנזק הראייתי משמשת את בתי המשפט גם במקרים של התרשלות בכלל, במסגרת עוולת הרשלנות, כדרך "לעקוף" את שאלת הקשר הסיבתי.<sup>135</sup> ייתכן כי הסיבה לכך היא שהחלת

129 ע"א 8384/10 ט' מ' נ' ד"ר ורדימון (פורסם בנבו, 5.11.2012), שבו אובחנה המערערת כמי שסובלת מתת-התפתחות הצרבלום, בדומה לאחותה הבכורה. המערערת והוריה הגישו תביעה בגין הולדה בעוולה, ובגדרה טענו כי המשיבים התרשלו באבחון המום שממנו סובלת המערערת, בזמן ההיריון. כמו כן נטען שהנתבע הפר את חובת הגילוי על רקע המום שהתרחש באחותה של התובעת כי אי אפשר לגלות המום במעקב ההיריון. בית משפט קמא קבע כי ניתן היה לאבחן את המחלה הגנטית שממנה סובלת המערערת באבחון טרום-לידה, וכי בשל הנטייה להופעה מאוחרת של המחלה יש חשיבות לביצוע הבדיקות בטרימסטר השלישי של ההיריון. עם זאת ייתכנו מקרים שבהם תופיע המחלה בשלבים מאוחרים מאוד של ההיריון, ואפילו בשבוע הראשון לחיי התינוק, ואותות המחלה לא יתבטאו לפני הלידה. כן נקבע כי המשיב התרשל באופן ביצוע בדיקות האולטרה-סאונד. אף על פי כן נקבע כי הנזק לא נגרם מהתרשלות המשיב. זאת, מאחר שמהצילומים המקוריים של בדיקות האולטרה-סאונד עולה כי אי אפשר היה לאבחן את המחלה שממנה סובלת המערערת. ומשכך, ניתק הקשר הסיבתי בין התרשלות המשיב לבין הנזק שנגרם למערערת. אף שבית המשפט קבע כי התובעת הייתה מפסיקה את ההיריון, לא נזקק בית המשפט העליון לטענות בדבר היעדר הסכמה מדעת כשהוכחה כדבעי, ואף לא למצער, פגיעה באוטונומיה.

130 ראו נילי קרקו אייל "דוקטרינת ההסכמה מדעת" הפרקליט מט' 181, 241 ה"ש 60 (תשס"ז-תשס"ח).

131 כפי שנקבע בהלכת המר (סעיף 45 לפסק הדין): "החלטת הוועדה להפסקת היריון תשמש גם מעין חזקה הניתנת לסתירה בדבר עמדתם של ההורים ביחס להפסקת היריון". חזקה זו נעוצה בהנחה כי "קיים מתאם הגיוני-הסתברותי מתבקש בין השיקולים אותם מביאות הוועדות בחשבון החלטתן, לבין השיקולים המנחים את ההורים, מקום בו הם מבקשים לקבל אישור להפסקת ההיריון".

132 ע"א שהאב נ' ד"ר דוידזון, לעיל ה"ש 71, מפי השופט דנציגר.

133 למעט מקרים שבהם נמנע בית המשפט מלהחיל את הדוקטרינה ראו, לדוגמה, עניין **סידי** בפסקה 18 לפסק דינו של השופט ריבלין, עניין **בן דוד** ועניין **ג'ובראן**. ראו גיא שני **חזקות רשלנות – העברת נטל ההוכחה בדני נזיקין** 342 (2011).

134 ע"א 9328/02 מאיר נ' לאור, פ"ד נח(5) 54, 64 (2004).

135 ע"א 1068/05 עיריית ירושלים נ' מימוני (פורסם בנבו, 14.12.2006), בפסקה 25.

הדוקטרינה גם בתביעה בגין הפרת חובת הגילוי הייתה מביאה כמעט "אוטומטית" לקבלת התביעה, באשר מטבע הדברים יקשה על הרופא להוכיח מה היה המטופל מחליט אילו כל המידע היה לפניו.

הלכת המר הסיטה את מרכז הכובד של הוכחת עילת התביעה של הולדה בעוולה לעבר העילה של הסכמה מדעת על פי מבחן החולה הסביר לפי חוק זכויות החולה והרחיבה את זכות ההורים לתבוע גם בשל פגיעה באוטונומיה במקרה שלא הוכח הרכיב של קשר סיבתי מקום שהתובעים לא עמדו במבחן הדו-שלבי שנקבע בהלכת המר. בכך נקבעו מבחנים ייחודיים של קשר סיבתי השמורים רק לעילת ההולדה בעוולה, ואין מקום לדעתנו לדרוש כי הוכחת הקשר הסיבתי תיעשה על פי המודל החדש של מבחני הסיכון והצפיות כפי שנקבעו בפס"ד פלוני.

## סיכום

1. פסק דין המר ביטל את עילת התביעה של הילד שנולד עם מום, המכונה "חיים בעוולה", והרחיב את עילת ההורים, המכונה "הולדה בעוולה", באופן שיהיה ניתן באמצעותה לפצות את ההורים גם על נזקיהם וגם על הוצאות גידול ומלוא צרכיו של היילוד גם לאחר שיתבגר ולמשך תוחלת חייו.

2. עד לפסק דין המר כמעט שלא התייחסו בתי המשפט לתביעת ההורים, אף אם תבעו והוכיחו תביעתם. עתה התהפכו היוצרות, ומרכז הכובד עבר לתביעת ההורים, ועליהם להוכיח את יסודות עוולת הרשלנות לרבות בשאלת הקשר הסיבתי, לשומת הנזק ולראש הנזק של פגיעה באוטונומיה.

3. הקושי המרכזי הטבוע בעילה של הולדה בעוולה הוא הוכחת הקשר הסיבתי הייחודי לעילת תביעה זו. מאחר שהיא מצריכה מבית המשפט להתחקות על נבכי נפשם של ההורים ולקבוע מה הייתה עמדתם בשאלת המשך ההיריון לו היו נחשפים למלוא המידע הדרוש להם.

4. בביטול עילת הקטין פתרה הלכת המר בעיות שהעסיקו את בתי המשפט בתחום המוסרי פילוסופי, ועם זאת עוררה סוגיות פרקטיות ומשפטיות רבות שעד כה נדונו מאחורי הקלעים, כמו מעמדו של הניזוק הקטין ואופן השמירה על האינטרסים שלו מאחר שאינו בעל דין.

5. הלכת המר הסיטה את מרכז הכובד של הוכחת עילת התביעה של הולדה בעוולה לעבר העילה של הסכמה מדעת על פי מבחן החולה הסביר לפי חוק זכויות החולה, והרחיבה את זכות ההורים לתבוע גם בשל פגיעה באוטונומיה במקרה שלא הוכח הרכיב של קשר סיבתי מקום שהתובעים לא עמדו במבחן הדו-שלבי שנקבע בהלכת המר. בכך נקבעו מבחנים ייחודיים של קשר סיבתי השמורים רק לעילת ההולדה בעוולה, ואין מקום לדעתנו לדרוש כי הוכחת הקשר הסיבתי תיעשה על פי המודל החדש של מבחני הסיכון והצפיות כפי שנקבעו בפסק דין פלוני.

6. בפרשת המר נקבע שלצורך הוכחת הקשר הסיבתי בין ההתרשלות לבין הנזקים השונים הנובעים ממדומו של הקטין יש לראות בשלב ראשון כי אילו עמד בפני הוועדה להפסקת היריון מלוא המידע הרפואי הרלוונטי, הייתה הוועדה מאשרת להורים את הפסקת ההיריון, ובשלב השני יידרשו ההורים להראות כי אלמלא ההתרשלות הם אכן היו פונים לוועדה להפסקת היריון לשם קבלת האישור.

7. החידוש בהלכת המר הוא כי אמנם הנטל בשלב הראשון להוכיח שהוועדה להפסקת היריון הייתה מאשרת להפסיק את ההיריון מוטל על ההורים, אולם הנטל בשלב השני, להוכיח כי ההורים היו מבצעים בפועל את הפסקת ההיריון, הועבר מההורים אל כתפי הנתבעים. כלומר, משעה שההורים עמדו בנטל הראשוני המוטל עליהם – להוכיח כי הוועדה להפסקת היריון אכן הייתה מאשרת להפסיק את ההיריון – עובר נטל ההוכחה אל כתפי הנתבעים לסתור את החזקה שנקבעה ולהוכיח כי גם במצב זה, וחרף אישור הוועדה את הפסקת ההיריון, היו ההורים בוחרים להמשיך בהיריון.

8. בחינת הפסיקה שפירשה את הלכת המר עד כה מגלה שפרשנות שיקול הדעת של הוועדה להפסקת היריון אינה מצומצמת אך להיבטים הרפואיים, ועליה לשקול היבטים סוציאליים ואישיים של ההורים. כאשר קיימת התוויה רפואית להפסקת היריון, חזקה שקיימת זהות אינטרסים בין המעורבים בהליך, לרבות העובר המעדיף שלא

להיוולד. אולם אין הדבר כך כאשר הפסקת היריון מתבקשת שלא מטעמים רפואיים, או כאשר קיימים חילוקי דעות בין הצדדים המעורבים.

9. הוכחת הקשר הסיבתי-העובדתי תיעשה באמצעות חוות דעת מומחה אשר תתייחס למבחנים הקליניים המצויים בחוזר המנהל הכללי בנושא ועדות להפסקת היריון בשלב החיות. אם הנסיבות היו מצדיקות הפסקת היריון מטעמים סוציאליים ואליהם מצטרף החשש שעלול להיגרם נזק לעובר שאינו מגיע להסתברות לנזק תפקודי של העובר, הרי הצטברות הטעמים תטה את הכף לטובת אישורה של הוועדה להפסקת היריון, להפסיק את ההיריון.