

בבית המשפט העליון

רע"א 1081/21

לפני:

כבוד השופט י' עמית
 כבוד השופט ד' מינץ
 כבוד השופטת י' וילנר

המבקשת:

פלונית

נ ג ד

המשיבה:

שרותי בריאות כללית

בקשת רשות ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי תל אביב בע"א 59032-04-19 וע"א 64804-05-19 (מאוחדים) [פורסם כנבו] שניתן ביום 17.12.2020 על ידי כבוד השופטים י' שבח, י' אטדגי וש' יעקובוביץ

בשם המבקשת:

עו"ד א' ויטנר

בשם המשיבה:

עו"ד שושנה גלס

כתבי עת:

טובה שטרסברג-כהן, "מעמד העובר במשפט הישראלי", רפואה ומשפט, גיליון מס' 28 (2003) 8

מרדכי הלפרין, "הפסקת הריון - היבטים משפטיים, מוסריים והלכתיים", רפואה ומשפט, גיליון מס' 27 (2002) 84

עמוס הרמן, "הריון בעוולה", משפחה במשפט, ג-ד (תשס"ט-תש"ע) 97

יורם רבין; ניב ואקי, "האחריות הפלילית בגין המתת עובר", משפט מפתח, 3 (דצמבר 2015) 150

יצחק עמית, "סוס הפרא של הפגיעה באוטונומיה", ספר שטרסברג-כהן, (א' ברק, י' זמיר, א' כהן, מ' סבוראי וא' עפארי עורכים, 2017) 465

יורם רבין; ניב ואקי, "ההגנה על חייו של העובר במשפט הפלילי", משפט ועסקים, יט (2015) 1

יפעת ביטון, "'הריון זה לא מחלה'? תיעול מחדש בתעלת הלידה של נזקי אבדן העוברה או פגיעה בה", מחקרי משפט, כט (2013) 107

צבי א' טל, "אין דוחין נפש מפני נפש בהלכה היהודית", עלי משפט, כרך ב (תשס"ב) 21

ספרות:

יצחק אנגלרד חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב-1962

יצחק אנגלרד, אהרן ברק, מישאל חשין דיני הנזיקין - תורת הנזיקין הכללית (2009)

אסף פוזנר עוולות טרום לידתיות - הילד הרצוי והילד הבלתי רצוי (התשס"א)

פנינה ליפשיץ-אבירם איזון עדין – מבט שני על זכויות עובר בר-חיות בדין הישראלי: בין זכויות האישה לזכויות העובר (התשס"א)

חקיקה שאוזכרה:

תקנות סדר הדין האזרחי, תשע"ט-2018: סע' 134(א), 136(א), 149

תקנות סדר הדין האזרחי, תשמ"ד-1984 (כפי שהיו נכון ליום 31.12.2020)

חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב-1962: סע' 1, 14, 15, 17, 33(א)(6), 33(א)(3), 33(ה), 35, 39(א), 42(ג), 57(ד), 67(א), 80, 80א

פקודת הנזיקין [נוסח חדש]: סע' 2, 78

חוק הפרשנות, תשמ"א-1981: סע' 4

פקודת הפרשנות (נוסח חדש): סע' 1

חוק הירושה, תשכ"ה-1965

מיני-רציו:

* בימ"ש פסק כי לא ניתן לפסוק פיצויים לעובר, לאחר לידתו, בגין פגיעה באוטונומיה. נפסק כי לעובר לא עומדת זכות תביעה עצמאית בגין פגיעה באוטונומיה, ומשכך הוא אינו יכול לתבוע בראש נזק זה באמצעות אפוטרופוס שהתמנה לצורך זה, או באמצעות הוריו, גם בהנחה שיש לראותם כאפוטרופוסיו הטבעיים.

* נזיקין – עוולות – פגיעה באוטונומיה

* משפט חוקתי – זכויות הפרט – אוטונומיה של הפרט

* משפט חוקתי – זכויות הפרט – הזכות לאוטונומיה

* כשרות משפטית ואפוטרופסות – כשרות משפטית – עובר

בקשת רשות ערעור שנסבה אודות השאלה האם ניתן לפסוק פיצויים בגין פגיעה באוטונומיה של עובר. ביסוד הבקשה מצויה טענת המבקשת בדבר פגיעה באוטונומיה שלה. שכן לפני לידתה המבקשת אובחנה באופן שגוי כלוקה בתסמונת מסוימת, והיא נולדה עם נכות, וזאת לאחר שניסיונותיה של אמה לבצע הפלה כשלו.

בית המשפט העליון (מפי השופטת עמית ובהסכמת השופטים מינץ ו-וילנר) נתן רשות ערעור חלקית, דחה את הערעור ופסק כי:

הפגיעה באוטונומיה הוכרה מתוך תפיסה כי זכותו של אדם לכתוב בעצמו את סיפור חייו היא אחת מן הזכויות היסודיות ביותר במשטר דמוקרטי. הפגיעה באוטונומיה היא ראש נזק ולא עוולה עצמאית. באשר לחשיבותה של הסכמה מדעת של מטופל בהליך רפואי, נקבע כי ההסכמה מדעת מתמקדת בראש ובראשונה בזכות להגדרה עצמית ולאוטונומיה של היחיד, כחלק מתפישת זכויות האדם וחירויות היחיד בחברה דמוקרטית-ליברלית. היא נובעת מזכותו של המטופל לבחור ולקבל החלטות הנוגעות לו; מזכותו של האדם שלא יתערבו בגופו ללא הסכמתו; ומעצם חובתו של המטפל לנהוג במידת זהירות במטופל שלפניו. ההסכמה מדעת היא אנטי-תזה לפטרנליזם, ולגישה האנכרוניסטית לפיה המטופל ממילא לא יבין מה שיוסבר לו וכי הרופא יודע יותר טוב מהמטופל מה טובתו האמיתית של המטופל. במרוצת השנים הפסיקה תחמה את זכות הפיצוי בגין פגיעה באוטונומיה במספר היבטים: נקבע כי יינתן פיצוי בגין פגיעה באוטונומיה אך כאשר הפגיעה הייתה בליבת הזכות; וכאשר שלילת כוח הבחירה של הנפגע גרמה לנזק תוצאתי סובייקטיבי המתבטא בתחושות של כעס, תסכול, ועוד תחושות שליליות שמעוררת התנהגות המזיק. עוד נקבע כי הפיצוי בגין פגיעה באוטונומיה הוא חלק מהנזק הלא ממוני. לכן, למעט במצבים של הולדה בעוולה, אין לפסוק פיצוי בגין פגיעה באוטונומיה בנוסף לפיצוי שנפסק בגין נזק לא ממוני בעילה של הסכמה שלא מדעת או התרשלות בטיפול.

לעובר, כשלעצמו, אין אוטונומיה שיכולה להיפגע. לעובר אין יכולת לכתוב בעצמו את סיפור חייו או לבחור ולקבל החלטות מושכלות הנוגעות לו עצמו, כך שלא ניתן לשלול ממנו יכולת זו. ממילא, לא יכול להיגרם לעובר נזק תוצאתי סובייקטיבי המתבטא בתחושות שליליות, כגון כעס ותסכול, כתוצאה משלילת כוח הבחירה, שאין לו. זאת להבדיל מההורים, שלהם אוטונומיה משל עצמם, ושלם עומדת

תביעה בגין פגיעה באוטונומיה הן במקרים של "הולדה בעוולה", הן בתביעות "רגילות" של רשלנות רפואית שהביאה ללידה של יילוד עם מוגבלויות, והן בתביעות רשלנות רפואית שבבקבותיה נולד ילד בריא אך כתוצאה של היריון בלתי רצוי.

אשר לטענת המערערת כי בזמן ההריון הורי העובר משמשים כאפטרופוסים הטבעיים שלו, וככאלה הם נציגיו המשפטיים ומשכך פגיעה באוטונומיה של ההורים, בכובעיהם כאפטרופוסים של העובר, מהווה למעשה פגיעה באוטונומיה של העובר, לצורך הדיון ניתן להניח שיש לראות את ההורים כאפטרופוסים טבעיים של העובר, כל עוד לא מינה בימ"ש אפטרופוס אחר לשמירה על זכויותיו. ברם, מקור הזכויות שעליהן האפטרופוס שומר ושלטובתן הוא פועל הוא העובר עצמו ולא להיפך. העובר אינו יכול "לינוק" מהוריו זכויות או אינטרסים נוספים שאינם עומדים לו עצמו. העובר רק "נהנה" משירותי אפטרופוסו לצורך שמירה על הזכויות או אינטרסים המוקנים לו כשלעצמו. לשון אחר, הזכות מושא הפגיעה צריכה "לחלחל" מהעובר להורים ולא להיפך. לעובר אין אישיות משפטית ואינו כשיר לזכויות ולחובות. אין בדין כל הוראה נקודתית המעניקה לעובר זכות לאוטונומיה ולכן אין לעובר זכות עצמאית לאוטונומיה.

עם זאת, כאשר עובר נולד חי, עומדת לו הזכות לתבוע בנזיקין בגין נזק שנגרם לו בטרם לידתו, ותביעות מעין אלה נדונות כדבר שבשגרה בתיקי רשלנות רפואית. משכך, עולה השאלה אם אפשר שאדם יתבע בגין פגיעה באוטונומיה שאירעה בטרם לידתו. על שאלה זו נפסק כי יש להשיב בשלילה ממספר טעמים: תביעות של יילוד מוגבלות אך לאותם מקרים שבהם נגרם לעובר נזק. כלומר, תנאי לזכאות לפיצויים הוא, שהעובר ייוולד חי, ושהנזק ייתן אותותיו בוולד לאחר היוולדו. ואולם, בניגוד לנזק גוף שנגרם לעובר בזמן ההריון, שממשיך ללוות אותו לאחר לידתו לעובר לא נגרם נזק כתוצאה מפגיעה באוטונומיה, בין אם בשעת העוולה ובין אם לאחר לידתו. הפיצוי בגין פגיעה באוטונומיה לא ניתן בגין עצם הפגיעה בזכות הבחירה, אלא בשל הנזק שנתלווה לפגיעה; שנית, הפרת חובת הגילוי נעשתה כלפי ההורים, והיא שפגעה ביכולת הבחירה שלהם, והנזק התוצאתי הממשי בדמות רגשות שליליים נגרם להורים, כך שאין מדובר בזכות ש"מחלחלת" מהעובר אל ההורים; שלישית, גם בהיבט המעשי ומשיקולי יעילות מערכתית ומדיניות משפטית, אין להכיר בפגיעה באוטונומיה של עובר כראש נזק עצמאי העומד על רגליו שלו. שאם לא כן, בימ"ש עשוי להידרש לשאלת ההסכמה מדעת והפגיעה באוטונומיה של העובר בתביעות רשלנות רפואית, לאחר שכבר נמצא כי הייתה התרשלנות בטיפול בגינה נגרם נזק ליילוד.

לסיכום, לעובר לא עומדת זכות תביעה עצמאית בגין פגיעה באוטונומיה, ומשכך הוא אינו יכול לתבוע בראש נזק זה באמצעות אפטרופוס שהתמנה לצורך זה, או באמצעות הוריו, גם בהנחה שיש לראותם כאפטרופוסיו הטבעיים.

האם ניתן לפסוק פיצויים בגין פגיעה באוטונומיה של עובר? על שאלה זו נסבה בקשת

רשות הערעור שלפנינו.

בקשת רשות ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו (כב' השופטים י' שבת, י' אטדגי ו-ש' יעקובוביץ) בע"א 59032-04-19 וע"א 64804-05-19 [פורסם בנבו] מיום 17.12.2020, בגדרו נדחה ערעורה של המבקשת והתקבל ערעורה של המשיבה על פסק דינו של בית משפט השלום בתל אביב-יפו (כב' השופט מ' תדמור-ברנשטיין) בת"א 23848-04-11 [פורסם בנבו] מיום 7.4.2019.

רקע ותמצית העובדות הצריכות לעניין

1. ביום 14.4.2011, שבוע טרם הגיעה של המבקשת לגיל 25, דהיינו, בשבוע האחרון למרוץ ההתיישנות של תביעתה, הגישו המבקשת והוריה תביעה בעילה של רשלנות רפואית לבית משפט השלום בתל אביב-יפו.
2. על פי הבקשה ונספחיה, בשנת 1986, בשבוע ה-17 להריונה של אמה של המבקשת, שהייתה בת 37 בעת ההריון (להלן: **האם**), בוצעה בדיקה גנטית לעוברית (היא המבקשת). בסמוך לשבוע ה-25 להריון, עם קבלת תוצאות הבדיקה הגנטית, נמסר להורי המבקשת (להלן: **ההורים**) כי העוברית סובלת מתסמונת טרנר, ומשכך הומלץ להם להפסיק את ההריון, על אף שהעוברית כבר הייתה בשלב החיות.
3. ההורים קיבלו את המלצת הרופאים ובהמשך לכך את הסכמת הוועדה להפסקת הריון, וביום 15.4.1986 האם אושפזה בבית החולים לצורך ביצוע הפסקת הריון. לאחר ששני ניסיונות להפסקת ההריון בשיטת בוארו (Boero – הזרקה של חומרים הגורמים לצירים) כשלו, ביום 21.4.1986 בוצע ניסיון נוסף להפסקת ההריון על ידי מתן פרוסטגלנדינים (תרופות הגורמות להתכווצויות של הרחם). אולם, גם ניסיון זה כשל, והמבקשת נולדה בחיים באותו היום. בשל לידתה המוקדמת (בשבוע ה-26 להריון), המבקשת אושפזה בפגיה במשך כ-3 חודשים, במהלכם סבלה מסיבוכי פגות קשים.
4. לאחר הלידה, התברר כי המבקשת איננה סובלת מתסמונת טרנר אלא מתסמונת מוזאיקת טרנר, שמסוכנותה פחותה מזו של תסמונת טרנר. בכתב התביעה נטען כי בפועל, תסמונת מוזאיקת טרנר היא זו שאובחנה בבדיקה הגנטית; וכי בטרם הומלץ להורים להפסיק את ההריון, לא ניתן להם הסבר אודות ההבדלים בין התסמונות בכלל ובאשר למידת המסוכנות השונה שלהן בפרט. נטען כי לנוכח התרשלות המשיבה, ההורים הובלו לחשש מסיכון שלא היה קיים או היה קיים במידה פחותה הרבה ממה שהוצג להם – ומחוסר ברירה לנוכח המצג שהוצג להם, בחרו בהפסקת ההריון. על רקע זה, נטען כי התרשלות בית החולים הובילה בסופו של דבר, בשל ניסיון ההפלה יזומה, ללידה מוקדמת של המבקשת כפגה, כך שנמנעה ממנה "ההזדמנות להיוולד במועד שהטבע ייעד לכך, בתום תקופת ההריון הטבעית".

5. בפסק דינו המקיף מיום 7.4.2019, בית משפט השלום עמד על כך שהמקרה שלפנינו אינו בגדר תביעה בגין "הולדה בעוולה" או "חיים בעוולה", שבתביעות מעין אלה הטענה היא שלא נמסר מידע מספיק על מנת לגרום להורים לבקש הפסקת הריון, אלא שהמקרה דנן הוא הפוך - ההורים נקטו בפרוצדורה של הפסקת הריון, שלא צלחה, על בסיס המידע, המוטעה, שנמסר להם. נקבע, בין היתר, כי היה ברור גם לצוות בית החולים וגם להורים, שיש סיכוי שתיוולד תינוקת חיה; ומשנמסר להורים שהסיכוי לכך נמוך מאוד, הסכימו לביצוע הפרוצדורה. נקבע כי ב"זמן אמת" נאמר להורים כי העוברית סובלת מ"תסמונת טרנר" ולא מ"מוזאיקת טרנר" שהיא תסמונת קלה יותר, וכי:

"עולה מהעדויות שהתפיסה השלטת בצוות הרפואי היתה ש'הסימפטומטולוגיה' האפשרית, אף שאפשרית פחות בנסיבות ענייננו, מספיק מפחידה, כדי למתג את הסיכון כ'תסמונת טרנר' (מיתוג קליני), ולא לאפשר למטופלת כלים מדויקים יותר לבחון בעצמה את השונות בסיכונים, ולא לשקף למטופלת את מיקומה במפת הסיכונים הכוללת. המסר הפנימי – בין הרופאים, היה 'אם יש ספק – אין ספק'; זאת - מבלי להבהיר להורים שהספק במקרה שלהם - קטן יותר.

ניתן לומר, שהיה באותם זמנים סוג של פטרנליזם, שאולי נתפס כנוח יותר לתפעול המערכת, ואולי אף ננקט מתוך גישה שראוי לחסוך למטופל את 'ייסורי ההחלטה'; פטרנליזם שמגולם בתפיסה שאין לחשוף את ההורים לדקויות של ההבדלים הסטטיסטיים שבסיכונים בין מצבים שונים לאורך הספקטרום הציטוגני של 'תסמונת טרנר'. ודוק, מבחינת אחוז הסיכון אין מדובר בדקויות, וזאת ידעו גם ב-1986" (פסקאות י(15)-(16) לפסק דינו של בית משפט קמא).

נקבע כי הגם שהמשיבה התרשלה בכך שלא עמדה בחובת הגילוי כלפי ההורים, לא הוכח קיומו של קשר סיבתי (סיבתיות ההחלטה) בין הפרת חובת הגילוי לבין בחירתם של ההורים להפסיק את ההריון, שכן לא הוכח כי החלטתם הייתה שונה אילו היה נמסר להם כי המבקשת סובלת ממוזאיקת טרנר להבדיל מתסמונת טרנר. משכך, הנזק שנגרם למבקשת בגין הלידה המוקדמת כתוצאה מהניסיונות להפסיק את ההריון אינו בר-פיצוי. לנוכח מסקנתו זו, בית המשפט לא נדרש לשאלת הנזק אך ציין כי קיימת מחלוקת בין המומחים לגבי שיעור הנכות הרפואית והתפקודית שהמבקשת לוקה בהם ובסוגיה של הקשר הסיבתי של כל נכות כזאת ללידה המוקדמת ולפגות. בקשר לנכותה של המבקשת, ציין בית המשפט כי למבקשת תואר ראשון ותואר שני בתחומים ביו טכנולוגיים, היא עושה פעילות ספורטיבית, משתכרת סך של כ-17,000 ₪ לחודש והיא אם מתפקדת לילדה שאך נולדה.

עוד נקבע כי אי העמידה בחובת הגילוי של המשיבה כלפי ההורים עלתה כדי פגיעה באוטונומיה של המבקשת ושל הוריה. תביעתם של ההורים התיישנה זה מכבר ולכן הם אינם זכאים לפיצוי בגין הפגיעה באוטונומיה, אך המבקשת זכאית לפיצוי בגין הפגיעה באוטונומיה, שכן "אמה של התובעת החזיקה בעת קבלת הייעוץ בשני הכובעים – שלה ושל העובר (התובעת), ועל כן הפגיעה באוטונומיה של האם מ[ש]קפת בתוכה גם

פגיעה באוטונומיה של העובר" (פסקה יד(7) לפסק דינו של בית משפט קמא). על כן, בית המשפט הורה למשיבה לשלם למבקשת סך של 280,000 ₪ בגין פגיעה באוטונומיה וכן הוצאות משפט ושכר טרחת עורך דין.

6. הן המבקשת והוריה והן המשיבה ערערו לבית המשפט המחוזי. ערעורם של המבקשת והוריה הופנה בעיקר כנגד קביעותיו של בית משפט קמא בדבר אי קיומו של קשר סיבתי בין ההתרשלות לבין בחירת ההורים להפסיק את ההריון, וכנגד דחיית תביעת ההורים מחמת התיישנות, ואילו ערעורה של המשיבה הופנה כנגד קביעתו של בית משפט קמא כי עליה לפצות את המבקשת בגין פגיעה באוטונומיה שאירעה בעת שהייתה עדיין עוברית בבטן אמה.

7. למען שלמות התמונה, יצוין כי לאחר הדיון שהתקיים בפניו, בית המשפט המחוזי ביקש לקבל את עמדת היועץ המשפטי לממשלה (להלן: **"היועמ"ש"**) לסוגיה שבפנינו. ביום 26.10.2020 הודיע היועמ"ש כי לא מצא לנכון להתייצב להליך דנן, והפנה להלכה שנקבעה בע"א 1326/07 המר נ' עמית [פורסם בנבו] (28.5.2012) (להלן: **"עניין המר"**), בה, לשיטתו, הוכרעה השאלה בדבר זכאותה של המבקשת לפיצוי בגין פגיעה באוטונומיה.

8. בפסק דינו מיום 17.12.2020, דחה בית המשפט המחוזי פה אחד את ערעורה של המבקשת. נקבע כי אין מקום להתערב בקביעותיו של בית משפט השלום בדבר היעדרו של קשר סיבתי בין ההתרשלות לבין החלטת ההורים להפסיק את ההריון. ואולם, בית המשפט המחוזי קיבל, בדעת רוב, את ערעורה של המשיבה. נקבע, בין היתר, כי פגיעה באוטונומיה לא יכולה להיגרם לעובר, מאחר שאין לו כוח בחירה שיכול להיפגע; כי עובר אינו נכלל במושגים "אדם" או "קטין"; וכי כל אימת שלא מונה לעובר אפטרופוס, הוריו אינם משמשים כאפטרופוסיו: "אין העובר נכלל במושג אדם, איננו נכלל במושג קטין, ואין הורתו - אפטרופתו הטבעית [...] כל עוד לא נתמנה לו אפטרופוס, אין הורתו משמשת אפטרופתו" (ב"ש (מחוזי חי') 290/78 כהן נ' אוהנה, פ"ד פ"מ תשל"ט(1) 171, 172 (1978)).

השופט י' **אטדגי**, בדעת מיעוט, ראה לדחות אף את ערעורה של המשיבה, בקובעו כי הורי העובר הם האפטרופסים הטבעיים שלו, וכי:

"קיימת עילה של פגיעה באוטונומיה של העובר, כשפגיעה זו מתבטאת באי מתן הסברים מספקים להורי העובר, או לפחות לאמו הנושאת אותו, שהיה בכוחם לאפשר להם בחירה בין אפשרויות שונות הקשורות לעובר ולעתידי. לשם כך, וכל עוד לא מונה אפטרופוס אחר לעובר, הוריו (או לפחות אמו) הם האפטרופסים/הנציגים הטבעיים שלו. עילת הפגיעה באוטונומיה של העובר היא עילה נפרדת מעילת ההורים (או האם) לפגיעה באוטונומיה. מכאן, שגם אם עילת הפגיעה באוטונומיה של ההורים נדחתה מטעם כלשהו (כבענייננו: התיישנות), עדיין ניתן לפצות את הבת בשל הפגיעה באוטונומיה שלה בעת היותה עובר".

9. ומכאן הבקשה שבפניי, שהוגשה על ידי המבקשת בלבד ולא על ידי הוריה. בבקשה נטען, בין היתר, כי למבקשת נגרמו נזקי גוף כתוצאה מהלידה המוקדמת; כי התרשלות המשיבה - מסירת תוצאה מוטעית של הבדיקה הגנטית - היא שהביאה ללידה המוקדמת; כי בתי משפט קמא שגו עת קבעו כי לא הוכח קיומו של קשר סיבתי בין ההתרשלות לבין בחירתם של ההורים להפסיק את ההריון; וכי שגה בית המשפט המחוזי עת קבע כי לא ניתן לפסוק פיצויים בגין פגיעה באוטונומיה של עובר. לעניין זה, נטען כי בזמן ההריון המבקשת הייתה בגדר חסויה תחת האפוסטרופות של הוריה, כך שאי עמידה בחובת הגילוי כלפי ההורים בזמן ההריון כמוה כפגיעה באוטונומיה של המבקשת; וכי הפסיקה כבר הכירה בזכותו של אדם לתבוע בנזיקין לאחר היוולדו בגין נזק שנגרם לו עקב טיפול רשלני בו עת היה עובר.

10. מנגד, המשיבה טענה כי דין הבקשה להידחות הואיל ואין בה כל עילה המצדיקה מתן רשות ערעור ב"גלגול שלישי". לגופם של דברים, נטען, בין היתר, כי צדק בית משפט קמא עת קבע כי לא הוכח קיומו של קשר סיבתי בין התרשלות המשיבה לבין החלטת ההורים להפסיק את ההריון; כי מדובר בקביעה עובדתית של הערכאה הדיונית שאין כל הצדקה להתערב בה; וכי צדק בית משפט קמא עת קבע כי לא יכולה להיגרם לעובר פגיעה באוטונומיה.

דיון והכרעה

11. לאחר שעיינתי בבקשה ובתגובה לה, ומכוח סמכותי לפי [תקנה 149 לתקנות סדר הדין האזרחי](#), [התשע"ט-2018](#) (להלן: **תקסד"א**) החלטתי לדון בבקשה כאילו ניתנה רשות לערער והוגש ערעור לפי הרשות שניתנה, אך זאת רק ביחס לסוגיית הפיצויים בגין פגיעה באוטונומיה של עובר. סוגיה זו בלבד עומדת באמת המידה שנקבעה בפסיקה לגבי מתן רשות ערעור ב"גלגול שלישי". יתר טענות המבקשת, ובין היתר, טענותיה בעניין קביעותיהם של בתי משפט קמא בדבר העדר קשר סיבתי בין התרשלות המשיבה לבין החלטת ההורים להפסיק את ההריון, אינן מצדיקות מתן רשות ערעור, שכן הן אינן מעוררות שאלה בעלת חשיבות משפטית או ציבורית החורגת מעניינם הפרטני של הצדדים להליך, ולא מצאתי כי מתן רשות ערעור דרוש למניעת עיוות דין. על כן, המבקשת תיקרא מעתה ואילך "המערערת".

12. ענייננו אפוא בתביעה "רגילה" של רשלנות רפואית, להבדיל מתביעה של "הולדה בעוולה". כאמור, השאלה המונחת בפנינו היא האם ניתן לפסוק פיצויים לעובר, לאחר לידתו, בגין פגיעה באוטונומיה? אקדים אחרית לראשית ואומר כבר עתה כי לשיטתי התשובה לשאלה זו היא בשלילה. הכל – כפי שיפורט להלן.

13. רבות כבר נכתב על הפגיעה באוטונומיה, הן בפסקי דין והן במאמרי מלומדים, ועל כן לא ארחיב בנושא ואזכיר אך בתמצית את עיקרי הדברים. הפגיעה באוטונומיה הוכרה לראשונה בע"א [2781/93 דעקה נ' בית החולים כרמל חיפה](#), פ"ד נג(4) 526 (1999) (להלן: עניין **דעקה**), מתוך התפיסה כי "זכותו של אדם לכתוב בעצמו את סיפור חייו היא אחת מן הזכויות היסודיות ביותר במשטר דמוקרטי, אם לא היסודית שבהן" (ע"א

[1535/13 מדינת ישראל נ' איבי](#), [פורסם בנבו] בפסקה 39 לפסק דינה של השופטת (כתוארה אז) **א' חיות** (3.9.2015) (להלן: **עניין איבי**); ראו גם: [ע"א 1303/09 קדוש נ' בית החולים ביקור חולים](#), פ"ד סה(3) 164, 272 (2012) (להלן: **עניין קדוש**); **עניין דעקה**, בפסקה 15 לפסק דינו של השופט **ת' אור**; **עניין המר**, בפסקה 71). הפגיעה באוטונומיה היא ראש נזק ולא עוולה עצמאית (יצחק **עמית** "**סוס הפרא של הפגיעה באוטונומיה**" **ספר שטרסברג-כהן** 465, 474-470 והאסמכתאות שם (2017) (להלן: **סוס הפרא**)). באשר לחשיבותה של הסכמה מדעת של מטופל בהליך רפואי, נקבע כי "ההסכמה מדעת מתמקדת בראש ובראשונה בזכות להגדרה עצמית ולאוטונומיה של היחיד, כחלק מתפישת זכויות האדם וחירויות היחיד בחברה דמוקרטית-ליברלית [...] היא נובעת מזכותו של המטופל לבחור ולקבל החלטות הנוגעות לו; מזכותו של האדם שלא יתערבו בגופו ללא הסכמתו; ומעצם חובתו של המטפל לנהוג במידת זהירות במטופל שלפניו. ההסכמה מדעת היא אנטי-תזה לפטרנליזם, ולגישה האנכרוניסטית לפיה המטופל ממילא לא יבין מה שיוסבר לו וכי הרופא יודע יותר טוב מהמטופל מה טובתו האמיתית של המטופל" (**עניין קדוש**, בעמ' 200). במרוצת השנים הפסיקה תחמה את זכות הפיצוי בגין פגיעה באוטונומיה במספר היבטים: נקבע כי ייתן פיצוי בגין פגיעה באוטונומיה אך כאשר הפגיעה הייתה בליבת הזכות ([ע"א 8126/07 עזבון המנוחה ברוריה צבי נ' בית החולים ביקור חולים](#), [פורסם בנבו] פסק דינו של המשנה לנשיא **א' ריבלין** (3.1.2010); **עניין קדוש**, בעמ' 277); וכאשר שלילת כוח הבחירה של הנפגע גרמה ל"נזק תוצאתי סובייקטיבי המתבטא בתחושות של כעס, תסכול, ועוד כיוצא באלה תחושות שליליות שמעוררת התנהגותו של המזיק" ([ע"א 10085/08 תנובה - מרכז שיתופי נ' עזבון המנוח תופיק ראבי ז"ל](#), [פורסם בנבו] בפסקה 40 לפסק דינה של השופטת **א' חיות** (כתוארה אז) (4.12.2011); **עניין איבי**, בפסקה 39). עוד נקבע כי הפיצוי בגין פגיעה באוטונומיה הוא חלק מהנזק הלא ממוני. לכן, למעט במצבים של הולדה בעוולה, אין לפסוק פיצוי בגין פגיעה באוטונומיה בנוסף לפיצוי שנפסק בגין נזק לא ממוני בעילה של הסכמה שלא מדעת או התרשלות בטיפול (**עניין איבי**, בפסקה 10 לפסק דינו; [ע"א 2600/09 מכבי שירותי בריאות נ' נ' ס' \[פורסם בנבו\]](#) (10.11.2013); [ע"א 2278/16 פלונית נ' מדינת ישראל](#) [פורסם בנבו] (12.3.2018); **סוס הפרא**, עמ' 477-490).

14. נפתח אם כן במה שנחזה להיות מובן מאליו. לעובר, **כשלעצמו**, אין אוטונומיה שיכולה להיפגע. ברי כי לעובר אין יכולת לכתוב **בעצמו** את סיפור חייו או לבחור ולקבל החלטות מושכלות הנוגעות לו עצמו, כך שלא ניתן לשלול ממנו יכולת זו (ראו: [ת"א \(מחוזי-י-ם\) 23442-12-10 י.ל. \(קטיין\) נ' מכבי שירותי בריאות](#), [פורסם בנבו] בפסקה 8 (12.7.2017) (להלן: **עניין י.ל.**)). ממילא, נהיר כי לא יכול להיגרם לעובר עצמו נזק תוצאתי סובייקטיבי המתבטא בתחושות שליליות, כגון כעס ותסכול, כתוצאה משלילת כוח הבחירה - שאין לו (השוו: [אסף פוזנר עוולות טרום לידתיות: הילד הרצוי והילד הבלתי רצוי](#) 341 (2019) (להלן: **עוולות טרום לידתיות**)). זאת כמובן להבדיל מההורים, שלהם בוודאי אוטונומיה משל עצמם, ושלם עומדת תביעה בגין פגיעה באוטונומיה הן במקרים של "הולדה בעוולה"; הן בתביעות "רגילות" של רשלנות רפואית שהביאה ללידה של ילוד עם מוגבלויות, והן בתביעות רשלנות רפואית שבעקבותיה נולד ילד בריא אך כתוצאה של היריון בלתי רצוי (ראו למשל מקרים של הריון על אף שהאם עברה פרוצדורה של "קשירת חצוצרות" - [ת"א \(שלום-י-ם\) 733/94 רבקה נ' קופ"ח של ההסתדרות הכללית של העובדים בישראל](#) [פורסם בנבו] (19.9.1996); [ת"א \(שלום-י-ם\) 4503/06](#)

פלוני נ' מדינת ישראל-משרד הבריאות [פורסם בנבו] (4.3.2012); עמוס [הרמן "הריון בעוולה"](#) **משפחה במשפט** ג-ד 97, 130-131 (תשס"ט-תש"ע).

15. אך, כאמור, לא זו הייתה טענת המערערת, שנסמכה על דעת המיעוט של השופט **י' אטדגי** בבית המשפט המחוזי. המערערת טענה כי בזמן ההריון הוריו של העובר משמשים כאפוטרופוסים הטבעיים שלו, וככאלה הם נציגו המשפטיים. משכך, לשיטתה, פגיעה באוטונומיה של ההורים, בכובעיהם כאפוטרופוסים של העובר, מהווה למעשה פגיעה באוטונומיה של העובר.

ההורים כאפוטרופוסים הטבעיים של העובר לצורך ראש הנזק של פגיעה באוטונומיה?

16. זו אפוא השאלה הצריכה לענייננו. האם בזמן ההריון הורי העובר הם בגדר האפוטרופוסים הטבעיים שלו, והאם אפוטרופוסות זו עושה אותם שלוחיו המשפטיים לצורך ראש הנזק של פגיעה באוטונומיה? נפתח בסעיפי החוק הצריכים לעניין.

[חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופוסות](#), התשכ"ב-1962 (להלן: **חוק הכשרות המשפטית**) קובע כלהלן:

כשרות לזכויות ולחובות

1. כל אדם כשר לזכויות ולחובות מגמר לידתו ועד מותו.

מעמד ההורים

14. ההורים הם האפוטרופוסים הטבעיים של ילדיהם הקטינים.

תפקידי ההורים

15. אפוטרופוסות ההורים כוללת את החובה והזכות לדאוג לצרכי הקטין, לרבות חינוכו, לימודיו, הכשרתו לעבודה ולמשלח-יד ועבודתו, וכן שמירת נכסיו, ניהולם ופיתוחם; וצמודה לה הרשות להחזיק בקטין ולקבוע את מקום מגוריו, והסמכות לייצגו.

קנה מידה לחובת ההורים

17. באפוטרופוסותם לקטין חייבים ההורים לנהוג לטובת הקטין כדרך שהורים מסורים היו נוהגים בנסיבות הענין.

אימתי יתמנה אפוטרופוס

33(א) בית המשפט רשאי למנות אפוטרופוס –

[...]

(6) לעובר.

[...]

הגדרות

80. בחוק זה –

[...]

"טובתו" של אדם – מכלול הזכויות, האינטרסים והצרכים של

האדם;

[...]

80א. הוראות החלות לפי חוק זה על אפטרופוס של אדם ועל אדם שמונה לו אפטרופוס או שבית המשפט רשאי למנות לו אפטרופוס יחולו, בשינויים המחויבים, גם על אפטרופוס של עובר ועל עובר שמונה לו אפטרופוס או שבית המשפט רשאי למנות לו אפטרופוס.

סעיף 2 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש] (להלן: **פקודת הנזיקין**), קובע כלהלן:

הגדרות

2. בפקודה זו – [...]

"ילד" – לרבות נכד, ילד חורג, **עובר**, ילד שלא-מנישואין, או

ילד מאומץ; [...]

סעיף 4 לחוק הפרשנות, התשמ"א-1981 (להלן: **חוק הפרשנות**) (ובאופן דומה גם **סעיף 1** לפקודת

הפרשנות [נוסח חדש] (להלן: **פקודת הפרשנות**)), קובע כלהלן:

אדם

4. מקום שמדובר באדם - אף חבר-בני-אדם במשמע, בין

שהוא תאגיד ובין שאינו תאגיד.

17. לשיתת המערערת, שכאמור נתמכת בדעת המיעוט בבית המשפט המחוזי, מאחר **סעיף 2 לפקודת הנזיקין** מגדיר עובר כ"ילד", הרי שמבחינת דיני הנזיקין, הורים משמשים כאפטרופוסים הטבעיים והנציגים המשפטיים של עוברם. זאת, מכוח **סעיף 14** לחוק הכשרות המשפטית הקובע כי הורים הם האפטרופוסים הטבעיים של ילדיהם הקטינים **וסעיף 15** לחוק המסמך הורים, בין היתר, לייצג את ילדיהם. **סעיף 17** לחוק מורה כי על ההורים האפטרופוסים לנהוג לטובת הקטין.

18. דעת הרוב בבית המשפט המחוזי גרסה אחרת, מתוך התפיסה כי "[...] אילו ראה המחוקק את העובר כאובייקט לאפטרופוסות בדרך כלל (ולא רק לעניינים מיוחדים, כפי שנמנו לעיל), יש להניח, שהיה מחיל עליו את הדין, הקיים לגבי אפטרופוסות טבעית של הורים על ילדיהם, בפרק המיוחד לכך בחוק הכשרות" (דברי השופטת ה' **בן-ענתו בע"א 413/80 פלונית נ' פלוני**, פ"ד לה (3) 57, 82 מול האות ו (1981) (להלן: עניין **פלונית**)). נציין כי העניינים שבגנם סבר המחוקק שיש למנות אפטרופוס לעובר לפי **סעיף 33(א)(6)** לחוק הכשרות המשפטית, כפי שזוכרים בעניין **פלונית**, הם מקרים מיוחדים המוזכרים **בחוק הירושה**, התשכ"ה-1965

(להלן: **חוק הירושה**) (כגון, יורש אחר יורש לפי [סעיף 42\(ג\)](#) לחוק ומזונות מן העיזבון לפי [סעיף 57\(ד\)](#) לחוק) וכן מקרה בו התעורר הצורך לשמור על זכותם של תלויים לפיצויים לפי [סעיף 78](#) **לפקודת הנזיקין**. מקרים אלה עניינם בשמירה על זכויות ממוניות עתידיות, שיקומו לעובר עם היוולדו, כאשר יהפוך לאישיות משפטית (ראו גם: טובה **שטרסברג-כהן** "מעמד העובר במשפט הישראלי" **רפואה ומשפט** 28, 1, 3 (2003) (להלן: **מעמד העובר**)).

19. השאלה אם יש לראות את ההורים כאפוטרופוסים הטבעיים של העובר, אינה נקייה מספקות. כך, [מסעיף 80א](#) לחוק הכשרות המשפטית עולה לכאורה הבחנה בין אפוטרופוס של אדם לאפוטרופוס של עובר. אולם לצורך הדיון, אצא מנקודת הנחה שיש לראות את ההורים כאפוטרופוסים הטבעיים של העובר, כל עוד לא מינה בית המשפט אפוטרופוס אחר לשמירה על זכויות העובר לפי [סעיף 33\(א\)\(6\)](#) לחוק הכשרות המשפטית.

20. ברם, ולענייננו זה העיקר, מקור הזכויות שעליהן האפוטרופוס שומר ושלטובתן הוא פועל הוא העובר עצמו ולא להיפך (ראו [סעיף 80](#) לחוק הכשרות המשפטית (הגדרת "טובתו של אדם") בצירוף [סעיף 80א](#) לחוק, וכן בצירוף סעיפים נוספים כמו [סעיפים 33א\(א\)\(3\)](#), [33א\(ה\)](#), [35](#), [39\(א\)](#) ו-[67ד\(א\)](#) לחוק, המורים כי תפקידו העיקרי של אפוטרופוס הוא לפעול לטובת העובר ולשמור על הזכויות והאינטרסים שלו). העובר אינו יכול "לינוק" מהוריו זכויות או אינטרסים נוספים שאינם עומדים לו עצמו. העובר רק "נהנה" משירותיו של אפוטרופוס לצורך שמירה על הזכויות או אינטרסים המוקנים לו כשלעצמו. לשון אחר, הזכות מושא הפגיעה צריכה "לחלחל" מהעובר להורים ולא להיפך.

זכותו של העובר לאוטונומיה?

21. הדרא קושיא לדוכתיה – האם יש להכיר בזכות לאוטונומיה שמקורה בעובר עצמו, זכות העומדת על רגליה שלה ושהפגיעה בה עשויה להניב פיצוי כך שיש לראות את הורי העובר כנציגיו ושלוחיו להגנה על זכות זו?

עובר אינו נכלל במושג אדם לפי חוק הכשרות המשפטית, [חוק הפרשנות](#) או פקודת הפרשנות. כאמור, [סעיף 1](#) לחוק הכשרות המשפטית קובע כי כל אדם כשר לזכויות החל **מגמר לידתו** – הגדרה שבהכרח אינה כוללת עובר. על כן, לעובר אין אישיות משפטית ואינו כשר לזכויות ולחובות, וכפי שנקבע זה מכבר "אין מקנים זכות למי שעוד לא בא לעולם" (עניין **פלונית**, בעמ' 69 מול האות ג; [ע"א 9/74 אינזל נ' קוגלמס](#), פ"ד כט(1) 663, 665 מול האות ו (1974); [רע"א 7575/09 עלווי נ' אחמד](#), [פורסם בנבו] בפסקה י"א (12.4.2010) (להלן: עניין **עלווי**); [ב"ש \(מחוזי חי'\) 275/70 ורה נ' שר הסעד](#), פ"ד עד 2, 8 (1970)). עוד נקבע כי הוראת אי הכושר [שבסעיף 1](#) לחוק הכשרות המשפטית היא הכלל, "ואין להקיש אליה מאותן הוראות נקודתיות המעניקות כשרות לעֶבֶר, כמו הוראת סעיף 3(ב) **לחוק הירושה**" (עניין **עלווי**, בפסקה י"ב; יצחק אנגלרד חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, **תשכ"ב-1962** 19 (התשל"ב)). על כן, בהינתן כי אין בדין כל הוראה

נקודתית המעניקה לעובר זכות לאוטונומיה – המסקנה היא כי אין לעובר זכות עצמאית לאוטונומיה, ולכאורה היה עלינו לעצור כאן את דרך הילוכנו.

22. יש הגורסים כי ראוי להרחיב את היריעה החוקתית על עובר בשלב החיות ומצביעים על כך שהמחוקק הישראלי כבר הכיר באינטרסים נפרדים של העובר (פנינה ליפשיץ-אבירם [איזון עדין – מבט שני על זכויות עובר בר-חיות בדין הישראלי: בין זכויות האשה לזכויות העובר](#) 88-87 (2016)). ברם, העובדה שהמחוקק הכיר בזכותו של עובר לצורך אינטרס מסוים, כמו ירושה או תביעה כתלוי בנזיקין, או לשם הגנה על חייו של העובר בדין הפלילי (ראו: [יורם רבין ויניב ואק"האחריות הפלילית בגין המתת עובר" משפט מפתח](#) 3 150 (2015)); יורם רבין ויניב [ואק"ההגנה על חייו של](#) העובר במשפט הפלילי "משפט ועסקים" יט 1 (2015)), אין בה כדי ליתן תשובה לשאלה אם יש להרחיב את זכותו של העובר גם על פגיעה באוטונומיה.

23. ואולם, על אף זאת, כאשר עובר נולד חי, עומדת לו הזכות לתבוע בנזיקין בגין נזק שנגרם לו **בטרם** לידתו, ותביעות מעין אלה נדונות כדבר שבשגרה בתיקי רשלנות רפואית. עמד על כך השופט (כתוארו אז) א' ריבלין בע"א 754/05 **לבנה לוי נ' מרכז רפואי שערי צדק**, פ"ד סב(2) 218, בפסקה 14 (2007) (להלן: עניין **לבנה לוי**):

"תנאי ראשוני לאחיזה בעילת תביעה הוא כשרות משפטית לשאת בזכויות ובחובות. 'כל אדם כשר לזכויות ולחובות' מגמר לידתו ועד מותו' – כך מורה סעיף 1 לחוק הכשרות. על כן, תינוק שנולד ללא רוח חיים לא זכה לכשרות לשאת בזכויות ובחובות [...] ואין מקימים עיזבון על מנת שיבוא במקומו. לפיכך, עובר שנפגע עקב התרשלות ונולד ללא רוח חיים, שוב אינו יכול לתבוע בגין הנזק שנגרם לו. בכך אין כדי לומר כי לא הוסבה לו פגיעה – לדעתי אכן סבל פגיעה – אך בפועל לא הניחו המערערים תשתית להנחה כי המשפט מכיר באחריות בנזיקין כלפיו. אכן, תינוק שנולד לאחר שנפגע בעודו עובר בבטן אימו, יוכל, כך נראה, לתבוע בגין הנזק שנגרם לו, מן הרגע שזכה לכשרות לחובות ולזכויות, משנסתיימה לידתו. על כל אלה עמד המלומד י' אנגלרד בציינו:

'פגיעות בעובר עצמו מעוררות את שאלת קיום האחריות הנזיקית לגביו. באשר לאדם שנולד – אמנם חי, אך ניזוק כתוצאה מפגיעה בו בהיותו עובר – השאלה המשפטית מושגית היא אם נתקיימו לגביו יסודות עוולת הרשלנות (קיום חובת הזהירות והפרתה). הדעה המקובלת היא, שגם בהנחה שאין לעובר אישיות משפטית אפשר להכיר בקיום היסודות הנזכרים ולהטיל אחריות על המזיק כלפי הנפגע לאחר לידתו של זה, דהיינו: עם רכישתו את הכשרות המשפטית. לעומת זאת, כאשר הפגיעה גורמת למותו של העובר לפני לידתו, אין להכיר באחריות כלפיו בנזיקין. סעיף

1 לחוק הכשרות המשפטית קובע במפורש, כי
אין לעובר אישיות משפטית לפני גמר לידתו;
ואילו במקרים המיוחדים שבהם מוכרות לעובר
זכויות, התנאי הוא כי יוולד חי' [...].

[לביקורת ולניתוח פסק הדין בעניין **לבנה לוי** באספקלריה פמינסטית, אך שלא
בהקשר הסוגיה שלפנינו, ראו: יפעת **ביטון** "**היריון זה לא מחלה?**" תיעול מחדש בתעלת הלידה
של נקי אבדן העובר או פגיעה בה" **מחקרי משפט** כ"ט 107 (2013)].

24. משכך, עולה השאלה אם באופן דומה, אפשר שאדם יתבע בגין פגיעה באוטונומיה
שאירעה בטרם לידתו?

אציין כי בהקשר זה היועמ"ש הפנה בתגובתו לעניין **המר**, שם הכיר בית המשפט
בפגיעה באוטונומיה של ההורים. איני סבור כי מפסק דין זה ניתן להסיק על דרך השלילה לגבי
עובר, באשר פסק הדין בעניין **המר** המיר את התביעה מ"חיים בעוולה" ל"הולדה בעוולה",
מאחר שבית המשפט ראה את ההורים כבעלי הדין הנכונים. באספקלריה זו נדונה הסוגיה של
פגיעה באוטונומיה, מבלי להידרש לסוגיה מושא דיונו.

25. לדידי, על השאלה מושא דיונו יש להשיב בשלילה וזאת ממספר טעמים.

ראשית, תביעות של יילוד הן בבחינת חריג לכלל המעוגן **בסעיף 1** לחוק הכשרות המשפטית, וכאמור
בעניין **לבנה לוי**, תביעות אלו מוגבלות אך לאותם מקרים שבהם **נגרם לעובר נזק**. כלומר, "תנאי לזכאות לפיצויים
הוא, שהעובר יוולד חי, ושהנזק ייתן אותותיו בוולד לאחר היוולדו" (**מעמד העובר**, בעמ' 5; **עוולות טרום
לידתיות**, בעמ' 342, ה"ש 1069). תנאי זה מאזן נכונה בין זכותו של היילוד לשלמות גופו לבין עצם היות העובר
נטול אישיות משפטית ובלתי כשר לזכויות בעת שנגרם הנזק (ראו: יצחק אנגלרד, אהרן ברק ומישאל חשין דיני
הנזיקין – תורת הנזיקין הכללית 354 (ג' טדסקי עורך, מהדורה שניה מתוקנת ומעודכנת, 1976). ואולם, בניגוד
ל**נזק גוף** שנגרם לעובר בזמן ההריון, שממשיך ללוות אותו לאחר לידתו, לעיתים לאורך כל ימיו, לעובר לא נגרם
נזק כתוצאה מפגיעה באוטונומיה, בין אם בשעת העוולה ובין אם לאחר לידתו, וכפי שכבר נזדמן לי לומר – הפיצוי
"בגין פגיעה באוטונומיה לא ניתן בגין עצם הפגיעה בזכות הבחירה, אלא בשל **הנזק** שנתלווה לפגיעה" (**סוס המרא**,
בעמ' 483; ההדגשה הוספה – י"ע). על כן, תביעה בגין פגיעה באוטונומיה שאירעה בטרם לידתו של אדם אינה
נכנסת לגדרי החריג המתואר מעלה. מסקנה אחרת הייתה מובילה להענקת פיצוי בגין נזק מדומה (ראו והשוו: **ע"א**
4486/11 פלוני נ' שירותי בריאות כללית, פ"ד סו(2) 682, 720 לפסק דיני (2013)).

שנית, ועיקרו של דבר. הפרת חובת הגילוי נעשתה כלפי ההורים, והיא שפגעה ביכולת הבחירה שלהם, והנזק התוצאתי הממשי בדמות רגשות שליליים נגרם להורים, כך שאין מדובר בזכות ש"מחלחלת" מהעובר אל ההורים. וכפי שכותב המלומד **פוזנר** בספרו בהתייחסו לסוגיה דנן:

"לדעתי זכאי הקצה המרכזי הם ההורים: הזכות לקבל את המידע ולהחליט על פיו היא של ההורים. הטענה שהיילוד לא קיבל את המידע 'באמצעות הוריו', נראית מלאכותית; הזכות לפיצוי בגין פגיעה באוטונומיה הוצגה כ'פגיעה ברגשות', וקשה עד מאוד להכיר ב'העברת רגשות' ליילוד, המצדיקה את הפיצוי. מעבר לכך: דומה שאי-מתן הסבר על ידי רופא, לאם, מהווה – בראש ובראשונה – זלזול באם וביכולתה לקבל החלטות, ולא ביילוד. ועוד. הכרה בזכויות היילוד כזכאי קצה, אף תביא לאפשרות שהוא יוכל לתבוע את הוריו, בשל העובדה שהם נמנעו מלקבל מידע, ובכך לא פעלו כשלוחים סבירים. עדיפה בעיני העמדה שזכות ההחלטה והשכנוע, הן זכויות אישיות של ההורים, שלגביהן – בין אם מדובר בהולדה בעוולה ובין אם בעילה רגילה – הם הזכאים לפיצוי כזכאי קצה, ולא היילוד" (**עוולות טרום לידתיות**, 341-342).

שלישית, גם בהיבט המעשי ומשיקולים של יעילות מערכתית ומדיניות משפטית, אין להכיר בפגיעה באוטונומיה של עובר כראש נזק עצמאי העומד על רגליו שלו. שאם לא כן, בית המשפט עשוי להידרש לשאלת ההסכמה מדעת והפגיעה באוטונומיה של העובר בתביעות רשלנות רפואית, לאחר שכבר נמצא כי הייתה התרשלות בטיפול בגינה נגרם נזק ליילוד:

"לאחר שהוכרה התביעה שנסבה על רשלנות בטיפול הרפואי, אין טעם להידרש לשאלה של פסיקת פיצוי בגין פגיעה באוטונומיה של המטופל. בירור שאלת היקפה של חובת הגילוי, וכנגזרת מכך שאלת הפגיעה באוטונומיה, כרוכה במשאבים שיפוטניים נוספים רבים, [...] יש אפוא חשש לריבוי הליכים או להתמשכות הליכים שלא לצורך, שכן לאחר שבית המשפט השקיע משאבים בבירור השאלה אם הייתה התרשלות בטיפול, הוא יצטרך להשקיע משאבים בשאלה אם לא הופרה חובת הגילוי" (**פוסט הרא, עמ' 484**).

26. ואכן, בפסיקת הערכאות הדיוניות נדחתה האפשרות לפסוק פיצוי בגין פגיעה באוטונומיה של העובר:

"כך, בעוד להורים עומד ראש נזק של 'פגיעה באוטונומיה', הרי שהיילוד אינו זכאי לפיצוי בראש נזק זה [...] (השופטת י' וילנר בת"א (מחוזי חי') 6745-07-12 **שמשון נ' מכבי שירותי בריאות**, פורסם בנבו] בפסקה 37 (9.1.2014)).

"הפרת חובת הגילוי על ידי הנתבע מקימה לתובעים עילת תביעה עצמאית בגין הפגיעה באוטונומיה ומהווה ראש נזק נפרד ([ע"א 2781/93](#) דעקה נ' בית החולים "כרמל" פ"ד נג (4) 526). הפיצוי בגין ראש נזק זה ניתן לתובעים בגין הפגיעה ברגשותיהם ועל כן עילת התביעה היא של ההורים במובתן מתביעת הקטינה" (השופטת י' וילנר בת"א (מחוזי חי') [800/06 ש.ח.ח. \(קטינה\) נ' הרמן](#), [פורסם בנבו] בפסקה 93 (26.6.2011) (הדגשה הוספה – י"ע).

"[..] אבהיר שתוצאה נוספת של הקביעות בהלכת המר היא שלילת זכאותם של ההורים לפיצוי בגין פגיעה באוטונומיה מקום בו התיישנה עילת תביעתם. משהתיישנה עילת התביעה, לא זכאים עוד ההורים לפיצוי זה. 'העברת' הפיצוי לידי היילוד היא מלאכותית ביותר. בשונה מהפיצוי בגין נזק לא ממוני, לא ניתן לטעון לפגיעה באוטונומיה של היילוד עצמו, שהרי הסכמתו לא נדרשה ולא יכולה היתה להתקבל כל עוד היה בגדר עובר" (השופט ר' וינוגרד בעניין י.ל., בפסקה 8).

"המסקנה המתבקשת בנסיבות המקרה דנא הינה כי להורי התינוקות התובעים הייצוגיים, להבדיל מהתינוקות עצמם שאינם מסוגלים להבין משמעות זכות הבחירה בבסיס הפגיעה באוטונומיה כמו גם אינם מסוגלים להביע תחושות שליליות כאמור [...] יהיו זכאים לפיצוי בגין פגיעה באוטונומיה [...] (השופט א' בכר בת"צ (מחוזי ת"א) [10/09](#) רגב נ' כימפל בע"מ, [פורסם בנבו] בפסקה 63 (26.11.2012)).

27. לסיכום, תביעת ההורים בגין פגיעה באוטונומיה התיישנה. לעובר לא עומדת זכות תביעה עצמאית בגין פגיעה באוטונומיה, ומשכך, הוא אינו יכול לתבוע בראש נזק זה באמצעות אפוטרופוס שהתמנה לצורך זה, או באמצעות הוריו, גם בהנחה שיש לראותם כאפוטרופוסיו הטבעיים.

28. בשולי הדברים, אציין כי אף שהבקשה דנן הוגשה מטעם המערערת בלבד, היה עליה לצרף את הוריה כצדדים להליך. זאת, בהתאם לתקנה 136(א) לתקסד"א הקובעת כי "כל מי שהיה בעל דין בתובענה לפני הערכאה הקודמת ואינו מערער יהיה משיב בערעור", וערעור כהגדרתו בתקנה 134(א) לתקסד"א כולל בקשת רשות לערער.

29. סוף דבר, שהערעור נדחה.

בנסיבות המקרה, ובהינתן מסקנת בית משפט קמא כי הופרה חובת הגילוי כלפי ההורים, לא ייעשה צו להוצאות.

ש ו פ ט

השופטת י' וילנר:

אני מסכימה.

ש ו פ ט

השופט ד' מיינץ:

אני מסכים לפסק דינו של חברי השופט י' עמית, ואבקש להוסיף מספר מילים באשר למעמדו של העובר במשפט העברי, סוגיה אשר הוזכרה בדעת המיעוט של השופט י' אטדגי בבית המשפט המחוזי.

1. בדעת המיעוט ביקש השופט אטדגי לבסס את מעמדו של העובר כ"יצור חי עצמאי", וזאת במסגרת הדיון בו ביקש גם לאפיינו כ"אישיות נפרדת" מהוריו וכ"אדם". במסגרת מאמץ זה התייחס למעמדו של העובר במשפט העברי בציינו את הדברים הבאים:

"מבלי להיכנס לסוגיה הסבוכה (שאיננה נדרשת כאן) של הפסקת הריון על פי המשפט העברי, ניתן לומר באופן כללי ובלתי ממצה, שגם על פי המשפט העברי העובר הוא "יצור חי" עצמאי. ד"ר מרדכי הלפרין, **רפואה ומשפט**, גליון מס' 27, נובמבר 2002, בפרק "המשפט העברי":

"המשפט העברי מקבל את העובדה הביולוגית שעובר הוא יצור חי. לבו של העובר פועם כבר בתחילת השבוע הרביעי מההפריה. האורגנוגנזיס (שלב יצירת האברים) מסתיים, מבחינה חיצונית, בסוף השבוע השישי אחרי ההפריה [...] משיקולים ביולוגיים לא ניתן למצוא קו ברור המפריד בין עובר שיוגדר כחי לבין כזה שלא יוגדר כחי. הקו המוחלט היחיד הוא רגע ההפריה. אחרי רגע זה – העובר הינו גוף חי מבחינת מדעי החיים." (פסקה 9 לחוות דעתו).

2. מצאתי לנכון להעיר על אודות התייחסות זו, אשר איני משוכנע שבכוחה לשרת את המסקנה שביקשה דעת המיעוט לקדם. ראשית, דומני כי כפי שציין השופט אטדגי, הדברים – אשר מטרם כאמור לבסס את המסקנה כי יש לראות בעובר "אדם" – אכן כלליים ובלתי ממצים. סקירת המקורות השונים העוסקים

במעמדו של העובר במשפט העברי מלמדת על קשת מורכבת של הכרעות, ועל תפיסות שונות ודין שונה המוחלים בנסיבות שונות, כמו גם על מחלוקות רבות בסוגיות בפסיקה לאורך הדורות. כך אף יש הסוברים כי "לא ניתן להסיק מסקנה כללית ועקרונית מסוגיות הגמרא לגבי מעמדו המשפטי של העובר בהלכה, שכן העמדה היא שונה לפי אופי העניין שבו מדובר" (יעקב בזק "מעמדו המשפטי של העובר בהלכה היהודית ובמשפט הישראלי" סיני קטו (תשנ"ה)). קביעה זו ניכרת מחיבורים נוספים. כך למשל, הסקירה המפורטת במאמרו של אליקים גציל אלינסון "העובר בהלכה" סיני סו (1970) (להלן: **אלינסון, העובר בהלכה**) מדגימה היבטים שונים של מעמד העובר. במאמר זה גם תאר המחבר מתוך העיון שביצע ממצאים שונים מן הקביעה המוצגת בדעת המיעוט ולפיהם:

"הוולד טרם יוולד אין לו סטאטוס של בן-אדם בנוגע לרוב משפטי התורה. כבר הניחו חכמי המשנה, כל מקום שנאמר בתורה "אדם" אין העובר בכלל, כל שכן שאין העובר נכלל במונח "איש". בפרק הבא נבאר שגם במונח "נפש" - לדיני נפשות - אין העובר בכלל. כללו של דבר, ההלכה אינה מכירה בוולד במעי אמו בתור אישיות [...] מ"מ סטאטוס מסויים כבר קיים לעובר, ואסור לאבד אותו" (שם, א, א; והשוו לעניין האם עובר נחשב נפש אדם: צבי א' **טל "אין דוחין נפש מפני** נפש בהלכה היהודית" **עלי משפט** ב 21, 22 (תשס"ב)).

וגם בפסיקת בית משפט זה תוארו בעבר בקצרה המורכבות והטלאים המאפיינים את פסיקת

ההלכה העברית בכל הנוגע למעמדו של העובר. וכך תואר ב**ע"א 5587/93 נחמני נ' נחמני**, פ"ד מט(1) 485, 520 (1995):

"קיימת הבחנה בין המועד שממנו והלאה הפוגע בעובר כמוהו כפוגע באדם, והמועד שעדיו אין הדבר כך. בהלכה מוצאים אנו הפרדה בין קביעת זמן "כניסת הנשמה מבחינה תאולוגית" לבין איסור הפלה מבחינה הילכתית. רבי מאיר אבולעפיה, מראשוני ספרד במאה השלוש-עשרה, כותב מחד גיסא שהנשמה נכנסת לגוף בזמן ההזרעה (**יד רמה**, סנהדרין, צא, ב ד"ה שאליה אנטונינוס לרבי). בעניין הפלת עובר המהווה סכנה לחיי אמו, סובר הוא שהעובר לאו נפש הוא עד שיצא לאוויר העולם (**יד רמה**, שם, עב, ב, ד"ה אמר רב הונא: "אבל כל זמן שהוא לפניו, לאו נפש הוא ולא חסה עליו תורה" (וכן גם **רש"י**, סנהדרין, עב, ב)). רב חסדא אומר כי עד ארבעים יום להיריון העובר הוא "מיא בעלמא" (יבמות, סט, ב). לדעת רוב הפוסקים בני זמננו, אין ביצית מופרית מצויה בשלב שבו חל איסור "הפלה". גם לדעת מיעוט הפוסקים הסוברים שאיסור הפלה חל גם על שלב מוקדם של ההיריון, ספק אם איסור זה כולל איסור השמדת ביצית מופרית בטרם הושתלה לרחם אישה (לעניין איסור הפלה ראה: ד' סינקלר, "איסור הפלה" שנתון המשפט העברי ה' 177; א' שטיינברג,

"הפלה מלאכותית לאור ההלכה" אסיא, א, 107, וכן תשובת הרב ובדיה יוסף, "הפסקת ההריון לאור ההלכה", בתוך אסיא, א, 78).

הנה כי כן, אף לפי מקצת הדברים המפורטים לעיל, אשר הם בבחינת "קצה המזלג" ועוד מבלי שנדרשנו לאיזו מן הסוגיות, קשה לקבל את המסקנה החד-גונית כי לפי מקורות המשפט העברי העובר הוא "יצור חי עצמאי" אשר יש לראותו כ"אדם" (וראו הנפקויות השונות העולות מהגדרת עובר כ"אדם" גם לעניין הפלת העובר בשל הסכנה הנשקפת לאם: הפלת העובר בשל סכנת אבר של האם; האכלת אישה מעוברת ביום הכיפורים בשל חשש סכנה של העובר; חילול שבת כדי להציל את העובר; וכן לעניין המזכה לעובר; זכות הירושה של העובר – אחיקם קשת **קובץ יסודות וחקירות**, 804 (תשפ"א)).

3. שנית, איני סבור כי שימוש זה משרת את המגמה של דעת המיעוט גם מטעם נוסף. כאמור, ההפניה לעקרונות הנשקפים לכאורה מן המשפט העברי, משמשת את דעת המיעוט על מנת להסתמך על מעמדו האנושי של העובר "כיצור חי עצמאי". מתוך תפיסה זו מבקשת דעת המיעוט ללמוד על שאלת "הבחירה בין אפשרויות" של עובר על ידי הוריו כ"נציגים" מטעמו, אשר שלילתה עשויה ליצור ראש נזק של פגיעה באוטונומיה של העובר. לדידי, ניסיון זה נתקל בקושי. שהרי אף אם היינו מניחים שאכן יש לקבל את העמדה לפיה העובר הוא "יצור חי עצמאי" ושזו הגישה הנשקפת ממקורות המשפט העברי, אין בכך כדי ללמד כי לעובר, כשלעצמו, אוטונומיה או יכולת בחירה בין אפשרויות אשר עלולות להיפגע בצורה המקימה לו נזק סובייקטיבי הנוגע לשלילת חירותו המצדיק פיצוי. בהקשר זה, כפי שציין חברי השופט **עמית**, גם אם יש לעובר אפוטרופוס האמון על שמירת זכויותיו, לא תהיה בכך כל רבותא עבורו כל אימת שאין הוא מחזיק בזכות עצמאית עליה יכול האפוטרופוס לשמור (פסקה 20 לחוות דעתו).

4. במסגרת הייחודית של דיון זה הנסוב על האוטונומיה של העובר והפגיעה בה, איני סבור כי ניתן ללמוד ממקורות המשפט העברי העוסקים במעמד העובר, אשר ההכרעות הקבועות בהם מושתתות על רציונאלים שונים בתכלית. לשם ההמחשה נציג בקליפת האגוז מקצת העיסוק בפסיקת ההלכה בסוגיית הפסקת ההריון, סוגיה העומדת בבסיס הדברים שהוצגו בדעת המיעוט; דברים שנלמדו מתוך מאמרו של ד"ר מרדכי הלפרין בנושא (מרדכי **הלפרין "הפסקת הריון – היבטים"** משפטיים, מוסריים והלכתיים **רפואה ומשפט** 27 (2002) (להלן: **הלפרין**)).

5. על פי ההלכה היהודית הפסקת הריון על ידי אדם מישראל, אמנם אינה מחייבת מיתה מפני שהעובר אינו "תינוק בן יום אחד" (**בבלי**, נדה מד, ע"א; **משנה תורה**, הלכות רוצח ושמירת נפש, ב, ו; וזאת בניגוד לפעולה דומה על ידי "בן נוח". לעניין בן נוח ראו: **בבלי**, סנהדרין נז, ע"ב). עם זאת, היא מהווה

איסור (ראו: **תוספות**, סנהדרין נט, ע"א, ד"ה "ליכא מידעם דלישראל שרי"; **הלפרין**, פרק ה; **אלינסון**, **העובר בהלכה**, ב, ג-ד). כפי שמתאר **הלפרין**, על אף האמור, ובין היתר על רקע מחלוקות בין הפוסקים באשר למידת החומרה של האיסור, עלתה בפסיקה השאלה האם במקרים ייחודיים וחריגים ניתן יהיה להתיר הפסקת הריון. כך למשל עלתה השאלה האם יש לאפשר הפסקת הריון של תינוק החולה במחלה הסופנית 'טאי זקס' (Tay Sachs Disease) – מחלה תורשתית קטלנית הגורמת לנזק מוחי קשה כתוצאה מחוסר אנזים האחראי על חילוף החומרים של השומנים במוח) אשר בכוחה למנוע סבל רב מבני משפחתו.

בעניין זה חלקו הפוסקים. הרב משה פיינשטיין רואה את ההפלה חמורה כרצח ואוסר אותה גם במקרים מעין אלו (**שו"ת אגרות משה**, חושן משפט, ב, סט; והשוו: **נשמת אברהם**, חושן משפט, תכה, א; **שו"ת שבט הלוי**, ז, רח). לעומתו הרב אליעזר וולדינברג מתיר להפסיק את ההריון במקרים חריגים מעין אלו (ראו לדוגמה: **שו"ת ציץ אליעזר**, יג, קב; והשוו: **שו"ת שרידי אש**, חושן משפט, א, קסב). לשיטתו האיסור אינו בגדר רצח ואינו נובע מחמת איבוד נפשות אלא משום "גדר בנינו של עולם". על כן ניתן להתירו לצורך שמירה והגנה על מטרות מתאימות כגון רפואה, אף שאין בה פיקוח נפש, והגנה מפני כאב גדול. במסגרת אותם כאבים המאפשרים להתיר הפסקת הריון, ניתן לכלול לטעמו גם את הכאב הנגרם מהולדת ילד החולה במחלה האמורה אשר "כולו אומר יסורים ומכאובים ומיתתו בטוח במשך מספר שנים, ועיני ההורים רואות וכלות באין לאל ידם להושיע". לאור האמור הוא פוסק כי "זהו המקרה הקלאסי ביותר שיש להתיר".

6. ניתן אפוא לזהות בנקל את האדנים העומדים בבסיס המחלוקת. כך, מן הצד האחד עומד לפי עמדות מסוימות הערך החשוב של החיים הטמונים בעובר אשר לפי חלק מהדעות הפסקת התפתחותו מהווה רצח. מן הצד השני עומדות תפיסות שונות לגבי מעמדו האנושי של העובר וכן עומדים ערכים אחרים הנוגעים לחיי משפחתו של העובר, לשלמות חייהם, לבריאותם הגופנית, לשפיות רוחם ולאזון הנפשי והרגשי שלהם. שיקולים אלה, לרבות שיקוליהם של האוסרים באיסור חמור את הפסקת ההריון, רחוקים מרחק רב מן העיסוק בחופש הבחירה ובאוטונומיה של העובר, ואינם מייחסים לו לרגע יכולת בחירה לגבי עתידו.

7. על אותה הדרך שיקולים הנוגעים לאוטונומיה של העובר אינם מקבלים ביטוי גם בשאר המקורות המהותיים העוסקים במעמדו של העובר ואינם יכולים להסביר את הדינים הקבועים בהם (וראו למשל לעניין היחס בין נפש העובר ונפש האם: **משנה**, אהלות ז, ו; **תוספתא**, יבמות ט, ה; ולעניין אשה הרה היוצאת להיהרג והאשה היושבת על המשבר: **בבלי**, ערכין ז, ע"א; ולעניין העובר כ"רודף": **בבלי**, סנהדרין

עב, ע"ב; **משנה תורה**, הלכות רוצח ושמירת הנפש, א, ט; ולעניין העובר כחלק מגופה של אמו: **בבלי**, יבמות עח, ע"א; **משנה תורה**, הלכות איסורי ביאה, יג, ז).

סיכומם של דברים, כאמור, מצטרף אני למסקנתו של חברי השופט **י' עמית** כי יש לדחות את הערעור בסוגיה בה ניתנה הרשות לערער, ואף סבורני כי אין למצוא במקורות המשפט העברי חיזוק לדעת המיעוט בבית המשפט המחוזי לפיה ניתן לפצות את העובר על פגיעה באוטונומיה שלו.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט **י' עמית**.

ניתן היום, כ"ד באלול התשפ"א (1.9.2021).

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט

ש ו פ ט

עכב E02.docx_21010810

מרכז מידע, טל' 3852, 077-2703333 * ; אתר אינטרנט, <https://supreme.court.gov.il>

י' עמית 54678313-1081/21

נוסח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה

[בעניין עריכה ושינויים במסמכי פסיקה, חקיקה ועוד באתר נבו – הקש כאן](#)