

מי ילד מושלם של אימא?

נילי קרקו-אייל* **

הרהורים בעקבות ע"א 4960/04 סידי נ' קופת חולים של ההסתדרות הכללית¹

א. מבוא

לטעון שאף שהכלל שאומץ על ידי בית המשפט ראוי ועולה בקנה אחד עם דוקטרינת "ההסכמה מדעת" ועם עקרון האוטונומיה העומד ביסודה², הרי אופן ניסוחו והצגתו בפסק הדין הנו בעל השלכות ערכיות וחברתיות המעוררות קושי.

בחלקו הראשון של המאמר תוצג ההלכה שאומצה בעניין **סידי**, הכלל המשפטי שקדם לה ופסקי הדין שצעדו בעקבותיה. בחלקו השני תיבחן הלכה זו בחינה ביקורתית.

"בן לו היה לי! ילד קטן,
שחר תלתלים ונבון.
לאחוז בידו ולפסוע לאט
בשבילי הגן.
ילד.
קטן"².

מתוך "עקרה", רחל

1 תק"על (4)05 3055, פסי 11 (2005).
2 לקוח משירה של המשוררת רחל "עקרה". ראו שירת רחל (מהדורה 26, הוצאת ידבי ת"א, תשל"ה) צב.
3 אודה ואתנודה כי משך דקות ארוכות התלבטתי מה המינוח שבו אעשה שימוש במאמר לתיאור בדיקות אלה. כפי שאראה בהמשך, הבחירה במינוח זה או אחר בתחום הנדון במאמר זה אינה אקראית או חסרת חשיבות, אלא נושאת בחובה משמעויות ערכיות והנה בעלת השלכות חברתיות. כמה אפשרויות עמדו בפניי: "בדיקות לגילוי פגמים בעובר"; "בדיקות לגילוי לקויים בעובר"; או "בדיקות לגילוי סטייה מהנורמה בעובר"; והאחרונה – שבה בחרתי לבסוף – "בדיקות לגילוי מומים בעובר". דחיתי את שתי האפשרויות הראשונות מאחר שבשימוש במינוח "פגמים בעובר" או במינוח "ליקויים בעובר" יש משום ייחוס תכונות של מוצרים לעוברים (כך, למשל, אנו נוהגים לומר: "המכונית שרכשתי פגומה" או "יש ליקויי בניה בדירה שרכשנו"). בהתאם לכך, סברתי כי מינוחים אלה אינם עולים בקנה אחד עם גישתי הערכית, שעליה מתבסס מאמר זה, ושלפיה אין להתייחס לעוברים כפי שמתייחסים למוצרי צריכה. דחיתי גם את האפשרות השלישית מאחר שהיא מניחה שקיימת נורמה פיזית וקוגניטיבית מוסכמת, אשר סטייה ממנה מעידה על בעיה בעובר. אלא שקיימה של נורמה מעין זו מוטל בספק, למעט במקרים שבהם עסקינן במומים פיזיים וקוגניטיביים קשים. ממילא עולה מכאן שתיאור מום מסוים שממנו סובל העובר כסטייה מהנורמה, נושא עמו הכרעה ערכית באשר לנורמה הפיזית והקוגניטיבית הראויה, הכרעה שאני מבקשת להימנע ממנה. נותרתי אפוא לבסוף עם האפשרות האחרונה שהיא, כאמור, "בדיקות לגילוי מומים בעובר". משמעויותיו הערכיות והחברתיות של מינוח זה הן הקלות ביותר, וכך גם מידת השיפוטיות הטמונה בו באשר לשאלה מהי הנורמה הפיזית והקוגניטיבית הרצויה. עם זאת, אני מודעת לכך שאף אני לא הצלחתי להימנע לחלוטין משימוש במונחים בעלי משמעויות ערכיות. כך, למשל, השימוש בביטויים ילד "מושלם" "יפה" "בריא" נושא עמו משמעות ערכית ברורה. לצערי, הימנעות מוחלטת מביטויים מעין אלה הנה כמעט בלתי אפשרית. על כן תקוותי היא כי הקורא לא ייחס לביטויים אלה משמעויות נסתרות מעבר לנדרש לצורך רשימה זו.
4 ראו: Yael Hashiloni-Dolev, A Life (Un)Worthy Of Living: Reproductive Genetics In Israel And Germany, 39 (2007). עם הבדיקות הנפוצות נמנות בדיקת מי שפיר; סקירת מערכות מכוונת; ובדיקות גנטיות ממוננות. לפירוט הבדיקות הבאות במדע אבחון טרום לידתי, ראו שם, בעמ' 38–41.
5 על הקשר הקיים בין ריבוי בדיקות לגילוי פגמים בהיריון למספר גבוה יותר של הפלות מבחירה, ראו שם, בעמ' 45. חשוב לציין בהקשר זה כי על פי החוק במדינת ישראל, אחת ההצדקות למתן אישור להפסקת היריון היא חשד להיות העובר בעל מום גופני או נפשי. ראו סי' 316(א)(3) לחוק העונשין, התשל"ז-1977.
6 למספרן הרב של בדיקות העשויות להיות מוצעות לבני זוג בשלב ההיריון, ראו שם, בעמ' 42.
7 על משמעותה של דוקטרינת ההסכמה מדעת נעמד בהמשך.

דברי שירה אלה של המשוררת רחל ביטאו את כמיהתה הנואשת לילד פרי בטנה. אלא שלא לכל ילד כמהה המשוררת רחל, כי אם לילד שחר תלתלים ונבון, שניתן יהיה לאחוז בידו ולפסוע עמו בשבילי הגן. הילד שייחלה לו המשוררת רחל הוא אפוא ילד יפה, חכם ובריא – ילד "מושלם".

נראה כי הכמיהה לילד "מושלם" הנה מנת חלקו של נתח ניכר מהציבור במדינת ישראל. בדיקות פרטיות לגילוי מומים בעובר³, המבוצעות אף בהיעדר אינדיקציה רפואית לצורך בביצוען, הן נפוצות במדינת ישראל יותר מאשר בכל מדינה אחרת⁴. במרבית המקרים יבאו בדיקות אלה, אם הצביעו על קיומו של מום, לסיומו של ההיריון⁵.

המגוון הגדול של בדיקות המאפשרות אבחון טרום לידתי של מומים בעובר⁶, אותן אפשר לרכוש באופן פרטי, אף בהיעדר אינדיקציה רפואית לצורך בביצוען, הביא לפתח דלתו של בית המשפט את שאלת היקף חובת הגילוי המוטלת על המטפל באישה ההרה. האם על זה חלה החובה ליידע את האישה באשר לאפשרות לבצע בדיקות אבחון טרום-לידתי באופן פרטי, אף בהיעדר כל אינדיקציה רפואית לצורך בביצוען. שאלה זו היא שעמדה במרכזו של פסק הדין בעניין **סידי**, וכפי שנראה מיד נענתה על ידו בחיוב.

עניינה של רשימה זו הוא בחינתו הביקורתית של הכלל המשפטי שאומץ על ידי בית המשפט בעניין **סידי**. במרכזה של בחינה ביקורתית זו יעמדו השלכותיה הערכיות והחברתיות של הכרעת בית המשפט. אבקש

* דוקטור למשפטים, בית הספר למשפטים, המסלול האקדמי המכללה למינהל. מוקדש לבנותיי האהובות – יובל ושלי – המלמדות אותי מדי יום מהי אימהות.
** ברוני להודות לדייר יופי תירוש ולדייר יעל השילוני-דולב על הערותיהן המועילות למאמר.

ב. הלכת סידי – היקפה של חובת הגילוי החלה על מטפל באישה הרה באשר לאפשרויות האבחון הטרום לידתי

בעניין **סידי** נדונה תביעתו של ילד שנולד כשהוא סובל מבעיות בריאותיות שונות, ובכלל זה חסר כף יד ימין ובעיות נשימה. במהלך הריונה בוצעו באמו של התובע כמה בדיקות לאבחון טרום-לידתי: חלבון עוברי, דיקור מי שפיר, וכמה בדיקות אולטרה-סאונד שגרתיות שבוצעו במסגרת שירותי הרפואה הציבורית. ממצאיהן של כל הבדיקות היו תקינים, ולאם הודע שהעובר שהיא נושאת ברחמה בריא לחלוטין. לימים, עם לידת התובע, התברר זה כסובל משורה של פגמים⁸. בעקבות זאת הגישו התובע והוריו תביעה בעילה של "הולדה בעוולה" שעיקרה הטענה כי טוב היה לתובע אילו לא היה נולד כלל במומו⁹.

בית המשפט מצא כי אי-גילוי המומים שמהם סובל התובע באמצעות בדיקות האולטרה-סאונד השגרתיות שבוצעו במסגרת שירותי הרפואה הציבורית אינו מהווה התרשלות. הטעם למסקנת בית המשפט היה שבמועד שבו נשאה האם את התובע ברחמה, לא נהוג היה לבדוק בבדיקות מסוג זה מומים בגפיים – פרקטיקה אשר נמצאה על ידי בית המשפט קמא כסבירה¹⁰.

אלא שבכך לא תם הדיון בעניינו של התובע. עתה פנה בית המשפט להכריע בשאלה אם על המטפל חלה חובה לחשוף בפני האם ההרה מידע על אודות מגבלות הבדיקות שנערכו לה והאפשרות לבצע בדיקות מקיפות יותר במסגרת הרפואה הפרטית.

כאמור, בית המשפט סבר שהתשובה לשאלה זו חיובית, אף שבמקרה הנדון לא הייתה כל אינדיקציה רפואית לצורך לבצע בדיקות מקיפות מאלה הנערכות במסגרת הרפואה הציבורית^{11,12}. בהישענו על אדניהם המוצקים של דוקטרינת "ההסכמה מדעת" ושל עקרון אוטונומיית החולה¹³, קבע בית המשפט כי אין להבחין בין היקפה של חובת הגילוי באשר לטיפול שנעשה לבין היקפה של חובת הגילוי באשר לטיפול שלא נעשה אך שאפשר היה לעשותו במסגרת אחרת; ובין מידע הקשור בהתערבות רפואית פעילה למידע באשר למגבלות הבדיקה המתבצעת ואפשרויות בדיקה ואבחון נוספות. עם זאת, הדגיש בית המשפט כי להבדלים אלה עשויה להיות השלכה על היקף חובת הגילוי המוטלת על המטפל. בהמשך לכך, הבהיר בית המשפט כי אף שלא מוטלת על המטפל חובה ליידיע את המטופלת באשר ליתרונות הטמונים ברפואה פרטית, חלה עליו חובה למסור לה מידע באשר לאפשרויות טיפול ואבחון הזמינות רק במסגרת הפרטית, זאת אם אכן מדובר בטיפול או בבדיקה העשויים לסייע לו, ואלה אינם זמינים ברפואה הציבורית¹⁴. עיקרון זה חל, כך סבר בית המשפט, גם באשר לבדיקות אבחון טרום-לידתי. משכך יש ליידיע אישה הרה באשר למגבלות בדיקת האולטרה-סאונד השגרתית הנערכת במסגרת שירותי הרפואה הציבוריים, ובאשר לאפשרות ביצוען של בדיקות מקיפות יותר באופן פרטי ויתרונותיהן¹⁵. בהמשך לכך, קבע בית המשפט כי באי-מסירת מידע לאמו של התובע על האפשרות לבצע בדיקה מקיפה יותר באופן פרטי הופרה חובת הגילוי שהוטלה על המטפל והוכחה התרשלותו^{16,17}.

שאלת היקפה של חובת הגילוי המוטלת על מטפל כלפי מטופלת הרה, בהקשר של בדיקות אבחון טרום-לידתי, עלתה כשבע שנים טרם שניתן פסק הדין בעניין **סידי** – בע"א 434/94 **ברמן**, **קטינה באמצעות הוריה נ' מור** – **המכון למידע רפואי בעמ' 18**, אך נותרה בצריך עיון¹⁹. נסיבותיו של עניין **ברמן** דמו במידה רבה לאלה של פסק הדין בעניין **סידי**. התובעים בעניין **ברמן** נולדו כשהם חסרים את הגפה הימנית מתחת למרפק. אימותיהם של התובעים עברו בדיקות אולטרה-סאונד שגרתיות במסגרת הרפואה הציבורית, אשר בגדרן לא נבדקו שלמות גפיו של העובר. נוכח גילן הצעיר וההיסטוריה הגנטית של השתיים לא עלה חשש ללידת ילדים בעלי מום, ולפיכך לא הופנו השתיים לביצוע בדיקת אולטרה-סאונד מכוונת שהנה מקיפה יותר²⁰. משקבע בית המשפט כי אין בהפנייתן של נשים הרות לביצוע בדיקות אולטרה-סאונד מקיפות על דרך השגרה משום התרשלות²¹, נפנה לדון בשאלת חובת הגילוי. בדומה לעניין **סידי**, טענו גם כאן אימותיהם של התובעים כי על המכון שבו נבדקו הייתה מוטלת החובה ליידיע את הנשים הנבדקות כי הבדיקה השגרתית המתקיימת במסגרת הרפואה הציבורית הנה בדיקה מצומצמת בהיקפה. זאת, על מנת שתעמוד בפניהן האפשרות לבחור בבדיקה המלאה במסגרת הפרטית. שלושת שופטי ההרכב היו תמימי דעים כי על המכון המבצע בדיקות אולטרה-סאונד על פי הנחיות הרופא המפנה – לא חלה חובת גילוי. משכך בחרו שניים משופטי בית המשפט – השופטת ביניש והשופט שי לוי – להשאיר את שאלת היקפה של חובת הגילוי בצריך עיון, בהותירם את ההכרעה בסוגיה מורכבת זו, כלשונוה של השופטת ביניש, למקרה אחר²². לעומתם בחרה השופטת דורנר לדון בסוגיה באריכות. בהתבססה על אדניה של דוקטרינת "ההסכמה מדעת" ועקרון אוטונומיית החולה, קבעה השופטת הנכבדה כי הייתה חובה למסור לאימותיהם של התובעים מידע על האפשרות לבצע בדיקה מקיפה יותר באופן פרטי ותמורת תשלום. מטופלת סבירה, כך סברה, נזקקת למידע על אודות הבדיקות השונות לאבחון מומים בעובר שניתן לבצע, בין במסגרת רפואה ציבורית ובין במסגרת רפואה פרטית. זאת, על מנת שתוכל להחליט אם להסתפק בבדיקה המצומצמת המוצעת לה במסגרת שירותי הרפואה הציבורית²³. כאמור, השופטים האחרים בהרכב העדיפו שלא להכריע בסוגיית היקף חובת הגילוי לאישה ההרה, וזו נותרה אפוא ללא הכרעה.

שאלת היקפה של חובת הגילוי באשר לבדיקות אבחון טרום לידתי נדונה, לאחר פסק הדין בעניין **ברמן**, כמה פעמים בבית המשפט המחוזי. בכל המקרים צעדו בתי המשפט בעקבות גישתה של השופטת דורנר בעניין **ברמן**, וסברו כי ישנה חובה למסור לאישה הרה מידע בדבר האפשרות לבצע בדיקות נוספות מדויקות או מקיפות יותר, אף אם באופן פרטי²⁴. מאחר שכל פסקי הדין ניתנו על ידי בתי משפט המחוזי, היה כוחו המחייב של הכלל שאומץ על ידם מוגבל. ממילא עולה מכאן חשיבותו של פסק הדין בעניין **סידי**, אשר קבע הלכה מחייבת בסוגיה.

אחר גישתו של בית המשפט בעניין **סידי** צעדו בתי המשפט במספר לא מבוטל של פסקי דין: בין במקרים שבהם היה מומו של הילוד קל ובין במקרים שבהם היה מומו של הילוד קשה; בין במקרים שבהם לא הייתה אינדיקציה רפואית לצורך בביצוע בדיקה מקיפה מזו השגרתית המוצעת במסגרת שירותי בריאות ציבוריים ובין שהייתה קיימת אינדיקציה מעין זו^{25,26}.



ג. הרהורים וערעורים על הלכת סידי – בחינה ביקורתית של פסק הדין

1. אין ספק כי פסק הדין בעניין **סידי** מבוסס היטב מההיבט הדוקטרינלי-משפטי²⁷, ועל כן במישור זה לא נפל כל גגם בפסק הדין. זכותו של אדם לאוטונומיה, שממנה נגזרת זכותו לקבל החלטה מושכלת באשר לטיפול הרפואי לו הוא זקוק או אותו הוא מבקש, הוכרה בפסיקה עוד טרם פסק הדין בעניין **סידי**²⁸. בקשר הדוק לה הוכרה החובה למסור למטופל מידע באשר למצבו הרפואי ולטיפול הרפואי המוצע²⁹. חובה זו פורשה כמי שמחייבת את המטפל למסור למטופל מידע, בין השאר, בדבר מהות הטיפול המוצע, מטרתו, סיכוייו וחלופות הטיפול המוצע³⁰, והיא הוחלה אף על מקרים שבהם הטיפול המוצע הנו היעדר טיפול רפואי³¹.

8 לעובדות פסק הדין, ראו עניין **סידי**, לעיל הי"ש 1, פסי 2–3 לפסק דינו של השופט ריבלין.
 9 עילה זו הוכרה על ידי בית המשפט העליון בעי"א 518/82 **זייצוב נ' כץ**, פ"ד (2) 85 (1986).
 10 ראו עניין **סידי**, לעיל הי"ש 1, פסי 8 לפסק דינו של השופט ריבלין.
 11 חשוב להדגיש כי אף שהריונה של האם הוגדר כהיריון בסיכון גבוה, הרי הדבר נבע מגילה המסוג, מדלוקת חריפות בדרכי השתן שמהן סבלה במהלך ההיריון ומעבר המיילדותי (שתי הפלות – אחת יומוה בשל מחלת אדומת, והאחרת טבעית), ולא מקיומו של חשש למומים בעובר (ראו שם, פסי 2 לפסק דינו של השופט ריבלין). לכן אין בהתייחסותו של בית המשפט לתנאים אלה בפסק הדין (ראו שם, פסי 15 לפסק דינו של השופט ריבלין) כדי לשנות ממסקנתי שלפיה עניינה של ההלכה שנקבעה בפסק הדין הוא היקפה של חובת הגילוי במקרים שבהם אין אינדיקציה רפואית למומים בעובר. ואכן, זו הדרך שבה הוצגה הלכת **סידי** בפסיקה מאוחרת לו. ראו למשל ת"א (מחוזי חי"ז) 745/02 **המר נ' עמית**, פסי א(3) לפסק הדין (לא פורסם, 26.12.2006), 834/02 **פלוגי נ' אביזן** (לא פורסם, 25.2.2007) (להלן: עניין **אביזן**).
 12 דעת הרוב ניתנה על ידי השופט ריבלין, ואליו הצטרפה השופטת חיות. השופטת נאור נותרה, לעומת זאת, בדעת מיעוט. היא הסכימה עם דעת הרוב שלפיה בנסיבות מתאימות עשויה לקום חובת גילוי באשר לקיומה של בדיקה שניתן לבצע במסגרת פרטית, אך סברה כי חובה זו אינה קמה בנסיבות המקרה. את גישתה ביססה השופטת נאור על העובדה שבמועד הרלוונטי לתביעה הייתה בדיקת הסיקיה האולטרה-סאונד בחיתולה, ולא היה די מידע שיעיד על הצורך בביצוע בדיקות מקיפות יותר. ראו עניין **סידי**, פסי 3–6 לפסק דינה של השופטת נאור.
 13 ראו עניין **סידי**, פסי 10–13 לפסק דינו של השופט ריבלין.
 14 ראו שם, פסי 13 לפסק דינו של השופט ריבלין.
 15 ראו שם, פסי 15 לפסק דינו של השופט ריבלין.
 16 ראו שם, שם. חשוב לציין שאף שלעבר המיילדותי של אמו של התובע ולעובדה שרכשה שירותי רפואה פרטיים אחרים במהלך ההיריון ניתן משקל על ידי בית המשפט בהכרעה בדבר קיומה של חובת גילוי, הרי מדוברי עולה כי לדידו חובה זו הייתה קיימת גם בהיעדר נסיבות מיוחדות אלה. וכך אומר בית המשפט: "בנסיבות אלה נראה לי כי מקבלת משנה

תוקף החובה למסור לה מידע על אודות מגבלות הבדיקה השגרתית ויתרונות הבדיקה "הפרטית" (ההדגשה שלי – נ.ק.א.). השימוש בביטוי "משנה תוקף" הוא שמלמד כי נסיבותיו המיוחדות של המקרה שימשו רק תימוכין נוספים למסקנת בית המשפט בדבר קיומה של חובת גילוי וכי זו הייתה מוכרת אף בהיעדרן.
 17 בקשה לקיומו של דיון נוסף בעניין **סידי** נדחתה על ידי בית המשפט העליון. ראו דני"א 461/06 **קופת חולים כללית נ' סידי**, תק-על (3) 835, פסי 5 (להלן: דני"א **סידי**) (2006). פ"ד נא(4) 205 (1997).
 18 מן הראוי לציין כי שאלת היקף חובת הגילוי המוטלת על מטפל כלפי מטופלת הרה עלתה בפרשיות נוספות, אך בהקשרים שונים מאלה שנדונו בעניין **סידי**. ראו למשל: ע"א 4384/90 **ואתורי נ' בית החולים לניאדו**, נא(2) 171 (1997).
 19 לעובדות פסק הדין, ראו שם, בעמ' 209.
 20 ראו שם, בעמ' 212, 217.
 21 ראו שם, בעמ' 219.
 22 ראו שם, בעמ' 212–215.
 23 פסק הדין **ירקוני נ' רוזן**, תק-מח (1) 1083 (1998). (פסק הדין בוטל בהסכמת הצדדים על ידי בית המשפט העליון. זאת, עקב טענת קופת החולים כי לא ניתנה לה האפשרות להתגונן, במסגרת הדיון שהתקיים בבית המשפט המחוזי, בפני טענת ההתרשלות שבטייה בהפרת חובת הגילוי האמורה). ראו ע"א 1973/98 **ירקוני נ' רוזן**, תק-על (2) 200 (1596 (2000)). אחר הכלל שאומץ בפסק דין ירקוני צעדו פסקי דין נוספים. ראו למשל: ת"א (מחוזי ת"א) 2314/00 **פלומבה נ' קופת חולים כללית**, תק-מח (3) 7231 (1983). ת"א (מחוזי ת"א) 1226/99 **לוי (קטיין) נ' יניב**, תק-מח (1) 6792, פסי 60 לפסק הדין (2005); ת"א (מחוזי ים) 755/95 **שושני נ' יגל**, פסי 24 לפסק הדין (לא פורסם, 8.4.2002).
 24 ת"א (שלום חי"ז) 8008/95 **אברמוב נ' בית החולים רמב"ם**, תק-של (3) 49, פסי 8.1, 8.2 (2006); עניין **המר**, לעיל הי"ש 11, פסי 3 לפסק הדין; ת"א (מחוזי ים) 7482/05 **פלוגי נ' כסיף**, פסי 38 לפסק הדין (טרם פורסם, 25.1.2007) (להלן: עניין **כסיף**); עניין **אביזן**, לעיל הי"ש 11; ת"א (מחוזי ים) 3103/01 **פלוגי נ' הרמן**, פסי 41 לפסק הדין (לא פורסם, 28.2.2007) (להלן: עניין **הרמן**).
 25 להלכת **סידי**, כדאי לציין, אין אח ורע במשפט האנגלו-אמריקני. במשפט האנגלו-אמריקני מוטלת על המטפל חובה לגלות למטופלת ההרה על קיומה של בדיקה פלוגית לאבחון טרום-לידהי רק במקרים שבהם קיימת אינדיקציה רפואית לצורך בביצועה של הבדיקה. ראו למשל: Jeri E. Reutenauer, *Medical Malpractice Liability In The Era Of Genetic Susceptibility Testing*, 19 QUINNIPIAC L.Rev. 539, 560–562 (2000); Sonia M. Suter, *The Genetics Revolution: Conflicts, Challenges And Conundra – The Routinization Of Prenatal Testing*, 28 Am. J.L. & Med. 233, 251 (2002); Jeffrey R. Botkin, *Symposium: Genes And Disability: Defending Health And The Goals Of Medicine: Prenatal Diagnosis And The Selection Of Children*, 30 U. Fla. L. Rev. 265, 277–278 (2003).
 26 *Canesi v. Wilson*, 730 A.2d 805, 815–816, 817 (1999); *Becker v. Schwartz*, 46 N.Y. 2d 401, 406 (1978); *Haymon v. Wilkerson*, 535 A.2d 880, 881–882 (1987); *Karlsons v. Guerinot*, 57 A.D.2d 73, 75, 78 (1977); *Munro v. The Regents of the University of California*, 215 Cal. App.3d 977, 987–988 (1989); *Reed v. Campagnolo*, 630 A.2d 1145 (1993).
 27 למסקנה זו תימוכין בהחלטת בית המשפט העליון בבקשה לקיים דיון נוסף בעניין **סידי**, ראו דני"א **סידי**, פסי 5.
 28 ראו רע"א 1412/94 **הסתדרות מדיצינית הדסה עין כרם נ' גלעד**, פ"ד מט(2) 516, 525–526 (1995); ע"א 434/94 **ברמן נ' מור – המכון למידע רפואי בע"מ**, פ"ד נא(4) 205, 212 (1997); ע"א 2781/93 **עלי דעקה נ' בית החולים כרמל**, פ"ד נג(4) 526, 575, 576 (1999).
 29 ראו ע"א 560/84 **נחמן נ' קופת חולים**, פ"ד מט(2) 387, 384 (1986); ע"א 4384/90 **ואתורי נ' בית החולים לניאדו**, פ"ד נא(2) 171, 182–181 (1997); עניין **ברמן**, לעיל הי"ש 28, בעמ' 217; עניין **עלי דעקה**, לעיל הי"ש 28, בעמ' 576. חובת הגילוי מעוגנת גם בסי 13(ב) לחוק זכויות החולה, התשנ"ו-1996.
 30 ראו למשל עניין **ברמן**, לעיל הי"ש 28, בעמ' 212; עניין **עלי דעקה**, לעיל הי"ש 28, בעמ' 551; ת"א (מחוזי ת"א) 348/92 **שנכר נ' קופת חולים של ההסתדרות הכללית**, פ"מ תשנ"ו(1) 89, 104 (1996); ת"א (שלום ת"א) 23605/88 **אביב נ' גלעדי**, פ"מ תשנ"ד(1) 397, 397 (1994); ת"א (מחוזי ים) 475/95 **אמיאל נ' בית החולים האוניברסיטאי הדסה**, תק-מח (1) 96, פסי 6 (1996); ת"א (מחוזי ים) 597/94 **דוידוביץ נ' מאוריצי**, תק-מח (1) 97, 2478, פסי 12 לפסק הדין (1997); ת"א (מחוזי ים) 1109/97 **פרנגס נ' ההסתדרות מדיצינית הדסה**, פסי 14 לפסק הדין (לא פורסם, 16.5.2000). החובה למסור פרטי מידע אלה לחולה מעוגנת גם בסי 13(ב)(2)–(4) לחוק זכויות החולה.
 31 ראו עניין **ואתורי**, לעיל הי"ש 29, בעמ' 182. חובה זו קבועה גם בסי 13(ב)(4) לחוק זכויות החולה.

האחרונים אם הפרו את חובתם: תפיסה זו מוצאת חיזוק בהטלת חובת גילוי על המטפל, אף אם משמעות הדבר מימון הבדיקה באופן פרטי על ידי המטופלת. החלת חובת הגילוי אף על בדיקה שיש לבצע באופן פרטי, או במילים אחרות הכרה בקיומה של חובת גילוי אף אם משמעותה העקיפה היא הטלת נטל כלכלי על המטופלת, מדגישה, כך ניתן לטעון במידה רבה של צדק, את הכרת בית המשפט בחשיבותה וברצינותה³⁴. לבסוף, על החשיבות שמייחס בית המשפט לביצוע הבדיקה הרחבה במסגרת הפרטית, אפשר ללמוד בעקיפין גם מההבדלים המוזכרים בפסק הדין בין הבדיקה המצומצמת לבדיקה הרחבה, המקיפה, מטבע הדברים, איברים רבים יותר של העובר³⁵. בצד הנחה זו עומדת הנחה שנייה, הנגזרת מעצם מהותן ומטרתן של בדיקות אבחון טרום-לידתי – גילוי מומים בעובר, והיא שבמרבית המקרים יובילו ממצאים המעידים על קיום מום בעובר לסיים ההיריון. זאת, לפחות ככל שהדבר נוגע לציבור החילוני במדינת ישראל³⁶. כאשר מציבים הנחות אלה זו בצד זו, מצטיירת תמונה מדאיגה: כלל משפטי שלפיו יש למסור לנשים הרות מידע בדבר קיומן של בדיקות אבחון טרום לידתי, אף בהיעדר אינדיקציה רפואית לצורך בביצוען, עלול להיתפס כביטוי נוסף לגישה היוגנית (Eugenics), בת זמננו, שעניינה מניעת לידתם של ילודים בעלי מום באמצעים טכנולוגיים רפואיים³⁷.

דברים אלה מקבלים משנה תוקף נוכח ניסוחה של ההחלטה בעניין **סידי**. בית המשפט, לא רק שהכיר בפסק הדין בקיומה של חובת גילוי כאמור, אלא נמנע מלהדגיש שמטרת מסירת המידע היא להעמיד בפני ההורים שתי אפשרויות: האחת – לבצע בדיקה מורחבת נוספת במימון פרטי; האחרת – להסתפק בבדיקה המוצעת במסגרת הציבורית. לעניין זה מן הראוי להביא את דבריו של בית המשפט עצמו, אשר אמר:

“הנה כי כן, כבר בשנת 1986 ניתן היה לערוך סקירה על-קולית מורחבת וממוקדת יותר מזו שנעשתה באופן שגרתי במסגרת הרפואה הציבורית. לשיטתי, מידע על כך צריך היה לבוא לידיעת ההורים, על מנת שיוכלו להחליט האם ברצונם לעבור, ולו בתשלום, את הסריקה המורחבת”³⁸.

מדברים אלה עולה שאף שבמרכז מסקנתו של בית המשפט עומדת החלטת ההורים, בית המשפט מתייחס, אולי מבלי משים, לאפשרות אחת בלבד – ביצוע הבדיקה המורחבת. לכך מתווספת העובדה שית המשפט אינו עומד על כך שביצוע הבדיקה המורחבת במסגרת הפרטית, אף היא בעלת מטרה כפולה: האחת – החלטה אם לסיים את ההיריון אם לאו; האחרת – הכנה נפשית של ההורים העתידיים ובני משפחה אחרים ללידתו של ילד בעל מום, במקרה שבו הוחלט על המשך ההיריון. בשני היבטים אלה בולטת התעלמותו של בית המשפט משני תרחישים אפשריים: האחד – ההורים העתידיים יחליטו להסתפק בבדיקה המוצעת במסגרת שירותי הרפואה הציבורית, תרחיש שעשוי להוביל ללידת ילוד בעל מום, עקב אי-גילוי המום במהלך ההיריון; השני – ההורים העתידיים יבצעו את הבדיקה המורחבת במסגרת פרטית, אך יחליטו שלא לסיים את ההיריון אף לאחר שהתברר כי העובר בעל מום. התעלמותו של בית המשפט מתרחישים אפשריים אלה, כאשר מוצבת אל מול הכרתו בקיומה של חובת גילוי כביטוי לזכות ההורים לאוטונומיה, עשויה להוביל את הקורא למסקנה עגומה אחת והיא, שגישתו של בית המשפט היא כי ראוי

בעניין **סידי** אומץ הכלל שלפיו על המטפל חלה חובה למסור לאישה הרה מידע בדבר האפשרות לבצע, באופן פרטי, בדיקות אבחון טרום לידתי נוספות על מנת שזו תוכל לבחור אם ברצונה לבצע בדיקות אלה. כלל זה מהווה אפוא משום התפתחות טבעית של דוקטרינת ההסכמה מדעת והנו בעל בסיס מוצק בדין הקיים.

יתרה מכך, לגופו של עניין, אני סבורה כי הכלל שאומץ בעניין **סידי** ראוי הוא. בכלל זכותה של אישה הרה לאוטונומיה באה זכותה להחליט מהן בדיקות האבחון הטרומ-לידתי שתבצע במהלך הריונה. זאת, על מנת שתוכל לכלכל את צעדיה עם הגיע תוצאות הבדיקות. זכות זו אינה צריכה להיות מותנית בהיקף סל שירותי הבריאות, שהרי היקפו של זה נקבע בהתחשב בשיקולים תקציביים המחייבים בדרך כלל את צמצומו. אף העובדה כי אין אינדיקציה רפואית לצורך בביצוע הבדיקה אינה מהווה שיקול נגד הכרה בקיומה של חובת גילוי מעין זו. זאת, להבדיל מהכרה בקיומה של חובה מצד קופת החולים לממן את הבדיקה. אף בנסיבות אלה עומדת ההורים העתידיים הזכות לקבל החלטה באשר להיקף בדיקות האבחון הטרומ-לידתי שיבצעו. העובדה שאין אינדיקציה רפואית לצורך בביצוע הבדיקה, והצורך במימון הבדיקה באופן פרטי, הם שיקולים בעלי חשיבות, אך מן הראוי שיישקלו על ידי ההורים העתידיים ולא על ידי הרופא המטפל. ההחלטה להביא ילד לעולם הנה מן ההחלטות החשובות ביותר שפרט מקבל במהלך חייו, נוכח ההשלכות האישיות, המשפחתיות והכלכליות הכרוכות בכך³². חשיבותה של ההחלטה מחייבת מתן הגנה ראויה לזכות הפרט לאוטונומיה, והיא העומדת ביסוד הרחבת היקף חובת הגילוי המוטלת על המטפל.

עולה מדבריי שכלל שהדבר נוגע להיבט הדוקטרינלי-משפטי של פסק הדין בעניין **סידי** אני צועדת יד ביד עם בית המשפט הנכבד. ביקורתי על פסק הדין מופנית לקושי שהוא מעורר במישור הערכי.

פסק הדין בעניין **סידי** מעורר כמה שאלות וקשיים במישור הערכי, בהיבטים שונים. כך מעורר פסק הדין שאלות וקשיים מנקודת המבט של צדק מחלק, מנקודת מבט מגדרית, מנקודת המבט של עלויות מערכת הבריאות ומנקודת המבט של טובת המטופלת³³. כל אחת מהן חשובה וראויה לדיון בפני עצמה, אך כפי שמעיד שמו של המאמר, ענייניו אחר.

עיון בפסק הדין מגלה כי אמנם בית המשפט בעניין **סידי** קבע נדבך חשוב נוסף לזכות המטופל – ובמקרה זה האישה ההרה – לאוטונומיה, אולם הוא התעלם מהאינטרס של הילוד בעל המום שבא לאוויר העולם, ובהמשך לכך מהאינטרסים של בעלי מום נוספים, בין שמקורם של אלה בהיריון, בלידה או באירוע שפקד אותם במהלך חייהם. אפרט את טענתי.

נראה כי אפשר להניח, במידה רבה של צדק, שהכרה משפטית בקיומה של חובה למסור לנשים הרות מידע על האפשרות לבצע בדיקות אבחון טרום-לידתי, באופן פרטי, אף בהיעדר אינדיקציה רפואית לצורך בכך, צפויה להיתפס על ידי חלק גדול מהציבור כתמיכה בצורך לבצע בדיקות אלה, אף אם זו לא הייתה כוונת בית המשפט או עמדתו. אם ביצוען של בדיקות מסוג זה אינו נחוץ או אינו ראוי, מדוע לחייב רופאים למסור מידע בדבר האפשרות לבצען, ואף להיות נכונים להטיל אחריות על

(1996) 991-992, 967, 991-992; HASHILONI-DOLEV, לעיל הי"ש 4, בעמ' 51-50.

34 דוק, בדיקות אבחון טרום-לידה של האישה לממן באופן פרטי הן אינן כדויות כמו בדיקות אבחון טרום-לידה הנכללות בסל השירותים. עם זאת, לא ניתן להתעלם מהעובדה שהטלת חובת גילוי על המטפל, אף אם משמעות הדבר מימון הבדיקה באופן פרטי על ידי האישה, מרמזת באופן משמעותי על החשיבות והרצינות אותן מייחס בית המשפט לבדיקות מסוג זה.

35 ראו עניין **סידי**, פ"ד 7 ר-14 לפסק דינו של השופט ריבלין. גם בפסקי דין אחרים, שניתנו טרם פסק הדין בעניין **סידי** ולאחריו, מופיעים תיאורים בדבר ההבדלים בין הבדיקה המצומצמת הנערכת במסגרת שירותי הרפואה הציבוריים והבדיקה המורחבת, ראו למשל: עניין **פלומבה**, לעיל הי"ש 24, פ"ד 5; עניין **ירקוני**, לעיל הי"ש 24; עניין **אבידן**, לעיל הי"ש 11; עניין **אברמוב**, לעיל הי"ש 25, פ"ד 4.4-4.9.

36 *Saxton*, להלן הערה 46, עמ' 301; *Kaplan*, להלן הערה 46, בעמ' 64. 37 התנועה היוגנית הנה תנועה חברתית שמטרתה שיפור המין האנושי באמצעות שימוש בטכנולוגיה. הגישה היוגנית יכולה להיות מסווגת כגישה חיובית או כגישה שלילית. יוגניקה שלילית מבקשת להפחית או לחסל גנים פגומים. יוגניקה חיובית מעודדת שימור או התרבות של תכונות רצויות או נעלות.

ראו John R. Harding, *Beyond Abortion: Human Genetics And The New Eugenics*, 18 PEPP. L. R. 471, 477-478 (1991); Anne Finger, *Claiming All of Our Bodies: Reproductive Rights and Disability, in TEST-TUBE WOMAN: WHAT FUTURE FOR MOTHERHOOD* 281, 283-284 (Rita Arditti, Renate Duelli-Klein & Shelley Minden eds., 1984).

על התפתחות התנועה היוגנית וביטוייה בגרמניה הנאצית, ראו Finger, בעמ' 284-286; Harding, לעיל הי"ש 37 בעמ' 480-483. הגישה היוגנית בצורתה הבטה ביותר באה לדי ביטוי בהריגת תינוקות שנולדו בעלי מום, כפי שהנהו בספרטה, וכפי שנהוגים במקומות מסוימים בעולם גם היום, ובהריגת בגירים בעלי מום או עיקורם, כפי שהנהו בגרמניה הנאצית. ראו שם, בעמ' 289-290, 286. כיום נוספו לאמצעים אלה טכניקות מעודנות יותר למניעת קיומם של הבלתי ראוים להיוולד, ובדאשן בדיקות אבחון טרום-לידה. עוברים בעלי מום מאותרים עוד בשלב ההיריון, ובאם לעולם נמנעו באמצעות ביצוע הפלה. הדבר מבטיח תבונה לידתם של יילודים בריאים וכן את שיפור הגזע האנושי.

ראו: Barbara K. Rothman, *Of Maps And Imaginations: Sociology Confronts* 1, 8 (1995) *The Genome*, 42 Soc. Prob. 1, 8; Suter, לעיל הי"ש 26, בעמ' 269; Harding, ראו הי"ש 37 בעמ' 478-479, 484-485.

38 לעיל הי"ש 1, פ"ד 15 לפסק דינו של השופט ריבלין. 39 וראו גם את פסק דינה של השופטת חיות, בעניין **סידי**, שנקטה בניסוח דומה. ניסוחים דומים, בעלי אותן השלכות, אומצו על ידי בתי המשפט גם בפסקי דין אחרים, ראו למשל: עניין **אברמוב**, לעיל הי"ש 25, פ"ד 8.3 (יב); עניין **ירקוני**, לעיל הי"ש 24; עניין **ברמן**, לעיל הי"ש 28, בעמ' 215; עניין **פלומבה**, לעיל הי"ש 24; עניין **אבידן**, לעיל הי"ש 24; עניין **ניג**, לעיל הי"ש 24, פ"ד 60.

40 ראו עניין **סידי**, לעיל הי"ש 1, פ"ד 15 לפסק דינו של השופט ריבלין. להתבטאויות דומות, מהן עולה הסתייגות בית המשפט מלידת ילד בעל מום /או תמיכתו בביצוע בדיקות אבחון טרום לידה, ראו למשל: עניין **המר**, לעיל הי"ש 11, פ"ד ב; עניין **ירקוני**, לעיל הי"ש 24; עניין **פלומבה**, לעיל הי"ש 24.

41 ראו מילון אבן שושן (אברהם אבן שושן ודב ירדן עורכים, 2000). 42 לתיאור גישה זו של הממסד הרפואי הציבורי והפרטי בישראל, ראו HASHILONI-DOLEV, לעיל הי"ש 4, בעמ' 38-43. לצד גישה זו, ובהמשך לה, עומדת נטייתם המוגברת של יועצים גנטיים להמליץ על ביצוע הפלה במקרה של גילוי מום בעובר. ראו יעל השילוני דולב "מיהו תינוק רצוי? הפלות סלקטיביות בשל אנומליות בכרומוזומי מין בגרמניה ובישראל" **תיאוריה וביקורת** 25 (2004), 97, 108. מן הראוי גם להזכיר שאף שההחלטה הסופית על אישור הפלה תנונה בידי ועדות הפלות של בתי חולים, הרי בישראל הוועדות מתירניות מאוד בכל הנוגע להפלות על רקע של חשש לקיומו של מום העובר. ראו שם, בעמ' 108; דלילה אמיר "הוועדות להפסקת ההיריון כמסגרת מחוננת" **מיניות ומגדר בחינוך** 175, 184 (שמחה שלסקי עורכת, 2000). יתרה מכך, בישראל אומצה עמדה מתירנית, בחוק ובפרקטיקה, כלפי ביצוע הפלה בשלב מאוחר של ההיריון (שבוע 23 ואילך) עקב החשש לקיומו של מום בעובר. ראו Hashiloni-Dolev, לעיל הי"ש 4, עמ' 83, 87; יעל השילוני דולב "להפלה עובר יחריג: מדיניות פרוץ, שיח משפטי ופרקטיקה רפואית בישראל ובגרמניה" **הזכות לחיים ללא מום - מיצירת עובר עד לידתו כאדם - קובץ מאמרים בתחומי מדע, מוסר ומשפט** 161, 165 (יונתן דייזיס ואברהם סהר עורכים, 2007) (להלן: "הזכות לחיים ללא מום");

הזכות לחיים ללא מום, נספחים: 424, 428.

שהורים עתידיים יבחרו לבצע את הבדיקה המורחבת המוצעת במסגרת הפרטית, ויסיימו את ההיריון במקרה שהתגלה כי העובר הנו בעל מום³⁹.

דברים אלה מקבלים חיזוק נוכח דבריו הבאים של בית המשפט, דברים שנאמרו לעניין מסקנתו כי במקרה הנדון חלה חובה למסור לתובעת מידע בדבר האפשרות לבצע בדיקות מקיפות יותר:

"משמעות הדבר כי האם, במעשיה, העידה על עצמה שאין היא מסתפקת בשירותי הרפואה הציבוריים, וחפצה לנקוט צעדים נוספים – גם אם אלה כרוכים בתשלום, על מנת למנוע, ככל הניתן, **תקלות**. בנסיבות אלה נראה כי מקבלת משנה תוקף החובה למסור לה מידע על אודות מגבלות הבדיקה השגרתית ו**יתרונות** הבדיקה הפרטית"⁴⁰ (ההדגשות שלי – נ.ק.א.).

אף שכל עניינה של פסקה זו הן נסיבות המקרה שמהן עולה כי הכרה בקיומה של חובת גילוי עולה בקנה אחד עם זכות האם לאוטונומיה, אי-אפשר להתעלם משני ביטויים שבית המשפט משתמש בהם בניסוח מסקנתו:

האחד – "תקלות". ממנו עולה, בראש ובראשונה, כי לידתו של ילד בעל מום, לידתו של ילד שאינו מושלם, הנה "תקלה". דבר המשול לרכישת מוצר שהתקלקל, ומוצר פגום יש כידוע להשיב ליצרן. יתרה מכך, מאחר שמשמעותו הלשונית של הביטוי "תקלה" היא "מכשול", הפרעה⁴¹, יש לשימוש בו השלכה נוספת – הצגת היילוד בעל המום כמכשול או הפרעה, למשפחתו ולחברה בכללותה, ומכשולים, כידוע, יש לסלק.

השני – "יתרונות הבדיקה הפרטית", שממנו עולה כי בדיקה זו עדיפה על פני הבדיקה המצומצמת המבוצעת במסגרת הרפואה הציבורית. מאחר שיתרונות הבדיקה הרחבה הן בכך שבמסגרתה נבדקים איברים רבים יותר של העובר, אפשר להסיק מדבריו של בית המשפט כי בדיקה שבה גדולים הסיכויים לאיתורו של מום בעובר עדיפה.

מכאן קצרה הדרך למסקנה שבית המשפט תומך בביצוע בדיקות מקיפות לגילוי מומים בעובר, בדיקות שמשמעותן, כפי שראינו, במרבית המקרים, סיום ההיריון, משנתגלה כי בעובר נפל מום.

אופן ניסוחה של חובת הגילוי בעניין **סידי**, כפי שתואר זה עתה, מציב, כך נראה, את בית המשפט בשורה אחת עם הממסד הרפואי – הציבורי והפרטי – בישראל, התומך בביצוע בדיקות נרחבות לאבחון טרום-לידה והמעודד נשים לבצען⁴². יתרה מכך, בחירתו זו של בית המשפט באופן

32 על חשיבות ההחלטה להיות הורה אפשר ללמוד מהחשיבות הניתנת לזכות להורות או לאי-הורות ולזכות לתכנון המשפחה, ראו למשל: דניאל 2401/95 **נחמני נחמני**, פ"ד (4) 661, 682, 719-720, 789 (1996); עניין **זיצוב**, לעיל הי"ש 9, בעמ' 112.

33 לאזכור שאלות ובעיות אלה, ראו, למשל: עניין **ברמן**, לעיל הי"ש 28, בעמ' 219; עניין **ירקוני**, לעיל הי"ש 24; עניין **סידי**, לעיל הי"ש 1, פ"ד 12 לפסק דינו של השופט ריבלין; ת"א (מחוז ים) 3103/01 **פלוגי קטין נ' הרמן**, פ"ד 38 (לא פורסם, 28.2.2007); עניין **אבידן**, לעיל הי"ש 11; עניין **אברמוב**, לעיל הי"ש 25, פ"ד 8.3; עניין **פלומבה**, לעיל הי"ש 24;

Rayna Rapp, *Testing Women, Testing the Fetus – The Social Impact of Amniocentesis in America*, Educ. Stud. 46-47 (2000)

Adrienne Asch & Gail Geller, *Feminism, Bioethics, and Genetics, in FEMINISM & BIOETHICS – BEYOND REPRODUCTION*, 318, 342 (Susan M. Wolf ed., 1996); Lori B. Andrews, *Prenatal Screening and the Culture of Motherhood*

משפטית המאדירה, אף אם מבלי משים, את השאיפה לילד "מושלם"?
האם אין אנו כחברה חפצים לעודד את לידתם של ילדים "מושלמים"
בלבד שיהפכו בבוא היום למבוגרים "מושלמים"?

התשובה לשאלה זו צריכה להיות, לדעתי, שלילית. אימוצה של גישה
משפטית המאדירה את השאיפה לילד "מושלם", התומכת בה והמעודדת
אותה, הנה בעלת השלכות שליליות על מי שנולדו בעלי מום או לקו במום
במהלך חייהם, מהן אין להתעלם⁴⁹. אעמוד בפירוט על טענתי.

עידודם של הורים עתידיים לבצע בדיקות אבחון טרום לידתי
– בדיקות שמטרתן העיקרית היא סיום ההיריון במקרה שנתגלה מום
בעובר – באמצעים שונים, ובכלל זה באמצעות המשפט, מעביר מסר ברור
לאנשים שנולדו עם מום: "מן הראוי היה שמעולם לא הייתם באים לאוויר
העולם" או "קיומכם צריך היה להימנע"^{50,51}. בקשר הדוק לכך, נושא עמו
כלל משפטי המעודד נשים לבצע בדיקות אבחון טרום לידתי מסר נוסף, בין
לאנשים שנולדו עם מום ובין לאנשים שהפכו לבעלי מום במהלך חייהם:
"החברה אינה רוצה עוד אנשים כמוך"⁵². לכך מצטרפות האידאליזציה
של הגוף והאדרת השאיפה לשלמות, לבריאות ליופי ולמצוינות, הטמונות
בגישה התומכת בביצוע בדיקות אבחון טרום-לידתי. אלה טמונות
בחובן, באופן אינהרנטי, מסר שלפני יש לדחות "גופים" שאינם עומדים
בסטנדרטים גבוהים אלה⁵³.

מסרים מסוג זה הנם בעלי השלכה הרסנית על יחסה של החברה
ושל פרטים בחברה כלפי נכים, זאת משלושה טעמים הכרוכים זה
בזה: הם מעמידים בספק את זכותם של נכים להתקיים; הם מגבילים
את הגדרת זהותם למום שבו הם לוקים ומתעלמים מתכונות אנושיות
אחרות המאפיינות אותם; ולבסוף, הם מציגים אותם כנעדרי כל ערך
אנושי וחברתי⁵⁴. בהמשך לכך, עלולים מסרים אלה לתמוך בכמה תופעות
חברתיות שליליות, שעמן אפשר למנות – הפליית נכים, דחייה חברתית של
נכים במישורים שונים והמתת חסד של נכים⁵⁵.

מסרים מסוג זה צפויים להשפיע לא רק על יחסה של החברה לנכים,
אלא גם על יחסם כלפי עצמם. הידיעה שהחברה נוקטת אמצעים מגוונים
למניעת יילודים נוספים בעלי מום ואף מעודדת פרטים לנקוט אמצעים
אלה, צפויה לגרום לנכים עצמם להרגיש חסרי ערך, על ההשלכות
האישיות שיש לכך⁵⁶. יתרה מכך, האדרת השאיפה לשלמות, לבריאות,
ליופי ולמצוינות, צפויה לגרום לפרטים בעלי מום לחוש תחושות של בושה,
כישלון ודחייה כלפי גופם⁵⁷. תחושות אלה, יחד עם הידיעה כי הם אינם
עונים לסטנדרטים החברתיים של "נורמליות" צפויים לא רק לגרום סבל
ניכר לנכים, אלא להקשות באופן ניכר על השתלבותם בחברה⁵⁸. לא רק
זאת, אלא שגישה המאדירה "חיים מושלמים" מתעלמת מיכולתם של בעלי
מום לחיות חיים מלאי תוכן, עניין ואושר, על אף נכותם⁵⁹. כך מעבירה
גישה זו מסר עגום לנכים בדבר החיים הצפויים להם: "עובדת היותכם
בעלי מום מונעת מחייכם להיות מושלמים, ואתם צפויים לחיים מלאי



ניסוחה של חובת הגילוי בעניין סידי מחזקת את הגישה היוגנית המודרנית
שאומצה בהתלהבות על ידי החברה הישראלית עצמה, המרבה בבדיקות
אבחון טרום-לידתי על אף היעדר אינדיקציה רפואית לצורך בביצוען⁴³.
הגישה היוגנית המודרנית זוכה עתה אפוא לא רק לתמיכת הממסד הרפואי
והחברה, אלא גם לתמיכת הרשות השופטת⁴⁴ – דבר העשוי בתורו להביא
לביסוס נוסף של גישה זו בממסד הרפואי ובחברה הישראלית⁴⁵.

בקשר הדוק לכך, אף השאיפה לילד "מושלם" – הקשורה קשר הדוק
לאידאליזציה של הגוף, לשאיפה לשלמות, לנורמליות, לבריאות, ליופי ולמצוינות,
המאפיינות את החברה המערבית המסחרית-הצרכנית⁴⁶ – נראית כמי שזכתה
לתמיכת הרשות השופטת. **על המטפל חלה חובה למסור למטופלת מידע בדבר
קיומן של בדיקות נוספות במסגרת הפרטית, על מנת שזו תוכל לבצען וכך
למנוע היוולדו של ילד שאינו "מושלם" אם יתגלה קיומו של מום בעובר.**
זו המסקנה המשתמעת מפסק דינו של בית המשפט⁴⁷. דברים אלה מקבלים
משנה תוקף, אם נזכור שהן בפסק דין סידי עצמו והן בחלק מפסקי הדין שבאו
בעקבותיו, היה המום שבו לקה היילוד מום שלפחות חלק מהציבור היה מגדירו
כמום שאינו מום קשה. בהקשר זה חשובה במיוחד העובדה שבמקרים אלה לא
הייתה פגיעה ביכולותיו הקוגניטיביות של היילוד⁴⁸.

2. משהצגנו באופן זה את הגישה העולה מפסק הדין בעניין סידי עולה
ממילא השאלה אם גישה זו ראויה אם לאו. מה הפגם, אם בכלל, בגישה

43 ראו Hashiloni-Dolev, לעיל הי"ש 42, בעמ' 39, 41. יתרה מכך, כפי שעולה מחוקרה של
השילוני-דולב במדינת ישראל קיימת התנגדות מעטה לבדיקות אבחון טרום לידתי, ואם זו
קיימת מקורה בקביעות דתיות. לעניין זה ראו את הנתונים המובאים אצל השילוני-דולב.

- יותר מ-10% מהתושבים במדינת ישראל הם בעלי מוגבלויות, מתוכם כ-150,000 בעלי נכויות קשות. ראו www.aisrael.org.
- 50 WENDELL, לעיל הי"ש 46, בעמ' 152.
- 51 דברים אלה מקבלים משנה תוקף אם נזכור כי בהמשך לטענה כי הופרה חובת הגילוי, טוענים התובעים בתביעות מסוג זה בגיל, זאת במסגרת יסוד הקשר הסיבתי, כי אילו ידעו על מומיו של היילוד, היו מסיימים את ההיריון ומונעים את לידתו. לטענה האמורה בפסקי דין שעסקו בהפרת חובת הגילוי הנדונה ברשימה זו, ראו למשל: עניין הרמן, לעיל הי"ש 25, פסי 4; עניין המר, לעיל הי"ש 25, פסי ב; עניין כסיף, לעיל הי"ש 25, פסי 2, פסי 41.
- 52 WENDELL, לעיל הי"ש 46, בעמ' 153; Bonnie Steinbock, *Disability, Prenatal Testing, And Selective Abortion, in* PRENATAL TESTING and DISABILITY RIGHTS 108, 120 (2000).
- 53 WENDELL, לעיל הי"ש 46, בעמ' 91.
- 54 ראו שם, בעמ' 152; JENNY MORRIS, PRIDE AGAINST PREJUDICE-TRANSFORMING; 120, 120; Suter, *Attitudes to Disability*, 82 (1991); לעיל הי"ש 52, בעמ' 120; לעיל הי"ש 26, בעמ' 268.
- Nancy Pries, *Why I Haven't Changed My Mind About Prenatal Diagnosis: Reflections And Refinements, in* PRENATAL TESTING and DISABILITY RIGHTS (Adrienne Asch & Erik Parens eds., 2000) 234, 235-236. להתנגדות ארגוני נכים בגרמניה לבדיקות אבחון טרום-לידה על בסיס טענה זו, ראו Hashiloni-Dolev, לעיל הי"ש 4, בעמ' 126, 127, 128. טענה דומה משמעת נגד עצם ההכרה בעילה של הולדה בעולה.
- ראו Darpana M. Sheth, *Better Off Unborn? Analysis Of Wrongful Birth And Wrongful Life Claims Under The American With Disability Act*, 73 TENN. L. REV. 641, 658-660 (2006); Wendy F. Hensel, *The Disabling Impact Of Wrongful Birth And Wrongful Life Actions*, 40 HARV. C. R. - C. L. L. REV. 141, 173-177 (2005).
- 55 לטענה שבדיקות אבחון טרום-לידה, וכך גם אמצעים חסדיים הנקטים לעידודן, עלולים לקדם או לתמוך בגישות שליליות כלפי בעלי מום, ראו Kaplan, לעיל הי"ש 46, בעמ' 68, 69; MORRIS, לעיל הי"ש 54, בעמ' 64-65; Steinbock, לעיל הי"ש 52, בעמ' 117, 120. לעומת זאת, לגישה שונה שלפיה בדיקות אבחון טרום-לידה אינן טומנות בחובן סיכון מעין זה, ראו שם, בעמ' 120-121. כמו כן, כדאי לשים לב לטענה שהחברה מגלה גישה דואלית כלפי נכים, ומכאן שבצד ההשלכות השליליות שיש לרייב ולעידוד בדיקות אבחון טרום לידתי על קהילת הנכים, קיימים תחומים שבהם לא באות השלכות אלה לידי ביטוי, כגון חקיקה שעניינה זכויות נכים או הקצאת משאבים לבעלי צרכים מיוחדים. בהקשר זה יש לזכור כי החקיקה בישראל אוסרת מפורשות הפליה מכל סוג נגד נכים. עם חקיקה זו נמנים, למשל, חוק שוויון הזדמנויות לאנשים עם מוגבלויות, התשנ"ח-1998 וחוק חניה לנכים, התשנ"ד-1994. לטענה דבר גישה הדואלית של החברה כלפי נכים, ראו: Nancy Press, *Assessing The Expressive Character Of Prenatal Testing: The Choices Made Or The Choices Made Available?*, in PRENATAL TESTING and DISABILITY RIGHTS 214, 225 (2000); Botkin, לעיל הי"ש 26, בעמ' 292. יתרה מכך, נראה כי גישה הפוכה, דהיינו זאת המתנגדת לביצוע בדיקות אבחון טרום-לידה ולהפלות, אינה בעלת השפעה הפוכה, דהיינו השפעה חיובית על גישות חברתיות כלפי נכים. התנגדות לבדיקות אבחון טרום-לידה או להפלות, למשל מטעמים דתיים או מוסריים, אין משמעה בהכרח אימוץ גישת של שוויון ושיתוף כלפי נכים. עולה מכאן שאף שקיים קשר בין גישה המעודדת בדיקות אבחון טרום-לידה וגישות חברתיות שליליות כלפי נכים, אין להתעלם ממורכבות היחס שבין הגישה כלפי בדיקות אבחון טרום-לידה וגישות חברתיות כלפי נכים.
- 56 ראו WENDELL, לעיל הי"ש 46, בעמ' 153-154. לטענה ברזח דומה, ראו Marsha Saxton, *Why Members Of The Disability Community Oppose Prenatal Diagnosis And Selective Abortion, in* PRENATAL TESTING and DISABILITY RIGHTS 147, 160-161 (2000).
- 57 ראו WENDELL, לעיל הי"ש 46, בעמ' 86, 89.
- 58 לטענה ברזח דומה, ראו WENDELL, לעיל הי"ש 46, בעמ' 153.
- 59 על הסתירה הקיימת בין הגישה הרווחת בחברה, שלפיה נכות הנה באופן כללי חוויה שלילית מלאה כאב וסבל, לגישתם של נכים, שלפיה יש ביכולתם להיות חיים בעלי משמעות, תוכן ועניין, ראו Kaplan, לעיל הי"ש 46, בעמ' 65, 68; Morris, לעיל הי"ש 54, בעמ' 40, 43-44; Suter, לעיל הי"ש 26, בעמ' 268.
- שם, בעמ' 46. עם זאת, חשוב להדגיש כי גישת ההלכה היהודית לסוגיה של בדיקות אבחון טרום-לידה ולהפלת תינוק בעל מום מורכבת מכפי שעולה מנתונים מחקריים אלה. ראו שם, בעמ' 47-48. הדיון בסוגיה זו חורג כמובן מגדר רשימה זו. לגישת ההלכה לסוגיה, ראו, למשל: מיכה הלפרין "הפסקת הריון – היבטים משפטיים, מוסריים והלכתיים" **הזכות לחיים ללא מום**, לעיל הי"ש 42, בעמ' 65, 76-78; ירושלמי מיכל בר אילן "צער גופה קודם: הפלות מלאכותיות בהלכה ובחוק הישראלי" **הזכות לחיים ללא מום**, לעיל הי"ש 42, בעמ' 81.
- 44 חשוב לציין כי הרשות השופטת אינה חלוצת הרשויות שאימצו עמדה התומכת בגישה היוגנית. ראשונה הייתה הרשות המחוקקת שאימצה גישה מקלה בדבר הפסקת הריון מטעמים הקשורים למום הוולד. על כך ראו עמוס שפירא "הזכות לא להיוולד בפגם: פלוגתות של לוגיקה, ערכים ומדיניות משפטית" **דילמות באתיקה רפואית** 239, 244.
- 45 לטענה בדבר קיומו של קשר בין גישה ממסדית המעודדת ביצוע בדיקות אבחון טרום-לידה לעלייה בפועל בביצוע בדיקות אלה, ראו Botkin, לעיל הי"ש 26, בעמ' 287.
- 46 על השאיפה לילד "מושלם" ועל הקשר בינה ובין הגישה הרווחת בחברה המערבית, המסחרית-צרכנית, המאדירה אידאליזציה של הגוף, נורמליות, שלמות, יופי ומצוינות, ראו: Deborah Kaplan, *Prenatal Screening An Its Impact On Persons With Disabilities*, 8 FETAL DIAGN. & THER. 64, 67 (1993). השילוני-דולב, לעיל הי"ש 42, בעמ' 99; Marsha Saxton, *Born And Unborn: The Implications Of Reproductive Technologies For People With Disabilities, in* TEST-TUBE WOMAN 298, 303 (Rita Arditti, Renate Duelli-Klein & Shelley Minden eds., 1984).
- SUSAN WENDELL, *THE REJECTED BODY FEMINIST: PHILOSOPHICAL REFLECTIONS ON DISABILITY* 85-86 (1996). השאיפה לילד "מושלם" בחברה הישראלית, שביטויה בנטייתם המוגברת של ישראלים לבצע בדיקות אבחון טרום-לידה ובנטייתם המוגברת להפיל עוברים בעלי מום, שואבת את כוחה לא רק מהתרבות המערבית-מסחרית-צרכנית, אלא גם מהאתוס הציוני. כפי שטוענת מאירה וייס, את הנטייה הישראלית המתוארת ניתן לראות כביטוי למה שמכונה אידאל "הגוף הנבחר" המאפיין את החברה הישראלית. אידאל זה, הסוגר לביאות, לכוח ולשלמות, מקורו בתנועה הציונית ששאפה לשקם את הגוף היהודי, ובתפיסות יהודיות בנוגע לגוף הנכה שמקורן בגלות. ראו השילוני דולב, לעיל הי"ש 42, בעמ' 98.
- 47 חשוב לציין, כי דברים אלה נכונים אף אם לא היה בכונת השופטים שישבו בדיון לתמוך בגישה היוגנית המודרנית. טענתי אינה מופנית כנגד כוונתו הגלויה או הנסתרת של בית המשפט, אלא כנגד הגישה העולה ממסק דינו. עם זאת, אפשר לשער שלפחות חלק משופטי בית המשפט העליון והערכאות האחרות עצמם שותפים לגישה היוגנית הרווחת, כאמור, בחברה הישראלית, וכי גישה זו היא שהובילה לניסוח חובת הגילוי כפי שנוסחה בעניין **סידי** ובפסקי דין אחרים. למסקנה זו תימוכין עובדה ששופטים המסתייגים מגישה זו עשו כן מפורשות או בעקיפין. כך, למשל, בעניין **סידי** עצמו התבטאו השופטים נאור, אשר סברה כי במקרה דנן לא הוטלה חובת גילוי על המטפל, באופן הבא: "עם זאת, לא אוכל להימנע מלומר כי קשה, לדעתי, לומר על ילד חסר כף יד (הסובל גם מבעיות נוספות) כי לידתו בעוולה וכי טוב מותו מחייו". ראו שם, פסי 7 לפסק דינה של השופטת נאור; עניין **המר**, לעיל הי"ש 25, פסי ב'.
- 48 בעניין **סידי** נולד, כאמור, התובע חסר כף יד ובעל בעיות נשימה. כדאי לשים לב בהקשר זה לדבריה של השופטת נאור שסברה שאין עסקין במום שדרגתו כה קשה עד שניתן לומר על היילוד ש"טוב מותו מחייו". ראו שם, פסי 7 לפסק דינה. לפסק דין נוסף שבו לא היה המום שבו לקה היילוד חמור, ראו עניין **המר**, לעיל הי"ש 25 (חסר מלא של כף היד ושל חלק מעצמות האמה).
- 49 חשוב להקדים ולהדגיש כי על אף שכיוונתן של בדיקות לאבחון טרום-לידה, קיומם של בעלי מום בחברה הנו בלתי נמנע. ראשית, חלק מהמומים אינם מאובחנים על אף ביצוע הבדיקות בשל מגבלותיהן הטכנולוגיות. שנית, חלק מההורים העתידיים בחרים שלא לבצע בדיקות מסוג זה, או שלא להפיל עובר בעל מום, מטעמי אמונה, מטעמים אידאולוגיים או מטעמים אישיים אחרים. שלישית, חלק מהמומים נגרמים במהלך הלידה עצמה, ואין בבדיקות האבחון הטרום-לידה כדי למנוע אותן. לבסוף, אירועים טריגרים במהלך חייו של הפרט עלולים להפכו לבעל מום. מכאן עולה שלטיעונים המוצגים על ידי תוקף ומשקל גם בעידן שבו בדיקות אבחון טרום-לידה שכיחות. לטענה כי החברה אינה יכולה למנוע לחלוטין קיומם של בעלי מום, ראו WENDELL, לעיל הי"ש 46, בעמ' 153; Saxton, לעיל הי"ש 46, בעמ' 306, 310; Hashiloni-Dolev, לעיל הי"ש 42, בעמ' 45, ואכן,

של בעל המוס, הניתנת לתיאור כמצב רפואי או טרגדיה אישית, שפתרונה במישור הרפואי-מדעי. לגישתם של מלומדים אלה, נכות הנה תולדה של פרקטיקות חברתיות, גישות כלכליות ותפיסות תרבותיות⁶⁷. בקשר הדוק לכך טוענת אסכולה זו כי יחסה של החברה לבעלי מום נקבע בדרכים פורמליות ובדרכים שאינן פורמליות, בדרכים ישירות ובדרכים עקיפות⁶⁸. טענה זו, החלה על פרקטיקות ומוסדות חברתיים שונים, נכונה גם, ואולי ביתר שאת, באשר למשפט⁶⁹. על פי גישה זו – שזכתה לכינוי Disability Legal Studies⁷⁰ – יש להתבונן מעבר לזכויות ולזכויות שמעניק המשפט לאנשים בעלי מום או לאלה הנשללות מהם באמצעות החוק. יש לבחון את הדרך שבה נורמות משפטיות, מוסדות משפטיים ופרקטיקות משפטיות מעצבות את ההבניה החברתית של נכות ומעצבות גישות חברתיות כלפי נכים. על פי גישה זו, המשפט אינו רק ביטוי לנורמות חברתיות או לתפיסות תרבותיות, אלא משתתף פעיל ביצירתם. מודעות לכוחו זה של המשפט מהווה, על פי גישה זו, שלב מוקדם והכרחי להשגת שינוי חברתי באשר למעמדם של בעלי מום⁷¹.

שלישית, לפסק הדין השלכות ערכיות, אף אם אין בחובת הגילוי שאומצה בו כדי להביא לחיובם של הנתבעים באחריות. פסקי דין הנם בעלי משמעות נורמטיבית וערכית החורגת מתוצאות פסק הדין לגופו של עניין.

רביעית, התעלמות בית המשפט מהאינטרסים של בעלי מום ומההשלכות שעשויות להיות לפסק הדין במישור זה ניכרת במיוחד, וכך מקבלת משמעות מיוחדת, נוכח העובדה שבית המשפט אינו מתעלם משיקולים ערכיים אחרים. כך, עיון בפסק הדין מגלה כי אף שבית המשפט התעלם מהאינטרסים של בעלי מום, הובאו בכלל פסיקתו שיקולי יעילות כלכלית ושיקולים בדבר טובת החולה⁷², בצד זכות המטופל לאוטונומיה.

חמישית, ההתנגדות החברתית להולדת בעלי מום ולהמשך קיומם הנה חזקה מאוד, ומבוססת על שורה ארוכה של טעמים. עם אלה נמנים: העלויות שיש בקיומם כדי להטיל על החברה ועל התא המשפחתי בפרט; הטענה כי לידת ילד בעל מום צפויה "להרוס את המשפחה"; שיקולי אלטרואיזם שעניינם מניעת סבל מהיילוד וחיים ללא איכות; והתזכורת הטמונה בקיומם של בעלי מום לאזלת ידה של הרפואה ולטריגיות האפשרית של החיים העלולה לפגוע בכלונג⁷³. עצמתה של התנגדות זו היא המחייבת את בית המשפט להקפיד על ניסוחו, פן אלה יהיו חיזוק נוסף לגישה חברתית זו. באשר לכלל המשפטי שאומץ בעניין **סידי**, חייב הדבר את בית המשפט להבהיר מפורשות כי הכרה בקיומה של חובת גילוי, אין משמעותה שלגישת בית המשפט ההחלטה הראויה היא ביצוע בדיקות אבחון טרום-לידתי נרחבות אף בהיעדר אינדיקציה רפואית לצורך בכך, וסיום ההיריון במקרה שנתגלה קיומו של מום בעובר.

שישית, כפי שכבר ציינו, את חובת הגילוי ביסס בית המשפט בעניין **סידי** על זכות האישה ההרה לאוטונומיה. זכות זו משמעה, בין השאר, הזכות לבחור במסלול הרפואי המתאים למטופל. עיקרה של הזכות לאוטונומיה הוא אפוא הענקת שליטה למטופל בהקשר של טיפול רפואי. הנה כי כן, הזכות לאוטונומיה כרוכה בתפיסה החברתית שמן הראוי שלפרט תהיה שליטה על חייו, בכלל, ועל בריאותו וגופו, בפרט⁷⁴. לעומת זאת, נכות נתפסת על ידי החברה כמצב שבו אדם הנו חסר שליטה על גופו, על יכולותיו הקוגניטיביות

סבל, צער ואומללות, חיים בודדים, נטולי שאיפות וריקים מעתיד בעל תוכן". נקל לשער כיצד צפוי מסר כזה לפגוע בתמריציהם של בעלי מום לעשות את חייהם לבעלי משמעות, עניין, תוכן ואושר, על אף נכותם⁶⁰.

אודה ואתוודה כי ביני לביני תהיתי, במהלך כתיבתו של מאמר זה, אם אין אני מייחסת משקל רב מדי לנוסח שבו בחר בית המשפט בתיאור חובת הגילוי. הלוא בדבריו המפורשים של בית המשפט לא נכללים איזה מהמסרים המתוארים. נהפוך הוא, ביקורתי מתבססת כולה על המשמעות מפקס דינו של בית המשפט. יתרה מכך, אפשר לטעון כי ביקורתי נגד פסק הדין מאבדת את חשיבותה נוכח העובדה כי בחלק לא מבוטל מהמקרים נדחות תביעות המבוססות על הטענה של הפרת חובת הגילוי כפי שהוכרה בעניין **סידי**, בין משום שבית המשפט סבר כי בנסיבות המקרה לא הופרה חובת הגילוי⁶¹; בין משום שהנתבעים לא הוכיחו קיומו של קשר סיבתי – דהיינו כי מסירת המידע לרשותם הייתה מביאה לסיום ההיריון⁶²; ובין משום שהנתבעים לא הוכיחו קיומו של "נזק". דהיינו כי "טוב מותו של היילוד מחייו"⁶³. לבסוף, ביקורתי חשופה לטענה כי מחקרים אמפיריים מלמדים שעמדת הציבור בנושא נתון אינה משתנה שינוי קיצוני בעקבות פסיקת בית המשפט העליון, וכי השינויים בעמדות הציבור הדרגתיים ומוגבלים באופיים⁶⁴. במילים אחרות, ביקורתי חשופה לטענה כי ההנחה העומדת ביסודה, שלפיה לפסיקת בית המשפט העליון השפעה על עמדות ערכיות בציבור, מוטעית.

אף שאני מודעת לטענות אפשריות אלה נגד הביקורת שמתחתי על פסק הדין, אני בכל זאת סבורה שאין להקל ראש בחשיבות הנוסח – המילים – שנבחרו על ידי בית המשפט לתיאור חובת הגילוי המוטלת על המטפל במקרים מסוג זה. אפרט את טענתי.

ראשית, הנוסח הנבחר על ידיו והמילים שבהן אנו משתמשים הם תמיד בעלי משמעות גלויה ונסתרת. הבחירה במילה או בביטוי אלה או אחרים אינה אקראית. היא בעלת משמעות ערכית דואלית – היא מבטאת את עמדתו הערכית של הדובר, ויש בה להשפיע על עמדתו הערכית של הקורא. די אם נקיש לעניין זה מהמשמעויות העמוקות שיש לבחירה בשם תואר זה או אחר לאדם בעל מום – "פגום", "לקוי", "מאותר", "איטי", "מפגר" וכו'⁶⁵.

דברים אלה נכונים גם באשר לרטוריקה שבה משתמש בית המשפט. זו מבטאת את תפיסתו הערכית של השופט היושב לדין, ומהווה בי-זמנית פעולה של יצירת נורמות ערכיות ותפיסות חברתיות. למעשה, הנרטיב שבו בחר בית המשפט הנו בעל כוח ייחודי מאחר שפסק דין הנו בעל כוח נורמטיבי, המכריז על התרחשות מסוימת כעל המציאות הסופית והמוחלטת, וכך תורם להבניית מציאות זו⁶⁶. כך, למשל, השימוש בביטוי "תקלה", כפי שנעשה בפסק הדין בעניין **סידי**, מעניק הד סופי ומוחלט לקביעה כי עובר או יילוד בעלי מום מהווים מכשול או הפרעה למשפחה ולחברה בכללותה, ומסייע באופן זה להטמעתה. ממילא עולה מכאן שלמילים, לביטויים ולנוסח שבו נעשה שימוש חשיבות החורגת ממשמעותם הלשונית.

שנית, ובקשר הדוק לדברים שהובאו זה עתה, חשוב לזכור כי המשפט, בכלל, ואופן ניסוחם של כללים משפטיים, בפרט, נמנים עם הדרכים שבהן החברה מבנה את תפיסת הנכות ומעצבת גישות כלפי נכים.

כפי שטוענים מלומדים השייכים לאסכולה של Disability Studies, נכות הנה תוצר של הבניה חברתית ולא תכונה אינהרנטית, אובייקטיבית

ועל חייו. שליטה בחיים הנה אחד מסממניהם של חיים "מושלים", אבדן שליטה ותלות הנם סימן לחיים "פגומים"⁷⁵. יתרה מכך, עצם ביצוען של בדיקות אבחון טרום-לידה, וסיום ההיריון במקרה שנתגלה מום בעובר, נתפס על ידי החברה כביטוי רצוי להפעלת שליטה של ההורים על חייהם⁷⁶. עולה מכאן שהדיון בזכות לאוטונומיה כזכות בעלת חשיבות הראויה להגנת הדין, וכבסיס התאורטי לכלל שאומץ בפסק דין **סידי**, נושא עמו מסר – תת-מודע – בגנות חיים עם מום, חיים שהינם ללא שליטה. דברים אלה מחזקים את הטענה בדבר חשיבות הדברים שלא נאמרו על ידי בית המשפט בפסק הדין, דברים שעיקרם הכרה באפשרות שלא לבצע בדיקות אבחון טרום-לידה, והכרה בדבר הערך שיכול להיות לחיים עם מום.

לבסוף, גם אם לפסיקת בית המשפט העליון השפעה מוגבלת על עמדותיו הערכיות של הציבור, אין חולק שלפסיקותיו השפעה כלשהיא על עמדות אלה. יתרה מכך, להבדיל ממקרים שבהם פסיקת בית המשפט העליון משקפת עמדה ערכית שונה לחלוטין מזו המקובלת בציבור, הרי שבענין **סידי** מצטרפת הגישה הערכית העולה מפסק הדין לגישה הרווחת ממילא בציבור ובמסד הרפואי כלפי בדיקות אבחון טרום לידתי. המסר העולה מפסק הדין צפוי, אם כך, לזרוע זרעים נוספים ב"קרקע" הציבורית הפורייה שהצמיחה כבר, כפי שראינו, פרקטיקות יוגניות.

בסיומה של רשימה זו ברצוני להבהיר באופן מפורש את עמדתי. ביקורתי מופנית כלפי האופן שבו בחר בית המשפט לנסח את פסק דינו, ככל שהדבר נוגע לחובת הגילוי המוטלת על המטפל. אין להסיק מביקורתי זו שאני מתנגדת לכלל המשפטי שאומץ על ידי בית המשפט שלפני יש למסור לנשים הרות מידע בדבר האפשרות לבצע באופן פרטי בדיקות אבחון טרום-לידה נרחבות מאלה המוצעות בשירותי הרפואה הציבוריים, אף בהיעדר אינדיקציה רפואית לצורך בכך. כפי שכבר אמרתי, כלל זה מבוסס היטב בדיון הקיים ומוצדק מכוח זכות האישה לאוטונומיה. כמו כן, אין ללמוד מדבריי שאני מתנגדת לביצוען של בדיקות מסוג זה, או לזכות האישה להפיל את עוברה, אם בדיקות האבחון הטרומ-לידה העידו על קיומו של מום, בהתקיים תנאים מסוימים (בעיקר גיל ההיריון)⁷⁷. זכויות אלה נגזרות אף הן מהזכות לאוטונומיה, והן ביטוי לזכות האישה לשלוט בגופה ובחיייה, ואין אני מפקפקת בקיומן⁷⁸.

טענתי היא שעל בתי המשפט להקפיד בהצגת גישה אובייקטיבית, כזאת שלא יעלה ממנה ולו בעקיפין חזות התומכת בביצוע בדיקות אבחון טרום לידתי או שמא בסיום ההיריון. לשם כך, על בתי המשפט להדגיש כי מטרת מסירת המידע לאישה ההרה הוא לאפשר לה להחליט אם ברצונה לבצע את הבדיקה אם לאו, בין לשם סיום ההיריון ובין לשם הכנה נפשית להיוולדו של ילוד בעל מום, אם יוחלט על המשך ההיריון. הצגה מאוזנת זו של אפשרויות הבחירה העומדות בפני האישה ההרה, תפחית את המסרים השלייליים העולים מפסקי דין מסוג זה כלפי בעלי מום⁷⁹. באופן זה יוכלו בתי המשפט להעביר מסרים אחרים, חיוביים, לחברה, ובדאשם שניים:

ראשית, יש להכיר ברצונם של ההורים להביא ילד בעל מום לעולם ולכבד רצון זה.

שנית, יש להכיר בערכו של אדם בעל מום וביכולתו לחיות חיים בעלי עניין ותוכן, שיהיה בהם אושר לו ולסביבתו.

60 דברים אלה מקבלים משנה תוקף אם נזכור כי בהמשך טענה כי הופרה חובת הגילוי, טוענים התובעים בתביעות מסוג זה ברגיל, וזאת במסגרת יסוד "הנוק", כי "טוב מותו של היילוד מחייו". לטענה האמורה בפסקי הדין שעסקו בהפרת חובת הגילוי הנדונה בשימה זו, ראו למשל: עניין **אבידן**, לעיל הי"ש 11; עניין **פלומבה**, לעיל הי"ש 24, פסי 5. טענה זו נשמעת, כדאי לציין, בין במקרים שבהם המום שבו לוקה היילוד חמור ובין במקרים שבהם דרגת החומרה של המום קלה או בינונית. זאת, מהטעם שהפסיקה טרם הכריעה בשאלה מהי דרגת המום הנדרשת על מנת שלילוד תעמוד עילת תביעה בטענה של "הולדה בעולה". לגישת הפסיקה בסוגיה זו, ראו עניין **זייצוב**, לעיל הי"ש 9, בעמ' 104–105, 110–112, 122–124, 126–127; ע"א 913/91 **אזולאי נ' מדינת ישראל**, תקעל (3) 193 (1) 241, פסי 3 לפסק הדין (1993); ע"א 119/05 **חליפה נ' מדינת ישראל**, תקעל (3) 3976, פסי 25–26 לפסק הדין (2006); ת"א (מחוזי ים) 1591/96 **יהודה נ' מרכז רפואי אסף הרופא**, תקמ"ח (3) 01 12650, פסי 22 לפסק הדין (2001); עניין **פלומבה**, לעיל הי"ש 24; עניין **כספי**, לעיל הי"ש 25, פסי 41; עניין **המר**, לעיל הי"ש 25, פסי ב; עניין **לוי**, לעיל הי"ש 24, פסי 62–65; עניין **שושני**, לעיל הי"ש 24, פסי 39; ת"א (מחוזי ים) 859/94 **עמור נ' מדינת ישראל**, פסי 7–8 (לא פורסם, 8.8.2002). **הזכות לחיים ללא מום**, לעיל הי"ש 42, בעמ' 357–358, 307. מן הראוי לציין כי בפועל הכירו בתי המשפט בקיומה של עילת תביעה בטענה של "חיים בעולה" גם במקרים שבהם לא היה מומו של היילוד חמור. ראו שם, בעמ' 359.

61 ראו למשל: עניין **הרמן**, לעיל הי"ש 25, פסי 41.
62 ראו עניין **המר**, לעיל הי"ש 11, פסי ב; עניין **אבידן**, לעיל הי"ש 11.
63 ראו עניין **המר**, לעיל הי"ש 11, פסי ב.
64 לטענה זו, ראו גד בדילי **בית המשפט העליון בעין החברה הישראלית** (1994).
65 ראו: 2. Simi Linton, Claiming Disability- Knowledge And Identity ch. (1998).

66 לכוח של הנרטיב בפסק הדין כמבנה מציאות ולמשמעות הערכית הטמונה בביטויים ובנוסח שנוקט בית המשפט, ראו למשל יופי תירוש "סיפור של אונס לא יותר" **משפטים** לא(3) 579 (תשס"א-2001); שולמית אלמוג "יעיני המערער חשכו" בין הנרטיבי לנורמטיבי **מחקרי משפט** טו 295, 306 (תשס"ב-2000); אורית קמיר "תרגיל במשפט וספרות: המשפט כמתרגם ומכוון זיכרון או: גיימס ביד וייט פוגש במשפט יהודי ודמוקרטי, במחמד דרוויש ובפסקי הדין מדינת ישראל נ' יגאל עמיר" **מחקרי משפט** יח 323 (תשס"ב-2002).
67 לתיאור גישה זו, ראו למשל: Sagit Mor, *Between Charity, Welfare, And Warfare: A Disability Legal Studies Analysis Of Privilege And Neglect In Israeli Disability Policy*, 18 YALE J.L. & HUMAN. 63, 69–70 (2006).
68 LINTON, לעיל הי"ש 65, בעמ' 34; WENDELL, לעיל הי"ש 46, בעמ' 36.
69 לטענה זו, ראו Mor, לעיל הי"ש 67, בעמ' 71. ראו למשל את הדיון המקיף במאמרה של שגית בנפקיות העמוקות שיש להסדרי רווחה במדינת ישראל על הגדרת נכות ומעמדם של נכים. ראו את מאמרה של Mor, שם, בעמ' 79 ואילך.

70 לתיאור גישה זו, ראו שם, בעמ' 68, 75–79.
71 ראו שם, בעמ' 78–79.
72 ראו עניין **סידי**, פסי 12 ו-13 לפסק הדין. כפי שראינו, דיון בשיקולים ערכיים אחרים, ישנו גם בפסקי דין נוספים שאימצו את הלכת **סידי**. ראו לעיל הי"ש 31.

73 לטעמים אלה ואחרים, ראו למשל: Kaplan, לעיל הי"ש 46, בעמ' 65–67; LINTON, לעיל הי"ש 65, בעמ' 45; Steinbock, לעיל הי"ש 52, בעמ' 119.
74 Elisabeth Beck-Gernsheim, *Life As A Planning Project*, in RISK, ENVIRONMENT AND MODERNITY: TOWARDS A NEW ECOLOGY 142 (Scott Lash, Bbronslaw Szeszynski & Brian Wynne eds., 1996).
75 LINTON, לעיל הי"ש 65, בעמ' 25; WENDELL, לעיל הי"ש 46, בעמ' 103.
76 Beck-Gernsheim, לעיל הי"ש 74, בעמ' 144, 147.
77 לגישה זו, ראו למשל: MORRIS, לעיל הי"ש 54, בעמ' 82.

78 לגישה שלפיה אין לקשור בין זכותה של אישה להפיל לבין השאיפה להגן על אינטרסים של בעלי מום, ראו *Claiming All Of Our Bodies: Reproductive Rights And Disability*, in TEST-TUBE WOMAN 281, 287 (Rita Arditti, Renate Duelli-Klein & Shelley Minden eds., 1984). להנחה הנפוצה, אך המוטעית, כי קיימת סתירה בין הזכות להפיל והשאיפה להגן על אינטרסים של בעלי מום, ראו Rayna Rapp, *Testing Women, Testing the Fetus – The Social Impact of Amniocentesis in America*, EDUC. STUD. 50–51 (2000).

79 דווקא, מפחיתה ולא מונעת, מאחר שעדיין היו התובעים נשמעים בטענה כי אילו היו יודעים על המום היו מסיימים את ההיריון, וכי "טוב מותו של היילוד מחייו" ובית המשפט היה מקבל את טענתם בחלק מן המקרים.