

אסף פוזנר "עוולות טרום לידתיות: הילד הרצוי והילד הבלתי רצוי"

אסף פוזנר "עוולות טרום לידתיות:
הילד הרצוי והילד הבלתי רצוי", הוצאת
נבו התשע"ט-2019, 456 עמ'

ידועה המחלוקת המפורסמת בין בית הלל ובית שמאי בדבר בריאת האדם ונביאה כלשונה:

"תנו רבנן: שתי שנים ומחצה נחלקו בית שמאי ובית הלל. הללו אומרים: נוח לו לאדם שלא נברא יותר משנברא, והללו אומרים: נוח לו לאדם שנברא יותר משלא נברא. נמנו וגמרו: נוח לו לאדם שלא נברא יותר משנברא, עכשיו שנברא - יפשפש במעשיו" (ערובין יג ע"ב).

ספרו של פוזנר מבטא תפיסה 'מודרנית' יותר. נוח לו לאדם שנולד בעוולה שלא נולד. ועכשיו שנולד, מי תובע את מי ואיך?

הספר מחולק לשלושה. בחלקו הראשון הספר מנסה למפות את שלל העילות הטרומ לידתיות ויש לא מעט כאלו. המקרה הפשוט הוא ילוד(ה) שנולד(ת) עם מום גופני עקב התרשלות רפואית (למשל, עקב רשלנות הרופא המיילד שניתן היה למנעה). "הפלה בעוולה" (מניעות הורות) עוסקת



בהפלות שנגרמו עקב רשלנות בעוד שהורים רצו בלידה. "הולדה בעוולה" עוסקת בהולדת יילוד בעל מוגבלות (שלו היו הוריו יודעים על כך, היו מפסיקים את ההיריון). "היריון בעוולה" (כפיית הורות) מתייחס למקרה שבו ההורים לא רצו כלל בהיריון זה ונקטו באמצעים למנעו אך אלו כשלו בשל טיפול לקוי (למשל, ניתוח עיקור שבוצע ברשלנות). פוזנר עוסק בהן בהרחבה ומראה כי אלו אינן ממצות וכי ישנן קשיים בסיווגים, בעיקר במקרי הביניים שמיקומם לא חד משמעי (כמו למעשה בכל סיווג משפטי). פוזנר גם מתייחס לחידושי המדע כיום המאפשרים ריבוי 'מעורבים' בהליכי הלידה שכן ייתכן כי הזרע יגיע ממקור אחד, ביצית ממקור שני, וההיריון יבוצע ע"י פונדקאית ועוד היד נטויה. ממילא קשה עוד יותר לקבוע מיהם הניזוקים ובוודאי לקבוע את היחסים ביניהם.

בחלקו השני של הספר מתעמת פוזנר עם פס"ד המר נ. עמית, ונסביר. כאשר רופא ו/או בעל מקצוע אחר מודיע להורים כי העובר הוא בעל מוגבלות, יכולים אלו לשקול אם ברצונם להפילו או ללדת למרות המוגבלות. אולם כאשר זה התרשל בתפקידו ונולדו תינוק/ת בעלי נזק, למי הזכות לתבוע? להורים? לילד? או לשניהם? בעבר היה מקובל כי זכות התביעה קיימת הן להורים (מה שמכונה 'הולדה בעוולה') והן לילד עצמו (מה שכונה 'חיים בעוולה'). ההורים תובעים על הנזקים שנגרמו וייגרמו להם בשל טיפול ביילוד, והנולד תבע בשל נזקיו. כמובן, הייתה פה חפיפה וקביעת הפיצויים לא הייתה פשוטה.

פס"ד המר שניתן בהרכב מורחב בשנת 2012 ביטל את זכותו של הנולד לתבוע בגיל 'חיים בעוולה'. הביטול התבסס בעיקר על שיקולים ערכיים לפיהם אין זה מוסרי והגיוני לקבוע לאדם כי עדיף היה לו שלא היה נולד כלל. עוד נטען כי גישה כזו מביאה לחוסר סובלנות כלפי אנשים בעלי מוגבלויות שכן ההנחה המובלעת היא שעדיף היה לחברה שאלו לא היו באים כלל לעולם. ממילא יופעל לחץ (מוסווה או לא מוסווה) להפיל עוברים אלו טרם לידתם. יש הטוענים כי הלכת 'המר' הלכה רחוק מדי, והמצב הקודם היה עדיף. בעבר יכול היה בית המשפט לקבוע איזה חלק מהסכום יינתן לילוד עבור 'חיים בעוולה', ואיזה חלק יינתן להורים בגין 'הולדה בעוולה'. ממילא אפשר היה לתת הוראות ברורות על שמירת כספו של הילוד ולהתיר להורים לעשות בחלקם כאוות נפשם. התוצאה כעת

נראית בעייתית יותר ולכן ייתכן ועל המחוקק לשקול השבת המצב לקדמותו. נעיר כי השאלה נתונה במחלוקת גדולה לא רק בישראל אלא בשיטות משפט רבות בעולם. בכל מקרה, הפור נפל בארצנו וההלכה הקיימת כיום היא שעילת החיים בעוולה איננה קיימת.

ביטול עילת 'החיים בעוולה' גרם בפועל לעיבוי וחיזוק עילת 'ההולדה בעוולה', ויצר מספר בעיות שהיו צפויות מראש, אך אין להן פתרון מניח את הדעת. כך למשל השתנתה דרסטית תקופת ההתיישנות. אצל הילוד החלה ההתיישנות רק אחרי הגיעו לבגרות, אך כיום אצל ההורים מיד עם הלידה. אולם הבעיה העיקרית הייתה השימוש בכספי הפיצויים. למרות שההורים הם התובעים הפורמליים, מובן כי אלו ניתנו להורים על מנת שידאגו לצרכי הילוד הפגוע. אולם אם הם התובעים, האם אינם יכולים להשתמש בהם לצרכיהם? כיצד נדאג לכך שאלו לא יבזבזו את הכספים על מטרות אחרות? למשל, תמיכה בילדים אחרים? או סתם השקעות ספקולטיביות ומסוכנות?

פוזנר מציע כאן מודל של נאמנות. לכאורה, ההורים הם מעין 'נאמנים' לכספים שניתנו להם לצורך גידול הילד עם מוגבלות. אולם גם פתרון זה בעייתי. מי יהיה אחראי על הנאמנות? והאם בית המשפט רשאי (או אפילו חייב) לתת הוראות כיצד יושקע הכסף ואיך? והאם לא צריך לתת חופש להורים כיצד להוציא את הכסף? שכן יש לזכור שהורים מנהלים את משק הבית שבו קיימים גם ילדים אחרים, וקשה לחלק בין המגיע לילד עם המוגבלות לילדים אחרים. הספר עוסק לכן גם במגוון הבעיות שמודל הנאמנות מציע.

בחלק השלישי מנסה המחבר לתת פתרון מקורי לבעיה. הוא מבקש לראות בצד הנפגע את המשפחה כולה, ולא רק את הילוד. מי שנפגע איננו רק הילוד או ההורים אלא כל בני המשפחה (שיכולים לכלול גם אחים/אחיות אחרים שנפגעים גם הם כמובן). אשר לכן, שלושה הם המעורבים. 'תובע ראוי'

ביטול עילת 'החיים בעוולה' גרם בפועל לעיבוי וחיזוק עילת 'ההולדה בעוולה', ויצר מספר בעיות שהיו צפויות מראש, אך אין להן פתרון מניח את הדעת.

שיהיה גם יעיל (בדרך כלל ההורים) וממולו הזכאי העיקרי לפיצויים (הילוד הפגוע). לטענתו, מודל זה מתאים חלקית לנזקי גוף בכלל, ומתאים במיוחד לעוולות טרום לידתיות.

אפשר להתווכח על תיזה זו. נתחיל בכך שהגדרת המונח 'משפחה' איננה חד-משמעית. מה תכלול משפחה? ומה יהיה הדין כאשר ההורים פרודים/גרושים? התחתנו בשנית עם בני זוג אחרים? ועוד. מעבר לצד התיאורטי צריך לזכור שהרעיון לא נוסה מעולם. המציאות מוכיחה שתקלות אינן צפויות ומתגלות רק אחרי היישום, כך שקשה להעריך את אפשרות היישום.

המחבר, ד"ר אסף פוזנר הוא אחד המשפטנים הבולטים בתחום הרשלנות הרפואית בישראל (גילוי נאות, ידיד של כותב הסקירה). הוא בעל ניסיון של עשרות שנים בתחום וכותב ומרצה עליו במסגרות שונות. הספר הוא עיבוד של עבודת הדוקטורט שלו שעסקה בתחום. הספר הוא בעיקרו מחקר אקדמי ואיננו מיועד להיות ספר עזר לתובעים/נתבעים בעוולות טרום לידתיות. אבל גם אלו יוכלו למצוא בו עניין.

הערות תתקבלנה בברכה - avi3333@gmail.com