

הערת מערכת – על "טעות הייחוס הבסיסית" בתובענות בגין הולדה בעוולה – הרהורים בעקבות ע"א 7416/12 קופת חולים מאוחדת נ' פלוני

מאת

עדן מלסה-מלכה*

"I think unconscious bias is one of the hardest things to get at."

(Ruth Bader Ginsburg)

עילת הולדה בעוולה מאפשרת להורי וולד בעל מום לתבוע את הרופא על שהתרשל בפירוט הסיכונים שבלידה וסיכויים, והוביל בכך להולדת וולד בעל מום, שכן אילולי התרשלותו היו בוחרים ההורים להפיל. שופטים שדנו בתביעות הולדה בעוולה, שהוגשו על ידי זוגות הורים דתיים שדתם אוסרת על הפלה, הציפו את החשש מהעלאת רף ההוכחה של רכיב הקשר הסיבתי במקרים כגון אלו. כפתרון, בהלכת המר הוצעה חזקה הניתנת לסתירה, לפיה ככל שהוועדה להפסקת היריון הייתה מאשרת הפלה תקום חזקה שהזוג היה מפיל, על אף השתייכות הזוג לדת שאוסרת הפלה, ועל הצד שכנגד יהיה להוכיח אחרת. ואולם, בהערה אבקש להראות מדוע החזקה עשויה שלא לסייע למטרה לשמה נוצרה – וזאת לאור קיומה של הטיה קוגניטיבית המכונה "טעות הייחוס הבסיסית". לפי ההטיה, בייחוס סיבות להתנהגות יש נטייה אנושית להעניק משקל גבוה יותר לנסיבות פנימיות של אדם, כמו דתו ופעולות הנובעות ממנה, שהובילוהו לפעולה מסוימת, לעומת נסיבות חיצוניות. באמצעות ניתוח של פסק דין בעניין מאוחדת שניתן על ידי השופט עמית, אטען ששופט שמפעיל את החזקה על זוג הורים דתי, עשוי 'לאיין' אותה בשל הנטייה לייחס משקל גבוה לנסיבת דתם של ההורים כאילו היא הנסיבה העיקרית שתשפיע על החלטתם להפיל או לא, לעומת משקל זעום שניתן לנסיבה חיצונית, כמו הסברים שניתנו על ידי הרופא לזוג. בסוף ההערה, אדון בהשלכות הבעייתיות של ההטיה המתוארת, אראה שהעלאת המודעות לאפשרות קיומה של הטיה הוכחה מחקרית כמסייעת בהתמודדות אתה, ואציג דרכים להקטנת השפעותיה השליליות. למעשה, בהמשך לדבריה של רות ביידר גינסבורג, מטרתי בהערה זו היא להעלות למודעות את אפשרות קיומה של הטיה, באופן, כך אני מקווה, שיקל על התמודדות אתה עד להשגת פתרון הולם יותר.

מבוא. א. על הקשר שבין טעות הייחוס הבסיסית להלכת המר ולאופן יישומה בבית המשפט העליון. 1. הלכת המר והחזקה שנקבעה בה; 2. תיאורית הייחוס, טעות הייחוס הבסיסית ותהליך עיבוד קוגניטיבי שגוי; 3. הקשר שבין חזקת המר לטעות הייחוס הבסיסית. **ב. טעות הייחוס הבסיסית במקרה של הולדה בעוולה – מקרה בוחן: פלוני נ' קופת חולים מאוחדת.** 1. רקע לפסק הדין; 2. נסיבה פנימית כנסיבה מכרעת – התייעצות הזוג עם איש דת; 3. נסיבה חיצונית רלוונטית העולה ממקרה הבוחן; 4. קשיים העולים מיתר הטיעונים לפיהם נותק הקשר הסיבתי, ודיון בטענת נגד עיקרית; **ג. דיון בהשלכות ההטיה המתוארת. ד. הצעות פתרון.** 1. מודעות לקיומה של ההטיה, היכרות עם העולם הנצפה או השתייכות אליו; 2. אימוץ מלא של המלצות וועדת מצא (קריאה למחקק); 3. מבחן החולה המשולב בעיני הרופא הסביר; 4. שימוש בדוקטרינת האשם התורם. **ה. סיום.**

* סטודנטית בשנה הרביעית בפקולטה למשפטים ולתואר מוסמך במנהל עסקים, האוניברסיטה העברית בירושלים. המאמר נכתב במסגרת פרויקט 'הערת מערכת' של מערכת נ"א בכתב העת. תודתי הרבה נתונה לחברי המערכת, ובייחוד לעורכים גל דפדי, יחיאל אורן ומתניה רוזין על עבודתם המסורה ועל הערות מאירות עיניים.

מבוא

בעילת הולדה בעוולה, שמושכלות היסוד בה, כפי שהיא מופעלת היום, נקבעו בהלכת המר,¹ תובעים ההורים את הרופא על כך שאילולי התרשלותו הייתה הלידה נמנעת ואיתה הנזק הנגרם מגידול וולד בעל מום. על התובע פיצויים בגין הולדה בעוולה להוכיח קיומם של 4 רכיבים: נזק; חובת זהירות; התרשלות; וקשר סיבתי. הנחת המוצא היא שמוטלת חובת זהירות על רופא כלפי מטופליו,² ושגידול וולד בעל מום עולה כדי נזק, כך שקשיי ההוכחה, ככל שישנם, הם בדרך כלל בשני הרכיבים האחרונים: התרשלות וקשר סיבתי.

בפסיקה נקבעו שני מבחנים לשאלת הקשר הסיבתי: האחד אובייקטיבי, הבוחן האם הוועדה להפסקת הריון הייתה מאשרת ההפלה; והשני סובייקטיבי, הבוחן האם ההורים, במידה ויכלו, אכן היו מבצעים את ההפלה. בטרם נפסקה ההלכה,³ עמדו השופטים על הקושי שצף בקיום מבחן היפותטי בדבר החלטת ההורים להפיל, ועוד יותר כאשר המבחן מיושם על זוג הורים אשר הפלה מנוגדת לדתם. זאת שכן, בפועל מבחן כזה מוביל לקיומו של רף הוכחה גבוה יותר עבור זוגות דתיים, אשר דתם אוסרת עליהם לבצע הפלה. משכך, בהלכת המר הובהר כי ראוי ליתן משקל משמעותי יותר למבחן הראשון, האובייקטיבי, ומשקל פחות למבחן הסובייקטיבי.⁴ עוד נקבע שהוכחת המבחן הראשון תהווה חזקה כי ההורים אכן היו מבצעים הפלה, כאשר החזקה ניתנת לסתירה בהתאם לנסיבות המקרה הספציפי.⁵

ואולם, קריאה וניתוח של פסק הדין בעניין **מאוחדת נ' פלוני**,⁶ מעלה חשש כי גם היחס הנוכחי בין המבחנים איננו משביע רצון, ומותיר מקום לקיומן של הטיות, ובפרט – הטית טעות הייחוס הבסיסית. הטיה זו פירושה כי בעת שנדרש אדם לחזות התנהגות של פרט בחברה, נטייתו תהיה להעניק משקל יתר ל"נסיבות פנימיות" של אדם שיובילו אותו לקבל החלטה, כמו אמונות דתיות ותכונות אופי אישיות, ופחות לנסיבות חיצוניות, כמו מסירת מידע לקוי מידי הרופא על השלכות הלידה.

בעניין **מאוחדת**, הגישו זוג הורים דתי תביעה לפיצויים בגין "הולדה בעוולה". לאור היותה של האם בסיכון ללידה מוקדמת שעלולה להוביל להולדת וולד הסובל מנכויות קשות, המליץ לה הרופא לבצע הפלה. לאחר מכן, פנו ההורים גם להתייעץ עם רב שהמליץ להם לא לבצע הפלה. בסופו של יום בחרו ההורים שלא לבצע את ההפלה, אך לדאבון לב הסיכון מתממש ונולד ילד פג עם נכות שכלית. ההורים תבעו את הרופא על כך שהתיר בפירוט הסיכונים. ובפרט, בפירוט הסיכון הכרוך בלידה מוקדמת – לידת וולד בעל נכות מוטורית ושכלית – ושאלו היה מציין את הסיכון ככל הנראה היו בוחרים להפיל. תביעת הזוג להתרשלות הרופא התקבלה בבית המשפט המחוזי שפסק כי הוכח הן

¹ ע"א 1326/07 **המר נ' עמית** (פורסם בנבו, 28.05.2012).

² ע"א 4025/91 **יצחק צבי נ' ד"ר יעקב קרול** (3) 784, פ"ס 7 לפסק דינו של הנשיא (כתוארו אז) ברק (פורסם בנבו, 12/12/1996); אמנון כרמי, **בריאיות ומשפט**, עמ' 99-100 (מהדורה שנייה, מוחמד ס. ותד עורך, 2013).

³ ת"א (י-ם) 3198/01 **פלוני (קטין) נ' עיריית ירושלים**, פסקאות 291-292 לפסק דינו של השופט דרורי (פורסם בנבו, 12.05.2008) (להלן: פלוני (קטין)); ת"א (מחוזי ת"א) 1226/99 **א' ל' קטין נ' ד"ר מרדכי יניב**, פ"ס 67-68 לפסק דינו של השופט בנימיני (פורסם בנבו, 29.03.2005).

⁴ **המר**, לעיל ה"ש 1, פ"ס 52 לפסק דינו של המשנה לנשיאה (כתוארו אז) ריבלין; והוזכר מאוחר יותר בע"א 1326/07 **ליאור המר נ. עמית**, פ"ס 14 לפסק דינו של השופט הנדל (פורסם בנבו, 21.05.2014): "נוכח הקושי בעיסוק בשיקולים קבוצתיים שעשויים להתעורר, כמו למשל פרטי אמונתם הדתית של ההורים, ראוי ליתן משקל משמעותי לשאלה הראשונה – האם הוועדה להפסקת הריון הייתה מאשרת את ביצועה של הפלה במקרה המסוים".

⁵ **המר**, לעיל ה"ש 1, פ"ס 45, 52.

⁶ ע"א 7416/12 **קופת חולים מאוחדת נ' פלוני** (פורסם בנבו 04.11.14) (להלן: "עניין מאוחדת").

רכיב ההתרשלות הן רכיב הקשר הסיבתי. ואולם בערעור הפך בית המשפט העליון את ההחלטה על פיה.

אני סבורה שמקריאה קרובה של פסק הדין בעניין **מאוחדת**, ניתן ללמוד על השפעתה האפשרית של הטיה זו שם, למצער על חלק מהשופטים. ובאופן רחב יותר, ייתכן כי פסק הדין מהווה דוגמה לתופעה רחבה יותר לפיה שופטים עלולים בהשפעת ההטיה, לתת משקל יתר לדתם של ההורים בקביעתם שניתק הקשר הסיבתי בין הולדת הוולד להתרשלות הרופא, ופחות לנסיבות חיזוניות, ביניהן התנהגות הרופא והעדר גילוי של פרטים חשובים מצדו. כך, עשויה ההטיה לאיין את החזקה שנקבעה בהלכת המר ולהעלות שוב את החשש מפני הפליית זוגות דתיים לרעה על ידי העלאת רף ההוכחה שלהם לקבלת פיצוי.

אם כן, ברשימה זו אבקש להצביע, באמצעות קריאה קרובה, על אפשרות קיומה של הטיית טעות הייחוס הבסיסית בפסק הדין **מאוחדת**. תחילה אסביר מהי ההטיה הפסיכולוגית, ולאחר מכן אראה סימנים לקיומה בפסק דינו של השופט עמית. בתוך כך אסביר מדוע קיומה של ההטיה מאיין למעשה את הפתרון שהוצע על ידי ריבלין בהלכת המר על מנת להתמודד עם הנטל הכבד יותר המוטל על זוגות דתיים בהוכחת עילת הולדה בעוולה. בהמשך, אתמודד עם טיעוני נגד ואדון בהשלכות הבעייתיות של המצב המתואר. לבסוף, אציע פתרונות להתמודדות עם הקשיים: הפתרון האולטימטיבי, אימוץ מלא של המלצות וועדת מצא להחרגת הדיון בפיצויים מכוח עוולה זו מהפסיקה, וקביעת פיצויים לפי הסדר סוציאלי שייקבע מראש בחקיקה ויישא אופי ביטוחי; לחלופין, קביעת מבחן התרשלות חדש של הרופא הסביר בעיני החולה הספציפי, תוך הבנה שאימוץ המבחן עשוי לפתור רק חלק מהקושי בפניו ניצבים זוגות דתיים, ותוך תקווה שיימצא פתרון שלם ויצירתי יותר; לבסוף, וכפתרון זמני, אציע להחיל את דוקטרינת האשם התורם במקרים של ספק, כפי שהציעה השופטת נאור בפס"ד **מאוחדת** שינוחה להלן.

א. על הקשר שבין טעות הייחוס הבסיסית להלכת המר ולאופן יישומה בבית המשפט העליון

1. הלכת המר והחזקה שנקבעה בה

טרום הלכת המר, היו נתונים לתובעים שני ערוצי תביעה שבדרך כלל נכרכו יחד – עילת הולדה בעוולה, בה עסקינן, ועילת חיים בעוולה, אשר בוטלה בהלכה. ההבדלים העיקריים בין שתי העילות היה נעוץ בזהות התובעים ובהגדרת הנזק: מכוח עילת הולדה בעוולה תובעים ההורים את הרופא על כך שאילולי התרשלותו היה נמנע הנזק שבגידול וולד בעל מום. ואילו לפי עילת חיים בעוולה, הוולד תובע באופן עצמאי את הרופא על שהתרשלותו גרמה להולדתו, כשהנזק הנגרם הוא עצם קיומו כבעל מום. עילת חיים בעוולה עוררה קשיים מוסריים שהקשו על שופטים לפסוק פיצויים

מכוחה,⁷ ומשכך בוטלה כליל.⁸ אולם גם עילת הולדה בעוולה לא נעדרה מקשיים והעלתה שאלות מוסריות ומשפטיות.⁹

פסד הדין בעניין המר פירט אודות הקשיים העיקריים שבעילת הולדה בעוולה הנוגעים בסוגיית הוכחת הקשר הסיבתי:¹⁰ ראשית, נאמר כי ישנו הקושי בקביעה שאם הרופא לא היה מתרשל ההורים היו בוחרים להפיל, שכן מדובר בקביעת תרחיש סיבתי היפותטי; שנית, נאמר כי ישנו הקושי המוסרי שבדרישה מההורים להתייצב ולטעון נמרצות בפני בית המשפט שאילו היו יודעים שבנם ייוולד עם מום היו מעדיפים שלא היה נולד; שלישית, וזהו הקושי הרלוונטי לענייננו, נאמר כי ישנו החשש מהעלאת רף ההוכחה של הקשר הסיבתי לקבוצות מסוימות של תובעים, ובפרט, אוכלוסיית הזוגות הדתיים, שדתם אוסרת על הפלה.¹¹

ההצעה לבטל את דרישת הקשר הסיבתי נדחתה אומנם בשל היותה אחד הרכיבים המרכזיים בעוולת הרשלנות. אולם, בשל הקשיים האמורים, קבע השופט ריבלין בפסק הדין כי הוכחת רכיב הקשר הסיבתי תערך בשני שלבים: בשלב ראשון יהיה על הזוג להוכיח שוועדה להפסקת הריון הייתה מאשרת להורים לבצע הפלה; בשלב השני, וככל והוכח השלב הראשון, נקבע כי קמה חזקה הניתנת לסתירה, לכך שההורים עצמם לא היו מפילים.¹²

ואולם, כפי שאבקש להראות בהמשך, נוכח קיומה האפשרי של הטיה המשפיעה על הליך השיפוט, עולה ספק האם המבחן הדו-שלבי שנקבע בהלכת המר אכן מצליח להתמודד עם הקושי אתו ביקש השופט ריבלין להתמודד בפסק דינו בנוגע להעלאת רף ההוכחה המוטל על התובעים. לפני כן, אבקש כעת לתאר את קיומה של ההטיה, היא טעות הייחוס הבסיסית.

2. תיאורית הייחוס, טעות הייחוס הבסיסית ותהליך עיבוד קוגניטיבי שגוי

הפסיכולוג האוסטרי, פריץ היידר (Fritz Heider), תאר בעבר שכמו שמדען מחפש סיבות לתופעת בטבע, כך בדיוק, כל אדם מחפש סיבות למה שקורה סביבו.¹³ על בסיס תפיסה זו המקבילה בין

⁷ ע"א 518/82 ד"ר רינה זייצוב נ' 'שאל כץ' מ' (2) 085 (פורסם בנבו 1986.02.18): שני הקשיים העיקריים היו הקביעה מתי מוטב מותו של אדם מחיי, ועצם ההגדרה שקיומו של אדם הוא נזק; ע"א 518/82 ד"ר רינה זייצוב נ' 'שאל כץ' מ' (2) 085, פס' 18-21 לפסק דינו של השופט ברק (פורסם בנבו, 1986.02.18): גישת ברק פתרה את הקשיים המוסריים על ידי הגדרת הנזק כפער בין החיים ללא מום לחיים עם מום, אולם בכך עורר קושי בקשר הסיבתי, שכן גם אם הרופא לא היה מתרשל לא היה נולד וולד בריא, אלא שלא היה נולד כלל.

⁸ למעשה, כדי לפתור את הקשיים שבעילת חיים בעוולה התכנסה וועדה ממשלתית בראשותו של השופט מצא: תקציר דו"ח ועדת מצא בנושא "הולדה בעוולה" (7) **רפואה ומשפט**, חוברת מיוחדת – הולדה בעוולה (2015). בוועדה הוחלט לבטל את עילת חיים בעוולה ולקבוע הסדר סוציאלי למתן פיצויים להורים מכוחו. כשנה לאחר מכן, בפסק דין בעניין **המר**, אימץ השופט ריבלין את המלצות הוועדה בחלקן – עילת החיים בעוולה בוטלה ובמקביל הורחבה עילת הולדה בעוולה.

⁹ וראו למשל: בלהה כהנא, "פיצוי בגין קיצור תוחלת החיים והשנים האבודות" בתביעות בעילה של הולדה בעוולה" (1) **משפטים על אתר ד** (תשע"ב); רועי גילבר, "הצורך בהכרעות קשות בתביעות של חיים בעוולה והולדה בעוולה הערות והארות בעקבות ת"א (מחוזיחפה) 259/02 פלוני נ' מדינת ישראל" (441) **מאזני משפט ז** (2010); דניאל שפרלינג, "על הולדה בעוולה והטעם שבטעמים להפסקת הריון: ההורים בעקבות פלוני נ' מדינת ישראל (541) **המשפט יד** (2011); **פלוני (קטין)**, לעיל ה"ש 3.

¹⁰ **המר**, לעיל ה"ש 1, פס' 46-50 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) ריבלין.
¹¹ על קושי זה עמד בעבר בית המשפט בעניין **פלוני (קטין)**, ואף הוצע לבטל כליל את דרישת הקשר הסיבתי שבעילת הולדה בעוולה בשל ההפליה שנוצרת כלפי זוגות דתיים. וכך נאמר: "האם יש 'ברומטר' לעוצמה הדתית, והאם ראוי כי בית משפט במדינת ישראל הוא זה אשר יקבע את אותה עוצמה דתית, כאשר לפסיקתו יש תוצאות מרחיקות לכת: מתן פיצוי מלא לפלונית (החילונית או מי שלא מקיימת את מלוא מצוות דתה, אם אלה האוסרות הפלה), מול דחיית תביעתה של אלמונית (זו אשר מקפידה על כל תג ותג של הדת שלה, אשר אוסרת הפלה), מכל וכל". **פלוני (קטין)** לעיל ה"ש 3, פס' 286 לפסק דינו של השופט דרורי.

¹² **המר**, לעיל ה"ש 1, פס' 45.

¹³ **The psychology of interpersonal relations**, Heider, F. Kansas, USA: John Wiley & Sons, Inc (1958)

אדם למדען, פיתח היידר את תיאוריית הייחוס הבסיסית – תאוריה המבקשת להתחקות אחר הגורם להתנהגות של פרט בחברה ובעקבות כך לחזות התנהגות של פרטים נוספים.

במסגרת אותה התאוריה, היידר קבע את "עקרון ההשתנות המשותפת", לפיו הסיבה להתרחשות כלשהי נעוצה בכל הנראה בנסיבות הייחודיות הקיימות כאשר האירוע מתרחש, ושאינן מתקיימות כאשר האירוע אינו מתרחש. היידר חילק את הנסיבות הללו לשני סוגים: נסיבות פנימיות – הקשורות לפרט באופן ישיר, כגון מניעים, רגשות, אמונות, עמדות ותכונות; ונסיבות חיצוניות, כגון הסביבה, פעולות של אדם אתו קשור הפרט ביחסי גומלין, מזל וכדומה.¹⁴ נמחיש זאת באמצעות דוגמה; הסיבה בגינה בכל פעם שיוסי נוהג בכביש הצפוף ביותר בארץ הוא עושה תאונה, יכולה להיות נעוצה בנסיבות הפנימיות או בנסיבות החיצוניות שמתרחשות כשהוא נוהג בכביש: נסיבה פנימית שגרמה לתאונה יכולה להיות קשורה בחרדה של יוסי ממקומות צפופים – בכביש אחר שאיננו כה צפוף, סביר שחרדה זו לא הייתה מתעוררת. מנגד, נסיבה חיצונית שגרמה לתאונה יכולה להיות קשורה בכך שהכביש בנוי באופן המקשה על ראות בתנאי צפיפות למשל – גם כאן, בכביש אחר שבו הראות טובה סביר שיוסי לא היה מבצע תאונה.

הפסיכולוג קלי הרולד (Kelly Herold) פיתח מתוך עקרון ההשתנות המשותפת של היידר את מודל "השונויות המשותפת" (Covariation Model). לפי המודל, ייחוס פעולה מסוימת שביצע אדם לכוז שנבעה מנסיבות פנימיות או חיצוניות, מתבצע על ידי אדם רציונלי, למשל – השופט, בהתאם לשלושה גורמים: קונצנזוס, ייחודיות ועקביות, וזאת באופן הבא:¹⁵ **קונצנזוס** (Consensus) – ככל שיותר אנשים פועלים בצורה דומה לאופן בו פועל אדם מסוים באותה הסיטואציה, מסיק השופט החיצוני שהנסיבה החיצונית היא שהובילה להתנהגות ולא הנסיבות הפנימיות של האדם, ובכך יחזה שאם המצב היה אחר ייתכן והיה פועל אחרת; **ייחודיות** (Distinctiveness) – ככל שאותו אדם מתנהג אחרת במצבים שונים, כך שהמקרה הספציפי מתאפיין בייחודיות גבוהה, מייחס השופט את מקור ההתנהגות לנסיבות החיצוניות ופחות לנסיבות הפנימיות; **עקביות** (Consistency) – אם האדם מתנהג באותו מצב במועדים שונים באופן עקבי, מייחס זאת השופט לנסיבות חיצוניות, ואילו אם העקביות נמוכה, הוא מייחס זאת לנסיבות פנימיות.

ככל שיש קונצנזוס גבוה, ייחודיות גבוהה ועקביות גבוהה, ניתן לייחס את ההתנהגות לנסיבה חיצונית, ואילו ככל שיש קונצנזוס נמוך, ייחודיות נמוכה ועקביות נמוכה ניתן לייחס את ההתנהגות לנסיבה פנימית. נמחיש באמצעות הדוגמה שלעיל; אם רוב בני האדם שנוסעים בכביש בו נסע יוסי עושים תאונות דרכים, השופט ייטה לייחס את התאונה לנסיבות החיצוניות הקשורות בתנאי הדרך ולמצב הכביש, ולא לנסיבה פנימית של יוסי, היות וישנו קונצנזוס גבוה. כמו כן, אם נניח שבכבישים צפופים אחרים שיוסי נוסע בהם הוא לא עושה תאונות, גם כאן ייטה השופט לייחס את התאונה לנסיבה חיצונית, של תנאי הכביש למשל, היות ולא החרדה שלו היא שהשפיעה על התרחשות התאונה, היות והייחודיות גבוהה. לבסוף, ככל שיוסי נוסע בכביש הצפוף במועדים שונים ובכל פעם עושה תאונה, גם אם רמת החרדה שלו הייתה נמוכה, השופט ייטה לייחס את התאונה לנסיבה החיצונית וזאת לאור עקביות גבוהה.

¹⁴ שם; Nussbaum, S., Trope, Y., & Liberman, N. (2003). Creeping dispositionism: The temporal dynamics of behavior prediction. *Journal of Personality and Social Psychology*, 84, 485-497.
¹⁵ Kelley, H. H. (1967). Attribution theory in social psychology. *Nebraska Symposium on Motivation*, 15, 192-238; Kelley, H. H. (1973). The processes of causal attribution. *American Psychologist*, 28(2), 107-128.

לאורך השנים המשיך המחקר לבחון ולפתח את התאוריות של היידר וקלי, ובפרט הושם במחקר הדגש על היכולת לחזות התנהגויות של פרטים. הראשונים לחקור את האופן בו נוטים אנשים לבצע ייחוס הלכה למעשה, הם צמד החוקרים אדוארד ג'ונס וויקטור (Jones Edward & Harris Victor). במחקרם שפורסם בשנת 1967, הגיעו השניים למסקנה שייחוס סיבות להתנהגות מסוימת של אדם לפי נסיבה פנימית או חיצונית, נערך תוך שיש למתבונן בפעולה מהצד, הנטייה להעניק משקל גבוה יותר לנסיבה הפנימית של הנצפה מאשר לנסיבה חיצונית.¹⁶ בכך, השתרשה במחקר ההבנה כי מודל השונות המשותפת איננו רלוונטי, שכן הוא אינו לוקח בחשבון את אותה הנטייה.

אל מסקנות אלו הגיעו השניים בעקבות ניסוי שערכו בקרב 36 סטודנטים ו-15 סטודנטיות מהקורס 'מבוא לפסיכולוגיה' באוניברסיטת דיוק (Duke University) שבצפון קרוליינה. למשתתפים והמשתתפות בניסוי חולקו מאמרים שחוברו על ידי אנשים שונים ומציגים עמדה בעד או נגד הרודן הקובני פידל קסטרו. במחקר שני משתתפים בלתי תלויים: (1) העמדות האמיתיות של כותבי החיבור כלפי קסטרו, בעד או נגד; (2) אילוץ מצבי – לעיתים חויבו מחברי החיבורים בכתיבת עמדה מסוימת, ולעיתים כתבו את עמדתם האמיתית. מה שנבדק, המשנה התלוי, הוא הערכת המשתתפים את עמדת כותב החיבור בעד או נגד קסטרו.

בשלב ראשון של הניסוי נאמר למשתתפים שהמאמרים שקראו נכתבו על ידי אנשים שנתבקשו לכתוב את עמדותיהם החופשיות כלפי קסטרו. תוצאות השלב הראשון תאמו את ציפיות החוקרים, כאשר המשתתפים סברו שמרבית המחברים הם בעד קסטרו, היות ומרבית ניירות העמדה היו בעד קסטרו. בשלב השני של הניסוי, נאמר למשתתפים שלמעשה לכותבים לא הייתה בחירה חופשית אלא שהם הונחו לגבי העמדה בעד או נגד קסטרו שנדרשו להביע בחיבור, כך שהוא אינו משקף את עמדתם החופשית. ואולם, למרות ידיעה זו המשתתפים סברו שבהתאם לעולה מהחיבורים, רוב המחברים הם בעד קסטרו, וזאת על אף שהעמדה הפופולרית בארצות הברית של אותה עת הייתה נגדו ונגד התנהגותו הרודנית, ולמרות, כאמור, שהובהר להם שהעמדה בנייר העמדה לא משקפת בהכרח את עמדת המחבר. מכאן עולה כי העובדה שמרבית הציבור באמריקה לא אהד את קסטרו והסיטואציה לפיה חלק חויבו לכתוב בעד קסטרו כך שייתכן שבסיטואציה אחרת היו כותבים נגד – לא שינו במובהק את מסקנות המשתתפים שסברו שהמחברים בעד קסטרו.¹⁷ כלומר, מה שבעיקר השפיע על הסבר ההתנהגות היה המחשבה שהחיבורים בעד קסטרו שיקפו את העמדות האמיתיות של המחברים בהתעלם מהנסיבות החיצוניות. מכאן, הגיעו המחברים למקנה כי טעות ייחוס בסיסית גורמת לאנשים לייחס משקל גבוה יותר לנטייה פנימית, לעומת נסיבה חיצונית.

ניסוי המשך שערכו שלושה פרופסורים – לי רוס, טרסה אמבלי וג'וליה סטיינמן (Ross Lee, Amabile Teresa & Steinmentz Julia) – חזק את מסקנת מחקרם של ג'ונס והריס לפיה ישנה נטייה אנושית להסביר התנהגויות באופן תכונתי על בסיס נסיבות פנימיות, תוך הענקת משקל פחות לנסיבות חיצוניות התלויות בהקשר כהסבר להתנהגות. במסגרת הניסוי נבדקים הוקצו אקראית לשלושה תפקידים: שואל המציג למשיב שאלות קשות שחיבר בעצמו; משיב; וצופה. מטרת הניסוי הייתה לבדוק איך יסבירו המשיבים והצופים את ההתרחשות לפיה השואל ידע להציג שאלות

¹⁶ Jones, E. E., & Harris, V. A. (1967). The Attribution of Attitudes. *Journal of Experimental Social Psychology*, 3(1), 1–24.

¹⁷ אציין, שכן היה שינוי בין תוצאות השלב הראשון לתוצאות השלב השני: מספר המשתתפים שחשבו שהמחבר בעד קסטרו קטן בשלב השני של הניסוי. אולם התוצאה עדיין היוותה את הרוב מבין כלל המשתתפים, כך שרוב המשתתפים הגדירו את המחבר כאוהד קסטרו.

שהמשיב לא הצליח לענות עליהן. מרבית הצופים הסבירו את ההתרחשות בכך שהשואל בעל ידע רב יותר משל המשיב, ולפיכך ידע להציג שאלות קשות בעוד המשיב לא הצליח לענות עליהן. בנוסף, המשיבים בעצמם העריכו את השואל כבעל ידע רב משלהם ובכך הסבירו את ההתרחשות, זאת על אף שידעו שהתכוון והכין את השאלון, שלא כמוהם. לפי החוקרים, ממצאי הניסוי מוכיחים את נטיית האנשים להסביר התנהגויות של פרטים אחרים באמצעות ייחוס של נסיבות פנימיות להתנהגות, כמו תכונות, רמת משכל וכו', ולהתעלם מההקשר והסיטואציה.¹⁸

את הנטייה של אנשים לתת הערכת יתר לכוחן של נסיבות פנימיות והערכת חסר לנסיבות חיצוניות בייחוס סיבות להתנהגות, כינה פרופ' לי רוס בשם "טעות הייחוס הבסיסית", בקבעו שטעות זו היא הבסיס הרעיוני לכל תחום הפסיכולוגיה החברתית.¹⁹ בהמשך נקבע, שאחת הסיבות להיווצרות טעות הייחוס הבסיסית היא הליך עיבוד קוגניטיבי שגוי: קודם עושים שיפוט תכונתי ואח"כ מתקנים תיקון חסר של השפעת המצב. הליך שגוי זה נובע מחוסר במידע על הפרט עליו מבוצע הייחוס. זאת לעומת המצב התקין של ייחוס תכונתי שבו פרט רציונלי מסתכל על התנהגות האדם ועל ההקשר של התנהגותו ואז נותן פירוש של משמעות ההתנהגות. במצב של היכרות עם העולם הנצפה, וקיום של מידע אודותיו, פירוש משמעות ההתנהגות תתבצע בצורה תקינה של שקלול ההתנהגות עם ההקשר.²⁰



לעומת זאת, כאמור, בסיטואציה של מידע חסר תהליך העיבוד הקוגניטיבי במוח האדם מתבצע בצורה מוטעית (טעות הייחוס הבסיסית): בשלב הראשון הפרט מזהה התנהגות של אחר ומייחס להתנהגות תכונה או אמונה שמתאימה לה (אפיון). שלב זה הוא אוטומטי ולא מצריך חשיבה. בשלב השני הפרט משקלל את ההקשר והנסיבות החיצוניות בהן בוצעה ההתנהגות ומבצע תיקון להיסק שעשה באופן אוטומטי. שלב זה אינו אוטומטי ומצריך חשיבה:



סיווג מעניין בין נסיבות פנימיות וחיצוניות, הרלוונטי במיוחד לענייננו, קשור בסוגיית הדת. בפסיכולוגיה הקוגניטיבית, מקובל להגדיר דת כסט ערכים קולקטיביים המניעים את האדם לפעול

¹⁸ Ross, L.D., Amabile, T.M. & Steinmentz, J.L. (1977). Social Roles, Social Control, and Biases in Social-Perception Processes. *Journal of Personality and Social Psychology*, 35(7), 485-494.

¹⁹ Ross, L. "The intuitive psychologist and his shortcomings: Distortions in the attribution process" *Advances in experimental social psychology* 10, 173-220 (1977).

²⁰ Trope, Y., & Gaunt, R. Processing alternative explanations of behavior: Correction or integration? *Journal of Personality and Social Psychology* 79(3): 344-54 (2000).

בצורה מסוימת.²¹ ככזאת, לעיתים נחשבת הדת כנסיבה פנימית ולעיתים כנסיבה חיצונית, הכול תלוי הקשר. כך, ככל שהייחוס נעשה על אדם דתי, הרי שדתו ופעולותיו המונעות ממנה ייחשבו כנסיבה פנימית של מושא הייחוס ובשל כך תהיה הנטייה להעניק משקל גבוה לפעולות אלו. הסיבה היא שדתו של אדם היא המוטיבציה שלו לפעול בצורה מסוימת, כך שנובעת מפנימיות האדם, כמו תכונות ורגשות. לעומת זאת, ככל שהייחוס נעשה על אדם שאינו דתי שבא במגע עם אדם דתי, הרי שפעולות הנובעות מהדת (שעושה האדם הדתי שאיננו מושא הייחוס), ייחשבו כנסיבה החיצונית למושא הייחוס, שכן לא נובעות מפנימיותו שלו ואינן מניעות אותו אלא את הפרט אתו הוא בה במגע. אם כך, ככל שהדת מניעה את פעולות מושא הייחוס, תיחשב היא והפעולות הנובעות ממנה לנסיבה פנימית, וככל שהיא מהווה חלק מתוך ההקשר בו הוא נמצא תחשב לנסיבה חיצונית.²²

לסיכום, את החלוקה לנסיבות פנימיות וחיצוניות כשעורכים ייחוס סיבות להתנהגות הגה אבי תורת היחסות, היידר. קלי פיתח את תורתו של היידר למודל השונות המשותפת בניסיון להסביר איך בוחר הצופה בנסיבה פנימית או חיצונית כשעורך את הייחוס. אולם, מודל השונות המשותפת הפך לא רלוונטי עת זיהו פסיכולוגים הטיה אנושית להעניק משקל יתר לנסיבות פנימיות בייחוס סיבות להתנהגות, כאשר מודל השונות המשותפת לא לוקח בחשבון את ההטיה. כלומר, פלוני שמנסה לחזות כיצד היה נוהג אלמוני ומה היה משפיע על החלטותיו, ייטה ליחס משקל גבוה לנסיבות הפנימיות של אלמוני, כדוגמת דתו והפעולות הנובעות ממנה, שהובילו לקבל החלטה מסוימת, ומשקל פחות לנסיבות חיצוניות. הטיה זאת, הקרויה טעות הייחוס הבסיסית, נובעת מהליך קוגניטיבי שגוי שעורכים אנשים כאשר מנסים לערוך ייחוס תחת מידע חסר על מושא הייחוס.

3. הקשר שבין חזקת המר לטעות הייחוס הבסיסית

כמפורט לעיל, את הבעייתיות שנוצרת בעילת הולדה בעוולה, עת נדרשים זוג הורים שדתם אוסרת על הפלה להוכיח כי לולי התרשלות הרופא היו מפילים את הוולד, הציע השופט ריבלין לפתור על ידי חזקה הניתנת לסתירה לפיה הזוג היה מבצע הפלה ככל שהייתה מתירה זאת הוועדה להפסקת היריון. ואולם, נראה כי משימה זו קשה מן הצפוי, גם לאחר תיקון המבחן בהלכת המר. בהקשר זה כתב פוזנר בספרו "עוולות טרום לידתיות – הילד הרצוי והילד הבלתי רצוי":

מן הראוי לציין שבפרשת המר, נעשה ניסיון לגשר על הבעיה ה'אמונית'... עם זאת, בפועל, ועל אף ההצהרה החגיגית, על כך שבוחנים את בני הזוג ולא את הדת, המעין חזקה, התבררה כחזקה חלשה, שקל, עד מאוד, לסתור אותה.²³

בהמשך לדבריו של פוזנר, ועל רקע הדברים האמורים לעיל, ברצוני אם כן להציע הסבר אפשרי מדוע החזקה שנקבעה בהמר הנה חלשה עד מאוד, וזאת בהתבסס על קיומה של הטיה קוגניטיבית שחלה על מומחים והדיוטות כאחד, היא טעות ייחוס הבסיסית.

William K.Wright. (1912). A psychological definition of religion. *The American Journal of Theology*, ²¹ Vol.16, No. 3. 385-409.

Constantine Sedikides, Lowell Gaertner & Erin M.O'Mara, Individuals Self, Relational Self, ²² Collective Self: Hierarchical Ordering of the Tripartite Self (2010). *National Academy of Psychology (NAOP) India*. 98-107.

²³ אסף פוזנר *עוולות טרום לידתיות – הילד הרצוי והילד הבלתי רצוי*, עמ' 76 (פורסם בנבו, 2019).

כפי שתואר לעיל, היכרות מוגבלת בין קבוצות שונות, מובילה לחוסר במידע ובהתאם מהווה כר פורה לקיומן של טעויות ייחוס בסיסיות בעת הליך פרשנות הפעולה או ההתנהגות של פרטים מקבוצות שונות. משכך, נראה כי אין מנוס שהשפעה זו תזלוג גם אל עולם המשפט. עמד על כך בעבר חמי בן נון.²⁴ לשיטתו, היות והוכח שההטיות חלות הן על הדיוטות והן על מומחים, טעות הייחוס הבסיסית עוזרת להבין מדוע שופטים עלולים לתת משקל יתר לראיות התומכות בנסיבות פנימיות, תוך מתן משקל חסר לנסיבות חיצוניות שהובילו להחלטה מסוימת.²⁵

אני סבורה, כי עילות של הולדה בעוולה הנוגעות לשאלות האם זוג הורים היה מבצע או לא מבצע הפלה, מהוות מקרה בוחן רלוונטי במיוחד לקיומה של טעות הייחוס הבסיסית ועיבוד קוגניטיבי שגוי, עד שלמעשה, קיומה של טעות זו עשויה לאיין את החזקה שנקבעת בהלכת המר, אשר נועדה להתמודד עם הקושי של העלאת רף ההוכחה המוטל על זוגות דתיים המבקשים לתבוע לפי אותה העילה.

למעשה, הטיה זו עשויה לגרום לשופטים לייחס משקל יתר לנסיבות פנימיות של הזוג שהובילו אותם להחלטה שלא לבצע הפלה – כמו למשל נסיבת דתם של הזוג, ומשקל חסר לנסיבות החיצוניות הקשורות בסיטואציה הכללית, באופן שעשוי לאיין את החזקה.²⁶ ודוק, אין טענתי שלא ניתן להסתמך כלל על השתייכות דתית של הזוג ופעולותיהם הנובעות מהדת. אלא, שבשל היות הדת גורם פנימי משמעותי של הזוג, עשויה לחול השפעתה של טעות הייחוס, אשר תוביל באופן בלתי מודע להסתמך על כך הסתמכות רבה מדי, באופן שיפעל לרעת זוגות דתיים המבקשים לתבוע בגין הולדה בעוולה.

בהמשך לכך, באמצעות ניתוח קרוב של פסק הדין בעניין **פלוני נ' קופת חולים מאוחדת**, אנסה להראות כיצד קיומן של נסיבות חיצוניות שעשויות לתמוך בטענה שהזוג היה מבצע הפלה מקום בו ניתנו לו הסברים ראויים, לא מספיקות כדי לאזן את המשקל הגבוה שנותן בית המשפט לנסיבות הפנימיות של זוג ההורים בהיותם זוג דתי שהתייעץ עם איש דת בטרם קבלת ההחלטה. במילים אחרות, ברצוני לטעון כי אם נבחן את פסק הדין בעניין **קופת חולים מאוחדת**, כמקרה בוחן ליישום הלכת המר על מקרי הפלה של זוגות דתיים, הרי שישנו חשש גבוה לקיומה של טעות ייחוס בסיסית.

כך, בעוד של פי ייחוס רציונלי ותקין ראוי היה לנתח את הדברים בדרך מסוימת, בפועל קיומה של ההטיה מוביל לתוצאה אחרת. בגדול, באופן הרציונלי נכון היה לנתח את המקרה כך: על פי התנהגות – לאחר שהמליץ הרופא לפלוני ופלונית לבצע הפלה התייעצו השניים אודות אפשרות ההפלה עם איש דת, והחליטו שלא לבצע הפלה; הקשר – הרופא דיווח על הסיכויים שיוולד וולד בעל מום, את סוגי המום האפשריים והמליץ להפיל, הרב שאל אודות הסברי הרופא והמליץ שלא

²⁴ חמי בן נון, "הטיות קוגניטיביות והחלטות שיפוטיות אינטואיציה וחשיבה סדורה במלאכתו של השופט" **שערי משפט** ה' 177, 224-225 (תש"ע).

²⁵ שם, עמ' 225.

²⁶ ראו חשש דומה שצוין בספרות המשפטית כביקורת לחזקה שנקבעה בהמר: רונן פרי, "להיות או לא להיות? זו כבר אינה השאלה" **מחקרי משפט** כט 61, 87-89 (2013). שם מציע המחבר, שחזקת המר לא מבטלת את ההפליה המגזרית, אלא לכל היותר מצמצמת אותה. הסיבה לכך היא שאמנם נקבע בחזקה שאסור להסתמך על נתונים כלליים, כמו השתייכות מגזרית, אולם השתייכות זו עומדת ברקע ההכרעה ומעלה אינדיקציות שאינן תומכות במסקנה שהייתה מתבצעת הפלה, ומשכך מעלות את רף ההוכחה לנשים המשתייכות למגזר. כמו פרי, גם מטרתי היא להציף את החשש מכך שהחזקה לא מגשימה את המטרה לשמה נוצרה, לפחות לא במלואה. אולם בשונה מדברי המחבר, אני סבורה כי לפי הלכת המר בית המשפט אינו יכול להסתמך על השתייכות כללית למגזר וגם לא על האינדיקציות הנובעות מהשתייכות למגזר הדתי (כגון הלחץ החברתי שמופעל). כך שהחזקה לא תיסתר על סמך אינדיקציות כלליות מעין אלו. אלא שלדידי, ישנו חשש שפעולות שביצעו זוג דתי שאינן בגדר אינדיקציות, ואשר מותר לשקול במסגרת ההכרעה, מקבלות משקל יתר כאשר הן מזוהות כפעולות של אנשים דתיים, ללא סיבה מוצדקת ובשל טעות הייחוס הבסיסית, כפי שיובהר להלן.

להפיל; פירוש משמעות ההתנהגות – ייתכן שהזוג הבין את דברי הרופא ולקחו סיכון שהסיכון יתממש לאור המלצת הרב, וייתכן שלא הבינו ולא היו לוקחים סיכון אם היו מבינים כראוי את דברי הרופא (כלומר, מהתנהגותם אין אינדיקציה לכך שלא מפילים אילולי התרשלות הרופא, כפי שנקבע בפסק הדין להלן). ואולם, טעות הייחוס הבסיסית מטה לקבלת מסקנה שגויה: התנהגות – לאחר שהמליץ הרופא לפלוני ופלונית לבצע הפלה התייעצו השניים אודות אפשרות ההפלה עם איש דת, והחליטו שלא לבצע הפלה; זיהוי ההתנהגות – התייעצות עם איש דת היא התנהגות של אנשים דתיים; אפיון אוטומטי של האדם הנצפה – בני הזוג משתייכים לדת שאוסרת על הפלה; התאמה של הפירוש להקשר – מדובר בזוג דתי שלא היה מבצע הפלה לולא התרשלות הרופא, אולם יש את ההקשר לפיו הזוג קיבל מידע רפואי שייתכן שלא הבינו כראוי.

כך יוצא, שמפירוש לפיו ייתכן והדבר קשור לנסיבות חיצוניות בדבר ההסברים שניתנו לזוג, תהליך העיבוד הקוגניטיבי מטה לקביעה שהדבר שהכריע את הכף היה היות הזוג דתי, על אף שהגיוני שההסבר הלקוי הוא שהוביל לכך שלא הפילו. כלומר, שגם אם ישנה חזקה לטובת הקביעה שהזוג היה מפיל כדי למנוע הפליית זוגות דתיים שדתם אוסרת על הפלה, הרי שהיא "מקוזזת" עם הנטייה לקבוע שניתק הקשר הסיבתי, נטייה שנובעת מהיות הדת נסיבה פנימית בעלת משקל גבוה בייחוס סיבות להתנהגות.

ב. טעות הייחוס הסיבתית במקרה של הולדה בעוולה – מקרה בוחן: פלוני נ' קופת

חולים מאוחדת

1. רקע לפסק הדין

בשנת 2014 הגיש זוג הורים יהודים דתיים תביעה נגד קופת חולים מאוחדת בגין הולדה בעוולה. לפי התשתית העובדתית שנקבעה בערכאה הדיונית ועליה לא הייתה מחלוקת בין הצדדים, האם, אשר הייתה הרה בעודה נושאת התקן תוך רחמי, הייתה נתונה בסיכון ללידה מוקדמת, אך בכל זאת סרבה להמלצת הרופא לבצע הפלה; כמו כן, כפי שמתואר בפסק הדין, בטרם קיבלה את החלטתה, האם התייעצה עם רב שהמליץ לה לא לבצע את ההפלה. בסופו של דבר, האם ילדה בלידה מוקדמת פג עם נכות שכלית.

בין זוג ההורים לרופא התגלעה מחלוקת משפטית בנוגע לשאלת ההתרשלות מצדו של הרופא בהסברת ההשלכות של לידה מוקדמת. בעוד ההורים טוענים כי לא הבינו את משמעות הסיכון הכרוך בלידה מוקדמת עם התקן תוך רחמי וסברו שהסיכון מסתכם בפגות גרידא, הרופא טען שהסביר ופירט את הסיכונים וההשלכות – החשש שייוולד וולד עם נכות מוטורית או שכלית; משכך טען הרופא כי הוא כלל לא התרשל. מחלוקת נוספת נגעה לשאלת הקשר הסיבתי. כך, הרופא טען כי בלאו הכי האם לא הייתה מבצעת הפלה, שכן ההורים התייעצו עם רב שהמליץ להם לא להפיל ומשכך ניתק הקשר הסיבתי. מנגד, ההורים טענו שלו היה ניתן להם המידע הרלוונטי והם היו מודעים לסיכונים כהווייתם, הרי שהיו שוקלים, ללא קשר להמלצת הרב, אם ביכולתם לגדל ילד עם נכות שכלית או לבצע הפלה.

בית המשפט בערכאה הדיונית קבע, כי בין היתר, בשל העובדה שהתיעוד הרפואי לא כלל פירוט בדבר הסיכונים, ובשל כך שהרופא בעצמו פירט את כלל הסיכונים ששטח בפני האם רק כשהעיד בבית המשפט ולא בתצהיר, הרי שגרסת ההורים מהימנה. עוד קבע, כי קיימים מצבים בהם אפילו

דתם של המשיבים מאפשרת הפלה, ומשכך, לא ניתן הקשר הסיבתי בעת הפנייה לרב, שכן אילו הוסבר להם המצב לאשורו, במאזן הסתברויות ייתכן והיה מומלץ לבצע ההפלה.²⁷ ואולם, בערעור שהוגש לבית המשפט העליון נקבע כי בניתוח העובדות של בית המשפט של הערכאה הדיונית עולים פגמים היורדים לשורש ההליך, ושליפיהם יש להתערב בתשתית העובדתית שנפרשה באופן שרואה את גרסת הרופא כמהימנה וכשוללת הן התרשלות הן קשר סיבתי.

לעניין רכיב ההתרשלות, נקבע שהעובדה שהרופא לא פירט ברשומות את הסיכונים האפשריים לא עולה כדי נזק ראייתי אשר מעביר את נטל הראיה, כך שהנטל נשאר אצל ההורים להוכיח כי הרופא התרשל. יתירה מכך, נקבע שהנטל המוטל על ההורים מוגבר וזאת היות ונהגו בניגוד להמלצתו הדרסטית של הרופא לבצע הפלה. במסגרת פסק דינו הצביע השופט עמית על שורה של אינדיקציות המובילות למסקנה כי לא הוכחה התרשלות הרופא.²⁸ באשר לסוגיית הקשר הסיבתי, קבע השופט עמית כי אינו מתקיים במקרה דנן וזאת לאור הנסיבות הבאות: ההורים ביכרו את עצת הרב שלא להפיל על פני המלצת הרופא להפיל; לאחר שהתייעצו בני הזוג עם הרב נחתם הנושא מבחינתם; ההורים נזהרו מלהצהיר כי היו מפסיקים את ההיריון לו היו מוצגים להם הסיכונים שבלידת ולד פג; מעדות ההורים עולה שציפו לקבל פירוט אודות סיכון ספציפי שיתממש כדי שיוכלו לקבל החלטה מושכלת, בעוד שציון אודות סיכון ספציפי היא איננה דרישה סבירה. מכאן מסיק השופט עמית שממילא היה הוולד נולד, שכן ההורים לא היו מבצעים הפלה.

לצד נסיבות אלו, הציפו ההורים כמה נסיבות נוספות שלא זכו להתייחסות משמעותית בפסק דינו של השופט עמית. על נסיבות אלו אפרט בהמשך.

בנוסף לאמור לעיל, בפסק הדין נשללה קביעת הערכאה הדיונית לפיה הפירוט הרפואי החסר שניתן לזוג, ושאחר כך העבירו בני הזוג לרב השפיעה על המלצת הרב שלא להפיל, כך שאם היו ניתנים הסברים מפורטים ייתכן שגם הוא בעצמו היה ממליץ לבצע הפלה. בהקשר זה, קבע השופט עמית כי לא הוכח שהובא מידע רפואי לרב ושהוא התבסס על מידע מסוג זה במתן ההמלצה.

אני סבורה כי מאמור לעיל ניתן לאתר סימנים קיומה של טעות הייחוס הבסיסית. זאת במובן זה שבעוד שלנסיבות חיצוניות המעידות על כך שהזוג היה מפיל ניתן משקל מזערי עד אפסי, הרי שנסיבת היות הזוג דתי והתייעצותם עם רב תפסה נדבך משמעותי בהכרעת פסק הדין.

2. נסיבה פנימית כנסיבה מכרעת – התייעצות הזוג עם איש דת

פסק הדין בבית המשפט העליון פותח בתיאור המקרה באופן הבא: "רופא ממליץ פעמיים לאשה ולבעלה להפסיק את ההריון. הזוג אינו פועל על פי המלצת הרופא ופונה לרב ידוע שממליץ להם שלא להפסיק את ההריון..."²⁹ אני סבורה כי תיאור זה הרומז כבר על ההכרעה הסופית בנוגע לרכיב

²⁷ ת"א (י-ם) 5193/03 ד' א' נ' (קטין) נ' קופת חולים מאוחדת (פורסם בנבו 30.08.20).

²⁸ לעומת השופט עמית ובהסכמת השופט סולברג המשנה לנשיא (כתוארה אז) נאור, בדעת מיעוט, העלתה ספק בנוגע לאינדיקציות שהועלו בפסק הדין, בהתחשב בכך שמסתמכות על הערכת מהימנות העדים, שבכך יש יתרון לערכאה הדיונית על פני ערכאת הערעור. למרות שלטעמי קביעת פסק הדין גם בהקשר של רכיב ההתרשלות מעוררת קשיים, בהערה לא אדרש לסוגיה ואתמקד ברכיב הקשר הסיבתי בלבד.

²⁹ מאוחדת, לעיל, ה"ש 6.

הקשר הסיבתי אליה יגיע בית המשפט, מבליע בתוכו כבר עתה את המשקל הגבוה שנותן השופט לנסיבות הפנימיות.

לאחר הפתיחה המרמזת, פותח השופט עמית את הדיון אודות רכיב הקשר הסיבתי ומדגיש כי ההכרעה בשאלת הקשר הסיבתי צריכה להיעשות בהתאם לחזקה שנקבעה **בעניין המר**. קרי, שאת השאלה האם ניתק הקשר הסיבתי אין לבסס על סמך 'נתונים כלליים' הנוגעים להשתייכות הזוג לזרם דתי כזה או אחר. אלא שלדעתו, במקרה הנוכחי כלל לא מדובר ב'נתון כללי', אשר בו אוסרת הלכת **המר** להתחשב בבחינת הקשר הסיבתי, אלא ב"גורם זר מתערב" בדמות פניית ההורים אל רב שהמליץ להם לא להפיל. כך, לשיטת השופט עמית, עצם העובדה שההורים העדיפו את עצת הרב על פני עצת הרופא, ביודעם ששיקוליו הם שיקולי אמונה ולא רפואה, מעידה כי החלטתם שלא להפיל נבעה משיקולי אמונה והלכה. כך, גם אם היו נפרשים בפניהם הסיכונים הרלוונטיים לא הייתה לכך השפעה על החלטתם, ומשכך ניתק הקשר הסיבתי. וכך קובע השופט בפסק הדין:

הפסיקה חזרה ודחתה טענה כללית כי בשל השתייכות מגזרית-דתית מסוימת, יש להניח שהאישה לא הייתה מבצעת הפלה... אלא שהמקרה שלפנינו מתייחד בקיומו של "גורם זר מתערב" בדמות פנייה של ההורים לסמכות תורנית בכירה וקבלת המלצה רבנית שלא להפסיק את ההריון. האם אין בכך כדי להעיד שההורים ביכרו שלא להפסיק את ההריון מטעמי אמונה ודת, **ללא קשר** לטיב ההסבר שקיבלו מד"ר אברמוב?³⁰

ואולם, אני סבורה כי נימוק זה הוא קשה, משום שהוא מניח בבסיסו כי מי ששוקל בנוסף לשיקולים הרפואיים גם שיקולים המבוססים על עולם הרגש, השקפת עולם, אמונות דתיות ותפיסות אתיות – שיקולים לגיטימיים לחלוטין, שאף בית המשפט הכיר בהם ככאלה בעבר³¹ – מקבל החלטה דיכוטומית על פיהם. כלומר, מסקנה מסתברת מדברי השופט היא שאם מבחינת אמונתו של אדם אסור לבצע הפלה, האדם המאמין בהכרח לא יפיל, לא משנה מהם הסיכונים וההשלכות של התממשות הסיכון על חייו וחיי הוולד. המשמעות הכוללת היא שכל שיקול לבר רפואי עלול לשלול קשר סיבתי ולעלות כך כדי גורם זר מתערב, תוך שלמעשה בדרך זו הוא עוקף את הלכת **המר**. בכך למעשה, נשללת האפשרות התאורטית מפני אנשים ונשים דתיים לקבל החלטות מורכבות המהוות שקלול.

במקרה דנן, עת נדרשו הורים להחליט אם להפסיק היריון, ההחלטה נבעה לשיטתם משקלול של שיקולים רפואיים עם שיקולים לבר רפואיים. כפי שעולה מתיאור עמדתם, ככל שרמת הסיכון שנשקפת והסיכוי שהסיכון יתממש גבוהים יותר, הרי ששיקולים מוסריים, דתיים או אתניים היו נדחקים לטובת שיקולים בדבר יכולתם הממשית של ההורים להתמודד עם גידול וולד בעל מום. כך צוטטה האם בפסק הדין:

עלי להדגיש כי אילו היו ד"ר אברמוב או פרופ' יגל מסבירים לי שבלידה מוקדמת טמונה סכנה שהפג יפגע... **והרב היה ממליץ להמשיך את ההריון, היינו**

³⁰ שם, פסקה 50 לפסק דינו של השופט עמית. ההדגשה אינה במקור.

³¹ ע"א 1355/11 **הסתדרות מדיצינית הדסה נ' קופת חולים מאוחדת** (פורסם בנבו, 09.02.2015); ע"א 4384/90 ואתורי נ' בית החולים לניאדו, פ"ד נא(2) 171 (1997); דנ"א 121/11 **גרסטל נ' דן**, פס' 8 לפסק הדין (פורסם בנבו, 5.12.2011).

מתייעצים בינינו לבין עצמנו בשאלה אם אנו מוכנים ומסוגלים לגדל ילד נכה וככל

הנראה היינו מתייעצים עם אנשים נוספים.³²

ובהמשך, גם צוטט האב באמרו: "יתראי, אנחנו אנשים דתיים, יש לנו את החופש בחירה שלנו לעשות, כמו כל בן אדם אחר, מה שאתה רוצה".³³ מכאן יוצא, שעל פניו, לפי ההורים, פירוט הסיכונים היה עשוי להשתקלל עם שיקולי אמונה באופן שבהחלט יכול היה לשנות את החלטתם לבצע הפלה.

את עמדתו, נימק השופט עמית השופט בכך שלאחר המלצת הרב הנושא הגיע לסיומו מבחינת הזוג.³⁴ ואולם, אני סבורה כאמור כי הצגת עובדה זו כראייה לטיעון כי אין קשר סיבתי היות והמלצת הרב היא שמשנה, היא שגויה ולו מפאת הסיבה שהיא לא מאפשרת להורים את החירות שהחלטתם תהיה מורכבת משקלול השיקולים הרפואיים והשיקולים שאינם רפואיים יחד. יתרה מכך, לא ארחיק לכת אם אומר שישנה אפשרות שאי גילוי של פרטים חשובים מצד הרופא, כפי שנקבע בערכאה הדיונית, היא שהובילה מלכתחילה לפניית הזוג אל הרב. כפי שמתואר בפסק הדין, ההתייעצות עם הרב הגיעה לאחר המלצת הרופא לבצע הפלה, וכשלא הבין הזוג לפשרה. כך לדברי האם כפי שצוטטו בפסק הדין של בית המשפט המחוזי: "הוא לא הסביר דבר... למעט העובדה שהוא ממליץ על הפלה בגין האפשרות ללידה מוקדמת".³⁵ ובהמשך אמרה: "הוא לא נתן לי את כל האינפורמציה הזאת ואז אמרנו שאנחנו רוצים להתייעץ עם, אני ובעלי, כשבאנו הביתה, שאנחנו רוצים להתייעץ עם הרב...".³⁶ ישנה אפשרות אם כן, שהמידע המעורפל שהעביר להם הרופא הוביל להחלטתם לפנות לגורם אחר שיסייע להם לקבל החלטה. בכל אופן, קשה לראות כיצד העובדה שהזוג התייעץ עם רב שהמליץ להם לא להפיל סותרת את החזקה שנקבעה בהלכת המר, כפי שנקבע בפסק הדין.³⁷

אני סבורה כי בניתוח שלעיל ניתן לראות השתקפות של טעות הייחוס הבסיסית. כזכור, לפי הטעות ישנה נטייה חזקה להסביר התנהגויות של פרטים באמצעות נסיבות שקשורות לפרט, כגון דתו והפעולות שביצע בעקבותיה, תוך מתן משקל חסר לנסיבות החיצוניות שהשפיעו על התנהגות הפרט. ואולם, כאמור לעיל, העובדה שהזוג התייעץ עם רב ופעל לבסוף כפי המלצתו לא מנביעה את המסקנה שאין חשיבות לטיב ההסברים שניתנו על ידי הרופא, כפי שטען השופט בציטוט לעיל. אולם הנטייה האנושית להסביר התנהגויות באופן תכונתי ופנימי, היא אולי זו שהובילה להענקת משקל גבוה מאוד לנסיבת התייעצות הזוג עם איש דת והיותם דתיים בקביעה שלא היו מפילים אף לולי התרשלות הרופא. זאת, על אף קיומה של חזקה לטובת ההורים וקיומן של נסיבות חיצוניות שעשויות היו להוכיח אחרת. בפרק הבא, אבחן כיצד שקילת הרב עצמו את השיקול הרפואי, שהיא נסיבה חיצונית לזוג, מקבלת משקל נמוך בחיזוי החלטת ההורים אם להפיל אם לאו.

3. נסיבה חיצונית רלוונטית העולה ממקרה הבוחן – התבססות איש הדת על מידע רפואי

³² לעיל, ה"ש 27, פסקה 43 לפסק הדין (ההדגשה אינה במקור).

³³ שם, פסקה 44 לפסק הדין.

³⁴ מאוחדת, לעיל ה"ש 6, פסקה 52 לפסק דינו של השופט עמית: "...לאחר שההורים הודיעו לד"ר אברמוב כי החליטו שלא להפסיק את ההריון, הנושא "נסגר" מבחינתם והאם המשיכה במעקב הריון אצל ד"ר אברמוב מבלי לחזור ולשאול אותו לפשר המלצתו. הדבר מעיד על כך שהמלצתו של הרב אליהו ז"ל התירה מבחינת ההורים את הספקות והיא שהביאה אותם להחלטתם לדחות את המלצתו של ד"ר אברמוב".

³⁵ לעיל, ה"ש 27, פס' 22 לפסק הדין.

³⁶ שם.

³⁷ מאוחדת, לעיל ה"ש 6, פס' 57 לפסק דינו של השופט עמית.

השופט עמית הביע בפסק דינו התנגדות לקביעת בית המשפט קמא לפיה מתקיים קשר סיבתי היות וקיימת אפשרות שאילו היו נפרשים הסיכונים כהווייתם בפני הזוג, אזי ייתכן שאף הרב בעצמו היה ממליץ להורים לבצע הפלה, ובכך הייתה נמנעת הלידה. כלומר, לפי הערכאה הדיונית, גם אילו ההורים אכן הסתמכו בקביעתם על המלצת הרב גרידא, הרי שייתכן והמלצה זו עצמה הייתה משתנה בהצגת התמונה העובדתית המלאה בפניו.³⁸

ואולם, בפסק הדין הנוכחי קבע השופט עמית כי מדובר בהסתמכות שגויה. לשיטתו, מכיוון שהרב לא התבסס על שיקולים רפואיים מלכתחילה, נתון רפואי ממילא לא היה משנה את המלצתו. לפי הקביעה, מאחר ולא הוכח שהרב הסתמך על מידע רפואי כלשהו כשנתן המלצה שלא לבצע הפלה, הרי שאין להסיק שייתכן שפירוט נרחב יותר של הרופא היה מוביל לתשובה אחרת מצדו.³⁹

אני סבורה כי קביעת השופט עמית, ששוללת את האפשרות שייתכן והרב היה ממליץ להפיל אם היה ניתן מידע רפואי מפורט יותר, מעלה קושי כפול. ראשית, מדבריו של השופט עמית עשויה להשתמע דרישה להוכיח שהרב הסתמך על מידע רפואי. אלא שדרישה כזו מתעלמת מחזקת המר, לפיה נטל ההוכחה מוטל על הנתבע ועליו להוכיח שניתק הקשר הסיבתי. קרי, לא על ההורים להוכיח שהרב הסתמך על מידע רפואי, אלא שעל הרופא להוכיח שהרב לא הסתמך על מידע רפואי ושלפיכך הקשר הסיבתי נשלל, וזאת לא הוכח בפסק הדין.⁴⁰ בכך, שוב ניתן ביטוי לטעות הייחוס הבסיסית. נסיבה חיצונית לזוג – הסתמכות או העדר הסתמכות של הרב על מידע רפואי⁴¹ – אינה מקבלת התייחסות מספקת ואף נשללת במקרה דנן. זאת, בניגוד לערכאה הדיונית בה נקבע ש"סביר להניח, כי אם היה מובא לפני הרב גם המידע בדבר האפשרות להיוותרות נכות בעובר שייוולד, ייתכן כי היה ממליץ לבצע הפלה..."⁴².

שנית, הקביעה שלא הוכח שהרב הסתמך על מידע רפואי כלל, היא אינה חד משמעית על פי עובדות פסק הדין. כך למשל, מעדות פרופסור יגל, שהעיד מטעם ההורים, עלה כי לרב 'הגיון בריא' בקביעותיו אם יש לבצע הפלה או לא, ובהתאם, ישנם מקרים שבהם כן היה ממליץ לבצע הפלה. בפסק דינו מציין השופט עמית שעובדה זו לא נעלמה מעיניו, אך בפועל לא ברור האם והיכן התייחס אליה.⁴³ בכל אופן, ייתכן שהחלטת הרב אכן לא הייתה מושפעת מהמידע הרפואי, אך לא הוכח כך

³⁸ שם, פס' 54 לפסק דינו של השופט עמית.

³⁹ שם: "היסק זה [לפיו מידע רפואי מפורט יותר היה עשוי להשפיע על המלצת הרב] מוקשה בעיני, מאחר שלא הוכח כי שעה שהרב אליהו נתן עצתו להורים, הוא עשה זאת לאחר שעיין בחומר רפואי כלשהו, או לאחר ששוחח עם פרופ' יגל שאליו הופנו ההורים בעצת עוזרו..."

⁴⁰ אדגיש, שגם בהוכחה שהרב לא הסתמך על מידע רפואי אין די כדי לסתור את חזקת המר שכן כאמור לעיל, המלצת הרב היוותה שיקול אחד מיני רבים בהחלטה להפיל. כך ייתכן שגם אם היה הרב ממליץ להפסיק את ההיריון היה הזוג פועל אחרת.

⁴¹ מדובר בנסיבה חיצונית, כי כל אשר אינו נובע מהחלטותיו, תכונותיו או מהוויו הפנימיים של מושא הייחוס הוא נסיבה חיצונית ביחס אליו. מושא הייחוס הוא בני הזוג, ולכן דרך החלטתו של הרב היא נסיבה חיצונית ביחס לזוג. זאת, לעומת החלטת ההורים להתייעץ עם רב שהמליץ להם להפיל – שהיא נסיבה פנימית לזוג שנובעת מתכונותיו הפנימיות ולפיכך מקבלת משקל גבוה. ראה דיון בהרחבה לעיל, תת פרק א.2.

⁴² שופט המחוזי התייחס לנתון כדי להדגיש שבמסגרת הזהירות שיש לנקוט בהסתמך על נתונים כללים רלוונטיים, כמו התייעצות עם רב, יש להתחשב גם בכך שהרב עצמו לעיתים ממליץ להפיל, ושגם אם לא היה ממליץ – לא הוכח שהזוג היה מפיל באופן שסותר את החזקה. לעיל, ה"ש 27, פס' 45 לפסק הדין; וראו הצגה של פסיקת ביהמ"ש המחוזי כמיישמת ראוי את החזקה שנקבעה בהמר: יונתן דיוויס, "שאלת הקשר הסיבתי בעילה של 'הולדה בעוולה'" (54) בעמ' 67, **רפואה ומשפט** (2015); מנגד, לתמיהה בדבר אי קיום טעות בייחוס אצל שופט ביהמ"ש המחוזי יכולים להיות כמה הסברים לפי הספרות הפסיכולוגית, כגון השתייכות הבוחן לקבוצה הנצפית או היכרות עם הקבוצה הנצפית, וראו דיון על כך בהמשך.

⁴³ וראוי לציין, כי ניכר מפסד הדין שהשופט ראה את עדות פרופסור יגל כמהימנה: ראשית, משום שלא שלל את מהימנותה כפי ששלל את מהימנות עדותם של ההורים; שנית, משום שלאורך פסק הדין השתמש בעדות הפרופסור כדי לתאר את השתלשלות האירועים.

או אחרת ומטרתו להצביע על הקושי בקביעה החד משמעית שמידע רפואי אחר לא היה משנה את המלצת הרב.

יתרה מכך, ראוי לשים לב לכך שעצם ההתייחסות לשאלה האם הרב לקח בחשבון את המידע הרפואי או לאו, מראש, מניחה כי הזוג בהכרח ביסס את החלטתו על החלטת הרב. כאן אדגיש שוב, כי המלצת הרב מהווה שיקול אחד מיני רבים אחרים בקבלת החלטה משמעותית כדוגמת ההחלטה אם לבצע הפסקת הריון. לפיכך, גם בהוכחה שהרב לא הסתמך על מידע רפואי אין די כדי לסתור את חזקת המר, שכן ייתכן שהזוג היה פועל אחרת.

4. קשיים העולים מיתר הטיעונים לפיהם נותק הקשר הסיבתי, ודיון בטענת נגד עיקרית

בפסק הדין מצג לפיו ההורים ציפו לקבל תרחיש ספציפי לסיכון ולמום שעשוי להיות לוולד. כך, לדברי האם "אם הוא היה אומר לי... הילד שלך יהיה על כסא גלגלים..."⁴⁴ וכפי שציין האב "אם היו אומרים לי יצא לך ילד אוטיסט... לא היינו ממשיכים".⁴⁵ ומכאן מסיק השופט עמית כאמור, שניתק הקשר הסיבתי, כי ממילא הרופא כלל לא נדרש לציין סיכון ספציפי היות ולא כך נמדד הרופא הסביר.⁴⁶ ואולם בפועל, האם העידה על כך שאילו היה הרופא מסביר לה שבלידה מוקדמת "טמונה סכנה" שהפג יפגע באופן שיגרמו לו בעיות רפואיות חמורות ובעיות התפתחותיות, וכי הסיכוי שהלידה הזו תתרחש הוא גבוה בשל נוכחות ההתקן,⁴⁷ הרי שאז הייתה שוקלת הפלה. בהמשך העידה ש"אילו היה ד"ר אברמוב או פרופ' יגל היו דואגים להסביר לנו את הסיכונים הכרוכים בהיריון ולידה עם התקן תוך רחמי היינו יכולים לשקול את המשך ההיריון בהתאם לבסיס נתונים אמיתי ולבצע הפלה אם היה בכך צורך".⁴⁸ כך יוצא, שאמירה של האם (נסיבה פנימית) שמתיישבת עם פירוש משמעות ההתנהגות, שהזוג לא היה מפיל אלא במקרה של אוטיזם, מקבלת משקל גבוה יותר מאמירה אחרת של האם שלא מתיישבת איתה.

שנית, לדעת השופט, העובדה שהזוג נזהר מלציין בכתבי טענותיו כי לו היו נפרשים הסיכונים היה בוחר להפיל הוולד מעידה כי לא היו מפילים, ושכך יש חיזוק למסקנה כי ניתק הקשר הסיבתי. תימוכין לכך שהזוג נזהר כאמור, הוא מוצא בעדות ההורים המובאת בפסקה לעיל, ממנה עולה שרק אם היה נאמר להם במפורש ובאופן חד משמעי שהילד יסבול מנכות ספציפית היו שוקלים הפלה.⁴⁹ כאמור לעיל, הסתמכות על חלק מדברי ההורים שמתיישבים עם המסקנה היא קשה לאור דברים אחרים שאמרו בעדותם, מהם עולה שהיו שוקלים הפלה לו נפרשו בפניהם הסיכונים כראוי. מעבר לכך, הטיעון, לפיו העובדה שהזוג נזהר מלהצהיר שהיו מבצעים הפלה מוכיחה שלא היו מבצעים אותה בלאו הכי, כך שניתק הקשר הסיבתי, הוא קשה היות ומתעלם מהקושי הנפשי שבחיוב ההורים להעיד כי בהכרח היו מפילים את הוולד בעודו בחיים.⁵⁰

⁴⁴ מאוחדת, לעיל ה"ש 6, פס' 53 לפס"ד של השופט עמית.

⁴⁵ מאוחדת, שם.

⁴⁶ שם: "אלא שכבר עמדנו על כך, שרופא סביר לא היה מעלה בפני מטופלת תרחיש חד-משמעי לפיו כל הריון עם התקן תוך-רחמי מסתיים בלידה מוקדמת ובלידת ילד משותק... לכאורה, משתמע מעדויות ההורים כי אם ד"ר אברמוב היה מסביר להם כי יש "רק" אפשרות או סיכוי שהילד-הפג יסבול מנכויות, לא היה בכך כדי להניעם להפסיק את ההיריון".

⁴⁷ לעיל, ה"ש 27, פס' 43 לפסק הדין; השופט עמית בעצמו מציין זאת- מאוחדת, פס' 41 לפסק דינו של השופט עמית.

⁴⁸ שם.

⁴⁹ מאוחדת, פס' 53 לפסק דינו של השופט עמית.

⁵⁰ הוזכר ב- ע"א 1326/07 ליאור המר נ' פרופ' עמי עמית פס' 47 לפסק דינו של המשנה לנשיא (כתוארו אז) ריבלין

ופס' 3 לפסק דינה של השופטת ארבל (28.05.2012).

לבסוף, נראה שלפי הטיעון, רף ההוכחה הנדרש גבוה מהדרוש בדין הנזיקי, ואולי אף מתקרב למשפט הפלילי. הרי אם במאזן הסתברויות עסקינן, אין צורך בהוכחה כי בתרחיש בו היו נפרשים הסיכונים היו מפילים את הוולד ב-100 אחוזים. גם שופט בית המשפט קמא ציין זאת בקבעו, כי לפי עדות הזוג, ובהתחשב בחזקה שנקבעה בהמר ובכך שמדובר במאזן הסתברויות, הוכח שהזוג היה מפיל הוולד. בכך, הטיעון מעלה חשש מפני הטיה שמובילה לכך שחזקת המר לא נלקחת בחשבון מאזן ההסתברויות לטובת התובעים.

לסיכום אציין, ידוע לי שבכל האמור לעיל אין כדי לקבוע יתדות בדבר קיומה של הטיה, אלא שהדין נועד להציף חשש בדבר היכולת ליישמה לאור הטיות קוגניטיביות, חשש אשר מקבל ממשותב בניתוח פסק הדין. לאמור – החשש מהסתמכות על נתון כללי, כמו דתם של ההורים, הוא אחד החששות שהובילו לקביעת החזקה, אולם היות שדתם של ההורים היא נסיבה פנימית, נוטים בני אדם, מומחים והדיוטות כאחד, לייחס לה משקל גבוה בחיזוי התנהגויות האדם לעומת נסיבות חיצוניות, דבר שיוביל להחלשת החזקה. אמנם ניתן לטעון שפסק דין אחד לא יכול להעיד על קיומה של הטיה, אולם חשוב לציין שמאז המר, בבית המשפט העליון נידונו בסך הכול רק עוד שלושה מקרים של תביעת זוג דתי בגין הולדה בעוולה,⁵¹ כך שפס"ד אחד במקרה הזה הוא מספיק כדי להוות נורת אזהרה שיש מקום לתת עליה את הדעת.⁵²

יטען הטוען, שאם קיימת הטיה כמתואר לעיל, הרי שהטיה זו הייתה צריכה לחול גם על שופט הערכאה הדיונית, כשם שחלה על שופט ביהמ"ש העליון, אולם ראינו שההטיה לא חלה עליו שכן פסק לטובת זוג ההורים. כך למשל גם ביחס לעמדת המיעוט בפסק הדין בבית המשפט העליון.

ואולם, כזכור, הטית טעות הייחוס הבסיסית נובעת מהליך עיבוד קוגניטיבי שגוי שנובע מחוסר במידע שמקשה על עריכת ייחוס רציונלי. לפי הטיית הצופה- המשתתף, טעויות בייחוס נוטות להיעשות בעיקר על ידי מי שאינו משתייך לקבוצה הנצפית.⁵³ בכיוון ההפוך, ומבלי להיכנס לפרטי המקרה הספציפי, אם שופט בית המשפט המחוזי הכיר לעומק את הבעיה מולה ניצבו זוג ההורים הדתי, משום שהכיר מקרוב את העולם החרדי/דתי בין אם משום שהשתייך אליו ובין אם בשל גורמים אחרים כמו היחשפות ישירה לעובדות המקרה, הרי שנטייתו לייחס משקל גבוה לנסיבות פנימיות תהיה משמעותית נמוכה יותר. כלומר, שבתהליך העיבוד הקוגניטיבי יתבצע פירוש להתנהגות לפי המודל הראשון והתקין של התנהגות לפי הקשר. המסקנה היא שלא היינו רוצים לקשור את שאלת הקשר הסיבתי לשאלת היכרות מקרוב של השופט עם עולם הדת ועם הדילמה בפניה ניצבים זוגות דתיים. מעבר לכך, חשוב לי לציין שאין בכוונתי לטעון שההטיה חלה תמיד ועל כולם באופן גורף וחד משמעי. כדי להוכיח נתון זה נדרשת בחינה סטטיסטית של כלל פסקי הדין

⁵¹ ע"א 8426/10 פלוני נ' מלאך (פורסם בנבו, 5.6.2013). בעניין מלאך החזקה נסתרה לאור קביעה עובדתית בערכאה הדיונית לפיה האם הודיעה שבלאו הכי לא תבצע הפלה משום דתה שאוסרת זאת. האם הכחישה בתוקף, אולם בערכאה הדיונית נטען שבין היתר והרב שפנו להתיעץ אתו ושהיה מתיר להם לבצע הפלה, נמנע מלהעיד בבית המשפט ומסר אמירה לפיה בשום אופן לא היה מאשר לבצע הפלה, הרי שעדות האם אינה מהימנה. לכשעצמי, מסופקני אם הרב היה בא להעיד גם אם היה מתיר להורים לבצע הפלה, וזאת בשל הרגישות שבעדות כזאת. ישנם מקרים שגם אם רב היה מתיר לזוג ספציפי לאור נסיבותיו המיוחדות לבצע הפלה, הוא לא היה רוצה להעיד שהיה מתיר להם: ראשית, כדי שלא לתת פתח לזוגות דתיים אחרים, בעלי אותן נסיבות, להסיק מסקנות בכוחות עצמם ולבצע הפלה. שנית, שופטים צריכים לתת אל ליבם לכך שהחברה הדתית מלאה בסנקציות חברתיות של הדרה. אלו דברים קשים לומר, אבל כן ישנה אפשרות שרב שהיה מתיר לזוג לבצע הפלה, לא היה מעיד על כך מחשש שידירוהו; ע"א 2360/14 אבו גאנם נ' בצר (פורסם בנבו, 8.2.2016); ע"א 8710/17 פלוני נ' 'שירותי בריאות כללית' (פורסם בנבו, 06.08.19).

⁵² הדיון בנושא עדיין מעניין כי הלכות ביהמ"ש העליון משפיעות על הכרעות הערכאות הדיוניות (וראו להלן יישום של בית המשפט המחוזי הערות אגב של בית המשפט העליון משל היו הלכה), ואולי כבר נוצר אפקט מצנן שבגינו לא מערערם (ראו דיון על כך בהמשך).

⁵³ Daniel T. Gilbert and Patrick S. Malone The Correspondence bias, Psychological Bulletin 1995, Vol.117, No. 1, 21-38. Pages 27-30.

בנושא. כוונתי אינה אלא להעלות למודעות את אפשרות קיומה של ההטיה אשר עשויה לחול ביתר שאת על החיצוניים לקבוצת הנצפית.

ג. דיון בהשלכות ההטיה המתוארת

כאמור בפרק א, הרקע ליצירת החזקה הוא החשש מפני יצירת רף גבוה שיוביל לחוסר שוויון בין קבוצות תובעים שונות:⁵⁴ במצב זה, קיומה של הטיה שמחלישה את החזקה עד כדי שלילתה מחזירה את החשש מאי שוויון ביתר שאת. חוסר השוויון מתבטא בכך שעל טעויות של שופטים בעילת הולדה בעוולה 'משלמים' יותר התובעים הדתיים. כך, בקביעה אם זוג זכאי לפיצויים בגין הולדה בעוולה יכולים להתקיים שני סוגים של טעויות הנוגעות לרכיב הקשר הסיבתי: קביעה שזוג היה מפיל כאשר בפועל לא היה מפיל, ובכך מתן פיצוי יתר; קביעה שהזוג לא היה מפיל כאשר בפועל היה מפיל, ובכך מתן פיצוי חסר. בסוג הפיצוי שמרע עם התובעים, פיצוי חסר, ייתכן והטעות תהיה במקרה שהתובעים הם זוג דתי וייתכן שלא. בהנחה שכשישנה טעות לרעת התובעים ההסתברות שמדובר בזוג דתי היא X , הרי שההסתברות שמדובר בזוג שאינו דתי היא $1-X$ (מאורע משלים). במצב דברים זה, ישנו חשש ש- X גבוה מ-50%, במובן זה שטעויות רבות יותר קורות בתיקים שמוגשים על ידי זוגות דתיים, בין היתר בשל הנטייה להעניק משקל גבוה לעובדת היות הזוג משתייך לדת שאוסרת על הפלה, נטייה שלא קיימת כאשר מדובר בזוג תובעים שאינו דתי כאמור.

מעבר לחשש הפגיעה בשוויון, ישנו החשש מיצירת אפקט מצנן של תביעות. אם מרבית התביעות שמוגשות על ידי זוגות דתיים בגין הולדה בעוולה נדחות נוכח הנימוק הדתי בפועל,⁵⁵ הרי שגם זוגות דתיים שהיו מבצעים הפלה יירתעו מלהתחיל הליך משפטי, מחשש שלא יעלה בידם להוכיח את תביעתם, שכן ישנה נטייה לנתק את הקשר הסיבתי בנקל. גם כך נקודת המוצא היא שמשפחה חרדית או מוסלמית תירתע מלהגיש תביעה נגד מוסד כמו בית חולים או קופת חולים. אם אכן קיימת הטיה שפוגעת בשוויון הרי שהיא מרחיקה קבוצת תובעים מסוימת משערי בית המשפט ומונעת מהם לנסות ולהשיג צדק. חשש זה מוביל לקושי אחר לא פחות בעייתי: יצירת תמריץ שלילי לרופאים לנקוט זהירות בפרישת הסיכונים כהווייתם לזוגות דתיים לאור סיכויים הנמוך להוכיח תביעתם, ככל שתוגש. ההשפעה היא קריטית בהתחשב באחוז הילודה הגבוה אצל זוגות דתיים.⁵⁶

מעבר לקשיים שפוגעים בתובעים ובתובעים הפוטנציאליים, המצב המתואר יוצר חוסר וודאות שמקשה על הבנת הדין הנוהג, בסוגיה שנחשבת סבוכה ממילא. משפטנים חלוקים בדרך שבה יש ליישם את הלכת המר בתביעות זוגות דתיים: דוגמא לערפול יש בפסק דין בעניין א"פ נ' פרופ' מרואן עודה, בו הגישו זוג מוסלמים תביעה נגד רופא.⁵⁷ בפסיקה נקבע שהרופא התרשל על שלא זיהה את המום בבדיקה הראשונה, אולם התעוררה שאלה אם ניתק הקשר הסיבתי בין התרשלות הרופא להולדת הוולד מקום בו נודע לזוג על המום בבדיקה השנייה והיה בידו לבצע הפלה, אולם נמנע מכך בשל איסור דתי שמוטל עליו. כמו בפסק דינו של השופט עמית בעניין מאוחדת, גם בפסק דין זה נקבע שדעתם של ההורים שמנעה מהם לבצע הפלה כאשר זיהו את המום, היא בגדר "גורם

⁵⁴ פלוני (קטין), לעיל ה"ש 3, פס' 292 לפסק דינו של השופט דרורי - "לטעמי, עקרון השוויון במדינת ישראל, מחייב כי יינתן פיצוי זהה לכל מי שנולד בעל מום, ללא קשר לעוצמת הדת של אימו או של הוריו".

⁵⁵ לעיל, ה"ש 52.

⁵⁶ תימוכין לנתון הילודה ניתן למצוא באתר הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה, לפיו מרכיב הגידול הגבוה ביותר נמצא באזורי יישוב של אוכלוסיית הערבים והחרדים:

<https://www.cbs.gov.il/he/publications/Pages/2017.aspx>. והוזכר גם ב: פלוני (קטין), לעיל ה"ש 3, פס' 291 לפסק דינו של השופט דרורי.

⁵⁷ ת"א 16010/02/16 א"פ נ' פרופ' מרואן עודה (פורסם בנבו, 20.06.19).

זר מתערב" שמנתק את הקשר הסיבתי ומשכך הזוג אינו זכאי לפיצוי. השופט נמנע מהכרעה בשאלה אם הזוג היה מפיל לו נודע לו על המום כבר בבדיקה הראשונה וציין שקשה להכריע, אולם כן ציין:

לאחר ששקלתי הראיות שלפני, לא אוכל לקבוע ממצא חד משמעי בשאלה, מה הייתה עשויה להיות החלטת התובעים ביחס להפסקת ההיריון, אילו הפגם בעובר היה מתגלה כבר בבדיקה הראשונה. עם כל הזהירות והכבוד לתובעים, לא אוכל להימנע מלציין, שהנני נוטה לדעה, שטענתם, כי היו מבקשים להפסיק את ההיריון לאחר הבדיקה הראשונה אילו היו יודעים על הפגם ביילוד, היא בבחינת חוכמה שלאחר מעשה.⁵⁸

כלומר, השופט ציין שלאחר שקלול הראיות אין הכרעה ברורה לגבי החלטת ההורים לו נודע להם אודות המום בבדיקה הראשונה, אולם בכל זאת ליבו נטה לקביעה כי הזוג היה נמנע מלהפיל, זאת מבלי לציין סיבה מפורשת לנטייה, מעבר להסתמכות על נתון כללי בלבד בדבר היות הזוג מוסלמי (בכך יש התעלמות מהלכת המר ומהחזקה שנקבעה בה). מעבר לכך שאמירת השופט על נטיית ליבו מעוררת תמיהה לנוכח דבריו ששקלול הראיות לא מעניק ממצא חד משמעי, הרי שאי התייחסותו לחזקת המר קשה גם כן ואינה מתיישבת עם הלכת המר.

אסף פוזנר מבקר את הנאמר בפסק הדין בציינו כי ההחלטה להפיל אינה יכולה להסתמך על שיקולים רפואיים טהורים גרידא, ושהניסיון לקבוע כי שיקולים לבר רפואיים שוללים את קיומו של קשר סיבתי מתעלם מהפרקטיקה היומיומית באופן שמפלה לרעה זוגות דתיים.⁵⁹ בתגובת נגד טען אלי פילרסדורף כי "המערכת אינה יכולה להכפיף את עצמה למגוון של עמדות ואמונות ועליה להתנהל פי סטנדרט אחיד ומחייב". ובהמשך טען "אם במהלך מעקב הריון התגלה מום, אך המטופל החליט להמשיך את ההיריון ולא למנוע את הנזק משיקולים שהם חיצוניים לשיקולים הרפואיים, הרי שמשמעות קבלת עמדתו של פוזנר היא החצנת הסיכון שבאותה החלטה סובייקטיבית אל המערכת הציבורית..."⁶⁰ השיקולים העיקריים של כל אחד מהכותבים ברורים: הרצון לייצר הלכה שוויונית מחד והחשש מיצירת רפואה מתגוננת מאידך, אולם הלכה משפטית ברורה שמאזנת ביניהם - אין. ועוד, הרי שמהציטוט לעיל משתמעת הנחת הכותב, שכל עוד נשקלו שיקולים לבר רפואיים הרי שההחלטה התקבלה על פיהם, ועל פיהם בלבד. אלא שלגישת פוזנר, וכך גם במאמר, ישנו קושי בהתעלמות מהצורך לקבל החלטה שמורכבת משיקולים רפואיים ושאינם רפואיים. הדגש החשוב הוא שאין בשקילת שיקולים לבר רפואיים בקבלת החלטה כדי לשלול בהכרח קשר סיבתי בין ההחלטה להתרשלות הרופא. זאת בייחוד כשמדובר בהחלטות מורכבות שמטבען מעוררות שיקולים שאינם רפואיים גרידא.

המסקנה היא, כי יש צורך בשינוי שימזער את עלויות השלכות ההטיה המתוארות לעיל, ומסקנה זו מתבקשת בייחוד לאור העובדה שאת חלק מהפתרונות למזעור הקושי ניתן ליישם בקושי לא רב, כפי שאפרט להלן.

ד. הצעות למזעור נזקי ההטיה

⁵⁸ שם, פס' 46 לפסק הדין [ההדגשות אינן במקור].

⁵⁹ אסף פוזנר, "הרפואה אינה יכולה להתעלם מההיבט הדתי"- הארץ - דעות 16.07.2019. <https://www.haaretz.co.il/opinions/premium-1.7530855>

⁶⁰ אלי פילרסדורף "הרפואה אינה צריכה לשלם את מחיר האמונה"- הארץ - דעות 22.07.2019. <https://www.haaretz.co.il/opinions/premium-1.7547725>

ההצעה הראשונה למזעור נזקי ההטיה היא הקלה ביותר ליישום – העלאה למודעות את אפשרות קיומה של ההטיה והיכרות מעמיקה עם הסיבות להיווצרותה. לדידי, בקריאת ההערה יש כדי לספק היכרות בסיסית עם ההטיה באופן שיסייע בהתמודדות איתה. בנוסף להצעה זו, אשר נהיר שאינה מספקת, אציע לאמץ את המלצות וועדת מצא, שבעיקרה קוראת להחרגת הדיון בפיצויים מכוח עוולה זו מהפסיקה, וקביעת מנגנון פיצוי קבוע בחוק. לבסוף, וכל עוד לא אימץ המחוקק את המלצות וועדת מצא, אציע שני פתרונות פסיקטיים חלופיים או מצטברים: הראשון, אימוץ מבחן החולה המשולב בעיני הרופא הסביר; השני, במקרים של ספק- שימוש בדוקטרינת האשם התורם אשר תקזז את תרומת ההורים לנזק מרכיב הפיצוי הלא ממוני. בטרם אפנה להצעות הפתרון אדגיש, שהפתרונות להלן אינם מתיימרים למצות את הדיון בסוגיה או למגר את ההטיה קליל, ורצוי לעורר שיח עתידי שיציף פתרונות ראויים יותר לבעיה המתוארת.

1. מודעות לקיומה של ההטיה, היכרות עם העולם הנצפה או השתייכות אליו

כמוסבר לעיל בהרחבה, טעות הייחוס הבסיסית נובעת מהליך עיבוד קוגניטיבי שגוי שנוצר עקב העדר מידע, כך שהיכרות עם העולם הנצפה או השתייכות אליו עשויים למזער עד אפס את אפשרות קיומה של ההטיה. לעומת זאת, פירוט אודות ההטיה עשוי לסייע בדבר החלשה גם אצל מי שלא משתייך לקבוצה הנצפית ולא מכיר אותה מקרוב. למעשה, מחקרים רבים מראים, שכל שהבחון התנהגות של פרטים יהיה מודע לקיומה של ההטיה יקל עליו הדבר בקביעת ייחוסים בצורה רציונלית,⁶¹ על אף החוסר במידע. כך שהסבר אודות ההטיה והגורמים לקיומה (הליך עיבוד קוגניטיבי שגוי שנובע מחוסר במידע אודות הקבוצה הנצפית) עשוי בעצמו להוות חצי מהדרך לפתרון.

2. אימוץ מלא של המלצות וועדת מצא (קריאה למחוקק)

כאמור, השופט ריבלין בהלכת המר אימץ את המלצות וועדת מצא – ביטל את עילת חיים בעוולה והותיר את עילת הולדה בעוולה המותירה זכות תביעה להורים לוולד בעל מום. אולם, חלק עיקרי מהמלצות הוועדה היה כינונו של הסדר סוציאלי, שיישא אופי מעין ביטוחי, לפיו ילוד שנולד עם מוגבלות מסוימת יהיה זכאי לתגמול בהתאם לסוג הלקות ודרגת חומרתה. נקבע שם שההגדרות והסכומים יעוגנו בחקיקה מיוחדת – אפשר שיתקבל מענק כספי חד פעמי, גמלה קבועה או שילוב של השניים. עיקרי ההמלצות שפורטו בדוח הוועדה הן כדלקמן.⁶² ראשית, כדי לזכות בתגמול הכספי לא יהיה צורך להוכיח שהמוגבלות נגרמה כתוצאה מרשלנות רפואית. הסדר מעין זה יתמודד עם החשש מרפואה מתגוננת, שכן יבטל את הצורך בהוכחת הקשר הסיבתי שבין רשלנות הרופא להולדת וולד בעל מום. שנית, תגמול ישולם רק במקרה שהמוגבלות היא מולדת ושיעור הנכות שנקבע לה על ידי מומחים לא יפחת מ- 20%. שלישית, במקרה של מוגבלות חריגה בחומרתה, תישמר הסמכות לגוף שינהל את ההסדר לקבוע תשלום כספי גם כאשר שיעור הנכות ינוע בטווח שבין 10% ועד ל-19%. רביעית, תוקם קרן מיוחדת, אליה יופרשו הכספים מהמוסדות הרפואיים

⁶¹ Kenneth S. Bordens, Irwin A. Horowitz, Social psychology, Lawrence Erlbaum Associates, 2001, pages 85-86; Bertram F. Malle, Self-other Asymmetries in Behaviour explanations, Myth and Reality, in Mark D. Alicke, David A. Dunning, Joachim I. Krueger, The self in social judgment, CRC Press, 2005, page 157.

⁶² הוועדה הציבורית בנושא "הולדה בעולה" דין וחשבון בעמ' 58.
<https://www.justice.gov.il/Publications/NewsOld/Pages/VaadatMatza.aspx>

בסכומים שנחסכו כתוצאה מביטול עילת תביעתו של היילוד. מהסכומים הנצברים בקרן, ישולם התגמול הכספי לזכאים.

ההסדר הסוציאלי שהומלץ על ידי וועדת מצא טרם אומץ על ידי המחוקק, כך שהמצב כיום הוא כזה שבמקרה בו מכריעים שתובעים אינם זכאים לפיצוי, נותרים האחרונים ללא מקור כלכלי שיוכלו להסתייע בו בגידול וולד בעל מום. לאור החשש מטעויות בהכרעה שמוטות לרעת הציבור הדתי הרי שהמחיר אותו משלם אותו ציבור כבד יותר מאשר היה אילו התקבל הסדר הסוציאלי שמעניק פיצוי כספי כלשהו.

3. מבחן החולה המשולב בעיני הרופא הסביר

בפרשת **קדוש** הוצע לשנות את המבחן הנוהג לבחינת התרשלות של רופא – מבחן החולה הסביר, ולעבור למבחן החולה המשולב בעיני הרופא הסביר.⁶³ לפי המבחן הנוהג, רופא התרשל מקום שלא מסר למטופל מידע שחולה סביר היה צריך לקבל כדי לקבל החלטה מדעת, בעוד לפי המבחן המוצע החובה תכלול גילוי מידע שהרופא ידע או היה עליו לדעת שרלוונטי למטופל הספציפי כדי לקבל הסכמה או אי הסכמה מדעת.⁶⁴ כלומר, מצד אחד מוצע בפסק הדין לצמצם את חובת הגילוי רק לדברים שבהסתכלות ממשקפיו של רופא סביר הם נראים כחשובים למטופל, ומצד שני מוצע להרחיבה לגילוי הדברים שהרופא סובר שחשובים למטופל הספציפי.

טיבו של המבחן הוא ביצירת תמריץ לרופאים להדגיש ביתר שאת את הסיכונים דווקא כשמדובר בזוג דתי, תוך מחשבה שאצל זוג דתי ההחלטה מתקבלת על סמך שיקולים נרחבים, כאשר כל פרט שעשוי להיחשב אזוטרי אצל זוג שאינו דתי, עלול להיות חשוב. לעניין זה, אמנם רכיב הקשר הסיבתי לא הופך קל יותר להוכחה באופן ישיר אולם שינוי רכיב ההתרשלות והתמריץ שיניב יוביל, בתקווה, לפירוט הסיכונים לזוגות דתיים באופן שיסייע להם בקבלת החלטה מושכלת בדבר הצורך להפיל. יתרון נוסף של המבחן מעבר לתמרוץ נכון של הרופאים וכתוצאה ישירה ממנו, הוא דילול תביעות דתיים בעילת הולדה בעוולה, משום שבין אם יחליטו להפיל ובין אם לאו, ההחלטה תתקבל לאחר גילוי רחב יותר שמפחית את אחריות הרופאים לתוצאות הלידה.

המבחן שהוצע נדחה משתי סיבות עיקריות: סברת יתר השופטים בהרכב שהמבחן הנוהג כבר מרחיב היות ולוקח בחשבון במצבים מסוימים מאפיינים ספציפיים של החולה; וחוסר התאמה של החלק המצמצם במבחן לרוח הפסיקה ולגישה בישראל שזנחה את התפיסה האנכרוניסטית לפיה המטופל ממילא לא יבין מה שיוסבר לו והרופא יודע יותר טוב מהמטופל מה טובתו האמיתית. ואולם, למרות שהמבחן לא אומץ, הוא ממשיך לצוף בפסקי דין רלוונטיים ולעורר מחלוקות. כך למשל ראוי לציין את דעתה של השופטת וילנר שתומכת במבחן החולה המשולב בעיני הרופא הסביר.⁶⁵

במאמר מוסגר, אעיר כי בעניין קדוש הציע השופט "עמית לשנות קמעה את המבחן הנוהג ביחס לחובת הגילוי, ולבחנו על-פי מבחן החולה הסביר, בנסיבות החולה הספציפי – כפי שהוא נחזה בעיניו של הרופא הסביר, וכדבריו: "על פי

⁶³ ע"א 1303/09 מרגלית קדוש נ' בית החולים ביקור חולים (פורסם בנבו, 05.03.12). בפרשה מוגשת תביעת רשלנות רפואית: המערערת, אשר עברה ניתוח שהוביל לנכותה, תובעת בין היתר בטענה כי הניתוח בוצע בה ללא הסכמה מדעת. מכאן התעורר דיון נרחב בפסק הדין אודות סוגיית היקף חובת הגילוי.

⁶⁴ שם, פס' 47-52 לפסק דינו של השופט עמית.

⁶⁵ שירותי בריאות כללית, לעיל ה"ש 52, פס' 18 לפסק דינה של השופטת וילנר.

המבחן המוצע, מוטלת על הרופא חובה לגלות למטופל מידע שהרופא יודע או צריך לדעת שייתפש כחשוב בעיני האדם הסביר במצבו של המטופל... על מנת לקבל החלטה מושכלת לגבי הטיפול המוצע" ... כשלעצמי, אף אני סבורה כי יש קושי לוגי-מושגי בהטלת אחריות על רופא בגין עוולת הרשלנות – הבוחנת, כעקרון, את התנהגותו של הרופא על-פי מבחן אובייקטיבי – וזאת, מבלי לבחון כלל את התנהגותו-הוא (בנוסף על אמת המידה המתמייחסת לצרכי החולה). על כל פנים, המבחן האמור שהציע השופט י עמית לא התקבל בפסיקתו של בית משפט זה, והמבחן לבחינת היקף חובת הגילוי שנקבע להלכה הוא, כאמור לעיל, מבחן "החולה הסביר".

אם ניישם את מבחן החולה המעורב בעיני הרופא הסביר על עובדות המקרה הספציפי, הרי שראוי להכיר בהתרשלותו של הרופא גם מקום בו החולה הסביר לא היה צריך לקבל את המידע כדי לקבל החלטה מדעת, אך המטופל ספציפי כן היה צריך והרופא הסביר ידע על כך: במקרה בו מדובר בזוג דתי מוסלמי, אזי שגם אם מידע מסוים לא רלוונטי לחולה סביר אך רלוונטי לזוג הדתי המוסלמי, ככל שרופא סביר מבין זאת, הרי שעליו לגלות את המידע.⁶⁶

המתנגדים למבחן החולה המשולב בעיני הרופא הסביר טוענים כי הרחבת חובת הגילוי תטיל נטל כבד מיד על הרופאים, דבר שעשוי להוביל לרפואה מתגוננת, מצב שאינו רצוי לכשעצמו: רופאים יחלו להעמיס את המטופלים במידע אודות סיכונים רחוקים ובלתי מסתברים ובכך יקשו על קבלת החלטה מודעת, הכול כדי להגן על עצמם מפני טענת ההתרשלות. החשש אינו מופרך, אולם יש לשים לב שיערך איזון ראוי בין האינטרסים של החולה לבין האינטרסים של הרופא, באופן שלא יוביל לתמרוץ חסר של רופאים לנקוט באחריות כאשר מעבירים מידע לזוג הורים בהחלטתם אם לבצע הפלה אם לאו. כאמור לעיל, נראה שהאיזון לא נערך וישנה סטייה של המטופלת לטובת הרופאים דווקא. זאת למרות שבסופו של יום מדובר בצד החזק יותר, הן לאור פערי המידע והן לאור העובדה שברבות המקרים מאחורי אותם רופאים עומד גוף מוסדי חזק עוד יותר בעל כיס עושר עמוק.

לסיכום אציין, שברור שמדובר בפתרון חלקי בלבד והוא מוצע תוך תקווה להתפתחות דיון בנושא ולהצעות לפתרונות יצירתיים יותר. כמו ההצעה לאימוץ הסדר סוציאלי, גם פתרון שינוי המבחן לבחינת התרשלות נועד למזער נזקים ואי שוויון בפסיקה, ולא מתיימר למגר לחלוטין טעויות שלעולם יהיו.

4. שימוש בדוקטרינת האשם התורם

פתרון פסיקתי אחר הוא שימוש בדוקטרינת האשם התורם במקרים של ספק. כך, במקרים בהם נקבע שהרופא התרשל אולם השופטים מסופקים באשר להתנהגות ההורים לו ידעו על המום ובאשר לאשם שלהם (לא ברור שהיו מבצעים בדיקות לו ניתנו או שנראה שלא שאלו מספיק שאלות וכדו)

⁶⁶ אציין שכאמור לעיל, בפסק הדין המוזכר השופטת וילנר התנגדה לחיוב הרופא בתשאל המטופל אודות מצוות דתו, ובכך הכבידה את הנטל על זוגות דתיים. אולם בקבלת המבחן המוצע על ידי השופט עמית יהיה כדי להרחיב את היקף חובת הגילוי לחולה הספציפי ומסתמא שהדעת נותנת שבמקרה בו מדובר בזוג דתיים מוסלמים שהרופא הסביר יודע על איסורם להפיל לאחר 120 יום הרי שיהיה חייב לשאול אם הם כפופים לאיסור הנפוץ ובכך, במובן מסוים, לתשאל את המטופלים אודות מצוות דתם.

– הרי שיהיה ניתן להעניק פיצוי בקיזוז אחוז השתתפות ההורים בנזק, כל מקרה לגופו.⁶⁷ הקושי העיקרי שבהטלת אשם תורם הוא שהפיצוי ניתן בגין נזק שנגרם ליילוד, כך שקיזוז הפיצוי בשל האשם של הוריו מנוגד לעיקרון המקודש של טובת הילד ונוגד הוראות חוק.⁶⁸ הפתרון לכך הוא קיזוז רק במקרים בהם נוסף על הפיצוי הממוני לטובת הילד נפסק פיצוי על נזק לא ממוני, באופן שניתן להפריד ביניהם ולקזז בגין האשם התורם מהרכיב הלא ממוני בלבד השייך להורים.

ה. סיכום

מטרת הערה זו הייתה להצביע על אפשרות קיומה של הטיה, היא 'טעות הייחוס הבסיסית', ביישום חזקת המר בתביעות זוג דתי בגין הולדה בעוולה. בתחילה הוצגה ההטיה, לפיה ישנה נטייה אנושית להעניק משקל יתר לנסיבות פנימיות של אדם בייחוס סיבות להתנהגות, כמו דתו של אדם והפעולות הנובעות ממנה, ופחות לנסיבות חיצוניות, כגון הסברים שניתנו על ידי הרופא. בהמשך, באמצעות ניתוח של פסק דין בעניין **מאוחדת**, ביקשתי להציף את החשש מהתרחשות ההטיה עת נדרשים השופטים להכריע בתביעות זוג הורים דתי בגין הולדה בעוולה, באופן שמאיין את החזקה שנקבעה בהמר להתמודדות עם החשש מהפליה. כלומר, שהחזקה נסתרת בנקל בשל נסיבות פנימיות של זוג הורים דתי, כמו התייעצות עם רב, שמהוות משקל מכריע בקביעה שההורים לא היו מבצעים הפלה. הצגתי לאורך ההערה, כי התקיימותן של נסיבות חיצוניות לזוג שתומכות במסקנה שמתקיים קשר סיבתי, ובמקרה דנן, הסתמכות של הרב על מידע רפואי, מקבלות משקל נמוך משמעותית, אם בכלל, בהכרעה. לבסוף, הצגתי את השלכותיה הבעייתיות של ההטיה, ככל שאכן מתקיימת, והצעות למזעור נזקה.

העלאה למודעות את אפשרות קיומה של טעות הייחוס הבסיסית היא בעלת ערך אינטרינזי ואינסטרומנטלי כאחד: בדיון אודות חשש מהפליית אוכלוסיית תובעים מסוימת על רקע מגזרי, יש ערך לכשעצמו, היות ולא ראוי לחברה הנושאת על דגלה את ערכי השוויון ללא הבדל דת גזע ומין, שלא לייחס לחשש האמור חשיבות. ולצד זאת, בהעלאה למודעות יש גם ערך כאמצעי להתמודדות טובה יותר עם ההטיה עצמה.

בהערה הוצגו מחקרים לפיהם מודעות להטיה (כמו גם השתייכות לקבוצה הנצפית) עוזרת להתגבר עליה. משכך, כולי תקווה שיהיה בהערה זו לסייע בקבלת הכרעות שוויוניות יותר בגין הולדה בעוולה. עם זאת, אין די בה כדי לנטרל את הבעייתיות שבעילה. עוד אציין, שייתכן ומדובר בחשש שיתבדה, לשם כך יש לבצע מחקר אמפירי שיכלול את כלל פסקי הדין שניתנו בערכאות בתביעות של זוגות דתיים בגין הולדה בעוולה. מחקר מעין זה עשוי לשפוך אור על הבעייתיות שישנה או אינה בעילת הולדה בעוולה בהקשר של תביעות זוגות דתיים, ובכך לאפשר ביקורת עליה מנקודת מבט מבוססת יותר.

⁶⁷ כפי שציינה השופטת נאור בעניין **מאוחדת**.
⁶⁸ יונתן דיוויס, לעיל ה"ש 43, עמ' 58-60.