

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 ולד בעל מום לתבוע את הרופא על שהתרשל בפירוט הסיכונים שבלידה וסיכויי התממשותם, ובכך הוביל להולדת ולד בעל מום, שכן אילולי התרשלותו היו בוחרים ההורים להפיל את העובר. שופטים שדנו בתביעות הולדה בעוולה שהוגשו בידי זוגות הורים דתיים שדתם אוסרת על הפלה, העלו את החשש מהעלאת רף ההוכחה של רכיב הקשר הסיבתי במקרים כגון אלו. כפתרון הוצעה בהלכת המר חזקה הניתנת לסתירה, ולפיה אם הוועדה להפסקת היריון מאשרת הפלה, תקום חזקה שהזוג אכן היה מפיל את העובר על אף השתייכותו לדת שאוסרת הפלה, ועל הצד שכנגד יהיה להוכיח אחרת. ואולם, בהערה אבקש להראות מדוע החזקה עשויה שלא לסייע למטרה שלשמה נוצרה, בשל קיומה של הטיה קוגניטיבית המכונה "טעות הייחוס הבסיסית". לפי ההטיה, בייחוס סיבות להתנהגות יש נטייה אנושית להעניק לנסיבות פנימיות של אדם, כמו דתו ופעולות הנובעות ממנה, שהובילוהו לפעולה מסוימת, משקל רב משמעניקים לנסיבות חיצוניות. באמצעות ניתוח של פסק דין בעניין מאוחדת שנתן השופט עמית, אטען ששופט שמפעיל את החזקה במקרה של זוג הורים דתי עשוי "לאיין" אותה בשל הנטייה לייחס משקל רב לנסיבת דתם של ההורים כאילו היא הנסיבה העיקרית שתשפיע על החלטתם להפיל או לא, לעומת משקל זעום שניתן לנסיבה חיצונית, כמו הסברים שנתן הרופא לזוג. בסוף ההערה אדון בהשלכות הבעייתיות של ההטיה המתוארת, אראה שהעלאת המודעות לאפשרות קיומה של הטיה הוכחה מחקרית כמסייעת בהתמודדות איתה ואציג דרכים להקטנת השפעותיה השליליות. למעשה, בהמשך לדבריה של רות ביידר גינסבורג, מטרתי בהערה זו היא להעלות למודעות את אפשרות קיומה של הטיה, והדבר, כך אני מקווה, יקל את התמודדות איתה 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. תאוריית הייחוס, טעות הייחוס הבסיסית ותהליך עיבוד קוגניטיבי שגוי. 3. הקשר שבין חזקת המר לטעות הייחוס

* בוגרת תואר ראשון במשפטים ותואר מוסמך במנהל עסקים, האוניברסיטה העברית בירושלים. המאמר נכתב במסגרת פרויקט "הערת מערכת" של מערכת נא בכתב העת **משפטים**. תודתי הרבה נתונה לחברי המערכת, ובייחוד לעורכים גל דפדי, יחיאל אורן ולעורך המשנה מתניה רוזין, על עבודתם המסורה ועל הערות מאירות עיניים.

הבסיסית. ב. טעות הייחוס הבסיסית במקרה של הולדה בעוולה – חקר מקרה: פלוני נ' קופת חולים מאוחדת. 1. רקע לפסק הדין. 2. נסיבה פנימית כנסיבה מכרעת – התייעצות הזוג עם איש דת. 3. נסיבה חיצונית רלוונטית העולה מחקר המקרה – התבססות איש הדת על מידע רפואי. 4. קשיים העולים מיתר הטיעונים שלפיהם נותק הקשר הסיבתי, ודיון בטענת נגד עיקרית. ג. דיון בהשלכות ההטיה המתוארת. ד. הצעות למזעור נזקי ההטיה. 1. מודעות לקיומה של ההטיה, היכרות עם העולם הנצפה או השתייכות אליו. 2. אימוץ מלא של המלצות ועדת מצא (קריאה למחוקק). 3. מבחן החולה המשולב בעיני הרופא הסביר. 4. שימוש בדוקטרינת האשם התורם. ה. סיום.

מבוא

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

בפסיקה נקבעו שני מבחנים לשאלת הקשר הסיבתי: האחד אובייקטיבי, הבוחן אם הוועדה להפסקת הריון הייתה מאשרת ההפלה; השני סובייקטיבי, הבוחן אם ההורים, לו יכלו, אכן היו מבצעים את ההפלה. בטרם נפסקה ההלכה³ עמדו השופטים על הקושי שעולה במבחן היפותטי בדבר החלטת ההורים להפיל, ועוד יותר כאשר המבחן מיושם במקרה שבו הפלה מנוגדת לדת ההורים, שכן בפועל מבחן כזה מציב רף הוכחה גבוה יותר בפני זוגות דתיים אשר דתם אוסרת עליהם לבצע הפלה. משכך, הובהר בהלכת המר כי ראוי ליתן למבחן הראשון, האובייקטיבי, משקל רב מזה שניתן למבחן הסובייקטיבי.⁴ עוד נקבע שעמידה במבחן הראשון תהווה חזקה שההורים אכן היו מבצעים הפלה, והחזקה ניתנת לסתירה לפי נסיבות המקרה הספציפי.⁵

ואולם, קריאה וניתוח של פסק הדין בעניין מאוחדת מעלים חשש כי גם היחס הנוכחי בין המבחנים איננו משביע רצון, והוא מותיר מקום לקיומן של הטיות, ובייחוד הטיית טעות

1 ע"א 1326/07 המר נ' עמית (נבו 28.5.2012).

2 ע"א 4025/91 צבי נ' קרול, פ"ד נ(3) 784, פס' 7 לפסק דינו של הנשיא ברק (1996). ראו גם אמנון כרמי בריאות ומשפט כרך א 99–100 (מהדורה שנייה, מוחמד ותד עורך 2013).

3 ראו ת"א (מחוזי י-ם) 3198/01 פלוני נ' עיריית ירושלים, פס' 291–292 לפסק דינו של השופט דרורי (נבו 12.5.2008); ת"א (מחוזי ת"א) 1226/99 א' ל' נ' יניב, פס' 67–68 לפסק דינו של השופט בנימיני (נבו 29.3.2005).

4 עניין המר, לעיל ה"ש 1, פס' 52 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין; ואף אוזכר מאוחר יותר בע"א 1326/07 המר נ' עמית, פס' 14 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) הנדל (נבו 21.5.2014): "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 עניין המר, לעיל ה"ש 1, פס' 45, 52 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין.

הייחוס הבסיסית.⁶ הטיה זו פירושה כי בעת שנדרש אדם לחזות התנהגות של פרט בחברה, תהיה נטייתו להעניק משקל יתר ל"נסיבות פנימיות" של אדם שיובילו אותו לקבל החלטה, כמו אמונות דתיות ותכונות אופי אישיות, ומשקל פחות לנסיבות חיצוניות, כמו המידע הלקוי על השלכות הלידה, שמסר הרופא.

בעניין **מאוחדת** הגישו זוג הורים דתי תביעה לפיצויים בגין "הולדה בעוולה". בשל היותה של האם בסיכון ללידה מוקדמת שעלולה להוביל להולדת וילד הסובל מנכויות קשות, המליץ לה הרופא לבצע הפלה. לאחר מכן פנו ההורים להתיעץ גם עם רב, וזה המליץ להם לא לבצע הפלה. בסופו של דבר בחרו ההורים שלא לבצע את ההפלה, אך לדאבון הלב הסיכון התממש ונולד פג עם נכות שכלית. ההורים תבעו את הרופא על התרשלותו בפירוט הסיכונים, ובייחוד בפירוט הסיכון הכרוך בלידה מוקדמת – לידת וילד בעל נכות מוטורית ושכלית – וטענו שאילו היה מציין את הסיכון, ככל הנראה היו בוחרים להפיל. תביעת הזוג להתרשלות הרופא התקבלה בבית המשפט המחוזי, וזה פסק כי הוכח הן רכיב ההתרשלות הן רכיב הקשר הסיבתי. אולם 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. ובניסוח רחב יותר, ייתכן כי פסק הדין הוא דוגמה לתופעה רחבה יותר שלפיה בהשפעת ההטיה שופטים עלולים לתת משקל יתר לדתם של ההורים בקביעתם שניתק הקשר הסיבתי בין הולדת הוולד להתרשלות הרופא, ומשקל פחות לנסיבות חיצוניות, ובהן התנהגות הרופא והיעדר גילוי של פרטים חשובים מצידו. כך, עשויה ההטיה לאיין את החזקה שנקבעה בהלכת המר ולהעלות שוב את החשש מפני הפליית זוגות דתיים לרעה בהעלאת רף ההוכחה שעליהם לעמוד בו 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 שהציע השופט 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 ועדת 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, מתוך הבנה שאימוץ המבחן עשוי לפתור רק חלק מהקושי שבפני ניצבים זוגות דתיים, ובתקווה שיימצא פתרון שלם ויצירתי יותר; לבסוף, וכפתרון זמני, אציע להחיל את דוקטרינת האשם התורם במקרים של ספק, כפי שהציעה השופטת נאור בפסק דין **מאוחדת** שינוחח להלן.

6 ע"א 7416/12 קופת חולים מאוחדת נ' פלוני (נבו 4.11.2014) (להלן: עניין מאוחדת עליון או מאוחדת).

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

1. הלכת המר והחזקה שנקבעה בה

טרם הלכת המר היו נתונים לתובעים שני ערוצי תביעה שבדרך כלל נכרכו יחד – עילת הולדה בעוולה, שבה עסקינן, ועילת חיים בעוולה, אשר בוטלה בהלכה. ההבדלים העיקריים שבין שתי העילות היה נעוצים בזהות התובעים ובהגדרת הנזק: מכוח עילת הולדה בעוולה תובעים ההורים את הרופא על התרשלותו, שאילולי קרתה היה נמנע הנזק שבגידול וולד בעל מום, ואילו לפי עילת חיים בעוולה, הוולד תובע בעצמו 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 קשיים והעלתה שאלות מוסריות ומשפטיות.⁹

פסק הדין בעניין המר פירט את הקשיים העיקריים שבעילת הולדה בעוולה הנוגעים לסוגיית הוכחת הקשר הסיבתי:¹⁰ ראשית נאמר כי קיים הקושי בקביעה שאם הרופא לא היה מתרשל, היו ההורים בוחרים להפיל, שכן מדובר בקביעת תרחיש סיבתי היפותטי; שנית נאמר כי קיים הקושי המוסרי שבדרישה מההורים להתייצב ולטעון נמרצות לפני בית המשפט שאילו היו יודעים שבנם ייוולד עם מום, היו מעדיפים שלא היה נולד; שלישית, וזהו הקושי הרלוונטי לענייננו, נאמר כי קיים החשש מהעלאת רף ההוכחה של הקשר

7 ע"א 518/82 זייצוב נ' כץ, פ"ד מ(2) 85, 116–119 (1986): "זכותו של הקטין היא, שאם הוא נולד חי, חייו יהיו ללא מום שהוטל בו בהתרשלות רפואית. הנזק, שההתרשלות גרמה לו ושהרופא אחראי לו, אינו בעצם מתן החיים (שכן אין לו לקטין זכות לאי-חיים) אלא במתן חיים פגומים. מכאן, שבמהותו נתפס נזק זה לא על פי השוואת החיים במום לאי החיים אלא בהשוואת החיים במום לחיים ללא מום". במקרה זה, שני הקשיים העיקריים היו הקביעה מתי מוטב מותו של אדם מחייו, ועצם ההגדרה שקיומו של אדם הוא נזק. גישת ברק פתרה את הקשיים המוסריים באמצעות 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 ולד בריא, אלא שלא היה נולד כלל.

8 למעשה, כדי לפתור את הקשיים שבעילת חיים בעוולה התכנסה ועדה ממשלתית בראשותו של השופט מצא במסגרתה הוחלט לבטל את עילת חיים בעוולה ולקבוע הסדר סוציאלי למתן פיצויים להורים מכוחו, ראו הוועדה הציבורית בנושא "הולדה בעוולה" דו"ח הוועדה (2012) <https://bit.ly/3DTTe6l> (להלן: "דו"ח ועדת מצא"). ראו גם יונתן דייזיס "תקציר דוח ועדת מצא בנושא 'הולדה בעוולה'"/"רפואה ומשפט: חוברת מיוחדת – 'הולדה בעוולה' 7 (2015). כשנה לאחר מכן, בפסק דין בעניין המר (לעיל ה"ש 1), אימץ השופט ריבלין את המלצות הוועדה בחלקן – עילת החיים בעוולה בוטלה, ואילו עילת הולדה בעוולה הורחבה.

9 ראו למשל בלה כהנא "פיצוי בגין קיצור תוחלת החיים ו'השנים האבודות' בתביעות בעילה של הולדה בעוולה" משפטים על אתר 1 (2009); רועי גילבר "הצורך בהכרעות קשות בתביעות של חיים בעוולה והולדה בעוולה הערות והארות בעקבות ת"א (מחוזי-חיפה) 259/02 פלוני נ' מדינת ישראל" מאזני משפט 441 (2010); דניאל שפרלינג "על הולדה בעוולה והטעם שבטעמים להפסקת היריון: הרהורים בעקבות פלוני נ' מדינת ישראל" המשפט 541 (2011). ראו גם עניין פלוני, לעיל ה"ש 3.

10 עניין המר, לעיל ה"ש 1, פס' 46–50 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) ריבלין.

הסיבתי לקבוצות מסוימות של תובעים, ובייחוד של אוכלוסיית הזוגות הדתיים, שדתם אוסרת על הפלה.¹¹

אומנם ההצעה לבטל את דרישת הקשר הסיבתי נדחתה בשל היותה אחד הרכיבים העיקריים בעוולת הרשלנות, אולם בשל הקשיים האמורים קבע השופט ריבלין בפסק הדין כי הוכחת רכיב הקשר הסיבתי תיעשה בשני שלבים: בשלב ראשון יהיה על הזוג להוכיח שוועדה להפסקת היריון הייתה מאשרת להורים לבצע הפלה; בשלב השני, ואם הוכח השלב הראשון, נקבע כי קמה חזקה הניתנת לסתירה לכך שההורים עצמם לא היו מפילים.¹² ואולם, כפי שאבקש להראות בהמשך, בשל קיומה האפשרי של הטיה המשפיעה על הליך השיפוט, עולה ספק אם המבחן הדו-שלבי שנקבע בהלכת המר אכן מצליח להתמודד עם הקושי שאיתו ביקש השופט ריבלין להתמודד בפסק דינו בנוגע להעלאת רף ההוכחה שעל התובעים לעמוד בו. לפני כן אבקש לתאר את קיומה של ההטיה, היא טעות הייחוס הבסיסית.

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

הפסיכולוג האוסטרי פריץ היידר (Fritz Heider) אמר שכמו שמדען מחפש סיבות לתופעות בטבע, כך בדיוק כל אדם מחפש סיבות למה שקורה סביבו.¹³ על בסיס תפיסה זו, המקבילה אדם למדען, פיתח היידר את תאוריית הייחוס הבסיסית – תאוריה המבקשת להתחקות על הגורם להתנהגות של פרט בחברה ובעקבות זאת לחזות התנהגות של פרטים אחרים. במסגרת אותה התאוריה קבע היידר את "עקרון ההשתנות המשותפת", שלפיו הסיבה להתרחשות כלשהי נעוצה ככל הנראה בנסיבות הייחודיות הקיימות כאשר האירוע מתרחש, ושאינן מתקיימות כאשר האירוע אינו מתרחש. היידר חילק את הנסיבות הללו לשני סוגים: נסיבות פנימיות – הקשורות לפרט ישירות, כגון מניעים, רגשות, אמונות, עמדות ותכונות; נסיבות חיצוניות, כגון הסביבה, פעולות של אדם שלפרט יש יחסי גומלין איתו, מזל וכדומה.¹⁴ אמחיש זאת באמצעות דוגמה: הסיבה שבכל פעם כשיוסי נוהג בכביש הצפוף ביותר בארץ הוא גורם לתאונה 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

11 על קושי זה עמד בעבר בית המשפט בעניין **עיריית ירושלים** (לעיל ה"ש 3), 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 לפלוגית (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" (שם, פס' 286 לפסק דינו של השופט דרורי).

12 עניין **המר**, לעיל ה"ש 1, פס' 45 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) ריבלין.

13 ראו FRITZ HEIDER, THE PSYCHOLOGY OF INTERPERSONAL RELATIONS (1958).

14 שם. כן ראו Shiri Nussbaum, Yaacov Trope & Nira Liberman, *Creeping Dispositionism: The Temporal Dynamics of Behavior Prediction*, 84 J. PERS. & SOC. PSYCHOL. 485, 485–497 (2003).

לא הייתה מתעוררת. מנגד, נסיבה חיצונית שגרמה לתאונה יכולה להיות קשורה בכך שמבנה הכביש מקשה ראות בתנאי צפיפות למשל – גם כאן, בכביש אחר שבו הראות טובה סביר שיוסי לא היה גורם לתאונה.

הפסיכולוג קלי הרולד (Kelly Herold) פיתח מתוך עקרון ההשתנות המשותפת של היידר את מודל "השונות המשותפת" (Covariation Model). לפי המודל, ייחוס פעולה מסוימת שביצע אדם לנסיבות פנימיות או חיצוניות מתבצע בידי אדם רציונלי, למשל שופט, לפי שלושה גורמים: קונצנזוס, ייחודיות ועקיבות, כך:¹⁵ **קונצנזוס** (Consensus) – ככל שאנשים רבים יותר פועלים כפי שפועל אדם מסוים באותה הסיטואציה, מסיק השופט החיצוני שהנסיבה החיצונית היא שהובילה להתנהגות ולא הנסיבות הפנימיות של האדם, ובכך ישער שאם המצב היה אחר, ייתכן שהיה פועל אחרת; **ייחודיות** (Distinctiveness) – אם התנהגותו של אותו אדם שונה ממצב למצב, המקרה הספציפי מתאפיין בייחודיות גבוהה, והשופט מייחס את מקור ההתנהגות לנסיבות החיצוניות יותר משהוא מייחס לנסיבות הפנימיות; **עקיבות** (Consistency) – אם התנהגותו של אדם באותו מצב במועדים שונים עקיבה, השופט מייחס זאת לנסיבות חיצוניות, אך אם העקיבות חסרה, הוא מייחס זאת לנסיבות פנימיות.

כשיש קונצנזוס, רמת ייחודיות גבוהה ועקיבות, ניתן לייחס את ההתנהגות לנסיבה חיצונית, ולעומת זאת כשאין קונצנזוס, כשרמת הייחודיות נמוכה ואין עקיבות, ניתן לייחס את ההתנהגות לנסיבה פנימית. אמחיש זאת באמצעות הדוגמה שלעיל: אם רוב בני האדם שנוסעים בכביש שבו נסע יוסי גורמים לתאונות דרכים, ייטה השופט לייחס את התאונה לנסיבות החיצוניות הקשורות בתנאי הדרך ובמצב הכביש, ולא לנסיבה פנימית של יוסי, היות שיש קונצנזוס. כמו כן אם נניח שבכבישים צפופים אחרים שיוסי נוסע בהם הוא אינו גורם לתאונות (רמת ייחודיות גבוהה), גם כאן ייטה השופט לייחס את התאונה לנסיבה חיצונית, לתנאי הכביש למשל, ולא לנסיבה פנימית של יוסי. לבסוף, אם יוסי נוסע בכביש הצפוף במועדים שונים, ובכל פעם גורם לתאונה, גם אם רמת החרדה שלו הייתה נמוכה, ייטה השופט לייחס את התאונה לנסיבה החיצונית בשל העקיבות.

לאורך השנים המשיך המחקר לבחון ולפתח את התאוריות של היידר וקלי, ובייחוד הדגיש המחקר את היכולת לחזות התנהגויות של פרטים. הראשונים לחקור את האופן שבו אנשים נוטים לבצע ייחוס הלכה למעשה הם צמד החוקרים אדוארד ג'ונס וויקטור הריס (Edward Jones & Victor Harris). השניים הגיעו במחקרם שפורסם בשנת 1967 למסקנה שייחוס סיבות להתנהגות מסוימת של אדם לפי נסיבה פנימית או חיצונית נעשה לפי נטייתו של המתבונן בפעולה מהצד להעניק לנסיבה הפנימית של הנצפה משקל רב מזה שהוא מעניק לנסיבה חיצונית.¹⁶ כך השתרשה במחקר ההבנה כי מודל השונות המשותפת אינו רלוונטי, שכן הוא אינו מביא בחשבון את אותה הנטייה.

15 Harold H. Kelley, *Attribution Theory in Social Psychology*, 15 NEB. SYMP. MOTIVATION 192 (1967); Harold H. Kelley, *The Processes of Causal Attribution*, 28 AM. PSYCHOL. 107 (1973).

16 Edward E. Jones & Victor A. Harris, *The Attribution of Attitudes*, 3(1) J. EXPERIMENTAL SOC. PSYCHOL. 1 (1967).

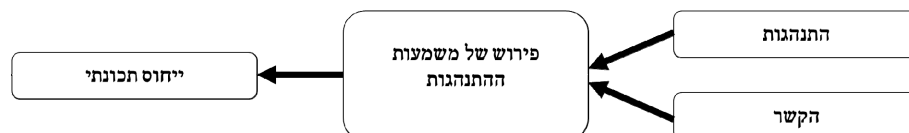
אל מסקנות אלו הגיעו השניים בעקבות ניסוי שערכו בקרב 36 סטודנטים ו-15 סטודנטיות שלמדו בקורס "מבוא לפסיכולוגיה" באוניברסיטת דיוק (Duke University) שבקרוליינה הצפונית. למשתתפים ולמשתתפות בניסוי חולקו מאמרים שחיברו אנשים שונים והמציגים עמדה בעד או נגד הרודן הקובני פידל קסטרו. במחקר שני משתתפים בלתי תלויים: (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 הראשון של הניסוי נאמר למשתתפים שהמאמרים שקראו נכתבו בידי אנשים שנתבקשו לכתוב את עמדותיהם החופשיות כלפי קסטרו. תוצאות השלב הראשון תאמו את ציפיות החוקרים: המשתתפים סברו שמרבית המחברים הם בעד קסטרו, היות שמרבית ניירות העמדה היו בעד קסטרו. בשלב השני של הניסוי נאמר למשתתפים שלמעשה לכותבים לא הייתה בחירה חופשית אלא הם הונחו איזו עמדה לנקוט – בעד או נגד קסטרו, ולכן המאמר אינו משקף את עמדתם האמיתית. ואולם, למרות ידיעה זו סברו המשתתפים שלפי העולה מהחיבורים, רוב המחברים הם בעד קסטרו, אף שהעמדה הפופולרית בארצות הברית של אותה עת הייתה נגדו ונגד התנהגותו הרודנית, ואף כאמור שהובהר להם שהעמדה בנייר העמדה אינה משקפת בהכרח את עמדת המחבר. מכאן עולה כי העובדה שמרבית הציבור באמריקה לא אהד את קסטרו והסיטואציה שלפיה חלק חויבו לכתוב בעד קסטרו וייתכן אפוא שבסיטואציה אחרת היו כותבים נגדו – 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 לנטייה פנימית משקל רב מזה שהם מייחסים לנסיבה חיצונית.

ניסוי המשך שערכו שלושה פרופסורים – לי רוס, טרסה אמבלי וג'וליה סטיינמן (Ross, Lee, Teresa Amabile & Julia Steinmentz) – חיזק את מסקנת מחקרם של ג'ונס והריס שלפיה יש נטייה אנושית להסביר התנהגויות כנובעות מתכונות מסוימות ועל בסיס נסיבות פנימיות, אגב הענקת משקל פחות לנסיבות חיצוניות התלויות בהקשר כהסבר להתנהגות. במסגרת הניסוי ניתנו לנבדקים אקראית שלושה תפקידים: שואל המציג למשיב שאלות קשות שחיבר בעצמו, משיב וצופה. מטרת הניסוי הייתה לבדוק איך יסבירו המשיבים והצופים את ההתרחשות שבה השואל ידע להציג שאלות שהמשיב לא הצליח לענות עליהן. מרבית הצופים הסבירו את ההתרחשות בכך שהשואל הוא בעל ידע רב מזה של המשיב, ולפיכך ידע להציג שאלות קשות שהמשיב לא הצליח לענות עליהן. נוסף על זה, המשיבים בעצמם העריכו את השואל כבעל ידע רב משלהם, ובכך הסבירו את ההתרחשות, אף שידעו שהתכונן והכין את השאלון, שלא כמותם. לפי החוקרים, ממצאי הניסוי מוכיחים את נטיית

17 אציין שהיה שינוי בין תוצאות השלב הראשון לתוצאות השלב השני: מספר המשתתפים שחשבו שהמחבר בעד קסטרו קטן בשלב השני של הניסוי. אולם התוצאה עדיין שיקפה את רוב המשתתפים, שהגדירו את המחבר כאוהד קסטרו.

האנשים להסביר התנהגויות של פרטים אחרים באמצעות ייחוס של נסיבות פנימיות להתנהגות, כמו תכונות, רמת משכל וכו', ולהתעלם מההקשר ומהסיטואציה.¹⁸ את הנטייה של אנשים להעריך הערכת יתר את כוחן של נסיבות פנימיות והערכת חסר נסיבות חיצוניות בייחוסם סיבות להתנהגות, כינה פרופ' לי רוס בשם "טעות הייחוס הבסיסית", בקובעו 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 של ההתנהגות הנצפית ומשמעותה ואחר כך מתקנים תיקון חסר של השפעת המצב. הליך שגוי זה נובע מחוסר במידע על הפרט שבעניינו מבוצע הייחוס, לעומת המצב התקין של ייחוס לפי תכונות, שבו פרט רציונלי מסתכל על התנהגות האדם ועל ההקשר של התנהגותו ואז נותן פירוש של משמעות ההתנהגות. במצב של היכרות עם העולם הנצפה וקיום מידע על אודותיו, פירוש משמעות ההתנהגות יהיה תקין וייתן על סמך 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 ואינו מצריך חשיבה. בשלב השני הפרט משקלל את ההקשר ואת הנסיבות החיצוניות שבהן בוצעה ההתנהגות ומבצע תיקון להיסק שעשה אוטומטית. שלב זה אינו אוטומטי ומצריך חשיבה:



סיווג מעניין של נסיבות פנימיות לעומת חיצוניות, הרלוונטי במיוחד לענייננו, קשור לסוגיית הדת. בפסיכולוגיה הקוגניטיבית מקובל להגדיר דת כסט ערכים קולקטיביים המניעים את האדם לפעול בצורה מסוימת.²¹ ככזאת, לעיתים נחשבת הדת לנסיבה פנימית

18 Lee D. Ross, Teresa M. Amabile & Julia L. Steinmetz, *Social Roles, Social Control, and Biases in Social-Perception Processes*, 35 J. PERS. & SOC. PSYCHOL. 485 (1977)
 19 Lee Ross, *The Intuitive Psychologist and His Shortcomings: Distortions in the Attribution Process*, 10 ADVANCES EXPERIMENTAL SOC. PSYCHOL. 173 (1977)
 20 Yaacov Trope & Ruth Gaunt, *Processing Alternative Explanations of Behavior: Correction or Integration?*, 79 J. PERS. & SOC. PSYCHOL. 344 (2000)
 21 William K. Wright, *A Psychological Definition of Religion*, 16 AM. J. THEOLOGY 385 (1912)

ולעיתים לנסיבה חיצונית, לפי ההקשר. למשל, אם הייחוס נעשה בעניינו של אדם דתי, הרי שדתו ופעולותיו המונעות ממנה ייחשבו לנסיבה פנימית של מושא הייחוס ובשל כך תהיה הנטייה להעניק משקל רב לפעולות אלו. הסיבה היא שדתו של אדם היא המוטיבציה שלו לפעול בצורה מסוימת, ולכן נובעת מפנימיות האדם, כמו תכונות ורגשות. לעומת זאת אם הייחוס נעשה בעניינו של אדם שאינו דתי שבא במגע עם אדם דתי, הרי שפעולות הנובעות מהדת (שעושה האדם הדתי שאיננו מושא הייחוס) ייחשבו לנסיבה החיצונית למושא הייחוס, שכן הן אינן נובעות מפנימיותו שלו ואינן מניעות אותו אלא את הפרט שאיתו הוא בא במגע. אם כך, אם הדת מניעה את פעולות מושא הייחוס, תיחשב היא והפעולות הנובעות ממנה לנסיבה פנימית, ואם היא חלק מתוך ההקשר שבו הוא נמצא, היא תיחשב לנסיבה חיצונית.²²

לסיכום, את החלוקה לנסיבות פנימיות וחיצוניות בעת ייחוס סיבות להתנהגות הגה אבי תורת היחסות, היידר. קלי פיתח את תורתו של היידר למודל השונות המשותפת בניסיון להסביר איך הצופה בוחר בנסיבה פנימית או חיצונית בעשותו את הייחוס. אולם מודל השונות המשותפת הפך לא רלוונטי עת זיהו פסיכולוגים הטיה אנושית להעניק משקל יתר לנסיבות פנימיות בייחוס סיבות להתנהגות, ומודל השונות המשותפת אינו מביא בחשבון את ההטיה. כלומר, פלוני שמנסה לחזות כיצד ינהג אלמוני ומה ישפיע על החלטותיו, ייטה לייחס משקל רב לנסיבות הפנימיות של אלמוני, כדוגמת דתו והפעולות הנובעות ממנה, שהובילוהו לקבל החלטה מסוימת, ומשקל פחות לנסיבות חיצוניות. הטיה זו, הקרויה טעות הייחוס הבסיסית, נובעת מהליך קוגניטיבי שגוי שעורכים אנשים כאשר הם מנסים לערוך ייחוס במצב של 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 באמצעות חזקה הניתנת לסתירה ולפיה הזוג היה מבצע הפלה אם הוועדה להפסקת היריון הייתה מתירה זאת. אולם 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

22 Constantine Sedikides, Lowell Gaertner & Erin M. O'Mara, *Individuals Self, Relational Self, Collective Self: Hierarchical Ordering of the Tripartite Self*, 56 PSYCHOL. STUD. 98 (2010).

23 אסף פוזנר עוולות טרום לידתיות – הילד הרצוי והילד הבלתי רצוי 76, ה"ש 189 (2019).

בהמשך לדבריו של פוזנר, ועל רקע הדברים האמורים לעיל, ברצוני להציע הסבר אפשרי מדוע החזקה שנקבעה בעניין **המר** היא חלשה עד מאוד, בהתבסס על קיומה של הטיה קוגניטיבית שחלה על מומחים והדיוטות כאחד – היא טעות ייחוס הבסיסית. כפי שתואר לעיל, היכרות מוגבלת בין קבוצות שונות מובילה לחוסר במידע ולפיכך היא כר פורה לקיומן של טעויות ייחוס בסיסיות בעת הליך פרשנות הפעולה או ההתנהגות של פרטים מקבוצות שונות. משכך, נראה כי אין אפשרות למנוע את זליגתה של השפעה זו אל עולם המשפט. עמד על כך בעבר חמי בן נון.²⁴ לשיטתו, היות שהוכח שההטיות חלות הן על הדיוטות והן על מומחים, טעות הייחוס הבסיסית עוזרת להבין מדוע שופטים עלולים לתת משקל יתר לראיות התומכות בנסיבות פנימיות ומשקל חסר לנסיבות חיצוניות שהובילו להחלטה מסוימת.²⁵

אני סבורה כי עילות של הולדה בעוולה הנוגעות לשאלות אם זוג הורים היה מבצע או לא היה מבצע הפלה, הן חקר מקרה רלוונטי במיוחד לקיומה של טעות הייחוס הבסיסית ולעיבוד קוגניטיבי שגוי, עד שלמעשה קיומה של טעות זו עשוי לאיין את החזקה שנקבעת בהלכת **המר**, אשר נועדה להתמודד עם הקושי של העלאת רף ההוכחה העומד בפני 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, דבר שעשוי לאיין את החזקה.²⁶ ודוק, אינני טוענת שלא ניתן להסתמך כלל על השתייכות דתית של הזוג ועל כך שפעולותיהם נובעות מהדת, אלא שבשל היות הדת גורם פנימי חשוב אצל הזוג, אפשר שתחול השפעתה של טעות הייחוס, וזו תוביל באופן לא מודע להסתמך על כך הסתמכות רבה מדי, והדבר יפעל לרעת זוגות דתיים המבקשים לתבוע בגין הולדה בעוולה.

בהמשך לכך, באמצעות ניתוח קרוב של פסק הדין בעניין **מאוחדת** אנסה להראות כיצד קיומן של נסיבות חיצוניות שעשויות לתמוך בטענה שהזוג היה מבצע הפלה לו היו ניתנים לו הסברים ראויים, אינו מספיק כדי לאזן את המשקל הרב שנותן בית המשפט לנסיבות

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

25 שם, בעמ' 225.

26 לחשש דומה שצוין בספרות המשפטית כביקורת לחזקה שנקבעה בעניין **המר** (לעיל ה"ש 1) ראו רונן פרי "להיות או לא להיות? זו כבר אינה השאלה" **מחקרי משפט** כט 61, 87–89 (2013), שם מציע המחבר שחזקת המר אינה מבטלת את ההפליה המגזרית, אלא לכל היותר מצמצמת אותה. הסיבה לכך היא שאומנם 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 להעלות למודעות את החשש מכך שהחזקה אינה 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). לכן החזקה לא תיסתר על סמך אינדיקציות כלליות מעין אלו. אלא שלדידי, יש חשש שפעולות שביצעו זוג דתי שאינן בגדר אינדיקציות, ואשר מותר לשוקלן במסגרת ההכרעה, מקבלות משקל יתר כאשר הן מזהות כפעולות של אנשים דתיים, ללא סיבה מוצדקת ובשל טעות הייחוס הבסיסית, כפי שיובהר להלן.

הפנימיות של זוג ההורים בהיותם זוג דתי שהתייעץ עם איש דת בטרם קבלת ההחלטה. במילים אחרות, ברצוני לטעון כי אם ניקח את פסק הדין בעניין **מאוחדת** כחקר מקרה ליישום הלכת **המר** במקרי הפלה של זוגות דתיים, הרי שיש חשש גדול לטעות ייחוס בסיסית.

וכך אף שלפי ייחוס רציונלי ותקין היה ראוי לנתח את הדברים בדרך מסוימת, בפועל קיומה של ההטיה מוביל לתוצאה אחרת. ככלל, רציונלית היה נכון לנתח את המקרה כך: על פי התנהגות – לאחר שהמליץ הרופא לפלוני ופלונית לבצע הפלה התייעצו השניים בעניין עם איש דת והחליטו שלא לבצע הפלה; הקשר – הרופא דיווח על הסיכויים שיוולד ולד בעל מום, פירט את סוגי המום האפשריים והמליץ להפיל; הרב שאל על הסברי הרופא והמליץ שלא להפיל; פירוש משמעות ההתנהגות – ייתכן שהזוג הבין את דברי הרופא והסתכן בהולדת ולד בעל מום בשל המלצת הרב, וייתכן שלא הבין כראוי את דברי הרופא, ואילו הבין לא היה מסתכן בכך (כלומר התנהגותו אינה אינדיקציה לכך שלא היה מפיל 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 על 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 הפלה; התאמה של הפירוש להקשר – מדובר בזוג דתי שלא היה מבצע הפלה לולא התרשלות הרופא. כך ההקשר הכולל של הסיטואציה מקבל פחות ביטוי, ייתכן למשל, שההקשר הוא שהזוג לא הבין כראוי את המידע הרפואי שקיבל.

כך יוצא שמפירוש שלפיו ייתכן שהדבר קשור לנסיבות חיצוניות בדבר ההסברים שניתנו לזוג, תהליך העיבוד הקוגניטיבי מטה לקביעה שהדבר שהכריע את הכף היה היות הזוג דתי, אף שהגייוני שההסבר הלכתי הוא שהוביל לאי־ביצוע ההפלה. כלומר, גם אם יש חזקה שהקביעה שהזוג היה מפיל כדי למנוע הפליית זוגות דתיים שדתם אוסרת על הפלה, הרי שהיא "מקוּזָזת" עם הנטייה לקבוע שניתק הקשר הסיבתי, נטייה שנובעת מהיות הדת נסיבה פנימית בעלת משקל גדול בייחוס סיבות להתנהגות.

ב. טעות הייחוס הבסיסית במקרה של הולדה בעוולה – חקר מקרה: 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 ושעליה לא הייתה מחלוקת בין הצדדים, האם, אשר הייתה הרה כשבגופה התקן תוך־רחמי, הייתה נתונה בסיכון ללידה מוקדמת, אך בכל זאת סירבה להמלצת הרופא לבצע הפלה. כמו כן, כפי שמתואר בפסק הדין, בטרם קיבלה את החלטתה, התייעצה האם עם רב, וזה המליץ לה לא לבצע את ההפלה. בסופו של דבר ילדה האם בלידה מוקדמת פג עם נכות שכלית.

בין זוג ההורים לרופא התגלעה מחלוקת משפטית בנוגע לשאלת ההתרשלות מצידו של הרופא בהסברת ההשלכות של לידה מוקדמת. ההורים טענו כי לא הבינו את משמעות הסיכון הכרוך בלידה מוקדמת עם התקן תוך־רחמי וסברו שהסיכון מסתכם בפגות גרידא. הרופא טען שהסביר ופירט את הסיכונים ואת ההשלכות – החשש שייולד וילד עם נכות מוטורית או שכלית, ומשכך, טען הרופא, הוא לא התרשל כלל. מחלוקת נוספת נסבה על שאלת הקשר הסיבתי. הרופא טען כי בלאו הכי האם לא הייתה מבצעת הפלה, שכן ההורים התייעצו עם רב שהמליץ להם לא להפיל, ומשכך ניתן הקשר הסיבתי. מנגד, טענו ההורים 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 בין היתר כי בשל העובדה שהתיעוד הרפואי לא כלל פירוט בדבר הסיכונים, ובשל כך שהרופא פירט את כלל הסיכונים ששטח לפני האם רק כשהעיד בבית המשפט ולא בתצהיר, הרי שגרסת ההורים מהימנה. עוד קבע כי קיימים מצבים שבהם אפילו דתם של המשיבים מאפשרת הפלה, ומשכך, לא ניתן הקשר הסיבתי בעת הפנייה לרב, שכן אילו הוסבר להם המצב לאשורו, במאזן הסתברויות ייתכן שהיה מומלץ להם לבצע ההפלה.²⁷ ואולם, בערעור שהוגש לבית המשפט העליון נקבע כי בניתוח העובדות של בית המשפט של הערכאה הדיונית עולים פגמים היורדים לשורש ההליך, ושלפיכך יש להתערב בתשתית העובדתית שנפרסה 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, והנטל נשאר אפוא אצל ההורים להוכיח כי הרופא התרשל. יתרה מזאת, נקבע שהנטל המוטל על ההורים מוגבר היות שנהגו בניגוד להמלצתו הדרסטית של הרופא לבצע הפלה. במסגרת פסק דינו הצביע השופט עמית על כמה וכמה אינדיקציות המובילות למסקנה כי לא הוכחה התרשלות הרופא.²⁸ באשר לסוגיית הקשר הסיבתי קבע השופט עמית כי הוא אינו מתקיים במקרה דנן, מן הסיבות האלה: 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 שכלידת וילד פג; מעדות ההורים עולה שציפו לקבל פירוט על סיכון ספציפי שיתממש כדי שיוכלו לקבל החלטה מושכלת, אך ציון

27 ת"א (מחוזי י-ם) 5193/03 ד' א' נ' נ' קופת חולים מאוחדת (נבו 30.8.2012) (להלן: עניין מאוחדת מחוזי).

28 עניין מאוחדת עליון, לעיל ה"ש 6, פס' 35–45 לפסק דינו של השופט עמית. לעומת השופט עמית (בהסכמת השופט סולברג) המשנה לנשיא (כתוארה אז) נאור, בדעת מיעוט, העלתה ספק בנוגע לאינדיקציות שהועלו בפסק הדין, בהתחשב בכך שהן מסתמכות על הערכת מהימנות העדים, שבכך יש יתרון לערכאה הדיונית על פני ערכאת הערעור (שם, פס' 7 לפסק דינה: "מן האמור לעיל עולה, כי ישנן אינדיקציות שבעובדה לכאן ולכאן, מהן ניתן להסיק מסקנות נוגדות. לא אכחד: המקרה שלפנינו הוא מקרה גבולי. ייתכן, כי אם מקרה זה היה בא בפניי בערכאה הדיונית – הייתי מכריעה אחרת כפי שחבריי מציעים להכריע בערעור"). אף שלטעמי קביעת פסק הדין גם בהקשר של רכיב ההתרשלות מעוררת קשיים, בהערה לא אידרש לסוגיה זו ואתמקד ברכיב הקשר הסיבתי בלבד.

סיכון ספציפי איננו דרישה סבירה. מכאן מסיק השופט עמית שממילא היה הוולד נולד, שכן ההורים לא היו מבצעים הפלה.

לצד נסיבות אלו פירטו ההורים כמה נסיבות נוספות שלא זכו להתייחסות מספקת בפסק דינו של השופט עמית. על סיבות אלו אפרט בהמשך.

נוסף על האמור לעיל, בפסק הדין נשללה קביעת הערכאה הדיונית שלפיה הפירוט הרפואי החסר שניתן לזוג, שאותו העבירו בני הזוג לרב, השפיע על המלצת הרב שלא להפיל, ואם 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 מהאמור לעיל ניתן לאתר סימנים לקיומה של טעות הייחוס הבסיסית: לנסיבות החיצוניות המעידות שהזוג היה מפיל ניתן משקל מזערי עד אפסי, ואילו נסיבות היות הזוג דתי והתייעצותו עם רב הייתה נדבך מוצק בהכרעת פסק הדין.

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

פסק הדין בבית המשפט העליון פותח בתיאור המקרה כך: "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 על ההכרעה הסופית בנוגע לרכיב הקשר הסיבתי אליה יגיע בית המשפט, מבליע בתוכו את המשקל הרב שנותן השופט לנסיבות הפנימיות.

לאחר הפתיחה המרמזת המשיך השופט עמית בדיון על רכיב הקשר הסיבתי ומדגיש כי ההכרעה בשאלת הקשר הסיבתי צריכה להיעשות לפי החזקה שנקבעה בעניין המר. קרי, שאת השאלה אם ניתק הקשר הסיבתי אין לבסס על סמך "נתונים כלליים" הנוגעים להשתייכות הזוג לזרם דתי כזה או אחר. אלא שלדעתו, במקרה הנוכחי אין מדובר כלל 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 נפרסים לפניהם 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 שהאשה 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 שנוסף על השיקולים הרפואיים שוקל גם שיקולים המבוססים על עולם הרגש, על השקפת עולם, על אמונות דתיות ועל תפיסות 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, ולא חשוב מהם הסיכונים וההשלכות של התממשות הסיכון לחייו ולחיי הוולד. המשמעות הכוללת היא שכל שיקול לבר-רפואי עלול לשלול קשר סיבתי ובכך לעלות כדי גורם זר מתערב, כשלמעשה בדרך זו הוא עוקף את הלכת המר. בכך למעשה נשללת האפשרות התאורטית מאנשים ומנשים דתיים לקבל החלטות מורכבות המהוות שקלול. במקרה דנן, עת נדרשו הורים להחליט אם להפסיק ההריון, החלטתם לא להפסיק את ההריון 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 מפני שיקולים בדבר יכולתם הממשית של ההורים להתמודד עם גידול ולד בעל מום. כך צוטטה האם בפסק הדין:

עליי להדגיש כי אילו היו ד"ר אברמוב או פרופ' יגל מסבירים לי שבלידה מוקדמת טמונה סכנה שהפג יפגע [...] **והרב היה ממליץ להמשיך את ההיריון, היינו מתייעצים בינינו לבין עצמנו בשאלה אם אנו מוכנים ומסוגלים לגדל ילד נכה וככל הנראה היינו מתייעצים עם אנשים נוספים.**³²

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

את עמדתו נימק השופט עמית בכך שלאחר המלצת הרב הגיע הנושא לסיומו מבחינת הזוג.³⁴ ואולם, אני סבורה כאמור כי הצגת עובדה זו כראיה לטיעון כי אין קשר סיבתי היות שהמלצת הרב היא החשובה, היא שגויה ולו מהסיבה שהיא אינה מאפשרת להורים את

30 שם, פס' 50 (ההדגשה הוספה).

31 ע"א 1355/11 הסתדרות מדיצינית הדסה נ' קופת חולים מאוחדת, פס' 52 לפסק דינו של השופט זילברטל (נבו 9.2.2015); ע"א 4384/90 ואחורי נ' בית החולים לניאדו, פ"ד נא(2) 171, 180 (1997); דנ"א 121/11 גרסטל נ' דן, פס' 8 לפסק הדין (נבו 5.12.2011).

32 עניין מאוחדת מחוזי, לעיל ה"ש 27, פס' 44 לפסק הדין (ההדגשה הוספה).

33 שם, פס' 32.

34 עניין מאוחדת עליון, לעיל ה"ש 6, פס' 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".

החירות שהחלטתם תהיה מורכבת משקלול השיקולים הרפואיים והשיקולים שאינם רפואיים יחד. יתרה מזאת, לא ארחיק לכת אם אומר שיש אפשרות שאי-גילוי של פרטים חשובים מצד הרופא, כפי שנקבע בערכאה הדיונית, הוא שהוביל מלכתחילה לפניית הזוג אל הרב. כפי שמתואר בפסק הדין, ההתייעצות עם הרב הגיעה לאחר המלצת הרופא לבצע הפלה, ומאחר שלא הבין הזוג מדוע. 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 יש אפשרות אפוא שהמידע המעורפל שהעביר להם הרופא הוביל להחלטתם לפנות לבר-סמכא אחר שיסייע להם לקבל החלטה. מכל מקום, 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, יש נטייה חזקה להסביר התנהגויות של פרטים באמצעות נסיבות שקשורות לפרט, כגון דתו והפעולות שביצע בעקבותיה, ולתת משקל חסר לנסיבות החיצוניות שהשפיעו על התנהגות הפרט. ואולם, כאמור לעיל, העובדה שהזוג התייעץ עם רב ופעל לבסוף כפי המלצתו אינה מנביעה את המסקנה שאין חשיבות לטיב ההסברים שנתן הרופא, כפי שטען השופט בציטוט לעיל. ייתכן שהנטייה האנושית להסביר התנהגויות על סמך תכונות ועניינים פנימיים היא שהובילה להענקת משקל גדול מאוד לנסיבות התייעצות הזוג עם איש דת והיותם דתיים בקביעה שלא היו מפילים אף לולי התרשלות הרופא, על אף קיומה של חזקה לטובת ההורים וקיומן של נסיבות חיצוניות שהיה בהן להוכיח אחרת. בפרק הבא אבחן כיצד שקילת הרב עצמו את השיקול הרפואי, שהוא נסיבה חיצונית לזוג, מקבלת משקל קטן בחיזוי החלטת ההורים אם להפיל או לאו.

3. נסיבה חיצונית רלוונטית העולה מחקר המקרה – התבססות איש הדת על מידע רפואי

השופט עמית הביע בפסק דינו התנגדות לקביעת בית המשפט קמא שלפיה מתקיים קשר סיבתי היות שקיימת אפשרות שאילו היו נפרסים הסיכונים כהווייתם לפני הזוג, אזי ייתכן שאף הרב בעצמו היה ממליץ להורים לבצע הפלה, ובכך הייתה נמנעת הלידה. כלומר, לפי הערכאה הדיונית, גם אם אכן הסתמכו ההורים בהחלטתם על המלצת הרב גרידא, הרי שיתכן שההמלצה עצמה הייתה משתנה לו הוצגה התמונה העובדתית המלאה לפניו.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 שלא הוכח שהרב הסתמך על מידע רפואי כלשהו

35 עניין מאוחדת מחוזי, לעיל ה"ש 27, פס' 22 לפסק הדין.

36 שם.

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

38 שם, פס' 54.

כשנתן המלצה שלא לבצע הפלה, הרי שאין להסיק שפירוט נרחב יותר של הרופא היה מוביל להמלצה אחרת שלו.³⁹

אני סבורה כי קביעת השופט עמית, ששוללת את האפשרות שהרב היה ממליץ להפיל לו ניתן לו מידע רפואי מפורט יותר, מעלה קושי כפול: ראשית, מדבריו של השופט עמית עשויה להשתמע דרישה להוכיח שהרב הסתמך על מידע רפואי. אלא שדרישה כזאת מתעלמת מחזקת המר, שלפיה נטל ההוכחה מוטל על הנתבע, ועליו להוכיח שניתק הקשר הסיבתי. קרי, לא על ההורים להוכיח שהרב הסתמך על מידע רפואי, אלא על הרופא להוכיח שהרב לא הסתמך על מידע רפואי, ושלפיכך הקשר הסיבתי נשלל, וזה לא הוכח בפסק הדין.⁴⁰ בכך שוב ניתן ביטוי לטעות הייחוס הבסיסית. נסיבה חיצונית לזוג – הסתמכות או היעדר הסתמכות של הרב על מידע רפואי⁴¹ – אינה מקבלת התייחסות מספקת ואף נשללת במקרה דנן, בניגוד לערכאה הדיונית שבה 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 פרופ' יגל, שהעיד מטעם ההורים, עלה כי לרב "היגיון בריא" בקביעותו אם יש לבצע הפלה אם לאו, ושיש מקרים שבהם כן היה ממליץ לבצע הפלה. השופט עמית מציין בפסק דינו שעובדה זו לא נעלמה מעיניו, אך בפועל לא ברור אם והיכן התייחס אליה.⁴³ מכל מקום, ייתכן שהחלטת הרב אכן לא הייתה מושפעת

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 שענין 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 הייתה שיקול אחד מני 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, מתכונותיו או ממאוויו הפנימיים של מושא הייחוס הוא נסיבה חיצונית ביחס אליו. מושא הייחוס הוא בני הזוג, ולכן דרך החלטתו של הרב היא נסיבה חיצונית ביחס לזוג, לעומת החלטת ההורים להתייעץ עם רב שהמליץ להם להפיל – שהיא נסיבה פנימית לזוג שנובעת מתכונותיו הפנימיות, ולפיכך מקבלת משקל גדול. ראו דיון בהרחבה לעיל בתת-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 (עניין **מאוחדת מחוזי**, לעיל ה"ש 27, פס' 45). להצגה של פסיקת בית המשפט המחוזי כמיישמת ראוי את החזקה שנקבעה בעניין **המר** ראו יונתן דייזיס "שאלת הקשר הסיבתי בעילה של 'הולדה בעוולה' – בעקבות הלכת המר נ' עמית" **רפואה ומשפט**: חוברת מיוחדת – "הולדה בעוולה" 54 (2015) (להלן: "דיווי" "שאלת הקשר"); מנגד, לתמיהה בדבר אי קיום טעות בייחוס אצל שופט בית המשפט המחוזי יכולים להיות כמה הסברים לפי הספרות הפסיכולוגית, כגון השתייכות הבוחן לקבוצה הנצפית או היכרות עם הקבוצה הנצפית (ראו דיון על כך בהמשך מאמר זה).

43 וראוי לציין כי ניכר מפסק הדין שעדות פרופ' יגל הייתה מהימנה בעיני השופט: 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.

מהמידע הרפואי, אך לא הוכח כך או אחרת, ומטרתי להצביע על הקושי בקביעה החד-משמעית שמידע רפואי אחר לא היה משנה את המלצת הרב. יתרה מזאת, ראוי לשים לב שההתייחסות מראש לשאלה אם הרב הביא בחשבון את המידע הרפואי אם לאו מניחה כי הזוג בהכרח ביסס את החלטתו על החלטת הרב. כאן אדגיש שוב כי המלצת הרב היא שיקול אחד מני רבים אחרים בקבלת החלטה חשובה כדוגמת ההחלטה אם לבצע הפסקת היריון. 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 שלפיהם נותק הקשר הסיבתי, ודיון בטענת נגד עיקרית

בפסק הדין מוצג מצג שלפיו 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 לא נדרש כלל לציין סיכון ספציפי היות שלא כך נמדד הרופא הסביר.⁴⁶ ואולם בפועל אמרה האם בעדותה 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 אמרה 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 רב מאמירה אחרת של האם שאינה מתיישבת איתה.

כמו כן, לדעת השופט, העובדה שהזוג נזהר מלציין בכתבי טענותיו כי לו היו נפרסים לפניו הסיכונים היה בוחר להפיל את 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, שממנה עולה שרק אם היה נאמר להם במפורש וחד-משמעית שהילד יסבול מנכות ספציפית היו שוקלים הפלה.⁴⁹ כאמור לעיל, הסתמכות על חלק מדברי ההורים שמתיישבים עם המסקנה היא קשה בשל דברים אחרים שאמרו בעדותם שמהם

44 עניין מאוחדת עליון, לעיל ה"ש 6, פס' 53 לפסק דינו של השופט עמית.

45 שם.

46 שם: "אלא שכבר עמדנו על כך, שרופא סביר לא היה מעלה בפני מטופלת תרחיש חד משמעי לפיו כל היריון 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 שהיילוד הפג יסבול מנכויות, לא היה בכך כדי להניעם להפסיק את ההיריון".

47 עניין מאוחדת מחוזי, לעיל ה"ש 27, פס' 43 לפסק הדין. השופט עמית בעצמו מציין זאת בעניין מאוחדת עליון, לעיל ה"ש 6, פס' 41 לפסק דינו של השופט עמית.

48 שם.

49 שם, פס' 53.

עולה שהיו שוקלים הפלה לו נפרסו לפנייהם הסיכונים כראוי. מלבד זאת, הטיעון שלפיו העובדה שהזוג נזהר מלהצהיר שהיו מבצעים הפלה מוכיחה שלא היו מבצעים אותה בלאו הכי, ומכאן שניתק הקשר הסיבתי, הוא קשה היות שהוא מתעלם מהקושי הנפשי שבחיוב ההורים להעיד כי בהכרח היו מפילים את הוולד בעודו בחיים.⁵⁰

לבסוף נראה שלפי הטיעון, רף ההוכחה הנדרש גבוה מהנדרש בדין הנזיקי, ואולי אף מתקרב למשפט הפלילי. הרי אם במאזן הסתברויות עסקינן, אין צורך בהוכחה כי בתרחיש שבו היו נפרסים הסיכונים היו מפילים את הוולד בוודאות מלאה. גם שופט בית המשפט קמא ציין זאת בקובעו כי לפי עדות הזוג, ובהתחשב בחזקה שנקבעה בעניין המר ובכך שמדובר במאזן הסתברויות, הוכח שהזוג היה מפיל את הוולד. בכך הטיעון מעלה חשש מפני הטיה שמובילה לכך שחזקת המר לא הובאה בחשבון מאזן ההסתברויות לטובת התובעים.

לסיכום אציין שידוע לי שבכל האמור לעיל אין כדי לתקוע יתדות בדבר קיומה של הטיה, אלא שהדיון נועד להעלות למודעות את החשש בדבר היכולת ליישם את חזקת המר, לאור קיומה של הטיה קוגניטיבית, 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 רב בחיזוי התנהגויות האדם לעומת נסיבות חיצוניות, דבר שיוביל להחלשת החזקה. אומנם ניתן לטעון שפסק דין אחד אינו יכול להעיד על קיומה של הטיה, אולם חשוב לציין שמאז עניין המר נידונו בבית המשפט העליון בסך הכול רק עוד שלושה מקרים של תביעת זוג דתי בגין הולדה בעוולה,⁵¹ ולכן פסק דין אחד במקרה הזה מספיק בתור נורית 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 בית המשפט העליון, אולם ראינו שההטיה

50 הוזכר בעניין המר, לעיל ה"ש 1, פס' 47 לפסק דינו של המשנה לנשיא ריבלין, פס' 3 לפסק דינה של השופטת ארבל.

51 ע"א 8426/10 פלוני נ' מלאך (נבו 5.6.2013). בעניין מלאך נסתרה החזקה בשל קביעה עובדתית בערכאה הדיונית שלפיה האם הודיעה שבלאו הכי לא תבצע הפלה משום שדתה אוסרת זאת. האם הכחישה בתוקף, אולם בערכאה הדיונית נטען שבין היתר היות שהרב שפנו להתייעץ איתו ושהיה מתיר להם לבצע הפלה נמנע מלהעיד בבית המשפט ומסר אמירה שלפיה בשום אופן לא היה מאשר לבצע הפלה, הרי שעדות האם אינה מהימנה. כשלעצמי, מסופקני אם הרב היה בא להעיד גם אם היה מתיר להורים לבצע הפלה, בשל הרגישות שבעדות כזאת. יש מקרים שגם אם רב היה מתיר לזוג ספציפי לבצע הפלה בשל נסיבותיו המיוחדות, הוא לא היה רוצה להעיד שהיה מתיר להם: ראשית, כדי שלא לתת פתח לזוגות דתיים אחרים, שנקלעו לאותן 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 יש אפשרות שרב שהיה מתיר לזוג לבצע הפלה לא היה מעיד על כך מחשש שידירוהו. ראו ע"א 2360/14 אבו גאנם נ' בצור (נבו 8.2.2016); ע"א 8710/12 פלונית נ' שירותי בריאות כללית (נבו 6.8.2019).

52 הדיון בנושא עדיין מעניין כי הלכות בית המשפט 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 שבגיניו אין מערערים (ראו דיון על כך בהמשך).

לא חלה עליו שכן פסק לטובת זוג ההורים. כך למשל גם עמדת המיעוט בפסק הדין בבית המשפט העליון.

ואולם, כזכור, הטיית טעות הייחוס הבסיסית נובעת מהליך עיבוד קוגניטיבי שגוי שנובע מחוסר במידע שמקשה על עריכת ייחוס רציונלי. לפי הטיית הצופה-המשתתף, נטייה לטעויות בייחוס קיימת בעיקר אצל מי שאינו משתייך לקבוצה הנצפית.⁵³ בכיוון ההפוך, ומבלי להיכנס לפרטי המקרה הספציפי, אם שופט בית המשפט המחוזי הכיר לעומק את הבעיה שמולה ניצבו זוג ההורים הדתי, משום שהכיר מקרוב את העולם החרדי/דתי בין משום שהשתייך אליו ובין משום גורמים אחרים כמו היחשפות ישירה לעובדות המקרה, הרי שנטייתו לייחס משקל גדול לנסיבות פנימיות תהיה קטנה במידה ניכרת. כלומר, בתהליך 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 שבפניה ניצבים זוגות דתיים. מלבד זאת 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 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 מחזיר את החשש מאי-שוויון ביתר שאת. חוסר השוויון מתבטא בכך שעל טעויות של שופטים בעילת הולדה בעוולה התובעים הדתיים "משלמים" יותר. כך, בקביעה אם זוג זכאי לפיצויים בגין הולדה בעוולה יכולים להיות 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 שהטעות תהיה במקרה שבו התובעים הם זוג דתי וייתכן שלא. בהנחה שכשיש טעות לרעת התובעים ההסתברות שמדובר בזוג דתי היא X, הרי שההסתברות שמדובר בזוג שאינו דתי היא 1-X (מאורע משלים). במצב דברים זה יש חשש ש-X גבוה מ-50%, במובן זה שטעויות רבות יותר קורות בתיקים שמגישים זוגות דתיים, בין היתר בשל הנטייה להעניק משקל גדול לעובדות היות הזוג משתייך לדת שאוסרת הפלה, נטייה שאינה קיימת כשמדובר בזוג תובעים שאינו דתי כאמור.

53 Daniel T. Gilbert & Patrick S. Malone, *The Correspondence Bias*, 117 PSYCHOL. BULLETIN 21, 27-30 (1995).

54 עניין עיריית ירושלים, 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".

נוסף על החשש מפגיעה בשוויון קיים החשש מיצירת אפקט מצנן של תביעות. אם מרבית התביעות שמגישים זוגות דתיים בגין הולדה בעוולה נדחות בשל הנימוק הדתי בפועל,⁵⁵ הרי שגם זוגות דתיים שהיו מבצעים הפלה יירתעו מלהתחיל הליך משפטי, מחשש שלא יעלה בידם להוכיח את תביעתם, שכן יש 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 בעייתי לא פחות: יצירת תמריץ שלילי לרופאים לנקוט זהירות בפריסת הסיכונים כהווייתם לפני זוגות דתיים בשל סיכונים הנמוך להוכיח את תביעתם, אם תוגש. ההשפעה היא קריטית בהתחשב בשיעור הילודה הגבוה אצל זוגות דתיים.⁵⁶

מלבד הקשיים שפוגעים בתובעים ובתובעים הפוטנציאלים, המצב המתואר יוצר חוסר ודאות שמקשה את הבנת הדין הנוהג בסוגיה שנחשבת סבוכה ממילא. משפטנים חלוקים על הדרך שבה יש ליישם את הלכת המר בתביעות זוגות דתיים: דוגמה לחוסר הוודאות, יש בפסק דין בעניין א"פ נ' פרופ' מרואן עודה, שבו הגישו זוג מוסלמים תביעה נגד רופא.⁵⁷ בפסיקה נקבע שהרופא התרשל משלא זיהה את המום בבדיקה הראשונה, אולם התעוררה שאלה אם ניתן הקשר הסיבתי בין התרשלות הרופא להולדת הוולד מקום שבו נודע לזוג על המום בבדיקה השנייה והיה יכול אז 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 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 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 בדבר החלטת ההורים לו נודע להם על המום בבדיקה הראשונה, אולם בכל זאת ליבו נטה לקביעה כי הזוג היה נמנע

55 ראו לעיל ה"ש 52.

56 תימוכין לנתון הילודה ניתן למצוא באתר הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה, שלפיו מרכיב הגידול הגדול ביותר נמצא באזורי יישוב של אוכלוסיית הערבים והחרדים, ראו "אוכלוסייה ומרכיבי גידול ביישובים ובאזורים סטטיסטיים, 2014–2020" הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה (17.8.2021) <https://tinyurl.com/mj575z4u>. ראו גם עניין עיריית ירושלים, לעיל ה"ש 3, פס' 291 לפסק דינו של השופט דרורי.

57 ת"א (מחוזי חי') 16010-02-16 א"פ נ' עודה (נבו) 20.6.2019.

58 שם, פס' 46 לפסק הדין (ההדגשות הוספו).

מלהפיל, מבלי לציין סיבה מפורשת לנטייה לבד מהסתמכות על נתון כללי בלבד בדבר היות הזוג מוסלמי (בכך יש התעלמות מהלכת המר ומהחזקה שנקבעה בה). נוסף על היותה של אמירת השופט על נטיית ליבו מעוררת תמיהה לנוכח דבריו ששקלול הראיות אינו מספק ממצא חד-משמעי, הרי שאי-התייחסותו לחזקת המר קשה גם היא 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 קיומו של קשר סיבתי מתעלם מהפרקטיקה היום-יומית והדבר מפלה 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, מהציטוט לעיל משתמעת הנחת הכותב שכל עוד נשקלו שיקולים לבר-רפואיים, הרי שההחלטה התקבלה על פיהם, ועל פיהם בלבד. אלא שלגישת פוזנר, וכך גם בהערה, יש 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, בייחוד כשמדובר בהחלטות מורכבות שמטבען מעוררות שיקולים שאינם רפואיים גרידא. המסקנה היא כי יש צורך בשינוי שימזער את עלויותיהן של השלכות ההטיה המתוארות לעיל, ומסקנה זו מתבקשת בייחוד בשל העובדה שאת חלק מהפתרונות למזעור הקושי ניתן ליישם בקושי לא רב, כפי שאפרט להלן.

ד. הצעות למזעור נזקי ההטיה

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 שתסייע בהתמודדות איתה. נוסף על הצעה זו, אשר נהיר שאינה מספקת, אציע לאמץ את המלצות ועדת מצא, שבעיקרה קוראת להחרגת הדיון בפניות מכוח עוולה זו מהפסיקה ולקביעת מנגנון פיצוי קבוע בחוק. לבסוף, וכל עוד לא אימץ המחוקק את המלצות ועדת מצא, אציע שני פתרונות פסיקטיים חלופיים או מצטברים: הראשון, אימוץ מבחן החולה המשולב בעיני הרופא הסביר; השני,

59 אסף פוזנר "הרפואה אינה יכולה להתעלם מההיבט הדתי" **הארץ** (16.7.2019) <https://tinyurl.com/33nvjre3>

60 אלי פילרסדורף "הרפואה אינה צריכה לשלם את מחיר האמונה" **הארץ** (22.7.2019) <https://bit.ly/3pgOmnC>

במקרים של ספק – שימוש בדוקטרינת האשם התורם אשר תקזז את תרומת ההורים לנוק מרכיב הפיצוי הלא ממוני. בטרם אפנה להצעות הפתרון אדגיש שהפתרונות להלן אינם מתיימרים למצות את הדיון בסוגיה או למגר את ההטיה כליל, ורצוי לעורר שיח עתידי שימצא 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 מהיעדר מידע, ולכן היכרות עם העולם הנצפה או השתייכות אליו עשויות למזער עד אפס את אפשרות קיומה של ההטיה. לעומת זאת פירוט בעניין ההטיה עשוי לסייע להחלשתה גם אצל מי שאינו משתייך לקבוצה הנצפית ואינו מכיר אותה מקרוב. למעשה, מחקרים רבים מראים שאם הבוחן התנהגות של פרטים יהיה מודע לקיומה של ההטיה, יקל עליו הדבר בקביעת ייחוסים רציונלית על אף החוסר במידע.⁶¹ אם כן, הסבר על ההטיה ועל הגורמים לקיומה (הליך עיבוד קוגניטיבי שגוי שנובע מחוסר במידע על הקבוצה הנצפית) עשוי בעצמו להיות חצי מהדרך לפתרון.

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

כאמור, השופט ריבלין אימץ בהלכת המר את המלצות ועדת 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, ושלפיו יילוד שנולד עם לקות מסוימת יהיה זכאי לתגמול לפי סוג 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 הם כדלקמן:⁶² ראשית, כדי לזכות בתגמול הכספי לא יהיה צורך להוכיח שהמוגבלות נגרמה 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 בידי 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 שיופרשו אליה הכספים מהמוסדות הרפואיים בסכומים שנחסכו בשל ביטול עילת תביעתו של היילוד. מהסכומים הנצברים בקרן ישולם התגמול הכספי לזכאים.

המחוקק טרם אימץ את ההסדר הסוציאלי שעליו המליצה ועדת מצא, והמצב כיום הוא אפוא כזה שאם מכריעים שתובעים אינם זכאים לפיצוי, נותרים התובעים ללא מקור כלכלי

61 ראו KENNETH S. BORDENS & IRWIN A. HOROWITZ, SOCIAL PSYCHOLOGY 85–86 (2nd ed. 2001). ראו גם Bertram F. Malle, *Self-Other Asymmetries in Behavior Explanations: Myth and Reality*, in THE SELF IN SOCIAL JUDGMENT 155, 157 (Mark D. Alicke et al. eds., 2005).

62 דו"ח ועדת מצא, לעיל ה"ש 8, בעמ' 58.

שיוכלו להסתייע בו לגידול ולד בעל מום. בשל החשש מטעויות בהכרעה שמוטות לרעת הציבור הדתי, המחיר שמשלם אותו ציבור כבד מזה שהיה אילו התקבל ההסדר 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 אם לא מסר למטופל מידע שחולה סביר היה צריך לקבל כדי לקבל החלטה מדעת, ואילו לפי המבחן המוצע, החובה תכלול גילוי מידע שהרופא ידע, או היה עליו לדעת, שהוא רלוונטי למטופל הספציפי כדי לקבל הסכמה או אי-הסכמה מדעת.⁶⁴ כלומר, מצד אחד מוצע בפסק הדין לצמצם את חובת הגילוי רק לדברים שבהסתכלות דרך משקפיו של רופא סביר הם נראים חשובים למטופל, ומצד אחר מוצע להרחיבה לגילוי הדברים שהרופא סובר שהם חשובים למטופל הספציפי.

טיבו של המבחן הוא ביצירת תמריץ לרופאים להדגיש ביתר שאת את הסיכונים דווקא כשמדובר בזוג דתי, מתוך 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 אומנם רכיב הקשר הסיבתי אינו הופך קל יותר להוכחה ישירה, אולם שינוי רכיב ההתרשלות והתמריץ שניב יובילו, בתקווה, לפירוט הסיכונים לזוגות דתיים שיהיה בו לסייע להם בקבלת החלטה מושכלת בדבר הצורך להפיל. יתרון נוסף של המבחן מלבד היותו תמריץ נכון של הרופאים ותוצאה ישירה שלו, הוא דילול תביעות של זוגות דתיים בעילת הולדה בעוולה, משום שבין שיחליטו להפיל ובין שלא, 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 רחב היות שבמצבים מסוימים הוא מביא בחשבון מאפיינים ספציפיים של החולה; חוסר התאמה בין החלק המצמצם במבחן לרוח הפסיקה ולגישה בישראל שזנחה את התפיסה האנכרוניסטית שלפיה המטופל ממילא לא יבין מה שיוסבר לו, והרופא יודע טוב יותר מהמטופל מהי טובתו האמיתית. ואולם, אף שהמבחן לא אומץ, הוא שב ומופיע בפסקי דין רלוונטיים ומוסיף לעורר מחלוקות. ראוי למשל לציין את דעתה של השופטת וילנר שתומכת במבחן החולה המשולב בעיני הרופא הסביר:⁶⁵

במאמר מוסגר, אעיר כי בעניין קדוש הציע השופט י' 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 המבחן המוצע, מוטלת על הרופא חובה לגלות למטופל

63 ע"א 1303/09 קדוש נ' בית החולים ביקור חולים, פ"ד (3) 164 (2012). בפרשה הוגשה תביעת רשלנות רפואית: המערערת, אשר עברה ניתוח שגרם לנכותה, תבעה בין היתר בטענה כי הניתוח בוצע בה ללא הסכמה מדעת. מכאן התעורר דיון נרחב בפסק הדין על הסוגיה של היקף חובת הגילוי.

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

65 עניין כללית, לעיל ה"ש 51, פס' 18 לפסק דינה של השופטת וילנר.

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 המתייחסת 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 נישם את מבחן החולה המעורב בעיני הרופא הסביר בעובדות המקרה הספציפי, הרי שראוי להכיר בהתרשלותו של הרופא גם אם החולה הסביר לא היה צריך לקבל את המידע כדי לקבל החלטה מדעת, אך המטופל הספציפי כן היה צריך זאת, והרופא הסביר ידע על כך: כשמדובר בזוג דתי מוסלמי, אזי גם אם מידע מסוים לא רלוונטי לחולה סביר אך רלוונטי לזוג הדתי המוסלמי, על רופא סביר המבין זאת למסור את המידע.⁶⁶ המתנגדים למבחן החולה המשולב בעיני הרופא הסביר טוענים כי הרחבת חובת הגילוי תטיל נטל כבד מדי על הרופאים, והדבר עשוי להוביל לרפואה מתגוננת – מצב לא רצוי כשלעצמו: רופאים יחלו להעמיס על המטופלים מידע על סיכונים רחוקים ולא מסתברים, ובכך יקשו קבלת החלטה מודעת, והכול 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 אחריות כאשר הם מעבירים מידע לזוג הורים לצורך החלטתם אם לבצע הפלה אם לאו. כאמור לעיל, נראה שהאיזון לא נערך והמטוטלת נוטה לטובת הרופאים דווקא אף שבסופו של דבר מדובר בצד החזק יותר, הן בשל פערי המידע והן בשל העובדה שברבים מן המקרים עומד מאחורי אותם רופאים גוף מוסדי חזק עוד יותר בעל כיס עמוק. לסיכום אציין שמדובר בפתרון חלקי בלבד, והוא מוצע בתקווה שיתפתח דיון בנושא ושיעלו הצעות לפתרונות יצירתיים יותר. כמו ההצעה לאימוץ הסדר סוציאלי, גם פתרון שינוי המבחן לבחינת התרשלות נועד למזער נזקים ואי-שוויון בפסיקה ואינו מתיימר למגר לחלוטין טעויות שלעולם יהיו.

4. שימוש בדוקטרינת האשם התורם

פתרון פסיקתי אחר הוא שימוש בדוקטרינת האשם התורם במקרים של ספק, למשל במקרים שבהם נקבע שהרופא התרשל, אולם השופטים מסופקים באשר להתנהגות ההורים לו ידעו על המום ובאשר לאשם שלהם (לא ברור אם היו מבצעים בדיקות לו נתבקשו לעשותן או

66 אציין שכאמור לעיל, בפסק דינה בעניין כללית (שם) התנגדה השופטת וילנר לחיוב הרופא בתשאל המטופל על אודות מצוות דתו, ובכך הכבידה את הנטל על זוגות דתיים. אולם בקבלת המבחן שמציע השופט עמית יהיה כדי להרחיב את היקף חובת הגילוי לחולה הספציפי, והדעת נותנת שכשמדובר 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 על מצוות דתם.

שנראה שלא שאלו מספיק שאלות וכדו') – הרי שיהיה אפשר להעניק פיצוי בקיזוז שיעור השתתפות ההורים בנזק, בכל מקרה לגופו.⁶⁷ הקושי העיקרי שבהטלת אשם תורם הוא שהפיצוי ניתן בגין נזק שנגרם ליילוד, ולכן קיזוז הפיצוי בשל האשם של הוריו מנוגד לעיקרון המקודש של טובת הילד ונוגד הוראות חוק.⁶⁸ הפתרון לכך הוא קיזוז רק במקרים שבהם נוסף על הפיצוי הממוני לטובת הילד נפסק פיצוי על נזק לא ממוני, וניתן 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, ולפיה בייחוס סיבות להתנהגות של אדם מסוים יש נטייה אנושית להעניק משקל יתר לנסיבות פנימיות שלו, כמו דתו והפעולות הנובעות ממנה, ומשקל פחות לנסיבות חיצוניות, כגון הסברים שנתן הרופא. בהמשך, באמצעות ניתוח של פסק הדין בעניין **מאוחדת**, ביקשתי להעלות למודעות את החשש מהתרחשות ההטיה עת נדרשים השופטים להכריע בתביעות זוג הורים דתי בגין הולדה בעוולה, באופן שמאיין את החזקה שנקבעה בעניין **המר** להתמודדות עם החשש מהפליה. כלומר, החזקה נסותרת בנקל בשל נסיבות פנימיות של זוג הורים דתי, כמו התייעצות עם רב, שהן בבחינת משקל מכריע בקביעה שההורים לא היו מבצעים הפלה. הראיתי לאורך ההערה כי התקיימותן של נסיבות חיצוניות לזוג שתומכות במסקנה שמתקיים קשר סיבתי, ובמקרה דנן הסתמכות של הרב על מידע רפואי, מקבלות משקל קטן מאוד, אם בכלל, בהכרעה. לבסוף הצגתי את השלכותיה הבעייתיות של ההטיה, אם אכן מתקיימת, והצעות למזעור נזקה.

העלאה למודעות את אפשרות קיומה של טעות הייחוס הבסיסית היא בעלת ערך אינטרינזי ואינסטרומנטלי כאחד: בדיון על חשש מהפליית אוכלוסיית תובעים מסוימת על רקע מגזרי יש ערך היות שלא ראוי לחברה שחרתה 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 שלפיהם 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 שמדובר 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 שציננה השופטת נאור בעניין **מאוחדת עליון**, לעיל ה"ש 6, פס' 10 לפסק דינה.

68 דייויס "שאלת הקשר", לעיל ה"ש 42, בעמ' 58–60.