

אימא (ניזוקה) יש רק אחת – נזקי היריון ולידה והבניית אימהות בישראל

יפעת ביטון¹

המאמר מציע עיון בהבניית דמותה של האם במשפט הישראלי מזווית לא מוכרת וכמעט נסתרת מעין, הזווית הנזיקית. הבניה זו נלמדת מאופן הבניית האחריות הנזיקית במקרים של אובדן עובר. מטרת המאמר היא לבסס – דרך ההקשר הנזיקי ומנקודת מבט פמיניסטית – הבנה מורכבת יותר של ייצוג האימהות דרך החוויה של היריון, שסופו הפלה או לידת עובר מת. בחוויה שכזו יש מאפיינים רבים של שוויון מגדרי, משום שההיריון הוא אירוע משפחתי ומשום שההורים חולקים אבל משותף, ובכל זאת ראוי ליצור בתוכה הבחנה מגדרית בין הגבר לאישה. על אף היותו חוויה משפחתית ייחודית, היריון הוא גם הליך שבו נוצרת המובחנות הפיסית והמגדרית לקראת אימהות, כהוויה נבדלת מאבהות ומהורות. על כן בחינת חוויית היריון ששובש והסב נזק מאפשרת לנו להציף לזהויות מגדריות אלה ולאופן שבו דיני הנזיקין מבנים ומבינים אותן. לצד הזכות הגדולה הטמונה בהיריון ובהבניית האימהות כזו ש"נושאת" אותו, אורבת גם ה"חובה" הכרוכה בו, בדמות סאת סבל לא מבוטלת שהוא עלול להסב לאותן אימהות שבדרך. מודל הזכאות לפיצוי נזיקי שהמשפט מציע כיום בגין אובדן היריון או עובר אינו מבטא בצורה ברורה את ייחוד הנטל האימהי הכרוך בו. מאמר זה מציע אפוא מערך פיצוי כולל ושיטתי, שיבנה את דמות האם כשותפה בזכות להורות יחד עם בן או בת זוגה, ועדיין יכיר בחוויה האימהית המובהקת של נשיאת ההיריון והלידה או חלילה הפלה, כשאין ההיריון צולח, כחוויה המצדיקה פיצוי נפרד ומובחן – פיצוי אימהי – על אובדן זה.

מלות מפתח: אימהות, דיני נזיקין, פמיניזם, נזק, היריון

1 בית הספר למשפטים ע"ש שטריקס, המסלול האקדמי של המכללה למנהל.

מבוא

המשפט משמש זירה מרכזית להבניית דימויים וליצירת קנון תרבותי בחברה שהוא פועל בתוכה. תפיסות בסיסיות אודות מגדר הן אפוא אלה המעצבות את כלליו, ובה בעת הוא פועל לחזקן (מאוטנר, 1998). בהקשר האימהי נבחנה הבניית דמות האישה דרך המשפט משתי זוויות עיקריות: הזווית המרכזית היא דיני המשפחה בישראל, והאחרת – דיני העבודה. בשני התחומים הללו מובנית דמות האישה כמי שאמונה על הזירה הביתית-המשפחתית (Raday, 1998) וכנושאת העיקרית בנטל הדאגה לצאצאיה (הקר ושמיר, 2003). במאמר זה בחרתי לחרוג מהנטייה להתמקד בהקשרים משפטיים מגדריים מובהקים אלה, ולפנות דווקא לתחום משפטי שבו חוויית האימהות מובלעת, בהיותה נידונה מזווית נייטרלית לכאורה, בסביבה משפטית נטולת הקשר מגדרי מובהק: דיני הנזיקין. דיני הנזיקין הם אותה מערכת דינים הקובעת אם וכיצד על אדם הגורם נזק לפצות את הנזוק שבו פגע. כדי לבסס את זכאותו של הנזוק לפיצוי נזיקי מידי המזיק, מוטלת על זה הראשון החובה להוכיח את אחריותו הנזיקית של המזיק כלפיו. אחריות זו מורכבת משני עקרונות בסיסיים: יש להוכיח שהמזיק נקט כלפי הנזוק התנהגות אסורה על פי דיני הנזיקין, ויש לבסס את הקשר הסיבתי המובהק בין אותה התנהגות לנזק שהניזוק מבקש פיצוי עליו.² בשל אופיים הפרטני מאוד והבין אישי של דיני הנזיקין, כסכסוך משפטי המתנהל בין מזיק לניזוק, נחשבו דינים אלה באופן מסורתי חסרי משמעות ציבורית של ממש (Witt, 2007), וודאי שחסרי משמעות מגדרית. כך ניתן למצוא במסגרת דינים אלה תחומים ממוגדרים לחלוטין, אולם הדיון בהם נערך בדרך שמותרת את משמעותם המגדרית רוחשת מתחת לפני השטח, לעולם לא גלויה ולא מעוררת דיון ישיר (ביטון, 2003). דווקא מסגרת משפטית תת-תודעתית-מגדרית כזו, כמו התת-מודע האנושי, חושפת את ההנחות המובלעות שעליהן מתבסס המשפט ושעל פיהן הוא מתנהל בנייטרליות ובטבעיות לכאוריות, הפוגעות בנשים בסופו של דבר. באופן ספציפי יותר, המסגרת המשפטית שבחרתי בה משקפת את הבנייה הפוגענית של האימהות גם דרך דיני הנזיקין, כחורגת מהורות וכמשוקעת בתפיסה שטחית, חרף מורכבותם של הוויה אנושית זו והאירוע המוביל אליה: ההיריון.

דמות האם בדיני הנזיקין מבליחה בהקשרים שונים ומעניינים שלהם. כבר מימים ימימה הכירו דינים אלה בנזק הנגרם למשפחה בשל מותה של האם כ"אובדן שירותי אם", שמקבילתו הגברית, עד לאחרונה, הייתה "אובדן תמיכה כלכלית של האב". נזקים מובהקים אלה, הנובעים מאותו מקרה מוות, הבנו את דמות האם המטפלת והרגשית לעומת דמות האב המפרנס כלכלית, ויחד הם חיזקו את ההבניה של מוסד ההורות כאימהות, הלכה למעשה. בשל קוצר היריעה, בחרתי במאמר זה להתמקד בתחום אחד של נוכחות אימהית והבנייתה בדיני הנזיקין: תחום ההיריון והלידה. על אף היותו ממוגדר, במובן הביולוגי של הביטוי, נדון

2 דוגמאות מובהקות לסכסוך משפטי נזיקי הן תביעות רשלנות רפואית ותאונות דרכים.

תחום ההיריון והלידה, כדבר שבשגרה בדיני הנזיקין, תחת הקטגוריה הכללית והנייטרלית של רשלנות רפואית. אם כן, הכלים הנזיקיים המסורתיים מתייחסים אל התופעה באופן לא מגדרי. אלא שאין כלים נייטרליים אלה, כפי שאוכיח, מתאימים לדיון בהקשר זה. האתגר המגדרי שהתחום מציב לבית המשפט מועצם לנוכח האסטרטגיה שזה האחרון נוקט כלפיו, אסטרטגיה פשטנית, בעייתית וזרועה בתפיסות פטריארכליות רווחות. על כן לנקודת המבט הפמיניסטית בנזקי היריון ולידה יש גם חשיבות חיצונית, בשחררה את המשפט מתפיסות חברתיות סטריאוטיפיות, וגם פנימית, בהובילה לשימוש נכון בכללי האחריות הנזיקיים בתוך עולם המשפט.

במאמר זה אשתמש בפלטפורמה הנזיקית כדי לבחון את דילמת האימהות-ההורות מהזווית הייחודית של הגדרת הנזק בחוויית ההיריון, הלידה או ההפלה כנזק עקיף (לשם הנוחות יכונה אלה מכאן ואילך ה"ה"). קטגוריית המקרים, בתוך דיני הנזיקין, שאליהם יתייחס המאמר היא רשלנות רפואית שבעטייה מותה של עוברת, בעודה ברחם אמה.³ ההלכה המרכזית שעיצב בית המשפט העליון בתחום, המאפשרת לעיין בהבניית דמותה של האם ובתפיסת האימהות במשפט, היא הלכת לוי.⁴ בפרק הראשון של המאמר תוצג הלכת לוי, המשקפת את הדין הנוהג בישראל, דרך תיאור המקרה וניתוח ההתמודדות של שופט ושופטת בית המשפט העליון שדנו בתיק עם הצורך להשתמש במסגרת נורמטיבית נייטרלית לצורך פיצוי האם והאב על נזקי ה"ה". בפרק השני אסקור את הקושי המתעורר עקב יחס המשפט ככלל להיריון וללידה ואת השאלות שהוא מעלה בנוגע לשונות ולדמיון בין גברים לנשים. לצד סקירה זו אבקר מזווית פמיניסטית את ההתפתחות הפנים-נזיקית הנוגעת לדרך הבניית מוסד "הניזוק העקיף" בצלם מוסד האימהות, שהביאה להחרגת אימהות מהגנת דיני הנזיקין. אותה ביקורת פמיניסטית תאפשר להבנות מחדש, בפרק השלישי, עמדה מורכבת יותר כלפי חוויית ה"ה". עמדה זו גורסת שאף שבחוויית ה"ה" יש מאפיינים רבים של שוויון מגדרי, עדיין יש הבדלים בין הגבר לאישה, ובראשם עצם נשיאת ההיריון והלידה כחוויית אימהות, שלצד הזכות הטמונה בהן נושאות עמן גם סאת סבל לא מבוטלת. תחת מסגרת הפיצוי שהמשפט הנזיקי מציע כיום, הנקבע על פי מדדים עמומים לבחינת סבלם הנפשי של ההורים, תועמד הצעתי להעמיד מערך פיצוי שיכיר בזכות להורות כזכות משותפת לשני בני הזוג, ואילו בנשיאת ההיריון ובעקבותיו הלידה או ההפלה, המסכה סבל לאם, הוא יכיר כזכות ייחודית לה. כך תגובש תפיסה כוללת ושיטתית של נזקים אלה, שתטיל אחריות על המזיקים בגין שלל האינטרסים הראויים להכרה של הניזוקים, תוך שהיא משקפת נאמנה את יסוד ההורות של האב והאם, אך לא פחות מכך, את האימהות של האישה לבדה. בדוקטרינה המשפטית

3 השימוש במלה "עוברת" מכוון ללשון נקבה של העובר האנושי. המאמר רלוונטי כמובן לעוברים משני המינים. זאת ועוד, אף שהמאמר מנתח את זכויות הזוג ההטרסקסואלי, הניתוח שהוא מציע מתאים, בשינויים מחויבים, גם לזוגות חד-מיניים. קוצר היריעה חייבני שלא להרחיב על אפשרות זו.

4 ע"א 754/05 לוי נ' מרכז רפואי שערי צדק, פ"ד סב(2) 218 (2007).

שאנסה יושתת מושג האימהות על מרכיבים מגדריים-ייחודיים שמקורם אינו בסטריאוטיפי החברתי המוכר אודות "חיבור ייחודי" או "רגש אימהי", המסור לנשים בלבד, בשל הבסיס הגופני-הנשי היוצר חיבור זה. לפי תפיסה פמיניסטית זו אין צורך בביטול החוויה הייחודית של האם, כדי להכיר בהורות כמפעל משותף. להפך, היא רואה בהורות הוויה שוות ערך לשני ההורים מלכתחילה, ובה בעת מדגישה שהאימהות טומנת בחובה עוד מרכיב מהותי – נשיאת העובר בגוף הנשי, על כל המערך הפיסי והרגשי המכיל אותה.

הלכת לוי

פרשת לבנה לוי משמשת כהלכה המכוננת לפיצוי הורים בגין אובדן עוברם עקב רשלנות רפואית. המקרה הטרגי והתייחסות בית המשפט אליו משקפים את הקושי של המסגרת הנורמטיבית הנוהגת כיום לאפשר הכרה מורכבת בהורות ובאימהות כשתי הוויות הקשורות זו לזו, אך גם שונות זו מזו. לבנה לוי ובן זוגה, ניסן לוי, ייחלו להיריון במהלך שלוש שנות טיפולי פוריות. לשמחתם הרבה, הצליחו להרות בשנת 2000 בעזרת הפריית מבחנה. מהלך ההיריון כולו היה תקין, ולבנה נרשמה ללידה בבית החולים שערי צדק. בחלוף 40 שבועות היריון ויותר, בעקבות צירי לידה, פנו בני הזוג למיון יולדות בבית החולים. בבדיקה ובניטור הדופק העוברי נמצא הכול תקין, ולבנה נשלחה שלוש פעמים להתהלך בבית החולים כדי לקדם את תהליך הלידה. לאחר שעות מספר של התהלכות אלה שבה לחדר הלידה, ושם נמצא שדופק העובר נדם. לבנה הוכנסה לחדר הלידה, שם ילדה את עוברתה המתה, כאשר חבל הטבור היה כרוך סביב זרועה וצווארה.

בבית המשפט העליון התגלעה מחלוקת בין שופטי ההרכב באשר לטיב הנזק שנגרם לזוג ההורים שאיבדו את עוברתם, בעקבות מה שזוהה כרשלנות של צוות בית החולים. השופט **ריבלין** קבע ככלל, שההורים הם "ניזוקים עקיפים", ולכן זכאים לפיצוי רק במקרים נדירים. במקרה זה ביסס ריבלין את זכאותם לפיצוי על מה שהחשיב כנסיבות מותה הייחודיות של העוברת. עם זאת, בחישוב גובה הנזק הוא העמיד את פיצוי האב על סכום נמוך במעט מן הסכום שנפסק לאם. לעומתו סברה השופטת חיות ששני ההורים מעורבים בתהליך ההיריון והלידה, ולכן יש לראות בשניהם "ניזוקים ישירים", מעמד המעניק להם זכאות שגרתית ומלאה לפיצוי. אף שלא ראתה הבדל בעוצמת האובדן של שני ההורים, הציעה גם השופטת חיות להגדיל את נתח הפיצוי לאם, אבל בסכום שעלה בהרבה על זה שהציע השופט ריבלין.⁵

המחלוקת העקרונית שנתגלעה בין שופטי ההרכב בפרשת לוי משקפת את תפיסתו הפשטנית של המשפט את חוויות ההיריון והלידה ואת התהוות האימהות הכרוכה בהליכים אלה.

5 לאם נפסקו 300,000 ש"ח בבית המשפט המחוזי, ומן האב נשללה הזכות לפיצוי. השופט ריבלין הותיר על כנו את סכום פיצוייה של האם, ולאב פסק סכום של 250,000 ש"ח בקירוב. השופטת חיות, לעומתו, פסקה סכום של 500,000 ש"ח לאם ו-350,000 ש"ח לאב.

כחוויות מיוחדות-מגדר, ההיריון והלידה מעמתים במלוא העוז את המשפט עם הצורך להבחין בין הגבר לאישה, מחד גיסא, ולשמור על דפוס ערכי שוויוני ביניהם, מאידך גיסא. כלומר: מערכת המשפט הישראלית שאימצה מסגרת שוויון ליברלית, המעוגנת היטב בעקרון השוויון האריסטוטלי, נדרשת למצוא פתרון יצירתי למצב שבו, לשיטתה, יש לתת יחס דומה לאנשים שאינם דומים זה לזה – האב והאם לעתיד.

ניזוקה, משפט, היריון ולידה

כדי להבין לעומק את ההסדר שנוצר בדיני הניזוקה לטיפול בפגעי ה"ה ולבקר, יש לבחון את ההקשר שבו נוצר, כלומר את טיב ההתייחסות של המשפט בכלל ודיני הניזוקה בפרט לחוויית ההיריון והלידה של נשים; אלה כאלה מודעים כמוכּן לכך שזוהי חוויה נשית מובהקת מהבחינה הביולוגית. אף שניתן היה לחשוב שהתייחסות זו תיטיב עם האם בתביעות ה"ה, נראה שההפך הוא הנכון, ולנזק (גופני) זה יש מחיר (משפטי) מגדרי כבד. כפי שאראה להלן, מתוקף הבנייתו הפטריארכלית של המשפט, המסווג נשים שעברו חוויה זו כניזוקות עקיפות במהותן ומשניות בחשיבותן (קרן-פז, 2007), הוא מספק להן אך הגנה ניזוקת מועטה.

היריון ולידה במשפט הישראלי

היריון ולידה הם חוויות המעמידות במבחן את השאיפה המשפטית הליברלית להפעיל כלים משפטיים באופן שוויוני ואחיד מהבחינה המגדרית. להבדיל מהקשרים תרבותיים אחרים, שבהם ייתכן שגברים ונשים חווים חוויות שונות במסגרות דומות (למשל חוויות במסגרת שירות הצבאי), חוויית ה"ה נוגעת בליבת השוני בין המינים, ויורדת לעומק שורשי ההבדל הפיסיולוגי ביניהם. נתון זה היה מאז ומתמיד קרקע פורייה להתפתחות כתיבה פמיניסטית ענפה, שאפשר לזהות בה חלוקה גסה: מן הצד האחד ניצבו הפמיניסטיות המזוהות עם הזרם המכונה תרבותי, המצדדות בהתייחסות אל חוויית ה"ה כאל שוני המצדיק הבחנה בין נשים לגברים. אלה דרשו התייחסות למציאות ביולוגית של הבדל בין המינים, ובה בעת עמדו על חשיבות ביטול משמעותו החברתית המפלה (Law, 1984; Littleton, 1987). מהצד האחר ביקשו פמיניסטיות מהזרם הליברלי להימנע מהתייחסות מיוחדת לנשים, משום שבאופן מסורתי היא שימשה במשפט כלי לדיכוי ולשימור נחיתותן בזירה הביתית-האימהית (Williams, 1985). אל מורכבות זו נוספה לאחרונה עמדה פמיניסטית עם אוריינטציה משפחתית, שמקורה סקנדינבי, הקוראת לגברים להיות שותפים שווים לחוויית ההיריון וגידול הילדים (הקר, 2007; הקר ושמיר, 2003; Ellingsæter & Leira, 2006). עמדה זו, הנעה בין הרצון להכיר במעמדן של נשים כבעלות תפקיד ייחודי בהליך ההולדה, מחד גיסא, לבין הרצון להכיר בתרומת הגבר לתהליך יצירת החיים האנושיים ולדאגה להם, מאידך גיסא, מתיישבת, כך נראה, עם כלל הזרמים הפמיניסטיים המרכזיים.

המשפט הישראלי מצא את עצמו עוסק בהיריון ובלידה כמעט עם הורתו, וכבר בשנת 1954 חוקק החוק המרכזי בנושא ההיריון, שעיקרו הגנה על אישה הרה מפני פיטוריה ומפני העסקתה בתנאים מקשים.⁶ העיסוק באישה הרה וההגנה עליה היה טבעי לאתוס הציוני-החילוני ולאיתוס היהודי-הדתי, שהכתיבו את היחס המשפטי לנשים כבר עם קום המדינה. זה כזה קידם דפוסים משפטיים מעודדי פריון, הרואים בהגברת הילודה בקרב נשים יהודיות נכס אסטרטגי ראשון במעלה (ברקוביץ', 1999; להב, 1993). אתוס זה זכה לעדנה עקיפה מכיוון של הפמיניסטיות המוקדמות, שחששו מפגיעה בזכויות האישה במקום עבודתה, בשל הריגה, ולכן נרתמו להגנה ייחודית על האישה ההרה והיולדת בתחום העבודה (רדאי, 2007). עקבותיו של אתוס הפריון ניכרים גם בחוקים רבים העוסקים עד היום בתחום, באשר כולם נושאים דפוס מגדרי מובהק, מגנים על זכות האישה ללדת ואף מעודדים אותה לכך (כרמי, 2003). כך, למשל, כחלק מחוקי המגן בעבודה, נוהגת עד עצם היום הזה חקיקה המגנה על "עובדת בגיל הפוריות" מפני עבודה בסביבת חומרים מזיקים, אף שבחוק אין מקבילה המגנה על פוריות העובד.⁷ עם השנים, בעקבות עבודת סגור פמיניסטית מודרנית, החלו חוקים אלה לשאת אופי הורי יותר מאשר אימהי (רימלט, 2010). בולט מכולם בייצוג כיוון זה הוא התיקון לחוק עבודת נשים משנת 1998, המעניק גם לגבר זכות לחופשת לידה והמבסס את מיתוס המעבר להורות שוויונית דרך הפקעת הזיהוי המגדרי מחוויית השהות עם הרך הנולד.⁸ אלא שגם בתוך השינוי ההורי ברור היה מקומה של האם כעוגן הרעיוני והמעשי לזכות זו, שכן זכות הגבר לחופשה מוגבלת באמצעים שונים, שאינם נכפים על האישה; היא תלויה בזכותה של האישה, נגזרת ממנה ומשנית לה. למשל: הגבר חייב להיות בן זוגה של אישה, הזכאית כשלעצמה לדמי לידה. כלומר: לא די בכך שהגבר לבדו יעמוד בדרישות הזכאות של הביטוח הלאומי, כמי ששילם דמי ביטוח לפני הלידה. הוא לא יוכל לממש את זכאותו לחופשה כאילו היה האישה, אלא אם כן יוכח שבת זוגו היולדת עמדה גם היא באותם תנאי זכאות. ניתן להמחיש זאת בצורה פשוטה: אישה שהייתה מובטלת בשנה שלפני לידתה אינה זכאית לדמי לידה, ולכן גם בן זוגה לא יהיה זכאי להם, אפילו עבד ברצף כל חייו הבוגרים.⁹

אם לסכם, הרי שהתפיסה המשפטית כיום נעה באי נוחות על הציר אימהות-הורות. המשפט מכיר בתפקידה הביולוגי-המגדרי המובהק של האם בחוויית ה"ה", ונשען על הצורך ההיסטורי להגן עליה מפני ניצול בעבודה במקביל לניצול בביתה. בה בעת הוא מכיר גם במעורבותו ההולכת וגוברת של האב המודרני-העכשווי בחיי ילדיו. מנקודת מבטי משקף המודל הנוהג בדיני הנזיקין לפיצוי בגין נזקי ה"ה" אי נוחות זו, בעוד שהמודל שאני מציעה

6 חוק עבודת נשים, התשי"ד-1954, ס"ה 154 (להלן: חוק עבודת נשים).

7 תקנות עבודת נשים (עבודות אסורות, עבודות מוגבלות ועבודות מסוכנות), התשס"א-2001, ק"ת 6095.

8 ס' 6(1) לחוק עבודת נשים.

9 ראו את ההסדר לגברים ולנשים בחוק עבודת נשים וכן בסימן ג לחוק הביטוח הלאומי על סעיפיו הרבים.

מאפשר צעידה נוחה, ראויה ופמיניסטית במשעוליו. המודל הנוהג מציע לנו דמות אימהית, המופקדת על עיקר הקשר עם הילד, כחלק "טבעי" ומסתורי כלשהו בהווייתה, ולצדה דמות אבהית מלווה. ברצוני להציע במקומו מודל שיבהיר ביתר דיוק את החיבור של האם, הנושאת את ההיריון ברמה הפיסיולוגית, לעובר ולאובדן ההיריון, וממילא השלכת חיבור זה מבחינה בין חוויית האובדן שלה לבין חוויית האובדן של האב. ראשון אציג את מודל הפיצוי הנוהג, ואחריו אציע את המודל החלופי. במודל החלופי אציג את דמות האם, לא כדמות משוקעת בסטריאוטיפים בדבר חיבור מיוחד ומיסטי לעובר, המוביל לניכור מסוים של האב ממנו, אלא כישות שיש לה תפקיד ייחודי בהליך ההבאה לעולם של הילד המשותף לשני בני הזוג.

הניזוק העקיף והניזוקה העקיפה – המורכבות הניזוקת

המחלוקת שנתגלעה בין שופטי ההרכב בפרשת לוי, באשר לעצם הזכאות לפיצוי של בני הזוג שאיבדו את בתם בשל רשלנות רפואית ובאשר לאופן חלוקת הפיצוי ביניהם, אופיינית לדיני הניזוקין בישראל. מקורה בקושי של דינים אלה להכיר בניזוק העקיף ובנזקים הלא מוחשיים שגורמת לו עוולת הרשלנות, במקרים שבהם אדם א תובע את אדם ב על הנזק שהסב לו זה האחרון בשל פגיעה באדם ג. קושי זה נובע מהעזפת דיני הניזוקין את הניזוק הפשוט והישיר – אדם א התובע את אדם ב על פגיעתו הישירה בו, כמו ברוב רובם של דיני הניזוקין; למשל: חולה ניזוק מפגיעתה של הרופאה בגופו בשל רשלנות רפואית. מקרי הניזוק העקיף, לעומת זאת, מעוררים קושי נזיקי, ודוגמה למקרה כזה היא תביעתו של הורה על הנזק שהוסב לו עקב מות ילדו בשל מעשהו הרשלני של פלוני. הבסיס לתביעה שכזו הוא היות אדם א קשור בקשרי אהבה ודאגה לאדם ג, וכשאדם ג ניזוק, אף הוא ניזוק מפגיעתו של המזיק. הקושי להכיר בנזק מסוג זה, שנדמה על פניו כנטול הקשר מגדרי כלשהו, נטוע בקרקע רונית מאפיינים מגדריים עמוקים, מעשיים ורעיוניים גם יחד. מבחינה היסטורית הוגשו תביעות מסוג זה בעיקר בידי הורים-נשים; מתוקף תפקידן החברתי כאימהות תבעו אלה פיצוי על נזק שנגרם להן עקב פגיעה בילדיהן. נזקי התובעות היו נשיים במהותם, על פי רוב כללו הפלה של עוברים שנשארו ברחמן, והן תבעו פיצוי בעקבות החוויה הרגשית הקשה שעברו (Chamallas & Kerber, 1990). מובהקות סטטיסטית זו אפשרה לחוקרות פמיניסטיות של דיני הניזוקין, כגון צ'מאלאס וקרבר, לויט וביטון, להציב בהקשר מגדרי את הדיון המשפטי היבש והנייטרלי שניהלו בתי המשפט בתחום (ביטון, 2007; Chamallas & Kerber, 1990; Levit, 1991). תמצית ביקורתן נגעה לאופן שבו צמצם בית המשפט את ההגנה הניזוקית על נשים בתביעות אלה, מהלך שנעשה בעיקר דרך הכלי המושגי של הבחנה בין ניזוק ישיר לניזוק עקיף. לפי הבחנה זו, המעדיפה את הראשון על האחרון, הוטל על הניזוק העקיף נטל ייחודי להראות שהוא עומד בתנאי סף שונים, שאין הניזוק הישיר נזקק להם, כדי שיכירו בזכאותו לפיצוי נזיקי. כך למשל נדרשה ניזוקה עקיפה להוכיח ששהתה

בקרבת זירת התאונה שבה נהרג בנה, באופן שסיכן גם את השלמות הפיסית שלה, כדי שיכירו בה כניזוקה ממותו בתאונה רשלנית (ביטון, 2007).

גם בישראל, כמו במשפט המקובל האמריקני והאנגלי שמהם ניזונה שיטתנו הניזוקית, לא קשה היה לזהות את ההקשר המגדרי של התחום. כמו שם, גם כאן החל הדיון עולה ומתפתח בהקשר של אימהות (בעיקר) שתבעו פיצוי על נזקים נפשיים שנגרמו להן עקב עוולה ניזוקית שהביאה למות ילדיהן (ביטון, 2007). לאחר היסטוריה של דחיית תביעות אלה, הוסדר נושא הנזק הנפשי העקיף בבית המשפט העליון רק בשנת 1990, בפרשת אלסוחה.¹⁰ בפרשה זו דן בית המשפט העליון במאוחד בשתי תביעות שבהן טענו התובעים שהצפייה בגסיסתם ולבסוף במוותם של יקיריהן גרמה להם נזק נפשי והפרעות בתפקוד. בפרשה אחת דובר בהורים שהיו עדים לגסיסתו המהירה למוות של בנם הקטן בשל תאונת דרכים, ובפרשה האחרת דובר בבת שהייתה עדה למות אמה שנפצעה אנושות בתאונת דרכים ונפטרה בבית החולים לנגד עיניה. לאחר דיון מפורט בתולדות אי ההכרה בנזק זה במשפט המקובל, גיבש בית המשפט חובת זהירות מצומצמת של המזיק כלפי ניזוקים עקיפים אלה. חובת זהירות זו כונתה "משנית", וגבולותיה שורטטו, תוך הדגשת הצורך בצמצום היקפה. מאז הונהגה הלכת אלסוחה, פעלו בתי המשפט בישראל בעקיבות ובהתמדה לצמצום היקף חובת הזהירות מפני גרימת נזק נפשי עקיף (ביטון, 2007). המדדים שהוצעו בפרשת אלסוחה כמדדים גמישים, שתכליתם לסייע לשיקול דעתו של בית המשפט – דרישה לקרבה מדרגה ראשונה לנפגע, התרשמות חושית ישירה מהאירוע, נוכחות בזמן ובמקום האירוע ונזק נפשי מרחיק לכת שנגרם בשל כל אלה – הפכו לתנאים נוקשים הקובעים אם אכן יש אחריות לנזק. כך גובש ונחרץ לב העוול כלפי ניזוקים נפשיים עקיפים, המתקשים על פי רוב לעמוד בדרישות נוקשות אלה (Mullany & Handford, 1993). ואכן מאז ניתנה הלכת אלסוחה, נדחו כמעט כל התביעות שהוגשו בתחום, וההכרה בניזוקים עקיפים בישראל הלכה והפכה בלתי אפשרית (ביטון, 2007). מצב משפטי זה העמיד במוקד זירת ההתגוששות בין המבקשים לקבל פיצוי (התובעים) לאלה המבקשים לחמוק ממנו (הנתבעים) את השאלה אם הם ניזוקים ישירים או עקיפים, כמודגם בפרשת לוי. הסיווג המקדמי באשר לזהות התובעים כניזוקים עקיפים או כניזוקים ישירים הפך יריית הפתיחה של תביעות שכאלה, וכשהתברר שהתובעים נמנים עם הניזוקים העקיפים, הייתה זו גם יריית המוות שלהן.

לנוכח רקע משפטי מוקשה זה החלה מתעצבת לאחרונה תופעה ניזוקית-חברתית חדשה: הורים שאיבדו את עובריהם, להבדיל מילדיהם החיים, החלו מגישים תביעות ניזוקין נגד אלה שגרמו לכך ברשלנותם. ניצן ראשון של תביעות אלה היה פרשת דיין משנת 1999.¹¹ במקרה זה הצליחו שני הורים להרות ילד משותף אחרי טיפולי הפריה ממושכים. בעקבות

10 רע"א 444/87 אלסוחה נ' עיזבון המנוח דוד דהאן, פ"ד מד(3) 397 (1990).
11 ע"א 398/99 קופת חולים של ההסתדרות הכללית נ' דיין, פ"ד נה(1) 765 (1999).

בדיקת דיקור מי שפיר המליצו הרופאים לאישה להפיל את העובר בדחיפות, בשל סכנת מוגבלות קשה הצפויה לו. לנוכח לחצי הרופאים, ועוד בטרם הגיע בן זוגה לבית החולים, ביצעו הרופאים את ההפלה לאלתר. אז התברר שהעובר היה בריא ושלם ונפטר רק משום שיוולד טרם זמנו. מאוחר יותר התברר גם שהאם לא תוכל עוד להרות ולהגשים את חלום בני הזוג להביא לעולם ילד משותף. בפסק דין קצרצר ותכליתי קבע בית המשפט העליון שיש לפצות את התובעים – זוג ההורים שאיבדו את עוברם ואת היכולת לשוב ולהרות – בסכום כולל של 800,000 ש"ח. המקרה נדון אפוא כמצב קלאסי של ניזוקים ישירים התובעים על מות עוברם. אלא שמאז השתנה מצב זה בהתמדה, וסקירת הפסיקה חושפת מגמה ברורה של עלייה בהגשת תביעות כגון אלה, מחד גיסא, ובחירה לסווג את התובעים כניזוקים משניים-עקיפים, מאידך גיסא (ביטון, 2007). תיאור מציאות זה מאפשר להעריך את התופעה הסוציו-משפטית שהוא משקף: במקביל להתגבשות הפרקטיקה החברתית של הגשת תביעות בגין נזק מיוחס-מגדר של אובדן עוברות, החלה מתגבשת פרקטיקה משפטית של צמצום ההכרה בהן. בעוד שבתחילה ניתן היה לזהות הכלה נזיקית של התביעות, באמצעות זיהוי התובעים כניזוקים ישירים, עם הזמן החלה ניכרת נטייה להחרגתן, באמצעות זיהוי התובעים כניזוקים עקיפים. מהלך כזה, מלבד היותו מסקרן כשלעצמו, מחייב ניתוח בכלים פמיניסטיים מובהקים, מכיוון שהוא משקף צמצום של היקף האחריות בתחום שנחזה להיות "נזק נשי" מובהק. נשים, כנשאות סיכוני היריון, לידה או הפלה, בין ככנות זוג בין כאימהות יחידיניות, הן נמענותיו הישירות של נזק זה כ"חויית חיים נשית", והוא נוגע בערכים סימבוליים של הורות ומשפחתיות, המזוהים בחברה כ"נשיים" (ביטון, 2007). ניתוח שכזה יאפשר לבחון את אותו מהלך כמהלך השואב מדימויים נפוצים ופטריארכליים של הורות, אימהות ולידה, ולהציע תחיתו מודל התייחסות אחר למצבים אלה, שישאף לקדם שוויון מגדרי מתוך דיני הנזיקין.

הגישה הראויה: פיצוי האם, פיצוי האב וההכרה בנזקי הפלה או לידת עובר מת

הבה נשוב אל דוקטרינת הפיצוי שגובשה בפרשת לוי. בפרשה זו נחלק, כאמור, בית המשפט בין שתי דרכי ניתוח של מעמד המשפטי של התובעים שאיבדו את עוברם. השופט ריבלין ראה באם ובאב ניזוקים עקיפים, שבמקרים חריגים יש לאפשר להם פיצוי גם בהעדר נזק נפשי חמור. הוא אף החליט לפצות את האם בסכום גבוה מעט מזה של האב. לעומתו סברה השופטת חיות שלא ניתן לראות באם תובעת עקיפה, משום שהיא זו שנשאה בגופה את העובר ועל גופה הופעלה הרשלנות שהובילה למותו. אשר לאב, למרות שונותו הפיסית מהאם, בחרה השופטת להתייחס גם אליו כאל ניזוק ישיר מהליך הפגיעה בעובר. אבל גם כאן, אף שהעמידה אותם השופטת במישור אחד, היא הבחינה בין נזקיהם, וקבעה שהנזק שספגה האישה כבד בהרבה מנזקו של הגבר. אין זה מפתיע, שהחלטת בית המשפט הייתה

קשה להבנה ולפענוח, עד כדי כך שהנתבעים הגישו בקשה לדיון נוסף בנוגע אליה. נשיאת בית המשפט העליון, השופטת בייניש, דחתה אותה, ואי הבהירות באשר למעמד ההורים בתביעות אלה הפכה מציאות מוקשית.¹² בעיקרה הפכה הלכת לוי הורים התובעים בגין נזקי ה"ה לניזוקים משניים. כלומר: הורים שניזוקו בשל אובדן עוברתם בטרם באה לעולם (להלן: "תובעי לוי") סווגו פורמלית בדומה להורים שעוברתם שרדה והיא פגועה (להלן: "תובעי אלסוחה"). מניתוחו המוקשה של בית המשפט בפרשת לוי עולה שהנזקים הנגרמים במקרים של הפלה או של לידת עובר מת מחייבים התייחסות כוללת ומורכבת, שתגלם הן את הסבל הכרוך בהורות המשותפת והן את מיקומה של זירת ה"ה בגוף האם. ההסדר שיוצע להלן מבקש למקם מחדש את מושגי ההורות והאימהות הכרוכים בסוגיה ולאפשר את פיצוי האם על סבלותיה, כזו הנושאת במאמץ הגופני ובמחיר הנפשי של ה"ה, ואת הפיצוי להורים יחד, על הפגיעה בזכותם להורות.

הנזק לאם – היריון ולידה כנזק

ככל שהדבר נוגע לאם, אין חולק על כך שהצוות הרפואי מחויב בזהירות כלפיה, כמטופלת וכזו שגופה מעורב בהליכים שהובילו לנזק. עיקר הקושי בקביעת הפיצוי ההולם הוא אפוא בהבנה הנכונה שראש הנזק שלה ישיר ונובע מתוקף תפקידה הייחודי כנושאת בהיריון. אני טוענת, שניתן לחוות היריון, לידה והפלה (ה"ה) כנזק גופני קלאסי. כדי לקבל טענה זו, יש להתמודד עם הקושי המרכזי בצורך להתייחס להיריון וללידה, שבמקרה זה היו מלכתחילה חוויות רצויות לאישה, כאל נזק (שמואלי, 2009). תחת זאת המשפט רואה כנזק רק את התוצאה הסופית – מות העובר; כלומר: כל הנזק מבחינתו מתמצה בגדיעת החיים שמצפים להם בסופו של התהליך. אלא שהסתכלות זו, המפרידה את הליך ההיריון מהליך הלידה, מוטעית, וכך גם הפיצוי בגינה. יש להסתכל על התהליך כהווייתו – תהליך כולל ורציף של יצירת חיים אנושיים והבשלתם, ובסופו אירוע הלידה, שגם השופטת חיות כינתה אותו "שיאו של תהליך ההולדה".¹³ מנקודת מבט זו, כשתהליך זה נחתם במות העובר, כל כולו הופך למזיק, וכך יש להעריך את מחירו במושגים נזיקיים כנזק גופני. לשם כך על בית המשפט להשתחרר מן ההילה הקמאית העוטפת את ההיריון ואת הלידה כחוויה אנושית נעלה, מרטיטה וחיובית, ולהעריכה גם כמסכת של נזק לאם. כאן לא די במדדים מדעיים אובייקטיביים המעידים על נזקי האם, אלא, שכפי שאראה בהמשך, נדרשים גם כלים פמיניסטיים.

להלן אפרוס רשימה של נזקים המוכרים בספרות המקצועית כנחלת האם בחוויית ההיריון והלידה. אף שאין זו רשימה מלאה ולא כולה נוגעת לכל אחת, יש בה כדי להצביע על דפוס

12 דנ"א 6401/07 לוי נ' המרכז הרפואי שערי צדק (פורסם בנוב, 17.4.2008).

13 עניין לוי, בפס' 4 לפסק דינה של השופטת חיות.

הסיכון הממשי בהל"ה. אצל כל תובעת – כמו בכל הקשר נזיקי – תידרש בחינה עניינית של הנזקים הסובייקטיביים שהוסבו לה עצמה.

הריונות גורמים נזקים ופגיעות לגוף, חלקם מוכרים יותר וחלקם פחות. בין הנזקים השגרתיים אפשר למנות עייפות מוגברת, עומס על עמוד השדרה ועל הגב התחתון, כאבי גב וכאבים באזור האגן שמקורם גרמי ועלול לגרום פציעות אורתופדיות, בחילות, הקאות (Gadsby, 1993; Jueckstock, 2010), צרבות, דימום מהחניכיים, עצירות, גזים, מצבי רוח סוערים, נדודי שינה, בצקות, דליות בוורידי הרגליים ובוורידי הפות, טחורים ופיגמנטציות של העור (Vaughan-Jones, 1999) – חלקם כרוכים בפגיעה אסתטית בולטת, ולרובם נלווית גם משמעות תפקודית. כשלאלה מצטרפת התרשלות רפואית שהובילה להפלת העובר, משמעותה גם הסיכונים הכרוכים בהפלה. גם לידה, על אף היותה אירוע נפרד ועל פי רוב קצר וממוקד, עלולה להסב לאם נזקים רבים: החל בכאב הטבעי העצום הכרוך בהליך הלידה, דרך סיכונים כלליים מוכרים אחרים, כגון הזרקה אפידורלית וחיתוך חיץ, וכלה בסיכונים המחייבים לידה מכשירנית מכאיבה, הטומנת בחובה סיכונים לשלמות גוף האם. בכך לא תמה סאת סבלה של היולדת. לאחר הלידה היא צפויה להתמודד עם קשיים של החלמת הגוף, עם קריעות ספונטניות של צוואר הרחם, עם החלמת תפר חיתוך החיץ (רפאל-לב, 1996) ועם פגיעה עצבית ברצפת האגן ובשרירי פי הטבעת (גולד, 2005). על אלה יש להוסיף את ההתמודדות עם העלייה המצטברת במשקל, עם פגעים אסתטיים כמו נשירת שיער לאחר הלידה ועוד. אם ילדה האישה בניתוח קיסרי, ניתוח פולשני הכרוך בסיכונים כמו איחוי כושל של תפר החתך, בעיות בהצטלקות חתך הניתוח, חשש לפגיעת מעיים, עליה לעבור תקופת החלמה (שולט, 2001). יתר על כן, אף שעקב מות העובר אין האישה נדרשת להתמודד עם סבלות ההנקה הנפוצים, היא לא תוכל לחמוק מכאב הגוף המוכר כ"גודש", לאחר שלא היניקה את תינוקה לאחר לידתו. לרשימה ארוכה זו של נזקים יש להוסיף את הסבל והכאב של אותן נשים שעברו טיפולי פוריות; בהערכה זהירה נראה שכאלה הם רוב המקרים המגיעים לפתחו של בית המשפט.¹⁴ לרשימת הפגיעות הגופניות יש להוסיף גם את הפגיעה הנפשית עקב אובדן העברה, פגיעה שהיא מעבר למצב הדיכאון המוכר לאחר לידה (Breese-McCoy, 2006) (PPD). אף שאובדן עובר מסב כאב וסבל רגשיים לשני בני הזוג, ברי שלפגיעה שחוהה האישה מאפיינים ישירים ועקיפים בולטים וייחודיים (נדב, 2005).

לא בכדי קשה למצוא רשימה אחת מאוחדת של הפגיעות האפשריות בהיריון ובלידה; הציבור הרחב מכיר בדרך כלל רק חלק מהן. הדפוס התרבותי-החברתי השולט – המבוטא היטב בממרה השחוקה "היריון זה לא מחלה!" – אינו מאפשר השמעת קול נשי כואב ופגוע. קול זה, המטיל צל גדול על חוויית היריון והלידה, נחשב לא-לגיטימי, כמו היה ערעור על עצם

14 ניתן להניח, במידה של זהירות, שהורים שההיריון שאיבדו היה "יקר" יותר ייטו יותר להשקיע את המאמץ הנדרש לניהול תביעה נזיקית בגין סיומו הטרגי.

המוטיב החיובי שלה ועל תוצאתה המרהיבה. אלא שלצד הקול המאדיר חווייה זו, חייב להישמע גם קול זה, בהביאו בראש ובראשונה תיאור עובדתי-מדעי של חווייה שעוברות נשים רבות מספור, לעתים, כעניין שבשגרה.

למרות המציאות המדעית של סבלות הל"ה, נדחו בזו אחר זו תביעות שהגישו נשים בארצות הברית, ובהן טענו לנזק שנגרם להן מעצם הריון. כל טענת נזק שביססו התובעות על הריון הובחנה כקשורה לעובר ונדחתה. כך, למשל, נשללה הזכות לפיצוי מאישה שטענה שסבלה מכאבי בטן עזים במשך שישה שבועות בטרם ילדה עובר מת. הנימוק היה שכאבים אלה הם חווייה שגרתית ורגילה במהלך ההיריון והלידה.¹⁵ גם חוויות שגרתיות פחות להיריון וללידה, כגון ניתוח קיסרי לשם יילוד עוברת מתה או חתך חיץ, לא הרשימו את בית המשפט כחוויות המזכות בפיצוי.¹⁶ טענה של סבל לא-שגרתית בהיריון נכשלה גם היא: בית המשפט דחה את דרישתה לפיצוי של אישה שחשה במשך שבוע כאבים עזים בחזה, סחרחורות, קוצר נשימה ופגיעות אחרות שאינן מוכרות בהיריון, בעקבות התרשלות בית החולים באבחון מצוקת עוברת, שנפטרה בהמשך.¹⁷ באחד המקרים הבוודיים שבהם הוכרה זכות האם לפיצוי בשל הפלה שעברה לשווא תלה בית המשפט פיצוי זה, לא בסבל המיותר שעברה האישה ובסכנה הכרוכה בהפלה, אלא בכך שההפלה הזיקה לה, בהיותה מנוגדת לאמונתה הדתית.¹⁸

גם בישראל לא היטיבו בתי המשפט להתמודד עם טענות אלה. באחד המקרים, שבהם הוגדר הפיצוי שנתבע מפורשות בכתב התביעה כפיצוי בגין "הריון שווא", התעלם מכך בית המשפט והעניק לאם פיצוי בשל רחמה שנפגע בהתרשלות.¹⁹ במקרה אחר הסכים אמנם בית המשפט להתייחס להיריון כאל נזק, אבל פסק סכום כולל לשני ההורים יחד.²⁰ אפילו במקרה מובהק שבו איבד בית החולים עובר מוקפא סירב בית המשפט לפצות את האם על הסבל שהיה מנת חלקה במהלך טיפולי ההפריה.²¹

מדוע לא יוכרו לפיכך נזקי הל"ה של האם כשלעצמם כנזקים גופניים בני פיצוי? התיאוריה הפמיניסטית-הסוציולוגית מצביעה על קושי אפשרי ומעניין משלה. תשובתה מאפשרת לנו להתבונן על התופעה של האדרת החווייה הקשה והצגתה כחוויה חיובית בלבד, כזכות יתר שרק נשים זוכות בה, כמעין חסד של הבריאה שאין להן אלא להודות עליו. בהאדרה זו של החוויה יש התכחשות למחיר שהיא גובה ולכך שנשים לבדן נושאות בו. לתיאוריה

15 Guialdo v. Allen, 171 A.D.2d 535 (N.Y. 1991)
 16 Bauch v. Parsons v. Chenango Mem's Hospital, 210 A.D.2d 847 (N.Y. 1994)
 Verilli 146 A.D.2d 835, 836 (N.Y. 1989) (חתך חיץ).
 17 Scott v. Capital Area CMTY. Health Plan, INC., 594 N.Y.S.2d 370 (1993)
 18 Martinez v. Long Island Jewish Hillside Medical Center, 70 N.Y.2d 697 (1987)
 19 ת"א (מחוזי י-ם) 3161-01 חלמסקי נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 6.6.2006).
 20 ת"א (שלום ת"א) 41696/99 עוליאל נ' בית-חולים מאיר, פס' ח לפסק הדין (פורסם בנבו, 22.10.2003).
 21 ת"א (מחוזי ת"א) 1122/95 ארמה נ' מדאינווסט מרכז רפואי הרצליה בע"מ (פורסם בנבו, 4.3.2002).

סוציולוגית זו מוסיפה הביקורת הפמיניסטית של המשפט עוד ממד נוסף, ולפיו המשפט לא רק משקף תפיסה חברתית זו, אלא אף מסייע בביסוסה. גם המשפט רואה בנזקי ה"ה חלק טבעי וקוסמי מההוויה האימהית, ולא מכיר במחיר הגבוה שנשים משלמות בגינם. העדר הכרה בקיומו של "מחיר" נשי ייחודי נוגע לא רק לחוויית הה"ה, אלא משקף את תפיסת הנשים כאלה המופקדות על הדאגה ועל הטיפול במישור המשפחתי והחברתי, ללא כל תמורה מיוחדת. מקורה של תפיסה זו בראייה התרבותית של נשים כמטפלות אימהיות, והיא באה לידי ביטוי גם בהקשרים משפטיים אחרים, כגון העדר ההערכה המשפטית לעבודת הבית של נשים ועידוד השאתן מחוץ לשוק העבודה בדרכים שונות (Shamir & Mundlak, 2011).

ביקורת פמיניסטית זו נוגעת בבעיית יסוד של המשפט, המשתמש בכלים ליברליים קלאסיים, כדי להבחין בין המושגים "אהבה" ו"צדק משפטי" כשני מושגים שונים של שיפוט אנושי, הפועלים בשתי זירות שונות. זירת הפעולה של האהבה היא הבית-המשפחה, וזירת הפעולה של הצדק היא הזירה החוץ-ביתית, הציבורית. התפיסה הדיכוטומית של זירות אלה מאפשרת למערכת הצדק המשפטי להימנע ככל האפשר מהתערבות ביחסי האהבה המשפחתיים והפרטיים, גם אם אלה השתבשו (קרן, 2001). הביקורת הפמיניסטית עמדה על תפקידן המכונן של דיכוטומיות ליברליות אלה בדיכוי מעמדן של נשים בתוך ביתן ובמשפחותיהן, שם נעזבו לנפשן, ועל התעלמות המשפט מהעוולות שחוללו יחסי הכוח המגדריים שבהם היו נתונות רבות מהנשים בתוך כותלי ביתן (שטופלר, 2012). העלמת נזקי ה"ה משתייכת למערך תפיסתי זה: כל עוד נטל מעשה האהבה הכרוך בהיריון ובלידה מוטל על כתפי האישה, ההנחה היא שאין הוא נושא עמו משמעות שניתן לפצות עליה בכסף. הוא שייך למרחב פרטי של סבל פרטי, הנשמר ונצרב בגופה הפרטי של האישה לבדה. תמונת מראה המשקפת את ההימנעות משימוש בכלים של צדק במערכות אהבה היא השימוש בהם, בניגוד למקובל, דווקא במקרים שבהם אין חוויית ההיריון והלידה מתחוללת בהקשר של אהבה ומשפחתיות. כך, כאשר החוויה מתנהלת מחוץ למסגרת הורית-משפחתית קלאסית, נזקי ה"ה דווקא מקבלים הכרה משפטית, למשל במקרה של החוק לנשיאת עוברים, המאפשר לפצות את האם הפונדקאית "על ביטול זמן, סבל [...] או כל פיצוי סביר אחר".²² הוצאת האהבה ממשוואת הה"ה במקרה של פונדקאות מאפשרת למשפט להכיר בנזקי האם תוך שימוש במינוח נזיקי מובהק – פיצוי – כדי לתאר את התשלום בגינם, בין אם ההיריון והלידה מסתיימים באירוע המרגש של לידת תינוקת או תינוק, ובין אם לאו.

לסיכום נקודה זו חשוב להבהיר שמן המקובץ עולה, שסבלות ההיריון, כשלעצמם, עשויים להצדיק מעין פיצוי לאם הנושאת בהם. בהתאם לכך ניתן היה לטעון שראוי ליצור מסגרת משפטית שתאפשר מתן סכום כספי לאישה, כהוקרה על מאמציה בהיריון, מעשה שהחברה כולה מרוויחה ממנו, בהיותו הבסיס להמשכיותה. עם זאת, מפאת קוצר היריעה לא מוצעת

22 ס' 6 לחוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), התשנ"ו-1996, ס"ה 1577.

פה מסגרת משפטית חדשנית שכזו. יתרה מזאת, מאמר זה מוכיח שאפילו כשניתן היה לתת פיצוי באופן טבעי ובכלים המשפטיים המצויים, אין עושים זאת. אם כן, כדי לבסס זכאות כה נרחבת לפיצוי, שיייתכן מאוד שיש לה מקום כשלעצמה, יידרש מאמץ משפטי וחברתי מיוחד שיאפשר מהפכה שכזו.

הנוק לאב ולאם – הפגיעה בזכות להורות

לצד הנזקים הייחודיים לאם, ניתן וראוי לזהות גם את נזקי האב, המאבד את העובר שציפה שיהפוך בסוף התהליך לילדו, ולהכיר בחובת זהירות ישירה של הצוות המטפל גם כלפיו. ניתן וראוי לבסס חובה זו על זכות האב – כמו זכות האם – להורות (Richards, 2011). ואכן האפשרות של פיצוי האב נשקלה במשפט האמריקני, אך נדחתה. הסיבה העיקרית לדחייתה הייתה אותה סיבה הנשמעת תדיר בנוגע לניזוקים עקיפים: חשש מפני הרחבת האחריות לאלה שהם "עוברי אורח", שלכאורה לא ניתן לצפות מראש את זהותם וממילא את מספרם, ולכן עלולה להטיל אחריות שהיקפה אינו מוגבל על הצוותים הרפואיים. חשש זה אינו משכנע במיוחד מן הבחינה האמפירית, שכן התובעים היחידים הנוספים שהצטרפו לתביעות שהגישו אימהות היו אבות. עם זאת הוא מעיד על חשיבות העמדתו של גבול אנליטי ברור מפני הכרה בתובעים אפשריים אחרים. העמדת הזכות להורות כבסיס לפיצוי אכן מבטיחה, מניה וביה, את הגדרת גבולות הפיצוי הראוי לאם ולאב בלבד.

הזכות להורות טבועה בכל אדם באשר הוא (שיפמן, 2005). היא נחשבת טבעית ומבוססת על קשר דם ועל מטען גנטי משותף, ולכן מחייבת איסור על התערבות המדינה במימושה.²³ לא בכדי הוכרה זכות זו כזכות יסוד ייחודית, הניצבת בעמדה נעלה במדרג הזכויות החוקתיות המוכרות (טריגר, 2010). מרכזיות הזכות להורות במשפט הישראלי, כמו גם עוצמתה החוקתית הייחודית, מצדיקות הכרה נזיקית בה, והכרה זו היא שצריכה לעמוד בלב תביעות מסוג זה ולהכתיב את גבולותיהן (Blanchard, 2008; Terry, 1903). היא מסמנת את בני הזוג המצפים יחד לילד כאנשים שהאינטרס הישיר שלהם בהורות נפגע, וממילא הופכת אותם לניזוקיה הישירים של ההתרשלות.²⁴

מעבר להצדקה הכללית להכרה בזכות האב להורות, התיאוריה הפמיניסטית יכולה לסייע בביסוס הזכות גם כאן. המשפט הבנה בדרכים שונות את האחריות ההורית כאחריות אימהית (רימלט, 2010). דרכים אלה הותירו נשים במקומן ובתפקידן האימהי, ואילו את הגברים בתפקיד המפרנס שעיקר עיסוקיו מחוץ לתחומי הבית. הכרה בהורות כמכילה יסוד גברי

23 דנ"א 2401/95 נחמני נ' נחמני, פ"ד נ(4) 661 (1996); בג"ץ 2245/06 דוברין נ' שירות בתי-הסוהר, תק-על 2006(2) 3564 (2006).

24 הדגש על ציפייה משותפת לילד מבקשת לנטרל מצב שבו תהיה לאב ציפייה כזו, כשהיא מנותקת מזו של האם, ושבעקבותיה יוכל למשל לדרוש המשך היריון מאם המתנגדת לכך.

שווה ליסוד הנשי תיטיב עם הגברים, שניכר שתרומתם למסגרת המשפחתית-האישית – להבדיל מזו הכלכלית – הולכת וגוברת. היא תיטיב גם עם הנשים, המבקשות למגר תפיסות פטריארכליות הרואות את תפקידן ה"טבעי" כאימהות ולא כמפרנסות (רימלט, 2010), ומובן שהיא תיטיב עם הילדים ועם הילדות, שיזכו לאהבה ולטיפול הוריים (יואלס ושגיא-שוורץ, 2010).

המודל המוצע – אימהות פיסולוגית נשית והורות רעיונית בין-מגדרית

מצוידות בתובנות החדשות שבהסדר המוצע לעיל, נוכל כעת לקרוא מחדש את ההחלטה בפרשת לוי ולהבין את אפשרות פיתוחה האיכותי בעתיד. מהלך קרוב למודל המוצע פה הוצג, כזכור, דווקא בעמדת המיעוט של השופטת חיות. אף שלא עסקה ישירות בזכות להורות, דנה השופטת בכאב ובסבל שעברו האב והאם – ללא קשר להבדל המגדרי ביניהם – מתוקף היותם הורי העובר שאבד. כאן חשפה השופטת את עמדתה הפוליטית הברורה, ולפיה תפיסת האב כשותף מלא להורות חיונית לקידום שוויון מגדרי, ולכן מחייבת להתייחס אל שני ההורים כאל ניזוקים ישירים. למרות תפיסה שוויונית זו, עדיין הבחינה השופטת הבחן היטב בין האם לבין האב, כשייחודה לאם בלבד את היסוד הפיסי של הסבל הכרוך בטיפולי הפריון ושל עצם ההיריון שבו נשאה התובעת. כשפסקה לאם סכום פיצוי שהיה גבוה כמעט ב-50% מן הפיצוי לאב, אישרה בפסקתה את הכרתה בנטל נשי ייחודי במקרים אלה.

תמיכה במודל המוצע מצויה, לא רק בדעת המיעוט שלעיל, אלא ביתרונות הרבים שהוא טומן בחובו: המודל מתאים לאורחות חיינו המשתנים לטובה ולתפיסת המשפט והחברה את מעמדה של ההורות ושל המשפחתיות כאינטרס נזיקי הזכאי להגנה כוללת וקוהרנטית, והוא אף מונע את המשכו של שיח מגדרי נייטרלי כוזב, הגורס שנזקי ה"ה" זהים אצל האישה ואצל הגבר (רימלט, 2010). בהעניקו לאישה המתעברת פיצוי ראוי, המגלם את הנזקים הישירים שנגרמו לה, מבטא מודל הפיצוי המוצע את הכרתו בנטל הפיסי והנפשי הכרוך בהיריון, כמו גם בהפסקתו, ואת ייחודו המגדרי-הנשי. במובן זה מבנה המודל, על בסיס מוצק ומדעי, דמות אימהית נבדלת מזו הגברית. אין הוא נזקק לטענות בעלמא על חיבור אימהי ייחודי שמקורו קוסמי או טבעי, ואין צורך להוכיחו. לחילופין הוא נשען על טענות מדעיות-רפואיות בדבר הנזקים הייחודיים הנגרמים לאישה בשל ההיריון או הפסקתו. מתוכו עולה דמות אימהית שאין חיבורה לעובר שונה באופן מסתורי וקמאי מהחיבור של האב לעתיד, דמות שחיבורה לעובר עובר, פיסית, דרך גופה.

עוד תמיכה למודל זה ניתן למצוא בהסדר משפטי אחר בתחום, המבטיח מעין-פיצוי לאם שעברה היריון ועובריה נפטר. סעיף 39 לחוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], התשנ"ה-1995, קובע שנשים שילדו לאחר השבוע ה-22 להריון זכאיות למענק אשפוז, למענק לידה ולדמי לידה, גם אם ילדו עובר מת או שילדן נפטר בסמוך ללידה. מכיוון שברי שאין החופשה

ניתנת לשם מטרתה המקורית – הטיפול בילד – ניתן אולי לראות בהעברת סכומי כסף אלה לאישה סוג של פיצוי על היריון שנישא, למרבה הצער, לשווא.

סיכום

ההכרה הבעייתית במערך נזקי התרשלות בהל"ה משקפת, בין היתר, את הקושי התרבותי-הפטריארכלי להכיר בהיריון ובלידה כנזק ובתפקידו המשתנה של מוסד האימהות כמוסד השואף לייצג, למעשה, הורות. קשיים אלה הובילו לעיצובה של חובת זהירות מצומצמת, הצרה מלהכיל את מכלול הנזקים שהתרשלות זו מסבה. אף שהיא מבוססת על כוונה ראויה, לפצות הורים על אובדן עובר, בד בבד עם רצון להתייחס אליהם כאל נושאי תפקיד שוויוני לא-מגדרי במערך המשפחתי המודרני, הבנו בתי המשפט את חובת הזהירות בגין אובדן עובר בצורה לא עקיבה ומצמצמת, אף אם לעתים הייתה תוצאתה ראויה. בהיעזרו בתיאוריה פמיניסטית, הציע מאמר זה מודל פיצוי בתחום, החותר תחת המבנה הפטריארכלי ששירת מודל הפיצוי עד כה, ובעיקר המשרת בצורה הטובה ביותר את האינטרסים של הצדדים המעורבים בפגיעות מסוג זה. חדשנותו של המודל המוצע במאמר טמונה דווקא בפשטות ובמסורתיות שבה הוא מבקש לפצות כהלכה את אלה שסבלו מפגעי ההתנהלות הרשלנית בהיריון ובלידה: האם והאב. דואט פרסונלי זה – כשהוא מתחולל – מכתוב גם את הצורך להכיר בנזקיהם השונים והמשותפים במערך הנזקים שגורמת אותה התרשלות: פיצוי האם על סבל הנשיאה בהיריון והסבל הכרוך בהליך הלידה או ההפלה, ופיצוי זוג ההורים על הפגיעה בזכותם למימוש הורותם. מתוך פיצוי מובחן זה תעלה ותגובש דמות אימהית, אשר גם אם הטבע ייעד אותה לשאת את ההיריון ואת הלידה, הרי שדיני הנזיקין יחשפו את המחירים השונים שהיא עלולה לשלם עליהם. אימהות כזו גם לא תטען לחיבור קוסמי-מסתורי בין האם לילדיה, אלא תניח שוויון בין בני הזוג בחיבורם לילדיהם, ותפצה אותם בהתאם בצורה שווה לחלוטין על כאבם על אובדן חיבור זה.

מקורות

- ביטון, י' (2003). חוויית-חיים נשית וצפויות של נזק. **משפטים**, לג, 585-657.
- ביטון, י' (2007). מחירן של דמעות – אינטרסים מיוחדים-מגדר בעוללת הרשלנות. בתוך ד' ברק-ארז, י' ביטון, ש' יניסקי-רביד וד' פוג' (עורכות), **עיונים במשפט, פמיניזם ומגדר** (עמ' 233-283). קריית אונו: נבו הוצאה לאור.
- ברקוביץ, נ' (1999). אשת חיל מי ימצא? נשים ואזרחות בישראל. **סוציולוגיה ישראלית**, ב, 277-317.
- גולד, ר' (2005). אי נקיטת צוואה לאחר לידה. **הרפואה**, 144, 502-505.

- הלה, ק' (2001). שוויון בדיני חוזים: קריאה פמיניסטית. **משפטים**, לא, 269-322.
- הקר, ד' ושמיר, ר' (2003). "אימהות", "אבהות", "משפחה": בין אינטואיציה להלכה פסוקה. **סוציולוגיה ישראלית**, ה, 311.
- הקר, ד' (2007). פמיניזם דילמתי ומודל המשמורת הפיסית הרצוי בגירושין. בתוך ד' ברק-ארז, י' ביטון, ש' יניסקי-רביד וד' פוגץ' (עורכות), **עיונים במשפט, פמיניזם ומגדר** (עמ' 699-732). קריית אונו: נבו הוצאה לאור.
- טריגר, צ' (2010). רישיון להורות. בתוך ת' מורג (עורכת), **זכויות הילד והמשפט הישראלי** (389-427) תל אביב: הוצאת רמות.
- יואלס, ת' ושגיא-שוורץ, א' (2012). אבא, אימא, ומה איתי? אני זקוק לשניכם: עובדות, מיתוסים ותקוות בהסדרי הורות במקרים של גירושין. **דין ודברים**, ו, 375-404.
- כרמי, א' (2003). **בריאות ומשפט**. תל אביב: הוצאת מעריב.
- להב, פ' (1993). כשהפליאטיב רק מקלקל: הדיון בכנסת על חוק שיווי זכויות האשה. **זמנים**, 46-47, 149-159.
- מאוטר, מ' (1998). שכל ישר, לגיטימציה, כפייה: על שופטים כמספרי סיפורים. **פלילים**, ז, 11-76.
- נדב, מ' (2005). האבל הלא מוכר – אבל בעקבות לידת מת. **הרפואה**, 144, 870-874.
- קרן-פז, צ' (2007). מבט פמיניסטי וחלוקתי על חובת הזהירות של נשים בהיריון: אידיאולוגיה, סמליות ופרגמטיות. בתוך ד' ברק-ארז, י' ביטון, ש' יניסקי-רביד וד' פוגץ' (עורכות), **עיונים במשפט, פמיניזם ומגדר** (עמ' 321-355). קריית אונו: נבו הוצאה לאור.
- רדאי, פ' (2007). תיאוריה משפטית, חקיקה והתדיינות פמיניסטיות בישראל: רטרופקטיבה. בתוך ד' ברק-ארז, י' ביטון, ש' יניסקי-רביד וד' פוגץ' (עורכות), **עיונים במשפט, פמיניזם ומגדר** (עמ' 19-63). קריית אונו: נבו הוצאה לאור.
- רימלט, נ' (2010). אמא טובה, אמא רעה, אמא לא רלוונטית: הורות במשפט בין אידיאל השוויון למציאות האמהית. **משפטים**, לט, 573-632.
- רפאל-לב, י' (1996). **היריון – העולם הפנימי**. אור יהודה: כנרת, זמורה-ביתן.
- שולט, ע' (2001). חסימה מדומה של הכרכשת (תסמונת Ogilvie) לאחר חיתוך הדופן. **הרפואה**, 140(3), 217-219.
- שטופלר, ג' (2012). זכויות נשים, משפט וצדק במדינת ישראל. **עלי משפט**, י, 53-71.

- שיפמן, פ' (2005). **דיני המשפחה בישראל (כרך א)**. ירושלים: המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי ע"ש הרי ומיכאל סאקר.
- שמואלי, ב' (2009). קליעה למטרה: הצעת תפיסה פלורליסטית חדשה לדיני הנזיקין המודרניים. **משפטים, לט(1)**, 345-233.
- Breese-McCoy, S. J., Martin, B. J., Miller, S., Stacia, B., Payton, M. E., & Watson, G. H. (2006). Risk factors for postpartum depression: A retrospective investigation at 4-Weeks postnatal and a review of the literature. *Journal American Osteopathic Association*, 106(4), 193-198.
- Blanchard, P. (2008). The New Zealand bill of rights: Where have we got to after 16 years? *New Zealand Law Review*, 2008(2), 263-282.
- Chamallas, M. & Kerber, L. K. (1990). Women, mothers and the law of fright: A history. *Michigan Law Review*, 88(4), 814-864.
- Ellingsæter, A. L. & Leira, A. (2006). *Politicising parenthood in Scandinavia: Gender relations in welfare states*. Bristol, UK: Policy Press.
- Gadsby, R., Barnie-Adshead, A. M., & Jager, C. (1993). A prospective study of nausea and vomiting during pregnancy. *British Journal of General Practice*, 43(371), 245-248.
- Jueckstock, J. K., Kaestner, R. & Mylonas, I. (2010). Managing hyperemesis gravidarum: A multimodal challenge. *BMC Medicine*, 8, 46-54.
- Law, S. (1985). *Rethinking sex and the constitution*. Toronto, Canada: Toronto University Press.
- Levit, N. (1992). Ethereal torts. *Geo. Wash. L. Rev.*, 61(1), 136.
- Littleton, C. (1987). Reconstructing sexual equality. *Cal. L. Rev.*, 75(4), 1279-1337.
- Mullany, N. J. & Handford, P. R. (1993). *Tort liability for psychiatric damage: The law of "nervous shock"*. Sydney, Australia: Law Book Co.
- Raday, F. (1998). Women, work and the law. In S. Shetreet (Ed.), *Women in law* (pp. 35-46). London, UK: Kluwer Law International Ltd .
- Richards, E. (2006). Loss of potential parenthood as a statutory solution to the conflict between wrongful death remedies and *Roe v. Wade*. *Wash. & Lee L. Rev.* 63(2) 809-848.

- Shamir, H. & Mundlak, G. (2011). Bringing together or drifting apart? Targeting care work as “work like no other”. *Canadian Journal of Women and the Law*, 23(1), 289-308.
- Terry, H. T. (1903). Legal duties and rights. *Yale L.J.*, 12(4), 185-212 .
- Vaughan-Jones, S. A., Hern, S., Nelson-Piercy, C., Seed, P. T., & Black, M. M. (1999). A prospective study of 200 women with dermatoses of pregnancy correlating clinical findings with hormonal and immunopathological profiles. *British Journal of Dermatology*, 141(1), 71-81.
- Williams, W. (1985). Equality’s riddle: Pregnancy and equal treatment/special treatment debate. 13 *N.Y.U. Rev. L. & Soc. Change*, 13(2), 325-380.
- Witt, J. F. (2011). Toward a new history of American accident law: Classical tort law and the cooperative first party insurance movement. *Harv. L. Rev.*, 114(3), 699-837.

