



## בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 1326/07  
וערעור שכנגד  
ע"א 572/08  
ע"א 8776/08  
ע"א 2600/09  
ע"א 2896/09  
ע"א 3856/09  
ע"א 3828/10

לפני :  
כבוד הנשיאה (בדימי') ד' ביניש  
כבוד הנשיא א' גרוניס  
כבוד המשנה לנשיא א' ריבלין  
כבוד השופטת מ' נאור  
כבוד השופטת ע' ארבל  
כבוד השופט א' רובינשטיין  
כבוד השופט ס' גובראן

המערערת בע"א 1326/07  
(המשיבה בערעור שכנגד) :  
ליאור המר

המערערת בע"א 572/08 :  
מדינת ישראל

המערער בע"א 8776/08 :  
פלוני (קטין)

המערערת בע"א 2600/09  
והמשיבה בע"א 2896/09 :  
מכבי שירותי בריאות

המערערים בע"א 3856/09 :  
1. ערן סידי  
2. צפורה סידי  
3. יגאל סידי

המערערת בע"א 3828/10 :  
שירותי בריאות כללית

נ ג ד

המשיבים בע"א 1326/07  
(המערערים בערעור שכנגד) :  
1. פרופ' עמי עמית  
2. מור המכון למידע רפואי בע"מ  
3. שירותי בריאות כללית

המשיב בע"א 572/08 :  
פלוני (קטין)

- המשיבים בע"א 8776/08 :
1. ויקטוריה שראי
  2. אלכס וולפרט
  3. מכבי שירותי בריאות
  4. ד"ר יבגניה מזור
  5. קולמדיק בע"מ
  6. ד"ר יוסף ברכה
- המשיבים בע"א 2600/09 והמערערים בע"א 2896/09 :
1. נועם סבגיאן
  2. ציונה סבגיאן
  3. חיים סבגיאן
- המשיבים בע"א 3856/09 :
1. קופת חולים של ההסתדרות הכללית
  2. ד"ר דוד קמפף
- המשיבים בע"א 3828/10 :
1. חן נאוה
  2. חן אלי
  3. עזבון המנוח חן זיו אור ז"ל
- ע"א 1326/07 וערעור שכנגד על פסק-דין של בית-המשפט המחוזי בחיפה מיום 25.12.06 בת.א. 745/02 שניתן על-ידי כבוד השופטת ב' גילאור
- ע"א 572/08 על פסק-דין של בית-המשפט המחוזי בחיפה מיום 2.12.07 בת.א. 259/02 שניתן על-ידי כבוד השופטת ב' גילאור
- ע"א 8776/08 על פסק-דין של בית-המשפט המחוזי בבאר-שבע מיום 31.8.08 בת.א. 3344/04 שניתן על-ידי כבוד השופטת ש' דברת
- ע"א 2600/09 וע"א 2896/09 על פסק-דין של בית-המשפט המחוזי בירושלים מיום 29.1.09 בת.א. 8208/06 שניתן על-ידי כבוד השופט י' עדיאל
- ע"א 3856/09 על פסק-דין של בית-המשפט המחוזי בירושלים מיום 2.4.09 בת.א. 1338/97 שניתן על-ידי כבוד השופט ע' חבש
- ע"א 3828/10 על פסק-דין של בית-המשפט המחוזי בירושלים מיום 11.4.10 בת.א. 8459/06 שניתן על-ידי כבוד השופט י' ענבר
- בשם המערערת בע"א 1326/07 : עו"ד כרמי בוסתנאי ; עו"ד שמרית כהן באום
- בשם המשיב 1 בע"א 1326/07 והמערער שכנגד : עו"ד חיים זליכוב ; עו"ד אופיר בן משה

בשם המשיבות 2-3 בע"א  
 עו"ד אילן עוזיאל : 1326/07 והמערערות שכנגד:

בשם המערערות בע"א 572/08 : עו"ד אורית סון ; עו"ד מיכל שרביט

בשם המשיב בע"א 572/08 : עו"ד מירון קין ; עו"ד אכרם מחאג'נה

בשם המערער בע"א 8776/08 : עו"ד אלי לוטן ; עו"ד דליה לוטן

בשם המשיבים 3-6 בע"א 8776/08,

בשם המערערות בע"א 2600/09

והמשיבה בע"א 2896/09, בשם

המשיבים בע"א 3856/09 ובשם

המערערות בע"א 3828/10 : עו"ד יעקב אבימור

בשם המשיבים בע"א 2600/09

והמערערים בע"א 2896/09 ובשם

המערערים בע"א 3856/09 : עו"ד עמוס גבעון ; עו"ד איתי טבעון

בשם המשיבים בע"א 3828/10 : עו"ד אנה רייף-ליגנזה

בשם ידיד בית המשפט : עו"ד אלי זהר ; עו"ד ענבל זהר ; עו"ד מירב שגיא

בשם לשכת עורכי הדין : עו"ד אסף פוזנר ; עו"ד איתי ליבמן ;  
 עו"ד אבישי פלדמן

## פסק-דין

המשנה לנשיא א' ריבלין:

רקע

1. הדיון בערעורים שלפנינו אוחד לשם הכרעה בשאלות העקרוניות הנוגעות לסוגיה המוכרת כעילת תביעה בגין "הולדה בעוולה". סוגית ההולדה בעוולה מתעוררת, באופן טיפוסי, מקום בו נושא אדם מוגבלות מולדת כלשהי, ונטען כי התנהגות זהירה של הנתבעים – בדרך-כלל הגורמים הרפואיים שטיפלו באם ההרה – הייתה מונעת כליל את הולדתו. שתי עילות תביעה נפרדות עשויות לבוא בעקבות ההתנהגות הרשלנית: עילתם של ההורים ועילתו של הילד עצמו. את עילת תביעתו של הילד נהוג לכנות "חיים בעוולה" (wrongful life), ובכך להבדילה מעילת תביעתם של ההורים, המכונה "הולדה בעוולה" (wrongful birth).

2. שאלת ההכרה בתביעות בגין "הולדה בעוולה" ו"חיים בעוולה" נדונה לפני עשרים וחמש שנים בפסק-דינו של בית המשפט העליון בע"א 518/82 זייצוב נ' כץ, פ"ד מ(2) 85 (1986) (להלן: הלכת זייצוב). בפסק-דין זה, שניתן בהרכב של חמישה שופטים, נקבע על דעת כל שופטי ההרכב כי אין מניעה להכיר בעילתם של ההורים – עילת ה"הולדה בעוולה" – במסגרת עוולת הרשלנות ובהתאם לעקרונות נזיקיים רגילים. המחלוקת, כבר אז, נסבה על שאלת קיומה של עילת התביעה של הילד.

בית המשפט הכיר, בדעת רוב, בעילת התביעה של הילד – עילת ה"חיים בעוולה". עם זאת, נחלקו ביניהם ארבעת שופטי הרוב בעניין ההנמקה העיונית להכרה בעילת התביעה של "חיים בעוולה" וכפועל יוצא מכך – גם בשאלה כיצד יש לאמוד את שיעור הנזק. שאלה מכרעת זו נותרה שם ללא מענה.

3. המשנה לנשיא מ' בן-פורת, אליה הצטרף השופט ד' לוי, קבעה כי מן הראוי להכיר בעילתו של הילד רק באותם מקרים נדירים "בהם ניתן יהא לקבוע שטוב היה לאדם פלוני לולא נולד. לעתים תהא זו הנחה חברתית מוסכמת שמוטב היה לפלוני לא להיוולד מלחיות תוך מוגבלות חמורה" (שם, בעמ' 97). במקרים אלה, כך לעמדתה, עצם הולדתו של הילד היא הנזק שנגרם לו. הערכת נזק זה במונחים כספיים, כך נקבע, אינה פשוטה; ואולם "מי שאחראי להיותו, מן המידה שיעניק לו פיצוי ממוני שבאמצעותו ניתן להקטין עד קצה האפשר את תוצאות הנחיתות" (הלכת זייצוב, בעמ' 100). המשנה לנשיא בן-פורת הבהירה כי אין כוונתה לעריכת השוואה בין ילד שנולד עם מוגבלות לבין ילד הנולד בריא ושלם, "כי אם למיצוי הפוטנציאל הקיים כדי שיתפקד טוב יותר, ויסבול פחות, במצבו הנחות". פתרון זה, כך הדגישה, מביא "בכלל חשבון את העובדה כי משנולד (ולו גם שלא בטובתו), בפנינו ילד הזכאי לחיים שיש בהם טעם, ולו גם במסגרת נכותו" (הלכת זייצוב, בעמ' 100).

4. הנשיא (אז השופט) א' ברק, שלעמדתו הצטרף המשנה לנשיא (אז השופט) ש' לוי, קבע גם הוא כי יש להכיר בעילת ה"חיים בעוולה". עם זאת, ההנמקה שבבסיס עמדתו שונה, ויש בה כדי להשפיע על היקף המקרים שבהם קמה עילת תביעה בגין "חיים בעוולה" ועל אופן הערכת הנזק. ביסודה של הנמקה זו עומדת ההשקפה שלפיה "חובת הזהירות המושגית של הרופא מטילה עליו לנקוט אמצעי זהירות סבירים, כדי שחייו של הקטין יהיו ללא מום. מכאן גם זכותו של הקטין, כי לא תהא התרשלנות, אשר תעשה את חייו לחיי-מום. אין לו לקטין כל זכות לאי-חיים. האינטרס אשר הדין מגן עליו אינו האינטרס של אי-החיים, אלא האינטרס של החיים ללא מום. על כן, הנזק לו אחראי הרופא המתרשל אינו בעצם גרימת החיים, או במניעתם של אי-החיים. הנזק לו

אחראי הרופא הוא בגרימתם של חיים פגומים... הרופא אחראי בגין גרימתם של חיים פגומים, ונזק זה מתגבש בהשוואה בין החיים הפגומים לבין החיים ללא פגם" (הלכת זייצוב, בעמ' 117). בהתאם לגישה זו, תוכר עילתו של הילד גם במקרים שבהם המוגבלות אינה חמורה באופן יוצא-דופן, ואינה מובילה בהכרח למסקנה כי מוטב היה לילד אלמלא נולד. אומדן הנזק, לפי גישה זו, אינו מחושב לפי הפער שבין החיים במוגבלות לבין אי-חיים (כך לפי גישת המשנה לנשיא בן פורת), אלא לפי הפער שבין החיים במוגבלות לבין החיים ללא מוגבלות. אף שאלמלא העוולה לא היה הניזוק חי, ובוודאי שלא היה חי חיים ללא מוגבלות, הרי שלעמדת הנשיא ברק, ייחודיותה של הסוגיה מאפשרת לאמוד את הפיצויים בהשוואה לחיים ללא מוגבלות, במסגרת פרשנות גמישה ומותאמת של עיקרון "השבת המצב לקדמותו".

5. השופט א' גולדברג קבע, בדעת מיעוט, כי לא ניתן להכיר כלל בקיומה של עילת תביעה של הילד נגד הרופא, שעקב התרשלותו נולד הילד במוגבלות, כאשר ללא התרשלות – לא היה הילד נולד כלל. העדפת חידלון טרם בריאה על פני החיים, ולו במקרים נדירים – כך קבע השופט גולדברג – הינה בלתי אפשרית.

6. פסק-הדין בעניין זייצוב הכיר, אמנם, בעילת תביעתו של היילוד בגין "חיים בעוולה", אך שאלות רבות הנגזרות ממנו נותרו ללא הכרעה. כפועל יוצא מכך, בשנים שעברו מאז שניתן פסק-הדין, נתעוררו קשיים של ממש ביישום הכלל העקרוני בדבר ההכרה בעילת התביעה של הילד בגין "חיים בעוולה". קשיים אלה נבעו בחלקם מקיומן של שתי גישות שונות ביחס להיקף העילה וביחס לאופן חישוב הפיצויים, ובחלקם נבעו הם מעצם ההכרה בעילה עצמה. כך, נדרשו הערכאות הדיוניות, בין השאר, לקבוע מה נזקו של מי שנולד במוגבלות; כיצד יש לאמוד את שיעורו של הנזק; ואם גם מוגבלות קלה (שמא רק מוגבלות חמורה) מקימה ליילוד עילת תביעה. ואולם, בהעדר הלכה מחייבת, יושמה הלכת זייצוב באופן בלתי אחיד. לנוכח קשיים אלה, ולנוכח הצורך להכריע גם בסוגיות קשורות נוספות, החלטנו לאחד את הדיון בתיקים שלפנינו, ולקבוע את שמיעתם לפני הרכב מורחב של שבעה שופטים. בהחלטת הנשיאה ד' ביניש מיום 29.12.2011, עמדנו על השאלות העקרוניות שבהן נדרשת הכרעתנו:

א. האם קיימת עילת תביעה ומהו הבסיס המשפטי שלה? האם נוכח הזמן שחלף מאז נפסקה הלכת זייצוב ו/או הקושי המתמשך ביישומה, יש לשנות מהלכה זו, או האם יש להעדיף את אחת הגישות שבוטאה בהלכת זייצוב על פני רעותה?

- ב. בהתקיים עילה: האם יש להכיר בתביעת ההורים (wrongful birth) ו/או בתביעת הילד (wrongful life)? ובאילו מקרים תקום כל אחת מן העילות?
- ג. עקרונות חישוב הפיצויים בשתי התביעות: בתביעת ההורים: השוואה בין ילד בריא לילד הפגוע? אמת מידה אחרת? בתביעת הילד: השוואה בין אי-החיים לבין החיים במום? השוואה בין החיים במום לבין החיים הבריאים?
- ד. הוכחת הקשר הסיבתי – בתביעת ההורים (הוכחה כי היו מפסיקים את ההריון לו ידעו על המום הצפוי). בתביעת הילד – האם טוב מותו מחיו?
- ה. פגיעה באוטונומיה – כעילה בתביעת ההורים – עילה נוספת או עילה חלופית לעילת ההולדה בעוולה?

עוד נקבע בהחלטה זו כי השאלות העקרוניות יוכרעו תחילה במסגרת פסק-דין חלקי, ולאחריו יימשך הדיון הפרטני בכל אחד מן התיקים, ככל שיוותר בכך צורך. לפיכך, נתייחס במסגרת החלטה זו לשאלות העקרוניות בלבד ולטענות הנוגעות לסוגיות אלה. ההכרעות בתיקים השונים תידונה בנפרד ושלא בהרכב זה, ואנו איננו קובעים דבר באשר לאחריותם של מי מהנתבעים בתיקים שלפנינו.

#### טענות הצדדים

7. באי-כוח התובעים בתיקים שלפנינו צידדו בהכרה בעילת התביעה של הילד בגין "חיים בעוולה", בהתאם לגישתו של הנשיא ברק בעניין זייצוב. יתרונה של גישה זו, כך נטען, הוא בכך שהיא מייתרת את הצורך לערוך השוואה בין החיים לבין אי-חיים, ולכמת את ערך החיים עצמם. נוסף על כך, טוענים התובעים השונים, גישתו של הנשיא ברק מקדמת את הוודאות ואת האחידות בפסיקה, שכן אין היא מצריכה לערוך הבחנה, עמומה מטבעה, בין "מום קשה" לבין "מום קל", ואף פסיקת הפיצויים, שנעשית בהשוואה לאדם בריא, נעשית בשיטה המוכרת היטב בתביעות נזיקין בגין נזקי גוף, עליה אמונים בתי המשפט. ההשוואה בין מוגבלויות שונות, כך שחלקן מזכות בפיצוי וחלקן לא מזכות בפיצוי, אינה ראויה גם מבחינה ערכית, כך נטען, שכן היא מפלה בין קבוצות שונות של בעלי מוגבלויות. יתרה מכך, שיקולים של צדק מתקן ושל הרתעה יעילה תומכים בפסיקת פיצוי מלא בגין הנזקים הכרוכים בנכות, אף אם היא נכות קלה באופן יחסי. באי-כוח התובעים אף מציינים כי לעמדתם לא ניתן לספק מענה מלא לצרכי הילד בגדר תביעת ההורים, שכן הפיצוי להורים מוגבל לתקופה שבה תלוי הילד בהוריו. מבחינה מוסרית, כך נטען, ראוי להכיר בעילתו של הילד מקום בו נהג הרופא ברשלנות, וזאת אף אם יש קושי לאתר את הקשר הסיבתי בין ההתרשלות לבין

נזקי הנכות. התובעים מוסיפים כי אי הכרה בתביעת הילד תעניק מעין חסינות גורפת לרופאים שנהגו ברשלנות, וכי יש טעם לפגם בשמיעת הטענה כי גם חיים במום עדיפים על פני היעדר חיים, מפי רופא המבצע בדיקות שמטרתן היא דווקא לאפשר ביצוע הפלה במקרה של מום.

8. באי-כוח הנתבעים בתביעות השונות, לעומת זאת, מצדדים בביטול עילת התביעה של הילד בגין "חיים בעולה". לעמדתם, גישתו של הנשיא ברק בעניין זייצוב אינה עולה בקנה אחד עם עקרונות יסוד של דיני הנזיקין, ואילו גישתה של המשנה לנשיא בן-פורת אינה מעשית, שכן בית המשפט נעדר כלים של ממש להשוות בין מצב של חיים במוגבלות לבין מצב של אי-חיים. נוסף על כך, בעצם ההכרעה כי ישנם מצבים שבהם עדיף לאדם שלא היה נולד, בשל שהוא לוקה במום, טמונה אמירה חברתית-מוסרית קשה, המנוגדת לערכים יסודיים של החברה ביחס לכבוד האדם ולקדושת החיים. מכל מקום, סבורים הנתבעים כי אם תוכר עילת התביעה בגין "חיים בעולה", ראוי להעדיף את גישתה של המשנה לנשיא, ולהבחין בין מומים "חמורים", שלגביהם ניתן לכאורה לומר כי טוב לאדם אלמלא נולד, לבין מומים "קלים" יותר, שאינם מקימים עילת תביעה, לפי מידת עצמאות תפקודו של האדם ויכולתו לתרום לעצמו ולזולת, להשתלב בחברה ולחיות חיים שיש בהם סיפוק, משמעות והנאה. אפשרות נוספת, כך נטען, היא לערוך הבחנה מעין זו על בסיס הקריטריונים המשמשים את הוועדות להפסקת הריון, בבואן להחליט על מתן אישור לביצוע הפלה בשלב החיות. מעבר לכך, נטען כי אין להכיר גם בעילתם של ההורים, שכן ההוצאות שהם מוציאים לטיפול בילדם הן בגדר "הטבת נזק"; ובהעדר עילה לניזוק הישיר – הוא הילד – גם למיטיבי הנזק אין עילת תביעה. המסקנה, לפי גישת הנתבעים, היא כי יש להכיר בתביעת ההורים בגין פגיעה באוטונומיה בלבד.

9. ההסתדרות הרפואית בישראל ולשכת עורכי הדין התייצבו אף הן להליך, במעמד של "ידיד בית המשפט".

ההסתדרות הרפואית עמדה בהרחבה על קיומה של מגמה, המכונה בפיה השאיפה להולדת "הילד המושלם". לעמדתה, הקביעה שטוב לאדם שלא היה נולד מובילה לגישה בלתי סובלנית כלפי בעלי מוגבלויות, וכזו המייחסת להם נחיתות שבשלה ראוי למנוע מראש את לידתם. לפיכך סבורה ההסתדרות הרפואית כי מן הראוי לאמץ את גישתה של המשנה לנשיא בן-פורת בעניין זייצוב, תוך קביעת קריטריונים ברורים שיצמצמו את השימוש בעילת ה"הולדה בעולה" (או "חיים בעולה") למקרים הקשים והחמורים ביותר, כהגדרתה. קריטריונים אלה, כך מציעה ההסתדרות

הרפואית, ניתן לבסס על הנחיות משרד הבריאות לוועדות העל-האזוריות להפסקת היריון. ההסתדרות הרפואית מוסיפה ועומדת על תחושתם של רופאים מתחום המיילדות והגניקולוגיה, כמו גם של אלה המכהנים בוועדות להפסקת היריון, לפיה החשש מתביעה משפטית עשוי להוביל לריבוי בדיקות ולביצוע פעולות רפואיות או הפלות "מיותרות".

10. לשכת עורכי הדין סבורה כי ראוי להכיר בעילות התביעה של "הולדה בעוולה" ושל "חיים בעוולה". עוד היא סבורה כי ההבדל המעשי בין העמדות השונות, המכירות באופן עקרוני בתביעת ה"חיים בעוולה", משמעותי פחות מכפי שנדמה בתחילה. כך, משום שגם לפי עמדת הנשיא ברק נדרש הילד-התובע להוכיח, במסגרת יסוד הקשר הסיבתי, כי המום חמור דיו, עד שוועדה להפסקת היריון הייתה מאשרת לבצע בגינו הפלה; ומשום שפסיקת הפיצויים, בפועל, אינה שונה באופן מהותי בין שתי הגישות. לשכת עורכי הדין מוסיפה כי להבנתה, אין לפסיקה בשאלת ההולדה בעוולה השפעה על מספר ההפלות שיבוצעו או על היקף הבדיקות במהלך ההיריון, שכן רצונם של ההורים בילד בריא הוא שמביא לאלה, ולא שאלת מתן הפיצוי בדיעבד. יתרה מכך, טוענת לשכת עורכי הדין כי רצוי שהמדיניות הציבורית בנוגע לשאלת ביצוע הפלות תיקבע במסגרת הדין החל על ביצוען, ולא במסגרת דיני הנזיקין. לגוף הדברים תומכת לשכת עורכי הדין בעמדה שהביע הנשיא ברק בעניין זייצוב. ההכרעה בשאלה אם עדיף לו לאדם שלא נולד משנולד, כך נטען, היא הכרעה קשה, אשר עדיף להימנע ממנה והיא אף צפויה להוביל לפסיקה בלתי אחידה. לשכת עורכי הדין טוענת עוד כי הימנעות מהכרה בעילה של הילד עשויה להותירו ללא פיצוי אם הוריו יעשו שימוש בלתי מושכל בפיצויים שנפסקו לטובתם, או אם ימסרוהו לאימוץ לאחר לידתו.

11. לבסוף יצוין כי היועץ המשפטי לממשלה הודיענו כי שר המשפטים הורה, לבקשתו, על הקמת ועדה ציבורית, בראשות כבוד המשנה לנשיא (בדימ') א' מצא (להלן: ועדת מצא), לשם גיבוש עמדתו בשאלת קיומה של עילת תביעה בגין הולדה בעוולה ובשאלת גדריה הרצויים של עילה זו. מסקנותיה של ועדת מצא הוגשו לבית המשפט ביום 19.3.2012, במסגרת "דין וחשבון הוועדה הציבורית בנושא 'הולדה בעוולה'" (להלן: דו"ח הוועדה). ואולם היועץ המשפטי לממשלה לא הביע את עמדתו ביחס לשאלות העומדות להכרעה לפנינו. משכך, נמנענו מלראות במסקנות הוועדה עצמן חלק מטיעוני הצדדים, באשר הן נעדרות את המעמד שבדין הנתון לעמדתו של היועץ המשפטי לממשלה.



המסקנות האופרטיביות של הוועדה לא שימשו כחלק מן הטיעונים בפנינו, אך על אף האמור, ראוי לציין שדו"ח הוועדה הוא פרי עבודה מקיפה, רצינית ומעמיקה; במסגרת הוועדה ישבו טובי המומחים, נשמעו עדויות רבות, הוגשו ניירות עמדה מגורמים שונים, הוצגה סקירה של כל הסוגיות הרלבנטיות ואלה נבחנו לעומקן ביסודיות. קראנו את הדו"ח ומצאנו כי במובנים מסוימים, צועדת הוועדה בעקבות המסקנות אליהן הגענו. נוכח האמור, נפנה בהמשך דברינו לדו"ח הוועדה ככל שיהא רלבנטי לענייננו.

12. לאחר ששקלנו את מכלול היבטי הסוגיה, הגענו למסקנה כי במציאות המשפטית של ימינו, עשרים וחמש שנים לאחר שנפסקה הלכת זייצוב, לא ניתן עוד להכיר בעילתו של הילד – עילת ה"חיים בעוולה".

קיימים קשיים משפטיים מהותיים, הנוגעים הן ליסוד הנזק הן ליסוד הקשר הסיבתי, המקשים על הכרה בעילת תביעה זו במסגרת עוולת הרשלנות. אך מעל ומעבר לקשיים משפטיים אלה, קיים קושי ערכי-מהותי בתפיסה לפיה חייו של מי שנולד עם מוגבלות יכולים להיחשב – בעיני היילוד עצמו – כ"נזק". בהכירנו בקושי זה, ממשיכים אנו, למעשה, את התפיסה הערכית שהתווה הנשיא ברק בהלכת זייצוב. יתרה מזאת. כפי שיפורט להלן, מבקשים אנו להגשים את התכלית הראויה שעמדה בבסיס הלכת זייצוב – ליתן פיצוי מיטיב באורח מלא ככל האפשר לצרכיו של הילד בעל המוגבלות – אך זאת באמצעות עילת תביעתם של ההורים, אשר אינה מעוררת את הקשיים האמורים.

הקשיים בהכרה בעילת תביעה בגין "חיים בעוולה"

13. בבסיס הלכת זייצוב, המכירה בעילת ה"חיים בעוולה", עומדות, כאמור, שתי הנמקות עיוניות שונות ונפרדות. על-פי שתי הגישות, מתבססת התביעה בעילת ה"חיים בעוולה" על עוולת הרשלנות. יסוד ההתרשלות מוצא את ביטויו "במחדל רפואי רשלני לאתר במסגרת בדיקות שנערכו לאם, לקראת ההיריון או במהלכו, את קיומה (או החשש לקיומה) של לקות בעובר העתיד להיוולד, או במחדל לספק להורי היילוד מבעוד מועד מידע נדרש, בין על קיום חשש ללקות ובין על הצורך, או האפשרות, לבצע בדיקות נוספות שבכוהן לאמת או לשלול קיום חשש כאמור" (דו"ח הוועדה, בעמ' 38). שתי הגישות מניחות כי יסוד זה התקיים. עם זאת, מעוררת כל אחת מן הגישות קשיים לוגיים או משפטיים הנוגעים להתקיימותו של אחד או יותר מיסודותיה האחרים של עוולת הרשלנות, לאמור: הנזק או הקשר הסיבתי.

14. הגישה המוצאת ביטויה בפסק-דינה של המשנה לנשיא בן-פורת, מעוררת קושי מהותי הנוגע ליסוד הנזק. על-פי גישה זו, מוגדר, כאמור, יסוד הנזק בעילה כפער שבין אי-קיום או אי-חיים (מצבו של הילד אלמלא ההתרשלות) לבין הקיום במוגבלות (מצבו של הילד בעקבות ההתרשלות). חייו של הילד עצמם הם הנזק שנגרם לו. הגדרה זו של הנזק מחייבת הכרעה שיפוטית בשאלה אם יש מצבים שבהם עדיף לו לאדם שלא היה נולד משנולד, ומשכך מתחייבת "התמודדות עם שאלות מטאפיזיות המצויות בתחומי הפילוסופיה, המוסר והדת, באשר למשמעות הקיום לעומת אי-הקיום. התמודדות עם שאלות אלו אינה עניין להכרעה שיפוטית, לא מן הבחינה הנורמטיבית ולא מן הבחינה המוסדית" (דו"ח הוועדה, בעמ' 39). ואמנם, הנשיא (אז השופט) א' ברק הצביע על קושי זה במסגרת פסק-דינו בהלכת זייצוב כדלקמן:

גישה זו [של המשנה-לנשיא בן-פורת – א' ר']... מעוררת מחדש את השאלה, אם בית המשפט מסוגל לקבוע, כי בתנאים מסוימים אי החיים עדיפים על פני חיי סבל. האם תפיסת העולם שלנו, גישתנו לעצם החיים ואי-הבנתנו את אי החיים, מאפשרת לנו, כשופטים, לקבוע, כי אכן קיימים מצבים, ולו נדירים, אשר בהם עדיף לא לחיות מאשר לחיות חיי סבל. מה פירושה של "עדיפות" זו? כאשר קוצרה תוחלת חייו של אדם, אנו מעריכים את סבלו זה. הערכה זו קשה היא אך אפשרית, שכן אנו מסוגלים להעריך את משמעותם של החיים, אך כיצד ניתן להעריך את משמעותם של אי החיים? ...כאשר אנו מפצים על מוות או על קיצור תוחלת חיים, אין אנו משווים בין מצב החיים לבין מצב המוות, ואין אנו קובעים את עדיפותו של האחד על פני האחר, שכן אין בידנו כלים לכך. כל שאנו עושים הוא להכיר בזכות להמשיך ולחיות - ולו בסבל, ולו במום... כיצד נוכל איפוא להעריך את אי החיים? על-פי אילו אמות מידה ואציונאליות יוכל אדם סביר לקבוע, כי אף במקרה הקיצוני ביותר עדיפים אי החיים על פני חיים במום? (הלכת זייצוב, בעמ' 116; ההדגשה הוספה).

15. אכן, מן הבחינה הנורמטיבית – דומה כי אין זה ראוי שבית המשפט יקבע כי מוטב לו לאדם מסוים, הלוקה במוגבלות בדרגת חומרה מסוימת, כי לא היה נולד. זאת ועוד. לבית המשפט כלל אין את הכלים הדרושים להגיע להכרעה כזו, שהרי בית המשפט נעדר מידע אודות טיבם של אי-החיים ומידע כזה, כמובן, אינו בנמצא ("אף אחד עוד לא שב משם" – אמר בית המשפט האמריקאי – "אף אחד עוד לא חזר משם

כדי לספר לנו מהו היעדר חיים". וראו גם את מאמרו של רונן פרי "להיות או לא להיות: האם זו השאלה? תביעות נזיקין בגין 'חיים בעוולה' כטעות קונספטואלית" משפטים לג(3) 507, 545-546 והפניות בה"ש 177 (2003). (להלן: פרי). אף מן הבחינה המוסדית, מוטב כי הסוגיה הנדונה לא תוכרע על ידי בתי המשפט. כאמור, על-פי גישתה של המשנה לנשיא בן-פורת, תקום הזכאות לפיצוי רק במקרים נדירים וביחס לילוד הלוקה במומים קשים ביותר. גישה זו מחייבת, אפוא, הכרעה מהם אותם מומים קשים, אולם בהעדר בסיס נורמטיבי להכרעה שיפוטית כזו, מתחייבת המסקנה כי "לא בית המשפט הוא המוסד החברתי שבידו לפסוק הלכות בשאלות אלו" (דו"ח הוועדה, בעמ' 39).

16. יודגש – במקרה זה אין מדובר בקושי לכמת את הנזק גרידא, אלא מדובר בקושי לקבוע אם נתקיים בכלל נזק. אמנם, ככלל נוהגת הפסיקה גמישות בעניין הוכחת יסוד הנזק, במיוחד מקום בו קיימים קשיי הוכחה אינהרנטיים שאינם תלויים בניזוק. כך הוא למשל ביחס להוכחת הפסדי השתכרות בעתיד (ראו למשל: ע"א 10064/02 "מגדל" חברה לביטוח בע"מ נ' אבו חנא, פ"ד ס(3) 13, פס' 7-9 לפסק-הדין (2005) (להלן: הלכת אבו חנא)). אלא שאת הגמישות הזו אין להמיר בספקולציה גרידא. בשאלה שלפנינו, הקושי טמון לא רק בקביעת גובה הנזק, אלא גם בשאלה המקדמית – אם קיים נזק, אם לאו. כך מציין פרי בהקשר זה:

אני מסכים שקשיי חישוב והערכה... אינם צריכים להרתיע את בתי המשפט מהטלת אחריות; אולם יש להבחין בין מקרים שבהם קיומו של הנזק מובן מאליו אך קשה להעריך את היקפו, לבין מקרים שבהם כלל לא ניתן להכריע בשאלת קיומו של הנזק. נזקים לא ממוניים הם נזקים שרובנו חוונו במישרין או בעקיפין. היכרותנו עם מצבי-קיום שונים של אינטרסים לא ממוניים מאפשרת לנו לדעת מתי חל שינוי לרעה במצבו של אינטרס כזה. שאלת קיומו של הנזק אינה בלתי-פתירה. הבעיה היחידה היא, כמובן, בעיית הכימות – אבל היות שמבחינה מושגית בעיה זו מתעוררת רק לאחר ששאלת האחריות כבר הוכרעה, היא אינה יכולה להצדיק (אפריורי) את שלילת האחריות. שונה המצב בנדון דידן. אי-קיום הוא מצב שאיש אינו מכיר, ולפיכך השוואתו למצב של קיום היא לעולם בלתי-אפשרית. בהעדר מישור ייחוס שאליו ניתן להשוות את מצבו הנוכחי של התובע, לא נוכל לקבוע אם נגרם נזק אם לאו. הבעיה אינה רק בעיה של כימות (פרי, בעמ' 547).

17. על הקושי לעמוד על טיבו של מצב "אי-החיים", עמדו גם בתי המשפט במדינות ארצות-הברית:

The argument that the child was in some meaningful sense harmed by being born and would have been better off not being born suggests that there is a perspective, apart from our life and world, from which one can stand and say that he finds nonexistence preferable to existence (*Goldberg v. Ruskin* (1986), 113 Ill. 2d 482).

"אין לנו פרספקטיבה, מלבד חיינו או בעולמנו, על-פיה נוכל לומר כי אי הקיום עדיף על הקיום".

עוד נכתב כי:

Whether it is better never to have been born at all than to have been born with even gross deficiencies is a mystery more properly to be left to the philosophers and the theologians. Surely the law can assert no competence to resolve the issue, particularly in view of the very nearly uniform high value which the law and mankind has placed on human life, rather than its absence (*Becker v. Schwartz* (1978), 46 N.Y.2d 401, 386 N.E.2d 807).

"השאלה אם טוב לו לאדם שלא נולד, משנולד עם לקות רבתי, היא שאלה האפופה במסתורין, ויש להותירה לפילוסופים או לחכמי הדת".

18. בהיעדר מסוגלות אנושית להכריע בשאלה אם ומתי עדיף אי הקיום על פני חיים במוגבלות, השמים הם הגבול למספר הגישות האפשריות בעניין זה. ודוק: אין המדובר בריבוי גישות גרידא, שאז ניתן היה להכריע ביניהן על דרך של פסיקת בית המשפט העליון. מכיוון שכל הגישות הן ספקולטיביות במידה שווה, יקשה להצביע על קריטריון רציונלי כלשהו להכרעה ביניהן, והדבר תלוי במידה רבה בתחושות בטן ובהשקפת עולם. כך למשל, ניתן לתהות מהם הדברים ההופכים את החיים לעדיפים בכירור על פני אי-קיום: מידת ההנאה והאושר שמפיק אדם מחייו; יכולתו למלא את חייו בערך; יכולתו ליצור קשרים אנושיים בעלי משמעות; טיב מודעותו לקיומו ולעולם הסובב אותו; רצונו הסובייקטיבי לדבוק בחיים; היכולת לחוש ולהבחין

בנפלאות הבריאה; והיכולת האינטלקטואלית של האדם. שאלה אחרת היא כיצד יש למדוד משתנים אלה – האם מנקודת מבטו של הילד, שאינו מכיר מציאות שונה מזו שלתוכה נולד, או שמא מנקודת מבטו של אדם בריא? לשאלות אלה, לא ניתן לספק תשובה שיפוטית. היטיב לתאר את הדברים (אם כי בהקשר אחר) השופט ת' אור ברע"א 5587/97 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלוני, פ"ד נא (4) 830, 858 (1997):

...עלינו להימנע משיפוט בדבר טיב חייו של [הילד] בהשוואה לילד רגיל בן גילו. עלינו להתמקד בבחינת טובתו של [הילד] מנקודת מבטו שלו. כאשר מדובר בילד, הסובל מלידתו מליקויים – גם ליקויים קשים, כמו במקרה שבפנינו – חייו, על מוגבלותם, הם ה"שלם" שממנו נהנה אותו ילד. מבחינתו של [הילד], דרך חיים אחרת מעולם לא באה בחשבון. איכות חייו, היא אותה איכות אשר מתאפשרת נוכח הליקויים הקשים שבהם נפגע. זהו, מבחינתו, עולם ומלואו. חיים אלה אינם ראויים להגנה פחותה מחייו של ילד אשר נולד והתפתח באופן נורמלי.

ואפילו ניתן היה להצביע על מצבים אשר בהם בבירור עדיף לאדם שלא היה נולד – וכאמור, נעדרים אנו יכולת זו – יש קושי של ממש להגדיר ולתחום מצבים אלה באופן ניתן לצפייה.

19. המשנה לנשיא בן פורת הציעה בעניין זייצוב לפתור קושי זה באמצעות בחינת השאלה אם עדיף היה לו לאדם שלא נולד, בראי ה"אדם הסביר", קרי: האם האדם הסביר היה בדעה כי חייו של הניזוק "אינם חיים". אלא שבהיעדר כל מידע ביחס לטיב החלופה לחיים במוגבלות, לא ניתן להיעזר גם בסטנדרט של סבירות לצורך מציאת תשובה נאותה. יתרה מכך, היכולת להפיק הנאה וערך בחיים חרף המוגבלות אף היא סובייקטיבית, ויש להניח כי היא משתנה מאדם לאדם. אמנם, לעתים נעשה שימוש בביטוי "חייו אינם חיים" ביחס לחיים במוגבלות קשה, ואולם אין הדבר אלא בגדר ביטוי שנועד להצביע על קיומו של קושי גדול, ולא ניתן להסיק ממנו בשום פנים ואופן, כי אכן מצב אי-החיים עדיף.

20. גם ההצעה להסתמך על הקריטריונים של הוועדות להפסקת הריון, לשם תחימת גדר המקרים שבהם תוכר עילת "חיים בעוולה", אינה מספקת מענה של ממש, לשאלה אם ומתי עדיף אי-הקיום על הקיום. השיקולים שמנחים את הוועדות להפסקת הריון אינם מוגבלים לטובת העובר – להיוולד או לא להיוולד; הוועדות שוקלות במסגרת האיזון הכולל גם את טובתם של ההורים ואת רצונם בהפסקת ההריון. מתן

היתר לבצע הפלה במצב מסוים אינו מלמד בהכרח על תפיסה חברתית רווחת שלפיה עדיף במקרה מסוג זה לא להיוולד. מתן ההיתר נסמך, לפחות בחלקו, על התפיסה החברתית ביחס לזכותה לאוטונומיה של האישה ההרה, כבודה ופרטיותה והיקף הזכות לבצע הפלה. היקפה של הזכות להפסיק את ההיריון אינו נגזר, אפוא, מן האינטרסים של העובר בלבד. מטעם זה, כפי שעוד נבהיר, אי הכרה בתביעת הילד אינה יוצרת דיסהרמוניה משפטית ביחס להכרה בזכות לבצע הפלה במקרים מסוימים.

21. קושי נוסף הטמון בגישת המשנה-לנשיא בן-פורת, נוגע לקיומה של חובת זהירות מושגית של הרופא כלפי הילד, שעיקרה מתן מידע מלא ונכון להוריו בכואם להחליט אם לבצע הפלה. אכן, אין מניעה עקרונית להכיר בחובת זהירות כלפי מי שטרם נולד (כפי שאכן נעשה בתביעות "רגילות" בגין רשלנות רפואית). עם זאת, ההכרה בחובת זהירות במסגרת תביעת "חיים בעוולה" מצריכה הכרה באינטרס מוגן שלא להיוולד במקרים מסוימים. אינטרס זה לא ניתן לבסס על הזכות לבצע הפלה, שכן זכות זו נתונה כאמור (בגדרים מסוימים) לאישה ההרה ואין היא מקימה בהכרח חובה כלפי העובר. ואמנם, עמדת המיעוט של השופט גולדברג בעניין זייצוב נסמכה על ההשקפה שלפיה לא קיימת זכות שלא להיוולד.

סיכומו של דבר – גישתה של המשנה לנשיא בן-פורת מחייבת לקבוע, במקרים מסוימים, כי ישנם מצבים שבהם עדיף היה לו לאדם שלא נולד. קביעה זו לא ניתן לבסס מבחינה משפטית, ואין זה ראוי לבסס מבחינה מהותית-ערכית. בהיעדר קביעה כזו – לא ניתן להוכיח את יסוד הנזק שבעילת החיים בעוולה (וראו גם: בלהה כהנא "פיצוי בגין קיצור תוחלת חיים ו"השנים האבודות" בתביעות בעילה של הולדה בעוולה" משפטים על אתר ד 1, 4 (תשע"ב)).

הקשיים הנוגעים ליסוד הקשר הסיבתי

22. גישתו של הנשיא א' ברק בעניין זייצוב, נמנעת מן הקשיים הטמונים בעצם הצורך לערוך השוואה בין החיים במוגבלות לבין אי-הקיום. הנשיא ברק מציע בסיס שונה להכרה בעילת ה"חיים בעוולה". לפי גישתו, ראוי להגדיר את יסוד הנזק כ"חיים במום", וזאת בהשוואה לחיים ללא המום. אכן, בכך ניתן מענה לקושי בהגדרת יסוד הנזק בעוולה ונמנע הצורך להידרש לשאלות האתיות המורכבות הכרוכות בכך (לאמור: אם ומתי ניתן לומר כי טוב היה ליילוד לו לא בא אל העולם). עם זאת, גישה זו טומנת בחובה קשיים אחרים, מטרידים לא פחות, ואלה נוגעים ליסוד הקשר הסיבתי.

23. הקושי בקביעת קשר סיבתי בין ההתרשלות לבין הנזק של החיים במוגבלות נובע מכך שאין חולק כי לא רשלנותו של הרופא היא שגרמה לנזק של "חיים במום" (על פי הגדרתו של הנשיא ברק). אכן, לא הרופא הוא שגרם למוגבלותו של היילוד, שהרי גם אלמלא ההתרשלות, היילוד לא יכול היה לבוא לעולם אלא במוגבלותו. במילים אחרות: טיפול רפואי נאות לא יכול היה להביא למניעת המוגבלות, והאפשרות שאותו ילד ספציפי היה נולד ללא מוגבלות כלל אינה קיימת. המשנה לנשיא בן-9 פורת עמדה על קושי זה בהלכת זייצוב בציינה כי:

לא הייתה כל אפשרות שהקטין יבוא לעולם כשהוא שלם ובריא. קביעת נזק, מעצם טיבו של נזק, מחייבת השוואה בין המצב, שבו היה נתון התובע אלמלא העוולה, עם מצב לאחריה. הפירוש היחיד של כלל זה בענייננו הוא, למיטב הבנתי, השוואה בין אי-קיום (אלמלא הרשלנות) עם קיום פגום (כתוצאה מהרשלנות). חיוב המזיק על בסיס של השוואה עם ילד בריא פירושו הענשה על יסוד מציאות דמיונית... הפתרון, שבו דוגל חברי, נראה לי בלתי אפשרי מבחינה משפטית, ועם כל הכבוד – גם בלתי צודק מבחינה עניינית (הלכת זייצוב, בעמ' 105; ההדגשה הוספה).

גישתו של הנשיא ברק סוטה, אפוא, מן העקרון היסודי של דיני הפיצויים בדבר השבת המצב לקדמותו (וראו את ביקורתו של פרי במאמרו הנ"ל, בעמ' 559-560). יצוין כי הנשיא ברק היה ער לקשיים אלה, אך ביקש למצוא פתרון, שיאפשר מתן פיצוי הולם לילדים ולהוריהם.

24. הקשיים המשפטיים שפורטו אינם קשיים "טכניים" בלבד, שעליהם ראוי "להתגבר". מבחינת הצדק המהותי, משמעות היעדרו של קשר סיבתי בין ההתרשלות לבין הנזק היחיד שניתן בוודאות להצביע על קיומו (הפער בין חיים במוגבלות לבין חיים בלא מוגבלות) היא כי המזיק הספציפי לא גרם נזק לניזוק; הטלת אחריות במקרה כזה תהא, היא עצמה, בבחינת עוול. מבחינה זו, אין גם מקום לטענה כי "אחד מן הנימוקים כבדי המשקל להטלת חובה על הרופאים או מעוולים אחרים בענייננו, הינה הסיבה כי קיים מעוול רשלן ולעומתו ילוד בעל מום – לעיתים קשה ביותר – ובאיזון המתבקש בין שניהם תחושת הצדק נוטה, תמיד, לטובת הקורבן, הילד, שעליו לחיות בנכותו... ניתן לומר כי המצב דומה לנהג רשלן הנוהג ברכבו ברשלנות פושעת, אשר כמעט ופגע למוות בהולך רגל תמים, אשר נמלט ברגע האחרון מפגיעה קטלנית של כלי הרכב. האם ניתן לומר כי 'מצבו הנפשי' של נהג פוחד ורשלן אשר, רק במקרה, לא סיים נהיגתו בתוצאה קטלנית, שונה – נורמטיבית – מאותו נהג אשר אותה נהיגה הסתיימה בתוצאה טרגית?" (שמואל ילינק הולדה בעוולה: זכויות תביעה ופיצויים 57-58)

(1997). טענה מסוג זה, אף שהיא אולי תקפה מבחינה אתית-מוסרית (ולמעשה מדובר בסוגיה הפילוסופית של "moral luck"), אינה תקפה מבחינה נזיקית. דיני הנזיקין אינם מטילים אחריות בגין התנהגות רשלנית, אלא בגין גרימת נזק ברשלנות. כך הוא מבחינת שיקולים של צדק מתקן וכך הוא גם מבחינת שיקולים של הרתעה יעילה. מקום בו לא ניתן לומר כי תוצאות התנהגותו של הנתבע (החיים במוגבלות לעומת אי-חיים) הן בגדר נזק; והנזק היחיד שניתן להצביע עליו (החיים במוגבלות לעומת החיים ללא מוגבלות) לא נגרם עקב ההתרשלות – לא יהיה זה נכון ולא צודק להטיל אחריות על הנתבע.

ואף זאת יש לציין: מן ההכרה בתביעת הילד בגין חיים בעוולה המכוונת נגד הרופא, קצרה הדרך להכרה בתביעתו של הילד נגד הוריו-מולידיו; ולכך אף שיטה אינה מעוניינת לתת יד.

ביטול עילת ה"חיים בעוולה" – הפן הערכי

25. ההכרה בעילת תביעה בגין "חיים בעוולה" לוקה לא רק בקשיים משפטיים, אלא גם בקשיים עקרוניים וערכיים.

הגדרת החיים עצמם – אף אם הם חיים במוגבלות – כנזק, והקביעה כי מוטב היה לו לאדם מסוים שלא היה נולד כלל, אוצרות בחובן פגיעה אסורה בתפיסה שלפיה לחיים יש ערך אינהרנטי, שאינו פוחת ובוודאי שאינו מתאיין בשל קיומו של מום או קיומה של מגבלה (ראו למשל: 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 ז 441, 466-467 (2010)). תפיסה זו היא חלק חשוב והכרחי של אמונתנו והכרתנו בקדושת החיים, בערך האדם ובכבודו ובזכותם של אנשים בעלי מוגבלות לכבוד ולשוויון.

26. מאז שנפסקה הלכת זייצוב, לפני עשרים וחמש שנה, זכו עקרונות אלה לעיגון חוקתי וחוקי. חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו קובע בסעיף 1 את "עקרונות היסוד" לפיהם זכויות היסוד של האדם בישראל מושתתות על ההכרה בערך האדם ובקדושת חייו. ההכרה בערכים אלה מושתתת הן על ערכי מוסר אוניברסאליים, הן על ערכי מדינת ישראל כמדינה יהודית, המקדשת את ערך החיים. אדם בצלם אלוהים נולד. משנולד – יש להגן על כבודו ועל קדושת חייו. אין ערוך לחייו, יהיו קשים כאשר יהיו. אין ערוך לחייו, תהא מוגבלותו אשר תהיה. החיים הם ערך עליון – לכל.



היטיב לבטא תפיסה מוסרית-משפטית זו חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, התשנ"ח-1988, הקובע כ"עקרון יסוד" בסעיף 1 שבו כי:

זכויותיהם של אנשים עם מוגבלות ומחויבותה של החברה בישראל לזכויות אלה, מושתתות על עקרון ההכרה בעקרון השוויון, על ההכרה בערך האדם שנברא בצלם ועל עקרון כבוד הבריות.

בסעיף 2 לחוק נקבע כי מטרתו היא:

...להגן על כבודו וחירותו של אדם עם מוגבלות, ולעגן את זכותו להשתתפות שוויונית ופעילה בחברה בכל תחומי החיים, וכן לתת מענה הולם לצרכיו המיוחדים באופן שיאפשר לו לחיות את חייו בעצמאות מרבית, בפרטיות ובכבוד, תוך מיצוי מלוא יכולתו.

27. על פי תפיסתנו החברתית, במסגרת אמונתנו המוסרית ומכוח עקרונותינו המשפטיים – הגדרת חייו של אדם בעל מוגבלות כ"נזק" אינה ראויה, אינה מוסרית ואינה אפשרית. היא פוגעת מהותית בעקרון קדושת החיים. הערכת נזקו של אדם בעל מוגבלות – בהשוואה לאפשרות שלא היה נולד כלל או בהשוואה לאדם ללא מוגבלות – היא עצמה פוגעת בערך חייו ובהנחה שאין לסתור אותה, כי ערך חייהם של אנשים עם מוגבלות הוא מוחלט ולא יחסי.

28. ואמנם, מחיר ההכרה בעילת ה"חיים בעוולה" הוא כה קשה, עד שבצרפת, למשל, שבה הכיר ה-Cour de Cassation בעילת תביעה בגין חיים בעוולה, היו אלה דווקא ארגונים של אנשים בעלי מוגבלות שביקרו בחריפות פסיקה זו, וטענו כי היא מתייחסת לחייהם כנחותים אפילו מאי-קיום (כתוצאה מביקורת זו, בין השאר, תוקן החוק הצרפתי. ראו: גיל סיגל "מאמר המערכת – על הולדה בעוולה בישראל וקול קורא לשינוי", משפט רפואי וביו-אתיקה (כרך 4) 10, 12(2011) (להלן: סיגל); פרי, בעמ' 524-525 ; A M Duguet, *Wrongful Life: The Recent French Cour de Cassation* (2002) 9 Eur. J. Health Law (Decisions).

עמדה עקרונית זו מצאה את ביטויה גם בפסיקתם של בתי המשפט במדינות ארצות-הברית השונות. כך למשל נקבע בעניין *Bruggeman* הנ"ל:

It has long been a fundamental principle of our law that human life is precious. Whether the person is in perfect health, in ill health, or has or does not have impairments or disabilities, the person's life is valuable, precious, and worthy of protection. A legal right not to be born – to be dead, rather than to be alive with deformities – is a theory completely contradictory to our law (718 P.2d at 642).

”[לומר כי קיימת] זכות חוקית שלא להיוולד – לאמור להיות מת ולא להיות עם מוגבלות – זוהי תפיסה מנוגדת לחלוטין לשיטת המשפט שלנו”. כך שם וכך אצלנו.

ובעניין *Berman v. Allan*, 80 N.J. 421, 404 A.2d 8 (N.J. 1979) נכתב כי:

No man is perfect. Each of us suffers from some ailments or defects, whether major or minor, which make impossible participation in all the activities the world has to offer. But our lives are not thereby rendered less precious than those of others whose defects are less pervasive or less severe.

מאותם טעמים עצמם, נמנע גם בית המשפט הקנדי מהכרה בעילת “חיים בעוולה”, תוך שהוא מבהיר כי גישה זו משותפת לכל גישות המשפט המקובל, למעט מדינות ספורות בארצות-הברית:

It is Unlikely that Canadian courts will entertain wrongful life claims in the near future. There are many technical and policy objections to them and this has led to a rejection of these claims in all common law jurisdictions other than a few American states... There is a risk that the recognition of a wrongful life claim will devalue the sanctity of life in general and the plaintiff's life in particular. A finding of liability may be interpreted as a finding that the plaintiff's life is a legally recognized loss and that he would be better off dead (Osborne, *supra*, at 141).

”החיים” – כך מבהיר בית המשפט הקנדי – “אינם נזק המוכר על-ידי החוק”.

29. אין תמה אפוא, כי לתוצאה אליה הגענו פה אחד – בדבר ההכרה לבטל את עילת ה"חיים בעוולה" – הגיעו גם רוב חברי ועדת מצא, שקבעו כי "ההכרה בקיומה של העילה שוב אינה מתיישבת עם ערכי היסוד של משפטנו" (דו"ח הועדה, בעמ' 38). תוצאה זו עולה בקנה אחד גם עם המצב המשפטי הנוהג במדינות המשפט המקובל, רובן ככולן, כפי שיבואר להלן.

משפט משווה

30. הקשיים עליהם עמדנו הובילו את רובן הגדול של שיטות המשפט השונות שלא להכיר בעילת תביעה של "חיים בעוולה". הרוב המוחלט של בתי המשפט במדינות ארצות-הברית אינו מכיר בעילת תביעה בגין "חיים בעוולה" (ראו לדוגמה: *Phillips v. United States*, 508 F. Supp. 537 (D.S.C. 1980) (applying South Carolina law); *Elliott v. Brown*, 361 So. 2d 546, 548 (Ala. 1978); *Walker ex rel. Pizano v. Mart*, 790 P.2d 735, 740 (Ariz. 1990); *Lininger v. Eisenbaum*, 764 P.2d 1202, 1210 (Colo. 1988); *Garrison v. Medical Center of Delaware, Inc.*, 571 A.2d 786 (Del. 1989); *Kush v. Lloyd*, 616 So. 2d 415, 423 (Fla. 1992); *Spires v. Kim*, 416 S.E.2d 780, 781 - 82 (Ga. Ct. App. 1992); *Blake v. Cruz*, 108 Idaho 253, 698 P.2d 315 (Idaho 1984); *Clark v. Children's Memorial Hospital*, 955 N.E.2d 1065, 1084 (Ill. 2011); *Siemieniec v. Lutheran General Hospital*, 117 Ill. 2d 230, 251, 512 N.E.2d 691, 702 (Ill. 1987); *Cowe v. Forum Group, Inc.*, 575 N.E.2d 630, 635 (Ind. 1991); *Bruggeman v. Schimke*, 718 P.2d 635 (Kan. 1986); *Kassama v. Magat*, 792 A.2d 1102, 1123 (Md. 2002); *Viccaro v. Milunsky*, 406 Mass. 777, 783, 551 N.E.2d 8, 12 (Mass. 1990); *Taylor v. Kurapati*, 236 Mich. App. 315, 336 - 37, 600 N.W.2d 670, 682 (Mich. 1999); *Eisbrenner v. Stanley*, 106 Mich. App. 357, 366, 308 N.W.2d 209, 213 (Mich. 1981); *Miller v. Du Hart*, 637 S.W.2d 183, 187 (Mo. App. 1982); *Smith v. Cote*, 128 N.H. 231, 252, 513 A.2d 341, 355 (N.H. 1986); *Becker v. Schwartz*, 46 N.Y.2d 401, 386 N.E.2d 807 (N.Y. 1978); *Azzolino v. Dingfelder*, 315 N.C. 103, 337 S.E.2d 528 (N.C. 1985); *Hester v. Dwivedi*, 733 N.E.2d 1161, 1165 (Ohio 2000); *Ellis v. Sherman*, 512 Pa. 14, 20, 515 A.2d 1327, 1339 - 30 (Pa. 1986); *Nelson v. Krusen*, 678 S.W.2d 918 (Tex. 1984); *James G. v. Caserta*, 332 S.E.2d 872, 880 (W. Va. 1985); *Dumer v. St. Michael's Hospital*, 69 Wis. 2d 766, 233 N.W.2d 372 (Wis. 1975); *Beardsley v. Wierdsma*, 650 P.2d 288, 290 (Wyo. 1982).

31. הנימוקים ששימשו בסיס לפסיקת בתי משפט אלה דומים לאלה שפורטו לעיל. כך למשל, נקבע כי אין לבית המשפט כל אמת מידה שלפיה יכול הוא לקבוע כי עדיף

לו לאדם שלא נולד וכי ממילא אף לא עומדת לאדם הזכות שלא להיוולד (ראו למשל: *Elliot v. Brown*, 361 So. 2d 546, 548 (Ala. 1978)). היעדרה של הזכות שלא להיוולד, כך מודגש, אינו עומד בסתירה לזכותה של אישה לבצע הפלה:

[A] legal right not to be born is alien to the public policy of this State to protect and preserve human life. The right of women in certain cases to have abortions does not alter the policy (*Elliot*, 361 So. 2d at 548).

נימוק נוסף ששימש אף הוא את בתי המשפט במדינות השונות הוא כי אין כל אפשרות ממשית לכמת את הפיצויים בגין "חיים בעוולה", שכן הדבר היה מצריך לקבוע את ערכו היחסי של מצב אי-החיים – מצב שלגביו אין בנמצא כל מידע (ראו: *Siemieniec*, 512 N.E.2d at 697). בתי המשפט בארצות-הברית אף עמדו על הקושי שבקביעת קריטריונים להבחנה בין מקרים שבהם חומרת מוגבלותו של אדם מביאה למצב שבו עדיף לו שלא היה נולד, לבין מקרים שבהם אין המוגבלות חמורה עד כדי כך (ראו למשל: *Siemieniec*, 512 N.E.2d at 699).

32. שלוש מדינות בלבד בארצות-הברית הכירו בעילת תביעה בגין "חיים בעוולה" בדרך של פסיקה: קליפורניה (ראו *Turpin v. Sortini*, 31 Cal. 3d 220, 643 P.2d 954, 182 Cal. Rptr. 337 (Cal. 1982); *Curlender v. Bio-Science Laboratories*, 106 Cal. 2d 106, 182 Cal. Rptr. 337 (Cal. 1982); *Harbeson v.*  ) וושינגטון ( *App. 3d 811, 165 Cal. Rptr. 447 (Cal. 2d Dist. 1980)* ); וניו-ג'רזי ( *Parke-Davis, Inc.*, 98 Wash. 2d 460, 656 P.2d 483 (Wash. 1983) ); וניו-ג'רזי ( *Procanik v. Cillo*, 97 N.J. 339, 478 A.2d 755 (N.J. 1984) ). בפסיקה זו לא ניתן למצוא מענה לקשיים שבהכרה בעילת ה"חיים בעוולה". למעשה, הנימוקים שעמדו בבסיס פסקי-הדין שהכירו בעילת ה"חיים בעוולה" נוגעים בעיקרם לרצון לסייע, בדרך של פסיקת פיצויים, למי שנזקק לכך עקב מוגבלותו, למצער מקום בו ניתן לאתר גורם שפעל בהתרשלות. כך למשל הצהיר במפורש בית המשפט בעניין *Procanik*:

Our decision to allow the recovery of extraordinary medical expenses is not premised on the concept that non-life is preferable to an impaired life, but is predicated on the needs of the living. We seek only to respond to the call of the living for help in bearing the burden of their affliction (478 A.2d at 763).

”כל שאנו מבקשים הוא ליתן מענה לשוועתם של החיים לסייע להם לשאת בנטל ייסוריהם“.

מאליו יובן כי נימוק מעין זה לא יוכל לשמש בידינו לשם הכרה בעוולה נזיקית. הוא עשוי להיות מובא בחשבון, וצריך להיות מובא בחשבון, בקביעת דמי הנזק לאחר שהוכרה העוולה הנזיקית.

33. גישה דומה לזו המאפיינת את רוב בתי המשפט בארצות-הברית נקטו גם מדינות common law אחרות. בפרשת *McKay v. Essex Area Health Authority*, [1982] 1 QB 1166 נקבע באנגליה כי בהיעדר דבר חקיקה מפורש הקובע אחרת, המשפט המקובל אינו מכיר בעילה של ”חיים בעוולה“ (באנגליה נחקק חוק כזה; פסק הדין נסב אודות ילדה שנולדה לפני כניסת החוק לתוקפו). בהשפעת פסק-דין זה, ומנימוקים דומים לאלה שפורטו לעיל, נדחתה העילה של ”חיים בעוולה“ גם בקנדה (ראו למשל: *Bovington v. Hergott*, 2008 ONCA 2, 290 D.L.R. (4th) 126; Phillip H. Osborne, *Essentials of Canadian Law: The Law of Torts* 140-141 (2000)) ובאוסטרליה (*Harriton v. Stephens* (2006) HCA 15). בעניין זה האחרון דחה בית המשפט העליון האוסטרלי את תביעת הילד בגין חיים בעוולה, בקובעו כי אין להעריך את הנזק תוך השוואת החיים במום לעומת חוסר חיים בכלל (וראו גם: *Waller v. James* (2006) HCA 16).

בגרמניה קבע בית המשפט החוקתי הפדראלי כי אין מקום להכיר בעילת תביעה בגין ”חיים בעוולה“ (*BVerfGE 88, 203 (269)*), בהיותה נוגדת את העיקרון החוקתי של כבוד האדם, המעוגן בסעיף 1 לחוק היסוד הגרמני. גרמניה של היום, בהפנימה את מוראות העבר, הכירה בחוקתה ובפסיקת בתי-המשפט שלה, בחובה לקדש את חיי האדם באשר הוא אדם.

בית המשפט העליון באוסטריה הגיע אף הוא למסקנה דומה (OGH ) JB1 1999, 593 (25.5.1999)). ואף בצרפת, בעקבות פסיקה שהכירה בעילת הילד, תוקן החוק בשנת 2002, תוך שנקבע כי אדם אינו יכול לטעון כי בעצם הולדתו נגרם לו נזק. החוק מתיר את תביעת הילד רק אם מעשי הרופא גרמו ישירות למוגבלותו או החמירו אותה (לסקירה מקיפה של המשפט המשווה ושל פסיקה במדינות נוספות ראו: פרי, בעמ' 518-525; דו"ח הוועדה, בעמ' 32-38; סיגל, בעמ' 12).

34. התובנה שלפיה אין להכיר בעילת תביעה עצמאית בגין "חיים בעוולה", משותפת, אפוא, לשיטות משפט רבות. קיים, אם כן, מעין "קונצנזוס גלובלי", המשותף לשיטות המשפט השונות, בדבר שלילת עילת התביעה של "חיים בעוולה" (למצער, בהיעדר חקיקה הקובעת אחרת). דומה כי שופט, הרואה עצמו (בין השאר) כחלק ממערכת משפטית גלובלית זו, והנוטל חלק בכתיבתו של ה"רומן הגלובלי בהמשכים" ("global chain novel"), בפאראפרזה על המטאפורה המוכרת של רונלד דוורקין ((Ronald Dworkin, *Law's Empire* 228-29 (1998)), ישים לנגד עיניו את דבר קיומו של קונצנזוס הקיים בסוגייה משפטית מסוימת:

[Global judicial cooperation] can also serve as a restraint imposed upon domestic courts, preventing them from exceeding the borders of the general consensus about what the "novel" should tell... referral to foreign law is similar to Dworkin's metaphor of a chain novel. When a judge considers himself part of the system - for that matter the global legal system - he will tend to avoid a significant departure from the global consensus (Eliezer Rivlin, *Thoughts on Referral to Foreign Law, Global Chain-Novel, and Novelty*, 21 Fla. J. Int'l L. 1, 15 (2009).

קונצנזוס גלובלי אמנם אינו מחייב בשיטת משפטנו, ובמקרים המתאימים אף עשוי להימצא טעם טוב לסטות ממנו; אולם אין ספק כי מן הראוי ליתן לו משקל מתאים, תוך התייחסות לגורמים ולנימוקים שהובילו ליצירתו, ולבחון אם ראוי לאמצו גם במסגרת שיטת המשפט הישראלית. בסוגייה שבפנינו, אין מקום לסטות מן הקונצנזוס הגלובלי. שיטת המשפט הישראלית מקדשת את חיי האדם באשר הוא והיא חוסמת כל גריעה מערך החיים. חייו של אדם, כל אדם, טובים ממותו.

35. מסקנתנו, אפוא, היא כי לא ניתן להכיר עוד בעילת הילד בגין "חיים בעוולה". עם זאת, מבחינה מעשית, כפי שיבואר להלן, הרחבה משמעותית של עילת התביעה העומדת להורי היילוד בגין "הולדה בעוולה" – עילה שההכרה בה אינה שנויה במחלוקת – תאפשר ליתן להורים פיצוי, שיכסה את הוצאות גידולו ומלוא צרכיו של היילוד גם לאחר בגירתו ולמשך כל תוחלת חייו.

36. ההכרה בתביעה בגין הולדה בעוולה – היא תביעתם של ההורים – אינה

מעוררת את אותם קשיים משפטיים ועקרוניים הכרוכים בהכרה בתביעתו של הילד.

בעניין זה שררה תמימות דעים בין כל שופטי ההרכב בעניין זייצוב. וכך שנה הנשיא

(אז השופט) ברק שם (בעמ' 113):

אכן, ההכרה באחריות הרופא כלפי ההורים עולה בקנה אחד עם הכללים הרגילים של דיני הרשלנות... בין הרופא לבין ההורים (המשתייכים לסוג של האנשים הנמצאים בטיפולו של הרופא) קיימים יחסי רעות, ועל הרופא מוטלת חובת זהירות מושגית. לעניין זה, אין כל חשיבות להבחנה בין המקרה, שבו הרופא התרשל, ולולא הרשלנות היה הקטין נולד בריא, לבין המקרה, שבו לולא ההתרשלות לא היה הקטין נולד כלל. בשני המקרים עניין לנו בנזקם של ההורים ובסטיית הרופאים מרמת הזהירות הראויה. באיזון הראוי בין האינטרסים של הצדדים השונים מן הראוי להטיל את הנטל הכספי של הרשלנות הרפואית על יוצר הסיכון ומבטחו. יש לקוות כי בכך ניתן אף יהיה להבטיח רמת בריאות נאותה. אין כל צידוק ליתן חסינות לרופאים, אשר בהתרשלותם גרמו נזק... זכותם של הורים היא לתכנן את משפחתם, ובמסגרת זו מן הראוי הוא שהרופא המטפל ינקוט כלפיהם אמצעי זהירות ראויים ויעמידם על הסיכונים הקשורים בהתעברות, בהיריון, בהפלה ובלידה.

יסוד חיוני בגיבוש אחריות על-פי עוולת הרשלנות הוא יסוד הנזק. קיומו של יסוד זה אינו מעורר, כשלעצמו, בעייתיות מיוחדת בהקשר של תביעת ההורים...

אף אנו סבורים כי עילת התביעה של ההורים בגין הולדה בעוולה מתיישבת יפה עם הגדרתה הרגילה של עוולת הרשלנות, ואינה מעוררת קושי של ממש מבחינת הסוגיה של "השבת המצב לקדמותו". אמנם, בהקשר הנדון מעוררת עילה זו קשיים הנוגעים ליסוד הקשר הסיבתי. בנוסף – ועמד על כך הנשיא ברק בהלכת זייצוב – "עשוית להתעורר שאלות באשר לאבות הנזק, שבגינם ניתן הפיצוי (כגון, הניתן פיצוי על ההוצאות והכאב והסבל הכרוכים בגידולו של קטין), ובאשר לחישוב הפיצויים (כגון, היש לקזז כנגד ההפסד את טובת ההנאה הצומחת מגידול הקטין)" (שם, בעמ' 113). בקשיים אלה אין כדי לשלול הכרה בעילת ההורים, ומכל מקום, הם יזכו לליבון מקיף להלן.

37. גם מן הבחינה המוסרית-עקרונית לא מעוררת תביעת ההורים את אותו הקושי המתעורר ביחס לתביעת הילוד. בתביעת ההורים, אין חייו של הילד עצמם מוגדרים כנזק. הנזק מתבטא בהשלכות הכספיות העודפות ובהשלכות הנפשיות שבהן נושאים ההורים בעל כורחם, עקב ההתרשלות. קבלת תביעתם של ההורים אין משמעותה כי חייו של הילד אינם בעלי ערך, או כי מוטב לו עצמו כי לא היה נולד; משמעותה היא כי נמנעה מן ההורים האפשרות לבחור שלא לגדל ילד בעל מוגבלות, על הקשיים הכרוכים בכך. קיים הבדל ממשי בין התייחסות לילד חי ונושם, בעל אישיות, רצונות ורגשות – כאל מי שחייו נעדרים ערך, עד כי מוטב היה לו שלא היה נולד, התייחסות שאיננו מוכנים לקבל, לבין התייחסות אל זכותם של ההורים, כפי שהיתה קודם מעשה ההתרשלות, לבחור אם ברצונם להמשיך ולקיים את ההיריון או לבצע הפלה חוקית ומותרת – וזאת בשלב בו ילדם היה עובר, הנעדר חיים עצמאיים. לפיכך, אין סתירה בין גישתנו בדבר ערכם הטבוע של החיים לבין ההכרה בזכותם של הורים לבחור שלא להביא לעולם ילד בעל מוגבלות בחומרה המתירה, לפי הדין, ביצוע הפלה.

בעת בחינת זכותם של ההורים לבחור כאמור, עלינו לקחת בחשבון מכלול השיקולים גם את זכותם לעצב את חייהם כרצונם (בגדרי החוק), ואת הקשיים הלא מבוטלים במישור הנפשי, המעשי ואף הכלכלי, הכרוכים בגידול ילד בעל מוגבלות. ודוק: אין בכך כדי להכריע בסוגיות מוסריות חיצוניות לסוגיה הנזיקית, שעיקרן בשאלה מתי ועד כמה לגיטימית, מבחינה מוסרית, בחירה זו של ההורים, לעשות ככל יכולתם כדי להימנע מלגדל ילד בעל מוגבלויות. די בכך שנאמר כי בחירה זו מורכבת מגורמים רבים, שאינם כוללים בהכרח השקפת עולם שלפיה חייו של ילד בעל מוגבלות אינם חיים בעלי ערך; המדובר בבחירה חוקית, שעמדה לרשות ההורים ונשללה מהם עקב מעשה רשלנות.

38. אכן, בדרך הטבע משתנה בדרך-כלל נקודת המבט של ההורים לאחר לידת ילדם. מדרך הטבע, משנולד ילדם, אוהבים אותו הוריו. המוגבלות אך מעצימה את האהבה. עם זאת, מסוגלים הם תכופות – ומסוגל גם בית המשפט – להפריד בין אהבתם הנוכחית לילדם, לבין אמירתם הכנה כי לו ניתנה בידיהם הבחירה מראש, בטרם נולד ילדם והפך לאדם, היו מעדיפים שלא להביא לעולם ילד בעל מוגבלות כשלו.

39. לבסוף יצוין כי לא מצאנו ממש בטענה שהועלתה לפנינו, שלפיה לא עומדת להורים עילת תביעה כניזוקים ישירים, אלא רק כמיטיבי נזקו של הילד. בעניין ע"א



754/05 לוי נ' מרכז רפואי שערי צדק (טרם פורסם, 5.6.2007) (להלן: הלכת לוי) עמדנו על טיב ההבחנה בין נפגע עיקרי (ראשוני) לבין נפגע-משנה:

סיווג ניזוקים כנפגעים עיקריים או כנפגעי-משנה הוא פועל יוצא של התחקות אחר אופיו של הקשר הסיבתי שבין הנזק שנגרם להם לבין ההתנהגות העוללתית. הניזוק העיקרי הוא מי שהפגיעה בו – בגופו או ברכושו – היא תוצאה ישירה של העוולה; הניזוק המשני הוא מי שנפגע כתוצאה מן הפגיעה שהוסבה לאחד (שם, פס' 22 לפסק-הדין).

לפי אמת מידה זו, נזקם של ההורים, המקים להם עילת תביעה בגין "הולדה בעוולה", מציבים בעמדה של נפגעים עיקריים. הפגיעה בהם, הן במישור הממוני (הנגזר מחובתם לדאוג לצרכיו המיוחדים של הילד) הן במישור הבלתי ממוני, היא פגיעה ישירה, מעצם העובדה שילדם נולד עקב ההתרשלות. ההתנהגות העוללתית הובילה באופן ישיר לנזקם של ההורים. לא רק שמעשה הרשלנות כוון ישירות כלפי ההורים, גם הפגיעה בהם היא פגיעה ישירה. הפגיעה אינה נובעת ממוגבלותו של הילד – שהרי מוגבלות זו כלל לא נגרמה בהתרשלות; הפגיעה נובעת מההוצאות שהם מוציאים ומן הכאב והסבל שהם חווים. הולדתו של הילד נושאת עימה פגיעה כלכלית ונפשית בהורים. פגיעה זו היא למעשה התממשותו של הסיכון הראשוני, ההופך את התנהגות המזיק לעוללתית. אם בעניין לוי הייתה האם על קו הגבול שבין נפגע עיקרי לנפגע-משנה, הרי שבענייננו חוצה היא גבול זה, וניתן לומר באופן ברור כי מדובר בפגיעה ישירה (וראו גם: אסף פוזנר "האם יותר הוא תמיד יותר? היבטים מעשיים למחלוקת בסוגיית ההולדה בעוולה", בה"ש 6 (עתיד להתפרסם בספר ש' לוי)).

40. המסקנה היא כי אין בנמצא מכשול משפטי או עקרוני המונע הכרה בעילת התביעה של ההורים בגין הולדה בעוולה, וביחס לסוגיה זו אין מקום לסטות מן ההלכה שנקבעה בהלכת זייצוב. הנה כי כן, עשרים וחמש שנים לאחר שנפסקה הלכת זייצוב, מגשימים אנו את התכלית הראויה שעמדה בבסיסה, ומאפשרים מתן מענה לרוב רובם של צרכיו הרפואיים, השיקומיים והסיעודיים של הילד, אך זאת במסגרת תביעת הוריו בגין הולדה בעוולה.

41. לצד ההכרה העקרונית בעילת ההורים בגין הולדה בעוולה, ראינו לנכון להידרש לשלוש סוגיות המתעוררות בקשר ליישום עילה זו. אלה לא נדונו בהרחבה בעניין זייצוב, והגיעה השעה כי תיקבע לגביהם הלכה ברורה מפי בית משפט זה –

סוגיות אלה מתייחסות לשאלת הוכחת הקשר הסיבתי, לשומת הנזק ולראש הנזק של פגיעה באוטונומיה.

#### הוכחת הקשר הסיבתי

42. קושי מרכזי הטבוע בעילת ההולדה בעוולה נוגע ליסוד הקשר הסיבתי בין מעשה העוולה (התרשלות הרופא) לבין הנזקים הנטענים (הנובעים ממוגבלותו של הילד). אכן, ככל תביעה נזיקית, גם תביעת ההורים טעונה הוכחת קשר סיבתי, וכבר נפסק בעניין זה כי "מלאכת ההכרעה בשאלת קיומו של קשר סיבתי בין הפרת חובת הגילוי של רופא לבין נזק בדמות הולדה בעוולה – אינה קלה כלל ועיקר. היא מצריכה מבית המשפט להתחקות אחר נככי נפשם של ההורים ולקבוע מה הייתה עמדתם בשאלת המשך ההריון לו היו נחשפים למלוא המידע הדרוש להם" (השופט נ' הנדל בע"א 9936/07 בן דוד נ' ענטבי (טרם פורסם, 22.2.2011)).

במקרים הנדונים, ברי כי מוגבלותו של הילוד היא מוגבלות מולדת, אשר לא נגרמה כתוצאה ממעשהו של הרופא או כתוצאה ממחדלו. בנסיבות אלה יש להוכיח, במסגרת הוכחת יסוד הקשר הסיבתי, כי אלמלא ההתרשלות, היו הוריו של הילוד בוחרים להפסיק את ההריון באמצעות ביצוע הפלה, ובכך היו נמנעים מהבאתו לעולם. על רקע האמור עולות שורה של שאלות – מעשיות, מוסריות ועיוניות: כיצד יוכיחו ההורים בתביעות מעין אלה את יסוד הקשר הסיבתי, לאמור, כי אלמלא ההתרשלות היו הם בוחרים להפסיק את ההריון? האם לאור הקשיים הנפשיים והמוסריים שמעוררת העדתם של ההורים, ראוי לוותר כליל על הדרישה להוכחת קשר סיבתי בתביעות בגין הולדה בעוולה? האם רשאי יהיה בית המשפט להסתמך על שיקולים קבוצתיים כבסיס להכרעה בשאלת הקשר הסיבתי? שאלות אלה יבחנו להלן.

43. לשם הוכחת הקשר הסיבתי בין ההתרשלות לבין הנזקים השונים הנובעים ממומו של הילד, יש להראות, בשלב הראשון, כי אילו עמד בפני הוועדה להפסקת הריון מלוא המידע הרפואי הרלבנטי (מידע שלא הובא לידיעת ההורים בשל ההתרשלות) – היתה הוועדה מאשרת להורים את הפסקת ההריון. בשלב השני, ורק אם התשובה לשאלה הראשונה היא חיובית (שאם לא כן ממילא ניתק הקשר הסיבתי), ידרשו ההורים להראות כי אלמלא ההתרשלות, הם אכן היו פונים לוועדה להפסקת הריון לשם קבלת האישור (עו"ד פוזנר במאמרו הנ"ל, מכנה שלבים "מחסומים": "המחסום האובייקטיבי" – מחייב הוכחה כי הוועדה להפסקת הריון היתה מאשרת את

הפסקת ההיריון; ו"המחסום הסובייקטיבי" – מחייב להראות כי לולא ההתרשלות, היתה האישה מחליטה להפסיק את ההיריון).

44. הוכחת זכאותם של ההורים להפסיק את ההיריון מכוח החלטת הוועדה להפסקת היריון, נשענת על קריטריונים ברורים, המעוגנים בחקיקה ובהנחיות משרד הבריאות. ביצוען של הפלות מלאכותיות בישראל מוסדר בסעיפים 312-321 לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: חוק) העונשין). לפי הוראות חוק זה, ביצוע הפלה ("הפסקת היריון") מותנה הן בהסכמתה המודעת של האישה והן באישור של ועדה להפסקת היריון. הרכבה של הוועדה והעילות למתן אישור מפורטים, בכלליות, בסעיפים 315-316 לחוק העונשין. לענייננו חשובה העילה הקבועה בסעיף 316(א)(3) לחוק, הנוגעת לוולד ש"עלול להיות בעל מום גופני או נפשי". להוראה כללית זו יש להוסיף את הנחיות משרד הבריאות, המפרטות כיצד על הוועדה להפעיל את שיקול דעתה, בהתאם לשלב שבו נמצא ההיריון. לעניין זה, קריטריון חשוב הוא שאלת הגעתו של העובר ל"שלב החיות", שנקבע לגיל 24 שבועות מלאים. בעוד שבבקשות להפסקת היריון בתחילתו דנה ועדה "רגילה", הרי שמעל גיל היריון זה, דנה בבקשת האישור להפסקת היריון "ועדה על אזורית", כהגדרתה בחוזר משרד הבריאות 76/94 מיום 28.12.1994. חוזר משרד הבריאות 23/07 מיום 19.12.2007 נועד להסדיר את נושא הפסקות ההיריון בשלב החיות, וקובע, לעניין זה, מדרג מפורט של המוגבלויות, המדרגות מבחינת השפעתן התפקודית למוגבלויות קלות, בינוניות וקשות. החוזר קובע יחס ברור בין סוג המוגבלות, הסיכויים להתמשותה ושלב ההיריון.

45. הקריטריונים המנחים את הוועדות משמשים, בפועל, לתיחום עילת ההולדה בעוולה, שכן עילת התביעה אינה מתקיימת – בשל העדר קשר סיבתי – מקום בו המוגבלות אינה מן הסוג שהיה מוביל למתן אישור לביצוע הפלה. יתרה מזאת. קיים מתאם הגיוני-הסתברותי מתבקש בין השיקולים אותם מביאות הוועדות בחשבון החלטתן, לבין השיקולים המנחים את ההורים, מקום בו הם מבקשים לקבל אישור להפסקת ההיריון. לאור האמור, ראוי כי החלטת הוועדה להפסקת היריון תשמש גם מעין חזקה הניתנת לסתירה בדבר עמדתם של ההורים ביחס להפסקת ההיריון.

חזקה זו עשויה לסייע בפתרון חלק מן הקשיים העולים מן השלב השני הנדרש לשם הוכחת הקשר הסיבתי. כאמור, צריכים ההורים להוכיח כי אלמלא ההתרשלות (כלומר, לו עמד לפנייהם מלוא המידע הרפואי הרלוונטי), היו הם בוחרים להפסיק את ההיריון. אין חולק, כי חיובם של ההורים להוכיח כי היו מבצעים הפסקת היריון, באמצעות העדתם על דוכן העדים, לאחר שילדם בא לעולם, מעורר קשיים משמעותיים.

46. קושי ראשון נובע מעצם הצורך להוכיח בדיעבד שרשרת סיבתית עובדתית היפותטית: מה היה קורה לו היו ההורים יודעים בשלב ההיריון על קיומה של המוגבלות? האם אכן היו פונים לוועדה המוסמכת בבקשת היתר להפסקת ההיריון? ואם היו פונים – האם היתה הוועדה מאשרת את בקשתם? ואם היתה מאשרת – האם היו ההורים מפסיקים את ההיריון? קושי זה אינו מאפיינ תביעות בגין הולדה בעוולה דווקא; הצורך להכריע בשאלות היפותטיות בדיעבד מתעורר מדי יום בתיקי נזיקין. כך למשל, נדון בהלכת קדוש הקושי ליישם את מבחני הקשר הסיבתי במסגרת עילת ההסכמה מדעת, בשל הצורך להעריך בדיעבד התרחשות משוערת (ע"א 1303/09 קדוש נ' בית החולים ביקור חולים, פס' 26 לפסק דיני (טרם פורסם, 5.3.2012) (להלן: הלכת קדוש)). "מבחני הסיבתיות המקובלים..." – כך הובהר בפרשה אחרת – "אינם יאים למקרים בהם ניצב בית המשפט בפני הצורך להעריך באורח היפותטי כיצד היה נוהג חולה פלוני אילו העמידוהו הרופאים מראש על הסיכון והסיכוי הטמונים בטיפול רפואי מסוים" (ע"א 4384/90 ואתורי נ' בית החולים לניאדו, פ"ד נא(2) 171, 191 (1997)).

47. בפרשת קדוש עמדנו – בהקשר של הסכמה מדעת – על קושי אחר, הנוגע למבחן המתאים להוכחת הקשר הסיבתי (שם, פס' 26 לפסק דיני). ציינו שם כי מבחן אובייקטיבי מספק הגנה פחותה לאינטרס בדבר אדנות החולה על גופו, שכן הוא "מתרחק מרצונו של החולה הספציפי וסומך עצמו על רצונו ועל שיקוליו של החולה הסביר" (השופט שטרסברג כהן בע"א 2781/93 דעקה נ' בית החולים "כרמל", חיפה, פ"ד נג(4) 526, 606 (1999) (להלן: הלכת דעקה)). ואולם, כך פורט שם, גם בחירה במבחן סובייקטיבי מעוררת קשיים בלתי מבוטלים, שכן בשלב בו ידועות לניזוק התוצאות הנזיקיות, משפיע הדבר על תובנתו. על כן ציינה הנשיאה (אז השופטת) ד' ביניש כי: "אין ספק כי קיים קושי מעשי לגלות את עמדתו של החולה במועד הרלוונטי כיוון שתמיד הוא נדרש להתייחס לשאלה במבט לאחור, שעה שהוא סובל מתוצאות הטיפול. בפסקי דין רבים עמדו בתי המשפט על כך כי אין זה אנושי להטיל על אדם המתייסר מטיפול רפואי שניתן לו, להעיד ולהציג באופן אמין את התשובה לשאלה מה היה עושה בעת קבלת ההחלטה על הטיפול לו ידע על כל התוצאות האפשריות" (הלכת דעקה, בעמ' 553).

הקשיים האמורים שמעורר יישומו של מבחן סובייקטיבי לבחינת קיומו של הקשר הסיבתי, מתעצמים לאין שיעור, כשמדובר בתביעת ההורים בגין הולדה בעוולה. ההנחה כי "אין זה אנושי" להטיל על החולה "להעיד ולהציג באופן אמין" כיצד היה

נוהג אילו ידע את העובדות הצריכות להכרעה לאשורן, מקבלת משנה תוקף בהקשר הנדון ומחדדת את הקושי הנפשי עימו נאלצים ההורים להתמודד. אכן, בנוסף לקושי הרגיל הטבוע בעדות מעין זו, נאלצים ההורים גם ליישב בין הצהרתם מעל דוכן העדים, כי היו בוחרים להפסיק את ההיריון במקרה של מום מן הסוג המדובר, לבין אהבתם לילדם – משנולד. בהקשר זה הועלתה הטענה כי מקום בו מקבל בית המשפט את גרסתם העובדתית של ההורים, לפיה היו הם בוחרים להפיל את העובר, הרי שנוצרת גם בעיה מוסרית, ועלול להיגרם שבר בין ההורה לבין הילד. לא כך הדבר.

48. אכן, הדילמה המוסרית הכרוכה בהעדתם של ההורים משקפת במלוא עוצמתה את מורכבותה של עילת התביעה בגין הולדה בעוולה. שאלת הקשר הסיבתי נבחנת במבט *ex ante* (קודם מעשה), ובוחנת מה היו ההורים מחליטים בעת ההיריון לו היו בידיהם מלוא הנתונים הרלבנטיים; ואולם עדותם נמסרת *ex post*, לאחר שילדם כבר נולד (דילמה זו מתעוררת גם בכל הקשור בשאלת הנזק, ועוד תידון בהקשר זה בהמשך). על דילמה זו משיב עו"ד א' פוזנר, במסגרת דעת המיעוט בוועדה, כי: "תשובה נכונה לחלוטין היא, שכאשר שאלת הפסקת ההיריון עמדה על הפרק (או השאלה אם להיכנס להיריון), לא היה הילוד קיים, בכלל (במקרה שהשאלה היתה האם להיכנס להיריון), או בצורתו הנוכחית, צורה של אדם חי. הורה אינו חייב לומר לילדו 'צר לי שאתה חי' או 'אני לא אוהבת אותך'; די שהוא ישכנע שכאשר ההיריון היה היולי, או עובר לא מוכר, היתה האם מפסיקה את ההיריון" (דו"ח הוועדה, עמ' 105). ואין לך המחשה טובה מכך, לרגשי ההורות, מאשר בדברים שיצאו מן הלב, בעדות אחת שבאה בפני בית המשפט המחוזי (בת"א (מחוזי ב"ש) 3344/04 ד.ו.נ' מכבי שירותי בריאות (לא פורסם, 21.8.2008)). העדות – עדותה של אם המגדלת את בנה הסובל מנכות – ולפיה לא היתה מהססת להפסיק את ההיריון אילו ידעה על קיומו של מום כלשהו, וזאת על רקע הקשיים שהיא חווה בהתמודדות היום יומית עם קשייו של ילדה הקודם של האם, שסבל משיתוק מוחין. חרף עמדתה הנחרצת בעניין ביצוע ההפלה, העידה האם כי: "אני מאד אוהבת את ר', הוא תורם המון למשפחה, הוא אושר שלנו, הוא שמש שלנו... אני לא להגיד שהוא נזק למשפחה אבל אם הייתי עושה הפלה, עוד שנה היה נולד אותו ר' אבל עם יד ואז הוא היה תורם למשפחה אותו דבר אבל זה הוא לא היה סובל מכל הבעיות שיש לילד נכה... עכשיו אנחנו מתים עליו, הוא הכל בשבילנו, זה מובן...". (שם, פס' 4 לפסק-הדין).

49. קושי נוסף עולה מן הבחינה המעשית. נטען כי הוכחת מרכיב הקשר הסיבתי עשויה להיות קשה יותר עבור קבוצות מסוימות של תובעים, מאשר עבור קבוצות אחרות. לא פעם הסיקו בתי המשפט כי הורים מסוימים היו בוחרים שלא לבצע הפלה,

אפילו היה בידם מלוא המידע הנחוץ. בתי המשפט פסקו כך, תוך שנעזרו בנתונים כגון אורח חיים ואמונה דתית; קיומן של בעיות פוריות וקושי להרות בעבר; וכך גיל היולדת ועברה המיילדותי. על פי טיעון זה, על דרך משל, אם חרדית, שהריונה הראשון הושג בטיפולי פוריות מפרכים בגיל מבוגר יחסית, עשויה להתקשות יותר להוכיח כי הייתה מבצעת הפלה גם אילו הייתה מודעת לקיומו של סיכון כי הילד ייוולד עם מום – וזאת בהשוואה לאם חילונית צעירה שלה מספר ילדים והריונה הושג באופן ספונטאני. זאת ועוד. השימוש בנתונים מסוג זה הוביל לטענה – שנשמעה גם בדיון לפנינו – כי הדרישה להוכיח שאלמלא ההתרשלות היו בוחרים ההורים להפסיק את ההיריון, פוגעת בהורים הנכונים לשאת את הקושי שבגידול ילד בעל מוגבלות ומתגמלת דווקא הורים שאינם מוכנים לשאת קושי זה (טענה דומה נשמעה גם בספרות המשפטית בארצות-הברית, וראו: Wendy F. Hensel, *The Disabling Impact of Wrongful Birth and Wrongful Life Actions*, 40 Harv. C.R.-C.L. L. Rev. 141, 172 (2005); עוד נטען כי הורים אשר בשל אמונתם הדתית לא היו מבצעים הפלה, מופלים בכך לרעה.

50. קשיים אלה הובילו לכך שבמספר פסקי-דין של הערכאות המבררות הובעה העמדה לפיה ניתן לוותר כליל על הדרישה כי יוכח שההורים היו בוחרים לבצע הפלה, ולהחליפה בהנחה משפטית שכך היה. כך למשל פסק השופט מ' דרורי בת"א (מחוזי י-ם) 3198/01 פלוני נ' עיריית ירושלים (לא פורסם, 12.5.2008) כי:

לכאורה, הנחה אפריורית שכזו, עומדת בניגוד לאחת מאושיות דיני הנזיקין, והיא כי התנהגותו של המזיק, או המזיקים, הינם הסיבה בלעדית אין, לנזק... כך, למשל, אם יוכח, פוזיטיבית, כי הניזוק היה נולד במומו, גם אילו לא הייתה כל התרשלות, לכאורה, אין מקום לומר כי ההתרשלות היא הסיבה לנזק, ואין לחייב את המזיקים בגינו...

אולם, לפי השקפתי, יש תועלת רבה וחשיבות ציבורית באימוץ גישתו של השופט בנימיני [בדבר ויתור על הדרישה כי יוכח שההורים היו מבצעים הפלה – א' ר']. לא רק שחוסכים אנו את עדות ההורים, על הלבטים הרטרואקטיביים שלהם, אלא יש בגישה זו של השופט בנימיני שיויון בין כלל הנשים ההרות, ללא הבדל, דת גזע ואמונה.

...האם הפיצוי ליהודיה החילונית הוא וודאי, ואילו כל שאר הנשים צריכות להסביר מהו טווח אמונתן באותה דת, אשר כל אחת מהן שייכת לה, והאם היו מבצעות הפלה?! האם יהיה צורך בכל תיק ותיק, להתמקד בפרטי הדינים של אותה דת, על הגישות והניואנסים שבה, ולקבוע האם לפי אותה דת הייתה מותרת הפלה בנסיבות

אותו מום, ולאחר מכן, יהיה צורך לסווג את התובעת היולדת לאותה תת קבוצה בתוך אותה הדת, ולקבוע האם הייתה היא מבצעת הפלה, על פי הנהוג באותה תת-קבוצה שבתוך הדת הנ"ל?! (שם, פס' 285-286 לפסק-הדין).

וראו את פסק-דינו של השופט ע' בנימיני: ת"א (מחוזי ת"א) 1226/99 א' ל' נ' יניב (לא פורסם, 29.3.2005).

51. על אף הקשיים המתוארים, לא ניתן לוותר על הדרישה להוכחת קיומו של קשר סיבתי בין ההתרשלות לבין הנזק (מסקנה זו נתקבלה הן על דעת הרוב והן על דעת המיעוט בוועדת מצא – ראו עמ' 47 ו-98 בהתאמה). פתרון מן הסוג שהוצע לעיל אינו אפשרי במסגרת דיני הנזיקין הקיימים. מדובר למעשה בויתור על הוכחת יסוד מיסודות עוולת הרשלנות, שהרי מבלי להוכיח כי אלמלא ההתרשלות היו ההורים בוחרים לבצע הפלה, לא ניתן להוכיח קשר סיבתי בין ההתרשלות לבין הולדת הילד. ויתור על הוכחת יסוד הקשר הסיבתי בתביעה מסוג זה יוביל להטלת אחריות על מי שאולי לא גרם בפועל לנזק, ולזיכוי התובעים בפיצוי בגין נזק שלא נגרם להם בעוולה. תוצאה כזו לא רק שאינה מתיישבת עם דיני הנזיקין ומטרותיהם, היא אף אינה עושה צדק, במובנו הבסיסי, עם הצדדים לתביעה. גם בשיטת המשפט האמריקאית נדרשת האם להוכיח כי אלמלא ההתרשלות הייתה פונה לביצוע הפלה (ראו למשל: *Dumer v. St. Michael's Hospital*, 69 Wis. 2d 766, 776, 233 N.W.2d 372, 377 (Wis. 1975); Alan J. Belsky, *Injury as a Matter of Law: Is this the Answer to the Wrongful Life Dilemma?* 22 U. Balt. L. Rev. 185 (1993), וזאת חרף הפוטנציאל כי עדותם של ההורים על כך תזיק לרווחתו של הילד (*Keel v. Banach*, 624 So. 2d (Ala. 1993)).

52. הנה כי כן, ככל שההורים מעוניינים לתבוע בעילה של "הולדה בעוולה", עליהם להוכיח את יסוד הקשר הסיבתי של העילה. החזקה הניתנת לסתירה, הנסמכת על החלטתה של הוועדה המוסמכת, תסייע להתגבר על חלק מקשיים אלה.

אף שלא ניתן לוותר על הוכחת יסוד זה, של הקשר הסיבתי, יש קושי בעיסוק בפרטי אמונתם הדתית של ההורים, כמו גם בעיסוק בשיקולים קבוצתיים אחרים. ממילא, בניסיון לקבוע בדיעבד כיצד היו ההורים בוחרים לנהוג טמונה באופן אינהרנטי מידה רבה של אי-ודאות. האינדיקציות השונות שבהן נוהגים בתי המשפט להיעזר – ובכללן נתונים כגון אורח חיים דתי, גיל, עבר מיילדותי וביצוע בדיקות

נוספות במסגרת הרפואה הפרטית – אינן אלא אינדיקציות כלליות, המסתמכות למעשה, במידה לא מבוטלת, על נתונים קבוצתיים. סיווג ההורים לאחת מקבוצות אלה או לאחרת לוקה במידה לא מבוטלת של ספקולטיביות. במקרים שבהם נדרש בית המשפט להסתמך על נתונים קבוצתיים-כלליים, אין מנוס מבחירת רמת הפשטה מסוימת, ותכופות קובע בית המשפט הנחות עבודה המסייעות בהתמודדות עם חוסר הוודאות המובנה (וראו, בהקשר של חישוב הפיצויים: אליעזר ריבלין וגיא שני "תפיסה עשירה של עקרון השבת המצב לקדמותו בתורת הפיצויים הנזיקיים" משפט ועסקים י 499 (2009)). יתרה מכך, נתונים קבוצתיים אינם מעידים תמיד על נטיותיו של היחיד. גם בשעת שיגרה – אך במיוחד בשעת משבר – עשוי הפרט לחרוג מתכתיבים קבוצתיים וממוסכמות, במיוחד כשהמדובר במוסכמות קבוצתיות. למעשה, מלכתחילה עשויה עמדתו להיות מורכבת ורב-פנים יותר מכפי שניתן להעריך על בסיס השתייכות קבוצתית כזו או אחרת. משכך, ראוי ליתן משקל משמעותי לשאלה הראשונה שהוצגה ביחס לקשר הסיבתי – היא השאלה אם ועדה להפסקת הריון הייתה מאשרת את ביצועה של הפלה במקרה המסוים.

כאמור, ראוי כי החלטת הוועדה להפסקת הריון תשמש מעין חזקה הניתנת לסתירה בדבר עמדתם של ההורים כלפי ביצוע הפלה. ככלל, מקום בו ביצוע הפלה מותר על-פי המוסכמה החברתית, כפי שהיא מתבטאת בקריטריונים המנחים את הוועדות להפסקת הריון, ניתן כאמור להניח, כהנחה עובדתית, כי באופן טיפוסי הפרטים בחברה היו גם הם מכלכלים את צעדיהם באופן דומה. עם זאת, ראוי להדגיש כי המדובר בהנחה עובדתית ולא נורמטיבית; אין בה בשום פנים כדי לקבוע כי הימנעות מביצוע הפלה, בנסיבות שבהן הייתה ועדה להפסקת הריון מאפשרת את ביצועה, יש בה משום התנהגות בלתי סבירה או בלתי רצויה. משמעותה היא אך כי מבחינה מעשית, יש להניח כי באופן טיפוסי נוהגים בדרך-כלל הפרטים בחברה, לפחות בקירוב, במתאם לקריטריונים המנחים את הוועדות להפסקת הריון.

53. עוד ראוי להדגיש כי סתירת החזקה לפיה מקום בו הייתה ועדה להפסקת הריון מאפשרת את ביצוע הפלה, היו ההורים גם פונים לוועדה בבקשה מתאימה, אינה יכולה להיעשות באופן בלעדי באמצעות נתונים כלליים, כגון בדבר השתייכות דתית-מגזרית. נתונים אלה עשויים לעיתים להיות רלבנטיים, אך כיוון שהמדובר בהיבט יחיד של כלל הנתונים האינדיבידואליים של האישה, יש לנקוט זהירות רבה בעת הסקת מסקנות על בסיסו. כך, יש לזכור כי השאלה העומדת להכרעה אינה מהי עמדתה של הדת אליה משתייכים התובעים כלפי ביצוע הפלה בנסיבות המקרה, אלא כיצד היו נוהגים התובעים המסוימים העומדים לפני בית המשפט. כאמור, הפרט עצמו עשוי לחרוג



מתכתיבים קבוצתיים או ממוסכמות, במיוחד כשמדובר במוסכמות קבוצתיות, ולא ניתן להימנע, עובדתית ונורמטיבית, מההתייחסות אליו כאל פרט שבחירתו אינה מוכתבת מראש. לפיכך, לא די בכך שדתם של ההורים אוסרת עליהם לבצע הפלה כדי לקבוע את התוצאה; על-מנת שנתון זה יהא רלבנטי לצורך ההכרעה, על בית המשפט להשתכנע כי האם הייתה נשמעת לאיסור זה גם בפועל. כמוכן, שאין זה מן הנמנע גם כי ביצוע הפלה יותר, בנסיבות המתאימות, גם בגדרי האמונות הדתיות השונות, ותכופות אף קיימות גישות רבות ושונות, בגדרי הדתות השונות, ביחס למהות אותן נסיבות המצדיקות ביצוע הפלה (לעניין זה ראו למשל: ת"א (מחוזי י-ם) 3130/09 א.ק.ו.נ' שירותי בריאות כללית (לא פורסם, 28.11.2011); ת"א (מחוזי י-ם) 9134/07 אלטייד נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 17.2.2011)).

למעשה, גם כיום אין הערכאות הדיוניות מסתמכות באופן בלעדי על נתונים כגון שיוך דתי, וניתן משקל משמעותי יותר לנתונים האינדיבידואליים של המקרה (ראו למשל: ע"א 7852/10 טידונה נ' קופת חולים לאומית של ההסתדרות העובדים (לא פורסם, 15.3.2012); ת"א (מחוזי חי') 1014/05 זידאן נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 24.12.2011); ת"א (מחוזי מרכז) 5193-11/07 ש.מ.ש נ' מלאך פס' 5(ד)(טט) (לא פורסם, 14.9.2010); ת"א (מחוזי חי') 10492/97 אפטאבי נ' שירותי בריאות כללית (לא פורסם, 30.9.2001)).

54. לבסוף, יש להדגיש כי מקום בו הוכח שהוועדה להפסקת הריון היתה מאשרת ביצועה של הפלה, הרי שגם אם לא עלה בידי ההורים להוכיח כי הם עצמם היו בוחרים להפסיק את ההיריון – אין בכך כדי לגרוע מאפשרותם לתבוע בגין הנזק שנגרם להם בגין הפגיעה באוטונומיה שלהם, לאמור: בזכותם לקבל החלטה כה משמעותית בחייהם באופן מושכל. בגין נזק זה, זכאים הם לפיצוי נפרד, ועל כך אעמוד בהרחבה בהמשך.

שאלת הנזק וחישוב הפיצויים

55. משנצלחה משוכת הקשר הסיבתי, יש להמשיך ולקבוע, במסגרתה של תביעת ההורים, מהו הנזק המזכה אותם בפיצוי. ההתבלטות בהקשר זה היא בשאלה אם זכאים ההורים לפיצוי רק בגין ההוצאות הנוספות שעליהם להוציא לצורך הטיפול הרפואי והסיעודי בילדם – ובשלב מסוים גם הוצאות קיום (להלן: ההוצאות העודפות), או שמא יש לפצותם גם בגין כלל ההוצאות הכרוכות בגידול ילדם, לרבות אלה שהיו מוצאות אילו היה נולד בריא. הוצאות אלה, להן זקוק ילד בריא ממילא (להלן: ההוצאות

הרגילות), הן בבחינת "עלות הבסיס" (או "שכבת הבסיס", בלשונו של חבר הוועדה, עו"ד אסף פוזנר), להבדיל מההוצאות העודפות, הנובעות ממוגבלותו של הילד.

56. אין חולק כי בתביעת נזיקין רגילה, ניתן הפיצוי רק בגין "ההוצאות העודפות" שנגרמו עקב האירוע הנזיקי, ולא ניתן פיצוי בגין אותן הוצאות שהיו מוצאות גם אלמלא ארע הנזק. כך למשל, כאשר נפגע יילוד עקב רשלנות רפואית (ושלא בהולדה בעוולה), לא ניתן להוריו פיצוי בגין מלוא הסיוע הנדרש להם. בית המשפט מפחית ממספר השעות הדרוש לטיפול בפעוט שנפגע את מספר השעות הדרוש לטיפול בפעוט בריא, והפיצוי ניתן רק בגין ההפרש המתקבל, לאמור: רק בגין שעות העזרה העודפות. באופן דומה, אדם שנפגע בתאונה וזקוק לרכב מסחרי כדי להתנייד, יקבל רק את התוספת הנובעת ממצבו, לאמור: ההפרש שבין מחיר הרכב המסחרי והוצאות החזקתו, לבין מחיר רכב רגיל והוצאות החזקתו (וראו הדוגמאות המובאות בדו"ח הוועדה – חוות דעת פוזנר, בעמ' 115).

ניתן היה לסבור כי יישומו של מבחן "השבת המצב לקדמותו" בתביעת ההורים בגין הולדה בעוולה, היה מעלה כי אלמלא ההתרשלות, לא היה הילד בא לעולם כלל – שאז לא היו ההורים נדרשים לשאת בכל הוצאה שהיא לצורך גידול הילד. השבת מצבם של ההורים לקדמותו על פי הכללים הרגילים מחייבת, לכאורה, לפצותם הן עבור ההוצאות הרגילות הכרוכות בגידול הילד והן עבור ההוצאות המיוחדות שנגרמו להם עקב מוגבלותו. "ההוצאות העודפות" לעניין זה כוללות, לפי אותם עקרונות, גם את הוצאות המחייבה הרגילות.

57. אלא שבפועל, בתביעת ההורים בעילת ההולדה בעוולה, "ההוצאות העודפות", עד לגיל הבגרות, הן אלה שמעבר להוצאות המחייבה הרגילות. אין מקום לפסוק להורים פיצויים בגין ההוצאות הרגילות הכרוכות בגידול ילד בריא, בתקופה שעד הגיעו לגיל הבגרות, אלא יש לפצותם אך בגין ההוצאות העודפות, המיוחדות, שבהן הם נושאים עקב המום המולד. אכן, אלמלא ההתרשלות לא היה הילד בא לעולם; עם זאת, ישנם טעמים טובים שלא להשית על המזיק הרשלן את מלוא הוצאות גידול הילד. טעמים אלה, משקפים את מורכבותה של עילת התביעה הנדונה ומדגישים את הקשיים העיוניים והמעשיים הטבועים בעילה זו, קשיים עימם התמודדו הערכאות השונות במרוצת השנים. במה דברים אמורים?

הטלת האחריות על המזיק, כפי שפורט לעיל, נעשית במבט *ex ante* (קודם מעשה) ומתוך הנחה כי לו ניתנה בידי ההורים מראש הבחירה, בטרם נולד ילדם, היו

הם מעדיפים בנסיבות המקרה שלא להביא לעולם ילד בעל מוגבלות כשלו; ואולם, בחינת הנזק שנגרם להורים אינה יכולה להיעשות בהתעלם מן השינוי שחל במעבר שבין האחריות לבין הנזק – השינוי המתבטא בהולדתו של הילד. בחינת הנזק חייבת, אפוא, להיעשות במבט *ex post* (לאחר מעשה), המביא בחשבון את עובדת קיומו של הילד, ששוב אינה נתפסת, ואסור לה שתיתפס, כשלעצמה כנזק. בדיעבד, לאחר שנולד הילד בעל המוגבלות, עצם קיומו אינו נתפס כנזק בעיני הוריו. רגשות האהבה שחשים ההורים כלפי ילדם, קיימים גם מקום בו נולד הילד כשהוא בעל מוגבלות. רגשות אלה קיימים גם אם מלכתחילה, לו ניתנה בידם מלוא הבחירה, היו ההורים בוחרים שלא להביא את הילד לעולם. משבא לעולם – הוריו רוצים בו ונהנים מאותם יתרונות בלתי-מוחשיים, הנובעים מעצם הולדתו של הילד ומגידולו. היטיבה לתאר זאת ועדת מצא בדו"ח מטעמה: "אכן" – כך צוין שם – "עצם חייו של הילד במוגבלותו אינם מהווים נזק ליילוד עצמו, וגם הוריו, לאחר שבא לעולם, אינם בבחינת ניזוקים בשל עצם קיומו, אך משנוצרו בפועל – עקב מוגבלותו – צרכים שסיפוקם כרוך בעלות מיוחדת, מן הראוי כי בעלות זו יישא מי שאלמלא התרשלותו עלות מיוחדת זו לא היתה נוצרת" (שם, בעמ' 60).

בית המשפט האמריקאי תיאר את הדברים בפרשת *Marciniak v. Lundborg* אף כי בהקשר אחר (של גידול ילד בריא, שהוריו לא רצו בהולדתו) והפעם מנקודת מבטו של הילד, שהוריו תובעים פיצויים בגין הולדתו. הדברים יפים באשר לצורך לפצות את ההורים על ההוצאות העודפות:

Defendants next argue that "awarding damages to the parents may cause psychological harm to the child when, at a later date, it learns of its parents' action for its wrongful birth thereby creating an 'emotional bastard.'" Again, we do not agree. The parents' suit for recovery of child rearing costs is in no reasonable sense a signal to the child that the parents consider the child an unwanted burden. The suit is for costs of raising the child, not to rid themselves of an unwanted child. They obviously want to keep the child. The love, affection, and emotional support any child needs they are prepared to give. But the love, affection, and emotional support they are prepared to give do not bring with them the economic means that are also necessary to feed, clothe, educate and otherwise raise the child. That is what this suit is about and we trust the child in the future will be well able to distinguish the two. Relieving the family of the

economic costs of raising the child may well add to the emotional well-being of the entire family, including this child, rather than bring damage to it (*Marciniak v. Lundborg*, 153 Wis. 2d 59, 67, 450 N.W.2d 243, 246 (Wis. 1990)).

ובתרגום חופשי: "הם (ההורים) – מטבע הדברים רוצים להחזיק בילד. אלא שהאהבה, החיבה והתמיכה הרגשית שהם נכונים להעניק לו אינם נושאים עמם אמצעים כלכליים שגם בהם יש צורך על מנת להאכיל, להלביש, לחנך ולגדל את הילד... אנו בטוחים כי הילד ידע בעתיד להבחין בין השניים. שחרור ההורים מהנטל של גידול הילד אך יוסיף לרווחה הרגשית של המשפחה כולה, לרבות הילד..."

58. כמובן, שאין בדברים האמורים כדי להפחית מעוצמת הקשיים שחווים הוריהם של ילדים בעלי מוגבלויות ומן הסבל שהוא מנת חלקם של ההורים החווים הם עצמם את סבלו של הילד; על נזקים אלה – במידה שיוכחו – יפוצו ההורים בנפרד, במסגרת ראש הנזק של כאב וסבל. בה בעת, הערכת נזקם של ההורים, יוצאת מתוך ההנחה שעצם חייו של הילד – לאחר שנולד – אינם, בשום פנים, נזק שיש לפצות עליו, וכי כך הדבר גם בעיני ההורים. לפיכך, אותן הוצאות רגילות, שמוציאים ההורים על גידול הילד, לאו נזק הן. הנזק מתבטא, אם כן, בהוצאות העודפות – העלויות הנוספות, שהכורח להוציאן נובע מהתרשלותו של המזיק, ואך טבעי שיזכו ההורים בפיצוי בגינן.

59. כאן נחשף במלוא עוצמתו אופייה המיוחד והחריג של התביעה בגין הולדה בעוולה; הדיסוננס הטבוע בין בחינת ההתרשלות במתן מידע הדרוש לשם קבלת ההחלטה אם להביא את הילד לעולם, לבין איפיונו של הנזק, שנעשה לאחר שהילד כבר בא לעולם, שאז עצם חייו אינם נזק.

ודוק: ניתן להגיע לאותה תוצאה, לפיה המזיק יחויב בהוצאות העודפות, גם מפרספקטיבה אחרת, שהיא למעשה צידו השני של אותו מטבע: כעניין שבעיקרון, גם התוצאות החיוביות של הולדת הילד צריכות לבוא לידי ביטוי, וכעניין מעשי הדרך שבה הדבר נעשה במסגרת תורת הפיצויים היא כימות כל טובות ההנאה הבלתי מוחשיות הנובעות מהולדתו של הילד ומגידולו, וניכוי מן הפיצויים שלהם זכאים ההורים. אומדן כללי של טובות הנאה אלה, ישתווה בקירוב להוצאות הרגילות הכרוכות בגידול ילד. ניכוי ההוצאות הרגילות הכרוכות בגידולו של הילד, מסך כל ההוצאות הכרוכות בגידולו, יביא לאותן הוצאות עודפות, הנובעות ממוגבלותו של הילד (שאליהן יש לצרף את הנזק הלא ממוני).

עד כאן באשר לפיצוי להורים בגין התקופה הקודמת למועד בו יגיע הילד לגיל הבגרות.

60. לאחר הגיעו של הילד לגיל הבגרות, יש לפסוק להוריו פיצויים בגין תמיכתם בילדם, בשל שבניגוד למקרה הרגיל, תלותו בהם נמשכת עקב נכותו גם בתקופה זו ולמעשה למשך כל תוחלת חייו. אין מניעה כי פסיקת הפיצויים בגין נזקים אלה תתחשב באורך התלות המעשית של הילד בהוריו, מקום בו עקב נכותו ממשיך הילד להיות תלוי בהוריו גם בבגרותו, ובמיוחד כך משחובתם העקרונית של ההורים לדאוג לצרכי ילדיהם הבגירים התלויים בהם אינה מוטלת בספק, והיא אף קיבלה ביטוי חוקי בסעיפים 4-5 לחוק לתיקון דיני המשפחה (מזונות), התשי"ט-1959. אין חולק כי אלמלא ההתרשלות, לא היו ההורים נאלצים לשאת בהוצאות התמיכה בילדם לאחד בגרותו.

בתקופת בגרותו אמור היה הילד, אלמלא מוגבלותו, להשתכר למחייתו. ככל שמוגבלותו גורעת מיכולת ההשתכרות שלו, מוטלת על הוריו החובה לקיימו ולהשלים את שנגרע ממנו. במילים אחרות: בתקופת בגרותו של הילד, נושאים הוריו הן בהוצאות המיוחדות הנובעות ממוגבלותו, הן בהוצאות המחייה הרגילות, בהן היה נושא הוא-עצמו, בבגרותו, אלמלא מוגבלותו.

61. מקום בו צפוי הילד להשתכר גם במוגבלותו, יש להפחית את שיעור ההשתכרות הצפוי, לאמור: השיעור המתאים מן השכר הממוצע במשק מתוך הפיצוי המשתלם להוריו. שהרי פסקנו כבר כי קטין בריא, ראוי להניח לגביו כי בהגיעו לבגרות היה משתכר את השכר הממוצע במשק וכי שכר זה היה משמש אותו לקיומו, לאמור: למחייה ולרווחה. מן הבחינה המעשית יש לפצות את ההורים בתקופת בגרותו של הילד, בכל "ההוצאות העודפות", שהן בתקופה זו הוצאות הקיום הרגילות וההוצאות המיוחדות לריפוי ולסיעוד. רק אם צפוי הילוד להשתכר בבגרותו בשיעור מסוים מן השכר הממוצע, יהיה צורך להפחית שיעור זה מן הפיצוי. בפועל, במקרה הרגיל, בו ממשיך הילד הפגוע לחיות בבית הוריו או בקהילה, לא יהיה הפיצוי שמשתלם להוריו שונה משיעור הפיצוי שהיה משתלם לו עצמו אילו היתה קיימת לו עילת תביעה, שבמסגרתה היה תובע הפסדי השתכרות.

62. נדגים זאת במספרים :

נניח כי השכר הממוצע במשק הוא 10,000. בשל מוגבלותו, נגרע כושר ההשתכרות של הילד בשיעור 50%, לאמור: נגרם לו הפסד של 5,000, וסכום זה היה משתלם לידי אילו היתה בידו עילת תביעה משל עצמו. בנוסף לכך, היה זכאי גם להוצאות ריפוי וסיעוד עודפות (בהשוואה לילד בריא) בגובה 15,000 – כך נניח. בסך הכל היה הפיצוי המגיע לידו בתביעתו שלו – 20,000. משאין בידי הילד עילת תביעה והתביעה היא עילת ההורים, זכאים הם, במקרה הרגיל, לפיצוי בגין כל ההוצאות העודפות, לאמור: 15,000 בגין הוצאות ריפוי וסיעוד, ובנוסף לכך, לאותן הוצאות קיום רגילות של הילד, שהם נאלצים לשאת בהן, בשל שנגרע מכושר ההשתכרות של הילד, לאמור: 5,000 נוספים. בסך הכל הסכום שיקבלו לידם ההורים יהיה זהה לסכום שהיה משתלם לילד אילו היתה בידו עילת תביעה.

ראוי עם זאת לזכור, כי הפיצוי הוא תמיד אינדיבידואלי; עשויים, לפיכך, להתקיים מצבים בהם הפיצוי עשוי להשתנות. למשל, כאשר מדובר בילד שצפוי לשהות במוסד, דבר שעשוי בהחלט להשפיע על הוצאות החזקתו.

63. לשם השוואה: ברוב רובם של המקרים שנידונו במדינות ארצות הברית, נפסקו להורים פיצויים רק בגין ההוצאות העודפות שעליהם להוציא לשם טיפול בילדם עקב נכותו, ולא נפסקו להם פיצויים בגין ההוצאות הרגילות הכרוכות בגידול ילד:

Although the question of damages has presented a difficult and troublesome problem to those courts which have considered wrongful birth claims, we align ourselves with the majority of jurisdictions which have limited the parents' recovery of damages to the extraordinary expenses - medical, hospital, institutional, educational and otherwise - which are necessary to properly manage and treat the congenital or genetic disorder. *Siemieniec v. Lutheran Gen. Hosp.*, 117 Ill. 2d 230, 260, 512 N.E.2d 691, 706 (Ill. 1987).

ובפרשה אחרת הובהר (הדגשה הוספה):

Indeed, the central policy of all tort law is to place a person in a position nearly equivalent to what would have existed had the defendants' conduct

not breached a duty owed to plaintiffs, thereby causing injury. In the context of wrongful birth, this means the situation that would have existed had the child actually been born in the state of health parents were led to believe would occur. Damaged are not gauged against the state of affairs that would have existed had the child never been born, because parents always assume the costs of healthy children born to them, even if unplanned. This policy can be fulfilled here only by allowing recovery of all future *extraordinary* expanses [the child] will incur. *Kush v. Lloyd*, 616 So. 2d 415, 424 (Fla, 1992).

הכרעות בתי המשפט האמריקאים התבססו על טעמים שונים, בהם הטעמים שפרטנו לעיל. כך למשל, נפסק כי אם באופן עקרוני היו ההורים זכאים לפיצוי על מלוא הוצאות הגידול של ילדם, שכן אלמלא ההתרשלות כלל לא היה בא לעולם והוריו לא היו נדרשים לכל הוצאה בגינו, הרי שמפיצוי זה יש לקזז את טובות ההנאה הבלתי מוחשיות הכרוכות בהולדתו ובגידולו של ילד, ובכלל זה גם ילד בעל מוגבלות. טובות הנאה אלה משתוות לכל הפחות, כך נקבע, להוצאות הרגילות הכרוכות בגידול ילד (ראו: *Ramey v. Fassoulas*, 414 So. 2d 198, 200-01 (Fla. App. 3d Dist. 1982)). עוד נקבע כי השתתף הוצאות הרגילות הכרוכות בגידול ילד על גורם שלישי אינה עומדת ביחס הולם לאשמו של הגורם הרשלני והיא מנוגדת לרעיון שלפיו החובה הראשונית והעיקרית לדאוג לצרכי הילד, בין אם היה רצוי ובין אם לאו, מושתת על הוריו (ראו: *Rieck v. Medical Protective Co.*, 64 Wis. 2d 514, 518-19, 219 (Wis. 1974); *N.W.2d* 242, 244-45 (Wis. 1974); *Ramey*, בעמ' 200). לבסוף, הודגש כי בהחלטתם של ההורים להביא ילד לעולם, הם בהכרח מסכימים, מרצונם, לשאת בהוצאות גידולו הרגילות, ועל-כן לא ניתן לומר כי הוצאות אלה נגרמו עקב הרשלנות (ראו: *Clark v. Children's Mem. Hosp.*, 955 N.E.2d 1065, 1083 (Ill. 2011)). מנגד, מיעוט של בתי משפט במדינות ארצות-הברית פסק הוצאות בגין מלוא הוצאות גידול הילד שנולד עקב רשלנות המזיק, וזאת כיוון שאלמלא ההתרשלות, לא היה הילד נולד כלל (ראו: *Robak v. United States*, 658 F.2d 471, 479 (7th Cir. 1981)).

64. גם באנגליה נוהגים בתי המשפט שלא לפסוק פיצוי בגין מלוא הוצאות גידולו של הילד, והפיצוי ניתן רק בגין ההוצאות העודפות. כך, הוסבר בפסק הדין האנגלי בעניין *Parkinson v. St. James and Seacroft University Hospital NHS Trust* :

A disabled child needs extra care and extra expenditure. He is deemed, on this analysis, to bring as much pleasure and as many advantages as does a normal healthy child. Frankly, in many cases, of which this may be one, this is much less likely. The additional stresses and strains can have seriously adverse effects upon the whole family, and not infrequently lead, as here, to the break up the parents' relationship and detriment to the other children. But we all know of cases where the whole family has been enriched by the presence of a disabled member and would not have things any other way. This analysis treats a disabled child as having exactly the same worth as a non-disabled child. It affords him the same dignity and status. It simply acknowledges that he costs more. (*Parkinson v. St. James and Seacroft University Hospital NHS Trust* [2001] EWCA Civ 530).

באופן דומה, הולכים בתי המשפט בקנדה בעקבות השיטה האנגלית, והפיצוי נפסק רק בגין ההוצאות הנוספות הנובעות מגידולו ( *Zhang v. Kan*, [2003] B.C.J. ).  
 Dean Stretton, *The Birth Torts: Damages for* ;164, 2003 BCSC 5 (Can  
 .((*Wrongful Birth and Wrongful Life*, 10 Deakin L.R. 319, 324 - 25, (2005

65. תוצאה זו, לפיה יש לפצות את הורי הילוד רק על הוצאותיהם העודפות – נתקבלה גם על דעת רוב חברי ועדת מצא. בדו"ח הוועדה נקבע בהקשר זה כי "נקודת המוצא להסדר הנזיקי שעליו החלטנו להמליץ היא, כי על מי שגרם בהתרשלות להולדתו של ילד בעל מוגבלות, המתבטא בנכות רפואית ממשית, ושלא היה בא לעולם אלמלא התרשלות זו, מוטלת חובה לשאת בעלות הכספית הכרוכה בצרכיו המיוחדים של היילוד הנובעים ממוגבלותו (הדגשה הוספה – א' ר'). מאחר שהמופקדים על הטיפול ביילוד והדאגה לצרכיו הם הורי היילוד, והם הנושאים בפועל בעיקרה של עלות זו, יש להכיר בזכאותם של ההורים לתבוע ולקבל מן האחראי להתרשלות פיצוי המיועד לכסות את צרכי היילוד עקב מוגבלותו" (שם, בעמ' 60).

אלא שכאמור, "ההוצאות העודפות" עולות במקרים הרגילים, בתקופת בגרותו של הילד, גם לכדי הוצאות הקיום הרגילות שלו, שעל הוריו לשאת בהן. בהעדר כושר השתכרות לילד, כוללות לפיכך "ההוצאות העודפות", במקרים הרגילים, גם את הוצאות הקיום, המשתוות, בהעדר ראייה אחרת, לשכר הממוצע במשק.



66. הנה כי כן: על מי שגרם בהתרשלותו להולדתו של ילד בעל מוגבלות, אשר לא היה בא לעולם אלמלא התרשלות זו, תוטל החובה לשאת בהוצאות העודפות הכרוכות בגידול הילד – הוצאות הנובעות מהתרשלות המזיק, המשקפות את צרכיו המיוחדים של היילוד הנובעים ממוגבלותו – וזאת בהתאם לנסיבותיו של כל מקרה נתון ולמשך כל תוחלת חייו של הילד. פיצוי זה יכול את כל אותן הוצאות עודפות, הנדרשות במקרה המסוים, ובהן: הוצאות רפואיות, עזרת צד שלישי, הוצאות שיקום, הוצאות חינוך לרבות הוצאות נלוות, הוצאות דיור והוצאות ניידות. בתקופת בגרותו של הילד ולמשך כל תקופת תוחלת חייו, יהיו הוריו זכאים לפיצוי גם בגין הוצאות הקיום הרגילות שלו – ככל שנגרעה ממנו יכולת ההשתכרות ולא נתקיימו נסיבות מיוחדות, השוללות זכאות זו.

67. בשולי הדברים יצוין כי שאלה אחרת מתעוררת מקום בו עילת התביעה היא בגין "הריון בעוולה" (או "התעברות בעוולה") – דהיינו מקום בו ההורים חפצו להימנע בכלל מהבאת ילדים לעולם, אפילו יהיו אלה ילדים בריאים, ועקב רשלנות בטיפול הרפואי נמנעה מהם בחירה זו (ראו לדוגמה: ת"א (מחוזי י-ם) 1315/97 פלונית נ' קופת חולים של ההסתדרות הכללית של העובדים בישראל, פ"מ תשס"ג (2) 309 (2004); ת"א (שלום חי') 4503/06 פלוני נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 4.3.2012)). הדיון בתביעות מסוג זה ובשאלת היקף הנזק בר-הפיצוי בהן אינו נדרש לענייננו, ונותירו לעת שיתעורר. עם זאת יצוין כי בשיטות משפט אחרות נפסקו, גם במקרים בהם נולד ילד מוגבל כתוצאה מההריון בעוולה, פיצויים רק בגין ההוצאות העודפות (ראו למשל באנגליה את פרשת *Parkinson* הנ"ל). תוצאה זו יפה מקל וחומר בענייננו, מקום בו ההריון כשלעצמו היה רצוי, אך ההורים רצו בילד בריא. מכל מקום, כאמור, אין צורך בנסיבות העניין להביע עמדה בשאלה מהו הפיצוי הראוי במקרה כזה, של הריון בעוולה, בשיטת המשפט שלנו.

נזק שאינו נזק ממון

68. מקובל לסווג את הנזק הנפשי הנתבע במסגרת תובענה בשל הולדה בעוולה כנזק נפשי "טהור", בהיעדר פגיעה פיזית בתובעים. סיווג זה אינו נקי מספקות (השוו למשל לפסק דינה המאלף של הברונית Hale בפרשת *Parkinson*. אלא שמכל מקום, הנזק הנפשי, במקרה שלפנינו, נלווה לנזק כלכלי עד שבכל מקרה אין הוא עומד לבדו.

69. אף אם נסווג את הנזק הנפשי הנגרם לתובעים כאן כנזק טהור, הרי שהזכאות לפיצוי בגין נזק נפשי טהור, שאינו נלווה לפגיעה פיזית רלבנטית (ראו: אליעזר ריבלין

"פיצויים בגין נזק לא מוחשי ובגין נזק לא ממוני – מגמות הרחבה" 190 שמגר – חלק ג 32 (2003), הוכרה כבר בפסק-הדין בעניין ע"א 243/83 עיריית ירושלים נ' גורדון, פ"ד לט(1) 113 (1985), שם נקבעה האחריות ברשלנות לנזק נפשי טהור הנגרם לניזוק הישיר; מאוחר יותר הושווה מעמדם של ניזוקים "מעין ישירים" לזה של ניזוקים ישירים (הלכת לוי). באותו עניין הוענק פיצוי להורים הסובלים נזק נפשי עקב מות עופרים ברשלנות; בדומה, הוכרה זכאותם של בני-זוג לפיצוי בגין הנזק הנפשי שנגרם להם עקב הפלה בלתי נחוצה שביצעה בת הזוג מחמת רשלנות רפואית (ע"א 398/99 קופת החולים של ההסתדרות הכללית נ' דין, פ"ד נה(1) 765 (1999)).

70. במקרי ההולדה בעוולה מתמשך הנזק הנפשי לאורך תקופת חייהם של ההורים – התובעים. אין זה נזק חד-פעמי. אין זה נזק המשתרע על-פני תקופה קצרה. ההורים נדרשים עד כלות לטפל בילד. הם חשופים לסבלותיו והם אמונים על רווחתו. הם מלווים את מכאוביו ייסוריו יומם ולילה ואלה – הופכים לייסוריהם ולסבלותיהם שלהם. הם מכוונים את אורח חייהם לדרך שתאפשר להם לקיים את אחריותם כלפי הילד. חייהם משתנים – לעתים מן הקצה אל הקצה. פעילויות שנראו פעם טבעיות וקלות להגשמה הופכות קשות מנשוא. הצורך לדאוג לעתידו של הילד, ככלות כוחם, מדיר שינה מעיניהם ומחסיר פרוטה מכיסם. זהו נזק מתמשך. הוא שונה ונפרד מן הפגיעה באוטונומיה שהיא פגיעה חד-פעמית המתרחשת ברגע בו נשללה מהם הבחירה. הנזק הנפשי המתמשך והקשה מחייב, לפיכך, פיצוי גבוה ומשמעותי.

פגיעה באוטונומיה

71. הסוגיה אחרונה המצריכה את הכרעתנו היא שאלת היחס שבין העילה של הולדה בעוולה לבין העילה של פגיעה באוטונומיה, במסגרת תביעת ההורים.

בהלכת קדוש עמדנו בהרחבה על חשיבותה של הזכות לאוטונומיה ועל זכותו של הפרט לתבוע פיצוי בגין הפגיעה בזכות זו. הובהר מחדש כי הזכות לאוטונומיה היא "זכותו של כל פרט להחליט על מעשיו ומאווייו בהתאם לבחירותיו, ולפעול בהתאם לבחירות אלה" (הלכת דעקה, בעמ' 570; זוהי זכותו של האדם "לכתוב את סיפור חייו" (הלכת אבו חנא, בעמ' 48)). "האוטונומיה של היחיד" – כך הודגש בהלכת קדוש – "ניצבת בליבת כבוד האדם. מדובר בזכות המהווה ערך יסודי בשיטת המשפט הישראלית, ומהווה את אחד הביטויים המרכזיים לזכותו החוקתית של כל אדם בישראל לכבוד, המעוגנת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" (הלכת דעקה, בעמ' 571;

בג"ץ 4330/93 גאנס נ' ועד מחוז תל אביב של לשכת עורכי הדין, פ"ד נ (4) 221, 234-233 (1996) (פס' 31 לפסק דיני).

תיחום הזכאות לפיצוי בגין פגיעה באוטונומיה נעשה באמצעות תיחום הפגיעה המזכה בפיצוי:

רק פגיעה בליבה של זכות הבחירה, "ב'גרעין הקשה' של זכות האדם המקדשת את האוטונומיה" (כאמור בהלכת ברוריה צבי) ובעניין מהותי תזכה את התובע בפיצוי משמעותי. דוגמא לפגיעה כזו ניתן למצוא, כאמור, בטיפול הרפואי, ה"מצוי בגרעין הקשה של זכותו זו של כל אדם לשלוט בחייו", שכן "עשויה להיות לו השפעה ישירה, ולא פעם בלתי הפיכה, הן על אורך חייו והן על איכות חייו" (הלכת דעקה, בעמ' 532). דוגמא נוספת היא פגיעה ביכולתו של אדם לטוות את סיפור חייו (הלכת אבו חנא). הגדרה מתוחמת של הפגיעה המזכה בפיצוי תסייע לבתי המשפט לבצר את מעמדה של הזכות לאוטונומיה, אך זאת תוך פסיקת פיצוי במקרים המתאימים בלבד (הלכת קדוש, פס' 39 לפסק דיני).

72. הפגיעה באוטונומיה היא ראש נזק במסגרת עוללת הרשלנות (שם, פס' 38 לפסק-דיני; וראו גם פס' 72 לפסק-דינו של השופט י' עמית). מובן, כי גם במסגרת תביעה בגין הולדה בעוולה עשויה הפגיעה באוטונומיה לשמש ראש נזק בר-פיצוי. נשאלת השאלה מהו היחס שבין ראש הנזק של הפגיעה באוטונומיה לבין ראשי הנזק האחרים בתביעת ההורים.

בעניין קדוש עמדתי על כך שהפיצוי בגין הפגיעה באוטונומיה אינו ניתן לניזוק "על עצם הפגיעה בזכותו החוקתית באופן ערטילאי ועקרוני", אלא על "נזקים תוצאתיים אמיתיים" שנגרמו לו (כמאמרה של יפעת ביטון "כאבים באזור הכבוד" משפט וממשל ט 137, 145-146 (2005) (להלן: ביטון)). נזקים אלה, שניתן לזהותם כ"פגיעה ברגשות", כוללים תחושות שעניינן "פגיעה בכבוד, סבל נפשי, השפלה, בושה, צער עלבון, תסכול, ערעור האמונה בזולת, ערעור תפיסת העצמי ופגיעה בהערכה העצמית של הפרט או ביכולת המימוש העצמי, הן כאינדיבידואל והן כחלק מקבוצה ועוד" (ביטון, בעמ' 184). בשל שהנזק בגין פגיעה באוטונומיה יכול לעמוד בפני עצמו –

ניתן לתבוע פיצוי בגין פגיעה באוטונומיה גם בהיעדר נזק אחר; במקרים אחרים ניתן לתבוע פיצוי זה בנוסף או במצטבר לנזק גוף שנגרם ובכלל זה בנוסף ובמצטבר

לנזק לא ממוני אחר, מקום בו מדובר בשני נזקים נפרדים. בכך אין כדי לחדש דבר, שהרי על המעוול לפצות על כלל הנזקים שגרם, ואם גרם ליותר מאשר נזק אחד, יפצה על שגרם. כמובן זה המדובר בשאלה עובדתית ולא משפטית (הלכת קדוש, פס' 45 לפסק דיני).

תפיסה זו נגזרת מן ההכרה שלפיה הפגיעה באוטונומיה (ככל שהיא בליבת הזכות ובעניין מהותי) משקפת נזק ממשי ואמיתי. נזק זה עשוי לבוא בנפרד ובמובחן מנזקים אחרים – ממוניים ובלתי ממוניים – שאז הימנעות מפסיקת פיצוי בגינו תחטא לעיקרון של השבת המצב לקדמותו (וראו גם את עמדת הוועדה – דו"ח הוועדה, בעמ' 62). כמובן, לא בכל מקרה קיימת ההפרדה בין הנזק של פגיעה באוטונומיה לבין הנזקים האחרים (לסקירת המקרים האפשריים השונים בהקשר זה ראו: עניין קדוש, פס' 45 לפסק-דיני). עשויה להיות חפיפה ביניהם. אך מקום בו ההפרדה היא אפשרית, והפגיעה באוטונומיה היא פגיעה נוספת מהותית הנוגעת בליבה של הזכות, שלילת הפיצוי הנוסף בגינה כמוה כשלילת זכותו של הנפגע לפיצוי בגין כל ראש נזק אחר (וראו גם את דו"ח הוועדה בו מודגש (בעמ' 62) כי "אין בהסדר המוצע כדי לפגוע בזכותם של ההורים לתבוע פיצוי על הפגיעה בזכותם האוטונומית, להחליט אם להמשיך או להפסיק את ההיריון, או בזכותם לתבוע פיצויים גם בגין כל נזק ישיר אחר שנגרם להם, או למי מהם". הדגשה הוספה). לעניין זה השוו להלכה הקובעת כי בהתקיים תביעת תלויים ותביעת עיזבון, זו בצד זו, אין לפצות רק בגין הגבוהה מבין שתי התביעות, כפי שנקבע בפסיקה בעבר; אלא יש לבחון אם מתקיים בין שתי התביעות מתחם חפיפה, לגביו יש לפצות רק פעם אחת. אם בנוסף לכך קיימים נזקים החורגים ממתחם החפיפה, הרי שהימנעות מפיצוי בגין כל אחד מהנזקים האלה, יגרום לפיצוי חסר (ראו: ע"א 4641/06 מנורה חברה לביטוח בע"מ נ' כרכבי (19.12.2007); ע"א 2739/06 דוביצקי נ' דקאללה (1.6.2008)).

73. אשר לגובה הפיצוי – כשופטת א' חיות, אף אני סבור כי אין לפסוק פיצוי סטנדרטי בגין הפגיעה באוטונומיה, אלא צריך שהפיצוי יהיה אינדיבידואלי, בהתחשב בהפרה הקונקרטי ובנסיבותיה (ראו: ע"א 10085/08 תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ נ' עזבון ראבי, פס' 40 לפסק דינה של השופטת א' חיות (טרם פורסם, 4.12.2011)). יחד עם זאת, כבר הובהר כי "מאחר שמדובר בהערכה של נזק בלתי-מוחשי, יזקקו בתי-המשפט להערכה שתתבסס על נסיבות העניין ועל ניסיון חייהם. ככלל ניתן לקבוע, כי ככל שהמידע שלא נמסר חשוב יותר וככל שהאינטרס הנפגע קרוב יותר לליבת הזכות ומשפיע עליה בצורה משמעותית יותר – כך יגדל הפיצוי בגין הפגיעה באוטונומיה (וראו לעניין זה את המדדים שהציעה השופטת

שטרסברג-כהן בהלכת דעקה להערכת הנזק הלא-מוחשי שנגרם למי שזכותו לאוטונומיה נפגעה בעת קבלת טיפול רפואי, בהם: סוג המידע שנמנע מן החולה; היקפו, טיבו ומשקלו הסגולי של המידע שלא נמסר לחולה לעומת זה שנמסר לו; עמדתו יחסו של החולה למסירת המידע הרפואי הקשור בו; ותוצאות הטיפול שבוצע... (שם, בעמ' 621-619)) " (הלכת קדוש, פס' 42 לפסק-דיני).

באותם מקרים בהם משוכנע בית המשפט כי נגרמה פגיעה לאוטונומיה של התובע – כזו, הנוגעת לליבת הזכות ובעניין מהותי – שומה עליו לפסוק פיצוי הולם, שישקף את מלוא חומרת הפגיעה (שם, פס' 48 לפסק-דיני. וראו גם את ע"א 9187/02 וינשטיין נ' ברגמן (טרם פורסם, 16.6.2005); ע"א 9936/07 בן דוד נ' ענטבי (טרם פורסם, 22.2.11)).

שיקולים מעשיים

74. ההכרה שניתנה בעבר לעילת התביעה בגין "חיים בעוולה", כך נראה, הושפעה במידה לא מבוטלת מן המוטיבציה ליתן מענה ראוי לצרכיו של קטין שנולד פגוע, כתוצאה מהתרשלות בטיפול באימו במהלך הריונה. גם בטיעוני הצדדים לפנינו ניתן משקל משמעותי לשיקול זה – ואף מעינינו הוא לא נעלם. אמנם, סבורים אנו כי לא ניתן להכיר בעילה של "חיים בעוולה" במסגרת עילת הרשלנות, מחמת תפיסתנו החברתית ובמסגרת שיטתנו המשפטית, ולנוכח המכשול בהוכחת יסוד הנזק או בהוכחת יסוד הקשר הסיבתי. אולם, סבורים אנו שלרוב רובם של צרכי הקטין ניתן להציע מענה אמיתי במסגרת עילת התביעה של הוריו בגין "הולדה בעוולה".

75. כפי שהוסבר בהרחבה לעיל, ההורים זכאים לפיצוי בגין ההוצאות העודפות הנדרשות למילוי צרכיו הרפואיים והסיעודיים של ילדם, ובמידה שילדם מוסיף להיות תלוי בהם עקב נכותו גם בהגיעו לבגרות, זכאים הם לפיצוי גם בגין ההוצאות שהם נושאים בהן עבורו בתקופה זו למשך כל תוחלת חייו. לרבות הוצאות הקיום הרגילות שלו, ככל שאין הוא נושא בהן מחמת מוגבלותו, ובהעדר נסיבות השוללות זכאות זו. בין השאר, ניתן למצוא מענה משפטי מספק גם לחשש שמא ילכו ההורים לבית עולמם מבלי שדאגו לסידורים מתאימים לשם קיום צרכיו של ילדם הנכה, וזאת במסגרת סעיפים 56-57 לחוק הירושה, התשכ"ה-1965, שעניינם הזכות למזונות מן העיזבון. וכך נקבע שם:

56. הניח המוריש בן-זוג, ילדים או הורים והם זקוקים למזונות, זכאים הם למזונות מן העזבון לפי הוראות פרק זה, בין בירושה על פי דין ובין בירושה על פי צוואה.  
57. (א) הזכות למזונות היא –

- (1) ...
- (2) לילדי המוריש - עד גיל 18 לילד נכה - כל זמן נכותו, לילד שהוא חולה נפש - כל עוד הוא חולה נפש, ולילד מפגר - כמשמעותו בחוק הסעד (טיפול במפגרים), תשכ"ט-1969 [ההדגשה הוספה – א' ר'].

בכך ניתן מענה רחב לצרכיו של הילד עקב נכותו. מטבע הדברים, בעניין זה, כמו במקרים אחרים המוסדרים על-ידי דיני הנזיקין, עשויה להתעורר שאלת הבטחת השימוש הראוי של כספי הפיצויים. שאלה זו, אינה מייחדת את תיקי ההולדה בעוולה. בפועל, מתקיימים מצבים שונים שבהם לא יינתן מענה מספק לצרכיו של הילד באמצעות התביעה הנזיקית שיגישו הוריו, אולם תוצאה זו היא בלתי נמנעת. קושי להבטיח שימוש ראוי בפיצוי שמקבל אדם, גם בגיר ועצמאי, קיים מעצם העובדה שהפיצוי הרגיל מוענק מראש ובסכום אחד. דיני הפיצויים יוצאים מתוך ההנחה כי חזקה על כל ניזוק שיכלכל את מעשיו באופן שהפיצוי יציע לו מענה ראוי ומתמיד לצורך להיטיב את נזקיו בעתיד.

ועדת מצא פנתה בהמלצה למחוקק "להסמיך את בית המשפט לכלול בפסק דינו הוראות לעניין השימוש בכספי הפיצויים, ככל שימצא בית המשפט לנכון לשם הבטחת צורכי היילוד. כן מוצע לקבוע בחוק, כי הפיצויים המיועדים להבטיח את צורכי היילוד, לא ייחשבו כחלק מרכושם של ההורים, במצב של פשיטת רגל; לא יהוו חלק מעיזבונם; ולא יהיו ניתנים לעיקול, לשעבוד או להמחאת זכות מכל סוג שהוא" (דו"ח הוועדה, בעמ' 62). בהמלצות אלה יש טעם רב, לא רק בעילה זו, אלא גם באופן כללי יותר. יש לקוות כי המחוקק אכן יענה לקריאה; וכי עד לאותה עת, יפתחו בתי המשפט את המנגנונים המתאימים בכלים העומדים לרשותם.

סיכום

76. מן הטעמים שפרטנו, מצאנו כי אין מקום עוד להכיר בעילת תביעה עצמאית של הילד בגין "חיים בעוולה". לעומת זאת, ההכרה בעילתם של ההורים בגין "הולדה בעוולה" שרירה. מצד העיקרון, עילה אחרונה זו אינה מגבילה עצמה על פי חומרת המוגבלות שעימה נולד הילד, וזאת בדומה לעילתו של הילד לפי גישת הנשיא ברק בעניין זייצוב. עם זאת, יש לזכור כי בפועל, מובילה דרישת הקשר הסיבתי לתחימה

מסוימת של עילת התביעה – שכן במסגרת שתי התביעות יש להוכיח כי המוגבלות היתה מובילה להפסקת הריון המותרת לפי הדין.

77. סופו של דבר, ההכרה בעילתו של הילד בגין "חיים בעוולה" אינה מתאפשרת על-פי כללי המשפט והיא אף עומדת בסתירה לעקרונות יסוד של השיטה, ובהם עקרון קדושת החיים, ההגנה על כבוד האדם וההכרה בזכותם של אנשים בעלי מוגבלות לכבוד ולשוויון. יחד עם זאת, ניתן להציע מענה משמעותי, לרוב רובם של צרכי הילד הנובעים ממוגבלותו, במסגרת עילת תביעתם של ההורים.

תם ולא נשלם: במסגרת הכרעה עקרונית זו, לא נדרשנו, מלכתחילה, לשאלת אחריותם הספציפית של מי מהנתבעים בתיקים שלפנינו. שאלות אלה תתבררנה בהרכבים אחרים ובכל תיק בנפרד.

### המשנה-לנשיא

#### הנשיאה (בדימ') ד' ביניש:

אני מסכימה לפסק הדין המקיף של חברי המשנה לנשיא א' ריבלין. הסוגיה שהונחה לפתחנו היא מן הקשות והמורכבות בהיבט המשפטי, הערכי, המוסרי והחברתי. בית משפט זה התמודד עם סוגיה זו בפסק הדין החשוב בע"א 518/82 זייצוב נ' כץ, פ"ד מ(2) 85 (1986) (להלן: עניין זייצוב), ועמד על כך חברי בהרחבה. באותו פסק דין הכיר אמנם בית המשפט בקיומה של עילת תביעה לילד שנולד, והוא בעל מגבלות שלא אובחנו בשל התרשלות בגילוי המום לפני ההתעברות או הלידה. חשוב להבהיר, כי גישות שופטי הרוב בעניין זייצוב לא נתכוונו, כמוכן, לפגוע במעמדם או בזכויותיהם של בעלי מוגבלויות, ובגישותיהם השונות אף לא הפחיתו מהתפיסה המכירה בערך חיי אדם, שהוא ערך מקודש בעיני המשפט הישראלי מאז ומתמיד. פסק הדין באותה פרשה ביקש למצוא פיתרון משפטי מעשי שיאפשר מתן פיצוי לילדים ולהוריהם העומדים מול הצורך להתמודד עם מגבלות הכרוכות לא אחת בסבל רב ובהוצאות כספיות ניכרות. אולם, שתי הגישות שאומצו על ידי שופטי הרוב בעניין זייצוב מעוררות קשיים לא מעטים, שעליהם עמד חברי המשנה לנשיא בפסק דינו. גישת המשנה לנשיא מ' בן-פורת בעניין זייצוב מעוררת קושי הנוגע לאופן הגדרת הנזק, ואילו גישתו של השופט (כתוארו אז) א' ברק מעוררת קושי לעניין הגדרת הקשר הסיבתי בין ההתרשלות לנזק. לפיכך, בחלוף למעלה מ-25 שנה ממתן פסק הדין בעניין זייצוב ניתן

לומר כי הניסיון היצירתי שנעשה בו לפתח את עילות התביעה הנזיקיות טרם הבשיל, ואפשר שפיתוח פסיקתי של דיני הנזיקין בעניין זה יתאפשר בעתיד. שוכנעתי כי לעת הזאת פסק הדין לא נתן מענה הולם לקושי הטמון בהכרה בעילת תביעה של ילד הטוען כי לידתו (או לידתו עם מום) היא הנזק שנגרם לו. ואמנם, המקרים שלפנינו - על מגוון השאלות המתעוררות בהם - מצביעים יותר מכל על הקושי הטמון בהכרה בעילת התביעה של "חיים בעוולה".

לפי תפיסתנו הערכית והחברתית כל אדם - יהיו מגבלותיו אשר יהיו - נולד בצלם וחייו הם בעלי ערך משל עצמם אותו יש לכבד. לפי תפיסתנו המוסרית אין ניתן לומר כי מוטב היה לו לאדם שלא נולד. בלבוש משפטי משמעותה של תפיסה זו היא כי אין להכיר בטענה כי עצם חייו של אדם הם הנזק שנגרם לו. יפים לעניין זה הדברים הבאים בדו"ח ועדת מצא:

"התפיסה המכירה בערך האדם באשר האדם ובקדושת חייו, כערך בפני עצמו, הוטמעה במשפטנו כחלק מתפיסה ערכית כוללת. עקרונות וערכי היסוד של שיטתנו מהווים מקור השראה לפרשנותם של מושגים בעלי "רקמה פתוחה" ו"גמישה"; ו"נזק", כהגדרתו בפקודת הנזיקין כפי שפורטה לעיל, הוא אחד המושגים אותם ראוי לפרש ברוח העקרונות והערכים האמורים. לאמור: בשאלת ההכרה או אי ההכרה בעצם היוולדו של בעל מוגבלות כ"נזק", יש להכריע תוך התחשבות בשיקולי מדיניות משפטית, על פיהם ייבחנו הערכים והאינטרסים המתחרים; כשקביעת נקודת האיזון בין האינטרסים הפרטיים לבין האינטרס הציבורי הכללי תושפע מתפיסות היסוד של השיטה המשפטית ומשיקולים ערכיים. עמדתנו היא, כי ההתחשבות בשיקולים אלה מובילה למסקנה, כי יש להימנע מהכרה בעמדה הרואה "נזק" בעצם הולדתו של אדם בעל מוגבלות" (ראו דו"ח הוועדה הציבורית בנושא "הולדה בעוולה", עמ' 46).

עוד יצוין, כי שוכנעתי בעמדתו של חברי המשנה לנשיא, לפיה הכרה בעילת התביעה של ההורים בגין "הולדה בעוולה" תאפשר מתן פיצוי שיענה על חלק ניכר, וייתכן שאף על רוב, צרכי הילד; ואפשר שיש להרחיב במתן פתרונות על ידי הסדרים חלופיים כהמלצת הוועדה הציבורית, אולם עניין זה צריך להיבחן שלא במסגרת פסק דין זה.

לפיכך, אני מצטרפת בהסכמה לפסק דינו של חברי המשנה לנשיא, שנראה כי לעת הזו הוא מביא תשובה עקבית, המצויה במסגרת הנזיקית המקובלת, לשאלות



שהתעוררו לפנינו, ואף מציג פתרונות מעשיים לקשיים המתעוררים בתביעות מסוג זה. יחד עם זאת, גם פסק דין זה אינו סוף פסוק, ודומה שגם אם מתבקשת יצירתיות נוספת בפיתוח עילות התביעה הנוגעות להעדר גילוי מוקדם של מומים בעובר אפשר שהעת טרם בשלה לכך. זאת ועוד, השאלות שיתעוררו בתביעות ההורים בגין הולדה בעוולה, שלחלקן רמז חברי בפסק דינו, ודאי ישובו ויעסיקו את בתי המשפט בעתיד.

### הנשיאה (בדימ')

#### הנשיא א' גרוניס:

אני מסכים לפסק דינו של חברי, המשנה-לנשיא א' ריבלין.

### ה נ ש י א

#### השופטת מ' נאור:

1. אני מסכימה לחוות דעתו המקיפה של חברי המשנה לנשיא א' ריבלין.
2. אשר להוראת המעבר ולפסקה ט"ז לחוות דעתו של חברי השופט א' רובינשטיין: לדעתי אין מקום להכריע, במסגרת הוראת המעבר בהליך שלפנינו, בשאלה מה דינה של תביעת היילוד שטרם הוגשה, שלגביה חלפה לכאורה תקופת ההתיישנות. בעלי הדין הנכונים לעניין שאלה זו – אינם בפנינו. נחצה את הגשרים כשנגיע אליהם.

### ש ו פ ט ת

#### השופטת ע' ארבל:

1. פסק דינו של המשנה לנשיא א' ריבלין הוא אבן יסוד בסוגית ההולדה בעוולה המקפלת בתוכה שתי עילות תביעה נפרדות, עילת התביעה של הילד, המכונה "חיים

בעוולה", ועילת תביעתם של ההורים, המכונה "הולדה בעוולה". פסק הדין עוסק בשאלות עקרוניות שהמרכזית, הקשה והרגישה שבהן עניינה בקשיים המתעוררים מעילת "החיים בעוולה" המעלה את סוגיית משמעות אי החיים אל מול חיי נכות וסבל, מצב החיים אל מול מצב המוות. כאן ניצבת בכל עוצמתה השאלה אם אנו כשופטים יכולים לקבוע כי קיימים מצבים, גם אם נדירים הם, אשר בהם עדיף לא לחיות מאשר לחיות חיים בסבל, או כלשונו של הנשיא ברק חיים במום. חברי עמד בהרחבה על השיקולים המשפטיים והערכיים של מדיניות ציבורית שאינם תומכים בעילת "חיים בעוולה", ועל המצב במדינות השונות. מצטרפת אני לעמדתו כי לאור שיקולים אלו אין להכיר בעילה של "חיים בעוולה". מלבד הקשיים המשפטיים המתעוררים במסגרת עילה זו, הרי שהקביעה כי הגדרת החיים עצמם של הניזוק, וגם אם אלה חיים במום, כחיים שמוטב היה לו – לילוד – שלא היה נולד כלל, היא קשה ופוגעת בקדושת החיים ובכבוד האדם.

2. אני מצטרפת לקביעת חברי כי הצורך במתן מענה לצרכיו הרפואיים, השיקומיים והסיעודיים של הילד יכול למצוא פתורונו במסגרת תביעת הוריו בגין "הולדה בעוולה", שאינה מעוררת את הקשיים המשפטיים והעקרוניים הכרוכים בהכרה בתביעתו של הילד. ההורים הם הנפגעים הישירים מכך שילדם נולד עקב התרשלות. הולדתו נושאת עמה בהכרח פגיעה בהורים. אני מסכימה עם מסקנת חברי כי במקרה זה עומדת להורים הזכות לבחור שלא להביא לעולם ילד עם מוגבלות באמצעות הפלה חוקית ומותרת על פי הדין. זאת, מבלי להיכנס לסבך השאלות המוסריות הכרוכות בבחירת ההורים להימנע מלגדל ילד בעל מוגבלות.

3. התלבטתי באשר לסוגייה שעניינה בהוכחת הקשר הסיבתי בתביעת "הולדה בעוולה". על מנת להוכיח קיומו של קשר סיבתי בעילה מעין זו יש להראות ראשית כי ועדה להפסקת היריון היתה מאשרת להורים את הפסקת ההיריון לו היו העובדות על מומו של העובר ידועות. בכך לא מתעורר קושי. עם זאת, יש להוסיף ולהראות כי אלמלא ההתרשלות היו ההורים בוחרים להפסיק את ההיריון. השאלה, כפי שהתעוררה כבר בעבר היא אם לא ראוי היה לוותר כליל על הדרישה להוכחת עניין זה. גם חברי מסכים כי העמדת ההורים על דוכן העדים והעדתם כי היו בוחרים להפסיק את ההיריון אם היה בפניהם המידע הרפואי הרלבנטי, מעוררות קשיים משמעותיים. קיים קושי להוכיח בדיעבד ובאופן אמין שרשרת סיבתית עובדתית היפותטית, של זוג ההורים המתייחסים לנושא במבט לאחור בשלב שהם כבר יודעים על התוצאות הנזיקיות. אמנם קושי זה אינו ייחודי לתביעות הולדה בעוולה, אך בשל העוצמות הרגשיות הנלוות לתביעות מעין אלו סבורתני כי אף הקושי המעשי מתעצם בהן. האם באמת יכול אדם

להשיב במבט לאחור האם היה מפיל את העובר שכרגע הוא ילדו החי והאהוב הגדל עימו? האם יכול אדם לשער מה היה עושה במצב בו היה הילד עדיין עובר, והיה נודע על המום ממנו הוא סובל? יתרה מכך, בתביעות בגין "הולדה בעוולה" מתעצם הקושי, כפי שעמד על כך חברי, משני טעמים נוספים. ראשית, הקושי הנפשי והמוסרי שנתקלים בו ההורים הנדרשים להעיד כי היו בוחרים להפיל את ילדם, החי והאהוב כעת, קושי שאף עלול לפגוע בילד עצמו, שעשוי להיחשף לעדות בשלב כזה או אחר של חייו. שנית, עולים קשיים בתחום המדיניות הציבורית, הן בשל החשש כי שלב הוכחה זה יכביד על מגזרי אוכלוסיה מסויימים אשר יש הנחה כי לא יטו להפיל את ילדם; הן בשל החשש כי דרישה זו תפגע דווקא בהורים הנכונים לגדל ילד בעל מוגבלות.

4. בחנתי אם לא נכון היה לאמץ את הגישה הסוברת כי יש לוותר על חלק זה של הוכחת הקשר הסיבתי (ת"א (מחוזי י-ם) 3198/01 פלוני נ' עיריית ירושלים (לא פורסם, 12.5.08), השופט דרורי; ת"א (מחוזי ת"א) 1226/99 א' ל' נ' יניב (לא פורסם, 29.3.05), השופט בנימיני). אכן, יש בכך משום סטייה מסוימת מהנתיב הרגיל של דיני הנזיקין. עם זאת סברתי כי אפשרות זו עשויה להיות לגיטימית ומתאימה למטריה בה עסקינן, הן בשל שיקולי מדיניות ציבורית, הן לאור ייחודה ומורכבותה של עילה זו. כך למשל שימשה מורכבות זו של עילת "ההולדה בעוולה" את המשנה לנשיא כדי לקבוע שיש לחייב את הנתבעים בהוצאות העודפות בלבד, ולא בכלל הוצאות גידול הילד הניזוק. בנוסף אני בספק אם דרישה זו עשויה לסייע לחקר האמת, ולכן אם תוכל לקדם את הצדק במקרה הספציפי, וזאת בשל הקושי, כאמור, להוכיח מה היה ההורה עושה לו היה יודע על המום בו לוקה עוברו, כאשר ספק אם הוא עצמו יודע בבירור כיצד היה נוהג. למרות האמור, בסופו של יום החלטתי להצטרף לעמדתו של חברי, הן בשל הרצון ללכת בתלם של דיני הנזיקין, הן בזכות ריכוך הדרישה על ידי חברי בשניים: ראשית, בקביעה כי בהוכחת עמדתה של הוועדה להפסקת הריון להתיר הפלה במקרה המסוים תקום חזקה הניתנת לסתירה בדבר עמדתם של ההורים ביחס לביצוע ההפלה; ושנית, בקביעה כי סתירת חזקה זו לא תיעשה רק באמצעות נתונים כלליים, כגון השתייכות דתית-מגזרית. אוסיף לכך כי לטעמי על בתי המשפט הדנים בתביעות "הולדה בעוולה" לנהוג בסוגיה זו באופן זהיר ורגיש, לתת משקל לאינדיבידואל שאינו קשור בהכרח בהכרעות הכלליות של המגזר אליו הוא משתייך, ולנהוג בגמישות מסוימת עד כמה שהדבר ניתן, ביישום דרישה זו במסגרת הוכחת הקשר הסיבתי. עניין לנו בדיני הרשלנות שיש להתאימם למציאות החיים המשתנה והקשה.

כאמור, אני מצטרפת לפסק דינו של המשנה לנשיא.

## ש ו פ ט ת

השופט ס' ג'ובראן:

אני מסכים לחוות דעתו המקיפה והמאלפת של חברי המשנה לנשיא א' דיבלין.

## ש ו פ ט

השופט א' רובינשטיין:

א. הנושא שלפנינו משיק לשאלות הגותיות-פילוסופיות בדבר הקיום האנושי, אולי בדומה לבית שמאי ובית הלל אשר נחלקו "שתי שנים ומחצה" בשאלה, אם "נוח לו לאדם שלא נברא יותר משנברא" (בבלי עירובין יג ע"ב); שאלות קשות הגותיות, קשות משפטית וקשות אנושית. בדברי חכמים הושגה הכרעה: "נמנו וגמרו: נוח לו לאדם שלא נברא יותר משנברא, עכשיו שנברא - יפשפש במעשיו. ואמרי לה [ויש אומרים]: ימשמש במעשיו" (שם; וראו רש"י, שם; מטילת ישרים (לרבי משה חיים לוצאטו (איטליה-הולנד-ארץ ישראל, המאה הי"ח) פרק שלישי); תורף הדברים, כי משנברא האדם חובתו היא חיפוש הטוב וביעור הרע, תוך בחינה עצמית מתמדת. ענייננו שלנו מצומצם מן השאלה הקיומית המובאת מעלה, המתייחסת לחיי כל אדם באשר הוא, והוא נוגע למי שבא לעולם כשהוא לוקה בלקויות קשות; ביסודו מצב דברים בו מצהירים ההורים, כי אילו היו יודעים מראש (*ex ante*) מה יהיה מצבו של היילוד היו נמנעים מהמשך ההריון, והחברה מאשרת (באמצעות הוראות סעיף 316 לחוק העונשין, תשל"ז - 1977) כי מדובר בבחירה לגיטימית. ואף על פי כן, מתעוררות השאלות מן העולם הערכי, הפילוסופי, המוסרי והדתי כשהן שלובות עם שאלות שתוצאותיהן כלכליות - באופן שההכרעה המשפטית משמיעה (ולמצער עשויה להשמיע) גם בחירה ערכית, ומכאן ייסורי השגתה.

ב. בהקשר זה סבורני, כי דוקא תיאור אחר בדבר הקיום האנושי מאפיין פסק דין זה. את הפסוק "נִיּוֹצֵר ה' אֱלֹהִים אֶת הָאָדָם" (בראשית ב', ז'), מפרש התלמוד: "אוי לי מיוצרי ואוי לי מיצרי" (בבלי ברכות סא ע"א): אשרור העילה של "חיים בעוולה" (wrongful life) מעורר קשיים משפטיים עיוניים מורכבים, אשר חברי המשנה לנשיא (גם בעקבות המקובל במדינות אחרות) מבקש אל נכון להימנע מהם ומכאן הכרעתו - וגישה זו ננקטה גם בדעת הרוב של "הועדה הציבורית בנושא הולדה בעוולה" (להלן ועדת מצא) בדין וחשבון החשוב ומאיר העיניים שכתבה (חשוב גם בדעות המיעוט), ושלדידי נודע לו מקום מיוחד בהכרעתנו; ומנגד, ביטולה של העילה, כהצעת חברי, אף אם הוא בא כשבצדו עילה מורחבת של "הולדה בעוולה" (wrongful birth), אינו קל בעיקר במישור המעשי. הרחבתה של עילת ההולדה בעוולה כדי שתענה על הקשיים המעשיים, או על חלקם, כפי שניתן לראות בחוות דעתו של חברי המשנה לנשיא - עלולה לעורר גם היא קשיים משפטיים שונים, אשר בחלקם אגע בהמשך.

ג. אשר לקשיים: לדוגמה, במישור המשפטי, בכואו לנמק את הגבלת הפיצוי בעילה של "הולדה בעוולה" להוצאות העודפות בלבד (ההוצאות שמוציאים ההורים מעבר להוצאות הרגילות המתלוות לגידול ילד), אף שגם את ההוצאות הרגילות ניתן אולי לקשור סיבתית למעשה העוולה (ראו פסקאות 56-57), מציין חברי המשנה לנשיא, כי "גם התוצאות החיוביות של הולדת הילד צריכות לבוא לידי ביטוי" (פסקה 59), ושוב נמצאנו נדרשים לכימות ערכו של הקיום האנושי - דבר שממנו ביקשנו להימנע. זאת ועוד, על מנת להגיע לתוצאה שהיא בנסיבות צודקת (ככל הניתן), מוכן חברי לפצות את הורי היילוד בגין הוצאותיהם "למשך כל תוחלת חייו [של היילוד]" (פסקה 60, ההדגשה במקור - א"ר), אף שמעשית-נזיקית-משפטית דומה כי ככל שמדובר בתביעת ההורים לפצותם בגין תמיכתם ביילוד ניתן היה להגבילה למשך תוחלת חייהם שלהם (לשיטת הרוב בוועדת מצא ניתן לבסס הכרעה זו על ההנחה, כי ההורים "יחסכו פרוטה לפרוטה במהלך חייהם, במטרה להבטיח את צרכיו של היילוד גם לאחר מותם"; עמוד 64).

ד. הוא הדין לזיהוי הוצאות המחיה ("ההוצאות הרגילות") של היילוד שבגר כזהות לשכר הממוצע במשק (במקרה של אבדן כושר מוחלט) - מדד אשר ככלל מאפיין הכנסות צפויות הנמנעות ממי שנפגע בעצמו ממעשה עוולה, אך לאו דווקא את גובה הוצאות המחיה הבסיסיות שהזולת מוציא על החזקתו (אם כי גם עמדה זו ננקטה בדעת הרוב בוועדת מצא, עמוד 61); בהקשר זה ספק בעיני, אם אמת המידה הרגילה בפסיקת מזונות לפי סעיף 4 לחוק לתיקון דיני המשפחה (מזונות), תשי"ט - 1959 (אליו מפנה חברי המשנה לנשיא בפסקה 60) או לפי סעיף 57(א)(2) לחוק הירושה, תשכ"ה - 1965

(אליו נדרש בפסקה 75) היא השכר הממוצע במשק (לשיעור המזונות השוו ע"א 4480/93 פלוני נ' פלונית, פ"ד מח(3) 461; ש' שילה, פירוש לחוק הירושה, תשכ"ה - 1965 (חלק שני, תשנ"ה) 37-38). ואטעים: אינני בא לומר חלילה, כי יש לנקוט בגישה המצמצמת את גובה הפיצוי בסוגיות אלה, נהפוך הוא - העיקרון האנושי ושיקולי הצדק העומדים ביסוד חוות דעתו של חברי המשנה לנשיא (כמו גם של דעת הרוב בועדת מצא) ברור ומקובל גם עלי; ואולם גם אין להתעלם מהקושי העיוני העולה מהתאמת עילת התביעה של ההורים בגין "הולדה בעוולה" למציאות בה עילת התביעה של היילוד בגין "חיים בעוולה" בטלה.

ה. במישור המעשי נדרש חברי, בין היתר, לשאלה כיצד מבטיחים שפיצוי ההורים בעילה של הולדה בעוולה אכן יבטיח גם את עתידו של היילוד (ראו פסקה 75). שאלות אלה קשות לפתרון, שהרי מה ייעשה - לדוגמה - כשההורים חסרי אחריות או בזבזנים ויותירו את היילוד חסר כל על ידי שימוש המכלה את הכסף. אומר כבר כאן, כי לדידי קיימת תשתית משפטית מספקת לצורך קביעתם של הסדרים אשר יבטיחו אינטרס זה: גם כיון שאם זכאות ההורים נובעת מחובות שונות אשר הדין מטיל עליהם (ראו לדוגמה פסקה 60 לחוות דעתו של המשנה לנשיא) לא יהא זה בלתי סביר לכרוך בין הפיצוי לבין חובות אלה (אף בהקשר זה הציעה דעת הרוב בועדת מצא הסדרים ייחודיים, ראו עמוד 62). קושי משמעותי נוסף, למצער במישור העקרוני, נוגע ליילוד אשר אין לו הורים שיתבעו בעבורו (עניין אשר דעת הרוב בועדת מצא נדרשה לו בעמוד 60), או כאשר ההורים עצמם נקלעים לפשיטת רגל, ועוד על זו הדרך.

ו. לשון אחר, מעבר למורכבות המשפטית, חוות דעתו של המשנה לנשיא, אף שהיא מבקשת להבטיח את עתידו של היילוד באמצעות תביעת הוריו, עלולה להותיר, בניגוד לכוונתה כמובן, מקרים בהם יילוד שכיום היה זוכה לפיצוי יוותר בחוסר כל - והרי הרשלנות היא אותה רשלנות וההוצאות שבאו בעקבותיה הן אותן הוצאות (זאת אף אם נימנע משימוש במושג המשפטי "נזק"). בל נכחד, שופטי הרוב בעניין זייצוב (ע"א 518/82 זייצוב נ' כץ, פ"ד מ(2) 85) היו מודעים לקשיים השונים הכרוכים בעמדות שהציגו, אך בחרו לנקוט עמדה שאף אם בצדה קשיים תיאורטיים, היא מבטיחה את כיסוי ההוצאות המרובות אשר נגרמו כתוצאה מטיפול רשלני של רופא כמובנו של משפט זה במסגרת דיני הנזיקין; לקשיים ראו גם פסקה 42 לעמדת המיעוט בועדת מצא של עו"ד פוזנר.

ז. בהקשר זה, עמדתו של השופט (כתארו אז) ברק בעניין זייצוב מציעה מנגנון פיצוי ברור ופשוט יחסית ליישום, הנמנע מכניסה לדילמות אתיות מורכבות (ראו גם ע'

אזר וא' נירנברג, רשלנות רפואית (מהדורה שניה, תש"ס) 287; אם כי, כאמור, קשייו המשפטיים בצדו (ראו דבריה של המשנה לנשיא בן פורת בעניין זייצוב עמוד 105; כן ראו ר' פרי, "להיות או לא להיות: האם זו השאלה? תביעות נזיקין בגין 'חיים בעוולה' מטעות קונספטואלית", משפטים ל"ג (תשס"ג) 507, 559-560; ע' שפירא, "הזכות לא להיוולד בפגם" בתוך דילמות באתיקה רפואית (ר' כהן-אלמגור עורך, תשס"ב) 235, 248). לא אכחד, כי שבתה את לבי המחשבה להציע כי נמשיך ללכת בדרך סלולה זו, כשיטת השופט ברק, בשינויים מסוימים, חרף קשייה העיוניים – עד להסדרה מלאה של הנושא. כל עוד לא יוסדר הנושא הסדרה מלאה, מחליפים אנו שיטה בעלת קשיים עיוניים ותיקוף מעשי, בשיטה שאין בה קשיים עיוניים כאלה אך מעוררת שאלות מעשיות, כאמור. השופטים אשר דנו בעניין זייצוב לפני קצת למעלה ממחצית יובל, ידעו כי לפנייהם משימה קשה; אך הם ביקשו לסייע מעשית למי שגורלו המר לו, מקום שרשלנות אכן היתה, אף אם עצם יצירתו של עובר בעל לקויות לא באה מידו של הרופא אלא מאת "החותך חיים לְכָל חיי" (כלשון הפיוט לראש השנה ויום הכיפורים).

ח. ואף על פי כן, המצב שנוצר לאחר פסק הדין בעניין זייצוב - לרבות השוני בפסיקת בתי המשפט המחוזיים, בין היתר "בתפר" שבין דעות המשנה לנשיא בן-פורת והשופט ברק בעניין זייצוב - מחייב הכרעה והסדרה, ולא בכדי עסקינן בהליך זה במספר תיקים גדול הטעון פתרון. עוד בשנת 1993 ציין בית משפט זה:

"ששופט מחוזי שבאה בפניו תביעה כזאת עומד בפני מספר אפשרויות... בכל אחד מהמקרים לא יחטא נגד הוראת ס' 20(ב) לחוק יסוד: השפיטה הקובע כי 'הלכה שנפסקה בבית המשפט העליון מחייבת כל בית משפט, זולת בית המשפט העליון'" (ע"א 913/91 אזולאי נ' מדינת ישראל (לא פורסם) פסקה 3 - השופט מלך; ראו גם ע"א 119/05 אמין נ' מדינת ישראל (לא פורסם)).

שנות דור חלפו מאז ניתן פסק הדין בעניין זייצוב, וכפי שציינו חברי ועדת מצא: "היעדר הכרעה, כפי שכבר צוין, הותיר את השדה המשפטי פרוץ" (עמוד 17); מצב זה, בו גורלה של תביעה תלוי בהכרעות השופט - ואולי לא למותר לציין: השופט המקרי - שבפניו היא מתבררת "על פי טעמו ותפיסת עולמו" (כלשון הועדה בעמוד 17), קשה להלמו; וטרוניה כלפיו נשמעה גם מפי עורכי הדין העוסקים בתחום במהלך הדיון שנערך בפנינו (ביום 31.1.12); ולא אמנע מאמור כאן, כי הדעות התומכות באשרור עמדת השופט ברק בעניין זייצוב באו בכללן - הן לפנינו הן בוועדת מצא - מצד עורכי הדין המייצגים, ככלל, תובעים. אכן, דעת הרוב מקרב חברי ועדת מצא הציעה, "כאפשרות ראשונה ומועדפת" (עמוד 60), לכונן בחקיקה הסדר סוציאלי אשר יבטיח

את צרכיהם של מי שנולדו עם לקות הגורמת למוגבלות תפקודית - וכמובן שיש ברכה רבה בהסדר כאמור; ועוד הציעה, כחלופה, הסדר נזיקי חקוק, ואף בכך יש חיוב רב. ואולם, כבית משפט הדין בתיקי נזיקין בהתאם לדין הקיים והמצוי, חוששני כי אין מנוס מקביעת הלכה משפטית בגדרי דיני הנזיקין. זאת, חרף הקשיים הקיימים בצדה של כל אחת מהחלופות, ועד לחקיקה - כזאת או אחרת - שהייתי מפציר במחוקק ישראלי רגיש ואכפתי להגיע אליה בהקדם האפשרי.

ט. בסופו של יום ראיתי להצטרף במישור העקרוני להכרעתו המנומקת של חברי המשנה לנשיא, שביסודה לעת הזאת החלק העקרוני-משפטי; זאת, תוך הצבעה על הקשיים וקריאה למחוקק לומר את דברו. מדובר בהכרעה מפורכחת המודעת לחסרונותיה וליתרונותיה של כל אחת מהחלופות, ומבקשת - מתאמצת - להבטיח, כי ההתבססות על "ההיגיון המשפטי-נזיקי הרגיל" (שתכליתה גם להימנע ככל הניתן מן הקשיים העיוניים והתוצאתיים של חוות הדעת השונות בעניין זייצוב) לא תביא לתוצאה מעשית שאינה צודקת. הלכתי בדרך זו, גם מתוך שעמדת חברי עולה בקנה אחד עם עמדת רוב חברי ועדת מצא בכל הנוגע לביטול העילה של "חיים בעוולה", ועם פסיקת בתי המשפט במדינות המשפט המקובל (כפי שסקרה הועדה בחוות דעתה, וכפי שסקר חברי בחוות דעתו). אף המסר הערכי העולה מהכרעת חברי - בין בכל הנוגע לקדושת החיים ובין בכל הנוגע ליחס כלפי אנשים בעלי מוגבלויות - תומך באימוצה. היא גם תואמת (כפי שיוצג בקצרה בהמשך) את מה שניתן אולי להגדיר כעמדת המשפט העברי, מורשתנו המשפטית. העמדה העולה מהכרעתנו היא, כי איננו מותירים אנשים עם מוגבלויות בקטגוריה של "נוח לו שלא נברא", ועלינו לכבד את צרכיהם ולהשתדל לספקם, בלא להדביק תוית של דחייה חברתית של "נוח לו שלא נברא", אלא כאדם רצוי.

וְטוֹב מִשְׁנִיָּהֶם אֶת אֲשֶׁר עָדָן לֹא הָיָה" (קהלת ד', ג')

י. ההכרה בעילה של "חיים בעוולה" מחייבת כאמור דיון בשאלות ערכיות כבדות משקל, אשר את התשובה להן ניתן אולי למצוא "בתחום הפילוסופיה - המוסר - התיאולוגיה" (בהיקש לדברי השופט גולדברג בעניין זייצוב, עמוד 128). אכן, בספרות ההלכה אנו מוצאים גם עמדות - המבוססות על תפיסת עולם דתית - לפיהן ליילוד פגוע מאוד, אשר תוחלת חייו קצרה ביותר, "טוב לו שנולד משלא נולד כלל, דהא [שהרי] הנולדים באין לעולם הבא" (ראו שו"ת אגרות משה (לרבי משה פיינשטיין, רוסייה-ארה"ב, המאה הכ') אבן העזר חלק ראשון סימן ס"ב); אם כי קיימת בקרב פוסקים



חשובים גם התייחסות נרחבת ומשמעותית (בקשר להפסקת הריון) לחיי הסבל הנגזרים על יילוד זה, ובמידה רבה גם על סביבתו הקרובה:

"האם יש צורך, צער וכאב, יותר גדול מזה של נידוננו, אשר יגרם לאם בהולד לה יצור כזה, שכולו אומר יסורים ומכאובים ומיתתו בטוח במשך מספר שנים, ועיני ההורים רואות וכלות באין לאל ידם להושיע? (וברור שלא משנה ולא מפחית כלום באם היילוד הזה ילקח למוסד מיוחד ולא יתנו גישה להורים עד מותו). ומתוסף לזה פיתולי היסורים והמכאובים של היילוד בעצמו שלא עלינו כל מום בו. ולכן אם יש להתיר על פי ההלכה הפסקת הריון בגלל צורך גדול ובגלל כאבים ויסורים, נראה שזהו המקרה הקלאסי ביותר שיש להתיר" (שו"ת צ"ק אליעזר (לרבי אליעזר וולדנברג, ישראל, המאה ה'כ') חלק י"ג סימן ק"ב).

המציאות האנושית גם מזמנת מקרים שבהם החיים אינם קצרים, אלא נמשכים ללא תקוה עשרות שנים, על כל הסבל הכרוך בכך - לעתים להורים במיוחד, כי היילוד אינו מתקשר. ואמנם, קולמוסים רבים נשתברו בגדרי המשפט העברי בבירור שאלות אלה במבט צופה פני עתיד (ובפרט בנוגע להפלות; ראו, לדוגמה, הרב א' ליכטנשטיין, "הפלות מלאכותיות - היבטי הלכה", תחומין כ"א (תשס"א) 93). חוות הדעת של רוב חברי ועדת מצא כללה התייחסות למספר מקורות מוכרים המתייחסים לשאלת "כדאיות החיים", דוגמת דברי שלמה המלך "נְשַׁבַּח אֱנִי אֶת הַמַּתִּים שֶׁכָּבַר מֵתוֹ מִן הַחַיִּים אֲשֶׁר הִנֵּה חַיִּים עֲנָנָה" (קהלת ד', ב'), ודברי יונה הנביא, אשר שאל את נפשו למות ואמר "טוב מותי מְחַיִּי" (יונה ד', ח'), אם כי לשיטתם "אין ספק שמאמרים אלו מתייחסים לצדדים מוסריים ותיאולוגיים בלבד" (עמוד 65), וכבר עמדנו מעלה על ההבחנה בין השאלה הפילוסופית לבין המצבים העומדים להכרעתנו. השאלה, מתי "נְנַכְחַר מִנְת מְחַיִּים" (ירמיה ח', ג'), או "הַמְּחַפִּים לְמִנְת נְאִינְנוּ נִיחַפְּרָהּ מִמְּטָמוֹנִים" (איוב ג', כ"א), היא שאלה שלא הוכרעה, ועם זאת החיים הם "חֵלֶק אֵלֹהִים מְקַעֵל" (שם ל"א, ב'); ראו מ' גרינברג, "ערך החיים במקרא" בתוך קדושת החיים וחירוף הנפש: קובץ מאמרים לזכרו של סגן אמיר יקותיאל (י' גפני וא' רביצקי עורכים, תשנ"ג) 35). למשל, ישנם חולי מחלות ניווניות שחיהם אינם חיים והמצפים להיגאל מייסוריהם, וישנם ההופכים את עומק הייסורים למנוף לפעילות יוצרת (ראו כתביו המאלפים והמרגשים של ד"ר רחמים מלמד-כהן, חולה ALS ויוצר כמעין המתגבר).

י"א. סיפורי התנ"ך וסיפורים נוספים המופיעים במקורות מאוחרים יותר מלמדים, כי לא תמיד עדיפים החיים על היעדרם: כך לדוגמה דברי המלך שאול "לְנֶשֶׂא כְלָיו,

שְׁלֶף חֶרֶבְךָ וְדָקְרָנִי בָּהּ פֶּן יָבוֹאוּ הָעַרְלִים הָאֵלֶּה וְדָקְרָנִי וְהִתְעַלְלוּ בִּי” (שמואל א', ל"א, ד'); או הסיפור בדבר אותה אשה "שהזקינה הרבה" ואמרה לאחד מחכמי המשנה: "הזקנתי יותר מדי ומעכשיו חיים של נוול הם, שאיני טועמת לא מאכל ולא משקה ואני מבקשת להפטר מן העולם" (ילקוט שמעוני דברים פרק י"א רמז תתע"א). לא למותר לציין, כי מעשים אלה שימשו את פוסקי ההלכה בדונם בשאלות בנות זמננו הקשורות להארכת חיים וקיצורם (ראו, בהתאמה, הרב י' זילברשטיין, "מתן מורפיום לחולה סופני הסובל מחנק" אסיא ט"ו (תשנ"ז) 52; הרב י' זילברשטיין, בתוך צהר: קובץ תורני מרכזי ג' (תשנ"ח) רי"ח). כאז כן היום, כמשפט העברי כמשפט המערבי, השיקולים ידועים והדילמות קשות.

י"ב. ואולם, עדיין מקום יש להבחין בין השוואת חיים מלאי ייסורים לחיי בריאות ואושר, לבין השוואת חיים קשים ככל שיהיו למצב של אי-קיום. בודאי כך, שעה שמדובר בהשוואה שנועדה לחשב "גובה נזק" ושורתה התחתונה אמורה להיות סכום כספי. התייחסות מעמיקה לעצם האפשרות לדון בשאלות אלה ניתן, לדעתי, למצוא בדברי התלמוד הבבלי (ברכות י ע"א) לגבי המלך חזקיה אשר נמנע מפריה ורביה כיון שחזה שבניו עתידים להיות רשעים (המלך הרשע מנשה). בתשובה להסבריו של חזקיה אומר לו הנביא ישעיה: "בהדי כבשי דרחמנא למה לך [מה לך ולסתריו של הקדוש ברוך הוא]?"; ועל חופש הבחירה בנושאים מסוג זה נאמר, "שאינ נפשו של אדם קניינו אלא קניין הקב"ה שנאמר (יחזקאל י"ח, ד') 'הנפשות לי הנה'" (פירוש הרדב"ז (רבי דוד בן זמרא, ספרד-מצרים-צפת, המאה ה"ט"ז) לרמב"ם, הלכות סנהדרין י"ח, ו'). גם אם מוכן המשפט העברי להניח, כי במקרים מסוימים עדיף להימנע מהריון העשוי בסבירות גבוהה להביא ללידתם של ילדים פגועים, באים דברי הנביא ישעיה ומציגים עמדה בהירה לגבי היכולת לדון ולהשוות בין מצב של אי-קיום למצב של קיום, בעייתי ככל שיהיה, ומסקנתם, שאין אפשרות לחרוץ על כך דין; ואוסיף, כי בדברים אלה - באשר לסתריו של בורא עולם - נעשה שימוש בהגות הדתית גם לגבי תופעות היסטוריות בלתי נתפסות, כמו השואה, להבדיל.

י"ג. הסוגיה המשפטית של "הולדה בעוולה" או "חיים בעוולה" נדונה - במישור המשפטי-הלכתי במובחן מהמישור המוסרי-דתי - במשפט העברי (ראו, לדוגמה, ש' ילינק, "הולדה בעוולה - זכויות תביעה ופיצויים" פרשת השבוע 23 (תשס"א); הרב חיים וידאל, "הולדה בעוולה - פיצויי נזיקין בגין הולדת עובר בעל מום", תחומין ל"ב (תשע"ב) 222), והועלתה הבעייתיות של תביעה בעילה של "חיים בעוולה": "לפי ההלכה אין מקום לתביעת קטין" - במובחן מתביעת הוריו - "שנולד בעוולה, לא כנגד הוריו ולא כנגד רופא שנתן לאמו ייעוץ או אבחון בהיותה מעוברת" (וידאל, עמוד

231). ואולם, עיון במקורות ההלכתיים המובאים בחיבורים אלה עשוי לתמוך במסקנתו של ד"ר מיכאל ויגודה:

"האמת ניתנת להיאמר שמקורות המשפט העברי הקלסיים אינם עוסקים בשאלה זו" (כך בחוות דעתו אשר הוגשה לוועדת מצא בכותרת: "הרהורים על 'הולדה בעוולה' לאור מקורות המשפט העברי").

אפשר גם להבין מדוע: עיצובן של תביעות נזיקין מעין אלה שלפנינו הוא יליד העידן הרפואי והמשפטי המודרני, שבו מה שנותר מקדם בין סתרי שמים לגזירת גורל, ניתן היום לצפיה ולפענוח בכלי הרפואה והגנטיקה. אין זה פוטר פוסקים מודרניים מהידרשות לכך.

סוף דבר והערות מעשיות

ד"ד. המתוה אשר פירט בהרחבה חברי המשנה לנשיא הולך כברת דרך ארוכה לקראת הסדרה מנומקת, קוהרנטית וצודקת של הסוגיה האנושית והמשפטית המורכבת שלפנינו. ואולם, במובנים מסוימים עדיין ארוכה הדרך שעל בתי המשפט להמשיך ולסלול בהתאם למקרים שיובאו בפניהם (ואף חברי מציין זאת). דעת הרוב בוועדת מצא התייחסה להוראות נוספות שיש לכלול במתוה הנזיקי. ביסוד חלק מהן עומדת אותה התובנה העומדת ביסוד חוות דעתו של חברי; קרי, כי חלק משמעותי מהפיצוי להורי היילוד קשור קשר הדוק לעלויות הכבדות של הבטחת טיפול מיטבי בו, ומטרתו לאפשר להם לעמוד בהן באופן אשר ייטיב את מצבו ככל הניתן (ואולי אף ניתן לומר, לאפשר להם לעמוד בחובותיהם כלפי היילוד). במעגל הפנים-משפחתי התייחסה הוועדה לצורך להבטיח, כי הכספים אכן ישמשו לצרכי היילוד; במעגל החוץ-משפחתי התייחסה לצורך לשריין את הכספים מול צדדים שלישיים דוגמת נושים בפשיטת רגל (עמוד 62). שאלות נוספות קשורות למצב בו אין ליילוד הורים אשר יתבעו בשמו, ולמורכבויות נוספות שחברי ועדת מצא הצביעו עליהן.

ט"ו. שאלות אלה חורגות משאלת ביטולה או קיומה של עילת החיים בעוולה, שהיא השאלה המרכזית הנדונה בפסק דין (חלקי) זה. והרי בשלב זה איננו דנים בתיקים קונקרטיים, בשאלות של שיעור הפיצוי, וממילא גם לא בשאלות הנוגעות לייחודו למטרה לשמה ניתן. תשובות לשאלות אלה - ולמצער לחלקן - יוכלו בתי המשפט למצוא בדו"ח ועדת מצא, וראוי כי מסמך משפטי מקיף זה יעמוד לנגד עיני הדנים בתיקים אלה. ייתכן, שהפתרון להן יידמה כהעתקת הקשיים העיוניים מהדיון בעילת

התביעה לדיון בתרגום העילה המורחת הלכה למעשה - ואולם, שאלת עילת התביעה היא המונחת לפתחנו, וחזקה כי גם לתרגומה למעשה יימצא בהמשך מענה הולם. דעת הרוב בוועדה ציינה:

”השאלה אם ניתן להגיע להסדר ממין זה, ככל שיימצא ראוי, גם בכלים שיפוטיים, מסורה להכרעתו של בית המשפט העליון”.

אף שאני סבור, כאמור, כי יש מקום להסדרה חקיקתית של הסוגיה כולה והקריאה למחוקק תקוותי שטיפול על אוזניים קשובות, בין במתווה סוציאלית (שאינו מונח במכלול לפתחנו) ובין - למצער - בהסדרה בחקיקה של מתווה נזיקי שלם ומפורט; חובה על בתי המשפט להבטיח כי ביטולה של עילת החיים בעוולה בטרם ייקבע מתווה מקיף בחקיקה, לא יפגע בחובתם הראשונית - לעשות צדק בגדרי הדין. הדרך שנקבעה עוברת דרך ההורים; חובת בתי המשפט להבטיח, בכל מקרה ומקרה, כי התועלת תגיע ליילוד ותוקדש לו, ולא לכל עניין אחר.

הוראת המעבר

ט"ז. באשר להוראת המעבר שקבעו חבריי, חוששני כי בלא משים עלולה להיגרם בעקבותיה תקלה במקרים בהם לא הוגשה תביעה מטעם ההורים בהנחה שבהמשך (אולי לאחר התגבשות המצב הרפואי) תוגש תביעה מטעם היילוד - בהתאם להלכת זייצוב בפרשנות זו או אחרת ובהסתמך עליה - ועל כן, על פי דין, נותר מרווח שנים רבות. הוראת המעבר שבדעת הרוב מגנה על תיקים תלויים ועומדים שבהם לא הוגשה תביעת הורים, אך לא על תביעות שטרם הוגשו; ואם חלפה לגבי ההורים תקופת ההתיישנות של שבע שנים (תחת עשרים וחמש של היילוד), עשויה להישמע הטענה, כי תביעתם התיישנה. בכך היה אולי שיקול נוסף לזכות נטיית הלב הראשונית להותיר את הלכת זייצוב על כנה עד להסדרה כוללת. ואולם, למצער הייתי קובע, כי תוצאת פסק הדין לא תחול גם על מקרים שבהם לא הוגשה תביעת הורים למשך שנה מיום פסק הדין. לצערי רבו עלי חבריי, ועל כן אוכל רק לקוות שבתי המשפט ימצאו דרך להתמודד עם המצב שנוצר, לעניין טענות התיישנות (ככל שיועלו), בגדרי צדק.

בטרם חתימה

י"ז. פסק דין זה ניתן ביום פרישתו של המשנה לנשיא, השופט אליעזר ריבלין. הוא פורש לאחר ל"ו שנים - פעמיים ח"י - על כס השיפוט לכל דרגותיו, החל בשיפוט

תעבורה ועד הנה. תרומתו משתרעת על כל תחומי המשפט, שאין בקעה שלא התגדר בה. פסק הדין בו בחר ליום פרישתו הוא אופייני לתחום מרכזי במורשתו השיפוטית, תחום הנזיקין ובתוכו הרשלנות הרפואית. לאורך שנים רבות לעתיד ילוה את השפיטה הישראלית החותם שהטביע השופט ריבלין בדיני הנזיקין לכל ענפיהם, החל מתאונות הדרכים עליהן כתב גם ספר יסוד, ועד לנושא המורכב והרגיש המוכרע היום. בדברי חכמים קיום דיני נזיקין הוגנים - מה שבין אדם לחברו (בבלי בבא קמא ל ע"א) - הוא מיסודות החברה האנושית הצודקת. בעבודתו השיפוטית תרם השופט ריבלין לכך. מאחל אני לו, בהגיעו לשיבה, "עוד ינובון בְּשִׁיבָה דְּשָׁנִים וְנֶעְנָנִים יְהִיו" (תהלים צ"ב, ט"ו).

## ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינו של המשנה-לנשיא א' ריבלין.

תוצאת פסק-הדין – ככל שהיא נוגעת לביטול עילת התביעה של היילוד – לא תחול על תיקים תלויים ועומדים (לרבות התיקים שבפנינו) שבהם לא הוגשה תביעת הורים. השופט א' רובינשטיין סבור היה כי אין להחיל את תוצאת פסק-הדין למשך שנה מהיום, והשופטת מ' נאור מציינת כי אין מקום להכריע, במסגרת הוראת המעבר בהליך שבפנינו, בשאלה מה דינה של תביעת היילוד שטרם הוגשה.

ניתן היום, ז' בסיוון התשע"ב (28.5.2012).

המשנה-לנשיא

ה נ ש י א

הנשיאה (בדימ')

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט