



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לעורורים אזרחיים

ע"א 1326/07

עורעור שכנד

ע"א 572/08

ע"א 8776/08

ע"א 2600/09

ע"א 2896/09

ע"א 3856/09

ע"א 3828/10

כבוד הנשיהה (בדימי) ד' בינייש
כבוד הנשיהה א' גרוניס
כבוד המשנה לנשיהה א' ריבליין
כבוד השופטת מ' נאור
כבוד השופטת ע' ארבל
כבוד השופט א' רובינשטיין
כבוד השופט ס' ג'ובראן

לפני :
המערערת בע"א 1326/07
(המשיבה בעורעור שכנד) :

המערערת בע"א 572/08 :

המערער בע"א 8776/08 :

המערערת בע"א 2600/09
והמשיבה בע"א 2896/09 :

המערערים בע"א 3856/09 :

1. ערן סיידי
2. צפורה סיידי
3. יגאל סיידי

המערערת בע"א 3828/10 :

נ ג ד

המשיבים בע"א 1326/07
(המערערים בעורעור שכנד) :

1. פרופ' עמי עמית
2. מօר המכוון למידע רפואי בע"מ
3. שירות רפואי 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 יגניה מזור
5. קולמדיק בע"מ
6. ד"ר יוסף ברכה

המשיבים בע"א 2600/09
והמערערים בע"א 2896/09 :

1. נעם סבגיאן
2. ציונה סבגיאן
3. חיים סבגיאן

המשיבים בע"א 3856/09 :

1. קופת חולים של ההסתדרות הכללית
2. ד"ר דוד קמף

המשיבים בע"א 3828/10 :

1. חן נאותה
2. חן אלוי
3. עזובן המנוח חן זיו אור זיל

ע"א 1326/07 וערעור שכנד על פסק-דין של בית-המשפט
המחוזי בחיפה מיום 25.12.06 בת.א. 745/02 שנייתן על-
ידי בבוד השופט ב' גילאור

ע"א 572/08 על פסק-דין של בית-המשפט המחוזי בחיפה
מיום 2.12.07 בת.א. 259/02 שנייתן על-ידי בבוד השופט
ב' גילאור

ע"א 8776/08 על פסק-דין של בית-המשפט המחוזי
בבאר-שבע מיום 31.8.08 בת.א. 3344/04 שנייתן על-ידי
בוד השופט 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
שנייתן על-ידי בבוד השופט י' עדיאל

ע"א 3856/09 על פסק-דין של בית-המשפט המחוזי
בירושלים מיום 2.4.09 בת.א. 1338/97 שנייתן על-ידי בבוד
השופט ע' חבש

ע"א 3828/10 על פסק-דין של בית-המשפט המחוזי
בירושלים מיום 11.4.10 בת.א. 8459/06 שנייתן על-ידי
בוד 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 שכנד : עו"ד חיים זליקוב ; עו"ד אופיר בן משה

בשם המשיבות 2-3 בע"א
7/07 1326 והמערערות שכונת: ע"ד אילן עוזיאל

בשם המערערת בע"א 08/08: ע"ד אורית סון; ע"ד מיכל שרביט

בשם המשיב בע"א 08/08: ע"ד מירון קין; ע"ד אכרם מהאגינה

בשם המערער בע"א 08/08: ע"ד אלילוطن; ע"ד דליה לוטן

בשם המשיבים 3-6 בע"א 8776/
בשם המערערת בע"א 2600/
והמשיבה בע"א 2896/09, בשם
המשיבים בע"א 3856 ובסמך
המערערת בע"א 10: ע"ד יעקב אבימור

בשם המשיבים בע"א 2600/
והמערערים בע"א 2896/09 ובשם
המערערים בע"א 3856: ע"ד עמוס גבעון; ע"ד איתיה טבעון

בשם המשיבים בע"א 3828/: ע"ד אנה ריף-ליגנזה

בשם ידיד בית המשפט: ע"ד אליזהר; ע"ד ענבל זהר; ע"ד מירב שגיא

בשם לשכת עורכי הדין: ע"ד אסף פוזנר; ע"ד איתיה ליבמן;
ע"ד אבישי פלדמן

פסק דין

המשנה לנשוא א' ריבולון:

פרק

1. הדיון בעדעוריהם שלפנינו אוחדר לשם הכרעה בשאלות העקרוניות הנוגעות לסוגיה המוכרת כעלית התביעה בגין "הולדת בעולה". סוגית ההולדת בעולה מתעוררת, באופן טיפוסי, מקום בו נושא אדם מוגבלות מולדת כלשהי, ונטען כי התנהגות זהירה של הנتابעים – בדרך כלל הגורמים הרפואיים שטיפלו באם ההרה – הייתה מונעת כמעט את הולדתו. שתי עלילות תביעה נפרדות עשוות לבוא בעקבות ההתנהגות הרשלנית: עילתם של ההורים ועילתו של הילד עצמו. את עלילת תביעתו של הילד נהוג לכנות "חיה בעולה" (wrongful life), ובכך להבדילה מעילת תביעתם של ההורים, המכונה "הולדת בעולה" (wrongful birth).

2. שאלת ההכרה בתביעה בגין "הולדת בעולה" ו"חיים בעולה" נדונה לפני עשרים וחמש שנים בפסק-דיןו של בית המשפט העליון בע"א 518/82 צייזוב נ' כץ, פ"ד מ(2) 85 (1986) (להלן: החלטת צייזוב). בפסק-דין זה, שניתן בהרכבת של חמישה שופטים, נקבע על דעת כל שופטי ההרכבה כי אין מניעה להכיר בעילתם של ההורים – עילת ה"הולדת בעולה" – במסגרת עולות הרשלנות ובהתאם לעקרונות נזקינים רגילים. המחלוקת, כבר אז, נסבה על שאלת קיומה של עילת התביעה של הילד.

בבית המשפט ה��rst, בדעת רוב, בעילת התביעה של הילד – עילת ה"חיים בעולה". עם זאת, נחלקו ביניהם ארבעה שופטי הרוב בעניין ההנמקה העיונית להכרה בעילת התביעה של "חיים בעולה" וכפועל יוצא מכך – גם בשאלת כיצד יש לאמוד את שיעור הנזק. שאלה מכרעת זו נותרה שם ללא מענה.

3. המשנה לנשיא מ' בן-פורת, אליה ה策רף השופט ד' לויון, קבעה כי מן הרואוי להכיר בעילתו של הילד רק באוטם מקרים נדירים "בهم ניתן יהא לקבוע שטוב היה לאדם פלוני לו לא נולד. לעיתים תהא זו הנחה חברתית מוסכמת שטוב היה לפלוני לא להיותולד מלחיות תוך מוגבלות חמורה" (שם, בעמ' 97). במקרים אלה, כך לעומת עצם הולדתו של הילד היה הנזק שנגרם לו. הערכת נזק זה במונחים כספיים, כך נקבע, אינה פשוטה; ואולם "מי שאחראי להיותו, מן המידה שיעניק לו פיצוי ממוני שבאפשרותו נתן להקטין עד קצה האפשר תוצאות הנחיתות" (ההחלטה צייזוב, בעמ' 100). המשנה לנשיא בן-פורת הבירה כי אין כוונתה לעריכת השוואה בין ילד שנולד עם מוגבלות לבין ילד הנולד בריאות ושלם, "כי אם למיצוי הפוטנציאל הקיים כדי שיתפקיד טוב יותר, ויסבול פחות, במצבו הנוכחי". פתרון זה, כך הדגישה, מביא "בכלל השבון את העובדה כי משנולד (ולו גם שלא בטובתו), בפניו ילד זכאי לחיים שיש בהם טעם, ولو גם במסגרת נכחותו" (ההחלטה צייזוב, בעמ' 100).

4. הנשיה (או השופט) א' ברק, שלעמדתו ה策רף המשנה לנשיא (או השופט) ש' לויון, קבע גם הוא כי יש להכיר בעילת ה"חיים בעולה". עם זאת, ההנמקה שבבסיס עמדתו שונה, ויש בה כדי להשפיע על היקף המקרים שבהם קמה עילת התביעה בגין "חיים בעולה" ועל אופן הערכת הנזק. ביסודה של הנמקה זו עומדת ההשערה שלiphיה "חוות הזיהרות המושגית של הרופא מטילה עליו לנוקוט אמצעי זהירות סבירים, כדי שחייו של הקטין יהיו ללא מום. מכאן גם זכותו של הקטין, כי לא תהא התרשלות, אשר תעשה את חייו לחיי-מוות. אין לו לקטין כל זכות לאי-חיים. האינטראס אשר הדין מגן עליו אינו האינטראס של אי-חיים, אלא האינטראס של החיים ללא מום. על כן, הנזק לו אחראי הרופא המתרשך אינו בעצם גרים חיים, או במניעתם של אי-חיים. הנזק לו

אחראי הרופא הוא בجرائمם של חיים פגומים... הרופא אחראי בגין גריםתם של חיים פגומים, ונזק זה מתגבש בהשוואה בין החיים הפגומים לבין החיים ללא פגם" (הלכת זיצוב, בעמ' 117). בהתאם לגישה זו, תוכר עילתו של הילד גם במקרים שבהם המוגבלות אינה חמורה באופן יוצא-דופן, ואינה מובילה בהכרח למסקנה כי מושב היה הילד 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 שלא מדובר העולה לא היה הנזוק חי, ובוודאי שלא היה חי חיים ללא מוגבלות, הרי שלעמדת הנשיא ברק, יהודיותה 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 מיוט, כי לא ניתן להכיר כלל בקיומה של עילת תביעה של הילד נגד הרופא, ש עקב התרששותו נולד הילד במוגבלות, כאשר לאו התרשלות – לא היה הילד נולד כלל. העדפת הידلون טרם בריאה על פני החיים, ولو במקרים נדירים – כך קבע השופט גולדברג – הינה בלתי אפשרית.

6. פסק-הדין בעניין זיצוב הבהיר, אמנם, בעילת תביעתו של היילוד בגין "חיים בעוללה", אך שאלות רבות הנגוראות ממנו נותרו ללא הכרעה. כפועל יוצא מכך, בשנים שעברו מאז שניתן פסק-הדין, נתעוררו קשיים של ממש ביישום הכלל העקרוני בדבר ההכרה בעילת תביעה של הילד בגין "חיים בעוללה". קשיים אלה נבעו בחלוקת מקיומן של שתי גישות שונות ביחס להיקף העילה וביחס לאופן חישוב הפיצויים, ובחלוקת נבעו הם מעצם ההכרה בעילה עצמה. כך, נדרשו הערכאות הדינניות, בין השאר, לקבוע מה נזקו של מי שנולד במוגבלות; כיצד יש לאמוד את שיעורו של הנזק; ואם גם מוגבלות קלה (倘 מא רק מוגבלות חמורה) מקימה ליילוד עילת תביעה. ואולם, בהעדר ההלכה מחייבת, יושמה הלכת זיצוב באופן בלתי אחד. לנוכח קשיים אלה, ולנוכח הצורך להכריע גם בסוגיות הקשורות נוספת, החלחנו לאחד את הדיון בתיקים שלפנינו, ולקבוע את שמייתם לפני הרכב מורחב של שבעה שופטים. בהחלטת הנשיהה ד' בינויו מיום 29.12.2011, עמדנו על השאלה העקרונית שהונן נדרשת הכרעתנו:

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

- ב. בתקיים עילה: האם יש להכיר בתביעת ההורים (*wrongful birth*) ו/או בתביעת הילד (*wrongful life*)? ובailo מקרים תקום כל אחת מן העילות?
- ג. עקרונות חישוב הפיצויים בשתי התביעות: בתביעת ההורים: השוואה בין ילד בריא לילד הפגוע? אמת מידת אחרית? בתביעת הילד: השוואה בין אי-ה חיים לבין החיים במום? השוואה בין החיים במום לבין החיים הבריאותיים?
- ד. הוכחת הקשר הסיבתי – בתביעת ההורים (הוכחה כי היו מפסיקים את ההריון לו ידעו על המום הצפוי). בתביעת הילד – האם טוב מותו מחייב?
- ה. פגיעה באוטונומיה – עילה בתביעת ההורים – עילה נוספת או עילה חלופית לעילתה ההולדה בעוללה?

עוד נקבע בהחלטה זו כי השאלות העקרוניות יוכרעו תחיליה במסגרת פסק-דין חלקי, ולאחריו יישן הדיון הפרטני בכל אחד מן התקנים, ככל שייותר בכך צורך. לפיכך, נתיחס במסגרת ההחלטה 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. בא-כוח התובעים בתיקים שלפנינו צידדו בהכרה בעילת התביעה של הילד בגין "חימם בעוללה", בהתאם לגישתו של הנשיא ברק בעניין זייזוב. יתרונה של גישה זו, כך טוען, הוא בכך שהיא מיתרת את הצורך לעורוך השוואה בין אי- חיים, ולכמת את ערך החיים עצם. נוסף על כך, טענים התובעים השונים, גישתו של הנשיא ברק מקדמת את הווודאות ואת האחדות בפסקה, שכן אין היא מצריכה לעורוך הבדיקה, לעומת מטבחה, בין "מומ קשה" לבין "מומ קל", ואף פסיקת הפיצויים, שנעשהה בהשווה לאדם בריא, נעשית בשיטה המוכרת היטב בתביעות נזקין בגין נזקי גופ, עליה אמורים בתיהם המשפט. ההשוואה בין מוגבלותות שונות, כך שחלקן מזכות בפיצוי וחלקן לא מזכות בפיצוי, אינה ראייה גם מבחינה ערבית, כך טוען, שכן היא מפללה בין קבוצות שונות של בעלי מוגבלותות. יתרה מכך, שיקולים של צדק מתksen ושל הרתעה יعلاה תומכים בפסקת פיצוי מלא בגין הנזקים הכרוכים בנסיבות, אף אם היא נכota קלה באופן יחסית. בא-כוח התובעים אף מצינים כי לעמדתם לא ניתן לספק מענה מלא לצרכי הילד בגדדי התביעה ההורמים, שכן הפיצוי להורים מוגבל לתקופה שבה תלוי הילד בהוריו. מבחינה מוסרית, כך טוען, ראוי להכיר בעילתו של הילד מקום בו נהג הרופא ברשלנות, וזאת אף אם יש קושי לאתר את הקשר היסודי בין ההתרשלות לבין

נוקי הנכות. התובעים מוסיפים כי אי הכרה בתביעה הילד מעין חסינות גורפת לזרופאים שנהגו בירושלים, וכי יש טעם לפגם בשמיית הטענה כי גם חיים במום עדיפים על פני היעדר חיים, מפני רופא המבצע בדיקות שматרתן היא דוקא לאפשר ביצוע הפללה במקרה של מום.

8. בא-כוח הנتابעים בתביעות השונות, לעומת זאת, מצדדים בביטול עילת התביעה של הילד בגין "חיים בעולה". לעומת זאת, גישתו של הנשיא בדק בעניין זייזוב אינה עולה בקנה אחד עם עקרונות יסוד של דיני הנזקין, ואילו גישתה של המשנה לנשיא בגין-פורה אינה מעשית, שכן בית המשפט נעדר כלים של ממש להשוות בין מצב של חיים במוגבלות לבין מצב של אי-חיים. נוסף על כן, בעצם ההכרעה כי ישנו מצבים שבהם עדיף לאדם שלא היה נולד, בשל שהוא לוקה במום, טמונה אמרה חברתיות-מוסרית קשה, המנוגדת לערכיהם יסודיים של החברה ביחס לכבוד האדם ולקדושת החיים. מכל מקום, סבורים הנتابעים כי אם תוכר עילת התביעה בגין "חיים בעולה", ראוי להעדיף את גישתה של המשנה לנשיא, ולהבחין בין מומים "חמורים", שלגביהם ניתן לכארה לומר כי טוב לאדם אלמלא נולד, לבין מומים "קלים" יותר, שאינם מקימים עילת התביעה, לפי מידת עצמות תפקודו של האדם ויכולתו לתרום לעצמו ולזולתו, להשתלב בחברה ולהיות חיים שיש בהם סיפוק, משמעות והנהה. אפשרות נוספת, כאמור, היא לעורך הבדיקה מעין זו על בסיס הקритריונים המשמשים את הוועדות להפסקת הריוון, בכוון להחלטת על מתן אישור לביצוע הפללה בשלב החירות. מעבר לכך, טוען כי אין להכיר גם בעילותם של ההורים, שכן הוצאותיהם מוציאות לטיפול בילדם הן בגדיר "הטבת נזק"; ובהעדר עילה לנזוק הישיר – הוא הילד – גם למיטיבי הנזק אין עילת התביעה. המסקנה, לפי גישת הנتابעים, היא כי יש להכיר בתביעת ההורים בגין פגיעה באוטונומיה בלבד.

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

ההסתדרות הרפואית עמדה בהרחבה על קיומה של מגמה, המכונה בפייה השαιפה להולדת "הילד המושלם". לעומת זאת, הקביעה שטוב לאדם שלא היה נולד מובילת לגישה בלתי סובלנית כלפי בעלי מוגבלות, וכזו המייחסת להם נחיתות שבשלה ראוי למנוע מראש את לידתם. לפיכך סבורה ההסתדרות הרפואית כי מן הרואי לאמץ את גישתה של המשנה לנשיא בגין-פורה בעניין זייזוב, תוך קביעה קritisטיונית ברורים שיצמצמו את השימוש בעילת ה"הולדת בעולה" (או "חיים בעולה") במקרים הקשים והחמורים ביותר, כהגדرتה. קritisטיונים אלה, כך מציעה ההסתדרות

הרפואית, ניתן לבסס על הנחיה משרד הבריאות לועדות העל-האזוריות להפסקת הירון. ההסתדרות הרפואית מוסיפה ועומדת על תחושתם של רופאים מתחום המילודות והגניקולוגיה, כמו גם של אלה המכנים בועדות להפסקת הירון, 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 "הולדת בעוללה" ושל "חיים בעוללה". עוד היא סבורה כי ההבדל המعاش בין העמדות השונות, המכירות באופן עקרוני בתביעת ה"חיים בעוללה", משמעותית פחות מכפי שנדרמה בתחילת. כך, משום שגם לפי עמדת הנשיה ברק נדרש הילד-התובע להוכיח, במסגרת יסוד הקשר הסיבתי, כי המום חמור דיו, עד שועודה להפסקת הירון הייתה מאשרת לבצע בಗינו הפללה; וממשום שפსיקת הפיצויים, בפועל, אינה שונה באופן מהותי בין שתי הגישות. לשכת עורכי הדין מוסיפה כי להבנתה, אין לפסיקה בשאלת ההולדת בעוללה השפעה על מספר ההפלאותшибוצעו או על היקף הבדיקות במהלך הירון, שכן רצונם של ההורים בילד בריא הוא שhabiיא לאלה, ולא שאלת מתן הפיצוי בדיעבד. יתרה מכך, טוענת לשכת עורכי הדין כי רצוי שהמדינה חיזורית בקשר לשאלת ביצוע הפלות תיקבע במסגרת הדין החל על ביצוען, ולא במסגרת דין הנזקין. לגוף הדברים תומכת לשכת עורכי הדין בעמדה שהbijע הנשיה ברק בעניין זיכוי. ההכרעה בשאלת אם עדיף לו לאדם שלא נולד משנולד, כך נטען, היא הכרעה קשה, אשר עדיף להימנע ממנה והיא אף צפואה להוביל לפסיקה בלתי אחדה. לשכת עורכי הדין טוענת עוד כי הימנעות מהכרה בעילה של הילד עשויה להויתרו ללא פיצוי אם הוריו יעשו שימוש בלתי מושכל בפיצויים שנפקדו לטובהם, או אם ימסרוו לאימוץ לאחר לידתו.

11. לבסוף יזמין כי היועץ המשפטי לממשלה הודיענו כי שר המשפטים הורה, בבקשתו, על הקמת ועדת ציבורית, בראשות כבוד המשנה לנשיה (בדימ') א' מצא (להלן: ועדת מצא), לשם גיבוש עמדתו בשאלת קיומה של עילת הביעה בגין הולדת בעוללה ובשאלת גדריה הרצויים של עילה זו. מסקנותיה של ועדת מצא הוגשו לבית המשפט ביום 19.3.2012, במסגרת "דין וחשבון הוועדה הציבורית בנושא 'הולדת בעוללה'" (להלן: דוח הוועדה). ואולם היועץ המשפטי לממשלה לא הביע את עמדתו ביחס לשאלות העומדות להכרעה לפניינו. משכך, נמנענו מלהיות בקשר הוועדה עצמן חלק מטיעוני הצדדים, באשר הן נעדרות את המउמד שבדין הנתון לעמדתו של היועץ המשפטי לממשלה.

המסקנות האופרטיביות של הוועדה לא שימושו כחלק מן הטיעונים בפנינו, אך על אף האמור, ראוי לציין שדו"ח הוועדה הוא פרי עבודה מקיפה, רצינית ועמיקה; במסגרת הוועדה ישבו טובי המומחים, נשמעו עדויות רבות, הוגשו נירוטות עמدة מגודרים שונים, הוצגה סקירה של כל הסוגיות הרלבנטיות ואלה נבחנו לעומק ביסודיות. קראנו את הדיו"ח ומצאנו כי במובנים מסוימים, צועתה הוועדה בעקבות המסקנות אליהן הגיענו. נוכח האמור, נפנה בהמשך לדברינו לדו"ח הוועדה ככל שהיא לבנתי לענייננו.

12. לאחר ש שקלנו את מכלול היבטי הסוגיה, הגיענו למסקנה כי בנסיבות המשפטית של ימינו, עשרים וחמש שנים לאחר שנפסקה הלכת זייזוב, לא ניתן עוד להכיר בעילתו של הילד – *עלית ה"חיים בעולה"*.

קייםים קשיים משפטיים מהותיים, הנוגעים הן ליסוד הנזק הן ליסוד הקשר הסבירתי, המקשים על הכרה בעילת תביעה זו במסגרת עולת הרשלנות. אך מעל ומעבר לקשיים משפטיים אלה, קיים קושי ערבי-מהותי בתפיסה לפיה חיוו של מי שנולד עם מוגבלות יכולם להיחש – בעיניי היילוד עצמו – כ"נזק". בהכרינו בקשר זה, ממשיכים אנו, למעשה, את התפיסה הערכית שהתווה הנשיה ברק בהלכת זייזוב. יתרה מזאת. כפי שיפורט להלן, מבקשים אנו להגשים את התכלית הרואיה שעמדה בבסיס ההלכת זייזוב – ליתן פיצוי מיטיב באורח מלא ככל האפשר לצרכיו של הילד בעל המוגבלות – אך זאת באמצעות עילת תביהם של ההורים, אשר אינה מעוררת את הקשיים האמורים.

הקשאים בהכרה בעילת תביעה בגין "חיים בעולה"

13. בסיס ההלכת זייזוב, המכירה בעילת ה"חיים בעולה", עומדות, כאמור, שתי הנמקות עיוניות שונות ונפרידות. על-פישתי הגישות, מתבססת התביעה בעילת ה"חיים בעולה" על עולת הרשלנות. יסוד ההתרשלות מוצא את ביטויו "במהدل רפואי רשלני" לאות בסגנון בדיקות שנערכו לאם, לקראת ההריון או במלכו, את קיומה (או החשש לקיומה) של لكות בעובר העתיד ליילוד, או במהدل לספק להורי היילוד מבعد מועד מידע נדרש, בין על קיום חשש ללקות ובין על הצורך, או האפשרות, לבצע בדיקות נוספות שבכוחן לאמת או לשולק קיום חשש כאמור" (דו"ח הוועדה, בעמ' 38). שתי הגישות מניחות כי יסוד זה התקיים. עם זאת, מעוררת כל אחת מן הגישות קשייםelogiem או משפטיים הנוגעים להתקיימות של אחד או יותר מיסודותיה האחרים של עולת הרשלנות, כאמור: הנזק או הקשר הסבירתי.

הקשישים הנוגעים ליסוד הנזק

14. הגישה המוצאת ביטוי בפסק-דין של המשנה לנשא בנ-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 התרשלות) לבין הקיום במוגבלות (מצבו של הילד בעקבות התרשלות). חיו של הילד עצם הם הנזק שנגרם לו. הגדרה זו של הנזק מחייבת הכרעה שיפוטית בשאלת אם יש מצבים שבהם עדיף לו לאדם שלא היה נולד משנולד, ומשכך מתחייבת "התמודדות עם שאלות מטאфизיות המוצאות בתחום 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). ואולם, הנשא (או השופט) א' ברק הצבע על קושי זה במסגרת פסק-דין בהלכת זייזוב כדלקמן:

גישה זו [של המשנה-לנשא בנ-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, ولو נדירים, אשר בהם עדיף לא להיות מאשר להיות 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 מפזרים על מות או על קיצור תוחלת חיים, אין אנו משווים בין מצב החיים לבין מצב המוות, ואין אנו קובעים את עדיפותו של האחד על פני الآخر, שכן אין בידינו כלים לכך. כל שאנו עושים הוא להכיר בזכות להמשיך ולהיות – ولو בסבל, ولو במו... כיצד נוכל איפוא להעריך את אי החיים? על-פי אילו אמות מידה ואצטונאליות יוכל אדם סביד לקבוע, כי אף במקרה הקיצוני ביותר עדיפים אי החיים על פני חיים במו...
 (הלכת זייזוב, 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, כמוון, אינו נמצא ("אף אחד עוד לא שב ממש" – אמר בית המשפט האמריקאי – "אף אחד עוד לא חוזר שם

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

16. יודגש – במקרה זה אין מדובר בקשרי לכמת את הנזק גרידא, אלא מדובר בקשרי לקבוע אם נתקיים בכלל נזק. אמנם, ככל נוהגת הפסיקה גמישות בעניין הוכחת יסוד הנזק, במיוחד מקום בו קיימים קשיי הוכחה אינהרנטיים שאינם תלויים בנזק. כך הוא למשל ביחס להוכחת הפסדי השתכוות בעtid (ראו למשל: ע"א 10064/02 "מגדל" חברה לביטוח בע"מ נ' ابو חנא, פ"ד ס(3) 13, פס' 7-9 לפסק-הדין (2005) (להלן: הלוctת ابو חנא)). אלא שאת הגמישות זו אין להמיר בספקולציה גרידא. בשאלת שלפנינו, הקשר טמון לא רק בקביעת גובה הנזק, אלא גם בשאלת המקדים – אם קיימן נזק, אם לאו. כך מציין פרי בהקשר זה:

אני מסכים שקיימים חישוב והערכתה... אינם צריכים להרטיע את בתיה המשפט מהטלת אחריות; אולם יש להבחן בין מקרים שבהם קיומו של הנזק מובן מאליו אך קשה להעריך את היקפו, לבין מקרים שבהם כלל לא ניתן להעריך בשאלת קיומו של הנזק. נזקים לא ממוניים הם נזקים שרובנו חווינו במישרין או בעקיפין. היכרותנו עם מצבי-קיים שונים של אינטראסים לא ממוניים מאפשרת לנו לדעת מתי חל שינוי לרעה במצבו של אינטרס כזה. שאלת קיומו של הנזק אינה בלתי-פתירה. הבעייה היחידה היא, כמובן, בעיתת הנסיבות – אבל הבעייה שבחינה מושגית בעיה זו מתעוררת רק לאחר ששאלת האחריות כבר הוכראה, היא אינה יכולה להצדיק (אפרירוי) את שלילת האחריות. שונה המצב בנדון דין. אי-קיים הוא מצב שאיש אינו מכיר, ולפיכך השוואתו למצב של קיום היא לעולם בלתי-אפשרית. בהעדר מישור ייחוס אליו ניתן להשוו את מצבו הנוכחי של התובע, לא נוכל לקבוע אם נגרם נזק אם לאו. הבעייה אינה רק בעיה של כימות (פרי, בעמ' 547).

17. על הקושי לעמוד על טיבו של מצב "אי-החיים", עמדו גם בתיהם 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 אנו בעולםנו, על-פייה 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 רבתיה, היא שאלה האפופה במסטורין, ויש להו תירה לפילוסופים או לחכמי הדת".

18. בהיעדר מסוגלות אנושית להכריע בשאלת אם ומתי עדיף אי הקיום על פני חיים במוגבלות, השמים הם הגבול למספר הגישות האפשריות בעניין זה. ודוק: אין מדובר בריבוי גישות גרידא, שאז ניתן היה להכריע ביניהן על דרך של פסיקת בית המשפט העליון. מכיוון שככל הגישות הן ספקולטיביות במידה שווה, קשה להציב על קרייטריון רצionario כלשהו להכרעה ביניהן, והדבר תלוי במידה רבה בתחששות בטן ובחשפת עולם. כך למשל, ניתן לתחות מהם הדברים ההופכים את החיים לעדיפים בבירור על פני אי-קיים: מידת ההנאה והאורשר שማפיק 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

בנפלוות הבריהה; והיכולת האינטלקטואלית של האדם. שאלת אחרת היא כיצד יש למדוד משתנים אלה – האם מנוקדת מבטו של הילד, שאינו מכיר מיציאות שונות מזו שלתוכה נולד, או שמא מנוקדת מבטו של אדם ברא? לשאלות אלה, לא ניתן לספק תשובה שיפוטית. היטיב לתאר את הדברים (אם כי בהקשר אחר) השופט ת' אורן ברע"א 5587/97 היונץ 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 להתחמק בבחינת טובתו של [הילד] מנוקדת מבטו שלו. כאשר מדובר בילד, הסובל מלידתו מליקויים – גם ליקויים קשים, כמו במקורה שבפנינו – חייו, על מוגבלותם, הם ה"שלם" שמננו נהנה אותו ילד. מבחינתו של [הילד], דרך חיים אחרות מעולם לא בא בחשבון. איכות חייו, היא אותה איכות אשר מתאפשרת נוכח הליקויים הקשים שבהם נפגע. זהו, מבחינתו, עולם ומלוואו. חיים אלה אינם ראויים להגנה פחותה מחייו של ילד אשר נולד וחתפה באופן נורמלי.

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

19. המשנה לנשיא בן פורת הציעה בעניין זייזוב לפטור קושי זה באמצעות בחינת השאלה אם עדיף היה לו לאדם שלא נולד, בראוי ה"אדם הסביר", קרי: האם האדם הסביר היה בדעה כי חייו של הנזוק "אינם חיים". אלא שההיעדר 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, לעיתים נעשה שימוש בביטויי "חיוו 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 ובאופן, כי אכן מצב אי-החיים עדיף.

20. גם ההצעה להסתמך על הקритריונים של הוועדות להפסקת הירון, לשם תחימת גדר המקרים שביהם תוכר עילית "חיהם בעולה", אינה מספקת מענה של ממש, לשאלת אם ומתי עדיף אי-הקיום על הקיום. השיקולים שמנחים את הוועדות להפסקת הירון אינם מוגבלים לטובת העובר – להיוולד או לא להיוולד; הוועדות שוקלות במסגרת האיזון הכלול גם את טובותם של ההורים ואת רצונם בהפסקת ההירון. מתן

היתר לבצע הפללה במצב מסוים אינו מלמד בהכרח על תפיסת חברתית רוחות שלפיה עדיף בנסיבות מסווג זה לא להיוולד. מתן ההיתר נסמן, לפחות במקרים, על התפיסה החברתית ביחס לזכותה לאוטונומיה של האישה החרה, כבודה ופרטיותה והיקף הזכות לבצע הפללה. היקפה של הזכות להפסיק את ההריון אינו נגמר, אפוא, מן האינטרסים של העובר בלבד. מטעם זה, כפי שעוז נבahir, אי הכרה בתביעת הילד אינה יוצרת דיסהרמונייה משפטית ביחס להכרה בזכות לבצע הפללה במקרים מסוימים.

21. קושי נוסף הטמון בגישה המשנה-לנשיה בונפורת, נוגע לקיומה של חובת זהירות מושגית של הרופא כלפי הילד, שעניינה מתן מידע מלא ונכון להוריו בנסיבות ההחלטה אם לבצע הפללה. אכן, אין מניעה עקרונית להכיר בחובת זהירות כלפי מי שטרם נולד (כפי שאכן נעשה בתביעות "רגילות" בגין רשלנות רפואי). עם זאת, ההכרה בחובות זהירות במסגרת תביעת "חיים בעולה" מצריכה הכרה באינטרס מוגן שלא להיוולד במקרים מסוימים. אינטreset זה לא ניתן לבסס על הזכות לבצע הפללה, שכן זכות זו נתונה כאמור (בגדירים מסוימים) לאישה החרה ואין היא מקימה בהכרח חובה כלפי העובר. ואמנם, עדמת המיעוט של השופט גולדברג בעניין זיצוב נסמכתה על ההשערה שלפיה לא קיימת זכות שלא להיוולד.

סיכוםו של דבר – גישהה של המשנה לנשיה בונפורת מחייבת לקבוע, במקרים מסוימים, כי ישנים מוצבים שבהם עדיף היה לו לאדם שלא נולד. קביעה זו לא ניתנת לבסס מבחינה משפטית, ואין זה ראוי לבססה מבחינה מהותית-ערכית. בהיעדר קביעה כזו – לא ניתן להוכיח את יסוד הנזק שבעלת החיים בעולה (וראו גם: בלהה כהנא "פיזוי בגין קיצור תוחלת חיים ו'השנים האבודות' בתביעות בעילה של הולדה בעולה" משפטים על אתר ד 1, 4 (תשע"ב)).

הकשיים הנוגעים ליסודות הקשר הסיבתי

22. גישתו של הנשיא א' ברק בעניין זיצוב, מנעה מן הקשיים הטמוניים בעצם הצורך לעורוך השוואה בין החיים במוגבלות לבין אי-הקיים. הנשיא ברק מציע בסיס שווה להכרה בעילת החיים בעולה". לפי גישתו, ראוי להגדיר את יסוד הנזק כ"חיים במום", וזאת בהשוואה לחים ללא המום. אכן, בכך ניתן מענה לקושי בהגדרת יסוד הנזק בעולה ומנע הצורך להידרש לשאלות האתיות המורכבות הכרוכות בכך (לאמור: אם ומתי ניתן לומר כי טוב היה לילוד לו לא בא אל העולם). עם זאת, גישה זו טומנת בחובה קשיים אחרים, מתרידים לא פחות, ואלה נוגעים ליסודות הקשר הסיבתי.

23. הקושי בקביעת קשר סיבתי בין ההתרשלות לנזק 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 יוכל היה לבוא לעולם אלא במוגבלותו. במלים אחרות: טיפול רפואי נאות לא יכול היה להביא למניעת המוגבלות, והאפשרות שאותו יلد ספציפי היה נולד ללא מוגבלות כלל אינה קיימת. המשנה לנשיא בן-פורת עמדה על קושי זה בהלכת זיצוב בציינה כי:

לא הייתה כל אפשרות שהקטין יוכל לעולם כשהואשלם
וברא. קביעה נזק, מעצם טיבו של נזק, מחייבת השוואה
בין המצב, שבו היה נתון התובע אלמלא העולה, עם
מצב לאחריה. הפירוש היחיד של כלל זה בעניינו הוא,
למייטב הבנתי, השוואה בין אי-קיום (אלמלא הרשלנות)
עם קיום פגום (כתוצאה מהרשלנות). חיבור המזיק על
בסיס של השוואה עם יلد בريا פירושו הענשה על
יסוד מציאות דמיונית... הפתרון, שבו דוגל חבר, נראה
לי בלתי אפשרי מבחינה משפטית, עם כל הכבוד – גם
בלתי צודק מבחינה עניינית (הלכת זיצוב, בעמ' 105;
הדגשה הוספה).

גישתו של הנשיא ברק סוטה, אפוא, מן העקרון היסודי של דין הפסיכים 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 הצדקה המהותי, משמעות היעדרו של קשר סיבתי בין ההתרשלות
לבין הנזק היחיד שניתן בזודאות להציג על קיומו (הפער בין חיים במוגבלות לבין
ח חיים ללא מוגבלות) היא כי המזיק הספציפי לא גרם נזק לניזוק; הטלת אחוריות במקרה
כהה, היא עצמה, בבחינת עול. מבחינה זו, אין גם מקום לטענה כי "אחד מן
הנימוקים כבדי המשקל להטלת חובה על הרופאים או מעוילים אחרים בעניינו, הינה
הסיבה כי קיימים מעויל רשלן ולוותה ילוד בעל מום – לעיתים קשה ביותר – ובאיוזן
המתבקש בין שניהם תחושת הצדקה נוטה, תמיד, לטובת הקורבן, הילד, שעליו לחיות
בנכותו... ניתן לומר כי המצב דומה לנdeg רשלן הנוהג ברכבו ברשלנות פושעת, אשר
כמעט ופגע למוות בהולך רגל תמים, אשר נמלט ברגע האחרון מפגיעה קטלנית של כל
הרכב. האם ניתן לומר כי 'מצבו הנפשי' של נהג פוחז ורשלן אשר, רק במקרה, לא סיים
נהיגתו בתוצאה קטלנית, שונה – נורמטיבית – מאותו נהג אשר אותה נהיגה הסתיימה
בתוצאה טרגדית?" (שמעאל לינק הולדה בעולה: זכויות.TabControl ופיקוחים 57-58)

(1997)). טענה מסווג זה, אף שהיא אולי תקפה מבחינה אתית-מוסרית (ולמעשה מדובר בסוגיה הפילוסופית של "moral luck"), אינה תקפה מבחינה נזיקית. דיני הנזקין אינם מטילים אחריות בגין התנהגות רשלנית, אלא בגין גרים נזק בDSLנות. כך הוא מבחינת שיקולים של צדק מתן וכך הוא גם מבחינת שיקולים של הרתעה יעילה. מקום בו לא ניתן לומר כי תוכאות התנהגותו של הנتابע (החיים במוגבלות לעומת עומת אי-חיים) הן בגדר נזק; והנתק היחיד שנייתן להביע עלייו (החיים במוגבלות לעומת עומת החיים ללא מוגבלות) לא נגרם עקב ההתרשלות – לא יהיה זה נכון ולא צודק להטיל אחריות על הנتابע.

ואף זאת יש לציין: מן ההכרה בתביעה הילד בגין חיים בעולה המכוננת נגד הרופא, קצחה הדרך להכרה בתביעתו של הילד נגד הוריו-מולידיו; ולכך אף שיטה אינה מעוניינת לחתה יד.

ביטול עילית ה"חיים בעולה" – הפן הערבי

25. **הכרה בעילית תביעה בגין "חיים בעולה" לוקה לא רק בקשימים משפטיים, אלא גם בקשימים עקרוניים וערכיים.**

הגדרת החיים עצם – אף אם הם חיים במוגבלות – כנזק, והקביעה כי מوطב היה לו לאדם מסוים שלא היה נולד כלל, אוצרות בחובן פגיעה אסורה בתפיסה של פיה לחיים יש ערך אינהרטנטי, שאינו פוחת ובוודאי שאינו מתאין בשל קיומו של מום או קיומה של מגבלה (ראו למשל: רועי גילבר "הចורך בהכרעות קשות בתביעות של חיים בעולה והולדת בעולה, 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 אמונהנו והכרתנו בקדושת החיים, בערך האדם ובכבודו ובזכותם של אנשים בעלי מוגבלות ככבוד ולשוויון.

26. **מאז שנפסקה הלכת זייזוב, לפני עשרים וחמש שנה, זכו עקרונות אלה לעיגון חוקתי וחוקי. חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו קבוע בסעיף 1 את "עקרונות היסוד" לפיהם זכויות היסוד של האדם בישראל מושתתות על ההכרה בערך האדם ובקדושת חייו. ההכרה בערכיהם אלה מושתתת הן על ערכי מוסר אוניברסליים, הן על ערכי מדינת ישראל כמדינה יהודית, המקדשת את ערך החיים. אדם בצלם אלוהים נולד. משנולד – יש להגן על כבודו ועל קדושת חייו. אין עורך לחייו, יהיו קשים כאשר יהיה. אין עורך 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, הקובלע כ"עקרון יסוד" בסעיף 1 שבו כי:

זכויותיהם של אנשים עם מוגבלות ומחוביותה של החברה בישראל לזכויות אלה, מושתתות על עקרון 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 להשתפות שוויונית ופעילה בחברה בכל תחומי החיים, וכן לחת מענה הולם לצרכי המיוחדים באופן שיאפשר לו לחיות את חייו עצמאות מרבית, בפרטיות ובכבוד, תוך מיצוי מלא יכולתו.

27. על פי תפיסתנו החברתית, במסגרת אמונהינו המוסרית ומכוון עקרונותינו המשפטיים – הגדרת היו של אדם בעל מוגבלות כ"נזק" אינה ראוייה, אינה מוסרית ואיינה 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 היו ובחנחה שאין לסתור אותה, כי ערך חיים של אנשים עם מוגבלות הוא מוחלט ולא ייחסי.

28. ואמנם, מחיר ההכרה בעילת ה"חים בעולה" הוא-ca קשה, עד שצראפת, למשל, שבה הכיר ה-Cour de Cassation בעילת תביעה בגין חיים בעולה, היו אלה דוקא ארגונים של אנשים בעלי מוגבלות שביקרו בחריפות פסיקה זו, וטענו כי היא מתייחסת לחייהם כנחותם אפילו מא-קיים (כתוצאה מביקורת זו, בין השאר, תוכן החוק הצרפתי. ראו: גיל סיגל "מאמר המערכת – על הולדת בעולה בישראל וקול קורא לשינוי", משפט רפואי וביו-אתיקה (כרך 4, 10, 12) (2011) (להלן: סיגל); פרי, בעמ' A M Duguet, *Wrongful Life: The Recent French Cour de Cassation* ; 525-524 (Decisions 9 Eur. J. Health Law 139 (2002)).

עדשה עקרונית זו מצאה את ביטויה גם בפסקתם של בתיה 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 לחיות עם מוגבלות – זהה תפיסה מנוגדת לחולוטין לשיטת המשפט שלנו". כך שם וכך אצלנו.

ובענין (*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 עצם, נמנע גם בית המשפט הקנדי מהכרה בעילת "חיהם בעולה", תוך שהוא מבادر כי גישה זו משותפת לכל גישות המשפט המקובל, למעט מדיניות ספורותת בארץות-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).

"חיהם" – כך מבادر בית המשפט הקנדי – "אין נזק המוכר על-ידי החוק".

.29 אין תמה אפוא, כי לתוצאה אליה הגענו פה אחד – בדבר ההכרח לבטל את עילת ה"חיים בעולה" – הגיעו גם רוב חברי ועדת מצא, שקבעו כי "ההכרה בקיומה של העילה שוב אינה מתיחסת עם ערכיו היסוד של משפטנו" (דו"ח הוועדה, 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 העדנו הובילו את רובן הגדל של שיטות המשפט השונות שלא להכיר בעילת חביעה של "חיים בעולה". הרוב המוחלט של בתי המשפט במדינות ארצות-הברית אינו מכיר בעילת חביעה בגין "חיים בעולה" (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 בית המשפט אלה דומים לאלה שפורטו לעיל. כך למשל, נקבע כי אין לבית המשפט כל אמת מידת שלפיה יכול הוא לקבוע כי עדיף

לו לאדם שלא נולד וכי מילא אף לא עומדת לאדם הזכות שלא להיוולד (ראו למשל: *Elliot v. Brown*, 361 So. 2d 546, 548 (Ala. 1978). הידורה של הזכות שלא להיוולד, כך מודגם, אינו עומד בסתירה לזכותה של אישة לבצע הפללה:

[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).

nymok נוסף ששימש אף הוא את בתי המשפט במדינות השונות הוא כי אין כל אפשרות ממשית לכמת את הפיצויים בגין "חיים בעולה", שכן הדבר היה מצריך לקבוע את ערכו היחסי של מצב אי-החיים – מצב שלגביו אין נמצא כל מידע (ראו: *Siemieniec*, 512 N.E.2d at 697 (Siemieniec, 512 N.E.2d at 697). בתי המשפט בארצות-הברית אף עמדו על הקושי שבקביעת קритריונים להבנה 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 בעולה" בדרך של פסיקה: קליפורניה (ראו *Turpin v. Sortini*, 31 Cal. 3d 220, 643 P.2d 954, *Curlender v. Bio-Science Laboratories*, 106 Cal. ; 182 Cal. Rptr. 337 (Cal. 1982) *Harbeson v.* (App. 3d 811, 165 Cal. Rptr. 447 (Cal. 2d Dist. 1980) *Parke-Davis, Inc.*, 98 Wash. 2d 460, 656 P.2d 483 (Wash. 1983) (*Procanik v. Cillo*, 97 N.J. 339, 478 A.2d 755 (N.J. 1984)). בפסקה זו לא ניתן למצוא מענה לקשיים שהכרה בעילת ה"חיים בעולה". למעשה, הנימוקים שעמדו בבסיס פסקי-הדין שהכירו בעילת ה"חיים בעולה" נוגעים בעיקר לרצון לסייע, בדרך של פסיקת פיצויים, למי שנזקק לכך עקב מוגבלותו, למוצר מקום בו ניתן לאתר גורם שפעל בהתרשלות. כך למשל הבהיר 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 שאננו מבקשים הוא ליתן מענה לשועותם של החיים לסייע להם לשאת בנטל ייסורייהם".

مالיו יובן כי נימוק מעין זה לא יכול לשמש בידינו לשם הכרה בעוללה נזיקת. הוא עשוי להיות מובה בחשבון, וצריך להיות מובה בחשבון, בקביעת דמי הנזק לאחר שהוכרה העוללה הנזיקית.

33. גישה דומה לזו המאפיינת את רוב בתיה המשפט בארץ-הברית נקבע גם מדינות common law אחרות. בפרשת *McKay v. Essex Area Health Authority*, QB 1166 [1982] 1 B.C.L.R. נקבע באנגליה כי בהיעדר דבר حقיקה מפורש הקובל אחרת, המשפט המקובל אינו מכיר בעילה של "חיים בעוללה" (באנגליה נחקק חוק כזה; פסק הדין נسب אודות ילדה שנולדה לפני כניסה החוק לתוקפו). בהשעת פסק-דין זה, ומニומוקים דומים אלה שפורטו לעיל, נדחתה העילה של "חיים בעוללה" גם בקנדה (ראו למשל: *Phillip v. Bovingdon*, 2008 ONCA 2, 290 D.L.R. (4th) 126; *Hergott v. Bovington*, 2008 ONCA 2, 290 D.L.R. (4th) 126 (2000) (H. Osborne, *Essentials of Canadian Law: The Law of Torts* 140-141) (2000) ובאוסטרליה (*Harriton v. Stephens* (2006) HCA 15). בעניין זה האחرون דחאו בית המשפט העליון האוסטרלי את תביעת הילד בגין חיים בעוללה, בקובע כי אין להעירך את הנזק תוך השוואת החיים במום לעומת חומר חיים בכלל (*Waller v. James* (2006) HCA 16).

בגרמניה קבע בית המשפט החקתי הפדרالي כי אין מקום להכיר בעילת תביעה בגין "חיים בעוללה" (BVerfGE 88, 203 (269)). בהיותה נוגדת את העיקנון החוקתי של כבוד האדם, המუוגן בסעיף 1 לחוק היסוד הגרמני. גרמניה של היום, בהפנימה את מוראות העבר, הכירה בחוקתה ובפסיקת בית-המשפט שלה, בחובה לקדש את חי 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 (לסקרה מקיפה של המשפט המשווה ושל פסיקה במדינות נוספות ראו: פרי, בעמ' 518-525; דוח הוועדה, בעמ' 32-38; סיגל, בעמ' 12).

.34. התובנה שלפיה אין להכיר בעילת תביעה עצמאית בגין "חיים בעולה", משותפת, אפוא, לשיטות משפט רבות. קיימ, אם כן, מעין "קונצנזוס גלובלי", המשותף לשיטות המשפט השונות, בדבר שלילת עילת התביעה של "חיים בעולה" (למצער, בהיעדר חקיקה הקובעת אחרת). דומה כי שופט, הרואה עצמו (בין השאר) כחלק ממערכת משפטית גלובלית זו, והנותל 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 נגד 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 אמין איינו מחייב בשיטת משפטנו, ובמקרים המתאים אף עשוי להימצא טעם טוב לסתות ממנו; אולם אין ספק כי מן הרاوي ליתן לו משקל מתאים, תוך התייחסות לגורמים ולנסיבות שהובילו לייצירתו, ולבחון אם ראוי לאמצו גם במסגרת שיטת המשפט הישראלית. בסוגיה שבפניינו, אין מקום לסתות מן הקונצנזוס הגלובלי. שיטת המשפט הישראלית מקדשת את חיי האדם באשר הוא והוא חוסמת כל גריעה מערכ ה חיים. היו של אדם, כל אדם, טובים ממותו.

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

.36. ההכרה בתביעה בגין הולדת בעוללה – היא תביעתם של ההורים – אינה מעוררת את אותם קשיים משפטיים ועקרוניים הכרוכים בהכרה בתביעתו של הילד. בעניין זה שרדה תמיינות דעים בין כל שופטי הרכב בעניין זייזוב. וכך שנה הנשיה (או השופט) ברק שם (בעמ' 113):

אכן, ההכרה באחריות הרופא כלפי ההורים עולה בקנה אחד עם הכללים הרגילים של דין הרשלנות... בין הרופא לבין ההורים (המשתייכים לסוג של האנשים הנמצאים בטיפולו של הרופא) קיימים יחס רעות, ועל הרופא מוטלת חובת זהירות מושגית. לעניין זה, אין כל חשיבות להבחנה בין המקרה, שבו הרופא התרשל, וללא הרשלנות היה הקטין נולד בריא, לבין המקרה, שבו לו לא התרשלות לא היה הקטין נולד כלל. שני המקרים עניין לנו בכךם של ההורים ובסתירות הרופאים מרמת הזהירות הרואיה. באיזו רואוי בין האינטראים של הצדדים השונים מן הרואוי להטיל את הנטול הכספי של הרשלנות הרפואית על יוצר הסיכון ו מבטחו. יש לקוות כי בכך ניתן אף יהה להבטיח רמת בריאות נאותה. אין כל צידוק ליתן חסינות לרופאים, אשר בהתרשלותם גרמו נזק... זכותם של ההורים היא לתכנן את משפחתם, ובמסגרת זו מן הרואוי הוא שהרופא המתפל ינקוט ככליהם אמצעי זהירות ראויים ויעמידם על הסיכון הקשורים בהתקשרות, בהירyon, בהפלת ובילדת.

יסוד חיוני בגיבוש אחריות על-פי עולת הרשלנות הוא יסוד הנזק. קיומו של יסוד זה אינו מעורר, כשלעצמו, בעיתיות מיוحدת בהקשר של תביעת ההורים....

אף אנו סבורים כי עלית התביעה של ההורים בגין הולדת בעוללה מתיחסתיפה עם הגדרתה הרגילה של עולת הרשלנות, ואני מעוררת קושי של ממש מבחינה הסוגיה של "השבת המצב לקדמותו". אמנם, בהקשר הנדון מעוררת עילה זו קשיים הנוגעים לייסוד הקשר הסייעתי. בנוסף – ועמד על כך הנשיה ברק בהלכת זייזוב – "עשויות להטעור שאלות באשר לאבות הנזק, שבгинם ניתן הפיצו (כגון, הניתן פיצו על הוצאות והכאב והסל הרכוכים בגידולו של קטין), ובאשר לחישוב הפיצוים (כגון, היה לקזו נגד ההפסד את טובת ההנאה הצומחת מגידול הקטין)" (שם, בעמ' 113). בקשיים אלה אין כדי לשולח הכרה בעילת ההורים, ומכל מקום, הם יזכו לライブון מקיף להלן.

.37. גם מן הבדיקה המוסרית-עקרונית לא מעוררת תביעת ההורים את אותו הקושי המתעורר ביחס לتبיעת הילוד. בתביעת ההורים, אין חיו של הילד עצמן מוגדרים כנזק. הנזק מתבטא בהשלכות הכספיות העודפות ובהשלכות הנפשיות שבחן נושאים ההורים בעל כווחם, עקב ההתרשלות. קבלת תביעתם של ההורים אין משמעותה כי חיו של הילד אינם בעלי ערך, או כי מוטב לו עצמו כי לא היה נולד; משמעותה היא כי נמנעה מן ההורים האפשרות לבחור שלאגודל ילד בעל מוגבלות, על הקשיים הכרוכים בכך. קיימים הבדלים ממש בין התייחסותו הילד חי ונושם, בעל אישיות, רצונות ורגשות – לבין מי שהיו נעדרים ערך, עד כי מוטב היה לו שלא היה נולד, התייחסות שאיננו מוכנים לקבל, לבין התייחסות אל זכותם של ההורים, כפי שהיא קודם מעשה ההתרשלות, לבחור אם ברצונם להמשיך ולקיים את ההירון או לבצע הפללה חוקית ומורתת – וזאת בשלב בו ילדם היה עובר, הנuder חיים עצמאיים. לפיכך, אין סתירה בין גישתנו בדבר ערכם הטבעי של החיים לבין ההכרה בזכותם של הורים לבחור שלא להביא לעולם ילד בעל מוגבלות בחומרה המתירה, לפי הדין, ביצוע הפללה.

בעת בחינת זכותם של ההורים לבחור כאמור, علينا לקחת בחשבון מכלול השיקולים גם את זכותם לעצב את חייהם כרצונם (בגדרי החוק), ואת הקשיים הללו מבוטלים במישור הנפשי, המعاشוי ואף הכלכלי, הכרוכים בגידול ילד בעל מוגבלות. ודוק: אין בכך כדי להזכיר בסוגיות מסוימות חיצוניות לסוגיה הנזקית, שעיקרן בשאלת מהי ועד כמה לגיטימית, מבחינה מוסרית, בחירה זו של ההורים, לעשות ככל יכולתם כדי להימנע מגדיל ילד בעל מוגבלות. די בכך שנאמר כי בחירה זו מורכבת מגורמים רבים, שאינם כוללים בהכרח השקפת עולם שלפיה היו של ילד בעל מוגבלות אינם חיים בעלי ערך; המדובר בבחירה חוקית, שעמדה לרשות ההורים ונשללה מהם עקב מעשה רשלנות.

.38. אכן, בדרך הטבע משטנה בדרך-כלל נקודת המבט של ההורים לאחר לידת ילדם. דרך הטבע, משנולד ילדם,ओהבים אותו הוריו. המוגבלות אף מעכילה את האהבה. עם זאת, מסווגים הם תכופות – ומסוגל גם בית המשפט – להפריד בין אהבתם הנוכחית לילדם, לבין אמירותם הכנה כי לו ניתנה בידייהם הבחירה מראש, בטרם נולד ילדם והפק 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 כימייבי נזקו של הילד. בעניין ע"א

50/754 לוי נ' מרכז רפואי שערי צדק (טרם פורסם, 5.6.2007) (להלן: החלטת לוי) עמדנו על טיב ההבחנה בין נפגע עיקרי (ראשוני) לבין נפגע-משנה:

סיווג נזוקים כנפגעים עיקריים או כנפגעי-משנה הוא פועל יוצא של תחיקות אחר אופיו של הקשר הסיבתי שבין הנזק שנגרם להם לבין ההתקנות העולתיות. הנזוק העיקרי הוא מי שהפגיעה בו – בוגפו או ברכושו – היא תוצאה ישירה של העולה; הנזוק המשני הוא מי שנפגע כתוצאה מן הפגיעה שהוסבה לאחר מכן (שם, פס' 22 לפסק-הדין).

לפי אמת מידת זו, נזקם של ההורים, המקיים להם עילת תביעה בגין "הולדת בעולה", מציבם במידה של נפגעים עיקריים. הפגיעה בהם, הן במישור הממוני (הנגורן מחוותם לדאג לזכרו המיחדים של הילד) הן במישור הבלתי ממוני, היא פגיעה ישירה, עצם העובדה שלילד נולד עקב ההתרשלות. ההתקנות העולתיות הובילו 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 מוצאים ומן הכאב והסבל שהם חווים. הולדתו של הילד נושא עימה פגעה כלכלית ונפשית בהורים. פגיעה זו היא למעשה התממשותו של הסיכון הראשוני, ההופך את התקנות המזיק לעולתיות. אם בעניין לוי הייתה האם על קו הגבול שבין נפגע עיקרי לנפגע-משנה, הרי שבעניינו הוצאה היא גבול זה, וניתן לומר בօפן ברור כי מדובר בפגיעה ישירה (וראו גם: אסף פוזנר "האם יותר הוא תמיד יותר? היבטים מעשיים לחלוקת בסוגיות ההולדת בעולה", בה"ש 6 (עתיד להתפרסם בספר ש' לוי)).

40. המסקנה היא כי אין במקרה מכשול משפט או עקרוני המונע הכרה בעילת הפגיעה של ההורים בגין הולדת בעולה, וביחס לסוגיה זו אין מקום לסתות מן ההלכה שנקבעה בהלכה זייזוב. הנה כי כן, עשרים וחמש שנים לאחר שנספקה הלכה זייזוב, מגשייםanno את התק竊ת הרואיה שעמדה בבסיסה, ומאפשרים מתן מענה לרובם רובם של זרכיו הרפואיים, השיקומיים והסיועדים של הילד, אך זאת במסגרת תביעת הוריו בגין הולדת בעולה.

41. לצד ההכרה העקרונית בעילת ההורים בגין הולדת בעולה, ראוי לנכון להידרש לשולש סוגיות המתעוררות בקשר ליישום עילה זו. אלה לא נדונו בהרחבה בעניין זייזוב, והגיעה השעה כי תיקבע לגבייהם הלכה ברורה מפי בית משפט זה –

סוגיות אלה מתייחסות לשאלת הוכחת הקשר הסייעי, לשומת הנזק ולראש הנזק של פגעה באוטונומיה.

הוכחת הקשר הסייעי

42. קושי מרכזי הטבוע בעילת ההולדת בעוללה נוגע ליסוד הקשר הסייעי בין מעשה העוללה (התרששות הרופא) לבין הנזקים הנטען (הנובעים מוגבלותו של הילד). אכן, ככל חvíעה נזקית, גם תביעה ההורם טעונה הוכחת קשר סיבתי, וכבר נפסק בעניין זה כי "מלאתה ההכרעה בשאלת קיומו של קשר סיבתי בין הפרת חובת היגיינוי של רופא לבין נזק בדמותו הילדה בעוללה – אינה קללה כלל ועיקר. היא מצריכה מבית המשפט להתחקות אחר נבכי נפשם של ההורם ולקבוע מה הייתה עמדתם בשאלת המשך ההריון לו היו נחשפים למלאה המידע הדרוש להם" (השופט נ' הנזל בע"א 9936/07 בן דוד נ' ננטבי (טרם פורסם, 22.2.2011)).

במקרים הנדונים, ברוי כי מוגבלותו של הילד היא מוגבלות מולדת, אשר לא נגרמה כתוצאה מעשהו של הרופא או כתוצאה ממחלתו. בנסיבות אלה יש להוכיח, במסגרת הוכחת יסוד הקשר הסייעי, כי אלמלא ההתרששות, היו הוריו של הילד בוחרים להפסיק את ההריון באמצעות ביצוע הפללה, ובכך היו נמנעים מהבאתו לעולם. על רקע האמור עולה שורה של שאלות – מעשיות, מוסריות ועינניות: כיצד יוכיחו ההורים בתביעות מעין אלה את יסוד הקשר הסייעי, כאמור, כי אלמלא ההתרששות היו הם בוחרים להפסיק את ההריון? האם לאור הקשיים הנפשיים והמוסריים שמעוררת העדתם של ההורים, ראוי לוותר כליל על הדרישת הוכחת קשר סיבתי בתביעות בגין הולדת בעוללה? האם ראשיתו היה בית המשפט להסתמן על שיקולים קבועתיים כבסיס להכרעה בשאלת הקשר הסייעי? שאלות אלה יבחן להלן.

43. לשם הוכחת הקשר הסייעי בין הנזקים השונים הנובעים ממומו של הילד, יש להראות, בשלב הראשון, כי אילו עמד בפניו הוועדה להפסקת הריון מלאה המידע הרפואי הרלבנטי (מידע שלא הובא לידיות ההורים בשל ההתרששות) – הייתה הוועדה מאשרת להורים את הפסקת ההריון. בשלב השני, ורק אם התשובה לשאלת הראשונה היא חיובית (שם לא כן ממילא ניתק הקשר הסייעי), ידרשו ההורים להראות כי אלמלא ההתרששות, 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 הייתה מאשרת את

הפסקת ההריון; ו"המחסום הסובייקטיבי" – מהיבר להראות כי ללא התרשלות, הייתה האישה מחייבת להפסיק את ההריון).

44. הוכחת זכאותם של ההורים להפסיק את ההריון מכוח החלטת הוועדה להפסקת הריון, נשענת על קритריונים ברורים, המוגנים בחקיקה ובנהיות משרד הבריאות. ביצוען של הפלות מלאכותיות בישראל מוסדר בסעיפים 321-312 לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין). לפי הוראות חוק זה, ביצוע הפלה ("הפסקת הריון") מותנה הן בהסכם המודעת של האישה והן באישור של ועדת להפסקת הריון. הרכבה של הוועדה והעלות למתן אישור מפורטים, בכלליות, בסעיפים 316-315 לחוק העונשין. לעניינו חסובה העילה הקבוע בסעיף 316(א)(3) לחוק, הנוגעת לוולד ש"עליל להיות בעל מום גופני או נפשי". להוראה כללית זו יש להוסיף את הנחיה משרד הבריאות, המפורטות כיצד על הוועדה להפעיל את שיקול דעתה, בהתאם לשלב שבו נמצא ההריון. לעניין זה, קритריון חשוב הוא שאלת הגעתו של העובר ל"שלב החיים", שנקבע לגיל 24 שבועות מלאים. בעוד שבבקשות להפסקת הריון בתחילתו דנה ועדת "רגילה", הרי שمعال גיל הריון זה, דנה בבקשת אישור להפסקת הריון "ועדה על אזרית", כהגדרתה בחוזר משרד הבריאות 76/94 מיום 28.12.1994. חוזר משרד הבריאות 23/07 מיום 19.12.2007 נועד להסדיר את נושא הפסקות הריון בשלב החיים, וקובע, לעניין זה, מדרג מפורט של המוגבלויות, המדווגות מבחינה השפעתן התפקודית למוגבלויות קלות, בינוניות וקשות. החוזר קובע יחס ברור בין סוג המוגבלות, הסיכויים להתמשותה ושלב הריון.

45. הקритריונים המנחים את הוועדות משמשים, בפועל, לתיחום עילת ההולדת בעולה, שכן עילת התביעה אינה מתקינה – בשל העדר קשר סיבתי – מקום בו המוגבלות אינה מן הסוג שהיא מוביל למתן אישור לביצוע הפללה. יתרה מזאת. קיים בהתאם הגינוי-הסתברותי מתחקש בין השיקולים אותן מביאות הוועדות בחשבון החלטתן, לבין השיקולים המנחים את ההורים, מקום בו הם מבקשים לקבל אישור להפסקת הריון. לאור האמור, ראוי כי החלטת הוועדה להפסקת הריון תשמש גם מעין חזקה הניתנת לסתירה בדבר עדותם של ההורים ביחס להפסקת הריון.

חזקת זו עשויה לסייע בפתרון חלק מן הקשיים העולמים מן השלב השני הנדרש לשם הוכחת הקשר הסיבתי. כאמור, צרכיים ההורים להוכיח כי אלמלא התרשלות (כלומר, לו עמד לפניהם מלאה המידע הרפואי הרלוונטי), היו הם בוחרים להפסיק את הריון. אין חולק, כי חיובם של ההורים להוכיח כי היו מבצעים הפסקת הריון, באמצעות העדותם על דוכן העדים, לאחר שלדם בא לעולם, מעורר קשיים משמעותיים.

46. קושי ורשות נובע מעצם הצורך להוכיח בדיעבד שרשורת סיבתיות עובדתית היפוטטיות: מה היה קורה לו היו ההורים יודעים בשלב ההריון על קיומה של המוגבלות? האם אכן היו פונים לוועדה המוסמכת בבקשת היתר להפסקת ההריון? ואם היו פונים – האם הייתה הוועדה מאשרת את בקשתם? ואם הייתה מאשרת – האם היו ההורים מפסיקים את ההריון? קושי זה אינו מופיע תביעות בגין הולדה בעולה דוקא; הצורך להזכיר בשאלות היפוטטיות בדיעבד מתעורר מדי יום בתיקי נזקין. כך למשל, נדון בהלכה קדושה הקושי לישם את מבחני הקשר הסיבתי במסגרת עילת ההסכמה מדעת, בשל הצורך להעיר בדיעבד התרחשויות משוערת (ע"א 1303/09 קדוש נ' בית החולים ביקור חולים, פס' 26 לפסק דין (טרם פורסם, 5.3.2012) (להלן: הלכת קדוש)). " מבחני הסיבות המקובלם..." – כך הבהיר בפרשא אחרת – "אינם יכולים למקרים בהם ניצב בית המשפט בפניו הצורך להעיר באורח היפוטטי כיצד היה נהוג חולה פלוני אילו העמידוהו הרופאים מראש על הסיכון והסיכוי הטמוןים בטיפול רפואי מסויים" (ע"א 4384/90 ואחרו נ' בית החולים לניאדו, פ"ד נא(2) 171, 191 (1997)).

47. בפרשא קדוש עמדנו – בהקשר של הסכמה מדעת – על קושי אחר, הנוגע ל מבחן המתאים להוכחת הקשר הסיבתי (שם, פס' 26 לפסק דין). צינו שם כי מבחן אובייקטיבי מספק הגנה פחותה לאינטראס בדבר אדנות החולה על גופו, שכן הוא "מתרחך מרצונו של החולה הספציפי וסומר 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 דעתה)). ואולם, כך פורט שם, גם בחירה ב מבחן סובייקטיבי מעוררת קשיים בלתי מבוטלים, שכן בשלב בו ידועות לניזוק התוצאות הנזיקיות, משפייע הדבר על תובנותו. על כן צינה הנשיאה (או השופט) ד' בינייש כי: " אין ספק כי קיים קושי מעשי לגלוות את עמדתו של החולה במועד הרלוונטי כיוון שתמיד הוא נדרש להתייחס לשאלת במבט לאחר, שעה שהוא סובל מהתוצאות הטיפול. בפסק דין רבים עמדו בתי המשפט על כך כי אין זה אנושי להטיל על אדם המתיישר לטיפול רפואי שנייתן לו, להעיד ולהציג באופן אמין את התשובה לשאלת מה היה עשה בעת קבלת החלטה על הטיפול לו ידע על כל התוצאות האפשרות" (הלכת דעתה, בעמ' 553).

הकשיים האמורים שמדו בבחן סובייקטיבי לבחינת קיומו של הקשר הסיבתי, מטעמים לאין שיעור, כshedover בתביעת ההורים בגין הולדה בעולה. ההנחה כי " אין זה אנושי" להטיל על החולה "להעיד ולהציג באופן אמין" כיצד היה

נוהג אילו ידע את העובדות הضرיריות להכרעה לאשורן, מקבלת משנה תוקף בהקשר הנדון ומהדדת את הקושי הנפשי עימיו נאלצים ההורים להתמודד. אכן, בנוסף לקושי הרגיל הטבעי בעדות מעין זו, נאלצים ההורים גם לישב בין הצהרותם מעלה דוכן העדים, כי היו בוחרים להפסיק את ההיירון במקרה של מום מן הסוג המדובר, לבין אהבתם לילדם – משנוולד. 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 הורה לבין הילד. לא כך הדבר.

48. אכן, הדילמה המוסרית הכרוכה בהעדתם של ההורים משקפת במלוא עצמתה את מורכבותה של עילת התביעה בגין הולדה בעוללה. שאלת הקשר הסיבתי נבחנתה במבט *ex ante* (קודם מעשה), ובוחנת מה היו ההורים מחייבים בעת ההיירון לו היו בידיהם מלאה הנתונים הרלבנטיים; ואולם עדותם נמסרת *ex post*, לאחר שהילדים כבר נולד (דילמה זו מתעוררת גם בכלל הקשור בשאלת הנזק, ועוד תידון בהקשר זה בהמשך). על דילמה זו מшиб עוז"ד א' פוזנר, במסגרת דעת המיעוט בועדה, כי: "תשובה נכונה לחלוטין היא, שכאשר שאלת הפסקת ההיירון עמדה על הפרק (או השאלה אם להיכנס להירון), לא היה היולד קיים, בכלל (במקרה שהשאלה הייתה האם להיכנס להירון), או בנסיבות הנוכחית, צורה של אדם חי. הורה אינו חייב לומר לילדיו 'צר לי שאתה חי' או 'אני לא אוהבת אותך'; די שהוא ישכנע שכאשר ההיירון היה היولي, או עבר לא מוכר, הייתה האם מפסקה את ההיירון" (דו"ח הוועדה, עמ' 105). וainן לך מהשאלה טובה מכך, לרוגשי ההורות, מאשר בדברים שייצאו מן הלב, בעדות אחת שבאה בפני בית המשפט המחזוי (בת"א (מחוזי ב"ש) 3344/04 ד.ר. נ' מכביה שירוטי בריאות (לא פורסם, 21.8.2008)). העדות – עדותה של אם המגדלת את בנה הסובל מנכות – ולפיה לא הייתה מהסת להפסיק את ההיירון אילו ידעה על קיומו של מום כלשהו, וזאת על רקע הקשיים שהוא בתמודדות היום יומית עם קשייו של ילדה הקודם של האם, שסבל משיתוק מוחין. חרב 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 הפללה, עוד שנה היה נולד אותו ר' אבל עם יד והוא היה תורם למשפחה אותו דבר אבל זה הוא לא היה סובל מכל הבעיות שיש הילד נכה... עכשו אנחנו מתים עליו, הוא הכל בשביבנו, זה מובן..." (שם, פס' 4 לפסק-הדין).

49. קושי נוסף עולה מן הבדיקה המנשנית. נטען כי הוכחת מרכיב הקשר הסיבתי עשוייה להיות קשה יותר עבור קבוצות מסוימות של תובעים, אשר עבור קבוצות אחרות. לאפעם הסיקו בתיהם המשפט כי הורים מסוימים היו בוחרים שלא לבצע הפללה,

אפילו היה בידי מלאה המידע הנחוץ. בת המשפט פסקו כך, תוך שנעדרו בנסיבות כגון אורה חיים ואמונה דתית; קיומן של בעיות פוריות וקושי להורות בעבר; וכן גיל היולדת ועבורה המילודותי. על פי טיעון זה, על דרך משל, אם חרדיות, שהריוונה הראשונית הושג בטיפולי פוריות מפרכים בגיל מבוגר יחסית, עשוי להתקשות יותר להוכיח כי הייתה מבצעת הפללה גם אילו הייתה מודעת לקיומו של סיכון כי הילד ייוולד עם מום – וזאת בהשוואה לאם חילונית צעירה שלא מספר ילדים והריוונה הושג באופן ספונטני. זאת ועוד. השימוש בנסיבות מסווג זה הוביל לטענה – שנשמעה גם בדיון לפניינו – כי הדרישה להוכיח שאלמלא ההתרשלות היו בוחרים ההורים להפסיק את ההריון, פוגעת בהורים הנכונים לשאת את הקושי שבגדול ליד בעל מוגבלות ומתגמלת דווקא הורים שאינם מוכנים לשאת קושי זה (טענה דומה נשמעה גם בספרות המשפטית בארץות-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 אמוןתם הדתית לא היו מבצעים הפללה, מופלים בכך לרעה).

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

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

אולם, לפי השקפתி, יש תועלת רבה וחשיבות ציבורית באימוץ גישתו של השופט בניימיינி [בדבר ויתור על הדרישה כי יוכח שההורם היו מבצעים הפללה – א' ר']. לא רק שchosכיםanno את עדות ההורים, על הלבטים הרטרואקטיביים שלהם, אלא יש בגישה זו של השופט בניימיינி שיופיעו בין כלל הנשים ההרות, ללא הבדל, דת גזע ואמונה.

...האם הפיצוי לייהודיה החילונית הוא וודאי, ואילו כל שאר הנשים צריכות להסביר מהו טווח אמוןתן באומה דת, אשר כל אחת מהן שיכת לה, והאם היו מבצעות הפללה? ! האם יהיה צורך בכל תיק ותיק, להתמקד בפרטיו הדינמיים של אותה דת, על הגישות והניסיונות שבה, ולקבוע האם לפאי אותה דת הייתה מותרת הפללה בנסיבות

אותו מום, ולאחר מכן, יהיה צורך לסוג את התובעת היולדת לאורה תחת קבוצה בתוך אותה הדת, ולקבוע האם הייתה היא מבוצעת הפללה, על פי הנוהג באותה תקופה שבתווך הדת הנ"ל? ! (שם, פס' 285-286 לפסק הדין).

וראו את פסק-דיןו של השופט ע' בניימיינி: ת"א (מחוזי ת"א) 99/1226 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 בועדת מצא – ראו עמ' 47 ו- 98 בהתחאה). פתרון מן הסוג שהוצע לעיל אינו אפשרי במסגרת דיני הנזקין הקיימים. מדובר במעשה בויתור על הוכחת יסוד מיסודות עולות הרשות, שהרי מבלתי להוכיח כי אלמלא ההתרשלות היו ההורים בוחרים לבצע הפללה, לא ניתן להוכיח קשר סיבתי בין ההתרשלות לבין הולמת הילד. ויתור על הוכחת יסוד הקשור הסיבתי בתביעה מסווג זה יוביל להטלת אחירות על מי שאoli לא גרם בפועל לנזק, ולזיכוי התובעים בפיצוי בגין נזק שלא גרם להם בעולמה. תוצאה כזו לא רק שאינה מתiyשת עם דיני הנזקין ומטרותיהם, היא אף אינה עשויה צדק, במובנו הבסיסי, עם הצדדים ל התביעה. גם בשיטת המשפט האמריקאית נדרשת האם להוכיח כי אלמלא ההתרשלות הייתה לביצוע הפללה (ראו למשל: *Dumer v. St. Michael's Hospital*, 69 Wis. 2d 766, 776, 233 N.W.2d 372, 377 (Wis. 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) Keel v. Banach, 624 So. 2d 1022, 1026 (Ala. (1993).

52. הנה כי כן, ככל שההורים מעוניינים לטעע בעילה של "הולדת בעולמה", عليهم 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 בפרטם אמוןתם הדתית של ההורים, כמו גם בעיסוק בשיקולים קבועתיים אחרים. ממליא, בניסיון לקבוע בדיעד כיצד היו ההורים בוחרים לנוהג טמונה באופן אינהרנטי במידה רבה של אי-ודאות. האינדייקציות השונות שבחן נוהגים בתם המשפט להיעזר – ובכללן נתונים כגון אורח חיים דתי, גיל, עבר מילדותי וביצוע בדיקות

נוספות במסגרת הרפואה הפרטית – אין אלא אינדיקציות כלליות, המסתמכו על מעשה, במידה לא מボוטלה, על נתוניים קבוצתיים. סיווג ההורים לאחת מקבוצות אלה או לאחרת לוקה במידה לא מボוטלה של ספקולטיביות. במקרים שבהם נדרש בית המשפט להסתמן על נתונים קבוצתיים-כליים, אין מנוס מבחירת רמת הפשטה מסוימת, ותכופות קובע בית המשפט הנחות עובדה מסוימות בהתחמורות עם חוסר הוודאות המובנה (וראו, בהקשר של חישוב הפיצויים: אליעזר ריבלין וגיא שני "תפיסה עשירה של עקרון השבת המצב לקדמותו בתורת הפיצויים הנזקינים" משפט ועסקים י 499 (2009)). יתרה מכך, נתונים קבוצתיים אינם מעדים תמיד על נטיותיו של היחיד. גם בשעת שיגרה – אף במיוחד בשעת משבר – עשוי הפרט לחרוג מתכתיים קבוצתיים וממוסכמות, במיוחד כשהמדובר במוסכמות קבוצתיות. למעשה, מלכתחילה עשויה Umduot להיות מורכבת ורבת-פנים יותר מכפי שניתן לעירין על בסיס השתיכות קבוצתית צזו או אחרת. משכך, ראוי ליתן משקל משמעותי לשאלת הרשותה שהזגגה ביחס לקשר הסיבתי – היא השאלה אם ועדה להפסקת הריון הייתה מאשרת את ביצועה של הפללה במקרה המסוים.

כאמור, ראוי כי החלטת הוועדה להפסקת הריון תשמש מעין חזקה הניתנת לסתירה בדבר עמדתם של ההורים כלפי ביצוע הפללה. בכלל, מקום בו ביצוע הפללה 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 מCalculatorים את צעדיהם באופן דומה. עם זאת, ראוי להציג כי מדובר בהנחה עובדתית ולא נורמטיבית; אין בה בשום פנים כדי לקבוע כי ביצועה, יש בה משום התנוגות בלתי סבירה או בלתי רצואה. משמעותה היא אף כי מבחינה מעשית, יש להניח כי באופן טיפוסי נהגים בדרך כלל הפרטים בחברה, לפחות בקירוב, בהתאם לקריטריונים המנחים את הוועדות להפסקת הריון.

53. עוד ראוי להציג כי סתירה החזקה לפיה מקום בו הייתה ועדה להפסקת הריון מאפשרת את ביצוע הפללה, היו ההורים גם פונים לוועדה בבקשת מתאימה, אינה יכולה להיעשות באופן בלעדי באמצעות נתוניים כלליים, כגון בדבר השתיכות דתית-מגורית. נתונים אלה עשויים לעיתים להיות רלבנטיים, אך כיוון שהמדובר בהיבט היחיד של כלל הנתוניים האינדיבידואליים של האישה, יש לנحو זהירות רבה בעת הסקת מסקנות על בסיסו. כך, יש לזכור כי השאלה העומדת להכרעה אינה מהי עמדתה של הדת אליה משתיכים התובעים כלפי ביצוע הפללה בנסיבות המקרה, אלא כיצד היו נהגים התובעים المسؤولים העומדים לפני בית המשפט. כאמור, הפרט עצמו עשוי לחרוג

מתכתיים קבוצתיים או ממוסכמות, במיוחד כשמדבר במוסכמות קבוצתיות, ולא ניתן להימנע, עובדתית ונורמטיבית, מהתייחסות אליו בעל פרט שבחרתו אינה מוכתבת מראש. לפיכך, לא די בכך שדתם של ההורים אוסרת עליהם לבצע הפלת כדי לקבוע את התוצאה; על-מנת שתונן זה יהיה לבנתי לצורך הכרעה, על בית המשפט להשכנע כי האם הייתה נשמעת לאיסור זה גם בפועל. כמובן, שאין זה מן הנמנע גם כי ביצוע הפלת יותר, בנסיבות המתאימות, גם בגין האמוןנות הדתיות השונות, ותכופות אף קיימות גישות רבות ושונות, בגין הדתוות השונות, ביחס למוחות אותן נסיבות מצדיקות ביצוע הפלת (לענין זה ראו למשל: ת"א (מחוזי י-ם) 3130/09 א. ק. ג. נ' שירות בריאות כללית (לא פורסם, 28.11.2011); ת"א (מחוזי י-ם) 9134/07 א. ל. ס. י. אלסיד נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 17.2.2011)).

למעשה, גם כיום אין הערכאות הדינניות משתמשות באופן בלעדי על נתונים כגון שיווק דתי, ונinan משקל משמעותית יותר לנתחנים האינדיבידואליים של המקרה (ראו למשל: ע"א 7852/10 טידונה נ' קופת החולים לאומיות של הסתדרות העובדים (לא פורסם, 15.3.2012); ת"א (מחוזי ח') 1014/05 זידאן נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 24.12.2011); ת"א (מחוזי מרכז) 5193-11/07 ש.מ.ש. נ' מלאך פט' 5(ד)(טט) (לא פורסם, 14.9.2010); ת"א (מחוזי ח') 10492/97 אפטאבי נ' שירות בריאות כללית (לא פורסם, 30.9.2001)).

54. לבסוף, יש להדגיש כי מקום בו הוכחה שהוועדה להפסקת הריוון הייתה מאשרת ביצועה של הפללה, הרי שגם אם לא עלה בידי ההורים להוכיח כי הם עצם היו בוחרים להפסיק את ההריון – אין בכך כדי לגrovע מאפשרותם לטעון בגין הנזק שנגרם להם בגין הפגיעה באוטונומיה שלהם, כאמור: בזכותם לקבל החלטה כה משמעותית בחיהם באופן מושכל. בגין נזק זה, זכאים הם לפיצוי נפרד, ועל כך אעמד בהרחבת בהמשך.

שאלת הנזק וחישוב הפיצויים

55. משלילה משותה הקשר הסיבתי, יש להמשיך ולקבוע, במסגרת של תביעה ההורים, מהו הנזק המזכה אותם בפיצויוי. ההתבלשות בהקשר זה היא בשאלת אם זכאים ההורים לפיצוי רק בגין ההוצאות הנוסףות שעליהם להוציא לצורך הטיפול הרפואי והסיודי בילדם – ובשלב מסוים גם הוצאות קיום (להלן: הוצאות העודפות), או שמא יש לפצוחם גם בגין כל הוצאות הכרוכות בגידול ילדם, לרבות אלה שהיו מוצאות אילו היה נולד בריאה. הוצאות אלה, להן זכות ילד בריא ממילא (להלן: הוצאות

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

56. אין חולק כי בתביעה נזקין רגילה, ניתן הפיזי רק בגין "ההוצאות העודפות" שנגרמו עקב האירוע הנזקי, ולא ניתן פיזי בגין אותן הוצאות שהיו מוצאות גם אלמלא ארען הנזק. כך למשל, כאשר נפגע יילוד עקב רשלנות רפואי (ושלא בהולדת בעולה), לא ניתן להוריו פיזי בגין מלאה הסיווע הנדרש להם. בית המשפט מחייב מספר השעות הדרוש לטיפול בפער שפגע את מספר השעות הדרוש לטיפול בפער בריא, והфизי ניתן רק בגין הפרש המתබל, כאמור: רק בגין שעוטה העזרה העודפות. באופן דומה, אדם שנפגע בתאונת וזוקק לרכיב מסחרי כדי להתניע, קיבל רק את התוספת הנובעת ממצבו, כאמור: הפרש שבין מחיר הרכיב המסחרי והוצאות החזקתו, לבין מחיר רכב רגיל והוצאות החזקתו (וראו הדוגמאות המובאות בדו"ח הוועדה – חוות דעת פוזנר, בעמ' 115).

ניתן היה לסבור כי ישומו של מבחן "השבת המצב לקדמותו" בתביעה ההורים בגין הולדת בעולה, היה מעלה כי אלמלא ההתרשות, 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, לבוארה, לפצותם הן עבור הוצאות הרגילות הכרוכות בגידול הילד והן עבור הוצאות המיוחדות שנגרמו להם עקב מוגבלותו. "הוצאות העודפות" לעניין זה כוללות, לפי אותן עקרונות, גם את הוצאות המחייבת הרגילות.

57. אלא שבפועל, בתביעה ההורים בעילת הולדת בעולה, "הוצאות העודפות", עד לניל הבגרות, הן אלה שמעבר להוצאות המחייבת הרגילות. אין מקום לפ██וק להורים פיזיים בגין הוצאות הרגילות הכרוכות בגידול ילד בריא, בתקופה שעדי הגיעו לניל הבגרות, אלא יש לפצותם אך בגין הוצאות העודפות, המיוחדות, שהן הם נושאים עקב המום המולד. אכן, אלמלא ההתרשות לא היה הילד בא לעולם; עם זאת, ישנים טעמים טובים שלא להשית על המזיק הרשלן את מלאה הוצאות גידול הילד. טעמים אלה, משקפים את מרכיבותה 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) ומtower הנחה כי לו ניתנה בידי ההורים מראש הבדיקה, בטרם נולד ילדים, היו

הם מעדיפים בנסיבות המקרה שלא להביא לעולם לצד בעל מוגבלות כשלו; ואולם, בחינת הנזק שנגרם להורים אינה יכולה להיעשות בהתעלם מן השינוי שהל 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 נזק. בדיעבד, לאחר שנולד הילד בעל המוגבלות, עצם קיומו אינו נתפס כנזק בעיני הוריו. רגשות האהבה שיחסים ההורים כלפי ילדם, קיימים גם מקום בו נולד הילד כשהוא בעל מוגבלות. רגשות אלה קיימים גם אם מלכתחילה, לו ניתנה בידם מלא הבחירה, היו ההורים בוחרים שלא להביא את הילד לעולם. משבא לעולם. היטיבה לתאר זאת ועדת מצא בדו"ח מטעה: "אכן" – כך צוין שם – "עצם חיו של הילד במוגבלותו אינם מהווים נזק לילוד עצמו, וגם הוריו, לאחר שבא לעולם, אינם בבחינת נזוקים בשל עצם קיומו, אך משנוצרו בפועל – עקב מוגבלותו – צרכיהם שישיפוקם כרוך בעלות מיוחדת, מן הרואין כי בעלות זו ישא מי שאלמלא התרשלותו עלות מיוחדת זו לא הייתה נוצרת". (שם, בעמ' 60).

בית המשפט האמריקאי תיאר את הדברים בפרשת *Marciniak v. Lundborg* אף כי בהקשר אחר (של גידול ילד בሪיא, שהוריו לא רצו בהולדתו) והפעם מנוקודה מבטו של הילד, שהוריו טובעים פיצויים בגין הולדתו. הדברים יפים באשר לצורך לפצות את ההורים על הוצאות 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)).

ובתרגם חופשי: "הם (ההורים) – מטבע הדברים רוצחים להחזיק בילד. אלא שהאהבה, החיבה והתחמיכת הרגשיות שהם נכוונים להעניק לו אינם נשאים עמו אמצעים כלכליים שגם בהם יש צורך על מנת להאכיל, להלביש, לחנן ולגדל את הילד... אנו בטוחים כי הילד ידע בעtid להבחין בין השניהם. שחרור ההורים מהנטול של גידול הילד אך יוסיף לדוחה הרגשיות של המשפחה כולה, לרבות הילד..."

58. כמובן, שאין בדברים האמורים כדי להפחית מעוצמת הקשיים שהווים הוריהם של ילדים בעלי מוגבלות ומן הסבל שהוא מנת חלקם של ההורים החווים הם עצם את סבלו של הילד; על נזקים אלה – במידה שיווכחו – יפוצו ההורים בנפרד, במסגרת ראש הנזק של CAB וסבל. בה בעת, הערכת נזקם של ההורים, יוצאה 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, שמצויאים ההורים על גידול הילד, לאו נזק הן. הנזק מתבטאת, אם כן, בהוצאות העורפות – העלוויות הנוסףות, שהכוורת להוציאן נובעת מהתרששותו של המזיק, וכן טبعי שייזכו ההורים בפיצוי בגיןן.

59. כאן נחשף במלוא עצמותו אופייה המיעוד והחריג של התביעה בגין הולדת 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, לפיו המזיק יחויב בהוצאות העורפות, גם מפרשפטיביה אחרת, שהיא למעשה צידו השני של אותו מטבע: כאמור שביקרונו, גם התוצאות החיוביות של הולדת הילד צרכות לבוא לידי ביטוי, וכענין מעשי הדרך שבה הדבר נעשה במסגרת תורת הפיצויים היא כימות כל טובות הנהאה הבלתי מוחשיות הנובעות מהולדתו של הילד ומגדלתו, וניכוין מן הפיצויים שלהם זכאים ההורים. אומדן כללי של טובות הנהאה אלה, ישתווה בקרוב להוצאות הרגילות הכרוכות בגידול ילד. ניכוין הוצאות הכרוכות בגידולו של הילד, מסך כל הוצאות הכרוכות בגידולו, יביא לאותן הוצאות עורפות, הנובעות ממוגבלותו של הילד (שהליכן יש לצרף את הנזק הלא ממוני).

עד כאן באשר לפיצויי להורים בגין התקופה הקודמת למועד בו הגיע הילד לגיל הבגרות.

60. לאחר הגיעו של הילד לגיל הבגרות, יש לפסוק להוריו פיצויים בגין תמיכתם בילדים, בשל שבניגוד לקרה הרגיל, תלותו בהם נמשכת עקב נכותו גם בתקופה זו ולמעשה ממשן כל תוחלת חייו. אין מניעה כי פסיקת הפיצויים בגין נזקים אלה תהשש באורך התלות המשנית של הילד בהוריו, מקום בו עקב נכותו ממשיך הילד להיות תלוי בהוריו גם בוגרותו, ובמיוחד בכך שהחשיבות העקרונית של ההורים לדואג לצרכיו ילדיהם הבוגרים התלויים בהם אינה מוטלת בספק, והיא אף קיבלה ביטוי חוקי בסעיפים 4-5 לחוק לתיקון דיני המשפחה (מוזנות), התשי"ט-1959. אין חולק כי אלמלא ההתרשלות, לא היו ההורים נאלצים לשאת בהוצאות התמיכה בילדים לאחד בוגרתו.

בתקופה בוגרתו אמרו הילך, אלמלא מוגבלותו, להשתכר ל machiyyah. ככל שמדובר גורעת מיכולת ההשתכורות שלו, מוטלת על הוריו החובה לקיימו ולהשלים את שנגראע ממנו. במילים אחרות: בתקופה בוגרתו של הילד, נושאים הוריו הן בהוצאות המיחודות הנובעות מוגבלותו, הן בהוצאות המחייבת הרגילות, בהן היה נושא הוא-עצמו, בוגרתו, אלמלא מוגבלותו.

61. מקום בו צפוי הילד להשתכר גם במוגבלותו, יש להפחית את שיעור ההשתכורות הצפוי, כאמור: השיעור המתאים מן השכר הממוצע משך מתחם הפיצוי המשתלם להוריו. שהרי פסקנו כבר כי קטן בריא, ראוי להניח לגביו כי בהגיעו לבגרות היה משתמש בשכר הממוצע משך וכי שכר זה היה משמש אותו לקיומו, כאמור: למחייה ולרווחה. מן הבדיקה המשנית יש לפצות את ההורים בתקופה בוגרתו של הילד, בכל "הוצאות העופפות", שהן בתקופה זו הוצאות הקיום הרגילות וההוצאות המיחודות לריפוי ולטיפול. רק אם צפוי הילד להשתכר בוגרתו בשיעור מסוים מן השכר הממוצע, יהיה צורך להפחית שיעור זה מן הפיצוי. בפועל, במקרה הרגיל, בו ממשיך הילד הפגוע להיות בבית הוריו או בקהילה, לא יהיה הפיצוי שמשתלם להוריו שונה משיעור הפיצוי שהוא משתלם לו עצמו אילו הייתה קיימת לו עילת תביעה, שבמסגרתה היה טובע הפסדי השתכורות.

.62. נדגים זאת במספרים:

נניח כי השכר הממוצע במשק הוא 10,000. בשל מוגבלותו, נגרע כושר ההשתכורת של הילד בשיעור 50%, כאמור: נגרם לו הפסד של 5,000, וסכום זה היה משתלם לידיו אילו הייתה בידו עלית תביעה مثل עצמו. בנוסף לכך, היה זכאי גם להוצאות רפואי וסיוען עודפות (בהתמורה לילד בריא) בגובה 15,000 – כך נניח. בסך הכל היה הפיזי המגיע לידי בתביעתו שלו – 20,000. משайн בידי הילד עלית תביעה והתביעה היא עלית ההורים, זכאים הם, במקרה הרגיל, לפיצוי בגין כל הוצאות העודפות, כאמור: 15,000 בגין הוצאות רפואי וסיוען, ובנוספ' לכך, לאותן הוצאות קיום רגילות של הילד, שהם נאלצים לשאת בהן, בשל שנגרע מכושר ההשתכורות של הילד, כאמור: 5,000. בסך הכל הסכום שיקבלו לידם ההורים יהיה זהה לסכום שהוא משתלם לידיו אילו הייתה בידיו עלית תביעה.

ראוי עם זאת לזכור, כי הפיזי הוא תמיד אינדייבידואלי; עשויים, לפיכך, להתקיים מצבים בהם הפיזי עשוי להשתנות. למשל, כאשר מדובר בילד שצפו לשחוות במוסד, דבר שעשויה בהחלט להשפיע על הוצאות החזקתו.

.63. לשם השוואה: ברוב רובם של המקרים שנידונו במדינות ארצות הברית, נפסיקו להורים פיצויים רק בגין הוצאות העודפות שעליהם להוציאו לשם טיפול בילדם עקב נכותו, ולא נפסיקו להם פיצויים בגין הוצאות הרגילות הכרוכות בגידולILD:

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).

ובפרשא 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 לפיצויי על מלאו הוצאות הגדול של ילדם, שכן אלמלא ההתרשלות כלל לא היה בא לעולם והורייו לא היו נדרשים לכל הוצאה בגיןו, הרי שמשמעותו זה יש לקוזז את טובותה ההנהה הבלתי מוחשיות הרכוכות בהולדתו ובגידולו של הילד, ובכלל זה גם בעל מוגבלות. טובותה ההנהה אלה משתווות לכל הפחות, וכך נקבע, להוצאות הרגילות הרכוכות בגידול הילד (ראו: *Ramey v. Fassoulas*, 414 So. 2d 198, 200-01 (Fla. App. 3d Dist. 1982). עוד נקבע כי השתת הוצאות הרגילות הרכוכות בגידול הילד על גורם שלישי אינה עומדת ביחס הולם לאשמו של הגורם הרשלני והוא 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 N.W.2d 242, 244-45 (Wis. 1974); עניין *Ramey*, בעמ' 200). לבסוף, הודגש כי בהחלטתם של ההורים להביא ילד לעולם, הם בהכרח מסכימים, מרצונם, לשאת הוצאות גידולו הרגילות, ועל-כן לא ניתן לומר כי הוצאות אלה נגרמו עקב הרשלנות (*Clark v. Children's Mem.*). (III. 2011) (Hosp., 955 N.E.2d 1065, 1083). מנגד, מיועט של בתי משפט במדינות ארצות-הברית פסק הוצאות בגין מלאו הוצאות גידול הילד שנולד עקב רשלנות המזיק, וזאת כיון שאלמלא ההתרשלות, לא היה הילד נולד כלל (ראו: *Robak v. United States*, 658 F.2d 471, 479 (7th Cir. 1981)).

64. גם באנגליה נהנים בתי המשפט שלא לפ██וק פיצויי בגין מלאו הוצאות גידולו של הילד, והפיצוי ניתן רק בגין הוצאות העודפות. כך, הוסבר בפסק הדין האנגלי : *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, והפיצו נפק רק בגין ההוצאות הנוסףות 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 הנזקי שעליו החלטנו להמליץ היא, כי על מי שגרם בהתרשלות להולדתו של ילד בעל מוגבלות, המתבטאת בנכונות רפואית ממשית, ושלא היה בא לעולם אלמלא התרשלות זו, מוטלת חובה לשאת בעלות הכספיה בצריכו המיוחדים של הילוד הנובעים ממוגבלותו (הדגשה הוספה – א' ר'). מאחר שהמטופדים על הטיפול בילוד והדאגה לצרכיו הם הורי הילוד, והם הנושאים בפועל בעיקרה של עלות זו, יש להכיר בזכאותם של ההורים לתחזע ולקלל מן האחראי להתרשלות פיצוי המועד לכיסות את צרכי הילוד עקב מוגבלותו" (שם, עמ' 60).

אלא שכאמור, "ההוצאות העודפות" עלות במקרים הרגילים, בתקופה בגרותו של הילוד, גם לכדי הוצאות הקיום הרגילים שלו, שעל הוריו לשאת בהן. בהעדר כושר השתכרות לילד, כוללות לפחות "הוצאות העודפות", במקרים הרגילים, גם את הוצאות הקיום, המשתוות, בהעדר ראייה אחרת, לשכר המוצע במשק.

66. הנה כי כן: על מי שגרם בהתרשלותו להולדתו של ילד בעל מוגבלות, אשר לא היה בא לעולם אללא התרשלות זו, תוטל החובה לשאת בהוצאות העודפות הכרוכות בגידול הילד – הוצאות הנובעות מהתרשלות המזיק, המשקפות את צרכיו המיוחדים של היילוד הנובעים ממוגבלותו – וזאת בהתאם לנסיבותו של כל מקרה נתון ולמשך כל תוחלת חייו של הילד. פיצוי זה יכול את כל אותן הוצאות שעודפות, הנדרשות במקרה המסויים, ובهنן: הוצאות רפואיות, עזרת צד שלישי, הוצאות שיקום, הוצאות חינוך לרבות הוצאות נלוות, הוצאות דירות והוצאות ניידות. בתקופת גירושו של הילד ולמשך כל תקופה תוחלת חייו, יהיו הוריו זכאים לפיצוי גם בגין הוצאות הקיום הרגילים שלו – ככל שנגיעה ממנה יכולת ההשתכרות ולא נתקיימו נסיבות מיוחדות, השוללות זכאות זו.

67. בשולי הדברים יזכיר כי שאלת מתעדורת מקום בו עלית התביעה היא בגין "הרيون בעוללה" (או "התעברות בעוללה") – 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 פלוניות נ' קופת חולים של הסתדרות הכללית של העובדים בישראל, פ"מ תשס"ג (2) 309 ; ת"א (שלום חי') 4503/06 פלוני נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 4.3.2012)). הדיוון בתביעות מסווג זה ובשאלת היקף הנזק בר-הפיוצי בהן אינו נדרש לעניינו, ונוטירו בעת שיתעורר. עם זאת יזכיר כי בשיטות משפט אחרות נפסקו, גם במקרים בהם נולד ילד מוגבל כתוצאה מהריון בעוללה, פיצויים רק בגין הוצאות העודפות (ראו למשל באנגליה את פרשת *Parkinson* הנ"ל). תוצאה זויפה מקל וחומר בעניינו, מקום בו ההריון כשלעצמם היה רצוי, אך ההורים רצו בלבד בריא. מכל מקום, כאמור, אין צורך בנסיבות העניין להביע עדמה בשאלת הפיצוי הרואוי במקרה כזה, של הריון בעוללה, בשיטת המשפט שלנו.

נק שאינו נזק ממון

68. מקובל לסוג את הנזק הנפשי הנבע במסגרת טובענה בשל הולדת בעוללה כנזק נפשי "טההור", בהיעדר פגיעה פיסית בתובעים. סיווג זה אינו נקי מספקות (השו למשל לפסק דינה המאלף של הברונית *Hale* בפרש *Parkinson*. אלא שמל' מקום, הנזק הנפשי, במקרה שלפניינו, נלווה לנזק כלכלי עד שככל מקרה אין הוא עומד לבדו.

69. אף אם נסוג את הנזק הנפשי הנגרם לתובעים כאן כNazk Tehor, הרי שהוצאות לפיצוי בגין נזק נפשי טהור, שאינו נלווה לפגיעה פיסית רלבנטית (ראו: אליעזרRiblin

"**פייצויים** בגין נזק לא מוחשי ובגין נזק לא ממוני – מגמות הרחבה" ספר שmagr – חלק ג' 32 (2003)), הוכחה 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 פייצוי להורים הסובלים נזק נפשי עקב מות עוברים ברשלנות; בדומה, הוכחה זכאותם של בני-זוג לפיצוי בגין הנזק הנפשי שנגרם להם עקב הפללה בלתי נחוצה שביצעה בת הזוג מחמת רשלנות רפואית (ע"א 398/99 קופת החוליםים של ההסתדרות הכללית נ' דין, פ"ד נה(1) 765 (1999)).

70. במקרי ההולדה בעוללה מתmeshר הנזק הנפשי לאורך תקופת חייהם של ההורים – התובעים. אין זה נזק חד-פערמי. אין זה נזק המשתרע על-פני תקופה קצרה. ההורים נדרשים עד כלות לטפל בילד. הם חשופים לסלובותיו והם אמונים על רוחותנו. הם מלווהים את מכاؤיבו ייסוריו יומם ולילה ואלה – הופכים לייסורייהם ולסלובותיהם שלהם. הם מכוננים את אורח חייהם בדרך שתאפשר להם לקיים את אחריותם כלפי הילד. חייהם משתנים – לעיתים מן הקצה אל הקצה. פעילותות שנראו פעם טבעיות וקלות להגשמה הופכות קשות מנשוא. הצורך לדאוג לעתידו של הילד, ככלות כוחם, מדיר שינה מעיניהם ומהסיר פרוטה מכיסם. זהו נזק מתmeshר. הוא שונה ונפרד מנזק העוניה באוטונומיה שהוא פגיעה חד-פערמית המתרחשת ברגע בו נשלה מהם הבחירה. הנזק הנפשי המתmeshר ותקשה מהייב, לפיכך, פייצוי גבוה ומשמעותי.

פגיעה באוטונומיה

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

בhalcat קדוש עמדנו בהרחבה על חשיבותה של הזכות לאוטונומיה ועל זכותו של הפרט לטעו פייצוי בגין הפגיעה בזכותו זו. הובהר מחדש כי הזכות לאוטונומיה היא "זכותו של כל פרט להחלטת על מעשיו ומאויו בהתאם לבחירותיו, ולפעול בהתאם לבחירות אלה" (הלכת דעתקה, בעמ' 570; זהה זכותו של האדם "לכתוב את סיפור חייו" (הלכת ابو חנא, בעמ' 48). "האוטונומיה של היחיד" – כך הודגש בhalcat קדוש – "ኒዘבת בליית כבוד האדם. מדובר בזכות המהווה ערך יסוד בשיטת המשפט הישראלית, ומהוות את אחד הביטויים המרכזיים לזכותו החוקתית של כל אדם בישראל לכבוד, המוגנת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" (הלכת דעתקה, בעמ' 571;

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

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

רק פגיעה בליבנה של זכות הבחירה, "בגדרוין הקשה' של זכות האדם המקדשת את האוטונומיה" (כאמור בהלכה ברוריה צבי) ובעניין מהותי תזוכה את התובע בפיצוי ממשמעותי. דוגמא לפגיעה כזו ניתן למצוא, כאמור, בטיפול הרפואי, ה"מצו בגרעין הקשה של זכותו זו של כל אדם לשלוט בחיו", שכן "עשוי להיות לו השפה ישירה, ולא פעם בלתי הפיכה, הן על אורך חייו והן על איכות חייו" (הלכת דעתה, בעמ' 532). דוגמא נוספת היא פגיעה ביכולתו של אדם לטוטות את סיפור חייו (הלכת ابو חנא). הגדרה מתחמת של הפגיעה המזוכה בפיצוי תסייע לבתי המשפט לצרר את מעמדת הזכות לאוטונומיה, אך זאת תוך פסיקת פיצוי במקרים המתאים בלבד (הלכת קדוש, פס' 39 לפסק דין).

72. הפגיעה באוטונומיה היא ראש נזק במסגרת עוללת הרשות (שם, פס' 38 לפסק-דין); וראו גם פס' 72 לפסק-דין של השופט י' עמיתן. מובן, כי גם במסגרת תביעה בגין הולדת בעוללה עשויה הפגיעה באוטונומיה לשמש ראש נזק בר-פיצוי. נאלת השאלה מהו היה שמיינן 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 החוקית באופן ערטילאי ועקורי", אלא על "נזקים תוצאתיים אמיתיים" שנגרמו לו (כماמרה של יפעת ביתון "כאבים באוזור הכבוד" משפט ומمثال ט 137, 145-146 (2005) (להלן: ביתון)). נזקים אלה, שניתן להזותם כ"פגיעה בריגשות", כוללים תחושים שענין "פגיעה בכבוד, סבל נפשי, השפה, בושה, צער עלbone, מסכל, ערעור האמונה בזולת, ערעור תפיסת העצמי ופגיעה בהערכת העצמיה של הפרט או ביכולת המימוש העצמי, הן כאינדייבידואל והן כחלק מקבוצה ועוד" (ביתון, בעמ' 184). בשל שהנזק בגין פגיעה באוטונומיה יכול לעמוד בפני עצמו –

ניתן לתביע פיצוי בגין פגעה באוטונומיה גם בהיעדר נזק אחר; במקרים אחרים ניתן לתבוע פיצוי זה בנוסף או במקרה לנזק גופ שנגרם ובכלל זה בנוסף ובמצטבר

לנזק לא ממוני אחר, מקום בו מדובר בשני נזקים נפרדים. בכך אין כדי להגיד דבר, שהרי על המועל לפצוח על כלל הנזקים שגרם, ואם גורם ליתר מאשר נזק אחד, יפצח על שגרם. מובן זה הדבר בשאלת עובדתית ולא משפטית (הכלת קדוש, פס' 45 לפסק דין).

הפיישה זו נגזרת מן ההכרה שלפייה הפגיעה באוטונומיה (ככל שהוא בלייה הזכות ובעניין מהותי) מסקפת נזק ממשי ואמיתי. נזק זה עשוי לבוא בנפרד ובמבחן מנזקים אחרים – ממוניים ובלתי ממוניים – שאז הימנעות מפסיקת פיצויו בגין תחטא לעיקרון של השבת המצב לקדמותו (וראו גם את עמדת הוועדה – דוח הועודה, בעמ' 62). מובן, לא בכל מקרה קיימת הפרדה בין הנזק של פגיעה באוטונומיה לבין הנזקים האחרים (לסירת המקרים האפשריים השונים בהקשר זה ראו: עניין קדוש, פס' 45 לפסק דין). עשוי להיות חפיפה ביניהם. אך מקום בו הפרדה היא אפשרית, והפגיעה באוטונומיה היא פגעה נוספת מהותית הנוגעת בלייה של הזכות, שלילת הפיצוי הנוסף בגין כ莫וה כשלילת זכותו של הנפגע לפיצוי בגין כל ראש נזק אחר (וראו גם את דוח הועודה בו מודגם (בעמ' 62) כי "אין בהסדר המוצע כדי לפגוע בזכותם של ההורים לתחזע פיצוי על הפגיעה בזכותם האוטונומית, להחליט אם להמשיך או להפסיק את ההריון, או בזכותם לתחזע פיצויים גם בגין כל נזק ישיר אחר שנגרם להם, או למי מהם". הדגשה הוספה). לעניין זה השוו להלכה הקובעת כי בהתקיים תביעת תלויים ותביעת עיזובן, זו הצד זו, אין לפצוח רק בגין הגבואה מבין שתי התביעות, כפי שנקבע בפסקה בעבר; אלא יש לבחון אם מתקיים בין שתי התביעות מתחם חפיפה, לפחות יש לפצוח רק פעם אחת. אם בנוסף לכך קיימים נזקים החורגים מתחם החפיפה, הרי שהימנעות מפסיקות בגין כל אחד מהnezקים האלה, יגרום לפיצוי חסר (ראו: ע"א 4641/06 מנורה חברה לביטוח בעמ' נ'CRCBI (19.12.2007); ע"א 2739/06 דובי צקי נ' דזק אללה (1.6.2008)).

73. אשר לגובה הפיצוי – כשותפה א' חוות, אף אני סבור כי אין לפסק פיצוי סטנדרטי בגין הפגיעה באוטונומיה, אלא צריך שהפיצוי יהיה אינדיידואלי, בהתחשב בהפרה הקונקרטית ובנסיבותיה (ראו: ע"א 08/085 10085 תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוכרת חוקלאית בישראל בעמ' נ' עזובן דאבי, פס' 40 לפסק דין של השופטת א' חוות טרם פורסם, 4.12.2011). יחד עם זאת, כבר הבהיר כי "מאחר שמדובר בהערכתה של נזק בלתי-מוחשי, יזקקו בת-המשפט להערכתה שתתבסס על נסיבות העניין ועל ניסיון חייהם. ככל ניתן לקבוע, כי ככל שהמידע שלא נמסר חשוב יותר וככל שהאינטרסים הנפגע קרוב יותר ללייה הזכות ומשמעות עליה לצורה משמעותית יותר – כך יגדל הפיצוי בגין הפגיעה באוטונומיה (וראו לעניין זה את המדרדים שהציעה השופטת

שטרסברג-כהן בהלכת דעתה להערכת הנזק הלא-מוחשי שנגרם למי שזכהו לאוטונומיה נפגעה בעת קבלת טיפול רפואי, בהם: סוג המידע שנמנע מן החולה; היקפו, טיבו ומשקלו הסගולי של המידע שלא נמסר לחולה לעומת זה שנמסר לו; עמדתו ייחסו של החולה למסירת המידע הרפואי הקשור בו; ותוצאות הטיפול שבוצעו... (שם, בעמ' 621-629) ("הלכת קדוש, פס' 42 לפסק-דין").

באותם מקרים בהם משוכנע בית המשפט כי נגרמה פגיעה לאוטונומיה של התובע – כזו, הנוגעת לplibת הזכות ובענין מהותי – שומה עליו לפסק פיצויי הולם, שישקף את מלאו חומרת הפגיעה (שם, פס' 48 לפסק-דין). 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).

סיכום מונשיים

74. ההכרה שניתנה בעבר לעילת התחביה בגין "חיים בעולה", כך נראה, הושפעה במידה לא מבוטלת מן המוטיבציה ליתן מענה ראוי לצרכיו של קטין שנולד פגוע, כתוצאה מהתרשלות בטיפול באימו במהלך הריאונה. גם בטיעוני הצדדים לפניו ניתן משקל ממשותי לשיקול זה – ואף מעינינו הוא לא נעלם. אולם, סבורים אנו כי לא ניתן להכיר בעילה של "חיים בעולה" 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 ניתנים להציג מענה אמיתי במסגרת עילת התחביה של הוריו בגין "הולדה בעולה".

75. כפי שהוסבר בהרחבה לעיל, ההורים זכאים לפיצוי בגין הוצאות העודפות הנדרשות למילוי צרכי הרפואיים והסייעודיים של ילדים, ובמידה שילדם מוסיף להיות תלוי בהם עקב נכותו גם בהגיעו לבגרות, זכאים הם לפיצוי גם בגין הוצאות שהם נושאים בהן עבورو בתקופה זו לפחות כל תוחלת חייו. לרבות הוצאות הקיום הרגילים שלו, ככל שאין הוא נושא בהן מחמת מגבלותו, ובהעדך נסיבות השוללות זכאות זו. בין השאר, ניתן למצוא מענה משפטי מסוים גם לחשש שמא ילכו ההורים לבית עלם מבלי שדאגו לסייעים מתאימים לשם קיום צרכי של ילדם הנכח, וזאת במסגרת סעיפים 56-57 לחוק הירושה, התשכ"ה-1965, שעניהם הזכות למזונות מן העיזובן. וכך נקבע שם:

55. הניח המוריש בן-זוג, ילדים או הוריהם והם זקוקים למזונות, וכךים הם למזונות מן העזובן לפי הוראות פרק זה, בין בירושה על פי דין ובין בירושה על פי צוואת.

55. (א) הזכות למזונות היא –

- (1) ...
 (2) לידיו המוריש – עד גיל 18 לילך נכה – כל זמן נכוותו, ליד שהוא חוליה נפש – כל עוד הוא חוליה נפש, ולילד מפגר – כמשמעותו בחוק הסעיף (טיפול במפגרים), תשכ"ט-1969 [ההדגשה הוספה – א' ר'].

בכך ניתן מענה רחב לצרכי של הילד עקב נכותו. מطبع הדברים, בעניין זה, כמו במקרים אחרים המודרניים על-ידי דיני הנזקין,eszuv להתעורר שאלת הבטחת השימוש הרואוי של כספי הפיצויים. שאלה זו, אינה מייחדת את תיקי ההולדת בעולה. בפועל, מתקיימים מצבים שונים שבהם לא ניתן מענה מספק לצרכי של הילד באמצעות התביעה הנזקית שיגשו הוריו, אולם תוצאה זו היא בלתי נמנעת. קושי להבטיח שימוש ראוי בפיצוי שמקבל אדם, גם בגין עצמאי, קיים מעצם העובדה שהפיצוי הרגיל מוענק מראש ובסכום אחד. דיני הפיצויים יוצאים מתווך ההנחה כי חזקה על כל נזוק שייכל את מעשיו באופן שהפיצוי יציע לו מענה ראוי ומ תמיד לצורך להטיב את נזקיו בעתיד.

ועדת מצא פנתה בהמלצתה למחוקק "להסמייך את בית המשפט לכלול בפסק דין הוראות לעניין השימוש בכספי הפיצויים, ככל שימצא בבית המשפט לנכון לשם הבטחת צורכי היילוד. כן מוצע לקבוע בחוק, כי הפיצויים המיועדים להבטיח את צורכי היילוד, לא ייחשבו כחלק מרוכשם של ההורים, במצב של פשיטת רגל; לא יהו חלק מעיזבונם; ולא יהיו ניתנים לעיקול, לשubar 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 אותה עת, יפתחו בתם המשפט את המנגנון המתאים בכלים העומדיים לרשותם.

סיכום

76. מן הטעמים שפרטנו, מצאנו כי אין מקום עוד להזכיר בעילת תביעה עצמאית של הילד בגין "חיים בעולה". לעומת זאת, ההכרה בעילותם של ההורים בגין "הולדת בעולה" שרים. מצד העקרון, עליה אחראית זו אינה מגבילה עצמה על פי חומרת המוגבלות שעימה נולד הילד, וזאת בדומה לעילתו של הילד לפי גישת הנשייה ברק בעניין זיהוב. עם זאת, יש לזכור כי בפועל, מובילה דרישת הקשר הסיבתי לתחימה

מסויימת של עילת התביעה – שכן במסגרת שתי התביעות יש להוכיח כי המוגבלות הייתה מובילה להפסקת הרוון המותרת לפי הדין.

77. סופו של דבר, ההכרה בעילתו של הילד בגין "חיים בעולה" אינה מתאפשרת על-פי כללי המשפט והוא אף עומדת בסתייה לעקרונות יסוד של השיטה, ובهم עקרון קדושת החיים, ההגנה על כבוד האדם וההכרה בזכותם של אנשים בעלי מוגבלות לכבוד ולשוויון. יחד עם זאת, ניתן להציג מענה ממשמעותי, לרוב רובם של צרכיו הילד הנובעים ממוגבלותו, במסגרת עילת תביעתם של ההורים.

תמ ולא נשלם: במסגרת הכרעה עקרונית זו, לא נדרשו, מלכתחילה, לשאלת אחריותם הפסיכית של מי מהנתבעים בתיקים שלפנינו. שאלות אלה תתרורנה בהרכבים אחרים ובכל תיק בנפרד.

המשנה-לנשים

הנשים-ה(בדים) ד' בינייש:

אני מסכימה לפסק הדין המקיים של חברי המשנה לנשים א' ריבליון. הסוגיה שהונחה לפתחנו היא מן הקשות והמורכבות בהיבט המשפט, הערכי, המוסרי והחברתי. בית משפט זה התמודד עם סוגיה זו בפסק הדין החשוב בע"א 82/82 זייזוב נ' בז, פ"ד מ(2) 85 (1986) (להלן: עניין זייזוב), ועמד על כך חברי בהרחבה. באותו פסק דין הכיר באמן בית המשפט בקיומה של עילת תביעה לילדים שנולדו, והוא בעל מגבלות שלא אוביחנו בשל התרשלות בגילוי המום לפני ההתעברות או הלידה. חשוב להבהיר, כי גישות שופטי הרוב בעניין זייזוב לא נתכוונו, כמובן, לפגוע במעטם או בזכויותיהם של בעלי מוגבלות, ובגישותיהם השונות אף לא הפחתו מהתפיסה המכירה בערך חיי אדם, שהוא ערך מקודש בעיני המשפט הישראלי מאז ומאתמיד. פסק הדין באותה פרשה ביקש למצוא פתרון משפטי מעשי שיאפשר מתן פיצויו 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 זייזוב מעוררות קשיים לא מעטם, שעליהם עמד חברי המשנה לנשים בפסק דין. ניתנת המשנה לנשים מ' בן-פורת בעניין זייזוב מעוררת קושי הנוגע לאופן הגדרת הנזק, ואילו גישתו של השופט (כתוארו אז) א' ברק מעוררת קושי לעניין הגדרת הקשר הסיבתי בין התרשלות לנזק. לפיכך, בחלוף למעלה מ-25 שנה ממתן פסק הדין בעניין זייזוב ניתן

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

לפי תפיסתנו הערכית והחברתית כל אדם – יהיו מוגבלותיו אשר יהיו – נולד בצלם וחיוו הם בעלי ערך مثل עצם אותו יש לכבד. לפי תפיסתנו המוסרית אין ניתן לומר כי מוטב היה לו לאדם שלא נולד. לבסוף 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 הראה לפרשנותם של מושגים בעלי "רकמה פתוחה" ו"גמישה"; ו"נזק", כהגדרתו בפקודת הנזיקין כפי שפורטה לעיל, הוא אחד המושגים אותם ראוי לפרש ברוח העקרונות והערכות האמוריהם. כאמור: בשאלת ההכרה או אי ההכרה בעצם היולדו של בעל מוגבלות כ"נזק", יש להזכיר תוך התחשבות בשיקולי מדיניות משפטית, על פיהם ייבחנו הערכים והאינטרסים המתחרים; כאשר קביעת נקודת האיזון בין האינטרסים הפרטיים לבין האינטרס הציבורי הכללי תושפע מהתפיסה היסוד של השיטה המשפטית ומשיקולים ערכיים. עמדתנו היא, כי התחשבות בשיקולים אלה מובילת למסקנה, כי יש להימנע מהכרה בעמדה הרואה "נזק" בעצם הולדתו של אדם בעל מוגבלות" (ראו דו"ח הוועדה הציבורית בנושא "הולדת בעוללה", עמ' 46).

עוד יצוין, כי שוכנעת כי בעמדתו של חברי המשנה לנשיה, לפיה הכרה בעילת התביעה של ההורים בגין "הולדת בעוללה" אפשר מתן פיצוי שיענה על חלק ניכר, וייתכן שאף על רוב, צרכי הילד; ואפשר שיש להרחיב במתן פתרונות על ידי הסדרים החלופיים כהמלצת הוועדה הציבורית, אולם עניין זה צריך להיבחן שלא במסגרת פסק דין זה.

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

שהתעוררו לפנינו, ואף מציג פתרונות מעשיים לקשיים המתעוררים בתביעות מסווג זה. יחד עם זאת, גם פסק דין זה אינו סוף פסוק, ודומה שגם אם מתבקשת יצירתיות נוספת בפיתוח עילות התביעה הנוגעת להuder גילוי מוקדם של מומינים בעובר אפשר שהעת טרם בשלה לבן. זאת ועוד, השאלה שיתעוררו בתביעות ההורים בגין הולדה בעולה, שלחנקן רמז חברי בפסק דין, ודאי ישבו ויעסיקו את בתיהם המשפט בעתיד.

הנשיה (בדימ')

הנשיה א' גרווניס:

אני מסכימים לפסק דין של חברי, המשנה-לנשיה א' ריבליין.

הnbsp;א

השופט מ' נאור:

1. אני מסכימה לחוות דעתו המקיפה של חברי המשנה לנשיה א' ריבליין.
2. אשר להוראת המעבר ולפסקה ט"ז לחוות דעתו של חברי השופט א' רוביינשטיין: לדעתי אין מקום להכריע, במסגרת הוראת המעבר בהליך שלפנינו, בשאלת מה דינה של תביעת היילוד שטרם הונגה, שלגבייה חלפה לכואורה תקופת התהיישנות. בעלי הדין הנכונים לעניין שאלת זו – אינם בפנינו. נחזה את הגשרים כשנגייע אליהם.

שופט

השופט נ' ארבל:

1. פסק דין של המשנה לנשיה א' ריבליין הוא ابن יסוד בסוגית ההולדת בעולה המקפלת בתוכה שתי עילות תביעה נפרדות, עילת התביעה של הילד, המכונה "חיים

בעולה", ועילת הביעות של ההורים, המכונה "הולדת בעולה". פסק הדין עוסק בשאלות עקרוניות שהמרכזית, הקשה והרגישה שבחן עניינה בקשישים המתעדדים מעילת "החיים בעולה" המעליה את סוגיות ממשמעות אי החיים אל מול חיי נכות וסבל, מצב החיים אל מול מצב המוות. כאן ניצבת בכל עצמתה השאלה האם אנו כשופטים יכולים לקבוע כי קיימים מצבים, גם אם נדרירים הם, אשר בהם עדיף לא לחיות מאשר לחיות חיים בסבל, או כלשונו של הנשיא ברק חיים במום. חברי עמד בהרחה על השיקולים המשפטיים והערכיים של מדיניות ציבורית שאינם תומכים בעילת "חיים בעולה", ועל המצב במדינות השונות. מצטרפת אני לעמדתו כי לאור שיקולים אלו אין להכיר בעילה של "חיים בעולה". מלבד הקשיים המשפטיים המתעוררים במסגרת עילה זו, הרי שהקביעה כי הגדרת החיים עצם של הנזוק, וגם אם אלה חיים במום, החיים שモטב היה לו – לילד – שלא היה נולד כלל, היא קשה ופוגעת בקדושת החיים ובכבוד האדם.

2. אני מצטרפת לקבעת חברי כי הצורך במתן מענה לצרכיו הרפואים, השיקומיים והסיודים של הילד יכול למצוא פתרונו במסגרת תביעת הוריו בגין "הולדת בעולה", שאינה מעוררת את הקשיים המשפטיים והעקרוניים הכרוכים בהכרה בתביעתו של הילד. ההורים הם הנפגעים היישרים מכך שילד עקב התrelsות. 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 הפללה חוקית ומורתה על פי הדין. זאת, מבלתי להיכנס לשבך השאלות המוסריות הכרוכות בבחירה ההורים להימנע מגידל ילד בעל מוגבלות.

3. התלבתי באשר לסוגייה שעניינה בהוכחת הקשר הסיבתי בתביעת "הולדת בעולה". על מנת להוכיח קיומו של קשר סיבתי בעילה מעין זו יש להראות ראשית כי ועדת להפסקת הירון הייתה מאשרת להורים את הפסקת הירון 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 הירון. השאלת, כפי שהთعروה כבר בעבר היא אם לא ראוי היה לוותרليل על הדרישת להוכחת עניין זה. גם חברי מסכימים כי העמדת ההורים על דוכן העדים והעדתם כי היו בוחרים להפסיק את הירון אם היה בפניהם המידע הרפואי הרלבנטי, מעוררות קשיים ממשמעותם. קיים קושי להוכיח בדיעד ובאופן אמין שרשות סיבתית עובדתית היפוטטית, של זוג ההורים המתיחסים לנושא מבט לאחרו בשלב שהם כבר יודעים על התוצאות הנזיקיות. אמן קושי זה אינו יהודי לתביעות הולדת בעולה, אך בשל העוצמות הרגשות הנלוות לתביעות מעין אלו סבורתני כי אף הקושי המעשי מתעצם בהן. האם באמת יכול אדם

להшиб במבט לאחרור האם היה מפיל את העובר שכרגע הוא ילדו חхи ואהוב הגדל עימיו? האם יכול אדם לשער מה היה עושה במצב בו היה הילד עדין עובר, והיה נודע על המום ממנו הוא סובל? יתרה מכך, בתביעות בגין "הולדת בעוללה" מתעצם הקושי, כפי שעמד על כך חברו, משני טעמים נוספים. ראשית, הקושי הנפשי והמוסרי שנתקלים בו ההורם הנדרשים להעיד כי היו בוחרים להפיל את ילדם, החוי ואהוב כעת, קושי שאף עלול לפגוע בילד עצמו, שעשוי להיחשף לעדות בשלב כזה או אחר של חייו. שנייה,ulos קשיים בתחום המדיניות הציבורית, הן בשל החשש כי שלב הוכחה זה יכబיד על מגורי אוכלוסייה מסוימים אשר יש הנחה כי לא יטו להפיל את ילדם; הן בשל החשש כי דרישת זו תפגע דוקא בהורם הנכונים לגדל ילד בעל מוגבלות.

4. בוחנת אם לא נכון היה לאמץ את הגישה הסוברת כי יש לוותר על חלק זה של הוכחת הקשר הסיבתי (ת"א (מחוזי י-מ) 3198/01 פלוני נ' עירית ירושלים (לא פורסם, 8.5.08), השופט דרורי; ת"א (מחוזי ת"א) 1226/99 א' ל' נ' יניב (לא פורסם, 29.3.05), השופט בניימי). אכן, יש בכך משום סטייה מסויימת מהנתיב הרגיל של דיני הנזקין. עם זאת סברתי כי אפשרות זו עשויה להיות לגיטימית ומתחילה למטריה בה עסקינו, הן בשל שיקולי מדיניות ציבורית, הן לאור ייחודה ומורכבותה של עילה זו. כך למשל שימושה מורכבות זו של עילת "הולדת בעוללה" את המשנה לנשיה כדי לקבוע שיש לחיבב את הנتابעים בהוצאות העודפות בלבד, ולא בכלל הוצאות גידול הילד הנזוק. בנוסף אני בספק אם דרישת זו עשויה לסייע לחקר האמת, ולכנן אם תוכלקדם את הצד בנסיבות הספציפי, וזאת בשל הקושי, כאמור, להוכיח מה היה ההורה עשוה לו היה יודע על המום בו לוקה עוברו, כאשר ספק אם הוא עצמו יודע בבירור כיצד היה נוהג. למראות האמור, בסופו של יומם החלטתי להצטרף לעמדתו של חברו, הן בשל הרצון ללבת בתלים של דיני הנזקין, הן בזכות ריכוך הדרישת על ידי חברו בשניים: ראשית, בקבעה כי בהוכחת עמדתה של הוועדה להפסקת היירון להתיר הפללה במקרה תקום חזקה הניתנת לסתירה בדבר עמדתם של ההורם ביחס לביצוע הפללה; ושנית, בקבעה כי סתרת חזקה זו לא תיעשה רק באמצעות נתונים כלליים, כגון השתיכות דתית-מגורית. אוסיף לכך כי לטעמי על בתיה המשפט הדנים בתביעות "הולדת בעוללה" לנוהג בסוגיה זו באופן זהיר ורגיש, تحت משקל לאינדיבידואל שאינו קשור בהכרח בהכרעות הכלליות של המזר אליו הוא משתיך, ולנוהג בغمישות מסויימת עד כמה שהדבר ניתן, ביחסם דרישת זו במסגרת הוכחת הקשר הסיבתי. עניין לנו בדייני הרשות שיש להתאים למציאות החיים המשתנה והקשה.

כאמור, אני מצטרפת לפסק דיןו של המשנה לנשיה.

שופט

השופט ס' ג'ובראן:

אני מסכימן ל חוות דעתו המקיפה והמלצתה של חברי המשנה לנשיה א' ריבליין.

שופט

השופט א' דובינשטיין:

א. הנושא שלפנינו מושיק לשאלות הגותיות-פילוסופיות בדבר הקיום האנושי, אולי בדומה לבית שמי ובית היל אשר נחלקו "שתי שנים ומחצה" בשאלת, אם "נוח לו לאדם שלא נברא יותר משנברא" (ביבלי עירובין יג ע"ב); שאלות קשות הגותית, קשות משפטית וקשות אנושית. בדברי חכמים הושגה הכרעה: "נמננו וגמרו:נוח לו לאדם שלא נברא יותר משנברא, עצשו שנברא - יפשפש במעשהיו. ואמרי לה [ויש אומרים]: ימשמש במעשהיו" (שם; וראו רשי', שם; מסילת ישרים (לרבי משה חיים לוצאטו (איטליה-הולנד-ארץ ישראל, המאה ה"ח) פרק שלישי); תורף הדברים, כי משנברא האדם חובתו היא חיפוש הטוב וביעור הרע, תוך בחינה עצמית מתמדת. עניינינו שלנו מצומצם מן השאלה הקיומית המובאת מעלה, המתיחסת לחיה כל אדם באשר הוא, והוא נוגע למי שבא לעולם כשהוא לוקה בלקויות קשות;abisudo מצב דברים בו מצהירים ההורים, כי אילו היו יודעים מראש (*ex ante*) מה יהיה מצבו של הילד והיו נמנעים מהמשך ההריזון, והחברה מאשרת (באמצעות הוראות סעיף 316 לחוק העונשין, תשל"ז - 1977) כי מדובר בבחירה לגיטימית. וכך על פי כן, מתעדירות השאלות מן העולם הערבי, הפילוסופי, המוסרי והדתי כשהן שלובות עם שאלות שתוצאותיהן כלכליות - באופן שהכרעה המשפטית ממשימה (ולמצער עשויה להשמע) גם בחירה ערבית, ומכאן יסורי השגתה.

ב. בהקשר זה סבורני, כי דוקא תיאור אחר בדבר הקיום האנושי מאפיין פסק דין זה. את הפסוק "וַיֹּאמֶר הָאֱלֹהִים אֶת־הָאָדָם" (בראשית ב', ז'), מפרש התלמוד: "אויל מיוצריו ואוי לי מיצרי" (ביבלי ברכות סא ע"א): אשרור העילה של "חיה בעוללה" (wrongful life) מעורר קשיים משפטיים עיוניים מורכבים, אשר חברי המשנה לנשיה (gemes בעקבות המקובל במדינות אחרות) מבקש אל נכוון להימנע מהם ומכאן הכרעתו - וגישה זו ננקטה גם בדעת הרוב של "הועדה הציבורית בנושא הולדת בעוללה" (להלן, ועדת מצא) בדיון וחשבון החשוב ומAIR העיניים שכתבה (חשוב גם בדעתות המיעוט), ושלדיidi נודע לו מקום מיוחד בהכרעתנו; ומנגד, ביטולה של העילה, כהצעת חברי, אף אם הוא בא כשבצדו עילה מורחבת של "הולדת בעוללה" (wrongful birth), אינו קל בעיקור במישור המעשי. הרחבתה של עילת הולדת בעוללה כדי שתעננה על הקשיים המעשיים, או על חלקם, כפי שניתן לראות בדעותם של חברי המשנה לנשיה - עלולה לעורר גם היא קשיים משפטיים שונים, אשר בחלוקתםאגע בהמשך.

ג. אשר לקשיים: לדוגמה, במישור המשפטי, בבואה לנמק את הגבלת הפיזיוביילה של "הולדת בעוללה" להוצאות העודפות בלבד (ההוצאות שמצויאים ההורים מעבר להוצאות הרגילות המתלוות לגידול ילד), אף שגם את הוצאות הרגילות ניתן אולי לקשור סיביתית למעשה העוללה (ראו פסקאות 56-57), מצין חברי המשנה לנשיה, כי "גם הוצאות החיבור של הולדת הילד צרכות לבוא לידי ביטוי" (פסקה 59), ושוב נמצאנו נדרשים לכימות ערכו של הקיום האנושי - דבר שמננו ביקשו להימנע. זאת ועוד, על מנת להגיע לתוצאה שהיא בנסיבות צודקת (כל הניתן), מוכן חברי לפצות את הורי היילוד בגין הוצאותיהם "למשך כל תוחלת חייו [של היילוד]" (פסקה 60, ההדגשה במקור - א"ר), אף שימושית-נזקית-משפטית דומה כי ככל שמדובר בתביעת ההורים לפצותם בגין תמיכתם ביילוד ניתן היה להגבילה למשך תוחלת חייהם שלהם (לשיטת הרוב בועדת 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 המהיה ("ההוצאות הרגילות") של היילוד שבגר צזהות לשכר המומצע במשק (במקרה של אבדן כושר מוחלט) - מדר אשר כלל מאפיין הכנסות צפויות הנמנעות ממי שנפגע בעצמו מעשה עצמה, אך לאו דוקא את גובה הוצאות המהיה הבסיסיות שהזולת מוציאה על החזקתו (אם כי גם עמדה זו ננקטה בדעת הרוב בועדת מצא, עמוד 61); בהקשר זה ספק ענייני, אםאמת המידה הרגילה בפסקת מזוננות לפי סעיף 4 לחוק לתיקון דיני המשפחה (מזוננות), תש"ט - 1959 (אליו מפנה חברי המשנה לנשיה בפסקה 60) או לפי סעיף 7(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 מה(3) 461; ש' שילה, פידוש לחוק הירושא, תשכ"ה - 1965 (חלק שני, תשן"ה 37-38). ואטעים: איני בא לומר חיללה, כי יש לנוקוט בגישה המצמצמת את גובה הפיצוי בסוגיות אלה, נហוך הוא - העיקרון האנושי ושיקולו הצדק העומדיםabis ביסודו חותם דעתו של חברי המשנה לנשיה (כמו גם של דעת הרוב בונעת מצא) ברור ומקובל גם עלי; ואולם גם אין להתעלם מהקושי העיוני העולה מהתאמת עילית התביעה של ההורים בגין "הולדת בעולה" למצוות בה עילית התביעה של הילוד בגין "חיהם בעולה" בטלה.

ה. במשור המński נדרש חברו, בין היתר, לשאלת כיצד מבטחים שפיצוי ההורים בעילה של הולדת בעולה אכן יבטיח גם את עתידו של הילוד (ראו פסקה 75). שאלות אלה קשות לפתרון, שהרי מה יעשה - לדוגמה - כשההורים חסרי אחריות או בזבזנים וייתירו את הילוד חסר כל על ידי שימוש המכלה את הכסף. אומר כבר כאן, כי לדידי קיימת תשתיית משפטית מספקת לצורך קביעתם של הסדרים אשר יבטיחו אינטראס זה: גם כיוון שם זכאות ההורים נובעת מחובות שונות אשר הדין מטיל עליהם (ראו לדוגמה פסקה 60 לחותם דעתו של המשנה לנשיה) לא יהא זה בלתי סביר לצורך בין הפיצוי לבין חובות אלה (אך בהקשר זה הצעה דעת הרוב בונעת מצא הסדרים היהודיים, ראו עמוד 62). קושי משמעותי נוסף, למעט במישור העקרוני, נוגע לילוד אשר אין לו הורים שיתבעו בעבورو (ענין אשר דעת הרוב בונעת מצא נדרשה לו בעמוד 60), או כאשר ההורים עצם נקלעים לפשיטה רגל, ועוד על זו הדרך.

ו. לשון אחר, מעבר למורכבות המשפטית, חוות דעתו של המשנה לנשיה, אף שהיא מבקשת להבטיח את עתידו של הילוד באמצעות תביעת הוריו, עלולה להוtier, בנגדו לכוונתה כמובן, מקרים בהם יילוד שכיוום היה זוכה לפיצוי יותר בחוסר כל - והרי הרשנות היא אותה רשלנות והוצאות שבאו בעקבותיה הן אותן הוצאות (זאת אף אם נימנע שימוש במושג המשפטית "נזק"). בל נכח, שופטי הרוב בעניין זייזוב (ע"א 518/82 זייזוב נ' כץ, פ"ד מ(2) 85) היו מודעים לקשיים השונים הכרוכים בעמדות שהציגו, אך בחרו לנוקוט עדמה שאף אם לצד קשיים תיאורתיים, היא מבטיחה את כיסוי הוצאות המרובה אשר נגרמו כתוצאה מטיפול רשלני של רופא כמובנו של משפט זה במסגרת דין הנזקן; לקשיים ראו גם פסקה 42 לעמדת המיעוט בונעת מצא של עו"ד פוזנר.

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

אזור וא' נירנברג, רשלנות רפואית (מהדורה שנייה, תש"ס 287); אם כי, כאמור, קשיים המשפטיים בצדו (ראו דבריה של המשנה לנשיה בן פורת בעניין זייזוב עמוד 105; וכן ר' ר' פרוי, "להיות או לא להיות: האם זו השאלה? תביעות נזקין בגין 'חיבם בעוללה' כתעוטות 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 להציג כי נמשיך לכתך בדרך סלולה זו, כשיטת השופט ברק, בשינויים מסוימים, חרב 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 כאשר אף מעוררת שאלות מעשיות, כאמור. השופטים אשר דנו בעניין זייזוב לפני כן עלו ממחזית יובל, ידעו כי לפניהם משימה קשה; אף הם ביקשו לסייע מעשית למי שגורלו המר לו, מקום שרשלנות אכן הייתה, אף אם עצם יצירותו של עובר בעל לקויות לא בא מידו של הרופא אלא מעת "החותך חיים לכל חי" (כלשון הפינות לראש השנה ויום הכיפורים).

ח. ואף על פי כן, המצב שנוצר לאחר פסק הדין בעניין זייזוב - לרבות השוני בפסקת בתי המשפט המחווזים, בין היתר "בתפר" שבין דעתה המשנה לנשיה בן-פורת והשופט ברק בעניין זייזוב - מהיב הכרעה והסדרה, ולא בכדי עסוקין בהליך זה במספר תיקים גדול הטוען פתרון. עוד בשנת 1993 ציין בית משפט זה:

"שופט מהוזי שבאה בפניו תביעה כזאת עומדת בפני מספר אפשרויות... בכל אחד מהמקרים לא יחתטآن 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 מלץ; ר'או גם ע"א 119/05 אמין נ' מדינת ישראל (לא פורסם)).

שנות דור חלפו מאז ניתנן פסק הדין בעניין זייזוב, וכפי שציינו חברי ועדת מצא: "היעדר הכרעה, כפי שכבר צוין, הותיר את השדה המשפטי פרוץ" (עמוד 17); מצב זה, בו גורלה של התביעה תלוי בהכרעות השופט – ואולי לא לモחר לציין: השופט המקרי – שבפניו היא מתבררת "על פי טumo ותפיסת עולמו" (כלשון הוועדה לעמוד 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 זייזוב באו בכלל – הן לפנינו הן בזאת מצא – מצד עורכי הדין המיצגים, כלל, טובעים. אכן, דעת הרוב מקרב חברי ועדת מצא הצעיה, "כאפשרות ראשונה ומועדפת" (עמוד 60), לכונן בחקיקה הסדר סוציאלי אשר יבטיח

את צרכיהם של מי שנולדו עם לקות הגורמת למוגבלות תפקודית - וכמוהן שיש ברכה רבה בהסדר כאמור; ועוד הצעה, חלופה, הסדר נזקי חוק, ואף בכך יש חיוב רב. ואולם, כבית משפט הדן בתיקי נזקון בהתאם לדין הקיימם והמצווי, חוששני כי אין מנוס מקביעה הلقה משפטית בגדרי דין הנזקין. זאת, חurf הקשיים הקיימים בצדה של כל אחת מהחלופות, ועד לחקיקה - צואת או אחרת - שהייתי מפzier במחוקק ישראלי רגיש ואכפתني להגעה אליה בהקדם האפשרי.

ט. בסופו של יומם ראיתי להצטוף במישור העקרוני להכרעתו המונומכת של חברי המשנה לנשיה, שביסודה לעת הזאת החלק העקרוני-משפטי; זאת, תוך הצבעה על הקשיים וקריאת למחוקק לומר את דברו. מדובר בהכרעה מפוכחת המודעת לחסרוןנותיה וליתרונותיה של כל אחת מהחלופות, ומבקשת - מתאצת - להבטיח, כי ההתבססות על "ההיגיון המשפטי-נזקי הרגיל" (שתכליתה גם להימנע ככל הניתן מן הקשיים העיוניים והתוצאותיים של חוות הדעת השונות בעניין זיצוב) 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 "ח�ים בעוללה", ועם פסיקת חברי המשפט במדיניות המשפט המקובל (כפי שסקירה הוועדה בחווות דעתה, וכפי שסקיר חברי בחווות דעתו). אף המסר הערכי העולה מהכרעתה חברי - בין בכל הנוגע לקדושת החיים ובין בכל הנוגע ליחס כלפי אנשים בעלי מוגבלויות - תומך באימוץה. היא גם توامة (כפי שיוצג בקצרה בהמשך) את מה שניתןولي להגדיר כעמדת המשפט העברי, מורותנתנו המשפטית. העמדה העולה מהכרעתנו היא, כי איןנו מותירים אנשים עם מוגבלויות בקטגוריה של "נוח לו שלא נברא", ועלינו לכבד את צרכיהם ולהשתדל לספוקם, בלי להדק תווי של דחיה חברתיות של "נוח לו שלא נברא", אלא כ אדם רצוי.

"**וְטוֹב מִשְׁנֵיכֶם אֲתָא אָשָׁר עָזָן לֹא קִיה**" (קהלת ד', ג')

י. ההכרה בעילה של "ח�ים בעוללה" מחייבת כאמור דיון בשאלות ערכיות כבדות משקל, אשר את התשובה להן ניתןولي למצוא "בתהום הפילוסופיה - המוסר - התיאולוגיה" (בניסיונו לדברי השופט גולדברג בעניין זיצוב, 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 ממשא נולד כלל, דהא [שהרי] הנולדים באין לעולם הבא" (ראו שוו"ת אגרות משה לרבי משה פינשטיין, רוסיה-ארה"ב, המאה ה'כ') אבן העוז חלק ראשון סימן ס"ב); אם כי קיימת בקרב פוסקים

חשיבותם גם התייחסות נרחבת ומשמעותית (בקשר להפסקת הריוון) לחיה הסבל הנגזרים על ילוד זה, ובמידה רובה גם על סביבתו הקרוובה:

"האם יש צורך, צער וכאב, יותר גדול מזה של נידוננו, אשר יגרם לאם בהולד לה יצור כזה, שככלו אומר יסורים ומכאובים ומיתתו בטוח במשך מספר שנים, וענני ההורים רואות וככלות באין לאל יdam להושיע? (ובזרע שלא משנה ולא מפחית כלום באם היילוד הזה ילקח למושך מיוחד ולא יתנו גישה להורים עד מותו). ומתוסף לזה פיתולי היסורים והמכאובים של היילוד בעצםו שלא עליינו כל מום בו. וכך אם יש להתרע על פי ההלכה הפסקת הריוון בגין צורך גדול ובגלל כאבים ויסורים, נראה שהזו המקרה הקלסטי ביותר שיש להתרע" (שו"ת צי' אליעזר (לרבי אליעזר ולדנברג, 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 - לעיתים להורים במילוי, כי היילוד אינו מתקשר. ואמנם, קולמוסים רבים נשתרבו בגדרי המשפט העברי בבירור שאלות אלה במבט צופה פנוי עתיד (ובפרט בנוגע להפלות; ראו, לדוגמה, הרב א' ליכטנשטיין, "הפלות מלאכותיות - היבטי הלכה", תחומיין כ"א (תשס"א) 93). חוות הדעת של רוב חכרי ועדת מצא כללה התייחסות במספר מקורות מוכרים המתיחסים לשאלת "כדיות החיים", דוגמת דברי שלמה המלך "ונשבח אני את הפתחים שבר מטה מן החיים אשר הפתחים עדרנה" (קהלת ד', ב'), ודברי יונה הנביא, אשר שאל את نفسه למות ואמר "טוב מותי מהיי" (יונה ד', ח'), אם כי לשיטתם "אין ספק שמאמרם אלו מתיחסים לצדדים מוסריים ותיאולוגיים בלבד" (עמ' 65), וכבר עמדנו מעלה על הבדיקה בין השאלה הפילוסופית לבין המצביעים העומדים להכרעתנו. השאלה,מתי "ונגמר מעת החיים" (ירמיה ח', ג'), או "המחפאים לפנות ואיננו ניחפה מעתם" (איוב ג', כ"א), היא שאלת הוכרעה, ועם זאת החיים הם "מלך אלוה מפעל" (שם ל"א, ב'); ראו מ' גרינברג, "ערך החיים במקרא" בתוך קדושת החיים וחידוף הנפש: קובץ מאמרים לזכרו של סגן-Amir יקותיאל (י' גפני וא' רביצקי עורכים, תשנ"ג) 35. למשל, ישנים חולין מחלות ניווניות שה חיים אינם חיים והמצפים להיגאל מיסורייהם, ויישנים ההופכים את עומק היסורים למנוף לפעילות יוצרת (ראו כתבי המאלפים והמרגשים של ד"ר רחמים מלמד-כהן, חולה ALS ויוצר כמעין המתגבר).

י"א. סיפוריו התנ"ך וסיפורים נוספים המופיעים במקורות מאוחרים יותר מלמדים, כי לא תמיד עדיפים החיים על היעדרם: כך לדוגמה דברי המלך שאל "לנשא כליו,

שלפ' מפרק ודקני בָּה פֵּן יְבוֹא הַעֲרָלִים קָאָלָה וְדָקָנִי וְהַתְּעַלְּלוּ בֵּי" (שםוזאל א', ל"א, ד'); או הסיפור בדבר אותה אשה "שהזקינה הרובה" ואמרה לאחד מהחכמי המשנה: "הזקנית יותר מדי ומעכשו חיים של נולם, שאני טועמת לא מאכל ולא משקה ואני מבקשת להפטר מן העולם" (ילקוט שמעוני דברים פרק י"א רמז התע"א). לא לモתר לצין, כי מעשים אלה שימשו את פוסקי ההלכה בדונם בשאלות בנות זמננו הקשורות להארכת חיים וקיצורם (ראו, בהתאמה, הרב י' זילברשטיין, "מתן מודפיום לחולה סופני הסובל ממחלה" אסיא ט"ו (תשנ"ז) 52; הרב י' זילברשטיין, בתוך זהה: קובץ תורני מרכזיו ג' (תשנ"ח) ר'יח). וכך היום, כמשפט העברי כמשפט המערבי, השיקולים ידועים והדילמות קשות.

יב. ואולם, עדין מקום יש להבחין בין השוואת חיים מלאי ייסורים לחיה בריאות ואושר, לבין השוואת חיים קשים ככל שיהיו למצב של אי-קיים. בודאי כך, שעשה שמדובר בהשוואה שנuada לחשב "גובה נזק" ושורתה התחתונה אמורה להיות סכום כספי. התייחסות עמוקה לעצם האפשרות לדzon בשאלות אלה ניתן, לדעתינו, למצוא בדברי התלמוד הבבלי (ברכות י ע"א) לגבי המליך חזקיה אשר נמנע מפריה ורבייה כיוון שהזהה שבנוו עתדים להיות רשעים (המלך הרשע מנשה). בתשובה להסבירו של חזקיה אומר לו הנביא ישעה: "בהדי כבשי דרhamna למה לך נמה לך ולסתוריו של הקדוש ברוך הוא?"; ועל חופש הבחירה בנושאים מסווג זה נאמר, "שאין נפשו של אדם קניינו אלא קניין הקב"ה שנאמר (יחזקאל י"ח, ד') 'הנפשות לי הנה'" (פירוש הרדב"ז (רבי דוד בן זמרה, ספרד-מצרים-צפת, המאה הט"ז) לרמב"ס, הלכות סנהדרין י"ח, ו). גם אם מוכן המשפט העברי להניח, כי במקרים מסוימים עדיף להימנע מהריוון העשויה בסביבות גבוהה להביא לילדתם של ילדים פגועים, באים דברי הנביא ישעה ומציגים עמדה בהירה לגבי היכולת לדzon ולהשווות בין מצב של אי-קיים למצב של קיומ, בעיתוי ככל שהיא, ומסקנתם, שאין אפשרות לחרוץ על כך דין; ואוסף, כי בדברים אלה - באשר לסתוריו של בורא עולם - נעשה שימוש בהגות הדתית גם לגבי תופעות היסטוריות בלתי נתפסות, כמו השואה, להבדיל.

יג. הסוגיה המשפטית של "הולדת בעוללה" או "חיים בעוללה" נדונה - במישור המשפטי-הלכתי במבחן מהמישור המוסרי-דתי - במשפט העברי (ראו, לדוגמה, שיילינק, "הולדת בעוללה - זכויות תביעה ופיצויים" פרשת השבועון 23 (תשס"א); הרב חיים וידאל, "הולדת בעוללה - פיצויי נזקין בגין הולדת עובד בעל מום", תחומיין ל'ב (תשע"ב), והוועתה הביעית של תביעה בעילה של "חיים בעוללה": "לפי ההלכה אין מקום ל התביעה קטין" - במבחן מتابיעת הוריו - "שנולד בעוללה, לא כנגד הוריו ולא כנגד רופא נתן לאמו ייעוץ או אבחון בהיותה מעוברת" (VIDAL, עמוד

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

"האמת ניתנת להיאמר שמקורות המשפט העברי הקלאסיים אינם עוסקים בשאלת זו" (כך בחוות דעתו אשר הוגשה לוועדת מצא בcourt: "הרהורים על 'הולדת בעוללה' לאור מקורות המשפט העברי").

אפשר גם להבין מדוע: עיצובן של תביעות נזקין מעין אלה שלפנינו הוא ליד העידן הרפואי והמשפטי המודרני, שבו מה שנותר מקדם בין סטראים שמיים לגזירת גורל, ניתן היום לצפיה ולפענוה בכלי הרפואה והגנטיקה. אין זה פוטר פוסקים מודרניים מהידיישות לכך.

סוף דבר והערות מעשיות

י"ד. המתוחה אשר פירט בהרחבה חברי המשנה לנשיא הולך כברת דרך ארוכה לקרהת הסדרה מנומקט, קוهرנטית וצודקת של הסוגיה האנושית והמשפטית המורכבת שלפנינו. ואולם, במובנים מסויימים עדין ארוכה הדרך שעלה בתיה המשפט להמשיך ולסלול בהתאם למקרים שיובאו בפניהם (ואף חברי מצין זאת). דעת הרוב בועדת מצא התיחסה להוראות נוספות שיש לכלול במתוחה הנזקי. ביסוד חלק מהן עומדת אותה התובנה העומדת ביסוד חווות דעתו של חברי; קרי, כי חלק משמעותי מהபיזוי להורי היילוד קשור קשר הדוק לעליונות הכבdot של הבטחת טיפול מיטבי בו, ומטרתו לאפשר להם לעמוד בהן באופן אשר יטיב את מצבו ככל הניצן (ואולי אף ניתן לומר, לאפשר להם לעמוד בחובותיהם כלפי היילוד). בمعالג הפנים-משפחתי התיחסה הוועדה לצורך הבטיח, כי הכספי אכן יישמו לצרכי היילוד; בمعالג החוץ-משפחתי התיחסה לצורך לשريין את הכספי מול צדדים שלישיים דוגמת נושאים בפשיטת רגל (עמוד 62). שאלות נוספות קשורות למצב בו אין ליילוד הורים אשר יתבעו בשמו, ולמורכבות נספות שהברים וועדת מצא הציבו עליהם.

ט"ו. שאלות אלה חורגות מחלוקת ביטולה או קיומה של עילת החיים בעוללה, שהיא השאלה המרכזית הנדונה בפסק דין (חקליק) זה. והרי בשלב זה איןנו נתונים בתיקים קונקרטיים, בשאלות של שיעור הפיזוי, ומילא גם לא בשאלות הנוגעות לייחודה למטרה לשם ניצן. תשובה לשאלות אלה - ולמצער לחקליק - יוכלו בתיה המשפט למצוא בדוח וועדת מצא, וראו כי מסמך משפטי מكيف זה יעמוד נגד עיני הדנים בתיקים אלה. ייתכן, שהפתרון להן יידמה כהעתיקת הקשיים העיוניים מהדיון בעילת

התביעה לדין בתרגום העילה המורחת הלאה למעשה - ואולם, שאלת עילת התביעה היא המונחת לפתחנו, וחזקת כי גם לתרגום למעשה יימצא בהמשך מענה הולו. דעת הרוב בועדה צינה:

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

אף שאני סבור, כאמור, כי יש מקום להסדרה חיקתית של הסוגיה כולה והקריאה לחוק תקוותי שתפקידו על אוזניים קשובות, בין מתוך סוציאלי (שאינו מונח בכלל לפתחנו) ובין - למצער - בהסדרה בחיקקה של מתווה נזקי שלם ומפורט; חובה על בתיה המשפט להבטיח כי ביטולה של עילת החיים בעוללה בטרם יקבע מתווה מكيف בחיקקה, לא יפגע בחובתם הראשונית - לעשות צדק בגדרי הדין. הדרך שנקבעה עוברת דרך ההורים; חובת בתיה המשפט להבטיח, בכל מקרה ומרקחה, כי התועלת תגיע ליילוד ותוקדש לו, ולא לכל עניין אחר.

הוראת המעבר

ט"ז. באשר להוראת המעבר שקבעו חברי, חוששתי כי בלי ממשים עלולה להיגרם בעקבותיה תקלת במרקם בהם לא הוגשה תביעה מטעם ההורים בהנחה שבהמשך (אולי לאחר התגבשות המצב הרפואי) תוגש תביעה מטעם היילוד - בהתאם להלכת זייזוב בפרשנות זו או אחרת ובהסתמך עליה - ועל כן, על פי דין, נותר מרוחה שנים רבות. הוראת המעבר שבדעת הרוב מגנה על תיקים תלויים ועומדים שבהם לא הוגשה תביעה הורים, אך לא על תביעות שטרם הוגשו; ואם חלפה לגבי ההורים תקופת ההתיישנות של שבע שנים (תחת עשרים וחמש של היילוד), עשוי להישמע הטענה, כי התביעות התיחסנה. בכך היה אולי שיקול נוסף לזכות נטיית הלב הראשונית להותר את הלכת זייזוב על כנה עד להסדרה כולה. ואולם, למצער היתי קובע, כי תוכאת פסק הדין לא תחול גם על מקרים שבהם לא הוגשה תביעה הורים למשך שנה מיום פסק הדין. לצערי רבו עלי חברי, ועל כן אוכל רק ל��ות שבתי המשפט ימצאו דרך להתמודד עם המצב שנוצר, לעניין טענות התיחסנות (כל שיוועלו), בגדרי צדק.

בטרם חתימה

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

תעבורה ועד הנה. תרומתו משתרעת על כל תחומי המשפט, שאין בקעה שלא הtgtדר בה. פסק הדין בו בחור ליום פרישתו הוא אופייני לתהום מרכז במורשתו השיפוטית, בתחום הנזיקין ובתוכו הרשלנות הרפואית. לאורך שנים ובות לעתיד ילוה את השפיטה הישראלית החותם שהטביע השופט ריבלין בדיוני הנזיקין לכל ענפיהם, החל מתאונות הדריכים עליהם כתוב גם ספר יסוד, ועד לנושא המורכב והרגיש המוכרע היום. בדברי חכמים קיומ 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, בהגיעה לשיבה, "עוד ינובון בשיבחה דשנים ונעננים יהיה" (תהלים צ"ב, ט"ו).

שׁוֹפֵט

הוחלט כאמור בפסק דין של המשנה-לנשיה א' ריבלין.

توزאת פסק-דין – ככל שהיא נוגעת לביטול עילית התביעה של היילוד – לא תחול על תיקים תלויים ועומדים (לרבות התקיים שבפניו) שבהם לא הוגשה תביעה הורימ. השופט א' רובינשטיין סבור היה כי אין להחיל את תוצאה פסק-דין למשך שנה מהיום, והשופטה מ' נאור מצינת כי אין מקום להכריע, במסגרת הוראת המעבר בהליך שבפניו, בשאלת מה דין של תביעה היילוד שטרם הוגשה.

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

המשנה-לנשיה

הַנְשִׁיא

הנשיה (בדים')

שׁוֹפֵט

שׁוֹפֵטָת

שׁוֹפֵטָת

שׁוֹפֵט

