

להיות או לא-להיות? זו כבר אינה השאלה

רונן פרי*

- מבוא..... 2
- א. הרקע לדיון: הלכת זייצוב וליקוייה..... 3
1. תמצית ההלכה..... 3
2. ביקורת עיונית..... 4
3. קשיים יישומיים..... 9
- ב. עיקרי פסק הדין בעניין *המר*..... 11
- ג. עילות התביעה..... 12
1. היעדר דיון בחובת הזהירות..... 12
2. הקושי בהנמקה הנוגעת ליסוד הנזק..... 16
3. הוכחת הקשר הסיבתי: החזקה שנקבעה וליקוייה..... 17
- ד. התרופה..... 18
1. הגנה על אינטרס של הילד באמצעות הרחבת הפיצוי להורים..... 18
2. קשיים בהערכת הפיצוי בגין נזקים ממוניים..... 19
- ה. שינוי תקופת ההתיישנות..... 20
- ו. קונצנזוס גלובלי..... 23
1. הצגת הטעון..... 23
2. ההנחה..... 23
3. המסקנה..... 25
- סיכום..... 28

* פרופסור מן המניין, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה. אני מודה לישראל גלעד, לאורנה זיסמן, לדניאל מור, לאסף פוזנר, לאריאל פורת, לדפנה פרי, לדפנה צדיקריו-אלי, לבנימין שמואלי ולמשתתפי הכנס לכבוד פרישתו של השופט אליעזר ריבלין על הערות מועילות וכן לעורכי "מחקרי משפט" ולחברי המערכת מירי ביטון, אליק מושקוביץ, יואב שיינדורף ודודי רבינוביץ' על עבודתם היסודית.

מבוא

תביעות הנוגעות להתעברות, להיריון וללידה נמצאות כבר כמה עשורים בחזית דיני הנזיקין לצד תביעות שעניינן נזקים כלכליים טהורים, נזקים נפשיים טהורים ומחדלים טהורים, ומאתגרות את הגבולות הקונספטואליים המסורתיים של ענף משפטי זה.¹ שכיחותן של תביעות אלה עלתה בהדרגה עם ההתפתחויות המדעיות, הטכנולוגיות והחברתיות, ואף הכתיבה עליהן התרחבה והעמיקה. בקבוצה זו נמצאות בראש ובראשונה תביעות בגין התרשלות שהסבה נזק לתאי רבייה או לעובר, דהיינו פגיעה שאירעה לפני הזכייה בכשרות משפטית. עוד משתייכות לקבוצה תביעות בגין התרשלות שגרמה להולדתו של ילד בריא אך לא-רצוי, בין שההתרשלות גרמה להתעברות (wrongful conception)² ובין שמנעה הפלה (wrongful pregnancy)³, ותביעות בגין מעשה שגרם להולדת ילד בריא הסובל מ"פגם" משפטי (כגון אי-חוקיות או ממזרות), חברתי או כלכלי.⁴ תביעות נוספות, שבהן מתמקדת רשימה זו, נוגעות למקרים שבהם אישה החליטה – לבדה, עם בן-זוג או עם בת-זוג – להתעבר או להמשיך בהיריון בהסתמך על מצג (של יועץ גנטי, של רופא, של מעבדה רפואית או כיוצא באלה) שלפיו הילד שעתידי להיוולד לה לא יסבול ממוגבלות מסוימת, ובדיעבד מסתבר שהמצג היה רשלני והילד נולד כאשר הוא סובל מן המוגבלות האמורה. בכל מקרה שכזה אמנם הנתבע לא גרם למוגבלות, אך לולא התרשלותו הילד לא היה נולד כלל. תביעת הילד בנסיבות אלו מכונה "חיים בעוולה" (wrongful life)⁵ ותביעת ההורים מכונה "לידה בעוולה" או "הולדה בעוולה" (wrongful birth).⁶ וריאציה מיוחדת של תביעות אלו נוגעת למקרים, שבהם ההורים יודעים שישנה סכנה להולדת ילד בעל מוגבלות ולפיכך מבקשים להימנע מן ההתעברות או מן הלידה, אך עקב התרשלותו של הנתבע במניעת התעברות או בביצוע הפלה הילד נולד במומו. מבחינת דיני הנזיקין מקרים אלה שקולים למקרים "רגילים" של חיים בעוולה ושל הולדה בעוולה, הגם שלתפישתי ישנו הבדל בעל נפקות משפטית בין שני סוגי המקרים.⁷ לבסוף, בקטגוריה הנדונה נכללות תביעות המושתתות על תמונת הראי של תביעות בגין הולדה בעוולה: מקרים שבהם הרופא מוסר לאם המיועדת כי העובר סובל ממוגבלות, ולאחר הפסקת ההיריון מסתבר שהרופא התרשל והופל עובר בריא (wrongful abortion).⁸ סוגיות אלו מעסיקות את בתי המשפט ואת המלומדים כבר שנים לא-מעטות.⁹

בפרשת זייצוב¹⁰ פסק בית המשפט העליון על דעת ארבעה שופטים ונגד דעתו החולקת של השופט גולדברג, כי אין מניעה לזכות ילד בעל מוגבלות בפייצוי נזיקין במסגרת תביעת רשלנות שהוגשה נגד מי שהתרשלותו גרמה לילד להגיע לאוויר העולם.¹¹ ההכרה בעילה של חיים בעוולה הייתה צעד רדיקלי אף בקנה מידה בינלאומי.¹² דא עקא, שארבעת שופטי הרוב לא הצליחו לגבש הסכמה

¹ ראו ישראל גלעד דיני נזיקין – גבולות האחריות כרך ב 790-791 (2012).

² Mason v. Western Pennsylvania Hospital, 453 A.2d 974 (Pa. 1982).

³ Stills v. Gratton, 55 Cal. App. 3d 698 (1976); עמוס הרמן "הריון בעוולה" משפחה במשפט ג-ד 97 (2010).

⁴ Zepeda v. Zepeda, 190 N.E.2d 849 (Ill. Ct. App. 1963).

⁵ ראו בין היתר אסא כשר "נוח לו לאדם שלא נברא יותר משנברא" המשפט יד 251 (2010); רונן פרי "להיות או לא להיות: האם זו השאלה? תביעות נזיקין בגין 'חיים בעוולה' כטעות קונספטואלית" משפטים לג 507 (2003) (להלן: פרי "להיות או לא להיות"); רונן פרי "אקטיביזם שיפוטי בדיני הנזיקין: טקסונומיה של פסקי ברק" ספר ברק 541, 549-552 (איל זמיר, ברק מדינה וסיליה פסברג עורכים, 2009) (להלן: פרי "אקטיביזם"); נילי קרקו-אייל "מי ילד מושלם של אמא? ההורים בעקבות ע"א 4960/04 סיד' נ' קופת חולים" המשפט יג 469 (2008); Ronen Perry, *It's a Wonderful Life*, 93 CORNELL L. REV. (2008) 329.

⁶ מכיוון שבפסק הדין בעניין המר ישנו שימוש במונח "הולדה בעוולה" וכדי למנוע בלבול אשתמש אף אני במונח זה, הגם שבעבר היה שימוש באותו המונח בנוגע לתביעות של wrongful life. ראו ע"א 1326/07 המר נ' עמית (פורסם בנבו, 28.5.2012) (להלן: עניין המר).

⁷ פרי "להיות או לא להיות", לעיל הערה 5, בעמ' 511-513, 582 (הקונסטרוקציה החזונית המוצעת ישימה באשר לתביעות בגין התרשלות בחשיפת מוגבלות, אך לא בגין התרשלות בהוצאה לפועל של רצון ההורים היודעים על הסיכון). ראו גם הערה 60 להלן ואת הטקסט הנלווה.

⁸ ע"א 398/99 קופת חולים של ההסתדרות הכללית נ' דיין, פ"ד נה(1) 765 (1999); Ronen Perry & Yehuda Adar, *Wrongful Abortion: A Wrong in Search of a Remedy*, 5 YALE J. HEALTH POL'Y L. & ETHICS 507 (2005).

⁹ ראו לעיל הערות 2-8.

¹⁰ ע"א 518/82 זייצוב נ' כץ, פ"ד מ(2) 85 (1986).

¹¹ יש לשים לב לכך, שבית המשפט העליון לא קיבל תביעה בגין חיים בעוולה אלא קבע, כי אין לדחות תביעה שכזו על הסף.

¹² ראו להלן פרק 2.1.

בדבר גבולותיה הראויים של העילה החדשה והותירו לפחות שתי שאלות בעלות חשיבות מכרעת בלא מענה קונקלוסיבי.¹³ אני סבור כי הייתה זו תוצאה מובנת של הניסיון לדון בזכויותיו של הילד בתוך המסגרת המושגית המסורתית של דיני הנזיקין. באותו המקרה הכיר בית המשפט העליון – הפעם פה אחד – בעילת התביעה של ההורים בגין הולדה בעוולה. קביעת הרכב מורחב לדיון מחודש בסוגיות אלו¹⁴ והקמתה של ועדת מומחים בראשות המשנה לנשיא (בדימוס) אליהו מצא לגיבוש המלצות בנושא (להלן: ועדת מצא)¹⁵ יצרו, אצלי לפחות, ציפייה לתיקון הליקויים – עיוניים ומעשיים כאחד. ואמנם ביום פרישתו, בפסק הדין בעניין המר,¹⁶ קבע המשנה לנשיא (בדימוס) אליעזר ריבלין בהסכמת ששת חבריו למותב כללי משחק חדשים: העילה של חיים בעוולה בוטלה לחלוטין, והעילה של הולדה בעוולה אושררה והורחבה.

רשימה זו בוחנת מזווית ביקורתית את מרכיביו העיקריים של פסק הדין בעניין המר. פרק א מציג את הרקע להחלטה ובכך מדגיש את חשיבותה העיונית והמעשית: הוא מזכיר את עיקרי המחלוקת בין שופטי הרוב בפרשת זייצוב ומסביר את הכשלים העיוניים בכל אחת מן הגישות ואת ההשלכות המעשיות של אי-ההכרעה ביניהן. פרק ב מתאר את ההליך ואת ההחלטה בעניין המר. פרק ג מנתח את ההכרעות הנוגעות לעילת התביעה בגין חיים בעוולה והולדה בעוולה: היעדר הדיון בשאלת קיומה של חובת זהירות מושגית כלפי ההורים, בחינת קיומו של נזק בשתי התביעות ואופן הוכחת הקשר הסיבתי העובדתי. פרק ד בוחן את שני החידושים המרכזיים במישור התרופתי: ההחלטה העקרונית לספק את צרכיו של הילד באמצעות הרחבת הפיזיו להורים ואופן הערכת הפיזיו בראשי הנזק הממוניים. פרק ה מברר את היקף השינוי שחולל פסק הדין בעניין המר מבחינת ההתיישנות. לבסוף, פרק ו מתמקד בטענה שלפיה בהכרעה משפטית יש ליתן משקל ל"קונצנזוס גלובלי" באשר לשאלה שבמחלוקת, ככל שישנו. אף שטענה זו עלתה במהלך הדיון בשאלת קיומה של עילת התביעה של הילד, הריהי ראויה מפאת חשיבותה התורת-משפטית הכללית לליבון בפרק נפרד. אחדות מטענות הביקורת נוגעות לדרך ההנמקה, ולפיכך תרומתן היא עיונית גרידא, לפחות בכל הנוגע להכרעה הספציפית. אחרות נוגעות לליקויים בני-תיקון במודל הנזיקי שאימץ בית המשפט. לצד אלה ואלה תעבור ברשימה כחוט השני התפיסה, שלפיה מוטב היה שביט המשפט יגביל את תביעת הנזיקין של ההורים לפגיעה באוטונומיה (להבדיל מנזקים אחרים) ויפעל להבטחת צרכיו המיוחדים של הילד באמצעות הסדרים אלטרנטיביים, לבר-נזיקיים.

א. הרקע לדיון: הלכת זייצוב וליקוייה

1. תמצית ההלכה

בעניין זייצוב¹⁷ פסק בית המשפט העליון ברוב דעות, כי יש להכיר בעילה של חיים בעוולה, היא עילתו של הילד, לצד עילת התביעה של ההורים. אולם שופטי הרוב נחלקו באשר לתנאים להטלת האחריות כלפי הילד ובאשר לאופן הערכת הפיזיויים. השופטת בן-פורת (בהסכמת השופט דב לויזן) קבעה, כי העילה תקום רק במקרים הנדירים שבהם המום הוא כה כבד עד שאפשר לומר שטוב היה לילד לולא נולד (ולפיכך מתקיים יסוד הנזק).¹⁸ מכיוון שבמקרה שכזה אי-אפשר לפסוק לילד פיזיו ששיבו למצב שבו היה לולא העוולה, כלומר מצב של אי-קיום, הציעה השופטת לפסוק סכום שיקטין "עד קצה האפשר את תוצאת הנחיתות" ויאפשר לילד "למצות את הפוטנציאל הקיים".¹⁹ לעומת זאת קבע השופט ברק (בהסכמת השופט שלמה לויזן), כי חובת הזהירות של הרופא דורשת ממנו לנקוט אמצעים סבירים כדי שחיי הילד יהיו ללא מום; מכאן, שזכותו של הילד היא לא זכות לאי-קיום אלא לחיים ללא מום.²⁰ כפועל יוצא,

¹³ ראו להלן פרק א.3.

¹⁴ ע"א 1326/07 המר נ' מור המכון למידע רפואי בע"מ (פורסם בנבו, 8.12.2009) (החלטת הנשיאה בדבר ההרכב המורחב); ע"א 1326/07 המר נ' עמית (פורסם בנבו, 29.12.2011) (החלטת הנשיאה בדבר השאלות שיעמדו לדיון).

¹⁵ הוועדה הציבורית בנושא "הולדה בעוולה" דין וחשבון 3-4 (2012) (להלן: דוח ועדת מצא).

¹⁶ עניין המר, לעיל הערה 6.

¹⁷ עניין זייצוב, לעיל הערה 10.

¹⁸ שם, בעמ' 97.

¹⁹ שם, בעמ' 100.

²⁰ שם, בעמ' 117.

הערכת הפיצוי צריכה להתבסס על ההשוואה שבין חיים במום לחיים ללא מום, כאילו נבע המום ממעשה העוולה.²¹ שופט המיעוט גולדברג סבר, כי אי-אפשר כלל להכיר בעילת התביעה של הילד אלא בדרך של חקיקה מיוחדת.²²

2. ביקורת עיונית

עמדתי העקרונית היא, שתביעת נזיקין בגין חיים בעוולה אינה אפשרית מבחינה מושגית-פורמלית, ומכאן ששתי הגישות שהובעו בפסק הדין בעניין זייצוב משוללות תוקף. עמדה זו אינה נגזרת מתפיסה נורמטיבית כזו או אחרת. שיקולי צדק חלוקתי עשויים לתמוך בהעברת הנטל הכרוך בגידולו של ילד בעל מוגבלות ממנו ומהוריו אל הרופא. הרופא, שיכול לבטח את עצמו ולפזר את עלות הביטוח בין מטופלים (מנגנון פיזור כפול), הוא ודאי מפזר נזק טוב יותר מן הילד ומן ההורים והוא מתאים יותר לשאת בנזק גם על פי מבחנים של צורך יחסי או של אשמה יחסית. ייתכן כי גם שיקולי הרתעה תומכים בהטלת אחריות,²³ הגם שאינני משוכנע שנדרשת אחריות כלפי הילד נוסף על האחריות כלפי ההורים לשם הבטחת תמריץ להתנהגות ראויה.²⁴

ההצדקה לדחיית תביעתו של הילד היא כאמור מושגית-פורמלית. כללים ועקרונות משפטיים אינם אלסטיים לבלי גבול. גבולות האלסטיות תלויים בראש ובראשונה במושגים המרכיבים את הכלל או את העיקרון, במשמעותם וביחסים ביניהם. התעלמות ממרכיב מושגי או מן המשמעות המקובלת או המתקבלת על הדעת של מרכיב כזה משמעה פריצת גבולות התחולה הלגיטימיים של הכלל או של העיקרון. זוהי חתירה תחת מהותו של המשפט, אף אם התוצאה המתקבלת מפריצת הגדר ניתנת להצדקה באמצעות שיקולים לא-מושגיים. כדי להדגים את כוונתי, שוו בנפשכם את הטיעון הבא: ביתו של א', אדם עני ובר לבב, נהרס בסופה טרופית; ב' הוא אדם עשיר הנוהג ברכבו כעניין שבשגרה בצורה פזיזה; מכיוון ש-ב' הוא מפזר נזק טוב יותר ומתאים יותר לשאת בנזק על פי מבחנים של צורך יחסי ושל אשמה יחסית, יש להטיל על ב' אחריות בנזיקין כלפי א'. מה שמפריע לנו בטיעון זה היא העובדה, ש-ב' לא גרם לנזק של א'. הבעיה היא מושגית: יכול מאוד להיות שישנו היגיון בהעברת הנטל מ-א' ל-ב', למשל באמצעות דיני המס ובאמצעות הביטוח הסוציאלי (ואולי גם באמצעות דיני התעבורה). ברם לא ניתן לעשות כן באמצעות דיני הנזיקין. האחריות בנזיקין תלויה בסיבתיות. ללא עמידה על קיומה של דרישה זו דיני הנזיקין אינם עוד דיני נזיקין, אלא דבר מה אחר. בעיה דומה מתעוררת באשר לתביעות בגין חיים בעוולה, ולכן כושר פיזור, אשמה יחסית, צורך יחסי או הרצון בהרתעה אינם יכולים להועיל.

מיהי אם כן הבעיה המושגית במקרה דנן? אחד מיסודותיה של כל תביעת רשלנות הוא יסוד הנזק, המוגדר כשינוי לרעה במצבו של התובע.²⁵ יסוד זה מתקיים, אם מצבו של התובע בעקבות התרשלות הנתבע גרוע ממצבו של התובע לולא ההתרשלות. השוואה שכזו אינה רק תנאי הכרחי להטלת אחריות. היא גם מכתובה את היקף הפיצוי כאשר שאלת האחריות אינה מוטלת עוד בספק, הואיל והמטרה המסורתית של הפיצוי היא להשיב את התובע מהמצב שבו הוא נמצא בעקבות העוולה אל המצב שבו הוא היה נמצא לולא העוולה.²⁶ בתביעות בגין חיים בעוולה השאלה היא, אם מצבו של התובע בעקבות התרשלותו של הנתבע – מצב של קיום במום – גרוע ממצבו של התובע לולא ההתרשלות, כלומר מצב של אי-קיום.

תשובה אפשרית אחת לשאלה זו היא, שעילת תביעה המבוססת על הטענה שלפיה הקיום עצמו הוא נזק יוצרת כשל לוגי: בתביעת נזיקין התובע מבקש מבית המשפט להשיבו למצב שבו היה נמצא לולא ההתרשלות. במקרים של חיים בעוולה מצבו של התובע לולא ההתרשלות הוא מצב של אי-קיום. במצב זה אין לו אישיות משפטית ולא יכולה להיות לו כל זכות כלפי הנתבע או כלפי כל אדם אחר. תיקון הנזק אם כן מחייב את העמדתו של התובע במצב שבו לא יכולה להיות לו זכות לפיצוי. בעצם תביעתו כורת

²¹ שם, בעמ' 118.

²² שם, בעמ' 128.

²³ ראו למשל Timothy J. Dawe, *Wrongful Life: Time for a "Day in Court"*, 51 OHIO ST. L.J. 473, 491-92 (1990).

²⁴ מנקודת המבט הכלכלית, אם אי-אפשר להתייחס לילד כאל מי שסבל נזק (כפי שאטען בהמשך), אי-אפשר כלל לדבר על עלות חברתית נוספת

שהנמחה בידי הנתבע הכרחית לשם הבטחת הרתעה יעילה.

²⁵ ראו ע"א 243/83 עדיית ירושלים נ' גודדון, פ"ד לט (1) 113, 139 (1985); RESTATEMENT (SECOND) OF TORTS §7 (1965) (דוק),

הריסטיטמנט השלישי אינו מחליף הגדרה זו לפי שעה).

²⁶ RESTATEMENT (SECOND) OF TORTS §901 (1979)

התובע את הענף שעליו יושבת התביעה.²⁷ מדובר בנימוק משכנע למדי, שנדחק לקרן זווית, ככל הנראה משום שבית המשפט מתקשה לדחות תביעה של ילד שנולד לחיי סבל עקב כשל של בעל מקצוע על בסיס נימוק שנראה כפלפול פילוסופי.²⁸ כמאמרו הידוע של השופט הולמס, "The life of the law has not been logic: it has been experience".²⁹

נימוק חזק יותר ולדעתי המשכנע מכולם לדחיית תביעות בגין חיים בעולה הוא, שהשוואה בין קיום במום לבין אי-קיום אינה אפשרית. הפער בין שני המצבים הוא עניין מטפיזי הנמצא מחוץ לגבולות הידע האנושי, שכן איננו יודעים ואיננו יכולים לדעת מהו הערך האינטרני של החיים עצמם, מעבר לכל יתרון חומרי או רגשי הצומח לנו במהלכם. מכיוון שאי-אפשר להשוות בין שני המצבים, אי-אפשר להוכיח נזק. עמדה זו נפוצה מאוד בפסיקה האנגלו-אמריקנית.³⁰ תגובה שכוחה לטענה היא, שבתי המשפט מתמודדים כעניין שבשגרה עם קשיי כימות וכי אין בקיומם של קשיים אלה כדי להצדיק את שלילת האחריות.³¹ אולם תגובה שכזו מבוססת על אי-הבנה של הבעיה. במקרים השגרתיים קיום הנזק אינו מוטל בספק, ועל כן גם אין ממשול מושגי בפני הטלת אחריות, הגם שמתעורר קושי בשלב השני של הערכת היקף הנזק. במקרים של חיים בעולה אין מדובר רק בבעיית כימות: אי-אפשר כלל להוכיח שנגרם נזק. תגובה חלופית לטענה בדבר אי-היכולת לבסס את קיומו של נזק הייתה, שאפשר להתייחס לערכו של אי-קיום כאל "אפס" המייצג היעדר הנאה או סבל ולהשוות ערך זה לערכם של חיים במום, השווה להפרש בין ההנאות לסבל של הילד החי.³² אלא ששיטה זו מניחה את המבוקש, דהיינו שאין לחיים עצמם כל ערך אינטרני מעבר להפרש בין הנאה לסבל, ערך שישנו במצב של חיים במוגבלות אך לא במצב של אי-קיום.

תגובות נוספות לטיעון שלפיו השוואה בין אי-קיום לקיום במום אינה אפשרית מבוססות על כך, שהשוואות דומות לזו הנדרשת כאן נערכות בתחומים אחרים של המשפט. דוגמה אחת היא הערכת פיצויים בגין נזקי גוף. במקרים של פגיעה גופנית משווים מצב של קיום במום למצב נורמלי, ובמקרים של מוות בעולה משווים מצב של אי-קיום למצב נורמלי. מכאן לכאורה, שאין מניעה להשוות גם מצב של קיום במום למצב של אי-קיום.³³ אולם טענה שכזו מבוססת על תפיסה שגויה של האחריות המוטלת על המזיק במקרים של מוות בעולה. במקרה שכזה נתונה זכות תביעה הן בידי התלויים בקרבן הישיר והן בידי עזבונו. הפיצוי לתלויים מבטא את ההפסד הכלכלי שנגרם להם בעקבות מותו של הקרבן הישיר. ההשוואה הנדרשת היא בין מצבם של התלויים בעקבות הפטירה לבין מצבם לולא הפטירה, לא בין קיום לאי-קיום. הפיצוי לעזבונו מבטא בעיקרו של דבר את הערך הממוני והלא-ממוני של קיצור תוחלת החיים. גם ערך זה אינו נקבע באמצעות השוואה בין חיים לבין היעדר חיים, אלא באמצעות השוואה בין תוחלת חיים נורמלית לתוחלת חיים מופחתת. אבדן הערך האינטרני של החיים עצמם, ככל שישנו, אינו אמור להיכנס לתחשיב, הואיל וגם חיים שלא הופרעו על ידי מעשה עוולה מסתיימים במוות. אפילו סברנו שהפיצוי על קיצור תוחלת חיים מבוסס על השוואה בין אי-קיום לבין קיום, לא היה בכך כדי לסייע לתובע בעילה של חיים בעולה, שכן תחת הנחה זו הנכונות לפסוק פיצוי בגין קיצור תוחלת חיים לכל מי שתוחלת חייו קוצרה מבטאת העדפה קטגורית של החיים על אי-הקיום.

דוגמה שנייה היא הנכונות המשפטית להתיר הפלה במקרה שבו העובר סובל ממוגבלות. נכונות זו מבטאת לכאורה העדפה של אי-קיום על פני קיום במום באותן הנסיבות.³⁴ ברם הרשות להפיל עובר בעל מוגבלות אינה נשענת על הכרעה משפטית בדבר עדיפות

²⁷ ג'ד טדסקי "על בעיית הנוזק בגין הולדה" מסות במשפט 269, 287, 292 (1978); הרעיון פורסם עוד קודם לכן בשפה האנגלית, ראו Guido Tedeschi, *On Tort Liability for Wrongful Life*, 1 ISRAEL L. REV. 513 (1966).

²⁸ פרי "להיות או לא להיות", לעיל הערה 5, בעמ' 545.

²⁹ OLIVER W. HOLMES, *THE COMMON LAW* I (Little, Brown and Company, 1881).

³⁰ ראו למשל באנגליה: (Eng.) [1982] 1 Q.B. 1166, 1189 (C.A.) *McKay v. Essex Area Health Authority*, בארצות הברית: *Kush v. Lloyd*, 616 So. 2d 415, 423 (Fla. 1992); *Goldberg v. Ruskin*, 499 N.E.2d 406, 409 (Ill. 1986); *Azzolino v. Dingfelder*, 337 S.E.2d 528, 537 (N.C. 1985); *Gleitman v. Cosgrove*, 227 A.2d 689, 692 (N.J. 1967); *Becker v. Schwartz*, 386 N.E.2d 807, 812 (N.Y. 1978); *Nelson v. Krusen*, 678 S.W.2d 918, 928-29 (Tex. 1984); *Speck v. Finegold*, 408 A.2d 496, 508 (Pa. Super. Ct. 1979).

³¹ ראו למשל *Dawe*, לעיל הערה 23, בעמ' 491.

³² Thomas K. Foutz, "Wrongful Life": *The Right not to be Born*, 54 TUL. L. REV. 480, 497-98 (1980).

³³ Alexander M. Capron, *Tort Liability in Genetic Counseling*, 79 COLUM. L. REV. 618, 649 (1979).

³⁴ Harvey Teff, *Action for "Wrongful Life" in England and the United States*, 34 INT'L & COMP. L.Q. 423, 433 (1985).

אי-הקיום על הקיום במום; האינטרס שעליו אנו מגנים במתן ההיתר אינו האינטרס של טובת העובר (שמבחינת הדין הפוזיטיבי כלל אינו כשר לזכויות), אלא רצונה של האישה ההרה.³⁵ על אף שהאישה עשויה לשקול את סבלו הצפוי של הילד בין יתר השיקולים, אין זה בהכרח השיקול המכריע. ההחלטה עשויה להתבסס, למשל, על הקושי הפיזי, הנפשי והכלכלי הכרוך בגידולו של ילד בעל מוגבלות. האישה אף עשויה לבסס את החלטתה על סבלו הצפוי של הילד, גם אם לפי תפיסתה אין במוגבלות הצפויה כדי להפוך את חייו לנחותים מאי-קיום. היא עשויה למשל לחשוב כי חייו של ילד בעל תסמונת דאון אינם גרועים מאי-קיום, ובכל זאת להחליט שהיא מעוניינת למנוע את הקשיים שעמם צריך ילד כזה להתמודד. אפילו אם האישה מחליטה להפסיק את ההיריון משום שהיא מאמינה באמת ובתמים כי המום שממנו יסבול הילד יהפוך את חייו לגרועים מאי-קיום, הדין יעניק משקל להכרעתה הסובייקטיבית מבלי לבחון את נכונותה האובייקטיבית – בחינה שממילא אינה אפשרית.

דוגמה שלישית, שהיא גם המאתגרת ביותר, נוגעת למקרים של המתת חסד. ההכרה בזכותו של חולה סופני חי ייסורים להימנע מקבלת טיפול רפואי מאריך חיים (אותנזיה פסיבית) מצריכה, על פי הטענה, הכרעה בדבר עדיפות אי-הקיום על פני חי הסבל; ואם הכרעה שכזו אפשרית במקרים של המתת חסד, הריהי אפשרית גם במקרים של חיים בעוולה.³⁶ אלא שישנו הבדל גדול בין ההכרעה הנדרשת מבית משפט הדין בבקשה להפסקת טיפול מאריך חיים לבין ההכרעה הנדרשת ממנו בתביעות של חיים בעוולה. בבקשות להפסקת טיפול רפואי בית המשפט אינו נדרש להכריע באופן אובייקטיבי בשאלת היחס שבין חייו של המבקש לבין המוות, אלא להגשים את רצונו הסובייקטיבי.³⁷ לעומת זאת בתביעות בגין חיים בעוולה בית המשפט אינו נדרש להגן על זכות הפרט להעדיף אי-קיום על פני חי סבל. הוא נדרש להכריע בין שני צדדים, ולשם כך עליו לקבוע באופן אובייקטיבי אם התרשלות הנתבע הסבה נזק לתובע, דהיינו להשוות בין מצב של אי-קיום למצב של קיום במום.³⁸ זאת ועוד, אפילו הרצון הסובייקטיבי, שבא לידי ביטוי בבקשה להפסקת טיפול רפואי, אינו מבוסס על העדפת אי-הקיום על פני הקיום. הוא מבוסס על הרצון למזער את סבלו של המבקש בעודו בחיים. חייו של המבקש יסתיימו במוות בין אם תתקבל בקשתו ובין אם לאו, אולם במקרה הראשון תפחת מנת הייסורים. לבסוף, בעתירה להפסקת טיפול רפואי מתבקש בית המשפט לאסור התערבות מלאכותית בתהליך הטבעי של הגסיסה. לעומת זאת בתביעת נזיקין בגין חיים בעוולה התובע מבטא העדפה למצב, שממילא אי-אפשר להגיע אליו.³⁹ המציאות הטבעית מגבילה את מרחב ההכרעה השיפוטי: בית המשפט יכול לאפשר לתהליך טבעי להתרחש, אך הוא אינו יכול להעמיד אדם במצב שבו היה לולא נולד או במצב שקול לו. הענקת אישור להפסקת טיפול רפואי מאריך חיים אינה יוצרת סתירה לוגית, בניגוד לקבלתה של תביעת נזיקין בגין חיים בעוולה, המחייבת להשיב את התובע למצב שבו לא יכולה להיות לו כל זכות כלפי הנתבע.⁴⁰

³⁵ האינטרסים המתנגשים בסוגיית ההפלות הם רצונה של האישה ההרה מחד גיסא, והאינטרס הציבורי בהגנת בריאותה של האישה מפני השלכות אפשריות של ההפלה ובשימור הפוטנציאל לחיי אדם מאידך גיסא. האינטרס של העובר עצמו אינו רלוונטי. ראו במיוחד Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973) (פסק הדין האמריקני המנחה בנושא הזכות להפיל).

³⁶ Teff, לעיל הערה 34, בעמ' 433-434; Constance F. Fain, *Wrongful Life: Legal and Medical Aspects*, 75 KY. L.J. 585, 630-31 (1987); Anthony Jackson, *Action for Wrongful Life, Wrongful Pregnancy, and Wrongful Birth in the United States and England*, 17 LOY. L.A. INT'L & COMP. L. REV. 535, 566-67 (1995).

³⁷ Cruzan v. Director, Mo. Dept. of Health, 497 U.S. 261, 271, 278-79 (1990) (“[Most] courts have based a right to refuse treatment either solely on the common-law right to informed consent or on both the common-law right and a constitutional privacy right... The Fourteenth Amendment provides that no State shall ‘deprive any person of... liberty... without due process of law’... The principle that a competent person has a constitutionally protected liberty interest in refusing unwanted medical treatment may be inferred from our prior decisions”) מח(1) 87, 180 (1993), כי “אדם זכאי לכך שלא יבוצע בו טיפול רפואי... שלא בהסכמתו”.

³⁸ Smith v. Cote, 513 A.2d 341, 352-53 (N.H. 1986). אפשר לכאורה לטעון, כי את מרכיב האובייקטיביות בתביעות בגין חיים בעוולה מספקת דרישת הסיבתיות העובדתית: לא די בכך שהתובע טוען כי מוטב היה לולא נולד; עליו להראות שלולא ההתרשלות הולדתו הייתה נמנעת, וככל שמדובר בהתרשלות במהלך ההיריון משמעות הדברים היא, שוועדה להפסקת היריון הייתה מתירה את ההפלה על בסיס שיקולים מקצועיים (אובייקטיביים). עם זאת נראה, שפורמלית לפחות הוועדות אינן עוסקות בהשוואה בין אי-קיום לקיום; הן מתמקדות בשאלת קיומה של עילה סטטוטורית להפסקת היריון, ובהינתן עילה כזו ניתקף לרצונה של האישה ההרה.

³⁹ Walker v. Mart, 790 P.2d 735, 741 (Ariz. 1990) השווה עם זאת אפשר לטעון, כי ההכרעה הנדרשת במקרה של המתת חסד קשה יותר מבחינה מוסרית מן ההכרעה הנדרשת במקרה של חיים בעוולה. במקרה הראשון מתבקשת הפסקת חיים – פגיעה בלתי-הדירה בערך הנמצא בראש סולם הערכים – ואילו במקרה השני נדרש אך ורק פיצוי המניח שאי-קיום עדיף.

מסקנת הביניים אפוא היא, שהוכחת נזק בתביעות שעילתן חיים בעוולה אינה אפשרית. על רקע זה יש לנתח את עמדות השופטים בעניין זייצוב. עמדתה של השופטת בן-פורת באותו עניין הייתה, שבנסיבות מסוימות אי-קיום עשוי להיות עדיף על חיים במום. בפתח הדיון בשאלת הנזק הבהירה השופטת בן-פורת, כי היא ערה לעקרון קדושת החיים "שעל יסודו מתקבל לכאורה הרושם, כי חיים באשר הם, אפילו הם כרוכים בסבל רב... טובים תמיד... מאי-קיום".⁴¹ אולם בסופו של דבר היא הגיעה למסקנה שייתכנו מקרים – אם כי נדירים – שבהם ניתן לקבוע שטוב היה לאדם לולא נולד: "לעתים תהא זו הנחה חברתית מוסכמת, שמוטב היה לפלוני לא להיוולד מלחיות תוך מוגבלות חמורה. הנחה חברתית כזו תוסק אם במקרה נתון תהיה זו דעתו של 'האדם הסביר'".⁴² המבחן לקיום עילה על פי גישה זו הוא מבחן חומרת המום: רק כאשר המום הוא כבד עד מאוד ניתן להסיק שהחיים גרועים מאי-קיום.⁴³ וריאציות שונות של גישה זו נתמכו בידי רבים מן העדים שהופיעו בפני ועדת מצא.⁴⁴

תפיסה זו מעוררת קושי מבחינת המדיניות המשפטית ועוד יותר מכך מבחינה קונספטואלית. מבחינת המדיניות המשפטית אפשר לטעון, כי ההשקפה שלפיה חיים עם מוגבלות עשויים להיות נחותים מאי-קיום עלולה להוביל למסקנה, שאנשים בעלי המוגבלויות האמורות אינם צריכים לחיות כלל ועל כן ראוי להכחידם.⁴⁵ חשש זה נראה לי מוגזם. ישנו הבדל גדול בין מצב שבו מערכת המשפט קובעת שחדלונו של פלוני עדיף על חייו לבין מצב שבו הוא עצמו, מתוך בחירה חופשית, מבטא העדפה שכזו; כן ישנו הבדל גדול בין שימוש בהשוואה בין קיום לאי-קיום כדי להצדיק פגיעה באדם (באמצעות כליאתו או חיסולו) לבין שימוש בהשוואה שכזו במטרה לשפר את מצבו (באמצעות פסיקת פיצויים). עם זאת אין ספק, שכל ביטוי שיפוטי להעדפת אי-קיום על פני קיום במום עלול לפגוע בכבודם של אנשים בעלי מוגבלויות ולעודד חוסר סובלנות כלפיהם. הכרעות מסוג זה הן סטירת לחי לאנשים הרבים הסובלים ממוגבלה פיזית או שכלית קשה, אך המצליחים בכל זאת לנהל חיים מספקים ומועילים.⁴⁶ זאת ועוד, ישנו מתח מובנה בין הרצון לפצות את הילד הסובל ולהשית סנקציה על הרופא הרשלן לבין פוטנציאל הפגיעה באנשים עם מוגבלות, שכן כדי להרחיב את מעגל הזכאים יש להוריד את רף החומרה של המומים ההופכים את החיים ל"נחותים" מאי-קיום. לפיכך אנו מוצאים בפסקי דין המאמצים את מבחן חומרת המום התבטאויות קשות לעיכול, שלפיהן תסמונת דאון,⁴⁷ עיוורון⁴⁸ או חירשות⁴⁹ עשויים להקים עילת תביעה בגין חיים בעוולה.

מבחינה קונפסוטואלית גישתה של השופטת בן-פורת נכשלת, משום שהיא מתבססת על השוואה שעל פי המוסכר לעיל אינה אפשרית כלל ומבטאת בסופו של דבר הכרעה סובייקטיבית-ערכית ולא מסקנה אובייקטיבית כנדרש בנסיבות העניין.⁵⁰ יש לזכור עוד, כי ההשוואה הבלתי-אפשרית שבין קיום במום לאי-קיום נדרשת לא רק בעת הדיון ביסודות העוולה. היא נחוצה גם בשלב הערכת הפיצויים. גם אם נקבל את ההכרעה הערכית שלפיה בנסיבות מסוימות אי-קיום עדיף על חיי סבל, הכיצד נקבע את שיעור הפיצוי בנסיבות אלו? על פי עקרון היסוד בדיני הפיצויים יש להשיב את מצבו של הניזוק, ככל שניתן, למצב שבו הוא היה נמצא לולא העוולה. אלא שמצבו של התובע לולא העוולה הוא מצב של אי-קיום שאיננו יודעים עליו דבר. השופטת בן-פורת הציעה לפסוק לילד

⁴¹ עניין זייצוב, לעיל הערה 10, בעמ' 95.

⁴² שם, בעמ' 96.

⁴³ השוו: Dawe, לעיל הערה 23, בעמ' 496 (במקום לקבוע שהחיים עדיפים תמיד מאי-קיום, יש לקבוע חזקה ניתנת לסתירה בדבר עדיפות החיים).

⁴⁴ דוח ועדת מצא, לעיל הערה 15, בעמ' 27-30.

⁴⁵ השוו עניין McKay, לעיל הערה 30, בעמ' 1181-1180: "To impose such a duty towards the child would... make a further inroad on the sanctity of human life, which would be contrary to public policy. It would mean regarding the life of a handicapped child as not only less valuable than the life of a normal child, but so much less valuable that it was not worth preserving" *Edwards v. Blomeley* (2002) NSWSC 460, para. 75 ("[M]any disabled members of society... lead valuable and fulfilling lives notwithstanding their significant physical handicaps. These citizens, by their achievements, are a source of inspiration to others, be those others disabled or able-bodied. To all such persons the notion that non existence may be considered preferable to living with disabilities would surely be perceived to be offensive") בין קיום במום לבין אי-קיום אינה אפשרית, והביא טיעון זה כדוגמה לכך שהשוואה תלויה בהערכה אינדיבידואלית. ראו גם *Ellis v. Sherman*, 515 A.2d 1327, 1329 (Pa. 1986).

⁴⁷ ת"א (מחוזי חי') 790/90 מדינת ישראל נ' אזולאי, פ"מ תשנ"ג (2) 29, 34 (1991).

⁴⁸ שם.

⁴⁹ *Turpin v. Sortini*, 643 P.2d 954, 965 (Cal. 1982).

⁵⁰ עמד על כך השופט גולדברג בעניין זייצוב, לעיל הערה 10, בעמ' 129.

פיצוי שבאמצעותו "ניתן להקטין עד קצה האפשר את תוצאת הנחיתות".⁵¹ אלא שעיקרון שכזה אינו מתיישב עם עקרון היסוד של דיני הפיצויים, והוא ממילא עמום מדי מכדי להאיר את דרכן של הערכאות הנמוכות.⁵² עמדתו של השופט ברק בעניין זייצוב הייתה, ש"חובת הזהירות המושגית של הרופא מטילה עליו לנקוט באמצעי זהירות סבירים, כדי שחייו של הקטין יהיו ללא מום", ולכן זכותו של הקטין היא ש"לא תהא התרשלות אשר תעשה את חייו לחיי מום".⁵³ האינטרס המוגן, לדברי השופט ברק, הוא האינטרס של חיים ללא מום ולא האינטרס של אי-קיום:

על-כן הנזק, שלו אחראי הרופא המתרשל, אינו בעצם גרימת החיים או במניעתם של אי החיים. הנזק שלו אחראי הרופא הוא בגרימתם של חיים פגומים. על-כן גם הערכתו של נזק זה אינה צריכה לקחת בחשבון את המצב של אי החיים... הרופא אחראי בגין גרימתם של חיים פגומים, ונזק זה מתגבש בהשוואה בין החיים הפגומים לבין החיים ללא פגם.⁵⁴

עיקר כוחה של גישה זו נעוץ בכך, שהיא עוקפת לחלוטין את הצורך בהשוואה הבלתי-אפשרית שבין קיום במום לבין אי-קיום. הטלת האחריות אינה מבוססת על הכרעה סובייקטיבית-ערכית בשאלה מטפיזית, והערכת הפיצויים מתבצעת ללא קושי, כמו בתביעות רגילות על נזקי גוף. כמו כן לא מתעורר כאן חשש ממשי של פגיעה בכבודם ובמעמדם של אנשים בעלי מוגבלות. ברם מדובר בגישה רדיקלית המחוללת סדרה של מהפכות נקודתיות בדיני הנזיקין.⁵⁵ ראשית, נזק הוא שינוי מצב לרעה, ובחינת קיומו מחייבת השוואה בין המצב שבו נמצא התובע בעקבות ההתרשלות למצב שבו הוא היה נתון לולא ההתרשלות. הפירוש האפשרי היחיד לעיקרון זה בענייננו הוא, שקיום הנזק מבוסס על השוואה בין קיום במום לבין אי-קיום. ההשוואה החלופית שהציע השופט ברק מבוססת על מציאות דמיונית, שהרי לא הייתה כל אפשרות שהקטין-התובע יבוא לעולם כשהוא בריא.⁵⁶ שנית, מטרת התרופה בנזיקין היא להשיב את מצב הקרבן לקדמותו ולא להעניש את המעוול. מכיוון שהמצב שבו בית המשפט אמור להעמיד את הקטין לפי גישתו של השופט ברק – מצב של קיום ללא מוגבלות – טוב יותר ממצב של אי-קיום, יוצא כי הפיצוי גבוה מן הנדרש לשם השבת המצב לקדמותו. בייצוג פורמלי, נסמן מצב של אי-קיום ב- a, מצב של קיום במום ב- b ומצב של קיום ללא מום ב- c. גובה ה"נזק", ככל שישנו, הוא a-b ואילו גובה הפיצוי הוא c-b. מכיוון ש-a > c, ברי כי c-b > a-b (הפיצוי גבוה מן ה"נזק"). נכון הוא שבשנים האחרונות חל כרסום מסוים במעמדו של עקרון השבת המצב לקדמותו,⁵⁷ אולם הסטייה מעיקרון זה נתמכה בידי צידוקים עיוניים מיוחדים וספק אם אפשר למצוא צידוק שכזה במקרה שלפנינו.⁵⁸ שלישית, אם נקבל את הגדרת הנזק של השופט ברק, תתעורר בעיה חדשה במישור הסיבתי; שהרי הפער השלילי שבין חיים במום לבין חיים נורמליים, המבטא את הנזק לפי המודל המוצע, אינו נובע מהתרשלותו של הרופא.

כדי לסכם סעיף זה של הפרק יש לשוב אל ראשיתו. הסברתי, כי תביעת נזיקין בגין חיים בעוולה אינה אפשרית מבחינה מושגית. לא טענתי, כי אין הצדקה להטלת סנקציה כלשהי על הרופא הרשלן או שאין ולא רצוי שיימצא מזור משפטי לסבלו של הילד. אף שהפתרון למצוקתו של הילד אינו יכול לבוא מתוך דיני הנזיקין, אין להסיק מן הניתוח שאין בנמצא או שלא נדרש פתרון אחר. בשולי הדברים אזכיר בקצרה שני פתרונות סבירים, שכבר נדונו בהרחבה במקומות אחרים. פתרון אפשרי אחד הוא לבסס את תביעתו של

⁵¹ שם, בעמ' 99.

⁵² אפשר לכאורה לפרש את עקרון ההקטנה המרבית של תוצאת הנחיתות כמחייב את העמדת התובע במצב השקול לזה שבו הנחיתות אינה קיימת. לשון אחר, הפיצוי לפי שיטת השופטת בן-פורת יהיה דומה לפיצוי לפי שיטת השופט ברק (שעליה ארחיב להלן). אולם פרשנות שכזו נראית על פניה לא-סבירה בהתחשב בביקורת החריפה של השופטת בן-פורת על שיטתו של השופט ברק. לגוף העניין, פרשנות שכזו אינה מתיישבת עם הרציונל להטלת האחריות לפי גישת השופטת בן-פורת, דהיינו ההנחה שלפיה גרימת החיים (עם מוגבלות) היא הנזק ליילוד. ה- status quo ante הוא אי-קיום ולא קיום ללא מום.

⁵³ עניין זייצוב, לעיל הערה 10, בעמ' 116.

⁵⁴ שם.

⁵⁵ פרי "אקטיביזם", לעיל הערה 5, בעמ' 550 (פסק דינו של השופט ברק "משקף אקטיביזם שיפוטי קיצוני").

⁵⁶ ראו גם את ביקורתו של השופט גולדברג בעניין זייצוב, לעיל הערה 10, בעמ' 129-130.

⁵⁷ Ronen Perry, *Israel, in EUROPEAN TORT LAW YEARBOOK 2011*, 715, 747-51 (Ken Oliphant & Barbara C. Steininger

eds., 2012)

⁵⁸ לדיון בצידוקים רלוונטיים, ראו למשל שם, בעמ' 731-733, 747-751.

הילד על עילה חוזית. הטענה שעליה צריכה להתבסס התביעה היא, שהנתבע הבטיח להוריו של התובע כי הלה יגיע לאוויר העולם בלא מוגבלות מסוימת וההבטחה לא קוימה.⁵⁹ לשון אחר, הנתבע הפר חוזה לטובת צד ג' שנכרת בינו לבין הורי התובע, ובו התחייב שהתובע לא ייוולד עם מוגבלות מסוימת.⁶⁰ החיסרון המרכזי של הצעה זו נעוץ בכך, שהיא מתאימה רק למקרה השכיח שבו החליטו הורי התובע להביאו לעולם בהסתמך על מצג של הנתבע, ולא למקרה הנדיר יחסית שבו התרשלותו של הנתבע אירעה בביצוע הליך שנועד למנוע את הולדת הילד.⁶¹ פתרון אפשרי שני, אשר עמד בבסיס המלצותיה של ועדת מצא, הוא יצירת הסדר סוציאלי סטטוטורי שיבטיח את סיפוק צורכיהם המיוחדים של ילדים בעלי מוגבלות.⁶² למעשה הצעת חוק ברוח זו כבר הוגשה לכנסת בשנת 2010 ועברה בקריאה טרומית בקיץ 2012.⁶³ הצעות אלו נועדו לתת פתרון מקיף לכל מי שנולד עם מוגבלות, תהא אשר תהא הסיבה לכך. החיסרון המרכזי הוא, שעד לרפורמה החקיקתית בתי המשפט נותרים ללא מכשיר מתאים לטיפול ביילודים בעלי מוגבלות.

3. קשיים יישומיים

במשך יותר מעשרים וחמש שנים לא הכריע בית המשפט העליון בשתי השאלות שבמחלוקת: (1) האם עליתו של הילד תלויה במידת החומרה של המום? (2) כיצד יש לחשב את הפיצוי המגיע לילד, בהנחה שאי-אפשר להשיבו למצב של אי-קיום או למצב השקול לו? בעניין *אזולאי*⁶⁴ הייתה לבית המשפט העליון הזדמנות להכריע בשאלות הללו. במקרה זה דובר באי-גילוי של מום חמור בגפה עליונה של עובר בבדיקת אולטרה-סאונד. בית המשפט המחוזי דחה על הסף את תביעת הילדה. בית המשפט העליון קיבל את הערעור והחזיר את הדיון לבית המשפט המחוזי. אלא שבמקום להכריע בין הגישות השונות שהוצעו בעניין *זייצוב* הבהיר השופט מלץ, כי בית משפט הדן בתביעת חיים בעוולה יכול לבחור בגישת השופטים ברק ושלמה לויין ולקבוע שישנה עילה בלי קשר לחומרת המום, או לאמץ את גישת השופטים בן-פורת ורב לויין ולהחליט אם המום במקרה שלפניו אכן חמור דיו כדי להקים עילה.⁶⁵ בעניין *חליפה*,⁶⁶ שבו דובר בילדה שנולדה עם שדרה שסועה,⁶⁷ הייתה לבית המשפט הזדמנות נוספת להכריע במחלוקת. ברם בית המשפט החליט להימנע מהכרעה, והאיל והמקרה היה חמור דיו כדי להקים עילה לפי שתי הגישות⁶⁸ וממילא הוא הגיע למסקנה כי לא הייתה התרשלות של הנתבעים.⁶⁹ בפרשת *סידי*⁷⁰ ביטאה השופטת נאור העדפה מסוימת לגישתה של השופטת בן-פורת, אולם הדבר נעשה אגב אורחא ובדעת מיעוט.⁷¹

היעדר ההכרעה בשתי שאלות היסוד גרם לחוסר-עקיבות בפסיקת הערכאות הנמוכות, ולפיכך לחוסר שוויון ולאי-ודאות.⁷² כרבות השנים התגבשו שלוש קבוצות של פסקי דין. בקבוצת המקרים הראשונה אומצה גישת השופטת בן-פורת. בחלק מן המקרים

⁵⁹ פרי "להיות או לא להיות", לעיל הערה 5, בעמ' 565.

⁶⁰ שם, בעמ' 568.

⁶¹ שם, בעמ' 582.

⁶² דוח ועדת מצא, לעיל הערה 15, בעמ' 53-59.

⁶³ הצעת חוק פיצוי לפגועים מלידתם, התש"ע-2010, פ/2516/18.

⁶⁴ ע"א 913/91 *אזולאי נ' מדינת ישראל* (פורסם בנבו, 06.01.1993).

⁶⁵ שם, בפס' 3.א לפסק הדין.

⁶⁶ ע"א 119/05 *חליפה נ' מדינת ישראל*, (פורסם בנבו, 10.09.2006).

⁶⁷ או בשמו הלועזי של הליקוי – spina bifida, פגם מולד המתבטא באי-שלמותן של חוליות בעמוד השדרה, אשר מאפשר לעתים לחוט השדרה להידחק אל מחוץ לחוליות. תוצאות שכיחות הן ליקויים מוטוריים וקוגניטיביים קשים.

⁶⁸ עניין *חליפה*, לעיל הערה 66, בפס' 26 לפסק הדין.

⁶⁹ שם, בפס' 38 ו-45 לפסק הדין.

⁷⁰ ע"א 4960/04 *סידי נ' קופת חולים של ההסתדרות הכללית*, פ"ד ס (3) 590 (2005).

⁷¹ בפרשה זו נולד התובע בלי כף יד ימין וכשהוא סובל מבעיות נשימה. בית המשפט העליון קבע, שהרופאים התרשלו בכך שלא המליצו לאם על בדיקת אולטרה-סאונד מורחבת, והחזיר את התיק לבית המשפט המחוזי בציינו, כי תירש בין היתר הכרעה בין גישות השופטים ברק ובן-פורת. השופטת נאור בדעת מיעוט סברה שלא הייתה התרשלות והעירה, כי ממילא "קשה... לומר על ילד חסר כף יד כי 'לידתו בעוולה' וכי 'טוב מותו מחייו', ביטוי להעדפת גישתה של השופטת בן-פורת. שם, בעמ' 609.

⁷² לטענה ולפיה ההבדל המעשי בין שתי הגישות באשר לעילת התביעה הוא קטן, בעיקר בשל הצורך להוכיח סיבתיות עובדתית גם תחת גישת השופט ברק, ראו אסף פונר "מזייצוב עד המר: חלק א' – האם יותר הוא תמיד יותר? היבטים מעשיים של חילוקי הדעות העקרוניים בסוגיית ההולדה בעוולה" (צפוי להתפרסם בספר *שלמה לויין*, 2013). דומני שהפרקטיקה המתוארת כאן מלמדת, כי אף אם ההבדלים אינם גדולים כפי שהיה אפשר לחשוב תחילה, אין להקל בהם ראש. לטענה כי גם מבחינת שיעור הפיצוי הפער בין שתי הגישות לא היה גדול כפי שהיה אפשר לחשוב בעיון ראשון, ראו שם, בעמ' 13-17.

הללו נקבע, כי המום לא היה חמור דיו כדי להקים עילת תביעה. בין היתר נפסק, כי העילה אינה עומדת לילד שנולד בלי אמה⁷³ או לילדה שנולדה עם תסמונת פייר רובין,⁷⁴ כאשר המומים לא התגלו בבדיקות אולטרה-סאונד. במקרים אחרים המום אמנם לא הגיע לדרגת החומרה הנדרשת, אך נמצא בסיס נוסף לדחיית התביעה, כגון היעדר התרשלות או קשר סיבתי. כך, בעניין *המר נ' עמית*⁷⁵ עצמו דובר בילדה שנולדה ללא כף יד וחלק מעצמות האמה ונטען, כי הנתבע לא יידע את האם המיועדת על הצורך בבדיקת אולטרה-סאונד מורחבת. בית המשפט המחוזי פסק, כי לא רק שמום זה אינו חמור דיו כדי להקים עילה, אלא שבשלב שבו הייתה מתבצעת הבדיקה – אילו בוצעה – כבר לא היה אפשר לאשר הפלה (ולכן לא ייתכן קשר סיבתי).⁷⁶ באופן דומה סברו בתי המשפט בעניין *שמאלי*⁷⁷ ובעניין *דוקח*,⁷⁸ כי חסר באצבעות אינו יכול להקים עילה;⁷⁹ בעניין *שמאלי* הוסיף בית המשפט, כי ועדה להפסקת הריון לא הייתה מאשרת הפלה,⁸⁰ ובעניין *דוקח* הסיק בית המשפט כי לא הוכחה התרשלות.⁸¹ בעניין *שהאב*⁸² נפסק, ששילוב של פורנזפליה, היפרטלורזיס והידרוצפלוס אינו מום חמור דיו⁸³ וכי ועדה להפסקת הריון לא הייתה מאשרת הפלה בשלב שבו המום היה עשוי להתגלות.⁸⁴ בעניין *מתוקי*,⁸⁵ שבו דובר בילדה שנולדה ולה מומים קשים בכל ארבעת הגפיים, לא נמצאה התרשלות⁸⁶ ונפסק, שהמוגבלות אינה חמורה דיה;⁸⁷ בעניין *דהן*, שבו דובר בתובעת שנולדה כשהיא סובלת משיתוק מוחין חלקי, הגיע בית המשפט למסקנות דומות.⁸⁸ מכיוון שבכל המקרים הללו התביעה נדחתה, לא התעורר הצורך לקבוע את היקף הפיצוי המגיע לילד לפי שיטתה של השופטת בן-פורת. מעניין לציין, כי באחד המקרים קבע בית המשפט את שומת הנזק לפי שיטת השופט ברק למקרה שהחלטתו בעניין האחריות תתהפך בערעור,⁸⁹ אף שההכרעה בעניין אופן הערכת הפיצויים אינה יכולה להיות מנותקת מן המבחן להטלת אחריות.

בקבוצת המקרים השנייה אומצה גישת השופט ברק, והתקבלו תביעות גם בגין מומים קלים יחסית. כך למשל, בעניין *סגיאן* התקבלה תביעתו של ילד שנולד ולו מומים בגפיים, אשר לא התגלו בבדיקת אולטרה-סאונד.⁹⁰ נקבע, שהייתה התרשלות באי-יידועם של ההורים על האפשרות לעבור סקירת מערכות מורחבת וכי הילד זכאי לפיצוי על פי גישת השופט ברק. עמדתו של השופט ברק אומצה במקרים נוספים, הן כאלה שבהם המום היה קשה למדי, כגון תסמונת נונאן (ליקוי גנטי בלב, פיגור שכלי ומוטורי),⁹¹ פיגור שכלי קשה ואפילפסיה⁹² והן במקרים של מום קל יותר, כגון גמדות⁹³ או חסר של ארבע אצבעות בכף יד.⁹⁴ בתת-קבוצה נוספת של מקרים ביטאו השופטים העדפה לגישתו של השופט ברק, אך נמנעו מהכרעה בינה לבין גישתה של השופטת בן-פורת משום שסברו, שהמום שלגביו נדרשו להכריע הוא חמור דיו כדי לעמוד גם במבחן חומרת המום של השופטת בן-פורת, או מפני שהיה בסיס אחר

⁷³ ת"א (מחוזי ב"ש) 73344/04. נ.ו. נ' *מכבי שידותי בריאות*, פס' 12 (פורסם בנבו, 31.8.2008).

⁷⁴ ת"א (שלום ים) 1823/04 מ' מ' נ' *מכבי שידותי בריאות*, פס' 151 (פורסם בנבו, 10.8.2010). תסמונת פייר רובין מתבטאת בעיוותים במבנה הפנים.

⁷⁵ ת"א (מחוזי חי') 745/02 *המר נ' עמית* (פורסם בנבו, 26.12.2006).

⁷⁶ שם, בפס' ב לפסק הדין.

⁷⁷ ת"א (מחוזי חי') 996/03 *שמאלי נ' מור – המכון למידע רפואי בע"מ* (פורסם בנבו, 12.10.2008).

⁷⁸ ע"א (מחוזי חי') 771/08 *דוקח נ' אהרוני* (פורסם בנבו, 2.5.2010).

⁷⁹ עניין *שמאלי*, לעיל הערה 77, בפס' 20 לפסק הדין; עניין *דוקח*, לעיל הערה 78, בפס' 14 לפסק הדין.

⁸⁰ עניין *שמאלי*, לעיל הערה 77, בפס' 19 לפסק הדין; ראו גם ת"א (מחוזי חי') 1238/07 *חורי נ' מכבי שידותי בריאות*, פס' 5-6 (פורסם בנבו, 15.2.2011).

⁸¹ ליקויים בגפיים אינם מום חמור דיו; ועדה להפסקת הריון לא הייתה מאשרת הפלה.

⁸² עניין *דוקח*, לעיל הערה 78, פס' 9-10.

⁸³ ת"א (מחוזי חי') 1134/06 *שהאב נ' דוידזון* (פורסם בנבו, 26.5.2010).

⁸⁴ שם, בפס' 7 לפסק הדין. פורנזפליה היא הפרעה נדירה במערכת העצבים המרכזית, המתבטאת בין היתר בפיגור התפתחותי, בהיפוטונייה, במיקרוצפליה (זעירות הראש) ובהידרוצפלוס. היפרטלורזיס הוא מרחק גדול מן הרגיל בין ארובות העיניים. הידרוצפלוס (מיימת ראש) הוא מום מולד שכיח במערכת העצבים המרכזית, המתבטא בהצטברות נוזלים במוח ובחוט השדרה. שם, בפס' 3 לפסק הדין.

⁸⁵ שם, בפס' 6 לפסק הדין.

⁸⁶ ת"א (מחוזי ת"א) 1240/93 *מתוקי נ' סורקי – רמת מרפא בע"מ* (פורסם בנבו, 1.9.1996).

⁸⁷ שם, בפס' 15-16 לפסק הדין.

⁸⁸ שם, בפס' 17 לפסק הדין.

⁸⁹ ת"א (מחוזי חי') 831/08 *דהן נ' מדינת ישראל*, פס' ד-ו (פורסם בנבו, 5.2.2012) (לא הייתה התרשלות והמום לא היה חמור דיו).

⁹⁰ עניין *חורי*, לעיל הערה 80.

⁹¹ ת"א (מחוזי ים) 8208/06 *סגיאן נ' מכבי שידותי בריאות* (פורסם בנבו, 29.1.2009).

⁹² ת"א (מחוזי ים) 577/95 *שושני נ' יגל* (פורסם בנבו, 20.3.2003).

⁹³ ת"א (מחוזי ים) 1591/96 *פלזני נ' מרכז רפואי אסף הרופא*, פ"מ התשס"א (1) 505 (2001).

⁹⁴ ת"א (מחוזי חי') 259/02 *פלזני נ' מדינת ישראל* (פורסם בנבו, 2.12.2007).

⁹⁵ ת"א (מחוזי חי') 340/06 *פלזני נ' ההסתדרות המדיצינית הדסה* (פורסם בנבו, 16.3.2010).

לדחיית החביעה. כך למשל, בעניין *פלומבה*⁹⁵ דובר בילדה שנולדה כשהיא סובלת מעיוורון מוחלט. בית המשפט אמנם ביטא העדפה לגישתו של השופט ברק, אך סבר כי מדובר במקרה שמאפשר הטלת אחריות גם לפי גישת בן-פורת ולפיכך נמנע מהכרעה. באופן דומה, בעניין *עמור*⁹⁶ דובר בילדה שנולדה כשהיא לוקה בתסמונת דאון בעקבות כך שאמה לא הופנתה לבדיקת מי שפיר. בית המשפט העדיף עקרונית את גישתו של השופט ברק, אך קבע שהמקרה מקים עלילה גם לפי גישת השופטת בן-פורת.⁹⁷ בעניין *א' ק' ג'* ביטא בית המשפט העדפה לשיטתו של השופט ברק אך דחה את התביעה משום שסבר, כי לא הוכח קשר סיבתי בין ההתרשלות לבין ההולדה.⁹⁸ במבט ראשון, עבור בתי המשפט המאמצים את גישתו העקרונית של השופט ברק חישוב הפיזי אינו כרוך בקושי מיוחד. גובה הפיזי לילד שנולד עם מוגבלות מסוימת שווה לגובה הפיזי שהיה נפסק למי שנגרמה לו מוגבלות כזו ממעשה העוולה. בכלל זה באים נזקים לא-ממוניים – כאב וסבל, קיצור תוחלת חיים וכיום גם אבדן הנאות חיים – ונזקים ממוניים ובראשם אבדן השתכרות, אבדן כושר השתכרות והוצאות טיפול רפואי.⁹⁹ אלא שבמקרים שבהם תוחלת החיים של התובע הייתה קצרה מן הרגיל התעוררה שאלה – שגם לה לא ניתן מענה קונקלוסיבי בפסיקה – באשר לפיזי בגין קיצור תוחלת חיים ואבדן השתכרות בשנים אבודות. ראש הנזק הלא-ממוני היה מוכר כבר כשניתן פסק הדין בעניין *זייצוב*, ואילו ראש הנזק השני התוסף רק בפרשת *אטינגר*.¹⁰⁰ מחד גיסא, אם יש לפצות את התובע כאילו מוגבלותו נובעת מעוולה יש לכלול בכך פיזי גם בראשי נזק אלה; מאידך גיסא, פסיקת פיזי שכזה מרחיבה עוד יותר את הסטייה מעקרון השבת המצב לקדמותו: תובע בנסיבות של חיים בעוולה אשר מוגבלותו מקצרת את חייו לא היה יכול להיות בעל תוחלת חיים רגילה; הוא לא "איבד" שנים כתוצאה ממעשה העוולה (כמו אדם הסובל ממוגבלות זהה מחמת התרשלות), אלא זכה בשנות חיים.¹⁰¹

בקבוצה שלישית של מקרים לא הכריעו בתי המשפט בין הגישות ולא ביטאו העדפה עקרונית לאחת מהן, משום שסברו שהעילה קמה לפי שתיהן. לקבוצה זו משתייכים כמה מקרים שבהם לא אותר מום קשה, דוגמת שדרה שסועה,¹⁰² תסמונת איקס שביר (מרטיין-בל),¹⁰³ תסמונת דנדי ווקר¹⁰⁴ או תסמונת האלרמן שטרייף,¹⁰⁵ לצד מקרים קונטרוברסיאליים יותר שבהם התובע נולד כשהוא סובל מתסמונת דאון.¹⁰⁶ בכל המקרים האלה חושבו הפיזיים – ללא הסבר נוסף – לפי שיטת השופט ברק,¹⁰⁷ אף שלשיטת חישוב זו אין זכות קיום במנותק מגישתו לעניין עצם הטלת האחריות.

ב. עיקרי פסק הדין בעניין *המר*

פסק הדין בעניין *המר* הוא בעל חשיבות עצומה, שעליה אפשר ללמוד מכמה מאפיינים פרוצדורליים. פסק הדין הכריע בשישה תיקים שהגיעו משלושה מחוזות, עדות לשכיחות הבעיה, וניתן בידי הרכב מורחב של שבעה שופטים. גם ההסתדרות הרפואית וגם לשכת

⁹⁵ ת"א (מחוזי ת"א) 2314/00 *פלומבה נ' קופת חולים כללית* (פורסם בנבו, 18.7.2005).

⁹⁶ ת"א (מחוזי י-ם) 859/94 *עמור נ' מדינת ישראל* (פורסם בנבו, 8.8.2002).

⁹⁷ שם, בפס' 8 לפסק הדין.

⁹⁸ ת"א (מחוזי י-ם) 3130/09 *א' ק' ג' נ' שירותי בריאות כללית* (פורסם בנבו, 28.11.2011).

⁹⁹ להערכת הפיזיים לפי שיטה זו, ראו למשל את עניין *סבגיאן*, לעיל הערה 90 ואת עניין *עמור*, לעיל הערה 96.

¹⁰⁰ ע"א 140/00 *עזובון המנוח מיכאל אטינגר ז"ל נ' החברה לשיקום ופיתוח הרובע היהודי בעיר העתיקה בירושלים בע"מ*, פ"ד נח(4) 486 (2004) (להלן: עניין *אטינגר*).

¹⁰¹ ראו בעניין זה בלהה כהנא "פיזי בגין קיצור תוחלת חיים ו'השנים האבודות' בתביעות בעילה של הולדה בעוולה" *משפטים על אתר* ד 1, 10 (2012) (המחברת מציגה את המחלוקת שבפסיקה).

¹⁰² עניין *חליפה*, לעיל הערה 66, בפס' 26 לפסק הדין. להסבר תמציתי על המום ראו לעיל הערה 67.

¹⁰³ ת"א (מחוזי י-ם) 5416/03 *פלונית נ' שירותי בריאות כללית* (פורסם בנבו, 27.5.2008). תסמונת איקס שביר היא תסמונת גנטית, הגורמת במקרים רבים לאוטיזם ולפיגור שכלי והמתבטאת גם בתסמינים פיזיים.

¹⁰⁴ ת"א (מחוזי ב"ש) 92/93 *ידקוני נ' דוזן* (פורסם בנבו, 9.2.2008). תסמונת דנדי ווקר מתבטאת בהרחבה של החדר הרביעי במוח (fourth ventricle) ובהיעדרו של חלק אחר במוח (cerebellar vermis).

¹⁰⁵ ת"א (מחוזי י-ם) 8459/06 *חן נ' שירותי בריאות כללית* (פורסם בנבו, 11.4.2010) (ורדוק, במקרה זה בית המשפט כלל לא דן במחלוקת שבין השופטים בן-פורת וברק). תסמונת האלרמן-שטרייף היא פגם מולד נדיר ביותר, המתבטא בפגמים התפתחותיים חמורים. וראו עוד ת"א (מחוזי חי') 1034/01 *קרצמן נ' שדות בריאות כללית*, פס' 24 (פורסם בנבו, 21.11.2007) (מקרה של פיגור שכלי קשה, פיגור פסיכומטורי ומומים נוספים, תלות מוחלטת בזולת, אי-יכולת ללכת, לדבר, לשלוט בסוגרים או לאכול מזון מוצק).

¹⁰⁶ ת"א (מחוזי י-ם) 7183/05 *בן דוד נ' ענטבי* (פורסם בנבו, 15.11.2007); ת"א (מחוזי י-ם) 7482/05 *פלונני נ' כסיף* (פורסם בנבו, 25.1.2007); ת"א (מחוזי ת"א) 1226/99 *א' ל' נ' יניב* (פורסם בנבו, 29.3.2005).

¹⁰⁷ כך למשל, בעניין *בן דוד*, לעיל הערה 106, בפס' 27-44 לפסק הדין, פסק בית המשפט פיזי על אבדן כושר השתכרות, לרבות עבור שנים אבודות, וכן על הוצאות טיפול רפואי ופסיכולוגי, סיעוד ועזרת הזולת ונזק לא-ממוני; ראו גם עניין *חן*, לעיל הערה 105, בפס' 59 לפסק הדין.

עורכי הדין ביקשו להצטרף להליך כידידות בית המשפט. באופן לא-מפתיע ההסתדרות הרפואית צידדה בגישה המצמצמת של השופטת בן-פורת, ואילו לשכת עורכי הדין תמכה בעמדתו המרחיבה של השופט ברק (אך הסבירה, כי ההבדל המעשי בין הגישות אינו גדול). היועץ המשפטי לממשלה הודיע על כוונתו להצטרף להליך, ולבקשתו מינה שר המשפטים ביום 19.6.2011 ועדה בראשות המשנה לנשיא (בדימוס) אליהו מצא ובהשתתפות מומחים מובילים בתחומים רלוונטיים לגיבוש המלצות בנושא.¹⁰⁸ כמי שהעיד בפני הוועדה וקרא את הרוח שפרסמה, אני חש חובה לציין לשבח את העבודה היסודית והרצינית שנעשתה. בסופו של דבר היועץ המשפטי לממשלה נמנע מלהציג עמדה בדיון, אך בית המשפט העליון הסתמך על דוח הוועדה ורוב מרכיבי החלטתו עולים בקנה אחד עם המלצותיה בעניין תביעות הנזיקין.

פסק הדין כולל שני נדבכים עיקריים: האחד הוא ביטול ההכרה בעילת הנזיקין של חיים בעוולה, כפי שגם המליצה ועדת מצא.¹⁰⁹ השופט ריבלין דחה את גישתה של השופטת בן-פורת בעניין זייצוב, משום שלדבריו השאלה אם ומתי חיים במום הם נחותים מאי-קיום היא שאלה מטפזית שבית המשפט אינו יכול ואינו צריך להכריע בה.¹¹⁰ כמו כן דחה השופט ריבלין את גישתו של השופט ברק, המשווה את חיי הקטין לחיים בלא מום, הואיל ואין קשר סיבתי בין ההתרשלות לבין המום.¹¹¹ הנדבך האחר הוא אישורה של זכות התביעה של ההורים והרחבתה. לדברי השופט ריבלין, זכות זו אינה מבוססת על הכרעה שיפוטית שלפיה חיי הילד נחותים מאי-קיום, אלא על מתן תוקף לחופש הבחירה של ההורים בענייני הולדה.¹¹² אפילו החלטת ההורים שלא להביא לעולם ילד בעל מום אינה מלמדת בהכרח שהם סוברים שחיי יהיו נחותים מאי-קיום, שכן ביסודה עומדים גם שיקולים אחרים, לרבות הקשיים הנפשיים והכלכליים הצפויים להם עצמם.¹¹³ השופט ריבלין ניסה לנטרל את התוצאות הכספיות של ביטול עילת הקטין באמצעות הרחבת זכאות ההורים. הוא קבע, ברוח המלצותיה של ועדת מצא,¹¹⁴ כי עבור התקופה שעד הגיעו של הילד לבגירות יש לפסוק להורים פיצוי בגין ההוצאות המיוחדות שהם נושאים בהן בשל מומו,¹¹⁵ ועבור התקופה שלאחר הגיעו לבגירות גם בגין הוצאות מחייתו הרגילות שנופלות על כתפיהם.¹¹⁶ כמו כן יש לפצותם על נזק נפשי לאורך כל חייהם ועל פגיעה באוטונומיה.¹¹⁷

ג. עילות התביעה

1. היעדר דיון בחובת הזהירות

בהשוואה בין פסקי הדין בעניין זייצוב ובעניין *המד* אפשר לזהות שינוי מסוים במוקדי הדיון. בעוד שבעניין זייצוב עמדה לדיון שאלת קיומה של חובת זהירות מושגית כלפי הילד וכלפי הוריו ובית המשפט אף התייחס בפירוט מה לשיקולי מדיניות אשר על פי המקובל נדונים אצלנו במסגרת יסוד החובה, שאלה זו נזנחה כליל בעניין *המד*. לכאורה אין הדבר מפתיע, שכן בעניין *המד* נקבע שאי-אפשר לדבר על נזק לילד ולכן הדיון בחובה הפך למיותר. עם זאת שאלת קיומה של חובה מושגית עודנה רלוונטית באשר לתביעת ההורים. אמנם עמדתו של בית המשפט העליון בנוגע לתביעת ההורים היא חד-משמעית: "ההכרה בתביעה בגין הולדה בעוולה – היא תביעתם של ההורים – אינה מעוררת את אותם קשיים משפטיים ועקרוניים הכרוכים בהכרה בתביעתו של הילד".¹¹⁸ אולם בסעיף זה של הפרק ובאחריו אראה, שקביעה זו היא למצער מוגזמת. ראיה חשובה לכך היא העובדה, שבשיטות משפט לא-מעטות נשללה לא רק

¹⁰⁸ דוח ועדת מצא, לעיל הערה 15, בעמ' 4-3.

¹⁰⁹ שם, בעמ' 37.

¹¹⁰ עניין *המד*, לעיל הערה 6, בפס' 14-18 לפסק הדין.

¹¹¹ שם, בפס' 23 לפסק הדין.

¹¹² שם, בפס' 37 לפסק הדין.

¹¹³ שם.

¹¹⁴ דוח ועדת מצא, לעיל הערה 15, בעמ' 60-62.

¹¹⁵ עניין *המד*, לעיל הערה 6, בפס' 57-59 לפסק הדין.

¹¹⁶ שם, בפס' 60-66 לפסק הדין.

¹¹⁷ שם, בפס' 68-73 לפסק הדין.

¹¹⁸ שם, בפס' 36 לפסק הדין.

עילת התביעה של הילד בגין חיים בעוולה אלא גם זו של ההורים בגין הולדה בעוולה.¹¹⁹ נראה שמצב דברים זה לא היה שורר, אילו לא עוררה גם עילת התביעה של ההורים "קשיים משפטיים ועקרוניים" כלשהם. לאמתו של דבר, לא רק שתביעתם של ההורים מעוררת קשיים, אלא שקשיים אלה דומים במידה רבה לקשיים שמעוררת תביעתו של הילד.

חובת הזהירות נבחנת בישראל על פי רוב באמצעות המבחן הדו-שלבי שניסח השופט ברק בסדרה של פסקי דין בשנות השמונים: "נקודת המוצא העקרונית היא, כי מקום שניתן לצפות נזק, כעניין טכני, קיימת חובת זהירות מושגית, אלא אם כן קיימים שיקולים של מדיניות משפטית, השוללים את החובה".¹²⁰ בפסיקה ובספרות נדונו שיקולי מדיניות שעשויים להצדיק את צמצומה או את שלילתה של החובה במקרים מן הסוג הנדון. אף שחלקם נוגעים רק לתביעת הילד, מרביתם נוגעים גם לתביעת ההורים. אינני מניח אפריורית כי שיקולים אלה צריכים להביא לביטול עילת ההורים או למנוע את הרחבתה. אולם היה ראוי להתמודד עמם בפסק הדין, שכן קיומה וקל וחומר הרחבתה של עילה כזו אינם נקיים מספק.

טענה אחת שהועלתה נגד זכות התביעה של הילד בגין חיים בעוולה הייתה, כי לא רצוי להטיל אחריות על הורים שבחרו להביא לעולם ילד ביודעם שיסבול ממום קשה וכי אם אין מטילים אחריות על הורים שבחרו להביא לעולם ילד בעל מום, קל וחומר שאין להטיל אחריות על אדם זר שגרם לעצם הולדתו של ילד שכזה.¹²¹ ההסבר לרישא הוא, שתביעות ילדים נגד הוריהם עלולות לפגוע בשלמות התא המשפחתי,¹²² ברגשותיו של הילד המתנצח עם הוריו בבית המשפט.¹²³ ובשיקול הדעת של הורים בענייני הורות ולידה המוגן במסגרת הזכויות החוקתיות לפרטיות ולכבוד.¹²⁴ במתכונת זו הטענה אינה נוגעת למרבית התביעות המוגשות בגין הולדה בעוולה. ככלל אי-אפשר לתקוף את זכות התביעה של ההורים כלפי צד שלישי בתואנה שהכרה בזכות שכזו תגרור זכות תביעה לא-רצויה של ההורים כלפי ההורים, שהרי אדם אינו יכול לתבוע את עצמו. ברם קו הטיעון עשוי להיות רלוונטי לענייננו בשני אופנים. ראשית, אפשר לחשוב על מצב שבו ההורים מסוכסכים והאב מעוניין לתבוע את האם בגין החלטתה ללדת ילד חרף הידיעה על מוגבלותו. אם כך החשש מפני מעבר מתביעות של הורים נגד צדדים שלישיים אל תביעות של הורה נגד הורה אחר אינו מופרך. סכסוכים משפטיים בין בני-זוג בענייני התעברות, היריון ולידה אמנם אינם שכיחים, אך גם אינם בלתי-אפשריים, כפי שמעידה פרשת נחמני.¹²⁵ שנית, חלק מן הרציונלים לאי-הטלת אחריות על הורים כלפי ילדיהם ישימים בשינויים המחויבים גם באשר לתביעות בגין הולדה בעוולה. תביעות אלו מבוססות לעתים על הטענה שלפיה ההורים היו מעדיפים שהילד לא יולד כלל, והעמדת טענה שכזו ביסוד תביעה של ההורים עלולה לסכן את מרקם היחסים שבינם לבין ילדם ולפגוע ברגשותיו של הילד. תשובה אפשרית לחשש מפני תביעות בין הורים היא, שאפשר להכיר בזכות תביעה בגין הולדה בעוולה כלפי רופא או כלפי מוסד רפואי מבלי להיגרר בהכרח להכרה בזכות תביעה של אב כנגד אם שהביאה לעולם ילד ביודעה על המוגבלות. זאת משום שאפשר להצדיק את שלילת אחריותה של האם בנימוק שאינו תקף בכל הנוגע לצדדים אחרים: החירות החוקתית להכריע בענייני היריון ולידה. תשובה אפשרית לחשש מפגיעה במשפחה וברגשות הקטין היא, שתביעה בגין הולדה בעוולה נועדה לשרת את צרכי הילד, ופירותיה יעלו לעתים על הנזקים הלא-ממוניים הפוטנציאליים, קל וחומר אם יוסבר לילד שהתביעה מוגשת לשם קידום האינטרסים שלו עצמו.¹²⁶

¹¹⁹ Jillian T. Stein, *Backdoor Eugenics: The Troubling Implications of Certain Damages Awards in Wrongful Birth and Wrongful Life Claims*, 40 SETON HALL L. REV. 1117, 1131-32 (2010) (המחברת מציינת, כי עילת ההורים נשללה בידי בתי המשפט או בידי המחוקקים ביותר מתריסר מדינות; בהתחשב בכך שבחלק מן השיטות הסוגיה טרם עלתה, מדובר במיעוט לא-מבוטל).

¹²⁰ ע"א 145/80 ועקנין נ' המועצה המקומית בית שמש, פ"ד לז(1) 113, 123 (1982).
¹²¹ ראו למשל Curlender v. Bio-Sci. Labs., 165 Cal. Rptr. 477, 488 (Cal. Ct. App. 1980). (בית המשפט הסביר כאן, כי ישנה אפשרות

שהילד יתבע את ההורים); Tedeschi, לעיל הערה 27, בעמ' 517-518.

¹²² לדיון בחשש זה, ראו Benjamin Shmueli, *Love and the Law, Children Against Mothers and Fathers: Or, What's Love Got To Do With It?*, 17 DUKE J. GENDER L. & POL'Y 131, 135, 140 (2010).

¹²³ ראו שם, בעמ' 139-141.

¹²⁴ ראו למשל דני"א 2401/95 נחמני נ' נחמני, פ"ד נ(4) 661, 682, 695, 701, 714, 720-719, 784, 789 (1996) (החירות להיות הורה או שלא להיות הורה נגזרת מן הזכויות החוקתיות לפרטיות ולכבוד). השוו בארצות הברית: Eisenstadt v. Baird, 405 U.S. 438, 453 (1972) ("If the right of privacy means anything, it is the right of the individual, married or single, to be free from unwarranted governmental intrusion into matters so fundamentally affecting a person as the decision whether to bear or beget a child").

¹²⁵ עניין נחמני, לעיל הערה 124.

¹²⁶ לביקורת נוספת על טענה זו, ראו את דעת המיעוט של פוזנר בדוח ועדת מצא, לעיל הערה 15, בעמ' 105-106.

טענה שנייה שהועלתה נגד תביעות בגין חיים בעוולה היא, שהטלת אחריות בגין התנהגות שאירעה לאחר ההתעברות שקולה להטלת חובה להרוג את העובר.¹²⁷ כאשר ההורים מצהירים שאין כוונתם להמשיך את ההיריון אם יסתבר שהעובר הוא בעל מום, ברור לרופא גילוי דבר קיומו של המום להורים יוביל לביצוע הפלה, ואם הוא מחויב לחשוף את המידע בפני ההורים, הריהו מחויב למעשה לגרום למותו של העובר. טענה שכזו ישימה בשינויים המחויבים גם כאשר לתביעת ההורים בגין הולדה בעוולה. התשובה לטענה היא, שהרופא מחויב למסור מידע. הוא אינו מחויב לבצע הפלה, גם אם ההורים רוצים בה והוא כשיר לבצעה. יתר על כן, גם כשהוא מוסר מידע על כך שישנו מום, אין ודאות שאכן תבצע הפלה: ההחלטה מסורה בידי ההורים,¹²⁸ וכישראל היא כפופה גם לאישור של ועדה להפסקת היריון.¹²⁹

טענה שלישית נגד תביעות בגין חיים בעוולה היא, שהכרה בהן עלולה לגרום לרופאים לתת עצות זהירות מדי להורים מיועדים כדי להסיר מעצמם את חשש האחריות, מה שיוכל לריבוי הפלות של עוברים בריאים.¹³⁰ גם טענה שכזו ישימה בנוגע לתביעת ההורים.¹³¹ התשובה לטענה בדבר רפואה מתגוננת ובדבר ריבוי הפלות היא חלקית בלבד. בראש ובראשונה, אי-גילוי של מום אינו יכול כשלעצמו להניב חבות בנזיקין. אם הרופא נהג כפי שרופא סביר היה צריך לנהוג בנסיבות העניין, לא תוטל עליו אחריות אף אם הוא לא הצליח לגלות את המום. ברי עם זאת, כי חוסר הוודאות הטבוע בבדיקות היריון וטרנס-היריון, אי-הבהירות כאשר לסטנדרט הזהירות ושנאת הסיכון של רופאים עלולים לגרום להרתעת יתר. כמו כן, אם עקב זהירות יתר של היועץ הופל עובר בריא, ההורים יוכלו לתבוע פיצוי על הנזקים שנגרמו להם בשל כך. כך אירע למשל בעניין דייק.¹³² החשש מפני אחריות במקרה של הפלה בעוולה מספק תמריץ מסוים להימנע מלתת עצות זהירות מדי. עם זאת ישנו פער ניכר בין הסכומים הנתבעים במקרה של הולדה בעוולה לבין הסכומים הנתבעים במקרה של הפלה בעוולה, וגם רמת האכיפה במקרים מן הסוג הראשון גבוהה יותר מאשר במקרים מן הסוג השני, כך שחששו של הרופא מפני השלכות של "false negative" גדול מן החשש מפני השלכות של "false positive".

טענה רביעית שאפשר להעלות נגד תביעות בגין חיים בעוולה היא, שהטלת אחריות תביא להגדלת פרמיית ביטוח האחריות של יועצים גנטיים ושל מומחים למיילדות,¹³³ תגרום להגדלה ניכרת במספר הבדיקות – חלקן לא נחוצות – "להסרת ספק ספקא",¹³⁴ ובסופו של דבר תשפיע על עלות השירותים הרפואיים הניתנים לנשים לפני ובמהלך ההיריון. עליית הפרמיות תיתן תמריץ שלילי להתמחות ולעיסוק בתחומים אלה, וככל שתשפיע על רמת המחירים תפגע גם בהורים מיועדים שלא יוכלו להרשות לעצמם לקבל את מלוא המידע הדרוש לקבלת החלטות הנוגעות להיריון. גם הגדלת מספר הבדיקות תעמיס נטל כבד על הורים מיועדים. טענות שכאלה אפשר להעלות גם נגד תביעות בגין הולדה בעוולה, בפרט כאשר היקף הפיצוי שלו זכאים ההורים מורחב על מנת לקזז את אבדן הזכאות של הילד, כפי שאירע בעניין המד. כאשר לתמריץ השלילי לרופאים, התשובה היא שהטלת אחריות על בעל מקצוע משפיעה תמיד על פרמיית ביטוח האחריות. אילו עובדה זו הצדיקה הימנעות מהטלת אחריות, לעולם לא הייתה מוטלת אחריות על בעלי מקצוע. גם מבחינת הפגיעה בהורים, יש לזכור כי הטלת אחריות על יצרני מוצרים פגומים או על ספקי שירותים לקויים עלולה להביא לעליית מחירים. הימנעות מהטלת אחריות מטעם זה משמעה ביטול האחריות בנזיקין. אפשר להוסיף ולומר, שהביקוש של הורים מיועדים צריך להיקבע בהתאם למחיר הראלי של השירות, המגלם את סיכון האחריות, אחרת ישנו ביקוש יתר. ממילא יש להניח שהגדלת המחיר תביא לכך, שהורים יוותרו על בדיקת מומים נדירים או קלים יחסית. קשה להאמין שהם יוותרו על בדיקות לאיתור מומים קשים שהסתברותם גבוהה. מדובר בבדיקות מעטות יחסית שהצורך בהן מתעורר לעתים רחוקות.

¹²⁷ עניין McKay, לעיל הערה 30, בעמ' 1178-1179.

¹²⁸ Harriton v. Stephens, (2006) 266 CLR 52, para. 112 (Kirby J., dissenting).

¹²⁹ ס' 314-316 לחוק העונשין [נוסח משולב], התשל"ז-1977, ס"ח 226.

¹³⁰ דוח ועדת מצא, לעיל הערה 15, בעמ' 48-49.

¹³¹ Darpana M. Sheth, *Better Off Unborn? An Analysis of Wrongful Birth and Wrongful Life Claims Under the Americans with Disabilities Act*, 73 TENN. L. REV. 641, 646 (2006).

¹³² עניין דייק, לעיל הערה 8.

¹³³ Donna J. Long, *A Cause of Action for "Wrongful Life": Pennsylvania's Judicial and Legislative Reaction*, 26 DUQ.

¹³⁴ L. REV. 967, 993 (1988).

ראו Sheth, לעיל הערה 131, בעמ' 665; דוח ועדת מצא, לעיל הערה 15, בעמ' 48-49.

טענה חמישית שאפשר להעלות הן נגד תביעות בגין חיים בעוולה והן נגד תביעות בגין הולדה בעוולה היא, שהעלאתן וקבלתן של הטענות המשפטיות שבבסיס התביעות גורמות לפגיעה קשה בתחושת הערך העצמי של אנשים בעלי מוגבלויות שמסוגלים לנהל חיים מהנים ומועילים, ומעודדות חוסר סובלנות כלפי אנשים אלה ופגיעה במעמד החברתי.¹³⁵ לענייננו, אם הורים יכולים לטעון כי מנקודת מבטם מוטב היה לולא נולד הילד, קל וחומר שגם אנשים שמחויבותם כלפי הילד פחותה יוכלו להעלות טענה דומה. אם בית המשפט נכון לקבוע כי הולדה היא לעתים נזק להורים, הוא עלול לתרום לכינון ההשקפה שהולדה היא בנסיבות מסוימות נזק אף לצדדים שלישיים או לחברה בכללותה. ייתכן שהטענה בדבר נזק להורים קשה פחות מזו שבבסיסה של תביעה בגין חיים בעוולה ("מוטב היה לולא נולדת"), אך היא בכל זאת מתייחסת להולדתו של אדם בעל מוגבלות כאל דבר שלילי. ההורים אינם טוענים בהכרח שלחיי הילד אין ערך, אולם די בטענה שהם היו מעדיפים למנוע את הולדתו כדי להסב נזק לו ולאנשים אחרים במצבו. ייתכן שאין בחשש זה כדי להצדיק שלילה מוחלטת של עילות תביעה שכל כולן מיועדות לסייע לשפר את איכות חייהם של ילדים בעלי מוגבלות, אולם אי-אפשר להתעלם ממנו כאשר באים לעצב את גבולותיהן של עילות שכאלה.¹³⁶

טענת שישי נוגעת לחשש מפני הפליה בין תובעים על בסיס סוציו-אקונומי, המתחברת לדיון בשאלת הקשר הסיבתי שתידון בהמשך. הכרה בעילה של הולדה בעוולה משמעה שהורים שאינם מעוניינים לגדל ילד בעל מוגבלות עשויים לזכות בפיצוי ניכר, בעוד שדווקא הורים שהיו מוכנים לשאת בנטל גידולו של ילד בעל מוגבלות מסיבות דתיות, אידאולוגיות או מצפוניות ומשום כך אינם יכולים לטעון שלולא ההתרשלות היו נמנעים מהולדה, לא ייהנו מתרופה כספית.¹³⁷ באופן דומה, הורים בעלי יכולת כלכלית יעברו בדיקות רבות לגילוי מומים שהורים חסרי יכולת כלכלית לא יוכלו לעבור, ובכך ירכשו הלכה למעשה פוליסת ביטוח מפני ההוצאות הכרוכות בגידול ילד בעל מוגבלות. הורים בעלי אמצעים יזכו בפיצוי במקרה של הולדת ילד בעל מוגבלות ואילו הורים חסרי אמצעים – אשר בוודאי זקוקים יותר לתמיכה – לא יזכו בפיצוי ויידרשו להתמודד עם הנטל בכוחות עצמם.¹³⁸ סיכומו של דבר, תביעות בגין הולדה בעוולה מתגמלות סקטורים עשירים יותר ואלטרואיסטיים פחות, בהתעלם מן הצרכים האמתיים.

מכלול השיקולים הללו אכן מקשה על הכרה בזכות תביעה המבוססת על הטענה, שלפיה טוב יותר היה להורים לולא נולד הילד. ועדת מצא הבהירה אף היא כי הכרה בזכות תביעה של ההורים מעוררת קשיים, ככל שהיא מבוססת על הטענה שלפיה הם היו מעדיפים שהילד לא ייוולד; ואמנם, המלצתה העיקרית הייתה לתת מענה לצורכיהם של ילדים בעלי מוגבלות בהסדר סוציאלי שיעוגן בחקיקה,¹³⁹ בעוד שהפתרון הנזיקי נותר "בעדיפות שנייה". ברם ישנה אפשרות להכיר בזכות התביעה של ההורים בלי לפגוע במעמדם ובתחושותיהם של אנשים בעלי מוגבלות, בלי להגדיל באורח ניכר את פרמיות הביטוח, בלי לעורר חשש ממשי לרפואה מתגוננת ולריבוי הפלות מיותרות ותוך צמצום ההפליה על בסיס סוציו-אקונומי.¹⁴⁰ אפשר לעשות כן אם מבססים את התביעה על הפגיעה בחופש הבחירה של הורים בענייני התעברות, לידה והורות, דהיינו פגיעה באוטונומיה ובפרטיות המוגנות כיום גם באמצעות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.¹⁴¹ טענת ההורים בתביעה שכזו לא תהיה שהם היו מעדיפים להימנע מהולדה ושההולדה היא נזקם, אלא

Wendy F. Hensel, *Disabling Impact of Wrongful Birth and Wrongful Life Actions*, 40 HARV. C.R.-C.L. L. REV. 141, 135 (2005); דוח ועדת מצא, לעיל הערה 15, בעמ' 45.

¹³⁶ אפשר לכאורה לטעון, כי בעוד שביסוס ההכרעה על רצונם הסובייקטיבי של ההורים (העדפה להימנע מהורות) עלול לפגוע בילד שהוריו אינם רוצים בו, ביסוס ההכרעה על השוואה אובייקטיבית בין מצבם של ההורים בעקבות העוולה (הורות לילד בעל מוגבלות) לבין מצבם לולא העוולה (אי-הורות) אינו נושא עמו תוצאה שכוז. תשובתי לכך כפולה. ראשית, גם אם בית המשפט יכול להשתמש ברטוריקה אובייקטיבית בתהליך ההכרעה, תביעת ההורים חייבת להתבסס על הטענה הסובייקטיבית שלפיה לולא ההתרשלות הם היו נמנעים מלהביא הילד לעולם, משמע הולדתו היא נזק עבורם. שנית, גם בהתעלם מרצונם הסובייקטיבי של ההורים, קביעה אובייקטיבית של מערכת המשפט שהולדת ילד היא נזק להוריו עלולה לפגוע באנשים בעלי מוגבלות ולעודד חוסר סובלנות כלפיהם. למעשה, כאשר הקביעה היא "אובייקטיבית" השפעתה על עיצוב התפיסות הרווחות בחברה עלולה להיות גדולה יותר.

Matthew Diehr, *The State of Affairs Regarding Counseling for Expectant Parents of a Child with a Disability: Do ACOG's New Practice Guidelines Signify the Arrival of a Brave New World?* 53 ST. LOUIS U. L.J. 1287, 1303-04 (2009)¹³⁷

דוח ועדת מצא, לעיל הערה 15, בעמ' 47.

¹³⁸ שם, בעמ' 50.

¹³⁹ בדעת מיעוט בדוח ועדת מצא טען פוזנר, שככל שישנה רפואה מתגוננת הרי היא מושפעת יותר מעצם קיומה של עילת תביעה ולא מהיקף הפיצוי, שכן הרופא מבוטח ודאגתו העיקרית היא לשמו הטוב. שם, בעמ' 98.

James Bopp, Jr., Barry A. Bostrom & Donald A. McKinney, *The Rights and Wrongs of Wrongful Birth and Wrongful Life: A Jurisprudential Analysis of Birth Related Torts*, 27 DUQ. L. REV. 461, 467 (1988) ("With the Roe Court's enunciation of a woman's privacy right which protected the abortion decision from state criminal prosecution, wrongful

שנשללה מהם החירות לקבל החלטה מדעת.¹⁴² אולם בעוד שביסוס התביעה על רציונל זה מעורר פחות קשיים קונספטואליים (גם מבחינת חובת הזהירות וגם מבחינת הנזק), הוא מצמצם את היקף הפיצוי שההורים יכולים לתבוע בהשוואה לתביעה המבוססת על הטענה שלפיה מוטב היה להורים לולא נולד הילד. עבור אלה המבקשים להכיר בעילת ההורים כדי לסייע להם לשאת בנטל הכבד הכרוך בגידול ילד בעל מוגבלות, זוהי כמובן תוצאה בעייתית.¹⁴³

2. הקושי בהנמקה הנוגעת ליסוד הנזק

קושי נוסף בפסק הדין בעניין *מדד* מעורר ההסבר לדחיית תביעתו של הילד. השופט ריבלין דחה את גישתה של השופטת בן-פורת בנימוק, ששאלת קיומו של נזק מחמת הולדה היא שאלה מטפיזית, שאינה מתאימה נורמטיבית ומוסדית להכרעה שיפוטית.¹⁴⁴ מן הבחינה הנורמטיבית, בית המשפט אינו מסוגל להשוות בין קיום במום לאי-קיום: "לבית המשפט כלל אין את הכלים הדרושים להגיע להכרעה כזו, שהרי בית המשפט נעדר מידע אודות טיבם של אי-החיים ומידע כזה, כמובן, אינו בנמצא."¹⁴⁵ מן הבחינה המוסדית, בית המשפט אינו צריך להיכנס לוויכוח החברתי והמוסרי בשאלה אימתי החיים נחותים מאי-קיום: "מוטב כי הסוגיה הנדונה לא תוכרע על ידי בתי המשפט... 'לא בית המשפט הוא המוסד החברתי שבידו לפסוק הלכות בשאלות אלו'."¹⁴⁶ בית המשפט הדגיש ובצדק, כי "במקרה זה אין מדובר בקושי לכמת את הנזק גרידא, אלא מדובר בקושי לקבוע אם נתקיים בכלל נזק",¹⁴⁷ משום שההשוואה בין קיום במום לבין אי-קיום אינה אפשרית. מיותר לציין כי טענה זו אינה מקור הקושי.¹⁴⁸

אלא שבהמשך פסק הדין הסביר השופט ריבלין, שעקרון קדושת החיים אינו מאפשר לקבוע שהחיים, אפילו במום קשה, נחותים מאי-קיום. בית המשפט חזר על קביעה זו כמה וכמה פעמים בניסוחים שונים. להלן כמה דוגמאות:

הגדרת החיים עצמם – אף אם הם חיים במוגבלות – כנזק, והקביעה כי מוטב היה לו לאדם מסוים שלא היה נולד כלל, אוצרות בחובן פגיעה אסורה בתפיסה שלפיה לחיים יש ערך אינהרנטי, שאינו פוחת ובוודאי שאינו מתאיין בשל קיומו של מום או קיומה של מגבלה... תפיסה זו היא חלק חשוב והכרחי של אמונתנו והכרתנו בקדושת החיים, בערך האדם ובכבודו ובזכותם של אנשים בעלי מוגבלות לכבוד ולשוויון...¹⁴⁹ החיים הם ערך עליון – לכלל...¹⁵⁰ על פי תפיסתנו החברתית, במסגרת אמונתנו המוסרית ומכוח עקרונותינו המשפטיים – הגדרת חייו של אדם בעל מוגבלות כ"נזק" אינה ראויה, אינה מוסרית ואינה אפשרית... [ישנה הנחה בלתי ניתנת לסתירה לפיה] ערך חייהם של אנשים עם מוגבלות הוא מוחלט ולא יחסי.¹⁵¹

גישה זו נפוצה מאוד גם בפסיקה האמריקנית.¹⁵² הרעיון לפיו לחיים יש ערך אינטרינזי אינסופי – ועל כן לעולם לא יוכלו להיות נחותים מאי-קיום – הוא רעיון בעל שורשים דתיים חזקים, ואין זה פלא למצאו בפסיקתן של מדינות שבהן הדת ממלאת תפקיד חשוב בחיי האזרחים, אף אם אין לה כל מעמד רשמי. בעיה מקדמית שמעורר נימוק זה היא שחרף חשיבותו, עקרון קדושת החיים אינו

birth claims were recognized by some courts on the theory that the negligence of the health care provider had infringed on (this private, protected choice); דוח ועדת מצא, לעיל הערה 15, בעמ' 50-52, וכן דעת המיעוט של אסא כשר שם, בעמ' 68.

¹⁴² ראו גם להלן פרק ג.2.

¹⁴³ ראו שם.

¹⁴⁴ את ההבחנה בין "אי-שפיטות נורמטיבית" ו"אי-שפיטות מוסדית" אימץ בית המשפט מתוך דוח ועדת מצא, לעיל הערה 15, בעמ' 39.

¹⁴⁵ עניין *מדד*, לעיל הערה 6, בפס' 15 לפסק הדין.

¹⁴⁶ שם.

¹⁴⁷ שם, בפס' 16 לפסק הדין.

¹⁴⁸ בית המשפט הסתמך לביסוסה על פרי "להיות או לא להיות", לעיל הערה 5, בעמ' 545-551.

¹⁴⁹ עניין *מדד*, לעיל הערה 6, בפס' 25 לפסק הדין.

¹⁵⁰ שם, בפס' 26 לפסק הדין (עוד נאמר, כי "אדם בצלם אלוהים נולד. משנולד – יש להגן על כבודו ועל קדושת חייו. אין ערוך לחייו, יהיו קשים כאשר יהיו. אין ערוך לחייו, תהא מוגבלותו אשר תהיה").

¹⁵¹ שם, בפס' 27 לפסק הדין (עוד נאמר, כי הגדרת חייו של אדם בעל מום כנזק "פוגעת מהותית בעקרון קדושת החיים. הערכת נזקו של אדם בעל מוגבלות – בהשוואה לאפשרות שלא היה נולד כלל או בהשוואה לאדם ללא מוגבלות – היא עצמה פוגעת בערך חייו").

¹⁵² ראו למשל 337 S.E.2d 528, 532-33 (N.C. 1985); Nelson v. Krusen, 678 S.W.2d 918, 924-25 (Tex. 1984).

עיקרון מוחלט והוא נסוג תדיר בפני זכויות או בפני אינטרסים ציבוריים חשובים.¹⁵³ מערכת המשפט מאפשרת כעניין שבשגרה סיכון חיים ובנסיבות מסוימות אף פגיעה בחיים. אולם חשוב מכך, השימוש בנימוק שכזה מייצר חוסר קוהרנטיות בפסק הדין בעניין *המד*. הטענה לפיה החיים עדיפים תמיד על אי-קיום לנוכח עקרון קדושת החיים מבוססת בדיוק על ההשוואה שביצעה השופטת בן-פורת בעניין *זייצוב* ואשר השופט ריבלין קבע קודם לכן שאינה אפשרית ושאינה מתאימה להכרעה שיפוטית. ייתכן שהנימוק הערכי יכול להיחשב לגיטימי כשהוא לעצמו, אך הוא אינו עולה בקנה אחד עם הנימוק הקודם.¹⁵⁴ למען ההגנות יצוין, כי כשל זה מופיע גם בדוח ועדת מצא שעליו הסתמך השופט ריבלין.¹⁵⁵

בעוד שהדיון בנוזק של הילד אינו קוהרנטי, הדיון בטיב הנוזק המקים את עלית ההורים אינו בהיר דיו. השופט ריבלין קבע, כי "קבלת תביעתם של ההורים אין משמעותה כי חייו של הילד אינם בעלי ערך, או כי מוטב לו עצמו כי לא היה נולד; משמעותה היא כי נמנעה מן ההורים האפשרות לבחור שלא לגדל ילד בעל מוגבלות, על הקשיים הכרוכים בכך".¹⁵⁶ הנוזק אם כן אינו נובע מן ההולדה אלא משלילת אפשרות הבחירה, כלומר מפגיעה באוטונומיה במובן הצר או מפגיעה בפרטיות. אין ספק שאפשרות הבחירה של ההורים ניטלה מהם, וכי הגשת תביעה בגין פגיעה זו אינה מעוררת קשיים רציניים. אולם בהמשך פסק הדין פסק בית המשפט לטובת ההורים פיצוי לא רק בגין הפגיעה באוטונומיה,¹⁵⁷ אלא גם ובעיקר בגין ההוצאות שהם נושאים ושהם עתידים לשאת בהן בשל הולדת הילד.¹⁵⁸ משמע, בית המשפט התייחס לעצם הולדתו של הילד כאל נזק להורים, התייחסות שאינה נקייה מספקות, כמבואר לעיל.¹⁵⁹ כך למשל כתב אסא כשר בדעת מיעוט בדוח ועדת מצא: "לא מן הראוי, שבמדינה העומדת על העיקרון המוסרי של כבוד האדם, יוכלו הוריו של אדם לטעון בפני בית המשפט שעצם חיי בנם או בתם הוא בגדר נזק".¹⁶⁰ אפשר לכאורה לטעון, כי בעוד שהפגיעה באוטונומיה היא הנוזק המקים את עלית התביעה, אין מניעה לפסוק פיצוי גם בגין נזקים אחרים הנובעים מן הנוזק הראשוני ובהם, למשל, הוצאות שמקורן בצרכים המיוחדים של הילד וסבלם המתמשך של ההורים. אולם נזקים נוספים אלה נובעים מהצטברותם של שני גורמים: שלילת חופש הבחירה והעדפה ברורה של ההורים להימנע מהולדת ילד בעל מוגבלות. ללא העדפת אי-ההולדה אי-אפשר לומר כי הנזקים הנוספים נובעים מן הפגיעה בחופש הבחירה, שכן ייתכן שההורים היו מחליטים להביא את הילד לעולם גם לו ניתנה להם תחזית מדויקת באשר למצבו. פיצוי בגין הנזקים הנוספים אפשרי רק אם ההולדה עצמה היא בגדר נזק להורים.

3. הוכחת הקשר הסיבתי: החזקה שנקבעה וליקוייה

כתביעת רשלנות נדרשים התובעים להראות, כי לולא ההתרשלות לא היה נגרם להם נזק. בענייננו, אם ההורים מעוניינים לבסס את עילתם על הלידה הלא-רצויה ולא רק על הפגיעה באוטונומיה, הם נדרשים להראות כי לולא ההתרשלות הילד לא היה נולד. השופט

¹⁵³ כך למשל, הזכות (ולו המוגבלת) של האישה להפיל מבטאת העדפה של האוטונומיה של האישה על פני פוטנציאל החיים; קבלת בקשות להמתת חסד מבטאת העדפה של רצון החולה הנוטה למות על פני קדושת החיים; ביטול העבירה של ניסיון התאבדות מבטא אף הוא העדפה של האוטונומיה האישית.
¹⁵⁴ דוק, טענה ולפיה לחיים ערך עליון הייתה יכולה להתיישב עם טענה בדבר אי-יכולת להשוות בין קיום במום לבין אי-קיום, אילו פירשנו "ערך עליון" כ"ערך שהוא incommensurable לכל דבר אחר", תכונה ההופכת את ההשוואה בין חיים (שיש בהם ערך שכזה) להיעדר חיים (שאינן בהם ערך שכזה) לבלתי-אפשרית. ברם טענה בדבר incommensurability של החיים היא בעייתית מבחינה פילוסופית, במיוחד לנוכח הפרקטיקה של איזון בינם לבין ערכים אחרים. ראו למשל Donald Scherer, *Some Simple Rational Conflict Resolution Procedures for Incommensurable Values*, 6 BOWLING GREEN STUDIES IN APPLIED PHILOSOPHY 17 (1984). חשוב מכך, הציטוטים מתוך פסק הדין מלמדים שלא לכך כיוון בית המשפט. לדירו, הערך המיוחד של החיים אינו ערך שאי-אפשר להשוותו לערכים אחרים, אלא ערך העולה עליהם.

¹⁵⁵ דוח ועדת מצא, לעיל הערה 15, בעמ' 39, 43-46.

¹⁵⁶ עניין *המד*, לעיל הערה 6, בפס' 37 לפסק הדין.

¹⁵⁷ שם, בפס' 71-73 לפסק הדין.

¹⁵⁸ שם, בפס' 57-66 לפסק הדין.

¹⁵⁹ Jennifer Granchi, *The Wrongful Birth Tort: A Policy Analysis and the Right to Sue for an Inconvenient Child*, 43 S. TEX. L. REV. 1261, 1276 (2002) ("While the courts insist that the wrong was denying the parents the opportunity to make a procreative decision, the damages claimed are the cost of the defective child, therefore the logical conclusion is that the real ("This conception is belied by the fact that the Sheth; injury is the birth of the defective child") compensation sought by plaintiffs is not limited to the mere deprivation of a reproductive choice, but also includes compensation for the 'injury' of raising a child with disabilities, such as the readily quantifiable costs of medical care and specialized education"); דוח ועדת מצא, לעיל הערה 15, בעמ' 57 ("ההכרה בעילתם [של ההורים] עלולה להתפרש כמבוססת על התוכנה כי הולדתו של בעל מוגבלות מהווה 'נזק' להוריו. כלונו מכירים בקושי העקרוני בכך שחייו של אדם ייחשבו כ'נזק' מבחינת הזולת בכלל ומבחינת הוריו בפרט").
¹⁶⁰ דוח ועדת מצא, לעיל הערה 15, בעמ' 68; ראו גם לעיל הערה 136.

ריבלין הסביר, כי על מנת להוכיח סיבתיות ההורים נדרשים להראות שמתקיימים שני תנאים מצטברים: (1) ועדה להפסקת היריון הייתה מאשרת הפלה; (2) ההורים היו מחליטים על ביצועה.¹⁶¹ הדרישה הראשונה עשויה לשמש מסננת השקולה לדרישת חומרת המום מבית מדרשה של השופטת בן-פורת בעניין זייצוב, בכל המקרים שבהם ההתרשלות מנעה הפלה של עובר בעל מוגבלות. הדרישה השנייה מעוררת שני קשיים מעשיים. בראש ובראשונה, הורה שכבר מכיר ואוהב את הילד יתקשה לטעון שהיה נמנע מלהביאו לעולם. מעבר לכך, דרישה שכזו מפלה לרעה דווקא את ההורים שהיו מוכנים לסבול את הקשיים הכרוכים בגידול ילד בעל מוגבלות. ככל שבבחינת הנכונות להביא לעולם ילד בעל מוגבלות יהיה שימוש בראיות "כלליות", להבדיל מראיות הנוגעות לרצונם הסובייקטיבי של התובעים הספציפיים, מתעורר החשש מפני הפליה מגזרית: הורים המשתייכים לקבוצות שבהן הנכונות לגדל ילדים בעלי מוגבלות גבוהה יותר יתקשו יותר בכיסוס תביעתם. לכן אף שהשופט ריבלין דחה את ההצעה לוותר כליל על הוכחת קשר סיבתי, הוא קבע שההחלטה שהייתה מקבלת ועדה להפסקת היריון היא "חזקה ניתנת לסתירה" בדבר עמדת ההורים באשר להפלה.¹⁶² כלומר אם הוועדה הייתה מאפשרת הפלה, חזקה כי ההורים היו בוחרים להפסיק את ההיריון ולהפך. אפשר אמנם להביא ראיות כדי לסתור את החזקה, אולם אלו אינן יכולות לשאת אופי מגזרי גרידא.¹⁶³

פתרון זה הוא בעייתי בשלושה מובנים לפחות. ראשית, תחולתה של החזקה מוגבלת למקרים שבהם טענת ההורים היא שההתרשלות מנעה הפלה. במקרים רבים הבחירה הנשללת מן ההורים איננה בחירה הנוגעת להפסקת היריון אלא לכניסה להיריון (כפי שאירע בעניין זייצוב). החלטה הנוגעת להפלה היא החלטה המערבת שיקולים מוסריים ודתיים, לחצים חברתיים ומשפחתיים והגבלות משפטיות, הנוגעים כולם למעמד העובר, שיקולים שהחלטה על אי-התעברות אינה מעוררת. לכן בחינת הקשר הסיבתי אמורה להיות שונה בשני סוגי המקרים. פסק הדין אינו מתייחס כלל למקרה של התרשלות לפני ההתעברות ואינו מציע פתרון לבעיות האפשריות בהוכחת קשר סיבתי בין התרשלות להתעברות. שנית, פסק הדין מחליף מבחן המשלב בין רצונם של ההורים לבין הכרעה של ועדה מקצועית במבחן שבו עמדת הוועדה המקצועית היא דומיננטית ובמקרים רבים קונקלוסיבית. ישנו ניגוד עניינים מובנה במצב שבו זכות התביעה של ההורים נסמכת על הכרעתן של ועדות להפסקת היריון שמרבית חבריהן הם רופאים. השליטה על זכות התביעה של נפגעי רשלנות רפואית מסורה למעשה בידי רופאים. שלישית, אף שכדי לסתור את החזקה אין די ב"נתונים כלליים", אותם נתונים ממלאים תפקיד בחשיפת רצונם הסובייקטיבי של ההורים. השופט ריבלין ציין, למשל, כי "לא די בכך שדתם של ההורים אוסרת עליהם לבצע הפלה כדי לקבוע את התוצאה; על-מנת שנתון זה יהא רלבנטי לצורך ההכרעה, על בית המשפט להשתכנע כי האם הייתה נשמעת לאיסור זה גם בפועל".¹⁶⁴ אולם מכלל לא ניתן ללמוד על ההן. אמנם ייתכן שההשתייכות המגזרית אינה חורצת את גורל התביעה, אך היא עומדת ברקע ההכרעה: בין יתר האינדיקציות שבבסיס ההשערה באשר להחלטתה של האם נמצא גם האיסור הרווח במגזר שאליו היא משתייכת. אישה שאינה משתייכת לאותו מגזר אינה חשופה ללחץ המגזרי, ומכאן שההסתברות שתחליט לסיים את ההיריון גבוהה יותר. ייתכן אם כן שהחזקה העובדתית מצמצמת את ההפליה המגזרית, אך היא אינה מחסלת אותה כליל.

ד. התרופה

1. הגנה על אינטרס של הילד באמצעות הרחבת הפיצוי להורים

אחד הטעמים העיוניים להכרה בעילה של חיים בעוולה היה, שרק הילד יכול לתבוע פיצוי בגין הוצאות כבדות שהוריו אינם נדרשים או אינם מסוגלים לשאת בהן, ובפרט הוצאות מחייתו והטיפול המיוחד הנחוץ לו לאחר הגיעו לבגרות או, למצער, לאחר מות

¹⁶¹ עניין *המד*, לעיל הערה 6, בפס' 43 לפסק הדין. ההבחנה מבוססת על פרי "להיות או לא להיות", לעיל הערה 5, בעמ' 562-564. והשוו עניין *קריצמן*, לעיל הערה 105 (דחיית תביעה משום שהאישה לא הייתה מעוניינת בהפלה); ע"א 434/94 *ברמן נ' מור המכון למידע רפואי*, פ"מ נא(4) 205 (1997) (דחיית תביעה משום שהוועדה לא הייתה מאשרת הפלה).

¹⁶² עניין *המד*, לעיל הערה 6, בפס' 45-52 לפסק הדין.

¹⁶³ שם, בפס' 53 לפסק הדין.

¹⁶⁴ שם.

ההורים. לכאורה היה ביטול העילה של חיים בעולה עלול להותיר ילדים בפני שוקת שבורה למחצה.¹⁶⁵ עם הבעיה שנוצרה התמודד השופט ריבלין באמצעות הרחבת שיעור הפיצוי המגיע להורים, כמוסבר לעיל. אולם שיטה זו מעוררת קושיות מעשיות ועיוניות. רבים חוששים שבעוד שהמטרה של הרחבת הפיצוי להורים היא להגן על אינטרסים של הילד, בפועל הכסף לא ישמש לרווחתו משום שההורים ישמשו בו לקידום יעדים שאינם קשורים במישרין לטובת הילד או שהם ישקיעו אותו – ולו בתום לב – באפיקים ספקולטיביים. זאת ועוד, כסף המתקבל כתביעת ההורים אף חשוף לתביעות נושיות.¹⁶⁶ לפיכך המליצה ועדת מצא למחוקק להסמיך את בית המשפט לקבוע הוראות באשר לשימוש בפיצויים ולהגן על חלקם מפני נושים.¹⁶⁷ מובן שזוהי הצעה לגיטימית, אך היא מחייבת התערבות חקיקתית; ואם כבר אפשר להניע את המחוקק להתערב ולטפל בסוגיה, נשאלת השאלה מדוע לתפור טלאי לחור קטן בהלכה פסוקה במקום לאמץ פתרון תחיקתי שלם וקוהרנטי דוגמת הפתרון שהציעה הוועדה? מכל מקום אני סבור, שמדובר בביקורת חלשה למדי על פסק הדין: ראשית, אם המטרה המוצהרת של הרחבת זכאותם של ההורים היא להגן על הילד, הרי בתי המשפט יכולים לעצב מנגנון בקרה ללא צורך במעורבות חקיקתית.¹⁶⁸ נכון שהתערבות באופן השימוש בפיצוי נראית חריגה; אולם המקרה מיוחד, ההלכה מיוחדת, ולכן היישום מצריך יצירתיות. השופט רובינשטיין כתב דברים מפורשים ברוח זו בפסק הדין.¹⁶⁹ שנית, אפשר להניח שמרבית ההורים ידאגו לרווחת ילדיהם גם בלי מנגנוני בקרה. מצב שבו הורים מבזבזים את הכסף המיועד לילדם הנצרך יהיה חריג, וקיומם של חריגים אינו שומט את הקרקע מתחת לפתרון הכללי. בה בעת אינני מתכחש לאפשרויות של השקעה לא-מוצלחת או של חשיפת הסכום הפסוק לתביעות של נושי ההורים, שעמן מנגנון בקרה יציר פסיקה יכול להתמודד. שלישית, יש לזכור שהחשש משימוש לא-ראוי או רשלני בפיצויים אינו ייחודי למקרה שלפנינו; גם אדם הסובל נזק גוף מחמת מעשה עוולה והמקבל פיצוי בסכום חד-פעמי גדול עלול לבזבזו או להשקיעו בצורה לא-נבונה ולפתח תלות לא-רצויה במנגנוני הרווחה. אם הבעיה אינה נתפסת כחמורה דיה כדי להצדיק התערבות במקרים רגילים של נזק גוף, ספק אם היא מצדיקה התערבות בענייננו. אם הבעיה נתפסת כחמורה, אפשר לפתח בחקיקה או בפסיקה מנגנוני בקרה כלליים על אופן השימוש בפיצויי נזיקין. אפשר להוסיף ולטעון ברוח זו, כי אפילו הוכרה זכות תביעה בגין חיים בעולה ונפסק פיצוי לילד, הרי גם אז היה מתערר החשש שהוא ינצל את הפיצויים באופן בעייתי, כך שהרחבת זכאותם של ההורים אינה מייצרת בעיה שלא הייתה קיימת כלל תחת משטר האחריות שנקבע בעניין זייצוב.

2. קשיים בהערכת הפיצוי בגין נזקים ממוניים

קשיים גדולים יותר נוגעים להערכת הפיצוי על נזק ממוני. בית המשפט קבע, כי הפיצוי להורים בגין התקופה שעד הגיעו של הילד לבגירות צריך להיקבע לפי הוצאות המיוחדות שהם נושאים בהן מחמת מומו.¹⁷⁰ קביעה זו מנוגדת לכאורה לעקרון השבת המצב לקדמותו, שכן לולא ההתרשלות לא היה הילד נולד והיו נחסכות מן ההורים כל הוצאות גידולו, לא רק אלו הקשורות למומו. אחת התשובות של השופט ריבלין לקושי זה היא, שמן הוצאות הרגילות של גידול ילד יש לקזז את ההנאה מגידולו, וההנחה היא ששני הערכים דומים.¹⁷¹ תשובה זו מעוררת כמה בעיות: ראשית, אם יש לקזז את ההנאה מגידול הילד ממרכיב כלשהו של הפיצוי, הרי מבחינת הסדר המשפטי ראוי לקזזה תחילה מן הפיצוי על הנזק הלא-ממוני (הסבל שנגרם להורים עקב גידול הילד) ולא מן הפיצוי על נזקים ממוניים, שכן ההנאה עצמה אינה ממונית. מן הראוי שיתרונות שצמחו לתובע ממעשה העוולה יועמדו תחילה מול חסרונות מאותו הסוג: תפוחים יש להעמיד מול תפוחים ותפוזים מול תפוזים. ישנה מידה של חוסר היגיון בהפחתת ההנאה מגידול הילד מן הפיצוי על הוצאות גידולו במקביל לפסיקת פיצוי להורים על כאב וסבל בהתעלם מן ההנאות. שנית, עירוב התחומים עלול לגרום

¹⁶⁵ אני משתמש בכוונה במילה "לכאורה", שכן לפי הדין הישראלי אדם עשוי לחוב גם במזונות ילד בגיר שאינו יכול לספק את צרכיו מעבודה, מנכסיו או ממקור אחר (ס' 25) לחוק תיקון דיני המשפחה (מזונות), התשי"ט-1959, ס"ח 72), ואף עובדו של אדם עשוי לחוב במזונות של ילד בגיר הסובל מנכות (ס' 57(א)2) לחוק הירושה, התשכ"ה-1965, ס"ח 63). אם ההורה נושא בנטל מכוח חובה שבדין, אפשר לטעון שמדובר בנזק בר-פיצוי בתביעתו.

¹⁶⁶ ראו פזנר, לעיל הערה 72, בעמ' 2; דעת המיעוט של פזנר ברוח ועדת מצא, לעיל הערה 15, בעמ' 108.

¹⁶⁷ דוח ועדת מצא, לעיל הערה 15, בעמ' 62.

¹⁶⁸ כך למשל, אפשר לאמץ בדרך של אנלוגיה כמה מן העקרונות שנקבעו בתקנות הכשרות המשפטית והאפוטרופסות (דרכים להשקעת כספי חסוי), התש"ס-2000, ק"ת 609.

¹⁶⁹ עניין המד, לעיל הערה 6, בפס' טו לפסק דינו של השופט רובינשטיין.

¹⁷⁰ שם, בפס' 57-58 לפסק הדין.

¹⁷¹ שם, בפס' 59 לפסק הדין.

לבלבול רב בפרקטיקה; מחד גיסא, אם ישתרש הכלל (אי-פסיקת פיצוי עבור הוצאות גידול רגילות) וישתכח הרציונל (ההנאה שקולה להוצאות הגידול ומקזות אותן), בתי המשפט עלולים להעריך את הפיצוי בגין כאב וסבל תוך התחשבות בהנאות ובהתעלם מכך שהן כבר קוזזו מן הפיצוי על נזק ממוני. מאידך גיסא, אם הרציונל יוטמע, בתי המשפט עלולים להניח כי אי-פסיקת פיצוי בגין הוצאות גידול הילד קיזזה במדויק את ההנאה מגידולו ולהתעלם ממנה לגמרי בהערכת הפיצוי בגין כאב וסבל, בשעה שהערכת הסבל "נטו" צריכה להתבצע על פי נסיבותיו המיוחדות של כל מקרה. שלישית ובהמשך לטיעון האחרון, ספק אם ההנאה מגידול ילד שקולה לעלות גידולו. גם זו וגם זו תלויות בנסיבות המקרה הקונקרטי, והנחת השוויון בין השתיים חוטאת למציאות העובדתית העומדת ביסוד הערכת הפיצויים. אף אם נוותר על הדיוק לטובת אומדנה, הנחה אינטואיטיבית סבירה היא שבמצב דברים רגיל ההנאה עולה במידה ניכרת על הוצאות גידול הילד. עם זאת גם אם היה אפשר להניח שההנאה מגידולו של ילד בריא שקולה לעלות גידולו, ספק אם אפשר להניח הנחה דומה באשר לילד בעל מוגבלות, לא כל שכן מוגבלות קשה. רביעית, שימוש בטרימינולוגיה של קיזוז הנאות מעלויות מחזיר לקדמת הבמה את הטענה המטרידה, שלפיה הולדת ילד בעל מוגבלות היא בחשבון כולל נזק עבור ההורים. לתחשיב הקר, שלפיו ההנאה מגידולו של הילד מקזזת באופן מלא את ההוצאות הרגילות של גידולו ואילו ההוצאות המיוחדות הנובעות מן המום ומן הנזק הלא-ממוני של ההורים אינם מתקזזים מערך כלשהו, פירוש אחד: הולדת ילד בעל מוגבלות היא עצמה נזק להורים. בנוגע לשלב שלאחר הגעת הילד לבגירות קבע השופט ריבלין, כי יש לפצות את ההורים לא רק בגין ההוצאות המיוחדות הנדרשות בשל קיום המוגבלות אלא גם בגין הוצאות המחיה הרגילות של הילד (שההורים יידרשו לשאת בהן באופן חריג), השקולות בהיעדר ראיות אחרות לשכר הממוצע במשק.¹⁷² החלטה זו אינה מתיישבת עם ההחלטה בעניין תקופת הקטינות, שכן הנאת ההורים מגידול ילדם – ככל שהיא קיימת – משתרעת על פני כל תקופת חייהם, ולכן אם יש הצדקה להפחיתה מן הנזק הממוני בשלב שלפני הבגירות, אין סיבה שלא להתחשב בה בתקופת הבגירות. זאת ועוד, הערכת עלות המחיה של אדם רגיל לפי השכר הממוצע במשק מעוררת קושי מבחינה עניינית, ולכן גם אינה מתיישבת עם פסק דינו החשוב של השופט ריבלין עצמו בעניין *אטינגר*.¹⁷³ השופט ריבלין קבע באותו עניין, כי יש לפסוק לקרבן שתוחלת חייו קוצרה בגין מעשה עוולה פיצוי גם בגין הפסד ההשתכרות בשנים האבודות.¹⁷⁴ מן הפיצוי על הפסד זה יש לנכות את הוצאות מחייתו של הקרבן באותן שנים, שמעשה העוולה מנע גם כן.¹⁷⁵ הפיצוי נפסק אפוא בגין החיסכון האבוד. הלכה זו מבוססת כל כולה על ההנחה הראלית שלפיה הוצאות המחיה אינן שוות לשכר, שהרי לו הוציא אדם את כל שכרו על מחייתו – לא היה חיסכון ולא היה אפשר לפסוק פיצוי בגין הפסד ממוני בשנים אבודות.

ה. שינוי תקופת ההתיישנות

שינוי נוסף שחולל פסק הדין בעניין *המד* נוגע להתיישנות. תביעת הילד הייתה מתיישנת שבע שנים לאחר הגיעו לבגירות, דהיינו בהגיעו לגיל 25,¹⁷⁶ ואילו תביעת ההורים מתיישנת בהגיעו לגיל 7 בהנחה שהמום התגלה בשעת הלידה.¹⁷⁷ עורכי דין לא-מעטים מלינים על כך.¹⁷⁸ עם זאת תחושתנו היא, שהנפקות המעשית של השינוי מכאן ולהבא היא מוגבלת; בסך הכול, המעבר מהלכת *זייצוב* להלכת *המד* לא יחולל שינוי של ממש. המום והשלכותיו מתגלים על פי רוב בשלב מוקדם, והצורך במשאבים לטיפול בילד מתעורר בהתאם לכך בשלב מוקדם. לכן התמריץ להגיש תביעה במהירות היה קיים גם לפני פסק הדין בעניין *המד*. יתר על כן, אף תחת הלכת *זייצוב* היה מקובל להגיש את תביעת הילד יחד עם תביעת ההורים, ומכיוון שתביעת ההורים התיישנה בחלוף שבע שנים מיום הלידה, גם תביעת הילד הוגשה בתוך פרק זמן זה. אפשר אפוא לשער – והפסיקה מאששת השערה זו – שגם לפני פרשת *המד* הוגשו מרבית התביעות בתוך שבע שנים. מכאן שברוב המקרים לא יתחולל כל שינוי. יש להניח שבמקרים מעטים לא הוגשה תביעה בתוך שבע

¹⁷² שם, בפס' 60-66 לפסק הדין; דוח ועדת מצא, לעיל הערה 15, בעמ' 61.

¹⁷³ עניין *אטינגר*, לעיל הערה 100.

¹⁷⁴ שם, בעמ' 532, 559-561.

¹⁷⁵ שם, בעמ' 515, 532-541.

¹⁷⁶ ס' 10 לחוק ההתיישנות, התשי"ח-1958, ס"ח 112.

¹⁷⁷ ס' 15(1) לחוק ההתיישנות.

¹⁷⁸ הדבר הובהר לי בשיחות ובכתובות עם עורכי דין מובילים וניכר גם בדעת המיעוט של פוזנר בדוח ועדת מצא, לעיל הערה 15, בעמ' 109.

שנים, למשל משום שההורים המתונו להתגבשות מלוא הנזק או לבירור נסיבות התרחשותו, או מחמת תקלה. אך במקרה הראשון שיהיו הוא אפשרי גם כיום: אם מסיבה כלשהי הנזק או הקשר הסיבתי אינם מתגלים באופן מיידי, תקופת ההתיישנות עשויה להתארך על פי סעיף 89(2) לפקודת הנזיקין ועל פי הלכת המאירי.¹⁷⁹ באשר לתקלות, פסק הדין בעניין *המד* אכן משנה לרעה את מצבם של התובעים, אולם מדובר בשינוי שאפשר להתגבר עליו בזהירות סבירה. אם כן, אף שמבחינה פורמלית פסק הדין בעניין *המד* מצמצם את מרחב התמרון של תובעים עתידיים במידה מסוימת, הרי השפעתו המעשית הצפויה היא שולית.

שינוי ההלכה עשוי להיות רלוונטי בכל הנוגע לאירועי עבר, שתביעות בעניינם טרם הוכרעו או טרם הוגשו. ראשית, ייתכן שעד לשינוי ההלכה הוגשו כמה תביעות בחלוף יותר משבע שנים מיום גילוי הנזק (בדרך כלל רגע הלידה או סמוך לאחריו). ביטול העילה של חיים בעוולה עלול להותיר את המשפחה במקרים אלה בלא תרופה. אף שמצב דברים זה אינו שכיה מסיבות שהובהרו, הריהו אפשרי ויש לתת עליו את הדעת. בעניין זה קבע בית המשפט בשולי פסק דינו ובלא נימוק: "תוצאת פסק-הדין – ככל שהיא נוגעת לביטול עילת התביעה של היילוד – לא תחול על תיקים תלויים ועומדים (לרבות התיקים שבפנינו) שבהם לא הוגשה תביעת הורים".¹⁸⁰ הוראה זו התפרשה על פי תכליתה המשוערת כמשתרעת גם על המצב הנדיר, שבו לצד תביעת הילד הוגשה גם תביעת הורים, אולם לאחר שתביעת ההורים כבר התיישנה, מצב השקול למצב שבו לא הוגשה תביעת הורים.¹⁸¹ שנית, ייתכן שהורים לילדים בעלי מוגבלות שנולדו מחמת התרשלות לא הגישו תביעות בתוך שבע שנים מרגע הלידה מתוך שאיפה להגישן במועד מאוחר יותר על פי המצב המשפטי שקדם להלכת *המד*. אלא שעתה נשללה זכות התביעה של הילד, ואילו זכות ההורים התיישנה. רוב השופטים, ובכלל זה השופט ריבלין שכתב את פסק הדין העיקרי, התעלמו ממצב זה חרף היתכנותו. השופט נאור סברה, כי אין צורך להכריע במקרה דנן בשאלה "מה דינה של תביעת היילוד שטרם הוגשה", אשר לא התעוררה במקרים שהגיעו אל בית המשפט, וכי יש להותירה למקרה שבו תתעורר, אם בכלל.¹⁸² רק השופט רובינשטיין הסביר בדעת יחיד, כי "הוראת המעבר שבדעת הרוב מגנה על תיקים תלויים ועומדים שבהם לא הוגשה תביעת הורים, אך לא על תביעות שטרם הוגשו" ואימץ את הגישה שלפיה "תוצאת פסק הדין לא תחול גם על מקרים שבהם לא הוגשה תביעת הורים למשך שנה מיום פסק הדין".¹⁸³

במידת השפעתה של הלכת *המד* על אירועי עבר אפשר לדון בשני מישורים. השאלה הראשונה, הכללית, היא שאלת התחולה הרטרופסקטיבית של חידושי הלכה. אם וככל שהלכת *המד* אינה בעלת תחולה רטרופסקטיבית, מצבם של תובעים שהשתהו יותר משבע שנים בהגשת תביעה הנוגעת לאירוע שקדם למתן פסק הדין – בין שהגישו תביעה בסופו של דבר ובין שטרם עשו כן – אינו משתנה כלל. אולם יש לשים לב לכך, שתחולה פרוספקטיבית בלבד מוציאה מתחומי תחולתה של הלכת *המד* גם מקרים שבהם טרם חלפו שבע שנים מיום הלידה (ואין מניעה להגיש תביעה בגין הולדה בעוולה), ובלבד שהלידה קדמה למועד קביעת ההלכה החדשה. השאלה השנייה, הממוקדת יותר, נוגעת לשינויים בתקופת ההתיישנות. אם ניתן להאריך את תקופת ההתיישנות של תביעות הורים בגין אירועי עבר, כאשר חלפו יותר משבע שנים ממועד הלידה וביתניים הוגשה תביעה בשם הילד בלבד וטרם הוכרעה או לא הוגשה תביעה כלל, המשפחה בכללותה לא תיוותר בלא מקור לסיפוק צורכי הילד בעקבות ביטול העילה של חיים בעוולה, הגם שהיקף הזכאות ישתנה.

שאלת התחולה הרטרופסקטיבית של חידושי הלכה אינה חדשה, אף לא בדיני הנזיקין הישראליים. בעניין *סולל בונה*,¹⁸⁴ שבו נדרש בית המשפט לתחולתה של הלכת *אטינגר*, הבהיר הנשיא ברק שבאופן כללי הלכה שיפוטית חדשה פועלת הן רטרופסקטיבית והן פרוספקטיבית; עם זאת לדבריו אין מניעה עקרונית להכיר בכוחו של בית המשפט העליון לתת לתקדימי תוקף פרוספקטיבי בלבד.¹⁸⁵ התנאי המרכזי לתחולה פרוספקטיבית גרידא הוא קיומה של הסתמכות על המצב המשפטי הקודם, אשר תפגע מהחלה

¹⁷⁹ ע"א 1254/99 המאירי נ' הכשרת הישוב – חברה לביטוח בע"מ, פ"ד נד(2) 535, 547, 550 (2000).

¹⁸⁰ עניין *המד*, לעיל הערה 6, בפס' האחרונה לפסק הדין.

¹⁸¹ ת"א (מחוזי חי') 207/07 ת.ע. נ' מדינת ישראל – משרד הבריאות, פס' 7-9 (פורסם בנבו, 01.07.2012).

¹⁸² שם, בפס' 2 לפסק דינה של השופטת נאור.

¹⁸³ שם, בפס' טו לפסק דינו של השופט רובינשטיין.

¹⁸⁴ רע"א 8925/04 סולל בונה בניין ותשתיות בע"מ נ' עיזבון המנוח אחמד עבד אלחמיד ז"ל, פ"ד סא(1) 126 (2006).

¹⁸⁵ שם, בפס' 5 ו-17 לפסק דינו של הנשיא ברק.

רטרוספקטיבית.¹⁸⁶ הנשיא ברק כתב שם, כי אין מקום לתחולה פרוספקטיבית אם ההלכה הישנה לא יצרה כל הסתמכות של ממש, אם ההסתמכות לא הייתה סבירה או אם אין ליתן לה משקל ניכר בהתבסס על הסוגיה הנדונה ועל מהותה של ההסתמכות.¹⁸⁷ אולם גם כאשר ישנה הסתמכות, אין למנוע תחולה רטרוספקטיבית אם אפשר להגן על ההסתמכות בכלים אחרים, בלי החלה פרוספקטיבית בלבד, או אם ישנם ערכים ועקרונות הגוברים על ההסתמכות.¹⁸⁸ שאלת היכולת להגן על אינטרס ההסתמכות של תובעים באמצעות כלים אחרים מובילה אותנו אל המישור השני של הדיון: כלום אפשר היה להגן על אינטרס זה בלי הגבלת הרטרוספקטיביות של ההלכה, במסגרת דיני ההתיישנות?

אסף פוזנר הציע לראות ביום שבו ניתן פסק הדין בעניין *המז* את המועד שבו נולדה עילת התביעה של ההורים בגין הוצאות הילד בתקופת הבגירות, שהוא לפיכך המועד שבו מתחילה תקופת ההתיישנות של תביעתם.¹⁸⁹ דעתי אינה נוחה מהצעה זו, שכן פסק הדין בעניין *המז* אינו מכיר בעילה חדשה אלא משנה את היקף הפיצוי בעילה קיימת.¹⁹⁰ לחלופין טען פוזנר, כי מכיוון שהלכת *המז* מכניסה את ההורים לנעלי הילד, חל באשר לפיצוי הנוסף הסדר ההתיישנות המיוחד לקטינים. אלא שהצעה זו מתעלמת מבסיסה העיוני של הלכת *המז*: לילד לא יכולה להיות עילת תביעה כלל, ועל כן אין לו מה להעביר להוריו. עוד הציע פוזנר לשקול הארכה של תקופת ההתיישנות מכוח סעיף 8 לחוק ההתיישנות, הדוחה את מירון ההתיישנות כאשר "נעלמו מן התובע העובדות המהוות את עילת התביעה", לפי פרשנות יצירתית הרואה בשינוי שנעשה בעניין *המז* עובדה שלא הייתה ידועה לתובע, או מכוח "עילת השעיה יצירת פסיקה".¹⁹¹ התייחסות לשינוי מצב משפטי כאל גילוי עובדה חדשה היא פתרון מרחיק לכת ומשונה מעט, שכן תוכנו של המשפט המקומי אינו נחשב בדרך כלל לעניין עובדתי, ואילו יצירה ללא תשתית סטטוטורית מפורשת של "עילות השעיה" חדשות נראית כחריגה מגבולות הסמכות השיפוטית. לפחות אחת מהצעותיו של פוזנר (ההורים באים בנעלי הילד) לוקה בקושי נוסף: תחולתה אינה מוגבלת למקרים שאירעו לפני פסק הדין בעניין *המז*; היא מאפשרת למעשה הארכה של תקופת ההתיישנות גם במקרים שאירעו לאחר שניתן פסק הדין. ספק אם צמצום תחולתה הפרוספקטיבית של ההלכה בדרך זו ניתן להצדקה.

סיכומי של דבר, אני מסופק אם אפשר להאריך את תקופת ההתיישנות של תביעות הורים, ולו בנוגע לאירועים שקדמו להלכת *המז*. המסקנה מן הדברים היא, שדיני ההתיישנות אינם יכולים להגן על אינטרס ההסתמכות של הורים שנמנעו מלהגיש תביעה בגין הולדה בעוולה בתוך שבע שנים מיום הלידה בידיעה שעומדת לילדם עילת תביעה לפי הלכת *זייצוב*. תחולה רטרוספקטיבית של הלכת *המז* הייתה מביאה לביטול עילתו של הילד גם במקרים (המעטים) שבהם ההורים לא הגישו תביעה בתוך שבע שנים ותביעתם התיישנה. אלה הם נזקי הסתמכות ניכרים, שהיה אפשר למנוע רק באמצעות אי-החלה של הלכת *המז* על מקרים אלה. הוראת התחולה שנקבעה בשולי פסק הדין היא אם כן מוצדקת אך אינה שלמה, שכן היא אינה מתייחסת לאירועי עבר שלא הוגשה כל תביעה בגינם בתוך שבע שנים, אף לא על ידי הילד, ואשר גם החלת ההלכה עליהם עלולה להסב נזקי הסתמכות כבדים. בה בעת, במקרים שבהם הוגשה תביעה בשם ההורים בתוך שבע שנים ממועד הלידה אך לפני מתן פסק הדין בעניין *המז*, בין אם הוגשה תביעה גם בשם הילד ובין אם לאו, החלת ההלכה החדשה לא הייתה מסכה נזק כבד, שכן לא היה בה כדי לשלול מן המשפחה כל זכות לתרופה.

¹⁸⁶ שם, בפס' 18 לפסק הדין.

¹⁸⁷ שם.

¹⁸⁸ שם, בפס' 19 לפסק הדין.

¹⁸⁹ פוזנר, לעיל הערה 72, בעמ' 19-20.

¹⁹⁰ הצעתו של פוזנר אומצה בידי בית המשפט בת"א (מחוזי ת"א) 24016-02-12 בית חולים הדסה – עין כרם נ' פלוני [צ"ל פלונית - ר"פ], פס' 13 (פורסם

בנבו, 17.11.2012). מעבר לביקורת העקרונית על ההצעה אציין, כי בעניין פלוני דובר בתביעה משותפת של הילד ושל ההורים שהוגשה בחלוף יותר משבע שנים ממועד הלידה. משמע, היה אפשר לפתור את הבעיה בדרך של אי-החלה רטרוספקטיבית של הלכת *המז*, בדיוק כפי שנעשה בעניין *ח.ע.*, לעיל הערה 181.

¹⁹¹ פוזנר, לעיל הערה 72, בעמ' 20-23.

1. קונצנזוס גלובלי

1. הצגת הטיעון

בפסק הדין בעניין *המל* היה שימוש בטיעון חדשני, הנוגע באופן כללי לתורת השפיטה. הטיעון אמנם נוגע לשאלת קיומה של עילת תביעה בגין חיים בעולה אשר נדונה בפרק ג, אולם מפאת חשיבותו הכללית בחרתי לדון בו בנפרד בשולי הערת הפסיקה. בעבר הצבעתי על כך, שמרבית השיטות המערביות אינן מכירות בעילה של חיים בעולה,¹⁹² ונטייה זו רק התחזקה מאז פרשת *זייצוב*. במובן זה, פסק הדין בעניין *זייצוב* היה חריג בקנה מידה בינלאומי. השופט ריבלין דן בקונצנזוס זה בנפרד מן הדיון בצידוקים המהותיים לשלילת האחיות, אשר נסמך במידה רבה על משפט משווה. למעשה הוא ייחס לקונצנזוס משקל עצמאי, המתוסף לכוח השכנוע של הצידוקים המהותיים: "קונצנזוס גלובלי אמנם אינו מחייב בשיטת משפטנו, ובמקרים המתאימים אף עשוי להימצא טעם טוב לסטות ממנו; אולם אין ספק כי מן הראוי ליתן לו משקל מתאים".¹⁹³ הטענה לפיה יש ליתן משקל לקיומו של קונצנזוס אינה חדשה לגמרי. בפרשת *CNR*,¹⁹⁴ אשר נדונה בפני בית המשפט העליון של קנדה, כתב השופט *La Forest* כי במשפט הימי, שהוא במידה רבה בעל תחולה גלובלית, הכלל השולל אחריות בגין ריקושטים כלכליים מיושם באופן עקיב בידי בתי המשפט במדינות המובילות את המסחר הבינלאומי וכי היה ראוי לשמור על אחידות זו לטובת העוסקים במסחר ימי.¹⁹⁵ אמנם אפשר להטיל ספק בנכונות ההנחה בדבר קיומו של קונצנזוס כזה,¹⁹⁶ אולם משהונח קיומו ייחס לו בית המשפט משקל נכבד. על כל פנים הרעיון של דקות בקונצנזוס ככזה מעולם לא הועלה ונדון בישראל עד לעניין *המל*. בפרק זה אשרטט בתמצית את גבולות הקונצנזוס בסוגיה הקונקרטית, על מנת שלא לחזור על טעותו של השופט *La Forest*, ולאחר מכן אדון בחשיבותו ובמשקלו של קונצנזוס גלובלי בתהליך ההכרעה.

2. ההנחה

הגישה המקובלת בארצות הברית היא, שילד אינו רשאי להגיש תביעת נזיקין בגין חיים בעולה. פסק הדין האמריקני הראשון והמנחה בעניין הוא בעניין *Gleitman*,¹⁹⁷ אשר ניתן בשנת 1967. דובר שם במקרה שבו הבטיח רופא לאישה הרה, כי הידבקותה באדמת לא תשפיע על בריאותו של העובר שנשאה ברחמה, אף שהיה ער לסיכונים, והאישה הביאה לעולם ילד בעל מומים קשים. בית המשפט העליון של ניו ג'רזי קבע, כי הילד אינו יכול לתבוע בגין חיים בעולה. בעקבות החלטה זו נדחו תביעות דומות בידי בתי המשפט ביותר מעשרים מדינות נוספות, ועל ידי בתי המחוקקים במדינות רבות אחרות.¹⁹⁸ רק בשלוש מדינות – קליפורניה, וושינגטון וניו ג'רזי – הכירו בתי המשפט בראשית שנות השמונים בתביעות שכאלה באמצעות הפרדה (מלאכותית למדי) בין ההוצאות המיוחדות הנובעות ממצבו הרפואי של הקטין, שהן תוצאה בת-כימות של ההתרשלות ולכן אפשר לפצות בגינן, לבין נזקים-לכאורה במישור הלא-ממוני, אשר אינם ניתנים להערכה בשל חוסר היכולת להשוות בין קיום במום לאי-קיום ולכן אינם בני-פיצוי.¹⁹⁹ באנגליה נדחתה לראשונה תביעה בגין חיים בעולה בידי בית המשפט לערעורים בעניין *McKay*.²⁰⁰ בשנת 1976 נחקק חוק המומים המולדים, הקובע כי מי שנולד עם מוגבלות שאפשר לייחסה לאשמתו של אחר רשאי לתבוע פיצויים מאותו אחר.²⁰¹ לפי פירושו המקובל, החוק שולל תביעה של ילד שמוגבלותו אינה נובעת מאשמת הנתבע.²⁰² בעקבות חקיקת החוק הפכה ההתייחסות לזכות התביעה של הילד לפי

¹⁹² פרי "להיות או לא להיות", לעיל הערה 5, בעמ' 518-525.

¹⁹³ עניין *המל*, לעיל הערה 6, בפס' 34 לפסק הדין.

¹⁹⁴ *CNR v. Norsk*, [1992] 91 D.L.R. 4th 289

¹⁹⁵ שם, בעמ' 355.

¹⁹⁶ רונן פרידקושיטים כלכליים 547 (2002).

¹⁹⁷ *Gleitman v. Cosgrove*, 227 A.2d 689 (N.J. 1967)

¹⁹⁸ פרי "להיות או לא להיות", לעיל הערה 5, בעמ' 336-337.

¹⁹⁹ שם, בעמ' 337-338.

²⁰⁰ עניין *McKay*, לעיל הערה 30.

²⁰¹ *Congenital Disabilities (Civil Liability) Act*, 1976, c. 28 (Eng.)

²⁰² עניין *McKay*, לעיל הערה 30, בעמ' 1177-1178, 1182.

עקרונות המשפט המקובל בפסק הדין *McKay* ללא-רלוונטיות באנגליה. עם זאת פסק הדין הוא בעל השפעה עצומה בשיטות common law אחרות. בתי משפט בקנדה,²⁰³ באוסטרליה,²⁰⁴ בסקוטלנד²⁰⁵ ואפילו בסינגפור²⁰⁶ דחו תביעות בגין חיים בעוולה על בסיס הנימוקים שהובאו בפסק דין זה.

הרתיעה הברורה מהטלת אחריות בגין חיים בעוולה מאפיינת גם את מרבית השיטות הקונטיננטליות, הגרמניות והרומניסטיות. כך למשל, בית המשפט העליון של גרמניה דחה לראשונה בשנת 1983 תביעת נזיקין בגין חיים בעוולה²⁰⁷ ונותר נאמן לגישתו מאז ועד היום.²⁰⁸ בית המשפט העליון של אוסטרליה פסק באופן דומה בשנת 1999.²⁰⁹ בשני מקרים שנדונו בשנת 1996 (אחד מהם נודע בתקשורת העולמית כמקרה *Perruche*) הכיר בית המשפט העליון לעניינים אזרחיים ופליליים של צרפת (ה- *Cour de cassation*) בזכות הילד לפיצוי לפי סעיף 1382 לקוד האזרחי.²¹⁰ אף שבית המשפט העליון לעניינים מנהליים (ה- *Conseil d'État*) הביע עמדה שונה בפרשת *Quarez*,²¹¹ בית המשפט לקסציה דבק בעמדתו בסדרה של החלטות מאוחרות.²¹² אולם האנומליה הייתה קצרת ימים. על המחוקק הופעלו לחצים משני כיוונים:²¹³ נציגי ארגונים של אנשים בעלי מוגבלויות טענו, שפסקי הדין של בית המשפט לקסציה מתייחסים לחייהם כאל נחותים מאי-קיום; נציגי הרופאים טענו, שפסקי הדין הללו יעודדו אותם להמליץ על הפלות גם כשהחשש לקיומו של מום אינו גדול וכי ההחלטות האחרונות הובילו לעלייה ניכרת בפרמיית הביטוח שהם נדרשים לשלם ולפגיעה בתמריץ לעסוק בתחומי ההתמחות הרלוונטיים. בשנת 2002, בעקבות הלחצים הפוליטיים, נחקק בצרפת חוק שלפיו אדם לא יוכל לטעון שנגרם לו נזק מחמת הולדתו. בכך הושם הקץ לתביעות נזיקין בגין חיים בעוולה.²¹⁴ תביעות בגין חיים בעוולה נשללו גם בידי בתי המשפט באיטליה,²¹⁵ בספרד²¹⁶ ובפורטוגל.²¹⁷ בית המשפט העליון של דרום קוריאה, שבה נוהגת שיטה המשויכת לרוב לתת-המשפחה הגרמנית, הגיע אף הוא למסקנה דומה.²¹⁸ מאז שפרסמתי את מאמרי האחרון בנושא²¹⁹ הקונצנווס המשיך להתרחב, ותביעות בגין חיים בעוולה נדחו בין היתר בהונגריה,²²⁰ בשוויצריה,²²¹ ואף בשיטה המעורבת של דרום אפריקה.²²² למיטב ידיעתי רק

Short v. Rostvig, [1999] 86 A.C.W.S.3d 980 (B.C. Sup. Ct.); Arndt v. Smith, [1994] 93 B.C.L.R.2d 220, 227 (B.C. Sup. Ct.); Lacroix v. Dominique, [2001] 202 D.L.R.4th 121, 131–33 (Man. C.A.); Mickle v. Salvation Army Grace Hosp., [1999] 166 D.L.R.4th 743, 761–64 (Ont. Ct. Gen. Div.)²⁰³
Harriton v. Stephens, (2006) 266 CLR 52; Waller v. James (2006) CLR 136²⁰⁴
Anderson v. Forth Valley Health Bd., 1998 S.L.T. 588, 604 (Outer House 1997)²⁰⁵
Ju v. See Tho Kai Yin, [2005] 4 Sing. L. Rep. 96, 120 (High Ct. Sing.), available at www.singaporelaw.sg/rss/judg/49044.html²⁰⁶
BGH 18.1.1983, BGHZ 86, 240, translation available at www.utexas.edu/law/academics/centers/transnational/work_new/german/case.php?id=679²⁰⁷
ראו למשל BGH 4.3.1997, NJW 50, 1638²⁰⁸
OGH 25.5.1999, 1 Ob 91/99k, JBI 1999, 593²⁰⁹
Cass. 1e civ., 26.3.1996, Bull. civ. I, No. 155, p. 109; Cass. 1e civ., 26.3.1996, Bull. civ. I, No. 156, 109²¹⁰
CE Sect. 14.2.1997, Rec. Lebon 44 (המקרה הגיע לבית המשפט לעניינים מנהליים, משום שהנתבע היה בית חולים ממשלתי).²¹¹
Cass. ass. plén. 17.11.2000, Bull.Ass.Plén., No. 9, p. 15; Cass. ass. plén. 28.11.2001, Bull.Ass.Plén., Nos. 15–16,²¹²
30–33 (two cases); Cass. ass. plén. 13.7.2001, Bull.Ass.Plén., No. 10, 21–22 (three cases)²¹³
France Rejects "Right Not to Be Born", BBC NEWS (January 10, 2002) news.bbc.co.uk/2/hi/europe/1752556.stm²¹⁴
.Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, J.O. 2002, 4118²¹⁵
ההוראה החשובה לעניינינו שולבה ב- L114-5 § Code de L'action Sociale et des Familles
Cass. sez. tre, 29 July 2004, n.14488, Foro It. I, 12, 3327²¹⁶
STS [Sentencia del Tribunal Supremo] 23.11.2007, RJ 2008, 24; STS 6.7.2007, RJ 2007, 3658; STS 24.10.2008, RJ 2008, 5793²¹⁷
Revista no. 1008/01-1 (19.6.2001), reported in André G. Dias Pereira, *Portugal*, in EUROPEAN TORT LAW 2002, 350 (Helmut Koziol & Barbara C. Steininger eds., 2003)²¹⁸
Young-Rhan Um, *A Critique of a "Wrongful Life" Lawsuit in Korea*, 7 NURSING ETHICS 250 (2000)²¹⁹
Perry, לעיל הערה 5.²²⁰
Magyar Közlöny, 2008 no. 50 (26.3.2008) 2462, reported in 2 DIGEST OF EUROPEAN TORT LAW 955-56 (Benedict Winiger, Helmut Koziol, Bernhard A. Koch & Reinhard Zimmermann eds., 2011)²²¹
Peter Loser, *Switzerland*, in EUROPEAN TORT LAW YEARBOOK 2011, 679, 682-84 (Ken Oliphant & Barbara C. Steininger eds., 2012)²²²

שתי שיטות משפט קונטיננטליות מכירות בעילת התביעה. בשנת 2005 פסק בית המשפט העליון של הולנד פיצוי בתביעת חיים בעוולה הן בראשי נזק ממוניים והן בגין כאב וסבל,²²³ והמחוקק נמנע מלהתערב. בשנת 2010 קיבל גם בית המשפט לערעורים בבריטל שבבלגיה תביעה בגין חיים בעוולה.²²⁴ ערכאות דיוניות בבלגיה קיבלו תביעות שכאלה כבר כמה שנים קודם לכן,²²⁵ אך בית המשפט לקסציה דחתם טרם דן בשאלה וגם המחוקק הבלגי הותירה לאחור "זיגוגו" מסוים ללא מענה.²²⁶ על כל פנים אלה החריגים הבודדים המעידים על הכלל.

בכתיבתי המוקדמת וגם ברשימה זו התמקדתי בשיטות משפט מערביות בלבד. אני מניח שמרבית העוסקים במחקר משפטי בישראל, ככל שהם נדרשים למשפט משווה, נוהגים באופן דומה. הסיבות העיקריות לכך הן רלוונטיות ונגישות. נקודת המוצא היא, שמשפט משווה עשוי להועיל למשפטן אם ורק אם ישנו יסוד להניח שהשיטות הזרות התמודדו עם הסוגיה הניצבת לפניו באמצעות כלים דומים ועל בסיס עולם ערכים דומה. אם ההכרעה בשיטה הזרה מבוססת על מסגרת דוקטרינלית שונה או על מערכת ערכים אחרת, התוצאה ונימוקה אינם רלוונטיים כלל עבור המשפטן המקומי. יתר על כן, חומרים משפטיים משיטות שאינן מערביות הם נגישים פחות. חלקם אינם נגישים פיזית ואחרים זמינים בשפות שאיננו שולטים בהן ואף איננו יכולים מבחינה מעשית להשתמש בהם שימוש מועיל באמצעות מתורגמנים. אני מציין זאת לא מתוך ענווה גרידא, אלא מפני שהדיון במשקלו של הקונצנזוס ככזה תלוי גם בשאלת גבולותיו הגאוגרפיים של הקונצנזוס. יש להודות כבר עתה, כי ה"קונצנזוס" שזיהיתי אני, שעליו מתבסס גם השופט ריבלין בעניין המד, הוא קונצנזוס מערבי ולא בהכרח גלובלי. אנו יכולים רק לשער, כי אם שיטות מערביות אינן מכירות בעילה של חיים בעוולה, שיטות משפט שמרניות יותר – ובהן שיטות דתיות – לא יכירו בה. אך זוהי רק השערה, וממילא אין היא נוגעת לכל השיטות שבעולם.

3. המסקנה

בעבר טענתי, שהקונצנזוס שתואר מצביע על בעיות עומק בהכרה בעילה של חיים בעוולה, כתשתית לדיון בבעיות עצמן.²²⁷ לשון אחר: עוצמת ההתנגדות לעילה היא ראייה חזקה לאי-ההתאמה בין עילה זו לבין הגבולות המושגיים של דיני הנזיקין. במובן זה הקונצנזוס הוא רקע לדיון המהותי ולא צידוק העומד בפני עצמו לשלילת האחריות. השופט ריבלין לעומת זאת העניק לקונצנזוס משקל נוסף, עצמאי, בתהליך ההכרעה. זוהי מהות התייחסותו לשופט המכריע בהתאם לקונצנזוס ככותב "פרק ברומן גלובלי בהמשכים" (כלשונו).²²⁸ השאלה המרכזית שמעוררת טענה זו היא, אימתי יש לתת לקונצנזוס משקל עצמאי במסגרת ההכרעה השיפוטית. התשובה מחייבת ניתוח של התוצאות האפשריות – רצויות ולא-רצויות – של דבקות בקונצנזוס, אשר משתלב בדיון נרחב יותר באחידות ובהרמוניזציה של המשפט בתוך מסגרות פדרליות, רב-לאומיות ובינלאומיות.²²⁹ פסק הדין נעדר ניתוח שכזה. אף שבמסגרת הערת פסיקה הנוגעת במכלול מרכיביו של פסק הדין לא נכון הוא לנסות ולפתח תאוריה ממצה לבחינת פסקה בודדת

Case No. 340/2007 Stewart v. Botha, Z.A.S.C.A. 84 (S. Africa. 2008)²²²

Leids Universitair Medisch Centrum/Kelly Molenaar, Hoge Raad der Nederlanden [HR], 18.3.2005, NJ 209²²³

Cour d'appel de Bruxelles, 21.9.2010, RGAR 2010, 14675²²⁴

2 DIGEST OF EUROPEAN TORT LAW 942-45 (Benedict Winiger, Helmut Koziol, Bernhard A. Koch & Reinhard²²⁵

Zimmermann eds., 2011)

Chambre des représentants de Belgique, 50ème legislature, : בשנת 2002 הוחל בהליך חקיקה של חוק דומה לזה שנחקק בצרפת: document parlementaire 1596 (Jan. 17, 2002), proposition de loi insérant un article 1383 bis dans le Code civil précisant qu'il n'y a pas de préjudice du seul fait de sa naissance, available at www.lachambre.be/FLWB/PDF/50/1596/50K1596001.pdf,²²⁶ אך החוק כולו בוטל עוד לפני שנכנס לתוקפו והחוק שהחליפו אינו מתייחס לסוגיה. ראו אצל Albert Ruda, "I Didn't Ask to be Born": Wrongful Life from a Comparative Perspective, 1 J. EUR. TORT L. 204, 206 & n. 11 (2010)²²⁷

פרי "להיות או לא להיות", לעיל הערה 5, בעמ' 518.

עניין המד, לעיל הערה 6, בפס' 34 לפסק דינו של השופט ריבלין.²²⁸

Ronen Perry, Differential Preemption, 72 OHIO ST. L.J. 822 (2011); Ronen Perry, Compartmentalisation and²²⁹

ראו Harmonisation of Tort Law in Europe – Damage Caused by GMOs as a Test Case, 3 J. EUR. TORT L. 123 (2012)

שמסקלה בהכרעה מוגבל, יש טעם בהצגת כיווני חשיבה המצביעים על כשל אפשרי. הנחת תשתית מעמיקה יותר לדיון במשקלו של הקונצנזוס הייתה עשויה למנוע את ההסתמכות עליו בעניין *המר*.

דבקות בקונצנזוס עשויה לשרת כמה יעדים כלליים, שאינם תלויים בתוכנו של הכלל הספציפי שבעניינו התגבש הקונצנזוס. ראשית, היא מפחיתה את רמת המורכבות של הדין החל במצבים שונים. בעידן הגלובליזציה תאגידיים ויחידים פועלים, משתפים פעולה ומחוללים שינויים בשיטות משפט שונות. בהיעדר אחידות בין השיטות נדרשים השחקנים ללמוד את הכללים הישימים בכל אחת מהן בנפרד ולנסות ולקבוע מהם גבולות התחולה של כל מערכת כללים על מכלול פעילותם.²³⁰ קונצנזוס מצמצם את עלות זיהוי הדין החל לאורכה של פעילות מסוימת. הוא גם מצמצם את עלות הציות לדין החל, שכן לא נדרשים שינויים והתאמות במעבר מתחום התחולה של שיטה אחת לרעותה. זאת ועוד, היעדר קונצנזוס באשר לתוכנו של הדין במקרים שבהם לכמה שיטות משפט ישנן תביעות תחולה לגיטימיות מגדיל את עלות יישוב הסכסוך לאחר קרות הנזק בשל מורכבות הדין החל.

שנית, הדין החל במקרים של היעדר קונצנזוס הוא לא רק מורכב יותר אלא גם ודאי פחות. מעבר להשקעה הנדרשת לביורור תוכנו של הדין בכל שיטת משפט ולקביעת גבולות תחולתו, ישנה אי-ודאות באשר למיקומם של כל הגורמים והמשאבים הרלוונטיים ובאשר לנסיבות שישררו בשעת התרחשותו של הנזק. אי-ודאות שכזו משפיעה על היכולת להעריך איזה דין יחול על האירוע, גם כאשר תוכן הדין בכל שיטה ותחומי השיפוט ברורים.²³¹ במצב של קונצנזוס השחקנים השונים יודעים שהדין החל לא יושפע מגורמים מקריים, ועם צמצום אי-הודאות קטנות עלויות התכנון של כל פעילות וכן עלויות ביצועה. קונצנזוס גם אמור לצמצם את עלות הסכסוכים הנוגעים לברירת דין לאחר קרות הנזק, שהרי אם בכל השיטות חל דין דומה ויכוחים על ברירת דין מתייתרים.

שלישית, קונצנזוס מבטיח הגינות במונחן הבסיסי ביותר: מקרים דומים מוכרעים באופן דומה, בהתעלם מהבדלים מקריים.²³² בהיעדר קונצנזוס התוצאה המשפטית של אירוע מסוים תלויה בין היתר במיקומם המקרי של אנשים או של נכסים ברגע קרות האירוע. דוגמה לכך אפשר לראות במקרה הבא: חקלאי צרפתי זורע דגנים ששונו גנטית בשדותיו. הרוח נושאת זרעים משדהו לחוות אורגניות בצרפת, בכלגיה ובלוקסמבורג. החקלאים האורגניים ששדותיהם "מזוהמים" מפסידים הכנסה, שכן תוצרתם אינה עומדת עוד באמות המידה המחמירות לסיווגה כאורגנית. בראייה גלובלית המקום המדויק שבו אירע הזיהום אינו נחזה כקריטריון שראוי לקבוע את תוצאותיהן של התביעות השונות, שהרי בסופו של דבר כל החקלאים סבלו נזקים דומים בהשתלשלות אירועים דומה ובאשמת נתבע אחד.

אך לדבקות בקונצנזוס יש גם מחיר. ראשית, ישנו מחיר כללי. בהיעדר מנגנונים לגיבוש ולשמירת אחידות, כל שיטה יכולה לפתח מערכת דינים שונה. מערכת משפט אטרקטיבית מושכת פעילות כלכלית ופעילות משפטית הנלווית לפעילות הכלכלית, ולכן לכל מדינה יש אינטרס לשפר את דיניה. במילים אחרות: היעדר מחויבות לקונצנזוס מאפשר "תחרות רגולטורית" שאמורה – לפחות תאורטית – להניב מערכות משפט טובות יותר או תמהיל משופר של שיטות משפט ששחקנים בזירה המשפטית יכולים לבחור מביניהן את השיטה המתאימה ביותר לפעילותם.²³³ תחרות שכזו תיווצר אם ובמידה שצרכני המשפט אכן יכולים לבחור בין מוצרי היצרנים המתחרים, ואפשרות בחירה שכזו היא תלויה הקשר. כך למשל, צדדים לחוזה יכולים לקבוע איזה דין יחול על מערכת

Washington v. WC Dawson & Co., 264 U.S. 219, 228 (1924) ("The confusion and difficulty, if vessels were²³⁰ compelled to comply with the local statutes at every port, are not difficult to see"); Steven R. Swanson, *Federalism, the Admiralty, and Oil Spills*, 27 J. MAR. L. & COM. 379, 380 (1996) ("[Courts endeavor] to avoid having a hodgepodge of laws apply to a vessel moving from one state to another").

Paul B. Stephan, *The Futility of Unification and Harmonization in International Commercial Law*, 39 VA. J. INT'L L.²³¹ 743, 746 (1999) ("In a world of multiple legal systems and uncertainty about where things will go wrong, the parties must worry about divergent rules applying to their disputes")

Willem H. van Boom, *European Tort Law: An Integrated or Compartmentalized Approach?*, in EUROPEAN PRIVATE²³² REFERENCE: ESSAYS IN HONOUR OF REINHARD ZIMMERMANN 133, 134 (2008); ("[T]he Law Beyond the Common Frame of equal treatment of wrongs and of harmonization of tort law [in Europe] argue that [this] would serve goals of proponents rights and equal protection of, e.g., business interests").

²³³ שוון Stephan, לעיל הערה 231, בעמ' 788.

היחסים ביניהם, ולהסכמה זו ניתן תוקף במרבית השיטות.²³⁴ באופן דומה, כאשר הדין החל על אינטראקציות לא-הסכמיות הוא בעל חשיבות למבצעי הפעילות, יש בכוחם לבחור את הדין החל באמצעות ניווד הפעילות או מרכיביה משיטת משפט אחת לרעותה. מחויבות לקונצנזוס גלובלי מחסלת את התחרות.

שנית, דבקות בקונצנזוס עלולה במקרה נתון להנציח דין לא-רצוי. חישבו על המקרה הבא: במצב ההתחלתי נוהג כלל מסוים במרבית השיטות הרלוונטיות; אלא שבשלב מסוים נמצא צידוק להחלפתו, למשל בשל שינוי נסיבות חברתיות או טכנולוגיות או בשל התפתחות במחקר העיוני של המשפט עצמו. בתי המשפט בכל מדינה יחקרו וימצאו, כי במדינות האחרות הכלל המסורתי עודנו תקף, וימשיכו לנהוג לפיו מתוך דבקות בקונצנזוס, אף שיש להם ספקות באשר לנכונותו. הכלל המסורתי ייוותר על מכונו. דוגמה זו נועדה להדגיש, כי הצידוקים הכלליים לדבקות בקונצנזוס או לסטייה ממנו אינם יכולים להיבחן בהתעלם מן הצידוקים האפשריים לכלל שלגביו התגבש הקונצנזוס ולכללים החלופיים. לפני שכופים על שיטה מסוימת כלל מסוים משום ש"הכול מסכימים עליה", יש לבדוק גם את יתרונותיו ואת חסרונותיו של הכלל ולשקללם לצד היתרונות והחסרונות הכלליים של הצטרפות לקונצנזוס.

ניתוח תוצאות הדבקות בקונצנזוס הוא תלוי הקשר לא רק משום שהיתרונות והחסרונות של כללים ספציפיים שבעניינם התגבש קונצנזוס תלויים בתוכנם, אלא גם משום שהיתרונות והחסרונות הכלליים של דבקות בקונצנזוס או של סטייה ממנו אינם רלוונטיים באותה מידה בכל הקשר. אין זה המקום לדון באופן ממצה בכל הגורמים המשפיעים על הרלוונטיות ועל העוצמה של השיקולים הכלליים, אך מן הראוי להתייחס לשניים מן העיקריים שבהם. בראש ובראשונה, השיקולים הכלליים בעד קונצנזוס הם כאלה הנוגעים בעיקר לתחומי פעילות חוצי גבולות. כאשר פעילות מסוימת היא טרנס-לאומית הקונצנזוס מפשט את הדין החל עליה, מצמצם אי-ודאות משפטית ומבטיח הגינות. כאשר מדובר בסוגיה משפטית בעלת אופי מקומי ההצדקות הללו הופכות לא-רלוונטיות, שהרי בלאו הכי עשויים לחול אך ורק דיניה של שיטה אחת. בהתחשב בכך שהסוגיה שבה עוסק פסק הדין בעניין *המל* היא בעלת אופי מקומי מאוד, ספק אם ישנה הצדקה לדבקות בקונצנזוס מעבר להיותו ראייה לקיומם של צידוקים מהותיים לאי-הכרה בעילה של חיים בעולה. ראוי היה אפוא להסביר, מדוע גם במקרה שכזה יש לייחס לקונצנזוס משקל נפרד ועצמאי, אך בית המשפט לא הציג הסבר משכנע.

זאת ועוד, השיקולים הכלליים התומכים בקונצנזוס רלוונטיים בעיקר כאשר הצדדים לאינטראקציה אינם יכולים לקבוע בהסכמה מה הדין החל. אם בחירת הדין החל אינה מעשית או שעלולה גבוהה מאוד, דבקות בקונצנזוס עשויה להועיל. כאשר פעילות נתונה היא בתחום השיפוט של שיטות משפט שונות, דבקותן של כל השיטות בהסדר משפטי אחד ואחיד מונעת את המורכבות, את אי-הוודאות ואת חוסר ההגינות שהיו מתעוררים במקרה של שונות. ואולם אם הצדדים הנוגעים בדבר יכולים לבחור בנקל את הדין החל על אירוע מסוים לפני התרחשותו, דבקות בקונצנזוס אינה נחוצה כדי להגשים את היעדים הללו. כאשר פעילות מסוימת חשופה בלאו הכי למערכת דינים אחת – בין מפני שהפעילות היא מקומית (כפי שהוסבר בפסקה הקודמת) ובין מפני שהצדדים המעורבים בה והמושפעים ממנה בחרו את מערכת הדינים הזו – אין שונות, הבעיות הנובעות משונות אינן מתעוררות ולכן גם אין צורך לגבש או לדבוק בקונצנזוס. בהתחשב בכך שהיעדר קונצנזוס באשר לדין החל על אינטראקציות מסוימות עשוי לתמוך בתחרות רגולטורית, יוצא כי בנסיבות שבהן בחירת הדין החל בידי הצדדים אפשרית קשה מאוד להצדיק ניסיון לגבש קונצנזוס ולהיצמד אליו. מטעם זה אחידות בין שיטות מתאימה יותר לאירועי נזיקין (ולתאונות בפרט) מאשר לאירועים חוזיים. אפשר לטעון, כי סיטואציות מן הסוג שנדון בפרשת *המל* הן אמנם כאלה הנדונות במסגרת דיני הנזיקין, אך ביסודן עומד חוזה למתן טיפול רפואי. לכאורה, על פי הניתוח המוצג כאן, עובדה זו מחלישה עוד יותר את הצורך בדבקות בקונצנזוס, הגם שאפשר לפקפק במעשיות של הסדרה חוזית של הדין החל בנסיבות אלה.

²³⁴ ראו למשל William J. Woodward, Jr., *Contractual Choice of Law: Legislative Choice in an Era of Party Autonomy*, 54 SMU L. REV. 697, 711–15 (2001); Richard J. Bauerfeld, *Effectiveness of Choice-of-Law Clauses in Contract Conflicts of Law: Party Autonomy or Objective Determination?*, 82 COLUM. L. REV. 1659, 1659-1660 (1982); David St. L. Kelly, *International Contracts and Party Autonomy*, 19 INT'L & COMP. L.Q. 701, 701 (1970); RESTATEMENT (SECOND) OF CONFLICT OF LAWS § 187 (1971).

השאלה הבאה היא, מהם הגבולות הגאופוליטיים של ההסכמה הנדרשת לצורך הצדקת הדבקות בה. האם ההסכמה נבדקת בתוך משפחת שיטות, בתרבות משפט או בעולם כולו? השיטות שיש לפנות אליהן לצורך בירור קיומו של קונצנזוס אינן בהכרח השיטות שאנו פונים אליהן במסגרת משפט משווה מסורתי, משום שההצדקות לפנייה למשפט משווה אינן זהות בהכרח להצדקות לציות לקונצנזוס. הסברתי קודם לכן, כי ראוי להשתמש במשפט משווה בעיקר כאשר ישנו יסוד להניח שהשיטות הזרות שאליהן אנו פונים התמודדו עם הסוגיה הניצבת בפנינו באמצעות דוקטרינות משפטיות דומות, בצורת חשיבה דומה, בהסתמך על מקורות משפט דומים ועל בסיס אידאולוגיה דומה. אם ההכרעה בשיטה הזרה מבוססת על מסגרת דוקטרינלית שונה או על מערכת ערכים אחרת, הרלוונטיות של התוצאה ושל נימוקה נחלשת מאוד. לכן מקובל לפנות תחילה לשיטות אחרות המשתייכות לאותה משפחת משפט (או מסורת משפט).²³⁵ אני סבור כי בתחום הנזיקין יהא נכון לסווג את השיטה הישראלית כשיטת common law,²³⁶ ועל כן הפנייה לשיטות אנגלו-אמריקניות צריכה להיות דומיננטית, ואף בפועל הריהי כזו. במקרים שבהם ההכרעה המשפטית עוסקת בשאלות מופשטות הנוגעות למהות המשפט, למבנה הראוי של שיטת משפט ולתפקידה,²³⁷ אפשר לפנות לשיטות המשתייכות לאותה תרבות משפט וקרובות לשיטתנו במאפיינים אלה. לעומת זאת הצידוקים המרכזיים שהצגתי לדבקות בקונצנזוס נוגעים בעיקרו של דבר לפעילות טרנס-לאומית. לפיכך השיטות שצריכות להיבדק הן אלו שדיניהן עשויים לחול על פעילויות שאנו דנים בהן, תוך מתן משקל למידת האינטנסיביות של האינטראקציות הטרנס-לאומיות שיש למושאי המשפט המקומי עם השיטות הללו. כך למשל, אם יחידים ותאגידים ישראליים מקיימים סוג מסוים של פעילות אך ורק אל מול גורמים במזרח הרחוק, ספק אם ישנה הצדקה להעניק משקל עצמאי לעצם קיומו של קונצנזוס בין שיטות מערביות, אף שפנייה לאותן שיטות הגיונית יותר במסגרת משפט השוואתי שתכליתו לזהות צידוקים מהותיים להעדפת כלל זה או אחר.

סיכום

הלכת זייצוב הצליחה לשרוד בשיטתנו יותר מרבע מאה, על אף שאיש משופטי הרוב לא התמודד כראוי עם הבעיה הקונספטואלית הטבועה בתביעתו של הילד (אי-היכולת להוכיח נזק), ואף שאי-ההכרעה בשאלות בעלות נפקות מעשית רבה גררה חוסר-עקיבות בפסיקת הערכאות הנמוכות ולפיכך אי-שוויון ואי-ודאות במשפט. פסק הדין בעניין *המז* הוא בעל חשיבות עצומה, שעליה אפשר ללמוד בין היתר מן ההרכב המורחב ומן העובדה, שבעלי עניין מרכזיים שאינם צדדים להליך ביקשו ליטול חלק בהליך. בניגוד לאי-הבהירות שהביאה הלכת זייצוב דומה כי הפעם ההלכה ברורה: עילתו של הילד, שעוררה קשיים עיוניים ומעשיים, בוטלה. עילת ההורים אושרה והורחבה על מנת ליצור מקור לסיפוק צורכי הילד חרף ביטול עילתו. ביטול עילת התביעה של הילד הוא לדעתי תוצאה בלתי-נמנעת. אמנם היה אפשר להתמודד עם הקשיים המעשיים שבאו בעקבות זייצוב באמצעות הכרעה קונקלוסיבית בשאלות שנתרו פתוחות באותו עניין; אולם הכרעה שכזו לא הייתה נותנת מענה לבעיה היסודית: עילת תביעה בגין חיים בעולה אינה יכולה להתקיים מחמת אי-היכולת הלוגית והמעשית להכיר בקיומו של נזק לפי הגדרתו של מונח זה בדני הנזיקין. אני מניח שאת הנדבך השני של הלכת *המז* אפשר להצדיק במונחים של צדק חלוקתי; ישנו היגיון בהעברת הנטל מן הילד בעל הצרכים המיוחדים אל הרופא הרשלן, ואם אי-אפשר לעשות כן באמצעות תביעה של הילד, יש לפנות לאפיק חלופי.

אולם גם הלכת *המז* מעוררת קשיים לא-מבוטלים, מקצתם נוגעים להנמקה ויתרתם לתוצאה. במסגרת הדיון בעילות התביעה מתעוררות כמה בעיות: ראשית, בית המשפט לא דן בשאלת קיומה וגבולותיה של חובת זהירות מושגית כלפי ההורים והנית, כי תביעתם אינה מעוררת את אותם קשיים הכרוכים בהכרה בתביעת הילד. ברם לא רק שתביעתם של ההורים מעוררת קשיים, אלא שקשיים אלה דומים במידה רבה לקשיים שמעוררת תביעתו של הילד. למשל, גם תביעת ההורים – לפחות במתכונת המורחבת

²³⁵ ראו אהרן ברק "שיטת המשפט בישראל – מסורתה ותרבותה" *הפרקליט* מ' 197, 199 (1992) (דיון במאפיינים הדומים לשיטות המשויות לאותה

משפחה).

²³⁶ פקודת הנזיקין, הציר שסביבו סובבים דיני הנזיקין הישראליים, היא ביסודה קודיפיקציה של משפט אנגלי, וגם מרכיבים אחרים של דיני הנזיקין (לרבות דיני הפיצויים) נסמכו ונוצרו על יסוד עקרונות המשפט המקובל. כל זאת בהצטרף למאפיינים כלליים של השיטה שמקורם במסורת המשפט המקובל, לרבות תפקידה של הרשות השופטת ביצירת משפט. ראו שם, בעמ' 203-204.

²³⁷ שם, בעמ' 200.

שנקבעה בעניין *המד* – מעוררת חשש לרפואה מתגוננת ולריבוי הפלות, לפגיעה במרקם היחסים שבין הורים לילדים (משום ההנחה המובלעת בתביעת ההורים שלפיה הילד אינו רצוי), להגדלת פרמיות הביטוח לרופאים ולפגיעה בנגישות שירותיהם, לחוסר סובלנות כלפי בעלי מוגבלויות ולהפליה בין תובעים על פי רקע סוציו-אקונומי. שנית, הדיון בסוגיית נזקו של הילד – העומד בלב ההכרעה באשר לעילתו – אינו קוהרנטי. בית המשפט הסביר כי שאלת קיומו של נזק מחמת הולדה היא שאלה מטפיזית, שאינה מתאימה נורמטיבית ומוסדית להכרעה שיפוטית; אך בה בעת קבע בית המשפט שעקרון קדושת החיים, המייחס לחיים ערך אינטרינזי אינסופי (או עצום), אינו מאפשר לקבוע שהחיים, אפילו במום קשה, הם נחותים מאי-קיום. הטענה שלפיה החיים עדיפים תמיד על אי-קיום לנוכח עקרון קדושת החיים מבוססת בדיוק על ההשוואה שבית המשפט סבר שאינה אפשרית ושאינה מתאימה להכרעה שיפוטית. שלישית, בית המשפט התמודד עם הקשיים המעשיים שמעוררת הדרישה להוכחת קשר סיבתי עובדתי בין ההתרשלות לבין ההולדה באמצעות "חזקה ניתנת לסתירה", לפיה ההחלטה שהייתה מקבלת ועדה להפסקת הריון בנסיבות המקרה משקפת אף את עמדת ההורים בנוגע להפלה. פתרון זה מעורר קושי, בין היתר, משום שהוא אינו מתייחס למקרים שבהם נטען שההתרשלות גרמה להתעברות (ולא להימנעות מהפלה) ומפני שהוא מעניק לרופאים את השליטה על גבולות עילת התביעה נגד רופאים.

גם החידושים הנוגעים להיבט התרופתי אינם חפים מביקורת. ישנם מי שחוששים, כי בעוד שהמטרה בהרחבת הפיצוי להורים היא להגן על אינטרסים של הילד, הכסף לא ישמש בפועל לרווחתו, משום שההורים ישתמשו בו לקידום יעדים שלהם, ישקיעו אותו באפיקים ספקולטיביים או יאלצו להפנותו לתשלום חובותיהם. הסברתי שאין מדובר בבעיה שהיא ייחודית לענייננו וכי ניתן לפותרה באמצעות מנגנון בקרה יציר פסיקה. הבעיה המרכזית נוגעת לאופן הערכת הפיצויים. לא ברור, מדוע הפיצוי להורים בגין התקופה שעד הגיעו של הילד לבגירות נקבע אך ורק לפי הוצאות המיוחדות שהם נושאים בהן מחמת מומו ובהתעלם מיתר הוצאות גידולו שהיו נחשכות לולא העוולה. כמו כן ישנו חוסר עקיבות בניכוי הנאת ההורים מן הפיצוי בגין תקופת הקטינות של הילד ובאי-ניכוייה מן הפיצוי בגין תקופת הבגירות שלו. לבסוף, הערכת הוצאות מחייתו של הילד בתקופת בגירותו על פי השכר הממוצע במשק אינה מתיישבת עם הנחת החיסכון של הלכת *אטינגר*.

הביקורת על פגיעה לכאורה באינטרסים של הילד בשל הפער שבין תקופת ההתיישנות שנהגה בעבר, כאשר לילד הייתה נתונה עילת תביעה עצמאית, לבין תקופת ההתיישנות הנוהגת כיום, כאשר רק תביעתם של ההורים נותרה על מכונה, אינה משכנעת. אף שמבחינה פורמלית פסק הדין בעניין *המד* מצמצם את מרחב התמרון של תובעים עתידיים במידה מסוימת, השפעתו המעשית הצפויה היא שולית. עם ההשפעה המועטה שעשויה להיות לו על אירועי עבר, שתביעות בעניינם טרם הוכרעו או טרם הוגשו, בית המשפט העליון התמודד כראוי באמצעות הגבלת תחולתה הרטרופקטיבית של הלכת *המד* (בהנחה שמקרים שבהם טרם הוגשה תביעה יטופלו ברוח דבריו של השופט רובינשטיין).

בפסק הדין בעניין *המד* היה שימוש בטיעון שלא הופיע בפסיקה הישראלית עד אז והנוגע באופן כללי לתורת השפיטה: "קונצנזוס גלובלי אמנם אינו מחייב בשיטת משפטנו... אולם אין ספק כי מן הראוי ליתן לו משקל מתאים".²³⁸ לאחר שרטוט גבולות הקונצנזוס בעניין חיים בעוולה נבחנה שאלת מתן המשקל העצמאי לקיומו של קונצנזוס, מעבר להיותו אינדיקציה חזקה לקיומם של צידוקים מהותיים לכלל ה"מקובל". לדבקות בקונצנזוס יתרונות וחסרונות. האיוון ביניהם הוא תלוי הקשר לא רק משום שבכל מקרה יש לבחון גם את היתרונות ואת החסרונות של הכלל הספציפי שבעניינו התגבש הקונצנזוס, אלא גם משום שהיתרונות והחסרונות הכלליים של דבקות בקונצנזוס (אלה שאינם תלויים בתוכנו של כלל ספציפי) אינם רלוונטיים בכל הקשר במידה שווה. לבסוף, קבוצת השיטות שבה יש לבדוק את דבר קיומו של קונצנזוס אינה זהה בהכרח לקבוצת השיטות שהמשפטן המקומי יפנה אליהן במסגרת משפט השוואתי, משום שתכלית הדבקות בקונצנזוס אינה זהה לתכליתו של משפט השוואתי.

לסיכום, אני מסיר את הכובע בפני השופט ריבלין, הן על ההחלטה האמיצה והמוצדקת לבטל את העילה של חיים בעוולה והן על הניסיון היצירתי לדאוג לרווחתם של ילדים בעלי צרכים מיוחדים. אף שלגישתי מוטב היה שבית המשפט יגביל את תביעת הנזיקין של ההורים לפגיעה באוטונומיה ויקדם את הטיפול בצרכיו המיוחדים של הילד באמצעות כלים אחרים, דוגמת המודל החוזי או הסדר

²³⁸ עניין *המד*, לעיל הערה 6, בפס' 34 לפסק הדין.

ביטוח ממלכתי,²³⁹ וחרף ביקורתי על רכיבים מסוימים בהנמקה ובתוצאה, דומני שהפטרון שאומץ מקדם יעדים לגיטימיים תחת אילוץ הדין הקיים. פסק הדין בעניין *המד* הוא אמנם יוצא מגדר הרגיל בחדשנותו ובאיכותו, אך אופייני לשופט ריבלין, שכל עבודתו משלבת הבנת עומק של הבעיות המעשיות ויכולות נדירות של תאורטיקן וחוקר משפט מן השורה הראשונה. אין פלא שמרבית פסקי הדין פורצי הדרך בתחום הנזיקין בעשור האחרון יצאו תחת ידו.

²³⁹ ראו לעיל פרק א.2. (בפסקה האחרונה).