

להיות או לא להיות? זו כבר לא השאלה

הלכת המר עושה סדר לראשונה בתחום של ילדים שנולדו עם מוגבלויות, בעקבות אי הבהירות שליוותה את הפסיקה מאז דעותיהם החלוקות של השופטים ברק ובן-פורת בעניין זייצוב. ביטול העילה של חיים בעוולה, כפי שנקבע כעת, היה עלול להותיר ילדים בפני שוקת שבורה למחצה. השופט ריבלין הרחיב ביצירתיות את שיעור הפיצוי המגיע להורים, אולם שיטה זו מעוררת כמה קושיות מעשיות ועיוניות

רון פרי

אולם שופטי הרוב נחלקו בדבר התנאים להטלת האחריות כלפי הילד ואופן הערכת הפיצויים. השר פטת בן-פורת (בהסכמת השופט דב לוין) קבעה כי העילה תקום רק במקרים הנדירים שהמום כה כבד עד שניתן לומר כי טוב היה לקטין לולא נולד (ול-פיכך מתקיים יסוד הנזק). מכיוון שבמקרה כזה לא ניתן לפסוק לקטין פיצוי ששיבו למצב שהיה מצוי בו לולא העוולה, כלומר לא-יקיום, הציעה השופטת לפסוק סכום שיקטין "עד קצה האפשר את תוצאת הנחיתות" ויאפשר לילד "למצות את הפוטנציאל הקיים". לעומת זאת, השופט ברק (בהסכמת השופט שלמה לוין) קבע כי חובת הזהירות של הרופא דר-רשת ממנו לנקוט אמצעים סבירים כדי שחיי הילד יהיו ללא מום, ומכאן שזכותו של הילד היא לא זכות לא-יקיום אלא לחיים ללא מום (בלי קשר לחומ-רה). כפועל יוצא צריכה הערכת הפיצוי להתבסס על ההשוואה בין חיים עם מום לחיים ללא מום. שופט

ביום פרישתו, בע"א 1326/07 המר נ' עמית, הכ-ריע המשנה לנשיאה (בדימוס) אליעזר ריבלין בסור גיה המעסיקה את בתי המשפט והמלומדים כבר שנים לא מעטות. פסק הדין עוסק בתביעות של יל-דים עם מוגבלויות ושל הוריהם נגד מי שהתרשלו-תם גרמה לאותם ילדים לבוא לעולם. בכל מקרה כזה המוגבלות אמנם לא נגרמה על ידי הנתבע, אך לולא התרשלותו לא היה הילד נולד כלל. עילת הילד מכר-נה "חיים בעוולה" ועילת ההורים "הולדה בעוולה". רשימה זו נחלקת לשלושה חלקים: תחילה אסביר בקצרה את המצב הבעייתי שהיה בארץ לפני פסק הדין, לאחר מכן אציג בתמצית את עיקרי ההחלטה, ולבסוף אעיר כמה הערות עיוניות ויישומיות.

• • •

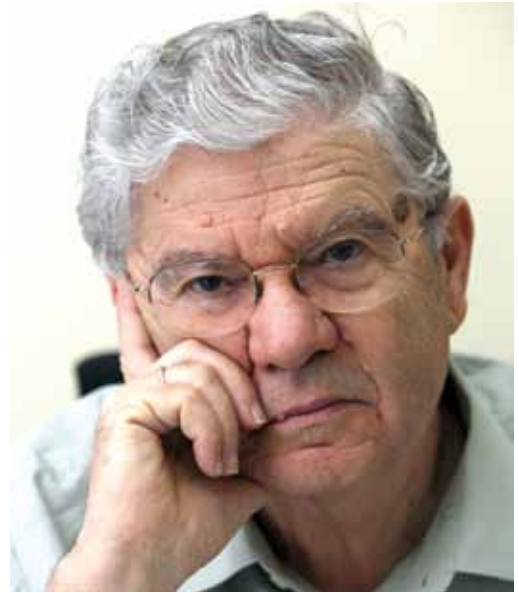
בע"א 518/82 זייצוב נ' כץ פסק בית המשפט הע-ליון ברוב דעות כי יש להכיר בעילה של חיים בעוולה, היא עילתו של הילד, לצד עילת התביעה של ההורים.



פרופ' רון פרי,
הפקולטה למשפטים,
אוניברסיטת חיפה



הבנת עומק. אליעזר ריבלין



גישה מרחיבה. אהרן ברק



צילום: לע"מ

גישה מצמצמת. מרים בן-פורת



עבודה יסודית. אליהו מצא

רים אחדים אומצה גישת השופטת בן-פורת, ונקבע למשל שהעילה לא עומדת לילד שנולד בלי אמה או כף יד. היות שבמקרים אלה נדחתה תביעת הקטין, לא היה צורך לדון בגובה הפיצויים. במקרים אחרים אומצה גישת השופט ברק, והתקבלו תביעות גם בגין מומים קלים יחסית. כמה שופטים ביטאו העדפה לגישה זו אך נמנעו מבחירה קונקלוסיבית בין

המיעוט גולדברג סבר כי לא ניתן כלל להכיר בעילת התביעה של הילד אלא בדרך של חקיקה מיוחדת. במשך יותר מ-25 שנה לא הכריע בית המשפט העליון בשתי השאלות שבמחלוקת: האם עילתו של הילד תלויה במידת החומרה של המום, וכיצד יש לחשב את הפיצוי המגיע לו? היעדר ההכרעה גרר חוסר עקביות בפסיקת הערכאות הנמוכות. במק-

הקטין לחיים בלא מום, בשל היעדר קשר סיבתי בין ההתרשלות ובין המום.

הנדבך השני הוא אישורה והרחבתה של זכות התביעה של ההורים. לדברי השופט ריבלין, זכות זו אינה מבוססת על הכרעה שיפוטית כי חיי הילד נחרתים מאי-קיום, אלא על מתן תוקף לחופש הבחירה של ההורים בענייני הולדה. אפילו החלטת ההורים שלא להביא לעולם ילד בעל מום לא מלמדת בהכרח שהם סוברים שחיי יהיו נחותים מאי-קיום, שכן ביסודה עומדים גם שיקולים אחרים לרבות הקשיים הנפשיים והכלכליים הצפויים להם עצמם. השופט ריבלין ניסה לנטרל את התוצאות הכספיות של ביטול עילת הקטין על ידי הרחבת זכאות ההורים. הוא קבע כי על התקופה שעד הגיעו של הילד לבגירות יש לפסוק להורים פיצוי בגין ההוצאות המיוחדות שהם נושאים בהן בשל מומו, ועל התקופה שלאחר הגיעו לבגירות יש לפצותם גם בגין הוצאות מחייתו הרגיות לות הנופלות על כתפיהם. כמו כן יש לפצותם על נזק נפשי לאורך כל חייהם ועל פגיעה באוטונומיה שלהם.

•••

מכאן להערו. בהשוואה בין פסקי הדין **זייצוב להמר** ניתן לזהות שינוי מסוים במוקדי הדיון. בעוד שבעניין **זייצוב** עמדה לדיון שאלת קיומה של חובת זהירות מושגית כלפי הילד והוריו, שאלה זו נזנחה לגמרי בעניין **המר**. לכאורה אין הדבר מפגיעה, שכן בעניין **המר** נקבע

שלא ניתן לדבר על נזק לילד ולכן הדיון בחובה הפך למיותר. עם זאת, בחינת קיומה של החובה המושגית עונדה רלוונטית לתביעת ההורים. בפסיקה ובספרות נדונו שיקולים שעשויים להצדיק את צמצומה או את שלילתה של החובה במקרים מהסוג הנדון, ואף על פי שחלקם נוגעים רק לתביעת הילד, אחרים נוגעים גם לתביעת ההורים; למשל החשש מרפואה מתגוננת ומריבוי הפלות, פגיעה במרקם היחסים בין הורים לילדים (משום ההנחה המובלעת בתביעת ההורים כי הילד אינו רצוי), פרמיות ביטוח גבוהות לרופאים ופגיעה בנגישות שירותיהם, חשש מפני

שתי הגישות משום שסברו כי המום שבעניינו נדרשו להכריע חמור דיו לעמוד גם במבחן חומרת המום של השופטת בן-פורת. בכל אלה חושב הפיצוי לקטין כאילו נגרם המום ממעשה העוולה. בקבוצה של שית של מקרים בתי המשפט הגיעו למסקנה שהעילה קמה לפי שתי הגישות, ולא הביעו כל העדפה לאחת מהן. במקרים אלה חושבו הפיצויים – ללא הסבר נוסף – לפי שיטת השופט ברק, אף שלשית חישבו זו אין זכות קיום במנותק מגישתו לעצם הטלת האחריות.

•••

לפסק דין **המר** חשיבות עצומה, וניתן ללמוד עליה מכמה מאפיינים פרוצדורליים. פסק הדין מכריע בשישה תיקים שהגיעו משלושה מחוזות, עדות לשכיחות הבעיה, וניתן על ידי הרכב מורחב של שבעה שופטים. גם ההסתדרות הרפואית וגם לשכת 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 משמעותי). היועץ המשפטי לממשלה הודיע על כוונתו להצטרף להליך ומינה ועדה בראשות המשנה לנשיא בדימוס אליהו מצא לגיבוש המלצות בנושא. כמי שהעיד בפני הוועדה וקרא את הדו"ח שפרסמה

אני חש חובה לציין לשבח את העבודה היסודית והרצינית שנעשתה. בסופו של דבר נמנע היועץ המשפטי לממשלה מהצגת עמדה בדיון, אך בית המשפט בכל זאת נעזר בדו"ח המקיף של הוועדה.

בפסק הדין יש שני נדבכים עיקריים: האחד הוא ביטול ההכרה בעילה של חיים בעוולה. השופט ריבלין דחה את גישתה של השופטת בן-פורת ב**זייצוב**, משום שלדבריו השאלה אם ומתי חיים עם מום נחותים מאי-קיום היא שאלה מטפיזית שבית משפט לא יכול ולא צריך להכריע בה. כמו כן דחה השופט ריבלין את גישתו של השופט ברק, המשווה את חיי

בהשוואה בין פסקי הדין זייצוב להמר ניתן לזהות שינוי מסוים במוקדי הדיון. בעוד שבעניין זייצוב עמדה לדיון שאלת קיומה של חובת זהירות מושגית כלפי הילד והוריו, שאלה זו נזנחה לגמרי בעניין המר



בנימוק כזה יוצר חוסר קוהרנטיות. הטענה כי החיים עדיפים תמיד על פני אייקיום לנוכח עיקרון קדושת החיים מבוססת בדיוק על אותה ההשוואה שעשתה השופטת בן-פורת ושהשופט ריבלין קבע קודם לכן שאינה אפשרית ואינה מתאימה להכרעה שיפוטית. הנימוק הערכי יכול להיות לגיטימי כשלעצמו, אך הוא אינו עולה בקנה אחד עם הנימוק הקודם.

בעניין הקשר הסיבתי הסביר השופט כי ההורים נדרשים להוכיח שלולא ההתרחשות, הילד לא היה נולד – כלומר שוועדה להפסקת הריון הייתה מאשרת הפלה ושההורים היו מחליטים לבצע. הדרישה השנייה מעוררת כמה קשיים. בראש ובראשונה, הורה שכבר מכיר ואוהב את הילד יתקשה לטעון שהיה נמנע מלהביאו לעולם. יתר על כן, דרישה כזו מפלה לרעה הורים שמוכנים לשאת את הקשיים הכרוכים בגידול ילד עם מוגבלות, הפליה שיש לה גם ממד מגזרי. לכן למרות שהשופט ריבלין דחה את ההצעה לוותר כליל על הוכחת קשר סיבתי, הוא קבע שההחלטה שהייתה מקבלת ועדה להפסקת הריון היא "חזקה ניתנת לסתירה" בדבר עמדת ההורים

חוסר סובלנות כלפי אנשים עם מוגבלויות ועוד. אינני טוען כי שיקולים אלה צריכים להביא לביטול עילת ההורים או למנוע את הרחבתה, אבל היה צריך להתמודד איתם בפסק הדין, שכן קיומה של עילת ההורים – וקל וחומר הרחבתה – אינם נקיים מספק. קושי נוסף 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 להכרעה שיפוטית מבחינה נורמטיבית ומוסדית. במילים אחרות, בית משפט אינו מסוגל להשוות בין קיום עם מום לאייקיום, וממילא לא צריך להיכנס לוויכוח החברתי והמוסרי בשאלה אימתי החיים נחותים מאי-קיום. בה בעת פסק השופט ריבלין כי עיקרון קדושת החיים, שלפיו לחיים יש ערך אינטרינזי עצום, אינו מאפשר לקבוע שהחיים, אפילו עם מום קשה, נחוצים מאייקיום. בעיה מקדמית שמעורר נימוק אחרון זה היא שחרף חשיבותו, עיקרון קדושת החיים אינו עיקרון מוחלט והוא נסוג תדיר מפני זכויות או אינטרסים ציבוריים חשובים. חשוב מכך, השימוש

קתית; ואם כבר ניתן להניע את המחוקק להתערב ולהסדיר את הסוגיה, נשאלת השאלה מדוע לתפור טלאי לחור קטן בהלכה פסוקה במקום לאמץ פתרון תחיקתי שלם וקוהרנטי.

מכל מקום, סבורני שמדובר בביקורת חלשה למדי על פסק הדין. ראשית, אם המטרה המוצהרת של הרחבת זכאות ההורים היא להגן על הילד, בתי המשפט יכולים לעצב מנגנון בקרה ללא צורך במעורבות חקיקתית. נכון שהתערבות בשימוש בפיצוי נראית חריגה, אולם המקרה מיוחד, ההלכה מיוחדת, ולכן היישום מצריך יצירתיות. שנית, ניתן להניח שמרבית ההורים ידאגו לרווחת ילדיהם גם בלי מנגנוני בקרה. מצב שבו הורים מבזבזים את הכסף יהיה חריג, וקיומם של חריגים אינו שומט את הקרקע מתחת לפתרון הכללי. שלישית, יש לזכור שהחשש משימוש לא ראוי בפיצויים אינו ייחודי למקרה שלפנינו. גם אדם הסובל מנזק גוף מחמת מעשה עוולה ומקבל פיצוי בסכום חד-פעמי גדול עלול לבזבזו ולפתח תלות בלתי רצויה במנגנוני הר-ווחה.

קשיים ניכרים יותר נוגעים עים להערכת הפיצוי על נזק ממוני. בית המשפט קבע כי הפיצוי להורים בגין התקרר

פה שעד הגיעו של הילד לבגירות צריך להיקבע לפי ההוצאות המיוחדות שהם נושאים בהן מחמת מומו. קביעה זו מנוגדת לכאורה לעיקרון השבת המצב לקדמותו, שכן לולא ההתערבות לא היה נולד הילד, והיו נחסכות מההורים כל הוצאות גידולו ולא רק אלה הקשורות למומו. אחת התשובות של השופט ריבלין לקושי זה היא שמההוצאות הרגילות של גידול ילד יש לקזז את ההנאה מגידולו, וההנחה היא ששני הערכים דומים. אבל אם יש לקזז את ההנאה מגידול הילד ממרכיב כלשהו של הפיצוי, הרי זה מהפיצוי על נזק ממוני ולא מהפיצוי על נזק ממוני, שכן ההנאה עצמה אינה ממונית. חשוב מזה, שימוש בטרמינולוגיה של קיזוז הנאות מעליות מחזיר לקדמת הבמה את הטענה המטרידה העומדת ביסוד

ביחס להפלה. כלומר, אם הוועדה הייתה מאפשרת הפלה, חזקה כי ההורים היו בוחרים להפסיק את ההיריון ולהפך. אולם פתרון זה בעייתי בשני מובנים לפחות. ראשית, תחולתה של החזקה מוגבלת למקרים שבהם טענת ההורים היא שההתערבות מנעה הפלה. במקרים רבים הבחירה הנשללת מההורים אינה בחירה הנוגעת להפסקת היריון אלא לכניסה להיריון (כפי שאירע בעניין זייצוב). החלטה על הפלה היא החלטה המערבת שיקולים מוסריים ודתיים, לחצים חברתיים ומשפחתיים והגבלות משפטיות הנוגעות כולם למעמד העובר, שיקולים שהחלטה על אי-התערבות אינה מעוררת. בחינת הקשר הסיבתי אמורה להיות שונה בשני סוגי המקרים, ופסק הדין אינו עוסק בכך. שנית, יש ניגוד עניינים מובנה במצב שבו זכות התיבעה של ההורים נסמכת על הכרעתן של ועדות להפסקת היריון, שמרבית חבריהן רופאים. השליטה על זכות התיבעה של נפגעי רשלנות רפואית מסורה למעשה בידי רופאים.

אחד הטעמים העיוניים להכרה בעילה של חיים בעוולה היה שרק הילד יכול לתבוע פיצוי בגין הוצאות כבדות שהוריו אינם נדרשים או מסוגלים לשאת בהן,

ובפרט הוצאות מחייתו והטיפול המיוחד הנחוץ לו לאחר הגיעו לבגירות או למצער לאחר מות ההורים. לכאורה, ביטול העילה של חיים בעוולה היה עלול להותיר ילדים בפני שוקת שבורה למחצה. עם הבעיה שנוצרה התמודד השופט ריבלין על ידי הרחבת שיעור הפיצוי המגיע להורים, אולם שיטה זו מעוררת קושיות מעשיות ועיוניות.

רבים חוששים כי אף שמטרת הרחבת הפיצוי להורים היא להגן על אינטרסים של הילד, הכסף לא ישמש בפועל לרווחתו אלא למימוש יעדים שונים של ההורים. לכן המליצה ועדת מצא למחוקק להסמיך את בית המשפט לקבוע הוראות לשימוש בפיצויים ולהגן על חלקם מפני נושים. זוהי כמובן הצעה לגיטימית, אך היא מחייבת התערבות חקי-

יש ניגוד עניינים מובנה במצב שבו זכות התיבעה של ההורים נסמכת על הכרעתן של ועדות להפסקת היריון, שמרבית חבריהן רופאים. השליטה על זכות התיבעה של נפגעי רשלנות רפואית מסורה למעשה בידי רופאים

תביעת ההורים כי הולדת הילד היא בחשבון כולל נזק עבורם.

אשר לשלב שלאחר הגעת הילד לבגירות קבע השופט ריבלין כי יש לפצות את ההורים לא רק בגין ההוצאות המיוחדות הנדרשות בשל המוגבלות אלא גם בגין הוצאות המחיה הרגילות של הילד (שההורים יידרשו לשאת בהן באופן חריג), השקולות לשכר הממוצע במשק בהיעדר ראיות אחרות. החלטה זו אינה מתיישבת עם החלטה בעניין תקופת הקטינות, שכן הנאת ההורים מגידול ילדם, ככל שהיא קיימת, משתרעת על פני כל תקופת חייהם, ולכן אם יש הצדקה להפחית מהנזק הממוני בשלב שלפני הבגירות, אין סיבה שלא להתחשב בה בתקופת הבגירות. זאת ועוד: הערכת עלות המחיה של אדם רגיל לפי השכר

הממוצע במשק בעייתית מבחינה עניינית, ולכן גם אינה מתיישבת עם פסק דינו החשוב של השופט ריבלין בעניין **אטינגר** (ע"א 140/00). כזכור, בפרשת **אטינגר** נקבע כי יש לפסוק לקורבן שתורחלת חייו קוצרה בגין מעשה עוולה פיצוי גם בגין הפסד ההשתכרות בשנים האבודות. מהפיצוי על הפסד זה יש לנתות את הוצאות מחייתו של הקורבן באותן שנים שמעשה העוולה מנע גם כן. הפיצוי

נפסק אפוא בגין החיסכון האבוד. הלכה זו מבוססת כל כולה על ההנחה הריאלית שהוצאות המחיה אינן שוות לשכר, שהרי לו הוציא אדם את כל שכרו על מחייתו – לא היה חיסכון, ולא היה ניתן לפסוק פיצוי בגין הפסד ממוני בשנים אבודות.

שינוי נוסף שחולל פסק הדין נוגע להתיישנות. תביעת הילד הייתה מתיישנת שבע שנים לאחר הגיעו לבגירות, דהיינו בהגיעו לגיל 25, ואילו תביעת ההורים מתיישנת בהגיעו לגיל שבע. עורכי דין לא מעטים מלינים על כך. עם זאת, תחושתה היא שהנפקות המעשית של השינוי מוגבלת. ברוב מקריע של המקרים המעבר מ**זייצוב להמור** לא ישנה דבר שכן המום והשלכותיו מתגלים בשלב מוקדם, וגם התביעות מוגשות בשלב מוקדם, כשמתעורר הצורך

במשאבים לטיפול בילד. יותר מהנדרש יצוין כי אם מסיבה כלשהי הנזק או הקשר הסיבתי אינם מתגלים מיד, תקופת ההתיישנות עשויה להתארך על פי סעיף 289(2) לפקודת הנזיקין ועל פי הלכת **המאירי** (ע"א 1254/99). אם כן, מסופקני אם קיים הבדל מעשי ממשי בין המצב הקודם למצב החדש.

לסיום, בפסק הדין נעשה שימוש בטיעון חדשני הנוגע לתורת השפיטה בכלל. בכמה מאמרים הצבעתי על כך שמרבית השיטות המערביות אינן מכירות בעילה של חיים בעוולה, ונטייה זו רק התחזקה מאז פרשת **זייצוב**. טענתי הייתה שהקונצנזוס מצביע על בעיות עומק בהכרה בעילה, וזאת כתשתית לדיון בבעיות עצמן. דומני שהטיעון של השופט ריבלין מעניק לקונצנזוס עצמו משקל בתהליך ההכרעה. זו מהות יחסו לשופט המכריע

על פי הקונצנזוס, כנוטל חלק בכתובתו של "רומן גלובלי בהמשכים" כלשונו. טענה כזו מעוררת שאלות רבות: האם לקונצנזוס אכן צריך להינתן משקל נוסף לזה הניתן בר"גיל למשפט משווה? מה הרוב הדרוש להיווצרות מה שני"תן לכנות "קונצנזוס"? האם הדבר נבדק בתוך משפחת שיטות, מסורת משפט, תרבות משפט או בעולם כולו? מה הנפקות המעשית של

רעיון כזה, כלומר באילו מקרים נוספים קיים קונצנזוס על כלל ספציפי להבדיל מעיקרון כללי? בשאלות מורכבות אלה אדון בהערת פסיקה שעתידיה לראות אור בכתב העת "מחקרי משפט".

אני מסיר את הכובע בפני השופט ריבלין, הן על ההחלטה האמיצה והמוצדקת לבטל את העילה של חיים בעוולה, הן על הניסיון היצירתי לדאוג לרווחתם של ילדים עם צרכים מיוחדים. פסק הדין **המור** אמנם יוצא מגדר הרגיל בחדשנותו ובאיכותו, אך הוא אופייני לשופט ריבלין שכל עבודתו משלבת הבנת עומק של הבעיות המעשיות ויכולות נדירות של תאורטיקן וחוקר משפט מהשורה הראשונה. אין זה פלא, לדעתי, שמרבית פסקי הדין פורצי הדרך בתחום הנזיקין בעשור האחרון יצאו מתחת ידו.

רבים חוששים כי אף שמטרת הרחבת הפיצוי להורים היא להגן על אינטרסים של הילד, הכסף לא ישמש בפועל לרווחתו אלא למימוש יעדים שונים של ההורים. לטעמי מדובר בביקורת חלשה למדי על פסק הדין