

להיות או לא להיות: האם זו השאלה? תביעות נזיקין בגין "חיים בעולה" כטעות קונספטואלית

מאת

רון פרי*

תביעה בגין "חיים בעולה" היא תביעת נזיקין של קטין שנולד עם מום נגד אדם שמחמת התרשלותו הגיע אותו קטין לאוויר העולם. ההנחה העומדת בבסיס התביעה היא שלולא ההתרשלות לא היה התובע נולד כלל, מכיוון שלולא ההתרשלות לא הייתה אמו מתעברת או שההריון היה מסתיים בהפלה. בפרשת זייצוב נ' כץ פסק בית המשפט העליון כי אדם שנולד לחיי-סבל יוכל לתבוע בנזיקין את מי שגרם להולדתו בהתנהגות רשלנית. בחלקו הראשון של המאמר מראה המחבר, אגב ביקורת על פסק הדין בעניין זייצוב, כי עילת התביעה של "חיים בעולה" אינה מוכרת במרבית שיטות המשפט המערביות, ומצריך את הרתיעה האוניברסלית מהכרה בעילה זו במונחים קונספטואליים. בחלקו השני של המאמר מציע המחבר לזכות את הקטין בפיצוי תוך שימוש במסגרת מושגית אלטרנטיבית המצויה מחוץ לגבולות דיני הנזיקין, ובכך לעקוף את הכשל-המושגי הטבוע בעילת התביעה המפוקפקת של "חיים בעולה".

מבוא. א. המודל המושגי המסורתי. 1. תמונת מצב; 2. מסגרת הדין; 3. חובת הזהירות; 4. הנזק; 5. הקשר הסיבתי; ב. המודל המושגי הראוי. 1. יסודות עיוניים; 2. היכחת ההנחות הלגליסטיות; 3. יתרונות וחסרונות; ג. סיכום.

מבוא

תביעה בגין "חיים בעולה" (wrongful life) היא תביעת נזיקין של קטין שנולד עם מום נגד אדם שמחמת התרשלותו הגיע אותו הקטין לאוויר העולם. ההנחה העומדת בבסיס התביעה היא שלולא ההתרשלות לא היה התובע נולד כלל, מכיוון שבלעדי ההתרשלות לא הייתה אמו מתעברת או שההריון היה מסתיים בהפלה. תביעות כאלה מוגשות על פי רוב נגד יועץ גנטי, רופא או מוסד רפואי (להלן, באופן כללי: "היועץ"), שנכשלו בחשיפת הסיכון לקיומו של מום לפני ההתעברות או בגילוייו של המום בתקופת ההריון.

* מרצה, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה. אני מודה לדפנה פרי, לתמר הראל בן-שחר ולחברי מערכת משפטים על הערותיהם המועילות.

בפרשת ד"ר זייצוב נ' כץ¹ פסק בית המשפט העליון, על דעת ארבעה שופטים וכנגד דעתו של השופט גולדברג (כתוארו אז), כי אין מניעה לפנות את הקטין בפיצוי נזיקין במסגרת תביעת רשלנות נגד היועץ. דא עקא, שארבעת שופטי הרוב לא הצליחו לגבש הסכמה בדבר גבולותיה הראויים של העילה החדשה, והותירו לפחות שתי שאלות בעלות חשיבות מכרעת בלא מענה קונקלוסיבי.² הייתה זו, לדעתי, תוצאה מובנת של הניסיון לדון בזכויותיו של הקטין נגד היועץ בתוך המסגרת המושגית המסורתית של דיני הנזיקין. במאמר זה אנסה להראות כי העמדת תביעתו של הילד על עילת נזיקין הייתה ועודנה טעות קונספטואלית, וכי המחלוקת העזת שפוררו תביעות מהסוג הנדון בפסיקה ובספרות המשפטית היו נמנעות לו נעשה שימוש מושכל במסגרת מושגית אלטרנטיבית. התפיסה המוטעית שאטען לקיומה היא כבר בת 35 שנים,³ ואם לא נשים קץ לשית הדוגמטי בנדון דידן היא עלולה לזכות בחיי נצח.

התביעות שבהן אנו עוסקים משתייכות לקבוצה רחבה יותר של תובענות, שיסודן במעשי עוולה הקשורים להריון וללידה. אלא שסוגי התביעות הבאים בגדרה של קבוצה זו נבדלים זה מזה בתכונות רבות-חשיבות מנקודת מבט נורמטיבית, ודומה בעיניי, כי על ידי הצגתם של הסוגים השונים ומתוך ההשוואה ביניהם ניתן יהיה להבין טוב יותר את אפיוניה המיוחדים של הסוגייה הנדונה כאן. סוג אחד של תביעות – שבו לא נעסוק – מתייחס להתרשלות שגרמה להולדתו של ילד בריא אך בלתי-רצוי. תביעה מסוג זה מוגשת על ידי הורה או הורים, שילדם הבריא נולד עקב התרשלותו של הנתבע בעשיית מעשה שנועד למנוע את ההתעברות (למשל: ייצור, התקנה או מכירה של אמצעי מניעה;⁴ כריתת צינורות זרע,⁵ קשירת

- 1 ע"א 518/82 ד"ר זייצוב נ' כץ, פ"ד מ(2) 85.
- 2 השאלה הראשונה, שלא הוכרעה בפסק הדין, היא אם ניתן יהיה להגיש תביעה בעילה החדשה בכל מקרה של מום גופני (כדעתם של השופטים ברק ושל' לוי) או רק במקרים של מום קשה במיוחד (כדעתם של השופטים בן-פורת וד' לוי). המחלוקת השנייה שנתגלעה בין השופטים ברק ושל' לוי לבין השופטים בן-פורת וד' לוי (ונובעת מהמחלוקת הראשונה) נוגעת לשיעור הפיצוי. זאת ועוד: כאשר הסוגייה הסבוכה שבה ועלתה בפני בית המשפט העליון במועד מאוחר יותר, הוא נמנע מהשלמת המלאכה על ידי הכרעתן של שתי הפלוגתאות, והעדיף לתת גושפנקא לדואליזם שבא לעולם בפסק-הדין זייצוב. ראו ע"א 913/91 אזולאי נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 6.1.1993) (ובמיוחד פסקה 3. לפסק דינו של השופט מלץ).
- 3 תחילתה בפרשת *Gleitman v. Cosgrove*, 227 A.2d 689 (1967).
- 4 *Tropi v. Scarf*, 187 N.W.2d 511 (1971) – תביעתם של ההורים נתקבלה.
- 5 לדוגמא: *Thake v. Maurice* [1986] Q.B. 644 (C.A.), שבו זכתה האם בפיצוי על כאב וסבל הקשורים להריון, וגם תביעתם של ההורים בגין הוצאות גידולה של הילדה נתקבלה. לאחרונה נדונה הסוגייה על ידי בית הלורדים והוכרעה באופן שונה. ראו *McFarlane v. Tayside Health Board* [2000] 2 A.C. 59, שבו זכתה האם בפיצוי בגין הוצאות רפואיות וכאב וסבל במהלך ההריון, אך ההורים לא זכו בפיצוי על הוצאות גידול הילדה. השוו: *Hays v. Hall*, 477 S.W.2d 402 (1972) שם נדחתה תביעתם של ההורים.

חצוצרות⁶) או את הלידה (קרי: הפלה⁷). ראשי נזק אופייניים לתביעה כזו הם הסבל וההוצאות הכרוכים בהריון ובלידה מחד גיסא, והסבל וההוצאות הכרוכים בגידולו של ילד בלתי-רצוי מאידך גיסא.⁸ כל תביעה מסוג זה מעוררת שאלה עיונית קשה (שהיא גם בעלת נפקות מושגית): כלום ניתן לומר שהבאת ילד בריא לעולם היא בבחינת נזק להורים? שאלה זו, הראויה בוודאי לדיון מקיף, חורגת ממסגרת דיונונו.⁹ מכל מקום, חשוב לשים לב לכך שתביעה מהסוג הראשון מוגשת על ידי ההורים ולא על ידי הקטין עצמו (שנולד בריא).¹⁰ במקרה שלנו, לעומת זאת, מוגשת התביעה על ידי הקטין שנולד כשהוא בעל מום.

6 לדוגמא: *Mason v. Western Pennsylvania Hospital*, 453 A.2d 974 (1982) שבו זכתה האם בפיצוי בגין הוצאות רפואיות, אבדן השתכרות וכאב וסבל במהלך ההריון והלידה, אך לא זכתה בפיצוי בגין ההוצאות והמצוקה הנפשית הכרוכים בגידול הילד; *Udale v. Bloomsbury Area Health Authority* [1983] 1 W.L.R. 1098 שבו זכתה האם בפיצוי על כאב וסבל ואבדן השתכרות במהלך ההריון והלידה, אך לא על הוצאות גידול הילד. עיינו גם בפסק הדין בעניין *Custodio v. Bauer*, 251 Cal. App. 2d 303 (1967) שם דובר בהתרשלות בביצוע הליך של כריחת חלק מן החצוצרות, שהובילה להולדתו של הילד העשירי במשפחה. ההורים זכו בפיצוי גם בגין עלות גידולו של הילד. מנגד ראו *Hickman v. Myers*, 632 S.W.2d (1982) בו נדחתה תביעתם של ההורים.

7 *Stills v. Gratton*, 55 Cal. App. 3d 698 (1976).

8 תביעות כאלה מכונות בדרך כלל תביעות בגין התעברות בעוולה (wrongful conception) או הריון בעוולה (wrongful pregnancy), כאשר הכינוי הראשון הולם התרשלות שגרמה להתעברות, בעוד שהכינוי השני מתאים הן להתרשלות שגרמה להתעברות והן להתרשלות שבגינה לא הופסק ההריון. ראו *Thomas Keasler Foutz*, "Wrongful Life: The Right not to be Born," 54 *Tul. L. Rev.* 480, 483 (1980); *Douglas Edward Peck*, "Azzolino v. Dingfelder: North Carolina Court of Appeals Recognizes Wrongful Birth and Wrongful Life Claims," 63 *N.C.L. Rev.* 1329, 1331 n.24 (1985); *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.J.* 535, 583 (1995).

9 שאלה נוספת, שהתעוררה לא אחת בתביעות מסוג זה היא אם ניתן לומר שההורים לא עמדו בנטל הקטנת הנזק משום שנמנעו מהפלה או ממסירת הילד לאימוץ. מעין בפסיקה נראה לי, כי בית משפט שעבר את משוכת קיומו של נזק, לא ייטה לשלול מן ההורים את זכות התביעה על יסוד טענה של אי הקטנת הנזק. ראו, למשל, *Marciniak v. Lundborg*, 450 N.W.2d 243, 247 (1990).

10 ניתן לכאורה לחשוב גם על תביעה של קטין בריא לחלוטין, שנולד בשל "תקלה" ולמרות שהוריו רצו להימנע מהבאת ילדים (או ילדים נוספים) לעולם. תביעה כזו שתיסמך בוודאי על הסבל הרגשי שעמו צריך הקטין להתמודד, היא תביעה שסיכוייה אפסיים. הוא הדין, לדעתי, בתביעות המוגשות על ידי אחיות ואחים של ילדים בלתי רצויים, הסובלים מירידת חלקם היחסי בהנאה מהטיפול ההורי.

סוג שני של תביעות עוסק בהתרשלות שגרמה למום לפני גמר הלידה. הפעם התובע הוא הקטין. הנתבע יכול להיות אחד ההורים או אדם שלישי,¹¹ והתביעה יכולה להתבסס על התרשלות שאירעה לפני ההתעברות או לאחריה. לדוגמא: כאשר נהג רשולן פוגע באשה הרה¹² או כשצוות רפואי מתרשל בטיפול באשה הרה מדובר בהתרשלות של אדם שלישי לאחר ההתעברות. כאשר מפעילי כור גרעיני אינם מקיימים את נוהלי הבטיחות, וכתוצאה מכך נחשפת אישה פלונית לקרינה מייננת, ולאחר מכן מתעברת ומביאה לעולם ילד בעל מום, מדובר בהתרשלות של אדם שלישי לפני ההתעברות. כאשר אישה הרה משתמשת בסמים וכתוצאה מכך נולד ילד בעל מום, מדובר בהתרשלות של הורה לאחר ההתעברות, וכשאדם מדביק את אשתו בעגבת ולאחר מכן האישה מתעברת ונולד ילד בעל מום, מדובר בהתרשלות של הורה לפני ההתעברות. כל המקרים מעוררים בעיה משפטית פורמלית. לפי סעיף 1 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות¹³ "כל אדם כשר לזכויות ולחובות מגמר לידתו ועד מותו". השאלה היא אם הילד יכול לתבוע את ה"מזיק" בגין התרשלות שאירעה לפני שזכה בכשרות משפטית. שאלה זו, שהיא בעלת חשיבות גם לענייננו, תידון בהמשך. בשני המקרים האחרונים (התרשלות האם או האב) מתעוררת בעיה נוספת, הנוגעת למידת נכונותם של בתי המשפט להטיל על הורים אחריות בנוזקין כלפי ילדיהם. יש האומרים, שאם נאפשר לקטנים להגיש תביעות נזיקין כנגד הוריהם נערער בכך את יציבות התא המשפחתי.¹⁴ יתר על כן: במקרים שבהם התביעה מוגשת על ידי אחד ההורים בשם הקטין כדי לנקום בהורה השני, עלול להיגרם לקטין נזק רגשי בלתי-הדיר. עם טענה מורכבת יותר, המבוססת על אותם חששות, נאלץ להתמודד להלן – ועל כן נותיר גם אותה לעת עתה בלא מענה. בכל התביעות מהסוג השני – ובכך הן נבדלות מתביעות בגין חיים בעוולה – הנתבע גרם (או תרם) בהתנהגותו להיווצרות המום. במקרים של חיים בעוולה המום עצמו אינו נובע מהתרשלותו של הנתבע, אבל עצם הולדתו של התובע (כשהוא בעל מום) נובעת, על פי הטענה, מהתרשלות זו.

סוג שלישי של תביעות עוסק בהתנהגות שהובילה להולדתו של קטין בעל "מום" חברתי (כגון השתייכות למיעוט המופלה לרעה), משפטי (כמו אי-חוקיות או ממזרות)

11 מובן, שכאשר המום נובע מהתרשלותו של צד שלישי, יוכלו גם הוריו של הקטין לתבוע מהמעוול פיצוי על נזקיהם.

12 ראו, למשל: *Watt v. Rama* [1972] V.R. 353.

13 חוק הכשרות והאפוטרופסות, תשכ"ב-1962.

14 רדוק: בעיה זו איננה מתעוררת כשקיים לגבי תאונות מהסוג הרלבנטי ביטוח חובה, שאז מטרתו של ההליך המשפטי היא להיפרע מחברת הביטוח, ואין בו כדי לגרום למתיחות במשפחה. לכן, למשל, במקרה של תאונת דרכים אין מניעה להטיל על ההורה אחריות כלפי ילדו. ראו באוסטרליה: *Lynch v. Lynch* (1991) 25 N.S.W.L.R. 411; באנגליה: *Congenital Disabilities (Civil Liability) Act, 1976, § 2*; בקנדה: *Dobson v. Dobson* [1999] 174 D.L.R. 4th 1.

או כלכלי (השתייכות למשפחה עניינה במיוחד), כשהקטין לא היה יכול להיוולד אלא כשהוא בעל אותו "מום". תביעה מסוג זה מוגשת לעתים נגד אחד מהוריו של התובע. לדוגמא, במקרה הידוע של *Zepeda v. Zepeda*¹⁵ שוכנעה אמו של התובע לקיים יחסי מין עם אביו, שהבטיח לשאתה לאישה למרות שכבר היה נשוי לאחרת. ההבטחה לא קיימה והקטין נולד כילד בלתי-חוקי. הוא הגיש תביעת נזיקין נגד האב,¹⁶ אולם תביעתו נכשלה. למען הדיוק המדעי יצוין שהתביעות שהתבססו על נחיתות חברתית או משפטית הן התביעות הראשונות שזכו לכותרת "חיים בעוולה",¹⁷ הגם שברבות הימים נעשה השימוש בצירוף זה שכיח יותר במקרים שבהם התובע נולד כשהוא בעל מום פיזי. כדי להבדיל את התביעות הנוגעות למומים חברתיים, משפטיים וכלכליים מנושא דיוננו, סבורני כי ראוי בכל זאת לייחד להן כותרת משלהן, למשל: תביעות בשל חיים שאינם משביעי רצון (dissatisfied life).¹⁸ השם המדויק הוא פחות חשוב מעצם ההבחנה בין שני סוגי התביעות.

סוג רביעי של תביעות עוסק במצב שבו החליטה האישה (לבדה או עם בן זוגה) להתעבר או ללדת בהסתמך על מצג שנעשה על ידי הנתבע (יועץ גנטי, רופא או כיוצא באלה), ולפיו עתיד הילד להיות נורמלי – ובדיעבד מסתבר שהמצג היה רשלני והילד נולד בעל מום. ההנחה העומדת ביסודן של תביעות מהסוג הרביעי היא שלולא ההתרשלות הייתה האישה נמנעת מהבאת הילד לעולם. את התביעות המצויות בקטגוריה זו ניתן לסווג בהתאם לזהות התובע: תביעתם של ההורה או ההורים מחד גיסא ותביעתו של הקטין מאידך גיסא. תביעת ההורים מכונה, בדרך כלל, תביעה בגין

15 190 N.E.2d 849 (1963).

16 הוא טען כי בשל היותו ילד בלתי-חוקי אין לו בית נורמלי, אין לו אב חוקי, הוא איננו יכול לרשת את אביו ואת הורי-אביו והוא אף נושא אות-קלון ("ממזר").

17 הצירוף "חיים בעוולה" נטבע בעניין *Zepeda*, הערה 13 לעיל. נאמר שם בעמ' 858, כי: "Recognition of the Plaintiff's claim means creation of a new tort: a cause of action for wrongful life." השוו *Williams v. State of New York*, 18 N.Y.2d 481 (1966): ילדה בלתי-חוקית, שנולדה בעקבות תקיפה מינית של אישה בעלת ליקוי שכלי בעת שזו נמצאה במוסד ממשלתי, תבעה את המדינה בתואנה שהתרשלותה של האחרונה בהגנה על האם הובילה להולדתה. התביעה נדחתה. ראו גם *Slawek v. Stroh*, 215 N.W. 2d 9 (1974), מקרה שעובדותיו דומות לאלה של *Zepeda*, הערה 15 לעיל.

18 Peter B. Kutner & Osborn M. Reynolds, *Advanced Torts – Cases and Materials* 136 (2d ed., 1997); Harvey Teff, "The Action for 'Wrongful Life' in England and the United States," 34 *Intl. & Comp. L.Q.* 423, 425, 428-430 (1985); Donna J. Long, "A Cause of Action for Wrongful Life: Pennsylvania's Judicial and Legislative Reaction," 26 *Duquesne L. Rev.* 967, 968 (1988), הערה 8 לעיל, בעמ' 486-485; Peck, הערה 8 לעיל, בעמ' 1331, בהערת שוליים 24.

"לידה בעוולה" (wrongful birth).¹⁹ טענתם של ההורים בתביעה כזו היא שהם נאלצו לשאת בהוצאות בלתי-מתוכננות של טיפול בילד חריג, שהיו נמנעות לולא ההתרשלות, וכי הולדתו של הילד, כשהוא בעל מום, הסבה להם נזק רגשי. תביעתו של הקטין היא תביעה בגין חיים בעוולה, והיא העומדת במרכז דיונו כאן. שני סוגי התביעות יכולים לכאורה להתבסס על התרשלות שאירעה לפני ההתעברות או לאחריה. לדוגמא: כאשר הורים מחליטים לנסות ולהביא לעולם ילד על יסוד חוות דעת של יועץ גנטי, שלפיה לא קיימת סכנה שילדיהם יסבלו ממום מולד, ומסתבר שהיועץ התרשל ונולד להם ילד בעל מום, לפנינו מקרה של התרשלות לפני ההתעברות. כאשר אישה הרה חולה באדמת ועקב התרשלותו של רופא המשפחה באבחון מחלתה היא אינה מודעת לסיכון ומחליטה ללדת את ילדה, שמתגלה כבעל מום שמקורו במחלת האם, לפנינו מקרה של התרשלות לאחר ההתעברות. ההבדל בין "חיים בעוולה" לבין "לידה בעוולה", אם נחליט להכיר בשתי העילות הללו, הוא משולש: ראשית, ההורים אינם יכולים לתבוע בשמם-הם פיצוי על הנזק הלא-ממוני של הקטין (כאב וסבל); שנית, רק הקטין יכול לתבוע פיצוי בגין עלות הטיפול הרפואי המיוחד שלו יידרש עקב מומו לאחר שתסתיים חבותם המשפטית של ההורים כלפיו לאחר הגיעו לבגירות.²⁰ בשל פטירתם (של ההורים) או מסיבה אחרת; שלישית, תקופת ההתיישנות על תביעתו של הקטין מתחילה רק לאחר שהפך לבגיר, ולכן ניתן להגישו זמן רב לאחר שתביעת ההורים כבר התיישנה.²¹

- 19 ראו, לדוגמא, *Jacobs v. Theimer*, 519 S.W.2d 846 (1975), שבו נתקבלה תביעתם של ההורים; BGH (19.6.1984) NJW 1984, 2625 (גם במקרה זה נתקבלה תביעתם של ההורים). גם כע"א זייצוב, הערה 1 לעיל, נתקבלה תביעתם של ההורים בלי קושי מיוחד. ראו פסק דינה של השופטת בן-פורת בעמ' 106, ופסק דינו של השופט ברק בעמ' 110-112. וראו עוד Michael A. Berenson, "The Wrongful Life Claim – The Legal Dilemma of Existence Versus Nonexistence: 'To be or not to be,'" 64 *Tul L. Rev.* 895, 899 n.14 (1990).
- 20 סעיף 3(א) לחוק לתיקון דיני המשפחה (מזונות), תשי"ט-1959, קובע כי אדם חייב במזונות ילדיו הקטינים; סעיף 15 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב-1962, קובע, כי אפוטרופסות ההורים כוללת את החובה והזכות לדאוג לצורכי הקטין, לרבות חינוכו, לימודיו, הכשרתו לעבודה ולמשלח-יד ועבודתו, וכן שמירת נכסיו, ניהולם ופיתוחם; וצמודה לה הרשות להחזיק בקטין ולקבוע את מקום מגוריו, והסמכות לייצגו. ודוק: ישנן שיטות שבהן חובתם של ההורים עשויה להימשך גם אחרי הגיעו של הילד לבגירות. בקליפורניה, למשל, חובת המזונות של ההורים כלפי ילדם נמשכת גם לאחר הגיעו לבגירות, אם הוא אינו מסוגל לכלכל את עצמו: *Cal. Fam. Code*, §3910, וראו גם סעיפים 3587, 3901 לקוד. כדאי לשים לב לכך, שבגרמניה חובתם של ההורים אינה מסתיימת עם הגיעו של הקטין לבגירות: B. Markesinis, "Reading Through a Foreign Judgment," in *The Law of Obligations – Essays in Celebration of John Fleming* 261, 269 n.35 (Peter Cane & Jane Stapleton eds., 1998).
- 21 סעיף 10 לחוק ההתיישנות, תשי"ח-1958, והשוו, באנגליה, ל-§28(1) Limitation Act 1980. סיטואציה שבה תביעתו של הקטין הוגשה לאחר שחלפה תקופת ההתיישנות על תביעתם של

הסוג האחרון של התביעות, הנוגעות להריון וללידה, הוא מעין הכלאה בין הסוג הראשון לבין הסוג הרביעי והוא מתייחס להתרשלות שגרמה להולדתו של ילד בעל-מום שההורים ביקשו מלכתחילה למנוע את הבאתו לעולם. כמו בסוג הראשון של התביעות – הקטין נולד עקב התרשלותו של הנתבע בביצוע הליך שנועד למנוע את ההתעברות או הלידה; וכמו בסוג הרביעי – הקטין נולד כשהוא בעל מום שאינו נובע מן ההתרשלות. את התביעה בנסיבות הללו עשויים להגיש ההורים או הקטין. סיטואציה כזו נדונה, למשל, בעניין *Speck v. Finegold*²² מר ספק היה קורבן של מחלה תורשתית קשה, הפוגעת במערכת העצבים (נורופיברומטוזיס). שתי בנותיו נולדו אף הן חולות במחלה, ועל כן החליטו הוא ורעייתו להימנע מהבאת ילדים נוספים לעולם. מר ספק פנה לר"ר פיינגולד לשם ביצוע ניתוח של כריתת צינורות הזרע, וזה האחרון הודיע כי הניתוח הוכתר בהצלחה. דא עקא, שכעבור זמן מה נכנסה גברת ספק להריון. בני הזוג פנו לר"ר שוורץ כדי שיבצע הפלה. הלה ביצע את ההפלה ואמר לבני הזוג שההליך הצליח. אולם, גם הפעם הסתבר שהרופא התרשל, ולבני הזוג נולדה בטרם עת ילדה חולה באותה מחלת עצבים. ההורים הגישו תביעה בשמם וכשם הקטינה נגד הרופאים הרשלנים. בסופו של דבר נדחתה תביעתה של הילדה. חשוב להדגיש, כי על אף שמנקודת המבט של דיני הנזיקין לא קיים הבדל מהותי בין תביעות מהסוג הרביעי לבין תביעות מן הסוג החמישי,²³ ההבחנה חשובה עד מאוד במאמר זה. הטיעון העיקרי שאציע נוגע לתביעות בגין חיים בעוולה מהסוג הרביעי בלבד, ולא לתביעות מהסוג החמישי. על הקושי המושגי המתעורר בתביעות מהסוג האחרון לא ניתן להתגבר באמצעות שימוש במסגרת המושגית האלטרנטיבית שאציע כאן.

כאמור, יסודה של תביעה בגין "חיים בעוולה" הוא בהולדתו של התובע כשהוא בעל מום, כשהמום עצמו אינו נובע מהתרשלותו של הנתבע. סיבה אפשרית אחת לקיומו של המום היא הפרעה כרומוזומלית,²⁴ דהיינו: העדר כרומוזום, כרומוזום עודף, או

ההורים נדונה, למשל, בעניין *Procanik v. Cillo*, 478 A.2d 755 (1984); ובעניין *Alquijay v. St. Luke's-Roosevelt Hospital*, 63 N.Y.2d 978 (1984).

Elliott v. Brown, 361 408 A.2d 496 (1979), modified, 439 A.2d 110 (1981) ראו גם: 22 *Edwards v. Blomeley* [2002] N.S.W.S.C. 460. ובאוסטרליה: So. 2d 546 (1978).

בשני המצבים העובדתיים מכונה תביעתם של ההורים תביעה בגין "לידה בעוולה" ותביעתו של הקטין מכונה תביעה בגין "חיים בעוולה". 23

הגנים, יחידות ה-DNA הקובעות את הכונותיו של האורגניזם, שוכנים בצבירים חוטיים הקרויים "כרומוזומים". בתא אנושי תקין (למעט תאי מין) ישנם 46 כרומוזומים הערוכים ב-23 זוגות, מהם 44 אוטוזומים (כרומוזומים אל-מיניים), ושני כרומוזומי מין (שני כרומוזומים מטיפוס X אצל נקבה; כרומוזום אחד מטיפוס X ואחד מטיפוס Y אצל זכר). בתא מין תקין (ביצית או זרע) ישנם 23 כרומוזומים בלבד. בביצית, אחד מן הכרומוזומים הוא כרומוזום המין X, ואילו בתא זרע ישנו כרומוזום מין X או כרומוזום מין Y (בהסתברות שווה). בהתעברות תקינה נוצר תא ובו 46 כרומוזומים. ראו לקסיקון כרטא לבריאות המשפחה 379 (התשס"ב). 24

כרומוזום בעל מבנה לקוי.²⁵ אחד המומים הידועים שמקורם בהפרעה כרומוזומלית הוא תסמונת דאון. סיבה אפשרית נוספת לפגם מולד היא הפרעה בעלת תורשה פשוטה (מנדליאנית), שמקורה בדרך כלל בגן יחיד. חלק מההפרעות הללו הן אוטוזומליות דומיננטיות²⁶ (למשל: נירופיכרומוטוזיס²⁷), חלקן אוטוזומליות רצסיביות (לדוגמא: אנמיה חרמשית,²⁸ טאי-זקס,²⁹ כליה פוליציסטית בילדים,³⁰ ציסטיק פיברוזיס,³¹ תלסמיה³²), וחלקן אחוזות במין³³ (למשל: המופיליה,³⁴ עיוורון צבעים). סיבה אפשרית שלישית למום מולד היא חשיפת העובר במהלך התפתחותו להשפעת גורם מזיק כלשהו. גורם כזה יכול להיות מכני (כגון חבטה), ביולוגי (הידבקות העובר בנגיף), כימי (חומרים רעילים, הורמונים או תרופות שניתנו לאם³⁵) או פיזיקלי (חשיפה לקרינה). סיבה אחרת לליקוי מולד עשויה להיות הפרעה פתולוגית בשליית האישה ההרה,

- 25 שם, בעמ' 383-384.
- 26 תכונה היא אוטוזומלית אם הגן האחראי להתפתחותה מצוי באוטוזום (ראו הערה 24 לעיל). כאשר הגן האחראי לתכונה מסוימת מצוי בשני תאי המין (הזכרי והנקבי) המתלכדים בשעת ההתעברות, האדם שיוולד יהא בעל אותה תכונה. אם התכונה תתפתח גם כשרק אחד מתאי המין המתלכדים מכיל את הגן, הגן קרוי דומיננטי. אם התכונה לא תתפתח כשרק אחד מתאי המין מכיל את הגן, הגן הוא רצסיבי (שם, בעמ' 382).
- 27 מחלה של מערכת העצבים, הגורמת להיווצרות גידולים על רקמות עצב בכל הגוף. תיאור המחלות לקוח מהאנציקלופדיה הרפואית של הספרייה הלאומית לרפואה של ארצות-הברית <<http://www.nlm.nih.gov/medlineplus/encyclopedia.html>>.
- 28 מחלה, הנובעת מהימצאותו של המוגלובין בלתי-תקין בתאי הדם האדומים. תאי הדם מקבלים צורה של "חרמש". כתוצאה מכך נוצרים קרישי דם קטנים, הגורמים לסתימת כלי דם ולכאבים. אחת התוצאות של המחלה היא ספירת דם נמוכה.
- 29 מחלה הנובעת ממחסור באנזים hexosaminidase. היעדרו של האנזים מביא להצטברות של חומר שומני בתאים, ובמיוחד בתאי העצב של המוח, ולהידרדרות קשה של מערכת העצבים.
- 30 מחלה המתאפיינת בהתפתחות של ציסטות מלאות בנוזלים בתוך הכליות. הציסטות גורמות להרס הדרגתי של הכליות ולפגיעה בתפקודן. כליה פוליציסטית של ילדים היא מחלה אוטוזומלית רצסיבית: הסימפטומים שלה מתחילים בשלבים הראשונים של החיים (לעתים לפני הלידה). ודוק: יש שתי צורות נוספות של כליה פוליציסטית. האחת היא אוטוזומלית דומיננטית, שהסימפטומים שלה מתפתחים בגיל מבוגר יחסית; האחרת היא הצורה הנרכשת, המתפתחת אצל אנשים הסובלים מבעיות ממושכות בתפקוד הכליות.
- 31 מחלה הפוגעת בבלוטות האקסוקריניות (בלוטות המפרישות ריר, בלוטות זיעה וכו'). המחלה מתבטאת בהיווצרות ריר סמיך החוסם את בלוטות המעי, הלב לב והסימפונות. נובעים מכך זיהומים קשים בדרכי הנשימה וחוסר יכולת לספוג שומנים וחומרי מזון אחרים.
- 32 מחלה הנובעת מפגם בייצור המוגלובין, שבגינו נוצר מחסור בתאי דם אדומים (אנמיה). זוהי, ככל הנראה, המחלה בעלת התורשה הפשוטה השכיחה ביותר בעולם.
- 33 כלומר: מקורן בגנים המצויים בכרומוזומי המין. ראו לקסיקון כרמא לבריאות המשפחה, הערה 24 לעיל, בעמ' 382.
- 34 ליקוי בקרישת הדם עקב העדר אחד מגורמי הקרישה. מקורו בגן המצוי בכרומוזום המין X.
- 35 חלקם גורמים מוטאגניים, המחוללים שינויים ב-DNA וגורמים לפגמים גנטיים שאינם תורשתיים.

שבגינה נפגעת אספקת החמצן והמזון לעובר. לעתים המום נובע מהפרעה רב-גורמית, שמקורה באינטראקציה חולנית בין כמה גנים לגורמים חיצוניים (לדוגמא: מום מולד בלב, שדרה שטועה).

התרשלותו של הנחבץ כתביעות מהסוג הנדון כאן אינה מתבטאת בגרימת המום, אלא באי-חשיפת הסיכון לקיומו של מום לפני ההתעברות או באי-גילוי של המום בתקופת ההריון. הכשל יכול להיווצר בכל אחד מהשלבים בטיפול שניתן להורים המיועדים לקראת ההריון ובמהלכו, לאמור: איסוף מלוא המידע הרלבנטי אודות בני-הזוג (ובני משפחה אחרים, אם הדבר נחוץ), קריאת ספרות מקצועית והיועצות במומחים בהתאם לצורך (לעתים די באלה כדי להוביל למסקנה ברבר היקף הסיכון); הסקת מסקנה בדבר הצורך בקיום בדיקה כלשהי (שהרי גם החלטה שלא לבצע בדיקה עשויה, בנסיבות מסוימות, לעלות כדי התרשלות³⁶); בחירת הבדיקה הנכונה והמלצה על ביצועה בפני ההורים המיועדים; ביצוע הבדיקה (התהליך האמפירי); ניתוח ממצאי הבדיקה; ומסירת המסקנות להורים המיועדים. הבדיקות העיקריות, שבהן נעשה שימוש לשם חשיפת הסיכון לקיומו של מום או לגילוי של המום, הן אלה:³⁷

1. ייעוץ גנטי מוקדם: כיום ניתן, באמצעות בדיקת דמם של ההורים המיועדים, לברר אם הם נושאים מחלות גנטיות מסוימות (אף כשאלה אינן באות לידי ביטוי חיצוני). לדוגמא: בעניין זייצוב דובר באשה שפנתה עוד בטרם נישואיה לייעוץ גנטי, כדי לברר אם מחלה תורשתית מסוימת (מחלת האנטר) שפגעה בכמה מבני משפחתה עלולה לפגוע גם בצאצאיה לעתיד. האישה החליטה שלא להביא ילדים זכרים לעולם אם יסתבר שסיכון כזה קיים. הרופאה היועצת, מחמת התרשלות בעריכת הבדיקות או בהסקת המסקנות מהן, קבעה שהסיכון אינו קיים. על סמך חוות הדעת הרתה האישה וילדה בן נגוע במחלה. ההורים הגישו בשמו של הקטין תביעת רשלנות נגד הרופאה וכנגד בית החולים בלינסון שבו עבדה. בעניין *Curlender v. Bio Science Laboratories*³⁸ פנו הוריה של התובעת אל המעבדה הנחבצת כדי לברר אם הם נושאים גנים של מחלת טאי-זקס. עקב התרשלות של המעבדה נמסר להם מידע שגוי, ועל יסוד מידע זה הם החליטו להעמיד צאצאים. למרבה הצער נולדה להם ילדה חולת טאי-זקס, וזו תבעה פיצויים מהמעבדה. דומה כי עתה, לאחר השלמת תהליך מיפוי הגנום

36 ראו, למשל, ת"א (י-ם) 697/94 רזון ג' הסתדרות מדיצינית עין כרם – ירושלים (לא פורסם, 26.10.1997).

37 לפירוש נוסף ראו *Genetic Disorders and the Fetus: Diagnosis, Prevention and Treatment* 33-52, 123-148, 647-663, 759-768 (Aubrey Milunsky ed., 3d ed., 1992); *Prenatal Diagnosis in Obstetric Practice* 7-20 (M.J. Whittle & J.M. Connor eds., 1989); James E. Dimmick & Dagmar K. Kalousek, *Developmental Pathology of the Embryo & Fetus* 107 (1992).

38 165 Cal. Rptr. 477 (1980).

האנושי, בדיקות קדם-התעברות של רקמות ההורים תהפוכנה בהדרגה לשכיחות יותר, מקיפות יותר ואמינות יותר. חשוב לציין שבמקרים מסוימים אין צורך בבדיקת דם של ההורים לשם חשיפת הסיכון, ודי בפענוח נאות של סימני-אזהרה חיצוניים. בעניין *Park v. Chessin*,³⁹ למשל, ילדה אישה ילד עם כליה פוליציסטית, שנפטר חמש שעות לאחר הלידה. בעקבות האירוע פנתה האישה לרופאים שטיפלו בה במהלך ההריון, וביקשה לברר אם קיים חשש להישנות המחלה אצל ילדים שיוולדו לה בעתיד. הרופאים אמרו לה כי המחלה אינה תורשתית, וכי משום כך הסיכוי להישנות זניח. על יסוד חוות הדעת שקיבלה החליטה האישה להתעבר שנית, וגם הפעם באה לעולם ילדה חולה. ההורים הגישו בשמם ובשמה של הקטינה תביעה כנגד הרופאים. התרשלותם של הנחבטים במקרה זה נוגעת לניתוח השגוי של המידע שעמד לרשותם בלי צורך בבדיקה מיוחדת.

2. בדיקת רקמות שמקורן בעובר: על ידי בדיקה מסוג זה ניתן לברר אם העובר סובל מליקוי כרומוזומלי או תורשתי. הבדיקה השכיחה ביותר של רקמה עוברית היא בדיקת מי השפיר (amniocentesis), שבמהלכה נוטלים בעזרת מחט מונחית אולטראסאונד מעט מנוזל השפיר, שבו מצויים תאים שמקורם בגוף העובר. התאים מופרדים מהנוזל באמצעות צנטריפוגה, ולאחר מכן מתבצעות בדיקות בנוזל ובתרכיב של התאים העובריים. בדיקת מי שפיר מתבצעת, על פי רוב, בשבועות 16-20 להריון. כשל בלתי-סביר באחד משלבי הבדיקה (לרבות שלב הדיווח על תוצאותיה) נחשב להתרשלות של הגורם המטפל, העשויה להוליד תביעות בגין חיים בעוולה (או לידה בעוולה).⁴⁰ חשוב לזכור, שגם אי-ביצוע בדיקה ואי-ידוע האישה ההרה על הצורך בביצועה כשהנסיבות מחייבות זאת (למשל, כשמדובר כאשה שגילה עולה על 35 שנים) הם בגדר התרשלות.⁴¹ יצוין, כי לצד בדיקת מי השפיר מוכרות כיום שיטות הבחנה נוספות המבוססות על עיקרון דומה: בדיקת קרום הסיסים (chorionic villus sampling), שביצועה אפשרי כבר בשבוע השמיני להריון (ועד השבוע ה-12); בדיקת דם מחבל הטבור (fetal umbilical cord blood sampling), שביצועה אפשרי מהשבוע ה-18; ובדיקת תאים עובריים המצויים בדמה של האם (fetal cells in maternal circulation).

Park v. Chessin, 387 N.Y.S. 2d 204 (1976), modified, 400 N.Y.S. 2d 110 (1977), modified, 46 N.Y.2d 401 (1978).

לדוגמא: *Gildiner v. Thomas Jefferson University Hospital*, 451 F.Supp. 692 (1978); ראה גם פסק-דין *Alquijay*, הערה 21 לעיל.

לחביעות שהתבססו על אי-ביצוע או אי-המלצה לבצע בדיקת מי שפיר ראו *Greenberg v. Kliot*, 42 N.Y. 2d 818 (1977); 367 N.Y.S. 2d 966 (1975); *Johnson v. Yeshiva University*, 46 N.Y. 2d 337 (1977); *Becker v. Schwartz*, 46 N.Y. 2d 337 (1977); *Karlsons v. Guerinet*, 394 N.Y.S. 2d 933 (1977); *Azzolino v. Dingfelder*, 337 S.E. 2d 528 (1979); *Berman v. Allan*, 404 A.2d 8 (1979); 528 (1985).

3. בדיקת אולטראסאונד: בדיקה זו מתבססת על שידור גל קול בתדר גבוה אל תוך גוף האישה. הגל, שנחקל ברקמות השונות בגוף העובר מוחזר אל מכשיר הבדיקה. באמצעות עיבוד מורכב של האותות המוחזרים, המבוסס על ההבדלים בצפיפות הרקמות, מתקבלת תמונת העובר על מסך. הבדיקה יכולה להתבצע בשלבים שונים של ההריון, אך כדי לחשוף ליקויים מבניים מקובל לבצע בדיקה כזו בין השבועות 20-24 להריון. בישראל עוברת כל אישה הרה כמה בדיקות אולטראסאונד במהלך ההריון, ועל כן אין זה פלא שמרבית התביעות שהוגשו אצלנו בגין חיים בעוולה (ולידה בעוולה) התבססו על התרשלות בביצוע בדיקת אולטראסאונד, שבעטיה לא נתגלה מומו של העובר.⁴²

הדוגמאות הללו, על אף חשיבותן הרבה, אינן מציגות תמונה מלאה של מסכת-הבדיקות שניתן וראוי לבצע לאישה לקראת ההריון ובמהלכו. הליווי הרפואי של אם-לעתיד צריך להתאים לנסיבותיה המיוחדות של כל אישה. לדוגמא, חשיפת האם לנגיף במהלך ההריון (ובמיוחד לנגיף האדמת) עלולה לגרום נזק לעובר. אם הרופא המטפל אינו מגלה את מחלתה של האישה ההרה, או אינו מבהיר לה – לאחר גילוי המחלה – את הסיכון שאליו נחשף העובר, עלולה האישה להימנע מביצוע הפלה, שאותה הייתה מבצעת, קרוב לוודאי, אילו נמסר לה המידע המלא. בנסיבות אלה ניתן לומר שהרופא התרשל, והתרשלותו הובילה להולדתו של ילד בעל מום. מובן, כי המום עצמו אינו נובע מההתרשלות. סיטואציה עובדתית כזו עמדה במרכזם של כמה מפסקי הדין המנחים בענייננו בשיטות משפט שונות.⁴³ ניתן לחשוב גם על סיטואציה נוספת, שבה אישה שמפאת מחלתה אינה יכולה להפסיק את השימוש בתרופה מסוימת, פונה לרופא כדי לברר אם תהא לשימוש בתרופה השפעה על העובר (הקיים או המתוכנן). אם הרופא מודיע לה שאין חשש כזה או שהפגמים האפשריים יהיו קלים בלבד, למרות שעל פי הספרות המקצועית קיימת קורלאציה בין שימוש בתרופה לבין מומים קשים

⁴² ע"א אזולאי, הערה 2 לעיל; ע"א 434/94 פלונית, קטינה באמצעות הוריה נ' מור – המכון למידע רפואי, פ"ד נא(4) 205; ע"א 5554/94 ארז שפיר, קטין נ' מור המכון למידע (לא פורסם, 19.5.1998); ע"א 3186/98 מזרחי נ' קופת חולים לעובדים לאומיים, פ"ד נו(1) 924; ת"א (ת"א) 1240/93 פלונית (קטינה) נ' סורקי – רמת מרפא (רמת גן) (לא פורסם, 1.9.1996); ת"א (ב"ש) 92/93 ירקוני נ' ד"ר רוזן (לא פורסם, 9.2.1998); ת"א (י-ם) 1591/96 יהודה נ' מרכז רפואי אסף הרופא (לא פורסם, 27.11.2001).

⁴³ בארצות-הברית: פסק-דין *Gleitman*, הערה 3 לעיל; *Dumer v. St. Michael's Hospital*, 233 N.W. 2d 372 (1975); פסק-דין *Procanic*, הערה 21 לעיל; *Blake v. Cruz*, 698 P.2d 315 (1984); *Smith v. Cote*, 513 A. 2d 341 (1986); *McKay v. Essex Area Health Authority* [1982] Q.B. 1166, BGH (18.1.1983) BGHZ 86, 240, JZ 1983, בגרמניה; *Cass. Assemblée Plénière*, 17 novembre 2000, Bull.Ass.Plén. n° 9, p. 15, בצרפת.

יותר, מדובר בחוות דעת רשלנית, שעלולה להוביל להולדתו של תינוק בעל מום, שלולא ההתרשלות לא היה נולד כלל.⁴⁴ עתה, לאחר שיסודותיה העובדתיים של התביעה התבררו די-הצורך, נוכל לפנות אל הזירה המשפטית. בחלקו הראשון של המאמר ננתח את עילת התביעה המסורתית של הקטין נגד היועץ. נראה, כי במרבית שיטות המשפט המערביות תביעה המכוססת על עילה זו היא חסרת סיכוי, ונסביר מדוע כך הם פני הדברים. בחלקו השני של המאמר נציע להחליף את עילת התביעה המסורתית במודל מושגי חדש, העשוי להניב תוצאות מוצלחות יותר מנקודת מבטו של הקטין הסובל.

א. המודל המושגי המסורתי

1. תמונת מצב

תביעות בגין חיים בעולה "סובלות" מזיקה אינטואיטיבית בלתי-נמנעת לתביעות אחרות שעניינן רשלנות מקצועית. העובדה שישנו בעל מקצוע אשר "לא השתמש במיומנות, או לא נקט מידת זהירות, שאדם סביר ונבון וכשיר לפעול באותו משלח-יד היה משתמש או נוקט באותן נסיבות"⁴⁵, הופכת את הסיטואציה שבה עסקינן – לפחות למראית עין – לסיטואציה הבאה באופן טבעי בגדרם של דיני הנזיקין. ואמנם, בכל שיטות המשפט שבהן התעוררה השאלה היא התעוררה, ברגיל, כשאלת נזיקין. דא עקא, שבמרבית השיטות השימוש במודל המסורתי לא הניב הצלחה של ממש לקטינים האומללים. כמעט בכל יוריספרודנציה מערבית (ובמובן זה שיטת המשפט הישראלית היא שיטה חריגה) נחלו התובעים כישלון חרוץ. אפילו בשיטות הבודדות שהכירו בעילת התביעה של הקטין התחוללה ברוב המקרים ריאקציה שיפוטית או חקיקתית, ששללה מהקטינים את עילתם. הצגת הנעשה במדינות הים היא, לטעמי, בעלת חשיבות רבה, היות שהיא מאפשרת לנו להבין את עוצמת הרתיעה האוניברסלית מהטלת אחריות בנזיקין בגין חיים בעולה, עוד לפני שנעבור לבחינת צידוקיה. הקונצנזוס העולמי מהווה ראיה מוצקה לכך שקיים דיסוננס אמיתי בין המסגרת המושגית של דיני הנזיקין (על כל גרסאותיה) לבין תביעות בגין חיים בעולה. בשלב הראשון איננו מבקשים לעמוד על טיבו, אלא לנסות ולהוכיח את עצם קיומו.

44 לדוגמא: *Harbeson v. Parke Davis Inc*, 656 P. 2d 483 (1983). במקרה זה האם, שהייתה חולת אפילפסיה, טופלה בתרופה בשם דילאנטין. הרופאים הנתבעים אמרו לה, בלי לערוך בדיקה רצינית, כי התרופה עלולה לגרום להולדתם של ילדים בעלי חך שסוע או שעירות יתר. הסתבר, שהתרופה עלולה לגרום גם מומים קשים יותר. על יסוד חוות הדעת של הרופאים החליטה האשה להתעבר, והמשיכה ליטול את התרופה במהלך ההריון. נולדו לה שתי בנות בעלות מומים קשים.

עיינו עוד *Lacroix v. Dominique* [2001] M.B.C.A. 122. סעיף 35 לפקודת הנזיקין.

באנגליה נדונה הסוגייה והוכרעה על ידי בית המשפט לערעורים בעניין *McKay v. Essex Area Health Authority*.⁴⁶ באותו מקרה חלתה אישה באדמה בזמן הריונה. האישה לא הייתה מודעת לסיכון, מכיוון שאנשי המעבדה של הנתבעת התרשלו בניתוח דגימות הרם שמהן ניתן היה ללמוד על מחלתה. בסופו של דבר נולדה לה באוגוסט 1975 ילדה בעלת מומים. בית המשפט לערעורים קיבל את תביעתה של האם בגין לידה בעוולה, אך קבע כי המשפט המקובל אינו מכיר בעילת התביעה של הקטינה. נימוקיו של בית המשפט יתבהרו בהמשך. בשנת 1976, בעקבות המלצותיה של ועדה-מלכותית,⁴⁷ נחקק באנגליה חוק המומים המולדים (אחריות אורחית).⁴⁸ החוק, שנכנס לתוקפו לאחר הולדתה של החובעת בעניין *McKay* (אך לפני שניתן פסק הדין באותו עניין), עוסק – לפי הוראתו המפורשת – במומים שלא היו קיימים לולא התנהגותו של הנתבע (ובהם בלבד).⁴⁹ בעניין *McKay* נאמר, אגב אורחא, כי נוסח זה שולל תביעות בגין חיים בעוולה שבהן המום אינו נובע מהתנהגותו של הנתבע.⁵⁰ החוק חל על לידות שהתרחשו מרגע כניסתו לתוקף (22.7.1976), ולגבי לידות אלה הוא מחליף כל דין קודם העוסק באחריות כלפי קטין שנולד בעל מום.⁵¹ פירוש הרבר הוא, שאדם שנולד לפני המועד האמור מנוע מהגשת תביעה בגין חיים בעוולה לפי הלכת *McKay*, ואדם שנולד לאחר אותו מועד לא יוכל להגיש תביעה כזו לפי הוראתו של המחוקק. מכיוון שחלפו כבר יותר מ-25 שנים מיום כניסתו לתוקף של החוק, ברי כי מנקודת המבט של בתי המשפט באנגליה עיקר חשיבותו של פסק הדין בעניין *McKay* הוא בפירוש שניתן בו (בדרך אגב) לחוק המומים המולדים, ולא בהלכה הנוגעת למעמדו של הקטין לפי המשפט המקובל. אולם, בשיטות בעלות זיקה הדוקה לדין האנגלי, שבהן לא קיים חוק דומה, ההלכה הנוגעת לזכותו של הקטין במשפט המקובל היא הלכה רבת-חשיבות. ואמנם, בתי המשפט בכמה ממדינות אוסטרליה הגיעו אף הם למסקנה שאין להכיר

John Finch, "No Wrongful Life," 132 *New L.J.* 235 (1982).
 46 [1982] Q.B. 1166, [1982] 2 All E.R. 771 (C.A.). הערת פסיקה: "No".

Report on Injuries to Unborn Children (Cmd. 5709, August 1974).
 47

Congenital Disabilities (Civil Liability) Act, 1976, Ch. 28.
 48

§1(2): "An occurrence to which this section applies is one which... so that the child is born with disabilities which would not otherwise have been present".
 49

ראה הערה 46 לעיל. פירוש זה מתיישב עם תכלית החקיקה, כפי שהיא באה לידי ביטוי בדברי ההסבר לסעיף 2(1): "This paragraph is so worded as to import the assumption that, but for the occurrence giving rise to a disabled birth, the child would have been born normal and healthy (not that it would not have been born at all)".
 50

הערה 47, Report on Injuries to Unborn Children: "We do not think that, in the strict sense of the term, an action for 'wrongful life' should lie".
 51

סעיף 4(5) לחוק.

בעילת תביעה בנוזקין בגין חיים בעולה. כך אירע בניו סאות' וויילס⁵² ובקווינסלנד⁵³ בקנדה הוכרעה השאלה באופן דומה על ידי בתי משפט באונטאריו,⁵⁴ בבריטיש קולומביה⁵⁵ ובמאניטובה.⁵⁶

בארצות-הברית פועלות כיום, בצד מערכת המשפט הפדרלית, 50 שיטות משפט מדינתיות. בתי המשפט של כל מדינה רשאים ליצור ולפתח באופן נפרד ועצמאי את המשפט המקובל, החל על עניינים אזרחיים בתחום סמכותם.⁵⁷ אין זה פלא, אפוא, שישנן סוגיות רבות במשפט הפרטי שלגביהן לא ניתן להצביע על "תפיסה אמריקנית" אחידה. ניתן, עם זאת, לאתר מגמות בולטות בפסיקה ובחקיקה, וכך נעשה גם כאן. דומה, כי בענייננו התלבטותם של בתי המשפט לא הייתה רבה. הגישה הרווחת בארצות-הברית היא שקטין שנולד בעל מום אינו יכול לתבוע בנוזקין את האדם שגרם – במעשה או במחדל רשלני – להולדתו (אלא אם המום עצמו הוא תולדה של ההתרשלות). פסק הדין המנחה ניתן על ידי בית המשפט העליון של ניו ג'רזי בשנת 1967 בעניין *Gleitman v. Cosgrove*.⁵⁸ באותו מקרה הודיעה אישה הרה לרופא הנשים שטיפל בה שבמהלך החודש הראשון להריונה היא סבלה ממחלת האדמת. הרופא אמר לה כי למחלה לא תהא כל השפעה על העובר, למרות שידע שאחד מכל חמישה עוברים שנחשפו לנגיף האדמת במהלך הטרימסטר הראשון של ההריון נולד בעל מום.⁵⁹ הילד נולד כשהוא סובל מליקויי ראייה, שמיעה ודיבור, והגיש – באמצעות הוריו – תביעת נוזקין כנגד הרופא. התביעה נדחתה.⁶⁰

52 פסק-דין *Edwards*, הערה 22 לעיל; [2002] N.S.W.S.C. 461; *Harrington v. Stephens*; [2002] N.S.W.S.C. 462; *Waller v. James*.

53 [1995] Q.S.C. 260; *Hayne v. Nyst*.

54 [1998] 166 D.L.R. 4th 743; *Mickle v. Salvation Army Grace Hospital*.

55 [1999] 44 W.W.R. 568 (B.C.S.Ct.); *Jones v. Rostvig* (1999) 44 C.C.L.T. 2d 312 (B.C.S.Ct.); *Arndt v. Smith* [1994] 8 W.W.R. 568 (B.C.S.Ct.).

56 פסק-דין *Lacroix*, הערה 44 לעיל.

57 [1938] 304 U.S. 64; *Erie Ry. Co. v. Tompkins*.

58 הערה 3 לעיל.

59 שם. הרופא הסביר בבית המשפט כי השקפת עולמו היא שגרמה לו להימנע ממסירת המידע לאמו של התובע. לדבריו, רופאים רבים ימליצו לאשה הרה, שחלתה באדמת בטרימסטר הראשון, להפיל את העובר, אולם לפי גישתו אין זה ראוי לחסל ארבעה תינוקות בריאים רק מכיוון שהחמישי ייוולד בעל מום.

60 גם תביעתם של ההורים בגין "לידה בעולה" נדחתה (שם, בעמ' 693), אולם רכיב זה של פסק הדין לא השתרש בפסיקה המאוחרת.

בעקבות פסק דין זה נדחתה העילה על ידי בתי המשפט ביותר מ-20 מדינות נוספות, ובהן אוהיו,⁶¹ אילינוי,⁶² אלבמה,⁶³ אריזונה,⁶⁴ ג'ורג'יה,⁶⁵ דלאוור,⁶⁶ ויומינג,⁶⁷ וסקונסין,⁶⁸ וירג'יניה,⁶⁹ וירג'יניה המערבית,⁷⁰ טקסס,⁷¹ מישיגן,⁷² מסצ'וסטס,⁷³ מרילנד,⁷⁴ נבאדה,⁷⁵ ניו-המפשייר,⁷⁶ פלורידה,⁷⁷ קולורדו,⁷⁸ קנזס,⁷⁹ קנטאקי,⁸⁰ דרום-קרוליינה⁸¹ וצפון-קרוליינה.⁸² במדינות אחרות נשללה עילתו של הקטין על ידי

- Hester v. Dwivedi*, 733 N.E.2d 1161 (2000) 61
Goldberg v. Ruskin, 499 N.E.2d 406 (1986); *Siemieniec v. Lutheran General Hospital*, 512 N.E.2d 691 (1987) 62
 פסק-דין *Elliott*, הערה 22 לעיל. 63
Walker v. Mart, 790 P.2d 735 (1990) 64
Spires v. Kim, 416 S.E.2d 780 (1992), *certiorari denied*, 1992 Ga. LEXIS 482 65
Garrison v. Medical Center of Delaware Inc., 581 A.2d 288 (1989) 66
Beardsley v. Wierdsma, 650 P.2d 288 (1982) 67
 במקרה של חיים בעולה על פי הגדרתנו כאן.
 פסק-דין *Dumer*, הערה 43 לעיל. 68
Glascocock v. Laserna, 30 Va. Cir. 366 (1993); *Barnes v. Head*, 30 Va. Cir. 218 (1993) 69
James G. v. Caserta, 332 S.E.2d 872 (1985) 70
 בגין לידה בעולה צריך לכלול את הוצאות הטיפול בילד למשך כל חייו (גם לאחר הגיעו לבגרות) אם הוא אינו יכול לדאוג לעצמו.
Nelson v. Krusen, 678 S.W.2d 918 (1984) 71
Eisbrenner v. Stanley, 308 N.W.2d 209 (1981); *Strohmaier v. Associates in Obstetrics & Gynecology P.C.*, 332 N.W.2d 432 (1982); *Dorlin v. Providence Hospital*, 325 N.W.2d 600 (1982); *Proffitt v. Bartolo*, 412 N.W.2d 232 (1987), *leave to appeal denied*, 430 Mich. 860 (1988) 72
Viccaro v. Milunsky, 551 N.E.2d 8 (1990) 73
Kassama v. Magat, 792 A.2d 1102 (2002) 74
Greco v. United States, 893 P.2d 345 (1995) 75
 פסק-דין *Smith*, הערה 43 לעיל. 76
Moore v. Lucas, 405 So.2d 1022 (1981); *DiNatale v. Lieberman*, 409 So.2d 512 (1982); *Kush v. Lloyd*, 616 So.2d 415 (1992) 77
Lloyd v. Kush, 616 So.2d 415 (1992). ודוק: בית המשפט העליון קבע בעניין *Kush v. Lloyd* כי הפיצוי שניתן להורים בגין לידה בעולה צריך לכלול את הוצאות הטיפול בילד למשך כל חייו.
Lininger v. Eisenbaum, 764 P.2d 1202 (1988) 78
Bruggeman v. Schimke, 718 P.2d 635 (1986) 79
Schork v. Huber, 648 S.W.2d 861 (1983); *Bogan v. Altman & McGuire P.S.C.* 2001 Ky. App. LEXIS 21 80
Phillips v. United States, 508 F.Supp 537 (1980) (applying South Carolina law) 81
 פסק-דין *Azzolino*, הערה 41 לעיל. בית המשפט העליון הפך את החלטתו של בית המשפט לערעורים שהכיר בעילה: *Azzolino v. Dingfelder*, 322 S.E.2d 567 (1984) 82

המחוקק. כך אירע באיידהו,⁸³ באינדיאנה,⁸⁴ בדרום-דקוטה,⁸⁵ בצפון-דקוטה,⁸⁶ ביוטה,⁸⁷ במינסוטה,⁸⁸ במיזורי,⁸⁹ במישיוגן⁹⁰ ובפנסילבניה.⁹¹ רק במספר מצומצם של מדינות זכאי הילד לפיצויי נזיקין. ערכאת-ביניים במדינת ניו-יורק הייתה הראשונה שהכירה, בשנת 1977, בזכות התביעה של הקטין בנסיבות של "חיים בעוולה";⁹² אולם כעבור חודשים ספורים הפך בית המשפט לערעורים את הקערה על פיה.⁹³ בתחילת שנות ה-80 של

Idaho Code §5-334(1): "A cause of action shall not arise, and damages shall not be 83
awarded, on behalf of any person, based on the claim that but for the act or omission
of another, a person would not have been permitted to have been born alive but
would have been aborted". בעקבות: פסק-דין Blake, הערה 43 לעיל. החוק מונע תביעות
המבוססות על הטענה כי לולא ההתרשלות הייתה מתבצעת הפלה, אך אינו מונע תביעות
המבוססות על הטענה כי לולא ההתרשלות לא הייתה התעברות.

Ind. Code Ann. §34-12-1-1 (נוסח דומה לזה של איידהו). בית המשפט לערעורים של 84
אינדיאנה ציין (במקרה שאינו מקרה של חיים בעוולה לפי הגדרתו כאן), כי הוראת החוק מונעת
רק תביעות המבוססות על הטענה כי לולא ההתרשלות הייתה מתבצעת הפלה, ולא תביעות
המבוססות על הטענה לפיה לולא ההתרשלות לא הייתה התעברות: *Cowe v. Forum Group*
Inc., 541 N.E.2d 962 (1989). אבל בית המשפט העליון קבע, כי לא ניתן להגיש תביעות בגין
חיים בעוולה גם כאשר ההתרשלות קדמה להתעברות: *Cowe v. Forum Group Inc.*, 575
N.E.2d 630 (1991).

S.D. Codified Laws Ann. §§21-55-1: "There shall be no cause of action or award of 85
damages on behalf of any person based on the claim of that person that, but for the
conduct of another, he would not have been conceived or, once conceived, would
not have been permitted to have been born alive..."
שמנעה הפלה וגם על התרשלות שהובילה להתעברות.

N.D. Cent. Code §32-03-43 (נוסח דומה לזה של איידהו). 86

Utah Code Ann. §78-11-24 (נוסח דומה לזה של איידהו). 87

Minn Stat. Ann. §145.424(1) (נוסח דומה לזה של איידהו). 88

Mo. Rev. Stat. §188.130(1) (נוסח דומה לזה של איידהו). בית המשפט העליון של מיזורי פסק 89
כי גם לפני החוק לא עמדה לקטין זכות תביעה; *Wilson v. Kuenzi*, 751 S.W.2d 741 (1988).
certiorari denied, 488 U.S. 893 (1989). מן האסמכתא שהביא בית המשפט עולה, לדעת, כי
הוא לא סבר שיש להבחין בין התרשלות שקדמה להתעברות לבין התרשלות שבאה לאחר
ההתעברות.

Mich. Comp. Laws Ann. § 600.2971(2) (ההוראה דומה במהותה לזו של דרום-דקוטה). 90

42 Pa. Cons. Stat. Ann. §§8305(B) (נוסח דומה לזה של דרום-דקוטה). גם לפני החוק לא 91
הכיר בחי המשפט בזכותו של הקטין; *modified*: *Speck v. Finegold*, 408 A.2d 496 (1979),
Ellis v. Sherman, 515 A.2d 1327 (1986); 497 Pa. 77, 439 A.2d 110 (1981). ראו עוד
Long, הערה 18 לעיל, בעמ' 982-989, 993-995.

Chessin, הערה 39 לעיל; ראו גם פסק-דין *Becker v. Schwartz*, 400 N.Y.S. 119 92
(1977).

Becker, הערה 41 לעיל. (בית המשפט לערעורים דן במאוחד בעניין *Becker* ובעניין 93
Park). ראו גם פסק-דין *Alquijay*, הערה 21 לעיל (יישום מכני של הלכת *Becker*).

המאה ה-20 הכיר בעילה בית המשפט העליון של קליפורניה,⁹⁴ ובעקבותיו עשה כן גם בית המשפט העליון של מדינת וושינגטון.⁹⁵ בשנת 1984 הצטרף אל השניים בית המשפט העליון של ניו-ג'רזי, תוך שהוא מבטל את הלכת *Gleitman*.⁹⁶ שלושת בתי המשפט שהכירו בעילה קבעו שהקטין זכאי לפיצוי בגין ההוצאות המיוחדות הנובעות ממצבו, אך לא בגין כאב וסבל.⁹⁷ ראוי להזכיר כאן שתי מדינות נוספות, שבהן דעת הרוב איננה הדעה השולטת: במיין הכיר המחוקק עצמו בעילת התביעה של הקטין,⁹⁸ ובקונטיקט הסוגייה אמנם לא נדונה על ידי בית המשפט העליון, אך בבתי המשפט דלמטה ישנם קולות לכאן ולכאן.⁹⁹

הרתיעה העקרונית מתביעות בגין חיים בעוולה באה לידי ביטוי גם בשיטות המשפט הקונסטיטוציוניות. בגרמניה נדונה הסוגייה על ידי הבונדסגרנטסהוף בפסק דין ידוע משנת 1983.¹⁰⁰ באותו מקרה, שעובדותיו דומות מאוד לאלה של *McKay* ו-*Gleitman*, נולדה ילדה נכה כתוצאה מכך שאמה חלתה באדמת בשלבים מוקדמים של ההריון.

94 *Turpin v. Sortini*, 643 P.2d 954 (1982). לדיון ביקורתי על פסק הדין, ראו גם: Kurtis J. Kears, "Turpin v. Sortini: Recognizing the Unsupportable Cause of Action for Wrongful Life," 71 Cal. L. Rev. 1278. (1983). ראו להעיר, כי בית המשפט לערעורים בקליפורניה הכיר בעילה כבר שנתיים קודם לכן, ראו פסק-דין *Curlander*, הערה 38 לעיל. אדרבה: בעניין *Curlander*, הערה 38 לעיל, בעמ' 831, הסכים בית המשפט לערעורים לפצות את התובע גם בראש נזק שכיח המשפט העליון בעניין *Turpin* לא היה מוכן לפצות את התובעת בגינו – כאב וסבל. גישתו המרחיבה של בית המשפט לערעורים נתמכה על ידי שופטי המיעוט בעניין *Turpin* (השופטים Mosk ו-Bird), אך היא איננה מהווה חלק מההלכה המחייבת כיום. ראו גם הערה 202 להלן.

95 פסק-דין *Harbeson*, הערה 44 לעיל. לדיון בפסק הדין, שאימץ את הלכת *Turpin v. Sortini*, ראו Mark R. Atwood, "Harbeson v. Parke-Davis, Inc.: A Major Step Forward in the Evolution of Wrongful Life," 10 J. Contemporary L. 203 (1984).

96 פסק-דין *Procanik*, הערה 21 לעיל. בשנת 1992 נקבע כי קטינים שנולדו לפני שניתן פסק הדין בעניין *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973) (פסק הדין שהכיר בזכותה של האישה להפיל), אינם רשאים להגיש תביעה בגין חיים בעוולה מהסוג החלוי בקיומה של זכות להפיל (*Hummel v. Reiss*, 608 A.2d 1341, 1345-1347 (1992)). נראה לי, כי סייג זה אינו רלבנטי עוד, בחלוף 30 שנה מהמועד שבו ניתן פסק הדין בעניין *Roe v. Wade*.

97 פסק-דין *Turpin*, הערה 94 לעיל, בעמ' 964-966; פסק-דין *Harbeson*, הערה 44 לעיל, בעמ' 496-497; פסק-דין *Procanik*, הערה 21 לעיל, בעמ' 761-763.

98 *Anastosopoulos v. Perakis* 1995 Me. Super. Me. Rev. Stat. Ann. tit. 24 §2931. ראו: LEXIS 504. בעבר סירבו בתי המשפט במיין לזכות את הקטין בפיצוי: *Olesen v. McCrann*, 1983 Me. Super. LEXIS 193.

99 ראו, מחד גיסא, *Quinn v. Blau* 1997 Conn. Super. LEXIS 3319, שבו קיבל בית המשפט את תביעתה של הקטינה, ומאידך גיסא, *Donnelly v. Candlewood Obstetric-Gynecological Associates*, 1992 Conn. Super. LEXIS 1682, שבו נדחתה תביעתו של הקטין.

100 BGH (18.1.1983) BGHZ 86, 240, JZ 1983, 447.

הרופא הנתבע לא אבחן את המחלה – אבחנה שהייתה מובילה את האם לבצע הפלה. בית המשפט העליון קבע בלא היסוס כי לא עומדת לקטינה עילת תביעה.¹⁰¹ בית המשפט העליון של אוסטרליה הגיע למסקנה דומה במקרה של התרשלות בביצוע בדיקת אולטראסאונד.¹⁰² בצרפת חלה לאחרונה מהפכה של ממש ביחס לתביעות בגין חיים בעוולה. בשורה של מקרים שהגיעו אל בית המשפט לקסציה בשלהי המאה ה-20 ובתחילת המאה ה-21 הכיר בית המשפט בעילת התביעה של הקטין בנסיבות של חיים בעוולה.¹⁰³ במקרה אחד ביקשו ההורים המיועדים לברר אם ילדיהם עלולים לסבול מהפרעה נוירולוגית מסוימת. הם פנו ליועץ גנטי, שאמר להם כי החשש אינו מוצדק, ועל יסוד חוות הדעת החליטה האישה להתעבר. הילד שנולד סבל מהמום האמור ותבע פיצוי מן היועץ. תביעתו נתקבלה.¹⁰⁴ במקרה נוסף נאמר לאישה חרה כי היא אינה חולה באדמת. האבחנה הייתה שגויה מחמת התרשלותם של הרופא המטפל ושל אנשי המעבדה שאליה נשלחה דגימת הדם של האישה. שנה לאחר הלידה התפתחו אצל היילוד הפרעות שונות, שנבעו מהחשיפה לנגיף במהלך ההריון. האישה הגישה תביעה נגד המעבדה ונגד הרופא המטפל בשמה ובשם הקטין, וכל התביעות נתקבלו.¹⁰⁵ למרות הסתייגותה של ה-Conseil D'Etat מהתוצאות שאליהן הגיע בית המשפט לקסציה,¹⁰⁶ דבק האחרון בעמדתו. בסוף שנת 2000 חזר בית המשפט וקבע כי אין מגיעה לפצות קטין שנולד עיוור, חירש ובעל פיגור שכלי בשל התרשלותם של הנתבעים בגילוי מחלת האדמת ממנה סבלה אמו בזמן ההריון, כאשר לולא ההתרשלות הייתה האם מפילה את העובר.¹⁰⁷ כעבור שנה קיבל בית המשפט לקסציה תביעה של קטין שסבל מתסמונת דאון נגר מומחה שלא גילה את המום בבדיקות שביצע לאם במהלך ההריון.¹⁰⁸ פסקי הדין הללו עוררו תגובות קשות משני כיוונים: נציגי ארגונים של אנשים בעלי מוגבלות טענו בתוקף כי פסקי הדין של בית המשפט לקסציה מתייחסים לחייהם כנחותים

101 ראו גם BGH (4.3.1997) NJW 1997, 1638.

102 OGH (25.5.1999) JBI 1999, 593.

103 ראו גם Genevieve Viney, "Chronique" J.C.P. 1996.I.3985; W. van Gerwen & J. Lever, P. Larouche, *Cases, Materials and Text on National, Supernational and International Tort Law* 116-118 (2000).

104 Cass. Chambre Civile Ire, 26 mars 1996, Bull.Civ.I n° 155, p. 109.

105 Cass. Chambre Civile Ire, 26 mars 1996, Bull.Civ.I n° 156, p. 109.

106 Conseil D'Etat, 14 février 1997, J.C.P. 1997.II.22828.

107 Cass. Assemblée Plénière, 17 novembre 2000, Bull.Ass.Plén. n° 9, p. 15. מדובר בלגול מאוחר של העיין שהובא בפני בית המשפט לקסציה כבר בשנת 1996 (הערה 105 לעיל).

המקרה נודע בעיתונות כמקרה Nicolas Perruche.

108 Cass. Assemblée Plénière, 28 novembre 2001, Bull.Ass.Plén. n° 16, p. 33.

Cass. Assemblée Plénière, 13 juillet 2001, Bull.Ass.Plén., n° 10, pp. 21-22 (n°s de pourvoi: 97-17.359, 97-19.282 et 98-19.190). בקובץ מובאים שלושה ערעורים שונים

שנדיחו באותו יום.

מאי-קיום, ואילו נציגי הרופאים טענו כי פסקי הדין הללו יעודדו אותם להמליץ על הפלות גם כשהחשש לקיומו של מום הוא קל שבקלים. הם הוסיפו ואמרו כי ההחלטות האחרונות הובילו לעלייה ניכרת בפרמיית הביטוח שהם נדרשים לשלם. מומחי אולטראסאונד אף פתחו בשביתה שנמשכה שבוע ימים. הלחצים נשאו פרי, וכיום 10.1.2002 קיבלה האסיפה הלאומית הצעת חוק, שלפיה אף אדם לא יוכל לטעון, כי נגרם לו נזק מחמת הולדתו.¹⁰⁹ ההסדר המוצע, שבעת כתיבתן של שורות אלה טרם אושר על ידי הסנאט, יציב את שיטת המשפט הצרפתית בשורה אחת עם השיטות הגרמניות ועם מרבית השיטות האנגלו-אמריקניות. ניתן, אפוא, לסכם ולומר שישנה הסכמה כמעט אוניברסלית בדבר שלילתה של הזכות לפיצויי נזיקין בגין חיים בעוולה. הגיעה השעה לברר מדוע.¹¹⁰

2. מסגרת הדין

טענתי, כי העמדת תביעתו של הקטין כנגד היועץ על עילת נזיקין היא טעות קונספטואלית. הטענה מבוססת על הבנת הגבולות המושגיים של דיני הנזיקין ברמת ההפשטה הגבוהה ביותר, ועל כן אין נפקא מינה אם הניסיון לתבוע פיצוי בגין חיים בעוולה נעשה במסגרת עוולת הרשלנות או במסגרת חלופית המצויה אף היא בחיקם של דיני הנזיקין.¹¹¹ עם זאת, ניתן לעשות שימוש במסגרת המושגית הפורמלית של עוולת הרשלנות כדי להסביר מדוע תביעות בגין חיים בעוולה לעולם לא תוכלנה למצוא את מקומן בתחום אדנותם של דיני הנזיקין. העוולה, המוגדרת אצלנו בסעיפים 35 ו-36 לפקודת הנזיקין, היא עוולת מסגרת מופשטת. היא יכולה לחול על סיטואציות רבות ומגוונות, לרבות סיטואציות חדשות שהמחוקק ובתי המשפט לא חשבו עליהן כלל. הגישה המקובלת בפסיקה היא ש"הקטיגוריות של הרשלנות לעולם אינן סגורות, לעולם אינן נוקשות ולעולם אינן שוקטות על השמרים, אלא נקבעות הן בהתאם לתחושת

109 Assemblée nationale (11ème législature), session ordinaire de 2001-2002, texte adopté n° 757 (10 janvier 2002): proposition de loi relative à la solidarité nationale et à l'indemnisation des handicaps congénitaux. סעיף 1 לנוסח שנתקבל על ידי האסיפה הלאומית מורה בזה הלשון: "Nul, fût-il né handicapé, ne peut se prévaloir d'un préjudice: du seul fait de sa naissance". לתיאור הנסיבות, שהגיעו את תהליך החקיקה, ראו: BBC News (10.1.2002) "France rejects 'right not to be born'" <http://news.bbc.co.uk/1/hi/English/world/europe/newsid_1752000/1752556.stm>

110 חשוב להבין, כי אם נצליח להצדיק את הגישה הרוחת במרבית שיטות המשפט המערביות, נאלץ להודות שהתוצאה שאליה הגיע בית המשפט העליון של ישראל בע"א זייצוב, הערה 1 לעיל, הייתה לא רק חריגה אלא גם שגויה.

111 ברור, עם זאת, שכל ניסיון ליצור עוולה חדשה של "חיים בעוולה" נדון מראש לכישלון על פי הדין הישראלי, בהתחשב בכלל הרשימה הסגורה. ראו ע"א 153/54 ידר נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד י 1246; ע"א 572/74 רייטמן נ' בנק המזרחי המאוחד, פ"ד כט(2) 57.

המוסר והצדק החברתי והסוציאלי וצורכי החברה המשתנים.¹¹² שאלת האחריות בסיטואציות שאינן באות בגדרה של עוולה פרטיקולרית, תיבחן בדרך כלל במסגרת עוולת הרשלנות; לכן גבולותיה של עוולת הרשלנות הם במידה רבה גבולותיהם של דיני הנזיקין, ואם תביעה בגין חיים בעוולה לא תצלח כתביעת רשלנות, סיכוייה להתקבל על יסוד עילת נזיקין אחרת הם אפסיים. הבחירה בעוולת הרשלנות כמסגרת המושגית הפורמלית לדיון תואמת אף את ניסיונו בעולם המעשה: בשיטת המשפט הישראלית, כמו בכל שיטות המשפט האנגלו-אמריקניות, תביעות בגין חיים בעוולה נדונות על פי רוב כתביעות רשלנות רגילות.

עוולת הרשלנות מבוססת, כידוע, על ארבעה יסודות: קיומה של חובת זהירות, הפרת החובה (ההתרשלות), נזק וקשר סיבתי בין ההתרשלות לבין הנזק. אנו נדון אך ורק בשלושה מהם. נניח כי יסוד ההתרשלות קיים, והיינו: כי היועץ הנתבע לא השתמש במיומנות שאדם סביר ונבון הכשיר לפעול כיועץ היה משתמש בה, או שלא נקט את מידת הזהירות שאדם כאמור היה נוקט בנסיבות המקרה. הסיבה לכך היא כפולה. ראשית, שאלת ההתרשלות במקרים של חיים בעוולה היא שאלה שהתשובה לה תלויה בנסיבותיו המיוחדות של כל מקרה. מטרת העיקרית היא להציג את כשליה של תביעת הנזיקין בגין חיים בעוולה ברמה המושגית המופשטת ביותר, ועל כן לדיון מדוקדק בהתנהגותו של יועץ פלוני במקרה קונקרטי אין חשיבות רבה עבורנו. שנית, מדובר בשאלה שהתשובה לה מצריכה דיון בדרך הנאותה לביצועם של הליכים רפואיים. את חיזוי הדעה בעניינים כאלה ראוי, כמובן, להותיר בידיהם של בעלי המומחיות הנדרשת. מבחינת הסדר ההגיוני של הדברים, שאלת קיומה של חובת זהירות היא השאלה הראשונה שעליה אנו נדרשים להשיב. בהעדר חובה לא ניתן להפר את החובה, ובהעדר הפרה של חובת זהירות אין רשלנות. מכיוון שהנחנו את קיומה של ההתרשלות תידון סוגיית הנזק מיד לאחר הדיון בחובת הזהירות. לבסוף נתייחס לקשר הסיבתי בין הפרת החובה לבין הנזק.

3. חובת הזהירות

(א) המבחנים לקיומה של החובה

פלוני חב חובת זהירות "כלפי כל אדם וכלפי בעל כל נכס, כל אימת שאדם סביר צריך היה באותן נסיבות לראות מראש, שהם עלולים במהלכם הרגיל של דברים להיפגע" מהתרשלותו (סעיף 36 לפקודת הנזיקין). הפקודה נוקטת לשון "צריך היה לראות מראש". כידוע, בפסיקה נקבע שלא כל נזק שניתן לצפותו צריך לצפותו. הכלל הוא שכאשר הנזק צפוי כעניין פיזי צריך לצפותו כעניין נורמטיבי, אלא אם יש שיקולי

112 ע"פ 186/80 יערי נ' מדינת ישראל, פ"ד לה(1) 769, 779.

מדיניות התומכים בשלילת חובת הזהירות או בצמצומה חרף יכולת הצפייה.¹¹³ עוד נפסק, כי יש שני סוגים של שיקולים שעשויים להצדיק את צמצום החובה או את שלילתה:¹¹⁴ (א) שיקולים שמקורם בדיני הנזיקין עצמם, המתמצים בעיקרון השכנות – בית המשפט לא יכיר בקיומה של חובת זהירות כשהצדדים "רחוקים" זה מזה; חובת זהירות קיימת כלפי ה"שכן" ולא כלפי כולי עלמא;¹¹⁵ (ב) שיקולים החורגים מתחום דיני הנזיקין – גם אם קיימת צפיות במובן הפיזי והצדדים "שכנים", ייתכן שתהיינה סיבות אחרות שבגינן יימנע בית המשפט מהכרה בקיומה של חובת זהירות. הכוונה היא לנימוקי מדיניות כלליים הנובעים מהקשר הקיים בין דיני הנזיקין לדינים אחרים במשפט הפרטי והציבורי, ומההשקפה בדבר מקומם ותפקידם של דיני הנזיקין בהכוונה נורמטיבית של התנהגות הפרטים והשלטון.¹¹⁶ סיכומו של דבר – דרושות שלוש אלה: צפיות, שכנות או קרבה, ומסקנה שיפוטית כי הוגן, צודק וסביר להטיל חובת זהירות.¹¹⁷ נזכיר, כי שאלת קיומה של חובת זהירות נבדקת באמצעות שתי בחינות מצטברות: האחת – אם בין סוג המזיקים שאליו משתייך המזיק לבין סוג הניזוקים שאליו משתייך הניזוק קיימים יחסי-רעות לעניין סוג הפעולות שאליו משתייכת פעולת המזיק ולעניין סוג הנזקים שגרם המזיק. זוהי החובה המושגית. שאלת קיומה של חובה מושגית בנויה על חלוקה ועל סיווג כלליים של פעילויות מזיקות, נזקים, מזיקים וניזוקים. הבחינה השנייה היא אם בין המזיק הקונקרטי לבין הניזוק הקונקרטי קיימת חובת זהירות לעניין הפעולות שהתרחשו בפועל ולעניין הנזק שנגרם בפועל. זוהי החובה הקונקרטית. הבחינה הראשונה היא מושגית וכללית; הבחינה השנייה היא פרגמטית וקונקרטית.¹¹⁸

113 ע"א 145/80 ועקנץ נ' המועצה המקומית בית שמש, פ"ד לו(1) 113, 123; ע"א 243/83 עיריית ירושלים נ' גורדון, פ"ד לו(1) 113, 129-130. כבר בע"א 360/59 חיעץ המשפטי לממשלה נ' ברוקביץ, פ"ד יד(1) 206 העלה השופט ויתקן את החשש "שמא יטשטש ההבדל בין מה שניתן – באופן פיזי ואובייקטיבי – לחזות, לבין מה שצריך – כמצווה מוסרית וחברתית – לשים לב אליו" (שם, בעמ' 213).

114 ע"א 915/91 מדינת ישראל נ' לרי, פ"ד מח(3) 45, 65 מול האותיות ד-ה. אמנם, לעתים נובעת השכנות באופן ישיר מהצפיות (הטכנית); כך הדבר במקרים שבהם נגרם לתובע נזק פיזי עקב מעשהו הרשלני של הנתבע (שם, בעמ' 66 מול האותיות ד-ה, 67 מול האות א). אלא, שבהתקיים נסיבות מסוימות לא ניתן לגזור את קיומה של השכנות מקיומה של צפיות. כך, למשל, כאשר מבקשים להטיל אחריות בגין מחדל להבדיל ממצעה, כשהנזק לא נגרם ישירות על-ידי הנתבע אלא על-ידי צד ג' או כשמדובר בנזק כלכלי טהור. אין זאת אומרת, שאם מתקיימות הנסיבות הללו, ואפילו כולן יחד, לא תיקבע לעולם חובת זהירות. במקרה כזה יהיה צורך בעיון מדויק יותר בסוגיית השכנות (שם, בעמ' 67 מול האותיות א-ב).

116 שם, בעמ' 69 מול האות ז-70 מול האות א.

117 שם, בעמ' 66 מול האות ב.

118 ע"א גורדון, הערה 113 לעיל, בעמ' 128 מול האותיות ד-ז. ההבחנה בין חובה מושגית לחובה קונקרטית אינה נקיה מספקות. לא ברור היכן בדיוק נפסקת הבחינה המושגית ומתחילה הבחינה הקונקרטית. בע"א 2061/90 מרצלי נ' מדינת ישראל, פ"ד מז(1) 802 הציע השופט חשן סיווג

עבור שני סוגי החובה עלינו לברר מה יכול היה אדם סביר לצפות (כאפשרות פיזית) או צפה הלכה למעשה, ומה צריך היה אדם סביר לצפות (כעניין נורמטיבי). מכאן, שההבחנה בין צפיות "פיזית" לבין צפיות "נורמטיבית" חותכת את ההבחנה בין חובה מושגית לחובה קונקרטית. כאמור לעיל, קיומה של חובת זהירות במקרה נתון מותנה בקיומן המצטבר של החובה המושגית ושל החובה הקונקרטית. עם זאת, במאמר זה לא נעסוק בחובת הזהירות הקונקרטית, שברומה ליסוד ההתרשלות תלויה בנסיבותיו המיוחדות של כל מקרה. מכשולים שמקורם בנסיבות המיוחדות של מקרים קונקרטיים אינם מענייננו כאן.

(ב) כשרות משפטיות, צפיות ושכנות

העובדה שבתביעה בגין חיים בעוולה התובע טרם נולד בעת התרשלותו של הנתבע מעוררת שתי קושיות מושגיות. הראשונה נוגעת לכשרות משפטית והשנייה לדרישת הצפיות. הגישה המקובלת, לפחות בשיטות המשפט המערביות, היא שהכשרות המשפטית מתחילה עם תום הלידה.¹¹⁹ אצלנו מורה סעיף 1 לחוק הכשרות המשפטית שכל אדם כשר לזכויות ולחובות מגמר לידתו ועד מותו. מכאן שעד לרגע הלידה אין לאדם זכויות משפטיות, ולא ניתן לחוב כלפיו חובות משפטיות. ההתרשלות שבגינה מוגשת תביעה בגין חיים בעוולה היא התרשלות שאירעה לפני הלידה. הטלת אחריות בעוולת הרשלנות מותנית בכך שהתרשלותו של המזיק הייתה כלפי ניזוק שהמזיק חב כלפיו חובת זהירות. ניתן לטעון, אפוא, כי היות שברגע ההתרשלות התובע לא היה בעל כשרות משפטית, לא ניתן היה לחוב כלפיו חובת זהירות ועל כן לא ניתן לדבר על הפרת החובה – שהיא הבסיס להטלת האחריות. טענה אפשרית נוספת היא שהואיל והתובע לא היה קיים בעת ההתרשלות, לא ניתן לקבוע שהנתבע היה יכול לצפות את ה"פגיעה" בו – ובהעדר צפיות לא יכולה לקום חובת זהירות. ודוק: כאשר התרשלותו של הנתבע באה לאחר ההתעברות, קשה לומר שהיועץ לא היה יכול לצפות את ה"פגיעה" בישות הפיזית שתהפוך בהמשך לתובע הספציפי. ניתן אולי להוסיף ולטעון, כי הואיל ובמהלך ההריון אין לעובר כשרות משפטית, אי-אפשר, כעניין משפטי, לצפות פגיעה בו; אבל טענה שכזו אינה נבדלת למעשה מהטענה הראשונה בדבר העדר כשרות. דומני, עם זאת, כי לטענה בדבר העדר צפיות עשוי להיות ערך מוסף במקרים שבהם ההתרשלות קדמה להתעברות, שהרי במקרים כאלה אי-הקיום אינו רק אי-קיום משפטי אלא גם אי-קיום פיזי. המציאות העובדתית תתמוך או ביתר שאת במסקנה בדבר העדר צפיות.

חלופי: לא עוד חובה מושגית וחובה קונקרטית, אלא "מידרג חובות" – חובות המצויות אלו מעל אלו, אלו תחת לאלו ואלו בצד אלו – בפירמירה שעניינה עקרון חובת הזהירות, כאותה פירמידה מבית מדרשו של קלזן.

119 במשפט המקובל: Francis Trindade & Peter Cane, *The Law of Torts in Australia* 431 (3d ed., 1999). בגרמניה: סעיף 1 ל-BGB.

במשך עשרות שנים סירבו בתי המשפט בארצות-הברית להעניק זכות תביעה לאדם ש"נפגע" בעודו עובר, כתואנה שהעובר הוא חלק בלתי-נפרד מגופה של האם, והוא נעדר אישיות משפטית נפרדת.¹²⁰ בשנת 1946 נפסק לראשונה כי חובת זהירות יכולה להתקיים גם כלפי מי שבעת ההתרשלות עדיין היה ברחם אמו (en ventre sa mere), ובלבד שהיה בעל יכולת קיום עצמאית (viability) בעת ההתרשלות ונולד חי לאחר מכן.¹²¹ הרעיון שעמד בבסיסו של השינוי הוא שיש להגן על העובר מהרגע שבו הוא הופך לישות עצמאית מבחינה ביולוגית. בשלב הבא נקבע במרבית המדינות כי גם עובר שעדיין לא היה בעל יכולת קיום עצמאית בעת ההתרשלות יוכל, לאחר היוולדו, לתבוע את גורם הנוק.¹²² כיום יכולה חובת זהירות להתקיים גם כלפי מי שאמו עדיין לא התעברה בעת ההתרשלות (הפרת החובה), ובלבד שנולד חי.¹²³ הרציונל העיקרי הוא שחובת זהירות יכולה להתקיים גם כלפי אדם שזהותו איננה ידועה בעת גיבוש החובה (לרבות אדם שאינו קיים באותו מועד), על יסוד הראייה מראש של אפשרות הפגיעה

120 פסק הדין המנחה הוא *Dietrich v. Inhabitants of Northhampton*, 138 Mass. 14 (1884) להסתמכות על פסק דין זה ראו, למשל, *Allaire v. St. Luke's Hospital*, 56 N.E. 638 (1900); *Timothy J. Dawe v. Buel v. United Railways Co.*, 154 S.W. 71 (1913); *"Wrongful Life: Time for a 'Day in Court'."* 51 *Ohio State L. J.* 473, 477 (1990); Anastasia Enneking, "The Missouri Supreme Court Recognizes Preconception Tort Liability: *Lough v. Rolla Women's Clinic Inc.*," 63 *UMKC L. Rev.* 165, 169-170 (1994).

121 *Steggall v. Morris*, 258 S.W.2d 138, 140 (1946); *Bonbrest v. Kotz*, 65 F.Supp. 138, 140 (1946); *Keyes v. Construction Service Inc.*, 165 N.E.2d 912 (1960); 577, 581 (1953); Enneking, הערה 120 לעיל, בעמ' 166 [ובמידת הערת שוליים 9], 171-172. *Torigian v. Watertown News Co.*, 225 N.E.2d 926 (1967); *Hornbuckle v. Plantation Pipe Line Co.*, 93 S.E.2d 727 (1956); *LaBlue v. Specker*, 100 N.W.2d 445 (1960); *Bennett v. Hymers*, 147 A.2d 108 (1958); *Kelly v. Gregory*, 129 N.Y.S.2d 914 (1953).

123 בעניין *Jorgensen v. Meade Johnson Laboratories Inc.*, 483 F.2d 237 (1973), למשל, נטען כי גוללות למניעת הריון שבהן השתמשה אמן של התובעות (תאומות מונגולואידיות) לפני התעברותה גרמו לפגיעה בעוברים. בית המשפט קבע כי אין מניעה להטיל על היצרן אחריות בגין התרשלות שקדמה להתעברות. בעניין *Renslow v. Mennonite Hospital*, 367 N.E.2d 1250 (1977) נעשה לאישה בעלת סוג דם Rh- עירי דם מסוג Rh+ שנים ספורות לפני התעברות, וכתוצאה מכך פיתחה האישה נוגדנים לגורם ה-Rh. שמונה שנים לאחר מכן התעברה האישה, והעובר, שהיה בעל סוג דם Rh+, נפגע קשות. בית המשפט הטיל על בית החולים אחריות כלפי הקטינה שנולדה. למקרים דומים ל-*Renslow*, שבהם הגיעו בתי המשפט למסקנה זוהי, ראו *Walker v. Rinck*, 604 N.E.2d 591 (1992); *Lough v. Rolla Women's Clinic Inc.*, 866 S.W.2d 851 (1993).

באנשים מסוגו.¹²⁴ תהליך דומה אירע גם בשיטות משפט אחרות. באחת ממדינות אוסטרליה נקבע, בשנת 1972, כי אם נפגע עובר במהלך ההריון מחמת מעשה רשלני, תעמוד לו לאחר הולדתו זכות תביעה כנגד המזיק. בית המשפט ציין שאין צורך לדון בכשרותו המשפטית של העובר, היות שזכות התביעה מבוססת על הנזק שהקטין-התובע סבל לאחר הולדתו.¹²⁵ עיקרון זה הורחב מאוחר יותר, והוחל גם על מקרים שבהם ההתרשלות אירעה לפני ההתעברות.¹²⁶ המצב המשפטי בקנדה דומה.¹²⁷

באנגליה חלה נקודת המפנה רק בשנת 1976, עם חקיקתו של חוק המומים המולדים (אחריות אזרחית).¹²⁸ החוק קובע, כי אם נולד ילד כשהוא חי ובעל מום בעקבות מאורע שהתרחש לפני הולדתו והשפיע על יכולתו של אחד מההורים להביא לעולם ילד נורמלי ובריא, או השפיע על האם במהלך ההריון, או השפיע על האם או על הילד במהלך הלידה, וגרם מום שלולא כן לא היה קיים – האדם האחראי למאורע חייב לפצות את הילד בגין מומו.¹²⁹ עוד מורה החוק כי לא תוטל אחריות בהעדר התרשלות מצדו של הנתבע,¹³⁰ וכי עילתו של הקטין תהא נגזרת ותלויה בזכות התביעה של ההורה.¹³¹ כפי שכבר ציינתי לעיל, החוק חל רק על מי שנולד מרגע כניסתו לתוקף (22.7.1976). לגבי לידות שאירעו לפני תאריך זה נפסק – רק לפני כעשור – כי נזק שנגרם לאדם לפני לידתו עשוי להקים זכות תביעה בנוזקין.¹³² הנימוק להחלטה היה שנוזקו של התובע היה תוצאה צפויה של ההתרשלות, וכי עילת התביעה נתגבשה ממילא רק כאשר התובע נולד וזכה בכשרות משפטית.

הפתרון לבעיית הכשרות נעוץ, לדעתי, בהבחנה בין חובת הזהירות לבין החובה לפצות אדם שניזוק בשל הפרת חובת הזהירות. החובה הראשונה היא חובה אבסטרקטית שאינה ניצבת מול זכות קונקרטית ואינה צריכה להתייחס לניזוק פוטנציאלי מסוים. החובה השנייה היא חובה קונקרטית העומדת מול זכות קונקרטית; היא מתגבשת רק כאשר הפרתה של החובה הראשונה גורמת נזק לאדם ספציפי. הנזק עשוי להתרחש זמן רב לאחר ההתרשלות, ובמקום מרוחק מזה שבו אירעה ההתרשלות

Mark L. Monopoli, "McNulty v. McDowell: Recognizing Preconception Tort in the Commonwealth?", 29 *New Eng. L. Rev.* 763, 779 (1995) 124

פסק-דין *Watt*, הערה 12 לעיל. 125

X & Y v. Pal (1991) 23 N.S.W.L.R. 26, 37: "I would express the position in these terms – A may be liable in damages to B notwithstanding that B had not been conceived at the time A acted carelessly if the following conditions be satisfied..." 126

Duval v. Seguin (1972) 26 D.L.R.3d 418 127

הערה 48 לעיל. 128

סעיף 1(1)-(2). 129

סעיף 1(5). 130

סעיף 1(3). ראו גם את דברי ההסבר לסעיף. 131

Burton v. Islington Health Authority [1993] Q.B. 204 132

– אולם עד לרגע התרחשותו לא מתגבשת זכות קונקרטית כנגד הצד הרשולן. לדוגמא: אם א' ייצר מוצר פגום, וב' רכש את המוצר ולאחר תקופה מסוימת נפגע בשל הפגם שבמוצר – זכותו של ב' כלפי א' מתגבשת במועד התרחשות הנזק ולא לפני כן. חובת הזהירות שחב א' כלפי הרוכשים הפוטנציאליים של מוצריו לא העניקה לב' זכות קונקרטית כלפי א' עד לאותו מועד. לכן, אם פלוני חב חובת זהירות כלפי קבוצה של אנשים והפר את חובתו זו, ואם אף אחד מן האנשים בקבוצה לא סבל נזק כתוצאה מכך, לא תהא לאיש זכות כלשהי כנגד אותו פלוני. חובת הזהירות היא, כאמור לעיל, חובה אבסטרקטית, שאינה מקימה – כשהיא לעצמה – זכויות קונקרטיות; ומכיוון שהזכות הקונקרטית מתגבשת רק עם התרחשות הנזק, התובע צריך להיות בעל כשרות משפטית באותו מועד, אבל אין זה מן ההכרח שתהיה לו כשרות כזו במועד מוקדם יותר.

לשם הבהרת העיקרון נשתמש בדוגמא. נניח כי פלוני בונה גוזזטרה באופן רשלני, וכי שנתיים מאוחר יותר נחבלים אם ובנה בן השנה עקב התמוטטות אותה גוזזטרה. יהא זה בלתי מתקבל על הדעת לומר שרק האם תזכה בפיצוי מכיוון שהילד טרם נולד בעת ההתרשלות.¹³³ חובת הזהירות הייתה מוטלת על פלוני כלפי כל מי שעתיד היה להימצא בגוזזטרה לאחר בנייתה. חובת הפיצוי, לעומת זאת, מוטלת על פלוני רק כלפי מי שנפגע בשל ההתמוטטות. העובדה שהקטין לא היה קיים מבחינה משפטית (ופיזית) בזמן ההתרשלות אינה מעלה ואינה מורידה, מכיוון שהוא אינו טוען לקיומה של זכות קונקרטית כלפי הנתבע באותו מועד. אותו עיקרון יאפשר לנו להטיל על חברה המייצרת מזון לתינוקות אחריות בנוזיקין כלפי תינוק שסבל מהרעלה בעקבות שימוש במוצר, גם אם התינוק נולד זמן רב לאחר שהמוצר עזב את המפעל. גם כאן, העובדה שהתובע לא היה קיים בזמן ההתרשלות לא תכשיל את תביעתו. חובת הזהירות מוטלת על היצרן כלפי כל מי שעשוי להשתמש במוצר, בעוד שהחובת הפיצוי מוטלת עליו רק כלפי מי שנפגע מן השימוש במוצר.¹³⁴

במקרים שבהם התרשלותו של הנתבע גרמה למומו של התובע לפני הלידה מתעורר, לכאורה, קושי נוסף. הנזק שבגיניו מוגשת התביעה הוא נזק שנגרם לפני הלידה, בשלב שבו לתובע עדיין לא הייתה כשרות משפטית; ואם מועד גרימת הנזק הוא מועד היווצרותה של הזכות הקונקרטית, וברגע התרחשותו לא הייתה לניזוק כשרות משפטית – לא יכולה לעמוד לו זכות תביעה כנגד המזיק. תשובתם של בתי המשפט היא בדרך כלל שהנזק נוצר רק ברגע הלידה, כאשר הקטין מתחיל לסבול מהשפעתו של המום.¹³⁵

133 פסק-דין Lough, הערה 123 לעיל, בעמ' 854.

134 הדוגמאות שבהן השתמשתי נכנסות, כמובן, בגדרו של חוק האחריות למוצרים פגומים, תש"ם-

1980, אבל עילת התביעה לפי החוק אינה אקסקלוסיבית.

135 Trindade & Cane, הערה 119 לעיל, בעמ' 431. על אף שהמסגרת המושגית להטלת אחריות

בנוזיקין לפי ה-BGB שונה מזו שעל פיה נוהגים אנו, גישה זו מוצאת את ביטוייה גם בפסיקה

הגרמנית. ראו, למשל, JZ 1953, 307, NJW 1953, 417, BGHZ 8, 243, BGH (20.12.1952).

במקרה זה אישה עברה עירוד דם בבית חולים לאחר שילדה את ילדה הראשון; בית החולים

בתביעות נזיקין בגין חיים בעוולה אין צורך בפיקציה דומה. התובע ממילא אינו יכול לטעון שהמום שנוצר לפני הלידה הוא הנזק, שהרי הנתבע לא גרם להיווצרות המום. טענתו היא כי הכניסה לחיי האומללות היא עצמה הנזק (ומכאן כותרתה של התביעה). ה"נזק" והכשרות המשפטיות נוצרים בו-בזמן.

נותרה, אם כן, שאלת הצפיות. במקרים שבהם ההתרשלות באה לפני ההתעברות, קשה לומר שהיועץ היה יכול לראות מראש שהתובע הספציפי עלול להיפגע במהלך הרגיל של הדברים, מכיוון שבעת עשיית המעשה הקטין לא היה קיים – לא מבחינה משפטית ולא מבחינה פיזית-ביולוגית. ניתן להוסיף ולטעון, כי במקרים שבהם ההתרשלות באה לאחר ההתעברות (אך לפני הלידה) אי-אפשר לומר שהנתבע יכול היה לצפות פגיעה בתובע הספציפי, היות שבזמן עשיית המעשה המשפט עדיין לא ראה באחרון "אדם". אולם, גם אם נקבל את שתי הטענות, לא יהא בכך כדי לשלול את קיומה של דרישת הצפיות. הצפיות הנדרשת כתנאי להטלת אחריות אינה צפיות הנוגעת לאדם ספציפי, אלא יכולת לצפות את הפגיעה באדם המשתייך לקטגוריה מוגדרת. במקרה שלנו ניתן להגדיר בקלות רבה את סוג האנשים שהנתבע היה יכול לצפות את ה"פגיעה" באחד מהם: קבוצת הילדים בכוח של הוריו של התובע. הנתבע אולי לא היה יכול לצפות את ה"פגיעה" בתובע הספציפי, אבל הוא היה יכול לצפות את ה"פגיעה" בילד עתידי של אותם ההורים, תהא זהותו המדויקת אשר תהא. בשלב זה אינני מתכוון לעבור ולדון בדרישת השכנות. כדי שלא להותיר סדקים במבנה הטיעון מצד אחד, וכדי שלא להקדים יתר על המידה את המאוחר מהצד האחר, אומר רק שהקשר שקיים, לדעתי, בין הצדדים לתביעה בגין חיים בעוולה, הוא קשר המקיים בעליל את דרישת הקרבה. ההסבר יינתן בהרחבה הראויה בהמשך.

(ג) שיקולי מדיניות

(1) תביעות קטינים נגד הוריהם

אחד משיקולי המדיניות הכולטים שהועלו על ידי המתנגדים להטלת אחריות בגין חיים בעוולה נוגע להרחבה אפשרית (ואולי גם בלתי-נמנעת) של חוג הנתבעים. הטענה היא בעלת שני נדבכים, הבנויים זה על זה. ברובד הראשון טוענים המתנגדים כי לא יהא זה צודק להטיל אחריות בגין חיים בעוולה על אדם זר אם אין מטילים אחריות בגין "הולדה בעוולה" על ההורים, כאשר הם מחליטים להביא לעולם ילד בעל מום. פרופ' טדסקי כתב, למשל, כי "קשה להצדיק את האפליה שהייתה יוצאת אילו היו

התורשל בבדיקת מנת הדם ולא גילה שמצוי בה נגיף העגבת. לאחר מכן התעברה האישה בשנית, וילדה את התובעת כשהיא חולה בעגבת. זו האחרונה תבעה פיצוי על נזקיה והתביעה נתקבלה. כן ראו BGH (11.1.1972) BGHZ 58, 48, NJW 1972, 1126, JZ 1972, 363, שם נפגעו הוריו של התובע בתאונת דרכים כשהאם הייתה בהריון. הילד זכה בפיצוי על נזקו.

מחייבים את הטלת האחריות על אדם זר והיו שוללים אותה מהורה".¹³⁶ ברובד השני טוענים המתנגדים כי הרחבה כזו תגרור תוצאות קשות. התוצאה הראשונה של הכרה בעילת התביעה של הקטין נגד הוריו היא פגיעה בשלמות התא המשפחתי.¹³⁷ המשפט עלול לשמש זירה להתרפת קונפליקטים בין בני משפחה, לגרום לצער ולמרירות ולחבל בחיי המשפחה התקינים. אחת ממטרותיה של מערכת המשפט היא להגן על שלמות התא המשפחתי, ומתן זכות לקטין להתנצח עם הוריו בהליך משפטי לא עולה בקנה אחד עם מטרה זו.¹³⁸ יש להניח, כי שיקול דומה (בשינויים המחויבים) שימש כאחד מהצידוקים לחסינותם של בני-זוג מפני תביעת נזיקין, שנהגה בעבר במשפט המקובל וגם בדין הישראלי.¹³⁹

תולדה נוספת של ההכרה בעילת התביעה של הילד כנגד הוריו, הקשורה במידת-מה לתוצאה הראשונה, היא פגיעה בגפשו של הקטין הרך הנלחם עם הוריו בבית המשפט. החשש מפני פגיעה ברגשותיו של הקטין הוא שיקול שאינו מיוחד למקרים שבהם ילד תובע את הוריו. תביעה של הורים נגד רופא, שהתרשלותו גרמה להולדתו של ילד בריא, מעוררת ביתר שאת את החשש מפני פגיעה רגשית בילד. תביעות מהסוג האחרון מבוססות על הטענה לפיה ההורים לא היו מעוניינים בהולדתו של הקטין, ולא קשה לנחש מה תהא השפעתה של אמירה כזו על נפשו של ילד רך בשנים. התוצאה השלישית של ההכרה בעילתו של קטין נגד הוריו היא פגיעה בשיקול הדעת של הורים ביחס להבאת צאצאים לעולם. הטלת אחריות על הורים בגין הבאת ילדים בעלי מום לעולם פירושה התערבות בשיקול הדעת הנתון להם בענייני הורות, והיא מהווה (למצער) פגיעה באוטונומיה של הרצון ובזכות לפרטיות.¹⁴⁰

האם תוצאות אלה מצדיקות את שלילת אחריותו של ההורה כלפי ילדו? נראה בעיניי, כי הרצון להגן על שלמות התא המשפחתי אינו יכול להכשיל את תביעתו של הקטין. כשם שהוא אינו מונע מימוש של זכויות שמקורן בדיני המשפחה או עמידה על

136 גר טרסקי, "על בעית הנזיקין בגין הולדה", בתוך מסות במשפט 269, 274 (תשל"ח). ראו גם: Long, הערה 18 לעיל, בעמ' 992: "If a deformed child is successful in a 'wrongful life' suit filed against a physician, the next logical step appears to be that a deformed child would sue his parents for not aborting him when the possibility of defect was known". וכן: BGH (18.1.1983) BGHZ 86, 240, JZ 1983, 447.

137 פסק-דין *Edwards*, הערה 22 לעיל, בפסקה 119; פסק-דין *McKay*, הערה 43 לעיל, בעמ' 1188 מפי השופט Long; Ackner, הערה 18 לעיל, בעמ' 993.

138 השוו *Hastings v. Hastings*, 163 A.2d 147, 149-150 (1960), שם הוענקה חסינות להורה מפני תביעת רשלנות של ילדו לצורך הגנה על אחרות המשפחה. הלכת *Hastings* אינה ההלכה הנוהגת כיום בניו-ג'רזי.

139 באנגליה: Clerk & Lindsell, on Torts 187 (Anthony M. Dugdale ed., 18th ed., 2000). בישראל: סעיף 18(א) לפקודת הנזיקין [נוסח חדש], שבוטל בשנת 1969 במסגרת החוק להסדר התדיינות בין בני-זוג, תשכ"ט-1969 (סעיף 3).

140 ראו הערה 147 להלן.

קיומם של חיובים חוזיים, כך אין להניח לו לשלול מאדם את ההגנה הנתונה לו מכוח דיני הנוזיקין. אין זה מתקבל על הרעת, דרך משל, ליטול מאדם שסבל מאלימות פיזית או מהתעמרות נפשית מצד קרוב משפחה את עילת התביעה נגד המזיק אך ורק כדי למנוע סכסוך משפטי בין בני משפחה.¹⁴¹ גרימת נזק על ידי אדם קרוב מחבלת ממילא בחיי המשפחה התקינים יותר מההתדיינות המשפטית שעלולה לבוא בעקבותיה. המחוקק הישראלי הבהיר את עמדתו בעניין זה כאשר ביטל בשנת 1969 את החסינות המיוחדת שניתנה לפרטים מפני תביעות נזיקין של בני זוגם.¹⁴² בשנת 2000 בוטלה גם ההגנה המיוחדת מפני תביעה בשל תקיפה, שהייתה נתונה להורה שייסר את ילדו "במידת הנחיצות הסבירה למען ייטיב דרכו".¹⁴³ ברי, כי מטרתה העיקרית של הגנה זו לא הייתה למנוע סכסוכים במשפחה, אלא לאפשר להורים להשתמש במכשיר חינוכי שהיה מקובל בימים עברו בלי לחשוש מפני אחריות אזרחית. ברם, ביטולה של ההגנה פתח צוהר לתביעות נזיקין נוספות של ילדים כנגד הוריהם, ומכאן שהמחוקק לא התייחס לאפשרות של פגיעה בשלמות התא המשפחתי כאל שיקול שצריך לחרוץ את גורלן של תביעות כאלה. יתר על כן: העובדה שבנסיבות מסוימות שללה הפקודה את אחריותו של ההורה כלפי הילד צריכה להתבאר כחריג המעיד על הכלל; והכלל הוא שקרבה משפחתית בין הנתבע לבין התובע אינה יכולה לשלול את אחריותו של האחד כלפי משנהו.

ומה באשר לטובתו של הקטין? נקודת המוצא צריכה להיות שקיומה של זכות תביעה לטובתו של ניזוק נגד מי שהזיק לו משרתת את טובתו של הראשון יותר מאשר שלילתה של זכות כזו. היא משרתת את טובתו של הניזוק הספציפי על ידי תיקון (ולו חלקי) של הנזק, והיא משרתת את טובתם של כל הניזוקים הפוטנציאליים על ידי הרעת מזיקים פוטנציאליים ומניעת נזקים עתידיים. כוחם של שני השיקולים הללו יפה גם כשהניזוק הוא ילד והמזיק הוא ההורה. אדרבה: התלות המיוחדת של הילד בהורה, הן מההיבט החומרי והן מההיבט הרגשי והפסיכולוגי, צריכה לשמש צידוק להרחבת חובת הזהירות של ההורה כלפי ילדו ולא לצמצומה. ההשפעה הרגשית שיש לגרימת נזק בידי אדם שעל מסירותו סומך הקטין יותר מכל היא הרי חמורה שבעתים מההשפעות הרגשיות הנלוות לגרימת אותו נזק בידי אדם זר. אני ער לכך שההכרה העקרונית בזכות התביעה של הקטין כנגד ההורה המזיק עלולה לשמש מכשיר בידי מי מן ההורים לניגוח ההורה השני כאשר קיים סכסוך ביניהם, אך אם יסתבר שהתובענה אינה משרתת באמת ובתמים את טובתו של הקטין, ניתן יהיה למוחקק על הסף.¹⁴⁴

141 עינינו, למשל, ע"א 2034/98 אמ"ן נ' אמ"ן, פ"ד נג(5) 69.

142 הערה 139 לעיל.

143 ההגנה הייתה קבועה בסעיף 24(7) לפקודת הנוזיקין [נוסח חדש]. הסעיף בוטל בעקבות ע"פ 5224/97 מדינת ישראל נ' שדה אור, פ"ד נב(3) 374; ע"פ 4596/98 פלוגית נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(1) 145.

144 השוו ע"א 8/74 לייזרוביץ' נ' לייזרוביץ', פ"ד כח(2) 436.

נותרנו עם החשש מפני פגיעה בשיקול הדעת הנתון להורים בענייני הורות. להבדיל מהרצון לשמור על שלמות התא המשפחתי ולהגן על טובת הקטין, השאיפה למנוע פגיעה בשיקול הדעת האמור אינה מתייחסת לכל תביעה של הקטין כנגד ההורה, אלא אך ורק לתביעה המבוססת על ההחלטה להביאו לעולם. בעניין זייצוב כתבה המשנה לנשיא בן-פורת (כתוארה אז) כי שיקול הדעת של ההורים אינו בלתי-מסויג: "דיינו אם נותיר להורים שיקול-דעת רחב. אולם, אם בנסיבות מסוימות קיימת חובה מוסרית להימנע מהולדה – שאני!"¹⁴⁵ הא ותו לאו. המסקנה המתבקשת היא שהחלטתם של ההורים להעמיד צאצאים עשויה – מבחינה עקרונית – לשמש בסיס לתביעות נזיקין של ילדיהם. אבל, על אף שחזרתי וקראתי את אמרחה הפסקנית של השופטת בן-פורת, עודני מתקשה לרדת לסוף דעתה. כלום יש נסיבות שבהן קיימת חובה מוסרית להימנע מהולדה? האם ניתן להטיל על הורים חובה להימנע מהתעברות, ואולי אפילו להפיל את עוברם, כשהדבר עומד בניגוד לרצונם, בניגוד לצו מצפונם, או בניגוד לאמונתם הדתית?¹⁴⁶ ספק בעיניי אם ביוריספרודנציה מערבית ליברלית יכולות להתקיים נסיבות המצדיקות פגיעה כה קשה בזכויות היסוד של ההורים המיועדים.¹⁴⁷ בהעדר הסבר מניח

145 ע"א זייצוב, הערה 1 לעיל, בעמ' 98.

146 לדוגמא: האם ניתן לחייב הורים קתוליים, המתנגדים בשל אמונתם הדתית לשימוש באמצעי מניעה ולהפלות, להימנע מהבאת ילד לעולם כשהם יודעים שהילד צפוי לסבול ממחלה תורשתית קשה?

147 ראו, למשל, פנחס שיפמן, "הורה בעל כורחו – מצג שווא לגבי שימוש באמצעי מניעה", משפטים יח 459 (תשמ"ט):

גישת-יסוד בשיטות-משפט מערביות היא שאין החברה רשאית, בהעדר נימוקים כבדי-משקל, להתערב בשאלות אינטימיות של הולדה. ההנחה הגלומה בגישה זו היא שאדם זכאי לממש את רצונו להיות הורה או שלא להיות הורה כהחלטה אישית המסורה לו בתוקף זכותו לצנעת הפרט.

נראה לי, כי עמדתה של השופטת בן-פורת אף אינה עולה בקנה אחד עם מדיניותו של בית המשפט העליון ביחס לשאלות של תכנון המשפחה. ראו, למשל, ע"א 5587/93 נחמני נ' נחמני, פ"ד מט(1) 485, 499 מפי השופט שטרסברג-כהן: "האוטונומיה להקמת משפחה, לתכנון משפחה ולהולדת ילדים היא תחום של צנעת הפרט... ההחלטה להיות הורה מסורה לאדם מכוח היותו אוטונומי, הנושא בנטל החלטותיו ובתוצאות מעשיו; לפיכך הזכות להחליט צריכה, בעקרון, להיות בידיו, ללא התערבות המדינה". ראו גם ע"א 413/80 פלוני נ' פלוני, פ"ד לה(3) 57, 81 מפי השופטת בן-עוז: "התעברות, הייריון ולידה הם אירועים אינטימיים, שכל כולם בתחום צנעת הפרט; אין המדינה מתערבת בתחום זה אלא מטעמים כבדי משקל, הנעוצים בצורך להגן על זכות הפרט או על אינטרס ציבורי רציני". השוו, בארצות-הברית, 316 U.S. 535, 541 *Skinner v. Oklahoma*, (1942): "[The right to have offspring is] one of the basic civil rights of man"; *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"; *Cleveland Board of*

את הדעת לא השתכנעתי שניתן לסייג את שיקול הדעת של ההורים לעניין העמדת צאצאים באופן שיאפשר לילד לתבוע את הורהו על הולדה בעוולה. עם זאת, נראה לי כי שאלת היקף שיקול הדעת של ההורים איננה רלבנטית כלל לעניין שבו אנו עוסקים כאן, ועל כן איני רואה צורך להכריע בה.

ההסבר לכך הוא שטענתם של המתנגדים לתביעות בגין חיים בעוולה נכשלת ממילא ברובד הראשון. בין אם ישנו טעם מיוחד לשלילת אחריותו של ההורה כלפי הקטין בגין הבאתו לעולם כשהוא בעל מום ובין אם לאו, לא צריכה להיות לדבר השפעה על אחריותם של צדדים שלישיים כלפי הקטין. אין זה הכרחי שתהא חפיפה בין אחריות ההורה לבין אחריותו של צד שלישי, ולכן הנכונות להכיר באחריותו של הרופא הרשולן כלפי הקטין אינה תלויה בנכונות להכיר גם באחריותם של ההורים, אף אם התוצאה שבגינה מוגשת התביעה בכל אחד מהמקרים היא זהה. אם יש שיקולים המצדיקים הבחנה בין קבוצת "מזיקים" אחת לרעותה, אין מניעה ליצור הבחנה כזו.¹⁴⁸ חובת הזהירות הקונספטואלית מוגדרת לא רק בהתאם לסוג הנזק, לסוג הניזוקים ולסוג האירועים, אלא גם בהתאם לסוג המזיקים. מדובר במושג גמיש, המאפשר דיפרנציאציה בין קטגוריות שונות של מזיקים כפי שנדרש לאור המדיניות המשפטית הראויה.

(2) רפואה מתגוננת וריבוי הפלות

רבים טוענים כי הכרה בעילה של חיים בעוולה עלולה לגרום לרופאים וליועצים גנטיים לתת עצות זהירות מידי להורים המיועדים כדי להסיר מעצמם את חשש האחריות –

Education v. LaFleur, 414 U.S. 632, 639-640: "freedom of personal choice in matters of marriage and family life is one of the liberties protected by the Due Process Clause of the Fourteenth Amendment". ראו גם Jackson, הערה 8 לעיל, בעמ' 559: "A woman's choice to give birth to a child, which she clearly desires to nurture, should always be reasonable". אני ער לכך, שהתפיסה כי בנסיבות מסוימות קיימת חובה מוסרית להימנע מהולדה אינה לגמרי נטולת בסיס עיוני. Mill, למשל, כתב כי "It is still unrecognized that to bring a child into existence without a fair prospect of being able, not only to provide food for its body but instruction for its mind, is a moral crime, both against the unfortunate offspring and against society" (J. Harris, מוכא אצל, "The Wrong of Wrongful Life," 17 J. L. & Society 90 (1990)). עם זאת, דומני כי לתפיסה כזו לא יכול להיות מקום במדינת רווחה, המקדשת את חירויות הפרט.

148 ראו ע"א וייצוב, הערה 1 לעיל, בעמ' 98 מפי השופטת בן-פורת, ובעמ' 120 מפי השופט ברק. כן ראו J.E.S. Fortin, "Is Wrongful Life Action Really Dead?," *J. Social Welfare L.* 306, (1987) 309-310. בקליפורניה מונע החוק עצמו תביעה של קטין כנגד הורהו בגין הבאתו לעולם: Cal. Civ. Code §43.6(a): "No cause of action arises against a parent of a child based upon the claim that the child should not have been conceived or, if conceived, should not have been allowed to have been born alive". בה בעת מוכרות שם תביעות בגין חיים בעוולה כנגד צדדים שלישיים.

ובכך להביא לריבוי הפלות של עוברים בריאים. חשש זה בא לידי ביטוי ברו"ח הוועדה המלכותית בעניין פגיעה בילדים שטרם נולדו (משנת 1974),¹⁴⁹ שבעקבותיו נחקק באנגליה חוק המומים המולדים. גם בוויכוח שפרץ בצרפת לפני חקיקת החוק המונע תביעות בגין חיים בעוולה, טענו מומחי אולטראסאונד כי הבדיקות המבוצעות על ידם אינן מספקות תוצאות ודאיות, ועל כן נכונותו של בית המשפט לקסציה להטיל על מבצע הבדיקה אחריות כלפי קטין שמומו לא נתגלה, עלולה לגרום להם להמליץ על ביצוע הפלה גם כשהחשש לקיומו של מום הוא קטן מאוד.¹⁵⁰ ביטוי נוסף לגישה זו ניתן למצוא בפסק דינו של שופט המיעוט גולדברג בעניין זייצוב.¹⁵¹

החשובה לטענה בדבר רפואה מתגוננת היא כפולה. ראשית, אי-גילוי של מום אינו יכול כשלעצמו להניב חבות בנויקין. אם היועץ נהג כפי שיועץ סביר צריך היה לנהוג בנסיבות העניין, לא תוטל עליו אחריות אף אם לא הצליח לגלות את המום.¹⁵² מובן, כי בדונו בשאלת ההתרשלות יביא בית המשפט בחשבון את המגבלות המדעיות והטכנולוגיות ואת גורמי אי-הוודאות שהם מנת חלקה של כל בדיקה רפואית או מעין-רפואית. לכן, החשש מפני הטלת אחריות בכל מקרה שבו הבדיקה לא חשפה את המום אינו מוצדק. שנית, אם עקב "זהירותו היתרה" של היועץ הופל עובר בריא, יוכלו ההורים לתבוע פיצוי על הנזקים שנגרמו להם בשל כך. החשש מפני אחריות במקרה של "הפלה בעוולה" מספק תמריץ מסוים להימנעות ממחן עצות "זהירות מדי".¹⁵³

Report on Injuries to Unborn Children (Cmnd. 5709, August 1974), para. 89, p. 34: 149
 "Such a cause of action, if it existed, would place an almost intolerable burden on medical advisers in their socially and morally exacting role. The danger that doctors would be under subconscious pressures to advise abortions in doubtful cases through fear of an action for damages is, we think, a real one"

150 BBC News (10.1.2002), הערה 109 לעיל.

151 ע"א זייצוב, הערה 1 לעיל, בעמ' 129: "אין, לרעתי, להמעיט מהשיקול, כי הכרה כזאת תגרור אחריה מתן עצות רפואיות 'זהירות מדי', שימנעו לידות, עקב חששם של רופאים ושל יועצים גנטיים להימצא מפרים את חובת הזהירות כלפי היילוד ולהיות חשופים... לתביעותיו, אם ייולד במום. השאלה היא, האם לא רצוי הוא, כי נשחרר כליל את ציבור הרופאים והיועצים מהשפעתו של שיקול זר זה? וכפועל יוצא משאלה זו: האם המדיניות החברתית הרצויה היא לעודד בעקיפין מצב, שבו כל ספק יוכרע לצד שלילת הלידה?"

152 שם, בעמ' 100 מפי השופטת בן-פורת. ראו גם Caryl J. J. M. Stolker, "Wrongful Life: The Limits of Liability and Beyond," 43 Intl. & Comp. L. Q. 521, 533-534 (1994).

153 נכון שכוחו של תמריץ זה מוגבל יחסית, שהרי הסתברות גילוייה והוכחתה של ההתרשלות במקרים של "הפלה בעוולה" פחותה באופן ניכר מהסתברות גילוייה והוכחתה של ההתרשלות במקרים של חיים בעוולה. עם זאת, נראה לי שעוצמת הפרסום השלילי במקרים שבהם מתגלה כי יועץ לענייני הריון המליץ על ביצוע הפלה של עובר בריא, והשלכותיו העסקיות והאישיות של פרסום כזה, מחזקות את התמריץ במידה משמעותית.

(3) חובה להרוג את העובר

אחדים משוללי האחריות טוענים, כי ההכרה בעילת התביעה של הקטין במקרים שבהם ההתרשלות באה לאחר ההתעברות שקולה להטלת חובה על היועץ להרוג את העובר (a duty to kill the fetus).¹⁵⁴ מדוע? הואיל וכאשר ההורים מצהירים שאין כוונתם להמשיך את ההריון אם יסתבר שהעובר הוא בעל מום, ברור ליועץ שגילוי דבר קיומו של המום להורים יוביל לביצוע הפלה, ואם הוא מחויב לחשוף את המידע בפני ההורים, הריהו מחויב למעשה לגרום למותו של העובר. חובה כזו אינה עולה בקנה אחד עם עיקרון קדושת החיים; היא גם מתנגשת עם הזכות לחופש המצפון, מכיוון שהיא מאלצת יועצים המתנגדים מבחינה מוסרית להפלות לפעול בניגוד לצו מצפונם. אולם, גם טענה זו אינה יכולה לעמוד. בראש ובראשונה, חובתו של היועץ מתמצה בביצוע הבדיקות שאותן הוא כשיר לבצע בזהירות סבירה. הוא אינו מחויב מבחינה משפטית לבצע הפלה, גם אם הוא כשיר לכך מבחינה מקצועית וההורים החליטו כי זהו רצונם.¹⁵⁵ יתר על כן: חוות דעתו המקצועית של היועץ אינה סוף פסוק. מסירת מידע בדבר קיומו של מום אינה מובילה באופן אוטומטי להפסקת ההריון, מכיוון שההחלטה צריכה להתקבל על ידי ההורים (ועל ידם בלבד) על יסוד המידע העומד לרשותם, ולעבור ביקורת של ועדה מקצועית.¹⁵⁶ לא ניתן לומר שהחובה המוטלת על היועץ היא חובה להרוג את העובר אם קיום החובה כדת וכדין אינו מוביל בהכרח להמתת העובר. לעניין הפגיעה בחופש המצפון ניתן להוסיף, בשולי הדברים, כי אדם שמתנגד להפלות אינו צריך לעסוק במקצוע שכל כולו נועד לספק מידע שעל פיו מתקבלות החלטות בעניין הפסקת הריון.

(4) תביעות בגין מומים חברתיים ומשפטיים

עוד טוענים שוללי האחריות כי הכרה בעילה של חיים בעוולה עלולה לגרום למבול של תביעות בגין מומים חברתיים, משפטיים וכלכליים שונים ("חיים שאינם משביעי רצון"). לדוגמא, אם קיימת בחברה מסוימת אפליה על בסיס גזע, דת, מין, לאום וכיוצא באלה, יוכלו האנשים המשתייכים לקבוצות המופלות להגיש תביעות נזיקין נגד

154 פסק-דין McKay, הערה 43 לעיל, בעמ' 1178-1179. חשוב להבין ולזכור כי טענה זו אינה נוגעת להתרשלות שקדמה להתעברות.

155 ראו, למשל, סעיף 318 לחוק העונשין: "אין במתן אישור לפי סימן זה [אישור לביצוע הפלה] כדי לחייב רופא נשים להפסיק הריונה של אשה אם הדבר הוא בניגוד למצפונה או לשיקול דעתו הרפואי". הוראה דומה מצויה בסעיף 4 ל-87: Abortion Act, 1967, Ch. 87: "... no person shall be under any duty, whether by contract or by any statutory or other legal requirement, to participate in any treatment authorized by this Act to which he has a conscientious objection". ההוראה אינה חלה על מקרים שבהם ההפלה דרושה לשם הצלת חייה של האם או כדי למנוע ממנה נזק גופני או נפשי קשה.

156 השוו ע"א זייצוב, הערה 1 לעיל, בעמ' 100 מפני השופטת בן-פורת.

האחראים להולדתם. גם התשובה שניתנה לטענה זו על ידי השופטת בן-פורת בעניין זייצוב אינה מניחה את הדעת. לדבריה, "אין כל חשש שבישראל יכירו בעילת קטין, על שום שנולד להורים מגזע נחות או להורים שהם שחורי עור. הכרה כזאת מנוגדת... לתקנת הציבור ולערכים המוסריים המושרשים בחברתנו".¹⁵⁷ ייתכן שהשופטת התכוונה לכך שהחברה הישראלית אינה סובלת אפליה על בסיס גזעי (או מיני, או לאומי וכו'). כל טענה שלפיה קבוצה מסוימת נחותה מקבוצה אחרת היא טענה המנוגדת "לתקנת הציבור ולערכים המוסריים המושרשים בחברתנו", ועל כן לא ניתן לבסס עליה זכות תביעה. דא עקא, שתשובה זו מתעלמת מהעובדה שבכל חברה מערבית, וגם בחברה הישראלית, יש קבוצות הסובלות מקיפוח חרף המצב המשפטי (כך, לדוגמא, נשים מקבלות שכר נמוך משכרם של גברים בגין עבודה זהה¹⁵⁸), ויש קבוצות – הסובלות מיחס מפלה בחסות המערכת המשפטית (כך, למשל, "ממזרים" על פי ההלכה היהודית סובלים אצלנו מהגבלות שמקורן במשפט עצמו). אם ברור וגלוי שהאפליה קיימת, אינני רואה סיבה שלא לקבל את קיומה כבסיס לתביעה אזרחית, גם אם הדבר עלול להציג את הממסד באור שלילי.

לחלופין, ייתכן שהשופטת התכוונה לכך שלאור עיקרון קדושת החיים, הטענה לפיה מום חברתי, משפטי או כלכלי יכול להפוך את החיים לנחותים מאי-קיום היא טענה המנוגדת "לתקנת הציבור ולערכים המוסריים המושרשים בחברתנו". אבל אם כך הוא הדבר, קשה להבין כיצד ניאונה השופטת לקבוע (ועל כך עוד נרחיב את הדיבור בהמשך) כי מום פיזי קשה יכול להפוך את החיים לנחותים מאי-קיום. האם מומים פיזיים קשים הם חמורים יותר מ"מומים" חברתיים קשים? האם חיינו של אדם שאינו רשאי לרכוש השכלה, לקבל שירותים ממוסדות ממשלתיים, לעבוד ולהתפרנס, להיות בעל קניין או להשתתף בבחירות בשל השתייכותו לקבוצת אוכלוסין מסוימת, גרועים פחות מחייו של אדם בעל נכות קשה? לא השתכנעתי, אפוא, שיש צידוק להבחנה גורפת בין תביעות נזיקין שעניינן חיים שאינם משביעי רצון לבין תביעות נזיקין שעניינן חיים בעוולה. לכן, העובדה שבעקבות ההכרה בעילה של חיים בעוולה עשויות לבוא גם תביעות בגין חיים שאינם משביעי רצון אינה יכולה, לדעתי, להצדיק את שלילתה של העילה. אינני סבור שניאלץ לחזות במבול של תובענות, ובלבד שההכרעה בתביעות בגין חיים שאינם משביעי רצון תיעשה בהתאם לאמות המידה שנקבעו על ידי השופטת בן-פורת ביחס לתביעות בגין חיים בעוולה.

חשוב להבין, כי הן על פי תפיסתי שלי והן על פי גישתה של השופטת בן-פורת, החשש מפני שטף אדיר של תביעות בגין מומים חברתיים, משפטיים או כלכליים אינו יכול כשלעצמו להכשיל תביעות בגין חיים בעוולה. השופטת הנכבדה סברה שקיים

157 שם.

158 זאת על אף שסעיף 2(א)(2) לחוק שוויון הזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988 אוסר במפורש אפליה כזו.

הבדל מהותי בין שני סוגי התביעות מבחינת המדיניות הראויה, הבדל המצדיק הבחנה גורפת גם במישור התוצאה המשפטית;¹⁵⁹ דעתי היא, שאמנם הבדל מהותי בין שני הסוגים אין, אך ניתן לטפל בשניהם באמצעות כלים משפטיים דומים מבלי שיתעורר החשש מפני "פריצת הסכרים".

(5) הגדלת עלויות הביטוח ומחירי הייעוץ

אחת הטענות שהעלו מומחים לייעוץ טרום-לידתי בצרפת, לפני חקיקת החוק המונע תביעות בגין חיים בעוולה, הייתה שהנכונות להטיל אחריות במקרים מהסוג הנדון¹⁶⁰ הביאה לכך שהפרמיות שהם משלמים לחברות הביטוח גדלו עשרת מונים.¹⁶¹ הגדלה משמעותית של עלויות הביטוח לא רק מטילה מעמסה כלכלית כבדה על יועצים לענייני הריון, אלא גם פוגעת במוטיבציה של אנשים אחרים להתמחות בתחום זה ולעסוק בו. התשובה לטענה זו פשוטה. האחריות מחד גיסא, והמעמסה הכלכלית המוטלת על כתפי המזיק מאידך גיסא, הם מושגים נרדפים. אילו העובדה שחובת פיצוי מטילה מעמסה כלכלית על הנתבע הייתה מצדיקה את שלילת האחריות, לעולם לא הייתה מוטלת אחריות בנוזיקין. כשם שאין אנו פוטרים עורך דין מאחריות לנוק שנגרם ללקוח מחמת רשלנותו המקצועית, וכשם שאין אנו פוטרים רופא מנתח שהתרשל במהלך הניתוח מאחריות לנוק שנגרם למנותח – למרות שבשני המקרים הנכונות להטיל אחריות על בעל המקצוע מגדילה את הפרמיה שהוא נדרש לשלם למבטחו – כך אין בהגדלה הצפויה של דמי הביטוח כדי להצדיק את שלילת האחריות במקרה שלפנינו. מעבר לכך, דומני שכל הגדלה בעלות הביטוח תגולגל, בסופו של דבר, אל כתפי הלקוחות, ולא תשנה באופן מהותי את מצבם הפיננסי של היועצים.

ניתן לטעון, כי העלאת מחיריהם של שירותי הייעוץ בעקבות הגדלת עלות הביטוח תגרור תוצאות בלתי-רצויות: ראשית, היא תפגע בהורים פוטנציאליים, שהרי ככל שמחירי השירותים גבוהים יותר, היכולת הכלכלית לצרוך שירותים כאלה פוחתת. עליית מחירים תביא לידי כך שההורים הפוטנציאליים לא יוכלו לקבל את מלוא המידע הדרוש להם לשם קבלת החלטות מושכלות בענייני הולדה; שנית, עליית מחיר הייעוץ תגרור לכך שמספר הבדיקות המבוצעות יקטן, ומניין הילדים שייוולדו בעלי מום – יגדל. פירוש הדבר הוא, שעל ידי הטלת אחריות כלפי אנשים שנולדו כשהם בעלי מום,

159 והשוו פסק-דין *Curlennder*, הערה 38 לעיל. בית המשפט ציין, כי התוצאה שאליה הגיע בית המשפט בפרשת *Zepeda*, הערה 15 לעיל, הייתה מוצדקת, אך הסכים להטיל אחריות על מעבדה רשלנית בנסיבות של חיים בעוולה. לגישתו: "there is a world of difference between an unwanted healthy child who is illegitimate... and the severely deformed infant plaintiff".

160 ראו הערות 103-108 לעיל.

161 BBC News (10.1.2002), הערה 109 לעיל. ראו גם Long, הערה 18 לעיל, בעמ' 993.

נגדיל את מספר האנשים הנולדים לחיי אומללות. מיותר לציין שבעלי מומים שלא אותרו, מחמת אי-יכולתם של ההורים לעמוד בעלות הבדיקות, לא יוכלו לתבוע איש על סבלם. יתר על כן: הגדלת מספר האנשים הנולדים עם מום קשה תטיל נטל כבד על מערכת הבריאות ועל הקופה הציבורית.

טיועונים אלה אינם משכנעים. הטלת אחריות בנוזקין על יצרן או על ספק של שירותים כלפי צרכנים שקיבלו מוצרים פגומים או שירותים לקויים, תוביל – ברוב המכריע של המקרים – לעליית מחירים של המוצרים או השירותים. שלילת האחריות מטעם זה תגרום לכך שלא ניתן יהיה להטיל על יצרן או על ספק של שירותים אחריות בגין נזק שנגרם לצרכן, לפחות כשהמוצר או השירות הוא כזה שצריכתו נתפסת בעינינו כרצויה. שלילת האחריות בגין העלייה הצפויה במחירי המוצרים המיוצרים על ידי המוזיק, או במחירי השירותים שהוא מספק, היא בבחינת גזר דין מוות לאחריותם בנוזקין של יצרני מוצרים פגומים וספקי שירותים לקויים, ותוצאה זו אינה מתקבלת על הדעת. ניחן אף לומר, כי עליית המחיר בעקבות הטלת האחריות היא דבר רצוי: אם עלות הייצור של שירות מסוים אינה מגלמת את תוחלת הנזק הנובע ממתן השירות, הרי שמחיר השוק של אותו שירות נמוך ממחירו הריאלי, וצריכתו גדולה מהרצוי. לשון אחר: הטלת האחריות לא תיצור כשל שוק על ידי הגרלה בלתי-רצויה של עלות הייצור, אלא תתקן כשל שוק על ידי התאמת עלות הייצור הפרטית לעלות הייצור מנקודת המבט החברתית.

אשר לטענה בדבר שלילת מידע מההורים המיועדים ראוי להוסיף, כי הגדלת מחירו של הייעוץ לא תגרום להורים פוטנציאליים לוותר כליל על בדיקות שתכליתן לברר את הסתברות הולדתו של ילד בעל מום, אלא לכל היותר תגרום להם לוותר על בדיקות לאיתור מומים קלים יחסית או נדירים יחסית. גם היום הורים פוטנציאליים אינם מבקשים לבדוק את קיומם או את אפשרות קיומם של כל המומים המולדים האפשריים מפאת העלות הגבוהה הכרוכה בכך. ברור לכל, כי עקב המגבלות התקציביות לא ניתן לספק להורים המיועדים את כל המידע שהיה עשוי להשפיע על החלטתם, אלא רק את הנתונים העיקריים שיש בכוחם להשפיע על החלטה זו. הגדלת מחירן של הבדיקות עשויה, אם כן, להביא לידי כך שהורים פוטנציאליים יבחרו ביתר קפידה את הבדיקות שהם מעוניינים לעבור; אבל יש להניח שמרבית ההורים לא יוותרו על בדיקות שתכליתן לזהות מומים קשים, שהסתברותם על פי הנתונים האישיים של בני-הזוג אינה זניחה¹⁶² – גם אם מחירן יעלה באופן ניכר. בסופו של דבר, לא מדובר בבדיקות יקרות מאוד.

162 לדוגמא: יש מחלות תורשתיות השכיחות בקבוצות אתניות מסוימות ולא באחרות. בנסיבות אלה הבדיקה תבצע ממילא רק כאשר ההורים משתייכים לקבוצה האתנית הרלבנטית. מחלת הטאי-זקס, למשל, היא מחלה אוטוזומלית רצסיבית, השכיחה בעיקר אצל יהודים ממוצא אשכנזי. לכן נוכחות הגן מחולל המחלה תיבדק, בדרך כלל, רק כששני ההורים הם יהודים ממוצא אשכנזי.

מספרן מוגבל, הצורך בהן מתעורר לעתים רחוקות יחסית,¹⁶³ וחלקן מסופקות בלאו הכי על ידי מערכת הבריאות הציבורית בלא תשלום או במחיר מסובסד. לבסוף, הטענה כי העלייה במחירו של הייעוץ תגדיל את מספר האנשים הנולדים עם מום היא בעייתית מאוד. בראש ובראשונה – מדובר בטענה ספקולטיבית. הסברתי, שגם אם מחירי הבדיקות יעלו, הורים פוטנציאליים לא יוותרו על בדיקות שתכליתן לחשוף מומים קשים; ואם בדיקות כאלה תתבצענה בכל זאת, מניינם של האנשים הנולדים ל"חיי אומללות", שצורכיהם המיוחדים יטילו נטל כבד על הקופה הציבורית, לא ישתנה באורח מהותי. מעבר לכך, מדובר בטענה המבטאת השקפה מצמררת אודות ערכם של חיים במום. עולה ממנה, לפחות לכאורה, שהחברה הייתה מעדיפה כי אנשים עם מומים מסוימים לא יגיעו כלל לאוויר העולם. מהשאיפה למנוע "חיי-סבל" משתמעת הכרעה קולקטיבית בעניין שאינו יכול להיות נושא להכרעה קולקטיבית (אימתי החיים הם כה אומללים עד שהפרט היה מעדיף לוותר עליהם?); ומהשאיפה לחסוך מהקופה הציבורית את העלות הגבוהה של הטיפול בבעלי מומים קשים על ידי מניעת הולדתם, משתמע כי אדם בעל מום קשה הוא נטל בלתי-רצוי על כתפי החברה כולה.

(6) סיכום ביניים

ניסיתי להראות, ששיקולי מדיניות אינם יכולים לעמוד בבסיסה של ההתנגדות הגורפת להטלת אחריות בנוזיקין בגין חיים בעוולה. אדרבה: לדעת רבים יש שיקולים כבדי-משקל התומכים בהטלת אחריות כזו. כך, למשל, ניתן לטעון, כי הטלת חבות על יועץ רשלן תעודד יועצים מסוגו לנהוג במידת הזהירות הראויה.¹⁶⁴ אני עצמי סבור שטענה זו אינה יכולה להכריע את הכף. ההכרה בזכות התביעה של ההורים בגין לידה בעוולה יוצרת ממילא תמריץ להתנהגות זהירה של יועצים לענייני הריון, ונראה לי שהתרומה השולית שעשויה להיות לזכות התביעה של הקטין באותן נסיבות אינה משמעותית. טענה נוספת שהועלתה על ידי התומכים בהטלת האחריות, היא שזכות התביעה של הקטין חיונית לשם מניעת חיי סבל. על פי אותה הטענה, אין זה ראוי להותיר את הקטין האומלל בלי סעד שיקל על סבלו. אולם לטעמי, גם הצורך למצוא מזור למכאוביו של הקטין לא יוכל לשמש צירוק להטלת אחריות בנוזיקין על היועץ הרשלן. דיני הנזיקין

163 הבדיקות נדרשות רק לצורך החלטה בדבר התעברות או המשך הריון, ומספר ההריונות הממוצע של אשה בעולם המערבי אינו גדול. כמו כן, יש בדיקות שרי לבצען פעם אחת בלבד, לפני ההריון הראשון. הנתונים הגנטיים של ההורים המיועדים, למשל, אינם משתנים ברכות השנים, ועל כן ייעוץ גנטי מוקדם ניתן, על פי רוב, רק פעם אחת.

164 פסק-דין *Harbeson*, הערה 44 לעיל, בעמ' 496: "Imposition of a... duty to the child will similarly foster the societal objectives of genetic counseling and prenatal testing, and Dawe; will discourage malpractice" הערה 120 לעיל, בעמ' 491-492.

אינם מטפלים בכל סבלות תבל: הם עוסקים בנזק שנגרם לתובע ספציפי על ידי התנהגותו הפסולה של נתבע ספציפי, ואם – כפי שאנסה להראות להלן – הנתבע הספציפי לא גרם בהתנהגותו הפסולה נזק לתובע הספציפי, לא ניתן יהיה להטיל עליו אחריות גם אם התובע חי חיי סבל איומים. הפתרון לסבל שאינו נובע ממעשה עוולה נמצא, בדרך כלל, במסגרת מנגנוני הרווחה.

טענה משכנעת יותר מבוססת על השאיפה לפיזור הנזק.¹⁶⁵ היועץ-הנתבע הוא בעל כושר פיזור טוב יותר מזה של הקטין-התובע: הוא יכול לבטח את עצמו מפני האחריות בקלות יחסית, ולפזר את עלות הביטוח בין הלקוחות. בכך מובטח פיזור כפול: ה"נזק" עצמו מתפזר בין כלל היועצים באמצעות מנגנון הביטוח, ופרמיית הביטוח של היועץ הבודד מתפזרת בין הלקוחות שלו כשהיא מגולמת במחיר השירות שהוא מספק.¹⁶⁶ מכל מקום, ניתן לסכם ולומר שההסבר לרתיעה האוניברסלית מתביעות נזיקין בגין חיים בעולה אינו נעוץ בשיקולי המדיניות הכלליים.

4. הנזק

(א) הגדרת המונח

סעיף 2 לפקודת הנזיקין מגדיר "נזק" כ"אובדן חיים, אובדן נכס, נזכות, רווחה גופנית או שם-טוב, או חיסור מהם, וכל אובדן או חיסור כיוצאים באלה". רשימת האינטרסים שפגיעה בהם¹⁶⁷ היא בבחינת נזק לצורך הפקודה איננה סגורה. הביטוי "וכל אובדן או חיסור כיוצאים באלה" מאפשר לבית המשפט להתייחס לכל שינוי לרעה במצבו של התובע כאל נזק, יהא אשר יהא טיבו של האינטרס שנפגע. ואמנם, בעניין גורדון נפסק כי הגדרת המונח נזק¹⁶⁸ –

כוללת את כל סוגי הנזק, בין פיסי ובין שאינו פיסי, בין ממוני ובין שאינו ממוני. ביסוד ההגדרה עומדת המציאות המוחשית. היא משתרעת הן על נזק פיסי והן על נזק כספי; הן על פגיעה בתחושות גופניות ונזכות, שיש להן ביטוי פיסי, והן על פגיעה בתחושות גופניות ונזכות שאין להן ביטוי פיסי.

165 לדיון ברציונל העומד ביסודה של שאיפה זו ובדרכים השונות למימושה ראו רונן פרי, ריקושטים כלכליים 580-594 (תשס"ב).

166 השוו: James M. Parker, "Wrongful Life: The Child's Cause of Action for Negligent Genetic Counseling in Texas," 16 St. Mary's L. J. 639, 674-675 (1985).

167 מובן, שהכוונה היא ל"פגיעה" במובן המילוני המקובל, להבדיל מ"פגיעה" במובן המשפטי, המוגדרת אף היא בסעיף 2 לפקודת הנזיקין.

168 ע"א גורדון, הערה 113 לעיל, בעמ' 139, מול האות ב מפי השופט ברק.

המונח נזק מתמצה, אפוא, בשינוי מצב לרעה. נזק הוא הפער השלילי בין מצבו של התובע בעקבות התנהגותו הפסולה של הנחבץ לבין המצב שבו היה נמצא לולא אותה ההתנהגות.¹⁶⁹ קיומו של פער כזה איננו רק תנאי הכרחי להטלת אחריות. הוא גם מכתיב את שיעור הפיצויים לאחר ששאלת האחריות אינה מוטלת עוד בספק – שהרי מטרת הפיצוי היא להשיב את הניזוק למצב ה"שלם" שבו היה נמצא לולא העוולה (restitutio in integrum).¹⁷⁰ גם בתביעה בגין חיים בעוולה נדרשת השוואה בין המצב שבו שרוי התובע בעקבות התנהגותו הפסולה של הנחבץ לבין המצב שבו היה נמצא בלעדיו. מצבו של הקטין-התובע בעקבות ההתרשלות הוא מצב של קיום במום; מצבו לולא ההתרשלות היה מצב של אי-קיום. על כן, הקושיה שבפניה אנו ניצבים עתה היא אם ניתן לדבר על פער שלילי בין מצב של קיום במום לבין מצב של אי-קיום.

(ב) רציונלים אפשריים לדחיית התביעה

(1) ההשוואה אינה אפשרית מבחינה לוגית

במאמר ידוע שנכתב בשנות ה-60¹⁷¹ טען פרופ' טרסקי כי תביעות נזיקין בגין חיים בעוולה מחייבות השוואה שאינה אפשרית כלל מבחינה לוגית. כאמור, מושג הנזק מבוסס על השוואה בין מצבו של התובע בעקבות התנהגותו הפסולה של הנחבץ לבין מצבו לולא אותה ההתנהגות – "והנה בעניין שלנו אין כל אפשרות להשוואה, כי לולא מעשה ההולדה, הוולד לא היה קיים. על ידי עילת תביעתו, חותך התובע את הענף שהיה צריך להסתמך עליו כדי להוכיח את נזקו".¹⁷² ניתן להבין את הדברים בשני אופנים, ששניהם מובילים לאותה המסקנה. הפירוש האחד הוא שהואיל ומושג הנזק עוסק בהשוואה בין שני מצבים של קיום, ואי-קיום אינו מצב כזה, לא ניתן להשתמש בו כבסיס להשוואה. קיומו של האובייקט ש"ניזוק" בשני המועדים הרלבנטיים (לפני ההתרשלות ולאחריה) הוא תנאי מוקדם הכרחי לביצוע ההשוואה הנדרשת לשם הכרעה בסוגיית הנזק. לרעתו, פירוש זה הוא טכני מדי. הפירוש האחר הוא, שהואיל ובתביעת

169 השו"ע סעיף 7 ל-(1975) Restatement (Second) of Torts.

170 השו"ע סעיף 901 ל-(1975) Restatement (Second) of Torts.

171 G. Tedeschi, "On Tort Liability for 'Wrongful Life'," 1 *Israel L. Rev.* 513 (1966).

172 טרסקי, הערה 136 לעיל, בעמ' 287, ושוב בעמ' 292: "ראינו שכל תביעת נזיקין המבוססת על המעשה שממנו הגיע התובע לקיומו (או, מכל מקום, שכלעדיו לא היה קיים) נדונה לכשלון, כי על כן נעלם מושג הנזק אם אין אפשרות לקבוע הפרש (בעושר או באושר) בין תוצאות פעולה שנעשתה לבין פני הדברים אלמלא נעשתה". השו"ע Joel Feinberg, *Harm to Others* 102 (1984): "To be harmed is to be put in a worse condition than one would otherwise be in (to be made 'worse off'), but if the negligent act had not occurred, [the plaintiff] would not have existed at all. The creation of an initial condition is not the worsening of a prior condition; therefore it is not an act of harming, no matter how harmful it is".

נויקין מבקש התובע מבית המשפט להשיבו למצב שהיה מתקיים לולא מעשהו או מחדלו של הנתבע, והיות שבתביעה בגין חיים בעוולה המצב ה"קודם" הוא מצב של אי-קיום, הרי שאם נשיב את התובע למצבו הקודם תישלל ממנו כל זכות שהייתה יכולה להיות לו כלפי הנתבע. כדי לנסות ולחקן את ה"נזק" היינו צריכים להעמיד את התובע במצב שבו לא ניתן היה להטיל על הנתבע אחריות כלפיו.

הערת ביקורת, שהושמעה ביחס לטיעון זה, נסמכה על הדוגמא הבאה: נניח שרופא קוטע את רגלו של המטופל כדי להציל את חייו, ובדיעבד מסתבר כי ניתן היה להציל את חייו של המטופל באמצעות טיפול פחות קיצוני (כגון שימוש באנטיביוטיקה). האם ניתן למנוע תביעה של המטופל נגד הרופא הרשלן, בתואנה שהמעשה שבגינו מוגשת התביעה הוא המעשה שאפשר למטופל להישאר בחיים ולהגיש את התביעה? התשובה היא שבית המשפט לא יימנע מהטלת אחריות רק בגלל שמעשהו הרשלני של הרופא העניק למטופל את חייו.¹⁷³ אלא, שהביקורת נובעת מהבנה שגויה של הטענה שהצגנו. הטענה מניחה כי לולא התרשלותו של הנתבע התובע לא היה קיים כלל, ואילו במקרה של קטיעת הרגל אין הדבר כך. נכון שמעשהו של הנתבע במקרה זה אפשר לתובע להמשיך לחיות, אך אילו נהג הנתבע כפי שרופא סביר היה נוהג היו לתובע חיים טובים יותר (רגלו לא הייתה נקטעת); הוא לא היה מפסיד את קיומו. למרות זאת, אני יכול להבין מדוע נימוקו של טדסקי אינו הנימוק הדומיננטי לדחייתן של תביעות נויקין בגין חיים בעוולה. כאשר בתי המשפט מבקשים לדחות באופן קטגורי סוג מסוים של תביעות, הם מעדיפים לעשות כן על יסוד נימוקים פרגמטיים ולא על יסוד נימוקים שנחפסים כנימוקים טכניים.

(2) ההשוואה אינה אפשרית מבחינה מעשית

"נזק" הוא הפער השלילי בין מצבו של התובע בעקבות התנהגותו הפסולה של הנתבע לבין המצב שבו היה נמצא לולא אותה ההתנהגות. פירוש הדבר הוא, שכדי להוכיח את קיומו של הנזק אנו צריכים לבצע תהליך בן שלושה שלבים: ראשית עלינו לקבוע את ערכו של המצב שבו היה התובע מצוי לפני ההתרשלות; שנית עלינו לקבוע את ערכו של המצב שבו נתון התובע בעקבות ההתרשלות; ושלישית עלינו לברר אם ההפרש בין הערך השני לבין הערך הראשון הוא שלילי. קיומו של פער שלילי הוא תנאי להטלת אחריות בנויקין, ומידתו מכתיבה את שיעור הפיצויים. אחת הטענות השכיחות ביותר בפסיקה ובספרות המשפטית היא שבתביעות בגין חיים בעוולה האלגוריתם נכשל כבר בשלב הראשון. מצב של אי-קיום הוא מצב שאינו ניתן להערכה בכלים העומדים לרשותנו. איננו מסוגלים להעריך מצב שאיש מאתנו לא נחנסה בו ולא יכול היה להתנסות בו. שאלת ערכו של אי-הקיום היא שאלה מטאפיזית החורגת מתחומי הידיעה האנושית. אי לכך, השוואת מצב של אי-קיום למצב של קיום במום אינה אפשרית

173 Foutz, הערה 8 לעיל, בעמ' 493-494.

מבחינה מעשית; אם ההשוואה אינה אפשרית לא ניתן להכריע בשאלת קיומו של יסוד הנזק, ובהעדר נזק אין אחריות. עמד על כך השופט Ackner בעניין McKay:

How can a court begin to evaluate non-existence, 'The undiscovered country from whose bourn no traveler returns'? No comparison is possible and therefore no damage can be established which a court could recognise. This goes to the root of the whole cause of action.¹⁷⁴

מעבר לאוקיאנוס, 15 שנים קודם לכן, נאמרו דברים דומים על ידי בית המשפט העליון של ניו-ג'רזי בעניין *Gleitman v. Cosgrove*:¹⁷⁵

The infant plaintiff would have us measure the difference between his life with defects against the utter void of nonexistence, but it is impossible to make such a determination. This court cannot weigh the value of life with impairments against the nonexistence of life itself.¹⁷⁶

ניתן למצוא עוד אינספור ביטויים לאותה גישה.¹⁷⁷ טענת הביקורת הראשונה שהופנתה נגד גישה זו הועלתה כבר בדעת המיעוט של השופט Jacobs בפרשת

174 הערה 43 לעיל, בעמ' 787. ראו גם את דברי הלורד Griffiths, בעמ' 790: "The court then has to compare the state of the plaintiff with non-existence, of which the court can know nothing; this I regard as an impossible task". ואת דברי הלורד Stephenson, בעמ' 782: "To measure loss of expectation of death would require a value judgment where crucial factor lies altogether outside the range of human knowledge and could only be achieved, if at all, by resorting to the personal beliefs of the judge who has the misfortune to attempt the task. If difficulty in assessing damages is a bad reason for refusing the task, impossibility of assessing them is a good one".

175 הערה 3 לעיל, בעמ' 692.

176 להסתמכות על אמירה זו ראו, למשל, פסק-דין *Karlsons*, הערה 41 לעיל, בעמ' 938.

177 ראו, למשל, פסק-דין *Becker*, הערה 41 לעיל, בעמ' 411: "Whether it is better never to have been born at all than to have been born with even gross deficiencies is a mystery more properly to be left to the philosophers and the theologians". פסק-דין *Nelson*, הערה 71 לעיל, בעמ' 928-929 כפי השופט Robertson: "[It] is not fatal to a cause of action in negligence that a plaintiff cannot prove the quantum of injury; but a plaintiff must always establish the existence of injury. This is an impossible burden for a wrongful life plaintiff to meet". פסק-דין *Speck*, הערה 91 לעיל, בעמ' 508; פסק-דין *Blake*, הערה 43 לעיל, בעמ' 322; פסק-דין *Azzolino*, הערה 41 לעיל, בעמ' 537; פסק-דין *Goldberg*, הערה 62 לעיל, בעמ' 409; פסק-דין *Lininger*, הערה 78 לעיל, בעמ' 1210; פסק-דין *Kush*, הערה 77

Gleitman v. Cosgrove. לדבריו, מערכת משפט המתמודדת מדי יום עם קשיי הערכה של נזקים לא ממוניים (כמו כאב וסבל), מסוגלת להתמודד עם בעיית הכימות גם במקרים מהסוג הנדון כאן. אין זה צודק לפטור מעוול מאחריות רק בגלל שקשה להעריך את שיעור הנזק.¹⁷⁸ אני מסכים שקשיי חישוב והערכה – המתעוררים בעיקר במקרים של נזק לא ממוני – אינם צריכים להרתיע את בתי המשפט מהטלת אחריות; אולם יש להבחין בין מקרים שבהם קיומו של הנזק מובן מאליו אך קשה להעריך את היקפו, לבין מקרים שבהם כלל לא ניתן להכריע בשאלת קיומו של הנזק. נזקים לא ממוניים הם נזקים שרובנו חוונו במישורין או בעקיפין. היכרותנו עם מצבי-קיום שונים של אינטרסים לא ממוניים מאפשרת לנו לדעת מתי חל שינוי לרעה במצבו של אינטרס כזה. שאלת קיומו של הנזק אינה בלתי-פתירה. הבעיה היחידה היא, כמובן, בעיית הכימות – אבל היות שמבחינה מושגית בעיה זו מתעוררת רק לאחר ששאלת האחריות כבר הוכרעה, היא אינה יכולה להצדיק (אפריורי) את שלילת האחריות. שונה המצב בנדרון דירן. אי-קיום הוא מצב שאיש אינו מכיר, ולפיכך השוואתו למצב של קיום היא לעולם בלתי-אפשרית. בהעדר מישור ייחוס שאליו ניתן להשוות את מצבו הנוכחי של התובע, לא נוכל לקבוע אם נגרם נזק אם לאו. הבעיה אינה רק בעיה של כימות.

התומכים בהטלת אחריות הציעו להצמיד למצב של אי-קיום את הערך "0", המייצג העדר סבל והעדר הנאה, ואז להשוות את מצבו הנוכחי של התובע – על פי תחשיב של סבל מול הנאה – אל נקודת האפס. לשון אחר: אם סך הסבל גדול מסך ההנאות מדובר במצב "שלילי", שהוא גרוע יותר מאי-קיום.¹⁷⁹ אולם, למרות ששיטה זו נראית במבט ראשון אטרקטיבית, היא אינה יכולה לעמוד בביקורת ההיגיון, שהרי היא מניחה (בצורה אלגנטית אמנם) את הטעון הוכחה. אנחנו אולי יכולים לקבוע שבמצב הנוכחי סבלו של התובע גדול מסך הנאותיו, אבל איננו רשאים להסיק מכך שלתובע נגרם נזק. מכיוון שהוכחת הנזק מצריכה השוואה בין המצב הנוכחי לבין מצב אי-הקיום, שעליו איננו יודעים ואיננו יכולים לדעת דבר.

מתנגדי השלילה טוענים תדיר כי לא ניתן להצדיק את חוסר הנכונות להשוות בין קיום במום לבין אי-קיום בתביעות של חיים בעוולה, כאשר השוואות דומות נעשות כעניין שבשגרה בתחומים אחרים של המשפט. כך, למשל, נטען, כי היות שכתביעות לפיצוי על נזקי גוף משווים מצב של קיום במום (להלן: A) למצב נורמלי (B), ובכתביעות בגין מוות בעוולה משווים מצב של אי-קיום (C) למצב נורמלי (B), אין

לעיל, בעמ' 423. פסק-דין *Garrison*, הערה 66 לעיל, בעמ' 194; פסק-דין *Greco*, הערה 75 לעיל, בעמ' 348; *Kearl*, הערה 94 לעיל, בעמ' 1286.

178 פסק-דין *Gleitman*, הערה 3 לעיל, בעמ' 704. עיינו גם *Teff*, הערה 18 לעיל, בעמ' 435; *Dawe*, הערה 120 לעיל, בעמ' 491; *Mark Strasser*, "Wrongful Life, Wrongful Birth, Wrongful Death, and the Right to Refuse Treatment: Can Reasonable Jurisdictions Recognize All But One?", 64 *Mo. L. Rev.* 29, 56 (1999).

179 ראו, למשל *Foutz*, הערה 8 לעיל, בעמ' 497-498; *Strasser*, הערה 178 לעיל, בעמ' 63.

מניעה להשוות מצב של קיום במום (A) למצב של אי-קיום (C).¹⁸⁰ היכולת להשוות בין ערכים היא טרנזיטיבית (במובן המתמטי): אם ניתן להשוות בין A ל-B ובין B ל-C, ניתן להשוות גם בין A ל-C. אולם טענה כזו מבוססת על תפיסה שגויה של האחריות המוטלת על המזיק במקרים של מוות בעוולה: זכות התביעה העיקרית במקרים שבהם נהרג אדם בשל מעשה עוולה נתונה לתלויים, והפיצויים מבטאים את ההפסד הכלכלי שנגרם לאותם תלויים בעקבות מותו של קורבן העוולה. ההשוואה הנדרשת היא בין מצבם של התלויים בעקבות הפטירה לבין מצבם לולא הפטירה. אין צורך בהשוואה של קיום לאי-קיום. שאלה קשה יותר מתעוררת ביחס לתביעת העיזבון. כידוע, רשאי עיזבונו של הקורבן לתבוע מהמזיק פיצוי בגין קיצור תוחלת חיים.¹⁸¹ ניתן, לכאורה, לטעון, כי הנזק שבגיניו נפסק הפיצוי הוא הפער השלילי בין מצב של אי-קיום לבין מצב של קיום בשנים שאבדו. אינני מסכים. הפיצוי בראש הנזק של קיצור תוחלת חיים ניתן, כפי שמעיד עליו שמו, בגין קיצור תוחלת החיים. הוא אינו מבוסס על השוואה בין חיים לבין העדר חיים, אלא על השוואה בין תוחלת חיים נורמלית לבין תוחלת חיים מופחתת. ערכו של אי-הקיום אינו צריך להיכנס למשוואה זו, הואיל וגם חיים שלא הופרעו על ידי מעשה עוולה מסתיימים, למרבה הצער, במוות.

בשולי הדברים אבקש להוסיף הערה רבת-חשיבות: נראה לי, כי גם אילו סברנו שהפיצוי בראש הנזק הנדון מבוסס על השוואה בין אי-קיום לבין קיום, לא היה בכך כדי לשפר את סיכויי ההצלחה של תביעת נזיקין בגין חיים בעוולה. להפך: היינו יכולים לומר שהזכות לפיצוי בגין קיצור תוחלת חיים (במיוחד לפי מתכונתה הישראלית)¹⁸²

Alexander Morgan Capron, "Tort Liability in Genetic Counseling" 79 Colum. L. 180 (1979) 618, 649, Parker; Rev. 618, 649, הערה 166 לעיל, בעמ' 672.

181 יודגש, עם זאת, כי לא מדובר בתופעה אוניברסלית. באנגליה, למשל, לא ניתן עוד לתבוע פיצוי בראש נזק זה: Administration of Justice Act 1982, Ch. 53, §1(1)(a). עיינו גם Kears, הערה 94 לעיל, בעמ' 1295-1296. בישראל קיימת הבחנה בין תביעות המבוססות על פקודת הנזיקין לבין תביעות המבוססות על חוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים, תשל"ה-1975. כתביעות המבוססות על פקודת הנזיקין קיצור תוחלת חיים הוא ראש נזק נפרד, והפיצוי בגינו "צריך להיות פיצוי ממשי על אבדן דבר שהוא יקר מכל" (ע"א 384/74 עיזבון המנוח דוד אזולאי נ' מפעלי יציקה וולקן, פ"ד (1) 374, 376 מפי השופט ברנזון). כתביעות לפי חוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים מקבל העיזבון 25% מן הסכום המכסימלי הקבוע בסעיפים 4(א)(3) ו-4(ב) לחוק לגבי נזק לא ממוני (ראו תקנה 4 לתקנות הפיצויים לנפגעי תאונות דרכים (חישוב פיצויים בשל נזק שאינו נזק ממון), תשל"ו-1976). ראש הנזק של קיצור תוחלת חיים נכלל בסכום זה, ולא ניתן לתבוע בגינו פיצוי נוסף. ראו ע"א 2801/96 אל-על – נתיבי אייר לישראל נ' יפרת, פ"ד נה(1) 817, 839-833 מפי השופט אור.

182 מכיוון שאצלנו קנה המידה לפיצוי הוא אורך החיים שאבדו ולא הסיכוי לחיים שיש בהם אושר. ראו ע"א אזולאי, הערה 181 לעיל, בעמ' 376.

מבטאת העדפה אבסולוטית של החיים על פני אי-הקיום, וזו שומטת את הקרקע מתחת לכל תביעה בגין חיים בעוולה.¹⁸³

התומכים בהטלת האחריות טוענים, כי הנכונות להחיר הפלה של עובר כשמסתבר שהוא בעל מום (eugenic abortion) מבטאת – באותן הנסיבות – העדפה של אי-קיום על פני קיום במום. מדוע, אם כן, לא ניתן לבצע השוואה דומה במקרים של חיים בעוולה?¹⁸⁴ נראה בעיניי כי גם טענה זו אינה יכולה לעמוד. הרשות להפיל עובר בעל מום אינה נשענת – לפחות מנקודת המבט המשפטית – על העדפת חידלונן של העובר על פני חייו. האינטרס שעליו אנו מגנים במתן ההיתר אינו האינטרס של "טובת העובר",¹⁸⁵ אלא רצונה של האישה ההרה.¹⁸⁶ על אף שהאישה עשויה לשקול את סבלו הצפוי של היילוד בין יתר השיקולים שעליהם תתבסס החלטתה, אין זה הכרחי שזה יהא השיקול המכריע. ההחלטה יכולה להתבסס, למשל, על הקושי הפיזי, הרגשי והכלכלי הכרוך בגידולו של ילד בעל מום. זאת ועוד: האישה ההרה יכולה לבסס את החלטתה על סבלו של היילוד, גם אם לפי תפיסת עולמה אין במום הצפוי כדי להפוך את חייו של הקטין לנחותים מאי-קיום. האם עשויה להסכים כי חייו של ילד בעל מום מסוים (כגון העדר גפה) אינם גרועים מאי-קיום, וככל זאת להחליט שהיא מעוניינת למנוע את הקשיים שעמם צריך ילד בעל מום כזה להתמודד. ואפילו אם האישה מחליטה להפסיק את ההריון מכיוון 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. את הנכונות האובייקטיבית של הכרעה כזו כלל לא ניתן לברר. טענה משכנעת יותר של מתנגדי השליה נוגעת להתמודדות המשפטית עם בקשות להמתת חסד. ההכרה בזכותו של תולה סופני החי-חיים ייסורים להימנע מקבלת טיפול רפואי מאריך-חיים¹⁸⁷ מצריכה, על פי הטענה, הכרעה בדבר עדיפותו של החידלון על

183 על טענה זו נרחיב את הדיבור בהמשך. ואולם חשוב להבין כבר בשלב זה, כי היא אינה עולה בקנה אחד עם התפיסה לפיה אי-הקיום אינו ניתן להערכה.

184 Teff, הערה 18 לעיל, בעמ' 433.

185 האינטרס של העובר – כלל אינו רלבנטי לפי הדין הישראלי, שהרי לא ניתן להגן על אינטרסים של ישות חסרת כשדות משפטית. השוו *Tremblay v. Daigle* [1989] 2 S.C.R. 530, שם נקבע כי לא ניתן לאסור על האם לבצע הפלה כדי להגן על אינטרס של העובר, מכיוון שלעובר אין אישיות משפטית. ראו עוד *Winnipeg Child and Family Services (Northwest Area) v. G. (D.F.)*, 3 S.C.R. 925 [1997], שם נקבע כי לא ניתן לאשפו בכפייה אישה הרה המכורה לשאיפת אדי-דבק כדי להגן על בריאותו של העובר, מכיוון שהמשפט אינו מגן על מי שהוא גטול כשדות משפטית.

186 האינטרסים המתנגשים בסוגיית ההפלות הם רצונה של האישה ההרה מחד גיסא, והאינטרס הציבורי בהגנת בריאותה של האישה מפני השלכות אפשריות של ההפלה ובשימור הפוטנציאל לחי אדם מאידך גיסא. האינטרס של העובר עצמו אינו רלבנטי. ראו במיוחד פסק-דין *Roe*, הערה 96 לעיל.

187 בשלב זה הדין הישראלי מאפשר רק המתת חסד מסוג זה (שהיא פסיבית במהותה) ולא מתן טיפול שתכליתו להחיש את המוות (המתת חסד אקטיבית). המתת חסד פסיבית יכולה להתבצע בשני

פני חיי הסבל, ואם הכרעה כזו אפשרית במקרים של המתת חסד, הריהי אפשרית גם במקרים של חיים בעוולה.¹⁸⁸ אני מודה שהטענה מושכת את הלב; אולם דעתי היא שקיים הבדל גדול בין ההכרעה הנדרשת מבית משפט הדן בבקשה להפסקת טיפול מאריך-חיים לבין ההכרעה הנדרשת ממנו כתביעות של חיים בעוולה. ראשית, בבקשות להפסקת טיפול רפואי בית המשפט לא נדרש להכריע באופן אובייקטיבי בשאלת היחס בין חייו האומללים של המבקש לבין המוות, אלא להגשים את רצונו הסובייקטיבי¹⁸⁹ (גם אם במקרים מסוימים מובע הרצון בידי אפוטרופוס¹⁹⁰). לעומת זאת, בתביעות בגין חיים בעוולה בית המשפט אינו נדרש להגן על זכותו של הפרט להעדיף אי-קיום על פני חיי סבל. הוא צריך לקבוע אם התרשלותו של הנתבע הסבה נזק לתובע, ולשם כך עליו

אופנים: על ידי הימנעות מהתחלת ביצוען של פעולות מאריכות-חיים (כגון אי חיבור למכשיר החייה), או על ידי הפסקת פעולות מאריכות חיים (ניתוק ממכשיר החייה). ראו בעניין זה ע"א 506/88 שפר ג' מדינת ישראל, פ"ד מה(1) 132, 87 מפי המשנה-לנשיא אלון.

188 Teff, הערה 18 לעיל, בעמ' 434-433; Jackson, הערה 8 לעיל, בעמ' 567-566; Constance Frisby Fain, "Wrongful Life: Legal and Medical Aspects," 75 Ky L. J. 585, 630-631 (1987).

189 *Cruzan v. Director, Missouri Department of Health*, 497 U.S. 261 (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.' בית המשפט העליון עצמו קבע, כי: 'The Fourteenth Amendment provides that no State shall 'deprive any person of life, liberty, or property, 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... [We] assume that the United States Constitution would grant a competent person a constitutionally protected right to refuse lifesaving hydration and nutrition' – שם, בעמ' 279-278. אצלנו נקבע בע"א שפר, הערה 187 לעיל, בעמ' 180, כי "אדם זכאי לכך שלא יבוצע בו טיפול רפואי – שיש בו, מטבעם של דברים, פגיעה בגופו של האדם – שלא בהסכמתו". עיינו עוד ה"פ (ת"א) 1141/90 אייל ג' וילנסקי, פ"מ תשנ"א (3) 187; ה"פ (ת"א) 759/92 צדוק ג' בית האלה בע"מ, פ"מ תשנ"ב (2) 485; ה"פ (ב"ש) 1030/95 גלעד ג' מרכז רפואי סורוקה (לא פורסם, 23.10.1995); ה"פ (ת"א) 528/96 ביבס ג' עיריית ת"א-יפו (לא פורסם, 4.3.1997).

190 *In re Quinlan*, 355 A.2d 647 (1976): באותו מקרה דובר באשה חסרת הכרה וחסרת מודעות, שאביה ביקש לנתק ממערכת ההחייאה. בית המשפט העליון של ניו-ג'רזי פסק כי הזכות החוקתית לפרטיות מאפשרת לאדם שחי סבל ושלמצבו הרפואי אין תקנה לקבל החלטה בדבר הפסקת פעולות ההחייאה. אם החולה אינו מסוגל להביע את רצונו בעצמו – האפוטרופוס רשאי לעשות כן עבורו. ראו גם *Superintendent of Belchertown State School v. Saikewicz*, 370 N.E.2d 417 (1977): במקרה זה דובר באדם מבוגר בעל פיגור שכלי שסבל מסרטן הרם. האפוטרופוס שמונה לו על ידי בית המשפט ביקש למנוע מתן טיפול כימותרפי, שסיכויי הצלחתו נמוכים והסבל הכרוך בו רב. בית המשפט אישר את הבקשה. ראו גם ע"א שפר, הערה 187 לעיל, בעמ' 183 מפי המשנה-לנשיא אלון.

להשוות באופן אובייקטיבי בין מצב של אי-קיום לבין מצב של קיום במום.¹⁹¹ בית המשפט אינו יכול לאמץ כנקודת מוצא את הכרעתו הסובייקטיבית של התובע, מכיוון שזה האחרון אינו בעל העניין היחיד בתוצאות המשפט. שנית, 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. מאידך גיסא, בתביעת נזיקין בגין חיים בעוולה ההכרעה בדבר עדיפותו של אי-הקיום על פני החיים היא תנאי הכרחי לקיומו של יסוד הנזק ולהטלת האחריות. שלישית, בעתירה להפסקת טיפול רפואי מתבקש בית המשפט לאסור התערבות מלאכותית בהליך הטבעי של הגסיסה. בלי ההתערבות הרפואית המוות יתרחש מוקדם יותר, והסבל יגיע אל קצו. לעומת זאת, בתביעת נזיקין בגין חיים בעוולה התובע מבטא העדפה למצב שלא ניתן ממילא להגיע אליו.¹⁹² המציאות הטבעית מגבילה את מרחב ההכרעה של בתי המשפט: ניתן להתיר לאדם לסיים את חייו, אך לא ניתן להעמידו במצב שבו הוא היה לולא נולד. ראוי לציין, שהענקת אישור להפסקת טיפול רפואי מאריך-חיים אינה יוצרת סתירה לוגית – בניגוד לקבלתה של תביעת נזיקין בגין חיים בעוולה, המחייבת את השבת התובע למצב שבו לא יכולה להיות לו כל זכות כנגד הנתבע.

(3) לא ייתכן פער שלילי בין קיום במום לבין אי-קיום

אחת הטענות השכיחות בכתיבה המשפטית (ובמיוחד בפסיקה האמריקנית) היא שבתביעות בגין חיים בעוולה אין התובע יכול להצביע על קיומו של נזק, היות שחיים – ואפילו חיי סכל – עדיפים תמיד על פני אי-קיום. לשון אחר: מצב הדברים שנוצר בעקבות התרשלותו של הנתבע עדיף בעליל ובכל מקרה על המצב שהיה קיים לולא ההתרשלות. בפרשת *Berman v. Allan*¹⁹³ בחר בית המשפט העליון של ניו-ג'רזי לזנוח את הרציונל ה"סטריילי" של *Gleitman v. Cosgrove* (חוסר יכולת להשוות בין קיום במום לבין אי-קיום) לטובת ההכרעה הערכית:

One of the most deeply held beliefs of our society is that life – whether experienced with or without a major physical handicap – is more precious than non-life... No man is perfect. Each of us suffers from some ailments or defects, whether major or minor, which make impossible participation in all the activities the world

191 פסק-דין *Smith*, הערה 43 לעיל, בעמ' 352-353.

192 השוו: פסק-דין *Walker*, הערה 64 לעיל, בעמ' 741.

193 הערה 41 לעיל.

גישה זו עמדה גם ביסוד הכרעתה של השופטת בן-פורת בעניין זייצוב. בפתח הדיון בשאלת הנזק הבהירה המשנה-לנשיא (כתוארה אז) כי היא ערה לעיקרון קרושת החיים "שעל יסודו מתקבל לכאורה הרושם, כי חיים באשר הם, אפילו הם כרוכים בסבל רב ובמוגבלות חמורה, טובים תמיד מהאין או מאי-קיום".²⁰³ אולם, בסופו של דבר הגיעה השופטת למסקנה שייכתנו מקרים – אם כי נדירים – שבהם ניתן יהא לקבוע שטוב היה לאדם פלוני 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".²⁰⁴ השופט דב לין, שהצטרף לדעתה של השופטת בן-פורת, ציין אף הוא כי "עקרונית, נקודת המוצא היא, שחיים, אפילו הם חיים במום, עדיפים על אי-חיים. אולם, וקיים 'אולם' כזה, יכול שמומו של הילוד יהא כה כבד, עד שייאמר על אותו יצור אנוש, כי 'חיייו אינם חיים' וכי 'נוח לו לאדם שלא נברא יותר משנברא'.²⁰⁵ המבחן לקיומו של יסוד הנזק על פי גישה זו הוא מבחן חומרת המום. רק מום כבד ביותר עשוי להוביל למסקנה שאי-קיום עדיף על החיים;²⁰⁶ ומכאן שהמקרים שבהם תוטל אחריות הם נדירים מאוד.²⁰⁷

ניתן למצוא במקורות המשפט העברי תימוכין-לכאורה לכך שאי-הקיום עשוי להיות טוב יותר מן החיים. בספר קהלת, למשל, מצויה ההצהרה הבאה: "ושבח אני את המתים שכבר מתו מן החיים אשר המה חיים עדנה; וטוב משניהם את אשר ערן לא היה, אשר לא ראה את המעשה הרע אשר נעשה תחת השמש".²⁰⁸ לשון אחר: למתים טוב יותר מאשר לחיים, ומצבם של אלה שלא נולדו כלל טוב עוד יותר, מכיוון שהם לא נחשפו לקלקולי העולם. במסכת עירובין מסופר, כי "שתי שנים ומחצה נחלקו בית שמאי ובית הלל. הללו אומרים: נוח לו לאדם שלא נברא יותר משנברא; והללו אומרים: נוח לו לאדם שנברא יותר משלא נברא. נמנו וגמרו: נוח לו לאדם שלא נברא יותר משנברא; עכשיו שנברא – יפשפש במעשיו".²⁰⁹ עם זאת, סבורני כי המקורות הללו הם מקורות אנומליים, שאינם עולים בקנה אחד עם עמדתה העקרונית של ההלכה

ההבחנה שהבחין בית המשפט בין אפשרות קיומו של הנזק לבין אי-היכולת להשוות את המצב שהיה קיים לפני העוולה למצב שנוצר בעקבותיה אינה נהירה לי, שהרי אם שני המצבים אינם בני השוואה – הכיצד ניתן לומר שישנו נזק?

203 ע"א זייצוב, הערה 1 לעיל, בעמ' 95.

204 שם, בעמ' 96.

205 שם, בעמ' 126.

206 השוו: Dawe, הערה 120 לעיל, בעמ' 496: "Rather than a nonrebuttable presumption that no possible condition of life could be worse than nonexistence, and thus that no injury could have been suffered by the plaintiff, the court would adopt a rebuttable presumption of preference for life".

207 Teff, הערה 18 לעיל, בעמ' 437.

208 קהלת, ד, ב-ג.

209 עירובין, יג, ב.

בדבר קדושת החיים.²¹⁰ העובדה שההעדרה העולה מהם אינה מיוחדת לאנשים החיים חיי-סבל, ומיוחסת לכל בני האדם באשר הם, מדגישה מסקנה זו.²¹¹ נשוב עתה אל הכרעתה של השופטת בן-פורת. הכרעה זו מעוררת כמה קשיים. ראשית – כל מסקנה שלפיה החיים עשויים להיות נחותים מאי-קיום עלולה לקעקע את מחויבותנו לעיקרון קדושת החיים. על הסכנה הטמונה במתן ערך שלילי לחיי אדם עמד הבוגרסגריסטסוהוף באומרו, כי לאור הניסיון המר של גרמניה תחת משטר נאצינל-סוציאליסטי שלוח רסן, הנוהג המקובל בבתי המשפט הפדרליים אינו מאפשר הכרעה בעלת נפקות משפטית בדבר ערך חייו של הזולת.²¹² החשש הוא, שאם נקבע עתה כי חיים עם מום מסוים גרועים מאי-קיום, אנו עלולים להגיע לבסוף למסקנה שאנשים בעלי אותו מום אינם צריכים להיות כלל.²¹³ לי נראה כי החשש מוגזם. קיים הבדל גדול בין מצב שבו מערכת המשפט קובעת עבור פלוני כי חדלונו עדיף על חייו, לבין מצב שבו הוא עצמו, מתוך בחירה חופשית לחלוטין, מבטא העדפה כזו ומבסס עליה את תביעתו; כמו כן קיים הבדל גדול – מנקודת מבטו של הפרט – בין שימוש בהשוואה בין קיום לאי-קיום כדי להצדיק פגיעה באינטרס האישי שלו (על ידי כליאתו או חיסולו), לבין שימוש בהשוואה כזו במטרה לשפר את מצבו (על ידי פסיקת פיצויים). עם זאת אין ספק שכל ביטוי שיפוטי להעדפתם של החידלון או של אי-הקיום על פני חיים במום עלול לפגוע בכבודם של אנשים בעלי מוגבלויות ולעודד חוסר סובלנות כלפיהם. הכרעות מהסוג האמור הן בבחינת סתירת לחי לאנשים הרבים הסובלים ממגבלה פיזית או שכלית קשה, ומצליחים – בכל זאת – לנהל חיים מספקים ומרעילים.²¹⁴

210 ראו, למשל: ויקרא, יח, ה; יזמא, פה, ב.

211 לכן אין זה פלא, שבמקורות מאוחרים יותר נתפרשו הדברים שלא על פי פשוטם. ראו, למשל, שו"ת צין אליעזר, חלק יח, סימן סד, ד"ה ראיתי בספר, וכן: ספר העיקרים, מאמר רביעי, פרק כט.

212 BGH (18.1.1983) BGHZ 86, 240, 252. ראוי להבהיר ולהדגיש, כי הדברים לא נאמרו במסגרת הדיון בשאלת הנזק אלא במסגרת הדין בשאלת קיומה של חובה למנוע לידתו של אדם בעל מום. בדונו ביסור הנזק ציין בית המשפט, כי לא ניתן להשוות קיום במום לאי קיום.

213 השוו פסק-דין McKay, הערה 43 לעיל, בעמ' 1180-1181 מפי השופט Stephenson: "To impose such a duty towards the child would, in my opinion, 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"

214 פסק-דין Edwards, הערה 22 לעיל, בפסקה 75: "There are many disabled members of society who 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"

חוששני, כי הרצון לפצות את הקטין האומלל, ותחושת הסלידה מהתרשלותו של היועץ-הנתבע, יחד עם עמימותו של מבחן חומרת המום שהציעה השופטת בן-פורת, יביאו לידי כך שבתי המשפט יקבלו תביעות בגין חיים בעולה על יסוד "הנחות חברתיות" מרחיקות-לכת ובלתי-מציאותיות. בעניין אזולאי,²¹⁵ למשל, העיר בית המשפט המחוזי אגב אורחא, כי לגבי ילד שנולד עם תסמונת דאון קיימת מוסכמה חברתית שלפיה טוב היה לו לולא נולד. עוד נאמר שם, כי עיוורון בשתי העיניים הוא מום ההופך את החידלון או את אי-הקיום לעדיף, הואיל ו"סומא חשוב כמת". באופן דומה סירב בית המשפט העליון של קליפורניה בעניין *Turpin v. Sortini*²¹⁶ לרחות תביעת רשלנות של קטינה שנולדה כשהיא סובלת מחירשות מוחלטת. הכרעות אלה, הנובעות מהנטייה הטבעית להטיל על היועץ-הרשלן אחריות כלפי הקטין הסובל, עלולות להתפרש כביטוי ליחסה השלילי של החברה לאנשים עם מוגבלויות. טענת ביקורת נוספת שהופנתה כנגד גישתה של השופטת בן-פורת הייתה, שגישה זו מבחינה בין מקרה שבו נולד ילד בעל מום קשה לבין מקרה שבו נולד ילד שמומו קל. במקרה השני פטור היועץ לגמרי מאחריות כלפי הקטין, על אף שהתרשלותו אינה שונה במהותה מהתרשלותו של היועץ במקרה הראשון. בלשונו של השופט ברק:

[השופטת בן-פורת] יוצרת "סף כניסה", אשר כל עוד חומרת המום לא הגיעה אליו עדיין, אין נזק ואין פיצוי, ורק מי שעבר סף זה יזכה בפיצוי. אותו "סף כניסה" הוא מצב, שבו אי החיים עדיף על פני חיים בפגם. כתוצאה מכך נותרים בעלי מום רבים ללא כל פיצוי. אמת הדבר, סבלם של אלה קטן הוא יותר, אך מדוע לא יזכו לפיצוי, ולו קטן יותר?²¹⁷

טענה זו אינה מקובלת עליי. במקרים שבהם מומו של התובע קל לא ניתן, אליבא דכל הדעות, לדבר על נזק לפי מובנו המקובל של מושג זה בדיני הנזיקין,²¹⁸ ובהעדר נזק לא ניתן להטיל אחריות גם אם הנתבע התרשל ואם התובע סובל. גישתה של השופטת בן-פורת נכשלת, עם זאת, מאותה סיבה שבגינה דחינו את גישתו של בית המשפט העליון של ניו-ג'רזי בעניין *Berman v. Allan*.²¹⁹ התפיסה, שלפיה בנסיבות מסוימות עלולים החיים להיות גרועים מהעדרם, מבוססת על השוואה

אי-קיום אינה אפשרית, והביא טיעון זה כדוגמא לכך שההשוואה תלויה בהערכה אינדיבידואלית.

ראו גם פסק-דין Ellis, הערה 91 לעיל, בעמ' 1329.

215 ת"א (חי') 790/90 מדינת ישראל נ' אזולאי, פ"מ תשנ"א (2) 29.

216 הערה 94 לעיל.

217 ע"א זייצוב, הערה 1 לעיל, בעמ' 115.

218 חיים במום קל אינם יכולים להיחשב לגרועים מאי-קיום.

219 הערה 41 לעיל.

בין שני מצבים שאחד מהם מצוי מחוץ לתחום הבנתנו.²²⁰ כאשר שופט פלוני קובע שאי-קיום עדיף על פני קיום במום, הכרעתו מתבססת על אמונה סובייקטיבית ולא בהכרח על מציאות אובייקטיבית, ואם בענייני אמונה עסקין – אמונתו הפרטית של השופט היושב בדיון אינה עדיפה על אמונתם של אנשים אחרים. מיליוני אנשים בעולם (וחלקים נכבדים מהציבור הישראלי) מאמינים, כי בתום חייהם בעולם הזה יזכו לחיים בעולם הבא. עבור אנשים אלה, הטענה לפיה חיים במום עשויים להיות גרועים מאי-קיום אינה מתקבלת על הדעת, היות שהיא מתעלמת לחלוטין מחיי העולם הבא. בגמרא מסופר, כי לאחר שגזר פרעה על בני-ישראל להשליך את הבנים הנולדים ליאור, החליט עמרם – אביו לעתיד של משה רבנו – לגרש את אשתו, כדי להימנע מהבאת ילדים לעולם; ובעקבותיו עשו כן גם האנשים האחרים. בין דברי התוכחה שהופנו כלפיו על ידי בתו נאמר, כי בעוד שגזירת פרעה הייתה שוללת מהילדים הזכרים את חיי העולם הזה בלבד, גזירתו של עמרם שוללת מהילדים שבכוח גם את חיי העולם הבא.²²¹ המסקנה העולה מן הדברים היא שגם חיים שאין בהם כל הנאה, המסתיימים בדרך אבדונית, עדיפים על פני אי-קיום. ברור, כי אמונה זו אינה משותפת לכלל בני האדם, אך עצם קיומה מחזק את הטענה שלפיה העדפת החידלון או אי-הקיום על חיי סבל אינה הכרעה אובייקטיבית;²²² הכרעה אובייקטיבית אינה אפשרית כלל.

מן הכשל האמור נובע קושי נוסף: ההשוואה בין קיום במום לבין אי-קיום נדרשת לא רק בעת הדיון ביסודות העוולה. היא נחוצה גם בשלב הבא – של קביעת סכום הפיצויים; וכשם שאיננו יכולים להעריך את מצב אי-הקיום בשלב הראשון, איננו יכולים לעשות כן גם בשלב השני. לכן גם אם נקבל את ההכרעה הערכית, שלפיה בנסיבות מסוימות אי-קיום עדיף על חיי סבל, לא נוכל לקבוע את שיעור הפיצוי באותן נסיבות לפי העקרונות המסורתיים. השופטת בן-פורת הציעה לפסוק לתובע פיצוי שבאמצעותו "ניתן להקטין עד קצה האפשר את תוצאת הנחיתות"; מטרת הפיצוי, על פי גישתה, היא לאפשר לקטין למצות את הפוטנציאל הקיים "כדי שיחפד טוב יותר

220 השופטת בן-פורת כתבה, אמנם, כי "אין להידע מהשוואה בין קיום מזה לאי-קיום (או מוות) מזה" (ע"א זיצוב, הערה 1 לעיל, בעמ' 96), אולם אין בדבריה הסבר מניח את הדעת לסברה זו. השופט ברק הסתייג מן הדברים כזו הלשון: "גישתה של השופטת בן פורת מעוררת מחדש את השאלה, אם בית המשפט מסוגל לקבוע כי בתנאים מסוימים אי-החיים עדיף על פני חיי-סבל. האם תפיסת העולם שלנו, גישתנו לעצם החיים ואי-הבנתנו את אי החיים, מאפשרת לנו, כשופטים, לקבוע, כי אכן קיימים מצבים, ולו נדירים, אשר בהם עדיף לא לחיות מאשר לחיות חיי סבל. מה פירושה של 'עדיפות' זו? כאשר קוצרה תוחלת חייו של אדם, אנו מעריכים את סבלו זה. הערכה זו קשה היא אך אפשרית, שכן אנו מסוגלים להעריך את משמעותם של החיים. אך כיצד ניתן להעריך את משמעותם של אי החיים?" (שם, בעמ' 115).

221 סוטה, יב, א. בסופו של דבר החזיר עמרם את אשתו לחיקו, וכמותו נהגו גם האנשים האחרים.

222 פסק-דין Edwards, הערה 22 לעיל, פסקה 75: במקרה זה סבר בית המשפט שההשוואה כלל אינה אפשרית, והביא את האמונה בחיי העולם הבא כדוגמא לכך שהשוואה כזו מבוססת על אמונה אישית ואינה יכולה להתבצע על ידי בית משפט.

ויסבול פחות במצבו הנחות".²²³ דא עקא, שפיצויי נזיקין נועדו לתקן את נזקו של התובע, ועל כן אם הנזק הוא הפער שבין קיום במום לבין אי-קיום, הפיצוי צריך להעמיד את הקטין במצב השקול לאי-קיום. שיטת החישוב שהציעה השופטת הנכבדה אינה עולה בקנה אחד עם מטרת הפיצוי בדיני הנזיקין. עם זאת, הסטייה מעקרונות הפיצוי הרגילים הייתה בלתי-נמנעת, מכיוון שקביעת שיעור הפיצויים בהתאם לעקרונות הללו אינה אפשרית במקרים של חיים בעוולה. סיכומו של דבר: בשלב הדיון בשאלת האחריות התמודדה השופטת בן-פורת עם הבעיה הקונספטואלית באמצעות הכרעה סובייקטיבית-ערכית שנויה במחלוקת, ואילו בשלב הדיון בהיקף החבות היא התחמקה ממנה באמצעות הגמשת דיני הפיצויים.

(2) עקיפת הבעיה על ידי תיקון דיני הנזיקין

הניסיון להתמודד עם שאלת קיומו של הנזק הוביל אותנו למבוי סתום. הראנו, כי ההשוואה הדרושה לשם הוכחת יסוד הנזק אינה אפשרית מבחינה לוגית או מעשית, ושאפילו אם לא היינו "נרתעים" מביצועה עדיין לא היינו מסוגלים להגיע למסקנה קונקלוסיבית. ההשוואה בין חיים לבין אי-קיום, גם לו הייתה אפשרית, הייתה מעוררת ויכוח נוקב בדבר ערכם של החיים, שניתן להכריעו (לכאן או לכאן) אך ורק על ידי אימוץ השקפה ערכית שנויה במחלוקת. קשיים אלה, יחד עם האהדה למצבו של הקטין האומלל, הולידו ניסיונות "לתקן" את דיני הנזיקין באופן שיאפשר לבתי המשפט לקבל תביעות על חיים בעוולה מבלי להיזקק להכרעות בלתי-אפשריות או מעוררות אנטגוניזם. פתרון כזה הציע השופט ברק, בתמיכתו של השופט שלמה לרין,²²⁴ בעניין זייצוב:

חובת הזהירות המושגית של הרופא מטילה עליו לנקוט באמצעי זהירות סבירים, כדי שחייו של הקטין יהיו ללא מום. מכאן גם זכותו של הקטין, כי לא תהא התרשלות, אשר תעשה את חייו לחיי מום. אין לו לקטין כל זכות לאי-חיים. האינטרס, אשר הדין מגן עליו, אינו האינטרס של אי החיים אלא האינטרס של החיים ללא מום. על-כן הנזק, 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.²²⁵

223 ע"א זייצוב, הערה 1 לעיל, בעמ' 99.

224 שם, בעמ' 123.

225 שם, בעמ' 116.

הצעתו של השופט ברק מבוססת על שינוי מישור הייחוס לבחינת יסוד הנזק ולהערכת שיעורו. במקום להשוות בין חיים במום לבין אי-קיום, השווה השופט בין חיים במום לבין חיים נורמליים. המודל המוצע הוא בעל כמה תכונות חיוביות.²²⁶ ראשית, הוא אינו מחייב את בתי המשפט להתחבט בשאלות מטאפיזיות בדונם בשאלת קיומו של הנזק. הוא אינו מצריך הכרעה בדבר ערכו של מצב שאינו ניתן להערכה, ואינו מבוסס על העדפה ערכית-סובייקטיבית של מצב כזה. שנית, שומת הנזק לאחר שהוכחו כל יסודות העוולה אינה מבוססת על ההשוואה הבלתי-אפשרית בין חיים במום לבין אי-קיום, אלא על השוואה שעמה מתמודדים בתי המשפט כעניין שבשגרה בתביעות בגין נזקי גוף: זו שבין חיים במום לבין חיים ללא מום. שלישית, המודל המוצע אינו מבחין בין מומים נדירים שיכולים להקים אחריות לבין מומים אחרים, שאינם יכולים להקים אחריות. בכך הוא חוסך מבית המשפט את הצורך בהכרעות קשות מאוד ברמה הקונקרטית, ומונע אפליה בין בעלי מומים שונים לעניין זכות התביעה ובין יועצים רשלנים לעניין האחריות.

במבט ראשון נראה כאילו הצעתו של השופט ברק מבתרת את הקשר הגורדי של סוגייתנו. אולם, בחינה מדוקדקת של המודל המוצע חושפת את חולשותיו הרבות. בראש ובראשונה – הפתרון המוצע אינו מתיישב עם עקרונות יסוד של דיני הנזיקין. "נזק" הוא שינוי מצב לרעה, ובחינת קיומו מחייבת השוואה בין המצב שבו נמצא התובע בעקבות התנהגותו הפסולה של הנתבע לבין המצב שבו היה נתון לולא אותה ההתנהגות. הפירוש האפשרי היחיד לעיקרון זה בענייננו הוא שההכרעה בשאלת קיומו של הנזק אינה יכולה להתבסס אלא על השוואה בין מצב של קיום במום לבין מצב של אי-קיום. ההשוואה החלופית שמציע ברק מבוססת על מציאות דמיונית, שהרי לא הייתה כל אפשרות שהקטין-התובע יבוא לעולם כשהוא בריא.²²⁷ זאת ועוד: דיני הנזיקין נועדו לפצות ניזוקים על נזקיהם ולא להעניש אנשים שהתרחשו. חיוב המזיק על בסיס השוואת מצבו של התובע למצבו של ילד בריא אינו בגדר פיצוי על נזק אלא הטלת סנקציה על יסוד הנחה בדיונית. השופט ברק כתב, שהנוסחה של *restitutio in integrum* מניחה, "כי לולא מעשה העוולה היה בנמצא ניזוק. אך בענייננו, לולא מעשה העוולה לא היה ניזוק קיים כלל. על-כן אין להעמיד כמטרת הפיצויים את החזרת המצב לקדם-עוולה".²²⁸ דא עקא, שדיני הנזיקין לא נועדו אלא להשיב את המצב לקדמותו. זהו אחד האפיונים הבסיסיים ביותר של תופעת האחריות בנזיקין, אחד האפיונים

226 שם, בעמ' 117.

227 שם, בעמ' 89. עיינו גם Stolker, הערה 152 לעיל, בעמ' 531: "What should not be allowed is a comparison between handicapped life and healthy life. The latter alternative has never existed for the child".

228 ע"א וייצוב, הערה 1 לעיל, בעמ' 118.

שבלעדיהם דיני הנזיקין לא היו דיני נזיקין. לא ניתן לוותר עליו אך ורק מכיוון שהוא אינו נוח לתובע.

מבחינה מושגית סובל המודל המוצע משני פגמים נוספים. ראשית, דיני הנזיקין, כמכשיר קולקטיבי להכוונת התנהגות אנושית, אינם יכולים להטיל על האדם חובות שאינן ניתנות לקיום. לפי גישתו של השופט ברק, החובה שהפרתה מקימה את זכות התביעה היא חובתו של היועץ "לנקוט באמצעי זהירות סבירים, כדי שחיייו של הקטין יהיו ללא מום". ברם, חובה כזו היא חובה שהיועץ לא היה יכול – מבחינה פיזית – לקיימה. הוא לא היה יכול לעשות דבר שהיה מאפשר לתובע להגיע לאוויר העולם כשהוא בריא. שנית, אם נקבל את הגדרת הנזק של השופט ברק, תתעורר בעיה חדשה במישור הקאנוני. הפער השלילי בין חיים במום לבין חיים נורמליים, המבטא את הנזק לפי המודל המוצע, אינו נובע מהתרשלותו של היועץ; הוא נובע מפגם תורשתי, מחשיפת האם לנגיף במהלך ההריון או כיוצא באלה.

הביקורת שהופנתה נגד גישתו של השופט ברק מנקודת המבט של המדיניות המשפטית נראית לי משכנעת פחות. טענה אחת היא שלפי המודל המוצע ניתן להטיל על היועץ הרשלה אחריות גם במקרים שבהם בא לעולם ילד פגום במקצת;²²⁹ ואם הקטין נולד עם מום גופני קל יחסית, אין זה ראוי לקבוע שנגרם לו נזק מחמת ההתרשלות, שהרי התרשלות זו זיכתה אותו בחייו. הכרה בכך שגם קטין שנולד עם מום קל סבל בהולדתו נזק בר-תביעה "מנוגדת לתקנת הציבור ולעקרון קדושת החיים גם יחד".²³⁰ אלא, שטענה זו מתעלמת מהעובדה שהשופט ברק אינו מגדיר את הנזק על ידי השוואת החיים במום למצב של אי-קיום, אלא על ידי השוואת החיים במום לחיים נורמליים. אילו היינו מוכנים לאמץ את הגדרתו המהפכנית של השופט ברק למושג הנזק, לא היינו יכולים לטעון שההכרה בנזקו של הקטין מנוגדת לתקנת הציבור. הנזק שעליו מדבר השופט ברק אינו כזה שההכרה בו נוגדת את עיקרון קדושת החיים.

טענה נוספת שהועלתה נגד גישתו של השופט ברק מבוססת אף היא על העובדה שגיישה זו אינה מבחינה בין מומים קלים לקשים. הנכונות העקרונית להטיל אחריות כלפי כל אדם שאינו מושלם מעוררת, על פי הטענה, את החשש מפני "פריצת סכרים".²³¹ כל אדם שאינו מרוצה מתכונה כזו או אחרת שעמה הגיע לאוויר העולם יגיש תביעה נגד הרופאים שנכשלו בחשיפת התכונה הזו. עילת התביעה תעמוד, בין היתר, לאנשים שנולדו עם נטייה להשמנה או להקרח, לאנשים שאינם מרוצים מגובהם או מצבע עיניהם, לאנשים שנולדו עם מנת משכל נמוכה מן הממוצע וכן הלאה.

229 כבר בפתח דבריו ציין השופט ברק כי "יש להכיר עקרונית באחריותו של דופא כלפי הורים וילדם, מקום שהתרשלותו של הרופא גרמה ללידתו של קטין בעל מום (בין מום פיסי, בין מום נפשי ובין כל מום אחר), בנסיבות שבהן, לולא אותה התרשלות, לא היה הקטין נולד כלל" (שם, בעמ' 107).

230 שם, בעמ' 104 מפי השופטת בן-פורת.

231 שם, בעמ' 106 מפי השופטת בן-פורת.

הדוגלים בהטלת אחריות על בסיס מבחן חומרת המום יכולים לטעון, כי מעבר לכך שההשוואה בין חיים במום לבין אי-קיום היא בלתי-נמנעת מבחינה מושגית, הריהי משמשת מכשיר לסינון תביעות. בהצעתו של השופט ברק לא קיים מנגנון דומה, ומכאן שקיים חשש להצפת בתי המשפט בתביעות של בעלי מומים שונים ומשונים. אינני סבור כי החשש מוצדק. תביעות בגין חיים בעוולה מוגשות במקרים שבהם לפי מצג השווא של היועץ התובע לא היה צפוי לסבול מהליקוי שעמו נולד, וההורים המיועדים היו נמנעים מההולדה אילו ידעו את המצב לאשורו. סבורני, כי מרבית ההורים כלל לא יבקשו מיועץ לענייני הריון לבדוק אם ילדם עתיד לסבול מליקויים קלים (הן מטעמים ערכיים והן מסיבות כלכליות). בנסיבות אלה לא תיתכן כל התרשלות, ובהעדר התרשלות לא ניתן יהיה להגיש תביעת רשלנות. אפילו אם ההורים היו מבקשים לברר את אפשרות קיומם של ליקויים קלים, ספק אם הידיעה על אפשרות זו הייתה מובילה אותם להחלטה על הימנעות מהולדה. משמעות הדבר היא שהקשר הסיבתי בין התרשלותו של היועץ לבין ה"נזק" היה מוטל בספק, וכך גם זכות התביעה. לבסוף, גם אם ברור שההורים היו נמנעים מלהביא לעולם ילד אילו ידעו שיסבול מליקוי קל, אינני סבור שאי-חשיפת הליקוי הייתה יכולה להיחשב להתרשלות ולהניב זכות תביעה. התרשלות היא יצירת סיכון בלתי-סביר, וסבירות הסיכון נקבעת, בין היתר, לפי תוחלת הנזק. כאשר שיעור ה"נזק" הוא מזערי – קשה לדבר על התרשלות.

5. הקשר הסיבתי

(א) הקשר הסיבתי בין ההתרשלות לבין המום

המתנגדים להטלת אחריות בגין חיים בעוולה עשויים לטעון, כי המום שבגינו מוגשת התביעה אינו נובע מהתרשלותו של היועץ-הנתבע, אלא מגורם שלנתבע לא הייתה כל שליטה עליו כמו תורשה, אברציה כרומוזומלית או הפרעה פתולוגית בשליית האישה ההרה. ואם כך הוא הדבר, לא מתקיים הקשר הסיבתי הנדרש בין התרשלותו של הנתבע לבין נזקו של התובע. טענה זו עמדה, למשל, ביסוד החלטתו של בית המשפט לערעורים בצרפת במקרה של מום שמקורו במחלת האדמת, אולם היא נדחתה על ידי בית המשפט לקסציה בערעור על אותה ההחלטה.²³² מדובר, כמובן, בטענה המעידה על חוסר הבנה של נושא הדיון. התובע במקרים של חיים בעוולה אינו טוען כי התרשלותו של הנתבע גרמה למום, אלא שלולא ההתרשלות לא היה מגיע לעולם (עם אותו המום). הקשר הסיבתי הנדרש הוא בין ההתרשלות לבין הנזק, והנזק – אם ניתן בכלל לדבר על נזק – מתבטא כמעבר ממצב של אי-קיום למצב של קיום במום, ולא כעצם היווצרותו של המום. לכן, אם ברור שההורים היו יכולים ומעוניינים להימנע מהולדה אילו ידעו את

van 232. Cass. Chambre Civile 1re, 26 mars 1996, Bull.Civ.I n° 156, p. 109. עיינו גם: Gervin, Lever & Larouche, הערה 103 לעיל, בעמ' 117.

מצב הדברים לאשורו, ניתן לומר שהתרשלותו של הנתבע גרמה ל"נוק", מכיוון שבלעדיה היו חייו של התובע (עם המום) נמנעים לחלוטין.²³³

(ב) הקשר הסיבתי בין ההתרשלות לבין החיים

(1) הזכות להפיל והזכות למנוע התעברות

בתחילת הדברים הבחנתי בין שני סוגים של תביעות בגין חיים בעוולה. תביעות מסוג אחד מבוססות על התרשלות שאירעה לפני ההתעברות, ואילו תביעות מסוג אחר מבוססות על התרשלות שאירעה לאחר ההתעברות. להבחנה זו חשיבות רבה מנקודת המבט של הקשר הסיבתי. שאלה גורלית בתביעות של חיים בעוולה (או לידה בעוולה) שעניינן בהתרשלות שאירעה לאחר ההתעברות (אך לא ביחס להתרשלות שאירעה לפני ההתעברות), היא אם אמו של התובע הייתה רשאית להפילו – שאם לא כן לא ניתן כלל לטעון שלולא ההתרשלות הילד לא היה נולד.²³⁴ אם המשפט אינו מכיר בזכות להפיל (לפחות כאשר העובר הוא בעל מום), לא יכול להתקיים הקשר הסיבתי הנדרש בין התרשלותו של היועץ לבין חיי הסבל של הקטין, שהרי גם אם היועץ לא היה מתרשל והמום היה מתגלה, לא ניתן היה להפיל את העובר. אם האלטרנטיבה של אי-קיום לא הייתה קיימת, נשמטת הקרקע מתחת לתביעה כולה.

שאלת הזכות להפיל, כאשר אין בהריון או בלידה משום סכנה לחייה של האישה, היא כשלעצמה שאלה מורכבת ומעוררת מחלוקת. ניתן להכריע בה בשלושה אופנים. הגישה הראשונה אוסרת לחלוטין (מטעמים דתיים או מוסריים) הפלות שאינן דרושות להצלת חיי האישה. במדינות שבהן קיים איסור גורף על הפלות, לא ניתן להגיש תביעות המבוססות על הטענה שלפיה לולא ההתרשלות הייתה מתבצעת הפלה.²³⁵ הגישה השנייה היא זו המקובלת אצלנו ובמדינות מערביות אחרות, ולפיה לא מוכרת זכות כללית להפיל, אך קיימת אפשרות לבקש הפסקת הריון בסיטואציות מסוימות שהוגדרו על ידי המחוקק. בישראל, למשל, קיים איסור פלילי על הפסקת הריון,²³⁶ אולם ניתן להפסיק הריון במקרים ובתנאים המנויים בחוק.²³⁷ ככלל, הפסקת הריון יכולה להיעשות רק על ידי רופא נשים, במוסד רפואי מוכר, בהסכמתה המודעת של האישה בכתב, ולאחר שניתן אישור של ועדה מיוחדת. החוק אמנם מונה רשימה של סיטואציות שבהן ובהן בלבד יכולה הוועדה לתת אישור, והרשימה היא רשימה סגורה ללא סעיפי-סל; אבל לענייננו די בה. הוועדה יכולה לתת אישור, בין היתר, אם הוולד עלול להיות בעל מום גופני או נפשי. החלופות האחרות נוגעות בעיקר לבריאותה הגופנית והנפשית של

233 Peck, הערה 8 לעיל, בעמ' 1339; Teff, הערה 18 לעיל, בעמ' 430 [בהערת שוליים 37].

234 ראו, למשל: פסק-דין Hummel, הערה 96 לעיל, בעמ' 1345, 1347.

235 כך, למשל, באירלנד: Markesinis, הערה 20 לעיל, בעמ' 263.

236 סעיף 313 לחוק העתשין [נוסח משולב], תשל"ז-1977.

237 סעיפים 314-316 לחוק העתשין.

למשל, הוכרה הזכות לשימוש באמצעי מניעה רק באמצע שנות ה-60 של המאה ה-20. בעניין *Griswold v. Connecticut*,²⁴² שנדון בפני בית המשפט העליון של ארצות-הברית רק שמונה שנים לפני פרשת *Roe v. Wade*, נבחנה שאלת חוקתיותו של חוק-מדינה שאסר לחלוטין שימוש באמצעי מניעה. בית המשפט פסק כי חוק זה – בתחולתו על זוגות נשואים – פוגע בזכותם החוקתית לפרטיות.²⁴³ כעבור שבע שנים, בעניין *Eisenstadt v. Baird*,²⁴⁴ נדון מעמדו של חוק שאסר על כל אדם למכור, להשאל, למסור או להציג אמצעי מניעה. כחריג לכלל התיר החוק לרופאים לתת לזוגות נשואים מרשמים לרכישת אמצעי מניעה, ואפשר לרופאים לספק לזוגות נשואים אמצעי מניעה על פי מרשמים כאמור. בית המשפט העליון קבע כי במתן יחס שונה לאנשים נשואים ולאנשים שאינם נשואים מפר החוק את עיקרון ההגנה השווה, הקבוע בתיקון ה-14 לחוקה.²⁴⁵

(2) שיקול הדעת של ההורים המיועדים

תביעת נזיקין בגין חיים בעוולה מבוססת על הטענה שלפיה לולא ההתרשלות לא היה התובע בא לאוויר העולם. טענה זו מושתתת על שתי הנחות: הראשונה היא שההורים המיועדים היו יכולים למנוע את הולדתו של התובע אילו חפצו בכך. על הנחה זו הרחבנו את הדיבור לעיל; ההנחה השנייה היא שאילו היו ההורים יודעים על קיומו של המום או על אפשרות קיומו – הם היו מחליטים להימנע מהתעברות או להפסיק את ההריון (לפי העניין). הדיון על טיב ההחלטה שהיו ההורים המיועדים מקבלים אילו היה המידע הרלבנטי מצוי ברשותם הוא בעל חשיבות רבה. אם מסתבר שההורים לא היו נמנעים מההולדה – שוב לא ניתן להטיל על היועץ את האחריות ל"נזק". החלטתם של ההורים היא או הסיבה המכרעת להולדתו של הקטין כשהוא בעל מום, והיא מנתקת את הקשר הסיבתי בין התרשלותו של הנתבע לבין "נזקו" של התובע. במרבית המקרים שבהם הוגשה תביעה על חיים בעוולה הייתה עמדתם של ההורים ברורה ונחרצת, ועל כן לא הועלתה טענה של ניתוק קשר סיבתי. מוכן, כי טענה כזו עשויה להתעורר לא רק כאשר ברור וגלוי שההורים לא היו נמנעים מהולדה אילו נמסר להם המידע הנוגע לעניין, אלא גם כאשר ההורים נטו להימנע מהולדה אך עמדתם לא הייתה נחרצת. עם זאת, במקרים מהסוג השני ניתן לעשות שימוש בדוקטרינה של "אבדן סיכוי": ההסתברות לכך שההורים היו מחליטים שלא להימנע מהולדה לא תשלול מן הקטין את זכות התביעה (בהנחה שזכות זו לא נשללה מטעמים אחרים), אך היא תילקח בחשבון בהערכת סכום הפיצויים.

242 381 U.S. 479 (1965).

243 שם, בעמ' 485-486.

244 לעיל הערה 147.

245 שם, בעמ' 453-455.

ב. המודל המושגי הראוי

1. יסודות עיוניים

כפי שניסיתי להראות בחלקו הראשון של המאמר, הצידוק המשכנע היחיד להימנעות מהטלת אחריות בגין חיים בעוולה אינו מבוסס על שיקולים של מדיניות משפטית, אלא על מגבלותיו הפנימיות של רעיון האחריות בדיני הנזיקין. תביעתו של הילד צריכה להיכשל בשל אי-היכולת (הלוגית והמעשית) להכיר בקיומו של נזק, לפי הגדרתו של מונח זה במשפט הנזיקין. מטרתם של דיני הנזיקין היא להעמיד את התובע במצב שבו היה מצוי לולא התנהגותו הפסולה של הנחבע (ה-*status quo ante*), אם מצב זה עדיף על מצבו הנוכחי, בעוד שבחביעה על חיים בעוולה איננו יודעים דבר על המצב הקודם ולפיכך איננו יכולים לקבוע אם הוא היה טוב יותר מהמצב הנוכחי אם לאו. ודאי שאין אנו מסוגלים, מחמת אותה בערות, להעמיד את התובע במצב השקול למצבו הקודם. יתר על כן: התובע עצמו אינו יכול – מבחינה הגיונית – לשאוף להשבת המצב הקודם על כנו, שהרי התזרת הגלגל לאחור הייתה שוללת ממנו לא רק את קיומו הפיזי אלא גם את קיומו המשפטי, ועמו את הזכות לפיצויים. לכן עד עתה סברו רבים, כי הענקת זכות תביעה לקטין כנגד היועץ מחייבת התערבות חקיקתית. מסקנה זו נתמכה, בין היתר, על ידי השופט גולדברג בעניין זייצוב ועל ידי בית המשפט המחוזי באותו עניין.²⁴⁶ נקודת המוצא הייתה נכונה – אין מקום לתביעות על חיים בעוולה במסגרת דיני הנזיקין – אולם המסקנה הייתה שגויה: ניתן לזכות את הקטין בפיצוי גם בלי התערבותו של המחקק.

אמנם לא ניתן להטיל על היועץ אחריות בנזיקין, אך ניתן – ואף ראוי היה מלכתחילה – לחייבו בפיצוי על ידי שימוש במסגרת מושגית אלטרנטיבית, המתאימה יותר לשאיפותיו האמיתיות של הילד. לדעתי, הטענה שעליה צריכה התביעה להתבסס היא (בניסוח מופשט) שהיועץ-הנחבע הבטיח להוריו של התובע כי הלה יגיע לאוויר העולם בלא מום, וההבטחה לא קוימה. מטרת התביעה תהא להעמיד את התובע במצב שבו היה מצוי אילו קוימה ההבטחה. המודל המוצע מבוסס על קיומו של מום בלתי-רצוי (כאשר הדבר נוגד את הבטחתו של הנחבע), ולא על קיומם של חיים בלתי-רצויים. הוא אינו מבוסס על ההשוואה הבלתי-אפשרית בין קיום במום לבין אי-קיום, אלא על השוואה בין קיום במום לקיום בלי מום. ברי, כי השוואה כזו אינה יכולה להתבצע במסגרת תביעת נזיקין מכיוון שהיא אינה משתמשת ב-*status quo ante* כמישור ייחוס. השוואה כזו צופה פני עתיד, והרעיון של אי-קיום הבטחה הנוגעת למצב דברים עתידי, מוליך אותנו באופן טבעי לשדה מושגי אחר: אל ממלכתם של דיני החוזים.

246 עמדתו של בית המשפט המחוזי מובאת בפסקי דינם של השופטים בן-פורת וברק, המתנגדים לה (ע"א זייצוב, הערה 1 לעיל, בעמ' 98 ובעמ' 118-119 בהתאמה). היא מובאת גם בפסק דינו של השופט גולדברג, המצדד בה (שם, בעמ' 130).

הניסיון לשרטט את קו הגבול בין תחום התחולה של דיני הנזיקין מזה ושל דיני החוזים מזה מעורר קשיים לא מעטים. דומה, כי מרבית התכונות שבהן אנו נוהגים להשתמש כדי להסביר את ההבחנה המסורתית בין שני ענפי המשפט אינן מספקות. ניתן, למשל, לטעון, כי ההבדל בין שני התחומים נובע מאופיו של החיוב: בדיני החוזים נובע החיוב מהסכמתו של החייב, בעוד שבדיני הנזיקין מוטלת החובה מכוח הדין, בלי קשר להסכמתו של החייב.²⁴⁷ אלא שהבחנה זו אינה לגמרי מדויקת: מחד גיסא, גם במסגרת דיני החוזים מטילים בתי המשפט חיובים שלא ניתנה להם הסכמה מפורשת של הצדדים. הדבר נעשה, בין היתר, על ידי פרשנות החוזה ועל ידי שימוש אינטנסיבי במסגרות מושגיות גמישות כמו "תקנת הציבור" ו"תום לב". לעתים חכני ההתקשרות כלל אינם נובעים מהסכמה אלא מהוראות קוגנטיות של המחוקק,²⁴⁸ ולעתים נקבעים התכנים באופן חד-צדדי על ידי המתקשר הדומיננטי, מבלי שניתן משקל של ממש לרצונו של הצד שכנגד (זהו, בדרך כלל, המצב בחוזים אחידים). מאידך גיסא, קיימת חדירה של יסוד הוולונטריות אל תוך דיני הנזיקין.²⁴⁹ כך, למשל, נעשה שימוש בצירוף "נטילת אחריות" (assumption of responsibility) כמסגרת לבחינת קיומה של חובת הזהירות במקרים מסוימים של נזק כלכלי טהור.²⁵⁰

ניתן להוסיף ולטעון, כי ההבדל בין דיני הנזיקין לבין דיני החוזים נוגע ליסוד התמורה. אדם נושא בחיוב תווי כנגד תמורה שמתקבלת מיריבו, בעוד שהחובה המוטלת על ידי דיני הנזיקין אינה מותנית בכך שהחייב קיבל תמורה בגין כפיפותו לחובה.²⁵¹ אולם גם הבחנה זו מוגבלת למדי, מכיוון שבשיטות משפט רבות, וגם

247 Trindade & Cane, הערה 119 לעיל, בעמ' 8; דניאל פרידמן וילי כהן, חוזים א' 78-79 (תשנ"א).

248 לדוגמא: חוק שעות עבודה ומנוחה, תשי"א-1951; חוק חופשה שנתית, תשי"א-1951; חוק פיצויי פיטורין, תשכ"ג-1963; חוק המכר (דירות), תשל"ג-1973; חוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981; חוק חוזה הביטוח, התשמ"א-1981.

249 ראו גם Clerk & Lindsell, הערה 139 לעיל, בעמ' 4.

250 לגבי נזק כלכלי הנובע ממצג שווא רשלני נאמרו, למשל, הדברים הבאים: *Hedley Byrne & Co. v. Heller & Partners Ltd.* [1964] A.C. 465 (H.L.), 483 per Reid L.J.: "The most natural requirement would be that expressly or by implication from the circumstances the speaker or writer has undertaken some responsibility", and at p. 530 per Devlin L.J.: "Where, as in the present case, what is relied on is a particular relationship created *ad hoc*, it will be necessary to examine the particular facts to see whether there is an express or implied undertaking of responsibility" *Henderson v. Merrett Syndicates Ltd.* [1994] 3 All E.R. 506 (H.L.); *White v.* וראו גם: *Jones* [1995] 2 A.C. 207 (H.L.); Christopher Harvey, "Economic Losses And Negligence – The Search for a Just Solution," 50 *Can. Bar Rev.* 580, 600, 616, 620 (1972).

251 Trindade & Cane, הערה 119 לעיל, בעמ' 7.

בישראל, יש תוקף גם להתחייבויות שאין כנגדן תמורה.²⁵² ניתן לטעון שחוב חוזי מבוסס על אינטראקציה מוקדמת בין הצדדים, בעוד שהחובה בדיני הנזיקין יכולה להתקיים גם בין צדדים שהיו זרים זה לזה לפני התרחשות הנזק,²⁵³ אך גם הבחנה זו לוקה בחסר: חוזה לטובת צד ג' עשוי להעניק זכויות לאדם שלא בא בדברים עם הצדדים לחוזה ולא היה ער לכריתתו. בה בעת, לעוצמת האינטראקציה המוקדמת בין הצדדים לתביעת נזיקין עשויה להיות השפעה של ממש על סיכויי התביעה.²⁵⁴ נראה לי, אפוא, כי ההבדל המהותי והבסיסי ביותר בין שני ענפי המשפט הוא הבדל פונקציונלי:

[Many] contractual obligations are 'productive', in the sense that they are obligations to produce advantageous outcomes, whereas the law of torts is predominantly 'protective', in the sense that the obligations it imposes are usually obligations to avoid disadvantageous outcomes.²⁵⁵

וביתר דיוק: דיני הנזיקין ודיני החוזים מטפלים בשני סוגים שונים של אינטראקציות בילטרליות. דיני הנזיקין עוסקים באינטראקציות שבהן אחד הצדדים משנה לרעה את מצבו של הצד האחר,²⁵⁶ ואילו דיני החוזים עוסקים באינטראקציות שבהן לפחות אחד הצדדים הבטיח דבר-מה לצד האחר, ובכך יצר אצלו ציפייה שלא הייתה קיימת קודם לכן.²⁵⁷ אדם, הנושא באחריות נזיקית נדרש להשיב את יריבו למצב שבו היה מצוי לולא האינטראקציה ביניהם.²⁵⁸ לעומתו, אדם הנושא באחריות חוזית נדרש להעמיד את יריבו במצב שאליו היה מתקדם אילו התגשמה הציפייה שמקורה באינטראקציה ביניהם.²⁵⁹

252 ראו, למשל, סעיפים 1(א) ו-5 לחוק המתנה, תשכ"ח-1968; וסעיף 7 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973.

253 Trindade & Cane, הערה 119 לעיל, בעמ' 7-8.

254 כפי שהסברתי לעיל, חובת הזהירות בעוולות הרשלנות נשענת, בין היתר, על קיומם של יחסי שכנות בין הצדדים. אינטראקציה מוקדמת בין הצדדים עשויה לתמוך במסקנה בדבר קיומם של יחסי שכנות.

255 Trindade & Cane, הערה 119 לעיל, בעמ' 7.

256 הכוונה היא, כמובן, לגרעה מהמצב שבו נמצא הצד האחר עובר לאינטראקציה.

257 השווה Clerk & Lindsell, הערה 139 לעיל, בעמ' 5.

258 נכון הוא ששיעור הפיצוי בנוזיקין נקבע לעתים על בסיס ציפייה עתידית. כך הוא הדבר, למשל, במקרים של גרם הפרת חוזה (ראו נילי כהן, דיני הנזיקין – העוולות השונות: גרם הפרת חוזה 276 (בעריכת ג' טרסקי, תשמ"ו)). אלא, שבמקרים הללו הציפייה העתידית אינה נובעת מן האינטראקציה בין התובע לבין הנתבע. היא הייתה קיימת בלי קשר לאותה האינטראקציה, ועל כן היוותה חלק מן ה-status quo שהפגיעה בו הולידה את זכות התביעה.

259 פרידמן וכהן, הערה 247 לעיל, בעמ' 101: "הסעד החוזי הרגיל הוא זה המבקש להעמיד את הנפגע במצב בו היה נתון אילו קיים החוזה... במרכזם של דיני חוזים עומד אינטרס הקיום (הציפייה)... דיני נזיקין מבקשים לפצות את מי שנפגע ממעשה אסור (מעשה עוולה) שנעשה על ידי הזולת,

זהו, כאמור, ההבדל הבסיסי ביותר בין שתי מערכות הדינים, והוא המכתיב את הפתרון הראוי במקרה שלנו. הואיל והעוול שנגרם לקטין-התובע מתבטא בכך שהבטחתו של היועץ-הנתבע לא קוימה, והיות שמטרתו של הקטין היא לזכות בפיצויים שיקרבו אותו ככל שניתן למצב שבו היה מצוי אילו קוימה ההבטחה, המסגרת המושגית להגשת התביעה צריכה להיות מסגרת חוזית.²⁶⁰

עם זאת, הבחירה העקרונית בדיני החוזים כמסגרת הראויה לתביעתו של הקטין היא רק השלב הראשון. עלינו להראות כי האמירה המופשטת – שלפיה ניתן לבסס את התביעה על אי-קיום ההבטחה שניתנה על ידי הנתבע להוריו של התובע – יכולה לעשות לבוש משפטי פורמלי. הלבוש הפורמלי מתמצה, לדידי, בטענה לפיה היועץ-הנתבע הפר חוזה לטובת צד ג' שנכרת בינו לבין הוריו של התובע, ובו התחייב שהתובע לא ייוולד עם מום מסוים.²⁶¹ הטענה מבוססת על שתי הנחות לגליסטיות המצריכות הוכחה: הראשונה היא שבמסגרת החוזה בין היועץ לבין ההורים נטל על עצמו היועץ

כאשר הפיצוי נועד להעמיד את הנפגע במצב בו היה נתון אלמלא בוצעה העוולה". ראו גם E. Allan Farnsworth, *Contracts* 784 (3d ed., 1999), §12.8: "The basic principle for the measurement of those damages [i.e. – for breach of contract] is that of compensation based on the injured party's expectation. One is entitled to recover an amount that will put one in as good a position as one would have been in had the contract been performed". ודוק: מבחינה עקרונית רשאי הנפגע מהפרת חוזה לתבוע, במקום פיצוי קיום, פיצוי בגין ההוצאות שהוציא והנזקים שנגרמו לו מחמת קיום החוזה (פיצויי הסתמכות). פיצוי זה נועד, כמו הפיצוי בדיני הנזיקין, להשיב את הגלגל לאחור. ראו ע"א 4012/90 מלך צוקים נ' עיריית נתניה, פ"ד כו(4) 45, 74-77, מפי השופט השן. השופט חשין אף הוסיף ואמר, כי אינטרס הקיום אינו מציב גג עליון לשיעורם של פיצויי ההסתמכות. לעומתו סבר השופט מלך כי הפיצוי בדיני החוזים נקבע על פי אינטרס הקיום בלבד, וכי רק כשקיים קושי אובייקטיבי ממשי לקבוע את שיעור הפיצוי על פי אינטרס הקיום, ניתן לפסוק פיצויי הסתמכות. במקרה כזה "משחמשים בגובה אינטרס ההסתמכות כאומד ראיתי לגובה אינטרס הקיום". עוד קבע השופט מלך, כי אינטרס הקיום צריך לשמש "גג עליון" בפסיקת פיצויי הסתמכות (שם, בעמ' 56-58). השופט מצא נמנע מלהכריע בין שתי הגישות, על אף שנטה להעדיף את זו של השופט חשין (שם, בעמ' 80).

260 יש הטוענים כי ההגנה על אינטרס הציפייה יכולה להיעשות גם במסגרת דיני מצג השווא הרשלני. ראו, למשל, Michael B. Kelley, "The Rightful Position in 'Wrongful Life' Actions," 42 *Hastings L. J.* 505, 549-556 (1991). אני סבור שמדובר בהרחבה בעייתית של דיני הנזיקין.

261 חשוב להדגיש, כי התחייבותו של היועץ אינה מתייחסת לכל מום שהקטין עלול להיוולד עמו, אלא אך ורק למומים הספציפיים שלגבי קיומם או אפשרות קיומם הוא מחווה את דעתו. כך, לדוגמא, יועץ שהתבקש לברר אם האישה נושאת גן של מחלת טאי-זקס, לא יחויב בגין הולדתו של ילד הסובל מכליה פוליציסטית. באופן דומה, יועץ שנתבקש לברר את אפשרות קיומם של ליקויים מבניים בבדיקת אולטראסאונד, לא יחויב בגין הולדתו של ילד הסובל ממחלה תורשתית שאינה מתבטאת בליקויים מבניים.

מחויבות לנכונות המצג שנוצר על ידו אגב קיום החוזה; והשגייה היא שהחוזה בין ההורים לבין היועץ הוא חוזה לטובת צד ג', היינו: חוזה לטובת הקטין, שנוולד לאחר שכלולו.

2. הוכחת ההנחות הלגליסטיות

(א) מחויבות לנכונות המצג

(1) מקור החובה

הקושיה הראשונה שעמה אנו נדרשים להתמודד נובעת מהאופי המיוחד של החיוב שאנו מבקשים לבסס. בשלב זה אין לנו עניין בהתחייבות לספק ייעוץ טרום-לירתי בהתאם לאמות-המידה המקובלות של מיומנות וסבירות, העומדת בבסיסו של החוזה בין היועץ לבין הוריו של התובע.²⁶² על אף שקיומה של התחייבות זו אינו מוטל בספק,²⁶³ ועל אף שגם הפרתה אינה שנויה במחלוקת, קיומה והפרתה אינם מועילים לנו כאן. הסיבה לכך היא פשוטה: הפרתה של ההתחייבות האמורה מתמצה בהתרשלותו של הרופא במתן השירות. לולא ההתרשלות היה נמסר להורים מידע אמין, שהיה משנה את עמדתם ביחס להולדה, והקטין-התובע לא היה נולד. בעקבות הפרת ההתחייבות החוזית קיבלו ההורים מידע שגוי והחליטו להביא את התובע לעולם. הנזק שנגרם לקטין עקב הפרת ההתחייבות החוזית הוא אותו נזק המהווה את סלע המחלוקת בתביעת הרשלנות המסורתית: הפער בין מצב של קיום במום לבין מצב של אי-קיום.²⁶⁴ הפרת ההתחייבות החוזית אינה פותרת אפוא את הבעיה שעליה עמדנו בחלקו הראשון של המאמר.

הפתרון שהצעתי מצריך הכרה בהתחייבות חוזית נוספת: מחויבות לנכונות המצג בדבר מצבו הבריאותי של הצאצא הפוטנציאלי, שנתגלה בדיעבד כמצג-שווא. סבורני, כי ניתן לגזור התחייבות כזו מהחוזה שנכרת בין היועץ לבין הוריו של התובע. חוזה הייעוץ נועד כל כולו לספק להורים מידע אמין שעליו יוכלו לבסס את החלטתם. הם לא פנו אל היועץ כדי לקבל עצה ספקולטיבית אלא כדי לקבל אינפורמציה. הם לא היו פונים אל היועץ לולא סברו שיימסר להם מידע מדויק, ולא היו מסתמכים על המידע שקיבלו אלמלא היו משוכנעים באמיתותו. היועץ ידע בבירור כי הוריו של התובע יסתמכו על המידע שיימסר להם אגב קיום החוזה, וכי יקבלו החלטה גורלית על יסוד האמונה בנכונותו. אמיתות המצג שהיועץ מציג להורים היא, אם כן, תמצית החוזה. בלי ערובה כלשהי לנכונות המצג החוזה הוא חסר-ערך. לפיכך, נראה לי שהחוזה כולל תנאי

262 השוו ע"א 2781/93 דעקה נ' בית החולים "כרמל", חיפה, פ"ד נג(4) 526, 584 מפי השופט אור.

263 "קיום" במובן של existence (ולא במובן של carrying out).

264 זו הייתה הסיבה לדחיית תביעתו החוזית של הקטין בעניין, *Rubin v. Hamot Medical Cente*, 478 A.2d 869, 872 (1984).

מכללא, שלפיו נושא היועץ באחריות לנכונות המצג שהוצג על ידו להוריו של התובע, בכפוף לסייגים שיפורטו בהמשך.²⁶⁵ מחויבות זו, שבלעדיה החוזה הוא עקר, נובעת גם מהחובה לקיימו בדרך מקובלת ובתום לב.²⁶⁶

מבלי לגרוע מהאמור לעיל, ניתן לגזור את אחריותו של היועץ מחובת תום הלב בדרך נוספת. גם אם נתעלם מתכליתו המיוחדת של החוזה שבו עסקין, אדם שמספק מידע לזולתו בהקשר חוזי ומתנער מאחריות לנכונות המידע רק לאחר שמקבל המידע הסתמך עליו ושינה את מצבו באורח מהותי, נוהג בחוסר הגינות; ניתן לומר שהוא מפר את חובת תום הלב. הרעיון שלפיו התנערות מאחריות לאמיתותו של מידע שנמסר בהקשר חוזי, לאחר שמקבל המידע הסתמך עליו ושינה את מצבו, היא התנהגות כלתי ראויה שהדין צריך למנוע, אינו רעיון חדש, ויש לו כמה ביטויים בדיני החיובים. פרידמן וכהן מציינים, למשל:

כאשר צד לחוזה הציג מצג מוטעה לחברו ובעקבות זאת נכרת חוזה, שהמצג אינו כלול בו, קבעו לעתים בתי המשפט כי אף שהמצג אינו חלק

265 ראו גם Ron Weiss, "Wrongful Birth and Wrongful Life: in Search of a Logical Consistency," *Ann. Surve. Am. L.* 507, 514 (1987) השוו *Quagliana v. Exquisite Home Builders Inc.*, 538 P.2d 301 (1975). התובעים דהתם רצו לבנות בית בסולט לייק סיטי, שישקיף על עמק יזרע. הם שכרו את הנתבעת השנייה לצורך הכנת תוכניות הבנייה עוד לפני שמצאו מגרש ראוי. לאחר שמצאו מגרש שנראה להם מתאים, ביקשו התובעים מהנתבעת השנייה לבדוק אם השטח מתאים לבניית הבית בו חפצו. נציג של הנתבעת השנייה אמר לתובעים כי השטח אכן מתאים לבנייה, והבטיח שמן הבית יישקיף הנוף הרצוי להם. על יסוד המצג רכשו התובעים את החלקה. לאחר התחלת הבנייה הסתבר כי בניית בית שישקיף על העמק אינה אפשרית בשל מגבלות שמקורן בדיני התכנון והבנייה. העבודות הופסקו. בית המשפט העליון של יוטה פסק (שם, בעמ' 309), שכאשר הנתבעת הבטיחה לתובעים כי החלקה מתאימה להגשמת תכליתו של החוזה ביניהם (קרי: בניית בית המשקיף לנוף ספציפי), היא נטלה על עצמה אחריות לקיומו של מצב רבירים מסוים שלא היה קיים בפועל. במלים אחרות: בית המשפט גזר מתכלית החוזה את ערבותה של הנתבעת לנכונות המידע שנמסר על ידה לתובעים, למרות שמסירת המידע לא הייתה המטרה העיקרית של החוזה. במקרה שלנו מסירת המידע היא עצמה תכלית החוזה.

266 סעיף 39 לחוק החוזים. ועיינו: בג"צ 59/80 שירותי תחבורה ציבוריים באר שבע נ' בית הדין הארצי לעבודה בירושלים, פ"ד לה (1) 828, 836 מפי השופט ברק ("סעיף 39 לחוק החוזים עשוי להטיל על בעלי החוזה חובות נוספות, שזכרן אינו בא בחוזה עצמו, אך המתבקשות מהצורך להביא להגשמת החוזה בדרך מקובלת ובתום לב"); וכן ע"א 4628/93 מדינת ישראל נ' אפרופים שיכון ויזום (1991), פ"ד מט (2) 265, 326 מפי המשנה לנשיא ברק ("המסר הנורמטיבי העולה מעקרון תום הלב לעניין השלמת חסר בחוזה הינו, כי יש להשלים את החוזה באופן המגשים את תכליתו (הסובייקטיבית והאובייקטיבית) של החוזה"). ניתן לטעון, כי לאחר חקיקת חוק החוזים אין עוד מקום להיצק לתורת התניות מכללא לצורך השלמת החוזה, וכי יש לבצע מלאכה זו אך ורק באמצעות המגוונים הקבועים בחוקי החוזים והמכר (לרבות עיקרון תום הלב). עיינו, למשל, עניין אפרופים, בעמ' 328 מפי המשנה לנשיא ברק. ההכרעה בסוגייה זו אינה נחוצה כאן, מכיוון שבשתי השיטות ניתן להגיע לאותה המסקנה.

מהחווה המרכזי, הוא נכלל בחווה מוקדם, נספח לחווה המרכזי, המהווה בסיס לכריתתו. תוכנו של החווה המוקדם או הנספח הוא כי המציג נוטל על עצמו התחייבות בדבר נכונותו של המצג.²⁶⁷

הרציונל העומד ביסודו של רעיון החווה הנספח הוא שהניצג הסתמך על אמיתות המצג כשהחליט להתקשר עם המציג בחווה. ההסתמכות הסבירה והצפויה על המצג היא הצידוק להטלת האחריות על המציג.

דוגמא בולטת יותר לערבותו של המציג לנכונות המצג בעקבות הסתמכותו של הניצג מצויה בדיני ההשתק. בהתאם לעיקרון של "השתק מחמת מצג" (estoppel in pais), אדם שהציג מצג עובדתי בפני פלוני, בנסיבות שבהן ניתן היה לצפות שפלוני יפעל על יסוד המצג, יהא מנוע מלכפור בנכונות העובדה שהציג, אם אותו פלוני הסתמך על המצג באופן סביר ושינה בשל כך את מצבו לרעה.²⁶⁸ תוצאת ההשתק היא שזכויות הצדדים נקבעות על יסוד ההנחה שהעובדות, כפי שהוצגו על ידי הצד המושתק, הן נכונות; ומכיוון שכופים על הצד המושתק לעמוד בדיבורו ולקבל את העובדות כפי שהוצגו על ידו, מעמידים את הצד המושתק במצב שבו היה מצוי אילו תאמה המציאות את המצג.²⁶⁹ חשוב להעיר, עם זאת, כי על אף שתוצאה זו דומה לתוצאה שאנו מבקשים להשיג בענייננו, לא ניתן להעמיד את תביעתו של הקטין על טענת השתק. הטעם לכך הוא שעילת התביעה של הקטין אינה מבוססת על הטענה כי המידע שקיבלו הוריו היה נכון. דוקטרינת ההשתק מחמת מצג נקלטה בארץ עוד בתקופת המנדט באמצעות סימן 46 לדבר המלך במועצתו, והיא קיימת במשפטנו גם כיום.²⁷⁰ אולם, רבים סבורים כי בעקבות חקיקת חוק החוזים "יש לראות בדיני ההשתק פן אחד של תורת תום-הלב שנקבעה בחוק זה".²⁷¹ לדעתי, תפיסה זו תומכת בהעמדת חובתו של היועץ במקרה דנן על עיקרון תום הלב, היות שהיא מתייחסת לערבותו של המציג

267 פרידמן וכהן, הערה 247 לעיל, בעמ' 524-525. התביעה על יסוד החווה הנספח עדיפה על פני תביעת רשלנות בגין מצג שווא הן מבחינת יסודות האחריות והן מבחינת הסעדים שהיא מציעה. מבחינת יסודות האחריות – התביעה החוזית מושתתת על אחריות מוחלטת של המציג, ואינה תלויה באשמה. מבחינת הסעדים – התביעה החוזית תעמיד את הנפגע במצב בו היה אילו קיים עמו החווה, כלומר: במצב שבו היה מצוי לו היה המצג נכון. היא תעניק לו סעד של אכיפה או פיצוי קיום (שם, בעמ' 561).

268 שם, בעמ' 87, 529; Farnsworth; הערה 259 לעיל, בעמ' 263, § 4.15; רע"א 4928/92 עזרא נ' מ.מ. תל מונד, פ"ד מז(5) 94, 100 מפי השופט דורנר.

269 פרידמן וכהן, הערה 247 לעיל, בעמ' 92-93 [הערת שוליים 63].

270 שם, בעמ' 93-94. המחברים מציינים, כי דעתם נתמכת על ידי סעיף 2(ב) לחוק יסודות המשפט, תש"ם-1980, המשמר את הדין שנקלט לפני חקיקתו באמצעות סימן 46.

271 רע"א עזרא, הערה 248 לעיל, בעמ' 100-101 מפי השופט דורנר. יש לזכור, כי חובת תום הלב הקבועה בחוק החוזים משתרעת לא רק על משא ומתן לקראת כריתת חוזה (סעיף 12 לחוק החוזים) ועל קיום חוזה (סעיף 39 לחוק), אלא גם על "פעולות משפטיות שאינן בבחינת חוזה ועל חיובים שאינם נובעים מחוזה" (סעיף 61(ב) לחוק).

על עיקרון תום הלב, היות שהיא מתייחסת לערבותו של המציג לנכונות המצג (לאחר הסתמכותו של הניצג) כאל נגזרת של חובת תום הלב.

(2) גבולות החובה²⁷²

ככלל, איננו רשאים לגזור מהחוזה התחייבות שאינה עולה בקנה אחד עם הציפיות הסבירות של הצדדים. ברי, כי לא ניתן להניח כעניין נורמטיבי את הסכמתם של הצדדים להתחייבות כזו (במסגרת תיאוריה של תנאי מכללא). כמו כן, לא ניתן לבסס התחייבות חוזית החורגת ממתחם הציפיות הסבירות על עיקרון תום הלב, שהרי השימוש בעיקרון זה כמכשיר להשלמת החוזה יכול להיעשות אך ורק באופן המתיישב עם תכלית ההסכם.²⁷³ מטעמים אלה מחויבותו של היועץ לאמיתות המצג שהוא מציג להורים אינה יכולה להיות מוחלטת. שני הצדדים מודעים לכך שכומר החיזוי של היועץ הוא מוגבל. מידת הדיוק של המידע שהוא מספק תלויה ברמת ההתקדמות המדעית-הטכנולוגית, בגורמי חוסר-ודאות המאפיינים את הבדיקות שעליהן מתבסס הייעוץ, בגבולותיהם של כושר התפיסה ושל כושר הניתוח האנושיים וכיוצא באלה. חלק מגבולות הדיוק של הליך הייעוץ ידועות ליועץ, והוא מחויב להבהיר להורים המיועדים.²⁷⁴ אם הוא עושה כן, הוא מסיר מעצמו את האחריות לאי-דיוקים שמקורם במגבלות הללו; אם לא – הוא ערב לנכונות מסקנותיו, גם כשטעותו היא כזו שלא ניתן היה לגלותה בשל אותן מגבלות. מאידך גיסא, קיימים גורמים העלולים להוביל את היועץ למסקנות שגויות, אך הוא אינו מודע להם, ואף אינו צריך להיות מודע להם בזמן הייעוץ. הערכות לנכונות המצג מבוססת על ההנחה שגורמים כאלה אינם קיימים. יועץ סביר הרי לא היה מוכן להתחייב בלא-סייג כי חוות דעתו תהא נקייה מטעויות, אילו ידע על קיומם של גורמים שעשויים לפגום בנכונותה; וההורים המיועדים מבינים כי הערכות לנכונות המצג ניתנת תחת הנחות מסוימות ביחס למידת הדיוק של המידע שניתן להפיק בהליך הייעוץ, ושהפרכתן של ההנחות הללו שומטת את הקרקע גם מתחת לערבות עצמה. המסקנה

272 ראו גם הערה 261 לעיל.

273 ע"א אפרזפים, הערה 266 לעיל, בעמ' 326:

המסר הנורמטיבי העולה מעקרון תום הלב לעניין השלמת חסר בחוזה הינו, כי יש להשלים את החוזה באופן המגשים את תכליתו (הסובייקטיבית והאובייקטיבית) של החוזה... תום הלב לא נועד לשנות מההסדר החזי. הוא לא בא לכרות חוזה חדש לצדדים. מטרתו היא להשלים את שהצדדים החסירו. הוא ממשיך, לשם כך, את קווי הפעולה שהצדדים קבעו, על-פי הגיונם הפנימי שלהם. בית-המשפט משתמש, לשם כך, באמות המידה ובהנחות היסוד שהצדדים עצמם קבעו. הוא מבקש לקיים את האיזון החזי שהצדדים קבעו ביניהם.

274 עיינו והשוו ע"א מלונית, הערה 42 לעיל, שם נקבע כי היועץ חייב להבהיר להורים המיועדים את מגבלות-הדיוק של הבדיקות שאליהן הם נשלחים.

היא, אם כן, שהערבות לנכונות המצג שמוצג להורים המיועדים על ידי היועץ, אינה יכולה לחול על מקרים שבהם מתגלה בדיעבד שגגה שמקורה בגורמים שהיועץ והאנשים שבהם הוא נעזר לצורך גיבוש מסקנותיו (כגון עובדי מעבדה או טכנאים) לא ידעו ולא היו צריכים לדעת על קיומם בזמן מתן הייעוץ.²⁷⁵

נניח, למשל, כי היועץ ביצע בדיקה שהייתה מקובלת בשעת מתן הייעוץ, אך לאחר זמן מה התגלתה כבלתי-מדויקת, או כי השתמש במכשיר שנחשב למכשיר מהימן בעת מתן הייעוץ, אך בעקבות ההתפתחות המדעית והטכנולוגית התגלה כבלתי-מהימן. יועץ סביר לא היה מסכים לערוב לתוקף המדעי של הבדיקות שהוא מבצע או לאמינות המכשירים שבהם הוא משתמש מעבר לנקודת הזמן שבה ניתן הייעוץ; וגם להורים המיועדים ברור, כי נכונות המידע שהם עתידים לקבל כפופה למגבלות המדעיות והטכנולוגיות הקיימות בשעת הייעוץ. המחויבות לנכונות המצג מבוססת, אפוא, על ההנחה כי הבדיקות והמכשירים שבהם נעשה שימוש הם מהימנים. אם מסתבר בדיעבד שההנחה הייתה שגויה, וכי משום כך נפלה טעות בחוות דעתו של היועץ – יחול הסייג. לשון אחר: ערבותו של היועץ לנכונות המצג שהוא מציג להורים אינה חלה כשהטעות נובעת מכך שהבדיקה או המכשיר שבהם נעשה שימוש הם בלתי-מהימנים, וחוסר מהימנותם התגלה רק לאחר מעשה.²⁷⁶ עם זאת, לא די בכך שהיועץ הספציפי לא ידע בשעת הייעוץ כי הבדיקה או המכשיר אינם מהימנים. יועץ סביר נדרש להתעדכן בחידושים המדעיים והטכנולוגיים הנוגעים לתחום עיסוקו המקצועי, ודרישה זו מהווה

275 הואיל וההנחה העומדת ביסודו של חוזה הייעוץ היא שגורמי אי-הוודאות ידועים, הטענה כי מקור הטעות בגורם שלא היה ידוע ולא היה צריך להיות ידוע בשעת הייעוץ היא טענת הגנה, שהנטל להוכיחה מוטל על היועץ. ניתן, לכאורה, לטעון, שמסקנה זו – המאפשרת לתובע לזכות בפיצוי מבלי שהוכיח את התרשלותו של הנתבע – מעניקה לתובע יתרון שאינו מקובל במקרים של רשלנות רפואית; אולם טענה כזו מתעלמת משתי עובדות חשובות: ראשית, נטל השכנוע לעניין יסוד ההתרשלות במקרים של רשלנות רפואית מועבר תדיר מן התובע אל הנתבע, בין על ידי שימוש בכלל של "הדבר מעיד על עצמו", שגבולות תחולתו הולכים ומתרחבים (ראו, למשל, ע"א 206/89 רד' נ' בית חולים אלישע, פ"ד מז(3) 805; ע"א 1146/99 קופת חולים כללית נ' סולן, פ"ד נה(4) 898; ולאחרונה ע"א 1/01 שמעון נ' קופת חולים של ההסתדרות הכללית של העובדים בארץ ישראל (לא פורסם, 18.7.2002)), ובין על ידי שימוש בכללים יצירי-פסיקה (ראו, למשל, ע"א 3263/96 קופת חולים הכללית נ' שבורי, פ"ד נב(3) 817, העוסק בהעברת נטל ההוכחה מחמת אי-שמירת רישומים רפואיים). שנית, התביעה המוצגת כאן היא לא תביעה בגין רשלנות רפואית. היא אינה עוסקת בהפרת חובה לנהוג בדרך מסוימת, אלא בהפרת התחייבות לקיומו של מצב דברים מסוים. התרשלותו של הנתבע אינה אחד מיסודות העילה, ועל כן ודאי שאין לדרוש מן התובע להוכיחה.

276 השוו' ע"א 3139/99 מוקה נ' קופת חולים של ההסתדרות הכללית של העובדים בארץ ישראל (לא פורסם, 29.11.2001) בו נקבע כי טיפול בתרופה שנחשבת ליעילה אך מתגלה לאחר שנים כמזיקה אינו בגדר רשלנות רפואית.

כריתתו.²⁹⁷ מובן, כי הוראה מפורשת המעידה על כוונת הצדדים שלא להתיר תביעה לקיום החוזה בידי צד ג' מונעת תביעה כזו; אבל העדר הוראה המתייחסת לצדדים שלישיים אינו מונע מצד שלישי להוכיח כי החוזה נועד לטובתו.²⁹⁸ המצב המשפטי באנגליה דומה. סעיף 1 לחוק החוזים (זכויות של צדדים שלישיים) מורה, כי אדם שאינו צד לחוזה ("אדם שלישי") יכול לתבוע קיום של הוראה מהוראות החוזה אם החוזה קובע באופן מפורש שהוא רשאי לעשות כן,²⁹⁹ והוא יכול לתבוע את קיום ההוראה גם בלי היתר מפורש אם אותה ההוראה נועדה להעניק לו טובת הנאה³⁰⁰ – אלא אם לפי פירושו הנכון של החוזה נראה שהצדדים לא התכוונו לאפשר תביעה כזו.³⁰¹ התנאי לזכותו של הצד השלישי (כאשר החוזה אינו מעניק לו זכות כזו באופן מפורש) הוא, אם כן, כוונה להעניק לו טובת הנאה. החוק קובע חזקה הניתנת לסתירה כי אם החוזה נועד להעניק טובת הנאה לצד שלישי, יש כוונה לאפשר לצד השלישי לתבוע את קיום החוזה.

דומה, כי על פי מבחן הכוונה להיטיב יוכל הקטין לתבוע את היועץ בעילה חוזית. אין ספק, שערכותו של היועץ לאמיתות המצג שהוא יוצר מגנה על אינטרס חשוב של ההורים. היא מאפשרת להם לדרוש, בנסיבות המתאימות, את נטרולה של אי-ההתאמה בין המציאות לבין המצב שהם ציפו להימצא בו. אם היועץ אמר לבני-הזוג שייולד להם ילד בלי מום, ומסתבר שהמצג היה שגוי, היועץ יחויב להעמידם במצב השקול למצב של הורות לילד שאינו בעל מום.³⁰² עם זאת, מחויבותו של היועץ לנכונות המצג

v. *Ohio National Life Insurance Co.*, 148 F.2d 128, 130 (7th Cir., 1945): "The crucial question... is whether the contract relied upon was made for the benefit of third parties... if a contract be entered into for a direct benefit of a third person not a party thereto, such third person may sue for breach thereof"; *Hamill v. Maryland Casualty Co.*, 209 F.2d 338, 340 (10th Cir., 1954): "The intent to benefit the third person is generally said to be controlling, and it is to be gathered from a construction of the contract in the light of the surrounding circumstances... so long as the contract *In the matter of*; necessarily and directly benefits the third party, he may enforce it" *St. Paul Fire & Marine Insurance Co. v. Baby "M"*, הערה 282 לעיל, בעמ' 1171; *Pearson Construction Co.*, 547 N.E.2d 853, 860 (1990): "the proper test is the 'intent to benefit' test"

17A Am. Jur. 2d §441 (p. 464) 297

17A Am. Jur. 2d §440 (p. 464) 298

§1(1)(a) 299

§1(1)(b) 300

§1(2) 301

לכאורה ניתן לעשות בערכות לנכונות המידע שימוש גם במקרה של טעות "הפוכה": אם בני זוג החליטו שלא להביא ילד לעולם, מכיוון שהיועץ אמר להם שהילד יסבול ממום, ומסתבר שהמצג היה שגוי, ניתן לחייב את היועץ להעמידם במצב השקול למצבם של הורים לילד עם מום. המכשול שיעמוד בפני תביעה כזו הוא שהחלטתם של בני הזוג להימנע מהולדה מהווה ביטוי להערכת מצב

אמורה לשרת גם את האינטרס של הילד. כאשר היועץ מבטיח להורים המיועדים שילדם לא יסבול ממום מסוים, ההבטחה נוגעת בראש ובראשונה למצבו של הילד. לכן, אם מסתבר שהמצב אינו נכון, היועץ נדרש להעמיד גם את הילד במצב השקול לזה שבו היה מצוי לו התאימה המציאות למצג. ניתן, לכאורה, לטעון, כי הואיל והערבות ניתנת במסגרת היחסים בין היועץ לבין ההורים, היועץ אחראי רק לכך שההורים עצמם יימצאו במצב המתיישב עם חוות הדעת (מצב של הורות לילד שאינו בעל מום), וכי אין הוא מחויב להימצאותו של הילד במצב המתאים למצג (חיים בלא מום). אולם הבחנה זו נראית לי מלאכותית. כאשר ההורים המיועדים פונים ליועץ הם אינם חושבים אך ורק על ההשפעות הכלכליות והרגשיות שעשויות להיות להולדתו של ילד בעל מום על חייהם שלהם. הם מעוניינים לקבל מידע על מצבו הבריאותי של הילד הפוטנציאלי גם (ואולי בעיקר) משום שהם חפצים בטובת ילדיהם. הם רוצים לוודא שהילד שיוולד להם לא יסבול ולא יצטרך להתמודד עם הידיעה המתסכלת שהוריו היו מעדיפים להימנע מהבאתו לעולם לו ידעו מראש את שנתגלה בדיעבד. אם היועץ מבטיח להם שהילד שיוולד לא יסבול ממום, הם מצפים שההבטחה תקום במלואה; היועץ מצדו מבין זאת היטב. לכן, אם נולד ילד פגום, העמדתו במצב המובטח (או במצב השקול לו) היא חלק מהותי ובלתי-נפרד מקיום המחויבות לגבולות המצג. ניתן, אפוא, לומר, כי מחויבות זו מיועדת והייתה מיועדת מלכתחילה גם לטובתו של הילד; ומכאן שעל פי התפיסה האנגלו-אמריקנית עומדת לקטין זכות תביעה חוזית נגד היועץ.³⁰³

אצלנו המצב שונה מעט. סעיף 34 לחוק החוזים קובע, שכאשר נכללת בחוזה התחייבות של אחד מהצדדים לטובת מי שאינו צד לחוזה, עומדת לאחרון זכות לדרוש את קיום החיוב אם משתמעת מהחוזה כוונה להקנות לו זכות זו.³⁰⁴ כאשר כוונה כזו איננה מפורשת, שאלת קיומה נבחנת על ידי פירוש החוזה.³⁰⁵ עלינו להראות, אפוא, כי מהחוזה בין ההורים לבין היועץ משתמעת כוונה להקנות לקטין את הזכות לתבוע את

של אי-הורות על פני מצב של הורות לילד עם מום. אם כך הדבר, המצב שבו הם מבקשים להימצא (הורות לילד עם מום) גרוע מהמצב שבו הם מצויים, ולא ניתן לדבר על נזק. לכן, יש להניח שבנסיבות אלה יעדיפו בני-הזוג להגיש תביעת רשלנות בגין הפער בין מצב של הורות לילד בריא (שהיה קיים לולא הטעות) לבין מצב של אי-הורות (שכא בעקבות הטעות). מובן, שהצלחתה של תביעה כזו מותנית בכך שבני-הזוג אינם יכולים להקטין את הנזק על ידי העמדת צאצאים לאחר גילוי הטעות.

303 כתי המשפט אינם דורשים מהצד השלישי להראות שהמטרה הבלעדית של הצדדים הייתה להיטיב עמו, הואיל והכוונה העיקרית של צדדים לחוזה היא כרוך כלל להיטיב עם עצמם: Farnsworth, הערה 259 לעיל, בעמ' 680, § 10.3. לכן, אין זה משנה שהמחויבות לנכונות המידע הייתה מיועדת גם לטובתם של ההורים.

304 עיינו גם ע"א 253/82 חושי נ' הטכניק – מכון טכנולוגי לישראל, פ"ד לח(1) 640, 643 מפי השופט ברק; ע"א (ת"א) 1984/96 עיריית יהוד נ' ברעז (לא פורסם, 30.3.2000), פסקה 7 לפסק דינו של השופט פורת.

305 גבריאלה שלו, דיני חוזים 432 (מהדורה שנייה, תשנ"ה).

קיום הערכות לנכונות המצג. נראה לי, שניתן לאמץ כאן חזקה דומה לזו שנקבעה על ידי המחוקק האנגלי: כאשר התחייבות חוזית מיועדת לטובתו של אדם שלישי, ניתן להניח שהייתה כוונה לאפשר לאותו אדם לתבוע את קיום ההתחייבות. אני ער לכך, שבתי המשפט בישראל טרם אימצו חזקה כזו, אך דומני כי מדובר בהנחה טבעית, העולה בקנה אחד עם המדיניות המשפטית הראויה. זוהי הנחה טבעית, היות שברוב המקרים של המקרים אין לאף אחד מן הצדדים, בשעת כריתת החוזה, סיבה של ממש להתנגד לתביעת קיום מצדו של מי שהתחייבות מיועדת לטובתו. מנקודת מבטו של החייב אין נפקא מינה אם התביעה לקיום החיוב תבוא מצדו של הנושה או מצדו של המוטב: בשני המקרים הוא יידרש לקיים את אותו חיוב, ובשני המקרים הצד השלישי ייהנה מהקיום. ככלל, זהותו של התובע אינה משפיעה על נסיבות הגשתה של התביעה או על גבולותיו של החיוב. מנקודת מבטו של הנושה, הענקת זכות התביעה לאדם השלישי מתיישבת עם רצונו להעניק את טובת ההנאה לאותו אדם. אם הנושה מבקש לזכות צד שלישי בטובת הנאה שתינתן על ידי החייב, יש להניח, בהעדר ראיות סותרות, כי לא יתנגד להפקיד בידיו של הצד השלישי את הזכות לתבוע את טובת ההנאה מהחייב. רצונו של הנושה להיטיב עם הצד השלישי יוגשם גם אם תביעת הקיום תוגש על ידי האחרון. יתר על כן: הענקת זכות התביעה לצד השלישי חוסכת לנושה לפחות חלק מהטרחה ומהעלות הכרוכות בפיקוח על קיום החוזה ובהתדיינות במקרה של הפרה. מבחינת המדיניות המשפטית, ברי כי הענקת זכות תביעה למי שהוא בעל עניין אישי מהותי בקיום החוזה היא הדרך האפקטיבית ביותר להבטחת קיומם של הסכמים. רק אדם שיכול להפיק תועלת אישית משמעותית מקיום החוזה, ייאות להקצות משאבים לפיקוח על קיום החוזה ולתביעה משפטית במקרה של הפרה.

סיכומי של דבר: מכיוון שערכותו של היועץ לנכונות המצג מיועדת גם לטובתו של הקטין (ועל כך הרחבנו את הדיבור לעיל), ניתן להניח שהצדדים התכוונו להעניק לו את הזכות לתבוע את קיומה. העובדה, שבעניינינו הצד השלישי לא היה קיים בשעת כריתת החוזה, מחזקת מסקנה זו. אדם שלישי, התובע קיום התחייבות בחוזה שהוא אינו צד לו, צריך – בדרך כלל – להתמודד עם החזקה העובדתית שלפיה צדדים לחוזה מתכוונים ליצור מערכת של זכויות וחובות אך ורק בינם לבין עצמם. ההיגיון העומד ביסודה של חזקה זו הוא שאילו היו הצדדים לחוזה מעוניינים להקנות זכות לצד ג', הם היו יכולים לצרפו כצד לחוזה.³⁰⁶ במקרה שלנו לא ניתן היה לצרף את הקטין כצד לחוזה, משום שברגע כריתת החוזה הוא כלל לא היה קיים. מכל מקום, חשוב לזכור, כי גם אם מסקנתי לא תתקבל, לא יהא בכך, בדרך כלל, כדי לשלול מהקטין את ההנאה מקיום הערכות לנכונות המצג.³⁰⁷ דחיית המסקנה האמורה תשלול מן הילד עצמו את הזכות לתבוע פיצוי בעילה חוזית; אך הואיל והערכות לאמיתות המצג נועדה להגן, בין היתר,

306 שם, בעמ' 433.

307 ובלבד שהמחויבות לאמיתות המידע אכן מיועדת גם לטובתו.

על האינטרס של הקטין, יוכלו ההורים (כצד לחוזה) לתבוע מהיועץ להעמיד את ילדם במצב השקול למצב המובטח.

3. יתרונות וחסרונות

ראינו, כי היועץ נושא באחריות חוזית לאמיתות המצג שהוצג על ידו להוריו של התובע. הוא ערב לכך שהמצג נכון, הן כלפי ההורים והן כלפי הקטין. פירוש הדבר הוא שאם המצג אינו נכון, עליו להעמיד את הקטין (ואת הוריו) במצב התואם את המצג.³⁰⁸ דא עקא, שהיועץ התחייב בפני ההורים כי הילד יבוא לעולם כשהוא בריא, בעוד שהילד לא היה יכול – בשום מקרה – להיוולד בריא, ובדרך כלל לא ניתן להבריאו גם לאחר הולדתו. על כן איננו יכולים להטיל על היועץ חובה לתקן את המציאות העובדתית כך שתעלה בקנה אחד עם המצג;³⁰⁹ אולם אין מניעה לפסוק לקטין פיצויי קיום שיעמידו אותו במצב השקול למצב המובטח.³¹⁰ המודל המוצע עדיף על גישתו של בית המשפט העליון של קליפורניה בעניין *Turpin v. Sortini*, שאומצה גם על ידי השופטת בן-פורת בעניין זייצוב. ראשית, הוא אינו מבסס את זכות התביעה של הקטין על ההשוואה הבלתי-אפשרית בין קיום במום לבין אי-קיום, הנדרשת במסגרת המודל המסורתי. ההשוואה הדרושה כתביעה החוזית היא בין קיום במום לקיום בלי מום. שנית, ניתן לקבוע את שיעור הפיצוי המגיע לקטין בקלות יחסית. שלישית, ההכרה בזכות התביעה של הקטין אינה מבוססת על הכרעה ערכית, הפוגעת בכבודם של אנשים עם מוגבלות. רביעית, המודל המוצע אינו מפלה בין קטינים בעלי מומים שונים. הוא מעניק סעד לכל קטין שנולד כשמצבו אינו תואם את הבטחת היועץ. חמישית, כאשר הייעוץ ניתן לאישה הרה, האחריות החוזית אינה מצריכה דיון בשאלת הזכות להפיל, העלולה – בשיטות

308 ניתן לחשוב על סיטואציה הפוכה, שבה היועץ מוסר להורים שהעובר סובל ממום מסוים, ולאחר שהם מחליטים להפסיק את ההריון מסתבר שהמצג היה שגוי. המודל המוצע כאן יאפשר להורים לתבוע בעילה החוזית פיצוי שיעמיד אותם במצב שבו היו נמצאים אילו הקטין באמת סבל ממום. ניתן להעריך, כי אילו היה המצג נכון, הייתה נחסכת מההורים עגמת הנפש שמקורה בהפלת ילד בריא. עם זאת, יש להניח כי בנסיבות אלה היו ההורים מעדיפים להגיש תביעת רשלנות שהייתה מעמידה אותם במצב בו היו מצויים לולא ההתרשלות (כלומר: עם ילד בריא). בסיטואציה זו ההריון מופסק, ולכן ממילא לא מתעוררת שאלת זכותו של הקטין.

309 ראו סעיף 13(1) לחוק החודים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970. אם המום ניתן לחיקון (כגון מום אסתטי), היועץ יחויב בעלות החיקון.

310 השוו פסק-דין *Quagliana*, הערה 265 לעיל, בעמ' 309: "In assuring the plaintiffs that the lot selected was suitable for the purpose of the contract and that the house could be placed on it properly [defendant] warranted that a certain state of facts existed, which did not exist... By making such a warranty the warrantor promises to pay damages if the facts are not as warranted; and it is in fact an undertaking that the facts exist". ראוי להדגיש, כי גם בעניין *Quagliana* – שעובדותיו נודעו בהערה 265 לעיל – הנתבעת הייתה מחויבת לקיזמו של מצב דברים שלא היה יכול להתקיים בפועל.

משפט מסוימות ובנסיבות מסוימות – להכשיל תביעת נזיקין בגין חיים בעוולה. המודל המוצע עדיף גם על גישתו של השופט ברק בעניין זייצוב, היות שהוא אינו סותר את עקרונות היסוד של הענף המשפטי שעליו הוא מבוסס.

"חסרונו" העיקרי של המודל החוזי נעוץ, לכאורה, בכך שהוא מתאים אך ורק למקרים שבהם החליטו הוריו של התובע להביאו לעולם בהסתמך על מצג שנעשה על ידי הנתבע, ולפיו ילדם יהא בריא. הבטחה זו היא הבסיס לתביעה החוזית. המודל המוצע אינו מתאים למקרים דוגמת *Speck v. Finegold*,³¹¹ שבהם התרשלותו של הנתבע בביצוע הליך שנועד למנוע הולדת ילד בעל מום גרמה להולדתו של התובע לחיי סבל. במקרים הללו המטפל לא מבטיח להורים שהילד ייוולד בריא; הוא מבטיח להם, לכל היותר, שלא ייוולד להם ילד כלל. הבטחה כזו אינה יכולה להועיל לקטין, משום שאילו המצג היה נכון הוא לא היה קיים. הקושי הבסיסי שהיה מתעורר בתביעת נזיקין בגין חיים בעוולה יתעורר גם בתביעה חוזית. פירוש הדבר הוא שבמקרים שבהם הרופא התרשל בביצוע הליך שנועד למנוע את הולדתו של התובע, לא יוכל האחרון לזכות בפיצויים: לא בתביעת נזיקין ולא בתביעה חוזית. קטין בעל מום, שנולד כתוצאה מביצוע רשלני של ניתוח עיקור, הפלה או כיוצא באלה, יאלץ להסתפק בהנאה עקיפה מזכויות התביעה של הוריו נגד הרופא ובזכויות הנתונות לו לפי דיני הביטוח הסוציאלי. "חיסרון" זה של המודל המוצע הוא חיסרון למראית עין בלבד. הדמיון בין מקרים של התרשלות בביצוע הליך שנועד למנוע הולדה של ילד בעל מום לבין מקרים של מסירת מידע שגוי, המוביל את ההורים להוליד ילד כזה, קיים רק מנקודת המבט של דיני הנזיקין. הטענות העובדתיות והמשפטיות שעליהן תתבסס תביעת נזיקין בגין חיים בעוולה תהיינה אותן הטענות בשני סוגי המקרים. לכן, יחסם של דיני הנזיקין לשני סוגי המקרים צריך להיות זהה. מאידך גיסא, מקרים מהסוג הראשון נבדלים ממקרים מהסוג השני מנקודת המבט של דיני החוזים, שהרי רק במקרים מהסוג השני ניתן לדבר על התחייבות להולדתו של ילד בלי מום. לכן יחסם של דיני החוזים לשני סוגי המקרים אינו צריך להיות זהה.

טענה נוספת שניתן להעלות כנגד המודל המוצע היא, שהואיל והמחויבות לנכונות המצג אינה אלא התחייבות חוזית, היועץ יכול להתנער ממנה על ידי הכנסת הוראה מתאימה לחוזה הייעוץ. ניתן, לכאורה, לקבוע בחוזה, כי היועץ אינו ערב לנכונות המצג שיוצג על ידו להורים. אולם, כבר הסברתי לעיל כי ההורים לא היו פונים אל היועץ אילו סברו כי המידע שיימסר להם על ידו הוא כזה שלא ניתן לסמוך עליו. הוספת תניית פטור מהסוג האמור להסכם הייעוץ תגרום לכך שהיועץ יהא מחוסר עבודה, שהרי מי יפנה למומחה, שאינו מוכן לעמוד מאחורי חוות-דעתו? מסקנתי היא, אפוא, כי התנערות מוחלטת מאחריות לנכונות המצג אינה סבירה. לחלופין, ניתן לכלול בהסכם הייעוץ הוראה שלפיה אין בו כדי להעניק טובת הנאה או זכות כלשהי לצדדים שלישיים,

כלומר: לילדיהם העתידיים של מקבלי הייעוץ. ברם, בני-זוג רבים עשויים להירתע מפנייה ליועץ המסיר מעצמו כל אחריות כלפי ילדיהם העתידיים.³¹² אני מסכים כי מידת הרתיעה מפנייה ליועץ כזה אינה גדולה כמו מידת הרתיעה מפנייה ליועץ המסיר מעצמו כל אחריות לנכונות המצג שהוא יוצר; אולם אי-אפשר להניח שכל זוג הפונה לייעוץ יסכים לוותר על ההגנה החוזית על האינטרס של הצאצא העתידי בנכונות המידע שהם מקבלים מהיועץ. התוצאה המעשית תהא אז אחת משתיים. אפשרות אחת היא, שאף יועץ לא יבקש לכלול בחוזה הייעוץ תנייה השוללת את ההגנה מילדים שייוולדו ללקוחות הפונים אליו לייעוץ, מתוך הבנה שהנוק שייגרם לו מחמת ההתעקשות על תנייה כזו (אובדן לקוחות לטובת מתחרים) יעלה על התועלת שתצמח לו מכך (במונחים של דמי-ביטוח). האפשרות השנייה היא, שיועצים אחדים יבקשו לכלול בחוזה תנייה כאמור ואילו אחרים יוותרו עליה. ניתן להניח, כי במקרה כזה יהא מחיר שירותי הייעוץ של יועצים מהקטגוריה השנייה גבוה יותר, ויגולם בו הסיכון הנוסף שיועצים מאותה קבוצה נוטלים על עצמם. בנסיבות אלה יצטרכו ההורים להחליט אם ברצונם להגן על האינטרס של ילדיהם העתידיים על ידי פנייה ליועץ מהקבוצה השנייה דווקא, או לוותר על הגנה כזו. אם יבחרו לפנות ליועץ מהקבוצה השנייה תישמר ההגנה על האינטרס של הקטין; אם יבחרו לפנות ליועץ מהקבוצה הראשונה, לא תצמח לקטין כל ישועה מן החוזה. תוצאה זו היא תוצאה מוצדקת, מכיוון שהקצאת הסיכונים בחוזה מגולמת במחיר הייעוץ. לכן בנסיבות שבהן תישלל מהקטין ההגנה החוזית, הוא לא יוכל להלין אלא על הוריו.

ג. סיכום

ההתנגדות להטלת אחריות בגזיקין בגין חיים כעולה היא תופעה כמעט אוניברסלית. הקונצנזוס חרצה גבולות וצולח ימים, והוא נערץ – בסופו של דבר – בחסרוננו של אחד המרכיבים החיוניים של עילת התביעה: יסוד הנוק. העילה המסורתית נכשלת מחמת אי-היכולת (הלוגית והמעשית) להכיר בקיומו של נזק, לפי הגדרתו של מונח זה בדיני הגזיקין. בחלקו השני של המאמר הסברתי, כי ראוי להחליף את עילת התביעה המסורתית, שאחר מיסודותיה חסר תמיד, בעילה חזית. הצעתי לראות בקטין מוטב בחוזה לטובת צד ג' שנכרת בין הוריו לבין היועץ, ובו התחייב האחרון כי הקטין ייוולד בלי מום. הערבות לשלמותו הגופנית ולבריאותו של הקטין, שהיא חלק מהותי ובלתי-נפרד מהחוזה, היא העומדת בבסיסה של העילה האלטרנטיבית. יתרונה הגדול של העילה החוזית ברור: היא אינה מבוססת על השוואה בין קיום במום לבין אי-קיום,

312 זאת משום שבהעדר הגנה חוזית על האינטרס של הקטין לא יוכל האחרון לתבוע את היועץ כלל. מטעמים שהובהר לעיל.

אותה ההשוואה שתרצה את גורלה של העילה המסורתית. הנזק שבגינו יזכה הקטין לפיצוי הוא הפער בין מצבו בפועל לבין המצב המובטח: בין קיום כיום במום לקיום נורמלי. פשטותו של ההסדר המוצע (לפחות ברמה הרעיונית) מעוררת תהייה אחת: הכיצד ייתכן שפתרון זה נעלם מעיניהם של בעלי העניין עד עתה? נראה לי, כי הדבר נובע בעיקר מדוגמטיזם של משפטנים. הדגשת התנהגותו הרשלנית של היועץ, והנטייה הרווחת לכסס כל תביעה בגין תקלה רפואית (או מעין-רפואית) על דיני הגיוקן בכלל, ועל עוולת הרשלנות בפרט, ניתבו את התובעים ואת בתי המשפט כאחד אל ממלכת הרשלנות.³¹³ הן הסיטו את תשומת-הלב מהאפיונים המיוחדים של הסיטואציה שבה עסקינן, המעניקים למערכת היחסים בין הקטין לבין היועץ ממד נוסף; וככל שהשיח הדוגמטי העמיק והתארך, הסיכויים לשינויה של נקודת התצפית הלכו ופחתו.

313 כך, למשל, אנו מוצאים בבתיבה המשפטית אמירות כגון "Traditionally, such claims simply (Berenson, הערה 19) would be classified under the rubric of medical malpractice" "לעיל, בעמ' 895) או "The wrongful life claim is regarded in America as the frontier of (Stolker, הערה 152 לעיל, בעמ' 525).