

מדוע קדמוני ברקים –

על לידתה ומותה של עילת "חיים בעוולה"

ברק קדם*

ויען איוב ויאמר:

יאבד יום אולד בו, והלילה אמר הרה גבר.

(...)

למה לא מרחם אמות, מבטן יצאתי ואגוע.

מדוע קדמוני ברקים, ומה שדים פי אינק.

פי עתה שכבתי ואשקוט, ישנתי אז ינוח לי.

(...)

למה יתן לעמל אור, וחיים למרי נפש.

המחכים לפנות ואיננו, ויחפרהו ממטמונים.

השמים אלי גיל, ושישו פי ימצאו קבר.¹

מבוא

אדם נולד בעל מום. אי אפשר היה לו להיוולד אלא במומו, אך נטען כי לולא התרשלות הנתבע הייתה נמנעת לידתו, ובכך היה נמנע הסבל הכרוך בחייו במום. לפנינו שתי עילות תביעה אפשריות: עילת ה"הולדה בעוולה" – עילת התביעה של ההורים, ועילת ה"חיים בעוולה" – עילתו של הילד, בה לבדה נעסוק. באמצע שנות השמונים הוכרה עילת הילד על ידי בית המשפט העליון ברוב של ארבעה מול אחד. ואולם, בשנת 2012 גברו שוללי העילה על מחייביה ונהפכה הלכה. מעתה אין לילד עילת תביעה. שוללי העילה תמכו דעתם בנימוקים לוגיים ובנימוקים ערכיים. מאמר זה יסקור את נימוקיהם אחד לאחד, וישקוד להוכיח כי אדניהם רעועים. נימוקיהם מתבססים בין היתר על ההנחות כי איננו יודעים מהם אי-חיים, כי עקרון קדושת החיים מקדש את החיים על פני אי-החיים שטרם לחיים, וכי הנתבע לא יצר את המום מפני שהמום כבר היה מושרש בגנטיקה של האם. האם הנחות אלו נחות על בסיס איתן, או שאינן אלא קנה רצוף? האם נכון לשלול מהילד פיצוי הואיל ולא ניתן להחזירו לקדמותו? האם הכרה בעילתו פוגעת בכבוד הנכים? מאמר זה יחזור להוכיח כי כל נימוקיהם של שוללי העילה אינם עומדים במבחן הביקורת, וכי יש להחזיר את עילת הילד אל מכונה.

הקדמה

1. תיאור עילת החיים בעוולה

שאל כץ נולד לכרוניקה של סבל ומוות. הוא נולד עם תסמונת האנטר (hunter syndrome), שגזרה עליו מוות בגיל 10–20 שנה ודרך ייסורים בחייו אל המוות. בחייו הקצרים סבל שאל מפיגור שכלי, עיוותים בעצמות, כאבי

* משפטן, מגשר, מוסמך לרבנות ובוגר בית מדרש לדיינות. דוא"ל : brkedem@gmail.com.
1 איוב ג 22–22.

מפרקים המקשים על התנועה, כאבי ראש חמורים, אברים פנימיים מוגדלים, קשיי נשימה, הפרעות לב, התפתחות חירשות, אבדן ראייה ותחלואים נוספים.² לא יד הגורל פגעה בו אלא יד הרשלנות. טרם נישואיה פנתה אמו ליועצת גנטית בבית החולים בילינסון כדי לבדוק אם היא נושאת פגם גנטי – השכיח במשפחתה – הגורם לוולדות לסבול מתסמונת האנטר, שאם כן, נחושה היא בדעתה לא ללדת ילדים לסבל. היועצת קבעה לאחר בדיקה כי היא אינה נושאת פגם זה. על סמך קביעה זו נישאה אמו, הרתה וילדה. משנולד, נודע כי הוא לוקה בתסמונת האנטר, וכי היועצת התרשלה בבדיקתה. הוגשו שתי תביעות נזיקין נגד היועצת הגנטית – ד"ר רינה זייצוב: תביעה אחת על ידי ההורים על נזקם, ותביעה שנייה בשמו של שאול על נזקו. עילת התביעה של ההורים קרויה "הולדה בעולה" (wrongful birth), ועילת התביעה של הילד קרויה "חיים בעולה" (wrongful life). עילת ההולדה בעולה הוכרה בפסיקה פה אחד, אך בעילת החיים בעולה נפלה מחלוקת שיש בה היבטים משפטיים המעורבים בהיבטים פילוסופיים-מוסריים.³

2. ההיבטים המשפטיים

עילת ההולדה בעולה ועילת החיים בעולה נתבעות מכוח עולת הרשלנות.⁴ ארבעה יסודות לעולת הרשלנות:⁵ א. התרשלנות – עשה מעשה שאדם סביר ונבון לא היה עושה באותן נסיבות; ב. נגרם נזק; ג. יש קשר סיבתי בין התרשלנות לנזק; ד. יש למזיק חובת זהירות כלפי הניזוק.

בנדון שלפנינו נתון כי הייתה התרשלנות, אך קם ספק בקיומם של שלושת היסודות הנותרים: א. הנזק – סי' 2 לפקודת הנזיקין מגדיר נזק כך: "אבדן חיים, אבדן נכס, נוחות, רווחה גופנית או שם טוב, או חיסור מהם, וכל אבדן או חיסור כיוצאים באלה". האם ניתן לומר כי מעבר ממצב של אי-חיים למצב של חיים במום מהווה אבדן או חיסור? ב. הקשר הסיבתי – האם קיים קשר סיבתי בין ההתרשלנות לבין המום, ולחלופין בין ההתרשלנות לבין החיים במום? מהו שיעור הנזק הנהנה מקשר סיבתי להתרשלנות?⁶ ג. חובת זהירות – האם יש לרופא חובת זהירות כלפי מי שאינו קיים?⁷ בנפול אחד מיסודות אלה, תימוט העולה וייפטר הרופא מכול וכול.

3. ההיבטים הפילוסופיים-מוסריים

כלום יודעים אנו מהם אי-חיים? כלום ניתן להשוות בין אי-חיים לבין חיי סבל? האם ייתכן לומר כי חיי מום גרועים מאי-חיים או שמא חיים לעולם עדיפים על פני אי-חיים? האם עקרון קדושת החיים לא מכריחנו לסבור כי כל חיים, אפילו הם חיי סבל, עדיפים על פני אי-חיים? האם אי-החיים שטרם לחיים זהים במהותם למוות שאחר החיים? האם על המשפט להשוות ביניהם? הייתכן לומר כי רשלנות הנתבע גרמה למום היילוד, על אף שהמום היה כבר טבוע בגנטיקה של אמו? היכול בעל מום לתבוע אדם בגין רשלנות שגרמה ללידתו במום, כאשר אותה רשלנות היא שנתנה לו חיים? היכול אדם לומר טובים לי אי-חיים מחיי מום? האם העדפת אי-חיים על פני חיי מום לא פוגעת בכבוד האדם בכלל, ובכבוד אנשים עם מוגבלות בפרט?⁸

- 2 לתיאור תסמיני תסמונת האנטר, ראו א' אנגל **הלקסיקון הרפואי השלם** 632 (2001); אתר המכון הלאומי לבריאות של ארצות הברית <http://www.nlm.nih.gov/medlineplus/ency/article/001203.htm>.
- 3 ע"א 518/82 **זייצוב נ' כץ**, פ"ד מ(2) 85 (1986).
- 4 שם, בעמ' 101–102 בפסק דינה של השופטת בן-פורת; בפס' 24–25 לפסק דינו של השופט ברק; רע"א 1326/07 **המר נ' עמית**, בפס' 13 לפסק דינו של השופט ריבלין (פורסם בנבו, 28.5.2012); הוועדה הציבורית בנושא "הולדה בעולה" **דין וחשבון** 38 (2012) (להלן – דוח ועדת מצא).
- 5 סי' 35 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש].
- 6 לעניין הקשר הסיבתי ראו פרשת **המר**, לעיל ה"ש 4, בפס' 22–24 לפסק דינו של השופט ריבלין לעניין עילת הילד, ובפס' 42–54 לפסק דינו לעניין עילת ההורים, וממנה נשליך לעילת הילד למכירים בעילתו. וראו עוד שם, בפס' 3–4 לפסק דינה של השופטת ארבל. וראו רונן פרי "להיות או לא להיות: האם זו השאלה? תביעות נזיקין בגין 'חיים בעולה' כטעות קונספטואלית" **משפטים** לג 507, 561–564 (2003). (להלן – פרי, האם זו השאלה?); רונן פרי "להיות או לא להיות? זו כבר אינה השאלה" **מחקרי משפט** כט 61, 87–89 (2013) (להלן – פרי, זו כבר אינה השאלה).
- 7 לדיון נרחב בחובת הזהירות ראו פרשת **זייצוב**, לעיל ה"ש 3, בפס' 7 לפסק דינה של השופטת בן-פורת; בפס' 15 לפסק דינו של השופט ברק; בפס' 6 לפסק דינו של השופט גולדברג; פרשת **המר**, לעיל ה"ש 4, בפס' 21 לפסק דינו של השופט ריבלין; פרי, האם זו השאלה?; לעיל ה"ש 6, בעמ' 526 ואילך; פרי, זו כבר אינה השאלה, לעיל ה"ש 6, בעמ' 79–84.
- 8 על הזיקה ההכרחית בין הפילוסופיה למשפט עמד אסא כשר בדוח ועדת מצא, לעיל ה"ש 4, בעמ' 67.

4. פרשת זייצוב

סוגיה נכבדה זו, על שלל היבטיה, נדונה לראשונה בישראל בפרשת זייצוב שתוארה לעיל. הפרשה נתגלגלה לפתחו של בית המשפט העליון במחצית שנות השמונים ונדונה בהרכב מורחב בן חמישה שופטים. תביעת ההורים – הולדה בעוולה – הוכרה על ידי בית המשפט העליון באין חולק,⁹ אך בתביעת הילד – חיים בעוולה – נחלק בית המשפט לשלוש דעות.

דעת השופטת מרים בן-פורת, בה אחז אף השופט דב לוין, קבעה כי נכיר בעילת תביעה רק במקרים נדירים וחמורים בהם ניתן יהיה לקבוע כי טוב לו שלא נברא משנברא. הדבר ייקבע על פי דעתו של האדם הסביר המשקפת הנחה חברתית מוסכמת.¹⁰ כאשר האדם הסביר סובר כי חייו במומו גרועים מאי-חיים, הוכח קיומו של נזק וקמה עילת תביעה.¹¹ ואזי יתחייב המזיק להעניק לילד פיצוי ממוני שיש בו כדי "להקטין עד קצה האפשר את תוצאת הנחיתות". לשון אחר: שיש בו כדי למצות את "הפוטנציאל הקיים כדי שיתפקד טוב יותר ויסבול פחות במצבו הנחות".¹²

דעת השופט אהרן ברק, בה אחז אף השופט שלמה לוין, קבעה כי הנזק לו גרם הרופא "אינו בעצם מתן החיים אלא במתן חיים פגומים". על כן הנזק אינו הפער שבין אי-חיים לבין חיים במום אלא הפער שבין חיים במום לחיים ללא מום.¹³ ומהו הפיצוי בו יתחייב הרופא? על פי תורת הפיצויים, מטרת הפיצויים היא להחזיר את המצב לקדמותו. כאן, במצב הטרומ-עוולתי הניזוק לא היה קיים. לפנינו סוגיה מיוחדת המחייבת גמישות בתוך המסגרת הכללית של דיני הפיצויים שמטרתם ליתן לניזוק תרופה שיש בה כדי לפצותו על נזקו. על כן בנדון דידן חייב המזיק להעמידו במצב בו היה אילו נולד ללא מום.¹⁴

נמצאו שני הבדלים בין המכירים בעילת החיים בעוולה: **א. היקף ההכרה**: לבן-פורת, נכיר בעילה רק במומים חמורים עד כדי שיאמר האדם הסביר כי נוח לו לוולד שלא נברא משנברא במומו. לברק, נכיר בעילה אף במומים קלים, שהרי משווים אנו בין חייו במומו לבין חייו אילו נולד ללא מום;¹⁵ **ב. שיעור הפיצוי**: לבן-פורת, פיצוי שיש בו כדי להגדיל את תפקודו ולהקטין את סבלו ככל האפשר בעודו במצבו הנחות. לברק, פיצוי שיש בו כדי לגשר על הפער שבין מצבו עתה לבין מצבו אילו היה קיים ללא מום. נמצא כי ברק הרחיב הן את היקף העילה והן את שיעור הפיצוי.

דעה שלישית נאמרה בפרשת זייצוב והיא **דעת השופט אליעזר גולדברג**, שקבע כי אין להכיר בעילת תביעה בגין חיים בעוולה כלל.

5. פרשת המר

דעת השופט גולדברג, שנדחתה מהלכה בפרשת זייצוב, הפכה לראש פינה רבע מאה לאחר מכן בפרשת המר.¹⁶ בפסק דין זה, שנכתב בידי השופט אליעזר ריבלין ביום פרישתו מכס השיפוט במאי 2012, ביטל בית המשפט העליון

9 פרשת **זייצוב**, לעיל ה"ש 3, בפס' 9 לפסק דינה של בן-פורת; בפס' 9 לפסק דינו של ברק; בפס' 11 לפסק דינו של גולדברג.
10 אסא כשר טען כי אין בכוחה של הנחה חברתית מוסכמת לקבוע כי טוב לו לפלוני שלא נברא, מפני שבמסגרת מתוקן מכריע שלטון הרוב רק בשאלות מעשיות החלות על כלל האזרחים, אך בשאלות מעשיות של האזרח היחיד מכריע עקרון זכויות האזרח (אסא כשר "נוח לו לאדם שלא נברא יותר משנברא" **המשפט** יד 258–259 (2010)). לדעתי, החלוקה בין תחום שלטון הרוב לתחום זכויות האזרח אינה שייכת לענייננו, שכן האדם הסביר המשקף הנחה חברתית מוסכמת אינו מייצג את הרוב הכופה על הפרט לעשות או לחדול בשם שלטון הרוב, אלא מהווה אבן בוחן לקביעה אובייקטיבית אם אכן יש נזק כטענת הוולד או אפטרופסיו התובעים את המעוול, או שאין נזק והמעוול פטור.
11 פרשת **זייצוב**, לעיל ה"ש 3, בעמ' 99.
12 שם, בעמ' 102.
13 שם, בפס' 19 לפסק דינו של השופט ברק.
14 שם, בפס' 22 לפסק דינו של השופט ברק.
15 ראויה לציון עמדת לשכת עורכי הדין כי למעשה ההבדל בין שיטת בן-פורת לשיטת ברק קטן, מפני שאף לשיטת ברק נדרש הילד "להוכיח במסגרת יסוד הקשר הסיבתי כי המום חמור דיו עד שהוועדה להפסקת הריון הייתה מאשרת לבצע בגינו הפלה" (פרשת **המר**, לעיל ה"ש 4, בפס' 10 לפסק דינו של השופט ריבלין).
16 לעיל ה"ש 4.

בהרכב של שבעה שופטים את הלכת זייצוב בקבעו פה אחד כי "לא ניתן עוד להכיר בעילתו של הילד¹⁷ – עילת החיים בעולה"¹⁸.

ביטול עילת החיים בעולה נומק בפסק הדין בארוכה. נימוקים אלו ונימוקים נוספים השוללים את עילת התביעה בגין חיים בעולה יידונו במאמר זה לרוחבם ולעומקם.

6. מאמר זה

ההתנגדות, בארץ ובעולם, לעילת החיים בעולה נעוצה בראש ובראשונה בחסרונן של יסוד הנזק לדעת שוללי העילה.¹⁹ על כן מאמר זה יעסוק בשאלת קיומו של יסוד הנזק ויתעלם משאר היסודות, מתוך הנחה שעם פתרון שאלה זו, לכאן או לכאן, ייודע אם יש להכיר בעילת החיים בעולה אם לאו. אגב העיסוק ביסוד הנזק יבחן המאמר אף שיקולים ערכיים להכרה – או אי-הכרה – בקיומו של נזק.

העימות המרכזי בשאלת קיומו של יסוד הנזק מתחולל בין השופטת בן-פורת, הגורסת כי במקרים מסוימים מתקיים יסוד הנזק במעבר מאי-חיים לחיים במום, לבין השופט ריבלין, הקובע כי מעבר מאי-חיים לחיים לעולם אינו מהווה נזק. ברק עוקף בעיה זו בקבעו כי בבואנו לבחון קיומו של נזק אין להשוות בין חיים במום לבין אי-חיים, אלא בין חיים במום לבין חיים ללא מום.²⁰ על כן יתעלם מאמר זה משיטת ברק, מתוך חתירה להעמיק בבירור יסוד הנזק במעבר מאי-חיים לחיים.

פקודת הנזיקין מגדירה נזק כך: "אבדן חיים, אבדן נכס, נוחות, רווחה גופנית או שם טוב, או חיסור מהם, וכל אבדן או חיסור כיוצאים באלה"²¹. הווי אומר, נזק נקבע לאחר השוואה בין שני מצבים והסקה כי המצב השני גרוע מן הראשון.

שוללי העילה – ובכללם השופט ריבלין בפרשת המר – העלו שש טענות לתמיכה בקביעתם כי בנדון שלפנינו אין נזק לילד, ולחלופין לא ניתן להוכיח נזק, ולחלופי חלופין לא ראוי להכיר בקיומו של נזק. **הטענה הראשונה**: לא ניתן להשוות בין אי-חיים לבין חיי מום כדי לבחון אם יש נזק, הואיל ואיננו יודעים מהם אי-חיים. **הטענה השנייה**: כל חיים, אפילו כרוכים הם בסבל רב ובמוגבלות חמורה, עדיפים תמיד על פני אי-חיים, מכוח עקרון קדושת החיים. **הטענה השלישית**: הפיצוי בגין קיצור תוחלת חיים יוצר הנחה חלוטה כי כל חיים עדיפים על פני אי-חיים. **הטענה הרביעית**: הואיל ומעשה אחד גרם לחיים ולמום להתרחש בו-זמנית אין עילת תביעה. לשון אחר, נזק הוא פער שלילי בין שני מצבי קיום של הניזוק. בנדון דידן שהניזוק לא היה קיים במצב הראשון לא ניתן להשוות בין המצבים ולקבוע כי קיים נזק. **הטענה החמישית**: אם יוחזר המצב לקדמותו ויעלם הנזק, ייעלם אף הניזוק עמו. נמצא כי לא ניתן לממש תביעת נזיקין. **הטענה השישית**: הכרה בעילה פוגעת בכבוד האדם של אנשים עם מוגבלות בהתייחסה אל חייהם כנזק.

טענותיהם אלה על פרטיהן ודקדוקיהן תידונה מכאן ולהלן אחת לאחת.

17 ואולם ביטול עילת הילד הניע את בית המשפט להגדיל באופן משמעותי את עילת ההורים, כפי שיובא לקמן בפרק ח.
18 פרשת המר, לעיל ה"ש 4, בפס' 12 לפסק דינו של השופט ריבלין. קביעה זו תואמת להמלצת דעת הרוב בדוח ועדת מצא, לעיל ה"ש 4, בעמ' 37.

19 פרי, האם זו השאלה?; לעיל ה"ש 6, בעמ' 583; וראו ג' טדסקי "על בעית הנזיקין בגין הולדה" **מסות במשפט** 269, 287 (תשל"ח): "כל עוד חסר נזק... אינה יכולה להתקיים לא אחריות ולא הפרת חובה קונקרטית"; מ' חשין "מקורות דיני הנזיקין בישראל" **דיני הנזיקין – תורת הנזיקין הכללית** 33, 91–92 (ג' דטדקי, עורך, מהדורה 2, תשל"ח): "נקודות המוצא, הן ביצירתה של העולה והן בהחלטה הלכה-למעשה הוא נזק שנגרם לפלוני... ובהתמלא תנאי זה עוברים אנו לבדיקת השאלה אם ראוי אותו נזק שיפצו עליו".

20 פרשת זייצוב, לעיל ה"ש 3, בפס' 19 ואילך לפסק דינו של השופט ברק. אגב היחלצותו מבעיית הנזק נקלע ברק לבעיית העדר קשר סיבתי, שהרי רשלנות הנתבע לא יצרה את הפער השלילי שבין חיי מום לחיים ללא מום. ראו פרשת המר, לעיל ה"ש 4, בפס' 22–24 לפסק דינו של השופט ריבלין. וראו עוד ביקורתה של בן-פורת בפרשת זייצוב, לעיל ה"ש 3, בפס' 8 לפסק דינה. וראו פרי, האם זו השאלה?; לעיל ה"ש 6, בעמ' 559–561. ברק אף חרג כאן חריגה מהותית מהתפיסה המקובלת של מושג הנזק הדורשת שינוי לרעה במצב התובע. על חריגה זו כתב פרי כי היא משקפת "אקטיביזם שיפוטי קיצוני". ראו רונן פרי "אקטיביזם שיפוטי בידי הנזיקין: טקסונומיה של פסקי ברק" **ספר ברק – עיונים בעשייתו השיפוטית של אהרן ברק** 549–550 (איל זמיר, ברק מדינה וסיליה פסברג עורכים, 2009).

21 ס' 2 לפקודת הנזיקין.

א. העדר אפשרות השוואה בין אי-חיים לבין חיי מום

הטענה הראשונה לשלילת העילה: לא ניתן להשוות בין אי-חיים לבין חיי מום כדי לבחון אם יש נזק, הואיל ואיננו יודעים מהם אי-חיים.²²

1. ההנחה כי איננו יודעים מהם אי-חיים ובטלותה

הטענה הראשונה נוצקה על בסיס ההנחה כי איננו יודעים מהם אי-חיים. נדמה כי הנחה זו מוסכמת על הכול. אי-קיום "מצוי כל כולו בתחום ההגות על סודות הבריאה ולא בתחום המעשה-המשפטי".²³ איננו יודעים מאומה על מצב זה לבד מהיותו העדר חיים.²⁴ ואולם "אף אחד עוד לא חזר משם כדי לספר לנו מהו העדר חיים",²⁵ ואין בכוח שכלנו להבינם הואיל ו"אי-חיים אינם בתפיסת השכל האנושי",²⁶ אלא הם בכלל "רזי עולם ותעלומות סתרי כל חיי".²⁷

כדי לדון במהות אי-הקיום²⁸ יש לדון בשני חלקי המושג – "איי" ו"קיום". **קיום** אנושי כולל שני מרכיבים: גוף ונפש האצורה בגוף. כיצד דבקים הם זה בזה, לא נדע.²⁹ אך זאת נדע, כי קיום הגוף תלוי בדבקותו בנפש, ובהיפרד ממנו הנפש בא המוות³⁰ והגוף הולך וכלה. מהו אי-קיום? כאן יש להבחין בין שני מיני אי-קיום: אי-הקיום שטרם לקיום ואי-הקיום שאחר הקיום – המוות. נבחן כל אחד ממרכיבי הקיום – הגוף והנפש – בכל אחד ממצבי אי-הקיום.

הגוף: במצב אי-הקיום שטרם לקיום הכול מודים כי הגוף במצב אֵין מוחלט. ערכו המספרי 0.³¹ במצב אי-הקיום שאחר הקיום,³² הגוף הולך וכלה. ערכו המספרי אינו 0, אך הוא הולך ופוחת וחותר אל ה-0.

הנפש:³³ זו תיבחן משתי נקודות מבט – אתאיסטית ודתית.³⁴ מנקודת מבט אתאיסטית הנפש במצב אֵין מוחלט, הן בעת אי-הקיום שטרם לקיום והן בעת אי-הקיום שאחר הקיום.³⁵ הנפש נוצרת עם יצירת הגוף, ובהיפרדה ממנו – אובדת.³⁶ לדעה זו, טרם היותו – קרי טרם עיברתנו אמנו – היינו אֵין מוחלט. לא כלום. חללו של אפס.³⁷

22 פרשת זייצוב, לעיל ה"ש 3, בפס' 16, 18 לפסק דינו של השופט ברק; פרשת המר, לעיל ה"ש 4, פס' 14–21 לפסק דינו של השופט ריבלין; פרי, האם זו השאלה?; לעיל ה"ש 6, בעמ' 547, 565; פרי, זו כבר אינה השאלה, לעיל ה"ש 6, בעמ' 67.

23 פרשת זייצוב, לעיל ה"ש 3, בפס' 4 לפסק דינו של השופט גולדברג.

24 שם, בפס' 18 לפסק דינו של השופט ברק.

25 פרשת המר, לעיל ה"ש 4, בפס' 15 לפסק דינו של השופט ריבלין.

26 פרשת זייצוב, לעיל ה"ש 3, בפס' 4 לפסק דינו של השופט גולדברג.

27 שם.

28 כדי לפשט את הדיון נניח כי יש זהות בין המושג "אי-קיום" למושג "אי-חיים" כפי שהונח על ידי השופטים והמלומדים שעסקו בנדון דידן, אף על פי שניתן להבחין ביניהם, כעולה מהדברים דלקמן.

29 ראו רמ"א, שלחן ערוך, אורח חיים, סימן ו סעיף א: "מפליא לעשות – במה ששומר רוח האדם בקרבו, וקושר דבר רוחני בדבר גשמי". וראו רמב"ם, מורה נבוכים, חלק ב, פרק א; רמב"ן, תורת האדם, שער הגמול (ורשא 1876, 154); עמנואל קאנט **ביקורת התבונה הטהורה** 215–216 (שמואל הוגו ברגמן ונתן רוטנשטרייך מתרגמים, 1954); ליבוביץ סיים ספרו הדן בפלא זה במילים "חידת הגוף והנפש... במקומה עומדת" (ישעיהו ליבוביץ **גוף ונפש – הבעיה הפסיכו-פיזית** 77 (1982)).

30 מכאן המונח "פיקוח נפש", שפירושו השגחה על הנפש שלא תצא מן הגוף, מפני שביציאתה בא המוות.

31 אמנם יש לו פוטנציאל התממשות, אך פוטנציאל זה מצוי לחצאין אצל אביו ואמו, וייתכן כי לעולם לא יתממש וייוותר 0 לנצח. על כן אין בפוטנציאל זה כדי לעבות את ה-0.

32 קרי אי-החיים שאחר החיים, עיין לעיל ה"ש 28.

33 נפש, רוח ונשמה פעמים משמשים כשמות נרדפים ופעמים כשמות נפרדים. על כן נמצא שימוש בשלושת השמות במקורות דלהלן.

34 בתוך שביניהן מצויות השקפות רבות, אך לצורך דיונו נדון בשני הקצוות מתוך הנחה – שלא תמיד היא נכונה – כי ההשקפות שבתוך התאמנה לאחד הקצוות. ראו קאנט, לעיל ה"ש 29, בעמ' 407–408: "אמין ללא מנוס במציאות של אלוהים ובחיים לעתיד לבוא, ואני בטוח ששום דבר אינו עשוי למוטט אמונה זו... האמונה באלוהים ובעולם הבא שזורה ברחשי הלב המוסריים שלי עד כדי כך, ש... איני דואג לכך, שאי פעם תיגזל ממני האמונה ההיא".

35 נמצא כי הנפש נדיפה יותר מן הגוף, שהרי הגוף במצב 0 רק טרם לקיום, אך הנפש במצב 0 הן טרם לקיום והן לאחר הקיום.

36 על פי הפילוסוף היווני אפיקורוס, הנפש היא "גוף מורכב מאטומים דקיקים הנפוצים בבשרו של האדם" (Diog. Laert. 10, 63). במות האדם – אין קיום לגוף בלא הנפש, ואין קיום לנפש בלא הגוף. על כן "המוות איננו נוגע לנו כלל. כל זמן

מנקודת מבט דתית ניתן לכתוב תלי תלים של מילים על הנפש, על מהותה, על הזהות או השונות בינה לבין הרוח והנשמה, על הזהות והשונות בינה לבין צלם אלהים; על זהות הרכיב ה"לא חומרי" הכלה בכליון הגוף ועל זהות הרכיב ה"לא חומרי" הזוכה לחיי נצח ולעונג עליון; על זהות הרכיב ה"לא חומרי" שהמתין לתקע"ד דורות קודם בריאת העולם לרדת אל הגוף החומרי, ועל זהות הרכיב ה"לא חומרי" שנוצר עם היווצרות הגוף החומרי.³⁸ ואולם, בנדון דידן אין צורך לכל זה, מפני שגם על פי המשפט הדתי יש להצמיד לאי-חיים – בין אלו שטרם החיים ובין אלו שאחר החיים – את הערך 0, ואין משגיחים בערכים שמימיים במשפט ארצי.

דוגמה לדבר: הנהרג על קידוש ה'. בתלמוד³⁹ מסופר על רב יוסף, בנו של ר' יהושע בן לוי, ששב מן העולם העליון. שאלו אביו מה ראית? אמר לו "..." ושמעתי שהיו אומרים הרוגי מלכות אין כל בריה יכולה לעמוד במחיצתך". כלומר מצויים הם במעלה עליונה שאין למעלה הימנה. וכתב הרמב"ם במאמר קידוש ה':

"דע כי בכל מקום שאמרו בו חכמינו ז"ל ייהרג ואל יעבור, אם נהרג הרי זה קידש את השם... ואדם שיזכהו האל לעלות במעלה עליונה כזאת, כלומר שנהרג על קדושת השם, אפילו היו עוונותיו כמו ירבעם בן נבט וחבריו הרי זה בן העולם הבא... וכך אמרו עליהם השלום מקום שהרוגי מלכות עומדים אין כל בריה יכולה לעמוד במחיצתם".⁴⁰

אם יתבע עיזבון הנהרג את ההורג בתביעת נזיקין, האם יעלה על הדעת שתידחה תביעתו כיוון שזיכהו לעלות למעלה עליונה בחיי הנצח?! היוכל הנתבע לטעון שכשנחשב מה שהזיקו בעולם הזה אל מול מה שהועילו לעולם הבא, אין כאן נזק?⁴¹

דוגמה נוספת: ראובן חבל בשמעון. ייסורי שמעון מירקו את עוונותיו.⁴² אם נשווה בין מצבו הפיזי של שמעון טרם חבלה למצבו הפיזי לאחר החבלה, נמצא כי הורע מצבו ויש נזק. אך כשנביט על כל חלקי המשואה, כולל חלקיה הרוחניים, ייתכן שנמצא כי הוטב מצבו, שהרי נתמרקו עוונותיו. הייתכן לומר כי אין כאן נזק?! כך אף הדבר בנדון שלפנינו. התייחסות אל אי-חיים שטרם החיים, שאינה מצמידה להם את הערך 0, מביאה בחשבון היבטים רוחניים שהמשפט – בין האזרחי ובין הדתי – מתעלם מהם באופן עקבי.⁴³

ראיה להתעלמות המשפט הדתי מהיבטים רוחניים: בתלמוד קיימת סוגיה הדנה בהיזק שאינו ניכר, כלומר היזק רוחני שאינו כולל היזק פיזי. למשל, המטמא תרומה⁴⁴ של כהן. פיזית לא נשתנתה התרומה במאומה, אך רוחנית היא טמאה, ועל כן היא אסורה באכילה. וכן המערב טיפת יין נסך⁴⁵ ביין כשר של חברו. פיזית לא נשתנה היין

שאנו קיימים, המוות איננו, וכשיבוא לא נהיה עוד" (Diog. Laert. 10,125). כל המובאות מתרגומו של נתן שפיגל **אפיקורוס - האיש ומשנתו 89-96** (התשמ"ב).

37 כבר המלומדים Thomas Keasler Foutz ו-Mark Strasser הציעו להצמיד לאי-חיים את הערך 0. ראו, Thomas Keasler Foutz, "Wrongful Life": The Right not to be Born, 54 TUL. L. REV. 480, 497-498 (1980); 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, 63 (1999). אם אינך מצמיד לאי-חיים את הערך 0, על כורחך אתה מניח כי קיים עולם בו מצויות כל הנפשות / הנשמות / הרוחות העתידות להינתן בגופים העתידים להיבראות. זוהי השקפת חז"ל. ראו בבלי, חגיגה יב, ע"ב; רש"י, בבלי, עבודה זרה ה, ע"א; רש"י, בבלי, יבמות סג, ע"ב. על מהות נפש זו ראו מורה נבוכים, חלק א, פרק ע.

38 ראו רס"ג, אמונות ודעות, המאמר השישי; רמב"ם, מורה נבוכים, חלק א פרקים מ-מא. משנה תורה, יסודי התורה ד, ח-ט; תשובה ח, ג.

39 בבלי, בבא בתרא י, ע"ב; בבלי, פסחים נ, ע"א. ועיין אף מחזור ויטרי (מהדורת מכון א 63).

40 אגרות הרמב"ם (מהדורת מוסד הרב קוק ק"ז).

41 ס' 2 לפקודת הנזיקין קובע כהנחה חלוטה כי אבדן חיים מהווה נזק ללא תלות בשאלה אם שפר מצבו או הורע. אך במערכת משפט בה לא הונחה הנחה זו, האם לפנינו נזק? לשון אחר, האם מבחינה מהותית לפנינו נזק?

42 בבלי, ברכות ה, ע"א: "ייסורין ממרקין כל עוונותיו של אדם". וראו תוספתא יומא ד, ט; משנה תורה, תשובה א, ד.

43 מכאן פרכה לדברי פרי הטוען כי כשביט המשפט קובע כי אי-חיים עדיפים על חיים במום, הוא מתבסס על אמונתו הסובייקטיבית ומתעלם מאמונת מיליוני אנשים המאמינים בעולם הבא, בו עשוי לזכות מי שיזכה לחיים (פרי, האם זו השאלה?, לעיל ה"ש 6, בעמ' 557).

44 חלקו של הכהן ביבול החקלאי. על הכהן לאכול את התרומה בטהרה. נטמאה התרומה, אסורה באכילה (משנה תורה, תרומות).

45 יין שהתנסך לעבודה זרה. ניסוך זה אוסרו בהנאה (משנה תורה, מאכלות אסורות יא, א ואילך).

הכשר במאומה, אך רוחנית הוא סופג את איסורו של יין הנסך ונאסר בשתייה ובהנאה. האם היזק שכזה קרוי היזק והמזיק חייב לשלם? בסוגיה זו נחלקו בתלמוד חזקיה ורבי יוחנן.⁴⁶ להלכה פסק הרמב"ם כרבי יוחנן, שהיזק שאינו ניכר אינו קרוי היזק, ואלו דבריו:

"המזיק ממון חברו היזק שאינו ניכר, הואיל ולא נשתנה הדבר ולא נפסדה צורתו, הרי זה פטור מן התשלומין".⁴⁷

למדנו כי אפילו הדין הדתי, הנותן מקום מרכזי לרוחניות, מנחה את בתי הדין הארציים לדון על פי ההיבטים הפיזיים-ארציים בלבד, ולהניח את ההיבטים הרוחניים לבית דין של מעלה.⁴⁸

"כללי המשפט הקיימים אינם חובקים את עולם הנסתר", אמר השופט גולדברג⁴⁹ נכונה. אך אין להסיק מכך, כפי שהסיק, כי על המשפט להדיר עצמו מכל נושא בעולמנו הנושק לעולם הנסתר. אדרבה, יש להסיק מכך כי על המשפט הארצי לדון על פי הנראה בעולם הארצי-הגלוי⁵⁰ ולהניח ליודע רזי עולם ותעלומות סתרי כל חי לדון במשפטו השמימי על פי הנראה ממרום כיסאו.⁵¹

מסקנה: ההנחה כי איננו יודעים מהם אי-חיים אינה עומדת. "אין לדין אלא מה שענינו רואות",⁵² ועל פי עיני הבשר בהן חננו יודע תעלומות, יש להצמיד לאי-חיים את הערך 0. זהו מצב ניטרלי שאין בו מאומה מן הטוב ומאומה מן הרע. ומכאן נבוא לדון בטענה שהנביעו שוללי העילה מן ההנחה.

2. ארבעה פנים לדחיית גוף הטענה

כזכור, על בסיס ההנחה כי איננו יודעים מהם אי-חיים נטענה הטענה כי לא ניתן להשוות בין אי-חיים לבין חיים במום כדי לבחון אם יש נזק. טענה זו יש לדחות מכמה פנים.

1. הפן הראשון – בטלות ההנחה

לעיל הראינו כי יש להצמיד לאי-חיים את הערך 0, הפך ההנחה כי איננו יודעים מהם אי-חיים. הואיל ובטלה ההנחה, בטלה הטענה שהונבעה מכוחה.⁵³ על כן נבחן⁵⁴ את רעותיו של התובע הנובעות ממומו אל מול טובותיו

46 בבלי, גיטין נג, ע"א.

47 משנה תורה, חובל ומזיק ז, א. וכן נפסק בשולחן ערוך, חושן משפט, סימן שפה, א. ומבואר בבבלי, גיטין נג, ע"א, ובמשנה תורה שם, ובשולחן ערוך שם שזהו דין תורה, אך אם היה המזיק מזיד קנסוהו חכמים שישלם.

48 בבבלי שם, ובמשנה תורה שם ז, ה: "וחייב בדיני שמים". וביאר רש"י, בבלי שם, ד"ה "וחייב בדיני שמים" כי בדיני שמים תשולם פורענות לרשע שנתכוון להפסיד את חברו.

49 פרשת זייצוב, לעיל ה"ש 3, בפס' 4 לפסק דינו.

50 בע"א 243/83 עיריית ירושלים נ' גורדון, פ"ד לט(1) 113, 139 (1985) כתב השופט ברק על הגדרת נזק כי "ביסוד ההגדרה עומדת המציאות המוחשית".

51 כיוצא בזה מצינו בתלמוד בספרו על חזקיהו מלך יהודה שחזה ברוח הקודש כי ייוולדו לו בנים רשעים, ועל כן נמנע מלעסוק בפריה ורביה. אמר לו ישעיהו הנביא: "בהדי כבשי דרחמנא למה לך, מאי דמפקדת איבעי לך למיעבד, ומה דניחא קמיה דקודשא בריך הוא לעביד" (בבלי, ברכות י, ע"א). (תרגום: מה לך ולסתרי של הקדוש ברוך הוא?! מה שצוית לעשות עשה, והקדוש ברוך הוא יעשה הטוב בעיניו). מסיק מכך השופט רובינשטיין: "באים דברי הנביא ישעיהו ומציגים עמדה בהירה לגבי היכולת לדון ולהשוות בין מצב של אי קיום למצב של קיום, בעייתי ככל שיהיה, ומסקנתם שאין אפשרות לחרוץ על כך דין". (פרשת המר, לעיל ה"ש 4, בפס' יב לפסק דינו של השופט רובינשטיין). לדעתך, ישעיהו מלמדנו את ההפך המוחלט. אומר ישעיהו לחזקיהו: הנסתרות הם עסקיו של הקדוש ברוך הוא ולא עסקיך, על כן התעלם מהנסתרות – קרי, חזיונותיך ברוח הקודש – ודון בדבר על פי הנראה בעולם הגשמי – שאינו מראה שום סיבה להימנע מפריה ורביה – והקדוש ברוך הוא יעשה על פי הנראה בעיניו. (ועיין לקמן ה"ש 128). יש לציין כי אפילו לא היה מדובר בנסתרות, התממשות חזונו אינה ודאית. ראו משנה תורה, יסודי התורה י, ד.

52 בבלי, בבא בתרא קלא, ע"א; משנה תורה, סנהדרין כג, ט.

53 בבטלות הנחה זו בטלה אף הטענה כי אין אפשרות לכמת את הנזק כדי לקצוב את סך הפיצויים. טענה שנטענה ב-McKay v. Essex area health Authority, [1982] Q.B. 1166; Gleitman v. Cosgrove, 227 A.2d 689 (1967).

54 הדבר ייבחן על פי דעת האדם הסביר, כדברי השופטת בן-פורת לעיל ה"ש 11.

הנובעות מעצם חייו. "רעותיו" – כאבו וסבלו הגופניים והנפשיים. "טובותיו" – הנאותיו, תועלותיו וסיפוקיו בחייו ומעצם חייו. אם רבו טובותיו על רעותיו, אין נזק, אך אם רבו רעותיו על טובותיו, נמצאו חייו ומומו כמכלול בעלי ערך שלילי הנמוך מ־0, ונתקיים יסוד הנזק.⁵⁵

II. הפן השני – משוואה לוגית

56 Alexander Morgan Capron ו־57 James M. Parker יצרו משוואה בת שלושה משתנים. $A = \text{חיים}$. $B = \text{אי־חיים}$ (טרום־חיים או מוות). $C = \text{חיי מום}$. אם ניתן להשוות בין A לבין B ולתבוע בגין קיצור תוחלת חיים, וניתן להשוות בין A לבין C ולתבוע בגין נזקי גוף, ממילא ניתן אף להשוות בין B לבין C ולתבוע בגין חיים בעולה.

פרי⁵⁸ יצא לקעקע משוואה זו בטענה כי הפיצוי בגין קיצור תוחלת חיים לא נפסק עבור הפער השלילי שבין חיים לבין אי־חיים באותן השנים שאבדו, מפני שלא ניתן להשוות בין חיים לבין אי־חיים. אלא הפיצוי נפסק עבור הפער השלילי בין תוחלת חיים נורמלית לבין תוחלת חיים מופחתת.⁵⁹ במשוואה זו אין צורך להעריך את אי־הקיום כיוון שכל חיים, בין אלו שמתארכים כנהוג ובין אלו שמתקצרים, מסתיימים באי־קיום – מוות.

לדעתי, הבחנתו יכולה להיאמר בפה ולהיכתב עלי ספר, אך לא ניתן לציירה בשכל.⁶⁰ "הפער השלילי בין תוחלת חיים נורמלית לבין תוחלת חיים מופחתת" הוא הוא "אי־החיים באותן השנים שאבדו". נניח כי תוחלת חיים נורמלית היא 80 שנה ואדם מת בעולה בהיותו בן 60. לא ניתן להגדיר את 60 שנות חייו כנזק בשל תוחלתו הקצרה, שהרי לא הייתה בהן שום מגרעת, והמעוול לא גרם להן. ועל כורחך לומר כי נזקו הוא העדר החיים שבכלות התוחלת, דהיינו אותן 20 שנות חיים להן היה צפוי, שהפכו על ידי העולה לאי־חיים. מסקנה: בקבעך כי יש פער שלילי בין תוחלת חיים נורמלית לבין תוחלת חיים מופחתת, אתה מנסח בצורה שונה את ההיגד כי החיים עדיפים על פני אי־החיים באותן השנים שאבדו.

זאת ועוד, כבר אילפנו אריסטו כי כל עצם בעולמו מורכב ממהות אותו עצם ומאיכויות הנספחות אליה.⁶¹ למשל, "מכונית": מהותה – כלי להסעת בני אדם. האיכויות הנספחות אליה – אורכה, חוזקה, יופייה, צבעה וכו'. "חיי אדם": מהותם – גוף ונפש הדבקים זה בזה. האיכויות הנספחות אליהם – בריאות, עונג, סיפוק, סבל וכו'. פרי מביט על אורך החיים כשם שהוא מביט על אורכה של מכונית. לדידו שניהם איכויות הנספחות אל המהות. השקפה זו בטעות יסודה. אורכם של החיים אינו איכות הנספחת אל מהות החיים אלא הוא המהות עצמה. בכל שנייה ושנייה בה אדם חי הוא נהנה ממהות החיים עצמה, ובכל שנייה ושנייה בה הוא במצב מוות הוא נעדר את מהות החיים עצמה ולא את איכות האורך הנספחת אל חיים. על כן ההבדל בין אדם שחי 80 שנה לזה החי 60 שנה, אינו באיכות האורך הנספחת אל החיים אלא בעצם החיים בכל אותן 20 שנה שזה חי וזה מת. בכל אותן שנים לזה הייתה החיות בעצם וזה נעדר אותה.⁶² על כן לא ניתן לומר – כדברי פרי – שהואיל וחיי שניהם מסתיימים במוות,

55 Keasler Foutz, לעיל ה"ש 37; Strasser, לעיל ה"ש 37.

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

57 James M. Parker, *Wrongful Life: The Child's Cause of Action for Negligent Genetic Counseling in Texas*, 16 ST. MARY'S L. J. 639, 672 (1985).

58 פרי, האם זו השאלה?; לעיל ה"ש 6, בעמ' 548.

59 וכן כתב השופט ברק בפרשת **זייצוב**, לעיל ה"ש 3, בפס' 18 לפסק דינו, כי בפיצוי בגין קיצור תוחלת חיים איננו קובעים כי חיים עדיפים על מוות מפני שאין לנו כלים להשוואה ביניהם. אלא אנו מעריכים את משמעות החיים, והפיצוי נפסק בשל גדיעת זכותו להמשיך ולחיות. בגוף המאמר ייחסתי את הטענה לפרי מפני שהוא לבדו התייחס למשוואה של Capron ו־Parker.

60 כתב הרמב"ם: "דע... כי הדעה אינו עניין הנאמר בפה, אלא העניין שהצטייר בנפש כאשר מאמתים אותו שהוא כך כפי שהצטייר" (מורה הנבוכים, חלק א, פרק נ (מהדורת ר"י קאפח)). בנדון שלפנינו יכול הפה לומר זאת במילים שונות, אך כשנבוא לצייר את המילים בנפשנו נמצא זהות.

61 מהות = העצם. איכות = אחת משאר עשר הקטגוריות שמונה אריסטו לכל נמצא. הקטגוריה הראשונה היא העצם, ושאר הקטגוריות הן מקרים בעצם, ואלו הן: הכמות, האיכות, הנספח, המקום, הזמן, הקניין, הקימה, הפועל והנפעל. ראו ARISTOTLE CATEGORIES (Translated by E. M. Edghill, 2013); רמב"ם, מילות ההיגיון פרק י; רס"ג, אמונות ודעות, מאמר שני, פרק ט ואילך.

62 ייתכן ש"חיים" הם לשון רבים, שלא כ"מוות", הואיל וכל רגע ורגע של חיים הוא מהות חדשה, ונמצאו החיים רבים.

הפיצוי בגין קיצור תוחלת חיים אינו עבור הפער השלילי בין חיים לבין אי-חיים באותן השנים שאבדו, אלא בגין הפער השלילי בין תוחלת חיים נורמלית לתוחלת חיים מופחתת, מפני ששניהם היינו הך.

III. הפן השלישי – הפסקת טיפול לחולה סופני

המשפט מכיר בזכותו של חולה סופני מתייסר להימנע מקבלת טיפול רפואי מאריך חיים.⁶³ בכך מעדיף המשפט אי-חיים על פני חיי ייסורים.⁶⁴

פרי⁶⁵ דחה ראייה זו ביוצרו ארבע הבחנות בין הפסקת טיפול לחולה סופני לבין תביעת חיים בעוולה.

ההבחנה הראשונה – בהפסקת טיפול מגשים בית המשפט את רצונו הסובייקטיבי של החולה בלי להכריע אובייקטיבית כי אי-חיים עדיפים על חיי סבל. אך בתביעת נזיקין בגין חיים בעוולה נדרש בית המשפט לקבוע כי נגרם נזק, ולשם כך עליו להכריע אובייקטיבית כי חיים במום גרועים מאי-חיים.

הבחנה זו שגויה, שכן הפסקת טיפול רפואי אינה נגזרת מרצונו הסובייקטיבי של החולה לבדו. אמנם ס' 15(א) לחוק החולה הנוטה למות קובע כי:

"חולה הנוטה למות שהוא בעל כשרות, אשר אינו רוצה שחיי יוארכו, יש לכבד את רצונו ולהימנע מטיפול רפואי בו".

אך לצד זה קובע ס' 16(א) לחוק כי:

"חולה הנוטה למות שאינו בעל כשרות הסובל סבל משמעותי שנקבע לגביו לפי הוראות ס' 5(ב) או (ג) כי אינו רוצה שחיי יוארכו, יש להימנע מטיפול רפואי בו".

ס' 3 לחוק מגדיר⁶⁶ "סבל משמעותי" כך:

"כאב או סבל שאדם סביר היה מוכן לעשות מאמץ ניכר כדי להימנע ממנו או לסלקו, אף אם הדבר כרוך בפגיעה משמעותית באיכות חייו או בתוחלת חייו".

נמצא כי לא ניתן להימנע מטיפול רפואי בו⁶⁷ אלא אם כן נקבע כי כאבו וסבלו עזים כל כך, עד כדי שהאדם הסביר בנעליו היה מבכר את המוות⁶⁸ על פני חיי סבל אלו.⁶⁹

אתה הראית לדעת כי במקרה זה נדרשת הכרעה אובייקטיבית – של האדם הסביר – כי טוב מותו מחיי סבלו, ושלא כדברי פרי. לשון ס' זה, האמורה ביחס לחולה הנוטה למות, אף תואמת להפליא לדברי השופטת בן-פורת ביחס לתביעת חיים בעוולה הקובעת כי כאשר "האדם הסביר" סובר כי חייו במומו גרועים מאי-חיים, הוכח קיומו של

63 חוק החולה הנוטה למות, התשס"ו-2005 (להלן בתת פרק זה – החוק).

64 Harvey Teff, *The Action for "Wrongful Life" in England and the United States*, 34 INTL. & COMP. L.Q. 423, 433-434 (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, 566-567 (1995); Constance Frisby Fain, *Wrongful Life: Legal and Medical Aspects*, 75 KY L.J. 585, 630-631 (1987).

65 פרי, האם זו השאלה? לעיל ה"ש 6, בעמ' 551.

66 כהגדרה חלופית, בהעדר ההגדרה שבחלופה הראשונה בחוק.

67 בחולה הנוטה למות שאינו בעל כשרות ואינו בכלל החלופה הראשונה להגדרת סבל משמעותי.

68 זו המשמעות של "פגיעה משמעותית... בתוחלת חייו".

69 זו קביעה אובייקטיבית הנדרשת נוסף על הקביעה הסובייקטיבית כי אינו רוצה שחיי יוארכו. קיימים מקרים קיצוניים יותר בהם נימנע מהארכת חיים אף בלא שיביע רצונו לכך. למשל בקטין חסר הורים קובע ס' 28(ד) (בשילוב ס' 24) כי "הוועדה המוסדית תשקול בין שיקוליה את טובתו של הקטין, ותהיה רשאית לקבוע שיש להימנע מהארכת חייו של הקטין, אם שוכנעה כי אין זה לטובתו של הקטין שהם יוארכו".

נזק וקמה עילת תביעה.⁷⁰ נמצא כי ההיקש מחוק החולה הנוטה למות לסוגיית החיים בעולה עומד בכל תוקפו. היקש זה מתחזק בזכרונו כי חוק החולה הנוטה למות מאפשר לאדם הסביר לקבוע ביחס לחולה כי טוב מותו מחייו. תביעת חיים בעולה מאפשרת לאדם הסביר לקבוע קביעה מתונה הרבה יותר – טוב לו שלא נולד משנולד.

הבחנה השנייה – בהפסקת טיפול לא נדרש בית המשפט להכריע כי אי-חיים עדיפים על חיי מום, שהרי בכל מקרה ימות המבקש במוקדם או במאוחר. קבלת הבקשה מבוססת כל כולה על הרצון למזער את סבלו בעודו בחיים. הבחנה זו דינה להידחות, משני נימוקים: הראשון, מפני ששינוי הנוסח אינו משנה את המהות. מזעור סבלו ייתכן רק על ידי מותו, ונמצא כי הרצון למזער סבלו הוא הרצון להיענות לבקשתו לקרב את מותו, הבא לאחר הכרעה כי טוב לו מותו מחייו. הנימוק השני, מפני שפרי לשיטתו הולך בסברו כי תוחלת החיים היא איכות הנספחת אל החיים ולא מהות החיים עצמם. על כן לדידו ניתן לקזז סבל אל מול תוחלת. איכות אל מול איכות. ואולם, על פי המוסבר לעיל⁷¹ כי תוחלת החיים היא מהות החיים עצמם, לא ניתן לקזז איכות דהיינו סבל אל מול מהות דהיינו תוחלת החיים. לשון אחר: לא ניתן להקריב את החיים עצמם בשל תכונה הנספחת אל חיים, עד שנקבע תחילה כי טוב לו מותו מחיי סבלו.

הבחנה השלישית – בבקשה להפסקת טיפול מבקש החולה דבר אפשרי – מוות טבעי ללא התערבות. אך בתביעת חיים בעולה מבקש התובע להעמידו במצב בו היה לולא נולד, וזהו מצב שלא ניתן להגיע אליו. על כך אומר, כי אמנם לא ניתן להגיע אליו, אך ניתן היה שלא להגיע ממנו, ועל זה נתבע הרופא. שנית, אמנם המציאות הטבעית אינה מאפשרת לבית המשפט להחזירו למצב בו היה לולא נולד, אך ניתן לקרבו לשם ככל האפשר. כיצד? הולדתו של התובע יצרה שתי תוצאות הכרוכות זו בזו: הראשונה חיים והשנייה סבל עצום. התובע שואף לחזור לטרום-חיים כדי לאיין את התוצאה השנייה ולהעלים את סבלו. וכי בשביל שאין ביכולתנו למלא בקשתו הצודקת ולהעלים סבלו, לא נסייעו למזער את נזקו על ידי פיצוי?! היעלה על הדעת שאם קצרה יד המשפט לעשות צדק מלא, לא ייאות לעשות לכל הפחות צדק חלקי?!

הבחנה הרביעית – תביעת חיים בעולה יוצרת סתירה לוגית, שהרי אם נשיב את המצב לקדמותו לטרום-חיים יתאיין התובע ולא תהיה לו זכות תביעה נגד הנתבע. אך בקשת הפסקת טיפול רפואי אינה יוצרת סתירה לוגית. לדעתי, אין כאן הבחנה, שהרי בשני המקרים אם יתמלא רצונו תתאפס תביעתו. אם נשיב את הקטן לאי-חיים תפוג זכות התביעה, הן משום שאין מי שיתבע והן משום שאין מה לתבוע. אם נפסיק מהחולה את הטיפול הרפואי הוא ימות ותפוג זכות עתירתו הן משום שאין מי שיתבע והן משום שאין מה לתבוע. ס' 1 לחוק הכשרות המשפטית והאפוסטרופסות⁷² קובע כי "כל אדם כשר לזכויות ולחובות מגמר לידתו ועד מותו". נמצא כי הן התובע המבקש לחזור לטרום-חיים והן העותר המבקש את המוות, מבקשים להגיע למצב בו אין להם קיום משפטי.

IV. הפן הרביעי – הפלה

ס' 316(א)(3) לחוק העונשין⁷³ מתיר להפיל אם "הוולד עלול להיות בעל מום גופני או נפשי". בכך מבטא המשפט העדפת אי-חיים על חיי מום. השופט ריבלין דחה ראייה זו באמרו כי לא ניתן להסתמך על הקריטריונים של הוועדה להפסקת היריון כדי לקבוע אימתי אי-קיום עדיף על קיום. שיקולי ועדות ההיריון לא נגזרים מן האינטרסים של העובר בלבד אלא אף מן האינטרסים של ההורים, ובהם זכות האישה לאוטונומיה, כבודה ופרטיותה.⁷⁴ מן הטעם הזה, אי-ההכרה בתביעת הילד בגין חיים בעולה "אינה יוצרת דיסהרמוניה משפטית ביחס להכרה בזכות לבצע הפלה במקרים מסוימים".⁷⁵

70 פרשת זייצוב, לעיל ה"ש 3, בפס' 4 לפסק דינה של השופטת בן-פורת.

71 בפרק זה, תת פרק 2 II.

72 חוק הכשרות המשפטית והאפוסטרופסות, התשכ"ב-1962.

73 חוק העונשין, התשל"ז-1977.

74 ס' 6א לחוק שיווי זכויות האשה, התשי"א-1951 קובע כי "לכל אישה זכות מלאה על גופה".

75 פרשת המר, לעיל ה"ש 4, בפס' 20 לפסק דינו של השופט ריבלין.

דחייתו זו ראויה להידחות. כאשר השופט ריבלין אומר כי שיקולי ועדות ההיריון לא נגזרים מן האינטרסים של העובר בלבד, מודה הוא כי אף אינטרס העובר מוטל על כפות המאזניים לצד אינטרס הוריו.⁷⁶ לאור תובנה זו נבחן האם אמירתו כי אף אינטרס ההורים נשקל, אכן מביאה למסקנה כי "אי-הכרה בתביעת הילד אינה יוצרת דיסהרמוניה משפטית ביחס להכרה בזכות לבצע הפלה".⁷⁷ השופט ריבלין לימדנו כי הואיל ואיננו יודעים מהם אי-חיים, לא ניתן להשוות בין אי-חיים לחיים כדי לקבוע אם נגרם נזק.⁷⁸ נדמה לעצמנו כפות מאזניים: על הכף האחת אנו מניחים את החיים על כל התועלות והאושר הטמונים בהם, ואת המום על כל הייסורים והסבל הכרוכים בו; על הכף השנייה אנו מניחים את אי-החיים. אומר השופט ריבלין, אין בכוחנו לידע איזו כף מכריעה את רעותה, הואיל ואיננו יודעים מהם אי-חיים. ייתכן שהם אושר אין קץ, ואז כף אי-החיים מכריעה. ייתכן שהם סבל אין קץ, ואז כף החיים והמום מכריעה. ייתכן שהם מהות מממד שאיננו מכירים בעולמנו, ואז לא ניתן ליצור השוואה כלל.⁷⁹ לאחר שהבנו כל זאת, ברור כי הוספת האינטרסים של ההורים אל כף אי-החיים שבמאזניים אינה מועילה במאומה ליכולת ההכרעה.

במונחים מתמטיים: נניח כי חיים= x , מום= y , אינטרס ההורים= z , אי-חיים= $z=?$ ⁸⁰

המשוואה: $y+x < \text{או} > ?$ אינה בת פתרון. על כן לא ניתן לתבוע בגין חיים בעוולה.

באותה מידה, המשוואה: $y+x < \text{או} > z+?$ אינה בת פתרון. על כן לא ניתן להתיר הפלה.

בניגוד לכל זה, עינינו הרואות כי המחוקק מתיר הפלה כאשר העובר בעל מום גופני או נפשי. מוכח כי המחוקק לא הצמיד לאי-החיים את הערך "?". אלא ערך ידוע. בכך התמוטטה טענת שוללי העילה כי לא ניתן להשוות בין חיים במום לבין אי-חיים כדי לבחון אם נגרם נזק, הואיל ואיננו יודעים מהם אי-חיים.

3. נקודת המבט להשוואה בין אי-החיים לבין חיי מום

"אין לנו פרספקטיבה, מלבד חיינו או בעולמנו, על פיה נוכל לומר כי אי הקיום עדיף על הקיום", כך קבע בית המשפט בפסק דין *Goldberg v. Ruskin*.⁸¹ דעתו, כי כדי להשוות בין חיים לבין אי-חיים נדרשת נקודת מבט שממנה ניתן לבחון אובייקטיבית את שתי החלופות. קביעה זו של בית המשפט סותרת את תפיסת המשפט כהסכם חברתי רחב בין כל בני החברה, יושבי הארץ.⁸² דיני הנויקין משקפים הסכמות בין מזיקים פוטנציאליים לניזוקים פוטנציאליים. על כן בבואנו לבחון אם לפנינו נזק, אין לבחון זאת על פי ראייה קוסמית אובייקטיבית אלא על פי ראייה ארצית אובייקטיבית. תפיסה זו תואמת את שיטת השופטת בר-פורת שעל פיה קיומו של נזק ייבחן על פי דעתו של "האדם הסביר" המשקפת "הנחה חברתית מוסכמת".⁸³ מנקודת מבט ארצית אובייקטיבית זו נבחן אם יש נזק, קרי האם אי-חיים עדיפים על חייו במומו.

ריבלין⁸⁴ דחה נקודת מבט זו משתי סיבות: הראשונה, מפני שבהעדר מידע לגבי מהות אי-החיים לא יושיענו האדם הסביר;⁸⁵ והשנייה, מפני שהיכולת להפיק הנאה וערך בחיים חרף המוגבלות היא סובייקטיבית ומשתנה מאדם

76 שלא כפרי, הסובר כי איננו שוקלים את אינטרס העובר כלל. ראו פרי, האם זו השאלה?, לעיל ה"ש 6, בעמ' 549. לקמן בפרק ב 3 II נדון בסברת פרי בארוכה.

77 פרשת המר, לעיל ה"ש 4, בפס' 20 לפסק דינו של השופט ריבלין.

78 פרשת המר, לעיל ה"ש 4, פס' 14–21 לפסק דינו של השופט ריבלין. בעקבות פרשת זייצוב, לעיל ה"ש 3, בפס' 18 לפסק דינו של השופט ברק.

79 כתב הרמב"ם במורה הנבוכים, חלק ראשון, פרק נב (מהדורת ר"י קאפח): "היחס לא ימצא לעולם כי אם בין שני דברים שהם תחת מין אחד... אבל אם היו שני הדברים תחת שני סוגים הרי אין יחס ביניהם כלל... המשל בכך, שאין יחס בין המאה אמה לבין החריפות שבפלפל, כי זה מסוג האיכות וזה מסוג הכמות, ואף אין יחס בין המדע והמתיקות, או בין המתנינות והמרירות." ("יחס" פירושו השוואה. למשל, לא ניתן לשאול האם הפלפל חריף יותר או שהמלפפון ארוך יותר.)

80 כך על פי ריבלין וסיעתו הסוברים כי איננו יודעים מהם אי-חיים.

81 Goldberg v. Ruskin, (1986), 113 Ill. 2d 482. בתרגומו של השופט ריבלין בפרשת המר, לעיל ה"ש 3, בפס' 17.

82 ראו אהרן ברק *פרשנות במשפט – תורת הפרשנות הכללית* 274 (1992).

83 פרשת זייצוב, לעיל ה"ש 3, בפס' 4 לפסק דינה של השופטת בר-פורת.

84 פרשת המר, לעיל ה"ש 4, בפס' 19.

85 וכן כתב השופט גולדברג בפרשת זייצוב, לעיל ה"ש 3, בפס' 5 לפסק דינו.

לאדם. סיבתו הראשונה מתאינת לכשנצמיד לאי־חיים את הערך 0 על פי המבואר לעיל. על סיבתו השנייה יש להקשות מכאב וסבל, שאף הם סובייקטיביים ומשתנים מאדם לאדם, ואין הדבר מונע מבתי המשפט להעריך אותם דבר יום ביומו.⁸⁶

עוד תמה השופט ריבלין⁸⁷ מאיזו נקודת מבט יש לבחון האם החיים במום עדיפים על פני אי־החיים – מנקודת מבט של אדם בריא או מנקודת מבטו של הילד שאינו מכיר מציאות שונה. לדעת בן־פורת, שקבעה כי הדבר ייבחן על פי האדם הסביר, יש להסביר הספק כך: מנקודת מבטו של האדם הסביר בעודו בנעליו (מבחן אובייקטיבי) או מנקודת מבטו של האדם הסביר אחר היכנסו לנעלי הילד (מבחן אובייקטיבי־סובייקטיבי). מנקודת מבטו בעודו בנעליו הוא שואל את עצמו: לו הייתי אנוס עתה – אחר שחוויתי חיים בריאים – להיות במצבו, האם הייתי מבכר את אי־החיים שטרם החיים? מנקודת מבטו מנעלי הילד הוא שואל את עצמו: לו נולדתי במומו, האם הייתי מבכר שלא להיוולד? לשון אחר, האם בעל מום זהה סביר היה מבכר את אי־החיים?

השופט אור⁸⁸ צידד בצדו השני של הספק וכתב כי אין להעריך את טיב חייו בהשוואה לילד בריא בן גילו. מבחינת ילד שנולד לקוי חייו הם החיים השלמים ודרך אחרת מעולם לא באה בחשבון. על כן איכות חייו תוערך על פי האיכות המתאפשרת נוכח ליקוייו.

ב. עקרון קדושת החיים

הטענה השנייה לשלילת העילה: כל חיים, אפילו כרוכים הם בסבל רב ובמוגבלות חמורה, עדיפים תמיד על פני אי־חיים מכוח עקרון קדושת החיים.⁸⁹

1. ההנחה כי עקרון קדושת החיים מקדש את החיים על פני אי־החיים שטרם לחיים ובטלותה

הטענה השנייה של שוללי העילה מושתתת על ההנחה כי עקרון קדושת החיים, מלבד היותו מקדש את החיים על פני המוות, מקדש הוא את החיים על פני אי־החיים שטרם לחיים. האם יש להנחה זו על מה שתנוח?

כל חברה מקדשת עקרונות שיש בהם כדי לשרת אינטרסים של החברה. ככל שהאינטרס חשוב יותר, כך תקדש החברה את העיקרון המשרתו בקדושה חמורה יותר. עקרון קדושת החיים על פני המוות משרת אינטרס עז של החברה בהרחיקו כל אדם ממוות.⁹⁰ עיקרון זה, שנישא כבר בפי סוקרטס ואריסטו,⁹¹ גדולי חכמי יוון העתיקה,

86 למשל, עיין בע"א 4431/05 המגן חברה לביטוח בע"מ נ' צרור, פ"ד סא(2) 771 (2006) בפס' 18 לפסק דינו של השופט ריבלין.

87 פרשת המר, לעיל ה"ש 4, בפס' 18.

88 רע"א 5587/97 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלוני, פ"ד נא (4) 830, 854 (1997).

89 פרשת זייצוב, לעיל ה"ש 3, בפס' 4 לפסק דינה של השופטת בן־פורת; פרשת המר, לעיל ה"ש 4, בפס' 25–27 לפסק דינו של השופט ריבלין ובפסק דינה של השופטת ביניש; פרי, האם זו השאלה?, לעיל ה"ש 6, בעמ' 551–555; רועי גילבר "הצורך בהכרעות קשות בתביעות של חיים בעולה והולדה בעולה, הערות והארות בעקבות ת"א (מחוזי-חיפה) 259/02 פלוני נ' מדינת ישראל" מאזני משפט ז 441, 466–467 (2010); Berman v. Allan, 80 N.J. 404, 421 A.2d 8 (N.J. 1979);

90 בין ב"שב ואל תעשה", והיינו עברות המתה – שמות כ 12; סעיפים 298, 300, 304 לחוק העונשין. ובין ב"קום ועשה" – והיינו "לא תעמוד על דם רעד" – ויקרא יט 16; בבלי, סנהדרין עג, ע"א; משנה תורה, רוצח ושמירת נפש א, יד; שולחן ערוך, חושן משפט סימן תכו, סעיף א; חוק לא תעמוד על דם רעד, התשנ"ח–1998.

91 פרשת זייצוב, לעיל ה"ש 3, בפס' 4 לפסק דינו של השופט דב לוי. הוא הוסיף כי כנגדם טענו הפילוסופים אפיקורוס וסטואי "כי אם אדם מפסיק ליהנות מהחיים, נתונה התרופה בידו לשים להם קץ". נראה כי שורש מחלוקתם נעוץ בתפיסות העולם הבסיסיות שלהם המתוארות על ידי קאנט, לעיל ה"ש 29, בעמ' 419: "את אפיקורוס ניתן לקרוא בשם 'הפילוסוף המובהק של החושניות', ואת אפלטון בשם 'הפילוסוף המובהק של השכליות'... הראשונים טענו: מושאי החושים בלבד יש בהם מציאות, כל השאר הוא דמיון; האחרים טענו לעומתם: החושים אינם אלא תדמית, השכל בלבד מכיר את האמת." וראו עוד את דברי אפיקורוס, לעיל ה"ש 36, שכתב כי "המוות איננו נוגע לנו כלל. כל זמן שאנו קיימים, המוות איננו, וכשיבוא לא נהיה עוד". וראו עוד את דברי אנטיופון, סופיסט בן המאה החמישית לפני הספירה, שכתב כי "חוק טבע עליון הוא לברוח מן המוות ולבקש את החיים, לברוח מן הכאב ולבקש את ההנאה" (אלכסנדר פוקס אתונה בימי גדולתה 156 (1957)). כיצד נהג אפוא כששני חצאי החוק נוגדים זה את זה, כאשר לא ניתן לברוח מן הכאב אלא אל המוות והבריחה מן המוות גוזרת בהכרח כאב!?

הונבע מהתכונה הקמאית ביותר המושרשת באדם – הרצון לשרוד. כל אשר נשמת רוח חיים באפיו ידבק בחיים בכל כוחו. אינטרס קמאי זה של בניה באה החברה לשמר בקבעה את עקרון קדושת החיים כעקרון על מקודש.

"השיקול של קדושת החיים אין עוררין עליו, והייתי אומר שהוא מן המפורסמות שאינן צריכות ראייה. בכל מקום, ללא הבדל דת ולאום, רואים בחיי האדם נכס יקר, שיש לשמרו מכל משמר. זהו נחלת הכלל".⁹²

בבסיס עקרון קדושת החיים על פני המוות חבוי אינטרס שימור חיי כל בני האדם – להציל ממוות נפשם ולהחיותם. זהו אינטרס עליון של החברה. אך איזה אינטרס חבוי בבסיס עקרון קדושת החיים על פני אי-החיים שטרם לחיים? כאן צריך לחלק בין אי-החיים טרם היותו עובר לבין אי-החיים בהיותו עובר טרם הגחתו מרחם אמו.

עקרון קדושת החיים על פני אי-החיים שטרם היותו עובר אינו משרת שום אינטרס לבד מהאינטרס של העמדת ולדות.⁹³ אינטרס זה מצומצם משני פנים: ראשית, בניגוד לאינטרס החברה להרחיק כל אדם ממוות החל בפרטות על כל אדם ואדם, אינטרס החברה בהעמדת ולדות הוא אינטרס כללי של החברה אך אינו חל בפרטות על כל אחד מפרטיה. החברה מעוניינת בפריה ורבייה, בדור המשך, אך אין לה נפקות אם פלוני יעמיד ארבעה צאצאים ואלמוני יימנע מהולדה, או שכל אחד מהם יעמיד שני צאצאים.⁹⁴ שנית, כאשר ידוע מתחילה כי ולד בפוטנציה של אישה פלונית נושא מומים קשים, יש לחברה אינטרס הפכי – להימנע מהולדתו. אינטרס הפכי זה נובע בראש ובראשונה מהרצון למנוע סבל וייסורים מהוולד וממשפחתו, אך גם מהרצון למנוע נטל כלכלי על החברה.

עקרון קדושת החיים על פני אי-החיים בעודו עובר טרם לידתו משרת שני אינטרסים: הן אינטרס החברה בפריה ורבייה והן אינטרס החברה בשימור עוברים.⁹⁵ אינטרס החברה בפריה ורבייה, על צמצומו, בואר לעיל. אינטרס החברה בשימור עוברים חקוק בס' 313 לחוק העונשין. אך שוברו בצדו. ס' 316(א)(3) לחוק מתיר הפלת עובר בעל מום גופני או נפשי. היתר זה מלמדנו כי כשהעובר בעל מום, מתפוגג אינטרס החברה בשימורו. ואם תרצה אמור, נחלש מאוד אינטרס החברה בשימורו עד כדי ויתור עליו.

המסקנות העולות שלוש: הראשונה, אינטרס החברה בהולדת "עובר בפוטנציה" ספציפי אינו קיים; השנייה, כאשר ידוע כי "עובר בפוטנציה" ספציפי נושא מום חמור, יש לחברה אינטרס באי-הולדתו; השלישית, אינטרס החברה בהולדת עובר קיים מתפוגג כאשר העובר בעל מום חמור. מן המסקנות נסיק כי כאשר ידוע שהעובר או העובר בפוטנציה בעל מום, הרי שעקרון קדושת החיים על פני אי-החיים שטרם לחיים אינו משרת שום אינטרס של החברה. על כן אין טעם להניחו. ואם הונח, ראוי לבטלו.

על ההבחנה בין אי-החיים שטרם לחיים לבין המוות עמדה השופטת בן-פורת בקצרה, וכה דבריה:

⁹² ע"א 461/62 צים חברת השיט הישראלית בע"מ נגד מזיאר, פ"ד יז 1319, 1337ג (1963) (השופט ויתקון).
⁹³ על האינטרס העז של החברה בפריה ורבייה עמד תיאודור רוזוולט בנאום שנשא בסורבון שבפריז ב-23 באפריל 1910: "יש לזכור כי אין ברכה גדולה לאומה מהפצת זרעה כדי לרשת את הארץ. לא הייתה ברכה גדולה ממנה בימי המקרא, וכך גם היום. העקריות היא הקללה הגדולה מכולן, והגינוי החמור ביותר שמור לעקריות מרצון. תנאי הכרחי לכל ציוויליזציה הוא שאיש ואישה יעמידו צאצאים כדי שהגזע ירבה ולא יפחת. אם לא קורה כך, אם הריבוי אינו מסתייע – שלא באשמת החברה – הרי זו פורענות גדולה. אך אם הכישלון הוא מכוון ורצוני, כי אז אין זו פורענות סתם, אלא אחד מאותם פשעי נוחות ופינוק, הנובעים מן הרצון להימנע מכאב, ממאמץ ומסיכון. בטווח הארוך הטבע מעניש את החברות החוטאות בפשע הזה בחומרה הרבה ביותר. אם נביא על עצמנו את הקללה הנגזרת על העקרים מרצון, כי אז לשווא נפטר על הישגינו ונתרברב במעשינו. שום עידון רוחני, שום אנינות טעם, שום קדמה חומרית וצבירה עלובה של הון או פיתוח של האמנות והספרות לא יפצו לעולם על אבדן המידות הטובות, היסודיות והנעלות; ומבין אותן מידות טובות, הגדולה מכולן היא כוחו של הגזע האנושי להנציח את עצמו" (תיאודור רוזוולט "האדם בזירה" חקירות ודרישות 155–156 (אסף שגיב עורך, 2011)).

⁹⁴ אמת, כי על פי הדין הדתי הציווי לפרות ולרבות חל על כל פרט ופרט, אך הציווי מוגבל להולדת שני ילדים – זכר ונקבה – ובסוגיית חיים בעוולה עוסקים אנו גם בוולד שלישי של בני זוג. ועוד, שכאשר ידוע כי הוולד בפוטנציה נושא מום קשה והוא עצמו לא יוכל לפרות ולרבות, לא חל הציווי כלל. לכל זה ראו: בבלי, יבמות סא, ע"ב–סב, ע"ב; משנה תורה, אישות טו, ד–ה; שולחן ערוך, אבן העזר, סימן א, סעיפים ה–ו.

⁹⁵ בלשון פרי: "האינטרס הציבורי... בשימור הפוטנציאל לחיי אדם". ראו פרי, האם זו השאלה?; לעיל ה"ש 6, בה"ש 186.

"יש לדעתי מקום להבחין בין מוות מזה לבין אי-קיום מזה. בשני המקרים אין להירתע מעריכת השוואה עם החיים, אך בו בזמן שהמוות חל במקום שהיו כבר חיים, מדובר בענייננו באי-קיום מלכתחילה. עקרון קדושת החיים תופס בעיקר, אם כי לאו דווקא אך ורק, בהשוואה בין החיים למוות".⁹⁶

אף אמרות חז"ל תומכות בחלוקה זו. מאמר חז"ל "נוח לו לאדם שלא נברא יותר משנברא"⁹⁷ מבכר את אי-החיים שטרם לחיים על פני החיים. אך משנברא, מבכר הוא את החיים על פני המוות – "עכשיו שנברא יפשפש במעשיו". הרי שיש הפרש בין מוות לבין אי-קיום טרם בריאה.⁹⁸

פרופ' אברהם שטינברג טען כי אמרת חז"ל זו ואמרות דומות במקורותינו המבטאות העדפת אי-החיים שטרם לחיים על פני החיים,⁹⁹ מתייחסות "לצדדים מוסריים ותאולוגיים בלבד". כאשר בני אדם אינם עומדים בחובות המוסריות והדתיות הרובצות עליהם, מוטב היה שלא נבראו.¹⁰⁰ אך "אין כל כוונה... להתייחס למצב הפיסי או הקוגניטיבי של בני אדם מסוימים, שחייהם קשים בגין מגבלות של מחלות ומומים, שהרי אין... כלל רמז לאנשים מוגבלים ונכים דווקא".¹⁰¹ באמירתו זו בא לשלול את עילת החיים בעוולה, ונמצא מחייבה. כיצד? תכלית החיים על פי הדת היא לעבוד את ה'.¹⁰² על כן מי שאינו עובדו, מחטיא את התכלית וטוב לו שלא נולד. תכלית החיים על פי ערכי העולם המערבי היא אושר.¹⁰³ על כן מי שכל חייו סבל וייסורים, הוחטאה בו התכלית וטוב לו שלא נולד. נמצא כי תרגום אמרת חז"ל ל"מערבית" מציג בפנינו דעה התומכת בהעדפת אי-חיים על חיי סבל. בכך קמה ההצדקה לעילת החיים בעוולה.

96 פרשת זייצוב, לעיל הי"ש 3, בפס' 4 לפסק דינה של השופטת בן-פורת.

97 בבלי, עירובין יג, ע"ב: "תנו רבנן: 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".

98 בבבלי, יבמות סג, ע"ב איתא "תניא רבי אליעזר אומר כל מי שאינו עוסק בפריה ורביה כאילו שופך דמים". לכאורה יש כאן השוואה בין שני מצבי אי-הקיום, אך כל הרגיל בדברי חז"ל יודע ש"כאילו" אמור דרך גוזמה להדגיש את חשיבות העניין. למשל בבבלי, בבא מציעא נח, ע"ב אמרו: "כל המלבין פני חברו ברבים כאילו שופך דמים". וכן מצינו בדבריהם "כאילו מביא מבול לעולם" (בבלי, נדה יג, ע"א), "כאילו איבד עולם מלא", "כאילו קיים עולם מלא" (משנה, סנהדרין ד, ה) וכאלה רבים.

99 למשל, "ושבח אני את המתים שכבר מתו מן החיים אשר המה חיים עֲדָנָה, וטוב משניהם אשר עָדָן לא היה אשר לא ראה את המעשה הרע אשר נעשה תחת השמש" (קהלת ד 2–3). הרי שאי-חיים טרם לחיים עדיפים על חיים ועל מוות; "על כורחך אתה נוצר, ועל כורחך אתה נולד, ועל כורחך אתה חי, ועל כורחך אתה מת" (משנה אבות ד, כב). משמע, שטרם יצירתו מבכר הוא את אי-החיים על פני החיים הבאים לו בעל כורחו, אך משנולד מבכר הוא את החיים על פני המוות הבא לו בעל כורחו.

100 וכעין זה פירש המהרש"א שכיוון שהלאווין [העברות] מרובין מן העשין [המצוות] טוב לו שלא נולד, שהרי הוא רחוק לשכר וקרוב להפסד (מהרש"א, חידושי הלכות ואגדות, מכות כג, ע"ב).

101 דוח ועדת מצא, לעיל הי"ש 4, בעמ' 65.

102 ליתר דיוק, לקיים מצוות ולהימנע מעברות כדי לזכות לאושר הנצחי בעולם הבא. ראו רס"ג, אמונות ודעות, תחילת המאמר השלישי והמאמר התשיעי; משנה תורה, תשובה ח; וראו רמח"ל, מסילת ישרים, פרק א: "האדם לא נברא אלא להתענג על ה' וליהנות מזיו שכינתו שזהו התענוג האמיתי והעידון הגדול מכל העידונים שיכולים להימצא. ומקום העידון הזה באמת הוא העולם הבא... והאמצעים המגיעים את האדם לתכלית הזה, הם המצוות אשר צונו עליהן האל". וראו גם רמב"ם, מורה נבוכים, חלק ג, פרק נד (מהדורת ר"י קאפח, ד"ה "והמין הרביעי", והשווה לדברי אריסטו לקמן הי"ש 103) וחלק ג, פרק יג. וראה גם רמב"ם, פירוש המשנה (מהדורת ר"י קאפח), הקדמה עמ' כב–כג, וסנהדרין י, א.

103 אריסטו המידות (אתיקה) ספר א, פרק ז; ספר י, פרק ז (ח"י רות מתרגם, מאגנס התשי"ג): "להגיד שהטוב העליון הוא האושר, ודאי שהוא מן המפורסמות. מה שנחוץ הוא להוסיף ולהגדירו... על האדם להתנהג כמיטב יכולתו כבן אלמוות, ולעשות כל מה שבידו כדי לחיות בהתאם ליסוד המעולה שבו... אלו הם החיים לפי השכל, שכן זה הדבר המהותי לאדם. חיים אלה הם, על כן, גם המאושרים ביותר". קאנט, לעיל הי"ש 29, בעמ' 397: "האושר הוא סיפוק כל נטיותינו". זיגמונד פרויד "תרבות בלא נחת" התרבות והדת 85–89 (פועלים, 2000): "השאלה בדבר תכלית חיי האדם נשאלה פעמים אינספור. היא מעולם לא מצאה תשובה מספקת... אנו פונים אל השאלה הפחות יומרנית, והיא מה תכלית וכוונה בחיי בני האדם לפי מה שעולה מהתנהגותם שלהם: מה הם דורשים מן החיים, מה הם מבקשים להשיג בהם. את התשובה על כך קשה להחטיא. הם שואפים אל האושר, הם מבקשים להיות מאושרים ולהישאר כאלה. שאיפה זו שני פנים לה, הפן האחד חיובי, ואילו השני שלילי. תכליתה: מצד אחד למנוע כאב ואי נחת, ומצד אחר לחוות רגשי עונג עזים...".

הפרש זה בין אי־חיים שטרם לחיים ובין המוות מוכח גם מהפרקטיקה של החברה בישראל. הרוב המוחלט של בני החברה יפיל עובר עם היוודע לו כי לעובר מום חמור. ואולם, אף אחד מהם לא יהרגנו משנולד.¹⁰⁴ גדולה מזו, בישראל מבוצעות כ־20,000 הפלות מדי שנה,¹⁰⁵ ומתרחשים כ־120 מקרי רצח.¹⁰⁶ הפער האדיר בין המספרים והעובדה כי ההפלות מבוצעות בחסות החוק ומקרי הרצח בניגוד לחוק, מוכיחים כי החברה מבדילה בין אי־החיים שטרם לחיים ובין אי־החיים שאחר החיים, ואינה מקדשת את החיים אלא ביחס לאי־החיים שאחר החיים.

הערבוביה המצויה בדברי מלומדים ושופטים,¹⁰⁷ בין אי־החיים אשר מתחת לרקיע ובין אי־החיים אשר מעל לרקיע, ניכרת היטב בדברי השופט ריבלין, הכותב בסוגייתנו כך:

"שיטת המשפט הישראלית מקדשת את חיי האדם באשר הוא, היא חוסמת כל גריעה מערך החיים. חייו של אדם, כל אדם, טובים ממותו".¹⁰⁸

אמת. חייו של כל אדם טובים ממותו, אך לא מאי־היותו.

לחתימת עניין זה יפים דברי השופט זילברג, המאדיר את ערך קדושת החיים עד מאוד, אך מבואר בדבריו כי תכלית האדרה זו אינה אלא למנוע מוות.

"היהדות, מאז ומעולם, מאדירה ומפארת את הערך הכביר של חיי אנוש. תורת ישראל אינה שיטה פילוסופית של דעות ואמונות, אלא תורת חיים – של החיים, ולמען החיים. 'אשר יעשה אותם האדם וחי בהם' (ויקרא יח, ה); 'וחי בהם, ולא שימות בהם' (בבלי, יומא פה, ע"ב)... החיים הם הנכס הקדוש ביותר, שהשמירה עליו דוחה כל קדושה אחרת... 'אין לך דבר שעומד בפני פיקוח נפש...'¹⁰⁹ ואין לך דבר שמוסר היהדות כה מתעב אותו, כמו נטילת החיים".¹¹⁰

2. גוף הטענה

כל חיים, אפילו כרוכים הם בסבל רב ובמוגבלות חמורה, עדיפים תמיד על פני אי־חיים מכוח עקרון קדושת החיים.

טענה זו נטענה בניסוחים שונים המכוונים כולם אל מקום אחד. השופט ברק כתב כי אי אפשר להשוות בין חיים במום לאי־חיים, "שכן הערכה זו מעריכה את החיים עצמם".¹¹¹ כלומר, מכוח עקרון קדושת החיים, אין חקר לערכם. בניסוח אחר כותב השופט ריבלין:

104 לו עקרון קדושת החיים מקדשם בשווה בין על פני המוות ובין על פני אי־החיים שטרם לחיים – כדברי שוללי עילה – לא ניתן לחלק בין הפלה לרצח. ואולם החוק מחלק ביניהם. זו לשון ס' 308 לחוק העונשין לעניין עברות המתת אדם: "משעה שיצא הולד כולו חי מבטן אמו הריהו נחשב אדם לענין סימן זה, בין שנשם ובין שלא נשם, בין שיש לו מחזור דם ובין שאין לו, בין שנכרת חבל טבורו ובין שלא נכרת." מנגד, הפסקת היריון ביודעין אין דינה כהמתת אדם ביודעין, אלא דינה מאסר 5 שנים בלבד, כמבואר בס' 313 לחוק העונשין.

105 משרד הבריאות הפסקות היריון על פי החוק 1990-2007 6 (2008).

106 משטרת ישראל שנת המפנה 2012 – השנתון הסטטיסטי 37 (2013).

107 ערבוביה זו ניכרת אף בדברי השופטת נאור בע"א 4960/04 סידי נ' קופת חולים של ההסתדרות הכללית, פ"ד ס(3) 590, 609 (2005), שכתבה לעניין תביעת חיים בעוולה כי אין לומר על ילד חסר כף יד כי "טוב מותו מחייו". אף בדוח ועדת מצא, לעיל ה"ש 4, בה"ש 37 מסופר כי הביטוי "טוב מותו מחייו" היה שגור בפי רבים מהעדים המלומדים שהופיעו בפני הוועדה. יצוין הביטוי "טוב מותו מחייו", יונה הנביא טבעו ביונה, ד 3, 8.

108 פרשת המר, לעיל ה"ש 4, בפס' 34 לפסק דינו של השופט ריבלין.

109 "אלא עבודה זרה וגילוי עריות ושפיכות דמים בלבד." (בבלי, כתובות יט, ע"א)

110 צים חברת השיט הישראלית בע"מ נ' מזיאר, לעיל ה"ש 62, בפס' 12 לפסק דינו של השופט זילברג. ובע"א 506/88 שפר נ' מדינת ישראל, פ"ד מ"ח(1) 87, 117 (1993) כתב השופט אלון "בצלם אלוקים ברא את האדם – הוא היסוד העיוני, הפילוסופי, לגישתו המיוחדת של המשפט העברי בדבר הערך העליון של קדושת חיי האדם – של קדושת צלם האלוקים שבו נברא האדם".

111 פרשת זייצוב, לעיל ה"ש 3, בפס' 20 לפסק דינו של השופט ברק.

"הגדרת החיים עצמם... כנזק, והקביעה כי מוטב היה לו לאדם מסוים שלא היה נולד כלל, אוצרות בחובן פגיעה אסורה בתפיסה שלפיה לחיים יש ערך אינהרנטי, שאינו פוחת ובוודאי שאינו מתאיין בשל קיומו של מום... תפיסה זו היא חלק חשוב והכרחי של אמונתנו והכרתנו בקדושת החיים, בערך האדם ובכבודו... חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו קובע בסעיף 1 את "עקרונות היסוד" לפיהם זכויות היסוד של האדם בישראל מושתתות על ההכרה בערך האדם ובקדושת חייו. ההכרה בערכים אלה מושתתת הן על ערכי מוסר אוניברסאליים, הן על ערכי מדינת ישראל כמדינה יהודית, המקדשת את ערך החיים. אדם בצלם אלוהים נולד. משנולד – יש להגן על כבודו ועל קדושת חייו. אין ערוך לחייו, יהיו קשים כאשר יהיו. אין ערוך לחייו, תהא מוגבלותו אשר תהיה. החיים הם ערך עליון – לכל".¹¹²

כלומר, בשל עקרון קדושת החיים, אפילו כאשר נלווה אליהם מום, עדיפים הם על פני אי-חיים.

3. ארבעה פנים לדחיית הטענה

I. הפן הראשון – בטלות ההנחה

הואיל ונתמוטטה ההנחה כי עקרון קדושת החיים מקדש את החיים על פני אי-החיים שטרם לחיים, אין לטענה על מה שתנוח. אכן, "החיים הם ערך עליון", כדברי השופט ריבלין. אך כאן יש לשאול, בכוננו את חיי האדם כערך עליון מקודש,¹¹³ האם נתכוון המחוקק לעודד את האזרח לגאול נפשות פוטנציאליות מאי-החיים ולהביאם אל החיים על ידי העמדת ולדות, או שנתכוון לשמר את נפשות החיים מפני המוות? מאמרו בבואו ליישם את ערך קדושת החיים – "אין פוגעים בחייו... של אדם"¹¹⁴ ו"כל אדם זכאי להגנה על חייו"¹¹⁵ – ותו לא, למדנו כי המחוקק בא לקדש את החיים על פני המוות בלבד.

לכאורה ניתן להעמיד את הטענה כי החיים תמיד עדיפים על אי-החיים על דברי המחוקק שהגדיר אבדן חיים כנזק.¹¹⁶

"כלום בהגדירו "נזק" כ"אבדן חיים"... לא אימץ בכך המחוקק הנחה חברתית מוסכמת, שלפיה – לפחות לצורך דיני הנזיקין – החיים לעולם עדיפים על פני המוות או על פני אי הקיום?"¹¹⁷

העמדה זו תידחה בנקל על פי המבואר לעיל. אבדן חיים הוא מוות, והוא לבדו הוגדר על ידי המחוקק כנזק. נמצא כי אין בדברי המחוקק כל רמז להעדפת חיים על פני אי-החיים שטרם לחיים.

II. הפן השני – הפלה

הדין מתיר להפיל עובר בעל מום.¹¹⁸ מכך אנו למדים כי הדין סבור שאי-חיים עדיפים על חיים במום.¹¹⁹

למידות זו נדחתה על ידי פרי באמרו כי הדין המתיר הפלה לא בא להגן על אינטרס העובר בקביעה כי זו טובתו, מפני שאינטרס של ישות חסרת כשרות משפטית אינו בר-הגנה. אלא האינטרס המוגן הוא רצונה של האישה ההרה,

112 פרשת המר, לעיל ה"ש 4, בפס' 25–26 לפסק דינו של השופט ריבלין. וכעין זה כתבה ארבל שם, בפס' 1 לפסק דינה.

113 ס' 1 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

114 ס' 2 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

115 ס' 4 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

116 ס' 2 לפקודת הנזיקין.

117 פרשת זייצוב, לעיל ה"ש 3, בעמ' 93.

118 ס' 316(א)(3) לחוק העונשין.

119 Teff, לעיל ה"ש 64, בעמ' 433.

וכשהוולד בעל מום קובע הדין כי אינטרס זה גובר על האינטרס הציבורי לשימור פוטנציאל ההולדה ולשימור בריאות האישה מהשלכות שליליות של ההפלה.¹²⁰

דחייה זו בת־דחייה. ראשית, מצינו בכמה וכמה דברי חקיקה¹²¹ כי המחוקק נחלץ להגן על אינטרס העובר אף על פי שהוא חסר כשרות משפטית. אף כאן הדין האוסר הפלה בא להגן על אינטרס העובר. שאף על פי שאינו "אדם" הואיל והוא "טרומ־אדם", יש לחברה אינטרס ברור להגן עליו. ניתן להוכיח כן בדרך קל וחומר מצער בעלי חיים. לבעלי חיים אין כשרות משפטית, ואף על פי כן האינטרס שלהם הוא אינטרס ב־הגנה, המוגן על ידי חוק צער בעלי חיים.¹²² לא יחא מעמדו של עובר־אדם נחות ממעמדו של בעל חיים. ראיה נוספת לדבר מדברי השופט ריבלין, שבמנותו את האינטרסים הנשקלים על ידי הוועדה להפסקת הריון, ציין את אינטרס העובר מחד אל מול האינטרסים של ההורים מאידך: "השיקולים שמנחים את הוועדות להפסקת הריון אינם מוגבלים לטובת העובר – להיוולד או לא להיוולד; הוועדות שוקלות במסגרת האיוון הכולל גם את טובתם של ההורים ואת רצונם בהפסקת ההריון."¹²³ נמצא כי אינטרס העובר נשקל חרף היותו חסר כשרות משפטית.¹²⁴

השופט ריבלין דחה את ההיקש מהיתר הפסקת הריון באמרו כך:

"השיקולים שמנחים את הוועדות להפסקת הריון אינם מוגבלים לטובת העובר – להיוולד או לא להיוולד; הוועדות שוקלות במסגרת האיוון הכולל גם את טובתם של ההורים ואת רצונם בהפסקת ההריון. מתן היתר לבצע הפלה במצב מסוים אינו מלמד בהכרח על תפיסה חברתית רווחת שלפיה עדיף במקרה מסוג זה לא להיוולד. מתן ההיתר נסמך, לפחות בחלקו, על התפיסה החברתית ביחס לזכותה לאוטונומיה של האישה ההרה, כבודה ופרטיותה והיקף הזכות לבצע הפלה. היקפה של הזכות להפסיק את ההריון אינו נגזר, אפוא, מן האינטרסים של העובר בלבד. מטעם זה, כפי שעוד נבהיר, אי הכרה בתביעת הילד אינה יוצרת דיס־הרמוניה משפטית ביחס להכרה בזכות לבצע הפלה במקרים מסוימים."¹²⁵

סברתו זו של השופט ריבלין, מלבד שאינה תומכת בעמדתו, תומכת היא להפליא בעמדת יריביו. ריבלין קורא בקול גדול כי עקרון קדושת החיים מקדש את החיים אף על א־החיים שטרם לחיים.¹²⁶ בשל עוצם קדושת עיקרון זה, אפילו אם הוולד לוקה במומים חמורים ביותר וסבלו בלתי נסבל, אינו יכול לטעון נוח לי שלא נבראתי ומבכר אני את א־החיים שטרם לחיים על פני חיי סבל אלו. ואולם, קדושה זו העומדת בכל תוקפה אל מול סבלו של הוולד מתפוגגת באחת אל מול זכות האישה על גופה. הייתכן ליתן לזכות האישה על גופה משקל גדול יותר ממשקל סבלו של הילד או הילדה?! נְדַמָּה לעצמנו ילדה שנולדה בעוולה. כשתתבע את הרופא בשל סבלה הגדול, תידחה תביעתה בטענה כי עקרון קדושת החיים מונע העדפה של א־חיים על פני חיי סבל. אך כשתבגר ותהרהר ותבקש להפיל עוברת בעל המום בשם זכות האישה על גופה, נאמר כי בשם זכות זו נאפשר העדפת א־חיים של העובר על פני חיי.

120 פרי – האם זו השאלה? לעיל ה"ש 6, בעמ' 549.

121 ס' 3(ב) לחוק הירושה, התשכ"ה–1965: "מי שנולד תוך 300 יום לאחר מות המוריש, דינו כדין מי שהיה בחיים במוט המוריש, זולת אם הוכח שהורתו היתה אחרי כן"; ס' 57(ד) לחוק הירושה: "ילד, לענין מזונות – לרבות ילד שנולד אחרי מות המוריש"; ס' 44(א) לחוק חוזה הביטוח, התשמ"א–1981 קובע כי אם נקבעו כמוטבים "ילדים או צאצאים – גם מאומץ ומי שנולד תוך 300 ימים לאחר קרות המקרה במשמע." ס' 78 לפקודת הנזיקין: "גרמה עוולה למותו של אדם... יהיו בן זוגו, הורו וילדו זכאים לפיצויים מן האדם האחראי לעוולה." ס' 2 לפקודת הנזיקין "ילד" – לרבות... עובר." ס' 33(א) לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות: "בית המשפט רשאי למנות אפוטרופוס... לעובר." מעמדו המשפטי של העובר נסקר על ידי יוסי גרין "האם נוהל הפסקת הריון בחוק העונשין משקף את תקנת הציבור?" **רפואה ומשפט** 39, 190, 192–195 (2008).

122 חוק צער בעלי חיים (הגנה על בעלי חיים), התשנ"ד–1994; חוק צער בעלי חיים (ניסויים בבעלי חיים), התשנ"ד–1994. מהחוק נראה כי הוא בא להגן על אינטרס בעלי החיים. במקורותינו יש סוברים כי איסור צער בעלי חיים הוא "על דרך הבאת השלמות לנו, כדי שלא נתנהג במידות האכזריות" (רמב"ם, מורה נבוכים, חלק ג, סוף פרק יז (מהדורת ר"י קאפח); רמב"ן, דברים כב 6) ויש סוברים כי האיסור נובע מאינטרס בעלי החיים "כי אין הבדל בין צער האדם.. וצער שאר בעלי חיים" (מורה נבוכים שם, פרק מח).

123 פרשת המר, לעיל ה"ש 4, בפס' 20 לפסק דינו של השופט ריבלין.

124 אמנם לדעת ריבלין לעולם אינטרס העובר הוא להיוולד, אך לענייננו למדנו מדבריו כי אינטרס העובר הוא אינטרס בר־משקל. וכן כתב יוסי גרין כי על הוועדה לשקול אף את "הצורך להגן על העובר המתפתח ברחמה". וכי "אין באי כשירותו של העובר להצדיק פגיעה בו תוך התעלמות מהיותו ישות מתפתחת בעלת פוטנציאל להפוך לאדם". וראו גרין, לעיל ה"ש 121, בעמ' 192.

125 פרשת המר, לעיל ה"ש 4, בפס' 20 לפסק דינו של השופט ריבלין.

126 שם, בפס' 25–27 לפסק דינו.

אמור מעתה: מום בוולד + זכות האישה על גופה < חיי הוולד.

מום בוולד + ייסורי ולד קשים מנשוא > חיי הוולד. האין זו דיסהרמוניה!?

גם בהלכה היהודית מצינו כי פעמים יועדפו אי-חיים על החיים. למשל, מצינו לציץ אליעזר שכתב לעניין היתר הפלה לוולד בעל מום קשה כדלקמן:

"האם יש צורך צער וכאב יותר גדול מזה של נידוננו, אשר ייגרם לאם בהיוולד לה יצור כזה שכולו אומר ייסורים ומכאובים ומיתתו בטוח במשך מספר שנים ועיני ההורים ראות וכלות באין לאל ידם להושיע? ומתוסף לזה פיתולי הייסורים והמכאובים של היילוד בעצמו שלא עלינו כל מום בו.¹²⁷ ולכן אם יש להתיר על פי ההלכה הפסקת היריון בגלל צורך גדול ובגלל כאבים וייסורים, נראה שזה המקרה הקלאסי ביותר שיש להתיר".¹²⁸

III. הפן השלישי – הפסקת טיפול לחולה סופני

סי' 1(א) לחוק החולה הנוטה למות קובע:

"חוק זה בא להסדיר את הטיפול הרפואי בחולה הנוטה למות, תוך איזון ראוי בין ערך קדושת החיים לבין ערך אוטונומיית הרצון של האדם והחשיבות של איכות חייו".

למדנו כי אף עקרון קדושת החיים שנתקדש על ידי החברה בקדושה חמורה אינו בעל תחולה מוחלטת. בהתקיים תנאים מסוימים ייסוג עקרון קדושת החיים מפני איכות חיים ירודה, קרי סבל משמעותי.¹²⁹ אנו מאזינים בין ערך קדושת החיים לבין ערכים אחרים, ולעתים נבכר את המוות על פני חיי סבל.¹³⁰ מכאן נלמד בדרך קל וחומר כי כאשר החיים נשקלים אל מול אי-החיים שטרם לחיים, לא תינתן לערך קדושת החיים תחולה מוחלטת אלא נאזן בין ערך זה לבין ייסורי הוולד.

IV. הפן הרביעי – סתירת הטענה הראשונה

בטענתם הראשונה טענו שוללי העילה שהואיל ואיננו יודעים מהם אי-חיים, לא ניתן להשוות בין אי-חיים לחיים כדי לקבוע שהמצב השני גרוע מן הראשון ונגרם נזק. בסתירה גמורה לכך, בטענתם השנייה הם משווים בין אי-חיים לחיים וקובעים כי בשל עקרון קדושת החיים לעולם החיים עדיפים על פני אי-החיים.¹³¹

127 בדברים אלו הוא נותן משקל לאינטרס העובר, שלא כפרי לעיל ה"ש 120; והאינטרס המוגן של העובר הוא שלא להיוולד, שלא כריבלין לעיל ה"ש 124.

128 שו"ת ציץ אליעזר, חלק יג, סימן קב. אך בשו"ת אגרות משה, אבן העזר, חלק א, סימן סב נפסק כי אף יילוד פגוע מאוד שתוחלת חייו קצרה ביותר, "טוב לו שנוולד משלא נולד כלל דהא הנוולדים באין לעולם הבא". כלומר כשנשקלל את סבלו הגופני בעולם הזה אל מול הנאתו הרוחנית בעולם הבא, נמצאת הנאתו גדולה מסבלו בהרבה. על כן טוב לו להיוולד ולסבול בעולם הזה וליהנות בעולם הבא מאשר לא להיוולד ולהיות באין. בדברים אלו למדנו כי אינטרס העובר נשקל. בדברים אלו לא למדנו כי יש לשלול עילת תביעה בגין חיים בעולה, מפני שבניגוד להורים כאנשים פרטיים השוקלים על כפות המאזניים גם את אמונותיהם, המשפט אינו מתחשב בהיבטים רוחניים אלא בהיבטים ארציים בלבד, כפי שבואר לעיל בפרק א' 1.

129 לעניין זה ראו עוד סי' 3 וסי' 16(א) לחוק החולה הנוטה למות. הובאו לעיל בפרק א' III.

130 וכן מצינו במקרא: "ויאמר שאול לנושא כליו שלוף חרבך ודקרני בה פן יבואו הערלים האלה ודקרוני והתעללו בי ולא אבה נושא כליו כי ירא מאוד. ויקח שאול את החרב ויפול עליה" (שמואל א, לא 4). מכאן למדו חלק מהפוסקים שאדם הירא מייסורים רשאי לאבד עצמו לדעת (שו"ת שבות יעקב חלק ג סימן י; שו"ת חיים שאל חלק א סימן מו; שו"ת בשמים ראש סימן שמה). מעין זה מצינו במדרש: "מעשה באשה אחת שהזקינה הרבה ובאה לפני רבי יוסי בן חלפתא; אמרה לו: 'רבי, זקנתי יותר מדאי, ומעכשיו חיים של ניוול הם, שאיני טועמת לא מאכל ולא משקה; ואני מבקשת להיפטר מן העולם'. אמר לה: 'מה מצנן את למודה לעשות כל יום?' אמרה לו: 'למודה אני, אפילו יש לי דבר חביב, אני מנחת אותו ומשכמת לבית הכנסת בכל יום'. אמר לה: 'מנעי עצמך מבית הכנסת שלושה ימים זה אחר זה'. הלכה ועשתה כן וביום השלישי חלתה ומתה". (ילקוט שמעוני דברים פרק י"א רמז תתע"א).

131 פרי, זו כבר אינה השאלה, לעיל ה"ש 6, בעמ' 86.

"הרעיון שלפיו לחיים יש ערך אינטרינזי אינסופי – ועל כן לעולם לא יוכלו להיות נחותים מאי קיום – הוא רעיון בעל שורשים דתיים חזקים, ואין פלא למצאו בפסיקתן של מדינות שבהן הדת ממלאת תפקיד חשוב בחיים האזרחיים, אף אם אין לה כל מעמד רשמי".¹³²

תפיסה דתית זו,¹³³ שנקלטה בתרבות המערב, היא שהטתה את בית המשפט לטעון כי החיים לעולם עדיפים על אי-החיים, כשם שהתפיסה הדתית בדבר מהות אי-החיים שטרם לחיים היא שהטתה¹³⁴ את בית המשפט לטעון כי לא ניתן להשוות בין אי-החיים לחיים.

ג. הפיצוי בגין קיצור תוחלת חיים

הטענה השלישית לשלילת העילה – הפיצוי בגין קיצור תוחלת חיים יוצר הנחה חלוטה כי כל חיים עדיפים על פני אי-חיים.

כבר נקבע בפסיקה¹³⁵ לעניין קיצור תוחלת חיים, כי קנה המידה לשיעור הפיצוי אינו הסיכוי לחיים שיש בהם אושר, אלא אורך החיים להם היה צפוי לולא מעשה הרשלנות, אפילו אם נכוננו לתובע באותן שנים רוב סבל וייסורים. בכך נוצרה הנחה חלוטה כי חיים – ואפילו חיי סבל – עדיפים על פני אי-חיים.¹³⁶

לשיטת ברק ופרי טענה זו דחווה. לשיטתם, הפיצוי בגין קיצור תוחלת חיים אינו נובע מקביעה כי החיים עדיפים על המוות, שהרי לא ניתן להשוות ביניהם, אלא הפיצוי נפסק בשל גדיעת זכותו להמשיך ולחיות.¹³⁷ לשון אחר, עבור הפער השלילי בין תוחלת חיים נורמלית לתוחלת חיים מופחתת.¹³⁸ לשיטתנו, שבוארה לעיל¹³⁹ בהרחבה, שינוי הנוסח בו נקטו ברק ופרי אינו משנה את המהות, ובסופו של דבר הפיצוי בגין קיצור תוחלת חיים נובע מהשוואה בין החיים למוות והעדפת החיים על המוות. ממילא חוזרת למקומה הטענה כי פיצוי זה יוצר הנחה חלוטה כי כל חיים עדיפים על פני אי-חיים.

ואולם, דין טענה זו להידחות. הטענה נשענת על ההנחה כי מוות ואי-חיים טרם החיים היינו הך, ולא היא. וזו לשון השופטת בן-פורת:

"יש לדעתי מקום להבחין בין מוות מזה לבין אי-קיום מזה. בשני המקרים אין להירתע מעריכת השוואה עם החיים, אך בו בזמן שהמוות חל במקום שהיו כבר חיים, מדובר בענייננו באי-קיום מלכתחילה. עקרון קדושת החיים תופס בעיקר, אם כי לאו דווקא אך ורק, בהשוואה בין החיים למוות".¹⁴⁰

לדעתי, אין שוני מהותי בין מוות לבין אי-חיים טרם החיים. בעיניים ארציות – שהן עיני המשפט – לשניהם מוצמד הערך 0. אִין מוחלט. ואף על פי כן יש ביניהם שוני עמוק, הנובע מאינטרס החברה כלפי כל אחד מהם. לחברה אינטרס עליון להרחיק את המוות, ועל כן תבכר היא לעולם את החיים על פני המוות. מנגד, אינטרס החברה למלט

132 שם. כדוגמה למדינה כזו הביא את ארצות הברית.

133 שאין לה כל אחיזה אמיתית בדת, על פי המבואר לעיל בתת פרק 1, כי עקרון קדושת החיים אינו מקדשם ביחס לאי-החיים שטרם לחיים.

134 שלא כדיון, שהרי אף הדיון הדתי מודה כי אל לתפיסה זו להשפיע על המשפט הארצי כמבואר לעיל בפרק א 1.

135 ע"א 15/66 שנער נ' חסון, פ"ד כ(2) 459, 455 (1966); ע"א 384/74 עזבון אזולאי נ' מפעלי יציקה וולקן בע"מ, פ"ד ל(1) 374, 376 (1975).

136 פרשת זייצוב, לעיל ה"ש 3, בעמ' 98.

137 שם, בעמ' 18 לפסק דינו של השופט ברק.

138 פרי, האם זו השאלה?, לעיל ה"ש 6, בעמ' 548.

139 בפרק א 2 II.

140 פרשת זייצוב, לעיל ה"ש 3, בפס' 4 לפסק דינה של השופטת בן-פורת.

בני אדם פוטנציאליים מאי־חיים לחיים אינו קיים כלל,¹⁴¹ ואם קיים אינטרס שכזה הוא חלש.¹⁴² על כן העדפת החיים על פני המוות אינה גוזרת בהכרח העדפת החיים על פני אי־החיים שטרם לחיים.

שנית, כשהחוק מגדיר אבדן חיים כנזק הוא קובע חזקה חלוטה כי כל מוות מהווה נזק ללא תלות בשאלה אם שפר מצבו של המת במיתתו או הורע. בכך יוצק המחוקק תוכן מעשי לעקרון קדושת החיים שנתקדש על ידי החברה בקדושה חמורה. על כן אפילו סבל רוב סבל וייסורים עד כדי שיאמר האדם הסביר כי טוב מותו מחייו והוטב מצבו במוותו, תוגדר מיתתו כנזק, וייפסק לו פיצוי בגין קיצור תוחלת חיים. אין חוק זה המרמז על העדפת חיי סבל על פני אי־חיים שטרם לחיים. אדרבה, ס' 316(א)(3) לחוק העונשין, המתיר להפיל עובר בעל מום, מרמזנו כי אי־חיים שטרם לחיים עדיפים על חיי מום.

ד. הסימולטניות

הטענה הרביעית לשלילת העילה: הואיל ומעשה אחד גרם לחיים ולמום להתרחש בו־זמנית אין עילת תביעה.

"לולא מעשה ההולדה, הוולד לא היה קיים. על ידי עילת תביעתו, חותך התובע את הענף שהיה צריך להסתמך עליו כדי להוכיח את נזקו".¹⁴³

דבריו אלו של המלומד הישיש טדסקי נתפרשו באופנים שונים, כאשר כל פירוש יוצר טענה אחרת לשלילת עילת התביעה בגין חיים בעולה. השופטת בן־פורת פירשה, שהואיל ומעשה ההולדה שהעביר לוולד את המום התורשתי הוא שהעניק לו סימולטנית גם חיים, נשללה עילת התביעה של הוולד. למה הדבר דומה? לאב חולה עגבת שהעביר את המחלה לבנו בעת שעבר את אשתו.¹⁴⁴ כלומר, נזק הוא גריעה ממצב קודם.¹⁴⁵ כאשר מוטל מום באדם בריא נגרע המצב הקודם. אך כאשר נוצר אדם במומו אין מצב קודם כדי לקבוע כי יש גריעה ממצב קודם, וממילא אין נזק. לשון אחר, נזק הוא פער שלילי בין שני מצבי קיום של הניזוק. בנדון דידן שהניזוק לא היה קיים במצב הראשון לא ניתן להשוות בין המצבים ולקבוע כי יש נזק.¹⁴⁶

טענה זו יש לדחות, שהרי אף אבדן חיים הוא מעבר מקיום לאי־קיום. אין כאן שני מצבי קיום של הניזוק כדי לקבוע שיש ביניהם פער שלילי, ואף על פי כן קבע המחוקק שאבדן חיים הוא נזק. היקש השוואתי זה מאבדן חיים לחיים בעולה יכול שיעשה בדרך קל וחומר. אבדן חיים הוא מעבר מקיום לאי־קיום. נמצא כי אין ניזוק לאחר מעשה העולה. לשון אחר, אין מי שסובל נזק, ואף על פי כן קובע הדין כי יש נזק. לעומתו, חיים בעולה הם מעבר מאי־קיום לקיום. נמצא כי יש ניזוק לאחר מעשה העולה הסובל מהנזק, ואם כן, כל שכן שיש לקבוע כי יש נזק.¹⁴⁷ עולה מכך כי הגדרת נזק אינה "פער שלילי בין שני מצבי קיום של הניזוק" אלא "פער שלילי בין שני מצבים". כאשר אחד משני המצבים הוא אי־קיום, נצמיד לו את הערך 0 ונשווה למצב הקיום. אם על פי האדם הסביר הבוחן את מצב הקיום רעותיו של הוולד רבות על טובותיו, מצבו גרוע מ־0 והוכח נזק. הוכחה זו תיתכן רק בתביעת חיים

141 במצב הטרומ־עוברי או אפילו אחר היותו עובר אם הוא בעל מום.

142 כאשר הוא כבר עובר קיים אינטרס, אך האינטרס חלש שהרי הוא נדחה מפני ארבע העילות שבס' 316(א) לחוק העונשין.

143 טדסקי, לעיל ה"ש 19, בעמ' 287.

144 פרשת זייצוב, לעיל ה"ש 3, בעמ' 93, 95, 97.

145 בלשון ס' 2 לפקודת הניזוקין "אבדן או חיסור".

146 פרי, האם זו השאלה?, לעיל ה"ש 6, בעמ' 544 בפירוש דברי טדסקי. פרי לא הזכיר את פירושה של בן־פורת, אך נראה כי היא והוא לדבר אחד נתכוונו.

147 בדוח ועדת מצא, לעיל ה"ש 4, בעמ' 19–20, הובאה דעתו של דוד הד – פרופ' לפילוסופיה – שהעיד בפני הוועדה וחילק בין אבדן חיים הפוגע באדם מזוהה ומסוים לבין חיים בעולה הפוגעים בעובר או בטרומ־עובר, ונמצא שאין אדם מזוהה שניתן לומר עליו כי נעשה לו עוול. לדעתי החילוק הפכי. אין לבחון את קיומו של הניזוק בשעת מעשה העולה – כמעשה הד – אלא יש לבחון בשעת חלות הנזק. באבדן חיים, בשעת חלות הנזק אין ניזוק. בחיים בעולה, בשעת חלות הנזק יש ניזוק. אם המשפט מכיר באבדן חיים כנזק, כל שכן שיכיר בחיים בעולה כנזק. ראייה לדבר מדברי בן־פורת, ברק וריבלין, שהכירו בחובת זהירות כלפי מי שאינו קיים בשעת מעשה העולה. על כן יצרן מזון תינוקות שייצר מזון קלוקל שהזיק לתינוק שנוולד לאחר ייצור המזון, חייב בנזק. לשון בן־פורת: "העולה מתגבשת בעת אירוע הנזק". לכל זה, ראו פרשת זייצוב, לעיל ה"ש 3, בפס' 7 לפסק דינה של השופטת בן־פורת, ובפס' 15 לפסק דינו של השופט ברק. וכן בפרשת המר, לעיל ה"ש 4, בפס' 21 לפסק דינו של השופט ריבלין.

בעוולה. אך באבדן חיים לא ייתכן להעדיף את מצב אי-הקיום, מפני שהמחוקק קבע הנחה חלוטה כי כל אבדן חיים מהווה נזק, ללא תלות בשאלה אם שפר מצבו או הורע. קביעה זו של המחוקק היא יישום הכרחי של עקרון קדושת החיים¹⁴⁸ כערך עליון בחברה.

ה. התביעה אינה ניתנת למימוש

הטענה החמישית לשלילת העילה: אם יוחזר המצב לקדמותו וייעלם הנזק, ייעלם אף הניזוק עמו. נמצא כי לא ניתן לממש תביעת נזיקין.

"לולא מעשה ההולדה, הולד לא היה קיים. על ידי עילת תביעתו, חותך התובע את הענף שהיה צריך להסתמך עליו כדי להוכיח את נזקו"¹⁴⁹.

השופט ברק הסיע דברי טדסקי אלו אל העבר ופירשם כך: "אם יוחזר המצב לקדמותו וייעלם הנזק, ייעלם יחד עמו הניזוק עצמו"¹⁵⁰. "ובאין ניזוק אין נזק, ובאין נזק אין אחריות"¹⁵¹. כלומר, בתביעת נזיקין מבקש התובע להחזיר את המצב לקדמותו. בנדון שלנו אם נחזירו לאי-קיום תישלל ממנו זכות התביעה, שהרי אי אפשר להטיל על הנתבע אחריות כלפי מי שאינו קיים.¹⁵² התובע עצמו אינו יכול מבחינה הגיונית לשאוף להשבת המצב לקדמותו, שהרי זו תשלול ממנו הן את קיומו הפיזי והן את קיומו המשפטי, ועמו את הזכות לפיצויים.¹⁵³

דין טענה זו להידחות מכמה סיבות: ראשית, השבת המצב לקדמותו היא נוסחת פיצויים שנקבעה במשפט, מפני שהיא מגשימה את קו הצדק בהשיבה את הניזוק למצב הטרם-עוולתי. החברה אינה מקדשת את הנוסחה אלא את ערכי הצדק אותם היא משרתת. כיצד ננהג כשתבוא לידנו סיטואציה בה ערכי הצדק והנוסחה סותרים זה את זה? ברי כי נאמץ את ערכי הצדק, ונמיר את המשרתת שחדלה לשרת במשרתת אחרת שתועיל לנו להגשים את ערכי הצדק.¹⁵⁴ סוף דבר: הטענה כי הואיל ולא ניתן להחזיר את המצב לקדמותו אין עילת תביעה, מתעלמת מן הצדק ונצמדת לנוסחה. בכך היא הופכת את השפחה לגבירה.

שנית, נוסחת השבת המצב לקדמותו אינה מכריחה השבה בפועל אלא השבה רעיונית על ידי תשלום פיצויים. לגידם לא תושב ידו ולקייטע לא תושב רגלו. כיוצא בזה ולד דן לא ישוב לאי-חיים. אלא הפיצוי בכל אלה הוא גישור כספי על הפער השלילי שבין המצב הקודם לבין המצב העכשווי. הפער השלילי בין אי-קיום לבין קיום רב-סבל וייסורים ניתן לגישור כספי, כשם שהפער בין מתום לגידמות ניתן לגישור כספי.¹⁵⁵

שלישית, מי גרם לו לתובע שיעבור מאי-קיום לקיום במום, ועל ידי כך לא יוכל לתבוע השבת המצב לקדמותו? הווי אומר הנתבע. על נזק זה שגרם לו שלא יוכל לתבוע, חייב לשלם לו פיצוי כשיעור התביעה שיכול היה לתבוע. בנזק זה של מניעת תביעה לא ניתן לטעון שהתובע מבקש להחזיר את המצב לקדמותו, ומשמעות הדבר להחזירו לאי-קיום פיזי ומשפטי. מדוע? מפני שיש לחלק בין נזק כלפי עבר – כגון קטיעת יד – בו התובע מבקש להחזיר את

148 על פני המוות. אין עיקרון זהה המקדש את החיים על פני אי-החיים שטרם לחיים, כמבואר לעיל בפרק ב.1.

149 טדסקי, לעיל ה"ש 19, בעמ' 287.

150 פרשת זייצוב, לעיל ה"ש 3, בפסקה 5 לפסק דינו.

151 שם, בפס' 16 לפסק דינו.

152 פרי – האם זו השאלה?, לעיל ה"ש 6, בעמ' 544–545.

153 שם, בעמ' 565.

154 לדוגמה ניתן לאמץ את הנוסחה שאומצה על ידי השופטת בן-פורת, דהיינו פיצוי ממוני שיש בו כדי "להקטין עד קצה האפשר את תוצאת הנחיתות". לשון אחר, שיש בו כדי למצות את "הפוטנציאל הקיים כדי שיתפקד טוב יותר ויסבול פחות במצבו הנחות". פרשת זייצוב, לעיל ה"ש 3, בעמ' 102. אף דעת הרוב בדוח ועדת מצא, לעיל ה"ש 4, בעמ' 41 הסכימה כי "במישור העקרוני ניתן אמנם, לעתים, לסטות מעקרון השבת המצב לקדמותו אם יש בכך כדי לקדם תכלית ראויה".

155 יטען ברק כי כל ניזוק שואף להחזיר את המצב לקדמותו ככל האפשר. יישומו של "ככל האפשר" זה בעניינם של גידם וקייטע משמעותו פיצוי כספי עבור גפתו. יישומו של "ככל האפשר" זה בענייניו של ולד דן משמעותו להחזירו לאי-קיום משפטי וממילא להעדר פיצוי. על כן אין לו עילת תביעה. על כך יש להשיב כי אין לאי-קיום משפטי קיום אלא בצמידות לאי-קיום פיזי, וכיוון שזה אינו אפשרי – אף זה אינו אפשרי.

המצב לקדמותו, לבין נזק כלפי עתיד – מניעת מימוש פוטנציאל – בו התובע מבקש להעמידו במקום בו עתיד היה לעמוד אילו לא הנוק. ¹⁵⁶ נזק של מניעת תביעה הוא נזק כלפי עתיד. התובע אינו מבקש להחזיר את המצב לקדמותו, אלא להעמידו במקום בו היה עומד לולא נזק זה, כלומר לעשותו בעל יכולת תביעה. על כן חייב הנתבע בפיצוי זה.

רביעית, החוק מגדיר אבדן חיים כנזק אף על פי שאחר האבדן אין ניזוק, "ובאין ניזוק אין נזק". ¹⁵⁷ נמצא כי היעלמותו של הניזוק במותו אינה מונעת את תביעת הממיתו בעולה אף על פי שאחר העולה אין ניזוק ואין נזק. מכאן נלמד שאף על פי ש"אם יוחזר המצב לקדמותו וייעלם הנוק, ייעלם יחד עמו הניזוק עצמו", אין בהיעלמותו כדי למנוע תביעה.

ו. פגיעה בכבוד הנכים

הטענה השישית לשלילת העילה: הכרה בעילה פוגעת בכבוד האדם של אנשים עם מוגבלות בהתייחסה אל חייהם כנזק.

1. ההנחה כי אם קיים נזק, הנזק הוא עצם חייו ולא מומו

הטענה כי הכרה בעילה פוגעת בכבוד האדם של אנשים עם מוגבלות מנומקת בכך שהעילה מתייחסת אל חייהם כנזק. לכאורה ניתן לטעון כי העילה אינה מייחסת נזק לעצם החיים אלא למום הנלווה להם, ובטלה טענת הפגיעה בכבוד האדם של אנשים עם מוגבלות. אך טענתם נסמכת על ההנחה כי פגם הוולד נובע מהמחלה הגנטית ולא מרשלנות הנתבע. משכך, רשלנות הנתבע גרמה לקיומו של הוולד בלבד. לשון אחר, הנזק – אם יש נזק – הוא עצם חייו של הוולד.

למרבה התמיהה, הנחה זו מוסכמת על הכול – הן על השוללים את עילת התביעה בגין חיים בעולה והן על המחייבים אותה. ¹⁵⁸

"הפגם נובע כל כולו מהמחלה הגנטית ולא מהייעוץ רשלני... האשם, המיוחס למומחה הגנטי, הוא, שברשלנותו גרם שהקטין ייוולד או יהיה קיים." ¹⁵⁹ "מוגבלותו של היילוד היא מוגבלות מולדת אשר לא נגרמה כתוצאה ממעשהו של הרופא או כתוצאה ממחדלו." ¹⁶⁰ "המום עצמו אינו נובע מהתרשלנות הנתבע." ¹⁶¹ "האשם, שתולה הקטין במשיבים אינו בכך כי נולד בעל מום, שהרי... לא יכול היה להיוולד אלא במומו עקב הפגם הגנטי הטבוע באמו. מתריס הוא כנגדם על שברשלנותם גרמו להוריו להביאו לעולם, שאלמלא רשלנות זו לא היה נוצר." ¹⁶²

המסקנה העולה מהנחה זו נוסחה בחדות על ידי השופט ריבלין באמרו כי "עצם הולדתו של הילד היא הנזק שנגרם לו" ¹⁶³ לדעת מחייבי העילה. כל הכרה בעילה היא הכרזה כי "חייו של הילד עצמם הם הנזק שנגרם לו" ¹⁶⁴ בקבענו

156 זו לשון אהרן ברק: "מטרת הפיצויים היא להשיב את המצב לקדמותו (restitutio in integrum). מטרה זו תושג אם יהא בסכום הפיצויים שהניזוק יקבל מהמזיק כדי להעמיד את הניזוק במצב שבו היה נתון בשעת הדיון אלמלא בוצע כלפיו מעשה הניזוקין" (א' ברק "פיצויים" דיני הניזוקין – תורת הניזוקין הכללית 566, 571 (מהדורה שנייה, ג' טדסקי עורך, תשל"ז)). נמצא כי פעמים השבת המצב לקדמותו לא מורה על קדמות כרונולוגית אלא על קדמות סיבתית – המצב שהיה עתיד להתהוות לולא העוולה.

157 ברק בפרשת זייצוב, לעיל ה"ש 3, בפס' 16 לפסק דינו.

158 הרמז היחיד לחריגה מהסכמה זו מצוי בדברי השופט שלמה לוי בפרשת זייצוב, לעיל ה"ש 3, בפס' 3 לפסק דינו, באמרו: "מה עילה יש לשלול ממנו פיצוי כנגד הרופא מחמת המום? ...האם לא ניתן לפצל את העובדות שעליהן סבה התביעה בין טענות התובע כלפי עצם הולדתו לבין טענותיו לגבי המום שנגרם לו?"

159 פרשת זייצוב, לעיל ה"ש 3, בעמ' 108 בפסק דינה של השופטת בן-פורת.

160 פרשת המר, לעיל ה"ש 4, בפס' 42 לפסק דינו של השופט ריבלין.

161 פרי, האם זו השאלה?, לעיל ה"ש 6, בעמ' 513.

162 פרשת זייצוב, לעיל ה"ש 3, בפס' 1 לפסק דינו של השופט גולדברג.

163 פרשת המר, לעיל ה"ש 4, בפס' 3 לפסק דינו של השופט ריבלין.

בעילת הילד כי יש נזק, כלולה בכך "בהכרח השקפת עולם שלפיה חייו של ילד בעל מוגבלות אינם חיים בעלי ערך".¹⁶⁵

2. סתירת ההנחה

ההנחה כי הפגם נובע מהמחלה הגנטית ולא מרשלנות הנתבע נובעת מאי־הבחנה בין כוח לפועל, הבחנה עליה עמדו כבר הפילוסופים הקדומים.¹⁶⁶ כוח הוא הפוטנציה הגלומה. פועל הוא התממשות אותה פוטנציה. יציאה מן הכוח אל הפועל נגרמת על ידי מניע.¹⁶⁷ פעמים הטבע הוא המניע ופעמים אדם הוא המניע. למשל, בזרע הברוש קיים עץ ברוש בכוח. הטבע גורם לכוח זה לצאת אל הפועל והופך את הפוטנציה הגלומה בזרע לעץ ברוש בפועל. בזרעי עגבנייה הנמכרים במשתלה מצויות עגבניות בכוח. עגבניות אלה לא תצאנה לעולם מן הכוח אל הפועל אלא אם כן ירכוש אדם את הזרעים, יזרעם וישקם עד שתצמחנה עגבניות בפועל. בעץ קיים כיסא בכוח. כיסא זה יכול להישאר לעולם בכוח בלבד. רק אם יבוא נגר ויהפוך את העץ לכיסא, יצא הכיסא מן הכוח אל הפועל. כך הדבר אף בענייננו. לולא רשלנות הנתבע היה המום המושרש בגנטיקה של האם נשאר בכוח לעולם. הנתבע ברשלנותו גרם ליציאת המום מן הכוח אל הפועל. כשם שאנו אומרים שהזרע יצר את העגבניות ושהנגר יצר את הכיסא, כך נאמר כי הנתבע יצר את מום הוולד.

זאת ועוד, ההנחה כי לא ניתן לייחס לנתבע את מום הוולד אלא את עצם חייו, מכילה סתירה בין שני תצאי ההנחה. אומרים מניחי ההנחה כי המום טבוע בגנטיקה של אמו, ועל כן לא ניתן לייחסו לנתבע. אך גם הוא עצמו¹⁶⁸ – עצם חיותו – טבוע בגנטיקה של אמו. הגנטיקה של אמו מכילה הן את הוולד בכוח והן את מומו בכוח. אם אינך מייחס את המתהווה למוציאו מן הכוח אל הפועל, אל תייחס לו אף אחד מהם. ואם מייחס אתה את המתהווה למוציאו מן הכוח אל הפועל, יחס לו את שניהם. ייחוס האחד מבלעדי רעהו, אינו נכון.

שמה תאמר, את הוולד אני מייחס לנתבע הואיל והוא מצוי והנתבע הוא שהוציאו מן הכוח אל הפועל ועשאו מצוי. אך המום אינו אלא העדר,¹⁶⁹ ועל כן אין לייחסו לנתבע. תשובתך, כשם שאנו אומרים במי שכיבה את האור יוצר חושך ובמי שקטע יד חברו יוצר מום, על אף שהחושך והמום אינם אלא העדרים, כך נאמר במי שיצר אדם במומו כי הוא יצר¹⁷⁰ את המום.¹⁷¹

164 שם, בפס' 14 לפסק דינו של השופט ריבלין, וכעין זה כתבה השופטת ביניש שם, בעמ' 38; וכן בדוח ועדת מצא, לעיל ה"ש 4, בעמ' 40.

165 שם, בפס' 37 לפסק דינו של השופט ריבלין.

166 אריסטו **מטאפיזיקה**, חלק ט, פרקים א–ה (חנה רוזן וחיים רוזן מתרגמים, תשכ"ו). רמב"ם, מילות ההיגיון פרק יא.

167 רמב"ם, מורה נבוכים, חלק שני, הקדמה, ההקדמה השמונה-עשרה.

168 אני מזהה אותו עצמו עם חייו, הואיל והמשפט מכיר באדם כאישיות משפטית רק משנולד חי (ס' 1 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"ב–1962). זהות זו מצויה אף בדברי ריבלין, שכתב: "עצם הולדתו של הילד היא הנזק שנגרם לו", ומאידך כתב: "חייו של הילד עצמם הם הנזק שנגרם לו".

169 למשל החכמה מצויה, אך הסכלות אינה אלא העדר חכמה. האור מצוי, אך החושך אינו אלא העדר האור. על כן המזריח כוכב מאיר נייחס לו את יצירת האור הבא מחמתו, אך המזריח כוכב כבה לא נייחס לו את החושך. על דרך זו, המום אינו אלא העדר שלמות, ועל כן אין לייחס יצירתו לנתבע.

170 לכל עניין זה ראו רמב"ם, מורה נבוכים, חלק ג, פרק י; חלק א, פרק עג, ההקדמה השביעית. ניתן להמחיש את הכאב והסבל שגרם הנתבע בערכים מספריים. טרם מחדלו של הרופא היה הוולד בפוטנציה ניטרלי. נטול אושר ונטול סבל. בשל מחדלו, לולד $x1$ אושר $+ x2$ סבל (שהרי על פי בן-פורת יש לוולד עילת תביעה רק אם על פי האדם הסביר סבלו גדול מאושרו). טרם מחדלו של הרופא היו בעולם, דרך משל, $x1000$ אושר $+ x100$ סבל (עניין רמב"ם, מורה נבוכים, חלק ג, פרק יב כי האושר בעולמו מרובה על הסבל, הפך דברי **אבו בכר מחמד אבן זכרייה אלראזי** בספרו **אלאלאהיאת**). מחדלו הגדיל את האושר ב- $x1$ ואת הסבל ב- $x2$. נמצא כי הנתבע יצר לתובע סבל מרובה מאושר, ואף שינה לרעה את היחס העולמי בין כלל האושר לכלל הסבל. האם ניתן לומר כי הנתבע לא יצר סבל!?

171 ואולם, הואיל ולא הטיל מום באדם שלם אלא יצר אדם במומו בבת אחת, הפיצוי אינו ההפרש שבין אדם שלם לבעל מום אלא ההפרש שבין בעל מום לבין אי-חיים וכדברי בן-פורת (אין בכך אמירה כי חייו מהווים נזק, אלא המום הנספח להם הוא הנזק).

3. גוף הטענה – הכרה בעילה פוגעת בכבוד האדם של הנכים בהתייחסה אל חייהם כנזק

"יש להימנע מהכרה בעמדה הרואה נזק בעצם הולדתו של אדם בעל מוגבלות".¹⁷² "קיים קושי ערכי מהותי בתפיסה לפיה חייו של מי שנולד עם מוגבלות יכולים להיחשב – בעיני היילוד עצמו – כנזק".¹⁷³ "הגדרת החיים עצמם... כנזק, והקביעה כי מוטב היה לו לאדם מסוים שלא היה נולד כלל, אוצרות בחובן פגיעה אסורה בתפיסה שלפיה לחיים יש ערך אינהרנטי, שאינו פוחת ובוודאי שאינו מתאיין בשל קיומו של מום... תפיסה זו היא חלק חשוב והכרחי של אמונתנו והכרתנו בקדושת החיים, בערך האדם ובכבודו ובזכותם של אנשים בעלי מוגבלות לכבוד ולשוויון... חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו קובע בסעיף 1 את 'עקרונות היסוד' לפיהם זכויות היסוד של האדם בישראל מושתתות על ההכרה בערך האדם ובקדושת חייו... אדם בצלם אלוהים נולד. משנולד – יש להגן על כבודו ועל קדושת חייו. היטיב לבטא תפיסה מוסרית-משפטית זו חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, התשנ"ח-1998... בסעיף 2 לחוק נקבע כי מטרתו היא: ...להגן על כבודו וחירותו של אדם עם מוגבלות, ולעגן את זכותו להשתתפות שוויונית ופעילה בחברה בכל תחומי החיים... הגדרת חייו של אדם בעל מוגבלות כ'נזק' אינה ראויה, אינה מוסרית... הערכת נזקו של אדם בעל מוגבלות – בהשוואה לאפשרות שלא היה נולד כלל או בהשוואה לאדם ללא מוגבלות – היא עצמה פוגעת בערך חייו ובהנחה שאין לסתור אותה, כי ערך חייהם של אנשים עם מוגבלות הוא מוחלט ולא יחסי".¹⁷⁴ "בצרפת... הכיר בית המשפט בעילת התביעה של הקטין בנסיבות של חיים בעולה... נציגי ארגונים של אנשים בעלי מוגבלויות¹⁷⁵ טענו בתוקף כי פסקי הדין... מתייחסים לחייהם כנחותים מאי קיום".¹⁷⁶

4. ארבעה פנים לדחיית הטענה

1. הפן הראשון – בטלות ההנחה

כבר בואר למעלה כי הנזק אינו בעצם החיים אלא באיכות הנספחת להם. ייסורים תחת אושר, חולי תחת בריאות. ממילא אין בהכרה בעילת החיים בעולה אמירה כי עצם חייו של בעל מום מהווים נזק או כי הם חסרי ערך. ההכרה בעילה אף אינה פוגמת במאומה בערך החיים, שהרי כבר בואר¹⁷⁷ כי לכל ישות מהות ואיכויות הנספחות אל המהות. כשם שאין באיכויות הצבע או הגודל הנספחות אל המהות כדי לגרוע מהמהות במאומה, כך אין באיכות הבריאות כדי לגרוע מהמהות. הסברה כי איכות פגומה פוגמת במהות, מערבת בין המושגים.

בהבחנה זו בין החיים לבין המום משתמר כבוד האדם, שכן אין מושג של חיים במום אלא החיים ישות בפני עצמה, והמום הנספח להם ישות בפני עצמה. החיים עצמם כישות נפרדת שלמים הם לעולם, אך פעמים נספח להם מום כאיכות הנטפלת אל המהות. לשון אחר, הגוף אינו אלא מרכבה לצלם האלהים אותו הוא נושא. אין בפגם המרכבה כדי לפגום בצלם.

"לחיים יש ערך אינהרנטי, שאינו פוחת ובוודאי שאינו מתאיין בשל קיומו של מום", אמר השופט ריבלין. ואולם ערכם האינהרנטי נובע מעקרון קדושת החיים. וכבר בואר לעיל,¹⁷⁸ כי עיקרון זה חל רק בעמדם מול המוות ולא

172 דוח ועדת מצא, לעיל ה"ש 4, בעמ' 46.

173 פרשת המר, לעיל ה"ש 4, בפס' 12 לפסק דינו של השופט ריבלין.

174 פרשת המר, לעיל ה"ש 4, בפס' 25–27 לפסק דינו של השופט ריבלין. וכעין זה בפרי, האם זו השאלה?, לעיל ה"ש 6 בעמ' 555–556.

175 באמרת אגב נתמה: האם ארגוני הנכים מייצגים את שאלו כן – התובע בפרשת זייצוב – ודומיו?! לכאורה, הנכים שסבלם גדול מאושרם עד כדי שיאמר עליהם האדם הסביר כי נוח להם שלא נבראו משנבראו, אינם מתאגדים בארגונים ולא נעשים נציגי ארגונים. ממילא אין ארגוני הנכים יכולים לטעון כי העילה מתייחסת לחייהם כנחותים מאי-קיום כיוון שהעילה אינה מתייחסת אליהם ואל שכמותם כלל.

176 פרי, האם זו השאלה?, לעיל ה"ש 6, בעמ' 524–525. וכן הוא בפרשת המר, לעיל ה"ש 4, בפס' 28 לפסק דינו של השופט ריבלין.

177 בפרק א 2 II.

178 בפרק ב 1.

בעמדם מול אי-החיים שטרם לחיים. עולה מכך כי עילת החיים בעוולה אינה מגדירה את החיים כנוק, וכי אין בה דנדוד פגיעה בערכם האינהרנטי של החיים.

II. הפן השני – הפלה

ס' 316(א)(3) לחוק העונשין מתיר להפיל עובר בעל מוס גופני או נפשי. היתר זה מלמדנו כי החברה סבורה שהכרה בכך שטוב לו לולד פלוני שלא נולד משנולד אינה פוגעת בכבוד האדם של אנשים עם מוגבלות. ואם תרצה אמור כך: היתר זה מלמדנו כי החברה סבורה שהיתר הפלה המעדיף את האינטרסים של ההורים בהפלת עובר רק בשל היות העובר נכה, אינו פוגע בכבוד האדם של אנשים עם מוגבלות. אם היתר הפלת עובר נכה אינו פוגע בקבוצת הנכים, אף הכרה בעילת החיים בעוולה של וולד נכה אינה פוגעת בקבוצת הנכים.

לכאורה ניתן לחלק בין הפלה העוסקת בהיריון היולי או עובר לא מוכר, אז מכירה החברה בזכות ההורים להפיל עובר בעל מוס, לבין טענת חיים בעוולה העוסקת בוולד ספציפי חי ואומרת עליו כי בשל נכותו נוח לו שלא נברא משנברא. לדעתי, ההיגיון מורה ההפך: לעובר היולי בעל מוס אין כל זהות לבד מסיווגו לקבוצת הנכים. אך אחר שנולד יש לו זהות אישית – כאישיות משפטית נפרדת – מלבד זהותו הקבוצתית. נמצא כי קביעת ערך נמוך לעובר היולי נכה פוגעת בהכרח בקבוצת הנכים, אך קביעת ערך נמוך לוולד ספציפי נכה אינה פוגעת בהכרח בקבוצת הנכים הואיל וניתן לייחס את הערך הנמוך לזהותו האישית בלבד. לשם המחשה נמיר את קבוצת הנכים בקבוצת השחורים. אילו היה החוק מתיר להפיל כל עובר שחור, הייתה בכך פגיעה הכרחית בקבוצת השחורים כולה, שהרי אין לעובר שום זהות לבד מזהותו כשחור. היתר הפלת כל עובר שחור מסווג את השחורים כולם כנחותים עד כדי שטוב להם אי-קיום מקיום. אך אילו שחור ספציפי תבע את הרופא שגרם לו לבוא לעולם חרף שחרותו, באמרו כי החברה מתייחסת אליו כנחות, הכרה בנוקו אינה מקטלגת בהכרח את כל השחורים כנחותים, אלא מכירה בכך שהוא בנסיבותיו נחות.¹⁷⁹ מכאן נלמד קל וחומר לנדון שלפנינו. אם החוק מתיר להפיל כל עובר בעל מוס אך בשל השתייכותו לקבוצת הנכים, כל שכן שיכיר בתביעתו של וולד נכה ספציפי הטוען כי נוח לו שלא נברא משנברא. אם המחוקק אינו נותן משקל לפגיעה בקבוצת הנכים בהיתר הפלה, כל שכן שלא ייתן משקל לפגיעה בה בעילת החיים בעוולה בה פגיעתה פחותה.

III. הפן השלישי – ייחוס זכויות האדם אל הפרט

שוללי העילה טוענים כי הכרה בעילה פוגעת בזכויות האדם של הנכים – זכותם לכבוד ולשוויון ולהכרה בערך קדושת חייהם.

טענה זו נושאת את שם הזכויות לשווא, מפני שהיא מסיטה אותן מן הפרט אל הקבוצה, ובכך דורסת היא את זכויות האדם של הפרט. לא ניתן להשתמש בשיח של זכויות אדם וערכים הומניים כדי לקעקע זכויותיו של אדם. העמדת הזכויות במדרג נורמטיבי ראשון במעלה באה למנוע רמיסת זכויות הפרט בשם אינטרסים של הקבוצה. כאשר אנו מייחסים את הזכויות אל הקבוצה ולא אל הפרט, אנו מחטיאים בהכרח את המטרה לשמה כוננו הזכויות, ומוציאים משפט מעוקל. זכויות האדם הוענקו על ידי המחוקק לפרט.¹⁸⁰ כיוצא בזה זכויות אנשים עם מוגבלות לכבוד ולשוויון הוענקו לפרט הנכה ולא לקבוצת הנכים. ביחסנו את הזכויות לקבוצת הנכים אנו מגנים על האינטרסים של קבוצת הנכים על חשבון הפרט הנכה, הפך כוונת מכוני הזכויות בכל מקום בו כוננו. בכך חזרנו למצב ששרר טרם כינון זכויות האדם, בו האינטרסים של הקבוצה דורסים את זכויות הפרט. אך גרוע מכך: טרם כינון הזכויות דרסה הקבוצה את הפרט בשם הכוח, ועתה היא דורסת אותו בשם הזכויות החוקתיות. הדריסה הפכה לדריסה אידאולוגית מקודשת.

179 ואף על פי כן איננו מכירים בעילת תביעתו מפני ש"הכרה כזאת מנוגדת, לפי השקפתי, לתקנת הציבור ולערכים המוסריים המושרשים בחברתנו" (בן-פורת בפרשת **זייצוב**, לעיל ה"ש 3, בעמ' 103).

180 "בידי כל אחד ואחד מאתנו, כפרטים, זכויות אדם חוקתיות... נוצר איזון חדש בין הכלל והפרט במדינת ישראל" (אהרן ברק "השלכותיו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" 401, 415 **מבחר כתבים** א (חיים ה' כהן ויצחק זמיר עורכים, 2000)). אף לשון החוק מקנה את הזכויות ל"אדם".

עומד בפנינו הילד שאול כץ – התובע בפרשת זייצוב – המסובל בסבל וייסורים ותובע את נזקו. מנגד עומדים ארגוני הנכים וטוענים כי הכרה בנזקו תתייחס אל חייהם כנחותים מאי־קיום. דורשים הם מבית המשפט להותיר את שאול כץ המיוסר חסר כל כדי לשמר את כבוד הקבוצה. האם נוایل לבנות את בניינם מחורבנו? האם נבכר את האינטרסים של הקבוצה או את זכויות הפרט?¹⁸¹ ברי שכדי לבכר את האינטרסים של הקבוצה יש לעמוד בתנאי הנזקשים של פסקת ההגבלה.¹⁸² ללא עמידה בתנאים אלו מצוונו המחוקק להעניק לפרט את זכויותיו. זכויות האדם וזכויות אנשים עם מוגבלות לכבוד ולשוויון תיוחסנה לפרט התובע את נזקו ולא לקבוצת הנכים. יפים דברי אסף פוזנר:

"אי מתן פיצוי... פוגע, להלכה ולמעשה, בכבודם של היילוד וההורים. וכל ניסיון לחפות על כך בדברים נעלים ובפואטיקה על כבודו של האדם באשר הוא אדם, לא יועיל".¹⁸³

האמירה כי כבוד הנכה מונע ממנו פיצוי עבור ההוצאות הנובעות מנכותו, משתמשת בזכויותיו – שנועדו להיטיב עמו – כדי להרע לו. טהרנות יתר זו, המרחיבה עד מאוד את מושג כבוד הנכה, מביאה למעשה לזילות הנכה ולרמיסת זכויותיו.

IV. הפן הרביעי – עצימת עיניים

כתב השופט ריבלין:

"הערכת נזקו של אדם בעל מוגבלות – בהשוואה לאפשרות שלא היה נולד כלל או בהשוואה לאדם ללא מוגבלות¹⁸⁴ – היא עצמה פוגעת בערך חייו ובהנחה שאין לסתור אותה, כי ערך חייהם של אנשים עם מוגבלות הוא מוחלט ולא יחסי".¹⁸⁵

דבריו אלו קשה להלמס. בכל תביעה לנזקי גוף אנו מעריכים את נזקו בהשוואה לאדם ללא מוגבלות, ולא עלה על לב אדם לומר כי לא נכיר בתביעת נזקי גוף בשל הפגיעה בכבוד הנכים. האם ההכרה בנכות כנזק היא פגיעה בכבוד הנכים, או שהתעלמות מנכות כנזק היא הפוגעת בנכים בשללה מהם אפשרות תביעה?! עצימת העיניים המסרבת להכיר בנזקו של נכה בשם כבוד הנכה אינה מכבדת את הנכה אלא מבזתו.

האבסורד שבטענה זו ניכר היטב בדברי הנתבעים – הרופאים, קופות החולים וחברות הביטוח המסתתרות אחורי גבם – שטענו בפסקה מכמירת לב בלשון הזו:

"בעצם ההכרעה כי ישנם מצבים שבהם עדיף לאדם שלא היה נולד, בשל שהוא לוקה במום, טמונה אמירה חברתית-מוסרית קשה, המנוגדת לערכים יסודיים של החברה ביחס לכבוד האדם ולקדושת החיים".¹⁸⁶

181 בנדון דידן עומדות לו הזכות לכבוד, שהרי אם לא יפוצה צפויים לו חיי ביזוי בחוסר כל, וזכות הקניין, שהרי הפיצויים מגיעים לו בדין. שתייהן חקוקות בס' 2 ו-3 לחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו. יתרה מכך, לו לא היה נכה אלא ניזוק ממין אחר, לא היה בפיצוי משום פגיעה בכבוד קבוצת הנכים והיה נעשה ראוי לפיצוי. נמצא כי נכותו היא העומדת לו לרועץ הפך ציווי חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, התשנ"ח-1998, האוסר הפליית נכה בשל נכותו.

182 ס' 8 לחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו; ס' 4 לחוק־יסוד: חופש העיסוק. וזו לשון השופט ברק: "אכן, חופש העיסוק אינו החופש של האדם על אי בודד. זהו החופש של האדם כחלק מהחברה. מתחייב איזון בין זכות האדם לחופש עיסוק לבין אינטרס הכלל. פיסקת ההגבלה משקפת איזון זה. היא נקודת האחיזה שעליה מונח האיזון החוקתי בין הפרט לכלל, בין היחיד לחברה" (בג"ץ 97 / 1715 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 367, 384 (1997)).

183 דוח ועדת מצא, לעיל ה"ש 4, בעמ' 106.

184 אף דעת הרוב בוועדת מצא התרעמה על השופט ברק, הקובע כי "חיים במום הם נזק בהשוואה לחלופה של חיים ללא מום" (דוח ועדת מצא, לעיל ה"ש 4, בעמ' 40). בניגוד לכך, פרי כתב כי בשיטת ברק, המשווה בין חיי מום לחיים ללא מום, "לא מתעורר... חשש ממשי לפגיעה בכבודם ובמעמדם של אנשים בעלי מוגבלות" (פרי, זו כבר אינה השאלה, לעיל ה"ש 6 בעמ' 72).

185 פרשת המר, לעיל ה"ש 4, בפס' 27 לפסק דינו של השופט ריבלין. וכעין זה בפרי, האם זו השאלה?, לעיל ה"ש 6, בעמ' 555-556.

תרגום: המזיק טוען כי אין לחייבו לפצות את הניזוק, מפני שאם נכיר בנזקו של הניזוק ייפגע כבוד הניזוק ונמצא הניזוק לוקה בכפליים – בגופו ובכבודו. היש טענה מופרכת מזו?!

על דאגת הנתבעים לכבוד התובעים כתב אסף פוזנר בחדות:

"דומה שהזמן הראוי שנותני שירותים רפואיים יחליטו האם לדעתם ראוי לגדל ילדים עם מומים, אם לאו, יהיה בזמן שהם נותנים את הטיפול¹⁸⁷ ולא כאשר מוגשת נגדם תביעה. ...לתת את הטיפול, ולאחר מכן לומר שלא נגרם נזק, מותיר טעם רע של צביעות"¹⁸⁸.

סוף דבר: ההסכמה לפתוח את עינינו ולהכיר בנכותו של הנכה אינה פוגעת בכבוד הנכה אלא מכבדתו. יכול ולד לומר מכבד אני את הנכים, סובלני כלפיהם ומאמין כי חייהם בעלי ערך מלא. אך אני, בשל רוב ייסורי, מבכר הייתי שלא להיוולד מלהיוולד במומי.¹⁸⁹ נכות יש כאן; פגיעה אין כאן.

ז. החילוק בין עילת הילד לעילת ההורים לדעת שוללי עילת הילד

כזכור, אף שוללי עילת החיים בעוולה – עילת הילד – תומכים בעילת ההולדה בעוולה – עילת ההורים.¹⁹⁰ את החילוק בין העילות הסביר השופט ריבלין במספר נימוקים:

1. הנימוק הראשון לחילוק וסתירתו

טוענים שוללי העילה כי בניגוד לתביעת הילד, בתביעת ההורים איננו מגדירים את חיי הילד כנזק.

"בתביעת ההורים, אין חייו של הילד עצמם מוגדרים כנזק. הנזק מתבטא בהשלכות הכספיות העודפות ובהשלכות הנפשיות שבהן נושאים ההורים בעל כורחם, עקב ההתרשלות"¹⁹¹. הפגיעה אינה נובעת ממוגבלותו של הילד – שהרי מוגבלות זו כלל לא נגרמה בהתרשלות; הפגיעה נובעת מההוצאות שהם מוציאים ומן הכאב והסבל שהם חווים. הולדתו של הילד נושאת עמה פגיעה כלכלית ונפשית בהורים"¹⁹².

נתח את דבריו. אומר ריבלין: **"בתביעת ההורים, אין חייו של הילד עצמם מוגדרים כנזק"**. ריבלין מתרחק מלהגדיר את חיי הילד כנזק כדי לא לפגוע בכבוד האדם ובכבוד הנכים, על כן הוא מנסח זאת בצורה שונה באמרו **"הולדתו של הילד נושאת עמה פגיעה כלכלית ונפשית בהורים"**. בבריחתו מלהגדיר את חיי הילד כנזק הגדירים כגורם נזק. האם הגדרת החיים עצמם כגורם נזק אך בשל היותם חיי נכות פוגעת פחות בכבוד האדם ובכבוד הנכים?! האם לא ניתן היה להכשיר אף את עילת הילד בשינוי ניסוח מעין זה?! למשל, ניתן היה לומר כי חיי הילד אינם מוגדרים כנזק, אך חייו גורמים לו כאב וסבל רבים. האם שינוי הניסוח משנה את המהות?! האם ניתן לומר כי נזקו של קיטע אינו חסרון רגלו, אלא הכאב והסבל וההוצאה הממונית שנגרמו בשל חסרונה?!

186 פרשת המר, לעיל ה"ש 4, בפס' 8 לפסק דינו של השופט ריבלין.

187 קרי, טרם קבלת שלמונים כדי לבדוק אם הוולד בעל מום וראוי למנוע ממנו חיים בשל מומו אם לאו.

188 דוח ועדת מצא, לעיל ה"ש 4, בעמ' 100, בדעת המיעוט בוועדה.

189 גילבר, לעיל ה"ש 89, בעמ' 468 ביחס לעילת ההורים.

190 אף השופטת בן-פורת, המחייבת את עילת החיים בעוולה, מציינת כי הקושי בשאלת קיומו של יסוד הנזק הקיים בעילת הילד אינו קיים בעילת ההורים (פרשת זייצוב, לעיל ה"ש 3, בפס' 9 לפסק דינה). וכעין זה מצוי בדברי ברק (שם, בפס' 9-14 לפסק דינו).

191 פרשת המר, לעיל ה"ש 4, בפס' 37 לפסק דינו של השופט ריבלין.

192 שם, בפס' 39 לפסק דינו של השופט ריבלין.

עוד אומר ריבלין: "הפגיעה אינה נובעת ממוגבלותו של הילד – שהרי מוגבלות זו כלל לא נגרמה בהתרשלות; הפגיעה נובעת מההוצאות שהם מוציאים ומן הכאב והסבל שהם חווים". "הנזק מתבטא בהשלכות הכספיות העודפות ובהשלכות הנפשיות שבהן נושאים ההורים בעל כורחם, עקב ההתרשלות". לא ניתן לקבל דברים אלו. הוצאות ההורים והסבל שהם חווים לא באו מאליהם, אלא הם נובעים ישירות ממוגבלותו של הילד. באמירתו של ריבלין כי המוגבלות לא נגרמה מהתרשלות הנתבע, ¹⁹³ מנתק הוא את הקשר הסיבתי בין התרשלות הנתבע לבין הוצאות ההורים וסבלם. ממילא בטלה עילת התביעה של ההורים. כדי ליישב קושיה זו אומר ריבלין כי "הולדתו של הילד נושאת עמה פגיעה כלכלית ונפשית בהורים". הווי אומר לא המוגבלות גרמה להוצאות ההורים וסבלם, שהרי לא ניתן לייחס את המוגבלות להתרשלות הנתבע, אלא הולדתו של הילד – עצם חייו – אותה ניתן לייחס להתרשלות הנתבע, היא שגרמה להוצאות ההורים וסבלם. ממילא הוצאות ההורים וסבלם נגרמו "עקב ההתרשלות". אך בכך נמצאת אומר כי עצם חיי הילד מהווים נזק להוריו¹⁹⁴ או גורם ישיר לנזק להוריו, ופגעת בכבוד האדם ובכבוד הנכים.¹⁹⁵

2. הנימוק השני לחילוק וסתירתו

הכרה בעילת ההורים אין משמעותה כי חיי הילד חסרי ערך או כי מוטב לו עצמו אילו לא נולד. משמעותה היא כי נמנעה מההורים האפשרות לבחור שלא לגדל ילד בעל מום. לשון אחר, עילת החיים בעולה מתייחסת לחיי הילד שכבר נולד כחיים נעדר ערך עד כי מוטב היה לו שלא נולד, הכרזה שאיננו מוכנים לקבל. מנגד, עילת ההולדה בעולה מתייחסת אל זכות ההורים לבחור להפיל את ילדם בהפלה חוקית בעודו עובר, בטרם נוצרו לו חיים עצמאיים.¹⁹⁶

שתי קושיות על נימוק זה.

ראשית, אם עילת ההורים נובעת רק משלילת זכות הבחירה של ההורים להפילו טרם לידתו ולא מכוח הסברה לאחר לידתו כי הוא במומו מהווה נזק, ומוטב היה להוריו שלא נולד משנולד, סרה עילת התביעה. עילת ההולדה בעולה באה מכוח עוולת הרשלנות.¹⁹⁷ עוולת הרשלנות דורשת כי יתקיים יסוד הנזק.¹⁹⁸ נזק הוא מצב חסר שנוצר לאחר ההתרשלות.¹⁹⁹ בנדון שלפנינו שלילת זכות הבחירה מההורים היא התרשלות, אך ללא קביעה כי עתה לאחר לידתו הוא במומו מהווה נזק ומוטב היה להוריו שלא נולד, לא נתקיים יסוד הנזק ולא קמה עוולת הרשלנות.²⁰⁰

כדי להיטיב דבריו, אומר השופט ריבלין:

"בדרך הטבע משתנה בדרך כלל נקודת המבט של ההורים לאחר לידת ילדם. מדרך הטבע משנולד ילד אוהבים אותו והוריו. המוגבלות אך מעצימה את האהבה. עם זאת מסוגלים הם תכופות – ומסוגל גם בית המשפט – להפריד בין אהבתם הנוכחית לילדם לבין אמירתם ההכנה כי לו ניתנה בידיהם

193 שהרי המוגבלות הייתה טבועה בגנטיקה של האם, כמבואר בפרק ו 1.

194 בממד מסוים עילת ההורים פוגענית מעילת הילד. בעילת הילד אנו מקבלים את טענת הילד כי טוב לו שלא נולד. נקודת המבט היא טובתו. מנגד, בעילת ההורים הוריו מגדירים אותו כנזק להם מנקודת מבטם.

195 אף דעת הרוב בדוח ועדת מצא מודה כי ההבדל בין עילת הילד לעילת ההורים אינו כה תהומי, באמרה כי אף עילת ההורים "אינה נטולת קשיים ערכיים ומוסריים... עלולה... להתפרש כמבטאת תפיסה הרואה בהולדתו של יילוד בעל מוגבלות משום נזק שנגרם להוריו" (דוח ועדת מצא, לעיל ה"ש 4, בעמ' 50). אסא כשר הלך את הצעד ההכרחי הנוסף הנובע משלילת עילת הילד ושלל אף את עילת ההורים, הואיל ולא ניתן להגדיר את חיי הילד כנזק (שם, בעמ' 68). וראו פרי – זו כבר אינה השאלה, לעיל ה"ש 6, בעמ' 79–87 שצבר חבילי קושיות על החילוק בין עילת ההורים לעילת הילד.

196 פרשת המר, לעיל ה"ש 4, בפס' 37 לפסק דינו של השופט ריבלין.

197 שם, בפס' 13 לפסק דינו של השופט ריבלין. וכעין זה כתבה השופטת ארבל שם, בפס' 2 לפסק דינה.

198 ס' 35 לפקודת הניקין.

199 בלשון ס' 2 לפקודת הניקין "אבדן או חיסור".

200 על כן לא ניתן לתבוע מאומה מלבד ראש נזק של פגיעה באוטונומיה.

הבחירה מראש, בטרם נולד ילדם והפך לאדם, היו מעדיפים שלא להביא לעולם ילד בעל מוגבלות כשלו".²⁰¹

דבריו אלו אך מעצימים את הקושיה. אמנם לו ניתנה בידיהם הבחירה מראש, היו מעדיפים שלא להביאו לעולם, אך נזק נבחן על פי המצב בפועל לאחר מעשה העוולה, ומשנולד והפך לאדם הם רוצים בו ו"המוגבלות אך מעצימה את האהבה"! נזק שהניזוק חפץ בו, אינו נזק.

הקושיה השנייה – עצם האפשרות הניתנת להורים לבחור שלא להביא לעולם ילד בעל מום מלמדתנו כי החברה סבורה כי הוא במומו כמכלול מהווה נזק. לשם השוואה, לא יעלה על הדעת כי החברה תאפשר לאם להפיל ולדה אך בשל היותו שחור. צבע אינו עילת הפלה; נכות היא עילת הפלה. צבע אינו נזק; נכות היא נזק.

על כך השיב השופט ריבלין כי בבחננו את זכות ההורים לבחור, מתחשבים אנו במכלול שיקולים, ובהם זכותם לעצב את חייהם כרצונם וקשייהם במישור הנפשי, המעשי והכלכלי הכרוכים בגידול ילד בעל מוגבלות. בחירה זו, שנשללה מהם ברשלנותו של הנתבע, מורכבת מגורמים רבים שאינם כוללים בהכרח השקפה הגורסת כי חייו של ילד בעל מוגבלות אינם בעלי ערך.²⁰²

ואולם לא די בדברים אלו כדי ליישב את הקושיה. הפיצוי על עצם שלילת הבחירה מההורים ניתן במסגרת ראש הנזק של פגיעה באוטונומיה.²⁰³ אם הילד במומו כמכלול אינו מהווה נזק, מהי ההצדקה לפיצוי בשאר ראשי הנזק?²⁰⁴

סוף דבר, לדעתי אין הבדל מהותי בין עילת הילד לעילת ההורים. ואם נמצאה הדרך להכיר בעילת ההורים חרף הקשיים, יש להכיר אף בעילת הילד. הלוליינות המחשבתית המוצאת פתרון לעילת ההורים ומזניחה את עילת הילד על אף דמיון ניכרת בדברי הרוב בוועדת מצא:

"יש להכיר בזכאותם של ההורים... אכן, עצם חייו של היילוד במוגבלותו אינם מהווים נזק ליילוד עצמו, וגם הוריו, לאחר שבא לעולם, אינם בבחינת ניזוקים בשל עצם קיומו, אך משנוצרו בפועל – עקב מוגבלותו – צרכים שסיפוקם כרוך בעלות מיוחדת, מן הראוי כי בעלות זו יישא מי שאלמלא התרשלותו עלות מיוחדת זו לא הייתה נוצרת".²⁰⁵

הווי אומר, אין נזק לילד ולא להוריו, ואף על פי כן יישא המתרשל שלא גרם לשום נזק בעלויות שנוצרו בפועל עקב מוגבלות הילד. לדעתי, וירטואוזיות זו חוטאת לתורת הלוגיקה. דחיית וירטואוזיות זו לגבי עילת הילד אחר שאימצת אותה לגבי עילת ההורים, חוטאת חטא נוסף לתורת העקביות.²⁰⁶

201 פרשת המר, לעיל ה"ש 4, בפס' 38 לפסק דינו של השופט ריבלין. וכעין זה בדוח ועדת מצא, לעיל ה"ש 4, בעמ' 46, 50. בפרשת המר, בפס' 48, הביא השופט ריבלין את עדות האם בת"א (מחוזי ב"ש) 3344/04, ר. וו נ' מכבי שירותי בריאות (פורסם בנבו, 21.8.2008), בפס' 4 לפסק הדין, שהעידה: "אני מאוד אוהבת את ר', הוא תורם המון למשפחה, הוא אושר שלנו, הוא שמש שלנו... אבל אם הייתי עושה הפלה, עוד שנה היה נולד אותו ר' אבל עם יד, ואז הוא היה תורם למשפחה אותו דבר אבל... לא היה סובל מכל הבעיות שיש לילד נכה... עכשיו אנחנו מתים עליו, הוא הכל בשבילנו". ברי כי לא ניתן להיסמך על דבריה אלה – הצובטים כל לב – כדי להסביר את נזק ההורים. אמירתה כי אילו הייתה מפילה, "עוד שנה היה נולד אותו ר' אבל עם יד", אינה עומדת. אילו הייתה מפילה היה ר' כלה, ועוד שנה היה נולד וולד פוטנציאלי אחר. וכיוון שהיא אוהבת עתה את ר', אין נזק.

202 פרשת המר, לעיל ה"ש 4, בפס' 37 לפסק דינו של השופט ריבלין.

203 בע"א 1303/09 קדוש נ' בית החולים ביקור חולים, בפס' 45 לפסק דינו של השופט ריבלין (פורסם בנבו, 5.3.2012) איתא: "ניתן לתבוע פיצוי בגין פגיעה באוטונומיה גם בהעדר נזק אחר".

204 פרי, זו כבר אינה השאלה, לעיל ה"ש 6, בעמ' 86–87.

205 דוח ועדת מצא, לעיל ה"ש 4, בעמ' 60.

206 קושיות אלו נצברות רק על שוללי עילת החיים בעוולה בשל סברתם כי לא ניתן ליחס את המום לרשלנות הנתבע.

ח. שיקולי המדיניות להכרה בעילת החיים בעולה לצד עילת ההולדה בעולה

פרי²⁰⁷ מנה שלוש הרעות בתביעת ההולדה בעולה – תביעת ההורים, כשלא נלווית אליה תביעת החיים בעולה – תביעת הילד. **ראשית**, בתביעת ההורים לא ניתן לתבוע את הנזק הלא ממוני של הילד, דהיינו כאב וסבל; **שנית**, תקופת ההתיישנות על תביעת הילד מתחילה משוועה בגיר, ²⁰⁸ שנים רבות אחר שתמה תקופת ההתיישנות לתביעת ההורים; **שלישית**, אין להורים זכות תביעה בגין עלות הטיפול הרפואי הנובע ממומו של הילד, אלא כשורבצת עליהם חבות משפטית כלפי הילד. ²⁰⁹ ממילא מעת הגיעו לבגרות או משימותו הוריו בעודו קטין, יוותר הילד ללא זכות לפיצויים. ²¹⁰ השופטת בן-פורת הוסיפה אף את החשש שהורים ייטשו ילד פגוע, ואת העוול שייגרם לקטין בעל מום שאין לו קרוב וגואל משלילת עילת תביעתו. ²¹¹ השופט ריבלין הוסיף את החשש כי ההורים ישתמשו בכספי הפיצויים שימוש לא ראוי. ²¹²

פסק דין המר, שביטל את עילת החיים בעולה, לא נתן מענה להרעות הראשונה והשנייה שנוצרו עם ביטול העילה, אך נתן מענה לחלק מההרעה השלישית. ביטול העילה הניע את בית המשפט להרחיב משמעותית את עילת ההורים על ידי הכרה בראש נזק נוסף – פגיעה באוטונומיה – והרחבת ראשי הנזק הקיימים. פסק הדין קבע את פיצויי ההורים כדלקמן: **א.** ההוצאות העודפות שיוציאו ההורים על הילד עד הגיעו לבגרות. "ההוצאות העודפות" – ההוצאות הנובעות ממוגבלותו, דהיינו הוצאות רפואיות, עזרת צד ג, הוצאות שיקום, הוצאות חינוך לרבות הוצאות נלוות, הוצאות דיור והוצאות ניידות. אך ההוצאות הרגילות שמוציאים הורים על גידול ילדם אינן מפורצות, ²¹³ "מפני שעצם חייו של הילד – לאחר שנולד – אינם, בשום פנים, נזק שיש לפצות עליו"; ²¹⁴ **ב.** כל הוצאות התמיכה בילד מעת הגיעו לבגרות ²¹⁵ למשך כל תוחלת חייו, ²¹⁶ הן ההוצאות הנובעות ממוגבלותו והן הוצאות המחיה הרגילות; ²¹⁷ **ג.** הנזק הנפשי של ההורים – סבלם; ²¹⁸ **ד.** פגיעה באוטונומיה. ²¹⁹

בית המשפט ציין כי ניתן למצוא מענה לחשש שהורי הקטן ימותו לפניו במסגרת ס' 56–57 לחוק הירושה, התשכ"ה–1965. סעיפים אלו קובעים כי אם הניח המוריש ילד נכה, הרי הוא זכאי למזונות מן העיזבון כל זמן נכותו.

לאחר שהרחיב את עילת ההולדה בעולה ציין ריבלין כי בית המשפט נותן משקל למוטיבציה ליתן מענה לצורכי הקטין: "לרוב רובם של צרכי הקטין ניתן להציע מענה אמיתי במסגרת עילת התביעה של הוריו". ²²⁰ ריבלין אף הביע תקווה כי בתי המשפט יפתחו את המנגנונים המתאימים להבטיח כי כספי הפיצויים הניתנים להורים ישמשו

207 פרי, האם זו השאלה? לעיל ה"ש 6, בעמ' 512.

208 ס' 10 לחוק ההתיישנות, התשי"ח–1958.

209 חבותם המשפטית של ההורים חקוקה בס' 3(א) לחוק לתיקון דיני המשפחה (מזונות), התשי"ט–1959, בס' 15 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, ובס' 362 לחוק העונשין. ועיין גם בע"א 2034/98 אמ"ן נ' אמ"ן, פ"ד נג(5) 69 (1999).

210 מעין זה אמור בפרשת זייצוב, לעיל ה"ש 3, בפס' 6 לפסק דינה של השופטת בן-פורת ובפס' 28 לפסק דינו של השופט ברק. ²¹¹ שם, בפס' 6 לפסק דינה.

212 פרשת המר, לעיל ה"ש 4, בפס' 75 לפסק דינו.

213 שם, בפס' 55–59 לפסק דינו של השופט ריבלין.

214 שם, בפס' 58 לפסק דינו של השופט ריבלין.

215 מכוח חובת ההורים לדאוג לצורכי ילדיהם הבגירים התלויים בהם, החקוקה בס' 4–5 לחוק לתיקון דיני המשפחה (מזונות). על כן אם הילד משתכר, מנכים מסכום הפיצוי את סכום השתכרותו (שם, בפס' 61 לפסק דינו של השופט ריבלין).

216 מפני שההורים "יחסכו פרוטה לפרוטה במהלך חייהם, במטרה להבטיח את צרכיו של היילוד גם לאחר מותם" (דוח ועדת מצא, לעיל ה"ש 4, בעמ' 64).

217 פרשת המר, לעיל ה"ש 4, בפס' 60–67 לפסק דינו של השופט ריבלין.

218 שם, בפס' 68–70 לפסק דינו של השופט ריבלין.

219 שם, בפס' 71–73 לפסק דינו של השופט ריבלין. וראו דוח ועדת מצא, לעיל ה"ש 4, בעמ' 51–52. יצוין כי אף אסא כשר, שבדעת מיעוט בוועדה שלל את עילת ההורים, הכיר בעילת תביעתם בגין פגיעה באוטונומיה (שם, בעמ' 68). להרחבה בעניין הזכות לאוטונומיה עיין בע"א 2781/93 דעקה נ' בית החולים כרמל חיפה, פ"ד נג(4), 536, 570 (1999).

220 פרשת המר, לעיל ה"ש 4, בפס' 74 לפסק דינו של השופט ריבלין.

ליתן מענה לצורכי הילד.²²¹ השופט רובינשטיין ציין כי פסקו של ריבלין אינו נותן מענה לקטין שאין לו הורים או לקטין שהוריו בזבזנים או חסרי אחריות או נקלעו לפשיטת רגל.²²²

כאן ראוי לשאול, בית המשפט קבע נחרצות כי אין לילד עילת תביעה בגין חיים בעוולה מפני שלא ניתן לקבוע מבחינה משפטית ולא ראוי לקבוע מבחינה ערכית כי נגרם לקטין נזק. חרף קביעה חלוטה זו דואג בית המשפט ליתן מענה לצורכי קטין זה שלא ניזוק.

נראה כי דיסוננס זה נובע מניגודים פנימיים. מחד תפיסות מסוימות²²³ בדבר אי-הקיום, קדושת החיים, יצירת המום, זכויות האדם וזכויות אנשים עם מוגבלות מנחות את בית המשפט שלא להכיר בנזקו של הקטן ובאחריות הנתבע. מאידך תחושת הצדק הטבעי המפעמת בלב כל אדם מנחה את בית המשפט להכיר בנזק הקטן ובאחריות הנתבע לנזקו. תוצאת דיסוננס זה: הילד זכה לפיצוי מבית המשפט אך רק באופן עקיף ורק בדרך כלל ורק באופן חלקי. "רק באופן עקיף" – על ידי פיצוי הוריו. "רק בדרך כלל" – אם יש לו הורים, אינם בזבזנים, אינם חסרי אחריות, לא נקלעו לפשיטת רגל ותבעו טרם חלוף תקופת ההתיישנות לתביעתם. "רק באופן חלקי" – שהרי כאבו וסבלו של הקטן אינם זוכים לפיצוי כלל.

סוף דבר: מה גזרה הלכת המר על ילדים שנולדו בעוולה הלוקים בנכויות קשות? רבים מהם נותרו חסרי כל למשך כל ימי חייהם. כולם נותרו ללא שום פיצוי על סבלם, אותו סבל המאפיל על כל רגע ורגע מחייהם.²²⁴

ט. משפט משווה

שיטות המשפט ברוב מדינות העולם אינן מכירות בעילת תביעה בגין חיים בעוולה.²²⁵ נימוקיהן לאי-ההכרה הוזכרו במאמר זה בארוכה, בכלל שלל הנימוקים של שוללי העילה.

בארצות הברית בתי המשפט של רוב מדינות הברית אינם מכירים בעילת החיים בעוולה. למשל: אוהיו,²²⁶ איידהו,²²⁷ אילינוי,²²⁸ אינדיאנה,²²⁹ אלבמה,²³⁰ אריזונה,²³¹ ג'ורג'יה,²³² דלאוור,²³³ ויומינג,²³⁴ ויסקונסין,²³⁵

221 שם, בפס' 75 לפסק דינו של השופט ריבלין. בדוח ועדת מצא, לעיל ה"ש 4, המליצה הוועדה למחוקק "להסמיך את בית המשפט לכלול בפסק דינו הוראות לעניין השימוש בכספי הפיצויים... לשם הבטחת צורכי היילוד". וכן "לקבוע בחוק כי הפיצויים המיועדים להבטיח את צורכי היילוד, לא יחשבו כחלק מרכושם של ההורים, במצב של פשיטת רגל; לא יהוו חלק מעיזבונם; ולא יהיו ניתנים לעיקול, לשעבוד או להמחאת זכות מכל סוג שהוא".

222 פרשת המר, לעיל ה"ש 4, בפס' ה' לפסק דינו של השופט רובינשטיין. הוסיף השופט רובינשטיין: "לדידי קיימת תשתית משפטית מספקת לצורך קביעתם של הסדרים... כיוון שאם זכאות ההורים נובעת מחובות שונות אשר הדין מטיל עליהם... לא יהא זה בלתי סביר לכרוך בין הפיצוי לבין חובות אלה". פרי, זו כבר אינה השאלה, לעיל ה"ש 6, בעמ' 90 תמך בעמדת רובינשטיין.

223 שמאמר זה חתר להוכיח את אי-נכונותם.

224 על תוצאה מעין זו כתב טדסקי, לעיל ה"ש 19, בעמ' 288, כי היא "משאירה בנו הרגשת מבוכה... על לוגיקה כזאת מגיב הרגש, ובסופו של דבר תגיב גם הדעה המשפטית". על כגון דא כתב ברק כי "משפט אינו רק היגיון; הוא גם רגש. לא רק השכל, אלא גם הלב הוא כלי חשוב לעבודת המשפטן. המשפטן עוסק בחיים, והחיים אינם רק מוח, אלא גם לב. ברוב המקרים, הפתרון הנכון הוא זה העולה בקנה אחד עם ההיגיון ועם הרגש גם יחד. פתרון הנוגד את תחושת הלב הינו לרוב פתרון לא נכון" (אהרן ברק "עם סיומה של תחילת הדרך" עיוני משפט טו 209, 210 (1991)). כמדומני, שבנדון שלפנינו המוח והלב תאומי צבייה.

225 המשפט המשווה נסקר בסקירה מקיפה ביותר על ידי פרי, האם זו השאלה?; לעיל ה"ש 6, בעמ' 219–525; פרי, זו כבר אינה השאלה, לעיל ה"ש 6, בעמ' 96–99; דוח ועדת מצא, לעיל ה"ש 4, בעמ' 31–37; פרשת המר, לעיל ה"ש 4, בפס' 33–30.

Hester v. Dwivedi, 733 N.E.2d 1161, 1165 (Ohio 2000) 226

Blake v. Cruz, 108 Idaho 253, 698 P.2d 315 (Idaho 1984) 227

Clark v. Children's Memorial Hospital, 955 N.E.2d 1065, 1084 (Ill. 2011) 228

Cowe v. Forum Group, Inc., 575 N.E.2d 630, 635 (Ind. 1991) 229

Elliott v. Brown, 361 So. 2d 546, 548 (Ala. 1978) 230

Walker ex rel. Pizano v. Mart, 790 P.2d 735, 740 (Ariz. 1990) 231

Spires v. Kim, 416 S.E.2d 780, 781–82 (Ga. Ct. App. 1992) 232

Garrison v. Medical Center of Delaware, Inc., 571 A.2d 786 (Del. 1989) 233

וירגיניה המערבית, 236 טקסס, 237 מיזורי, 238 מישיגן, 239 מסצ'וסטס, 240 מרילנד, 241 ניו המפשייר, 242 ניו יורק, 243 פלורידה, 244 פנסילוניה, 245 קולורדו, 246 קנזס, 247 קרוליינה הדרומית, 248 קרוליינה הצפונית. 249 רק בתי המשפט של שלוש מדינות הכירו בעילת החיים בעוולה, והן וושינגטון, 250 ניו ג'רזי, 251 קליפורניה. 252 מדינה נוספת – מיין – הכירה בעילה בחקיקה. 253

במדינות ה-common law האחרות 254 נקטה הגישה הרווחת במדינות ארצות הברית. כך הדבר באנגליה, 255 קנדה, 256 אוסטרליה, 257 סקוטלנד 258 וסינגפור. 259

מדינות ה-continent law רבות אימצו אף הן את הדעה כי אין להכיר בעילת תביעה בגין חיים בעוולה. למשל: גרמניה, 260 אוסטרליה, 261 צרפת, 262 איטליה, 263 ספרד, 264 פורטוגל, 265 הונגריה, 266 שווייץ 267 ודרום-אפריקה. 268 **רק** שתי שיטות קונטיננטליות הכירו בעילת החיים בעוולה: הולנד 269 ובלגיה. 270

- .Beardsley v. Wierdsma, 650 P.2d 288, 290 (Wyo. 1982) 234
 .Dumer v. St. Michael's Hospital, 69 Wis. 2d 766, 233 N.W.2d 372 (Wis. 1975) 235
 .James G. v. Caserta, 332 S.E.2d 872, 880 (W. Va. 1985) 236
 .Nelson v. Krusen, 678 S.W.2d 918 (Tex. 1984) 237
 .Miller v. Du Hart, 637 S.W.2d 183, 187 (Mo. App. 1982) 238
 .Taylor v. Kurapati, 236 Mich. App. 315, 336 - 37, 600 N.W.2d 670, 682 (Mich. 1999) 239
 .Viccaro v. Milunsky, 406 Mass. 777, 783, 551 N.E.2d 8, 12 (Mass. 1990) 240
 .Kassama v. Magat, 792 A.2d 1102, 1123 (Md. 2002) 241
 .Smith v. Cote, 128 N.H. 231, 252, 513 A.2d 341, 355 (N.H. 1986) 242
 .Becker v. Schwartz, 46 N.Y.2d 401, 386 N.E.2d 807 (N.Y. 1978) 243
 .Kush v. Lloyd, 616 So. 2d 415, 423 (Fla. 1992) 244
 .Ellis v. Sherman, 512 Pa. 14, 20, 515 A.2d 1327, 1339 - 30 (Pa. 1986) 245
 .Lininger v. Eisenbaum, 764 P.2d 1202, 1210 (Colo. 1988) 246
 .Bruggeman v. Schimke, 718 P.2d 635 (Kan. 1986) 247
 .Phillips v. United States, 508 F. Supp. 537 (D.S.C. 1980) 248
 .Azzolino v. Dingfelder, 315 N.C. 103, 337 S.E.2d 528 (N.C. 1985) 249
 .Harbeson v. Parke-Davis, Inc., 98 Wash. 2d 460, 656 P.2d 483 (Wash. 1983) 250
 .Procanik v. Cillo, 97 N.J. 339, 478 A.2d 755 (N.J. 1984) 251
 .Turpin v. Sortini, 31 Cal. 3d 220, 643 P.2d 954, 182 Cal. Rptr. 337 (Cal. 1982) 252
 .Me. Rev. Stat. Ann. Tit. 24 s 2931 (3) 253
 254 על פי אהרן ברק "שיטת המשפט בישראל – מסורתה ותרבותה" **הפרקליט** מ' 197, 199 (1992), בערכנו משפט משווה, מקובל לפנות תחילה לשיטות משפט המשתייכות לאותה משפחת משפט. על כך כתב פרי כי בתחום דיני הנזיקין יש לסווג את שיטתנו כשיטת common law, שהרי פקודת הנזיקין ביסודה היא קודיפיקציה של משפט אנגלי, ואף מרכיבים אחרים בדיני הנזיקין יסודם בעקרונות המשפט המקובל האנגלי (פרי – זו כבר אינה השאלה, לעיל ה"ש 6, בעמ' 103).
 255 McKay v. Essex Area Health Authority, [1982] 1 QB 1166 (1982) 1166, בשנת 1976 נחקק באנגליה חוק המומים המולדים – Congenital Disabilities (Civil Liability) Act, 1976, c. 28 (Eng.) – ששלל אף הוא את עילת התביעה בגין חיים בעוולה.
 .Bovingdon v. Hergott, 2008 ONCA 2, 290 D.L.R. (4th) 126 256
 .Harriton v. Stephens (2006) HCA 15 257
 .Anderson v. Forth Valley Health Bd., 1998 S.L.T. 588, 604 (Outer House 1997) 258
 .Ju v. See Tho Kai Yim, [2005] 4 Sing. L. Rep. 96, 120 (High Ct. Sing.) 259
 260 BVerfGE 88, 203 (269). על כך כתב השופט ריבלין בפרשת **המר**, לעיל ה"ש 4, בפס' 33 לפסק דינו: "**גרמניה של היום, בהפנימה את מוראות העבר, הכירה בחוקתה ובפסיקת בתי-המשפט שלה, בחובה לקדש את חיי האדם באשר הוא אדם**". שוללי העילה לשיטתם הולכים בסברם כי עקרון קדושת החיים מקדשם אף בעמדם אל מול אי החיים שטרם לחיים.
 .OGH (25.5.1999) JB1 1999, 593 261
 262 אמנם בית המשפט העליון לפניינים אזרחיים ופליליים של צרפת הכיר בעילת החיים בעוולה בפסק הדין, Cass. 1e civ., 26.3.1996, Bull. civ. I, No. 155, p. 109. אך בעקבות לחצים של ארגוני הנכים, שטענו כי מתייחסים אל חייהם כנחותים מאי-קיום, ושל נציגי הרופאים, שטענו בין השאר כי הכרה בעילה תאמיר את מחירי פרמיות הביטוח שהם נדרשים לשלם, נחקק בצרפת חוק ששלל את עילת התביעה בגין חיים בעוולה. ראה Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux

סיכום השופט ריבלין:

"קיים, אם כן, מעין 'קונצנזוס גלובלי', המשותף לשיטות המשפט השונות, בדבר שלילת עילת התביעה של 'חיים בעוולה'... דומה כי שופט הרואה עצמו כחלק ממערכת משפטית גלובלית זו, והנוטל חלק בכתיבתו של ה'רומן הגלובלי בהמשכים', ישים לנגד עיניו את דבר קיומו של קונצנזוס הקיים בסוגיה משפטית מסוימת... קונצנזוס גלובלי אמנם אינו מחייב בשיטת משפטנו, ובמקרים המתאימים אף עשוי להימצא טעם טוב לסטות ממנו; אולם אין ספק כי מן הראוי ליתן לו משקל מתאים,²⁷¹ תוך התייחסות לגורמים ולנימוקים שהובילו ליצירתו, ולבחון אם ראוי לאמצו גם במסגרת שיטת המשפט הישראלית. בסוגיה שבפנינו, אין מקום לסטות מן הקונצנזוס הגלובלי. שיטת המשפט הישראלית מקדשת את חיי האדם באשר הוא והיא חוסמת כל גריעה מערך החיים. חיינו של אדם, כל אדם, טובים ממותו".²⁷²

החוק הישראלי נותן משקל לריבוי דעות וקובע כי בדיון בהרכב תכריע דעת הרוב.²⁷³ אך מהו המקור למתן משקל לרוב המצוי חוץ לכותלי בית המשפט?! האם דעת הרוב קולעת יותר אל האמת?²⁷⁴ האמת לא נבחרת בקלפי, אלא מוכרעת על מאזני הלוגיקה. על דרך זו כתב אהרן ברק: "ספרי מלומדים, אסמכתאות, פסקי דין – כל אלה אינם שקולים כנגד טענה הגיונית פשוטה. אנחנו שוכחים זאת, אך המשפט מעמיד ביסודו את הפתרון ההגיוני: Common Law is common sense. אם ההיגיון הוא לצדך – גם מאות פסקי דין נוגדים לא יוכלו לך".²⁷⁵ האמת אדישה לשאלה אם תומכיה מרובים או מועטים מפני ש"כל דבר שהוכח, לא תוסיף אמיתתו ולא יתחזק הנכון שבו בהסכמת כל העולם עליו, ולא תיגרע אמיתתו ולא ייחלש הנכון שבו אם יחלקו כל אנשי הארץ עליו".²⁷⁶ השופט נוטל חלק בכתיבת "רומן גלובלי בהמשכים", אמר השופט ריבלין. אך איזה חלק הוא נוטל אם אינו מפתח את העלילה אלא עונה הן על דברי הקונצנזוס?! איזה המשך יש לרומן גלובלי הקופא על דעת הרוב. אף ביחסי רב ותלמיד אמר ניטשה "מי שאינו פוסק להיות תלמיד למורהו, אינו גומל לו כראוי".²⁷⁷ כל שכן ליושב על מדין שבבואו לדון דין אמת לאמתו, יתעלם מהדרך הכבושה של הקונצנזוס ויסלול דרך לעצמו. "אמת ויציב – אמת עדיף".²⁷⁸

- droits des malades et à la qualité du système de santé, J.O. 2002, 4118
לעיל ה"ש 6, עמ' 97-98.
- Cass. sez. tre, 29 July 2004, n.14488, Foro It. I, 12, 3327 263
STS 23.11.2007, RJ 2008, 24 264
- Revista no. 1008/01-1 (19.6.2001), reported in André G. Dias Pereira, Portugal, in EUROPEAN TORT LAW 2002, 350 265
(Helmuth Koziol & Barbara C. Steininger eds., 2003)
- Magyar Közlöny, 2008 no. 50 (26.3.2008) 2462, reported in 2 DIGEST OF EUROPEAN TORT LAW 955-56 (Benedict 266
Winiger, Helmuth Koziol, Bernhard A. Koch & Reinhard Zimmermann eds., 2011)
- Peter Loser, Switzerland, in EUROPEAN TORT LAW YEARBOOK 2011, 679, 682-84 (Ken Oliphant & Barbara C. 267
Steininger eds., 2012)
- Case No. 340/2007 Stewart v. Botha, Z.A.S.C.A. 84 (S. Africa. 2008) 268
- Leids Universitair Medisch Centrum/Kelly Molenaar, Hoge Raad der Nederlanden [HR], 18.3.2005, NJ 209 269
בפסק דין זה הכיר בית המשפט העליון של הולנד בעילת הילד, ופסק פיצוי הן בראשי נזק ממוניים והן בגין כאב וסבל.
Cour d'appel de Bruxelles, 21.9.2010, RGAR 2010, 14675 270
- CNR v. Norsk, [1992] 91 D.L.R. 4th 289 בפסק הדין בפסק הדין 271
- פרשת המר, לעיל ה"ש 4, בפס' 34 לפסק דינו של השופט ריבלין. 272
- 80 סי' לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984. וכן הוא במשנה תורה, סנהדרין ח, א. 273
- סוקרטס חלק על דעת האומרים "בדבר הצדק והעוול... שאין לשום אחד מאלה מהות משלו לפי הטבע, ושהדעה המקובלת ברבים היא היא האמת" (אפלטון תיאטיטוס 95 (ח"י רות עורך, התרצ"ד)). 274
- אהרן ברק "עם סיומה של תחילת הדרך" עיוני משפט טו 209, 210 (1991). 275
- מורה נבוכים, חלק ב, פרק טו (מהדורת ר"י קאפח). 276
- פרידריך ניטשה כה אמר זרתוסטרא 76 (ישראל אלדד מתרגם, שוקן, 1975). 277
- אמרתו של נשיא בית המשפט העליון, משה זמורה בע"א 376/46 רוזנבאום נ' רוזנבאום, פ"ד ב 235, 254 (1949). 278

בניגוד לשופט ריבלין, שהעניק לקונצנזוס משקל עצמאי בהליך ההכרעה השיפוטי, סבור פרי כי בנדון שלפנינו אין להעניק לקונצנזוס משקל עצמאי,²⁷⁹ משתי סיבות: ראשית, מפני שההצדקות להיסמכות על קונצנזוס²⁸⁰ נוגעות לסוגיות משפטיות החלות על תחומי פעילות חוצי-גבולות ולא לסוגיה משפטית בעלת אופי מקומי כסוגייתנו; שנית, מפני שהדבקות בקונצנזוס מלווה בשתי מגרעות: הראשונה הנצחת דין לא רצוי, והשנייה מניעת תחרות בין מערכות משפט, העשויה לשפר את מערכות המשפט ולאפשר לצרכנים לבחור ביניהן.²⁸¹

אף השופט ריבלין, הדבק בסוגייתנו בקונצנזוס הגלובלי, מודה כי קונצנזוס גלובלי אינו מחייב, אלא שאינו מוצא טעם לסטות ממנו הואיל ו"שיטת המשפט הישראלית מקדשת את חיי האדם באשר הוא, והיא חוסמת כל גריעה מערך החיים". כפי שהוסבר לעיל בארוכה, תביעת חיים בעולה אינה גורעת מערך החיים אלא מאדירה אותם. אמת, כי עקרון קדושת החיים מקדש את חיי האדם באשר הוא, אך כדי להגיע אל חקר העיקרון ולעמוד על היקפו, יש לבחון את תכליתו ולהפריד בין שני מושגי אי-החיים – אלו שטרם לחיים ואלו שלאחר החיים. עירוב בין המושגים – כמו זה הנמצא בדברי ריבלין הכותב בענייננו כי חיינו של כל אדם טובים ממותו – מוביל בהכרח למסקנה שגויה. בחינת תכלית העיקרון תוך הבחנה בין שני מושגי אי-החיים מובילה למסקנה כי עקרון קדושת החיים נתקדש רק בעמדו מול המוות ולא בעמדו אל מול אי-החיים שטרם לחיים.²⁸²

סוף דבר: בהעדר נימוקים תקפים לשלילת עילת הילד מחייב קו הצדק, ומחייבת אף פקודת הניזקין, לפצות את הילד על נזקו. עשיית דין צדק עם ולד מסכן זה היא סיבה משמעותית לסטות מהקונצנזוס הגלובלי.

י. חתימה

"לכאורה, מי שזכה לראות את החמה בזריחתה ואת כחול השמיים בזוהרם, מי שחש את עוצמת הוויית החיים וטעם ממכמניה, מצבו עדיף על מי שנתקפח ולא זכה בכל אלה בכלל, יש בעצם החיים משום ערך נשגב, דבר שבקדושה, זכות שאין לוותר עליה ובדרך הכלל אין להכחידה, ואשרי שזכה לכך".²⁸³

מכתם קסום זה של השופט דב לוין מתאר את קסם החיים מנקודת מבטנו אנו – חווי החיים. יפעת החיים שאנו חווים אינה מאפשרת לנו להבין עולם של חושך וצלמוות בו מצוי ילד שנולד בעולה.²⁸⁴ ילד שאין כל תקווה לאחריתו, המקלל את יומו ואורר את לילו. המחכה למוות ואיננו. אמנם עיני הבשר שלו יראו את צהוב השמש ואת כחול שמים, אך רוחו לא תחוה אותם. ילד זה המדוכא בייסורים, שאינו מכיר חיים ללא כאב, צווח יום יום במלוא גרון: **למה לא מרחם אמות, מפטן יצאתי ואנוע, מדוע קדמוני ברפים.**

סיכום

מאמר זה ניתח את הנימוקים שהביאו את בית המשפט העליון לשלול את עילת הילד. המאמר חתר להוכיח כי אין שום נימוק בר-קיימא המצדיק את שלילת עילתו. שש טענות העלו שוללי העילה לשלילתה:

279 וכן דעת השופט ברק שכתב בפרשת זייצוב, לעיל ה"ש 3, בפס' 29 לפסק דינו: "מודע אני לכך כי אחריות זו נשללה באנגליה... וכי מרבית הפסיקה האמריקנית אינה מכירה בה". ואף על פי כן לא מנעו הדבר להכיר בעילה. והשופטת בן-פורת כתבה שם, בעמ' 99: "התחקיתי אחרי השיקולים, שהנחו את בתי המשפט בארצות דלעיל, וגמלה בי הדעה, שאין הם מצדיקים, בכל הכבוד הראוי, את המסקנה, השוללת קיומה של העילה".

280 ההצדקות: הפחתת רמת המורכבות של הדין החל בעידן גלובלי, צמצום אי-הוודאות של הדין החל והבטחת הגינות מרבית שהרי מקרים דומים יוכרעו באופן דומה ללא תלות במיקומם המקרי.

281 פרי – זו כבר אינה השאלה, לעיל ה"ש 6, עמ' 99–102.

282 כפי שבואר בארוכה לעיל בפרק ב 1.

283 פרשת זייצוב, לעיל ה"ש 3, בפס' 4 לפסק דינו של השופט דב לוין.

284 על פי הגדרת בן-פורת. דהיינו ילד שרבו ייסוריו עד כדי שיאמר האדם הסביר נוח לו שלא נברא משנברא (פרשת זייצוב, לעיל ה"ש 3, בעמ' 99).

הטענה הראשונה: לא ניתן להשוות בין אי־חיים לבין חיי מום כדי לבחון אם יש נזק, הואיל ואיננו יודעים מהם אי־חיים. טענה זו נדחתה. ראשית, מפני שאי־חיים הם אֵין מוחלט, ולחלופין על המשפט הארצי להתייחס אליהם כאל אֵין מוחלט. שנית, שהרי המחוקק עצמו השווה בין אי־חיים לחיים בהתירו הפלה והפסקת טיפול רפואי לחולה סופני.

הטענה השנייה: כל חיים, אפילו כרוכים הם בסבל רב ובמוגבלות חמורה, עדיפים תמיד על פני אי־חיים מכוח עקרון קדושת החיים. טענה זו נדחתה מכמה סיבות: ראשית, עקרון קדושת החיים מקדש את החיים על פני המוות בלבד ולא על פני אי־החיים שטרם לחיים, כפי שמוכיח היתר הפלה אל מול איסור רציחה. שנית, היתר הפלה והפסקת טיפול רפואי לחולה סופני מוכיחים כי המחוקק מבכר אי־חיים על פני חיי סבל. שלישית, טענה זו סותרת את הטענה הראשונה של שוללי העילה.

הטענה השלישית: הפיצוי בגין קיצור תוחלת חיים יוצר הנחה חלוטה כי כל חיים עדיפים על פני אי־חיים. טענה זו נדחתה, מפני שיש להבחין בין אי־חיים שטרם לחיים ובין אי־חיים שאחר החיים.

הטענה הרביעית: הואיל ומעשה אחד גרם לחיים ולמום להתרחש בו־זמנית אין עילת תביעה. לשון אחר, נזק הוא פער שלילי בין שני מצבי קיום של הניזוק. בנדון דידן שהניזוק לא היה קיים במצב הראשון, לא ניתן להשוות בין המצבים ולקבוע כי יש נזק. טענה זו נדחתה, שהרי אבדן חיים כנזק מוכיח כי ניתן להשוות בין שני מצבים על אף שאחד מהם הוא אי־קיום.

הטענה החמישית: אם יוחזר המצב לקדמותו ויעלם הנזק, ייעלם אף הניזוק עמו. נמצא כי לא ניתן לממש תביעת נזיקין. טענה זו נדחתה מכמה נימוקים, ובהם מפני שנוסחת השבת המצב לקדמותו נקבעה בהגשימה את קו הצדק, אך כשהיא סותרת את קו הצדק יש לסטות ממנה.

הטענה השישית: הכרה בעילה פוגעת בכבוד האדם של אנשים עם מוגבלות בהתייחסה אל חייהם כנזק. טענה זו נדחתה מכמה נימוקים: ראשית, הנזק אינו עצם חיו של ילד שנולד בעוולה אלא המום הנלווה אל החיים. ניתן לייחס מום זה לנתבע חרף היותו טבוע בגנטיקה של האם, מפני שהוא הוא שהוציאו מן הכוח אל הפועל. שנית, החוק המתיר הפלה מוכיח כי החברה סבורה שהכרה בכך שטוב לו לולד פלוני שלא נולד משנולד, אינה פוגעת בכבוד האדם של אנשים עם מוגבלות. שלישית, זכויות האדם וזכויות הנכה הוענקו לפרט ולא לקבוצה, ועל כן אין לקעקען בשם זכויות הקבוצה. רביעית, אי־הכרה בנכותו של הנכה אינה מכבדת אותו אלא פוגעת בו.

המאמר הוסיף וטען כי אין חילוק אמתי בין עילת ההורים לעילת הילד, ומי שסלל דרך לתביעת ההורים ראוי שישללנה אף לתביעת הילד. עוד טען המאמר כי אף שיקולי מדיניות מצדדים בהכרה בעילת הילד, וכי על השופט לצעוד אחר הגיונו ולבו ולהתעלם מקונצנזוס הסותרם.

לאור כל אלה סבור המאמר כי יש לשוב ולכוון את עילת הילד – עילת החיים בעוולה. בניגוד לשופטי פרשת המר, הסבורים כי טוב היה לה לעילה שלא נולדה משנולדה, סבור המאמר כי העילה מתה בטרם עת.