

מבוא

פסק הדין בעניין **המר**,¹ שניתן ביום 28.5.2012, טלטל את העולם הנזיקי בישראל, את העילות של "חיים בעולה" ו"הולדה בעולה" ואת שטח העוללות הטרומ לידתיות, עוללות המתבצעות לפני לידתו של אדם או בסמוך לאחר לידתו בעת תהליך הלידה.

פסק הדין ביטל את הלכת **זייצוב**,² הלכה שנתקבלה בהרכב מורחב של בית המשפט העליון, כרבע מאה קודם לכן. בעוד שפסק דין **זייצוב** קבע שיילוד בעל מוגבלות יכול לתבוע בגין "חיים בעולה", היינו לתבוע בגין העובדה שהוא נולד כשהוא בעל מוגבלות, הרי שפסק הדין בעניין **המר** קבע שאין מקום שהוא יגיש תביעה שכזו, וזאת מטעמים ערכיים כמו גם מטעמים הנעוצים בכללים מתוך דיני הנזיקין. עם זאת, בית המשפט העליון – בעקבות פסיקה נרחבת במדינות רבות בעולם – קבע שאין מקום שהמזיק (שלא מנע את לידתו של היילוד בעל המוגבלות) לא יישא בתוצאות מעשיו, וקבע שלהורים עומדת עילת תביעה מעובה של "הולדה בעולה"; לפי פסק דין זה, להורים עומדת עילה כלפי המזיק בגין העובדה שהוא גרם להם הוצאות יתירות, הוצאות הנובעות מטיפול ביילוד בעל מוגבלות (בו לא חפצו) ומגידולו למשך כל תוחלת חייו.

הסתכלות צרה על פסק הדין בעניין **המר** התרכזה בביטול העילה של "חיים בעולה" ובעיבוייה של עילת ה"הולדה בעולה". אלא שבכך לא מסתכמים הדברים: אפשר שהכוונה הייתה העברה "טכנית" של זכות הפיצוי מהיילוד להורים, אשר יקדישו את הסכומים לטיפול בילוד, אך במהרה התבררה שלהעברה זו "רעשי משנה" שרק חלקם החל להתברר בפסיקה. כך, למשל, ביחסים עם המזיק בשאלת ההתיישנות: בעוד שכאשר העילה הייתה בחלקו של היילוד, תקופת ההתיישנות שחלה הייתה תקופת ההתיישנות החלה על תביעות קטינים, הרי שכאשר הועברה העילה להורים, קוצרה תקופת ההתיישנות בצורה דרמטית. אך לא רק ביחסים בין המזיק לבין ההורים/היילוד נוצר זעזוע. בסמוך לאחר מתן פסק הדין בעניין **המר**, צפה תוצאה נוספת: העברת העילה להורים מאפשרת, על פני הדברים, שההורים יעשו בכספים כרצונם, ללא קשר ליילוד. כאשר היה מדובר בעילתו של היילוד, הכספים היו שמורים לטובתו, לטיפולו ולגידולו. לעומת זאת, כאשר הכספים מוענקים להורים, יכולים הם לבזבזם או להשתמש בהם למטרות שלא למען נפסקו (אפילו אם מדובר במטרות ראיות, או ראיות בעיניהם), תוך הותרת היילוד ללא אמצעים הנדרשים לו בשל מוגבלותו. תופעת "לוואי" זו, נצפתה, גם אם מכיוון אחר, כבר בעת מתן פסק הדין בעניין **המר**: בפסק הדין עצמו הביע בית המשפט העליון את החשש שמא נושי ההורים יוכלו להניח את ידם על הכספים, תוך הותרת היילוד וההורים ללא פיתרון למצבו של היילוד. בית המשפט העליון צפה שאם לא תבוא התערבות חקיקתית, הוא עצמו יצטרך יצטרך לפתח כלים כדי שעילת התביעה אמנם תהיה של ההורים ותדאג לפיצויים, אך יובטח שהסכומים יוקדשו לטיפול ביילוד. במעגלים רחבים יותר התוצאה משליכה גם על יחסי הורים-ילדים, יחסים שבדרך כלל נסתרים מהדין הנזיקי. בספר זה, נראה כי "רעשי לוואי" אלה, שנתגלו בתוך פרק הזמן

1 ע"א 1326/07 **המר נ' עמית** (פורסם בנבו, 28.5.2012) (להלן – פסק דין **המר**).

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

עוולות טרום לידתיות: הילד הרצוי והילד הבלתי רצוי

הקצר יחסית שחלף מאז מתן פסק הדין, הם רק קצה הקרחון של המעבר בין חיים בעולה לבין הולדה בעולה. בחלקו השני של הספר אצביע על הבעיות שנוצרו מבלי משים, על תוצאותיהן הקשות ועל הפיתרון האפשרי במסגרת הדין הנוהג.

בספר אנסה להצביע על כך שהסערה העוברת על העילות המקבילות של "הולדה בעולה" ו"חיים בעולה" (שבוטלה) אינה התוצאה היחידה של פסק דין **המר**, וכי קיימות השלכות רוחב משמעותיות נוספות. עילת ה"הולדה בעולה" היא חלק ממארג רחב יותר של עוולות טרום לידתיות: החל מעילת ה"הפלה בעולה" (או מניעת הולדת יילודים³) עולה שבה הגורם המעוול מביא לכך שנמנע מההורים פרי בטן, אם על ידי גרימת הפלה ובין אם מניעתם מכניסה להיריון וממימוש רצונם-זכותם להוליד ילדים; עולת ה"היריון בעולה", שבה – כתמונת מראה ל"הפלה בעולה" – הגורם המעוול גורם לכך שייוולד יילוד, בריא אומנם, אך לא רצוי להוריו, תוך פגיעה ברצונם-זכותם שלא להוליד ילדים; ⁴ ואף עולה "רגילה" שבה היה אמור (אלמלא העולה) להיוולד יילוד בריא, אך בשל מעשה עולתי (למשל בתהליך הלידה) נולד יילוד בעל מוגבלות. בשל הדמיון לעוולות שלאחר הלידה, ההתייחסות לעילה זו היא בדרך כלל כשל עילה רגילה לכל דבר (כאילו נולד יילוד בריא שלאחר שנים ניזוק בעולה), אך לדעתי מאפייני אירוע זה קרובים לעוולות טרום לידתיות אחרות, מעוררים בעיתיות דומה (של יחסי הורים-יילודים), גם אם מחייבים הם מתיחת קו גבול בין העולה ה"רגילה" לבין העולות הטרומ לידתיות האחרות, ובראשן ההולדה בעולה. בספר זה אטען, שיש להסתכל על המארג השלם של העולות הטרומ לידתיות: ההולדה בעולה של הולדת יילוד לא רצוי בעל מוגבלות,⁵ ההיריון בעולה של הולדת יילוד לא רצוי שהוא בריא, ההפלה בעולה של מניעת הפיריון של יילודים רצויים, ואף העילות הרגילות שבהם יילוד שאמור היה להיוולד בריא נולד כשהוא בעל מוגבלות. לטענתי, העולות

- 3 השימוש בשם "הפלה בעולה" מתייחס למקרה הקלסי, של היריון רצוי, כאשר העולה הביאה להפלה. השם הנ"ל ניתן הן בשל העובדה שהפסיקה שהתגבשה סבה סביב מקרה זה (ע"א 754/04 לוי נ' מרכז רפואי שערי צדק, פ"ד סב(2) 218 (2007) (להלן – עניין לבנה לוי)), והן מאחר שמדובר במצב פשוט לכאורה, בו כבר קיים היריון וצפוי להיוולד יילוד. עם זאת, בעילה זו יש לכלול גם מקרים בהם נמנעת לידת יילוד רצוי, בשל ניעת היריון כל עיקר. מן הראוי לציין כי מקרים אלה של מניעת לידת ילד רצוי, עשויים להיראות מורכבים יותר בהוכחת רצון ההורים להוליד יילוד כמו גם בהוכחת הסיכויים שאכן הלידה (וההיריון) היו מתממשים, הן מסיבות סובייקטיביות והן מסיבות רפואיות-אובייקטיביות.
- 4 גם כאן, השם של "היריון בעולה" אינו מוצלח ביותר ואינו מבטא את כלל המקרים האפשריים שהובילו להולדת יילוד לא רצוי. בתור דוגמאות אחרות ניתן להציג הפסקת היריון אשר לא הצליחה, או רצונה של האישה בהפלה חוקית, אשר נמנע ממנה (למשל, בחבלה בתהליך של ועדה להפסקת היריון). המונח שנבחר מתייחס למקרים שנדונו בצורה אופיינית בפסיקה, של פגיעה באמצעי מניעה שבהם נקטו ההורים (כגון קשירת חצוצרות רשלנית) ואשר הביאה לאפשרות (שהתממשה) להיריון. למעשה המונח הראוי לעילה היא "הולדה בעולה", אך במונח זה כבר נעשה שימוש לתיאור מקרה של לידה לא רצויה של יילוד בעל מוגבלות. לעמדה שלמעשה עילת ה"הולדה בעולה" (של יילוד בעל מוגבלות) אינה אלא מקרה פרטי של עילה של "הולדה בעולה" של יילוד לא רצוי (מכל טעם שהוא), ראו להלן בה"ש 19. בשולי הדברים נציין כי גם עילת ה"הולדה בעולה" (של הולדת יילוד לא רצוי, בעל מוגבלות) יכולה להתחיל מאירועים מוקדמים יותר, כגון ייעוץ רשלני בעניין התאמה גנטית של ההורים לפני נישואין (ייעוץ האופייני למשל בחברה החרדית), אשר הביא לנישואיהם ובעקבותם להיריון ולהולדת יילוד בעל מוגבלות, בעוד שלו היה ניתן ייעוץ נכון כלל לא היו באים בני הזוג בכרית הנישואין.
- 5 ובשולי עניין זה, גם הולדת יילוד לא רצוי למרות היותו בריא, בעוד שההורים ביקשו הולדת יילוד אחר, בעל תכונות אחרות, ואולי דווקא יילוד בעל מוגבלות.

הנזכרות התפתחו באופן אקראי וחסר עקביות, כל אחת בפני עצמה, ללא בחינת הקווים המקבילים והגבולות, הדקים לעיתים, המפרידים בין העוולות. מעבר לכך, אוסיף ואטען כי התפתחות העוולות, כמו גם הגבולות שביניהן, מתייחסים להיריון, לידה ומוות ארכאיים, המתעלמים, לעיתים, מהתפתחויות מדעיות, באופן שנמצא עצמנו (ללא הצדקה משפטית-נוזיקת אמיתית) "שבוים" בהיריון, לידה ומוות שעבר זמנם.

בחלק הראשון של הספר, אצביע תחילה על המארג הקיים של העוולות הטרומ לידתיות השונות, כבסיס לדיון. לאחר מכן, אדון בגבולות הדקים ובחוסר היכולת להבדיל בין העוולות השונות, והבעייתיות בהחלת המצב המשפטי על מצבי גבול. במצבים אלה לעיתים שינוי כמעט לא מורגש, כ"חוט השערה", מביא לתוצאות שונות בצורה מהותית, באופן שקשה להסבר אינטואיטיבי. כן אדון בהתפתחויות המדעיות בענייני חיות, תרומת תאי רבייה ובדיקות טרום השרשה, והשלכתן על המארג השלם. החלק הראשון ימשיך בדיון בהתפתחות החברתית של הפונדקאות, וההשלכה על המארג הנזכר. לאורך כל הדיון בהתפתחויות הנזכרות, המשפטיות, המדעיות והחברתיות, אציע הצעות שונות שנועדו להשיב את הדיון והחלוקה לעילות לפסים הנכונים. בסופו של החלק הראשון – וכבסיס למעבר לחלק השני והשלישי של הספר – אדון בשאלה האם כלל יש טעם בחלוקה לעילות, זאת במיוחד לאור סכומי הפיצוי הדומים שנפסקים במקרה שנולד יילוד בעל מוגבלות, ללא קשר לשאלה האם כלל לא היה אמור להיוולד או אם היה אמור להיוולד כשהוא בריא.

בחלק השני של הספר, אדון בשאלות הנובעות מהעברת זכות התביעה מהיילוד להורים במסגרת פסק דין המר, ואצביע על ההשלכות הניכרות (הרבה מעבר לאלה שנדונו עד כה בספרות) הנובעות מהעברה זו. בחלק זה אציע פיתרון כולל – במסגרת המבנה הקלסי של עולות ההולדה בעוולה (דהיינו, הולדת יילוד בעל מוגבלות אשר לא היה אמור להיוולד כל עיקר) – לבעיות הנוצרות מהעברת העילה מהיילוד (חיים בעוולה) להורים (הולדה בעוולה). עיקרו של פיתרון זה הוא בראיית זכויות ההורים כתובעים בעילת ההולדה בעוולה כנאמנים, ואת היילודים כנהנים. חלק זה יסתיים בבחינת הפיתרון על עוולה טרום לידתית אחרת, שגם בה קיימות דמויות שונות, הורים וילדים, היא עילת ההיריון בעוולה. חלק זה יציע כאמור, פיתרון לבעיות החדשות שנוצרו בעילת ההולדה בעוולה (עקב העברת מרכיבים מעילת החיים בעוולה לעילת ההולדה בעוולה המעובה) ביחסי הורים-ילדים-צדדים שלישיים. עם זאת, הפיתרון שיוצע אין בו כדי להביא לתוצאה קוהרנטית מלאה של דיני העוולות הטרומ לידתיות, ולפיתרון הקשיים עליהם עמדתי בחלק הראשון.

בחלק השלישי, אציע תזה רדיקלית יותר, האמורה לפתור את הקשיים הנובעים מההתפתחות הנפרדת של העילות השונות. תזה זו תבחין בין מעמדו של מי שמגיש בפועל את התביעות לבין מי שזכאי לכספים, ותטען שהשיקולים בבחירת מי שמגיש את התביעה אינם צריכים להכתיב את התשובה לשאלה מי זכאי לכספי התביעה. לטענתי, ההתייחסות האחידה שנעשתה עד כה בין שני הגורמים – "התובע הראוי" ו"זכאי הקצה" – מביאה לתוצאות בלתי ראויות כאשר האירוע הנוזיקי חורג מהאירוע הפשוט של ניזוק בודד וישיר כנגד מזיק בודד, ואציע הצעה כוללת. חשוב להדגיש כבר עכשיו: הצעה זו ראויה לבחינה מיוחדת וליישום ראשון במקרים של עוולות טרום לידתיות שבהן יש ריבוי משתתפים בצד הניזוק. עם זאת, היא ראויה לבחינה גם במקרים אחרים, החורגים ממסגרת ספר זה, אף אם היא מגיעה במקרים האופייניים לתוצאות הדומות לדין הקיים. למעשה, ברוב הנקודות,

עוולות טרום לידתיות: הילד הרצוי והילד הבלתי רצוי

ההצעה מציעה תאוריה דסקריפטיבית-פוזיטיבית-תאורית,⁶ הנותנת בסיס תאורטי חדש לדין קיים, ולא בהכרח תאוריה נורמטיבית הבאה לשנות מהדין הקיים. בכך נבדלת הצעתי מהצעה חדשנית שהוצעה לאחרונה (ועליה אעמוד), לבחור תובע **יעיל**, שאינו קשור בהכרח לאלה שניזוקו בעוולה, וגם להעניק לו חלקים מפירות התביעה – תאוריה שבמידה ותתקבל אמורה לשנות בצורה רבה את צד התובעים. מכל מקום, הצעתי, לו תושם, תביא לשינויים נורמטיביים בדין הנוהג רק בנקודות מוגבלות ובמקרי גבול, וזאת כדי ליצור מערכת קוהרנטית ורציפה בתחום העוולות הטרם לידתיות.

6 לתאוריות דסקריפטיביות-פוזיטיביות מול תאוריות נורמטיביות ראו למשל ANTHONY A. D'AMATO, JURISPRUDENCE: A DESCRIPTIVE AND NORMATIVE ANALYSIS OF LAW (1984); ROSCOE POUND, JURISPRUDENCE vol. 2 163–167 (1959); WAYNE MORRISON, JURISPRUDENCE: FROM THE GREEKS TO POST-MODERNISM 1–14 (1997). והשוו ידידיה צ' שטרן "החברה כאישיות משפטית חסרת בעלים: תאוריה, דין, מציאות" **מחקרי משפט** כא 245, 249–245 (2004). וראו KEITH N. HYLTON, TORT LAW – A MODERN PERSPECTIVE 10 (2016): "A positive theory seeks to explain and understand the law as it is."