

הריון בעוולה

מאת

עמוס הרמן*

הריון בעוולה נובע מרשלנות בעיקור האב או האם, מרשלנות בביצוע הפלה, מרשלנות באבחון הריון ומפגמים באמצעי מניעה הגורמים ללידתו של ילד לא מתוכנן. הדיון בנושא נפתח בתיאור הסיבות להריון בעוולה וממשיך בעילות התביעה של ההורים בגין הנזק שנגרם להם כתוצאה מהולדת ילד בריא, לא-מתוכנן.

המאמר סוקר את הגישות השונות לזכות התביעה והיקפה. תחילת המאמר – בתיאור ביקורתי של גישת הפיצוי המלא. המאמר מפרט את סוג הנזק שנגרם להורים ואת זכותם לפיצוי בגינו. מול גישת הפיצוי המלא קיימת הגישה השוללת כליל את זכות התביעה של ההורים במקרה של הריון בעוולה משיקולים של מוסר ורגש הציבור. בין שתי התפישות הקיצוניות קיימות גישות ביניים של הכרה בפיצוי חלקי בגין נזק ההורים. גישות הביניים מבוססות על שיקולים משפטיים (כלל התועלת) והקיצוז של ההנאה מן הילד מהוצאות גידולו. שיקולים אחרים מתבססים על צדק חלוקתי ועל הקצאת משאבי הרפואה הציבורית באופן שאינו מזכה את ההורים בפיצוי בעבור הוצאות גידול הילד.

בין לבין, נדונה סוגיית הפגיעה באוטונומיה של ההורים וחובתם להקטין את הנזק, וכן נבדקת השפעת העילה לרצון להימנע מהבאת ילד נוסף לעולם על זכות התביעה של ההורים. המאמר גם בודק את המקרים המיוחדים של הולדת ילד נכה ואת ההתייחסות להורה הנכה והסיבות לזכויותיהם המיוחדות בהסתמך על המוגבלות הגופנית.

במאמר משולבת סקירה של המשפט המשווה. בסיומו, מגיע המאמר להמלצה בדבר הפיצוי הראוי.

- א. מבוא
- ב. עילת התביעה
- ג. גישת הפיצוי המלא
- ד. גישת הדחייה הטוטלית
- ה. גישת כלל התועלת

* מרצה בכיר, מכללת "שערי משפט".

- ו. הקטנת הנזק
- ז. השפעת המניע לאי הרצון להרות על זכות התביעה של ההורים
- ח. הפיצוי הראוי
- ט. הפגיעה באוטונומיה
- י. הילד הפגוע
- יא. הורים נכים
- יב. סיכום

א. מבוא

הריון בעוולה נגרם כתוצאה מרשלנות רפואית בעיקור האם או האב, באי אבחון הריון בלתי רצוי או כישלון לבצע הפלה.¹ הריון בעוולה נגרם גם כתוצאה מפגמים באמצעי מניעה או מטעויות של רופאים או רוקחים הקשורות לאמצעי מניעה. הריון בעוולה עשוי להיות גם כתוצאה מהפריית מבחנה, כאשר נולדים ילדים במספר רב יותר מהמבוקש.²

כתוצאה מהריון בעוולה נולד ילד לא מתוכנן.³

1 "הריון בעוולה" רחב יותר מ"התעברות בעוולה" (wrongful conception), "עיקור בעוולה" (כישלון בביצוע ניתוח עיקור של האם או של האב) ו"הפלה בעוולה" (כישלון בביצוע הפלה), והוא כולל, למעשה, את כולם. הריון בעוולה כולל גם אי אבחון הריון ולכן אי-ביצוע הפלה או איחור בביצוע הפלה.

2 Thompson v. Sheffield Fertility Clinic (QBD Hooper J.) 24 November 2000

3 הולדה בעוולה (wrongful birth), להבדיל מהריון בעוולה (wrongful pregnancy), הוא מצב שבו נולד ילד נכה עקב אי-אבחון פגם בזמן ההריון או אי-גילוי מחלה תורשתית של אחד ההורים בטרם התעברות. הולדה בעוולה היא תביעת ההורים נגד הרופא הרשולן שמנע מהם את הבחירה שלא להתעבר או להפיל, על מנת שלא להביא לעולם ילד פגוע. שכן רצו הם בילד בריא אולם נולד ילד פגוע. במקרי הולדה בעוולה, מאחר שההורים רצו ילד, אבל בריא, ייתכן שהם ינסו להביא לעולם ילד נוסף. בהריון בעוולה ההורים לא רצו כלל ילד, ולכן רב הסיכוי שלא ירצו ילדים נוספים לאחר היוולד הילד הלא מתוכנן.

חיים בעוולה (wrongful life) היא תביעתו של הילד הנכה נגד הרופא שגרם לכך שהוא נולד פגוע. ראו: ע"א 518/82 זייצוב נ' כץ, פ"ד מ(2) 85 (1986) (להלן: עניין זייצוב). בהולדה בעוולה ובחיים בעוולה, הפנייה לרופא היא תמיד משיקולים רפואיים, לעומת זאת, בהריון בעוולה, הפנייה לרופא אינה נובעת דווקא ממניע רפואי. בהולדה בעוולה ובחיים בעוולה התוצאה היא ילד פגוע; כתוצאה מהריון בעוולה נולד, בדרך כלל, ילד בריא. עוד על ההבחנה בין הריון בעוולה, חיים בעוולה והולדה בעוולה ראו: J. Kenyon Mason, *Wrongful Pregnancy, Wrongful Birth and Wrongful Terminology*, 6(1) EDINBURGH L. REV. 46 (2002).

בצד ההריון בעוולה, ההולדה בעוולה והחיים בעוולה קיים גם האימוץ בעוולה (wrongful adoption), שבו מדובר על תביעת ההורים נגד סוכנות האימוץ שיצרה מצג רשלני בדבר בריאות

השיקולים העיקריים לרצון שלא להביא ילד לעולם הם:

1. שיקולים בריאותיים (הגנה על בריאות האם או רצון להימנע מלהביא ילד פגוע לעולם).
2. שיקולים כלכליים (קשיים כספיים הכרוכים בגידול הילד).
3. שיקולי נוחות (רצון לפתח קריירה שלא על חשבון הילדים או רצון לשמור על מסגרת משפחתית מצומצמת).

ההחלטה על ביצוע עיקור, הפלה⁴ או שימוש באמצעי מניעה היא חוקית לחלוטין. זהו תחום בחיי המשפחה שבו יש להורים בחירה חופשית.⁵ אין מניעה מוסרית או אתית להגביל או לתכנן את גודל המשפחה. עיקור והפלה גם אינם סותרים את תקנת הציבור.⁶

קיימים ארבעה מצבים בסיסיים של הריון בעוולה:

1. הורים בריאים שביקשו להימנע מלהביא ילד לעולם, ונולד ילד בריא.
2. הורים נכים שביקשו להימנע מלהביא ילד לעולם, ונולד ילד בריא.
3. הורים בריאים שביקשו להימנע מלהביא ילד לעולם, ונולד ילד נכה.
4. הורים נכים שביקשו להימנע מלהביא ילד לעולם, ונולד ילד נכה.

יש להדגיש כי המשותף לכל המצבים הוא רצונם של ההורים להימנע לחלוטין מלהביא ילד לעולם. בהולדה בעוולה, לעומת זאת, מעוניינים ההורים בילד, אך חוששים מהולדת ילד נכה ולכן מתייעצים עם מומחים בטרם ההתעברות או בזמן ההריון בדבר הסיכוי להולדת ילד פגוע. עקב רשלנות המומחים נכנסת האם, במודע, להריון או ממשיכה אותו, ובסופו של דבר נולד ילד פגוע.⁷

המאומץ. בתביעה בעילה של אימוץ בעוולה, מבקשים ההורים לבטל את האימוץ או לקבל פיצויים בגין הנזק שנגרם להם עקב נכותו של הילד המאומץ. ראו: McKinney v. State, 950 P.2d 461 (Wash. 1998).

4 ראו ס' 312-317 לחוק העונשין, התשל"ז-1977, ס"ח 226 (להלן: חוק העונשין); חוק ההפלות הבריטי (Abortion Act, 1967, c. 87) ופסק הדין של בית המשפט העליון בארצות-הברית: Planned Parenthood v. Danforth, 428 U.S. 52; Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973) (1976).

5 Carey v. Population Services; Planned Parenthood v. Casey, 505 U.S. 833 (1992) Int'l, 431 U.S. 678 (1977).

6 לעניין תקנת הציבור ראו: בג"ץ 6051/95 רקנט נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד נא(3) 289 (1997).

7 הפגם עצמו שהילד סובל ממנו לא נגרם על ידי היועץ הרפואי. רשלנותו של היועץ מתבטאת בכך שהוא לא זיהה את הפגם ובכך שלל מההורים את הזכות שלא להרות או להפסיק ההריון, מושא הילד הפגוע.

בהריון בעוולה, ההריון או המשכו לא היו רצויים מלכתחילה והילד לא היה כלל מתוכנן. בהולדה בעוולה, ההריון והילד מתוכננים ורצויים אך הפגם שהילד סובל ממנו נובע ממחדל הרופא לאבחנו בטרם ההתעברות או בזמן ההריון. אפשר שכתוצאה מלידת ילד פגוע (במקרי הולדה בעוולה) מחליטים ההורים שלא להביא לעולם ילד נוסף, ילד שהיו רוצים בו אלמלא נולד להם ילד פגוע.⁸

מאמר זה נועד לבדוק את השאלות הבאות: אם קמה להורים עילת תביעה נגד הגורם שעקב רשלנותו נולד ילד בלתי מתוכנן; מהם ראשי הנזק שההורים זכאים להיפרע בגינם (בהנחה שקמה עילת תביעה); אם יש הבדל בין ארבעת מצבי ההריון בעוולה בנוגע לעצם זכות התביעה והיקפה.⁹ סוגיה נוספת שתידון היא השפעת השיקול להימנע מלהביא ילד לעולם על זכות התביעה ועל היקפה.

קיימות גישות אחדות בכל הנוגע לפיצויים שניתן לקבל בתביעה בשל הריון בעוולה. הגישות נעות לאורך ציר שתחילתו דחייה טוטלית של עילת התביעה, במיוחד כאשר נולד ילד בריא להורים בריאים. המשכו של הציר – הכרה בפיצויים מוגבלים; פיצויים בעבור הפגיעה באם עקב הנזק הממוני והלא-ממוני שנגרם לה כתוצאה מההריון ומהלידה הבלתי רצויים, וכן הכרה בזכות האם או האב לפיצויים בגין כשלונו של ניתוח העיקור והצורך בעריכת ניתוח נוסף לעיקור.

מצב נוסף של פיצוי מוגבל נמצא בגישה בדבר כלל התועלת, המכירה בפיצוי בעבור נזק ממוני ולא-ממוני הכרוך בעצם הלידה. גישה זו מכירה גם בזכות ההורים לפיצויים בשל הוצאות הכרוכות בגידול הילד, אך הוצאות אלה מקוזזות מההנאה ומהתועלת שמביא עימו הילד להוריו ולמשפחתו. בסופו של הציר מצויה הגישה המכירה בפיצויים מלאים. פיצויים אלה כוללים הכרה בנזק שנגרם להורים מעצם ההריון והלידה וכן הכרה בנזק הנובע מהוצאות גידול הילד עד הגיעו לבגרות (ללא קיזוז).

8 החלטת ההורים שלא להביא לעולם ילד נוסף אחרי הולדת ילד פגוע היא גורם רלוונטי בחישוב הפיצויים המגיעים להם עקב הולדת הילד הפגוע. ראו: *Salih v. Enfield Health Authority*, [1991] 3 All E.R. 400 (C.A.).

9 לילד בריא שנולד כתוצאה מהריון בעוולה אין עילת תביעה נגד הגורם שהביא ברשלנותו ללידתו, באשר הילד לא ניזוק. אין גם מקום להשוואה בין קיומו לאי-קיומו. תביעת אחים של ילד לא מתוכנן, שנולד כתוצאה מהריון בעוולה, בטענה שנמנעת מהם תשומת לב ההורים ונשללת מהם תמיכה כלכלית בגובה עלות גידול אחיהם, ושחלקם בעיזבון ייפגע, נראית לי תביעת סרק ספקולטיבית. ספק רב אם קיימת לנתבע חובת זהירות כלפיהם. לעניין הפגיעה בעיזבון בהקשר שונה, ראו: ע"א 5/84 יחזקאל נ' אליהו חברה לביטוח בע"מ, פ"ד מה(3) 374 (1991).

כל אחת מן הגישות מכילה גוונים שונים; יש גישות רחבות יותר, יש גישות צרות יותר ויש שילובים של גישות אלה.¹⁰ ההבדלים בין הגישות מקורם בתפישות משפטיות, כלכליות, חברתיות וערכיות שונות, והם באים לידי ביטוי בהחלטות בתי המשפט, בספרות ובחקיקה. יש שבאותה מדינה ניתנים פסקי דין המשקפים תפישות שונות¹¹ ויש שהתפישות משתנות לאורך זמן.¹² לפעמים החקיקה מקדימה את הפסיקה¹³ ולפעמים החקיקה מתקבלת בעקבות פסיקה.¹⁴ בישראל נדונו מקרים בודדים בלבד של הריון בעוולה, ובבתי המשפט המחוזיים אומצה גישת ביניים של הכרה בהוצאות גידול הילד וקיצוץ הנזק הלא-ממוני הכרוך בהריון ובלידה מההנאה מן הילד.¹⁵

בפרקים הבאים תיסקרנה הגישות השונות, היתרונות והחסרונות של כל אחת מהן, ותוצע גישת ביניים – "הפיצוי הראוי", המכירה בפיצוי מוגבל המתחשב, מחד גיסא, בנזק שנגרם להורים, ומאידך גיסא, מתחשב בצרכי החברה ובמשאבים המוגבלים של הרפואה הציבורית.

- 10 ראו: Amy Norwood Moore, Note, *Judicial Limitations on Damages Recoverable for the Wrongful Birth of a Healthy Infant*, 68 VA. L. REV. 1311 (1982)
- 11 בארצות-הברית יש שתי מדינות שהכירו בזכות ההורים לפיצוי מלא כגון המידי שנגרם להם ובגין הוצאות גידול הילד: (N.M. 805 P.2d 603; Lovelace Medical Center v. Mendez, 1990) (Wis. 450 N.W.2d 243; Marciniak v. Lundburg, 1991). יש מדינות שהכירו בזכות התובעים לפיצויים בשל הנזק המידי בלבד (לא כולל הוצאות גידול הילד), ראו למשל: Wilbur v. Girdly, 825 S.W.2d 295 (Mo. 1992); Girdly v. Coats, 628 S.W.2d 568 (Ark. 1982); Kerr, 260 (Ark. 1982); Sherlock v. Stillwater Clinic, 260 (Ark. 1982); Emerson v. Magendantz, 689 A.2d 409 (R.I. 1997); וכן: N.W.2d 169 (Minn. 1977).
- 12 בכריטייה נהגה התפישה שלידת ילד בלתי מתוכנן מזכה הוריו בפיצויים בשל הוצאות גידול, ראו למשל, החלטות בית המשפט לערעורים בעניין: Emeh v. Kensington and Chelsea and Thake v. Maurice, [1984] 2 All W.L.R. 1012; Westminster Health Authority, [1985] Q.B. 497 (C.A.); עד שבא בית הלורדים וקבע שאין להורים זכות לפיצויים בעבור הוצאות גידול הילד: McFarlane v. Tayside Health Board, [2000] 2 A.C. 59.
- 13 ראו למשל, החוק של פנסילבניה הקובע שאין עילת תביעה במקרים של הריון בעוולה: Actions for wrongful birth and wrongful life, 42 Pa. C.S. § 8305. בית המשפט העליון של פנסילבניה קבע שהחוק חל גם על הריון בעוולה, ראו: Butler v. Rolling Hill Hospital, 555 A.2d 205 (Pa. 1989).
- 14 ראו למשל: Queensland Civil Liability Act, 2003, Part 5 § 49A – Failed Sterilisation Procedures, שאינו מכיר בזכות לפיצויים בעבור הוצאות גידול ילד בריא, וזאת לעומת החלטת בית המשפט העליון של אוסטרליה בעניין: Cattanach v. Melchior, [2003] 215 C.L.R. 1 (להלן: עניין Cattanach), שהכיר בזכות ההורים לפיצויים בעבור הוצאות גידול ילד בריא שנולד כתוצאה מהריון בעוולה.
- 15 ראו: ת"א (שלום י-ם) 733/94 דונין נ' קופת חולים של ההסתדרות הכללית של העובדים בישראל, פדאור 96(2) 373 (1996) (להלן: עניין דונין); וכן ע"א (מחוזי ת"א) 1323/96 טפירו נ' קופת החולים של ההסתדרות הכללית (לא פורסם, 13.9.1998).

ב. עילת התביעה

תביעת ההורים במקרים של הריון בעולה יכול שתתבסס על דיני הנזיקין או על דיני החוזים. הריון בעולה אינו זכות חדשה, אינו עילת תביעה וגם אינו עוולה חדשה. הריון בעולה הוא כותרת המקבצת כמה מצבים של נזק שגרמו לתוצאה בלתי רצויה והיא הולדתו של ילד לא מתוכנן. הריון בעולה דן במצבים שבהם ההורים לא רצו (עוד) ילדים, כך שהנתבעים שללו, שלא כדיון, מן התובעים את זכותם לתכנן המשפחה. סיווג התביעה כהריון בעולה נעשה מטעמי נוחות ויעילות. יש להדגיש כי העולה אינה בהריון אלא ברשלנות הנתבע, שכן מדובר בדרך כלל במצבים של רשלנות רפואית שמתרחשים בטרם ההתעברות (עיקור רשלני של האב או האם) או אחרי ההתעברות (אי אבחון הריון, אחור באבחון הריון וכישלון בביצוע הפלה). בצד אלה קיימים מצבים של הריון בעולה שהם תוצאה של רשלנות בכל הנוגע לאמצעי מניעה (טרומ התעברות). המכנה המשותף לכל המקרים הוא הפרת חובה (חוקית, חוזית או נזיקית) של הנתבע כלפי התובעים. רוב התביעות במקרים של הריון בעולה מתבססות על עולת הרשלנות.¹⁶

The parent's claim in this type of case can be stated simply. The negligent doctor committed a legal wrong towards the parent, and the precise event the parent sought to avoid then happened: the birth of a child. On ordinary legal principles the foreseeable adverse financial consequences of a legal wrong may expect to be borne by him who committed the wrong.¹⁷

הרופא חב חובת זהירות כלפי מטופליו, והרוקח והיצרן חבים חובת זהירות כלפי לקוחותיהם.¹⁸

על התובעים להוכיח כי הנתבע הפר את חובת הזהירות שלו כלפיהם בכך שניתח אותם באופן רשלני או פעל באופן בלתי סביר אחר בעניינם וכתוצאה מכך גרם להם לנזק.

מצב אחר של רשלנות ניתן למצוא במקרה שבו הרופא הנתבע לא הסביר כראוי את הסיכויים והסיכונים הכרוכים בפרוצדורה שנקט. חובת הרופא היא לא רק לבצע את הניתוח במקצועיות אלא עליו לתקשר עם המטופל באופן שהמטופל יבין את היתרונות,

16 ס' 35-36 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש].

17 Per Lord Nichols of Birkenhead in *Rees v. Darlington Memorial Hospital NHS Trust*, [2003] U.K.H.L. 52, para. 12. (להלן: עניין *Rees*).

18 על חובות זהירות מושגית וקונקרטית ראו: ע"א 145/80 ועקנין נ' המועצה המקומית בית שמש, פ"ד לז(1) 113 (1982).

את החסרונות ואת הסיכונים הטמונים בטיפול, שכן בהיעדר הסבר ראוי, אין הסכמה מדעת.¹⁹ אם התובעים יוכיחו כי לא נתנו הסכמה מדעת לפעילות הרפואית שהביאה, בסופו של דבר, להולדת ילד בלתי מתוכנן, כי אז ניתן לבסס התביעה לא רק על עוולת הרשלנות (הרופא לא פעל כפי שרופא סביר היה פועל; הרופא לא הסביר מהם הסיכונים והסיכויים), אלא ניתן לבסס גם על העוולה בדבר הפרת חובה חקוקה²⁰ בכך שהרופא לא קיים את החובות המוטלות עליו על פי פרק ד' לחוק זכויות החולה, התשנ"ו-1996²¹ (הסכמה מדעת לטיפול רפואי).²²

אם אמצעי המניעה²³ פגום, כי אז יש לתובעים עילת תביעה המבוססת על חוק האחריות למוצרים פגומים, התש"ם-1980,²⁴ שלפיו יצרן חייב לפצות את מי שנגרם לו נזק גוף כתוצאה מפגם במוצר. הריון ניתן לסיווג כנזק גוף אם הוא אינו רצוי ואם נכפה על התובעת עקב מעשה או מחדל של הנתבע. נזק הגוף אינו מתבטא בעצם ההליך הטבעי אלא בכאב, בחוסר הנוחות ובהפסדים הכספיים הנובעים מהתנהגות הנתבע שגרמה לתוצאה הבלתי מתוכננת.

לתובעים עומדת גם עילה חוזית נגד הרופא. נתבע שהתחייב להצלחת הטיפול הרפואי (העיקור ימנע הריון; ההפלה תסיים את ההריון) ולא עמד בהתחייבותו, נמצא מפר חוזה, כך שהוא אחראי לתוצאה.²⁵ יש להדגיש כי מדובר כאן בחוזה "תוצאה" היות שהרופא הבטיח תוצאה. זאת, לעומת חוזה "השתדלות" שהוא חוזה שבו מתחייב

19 ראו: Goodwill v. British Pregnancy Advisory Service, [1996] 2 All E.R. 161 (C.A.).

20 ס' 63 לפקודת הנוזקין [נוסח חדש].

21 ס"ח 327.

22 במקרים קיצוניים של היעדר הסכמה מדעת ניתן לבסס את עילת התביעה על עוולת התקיפה. כדי לבסס התביעה על תקיפה אין אמנם צורך להוכיח קיומה של חובת זהירות (יחסי קירבה בין הנתבע לתובע) אך יש להוכיח כי הנתבע פעל ללא הסכמת התובע כלל או בניגוד לרצונו, דבר שאינו מתקיים, בדרך כלל, בהריון בעולה. ראו: ע"א 6153/97 שטנדל נ' שדה, פ"ד נו"ד 746 (4) (2002).

23 גלולה, קונדום, התקן תוך רחמי.

24 ס"ח 86.

25 ראו: Sullivan v. O'Connor, 296 N.E.2d 183 (Mass. 1973), שם נקבע שרופא שלא עמד בצפיפות (הבטיח תוצאה של ניתוח פלסטי) חייב לפצות את המטופלת. וראו: Thake v. Maurice, [1986] 1 All E.R. 497, C.A., שם ביסס התובע את עילת תביעתו על הפרת חוזה וטען שהנתבע לא הבהיר לו את הסיכוי שהניתוח עלול להיכשל ומהם סיכויי הכישלון בסוג כזה של ניתוח. ראו גם: [W]here a doctor contracted to carry out a particular operation on a patient and a particular result was expected, the court would imply into the contract between the doctor and the patient a term that the operation would be carried out with reasonable care and skill, but would be slow to imply a term or unqualified collateral warranty that the expected result would actually be achieved, since it was probable that no responsible medical man would intend to give such a warranty.

הרופא רק לעשות את שניתן על מנת להגיע לתוצאה. במקרים של חוזה השתדלות, בהיעדר רשלנות, אין הרופא אחראי לתוצאה.²⁶ האחריות בחוזה השתדלות זהה לזו הקבועה בעולת הרשלנות. לעומת זאת, האחריות בחוזה תוצאה רחבה יותר מאשר זו הקבועה בעולת הרשלנות.

עצם הגדרת הנושא כהריון בעולה מעיד על כך שהדגש הוא על ההריון הבלתי רצוי, להבדיל מהולדה בעולה ומחיים בעולה שהדגש בהם הוא על החיים "הבלתי רצויים".²⁷

בהריון בעולה אמורים הפיצויים להיטיב את נזקי ההריון, ובהולדה בעולה אמורים הפיצויים להיטיב את נזקי הלידה. ההבחנה בין הולדה בעולה להריון בעולה היא עניין של תפישת פיצויים.²⁸ לפעמים, הריון בעולה הופך להולדה בעולה ואז התובעים זכאים לפיצויים בשל הוצאות הכרוכות בגידול הילד (הפגוע) נוסף להוצאות הנובעות מההריון שנגרם (או לא הופסק) עקב עולת הנתבע.²⁹

ג. גישת הפיצוי המלא³⁰

גישת הפיצוי המלא יוצאת מהנחה שיש להורים זכות לפיצויים בעבור הנזק שנובע מעולת הנתבע.³¹

26 עוד על חוזה תוצאה ועל חוזה השתדלות, ראו: דניאל פרידמן ונילי כהן "רמת האחריות החוזית" *חוזים* כרך ג 390-392 (2003).

27 עוד על ההבחנה בין הריון בעולה להולדה בעולה, ראו: Mark Strasser, *Yes, Virginia, There Can Be Wrongful Life: On Consistency, Public Policy and Birth Related Torts*, 4 *GEO. J. GENDER & L.* 821 (2004).

28 Damages concept

29 ראו: *Groom v. Selby*, [2001] All E.R. (D) 250 (Oct) (C.A.). במקרה זה נולדה ילדה לאחר ניתוח עיקור שאמה עברה בעת שהייתה ביום השישי להריונה. לא נערכה לתובעת בדיקת הריון עובר לביצוע הניתוח, וההריון לא אובחן אלא בשלב מאוחר. האם ילדה בת שחלתה בדלקת קרום המוח כתוצאה מהידבקות בחיידק הסלמונלה בעת המעבר בתעלת הלידה. הילדה הפכה לנכה קשה לצמיתות. התביעה הוגשה נגד הרופאה המטפלת (לא נגד מבצע העיקור) שלא אבחנה את ההריון ובכך התרשלה. בית המשפט קבע שהנזק לאם ולילדה היה צפוי ונבע מרשלנות הרופאה המטפלת, וחייב אותה לפצות את האם בהוצאות גידול מוגבלות.

30 בשלב זה מתמקד הדיון בלידת ילד בריא.

31 ראו ס' 176(1) לפקודת הנויקין [נוסח חדש], הקובע שפיצויים יינתנו בשל אותו נזק שעלול לבוא במהלכם הרגיל של הדברים ושכא במישרין מעולת הנתבע.

ניתן לראות בגישת הפיצוי המלא גישה נזיקית טהורה המבוססת על צדק מתקן³² ועל עקרון השבת המצב לקדמותו.³³ על בעל מקצוע המפר חובת זהירות שהוא חב כלפי התובע לשאת בתוצאות הנובעות מכך. כך, לרופא כבעל מקצוע, יש חובת זהירות כלפי ההורים. זכותם של ההורים היא להגביל את גודל משפחתם,³⁴ והרופא שפגע בזכות זו חייב לפצותם על הנזק שנובע מכך. רופא שמתרשל בביצוע הפלה או בניתוח עיקור יכול לצפות, וחייב לצפות, שייולד ילד שהוריו ביקשו להימנע מלהביאו לעולם. לכן עליו לפצות את ההורים על כל הכרוך בהולדתו ובחייו של ילד כזה. על הנתבע להביא התובעים למצב שבו היו נמצאים אלמלא בוצעה העוולה. מבין שני הגורמים המעורבים באירוע הלא מתוכנן (ההורים והרופא), מן הראוי שהרופא יישא בנזק שכן הוא זה שגרם לתוצאה הבלתי רצויה, לא ההורים שהם הצד התמים במשוואה.

הפסדן של ההורים מורכב מראשי הנזק הבאים:

- נזק לא-ממוני: כאב וסבל ואי נוחות של האם בזמן ההריון והלידה. אם ההריון בעולה נובע מכישלון בהפלה כי אז מתווספים גם כאב וסבל בזמן ההפלה שנכשלה. אם ההריון הינו תוצאה של עיקור שנכשל הרי שיש לייחס כאב וסבל גם לפרוצדורת העיקור (בין של הבעל, בין של האישה; כולל כאב וסבל הנובעים מניתוח עיקור נוסף).
- נזק ממוני לאם: אבדן השתכרות בזמן ההריון והלידה והוצאות כספיות (בדיקות רפואיות, עזרה, בגדי הריון וכו').³⁵
- נזק לאב: אבדן שירותי אישה.

32 ראו אריאל פורת "אחריות קיבוצית בדיני הנוזקין" משפטים כג 311 (1993), וכן: Christopher H. Schroeder, *Corrective Justice and Liability for Increasing Risks*, 37 UCLA L. Rev. 439 (1990).

33 ראו: SIMON DEAKIN, ANGUS JOHNSTON & BASIL MARKESINIS, MARKESINIS AND DEAKIN'S: TORT LAW 49-54 (6th ed. 2007).

34 שלילת זכות התביעה מההורים פוגעת בזכותם החוקתית לתכנון המשפחה.

35 אם כתוצאה מן ההריון והלידה נכנסת האם לדיכאון או שהיא חווה משבר פוסט-טראומטי או שנגרם לה נזק גוף אחר, כי אז יש לפצותה גם עבור נזק זה. ראו: Custodio v. Bauer, 251 Cal. App.2d 303 (1967), שם הכיר בית המשפט בזכות לפיצויים עבור סיבוכים רפואיים ובעיות נפשיות עקב רשלנות בעיקור.

— הוצאות גידול הילד:³⁶ מזון, ביגוד, חינוך, דיור, משחקים, ספרים, מחשב, חוגים, קייטנות, הצגות, מתנות, בר/בת מצווה, טלפון נייד, שיעורי נהיגה, דמי כיס, הוצאות רפואיות (טיפול שניניים, משקפיים), תספורת וכו'.³⁷

ההורים נושאים בהוצאות אלה לפחות עד הגיע הילד לבגרות,³⁸ אך הן נמשכות בדרך כלל גם לאחר מכן ונכללות בהן הוצאות לרכישת השכלה גבוהה או הכשרה מקצועית. מהוצאות אלה יש לנכות את קצבאות הילדים. הוצאות גידול הילד הן חלק בלתי נפרד מהאינטרס של התובעים שנפגע. אפשר שהגשת תביעה לפיצויים בגין הוצאות גידול הילד היא חלק מחובת ההורים כלפיו על פי חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"ב-1962.³⁹ תביעה להוצאות גידול מבוססת, בהקשר זה, על עקרון טובת הילד. גישת הפיצוי המלא רואה קשר (סיבתי) ישיר בין רשלנות הנתבע לבין נזקם של ההורים. אין בין ההתרשלות לבין התוצאה כל התערבות של גורם זר המנתק את הקשר הסיבתי. אמנם ההתערבות וההיריון הם תהליכים טבעיים, אך הם נכפו על ההורים עקב עוולת הנתבע.

לפי גישת הפיצוי המלא, אין מקום להפריד בין הנזק הישיר לאם לבין הוצאות הגידול, ואין להפריד בין הנזקים השונים של ההורים. כל הפרדה כזו, על פי גישת הפיצוי המלא, היא שרירותית ומלאכותית שהרי הנזק נובע כולו מהפרת חובת הזהירות

36 פירוט הוצאות הגידול מקדים את הדיון בשאלה העקרונית אם נזק זה הוא בר פיצוי.
 37 ככל שמעמדם הכלכלי של ההורים גבוה יותר, הפיצויים בגין הוצאות הגידול יהיו גבוהים יותר; לעומת זאת, הורים ממעמד סוציו-אקונומי נמוך יזכו לפיצויים נמוכים באשר ההוצאות הכרוכות בגידול ילד אצלם אינן גבוהות. ראו החלטה שהכירה בפיצויים בגין עלות חינוך פטרי של ילד שנולד להורים מן המעמד הבינוני-גבוה: 138 (1988) Benarr v. Kettering Health Authority, New L. J. 179. האם מימון חתונה או דיור או השתתפות במימוןם הם נזק רחוק מדי? הכרה בהוצאות הגידול כפונקציה של מצבם הכלכלי של ההורים משמרת את חוסר השוויון בין קבוצות בני אדם באוכלוסייה. דיני הנזיקין לא נועדו לתקן חוסר שוויון זה אלא להשיב את המצב לקדמותו.
 38 אם הילד משרת בצבא או בשירות לאומי כי אז בין הגילאים 18 ל-21 מצטמצמת ההוצאה בשני-שלישים, אך אם נמשכת התמיכה לאחר השירות הצבאי, חוזרת רמת ההוצאה לזו שלפני הגיוס. ראו: ת"א (מחוזי י-ם) 1315/97 פלונית נ' קופת חולים של ההסתדרות הכללית של העובדים בישראל, פ"מ תשס"ג(2) 309, 327 (2004) (להלן: עניין פלונית). וכן: Robinson v. Salford Health Authority, (1992) 3 Med. L.R. 270. וראו פסק הדין שמסכם את ההלכה שחלה בבריטניה ואשר הכירה בהוצאות סבירות לגידול הילד הלא מתוכנן בהתחשב בסביבה וררישותיו הסבירות: [1993] 1 All E.R. 651 Allan v. Bloomsbury Health Authority.

של הנתבע כלפי ההורים.⁴⁰ הנזקים צפויים ונובעים מעוולת הנתבע⁴¹ ואינם נזק רחוק מדי.⁴²

יש להדגיש כי הילד עצמו אינו בגדר נזק; הוצאות גידולו הן הנזק שנובע מרשלנותו של הרופא, הווי אומר, ערך הילד אינו הסוגיה שבמחלוקת אלא עלות גידולו. התשלום בעבור הוצאות גידול הילד אינו פיצוי להורים על ה"סבל" שהם סובלים מעצם קיומו של הילד הלא מתוכנן,⁴³ הפיצויים הם בעבור כסוי הוצאות גידולו. הפיצויים משיבים את המצב לקדמותו, הם מאפשרים להורים לשמור על רמת החיים ועל יחסי הקירבה כפי שאלה היו להם ערב לידת הילד הלא מתוכנן. מאחר שחובת ההורים היא לגדל ילדם,⁴⁴ מן הראוי שהרופא, שעקב רשלנותו נולד הילד, ישפה את ההורים בעבור הוצאות הגידול, שהרי אלמלא רשלנות הרופא לא היה הילד בא לעולם.⁴⁵ חישוב ההוצאות הכרוכות בגידול הילד אינו חישוב "שוויו" של הילד, ועריכת חישוב ההוצאות אינה בלתי חינוכית או בלתי מוסרית.

הטענה, שילד בריא אינו "נזק" ולכן אין מקום לפצות את הוריו עבור הוצאות גידולו, אינה מקובלת על דעתם של תומכי גישת הפיצוי המלא.⁴⁶ הנאה ונחת מילד בריא אינן מממנות חיתולים, בגדים ומזון, הוצאות שההורים ביקשו להימנע מהן כאשר ביקשו לבצע את העיקור או את ההפלה. קדושת החיים ועובדת היות הילד בריא אינן סיבות לשלול מההורים את הזכות לפיצויים. גם העובדה שההורים אוהבים הילד אינה צריכה לשלול מהם את הזכות לפיצויים. לא כל ילד בריא הוא ברכה. יש לא-מעט ילדים שהם נטל נפשי כבד על ההורים, על המשפחה ועל החברה כולה. לא בכל תרמיל או ילקוט של ילד נמצא שרביט הגנרל. לפעמים נמצא שם אקדח העבריין או סם ממכר. חברה שמתירה עיקור והפלה מבינה שלא כל ילד הוא ברכה.

40 ראו דעתן של Hoyano ושל Baugher: *Misconceptions about Fundamental Protection of a Fundamental Right: Full Recovery of Child-Rearing Damages for Wrongful Pregnancy*, 75 WASH. L. REV. 1205 (2000).

41 ראו החלטתו של בית המשפט העליון של אוסטרליה בעניין *Cattanach*, לעיל ה"ש 14, אודות רשלנות בעיקור האם, שקבע ברוב של ארבעה שופטים נגד שלושה, שמלוא הוצאות גידול הילד הוא נזק בר פיצוי.

42 לעניין ריחוק הנזק ראו: ע"א 223/80 בן-ציון נ' מגורי בת ים בע"מ, פ"ד לו(3) 113 (1982).

43 אמנם הילד נכפה על ההורים עקב עוולת הנתבע, אבל – בדיעבד – ההורים מעוניינים בו, שהרי לא הפילו את העובר ולא מסרו את הילד לאימוץ (על הקטנת הנזק ראו להלן).

44 ס' 15 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות.

45 ראו: Michael A. Jones, *Bringing Up Baby*, 9(1) TORT L. REV. 14 (2001).

46 ראו דעותיהן של Hoyano ו-Baugher, לעיל ה"ש 40, ודעת הרוב של בית המשפט העליון של אוסטרליה בעניין *Cattanach*, לעיל ה"ש 14.

הפיצויים מקלים על הנשיאה בעול הכלכלי הכרוך בגידול ומפחיתים מן הלחץ הנפשי הנובע מקשיים כספיים שמקורם בתוספת אדם במשפחה, במיוחד אם הרצון להימנע מלהביא ילד נוסף לעולם הוא נובע מרקע כלכלי.⁴⁷ הפיצוי בגין הוצאות הגידול נועד לכסות את התוספת הדרושה לתקציב המשפחתי בעקבות הולדת הילד הבלתי מתוכנן, ומאפשר להורים למלא את חובותיהם הטבעיות, המשפטיות, המוסריות, החינוכיות והפיסיות כלפי ילדם. למערכת היחסים בין הורים לילד יש גם פן כלכלי (נוסף לפן האנושי והמוסרי), ועל הרופא לשאת בנטל כלכלי זה. הכרה בהוצאות הגידול אינה מצמידה תג מחיר ליחסים המשפחתיים, אלא קובעת קריטריון הוגן להערכת נזקם של ההורים.

הפיצוי המלא, הכולל הוצאות בגין גידול הילד, משמש גורם מרתיע ומעורר מודעות בקרב הרופאים לסכנות הכרוכות בהריון בעולה. אי הכרה בהוצאות הגידול כנזק הנובע מעולת הנתבע משמעה הרעת חסר ופיצוי חסר והענקת חסינות לרופא מתוצאות עולתו. דחיית תביעת ההורים משמעה אפליה בין תובעים ואפליה של נתבעים.

הוצאות הגידול אינן נזק ספקולטיבי ואין קושי עקרוני או מעשי לחשבן. אמנם, הוצאות הגידול הן המרכיב העיקרי בתביעת ההורים, ואי הכרה בהן כנזק הייתה יוצרת, ככל הנראה, תמריץ שלילי להגשת תביעות בעילה של הריון בעולה, אך העובדה שמדובר במרכיב העיקרי בתביעה אינה אומרת שהתוצאה היא מתת שמיים (*windfall*) להורים. הפיצויים להורים, על כל מרכיביהם, מיועדים לתקן את הפגיעה ביחסים המשפחתיים שנוצרה כתוצאה מההריון בעולה.⁴⁸

אחת הטענות הנשמעות נגד ההכרה בהוצאות הגידול כנזק המזכה את ההורים בפיצויים היא שאין פרופורציה בין שיעור הנזק לחומרת העולה.⁴⁹ טענה זו סותרת את עקרונות דיני הנזיקין בכלל, ואת עקרונות עולת הרשלנות בפרט, באשר לא חומרת העולה משפיעה על שיעור הפיצויים אלא מידת הנזק. אפשר שרשלנות הנתבע תהא מזערית אך הנזק הנובע ממנה יהיה אדיר, המעוול שגרם ברשלנותו לנזק יישא במלוא האחריות לתוצאה שנבעה מהתנהגותו. מאידך גיסא, מעוול שרשלנותו הייתה חמורה

47 סוגיה זו חשובה במיוחד כאשר מדובר במשפחות מרובות ילדים שהכנסתן נמוכה. ראו לדוגמה: ע"א 1323/96, לעיל ה"ש 15, שם ביקשו הורים לעשרה ילדים להימנע, באמצעות עיקור, מהבאת ילדים נוספים לעולם; וכן: 585 (3rd) 114 D.L.R. (1978), *Cataford v. Moreau*, שם, עקב רשלנות בעיקור, נולד למשפחה קשת יום ילד אחד-עשר במספר (להלן: עניין *Cataford*).

48 האם תביעת ההורים מבוססת על שיקולים תועלתניים בלבד? האם ללא הוצאות גידול הם לא יגישו תביעה? האם פיצויים בגין הנזק הישיר אינם יעילים ביחס לעלות התביעה ולמאמצים הנפשיים והכלכליים הכרוכים בהגשתה?

49 ראו דעתו של הלורד Clyde בפסק דינו של בית הלורדים: בעניין *McFarlane v. Tayside Health Board*, לעיל ה"ש 12, בעמ' 106-107.

ביותר, אך הנזק שגרם היה פעוט, ישלם פיצויים כפועל יוצא של הנזק ולא כפועל יוצא של חומרת ההתנהגות. דיני הפיצויים מתמקדים בקרבן ולא במעוול. דיני הפיצויים אינם מכירים בהגבלת הפיצוי, ושיעורו נקבע בהתאם למידת הנזק.⁵⁰ המחוקק בלבד מוסמך להגביל את הפיצויים.⁵¹

אליבא דתומכים בגישת הפיצוי המלא, אין לקבל גם את הטענה שהכרה בהוצאות גידול תעודד הפלות.⁵² לכאורה, רופא החושש מתשלום פיצויים בגין הוצאות גידול הילד עלול לעודד את האם להפיל את ולדה. טענה זו אינה מבוססת, היא לא נבדקה אמפירית בשום מקום ונועדה אך ורק לדחות הכרה בפיצויים בגין הוצאות גידול הילד. באותה מידה, אין לקבל את הטענה שהדאגה מדחיית התביעה עלולה לעודד נשים לבצע הפלות. נשים, תחשושנה, כביכול, מקשיים כלכליים הכרוכים בגידול ילד לא מתוכנן ותעדפנה להפיל את עוברן מאשר להוליד ילד שאין מקורות כספיים לגידולו, או שהולדתו עלולה לפגוע באופן אחר ביציבות התא המשפחתי.⁵³

ד. גישת הדחייה הטוטלית

גישת הדחייה הטוטלית של תביעת ההורים לפיצויים בשל הריון בעולה והולדת ילד לא מתוכנן מבוססת בעיקר על שיקולים ערכיים, חברתיים, דתיים, פילוסופיים ומוסריים. יש בתי משפט המתבססים גם על שיקולים משפטיים טהורים לצורך דחיית התביעה. בית המשפט העליון של נבאדה הביע דעה שילד בריא אינו נזק, ולכן הרופא אינו יכול להיחשב כמי שביצע את עוולת הרשלנות הדורשת קיומו של נזק כבסיס

50 ראו: יצחק אנגלרד "יסודות האחריות בנוזיקין" דיני הנוזיקין: תורת הנוזיקין הכללית 121, 128 (מהדורה שנייה, גר טדסקי עורך, 1976); אהרן ברק "הערכת הפיצויים בנוזיקין גוף: דין הנוזיקין המצוי והרצוי" עיוני משפט ט 243 (1983); וכן: MARK LUNNEY & KEN OLIPHANT, TORT (3rd ed. 2008). Law: TEXT AND MATERIALS 874

51 ראו למשל, הגבלת פיצויים בחוק האחריות למוצרים פגומים, התש"ס-1980, ובחוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים, התשל"ה-1975, ס"ח 234.

52 ראו דברי השופטים McHugh ו-Gummow בבית המשפט העליון של אוסטרליה בעניין *Cattanach*, לעיל ה"ש 14.

53 טענה נוספת, המועלת על ידי נתבעים, מנסה להצדיק את דחיית תביעתם של ההורים בנימוק של הרתעת יתר: רופאים לא יבצעו עיקורים אם תוטל עליהם אחריות למימון הוצאות גידול הילד. ראו דברי השופט Waller בפסק הדין של בית המשפט לערעורים: *Emeh v. Kensington and Chelsea and Westminster Area Health Authority*, [1984] 3 All E.R. 1044, 1050-1051 (C.A.).

להגשת תביעה בנזיקין.⁵⁴ על פי גישה זו ועל פי תפישה חברתית ומוסרית, אין מקום להתערבותם של דיני הנזיקין מקום שנולד ילד בריא, שכן חיים והורות אינם אבדן המזכה בפיצוי.

It is morally offensive to regard a normal healthy baby as more trouble and expense than it is worth.⁵⁵

בקנדה, דחה שופט של ערכאה דיונית תביעת הורים לפיצויים בגין הולדת ילד בריא וכינה כ"גרוטסקית" את דרישת ההורים כלפי הרופא למימון הוצאות גידול ילדם.⁵⁶ דחיית התביעה מבוססת על שיקולים רגשיים ושיקולים שבתפישת עולם, תפישה החורגת אל מעבר לשיקולים כלכליים או משפטיים גרידא. הכרה בזכות תביעה של ההורים הופכת את הילד לאובייקט שמחשבים את ה"נזק" שכרוך בעצם לידתו וגידולו עד הגיעו לבגרות. הילד נולד בצלם ולא ייתכן להתייחס אליו כאל "מצרך" שיש לו ערך שוק.

ערך החיים עולה על עלות גידולו של ילד ולכן הורים אינם רשאים לטעון בבית משפט שהילד גורם להם לנזק בר פיצוי.⁵⁷ החיים הם ערך בפני עצמו; ערך החיים עולה על כל נזק העלול לנבוע מן הלידה.⁵⁸

גישת הדחייה הטוטלית רואה בילד בריא ברכה וערך בפני עצמו, ולא עילה לתביעה בנזיקין. הולדת ילד בריא אינה אירוע נזיקי, אדרבא, הילד הוא רווח.⁵⁹ גם אם היה אירוע נזיקי ברקע, הרי שהולדתו תיקנה את העוולה. ה"נזק" מסתיים עם לידתו של ילד בריא.⁶⁰ אין זה צודק, הוגן וסביר לפצות הורים על הולדת ילד בריא. הכרה בתביעה אינה מזכה בפיצויים קרובן עוולה אלא מעניקה להורים טובת הנאה כלכלית שאין בינה לבין פיצוי הוגן דבר וחצי דבר. אין להתייחס ליחסי הורים-ילד כאל נזק ולדרוש פיצויים בעבורם. מערכת היחסים בין הילד להורים אינה נמדדת באמצעות מאזן של

Szekeres v. Robinson, 715 P.2d 1076 (Nev. 1986) 54

Lord Millett בעניין *McFarlane v. Tayside Health Board*, לעיל ה"ש 12, בעמ' 114. 55

Garrett, J. in *Doiron v. Orr*, (1978) 20 O.R. (2d) 71 (Ont. H.C.J.) 56

57 אין להשוות בין תביעת הורים בגין מות ילדם לתביעת הורים בגין לידת ילדם. העובדה שהורים זכאים לפיצויים עקב מות ילדם רק מחזקת את הטענה שאין מקום לפיצויים במקרה של לידת ילד בריא; במילים אחרות, אבדן ילד הוא נזק, אבל לידת ילד היא ברכה.

Coleman v. Garrison, 349 A.2d 8 (Del. 1975) 58

59 העובדה, שההורים ממשיכים להחזיק בילד ומבקשים מהרופא לממן את גידולו, יש בה משום עשיית עושר ולא במשפט.

60 כל הרויין ולידה כרוכים באי נוחות. ברגע שההרויין הלא מתוכנן הפך לרצוי, החלטת ההורים מעידה על כך שהם בחרו בתוצאה, ואין מקום להטיל על הרופא לפצותם על כך.

רווח והפסד. הילד הוא מרכז התא המשפחתי.⁶¹ הכרה בזכות תביעה של ההורים פוגעת בערכי המשפחה.⁶² ילד בריא אינו נזק רק בגלל שהוריו החליטו להתייחס אליו ככזה, גם אם ההתייחסות היא לא לילד אלא להוצאות גידולו. שורשיה של ההתנגדות לפיצויים נעוצים בתפישה שלפיה הכרה בתביעת ההורים סותרת את רגש הציבור (להבדיל מתקנת הציבור).⁶³ לפי תפישה זו, לא ייתכן שההורים ייהנו מהילד בעוד שהרופא יממן אותו.⁶⁴ הרקע המוסרי לדחייה הטוטלית של תביעת ההורים מבוסס על העיקרון בדבר

61 דחיית התביעה המבוססת על חשש מפגיעה בתא המשפחתי נסמכת על תפישות מיושנות של מהות התא המשפחתי. שיקולי הדחייה אינם משפטיים אלא מבוססים על תחושת בטן. השופט Kirby בבית המשפט העליון של אוסטרליה סבור שהסתמכות על תקנת הציבור, על שיקולי מדיניות, על קדושת החיים, על שמירה על התא המשפחתי ועל ציטוטים מהמקורות אינם אלא מס שפתיים בפיהם של המתנגדים להכרה בתביעת ההורים (עניין *Cattanach*, לעיל ה"ש 14, בעמ' 60-62).

62 M.A. v. U.S., 951 P.2d 851, 855-856 (1998): "[T]he child's best interests will clearly be served if this decision is grounded in the mother's family values, her moral convictions and her feelings for her child; yet a rule permitting award of child rearing expenses might encourage a decision founded instead on the vagaries of legal strategy and the desire for compensation" ראו גם דעתו של השופט Jupp בפסק הדין, *Udale v. Bloomsbury Area Health Authority*, [1983] 2 All E.R. 522, 531: "[I]t is highly undesirable that any child should learn that a court has publicly declared his life or birth a mistake, a disaster even, and that he or she is unwanted or rejected. Such pronouncements would disrupt families and weaken the structure of society. A plaintiff such as Mrs. Udale would get little or no damages because her love and care for her child and her joy, ultimately, at his birth would set off against and might cancel out the inconvenience and financial disadvantages which naturally accompany parenthood. By contrast, a plaintiff who nurtures bitterness in her heart and refuses to let her maternal instincts take over would be entitled to large damages. In short virtue would go unrewarded; unnatural rejection of womanhood and motherhood would be generously compensated. This, in my judgment, cannot be just. Medical men would be under subconscious pressure to encourage abortion in order to avoid claims for medical negligence which would arise if the child were allowed to be born. It has been the assumption of our culture for time immemorial that a child coming into the world, even if, as some say, 'the world is a vale of tears' is a blessing and an occasion for rejoicing"

63 וראו גם דעה שרואה בתביעה לפיצויים בגין הולדת ילד בריא התנהגות הנוגדת את תקנת הציבור: 27 A.L.R. 3d 910, 917

64 "[T]o permit the parents to keep the child and shift the entire cost of its upbringing to the physician who failed to determine or inform them of the fact of pregnancy would be to create a new category of surrogate parent" (*Rieck v. Medical Protective Co.*, 219 N.W.2d 242, 244 (Wis. 1974))

קדושת החיים, שכן כיצד יעלה על הדעת (הרגש) שהורים יקבלו פיצויים בעבור הולדת ילד בריא? לפיכך אין לחפש פתרון משפטי או נזיקי העומד בסתירה לעקרונות קדושת החיים.⁶⁵

השוללים את זכות התביעה של ההורים גם חוששים שהגשת התביעה תפגע נפשית בילד ותדביק לו תווית של "ממזר רגשי".⁶⁶ בעלי דעה זו חוששים שתביעה לפיצויים תפגע לא רק בילד אלא במשפחה כולה, והם מניחים כי אם ייוודע לילד שהוריו הגישו תביעה בהתבסס על היותו בלתי מתוכנן (ואולי אפילו בלתי רצוי), עלול הילד להיפגע פגיעה פסיכולוגית שתשפיע קשות על התפתחותו ועל מערכת יחסיו עם בני משפחתו ועם החברה כולה.⁶⁷

הטענה שהילד ומשפחתו עלולים להיפגע נפשית כתוצאה מהגשת תביעה על עצם הולדתו אינה מגובה מבחינה עובדתית והינה בגדר ספקולציה בלתי מבוססת שאין בה כדי לשלול מן ההורים את הזכות לפיצויים. הילד יבין במהרה שהוא אינו בלתי רצוי ושהפיצויים נועדו להקל על גידולו ולהפחית מן העומס הכלכלי המוטל על המשפחה. אלמלא ניתנו הפיצויים היה הילד מרגיש דחוי כי ההורים היו רואים בו נטל; הפיצויים מאפשרים להוריו לגדלו בנוחות. ניתן לומר ש"טובת הילד" דורשת הגשת תביעה לכיסוי הוצאות גידולו. תביעת ההורים מעידה על כך שהילד רצוי על אף היותו בלתי מתוכנן. דווקא דחיית התביעה עלולה לגרום לנזק נפשי עקב הקשיים הכרוכים בגידול. אם המניע לרצון שלא להביא עוד ילדים לעולם היה מניע כלכלי כי אז אפשר שאי הכרה בתביעה תגרום לילד ולמשפחתו נזק חמור יותר מאשר תועלת, באשר חסרון הכיס עלול לפגוע בחינוך הילד ולשלול משאר בני המשפחה אותו חלק בתקציב המיועד לילד הלא מתוכנן.

אם הגשת תביעה אינה פוגעת בנפשו של הילד, אין מתעוררת אצל ההורים השאלה "לתבוע או לא לתבוע" ואין מונחת על כפות המאזניים הדילמה: טובתו הנפשית של הילד מול הנזק הכלכלי הנובע מהולדתו.⁶⁸

65 [It is] "...jurisprudentially improper task of recasting the immutable, intrinsic value of human life according to the financial burden thus imposed upon the parents" (O'Toole v. Greenberg, 477 N.E.2d 445, 446 (N.Y. 1985)).

66 *Wilbur v. Kerr*, לעיל ה"ש 11, בעמ' 571; וכן: *Sherlock v. Stillwater Clinic*, לעיל ה"ש 11.

67 במקרים של הולדה בעוולה, מתלוננים התובעים על כך שנשללה מהם האפשרות שלא להתעבר או להפיל הילד. מול תביעות אלה אין נשמעת הטענה שהגשתן פוגעת בילד ובמשפחתו. טענת ההורים בהולדה בעוולה, "חמורה" הרבה יותר מאשר טענת התביעה בהריון בעוולה. בהולדה בעוולה אומרים ההורים: "עדיף שהילד לא היה נולד, שכן אילו ידענו מה מצבו היינו נמנעים מלהביאו לעולם". אלה טענות כבדות משקל שאינן נדחות על רקע החשש לפגיעה בנפשו של הילד.

68 וראו פסיקה נוספת של מדינות בארצות-הברית שדחתה את תביעת ההורים: *Schorck v. Huber*, 648 S.W.2d 861 (Ky. 1983). וכן: *Thibeault v. Larson*, 666 A.2d 112 (Me. 1995).

ה. גישת כלל התועלת⁶⁹

גישת כלל התועלת מדברת על תביעה אחת, על עילה אחת ועל נזק אחד הנובעים מן ההריון בעולה. הנזק המזכה את ההורים בפיצויים הוא הנזק הישיר שנגרם להם (כאב וסבל ונזק ממוני הנובע מההריון והלידה) וכן הנזק של ההוצאות הכרוכות בגידול הילד. אלא שעל פי גישה זו, ההנאה והתועלת שבהולדת ילד בריא מנוכות מההפסד הנובע מלידת הילד.⁷⁰ הנזק והתועלת נובעים ממקור אחד ולכן יש לקזום זה מזה. לתובע מגיעים פיצויים בגובה הנזק "נטו" שנגרם לו; שיעור הפיצויים הוא תוצאה של התחשבות בתועלת שבילד וניכוי התועלת מהנזק הנובע מעוולת הנתבע. הקיזוז אולי הוא שרירותי אך אין מניעה עקרונית מלבצעו ואין מניעה מלקזז הנאה לא-ממונית מנזק ממוני שכן מקורם חד הוא. קושי להעריך הנאה מול נזק ממוני אינו עילה לדחיית הקיזוז.

פיצוי מלא להורים הכולל את הוצאות גידול הילד יביא למצב של פיצוי יתר, באשר עם הגיע הילד לבגרות, אחרי שהוצאות הגידול מומנו בידי הנתבע, נשארת להורים ההנאה שהייתה להם בעת שגידלו את הילד. כן קיים הילד הבוגר על כל ההנאות והתועלות הנובעות ממנו בבגרותו. בהיעדר קיזוז, תהיה התוצאה של פיצוי החורג מהשבת המצב לקדמותו.⁷¹

על פי גישת כלל התועלת, התמקדות בתוצאות הכלכליות של עלות הגידול מתעלמת מהתגמול ומהסיפוק הנפשי והרוחני שיש להורים מן הילד. הילד הרי אינו נזק, הוצאות גידולו הן הנזק, אך אם הילד אינו בבחינת נזק, אז מהו הילד? והתשובה: הילד הוא ברכה, הילד הוא תועלת. לכן, יש לקזז את ההנאה מן הילד מהנזק שנגרם להורים כתוצאה מלידתו.

רוב בתי המשפט בקנדה אימצו את כלל התועלת וניכו מהוצאות גידול הילד את ההנאה שהוריו מפיקים ממנו באופן שלא ניתן פיצוי בעבור הוצאות גידול הילד.⁷² הגישה

Benefit Rule 69

"The joy of parents at the birth of a healthy child, though with the consequent time and trouble which needs to be devoted to its upbringing are both virtually impossible to assess in terms of money. It is therefore right that in law they should be treated as

canceling each other out", Per Kerr L.J. in *Thake v. Maurice* 59. בעמ' 71 מקום שבו הוצאות הגידול אינן מזכות את ההורים בפיצויים, לא תישמע טענה בדבר הקטנת הנזק בדרך של הפלה או מסירה לאימוץ.

"The responsibilities and rewards cancel each other out", per Lax J. in *Kealey v.* 72
Berezowski, 136 D.L.R. (4th) 708, 738 (1996); ראו גם: עניין *Cataford*, לעיל ה"ש 47.

הרווחת ברוב בתי המשפט בארצות-הברית היא שיש לאמץ את כלל התועלת כקריטריון לחישוב הפיצויים בגין הריון בעוולה.⁷³

כלל התועלת מצוי בסעיף 920 ל-*Restatement (Second) of Torts (1979)*, הקובע:

Where the defendant's tortious conduct has caused harm to the plaintiff or to his property and in so doing has conferred upon the plaintiff a special benefit to the interest which was harmed, the value of the benefit conferred is considered in mitigation of damages, where this is equitable.

כלל זה משמעו, לענייננו, כי ההמשכיות, האהבה ההדדית שתשרור בין ההורים לבין הילד, הסיפוק מקיומו, ההנאה ממנו, החברותא, השמחה שהוא מביא, תשומת הלב שהוא נותן ומקבל, הסיכוי שיתמוך בהורים בעת זקנה ומחסור והביטחון הנפשי והחברתי שהוא מעניק, כולם מקוויים כנגד עלות גידולו. לכן, מהפיצויים בעבור הנזק הנובע מהולדתו מפחיתים סכומים המשקפים את התועלת הנובעת מעצם קיומו, כאשר התוצאה הסופית היא שהפיצויים המתקבלים הינם מוגבלים, במקרים רבים, ומבוססים בעיקר על הנזק הממוני ועל הנזק הלא-ממוני הקשורים ישירות להריון וללידה. פיצויים אלה אינם כוללים את המרכיב של עלות הוצאות גידולו של הילד.

אחד מפסקי הדין המובילים את גישת כלל התועלת בארצות-הברית הוא *Troppe v. Scarf*,⁷⁴ שבו נדון מקרה של זוג הורים לשבעה ילדים בני שש עד 16. האם הייתה בת 37 והאב היה בן 43. עקב בעיות גניקולוגיות, המליץ הרופא לגב' טרופי ליטול גלולות למניעת הריון וצייד אותה במרשם. האישה לקחה את המרשם לרוקת, מר סקרף, שבמקום גלולות למניעת הריון נתן לה גלולות הרגעה.⁷⁵ כתוצאה מטעותו של הרוקח הרתה התובעת ונולד לה ילד לא מתוכנן. תביעתם המקורית של ההורים נדחתה, אך בית המשפט העליון של מישיגן קיבל את ערעורם והכיר באחריות הרוקח להולדת הילד ובזכות ההורים לפיצויים. עם זאת, קבע בית המשפט כי יש לקזז את ההנאה מהילד מן הנזק שנגרם, בהסתמך על כלל התועלת. בית המשפט סבר שיש להעריך את התועלת

73 ראו בפסק הדין *Emerson v. Magendantz*, לעיל ה"ש 11, בעמ' 411-412, המפרט את תפישות הפיצוי השונות בארצות-הברית, ושממנו עולה כי למעלה מ-30 מדינות תומכות בגישה בדבר הפיצוי החלקי. על התפישות בקנדה ובארצות-הברית, ראו: J. K. MASON, THE TROUBLED PREGNANCY: LEGAL WRONGS AND RIGHTS IN REPRODUCTION 106-108 (2007) (להלן: MASON).

74 187 N.W.2d 511 (Mich. 1971).

75 במקום כדורי 'Norinyl' הוא נתן לתובעת כדורים מסוג 'Nordil'.

בהתאם לנסיבות של כל מקרה ומקרה ואין דומה מקרה אחד למשנהו.⁷⁶ גודל המשפחה, הכנסות המשפחה, גיל ההורים, מצבם המשפחתי (היותם נשואים או לא), כל אלה הם מקצת מן הגורמים המשפיעים על מידת ההנאה של ההורים מהולדתו של ילד לא מתוכנן; וגורמים אלה משפיעים על גובה הסכום שיקווז מן הפיצויים המגיעים להורים בעבור ההריון בעולה.⁷⁷

מלומדים רבים מתנגדים לגישת הקיזוז.⁷⁸ טענות המתנגדים לכלל התועלת נחלקות לשלוש קבוצות:

1. אין להשוות נזק ממוני (הפסדי ההורים והוצאות הגידול) להנאה נפשית, חברתית, מוסרית ורוחנית, שכן מדובר בשני סוגים של נזקים שאי אפשר להשוות ביניהם. לכן גם אין מקום לערוך קיזוז ביניהם.⁷⁹ תועלת רגשית אינה ניתנת לקיזוז מול נזק כספי; קיזוז ניתן לערוך רק בין אותם סוגי נזק אבל לא בין נזק כלכלי להנאה ורוחנית. האינטרס שנוצר עקב העולה אינו אותו אינטרס שנפגע עקב העולה.
2. לא ניתן לאמוד את שווי ההנאה של ההורים. לפי גישת הקיזוז, ייתכן מצב תיאורטי שלפיו ההנאה מהילד תהיה רבה יותר מעלות גידולו כך שההורים לא יקבלו, בסופו של דבר, כל פיצוי. מאידך גיסא, אם בית המשפט מעריך את "שווי" של הילד, כלומר את ההנאה ואת התועלת ממנו, בסכום הנמוך מהוצאות גידולו, משמע שהילד "אינו שווה" את עלות גידולו.⁸⁰ על מנת לזכות בפיצויים גבוהים יותר ינסו ההורים לשכנע את בית המשפט שהפער בין עלות הגידול לבין התועלת מן הילד הוא גדול. רעיון הקיזוז מאלץ את ההורים "להפחית" מההנאה שלהם מן הילד.⁸¹ תפישת הקיזוז מחייבת את ההורים להוכיח שיש בילד יותר נזק מאשר תועלת.

76 אין דומה ילד לא מתוכנן שנולד לסטודנטית רווקה, עקב רשלנותו של רוקח, לילד שנולד באותן נסיבות לזוג צעיר שזה עתה נישא, ואין דומים שני מקרים אלה ללידת ילד שמיני לזוג הורים שאינו צעיר ושאינו עשיר (יש להדגיש כי כל הילדים הם בריאים). אין לשכוח גם שיש לא מעט קשיים ותסכולים הכרוכים בגידול הילד ולא כל ילד הוא הנאה וברכה להוריו.

77 בישראל מקוזים מן הפיצויים המשולמים להורים את קצבאות הילדים של המוסד לביטוח הלאומי. ראו למשל: (2000) 796 D.O.B.B.S., THE LAW OF TORTS 1 DAN B. DOBBS; וכן: Baugher, לעיל ה"ש 40.

79 ראו את פסק דינו של בית המשפט העליון בנושא קיזוזים בין תביעת תלויים לתביעת עיזבון ובו הקביעה שאין לקזז נזק לא-ממוני מנזק ממוני: ע"א 2739/06 עזבון המנוח דוביצקי נ' רוקאללה, תק-על (2)08 2803 (2008).

80 ראו: Moore, לעיל ה"ש 10.

81 "The parent is placed in the degrading position of disparaging her child to establish that the expenses of rearing him exceed the benefits derived from his existence" (Miller v. Johnson, 343 S.E.2d 301, 306 (Va. 1986)).

הוכחת התועלת המופקת מן הילד פוגעת בילד ובכבודו כאדם.⁸² עוד יש לזכור שלא כל ילד הוא ברכה והנאה להוריו. קיוזו ההנאה מתעלם מהקשיים ומהכאב הכרוכים בגידול הילד.

כלל התועלת מקורו בשיקולים משפטיים והוא אינו מבוסס על נתונים עובדתיים, אי אפשר להעריך שוויה של הנאה מילד. מדובר ב"תועלת" שאינה ניתנת לכימות ולכן אי אפשר לקזזה בשל הפסד כלכלי. ה"תועלת" היא כפויה ולכן אין לקזזה מהנוק שנגרם.

3. אפילו ההנאות מהילד הן אמיתיות וניכרות, אין הן מפחיתות מההפסד הכלכלי שנגרם להורים. אין גם להניח שהקשר ההדדי בין הורה לילד יהיה אמיץ פחות אם ההורים יפוצו בגין הוצאות גידולו. הכרה בכלל התועלת גורמת לזילות היחסים בין ההורים לילד ולהתייחסות ליחסים אלה כאל יחסים הנמדדים בכסף, כשחובות ההורים כלפי הילד יחושבו בשקלים. חובות ההורים כלפי הילד קיימות בין שיש הנאה מהילד ובין שאין הנאה כזו. אין לקשור בין החובות לבין ההנאה, ואין לקזז אותן זו כנגד זו.⁸³

ההורים שקלו את היתרונות מול העלויות והחליטו שהם אינם מעוניינים בילד נוסף.⁸⁴ הורה שביקש לעבור ניתוח עיקור מוכיח בעצם רצונו בעיקור כי, מבחינתו, ההנאות שבהורות אינן עולות על הנטל הכרוך בגידול הילד. גם השימוש באמצעי מניעה ובהפלה מעיד על כך שלא כל אדם רואה בילד תועלת רבה יותר מאשר נטל. הפלות ואמצעי מניעה אינם בסיס למסקנה משפטית שהפיצוי עבור ילד לא מתוכנן צריך שיהא מוגבל. אין זה הגיוני שנתבע שכפה על הורים ילד נוסף יחייב אותם להפחית מן הפיצוי המגיע להם את ההנאה שהם שואבים מהילד.⁸⁵ לאהבה השוררת בין הורים לילד אין ערך כלכלי, וההנאה ממנו אינה תחליף להוצאות גידולו. אין אפשרות לקבוע איזון כספי בין ההוצאות, הכישלונות, התקווה, האכזבות, ההנאות, הצער, הבושה והגאוה שילד מביא עימו למי שאוהב אותו.

82 ראו: John H. Scheid, *Benefits vs. Burden: The Limitation of Damages in Wrongful Birth*, 23 J. FAM. L. 57 (1984-85).

83 Jeff L. Milstien, *Recovery of Child Rearing Expenses in Wrongful Birth Cases: A Motivational Analysis*, 32 EMORY L. J. 1167 (1983).

84 ראו: Anne C. Reichman, *Damages in Tort for Wrongful Conception – Who Bears the Cost of Raising the Child?*, 10 SYDNEY L. R. 568 (1985).

85 גם אם אינו יכול להתחמק מתשלום מזונות בטענה שהילד שנברא מזרעו הוא ברכה לאימו ויש לקזז את ההנאה שהיא מפיקה מהילד מהמזונות שהוא חב בהם. מדוע רוק שער עיקור רשלני והפך לאב חייב לשאת במזונות הילד, ואילו הרופא הרשלן יהיה פטור מהחובה לממן את הוצאות גידול הילד? האם הרופא פטור משום שיש לאב הנאה מהילד?

כלל התועלת מביא, למעשה, לתוצאה שההנאה של ההורים מעצם קיום הילד באה על חשבון הוצאות גידולו. הקיזוז פוגע בילד כאשר כספים שנועדים לחינוך ולבריאות הילד מקוזזים מה"תועלת" שהוא מביא. מדובר ב"תועלת" שאינה רצויה. אמנם, ההורים אוהבים הילד אבל האהבה אינה יוצרת מקורות מימון לגידולו.⁸⁶ ההורים עשו את המאזן שלהם כשהחליטו שאין הם מעוניינים בילד נוסף והגיעו למסקנה שעל אף שילד מביא עימו הנאה, הם מוותרים עליה. כעת, מבקשים תומכי גישת הקיזוז לכפות עליהם תוצאה משפטית שנפקותה שההנאה מן הילד נמדדת בכסף ואין מקום להעניק להורים פיצוי מלא על הנזק שנגרם להם. שיקולי הקיזוז הם שיקולים חברתיים, ציבוריים, ולא שיקולים פיננסיים, כלכליים.⁸⁷

הפסיקה הישראלית בתחום ההריון בעוולה, מועטה. בשני פסקי דין⁸⁸ החליטו השופטים לקזז מן הפיצויים עבור הכאב והסבל הכרוכים בהריון ובלידה את ההנאה שיפיקו התובעים מעצם קיומו של הילד הלא מתוכנן. בשני פסקי הדין הכירו בהוצאות הגידול כנזק אשר ההורים זכאים לפיצויים בגינו. עם זאת, הפסיקה קיזזה מההנאה מהילד את הנזק הלא-ממוני הנובע מההריון ומהלידה באופן שההורים לא קיבלו פיצויים בגין כאב וסבל. השופטת צור קבעה בעניין דונין כדלקמן:

בבחינת האיזון הכולל הנדרש למגוון השיקולים במאטריה עדינה ומיוחדת זו נראה לי כי אין זה ראוי וגם לא נדרש לכמת ולהעריך במונחים כספיים הנאה נפשית ורגשית שבאה להורים מהולדת ילד בריא. מנגד אין זה ראוי לכמת במספרים כאב או סבל הנגרמים להורים מהולדת ילדם, גם אם הוכח שמלכתחילה הם לא רצו בהולדת ילד זה. הפתרון הראוי והנכון הוא אפוא לקזז שני גורמים אלה האחד כנגד השני ולקבוע כי ה"כאב וסבל" שנגרמו להורים מלידה בלתי רצויה של בנם שקולים כנגד ההנאה והרווח הנפשי שבאו להם כתוצאה מלידת ילד בריא ונורמלי שהתווסף למשפחתם. בכך בא על פתרונו הקושי שבערכת "חיי אדם" במונחים כספיים. עם זאת, אין כל מקום לקזז תמורת אותה "הנאה" את הנזק הכלכלי שנגרם להורים בהוצאות הגידול של הילד. קיזוז מסוג זה יצריך מדידה מדויקת של אותה "הנאה"

86 ראו: Moore, לעיל ה"ש 10.

87 ראו: G.E. Garfinkle, Note, *Burke v. Rivo: Toward a More Rational Approach to Wrongful Pregnancy*, 36 VILL. L. R. 805, 826 (1991).

88 ראו: עניין דונין, לעיל ה"ש 15; עניין פלוניתי, לעיל ה"ש 38.

ותרגומה למונחים כספיים, שהרי הוצאות גידולו של ילד הן נתון משתנה ממקרה למקרה והן ענין להוכחה על פי הנסיבות והנתונים הספציפיים שהוכחו באותו מקרה. בעוד שההוצאות הכספיות עבור גידולו של ילד הן ענין כלכלי הניתן להערכה כספית, ההנאה והתועלת הנפשית "מחיי אדם" קשה להערכה אם לא בלתי אפשרית. והעקר אלה שני עניינים שונים במהותם ואין האחד ניתן לקיזוז בשני: כפי שנוק נפשי או "סבל" מילד נוסף, אינו בר פיצוי, כך גם התועלת הנפשית הבאה ממנו אינה ברת הפחתה מהנזק הכלכלי שנגרם בהוצאות עבור גידולו.⁸⁹

גישתה של השופטת צור, המקזזת הנאה מהילד מכאב וסבל הכרוכים בהריון ובלידה,⁹⁰ עלולה להביא למסקנה שהילד הוא אך ורק נטל כלכלי, שהרי ההנאה ממנו מקוזזת מהכאב ומהסבל הכרוכים בהריון ובלידה. גם אם לא נתייחס לילד כאל נטל כלכלי, הפתרון המוצע מפחית מפגיעת הגוף שנגרמה להורים ומהפגיעה באוטונומיה שלהם, ומתמקד בנזק הכלכלי הטהור. נראה שיש להתמקד בנזקים המידיים שנגרמו להורים, כולל כאב וסבל, ולא להפנות את עיקר שימת הלב לנזק הפיננסי הכרוך בגידול הילד. הילד הבריא הוא התוצאה החיובית של ההתנהגות (השליילית) הרשלנית של הרופא. קדושת החיים וערך ההורות הם העיקר ולא עלות גידול הילד.⁹¹

ו. הקטנת הנזק⁹²

הנתבעים בתביעות של הריון בעוולה מעלים, בהגנתם, את הטענות שההורים התובעים לא פעלו להקטנת הנזק בכך שלא ביצעו הפלה או לא מסרו לאימוץ את הילד הלא

89 עניין דונין, שם, פס' 8; בעניין פלונית, שם, מאמץ השופט חבש את גישת השופטת צור ודוחה את תביעת ההורים לפיצוי עבור נזקי כאב וסבל ועגמת נפש. אפשר גם לראות בהריון ובלידה תהליכים טבעיים ולכן אין מקום לפצות על כאב וסבל בגינם.

90 קיזוז של נזק לא-ממוני מתועלת (לא-ממונית).

91 "זכויות היסוד של האדם בישראל מושגות על ההכרה בערך האדם, בקדושת חייו ובהיותו בן חורין..." (ס' 1 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו).

92 מקום שבו השיטה המשפטית מכירה בהוצאות הגידול כנזק בר פיצוי (גישת הפיצוי המלא), ניתן לטעון טענות הגנה מסוג הקטנת הנזק בדרך של הפלה או מסירת הילד לאימוץ. מקום שבו אין מוכרת הזכות לפיצויים עבור הוצאות גידול, אין בסיס להעלאת טענה בדבר הקטנת הנזק בדרך של מסירה לאימוץ או הפלה, באשר הנזק – עצם ההריון והלידה – מוכה בפיצויים; והפלה, ככזו, או מסירה לאימוץ, אינן מקטינות את הנזק.

מתוכנן. הנתבעים טוענים שאין הם אחראים לנזק שההורים היו מסוגלים למנוע או להקטין בנקיטת אמצעים אלה.⁹³ טענות אלה מעוררות סלידה ועדיף היה להן שלא היו מועלות.⁹⁴ חיוב ההורים לבצע הפלה או למסור את הילד לאימוץ אינו צודק ואינו הוגן.⁹⁵ טענות כאלה הן בלתי מוסריות.⁹⁶ הדרישה להפיל את העובר או למסור ילד לאימוץ פוגעת בזכויות חוקתיות לפרטיות ולאוטונומיה. החלטת הורים להביא ילד לעולם, גם אם הוא לא מתוכנן, נשענת על שילוב של שיקולים שבאמונה ושל שיקולים רגשיים,⁹⁷ שיקולים דתיים ושיקולים מוסריים, כולל כמובן, שיקולים שכלתניים.⁹⁸ להורה יש חובה מוסרית לגדל ילדו ולא למסרו לאימוץ. לידת ילד יוצרת קשר נפשי, רוחני ופיסי בין הוריו לבינו, וקשה להעלות על הדעת חובה לנתק קשר כזה על רקע הדרישה להקטנת הנזק. טובת הילד מחייבת השארתו אצל הוריו ולא מסירתו לאימוץ.

93 מעטים המקומות בעולם שבהם קיבלה הפסיקה את טענת ההגנה של אי עמידה בנטל להקטנת הנזק. אחד המקרים הנדירים שבהם התקבלה הטענה בערכאה דיונית היה באוסטרליה, ראו: 84 N.S.W.L.R. 47, 38 (1995) *CES v. Superclinics (Australia) Pty Ltd.* השופט Priestley היה בדעה שההורים זכאים לפיצויים בשל הוצאות גידול הילד למשך זמן קצר בלבד, עד למועד שבו החליטו שלא למסור אותו לאימוץ. החלטת ההורים הייתה בחירה שלהם ולכן הנתבעים אינם אחראים לפצותם בגין הוצאות הגידול לתקופה החורגת משלב קצר זה.

94 הורים שנולד להם ילד לא מתוכנן, שלא עקב רשלנות, אינם נוהגים למסור את הילד לאימוץ ולא בכל מקרה שבו מתגלה הריון בלתי רצוי, התוצאה היא הפלה.

95 אמנם, הפלה שוללת כמעט לחלוטין את תוצאת עולתו של הנתבע אך, כאמור, הדרישה לבצע אינה סבירה ואינה מוסרית. מסירת ילד לאימוץ אינה מקטינה את נטל הנשיאה בהוצאות גידול. מסירת הילד לאימוץ רק מעבירה הנטל אל ההורים המאמצים, אם כי אצל המאמצים מדובר בבחירה חופשית.

96 ראו: MASON, לעיל ה"ש 73: "[T]he termination of pregnancy, and particularly a late pregnancy, represents a decision that is of profound moral and medical significance to the woman concerned and it must be within the anticipation of a tortfeasor that she will reject it"

97 per Butler-Sloss L.J. in *Salih v. Enfield Health Authority*, לעיל ה"ש 8, בעמ' 403: "[T]hese issues are often difficult to evaluate entirely unemotionally"

98 "[A]pplication of both the benefit rule and the avoidable consequences doctrine to a negligence action of this sort (wrongful pregnancy) illustrates not only that these are grave moral issues in the litigation of a wrongful birth (pregnancy) action seeking recovery from the physician for the cost of rearing the child to majority, but also necessarily probe into a parent's beliefs about abortion, adoption and the value of a child's companionship—all highly personal matters that seem particularly unsuited for the traditional adversarial process of a negligence action in a court of law" (Flowers v. District of Columbia, 478 A.2d 1073, 1077 (D.C. 1984))

לא בכל מצב ולא בכל שלב של ההריון ניתן לבצע הפלה. ספק אם אישה שההפלה שהיא עברה נכשלה עקב רשלנות הרופא תוכל לעבור הפלה נוספת בלי לסכן את עצמה ואת עובריה.⁹⁹ יש גם לזכור שהפלה ניתן לבצע רק בהתאם לקריטריונים הקבועים בחוק העונשין,¹⁰⁰ ולא כל אישה עונה לקריטריונים שבחוק גם אם סיבת ההריון היא עוולה שבוצעה על ידי הנתבע.

הטענה שיש למסור את הילד לאימוץ או להפילו נוגדת את העקרונות בדבר החובה להקטנת הנזק הדורשים מן התובע לנקוט אך ורק אמצעים סבירים להקטנת הנזק; מסירה לאימוץ או ביצוע הפלה אינם אמצעים סבירים.¹⁰¹ מאחר שאין מקום לדרוש מן ההורים לנקוט פעולות בלתי מצפוניות שכאלה, הרי שהן גם אינן נחשבות כגורם זר מתערב המנתק את הקשר הסיבתי בין עוולת הנתבע לבין הנזק שנגרם.¹⁰² אין זה מתפקידו של בית המשפט להתערב בשיקולי ההורים שלא לבצע הפלה או שלא למסור הילד לאימוץ.¹⁰³ החלטת ההורים היא אוטונומית. אין מקום לחקור את ההורים על מניעתם שלא להפיל את העובר או שלא למסור את הילד לאימוץ. מאחר שהמניע להולדת הילד הלא מתוכנן או המניע לשמירה עליו לאחר הלידה הם חוקיים לחלוטין (תהא הסיבה אשר תהא), אין לומר, לפיכך, שהחלטת ההורים היא בלתי סבירה. אין להעמיד את ההורים בדילמה בין הגשת תביעה לבין הפלה או מסירת הילד לאימוץ.

בארצות-הברית נדון מקרה של קטינה בת 14 שביצעה הפלה בגופה נכשל עקב רשלנות הרופאים. הילד שנולד נמסר לאימוץ. אימו, הוריה והילד עצמו נפגעו נפשית כתוצאה מכך וזכו לפיצויים בגין נזקם.¹⁰⁴ לתובעת נפסקו פיצויים בגין נזק נפשי בזמן ההריון ובשל דיכאון שלאחר הפלה.¹⁰⁵

במקרה אחר, כישלון בעיקור הסתיים בלידה. הרופא הנתבע יידע את התובעת על כשלון ניתוח העיקור והתובעת המשיכה, למרות הכול, לקיים יחסי מין ללא אמצעי

99 יש להדגיש כי אם ההורים יחליטו שהם מעוניינים לבצע הפלה, בעקבות הריון בעוולה, על הרופא הרשלן יהיה לשאת בהוצאה הכרוכה בכך וכן בנזק הלא-ממוני הנובע מההפלה.

100 ס' 312-320 לחוק העונשין.

101 לעניין הקטנת הנזק ראו: ע"א 252/86 גולדפרב נ' כלל חברה לביטוח בע"מ, פ"ד מה(4) 45 (1991); ע"א 449/81 בן לב בע"מ נ' מגד, פ"ד לח(4) 70 (1984).

102 ראו פרק ד' לפקודת הנזיקין [נוסח חדש]. בחירת ההורים להביא את הילד לעולם ולשמור עליו היא בחירה מודעת שנעשתה לאחר שנבחנו ה"תועלת" מול ה"נזק" שבהולדת הילד, ובחירה זו אינה מנתקת את הקשר הסיבתי בין עוולת הנתבע לתוצאה.

103 בין השיקולים המשפיעים על החלטת הורים אם להפיל אם העובר או לא מצויים שיקולים דתיים, מוסריים, אתיים, ערכיים, רפואיים, כלכליים, משפחתיים ואחרים. לפעמים, החלטת ההורים היא טבעית וספונטנית ואין בכך כדי לגרוע מן הלגיטימיות שלה.

104 Clapham v. Yanga, 300 N.W.2d 727 (Mich 1980).

105 Dendaas (Tylor) v. Yackel, (1980) 12 C.C.L.T. 147 (B.C.S.C.).

מניעה, ונולד ילד.¹⁰⁶ במקרה כזה, אין להטיל על הרופא אחריות להולדת הילד ולעלות שבגידולו.¹⁰⁷

יש להניח שרופא שמגלה למחרת העיקור שהניתוח נכשל (עקב רשלנות) או רוקח שמגלה שטעה במרשם למחרת אספקתן של גלולות המניעה או שיצרן של קונדומים שלקוחותיו מדווחים לו על פגם במוצריו למחרת השימוש, יכולים לדרוש מהאישה ליטול את "הגלולה שלמחרת" במסגרת חובתה להקטנת הנוק.¹⁰⁸ נטילת גלולה כזו אינה נחשבת להפלה במשמעות סעיף 313 לחוק העונשין ואינה בניגוד לסעיפים 314 עד 317 לחוק העונשין.¹⁰⁹

ז. השפעת המניע לאי הרצון להרות על זכות התביעה של ההורים

כזכור, קיימים שלושה מניעים עיקריים לרצון ההורים שלא להרחיב את משפחתם: (1) המניע הבריאותי, החשש שההריון או הלידה עלולים לפגוע באם או שעלול להיוולד ילד פגוע; (2) המניע הכלכלי, החשש מן העומס הכספי הכרוך בגידול ילד נוסף; (3) המניע השרירותי, הרצון שלא להרחיב את המשפחה עקב השאיפה לפתח קריירה, משיקולי נוחות או מסיבות שבהשקפת עולם.¹¹⁰ השאלה הראשונה הנשאלת היא אם יש רלוונטיות למניע עת באים להכריע בשאלת אחריותו של הרופא. האם הרופא אחראי (או שאינו אחראי) רק בגלל שידע (או שלא

106 Sabri-Tabrizi v. Lothian Health Board, (1988) 43 B.M.L.R. 190.

107 גם אם כתוצאה מרשלנות בעיקור, מאובחן בזמן ההריון ילד פגוע, לא ניתן לדרוש מן ההורים להפילו במסגרת החובה בדבר הקטנת הנוק. אמנם, לא הרופא הנחבע גרם לפגם, אך הוא גרם להתעברות הבלתי רצונית של האם ולכן עליו לשאת בתוצאות. זהו מצב שונה מהולדה בעוולה. שם, כזכור, ההורים מעוניינים בילד, אך רשלנות הרופא באבחון הפגם שללה מהם את הברירה להפיל את העובר.

108 Richardson v. LRG Products Ltd., [2000] Lloyd's Rep. Med. 280.

109 נטילת "הגלולה שלמחרת", 'Postinor', אינה זקוקה למרשם רופא (ראו אתר משרד הבריאות, אגף הרוקחות, מאגר התרופות):

www.health.gov.il/units/pharmacy/trufot/PerutTrufa.asp?Reg_Number=134%2046%2031286%2000&safoa Prescription Only. גם בבריטניה אין צורך במרשם רופא, ראו: Medicine (Human Use) Amendment (No. 3) Order, 2000. הגלולה שלמחרת נלקחת לפני שתהליך ההשרשה מתחיל, ולכן תוצאת נטילתה אינה נחשבת להפלה.

110 לעתים קיים גם רצון לדחות את הרחבת המשפחה, לא להביא לעולם ילדים בשלב זה של חיי ההורים. כאן אמנם אין מדובר בעיקור שנכשל אבל עוולה שקשורה לאמצעי מניעה או הפלה גרמה לכך שנולד ילד "שלא במועד". האם כאן המניע הוא כלכלי? בריאותי? שרירותי? יהא המניע אשר יהא, הילד אינו מתוכנן.

ידע) מהו המניע שדחף ההורים להגביל משפחתם? האם צריך שתהא השפעה לסיבות על חובת הזהירות של הרופא? האם יש סיבות צודקות יותר או שיש מניעים תקפים פחות?

במישור העקרוני, המניע אינו צריך להשפיע על אחריות הרופא כאשר תוצאת רשלנותו היא ילד לא מתוכנן. התוצאה היא צפויה ונובעת מהפרתה של חובת הזהירות ולכן על הרופא לפצות את ההורים על הפגיעה שגרם להם. עם זאת, אין זה די בכך שהפגיעה בתובע הייתה צפויה על מנת לזכותו בפיצויים. הפגיעה בתובע חייבת להיכלל במתחם העוולה, במובן זה שהסיכון שהתממש והנזק שנגרם נובעים מן העוולה. השאלה, אם כן, היא: מהו הנזק שגרם הרופא או איזה הוא הנזק שניתן לחייב בגינו את הרופא, וכאן נודעת למניע חשיבות רבה.¹¹¹ חייב להיות קשר בין המטרה לשמה נערכה הפעילות (שבדיעבד התבררה כרשלנית) לבין התוצאה שנגרמה. אין די בכך שהתוצאה נגרמה עקב רשלנות הנתבע, והיא חייבת להיות מזיקה. יש צורך שעוולת הנתבע תפגע באינטרס שהעיקור או ההפלה ביקשו להגן עליו.¹¹²

The duty of care is inseparable from the damage which the plaintiff claims to have suffered from the breach. It is not a duty to take care in the abstract but a duty to avoid causing in the particular plaintiff damage of the particular kind which he has in fact sustained.¹¹³

כאשר המניע לעיקור או להפלה הוא רפואי, ונולד ילד בריא והאם לא נפגעה, לא נגרם, לכאורה, נזק והחשש של ההורים לא התממש. פיצוי ההורים עבור הוצאות גידול הילד במצב כזה יהיה בבחינת מתת שמיים. ההורים זכו בילד, בריאותם לא נפגעה ונוסף לכל – הרופא מממן את העלות הכרוכה בגידול הילד. פתרון כזה אינו צודק, אינו הוגן ואינו סביר. ספק אם מגיעים לאם פיצויים על הכאב והסבל הכרוכים בהריון ובלידה באשר המקור לרצון שלא להביא ילד לעולם לא היה החשש מאי הנוחות הכרוכה בהריון (אי

111 Per Lax, J. in *Kealey v. Berezowski*, לעיל ה"ש 72, פס' 61 (ההדגשות אינן במקור): "... if the assessment of damages associated with a child's birth is considered on the basis that the damages are awarded to compensate for an injury, not in the abstract, **but with reference to the purpose of the activity** ... these facts may very well matter".

112 ראו: DIETER GIESEN, INTERNATIONAL MEDICAL MALPRACTICE LAW: A COMPARATIVE STUDY OF CIVIL RESPONSIBILITY ARISING FROM MEDICAL CARE 246-247 (1988).

113 Per Lord Oliver in *Caparo Industries plc. v. Dickman*, [1990] 1 All E.R. 568 at 599 (H.L.).

נוחות שהיא טבעית ובלתי נפרדת מהריון ומלידה) אלא מהפגיעה הפוטנציאלית בבריאות. משלא התרחשה פגיעה כלשהי, אין מקום לפיצויים מכל סוג שהוא.¹¹⁴ מאידך גיסא, רופא שהתירשל בביצוע הפלה או בניחוח עיקור, ביודעו שהמניע להתערבות הרפואית הוא בריאותי, ונולד ילד פגוע, חייב לפצות את ההורים על מלוא נזקם, כולל עלות גידול הילד, באשר הרופא לא רק שחייב היה לצפות, אלא שידע בפועל שאם יתרשל במילוי חובתו, יביא הדבר ללידת ילד פגוע. הרופא פגע באינטרס של המשפחה. התוצאה שנגרמה היא זו שההורים ביקשו להימנע ממנה, הנזק כולל במתחם הסיכון שיצר הרופא, ולכן עליו לפצות עבורו (למרות שהרופא לא גרם לנכות של האם או הילד).¹¹⁵

כאשר המניע לעיקור הוא כלכלי מתעוררת שאלה נכבדה של הכרה בהוצאות הגידול כנזק בר פיצוי. מניע כלכלי משמעו שההורים ביקשו להימנע מהבאת ילד נוסף לעולם עקב הנטל הכספי הכרוך בגידולו. בדרך כלל, מדובר בתביעות של הורים לשניים עד עשרה ילדים או יותר, שביקשו, מסיבות כלכליות, להימנע מלהביא ילדים נוספים לעולם.¹¹⁶ רשלנות הרופא פגעה ישירות באינטרס שעליו ביקשו ההורים להגן. הענקת פיצויים עבור הוצאות גידול במצב כזה מיישמת, לכאורה, את העיקרון בדבר השבת המצב לקדמותו. הפיצויים אמורים להביא את ההורים למצב (הפיננסי) שבו היו נמצאים אלמלא נולד הילד, אלמלא בוצעה העוולה.¹¹⁷ גם החשש מפגיעה בקריירה שהתממש

114 ראו: *Burke v. Rivo*, 551 N.E.2d 1, 6 (Mass. 1990); וכן: *University of Arizona v. Superior Court*, 667 P.2d 1294, 1300 (Ariz. 1983). הפסיקה הגרמנית קובעת כי אם מטרת העיקור היא רפואית ונולד ילד בריא, אין מקום לפיצויים; אם נולד ילד נכה, על הנתבע לשלם פיצויים מלאים, לרבות הוצאות גידול. ראו: BGH, 25 June 1985, NJW 1985, 2749.

115 *Taylor v. Shropshire Health Authority*, [1988] Lloyd's Rep Med 395.

116 ראו לדוגמה: עניין *Castodio v. Bauer*, לעיל ה"ש 35, שבו עיקור האם נכשל עקב רשלנות הרופא ונולד ילד עשירי; וראו גם: עניין *Cataford*, לעיל ה"ש 47. לעניין ניתוח עיקור שנכשל באם לשני ילדים, ראו: *Lovelace Medical Center v. Mendez*, לעיל ה"ש 11.

117 הורים הדורשים פיצויים בגין הוצאות גידול הילד הלא מתוכנן שנוולד עקב הריון בעוולה (כאשר המניע להגביל את גודל המשפחה היה כלכלי), פותחים פתח לתביעה נגדם, מצד הילד שנוולד לפני הופעת הילד הלא מתוכנן. תביעתו תבסס על נימוקי ההורים נגד הרופא (לא היו משאבים לגדלו), תישאל השאלה מדוע שהיעדר המשאבים יחושב החל בילד הבא (הלא מתוכנן) ולא כבר בילד האחרון שלפני הילד הלא מתוכנן. יש להניח שהמצב הכלכלי היה קשה כבר בעת שהוא נולד. על תביעות ילדים נגד הורים ראו: ע"א 2034/98 אמין נ' אמין, פ"ד נג(5) 69 (1998). עוד על תביעת ילד נגד הורהו, ראו: בנימין שמואלי "ציווי משפטי על אהבת הורה לילדו ופיצוי בגין הזנחה רגשית: הילך משפט המדינה בעקבות משפט הטבע" משפטים על אהבה 269 (ארנה בן-נפתלי וחנה נווה עורכות, 2005).

עקב רשלנות הרופא הוא בעל נפקות כלכלית. במקרה כזה, ניתן לטעון ששיעור הנזק הוא פועל יוצא של מידת הפגיעה בקריירה.¹¹⁸

כאשר הרצון לעבור ניתוח עיקור נעוץ בטעם אגואיסטי לחלוטין, מניע שאין עוררין על חוקיותו, ועקב רשלנות הרופא נולד ילד לא מתוכנן, נוצרת דילמה. האינטרס של ההורים נפגע, ללא ספק, אך שאלת ההכרה בשיעור הנזק מעוררת בעיות עקרוניות. האם הוצאות הגידול מזכות בפיצויים? האם ההוצאות הן האינטרס שנפגע? האם יש מקום להבחין בין הריון בעולה ממניעים כלכליים להריון בעולה ממניעים שרירותיים? נראה שהפער בין השיקול הכלכלי לבין שיקולי הנוחות אינו עקרוני אלא כמותי, ולכן הפתרון של שני מצבים אלה חייב להיות דומה. הפתרון הוא להעניק פיצוי ראוי.

השופטים והמלומדים הדנים בנושא ההריון בעולה מסכימים כי שאלת החבות היא פשוטה יחסית,¹¹⁹ ומשהוכיחו התובעים את הפרת החובה מצד הנתבעים, הם זכאים לסעד מן הדין. הבעיה העיקרית בתחום היא גובה הפיצויים המגיעים לתובעים ועניין זה מעורר מחלוקות קשות בנוגע ל"פתרון הנכון". סוגיית היקף האחריות כרוכה בדילמות אתיות ומוסריות קשות ומעורבים בה היבטים של צדק חלוקתי. דילמות אלה גורמות לאי ודאות ולחוסר אחדות בדיון.

מטרת הפרק הבא היא להציג פתרון מתאים באופן של פיצוי ראוי המבוסס על שיקולי צדק ועל מדיניות משפטית וחברתית שיביא לגיבוש כללים מנחים בתחום. כל זאת, בלי לפגוע בחופש הפעולה ובשיקול הדעת של בתי המשפט, באשר רכיבי הפיצוי הראוי המוצע גמישים דיים על מנת להביא לתוצאה צודקת, הוגנת וסבירה.

ח. הפיצוי הראוי

הפיצוי הראוי חייב להיות מבוסס על כללים משפטיים, על ערכים חברתיים ועל שיקולים כלכליים.

הריון בעולה תחילתו ברשלנות אך סופו – ילד בריא. מדובר במתווה מורכב שיש לקבוע לו נוסחה להגדרת הפגיעה, היקפה והפיצוי הראוי המגיע בעבורה. יש לקבוע מהו הנזק הנובע מן העולה ולאיזה שיפוי זכאי התובע. בעת בדיקה זו יש להתחשב במעמד הצדדים זה מול זה ובקשרי הגומלין שלהם עם החברה כולה.

118 אם מצבם הכלכלי של ההורים השתפר בין מועד ביצוע העולה לבין מועד הגשת התביעה, או שהעולה לא השפיעה על הקריירה, לא תהיה, ככל הנראה, הצדקה למתן פיצוי להורים שהרי האינטרס שלהם, בסופו של דבר, לא נפגע.

119 ראו לדוגמה: JOHN A. DEVEREUX, AUSTRALIAN MEDICAL LAW 688-693 (3rd ed. 2007).

להחלטה בעניין הזכות לפיצוי והיקפו יש השפעה על גורמים רבים נוסף לבעלי הדין. סוגיית הפיצוי הראוי מעוררת שאלות של צדק מתקן ושל צדק חלוקתי.¹²⁰ יש לגבש פתרון שיהיה הוגן, צודק וסביר.¹²¹ אכן הנגף בדרך למציאת הפתרון הנאות היא נושא הוצאות הגידול של הילד הלא מתוכנן. הכרה או אי הכרה באחריות להוצאות הגידול והיקף האחריות היא שאלה של מדיניות משפטית.¹²² המדיניות המשפטית מאתרת את הערכים ואת האינטרסים, המצויים במחלוקת והנאבקים על הבכורה, ונותנת להם את המשקל הראוי בהתאם לצרכי החברה.¹²³ בית המשפט מתחשב בסוג הנזק ובדרכי התרחשותו והוא שוקל את המעמסה הכספית אשר תוטל על סוג המזיקים או הניזוקים.¹²⁴ בית המשפט שוקל את השלכות הרוחב של ההכרה בחבות ובהיקפה. כאשר מדובר בהוצאות גידול של ילד בריא שנתבעות ממערכת הרפואה הציבורית, שאליה משתייך, בדרך כלל, הרופא הרשלן, על בית המשפט לבדוק את המקור הכספי לפיצויים, את השימוש שייעשה בהם על ידי התובע מול השימוש שייעשה בהם על ידי הנתבע. אם מערכת הרפואה הציבורית תידרש לשלם את הפיצויים, היא תיאלץ לגייס את הכספים מתוך תקציבה המוגבל, ובמקום לרכוש בהם תרופות ולממן טיפולים בחולים היא תחויב להעביר את הכספים להוריו של ילד בריא. הילד הבריא, הגם שאינו מתוכנן, ימומן על חשבון החולה שנותר בלא טיפול רפואי שלם.¹²⁵

שיקולי מדיניות אין בהם כדי להתיר תוצאה כזו. בין הילד הבריא לחולה הנזקק יש להעדף את החולה הנזקק.¹²⁶ הרפואה הציבורית אינה חייבת לשאת בהוצאות גידול הילד הבריא כאשר מוטלות עליה משימות רבות וחשובות יותר. הכרה בעלות

120 על צדק חלוקתי ועל צדק מתקן, ראו: עמוס הרמן מבוא לדיני נזיקין 8-12 (2006).

121 ראו ס' 1(1) לתזכיר הצעת חוק דיני ממונות, התשס"ו-2006, www.justice.gov.il/NR/rdonlyres/F4C8889A-234F-4A90-9B5A-B30C5B1B2E2A/0/mamonot.pdf

122 ראו דברי השופט שמגר (כתוארו אז) בע"א 343/74 גרובנר נ' עיריית חיפה, פ"ד (1) 141, 156 (1975): "שאלת קיומה או העדרה של חובה היא סוגיה שבדין, הבנויה על חלוקה ועל סיווג כללים של סוגי פגיעות וסוגי מזיקים וניזוקים ואשר גבולותיה מושפעים בראש וראשונה ממדיניות משפטית".

123 דברי השופט ברק (כתוארו אז) בע"א 243/83 עיריית ירושלים נ' גורדון, פ"ד לט (1) 113, 130 (1985).

124 דברי השופט ברק (כתוארו אז) בע"א 145/80 ועקנין נ' המועצה המקומית בית שמש, פ"ד לז (1) 123, 113 (1982).

125 תקציב משרד הבריאות ותקציב קופות החולים הוא קבוע ואחוז מסוים ממנו מופרש לתשלומי פרמיות ביטוח ופיצויים לנפגעים. ככל שאחוז זה גבוה יותר, יתרת התקציב לטיפולים קטנה יותר. אין תקציבים נפרדים לטיפולים ותקציבים נפרדים לפיצויים (מעבר ל"תקציב הטיפולים").

126 ראו: Tony Weir, An Introduction to Tort Law 25 (2nd ed. 2006).

הגידול פוגעת בהקצאת המשאבים של הרפואה הציבורית ובהקצאת המשאבים של החברה כולה.¹²⁷

הילד הבריא אינו נזק, וגם אם ייעשה ניסיון להפריד בין הילד לבין הוצאות גידולו, ההפרדה היא מלאכותית. ההיגיון, הרגש, חוש הצדק וההגינות מתאחדים במצב כזה ומובילים למסקנה שאין להעניק פיצויים עבור לידת ילד בריא גם אם יכונה התשלום "הוצאות גידול".¹²⁸ הפגיעה בהורים, מעבר לנזק הפיסי שנגרם להם, היא פגיעה באוטונומיה שלהם, פגיעה בזכותם החוקתית להחליט על גודל משפחתם,¹²⁹ אך גם פגיעה זו אינה נמדדת לפי מחיר עלות גידולו של הילד הלא מתוכנן, מאחר שהילד בריא.

דחיית התביעה להוצאות גידולו של ילד בריא מבוססת על צרכי החברה. החלטת הדחייה היא החלטה ערכית.¹³⁰ הכרה בהוצאות הגידול כנזק המזכה את ההורים בפיצויים לא תעניק הגנה יעילה יותר לביטחון האישי ולשלמות הגוף ולא תביא לחלוקה צודקת יותר של הנטל בחברה.

שלילת הזכות לפיצויים עבור הוצאות גידול אין משמעה שהחוטא יוצא נשכר ושהתובע נותר ללא סעד. צדק מתקן ייעשה, וישולמו פיצויים צודקים. הנתבע ישלם פיצויים (מוגבלים) בשל הנזק הישיר שגרמה עוולתו;¹³¹ ההורים יקבלו פיצויים בגין הפסדי ההשתכרות שנגרמו בזמן ההריון והלידה ועבור הוצאות המיוחדות שנאלצו להוציא עקב פעילותו הרשלנית של הרופא. ההורים יהיו זכאים לפיצויים גם על הנזק הלא-ממוני שנגרם להם והאב יוכל לקבל פיצויים בגין אבדן שירותי אישה.¹³² אשר ליסוד ההרתעה, הוא יושג גם באמצעות העמדת הרופא הרשלן לדין משמעתי והענשתו בהתאם להוראות פקודת הרופאים [נוסח חדש], התשל"ז-1976.

דחיית תביעתם של ההורים למימון הוצאות גידול הילד אינה מבוססת על קביעה שלא הייתה חובת זהירות של הרופא כלפי ההורים או שהחובה לא הופרה. הדחייה גם

127 בין השנים 2003-2009 שולשו הוצאות בתי החולים בישראל בגין רשלנות רפואית, דבר שהגדיל את גרעונם באופן ניכר. "תשלומי הפיצויים עבור רשלנות רפואית, גורעים משירותי הבריאות שאמורים להינתן לאזרחים" (מתוך דבריו של רו"ח אלי ביתן, סגן חשב משרד הבריאות, פורסם אצל: רוני לינדר-גנץ "הוצאות בתי החולים על רשלנות רפואית שולשו בתוך שש שנים" הארץ – דה מרקר 20.7.2010, 4).

128 כשנולד ילד בריא, גם אם הוא לא מתוכנן, זוכים הוריו לברכות ולאיחולים. איש אינו משתתף ב"צערם" על "הנזק" שנגרם להם.

129 ראו להלן בפרק ט'.

130 תשלום פיצויים עבור הוצאות גידול אינו מתקן את הפגיעה באיזון שנגרמה עקב ביצוע העוולה, באשר הוצאות גידולו של הילד הבריא אינן חלק מהפגיעה באיזון. רק תהליך ההריון והלידה נחשב כמפר את האיזון.

131 עבור הנזק הממוני והלא-ממוני ועבור הנזק הדיגיטרי, ראו להלן פרק ט'.

132 Loss of Consortium.

אינה מבוססת על היעדר צפיות או על היעדר קשר סיבתי בין התנהגות הרופא לבין הולדתו של הילד. אין בדחיית התביעה גם כדי לקבוע שהוצאות הגידול הן נזק רחוק שאינו מזכה בפיצוי. הוצאות הגידול הן *Damnum Absque Injuria* (=נזק ללא פגיעה משפטית). מקור הדחייה נעוץ בשיקולים של מדיניות, של מתן משקל ראוי לצרכי התובעים מול צרכי החברה כולה בהתייחס להתנהגות הנתבע. דחיית התביעה לפיצויים עבור הוצאות גידול מבוססת על הרעיון בדבר הצדק החלוקתי, על חלוקה צודקת של הנטל והתועלות בחברה. הפיצוי אינו צריך להתמקד בנזק שנגרם לתובעים בלבד, עליו לשקף גם שיקולים ציבוריים כלליים, וביניהם הגנה על איזונים ראויים. דיני הפיצויים מתחשבים בשיקולים שמעבר לעניינו של הניזוק בלבד. על בית המשפט לאזן בין שיקולים ואינטרסים שונים כדי להגיע לתוצאה צודקת.¹³³

התובעים הם גם נושא הנזק היעיל ביותר בכל הנוגע למימון גידולו של הילד.¹³⁴ הוצאה של הורים לגידול ילד בריא היא נמוכה יותר מאשר הוצאה של גורם חיצוני למשפחה. ההורים יודעים לנצל באופן מושכל את המקורות העומדים לרשותם ועושים שימוש יעיל במשאביהם. להורים יש תמריץ לחסוך. רופא החייב לממן גידולו של ילד נדרש לשלם סכומים המחושבים על רקע תיאורטי על ידי כלכלנים ועובדים סוציאליים, סכומים שהם גבוהים, ככל הנראה, מהעלות בפועל שהמשפחה נושאת בה. הורה שמפסיק לעבוד כדי לגדל את ילדו, שנולד כתוצאה מהריון בעוולה, ומבקש פיצויים בגובה הפסדי ההשתכרות, מבקש בעצם פיצויים עבור הוצאות גידול הילד, ובמשטר של מדיניות שאינה מכירה בהוצאות גידול כנזק המזכה בפיצויים, אין מקום לפצות על הפסדי השתכרות.¹³⁵

הורים התובעים פיצויים עבור הוצאות גידול עשויים לנפח את צרכי הילד על מנת להשיג סכומים גבוהים מהנדרש בפועל. הורים שזוכים בפיצויים עבור הוצאות גידול הילד רשאים לעשות בפיצויים ככל העולה על רוחם, שהרי הפיצויים משולמים להם. הפיצויים אינם משולמים לילד, שכן הילד לא ניזוק ואינו תובע. מכאן שאין פיקוח של בית המשפט על הפיצויים, ולכן קיים חשש תיאורטי שההורים ישתמשו בכספי הפיצויים למטרות החורגות ממימון גידול הילד.

133 ראו דברי השופטת פרוקצ'יה בע"א 89/04 נודלמן נ' שרנסקי, תק-על 308(3) 2030, פס' 73 (2008), שם מבקשת השופטת פרוקצ'יה לאמץ עקרונות של צדק חלוקתי כדי להגן על נתבע חלש. נראה כי יש מקום לראות גם את הקופה הציבורית המדולדלת, במקרים המתאימים, כנתבע חלש. וראו דעתו של פרופ' גוידו קלברוזי על כך שדיני הנוזיקין חייבים לשאוף לכך שסך נזקי התאונות והוצאות מניעתן יהיה המינימום האפשרי: GUIDO CALABRESI, THE COST OF ACCIDENTS: A LEGAL AND ECONOMIC ANALYSIS 26-31 (1970).

134 ראו: אריאל פורת "דיני הנוזיקין: עוולת הרשלנות על פי פסיקתו של בית המשפט העליון מנקודת מבט תאורטית" ספר השנה של המשפט בישראל 373, 390 (אריאל רוזן-צבי עורך, התשנ"ו).

135 ראו: *Greenfield v. Irwin*, [2001] 1 W.L.R. 1279 (C.A.).

חיוב הרופא לממן הוצאות גידול הילד אינו יעיל, שכן הוא יגרום להעדפת תובע בריא על פני נזקק חולה שאפשר שיימנע ממנו הטיפול העשוי להאריך את חייו או לרפאו ולהחזירו למעגל חיים יצרני. לכן התוצאה אינה כלכלית.¹³⁶ אין סתירה בין צדק ליעילות. הצדק נעשה על ידי עצם ההכרה בהתנהגות הנתבע כבעוולה, והיעילות מנצלת באופן תכליתי את משאביה המוגבלים של החברה.¹³⁷

גישת הפיצוי הראוי או המוגבל אומצה בניו-זילנד. על פי – Injury Prevention, Rehabilitation and Compensation Act 2001 (להלן: החוק הניו-זילנדי), הריון בעוולה נחשב לפגיעת גוף (*physical injury*) המזכה את הנפגע בפיצויים.¹³⁸ דא עקא שהפיצויים מוגבלים אך לחמישה פריטים: 1. שיקום; 2. פיצוי עבור אבדן כושר בשבוע הראשון שלאחר הפגיעה; 3. פיצוי שבועי כל עוד נמשכת הפגיעה; 4. פיצוי בסכום אחד עבור נכות לצמיתות; 5. תביעת תלויים.¹³⁹ במצבים של הריון בעוולה, כאשר אין נכות לצמיתות, מוגבלים הפיצויים על פי החוק לפיצויים שבועיים בלבד.¹⁴⁰ לתובעים אין זכות לפיצויים בגין הוצאות גידולו של הילד.¹⁴¹ החוק הניו-זילנדי קובע עיקרון של ייחוד עילה בכל הנוגע לנזקים הנובעים מפגיעות גוף.¹⁴²

בעקבות החלטת בית המשפט העליון של אוסטרליה בעניין *Cattanach*¹⁴³ שקבע כי הורים זכאים לפיצויים עבור הוצאות גידול הילד במקרים של הריון בעוולה, התערבו

136 וראו התייחסותו של פרופ' פונר לסוגיית ההרתעה האופטימלית והיעילות הכלכלית: RICHARD POSNER, *ECONOMIC ANALYSIS OF LAW* 167-171 (7th ed. 2007). ראו גם: ROBERT COOTER & THOMAS ULEN, *LAW AND ECONOMICS* 326-28 (5th ed. 2007).

137 פיצוי עבור הוצאות גידול אין בו כדי לשמש תחליף למדיניות סעד ציבורית. ראו גם דעתו של בית המשפט העליון של ניו-זילנד: "[I]t was their (the parents) duty and privilege to raise their child and not that of the levy payers of an accident compensation scheme" (*XY v. Accident Compensation Corporation*, [1984] 4 N.Z.A.R. 219, 381 (H.C.)).

138 ס' 26 לחוק הניו-זילנדי.

139 ס' 69 לחוק הניו-זילנדי.

140 ס' 26, 69 לחוק הניו-זילנדי.

141 ראו החלטת בית המשפט העליון של ניו-זילנד: *Accident Compensation Corporation v. D* [2007] N.Z.A.R. 679 (H.C.).

142 ס' 317 לחוק הניו-זילנדי. יש להדגיש כי החוק הניו-זילנדי מחיל את העיקרון של אחריות ללא אשם על נזקי גוף שמקורם בתאונה ומגביל את שיעור הפיצויים המשתלמים לנפגעים. ההסדר הניו-זילנדי דומה בעיקרו לביטוח לאומי אם כי בהיקף רחב יותר. עקרונות הפיצויים או תגמולים דומים לאלה הקבועים בחוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], התשנ"ה-1995, ס"ח 210.

143 לעיל ה"ש 14.

המחוקקים המדינתיים ושללו מההורים את הזכות לפיצויים עבור הוצאות גידול הילד.¹⁴⁴ הסיבה להתערבות המחוקקים הייתה הגנה על הקופה הציבורית.¹⁴⁵ שלילת הזכות לפיצויים עבור הוצאות הגידול אינה צריכה להיות מבוססת על כלל התועלת ועל קיומו ההנאה מהילד מעלות גידולו. דחיית התביעה להוצאות גידול הילד מבוססת על שיקולי מדיניות שאינם שוקלים את התועלת שבחיים מול ההוצאה לקיומם; שיקולי המדיניות בודקים את היקף חובת הזהירות ואת ההצדקה להענקת הפיצויים. אמנם, כלל התועלת מגיע לתוצאה ששיקולי המדיניות מגיעים אליה, אם כי בדרך שונה לחלוטין, וספק אם דרך נכונה יותר.¹⁴⁶ מימון גידולו של הילד הוא רק חלק

Civil Liability Act, 2002, no 22, § 71 (Austl. NSW): Limitation of the award of 144 damages for the birth of a child:

- (1) In any proceedings involving a claim for the birth of a child to which this part applies, the court cannot award damages for economic loss for:
- (a) the costs associated with rearing or maintaining the child that the claimant has incurred or will incur in the future, or
 - (b) any loss of earnings by the claimant while the claimant rears or maintains the child.
- (2) Subsection (1) (a) does not preclude the recovery of any additional costs associated with rearing or maintaining a child who suffers from a disability that arise by reason of the disability.

South Australia Civil Liabilities וכן Queensland Civil Liability Act, 2003, § 49A-49B Act, 1936, § 67 אוסטרליה, גם הם, מתן פיצוי עבור הוצאות גידול ילד בריא במקרים של הולדה בעוולה.

145 גם המחוקק הישראלי מנסה להציב גבולות לבית המשפט ולשנות ממדיניותו המכירה בנזקים ממוניים שספק אם נגרמו לתובעים. ראו ס' 469 ו-470 לתזכיר הצעת חוק דיני ממונות, התשס"ו-2006, המבקשים להגביל פיצויים עבור אבדן השתכרות בשנים אבודות (כאשר לנפטר לא היו תלויים), וזאת בניגוד לע"א 140/00 עזבון אטינגר נ' החברה לשיקום ופיתוח הרובע היהודי בעיר העתיקה בירושלים בע"מ, פ"ד נח(4) 486 (2004).

146 ראו החלטת בית הלורדים בפרשת *McFarlane v. Tayside Health Board*, לעיל ה"ש 12, שם דחו חמשת השופטים תביעה של הורים להוצאות גידולו של ילד בריא (חמישי במשפחה) שנולד עקב רשלנות בניתוח עיקור של האב. נימוקי הדחייה התבססו על שיקולי מדיניות שונים. השופטים Steyn ו-Slynn Hope פסקו שתביעה לעלות גידול ילד בריא היא תביעה עבור נזק כלכלי טהור, שכן הוצאות הגידול נתבעות בלא שנגרם לילד נזק גוף. ההוצאות הן תוצאה של "פגיעה" בהורים, פגיעה שאינה פגיעת גוף. בתביעה מסוג זה יש להוכיח כי צודק, הוגן וסביר להטיל אחריות. בנסיבות המקרה דרישה זו לא התקיימה. Lord Steyn סבר כי, על פי שיקולי צדק חלוקתי, אין להכיר בתביעה. Lord Clyde סבר שהכרה בהוצאות גידול הילד תביא לפיצוי יתר, מעל ומעבר להשבת המצב לקדמותו. Lord Millette היה בדעה שהולדת ילד בריא היא ברכה ששקולה לא רק כנגד עלות הגידול אלא כנגד כל פגיעה בהורים, למעט פגיעה באוטונומיה. חמשת השופטים פסקו להורים פיצויים עבור הפסדי השתכרות, החזר הוצאות שקשורות בניתוח, בהריון ובלידה

מהמשא המוטל על ההורים. אין להתייחס אליו באופן עצמאי ואין לבודד אותו משאר חובות ההורים רק בגלל שנדמה שקל יותר לתרגם חובה זו למונחים כספיים. כפי שאין למדוד הנאה ותועלת מילד במונחים כספיים, כך אין למדוד את חובות ההורים כלפי הילד במונחים כספיים ואין להעניק עבורם פיצויים.

לסיכום, הזכות לפיצויים עבור הנזק הישיר, המייד, הנובע מהריון בעולה, בלי פיצויים עבור הוצאות גידול, יוצרת איזון ראוי בין אינטרסים מתחרים: ההורים והילד מצד אחד והציבור מצד שני. החוטא אינו יוצא נשכר, הציבור לא נפגע וההורים מקבלים פיצוי ראוי.

ט. הפגיעה באוטונומיה

זכותו של אדם לתכנן את גודל משפחתו¹⁴⁷ מבוססת על ערכי היסוד של חברתנו וקבועה בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. זכות זו מושתתת על עקרונות של חופש ומוסר.¹⁴⁸ הזכות לתכנון המשפחה זהה לזכות להינשא ולהוליד ילדים.¹⁴⁹ התרשלות הנתבע שגרמה להריון בעולה מהווה פגיעה ברווחתו של אדם, בכבודו ובזכותו לאוטונומיה. הנתבע שלל מן ההורים את זכותם לקבוע את גודל משפחתם.

מדובר בפגיעה, שלא כדין, ברגשותיו של אדם כתוצאה מאי כיבוד זכותו היסודית לעצב את חייו כרצונו. הדבר מתחייב מן ההכרה בערך האדם ובהיותו של כל אדם בן חורין. הפרה של זכות יסודית זו שלא על פי כוח או זכות שבדין, פוגעת פגיעה קשה ברווחתו של הפרט.

רשלנות הנתבע שהביאה להריון או ללידה הבלתי מתוכננים מנעה מן ההורים את הזכות לחיות את חייהם כרצונם ומנעה מהם מלממש את הזכות להגביל את גודל משפחתם. פגיעה זו היא נזק בר פיצוי בניזיקין.¹⁵⁰

ופיצויים עבור כאב וסבל. ראו גם החלטה של בית המשפט הגבוה באירלנד שניתנה ברוח דומה: Byrne v. Ryan, [2007] I.E.H.C. 207.

147 "האוטונומיה להקמת משפחה ותכנון משפחה ולהולדת ילדים היא תחום של צנעת הפרט. חירותו של אדם כוללת את חירות ההחלטה העצמאית בענייני נישואין, גירושין, הולדה, ובכל נושא אחר מתחום צנעת הפרט והאוטונומיה של הפרט ... ההחלטה להיות הורה מסורה לאדם מכוח היותו אוטונומי הנושא בנטל החלטותיו ובתוצאות מעשיו" (דברי השופט שטרסברג-כהן בע"א 5587/93 נחמני נ' נחמני, פ"ד מט(1) 485, 498 (1995)).

148 Griswold v. Connecticut, 381 U.S. 479 (1965).

149 ראו פסקי הדין, לעיל ה"ש 5.

150 ראו דברי Lord Bingham, בעניין Rees, לעיל ה"ש 17, פס' 8: "[T]he mother has been denied, through the negligence of another, the opportunity to live her life in the way that she wished and planned"

הפיצויים עבור פגיעה באוטונומיה הם פיצויים עבור נזק לא-ממוני. הנזק הוא נזק דיגניטרי, של פגיעה בחופש הבחירה. הם מהווים אמצעי להכרה בכך שנגרם עוול לתובעים ושנגרמה פגיעה במשפחה. כמו כן הם אמצעי לעשיית צדק. גובה הפיצוי אינו מושפע מעלות גידול הילד ואינו פונקציה של עלות גידול הילד.

[T]he proper outcome in all these cases is to award the parents a modest conventional sum by way of general damages, not for the birth of the child, but for the denial of an important aspect of their personal autonomy, viz the right to limit the size of their family. This is an important aspect of human dignity....¹⁵¹

הפיצוי ניתן ללא הוכחת נזק. הערכת הפיצוי על פגיעה באוטונומיה נעשית על דרך האמדנה. מדובר בנזק סובייקטיבי שקשה לחשב אותו. מדובר בפגיעה בזכות יסוד. עם זאת, מקבלים התובעים פיצויים עבור שאר ראשי הנזק שנגרמו להם כתוצאה מביצוע העוולה, והפיצוי עבור פגיעה באוטונומיה מתווסף אליהם. על הפיצוי להתחשב בנסיבות המקרה. הפיצוי צריך שיהא צנוע ולא מופרז, במיוחד אם אין הוא עומד בפני עצמו.¹⁵² הפיצוי במצב כזה צריך שיהא סמלי ועליו לשקף את הכרת בית המשפט בעצם הפגיעה בזכות היסוד של התובעים.¹⁵³

י. הילד הפגוע

בפרשת *Speck v. Finegold*¹⁵⁴ נדון סיפורם העצוב של בני משפחת ספק. אב המשפחה סבל ממחלה תורשתית שגרמה לכך שנולדו לו שני ילדים פגועים קשה. על מנת שלא להביא עוד ילדים לעולם החליט מר ספק לעבור ניתוח עיקור. לאחר הניתוח הבטיח הרופא למר ספק כי הניתוח הצליח וכי הוא כבר אינו פורה. כאשר אשתו של מר ספק הרתה התברר כי ניתוח העיקור נכשל עקב רשלנות הרופא. מחשש להולדת ילד נכה

Lord Millett in *Rees v. Darlington Memorial Hospital NHS Trust*, [2004] 1 A.C. 151, 309.

152 על ההבחנה בין פגיעה באוטונומיה ששוללת את זכות הבחירה של התובע לעומת הפגיעה באוטונומיה שגרמת לנזק תוצאתי, ראו: צחי קרן-פז "פיצוי בשל פגיעה באוטונומיה: הערכה נורמטיבית, התפתחויות עכשוויות ומגמות עתידיות" המשפט יא 187 (2007); וכן: נילי קרקו-אייל "אופן הערכת הפיצוי בגדר ראש הנזק של פגיעה בזכות לאוטונומיה" המשפט יא 267 (2007).

153 וראו דברי השופט אור בע"א 2781/93 דעקה נ' בית החולים "כרמל" חיפה, פ"ד נג(4) 526, 583, 586 (1999). בעניין דעקה (משנת 1999), שם, הפיצוי היה בסכום של 15 אלף ש"ח, ובעניין *Rees*, לעיל ה"ש 17 (משנת 2003) הפיצוי היה בסכום של 15 אלף ליש"ט.

154 439 A. 2d 110 (Pa. 1981).

נוסף החליטה הגברת ספק להפיל את העובר. היא פנתה לרופא שהתרשל בביצוע ההפלה והבטיח לגברת ספק שאין עובר ברחמה. לא עבר זמן רב והגברת ספק חשה שהיא עדיין בהריון. היא חזרה אל הרופא שדחה את חששותיה וחזר וקבע שהיא אינה בהריון. ושוב לא עבר זמן רב והגברת ספק ילדה תינוקת נכה. ההורים והילדה תבעו את הרופאים בעילה של הריון בעוולה, הולדה בעוולה וחיים בעוולה.

תביעות ההורים התקבלו. בית המשפט העליון של פנסילבניה קבע כי הרופאים הפרו את חובת הזהירות שלהם כלפי התובעים וכי הנזק, כולל הוצאות הגידול של הילדה, נובע מהפרת חובה זו. בית המשפט הוסיף שאין מקום לטענה שיש להעדיף לידה על פני הפלה, באשר מוקנית להורים זכות חוקתית להפיל את העובר, במיוחד לאור נסיבותיהם המיוחדות. כשנולד תינוק פגוע בנסיבות מקרה כזה, אין ספק שאדם סביר יכול וחייב היה לצפות שגידולו יחייב הוצאות מיוחדות. הנתבעים ידעו שהסיכוי להולדת ילד פגוע הוא כמעט ודאי, בשל הפגם התורשתי של מר ספק.

לא היה בפרשה זו שום יסוד להפעלת שיקולי מדיניות לבר-משפטיים על מנת לדחות את התביעה. אדרבא, עקרונות הצדק המתקן ועקרונות הצדק החלוקתי מחייבים הטלת אחריות על הרופאים הרשלנים ועל מערכת הבריאות.

לידת ילד פגוע כתוצאה מהריון בעוולה, גם אם הרצון לבצע עיקור או הפלה אינו נובע מחשש ללידת ילד פגוע, מצוי במתחם הצפיות של הרופא.¹⁵⁵ חובת הזהירות של הרופא אחת היא, אין מקום להבחנה בין חובת זהירות כאשר קיים חשש ללידת ילד פגוע לעומת חובת זהירות כאשר חשש כזה אינו ברור. באותה מידה ניתן לטעון כי אין מוטלת על הרופא חובת זהירות מוגברת רק משום שקיים חשש להולדת ילד פגוע. כל רופא סביר יכול וחייב לצפות שאם יתרשל בעיקור או בביצוע הפלה, עשוי להיוולד ילד פגוע.¹⁵⁶ נכות הילד אינה נזק רחוק מדי השולל מההורים את הזכות לפיצויים. הפגם המולד גם אינו מנתק את הקשר הסיבתי בין רשלנות הרופא לבין התוצאה הקשה.¹⁵⁷

155 Williams v. Gallagher v. Duke University, 852 F.2d 773 (4th Cir. 1988), אמ כי ראו: University of Chicago Hospitals, 688 N.E.2d 130 (Ill. 1997), שם נדחתה התביעה

להוצאות גידול ילד נכה שנולד כתוצאה מהריון בעוולה בטענה שהולדת ילד פגום אינה צפויה, ולכן הרופא אינו אחראי לנזק. בית המשפט קבע שלא הייתה כל עדות לכך שעלול להיוולד ילד פגום ולא הייתה סיבה מיוחדת לעיקור (שנכשל עקב רשלנות), ולכן לא ניתן היה לצפות לידת ילד פגום ולא מגיע פיצוי עבור הוצאות גידולו. דעת המיעוט הייתה בעד הכרה בהוצאות הטיפול בנכות, אם כי רק הוצאות העולות על הוצאות גידולו של ילד בריא. שופט המיעוט לא ראה הצדקה להטיל על ההורים את המעמסה לשאת בהוצאות הגידול והטיפול בילד הנכה במלואן, כאשר הילד הוא קרבן של רשלנות הרופא. שופט המיעוט הסתמך על תקנת הציבור כבסיס להתלטתו.

156 ראו: Emeh v. Kensington AHA, לעיל ה"ש 53, שם קבע בית המשפט לערעורים שמבחינה סטטיסטית הסיכוי ללידת ילד פגוע הוא אחד מבין 200 עד 400 לידות (הסתברות גבוהה מאוד).

157 אם הפגיעה בילד אירעה לאחר הלידה, לא יהיה הרופא שגרם להריון בעוולה אחראי לנזק שנגרם על ידי המעוול הנוסף. אם הפגיעה בילד אירעה בזמן ההריון ייחשבו הרופא והמעוול הנוסף כמעוולים יחד (ס' 83-84 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש]).

האפשרות שייולד ילד פגוע בעקבות הריון בעולה נכללת גם במסגרת עקרון הגולגולת הדקה.¹⁵⁸

אין זה פשוט לקבוע מיהו ילד פגוע או מהי מידת הפגיעה שמזכה את ההורים בפיצויים עבור התוצאה שנגרמה עקב הריון בעולה.¹⁵⁹ הנחת היסוד היא שמדובר בפגיעה חמורה לצמיתות דוגמת עיוורון, פגיעה פיסית, מוחית או נפשית קשה, או מגבלה מוטורית או קוגניטיבית רצינית.¹⁶⁰

כאשר נולד ילד פגוע אין לקבל את טענת הנתבע שהחיים ככאלה הם ברכה ומתנה. ילד פגוע הוא נטל אדיר על כתפי הוריו, על משפחתו ועל החברה כולה, ומן הראוי שהאדם שיצר נטל זה יישא בתוצאות הנובעות מהתנהגותו הרשלנית.¹⁶¹ עוצמת הפגיעה שנגרמת כתוצאה מלידת ילד פגוע מחייבת לדחות את הרעיון שמגיעים פיצויים רק בגובה ההפרש שבין עלות גידולו של ילד בריא לעומת עלות גידולו של ילד פגוע. ההנחה בבסיס רעיון הפיצויים בגובה ההפרש בלבד היא שילד בריא אינו נזק ולכן אין מקום לפצות את הוריו בעלות גידולו, ומסיבה זו, לכאורה, מגיעים להורי הילד הפגוע פיצויים בגובה ההפרש בלבד.¹⁶² גם אם נניח שהוצאות גידולו של ילד בריא אינן נזק בר פיצוי, הרי שכאשר מדובר בילד נכה, עצם קיומו במצבו הפגוע הוא נזק, ולכן על המעוול שגרם לנזק זה לשלם להורים פיצוי מלא, כולל הוצאות גידול מלאות. הענקת פיצויים בגובה ההפרש בלבד מבחינה בהבחנה מלאכותית בין צרכיו של ילד בריא לצרכיו של ילד פגוע. ההבחנה רלוונטית רק כאשר הפגיעה בילד אינה חמורה (ואז ניתן לחשב בקלות את התוספת הנדרשת למימון גידולו לעומת עלות גידולו של ילד בריא). אך כאשר נכותו של הילד היא מלאה, יש להעניק להוריו פיצוי מלא בגין כל ההוצאות הכרוכות בגידולו ללא ניכוי עלות גידולו של ילד בריא מאחר שקיומו של הילד הוא מלחמת קיום תמידית. כאשר מדובר בילד נכה, הרי שכל עוד ההורים מטפלים בו הם

158 ראו: *Been v. Thomas*, 512 N.W.2d 537, 539-540 (Iowa, 1994). לעקרון הגולגולת הדקה,

ראו: ד"ר 12/63 ליאון נ' רינגר, פ"ד יח(4) 701 (1964).

159 לא כאן המקום להיכנס לחילוקי הדעות שבין השופט ברק לשופטת בן-פורת בעניין זייצוב, לעיל ה"ש 3, לעניין השאלה מתי קמה הזכות לפיצויים במקרים של הולדה בעולה וחיים בעולה. השופט ברק החזיק בדעה שעצם ההולדה בעולה מזכה בפיצויים, והשופטת בן-פורת סברה שמגיעים פיצויים רק במקרים שהאדם הסביר היה מגיע למסקנה שעדיף אי קיומו של הילד על קיומו בפגם.

160 ראו דעתה של L. J. Hale בפסק הדין: *Parkinson v. St James and Seacraft University Hospital NHT Trust*, [2002] 1 Q.B. 266 (C.A.).

161 בתי המשפט בגרמניה מטילים אחריות על רופא רשלין עבור מלוא הוצאות גידול הילד הפגוע שנולד כתוצאה מהריון בעולה. ראו ההפניות אצל: *Tony Weir, The Unwanted Child*, 6(2) EDINBURGH L. R. 244, 244-45 (2002).

162 נקודת המוצא של התומכים בפיצויים עבור ההפרש בלבד בין עלות גידול ילד בריא לעלות גידול ילד נכה היא שהנזק נובע מהנכות ולא מעצם קיומו של הילד. ראו: *Rand v. East Dorset Health Authority*, [2000] Lloyd's Rep Med 181.

זכאים לפיצויים עבור הוצאות הגידול והטיפול, גם לאחר הגיעו לבגרות. להורים מגיעים פיצויים בשל הטיפול שהם מעניקים כל עוד הם מסוגלים להעניק באופן סביר.¹⁶³ הוצאות גידול כוללות הוצאות עבור מטפלים או הפסד השתכרות של ההורים, אם הטיפול שהם מעניקים מחייב הפסקת עבודה או צמצום היקפה. כאשר הילד נולד פגוע אין להחיל את כלל התועלת ואין לקזז את ההנאה ממנו מן הנזק שנגרם, בין שהקיוויו הוא מסך כל הנזק ובין שהוא מהנזק הלא-ממוני בלבד.¹⁶⁴ כשנולד ילד בריא (הגם שאינו מתוכנן) יש איזון בין "עלות" ל"תועלת" (לפחות אליבא דתומכי כלל התועלת), אך כשהילד נולד פגוע, אין קיים איזון כזה. כאשר התינוק נולד פגוע, בעקבות הריון בעולה, יש לפצות את ההורים גם עבור הלחץ הנפשי (*emotional distress*) שנגרם להם.¹⁶⁵ הפיצוי נועד לשפות את ההורים על המתח, על העייפות ועל השחיקה הפיסית והנפשית הכרוכים בגידולו של ילד פגוע. בבריטניה, שם מוכר ראש נזק של אבדן הנאות החיים, נפסק להורים של ילד פגוע, שנולד כתוצאה מהריון בעולה, פיצוי עבור אבדן הנאות החיים הנובע מהקשיים, מהלחץ ומהחרדה של גידול ילד פגוע.¹⁶⁶

יא. הורים נכים

הורה נכה או הורים נכים מבקשים להימנע מלהביא ילד או ילד נוסף לעולם עקב הקושי הפיסי והנפשי הכרוך בגידול ילדים במצבם המוגבל. נשאלת השאלה אם יש מקום להתייחסות שונה לתביעה של הורים נכים בעילה של הריון בעולה בהשוואה לתביעת הורים בריאים. לית מאן דפליג שלהורים נכים מגיעים פיצויים (כפי שמגיעים להורים בריאים) עבור הכאב והסבל הכרוכים בהריון, בלידה ובפרוצדורה שגרמה להריון בעולה. כן מגיעים להם פיצויים עבור ההוצאות שהיו כרוכות בהריון, בלידה ובפרוצדורה הרשלנית. מגיעים להם פיצויים עבור הפסדי השתכרות, אבדן שירותי אישה ופגיעה באוטונומיה. הבעיה מתמקדת שוב בסוגיית הוצאות הגידול. האם בגלל שההורים נכים, מגיעים להם פיצויים עבור הוצאות הגידול? אותם שיקולים עקרוניים העומדים בבסיס אי ההכרה בזכות לפיצויים עבור הוצאות גידול ילד בריא עומדים לכאורה גם מול תביעת ההורים הנכים. דא עקא שלהורים הנכים יש הוצאות גידול גדולות יותר עקב מוגבלותם, והשאלה היא אם בשל כך הם זכאים לפיצוי לפחות בגובה

163 ראו: ע"א 357/80 נעים נ' ברדה, פ"ד לו(3) 762 (1982). ההורים זכאים לפיצויים בהתאם לתוחלת חיי הילד או תוחלת כושרם לטפל בו, הקצר מביניהם.
 164 Greco v. U.S., 893 P.2d 345 (Nev. 1995).
 165 Emerson v. Magendantz, לעיל ה"ש 11.
 166 Hardman v. Amin, [2000] Lloyd's Rep. Med. 498, וראו: ס' 467(3)(ב) לתזכיר הצעת חוק דיני ממונות, התשס"ו-2006.

ההפרש שבין עלות גידולו של ילד על ידי הורים בריאים לעומת עלות גידולו של ילד על ידי הורים נכים.

גישת הפיצוי המלא תקבע שלהורים הנכים מגיעים פיצויים עבור כל הוצאות הגידול, כולל אלה העולות על ההוצאות שהורים בריאים נושאים בהן. גישת הפיצוי הראוי וכלל התועלת מתלבטים באשר לעצם הזכות לפיצויים ולהיקפה. הרופא שהתיר לאמנם לא גרם לנכות ההורים אך הוא יכול היה וחיוב היה לצפות שאם ייולד להורה הנכה ילד הוא יאלץ להוציא הוצאות לגידול הילד בשיעורים גבוהים יותר מאשר הורה בריא. הורה נכה אינו מסוגל לגדל בעצמו את ילדו, הוא זקוק לעזרה במילוי חובותיו כלפי הילד. הורה בריא אינו זקוק לעזרה במילוי חובותיו. פיצויים להורה הנכה בגובה ההפרש שבין עלות גידולו של ילד בריא על ידי הורה בריא לעומת עלות הגידול על ידי הורה נכה תביא את ההורה הנכה למצב שבו היה נמצא אם היה בריא. (מצב שבו היה נמצא אלמלא היה נכה). הפיצוי להורה הנכה בגובה הפרשי העלויות אינו מפלה את ההורה הנכה לטובה בהשוואה להורה הבריא, אדרבא, הפיצוי מביא את ההורה הנכה לרמה דומה לזו של ההורה הבריא. הפיצוי בגובה ההפרש מאפשר להורה הנכה לתפקד בתנאים דומים לאלה של ההורה הבריא ומאפשר לו למלא את חובותיו כלפי ילדו.¹⁶⁷ שיעור הפיצויים יהיה פועל יוצא של מידת הנכות והצרכים המיוחדים של ההורה הנכה.¹⁶⁸ הרקע המשפחתי והחברתי של ההורה הנכה משפיע על גובה הפיצוי שהוא זכאי לו.¹⁶⁹ החברה המודרנית מכירה בחובה מיוחדת שיש לה כלפי אוכלוסיות מיוחדות.¹⁷⁰ חובות אלה משפיעות על זכויות הורים נכים ועל הורים לילד נכה שמעורבים בהריון בעוולה. חובות אלה מחזקות את התפישה שיש מקום לפצות הורים לילד נכה שנולד כתוצאה מהריון בעוולה. במקרה של הורים נכים, יש, לדעת,

167 ראו דעת המיעוט של השופט Steyn, בפרשת *Rees v. Darlington Memorial Hospital*, להעיל ה"ש 151, פס' 49-20. וראו החלטת בית המשפט לערעורים (בטרם נהפכה על פיה בבית הלורדים, עניין *Rees*, להעיל ה"ש 17). השופט Walker היה בדעה שאין במתן פיצויים להורה נכה במקרה של הריון בעוולה משום חוסר גינות, חוסר צדק, חוסר סבירות או פגיעה במוסר. הורה נכה זכאי להכרה במצבו המיוחד, ולכן לפיצויים בגובה הפרש עלות הגידול של הילד על ידי הורה נכה לעומת הורה בריא. השופט Hale סברה גם כן שלהורה הנכה מגיעים פיצויים עבור הוצאות גידול ילד בריא, וזאת כי בהשוואה להורים בריאים, זקוק ההורה הנכה לעזרה על מנת למלא חובותיו כהורה, במיוחד כאשר חובות אלה נכפו עליו עקב רשלנותו של הנתבע. בית הלורדים, שלא הכיר בזכות ההורה הנכה לפיצויים עבור הוצאות גידולו של ילד בריא, התמקד בילד ובהיותו בריא וראה בעניין זה את לב הסוגיה, ולא מצבו הגופני של ההורה.

168 קשה להאמין שהורים שנולד להם ילד לאחר הריון בעוולה יתחזו לנכים רק כדי לזכות בפיצויים עבור הפרשי הוצאות הגידול. הכרה בזכותו של הורה נכה להפרשי הוצאות גידול גם לא תעודד הגשת תביעות בלתי מבוססות ולא תגרום להצפת בתי המשפט בתביעות סרק.

169 יש הבדל בין אם חד-הורית שדרגת נכותה היא 100% לאם מוגבלת חלקית הנשואה לגבר בריא.

170 ראו למשל, חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, התשנ"ח-1998, ס"ח 152.

להכיר בזכותם לפיצויים בגובה העלויות המיוחדות שלהם, מעבר לעלויות הגידול שיש להורים בריאים.¹⁷¹

יב. סיכום

הריון בעוולה מעלה שאלות נכבדות בנוגע לעצם הזכות של ההורים לפיצויים עבור הולדת ילד לא מתוכנן ושאלות בנוגע לשיעור הפיצויים.

קיימות גישות שונות לזכות ההורים לפיצויים. הגישות מכירות ברובן בזכות ההורים לפיצויים עבור הנזקים המיידיים שנגרמו להם עקב ההריון, הלידה והפרוצדורה שגרמה ללידת הילד הלא מתוכנן. כן מכירות רוב הגישות בזכות ההורים לפיצויים עבור הכאב והסבל הקשורים בהריון ובלידה ובפרוצדורה הרפואית שהביאה ללידת הילד הלא מתוכנן. הגישות העיקריות מסכימות גם שלהורים מגיעים פיצויים עבור אבדן השתכרות ואבדן שירותי אישה בזמן ההריון והלידה.

קיימות תפישות שדוחות לחלוטין את זכות ההורים לפיצויים עבור הולדת ילד בריא בהתבסס על הטענה שילד בריא אינו נזק. תפישת הדחייה המלאה רואה בילד הלא מתוכנן תוצאה של הליך טבעי שאין בו ובעקבותיו נזק. הילד הבריא אינו תוצאה נמשכת של נזק גוף שנגרם להורים. מול תפישה זו קיימת גישה דווקנית המכירה בזכות ההורים לפיצוי מלא עבור לידת הילד הלא מתוכנן (כולל הוצאות גידול). גישה זו מבוססת על עקרונות בסיסיים של צפיות וסיבכיות בדיני הנזיקין. לפי גישה זו, הנזק, כולל הוצאות גידול, היה צפוי והוא נובע מעוולת הרופא, ולכן עליו לפצות ההורים בגינו.

גישה עיקרית מאמצת את כלל התועלת הרואה בהנאה שיש להורים מן הילד הטבה שיש לקזזה מן הנזק הכלכלי שנגרם להם כתוצאה מלידתו ומקיומו. תוצאת כלל התועלת היא קיזוז ההנאה מן הילד מהוצאות גידולו והענקת פיצויים מוגבלים להורים. הפסיקה הישראלית אימצה כלל תועלת ספציפי שלפיו מקוזז הנזק הלא-ממוני הנובע מההריון ומהלידה מהתועלת הלא-ממונית הנובעת להורים מלידתו של הילד באופן שההורים זוכים לפיצויים עבור הוצאות גידולו.

תפישת המאמר היא שאין לפצות הורים עבור הוצאות גידולו של ילד בריא. וזאת משיקולים של צדק חלוקתי ומקביעת סדרי עדיפויות בחברה, ויש להסתפק בפיצויים עבור הנזק המידי בלבד, נזק המתבטא בפגיעה באוטונומיה, כאב וסבל, באבדן השתכרות ובאבדן שירותי אישה. פיצוי מוגבל כזה עולה בקנה אחד עם שלוש המטרות

171 יש להניח שאם האם הייתה נפגעת בלידה עקב רשלנות הרופא המיילד היא הייתה זכאית לפיצויים עבור הוצאות גידול הילד הנובעים מנכותה.

העיקריות של דיני הנזיקין: השבת המצב לקדמותו, הרתעה וצדק מתקן,¹⁷² בלי שנפגעות זכויות התובעים או שנשללים מהם תרופה וסעד ראויים. כאשר לזכות התביעה במקרים של הולדת ילד נכה ובמקרים של הורים נכים, כאן יש מקום ליצירת קבוצה נפרדת, מיוחדת. המשתייכים לקטגוריה זו זכאים להתייחסות מיוחדת, ואם כתוצאה מהריון בעולה נגרמו לתובעים נזקים מיוחדים הנובעים ממוגבלותם, יש לפצותם על כך.¹⁷³ הוריו של הילד הנכה יהיו זכאים לפיצוי מלא עבור הוצאות גידולו בגלל העלויות המיוחדות הכרוכות בגידולו והדרושות למימון המאמצים המיוחדים הנועדים לקרבו, עד כמה שניתן, למצבו של ילד בריא. הורה נכה זכאי לפיצוי בגובה עלויות הגידול שהוא נושא בהן מעבר להוצאות שנושא בהן ההורה הבריא, וזאת על מנת לאפשר להורה הנכה למלא חובותיו כלפי ילדו באותו אופן שממלא אותן ההורה הבריא.

172 עוד על מטרות דיני הנזיקין, ראו: בנימין שמואלי "קליעה למטרה": הצעת תפיסה פלורליסטית חדשה לדיני הנזיקין המודרניים" משפטים לט(2) 233, 245-254 (2010), וכן: בנימין שמואלי "פיצוי נזיקי למסורבות גט" המשפט יב 285, 298 (2007) ומראי המקום המפורטים שם.

173 ראו דעתו של Roderick Bagshaw, *Children as Actionable Damage*, 15(1) KING'S COLLEGE L. J. 117 (2004), הבוחן את יחסי הגומלין: מזיק-ניזוק-חברה במקרים של תביעת הורים נכים לילד בריא שנולד עקב הריון בעולה, ותביעת הורים בריאים לילד נכה שנולד עקב הריון בעולה.