

ד"ר מיכאל ויגודה

הרהורים על "הולדה בעוולה" לאור מקורות המשפט העברי*

ראשי פרקים:

1. מבוא
2. להיות בסבל או לא להיות
3. האם הולדה יכולה להיחשב לנזק?
4. האם הימנעות מהפלה יכולה להיחשב לנזק?
5. סוף דבר

1. מבוא

קטין שלא היה יכול לבוא לעולם אלא במומו, האם יש לו עילת תביעה כנגד מי שבהתרשלותו הביא ללידתו, בין כשלא הזהיר את ההורים מפני הורתו (ייעוץ גנטי לקוי) ובין כשלא הזהיר אותם מפני המשך ההיריון (ומנע מהם לשקול הפלה)? שאלה זו מעלה שאלות משפטיות ולבר משפטיות (ערכיות, פילוסופיות, תיאולוגיות, חברתיות) כבדות משקל.

המלומד ג' טדסקי¹ מסביר שהקושי המשפטי העיוני להכיר בזכות התביעה של הילד (להבדיל מזכות התביעה של ההורים)² נובע מן העובדה שעל פי פקודת הנזיקין "נזק" מוגדר כאבדן וחסור ("אבדן חיים, אבדן נכס, נוחות, רווחה גופנית או שם טוב או חיסור מהם, וכל אבדן או חיסור כיוצאים באלה"). אין לדבר אפוא על נזק אלא מתוך השוואה בין מצבו של הנזוק לפני קרות הנזק לבין מצבו לאחר קרות הנזק, כשפיעו הנזיקין אמורים למלא את החסר ולהחזיר עד כמה שאפשר את המצב לקדמותו. אולם אף שהילד הפגום סובל במצבו הנוכחי, הרי אין לדבר לגביו על "אבדן", שכן מצבו הקודם היה מצב של היעדר ולא הייתה לו כלל אופציה לחיים בריאים. ילד זה לא ניזוק אפוא במשמעות דיני הנזיקין, ואין לדבר לגביו על החזרת המצב לקדמותו³. בלשונו של טדסקי מאחר ש"לולא

* הוגש לוועדה לבחינת סוגיית ההולדה בעוולה בראשותו של השופט (בדימוס) אליהו מצא. [דו"ח ועדת מצא פורסם בחודש אדר תשע"ב ונמצא באתר משרד המשפטים בקישור: <http://www.justice.gov.il/NR/rdonlyres/6C3CE4DB-BCF0-405B-8F93-CFF46EBC72B/34482/doc.doc> עם מסירת חוברת זו לדפוס, התפרסם פסק דין של בית המשפט העליון, ע"א 1326/07 ליאור המר נ' עמי עמית, אשר קיבל את העיקרון המוסרי היהודי של קדושת החיים באשר הם, וביטל את הלכת זייצוב המאפשרת תביעה של היילוד בעילת הולדתו בעוולה. -- העורך.]

1. ג' טדסקי, "על בעיית הנזיקין בגין הולדה", **מסות במשפט**, ירושלים תשל"ח, עמ' 269-298.
2. זכות התביעה של ההורים כלפי הרופא או היועץ הגנטי קיימת גם לפי המשפט העברי, כפי שנעיר להלן, הערה 28.
3. לא כן המצב כאשר העובר יכול היה להתפתח באופן תקין והתנהגות פסולה הביאה ללידתו במום. בכגון זה אין סיבה שלא להכיר בזכות התביעה של הילד ואף כנגד הוריו, וכפי

מעשה ההולדה, הוולד לא היה קיים. על ידי עילת תביעתו, חותך התובע את הענף שהיה צריך להסתמך עליו כדי להוכיח את נזקו⁴. לשון אחר "באין ניזוק אין נזק, ובאין נזק אין אחריות"⁵. לטעמו של טדסקי: "תביעה המבוססת על 'wrongful life' דורשת לקיומה רפורמה משפטית"⁶.

למרות הקושי העיוני, בפסק הדין המנחה בסוגיית ה"הולדה בעוולה", פס"ד זייצוב⁷, הכירו שופטי הרוב בזכות התביעה של הילד כלפי הרופא⁸, אבל הם נחלקו באשר לדרך להתגבר על הקושי העיוני האמור ובעקבות כך נחלקו גם בהיקפה של עילת התביעה:

לדעת המשנה לנשיא השופטת מ' בן פורת, לא ניתן להגדיר קיומו של אדם כנזק אלא כשהוא סובל מפגם כה חמור עד שברור (על פי מבחן האדם הסביר) שעדיף היה לו לולי בא לעולם. בכגון זה, ורק בכגון זה, ניתן להחיל את הכלל בנוזקין לפיו נזק נקבע בהשוואה שבין מצבו של הניזוק לולי מעשה העוולה לבין מצבו בשל מעשה העוולה. בלשונה של השופטת בן פורת:

...השאלה היא, כלום ייתכן, שבמצב כלשהו יהיה אי-קיום (כאמור, להבדיל ממוות) עדיף על פני החיים. לאחר ששקלתי בדבר התגבשה בי הדעה, כי ייתכנו מקרים, אם כי נדירים, שבהם ניתן יהא לקבוע,

שכותב ילינק: "מדוע תינתן חסינות לאם, המצויה בהריון, והנוטלת סמים בידיעה שאלו יזיקו לעובר? או המרבה לשתות אלכוהול? או המעשנת בכמות מופרזת? או שאינה נזהרת ממחלות מין?" (שמואל ילינק, **הולדה בעוולה: זכויות תביעה ופיצויים**, ירושלים תשנ"ז, עמ' 69). וראה גם בלהה כהנא, **חבות של הורים בנוזקין כלפי ילדיהם**, הוצאת נבו תשס"ח, פרק שביעי, בעמ' 295 [= "הזכות לחיים ללא מום וזכות תביעה כנגד הורה", בתוך **הזכות לחיים ללא מום: מיצירת עובר עד לידתו כאדם** (עורכים: י' דייוויס וא' סהר), תל אביב 2007, עמ' 277-295, בעמ' 294].

זו גם עמדת המשפט העברי, ראה: הרב זלמן נחמיה גולדברג, "דיני נזיקין בהפלות מלאכותיות", **תחומין** ט (תשמ"ח), עמ' 50; שו"ת **מעשה חושב** (להלן, הערה 29); אברהם שיינפלד, **נוזקין**, בסדרת חוק לישראל (בעריכת נ' רקובר), ירושלים תשנ"ב, עמ' 39-41; הרב בנימין בירנבוים, "בדין בעלות על עוברים וחומר עוברי ונזקיהם", בתוך **שושנת העמקים**, בני-ברק תשנ"ט, עמ' רנט-רע (תודתי לרב משה רוזאל שהפנה אותי למקור אחרון זה). והשווה רפאל וינברגר, "תביעה לנזקי עובר", **מגל** ח-ט (תשנ"ב), עמ' 103-137, אבל דעתו אינה מסתברת. טדסקי, בעמ' 269.

לשונו של השופט ברק (כתוארו אז) בהצגת גישה זו בפרשת זייצוב (להלן, הערה 7), בעמ' 115. הוא מוסיף שטיעון זה מקובל באנגליה, בגרמניה ובמרבית המדינות בארה"ב. עם זאת הוא מציין שהטיעון אינו מקובל על מספר נכבד של בתי משפט בארה"ב אשר הכירו בתביעת נזיקין בגין הולדה בעוולה (שם, בעמ' 121), וכך נוקט גם הוא כפי שנראה להלן.

טדסקי שם, בעמ' 295.

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

כלפי ההורים העדיפו חלק מן השופטים להשאיר את העניין בצריך עיון, וחלקם לא ראו מניעה עקרונית לכך, אם כי רמזו שהיקף אחריותם עשויה להיות מצומצמת יותר מזו של גורם זר (ראה לדוגמה השופטת בן פורת, פרשת זייצוב, עמ' 98, והשופט ברק, שם, עמ' 120). יורשה לנו להעיר, שאף שמובנת המדיניות המשפטית להותיר מרחב גדול יותר של חופש בידי ההורים במימוש זכותם להורות מאשר בידי גורם זר האמון על מתן ייעוץ וטיפול רפואי, הרי שמנקודת המבט של הילד הניזוק קשה הרבה יותר להצדיק את ההבחנה. על כל פנים, הבחנה מעין זו אינה מקובלת במשפט העברי.

שטוב היה לאדם פלוני לולא נולד. לעתים תהא זו הנחה חברתית מוסכמת, שמוטב היה לפלוני לא להיוולד מלחיות תוך מוגבלות חמורה. הנחה חברתית כזו תוסק, אם במקרה נתון תהיה זו דעתו של "האדם הסביר" – מונח מושרש היטב בדיני הנזיקין. זהו, לפי השקפתי, בסיס משפטי והגיוני כאחד לקביעה, שקיים אותו "אבדן", או שקיימת אותה "גריעה", כנדרש בהגדרה של "נזק" בפקודת הנזיקין [נוסח חדש] (ההדגשות במקור).

לשון אחר, לפי השופטת בן פורת לא תוכר עילת תביעה בגין הולדה בעוולה אלא בגין נזקים חמורים ביותר ולא בגין נזקים נסבלים שלא ניתן לומר לגביהם "טוב לו שלא נברא משנברא".

השופט א' ברק (כתוארו אז) לעומתה סבור, שאין בכוחו של בן אנוש לקבוע שקיומו של אדם, קשה ורווי סבל ומכאובים ככל שיהיה, גרוע יותר מן ההיעדר ("על-פי אילו אמות מידה רציונאליות יוכל אדם סביר לקבוע, כי אף במקרה הקיצוני ביותר עדיפים אי החיים על פני חיים במום? האם קטין, שנולד עיוור, חייו בפגם עדיפים על אי חיים, אם לא? כיצד נעשית בחינה זו?"⁹). אשר על כן לדעתו, אין זה נכון ואף אין זה אפשרי להשוות את מצבו של הילד בעל המום למצבו לולי נולד, אלא יש להשוותו למצבו בלא מום, ומכאן שאין לצמצם את זכות התביעה למומים חמורים דווקא אלא דלתות בתי המשפט צריכות להיות פתוחות לתביעה בגין כל מום שהוא. הוא מודע לכך שתפיסתו זו איננה תואמת את המטרה המקובלת של הפיצויים בדיני הנזיקין, קרי השבת המצב לקדמותו, אבל לדעתו:

אין להעמיד כמטרת הפיצויים את החזרת המצב לקדם-עוולה... מטרת הפיצויים היא ליתן לניזוק תרופה שיהא בה כדי לפצותו על הנזק שנגרם לו... משמעותה של מטרה זו היא להעמיד את הניזוק באותו מצב, שבו היה נתון אילו נולד ללא מום¹⁰.

עמדתו אינה מקובלת על השופטת בן פורת משום שמצב הקיום בלא מום לא היה אפשרי כלל, שכן הניזוק לא יכול היה לבוא לעולם אלא במומו¹¹.

השופט גולדברג, שנותר בעמדת מיעוט, מקבל את דברי הביקורת של כל שיטה כנגד רעותה. הוא סובר, כמו טדסקי, שעקרונות דיני הנזיקין המקובלים לפיהם מטרת דיני הנזיקין היא להשיב את מצבו של הניזוק לקדמותו אינם מתאימים להכרה בעילת תביעה בגין הולדה בעוולה בה הנזק והקיום באים כאחד, שכן לולי הנזק התובע לא היה קיים כלל. אשר על כן,

9. פרשת זייצוב, בעמ' 116.

10. פרשת זייצוב, בעמ' 117-118.

11. ראה ביקורתה בפסקה 8 לפסק דינה, בעמ' 103-106.

לדעתו הכרה בזכות תביעה בגין הולדה בעוולה היא עניין למחוקק ולא לבתי המשפט.

הפילוסוף, פרופ' דוד הד¹², מצביע על קושי עיוני מהותי עוד יותר השולל לדעתו את האפשרות להכיר בעילת ההולדה בעוולה. הוא מטעים שאין ולא יכולה להיות זכות לקיום או לאי קיום, משום שאין לדבר על זכויות אלא ביחס ליישות קיימת ולא ביחס ליישות שאין לה קיום. וממילא גם אין אפשרות להכיר בזכות לקיום בלא מום. לדעתו, הכשל הלוגי כה חמור עד שלא יהיה זה נכון להתגבר עליו גם לא בדרך של חקיקה, ועדיף לבוא לעזרתו של הילד בעל המום במסגרת הסולידאריות החברתית. ובלשונו:

האדם שטרם נוצר אינו קיים, אין לו זהות ואין לו אינטרסים כלשהם, שלא לדבר על זכויות נגד מאן דהוא – הורה או יועץ. מטעה אפוא לחשוב על ההורים כאפוסטרופוסים של ילד, שההורים עצמם טרם החליטו אם להביאו לעולם אם לא! ... אילו היה החוק שואף להגן על זכויות העובר שלא להיוולד (בתנאים מסוימים של חשש לפגם חמור), החוק היה מחייב את האם ואת הרופאים לבצע הפלה ובכך להגן על זכותו של העובר שלא להיוולד. אך כמובן אין שיטה משפטית הנוהגת כך: הפלות הן עניין שהחוק לכל היותר מתיר, אך לעולם אינו מחייב... במקרים של הולדה בעוולה, למרות שאנו חשים אהדה רבה לילד הפגוע וכעס על היועץ הרשלן (שאנו סבורים שעליו "לשלם עבור טעותו"), הבעיה אינה בחוסר (לאקונה) בפקודת הנזיקין, אלא בהיותם של מקרים אלה שרורים לחלוטין מחוץ לטווח פיצויי נזיקין.

נכון להיום המחלוקת בין שופטי הרוב בפרשת זייצוב טרם הוכרעה ואין אחידות בפסיקת בתי המשפט, יש הנוקטים בגישת השופטת בן פורת¹³ ויש הנוקטים בגישת השופט ברק¹⁴.

מה עמדת המשפט העברי בשאלה נכבדה זו?

12. דוד הד, "הזכות לא להיוולד בפגם?", בתוך **דילמות באתיקה רפואית**, בעריכת רפאל כהן אלמגור, מכון ון ליר, ירושלים תשס"ב, עמ' 255-261.
13. ראה לדוגמה ת"א (ב"ש) 3344/04 **ר.וו (קטין) נ' מכבי שירותי בריאות**, מיום 31.8.08 (פורסם בנבו), בעניין ילד שנולד ללא כף יד.
14. ראה לדוגמה ת"א (י-ם) 8208/06 **נועם סבגיאן נ' מכבי שירותי בריאות**, מיום 29.1.09 (פורסם בנבו), גם הוא בעניין ילד שנולד עם חסר בכף היד. וראה בעניין דומה ע"א 4960/04 **סירי נ' קופת חולים של ההסתדרות הכללית**, מיום 19.12.05 (פורסם בנבו), שם השאיר בית המשפט העליון (השופטים ריבלין וחיות) את השאלה בצריך עיון והתזיר אותה להכרעת בית המשפט המחוזי. לא למותר לצטט כאן את דעת המיעוט של השופטת נאור הכותבת: "...לא אוכל להימנע מלומר כי קשה, לדעתי, לומר על ילד חסר כף יד (הסובל גם מבעיות נוספות) כי 'לידתו בעוולה' וכי 'טוב מותו מחייו'" (נעיר שאם מאמצים את גישתו של השופט ברק אין צורך לכאורה לומר כך. וראה להלן, הערה 17).

2. להיות בסבל או לא להיות?

השופטת בן פורת מדגישה שאין בהשקפתה "משום כפירה בעקרון קדושת החיים"¹⁵, משום שיש להבחין לדעתה בין מוות לאי-קיום. משנוצר האדם חייו מקודשים באשר הם, יהיו איכותם אשר יהיו ועל כן אסור לגרום למותו, אבל בטרם נוצר האדם יש ויש מקום להעדיף את אי הקיום על פני הקיום, וזאת כשידוע שהוא נדון לחיי סבל בלתי נסבלים. היא עצמה מבקשת להביא לכך מעין ראייה מן התלמוד¹⁶:

תנו רבנן: שתי שנים ומחצה נחלקו בית שמאי ובית הלל, הללו אומרים: נוח לו לאדם שלא נברא יותר משנברא, והללו אומרים: נוח לו לאדם שנברא יותר משלא נברא. נמנו וגמרו: **נוח לו לאדם שלא נברא יותר משנברא**, עכשיו שנברא – יפשפש במעשיו.

ויש המוסיפים לכך ראיות מן התנ"ך¹⁷. כך לדוגמה שלמה המלך אומר: "וְשָׁכַח אֲנִי אֶת הַמִּתִּים שֶׁכָּבַר מִתּוֹ מִן הַחַיִּים אֲשֶׁר הָמָּה חַיִּים עֲדָנָה: **וְטוֹב מִשְׁנִיָּהֶם אֶת אֲשֶׁר עָדָן לֹא הָיָה אֲשֶׁר לֹא רָאָה אֶת הַמַּעֲשֶׂה הַרֶע אֲשֶׁר נַעֲשָׂה תַּחַת הַשָּׁמַיִם**" (קהלת ד, ב-ג).

ואיוב אומר: "יֵאבֹד יוֹם אֲוִלְדִּי בּוֹ וְהָלַלְתָּה אֹמֶר הָרָה גִּבֹּר... כִּי לֹא סָגַר דְּלִתִּי בְטִנִּי וַיִּסְתֶּר עָמֶל מַעֲיָנִי: לָמָּה לֹא מָרַחֵם אֲמוֹת מִבֶּטֶן יִצְאָתִי וְאֶגְוֶעַ: מִדּוּעַ קָדְמוֹנִי בְרַפִּים וּמָה שְׂדֵיִם כִּי אֵינֶנִּי: כִּי עָתָה שִׁכְבְּתִי וְאֲשָׁקוּט יִשְׁנִיתִי אֲזַיְנוּחַ לִי... אוֹ כִנְפֵל טָמוֹן לֹא אֶהְיֶה פְעֻלָּיִם לֹא רָאוּ אוֹר... לָמָּה יִתֵּן לְעָמֶל אוֹר וְחַיִּים לְמָרִי נָפֶשׁ: הַמַּחֲכִים לְמִוְתָּה וַאֲיָנֶנּוּ וַיַּחֲפְּרוּ מִמִּטְמוֹנִים" (איוב ג, ג-כא).

אולם ברור שפסוקים ומאמרים אלה אינם עניין לכאן, שכן הם נטועים במישור התיאולוגי, המוסרי והחזווייתי: אין הם עוסקים בחיים במום אלא במום שבחיים, בקושי לשאת את החיים באשר הם, הן בשל הסבל הכרוך בהם לכל אדם באשר הוא, והן בשל האתגר המוסרי שרוב בני האדם

15. פרשת זייצוב, בעמ' 95-96.

16. עירובין יג ע"ב.

17. ראה ת"א (ירושלים) 1591/96 **אסף יהודה נ' מרכז רפואי אסף הרופא**, פ"מ תשס"א(1) 505 (2001), בדבריה של השופטת י' הכט, פסקה 21. נעיר שתמוה הדבר לכאורה שהיא נזקקת לפסוקים אלה בעוד היא מאמצת את גישת השופט ברק (וראה לעיל, הערה 14). דומה שעובדה זו מבליטה את הפער בגישתו של השופט ברק בין הרטוריקה, המתיימרת להסתייג מן ההשוואה בין הקיום במום לבין אי-קיום, לבין מהות גישתו המיוסדת, כמו זו של השופטת בן פורת, על התפיסה שאסור היה להביא ילד פגום זה לעולם, שאם לא כן, מה עילת התביעה? יש להניח שהשופט ברק היה מסתייג מדברי ביקורת אלו ומסביר שאין הוא דן **בכדאיות חייו של הילד** בעל המום אלא **בהתנהגותו הרשלנית של הרופא** שאכן אחריותו המקצועית הייתה להזהיר מפני לידתו של ילד פגום. אם כך, צריך לומר, שבצטטה את הפסוקים מקהלת ומאיוב על עדיפות אי-הקיום על פני הקיום במסגרת גישתו של השופט ברק, לא ירדה השופטת הכט לסוף דעתו, והוציאה מתחת ידה פסק דין המערב את גישות הרוב בפרשת זייצוב כמו כלאיים.

מתקשים לעמוד בו. וכך מפרשים לדוגמה בעלי התוספות את הקביעה "נוח לו לאדם שלא נברא: "היינו בתחילת לידתו שאין ידוע מה יהא בסופו, אבל כשהוא צדיק אשריו ואשרי הדור שהוא בתוכו"¹⁸. ומכאן שאין במקורות אלה שלילת ערך החיים במום.

האם פירוש הדבר שיש לחייב את החיים בכל מחיר? ממקורות אחדים בדברי חז"ל עשוי אכן להתקבל הרושם שהשקפת היהדות היא שלא זו בלבד שאין בהולדה משום עוולה אלא שערך קדושת החיים באשר הם מחייב שלא להימנע מהולדה אף אם היילוד נדון לחיי סבל. כך מספר לדוגמה התלמוד¹⁹ על תקופת השעבוד הקשה של בני ישראל במצרים:

תנא: עמרם גדול הדור היה, כיון שראה שגזר פרעה הרשע 'כל הבן הילוד היאורה תשליכוהו', אמר: לשוא אנו עמלין!²⁰ עמד וגירש את אשתו, עמדו כולן וגירשו את נשותיהן. אמרה לו בתו: אבא, קשה גזירתך יותר משל פרעה, שפרעה לא גזר אלא על הזכרים, ואתה גזרת על הזכרים ועל הנקיבות! פרעה לא גזר אלא בעולם הזה, ואתה בעולם הזה ולעולם הבא!²¹ פרעה הרשע, ספק מתקיימת גזירתו ספק אינה מתקיימת, אתה צדיק בודאי שגזירתך מתקיימת, שנאמר: 'ותגזר אומר ויקם לך'! (איוב כב). עמד והחזיר את אשתו, עמדו כולן והחזירו את נשותיהן.

ומקור אחר מבקר את חזקיהו המלך על שנמנע מהולדת ילדים מחשש שיהיו רשעים:

"בימים ההם חלה חזקיהו למות ויבא אליו ישעיהו בן אמוץ הנביא ויאמר אליו: 'כה אמר ה' (צבאות) צו לביתך כי מת אתה ולא תחיה'" וגו' (מלכים ב, כ, א). מאי: "כי מת אתה ולא תחיה" — מת אתה — בעולם הזה, ולא תחיה — לעולם הבא. אמר ליה: מאי כולי האי? [=מדוע] אמר ליה: משום דלא עסקת בפריה ורביה. אמר ליה: משום דחזאי לי ברוח הקדש דנפקי מינאי בנין דלא מעלו [=משום שראיתי ברוח הקדש שיוולדו לי בנים לא

18. עבודה זרה ה ע"א, ד"ה שאלמלא לא חטאו.

19. סוטה יב ע"א.

20. במקבילה **בשמות רבה** (שנאן), פרשת שמות, פרשה א, הגירסה היא: "ולריק ישראל שוכב את אשתו?".

21. "שנולדים ומתים וחוזרים וחיים הן לעולם הבא, אתה גזרת בעולם הזה ובעולם הבא **שכיון שאינם נולדים אינן באין לעולם הבא**" (רש"י, סוטה שם, ד"ה אלא בעולם הזה). מכאן מסיק הרב זילברשטיין: "הולדת ילדים והבאתם לעולם טובה היא להם, ואפילו כאשר מטביעים אותם מיד אחרי לידתם". ראה הרב יצחק זילברשטיין, "עובר שהרופאים חוששים שיוולד בעל מום", **הלכה ורפואה** ב (מ' הרשלר עורך), ירושלים תשמ"א, עמ' קו-קקג, בעמ' קז. וראה להלן, הערה 41. נציין שנימוק זה של מרים אינו מופיע **בשמות רבה** (לעיל, הערה 20).

טובים]. אמר ליה: **בהדי כבשי דרחמנא למה לך** [=מדוע מתערב אתה בסתוריו של הקב"ה]? מאי דמפקדת איבעי לך למעבד, ומה דניחא קמיה קודשא בריך הוא – לעביד [=מה שאתה מצווה עליך לעשות, והקב"ה יעשה כרצונך]²².

אולם שמא יש להבחין בין מקורות אלה העוסקים בהבאת ילדים לעולם למציאות שאמנם היא קשה ומסוכנת אך היא עשויה להשתנות (גזרת פרעה עשויה להתבטל, והבן הרשע עשוי לחזור בתשובה), לבין הולדת ילד בעל מום פיזי אשר גורלו נחרץ לסבול כל חייו²³.

על כל פנים ברור שאם יש ברירה יש להשתדל שלא להביא לעולם ילדים חולים וכדברי התלמוד²⁴:

אמר רבא... לא ישא אדם אשה לא ממשפחת נכפין ולא ממשפחת מצורעים; והוא, דאתחזק תלתא זימני [ששלוש פעמים נולדו במשפחה ילדים חולים].

בהתאם לכך פוסקי ההלכה בימינו מעודדים זוגות לבצע בדיקות לפני הנישואין לבחינת ההתאמה הגנטית ביניהם כדי למנוע הולדת ילדים פגועים²⁵. כמו כן, לזוגות נשואים בעלי סיכון הם מעודדים הולדה בדרך של Pre-implantation Genetic Diagnosis (PGD), כלומר הפריה חוץ גופית שתאפשר לבדוק את תקינות הביצית המופרית בטרם השרשה²⁶. ולא זו בלבד, אלא יש בין הפוסקים מי שסבורים שבנסיבות מסוימות מותר אפילו להפסיק הריון כדי למנוע לידה של אדם שנדון לחיי סבל²⁷.

השאלה שעומדת לפנינו היא אפוא בהנחה שרצוי ומותר למנוע לידת ילד בעל מום, האם מי שלא עשה כן נחשב כמזיק כלפי בעל המום²⁸ שנולד ברשלנותו?

22. ברכות י"ע"א.

23. הרב זילברשטיין (לעיל, הערה 21) מעלה הבחנה זו.

24. יבמות סד ע"ב. להלן נעלה את השאלה, אם מדובר בהלכה מחייבת או בעצה טובה בלבד.

25. ראה: יואל וחנה קטן, "עובר פגום – אבחון מוקדם ומניעת הריון", **תחומין** כא (תשס"א), עמ' 107 - 116, בעמ' 112-115; אברהם שטינברג, **אנציקלופדיה הלכתית רפואית** (ירושלים תשס"ו), כרך ז, ערך תורשה, עמ' 778, עמ' 778, הוא מציין שעמותת "דור ישרים" העוסקת בכך קבלה את ברכתם של למעלה ממאה רבנים חשובים ברחבי העולם. והשווה שו"ת משנה הלכות (קליין), חלק יב, סימן רסה.

26. ראה: י"ח קטן (לעיל, הערה 25), בעמ' 115; שטינברג (לעיל, הערה 25), כרך ב, ערך הפריה חוץ-גופית, עמ' 846.

27. כך סבור לדוגמה הרב שאול ישראלי, **עמוד הימיני**, סימן לב, כשבין שיקוליו ש"טוב מותר מחייו". וראה עוד להלן, הערה 46.

28. אין ספק שהוא נושא באחריות כלפי הוריו אם התרשל בתפקידו וגרם להם נזק הכרוך בגידול ילד נכה, כפי שאפשר להסיק ממה שהביא אברהם שיינפלד, **נזיקין**, בסדרת חוק לישראל (בעריכת נ' רקובר), ירושלים תשנ"ב, עמ' 227. וראה גם ירון אונגר, "מצג שווא רשלני", **פרשת השבוע**, כי תבא, תשס"ה, גיליון מס' 223. ואין כאן המקום להאריך.

3. האם הולדה יכולה להיחשב לנזק?

האמת ניתנת להיאמר שמקורות המשפט העברי הקלסיים אינם עוסקים בשאלה זו, ומאחר שכן, לא נותר אלא לדלות רמזים מפה ומשם ולדמות מילתא למילתא כדי לגבש דעה.

היחיד שמצאתי בין מחברי דורנו שעוסק בשאלה זו הוא הרב לוי יצחק הלפרין, ראש המכון מדעי טכנולוגי להלכה²⁹. הוא קובע מפורשות שהבאת אדם פגום לעולם אינו מוגדר כנזק. הוא מסיק זאת מן העובדה שאף שרצוי למנוע הולדת ילד פגום, ההלכה אינה אוסרת על בני זוג שעלולים להביא ילד פגום לעולם להוליד ילדים³⁰. אמנם הזכרנו לעיל את דברי התלמוד לפיהם: "לא ישא אדם אשה לא ממשפחת נכפין ולא ממשפחת מצורעין", דברים שאף הובאו להלכה בספרי הפוסקים³¹, אך לדעת הרב הלפרין, אין מדובר כאן בהלכה מחייבת אלא בעצה טובה בלבד³². ומכאן שהבאת ילד פגום לעולם אינה בגדר נזק:

ומדלא אסרו חכמים לא על הבעל ולא על האשה מוכח דאין בזה משום מזיק כלל, והיינו טעמה משום דרק אם כבר ישנו אדם שהוא שלם וגרמו לו היזק גופני נחשב הדבר לפעולת היזק, אבל לגרום ליצירת וולד פגום מלכתחילה אין בזה היזק כלל, אלא מעשה של יצירה פגומה, וליכא בזה איסור מזיק.

אף אם דוחים ראייה זו בטענה שמדובר בהלכה מחייבת ולא רק בעצה טובה, עדיין הלכה זו לא נאמרה אלא לאנשים בריאים ואילו על הנכה עצמו לא נאסר להביא ילדים לעולם אף אם עלולים גם הם להיוולד נכים³³. זאת ועוד, אף שברור שילדו של ממזר יהיה ממזר כמותו ויסבול מכך קשות³⁴,

29. שו"ת **מעשה חושב**, חלק ד (תשנ"ז), סימן לח ("תביעת פיצויים מהורים בגין הולדת ילדים בעלי מום"), עמ' רצא-שכד.

30. ראה שם, סעיף ב (עמ' רצד). וראה שו"ת **אגרות משה** (להלן, הערה 41). וכבר הערנו לעיל, הערה 8, שהמשפט העברי אינו מבחין לעניין הגדרת הנזק בין הורים לגורם זר.

31. ראה: רמב"ם, הלכות איסורי ביאה, פרק כא, הלכה ל; שולחן ערוך, אבן העזר, סימן ב, סעיף ז.

32. הוא מסיק זאת מתוך השוואת בין ניסוח הלכה זו ("לא ישא אדם אשה לא ממשפחת מצורעין ולא ממשפחת נכפין, והוא שהוחזק שלשה פעמים שיבואו בניהם לידי כך"), לבין ניסוח הלכה אחרת בעניין מניעת זיווגים, האוסרת נישואין עם אישה קטלנית, וזה לשונה: "אשה שנשאת לשני אנשים, ומתו, לא תנשא לשלישי, שכבר הוחזקה להיות אנשיה מתים. **ואם נשאת לא תצא**" (שולחן ערוך, אבן העזר, סימן ט, סעיף א). לדעתו, העובדה שבהלכה הראשונה לא התייחסו הפוסקים לשאלה מה הדין בדיעבד אם נישאה האישה בכל זאת (בשונה מן ההלכה באישה הקטלנית) מוכיחה שאין זו הלכה מחייבת אלא עצה טובה בעלמא.

33. ראייה זו מובאת על ידי הרב זילברשטיין (לעיל, הערה 21), בעמ' קז. וכך עולה לדעתו גם כן מן העובדה שאף שמדין תורה אין קידושין תופסים בחרש, חז"ל תקנו להם קידושין (ראה: יבמות ק"ב ע"ב: שולחן ערוך, אבן העזר, סימן מד, סעיף א), וזאת למרות החשש ללידת חרשים.

34. שהרי לא יוכל להתחתן עם בת ישראל כשרה, וזהו סבל קשה כל כך עד שמצאנו בתלמוד מסורת לפיה יש מי שהתפלל על בנו האסור לבא בקהל שימות! ראה תלמוד ירושלמי, יבמות, פרק ח, הלכה א (ט ע"א), שם מסופר על בנו של רב אדא בר אחווא שנוולד כשהוא

לא זו בלבד שלא נאסר על ממזר להוליד ילדים אלא יש אומרים³⁵ שהוא אף מצווה על פרייה ורבייה כמו אדם כשר.

מקורות אלה מובילים למסקנה שאין תחולה לדיני הנזיקין אלא משנולד האדם, ואילו עצם הורתו ולידתו אינם יכולים להיחשב כנזק אף אם נגזר עליו לסבול בשל קיומו במום³⁶. גישה זו מתחייבת, כך נראה, מן ההיגיון שמי שטרם נוצר אינו נושא לזכויות³⁷.

מהול וכשהטיפו ממנו דם ברית ניוזק קשה באיבר מינו עד שנעשה "כרות שפכה" (גם עליו נאמר "לא יבא בקהל ה'"), והתפלל עליו אביו שימות (על פי מסורת אחרת המובאת שם מת הבן כתוצאה מהטפת דם הברית עצמה. והשווה עוד שבת קלה ע"א, שם לא מסופר שהתפלל עליו שימות).

נעיר שלגבי ממזר אין מקום למה שכתבה השופטת בן פורת בעניין שלילת ההכרה של המשפט הישראלי בעילת הולדה בעוולה בגין לידה לגזע נחות: "הכרה כזאת מנוגדת, לפי השקפתי, לתקנת הציבור ולערכים המוסריים המושרשים בחברתנו" (פרשת זייצוב, עמ' 100). החוק בישראל מחיל על ענייני נישואין וגירושין את הדין העברי והוא מכיר אפוא בנחיתות הממזר ואינו מגדיר אותה כמנוגדת לתקנת הציבור, ומן הראוי היה על פי גישתה לאפשר תביעת נזיקין. עניין זה לא נבחן אי-פעם במשפט הישראלי. בשנת 1963 דחה בית המשפט בארה"ב תביעה של ילד בלתי חוקי כנגד הוריו, Zepeda v. Zepeda, 41 Iii. App. 2d 240, 190, N.E. 2d 849.

³⁵ **מנחת חינוך**, מצווה א, אות כב (מהדורת מכון ירושלים). והשווה **פרי מגדים**, אורח חיים, סימן רמ, ס"ק א, שהסתפק בכך, אבל על כל פנים לא אסר עליו הבאת ילדים לעולם. אמנם ייתכן שהנזק שנגרם לממזר אינו בר פיצוי משום שהוא נזק שאינו ניכר (ראה אנציקלופדיה תלמודית, כרך ח, ערך "היזק שאינו ניכר"), אולם גרימת נזק, אף שאינו בר פיצוי, אסורה.

³⁶ הרב אברהם שיינפלד, דיין בית הדין הרבני האזורי בירושלים, הציע לי ראה מקורית נוספת. לפי התלמוד (כתובות מט ע"ב) חובת מזונות הילדים אינה מדין תורה אלא מכוח תקנת חכמים, היא "תקנת אושא" ("באושא התקינו, שיהא אדם זן את בניו ואת בנותיו כשהן קטנים"). והלא כל המוליד ילד גורם לו נזק לכאורה, שכן הילד זקוק למזונות למחייתו (ואין לומר שהנזק הכרוך בסיפוק צורכי הקיום מתקזז בהכנסות העתידיות של הילד. ראשית, משום שאין זו טענת הגנה שהניזוק מסוגל להיטיב את נזקו בכוחות עצמו. ושנית, משום שלא הכל מצליחים להתפרנס בכוחות עצמם). לו נזק הכרוך בעצם הקיום היה מוכר כנזק, חיוב המזונות היה צריך להיות מבוסס על דין תורה כתביעת נזיקין ולא רק על תקנת חכמים! ומכאן שאין בעצם הקיום משום נזק. אמנם ראה זו אין בה כדי לדחות אלא את גישתו של השופט ברק המוכן לפצות את הנולד בגין כל מום. לא כן לפי השופטת בן פורת שאינה מוכנה לפצות אלא ילד שסביר להניח שהיה מעדיף שלא להיוולד. על פי גישתה מוכן שאין כאן נזק, שכן בני אדם רוצים בחיים למרות קשיי הפרנסה.

[על מזונות כנזק, ראה שו"ת אגרות משה, יורה דעה, חלק א, סימן קמג, ד"ה דהנה בכתובות. הרב משה פיינשטיין מסביר, שבניגוד למה שטען משנה למלך (הלכות אישות, פרק יב, הלכה יד), אין סתירה בין שיטת הר"ן לפיה חיוב המזונות לילד נגזר אחר חיוב המזונות לאישה, לבין מה שפסק תלמידו הריב"ש (שו"ת הריב"ש, סימן מא) שחייב אדם במזונות ילדו מן הפנויה (אף על פי שאינו חייב במזונותיה שלה). לדעת הרב פיינשטיין, אין סתירה בין הדברים משום שחיוב המזונות לבן מן הפנויה הוא מדין **מזיק**. מקור זה מחזק את הראיה שהציע הרב שיינפלד, שכן הרב פיינשטיין מדבר על על חיוב האב מדין מזיק **כלפי האשה הפנויה** ולא כלפי הבן].

³⁷ וכפי שראינו לעיל (הערה 12) בדבריו של פרופ' דוד הר. הרב הלפרין מבטא טיעון לוגי זה בסגנון הלמדנות התלמודית כשהוא מביא את העניין עד אבסורד: אם הולדת ילד פגום הייתה נחשבת לנזק, הרי אי-הולדת ילד הייתה צריכה גם היא להיחשב לנזק, כעין הריגתו. ואף שניזוק זה אינו יכול לתבוע פיצוי (שהרי אינו קיים), הלא אסור להזיקו. והוא מסכם אפוא: "ואם כן בהכרח שאין בזה משום מזיק, **כיון שלא היה כאן אדם שלם שנפגע**, אלא דמעיקרא יצרו יצירה פגומה וחלקית" (ההדגשה של מ"ו).

ואפשר שיש להוסיף גם טיעון תיאולוגי-דתי כנגד ההכרה בהולדת יצור אנוש כנזק בשל הסבל שנגזר עליו. התלמוד מלמד:

תנו רבנן: שלשה שותפין יש באדם, הקדוש ברוך הוא ואביו ואמו. אביו מזריע הלובן, שממנו עצמות וגידים וצפרנים, ומוח שבראשו, ולובן שבעין. אמו מזרעת אודם, שממנו עור ובשר ושערות, ושחור שבעין. והקב"ה נותן בו רוח ונשמה וקלסתר פנים, וראיית העין, ושמיעת האוזן, ודבור פה, והלון רגלים, ובינה והשכל. וכיון שהגיע זמנו להפטר מן העולם - הקדוש ברוך הוא נוטל חלקו, וחלק אביו ואמו מניח לפניהם.³⁸

בואו לעולם של בן אנוש אינו רק עניין מטריאלי של עירוב תאי רבייה, אלא יש בו מסתורין. החיים ניתנים מידי בורא העולם, ועדיף לו למשפט שלא יתערב בתחום מסתורי זה וישהה את פעולתו מרגע הקיום ואילך. משנוצרו החיים, מאחר שהם פרי יצירתו של האל, לא ניתן עוד להתייחס אליהם כאל נזק אלא יש לכבדם ולהוקירם ולסייע להם כמידת היכולת. יפים הם לעניין זה דבריו של פרופ' ישעיהו לייבוויץ בהקשר אחר:

עצם קיומו של האדם, עובדת היותו יצור חי וקיים, אין לו יסוד מוסדי-משפטי: זהו נתון טבעי, שאינו נקבע על ידי האדם או החברה. זאת המשמעות העמוקה מאד של דברי התנא: "על כרחך אתה נוצר, על כרחך אתה נולד, על כרחך אתה חי"³⁹ ... אני

38. נדה לא ע"א.

39. משנה אבות ד, כב. מן הראוי להביא את לשון המשנה במלואה ומה שפירש בה הגאון מווילנא. וזה לשון המשנה: "שעל כרחך אתה נוצר, ועל כרחך אתה נולד, ועל כרחך אתה חי, ועל כרחך אתה מת, ועל כרחך אתה עתיד ליתן דין וחשבון לפני מלך המלכים הקדוש ברוך הוא". הגר"א שואל, אם הכל בעל כרחו של האדם, מדוע נדרש הוא לתת דין וחשבון? הלא לא ביקש הוא לבוא לעולם! והוא עונה: "אמנם יתבאר זה על פי דאיתא (בבא בתרא ד ע"ב) 'המקיף את [שדה] חבירו משלש רוחותיו וגדר את הראשונה ואת השניה ואת השלישית, אין מחייבין אותו דיכול לומר לו מאי אהנית לי הא הצד הרביעי פתוח, ועוד הרי אני לא בקשתי ממך הטובה הזאת. אמנם, אם עמד הניקף וגדר את הרביעית מגלגלין עליו את הכל דגלי דעתיה דניחא ליה [=גילה דעתו שנוח לו] בשלש מחיצות וחייב לשלם. והנה כאן ביצירת האדם גדר הקב"ה אותו משלש רוחותיו בשלש גדרים והם מה שחשב התנא אחת לאחת: א) על כרחך אתה נוצר; ב) על כרחך אתה נולד; ג) על כרחך אתה חי. והנה לפי הדין הנשנה במתני' [=במשנתנו] שהמקיף את חבירו משלש רוחותיו אין מחייבין אותו, אבל כאשר האדם יחלה ר"ל [=רחמנא ליצלן] (האל יצילנו) ונוטה למות אז משתדל ברופאים להתרפאות מחליו שיעמוד בחיים וכל אשר לו יתן בעד נפשו צועק ובוכה כי חפץ חיים הוא. אם כן, זה דומה ממש להדין הנ"ל ואם עמד ניקף וגדר את הרביעית מגלגלין עליו את הכל, דכאן גם כן גלי דעתיה בזה דניחא ליה בהנך ג' דברים הנ"ל וזאת היא מליצת התנא 'על כרחך אתה נוצר, ועל כרחך אתה נולד, ועל כרחך אתה חי', ואולי תטעון דלא ניחא לך בשלש אלה הגדרים? לכן אמר התנא אבל 'על כרחך אתה מת', כי בעצמך תשתדל לגדור רוח הרביעית וגלי דעתך דניחא לך כמה שאתה נוצר ונולד וחי ולכן 'על כרחך אתה עתיד ליתן דין וחשבון' ומגלגלין עליך את הכל" (קול אליהו, אות רמב). דברים אלו אמורים גם באדם שנולד במום, שלמרות מצבו חפץ חיים הוא.

חי, ועובדה זו איננה ניתנת למיסוד או לרציונליזאציה. המציאות הטבעית איננה בגדר דברים שניתן להכניסם למסגרת של חוק או משפט. האדם הוא אלמנט של המציאות הטבעית ככל נתון בעולמנו הטבעי. יש דברים שאינם מעוגנים במציאות הטבעית, אלא האדם מחליט להקימם או לחתור אליהם. מאחר שהוא קובע אותם מדעתו – והם הניתנים לרציונליזאציה. כאלה הם חוקים וערכים, שבהם האדם חותר מן המצוי אל הרצוי לו, מן המציאות אל מעבר למציאות. אבל חייו של אדם הם עצמם מציאותו. לפיכך לא ניתן לתפוס את החיים בקטגוריות של מושגים ערכיים. לא קטגוריות משפטיות ולא קטגוריות ערכיות אינן חלות על החיים, כשם שאין הן חלות על המציאות הטבעית.⁴⁰

זאת ועוד, מבחינה דתית יש הסוברים שעצם בואו של אדם לעולם, אף אם הוא נדון לחיי סבל, מעניק לו זכויות שעולות בערכן על סבלו, שהוא זוכה בכך לחיי העולם הבא.⁴¹

פרופ' שטינברג⁴² מצביע על מניעת יצירת סטיגמה חברתית כלפי נכים כשיקול נוסף שלא להכיר בעילת "הולדה בעולה":

הטלת אשמה על מאן דהו (רופאים, גנטיקאים, ואולי אף ההורים עצמם) בגין לידה של אדם עם מחלה או מום יוצרת סטיגמה חמורה נגד אנשים מוגבלים, שכן המסר החברתי בהטלת האשמה על גורמים האחראים בצורה כזו או אחרת להיוולדם של אנשים מוגבלים הוא שזכותם של אנשים כאלו לחיות ולהתקיים פחותה מזו של אנשים ללא מוגבלויות. דבר זה מנוגד מוסרית להשקפת התורה וההלכה.

40. ישעיהו לייבוויץ, "על 'המתת חסד'", בתוך **בין מדע לפילוסופיה**, ירושלים תשמ"ז, עמ' 287. תודתי לעמיתי למחלקה עו"ד קובי שפירא על הפנייה זו ועל הפניות נוספות שנוקטת להם בכתיבת חוות דעת זו.

41. ראה הרב משה פיינשטיין שו"ת **אגרות משה**, אבן העזר, חלק א, סימן סב (בעניין שימוש באמצעי מניעה מחשש להולדת ילד הנדון לחיים קצרים של סבל): "יותר טוב לו שנולד משלא נולד כלל, דהא הנולדים באין לעולם הבא משנולד... [סנהדרין קי ע"ב]" (עם זאת, מן הראוי לציין שהוא אוסר אמנם שימוש במוך כאמצעי מניעה, אך הוא מתיר שימוש בקוטל זרע). טיעון זה העלה גם הרב זילברשטיין כפי שכבר הערנו לעיל, הערה 21. והשווה הרב משה צוריאלי, "הפלת עובר שאובחנה אצלו מחלה קשה", **תחומין** כה (תשס"ה), עמ' 78-64, בעמ' 77.

מעניין להשוות בין טיעון דתי זה לבין הביקורת שהטיח השופט ברק, מנקודת מבט חילונית, כנגד גישתה של השופטת בן פורת: "כיצד ניתן להעריך את משמעותם של אי החיים" (פרשת זייצוב, עמ' 115).

42. אברהם שטינברג, הולדה בעולה, בתוך **הזכות לחיים ללא מום: מיצירת עובר עד לידתו כאדם** (עורכים: י' דייוויס וא' סהר), תל אביב 2007, עמ' 187, בעמ' 191.

4. האם הימנעות מהפלה יכולה להיחשב לנזק?

כאשר מדובר במי שהורתו כבר החלה והטענה היא כנגד ייעוץ לקוי שהיה מאפשר הפלה, מתווסף לשיקולים שראינו לעיל שיקול נוסף והוא הבעייתיות שבביצוע הפלה על פי ההלכה⁴³. גם לשיטת הרוב בפרשת זייצוב, אם אי-מסירת המידע אירע בשלב שבו ההפלה הייתה אסורה על פי החוק לא יכולה להיות כאן עילה לתביעת נזיקין⁴⁴, והוא הדין גם אליבא דהמשפט העברי.

במשפט העברי, נושא הפלת עובר משיקולים שבטובת העובר שנוי במחלוקת בין הפוסקים. דעת רבים מפוסקי זמננו היא ששיקולים אלה אינם מצדיקים את הפלת העובר⁴⁵. אמנם יש גם דעות אחרות, אך ברור שגם הפוסקים המקלים יותר בנושא זה אינם מתירים הפלה אלא בגין ליקויים קשים במיוחד (טיי-סקס; תסמונת דאון; פיגור קשה; וכדומה), ולא בגין ליקויים קלים⁴⁶.

על השיקולים שראינו לעיל השוללים הכרה בעילת הולדה בעוולה מתווסף אפוא, ביחס למי שהורתו כבר החלה ואינו סובל מליקוי חמור, השיקול המשמעותי שההלכה אוסרת את הפלתו. ומכאן שמי שדוחה את המסקנה שהגענו אליה לעיל ומבקש להכיר בעילת הולדה בעוולה, עדיף לפחות שיאמץ את גישתה של השופטת בן פורת המצמצמת את העילה לליקויים חמורים בלבד.

43. ראה שטינברג (לעיל, הערה 25), כך ב, ערך הפלה, וראה שם בעיקר עמ' 772-780.

44. ראה לדוגמה ת"א (חיפה) 745/02 **המר נ' עמית**, מיום 26.12.06 (פורסם בנבו). וראה עמוס שפירא, "הזכות לא להיוולד בפגם: פלוגות של לוגיקה, ערכים ומדיניות משפטית", בתוך **דילמות באתיקה רפואית**, בעריכת רפאל כהן אלמגור, מכון ון ליר, ירושלים תשס"ב, עמ' 239, בעמ' 244: "גישת מתירנית, להלכה ולמעשה, להפסקת הריון מטעמים אונניים (של פגם מולד צפוי) מניחה בסיס מוצק לטענתו של ילד שנולד במום, כי אלמלא התרשלותו של המומחה הגנטי בבדיקה או בייעוץ, חזקה על הוריו שהיו בוחרים בהפסקת הריון כדת וכדין... אכן הכרה בזכות התביעה על 'חיים בעוולה' עולה בקנה אחד עם ההכרה המשפטית בזכות ההורית להימנע מהריון ומלידה של ילד נכה".

45. זו הדעה הנחרצת של הרב משה פיינשטיין, שו"ת **אגרות משה**, חושן משפט, חלק ב, סימן סט. שטינברג (לעיל, הערה 43), עמ' 756, מציין שזו הדעה שהתקבלה על דעת מרבית פוסקי דורנו. וראה א' שטינברג, הולדה בעוולה (לעיל, הערה 42), בעמ' 190. אבל השווה ת"א (י-ם) 3198/01 **פלוגי (קטין) נ' עיריית ירושלים**, מיום 12.5.08 (פורסם בנבו), פסקאות 414-419, שם מתווכח השופט דרורי עם קביעה זו.

46. כך לדוגמה הרב וולדנברג ז"ל, חבר בית הדין הרבני הגדול לשעבר, מתיר הפלת עובר עם טיי-סקס, שו"ת **ציץ אליעזר**, חלק יג, סימן קב, וכן הוא מתיר הפלת עובר עם תסמונת דאון (אם כי תלה זאת גם במצבם הנפשי של ההורים והגביל את ההיתר לחודש השביעי להיריון), שו"ת **ציץ אליעזר**, חלק יד, סימן קא-קב, וחלק טו, סימן מג, אות ד; הרב שאול ישראלי, **עמוד הימיני**, סימן לב, מתיר להפיל עובר שנדרן לחיי סבל קשים; והרב יעקב אריאל מתיר להפיל ילד שיוולד בוודאות עם פיגור שכלי קשה, שו"ת **באהלה של תורה**, חלק א, סימן קטז. וראה הרב משה צוריאל, "הפלת עובר שאובחנה אצלו מחלה קשה", **תחומין** כה (תשס"ה), עמ' 64-78.

5. סוף דבר

העולה ממקורות המשפט העברי שסקרנו הוא שאף שמותר ואף רצוי למנוע הורות של ילד העתיד להיוולד בעל מום, הרי הבאתו ברשלנות לעולם, יהא מצבו קשה ככל שיהיה, אינו מוגדר כעוולת נזיקין כלפיו (להבדיל מעוולה כלפי ההורים), שכן קיומו ומומו באין כאחד ולפני שנולד לא היה בעל זכויות. זאת ועוד, הגדרת החיים, ולו חיי סבל, כנזק פוגעת בקדושת החיים והיא גם מטילה סטיגמה בבעלי מוגבלויות קשות, כשהמסר הוא שאף שבאו לעולם עדיף היה לולי נולדו (ולא כגישת השופטת בן פורת).

הטבת מצבו של הנולד במום (להבדיל מפיצוי על עצם הולדתו) רצויה כמובן, אך מאחר שלא הייתה לו אפשרות להיוולד אלא במומו, אין מקום לבסס אותה על תביעת נזיקין (ולא כגישת השופט ברק).

מאחר שהגענו למסקנה שהמשפט העברי אינו מכיר בעילת הולדה בעוולה, הרי שפתרון מצוקתו של ילד בעל מום שברשלנותו של בעל מקצוע (רופא, יועץ גנטי וכיוצ"ב) או של הוריו, לא נמנע בואו לעולם, לא תבוא אלא בדרך של תקנה (כלומר תיקון חקיקה). דומה שבמקום לתקן את פקודת הנזיקין ולהוסיף בה את עילת ההולדה בעוולה, עדיף לפעול במישור הסולידריות החברתית ולתקן את חוקי הביטוח הלאומי על מנת להבטיח עזרה מירבית לבעל המום כדי שיוכל לצלוח את החיים עם מוגבלותו וכדי להקל מעליו עד כמה שאפשר את סבלו. כך נעשה לדוגמה בחוק הצרפתי⁴⁷ ודומה שזהו האפיק הראוי אף למדינה יהודית ודמוקרטית.

פתרון זה ראוי יותר משום שהוא מבטיח עזרה לא רק לבעלי מום שבאו לעולם בשל רשלנות אלא לכלל בעלי המום, וכן הוא ימנע את זהירות היתר המביאה רופאים להגזים בביצוע בדיקות ובהמלצה על הפלות מיותרות מפרט מפני תביעות משפטיות.

בעל מקצוע שהתרשל יוכל להיחבץ על ידי הקופה הציבורית הנושאת בנטל של עזרה לבעלי המום (אם כי ייתכן שאחריותו בנזיקין כלפי הקופה הציבורית תצטרך גם היא להיקבע במפורש בחוק). אולם יש להניח שזו לא תגיש תביעות משפטיות אלא במקרים קיצוניים וברורים של רשלנות חמורה (ורצוי לקבוע גם זאת במפורש בחוק), דבר שיבטיח שיקול דעת מאוזן של בעל המקצוע.

כיום לא מובטחת חסינות לחברי הוועדות לאישור הפסקת הריון מפני תביעות נזיקין בגין הולדה בעוולה, ומן הראוי לקבוע חסינות כזו במפורש בחוק, כדי שחברי הוועדות לא יושפעו בהחלטתם משיקולים זרים.

47. Code de l'action sociale et des familles, art. L114-5 משנת 2005.