

היבטים משפטיים ואתיים בסוגיית הולדה בעולה בעקבות פסק דין המר

שמואל ילינק, עדי וייס*

תקציר

פסק הדין בעניין המר¹ שינה מן היסוד את החלכה ששררה במשך 25 שנים (הלכת זייצוב)² בתביעות שעילתן "הולדה בעולה", וזאת כאשר שופטי בית המשפט העליון קבעו, פה אחד, כי עילת תביעתו של היילוד בגין חיים בעולה חדלה מלהתקיים. בכך ביטל בית המשפט העליון את זכות התביעה של היילוד תוך העברת זכות התביעה וראשי הנזק מהיילוד להוריו. פסק דין מהפכני וחשוב זה מעורר שאלות מהותיות הן בנוגע לתיקים תלויים ועומדים והן בנוגע לתביעות שטרם הוגשו. במאמר זה נסקור חלק מהשאלות המתעוררות בעקבות פסק הדין כדוגמת סוגיית השימוש בכספי הפיצויים; השאלה אם הפיצוי בגין פגיעה באוטונומיה נוסף על הפיצוי בגין כאב וסבל; סוגיית ההתיישנות; ראשי הנזק וניכוי תקבולים מן המוסד לביטוח לאומי [מל"ל].

מילות מפתח: הולדה בעולה, חיים בעולה, פגיעה באוטונומיה, כאב וסבל, התיישנות, פיצויים, ניכוי מל"ל.

סוגיית השימוש בכספי הפיצויים

ביטולה של עילת תביעת הניזקין של היילוד בגין חיים בעולה מחד והרחבת זכות תביעתם של ההורים בעילת הולדה בעולה מאידך מעוררות שאלות בנוגע לאופן השקעת כספי הפיצוי והשימוש שיעשו בו ההורים ובתוך כך עולה גם השאלה אם וכיצד יהיה ניתן להבטיח שכספים אלה ישמשו לטיפול בצרכיו המיוחדים של הקטין. שאלות אלה מתעוררות מאחר שלפי פסק דין המר ייפסק הפיצוי בתביעה הניזקית לטובת ההורים (בעיקר עבור הטיפול ביילוד, כפי שיוסבר להלן), ואילו עד למתן פסק דין המר מרבית הפיצוי נפסק ליילוד עצמו, שאז השימוש בכסף ברור.

כפי שקבעו שופטי בית המשפט העליון, המטרה בהרחבת עילת תביעתם של ההורים בגין הולדה בעולה היא פסיקת פיצויים אשר יכסו את הוצאות גידולו ומילוי כל צרכיו (הרפואיים והאחרים) של היילוד למשך כל ימי חייו,³ וזאת מאחר שבשל רשלנותם של הנתבעים נמנעה מההורים האפשרות לבחור שלא לגדל ילד בעל מוגבלות, על הקשיים וההוצאות הרבות הכרוכות בכך.⁴ קביעה זו מתבססת, בעיקרה, על המלצותיה של הוועדה הציבורית בנושא הולדה בעולה, בראשות המשנה לנשיא (בדימוס) אליהו מצא, אשר הוקמה לצורך גיבוש המלצות בנושא זה (להלן: "ועדת מצא"), ואשר סברה כי מאחר שההורים הם המופקדים על הטיפול ביילוד ועל הדאגה לצרכיו והם הנושאים, הלכה למעשה, בעיקרה של עלות זו, יש להכיר בזכאותם לתבוע ולקבל מהאחראי להתרשלות פיצוי המיועד לכסות את צורכי היילוד עקב מוגבלותו.⁵

בפועל, מאחר שהפיצויים נפסקים בתביעת ההורים, הרי שלכאורה הם יכולים להשתמש בהם לשימושים שונים שאינם לאו דווקא לטובת הקטין, כדוגמת רכישת נכס מקרקעין, רכב יוקרתי, נסיעה לחו"ל (ובילויים באופן כללי), או במקרים אחרים יכולים ההורים להשתמש בכספי הפיצויים להשקעות ספקולטיביות שיש בהן כדי "לרוקן" את קופת הפיצויים ולהותיר את היילוד הפגוע ללא יכולת כספית למלא את צרכיו. בעיה נוספת, אשר עשויה להתעורר, היא במקרים שבהם ההורים הופכים לפושטי רגל ונשאלת השאלה אם כספי הפיצויים, אשר במהותם מיועדים לטיפול בקטין, יכולים לשמש לפירעון חובות לנושי ההורים.

* פרופ' אסא כשר הוא פרופסור אמריטוס מהקתדרה לאתיקה מקצועית ולפילוסופיה של הפרקטיקה ע"ש לאורה שוורץ-קיפ ופרופסור אמריטוס לפילוסופיה באוניברסיטת תל-אביב.

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

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

3 שם, בעמ' 22.

4 שם, בעמ' 24.

5 הוועדה הציבורית בנושא "הולדה בעולה" דין וחשבון (2012) (להלן – דוח ועדת מצא).

בנקודה זו חשוב לציין כי טרם מתן פסק הדין בעניין המור, עת כספי הפיצויים נפסקו בתביעתו של הקטין, לא רק שבית המשפט היה צריך לאשר כי הפשרה היא לטובת הקטין אלא שהיה על הוריו להגיש לבית המשפט, לאחר מתן פסק הדין (בין אם פסק דין לגופו של עניין ובין אם פסק דין המאשר הסדר פשרה), בקשה להשקעת כספי קטין על פי חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות. במצב דברים זה התקיימו פיקוח ובקרה על השקעתם של כספי הפיצויים, ובכל עת שבה רצו ההורים להוציא סכומי כסף כלשהם מהפיקדון על שם הקטין, היה עליהם להגיש בקשה ספציפית לבית המשפט לענייני משפחה. המשיב בבקשות אלה הוא האפוטרופוס הכללי, ובכך הושגה למעשה המטרה החשובה בדבר שמירה על כספי הפיצויים אשר נפסקו לצרכיו המיוחדים של הקטין.

חברי ועדת מצא, אשר היו ערים לקושי זה, הציעו כי כדי להבטיח שכספי הפיצויים ישמשו את צרכיו של היילוד בלבד, יוסמך בית המשפט באמצעות שינוי חקיקתי לכלול בפסק הדין הוראות לעניין השימוש בכספי הפיצויים. כן הציעו חברי הוועדה כי הפיצויים הללו לא ייחשבו לחלק מרכושם של ההורים במצב של פשיטת רגל, לא יהיו חלק מעיזבונם ולא יהיו ניתנים לעיקול, לשיעבוד או להמחאת זכות מכל סוג שהוא.⁶ שופטי הרוב בפסק דין המור, אשר הסכימו לדברים אלה, קבעו כי ההמלצות הללו נכונות גם לסוגיה זו, אך גם באופן כללי יותר, וכי הם מקווים שהמחוקק אכן ייענה לקריאה זו. באופן פרקטי נקבע כי עד לשינוי החקיקתי האמור על השופטים הדנים בתיקים מסוג זה להשתמש בכלים העומדים לרשותם לצורך הבטחת השימוש בכספי הפיצויים לצרכיו של היילוד.⁷

נדמה כי גם כיום הוראות החוק הרלוונטיות לאחריותם של ההורים כאפוטרופוסים הטבעיים של ילדיהם הקטינים נותנות מענה (ולו חלקי) לחשש שהועלה לעיל שמא ההורים ינצלו את כספי הפיצוי לשימושם שלהם ולא לטובתו של הקטין. סעיף 15 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות⁸ (להלן – החוק) למשל קובע כי אפוטרופסות תחורים כוללת גם שמירת נכסיו של הקטין, ניהולם ופיתוחם. סעיף 23 לחוק קובע כי נכסיו של הקטין לא ישמשו לקיום משק הבית המשפחתי אלא אם בית המשפט אישר שההורים אינם יכולים לקיים את משק הבית המשפחתי ולספק את צורכי הקטין. בהמשך, באשר להשקעת כספי הקטין (החסוי) קובע החוק⁹ כי על האפוטרופוס חלה חובה להשקיע את כספי הקטין באופן שיהיה בו כדי לשמור על הקרן ועל הפרות באחת הדרכים שנקבעו על ידי שר המשפטים בתקנות, או בדרך שהורה בית המשפט.

אם כן, קיימת בפועל גם כיום סמכות לבית המשפט להורות על אופן השקעת כספי קטין. אלא שהשאלה הנשאלת היא אם הכספים הנפסקים עתה להורים הם בגדר "כספי קטין". בהקשר זה חשוב לציין כי החוק קובע גם סייגים לאחריותם של ההורים במקרה שבו גרמו לנזק לנכסיו של הקטין, וזאת אם פעלו בתום לב תוך כוונה לדאוג לטובת הקטין.¹⁰ ואכן, בפסק הדין היחיד שניתן, עד כה, בתביעת הולדה בעוולה והדן לגופו של עניין בעילת הולדה בעוולה, להבדיל מהחלטות שניתנו בשאלת ההתיישנות ופסקת ההחגה, ואשר מיישם את הלכת המור, קבעה כבוד השופטת רבקה פוקס¹¹ כי על ההורים להגיש בקשה לקביעת הפיצוי שיועבר להם, וכי היתרה תופקד על ידי ההורים בנאמנות בחשבון בנק שייפתח על שם הקטינה עד הגיעה לגיל 18. לאחר מכן על ההורים לפעול למינוים כאפוטרופוסים על רכושה של בתם (התובעת).

פיצוי בגין פגיעה באוטונומיה – האם נוסף על הפיצוי בגין נזק לא ממוני?

שאלת היחס בין הפיצוי בגין ראש הנזק של פגיעה באוטונומיה לבין פיצוי בגין נזק לא ממוני העסיקה רבות את שופטי בית המשפט העליון, אשר נחלקו בדעותיהם בעניין זה. המחלוקת העיקרית נתגלעה בין גישתו של כבוד המשנה לנשיא השופט אליעזר ריבלין לבין גישתו של כבוד השופט יצחק עמית.

6 שם, בעמוד 62.

7 עניין המור, לעיל ה"ש 1, בעמ' 46. סוגיה מעניינת היא העובדה שבהיות התביעה תביעת תחורים, אין נדרש אישור בית המשפט במקרה של פשרה, ותאורתית ההורים יכולים לסיימה בסכום נמוך!

8 חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"ב-1962 (תיקון מס' 17), ס"ח 2369, 513.

9 שם, בסעיף 50.

10 שם, בסעיפים 22, 50.

11 ת"א (חי') 5840-12-08 ה.א. (קטינה) נ' שירותי בריאות כללית (פורסם בנבו, 24.7.2013) בעמ' 32.

בעניין דעקה¹² הכיר בית המשפט העליון לראשונה בחינתו של הנזק הלא ממוני, כתוצאה מפגיעה באוטונומיה, ראש נזק עצמאי במסגרת עוולת הרשלנות, וככזה הוא בר-פיצוי. בעניין ליה בן צבי¹³ (להלן – בן צבי) התקדם בית המשפט העליון צעד אחד נוסף וקבע (ברוב דעות, בהתאם לפסק דינו של השופט ריבלין) כי הפיצוי בגין פגיעה באוטונומיה אינו חופף פיצוי בגין היעדר הסכמה מדעת. כבוד השופט ריבלין מסביר באותו עניין כי מהותו של הפיצוי הנפסק בגין היעדר הסכמה מדעת הוא הנזק שנגרם לניזוק מביצוע פעולה אשר אילו היה מודע לתוצאותיה האפשריות כמות, היה בוחר שלא לבצעה ובכך היה נמנע הנזק. לעומת זאת מהותו של הפיצוי בגין פגיעה באוטונומיה הוא עצם הפגיעה ברצונו החופשי של הניזוק. לפיכך מאחר שמדובר בשני נזקים שונים, הרי שאין כל חפיפה ביניהם. עם זאת, קבע השופט ריבלין, ייתכנו מקרים שבהם לא תהיה תועלת בהפרדת הפיצוי, ולפיכך יהיה ניתן לפסוק סכום אחד כפיצוי אשר יכלול את שני ראשי הנזק האמורים.

כבוד השופט עמית, בדעת מיעוט, סבר כי אין לפסוק פיצוי הן בגין הנזק הלא ממוני בשל הפרת חובת הגילוי והן פיצוי בגין פגיעה באוטונומיה, בשל הפרת חובת הגילוי. כבוד השופט עמית מנמק קביעתו זו בכך שהיעדרה של הסכמה מדעת משמעה פגיעה בחופש הבחירה, קרי בזכות לאוטונומיה. לכן, לגישתו, פיצוי הן בשל אי-הסכמה מדעת והן בשל פגיעה באוטונומיה משמעותו כפל פיצוי.¹⁴ עתירה לקיום דיון נוסף בשאלה עקרונית זו נדחתה על ידי כבוד הנשיאה ד' ביניש, אשר קבעה בהחלטתה כי החלכה בדבר הקשר בין הפיצוי בגין נזק בלתי ממוני לבין פגיעה באוטונומיה תתברר בפסיקתו העתידית של בית המשפט.¹⁵

עמדה דומה לגישתו של כבוד השופט עמית, בעניין בן צבי, נפסקה בעניין פרשת הוספת הסיליקון לחלב.¹⁶ באותו מקרה קבעה כבוד השופטת אסתר חיות כי אין מקום להפריד בין הפיצוי בגין פגיעה באוטונומיה לבין הפיצוי בגין עגמת נפש ותחושות שליליות שנגרמו לנפגע בגין אותה פגיעה.¹⁷ יצוין כי עתירה לקיום דיון נוסף בשאלה זו נדחתה אף היא על ידי כבוד הנשיא א' גרוניס מנימוקים של יעילות וסופיות הדיון (באותו מקרה דובר על תביעה ייצוגית אשר נדונה בערכאות השונות במשך תקופה של 16 שנים). בעניין קדוש¹⁸ חזר השופט עמית (בדעת מיעוט) על עמדתו ולפיה שעה שנפסק לתובע פיצוי בגין הנזק הלא ממוני שנגרם לו מהפרת חובת הגילוי, אין מקום לפסוק, בנוסף, פיצוי גם בגין פגיעה באוטונומיה. השופט עמית אף תרחק לכת וקבע בפסק דינו כי משיקולים של מדיניות שיפוטית יש לצמצם הן את הפיצוי בגין פגיעה באוטונומיה והן את המקרים שיוכרו כפגיעה באוטונומיה.

השופט ריבלין (בדעת רוב) היה עקבי בגישתו שהובעה בעניין ליה בן צבי, ולפיה הנזק בגין הפגיעה באוטונומיה הוא נזק עצמאי. לפיכך ניתן לתבוע בגינו פיצוי גם בהיעדר נזק אחר וגם נוסף על נזק לא ממוני אחר (לדוגמה מקרים שבהם נגרמה פגיעה בשל רשלנות בטיפול רפואי שניתן וכן פגיעה באוטונומיה. במקרים כאלה הפיצוי בגין פגיעה באוטונומיה יתווסף לפיצוי הלא ממוני בשל נזק הגוף שנגרם).¹⁹ עם זאת קובע השופט ריבלין כי על בתי המשפט לפתח מערכת של איוונים מותאמים לראש הנזק של פגיעה באוטונומיה, ולגישתו רק פגיעה בלבה של זכות הבחירה, כלומר "בגרעין הקשה" של זכות האדם ובעניין מחותי, תזכה את התובע בפיצוי משמעותי. השופט ריבלין קובע כי טיפול רפואי מצוי באותו "גרעין קשה של זכות האדם לשלוט בחייו", ולפיכך פגיעה בו תזכה בפיצוי נפרד בגין פגיעה באוטונומיה.²⁰ גם לעניין שיעור הפיצוי קיימת מחלוקת כאמור בין גישתו של השופט ריבלין לגישת השופט עמית. השופט ריבלין (ברוב דעות) קבע בעניין קדוש הנ"ל כי מגמת בתי המשפט היא פסיקת פיצוי ניכר אשר משקף את החשיבות שמייחסת שיטת המשפט לאינטרס שנפגע. לפיכך במקרים שבהם בית המשפט מגיע למסקנה שנגרמה פגיעה באוטונומיה של התובע, במקרה שבו הפגיעה מתייחסת "לגרעין הקשה" ולעניין מחותי, על בית המשפט לקבוע פיצוי הולם אשר ישקף את מלוא חומרת הפגיעה.²¹

12 ע"א 2781/93 דעקה נ' בית החולים "כרמל" חיפה, פ"ד נג(4) 526.

13 ע"א 4576/08, 5019/08 ליה בן צבי נ' פרופ' היס (פורסם בנבו, 7.7.2011) בעמ' 31.

14 שם, בעמ' 49.

15 דנ"א 5636/11 פרופ' יהודה היס נ' ליה בן צבי (פורסם בנבו, 26.2.2012) בעמ' 6.

16 ע"א 10085/08 תנובה – מרכז שיתופי נ' עזבון המנוח תופיק ראבי ז"ל (פורסם בנבו, 4.12.2011).

17 שם, בעמ' 52.

18 ע"א 1303/09 מרגלית קדוש נ' בית החולים ביקור חולים (פורסם בנבו, 5.3.2012) בעמ' 65.

19 שם, בעמ' 99.

20 שם, בעמ' 93.

21 שם, בעמ' 101.

המר חזר השופט ריבלין (בדעת רוב) על ההלכה שלפיה הפגיעה באוטונומיה היא ראש נזק עצמאי במסגרת הרשלנות, ולפיכך במקרים שבהם עילת התביעה היא הולדה בעולה, עשויה הפגיעה באוטונומיה לשמש ראש נזק בר-פיצוי. השופט ריבלין קובע כי כשהפגיעה באוטונומיה היא פגיעה מהותית נוספת, הנוגעת ללב של הזכות, לפסוק בגינה פיצוי נפרד אשר יתווסף לפיצוי בגין כל נזק אחר, לרבות נזק לא ממוני²² (עמדה זו תואמת את דוח ועדת מצא שבו נאמר כי ההסדר המוצע לא יפגע בזכותם של ההורים לתבוע פיצוי בגין הפגיעה בזכותם האוטונומית להחליט על המשך ההיריון, או הפסקתו, אילו הובא לפנייהם מלוא המידע²³).

הדמיה כי בתביעות שעילתן הולדה בעולה יהיה ניתן לקבוע כי הפגיעה באוטונומיה של ההורים היא פגיעה מהותית נוספת, מאחר שנגרמה להם פגיעה בעצם העובדה שלא הובא לפנייהם מלוא המידע אשר היה יכול לסייע להם לקבל החלטה אם להמשיך את ההיריון או לפעול להפסקתו. במקרה כזה יהיה על בתי המשפט לפסוק פיצוי הן בגין הפגיעה באוטונומיה של ההורים והן בגין נזק לא ממוני הנלווה לגידולו של ילד הסובל מנכות משמעותית. בהקשר זה קבע השופט ריבלין בעניין **המר** כי במקרים אלה על בית המשפט לקבוע פיצוי הולם אשר ישקף את מלוא חומרת הפגיעה.²⁴

ואכן, בכמה פסקי דין שניתנו, עד כה, נפסקו פיצויים הן בגין נזק שאינו ממון והן בגין פגיעה באוטונומיה. למשל: בפסק דינה של כבוד השופטת פוקס בעניין **ה.א. (קטינה) נ' שירותי בריאות כללית**²⁵ נקבעו פיצויים, בנפרד, בגין נזק שאינו ממון (נזק נפשי מתמשך להורים למשך כל ימי חייהם בשל הצורך להתמודד עם גידולו של ילד נכה) ובגין פגיעה באוטונומיה של ההורים בהימנע מהם האפשרות והזכות להחליט על גורל העובר. באותו מקרה נפסק להורים סך של 500,000 ש"ח בגין נזק שאינו ממון ובנוסף סך של 150,000 ש"ח בגין הפגיעה באוטונומיה. בפסק דינו של בית משפט השלום בחיפה (כבוד השופטת נסרין עדוי), במסגרת ת"א 11-02-3590 פלונית נ' **מדינת ישראל**, נפסק להורים בשל מות עובר ברחמה של האם, סך של 900,000 ש"ח בגין פגיעה באוטונומיה. בית המשפט קבע כי בית החולים (הנתבע) הפר את חובתו כלפי ההורים באי-מסרו להם את המידע הרפואי המלא על אודות מצבה של האם ובדבר הסיכון שבו היה מצוי העובר. בכך נשללה מההורים זכות הבחירה של דרך הטיפול.²⁶

בפסק דינו של בית המשפט העליון, אשר ניתן לאחרונה בערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי שבו התקבלה תביעה בגין הולדה בעולה, **מכבי שירותי בריאות נ' נ'ס'**,²⁷ קבע השופט עמית (בדעת מיעוט באשר לרכיב הנזק בגין פגיעה באוטונומיה) כי במקרים של הולדה בעולה יש לפסוק להורים פיצוי בגין פגיעה באוטונומיה, וזאת נוסף על הפיצוי שנפסק בגין כאב וסבל. לאור זאת קבע השופט עמית כי אין להתערב בסכום שפסק בית המשפט המחוזי בגין כאב וסבל לילוד, בסך 400,000 ש"ח (היות שפסק דינו של בית המשפט המחוזי ניתן לפני שניתן פסק הדין בעניין **המר**), אך יש "להמיר" את הסכום הזה לפיצוי להורים בגין כאב וסבל ובגין פגיעה באוטונומיה. חשוב לציין כי השופט עמית הדגיש כי הוא נותר בדעתו (כפי שהיא מפורטת בהרחבה לעיל) אשר לפיה אין להבדיל, באופן כללי, בין נזק לא ממוני בדמות נזק נפשי לבין "תחושות שליליות" הנובעות מפגיעה באוטונומיה, אך עם זאת בתביעות שעניינן הולדה בעולה הוא מקבל את קביעת שופטי הרוב בפסק דין **המר**.²⁸ כבוד השופטת חיות (ואליה הצטרף גם כבוד השופט עוזי פוגלמן) קבעה כי בניגוד לקביעתו הזאת של כבוד השופט עמית, היא סבורה שהפיצוי בסך 400,000 ש"ח, שנפסק לקטין עבור כאב וסבל, אין בו כדי לפצות את ההורים גם בגין מלוא ראש הנזק של כאב וסבל וגם בגין הפגיעה באוטונומיה, ולפיכך קבעה כי מתוך הסך של 400,000 ש"ח שנפסק יש לייחס להורים 300,000 ש"ח בגין כאב וסבל (150,000 ש"ח לכל אחד) ועל זה יש להוסיף סך של 100,000 ש"ח לכל אחד מההורים (סה"כ 200,000 ש"ח) בגין פגיעה באוטונומיה. השופטת חיות מסבירה כי להבדיל מפרשת **הוספת הסיליקון לחלב**,²⁹ שם הביעה את דעתה שאין להפריד בין הפיצוי בגין עגמת נפש ותחושות שליליות לבין פגיעה באוטונומיה, במקרים של הולדה בעולה קיימות, באופן מובהק, פגיעות שונות ונפרדות המצדיקות קביעת פיצוי נפרד מאחר שבמקרים אלה הפגיעה הראשונה היא הפגיעה החדה והברורה באוטונומיה של ההורים ובזכותם היסודית להחליט אם ברצונם להוליד ילד

22 עניין **המר**, לעיל הי"ש 1, בעמ' 45.

23 **דוח ועדת מצא**, לעיל הי"ש 3, בעמ' 62.

24 עניין **המר**, לעיל הי"ש 1, בעמ' 45.

25 ת"א (חי') 5840-12-08 ה.א. (קטינה) נ' **שירותי בריאות כללית** (פורסם בנבו, 24.7.2013) בעמ' 29, 30.

26 ת"א (חי') 11-02-3590 פלונית נ' **מדינת ישראל משרד הבריאות** (פורסם בנבו, 4.6.2013) בעמ' 23-25.

27 ע"א 2600/09 **מכבי שירותי בריאות נ' נ'ס'** (פורסם בנבו, 10.11.2013).

28 שם, בעמ' 13.

29 לעיל הי"ש 14.

בעל מום אם לאו, והפגיעה השנייה היא הכאב והסבל אשר ילווה את ההורים כמי שייאלצו להתמודד עם גידולו של ילד הסובל מנכות קשה.³⁰

סוגיית ההתיישנות

ביטול עילת תביעתו של היילוד ו"העברתי" הפיזי ממנו לחוריו תוך הרחבת עילות התביעה של ההורים טומנים בחובם השפעה רבה על סוגיית ההתיישנות. עד לפסק הדין בעניין המר הייתה תקופת ההתיישנות בתביעות של הולדה בעולה 25 שנים (שהרי התביעה מתיישנת שבע שנים ממועד הגעתו של היילוד לגיל 18³¹), אך בשל ביטול עילת התביעה של היילוד תידון תביעה זו על פי דיני ההתיישנות הרגילים החלים בתביעות נויקין,³² ולכן קוצרה תקופת ההתיישנות לשבע שנים בלבד ממועד הלידה. לפיכך מתעוררות שאלות כגון מה דינן של תביעות שהוגשו לבית המשפט טרם ניתן פסק הדין בעניין המר, מה דינן של תביעות שטרם הוגשו לבית המשפט (ולצורך הדיון, למשל תביעות אשר נמצאות במשרד עורך הדין לקראת הגשתן, או שהן מצויות בשלב הבירור הכולל פנייה לקבלת חוות דעת מומחה), וזאת מתוך ההנחה וההסתמכות על הדין שהיה קיים ולפיו פרק הזמן להגשת תביעות בגין הולדה בעולה הוא 25 שנים, מה דינם של מקרים שבהם לא הוגשה תביעה היות שההורים המתונו עד להתגבשות תנוק, אך זה טרם התגבש והיילוד עבר את גיל 7? האם כל התביעות הללו תימחקנה או שאי אפשר יהיה להגישן לבית המשפט מחמת התיישנות?

מקריאת פסק הדין בעניין המר נראה כי אמנם שופטי בית המשפט העליון היו ערים לבעייתיות אשר תתעורר עקב ביטול עילת היילוד, אך הפתרון שקבעו ב"פסקת המעבר"³³ רחוק מלהיות מניח את הדעת, באשר נותרו מקרים ומצבים רבים שלגביהם לא נקבעה הלכה ברורה. "פסקת המעבר" היא בזו הלשון:

"תוצאת פסק הדין – ככל שהיא נוגעת לביטול עילת תביעתו של היילוד – לא תחול על תיקים תלויים ועומדים (לרבות התיקים שבפנינו) שבהם לא הוגשה תביעת הורים. השופט א. רובינשטיין סבור היה כי אין להחיל את תוצאת פסק הדין למשך שנה מהיום, והשופטת מ' נאור מציינת כי אין מקום להכריע, במסגרת הוראת המעבר בהליך שבפנינו, בשאלה מה דינה של תביעת היילוד שטרם הוגשה".

אם כן, פסקת המעבר נותנת מענה לכל אותן תביעות שבהן הוגשה תביעת היילוד בלבד. בתביעות אלה, אלמלא פסקת המעבר היה נוצר מצב שבו תביעת ההורים (שלא הוגשה) קרוב לוודאי התיישנה, ואילו תביעת היילוד בגין החיים בעולה בוטלה בעקבות פסק הדין בעניין המר. במקרה כזה קובעת פסקת ההחלטה כי הלכת המר לא תחול, אלא יחול הדין הקודם, היינו התביעה תידון לפי הלכת זייצוב.³⁴

לאור זאת עולה השאלה מה דינם של "התיקים המעורבים" שבהם הוגשה תביעת היילוד עם תביעת ההורים, אך תביעת ההורים הוגשה לאחר חלוף תקופת ההתיישנות (כעבור שבע שנים ממועד הלידה). האם נאמר במקרים אלה כי עילת היילוד בטלה (בעקבות הלכת המר) ואילו תביעת ההורים התיישנה? האם יעלה על הדעת כי במקרים אלה יצא היילוד "וידין על ראשו"? בסוגיה זו נחלקו שופטי בתי המשפט לשתי אסכולות מרכזיות: האחת של כבוד השופטת יעל וילנר, והשנייה של כבוד השופטת דליה גנות.

30 לעיל הי"ש 25, בעמ' 16.
 31 ס' 10 לחוק ההתיישנות, התשי"ח-1958, ס"ח 112.
 32 ס' 15 לחוק ההתיישנות.
 33 ענין המר, לעיל הי"ש 1, בעמ' 61.
 34 ע"א 518/82 זייצוב נ' כץ, פ"ד מ(2) 85 (1986).

על פי גישתה של כבוד השופטת וילנר שבוטאה במסגרת פסק הדין בעניין **ה.ע. נ' משרד הבריאות**,³⁵ במקרים אלה יש להתייחס לתביעת היילוד כאילו הוגשה מלכתחילה לבד, תוך דחיית תביעת ההורים מתמת התיישנות. במצב דברים זה תחול פסקת ההחלטה, והמשמעות היא כי התביעה תידון לפי הדין שנהג לפני **הלכת המר**, היינו לפי **הלכת זייצוב**. לגישתה זו של כבוד השופטת וילנר הצטרפו גם כבוד השופטת חני הורוביץ³⁶ בחלטתה בעניין **א. נ' משרד הבריאות**, כבוד השופט רם וינוגרד בעניין **ת.ב. נ' ביי"ח הדסה עין כרם**,³⁷ כבוד השופט שלמה פרידלנדר בהחלטתו בעניין **י'א' (קטינה) נ' ד"ר דן זאבי**³⁸ וכבוד נשיאת בית המשפט המחוזי מרכז השופטת הילה גרסטל בהחלטתה בעניין **ד"ר שמיר ליבוביץ נ' פלוני**³⁹ (יצוין כי על החלטותיהם אלה של כבוד השופט פרידלנדר וכבוד השופטת גרסטל הוגשה ברי"ע לבית המשפט העליון, ועליה יורחב בהמשך).

מנגד, התייחסותה של כבוד השופטת גנות לשאלת התיישנות הזאת הייתה שונה לחלוטין. בהחלטתה בעניין **בית חולים הדסה עין כרם נ' רוני נתנאי (קטיין)**⁴⁰ קבעה כבוד השופטת גנות כי פסק הדין בעניין **המר** העניק להורים זכות תביעה כניזוקים ישירים ולפיכך יצר פסק דין זה למעשה עילת תביעה חדשה להורים בגין הולדה בעולה. לכן, קובעת כבוד השופטת גנות, יש למנות את תקופת התיישנות, בהתייחס לתביעת ההורים, החל ממועד מתן פסק הדין בעניין **המר**, ולתקופה של שבע שנים ממועד פרסומו. ואכן, בהחלטתה זו, אשר דנה במקרה שבו הוגשה תביעת היילוד עם תביעת ההורים (אשר הוגשה בחלוף שבע שנים ממועד הלידה), קבעה השופטת גנות כי תביעת היילוד תימחק, וכי על ההורים להגיש כתב תביעה מתוקן, בהתאם להלכת **המר**.⁴¹ כבוד השופט יוסף בן חמו הצטרף לדעתה זו של כבוד השופטת גנות וקבע בעניין **ד"ר ריטה שחמורוב נ' אמירה אבו מוחסן**⁴² כי "משהועברה זכות התביעה להורים, בהתאם להלכת **המר**, יש לדעת לקבוע כי מועד הולדת עילת התביעה של ההורים היא מועד מתן פסק דין **המר**".⁴³

בהתייחס לשאלת התיישנות התיקים המעורבים הגיעה המחלוקת הפרשנית לפתחו של בית המשפט העליון במסגרת בקשות רשות ערעור על החלטותיהם אלה של כבוד השופטת גרסטל וכבוד השופט פרידלנדר. כבוד השופט צבי זילברטל העניק רשות ערעור, אך דחה את הערעורים לגופם. בהחלטתו (להלן – **הלכת זאבי**)⁴⁴ קבע השופט זילברטל כי תכלית **המר** היא לדאוג שצורכי היילוד יסופקו במלואם על ידי המעוול. לפיכך לא יעלה על הדעת שיילוד אשר הגיש תביעתו בעילת חיים בעולה, בהתבסס על **הלכת זייצוב**, עם תביעת הוריו בגין "הולדה בעולה" (אף אם זו הוגשה לאחר חלוף תקופת התיישנות של שבע שנים), ימצא עצמו ללא סעד, לעומת יילוד אשר הגיש תביעתו בלא שהוגשה גם תביעת הוריו, תביעתו תתברר, והוא יזכה לסעד מבית המשפט. השופט זילברטל הדגיש כי קיימים שיקולים כבדי משקל נוספים שבגינם יש למצוא פתרון הולם אשר יוביל לפיצוי היילוד, ובכללם הסתמכות של ההורים על **הלכת זייצוב**, שנהגה במשך 26 שנים, וזאת לעומת היעדר הסתמכות המעוולים; שיקולי צדק שלפיהם המעוול חייב לשאת בתוצאות עוולתו; שיקולי מדיניות משפטית שלא יצא החוטא נשכר וההגיון הבריאי.

עם זאת נמנע כבוד השופט זילברטל מקביעת הלכה בשאלת התיישנותם של התיקים המעורבים או באשר לשתי האסכולות השונות שפורטו לעיל (גישת השופטת וילנר מול גישת השופטת גנות) אלא קבע רק כי "פסקת המעבר" לא יצרה הסדר שלילי בנוגע למקרים שאינם באים בגדרה, וכי על בתי המשפט השונים מוטלת המלאכה לפסוק במקרים הספציפיים שיעמדו בפניהם.

מה דינן של תביעות אשר ערב מתן פסק הדין בעניין **המר** טרם הוגשו לבית המשפט, היות שהחורים הסתמכו על **הלכת זייצוב** (ולפיה ניתן להגיש את התביעה עד הגיעו של היילוד לגיל 25), ולפיכך טרם הוגשה תביעתם אף שחלפו

35 ת"א (חיי) 207/07 ה.ע. נ' מדינת ישראל – משרד הבריאות (פורסם בנבו, 1.7.2012).

36 ת"א 15931-11-08 א. ואח' נ' מדינת ישראל – משרד הבריאות (פורסם בנבו, 14.10.2012).

37 ת"א 12925-01-12 ת.ב. נ' ביי"ח הדסה עין כרם (פורסם בנבו, 16.10.2012).

38 ת"א (בייש) 3090/09 י'א' (קטינה) נ' ד"ר דן זאבי (פורסם בנבו, 28.11.2012).

39 ת"א (מרכז) 17554-01-12 ד"ר שמיר ליבוביץ ואח' נ' פלוני (פורסם בנבו, 20.1.2013).

40 ת"א 24016-02-12 בית חולים הדסה עין כרם נ' רוני נתנאי ואח' (פורסם בנבו, 17.11.2012).

41 שם, בעמ' 8.

42 ת"א (נצ'י) 20364-06-12 ד"ר ריטה שחמורוב נ' אמירה אבו מוחסן (פורסם בנבו, 16.1.2013).

43 שם, בעמ' 6.

44 רע"א 9444/12, רע"א 1132/13 ד"ר דן זאבי נ' פלוני (פורסם בנבו, 28/4/13).

יותר משבע שנים ממועד הלידה? בהקשר זה ניתן להעלות על הדעת מקרים רבים שבהם נזקיו של היילוד טרם התגבשו ולפיכך לא הוגשה תביעה, או מקרים שבהם התביעה נמצאת בשלבי התהוות (לדוגמה: התיק כבר מצוי בטיפולו של עורך דין העומל על איסוף החומר הרפואי ופנייה לקבלת חוות דעת מומחה). האם נאמר שלגבי כל אותם מקרים אי אפשר עוד להגיש תביעה עקב הלכת המר?

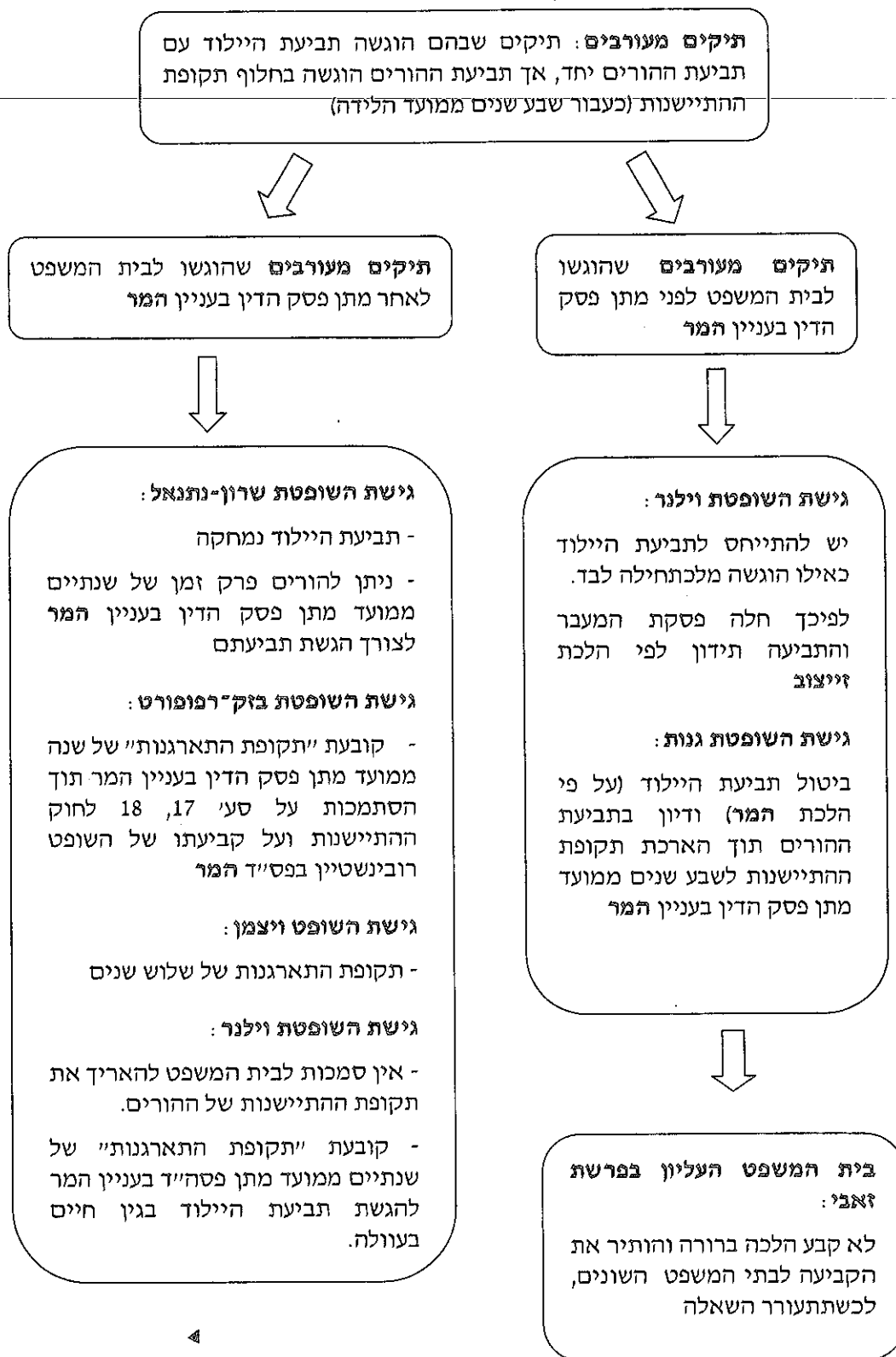
כבוד השופטת תמר בזק רפופורט נדרשה להכריע בעניין במסגרת בקשה למחיקת התביעה מחמת התיישנות בעניין בית החולים אגודת הסהר האדום (אל הלאל) נ' ח' ת'.⁴⁵ באותו מקרה הוגשה תביעת ההורים, בעילת הולדה בעולה, בחלוף תשע שנים וחצי ממועד הלידה וכעבור כשלושה חודשים ממתן פסק הדין בעניין המר. הנתבע, בית החולים, הגיש בקשה למחיקת התביעה מחמת התיישנות, בהתאם להלכת המר, היות שחלפו יותר משבע שנים ממועד הלידה ולפיכך חלפה תקופת ההתיישנות בתביעתם של ההורים, ואילו עילת תביעתו של היילוד אינה קיימת עוד. כבוד השופטת בזק-רפופורט דחתה את הבקשה וקבעה כי במקרים אלה יש לקבוע "תקופת התארגנות" בת שנה ממועד מתן פסק הדין בעניין המר, ובמהלך תקופה זו יוכלו ההורים להגיש את תביעתם (זאת בהיקש מסעיפים 17-18 לחוק ההתיישנות, המעניקים תקופת התארגנות בנסיבות מסוימות). השופטת בזק-רפופורט מבקרת את גישתה של השופטת גנות לעיל בציינה שעמדה זו (שלפיה התיישנות תביעת ההורים תימנה החל ממתן פסק הדין בעניין המר) עשויה לגרום למצב שבו תגוש תביעה בחלוף 32 שנים ממועד הלידה (במקרה שבו היילוד היה כמעט בן 25 במועד מתן פסק הדין בעניין המר). מצב זה, לדעת השופטת בזק-רפופורט אינו ראוי ולפיכך היא דוחה גישה זו.

כבוד השופטת תמר שרון-נתנאל אוחזת בגישה דומה לזו של כבוד השופטת בזק-רפופורט. בהחלטתה בעניין שירותי בריאות כללית נ' ש' ש' (קטינה) ואח'י.⁴⁶ דחתה השופטת את הבקשה למחיקת תביעתם של ההורים וקיבלה את הבקשה למחיקת תביעתה של הקטינה. באותו מקרה דובר בתביעת הולדה בעולה שהוגשה לבית המשפט על ידי הקטינה והוריה כאשר הייתה הקטינה כבת שמונה שנים וחצי ולאחר שניתן פסק הדין בעניין המר. כבוד השופטת שרון-נתנאל קובעת בהחלטתה כי היא מאמצת את קביעתה של כבוד השופטת בזק-רפופורט בדבר קיומה של תקופת התארגנות, אך הוסיפה וקבעה כי זו תהיה למשך שנתיים ממועד מתן פסק הדין בעניין המר (היינו, עד ליום 28.5.2014) ולא שנה, כפי שקבעה כבוד השופטת בזק-רפופורט.⁴⁷ כבוד השופט צבי ויצמן קבע בעניין פלוני (קטין) נ' קופ"ח לאומית⁴⁸ כי יש לקבוע תקופת התארגנות של שלוש שנים מפסק הדין בעניין המר.

גישה שונה לחלוטין הובעה לאחרונה על ידי כבוד השופטת וילנר. בהחלטתה בבקשה לסילוק תביעת הולדה בעולה על חסף בשל התיישנות תביעת ההורים (בעניין נחום שמשון נ' מכבי שירותי בריאות)⁴⁹ קבעה כבוד השופטת וילנר (תוך חזרה על עמדתה העקרונית בדבר תביעות בתיקים מעורבים אשר הוגשו לפני מתן פסק הדין בעניין המר) כי לבית המשפט אין כל סמכות להאריך את תקופת ההתיישנות של ההורים הקבועה בחוק (שבע שנים ממועד הלידה). לפיכך וכדי שלא לחותיר את היילוד ללא פיצוי קובעת השופטת וילנר כי הפתרון הוא קביעת תקופת התארגנות של שנתיים ממועד מתן פסק הדין בעניין המר להגשת תביעת היילוד. מכאן שעל פי גישת השופטת וילנר, במשך תקופה של שנתיים ממועד מתן פסק הדין בעניין המר יוכל היילוד להגיש תביעתו בגין חיים בעולה.

כדי להקל על העוסקים במלאכה יובא לחלן תרשים זרימה לסיכום ההלכות שנפסקו עד כה בשאלת התיישנותם של התיקים המעורבים:

- 45 ת"א (י-ם) 29651-08-12 בית החולים אגודת הסהר האדום (אל הלאל) (פורסם בנבו, 2.6.2013).
 46 ת"א (חי') 49821-12-12 שירותי בריאות כללית נ' ש' ש' (קטינה) (פורסם בנבו, 13.6.2013).
 47 שם, בעמ' 16.
 48 ת"א (מרכז) 2442-06-13 פלוני (קטין) נ' קופת חולים לאומית (פורסם בנבו, 12.12.2013).
 49 ת"א (חי') 6745-07-12 נחום נ' מכבי שירותי בריאות (פורסם בנבו, 9.1.2014).



חישוב הפיצויים

כאמור, בפסק הדין בעניין המר בוטלה עילת התביעה של החיים בעוולה. עם זאת וכדי שבידי ההורים (אשר הם הנושאים בפועל בהוצאות הכספיות הרבות הכרוכות בגידול ילד הסובל מנכות משמעותית) תיוותר "קופת פיצויים" משמעותית לצורך טיפול ביילוד, "המיר" בית המשפט העליון את ראשי הנזק שנפסקו בעבר ליילוד לראשי נזק אחרים אשר ייפסקו מעתה ואילך להורים. מקריאת פסק דין המר ברור כי מטרת שופטי בית המשפט העליון הייתה להותיר על כנו את סכום הפיצוי הכולל אשר נפסק בתביעות מסוג זה (אשר בעבר נקראו תביעות "חיים בעוולה" ומעתה תיקראנה תביעות "הולדה בעוולה" בלבד). לפיכך, וכפי שנראה להלן, סך הפיצוי הכולל לא השתנה, אלא זהותו של מקבל הפיצוי שונתה באופן שעילות התביעה של ההורים הורחבו במידה כזו אשר תוכלנה להכיל את סכומי הפיצוי שבעבר נפסקו בגין תביעתו של היילוד.

נשאלת אפוא השאלה: האם בתביעות בעילת הולדה בעוולה, שבהן טענת ההורים היא כי אילו היו מודעים למגבלות הגופניות שמחן סובל ילדם היו מבקשים להפסיק את ההיריון ובכך היו נמנעים מלהביא את היילוד לעולם, יש לקבוע פיצוי בגין מלוא ההוצאות הכרוכות בגידולו של היילוד (הוצאות "רגילות" והוצאות "עודפות")? או שמא יש לנהוג בתביעה זו כבתביעה נזיקית "רגילה" ולפסוק פיצוי בגין ההוצאות העודפות בלבד?

במענה לשאלה זו קבעו שופטי בית המשפט העליון כי הגם שעילת התביעה בגין הולדה בעוולה שרירה וקיימת, עובדת קיומו של הילד אינה נתפסת, ואסור לה שתיתפס, כשלעצמה כנזק. זאת מאחר שעם לידתו של הילד הוריו מפתחים כלפיו רגשות חום ואהבה והם נהנים מאותם יתרונות בלתי מוחשיים הנובעים מעצם הולדתו (ללא קשר למוגבלות שממנה הוא סובל).⁵⁰ בכך אימצו שופטי בית המשפט העליון את המלצות דוח ועדת מצא שבו נאמר כי עצם חייו של הילד במוגבלותו אינם מהווים נזק ליילוד עצמו או להוריו.⁵¹ עם זאת מאחר שבשל מוגבלותו וצרכיו המיוחדים של הילד נדרשים הוריו להוציא הוצאות עודפות, על המזיק לשאת בהוצאות אלה (להלן: "ההוצאות העודפות"). בכל הנוגע להוצאות לאחר הגעתו של היילוד לבגרות קבעו שופטי בית המשפט כי ברגיל ההורים אינם נושאים עוד בעלות גידול היילוד עם הגעתו לבגרות. לפיכך במקרים שבהם בשל מוגבלותו של היילוד תלותו בהוריו נמשכת גם מעבר לגיל הבגרות (ובמקרים רבים גם למשך כל ימי חייו), יש לפסוק להורים פיצוי בגין ההוצאות העודפות המשקפות את צרכיו המיוחדים של היילוד למשך כל תוחלת חייו (עזרת צד ג, הוצאות רפואיות, הוצאות חינוך, הוצאות נידות, התאמת דיור וכיו"ב). נוסף על הוצאות עודפות אלה נושאים ההורים גם בהוצאות מחיה "רגילות", אשר לא היו נושאים בהן אלמלא מוגבלותו של היילוד. לכן נקבע כי ההורים יהיו זכאים לפיצוי בגין הוצאות אלה, אשר יחושבו בהתאם לגריעה מיכולת ההשתכרות של היילוד (בדומה לראש נזק "הפסד כושר השתכרות" שנפסק בעבר בהתאם להלכת זייצוב), בהנחה שאלמלא נכותו היה היילוד משתכר למחיתו, והשתכרותו זו הייתה מספיקה לכיסוי הוצאות מחייתו.

להלן טבלה המרכזת את עיקרי ההלכה בעניין חישוב ראשי הנזק:

50 "ענין המר", ח"ש 1, בעמוד 35.

51 דוח ועדת מצא, לעיל ח"ש 3, בעמ' 61.

הלכת המר



בעקבות ביטול עילת היילוד הרחיבו בתי המשפט את הפיצוי להורים:

נזק ממוני:

מהלידה ועד שהיילוד מגיע לבגרות (גיל 18) "הוצאות עודפות" (הוצאות הנוספות על הוצאות המחיה הרגילות):

- הוצאות רפואיות

- עזרת הזולת

- הוצאות שיקום

- הוצאות חינוך לרבות הוצאות נלוות

- הוצאות דיור

- הוצאות ניידות

מהגיע היילוד לבגרות ועד לסוף תוחלת חייו

הוצאות עודפות - כאמור לעיל

הוצאות מחיה רגילות - לרוב לפי שכר ממוצע ולפי נכותו (בדומה להפסדי השתכרות)

ההורים לא יקבלו פיצוי בגין הפסדי השכר ב"השנים האבודות"

נזק שאינו ממוני

כאב וסבל ליילוד - בוטל (בהתאם לביטול העילה ליילוד)

כאב וסבל להורים - "פיצוי גבוה ומשמעותי" מאחר שמדובר בנזק נפשי מתמשך וקשה לאורך תקופת חייהם של ההורים

פגיעה באוטונומיה - ככל שהמידע שלא נמסר להורים קרוב יותר לליבת הזכות ומשפיע עליה יותר, כך יגדל הפיצוי

הלכת זייצוב



בתי המשפט לא הבחינו בין תביעת היילוד לתביעת ההורים ודנו בנזקים כמקשה אחת:

נזק ממוני:

הפסדי השתכרות ליילוד - לרוב על פי השכר הממוצע ועל פי אחוזי הנכות

אבדן שכר ב"השנים האבודות" - במקרים שבהם נקבע קיצור תוחלת חיים לקטין (הלכת פינץ)

הפסדי שכר לעבר ולעתיד להורים - תלוי-הוכחת התובעים

עזרת הזולת לעבר ולעתיד - עד סוף תוחלת החיים הצפויה של היילוד

הוצאות רפואיות לעבר ולעתיד - טיפולים רפואיים ופרה-רפואיים ליילוד

הוצאות דיור - אם הוכח

הוצאות ניידות - אם הוכח

הוצאות נלוות - לדוגמה כביסה, מיוזג אוויר, טיטולים וכד'

נזק שאינו ממוני:

כאב וסבל ליילוד - בגין החיים במומו

קיצור תוחלת חיים - אם נקבע

כאב וסבל להורים - רק אם הוכח שנפגעו כנפגעים ישירים (הלכת לבנה לוי) או כנפגעים משניים (הלכת אלסוהה)

ניכוי גמלאות המוסד לביטוח לאומי

ברגיל אין לך תביעה בגין נזקי גוף שאין עולה בה השאלה של ניכוי גמלאות המוסד לביטוח לאומי (המל"ל) מסך הפיצויים שנקבעו לטובת הניזוק. כך הדבר כשמדובר במי שנפגע בתאונת עבודה לרבות תאונת דרכים שהיא גם תאונת עבודה, כאשר הנפגע זכאי לקבל גמלאות לנפגע בעבודה, וכך גם כאשר הפגיעה איננה תאונת עבודה והנפגע זכאי לקבל מן המל"ל קצבת נכות כללית.

הכלל הרחב הוא שיש לנכות מסך הפיצויים שנפסקו לניזוק את טובות ההנאה שזכה בהן בעקבות אותה תאונה. כך הדבר בתביעה נגד מעביד אשר אינו צפוי לתביעת השבה מן המל"ל וכך גם בתביעה נגד מזיק צד ג הצפוי לחיוב להשבה על ידי המל"ל מכוח סעיף 328 (א) לחוק הביטוח הלאומי,⁵² וכך אף בתביעות בגין רשלנות רפואית שם נחסמה דרכו של המל"ל לתבוע השבה מעם המוסד הרפואי מכוח חוק ההסדרים (!)

השלכת הכללים הרחבים האמורים על תוצאת הלכת המר, שלפיה אין עוד ליילוד עילת תביעה ורק לחורים קיימת עילה לתביעה, מעוררת שורה של שאלות ראשוניות ומעניינות בסוגיית ניכוי גמלאות המל"ל.

למשל, ברור כי הזכאי לקבלת תגמולים מן המל"ל הוא היילוד. הוא שיקבל גמלת ילד נכה, גמלת נכות כללית, נידות ועוד, הכול כפי מצבו. אולם אין בידו כאמור עילת תביעה כלל וכלל. האם ניתן לנכות כנגד תביעת החורים את טובת ההנאה שמקבל היילוד? נראה שלא, שכן התביעה כיום איננה עוד תביעתו של הזכאי לטובות ההנאה.

האם תביעת החורים היא עבורו? לפי הגדרת פסק הדין, לא כך. תביעת החורים היא תביעתם שלהם על ההוצאות היתרות שהם הוציאו, מוציאים ויוציאו בגין גידולו של הילד הנכה. כך גם הפיצוי בגין כאבם וסבלם של החורים עצמם (לא של היילוד) והפגיעה באוטונומיה שלהם. כל אלה אינם עומדים באותו מישור של טובת ההנאה שמקבל היילוד. על כן טובות ההנאה הללו אינן לכאורה ברות ניכוי מתביעת החורים. האם נכון הדבר נוכח כל המסקנות דלעיל, למשל להפקדת כספי הפיצוי לטובת הקטין כי אלה "בעבורו" נפסקו (החלטת השופטת פוקס⁵³)?

לא זו אף זו, כאמור לפי חוק ההסדרים אין המל"ל רשאי עוד לתבוע שיבוב מבית החולים. האם תביעתו קיימת אך נחסמה על פי הוראת הדין, או שמא תביעתו האפשרית של המל"ל בוטלה מעיקרה (void)? שאם תאמר שהיא קיימת אך נחסמה, עולה השאלה כיצד ייכנס המל"ל בנעלי היילוד – זה שמקבל את טובות ההנאה – כדי לתבוע צד ג כלשהו, כאשר זה שבנעליו נכנסו (היילוד) הוא בכלל חסר נעליים, כלומר אין לו זכות תביעה!?

ואם תמצי לומר שיש "להרים את המסך" שהרי הפיצוי הוא אכן לתועלתו ולטובתו של היילוד ועל כן יש למנוע "תשלום כפלי" (האם קיים כאן כזה?) ולכן יש לנכות את גמלאות המל"ל שמקבל היילוד כזכותו על פי חוק מהפיצוי הנפסק לחורים, כמעשה השופטת פוקס,⁵⁴ האם הניכוי הוא כנגד כל סוגי הפיצוי? או שמא נבחין בין הפיצוי בגין כאב וסבל ופגיעה באוטונומיה של החורים, שהם אישיים לחורים, לבין הפיצוי בגין ההוצאות היתרות להחזקת הקטין שרק כנגדן ינוכו הגמלאות? שכן הגמלאות מן המל"ל ניתנות להחזקתו ולרווחתו של היילוד הקטין וכך גם הפיצוי לחורים בסעיף זה. למאי נפקא מינה? למקרה שגמלאות המל"ל "בולעות" את מלוא התביעה המוגשת על ידי החורים, אבל אם נקוז אותה רק כנגד חלק הפיצוי שנועד להחזקת הקטין ופרנסתו, יישאר לחורים לפחות חלק התביעה האישית שלהם בגין פגיעה באוטונומיה וכאב וסבל. בדומה לכך קבע בית המשפט העליון בעניין עיזבון המנוח דיאב מזאווי ז"ל⁵⁵ כי הפיצויים שנפסקו לאלמנת המנוח כמיטיבת נזק (היות שטיפלה במנוח במהלך השנים עד לפטירתו) לא יבואו בגדר הפיצוי הכולל שכנגדו בוצע ניכוי גמלאות המל"ל, אלא חלק זה שולם בנפרד לאלמנה. במקרה כזה מתעוררת גם השאלה כיצד ומתוך איזה סכום נזק יחושב הפיצוי בשיעור 25% (ראה השי' גריל בעניין עפיף עילוטי⁵⁶), אם בכלל קיים כזה.

סיכומו של דבר, נראה כי השאלות השונות שהועלו מצריכות ומצדיקות התערבותו של המחוקק, כהמלצת ועדת מצא, ויפה שעה אחת קודם.

52 חוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], התשנ"ה-1995.

53 לעיל ה"ש 9, בעמ' 31.

54 שם, בעמ' 30-31.

55 ע"א 163/99 עיזבון המנוח דיאב מזאווי ז"ל נ' א' דורי, חברה לעבודות הנדסיות בע"מ, פ"ד נד(5) 854, 859.

56 ת"א (חי') 663/99 עפיף עילוטי נ' ג'זאל נאסר (פורסם בנבו, 26.9.2010), בעמ' 89.