

## "נוח לו לאדם שלא נברא יותר משנברא"<sup>1</sup>

### אסא כשר\*

א. הקדמה. ב. משמעות הטענה. ג. אמות המידה המובלעות. ד. מרכיב מושגי – משמעות החיים. ה. מרכיב מוסרי – טענה אמיתית כבסיס השיקול. ו. התשובה. ז. המסקנות המעשיות.

### א. הקדמה

הפילוסופיה אינה בעלת תפקיד של ממש בשגרת החיים של בית המשפט. לעתים היא שרויה מאחורי הקלעים, בעיקר כשכבת המשפט דן בצדק, אולם גם אז היא לא נראית באולם המשפט. ועם זאת, יש שהשופט או השופטת חורגים מעולם המשפט, על מושגיו, על תפיסותיו ועל הליכותיו, ומזמינים פנימה את האורחת, המצטיירת זרה ומרוחקת, גם אם היא נראית נשואת פנים, כדי שתשמיע להרף עין את קולה של אהבת החכמה. המשנה לנשיא, השופטת מרים בן-פורת, נתנה לפילוסופיה שעה קלה של פתחון פה בע"א 518/82 זייצוב נ' כץ<sup>2</sup>. במאמר זה, הנכתב לכבודה, נרחיב את היריעה בדבר ההערה הפילוסופית שהופיעה בהצגת עמדתה של השופטת בסוגיה מרכזית אחת שנדונה באותו פסק דין<sup>3</sup>.

1 בבלי, עירובין יג, ב. בגוף המאמר אשתמש בכיטויים הרווחים להצגת רעיון זה ולא בכיטוי התלמודי המקורי.

\* פרופסור אמריטוס מהקתדרה לאתיקה מקצועית ולפילוסופיה של הפרקטיקה ופרופסור אמריטוס לפילוסופיה באוניברסיטת תל-אביב. המאמר פורסם לראשונה בדצמבר 2008.

2 פ"ד מ(2) 85 (1986).

3 מאמר זה אינו בא לעסוק בשאלות הפילוסופיות הכרוכות בסוגיה של הולדה בעוולה. גם פסק הדין בפרשת זייצוב, על הטיעונים שהופיעו בו לכאן ולכאן, לא יהיה נושא דברינו. תרומתנו הנוכחית לדיונים באותה סוגיה ובאותה פרשה אינם חורגים מהבירור הפילוסופי של הטענה כי "נוח לו לאדם שלא נברא יותר משנברא" ושל היישום המעשי שלה. בדבר ההיבטים הלוגיים של הסוגיה, ראו: DEREK PARFIT, REASONS AND PERSONS (1984). בדבר ההיבטים המוסריים שלה, ראו: Jeff McMahan, *Wrongful Life: Paradoxes in the Morality of Causing People*

- הנתונים העובדתיים בפרשת זייצוב, ככל שיידרשו בהמשך הדיון, היו אלה:
1. דובר בילד שנולד כשהוא לוקה במחלה תורשתית קשה (האנטר), העתידה להשפיע על חייו ואף לסכן אותם.
  2. דובר במחלה שאפשר היה לגלות את הסכנה להופעתה באמצעות ביצוע תקין של בדיקה גנטית מסוימת, לפני ההפריה.
  3. כשמחלה זו מתגלה בבדיקה הגנטית, אפשר שלא להגיע להפריה, להיריון וללידה.
  4. אמו של הילד הייתה נחושה בדעתה שלא להביא בן לעולם, אם אותה מחלה תורשתית, הקיימת במשפחתה, עלולה להופיע ביילוד. אילו ידעה שהמחלה עלולה להופיע ביילוד, הבן לא היה בא לעולם.
- כדי להרחיב כראוי את הדיון, נביא גם את הנתונים העובדתיים של פרשה אפשרית אחרת (להלן: "הפרשה השנייה"), שונה מפרשת זייצוב בהיבטים אחדים ודומה לה בהיבטים אחרים. גם כאן נביא נתונים, ככל שנידרש להם בהמשך הדיון, ואלה הם:
1. דובר בילד שנולד ואחת מכפות ידיו קטנה וללא אצבעות.
  2. דובר במום שאפשר היה לגלותו באמצעות ביצוע תקין של בדיקה רפואית מסוימת במהלך ההיריון.
  3. אם אכן אותו מום מתגלה בעובר, אפשר לבצע הפסקה מלאכותית של ההיריון.
  4. הורי הילד טענו, כי בנסיבות העניין הייתה הצדקה מלאה להפסקת ההיריון בטרם הלידה. לדעתם, גם הם וגם כל גורם רפואי, מקצועי וסביר, היו ממליצים על הפסקת ההיריון בנסיבות כאלה, גורמים לאישורה כדין ופועלים לביצועה.
- גם בפרשת זייצוב וגם בפרשה השנייה, נטענו טענות בדבר הולדה בעוולה. בכל אחת משתי הפרשות הועלה טיעון המוביל למסקנה, בדבר ילד מסוים, שבנסיבות של פעילות תקינה של ייעוץ גנטי שלפני הפריה או בדיקה רפואית תקינה במהלך ההיריון, לא היה בא לעולם. בשתי הפרשות הילד הוא התובע, ושורש טענתו הוא "מוטב היה לי שלא אוולד מאשר אוולד". גם הוריו של הילד תובעים, בכל אחת משתי הפרשות. אמנם ההורים טוענים בשם עצמם, בגין נזקים שלטענתם נגרמו להם או שעתידיים להיגרם להם, אולם גם שורש טענתם הוא "מוטב היה לו שלא ייוולד מאשר ייוולד".
- לכאורה, יש הבדל בין שתי הפרשות. בפרשה השנייה הטענה ש"מוטב היה לו שלא ייוולד מאשר ייוולד" מוצגת כטענה האמורה להיות אובייקטיבית, דהיינו טענה שכל גורם רפואי, מקצועי וסביר, היה מקבל. בפרשת זייצוב, לעומת זאת, לא מוצגת הטענה המקבילה

*to Exist, in RATIONAL COMMITMENT AND SOCIAL JUSTICE: ESSAYS FOR GREGORY KAVKA*  
 Mark Greene, *The* ; וכן ; 208 (Jules L. Coleman & Christopher W. Morris eds., 1998)  
*Indeterminacy of Loss*, 118 ETHICS 633 (2008)

”נוח לו לאדם שלא נברא יותר משנברא”

כטענה אובייקטיבית במובן זה. אלא שבנסיבות התביעה הברדל זה נמוג, מפני שהתביעה התבססה על טענה בדבר היגרמו של ”נזק” עקב רשלנות בייעוץ הגנטי, טענה שהיא אובייקטיבית בטיבה. ואכן, בלשונה של השופטת בן-פורת, ”השאלה הקארדינאלית” היא ”כלום ייתכן מקרה, שבו חיים מוגבלים הם גרועים מאי קיום”<sup>4</sup>. הדיון שעורכת השופטת בן-פורת בשאלה זו הוא דיון בשאלה אובייקטיבית ולא בשאלה התלויה בטעמו הערכי של תובע זה או אחר. שאלה זו היא המעסיקה אותנו להלן. במהלכה של רשימה זו נבחן את הצירוף הראוי בין נקודת מבט אובייקטיבית לנקודות מבט סובייקטיביות.

בפתח הדברים נבהיר, כי לפרשות שלפנינו היבטים פילוסופיים, מוסריים ואתיים נוספים, אולם כאן נעסוק רק בשאלת ההצדקה של אותו יסוד של טענת הולדה בעוולה המתנסח במילים ”מוטב היה לי שלא אוולד מאשר אוולד” או ”מוטב היה לו שלא ייוולד מאשר ייוולד”, במצבים הגנטיים או הרפואיים הנתונים. יתר על כן, מה שנאמר בשאלת הצדקה זו אינו מחייב אותנו לקבל עמדה מסוימת בשום שאלה אחרת שהתשובה עליה שנויה במחלוקת. כך, לדוגמה, שאלה מוסרית או אתית בדבר הפסקה מלאכותית של היריון היא שאלה נבדלת, גם מבחינה לוגית וגם מבחינה מוסרית. בין שדעתך היא שמותר, מנקודת מבט מוסרית ומנקודת מבט אתית, ליזום ולבצע הפסקה מלאכותית של היריון בשל מצב העובר, ובין שדעתך שאסור ליזום ועוד יותר מזה אסור לבצע הפסקה מלאכותית של היריון בשל מצב העובר, הדיון בשאלת ההצדקה של אותן טענות ”מוטב היה...” במקומו עומד.

לכאורה, עומדת בפנינו בכל אחת משתי פרשות אלה שאלה בדבר ילד מסוים. לאמיתו של דבר, עלינו לדון, קודם כול, בשאלות כלליות, שהן פילוסופיות בטיבן, ורק אחר כך לחזור לכל אחת מהפרשות שלפנינו, על ייחודה, כדי להשיב על השאלה בדבר הילד העומד במרכז. ראשית אפוא נעסוק בשאלת משמעותן המדויקת של הטענות ”מוטב היה לי שלא אוולד מאשר אוולד” וכן ”מוטב היה לו שלא ייוולד מאשר ייוולד”. בהמשך נעסוק באמות המידה המובלעות בטענות הללו להערכת מצבים מסוימים, ולבסוף, נעסוק בדבר ההצדקה של טענות אלה, בנסיבות הגנטיות או הרפואיות הנתונות, בכל אחת משתי הפרשות.

## ב. משמעות הטענה

ראשית, עלינו לברר את המשמעות המדויקת של ההשוואה בין ”לא היה נולד” לבין ”נולד”, כשמדובר באדם מסוים. נברר את המשמעות של ההשוואה באופן שאינו מבחין בזהותו של

4 פרשת זייצוב, לעיל ה”ש 2, בעמ’ 95.

מי שבא לערוך אותה, הווי אומר, בין שהיא מתנסחת בגוף שלישי ובין שהייתה מתנסחת בגוף ראשון. אין קושי לתרגם השוואה בגוף ראשון למונחיה של השוואה בגוף שלישי, כשם שאין קושי לתרגם בכיוון הפוך, ולא נאריך בזה כאן.

לפנינו השוואה מיוחדת בין שני מצבים, מצב שבו אותו אדם לא נולד ומצב שבו אותו אדם אכן נולד. כיוון שהטענה היא כי "מוטב היה" שאותו אדם יהיה במצב אחד מאשר יהיה במצב אחר, ההשוואה שלפנינו אינה בין מצב אחד כשלעצמו למצב שני כשלעצמו, אלא בין הערכת המצב האחד, מנקודת מבטו של אותו אדם (וכל מי שמייצג אותה), להערכת המצב האחר, מנקודת מבטו של אותו אדם.

בנקודה זו ראוי לדייק מאוד בהבנת ההשוואה. אף שמדובר בהשוואה של הערכת המצב האחד, מנקודת מבטו של אותו אדם, להערכה של המצב השני, מנקודת מבטו של אותו אדם, ייתכן שזוהי השוואה של הערכה אחת להערכה אחרת, אמנם מנקודת מבטו של אותו אדם, אולם במצבים שונים שבהם הוא נתון או יכול להיות נתון. לדוגמה, כשלפנינו הטענה כי טוב לו לאדם להיות חופשי מאשר להיות משועבד, לפנינו השוואה בין הערכת המצב שבו האדם חופשי, מנקודת המבט של האדם כאשר הוא חופשי, לבין הערכת המצב שבו האדם משועבד, מנקודת המבט של אותו אדם כאשר הוא משועבד. בדוגמה זו ההשוואה עומדת על הערכות שונות של אותו אדם, הערכות של מצבים שונים העולות באותם מצבים שונים שבהם הוא נתון, או שבהם הוא יכול להיות נתון או שבהם הוא חושב שהוא יכול להיות נתון.

לא כך הוא הדבר כשלפנינו השוואה בין הערכת המצב שבו האדם לא נולד לבין הערכת המצב שבו האדם אכן נולד, שהרי לא תיתכן הערכת מצבו של האדם שלא נולד, מנקודת מבטו כאשר לא נולד. בנסיבות המצב שבו האדם לא נולד, האדם כלל אינו קיים וממילא לא קיימת בהן נקודת מבט של אותו אדם ולא תיתכן בהן הערכת אותו מצב, מנקודת מבט של אותו אדם באותו מצב. הלוגיקה של ההשוואה שלפנינו מוכרחה אפוא להיות אחרת, אם יש לה שחר.

ההשוואה שלפנינו עומדת כולה על נקודת המבט של אותו אדם, במצב שבו הוא נולד. הוא מעריך את המצב שבו הוא נמצא, מנקודת המבט שלו במקום שבו הוא נמצא, מעריך את המצב שבו הוא לא נמצא, גם זאת מנקודת המבט שלו במקום שבו הוא נמצא, ומשווה הערכה להערכה. נקודת המבט השלטת בהשוואה שלפנינו היא נקודת המבט של אותו אדם, בזמן שבו הוא עורך את ההשוואה.

למסקנה זו מגיע גם דוד הד, גם אם לא בדיוק באותה הדרך: "כאשר אני אומר שאני מרוצה מחיי, אינני מבסס את יחסי החיובי לחיי על השוואה עם אי־חיים [...] באותו מובן,

“נוח לו לאדם שלא נברא יותר משנברא”

כאשר איוב מקלל את יומו, [‘יאבד יום אולד בו והלילה אמר הרה גבר; [...] למה לא מרחם אמות מבטן יצאתי ואגוע’<sup>5</sup>], אין הוא משווה את חייו האומללים לתענוגות אי-הקיום<sup>6</sup>. אותה נקודת מבט, של האדם העורך השוואה, בזמן שבו הוא עורך אותה, היא נקודת המבט המתבטאת בהשוואת הערכה של המצב הנתון שבו אדם נמצא, לא להערכה של מצב שבו אותו אדם לא נולד, אלא להערכה של מצב שבו אותו אדם כבר מת. המילים של יונה הנביא “טוב מותי מחי”<sup>7</sup> מביעות השוואה בין הערכת המצב של הנביא כשהוא חי לבין הערכת מצבו כשהוא מת, מנקודת המבט שלו כאשר הוא חי, מדבר, פועל ובין השאר מעריך ומשווה.

התשובה לשאלה הפילוסופית הראשונה היא אפוא: משמעות הטענה שטוב לו, לאותו אדם, שלא היה נולד מאשר נולד, היא שמנקודת המבט של אותו אדם, כאשר הוא בוחן ומעריך את המצב שבו לא נולד ואת המצב שבו נולד, השוואת ההערכה של המצב האחד, שבו לא נולד, להערכת המצב השני, שבו נולד, מסתכמת בעליונות ההערכה האחת, של המצב שבו לא נולד, על פני ההערכה השנייה, של המצב שבו נולד.

בשולי דיון קצר זה נוסף, כי השוואה בין שני מצבים, מנקודת מבטו של אותו אדם, יכולה להיות רק בגדר מבוא להשוואה אחרת של מצבים, מנקודת מבטו של אותו אדם. בפרשת זייצוב קובע השופט (כתוארו אז) אהרן ברק את הנזק הטעון פיצוי על יסוד השוואת מצבו של הילד בנסיבות הרפואיות הנתונות, למצבו של הילד בנסיבות שבהן היה בריא ושלם<sup>8</sup>. גם השוואה זו נערכת מנקודת מבטו של אותו ילד בשני המצבים השונים. המעבר להשוואה זו מעניין מבחינה מושגית וחשוב מבחינה משפטית, ככל שמדובר בסוגיות הנזק והפיצוי, אולם אין לו השפעה על הדיון שלנו, בדבר ההצדקה לטענות “מוטב היה...”. מובן מאליו שניסיון להצדיק טענת “מוטב היה...”, שעניינה השוואת מצב שבו לא היה נולד אותו ילד ומצב שבו נולד, אינו יכול לעמוד על ההשוואה בין מצב שבו נולד הילד והוא כמות שהוא, מבחינה גנטית או רפואית, למצב שבו היה נולד הילד והוא בריא ושלם, מאותה בחינה.

## ג. אמות המידה המובלעות

- |   |   |
|---|---|
| 5 | איוב ג 3, 11.   |
| 6 | דוד הד “הזכות לא להיוולד בפגם?” דילמות באתיקה רפואית 255, 256 (רפאל כהן-אלמגור עורך, 2002). |
| 7 | יונה ד 3, 8.  |
| 8 | פרשת זייצוב, לעיל ה”ש 2, בעמ’ 108 ואילך.  |

נעבור עתה לשאלה הפילוסופית השנייה בדבר אמות המידה להערכת מצבים מסוימים, המובלעות בטענה שטוב לו, לאותו אדם, שלא היה נולד מאשר נולד, במשמעות שהתבררה זה עתה.

רבות ושוונות הן כמובן אמות המידה שבאמצעותן ניתן להעריך מצב כלשהו, מנקודת מבטו של אדם כלשהו. נדגים עובדה זו בעזרת הסיפור התלמודי, המוזכר לעתים קרובות במהלך דיונים בסוגיות של הולדה בעוולה, ובכלל זה בפסק דינה של השופטת מרים בן-פורת בפרשת זייצוב:

”שתי שנים ומחצה נחלקו ב”ש וב”ה 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”<sup>9</sup>.

למחלוקת שבלב סיפור תלמודי זה ניתנו פירושים רבים ושונים. יש פירושים המציעים שתי אמות מידה להערכת המצבים שלפנינו – ”שנברא” ו”שלא נברא”: אמת מידה אחת המובילה את בית שמאי לדעתם ואמת מידה אחרת המובילה את בית הלל לדעתם, השונה. ויש פירושים המציעים אותה אמת מידה להערכת המצבים, ומציגים את המחלוקת שבין בית שמאי לבית הלל כמחלוקת בדבר העובדות.

הפילוסוף, רבי יוסף אלבו (בן המאות הארבע-עשרה והחמש-עשרה), מזכיר שתי אמות מידה להערכה. אמת מידה אחת היא זו של מימוש הפוטנציאל. על פי אמת מידה זו, ”כל מציאות טוב יותר מההעדר”, שהרי המצוי יצא מן הכוח אל הפועל, ואילו הנעדר לא יצא מן הכוח אל הפועל. לפי אמת מידה זו, ”נוח לו שנברא”. אמת מידה אחרת היא של איכות המציאות. על פי אמת מידה זו, ”הנפש עצם רוחני קיים מצד עצמו” והבריאה עלולה לפגוע באיכות המקורית. לפי אמת מידה זו, ”נוח לו שלא נברא”<sup>10</sup>.

פרשן התלמוד, המהרש”א (רבי שמואל אידלש, בן המאות השש-עשרה והשבע-עשרה), מזכיר שני שיקולים שהם פניה השונים של אותה אמת מידה. לפי פירושו, השיקול של בית שמאי היה שאדם שלא נברא לא יחטא במצוות ”לא תעשה”, וחזקה על אדם שנברא שיחטא לפחות באחדות מהן. ואילו השיקול של בית הלל היה שאדם שלא נברא לא יקיים שום מצוות ”עשה”, וחזקה על אדם שנברא שיקיים לפחות אחדות מהן. שיקולים אלה מובילים אל הטענות של בית שמאי ובית הלל בהצגה הראשונה של המחלוקת. בסופו של דבר,

9 בבלי, לעיל ה”ש 1.

10 ספר העקרים, מאמר רביעי, כ”ט (מהדורה אלקטרונית – דעת) [www.daat.ac.il/daat/vl/ikarim/ikarim17.pdf](http://www.daat.ac.il/daat/vl/ikarim/ikarim17.pdf) (נבדק לאחרונה ב־ 16.10.2010).

”נוח לו לאדם שלא נברא יותר משנברא”

מוסכם על הכול כי חזקה על אדם שנברא שירבו בחייו חטאי מצוות ”לא תעשה” על פני קיומי מצוות ”עשה”<sup>11</sup>.

כל אמות המידה שהזכירו רבי יוסף אלבו והמהרש”א הן אמות מידה אובייקטיביות. רבות ושונות מאמות המידה האובייקטיביות הן אמות המידה הסובייקטיביות, אלה שבני אדם משתמשים בהן, כל אחד על פי השקפתו, אמונתו, ערכיו וטעמיו. אמות המידה הללו משמשות את האדם בכל הליכותיו, על כל צעד ושעל. בלשונו היפה של המשורר יונתן רטוש: ”וכל שעה/ או כמעט כל שעה/ היא שעת הבחירה – על פרשת דרכים”, ומובן שבפרשת דרכים ”אי אפשר שלא לפנות/ אם לימין/ ואם לשמאל” וכדומה<sup>12</sup>. אמות המידה של האדם הן המדריכות אותו בכל פרשת דרכים כזו.

במחשבה ראשונה, לא צריך להיות לנו עניין במגוון אמות המידה הללו, הרבות והשונות, האובייקטיביות והסובייקטיביות, שכן לפנינו אדם אחד הבא בטענה כי מוטב היה לו שלא נולד מאשר נולד. לכאורה, נקודת המבט של אדם זה עצמו, בשעה שהוא בא בטענה זו, היא אמת המידה אשר על הפרק וכל שאר אמות המידה האפשריות אינן ממין העניין. במחשבה שנייה, איננו יכולים להסתפק באמת המידה הסובייקטיבית של האדם עצמו, בשעה שהוא בא בטענת ”מוטב היה...”, מפני שאנו מעוניינים בתשובה שאפשר היה ומוצדק היה להעלות בנקודת זמן קודמת, כשהאדם אינו נמצא בה. זו אמורה להיות תשובה אובייקטיבית לשאלה, האומנם ”מוטב היה...”? כיצד אפוא ניישב בין המהלך הטבעי של הסתכלות מנקודת המבט הסובייקטיבית של האדם עצמו לבין התשובה האובייקטיבית שאנחנו מעוניינים בה?

לכאורה, היינו צריכים לתהות גם על האפשרות של הסתכלות מנקודת המבט הסובייקטיבית של האדם עצמו, כשלעצמה, שהרי אין לפנינו אדם מבוגר הבא להעיד על אמות המידה שלו, אלא ילד, שבהתאם לגילו אינו יכול להעיד, באופן אחראי ומחייב, על אמת מידה כלשהי בתור אמת המידה שלו בדבר מכלול חייו ובמיוחד על עצם חייו. אמנם בנסיבות שונות אפשר להזדקק להסדרים שונים המאפשרים להתגבר על קושי זה, באופן מעשי, המוצדק גם מנקודת מבט מוסרית, אולם כפי שיתברר לנו מיד, אין לנו צורך של ממש להזדקק להסדרים כאלה. נקודת הזמן המכרעת שבה תינתן התשובה האמורה לעניין אותנו לשאלה, אם אומנם ”מוטב היה...”, אינה נקודת הזמן של ההווה, שבה לפנינו ילד, אלא נקודת זמן אחרת, המחייבת תשובה אובייקטיבית.

בסוגיה של הולדה בעוולה, נקודת הזמן המכרעת באשר לדיון ענייני ומעשי בשאלות הגורליות של הפרייה, היריון ולידה, היא נקודת זמן שבה לא בא לעולם הילד העומד

11 מהרש”א, חידושי הלכות ואגדות, מכות, כ”ג (מהדורת דפוס וילנא 7–8).

12 יונתן רטוש ”בחירה” שירי ממש 27 (התשכ”ה).

במרכז של פרשייה זו או אחרת. ייתכן שבאותה נקודת זמן לפנינו עובר שעדיין לא יצא לאוויר העולם. לימים, כאשר ייצא לאוויר העולם ויעברו עליו שנים אחדות, יהיה זה הילד שלפנינו. ייתכן שבאותה נקודת זמן לפנינו ביצית מופרית במבחנה, שעדיין לא הושתלה ברחם אישה. לימים, לאחר שתושל, וייווצר היריון והעובר יבוא לעולם ויעברו עליו שנים אחדות, יהיה זה הילד שלפנינו. ועוד ייתכן שבאותה נקודת זמן, לפנינו גבר בעל תאי זרע ובהם מטען גנטי מסוים ואישה בעלת ביציות ובהן מטען גנטי אחר, הבודקים יחד את האפשרות להביא לעולם ילד. לימים, לאחר שיחליטו בחיוב ויממשו את החלטתם וייווצר היריון והעובר יבוא לעולם ויעברו עליו שנים אחדות, יהיה זה הילד שלפנינו. בפרשת **זייצוב**, נקודת הזמן היא זו של סיכום הבדיקה הגנטית או מעט לאחר מכן. בפרשה השנייה, שתיארנו בפתח הדברים, נקודת הזמן היא זו של סיכום בדיקת העובר או מעט לאחר מכן. אלה הן נקודות הזמן שבהן מתעוררות לראשונה, באופן מעשי ומכריע, שאלות "מוטב היה לו..."

בנקודות הזמן הללו יכולה לעלות השאלה: מה תהיה אמת המידה של אדם העתיד להיוולד, בפרשת **זייצוב**, או האדם העתיד להיוולד, בפרשה השנייה, זה שלימים עתיד לבוא בטענה כי מוטב היה לו שלא נולד מאשר נולד? ובלשון אחרת, איזו אמת מידה תהיה זו, מבין כל אמות המידה האפשריות, שצריך להעמיד אותה על הפרק ולדחות את כל חלופותיה, בתור אמת המידה שאדם העתיד להיוולד או האדם העתיד להיוולד ישתמש בה ברבות הימים, בבואו לטעון שמוטב היה לו שלא נולד מאשר נולד? שאלה זו מחזירה אל הדיון את כל מגוון אמות המידה האפשריות, הסובייקטיביות והאובייקטיביות כאחד. ראוי לציין כי נוכח מגוון כזה של אמות מידה אפשריות בשאלות "מוטב היה..." אין דרך לראות, באופן מעשי ומוצדק, אמת מידה כלשהי בתור "אמת המידה של האדם הסביר" בשאלות "מוטב היה...". מאחר שמדובר במגוון של אמות מידה שהן לגיטימיות ככל שהן משקפות אמונות ודעות, ערכים וטעמים, שכולם לגיטימיים, אין הצדקה לראות אמת מידה מסוימת, המבטאת השקפה זו ודוחה אמונה אחרת, המשקפת ערכים אלה ושוללת טעמים אחרים, בתור "אמת המידה של האדם הסביר" בשאלות "מוטב היה...". כשם שאין מקום לכונן את "אמת המידה של האדם הסביר" בשאלות של עיצוב אישי של סולם ערכים, כך אין מקום להכיר באמת מידה כלשהי, בשאלות "מוטב היה..." בתור "אמת המידה של האדם הסביר" בשאלות אלה.

בפרשת **זייצוב** מזכירה השופטת בן-פורת, את האפשרות שתהיה "הנחה חברתית מוסכמת" בגדר תשובה לשאלות "מוטב היה...", בנסיבות גנטיות או רפואיות מסוימות<sup>13</sup>. המעמד של הנחה חברתית מוסכמת, כבסיס שעליו עומדת תשובה מחייבת לשאלות "מוטב

13 פרשת **זייצוב**, לעיל ה"ש 2, בעמ' 91.

“נוח לו לאדם שלא נברא יותר משנברא”

היה...”, בנסיבות גנטיות או רפואיות מסוימות, תלוי בבסיס שעליו עומדת אותה הנחה עצמה. נתבונן בשתי אפשרויות:

(א) אם בבסיס ההנחה עומדת רק העובדה שזוהי ההנחה המקובלת על רוב בניה ובנותיה של החברה, יהיה זה בסיס רעוע שלא מן הראוי להעמיד עליו תשובות מעשיות לשאלות “מוטב היה...”. במשטר מתוקן מתקיימת הפרדת עקרונות: עקרון הזכויות הבסיסיות של האזרחים אמור להכריע במחלוקות בדבר שאלות בתחום התכניות המעשיות של האזרח היחיד, ואילו עקרון שלטון הרוב אמור להכריע בדבר שאלות בתחום התכניות המעשיות של כלל האזרחים, כולו בבת־אחת<sup>14</sup>. שאלת “מוטב היה...”, בדבר אדם מסוים, בנסיבות גנטיות או רפואיות מסוימות, היא שאלה מעולם התכניות המעשיות של אותו אדם, ועל כן היא שאלה שכל תשובה עליה חייבת לעמוד על עקרון הזכויות הבסיסיות של האזרחים ולא על עקרון שלטון הרוב.

(ב) אם בבסיס אותה הנחה חברתית עומד עקרון הזכויות הבסיסיות של האזרחים, בטיעון תקף ומבוסס, כי אז אין צורך באותה הנחה חברתית, מפני שהיא עצמה לא מעלה ולא מורידה, ורק העיקרון המוסרי שביסודה, אשר במשטר מתוקן הוא גם עיקרון חוקתי, מצדיק את התשובה המעשית. בין שכך ובין שכך, לא יהיה לנו צורך לתת את הדעת על הנחות חברתיות בדבר שאלות “מוטב היה...”.

דרושה לנו אפוא אמת מידה בעלת שתי תכונות: ראשית, היא תביא בחשבון את המגוון הנתון של אמות המידה הללו, ושנית, היא תאפשר לערוך שיקולים, מעשיים ומוצדקים, לשם בדיקת טענתו של אדם שמוטב היה לו שלא נולד מאשר נולד. נחזור ונדגיש, כי טענה זו מבטאת את אמת המידה של אדם שנולד ועמד על דעתו והביע אותה. אולם היא אמורה להיבדק תמיד לפני שעמד על דעתו, תמיד לפני שנולד, לעתים לפני שהיה עובר שממנו התפתח הילד, לעתים לפני שהייתה ביצית מופרית שממנה התפתח העובר, ולעתים אפילו לפני שהתקבלה החלטה על ידי ההורים העתידיים להביא ילד לעולם – החלטה שהביאה בסופו של דבר לבואו לעולם של הילד שלפנינו, בפרשה זו או אחרת.

ההצדקה הפילוסופית של אמת מידה כזו צריכה להיות מושגית ומוסרית. היא צריכה להיות מושגית, כדי להיחשב הצדקה של טענה, המבטאת אמת מידה של אדם שנולד ועמד על דעתו, אולם נבדקת בנקודות זמן קודמות, שבהן אין בנמצא אדם שנולד ועמד על דעתו. היא צריכה להיות מוסרית, שכן כרוכה בה סוגיה של פגיעה בזולת. קבלה מוטעית של טענה כזו עלולה לשמש, בעתיד, בנסיבות מסוג אחד, להפסקה מלאכותית של היריון, על יסוד

14 כך בקירוב, כדרוש לדיון שלפנינו. ראו מאמרי, אסא כשר “מדינה יהודית ודמוקרטיה – סקיצה פילוסופית” עיוני משפט יט 729, 729–739 (1995), וכן בספרי אסא כשר **רוח איש** 13–27 (2000).

בדיקה רפואית, בנסיבות שבהן עתיד היה להיוולד אדם שיכול היה לחיות ולקיים אורח חיים שהיה טוב בעיניו. טעות כזו תהיה לא רק בלתי הפיכה, אלא גם בלתי נסבלת ובלתי נסלחת. ולא זו אף זו, קבלה מוטעית של טענה כזו עלולה לשמש, בעתיד, בנסיבות מסוג שני, להימנעות מהפריה, היריון ולידה, על יסוד בדיקה גנטית, בנסיבות שבהן קרוב לוודאי שעתיד היה להיוולד אדם שיכול היה לחיות ולקיים אורח חיים שהיה טוב בעיניו. גם טעות כזו תהיה לא רק בלתי הפיכה, אלא גם בלתי נסבלת ובלתי נסלחת. בשני המקרים מדובר בפגיעה מוסרית באלה שיכלו להיות הוריו של ילד שבא לעולם<sup>15</sup>.

השאלה הפילוסופית היא אפוא: מהי מתכונת ההצדקה של טענה של אדם שמוטב היה לו שלא נולד מאשר נולד, כשהיא עומדת על הפרק לפני שאותו אדם נולד ועמד על דעתו? כדי להשיב על שאלה זו, יש להוסיף לדיון מרכיב מושגי ומרכיב מוסרי.

#### ד. מרכיב מושגי – משמעות החיים

המרכיב המושגי הוא המושג של **משמעות החיים**. אין מדובר כאן במשמעות של קיום החיים ביקום, גם לא במשמעות הקיום האנושי בכללותו, אלא במשמעות החיים של אדם אחד בפני עצמו. הספרות הפילוסופית בשאלות משמעות החיים היא רחבה מני ים, אבל אפשר להעלות מתוכה כמה תובנות מרכזיות, המצטרפות לכלל תפיסה<sup>16</sup>:

1. חייו של אדם אחד הם בעלי משמעות, כאשר אפשר להבין אותם בתור "סיפור" שהאדם מגולל אותו בחייו, בהכרעות המעשיות שלו.
2. עלילת ה"סיפור" שאדם מגולל בחייו מבטאת את ההשקפות, הערכים, הרגשות והרציות של אותו אדם.

15 במקרה של הפסקה מלאכותית של היריון, מדובר בפגיעה מוסרית נוספת (בגלל מעמדו המוסרי של העובר), אם ההיריון הוא כבר בשליש השלישי שלו. כאן משוקעת סוגיה מורכבת, אבל אין לנו צורך להאריך בה לשם הדיון הנוכחי.

16 מתוך הספרות הפילוסופית בדבר שאלות משמעות החיים, העוסקת בתובנות אלה, בעשור האחרון, נזכיר כאן את הספר ALEXANDER NEHAMAS, THE ART OF LIVING: SOCRATIC REFLECTIONS FROM PLATO TO FOUCAULT (1998); את האסופה **משמעות החיים** (אסא כשר עורך, 1999) ואת ספרי: אסא כשר **ספר קטן על משמעות החיים** (2002).

“נוח לו לאדם שלא נברא יותר משנברא”

3. כל אדם, בעל מערכות אנושיות תקינות בתחומי הכינון והקיום של השקפות, ערכים, רגשות ורציות, וכן בתחום הביטוי המעשי שלהן, יכול לתת לחייו משמעות בכך שישליט עליהם עקרונות מעשיים לביטוי מעשי של ה"סיפור" של חייו<sup>17</sup>. תפיסה זו, בדבר משמעות חייו של אדם, מקיימת את הצירוף הדרוש של מרכיבים סובייקטיביים ומרכיבים אובייקטיביים. מצד אחד, היא כוללת את המרכיבים הסובייקטיביים הנדרשים, מפני שלפי תפיסה זו, האדם מגולל בחייו את ה"סיפור" של עצמו, לפי טעמו. המגוון של ההכרעות הסובייקטיביות של בני האדם, כל אחד על פי טעמו, הוא מגוון ה"סיפורים" שבני אדם מגוללים בחייהם, מגוון המשמעותיות השונות שהם נותנים לחייהם, כל אחד על פי טעמו האישי<sup>18</sup>. ראוי להדגיש, כי תפיסה זו אינה מציגה את משמעות חייו של שום אדם, כפי שהוא מגולל אותו בחייו. היא קובעת אך ורק את המסגרת המושגית, האובייקטיבית, שבה פועל כל אדם, על פי מהותו האנושית, כשהוא מגולל בחייו את סיפורו, לפי טעמו האישי, ומקנה להם בכך את משמעותם. מסגרת מושגית זו מצביעה על התשתית האנושית של חיים בעלי משמעות, שעליה יכול אדם לבנות את משמעות החיים של עצמו, על פי טעמו. באותה השעה, מצד אחר, תפיסה זו מספקת את ה"ידיה" האובייקטיבית, הדרושה לשם עריכת שיקולים והכרעות בסוגיות של הולדה בעוללה. בנקודה שבה אדם מסוים לא קיים, יש לקיים דיון בטענה שאותו אדם עשוי להעלות לעתיד לבוא, לאחר שייוולד ויעמוד על

17 כאן יכולה להישאל השאלה מהן מערכות אנושיות תקינות. זו שאלה חשובה גם מבחינה פילוסופית וגם מבחינה מעשית. לצורך הדיון בדוגמאות שלפנינו אין צורך להשיב עליה, כי לא תהיה מחלוקת בשאלת התקינות של המערכות האנושיות שבהן מדובר. בדיון מרחיב של שאלה זו אטען לתפיסה רחבה ככל האפשר של מושג התקינות הנוגע לענייננו. אדם שמצבו הרפואי גורם לו כאבים עזים ותכופים יכול להיות אדם בעל מערכות אנושיות תקינות וכמוהו אדם הסובל מהתקפים של דיכאון או מחלת נפש. גם אדם בעל תסמונת דאון ראוי להיחשב בעל מערכות אנושיות תקינות, גם אם יש בחלק מהן חולשה משמעותית.

ייתכן שאדם ירצה לגולל בחייו "סיפור" מסוים, הנבצר מיכולתו. ייתכן גם שהפער הזה שבין המצוי לבין הרצוי גורם לאותו אדם סבל. עם זאת, לא יהיה בזה בסיס של ממש לומר על אותו אדם שאינו בעל מערכות אנושיות תקינות. ייתכן שזהו מצב אנושי רווח, אם לא למעלה מזה, לפחות במידה מסוימת.

18 בנקודה אחרת בפרק הדין שלה, משתמשת המשנה לנשיא, השופטת בן-פורת, בביטוי "חיים שיש בהם טעם". פרשת זייצוב, לעיל ה"ש 2, בעמ' 47. נרשה לעצמנו להניח כי מדובר במה שאנחנו מציינים בביטוי "חיים בעלי משמעות". ועוד בנקודה אחרת היא מזכירה את דבריו של שופט אנגלי שביסס את שיעור הפיצוי על הרשלנות על הסיכוי "לחיים שיש בהם אושר". זהו ביטוי בעל מובן שונה לחלוטין, אף שהוא מופיע לעתים קרובות בספרות פילוסופית ואחרת בדבר משמעות החיים. על ההבדל העמוק בין הביטויים הללו, ראו ורד לוי-ברזילי 17 שיחות עם אסא כשר 241–236 (2005).

דעתו. בנקודת זמן מוקדמת זו, כשלפנינו עובר במעי אמו ותו לא, ביצית מופרית ותו לא או רק זוג בני אדם השוקלים אפשרות של הפריה והיריון כדי להביא לעולם ילד משלהם, איננו יכולים לערוך שיקולים כלשהם מנקודת המבט של האדם העתיד להיוולד ולעמוד על דעתו. אין לנו שום דרך לתאר לעצמנו מה תהיה המשמעות שאותו אדם עתיד לתת לחייו, אם יחליט לעשות זו. אם לפנינו עובר במעי אמו או אפילו ביצית מופרית במבחנה, לפנינו זהות אנושית מסוימת, ככל שהיא מוגדרת לאותה שעה, אולם אין לנו שום דרך לאפיין אותה באופן שיוביל לתשובה חדה לשאלת "מוטב יהיה..." שתבטא את טעמו של האדם שזו הזהות האנושית שלו. ואם לפנינו זוג בני אדם השוקלים את האפשרות להביא לעולם ילד משלהם, לפני החלטה כלשהי בדבר הפריה, היריון ולידה, אין לפנינו שום זהות אנושית מסוימת, ועל אחת כמה וכמה אין לנו דרך לאפיין תשובה חדה לשאלת "מוטב יהיה..." שתבטא את טעמו של אדם בעל זהות אנושית מסוימת.

ועם זאת, יש לנו דרך לשאול את עצמנו, למרות נקודת הזמן המוקדמת שבה מתקיים הדיון המכריע, באשר לאותו אדם העתיד להתפתח מן העובר שלפנינו, או אותו אדם העתיד להתפתח מן הביצית המופרית שלפנינו, או אותו אדם שזוג בני האדם שלפנינו עתיד להביא לעולם, אם יעלה יפה תהליך ההפריה, ההיריון והלידה, אם אותו אדם עתיד להיות בעל התשתית האנושית הדרושה לשם עיצוב משמעות החיים של עצמו. כדי שתהיה לו תשתית כזו, הוא יצטרך להיות בעל מערכות אנושיות תקינות בתחומי הכינון והקיום של השקפות, ערכים, רגשות ורציות וכן בתחום הביטוי המעשי שלהן.

זוהי אפוא שאלה שאפשר להעלות בנקודת זמן מוקדמת, כדי לקבל עליה תשובה על יסוד בדיקה גנטית או בדיקה רפואית מקצועית ומהימנה: האם העובר שלפנינו או הביצית המופרית שלפנינו או זוג המטענים הגנטיים שלפנינו נותנים בסיס מוצק לטענה כי אותו אדם העתיד להיוולד יהיה בעל התשתית האנושית הדרושה לשם העיצוב והמימוש של משמעות החיים של עצמו או שמא הם נותנים בסיס מוצק לטענה כי אותו אדם העתיד להיוולד לא יהיה בעל התשתית האנושית הדרושה?

מובן מאליו כי בדיקות גנטיות ובדיקות רפואיות אינן מספקות תשובה פשוטה וישירה לשאלה זו, אולם כיוון שהמערכות האנושיות הדרושות לשם כינון וקיום של השקפות, ערכים, רגשות ורציות וכן הביטוי המעשי שלהן עומדות על תשתית ביולוגית של מבנה הגוף ופעילותו, שהם מוקדים טבעיים לבדיקות גנטיות ולבדיקות רפואיות, הללו יכולות לספק תשובה עקיפה לשאלה מסוימת שלפנינו.

## ה. מרכיב מוסרי – טענה אמיתית כבסיס השיקול

”נוח לו לאדם שלא נברא יותר משנברא“

כאן צריך להוסיף לדיון מרכיב מוסרי. בדיון בסוגיה של הולדה בעוולה, המתקיים בנקודת זמן מוקדמת, עומדת על הפרק שאלה בדבר הכרעה מעשית גורלית. במצב מסוג ראשון זו השאלה: האם להמשיך את ההיריון או להפסיק אותו באופן מלאכותי, שהיא שאלה מוסרית. במצב מסוג שני זו השאלה: האם להשתיל את הביצית המופרית ברחם אשה, כדי ליצור היריון באופן שיביא לעולם ילד, שגם היא שאלה מוסרית, אם גם שונה מעט מקודמתה. במצב מסוג שלישי זו השאלה: האם לנסות לבצע תהליך של הפריה, היריון ולידה או להימנע ממנו, שגם היא שאלה מוסרית, השונה מקודמותיה. אלה הן שאלות מוסריות, מפני שבכל אחד מן המצבים הללו עומדת על הפרק האפשרות של הכרעה מעשית העתידה לפגוע בבני אדם ואולי גם במה שיש לו מעמד מוסרי אף שלא בא לעולם. הדיונים הפילוסופיים בשאלות של ההצדקה המוסרית להפסקה מלאכותית של היריון, בתנאים מסוימים, הם לא רק רבים מספור ומורכבים להפליא, אלא שמסקנותיהם עדיין שנויות במחלוקת המלומדים<sup>19</sup>. בהקשר הנוכחי אנחנו רשאים לפטור את עצמנו מעיסוק במכלול הסוגיות המוסריות של הפסקה מלאכותית של ההיריון, מפני שלפנינו הצעת טעם מסוים להפסקה מלאכותית של היריון, בתנאים רפואיים מסוימים, ורק על הטעם הזה בתנאים הללו אנחנו אמורים לתת את דעתנו.

השאלה המוסרית שלפנינו, בפרשות מסוג אחד, היא: מהם התנאים שבהם יש הצדקה מוסרית להחלטה להפסיק היריון באופן מלאכותי, על יסוד טענה עתידית בדבר האדם העתיד להיוולד, אלמלי החלטה זו, ולעמוד על דעתו, שמוטב היה לו, לטעמו, שלא נולד מאשר נולד?

גם הדיונים הפילוסופיים בשאלות של ההצדקה המוסרית ליצור ביציות מופרות שאינן מיועדות להשתלה ברחם אשה במטרה להביא לעולם ילד הם רבים ומורכבים וגם מסקנותיהם שנויות במחלוקת<sup>20</sup>. ושוב, אנחנו רשאים לפטור את עצמנו מעיסוק במכלול הסוגיות המוסריות הנוגעות בביציות מופרות, מפני שלפנינו הצעת טעם מסוים שלא להשתמש בביציות מופרות לשם הפריה, היריון ולידה, בתנאים רפואיים מסוימים, ורק על הטעם הזה בתנאים הללו אנחנו באים לתת את הדעת.

השאלה המוסרית שלפנינו, בפרשות מהסוג השני, היא: מהם התנאים שבהם יש הצדקה מוסרית להחלטה שלא להשתמש בביציות מופרות לשם היריון ולידה, על יסוד טענה

19 ראו רשימות של סקירות, מאמרים ואתרים: [ethics.sandiego.edu/Applied/Abortion/index.asp](http://ethics.sandiego.edu/Applied/Abortion/index.asp) (נבדק לאחרונה ב-16.10.2010).

20 ראו: FUNDAMENTALS OF THE STEM CELL DEBATE: THE SCIENTIFIC, RELIGIOUS, ETHICAL, AND POLITICAL ISSUES (Kristen Renwick Monroe, Ronald Miller & Jerome Tobis eds., 2007); STEM CELLS, HUMAN EMBRYOS AND ETHICS: INTERDISCIPLINARY PERSPECTIVES (Lars Østnor ed., 2008), הכוללים דיונים הנוגעים לסוגיה המוסרית שלפנינו.

עתידיית בדבר האדם העתיד להיוולד, אלמלי החלטה זו, ולעמוד על דעתו, שמוטב היה לו, לטעמו, שלא נולד מאשר נולד?

ולבסוף, השאלה המוסרית שלפנינו, בפרשות מהסוג השלישי, דוגמת פרשת זייצוב. הדיונים הפילוסופיים בשאלות המוסריות של גבולות החופש למימוש אפשרויות ההורות אינם כה רבים, אולם גם מהם עולה תמונה של מחלוקות ממשיות<sup>21</sup>. גם כאן יש לנו עניין רק בהצעת טעם מסוים, להימנע מן החופש לממש את אפשרויות ההורות. השאלה המוסרית שלפנינו, בפרשות מן הסוג השלישי, היא: מהם התנאים שבהם יש הצדקה מוסרית להחלטה שלא להביא ילדים לעולם, על יסוד טענה עתידיית בדבר אדם העתיד להיוולד, אלמלי החלטה זו, ולעמוד על דעתו, שמוטב היה לו, לטעמו, שלא נולד מאשר נולד?

מכל הספרות הפילוסופית בתורת המוסר, הענפה מאין כמוה, אין אנו נזקקים כאן אלא לטענה מתודית אחת, ברורה ומכרעת: כדי שטענה עובדתית תמלא תפקיד מכריע בשיקול מוסרי מוצדק, עליה להיות נתונה כטענה אמיתית, על יסוד ראיות מוצקות. לפיכך השאלה שלפנינו, בהקשר הנוכחי, היא: מהם התנאים שבהם נתונה כטענה אמיתית, על יסוד ראיות מוצקות, טענה המועלית בנקודת זמן מוקדמת, לפני החלטה על הפריה, לפני החלטה על היריון, או לפני החלטה על לידה, בדבר האדם העתיד להיוולד ולעמוד על דעתו, שמוטב לו, לטעמו, שלא נולד מאשר נולד?

חשוב לשים לב לאופי האובייקטיבי של שאלה זו, בהיותה שאלה בדבר התנאים שבהם טענה מסוימת נתונה כטענה אמיתית, על יסוד ראיות מוצקות. הבדלים שבטעם אישי, סולם ערכים או השקפת עולם, אינם מעלים ואינם מורידים, כשעולה על הפרק שאלה כזו בדבר העובדות.

## ו. התשובה

הנה תשובתנו לשאלה זו, העומדת גם על המרכיב המושגי שהצגנו לעיל: התנאים היחידים שבהם טענה עתידיית בדבר אדם, שטוב יהיה לו, לטעמו, שלא נולד מאשר נולד, המועלית בנקודת זמן מוקדמת, מן הסוגים האמורים, תהיה נתונה כטענה אמיתית, על יסוד ראיות מוצקות, הם התנאים שבהם יש ראיות מוצקות לכך שאותו אדם לא יעצב לעצמו חיים בעלי משמעות.

21 ראו את הערך "Parenthood and Procreation" באנציקלופדיה המקוונת של אוניברסיטת סטנפורד <http://plato.stanford.edu/ebtries/parenthood> (נבדק לאחרונה ב־ 16.10.2010).

”נוח לו לאדם שלא נברא יותר משנברא”

התנאים היחידים שבהם טענה עתידית בדבר אדם, שלא יעצב לעצמו חיים בעלי משמעות, תהיה נתונה כטענה אמיתית, כשהיא מועלית בנקודת זמן מוקדמת, מן הסוגים האמורים, הם התנאים שבהם יש ראיות מוצקות לכך שאותו אדם לא יהיה בעל היכולת לעצב לעצמו חיים בעלי משמעות.

התנאים היחידים שבהם טענה עתידית בדבר אדם, שלא יהיה בעל היכולת לעצב לעצמו חיים בעלי משמעות, תהיה נתונה כטענה אמיתית, כשהיא מועלית בנקודת זמן מוקדמת, מן הסוגים האמורים, הם התנאים שבהם בדיקות גנטיות או בדיקות רפואיות מראות שאדם העתיד להיוולד לא יהיה בעל מערכות אנושיות תקינות בתחומי הכינון והקיום של השקפות, ערכים, רגשות ורציות וכן הביטוי המעשי שלהן.

לפיכך כדי שתהיה הצדקה מוסרית להחלטה להפסיק היריון באופן מלאכותי, או שלא להשתמש בביציות מופרות לשם היריון ולידה, או שלא להביא ילדים לעולם, על יסוד טענה עתידית של האדם העתיד להיוולד, אלמלי אותה החלטה, ולעמוד על דעתו, שטוב היה לו, לטעמו, שלא נולד מאשר נולד, על הבדיקות הרפואיות או הבדיקות הגנטיות המתאימות להראות שהאדם העתיד להיוולד לא יהיה בעל מערכות אנושיות תקינות בתחומי הכינון והקיום של השקפות, ערכים, רגשות ורציות וכן הביטוי המעשי שלהן. כאן יש להדגיש כי כל הצדקה של ממש, ולא דווקא הצדקה מוסרית, של החלטה מן הסוגים האמורים, על יסוד הטענה העתידית האמורה, מוכרחה לעמוד בתנאי זה. כל טענה עובדתית הממלאת תפקיד מכריע בהצדקה, צריכה להיות נתונה כטענה אמיתית, על יסוד ראיות מוצקות<sup>22</sup>.

## ז. המסקנות המעשיות

כאן אנחנו מגיעים אל השאלה השלישית שהצבנו בפני עצמנו בראשית הדין: האם בנסיבות שלפנינו, ככל שאפשר לעמוד עליהן מן התיאורים שבתחילת מאמר זה, מתקיימים התנאים ההכרחיים האמורים. כדי ללכת מן הקל אל הכבד, נפתח בפרשה השנייה שתיארנו בפתח המאמר ונעבור ממנה לפרשת זייצוב.

זו השאלה העולה לגבי הפרשה השנייה שתיארנו בפתח המאמר: כאשר לפנינו עובר שאחת מכפות ידיו היא קטנה וחסרת אצבעות, האם הוא בגדר עובר שיש לנו ראיות מוצקות

22 כאן יש מקום לשאול מה מעמדן של טענות הסתברותיות בדבר מצבים עתידיים, האם הן יכולות להיחשב בגדר "ראיות מוצקות". תשובתנו בהקשר הנוכחי תהיה כמו תשובתנו בכל הקשר אחר שבו דרושות ראיות מוצקות כדי לקבל החלטה מעשית בשאלה של חיים ומוות. בתנאים מסוימים, טענות בדבר הסתברות גבוהה מאוד יכולות לשמש ראיות מוצקות.

לכך שאמיתית היא הטענה שהאדם העתיד להיוולד ולעמוד על דעתו לא יהיה בעל היכולת לעצב לעצמו חיים בעלי משמעות?

**התשובה היא שלילית**, משני טעמים. ראשית, הליקוי האמור באחת מכפות הידיים אינו ראיה לפגיעה קשה במערכות האנושיות הדרושות של כינון וקיום השקפות, ערכים, רגשות ורציות, או הביטוי המעשי שלהן, העומדות בתשתית היכולת של האדם לעצב את משמעות חייו לפי טעמו. שנית, מן הניסיון האנושי, מוכרים מקרים רבים של בני אדם שעיצבו לעצמם חיים בעלי משמעות חרף ליקויים כאלה ואחרים במבנה הגוף או בתפקודו. לפיכך בנסיבות שלפנינו, אין הצדקה לטענת הולדה בעולה, במובן של טענה שהייתה ראויה להיחשב כטענה אמיתית, על יסוד ראיות מוצקות, הטענה שהאדם העתיד להיוולד ולעמוד על דעתו יאמר על עצמו, בהיותו בעל כף יד קטנה וחסרת אצבעות, שלטעמו מוטב היה לו שלא נולד מאשר נולד.

נחתום בניסיון להגיע למסקנות מעשיות בפרשת **זייצוב**<sup>23</sup>. האם ראויה להיחשב כטענה אמיתית, על יסוד ראיות מוצקות, הטענה שאדם העתיד להיוולד ולעמוד על דעתו, יאמר על עצמו, בהיותו לוקה בסינדרום האנטר, שלטעמו מוטב היה שלא נולד משנולד? הדעת נותנת כי בידי רופאיו של הילד, התובע בפרשה זו, בידי הוריו וכן בידי בית המשפט המחוזי, היו נתונים מדויקים בדבר מצבו הרפואי של הילד. כיוון שנתונים אלה אינם בידינו, לא נוכל להגיע למסקנה מעשית מסוימת, אלא רק לסקור את המסקנות המעשיות האפשריות, בהתאם למגוון הכללי של נתונים בדבר הסינדרום.

סינדרום האנטר מופיע בצורות שונות<sup>24</sup>. הוא יכול להופיע בגיל צעיר מאוד ובאופן חמור, והוא יכול להופיע בגיל מבוגר ובאופן קל. במקרה הראשון יכול להיות מדובר בהידרדרות מנטלית, בפיגור חמור ובהתנהגות תוקפנית, בין השאר. המקרה השני יכול להיות נקי מבעיות מנטליות. בשני המקרים מדובר בבעיות רפואיות שונות, ביניהן התפתחות חירשות, קשיי נשימה, איברים פנימיים מוגדלים ועוד. במקרה הראשון, הפרוגנוזה היא של חיים עד גיל בין 10 שנים ל-20 שנה, ואילו במקרה השני – בין 20 שנה ל-60 שנה.

23 חרף הנטייה הטבעית לקשור את המסקנות המעשיות שלנו בפסק הדין ובפרט בעמדה של השופטת בן-פורת, לא נעשה זאת כאן. עמדתה של השופטת בן-פורת מורכבת מתשובותיה המפורטות, העמוקות והמרתקות, לשאלות רבות, ואילו אנו עסקנו כאן רק באחת מהן.

24 ראו הסקירה באתר האינטרנט של המכון הלאומי לבריאות של ארצות-הברית (המעודכנת עד 28.09.2007), [www.nlm.nih.gov/medlineplus/ency/article/001203.htm](http://www.nlm.nih.gov/medlineplus/ency/article/001203.htm) (נבדק לאחרונה ב-16.10.2010) וכן [www.mayoclinic.com/health/hunter-syndrome/ds00790](http://www.mayoclinic.com/health/hunter-syndrome/ds00790) (נבדק לאחרונה ב-16.10.2010).

”נוח לו לאדם שלא נברא יותר משנברא”

העולה מן הסקירות שלפנינו הוא כי ייתכן שילד יהיה נשא של הגנים האחראיים להופעת סינדרום האנטר, מן הסוג המופיע בגיל צעיר מאוד ובאופן חמור, ולסבול מבעיות מנטליות חמורות, אולי עד כדי כך שלא תתפתח בו התשתית הדרושה לכינון ולקיום של חיים בעלי משמעות. על ילד כזה יהיה מקום לומר, כי מוטב היה לו שלא נולד מאשר נולד. לעומת זאת, ילד יכול להיות נשא של הגנים האחראיים להופעת סינדרום האנטר, מן הסוג המופיע בגיל מבוגר ובאופן קל, לסבול מבעיות רפואיות שונות, אולם להיות בעל התשתית הדרושה לכינון ולקיום של חיים בעלי משמעות. על ילד כזה אין מקום לומר, לא בהיותו ילד ולא בנקודת זמן מוקדמת, כי הוא עתיד לומר על עצמו, בהיותו בעל סינדרום האנטר, כי מוטב היה לו, לטעמו, שלא נולד משנולד.