



בית המשפט העליון

ע"א 8210/19

לפני: כבוד השופט י' עמית
כבוד השופט ד' מינץ
כבוד השופטת י' וילנר

המערער: פלוני

נגד

המשיבות: 1. לאומית שרותי בריאות
2. מדינת ישראל

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי מרכז-לוד
בת"א 064339-12-17 שניתן ביום 05.11.2019 על ידי כבוד
השופטת ב' טולקובסקי

בשם המערער: עו"ד מירון קין
בשם המשיבה 1: עו"ד יהודית נברו
בשם המשיבה 2: עו"ד אבי בנבנישתי

פסק-דין

השופט י' עמית:

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי מרכז-לוד (כב' השופטת ב' טולקובסקי) בת"א 64339-12-17 מיום 5.11.2019, בגדרו נמחקה תביעת המערער על הסף מחמת היעדר עילה.

1. המערער, יליד ינואר 2003, אובחן בשנת 2006 כסובל ממחלת ניוון שרירים מולדת על רקע גנטי מסוג דושן (להלן: המחלה או דושן). בנם הבכור של הוריו נולד בשנת 1991 ואובחן בשנת 1999 כלוקה במחלה זו. לאחר לידת הבן הבכור נולדו לבני הזוג שני ילדים בריאים. למרבה הצער, הבן הבכור נפטר מהמחלה בשנת 2013.

2. ביום 31.12.2017 הגיש המערער תביעה נגד המשיבות בעילה של "חיים בעוולה" כמשמעה טרם פסק הדין בע"א 1326/07 המד נ' עמית (28.5.2012) (להלן: הלכת המד). לפי הנטען בכתב התביעה, המשיבות התרשלו בניהול מעקב ההיריון שהוביל ללידת המערער, בכך שלא ערכו ייעוץ גנטי ולא הסבירו להורי המערער על הסיכון להולדת ילד חולה במחלת דושן; לא הציעו בטרם ההיריון או במהלכו לבצע

בדיקות לאבחון נשאות המחלה; ולא יידעו אותם על האפשרות לאבחון טרום לידתי והפסקת היריון. לכתב התביעה לא צורפה חוות דעת רפואית.

3. כרקע לדברים אזכיר, כי בעקבות ביטולה של תביעת היילוד בעילה של "חיים בעוולה" בפסק הדין בעניין המד; הותרת עילת תביעה בידי ההורים בלבד בעילה של "הולדה בעוולה"; וההבדלים המשמעותיים בין מועד ההתיישנות בכל אחת מהתביעות – בפסקי דין שיצאו מלפני בית משפט זה הוארך המועד להגשת תביעת היילוד, במקרים שונים בהם תביעת ההורים כבר התיישנה (רע"א 4512/13 בית החולים אגודת הסהר האדום (אל הלא) נ' פלוני (28.8.2014) (להלן: הלכת הסהר האדום); רע"א 7490/14 שירותי בריאות כללית נ' פלוני (28.12.2014) (להלן: הלכת שירותי בריאות כללית); רע"א 4288/15 מכבי שירותי בריאות נ' פלוני (28.8.2016) (להלן: הלכת מכבי). לסקירה כללית של ההלכות ראו פסק דיני בע"א 7903/16 פלוני נ' מכוני אבחון בשפלה בע"מ, פסקאות 4-6 (2.4.2017) וכן רע"א 398/18 מדינת ישראל משרד הבריאות נ' פלוני (15.3.2018) (להלן: רע"א 398/18)). כפי שסוכם ברע"א 398/19 הנ"ל:

"פסק הדין בעניין הסהר האדום עסק בקבוצה הראשונה של הורים שתביעותיהם התיישנו לפני מתן פסק דין המד (28.5.2012 – י"ע); פסק הדין בעניין שירותי בריאות כללית עסק בקבוצה השנייה של ההורים שתביעותיהם התיישנו בין מועד מתן פסק דין המד לבין שנה לאחר מכן (28.5.2012-28.5.2013); ופסק הדין בעניין מכבי עסק בקבוצה שלישית של הורים שתביעותיהם התיישנו בתקופה שבין שנה לאחר מתן פסק דין המד (28.5.2013) ועד ליום 28.8.2015. לגבי ההורים הנכללים בשתי הקבוצות הראשונות, נקבע כי היילוד במקרים אלה יוכל להגיש תביעתו עד ליום 28.8.2015. לגבי הורים הנכללים בקבוצה האחרונה (קבוצת מכבי) נקבע כי ככל שהיילוד הגיש כבר תביעתו עד יום 28.8.2015 היא תמשיך להתברר, וככל שהתביעה טרם הוגשה, יוכל היילוד להגיש תביעתו עד ליום 31.12.2017" (שם, בפסקה 19).

4. כאמור, במקרה שלפנינו הגיש המערער את תביעתו בעילה של "חיים בעוולה" ביום 31.12.2017.

המבקשות הגישו בקשה לסילוק התביעה על הסף מחמת היעדר עילה, וטענו כי תביעת ההורים בעילה של "הולדה בעוולה" התיישנה בשנת 2010, 7 שנים לאחר הולדת המערער, ולכן חלה הלכת הסהר האדום והיה על המערער להגיש את תביעתו עד ליום 28.8.2015. המערער טען מנגד כי את תקופת ההתיישנות של תביעת ההורים יש למנות מספטמבר 2006 אז אובחנה מחלת המערער, כך שתביעת ההורים התיישנה רק בספטמבר

2013. אי לכך, המערער טען כי עניינו נופל לקבוצת המקרים עליהם חלה הלכת מכבי, והוא היה רשאי להגיש תביעתו עד ליום 31.12.2017.

בית המשפט הורה על פיצול הדיון באופן שיוכרע תחילה מהו מועד התיישנות תביעת ההורים בעילה של "הולדה בעוולה", וממנו תיגזר שאלת קיומה של תביעת היילוד בעילה של "חיים בעוולה". הדיון התמקד בשאלה אם חל על תביעת ההורים כלל הגילוי המאוחר הקבוע בסעיף 8 לחוק ההתיישנות, התשי"ח-1958 (להלן: חוק ההתיישנות או החוק) והשלכותיו על מועד התיישנות תביעתם.

5. בפסק הדין, בית המשפט קבע כי המערער לא הוכיח שהעובדות המהוות את עילת התביעה, דבר היותו לוקה במחלה, נודע להוריו רק בספטמבר 2006 עם האבחון הסופי של המחלה. נקבע כי עדותה של האם לפיה היא לא זוכרת את הבדיקות שנערכו לבן הבכור, שסבל גם הוא מהמחלה; לא זוכרת את הייעוץ הגנטי משנת 2000 במסגרתו נמסר לה שיש סיכון להולדת ילדים חולים נוספים; ולא זוכרת את הבירור הרפואי שנערך למערער עובר לאבחון הסופי – אינה סבירה ולא מתיישבת עם ההיגיון ועם המסמכים הרפואיים הקיימים. עוד נקבע כי עדות האם היא בגדר עדות יחידה של בעל דין, והימנעות האב מלהעיד עומדת לחובת המערער.

בשורה התחתונה, בית המשפט קבע כי לנוכח מודעתם של הורי המערער למחלת הבן הבכור; ההסבר שקיבלו במהלך הייעוץ הגנטי; והמעקב הרפואי והבדיקות אליהן הופנה המערער – היה בידי ההורים "קצה חוט" לחשוד כי המערער סובל מהמחלה כבר בדצמבר 2003, אז אובחן כי המערער סובל מאיחור התפתחותי, ולכל המאוחר ביולי 2005, אז תועד חשד אשר נלמד מפי האם ולפיו המערער סובל מהמחלה והוא הופנה לבצע בדיקת ביופסיה. לכן, תביעת ההורים התיישנה לכל המאוחר ביולי 2012. נקבע כי על פי הלכת הסהר האדום והלכת שירותי בריאות כללית, המועד האחרון להגשת תביעת היילוד בעילת "חיים בעוולה" במקרה דנן היה יום 28.8.2015, ומשהוגשה התביעה לאחר מועד זה יש להורות על מחיקתה מחמת היעדר עילה.

מכאן הערעור שלפנינו.

טענות הצדדים בערעור

6. המערער חזר וטען כי את תקופת התיישנות של תביעת ההורים יש למנות ממועד אבחון המחלה והדיווח עליה להוריו, ומשכך חלה בעניינו הלכת מכבי והוא היה רשאי להגיש תביעתו עד ליום 31.12.2017. לשיטתו, קביעתו של בית המשפט המחוזי

כי היה צריך להתעורר אצל ההורים חשד בדבר מחלתו של המערער לא עולה מהתשתית העובדתית, ולא די בחשד והשערות בדבר קיומה של מחלה לצורך גיבוש כוח תביעה.

לשיטתו של המערער, הבדיקות וההפניות המתועדות ברישומים הרפואיים לא הובילו באותו שלב לקביעת ממצאים או אבחנות ברורות, והן הגורמים הרפואיים הן הורי המערער לא ידעו ולא יכלו לדעת שהמערער לוקה במחלה עובר לאבחון הסופי. נטען, בין היתר, כי לא הוכח שהחשד בדבר מחלת המערער הובא לידיעת ההורים; הליך האבחון התמשך על פני חודשים רבים; לא היה בידי הורי המערער אפשרות לערוך את הבירור הנדרש לצורך אבחון המחלה ואימות החשש, ואין לייחס להורים תרומה בעיכוב אבחון המחלה, שהביטויים לה מופיעים בשנות הילדות המוקדמות והאבחון האולטימטיבי נעשה על בסיס בדיקה גנטית במעבדה; כי תלות ההורים בגורמי הרפואה מקימה השתק הדוחה את טענת ההתיישנות; ולנוכח התנהלות הגורמים המטפלים ובהיעדר אבחון, לא ניתן לקבוע כי אדם סביר שהינו הדיוט בתחום הרפואה יראה בחשד למחלה "קצה חוט" המגבש כוח תביעה. עוד נטען כי בהתאם להוראת סעיף 89(2) לפקודת הנזיקין [נוסח חדש] (להלן: פקודת הנזיקין) יש למנות את תקופת ההתיישנות מהיום שבו אירע הנזק, ובעניינו של המערער הנזק נגרם עם גילוי המחלה ולא ביום הלידה או בשנים הראשונות לחייו בהן טרם התגבשה נכותו.

המערער גרס כי המבחן בדבר קיומו של "קצה חוט" מעורר קושי בהיותו מונח מעורפל ונתון לפרשנויות, ויש לעשות בו שימוש במשורה ובמקרי קיצון. במקרה דנן, מועד אבחון המחלה הוא מוגדר וברור, ויש לראות בו כמועד הראשון שבו התגבש כוח התביעה של המערער. אין לדרוש מבעל דין להגיש תביעה בהעדר תשתית עובדתית לקיומה של עוולה, אך ורק על בסיס חשד, השערה והסתברות סטטיסטית לקיומה של מחלה. עוד טען המערער כי עולה מפסק הדין, כי במסגרת הדיון בשאלת ההתיישנות גלש בית המשפט לדון בשאלת האחריות, ומטעמים אלה כולם דין הערער להתקבל.

7. המשיבות טענו כי פסק דינו של בית המשפט המחוזי מבוסס על קביעות עובדתיות הנוגעות למודעות ההורים למצבו של המערער, ולא מתקיים אחד מהחריגים המצדיקים את התערבות ערכאת הערער. לשיטתן, די בכל אחד מהסימנים עליהם עמד בית המשפט, לא כל שכן בהצטברותם, כדי לגבש "קצה חוט" המתחיל את מירוץ ההתיישנות הרבה לפני ספטמבר 2006. עוד נטען, בין היתר, כי המערער שינה מגרסתו העובדתית בהליך קמא, ואישר לראשונה במסגרת הסיכומים כי אכן הופנה לבירור לצורך אבחון מחלתו; כי הטענה שהליך האבחון נמשך על פני חודשים רבים נטענה לראשונה בערער; כי הורי המערער לא הציגו ראיה כי ביצעו את הבדיקות אליהן הופנו או את

הסיבה בגינה אבחון המחלה נעשה לראשונה, לטענתם, רק בספטמבר 2006; וכי הימנעות הורית המערער מלהשלים את הבירור הרפואי אליו הופנו בדצמבר 2003 מהווה הפרה של חובתם לנהוג בזהירות סבירה ושוללת את כלל הגילוי המאוחר.

דיון והכרעה

8. הדיון שלפנינו מתמקד בשאלה מהו המועד שבו התיישנה תביעת ההורים, ממנו יגזר המועד האחרון להגשת תביעת המערער-היילוד. אקדים ואומר כי לא מצאתי עילה להתערב במסקנה אליה הגיע בית המשפט המחוזי ולפיה תביעת ההורים התיישנה לכל המאוחר ביולי 2012, כך שדין הערעור להידחות.

9. על המסגרת הנורמטיבית הנוגעת להתיישנות תביעות בנזיקין הרחבתי בעבר ולא אחזור על הדברים (ראו ע"א 2919/07 מדינת ישראל - הוועדה לאנרגיה אטומית נ' גיא-ליפל (19.9.2010) (להלן: עניין גיא-ליפל); ע"א 1442/13 זוארט נ' התעשייה הצבאית ישראל בע"מ, פסקאות 9-11 (18.8.2016) (להלן: עניין זוארט)). בתמצית אציין כי על התיישנות תביעות בנזיקין חלות שתי מערכות דינים, זו שבסעיף 89 לפקודת הנזיקין וזו המעוגנת בהסדר הכללי שבחוק ההתיישנות. ברגיל, תקופת ההתיישנות היא 7 שנים והיא מתחילה ביום שבו נולדה עילת התובענה (סעיף 6 לחוק). "מירון ההתיישנות מתחיל כאשר התגבש בידי התובע 'כוח תביעה' שפירושו כי לתובע עומדת אפשרות של ממש להגיש תביעה ולזכות בסעד המבוקש אם יעמוד בנטל ההוכחה העובדתי ובנטל המשפטי לביסוס תביעתו" (עניין גיא-ליפל, בפסקה 39; ע"א 7589/13 establishment adoka נ' מכון ויצמן למדע, בפסקאות 9-10 (8.6.2015); ע"א 9413/03 אלנקווה נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבניה, ירושלים, פ"ד סב(4) 525, בפסקאות 19-20 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (22.6.2008) (להלן: עניין אלנקווה)).

סעיף 8 לחוק ההתיישנות קובע את כלל הגילוי המאוחר ולפיו יש למנות את תקופת ההתיישנות מהיום שבו נודעו לתובע העובדות המהוות את עילת התובענה. מאחר שסעיף 8 לחוק הינו חריג לכלל ההתיישנות, נטל ההוכחה להתקיימותו רובץ לפתחו של הטוען לו. לעניין זה, לא די בידיעה סובייקטיבית, והעדר היכולת לגלות את העובדות המהוות את עילת התובענה נבחנת על פי מבחן אובייקטיבי (עניין זוארט, בפסקה 10).

סעיף 89(2) לפקודה הוא הסדר ספציפי המתכתב עם כלל הגילוי המאוחר (ע"א 4683/16 חברת החשמל לישראל בע"מ נ' כהן, פסקה 32 (23.1.2019) (להלן: עניין חברת החשמל)), והוא חל על עוולות בהן הנזק מהווה רכיב מרכיבי עילת התביעה. "משמעות הוראה זו היא כי בעוולה שבה נכלל נזק בין יסודות העוולה, יחל מירון ההתיישנות

עם גילוי הנזק ולא דוקא במועד התרחשותו, כמגבלה של 10 שנים לצורך הגשת התביעה ממועד התרחשות הנזק" (עניין אלנקווה, בפסקה 28 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה, ההדגשה במקור). על היחס שבין הסעיפים נקבע בפסיקה כי:

"תחולתו של ההסדר הקבוע בסעיף 89(2) לפקודה מצמצמת ליסוד הנזק בלבד, בעוד שההסדר הקבוע בסעיף 8 לחוק מתפרש על כל יתר רכיביה של עילת התובענה. דהיינו, מחסום עשר השנים הקבוע בסעיף 89(2) סיפה לפקודה חל רק מקום שבו יסוד הנזק הוא הרכיב העוולתי שנתגלה באיחור, ואילו גילויין המאוחר של העובדות המהוות את עילת התובענה שעניינו למשל ביסוד ההתרשלות או ביסוד הקשר הסיבתי, לא יבוא בגדר סעיף 89(2) לפקודת הנזיקין ותחול לגביו הוראת סעיף 8 לחוק ההתיישנות. בהתאם לכך, כל עוד נעלמו מן התובע העובדות הצריכות לביסוס יסודות אלה 'מסיבות שלא היו תלויות בו ושאינן בזהירות סבירה לא יכול היה למנוע אותן' (כמאמר סעיף 8 לחוק), יידחה מירוץ ההתיישנות בלא מגבלת עשר השנים" (ע"א 4275/10 מולהי נ' מדינת ישראל - משרד הבריאות, בפסקה 29 (22.2.2012) (ההדגשה במקור)).

סעיף 8 לחוק לא חל על רכיב הנזק אלא על רכיבי העוולה האחרים, ובענייננו, קשר סיבתי והתרשלות (ולמבחנים הנהוגים בעניין ראו עניין חברת החשמל, בפסקה 33; רע"א 5087/10 מדינת ישראל נ' דוננפלד, בפסקה 13 (7.11.2012)).

מן הכלל אל הפרט

10. לא מצאתי שיש בכלל הגילוי המאוחר לפי סעיף 8 לחוק ההתיישנות כדי להועיל למערער.

בית המשפט המחוזי קבע כקביעה עובדתית כי היה בידי הורי המערער "קצה חוט" של מודעות למחלת המערער עוד קודם לספטמבר 2006. קביעה זו התבססה על התרשמות בית המשפט מהאם שהעידה בפניו וכן על המסמכים המתעדים את הטיפול הרפואי במערער ובאחיו שאינם מתיישבים עם טענותיה.

בניגוד לנטען על ידי המערער, בית המשפט לא ייחס להורים "קצה חוט" של מודעות רק על סמך הרקע המשפחתי והסיכון הסטטיסטי להולדת ילד חולה עליו הוסבר לאם במסגרת הייעוץ הגנטי שקיבלה. בית המשפט הדגיש כי עולה מהתיעוד הרפואי כי המערער סבל מאיחור התפתחותי והופנה לבדיקות לבירור החשד כי הוא סובל ממחלת

דושן כבר בדצמבר 2003. במועד זה, בהיות המערער כבן 11 חודשים, ומתועדות בתיקו הרפואי תלונות על פיגור מוטורי, צוין כבר כי אחיו הגדול מאובחן כחולה בדושן והוא הופנה לבדיקות, כשבתיעוד המאוחר מביין השניים נרשם על ידי הרופא המטפל "בדיקת אנזימים מאוד גבוהים. אבקש לשלול מחלת דושין".

11. בנוסף, בית המשפט עמד על כך שלכל הפחות היה בידי ההורים קצה חוט לחשוד בקיומה של המחלה ביולי 2005, אז נרשם בסיכום רפואי המתעד את המעקב אחר הבן הבכור כי המערער "מתקשה גם הוא בהליכה מגיל שנה ו-9 חודשים, גם אצלו אובחנו לפני כ-6 ח' ערכים גבוהים [...] לכן הועלה חשד שגם הוא לוקה ב[דושן – י"ע]". במסגרת אותו ביקור הומלץ כי המערער יזומן לביופסיית שריר. כפי שקבע בית המשפט המחוזי, יש בסיס לסבור כי המידע המתועד במסמך נמסר לרופא המטפל מטעם אחד מההורים. כמו כן, נוכח הפניית המערער לביצוע בדיקות במסגרת המעקב הרפואי אחר אחיו החולה בדושן, קשה להלום כי ההורים לא הבינו את הקשר בין מצבו של המערער לבין המחלה.

12. האיחור ההתפתחותי והבדיקות אליהן הופנה המערער כפי שעולים מהמסמכים הרפואיים, אינם מתיישבים עם האמור בתצהיר האם ובעדותה. האם הצהירה כי "למיטב זכרוני, כאשר [המערער – י"ע] היה כבן 1.5 שנה, רופא הילדים התרשם שההתפתחות שלו איטית מעט. הוא לא אמר לנו מה משמעות הדבר. לא הבנתי שהדבר עלול להיות קשור בדרך כלשהי למחלה של הבן הבכור. ככל שאני יודעת, לא נערכו בירורים נוספים [...] הפעם הראשונה שבה נאמר לנו, כי הילד סובל ממחלת דושן הייתה לקראת סוף שנת 2006 [...] מכל מקום בשנות חייו הראשונות [המערער – י"ע] התפתח יפה ותפקד כהלכה. באותה עת לא הייתה לנו שום סיבה לחשוב שהילד סובל ממחלה כלשהי הכרוכה בניוון שרירים או הדומה במשהו למחלה של בננו הבכור..." (סעיף 8 לתצהיר). גם בעדותה לפני בית המשפט טענה האם כי היא לא זוכרת את הבדיקות אליהן הופנה המערער עובר לאבחון הסופי, "אני זוכרת שכשעשיתי לו את הבדיקה הוא היה בן 4 שנים וראו שיש לו את המחלה הזו". עדותה זו של האם לא התקבלה על ידי בית המשפט קמא באשר היא עומדת בסתירה למסמכים השונים, ולכך שעוד טרם מלאה שנה למערער, אחיו הבכור כבר אובחן כחולה במחלה.

13. צירוף הנסיבות והראיות בענייננו מבססים את קביעתו של בית המשפט המחוזי כי לא עלה בידי המערער להוכיח שהעובדות המהוות את עילת התביעה נודעו להורים רק בחודש ספטמבר 2006.

כאמור, בהינתן שגם הבן הבכור של ההורים סבל מאותה המחלה, ובהינתן האיחור ההתפתחותי ממנו סבל המערער והבדיקות אליהן הופנה לצורך אבחון או שלילת המחלה (אל הבדיקה הראשונה הופנה בגיל 11 חודשים) – לא מצאתי להתערב במסקנה כי כלל הגילוי המאוחר לא יכול לסייע להורי המערער. יודגש כי הקביעה לעניין המועד בו התגבשה מודעות ההורים לעובדות המהוות את עילת התביעה מבוססת על נסיבות המקרה הפרטני, וייתכנו מקרים אחרים בהם ייקבע כי המודעות למחלה ועימה גם כוח התביעה יתגבשו רק עם אבחונה הסופי.

14. גם אין בכוחו של סעיף 89(2) לפקודת הנזיקין, שנזכר לראשונה בשולי סיכומי התשובה מטעם המערער, כדי לסייע לו. לפי סעיף זה, מקום שבו עילת התובענה היא נזק שנגרם על ידי מעשה או מחדל, "היום שנולדה עילת התובענה" הוא "היום שבו אירע אותו נזק; לא נתגלה הנזק ביום שאירע – היום שבו נתגלה הנזק, אלא שבמקרה אחרון זה תתיישן התובענה אם לא הוגשה תוך עשר שנים מיום אירוע הנזק". בענייננו, מועד קרות הנזק הוא לכל המאוחר יום לידת המערער, וזאת גם אם התגלה הנזק (המחלה) במועד מאוחר. בנקודה זו אנו שבים לקביעתו של בית המשפט המחוזי כי העובדות המהוות את עילת התביעה נודעו להורים לפני חודש ספטמבר 2006, כך שגם טענה זו דינה להידחות.

15. לסיכום, לא מצאתי עילה לשנות ממסקנתו של בית המשפט המחוזי כי תביעת ההורים התיישנה לכל המאוחר ביולי 2012. בהתאם לקביעה זו, חלה על המערער הלכת הסהר האדום או הלכת שירותי בריאות כללית והיה עליו להגיש את תביעתו עד ליום 28.8.2015. התביעה הוגשה ביום 31.12.2017, ולכן בדין הורה בית המשפט על מחיקתה.

16. נוכח כל האמור לעיל, אין מנוס מלהורות על דחיית הערעור. לפנים משורת הדין, לא ייעשה צו להוצאות.

ניתן היום, ב' באדר התשפ"א (14.2.2021).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט