



בבית המשפט העליון

רע"א 4288/15

ע"א 6763/15

ע"א 8001/15

ע"א 605/16

לפני :
כבוד המשנה לנשיאה א' רובינשטיין
כבוד השופט י' דנציגר
כבוד השופט נ' הנדל

המבקשים ברע"א 4288/15 :
1. מכבי שירותי בריאות
2. פלוני
3. אסותא מרכזים רפואיים בע"מ

המערערים בע"א 6673/15 :
1. פלוני
2. פלוני
3. פלוני

המערערים בע"א 8001/15 :
1. פלוני
2. פלוני
3. פלוני

המערערים בע"א 605/16 :
1. פלוני
2. פלונית
3. פלוני

נ ג ד

המשיבים ברע"א 4288/15 :
1. פלוני
2. פלונית
3. פלוני

המשיבה בע"א 6673/15 ובע"א
שירותי בריאות כללית : 605/16

המשיבים בע"א 8001/15 :
1. שירותי בריאות כללית
2. הסתדרות מדיצינית הדסה

בקשת רשות ערעור על החלטת בית המשפט המחוזי בירושלים (השופטת שי רנר) מיום 21.5.2015 בת"א 11668-05-14 (רע"א 4288/15); ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בירושלים (השופט ר' וינוגרד) מיום 12.7.2015 בת"א 47663-11-14 (ע"א 6763/15); ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בירושלים (השופט ע' שחם) מיום 18.11.2015 בת"א 43850-04-15; ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי מרכז-לוד (השופט א' מקובר)

תאריך הישיבה:	י"ז באייר התשע"ו	(25.05.2016)
בשם המבקשים 2-1 ברע"א 4288/15	עו"ד דורון איצקוביץ'; עו"ד רתם פלג	
בשם המבקשת 3 ברע"א : 4288/15	עו"ד שמעון שוסטר; עו"ד אייל ליבוביץ' עו"ד וידוצ'ינסקי דרור	
בשם המערערים בע"א : 6673/15	עו"ד יראון פסטינגר; עו"ד דוד וינטר; עו"ד נתן רון	
בשם המערערים בע"א : 8001/15	עו"ד עידו שטובר; עו"ד יוסי טולדנו	
בשם המערערים בע"א : 605/16	עו"ד דן אבידן; עו"ד רות אטש-חיימוב	
בשם המשיבים ברע"א : 4288/15	עו"ד צבי ילינק; עו"ד רעות קליין	
בשם המשיבה בע"א 6763/15 ובע"א 605/16	עו"ד יעקב אבימור; עו"ד דודו בן עזרי	
בשם המשיבה 1 בע"א : 605/16	עו"ד יואב כרמלי; עו"ד אריה כרמלי	
בשם המשיבה 2 בע"א : 605/16	עו"ד יעקב עוזיאל	

פסק-דין

השופט נ' הנדל:

רקע כללי וטענות הצדדים

1. במשך כרבע מאה, הגישו בעלי מוגבלויות מלידה תביעות נגד גורמי רפואה שונים, בעילה של "חיים בעולה". עילה זו משמעותה כי גורמי הרפואה התרשלו באי-גילוי המוגבלויות לפני הריון הוריהם או במהלכו – התרשלות שהובילה לכך שהוריהם נכנסו להיריון מלכתחילה או לא הפסיקו אותו בדיעבד על פי הדין. התובעים בעילה זו טענו כי עובדת היותם בחיים היא בגדר נזק, ולחלופין כי מוגבלותם היא בגדר נזק. התביעות הוגשו לפי ע"א 518/82 זייצוב נ' כץ, פ"ד מ(2) 85 (1986) (להלן: הלכת זייצוב), שבו נקבעה העילה. ההלכה שנפסקה בע"א 1326/07 המר נ' עמית (28.5.2012) (להלן: הלכת המר) ביטלה עילה זו, תוך קביעה שרק להורי היילודים עומדת עילת תביעה נגד גורמי הרפואה – "הולדה בעולה". במסגרת עילה זו ההורים יכולים לתבוע את גורמי הרפואה, בתנאים מסוימים, בגין הנזק שבגידול ילד בעל מוגבלות לעומת גידול ילד ללא מוגבלות כזו.

זוהי התפתחות משפטית ערכית ומרתקת, שבמסגרתה הרכב מורחב אימץ, למעשה, את דעת המיעוט (מפי כב' השופט א' גולדברג) בהרכב מורחב קודם. אך לא בכך עסקינן. כדרכו של משפט, מסקנה משפטית מלווה בשאלות מעשיות. דהיינו, הוראות מעבר מהלכת זייצוב להלכת המר. המיקוד הוא בשאלת ההתיישנות. כידוע, בכוחה של זו לסגור את שערי בית המשפט בפני תובע, הואיל ולא עמד בלוח הזמנים הסטטוטורי להגשת תביעתו. המעבר בין התיישנות של תביעת קטין לבין התיישנות של תביעת בגיר – ואצלנו הורה הקטין – עשוי להיות משמעותי ואף דרמטי. כתוצאה מהלכת המר התקצר מועד ההתיישנות של תביעת ה"יחידה" המשפחתית, הכוללת את ההורים והקטינים גם יחד, בין רגע. יתכן שקודם למתן פסק דין המר נותרו להורה, לדוגמא, חמש עשרה שנה להגיש תביעה בשם בנו, במצב שבו ההלכה ניתנה כעשר שנים לאחר מועד הלידה. ואילו בעקבות נתינתה, רק ההורה רשאי להגיש תביעה. בדוגמא שהובאה, הרי שהמועד להגשת תביעה מטעם ההורים חלף מזה שלוש שנים. השאלה כיצד יש לנהוג במצב כזה, שבו תביעות ההורים טרם הוגשו בעת קביעת הלכת המר, נדונה בתמצית בהוראות המעבר של ההלכה, ובהרחבה רבה יותר בשורת פסקי דין שניתנו לאחר קביעתה. אחד המאפיינים של פסקי הדין הוא שכל אחד מהם תחם עצמו לסוג המקרה שהתעורר באותו עניין, תוך הותרת הסדרת מעמדם של סוגי מקרים נוספים לעת מצוא. על אלה נרחיב בהמשך.

הכיצד ניתן, אם כן, להתמודד עם המצב המשפטי שנוצר, בו במקרים שונים עילת ההורים – "הולדה בעוולה" – התיישנה, ועילת היילוד – "חיים בעוולה" – בוטלה? מדובר בתוצאה קשה: אי-מתן פיצוי בגין נזקים חמורים גם במקום שבו עשויה להיות הצדקה עקרונית לכך. הכלי העיקרי שאימצה הפסיקה, גם בעניין המד, למניעת התוצאה הקשה של העדר יכולת להגיש תביעה בכל דרך, הוא מתן הוראות מעבר למצב המיוחד שנוצר עקב שינוי ההלכה. ביתר פירוט, קביעת תחולת הלכת המד על המקרה הקונקרטי. על פי גישה זו, בית המשפט מוסמך לקבוע את מועד תחולת פסיקתו. על אף שמבחינה עיונית יש גם פתרונות אחרים (וראו להלן את סקירת הדין האמריקאי), תוצאה כזו עדיפה על הארכת מועד התיישנות, משום שהדבר נוגד את גזרת הדין. לכן, פסקי הדין שיובאו להלן השלימו עם התיישנות תביעת הורה, אך לצד זאת דחו את מועד תחולת הלכת המד על המקרה, באופן שהיילוד עדיין יוכל להגיש תביעתו. זאת, חרף העמדה העקרונית של ההלכה, שתמכה בביטול עילתו והשארת עילת התביעה של ההורים בלבד. מה אמורים להיות טבעה ואורכה של הוראת המעבר? זוהי, בקצרה, הסוגיה הניצבת לפתחנו.

2. מונחים לפנינו שלושה ערעורים ובקשה אחת למתן רשות ערעור. ע"א 6763/15 מופנה נגד פסק דינו של בית המשפט המחוזי בירושלים, ת"א 47663-11-14, כב' השופט ר' וינוגרד; ע"א 8001/15 הוא נגד פסק דינו של בית המשפט המחוזי בירושלים, ת"א 43850-04-15, כב' השופט ע' שחם; ע"א 605/16 יוצא נגד פסק דינו של בית המשפט המחוזי מרכז-לוד, ת"א 47421-08-15, כב' השופט א' מקובר. בשלושה פסקי דין אלה קיבלו בתי המשפט בקשות לסילוק תביעה על הסף, וקבעו כי התביעות שהגישו חלק מהמעוררים, בעילה של "חיים בעוולה", דינן להידחות בהעדר עילה. עוד נקבע כי תביעות הוריהם – חלק אחר של המערערים – בעילה של "הולדה בעוולה" התיישנו. על כן סולקו התביעות על הסף. הבקשה ברע"א 4288/15 מתייחסת להחלטת בית המשפט המחוזי בירושלים, ת"א 11668-05-14, כב' השופטת ש' רנר, אשר בניגוד לתוצאה ולניתוח של שלושת פסקי הדין דלעיל – דחתה בקשה לסילוק תביעה בעילה של "חיים בעוולה" על הסף, והורתה על המשך בירורה.

כל התביעות בבתי המשפט המחוזיים עוסקות בלידת ילדים שהם בעלי מוגבלויות שונות מלידה. התביעות הוגשו בשם היילודים ובשם של הוריהם. במסגרת כל התביעות נטען כי עקב התרשלותם של גורמי רפואה שונים לא התגלתה המוגבלות וזוהי הסיבה שהלידה לא הופסקה. התביעות כולן הוגשו יותר משבע שנים לאחר הלידות. בהנחה שזהו המועד הקובע לעניין תחילת מרוץ התיישנות של התביעות

שהגישו ההורים, וכך אכן נקבע בכל פסקי הדין מושא הערעורים, הרי שתביעות ההורים התיישנו (ראו סעיפים 5 ו-6 לחוק ההתיישנות, התשי"ח-1958). זוהי התוצאה אליה הגיעו בתי המשפט המחוזיים בפסקי הדין. מאפיין נוסף של כל התביעות הוא שסיום תקופת ההתיישנות היה למעלה משנה לאחר קביעת הלכת המר, שבמסגרתה בוטלה, כאמור, עילת היילודים של "חיים בעוולה". זהו נתון שעל חשיבותו הרבה נעמוד בהמשך. בפסקי הדין שעליהם הוגשו ערעורים נקבע כי בנסיבות כאלה לא יכולים היילודים להגיש תביעה בעילה של "חיים בעוולה", לנוכח ביטולה של עילה זו. בניגוד לפסקי דין אלה, בהחלטה מושא בקשת רשות הערעור התיר בית המשפט את ניהול תביעת היילוד בעילה של "חיים בעוולה" בנסיבות דומות, תוך הבחנה בין המקרה שלפניו למקרים שנדונו בהלכת המר ולאחריה.

3. המערערים והמשיבים בבקשת רשות הערעור (להלן: התובעים) טוענים כי באופן עקרוני אין למנוע את הגשת תביעת היילוד, גם בנסיבות שבהן התיישנה תביעת הוריו יותר משנה לאחר קביעת הלכת המר. יוער כאן כי מועד ההתיישנות של התביעות דנן, בהתבסס על מועד הלידה, הוא החל משנה ושלושה חודשים לאחר קביעת ההלכה, ועד כשנתיים וחודש לאחר קביעתה. לשיטת התובעים, פסקי הדין הקודמים שעסקו בהוראות המעבר של הלכת המר קבעו כלל מנחה, שלפיו הלכה זו לא נועדה לשלול עילת תביעה מהיילוד ומהוריו גם יחד, ולהותירם כשידיהם על ראשם. הם מוסיפים כי הפסיקה הקודמת לא הכריעה כי יש לשלול מהיילוד את האפשרות להגיש תביעה במקרים מהסוג שלפנינו. לכן, כך נטען, שיקולי הצדק וההגינות מורים לאפשר הגשת תביעה, אם בשם היילוד ואם בשם הוריו, וזאת על אף ביטולה העקרוני של עילת היילוד והתיישנות עילת הוריו. עוד נטען כי גם אם הכלל הוא שבמקרים מהסוג דידן לא ניתן להגיש את תביעת היילוד – הנסיבות הקונקרטיות בחלק מהמקרים הן ייחודיות, ומצדיקות חריגה מהכלל. בחלק מן הערעורים אף נטענו טענות שונות נגד הקביעות בפסקי הדין שעניינן מועד התיישנות תביעת ההורים בנסיבות העניין, או בדבר המועד שבו עלתה טענה זו לראשונה.

המשיבים בערעורים, והמבקשים בבקשת רשות הערעור (להלן: הנתבעים), סומכים את ידיהם על פסקי הדין מושא הערעורים. לטענתם, עניינם של התובעים הוכרע זה מכבר בפסיקה, ונקבע כי לא עומדת ליילוד עילה של "חיים בעוולה". תוצאה זו הוגנת לנוכח הזמן הרב שהיה לתובעים לממש את זכויותיהם לאחר קביעת הלכת המר – שכן יכלו להגיש תביעת "הולדה בעוולה" במשך למעלה משנה. משבחרו שלא להגישה במועד, נסתחפה שדם ואבדה תביעתם. עוד נטען כי יש לראות את מועד

הלידות כמועד תחילת מרוץ ההתיישנות בכל המקרים, ולקבוע בהתאם לכך כי בכל המקרים התיישנה תביעת ההורים בעילה של "הולדה בעוולה".

כדי להבין את יסוד המחלוקת ולהכריע בה, שומה עלינו לסקור בקצרה את הרקע המשפטי, ובפרט את השתלשלות הפסיקה, למן הלכת זייצוב, עבור בפסק דין המר ועד הפסיקה שניתנה על ידי בית משפט זה בעקבותיו.

השתלשלות הפסיקה

4. במסגרת הלכת זייצוב, שנקבעה בשנת 1986, הכיר בית המשפט העליון, בדעת הרוב, בעילה של "חיים בעוולה". חלק משופטי הרוב סבר כי עילה זו קמה במצבים שבהם מוגבלותו של היילוד כה חמורה עד שעדיף היה לו שלא להיוולד. חלק אחר סבר כי עילה כזו קיימת גם כאשר הנזק ליילוד מתבטא במוגבלות שאינה כה חמורה, וכי הנזק אינו עצם חייו של היילוד אלא הפער שבין חיים עם המוגבלות לחיים בלעדיה. דעת המיעוט קבעה, כאמור, כי לא ניתן להכיר בעילת היילוד. זאת, שכן לא ניתן לקבוע כי "אי-חיים" עדיפים על חיים, ולו תוך מוגבלות, ואף לא לייחס את הנזק שבעצם המוגבלות לגורמי הרפואה – שכן מדובר על מקרים שבהם היילוד לא היה יכול להיוולד אלא עם הנזק, ולא הם אלה שגרמו לו אלא כוח עליון. לצד עילה זו, הכיר בית המשפט גם בעילת תביעה של ההורים, כמי שמוציאים הוצאות שונות על הקטין וסובלים מחסרון כיס בשל כך.

בשנת 2012 נפל דבר בשדה הנזיקי, עם ביטולה של הלכת זייצוב במסגרת הלכת המר. נקבע כי לנוכח קשיים שונים שמעלה העילה של "חיים בעוולה" יש לבטלה. במקביל נפסק כי יש לצקת תוכן משמעותי יותר לעילה של "הולדה בעוולה" ולהרחיבה. נקבע כי אין מקום לפסוק להורים פיצויים בגין ההוצאות הרגילות הכרוכות בגידול ילד בריא, אלא אך בגין ההוצאות העודפות והמיוחדות שבהן הם נושאים בעקבות מוגבלותו של היילוד. בפישוט מסוים, ניתן לומר שבאופן מעשי הועברה עילת התביעה של היילוד להוריו, תוך שמירה על העקרונות המהותיים של הפיצוי שלו היה זכאי (ראו ע"א 1326/07 ליאור המר נ' עמי עמית (21.5.2014)), לעניין היחס בין עילת ההורים לעילת היילוד לאחר קביעת הלכת המר; וכן ראו באופן כללי אסף פוזנר "מזייצוב עד המר: חלק ב' – בין חיים בעוולה להולדה בעוולה: היבטים מעשיים של הוראת המעבר שבפסק דין המר" ספר שלמה לוי 489 (אשר גרוניס, אליעזר ריבלין ומיכאל קרייני עורכים, 2013)). העיקר הוא שהלכת המר יצרה שינוי פסיקתי חשוב

ביותר – ביטול עילת תביעה נזיקית. פירושו של דבר הוא שלאחר קביעת ההלכה תדחנה תביעות בעילה של "חיים בעוולה" בהעדר עילה.

אחד ההבדלים המשמעותיים ביותר בין העילה של "חיים בעוולה" לעילה של "הולדה בעוולה" – והוא הרלוונטי לענייננו – הוא מועד התיישנות כל אחת מהעילות. העילה של "הולדה בעוולה" עומדת לזכות ההורים. על פי סעיפים 5 ו-6 לחוק ההתיישנות, עליהם להגיש את תביעתם שבע שנים מהיום שבו נולדה העילה. חריג חשוב לכלל זה מצוי בסעיף 8 לחוק, לפיו במקום שבו נעלמו מהתובע עובדות העילה, בתנאים מסוימים, תתחיל תקופת התיישנות מהיום שבו נודעו לו עובדות אלה. כך או אחרת, פעמים רבות מועד תחילתו של מרוץ התיישנות במקרים של הולדה בעוולה הוא מועד הלידה או מועד סמוך. כך נקבע גם בשלושת פסקי הדין מושא הערעורים. החל ממועד זה, יש להורים שבע שנים להגיש את תביעתם. לעומת זאת, העילה של "חיים בעוולה" עומדת לזכותו של היילוד. על פי סעיף 10 לחוק ההתיישנות, התקופה שבה עדיין לא מלאו לתובע שמונה עשרה אינה באה במניין תקופת התיישנות. משמעות קביעה זו היא שגם כאשר התקיימו כל יתר התנאים הדרושים – המרוץ להתיישנות תביעתו של קטין יתחיל בהגיעו לגיל שמונה עשרה. לכן, תביעותיו תתיישנה לכל המוקדם בהגיעו לגיל עשרים וחמש, וזאת גם אם עילת התביעה התרחשה ביום לידתו. צא ולמד כי התיישנות העילה של "חיים בעוולה" הייתה עשרים וחמש שנים לאחר יום הלידה – בניגוד להתיישנות העילה של "הולדה בעוולה", שהתרחשה שבע שנים לאחר מועד זה.

נמחיש את הסבך הדיוני באמצעות המקרה שהובא בראשית פסק הדין: ביום קביעת הלכת המר חלפו עשר שנים מיום הלידה. לקטין הייתה עומדת תקופה נוספת של חמש עשרה שנה להגיש את תביעתו, אלמלא באה הלכת המר וביטלה את עילתה. לעומת זאת, הוריו כבר איחרו את המועד להגשת תביעתם בשלוש שנים. תוצאת ההלכה, על פי דוגמא זו, קשה ובלתי צודקת, שכן בעקבותיה ה"יחידה הדיונית" של ההורים והיילוד נותרה באבחת הכרעה ללא יכולת להגיש תביעה, במקום שבו עמדו לזכותה בעבר חמש עשרה שנה להגשתה. התוצאה אינה נובעת מדיני התיישנות, שנותרו קבועים, אלא משינוי הדין בכל הקשור לאפשרות של קטין לתבוע בעילה של "חיים בעוולה". זאת, כאשר פסק דין של בית משפט זה אישר תביעה כזו מאז שנת 1986. תוצאה כזו אין להלום. סגירת דלתות בית המשפט בנסיבות כאלה אינה שומרת על ה"צדק החלוקתי הדיוני" בין התובע לבין הנתבע, שעומד בבסיס דיני התיישנות.

כשרקע זה מלווה אותנו, נשוב להלכת המר, לקשיים שהתעוררו בעקבות ביטול עילת היילוד ולדרך הפסיקתית להתמודד עמם.

5. במסגרת הוראות המעבר של הלכת המר, התייחס בית המשפט למקרה שבו הוגשה תביעת יילוד בלבד, ללא תביעה מקבילה שהגישו הוריו:

”תוצאת פסק-הדין – ככל שהיא נוגעת לביטול עילת התביעה 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” (שם).

פסקת סיכום זו מתייחסת למחלוקת שנפלה בין חברי, המשנה לנשיאה א' רובינשטיין, ובין יתר חברי ההרכב המורחב, שגישתם באה לידי ביטוי בדבריה של הנשיאה מ' נאור (ראו רע"א 9444/12 זאבי נ' פלוני, פסקה 10 (28.4.2013) (להלן: עניין זאבי)). חברי הביע, בדעת המיעוט, חשש לגורלן של תביעות שעלולות "ליפול בין הכיסאות" – לא לאחוז בעילת היילוד שבוטלה, ולהניח את ידן אף מעילת ההורים, למשל משום שהתיישנה. הצעתו הייתה כי "תוצאת פסק הדין לא תחול גם על מקרים שבהם לא הוגשה תביעת הורים למשך שנה מיום פסק הדין" (הלכת המר, פסקה ט"ז). בניגוד לכך, קבעה הנשיאה כי "לדעתי אין מקום להכריע, במסגרת הוראת המעבר בהליך שלפנינו, בשאלה מה דינה של תביעת היילוד שטרם הוגשה, שלגביה חלפה לכאורה תקופת ההתיישנות. בעלי הדין הנכונים לעניין שאלה זו – אינם בפנינו. נחצה את הגשרים כשנגיע אליהם" (שם, פסקה 2). ההתמודדות עם כל סוג מקרים הושארה אפוא למועדים מאוחרים, שלא בוששו לבוא. בעלי דין שונים הגיעו למספר גשרים, ובית משפט זה נדרש לקבוע מהי הדרך שבה יש לחצותם. נמנה את שלושת המרכזיים שבהם.

6. בעניין זאבי נדון מצב שבו קודם למתן הלכת המר הוגשו תביעות מצד היילוד ומצד הוריו, אלא שנקבע כי תביעתם של האחרונים התיישנה. בית המשפט פסק כי מצב זה שקול למצב שבו עסקו הוראות המעבר של הלכת המר, שבו הוגשה רק תביעת יילוד, ולכן גם בסיטואציה כזו היא תמשיך להתנהל.

ברע"א 4512/13 בית החולים אגודת הסהר האדום (אל הלאל) נ' פלוני (28.8.2014) (להלן: עניין הסהר האדום) נדון מצב שונה, שבו לא הוגשה בעת קביעת

הלכת המר כל תביעה, לא מטעם היילוד ולא מטעם הוריו. הקושי התעורר שכן תביעת ההורים התיישנה קודם לקביעת ההלכה, ועל כן לא ניתן היה להגישה כלל לאחר קביעתה. קושי זה הוביל את בית המשפט לפסוק שהלכת המר לא תחול על תביעת היילוד, כך שהוא יוכל להגישה, וזאת כדי שלא תימצא הלכת המר מקפחת אותו. עוד נקבע כי על היילוד להגיש את תביעתו בתוך שנה מיום מתן פסק הדין בעניין הסהר האדום, עד ליום 28.8.2015.

פסק הדין החשוב ביותר לענייננו הוא רע"א 7490/14 שירותי בריאות כללית נ' פלונית (28.12.2014) (להלן: עניין שירותי בריאות כללית). בעניין זה נדון מקרה שבו בעת קביעת הלכת המר לא הוגשה כל תביעה מטעם ההורים או היילוד, בדומה לעניין הסהר האדום. אך בשונה מעניין זה, במועד קביעת ההלכה טרם התיישנה תביעת ההורים, כך שניתן היה להגישה. למרות זאת, התביעה לא הוגשה בסופו של דבר קודם למועד התיישנותה אלא רק לאחריו. הסיבה לכך, לפי טענת התובעים באותו מקרה, הייתה שמועד התיישנות היה סמוך למועד שבו נקבעה הלכת המר. עד לקביעת ההלכה סברו ההורים כי יוכלו להגיש תביעה בשם היילוד וכי יש להם שנים רבות לעשות כן – עד עשרים וחמש שנה מיום הלידה. הלכת המר חסמה אפשרות זו, ולכן רק לאחר קביעתה החלו בהתארגנות לקראת הגשת תביעה מטעמם. מכיוון שמועד התיישנות של תביעת ההורים היה סמוך, יחסית, למועד קביעת ההלכה, לא עלה בידם להכין את התביעה ולהגישה בזמן.

בית המשפט, מפיו של השופט צ' זילברטל ובהסכמתם של השופט י' עמית ושל חברי, המשנה לנשיאה א' רובינשטיין, קבע כי דין זהה יהיה במקרה שבו תביעת ההורים התיישנה קודם לקביעת הלכת המר, ובמקרה שבו התביעה התיישנה לאחר קביעת ההלכה, אלא שלהורים לא היה פרק זמן ארוך דיו להתארגנות לשם הגשת התביעה לפני מועד התיישנותה. כשם שבמקרה הראשון ניתנה ליילוד האפשרות להגיש תביעה בעילה של "חיים בעוולה", שכן הוריו לא הספיקו להגיש את תביעתם, כך גם במקרה השני. עוד נקבע כי הזמן הסביר להתארגנות לשם הגשת תביעת "הולדה בעוולה" עומד על שנה. לכן, להורים שתביעתם התיישנה בתוך פחות משנה ממתן הלכת המר לא היה פרק זמן ארוך דיו לשם ההתארגנות הנדרשת. זהו קו הגבול שנקבע: כאשר תביעת ההורים התיישנה בתוך פחות משנה מיום קביעת הלכת המר – 28.5.2012 – יוכל היילוד להגיש תביעה בעילה של "חיים בעוולה". עוד נקבע כי ראוי, מטעמים של אחדות וודאות, להשוות את המועד הסופי להגשת תביעה בעילה זו

למועד שנקבע בעניין הסהר האדום. לכן, ככל שתביעת ההורים התיישנה עד ליום 28.5.2013, ניתן להגיש את תביעת היילוד עד ליום 28.8.2015.

זוהי השתלשלות הפסיקה עד להליך שלפנינו, המעלה את שאלת היחס בין הלכת שירותי בריאות כללית לסוג המקרים דנא. ההבדל בין שני סוגי המקרים הוא שאצלנו מועד התיישנות תביעת ההורים חל יותר משנה לאחר קביעת הלכת המר. מקרה כזה לא עמד לפני בית המשפט בעניין שירותי בריאות כללית, שעסק במקרים שבהם מועד התיישנות חל בשנה שלאחר קביעת הלכת המר. השאלה שבה נחלקו הצדדים היא האם בעניין שירותי בריאות כללית נתכוון בית המשפט לא רק לאפשר לסוג התובעים שעמד לפניו להגיש תביעת "חיים בעוולה", אלא גם למנוע באופן גורף מסוג התובעים שלפנינו את הגשתה; או דילמא גבולות הלכת שירותי בריאות כללית הם מקרים כגון זה שנדון בה, הא ותו לא. על פי גישה כזו, בהלכת שירותי בריאות כללית לא נקבע כלל מוחלט, לפיו היילוד אינו יכול להגיש תביעה כאשר תביעת הוריו התיישנה יותר משנה לאחר קביעת הלכת המר.

דיון והכרעה

7. במסגרת הלכת המר בחר בית המשפט בכוונה תחילה שלא לקבוע הוראות מעבר ביחס לכל מקרה ומקרה. הכרעה – או אי-הכרעה – זו יכולה להיות מוצדקת על ידי העמדה שאין זה ראוי לקבוע כלל גורף, המתייחס לכל גוון בקשת המקרים האפשריים. המחיר שבו נקנית הוודאות, הנוצרת על ידי כלל גורף שכזה, עלול להיות הקרבת התוצאה הצודקת במקרה הפרטי על מזבח הכלל. בית המשפט בעניין המר בחר להותיר את ההכרעה במקרים הפרטיים לעת שיתעוררו. ההנחה היא כי ניתן יהיה לתפור את הכלל המתאים למידותיו של כל מקרה – כלל שעל פניו נותן את הבכורה להגעה לתוצאה הראויה ביותר בנסיבות העניין, על פני הצורך ביצירת ודאות עבור יתר המתדיינים. כעת הגיעה השעה לאחוז בחוט הצדק ובמחט המדיניות ולגשת לעיצובו של הכלל ההולם ביותר את סוג המקרים שלפנינו.

השאלה היסודית היא האם יש לאפשר הגשתה של תביעה בעילה של "חיים בעוולה", למי שהוריו לא הספיקו להגיש בתוך תקופת התיישנות תביעה של "הולדה בעוולה", גם כאשר זו התיישנה יותר משנה לאחר פסק הדין בעניין המר. שאלה זו יוצרת מתח מובנה: מצד אחד, חסימת האפשרות להגיש תביעה תמנע מהיילוד הגשת תביעה בגין נזק שנגרם לו, ותותיר אותו ללא אפשרות למצות את זכויותיו המהותיות.

אמת, כך הוא הדבר בכל מקרה של התיישנות, אולם ענייננו שונה וייחודי, שכן המצב החוקי שקדם להלכת המר אפשר את מיצוי הזכויות על אף התיישנות תביעת ההורים. זאת ועוד, המצב המשפטי לא היה ברור לכל אורך הדרך, וניתן היה לסבור – גם לאחר הלכת המר וכפי שאף סברו חלק מבתי המשפט המחוזיים – כי התיישנות תביעת ההורים לא תחסום בהכרח את תביעת היילוד. מן הצד השני עומדות ההצדקות העקרוניות להסדר התיישנות: אינטרס הנתבע בוודאות וסופיות, טעם לפגם בהתנהלות התובע ושיקולים של נזקים ראייתיים ועלויות מוסדיות (ראו בהרחבה טל חבקין התיישנות 21-33 (2014); ע"א 158/54 יצחק דה בוטון נ' בנק המזרחי בע"מ, פ"ד י 687 (1956) (להלן: עניין דה בוטון)). במקרים שלפנינו הייתה להורי היילודים הזדמנות להגיש תביעה במועדה, אלא שמטעמים שונים היא לא הוגשה בו. בהיבט זה, מקרים אלה אינם שונים ממקרים אחרים שבהם נדחות על הסף תביעות שהתיישנו. זהו ההסדר הנורמטיבי שקבע המחוקק, על הצדקותיו, וניתן לטעון שלא ראוי להעניק להם סעד מיוחד, בדמות החייאת עילת תביעה שבוטלה.

קיימות שלוש דרכים מרכזיות שבהן נוכל לצעוד בהכרעתנו. כל אחת מהן מובילה לקביעת נקודת האיזון במיקום אחר על גבי הציר הנורמטיבי. לכל אחת מהן יתרונות, אך בה בעת חסרונותיה מונחים לצידה. נפנה לבחון הפסדה של כל דרך כנגד שכרה, כדי להכריע איזוהי דרך ישרה שיבור לו בית המשפט.

8. דרך אחת היא לקבל את עמדת הנתבעים, ולקבוע כי בכל מקרה שבו יכלו ההורים להגיש תביעת "הולדה בעוולה" במשך שנה לפחות לאחר שניתנה הלכת המר – לא יוכל היילוד להגיש תביעת "חיים בעוולה". לשיטתם, עמדה כזו עולה גם מפסק הדין בעניין שירותי בריאות כללית. לגישה כזו מספר יתרונות. ראשית, היא מכילה כלל משפטי ברור, שאינו מותיר מקום לספק. במקרה הנוכחי, דינן של כל תביעות היילוד שהוגשו להידחות על הסף בהעדר עילה. אין צורך להרחיב בדבר חשיבות הוודאות לצדדים השונים להליכים, כמו גם לחסכון המשאבים השיפוטיים. שנית, דרך זו ראויה בחלק מהיבטי הצדק הדיוני. על פני הדברים, במצב שבו ניתן להורים פרק זמן של למעלה משנה בכדי להתארגן ולהגיש את תביעתם, לא נשללה מהם האפשרות למצות את זכויותיהם. לכן אין הצדקה לחרוג מהדין הראוי – ביטול העילה של "חיים בעוולה" – כדי לסייע להם, שעה שהם בחרו שלא למצות את זכויותיהם הנטענות.

דא עקא, חסרונותיה של דרך זו אינם מבוטלים. הסכנה הרובצת לפתחם של כללים היוצרים ודאות רבה אורבת גם לכלל זה – תחולת יתר, המקיפה גם מקרים

שבהם שיקולי הצדק היו מובילים לסטייה מהכלל. אכן, במקרה הקיצון שבו חלף בבירור הזמן הסביר להגשת תביעת ההורים, וכאשר ההורים לא נקפו אצבע בתקופה זו, הכלל עשוי להתלכד עם שיקולי הצדק ולהוביל לדחיית תביעת היילוד. אך המציאות, כדרכה, מזמנת מקרים בשלל הגוונים שבין שחור ללבן. האם ניתן לקבוע זמן שיהיה סביר באותו האופן בכל המקרים והנסיבות? האם ניתן לקבוע סטנדרט התנהגות שיוכל להבחין תמיד בין שקידה ראויה לחוסר מעש שאינו ראוי? נדמה שלפחות בחלק מהמקרים, הכלל יותיר גם מי שפעל כראוי – או לפחות לא נהג בבירור באופן בלתי ראוי – ללא אפשרות למצות את זכויותיו המהותיות.

קושי זה מתעצם במיוחד כאשר מדובר בכלל חד הצופה פני עבר, להבדיל מכלל הצופה פני עתיד. ניקח כדוגמא את הסדר ההתיישנות המצוי. ניתן לטעון כי אין הבדל מובהק בין תביעה שהוגשה שש שנים ואחד עשר חודשים לאחר תחילת מרוץ ההתיישנות, לתביעה שהוגשה שבע שנים וחודש לאחר מכן. עם זאת, יש הצדקה לקבוע מראש, מטעמים מעשיים, מועד מדויק שבו התובענה מתיישנת. כך יכולים הצדדים לתכנן את צעדיהם ולהיערך לצדדים האפשריים שיכול הצד שכנגד לנקוט. קו גבול ידוע מלכתחילה הוא שמאפשר זאת. אם לא הייתה ידיעה מראש, לא היו הצדדים יכולים לתכנן את צעדיהם כראוי. במצב כזה יתכן שהתובעים הפוטנציאליים סברו בזמן אמת כי לא חלף המועד הקובע להגשת התביעה, ורק בדיעבד גילו כי תביעה שהגישו התיישנה קודם להגשתה.

כדי לחדד את הנקודה יהא זה מועיל להפנות למועד קובע על פי דין שאיננו כמותי ומדויק. כך למשל נקבע בסעיף 20 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973, כי "ביטול החוזה יהיה בהודעת המתקשר לצד השני תוך זמן סביר לאחר שנודע לו על עילת הביטול". במקרה כזה אין זה מעשי לקבוע מועד מדויק, שכן קשת המקרים היא רחבה כניסיון החיים. הקריטריון של "זמן סביר" לשם ביטול חוזה מתאים יותר מקריטריון כמותי מדויק, ומאפשר לבית המשפט להתאים את פרק הזמן לנסיבות הקונקרטיות. החיסרון הוא, כמובן, שהצדדים אינם יודעים להעריך, במקרים שאינם מובהקים, מהו "זמן סביר". יתכן שאדם סבר כי עדיין עומד לו די זמן לשם ביטול החוזה, אך בדיעבד ייקבע כי הוא לא פעל בזמן סביר, וכי החוזה עומד בתוקפו. הנה, לכל אחת מהגישות יתרון וחסרון בולטים, הבאים זה על חשבון זה. בכל הקשר בחר המחוקק באחד מההסדרים, לפי אופיו של ההסדר – דיני חוזים לעומת דיון אזרחי. ברם, משוואה זו נכונה רק כאשר הכלל המשפטי צופה פני עתיד. אם בזמן אמת לא ידעו הצדדים מהו הכלל הקובע למיצוי זכותם, התוצאה היא כי הם לא יוכלו להעריך

ולהיערך בהתאם. אין וודאות. אך גם הגמישות נמצאת לוקה: בעת בחינת התוצאה המשפטית, בדיעבד, לא בוחן בית המשפט את המקרה לפי נסיבותיו, אלא רק את התאריך, באופן בינארי. החשש לאי-צדק ושרירותיות גובר.

על אחת כמה וכמה בהקשר של התיישנות, שביחס אליה נבחר הסדר של מועד קובע, ולא של "זמן סביר" (ראו והשוו ע"א 165/83 יתרו בוכריס נ' דיור לעולה בע"מ, פ"ד לח(4) 554, 559-560 (1984)). עסקינן בתחום במשפט שבו מופעל קו גבול כמותי ומדויק לביצוע פעולה מסוימת – מועד הגשת תביעה. דווקא מפני שדיני ההתיישנות נסובים על העולם המשפטי, לעומת העולם של חיי היומיום בדיני חוזים, ניתן לומר שיש חשיבות רבה יותר לכך שהמועד הקובע יהיה ידוע מראש. טול את הממד הצופה פני עתיד מהמועד הכמותי המדויק והגברת את החשש לפגיעה בשיקולי צדק. כך ביתר שאת כאשר מדובר בזכות הפנייה לערכאות, המוכרת כזכות יסוד. נדגים: בעת קביעת הלכת המדע עמדו לזכות הוריו של ראובן אחד עשר חודשים להגשת תביעת "הולדה בעוולה". לזכות הוריו של שמעון עמדו שלושה עשר חודשים. בזמן זה טרם ניתנה הלכת שירותי בריאות כללית, שנפסקה כשנתיים וחצי לאחר הלכת המדע. לכן, בזמן אמת לא ידעו הוריו של שמעון שיש הבדל בינם לבין הוריו של ראובן, והם פעלו בשקידה זהה. לא היה בכך פסול, שכן הדין לא הבחין באותה עת בין התביעות. רק בדיעבד, ולאחר ששתי התביעות הוגשו לאחר שתמה תקופת ההתיישנות, גילו כי למרות שפעלו כמו הוריו של ראובן – הוא יוכל להגיש את תביעתו גם בעתיד, ואילו הם איבדו אפשרות זו. זהו ההבדל בין הלכת שירותי בריאות כללית, שקבעה, ביחס לעבר, כי פרק זמן של שנה הוא זמן "סביר" להגשת תביעה – לבין הלכת הסהר האדום וחוות דעתו של חברי המשנה לנשיאה בהלכת המדע עצמה, אשר קבעו כי פרק זמן של שנה מספיק לשם התארגנות בעתיד. בעוד שאת הקביעות האחרונות ניתן להצדיק בקלות יחסית, החלת הלכת שירותי בריאות כללית על עניינינו – קביעת מועד מדויק למיצוי זכויות בדיעבד – עלולה להיות משמעותית בכך המחיר, מבלי שמונח על כף הרווח די משקל כדי להטות את כפות המאזניים, או אפילו לעיינן.

9. חסרון נוסף של הליכה בדרך שהציעו הנתבעים נוגע להתנהלותם של התובעים. כפי שצוין, הצדק הדיוני יכול להסביר שלילת עילת תביעה כאשר לתובע או לגורמים מטעמו ניתן די זמן להגיש את תביעתם, אך הם ישבו בחוסר מעש. זהו המקרה הכללי, אך לפנינו מצויה השתלשלות עניינים שונה ופתלתלה. ראשית המסלול בשנות השמונים של המאה הקודמת, המשכו בפסק הדין בעניין המדע, עובר בפסקי הדין בעניין זאבי, הסהר האדום ושירותי בריאות כללית, וכלה – לפחות לעת עתה – בהליכים שלפנינו.

בשלב שבו קמו לתובעים עילות התביעה עמדו לזכותם עשרים וחמש שנים לממש את זכויותיהם, בצורה של תביעת "חיים בעולה". והנה, הלכת המר קבעה כי פרק הזמן שיעמוד לזכותם יהיה קצר במידה משמעותית. אף כי מדובר בפרק זמן העולה על שנה, המכלול מעלה תמונה מורכבת יותר מזו שמציג המקרה הכללי, שבה שנה מספיקה לשם הגשת תביעה. יש להבחין, אפוא, בין המקרה ה"קלאסי" של אי מיצוי זכויות בזמן סביר, ובין המקרה הייחודי דנן, על נסיבותיו.

צדו השני של המטבע הוא נקודת מבטם של הנתבעים. אמנם הליכה בדרך שהציעו יכולה להיות מוצדקת מתוך נקודת מבט צרה, הבוחנת את פרק הזמן שבין קביעת הלכת המר למועד הגשת התביעות. אך נקודת מבט רחבה יותר מגלה שלא נעשה עמם בהכרח חוסר צדק, וכי קשה לומר כי ציפיותיהם הסבירות נפגעו. כפי שציין השופט זילברטל בעניין זאבי:

"אינטרס ההסתמכות של המבקשים במקרה דנא לא נפגע, הוא לא השתנה ולא ישתנה נוכח הלכת המר – שכן הם חויבו כמעולים לפנייה ויחויבו כמעולים לאחריה... המבקשים גם לא הסתמכו על ההתיישנות, שכן נוכח הלכת זייצוב היה עליהם ממילא לשמור על התיעוד הרפואי הרלבנטי משך כל תקופת ההתיישנות (אשר עמד על 25 שנה ממועד הלידה)" (פסקה 6).

בסך הכל זכו הנתבעים להטבה בעקבות הלכת המר. כעת ה"סיכון" שבתביעה אינו עשרים וחמש שנה כפי שהיה בעבר. כך גם ביחס למקרים הקונקרטיים שלפנינו. בעת היווצרות עילת התביעה ציפיתם של הנתבעים הייתה כי התביעה תוגש אפילו עשרות שנים לאחר מכן, ואילו כעת פרק הזמן שעומד לרשות התובעים קצר בהרבה. על כן קשה לומר שהנתבעים ייפגעו בסופו של דבר.

בחשבון הכולל, סבורני כי חסרונותיה של דרך זו רבים על יתרונותיה.

10. דרך שנייה שבה ניתן לילך היא בחינה פרטנית של כל מקרה מהסוג שמונח לפנינו, והכרעה האם בנסיבותיו הייתה הצדקה מספקת לאי-הגשת התביעה במועדה. דרך זו נסמכת על קריאה זהירה של פסק הדין בעניין שירותי בריאות כללית. המעייין ישים אל לב כי הקביעה האופרטיבית שבו נוגעת רק למקרים שבהם תביעת ההורים התיישנה פחות משנה לאחר שנקבעה הלכת המר. אין קביעה לפיה כל תביעה שהתיישנה לאחר קו הגבול של שנה תידחה בהעדר עילה. למעשה, בית המשפט הקפיד שלא לומר זאת. כך נאמר בפרק "סיכומים של דברים", מפי השופט צ' זילברטל:

"בפסק דין זה נדון מצב נוסף אשר דרש עיון והסדרה, הוא המקרה בו תביעות הילוד ('חיים בעוולה') והוריו ('הולדה בעוולה') הוגשו לאחר מתן פסק הדין בעניין המר, ותביעת ההורים התיישנה בסמוך לאחר מתן פסק הדין בעניין המר... הגעתי למסקנה כי ראוי שגם סוג המקרים הנ"ל יוחרג מתחולת הלכת המר... וזאת לתקופת זמן קצובה... למען הסר ספק, הוראות פסק דין זה אינן מתיימרות לפתור את מלוא המצבים האפשריים שעוד עלולים להתעורר ביחס לתחולת הלכת המר. כפי שנאמר, במקרה שתתעורר סיטואציה נוספת בנידון הדורשת הסדרה, היא תיבחן לגופה בבוא העת" (פסקאות 17-18).

ניתן לראות כי ישנה קביעה פוזיטיבית, לפיה הסיטואציה שנדונה שם תוחרג מתחולת הלכת המר – ועל כן ניתן יהיה להגיש בגדרה תביעת "חיים בעוולה"; אך אין קביעה אופרטיבית גורפת והפוכה, לפיה הסיטואציות שלא נדונו שם, ובהן הסיטואציות שלפנינו, לא תוחרגנה אף הן מתחולת ההלכה. כך נכתב גם בפסקת הסיכום של פרק הדיון: "במקרים בהם תביעת ההורים התיישנה לאחר מתן פסק הדין בעניין המר, אך לא יאוחר מיום 28.5.2013, ניתן יהיה להגיש תביעת ילוד בעילת 'חיים בעוולה' עד למועד שנקבע בעניין הסהר האדום, קרי עד ליום 28.8.2015" (שם, פסקה 16). הא ותו לא. כך לפחות במובן שמטרת הפסיקה הייתה להכריע במקרה הנדון, מבלי לקבוע הוראות פסקניות לגבי מקרים אחרים. השופט י' עמית נתן ביטוי לכך עת חזר וסיכם את ההלכה בחוות דעתו: "בענייננו – לגבי תביעת הורים שהתיישנה לאחר שניתנה הלכת המר. ככל שהתביעה התיישנה עד ליום 28.5.2013, ניתן יהיה להגיש תביעת היילוד עד ליום 28.8.2015. ימים יגידו אם יש בהחלטות דלעיל כדי לפתור את קשת המקרים האפשריים". אין התייחסות פוזיטיבית למצבים שבהם התביעה התיישנה לאחר יום 28.5.2013, וקביעה כי בהם לא ניתן יהיה להגיש את תביעת היילוד. אף חברי, המשנה לנשיאה רובינשטיין, שם דגש בפסק דינו על "מסע הצדק הדיוני", שנועד למנוע נעילת דלת "בפני מי שעד אותה הלכה הייתה פתוחה בפניו, אף ביתר", תוך התייחסות לסוגיה הנוכחית כבניית נדבך נוסף למניעת סגירת השער. הדגש הוא על יצירת מנגנון שמכשיר הגשת תביעה על ידי התובע שהיה צד להליך, ולא שפוסל הגשת תביעה מטעם תובע שלא היה צד לדיון.

אכן, מעצם קביעת קו הגבול של שנה, אפשר להסיק כי באופן עקרוני אין לאפשר תביעות יילוד במצב שבו הייתה להורים יותר משנה להגיש את תביעתם. עם זאת, יש הבדל בין קביעת עקרון מעין זה, לבין קביעת כלל גורף ומחייב החל תמיד

ובאופן אוטומטי. כלל כזה לא נקבע בחלקו האופרטיבי של פסק הדין. וחשוב יותר – כך ניתן היה להבין את פסק הדין, כפי שעולה לא רק מהתנהגות התובעים בענייננו אלא מפסק הדין של בית המשפט המחוזי, מושא הבקשה למתן רשות ערעור.

בית המשפט התייחס גם לסיטואציות מעין אלה שלפנינו, וסבר כי אין זה ראוי לאפשר בהן הגשת תביעה בעילה של "חיים בעוולה". אך גם כאן נדרשת קריאה זהירה. לא נקבע במפורש כלל כזה. הניסוח בו נקט בית המשפט מגלה כי יש אפשרות לקבוע כלל רך יותר, תוך התייחסות למורכבות של כל מקרה ומקרה:

"אכן, ההצדקה להחיל את הוראת המעבר על מצבים בהם תביעת ההורים התיישנה לאחר הלכת המור, הולכת ונחלשת ככל שלהורים היה זמן ארוך יותר להתאקלם למצב המשפטי החדש ולהכין את תביעתם. כך למשל, קשה לטעון כי להורים אשר עילת תביעתם התיישנה כשנתיים לאחר מתן פסק הדין בעניין המור, לא הייתה שהות מספקת להכנת תביעתם בעילת הולדה בעוולה, ובאופן טבעי יהיה קשה יותר להלום את טענותיהם מסוג זה" (שם, פסקה 12 לחוות דעתו של השופט זילברטל).

אין כאן קביעה חד משמעית שתביעת היילוד לא תישמע, אלא התייחסות לקושי הקיים. אמנם ניתן למצוא ניסוחים פסקניים יותר בפרק הדיון של פסק הדין, מהם משמע כי הוראות המעבר של הלכת המור יחולו רק על מקרים שבהם תביעת ההורים התיישנה בשנה העוקבת לקביעת ההלכה; אפס, ניסוחים אלה לא מצאו את דרכם לפרק הסיכום של השופטים השונים, שהקפידו להתייחס אך ורק לסוג המקרים שנדון שם, ולא להכריע גם במקרים אחרים. ועיקר – תובעים כמו אלה שלפנינו לא קיבלו את יומם באותו הליך. אכן, יהיה מי שיטען כי לא פעם קביעת כלל מסוים בתיק אחד משליכה, לטוב או לרע, על מתדיינים פוטנציאליים אחרים אשר אינם חלק מההליך. השוני הוא מורכבות העניין, ופסקי הדין של בית משפט זה – החל מהלכת המור עצמה, שהזהירה מפני חציית גשרים עד שמצויים הם בפועל לפני בית המשפט, וכלה בדברי בית המשפט בעניין שירותי בריאות כללית עצמו, אשר הדגיש כי ההכרעה תחומה למקרה שלפניו.

מכאן שהלכת שירותי בריאות כללית, לכל הפחות בחלקה האופרטיבי, הותירה פתח להבחין בין מקרים שונים שבהם לא הוגשה תביעה בתוך שנה לאחר מתן פסק הדין בעניין המור. מעבר בפתח משמעותו שהלכת שירותי בריאות כללית היא זו: כאשר תביעת ההורים התיישנה עד ליום 28.5.2013, יוכל היילוד להגיש את תביעתו.

כך נקבע במפורש. אך כאשר תביעת ההורים התיישנה לאחר מועד זה, היא לא תידחה באופן אוטומטי, אלא יש לבחון אותה על פי הרציונל שהנחה את בית המשפט לקבוע את פרק הזמן של שנה: האם בנסיבות העניין דובר על זמן סביר? האם התובעים ישבו בחוסר מעש או שמא ניסו להגיש את תביעתם במועדה, אלא שמסיבות שונות לא צלחה ידם? אעיר כי על פי הנטען על ידי חלק מהתובעים בהליך שלפנינו, כמו גם בפני ערכאות קמא, הם פעלו לשם הגשת התביעה, אלא שעכובים שונים גרמו להם להפסיד במרוץ ההתיישנות.

יתרונותיה של דרך שנייה זו ברורים על רקע חסרונות הדרך הראשונה. אין קביעה בלעדית בדיעבד כי מועד מסוים מפריד בין "זמן סביר" ל"זמן שאינו סביר". בזמן אמת לא ידעו הצדדים כי יש הבחנה בין התובעים כאן לתובע בעניין שירותי בריאות כללית, וקשה ליצור הבחנה חותכת בדיעבד. כמובן, עדיין יש הצדקה שלא לבוא לקראת מי שישב בחיבוק ידיים מובהק פרק זמין בלתי סביר, אלא שכדי להגיע לתוצאה צודקת יש לבחון כל מקרה לגופו ולנסיבותיו. בפרט, יש לבחון את שאלת הסבירות מנקודת מבטו של אותו אדם בזמן אמת. כך תפחת הסכנה שבהבחנה שרירותית, בין שני תובעים שנהגו באופן זהה לחלוטין, אלא שמספר ימים מפריד בין מועדי התיישנות התביעות של כל אחד מהם – מספר ימים שבדיוק במהלכם עובר המועד הקובע על פי הדרך הראשונה שהוצגה לעיל. כך על פי שיקול של בית משפט, שאמנם אינו דרך המלך בדיני התיישנות, בהם המועד מדויק, מוגדר וקבוע מראש – אך מתבקש על רקע ייחודיות הנסיבות וההתפתחות ההלכתית.

המבחן שאותו ראוי לקבוע על פי דרך זו הוא מבחן המקל, באופן יחסי, עם התובע הפוטנציאלי. הסיבה לכך מצויה בהשתלשלות העניינים הייחודית שתוארה לעיל, ובעיקר מידת הפגיעה האפשרית בתובעים והעדר אינטרס חזק מצד הנתבעים. התובע אינו צריך להוכיח כי הוריו עשו מאמצים לעילא ולעילא, אלא די בכך שלא ישבו בחוסר מעש מוחלט. פעולות משמעותיות לשם הכנת התביעה, ולחלופין מניעות אובייקטיביות ורציניות שמנעו מהם מלפעול כיאות, די בהן כדי לקבוע שיש הצדקה לאפשר ליילוד להגיש את תביעתו. יצוין כי במסגרת ההליכים מושא הערעורים, ניסו חלק מתובעים לטעון כי החלו לפעול להגשת התביעה מיד לאחר קביעת הלכת המר (ולשם כך, למשל, פנו לעורכי דין והחלו בהכנת התביעה, כגון פעולות לגילוי המסמכים הרפואיים), וכי נתונים אלה מצדיקים את הארכת מועד ההתיישנות של תביעת ההורים. טענות אלה נדחו, ובדין נדחו, שכן דובר על המסגרת של התיישנות. כפי שנקבע בחלק מפסקי הדין של ערכאות קמא, אין בפניה לעורך דין או בהגשת

בקשה לבית החולים לגילוי כל המסמכים – מקום שעילת התביעה ידועה – כדי להביא לעצירת מרוץ ההתיישנות. מסכים אני למסקנה זו, לפיה לא הונחה תשתית להתיר את תביעת ההורים מכוח עצירת מרוץ תקופת ההתיישנות והארכת מועד סיומה. על פי הדרך שבה מצויים אנו עתה, אין המדובר בדיני התיישנות, כי אם בדיני הוראות המעבר הייחודיות של הלכת המר. השאלה אינה האם להאריך את המועד להגשת תביעת ההורים, אלא האם להחריג את התביעות שלפנינו מתחולת ההלכה, כך שבמקרים אלה העילה של "חיים בעוולה" לא תבוטל. על הרקע הייחודי שתואר למעלה, ובפרט העובדה שלתובעים עמדו לפני קביעת ההלכה שנים רבות לשם הגשת התביעה, נראה שראוי להקל עמם כאשר פעלו לממש את זכויותיהם הרבה לפני המועד האחרון שעמד לרשותם על פי הדין שלפני הלכת המר.

11. אודה כי בתחילה נטיתי לפסוע בדרך זו, השנייה. המשמעות הייתה להכריע האם חלק מהתובעים, שפירט את הנסיבות הספציפיות לאיחור בהגשת תביעת ההורים, רשאי להגיש את תביעת היילוד. עניינו של חלק אחר מהתובעים, שלא העלה טענות במישור זה, היה מוחזר לבית המשפט המחוזי לשם הכרעה על בסיס פרטני. אולם בסופו של דבר הגעתי לכלל מסקנה כי יש דרך ראויה יותר, וזאת לנוכח שני חסרונות מרכזיים המצויים בדרך השנייה, במישורים של צדק ומדיניות רצויה.

צדק: בחינת כל מקרה מסוג המקרים שלפנינו באורח פרטני יביא, מן הסתם, להכרעה צודקת לגוף העניין – האם ישב התובע בחוסר מעש אם לאו. ברם, עלול להיווצר חוסר צדק בשל הבחנות שרירותיות בין תובעים מן הסוג שנדון כאן לתובעים מן הסוג שנדון בהלכת שירותי בריאות כללית. טלו לדוגמא את ראובן, שתביעת הוריו בעילה של "הולדה בעוולה" התיישנה שנה וחודש לאחר מתן פסק הדין בעניין המר. בנסיבות העניין נקבע שהם ביצעו פעולות מסוימות לשם הגשת התביעה, כגון פניה לעורך דין וקבלת חלק מן המסמכים הרלוונטיים מבית החולים, אך פעולות אלה אינן מספיקות כדי לקבוע שהם לא ישבו בחוסר מעש מבחינה אובייקטיבית. הסיבה לכך שתביעתם לא הוגשה במועד היא שעורך דינם סבר שבית המשפט לא ימנע מראובן את הגשת תביעתו במקרה שעילת הוריו תתיישן. על פי הדרך הנוכחית, ראובן לא יוכל להגיש תביעה של "חיים בעוולה". לעומת זאת, תביעת הוריו של שמעון התיישנה אחד עשר חודשים לאחר קביעת הלכת המר. למרות שהם ישבו בחוסר מעש מוחלט – ואף לא פנו לעורך דין ולא החלו בהליך של קבלת מסמכים מבית החולים – הוא יוכל להגיש את תביעתו שלו על פי הלכת שירותי בריאות כללית. מצב זה בעייתי בנסיבות שבהן, כאמור, קו הגבול של שנה נקבע בדיעבד, ולא ניתן היה להיערך אליו.

האמור נכון שבעתיים כאשר עוסקים אנו בדיני ההתיישנות, שלהם שני מאפיינים ייחודיים. הראשון הוא נוקשות המועד, גם ביחס להקשרים אחרים שבהם נקבע מועד מדויק למימוש זכות דיונית. למשל, תקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984, קובעות מועדים מדויקים לביצוע פעולות שונות, אך הן מותירות את סוגיית הארכת המועד לשיקול דעת השופט, עם או בלי טעם מיוחד, לפי הנסיבות (ראו תקנה 528, וכן תקנות 214ט, 256, 295כ). בשונה, דיני ההתיישנות מונעים כל אפשרות לתבוע בבית משפט, ולו בפני ערכאה מבררת. המאפיין השני הוא אורך התקופה. המחוקק, כנראה תוך מודעות למאפיין הנוקשות, קבע תקופה ארוכה למדי להגשת תביעה, גם ביחס למדינות אחרות – שבע שנים לבגיר במקרה הרגיל ואף תקופה שיכולה להגיע לעשרים וחמש שנה, בנסיבות מסוימות, לקטין. תקופה קצובה זו, בניגוד לתקופה, למשל, של ארבעים וחמישה ימים להגשת ערעור, מלמדת על רוחב יד דיוני. מאפיינים אלה מחדדים את הצורך בקביעת המועד הקובע מלכתחילה. ושוב נדגיש כי המצב של התובעים השתנה עקב פסיקת בית המשפט, ולא בשל מחדל זה או אחר של תובע מסוים.

מדיניות רצויה: אין זה רצוי, לטעמי, כי הערכאות הדיוניות יתחילו לנהל ביחס לכל תביעה מן הסוג שלפנינו "משפט זוטא" בדבר השאלה האם בנסיבות העניין הוגשה התביעה לאחר פרק זמן סביר. הדבר יצריך השקעה של זמן שיפוטי רב, שיעסיק, כך ניתן להניח, יותר מערכאה אחת. אף ניתן להניח כי הגישות השיפוטיות לא תהיינה אחידות, על כל המשתמע מכך ביחס לסגירת דלת התביעה. יהיה צורך לקבוע כללים לקשת רחבה של מקרים פרטניים. לעיתים אין מנוס מכך, למשל כאשר ישנו צד שציפייתו הסבירה לפעולה תוך זמן סביר נפגעה. אולם כפי שפורט לעיל, במקרה שלפנינו היבט זה פחות בעייתי, שכן לפני קביעת הלכת המור סברו הנתבעים כי ניתן להגיש את התביעות דנן במשך עשרים וחמש שנה מיום הלידה. על כן קשה לומר שהם ייפגעו, גם אם תינתן לראובן, בדוגמא דלעיל, שנה נוספת להגשת תביעתו.

12. דרך שלישיית משתרעת לפנינו, היא הדרך הראויה ביותר בעיניי ובה אציע לחבריי לצעוד. כפי שיפורט, דרך זו תאפשר הכרעה בכל המקרים שלפנינו באופן שמתחשב בפסיקה הקיימת. על פי דרך זו, יש ליצור קו אשר תובע שלא חצה אותו יהיה רשאי להגיש תביעה בעילה של "חיים בעוולה". הצעתי היא לקבוע כי המועד האחרון שנקבע בהלכות שירותי בריאות כללית והסהר האדום לשם הגשת תביעת היילוד – 28.8.2015 – יהווה את קו הגבול גם בענייננו: ככל שתביעת ההורים התיישנה עד למועד זה, יוכל היילוד להגיש את תביעתו. די בכך כדי להכריע בכל התביעות שלפנינו,

שהוגשו לפני מועד זה. ודי ב"די בכך" האמור, על רקע ניסיון העבר. אסביר את ההיגיון שבקביעת מועד זה דווקא, וכך יובהר הגיונו של ההסדר כולו ומדוע הוא הראוי ביותר.

נקודת המוצא של הדרך השלישית זהה לזו של הדרך השנייה. פסק הדין בעניין שירותי בריאות כללית לא בא לחסום כל תביעה שהתיישנה למעלה משנה לאחר הלכת המר, ותוצאה כזו אף אינה רצויה בהיבט של צדק מהותי, לפחות בחלק מהמקרים. בנוסף לכך, אין שיקול מדיניות חזק המצדיק את "הקרבת" אותו חלק של מקרים שבו ראוי לאפשר את הגשת התביעה, כגון יצירת ודאות אצל הצדדים או התחשבות בציפיות הסבירות של גורמי הרפואה הנתבעים. זאת בשונה, למשל, מהסדר ההתיישנות הרגיל, הצופה פני עתיד, אשר עשוי להצדיק קביעת מועד מדויק להתיישנות זכות תביעה. עד כאן הדרכים מקבילות. נקודת הפיצול בין הדרך השנייה והדרך השלישית היא בשאלה אילו תביעות בעילה של "חיים בעוולה" ראוי להמשיך ולנהל. בניגוד לדרך השנייה, הבוחנת כל מקרי לפי נסיבותיו – הדרך השלישית מובילה, כאמור, לקביעת כלל ברור ובהיר. זהו המענה לסוג אחד של קשיים המצוי בדרך השנייה, בהיבט של מדיניות רצויה. ומה באשר לקושי המרכזי הקיים בשתי הדרכים הראשונות, של החלת רף מדויק בדיעבד, מבלי שהצדדים ידעו מהו רף זה בזמן אמת, באופן הפוגע בשיקולי הצדק? ניתן לטעון כי גם הדרך השלישית לוקה בו. כדי לענות על טענה זו, יש לשוב ולהתבונן במצב המשפטי ששרר בשתי נקודות זמן שונות – מתן פסקי הדין בעניין המר ושירותי בריאות כללית.

13. בעת שניתן פסק הדין בעניין המר ידעו התובעים מהסוג שלפנינו כי באופן עקרוני העילה של "חיים בעוולה" בוטלה. עוד ידעו הם כי עומדת לזכותם עילה של "הולדה בעוולה", וכי יש להם יותר משנה להגיש תביעה. פרק זמן של שנה, ואף שמונה חודשים, די בו כדי להגיש תביעה כזו, במקום שבו מרוץ ההתיישנות החל כשש שנים לפני כן. הקושי הוא, כאמור, שלא מספיקה היכולת להגיש תביעה בזמן כזה, אלא נדרש כי לתובעים הפוטנציאליים תהיה ידיעה, בזמן אמת, שיש מועד מדויק שעד אליו הם נדרשים להגיש תביעה, והחל ממנו תישללנה כל זכויותיהם. מועד התיישנות תביעת ההורים היה ידוע לתובעים, אך האפשרות שלאחר מועד זה תישלל מהם כל יכולת להגיש את תביעת היילוד – לא יצאה מגדר האפשר, ולא הפכה לוודאות. לכך יש נפקות לגבי האופן שבו ראוי להעריך את התנהלותם.

טלו מקרה שבו תביעת הוריו של לוי – אשר נולד עם מוגבלות קשה, שלא אובחנה לפני הלידה בגלל התרשלות הרופא – עתידה הייתה להתיישן ביום 28.6.2013, שנה וחודש לאחר קביעת הלכת המר. עם מתן פסק הדין היה להם יסוד לחשוב שלוי לא יוכל להגיש את תביעתו בעתיד, ולכן ניתן היה לצפות שיפעלו להגיש את תביעתם הם. אולם הם ידעו שהדין טרם הובהר, וסברו שלא יוותרו ללא אפשרות להגיש תביעה בשמו או בשמם. לנוכח המצב, לא נחפזו הוריו של לוי במידה הדרושה, וכתוצאה מכך תביעתם התיישנה. יתכן גם שהאיחור נבע מאילוצים שונים, כגון טיפול במצבו הרפואי של לוי – פעילות שעדיפותה הייתה גבוהה יותר בעיניהם, לאור הסיכוי שניתן יהיה להגיש את תביעתו גם לאחר שתביעתם תתיישן. אפשרות אחרת היא שהם פנו לעורך הדין במועד, אולם לנוכח הלכת המר הוצף הלה בתביעות "הולדה בעוולה". הוא בחר שלא לוותר על חלק מהתיקים מחמת העומס, מתוך תקווה סבירה שיותר לו להגיש את התביעות בסופו של דבר.

תיאור זה אינו מנותק מהמציאות. ראוי להדגיש את העמימות הרבה שנלוותה להלכת המר בערכאות המבררות, ואת ההחלטות הסותרות שניתנו בהן. נביא שתי דוגמאות. הראשונה, החלטתו של בית המשפט המחוזי מושא הבקשה למתן רשות ערעור בענייננו. נקבע שם כי על רקע אי בהירות שנוצרה לאחר פסק הדין בעניין המר, ובטרם נקבעו כללים נוספים בהלכות הסהר האדום ושירותי בריאות כללית – יש מקום להחריג גם מקרים מהסוג שלפנינו מתחולת הלכת המר. שנית, בפרשה אחת שניתנה לפני הלכות הסהר האדום ושירותי בריאות כללית נקבע כי הלכת המר יצרה עילה חדשה, המעניקה ממועד הפסק תקופת התיישנות מלאה של שבע שנים להורים (ראו ת"א ת"א (ת"א) 24016-02-12 בית חולים הדסה - עין כרם נ' פלוני, פסקה 13 (17.11.2012)). פסיקה זו מובאת כדי ללמד על המרחק בין תקופה ברורה ודרך חישוב ידועה לבין אי-הבהירות ששררה בעקבות פסק דין המר. אין בכך למתוח ביקורת אלא לציין נקודה דיונית, בעלת משקל, בכואו של בית המשפט לדון בהצדקה לסלק תביעה מעין זו על הסף. לאמור, האפשרות להבין בדרכים שונות את המועד האחרון שבו ניתן יהיה להגיש תביעה התקיימה לא רק ביחס לנוגעים בדבר – תובעים ונתבעים – אלא אף באה לידי ביטוי בהכרעות שונות של בתי המשפט. זאת, למעשה, בכוונה תחילה. הרי עמדת הרוב בהלכת המר קבעה כי אין ליצור מראש כלל ברור, אלא להמתין להתעוררות המקרים השונים בערכאות המבררות. ניתן להצדיק, ככל שנדרש הדבר, עמדה זו. לא סוגיית הוראת המעבר נדונה בעניין המר, אלא הזכות המהותית להגיש תביעות שונות. כך או אחרת, המציאות הדיונית שנוצרה, על אי-הוודאות שבה, נותרה לווונטית להכרעה בענייננו. לו היו ההורים יודעים בבירור כי לוי לא יוכל להגיש כל

תביעה, האין להניח שהיו עושים כל שביכולתם, או למצער פעולות שונות להגיש את תביעתם במועדה, גם אם לשם כך נדרש היה להקריב פעילויות חשובות אחרות או לפנות לעורך דין אחר?

לצורך ההכרעה בתיק נאמר שדוגמא כזו הייתה יכולה להתרחש רק עד לנקודת הזמן החשובה השנייה, שבה ניתן פסק הדין בעניין שירותי בריאות כללית. החל מיום זה יכלו הורים לדעת מהו הסטנדרט הנדרש מהם לשם הגשת תביעותיהם לאחר הלכת המר. זאת ועוד, הם ידעו שבית המשפט סבור היה ביום 28.12.2014 כי ניתן להכין תביעה, בנסיבות של הולדה או חיים בעוולה, עד ליום 28.8.2015. כפועל יוצא מכך ניתן לומר ללא היסוס כי הורים שהיו יכולים להגיש את תביעתם עד ליום 28.8.2015 – ידעו כי אם לא יעשו זאת במועד, לא תשמע מפיהם טענה כי לא היה בידם להיערך כראוי להגשת התביעה. רק מיום קביעת הלכת שירותי בריאות כללית ניתן להורים יעד מוגדר שבו ידעו כי עליהם לעמוד, ובו יכלו לעמוד – שני התנאים ההכרחיים, לטעמי, לקביעת מועד מדויק לשם מימוש זכויות.

עינינו הרואות, העמדת מועד התיישנות תביעת ההורים על יום 28.8.2015 כמועד המכריע אינה לוקה בקושי של קביעת מועד מדויק בדיעבד, ומבלי שהצדדים ידעו עליו בזמן אמת. בעת החלת הרף של 28.8.2015 הצדדים ידעו, או שהיה עליהם לדעת, כי עד למועד זה עליהם להגיש תביעה, אחרת תיפגע יכולתם לממש את זכויותיהם. כל התובעים שלפנינו הגישו גם הם את תביעותיהם עד לתאריך זה, חלקם ימים ספורים לפניו – ולא בכדי. הם ככל הנראה הניחו, או לפחות קיוו, שהלכת שירותי בריאות כללית חלה גם עליהם. כאמור, הדרך השלישית נהנית מיתרונותיה המרכזיים של הדרך הראשונה: החלת כלל ברור ובהיר, וחסימת התביעה בעילה שבוטלה בהלכת המר – "חיים בעוולה" – במצב שבו להורי היילוד ניתן די זמן כדי לתבוע את זכויותיהם. המסקנה היא שהליכה בדרך השלישית שהוצעה מכילה את היתרונות המרכזיים הטמונים ביתר הדרכים שהוצגו, והיא אינה לוקה במרבית חסרונותיהן. חשוב מכל, היא מגשימה את שיקול הצדק, שהוא השיקול הבולט אשר שזר את כל ההלכות שקבעו את היקף הוראות המעבר של הלכת המר – הלכות זאבי, הסהר האדום ושירותי בריאות כללית, שבכולן נקבע כי ניתן לנהל את תביעת היילוד. בכולן הודגש כי הלכת המר לא באה לשלול עילת תביעה שהייתה קיימת לפניה. כך נקבע בעניין זאבי:

"מן הבחינה של 'השורה התחתונה' ניתן לומר שהעקרון לפיו יש לדאוג לצרכי הילוד וכי התשלום בגין צרכים אלה מוטל על המעוול – נשמר... הוראת המעבר נאמנה לרציונאל זה – היא באה לוודא שלא יוצר מצב בו ילוד שהגיש תביעה (כשהוריו לא תבעו) ימצא עצמו 'קירח מכאן ומכאן' וללא סעד" (פסקה 8).

כך נשנה בעניין הסהר האדום:

"מסופקני אם בית המשפט בעניין המר היה מבטל את עילת התביעה של 'חיים בעולה', אם לא הייתה עומדת להורים עילת תביעה משלהם (ראו גם פזנר, עמ' 498). לכן, השילוב בין שלילת האפשרות של תביעת ילוד לבין דחיית תביעות ההורים בשל התיישנות, יחתור תחת הרציונאל של הלכת המר" (פסקה 12).

וכך שולש בעניין שירותי בריאות כללית:

"יהיה זה בלתי סביר לאמץ עמדה גורפת אשר משמעה המעשי הוא שלילת האפשרות של הילוד והוריו לקבל סעד, רק בשל השינוי במצב המשפטי הנוהג, כאשר לא ניתן לניזוקים אשר הסתמכו על ההלכה שנקבעה בעניין זייצוב זמן 'התאקלמות' למצב המשפטי החדש. נקל לשער מקרים בהם קבלת עמדה זו תהא בלתי צודקת, ותסתור את התכליות והנחות היסוד אשר עומדות בבסיס הלכת המר... אין להתעלם מכך כי מי שסבר שלרשותו עומד פרק זמן ממושך ביותר להגשת תביעת הילוד, על-פי ההלכה שקדמה לפסק הדין בעניין המר (תביעה שעל-פי דיני ההתיישנות ניתן היה להגישה עד תום 25 שנה ממועד הלידה), נאלץ לפתע להיערך להגשת תביעה שמטבעה היא תביעה מורכבת המחייבת תדיר הכנת חוות דעת מומחים, התחקות אחר אירועי העבר, איסוף מסמכים וכו'" (פסקה 11).

צא ולמד כי דרכי כדרכם – אם לא בפרטים אז במהות ובתכלית.

14. מבט משווה עשוי להיות מאיר עיניים. הדילמות הדיוניות שנסובו סביב הסדר ההתיישנות, גם בשל שינוי בדין המהותי בכלל, ובפרט בעילה של "הולדה בעולה" או "חיים בעולה", לא פסחו על שיטות משפט אחרות.

בארצות הברית ניתן למצוא מספר דרכים נוספות, שבאמצעותן ניתן להתמודד עם הסוגיה דנן. חלק מהן יושם באופן ישיר ביחס לעילות של "הולדה בעולה" או

"חיים בעוולה", בהצלחה כזו או אחרת. חלק אחר לא התייחס ישירות לעילות אלה, אך הוא בעל פוטנציאל לכך ובכל מקרה יכול להיות רלוונטי להכרעה כאן. הדרך הראשונה שימשה בתי משפט שונים להתגבר על בעיה דומה לזו שלפנינו. דרך זו מתייחסת למצב המשפטי ששרר בארצות הברית בחלק מהמדינות, שבהן הכירו בתחילת הדרך רק בתביעת ההורים. זאת לנוכח הקשיים הכרוכים בהכרה בעילה של "חיים בעוולה" (Wrongful Life) – אותם קשיים שהובילו בסופו של דבר לביטולה בהלכת המר. מצב זה הוביל למצוקה במקרים שבהם נפל פגם בעילת ההורים, של "הולדה בעוולה" (Wrongful Birth). אחת הדוגמאות הבולטות לפגם כזה הוא התיישנות התביעה – כמו במקרה שלפנינו. וכשם שבמקרה שלפנינו שללו שיקולי הצדק את האפשרות למנוע הגשת תביעה, כך גם בארצות הברית. הפתרון שניתן לכך היה מתן אפשרות להגיש תביעה בעילה של "חיים בעוולה", על אף הרקע המשפטי שלא הכיר בעילה זו. דוגמא יפה לכך ניתן למצוא בפסיקת בית המשפט העליון של מדינת ניו-ג'רסי. במקרה שנדון בעניין *Procanik v. Cilo*, 478 A.2d 755 (N.J. 1984), התיישנה תביעת ההורים. בית המשפט עמד על כך שמניעת האפשרות להגיש תביעה תפגע ביכולתו של הקטין לקבל את הטיפול הרפואי המתאים. תוצאה כזו נוגדת את שיקולי המדיניות והצדק:

"Law... should not become an instrument of injustice. Whatever logic inheres in permitting parents to recover for the cost of extraordinary medical care incurred by a birth-defective child, but in denying the child's own right to recover those expenses, must yield to the injustice of that result. The right to recover the often crushing burden of extraordinary expenses visited by an act of medical malpractice should not depend on the 'wholly fortuitous circumstance of whether the parents are available to sue.' *Turpin v. Sortini*, *supra*, 31 Cal.3d at 328, 643 P.2d at 965, 182 Cal.Rptr. at 348.

The present case proves the point. Here, the parents' claim is barred by the statute of limitations. Does this mean that Peter must forego medical treatment for his blindness, deafness, and retardation? We think not"(pp. 762).

אף השיקולים המעשיים הובילו את בית המשפט להכיר בתביעת היילוד על אף התיישנות תביעת ההורים. הפתרון, כמו הבעיה, דומים מאוד למקרה שלפנינו. כמובן, יש הבדלים, ואין כאן המקום להאריך ולסקור את התנאים והסעדים השונים להגשת תביעת הקטין, תוך השוואת המקרה שלפנינו למקרה שהובא ולדומיו. הנקודה החשובה היא שיקול-העל של עשיית צדק, שהדריך את בית המשפט, והמענה העקרוני שניתן.

גישה זו דומה לגישה שנקטה הפסיקה בישראל, עת התמודדה עם אותה בעיה – מתן עילה לייילוד, על אף שלכאורה זו לא עמדה לו, וזאת כדי שהיחידה המשפחתית כולה לא תקופח.

פתרון שני שהוצע בארצות הברית לבעיות מן הסוג הנדון רלוונטי למצבים שבהם דבר חקיקה מבטל עילה קיימת או מקצר תקופת התיישנות. למקרה הראשון מצוי מענה בחוקה של מרבית המדינות בארצות הברית, הקובעת את הזכות לפנות לערכאות לשם קבלת סעד (The Right to a Remedy). אחת הצורות שבה פירשו בתי המשפט בחלק מהמדינות את הכלל החוקתי היא שעל המחוקק לספק חלופה סבירה לתובעים, במסגרת תיקון חקיקה המבטל זכות שהוכרה באופן מסורתי במשפט המקובל, מהותית או פרוצדורלית (ראו למשל William C. Koch, Jr., *Reopening Tennessee's Open Courts Clause: A Historical Reconsideration of Article I, Section 17 of the Tennessee Constitution*, 27 U. MEM. L. REV. 333, 437–39 (1997)). דרך אפשרית להשיג מטרה זו היא מתן עילה חלופית, או הארכת תקופת התיישנות של עילה אחרת שנסובה על אותן נסיבות. ניסיון לשימוש בכלל זה נעשה דווקא ביחס לעילה של "הולדה בעוולה". במדינת יוטה נחקק בראשית שנות ה-2000 חוק הקובע במפורש כי להורים אין עילת תביעה נגד גורמי רפואה שרשלנותם מנעה הפסקת היריון של ילד בעל מוגבלות (Wrongful Life Act, Utah Code Ann. §§ 78-11-25 (2002) – 78-11-23). בית המשפט העליון של המדינה דן בסוגיית החוקתיות של ביטול עילת התביעה. הוא הכריע שתיקון החקיקה אינו מחייב מציאת חלופה, מכיוון שבמדינת יוטה מעולם לא הוכרה העילה של "הולדה בעוולה" על ידי בית המשפט העליון או המחוקק. למעשה, תיקון החקיקה נועד להכריע בסוגיה זו גופא. עוד נקבע שהעדר עילה להורים אינו פוגע בזכותם להפסיק היריון בלתי רצוי, כאשר החוק מאפשר זאת (ראו Wood v. University of Utah Medical Center 2002 UT 134; 67 P.3d 436).

במקרה זה הפתרון לא צלח, ובית המשפט קבע כי ביטול העילה הוא חוקתי על אף שלא ניתנה עילת תביעה חלופית. זאת, שכן מלכתחילה לא הייתה עילה של "הולדה בעוולה". אך עולה בבירור כי על פי הדוקטרינה של The Right to a Remedy – לו הייתה קיימת עילה שבוטלה בחוק, הייתה חובה חוקתית למצוא לה תחליף. למעשה, זאת הייתה המחלוקת בין דעת הרוב לדעת המיעוט. האחרונה סברה, בניגוד לדעת הרוב, כי בוטלה עילה קיימת. יישום על הדין בישראל היה יכול להוביל לאימוץ הדוקטרינה בנסיבות העניין, שכן כאן אין מחלוקת כי עילה כזו הוכרה בעבר בהלכת

זייצוב, ושינוי ההלכה הוא שהוביל לביטולה. ודוק, אינני מציע לפסוק על פי הדין האמריקאי, אך אין להתעלם מהחשיבה המשפטית, לפיה תוצאה שאין חלופה לעילה שבוטלה פוגעת בצדק. ברגיל קיימת חלופה לתביעת "חיים בעוולה" מטעם היילוד, בדמות תביעת ההורים של "הולדה בעוולה", אך משזו אינה אפשרית בשל חסם ההתיישנות – הקושי נפתח מחדש ודורש פתרון שיאפשר הגשת תביעה.

במקרה השני, שבו מקוצרת תקופת ההתיישנות, התפיסה היא שעל המחוקק להחיל הוראות מעבר כדי למנוע את התוצאה הבלתי צודקת של פגיעה במי שאחז בעילת תביעה טובה עובר לתיקון החוק. דוגמא לכך ניתן למצוא בתיקון חקיקה שהתרחש בשנות השמונים במדינת אילינוי. על פי החוק שקדם לתיקון, מרוץ ההתיישנות להגשת תביעות נזיקין של קטין בגין רשלנות רפואית החל עם הגיעו לגיל שמונה עשרה, בדומה למצב כיום בישראל. החוק המתוקן קבע שגם ביחס לקטין לא ניתן יהיה בכל מקרה להגיש תביעה יותר משמונה שנים לאחר שהחל מרוץ ההתיישנות. עם זאת, וכדי לא לפגוע בקטינים שהסתמכו על יכולתם להגיש תביעה עם הגיעם לגיל שמונה עשרה, נקבעה פסקת מעבר: אם בעת תחילת מרוץ ההתיישנות היה התובע קטין, וכתוצאה מתיקון החקיקה תביעתו התיישנה או שנותרו לו פחות משלוש שנים לשם הגשתה – הוא יוכל להגיש את תביעתו בתוך שלוש שנים מיום כניסת החוק לתוקף (ראו Ill. Rev. Stat. 1987, ch. 110, ; Ill. Rev. Stat. 1976, ch. 83, par. 22.1. (par. 13-212(b)). הפסיקה בישראל הלכה, כפי שפורט בהרחבה לעיל, בדרך אחרת – לא הארכת מועד ההתיישנות של תביעת ההורים אלא הקפאת התוצאה של ביטול עילת היילוד. מכל מקום, הרציונל זהה – דאגה לכך שהקטין לא ייוותר ללא מענה, תוך מתן תקופה נדיבה של שלוש שנים מיום שינוי הדין. ראוי לציין כי כשם שהמחוקק מחויב לתקן מצב ביניים, כך צעד בית המשפט במספר פסקי דין, על ידי קביעת הוראות מעבר, לאחר ביטול העילה במסגרת הלכת המר.

לבסוף, ניתן להציע פתרון אחר שעולה מהדין האמריקאי, אף כי לא בהכרח בתיקים של הולדה בעוולה – הדוקטרינה הפסיקתית של עיכוב ההתיישנות מן היושר (Equitable Tolling of Statute of Limitations). על פי דוקטרינה זו, בית המשפט רשאי – בהעדר קביעה חקוקה אחרת – לדחות את המועד שבו תביעה מתיישנת. תחולת הדוקטרינה מותנית בשלושה תנאים. ראשית, היא חלה במצבים שבהם התובע הגיש תביעה בעילה מסוימת במועדה, אלא שתביעה זו נדחתה. במצב כזה, יתכן שלא תחסם דרכו להגיש תביעה בעילה אחרת, ובלבד שמדובר בעילות המבוססות על אותו אירוע באופן מהותי. שנית, העדר הסתמכות מצד הנתבע על כך שהתביעה בעילה

השנייה לא תוגש. הוא צריך להיות מסוגל לצפות תביעה כזו בכדי שיוכל להיערך אליה, למשל באמצעות איסוף ראיות. לכן במקום שבו נוצר מצג לפיו לא תוגש תביעה כזו, לא יידחה מועד ההתיישנות. לבסוף, על התובע להתנהל באופן סביר ובתום לב (ראו Addision v. State of ;Elkins v. Derby, 525 P.2d 81, 88 & n.9 (Cal. 1974) Collier v. City of Pasadena, 191 Cal. Rptr. ;California, 21 Cal.3d 313, 319 (681, 687 (Cal. Ct. App. 1983).

דוקטרינה זו לא הייתה מסייעת לנו במקרה הנוכחי, אף לו הייתה חלק מהדין הישראלי, מפני שאף אחת מהתביעות – של ההורים או של היילודים – לא הוגשה במועדה. לפיכך לא התקיים התנאי הראשון לתחולתה. עם זאת, יכולה רוחה העקרונית לסייע גם בדיון הנוכחי. היא מזכירה את הדרך השנייה שעמדה בפנינו, כפי שהוצגה לעיל (בחינה קונקרטי של כל מקרה). משמעות הדוקטרינה היא מתן אפשרות להגיש תביעה גם לאחר תקופת ההתיישנות הסטטוטורית, במקרים שבהם הרציונלים המהותיים של הסדר ההתיישנות מתקיימים, ובפרט התנהלות התובע ומידת הפגיעה בנתבע. על פי הדוקטרינה, יש לבחון כל מקרה לפי נסיבותיו, ולבדוק האם בגדרו פעל התובע במידה הדרושה, ואילו הפגיעה בנתבע אינה משמעותית דיה. עוד נאמר כי דוקטרינה זו – השהיית מרוץ ההתיישנות – מוכרת וידועה בארצות הברית. על כן הוודאות היחסית ששוררת בישראל אינה קיימת שם. רק כלל קבוע מראש בכוחו לכוון התנהגות מיד.

15. בראייה כללית יותר, מאלף יהיה להזכיר את גישת המשפט העברי לדיני ההתיישנות. ככלל, המשפט העברי אין רוחו נוחה מטענת ההתיישנות. עקרון יסוד הוא שתביעה לעולם לא מתיישנת: "עקרונית, זכותו של ניזוק (כמו של שאר בעלי חוב) לגבות את חובו לעולם, ואין המזיק יכול לומר שמכיוון שלא תבעו הלה עד עתה, סימן שהתייאש מן החוב ומסתמא מחל אותו לו" (אברהם שייפנלד נזיקין 340 (בתוך חוק לישראל בעריכת נחום רקובר, 1993)). כך נפסק גם בשולחן ערוך: "סדר גבית חוב כך הוא... אפילו שהה כמה שנים ולא תבעו, אין אומרים: 'מחל לו', כיוון ששהה כל כך שנים ולא תבעו. ואפילו שמענו שהתייאש מהחוב לגמרי ואמר: 'ווי לחסון כיס' – אינו יאוש" (חושן משפט צח, ב).

עם זאת, הטעמים שהובילו ליצירת מוסד ההתיישנות בשיטות אחרות, כגון הנחה שהתובע מחל על זכותו או קשיים ראייתיים ומוסדיים, הוכרו גם בדין העברי. הכרה זו לא התבטאה בכלל רחב של התיישנות, אלא בהסדרים ספציפיים המבטאים את

הרציונלים של מוסד זה, כגון יצירת חזקה שהתובע מחל על זכותו בהקשרים מסוימים. כך גם הקניית זכות על בסיס החזקה שאדם שומר תיעוד של ראיות רק לפרק זמן מוגבל, או, בלשון התלמוד הבבלי, חשש ש"עכברים יאכלו את שוברו של השטר" (ראו תלמוד בבלי, בבא בתרא כט, א; וכן ראו דבריו של השופט מ' זילברג בעניין דה בוטון; תלמוד בבלי, כתובות קד, א).

הנה כי כן, הדרך שבה הלך המשפט העברי דומה יותר לדרך השנייה שהוצעה לעיל. לא חבילה אלא פסיפס: לא כלל גורף של ביטול עילת היילוד בכל מקרה, אלא גישה פרטנית יותר, המנסה להגשים באופן נקודתי את הרציונלים של הסדר ההתיישנות.

הקו המאחד את הפתרונות השונים במשפט המשווה – הכרה בעילה מטעמי צדק, ה"זכות לסעד" עקב ביטול עילה קיימת, הארכת תקופת התיישנות כהוראת מעבר והשהיית (Tolling) מרוץ התיישנות מן היושר – הוא זה: הכרה בכך שאין להשלים עם נעילת השער של בית המשפט בשל מחסום דיוני, בנסיבות שבהן ההתפתחות הדיונית או המהותית מצדיקה זאת. הדין המשווה לא הובא אפוא כדי להדגיש השונה בין שיטות אלה לשיטתנו, אלא כדי להדגיש את המשותף. השאיפה היא שלא לסגור דלת בפני תובעים בתחום נזיקי מיוחד זה. התכלית היא להשאיר ולו תביעה אחת תלויה ועומדת – תהא זו של ההורה או של הקטין. הדינמיות של הדין המהותי לא נועדה לחסום מסלולים בפני התובע, בהיבט הדיוני. זהו, בעיקרו, שיקול של צדק.

נקודה כללית נוספת. הניזוק הפיזי בתביעות אלה הוא קטין. אמת, המשפט מבחין בין תביעות ותביעת הוריו. אך בפועל הקטין אינו גורם המגיש תביעה בכל מקרה. הניסיון מלמד כי בדרך כלל המחלוקת בתיקים מעין אלה אינה בדבר קיומו של נזק. רקע זה מחדד את הקושי בדחיית התביעה, לא לגופה אלא בשל עיתוי הגשתה, במציאות משפטית שאינה ברורה. ראוי כי בית המשפט יסתייע בשיקולי הצדק שבאמתחתו, במיוחד כאשר עניינו של קטין עומד להכרעה. כמובן, אין זה אומר שדיני ההתיישנות אינם חלים עליו. אולם במקרה הקשה והגבולי על בית המשפט לשמוע את קולו של הגורם שלרוב אינו מעיד ישירות במשפט – הוא הקטין.

16. לקראת סיום, נכון יהיה להבליט את הקשיים בתיקים מעין אלה. הקושי בתיק אחד אינו מציף בהכרח את הקשיים בתיקים אחרים. כפי שעולה מהניתוח לעיל, לפתרונות השונים יתרונות וחסרונות גם יחד. לשם המחשת הדבר, ניתן לומר,

בהסתכלות של מספר שנים, כי פתרון הנשיאה בדבר הותרת השאלות הדיוניות למקרה הקונקרטי ביסס את עצמו, בדמות פסקי הדין שהובאו. אך כשם שכל תיק פתח דלת לתובע באותו עניין, הוא הותר מקרה שלא הוכרע לתיק הבא. מכאן היתרון שבדעת המיעוט של חברי, המשנה לנשיאה, בעניין החר, בו הוא הציע לקבוע, מלכתחילה, מועד שעד אליו יוכלו יילודים להגיש תביעותיהם. שאלה היא האם תקופה זו או אחרת – גם אם נקבעה מראש – מספקת. כך או כך, פסק דין זה ניתן על רקע פסקי דין קודמים. יש לשאוף לשמור על רצף. שקלתי האם אין מקום לקבוע תאריך יעד אחרון לכל התביעות האפשריות, מועד צופה פני עתיד מעבר לאמור בתיק זה. אך נאמן לדעת הרוב בעניין החר – נמנע אני מקביעת כלל גורף. היכולת לראות את מלוא התמונה מוגבלת היא. לשון אחר, הניסיון המצטבר מלמד כי אין לדיין אלא מה שענינו רואות, ובמקרה שלנו – אלא התובעים שלפנינו ודומיהם, כפי שיובהר. מבחינתי די בכך שניתן היה להכריע בתיק זה באופן שיאפשר לאחרונים לברר את תביעתם לגופה, בלא שיסולקו על הסף.

לנוכח התוצאה אליה הגעתי, אין צורך לדון בטענות שונות שעלו בחלק מן ההליכים, לפיהן מועד התיישנות התביעה אינו מועד הלידה אלא קודם לכן או לאחר מכן, בנסיבות שנדונו בכל אחד מהמקרים. כן אציין כי לא מצאתי ממש בטענות המערערים בע"א 8001/15, לפיהן טענת ההתיישנות שהועלתה נגד תביעת ההורים לא הועלתה בהזדמנות הראשונה. כפי שקבעה ערכאה קמא, הטענה הועלתה בכתב ההגנה – ההזדמנות הראשונה שבה טענו הצדדים לגופו של עניין. די בכך כדי להוביל לדחיית הטענה.

17. ניתן היה לסיים את פסק הדין בהכרעות האופרטיביות כאן. מבחינתי אף יש בכך יתרון, ולו מן הטעם שההכרעה היא נקודתית, באופן שמאפשר לכל התובעים לברר את תביעתם לגופה. כאמור, לשיטתי זוהי תוצאה מועדפת היה וניתן להגיע אליה, ולעמדתי ניתן גם ניתן. ואולם, אל לבית המשפט להתעלם מההשלכות המעשיות של פסיקה זו או אחרת. כך לגבי ההכרעה הפרטנית בהליך מסוים, וכך לגבי ההשלכות מחוץ לד' אמות הפסיקה במקרה האינדיבידואלי. על השלכות מעשיות ניתן ללמוד לא רק מהמקרה המונח לפני השופט שדן בעניין, אלא גם ממקרים שמצויים בשכנותו.

וביישום הקונקרטי, נראה על פני הפסק שהתוצאה אליה הגענו עשויה להשפיע – ואולי אף לפגוע – בקבוצה נוספת ומוגדרת שאינה לפנינו. דהיינו, בולט המצב לפיו המקרה דנן לא יהיה האחרון בשרשרת, אלא החוליה שנסגרה תוביל לפתיחת חוליה

נוספת. כדי למנוע זאת ולהקטין את הסיכויים לפגיעה בתובעים מסוימים שאינם לפנינו, נכון לאחוז במגמה הכללית שעולה מכל פסקי הדין שניתנו לאחר עניין המר: לקבוע תוצאה שתתיר הגשת תביעה, ובה בעת להכיר בתאריך שנקבע בפסקי דין קודמים – 28.8.2015. אבהיר.

כך סיכם השופט עמית את הנפסק בעניין הסהר האדום ושירותי בריאות

כללית:

”בעניין הסהר האדום (רע”א 4512/13 בית החולים אגודת הסהר האדום (אל הלאל) נ’ פלוני (28.8.2014)) – לגבי תביעת יילוד שלא התיישנה אך תביעת ההורים התיישנה טרם ניתן פסק הדין בעניין המר. נקבע כי היילוד רשאי להגיש תביעתו עד ליום 28.8.2015. בענייננו – לגבי תביעת הורים שהתיישנה לאחר שניתנה הלכת המר. ככל שהתביעה התיישנה עד ליום 28.5.2013, ניתן יהיה להגיש תביעת היילוד עד ליום 28.8.2015.”

ראו נא את ההתפתחות, שאף הוזכרה בפתח פסק הדין. בעניין הסהר האדום נקבע כי במצב בו תביעת ההורים התיישנה לפני מתן פסק דין המר, היילוד יוכל להגיש את תביעתו עד ליום 28.8.2015. בעניין שירותי בריאות כללית נכללה קבוצה נוספת של תובעים, שתביעת הוריהם התיישנה עד ליום 28.5.2013 – שנה לאחר מתן פסק דין המר. אף לגבי קבוצה זו נפסק כי היא יכולה להגיש תביעתה עד ליום 28.8.2015.

בענייננו, עסקינן במקרים בהם תביעת ההורים התיישנה לאחר 28.5.2013, אך כולם הספיקו להגיש תביעתם עד ליום 28.8.2015. מהנימוקים שפורטו, דעתי היא כי יש לאפשר את ניהול תביעת היילוד. יוצא, ועניין זה קשור לשמירת הרצף בין פסקי הדין, כי ניתן לקטין לנהל את תביעתו מכוח הוראות המעבר, בתנאי שהוגשה עד ליום 28.8.2015. ומסיכום ההכרעות שניתנו לקושי עתידי בדרך.

18. טול לדוגמא קטין שתביעת הוריו התיישנה יותר משנה לאחר מתן פסק דין המר. ואולם, בניגוד לתובעים בענייננו – הוא לא הגיש את תביעתו כלל. הוא יכול לטעון, על רקע הלכת שירותי בריאות כללית, שלא ידע כי בית המשפט היה מקבל את תביעתו אם היה מגישה עד לתאריך 28.8.2015, כפי שהצעתי בחוות דעתי. על פי קו זה, הוא יטען שהבין את הלכת שירותי בריאות כללית באופן סביר, ומפני שלא הגיש את תביעתו – הדלת לבירורה לגופה נסגרה. זאת בניגוד לתובע שהבין הלכה זו באופן

אחר, כמו התובעים שלפנינו. כך או כך, הוא יטען, המצב לא היה ברור, ואין זה הוגן שזכויותיו תיפגענה בשל כך.

תיאמר האמת, יש טעם רב בטענה זו. התובע בדוגמא זו הוא נציג של קבוצה נסתר, שאינני יודע האם היא קיימת ומהו היקפה. ואולם, קבוצה זו קשורה בקשר אמיץ לקבוצת התובעים בענייננו. ההתייחסות אליה מתבקשת. הפגיעה האפשרית ברורה. על כן, על מנת שלא לפגוע בה, ולשמור על שוויון דיוני בין שתי הקבוצות – זו שהגישה תביעה וזו שנמנעה מכך – נראה כי אף במסגרת תביעה זו יש לאפשר לו פרק זמן נוסף להגשת תביעה. זאת, על דרך של קביעת מועד להגשתה באופן הצופה פני עתיד. הצעתי היא זו:

התאריך הקובע בכל הנוגע להתיישנות תביעת ההורים הוא 28.8.2015. בכך נשמר הרצף מפסקי הדין הקודמים שהוזכרו לעיל, כאשר הראשון מבניהם ניתן כבר ביום 28.8.2014. כבר אז התאריך היה ידוע. זוהי התוצאה האופרטיבית: אם תביעת ההורים התיישנה עד ליום 28.8.2015, כי אז יוכל היילוד להגיש תביעה בעילה של "חיים בעוולה" עד לתאריך 31.12.2017, בכפוף לכך שתביעתו לא התיישנה כשלעצמה.

בזאת ניתן לכל אחד מחברי ה"קבוצה הנסותרת" די זמן להגיש תביעה, ונעשה צדק דיוני "חלוקתי" בין תובעים. מצד אחר, נראה כי הפגיעה בנתבעים היא מידתית, הן לנוכח המצב הדיוני ששרר לפני הלכת המור והן על רקע ההלכות האחרות שניתנו. עוד יתרון בתוספת זו הוא כי בכך יש צעידה אל עבר פתרון שלם יותר בכל הקשור להוראת מעבר. כפי שהודגש בפסקי הדין הקודמים, אדגיש אף אני כי האמור אינו בגדר מסקנה פסקנית שאין בלתי, מן הטעם שקשה לחזות מראש את כל המקרים שאינם לפנינו כעת.

19. עיינתי בחוות דעתו של חברי, השופט י' דנציגר. הוא מסכים עם התוצאה אליה הגעתי אך מטעם שונה. שנינו מסכימים עם הרציונל שהנחה את בית המשפט בעניין שירותי בריאות כללית – בחינת פרק הזמן שעמד לרשות התובעים ויכולתם להגיש תביעה בפרק זמן זה. הכלל הוא כי הורים שלא יכלו להגיש את תביעתם לאחר מתן הלכת המור, או שלא ידעו כי עליהם לעשות זאת בתוך פרק זמן מסוים – ילדיהם יוכלו להגיש תביעה עצמאית. שנינו מסכימים גם לכך שיש לשים גבול כלשהו ליכולת הגשת התביעות. עוד הסכמה היא כי יש לסטות מהתוצאה המעשית שנקבעה בעניין שירותי

בריאות כללית, במובן זה שפרק הזמן של שנה ממועד מתן הלכת המר עד התיישנות תביעת ההורים לא ישמש קו גבול, המבחיין בין יילוד היכול להגיש את תביעתו לבין יילוד שתביעתו תידחה בהעדר עילה. כאמור, טעמו של כל אחד מאיתנו שונה.

עמדתי היא שדחיית תחולת הלכת המר על התובעים מוצדקת לנוכח אי-הבהירות ששררה לאחר הלכת המר. תובעים ידעו כי העילה של "חיים בעוולה" בוטלה, וכי עליהם להזדרז ולהגיש תביעות בעילה של "הולדה בעוולה". אולם ניתן היה להניח – ותובעים רבים אכן הניחו – שכאשר תביעת הורים אמורה הייתה להתיישן פרק זמן מסוים לאחר קביעת הלכת המר, לא יאבדו הם או ילדיהם את ההזדמנות להגיש תביעה בגין הנזק שנגרם להם. פרק זמן כזה, הצופה פני עתיד, לא התגבש לכלל מועד מדויק עד לענייני הסהר האדום ושירותי בריאות כללית. אז הוצע התאריך של 28.8.2015. זוהי למעשה הפעם הראשונה שבה נקבע "מועד אחרון" (Deadline) להגשת התביעות, אף כי גם מועד זה לא יצר ודאות מוחלטת, שכן לא היה ברור לגמרי על אילו קבוצות תובעים הוא חל. חוסר זה במועד אחרון ובוודאות עלול היה לגרום לכך שתביעות לא הוגשו עד למועד התיישנות תביעת ההורים. בכך נעוצה ההצדקה לאפשר ליילוד להגיש את תביעתו למרות הכל. מנגד, חברי השופט דנציגר סבור כי לא קביעת התאריך של 28.8.2015 היא שהסדירה לראשונה מצב משפטי לא ברור, וכי לא בכך טמונה ההצדקה למתן "ארכה" להגשת תביעות בעילה של "חיים בעוולה". לשיטתו, ההצדקה לכך היא שבדיעבד הסתבר כי פרק זמן של שנה אין די בו להיערכות לשם הגשת תביעה של "הולדה בעוולה". פרק הזמן הסביר לשם הגשת תביעה כזו הוא ארוך יותר, וזוהי ההצדקה לסטייה מהלכת שירותי בריאות כללית.

שתי העמדות, של חברי ושלי, הן נסיון לתת פשר לנתון שעמד בפנינו – כשלונם של כמה וכמה תובעים להגיש תביעת "הולדה בעוולה", על אף שעמדה לרשותם למעלה משנה לשם כך. אם משמעות נתון זה היא כי נפל פגם מכריע בפעולותיהם, או אז יתכן שהיה מקום לדחיית התביעה על הסף. בהנמקתנו הלכנו בדרך שונה, איש איש וטעמיו. להשקפתי שתי הגישות הן בגדר האפשר. מעניין לציין בהקשר זה מחקרים רבים מתחום מדעי ההתנהגות, ומחקר התנהגותי-משפטי מן העת האחרונה, העוסקים במשמעותם ותפקידם של "דדליינים" (Deadlines) – מועדים אחרונים לביצוע פעולות (ראו Eyal Zamir, Daphna Lewinsohn-Zamir & Ilana Ritov, *It's Now or Never! Using Deadlines as Nudges*, 41 LAW & SOC. INQUIRY (forthcoming, 2016), וההפניות שם). על פי מחקרים אלה, לקיומם, העדרם ומשכם של מועדים אחרונים יש משקל רב בקביעת המועד שבו בני אדם מבצעים פעולות, או

עצם ביצוען. בפרט מראים המחקרים כי קיומו של מועד אחרון ממריץ אנשים לבצע פעולות במהירות רבה יותר. כך, בחלק מן הניסויים שבוצעו ניתן מועד אחרון של ימים ספורים לקבוצה אחת, ומועד אחרון ארוך יותר, בן ימים רבים, לקבוצה אחרת. דווקא הקבוצה שלה ניתן מועד אחרון מוקדם יותר פעלה בשקידה רבה יותר לביצוע הפעולה. נתונים אחרים מלמדים על כך שכאשר לא ניתן מועד אחרון לביצוע פעולה – פחות אנשים מבצעים אותה, ביחס לתרחיש דומה שבו כן נקבע מועד אחרון לביצועה.

מחקרים אלה יכולים לתמוך בעמדתי, לפיה העדרו של מועד אחרון הוא שעמד לתובעים לרועץ, ולא דווקא פרק הזמן המוחלט שעמד לרשותם. יתכן מאוד שלו היה נקבע מלכתחילה מועד אחרון ברור, היו התובעים שלפנינו מספיקים להגיש את תביעתם בזמן. יוער כי חלק מהתובעים שלפנינו הגישו את תביעתם ימים ספורים לפני יום 28.8.2015, בסברם כי זהו המועד האחרון העומד לרשותם לשם הגשת התביעה. אין ספק כי מועד הגשת תביעתם נבע מקיומו של מועד אחרון. לעומת זאת, בעת קביעת הלכת המד לא היה מועד אחרון ברור. על אף שאין חולק על כך שהתובעים ידעו כי עליהם להגיש את תביעתם, יתכן שהעדרו של מועד אחרון ברור גרמה לגרירת רגליים ולדחיית ההגשה, עד שבדיעבד ניתן היה לקבוע כי זו נעשתה בפרק זמן שאינו סביר. מחקרים אלה גם תומכים בהתחשבות רבה יותר – אף כי אין להפריז בכך – בתובעים שלא זכו ל"זירוז" בדמות מועד אחרון, ונמצאו חורגים מגבולות הזמן הסביר.

הייתה יכולה להיות נפקות אפשרית למחלוקת שביני לבין חברי – מה עמד בעוכרי הנתבעים, העדרו של מועד אחרון או מתן פרק זמן שאינו סביר. המועד המכריע שאותו קבעתי, 28.8.2015, נגזר מכך שזהו המועד האחרון שעמד לזכות התובעים בזמן אמת. לשיטת חברי, לעומת זאת, אין למועד זה משמעות מיוחדת. ואכן, הצטרפותו לתוצאה נבעה מן הצורך באחידות וודאות, ולא מייחודיות מועד זה. כמובן, את התובנה הנלמדת מן המחקרים ההתנהגותיים יש לסייג בשלושה ראשון, לעולם יהיו פרטים שיאחרו או לא יבצעו את פעולה מסוימת, בין אם נקבע לה "זמן סביר" ובין אם נקבע לה מועד אחרון. מקיומם אין בהכרח להסיק כי סברה כזו או אחרת נכונה. יש מי שלעולם יחמיץ את השעה. שני, אין תועלת או טעם בקביעת Deadline שאינו הולם את אופי המטלה שיש לבצע. שלישי, וכפי שהודגש, אין במחקרים שהוזכרו אלא ראייה מסוימת לנכונות גישתי. גישתו של חברי אף היא אפשרית. אם כך ואם כך, ניתן ללמוד מן המחקרים האמורים לקח בכל הנוגע לקביעת מועדים וקביעת מדיניות. לעיתים דווקא קביעת מועד אחרון תיטיב עם צרכני המשפט יותר מאשר מתן "זמן סביר" לפעולה, על אף שהאינטואיציה יכולה לטעון אחרת. זאת לא רק בהיבט של יצירת

ודאות לכולי עלמא, אלא גם בהיבט של מתן תמריץ לביצוע הפעולה. הסוגיה שגלגוליה נדונו כאן – הוראות המעבר של הלכת המר – היא פריט ייחודי בנוף המשפטי. אולם ניתן להניח שיימצא בהיסטוריה הפסיקתית או החקיקתית אירוע שלקח זה יוכל לשמש לו כמקרה מבחן. יש לקוות כי העניין יזכה לתשומת הלב הראויה בבוא העת.

ואירוניה אחרונה. ניתן לסבור כי המחקרים האמורים דווקא תומכים בעמדה המקורית של חברי, המשנה לנשיאה א' רובינשטיין בהלכת המר, לפיה יש לקבוע תקופה של שנה. זאת תחת השארת העניין תלוי ועומד עד ההגעה לגשר – ולהחיל בדיעבד נורמה של "זמן סביר" במקום לקבוע מועד מראש. ודוק, הדגש הושם על קביעת תקופה, ולא בהכרח על אורכה. הנה כי כן, עסקינן ביישום הלכה חדשה תוך ניסיון לקבוע תקופת מעבר ראויה, בין היתר על סמך הבנת הפסיכולוגיה של תובעים בכוח. המטרה היא תוצאה צודקת. השיקול הוא מעשי. אך כרגיל – הקושי הוא שעסקינן בבני אדם.

טיכום

20. בסוף כל הסופות, לא נתכוון בית המשפט בהלכת המר ליטול את עילת התביעה מן הניזוקים אשר ניצבים לפנינו, גם אם נניח כי יכלו לפעול מהר יותר. על אף שבירידה לפרטים ניתן למצוא צדדים לכאן ולכאן, להקשות מהכא ולהשיב להתם – כאשר צועדים לאחור מצטיירת תמונה ברורה: יש לאפשר לניזוקים שלפנינו למצות את זכויותיהם. אין המדובר במקרה ה"קלאסי", שבו ידע ניזוק כי יש לו שבע שנים להגיש תביעה אך הוא התעלם ממידע זה. הרושם הוא שאילו היו הניזוקים שלפנינו יודעים, בעת הלידה, כי קו הגבול הסופי לתביעתם הוא שבע שנים ממועד זה – הייתה תביעתם מוגשת במועדה. בכל מקרה, התובעים בענייננו פעלו על פי המועד שנקבע בעניין הסהר האדום ובעניין שירותי בריאות כללית. ודאי שבכך אין לומר שתובע הישר בעיניו יעשה. אין לומר שתובעים הממוקמים בתקופת המעבר שבין הלכת זייצוב להלכת המר חסינים מפני שעון העצר. הכלל הוא שעילת התביעה של "חיים בעוולה" בוטלה. כללי ההתיישנות אף הם מצויים עמנו, לעניין העילה של "הולדה בעוולה". ככל שחולף הזמן והחובה המוטלת על התובעים מתבהרת בפסיקה, כך פוחתת ההצדקה לנהוג בסלחנות מסוימת כלפי התובעים על חשבון הנתבעים. ההתייחסות שניתנה לכך לעיל היא בדמות התוויית האיזון הראוי בין הצדדים, על נסיבותיו. כך דרכו של משפט. שינוי מהותי, וקל וחומר שינוי מהותי מהפכני, הוא בעל השלכות דיוניות, שאף הן עשויות להיות משמעותיות. על תיק מעין זה ניתן לומר כי המורכבות מושכת את

השכל. שיקולי הצדק מושכים את הלב. נדרשות, זו לצד זו, זהירות עם יצירתיות, ראייה כוללת עם פרטניות, פתיחות ושמירה על כללים שהותוו בעבר – כדי לעצב פתרון ראוי במקרה הקונקרטי. באשר להכרעה אליה הגעתי, נודה כי היא אינה היחידה האפשרית מבחינה משפטית, אך לטעמי היא עדיפה על חלופות אחרות.

21. לו תישמע דעתי, יש לדון ברע"א 4288/15 כאילו ניתנה הרשות והוגש ערעור על פיה, ולדחות את הערעור לגופו; ולקבל את הערעורים בע"א 6763/15, ע"א 8001/15 וע"א 605/16. תביעות היילוד שהוגשו תמשכנה להתברר. בנוסף אפנה לכלל שנקבע בסעיף 18 לחוות דעתי, בפסקה המתחילה במילה "התאריך".

המבקשים ברע"א 4288/15 יישאו בהוצאות המשיבים בסך של 15,000 ש"ח. המשיבים בכל אחד מן הערעורים יישאו בהוצאות המערערים באותו הליך בסך של 15,000 ₪.

ש ו פ ט

המשנה לנשיאה א' רובינשטיין:

א. התלבטתי מאוד בתיקים אלה. אקדים אחרית לראשית; על פני הדברים סברתי מעיקרא, וכך גם נאמר באולם בית המשפט, כי בפסקי הדין שיוזכרו להלן, באה שאלת אי הבהירות שנוצרה בעקבות ע"א 1326/07 המר נ' עמית (2012) (להלן עניין המר) על פתרונה. ואולם, בהיסוס רב, ותוך פרשנות "עד הקצה", כדי לא למנוע מתובעים את יומם בבתי המשפט, מבלי לומר כמובן דבר לגבי עצם תביעתם, החלטתי ליתן ידי לצעד נוסף בתיקים אלה. ואולם, עם שמסכים אני לעיקרי חוות דעתו של חברי השופט הנדל, כי המועד האחרון לשם הגשת תביעות היילוד יהא 28.8.15, לא אוכל להצטרף להצעתו להארכת התקופה עד לתאריך 31.12.17 ביחס לקבוצת המקרים שאליה הוא מתייחס בסיפת חוות דעתו. חברי עמד על ההתפתחות הפסיקתית שהביאתנו הלום, ועל האפשרויות השונות להתמודדות עם שאלת לוח הזמנים וההתישנות בעקבות עניין המר. בחוות דעתו ביקש חברי להתוות קו גבול, אשר תובע יילוד שלא חצה אותו, יהא רשאי להגיש עדיו תביעה בעילה של "חיים בעולה", תוך שהוא מסביר כי הדרך שנבחרה על-ידי מגשימה את שיקול הצדק מזה ויוצרת כלל ברור ואחיד מזה. ואולם, דומני כי עלינו לשים פדות, ואין מקום, גם במדיניות שיפוטית מרחיבה במידה מסוימת לעומת העבר, להרחיב את היריעה עוד ועוד, והרי תקוות צדק מוחלט אין לה גבול, וגם לנתבעים זכויות.

ב. בעניין המד, כזכור וכמתואר על ידי חברי, נקבעה הוראת מעבר, שלפיה תוצאת פסק הדין, ככל שהיא נוגעת לביטול עילת התביעה של היילוד, לא תחול על תיקים תלויים ועומדים, אך היא לא הוחלה על תיקים שטרם הוגשו. את חוות דעתי בעניין המד סיימתי בדברים הבאים:

“באשר להוראת המעבר שקבעו חבריי, חוששני כי בלא משים עלולה להיגרם בעקבותיה תקלה במקרים בהם לא הוגשה תביעה מטעם ההורים בהנחה שבהמשך (אולי לאחר התגבשות המצב הרפואי) תוגש תביעה מטעם היילוד - בהתאם להלכת זייצוב בפרשנות זו או אחרת ובהסתמך עליה - ועל כן, על פי דין, נותר מרווח שנים רבות. הוראת המעבר שבדעת הרוב מגנה על תיקים תלויים ועומדים שבהם לא הוגשה תביעת הורים, אך לא על תביעות שטרם הוגשו; ואם חלפה לגבי ההורים תקופת ההתיישנות של שבע שנים (תחת עשרים וחמש של היילוד), עשויה להישמע הטענה, כי תביעתם התישנה. בכך היה אולי שיקול נוסף לזכות נטיית הלב הראשונית להותיר את הלכת זייצוב על כנה עד להסדרה כוללת. ואולם, למצער הייתי קובע, כי תוצאת פסק הדין לא תחול גם על מקרים שבהם לא הוגשה תביעת הורים למשך שנה מיום פסק הדין. לצערי רבו עלי חבריי, ועל כן אוכל רק לקוות שבתי המשפט ימצאו דרך להתמודד עם המצב שנוצר, לעניין טענות התיישנות (ככל שיועלו), בגדרי צדק”.

נותרתי בהיבט זה במיעוט. השופטת, כתארה אז, נאור סברה - וזו היתה תוצאת פסק הדין - כי אין מקום להכריע, במסגרת הוראת המעבר בהליך שלפנינו, בשאלה מה דינה של תביעת היילוד שטרם הוגשה. ההתמודדות עם סוגי המקרים השונים נותרה לעת מצוא.

ג. ואכן, השאלות לא בוששו לבוא, ונדונו בסדרת פסקי דין שכתב חברנו השופט זילברטל, וראשון להם רע"א 9444/12 זאבי נ' פלוני (2013). בהמשך, ברע"א 4512/13 בית החולים אגודת הסהר האדום נ' פלוני (2014) נדונו נסיבות, שבהן תביעת ההורים התישנה קודם להלכת המד. החלטנו שם שהלכת המד לא תחול על תביעת היילוד, וכי עליו להגיש תביעתו תוך שנה מיום מתן פסק הדין. ציינתי, כי "ההכרעה מעוגנת בתפיסה של צדק, כדי שלא ננעל סופית דלת שהיתה פתוחה לרווחה וננעלה כמעט באחת, אלא נותר פתח הוגן למי שראוי לכך" (פסקה א') (הדגשות במקור - א"ר). כך גם בפסק הדין ברע"א 7490/14 שירותי בריאות כללית נ' פלונית (2014) (להלן עניין שירותי בריאות כללית), שבו במועד קביעת הלכת המד טרם התישנה תביעת ההורים,

וניתן היה איפוא להגישה, אך התביעה לא הוגשה בסופו של דבר קודם למועד התיישנותה, אלא רק לאחריו. נזדמן לי שם לכנות את אשר קבע השופט זילברטל, בעל חוות הדעת העיקרית, בהמשך לפסיקה קודמת, בשם "מסע הצדק הדיוני". סברתי, כי "בכך נבנה נדבך נוסף ליישוב הקשיים הדיוניים שבעקבות הלכת המר, כדי שלא תינעל דלת בפני מי שעד אותה הלכה היתה פתוחה בפניו אף ביתר. סבורני... כי הכרעה זו 'מעוגנת בתפיסה של צדק'". לא אכחד, קריאה זהירה של פסק הדין בעניין שירותי בריאות כללית מלמדת מעצם קביעת קו גבול של שנה, כי אין לאפשר תביעות כאשר עמדה להורים יותר משנה להגיש את תביעתם. ואולם סברנו אז שיש להותיר בכל זאת פתח בטרם נעילה. השופט זילברטל ציין, כי הכרעה זו מתייחסת לסוג המקרים שבאו בפניו באותו עניין, ו"הנה הגיעה השעה להסדיר גם את סוג המקרים דנן... הגם שסוג מקרים זה שונה מסוג המקרים שנדון בפרשות זאבי והטהר האדום, הרי שבדומה להם, גם עתה יהיה זה בלתי סביר לאמץ עמדה גורפת אשר משמעה המעשי הוא שלילת האפשרות של היילוד והוריו לקבל סעד" (פסקה 11); ובסיפת פסק הדין, שאותם ציטט השופט הנדל בחוות דעתו כאן, נאמר, כי נוכח "התכליות שעמדו בבסיס ההלכה שנקבעה בעניין המר וכן בהוראת המעבר בה, ובשל רצוננו להסדיר באופן אחיד ככל האפשר את סוג המקרים האמור, הגעתי למסקנה כי ראוי שגם סוג המקרים הנ"ל יוחרג מתחולת הלכת המר..." (פסקה 17). קרי, בעניין שירותי בריאות כללית הושם דגש על סוג המקרים המסוים שבא בפני בית המשפט שם. כפי שהותוה בעניין המר, אשר הותיר את ההתמודדות עם כל סוג מקרים לעתיד לבוא. לא נשללה איפוא כליל בעניין שירותי בריאות כללית האפשרות לבחינה של מקרים נוספים בעתיד וקביעת כלל מתאים. בחוות דעתו שם סיכם חברנו השופט עמית את "השורות התחתונות" בפסיקה הנזכרת, ואזכיר כי תוצאת פסק הדין בעניין שירותי בריאות כללית היתה, שבתביעת הורים אשר התישנה לאחר עניין המר, ככל שהתישנה עד 28.5.13, ניתן להגישה עד 28.8.15. בסוף דבריו כתב השופט עמית "ימים יגידו אם יש בהחלטות דלעיל כדי לפתור את קשת המקרים האפשריים"; והנה ימים יגידו שהפתרון לא הושלם עד תום.

ד. בפסקי הדין הללו, כמו גם בתיקים שלפנינו כעת, עמדו לנגד עינינו שיקולי צדק והגינות כלפי כולי עלמא. נזכיר נשכחות; בשלב שבו קמה ליילודים עילת התביעה של "חיים בעוולה", עמדו לזכותם עשרים וחמש שנה לממש את זכויותיהם. עניין המר, שהוציא את היילודים ממעגל התביעות והותיר בו את ההורים בלבד, קיצר פרק זמן זה בהרבה. מכאן אותן החלטות שנסקרו, אשר הניחו כי קשה עד מאוד להלום משפטית ואנושית נעילת דלת להגשת תביעה, מבלי להתחשב בהשתלשלות העניינים הייחודית החל מפסק הדין בע"א 518/82 זייצוב נ' כץ, פ"ד מ(2) 85 (1986), אשר תוארה בפסק

דינו של חברי השופט הנדל, ומידת הפגיעה האפשרית בתובעים פוטנציאליים. ההחלטות הסותרות שניתנו בבתי המשפט בתיקים שלפנינו, מלמדות על מצב בעייתי שבו היו נתונים התובעים הפוטנציאליים. יתר על כן, וזו עיקר, כפי שגם ציין חברי השופט הנדל, בזמן אמת, כאשר הגישו את תביעתם, לא ידעו הצדדים שלפנינו מהו הכלל הקובע למיצוי זכויותיהם, וכי תיתכן הבחנה ביניהם לתובע בעניין שירותי בריאות כללית. עוד יודגש, כי במהות אין לפנינו מצב רגיל, שבו הארכת תקופת ההתיישנות משמעה פגיעה באינטרס ההסתמכות של הנתבע (ראו פסקה 6 לפסק דינו של השופט זילברטל, ברע"א 9444/12 זאבי הנזכרת). טענה כבדה מעין זו נשללת כאן, שכן ציפיתם של הנתבעים מעיקרא היתה כי יש אפשרות להגשת תביעה שנים רבות לאחר היווצרותה, אלא שהלכת המר היטיבה עמם, והתקופה קוצרה.

ה. חברי השופט הנדל מציע איפוא התחשבות בשיקולי צדק מחד גיסא, ויצירתו של כלל ברור ובהיר מאידך גיסא, כזה אשר יאפשר לצדדים לכלכל את צעדיהם. קו הגבול שהציע חברי (28.8.15), שאליו אני מצטרף אחר ההתלבטות, ייתן מענה למרבית המקרים, אך לדעתי אין להרחיב את היריעה עוד. מי שישן על תביעותיו ואינו בא גם בגדר זה חוששני כי "נסתחפה שדהו", כלשון חכמים (משנה כתובות ז', ח'). לא אוכל איפוא להצטרף לקביעה מרחיקת הלכת בסיפת חוות דעתו, כי אם התישנה תביעת ההורים עד ליום 28.8.15, ותביעת היילוד לא הוגשה, יוכל היילוד להגיש תביעה בעילה של "חיים בעוולה" עד לתאריך 31.12.17, בכפוף לכך שתביעתו לא התישנה כשלעצמה. קביעה זו מתייחסת, כפי שאף הסביר השופט הנדל עצמו, לקבוצה שלא ברור קיומה ולא ברור היקפה. מדובר במקרים שטרם באו לפתחנו, ואין ודאות כי יגיעו, ואין תפקידנו – בכל הכבוד – "להזמין תביעות", כפי שעלול הדבר להתפרש. מכל מקום קשה בעיניי להלום כי במקרה שבו תביעת ההורים לא התישנה כאשר נפסק עניין המר, אלא התישנה יותר משנה לאחר מכן, ושבו היילוד לא הגיש תביעתו כלל, יוארך המועד. בהינתן הלכת המר ברור היה לכל – גם אם בחוסר ודאות מסוים לעניין מועדים – כי בוטלה עילת התביעה של "חיים בעוולה", וכי יש לחוש ולפעול. בהצעתו של חברי יש לדעתי משום הרחקת לכת מעבר לנקודת האיזון בין האינטרסים, תוך מתן בכורה מסוימת להגשת תביעה בגין נזק שנגרם ליילוד, בפרט נוכח המצב המשפטי לאחר הלכת המר - על חשבון אינטרס הנתבעים, והאינטרס הציבורי בכלל, בודאות ובסופיות. לא אכחד כי לפנינו שאלה של מדיניות שיפוטית, ובסופו של יום סבורני כי העמדה שניסיתי לנקוט יש בה גם משום אהבת חסד, כשם שפרו של החפץ חיים, חסד בגדרי הדין לתובעים; ולנתבעים כמוכן שמור יומם בתיקים עצמם, כמו גם לתובעים בכל תיק לגופו.

ו. למקרא חוות דעתו של חברי השופט דנציגר אוסיף, כי נתתי אל לב להערותו בפסקה 6 באשר לקושי הנוצר לגבי מי שלא הגיש עד כה תביעות יילוד ולמצבו בעקבות הצעתו. דומה כי באמור בפסקה הקודמת כבר ניתנה התשובה לכך, אך אטעים, כי הליכת צעד קדימה מעבר לפסיקה קודמת, שעדיין לטעמי לא היתה מוחלטת וברוח דברי השופט עמית, ימים הגידו, אינה משמיעה בהכרח פתיחת שערים נוספים ובסופו של יום אין מנוס מהצבת קו, ולא בשרירות חלילה עסקינן; ראו בהקשר אחר בג"ץ 8803/06 גני חוגה נ' שר האוצר (2007).

ז. ובחתימה: קראתי גם את דברי חברי השופט הנדל ב"ויכוח ההנמקה" אל מול חברי השופט דנציגר. המסקנה העולה ממכלול הדברים צופה פני עתיד: מקום שהמחוקק – או בית משפט – קובעים נורמה חדשה או משנים הלכה, ראוי כי יקבעו הוראות מעבר פשוטות וברורות, כדי למנוע אינסוף התדיינויות בעתיד. ככל שניתן להוציא מתחת היד מלאכה שלמה, ולא לשיעורין, כן ייטב. אמרו חכמי המשפט העברי (בבלי עירובין ג', ב') על מבקש הדרך ששאל תינוק (ילד) "באיזו דרך נלך לעיר", והשיב לו הילד "זו קצרה וארוכה וזו ארוכה וקצרה", וכוונתו, כי יש דרך הנראית קצרה וסופה ארוכה, וכן להיפך. הדרך הראויה היא זו הארוכה והקצרה, קרי, השקעת מאמץ בהוראת המעבר כדי להשלימה ככל הניתן. במקרה דנא בהלכת המר ננקטה הדרך הקצרה-הארוכה, קרי, לא נקבעה הוראת מעבר שלמה, אולי מתוך רצון הרוב שלא להעמיס עוד על התיק הכבד והתוצאה היא הדיואות הרבים הנשפכים על התדיינויות פרוצדורה שכולן פרוזדור בטרם טרקלין.

ה מ ש נ ה ל נ ש י א ה

השופט י' דנציגר:

1. מסכים אני שההכרעה בתיקים שלפנינו אינה פשוטה כלל ועיקר. הקושי נובע הן מהנושא הניצב ביסוד התביעות, הן ממיהות התובעים והן בהתחשב בפסקי הדין הקודמים שניתנו על ידי בית משפט זה בסוגיה שבנדון.

2. לאחר שקראתי את חוות דעתם של חבריי, ולאחר שעיינתי בפסקי הדין שעסקו בסוגיית פרשנות הוראת המעבר שנקבעה בע"א 1326/07 המר נ' עמית (28.5.2012) (להלן: עניין המר) – ובראשם פסק הדין ברע"א 7490/14 שירותי בריאות כללית נ' פלונית (28.12.2014) (להלן: עניין כללית) – שוכנעתי כי יש לאמץ את התוצאה

המעשית אליה הגיע חברי השופט נ' הנדל. יחד עם זאת, כפי שאפרט, הטעמים שהובילו לתוצאה זו שונים מטעמיו של חברי.

3. בעניין כללית נקבע כי יש להרחיב את הוראת המעבר שנקבעה בעניין המר, כך שתוצאת פסק הדין – ככל שהיא נוגעת לביטול עילת התביעה של היילוד – לא תחול על מקרים בהם תביעת ההורים התיישנה בסמוך לאחר מתן פסק הדין. זאת, בשונה ממקרים בהם תביעת ההורים התיישנה זמן רב לאחר מתן פסק הדין. עיון בפסק הדין בעניין כללית מלמד כי קביעה זו הצריכה הכרעה נוספת בשאלה מהו פרק הזמן שיהווה "זמן סמוך סביר" לאחר מתן פסק הדין בעניין המר. השופט צ' זילברטל סבר, כי יש להעמיד פרק זמן זה על שנה אחת, תוך שהסביר כי:

"הוראת המעבר תחול רק במקרים בהם תביעת ההורים התיישנה עד לשנה אחת לאחר מתן פסק הדין בעניין המר (הווי אומר, לא יאוחר מיום 28.5.2013). לעומת זאת, במצבים בהם תביעת ההורים התיישנה לאחר מועד זה, לא תחול הוראת המעבר (פסקה 14; ההדגשות אינן במקור – י.ד.)."

לטענת חברי השופט הנדל, ניתן לכאורה לפרש קביעה זו כקביעה שאינה מהווה הוראה אופרטיבית גורפת "לפיה כל תביעה שהתיישנה לאחר קו הגבול של שנה תידחה בהעדר עילה" (פסקה 10 לחוות דעתו). דעתי שונה מדעתו. בעניין כללית נקבע מפורשות כי הוראת המעבר תחול אך ורק במצבים בהם תביעת ההורים התיישנה תוך שנה ממתן פסק הדין בעניין המר. ברי כי משמעותה האופרטיבית של קביעת מועד ברור ומוחלט – שעד אליו תחול הוראת המעבר כאמור – היא, מיניה וביה, כי הוראת המעבר לא תחול לאחר מועד זה.

4. אין בידי לקבל גם את קביעתו של חברי השופט הנדל, לפיה לאחר מתן פסק הדין בעניין המר ניתן היה לסבור כי התיישנות תביעת ההורים "לא תחסום בהכרח" את תביעת היילוד, ועל כן "המצב המשפטי לא היה ברור לכל אורך הדרך" כך ש"בזמן אמת לא ידעו הצדדים מהו הכלל הקובע למיצוי זכותם" ולא יכלו להיערך בהתאם (פסקאות 7-8 לחוות דעתו). על פניו, המחלוקת בעניין המר ביחס להחלתה של הוראת המעבר עסקה אך במקרים בהם התיישנה תביעת ההורים עובר למתן פסק הדין בעניין המר, ולא במקרים בהם תביעת ההורים טרם התיישנה (ראו פסקה 2 לחוות דעתה של השופטת (כתוארה אז) מ' נאור). ממילא סבורני כי ביום מתן פסק הדין בעניין המר, הורים שתביעתם טרם התיישנה ידעו – או למצער היה עליהם לדעת – כי עליהם

להזדרז ולהגיש את תביעתם. במובן זה, אינני סבור כי יש לראות בעניין כללית משום הסדרה של מצב משפטי "לא ברור", אלא יותר משום פתרון מעשי לתובעים שהתקשו להגיש את תביעתם במועד בשל קוצר הזמנים, הגם שהבינו את המצב המשפטי לאשורו.

5. מכאן, שעל פניו, יש טעם בטענה כי המקרים העומדים להכרעה לפנינו קיבלו זה מכבר מענה בעניין כללית. יחד עם זאת, סבורני כי המקרים דגן מעוררים מחדש את השאלה האם אכן אותו "זמן התאקלמות" ו-"פרק זמן סביר" – שנקבע בעניין כללית לשנה אחת – לא היה מעט קצר ומחמיר מדי. עיון בנסיבות המקרים מעורר תחושה כי בפועל, לחלק מן התובעים נדרשה תקופת היערכות ארוכה יותר מזו שנקבעה על מנת להגיש את תביעתם. קשה לומר כי התובעים דגן קפאו על שמריהם באופן שניתן לתלות בהם אשם (ולמצער לא נקבעו ממצאים כאמור בבית המשפט המחוזי). בשים לב לכך, ובשים לב למגמה הכללית לפיה אין לסתום את הגולל על תביעותיהם של הניזוקים בתחום עדין ורגיש זה, דומני כי יש מקום להרהר מחדש ב-"פרק הזמן הסביר" שנקבע בעניין כללית. בהקשר זה, ייתכן כי היה מקום לערוך דיון מחודש בשאלת נקודת הזמן הקונקרטי, שתסיים את "פרק הזמן הסביר" כאמור. יחד עם זאת, הואיל שחבריי שניהם ראו לנכון לקבוע את נקודה זו ביום 28.8.2015, ומשום שיש ערך לאחידות ולוודאות בקביעת נקודת הזמן הסופית במקרים הנידונים, החלטתי לצרף דעתי לדעתם. תוצאה זו, מאריכה, למעשה, את "פרק הזמן הסביר" בו תחול הוראת המעבר, והיא נותנת מענה לשאלה שהתעוררה בכלל המקרים העומדים לפנינו להכרעה.

6. אשר למחלוקת שהתעוררה בין חבריי להרכב לעניין המועד שעד אליו ניתן יהיה להגיש תביעות יילוד בכגון דא; ראיתי לנכון להצטרף לדעתו של חברי השופט הנדל, ולקבוע כי ניתן יהיה להגיש תביעות יילוד עד ליום 31.12.2017. קביעתנו בעניין הרחבת "פרק הזמן הסביר" ניתנת רק עתה, לאחר שכבר חלף התאריך הקובע (28.8.2015). על כן, יתכן וישנם תובעים פוטנציאליים אשר נמנעו מהגשת תביעת היילוד כיוון שסברו כי הפסידו אפשרות זו. משכך, לא אוכל להצטרף לקביעתו של חברי המשנה לנשיאה א' רובינשטיין, לפיה "נסתחפה שדהו" של מי שנמנע עד עתה מהגשת תביעת היילוד. סבורני כי קביעה זו עשויה לטמון בחובה הבחנה שרירותית ולא צודקת בין מי שהגיש תביעה כאמור, לבין מי שנמנעו עד עתה מלעשות כן. בהחלט ייתכן שהסיבה לכך נעוצה דווקא בשל הבנתם את קביעותיו של בית משפט זה, ובפרט את עניין כללית בו נקבע כאמור מועד ברור ומוחלט לתחולתה של הוראת המעבר, כך

שהורים אשר תביעתם התיישנה לאחר מועד זה ידעו כי לא עומדת להם תביעת היילוד, ולכן נמנעו מלהגישה עד עתה.

7. סוף דבר, מצטרף אני לתוצאה האופרטיבית אליה הגיע חברי השופט הנדל בפסקה 18 לחוות דעתו (פסקת המשנה המתחילה במילה "התאריך"), אך לא מן הטעמים שהציע.

טרם נעילה יודגש בשנית, כי קריאת חוות דעתנו לצד פסק הדין בעניין כללית, עלולה להוביל לתחושה כי קיימת סתירה בין שני פסקי הדין. לטעמי, אף אם קיימת סתירה מסוימת, הרי שהיא תחומה ביותר, ומצויה בשולי ההכרעות, כאשר היא עוסקת רק באורכו של "פרק הזמן הסביר"; ולא בעצם הצורך לקבוע פרק זמן שכזה, או בעקרונות הפרשנות של הוראת המעבר שנקבעה בעניין המד. על כל פנים, וזהו העיקר, לפני המותב בעניין כללית לא עמדו כאמור המקרים הקונקרטיים העומדים עתה לפתחנו, ואשר לאורם – לעניות דעתי – נתחדש הצורך להרהר פעם נוספת ב-"פרק הזמן הסביר" שנקבע.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בחוות דעתו של השופט נ' הנדל, אליו הצטרף השופט י' דנציגר, בסעיף 21, לרבות הנקבע בסעיף 18, בפסקה המתחילה במילה "התאריך"; ובניגוד לדעתו החולקת של המשנה לנשיאה א' רובינשטיין, אשר מסכים לאמור בסעיף 21, אך מסתייג מהכלל שהוצג, כאמור, בסעיף 18 לחוות דעתו של השופט הנדל.

יוצא כי בכל הקשור לארבעת ההליכים הנדונים, התוצאה היא פה אחד.

ניתן היום, כ"ד באב התשע"ו (28.8.2016).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ה מ ש נ ה ל נ ש י א ה