|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **בפני** | **כבוד השופטת חגית מאק-קלמנוביץ** | |
| **התובעת** | | **פלונית**  **ע"י ב"כ עו"ד עמוס גבעון** |
| **נגד** | | |
| **הנתבעות** | | **1. משרד הבריאות ע"י ב"כ עו"ד אפרת פגורה קורן**  **2. שירותי בריאות כללית ע"י ב"כ עו"ד שרון רום** |

|  |
| --- |
| **החלטה**  **בבקשה להפקדת ערובה** |

**העובדות וטענות הצדדים**

1. בפני בקשתן של הנתבעות לחייב את התובעת בהפקדת ערובה להוצאותיהן בסכום שלא יפחת מ-50,000 ₪.

אלה עיקרי העובדות הצריכות לעניין:

התובעת, באמצעות הוריה, הגישה נגד הנתבעות תביעת רשלנות רפואית לאחר שלא מנעו את הולדתה עם פיגור התפתחותי רב תחומי ונכות בשיעור 100% לצמיתות. התביעה הוגשה נגד נתבעת 1 בהיות המפעילה של סניף טיפת חלב במקום מגוריה של התובעת, ונגד נתבעת 2 בה היו הורי התובעת חברים. (בשולי הדברים אעיר כי בבקשה לחיוב בהפקדת ערובה מופיעים כמשיבים גם הוריה של התובעת, אולם לא מצתי בתיק החלטה על הוספת תובעים).

על פי האמור בכתב התביעה, התובעת שהיא תאומה נולדה בלידת תאומים רגילה עם מיקרוצפליה. לתובעת פנים דיסמורפיים. לטענת התובעת הנתבעות גרמו להולדתה בעוולה או גרמו לה לחיות בעוולה בכך שלא ביצעו מעקב הריון כנדרש, והנתבעות אף פגעו ביכולתה להוכיח את טענותיה בכך שלא המציאו לה ולהוריה את הרשומות הרפואיות הדרושות להוכחת רשלנותן. בכתב התביעה נכללה בקשה לפטור את התובעת מהגשת חוות דעת רפואית בתחום הגניקולוגיה והמיילדות, מאחר ששום מומחה בתחום זה לא הסכים לתת חוות דעת כאשר לא היה בפניו מלוא התיעוד הרפואי. כמו כן מתוארים שורה של ליקויים במעקב ההריון שהתובעת טוענת להם, בין היתר הימנעות מהמלצות לבצע בדיקות שגרתיות וייעוץ גנטי. עוד נטען כי בהתאם לחוזרי משרד הבריאות יש לשקול לבצע דילול עוברים בכל מקרה של הריון רב עוברים, כולל תאומים ושלישיות, וכי הנתבעות לא הציעו להורים "דילול התובעת".

2. כאמור, הנתבעות הגישו בקשה להפקדת ערובה בהתאם לתקנה 519 לתקנות סדר הדין האזרחי התשמ"ד-1984, וזאת מחמת סיכוייה הקלושים של התביעה להתקבל. בבקשה טוענות הנתבעות כי בכתב התביעה נטען כי עד היום לא אובחנה התסמונת ממנה סובלת התובעת, וכי אם התובעת לא הופנתה למעקב הריון בסיכון גבוה, וכתוצאה מכך לא הופנתה לייעוץ גנטי, לא בוצע דילול עוברים ולא הוצעו לה בדיקות שגרתיות, באופן שגרם להחמצת המום. לתמיכה בטענות הוגשו מטעם התובעת חוות דעת של ד"ר עאמר רמדאן, מומחה בתחום הגנטי, ושל ד"ר אדוארד מילר, בתחום רפואת המשפחה. לא צורפה חוות דעת מומחה בתחום המיילדות והגניקולוגיה, על אף שטענות התביעה נוגעות כולן לתחום זה, שאינו בתחום מומחיותם של נותני חוות הדעת.

אל מול אלה הוגשו מטעם הנתבעת חוות דעת של פרופ' יצחק בליקשטיין ופרופ' אייל ענתבי, אשר, על פי הנטען, דוחות את טענות התובעת וקובעות כי בנסיבות בהן עד היום טרם אובחנה התסמונת, ברור שאין היא ניתנת לזיהוי בכלל, ובמעקב הריון בפרט. על כן גם אילו היתה התובעת מבצעת את כל הבדיקות, לא היה סיכוי להגיע לאבחנה, ולא היתה מתגלה אינדיקציה להמלצה על הפסקת ההריון, כיון שהתובעת נולדה ללא מומים מבניים ופיגור שכלי אינו ניתן לזיהוי במסגרת החיים העובריים. עוד נטען בבקשה כי מאחר שהתובעת פנתה לראשונה לטיפת חלב בשבוע ה-25 להריון, והריון התאומים אובחן בשבוע 29, הרי שדילול העוברים לא עלה כלל על הפרק. הנתבעות טוענות, איפוא, כי מדובר בטענות בעלמא, כי לא יעלה בידי התובעת להוכיח את טענותיה וסיכויי התביעה להתקבל קלושים מאד.

הנתבעות הוסיפו וטענו כי זכות הגישה לערכאות, ככל זכות אחרת, היא יחסית ואינה מוחלטת. מניעת תביעות סרק וסיכויים קלושים להצליח בתביעה הוכרו בפסיקה כשיקולים המצדיקים חיוב בהפקדת ערובה, במיוחד כשמדובר בתביעת רשלנות רפואית המחייבת את הנתבע להוצאות בסכומים גדולים. לפיכך הן מבקשות לחייב את התובעת בהפקדת ערובה בסכום שלא יפחת מ-50,000 ₪ או בסכום אחר שייקבע.

3. התובעת הגישה תגובה לבקשה לחיוב בהפקדת ערובה. היא ציינה כי הבקשה הוגשה בשלב מאוחר, לאחר הגשת תצהירי עדות ראשית וכאשר התיק קבוע להוכחות, והיא מהווה ניצול לרעה של ההליכים בניסיון לחסום את דרכה של התובעת לבית המשפט. התובעת ביקשה לדחות את הבקשה על הסף בשל מספר נימוקים: ראשית טענה התובעת כי היה על הנתבעות להגיש את הבקשה לפני קדם המשפט ולא בשלב הנוכחי. שנית טענה כי הבקשה אינה נתמכת בתצהיר. עוד טענה התובעת כי לנתבעות אין תשובות לטענות חמורות שהעלתה התובעת, לפיהן הן מונעות ממנה את הרשומות הרפואיות הדרושות לה. עוד נטען כי התובעת מסתמכת על הוראות משרד הבריאות וקופת חולים כללית ועל תעודות רפואיות, וכי אף רופא נשים אינו מוכן ויכול לתת חוות דעת נאותה ללא תיקי מעקב ההריון. ב"כ התובעת התייחס גם לתצהירים של שני מצהירים מטעם הנתבעות, אשר הצהירו בנוגע להיעדר רשומות של בדיקת אולטרה סאונד ומעקב הריון. לטענת התובעת אין סיכוי להגנת הנתבעת, ומכל מקום נטל השכנוע מועבר אליה.

התובעת טענה כי סיכויי התביעה טובים, כי טענותיה העובדתיות ראויות להתברר וכי די בכך שהתביעה נתמכת בחוות דעת רפואיות הקובעות את רשלנות הנתבעות כדי להביא לדחיית הבקשה. היא הוסיפה כי במקרה זה לא מתקיימות נסיבות אחרות המצדיקות חיוב בהפקדת ערובה, כגון מגורים מחוץ לתחום מדינת ישראל.

התובעת טענה, איפוא, כי הנתבעות עושות שימוש בכוחן הכלכלי תוך ניצול לרעה של ההליכים, כשהתיק קבוע כבר להוכחות. היא הוסיפה כי בהתאם לפסיקה החיוב בהפקדת ערובה נקבע במשורה, כשמדובר בהליך סרק מוחלט, בהתקיים נסיבות מיוחדות וחריגות ולא כשגרה. לטענת התובעת סיכוייה לשכות בתביעה טובים, ואין לחסום את דרכה על ידי חיובה בהפקדת ערובה.

4. הנתבעות הגישו תשובה לתגובה בה טענו כי אין בתגובה התייחסות עניינית לטענותיהן, ולא בכדי. הן חזרו על הטענה שלא ניתן היה לאבחן במהלך ההריון תסמונת שלא אובחנה עד היום, והוסיפו כי אין בפני בית המשפט חוות דעת מטעם התובעת בתחום המיילדות והגניקולוגיה, או מטעם רופאים העוסקים במעקב הריון. באשר לטענות התובעת בנוגע להעדר המסמכים טענו הנתבעות כי מדובר בטענות חסרות שחר, ציינו כי אין כל בקשה תלויה ועומדת מטעם התובעת למתן צו גילוי מסמכים או לעיון במסמך כלשהו, והוסיפו כי צירפו לראיות מטעמן את מלוא הרשומות הרפואיות שברשותן הנוגעות לתביעה.

**דיון והכרעה**

5. ההליך של חיוב תובע בהפקדת ערובה אינו הליך הננקט בדרך שגרה, ונדרשות נסיבות המצדיקות צעד זה. תקנה 519 אינה מפרטת את הנימוקים בגינם ניתן לחייב תובע בהפקדת ערובה, אולם בפסיקה גובשו מבחנים שונים, אחד מהם נוגע לסיכויים לזכות בתביעה.

כך נפסק:

"13. אכן, בתי משפט נוהגים במשורה בחיוב בהפקדת ערובה להוצאות, ומקובל, כי אמצעי זה לא יופעל כדבר שבשגרה, הן מתוך התחשבות בזכות הגישה לבית המשפט (ראו: [רע"א 544/89 אויקל תעשיות (1985) בע"מ נ' נילי, מפעילים מתכת בע"מ, פ"ד מד](http://www.nevo.co.il/case/17937879)(1)647, 650), והן על מנת שלא לפגוע יתר על המידה בזכות הקניין של התובע (ראו: ד"ר ש. לוין, תורת הפרוצדורה האזרחית, מבוא ועקרונות יסוד, עמ' 35). [תקנה 519](http://www.nevo.co.il/law/74880/519) לתקנות מאפשרת להגיע לאיזון בין הצורך להבטיח את הוצאותיו של צד ה"נגרר" להליך משפטי, באופן הגורם לו לשאת בהוצאות שונות, ובין הרצון שלא להטיל מגבלות על המבקש לפנות לבית המשפט כדי לממש את זכויותיו, שיש בהן כדי לסכל את יכולתו להיזקק להליך המשפטי. [תקנה 519](http://www.nevo.co.il/law/74880/519) לתקנות נועדה למנוע תביעות סרק ולהבטיח את תשלום הוצאות הנתבע, במיוחד כאשר נראה לבית המשפט שהסיכויים של התובע להצליח בתביעה, קלושים, כמו במקרה שלפנינו..." (ע"א 8440/03, **בן ציון כהן נ' חיה לחוביץ** (21.7.04).

ועוד:

"הלכה היא כי, ככלל, אין להתנות את זכותו של תובע להביא את עניינו לבירור לפני ערכאות שיפוטיות בהפקדת ערובה כספית להבטחת הוצאות הנתבע אלא במקרים נדירים ובנסיבות חריגות, וכי אין לחייב תובע במתן ערובה להוצאות הנתבע מחמת עוניו בלבד; עקרון זה נובע מחשיבותה של זכות הגישה לערכאות שהיא זכות חוקתית ([רע"א 3601/04](http://www.nevo.co.il/case/5905553) ו'נצ'ון נ' מדינת ישראל ([פורסם בנבו], 18.10.2007), להלן: עניין ו'נצ'ון; [רע"א 7543/04](http://www.nevo.co.il/case/5823686) ליסטר נ' ליסטר (3.10.2004), להלן: עניין ליסטר); יואל זוסמן סדרי הדין האזרחי (מה' שביעית, 1995) 899, להלן: זוסמן). יתרה מכך, חיוב תובע בערובה להוצאות נתבע פוגע בזכות הקניין שלו....

עם זאת נפסק, כי בין יתר השיקולים שניתן לשקול כאשר נבחנת בקשה לחייב תובע בערובה להוצאות נתבע יובאו בחשבון סיכויי קבלתה של התביעה והשאלה כלום מדובר בתביעת סרק. אלא שלטעמי, בין היתר בשל הקושי להעריך את סיכויי התביעה כאשר עסקינן בהליך בערכאה הראשונה, שיקול זה כשלעצמו אינו יכול, בדרך כלל, להביא לחיוב תובע בערובה להוצאות הנתבע, אלא במקרים של הליך שניתן להגדירו כהליך סרק מובהק.

הלכה היא כי בסוגיה האמורה על בית המשפט לנהוג "במתינות", מה גם שמשמעות אי הפקדת ערובה להוצאות הנתבע היא דחית התביעה..." (רע"א 6353/12, **יובל אברהם נ' טל יגרמן,** (16.1.13), פיסקה 5 להחלטה, וראו גם רע"א 3462/14, **סארי גנאם נ' מדינת ישראל - משרד הבריאות** (17.9.14); רע"א 5738/13, **שרה אבו סעלוק נ' שירותי בריאות כללית** (14.11.13)).

6. כעולה מההחלטות הנ"ל, קיימת רגישות מיוחדת כאשר מדובר בתביעות בגין רשלנות רפואית, ובמיוחד הולדה בעוולה, לגביהן צומצמה מאד ההגבלה על זכות הפניה לערכאות. אך עם זאת נפסק בשנים האחרונות בעניין אחר, בנסיבות שרב הדמיון ביניהן לנסיבות שבפני:

"6. נתתי דעתי על הבקשה ועל נימוקיה; נתתי לבי על הקטינה ועל הוריה. שקלתי את נימוקי הבקשה, בחנתי את נספחיה, והחלטתי לדחותהּ. עשיתי כן משום שלא מצאתי פגם בהחלטת בית המשפט המחוזי. אין זו מלאכה פשוטה להעריך בתחילת משפט את סיכויי הזכיה בתביעה, אך בכגון דא הכרח לעשותהּ. היטב עשׂאה בית המשפט המחוזי, וציין כי על פני הדברים הרשומות הרפואיות הן בעוכרי המבקשים..... זכותם עודנה עומדת להם להמשיך בבירור התביעה, אך זו צורכת משאבים רבים. אין זה צודק להעמיס את העלויות כולן על שירותי בריאות כללית. יש צורך בגורם מאזן ומווסת, גם מבחינת בעלי הדין, גם מבחינת מערכת המשפט העמוסה לעייפה. אם בטוחים המבקשים בצדקת תביעתם, כי אז דומה כי ישׂכילו לגייס את סכום הערובה, משום שלבטח ניתן יהיה להשיבוֹ מתוך סכום הפיצויים שייפסק. אם אינם בטוחים, מוטב לעשות הערכה מחודשת. בנסיבות העניין, החלטה על מתן ערובה בסך של 30,000 ₪, אינה מקפחת את המבקשים, מעניקה בטחון מסוים למשיבים, ואני סבור כי היא מוצדקת" (רע"א 1993/15, **קטינה נ' שירותי בריאות כללית** (14.5.15).

7. אני סבורה כי המקרה שבפני נופל לגדרם של אותם מקרים מעטים שלגביהם ניתן לקבוע כי סיכויי התביעה להתקבל אכן קלושים, מטעמים אחדים. **מובן שאין בדברים אלו קביעות סופיות אלא הערכה מקדמית בלבד, ואפשר שבמהלך שמיעת הראיות יתברר כי המצב שונה בתכלית.**

ראשית, מדובר במקרה חריג בו גם במועד הגשת התביעה לא אובחנה התסמונת ממנה סובלת התובעת. אם לא אובחנה עד היום, ברי כי קיים קושי מניה וביה בטענה שניתן היה לאבחן את ליקויה של התובעת עוד בזמן ההריון, ולהמליץ להוריה על הפסקתו.

אציין כי טענות התובעת בעניין זה כוללות דבר והיפוכו, כאשר מחד נטען כי התובעת סובלת מליקוי שניתן היה להבחין בו עוד במהלך ההריון, ומאידך היא טוענת כי ההימנעות מדילול העוברים גרמה ללידה מוקדמת, על כל נזקיה, והיא שגרמה לפיגור (ראו סעיף 17 לכתב התביעה). כך, כתב התביעה וטענות התובעת עצמן מעוררות קשיים ניכרים, עוד בטרם ייבחנו טענות הנתבעות.

8. זאת ועוד: כאמור, חוות הדעת מטעם התובעת אינם של מומחים מתחומים רלוונטיים, או כאלה שעיסוקם במעקב הריון, ואילו חוות הדעת מטעם הנתבעות הן של מומחים בתחום זה. בפסיקה הדנה בהפקדת ערובה עולה הקושי להעריך מראש את סיכויי התביעה כשיקול מרכזי להימנעות מחיוב התובע בערובה. מצב זה נוצר כאשר בפני בית המשפט שתי מערכות טיעונים, ונוצר צורך להכריע ביניהן לפני חשיפה לתצהירים או חקירת המומחים (ראו לדוגמא עניין **סארי גנאם נ' מדינת ישראל** לעיל). אולם במקרה שבפני קיימת נחיתות מובנית של חוות הדעת מטעם התובעת לעומת חוות הדעת מטעם הנתבעים, בשל העד מומחיות וניסיון רלוונטי של המומחים מטעם התובעת בתחומים הרלוונטיים לתביעה. כך שיתרונן של הנתבעות, ומכאן סיכוייהן הטובים יותר לזכות בתביעה, ברורים על פניהם גם ללא צורך בחקירת המומחים ובהתרשמות מהעדים.

9. הטענה בדבר העדר מסמכי רשומה רפואית נטענה באופן כללי וסתמי. לכתב התביעה, כמו גם לתצהירים שהוגשו מאוחר יותר, צורפו סדרת מכתבים מאת ב"כ התובעת ובהם דרישה שגרתית לקבלת הרשומות הרפואיות הנוגעות למעקב ההריון וללידה. עם זאת, אין אף לא באחד המכתבים דרישה לקבלת מסמכים ספציפיים אשר נטען שהוסתרו מהתובעת, או אינדיקציה כלשהי לטענות בדבר הסתרת רשומות רפואיות או שינויים שנעשו בהן. כמו כן לא פורטו עובדות קונקרטיות כלשהן באשר לטענה בדבר קושי בקבלת חוות דעת בשל העדר מסמכים רפואיים, מלבד אמירה בעלמא.

במסגרת הליך זה לא הוגשה שום בקשה מטעם התובעת לגילוי מסמכים, לא כל שכן לגילוי מסמכים ספציפיים; הליכים שהם מחוייבי המציאות כאשר קיימות טענות בנוגע להעדר מסמכים רלוונטיים.

אין בכל האמור כדי להביע מסקנה או קביעה לגופו של עניין בנוגע לרשומות הרפואיות, אולם ככל שמדובר בהליך של חיוב בהפקדת ערובה, ניתן לקבוע שלא הוצגה תשתית לטענה לפיה לא הובאו חוות דעת על ידי מומחים מהתחום הרלוונטי בשל הימנעות הנתבעות מהעברת מסמכים.

10. באשר למועד הגשת הבקשה: תקנה 519 אינה מוגבלת לשלב מסויים של ההליך, ואין בסיס לטענה שצריך היה להעלות את הבקשה לפני קדם המשפט. קיים אף יתרון בהמתנה עד לאחר הגשת הראיות, בשלב שלאחר הגשת מלוא ראיותיה של התובעת. בעניין **אברהם נ' יגרמן** הנ"ל, הוגשה הבקשה לחיוב בערובה בתום הליכי קדם המשפט לפני הגשת התצהירים, ונדונה לאחר סיום פרשת התביעה. נקבע (פסקה 9 להחלטה) כי

"כאשר לפנינו הליך שהגיע לשלב מתקדם, ויש להניח שבחלק הארי של ההוצאות כבר נשא הנתבע, הולכת ופוחתת ההצדקה לחייב את התובע במתן ערובה להוצאות, שכן בשלב זה לא יהיה באי הפקדת הערובה כדי לחסוך לנתבע את הוצאותיו. האפשרות למנוע מצב של הליך שווא שנוקט תובע נגד נתבע אשר נגרר שלא בטובתו להליך יקר, שבסיומו עשוי הוא למצוא את עצמו חסר יכולת להיפרע מן התובע, ממשית ומעשית יותר עת ניצבים אנו בתחילת הדרך, והתביעה מגלה על פניה, כי מדובר בהליך סרק שסיכוייו להתקבל נמוכים"

11. לנוכח כל השיקולים שהועלו, אני סבורה שסיכויי התובעת לזכות בתביעתה קלושים, וכי יש לחייבה בהפקדת ערובה להוצאות המשיבים. אין בפני נתונים לגבי מצבם הכלכלי של התובעת והוריה, והצדדים לא הרחיבו בטיעונים בנושא זה, אולם ניתן להסיק כי מצבם הכלכלי אינו מהמשופרים וכי חיובם בהפקדת ערובה ישפיע על יכולתם של התובעים לעמוד על תביעתם.

בשים לב מחד גיסא לסיכויים התביעה הנמוכים ולעלות הגבוהה של ניהול הליך של רשלנות רפואית, ומאידך גיסא לרצון שלא לחסום את דרכה של התובעת לבית המשפט, במיוחד לנוכח מהות התביעה, וכן לשלב המאוחר בו הוגשה הבקשה, אני מחייבת את התובעת בהפקדת ערובה בסך 20,000 ₪. בשל העובדה שדיון ההוכחות הקרוב קבוע ביום 16.4.18, תפקיד התובעת מחצית מהסכום עד יום 12.4.18 ואת המחצית הנותרת עד יום 1.5.17.

ניתנה היום, כ"ג ניסן תשע"ח, 08 אפריל 2018, בהעדר הצדדים.

