****

**המסלול האקדמי המכללה למנהל**

**בית הספר למשפטים ע"ש חיים שטריקס**

**אחריות המדינה בגין הפרת חובת היידוע באשר להשלכותיו של פס"ד המר**

[](https://www.google.co.il/url?sa=i&rct=j&q=&esrc=s&source=images&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwjwromxob3dAhVhwYsKHTUYCZ0QjRx6BAgBEAU&url=https://ecuadorcupon.com/studio-di-avvocato-milano/&psig=AOvVaw1P3FIpx88A6qYLOK6r-Bfb&ust=1537109463561871)**"טוב מותי מחיי"**

[](https://www.google.co.il/url?sa=i&rct=j&q=&esrc=s&source=images&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwjzwYiBor3dAhVxxosKHf5rAeEQjRx6BAgBEAU&url=https://www.psakdin.co.il/Document/%D7%94%D7%94%D7%95%D7%A8%D7%99%D7%9D-%D7%AA%D7%95%D7%91%D7%A2%D7%99%D7%9D-%D7%91%D7%92%D7%99%D7%9F-%D7%94%D7%95%D7%9C%D7%93%D7%94-%D7%91%D7%A2%D7%95%D7%95%D7%9C%D7%94-%E2%80%93-%D7%9B%D7%99%D7%A6%D7%93-%D7%99%D7%95%D7%91%D7%98%D7%97-%D7%94%D7%A4%D7%99%D7%A6%D7%95%D7%99-%D7%92%D7%9D-%D7%9C%D7%99%D7%9C%D7%93&psig=AOvVaw1P3FIpx88A6qYLOK6r-Bfb&ust=1537109463561871)

**עבודת סמינריון במסגרת הקליניקה לזכויות החולה**

**בהנחיית ד"ר נילי קרקו – אייל**

**מגישה: לין ביצ'אצ'י**

**ת.ז: 308018100**

**תשע"ח**

**תוכן עניינים:**

[מבוא: 3](#_Toc494374390)-4

[פרק ראשון – "על לידתה ומותה של עילת החיים בעוולה" 5](#_Toc494374391)

[א1. תיאור עילת "חיים בעוולה" – wrongful life 5-6](#_Toc494374392)

[א2. פרשת זייצוב 6-8](#_Toc494374393)

[א3. פרשת המר 8-9](#_Toc494374394)

[א4. המצב המשפטי כיום 9-10](#_Toc494374395)

[פרק שני – התיישנות 11](#_Toc494374396)

[ב1.השפעת פסק דין המר השלכותיו בכל הקשור לדיני ההתיישנת 11-13](#_Toc494374397)

[ב2. סיווג עילת ההתיישנות – דין מהותי או דין דיוני? 13-14](#_Toc494374398)

[ב3.חוק הנזקים האזרחיים (אחריות המדינה) התשי"ב - 1952 14-15](#_Toc494374398)

[פרק שלישי – אחריות המדינה 15-16](#_Toc494374399)

[ג1. זריקות הדפו - פרוברה](#_Toc494374400) 17

[ג2. פס"ד איבי – נפגעי הגזזת 17-18](#_Toc494374401)

[ג3. התנהלות המדינה לגביי אופן היידוע של ההורים 18](#_Toc494374402)

ג1.3[עוולת הרשלנות בניקין 19-23](#_Toc494374403)

[ג4. משפט משווה – אחריות המדינה 23-26](#_Toc494374398)

[פרק רביעי –סעד הפיצויים 26](#_Toc494374404)

[ד1. פרשת חננשוילי – ראש נזק חדש 26-28](#_Toc494374405)

[ד2. נזק כלכלי טהור 28-29](#_Toc494374406)

[ד3. שיקולי מדיניות בעד צמצום אחריות 29-30](#_Toc494374407)

[סיכום ומסקנות](#_Toc494374408) 31-32

[סוף דבר 32-33](#_Toc494374409)

[ביבליוגרפיה 34](#_Toc494374408)-36

**מבוא:**

*"....אינני סבורה שראוי להכיר בקיומה של עילת תביעה לקטין, אם המום שממנו הוא סובל מאפשר לו הנאה מהחיים, ולו גם מוגבלת. למשל, כאשר המום מתבטא בחירשות, בעיוורון, בצליעה או במחלה המאפשרת חיים מהנים חרף קיומה (כגון סכרת נעורים). אכן, כאשר ההורה נועץ ברופא בשאלה אם קיים חשש שייוולד ילד עם מום פלוני, ועקב רשלנותו של הרופא היועץ מביאים הוריו לעולם בן שלוקה באותו מום, יש לאותו הורה עילת תביעה נגד היועץ. אך האם גם לרך הנולד יש עילת תביעה עצמאית על סמך קיומו של המום? הרי טעותו של היועץ הרשלן היא ש"העניקה" לו חיים. אלמלא הרשלנות של היועץ היו ההורים (לפי הנחתנו) נמנעים מהבאתו לעולם. לכן, הוא מצדו זכה, עקב אותה רשלנות, במתנת חיים, וחזקה (הניתנת לסתירה) היא שעדיף קיום, אפילו עם מום, מאי קיום."[[1]](#footnote-1)*

במסגרת סמינריון זה בחרתי לבחון את הסוגיה "אחריות המדינה בגין הפרת חובת היידוע באשר להשלכותיו של פס"ד המר". לפיכך, שאלת המחקר שבה אדון בעבודה זו היא האם יש להטיל אחריות על המדינה בכך שהפרה את חובת היידוע וגרמה לאובדן עילת תביעה של "חיים בעוולה"? פרשת המר ליוותה אותי רבות בעניין הסוגיה של "חיים בעוולה", האם ניתן להגדיר חיים של עולל שזה עתה מתחיל להבין את משמעות המילה "חיים" כנזק? האם במצב של חיים עם מומים כה חמורים מוטב היה לאדם שלא היה נברא משנברא? האם אנחנו בכלל יכולים להכריע בשאלה כל כך קשה, פילוסופית ומוסרית ממין זה? האם השופטים בכלל יכולים לענות עליה? הרי זאת שאלה אינדיבידואלית שכל אדם חווה אותה בדרך כזו או אחרת. בשיחתי עם אחת העו"ד במשרד מבקר המדינה על המום שנגרם לה כתוצאה מטיפול רשלני בהיותה פגה וגרם לה לאבד את מאור עיניה, על החיים לצד העיוורון, היא השיבה לי כי טוב לה בחיים הללו, טוב לה עם מוגבלותה והיא חייה חיים עצמאיים והישגיים אם זה בפן האקדמאי ואם בפן האישי והנאתה גדולה. בעוד היא ממהרת להשיב שלא כל אחד ישיב כך. דבר זה הביא אותי לכתיבת סמינריון זה.

אמנם השאלות שציינתי מעלה לא היוו חלק ניכר בעבודה זו משום שיש ספרות רחבה בנושא, אך השאלה המשפטית אותה טרם סקרו היא האם ניתן לפצות את ההורים ובעצם, על מה ניתן לפצות אותם? במצב של לידה בעוולה היו שתי עילות תביעה, של ההורה ושל הילד. להורה היו שבע שנים לתבוע ואילו לילד היו 25 שנים. מצב זה השתנה לאחר פס"ד המר וכעת יש עילת תביעה אחת בלבד, של ההורים ורק ל-7 שנים, מצב שיוצר בעייתיות רבה והשאלה שתיבחן לאורך כל העבודה היא האם על המדינה היה ליידע את התובעים הפוטנציאלים על השינוי שנוצר בעקבות פס"ד המר ובמידה ולא עשתה כן, האם ניתן לדרוש ממנה לפצות את ההורים. לא רק זאת, בעבודה זו אראה כי חוק ההתיישנות והוראות המעבר שניתנו בפס"ד המר היוו כשל רב בפסיקות עתידיות בכך שלא יצרו הלכה אחת ברורה לעניין משך הזמן שניתן יהא לתבוע.

העבודה הינה עבודה תיאורטית הבוחנת בעין ביקורתית את המצב הסטטוטורי הקיים, את הסעד שעלולות המשפחות לאבד ואת אי הצדק המוחשי. במסגרת העבודה שזרתי פסיקה וספרות וכן משפט משווה אנגליה.

**הפרק הראשון** בעבודה זו מתאר את עילת "החיים בעוולה" – wrongful life, מסביר מהי העילה והיכן היא נדונה לראשונה במדינת ישראל, את לידתה וצמחיתה של העילה ואת מותה. לאחר מכן אערוך סקירה פסיקתית, אתחיל מהלכת זייצוב בהובלתה ומפי השופטת מרים בן-פורת ומה ביהמ"ש הכריע בסופה, אציין את דעותיהם החלוקות של השופטים שהביאו ותרמו להבנה של הפסיקה כמי שלא היו בדעה אחת, לאחר מכן אציג את הדרך הארוכה עד להכרעה המוחצת בפס"ד המר, אותו אסקור בקצרה. אסיים במצב המשפטי כיום.

**הפרק השני** תחילה אסביר מהי התיישנות. לאחר מכן אראה השפעת פס"ד המר והשלכותיו בנוגע לבעיה המתעוררת בדין ההתיישנות. אראה את הקשיים שפס"ד המר יצר בהשאירו את שאלת הוראות המעבר בצריך עיון. אציג את הבעיה שקמה בגין ביטול עילת "חיים בעוולה", ההבדל בין שתי עילות התביעה, כלומר לתביעת ההורים יש שבע שנים לתבוע לעומת הקטין שהיו לו 25 שנה. כמו כן, אציג מקרה בהם השופטים התחבטו ולא ידעו איך להכריע בפסיקות שלאחר פס"ד המר. בנוסף, אתייחס לעניין סיווג עילת ההתיישנות בענייננו - האם דין מהותי או דין דיוני. ולבסוף, אסקור את חוק הנזקים האזרחיים (אחריות המדינה).

**הפרק השלישי** בעבודה זו אסקור את עניין אחריות המדינה. אמחיש את עניין אחריות המדינה לפי דוגמאות: זריקות הדפו-פרוברה ופס"ד איבי, קרי נפגעי הטיפול בגזזת. דוגמאות אלו נועדו להמחיש לצורך עבודה זו את התמונה המלאה והנסיבות בהן חבה המדינה באחריות כלפי נפגעים כאשר היא יצרה את הסיכון. את הדוגמאות האלה אסביר במהלך העבודה. לאחר מכן אדון בסוגיה של התנהלות המדינה לגבי אופן היידוע של ההורים בעקבות פסק דין המר, שם אבחון את עוולת הרשלנות בנזיקין. לבסוף, אסקור במשפט משווה לפי המשפט האנגלי.

**הפרק הרביעי** בעבודה זו דן בסעד הפיצויים, כאשר השאלה שמועלת בפרק זה היא: האם ניתן לפצות את ההורים על אובדן עילת תביעה? לאחר מכן, אמחיש את עניין חננשוילי כיציר פסיקה של השופטת נתניהו שהכירה בראש נזק חדש, מה שיוביל אותי לכתיבה של ייסוד הנזק כנזק כלכלי טהור ולאחריו אתייחס לשיקולי מדיניות בעד צמצום אחריות המדינה. בפרק זה אוסיף את דעתי לגביי פרק זה והפרק השלישי.

**לבסוף**, אסכם ואעלה את שלל הפתרונות הקיימים בארץ, אשר יסקרו לאורך העבודה כולה. כמו כן, אביע את דעתי האישית ואנסה ליצור מעין מודל אופטימאלי בו הורי הקטין, הקטין ומשפחתו יוכלו למצות את זכויותיהם ובכך לצמצם, ככל שאפשר, את הפער על העוול שנגרם להם. כולי תקווה כי הקורא יביע ענין בעבודה זו ונזכה לחיות בעולם מכיל ומקבל יותר את השונות תוך רגישות ואמונה.

**פרק א' – "על לידתה ומותה של עילת ה"חיים בעוולה"**

"נושא אדם מוגבלות מולדת כלשהי, ונטען כי התנהגות זהירה של הנתבעים שהם בדרך כלל הגורמים הרפואיים שטיפלו באם ההרה הייתה מונעת כליל את הולדתו, ובכך היה נמנע הסבל הכרוך בחייו עם מום."[[2]](#footnote-2) לפנינו עומדות שתי עילות תביעה אפשריות האחת, עילת "הולדה בעוולה" ((wrongful birth שזוהי תביעתם של ההורים. השנייה, עילת "חיים בעוולה" (wrongful life) שזו עילתו של הילד.[[3]](#footnote-3) באמצע שנות השמונים הגיעה לפתחו של ביהמ"ש העליון פרשת זייצוב,[[4]](#footnote-4) שבה ברוב של ארבעה שופטים מתוך חמישה נקבע כי יש לקטין עילת תביעה נגד מי שבהתרשלותו גרם להיוולדו.[[5]](#footnote-5) זאת, על אף שנפלה מחלוקת בין השופטים באשר לנסיבות בהן יתאפשר לתבוע. בפסק דין המר שניתן 26 שנים לאחר מכן, בשנת 2012, הפך ביהמ"ש העליון את ההלכה בהרכב של שבעה שופטים. בפסק דין זה הוחלט לחרוג מהלכת זייצוב, ובכך בוטלה עילת תביעתו של הילד.[[6]](#footnote-6) ביהמ"ש העליון היה מודע לעובדה שיש לשמור על האינטרס של היילוד ועל ההוצאות הכרוכות בגידולו ובבגרותו, אך הוסיף נזקים אלה לתביעתם של ההורים, לעילה האמורה של "ההולדה בעוולה".[[7]](#footnote-7) יש לומר כי שאלות מעין אלה אשר הגיעו לפתחו של ביהמ"ש העליון היו שאלות פילוסופיות – שאלת מוסריות לצד שאלות משפטיות. ביהמ"ש נדרש להכריע בשאלות סבוכות, בשיקולי תועלת אל מול נזק וכיו"ב. שאלות מסוג: האם נכון לשלול מהילד פיצוי משום שלא ניתן להחזיר את המצב לקדמותו? האם הפגיעה בעילתו "חיים בעוולה" פוגעת בכבוד הנכים ובחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו? שאלות אלה הועלו לא פעם בפסיקה ובספרות, אולם אינני מתכוונת להשיב עליהן הגם שמדובר בשאלות מעניינות. בפרק זה אדון בפרשות זייצוב והמר, השתלשלותן והמצב המשפטי הקיים היום.

**א1. תיאור עילת "חיים בעוולה" – wrongful life**

בפרשת זייצוב דובר במשפחה מורחבת בה רווחה מחלה תורשתית בשם "תסמונת האנטר", אשר פגעה בזכרים ואילו הנקבות היו רק "נשאיות". אלה אשר לקו במחלה נולדו עם ליקויים קשים בחושים ובתפקוד, זאת ללא כל תקווה להתפתחות נורמלית. למחלה זו תוחלת חיים קצרה של כ10-20 שנה, דרך ייסורים רבים בחיים אל המוות.[[8]](#footnote-8) טרם נישואי האם היא פנתה ליועצת רפואית בבית החולים בלינסון, על מנת לקבל חוות דעת בשאלה האם הפגם הגנטי האמור עלול להימצא במשפחתה ולגרום, להולדת בן שילקה במחלה זו. האם הסבירה כי אם קיים חשש זה, אין בדעתה להרות והיא נחושה בדעתה לא ללדת ילדים לחיי סבל. חשוב לציין כי באותן שנים, שנות השמונים במאה הקודמת. טרם התפתחה הרפואה ובמהלך ההיריון לא היה ניתן לדעת את מין העובר.[[9]](#footnote-9) כתוצאה מבלבול בין תיקי חולים אשר נבע מרשלנותה של היועצת הרפואית, קיבלה האם תשובה כי אינה נושאת את הפגם האמור כך, שאין חשש למום בעובר. בהסתמך על חוות דעת רפואית זאת הרתה האם וילדה בן. משנולד, התברר כי הוא לוקה במחלה התורשתית.[[10]](#footnote-10) מאחר שאת הנעשה אין להשיב הגישה האם יחד עם בעלה תביעת פיצויים על הנזק שנגרם לה כתוצאה מחוות דעת מוטעית - עילת "ההולדה בעוולה", ותביעה נוספת בשם הקטין כעילה עצמאית - עילת "חיים בעוולה".[[11]](#footnote-11) הטענה בשמו הייתה כי רשלנותה של היועצת הרפואית היא אשר גרמה לו להיוולד למרות הסיכון שילקה במחלה, ללא כל תקווה להתפתחות נורמלית ולתוחלת חיים סבירה. כל זאת, בניגוד לרצונה של האם.[[12]](#footnote-12) עילת "ההולדה" בעוולה של ההורים הוכרה על ידי ביהמ"ש באופן גורף, לעומת זאת, באשר לעילת "חיים בעוולה" של היילוד התגלעו מחלוקות במספר היבטים משפטיים ופילוסופיים-מוסריים.[[13]](#footnote-13)

המאפיין הדומיננטי בעילת התביעה של "הולדה בעוולה", הוא קיומה של סימולטניות בין מעשה הרשלנות של היועצת לבין ההולדה, שכן כתוצאה מן הרשלנות היילוד בא לעולם. טענת היילוד בתביעתו הינה כי אילמלא הרשלנות, ואילו ניתן להוריו מידע הולם ונכון, אמו הייתה מבצעת הפלה או לחילופין לא הייתה נכנסת להיריון כלל.[[14]](#footnote-14) המאפיין הבולט בתביעה זו של היילוד הוא בעצם רק דרך תביעתו בגין המומים, אשר עקב לידתו הם ילוו אותו לאורך חייו אך, לעיתים קרובות תביעה זו מובאת על ידי ההורים לטובת היילוד.[[15]](#footnote-15) ובכך בעצם נוצרת כפילות בדיון. [[16]](#footnote-16)

**א2. פרשת זייצוב**

*"שתי שנים ומחצה נחלקו בית שמאי ובית הלל, הללו אומרים: נוח לו לאדם שלא נברא יותר משנברא, והללו אומרים: נוח לו לאדם שנברא יותר משלא נברא. נמנו וגמרו: נוח לו לאדם יפשפש במעשיו. – שלא נברא יותר משנברא, עכשיו שנברא – יפשפש במעשיו."[[17]](#footnote-17)*

נושא זה של הולדה בעוולה נדון לראשונה בישראל בהרכב מורחב של חמישה שופטים בביהמ"ש העליון, באמצע שנות השמונים.[[18]](#footnote-18) כאמור לעיל, תביעת ההורים התקבלה פה אחד על ידי שופטי ביהמ"ש העליון, אשר קבעו כי ההורים יכולים לתבוע בגין ההתרשלות כי לולא אירעה תקרית לא היה מגיע היילוד לעולם, ולכן הם יכולים לתבוע על הנזקים שנגרמו להם כתוצאה מהלידה.[[19]](#footnote-19) לעומת זאת, בעניין תביעת היילוד נחלקו דעתם של השופטים לשלוש.

לדעת המשנה לנשיא **השופטת מרים בן-פורת,**  אליה הצטרף השופט דב לוין, עילת תביעה בגין "חיים בעוולה" תוכר רק במצבים חמורים ביותר בהם ניתן לומר: "טוב לו שלא נברא משנברא".[[20]](#footnote-20) כאשר אדם סובר כי חייו במומו גרועים מאי חיים, הרי שהוכח קיומו של נזק וקמה עילת תביעה.[[21]](#footnote-21) בשל כך, המזיק יתחייב להעניק ליילוד פיצוי ממוני ככל שיאפשר לו למצות את הפוטנציאל הקיים בו, על מנת שיוכל לתפקד בצורה טובה יותר לצד מצבו הנחות.[[22]](#footnote-22)

*"השאלה היא, כלום ייתכן, שבמצב כלשהו יהיה אי-קיום (כאמור, להבדיל ממוות) עדיף על פני החיים. לאחר ששקלתי בדבר התגבשה בי הדעה, כי ייתכנו מקרים, אם כי נדירים, שבהם ניתן יהא לקבוע, שטוב היה לאדם פלוני לולא נולד. לעתים תהא זו הנחה חברתית מוסכמת, שמוטב היה לפלוני לא להיוולד מלחיות תוך מוגבלות חמורה. הנחה חברתית כזו תוסק, אם במקרה נתון תהיה זו דעתו של "האדם הסביר" – מונח מושרש היטב בדיני הנזיקין. זהו, לפי השקפתי, בסיס משפטי והגיוני כאחד לקביעה, שקיים אותו 'אבדן', או שקיימת אותה 'גריעה', כנדרש בהגדרה של 'נזק' בפקודת הנזיקין [נוסח חדש].[[23]](#footnote-23)*

ראוי להוסיף את דבריו של השופט דב לוין, אשר הדגיש את "'קדושת החיים" וסבר כי: *"לכאורה, מי שזכה לראות את החמה בזריחתה, את כחול השמים בזוהרם, מי שחש את עוצמת הווית החיים וטעם ממכמניה, מצבו עדיף על מי שנתקפח ולא זכה בכל אלה."[[24]](#footnote-24)*

**השופט אהרן ברק,** דעה אליה הצטרף השופט שלמה לוין, סבר כי ההשוואה בין מצב הילד ללא מום למצבו לולא נולד היא לא נכונה, אלא יש צורך להשוות לפיו מצבו כי היה נולד ללא מום.[[25]](#footnote-25) דעתו הפוכה לדעתה של השופטת בן-פורת בכך שזכות התביעה לא צריכה להצטמצם למצבים קיצוניים וחמורים אלא דלתות ביהמ"ש צריכות להיות פתוחות לכל אדם ולכל מום שהוא.[[26]](#footnote-26) מטרת הפיצויים היא להחזיר את המצב לקדמותו, לכן, יש צורך בגמישות של דיני הפיצויים כך שתינתן לניזוק תרופה שתוכל לפצות אותו על הנזק שאירע לו. במצב דברים זה המזיק חייב להעמיד את הניזוק בסיטואציה כאילו נולד ללא מום.[[27]](#footnote-27)

*"אין להעמיד כמטרת הפיצויים את החזרת המצב לקדם-עוולה...מטרת הפיצויים היא ליתן לניזוק תרופה שיהא בה כדי לפצותו על הנזק שנגרם לו...משמעותה של מטרה זו היא להעמיד את הניזוק באותו מצב, שבו היה נתון אילו נולד ללא מום."[[28]](#footnote-28)*

עמדתו לא התיישבה בקנה אחד עם עמדתה של השופטת בן-פורת, בשל הסיבה כי חיים ללא מום אינם אפשריים משום שלולא הניזוק היילוד כלל לא היה בא לעולם, אלא רק עם מומו.[[29]](#footnote-29)

**השופט גולדברג** שהיה בדעת מיעוט, סבר כי מטרת דיני הנזיקין הינה השבת המצב לקדמותו, וכי מטרה זו אינה מתיישבת עם עילת תביעה בגין "חיים בעוולה" שבה הנזק והקיום נחשבים כעילה אחת, שהרי ללא התרשלות המזיק לא היה קיים תובע בכלל.[[30]](#footnote-30) לכן, לדעתו עצם ההכרה בעילת "חיים בעוולה" היא עניין למחוקק ולא ביהמ"ש.

דעות חלוקות אלה של שופטי הרוב בפרשת זייצוב שלמעשה לא הוכרעו גרמו לאי אחידות בבתי משפט. מחד גיסא, מספר פסיקות נקטו לפי עמדתה של השופטת בן-פורת,[[31]](#footnote-31) ומאידך גיסא, יש שהלכו לפי עמדתו של השופט ברק.[[32]](#footnote-32) מאז שנקבעה הלכת זייצוב, רבו התביעות בגין "חיים בעוולה ולא הייתה פסיקה אחידה בעניין.

**א3. פרשת המר**

כפי שצוין לעיל, חמשת השופטים בפרשת זייצוב הכירו בעילת ההולדה בעוולה, אולם המחלוקת ביניהם נסבה בעילת התביעה של היילוד, עילת ה"חיים בעוולה".[[33]](#footnote-33) המחלוקת נגעה לעניין ההנמקה העיונית להכרה בעילת התביעה וכך גם לשאלה כיצד יש לאמוד את הנזק, שאלה קריטית שנותרה ללא מענה.[[34]](#footnote-34) במרוצת השנים, התעוררו קשיים ביישום עילת הילד "חיים בעוולה", ובהעדר הלכה מחייבת הלכת זייצוב יושמה באופן לא אחיד. בשל קשיים אלה ובשל הצורך הממשי להכריע בסוגיות נוספות נקבע הדיון בעניין המר.

בפס"ד המר קבע ביהמ"ש העליון כי יש לבטל את הלכת זייצוב. בהרכב של שבע שופטים נקבע פה אחד כי "לא ניתן עוד להכיר בעילתו של הילד, עילת "חיים בעוולה".[[35]](#footnote-35) ביהמ"ש העליון ביטל את תביעתו של הילד, אולם הרחיב את עילת התביעה של ההורים בגין "הולדה בעוולה".[[36]](#footnote-36) בגין עילה זו ניתן לפסוק להורים פיצוי, שיכסה את הוצאות גידול הילד כדי מלוא צרכיו גם לאחר בגירותו ולמשך כל תוחלת חייו.[[37]](#footnote-37)

המשנה לנשיא אליעזר ריבליןפסק כי לא ניתן עוד להכיר בעילת "חיים בעוולה". זאת מהסיבה כי קיימים קשיים משפטיים מהותיים אשר נוגעים ליסוד הנזק וליסוד הקשר הסיבתי, ככל שמבקשים להכירה בעילת תביעה זו במסגרת עוולת הרשלנות. דעתה של המשנה לנשיא מרים בן-פורת בהלכת זייצוב חייבה לקבוע כי במקרים חמורים היה עדיף לו לאדם שלא נולד. קביעה זו מוכרת מבחינה מהותית-ערכית ולא משפטית מקום שלא ניתן להוכיח את יסוד הנזק בעילת "חיים בעוולה". לדעת הנשיא אהרן ברק בעניין זייצוב קיים קשר מהותי בקביעת קשר סיבתי בין ההתרשלות לבין הנזק של חיים עם מוגבלות. העניין המרכזי שעלה בעניין זייצוב הוא הקושי הערכי-מהותי בתפיסה שלפיה חייו של מי שנולד עם מוגבלות יכולים להיחשב בעייני היילוד עצמו כ"נזק", וכאן הפגיעה בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, עקרון השוויון ופגיעה בכבוד הנכים.

הקביעה כי מוטב לאדם שלא נולד מאשר להיוולד עם מום, טומנת בחובה פגיעה אסורה שלפיה לחיים יש ערך אינהרנטי, הוא אינו פוחת בשל קיומו של מום או מגבלה. עמדה זו עולה בקנה אחד עם המשפט המקובל ופסיקתו. מן הצד השני, ניתן לראות כי לא נמצא מכשול משפטי אשר מונע את ההכרה בעילת התביעה של ההורים, כאמור עליה לא הייתה כל מחלוקת. לצד הכרה זו, ביהמ"ש נדרש להכריע בשלוש סוגיות שעוררו קושי ביישום עילה זו, אשר לא הוכרעה בזייצוב והגיעה השעה לעשות כן. סוגיות אלה נוגעות לשאלת הוכחת הקשר הסיבתי, לשומת הנזק ולראש הנזק של פגיעה באוטונומיה. שאלות אלה הובילו להרחבת עילתם של ההורים בגין "ההולדה בעוולה", כך שכאמור יינתן להורים פיצוי, שיכסה את הוצאות גידול ומלוא צורכי היילוד גם לאחר בגירותו ולמשך תוחלת חייו. בכך, ביהמ"ש הגשים את התכלית הראויה תוך מתן סעד ליילוד על ידי תביעתם של הוריו.

**א4. המצב המשפטי כיום**

*"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."[[38]](#footnote-38)*

הלכת המר ביטלה את הלכת זייצוב בעניין עילת התביעה של היילוד וקבעה הוראות מעבר להחלת ההלכה ומועד החלתה. כתוצאה מכך נוצרו מספר קבוצות ולכל אחת פתרון משלה, אציג כדלקמן:

הקבוצות שעוסקות בתביעות תלויות ועומדות אשר הוגשו לפני הלכת המר, משמע לפני תאריך 28/05/2012.

1. הוגשה תביעה על ידי היילוד בלבד היא תמשיך להתברר לפי עילת "החיים בעוולה" של היילוד שהוכרה בפרשת זייצוב, זאת לפי הוראת מעבר שניתנה בהלכת המר.[[39]](#footnote-39)
2. הוגשה תביעה על ידי ההורים והיילוד ותביעת ההורים לא התיישנה, תביעתו של היילוד תסולק וביהמ"ש ידון בתביעת ההורים לפי עילת "הולדה בעוולה", זאת לפי הלכת המר.[[40]](#footnote-40)
3. הוגשה תביעה על ידי ההורים והיילוד כאשר תביעת ההורים התיישנה, תביעתם של ההורים תסולק וביהמ"ש ידון בתביעת היילוד לפי עילת "חיים בעוולה", זאת לפי הלכת זאבי שהוא חריג להלכת המר.[[41]](#footnote-41)
4. לא הוגשה תביעה על ידי ההורים ולא על ידי היילוד לפני פרשת המר, תביעת ההורים התיישנה בעת שינוי ההלכה, מועד ההגשה לתביעת היילוד בעילת "חיים בעוולה", יוארך עד ליום 28.8.2015.[[42]](#footnote-42)

הקבוצות שעוסקות בתביעות שהוגשו לאחר הלכת המר, משמע לאחר תאריך 28/05/2012:

1. תביעתם של ההורים לא התיישנה ביהמ"ש ידון בתביעת ההורים בעילת "הולדה בעוולה", זאת לפי הלכת המר.[[43]](#footnote-43)
2. תביעת ההורים התיישנה לפני תאריך 28/5/2012 בזמן הלכת המר, ביהמ"ש ידון בתביעת היילוד "חיים בעוולה", וזאת ככל שהתביעה לא התיישנה, קרי הוגשה לפני שהיילוד הגיע לגיל 25, ובלבד שהתביעה תוגשנה עד לתאריך 28/8/2014, וזאת לפי הלכת הסהר האדום שהרחיבה את הוראת המעבר שנקבעה בהלכת המר.[[44]](#footnote-44)
3. תביעת ההורים התיישנה בשנה לאחר הלכת המר, קרי 28/5/2012-28/5/2013, במקרים אלה תביעת היילוד תתקבל בגין "חיים בעוולה" כל עוד התביעה תוגש עד לתאריך 28/5/2015, וזאת לפי הלכת פלונית שהרחיבה את הוראת מעבר שנקבעה בהלכת המר.[[45]](#footnote-45)
4. בתביעות יילודים כאשר תביעת ההורים התיישנה למעלה משנה לאחר הלכת המר, בעניינם בלבד של היילודים, נקבעה הוראת מעבר מתוקנת המאפשרת להגיש את תביעת היילוד, קרי "חיים בעוולה", עד לתאריך 31/12/2017.[[46]](#footnote-46)
5. תביעת ההורים התיישנה עד לתאריך 28/8/2015, תחול עילת היילוד של "חיים בעוולה" גם כנגד נתבעים נוספים, זאת לפי פסק דינה של כבוד השופטת בלהה טולוקובסקי בעניין פלוני.[[47]](#footnote-47)

לסיכום יש לומר כי ילדים שטרם מלאו להם שבע שנים, הוריהם זכאים לתבוע בגין עילת "הולדה בעוולה". פסקי דין, מאמרים והתקשורת עסקו בשאלה דחופה הנוגעת לנושא הגשת תביעות בגין עילת תביעה ההולדה בעוולה.[[48]](#footnote-48) עד לפס"ד המר ההורים היו יכולים לתבוע בשמם של היילודים סעד של פיצויים מבית משפט, זאת עד לגיל 25, שכן תקופת ההתיישנות של היילוד נספרת שבע שנים לאחר גיל 18. ואולם, בתאריך 28/05/2012 קבע ביהמ"ש העליון בפרשת המר כי לא ניתן עוד להכיר בעילת היילוד "חיים בעוולה". מה שהופך הלכה למעשה את תקופת ההתיישנות ומצמצמה מ25 שנה לשבע שנים בלבד. [[49]](#footnote-49) מכיוון שמדובר בהחלטה תקדימית, ביהמ"ש העליון נדרש להגמיש החלטה זו וניתנה האפשרות להגיש תביעות עבור היילודים (עד הגיעם לגיל 25 שנה) ולאחר מכן דלתות בתי המשפט יסגרו בפניהם.[[50]](#footnote-50) בהמשך, ביהמ"ש קבע כי ניתן יהיה להגיש תביעות בגין הולדה בעוולה עד סוף שנת 2017, קרי 31/12/2017.[[51]](#footnote-51) לדידי, על ביהמ"ש לקבוע מבחן שיתמודד עם הקשיים בגינם עילת תביעת ההורים תתיישן והמשפחה תותר ללא סעד המפצה עבור הנזק שאירע לה. ביהמ"ש לא לקח זאת בחשבון מהסיבה שיש להכיר בסופיות הדיון, אך הדבר מעורר קשיים רבים ונזקים כלכליים חמורים למשפחה.

**פרק ב' - התיישנות**

ניתן למצוא את ההסדר הכללי של ההתיישנות בחוק ההתיישנות, תשי"ח-1958, בחוק זה מצוי גם כן ההסדר הספציפי בנוגע לעוולות נזיקין.[[52]](#footnote-52) שני הסדרים אלה הם בעלי תחולה מצטברת ומתקיימים האחד לצד השני.[[53]](#footnote-53) אם נעלמו עובדות המהוות את עילת התובענה מן התובע, חוק ההתיישנות קובע כי אם התובע לא הגיש תובענה שבזהירות סבירה לא יכול היה למנוע אותן ומסיבות שלא היו תלויות בו, תקופת ההתיישנות תחל ביום שבו נודע לתובע עובדות אלה.[[54]](#footnote-54) הסדר זה ניתן למצוא בפקודת הנזיקין,[[55]](#footnote-55) הקובעת כי במקום בו הנזק נגרם על ידי מעשה או מחדל, היום שבו אירע הנזק זהו היום שבו "נולדה עילת התובענה". במקרים בהם האירוע לא התגלה ביום שאירע הנזק התובענה עלולה להתיישן אם לא הוגשה תוך עשר שנים.[[56]](#footnote-56) לפי סעיף 8 לחוק ההתיישנות ניתן ״לעצור״ את מרוץ ההתיישנות בכל הנוגע לעילות אשר משכללות את עילת התובענה. כאמור בפקודת הנזיקין, כאשר הנזק הוא עילת התובענה שכלול העילה מותנה בקיומם של קשר סיבתי ונזק וזאת בין מעשה או המחדל לבין הנזק.[[57]](#footnote-57) בעניין הקשר סיבתי אין לו ביטוי פיזי ומוחשי ובכך הוא שונה מהיסודות האחרים של הנזק המעשה או המחדל. המבחן שעומד לגילוי יסוד הזיקה הסיבתית הוא הגילוי של הקשר בין הנזק לבין האירוע. למשל כאשר נזק גוף שאינו מתגלה מיד לאחר האירוע, כמו למשל בענייננו חוסר התפתחות היילוד, נשימה רק באמצעות מכונת הנשמה, ריתוק לכיסא גלגלים שבקטנות לא ניתן עוד לאבחן זאת, גילוי הזיקה המשפטית מתבטא בגילוי רפואי – מדעי שלהקשר שבין הנזק הגופני לבין המעשה או המחדל. דוגמא אחרת ניתן למצוא בתאונת דרכים כשבעת האירוע טרם יודעים את ההשלכות הרפואיות ונזקי הגוף של הנפגע. בשביל שמרוץ ההתיישנות יחל, דרוש שהתובע יגלה על מנת שהדבר יקשר מבחינה רפואית-מדעית בין המעשה או המחדל לבין הנזק המאוחר. הפירוש "ביום שנודע לתובע עובדות אלו" יש לפרש בצורה הגיונית בעלת אחיזה מינימלית במציאות. סבירות הגילוי הוא המידע שכבר הצטבר אצל התובע ולכן יש לראותו כגודל הנזק ובסיכויי מניעתו, בסיכויי ההצלחה של תביעה פוטנציאלית.[[58]](#footnote-58) ראוי לציין כי הנתבע נושא בעול ההוכחה משום שהתביעה התיישנה.

**ב1. השפעת פסק הדין המר השלכותיו בכל הקשור לדיני ההתיישנות**

במסגרת הלכת המר בוטלה זכותו של היילוד לתבוע בגין עילת "החיים בעוולה", מה שהותיר על כנו את עילת תביעתם של ההורים בגין "ההולדה בעוולה" והוסיף לעילה זו פיצויים נוספים למשך תוחלת חייו של היילוד. תיקים תלויים ועומדים, וכן תביעות חדשות שהוגשו לאחר הלכת המר הושפעו רבות. נוכח ביטול עילתו של היילוד, על פי חוק ההתיישנות רשאים ההורים להגיש תביעה בעילת "ההולדה בעוולה" עד שבע שנים מהגחתו לעולם של היילוד.[[59]](#footnote-59) מקרים בהם תביעת היילוד בטלה ותביעת ההורים התיישנה הובילו לכך כי אין באפשרותם לתבוע בגין אף עילה. משכך, הנתבעים מיהרו להעלות את הטענה – מחמת חוסר עילה, ולסלק על הסף תביעות אלה.[[60]](#footnote-60)

ניתן לראות כי הדין איננו מכיר בזכותם העצמאית של ההורים להגיש תביעה בעילה נזיקית, כנפגעים ישירים בשל לידת ילד עם מום, מה שאפשרי היום לפי פרשת המר. בכך, ניתן לראות שזוהי העילה היחידה שעומדת בפניי ההורים להגשת תובענה בבית משפט עבור נזקי היילוד.[[61]](#footnote-61)

במצב דברים בו ההורים תובעים את הוצאות הקטין יש צורך ממשי כי נזקי הקטין יהיו מגובשים וניתנים להערכה בזמן התביעה, זאת בשביל שיהיה אפשר לקיים דיון ענייני בביהמ"ש.[[62]](#footnote-62) הגשת תביעה לפני שהקטין הגיע לגיל שבע להורים, אשר מתמודדים באינטנסיביות עם נזקי היילוד ומומיו, מערימה עליהם קושי ניכר שכן הם ידרשו לפנות זמן ומשאבים להגשת התביעה בסמוך ללידת היילוד.[[63]](#footnote-63)

פסיקות שונות נקבעו עקב הלכת המר בעניין תחולת ההתיישנות והוראות מעבר. הוראת המעבר שניתנה בהלכת המר הייתה עמומה ולפסיקות שונות שבאו לאחר מכן היה קשה להכריע בצורה אחידה. דוגמא לכך ניתן לראות בהתחבטות ולבטים קשים של השופטת גנות בעניין ד"ר ליאון פריש.[[64]](#footnote-64) בעניין זה הוגשה תביעה הן ע"י הקטינה והן ע"י הוריה. לכאורה, לפי הלכת המר תביעת הקטינה אמורה להידחות משום שעילת "חיים בעוולה" בוטלה וכל שנותר הוא להתעסק בעילת תביעת ההורים, קרי "הולדה בעוולה". בהתאם, עילת ההורים אמורה להידחות וזאת מחמת ההתיישנות. הועלתה השאלה בפס"ד המר האם הייתה זאת מטרתה? בשל כך, השופטת גנות נאלצה להכריע ולקבוע ולפי עמדתה העקרונית בעניין סבוך זה.

השופטת גנות סברה כי לא ייתכן שמשמעות הלכת המר תהא בפגיעה בתביעות קיימות שהוגשו בהתאם לדין הקודם, קרי הלכת זייצוב. לדידה, מהות התביעה לא השתנתה, מה שכן הזכות לקבלת הפיצוי הועברה מהילוד להוריו, באופן שכעת ההורים יכולים לתבוע כניזוקים ישירים וראשיים. למעשה, הלכת המר משנה את הכתובת לפיצויים – מהיילוד להוריו. בהתאם לכך, זכות הפיצוי של היילודים והוריהם נותרה על כנה, שכן השינוי היחידי הינו העברת זכות התביעה מהיילוד להורים.[[65]](#footnote-65)

אין להתעלם מהעובדה כי יישום הלכת המר בצורה בה יידחו תביעותיהם של הקטינים וגם של הוריהם אשר הגישו את תביעתם מאוחר משבע שנים ממועד לידת הקטין, עלולים לגרום לנזקים קשים מאוד ולמספר לא ידוע של יילודים שעלולים לאבד את זכותם לקבל פיצוי בשל העוול שנגרם בהולדתם.[[66]](#footnote-66) מן הצד השני, קבעה השופטת גנות את הקביעה לפיה תקופת ההתיישנות של עילת ההורים תחל ממועד הלכת המר בכך היא לא תגרום לנזק למזיק, זאת בשל העובדה שאין זה הגיוני שהלכה זו תטיב עם המזיק.[[67]](#footnote-67) לאור כך, קבעה השופטת גנות כי במקרים מסוימים יש להחיל את הלכת המר באופן שיאפשר להורים למצות את זכותם לקבל פיצוי ברמה המקסימלית בגין הנזקים ובגין הוצאות גידול הילד. זאת ועוד קבעה השופטת גנות שבשביל שזכות ההורים לא תפגע, תקופת ההתיישנות תספר ממועד מתן פס"ד המר, זאת בין היתר בשל העובדה שהזכות אמורה להעניק פיצוי גם ליילודים עבור הוצאות עתידיות.[[68]](#footnote-68)

לאור זאת, החלטת השופטת גנות הייתה מחיקת תביעת הקטינה ודחיית הטענה לפיה תביעת ההורים התיישנה. בעצם כך השופטת אפשרה להורים להגיש את כתב התביעה מתוקן, בהתאם להלכת המר.[[69]](#footnote-69)

כפי שכבר ציינתי מעלה, ביהמ"ש בקובעו את הלכת המר, יכול היה לקבוע הוראות ברורות וחד משמעיות לעניין זה, דבר שהיה מונע מהשופטת גנות בעניין זה ובפסקי דין אחריו את הצורך לקבוע מהו העיקרון הראוי מבלי להפוך עיקרון זה להלכה.

ראוי לציין כי דיני ההתיישנות חלים ברגע שההורים אינם מגישים את התביעה בתקופה של שבע שנים מרגע לידת היילוד, זאת מתוך הסתמכות של פרשת זייצוב, ובכך הם עלולים להימצא ללא עילת תביעה בפני ביהמ"ש. בהקשר זה עולה שאלת חובת היידוע של המדינה אשר ארחיב עלייה בפרק הבא.

**ב2. סיווג עילת ההתיישנות – דין מהותי או דין דיוני?**

אחת מההבחנות הבסיסיות הקלאסיות בספרות ניתן לראות בחוק היא אותה הבחנה בין הדין המהותי לבין הדין הדיוני (הפרוצדורלי). הדין המהותי עוסק בתוכן. הוא בעצם קובע האם קיימת זכות או האם מוטלת חובה, במילים אחרות הדין המהותי עוסק בקביעת זכויות, הוא קובע אילו זכויות יש לצדדים ומהו ההיקף שלהן. לעומת זאת, הדין הדיוני (הפרוצדורלי) עוסק ב"כיצד". כאמור, בדרך שבה אנשים בחברה ממשים את הזכויות המהותיות שלהם. הדין הדיוני מתווה את הדרך שבאמצעותה ניתנת האפשרות לממש זכות זו. הוא נועד לשמור על מאזן אינטרסים של הצדדים בינם לבין ביהמ"ש, ומורה כיצד נכון וצריך לנהוג כל זאת תוך הגנה על זכויות של כל צד במשפט.[[70]](#footnote-70)

נהוג לסווג בדין הדיוני התיישנות של תביעות. התיישנות זאת לא מפקיעה זכויות מהותיות וגם לא יוצרת אותן. היא איננה עוסקת בשאלה האם הדין המהותי מקנה לתובע זכות מהותית או לא. הכלל הוא, שההתיישנות מקנה לנתבע מגן אשר משמש אותו מפני תביעות בפני ביהמ"ש ומחוצה לו הוא איננו רלוונטי עוד.[[71]](#footnote-71)

לצורך הדוגמא, אם המחוקק החליט לשנות את אורך תקופת ההתיישנות הקבועה בחוק, עולה השאלה, האם תחול הוראה חדשה על התיישנותן של תביעות שטרם הוכרעו? לכאורה, ניתן לומר כי הוראה חדשה זו תחול גם על הליך תלוי ועומד בבית משפט.[[72]](#footnote-72) בישראל הפסיקה הבחינה בין שתי סיטואציות: האחת, כאשר חוק שמאריך את תקופת ההתיישנות נכנס לתוקף. אם טרם חלפה תקופת ההתיישנות שקבע החוק הקודם והחוק החדש נכנס לתוקף, החוק החדש יחול באופן אקטיבי. במילים אחרות, תביעה שחלה לפי החוק הקודם וטרם התיישנה, תקופת ההתיישנות שלה כעת עם החוק החדש היא ארוכה לפי ההוראה החדשה. אולם, אם תקופת ההתיישנות חלפה (לפי החוק הישן) לאחר כניסת החוק החדש, הוא לא יחול בצורה רטרואקטיבית.[[73]](#footnote-73) הסיבה לכך, כי תקופת ההתיישנות לא יכולה להתעורר מחדש.

בנסיבות המקרה שלנו, אם תקופת ההתיישנות בגין עילת "ההולדה בעוולה", קרי שבע שנים טרם התיישנה, החוק החדש שנכנס לתוקף יאריך את תקופת ההתיישנות ובכך ההורים יוכלו לתבוע בתקופת זמן ארוכה יותר מזו שניתנה להם עד כה. כלומר יותר משבע שנים מרגע הגחתו של היילוד לעולם. ואולם, במצב בו תקופת ההתיישנות (7 שנים) בגין עילת "ההולדה בעוולה" חלפה כבר, החוק החדש לא יכול להחיות מחדש, לכן העילה לא תקבל סעד בבית משפט.

בסיטואציה אחרת, כאשר חוק מקצר את תקופת ההתיישנות והוא נכנס לתוקף. אם טרם חלפה תקופת ההתיישנות שקובע החוק החדש שנכנס לתוקף , הוא יחול באופן אקטיבי.[[74]](#footnote-74) במילים אחרות, תביעה שעדיין לא התיישנה לפי החוק הקודם, תקופת ההתיישנות כעת התקצרה וזאת לפי החוק החדש שנכנס לתוקף. מנגד, אם החוק החדש שמקצר את תקופת ההתיישנות נכנס לתוקף אחרי שחלפה תקופת ההתיישנות של החוק החדש, הוא לא יחול בצורה רטרואקטיבית. במקרה כזה, תביעה מעין זו תחול לפי תקופת ההתיישנות הקודמת, קרי החוק הישן.[[75]](#footnote-75)

אחזור לנסיבות המקרה שלנו, אם תקופת ההתיישנות של החוק החדש טרם התיישן, לצורך הדוגמא נאמר חמש שנים, אזי עילת ההורים "ההולדה בעוולה" יתקצר בשנתיים ובכך החוק החדש יחול באופן אקטיבי. אם תקופת ההתיישנות החדשה, קרי חמש שנים נכנס לתוקף לאחר חלוף שבע שנים שזוהי התיישנות עילת "ההולדה בעוולה", הוא אינו יחול בצורה רטרואקטיבית ומכאן שתקופת ההתיישנות הישנה, קרי שבע שנים תותר על כנה.

**ב3. חוק הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה), התשי"ב -1952**

ס' 5א (3) לחוק קובע כי ביהמ"ש לא ידון בתובענה שהוגשה לאחר שחלפו שנתיים מיום המעשה של אותו נושא תביעה. אך, ביהמ"ש רשאי אם שוכנע שלא הייתה לתובע אפשרות סבירה להגיש את תביעתו במשך תקופה זו, להאריך בתקופה נוספת שלא תעלה על שנה אחת, בנסיבות בהם היה התובע קטין ביום המעשה.[[76]](#footnote-76)

הסעיף קובע שתי מגבלות של הגשת תביעה נגד המדינה בשל נזקים שגרמו כוחות המדינה באזורי חבל עזה, יהודה ושומרון: מגבלה ראשונה, על המדינה חלה חובה להודיע על אותו המעשה של התובענה במגבלת הזמנים אשר קבועה בסעיף, זאת כתנאי להזדקקות ביהמ"ש לתביעה.[[77]](#footnote-77) מגבלה שנייה, לפי הסעיף ניתן לראות כי תקופת ההתיישנות היא בת שנתיים מיום המעשה נשוא התובענה, אך הסעיף מקנה לביהמ"ש שיקול דעת אם שוכנע כי לתובע לא הייתה אפשרות סבירה להגיש את תביעתו בתוך התקופה המדוברת, ואם התובע היה קטין רשאי להאריך את תקופת ההתיישנות לשלוש שנים.[[78]](#footnote-78)

זה קובע אפוא כי התיישנות דיונית תחלוף "שנתיים מיום המעשה נושא התובענה."[[79]](#footnote-79) ניתן ללמוד מכך כי מרוץ ההתיישנות של התביעה ייפתח עם קרות המעשה שגרם לנזק, ללא צורך בתלות של מועד התגבשות הנזק, זאת גם כאשר הנזק הוא יסוד מיסודות העוולה הרלוונטית.[[80]](#footnote-80) בעניין נבילי נקבע בעניין החוק שצוין לעיל בנוגע להתיישנות תביעת קטין כי האחרון מוציא את עילת ההשעיה הקבועה בסעיף 10 לחוק ההתיישנות.[[81]](#footnote-81) לפי סעיף 15 לחוק ההתיישנות עילת ההשעיה אינה חלה במקביל לחוק זה.[[82]](#footnote-82) רווחה הדעה בפסיקה כי סעיף 8 לחוק ההתיישנות,[[83]](#footnote-83) בדומה ליתר עילות ההשעיה והארכה אינן חלות עליו.[[84]](#footnote-84) בהרכב מורחב של ביהמ"ש העליון נדחתה הטענה כי סעיף 5א לחוק הנזיקים האזרחיים אינו חוקתי.[[85]](#footnote-85)

כפי שניתן לראות בפרק זה בעיית ההתיישנות מרחפת כל עת. היא זו שעשויה להוביל למקום בו תישלל מההורים זכותם להגשת תובענה. לא הפסיקה וגם לא החקיקה לא פתרון לבעיה זאת. אין להתעלם מכך כי התגבשות עילת התביעה של ההורים, כאמור שבע שנים, אין בה כל דמיון להתגבשות העילה השל היילוד כעשרים וחמש שנה שניתן באמצעות תביעתו לפרוס תמונה מלאה יותר מזו משל ההורים. תביעה זו של היילוד עשויה להעלות קשיים התפתחותיים ומומים נוספים עתידיים, שלא ניתן לצפות בעילת ההורים תוך שבע שנים בלבד. לדידי, על הרשות המחוקקת לשקול סעיף סל של הקפאת תקופת ההתיישנות במקרים מיוחדים מעין אלה בהם המשפחה לא תזכה לסעד ראוי.

**פרק ג' – אחריות המדינה**

בפס"ד גורדון נקבע כי "עקרון השוויון בפני החוק מחייב הטלת אחריות ברשלנות על הרשות הציבורית על פי אותן אמות מידה כמו על הפרט".[[86]](#footnote-86) ניתן לראות בהשקפה זאת כי לא קיים שוני בין אזרח רגיל לבין המדינה, לכן מוטלת על שניהם כאחד לנהוג בזהירות ובהיעדר רשלנות ביחסיהם עם הזולת. אם המדינה או אחד משלוחיה גרמו ברשלנות לנזק של אדם פלוני, על האחרון לזכות בפיצוי שמגיע לו כדין, זאת ללא קשר לשאלה האם המזיק הוא המדינה ולא אדם פרטי. דבר זה מוביל לכך שהמדינה חבה באחריות ישירה וחבות אישית כאשר אורגן מן האורגנים שלה ביצע עוולה, ומעשה זה מחייב את המדינה.

השאלה שעולה לא פעם עוסקת בשיקולי המדיניות בעד ונגד הטלת אחריות על המדינה:

הרתעת יתר – דיני הנזיקין עוסקים בחיובים לא רצוניים, בעקבות נזק שנגרם. מחד גיסא, יש הטוענים כי הטלת אחריות על המדינה עלולה ליצור הרתעת יתר של המדינה על רשויותיה, ובכך תגרום לקיפאון בפעולותיה ובשלטון החוק ואכיפתו. מאידך גיסא, התומכים בהטלת אחריות גורסים כי הטלת אחריות נזיקית דווקא תרסן את כוחה הרב של המדינה ותגביר את זהירותה בקבלת החלטות שונות ובדרך ביצוען.[[87]](#footnote-87) עקרון השוויון – יש לשמור על עקרון השוויון, שמשמעותו שוויון זכויות מלא בהתאם לחוק. כללי מנהל תקין – קביעת נוהליים ברורים וחד משמעיים יחד עם מנהל תקין יבטיחו הטלת אחריות על המדינה בנקיטת אמצעי זהירות ראויים.[[88]](#footnote-88) שיקולי פיזור הנזק – מחד גיסא, חשש מפני הצפה ותביעות סרק בבית משפט מצד הניזוקים שהמדינה עלולה לא לעמוד בהן מבחינה כספית ומאידך גיסא, הטלת אחריות על המדינה כולה עדיפה מאשר על ציבור ניזוקים מצומצם שמבחינה כלכלית יתקשה לספוג הפסדים גדולים יותר.[[89]](#footnote-89)התערבות במעשי הרשות – הגורסים נגד הטלת אחריות המדינה טוענים כי תביעת המדינה בנזיקין עלולה להיתפס כהתערבות אסורה במעשי הרשות השלטונית וכפגיעה בהפרדת הרשויות.[[90]](#footnote-90)

בפרק זה, אציג באמצעות שתי דוגמאות של מקרים בהם המדינה נקטה בפעולה אקטיבית ופגעה בציבור בין אם זה במעשה או במחדל. בכך, אראה את השוני בין פעולה אקטיבית לבין פעולה פסיבית כפי שנראה בענייננו. חשוב לי לציין כי הדוגמאות שיועלו בפרק זה הינו דוגמאות לצורך המחשת המקרה בלבד. כולי תקווה כי הקורא לא ייחס לדוגמאות אלה חשיבות בעלת משמעויות שונות יתר על המידה בתחום הפוליטי - מדיני.

**ג1. זריקות הדפו – פרוברה**

בפרשת זריקות הדפו-פרוברה (Depo-Provera) דובר באמצעי למניעת היריון הניתן בזריקה לבנות העדה האתיופית. מרכז המידע והמחקר של הכנסת העלה בחודש מאי 2013 את הנושא בטענה כי נשים בנות העדה האתיופית קיבלו את הזריקה ללא שום הסבר אודות השלכותיה ותופעת הלוואי שלה. במסגרת המחקר הועלו טענות כי נשים בנות העדה האתיופית שודלו לקבל את זריקות הדפו-פרוברה,[[91]](#footnote-91) זאת כדי לצמצם את שיעור הילודה בקרב אוכלוסייה זו. הדפו-פרוברה כלולה בסל שירותי הבריאות הקבוע בחוק ביטוח בריאות ממלכתי, התשנ"ד-1994,[[92]](#footnote-92) אך ניתן לראות כי זריקה זו מופיעה בחוק כטיפול במחלת הסרטן בלבד, קרי ההתוויה של מניעת ההיריון אינה כלולה בסל.

במרוצת השנים ולאחר בירור בעניין זריקת הדפו-פרוברה, פקיד בכיר במדינה הכיר לראשונה בכך שנשים בנות העדה האתיופית בישראל אכן קיבלו באופן גורף זריקות אלה כאמצעי למניעת היריון, הגם שהן בעלות תופעות לוואי רבות. זאת לאחר עדותיהן של נשים אשר העידו שהופעל עליהן לחץ כבד לקבלת הזריקה, וזאת כדי לצמצם את שיעור הילודה בקרבן. הזריקה נפוצה בעיקר בקרב חוסות ונשים הסובלות מפיגור שכלי.[[93]](#footnote-93) לאחר זמן מה, הוציא מנכ"ל משרד הבריאות דאז, פרופ' רוני גמזו, הנחיה שלא לתת באופן אוטומטי את זריקת הדפו-פרוברה לנשים בנות העדה האתיופית. בכך, המדינה בעצם הודתה הלכה למעשה שלא נקטה באמצעי זהירות ופעלה באופן אקטיבי ברשלנותה כלפי אוכלוסיית הנשים האתיופיות ולא יידעה אותן אודות הסיכונים.

כפי שציינתי לעיל, לא אכנס לפרטיי האוכלוסייה שמשויכת לקבוצה מוחלשת בחברה הישראלית. לכן, גם "האפשרויות" שניצבו בפניהן: להגיע ולעשות את הזריקה, חשש מפני סילוק מן הארץ, להתנגד ולהתמרד, שלוש אפשרויות אלה הן חלק מטרילמה שהפסיקה הגדירה אותה כלא אנושית להעמיד אדם במצב כזה.[[94]](#footnote-94) ראוי לציין שמינוח זה הגיע מדיני הראיות. משכך, על המדינה הייתה מוטלת חובת יידוע לפרסם לנשים העדה האתיופית כי עצם לקיחת זריקה מסוג דפו-פרוברה עלול לצמצם את הילודה וכן יידוע אודות תופעות הלוואי, בכך המדינה התערבה בחיי תכנון המשפחה. עולה כי משהמדינה לא עשתה דבר היא חבה באחריות כלפיהן.

**ג2. פס"ד איבי – נפגעי הגזזת**

בשנות החמישים עם קום המדינה, בזמן העלייה הגדולה לארץ ישראל, התפשטה מחלת עור בעיקר במעברות. הסיבה לכך הייתה בשל צפיפות אוכלוסין ואמצעי תברואה ירודים. מחלת עור זו נקראת הגזזת. היום ניתן לטפל במחלה באמצעות תרופה או משחה, אך בשנות החמישים של המאה הקודמת, בטרם התפתחות הרפואה, הטיפול נעשה באמצעות הקרנות רנטגן באזורים הנגועים. באותה עת, לא היה ידוע שהקרנות בצורה ניכרת את הסיכון לחלות ולסבול מגידולים, בעיקר לחלות במחלת הסרטן.[[95]](#footnote-95)

לאחר תובענות רבות של נפגעי טיפול הגזזת הגיע ערעור אזרחי בעניין איבי לפתחו של ביהמ"ש העליון. ביהמ"ש העליון, מפי כבוד השופטת אסתר חיות, קבע כי על המדינה חלה חובה ליידע את נפגעי הגזזת על הסיכון המוגבר שלהם לתחלואה בשל הקרנות שעברו בילדותם. חובת היידוע חלה על המדינה לפי דיני הנזיקין הכלליים ובמסגרת עוולת הרשלנות. ביהמ"ש ראה כי חובה זאת הופרה על ידי המדינה ובכך היא נושאת באחריות נזיקית כלפי מטופלי הגזזת מכוח עילת הרשלנות.[[96]](#footnote-96)

נראה כי ביהמ"ש העליון מתח ביקורת קשה על כך שהמדינה חדלה במשך שנים ולא יידעה את אוכלוסיית מטופלי הגזזת שעברו הקרנות בילדותם כי הסיכון שלהם מוגבר לחלות בסרטן. שר הבריאות דאז, אהוד אולמרט, הורה בשנת 1991 לפעול "למתן הנחיות לרופאים להקרנות רנטגן לנפגעי מחלת הגזזת".[[97]](#footnote-97) השופטת חיות בפס"ד איבי קבעה כי על הרופא מוטלת החובה לגלות מידע למטופליו, ובכך ליידע את מטופלי הגזזת על הסיכון של ההקרנות, זאת בייחוד בשל העובדה כי המדינה היא זאת שיצרה את הסיכון. לאור כך, השופטת קבעה שהמדינה הפרה חובה זו במרוצת השנים (1991-2009), ומכאן שהיא נושאת באחריות כלפי מטופליה.[[98]](#footnote-98) עוד הוסיפה השופטת חיות, לעניין הנזק והקשר הסיבתי, יש לפסוק פיצוי בגין אובדן סיכויי החלמה ולעיתים אף עבור הפגיעה באוטונומיה. זאת לאחר בחינת כל מקרה לגופו תוך הימנעות מכפל פיצויים גם מכוח החוק לפיצוי נפגעי הגזזת,[[99]](#footnote-99) וגם לפי דיני הנזיקין.[[100]](#footnote-100)

בעניין הגזזת משרד הבריאות הוא זה שנתן את הטיפול לחולי הגזזת. לכן, ביהמ"ש מטיל חובת גילוי על המדינה כי היא זו שיצרה את הסיכון. כמו כן בעניין הקשר הסיבתי, עולה הטענה כי למטופל לא נמסר מידע ועל הניזוק להוכיח שאילו נמסר לו המידע הוא לא היה משתמש בתרופה, קרי בטיפולי הקרנות. מכך עולה שגם בעניין זה המדינה נקטה בפעולה אקטיבית של טיפול באמצעות הקרנות באזורים הנגועים. לאחר מכן הוטלה על המדינה אחריות בגין המחדל בשל כך שבמשך שנים היא לא יידעה את אוכלוסיית נפגעי טיפול בגזזת, עד לאותה עת שבו התפרסם הדבר בעיתון, ובעקבות כך הוצאו מכתבים לאנשים שטופלו בילדותם כי הסיכון שלהם לחלות במחלת הסרטן גבוה יותר.

**ג3. התנהלות המדינה לגביי אופן היידוע של ההורים**

בפתח דבר תת פרק זה ובסיכום תתי פרקים הקודמים אציין כי ככל שהמדינה ביצעה פעולה אקטיבית כך תוטל עלייה חובת גילוי ויידוע האוכלוסייה המדוברת. בענייננו עולה השאלה האם הפעולה של המדינה היא זאת שגרמה פעולה אקטיבית שבגינה נגרמה ההולדה בעוולה ובעקבות כך תוטל על המדינה חובת גילוי וידוע? על שאלה זאת אענה בשלילה, שכן המדינה לא התרשלה בגילוי המום אלא היא יצרה סיכון בכך שלא יידעה את ההורים בשינוי הדין. מה שאומר שהדין לפני הלכת המר קבע כי שתי עילות תביעה עומדות איתנות לבדן, האחת של ההורים שתקופת ההתיישנות בגינה היא שבע שנים והאחרת של היילוד שתקופת ההתיישנות בגינה היא עשרים וחמש שנה.[[101]](#footnote-101) מששונה הדין כעת עילת תביעה אחת עומדת לזכות ההורים והילוד לתבוע והיא עילת ההורים שהייתה קודם עם תוספת פיצויים למשך תוחלת חייו של היילוד, מה שאומר כי עילה זאת עומדת איתנה לתבוע שבע שנים בלבד. בפס"ד איבי,[[102]](#footnote-102) אומר ביהמ"ש בצורה מפורשת כי חובת הגילוי נגזרת מכך שהמדינה יצרה את הסיכון לגידולים סרטניים באופן אקטיבי. מה שמוביל אותי לשאלה אחרת – האם זה אומר שברגע שהמדינה לא יצרה את הסיכון באופן אקטיבי – ראשוני, לא מוטלת עלייה חובת הגילוי? בפס"ד איבי משרד הבריאות הוא זה שנתן את הטיפול לחולי הגזזת. לכן, ביהמ"ש מטיל חובת גילוי על המדינה כי היא זה שיצרה את הסיכון.[[103]](#footnote-103) במקרה דנן, שולחיה של המדינה שינו את הדין, האם עכשיו בהינתן העובדה שהדין השתנה המדינה חבה בחובת הרשלנות? אנתח זאת כעת.

**ג1.3 עוולת הרשלנות בנזיקין:**

בדיני הנזיקין, זכויות היסוד יכולות לחוס בצילן של עוולות פרטיקולאריות ספציפיות, אך זוכות להגנה בעיקר תחת עוולות המסגרת.[[104]](#footnote-104) בהתאם לעוולת המסגרת המעוגנת בסעיפים 35, 36 לפקודות הנזיקין, בגין נזקים ממוניים ולא ממוניים.[[105]](#footnote-105) כדי להוכיח רשלנות על התובע להוכיח את רכיבי העוולה: קיומה של חובת הזהירות והפרתה, יסוד ההתרשלות, קיומו של קשר סיבתי בין הפרת חובת הזהירות לבין הנזק שנגרם ויסוד הנזק. תחילה, אבחן את קיומה של **חובת זהירות** בעוולה. כאמור, האם בין המדינה לבין ההורים קיים קשר שמצדיק הטלת חובת זהירות. ביהמ"ש בהתאם, יבחן את התועלת שבהטלת אחריות והעלות תוך כדי בדיקת שיקולי המדיניות.

השופט שמגר בפס"ד לוי קבע את המודל התלת שלבי: שלב ראשון במודל הוא **מבחן הצפיות הטכנית** שמגלם את רעיון האשם בעוולת הרשלנות.[[106]](#footnote-106) צפיות טכנית עובדתית הינה האם מזיק סביר יכול היה לצפות את התרחשות הנזק שבנסיבות המקרה.[[107]](#footnote-107) ביהמ"ש יסבור כי המדינה לא נושאת באחריות מוחלטת מעצם היותה כזו, אלא אם היא קיימה את יסוד האשם במבחן הצפיות.[[108]](#footnote-108) בעניינו, השאלה היא האם המדינה כמזיקה סבירה יכלה לצפות כי בעת שינוי הדין וקיצור תוחלת תקופת ההתיישנות משמעותית עלולים ההורים וילדיהם להישאר ללא שום עוולת תביעה ופיצויים המגיעים בגינם. המדינה תטען כי בעת קביעת פסק הדין ומהמידע שהיה נתון בידה לא הייתה אינדיקציה לצפות את הנזק. זאת ועוד, מקרים מעין אלו קורים לעיתים תכופות ולכן תסבור שאין לחייבה בנזיקין. בפסיקה נקבע כי אין צורך לצפות את קרות הנזק עצמו אלא את התרחשותו בקווים כלליים.[[109]](#footnote-109) מנגד, ביהמ"ש בפסיקתו הכיר בכלים שונים לצפיית מקרה בידי מזיק סביר למשל: ניסיון חיים, מחקרים וידע כללי.[[110]](#footnote-110) לפיכך, ביהמ"ש רשאי לקבוע מהנחתו הכללית שהמדינה שהיא בעלת ניסיון ואמצעים מתאימים, צריכה הייתה לדעת כי באותה עת של שינוי הדין להורים הזכות לדעת על הדין הרלוונטי. ביהמ"ש קבע כי הצפיות הנדרשת מתייחסת לקווים הכללים של ההתרחשות ולסוג הנזק ולא נדרש לצפות כל פרט בהתרחשות ובעניינו, התערבות בעניינים פרטים וחובת הגילוי.[[111]](#footnote-111) במידה ולא ניתן לצפות את סוג הנזק לא ניתן להטיל אחריות על הנתבעת.[[112]](#footnote-112) מחד, המדינה תטען שלא היה ניתן לצפות את סוג הנזק, הרי לא כל שינוי בדין עלול להוביל למצבים בהם היילוד נותר עם מום וללא אמצעים סבירים להתמודדות, אלא שכן היה ניתן לצפות שזה לכך שההורים לא יוכלו לתבוע בכלל משום שהם יאבדו את עילת התביעה בשל קיצור תקופת ההתיישנות. מאידך, ביהמ"ש פוסק בנוגע לראיית קווי הפעולה באופן מגמתי ולפי שיקול דעתו, לכן ישנם מצבים מן הסוג הזה שביהמ"ש כן יכיר בחובת זהירות בהתקיים נסיבות מסוימות.

השופט שמגר מוסיף מסננת לחובת הזהירות בדמות "**מבחן השכנות**" במסגרתו יש לבחון האם קיומה של קרבה מצדיקה הטלת אחריות בין המזיק לניזוק.[[113]](#footnote-113) הקרבה תהא קרבה פיזית או משפטית, במקרה שלפנינו אין קרבה משפטית או פיזית, אלא יש מערכת של זכויות וחובות בין השניים. בהמשך לכך ניתן לטעון לקרבה שמקורה בהסתמכותם הסבירה של ההורים על כך שהמדינה תנקוט באמצעי זהירות מתאימים כדי למנוע מצב בו הילדים והוריהם יישארו חסרי כל עילת תביעה וכספים להתמודדות עם המצב אליו נקלעו. השופט שמגר מציע מבחני עזר: אי חובת היידוע היא פעולה מזיקה ועולה לכדי מחדל מאחר שהמדינה שתקה ולא גרמה לוודאות באשר לאופן הגשת תובענה לפי הדין החדש. אף שהנזק שממנו ההורים סבלו הוא נזק כלכלי טהור שנגרם עקב מחדל טהור, ניתן לטעון כי על קיומה של שכנות בין הצדדים, ניתן ללמוד מההסתמכות הסבירה של ההורים על כך שהמדינה תיידע אותם שלמרות שניצבת בפניהם כעת עילת תביעה אחת עליהם להזדרז עם הגשתה טרם תתיישן.[[114]](#footnote-114)זאת ועוד, יש לומר כי אף שההורים הם ניזוקים בשל אי חובת הגילוי שחבה להם המדינה, כך שהמדינה היא מזיקה ראשונית שהרשלנות המיוחסת לה באה לידי ביטוי על דרך המחדל. ניתן לטעון שהמדינה בהיותה בעלת שליטה על כלל אזרחיה היא שאפשרה את קרות האירוע ו"פספוס" עילת תביעה גם של ההורים, ובעצם כך היא זאת שיצרה את התנאים להתממשות הסיכון. סוג הנזק בעניינו, הוא נזק כלכלי בשל פגיעה בפנייה לערכאות והוצאות רפואיות.

כעת, נבחן את **הצפיות הנורמטיבית** בשאלה האם המדינה כמזיקה סבירה צריכה הייתה לצפות את התרחשות הנזק כאמור, אובדן עילת תביעה וזאת במסגרת שיקולי המדיניות. המקרה שלפנינו מאופיין כמחדל משום שהסיכון שהמדינה יצרה באי הודעה להורים היא זאת שגרמה בעצם להתממשותו של הסיכון. הבעיה מכך הינה הרתעת יתר כאמור, המדינה תמצא את עצמה חשופה לאחריות רחבה, וכל הזמן תצטרך להיות "עם יד על הדופק" שמא ביהמ"ש העליון ישנה את הדין והיא תצטרך למהר ולפרסם ברשומות, באינטרנט, להוציא מכתבים לאוכלוסייה הרלוונטית.[[115]](#footnote-115) הטלת אחריות על המדינה בגין מחדל תוביל לעלויות מנהליות גבוהות כתוצאה מהגשת תביעות במקרים בהם המדינה התרשלה. ביהמ"ש עשוי להכיר בנכונות להטיל אחריות נזיקית על מחדל במקרים מיוחדים.[[116]](#footnote-116) בעניינו, ההורים יטענו שהייתה להם הסתמכות סבירה שהמדינה כבעלת שליטה תדאג להורים וילדיהם ולמניעת הנזק הכרוך מכך.[[117]](#footnote-117) למדינה קיימת יכולת משמעותית של פיקוח באמצעות מעמדה למנוע את הנזק למשל: להציב אדם בבית משפט שכל תפקידו להעביר למדינה כי נעשה שינוי בדין, להורות לשופטים כי עליהם להוציא הודעה מסודרת לציבור או לחילופין שיורו להוציא מכתבים לאוכלוסייה המדוברת. יתרה מזאת, המדינה מעצם היותה תחשב כמונעת הנזק הטובה ביותר.[[118]](#footnote-118) מנגד, המדינה כבעלת הסמכות להשליט סדר תטען שהיא נקטה באמצעים סבירים לנוכח השירותים שיש באמצעותה ובהתאם לנוהליים.

נשאלת השאלה האם הטלת אחריות נזיקית עולה על שיקולי המדיניות? האם קיימים שיקולי מדיניות המצדיקים הטלת אחריות או הימנעות ממנה? לעניין היקף הנזק, ההורים יטענו שהנזק הוא נזק כלכלי והוכר בפסיקה לצורך ס'2 לפקודת הנזיקין.[[119]](#footnote-119) עלות האמצעים למניעת הנזק: עלות מניעת הנזק היא נמוכה, פרסום בעיתון, פרסום באינטרנט, הוצאת "קול קורא" להורים שילדיהם נולדו עם מומים כתוצאה מהתרשלות הרופא, שליחת מכתבים למשפחות. צדק מתקן: הכרה בפיצויים בגין אובדן עילת תביעה מבטאת את החתירה לתיקון העוול שנגרם.[[120]](#footnote-120) שוויון: מבחינה פרוצדורלית עקרון השוויון מחייב את המדינה להודיע לאוכלוסייה המדוברת כי נעשה שינוי בדין ובכך לא נחסמת דלתם לפנייה לערכאות שיפוטיות, בכך יוצר שוויון לכלל האוכלוסייה בישראל. מנגד ניתן לומר שעצם הטלת אחריות על המדינה בגין חובת יידוע תגרום למדרון חלקלק בתחום רחב יותר של תביעות בהם המדינה תידרש להתערב יתר על המידה. בנוסף תטען המדינה כי מאחר ואין במקרים אלה יכולת לערוך בדיקה כי יידוע אוכלוסייה ספציפית כל פעם תביא למקום של נזק ממשי. מניעת הנזק: מאחר והמדינה היא האחראית על הנושא ובידה הכוח להורות לאחת או יותר מזרועותיה לצאת ב"קריאה" להורים, היא גם זו היכולה למנוע את הנזק בצורה הטובה ביותר. פיזור הנזק: המדינה יכולה לשאת בתוצאות הנזקים, שכאמור אלו הוצאות נמוכות שכרוכות בפרסום ושליחת מכתבים מאשר הותרת המשפחות ללא כספים למשך תוחלת חייו של היילוד, הכולל אמצעים רפואיים והתפתחותיים דבר שעשוי להוביל לנטל המדינה ברגע שלא יהיה ניתן לטפל בילד. במילים אחרות, הוצאות היילוד יהוו נטל על הוריו שיצטרכו לשלם את הטיפולים הכרוכים בגידולו ולמשך תוחלת חייו דבר שיכול להוביל להתפטרות מהעבודה כתוצאה מטיפול היילוד עם המומים הקשים, השקעה מרבית וויתור על חיים "נורמטיביים" ככל שניתן, השקעת הכספים בילד אחד – בעל המום וחוסר תשומת לב לשאר ילדי המשפחה. כמו כן, דבר זה עלול להוביל לקרע בין זוגות ההורים במשפחה, משבר, תסכול ואף גירושין. הטיפול הכרוך בילד עם מומים קשים הוא 100% ולעיתים אף יותר, יש לסעוד אותו, להכיל אותו ולהרגיש אותו ברגע שההורים יאבדו את עילת תביעתם הקושי הרב בגידול ילד עם צרכים מיוחדים יגדל אף יותר.

מהניתוח האמור, עולה כי אכן קיימת חובת זהירות של המדינה כלפי ההורים באשר לחובת הגילוי והיידוע. אין בשיקולי המדיניות בכדי לצמצם חובה זו, אלא ההיפך, הם מצביעים על הצורך בהטלת חובת היידוע. המדינה תנסה "להתנער" מקביעה זו שכן היא מכניסה את עצמה ל"בור ללא תחתית". אך, כאשר נשים במאזן של נזק לא מול תועלת נראה כי התועלת שתצמח מחובת היידוע של המדינה כלפי ההורים תגדל לעומת הנזק של אי יידוע. קרי, ההוצאות הכספיות באשר לפרסום ויידוע ההורים הוא קטן מאוד לעומת, הנזק שעלול להיגרם כתוצאה מכך שההורים לא ידעו כי שינו את הדין מה שגרם לאובדן עילת תביעה. דוגמא לכך ניתן לראות בעניין קדוש מרגלית על הנזקים שנגרמו כתוצאה מכך שהרופא לא פעל לפי חובת הגילוי שהייתה מוטלת עליו,[[121]](#footnote-121) וכן כתבה בעניין דומה.[[122]](#footnote-122) במצב דברים זה המדינה תצטרך לסייע בקצבה מוגדלת מביטוח לאומי,[[123]](#footnote-123) השלמת הבטחת הכנסה להורים על אובדן שעות וימי עבודה בהגיעם למצב כלכלי נמוך לצורך גידול ילדיהם ראה עניין עמותת הורות משותפת-טובת הילד,[[124]](#footnote-124) במצבים גרועים ובשל עלות טיפולים גדולה הדבר עלול להוביל למצב בו ההורים יוותרו על ביתם בשביל לממן את ההוצאות היילוד, זה עלול להוביל לבקשה לסיוע בשכר דירה ודיור ציבורי שכאמור, תנאיה הם קשים ויש לעמוד במכלול הדרישות לכך, ראה עניין יצחק יוסף.[[125]](#footnote-125) לא רק זאת, המדינה עלולה להתמודד עם גידול בעוני והכרה גדולה יותר של משפחות במוסד הרווחה.[[126]](#footnote-126) כל זאת תחת העובדה כי אין לשכוח שהילד שנולד עם מומים הוא ילד שהוריו בטרם כניסתם להיריון בדקו כי חלילה לא ייולד ילד עם מומים.

יסוד נוסף בעוולת הרשלנות הוא **יסוד ההתרשלות** שבוחן מהם אמצעי הזהירות שעל אדם סביר לנקוט ואשר כל סטייה מכך תוביל להתרשלות לפי ס'35 לחוק.[[127]](#footnote-127) במסגרת יסוד זה עולה השאלה האם ההתנהגות של המזיק (המדינה) היא רצויה או לא וזאת בהתאם לשיקולי מדיניות. לפי הגישה התועלתנית "נוסחת הנד" ביהמ"ש יקבע שיש למנוע את הנזק כאשר הסיכונים והעלויות הנובעים מכך עולים על התועלת שהיא מייצרת.(L) ביהמ"ש יבדוק אם המדינה התרשלה לפי הנזק הצפוי באותה עת ולא הנזק שנגרם בפועל בעת תוחלת הנזק. כאמור, המדינה תטען שהנזק הצפוי להיגרם גם כאשר היא לא הייתה מיידעת את האוכלוסייה המדוברת משום שבכל מקרה לא כולם ממהרים לפנות לערכאות השיפוט לכן אין בכך בחירה רשלנית. ההורים יטענו כי הנזק שנגרם לה איננו דבר חולף, נהפוך הוא זהו דבר שילווה אותם למשך כל תוחלת חייו של היילוד וחייהם שלהם.(B) זאת ועוד, בהתחשב לנסיבות המקרה שאופפות אותנו, ניתן לראות כי אכן המדינה קיימים אמצעי מניעה כמקובל בענף המשפט כמו סיוע משפטי, ייעוץ משפטי, פנייה למשרדי עורכי דין והתעדכנות אודות המצב הקיים היום ואשר במרבית המקרים רף הסבירות מושפע ממנו.[[128]](#footnote-128) אולם, ביהמ"ש יקבע כי סבירות ההתנהגות היא פונקציה של המיומנות המיוחדות והחוזקות הסובייקטיביות של המדינה בעת חישוב עלויות אמצעי הפרסום. בעניינו, המדינה בעלת מומחיות ולה האמצעים המרבים ביותר ולכן ההורים יטענו כי הם הסתמכו וציפו שהמדינה תיידע אותם בשל ידיעותיה בתחומים שונים ראה דוגמא עניין איבי,[[129]](#footnote-129) בנוסף, שהמדינה לא עמדה בחובה זו נוצר פגם מוסרי.[[130]](#footnote-130) מנגד, ההורים יטענו כי יש להכיר בקיומם של שיקולי הגינות וצדק מתקן באמצעות פיצוי. עוד נדרש לחלוקת משאבים נאותה לטובת ההורים וילדיהם, משום שמדובר במדינה שהיא "כיס עמוק" לא תהיינה בעיה מבחינה כלכלית, אך הדבר יכול לצמצם ולגרוע ממשאבים אחרים שהמדינה הקצתה חשובים לא פחות, בכך המדינה תותיר את המשאב בסיכון.[[131]](#footnote-131)(P) הסתברות קרות הנזק תהא גבוהה לאור הדברים שפורטו לעיל. יש לומר כי הנזק הכלכלי הממוני הוא וודאי, משום שאי פנייה לערכאות שיפוטיות וקבלת סעד של פיצויים מהווה נטל כלכלי כבד על ההורים ובעתיד על המדינה. גובה הנזק – נמוכה ואף אפסית, עלויות הפרסום מתאזנות אל מול ויתור על זכות בסיסית של פנייה לערכאות.

**לעניין הקש"ס** – **קשר סיבתי עובדתי**: אילולא התנהגותה האדישה של המדינה, לא היה נגרם הנזק האמור להורים ולילדים. מתקיים, **קשר סיבתי משפטי**: מבחן הצפיות – המדינה כמזיקה יכולה לצפות כי "שתיקתה" בכך שלא יצאה בקריאה להורים יובילו לנזקים האמורים. קשר זה מתקיים.

מבחן הסיכון- הנזק נמצא במתחם הסיכון של המדינה - המדינה היא האוטוריטה האחראית על ההליכים האמורים. היא בעלת מספר זרועות, אשר יכולה לבדוק, לאשר ובסמכותה ויכולתה לקבוע את דרך פרסום ויידוע שינוי הדין, לכן ניתן לומר כי דרישותיה ומדיניותה בנושא נמצאות במתחם הסיכון של פעולותיה. עניין זה מתקיים. מבחן השכל הישר – מבחן המהווה שסתום בטיחות ובקרה לבחינה מחודשת האם התוצאה הגיונית. על פי השכל הישר המדינה היא זו האחראית על חובת היידוע להורים, היא זו שיש לה את כלל האמצעים להגיע לכלל האוכלוסיות השונות בחברה הישראלי.

**יסוד הנזק** בעל הגדרה רחבה בפס"ד גורדון לפי השופט ברק: נזק לרכוש, לגוף, לנפש.[[132]](#footnote-132) כמו כן, קבע השופט ברק שכל סוגי הנזקים נופלים לגדר סעיף 2 לפקודת הנזיקין, כך גם נזק כלכלי שנגרם בענייננו.[[133]](#footnote-133) קרי במקרה דנן עולה כי מחדלה של המדינה ואי יידוע ההורים עולה לכדי נזק של אובדן עילת תביעה, מה שמגולם לנזק ממוני כבד.

לאור ניתוח מקיף זה, נראה כי המדינה היא זו שאחראית בעוולת הרשלנות כלפי הורי הילדים, אדישותה לשינוי הדין וחוסר לקיחת אחריות ביידוע ההורים כי מעתה הדין שונה וכל שנותר הוא הגשת תביעת ההורים בגין הולדה בעוולה תוך 7 שנים בלבד מקרות האירוע. עולה כי מקרים "פרטיים" אלו ראוי שהמדינה תתערב ותיידע משום שהנזק שעלול להיווצר מכך הוא גדול ויכול להוות נטל כבד על המדינה בעתיד.

פס"ד המר לא קבע נחרצות את עניין הוראות המעבר ומכך ניתן לראות את הפסיקות השונות והלא אחידות שביהמ"ש יצר, צוינו לעיל בפרק הראשון. השופטת בלהה בפס"ד מאוחדת סתמה את הגולל וקבעה כי ניתן להגיש תביעה עד תאריך 31.12.2017.[[134]](#footnote-134)

**ג4. משפט משווה – אחריות המדינה בנזיקין**

המדינות שבהם קיימים דיני הנזיקין הן מהמשפט המקובל האנגלי והן עברו כברת דרך ארוכה. השיקולים שנהוגים במדינות קנדה, אוסטרליה, ניו זילנד, ארה"ב ואנגליה זהים לאלו הנהוגים במדינת ישראל.[[135]](#footnote-135) כל שיטת משפט כפופה לפי המשטר הנזיקי שלה ולפי השיקולים והקשיים שהיא יוצרת לכן שאלת הרשלנות של רשויות ציבוריות משתנה בכל מדינה. ככל ששיטת משפט מחילה יותר הגבלות ועקרונות כך הטלת אחריות ברשלנות, כמו במקרים של נזק כלכלי טהור ונזק נפשי טהור.[[136]](#footnote-136) כך בעצם פוחת השימוש במקרים מיוחדים של מזיקים ונזקים. אתרכז בתת פרק זה באחריות רשות ציבורית במשפט האנגלי.

רשויות השלטון באנגליה נהנו מחסינות מפני תביעות נזיקין עד לשנת 1947, בין אם באחריות אישית ובאין אם באחריות שילוחית.[[137]](#footnote-137) תפיסתו של המשפט המקובל היא כי יש חסינות משום שסמכותו מעוגנת בחוק והוא לא יכול להיתפס כמפר אותו. קץ תפיסה זאת הגיעה לאחר מלחמת העולם השנייה בסעיף 2 של ה – Crown Proceedings Act 1947, שם נקבע כי הכתר, קרי המלוכה, כמו כל אדם פרטי עלול לחוב באחריות שילוחית לעוולות שלוחיו ועובדיו, וכן יישא באחריות אישית אם כמעביד, בעלים, מזיק, בעל שליטה או כמפר חובה חקוקה.[[138]](#footnote-138) המשפט האנגלי יצר מנגנונים וכללים מיוחדים להתפתחות דין אחריות לרשויות ציבור. המשפט האנגלי התמודד עם שאלת העוולה במהלך פעילותה השלטונית של הרשות הציבורית בכך שפעולה זו בוצעה במהלך קיום חובה שהוטל עלייה בחיקוק או במהלך הסמכויות שהחיקוק הקנה לה. בכך, ההגנה לרשות הציבורית תחול רק אם זה נופל במתחם הסבירות. זאת בהתאם להנחה כי החיקוק לא מטיל על הרשות לפעול באי סבירות, אלא אם כן הדבר נקבע במפורש.[[139]](#footnote-139)

בעניין קיום חובה חוקית, הגנת הפעולה תהא במקום בו בוצעה רשלנות בקיום החובה. ואילו בעניין הפעלת סמכות חוקית, הכלל קובע במקום בו ביצוע העוולה היה תוצאה בלתי נמנעת של הפעלת סמכות תהנה הרשות מהגנת החיקוק המסמיך.[[140]](#footnote-140) מנגד ניתן לראות כי הכלל במשפט האנגלי הוא כי ברגע שרשות ציבורית פועלת במתחם הסבירות בקיום חובותיה והפעלת סמכויותיה לא תוטל עליה אחריות חמורה. זאת מהטעם כי אין היגיון בהוצאת צו מניעה נגד הרשות או לחילופין חיובה בפיצויים כאשר היא פועלת באורח סביר להגשמת המטרות שלשמן הוקמה. בעניין זה נכנס לתמונה שלנו אופיין הייחודי של העוולות הציבוריות, כי האינטרס הפרטי של הניזוק מפעילותה של הרשות הציבורית נדחה מפני שהערך החברתי של אותה פעילות הוא מהסיבה שהוא בוצע בהסמכת המחוקק.[[141]](#footnote-141) הגנה זאת לא נותנת מענה הולם לצורך לעצב את דיני הנזיקין לרשויות הציבוריות. לכן, עיקר מלאכת העיצוב של דיני הנזיקין נעשה במשפט האנגלי באמצעות כלים אחרים.

בעניין הגבלת האחריות בגין מחדלים, נקבע בהלכת איסט ספולק כי רשות תהא אחראית ברשלנות בגין מחדל, במקום בו הופרה הפרת חובה שהחיקוק המסמיך מטיל עליה. [[142]](#footnote-142) מנגד, כאשר לרשות מוקנה שיקול דעת להפעיל את סמכותה, היא לא תהיה אחראית בנזיקין, זאת להבדיל מחובתה לעשות או לחדול.[[143]](#footnote-143) כאמור לכלל זה חריג, רשות תישא באחריות בגין פגם בהפעלת סמכות רשות, רק אם מצבו של התובע הורע לעומת מצבו הקודם אלמלא הופעלה הסמכות. במילים אחרות, מקום בו נגרם לו נזק נוסף. הלכת איסט ספולק שניתנה בשנת 1941 שונתה בהחלטת בית הלורדים בשנת 1977 בעניין אן.[[144]](#footnote-144) במקרה זה נקבע כי אחריות ברשלנות יהא חשוף במקרים של מחדל טהור של אי מניעת סיכון שצד שלישי יצר. למרות שחלקים חשובים של הלכת אן בוטלו, ההכרה העקרונית באחריות הרשות במקרה של מחדל טהור אשר מפעילה שיקול דעת עודנה ניצבת איתנה. בהלכת אן, הושמו סייגים לאחריות הרשות. המשפט האנגלי פיתח סייגים שונים לאחריות באמצעות טכניקות משפטיות שניתן היה לשמר את האחריות בגבולות ראויים, זאת על אף החידוש שבעניין אן. ניתן לראות שעל אף שנוצר ריכוך כללי, ביטול ההבחנה בין מעשה לבין מחדל אינו מתיישב כאחד עם הצורך בצמצום אחריותה של הרשות. למרות שבפן הזה הלכת אן טרם בוטל, פסיקה מאוחרת באנגליה מתחה ביקורת וביהמ"ש באוסטריה לא אימץ זאת.[[145]](#footnote-145) בהלכת אן הורחבה האחריות בגין מחדלים רשלניים והוא לוותה בניסיון לצמצם את תחומי האחריות באמצעות הבחנה מהמשפט האמריקאי.[[146]](#footnote-146)ביהמ"ש בעניין אן פסק כי החלטות שבמדיניות אינן משמשות נושא לביקורת שיפוטית באמצעות עוולת הרשלנות. באופן עקרוני הדין לא מכיר בקיומה של חובת זהירות שבין הרשות לבין מי שעלול להיפגע ממדיניותה, מכאן שתביעה כזאת תדחה על הסף. לעומת זאת, החלטות ביצוע משמשות נושא לביקורת שיפוטית, כאשר השאלה אם חלה חובת זהירות בקשר עם החלטה ביצועית תוכרע לפי נסיבות המקרה וכל מקרה לגופו.[[147]](#footnote-147) ההבחנה בין מדיניות לבין ביצוע לא באה להרחיב או לבסס את האחריות המוטלת על החלטות ביצועיות. בהלכת אן הודגש כי הטלת אחריות על החלטות ביצוע כפופה לכל המגבלות והסייגים שבדין הרשלנות. על אף שהבחנה זאת הגיעה מהמשפט האנגלי, בשביל שיהיה ניתן להגביל את אחריות הרשות בגין המחדלים, יהא זה גם בצמצום האחריות בגין יצירת סיכון אקטיבי.[[148]](#footnote-148) אולם, שיקול הדעת שבמדיניות שניתן בהלכת אן לעניין החסינות אינו מוחלט. החלטת מדיניות הנעשית מחוץ לסמכות לא תהא מוגנת, אם יוכח אחד מיסודותיה של עוולת הנזיקין ובמצב זה תוטל על הרשות אחריות בגין החלטת מדיניות.[[149]](#footnote-149) אי התקינות המנהלית שוללת את החסינות גם כאשר הפגם הוא בהחלטה עצמה וגם כאשר הפגם נמצא בהליך המוביל אל ההחלטה.[[150]](#footnote-150)

בעניין היקף החובה ודרישת הזיקה המיוחדת שבין המזיק לבין הניזוק, הגבלת אחריותן של רשויות הציבור ועובדיהן נעוץ בכלל משפטי. כלל זה שולל את האחריות בנזיקין במקרים של חובה כללית, אך מכיר בה כאשר החובה היא מוגבלת ומיוחדת. כמו כן, כלל זה נועד לצמצם את האחריות בנזיקין במקרים של מחדלים ויצירת סיכון אקטיבי, הן על החובות והן על סמכויות.[[151]](#footnote-151) דרישה מרכזית בעוולת הרשלנות באנגליה היא קיומה של זיקה המיוחדת בין המזיק לניזוק. זיקה זו היא חלק מיסוד הקרבה אשר מקים את חובת הזהירות ברשלנות. הרעיון המרכזי סובב סביב הקשר המיוחד בין המזיק לניזוק, זאת בשונה מהקשר בין מזיק לציבור רחב.[[152]](#footnote-152) כאשר מדובר בחובה כללית, גורם זה אינו מתקיים. ברגע שכלליות החובה שוללת את גורם הקרבה, בסיסה של האחריות ברשלנות נשמט. בעת הזאת, כלליות החובה שוללת גם כן את האחריות בגין הפרת חובה חקוקה. כדי להקים זכות אזרחית לסעד, התנאי הבסיסי שעומד בראשו זה שהחיקוק יוצר חובה והוא נועד לטובתו או להגנתו של הניזוק. במשפט האנגלי נוצרה הלכה מושרשת זו כי חובות המיועדים להגנת הציבור בכללותו אינם עונים על תנאי זה. כאמור, חובות כלליות נתפסות כציבוריות והן אינן מכוונות להעניק סעד אזרחי לפרטים בחברה.[[153]](#footnote-153) הוצאת החובות הכלליים מתחום האחריות מצמצמת נתח גדול מתחום אחריותן של רשויות הציבור, בעצם כך נוצרת עמימות בעניין של שיקולי עומס יתר, הרתעת יתר, הצפה ושיבוש המערכות.[[154]](#footnote-154)

**פרק ד' – סעד הפיצויים**

סעיף 76 לפקודת הנזיקין קובע: "פיצויים אפשר שיינתנו הם בלבד או בנוסף על ציווי או במקומו; אלא שאם -

(1)  סבל התובע נזק, יינתנו פיצויים רק בשל אותו נזק שעלול לבוא באורח טבעי במהלכם הרגיל של הדברים ושבא במישרין מעוולת הנתבע;

(2)  סבל התובע נזק ממון, לא יינתנו לו פיצויים בשל הנזק אלא אם מסר פרטים עליו בכתב התביעה או בצירוף לו."[[155]](#footnote-155)

פיצוי מוצג בפסיקה ובספרות כאחת המטרות המרכזיות של דיני הנזיקין על מנת להשיב את המצב לקדמותו. טיעון זה מתקבל על הדעת, משום שעומד צדק בחשיבה כי אם אדם לא הסכים שיטילו עליו נזק הוא זכאי לפיצוי. אחת הסיבות כי פיצוי הוא מטרה שיש לתמוך בה, מעבר לשיקולי הצדק, היא העובדה שיש לה חשיבות אישית וחברתית עצומה. אדם שנפגע באירוע נזיקי וחווה פגיעה בגופו או ברכושו עלול ליפול נטל על החברה ולכן ישנה חשיבות מאוד גדולה לפיצוי על מנת לאפשר לו להמשיך בחייו הרגילים. המטרה של הפיצוי מתמקדת בניזוק. ישנם לא מעט פסקי דין בהם ביהמ"ש מגיע למסקנה כי הוא ראה לנגד עיניו את הרצון לפצות, קרי להשיב את המצב לקדמותו.[[156]](#footnote-156) חשוב להדגיש כי השבת המצב לקדמותו לא בהכרח תשיב אותו פיזית, אלא בעזרת סעד הפיצוי תסייע לניזוק להתקיים ולחיות בצורה הראויה והטובה ביותר ככל שאפשר לפני קרות הנזק.

בפרק זה ניצבת בפנינו השאלה על מה מפצים את ההורים, האם על אובדן עילת תביעה? אתחיל בסקירה קצרה של פס"ד חננשוילי.

**ד1. פרשת חננשוילי – ראש נזק חדש**

בפרשה זו חננשוילי נפצע בתאונת דרכים עצמית. כעבור שנה, עוד בטרם הספיק להגיש תביעה נזיקית בגין הנזקים שנגרמו לו נהרג בתאונת דרכים נוספת.[[157]](#footnote-157) השאלה המרכזית שנדונה עוד בביהמ"ש המחוזי הייתי היא מי מבין שתי המשיבות אחראית לאובדן כושר השתכרותו של חננשוילי. האם תהיה זו המשיבה הראשונה הנתבעת בגין התאונה הראשונה, או המשיבה השנייה הנתבעת בגין התאונה השנייה, בה הוא נהרג כאמור. בעניין זה קבע ביהמ"ש המחוזי כי כל משיבה חייבת בנזקים שנבעו מהתאונה בגינה הייתה אחראית. מאחר שבענייננו בזמן קרות התאונה השנייה חננשוילי היה בעל כושר השתכרות נמוכה, כתוצאה מהתאונה הראשונה, יש לחייב את המשיבה השנייה רק בנזק עליו היא אחראית, במילים אחרות רק בעניין שלילת כושר ההשתכרות המופחת.[[158]](#footnote-158) המשיבה הראשונה חייבת בפיצויים בגין תוצאות התאונה לאורך כל חיי העבודה הצפויים שלו אשר נפסקו עם מותו בתאונה השנייה. בהתאם לכך ביהמ"ש המחוזי פסק פיצויים ועל כך הוגש ערעור לביהמ"ש העליון.

ביהמ"ש העליון קבע בפסק דינו עקרונות מנחים בנושא ייחוס האחריות והנזק במצב של ריבוי מזיקים מנחים: 1. הניזוק זכאי לפיצוי על מלוא נזקיו. 2. המזיק אחראי רק הנזק שהוא גרם. 3. המזיק מוצא את הניזוק כמות שהוא. 4. בשביל לאמוד את הנזק העתידי יש להתחשב באירועים והתפתחויות עתידיות שעשויות לקרות לניזוק במהלך חייו ובאירועים עד למתן פסק הדין.[[159]](#footnote-159) בעניין מזיקים במשותף או בנפרד נקבע כי יש לחייב כל אחד מהמזיקים באופן מלא, כאשר שאלת חלוקת האחריות ביניכם נותרת להתדיינות בינם.[[160]](#footnote-160) בעניין נזקים לאחר קרות האירוע הראשוני שהינה פגיעה "בידי שמיים", המזיק הראשון לא צריך לשאת בנזקים של הפגיעה השנייה.[[161]](#footnote-161)בעניין הפסקת התביעה נגד המזיק הראשוני בגין נזקיו הראשונים, זאת מהסיבה כי כעת אין תביעה בגין הפסד כושר השתכרותו משום שהניזוק נפטר.[[162]](#footnote-162) אם הניזוק טרם מימש את זכאותו לפיצויים כנגד המזיק הראשוני וזאת בשל התאונה השנייה, עיזבונו זכאי לתבוע את המזיק של התאונה השנייה בגין ההפסד שנגרם לנפטר מכיוון שנשללה ממנו האפשרות להיפרע מהאחראי לפיצוי בגין התאונה הראשונה.[[163]](#footnote-163)

יש לראות כי במקרה דנן, ביהמ"ש ראה לנכון כי אלמלא מות הניזוק בתאונה השנייה, הוא היה משתמש לתמיכה במשפחתו באמצעות כספי הפיצויים בגין הפסד כושר השתכרותו לתקופה מיום התאונה השנייה ועד לתום תוחלת חייו. מה שאומר במצב דברים זה היו היורשים "נהנים" מהפיצויים בכל מקרה, גם אלמלא הניזוק נהרג בתאונה השנייה.[[164]](#footnote-164) בעניין זה, עלתה השאלה האם הפיצויים הם טובת הנאה שצמחה ליורשים בעקבות פטירת הניזוק כאשר ביהמ"ש השיב על כך בשלילה. יחד עם זאת ביהמ"ש קבע כי מכספי הפיצויים יש לנכות את כל הכספים בהם היה משתמש הניזוק, לצורך הטיפול במצבו, לו היה נותר בחיים, מכיוון שהמערערים לא היו נהנים מכספים אלו. אולם, את הערך המואץ של הפיצויים הללו אין לנכות. שכן הפיצוי מבטא נכונה את שווי ההפסד החודשי, כשהוא לאורך משמש לאורך התקופה ובכך ניתן ביטוי להאצה ואין לעשות זאת פעמיים.[[165]](#footnote-165) בנוסף, יש לנכות את מלוא הפיצוי בגין הנזק שאינו ממוני, פיצוי זה מגיע לתלויים מהסיבה שהניזוק נפטר, אם לא היה נפטר זה לא היה מגיע להם כלל.[[166]](#footnote-166)

בפסק דין זה יוצרת השופטת נתניהו שאליה מצטרפים הנשיא שמגר והשופט ברק ראש נזק חדש – אובדן זכות תביעה. ראש נזק זה נשאר צמוד למבחן האילמלא. מבחן האילמלא – מבחן הגורם בלעדיו אין - צריך לתת את התשובה לשאלה האם אילמלא הפעילות המזיקה, לא היה נגרם הנזק. מבחן זה בעל משמעות במקרים בהם יותר מגורם אחד הביא לתוצאה נזיקית, בצורה שאם המעשה בו מדובר הוא הסיבה היחידה לנזק, למבחן זה אין מקום להחילו. זהו מבחן רחב שבו כל גורם ייחשב סיבה עובדתית לתוצאה נזיקית, אם הדבר היה הכרחי להתרחשותה.[[167]](#footnote-167)

ניתן לנתח את פרשת חננשוילי כבליעה והחמרת הנזק. לעניין החמרת הנזק - מתרחש כאשר ישנו נזק ראשון ונזק השני המזיק השני החמיר את הנזק הראשון. בעניין זה החמרה באה לידי ביטוי כבליעה של נזק משום שהיא כוללת בתוכה את אחוזי הנכות שכבר היו לניזוק כתוצאה מהנזק הראשון. לעניין הבליעה – כאשר לניזוק נגרם נזק ראשון וטרם ניתן פיצוי לגביו, לאחר מכן מתרחש נזק שני שנבלע בתוך הנזק השני המאוחר יותר. במצב דברים זה, הנזק השני הופך את הנזק הראשון ללא רלוונטי מהסיבה שמתנתק הקשר הסיבתי לגביו. במילים אחרות, אם הנזק השני לא נגרם כתוצאה מהנזק הראשון, והוא כולל בתוכו את הנזק הראשון וגם נזקים נוספים, הקשר הסיבתי מתנתק בין המזיק הראשון לבין הנזק הראשון והניזוק יפרע רק מהמזיק השני. מכאן כי הלכת חננשוילי היא שהמזיק השני יישא במלוא הנזק מכיוון שמדובר בבליעת הנזק. בנוסף וכפי שצוין לעיל, תקום עילה של אובדן זכות התביעה כלפי המזיק הראשון כיוון שהמזיק השני ניתק את הקשר הסיבתי למזיק הראשון.

**ד2. נזק כלכלי טהור**

נזק כלכלי טהור הוא נזק המתבטא בהפסד ממון בלא שנלווה אליו נזק גוף או רכוש, ושלגביו מיושם כלל שלילה הקובע כי אין חובת זהירות של יוצר סיכון למי שניזוק נזק כלכלי טהור כתוצאה מהתממשות הסיכון. קרי, כאשר מדובר בנזק כלכלי בלבד לא קמה חבות בנזיקין. דיני הנזיקין הקלאסיים הגנו בעיקר על אינטרסים של גוף ורכוש לעומת זאת, על אינטרסים כלכליים טהורים הגנו פחות.[[168]](#footnote-168) החתירה של המשפט היא לתעל את הצדדים להקצות סיכונים באמצעות חוזה, זאת אומרת לחלק את הסיכונים בעצמם על ידי משא ומתן ובאמצעות הסכמים. בשיטת המשפט האנגלו-אמריקאית ניכרת זהירות בעניין הטלת אחריות בגין גרימה רשלנית של נזק כלכלי טהור. מנגד שיטת המשפט הישראלית שונה ולעיתים נדמה כי לא מבחינים בין נזק כלכלי טהור לבין נזק פיזי.[[169]](#footnote-169)לכאורה, במבט ראשוני, נזק כלכלי טהור עלול לפגוע ברווחתו של הניזוק לא פחות מנזק של רכוש או גוף. נזק גוף יכול להתבטא גם הוא בנזקים כלכליים, כמו למשל הפסד השתכרות. בפסיקה נראים מספר חריגים, לדוגמא כאשר מדובר באחריות המדינה או באחריות של רשות ציבורית נרצה להניח כי דווקא קיימת צפיות נורמטיבית של המדינה כלפי הנזקים הכלכליים הטהורים.[[170]](#footnote-170) חריג נוסף מאופיין במצב של מצג שווא רשלני. כאמור, ביהמ"ש מנסה לתעל את הצדדים להקצות סיכונים לפי ההסכמים שמתקיימים ביניהם ובעצמם. אך, חריג זה קובע כי כאשר אותם ההסכמים נכרתו בהתאם למצב עובדתי שגוי, חריג זה לא יתקיים.[[171]](#footnote-171) חריג חשוב אחר הוא Undertake אשר עוסק במצבים בהם יוצר הסיכון ביצע פעילות שנלווית לה סיכון, זאת מתוך מטרה או ידיעה שניזוק משני, או לחילופין צד שלישי יסתמך על פעולותיו. לבסוף, ניתן לומר כי גם בשיטות משפט בהם לא נהוג לפסוק פיצוי בגין גרימה רשלנית של נזק כלכלי טהור לא יימנעו בתי המשפט מפסוק פיצויים בגין נזק כלכלי אשר נלווה לנזק פיזי.[[172]](#footnote-172)

**ד3. שיקולי מדיניות בעד צמצום אחריות**

החשש מהרחבת חוג התובעים הוא טיעון מרכזי בעד צמצום האחריות הנזיקית בגין גרימה רשלנית של נזק כלכלי טהור.[[173]](#footnote-173) אם בגין כל תאונה כל ניזוק שנגרם לו נזק כלכלי טהור יוכל לתבוע את המזיק, תאונה זו עלולה לגרור מספר לא מבוטל של תביעות, הדבר ייצור עומס בבתי המשפט ופעילותו של המזיק תוכבד.[[174]](#footnote-174) כהמחשה לכך ניתן בפסיקה בארה"ב בעניין Pruitt,[[175]](#footnote-175) שבעצם עשוי להמחיש את החשש מהרחבת חוג התובעים אם תוטל אחריות נזיקין בגין נזק כלכלי טהור ללא מגבלות. במקרה זה דובר על זיהום הנהר ומפרץ בחומר כימי מסוים אשר גרם להשמדת הדגה. התובעים היו רבים ובעצם כל מי שהיה לו קשר לנהר ולמפרץ – בעלי מסעדות, סיטונאים, דייגים וכיו"ב. כל אלו טענו שעקב זיהום הנהר והמפרץ נפגעה פרנסתם ורווחתם. ביהמ"ש הכריע בסוגיה הזאת והטיל על הנתבעת אחריות רק כלפי אלו שפעלו "על המים או על גדות המים", בעוד שאת שאר התובעים ביהמ"ש דחה.[[176]](#footnote-176) בכך ביהמ"ש הראה את החשש מפני ריבוי תובעים וקבע אמת מידה שלפיה יפוצו רק הניזוקים הישירים. עולה טענה נוספת לעניין החשש להרחבת חוג התובעים והיא כי הטלת אחריות בהיקף רחב בגין נזקים כלכליים טהורים עלולה להוות מעמסה על המזיק, מעמסה בלתי צודקת ולעיתים גם עומס בלתי צודק על מערכות בתי המשפט.[[177]](#footnote-177) פעמים רבות קשה לאבחן אם הנזק הכלכלי קשור סיבתית להתנהגות העוולתית של המזיק. במקרים מסוימים הנזק הכלכלי הוא קטן, עד כדי כך שפעמים רבות אינו מוצדק בשביל להטריח את בתי המשפט בסוגיה ובפסיקת סעד בעניינו. לדוגמא בעניין Pruitt בני אדם שעסקו בדיג להנאתם ולשם הספורט ניזוקו מזיהום הנהר, אך נזקיהם היו קלים. נימוק זה עזר לביהמ"ש האמריקאי להגיע להכרעה שיש לדחות את טענת התובעים בעניין הטלת אחריות הנתבעת כלפיהם.[[178]](#footnote-178) אך, במקרים אחרים הנזק הכלכלי יכול להיות גדול, שמה שעומד בפנינו זה טיעון הקשר הסיבתי. ישנו קושי אינהרנטי לדעת האם מתקיים קשר סיבתי בין ההתנהגות העוולתית של המזיק לבין הנזק שגרם לנזק כלכלי טהור. אם תוטל אחריות רחבה מידי בתי המשפט עלולים להטיל אחריות נזיקית רחבה גם אם היא לא קשורה לנזק כלכלי טהור. לבתי המשפט יש את הכלים לבחון אם הנזק נגרם כתוצאה מהתנהגות עוולתית או מגורם לא עוולתי, זאת מהסיבה שיש הבדל בין נזק פיזי לבין נזק כלכלי טהור שהוא אירוע חריג.[[179]](#footnote-179) אמת נכון הדבר כי בשל הקושי לקשור בין הנזק הכלכלי לבין ההתנהגות העוולתית של המזיק, בתי המשפט עלולים לפסוק פיצוי חסר ולא פיצוי יתר. אבל, אם מסיבה מסוימת הסכנה של פיצוי יתר רבה יותר הפתרון של שיטת המשפט הוא הטלת מגבלות על כוחם של בתי המשפט לפסיקת פיצויים בגין נזק כלכלי טהור. אבל טיעון זה לא יכול לכמת את הרתיעה לפסוק פיצוי בגין נזק כלכלי טהור על אותם המקרים שבהם אין שום קושי מיוחד לקבוע מתי הנזק הכלכלי שנתבע קשור סיבתית להתנהגות העוולתית ומתי לאו.[[180]](#footnote-180)

מפרק זה ומפרק הקודם שעסק באחריות המדינה ניתן לראות כי השיקולים שעומדים בעד הטלת אחריות על המדינה ובכך הנטייה של ביהמ"ש להרחיב אחריות זאת הם: סעד כספי – דיני הנזיקין בניגוד למשפט המנהלי, מאפשרים מתן סעד כספי שיפצה עבור הנזק שהרשות גרמה לניזוק. מן הצד השני, ביהמ"ש צריך תמיד להיות במאזן כי ייתכן ותהיה פגיעה בסופיות הדיון. לא רק זאת, כאשר מדובר בשיקולים תקציביים ביהמ"ש ממעט להתערב, זאת מהסיבה של חלוקת העוגה. כמו כן, שיקול הרתעת יתר מרחף לא פעם בעניין משני צדי המתרס. האחד, הרשות תהא בירוקרטית ואיטית יותר כדי להימנע מפני תביעות עתידיות, כללים נוקשים יכבידו על האזרח, פגיעה בשלטון החוק ואכיפתו. מנגד, יהיה שוויון הרשות בפני החוק, קרי החוק לא מתעלם מאף אחד, הבטחת מנהל תקין, נקיטת אמות מידה ונהלים אשר יבטיחו את קיומם של אמצעי זהירות ראויים בניהול תביעה זאת בדומה לפס"ד גורדון שצוין לעיל. זאת ועוד בעניין ההצפה ואובדן הכספים מדובר בכספי ציבור קרי אובדן במשאבי הרשות תוביל לפגיעה בשירות שניתן לאזרח. מן הצד השני, רשות ציבורית היא מפזר הנזק הטוב ביותר ולכן עדיף להטיל עלייה אחריות מהאזרח. לבסוף, ניצבת שקילת שיקולים ציבוריים כמו הפגיעה בהפרדת רשויות, הרשות שוקלת סדרי עדיפויות במסגרת התקציב שנתון לה מה שהשופט לא יכול לשקול כשיקולים ציבוריים בצורה רחבה. כלומר, ככל שלרשות יש יותר שיקול דעת כך ביהמ"ש ימעט מלהתערב.

לסיכום, ניתן לראות כי השיקולים לא מקלים בפתרון הבעיה שהינה סבוכה. אך לדידי, על המדינה באמצעות אחד משלוחיה להקים ועדת חקירה שתבחן את הנושא. בוועדה זו ישבו סביב שולחן עגול הגורמים הרלוונטיים כמו ועדת הכספים, משרד האוצר, ועדת התפתחות הילד, נציבות שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלויות, איגוד הנכים וכיו"ב. כל אלו אשר עשויים להביא להכרעה אם לא בפסיקה אז באמצעות דוח הכנסת שיוצג בתום החקירה מה שיוביל לתוצאה של חקיקה הולמת בנושא.

**סיכום ומסקנות**

*"הורי היקרים, האגו שלכם אינו רלוונטי. אם תבחרו לומר שחרב עליכם עולמכם בגלל מוגבלויותיי, אזי, ככל הנראה תבחרו לשים את עצמכם במרכז ההוויה. אני לא משתתף במשחק ההישגיות והמצוינות האישית שיצרה החברה. לעולם לא אגיע לשום הישג שתוכלו להתפאר בו. לא תהיה בר מצווה, לא תהיה חתונה, לא אביא ילדים, לא אסיים אוניברסיטה, לא אשרת בצה"ל, לא אהיה פרופ', רופא, עורך דין או קצין. לא אהיה שום דבר ממה שחלמתם עליו. אם תבחרו להתבייש בי ולהסתיר אותי זה יהיה משום שבחרתם להגן על עצמכם ולא עלי. אין בכוחי לעשות מאומה עבור עצמי. לא להתקלח לבד, לא להתלבש לבד, לא לאכול לבד. מאומה. אני מצוי בתלות מוחלטת בידכם. ואני גם משקף במידה רבה את מוגבלותכם אתם היות שקיבלתם את בריאותכם וכוחכם באופן זמני. חס וחלילה, זקנה, מחלה, תאונה, פיגוע ואתם עלולים להימצא בדיוק במקומי, בתלות מוחלטת בחסדי אחרים. כנגד דגל המצוינות האישית שהחברה מניפה כל כך גבוה, תוכלו להניף דגל אחר. דגל המצוינות החברתית למען אלו שנגזרו לקיפוח גדול, שנולדו לעולם של דעות קדומות וסטראוטיפים קשים, תוכלו להניף את דגל המצוינות החברתית למען החלשים ביותר בחברה. ואם אכן תצליחו להניח את האגו בצד ולבטא בדרך חייכם את "ואהבת לרעך כמוך" אזי באמת תהיו אנשים טובים יותר".*

אלו הםדבריו של דורון אלמוג, אביו של ערן אשר הקים את הכפר השיקומי "עלה הנגב" ומכהן כיו"ר. ציטוט זה הינו סיכום תמציתי וענייני של מטרות העל שניסיתי להציג בעבודה זו. דורון אלמוג נכנס לחשיבתו של ערן בנו שסבל מצירוף של אוטיזם ופיגור שכלי קשה כתוצאה מפגיעה מוחית בלידה. דורון מציין את התלות המוחלטת של ערן בהוריו מבחינה כלכלית וסיעודית, את מבחן ההישגיות שלעולם לא יצליח להשיג. מנגד לכך, ערן מסמל את הנפת הדגל למצוינות עבור אלה שנגזרו לקיפוח אחד גדול בחברה. כאמור, ציטוט זה מציין את הפער החברתי, תרבותי וכלכלי ובכך, מבקש לצמצם אותו בעזרת הקניית זכויות וראייה מרחבית של הקשיים שעורבים בדרך.

במהלך עבודה זו ניסיתי לתאר באופן מוחשי ככל הניתן את המצב המשפטי שנוצר כיום לאחר הלכת המר וביטול עילת "חיים בעוולה". התחלתי בהסבר על לידה ומותה של עילת "חיים בעוולה", על תיאור עוולה זאת ומנין מקורה הראשוני בפסיקה וכן על תחילת פסיקותיה החל מפרשת זייצוב עד להלכת המר והמצב המשפטי השורר כיום. לאחר מכן, התעמקתי בהשפעת פס"ד המר בנוגע לבעיה המתעוררת בדיני ההתיישנות, סקירה קצרה של דיני ההתיישנות, כיצד יש לסווג את עילת ההתיישנות בענייננו – כדין מהותי או כדין דיוני? וכן חוק הנזקים האזרחיים )אחריות המדינה) שנדונה במהלך העבודה. מה שהוביל אותי לדון באחריות המדינה שנקבעה בפסיקה, תוך שימוש בדוגמאות זריקות הדפו-פרוברה ופס"ד איבי בעניין נפגעי טיפול בגזזת, בהם נקבע שהמדינה התרשלה, אם במעשה או במחדל, באחת מפעילותיה. לאחר מכן, דנתי בהתנהלות המדינה לגביי אופן היידוע של ההורים שם ניתחתי את עוולה הרשלנות תוך דווקנות בשאלה האם על המדינה מוטלת חובת זהירות? לבסוף בעניין זה דנתי במשפט משווה בנושא אחריות המדינה לפי המשפט האנגלי. בסיום העבודה דנתי בשאלה המשפטית שהובילה אותי לחקור מהם עולה הסעד בפיצויים, על מה ניתן לפצות את ההורים? האם מוטלת על המדינה חובת יידוע ובכך עליהם לפצות את ההורים שנגרם להם נזק בדמות של אובדן עילת תביעה. דבר זה הוביל אותי לפרשת חננשוילי כיציר פסיקה והכרה בראש נזק חדש בנזיקין, נזק כלכלי טהור וכן שיקולי מדיניות בעד צמצום אחריות. לבסוף, הבעתי את דעתי בעניין אחריות המדינה והטלת אחריות על פעולתה בעניין. תשובתי היא כי יש להכיר בבעייתיות. יש להבחין בין סופיות הדיון לבין הימצאותם של אוכלוסייה דומיננטית בחברה לעומת, אוכלוסייה מוחלשת שלא מקבלת סעד ראוי. יש להכיר בחובת זהירות שהמדינה לא הבחינה בכך ובעצם גרמה למחדל שעולה לכדי ייסוד הנזק. לכן, לפי דעתי וכפי שציינתי לאורך כל העבודה יש להכיר בסעיף סל שנותן מענה לשאלות סבוכות מנין אלו. בכך, תינתן אפשרות לשופטים להכריע בסוגיות סבוכות שטרם נתנו תקדימים לגביהם במטרה שהדבר יוביל להלכה מחייבת ותקדים. לא רק זאת, על המדינה באמצעות המחקר והידע של הכנסת לכנס ועדת חקירה שתשקול את מכלול השיקולים בנוגע לשאלה כי ההורים וילדיהם יותרו במדינה ללא סעד הולם, אותו סעד שמוקנה להם כחוק במדינת ישראל.

כולי כמהה להסרת המטפחת מעיניה של אלת הצדק וכי בבוא היום יתחולל במדינתנו שינוי של ממש, שינוי של הקניית זכויות ופקיחת עיניים למען האוכלוסייה שנדונה לחיים של תלות ממשית וסיוע באמצעות הרשויות השונות במדינה. בכך, נוכל להוביל לחברה טובה יותר, מקבלת יותר, ומדינה שרואה בראש מעניינה את האוכלוסייה שמכירה בשונות, בקבלת האחר ובאהבת חינם.

**סוף דבר**

אם להיות כנים השאלה העסיקה אותי רבות במהלך עבודתי בעניין אחריות המדינה באשר ליידוע הדין החדש, קרי, אובדן עילת התביעה. שאלתי את עצמי לא פעם האם נכון וראוי להטיל על המדינה אחריות כמי שיצרה את הסיכון לאובדן עילת תביעה של ההורים והקטין. פרסתי לעצמי תמונה מלאה בתקווה כי אגיע למסקנה סופית אחת איתנה בסוף העבודה, ללא דעות קדומות טרם תחילת מחקרי. לא פעם הדבר הקשה עליי. האם המדינה צריכה להתערב בעניינים פרטיים? האם זה ייצור מדרון חלקלק לתביעות עתידיות רחבות ואחרות? האם ריבוי תובעים עלולים להביא לקריסת תקציב המדינה וגרעון? האם בשביל "לכסות" דבר אחד צריך לקחת מתקציב מדינה אחר שהוא חיוני וחשוב לא פחות? ואז ניסיתי להוציא לרגע את המדינה מהמשוואה ולראות את התמונה של ההורים והקטין. ככל שהתעמקתי בהם יותר ראיתי אותם לנגד עיניי כניזוקים ישירים בשני מישורים: האחד, שהביאו לעולם ילד עם מום, אותו ילד שלא היו מעוניינים להביא לעולם ובעקבות כך עוד בטרם ההיריון נגשו לייעוץ גנטי. השני, הם הניזוקים הישירים ברגע שהדין החדש שונה והם לא היו מודעים לכך, מה שבעצם גרם להם לאבד את עילת התביעה. כך הם מצאו את עצמם עם עוולה כל כך גדולה, עוולה אישית שלא משנה כמה אנסה לכמת אותה במילים, לעולם לא אצליח. אותה עוולה שגורמת למשפחה להיות מנוכרת מהחברה, להימצא תחת זכוכית מגדלת וביקורתיות של החברה הישראלית. עוולה זו גורמת לכל תא משפחתי במדינת ישראל ובכלל בעולם לשנות את מאזן הכוחות, לשנות הרגלים וחשיבה. ברגע שיש ילד אחד שהוא חולה במשפחה הפוקוס והוויה מתרכזים בו, ולמעשה הוא הגרעין בתא המשפחתי. כאשר הורים מביאים ילד לעולם הוא מביא מנת אושר, אושר לא מזוקק, אך כאשר מגיע ילד לעולם בעל מומים, קרי בעל צרכים מיוחדים האושר הוא מוגבל, הוא לעולם לא יהיה "שלם". הוא לעולם לא יהיה אחד "מוצלח" כחשיבה רגילה ונורמטיבית של כל אחד מההורים, הוא לא יגיע להישגי הצטיינות כלשהם והוא לא יהווה מקור לגאווה באמצעות דרכו והצלחתו. מה שהוא כן יהיה זה מודל למצוינות, לקבלת האחר והזולת, לנתינה ולסובלנות, לרגישות בלתי מתוארת, הוא יגרום לסביבה שעוטפת אותו להסתכלות אכפתית ומכילה יותר מכל ילד אחר שנולד. מחשבות אלה שרצו במוחי הלוך ושוב גרמו לי להבין שההתמודדות הקשה והיום יומית בגידול ילד עם מומים, ריצות לבתי חולים, מכוני התפתחות הילד, סייעות, הכרה מיוחדת במשרד הבריאות, במוסדות הרווחה ובביטוח לאומי, הובילו אותי להבנה שההתמודדות עם כל הבירוקרטיה האמורה תגרום לכך שההורים לא יוכלו להתפנות לטיפול בתביעה ועל כן עלולים לאבד את האפשרות התביעה וקבלת הפיצוי עבור גידול ילד מיוחד. אותו פיצוי שעשוי להקל עליהם ככל שאפשר ולשרת אותם מהימנה למשך כל תוחלת חיי הקטין. ראוי לזכור שככל שהילד גדל וההורים מזדקנים המדינה פחות מכירה בהם, וכך בגיל 21 הם מוצאים ממוסדות החינוך ועוברים למוסדות הרווחה. כאשר דנתי בשאלה זו לא נחה נפשי שהם יוותרו ללא שום הגנה וללא עזרה כספית שזוהי העזרה המינימלית שהמדינה יכולה לסייע בה. כך שלמרות שהמדינה היא לא זאת שיצרה את הסיכון למום עדיין בנסיבות המקרה אפשר ויהא נכון להטיל עליה אחריות נזיקית כמי שיצרה את הנזק הכלכלי של אובדן עילת התביעה.

על אף האמור כולי תקווה כי המדינה תראה לנכון לחוקק סעיף סל שמכיל בתוכו את הקשיים של שינויי הדין והתיישנות העילה הקודמת, אותם מצבים שחוסמים בפניי כלל האוכלוסייה הישראלית את הזכות לפנייה לערכאות המשפט. לא רק זאת, המדינה עשויה באמצעות מחקר וידע של הכנסת לכנס ישיבות בנושא ולהגיע לתוצאה שתאפשר להורים ולקטין לקבל סעד הולם ומתאים למשך כל תוחלת חייו. אסיים את עבודתי, בנימה של תקווה ואופטימיות, ואייחל לשינוי אמיתי כבר בשנה החדשה שבפתח.

**ביבליוגרפיה:**

**ספרות:**

איתן ענבר, **דיני** **נזיקין**, התשס"ג – יולי 2002.

אסף פוזנר, מזייצוב עד המר: חלק ב' – בין חיים בעוולה להולדה בעוולה: היבטים מעשיים של הוראות המעבר שבפסק דין המר, ספר שלמה לוין (קבץ), 2013.

אסף פוזנר, על הדילמה שבין תוצאה להנמקה וריבוע המעגל : על תביעתו הנגזרת של היילוד בגין הולדה בעוולה הישירה.

אסף פוזנר, שלוש תביעות וחוק: על נפגעי הגזזת, **רפואה ומשפט,** גיליון מס' 44, יולי 2011.

אריאל פורת, **נזיקין**, כרך א', התשע"ג 2013.

אמנון כרמי, בריאות ומשפט, כרך א', התשע"ד 2013.

ברק קדם, מדוע קדמוני ברכים – על לידתה ומותה של עילת "חיים בעוולה", **רפואה ומשפט** – הולדה בעוולה – ינואר 2015.

דפנה ברק-ארז "עוולות חוקתיות בעידן חוקי היסוד" **משפט וממשל (תשס"ו)**, כרך ט, 103 – 136.

טל טבקין, **התיישנות**, התשע"ד 2014.

ישראל גלעד, האחריות בנזיקין של רשויות ציבור ועובדי ציבור, **משפט וממשל** ב תשנ"ה.

מיכאל ויגודה, הרהורים על "חיים בעוולה" (wrongful life) לאור מקורות המשפט העברי, **רפואה ומשפט,** 2013.

מרים בן-פורת, מבעד לגלימה, 2010.

שמואל ילינק, הולדה בעוולה זכויות תביעה ופיצויים, תשנ"ז 1997.

תמר גדרון, אחריות המדינה, גופים ציבוריים וממלאי תפקידים ציבוריים לנזק שנגרם ברשלנות – מדרון חלקלק, **הפרקליט** נא תשע"ב**.**

תמר גדרון, "חובת הזהירות בעוולת הרשלנות ונזק כלכלי טהור" **הפרקליט מב** 126 (1995).

**פסיקה:**

בג"ץ 8276/05 **עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הביטחון,** פ"ד סב (1) 1, 41 (2006).

בר"ע (ב"ש) 6408/08 **אוהד אזרד נ' אוראל בנלולו (קטין),** (פורסם בנבו, 18.2.2009), בעמ' 2.

דנ"א 7794/98 **משה נ' קליפורד**, פ"ד נז(4) 721, 744-748 (2003).

ע"א 9073/09 **אסותא נ' שרף** (פורסם בנבו, 14.6.2011).

ע"א 9073/09 **אסותא – מרכזים רפואיים בע"מ נ' שרף** (פורסם בנבו, 14.6.11).

ע"א 576/81 **בן שמעון נ' ברדה**, פ"ד לח(3) 1 (1984),10.

ע"א 2509/98 **גיל נ' קופת חולים של ההסתדרות הכללית של העובדים בארץ ישראל,** פ"ד נד (2) 38, 44, (2000).

ע"א 343/74 **גרובנר נ' עיריית חיפה**, פ"ד ל(1) 414, 145-148, 154-163 (1975).

ע"א 8146/13 **ד"ר סולימאן ג'ושה נ' בית החולים אלדג'אני** (בפירוק) (פורסם בנבו, ‏21.7.2016).

ע"א 4114/96 **המאירי נ' הכשרת הישוב חברה לביטוח בע"מ,** פ"ד נב (1) 857, 865, (1998).

ע"א 96/6649 **הסתדרות הדסה נ' גלעד**, פ"ד נג(3) 529 (1999).

ע"א 5604/94 **חמד נ' מ"י**, פ"ד נח(2) 498 (2004).

עת"מ (ת"א) 2380-09 **יצחק יוסף נ' משרד הבינוי והשיכון,** (פורסם בנבו, 9.11.2010).

ע"א 7832/00 **יעקובוב נ' מדינת ישראל**, פ"ד נו(2) 534 (2002).

ע"א 236/81 **לסרי נ' ציון חברה לביטוח בע"מ**, מב (3) 705.

ע"א 1535/13 **מדינת ישראל נ' ציפורה איבי** (פורסם בנבו, 03.09.2015).

ע"א 593/81 **מפעלי רכב אשדוד בע"מ נ' צידיק ז"ל,** פ"ד מא(3) 169, 192-189 (1987).

ע"א 2061/90 **מרצ'לי נ' מדינת ישראל**, פ"ד מז(1) 802, 808- 821 (1993).

ע"א 1303/09 **מרגלית קדוש נ' בית החולים ביקור חולים,** (פורסם בנבו, 5.3.2012), בעמ' 12.

ע"א 4960/04 **סידי נ' קופת חולים של ההסתדרות הכללית** (פורסם בנבו, 19.2.2005).

ע"א 248/86 **עיזבון חננשוילי נ' רותם חברה לביטוח בע"מ,** פ"ד מה(2) ,(1991).

ע"א 243/83 **עיריית ירושלים נ' אלי גורדון**, לט (1) 113, בעמ' 132, (פורסם בנבו, 11.02.1985).

ע"א 2781/93 **עלי דעקה נ' בית החולים "כרמל" חיפה**, פ"ד נג(4) 526, 573-575 (1999).

ע"א 11/1167 **פלוני נ' פלוני** (פורסם בנבו, 18.11.13).

ע"א 244/81 **פתאל נ' קופת חולים של ההסתדרות הכללית של העובדים בארץ ישראל,** פ"ד לח (3) 673 (1984).

ע"א 461/62 **צים חברת השייט הישראלי בע"מ נ' מזאיר,** פ"ד יז 1319, 1333 (1963).

ע"א 8650/08 **רפאלוב נ' מדינת ישראל**,פסקאות 32- 42 לפסק דינו של השופט מלצר (פורסם בנבו, 17.7.13).

עת"מ (ת"א) 40137-07-13 **עמותת הורות משותפת-טובת הילד נ' המוסד לביטוח לאומי**, (פורסם בנבו, 8.7.2014).

פס"ד 91/915 **מדינת ישראל נ' לוי**, פ"ד מח(3) 45 (1994).

רע"א 4512/13 **בית החולים אגודת הסהר האדום נ' פלוני**, (פורסם בנבו 28.8.2014).

רע"א 9444/12 **ד"ר דן זאבי נ' פלוני**, (פורסם בנבו 08.04.2013).

רע"א 1272/05 **כרמי נ' סבג**, פ"ד סב(3) 396.

רע"א 6582/10 **מדינת ישראל נ' נבילי,** פס' 7 (פורסם בנבו, 27.12.2011).

רע"א 4288/15 **מכבי שירותי בריאות נ' פלוני,** (פורסם בנבו 28.8.2016).

רע"א 369/57 **נסברג נ' פלוס,** פ"ד יג 584, 586-587 (1959).

רע"א 5156/10 **עזבון טאלב נ' מדינת ישראל**, פס' טו (פורסם בנבו, 6.8.2012).

רע"א 7490/14 **שירותי בריאות כללית נ' פלונית,** (פורסם בנבו 28.12.2014).

ת"א (מחוז י-ם) 22563-07-12 **אשתייה נ' מדינת ישראל,** פס' 31 (פורסם בנבו, 24.10.2013).

תא (ת"א) 4027/10 **ד"ר פריש ליאון נ' ר.ע,** (פורסם בנבו, 18.11.2012).

ת"א (מחוזי חי') 12566-09-09 **מדינת ישראל – משרד הביטחון נ' סמארה,** פס' 5 (פורסם בנבו, 21.12.2009).

ת"א (מחוזי י-ם) 8208/06 **סבגיאן נ' מכבי שירותי בריאות** (פורסם בנבו, 29.1.2009),

ת"א (מרכז) 53789-07-15 **קופת חולים מאוחדת נ' פלוני (קטין),** )פורסם בנבו 14.12.17).

ת"א (מחוזי ב"ש) 3344/04 **ר.וו (קטין) נ' מכבי שירותי בריאות** (פורסם בנבו, 31.8.2008).

**פסיקה לועזית:**

**Anns v. Merton London Borough Council** [1978]

**Council v. Heyman** [1985] 59 A.L.J.R 564

**Curran v. Northern Ireland Co-ownership Hosing Association** [1987]

**East Suffolk Rivers Catchment Board v.** Kent [1941]

**Lonrho Ltd v. Shell Petroleum Co. Ltd**. (No. 2)

**Pruitt v. Allied Chemical Corp** (1981).

**חקיקה:**

חוק ביטוח בריאות ממלכתי, תשנ"ד-1994.

חוק ההתיישנות, תשי"ח-1958

חוק הנזקים האזרחיים (אחריות המדינה), תשי"ב-1952.

חוק לפיצוי נפגעי גזזת, תשנ"ד – 1994.

פקודת הנזיקין [נוסח חדש], תשכ"ח- (1968).

**מקורות אינטרנטיים:**

דנה וילר-פולק, סערת העולות מאתיופיה: "אמרו שלא צריך ללדת הרבה", **הארץ**, 9.12.2012 [www.news.walla.co.il/item/2594896](http://www.news.walla.co.il/item/2594896) , (נבדק לאחרונה ב- 1.10.2018).

התיישנות תביעות הולדה בעוולה, עד מתי ניתן לתבוע, [www.iz-law.com/blog](http://www.iz-law.com/blog) , (נבדק לאחרונה ב-1.10.2018).

טלילה נשר, המדינה מודה: נשים אתיופיות טופלו למניעת הריון באופן פסול, **הארץ**, 27.1.2013 [www.haaretz.co.il/news/education/1.1915537](http://www.haaretz.co.il/news/education/1.1915537) (נבדק לאחרונה ב -1.10.2018).

מרכז המחקר והמידע בכנסת, סוגיית מתן דפו-פרוברה לנשים יוצאות אתיופיה, פורסם ב22.5.2013 [www.knesset.gov.il/mmm/data/pdf/m03219.pdf](http://www.knesset.gov.il/mmm/data/pdf/m03219.pdf) (נבדק לאחרונה ב-1.10.2018).

עו"ד אברי רב-הון, העליון קבע המדינה הפרה את חובתה כלפי חולי הגזזת, 7.9.2015 [www.psakdin.co.il/Document](http://www.psakdin.co.il/Document) , (נבדק לאחרונה ב- 1.10.2018).

[עו"ד](http://www.sabag-law.co.il/procreation_tort_the_final_law/) איילת סבג, הולדה בעוולה – הלכה סופית, [www.sabag-law.co.il/procreation\_tort\_the\_final\_law](http://www.sabag-law.co.il/procreation_tort_the_final_law) (נבדק לאחרונה ב-1.102018).

עו"ד אלי דורון, אחריות המדינה [www.dt-law.co.il/articles.asp?ArticleID=1340](http://www.dt-law.co.il/articles.asp?ArticleID=1340) , (נבדק לאחרונה ב-1.10.2018).

עו"ד דוד פייל, "הולדה בעוולה" למי כדאי לתבוע?, **yent** 13.5.2015 [www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4656548,00.html](http://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4656548,00.html) , (נבדק לאחרונה ב -1.10.2018).

עו"ד יוסי טולדנו, ביהמ"ש: ניתן להגיש תביעות בגין הולדה בעוולה עד סוף 2017, **yent**, 23.12.2017 , [www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-5060108,00.html (נבדק](http://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-5060108,00.html%20(נבדק) לאחרונה ב1.10.2018).

עו"ד ענת גוטמן, חובת היידוע הופרה: 8 מיליון ש' להורים שבתם נולדה עם פיגור שכלי, **PsakDin**, 31.10.2014, [www.psakdin.co.il/Documen](http://www.psakdin.co.il/Documen), (נבדק לאחרונה ב-1.10.2018).

ראה אתר משרד העבודה הרווחה ושירותים חברתיים, [www.molsa.gov.il/Populations/Distress/DistressFamily/SpecialNeeds/Pages/TM\_02\_00\_01.aspx](http://www.molsa.gov.il/Populations/Distress/DistressFamily/SpecialNeeds/Pages/TM_02_00_01.aspx) , (נבדק לאחרונה ב-1.10.2018).

רשלנות רפואית, פגיעה באוטונומיה של נפגעי הגזזת עקב אי יידוע בדבר הסיכון המוגבר לחלות [www.rashlanut-refuit.org/P33632/](http://www.rashlanut-refuit.org/P33632/) , (נבדק לאחרונה ב-1.10.2018).

1. מרים בן-פורת, מבעד לגלימה, בעמ' 153. [↑](#footnote-ref-1)
2. שם. [↑](#footnote-ref-2)
3. ברק קדם, מדוע קדמוני ברכים – על לידתה ומותה של עילת "חיים בעוולה", **רפואה ומשפט** – הולדה בעוולה – ינואר 2015. [↑](#footnote-ref-3)
4. ע"א 518/82 **זייצוב נ' כץ,** פ"ד מ(2) 85 (1986). [↑](#footnote-ref-4)
5. בן-פורת, לעיל ה"ש 1, בעמ' 154. [↑](#footnote-ref-5)
6. רע"א 1326/07 **המר נ' עמית,** (פורסם בנבו, 28.5.2012). [↑](#footnote-ref-6)
7. אסף פוזנר, מזייצוב עד המר: חלק ב' – בין חיים בעוולה להולדה בעוולה: היבטים מעשיים של הוראות המעבר שבפסק דין המר, ספר שלמה לוין (קבץ), 2013. [↑](#footnote-ref-7)
8. ברק קדם, לעיל ה"ש 3, בעמ' 114. [↑](#footnote-ref-8)
9. בן-פורת, לעיל ה"ש 1, בעמ' 154. [↑](#footnote-ref-9)
10. ברק קדם, לעיל ה"ש 3, בעמ' 115. [↑](#footnote-ref-10)
11. שם. [↑](#footnote-ref-11)
12. בן-פורת, לעיל ה"ש 1, בעמ' 154. [↑](#footnote-ref-12)
13. **עניין זייצוב,** לעיל ה"ש 4. [↑](#footnote-ref-13)
14. שמואל ילינק, הולדה בעוולה זכויות תביעה ופיצויים, תשנ"ז 1997, עמ' 31. [↑](#footnote-ref-14)
15. לעיל ה"ש 12. [↑](#footnote-ref-15)
16. ע.א 243/83 **עיריית ירושלים נ' גורדון** פד' לט (1) 113, 125 ה'. [↑](#footnote-ref-16)
17. עירובין, יג, ע"ב [↑](#footnote-ref-17)
18. ברק קדם, לעיל ה"ש 3, בעמ' 115. [↑](#footnote-ref-18)
19. אסף פוזנר, לעיל ה"ש 7, בעמ' 492. [↑](#footnote-ref-19)
20. מיכאל ויגודה, הרהורים על "חיים בעוולה" (wrongful life) לאור מקורות המשפט העברי, **רפואה ומשפט,** 2013. [↑](#footnote-ref-20)
21. **עניין זייצוב,** לעיל ה"ש 4, בעמ' 99. [↑](#footnote-ref-21)
22. מיכאל ויגודה, לעיל ה"ש 20, בעמ' 97. [↑](#footnote-ref-22)
23. **עניין זייצוב,** לעיל ה"ש 4, בעמ' 97. [↑](#footnote-ref-23)
24. ע"א 461/62 **צים חברת השייט הישראלי בע"מ נ' מזאיר,** פ"ד יז 1319, 1333 (1963). [↑](#footnote-ref-24)
25. ברק קדם, לעיל ה"ש 3, בעמ' 116. [↑](#footnote-ref-25)
26. מיכאל ויגודה, לעיל ה"ש 20, בעמ' 96. [↑](#footnote-ref-26)
27. **עניין זייצוב,** לעיל ה"ש 4, בפס' 22 לפסק דינו של השופט ברק. [↑](#footnote-ref-27)
28. **עניין זייצוב,** לעיל ה"ש 4, בעמ' 117-118. [↑](#footnote-ref-28)
29. **עניין זייצוב,** לעיל ה"ש 4, פס' 8 לפסק דינה של השופטת בו-פורת, בעמ' 103-106.ד [↑](#footnote-ref-29)
30. **פרשת זייצוב,** לעיל ה"ש 2, פס' 7 לפסק דינו של השופט גולדברג. [↑](#footnote-ref-30)
31. ת"א (מחוזי ב"ש) 3344/04 **ר.וו (קטין) נ' מכבי שירותי בריאות** (פורסם בנבו, 31.8.2008). [↑](#footnote-ref-31)
32. ת"א (מחוזי י-ם) 8208/06 **סבגיאן נ' מכבי שירותי בריאות** (פורסם בנבו, 29.1.2009), ע"א 4960/04 **סידי נ' קופת חולים של ההסתדרות הכללית** (פורסם בנבו, 19.2.2005). [↑](#footnote-ref-32)
33. שם. [↑](#footnote-ref-33)
34. שם. [↑](#footnote-ref-34)
35. **עניין המר,** לעיל ה"ש 6, בפס' 12 לפסק דינו של השופט ריבלין. [↑](#footnote-ref-35)
36. אמנון כרמי, בריאות ומשפט, כרך א', תשע"ד 2013, בעמ' 165. [↑](#footnote-ref-36)
37. **עניין** **המר**, לעיל ה"ש 6. [↑](#footnote-ref-37)
38. **עניין המר**, לעיל ה"ש 6, לפסק דינו של המשנה לנשיא רובינשטיין, בעמ' 880. [↑](#footnote-ref-38)
39. **עניין המר**, לעיל ה"ש 6, פסקה טז' להוראת המעבר, בעמ' 879. [↑](#footnote-ref-39)
40. שם. [↑](#footnote-ref-40)
41. רע"א 9444/12 **ד"ר דן זאבי נ' פלוני**, (פורסם בנבו 08.04.2013). [↑](#footnote-ref-41)
42. רע"א 4512/13 **בית החולים אגודת הסהר האדום נ' פלוני**, (פורסם בנבו 28.8.2014). [↑](#footnote-ref-42)
43. **עניין המר**, לעיל ה"ש 6. [↑](#footnote-ref-43)
44. **עניין הסהר האדום**, לעיל ה"ש 42. [↑](#footnote-ref-44)
45. רע"א 7490/14 **שירותי בריאות כללית נ' פלונית,** (פורסם בנבו 28.12.2014). [↑](#footnote-ref-45)
46. רע"א 4288/15 **מכבי שירותי בריאות נ' פלוני,** (פורסם בנבו 28.8.2016). [↑](#footnote-ref-46)
47. ת"א (מרכז) 53789-07-15 **קופת חולים מאוחדת נ' פלוני (קטין),** )פורסם בנבו 14.12.17). [↑](#footnote-ref-47)
48. עו"ד דוד פייל, "הולדה בעוולה" למי כדאי לתבוע?, **yent** 13.5.2015 [www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4656548,00.html](http://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4656548,00.html) , (נבדק לאחרונה ב -1.10.2018). [↑](#footnote-ref-48)
49. שם. [↑](#footnote-ref-49)
50. שם. [↑](#footnote-ref-50)
51. עו"ד יוסי טולדנו, ביהמ"ש: ניתן להגיש תביעות בגין הולדה בעוולה עד סוף 2017, **yent**, 23.12.2017 , [www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-5060108,00.html (נבדק](http://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-5060108,00.html%20(נבדק) לאחרונה ב1.10.2018). [↑](#footnote-ref-51)
52. אמנון כרמי, לעיל ה"ש 34, בעמ' 279. [↑](#footnote-ref-52)
53. ע"א 4114/96 **המאירי נ' הכשרת הישוב חברה לביטוח בע"מ,** פ"ד נב (1) 857, 865, (1998). [↑](#footnote-ref-53)
54. ע"א 244/81 **פתאל נ' קופת חולים של ההסתדרות הכללית של העובדים בארץ ישראל,** פ"ד לח (3) 673 (1984). [↑](#footnote-ref-54)
55. פקודת הנזיקין [נוסח חדש]. [↑](#footnote-ref-55)
56. ע"א 2509/98 **גיל נ' קופת חולים של ההסתדרות הכללית של העובדים בארץ ישראל,** פ"ד נד (2) 38, 44, (2000). [↑](#footnote-ref-56)
57. **עניין ד"ר ליאון פריש**, לעיל ה"ש 57, בעמ' 281. [↑](#footnote-ref-57)
58. **עניין מאירי**, לעיל ה"ש 64. [↑](#footnote-ref-58)
59. [עו"ד](http://www.sabag-law.co.il/procreation_tort_the_final_law/) איילת סבג, הולדה בעוולה – הלכה סופית, [www.sabag-law.co.il/procreation\_tort\_the\_final\_law](http://www.sabag-law.co.il/procreation_tort_the_final_law) (נבדק לאחרונה ב-1.102018). [↑](#footnote-ref-59)
60. התיישנות תביעות הולדה בעוולה, עד מתי ניתן לתבוע, www.iz-law.com/blogv , (נבדק לאחרונה ב-1.10.2018). [↑](#footnote-ref-60)
61. שם. [↑](#footnote-ref-61)
62. אסף פוזנר, על הדילמה שבין תוצאה להנמקה וריבוע המעגל : על תביעתו הנגזרת של היילוד בגין הולדה בעוולה הישירה, בעמ' 17. [↑](#footnote-ref-62)
63. שם. [↑](#footnote-ref-63)
64. תא (ת"א) 4027/10 **ד"ר פריש ליאון נ' ר.ע,** (פורסם בנבו, 18.11.2012). [↑](#footnote-ref-64)
65. **עניין ד"ר פריש ליאון,** בעמ' 4, שם. [↑](#footnote-ref-65)
66. שם. [↑](#footnote-ref-66)
67. **עניין ד"ר פריש ליאון,** לעיל ה"ש 64, בעמ' 5. [↑](#footnote-ref-67)
68. **עניין ד"ר פריש ליאון,** לעיל ה"ש 64, בעמ' 6. [↑](#footnote-ref-68)
69. **עניין ד"ר פריש ליאון,** לעיל ה"ש 64, בעמ' 8. [↑](#footnote-ref-69)
70. שם. [↑](#footnote-ref-70)
71. טל טבקין, **התיישנות**, תשע"ד 2014, בעמ' 14. [↑](#footnote-ref-71)
72. אסף פוזנר, לעיל ה"ש 55, בעמ' 18. [↑](#footnote-ref-72)
73. רע"א 369/57 **נסברג נ' פלוס,** פ"ד יג 584, 586-587 (1959). [↑](#footnote-ref-73)
74. אסף פוזנר, לעיל ה"ש 55, בעמ' 55. [↑](#footnote-ref-74)
75. שם. [↑](#footnote-ref-75)
76. טל טבקין, לעיל ה"ש 71, בעמ' 414. [↑](#footnote-ref-76)
77. ס' 5א(2) לחוק הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה). [↑](#footnote-ref-77)
78. ס' 5א(3) לחוק הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה). [↑](#footnote-ref-78)
79. שם. [↑](#footnote-ref-79)
80. טל טבקין, לעיל ה"ש 71, בעמ' 415. [↑](#footnote-ref-80)
81. רע"א 6582/10 **מדינת ישראל נ' נבילי,** פס' 7 (פורסם בנבו, 27.12.2011). [↑](#footnote-ref-81)
82. רע"א 5156/10 **עזבון טאלב נ' מדינת ישראל**, פס' טו (פורסם בנבו, 6.8.2012). [↑](#footnote-ref-82)
83. ת"א (מחוז י-ם) 22563-07-12 **אשתייה נ' מדינת ישראל,** פס' 31 (פורסם בנבו, 24.10.2013). [↑](#footnote-ref-83)
84. ת"א (מחוזי חי') 12566-09-09 **מדינת ישראל – משרד הביטחון נ' סמארה,** פס' 5 (פורסם בנבו, 21.12.2009). [↑](#footnote-ref-84)
85. בג"ץ 8276/05 **עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הביטחון,** פ"ד סב (1) 1, 41 (2006). [↑](#footnote-ref-85)
86. ע"א 243/83 **עיריית ירושלים נ' אלי גורדון**, לט (1) 113, בעמ' 132, (פורסם בנבו, 11.02.1985). [↑](#footnote-ref-86)
87. עו"ד אלי דורון, אחריות המדינה [www.dt-law.co.il/articles.asp?ArticleID=1340](http://www.dt-law.co.il/articles.asp?ArticleID=1340) , (נבדק לאחרונה ב-1.10.2018). [↑](#footnote-ref-87)
88. שם. [↑](#footnote-ref-88)
89. שם. [↑](#footnote-ref-89)
90. שם. [↑](#footnote-ref-90)
91. מרכז המחקר והמידע בכנסת, סוגיית מתן דפו-פרוברה לנשים יוצאות אתיופיה, פורסם ב22.5.2013 [www.knesset.gov.il/mmm/data/pdf/m03219.pdf](http://www.knesset.gov.il/mmm/data/pdf/m03219.pdf) (נבדק לאחרונה ב-1.10.2018). [↑](#footnote-ref-91)
92. חוק ביטוח בריאות ממלכתי, תשנ"ד-1994. [↑](#footnote-ref-92)
93. טלילה נשר, המדינה מודה: נשים אתיופיות טופלו למניעת הריון באופן פסול, **הארץ**, 27.1.2013 [www.haaretz.co.il/news/education/1.1915537](http://www.haaretz.co.il/news/education/1.1915537) (נבדק לאחרונה ב -1.10.2018). [↑](#footnote-ref-93)
94. דנה וילר-פולק, סערת העולות מאתיופיה: "אמרו שלא צריך ללדת הרבה", **הארץ**, 9.12.2012 [www.news.walla.co.il/item/2594896](http://www.news.walla.co.il/item/2594896) , (נבדק לאחרונה ב- 1.10.2018). [↑](#footnote-ref-94)
95. אסף פוזנר, שלוש תביעות וחוק: על נפגעי הגזזת, **רפואה ומשפט,** גיליון מס' 44, יולי 2011. [↑](#footnote-ref-95)
96. ע"א 1535/13 **מדינת ישראל נ' ציפורה איבי** (פורסם בנבו, 03.09.2015). [↑](#footnote-ref-96)
97. עו"ד אברי רב-הון, העליון קבע המדינה הפרה את חובתה כלפי חולי הגזזת, 7.9.2015 [www.psakdin.co.il/Document](http://www.psakdin.co.il/Document) , (נבדק לאחרונה ב- 1.10.2018). [↑](#footnote-ref-97)
98. **עניין איבי,** לעיל ה"ש 96, בעמ' 29 לפסק דינה של השופטת חיות. [↑](#footnote-ref-98)
99. חוק לפיצוי נפגעי גזזת, תשנ"ד – 1994. [↑](#footnote-ref-99)
100. פקודת הנזיקין [נוסח חדש]. [↑](#footnote-ref-100)
101. **עניין** **המר**, לעיל ה"ש 6. [↑](#footnote-ref-101)
102. **עניין איבי,** לעיל ה"ש 96. [↑](#footnote-ref-102)
103. **עניין איבי,** לעיל ה"ש 96, בעמ' 74. [↑](#footnote-ref-103)
104. דפנה ברק-ארז "עוולות חוקתיות בעידן חוקי היסוד" **משפט וממשל (תשס"ו)**, כרך ט, 103 – 136. [↑](#footnote-ref-104)
105. ס'35, 36 לפקודת הנזיקין (נוסח חדש), תשכ"ח- (1968) (להלן: "**פקודת הנזיקין**"). [↑](#footnote-ref-105)
106. פס"ד 91/915 **מדינת ישראל נ' לוי**, פ"ד מח(3) 45 (1994). [↑](#footnote-ref-106)
107. ע"א 7832/00 **יעקובוב נ' מדינת ישראל**, פ"ד נו(2) 534 (2002). [↑](#footnote-ref-107)
108. ע"א 8650/08 **רפאלוב נ' מדינת ישראל**,פסקאות 32- 42 לפסק דינו של השופט מלצר (פורסם בנבו, 17.7.13). [↑](#footnote-ref-108)
109. ע"א 576/81 **בן שמעון נ' ברדה**, פ"ד לח(3) 1 (1984),10, דנ"א 7794/98 **משה נ' קליפורד**, פ"ד נז(4) 721 (2003), 751-752. [↑](#footnote-ref-109)
110. פרשת **רפאלוב**, לעיל ה"ש 108; פרשת **יעקובוב**, לעיל ה"ש 107. [↑](#footnote-ref-110)
111. ע"א 2061/90 **מרצ'לי נ' מדינת ישראל**, פ"ד מז(1) 802, 808- 821 (1993). [↑](#footnote-ref-111)
112. ע"א 9073/09 **אסותא – מרכזים רפואיים בע"מ נ' שרף** (פורסם בנבו, 14.6.11). [↑](#footnote-ref-112)
113. פרשת **לוי**, לעיל ה"ש 106. [↑](#footnote-ref-113)
114. ע"א 8146/13 **ד"ר סולימאן ג'ושה נ' בית החולים אלדג'אני** (בפירוק) (פורסם בנבו, ‏21.7.2016). [↑](#footnote-ref-114)
115. **עניין איבי,** לעיל ה"ש 96. [↑](#footnote-ref-115)
116. ע"א 96/6649 **הסתדרות הדסה נ' גלעד**, פ"ד נג(3) 529 (1999). [↑](#footnote-ref-116)
117. ע"א 11/1167 **פלוני נ' פלוני** (פורסם בנבו, 18.11.13). [↑](#footnote-ref-117)
118. ע"א 2781/93 **עלי דעקה נ' בית החולים "כרמל" חיפה**, פ"ד נג(4) 526, 573-575 (1999). [↑](#footnote-ref-118)
119. ס'2 לפקודת הנזיקין. [↑](#footnote-ref-119)
120. ברק ארז, "עוולות חוקתיות", לעיל ה"ש 104, שם. [↑](#footnote-ref-120)
121. ע"א 1303/09 **מרגלית קדוש נ' בית החולים ביקור חולים,** (פורסם בנבו, 5.3.2012), בעמ' 12. [↑](#footnote-ref-121)
122. עו"ד ענת גוטמן, חובת היידוע הופרה: 8 מיליון ש' להורים שבתם נולדה עם פיגור שכלי, **PsakDin**, 31.10.2014, [www.psakdin.co.il/Documen](http://www.psakdin.co.il/Documen), (נבדק לאחרונה ב-1.10.2018). [↑](#footnote-ref-122)
123. בר"ע (ב"ש) 6408/08 **אוהד אזרד נ' אוראל בנלולו (קטין),** (פורסם בנבו, 18.2.2009), בעמ' 2. [↑](#footnote-ref-123)
124. עת"מ (ת"א) 40137-07-13 **עמותת הורות משותפת-טובת הילד נ' המוסד לביטוח לאומי**, (פורסם בנבו, 8.7.2014), בעמ' 6. [↑](#footnote-ref-124)
125. עת"מ (ת"א) 2380-09 **יצחק יוסף נ' משרד הבינוי והשיכון,** (פורסם בנבו, 9.11.2010). [↑](#footnote-ref-125)
126. ראה אתר משרד העבודה הרווחה ושירותים חברתיים, [www.molsa.gov.il/Populations/Distress/DistressFamily/SpecialNeeds/Pages/TM\_02\_00\_01.aspx](http://www.molsa.gov.il/Populations/Distress/DistressFamily/SpecialNeeds/Pages/TM_02_00_01.aspx) , (נבדק לאחרונה ב-1.10.2018). [↑](#footnote-ref-126)
127. ס'35 לפקודת הנזיקין. [↑](#footnote-ref-127)
128. דנ"א 7794/98 **משה נ' קליפורד**, פ"ד נז(4) 721, 744-748 (2003). [↑](#footnote-ref-128)
129. רשלנות רפואית, פגיעה באוטונומיה של נפגעי הגזזת עקב אי יידוע בדבר הסיכון המוגבר לחלות [www.rashlanut-refuit.org/P33632/](http://www.rashlanut-refuit.org/P33632/) , (נבדק לאחרונה ב-1.10.2018). [↑](#footnote-ref-129)
130. ע"א 5604/94 **חמד נ' מ"י**, פ"ד נח(2) 498 (2004). [↑](#footnote-ref-130)
131. ע"א 343/74 **גרובנר נ' עיריית חיפה**, פ"ד ל(1) 414, 145-148, 154-163 (1975). [↑](#footnote-ref-131)
132. **עניין גורדון**, לעיל ה"ש 86, בעמ' 131-132. [↑](#footnote-ref-132)
133. שם. [↑](#footnote-ref-133)
134. **עניין ד"ר פריש ליאון,** לעיל ה"ש 57. [↑](#footnote-ref-134)
135. תמר גדרון, אחריות המדינה, גופים ציבוריים וממלאי תפקידים ציבוריים לנזק שנגרם ברשלנות – מדרון חלקלק, **הפרקליט** נא תשע"ב**,** בעמ' 456. [↑](#footnote-ref-135)
136. שם. [↑](#footnote-ref-136)
137. ישראל גלעד, האחריות בנזיקין של רשויות ציבור ועובדי ציבור, **משפט וממשל** ב תשנ"ה, בעמ' 360. [↑](#footnote-ref-137)
138. שם. [↑](#footnote-ref-138)
139. שם, בעמ' 361. [↑](#footnote-ref-139)
140. שם. [↑](#footnote-ref-140)
141. שם. [↑](#footnote-ref-141)
142. **East Suffolk Rivers Catchment Board v.** Kent [1941] A.C. 74 [↑](#footnote-ref-142)
143. שם. [↑](#footnote-ref-143)
144. **Anns v. Merton London Borough Council** [1978] A.C.728 [↑](#footnote-ref-144)
145. **Curran v. Northern Ireland Co-ownership Hosing Association** [1987] A.C. 718, 724, **Southerland Shite Council v. Heyman** [1985] 59 A.L.J.R 564. [↑](#footnote-ref-145)
146. **עניין** **Anns**, לעיל ה"ש 144, בעמ' 754-758. [↑](#footnote-ref-146)
147. תמר גדרון,לעיל ה"ש 135, בעמ' 364. [↑](#footnote-ref-147)
148. שם. [↑](#footnote-ref-148)
149. **עניין** **Anns**, לעיל ה"ש 144, בעמ' 758. [↑](#footnote-ref-149)
150. תמר גדרון, לעיל ה"ש 135, בעמ' 364. [↑](#footnote-ref-150)
151. שם, בעמ' 366. [↑](#footnote-ref-151)
152. שם. [↑](#footnote-ref-152)
153. **Lonrho Ltd v. Shell Petroleum Co. Ltd**. (No. 2) A.C. 173 [↑](#footnote-ref-153)
154. תמר גדרון, לעיל ה"ש 135, בעמ' 366. [↑](#footnote-ref-154)
155. **סעיף 76,** לפקודת הנזיקין [נוסח חדש]. [↑](#footnote-ref-155)
156. רע"א 1272/05 **כרמי נ' סבג**, פ"ד סב(3) 396, ע"א 236/81 **לסרי נ' ציון חברה לביטוח בע"מ**, מב (3) 705, ע"א 9073/09 **אסותא נ' שרף** (פורסם בנבו, ניתן ביום 14.6.2011). [↑](#footnote-ref-156)
157. ע"א 248/86 **עיזבון חננשוילי נ' רותם חברה לביטוח בע"מ,** פ"ד מה(2) ,(1991). [↑](#footnote-ref-157)
158. **עניין** **חננשוילי**, בעמ' 530,שם. [↑](#footnote-ref-158)
159. **עניין** **חננשוילי**, בעמ' 538, שם. [↑](#footnote-ref-159)
160. **עניין** **חננשוילי**, בעמ' 540, שם. [↑](#footnote-ref-160)
161. **עניין** **חננשוילי**, בעמ' 548, שם. [↑](#footnote-ref-161)
162. **עניין** **חננשוילי**, בעמ' 551, שם. [↑](#footnote-ref-162)
163. שם. [↑](#footnote-ref-163)
164. **עניין** **חננשוילי**, בעמ' 571, שם. [↑](#footnote-ref-164)
165. שם. [↑](#footnote-ref-165)
166. שם. [↑](#footnote-ref-166)
167. איתן ענבר, **דיני** **נזיקין**, התשס"ג – יולי 2002, בעמ' 214. [↑](#footnote-ref-167)
168. אריאל פורת, **נזיקין**, כרך א', התשע"ג 2013, בעמ' 223. [↑](#footnote-ref-168)
169. תמר גדרון, "חובת הזהירות בעוולת הרשלנות ונזק כלכלי טהור" **הפרקליט מב** 126 (1995). [↑](#footnote-ref-169)
170. תמר גדרון, לעיל ה"ש 169, בעמ' 224. [↑](#footnote-ref-170)
171. שם. [↑](#footnote-ref-171)
172. שם. [↑](#footnote-ref-172)
173. ע"א 593/81 **מפעלי רכב אשדוד בע"מ נ' צידיק ז"ל,** פ"ד מא(3) 169, 192-189 (1987). [↑](#footnote-ref-173)
174. איתן ענבר, לעיל ה"ש 168, בעמ' 224. [↑](#footnote-ref-174)
175. **Pruitt v. Allied Chemical Corp,** 523 F. sup.975 (1981). [↑](#footnote-ref-175)
176. שם. [↑](#footnote-ref-176)
177. איתן ענבר, לעיל ה"ש 168, בעמ' 226. [↑](#footnote-ref-177)
178. **עניין** **Pruitt**, לעיל ה"ש 175. [↑](#footnote-ref-178)
179. איתן ענבר, לעיל ה"ש 168, בעמ' 226. [↑](#footnote-ref-179)
180. איתן ענבר, לעיל ה"ש 168, בעמ' 227. [↑](#footnote-ref-180)