



בבית המשפט העליון

רע"א 6614/19

לפני :
כבוד השופט ע' פוגלמן
כבוד השופט (בדימ') מ' מזוז
כבוד השופט ג' קרא

המבקשת : מדינת ישראל

נ ג ד

המשיבים :
1. שלמה ג'הסי
2. אברהם ג'הסי
3. יונה אהרון
4. אסתר ג'הסי

בקשה לרשות ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי
בחיפה (השופטים ב' בר-זיו, ח' שרעבי ו-ש' שטמור) בע"א
58443-02-19 מיום 4.9.2019

תאריך הישיבה : ט' בשבט התשפ"א (22.1.2021)

בשם המבקשת : עו"ד רות גורדין
בשם המשיבים : עו"ד קארן בכור ; עו"ד רחל דותן ; עו"ד יוסי
גמליאל

פסק-דין

השופט (בדימ') מ' מזוז:

1. בקשת רשות ערעור על פסק דינו מיום 4.9.2019 של בית המשפט המחוזי
בחיפה (השופטים ב' בר-זיו, ח' שרעבי, ש' שטמור) בע"א 58443-02-19, בו קיבל את
ערעור המשיבים על החלטתו של בית משפט השלום בחיפה (השופטת ע' וינברגר) מיום
24.1.2019, לדחות על הסף, מחמת התיישנות, את תביעת המשיבים.

תמצית רקע והליכים

2. ביום 31.7.2017 הגישו המשיבים נגד המבקשת, מדינת ישראל (להלן: המדינה), תביעה כספית נזיקית לפיצויים בסך 800,000 ₪ בגין עוגמת נפש, בטענה לאחריותה להיעדר רישום ותיעוד באשר למקום קבורתם של שני אחיהם התאומים, שלום ויוסף ז"ל, אשר נולדו בתימן בשנת 1949 ועלו ארצה עם בני המשפחה בהיותם בני שמונה חודשים. המשיבים (להלן גם: האחים) טענו כי סמוך לעלייתם לישראל הגיעו למחנה עין שמר ב', שם נלקחו שני אחיהם לבית תינוקות. במשך מספר חודשים הניקה אמם המנוחה את התאומים בעודם שוהים בבית התינוקות. יום אחד, בהגיעה לבית התינוקות, נמסר לאם כי הבן שלום חלה ונלקח לבית החולים. אביהם פנה לחפש אותו, אך לא הצליח לאתר. זמן קצר לאחר מכן הודיעו להם כי הוא נפטר אך לא נמסר להם מקום קבורתו. מעט לאחר מכן נמסר לאם כי גם בנה יוסף חלה ונלקח לבית החולים וכי יוחזר לה בימים הקרובים. אך הוא לא הוחזר, מאמצי ההורים לאתר לא הועילו, ועקבותיו לא נודעו עד היום. האחים טענו כי היעדר פרטים אודות מקום קבורתו של אחיהם שלום ז"ל והיעדר תיעוד אודות יוסף ז"ל גרמו להם ולהוריהם המנוחים עוגמת נפש עצומה, וכי כל השנים הם חיו "בצל הפרשה".

3. המדינה הגישה בקשה לדחיית התביעה על הסף מחמת התיישנות, שיהיו והיעדר עילה. בבקשה נטען כי האחים מבקשים לקבל סעד כספי למרות שמרוץ ההתיישנות בתביעה חלף זה מכבר, וכי לא הובהר כלל האיחור בהגשת התביעה, על אף ידיעת האחים אודות העובדות אשר לכאורה מגבשות אותה כבר בשנת 1950. הודגש כי הגשת התביעה היום מהווה פגיעה קשה ביכולת המדינה להתגונן אל מול הטענות נגדה ויוצרת נזק ראייתי משמעותי. כך, בשל הזמן שחלף קיים חשש כי אין בידי המדינה מידע, מסמכים ומצהירים. בהקשר זה ציינה המדינה בין היתר את מסקנת "וועדת החקירה הממלכתית בענין פרשת היעלמותם של ילדים מבין עולי תימן בשנים 1948-1954", הידועה בשם ועדת כהן-קדמי, לפיה ארכיוני בתי החולים באר יעקב ועין שמר הושמדו ורישומי בית הקברות בית יעקב אבדו. עוד טענה המדינה כאמור להיעדר עילת תביעה נגדה בשל עקרון ריחוק הנזק, והיעדר חובת זהירות, כמו-גם העדר קשר סיבתי בין האירוע מושא התביעה לבין הנזק הנטען.

בתגובתם לבקשה טענו המשיבים כי הם אינם עומדים על התביעה בעניינו של האח יוסף ז"ל, שעקבותיו נעלמו, וכי תביעתם עוסקת רק בשלילת זכותם לפקוד את קברו

של אחיהם שלום ז"ל (להלן גם: המנוח) ולהתייחד עם זכרו. נטען כי על-פי הפסיקה, אי-איתור מקום קבורה הינו בגדר עוולה נמשכת המתחדשת מדי יום, ולכן התביעה לא התיישנה. המשיבים הוסיפו כי רק בחודש דצמבר 2016 הותרו לפרסום חומרי החקירה של הוועדות שחקרו את פרשת היעלמותם של "ילדי תימן", ועד אז נעלם מהם מידע הנוגע למנוח ולנסיבות מותו וקבורתו, ולפיכך מרוץ ההתיישנות התחיל רק במועד גילוי זה, בהתאם לסעיף 8 לחוק ההתיישנות, התשי"ח-1958.

בכתב התשובה לתגובת המשיבים טענה המדינה כי עילות התביעה של המשיבים הינן רשלנות והפרת חובה חקוקה, עוולות שאחד ממרכיביהן הוא גרימת נזק, ולכן חל סעיף 89(2) לפקודת הנזיקין [נוסח חדש], התשכ"ח-1968 (להלן גם: הפקודה), כך שהעילות, בכל מקרה, התיישנו משחלפו מעל 10 שנים מקרות הנזק. כן ביקשה המדינה לדחות את הטענה כי אי-איתור מקום קבורה מהווה "עוולה נמשכת", וטענה כי בכתב התביעה לא נטען כלל אודות עוולה נמשכת והבסיס העובדתי המגבש אותה. הודגש כי כתב התביעה אינו מתאר סדרת מעשים או מחדלים נמשכים העולים כדי עוולה מתמשכת, אלא מדובר על אירוע נקודתי יחיד - טענה לאי-רישום מקום קבורה ודיווח להורים, אירוע שהתרחש עוד בשנת 1950. עוד ביקשה המדינה לדחות את הטענה לתחולת חריג הגילוי המאוחר שבסעיף 8 לחוק ההתיישנות, משהמשיבים לא פירטו מהן אותן עובדות שלא היו בידיעתם המהוות עילת תביעה ושנתגלו להם רק עם פרסום חומרי הוועדות. המדינה הוסיפה כי לא ניתן להקיש מהפסיקה עליה נסמכים המשיבים, בהיותה עוסקת בהתנהלות מועצה דתית, האמונה על הקבורה ועל ניהול בית העלמין, ולא בהתנהלותה של המדינה, שאינה הגורם האמון על ביצוע הקבורה וניהול בתי העלמין, ואף לא הייתה צד לאותם הליכים.

4. בית משפט השלום קיבל כאמור את בקשת המדינה לדחות על הסף את תביעת המשיבים מחמת התיישנותה. בהחלטתו בית המשפט הבהיר תחילה כי טענת הגילוי המאוחר עליה נסמכים האחים אינה מתייחסת לרכיב הנזק, כי אם לרכיב ההתרשלות, שכן כפי שצוין בכתב התביעה, המסמכים שנחשפו עם הסרת החיסיון על חומרי החקירה בשנת 2016 הבהירו להם ביתר שאת את "גודל מחדלה ורשלנותה החמורה של הנתבעת ... אשר בהתנהלותה מנעה ומונעת מהתובעים עד היום את הזכות הבסיסית העומדת להם כדין והיא להתייחד עם מקום קבורתו של אחיהם שלום ז"ל". בנסיבות אלו, כך נקבע, אין תחולה למחסום עשר השנים הקבוע בסעיף 89(2) לפקודת הנזיקין, והסעיף הרלבנטי לבחינת תחולתו של כלל הגילוי המאוחר הינו סעיף 8 לחוק ההתיישנות.

מכאן התייחס בית משפט השלום לטענת המשיבים בדבר "עוולה נמשכת", ודחה אותה. נקבע כי בהתאם להלכה הפסוקה יש להבחין בין אירוע עוולתי נמשך, אשר מוליד עילות תובענה בזו אחר זו, לבין נזק נמשך שמקורו במעשה עוולה חד פעמי, שאין לראותו כעוולה נמשכת. כן נקבע כי עילת התביעה בענייננו שונה מעילת התביעה מושא ההחלטות אליהם הפנו המשיבים בתמיכה לטענתם. עניין תורג'מן (רע"א 2946/12 המועצה הדתית עכו נ' תורג'מן (5.6.2012)), בו נדחתה טענת התיישנות ונקבע כי אי-איתור מיקום הקברים על ידי המועצה הדתית הוא מחדל מתמשך, כמו גם הפסיקה הנוספת אליה הפנו המשיבים, עוסקים במקרים בהם אין מחלוקת כי המנוח נפטר ונקבר במקום מסוים, אך במרוצת הזמן, בשל התנהלות הנתבעים שם, גופים האמונים על-פי חוק על הקבורה, הרישום ותפעול בתי הקברות, הקבר לא אותר. "שונה הוא המצב במקרה דנן", כך נקבע, שכן המשיבים עצמם אינם יודעים לומר אם אחיהם שלום ז"ל נפטר, ואם נפטר האם נמסרה גופתו למשפחה או שנקבר במקום לא ידוע, בשל היעדר תיעוד או מחמת רישום לא מדויק. צוין כי מעשה הרשלנות או המחדל המיוחסים למדינה, אשר גרמו וגורמים להם, לטענתם, סבל ועוגמת נפש, בגינם הם תובעים לפצותם כספית, אירעו, לפי המשיבים עצמם, בשנת 1950, עם מותו של שלום ז"ל. לפיכך, נקבע כי "מדובר בנזק מתמשך בעקבות אירוע נקודתי אחד, ולא באירוע מתמשך המוליד עילות תביעה בזו אחר זו".

עוד קבע בית משפט השלום כי לא חל בענייננו כלל הגילוי המאוחר שבסעיף 8 לחוק ההתיישנות. צוין כי השאלה הרלבנטית לעניין הגילוי המאוחר, ככל שהוא נוגע לעילת הרשלנות עליה נסמכת תביעת המשיבים, היא - האם ידעו המשיבים או היה עליהם לדעת כבר בשנת 1950 כי המדינה "נמנעה מלהסדיר קבורה כדין עבור שלום ז"ל ו/או לדאוג לתעד את מקום קבורתו ככל ואכן קיים קבר". עיון בכתב התביעה מלמד, כך נקבע, כי כבר בשנת 1950 או בסמוך לכך, לא הוצג בפני משפחתו של שלום ז"ל מקום קבורתו, ולא נמסרה לידיהם תעודת פטירה. עוד עולה מכתב התביעה, כי בשנת 1960 הגישה אם המשפחה תלונה למשטרה בגין היעלמות האח יוסף ז"ל, כאשר ברישומי ועדות החקירה שעסקו בפרשת ילדי תימן צוין כי בעדות אב המשפחה נטען כי התלונה לא התייחסה לאח שלום, מאחר שהאב זיהה את גופתו כאשר הוחזרה מבית החולים, וכי ביום 4.5.1994 האחים אף הפיקו לשלום תעודת פטירה. מכך הסיק בית משפט השלום כי "בנקודת זמן זו" התגבשה ונוצרה עילת התביעה; ולכל המאוחר - בשנת 2001, כאשר ועדת כהן-קדמי פרסמה את מסקנותיה וקבעה כי "שלום ז"ל נפטר ביום 4.1.1950 כתוצאה מרעלת ודיסטרופיה בבית חולים פרדס חנה אך מקום קבורתו לא אותר". לפיכך, נקבע כי "גם אם תאמר כי בעת האירוע בשנת 1950 ... התובעים היו קטינים, עדיין מאז שמלאו

לכל אחד מהם 18 שנה והתגבשות זכות התביעה לכל המאוחר בשנת 2001, חלפו יותר משבע שנים ועל כן התביעה התיישנה". בהקשר זה נדחתה טענת המשיבים אודות הגילוי המאוחר בחודש דצמבר 2016, עם הסרת החיסיון על חומרי החקירה.

לסיכום ציין בית משפט השלום, כי בירור הפרשה לא מוצה, אך הדרך המתאימה לבירורה אינו הליך משפטי המחייב שמיעת ראיות והכרעה עובדתית. זאת, נוכח החוסר המשמעותי בראיות, בשל עשרות השנים שחלפו מאז קרות האירועים - חוסר שממחיש את הגיונם של דיני ההתיישנות ומצדיק את דחיית התביעה על הסף מחמת התיישנות. לאור תוצאה זו, לא נדונו יתר טענותיה המקדמיות של המדינה.

5. המשיבים לא השלימו עם התוצאה האמורה, והגישו ערעור על ההחלטה. בית המשפט המחוזי בחיפה קיבל כאמור את הערעור, בקובעו כי "התשובה לשאלה שבמחלוקת מצויה כולה בפסק דינו של כבוד השופט רובינשטיין ברע"א 4892/15 המועצה הדתית עכו נ' עזבון המנוח חלפון חכון ז"ל (16.8.2015)" (להלן: עניין חכון), בו נדחתה טענת התיישנות של תביעה בגין אי איתור קבר של נפטר בבית עלמין בעכו. נקבע כי "כך גם בענייננו – מחדלה של המדינה לברר ולהודיע לתובעים היכן קבור המנוח שלום ז"ל מקיים את 'תכונת החזרה', ומכאן שמהווה עוולה נמשכת שלא התיישנה". בית המשפט גם הסתייג מהאמור בפסק הדין בבית משפט השלום, כי בענין תורג'מן לא נקבע באופן מפורש כי אי-איתור קבר מהווה עוולה נמשכת.

הבקשה לרשות ערעור

6. מכאן בקשת המדינה לרשות ערעור, בה נטען כי שגה בית המשפט המחוזי כאשר ביטל את החלטתו של בית משפט השלום, אשר קבע, בדין, כי תביעת האחים שהוגשה בחלוף עשרות שנים מאז ידעו את עילת התביעה והנזק הנטען – התיישנה. נטען כי הבקשה מעלה סוגיה כללית בעלת השלכות רוחב החורגת מעניינם הפרטני של הצדדים להליך, ומשכך מצדיקה מתן רשות לערער. כן צוין לענין זה כי בבתי המשפט השונים תלויים ועומדים למעלה מעשרה הליכים נוספים שהוגשו נגד המדינה שעניינם בפרשת ילדי תימן, בהם עולות טענות דומות לאלו שהועלו בהליך הנדון, ובפרט בשאלת קיומה של עוולה נמשכת. כן נטען, כי עד עתה ניתנו בבתי המשפט השונים הכרעות סותרות בסוגיית התיישנות הפרשה, תוך הפניה לשתי החלטות סותרות של בית משפט השלום בפתח-תקוה בסוגיה זו: ת"א (פ"ת) 32902-09-17 קוריש נ' מדינת ישראל

(3.6.2019), להלן: ענין קוריש; ות"א (פ"ת) 36962-08-17 אמינוף נ' חברה קדישא פתח תקווה (16.1.2019)).

צוין כי לאורך השנים הוקמו על-ידי הממשלה שלוש ועדות ציבוריות שעסקו בנושא ילדי תימן, ואשר במסגרת עבודתן בחנו שלוש הוועדות גם את עניינו של שלום ז"ל. בדו"ח ועדת בהלול-מינקובסקי משנת 1968 נקבע כי שלום ז"ל נפטר ביום 4.1.1950 מהרעלת דם וחוסר נוזלים, וכי "לא אותר מקום קבורתו". בדו"ח ועדת שלגי משנת 1995 נקבע ביחס למנוח, בין היתר כי "לדברי אחות הנעדר, אבי המנוח ראה בשעתו את גופתו אך המשפחה ביקשה לברר גורלו". בדו"ח ועדת כהן-קדמי משנת 2001 נקבע כי מהמידע שנאסף על ידי חוקרי הוועדה עולה בוודאות כי שלום ז"ל נפטר ביום 4.1.1950 "בשל רעלת ודיסטרופיה", וכי למרות סקירות מקיפות שנערכו על-ידי חוקרי הוועדה ברישומי משרד הבריאות, ברישומי משרד הפנים, ברישומי בתי החולים וברישומי בתי העלמין הרלבנטיים, לא עלה בידם לאתר כל ממצא היכול להצביע על מקום קבורתו. באפריל 2002 התקבלה החלטת ממשלה מס' 1712 שהתירה לפרסם פרוטוקולים של דיונים שהתקיימו בדלתיים פתוחות לכלל הציבור, וכן התירה עיון של המשפחות בתיקים האישיים. בנובמבר 2016 התקבלה החלטת ממשלה מס' 2040 להתיר את חשיפת שאר חומרי ועדת כהן-קדמי, ובהתאם לכך הותקן בדצמבר 2016 צו ועדות חקירה (היתר עיון בחומרי ועדת חקירה), התשע"ז-2016, אשר התיר עיון ופרסום חומרי ועדת כהן-קדמי.

7. לגישת המדינה, חלוף הזמן הביא להתיישנותה של תביעת האחים. נטען כי אילו הייתה התביעה מוגשת בסמוך לקרות האירועים, ניתן היה לאתר חומרים, להעיד בעלי תפקידים ולברר את העובדות לאשורן, אלא שהתביעה הוגשה בשיהוי כבד של קרוב ל-70 שנים, אשר גרם למדינה נזק ראייתי של ממש, שאינו מאפשר למעשה ניהול הליך משפטי. הודגש כי המידע הרלבנטי היה ידוע למשפחה במשך שנים רבות, ואין מדובר ב"עוולה נמשכת". האחים הגדירו בכתב תביעתם את האירוע העוולתי כאי-הסדרה ואי-תיעוד מקום הקבורה של שלום ז"ל, כך שגם לשיטתם מדובר באירוע עוולתי נקודתי בודד, גם אם הנזק שנגרם נמשך עד היום.

בהמשך לכך, נטען כי שגה בית המשפט המחוזי שעה שהסתמך על עניין חכון, בו מצב הדברים העובדתי והמשפטי שונה מענייננו, תוך שהודגש כי בעניין חכון וביתר המקרים הדומים, לא הועלתה כל טענה כלפי המדינה בסוגיית אי-איתור הקברים. מעבר לכך, בכתב התביעה בענייננו לא נטען דבר ביחס לאחריותה של המדינה בסוגיית הקבורה. כל שנטען הוא לאחריותה בגין היעדר רישום פטירתו של שלום ז"ל.

8. המשיבים בתגובתם לבקשה לרשות ערעור מבקשים לדחות את הבקשה על הסף, ולמצער לגופה. נטען כי אין מדובר בסוגיה בעלת השלכות רוחב, כי אם בניסיון המדינה להחריג עצמה מהלכה קיימת. לגופו של עניין, נטען כי המועד בו נודע להם על פטירת שלום ז"ל, ועל אי-ידיעת מקום קבורתו אינו רלבנטי לשאלת תחולת ההתיישנות, שכן ככל שמדובר בעוולה מתמשכת, כל עוד לא נתגלה הקבר, קמה לאחים עילת תביעה חדשה מדי יום ביומו. עוד נטען, כי אין לקבל את טענת המדינה בדבר הנזק הראייתי, שעה שמאז פטירתו של שלום ז"ל ועד היום, היא הייתה "הגורם הבלעדי" המחזיק במסמכים הרלבנטיים לפטירתו. נטען כי מדובר בעוולה מתמשכת, תוך הפניה להחלטה בענין קוריש (בבית משפט השלום בפתח-תקווה), לפיו אי-איתור מקום הקבורה הוא מחדל עצמאי ונפרד, שאינו נבלע במחדל הראשוני של היעדר התייעוד והעדכון. כן מבקשים האחים להסתמך על ההחלטה בעניין חכון, בטענה כי בדומה למועצה הדתית, גם המדינה היא רשות ציבורית, ורק היא מסוגלת להצביע על מקום קבורתו של שלום ז"ל.

כן מדגישים המשיבים בתגובתם כי עומדת להם עילת תביעה כנגד המדינה. נטען כי הפסיקה הכירה בעוגמת נפש שנגרמה לאחים כתוצאה מאי-איתור מקום קבורה, ומעבר לאחריות העצמאית שמוטלת על המדינה להצביע על מקום הקבורה, הרי שהיא הפרה גם שורה של חובות אחרות המוטלות עליה על-פי דין, דוגמת חובה סטטוטורית לקיים מרשם מסודר ומדויק של לידות ופטירות.

9. בדיון שנערך לפנינו ביום 22.1.2020 חזרו באי-כוח הצדדים על עיקרי טיעוניהם שבכתב. המדינה הדגישה כי לא ניתן כיום לדון ולהכריע באירועים מלפני כ-70 שנים, כאשר המעורבים, או לפחות רובם, כנראה לא בין החיים. כן הודגש, כי כתב התביעה מייחס לה מחדלים שאירעו בתחילת שנות ה-50, אך אין טענה לרשלנות מצדה החורגת מאירועים אלו, דוגמת טענה כי אינה עושה מאמץ לחשוף היום את מקום הקבורה, ועל כן אין מדובר כלל בעוולה נמשכת, כנטען. לצד זאת ציינה באת כוח המדינה כי נבחנות אפשרויות במישור הציבורי להסדר לפיצוי המשפחות. באת כוח המשיבים טענה מצדה כי הדיונים על הסדר פיצוי נולדו רק בעקבות ההליכים המשפטיים, ואם אלה יסולקו, הדיונים לא יתקיימו. כן הודגש, כי תעודת הפטירה של שלום ז"ל הופקה רק בשנת 1994, ורק בשנת 2001 נקבע ממצא סופי על הפטירה.

בתום הדיון הוסכם על דעת הצדדים כי בשלב זה, בו נבחן על-ידי המדינה מהלך להסדר פיצוי מחוץ לכותלי בית המשפט, תעוכב ההכרעה בהליך, והמדינה תמסור הודעת עדכון על תוצאות בחינה זו.

10. בהודעתה מיום 25.2.2021 עדכנה המדינה כי ביום 22.1.2021 התקבלה החלטת ממשלה מס' 821 "הסדר כספי למשפחות עולי תימן, המזרח והבלקן אשר עניין ילדיהן נדון במסגרת ועדות", במסגרתה אושר מתווה לפיו בני המשפחות, שנקבע באחת משלוש הוועדות שעסקו בפרשה שילדם נפטר או שלא נודע גורלו, יוכלו להגיש בקשה לתשלום כספי במהלך חודשים יוני-נובמבר 2021. עוד צוין כי בהתאם למסמכים שהוגשו בהליך דנן, עניינם של המשיבים נופל לגדר הקבוצה שבהתאם למתווה זכאית לקבל פיצוי, וכי ככל שהמשיבים יודיעו כי הם חפצים להצטרף למתווה האמור, ניתן יהיה לפעול לבחינת עניינם ללא דיחוי. ככל שהמשיבים ידחו את ההצעה, עומדת המדינה על קבלת הכרעתו של בית משפט זה בבקשתה.

ביום 8.3.2021 הודיעו המשיבים כי הם דוחים את הצעת המדינה. משכך, אין מנוס מהכרעה.

דיון והכרעה

11. הבקשה לרשות ערעור שבפנינו מעוררת שאלה בדבר התיישנות תביעת נזיקין נגד המדינה בגין עוגמת נפש שנגרמה למשיבים עקב היעדר רישום ותייעוד נסיבות מותו ומקום קבורתו של אחיהם בתחילת שנות ה-50, ימי פרשת "ילדי תימן". מאחר ולשאלה זו השלכות החורגות מעניינם של הצדדים דנן, נוכח קיומן של תביעות נוספות תלויות ועומדות, ולאור קיומן של הכרעות סותרות של הערכאות דלמטה בנושא, החלטנו לדון בבקשה כאילו ניתנה רשות והוגש ערעור לפי הרשות שניתנה.

התיישנות בנזיקין - כללי

12. כידוע, הרציונל המרכזי ביסוד דיני ההתיישנות הינו השגת איזון אינטרסים בין בעלי הדין וכלל הציבור. בגדרו של איזון זה נועדה תקופת ההתיישנות, מחד גיסא - לאפשר לתובע להיערך לתביעת זכויותיו בערכאה שיפוטית בתוך פרק זמן סביר שנקצב לכך בחוק; ומאידך גיסא - לפרוש הגנה מסוימת על הנתבע, בדרך של תחימת משך התקופה להגשת תביעה, אשר מעבר אליה תוסר ממנו אימת התביעה המשפטית, והוא

לא יחויב עוד בשמירת ראיותיו ובדאגה למערך הגנתו בפני תביעה אפשרית. לצד אלה, קציבת תקופת התיישנות להגשת תביעות משרתת גם את עניינו של הציבור, המבקש כי זמנו המוגבל של בית המשפט יוקדש לטיפול בבעיות ההווה ולא בענייני העבר (ע"א 165/83 בוכריס נ' דיור לעולה בע"מ, פ"ד לח(4) 554, 559-560 (1984), להלן: עניין בוכריס; ע"א 6805/99 תלמוד תורה הכללי והישיבה הגדולה עץ חיים בירושלים נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה, ירושלים, פ"ד נז(5) 433, 444 (2003); ע"א 9382/02 בולוס ובניו - חברה לאירוח ותיירות בע"מ נ' בנק דיסקונט למשכנתאות בע"מ, בפסקה 28 (10.6.2008), להלן: עניין בולוס; ע"א 1806/05 הראל חברה לביטוח בע"מ נ' עזבון המנוח דוד אמיתי ז"ל, בפסקה 2 (21.5.2008)).

13. ההתיישנות באופייה היא דיונית ולא מהותית: "אין בהתיישנות בלבד כדי לבטל את הזכות גופה" (סעיף 2 לחוק ההתיישנות). ההתיישנות נתפסת כמחסום דיוני בפני התובע לברר את תביעתו המהותית בערכאות, ונחזית כמגבלה בלתי נמנעת, הנעוצה כאמור בטעמים שונים הקשורים באיזון שבין אינטרסים שונים של בעלי הדין והציבור (ע"א 522/71 מוריס בנין נ' אלברט בנין, פ"ד כח(2) 309, 327 (1974); ע"א 5634/90 פינטו נ' האפוטרופוס לנכסי נפקדים, פ"ד מז 846, 853 (1993); ע"מ 8832/12 עיריית חיפה נ' יצחק סלומון בע"מ, בפסקה 38 (15.4.2015); עניין בולוס, בפסקה 29). נוכח ההכרה בזכות הגישה לערכאות כזכות בעלת אופי חוקתי, הנטייה היא להצר את תחום התפרשות ההתיישנות כמנגנון דיוני לחסימת בירור תביעה לגופה (ע"א 9063/12 עזבון המנוח הוראט ריכטר ז"ל נ' Harvey Delson, בפסקה 24 (5.9.2017); ע"א 573/12 הבנק הבינלאומי הראשון לישראל בע"מ נ' גולדסיל בע"מ, בפסקה ב (29.8.2012), להלן: עניין גולדסיל). עם זאת, נקבע כי יש לכבד את המסגרת המתחייבת של ההתיישנות, אשר נועדה להגן על הנתבע "מפני חשיפה בלתי מוגבלת בזמן לתביעה, בשל היעדר יכולת אפקטיבית להתגונן מפניה" (ע"א 2242/03 אברהם נ' רשאד, בפסקה 13 (18.7.2005), להלן: עניין רשאד).

14. נקודת המוצא היא, ככלל, כי תקופת ההתיישנות מתחילה להימנות ממועד התגבשותה של עילת התובענה (סעיף 6 לחוק ההתיישנות). המועד להיווצרות עילת התובענה לצורך מניין ההתיישנות הוא מועד קיומו של "כוח תביעה" קונקרטי בידיו של התובע, שפירושו התקיימות התנאים המאפשרים לתובע להגיש תביעה ולזכות בסעד המבוקש. "משעה שכוח זה נמצא בידיו של התובע, יכול מרוץ ההתיישנות להתחיל" (ע"א 3319/94 פפר נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבניה רעננה, פד"י נא(2) 581, 594 (1997); ע"א 735/07 צמרות חברה לבניין נ' בנק מזרחי-טפחות (5.1.2011); ע"א

Establishment Adoka7589/13 נ' מכון ויצמן למדע (8.6.2015); ע"א 1650/00 זיסר נ' משרד הבינוי והשיכון (21.7.2003)).

15. תקופת ההתיישנות "בשאינו מקרקעין" היא 7 שנים (סעיף 5(1) לחוק ההתיישנות). הסדר התיישנות ספציפי בנזיקין מצוי בסעיף 89 לפקודת הנזיקין, המורה כי -

"89. לענין תקופת-ההתיישנות בתובענה על עוולות –
'היום שנולדה עילת התובענה' הוא אחד מאלה:

(1) מקום שעילת התובענה היא מעשה או מחדל - היום שבו אירע אותו מעשה או מחדל; היה המעשה או המחדל נמשך והולך - היום שבו חדל;

(2) מקום שעילת התובענה היא נזק שנגרם על ידי מעשה או מחדל - היום שבו אירע אותו נזק; לא נתגלה הנזק ביום שאירע - היום שבו נתגלה הנזק, אלא שבמקרה אחרון זה תתיישן התובענה אם לא הוגשה תוך עשר שנים מיום אירוע הנזק".

16. על התיישנות תביעות בנזיקין חלות אפוא שתי מערכות דינים: זו שבסעיף 89 לפקודת הנזיקין וזו המעוגנת בהסדר הכללי שבחוק ההתיישנות. פסקה (1) לסעיף 89 לפקודת הנזיקין עניינה בהתיישנות עוולה כשעילת התובענה היא מעשה או מחדל, והנזק אינו חלק מיסודות העוולה, שאז תקופת ההתיישנות מתחילה מהיום "שבו אירע אותו מעשה או מחדל"; מקום שמדובר במעשה או במחדל "נמשך והולך" - יחל מרוץ ההתיישנות ממועד הפסקת המעשה או המחדל הרשלני. פסקה (2) לסעיף 89 עוסקת בעוולות בהן הנזק מהווה רכיב מרכיבי עילת התביעה (כגון עוולת הרשלנות), שאז תקופת ההתיישנות מתחילה מהיום שבו אירע אותו נזק, או מהיום שבו נתגלה הנזק. ואולם סעיף 89(2) סיפא קובע רף עליון של 10 שנים מיום אירוע הנזק. משמעות הדברים היא כי אי ידיעת הנזק אינה יכולה להאריך את תקופת ההתיישנות מעבר לעשר שנים מיום קרות הנזק, אף במקרים בהם הנזק סמוי כך שאירוע הנזק לא חופף למועד הגילוי, ואף אם טרם חלפה תקופה של שבע שנים ממועד הגילוי (ע"א 2919/07 מדינת ישראל - הוועדה לאנרגיה אטומית נ' עדנה גיא-ליפל (19.9.2010), להלן: עניין גיא-ליפל).

הודגש בפסיקה לענין זה, כי "גילוי הנזק כמוהו כיריית הזנקה של התובע לתחילת מסלול מרוץ ההתיישנות, אך אין להמתין עד לגילוי המלא של הנזק ודי בסימני הנזק, 'משנתגלה הנזק, שוב אין להמתין לגיבושו השלם במלוא היקפו'" (ענין גיא-ליפל, בפסקה 34; עניין זמיר, בעמ' 128; עניין בוכריס, בעמ' 560; ע"א 10591/06 יפרח נ' מפעלי

תובלה בע"מ, בפסקה 32 (12.7.2010), להלן: עניין יפרח). נפסק כי אין להחמיר עם הניזוק מעבר לציפייה הסבירה מאדם סביר בנסיבות העניין אם הנזק הראשוני הוא עניין של מה בכך, אולם אם הנזק הראשוני הוא ממשי, אף אם עדיין איננו במלוא היקפו, אזי מרוץ ההתיישנות יחל עם גילוי של הנזק הראשוני (ע"א 2206/08 סיגמן נ' חברת דובק בע"מ (11.7.2010); עניין יפרח, בפסקה 33; עניין צורף, בפסקה 10. כן ראו: ישראל גלעד "התיישנות בנזיקין ומחלות סמויות" משפטים י"ד 500, 516-517 (1985)).

17. סעיף 8 לחוק ההתיישנות, שכותרתו "התיישנות שלא מדעת", קובע את כלל הגילוי המאוחר:

"נעלמו מן התובע העובדות המהוות את עילת התובענה, מסיבות שלא היו תלויות בו ושאינן בזהירות סבירה לא יכול היה למנוע אותן, תתחיל תקופת ההתיישנות ביום שבו נודעו לתובע עובדות אלה".

שאלת היחס בין שתי המערכות המקבילות בסוגיית הגילוי המאוחר בתובענה בנזיקין – סעיף 89(2) סיפא לפקודת הנזיקין וסעיף 8 לחוק ההתיישנות, נדונה ולובנה רבות בפסיקה. נפסק כי כלל הגילוי בעוולות נזיקין על-פי הפקודה גובר על ההוראה הכללית שבחוק ההתיישנות לעניין רכיב הנזק בלבד, ואילו לגבי איחור בגילוי הנוגע לרכיבים אחרים בעילת התביעה, יחול סעיף 8 לחוק ההתיישנות (להתפתחות ההלכה בעניין זה ראו: ע"א 244/81 פתאל נ' קופת חולים של ההסתדרות הכללית של העובדים בארץ ישראל, פ"ד לח(3) 673 (1984); ע"א 148/89 שיכון עובדים בע"מ נ' עיזבון יוסף בליבאום ז"ל, פ"ד מט(5) 485 (1996); עניין גבעון, בפסקה 7; ע"א 1254/99 המאירי נ' הכשרת הישוב – חברה לביטוח בע"מ, פ"ד נד(2) 535 (2000); עניין רשאד, בפסקה 6).

התיישנות מעשה עוולתי "מתמשך"

18. בנסיבות בהן האירוע העוולתי הינו מתמשך, ומוליד במהלך התרחשותו עילות תביעה חדשות בזו אחר זו, לא תחול התיישנות עד לפקיעת עילת התביעה האחרונה. פסק דין מרכזי בסוגיה זו ניתן בע"א 9413/03 אלנקווה נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבניה, ירושלים, פ"ד סב(4) 525 (2008) (להלן: עניין אלנקווה), בו נדונה תביעת פיצויים נגד רשויות התכנון בגין נזקים שנגרמו למערער בעקבות הקפאת הבנייה על חלקה שבבעלותו. בדונו בטענת ההתיישנות שהעלו רשויות התכנון, קבע בית משפט זה כדלקמן:

"כלל הוא, כי בעוולות בהן משמש 'נזק' אחד היסודות, אם המעשה נמשך והולך ויוצר עילות תביעה מתחדשות, תוך גרימת נזק לנפגע מעת לעת, תתפוש ההתיישנות בתום 7 שנים ממועד היווצרות כל עילת תביעה מתחדשת, כאמור. המדובר הוא באירוע עוולתי המצמיח זכויות תובענה מעת לעת, להבדיל מנזק נמשך שמקורו במעשה עולה חד פעמי ...

במצב דברים שבו האירוע העוולתי, הכולל מרכיב נזק, הוא אירוע מתמשך המוליד עילות תובענה בזו אחר זו, הכלל הוא כי כל עוד נמשך המצב הפוגעני המתמשך, אין התובענה חסומה, ככל שהיא מתייחסת לעילות תביעה שקמו בזו אחר זו ואשר מבחינת מועד היווצרותן ועד הגשת התביעה הן מצויות עדיין בתוך תחומי תקופת ההתיישנות. כך הוא הדין, גם אם מעשי העוולה הראשונים מצויים כבר מחוץ לתקופת ההתיישנות...

אירוע עוולתי נמשך, המוליד עילות תובענה מתחדשות ונזק מתחדש, עשוי להתרחש, בין היתר, בעוולות הרשלנות והסגת הגבול. הפרת החובה באופן מתמשך, עשויה להוליד עילה חדשה מדי יום, וההתיישנות תחול על אותו מקטע של עילות מתחדשות אשר ממועד היווצרותן ועד להגשת התביעה חלפה תקופת ההתיישנות" (שם, בעמ' 558-559).

בית המשפט הבהיר כי בענין הנדון במהלך תקופת הקפאת הבניה שנדונה (1992-1998) התרחשו פעולות תכנון שנגזרו מהחלטת ההקפאה. נקבע כי אותן פעולות מולידות תביעות מתחדשות שנזק בצדן: "מאז אותו מועד, מתקיימת סדרה של פעולות תכנון במהלכן של שש שנים, אשר נגזרות אמנם מהחלטת ההקפאה, אך יש להן קיום עצמאי, והן מולידות עילות תביעה מתחדשות שנזק נטען בצדן, עד לפקיעת ההקפאה..." (שם, בעמ' 561-562). לפיכך, נקבע כי יש לדון במעשי הרשלנות והנזקים שנגרמו בשבע השנים שקדמו להגשת התביעה.

(וראו עוד לענין עוולה נמשכת: ע"א 35/71 חברת ישראל אוסטרליה להשקעות נ' מושב בני דרור, פד"י כז(1) 225, 228-229, להלן: עניין ישראל-אוסטרליה; ע"א 9292/07 חברת שדמות הדרום בע"מ נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבניה שמעונים (6.1.2010), להלן: עניין שדמות. וכן ראו: ישראל גלעד "התיישנות בנזיקין, הצעה לשינוי החוק – חלק ראשון" משפטים יט, 81, 99-100 (תשמ"ט), להלן: גלעד - התיישנות בנזיקין; ועמוס הרמן, מבוא לדיני הנזיקין, עמ' 385 (2006)).

19. ראוי לציין כי הסוגיה של "עוולה נמשכת" (a continuing cause of action) מוכרת היטב גם במשפט האנגלו-אמריקני.

כך במשפט האנגלי:

"A single cause of action, in respect of which a claimant is entitled and required to have damages assessed once and for all, must be distinguished from a continuing cause of action, namely a series of rights to sue which arises from the repetition or continuance of acts or omissions of the same kind... This distinction is important not only in determining whether a matter is *res judicata*, but also as regards limitation..." (Halsbury's *Laws of England* "Damages" (Vol. 29, 5th ed. 2019) §337).

בהתאם לכך נקבע:

"In a case where there is a continuing breach of duty by the defendant continually causing damage to the plaintiff there is a fresh cause of action arising every day, and if the breach and resulting damage have continued for more than the period of limitation, the Limitation Act, if relied upon by the defendant, will bar the plaintiff's action for the damage occurring before the critical date but not for the damage occurring after it" (*Cartledge v. E Jopling & Sons Ltd* [1962] 1 QB 189, 207).

(וראו גם: [1999] All ER (D) 1257 ; *Arkin v Borchard Lines Ltd and others* [2004] All ER (D) 437 (Jul)[2004] EWHC 1795 (Ch)L. *Phonographic Performance Ltd v Department of Trade and Industry and another* ; וכבר מקדם: *Hole v Chard Union* [1894] 1 Ch 293 at 295, CA, להלן: עניין *Hole* ; [1891] *Crumbie v Wallsend Local Board* ; [1 QB 503, CA. (1).

כך גם בארצות הברית:

"[T]he 'continuous tort' rule ... holds that if a wrongful act is continuous or repeated, the statute of limitations runs from the date of each wrong or from the end of the continuing wrongful conduct." (51 *Am. Jur.* 2d Limitation of Actions § 168 (2000)).

וכן:

"The continuing tort doctrine is based on the idea that certain torts continually give rise to new causes of action, which can be brought notwithstanding the expiration of the limitations period for prior causes of action" (*Syms v. Olin Corp.*, 408 F.3d 95 (2d Cir. 2005)).

יצוין כי בארה"ב רווחת ההבחנה בין שני הסוגים של עוולה מתמשכת: "עוולה נמשכת" ו"עוולה חוזרת/מתחדשת" –

"Unlike the continuing violation doctrine, the repeated violations doctrine 'divides what might otherwise represent a single, time-barred cause of action into several separate claims, at least one of which accrues within the limitations period prior to suit.' ... That division, in turn, 'allows recovery for only that part of the injury the plaintiff suffered during the limitations period'; recovery for the part of the injury suffered outside of the limitations period, however, remains unavailable" (*Hamer v. City of Trinidad*, 924 F.3d 1093, 1100 (10th Cir. 2019)).

(וראו גם: *Havens ;Hendrix v. City of Yazoo City*, 911 F.2d 1102 (5th Cir. 1990) ;
Foster v. Morris, 208 F. App'x 174 (3d ;*Realty Corp. v. Coleman*, 455 U.S. 363 (1982)
Gonzalez ;National Railroad Passenger Corp. v. Morgan, 536 U.S. 101 (2002) ;*Cir.* 2006)
Blake v. JPMorgan Chase ;Gonzalez : עניין להלן: *v. Hasty*, 802 F.3d 212 (2d Cir. 2015)
Bank, N.A., 259 F. Supp. 3d 249 (E.D. Pa. 2017)).

20. גם בהלכה האמריקאית, כמו בישראל (עניין אלנקווה ועניין שדמות), הובהרה ההבחנה בין עוולה נמשכת לנזק נמשך, תוך הדגשה כי אין להחיל את דוקטרינת העוולה הנמשכת כאשר מדובר בנזקים נמשכים שמקורם בעוולה אחת –

"The principal test devised by the U.S. Supreme Court for that purpose holds that a tort is continuing only where the unlawful conduct itself - as opposed to merely its ill effects - is continuing" (Elad Peled, *Rethinking the Continuing Violation Doctrine: The Application of Statutes of Limitations to Continuing Tort Claims*, 41 Ohio N.U. L. Rev. 343, 346-347 (2015); *United Air Lines, Inc. v. Evans*, 431 U.S. 553 (1977)).

(וראו עוד: ענין *Hamer*, בעמ' 1098 ; וכן: *Bergman v. United States*, 751 F.2d 314, 316 (10th Cir. 1984); *Mata v. Anderson*, 635 F.3d 1250, 1253 (10th Cir. 2011); *Herrera v. City of Espanola*, 2021, U.S. Dist. LEXIS 40214).

21. עוולות מסוימות עשויות להיות מעצם טבען בעלות אופי נמשך, דוגמת עוולת המטרד (יששכר רוזן-צבי, ההליך האזרחי, עמ' 509 (2015). השוו: עניין *Hole*) וכן העוולה של כליאת שווא (שם. השוו: עניין *Gonzalez*). גם העוולה של הסגת הגבול, שנזק אינו מיסודותיה, היא "עוולה נמשכת והולכת" – 'הרי היא מולידה עילת תובענה חדשה מדי יום ביומו כל עוד נמשך מצב העניינים הפוגע' (עניין ישראל אוסטרליה, בעמ' 229-228).

גם עוולת הרשלנות עשויה, במקרים מסוימים, להיחשב כעוולה נמשכת. כך למשל הוכרה רשלנות מתמשכת בגין חשיפה נמשכת של עובדת לחומרים מסוכנים שהזיקו לבריאותה (ע"א 590/67 קלינמן נ' ד"ר מירון חרושת כימית בע"מ, ו-3 אח', פ"ד כב(2) 929 (1968), להלן: עניין קלינמן). נקבע באותו עניין כי מעשיהם או מחדליהם של המשיבים, שהיה בהם משום רשלנות כלפי המערערת, נמשכו והלכו במשך תשע שנות עבודתה, בהן באה המערערת במגע יומיומי עם חומרים כימיים שהזיקו לבריאותה (שם, בעמ' 935-933. וראו גם: זלמן יהודאי, דיני התיישנות בישראל, כרך א', עמ' 158 (1991)). ברוח זו, הוכרה גם חשיפה נמשכת לאבק שגרמה לפי הנטען לסתימת ריאותיו של עובד כעוולה נמשכת (ע"א 702/86 איטונג בטרומ (אינונג) בע"מ נ' בן הרוש, פ"ד מד(1) 160 (1989). והשוו: *Clarkson v. Modern Foundries Ltd.* (1957) 1 WLR 1210). גם רשלנות מתמשכת מצד בנק, אשר סירב להסיר משכנתא בגין הלוואה שהמשיבים לא נטלו מעולם, "הגם שניתנו פסקי דין ברורים לטובת המשיבים בעניין זה" הוכרה כעוולה נמשכת (עניין גולדסיל, בפסקה 26). כך גם רשלנות מתמשכת במחדל מצד רשויות התכנון בסירובן למתן היתר בנייה (ע"א 3139/05 כלפון נווה ארזים בע"מ נ' הוועדה המקומית לתכנון ובנייה, בפסקה 32 (31.1.2008)).

בארה"ב הוכרה גם התעלמות ממושכת מצרכים רפואיים של אסירים כעוולה נמשכת (*Shomo v. City of N.Y.*, 579 F.3d 176 (2th Cir. 2009)). כן ראו עניין *Hamer*, שם נקבע כי עירייה שמפרה חוקי נגישות לבעלי מוגבלויות בכך שאינה מסדירה את המדרכות בעיר כפי אחריותה מבצעת עוולה נמשכת, בדרך של מחדל (שם, בעמ' 1103).

22. לעומת מקרים אלו, נקבע כי המקרה בעניין שדמות נופל לגדר הקטגוריה של מעשה עוולתי-נקודתי אחד ונזק מתמשך בצדו. זאת, משלא מדובר בעוולה נמשכת אלא בנזק מתמשך בעקבות אירוע נקודתי –

"להבדיל מאירוע מתמשך המוליד עילות תובענה בזו אחר זו, ביטול היתר הבנייה הראשון נופל לקטגוריה של מעשה עוולתי-נקודתי אחד המביא בעקבותיו נזק מתמשך, ואין לראותו כעוולה נמשכת. עם ביטול ההיתר בשנת 1997 החל מרוץ ההתיישנות וממועד זה ואילך נמנית תקופת ההתיישנות של שבע שנים" (שם, בפסקה 13).

23. מעבר למאפיינים האמורים, תנאי הכרחי לקיומה של עוולה נמשכת הוא שיש בכוחו הסביר של המעוול להפסיק את מחדלו (או מעשהו), ולהפסיק בכך את גרימת הנזק. שאם לא כן, מדובר במעשה או מחדל מקוריים שאינם ניתנים לשינוי, וממילא המעשה או המחדל הם חד-פעמית ואינם בגדר עוולה נמשכת:

"...לדעתנו יראה הדין, עקרונית, מעשה או מחדל כ'נמשכים', וכמולידים עילות תובענה מעת לעת, באותם מקרים בהם נתון הדבר בכוחו של העושה (או החדל) להפסיק מעשהו או מחדלו ובדרך זו שלא עוד לעשות עוולה או לגרום נזק ובלבד שאותה 'המשכיות' אינה נסמכת לאחר אל מעשה חד-פעמי... כלל זה, שניתן לכנותו כ'כלל האופציה'... אינו אלא עקרון מנחה שבמדיניות לקביעת יום היוולדה של עילת התובענה" (י' אנגלרד, א' ברק ומ' חשין (בעריכת ג' טדסקי) דיני הניקין, תורת הניקין הכללית (מהדורה שניה תשל"ז), בעמ' 724).

גם לפי פרופ' גלעד, "יכולתו של הנתבע להפסיק את התרחשות הנזק, היא, כמובן, תנאי הכרחי לאפיון התנהגותו כ'מחדל'. ללא יכולת זו לא מתקיים התנאי הבסיסי של 'אשם

נמשך" (גלעד - התיישנות בנזיקין, עמ' 97, ה"ש 42). ומזווית נוספת: "כשעוולה גורמת נזק, היא תיחשב לנמשכת כל עוד האשם ממשיך להתקיים ותורם להיווצרותן של יחידות נזק חדשות מאותו סוג. ככלל, אשם חד פעמי שהסתיים לא ייחשב לעוולה נמשכת אף אם הנזק שגרם נמשך או שהיקפו גדל" (טל חבקין, התיישנות, עמ' 303 (2014), להלן: חבקין).

ומן הכלל אל הפרט - האם מדובר בענייננו בעוולה נמשכת?

24. השאלה המרכזית בענייננו היא, האם מדובר - כטענת המשיבים - באירוע עולתי מתמשך מצד המדינה המקום עילות תביעה חוזרות ונשנות כלפי המדינה החל ממועד הפטירה של המנוח בשנת 1950 ועד היום; או שמא - כטענת המדינה - מדובר באירוע חד פעמי שגרם לנזק מתמשך, ואין לראותו כעוולה נמשכת.

25. לאחר עיון אני סבור כי אין מדובר בענייננו בעוולה נמשכת, וכי מחדלי המדינה הנטענים בכתב התביעה שהגישו המשיבים, הם בגדר מעשה או מחדל חד-פעמיים שאירעו בשנת 1950 וגרמו כנטען לנזק מתמשך, ואין לראותם כמעשה או מחדל נמשך או מתחדש, וממילא התביעה שהוגשה על ידי המשיבים קרוב ל-70 שנים לאחר האירועים - התיישנה זה מכבר.

26. נקודת המוצא לבחינת הענין היא כתב התביעה שהגישו המשיבים, שהוא המסמך המשפטי שעל בסיסו יש לבחון את טענת ההתיישנות. כידוע, בהיותה טענת סף מקדמית, תיבחן שאלת ההתיישנות מנקודת מוצא לפיה העובדות הנטענות בכתב התביעה הן נכונות. יש לבחון אפוא כיצד לפי טענת המשיבים בכתב התביעה שהגישו עוולה המדינה כלפיהם.

לפי כתב התביעה, מדובר במקרה של פטירה של אחיהם של התובעים כאשר "הנתבעות לא טרחו לתעד כדין את נסיבות הפטירה ו/או היעלמות כמו גם להסדיר ולתעד את מקום הקבורה המדויק של אחיהם ז"ל כנדרש" (סעיף 4 לכתב התביעה). עוד נטען כי "הנתבעת ו/או מי מטעמה... לא הציגה להוריהם של התובעים את מקום קבורתו של שלום ז"ל ולא מסרה לידם תעודת פטירה (כמו גם תיעוד אודות נסיבות הפטירה)" (שם, בסעיף 12). ובהמשך נטען כי "המסמכים שנחשפו לאחרונה בפני התובעים... רק העמיקו את כאבם של התובעים, משאלו הבהירו ביתר שאת את גודל מחדלה ורשלנותה החמורה של הנתבעת..." (שם, בסעיף 24). ושוב בסעיף 33 לכתב התביעה: "בענייננו התנהלה הנתבעת באופן רשלני... מנעה מלהסדיר קבורה כדין עבור שלום ז"ל (ו/או לדאוג לתעד את מקום

קבורתו ככל ואכן נקבר)...". ולבסוף בסעיף 36: "הנתבעת אף לא טרחה לתעד כדין את תאריך פטירתו של שלום ז"ל".

27. כתב התביעה מייחס אפוא למדינה מעשים רשלניים ומחדלים המתייחסים כולם למועד פטירתו וקבורתו של אחיהם שלום ז"ל בשנת 1950. היעדר התייעוד של נסיבות הפטירה ומקום הקבורה, כמו גם היעדר ההודעה להורים - כולם אירועים המתייחסים לתחילת שנת 1950 - הם אפוא המחדלים הרשלניים המיוחסים למדינה בכתב התביעה, ואין בכתב התביעה כל טענה לרשלנות החורגת מהאירועים מתחילת שנת 1950.

ברי כי להבדיל ממעשים דוגמת יצירת מטרד, הסגת גבול או חשיפה מתמשכת של עובד לזיהום, אשר מטבעם הם מעשים מתמשכים כל עוד המזיק לא הפסיקם, הטענה אודות אירועי העוולה בענייננו היא להתנהלות חד פעמית, שהחלה והסתיימה בשנת 1950, וממילא אין מדובר בטענה לעוולה נמשכת. האירועים הנטענים אינם מקיימים את תכונת החזרתיות הנדרשת למעשה עוולתי נמשך – אין מדובר באירועים נמשכים או החוזרים על עצמם שוב ושוב, אלא במחדל חד-פעמי של היעדר תיעוד של נסיבות הפטירה ומקום הקבורה.

28. לא רק שלא נטענה כלל בכתב התביעה טענה לעוולה נמשכת, והמעשים והמחדלים המיוחסים למדינה הם מטבעם חד-פעמיים, אלא שגם לא נטען כי מדובר במחדלים שיש ביכולתה של המדינה להפסיקם. לא נטען על ידי המשיבים כי בידי המדינה, כיום, לאתר את קברו של שלום ז"ל. כמפורט לעיל, על מנת להצביע על עוולה נמשכת הנובעת ממחדל מתמשך לענין אי-איתור קברו של שלום ז"ל, השוללת את התיישנות התביעה, נדרש היה מהתובעים (המשיבים) לטעון ולבסס טענה כי היה בידי המדינה, במהלך 7 השנים שקדמו להגשת התביעה, לפעול לאיתור מקום הקבר, וכי היא נמנעה מלעשות כן.

בעניין זה לא הועלתה כל טענה בכתב התביעה. יתרה מזו, במהלך הדיון לפנינו שאלנו ושכנו ושאלנו את באת כוח המשיבים בענין זה אך לא זכינו למענה.

29. אוסיף, למעלה מן הצורך, כי המדינה לא שקטה על שמריה בענין זה. כמצוין לעיל, במהלך השנים הוקמו על ידי המדינה שלוש ועדות ציבוריות-מקצועיות לבחינת מכלול הנושאים הקשורים לטענות בדבר היעלמותם של תינוקות מבין עולי תימן: בשנת 1967 מונתה "ועדת חקירה לגילוי ילדי תימן", המוכרת בשם ועדת בהלול-מינקובסקי, אשר

הגישה את מסקנותיה בשנת 1968; בשנת 1988 מונתה "הוועדה לבירור גורל ילדי תימן הנעדרים", הידועה בשם ועדת שלגי, אשר הגישה את מסקנותיה בשנת 1995; ולבסוף החליטה הממשלה על מינוי ועדת חקירה ממלכתית, לפי חוק ועדות חקירה, התשכ"ט-1968, היא ועדת כהן-קדמי, אשר מונתה בשנת 1995 והגישה את מסקנותיה בשנת 2001.

ועדות אלה, אשר ישבו על המדוכה, במצטבר, משך כ- 15 שנים, בחנו באופן מקיף את מכלול הטענות הנוגעות להיעלמותם של ילדים מבין עולי תימן וילדים אחרים, הן בהיבטים הכלליים של הפרשה והן בענייני הפרטני של כל אחד מהילדים שנעלמו או נפטרו, לרבות שאלת איתור מקום קבורתם. הורי המשיבים העידו בפני שתי הוועדות הראשונות, והמשיב 1 העיד בפני ועדת כהן-קדמי, ובדו"חות של הוועדות הייתה התייחסות, כמצוין בפסקה 6 לעיל, גם לענייניו של שלום ז"ל. כך, בדו"ח ועדת כהן-קדמי, נקבע כי מהמידע שנאסף על ידי חוקרי הוועדה עולה בוודאות כי שלום נפטר ביום 4.1.1950 "בשל רעלת ודיסטרופיה", וכי למרות סקירות מקיפות שנערכו על ידי חוקרי הוועדה ברישומי משרד הבריאות, ברישומי משרד הפנים וברישומי בתי החולים ובתי העלמין, לא עלה בידי חוקרי הוועדה לאתר כל ממצא היכול להצביע על מקום קבורתו.

ועדת כהן-קדמי עסקה במסגרת הדו"ח המקיף שלה גם בסוגיה הכללית של אי-איתור קברים של תינוקות שקיים תיעוד מהימן על פטירתם (פרקים חמישה עשר ועשרים ושישה של הדו"ח). בין היתר קבעה הוועדה כי לא בכל בתי הקברות הרלבנטיים נשמרו המסמכים המתעדים קבורת תינוקות שנפטרו, ובחלק מבתי הקברות לא נמצאו מסמכים כלל (עמ' 100). כן נקבע כי "קבורה והצבת מצבה על קבר... הייתה כרוכה בהוצאה כספית לא מבוטלת באותם ימים ומטבע הדברים שמשפחת עולים מתימן, בתקופה הראשונה לקליטתה בארץ, לא הייתה מסוגלת לעמוד בהוצאה כזאת... [לכן] בחלק ניכר של המקרים - אם לא ברובם - לא הוצבו מצבות על קבריהם של תינוקות שנפטרו, ואנשי חברה קדישא הסתפקו בסימון הקבר במוט נושא שלט, שנעלם תוך פרק זמן קצר" (בעמ' 185). כן צוין שתינוקות שנפטרו עד גיל 30 ימים נחשבו לפי ההלכה ל"נפלים", ונקברו בקבר משותף שלא הוצבה עליו מצבה (שם). ובסיכום הדו"ח נקבע לענין זה כי "מיקום קבורתם של חלק מבין התינוקות שנפטרו, אינו ניתן כיום לקביעה מדויקת..." (בעמ' 296 לדו"ח).

30. הנה כי כן, לא רק שלא נטען כלל על ידי המשיבים כי בידי המדינה היה להפסיק את המחדל של אי איתור הקבר בתקופת 7 השנים עובר להגשת התביעה, אלא שהמדינה פעלה באמצעות ועדות ציבוריות-מקצועיות, לרבות ועדת חקירה ממלכתית, לגלות את כל שניתן בפרשה כאובה זו, לרבות איתור קבריהם של תינוקות שנפטרו ומקום קבורתם

לא ידוע. פרטים רבים לגבי גורלם של הרוב המכריע של התינוקות שנטען כי נעלמו נחשפו בעבודתן של הוועדות, ואולם למרבה הצער נותרו עדיין פרטי מידע לא ידועים, ובהם מקום קברם של חלק מהתינוקות, ובהם שלום ז"ל. כאמור, ועדת כהן-קדמי הגיעה למסקנה כי לגבי אלה לא ניתן כיום לאתר את מקום קבורתם.

31. כמצוין בדו"ח ועדת כהן-קדמי, הפרטים שנאספו על ידי חוקרי הוועדה הנוגעים לכל אחד מהתינוקות שעניינם נבחן על ידי הוועדה (כולל עניינו של שלום ז"ל) נכללו גם במכתבים אישיים שנשלחו למשפחה (עמ' 296 לדו"ח). גם אם נתייחס לדו"ח ועדה זו משנת 2001 כנקודת ציון נדחית לענין תחילת מנין תקופת ההתיישנות, הרי שבדו"ח הוועדה ובמכתב האישי שנשלח למשפחה נכללו כל הפרטים העשויים לבסס עילת תביעה, כולל מסקנת הוועדה בנוגע להעדר האפשרות כיום לאתר את מקום קבורתם של מי שלא אותרו על ידי חוקרי הוועדה. אך כאמור התביעה הוגשה רק בחלוף כ- 16 שנים ממועד זה. למשיבים הייתה למעשה ידיעה על כל מרכיבי עילת התביעה כפי שנוסחה על ידם, וגם לפי גרסתם בכתב התביעה, דו"ח הוועדה משנת 2001 ומסמכי הוועדה שנחשפו לאחר מכן לא חשפו בפניהם רשלנות עליה לא ידעו, אלא "רק... הבהירו ביתר שאת את גודל מחדלה ורשלנותה החמורה של הנתבעת." (בסעיף 24 לכתב התביעה).

32. להשלמת הדברים אתייחס בקצרה להחלטות בתביעות נגד המועצה הדתית עכו בגין רשלנות בניהול בית העלמין הישן בעכו עליהן נסמכים המשיבים. כזכור, בית המשפט המחוזי סבר בענייננו כי "התשובה לשאלה שבמחלוקת מצויה כולה בפסק דינו של כבוד השופט רובינשטיין ברע"א 4892/15 (עניין חכון). בכל הכבוד, איני סבור כי ענייננו דומה לענין חכון, או לענין תורג'מן ולענין שוקרון שעסקו אף הם בתביעות נגד המועצה הדתית עכו, ולא במקרים הקשורים לפרשת ילדי תימן ובתביעות נגד המדינה בפרשה זו. ההחלטה בענין חכון היא החלטה קצרה, בדין יחיד, הדוחה בקשה לרשות ערעור. ההחלטה עסקה ברשלנות של המועצה הדתית בניהול בית העלמין הישן בעכו, בכך שלא שמרה ברישומיה את מקום קבורתם של שני ילדי התובע שנפטרו בשנת 1962 ונקברו בבית העלמין, ולא איתרה את הקברים למרות פניות רבות מאוד מצד התובע. ביסוד ההחלטות בבית משפט השלום ובבית המשפט המחוזי - שהבקשה לרשות ערעור עליהן נדחתה בבית משפט זה - עמדה ההנחה כי היה בידי המועצה הדתית לתקן את מחדלה, והיא לא עשתה כן. ולמעשה גם המועצה הדתית לא כפרה בכך, והיא אף הודיעה במהלך המשפט כי הצליחה לבסוף למצוא את חלקות הקבר. נוכח האמור נדחתה הבקשה לרשות ערעור בהנמקה קצרה, תוך שהודגש שהקביעות לגבי התקיימות המאפיינים של "עוולה נמשכת" הן קביעות עובדתיות, וכי –

”מחדלה של המבקשת להסדיר את תחום אחריותה ולברר היכן קבורים ילדי המנוח נמשך שנים רבות. חוסר הסדר בבית העלמין לא נשתנה, והקברים לא אותרו. לפיכך, מדובר במקרה של עילה נזיקית נמשכת, שלא התיישנה” (פסקה ח’ להחלטה).

אציין כי בעניין תורג’מן נדחתה טענת ההתיישנות נוכח כלל הגילוי המאוחר, שכן אי-הסדרים בבית העלמין וחוסר האפשרות לאתר את קברי ילדי התובע שם, שנפטרו בשנים 1969-1970, נחשפו רק בשנת 2005, ובסמוך לאחר מכן, בתוך תקופת ההתיישנות, הוגשה התביעה. רק לחלופין נדונה בערכאות דלמטה טענת העוולה המתמשכת. דחיית הבקשה לרשות ערעור בבית משפט זה התבססה על העדר עילה לרשות ערעור באשר הבקשה אינה מעלה שאלה עקרונית או כללית, ולגופה – בגין כלל הגילוי המאוחר –

”למשיבים נודע רק בשנת 2005, עם פרסומה של פרשת שמעילוב, על האפשרות של ‘היעלמות קברים’ בבית העלמין הישן בעכו. זהו מועד התרחשות הנזק וגילוי העובדות המקימות את עילת התביעה. בין אם נבחן את הסוגיה לרקע הוראת סעיף 8 לחוק ההתיישנות ובין אם לרקע הוראת סעיף 89(2) לפקודת הנזיקין, אין מדובר בהתיישנות” (פסקה 7 שם).

גם בעניין שוקרון, שעסק אף הוא בתביעת רשלנות נגד המועצה הדתית בעכו בגין ניהולו של בית העלמין הישן בעכו, ביסס בית המשפט את החלטתו לדחות טענת התיישנות מצד המועצה הדתית עכו על כך שהוכח שהיה ביכולתה של המועצה הדתית “לבצע חיפוש ואיתור... והיא נמנעה מלעשות כן משך שנים”, וכי בינתיים אף הודיעה המועצה על איתור הקבר. ועל כן נקבע כי -

”החל משנה זו, החלה בקיום חובתה ובביצוע חיפוש שלא נעשה קודם לכן על ידה. מעשים אלו מלמדים כי מדובר במחדל מתמשך ושיבה בחיבוק ידיים ולא נקטה בכל מעשה על מנת לאתר את מיקום הקברים, ואי נקיטת מעשים אלו מלמדים על המשכיות המחדל מצידה הן בשמירה והן באיתור הקברים” (עמ’ 8 להחלטה).

ואוסיף כי אני שותף להבהרה ולהבחנה לענין זה שעורך חברי, השופט ג' קרא, כמפורט בפסקאות 6-7 לחוות דעתו.

השעיית מרוץ ההתיישנות

33. המשיבים טוענים גם להשעיית מרוץ ההתיישנות מכוח סעיף 8 לחוק ההתיישנות, שעניינו כלל הגילוי המאוחר. בעניין זה נטען כי רק במועד הסרת החיסיון על חומרי החקירה של ועדת כהן-קדמי בחודש דצמבר 2016 נודעו למשיבים העובדות הדרושות לביסוס טענת ההתרשלות שבמעשי המדינה.

34. אין בטענה זו ממש. שאלת התיישנותו של רכיב ההתרשלות בעילת התביעה, שאינו חלק מיסוד הנזק, היא העומדת לפנינו, והדין החולש על רכיב עילה זה הוא אכן סעיף 8 לחוק ההתיישנות.

לצורך הסתמכות על כלל הגילוי המאוחר, על התובע להוכיח שני תנאים מצטברים: האחד, כי לא ידע בפועל אחת או יותר מהעובדות המהוות את עילת התובענה; השני, כי עובדות אלו נעלמו ממנו "מסיבות שלא היו תלויות בו ושאינן בזהירות סבירה לא יכול היה למנוע אותן" (סעיף 8 לחוק). בפסיקה נקבע כי היכולת לגלות את העובדות נבחנת על-פי מבחן גילוי אובייקטיבי. עובדה תיחשב גלויה אם אדם סביר היה יכול וצריך לגלותה בתוך תקופת ההתיישנות הבסיסית (עניין גיא-ליפל, בפסקה 49; עניין יפרח, בפסקה 47; ע"א 4275/10 מולה נ' מדינת ישראל – משרד הבריאות (22.2.2012); חבקין, עמ' 158). כן נפסק, כי חשד המתעורר אצל תובע, ואף חשד בכוח, ייחשב כ"קצה חוט" המתחיל את מרוץ ההתיישנות ומבטל את השעיית המרוץ (עניין גיא-ליפל, בפסקה 47; ע"א 8880/13 וינשל נ' מדינת ישראל משרד הביטחון (30.8.2016); ע"א 3432/17 טופז (יוכט) נ' יוכט (16.4.2020); רע"א 5087/10 מדינת ישראל נ' דוננפלד (7.11.2012), להלן: עניין דוננפלד). ודוק - "משהתגלה אותו קצה חוט, שומה על התובע לנקוט אמצעים סבירים לגילוי העובדות החיוניות ולהגיש תובענה בתוך תקופת ההתיישנות" (חבקין, עמ' 168).

כן נקבע כי יש להבחין בין העובדות המהוות את עילת התובענה לבין הראיות הנדרשות להוכחת העובדות: "הוראת סעיף 8 לחוק ההתיישנות בונה עצמה על מערכת שבה 'נעלמו' מן התובע 'העובדות המהוות את עילת התובענה'. עובדות הן עובדות: אין הן לא פרשנות משפטית לדין, לא הבנת הדין ולא השגתן של ראיות להוכחת עובדות" (ע"א

3602/97 נציבות מס הכנסה ומס רכוש נ' שחר, פ"ד נו(2) 297, 317 (2001). וראו גם: עניין גיא-ליפל, בפסקה 48; עניין דוננפלד, בפסקה 24; ע"א 393/08 שגיא נ' כפר ביאליק כפר שיתופי להתיישבות חקלאית בע"מ (23.2.2010); ע"א 892/20 פקיד שומה חיפה נ' פאר (4.11.2020). כפי שהובהר לאחרונה, "מועד התחלת תקופת ההתיישנות הוא המועד בו התובע חשד או צריך היה לחשוד בקיומן של העובדות המהוות את עילת התביעה, וזאת במנותק משאלת היכולת להשגת הראיות לתמיכה בתביעה שכזו. ודוק – החקירה והדרישה לשם השגת הראיות תיעשה אם כן בתוך תקופת ההתיישנות הנמשכת שבע שנים שלמות" (רע"א 1101/20 שירותי בריאות כללית נ' פלוני (21.5.2020), בפסקה 18).

35. כזכור, בית משפט השלום דן בטענת המשיבים להשעיית מרוץ ההתיישנות מכוח כלל הגילוי המאוחר ודחה אותה. נקבע כי "העובדות המהוות את עילת התובענה" היו ידועות למשיבים שנים רבות קודם להגשת תביעתם, ולכל המאוחר בשנת 2001 עם פרסום מסקנות ועדת כהן-קדמי, שקבעה כי שלום ז"ל נפטר ולא ניתן לאתר את מקום קבורתו. בהקשר זה הוסיף בית משפט השלום וציין:

"התובעים אינם מפרטים מהו אותו מידע שנחשף [בשנת 2016] והאם מדובר במידע חדש שלא היה ידוע להם מסיבות שלא היו תלויות בהם... התובעים עצמם מאשרים כי המידע אליו נחשפו עם הסרת החיסיון, אך חיזק את מסקנתם הקודמת אודות גודל מחדלה של המדינה ורשלנותה מבלי שנטען שהמידע החדש, ככל שישנו, הוסיף להתגבשות כוח התביעה או אם הוא כלל נמנה על העובדות החיוניות הנדרשות לביסוס תביעה, שלא היה קיים או ידוע קודם" (פסקה 21 לפסק הדין).

מדובר בקביעה עובדתית מובהקת של הערכאה המבררת, אשר אין כל עילה להתערבות בה על ידי ערכאת הערעור. ואכן מסקנה זו של בית המשפט מבוססת היטב. עיון בכתב התביעה מעלה כאמור כי אף לגרסת המשיבים, כבר בשנת 1950 נמסר להורי המשיבים כי בנם שלום ז"ל נפטר מבלי שנמסר להם מקום קבורתו או תיעוד אודות הפטירה ונסיבותיה. כן עולה, כי בשנת 1994 הפיקו המשיבים תעודת פטירה של שלום ז"ל. דו"ח ועדת כהן-קדמי פורסם בשנת 2001, והמשיבים היו ערים כאמור לממצאים של הוועדה בנוגע לשלום ז"ל גם מהמכתב האישי שנשלח למשפחה בנוגע לממצאים אלה, לפיהם שלום ז"ל נפטר כשלושה שבועות לאחר מועד העלייה לארץ, ואולם מקום קבורתו לא אותר ולא ניתן לאיתור. אשר למסמכים שנחשפו לאחרונה בעקבות הסרת החיסיון, נטען בכתב התביעה אך כי הם "רק העמיקו את כאבם של התובעים, משאלו

הבהירו לתובעים ביתר שאת את גודל מחדלה ורשלנותה החמורה של הנתבעת" (סעיף 24 לכתב התביעה). לא יכול להיות חולק אפוא, כי הרבה קודם לכן, ולכל המאוחר בשנת 2001, היה בידי המשיבים (הרבה) מעבר ל"קצה חוט" אודות העובדות הנוגעות להתנהלות המדינה המגבשות את עילת תביעתם.

36. סיכומם של דברים: ענייננו באירוע שהתרחש בתחילת שנות ה-50, אולם הנזק שהותיר אחריו הולך ונמשך. אין מדובר בעוולה נמשכת - הן נוכח מהות המעשים והמחדלים המיוחסים, והן בהעדר אפשרות לתקן כיום. לא חל בענייננו גם כלל הגילוי המאוחר, שכן העובדות המהוות את עילת התובענה התגלו למשיבים לכל המאוחר בשנת 2001. התביעה הוגשה רק בשנת 2017, קרוב ל-70 שנים לאחר האירועים, ולפחות 16 שנים לאחר מועד הגילוי האחרון, ומשכך דין התביעה להידחות על הסף מחמת התיישנות.

בשולי הדברים אוסיף כי בצדק ציין בית משפט השלום כי בירור הפרשה לא מוצה, אך הדרך המתאימה לבירורה אינו הליך משפטי. אכן, מצד הדין דין התובענה להידחות כאמור, אך חובה משפטית לחוד וחובה ציבורית-מוסרית לחוד. על כן, יפה נהגה הממשלה עת קיבלה את החלטתה מס' 821 מיום 22.2.2021, בדבר "הסדר כספי למשפחות עולי תימן, המזרח והבלקן אשר עניין ילידיהן נדון במסגרת ועדות", במסגרתה אושר מתווה לפיו בני המשפחות, שנקבע באחת משלוש הוועדות שעסקו בפרשה שילדם נפטר או שלא נודע גורלו, יהיו זכאים לתשלום כספי "באופן חד פעמי ולפנים משורת הדין", בשיעורים ובתנאים שנקבעו בהחלטה. כפי שצוין בהודעת המדינה מיום 25.2.2021, עניינם של המשיבים נופל לגדר מי שבהתאם למתווה זכאים לקבל פיצוי, וכי ככל שהמשיבים יודיעו כי הם חפצים להצטרף למתווה האמור, ניתן יהיה לפעול לבחינת עניינם ללא דיחוי.

37. נוכח כל האמור, אציע לחבריי כי נקבל את הערעור ונבטל את החלטתו של בית המשפט המחוזי. תביעת המשיבים תידחה אפוא על הסף מחמת התיישנותה כאמור בפסק דינו של בית משפט השלום. בנסיבות העניין לא נעשה צו להוצאות.

השופט ע' פוגלמן :

אני מצטרף למסקנת חברי, השופט מ' מזוז, כי דין הערעור להתקבל שכן תביעת המשיבים התיישנה. אני מצטרף גם לנימוקיו ולדבריו בנוגע לפיצוי המשיבים בהתאם להחלטת הממשלה.

ש ו פ ט

השופט ג' קרא :

אני מסכים עם האמור בחוות דעתו המקיפה של חברי, השופט מ' מזוז, ומצאתי להוסיף מספר הערות משלי.

1. בע"א 9292/07 חברות שדמות הדרום בע"מ נ' וועדה מקומית לתכנון ובנייה "שמעונים", פסקה 11 (6.1.2010), הבחין השופט י' עמית בין שלוש קטגוריות של מקרים:

- (1) מעשה עוולתי-נקודתי אחד ונזק מתמשך בצידו;
- (2) מעשה עוולתי נמשך הגורם לנזק אחד;
- (3) מעשה עוולתי נמשך המקים עילות תביעה חוזרות ונשנות ונזק מתחדש.

2. חברי, השופט מזוז, קובע כי ענייננו נכנס לגדרי הקטגוריה הראשונה של מעשה עוולתי-נקודתי אחד ונזק מתמשך בצידו. זאת, משום שהמחדלים להם טוענים המשיבים בכתב תביעתם, הם היעדר תיעוד נסיבות הפטירה ומקום הקבורה וכן היעדר הודעה להורים על מקום הקבורה – אירועים המתייחסים כולם להתנהלות חד-פעמית שהחלה והסתיימה בשנת 1950 וגרמה כנטען לנזק מתמשך; משכך, אין האירועים מקיימים את תכונת החזרתיות הנדרשת לעוולה נמשכת (פסקאות 24-27 לחוות דעתו).

עוד מוסיף חברי, כי אף אם היה נטען לקיומו של מעשה עוולתי נמשך בכתב התביעה, הנובע ממחדל מתמשך לעניין אי-איתור הקבר, לא היה בכך כדי לסייע למשיבים. זאת, משום שכפי שציין חברי בחוות דעתו, המדינה לא ישבה בחיבוק ידיים, אלא פעלה לאורך השנים באמצעות הקמת שלוש ועדות ציבוריות, כאשר האחרונה – ועדת כהן-קדמי – קבעה בשנת 2001 כי לא ניתן עוד לאתר חלק מהקברים, וקביעה זו לא נסתרה; במילים אחרות, לא נטען כי מדובר במחדל שיש ביכולתה של המדינה, כיום,

להפסיק (פסקאות 28-31 לחוות דעתו). הבחנה זו של חברי, מבוססת על "כלל האופציה" לשם הכרה במעשה עוולתי נמשך – האם בכוחו של המעוול להפסיק ממעשהו או מחדלו "ובדרך זו שלא עוד לעשות עוולה או לגרום נזק" (יצחק אנגלרד, אהרן ברק ומישאל חשין דיני הנזיקין, תורת הנזיקין הכללית 724 (מהדורה שנייה, גד טדסקי עורך 1976) (להלן: תורת הנזיקין הכללית)).

3. כעקרון, אני נוטה להסכים לקביעה לה שותפים חבריי, כי לשון כתב התביעה תומכת במסקנה שהנזק הנטען מקורו באירוע עוולתי נקודתי שהתרחש בשנת 1950 – היעדר תיעוד נסיבות הפטירה ומקום הקבורה (הקטגוריה הראשונה). ואולם, לעיתים ההבחנה בין הקטגוריות השונות אינה כה חדה. בענייננו, עלול להשתמע, כי אילו ניתן היה לפרש את עילת התביעה של המשיבים כמחדל המדינה שלא לאתר את הקבר, אזי לכאורה היינו באים בגדרי הקטגוריה השלישית – הטענה היא כי מדובר בעוולה מתמשכת כל אימת שהמדינה ממשיכה במחדלה שלא לאתר את הקבר. אינני בטוח כי הטענה בכתב התביעה של המשיבים לפיה "הנתבעת ו/או מי מטעמה... לא הציגה להוריהם של התובעים את מקום קבורתו של שלום ז"ל [...]" – אינה יכולה להתפרש באופן התומך במסקנה אחרונה זו, ולו בדוחק. למעשה, זוהי טענתם המוצהרת של המשיבים כפי שהביעו אותה בתגובה לבקשת רשות הערעור וכן בדיון שהתקיים לפנינו – טענתם היא כי "כל מהות התביעה היא רק בנוגע לאיתור מקום הקבורה" (עמוד 5, שורה 17 לפרוטוקול הדיון).

4. במצב דברים זה, נכנס לתמונה "כלל האופציה" האמור. כפי שמציין חברי, השופט מוזס, בהתאם לכלל זה, אין להכיר בעוולה מתמשכת מקום שהמעוול נעדר את היכולת להפסיק את ביצוע המעשה או המחדל; ואילו במקרה דנן, לא הוכח כי היה בידי המדינה, במהלך שבע השנים שקדמו להגשת התביעה, לפעול לאיתור מקום הקבר וכי היא נמנעה מלעשות כן. לפיכך, אבקש לחדד כי אנו מאמצים את "כלל האופציה" במקרה דנן, לבל ישתמע כי אילו ניתן היה לפרש את כתב התביעה ככזה המבוסס על מחדלה המתמשך של המדינה שלא לאתר את הקבר – היינו מגיעים למסקנה אחרת. זאת, לא רק משום שעל פני הדברים נטען לפנינו כי עילת התביעה היא אי-איתור מקום הקבורה – כך שניתן לומר שהדבר דווקא הכרחי לשם הכרעה – אלא שגם אין זה נכון להשאיר "פתח" כלשהו להליכים דומים בעתיד. כפי שציין חברי, השופט מוזס, בבתי המשפט השונים תלויים ועומדים למעלה מעשרה הליכים נוספים שהוגשו נגד המדינה שעניינם בפרשת ילדי עולי תימן ובהם עולות טענות דומות; וכן עד עתה ניתנו בבתי המשפט הכרעות שונות בסוגיית ההתיישנות של הפרשה (פסקה 6 לחוות דעתו). לכן, סבורני כי

משיקולי ודאות ויעילות, אין זה רצוי להותיר את הסוגיה, למצער בהליכים שעניינם נסב על נסיבות דומות לפרשה זו – ללא ליבון והכרעה.

5. אם כן, דומני כי יש לקבוע, כי לכל הפחות בעניינם של תינוקות פרשת ילדי עולי תימן, אשר התברר לבני משפחתם כי המדינה חדלה מניסיונות החיפוש ולא ניתן יהיה לאתר עוד את קברם – מתחיל מירון ההתיישנות לכל המאוחר ביום בו נודע הדבר. בענייננו – וייתכן שכך הדבר גם במקרים רבים אחרים – הגיעה ועדת כהן-קדמי למסקנה בדו"ח שהתפרסם בשנת 2001, כי לא ניתן כיום לאתר את מקום הקבורה של חלק מבין התינוקות שנפטרו. כאמור, מסקנה זו לא נסתרה. לכן, גם אם נקבל את טענת המשיבים כי המקרה דנן נופל לגדרי הקטגוריה השלישית של מעשה עוולתי נמשך, אזי בשנת 2001, לכל המאוחר, ידעו המשיבים כי המדינה הפסיקה מניסיונותיה לאתר את הקבר; ולשם כך לא היו זקוקים המשיבים להסרת החיסיון מהמצאים. אם סברו המשיבים כי הדבר מוליד להם עילת תביעה – היה עליהם לתבוע את נזקם בתוך שבע שנים מיום זה. זאת לא עשו, ועל כן דין התביעה להידחות מחמת התיישנות.

כל תוצאה אחרת, משמעה כי המדינה מוחזקת כמעוולת עד אשר יעלה בידה לאתר את הקבר, אף אם ברור כי בפועל אין הדבר אפשרי עוד. במילים אחרות, התוצאה תהיה כי המדינה היא בגדר "מעוול שאינו יכול להפסיק לעוול" – תוצאה שאינה מניחה את הדעת.

אשר ליישום כלל האופציה בסוגיות אחרות, ניתן יהיה להשאיר זאת לפיתוח ההלכה הפסוקה מעת לעת.

6. בשולי הדברים. ציינתי מקודם כי אילו ניתן היה לפרש את עילת התביעה של המשיבים כמחדל המדינה שלא לאתר את הקבר, אזי לכאורה מדובר בעוולה מתמשכת. ואולם, אף אם עילה שכזו הוכרה בעבר כעוולה מתמשכת (רע"א 4892/15 המועצה הדתית עכו נ' חכון (16.8.2015)), סבורני, כשאני לעצמי, כי הדבר מעלה קושי אנליטי לא מבוטל. במה דברים אמורים?

אני נכון להניח, במקרים המתאימים, קיומה של התנהגות עוולתית שמקורה ברשלנות בחיפוש קבר (השוו: ת"א (קריות) 21819-09-12 שוקרון נ' המועצה הדתית עכו והמחוז (15.5.2013)), או בהפרת חובה לשמור על נתוני מיקום הקברים (השוו: רע"א

3946/12 המועצה הדתית עכו נ' תורג'מן (5.6.2012)). אולם, אין זה ברור כי אי-איתור הקבר, כשהוא לעצמו, מהווה מעשה עוולה מתמשך או מעשה עוולה בכלל:

"[...] לדעתנו יראה הדין, עקרונית, מעשה או מחדל כ'נמשכים', וכמולידים עילות תובענה מעת לעת, באותם מקרים בהם נתון הדבר בכוחו של העושה (או החדל) להפסיק מעשהו או מחדלו ובדרך זו שלא עוד לעשות עוולה או לגרום נזק ובלבד שאותה 'המשכיות' אינה נסמכת לאחר אל מעשה חד-פעמי..." (תורת הנזיקין הכללית, בעמ' 724; ההדגשות שלי – ג.ק.).

כללית, ניתן לחשוב על שני תרחישים. בתרחיש הראשון, ההמשכיות שבאי-איתור הקבר נסמכת לאחר אל מחדל חד-פעמי – היעדר תיעוד מקום הקבורה מלכתחילה או הפרת החובה לשמור את מיקום הקבר. במצב זה, לא מדובר ב"אשם נמשך", אלא באשם חד-פעמי שהסתיים, אך הנזק שגרם מתמשך (הקטגוריה הראשונה). במקרה כזה, מתחיל מירון ההתיישנות כאשר גילה התובע לראשונה על היעדר התיעוד או על היעלמות מיקום הקבר. במועד זה עומד לרשות התובע כוח התביעה הדרוש לו ואין רציונל ליתן בידו כוח תביעה מעבר לתקופה של שבע שנים מיום זה.

בתרחיש השני, הטענה היא לרשלנות בחיפוש הקבר, למשל בשל מחדל מתמשך שלא לנקוט במעשה כלשהו לשם איתור הקבר. במצב זה, ניתן לומר כי כל יום שהנתבע מפר את חובת החיפוש, ככל שעומדת לו כזו, צומחת עילת תביעה חדשה ו"ההתיישנות תחול על אותו מקטע של עילות מתחדשות אשר ממועד היווצרותן ועד להגשת התביעה חלפה תקופת ההתיישנות" (ע"א 9413/03 אלנקווה נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבניה, ירושלים, פ"ד סב(4) 525, 559 (2008)). ואולם, מקום שהתובע אינו טוען כי בידי הנתבע עמדה בשבע השנים האחרונות האפשרות להמשיך ולפעול באמצעים סבירים כדי לאתר את מושא החיפוש והוא נמנע מלעשות כן – המשמעות היא כי המעשה העוולתי, לשיטת התובע עצמו, חדל מלהצמיח עילות מתחדשות. כפי שציין חברי, השופט מזוז, טענה שכזו לא נטענה על ידי המשיבים, אלא שהם נסמכו על אי-איתור הקבר כתוצאה מהיעדר תיעוד נסיבות הפטירה ומקום הקבורה. ממילא, כפי שהוסבר, במהלך השנים הקימה המדינה שלוש ועדות ציבוריות כדי לגלות כל שניתן בסוגיה, לרבות איתור הקברים.

7. סיכומו של עניין, המסקנה כי המדינה חבה באחריות נמשכת רק משום שלא איתרה את הקבר היא מוקשית, משום שכפי שהוסבר לעיל, הדבר למעשה מחייב את המדינה לא רק לחפש את הקבר, אלא גם למצוא אותו, שאחרת תמשיך לעוול לנצח.

מסקנה זו שגויה לשיטתי, משום שככלל, אי-איתור הקבר יכול שיהיה תוצאה של מעשה עולתי, אך לא המעשה העולתי עצמו.

8. לסיים, גם אני מצטרף לדברי חבריי ביחס לפיצוי המשיבים מכוח החלטת הממשלה שנתקבלה. אכן, עניינם של המשיבים אינו יכול להיכנס בדלתות בית המשפט, אך אין בכך כדי להסיר את אפשרות הפיצוי מכוח תחושת המחויבות של המדינה כלפיהם.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינו של כב' השופט בדימ' מ' מזוז.

ניתן היום, כ' בתמוז התשפ"א (30.6.2021).

ש ו פ ט

ש ו פ ט (בדימ')

ש ו פ ט