|  |
| --- |
| **בית משפט השלום בחיפה** |
|  |
| ר.ב. נ' קצין התגמולים  | 28 ספט 201834434-05-14 |
|  |
| **ועדת ערר לפי חוק הנכים (תגמולים ושיקום) תשי"ט-1959 [נוסח משולב]** | 1. יו"ר הוועדה - השופט אורי גולדקורן2. חברת הוועדה- ד"ר נעמי אפטר3. חבר הוועדה - ד"ר מיכאל דויטש |
|  |
| **המערער** | ר. ב.ע"י עו"ד יפתח קיפרמן |
|  |
|  | **- נגד -** |  |
|  |
| **המשיב** | קצין התגמוליםע"י עו"ד תום עופר |

**פסק דין**

|  |
| --- |
|   |

 ערעור על החלטת המשיב אשר דחה את בקשת המערער להכרה בנכותו האורתופדית וקבע כי לא הוכח קשר סיבתי בין אירוע מיום 7.9.2008 ותנאי שירותו הצבאי לבין תחלואה ניוונית בכתף ימין, וכי אין קשר בין תלונותיו על כאבי גב תחתון לבין שירותו.

רקע

1. המערער, יליד שנת 1972, התגייס לצבא בשנת 1991 עם פרופיל רפואי 82 (עקב הפרשי גבהים של הרגליים). לאחר שלוש שנות שירות סדיר כלוחם וקצין הוא המשיך בשירות קבע עד לשחרורו בחודש מרץ 2016 בדרגת סגן אלוף עם פרופיל רפואי 72, עקב פגיעה בכתף. בשנות שירותו הוא היה קצין בגדוד הדרוזי, קצין מבצעים חטיבתי, מפקד פלוגת מסתערבים, מפקד מדור אימונים בבסיס אימונים, סגן מפקד רכס הבופור, מפקד גזרה בחטיבת החרמון, קצין מבצעים אוגדתי, סגן מפקד חטיבה מרחבית ומפקד בסיס של חטיבות חי"ר ושיריון במילואים. בשנים 2002-2000 יצא המערער ללימודים.

1. ביום 11.10.2011 הגיש המערער למשיב בקשה להכרת זכות [מחלה] לפי חוק הנכים (תגמולים ושיקום) תשי"ט-1959 [נוסח משולב] (להלן: חוק הנכים או החוק). בסעיף "תיאור המחלה" בטופס הבקשה כתב המערער:

"לפני כ-4 שנים במהלך פעילות גופנית יחידתית ביצעתי תנועת משיכה של כתף ימין והחלו כאבים עם החמרה והגבת תנועה בכתף ימין ... לאחרונה החמרה בשכם ובתנועות יד ימין כתף ימין".

 בסעיף "תאר כיצד גרמו תנאי שירותך למצבך" כתב המערער:

"הנזק נגרם במהלך שירותי הצבאי ואופי התפקיד המבצעי ... כמו כן פעילות מבצעית מאומצת ימים רבים ומשקל על הגב וכתף ימין".

 לבקשת המשיב, הגיש המערער תצהיר מיום 4.9.2012 (להלן: התצהיר הראשון), ובו תיאר את הנסיבות שהובילו לפגימות בכתף ובגב התחתון.

1. המשיב הפנה את המערער אל פרופ' גרשון וולפין, מומחה לכירורגיה אורתופדית, אשר בדק אותו ביום 3.3.2013 וקבע בחוות דעתו מיום 24.3.2013 כי קיימות הגבלות בהרמת כתף ימין ובכיפוף הגב לפנים ולצדדים עם הרגשת נימול ברגל שמאל, וכי יש קשר סיבתי של גרימה בין התלונות על כאבים והגבלות בתנועת הכתף והגב התחתון לבין השירות הצבאי (להלן: חוות דעת וולפין). פרופ' יעקב ביקלס מאגף שיקום נכים, שאף הוא מומחה לאורתופדיה, פנה אל פרופ' וולפין בבקשה לנמק את מסקנתו ולהפנות לביבליוגרפיה. במכתב תשובה מיום 24.7.2013 הפנה פרופ' וולפין לשלושה מאמרים רפואיים - Ramond Roquin et al: Biomechanical constrains remain major risk factors for low back pain. Spine 2013; Jul 12 (Epub ahead of print); Diomidus M et al: Development of an educational program for the training of health care professional concerning low back pain. Stud Health Technol Inform 2013: 190; 77-79; Errico A et al: Low back pain and associated presenteeism among hospital nursing staff. J Occup Health 2013 June 24 (Epub ahead of print). - והוסיף:

"אצל מר ב' ר' קיימים כאבי גב תחתון שהתפתחו במשך שנים של פעילות פיזית מאומצת כלוחם חי"ר ואשר הצריך מסעות ממושכים כולל נשיאת אפוד קרב כבד ונשק, דבר שבהחלט עלול לגרום להתפתחות כאבי גב. ואכן, במהלך השנים סבל מכאבי גב וגם ב-CT הודגם בלט דיסק L3-S1 עם לחץ על שורשי עצבים L4-S1 משמאל".

 המשיב הודיע לבא-כוח המערער ביום 19.12.2013 כי אינו מאמץ את מסקנתו של פרופ' וולפין בחוות דעתו, והפנה את המערער לבדיקה אצל ד"ר הראל ארזי, שהינו מומחה ומנתח עמוד שדרה. ד"ר ארזי בדק את המערער ביום 13.1.2014 ובחוות דעתו מיום 26.3.2014 הוא ציין כי בכתף ימין המערער סובל ממצב ניווני שאינו קשור לשירות, וכי הוא אמנם אינו חולק על ממצאי בדיקות ההדמיה אולם לא נמצא גורם לכאבים או ממצא פתולוגי אחר בעמוד השדרה או מפרק הירך. לפיכך, המליץ המומחה לא להכיר בקשר סיבתי בין השירות לבין כאבי גב תחתון וכתף ימין (להלן: חוות דעת ארזי 1).

1. לאחר שפרופ' ביקלס המליץ למשיב לקבל את מסקנתו של ד"ר ארזי, החליט המשיב ביום 9.4.2014 לדחות את הבקשה להכרה בנכות אורתופדית, וקבע שלא הוכח קשר סיבתי בין האירוע ביום 7.9.2018 ותנאי שירותו של המערער לבין התחלואה הניוונית בכתף ימין, וכי אין קשר בין תלונותיו על כאבים בגב תחתון לבן תנאי שירותו הצבאי. על החלטה זו הוגש ביום 20.5.2014 הערעור שבפנינו.

1. לכתב הערעור המתוקן צרף המערער את חוות דעתו מיום 14.1.2015 של ד"ר אבי שזר, אורתופד מנתח מומחה, אשר בדק אותו ביום 11.11.2014 ומצא הגבלה בתנועות גב תחתון ורגישות והגבלת תנועה בכתף ימין. המומחה ציין כי האתיולוגיה לכאבי גב נובעת מפעילות גופנית אינטנסיבית בעשרים שנות שירותו של המערער כלוחם, וכי הארטריטיס בכתף נגרמה מתהליך טראומטי. לאור זאת קבע ד"ר שזר שהפגימות בגב התחתון ובכתף נגרמו כתוצאה מתנאי השירות הצבאי (להלן: חוות דעת שזר).

1. המשיב הגיש כתב תשובה אליו צורפה חוות דעת משלימה מיום 15.4.2015 של ד"ר ארזי, בה הוא ציין כי בהעדר אבחנה למקור הכאבים בגב התחתון, מאחר ולא נשללה האפשרות שמקורם בתהליכים דלקתיים ובהיעדר תיעוד על תלונות לגבי כתף ימין בסמיכות למשחק כדורסל ביום 7.9.2008, אין מקום לשינוי מסקנותיו (להלן: חוות דעת ארזי 2).

1. בא-כוח המשיב הודיע כי הוא מוותר על חקירתו של פרופ' וולפין. לאחר שנחקרו המערער, ד"ר שזר וד"ר ארזי, החלטנו על מינויו של פרופ' דורון נורמן, מומחה לכירורגיה אורתופדית, כמומחה מטעם הוועדה, על מנת שיחווה דעתו בשאלת הקשר הסיבתי בין הפגימה בכתף ימין לבין אירוע מיום 7.9.2008 ותנאי השירות. פרופ' נורמן בדק את המערער ביום 11.9.2017 ובחוות דעתו מיום 24.1.2018 קבע שיש קשר סיבתי בין אירוע משיכת כתף ימין בעת משחק כדורסל ביום 7.9.2008 לבין הפגימה בכתף (להלן: חוות דעת נורמן).

1. ביום 6.5.2018 הגישו באי-כוח הצדדים הודעה על הסדר פשרה, שתוכנו כדלקמן:

\* המשיב יכיר בקשר סיבתי של גרימה בין אירוע משיכת הכתף הימנית בעת משחק כדורסל בשירות הצבאי מתאריך 7.9.2008 לבין הקרע ב-SLAP שנמצא בכתף זו בבדיקת MRI מיום 17.1.2018.

\* המערער יעמוד בפני ועדה רפואית שתקבע את נכותו בגין הפגימה האמורה בכתף.

\* המשיב יחזיר למערער את התשלום ששילם עבור חוות דעת נורמן בסך 2,925 ₪ בכפוף להמצאת קבלה מקורית.

\* במסגרת פסק הדין הסופי לגבי הפגימה בגב תחתון, תכריע ועדת הערר לגבי החזר שכר טרחה ששילם המערער בגין חוות הדעת שהוגשו על-ידו בתיק ובעניין תשלום שכר טרחת עורך דין.

 להודעה מוסכמת זו ניתן ביום 7.5.2018 תוקף של פסק דין חלקי, ולאחר מכן הגישו באי כוח הצדדים סיכומיהם בנוגע לקשר הסיבתי בין הפגימה בגב התחתון לבין תנאי השירות הצבאי.

תנאי השירות

1. בתצהיר הראשון תיאר המערער את מגוון התפקידים שמילא במהלך שירותו (כמפורט בפסקה 1 לעיל) ואת נסיבות הפגיעה בגב התחתון:

"5. במהלך כל השירות הצבאי שלי נדרשתי למאמצים פיזיים קשים ביותר בהיותי לוחם וקצין בשטח. השתתפתי בעשרות מסעות ארוכים עם ציוד כבד על הגב, השתתפתי בתרגילי חי"ר רבים עם ציוד כבד על הגב, עסקתי בפעילות מבצעית רבה בגזרות השונות בה נדרשתי למרדפים רגליים ארוכים, מאמצים פיזיים קשים ביותר תוך סחיבת ציוד כבד על הגב לפרקי זמן ממושכים.

1. כמו כן במהלך כל השירות באימונים ובפעילות המבצעית נדרשתי לנסיעות ארוכות וממושכות ברכבי שטח צה"ליים כגון ג'יפים, ריוסים, נ.נ., האמרים וכו' וזאת בדרכים לא סלולות ובמהירויות גבוהות.

1. כתוצאה מהפעילות המאומצת הנ"ל ומאופי השירות התחלתי לסבול מכאבים ומגבלות בגב התחתון עם הקרנה לרגל שמאל וכן לסבול כאבים משמעותיים ומגבילים בעכוז שמאל.

1. לאחר שכל הטיפולים לא הביאו לשיפור במצבי נשלחתי לביצוע של CT בו נמצא בלט דיסק בחוליות הגב התחתון עם לחץ על שורשי עצבים L4-S1".

 בסעיף 11 בתצהיר השני הוסיף המערער:

"אבקש לציין כדוגמא כי בתקופה בה שרתתי בלבנון במשך כשנה הייתי מטפס ברגל מנחל הליטאני עד מוצב הבופור עם ציוד כבד על הגב, שכן תנועת רכבים למוצב הייתה אסורה".

 בחקירתו הנגדית דחה המערער את הטענה כי ככל שהתקדם בשירות קבע נשאו התפקידים שמילא אופי של תפקידי מטה ולא תפקידי שטח. הוא הדגיש כי אין הדבר כך, "למעט התפקיד האחרון ... שם הייתי אחראי על שתי חטיבות מילואים. זה היה מנובמבר 2011 ואילך" (עמ' 5). עוד אמר:

"כשהייתי סמח"ט עברתי מספר אירועים מבצעיים ... שלא לדבר על אופי החטיבה שזו חטיבה מבצעית, שלכל אירוע הראשון ששם את האפוד עליו ורץ זה היה הסמח"ט והמח"ט" (שם).

"כשהיה אימון בגדוד שלי הייתי איתם מתחילת שבוע עד שבועיים אחרי הסיום עושה איתם את מה שהם עושים, בדיוק אותו מאמץ" (שם).

1. אנו נותנים אמון מלא בעדותו של המערער, שנתמכה במזכרים שהגישו למשיב שלושה קצינים בכירים ששירתו עמו, וקובעים כי הוא הוכיח את תנאי שירותו הצבאי.

חוות דעת של המומחים הרפואיים

\* חוות דעת פרופ' וולפין

1. כאמור לעיל, חוות דעת וולפין הוכנה לבקשת המשיב, ולאחר שהוצגה בפנינו כראיה מטעם המערער הודיע בא-כוח המשיב שהוא מוותר על חקירה נגדית של מומחה זה. בחוות הדעת קבע פרופ' וולפין כי יש להכיר בקשר סיבתי של גרימה מאחר ותלונות המערער על כאבים בגב תחתון התפתחו במהלך שירותו הצבאי, שכלל מסעות ממושכים ונשיאת ציוד כבד וכלל אף נפילה לתוך בור. עוד ציין כי בבדיקת CT הודגם בלט דיסק בגבהים L3-S1 עם לחץ על שורשי העצבים בגבהים L4-S1 מצד שמאל.

\* חוות דעת שזר

1. המומחה מטעם המערער תיאר בחוות הדעת את ההיסטוריה הרפואית של כאבי הגב של המערער. החל ממרץ 2008 נרשמו תלונות המתייחסות לכאבי גב תחתון עם הקרנה לרגל שמאל ונימול ברגל. המערער טופל בנוגדי דלקת ופיזיותרפיה, ללא שיפור. בהמשך בוצע CT בעמוד שדרה מותני שהדגים בלט דיסקים בחלק התחתון, ללא ממצא משמעותי. אף בבדיקת MRI בגב תחתון לא הודגם ממצא משמעותי. הכאב התמקם באזור מפרק סקרואיליאק ופריורמיס. עקב חוסר תגובה לטיפולים הופנה המערער למרפאת כאב וטופל בסדרת הזרקות וטיפולים משלימים ללא הטבה במצבו.

 ד"ר שזר גרס כי בין אם האבחנה היא של בעיה דיסקופתית הנובעת מעמוד שדרה מותני ובין אם מדובר במפרק SI, או ממקור אנטזופטיה מקומית בשרירי האגן, הרי שהאתיולוגיה לכאבים נובעת מפעילות גופנית אינטנסיבית בעשרים שנות שירותו של המערער כלוחם. עוד ציין כי בשום שלב לא הועלתה האפשרות של מחלת פרקים, ואף מיקומם של הכאבים באזור ספציפי אינו תומך באפשרות זו.

1. בחקירתו הנגדית גרס ד"ר שזר כי ממצאי CT עשויים להסביר את הכאבים בגב התחתון: "העובדה שיש בלטים בעמוד שדרה בצירוף אירוע או אירועים או עומס יכולים להסביר למה הוא סובל מכאבים בגב תחתון", ו"אין ספק שאנשים שעובדים בעבודות מאומצות, בעיקר שקשורות בהרמת משקל, סובלים יותר מבעיות גב בגלל ההרמה והנשיאה" (עמ' 10). עוד אמר: "לשאלה מה האסכולה הרווחת כיום - מניסיוני, זה יותר שכיח שסובלים מבעיות גב אנשים שעובדים בעבודות פיזיות. פרופ' וולפין בחוות דעתו הביא מאמרים שתומכים בזה" (שם).

חוות דעת ארזי

1. בחוות דעת ארזי 1 צוין שהמערער סבל לסירוגין מכאבי גב בחומרה לא קשה במהלך שירותו הצבאי, וכי מזה מספר שנים הוא סובל מהחמרה בכאבים בגב התחתון, בעכוז ובירך שמאל ומהגבלה בתנועה. הודגש כי הוא נבדק על ידי מומחים שונים אשר הסכימו שאין בבדיקת CT של עמוד שדרה מותני מיום 3.11.2009 ממצא המסביר את כאביו של המערער. כמו-כן, MRI של עמוד שדרה מותני פוענח כתקין, ואף מיפוי עצמות נמצא תקין. צוין כי הומלץ על פענוח MRI של האגן בשאלה של פתולוגיה ב-SIJ (מפרק העצה והכסל המחבר את עמוד השדרה התחתון לאגן - א"ג). עוד נכתב כי הומלץ על בירור מקור אגן לכאבים וטיפולים המכוונים למוקדי כאב אפשריים שונים סביב האגן, כמו גם בירור לדלקת פרקים, וכי עד היום אין אבחנה חד-משמעית לגבי מקור הכאבים. לנוכח כל אלה, גרס ד"ר ארזי שבהיעדר אבחנה לא ניתן לקבוע סיבתיות. בחוות דעת ארזי 2 חזר המומחה על קביעתו כי בהיעדר אבחנה לתחלואה אין די בקביעה שהמערער סובל מתסמונת כאב משמעותית ונזקק לטיפולים רבים כדי לקבוע קשר סיבתי לשירות הצבאי.

1. ד"ר ארזי אישר בחקירה הנגדית כי לפני גיוסו לא סבל המערער מכאבים בגב תחתון. הוא גרס כי "בספרות הרפואית כיום אין שום מאמר שמצביע על הקשר בין מאמצים תעסוקתיים לבין תחלואה ספציפית כזו או אחרת של עמוד השדרה המותני או נכות הנובעת מכאבי גב תחתון לצמיתות" (עמ' 12), אך הודה כי לא צרף הפניות לספרות רפואית ואף לא עיין בספרות הרפואית אליה הפנה פרופ' וולפין במכתבו מיום 24.7.2013 (שהוזכר בחוות דעת שזר).

ההשלכות של שתי חוות דעת מנוגדות של המומחים מטעם קצין התגמולים

1. משהוגשה על-ידי המערער למשיב הבקשה להכרה בנכותו, פנה המשיב לפרופ' וולפין לצורך קבלת חוות דעת רפואית. משקבע פרופ' וולפין בחוות דעתו כי מתקיים קשר סיבתי של גרימה, בחר המשיב - שלא כמנהגו - לפנות לקבלת "second opinion" למומחה נוסף. משהגיע המומחה הנוסף, ד"ר ארזי, למסקנה שונה, ולפיה אין קשר סיבתי, בחר המשיב להכריע על סמך חוות דעת זו ודחה את בקשת המערער. במכתב המשיב לבא-כוח המערער מיום 19.12.2013 נכתב באופן לקוני: "איננו מאמצים את חוות דעתו של פרופ' וולפין כלל וכלל", ללא הנמקה לסיבות לכך ולצורך במומחה נוסף. בהחלטת המשיב מיום 9.4.2014 נכתב שהמסקנה בדבר היעדר קשר סיבתי התבססה על חוות הדעת של ד"ר ארזי, ללא כל הסבר מדוע הועדפה מסקנתו על-פני זו של פרופ' וולפין. בא-כוח המערער טען בסיכומיו שפרופ' ביקלס, שהסתייג מחוות דעת וולפין, לא הוגדר במשרד הביטחון כיושב-ראש של מומחים, ואילו בא-כוח המשיב טען בסיכומיו כי פרופ' ביקלס הינו היועץ האורתופדי של המשיב, וככזה הוא סבר ש"אין כל סימוכין לכך שתנאי שירותו של ב' גורמים לבעיות גב". יצוין כי פרופ' ביקלס לא בדק את המערער, לא התחקה אחרי תנאי שירותו ולא הגיש חוות דעת מטעמו. לפיכך, אין לעמדתו העקרונית (שלא נתמכה בחוות דעת ובהפניה לספרות רפואית) כל משקל בבואנו להכריע בתיק זה. לו היה המשיב נוהג כדבר שבשגרה להפנות את כל החיילים המגישים בקשה לפי חוק הנכים לשני מומחים - תהא מסקנתו של המומחה הרפואי הראשון אשר תהא - ניחא. אולם המקרה הנוכחי, בו פנה המשיב למומחה רפואי נוסף לאחר שהמומחה הרפואי הראשון מטעמו המליץ על קבלת בקשת המערער, הינו חריג. ככזה, היה מצופה מהמשיב לנמק את דרך התנהלותו, ואת בחירתו בחוות הדעת המחמירה. להתנהלותו של המשיב ישנן השלכות בארבעה מישורים: החלטה בניגוד לרוח החוק, אי-קיום חובת ההנמקה, פעולה בניגוד לחובת ההגינות והעברת נטל הראיה. נעמוד על כל אחד ממישורים אלו.

\* החלטה בניגוד לרוח החוק

1. בית המשפט העליון פסק כי הנטייה היא לפרש את חוק הנכים, ובכלל זה את התנאי של "עקב השירות", ברוחב לב ולא ביד קמוצה, מתוך רצון להיטיב עם הנכה ושלא להקפיד עמו, מאחר וייעוד החוק הינו להיטיב ולגמול טוב למי ששירתו את המדינה ונפגעו בעת שירותם ובקשר עם שירותם. ([דנ"א 5343/00 קצין התגמולים נ' אביאן, פ"ד נו](http://www.nevo.co.il/case/5879774)(5) 732, 743 (2002); [עע"ם 7335/10](http://www.nevo.co.il/case/6101439) קצין התגמולים-משרד הביטחון נ' לופו, פסקה יב (פורסם בנבו, 29.12.2013)). ביטוי ליישום פרשנות מקלה לחוק הנכים מצוי בפסיקה שקבעה כי במצב של "תיקו" בין אסכולות רפואיות מבוססות, תועדף האסכולה המיטיבה עם המערער (רע"א 2027/94 קליג' נ' קצין התגמולים, פ"ד נ(1) 529, 535 (1995); רע"א 8373/96 מאיר נ' קצין תגמולים, פ"ד נז(1) 931, 945 (2003)). החלטת המשיב להסתמך על חוות הדעת המרעה עם המערער מנוגדת, איפוא, לרציונל של חוק הנכים ולהלכה הפסוקה.

\* אי-קיום חובת ההנמקה

1. היעדר הנמקה להעדפת חוות דעת אחת של מומחה המשיב על פני חוות דעת אחרת של מומחה המשיב כמוהו מהווה אי-קיומה של חובה הרובצת על קצין התגמולים מכוח דיני המשפט המינהלי. עמדה על כך השופטת ברק ארז ברע"א 1633/13 פלונית נ' קצין התגמולים, פסקה 24 (פורסם בנבו, 25.6.2013) (ההדגשות הוספו - א"ג):

" .... ראוי שהמשיב ייתן דעתו לצורך לנמק את החלטותיו ביתר פירוט - בין מכוח [סעיף 2א](http://www.nevo.co.il/law/98603/2a) לחוק ההנמקות, בין מכוח הוראתו הספציפית של [סעיף 31(ג)](http://www.nevo.co.il/law/70355/31.c) לחוק הנכים, ובין מכוח חובת ההגינות הכללית המעצבת את ההליך המינהלי. לחובת ההנמקה משקל חשוב, בין היתר בשל כך שהיא מחייבת את הרשות לבסס את החלטותיה על תהליך סדור והוגן, מחד גיסא, ומאפשרת תשתית לביקורת על ההחלטה, מאידך גיסא (ראו עוד: ברק-ארז, בעמ' 426-423). שיקולים אלה מסיגים אחור את טענתו של המשיב בדבר התועלת ה"פרקטית" בהנמקה כללית. מבלי לקבוע מסמרות באשר למידת הפירוט הנדרשת מהנמקותיו של המשיב, עת מחליט הוא על דחיית בקשה, נראה כי, לכל הפחות, ראוי שיציין המשיב את הטעם הכללי לדחיית הבקשה: אי-הוכחת קיומם של תנאי שירות מסוימים או אירועים מסוימים; אי-הוכחת קיומה של "נכות" כמשמעותה בחוק הנכים; או אי-הוכחת קיומו של קשר סיבתי בין תנאי השירות או אירועים במסגרתו לבין הנכות, לאחר שאלו הוכחו".

 וברע"א 7056/14 פלוני נ' קצין התגמולים (פורסם בנבו, 30.11.2014) (להלן: עניין פלוני) נפסק (ההדגשה הוספה - א"ג):

 "13. אין ספק כי על הוועדות הרפואיות הפועלות מכוח חוק הנכים, כמו גם על קצין התגמולים עצמו, חלה חובת הנמקה, שאליה נדרש בית המשפט זה בפסיקתו לא אחת (ראו: [רע"א 10629/04](http://www.nevo.co.il/case/6172576) אזולאי נ' קצין התגמולים, [פורסם בנבו] פסקה 5 (27.9.2005); [רע"א 5761/07](http://www.nevo.co.il/case/6229479) פלוני נ' משהב"ט - קצין התגמולים, פסקה ד' (11.10.2007); [רע"א 1633/13](http://www.nevo.co.il/case/6712632) פלונית נ' קצין התגמולים, [פורסם בנבו] פסקה 24 לחוות דעתי (25.6.2013) (להלן: עניין פלונית)). חובה זו נובעת הן מן הדין הספציפי ([סעיף 31(ג)](http://www.nevo.co.il/law/70355/31.c) לחוק הנכים) והן מן ההסדר החקיקתי הכללי בנושא של חובת ההנמקה ([סעיף 2א](http://www.nevo.co.il/law/98603/2a) לחוק תיקון סדרי המינהל (החלטות והנמקות), התשי"ט-1959) ומחובת ההגינות הכללית של המינהל הציבורי (ראו גם: דפנה ברק-ארז משפט מינהלי כרך א 426-423 (2010) (להלן: ברק-ארז)).

1. ...... היקפה של חובת ההנמקה נגזר מנסיבותיו של כל מקרה, מאופיין של הטענות בו ומאופיים של המסמכים המוגשים במסגרתו. ככלל, יש לשאוף לחובת הנמקה רחבה, שלא רק תבהיר את ההחלטה אלא גם תתרום לשקיפותה ולתחושתו הטובה של הנוגע בדבר. אולם, לא ניתן גם לקבוע באופן גורף כי בכל מקרה נדרשת התייחסות לכל מסמך ולכל טענה, כפי שאף נקבע לגבי חובת ההנמקה השיפוטית (ראו למשל: [ע"א 9248/05](http://www.nevo.co.il/case/5837654) מתן י. מערכות תקשורת ואיתור בע"מ נ' מילטל תקשורת בע"מ, [פורסם בנבו] פסקה 20 (22.8.2006)). כמובן, חשוב לחזור ולהזכיר, כי הנמקה לעולם אינה יכולה להסתפק באמירות כלליות וסתמיות, וצריכה לחשוף את הטעמים שעמדו ביסוד ההחלטה (ברק-ארז, בעמוד 424)".

\* פעולה בניגוד לחובת ההגינות

1. בעניין פלוני קשר בית המשפט העליון בין חובת ההנמקה לחובת ההגינות. על חובה אחרונה זו עמד השופט רובינשטיין בע"א 470/08 כרמל התפלה נ' מדינת ישראל - משרד האוצר, פסקה ט' (פורסם בנבו, 4.3.2010) נכתב:

"חובת המדינה להגינות יתרה בהתנהגותה בכל דרכיה ברורה לדידי כשמש בצהרי היום, עד כי אינה טעונה אסמכתאות; "דבר שאינו מחוור ומבורר אל נכון, מבקשים לו אסמכתאות ממקומות רבים" (מתוך אוצר המשלים והפתגמים לי"ח טביוב). זהו מותר המדינה, במיוחד, והשירות הציבורי בכללו, באופן חד ומובהק".

 ובע"א 6518/98 אביב נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נה(4) 28, 46 (2001) נפסק:

'חובת ההגינות המינהלית - שיסודה במעמדה של הרשות כנאמנה כלפי הציבור - מחמירה יותר מחובת תום הלב הנדרשת מן הפרט. המידה המחמירה חלה בין אם פועלת הרשות בתחום המשפט האזרחי ובין אם פועלת היא בתחום המשפט הציבורי'".

\* העברת נטל הראיה

1. חובת ההוכחה ברמה של "מתקבל מאוד על הדעת" לקיומו של קשר סיבתי עובדתי בין הפגימה בגב התחתון לבין השירות הצבאי רובצת על המערער, לאור הכלל של "המוציא מחברו". חובה זו מורכבת משני רכיבים - נטל השכנוע וחובת הבאת הראיה. בעוד שנטל השכנוע נשאר קבוע עד סוף הדיון על כתפי המערער, עשויה חובת הראיה לעבור מבעל דין אחד למשנהו. כאשר המערער, שנטל השכנוע הרובץ לפתחו, עמד בחובת הבאת הראיה, על המשיב להביא ראיות מטעמו כדי לשמוט את הבסיס מתחת לראיות המערער.

 במקרה שבפנינו, אנו קובעים שהמערער עמד בחובת הבאת הראיה לקיומו של קשר סיבתי בין הפגימה בגב התחתון לבין תנאי שירותו. תנאי השירות הוכחו על-ידי עדותו של המערער, כמפורט לעיל, וקיומם של פגימה בגב התחתון וקשר סיבתי עובדתי בינה לבין תנאי השירות הוכחו על ידי חוות דעת וולפין, אשר בראשית הדרך מונה על-ידי המשיב כמומחה מטעמו. חוות דעת זו, ומכתב התשובה לפרופ' ביקלס ובו אסמכתאות מקצועיות, הונחו כראיות בפנינו. ויתורו של בא-כוח המשיב על חקירה נגדית של פרופ' וולפין על חוות דעתו הינו בעל משמעות, ומבטא הימנעות מכוונת של המשיב להתמודד עם מי ששימש מומחה מטעמו ולחשוף את הסיבות לסירובו לאמץ את המסקנה הרפואית של אותו מומחה. משעמד המערער בחובת הראיה, עוברת חובה זו אל כתפי משיב. נפנה כעת לבחון האם עלה בידי המשיב להביא ראיות בדרגה של "מתקבל מאוד על הדעת" להיעדר קשר סיבתי עובדתי בין הפגימה בגב התחתון לתנאי שירותו הצבאי של המערער.

האם המשיב הוכיח העדר קשר סיבתי עובדתי ?

1. החובה שעברה אל כתפי המשיב - הבאת ראיות להיעדר קשר סיבתי בין כאבי גב תחתון לתנאי השירות - אינה כבדה מנשוא, שהרי, כידוע, בהוכחת עובדה בעלת אופי שלילי, די בכמות ראיות זעירה של ראיות לצורך הוכחתה. ([ע"א 2673/04](http://www.nevo.co.il/case/5849959) קופי טו גו שיווק (1997) בע"מ נ' שקד (פורסם בנבו, 15.4.2007); א' הרנון דיני ראיות (ירושלים תשל"ד) 204-203). הראיה היחידה שעליה הסתמך המשיב הינה חוות דעתו של ד"ר ארזי, שעיקרה טענה אחת בלבד: לנוכח בדיקות הדימות שנמצאו תקינות ובהיעדר אבחנה חד-משמעית לסיבת הכאב המתמשך בגב תחתון, לא ניתן לקבוע שקיים קשר בינו לבין תנאי השירות.

1. כפי שעולה מהתיעוד הרפואי, הקביעה כי לא קיימת אבחנה אינה מדויקת. תלונות על כאבי גב תחתון נרשמו החל משנת 2003. ביום 23.2.2003 הופנה המערער על-ידי רופא היחידה לאורתופד בעקבות מכה יבשה בגב תחתון עקב גלישה של רכב בחרמון. ביום 19.3.2008 נרשמו בביקור במרפאת החטיבה תלונות על כאבי גב תחתון המקרינים אל אזור הירך. בעקבות תלונות על כאבי גב בוצעה ביום 3.11.2009 בדיקת CT, בה הודגמו בלט אנולוס דיפוזי שטוח בגובה L2-L3, בלט דיסק מרכזי שטוח עם לחץ קל על קדמת השיק התקאלי בגובה L4-L5 והיצרות של המרווח הבין חולייתי ובלט דיסק מרכזי עם לחץ קל על קדמת השק התקאלי בגובה L5-S1. בתיעוד הרפואי צוין שאין בתוצאות הבדיקה ממצא אשר יכול להסביר את הכאב. ביום 17.11.2009 נרשמו במרפאת החטיבה תלונות על כאבי גב מזה תקופה ממושכת עם הקרנה לרגל שמאל. ביום 23.12.2009 נרשמה תלונה על כאבים באזור העכוז והגב התחתון. ביום 19.1.2010 נרשמה תלונה על החמרה של כאבי גב עם קרינה לגפיים תחתונות, הרגשת זרמים וחוסר תחושה בירכיים. בביקור במרפאה ביום 9.3.2010 רשם ד"ר שאטאן: "עפ"י התרשמותי מקור הכאבים במחבר ה-SIJ (מפרק העצה והכסל - א"ג)". ביום 31.3.2010 נרשמה תלונה על כאבי גב תחתון ואגן. בביקור אצל ד"ר מלכה במרפאת החטיבה ביום 20.6.2010 נכתב:

"נמצא במעקב כרוני עקב כאבים באגן מזה כשנה וחצי, בעיקר בישיבה תוך כדי נהיגה. אין מעורבות של הגפיים התחתונות. בבדיקה רגישות ניכרת בחלקו התחתון של מפרק SIJ משמאל. כאבים פאראוורטברליים מותניים. CT מותני ועמ"ש ללא ממצאים. מיפוי תקין. MRI עמ"ש מותני ללא ממצא חריג. MRI אגן ממצא אקראי של ציסטה סינוביאלית במפרק הירך משמאל. מיפוי עצמות תקין. ניסיונות חוזרים ונשנים של טיפולים בזריקות, תרופות רבות ופיזיותרפיות ללא הטבה משמעותית. אפילו קיבל טיפול במרפאת כאב בעפולה ללא תוצאה מיטיבה. נבדק ע"י נוירולוג בכיר - מנהלת מחלקה נוירולוגית בנהריה פרופ' גרוס שהמליצה על טיפול אלטרנטיבי - פיזיותרפיות עמוקות וניסיון לדיקור סיני. ממשיך עם כאבים ומציין הגבלה בפעילות יומיומית".

 במכתב הפניה לרופא המטפל שנכתב ביום 8.3.2011 במרכז הרפואי "העמק" נכתב (ההדגשה הוספה - א"ג):

"ברוויזיה ביחד עם ד"ר טנצמן מנהל יחידת גב אין ממצא אשר יכול להסביר את הכאבים. אנו סבורים כי מקור הכאבים ממפרק בירך".

 ביום 8.8.2011 כתב ד"ר טשליקוב, מומחה בנוירולוגיה מהיחידה לשיכוך כאב במרכז הרפואי ע"ש שיבא בתל השומר (ההדגשה הוספה - א"ג):

"... לפי ההמלצה המטופל עבר 4 הזרקות נקודתיות של סטרואידים לנקודות טריגר באזור (מרפאת כאב נהריה). ההזרקות עזרו למשך 24-48 שעות עם גל של החמרת הכאב אחרי זה גם למשך 24-48 שעות ובהמשך הכאב חזר לקדמותו. היו נסיונות לטיפול תרופתי על ידי טרמדול .... ללא שום הטבה בכאב. בשלב זה לדעתי עדיין מדובר בתסמונת כאב מיופסציאלי. זקוק להערכה וטיפול של מומחה ברפואה מוסקולו-סקלטלית (ד"ר וולפסון) במסגרת מרפאת כאב רמב"ם".

 התיעוד הרפואי מצביע על התלבטויות בין הרופאים המטפלים באשר לזיהוי המקור לכאבי הגב התחתון הקשים והממושכים אצל המערער. ההשערות שמקור הכאבים הינו במפרק בירך, במחבר או בתסמונת כאב מיופסציאלי הועלו על-ידי רופאים שונים, אולם לא זכו להתייחסות בחוות דעת ארזי 1. בחוות דעת ארזי 2 ציין המומחה כי בעמוד שדרה מותני ובמפרק SIJ רבים מאוד תהליכי מחלה דלקתיים וניווניים הגורמים לכאבים, ולכן יש לשלול את מסקנתו של ד"ר שזר, המומחה מטעם המערער, לפיה הכאבים באזורים אלה נבעו מפעילות גופנית אינטנסיבית במהלך שירותו של המערער. ד"ר ארזי לא ייחס חשיבות לבלטים שהודגמו בבדיקת CT והכיר למעשה באפשרות שמקורם של הכאבים בגב התחתון אינו ניתן לאבחון באמצעי דימות (כמו תסמונת כאב מיופסציאלי, שאובחנה על-ידי ד"ר טשליקוב), אולם העובדה שאחת הסיבות המוכרות להתהוותם הינה שינויים ניווניים מובילה, לדעתו, לשלילת הפעילות הגופנית כסיבה "מתקבלת על הדעת" להופעת הכאבים. לנכונות מסקנה זו - של שלילת A כגורם להופעת הכאבים, כאשר ידוע ש-B מוכר כגורם שכיח להופעתם - לא הובאו על-ידי ד"ר ארזי כל תימוכין בספרות רפואית.

 אל מול מסקנתו של ד"ר ארזי, ניצבת מסקנתם של פרופ' וולפין וד"ר שזר, לפיה תנאי השירות (שהוכחו על-ידי המערער) הם שגרמו לכאבים בגב התחתון. לבקשת פרופ' ביקלס, תמך פרופ' וולפין את מסקנתו בספרות רפואית (פסקה 3 לעיל). ד"ר שזר הצטרף למסקנתו של פרופ' וולפין, וקבע שהאתיולוגיה לכאבים נובעת מהפעילות בשנות השירות.

 אנו סבורים שלא ניתן לראות את הנמקה של ד"ר ארזי, בדבר שכיחותם של תהליכים דלקתיים וניווניים כסיבה לכאבי גב תחתון והיעדר מימצא חד-משמעי למקור כאביו של המערער, כהסבר "מתקבל מאוד על הדעת" לשלילת קשר סיבתי בין תנאי השירות לבין אותם כאבים. לדעתנו, תנאי השירות שהוכחו על-ידי המערער, ביחד עם העדר "עבר אורתופדי", הבעיות הדיסקליות שהודגמו בבדיקת CT ומועדי התלונות, מצביעים על היות מסקנתם של פרופ' וולפין וד"ר שזר "מתקבלת מאוד על הדעת". לפיכך, אנו מעדיפים את חוות הדעת שלהם על פני זו של ד"ר ארזי.

התוצאה

1. לאחר שהמערער הוכיח באמצעות חוות דעת וולפין קיומו של קשר סיבתי עובדתי, לא הביא המשיב ראיות מספיקות להיעדרו של קשר סיבתי עובדתי בין כאבי גב תחתון של המערער לבין תנאי שירותו. לאור העדפתנו את חוות הדעת של פרופ' וולפין וד"ר ארזי, אנו קובעים כי המערער הוכיח קיומו של קשר סיבתי עובדתי בין הכאבים לתנאי השירות ברמה של "מתקבל מאוד על הדעת". לאור אופי תנאי השירות, מתקיים אף הקשר הסיבתי המשפטי.

1. אשר על כן, הננו מקבלים את הערעור, מבטלים את החלטת המשיב מיום 9.4.2014 וקובעים כי מתקיים קשר סיבתי בין הפגימה בגב התחתון של המערער לבין תנאי שירותו הצבאי.

 כמו כן הננו מחייבים את המשיב לשלם למערער שכר טרחת עורך-דין בסך 15,000 ₪ בצירוף הפרשי הצמדה למדד וריבית כחוק החל מהיום וכן הוצאות בגובה השכר ששילם המערער למומחה מטעמו (לרבות בגין עדותו בפנינו) בצירוף הפרשי הצמדה למדד וריבית כחוק ממועד הוצאתם.

ניתן היום, י"ט תשרי תשע"ט, 28 ספטמבר 2018, בהעדר הצדדים.

|  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- |
|   |   |   |   | . |
| אורי גולדקורן, שופטיו"ר הוועדה |   | ד"ר נעמי אפטרחברת הוועדה |   | ד"ר מיכאל דויטשחבר הוועדה |