



בית המשפט המחוזי בירושלים לפני כבוד השופט רם וינוגרד

2 במרץ 2022

ת"א 14078-04-20 פלוני נ' אגודת אלמקאסד האסלאמית לצדקה בירושלים

התובע	פלוני
	ע"י ב"כ עו"ד עופר סולר
	נגד
הנתבעים	1. אגודת אלמקאסד האסלאמית לצדקה בירושלים 2. ד"ר סאמי חוסיין ע"י ב"כ עו"ד מ' עותמאן

פסק דין

1. עניינה של התביעה בטענת התובע כי הנתבעים התרשלו בניתוח שבוצע בו ביום 29.8.2013, וגרמו לפגיעה בחוט השדרה שלו. זו הותירה אותו משותק בגפיו התחתונות, פגעה בתנועתיות כפות ידיו והביאה לאובדן השליטה בסוגריו.

העובדות והטענות בקליפת אגוז

2. אצל התובע התגלה גידול בחוט השדרה הצווארי. הגידול שהתגלה הוא גידול אינטראמידולרי מסוג אפינדימומה, דהיינו: גידול הצומח ברקמת חוט השדרה, שמקורו בתאי האפינדימה המצפים את הדופן הפנימית של החללים במערכת העצבים המרכזית. אין חולק כי הסרת הגידול באמצעות ניתוח היתה מחוייבת המציאות. המומחים תמימי דעים כי אם הגידול לא היה מוסר, היה הדבר גורם להופעת שיתוק מלא אצל התובע בבוא העת.

הגידול התגלה לאחר שהתובע פנה ביום 27.6.2013 לבית החולים מקאסד (המנוהל על ידי הנתבעת 1, להלן: בית החולים). בפנייה זו התלונן התובע על חולשה בידיים שלוותה באטרופיה [דלדול] בשרירים, ועל קשיים בהליכה. מתיעוד הביקור עולה שנערכו לתובע בדיקות ובהן גם בדיקת MRI, שככל הנראה ניתן היה לראות בה את הגידול. הבדיקה ותוצאותיה לא נמצאו בתיק הרפואי בבית החולים ולא הוצגו לפני המומחים. בעקבות הבדיקות נקבע שיש לנתח את התובע ולהסיר את הגידול.



בית המשפט המחוזי בירושלים לפני כבוד השופט רם וינוגרד

2 במרץ 2022

ת"א 14078-04-20 פלוני נ' אגודת אלמקאסד האסלאמית לצדקה בירושלים

התובע נותח בבית החולים ביום 29.8.13 על ידי הנתבע 2 (להלן: הנתבע), שעל פי הדו"ח המסכם המודפס של הניתוח מיום 22.10.13 שימש באותה עת כמנהל מחלקת נוירוכירורגיה בבית החולים (Chief of neurosurgery department). דו"ח הניתוח שנערך ביום הניתוח הוא לקוני ביותר ואינו מתאר את גודל הגידול, הטכניקה באמצעותה בוצע הניתוח, אמצעי הניטור שליוו אותו או האמצעים שנעשה בהם שימוש להסרת הגידול. אין חולק שדו"ח הניתוח נעשה על ידי הנתבע (על פי עדותו הוא הכתיב את הדו"ח ואדם אחר כתב את דבריו).

כיום אין עוד מחלוקת כי במועד הניתוח לא היה לנתבע רישיון לעסוק ברפואה בישראל. לנתבע ניתן רישיון זמני לעסוק ברפואה בישראל בין התאריכים 27.2.2013 ל-27.6.2013 (מוצג 7 לתיק המוצגים מטעם התובע). רישיון זה לא הוארך ולא הומר ברישיון קבוע. הנתבע טען בתחשיב הנזק מטעמו כי הוא עבד במשך שנים רבות כמומחה לנוירוכירורגיה בגרמניה (לתחשיב צורפו מכתבים המאששים, לשיטתו, טענה זו). אלא שבתצהירו הוא בחר שלא להתייחס כלל לסוגיית עברו המקצועי קודם לניתוח, ולא הציג ראיייה כלשהי התומכת בטענה למומחיותו.

עוד יש לציין כי על פי הרישומים בתיק בית החולים נמצאה תנועתיות מסויימת בגפיו התחתונות של התובע בחודשים שלאחר הניתוח. למרבה הצער זו הלכה ונעלמה עם הזמן, עד שהתובע נותר משותק למעשה בגפיו התחתונות, איבד את השליטה בסוגריו, ומתקשה עד מאוד לעשות שימוש בכפות ידיו.

3. לטענת התובע לא ניתן ללמוד כלל מדו"ח הניתוח הלקוני כיצד בוצע הניתוח. יש בכך כדי להעביר את נטל הראייה והשכנוע אל שכם הנתבעים בכל הנוגע לחסר הראייתי הממשי בדו"ח. עוד טוען התובע כי הניתוח בוצע ללא שימוש באמצעי ניטור, בניגוד למקובל בעולם הרפואה, וכי מדובר בדרך פעולה רשלנית שתרמה או אף גרמה לפגיעה. נטען גם שלתובע לא נמסר הסבר מפורט וראוי בנוגע לסיכונים הכרוכים בניתוח, ועל אחת כמה וכמה שלא נאמר לו שהרופא המנתח אינו בעל רישיון לעסוק ברפואה בישראל. מכאן הטענה כי לא ניתנה הסכמה מדעת של התובע לביצוע הניתוח.

4. הנתבעים טוענים שהניתוח בוצע בצורה מקצועית וזהירה. לשיטתם ניתן ללמוד מדו"ח הניתוח שהניתוח בוצע ללא כל אירוע יוצא דופן והגידול הוסר בשלמותו. לטענתם, מצבו של התובע אינו פועל יוצא של רשלנות בניתוח, אלא תוצאה אפשרית



בית המשפט המחוזי בירושלים לפני כבוד השופט רם וינוגרד

2 במרץ 2022

ת"א 14078-04-20 פלוני נ' אגודת אלמקאסד האסלאמית לצדקה בירושלים

של ניתוח מעין זה. הם עמדו על כך שמהספרות הרפואית עולה כי הצלחת הניתוח אינה מביאה בהכרח לשיפור במצב המנותח: במרבית המקרים מביא ניתוח מוצלח לכך שמצבו של המנותח לא מתדרדר מעבר למצב בו נכנס לניתוח, בחלקם משתפר מצבו של המנותח, ובחלקם מצבו מתדרדר על אף הצלחת הניתוח. הם סבורים שאין קשר סיבתי בין ההתדרדרות במצב התובע לבין רשלנות כלשהי המיוחסת להם. עוד נטען כי התובע הוחתם על שלושה טפסים של הסכמה לניתוח (1/נ – 3/נ), וכל הסיכונים הוסברו לו.

הנתבעים טוענים כי הנתבע היה בעל וותק רב בתחום הנירוכירורגיה, אותו רכש בבתי חולים בגרמניה. הם סבורים שדי במומחיות רבת השנים שרכש בגרמניה, ואין כל משקל לעובדה לפיה בעת הניתוח הוא לא החזיק ברישיון לעסוק ברפואה בישראל.

5. דרך הילוכו של פסק-הדין תחל בבחינת שאלת האחריות. הדיון בסוגיה זו סובב, בעיקרו של דבר, את החסר הראייתי הבולט שגרמו לו הנתבעים, כמו גם את סטייתם מסטנדרט ההתנהגות הרפואי המקובל בביצוע ניתוחים מעין אלה. לאחר מכן תידון סוגיית הנזק והפיצויים.

אחריות הנתבעים לנזקי התובע

א. הבדיקה שנערכה ביום 27.6.2013

6. מהתיעוד הרפואי עולה כי קודם לניתוח נעשתה פניה אחת של התובע לבית החולים, ביום 27.6.2013 (המסמך הרפואי הנוגע לביקור זה צורף כחלק מתיק המוצגים מטעם הנתבעים). מהמסמך המתעד ביקור זה עולה שהבדיקות שנערכו לתובע באותו מועד נעשו על ידי די"ר אחמד חמידאת. די"ר חמידאת לא הובא לעדות מטעם הנתבעים, באופן שכשלעצמו פועל לרעתם.

מהרישום שנערך באותו מועד עולה שהתובע התלונן כי בששת החודשים האחרונים הוא חש חולשה בגפיים עליונות. נרשם כי הוא פיתח אטרופיה בשרירי הגפיים העליונות ("developed muscle atrophy") ושהוא חווה קשיים בהליכה (he also had "difficulty of walking"; העמוד הראשון של המסמך הרפואי). בעמודה הנוגעת לבדיקות ההדמיה נרשם כי נערכה בדיקת MRI המצביעה על גידול בחוט השדרה בגובה C7.



בית המשפט המחוזי בירושלים לפני כבוד השופט רם וינוגרד

2 במרץ 2022

ת"א 14078-04-20 פלוני נ' אגודת אלמקאסד האסלאמית לצדקה בירושלים

בדיקת ה-MRI שנערכה לתובע לא אותרה על ידי בית החולים, וכך גם פענוח הבדיקה. ממילא לא ניתן לדעת מה היו ממצאי הבדיקה, והאם ניתן היה להבחין בגידול בצורה ברורה ולקבוע מה הטכניקה הניתוחית המתאימה לגידול מעין זה. בהקשר זה יש לציין כי המומחה מטעם הנתבעים הבהיר בחוות דעתו כי גידול מסוג זה הוא "לרוב עם גבולות חדים מרקמת חוטי שדרה שמקיפה אותו, דבר שמאפשר הוצאתו ומקטין את הסיכון הניתוחי" (עמ' 3 לחוות הדעת). מאחר שהבדיקה ותוצאותיה לא אותרו, הרי שנגרם חסר ראיתי שאינו מאפשר לדעת אם גבולותיו של הגידול היו חדים וברורים, ואילו צעדים היה צריך לנקוט לצורך הסרתו המלאה באופן שלא יגרום נזקים נוירולוגיים.

יוער שבחקירתו הנגדית טען הנתבע, לראשונה, שגם הוא בדק את התובע במהלך אותה פניה לבית החולים ביום 27.6.2013 (עמ' 45 לפרוטוקול, שורות 19-20). טענה זו היא בגדר עדות כבושה שמשקלה נמוך ביותר, ומכל מקום – היא אינה עולה בקנה אחד עם הרישום בתיעוד הרפואי. לפיכך יש לדחותה.

כפי שיובהר בהמשך הדברים, החסר הראיתי שעניינו בהיעלמות בדיקת ה-MRI והפענוח שנעשה לה, שיתכן שדי היה בו כשלעצמו כדי להעביר את הנטל לכתפי הנתבעים ולהביא לקבלת התביעה לנוכח כישלונם בהרמתו, אינו החסר הראיתי היחיד המעביר את הנטל לכתפיהם. הוא אף אינו החסר הראיתי המשמעותי ביותר במקרה דנא.

ב. החתמת התובע על טפסי ההסכמה מדעת

7. לתובע נקבע מועד לביצוע ניתוח להסרת הגידול. כאמור, אין מחלוקת שניתוח זה היה מחוייב המציאות (ראו תשובות המומחה מטעם התובע בעמ' 4 לפרוטוקול, שורות 3-1). קודם לביצוע הניתוח הוחתם התובע על שלושה טפסים כלליים של הסכמה מדעת, שרק באחד מהם נרשם שם הניתוח בכתב יד (נ/3; נ/2 הוא טופס ההסכמה להרדמה ו-נ/1 הוא טופס הסכמה כללי). טופסי ההסכמה ערוכים בצורה לקונית, ונאמר בהם כי החולה נתן את הסכמתו לניתוח לאחר שהסיכונים הצפויים הוסברו לו על ידי הרופא שהחתים אותו על טופס ההסכמה. אין מחלוקת שהנתבע לא החתים את התובע על טופס ההסכמה (עדותו של הנתבע בעמ' 46 לפרוטוקול, שורות 22-23). הרופא שהחתים את התובע על הטפסים לא הובא לעדות מטעם הנתבעים. ממילא לא



בית המשפט המחוזי בירושלים לפני כבוד השופט רם וינוגרד

2 במרץ 2022

ת"א 14078-04-20 פלוני נ' אגודת אלמקאסד האסלאמית לצדקה בירושלים

ניתן לדעת אלו סיכונים הוסברו לתובע. אם בכך לא די, אין חולק שלא נאמר לתובע כי הרופא שאמור לבצע את הניתוח אינו בעל רישיון לעסוק ברפואה בישראל.

8. מאחר שבהמשך הדברים יובהר כי יש להטיל את האחריות על הנתבעים הן בשל היפוך הנטל כתוצאה מהנזק הראייתי שגרמו ואי עמידתם בנטל זה, הן בשל רשלנותם בביצוע הניתוח ללא ניטור ואמצעי הדמיה, אין צורך להכריע בסוגיית היעדר ההסכמה מדעת. ניתן, אפוא, להסתפק באמירה כי בנסיבות הייחודיות של המקרה דנא נראה שניתן היה להטיל אחריות על הנתבעים בשל היעדר הסכמה מדעת, אף שאין מחלוקת כי מצבו הרפואי של התובע חייב את עריכת הניתוח. זאת, בשל השילוב יוצא הדופן של המכלול העובדתי הכולל את החתמת התובע על מסמכים לקוניים ביותר, שלא פירטו את הסיכונים הטמונים בביצוע הניתוח שאמור היה לעבור, בצירוף אי הבאתו לעדות של הגורם הרפואי שהחתיים את התובע על הטפסים על מנת שזה יסביר אילו סיכונים הוסברו לתובע; יחד עם העובדה שהוכח כי במועד הניתוח לא היה לנתבע רישיון לעסוק ברפואה בישראל. אין חולק שעובדה אחרונה זו לא הובאה לידיעתו של התובע. שילוב של מכלול זה יש בו כדי להביא למסקנה שלא ניתנה הסכמה מלאה מדעת לביצוע הניתוח בבית החולים ועל ידי הנתבע.

ג. דו"ח הניתוח

9. התובע נותח ביום 29.8.2013. הרישום בדו"ח הניתוח הוכתב על ידי הנתבע, שאף ביצע את הניתוח (עמ' 46 לפרוטוקול, שורות 15-16). בכותרת דו"ח הניתוח תואר הניתוח כ-GTR (Gross Total Removal) בגובה C7-D1 של גידול אינטראמודולרי בחוט השדרה. הדו"ח עצמו אינו מתאר את פעולת הסרת הגידול. הוא עוסק בפעולות החיתוך הקודמות להגעת המנתח לגידול עצמו, הסרת הקשתות הצוואריות C6-C7, ופעולות ההטרייה שלאחר מכן. בדו"ח נרשם כי לאחר שנחשף עמוד השדרה בוצע GTR.

דו"ח הניתוח אינו כולל תיאור נוסף הנוגע לדרך ביצוע הניתוח. לעניין זה הבהיר המומחה מטעם התובע כי על המנתח לפרט בדו"ח הניתוח את מיקום הגידול בבדיקות ההדמיה קודם לביצוע הניתוח ובמהלכו; את מיקומו כפי שנצפה על ידי המנתחים לאחר הסרת הקשתות ופתיחת הקרום הקשה של חוט השדרה "דהיינו מיקום הגידול לאורכו מקוטב לקוטב"; עליו להסיר את הקשתות לכל אורך הגידול; עליו להבהיר באילו כלי ניתוח השתמש וכיצד הפריד את הקרום מבלי לפגוע בכלי הדם והאם חתך



בית המשפט המחוזי בירושלים לפני כבוד השופט רם וינוגרד

2 במרץ 2022

ת"א 14078-04-20 פלוני נ' אגודת אלמקאסד האסלאמית לצדקה בירושלים

ועיגן את שולי הקרום העדין באופן שיאפשר את ביצוע חיתוך חוט השדרה ללא סיכון לפגיעה נויורולוגית (עמ' 3 לחוות דעתו). דבר מכל אלה לא נכתב בדו"ח הניתוח. הדו"ח אף לא כלל התייחסות לאמצעי ניטור והדמיה (למעט אמירה לפיה פעולת המילוטומיה בוצעה תחת מיקרוסקופ), מהטעם הפשוט שלא נעשה שימוש באמצעים אלה. סוגיית [אין] הרישום בדו"ח הניתוח סוכמה על ידי המומחה מטעם התובע באמירה לפיה "יש פה את השלבים הפורמליים של התחלת ניתוח ושל סוף ניתוח שפתחו את העור וכן הלאה, מה שעושים בכל ניתוח ואחר כך יש את סגירת העור אבל דו"ח הניתוח עצמו של הניתוח עצמו, אין דו"ח... הדו"ח של הניתוח עצמו מכיל מילה אחת, בראשי תיבות, GTR... זה דו"ח הניתוח".

יובהר כי תיאור הניתוח בחוות דעתו של המומחה מטעם הנתבעים אף הוא לקוני ביותר, באופן שמצביע על כך שהמומחה מטעם הנתבעים מסכים לקביעות המומחה מטעם התובע. התיאור בחוות הדעת הוא של "ניתוח בהרדמה כללית, חולה בתנוחת ישיבה. למינוטומיה C6-7. הוצאה שלמה Gross Total Removal של גידול אינטראמיידולארי שהיה דבוק לחוט השדרה, המוסטזה. סגירה הרמטית של הדורה ושל הפציה ושאר השכבות". המומחה לא תיאר בחוות דעתו כיצד זוהו הגידול וגבולותיו, באילו אמצעים נעשה הניתוח ובאיזו דרך בוצעה הפרוצדורה של הסרת הגידול, מהטעם הפשוט שהדבר לא תואר בדו"ח הניתוח.

10. החסר הראייתי בדו"ח הניתוח בולט לעין. מחוות-דעת המומחה מטעם התובע ומעדותו עולה כי החסר הראייתי המשמעותי אף מתעצם לנוכח שני עניינים עובדתיים נוספים שאין להם כל התייחסות בדו"ח הניתוח, אף שאין ספק שהיה עליהם להיות מפורטים בו:

האחד, עניינו בקביעת המומחה מטעם התובע לפיה מדו"ח הניתוח עולה שלא נעשתה הסרה מלאה של הגידול אלא "הסרה תת שלמה של הגידול" (עמ' 2 לחוות הדעת). בעדותו הסביר המומחה כי השימוש במילה "Gross" מעיד על כך שלא מדובר בהסרה שלמה אלא בהסרה "באופן גס", שאינה כריתה שלמה אלא כריתה של מה שנראה לעין (עמ' 6 לפרוטוקול, שורות 16-18 ועמ' 15 לפרוטוקול, שורות 14-16). לטעמו, ההבדל בין כריתה תת שלמה לכריתה שלמה הוא "הבדל גדול מאוד" (עמ' 15 לפרוטוקול, שורה 16). לעניין זה הסתפק המומחה מטעם הנתבע באמירה בחוות-דעתו לפיה בוצעה



בית המשפט המחוזי בירושלים לפני כבוד השופט רם וינוגרד

2 במרץ 2022

ת"א 14078-04-20 פלוני נ' אגודת אלמקאסד האסלאמית לצדקה בירושלים

"הוצאה שלמה", ללא כל הבהרה נוספת. למותר לציין כי דו"ח הניתוח אינו כולל הסבר לכך שלא בוצעה כריתה מלאה, אם אכן כך אירע.

השני, נוגע לשימוש שנעשה, אם נעשה, במכשור שכונה בפי הנתבע והמומחים בשם "קוסא" (הכוונה היא לשואב על קולי המכונה Cavitron Ultrasonic Surgical Aspirator, ובקיצור CUSA), שנעשה בו לעתים שימוש לצורך הסרת הגידול. סוגיה זו התעוררה אגב עדות הנתבע בתצהירו לפיה עשה שימוש בקוסא במהלך הניתוח (סעיפים 19-20 לתצהירו). בעדותו התייחס המומחה מטעם התובע לסוגיה עובדתית זו באומרו כי לא נרשם שנעשה שימוש בקוסא וממילא לא ניתן לקבוע כי כך נעשה (עמ' 16 לפרוטוקול, שורות 4-9). בהמשך לכך התייחס המומחה גם לעניין עצם השימוש בקוסא בניתוחים מסוג זה, באומרו כי "לפעמים הגידול מתנהג קצת אחרת, נראה קצת אחרת וצריך להיעזר בקוסא" (עמ' 16 לפרוטוקול, שורות 29-30). לדבריו, במקרים כאלה "פותחים את הקפסולה של הגידול, שואבים עם השואב, עם הקוסא" ומרוקנים את הגידול באופן שמאפשר את שליפתו החוצה (עמ' 17 לפרוטוקול, שורות 1-3). מכאן המסקנה הלכאורית כי השימוש בקוסא אינו עניין מובן מאליו בניתוחים מעין אלה. לפיכך, אם אכן נעשה שימוש בקוסא כפי שטען הנתבע בתצהירו, הרי שהוטלה עליו חובה לתעד זאת בדו"ח הניתוח ולהבהיר מדוע מצא לנכון לבצע את הניתוח באמצעות טכניקה זו. כאמור, הדבר לא נעשה.

ד. המשמעות המשפטית של החוסר הראייתי

11. החסר הראייתי הניכר בדו"ח הניתוח, כאשר הוא מצטרף לאובדן בדיקת ה-MRI ופענוחה, מקימים את היסודות לתחולת דוקטרינת הנזק הראייתי במלוא עוזה. זו חלה מקום בו היה על הרופא לבצע רישום נאות וזה לא נעשה, או שהרישום אבד ואיננו, מבלי שניתן למחדל זה הסבר מניח את הדעת. שעה שמחדלים אלה גרמו לעמימות עובדתית, יועבר נטל ההוכחה בדבר העובדות השנויות במחלוקת שיכלו להתברר מתוך הרישום, אל הרופא או הממסד הרפואי הנתבע (ע"א 58/82 קנטור נ' ד"ר מוסייב, פ"ד לט(3) 253, 259-260 (1985); ע"א 8151/98 שטרנברג נ' ד"ר צ'צ'יק, פ"ד נו(1) 539, 550-555 (2001), להלן: הלכת שטרנברג; ע"א 10344/05 אבו שארב נ' משרד הבריאות, מיום 18.1.09, בפסקה 29 לפסק-הדין; ע"א 3900/14 ל.ד. נ' המרכז הרפואי הלל יפה, מיום 2.12.15, בפסקה 15 לפסק-הדין, להלן: הלכת ל.ד.; ע"א 1399/20 פלוני נ' שירותי בריאות כללית, מיום 27.12.21, בפסקה 5 לפסק-דינו של כבוד המשנה לנשיאה הנדל; ורבים אחרים). אומנם, היקפו של הנטל המועבר נגזר



בית המשפט המחוזי בירושלים לפני כבוד השופט רם וינוגרד

2 במרץ 2022

ת"א 20-04-14078 פלוני נ' אגודת אלמקאסד האסלאמית לצדקה בירושלים

ממתחם התפרסותו של החסר הראייתי, ואין חולק כי לא מדובר בהעברה כללית של הנטל אלא בהעברת הנטל לצורך הכרעה בסוגיה עובדתית קונקרטיית (הלכת שטרנברג, שם; ע"א 9063/03 פלוני נ' הדסה, מיום 22.6.05, בפסקה 9 לפסק-דין של השופט ריבלין; ע"א 6768/01 רגב נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(4) 625, 633 (2004); ע"א 916/05 כדר נ' פרופ' הרישנו, מיום 28.11.07; ע"א 11485/05 שטרית נ' קופ"ח של ההסתדרות הכללית, מיום 2.12.07, בפסקה 12 לפסק-הדין; ע"א 10094/07 פלונית נ' בית החולים האנגלי, מיום 24.11.10, בפסקה 7 לפסק-דין של כבוד השופט הנדל; ע"א 4438/15 סלמה נ' משטרת ישראל, מיום 26.2.17, בפסקה 13 לפסק-הדין). אלא שבמקרה דנא היקפו של החסר הראייתי כה משמעותי עד שניתן לומר לא רק שהעיקר חסר מן הספר, אלא שדרך ניסוח דו"ח הניתוח כמוה כמעט כהעדר רישום, באופן הגובל בהעברה כללית של הנטל. בנסיבות אלה עובר הנטל אל הנתבעים להוכיח כי פעלו כנדרש בנייתוחים מעין אלה. בנטל זה לא עמדו הנתבעים כלל.

12. שתיקת הרשומות במקרה דנא מונעת את האפשרות לקבוע מה היתה השתלשלות העניינים שהובילה לפגיעה העצבית שנגרמה לתובע. לפיכך אין תחולה במקרה דנא להלכה לפיה דוקטרינת הנזק הראייתי לא תחול מקום בו חרף התרשלותו של הנתבע עומדת לתובע האפשרות להוכיח את תביעתו (ראו ע"א 9328/02 מאיר נ' לאור, פ"ד נח(5) 54, 64 (2004); ע"א 754/05 לוי נ' מרכז רפואי שערי צדק, מיום 5.6.07, בפסקה 9 לפסק-הדין; ע"א 679/08 סנפרוסט בע"מ נ' מוסכי צמח בע"מ, מיום 2.1.11, בפסקה 27 לפסק-הדין; ע"א 9936/07 בן דוד נ' ד"ר ענטבי, מיום 22.2.11, בפסקה 2 לפסק-דין של כבוד המשנה לנשיאה ריבלין). הלכה זו עניינה אך במקום בו על אף החסר ניתן להבין מהתיעוד ברשומות את השתלשלות העניינים ולקבוע את הפעולות שנקטו, שאז לא יועבר נטל השכנוע (ע"א 828/07 מהדי נ' קופת חולים של ההסתדרות הכללית, מיום 7.10.08, בפסקה 10 לפסק הדין; ע"א 10218/08 אברמובסקי נ' ד"ר סיגל אפרים, מיום 23.8.12, בפסקה 25 לפסק-הדין), או כאשר החסר הושלם באמצעות ראיות אחרות, שאז ייבחן המקרה לפי העובדות שהוכחו (ע"א 8842/08 עזבון לב-ארי נ' ד"ר סרנת, מיום 20.1.11, בפסקה 17 לפסק-הדין; ע"א 4438/15 סלמה נ' משטרת ישראל, מיום 26.2.17, בפסקה 13 לפסק-הדין). אלא שבמקרה זה לא ניתן להשלים את הרישום החסר והלקוי בדו"ח הניתוח באמצעים אחרים. אין כל תיעוד נוסף ממנו ניתן ללמוד אם וכיצד נבחנו מקומו של הגידול וממדיו; אין הסבר בנוגע לדרך בה הוסר הגידול, הכלים בהם נעשה שימוש או הטכניקות שנקטו כדי למנוע פגיעה עצבית; ואין הבהרה בנוגע לסוגיות הנוספות שנזכרו לעיל (שאלת ההסרה



בית המשפט המחוזי בירושלים לפני כבוד השופט רם וינוגרד

2 במרץ 2022

ת"א 14078-04-20 פלוני נ' אגודת אלמקאסד האסלאמית לצדקה בירושלים

התת שלמה והסיבות לה, כמו גם השאלה אם נעשה שימוש בקוסא ומדוע). לכל אלה יש להוסיף את הנזק הראייתי הנוסף שנגרם בשל אובדן בדיקת ה-MRI, באופן שאינו מאפשר לתובע להוכיח כי היה על הנתבעים לבצע את הניתוח בצורה כזו או אחרת.

13. החסר הראייתי המקיף שנגרם במקרה זה, שעניינו כמעט בכל היבט הנוגע הן להחלטות הנוגעות לביצוע הניתוח הן לדרך ביצוע ניתוח הסרת הגידול, מעביר לכתפי הנתבעים את נטל השכנוע בשאלת התרשלותם בכל הנוגע לביצוע הניתוח. שעה שהנטל הועבר לנתבעים לאורך חזית המחלוקת כולה, ולא עלה בידם להציג ראיה כלשהי שתתמוך בטענה עובדתית בנוגע לדרך בה התרחשו הדברים, יש לקבוע כי הם כשלו בהרמת הנטל שהוטל עליהם. כישלונם בהרמת הנטל שהוטל עליהם, מביא למסקנה המשפטית לפיה עלה בידי התובע להוכיח שהנתבעים פעלו ברשלנות בכל הנוגע לביצוע הניתוח ובמהלכו. די בכך כדי להביא לקביעה לפיה מוטלת על הנתבעים האחריות לפצות את התובע בגין הנזקים הנובעים מהניתוח הרשלני.

14. לכל אלה יש להוסיף את העובדה שהניתוח בוצע על ידי הנתבע בשעה שלא החזיק רישיון רפואה בישראל. לעניין זה נקבע כי עצם העסקת רופא שאינו מחזיק ברישיון רפואה בישראל תורמת למסקנה בעניין היפוך הנטל (ע"א 2222/98 אגודת בית החולים מקאסד נ' כ.מ.מ., פ"ד נד(4) 395, 399 (2000)).

15. המסקנה מכל אלה היא שיש להטיל על הנתבעים את האחריות לפיצוי התובע בגין הנזקים שנגרמו לו כתוצאה מהניתוח.

לצורך השלמת התמונה בלבד, ואף שדי באמור לעיל כדי להביא למסקנה לפיה יש להטיל את האחריות לנזקי התובע על הנתבעים, יובהר להלן כי ניתן היה להגיע למסקנה זו בדרך נוספת. עניינה של זו בהימנעות הנתבעים מלעשות שימוש באמצעי הדמיה וניטור במהלך הניתוח.

ה. ההימנעות משימוש באמצעי הדמיה וניטור

16. המומחה מטעם התובע ציין בחוות-דעתו כי דו"ח הניתוח אינו כולל עדות לשימוש בניטור פוטנציאליים מעוררים, לשימוש באולטרה סאונד או לשימוש בשואב על קולי.



בית המשפט המחוזי בירושלים לפני כבוד השופט רם וינוגרד

2 במרץ 2022

ת"א 14078-04-20 פלוני נ' אגודת אלמקאסד האסלאמית לצדקה בירושלים

לשיטתו, אמצעים אלה משפרים כולם את סיכויי הניתוח ומונעים פגיעה בחוט השדרה עצמו "כפי שקרה במקרה הנדון".

במהלך חקירתו הנגדית הבהיר המומחה כי שימוש בניטור הפוטנציאליים מתריע על תחילת פגיעה בחוט השדרה באופן שמאפשר להפסיק את הניתוח במקרה הצורך ולמנוע גרימת נזק בלתי הפיך (עמ' 8 לפרוטוקול, שורות 22-25; עמ' 14 לפרוטוקול, שורות 4-7; וראו גם עמ' 4 לחוות דעתו). אשר לשימוש באולטרה סאונד במהלך הניתוח, השיב כי הדבר נחוץ על מנת שניתן יהיה להבחין במיקום הגידול במדויק (עמ' 15 לפרוטוקול, שורות 17-21), ולבצע את הסרתו בדרך שלא תסטה מחיתוך בסמוך למחיצה המדיאנית האחורית, מאחר שסטייה מקו זה עלולה להיות "הרת אסון ולגרסום לפגיעה נוירולוגית" (עמ' 3 לחוות דעתו). מאחר שהדבר לא נעשה, ודו"ח הניתוח לא ציין שהגידול נחשף "מהקוטב העליון עד הקוטב התחתון", לא ניתן לדעת כלל אם הגידול נחשף במלואו ואם המנתחים "הוציאו את הקשתות המתאימות" (עמ' 14 לפרוטוקול, שורה 27 – עמ' 15 לפרוטוקול, שורה 3).

17. הנתבע הודה בעדותו שלא עשה שימוש בניטור פוטנציאליים (עמ' 46 לפרוטוקול, שורות 24-25). בדו"ח הניתוח אין כל רמז לשימוש באולטרה סאונד או בשואב על קולי. הנתבע טען אמנם בתצהיר עדותו (בפסקאות 19-20) כי במהלך הניתוח עשה שימוש בקוסא (המשמש לשאיבה על קולית). אלא שטענה זו אינה נתמכת ברישום בדו"ח הניתוח, שאינו מציין דבר בנוגע לשימוש באמצעים כאלה או אחרים בביצוע הניתוח. מכאן שאין מחלוקת עובדתית שהנתבע לא עשה שימוש במהלך הניתוח באמצעי ניטור פוטנציאליים או באולטרה סאונד; ובהיעדר רישום בדו"ח הניתוח אין לקבל את טענתו לפיה עשה במהלכו שימוש בשואב על קולי.

18. המומחה מטעם הנתבעים סקר בחוות דעתו מאמרים רבים, שחלקם עוסק בניטור אלקטרו-פיזיולוגי במהלך ניתוח מהסוג שבוצע בתובע. לטענתו עולה ממאמרים אלה, וממאמר מטא-אנליטי הסוקר מאמרים שנכתבו בשנים 2000-2018 (מספר 14 לרשימת המאמרים) שלניטור בזמן הניתוח יש רגישות וספציפיות גבוהות והוא עשוי לעזור במניעת פגיעה נוירולוגית בניתוח. אלא שכנגד תועלת זו, קיים חשש שהוא יגביל את כריתת הגידול ויביא לכריתה לא מלאה בשל ממצאים חיוביים מוטעים (false positive). מכאן מסקנת המאמר המטא-אנליטי לפיה יש צורך בביצוע מחקרים נוספים כדי להגדיר את הערך הדפניטיבי של הניטור. על יסוד כל אלה סיכם המומחה את



בית המשפט המחוזי בירושלים לפני כבוד השופט רם וינוגרד

2 במרץ 2022

ת"א 14078-04-20 פלוני נ' אגודת אלמקאסד האסלאמית לצדקה בירושלים

חוות דעתו באמירה כי פגיעה נוירולוגית עלולה להופיע למרות שימוש בניטור בזמן הניתוח; וכי מחלק מהעבודות המחקריות עולה לכאורה שאין שוני בתוצאה בין חולים שנותחו תחת ניטור לכאלה שנותחו ללא ניטור.

19. אמירות המומחה מטעם הנתבעים בחוות-דעתו עומדות בסתירה לדברים העולים ממאמר שהוא עצמו היה שותף בכתיבתו. באותו מאמר (ת/1) הדגישו המומחה מטעם הנתבעים וחבריו כי ניתוח מהסוג שנעשה לתובע מבוצע בקרבה למרכיבים עצביים חיוניים, ולפיכך מחייב "שימוש בעוזרים כירורגיים כמו MRI, ניטור אלקטרופיזיולוגי בזמן הניתוח ואולטרה סאונד" (עמ' 161-162 למאמר, שפורסם באחד מכתבי העת המובילים בעולם בתחום הנוירוכירורגיה, כפי שהעיד המומחה מטעם הנתבעים עוד קודם שנאמר לו כי השאלה מוסבת למאמר שהוא כתב – עמ' 26 לפרוטוקול, שורות 22-10; לקביעות במאמר ראו גם עדותו בעמ' 27 לפרוטוקול, שורות 16-20). השימוש באמצעי הניטור תואר במבוא למאמר כ-"gold standard" לביצוע ניתוחים אלה. המאמר פורסם אומנם בשנת 2017, אך הוא מפנה לעבודות רבות שקדמו לו, המעידות על כך שהשימוש בניטור ובאולטרה סאונד במהלך ניתוחים אלה הוכר כחשוב וחיוני כבר בשנים 1996 (ה"ש 8), 2006 (ה"ש 35) ו-2007 (ה"ש 34). מכאן שגם לשיטת המומחה מטעם הנתבעים, הרפואה הסבירה חייבה שימוש באמצעי ניטור ובאולטרה סאונד כבר בתקופה שקדמה לניתוח מושא התביעה.

לקביעה זו, שהמומחה מטעם הנתבעים היה שותף לה במאמר, יש לצרף את עדותו של המומחה מטעם התובע לפיה בכל בתי החולים בארץ מבצעים ניתוחים אלה תחת ניטור ו"אין שום מרכז שנחשב כמרכז רפואי סביר שלא עושים בו ניטור בניתוחים מהסוג הזה... אי אפשר לעשות ניתוחים כאלה בלי ניטור" (עמ' 9 לפרוטוקול, שורות 19-23). קביעה זו עולה בקנה אחד עם הגדרת דרך פעולה זו כ-"gold standard" במבוא למאמר הנזכר.

20. מכאן שביצוע של הניתוח שעבר התובע באופן שיעלה בקנה אחד עם אמות המידה של רפואה סבירה חייב, גם במועד בו בוצע הניתוח, שימוש באמצעי ניטור פוטנציאליים ובאולטרה סאונד במהלך הניתוח. אין חולק שהדבר לא נעשה. ממילא יש לקבוע כי הוכח שהניתוח בוצע בניגוד לאמות המידה שהיה מקובלות על עולם הרפואה באותה עת, תוך הימנעות רשלנית משימוש באמצעים שיכולים היו למנוע את הפגיעה העצבית שנגרמה לתובע. לפיכך יש לקבוע כי הנתבעים התרשלו בביצוע הניתוח. אומנם, לא



בית המשפט המחוזי בירושלים לפני כבוד השופט רם וינוגרד

2 במרץ 2022

ת"א 14078-04-20 פלוני נ' אגודת אלמקאסד האסלאמית לצדקה בירושלים

ניתן לקבוע פוזיטיבית שהתרשלות זו היא שגרמה לנזק בנסיבות העניין. זאת מאחר שלא ניתן לדעת אם הפגיעה בחוט השדרה נבעה בפועל מהיעדר הניטור, מהטעם הפשוט שזה לא נעשה ושדו"ח הניתוח אינו אומר דבר בנוגע לסיבה שגרמה לפגיעה בחוט השדרה. אלא שלעניין זה (סוגיית הקשר הסיבתי) יש להפוך את נטל הראייה בשל הנזק הראייתי שגרם היעדר הניטור (כמו גם בשל הנזק הראייתי שנגרם כתוצאה משתיקת דו"ח הניתוח).

המסקנה מכל אלה היא כי גם בשל המחדל משימוש בניטור במהלך הניתוח מוטלת האחריות על הנתבעים לפיצוי התובע בגין הנזקים שגרמה לו הפגיעה בחוט השדרה בעקבות הניתוח.

1. לסיכום סוגיית האחריות

21. המסקנה העולה מכל האמור לעיל היא שעלה בידי התובע להוכיח כי הנתבעים ביצעו את הניתוח בצורה רשלנית. מסקנה זו מושתתת הן על החסר הראייתי שנגרם בשל העלמות בדיקת ה-MRI הן על החסר המשמעותי ברישום דו"ח הניתוח, שתוצאתם היא העברת הנטל אל הנתבעים להוכיח שלא התרשלו, נטל בו לא עמדו; הן על המחדל שעניינו בכך שלא עשו שימוש בניטור פוטנציאליים ובאולטרה סאונד (ולמעשה גם לא הוכיחו שעשו שימוש בשואב על קולי), באופן שאינו עולה בקנה אחד עם אמת המידה של רפואה סבירה בביצוע ניתוחים מעין אלה. לפיכך יש לקבוע כי הנתבעים אחראים לנזקים שנגרמו לתובע בעקבות הניתוח.

2. אובדן סיכויי ההחלמה והתוצאה הרפואית הצפויה של הצלחת הניתוח

22. בטרם תידון שאלת שיעור הפיצויים יש לבחון מה היקף הנזק שנגרם לתובע בעקבות הניתוח. התובע טוען כי אלמלא בוצע הניתוח באופן רשלני היה סיכוי של למעלה מ-50% לכך שמצבו היה משתפר. לפיכך הוא טוען כי יש לפצותו על יסוד ההנחה כי איבד את מלוא סיכויי ההחלמה (בהתאם להלכה שנפסקה בע"א 3900/14 ל.ד. נ' המרכז הרפואי הלל יפה, מיום 2.12.15). לשיטתו יש לקבוע כי אלמלא הרשלנות בניתוח הוא היה מחלים לחלוטין.

הנתבעים סבורים כי מצבו של התובע עובר לניתוח היה כה ירוד עד שלא ניתן היה להשיג שיפור במצבו בעקבות הניתוח. לכל היותר ניתן היה לקוות כי הניתוח יביא לכך



בית המשפט המחוזי בירושלים לפני כבוד השופט רם וינוגרד

2 במרץ 2022

ת"א 14078-04-20 פלוני נ' אגודת אלמקאסד האסלאמית לצדקה בירושלים

שמצבו לא יוסיף ויחמיר, כפי שעולה מהספרות הרפואית הנזכרת בחוות-דעת המומחה מטעמם.

לצורך ההכרעה במחלוקת זו יש לפנות לעולה מקביעות המומחים בחוות-דעתם ובעדויותיהם.

23. המומחה מטעם התובע ציין בחוות דעתו כי אם היה הניתוח מבוצע בטכניקה נכונה ותוך שימוש בכלים המתאימים ובאמצעי ההדמיה הנדרשים, "סיכויי התובע להחלמה הכוללת שיפור משמעותי במצבו הנוירולוגי היו גבוהים ובוודאי עולים משמעותית על 50%" (עמ' 4 לחוות דעתו). אמירה זו לא לוותה בהפניה לספרות רפואית כלשהי. קביעה זו סויגה על ידיו בחקירתו הנגדית. בתשובותיו לחקירה הנגדית הבהיר כי לעניין זה נודעת חשיבות רבה לשאלה "באיזה מצב הוא הגיע לניתוח. אם הוא הגיע במצב של נזק נוירולוגי הפיך או בלתי הפיך", וכי אין באפשרות הניתוח לשפר מצב נוירולוגי בלתי הפיך (עמ' 18 לפרוטוקול, שורות 22-26). המומחה נשאל על מצב התובע עובר לניתוח, כפי שזה השתקף מתלונותיו ביום 27.6.2013. כפי שהובהר לעיל, באותה עת התלונן התובע כי זה כשישה חודשים הוא סובל מחולשה בידיים; בבדיקתו נמצאה אטרופיה בשרירים; ונרשם מפיו כי הוא מתקשה בהליכה. לעניין זה השיב המומחה כי הוא סבור שמצב הפגיעה ברגליים היה הפיך ויכול היה להשתפר (שם, שורה 5), וכי הוא אינו משוכנע שהקשיים בהליכה שחוה התובע באותה עת עלו כדי מגבלה תפקודית (עמ' 19 לפרוטוקול, ושורות 12-14). עם זאת, הוא אישר כי מצבו הנוירולוגי של התובע עובר לניתוח התאים לנכות "בידיים" שנעה בין 30% ל-50% (שם, בשורות 12-13). הוא השיב כי "כנראה שחלק מהפגיעה הזו היה בלתי הפיך. כנראה. כן. בידיים" (עמ' 19 לפרוטוקול, שורות 2-3). עוד הוסיף כי "בחלק של האטרופיה זה בלתי הפיך" (עמ' 20 לפרוטוקול, שורה 8).

מכאן שגם לשיטת המומחה מטעם התובע נראה שהניתוח לא יכול היה לשפר את המגבלות בתנועת ידיו של התובע, שהוערכו על ידי המומחה ככאלה המצדיקות נכות הנעה בין 30% ל-50%. מאחר שקביעות המומחה נעשו על דרך האומדן ולא על יסוד בדיקה קלינית שנערכה בזמן אמת, ושעה שמעדותו עולה שיתכן כי חלק מהפגיעה היה הפיך, נראה שיש לקבוע כי גם במקרה של הצלחה מלאה של הניתוח היתה נותרת לתובע מגבלה בתנועות הידיים באופן שהיה מצדיק קביעת נכות שהיא לכל הפחות בשיעור 30%.



בית המשפט המחוזי בירושלים לפני כבוד השופט רם וינוגרד

2 במרץ 2022

ת"א 14078-04-20 פלוני נ' אגודת אלמקאסד האסלאמית לצדקה בירושלים

24. קביעה מעין זו, המניחה כי לתובע היתה נותרת נכות בשיעור 30% בלבד במקרה של הצלחה מלאה של הניתוח, נכונה אך אם תאומצנה קביעות המומחה מטעם התובע לפיהן סיכויי השיפור במצב התובע במקרה של הצלחה מלאה של הניתוח עלו על 50%. אלא שאמירה זו של המומחה מטעם התובע בנוגע לסיכויי השיפור כתוצאה מהניתוח נעשתה באופן כללי, ומחקירתו עלה שהיא מבוססת בעיקרה על ניסיונו האישי (עמ' 17 לפרוטוקול, שורות 12-13). מול אמירות אלה עומדת הסקירה המקיפה בחוות-דעת המומחה מטעם הנתבעים. בחוות-דעתו נסקרו מאמרים רפואיים רבים ועבודות מחקריות רחבות היקף בנוגע לתוצאות ניתוחים מעין אלה. ממאמרים אלה עולה שבשנים שקדמו לעריכת הניתוח הביא חלק הארי של הניתוחים לכך שהמצב הנוירולוגי לפני הניתוח לא השתנה ממצבו ערב הניתוח, דהיינו: מצבו של החולה לא הוסיף להתדרדר. ממצאים אלה נגעו לחולים שהגיעו לניתוח במצב נוירולוגי טוב, שנמצא כגורם המשמעותי ביותר לחיזוי התוצאה התפקודית. על פי המאמרים שסקר המומחה, עולה שבעבודה שנעשתה בשנת 2005 נמצא כי 69.2% מהחולים שהגיעו לניתוח עם מצב נוירולוגי טוב נשארו במצב זהה לאחר הניתוח (מאמר מס' 2); בעבודה נוספת מאותה שנה נמצאו ממצאים דומים (66%, מאמר מס' 3); ובעבודה משנת 2011 נמצא כי 67.4% מהחולים נותרו במצב נוירולוגי כפי שהיה קודם לניתוח (מאמר מס' 7). בעבודות נוספות שסקר המומחה, שכל אחת מהן עסקה בעשרות ניתוחים, נמצאו ממצאים שאינם שונים מהותית. המשותף לכל עבודות אלה הוא שהצלחה – הבאה לידי ביטוי בהיוותרות המצב בעינו – נגעה למי שמצבו הנוירולוגי היה טוב בעת שפנה לביצוע הניתוח; ואחוז החולים שנמצא אצלם שיפור כתוצאה מהניתוח היה נמוך למדי, ולא היה שונה מהותית מאחוז החולים שמצבם התדרדר בעקבות הניתוח.

25. מאחר שגם לשיטת המומחה מטעם התובע מצבו הנוירולוגי עובר לניתוח תאם לנכות בשיעור 30%-50% בשל הפגיעה בידיים, והביא גם לפגיעה מסוימת בתפקוד הרגליים, ספק אם ניתן לראותו כמי שהגיע לניתוח במצב נוירולוגי טוב. סוגיה זו לא התבהרה דיה בחקירת המומחים. עם זאת, נראה שסימני השאלה בנוגע להגדרת התובע כמי שמצבו הנוירולוגי לפני הניתוח יכול היה להיחשב כטוב, יחד עם המאמרים המצביעים על כך שמרבית המנותחים נותרים במצב תפקודי זהה למצבם ערב הניתוח, מביאים למסקנה לפיה התרחיש הסביר והמיטבי מבחינת התובע היה שניתוח מוצלח היה מונע את המשך ההתדרדרות במצבו. מכאן שאם היה הניתוח מצליח היה התובע נותר עם



בית המשפט המחוזי בירושלים לפני כבוד השופט רם וינוגרד

2 במרץ 2022

ת"א 14078-04-20 פלוני נ' אגודת אלמקאסד האסלאמית לצדקה בירושלים

נכות נוירולוגית בשיעור 50%-30% בידיו, ועם הגבלה מסוימת בהליכה, ששיעורה לא התברר דיו.

26. אלא שבמקרה דנא נראה כי לצורך קביעת הפיצוי לו זכאי התובע לא נודעת משמעות רבה לשיעור הנכות המדויק שיש לייחס למצבו הרפואי של התובע עובר לניתוח, בשל טעמים הנוגעים למצבו התפקודי הכללי מחד גיסא ולטיב עבודתו מאידך גיסא, קודם לניתוח ולאחריו:

קודם לניתוח יכול היה התובע לתפקד באופן סביר בפעולות היומיום ואין כל עדות רפואית לכך שהוא לא היה מסוגל ללכת. אין בסיס לקביעה עובדתית לפיה היה נזקק לעזרה באותה עת. מכאן שיש לייחס את הצורך הנוכחי בעזרה לניתוח ותוצאותיו. שונים הם פני הדברים בתחום התעסוקתי, בו גרמה הפגיעה בתפקודו עובר לניתוח למגבלה חמורה ביותר ביכולתו להמשיך ולעבוד במומו. זאת מהטעם שהתובע עסק כל ימיו בעבודות פיזיות קשות, ויש להניח כי מצבו הרפואי עובר לניתוח לא אפשר לו להמשיך לעסוק בהן.

כתוצאה מהניתוח מצא התובע את עצמו במצב בו הוא מרותק לכיסא גלגלים ואין הוא מסוגל להתנייד ללא עזרה. המגבלה בידיו העצימה באופן ניכר, והוא אינו שולט בסוגריו. מכאן שהתובע הפך מאדם הסובל ממגבלה מסוימת בתפקודו, לאדם שנאלץ להיעזר בזולת בכל פעולותיו.

במצב דברים זה מורכב הפיצוי לו זכאי התובע, רובו ככולו, מהעזרה המרובה לה נזקק אדם במצבו, ההוצאות הייחודיות להם נצרך אדם המשותק בפלג גופו התחתון וסובל ממגבלות נוספות, והנזק הלא ממוני הנלווה לאלה. לפיכך, ובהיעדר ראיה לפיה לא יכול היה התובע לתפקד באופן סביר קודם לניתוח, נראה כי הנזקים המחייבים את הפיצוי במקרה דנא נובעים כולם מהניתוח. אשר לפיצוי בגין גריעה מכוסר ההשתכרות, ספק רב אם ניתן לייחסו לניתוח ותוצאותיו לנוכח המגבלות מהן סבל עובר לניתוח.

סוגיות אלה ידונו ביתר הרחבה אגב הדיון בפיצוי לו זכאי התובע.



בית המשפט המחוזי בירושלים לפני כבוד השופט רם וינוגרד

2 במרץ 2022

ת"א 14078-04-20 פלוני נ' אגודת אלמקאסד האסלאמית לצדקה בירושלים

הנזק והפיצוי

27. התובע הוא יליד 12.1964.xx, ומתגורר בכפר ראעי שבנפת ג'נין בשטחי הרשות. לטענתו, עבד בעבודות כפיים מאז גיל 17, כאשר בשנים לפני הניתוח עבד כרצף והשתכר בין 500 ₪ ל-700 ₪ ליום עבודה. לטענתו, מרבית עבודתו כרצף נעשתה בישראל. לדבריו הוא הובא לעבודה בישראל על ידי אחיו, שהעיד מטעמו, ועל ידי קבלן נוסף. בחלק מהתקופה הועסק על ידי קבלן המספק עובדים פלסטינים לישראל, שאף הוא הובא לעדות מטעמו.

א. הנכות

28. המומחה מטעם התובע קבע כי מצבו הנוכחי של התובע מתאים לנכות בשיעור 100% "בגין שיתוק שלם של הגפיים התחתונות ושיתוק חלקי של הגפיים העליונות", וזאת בהתאם לסעיף 29(3)(ד) לתוספת לתקנות הביטוח הלאומי (קביעת דרגת נכות לנפגעי עבודה), התשט"ז-1956. כן קבע לתובע נכות בשיעור של 70% בשל אי-שליטה בסוגרים. המומחה מטעם הנתבעים לא התייחס לסוגיית שיעור הנכות בחוות דעתו. ממצאיו בבדיקה הקלינית תומכים בקביעה לפיה לתובע שיתוק כמעט מלא בגפיו התחתונות. ממצאים אלה כללו בצקות ברגליים, שינויי צבע, טונוס ספסטי וכוח של 1/5. בבדיקה של הגפיים העליונות מצא המומחה "חולשה קשה של כפות הידיים 2/5 עם אטרופיה, אטרופיה גם באמה דו-צדדית". מהמגבלה בכפות הידיים ניתן היה להתרשם גם במהלך הדיון, כאשר התובע לא היה מסוגל לשלוף תעודה מכיסו באמצעות ידו הימנית, ונראה שהוא מוגבל בתנועות יד ימין יותר מאשר תנועות יד שמאל. לפיכך יש לקבוע שלתובע נכות רפואית בשיעור 100%. מטבע הדברים לנכות מעין זו נודעת משמעות תפקודית מלאה. לשאלה כיצד השפיעה ההתדרדרות במצב בריאות התובע על יכולתו להשתכר אדרש במקומה.

29. אף שנראה כי אין מחלוקת בסוגיית שיעור נכות התובע כיום, לא כך הם הדברים בנוגע למצבו עובר לניתוח. הנתבעים טענו כי גם לפני הניתוח סבל התובע מפגיעה קשה בפלג גופו התחתון. טענה זו השתיתו על רישום בדו"ח מסכם שנערך בעניינו של התובע כחודשיים לאחר הניתוח, ביום 22.10.2013 (המצוי בתיק הרפואי שהגישו הנתבעים). בדו"ח זה נכללות בדיקות קליניות המצביעות על כך שבאותה עת נמדד בגפיים התחתונות כוח הנע בין 2/5 לבין 2-3/5. הנתבע טען בתצהירו כי לפני הניתוח סבל התובע משיתוק בארבעת הגפיים, "יותר ברגליים עם התכווצויות וזה היה שישה חודשים לפני שהגיע לבית החולים" (סעיף 4 לתצהירו). עוד טען הנתבע כי לפני הניתוח



בית המשפט המחוזי בירושלים לפני כבוד השופט רם וינוגרד

2 במרץ 2022

ת"א 14078-04-20 פלוני נ' אגודת אלמקאסד האסלאמית לצדקה בירושלים

"התובע היה מסוגל לעמוד אבל הוא היה נופל ולא היה יכול ללכת" (סעיף 5 לתצהירו). בחקירתו הנגדית השיב הנתבע שקביעות אלה מושתתות על התיק הרפואי (עמ' 46 לפרוטוקול, שורות 11-12), אף שלדבריו "אני לא יודע אם כתבתי את זה" (שם, בשורה 10). אלא שלטענות עובדתיות אלה אין תמיכה כלשהי בתיק הרפואי. כאמור, הרישום הרפואי היחיד הנוגע לתובע שנערך קודם לניתוח הוא הרישום מיום 27.6.2013. ברישום זה, שנערך על ידי ד"ר חמידאת, שהנתבעים נמנעו מהבאתו לעדות באופן הפוגע בטענותיהם, נאמר שהתובע סובל מחולשה בגפיים עליונות ופיתח אטרופיה בשרירים וכי בנוסף לכך יש לו קושי בהליכה. הממצאים שתוארו בדו"ח מיום 22.10.2013 מוסבים, כך נראה גם מדרך הרישום, למצבו לאחר הניתוח. הם אינם עולים בקנה אחד עם הרישום הקודם לניתוח גם מהטעם שממצאים מעין אלה – כוח בגפיים התחתונות הנע בין 2/5 לבין 2-3/5 – תואמים לאדם שאינו מסוגל ללכת כלל (עמ' 20 לפרוטוקול, שורה 1). לפיכך לא ניתן לבסס קביעה עובדתית בסוגיה זו על יסוד עדות הנתבע או על יסוד רישום שנערך כחודשיים לאחר הניתוח ושיקף את מצבו באותה עת.

הנתבע התייחס בעדותו למצב התובע גם לאחר הניתוח, תוך שהוא טוען שבפועל היה התובע מסוגל ללכת לאחר הניתוח (סעיפים 21 ו-35 לתצהירו). טענה זו ביסס על בדיקה שביצע בתובע, לטענתו, כשנה אחרי הניתוח במרפאת חוף באבו דיס. אין לקבל את הטענה הנוגעת להישענות על ממצאי בדיקה נטענת זו. עניינה הועלה לראשונה במהלך חקירתו הנגדית, ומכאן שמדובר בעדות כבושה שמשקלה נמוך ביותר (לעניין משקלה וערכה של "עדות כבושה" ראו, בין היתר, יעקב קדמי **על הראיות** 504 (תשס"ט) 504; ע"פ 202/56 **פרקש נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד יא 677, 681 (1957); בש"פ 8386/13 **מולטקא נ' מדינת ישראל**, מיום 19.1.14, בפסקה 5 להחלטה; ע"פ 3263/13 **בן שטרית נ' מדינת ישראל**, מיום 19.3.17, בפסקאות א, ה-ז לפסק-דינו של כבוד המשנה לנשיאה רובינשטיין; ע"פ 2854/18 **משה נ' מדינת ישראל**, מיום 27.8.19, בפסקה 94 לפסק-הדין; ע"פ 7473/20 **מדינת ישראל נ' מחאמיד**, מיום 29.6.21, בפסקה 18 לפסק-הדין). יתירה מזו: גם לדברי הנתבע אין הוא יודע אם ערך רישום במהלך הבדיקה; ואין תיעוד התומך בכך שהיא נעשתה או בממצאים שנטען כי נמצאו בה (עמ' 45 לפרוטוקול, שורה 26 – עמ' 46 לפרוטוקול, שורה 2). אם בכך לא די, הרי שהטענה לפיה התובע מסוגל היה ללכת לאחר הניתוח אינה מתיישבת גם עם ממצאי הבדיקות שנערכו לו בבית החולים בחודשים שלאחר הניתוח. ממצאי בדיקות הכוח הגס בגפיו התחתונות בתקופה זו נעו בין 0/5 ל-3/5 ברגל ימין ובין 2/5 ל-3/5



בית המשפט המחוזי בירושלים לפני כבוד השופט רם וינוגרד

2 במרץ 2022

ת"א 14078-04-20 פלוני נ' אגודת אלמקאסד האסלאמית לצדקה בירושלים

ברגל שמאל, ממצאים שכשלעצמם אינם עולים בקנה אחד עם עדות הנתבע בנוגע ליכולת ההליכה של התובע (המומחה מטעם התובע הבהיר כי "זה מצב שהאדם לא יכול ללכת"; עמ' 19 לפרוטוקול, שורות 26-29 – עמ' 20 לפרוטוקול, שורה 1). לפיכך יש לדחות את טענות הנתבע בעניין מצב התובע לאחר הניתוח, טענות שלא בוססו מבחינה ראייתית.

30. המסקנה מכל אלה היא שיש לקבוע כי בעקבות הניתוח התדרדר מצבו של התובע ממצב המאפשר תפקוד, על אף המגבלה בידיים והקושי המסוים בהליכה, עד לכדי מצב של שיתוק מלא בפלג גוף תחתון, מגבלה קשה בתנועות הידיים ואי-שליטה מלאה בסוגרים.

ב. הפגיעה בכושר ההשתכרות והפיצוי בגינה

31. לתובע נכות רפואית ותפקודית בשיעור 100%, הכוללת שיתוק בפלג גוף תחתון ומגבלה משמעותית בתנועות הידיים. התובע נעדר השכלה, וכל חייו עסק בעבודות הדורשות אלמנט פיזי משמעותי. מכאן שבמצבו היום הוא נעדר כושר השתכרות. אלא שבקביעה זו אין כדי לסיים את דיון הנוגע להפסדי השכר בעבר ולגריעה מכושר ההשתכרות של התובע. זאת מהטעם שיש לבחון כיצד השפיע מצבו עובר לניתוח על יכולתו להשתכר. הובהר לעיל כי הצלחה של הניתוח לא היתה מביאה לשיפור במצבו אלא אך למניעת המשך ההתדרדרות. ממילא מתעוררת השאלה אם ועד כמה יכול היה התובע לעבוד עובר לביצוע הניתוח.

32. התובע ועדיו העידו שהוא עבד כרצף במשך שנים ארוכות. על פי עדותו, החל לעבוד כרצף "לפני 17 שנה" וקודם לכן עבד כחשמלאי (עמ' 35 לפרוטוקול, שורות 11-17). מהתצהיר של אחיו עולה כי האח עבד כרצף בישראל החל משנת 2010 – כשלוש שנים קודם לניתוח – והביא את התובע לעבוד עמו. מכאן שעדותו של האח תומכת, לכל היותר, בעבודה של התובע כרצף בישראל החל משנת 2010. הקבלן שהביא התובע לעדות ציין בתצהירו שהתובע עבד דרכו פעמים רבות בעבר "במקומות ובעבודות שונות בישראל", והזכיר פרויקט אחד של ריצוף 26 יחידות דיור שבוצע בשנת 2010 (סעיפים 3-4 לתצהירו). גם עדותו של התובע לא שפכה די אור על המועדים בהם הועסק על ידי אחיו ועל ידי הקבלן. בעדותו טען כי עבד כרצף במשך כ-15 שנים באזור נצרת (עמ' 35 לפרוטוקול, שורה 2), וכי העבודה באזור זה נעשתה עם אחיו, שקיבל תשלום לפי מ"ר ושילם לו תשלום יומי כולל (עמ' 36 לפרוטוקול, שורות 17-22). בד בבד העיד כי עבד



בית המשפט המחוזי בירושלים לפני כבוד השופט רם וינוגרד

2 במרץ 2022

ת"א 14078-04-20 פלוני נ' אגודת אלמקאסד האסלאמית לצדקה בירושלים

אצל הקבלן בשנת 2010, ובסך הכל עבד עמו כארבע שנים (עמ' 37 לפרוטוקול, שורות 18-15).

אחיו של התובע, שטען בתצהירו שעבד בישראל "עם היתר כניסה" (סעיף 4 לתצהירו) העיד שמעולם לא הוציא היתרי כניסה לישראל "כל התקופה שעבדתי בישראל הייתי נכנס לא חוקי", ורק בתקופה האחרונה הותרה כניסתו בשל גילו (עמ' 40 לפרוטוקול, שורות 18-19). לדבריו, עבד איתו התובע החל משנת 2010 ועד שעבר את הניתוח, וקודם לכן עבד עם קבלנים שונים או באופן פרטי (עמ' 41 לפרוטוקול, שורות 11-19). מעדות הקבלן עלה כי התובע עבד מטעמו גם בשנת 2012. נראה כי ניסיון לשלב את העדויות זו בזו מביא למסקנה לפיה עבד התובע כרצף באמצעות אחיו או באמצעות הקבלן משנת 2010 ועד לניתוח. קשה עד מאוד לבסס קביעה בנוגע למועד בו החל התובע לעבוד כרצף.

33. העדים מסרו גרסאות שונות בנוגע לשכר ששולם לתובע עבור יום עבודה. התובע טען בתצהירו כי שולם לו שכר יומי בין 500 ל-700 ₪ (סעיף 3 לתצהירו). בעדותו טען כי שולם לו שכר יומי של 400 ₪ בשנת 2012 (עמ' 34 לפרוטוקול, שורות 12-13; עמ' 37 לפרוטוקול, שורות 21-22). לדבריו, בחלק מהזמן עבד בנפת ג'נין ושם שולם לו סך 25 ₪ עבור מ"ר של ריצוף, כך שהכנסתו החודשית עמדה על 5,000 ₪ לערך (עמ' 36 לפרוטוקול, שורות 5-8). בהמשך עדותו טען כי בעבודות בשטחים השתכר כ-500 ₪ ליום (עמ' 38 לפרוטוקול, שורות 4-7), באופן שמעורר תהייה בקשר להיגיון הכלכלי של ביצוע עבודות בישראל בשכר נמוך יותר. יצוין כי סכום זה אינו מתיישב גם עם טענתו לפיה עלה בידו לרצף בין 40 ל-50 מ"ר ביום, שכן על פי חישוב זה גם בשטחי הרשות היתה אמורה הכנסתו היומית של התובע לעמוד על למעלה מ-1,000 ₪ (בחישוב לפי 25 ₪ ל-40 מ"ר).

בשונה מעדות התובע, שהעיד בחקירה הנגדית כי השתכר 400 ₪ ליום אצל אחיו, העיד האח כי שולם לתובע 500 ₪ ליום (עמ' 41 לפרוטוקול, שורות 23-24). גם האח טען כי במסגרת עבודות שביצע התובע בשטחי הרשות שולם לו סכום של 25 ₪ למ"ר.

הקבלן טען כי בשנת 2012 שולם לתובע סכום שנע בין 500 ל-600 ₪ ליום (עמ' 43 לפרוטוקול, שורות 18-19), כאשר גם עדות זו אינה עולה בקנה אחד עם עדותו של התובע. הוא הוסיף והעיד שבשטחי הרשות משלמים סכום של 15-20 ₪ למ"ר לרצף,



בית המשפט המחוזי בירושלים לפני כבוד השופט רם וינוגרד

2 במרץ 2022

ת"א 14078-04-20 פלוני נ' אגודת אלמקאסד האסלאמית לצדקה בירושלים

- אך הוא שילם לתובע סכום של 45 ₪ למ"ר כשזה ביצע עבודות בביתו (עמ' 44 לפרוטוקול, שורות 1-3).
34. הצד המשותף לכל העדויות כולן הוא שהן לא נתמכו בכל ראיה חיצונית. לא הוצגו תלושי שכר, אישורים על ביצוע תשלום או חשבונות בנק. העדים טענו שכל התשלומים בוצעו במזומן ולא נערכו תרשומות בהקשר זה. אין חולק כי לתובע לא ניתנו מעולם אישורי עבודה בישראל, ויש בכך כדי להעיב על העדויות מטעמו לפיהן עבד בישראל במשך תקופות ארוכות דבר יום ביומו. מכאן שהראיות בשאלת השתכרותו של התובע נשענות אך על עדויות אחיו וקבלן שעמו היה בקשרים, עדויות שאינן תואמות במדויק זו את זו ושנראה שניתנו על ידי אנשים המעוניינים בטובת התובע. נותרו גם סימני שאלה בנוגע למועדים בהם הועסק התובע בעבודה זו. במכלול זה קיים קושי רב בקביעה בעניין מועד והיקף השתכרותו של התובע כרצף עד שהפסיק לעבוד בעבודה זו. נראה שלכל היותר ניתן לקבוע שעולה מהעדויות כי עבודה כרצף, שהיא עבודה המצריכה מיומנות רבה יותר משל עובד כפיים רגיל, השיאה שכר העולה על השכר הממוצע במשק הפלסטיני.
35. כפי שהובהר לעיל, סבל התובע מפגיעה נוירולוגית משמעותית בידי החל משישה חודשים קודם לניתוח, והתקשה גם בהליכה. בנסיבות אלה לא ניתן להניח שהיה באפשרותו לעבוד כרצף. בעניין זה העיד הקבלן מטעמו של התובע כי "עבודת הריצוף היא אחת העבודות הקשות והמסובכות בענף הבניה אשר דורשת ניסיון, דיוק ומיומנות מיוחדת, והיא עבודה אשר דורשת מאמץ פיזי מיוחד. העבודה מתבצעת תוך כדי כריעה על ארבע למשך שעות רבות והיא דורשת כושר וכוח פיזי וסיבולת" (סעיף 8 לתצהירו). לנוכח תיאור זה של הקושי הפיזי הרב הכרוך בעבודה כרצף, יש לקבוע שכבר קודם לניתוח לא היה התובע מסוגל לביצוע עבודה זו. מאחר שנקבע שהצלחה של הניתוח היתה באה לידי ביטוי בכך שמצבו היה נותר בעינו, ללא החמרה נוספת, יש לקבוע כי כבר קודם לניתוח לא היה התובע מסוגל להמשיך ולעבוד כרצף.
36. ספק אם מצבו הרפואי של התובע עובר לניתוח אפשר לו לבצע עבודת כפיים מכל סוג שהוא. בנסיבות אלה, וכאשר מדובר באדם נטול השכלה, שתעסוקתו לאורך השנים התמקדה בעבודות המצריכות מאמץ פיזי, קיים קושי מובנה בהערכת הנזק שנגרם לתובע בתחום התעסוקתי בעקבות התדרדרות מצבו. לכל היותר ניתן לקבוע כי יתכן שבמצבו הרפואי הלא פשוט עובר לניתוח מסוגל היה התובע לבצע עבודות קלות. אין



בית המשפט המחוזי בירושלים לפני כבוד השופט רם וינוגרד

2 במרץ 2022

ת"א 14078-04-20 פלוני נ' אגודת אלמקאסד האסלאמית לצדקה בירושלים

להניח כי במצב דברים זה היה התובע זוכה לקבל היתר לעבוד בישראל, שעה שהיתרים אלה ניתנים, דרך כלל, לעובדים ששירותיהם נחוצים לעבודות הכוללות רכיב פיזי משמעותי. מכאן שיש לאמוד את הפסדי השכר בעבר ואת הגריעה מכוסר ההשתכרות על בסיס השכר בשטחי הרשות הפלסטינית.

את הפסדי השכר יש לחשב עד לגיל הפרישה במשק הפלסטיני. בפסיקה נקבע כי גיל הפרישה במשק הפלסטיני עומד על 60 (ת"א (מחוזי ת"א) 15-01-30640 פלונית נ' כץ, מיום 17.5.20, בפסקאות 19-21 לפסק-הדין, להלן: עניין כץ; פסק-הדין אושר בבית המשפט העליון בע"א 4258/20 פלונית נ' פלוני, מיום 25.10.20, להלן: הלכת פלונית). המומחה מטעם התובע אישר כי זה אכן גיל הפרישה בשטחי הרש"פ (עמ' 23 לפרוטוקול, שורות 3-5).

37. סוגיית השכר הממוצע במשק הפלסטיני נדונה פעמים מספר בבית המשפט העליון בעשור האחרון, כאשר לאורך שנים חזרה ונשנתה הקביעה לפיה השכר הממוצע בשטחי הרשות עומד על 2,000 ₪ לחודש. בסיס שכר זה נקבע בע"א 8960/06 טמיזה נ' מנורה חברה לביטוח בע"מ, מיום 5.5.10, בפסקאות ט"ז-י"ח לפסק-הדין (להלן: הלכת טמיזה), אך נראה שהוא מוסב לשנת 2006; בע"א 7113/10 עלושי נ' מסרי, מיום 24.3.11, התערב בית המשפט העליון בקביעת בית המשפט המחוזי שהתבססה על השכר לאקדמאים, והשתית את החישוב על בסיס שכר של 2,000 ₪ לחודש תוך קביעה כי כך עולה מהנתונים שהוצגו לפני בית המשפט המחוזי; בע"א 7684/10 רדואן נ' קרנית, מיום 29.12.11, אישר בית המשפט העליון את הקביעה לפיה בסיס השכר לחישוב הפיצויים לצעיר בן 20 שהתגורר בשטחי הרשות הוא 2,000 ₪, תוך קביעה כי בסיס שכר זה הוא השכר הממוצע בשטחי הרשות הפלסטינית; ובע"א 3527/15 הקרן הפלסטינית לפיצוי נפגעי תאונות דרכים נ' שמסיה, מיום 1.11.16, נקבע כי יש לאמוד את בסיס שכרו של הניזוק לפי כפל השכר הממוצע בשטחי הרשות "היינו 4,000 ₪ לחודש". המשותף לקביעות אלה הוא שהן ניתנו לפני שנים אחדות, ויש להניח כי התבססו על ראיות מאותה עת.

קביעה אחרת, מהעת האחרונה, עולה מפסק-דינו של בית המשפט המחוזי בתל-אביב בעניין כץ, שאושר בהלכת פלונית. באותו עניין נקבע כי "לפי עדות המומחה מטעם הנתבעים, וכפי שהסכימו הנתבעים בסיכומיהם, השכר הממוצע במשק לתושב הרשות עומד כיום על כ-2,700 ₪ לחודש (122 ₪ ליום)" (עניין כץ, בפסקה 18 לפסק-הדין).



בית המשפט המחוזי בירושלים לפני כבוד השופט רם וינוגרד

2 במרץ 2022

ת"א 14078-04-20 פלוני נ' אגודת אלמקאסד האסלאמית לצדקה בירושלים

בית המשפט העליון אישר את קביעות בית המשפט המחוזי, בין היתר "בנוגע לשכר הממוצע ברש"פ", תוך קביעה שאלה התבססו על "חוות דעת וראיות שונות" (הלכת פלונית, בפסקה 5 לפסק-הדין).

38. במקרה שלפני לא הוצגו ראיות ישירות בנוגע לשכר הממוצע במשק הפלסטיני. המומחה מטעם התובע התמקד בחוות-דעתו בשכר הממוצע המשולם לתושב הרש"פ המועסק כדין על ידי מעביד ישראלי בתחום הבנייה. את מסקנותיו ביסס המומחה על דו"ח של ארגון העבודה הבינלאומי משנת 2021, הכולל נתונים בדבר השכר הממוצע במשק הפלסטיני בשנת 2019 (הדו"ח עוסק בהרחבה בהשפעת מגפת הקורונה על המשק הפלסטיני משנת 2020 ואילך, ראו: International Labour Conference, *The situation of workers of the occupied Arab territories* (2021). עיון בדו"ח – שאינו מסמך רשמי של הרש"פ – מעלה כי על פי הנתונים שהונחו לפניו עמד השכר הממוצע ליום עבודה בשטחי הרשות ביו"ש בשנת 2019 (קודם למשבר בעקבות מגפת הקורונה) על כ-140 ש"ח ובעזה על כ-70 ש"ח (טבלה 2.4 בפסקה 64 שבעמ' 25 לדו"ח).

המומחה לא הבהיר מה התוקף שניתן להעניק לפרסום של ארגון העבודה הבינלאומי ומה השכר שפורסם בפרסומים רשמיים של הרש"פ. הוא השיב כי הנתונים הסטטיסטיים המפורסמים על ידי הרשות הם "מאד דלים", וכי הוא יכול לחפש בחוברת אבל "אני לא חושב שיש תיעוד" המעניק תשובות לשאלות שהופנו אליו (עמ' 24 לפרוטוקול, שורה 28 – עמ' 25 לפרוטוקול, שורה 4). בהינתן כל אלה, המרב שניתן לקבוע הוא כי הנתונים עליהם התבסס המומחה מטעם התובע עולים לכאורה בקנה אחד עם הנתונים שנקבעו בעניין כץ, לכל הפחות ככל שמדובר בתושבי הרש"פ משטחי איו"ש (להבדיל מתושבי עזה).

39. עניין נוסף שיש לתת לו את הדעת בהקשר זה, בפרט שעה שמדובר באדם שקיים קושי להעריך אם היה מסוגל להשתלב במשק העבודה, נוגע לשיעור האבטלה במשק הפלסטיני. מהדו"ח עליו התבסס התובע עולה כי שיעור האבטלה במשק העבודה בשטחי הרש"פ עומד על כ-25% (טבלה 2.1 בפסקה 51 שבעמ' 19-20 לדו"ח). גם לסוגיה זו יש להעניק משקל בעת פסיקת הפיצוי לתובע.

40. בהינתן כל אלה, ולנוכח אי הבהירות הנוגעת לאפשרות שהתובע היה מסוגל להשתכר במומו עובר לתאונה, הגעתי למסקנה לפיה יש לפסוק לו פיצוי על דרך האומדן, הנשען



בית המשפט המחוזי בירושלים לפני כבוד השופט רם וינוגרד

2 במרץ 2022

ת"א 14078-04-20 פלוני נ' אגודת אלמקאסד האסלאמית לצדקה בירושלים

על בסיס השכר הממוצע בשטחי הרשות ומעניק משקל לכל האמור לעיל. במכלול זה אני פוסק לתובע סכום של 100,000 ₪ בגין הפסדי השכר בעבר והגריעה מכושר ההשתכרות עד לגיל 60.

לסכום זה אין להוסיף פיצוי בגין זכויות סוציאליות, שעה שלא נטען ובוודאי שלא הוכח כי בפועל הופרשו עבור התובע בעבר הפרשות לצורך זה, וכאשר גם המומחה מטעם התובע לא ידע לומר אם בשטחי הרשות קיימת חובה חוקית לבצע הפרשות לצורך זכויות סוציאליות מעין אלה (עמ' 23 לפרוטוקול, שורות 6-8; והשוו הלכת **טמיזה**, בפסקה י"ט לפסק-הדין; הלכת **פלונית**, בפסקה 5 לפסק-הדין).

ג. נזק לא ממוני

41. בעקבות הניתוח הפך התובע מאדם מתפקד – אף אם סבל ממגבלות רפואיות ואורתופדיות מסוימות – לאדם המרותק לכסא גלגלים, סובל מהגבלה ממשית בתנועות ידיו, ואינו שולט בצרכיו.

42. כידוע, הערכת הפיצוי בגין הנזק הלא ממוני היא משימה קשה, הן בשל הקושי העיוני שביסוד ראש נזק זה והן בשל הקושי לתרגם לערכים כספיים את שיעורו של הנזק (ע"א 6978/96 **עמר נ' קופת חולים הכללית של ההסתדרות**, פ"ד נה(1) 920, 930 (1999); ע"א 7130/01 **סולל בונה נ' תנעמי ואח'**, פ"ד נח(1) 1, 27 (2003)). הד להתלבטות הקשה הכרוכה בקביעת הפיצוי הראוי בגין הנזק הלא ממוני שנגרם לנפגע ניתן למצוא בדבריו הקולעים של כבוד השופט [כתוארו אז] חשין, לפיהם: "כיצד זה אפשר להעריך, במדוייק או אפילו בקירוב, בכסף או בשווה-כסף את הכאב והסבל או את הצער והבושה של אדם שנקטעה ידו או רגלו?" (ע"א 70/52 **גרוסמן נ' רוט**, פ"ד ו 1242, 1254 (1952)). על אף זאת, שומה על בית המשפט לאמוד את הפיצוי הראוי על פי נסיבותיו של המקרה שלפניו, תוך שאיפה להביא לכך שהפיצוי ישקף את הנזק האמיתי שנגרם לנפגע (ע"א 9927/06 **פלוני נ' מדינת ישראל**, מיום 18.1.15, בפסקה ד לפסק-דינו של כבוד השופט רובינשטיין [כתוארו אז]), ומתוך התחשבות בשיעור הנכות, טיבה והשפעתה על הנפגע. יש להבהיר בהקשר זה שכיום אין עוד כל חולק כי אין להקיש לעניין גובה הפיצוי מהסכומים שנקבעו כפיצוי לנזק הלא ממוני במסגרת חוק הפיצויים לנפגעי תאונות דרכים, התשל"ה-1975 והתקנות שתוקנו מכוחו (ראו ע"א 398/99 **קופת חולים נ' לאה דיין**, פ"ד נה(1) 768, 765 (1999); ע"א 10566/05 **שלג נ' אמיר חברה להנדסה**, מיום 26.2.09, בפסקה 12), לא בדרך של מכפלה ולא בדרך



בית המשפט המחוזי בירושלים לפני כבוד השופט רם וינוגרד

2 במרץ 2022

ת"א 14078-04-20 פלוני נ' אגודת אלמקאסד האסלאמית לצדקה בירושלים

אחרת (ע"א 9927/06 הנ"ל, בפסקה ג לפסק-הדין). עוד יש לזכור כי הערכת הפיצוי בגין הנזק הלא ממוני "נעשית על-פי המבחנים הנהוגים ביחס לניזוק ישראלי" כך שאומדן הפיצוי בגין כאב וסבל יחושב "על-פי אמות המידה הישראליות" המשקפות את "ההערכה הישראלית בעניין זה", ללא התחשבות במוצאו ואזרחותו של הנפגע (ע"א 702/87 מדינת ישראל נ' ג'ון כהן, פ"ד מח(2) 705, 727 (1994)).

43. על יסוד כל אלה, ותוך מתן משקל הן למצבו הרפואי והתפקודי של התובע עובר לפגיעה, הן לפגיעה הקשה שנגרמה לו בעקבות הניתוח, כמו גם לתקופה הלא קצרה שחלפה מאז האירועים ולתוחלת חיי התובע, הגעתי למסקנה לפיה יש לפסוק לו סכום של 700,000 ₪ בגין הנזק הלא ממוני. יובהר כי התובע לא טען לקיצור תוחלת חיים (עמ' 50 לפרוטוקול, שורה 25).

אין מקום לפיצוי נוסף בגין פגיעה באוטונומיה כנטען בסיכומי התובע (עמ' 51 לפרוטוקול, שורות 19-22). עניינה של הפגיעה הנטענת באוטונומיה הוא באי מתן הסכמה מדעת. אלא שנקבע כי אין מקום לפיצוי בגין פגיעה באוטונומיה בגין נזק שנגרם בשל אי מתן הסכמה מדעת (ע"א 2278/16 פלונית נ' מדינת ישראל, מיום 12.3.18, בפסקאות 20 ואילך). יוער כי אף אם היה מקום לפיצוי כלשהו בגין הפגיעה באוטונומיה במקרה מעין זה, שיעורו היה נקבע בסכום נמוך, כפי שהובהר בהרחבה בפסק-דיני בת"א (מחוזי י-ם) 3053/09 ע.א. נ' מדינת ישראל, מיום 3.2.16.

T. עזרה וטיעון

44. נקבע לעיל כי עובר לניתוח סבל התובע ממגבלות מסוימות, אך אלה לא מנעו ממנו מלתפקד באופן סביר בחיי היומיום. כתוצאה מכישלון הניתוח חלה החמרה ניכרת במצבו, ומאדם מתפקד הפך התובע לאדם התלוי בעזרת הזולת. הוא מתנייד ממקום למקום באמצעות כסא גלגלים, אינו שולט בצרכיו, ומתקשה בשימוש בידיו גם לצורך ביצוע פעולות פשוטות.

אין חולק שהתובע לא נעזר בעזרה בשכר מאז התאונה ועד היום. התובע טוען כי מצב דברים זה נכפה עליו מחמת חסרון כיס. בני ביתו, ובראש ובראשונה רעייתו, הם שמושיטים לו את העזרה המרובה לה הוא נזקק. ב"כ התובע טען בסיכומיו כי בנסיבות אלה יש לפסוק לתובע פיצוי שיחושב על בסיס חודשי של 5,000 ₪ לעבר ולעתיד. בסיכומי התשובה שינה טעמו וטען כי יש לפסוק לו סכום של 6,000 ₪ לחודש



בית המשפט המחוזי בירושלים לפני כבוד השופט רם וינוגרד

2 במרץ 2022

ת"א 14078-04-20 פלוני נ' אגודת אלמקאסד האסלאמית לצדקה בירושלים

(באופן שאינו מתיישב עם אופיים של סיכומי תשובה, שנועדו אך להגיב לסיכומי הנתבעים ולא להעלות טענות חדשות. הנתבעים טענו כי עלות העזרה לחודש בשטחי הרשות נמוכה, ולנוכח תפיסתם את מגבלותיו של התובע הם סבורים כי די בסכום של 1,000 ₪ לחודש כדי לשכור עזרה בשכר. מאחר שבני משפחתו הם שמסייעים לו בפועל, סבורים הנתבעים שיש לפסוק לו פיצוי בסכום של 500 ₪ לחודש בלבד.

45. התובע הוא תושב הרשות. לפיכך חל לעניינו הכלל לפיו סכום הפיצויים תחת ראשי הנזק השונים (למעט לעניין הנזק הלא ממוני) יחושב לפי מקום מושבו. בכלל זה נקבע כי העלויות השונות לצורך חישוב ראשי הנזק "כמו עזרת צד ג", נקבעות אפוא על פי העלויות הריאליות במקום מושבו של הנפגע, ובמקרה שלפנינו, על פי העלויות בשטחי הרש"פ" (הלכת פלונית, בפסקה 5 לפסק-הדין; וראו ע"א 8236/09 אלמג'מועה אלאהלייה חב' לביטוח בע"מ נ' אבו גלידאן, מיום 30.12.10, בפסקה 5 לפסק-הדין).

46. לו היה התובע אזרח ישראלי המתגורר בישראל היה מחושב הפיצוי לו הוא זכאי תחת ראש נזק זה כנגזרת מאמת המידה שנקבעה בעניינם של נכים קשים בהלכת אקסלרד (ע"א 3375/99 אקסלרד נ' צור שמיר חברה לביטוח בע"מ, פ"ד נד(4) 450 (2000)). בהתאם לאמת מידה זו, עומד הפיצוי החודשי לאדם שאינו מתפקד כלל על סכום של 16,500 ₪ נכון להיום (לשערוך הסכום ראו ע"א 1197/20 פלוני נ' המאגר הישראלי לביטוח רכב (הפול), מיום 16.11.21, בפסקה 7 לפסק-הדין). עם זאת, נקבע כי יש מקום להפחית מסכום זה שעה שמדובר באדם שאינו משותק בכל גפיו. כך נקבע כי אדם המשותק בפלג גוף תחתון, נזקק לצנתורים וסובל מחולשה ביד שמאל זכאי לפיצוי בסכום של 9,500 ₪ (ע"א 3590/08 המאגר הישראלי לביטוחי רכב בע"מ נ' פת, מיום 13.5.10, בפסקאות 8-9 לפסק-הדין), ופיצוי בסכום דומה נפסק שנים מספר לאחר מכן לאדם המשותק בפלג גופו התחתון ונדרש לצנתר עצמו פעמים מספר ביום (ע"א 8074/15 פלוני נ' המאגר הישראלי לביטוח רכב, מיום 22.5.16, בפסקה 8 לפסק-הדין). נראה, אם כן, שלאזרח ישראלי במצב הזהה לזה של התובע היה נפסק פיצוי חודשי בסכום של כ-10,000 ₪.

47. אלא שספק רב אם אמת המידה שנקבעה בהלכת אקסלרד יכולה לשמש כבסיס ממנו ייגזר הפיצוי שיש לפסוק לתושב הרש"פ בגין עזרת צד שלישי. זאת אף מבלי להידרש לשאלה אם במקרה של התחקות אחר הנגזרת המתאימה מהסכום שנפסק בהלכת אקסלרד ההשוואה הרלוונטית היא בין השכר הממוצע בכל אחד מהמשקים



בית המשפט המחוזי בירושלים לפני כבוד השופט רם וינוגרד

2 במרץ 2022

ת"א 14078-04-20 פלוני נ' אגודת אלמקאסד האסלאמית לצדקה בירושלים

הרלוונטיים או שמא יש מקום להשוואה יחסית אחרת. הטעם לקביעה זו הוא שאמת המידה שנקבעה בהלכת **אקסלרד** חושבה על בסיס הנחות יסוד שאינן מתאימות למשק הפלסטיני. דרך החישוב בהלכת **אקסלרד** התבססה על ההנחה כי יועסק עובד זר לצורך הושטת העזרה היומיומית לנפגע; קיימת אפשרות כי העלויות הכרוכות בכך יגדלו עם השנים; יש להביא בחשבון את העלויות הכרוכות בעובד מחליף במהלך חופשות או תקופות ביניים; ויש לתת משמעות כלכלית למגורי העובד בבית הנפגע ולעלויות של "צורכי היומיום של העובד, כמו מזון, מים, כביסה וכיוצא באלה" (הלכת **אקסלרד**, בעמ' 458-459). הנחות אלה אינן תקפות שעה שמדובר בשטחי הרש"פ. אין חולק כי הסיעוד הניתן בשטחי הרשות אינו מוענק על ידי עובדים זרים. יש אפוא לחשב את הפיצוי על פי עלות משרה של עובד מקומי, תוך התאמות ראויות. בכלל אלה יש להביא בחשבון מחד גיסא את העובדה שעובד סיעוד נדרש להושיט עזרה בכל ימות השנה ולא במשך שישה ימים בשבוע בלבד (המומחה מטעם התובע אישר כי השכר הממוצע במשק הפלסטיני מחושב על יסוד שישה ימי עבודה בשבוע – עמ' 24 לפרוטוקול, שורות 20-22). מאידך גיסא יש לזכור כי שעה שמדובר בשכירת עובד "רגיל" אין מקום לפיצוי עבור מגורי העובד ולכל הפחות גם עבור חלק ניכר מעלויותיו השוטפות. במקרה דנא, לנוכח טיב המגבלות מהן סובל התובע, אין גם צורך בשהות של עובד בשעות הלילה.

בנסיבות דומות למדי למקרה דנא, קבע בית המשפט המחוזי בחיפה כי יש לפסוק לנפגע שנותר כשהוא משותק בפלג גוף תחתון ואינו שולט בצרכיו, פיצוי חודשי בסכום של 6,000 ₪ (ת"א (מחוזי חי') 59355-09-16 פלוני נ' יצחק שטרן ושות' בע"מ, מיום 19.07.22). אלא שבאותו עניין נקבע כי קיימת אפשרות שהתובע יעבור להתגורר בישראל, ועובדה זו הביאה להגדלת הפיצוי.

48. על רקע כל האמור לעיל הגעתי למסקנה לפיה יש לפסוק לתובע פיצוי בגין עזרה וסיעוד בסכום של 5,000 ₪ לעבר ולעתיד, כמבוקש על ידו. סכום זה מכסה, בקירוב, את העלות המשוערת של שני עובדים מקומיים במשרה מלאה. יש בו לתת מענה ראוי לצרכיו של התובע לאורך כל ימות השנה, וזאת מתוך הנחה שהוא אינו זקוק להשגחה מתמדת אלא לסיוע במשך שעות מספר בכל ערב ובוקר.

סכום זה ייפסק גם עבור עזרת בני המשפחה בעבר. לעניין זה יש להזכיר כי יש לפצות את בני המשפחה על הוצאות שהוציאו בעין או במעשה בעזרה ובטיפול שהושיטו



בית המשפט המחוזי בירושלים לפני כבוד השופט רם וינוגרד

2 במרץ 2022

ת"א 14078-04-20 פלוני נ' אגודת אלמקאסד האסלאמית לצדקה בירושלים

לנפגע, שהרי המזיק אינו יכול להרוויח מכך שבני המשפחה יטפלו בנפגע ללא תמורה (ע"א 1164/02 קרנית נ' בן חיון, מיום 4.8.05, בפסקה 11 לפסק-הדין; רע"א 7361/14 פלונית נ' פלוני, מיום 6.1.15, בפסקה 10 להחלטה; ע"א 8918/14 פלונית נ' פלוני, מיום 27.7.15, בפסקה 7 לפסק-הדין, ורבים אחרים). פיצוי זה משולם לנפגע עצמו מכוח הקונסטרוקציה בדבר המחאת זכות או בשל קיומה של חובה מוסרית להשבה (ראו לדוגמה ע"א 370/79 פרפלוצ'יק נ' מוטס, פ"ד לד(3) 551, 554-553 (1980)). בפסיקה העדכנית אף הועלתה הדעה לפיה גם כאשר בן המשפחה נותן את ההטבה בתורת מתנה ושלא על מנת לקבל החזר, עדיין מוטלת על המזיק החובה לשלם את ערך אותה הטבה לניזוק (ע"א 7099/16 פלוני נ' רוזנר, מיום 8.8.19; רע"א 4474/20 נון נ' הרשקוביץ, מיום 1.11.20).

49. לפיכך יש לפסוק לתובע פיצוי בסכום של 560,000 ₪ בגין עזרה וסיעוד בעבר (הסכום כולל הפרשי הצמדה וריבית עד למועד מתן פסק-הדין), וסכום של 900,000 ₪ בגין עזרה וסיעוד בעתיד. סכום זה מביא בחשבון את סימני השאלה בנוגע לתוחלת החיים הצפויה של התובע אף ללא הניתוח, כמו גם את ההנחה כי בשנים האחרונות נזקק כל אדם לעזרה מוגברת, ועל אחת כמה וכמה שכלל זה חל לגבי מי שסבל ממגבלה כבר בעשור החמישי לחייו (קודם לניתוח).

ה. הוצאות, ניידות, התאמת דיור

50. התובע לא הגיש חוות-דעת שיקומית ואף לא הגיש חוות-דעת בנוגע לעלויות בשטחי הרשות הפלסטינית להוצאות שונות (דוגמת עלות כסא גלגלים והחלפתו, חיתולים חד-פעמיים, משחות וכד') או בנוגע להוצאות הניידות. מאחר שהובהר לעיל כי הפיצוי עבור ראשי הנזק השונים אמור להיות מחושב על פי מקום מושבו של הנפגע, והפסיקה שהוזכרה לעיל הבהירה כי העלויות בשטחי הרשות נמוכות משמעותית מאלה שבישראל, קיים קושי של ממש לאמוד את הפיצוי הראוי תחת ראשי נזק אלה.

אשר לסוגיית התאמת הדיור, נראה שלכל היותר יש צורך בהתאמה מינימלית למדי. התובע העיד כי הוא מתגורר בבית צמוד קרקע שבבעלותו, ששטחו הוא 200 מ"ר (עמ' 36 לפרוטוקול, שורה 29 – עמ' 37 לפרוטוקול, שורה 4). מכאן שלכאורה אין צורך בהתאמת הכניסה לבית. בתצהירו לא טען התובע כי הוא נתקל בבעיה כלשהי בכניסה לבית או בתנועה בו, והזכיר רק את הקושי במעברים מכסא הגלגלים למיטה ואת הקושי שהוא חווה במהלך מקלחת (סעיף 17 לתצהירו). בנסיבות אלה יש לקבוע כי



בית המשפט המחוזי בירושלים לפני כבוד השופט רם וינוגרד

2 במרץ 2022

ת"א 14078-04-20 פלוני נ' אגודת אלמקאסד האסלאמית לצדקה בירושלים

התובע לא הוכיח שיש צורך בהתאמת בית המגורים לצרכיו, ובוודאי לא הוכיח מה העלויות הנדרשות לכך.

51. במקרה מעין זה, נראה שיש מקום לפסוק את הפיצוי על דרך האומדנא (השוו ע"א ע"א 6581/98 זאבי נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(6) 1, 10-11 (2005); ע"א 10508/08 דור זהב חברה לקבלנות בנין והשקעות בע"מ נ' הול"ל הרצליה, מיום 4.2.10, בפסקה 61 לפסק-הדין; וראו בהרחבה בע"א 153/04 רובינוביץ נ' רוזנבוים, מיום 6.2.06, בפסק-דינו של השופט [כתוארו אז] רובינשטיין). גם לשיטה ה"מחמירה" בפסיקת פיצויים על דרך האומדן, הרי ש"מקום בו הוכיח התובע 'בנתונים סבירים' את נזקיו, רשאי בית המשפט להסתמך על נתונים אלו לשם ביצוע אומדנא" (ראו דברי כבוד השופטת [כתוארה אז] נאור בהילכת רובינוביץ; והשוו רע"א 4630/10 כהן נ' מינהל מקרקעי ישראל, מיום 6.10.10, בפסקה 15(א) להחלטה). בהקשר זה נקבע כי הנטייה להעניק פיצוי על דרך האומדנא תגבר כאשר ברי שהנפגע סבל נזק של ממש, והפער בין הערכה בדרך של אומדן ובין הערכה על פי ראיות מוצקות אינו פער גדול במיוחד (ע"א 769/86 רובינשטיין ושות', חברה קבלנית בע"מ נ' זמרון, פ"ד מב(3) 581, 589-590 (1988); ע"א 8588/06 דלג'ו נ' אכ"א לפיתוח בע"מ, מיום 11.11.10, בפסקה 27 לפסק-הדין; ע"א 1172/13 שרוט נ' וינר, מיום 15.3.15, בפסקה 31 לפסק-הדין; ע"א 909/16 פרי נ' לוי, מיום 27.2.19, בפסקה 25 לפסק-הדין של השופט אלרון), והשימוש בו במקרים אלה "לא נעשה כחלק מכלל משפטי מרכזי, אלא בא בעיקר כדי ליתן תשובה ראויה במקרים קונקרטיים" (דנ"א 4693/05 ביי"ח כרמל-חיפה נ' עדן מלול, מיום 29.8.10, בפסקה 16 לפסק דינו של כבוד השופט [כתוארו אז] גרוניס; ע"א 1716/09 יעקובי נ' בנק דיסקונט לישראל, מיום 28.6.10, בפסקה 6 לפסק-הדין).

52. התובע זקוק לכסא גלגלים לצורך התניידות בביתו ומחוצה לו, ודרכו של כסא מעין זה להתבלות לאחר שנים מספר. יש להניח כי הוא נזקק גם לכסא רחצה, ולמזרון מתאים. לכך יש להוסיף את העלויות המשוערות לחיתולים חד פעמיים ולכל הנצרך בהקשר זה. לכל אלה יש להוסיף הוצאות ניידות, ולו בשיעור מופחת עד מאוד מזה המקובל בישראל. לנוכח כל אלה, הגעתי למסקנה לפיה יש לפסוק לתובע סכום כולל של 180,000 ₪ עבור ההוצאות השונות והוצאת הניידות, לעבר ולעתיד, וכל זאת על דרך האומדן הגלובאלי ו"על הצד הנמוך והבטוח, לשם שמירה על האיזון הראוי" (ע"א 6720/99 פרפרה נ' גולדו, מיום 28.8.05, בפסקה 9 לפסק-הדין; ע"א 8380/03 קרנית נ' סאמר עבדאלולי, מיום 8.12.05, בפסקה ו(11) לפסק-הדין).



בית המשפט המחוזי בירושלים
לפני כבוד השופט רם וינוגרד

2 במרץ 2022

ת"א 14078-04-20 פלוני נ' אגודת אלמקאסד האסלאמית לצדקה בירושלים

סוף דבר

53. התביעה מתקבלת. הנתבעים ישלמו לתובע את הסכומים דלהלן:

א. הפסדי שכר - עבר ועתיד	₪ 100,000
ב. נזק לא ממוני	₪ 700,000
ג. עזרה וסיעוד - עבר ועתיד	₪ 1,460,000
ד. הוצאות וניידות	<u>₪ 180,000</u>
ה. סה"כ	₪ 2,340,000

54. הסכומים כולם כוללים הפרשי הצמדה וריבית עד למועד מתן פסק-הדין. לסכום שהתקבל יש להוסיף שכ"ט עו"ד בשיעור כולל של 23.4% וכן את הוצאות המשפט. הסכום ישולם בתוך 30 יום, שאם לא כן הוא ישא הפרשי הצמדה וריבית כדין מיום מתן פסק-הדין ועד ליום התשלום בפועל.

המזכירות תשלח העתק מפסק-הדין לב"כ הצדדים.

ניתן היום, כ"ח באדר א' התשפ"ב, 2 במרץ 2022, בהעדר.

רם וינוגרד, שופט