

ג'נימאת

נגד

1. המכונה "עמי" עובד שירות הביטחון הכללי

2. המכונה "ג'אן"

3. המכונה "טארק"

4. המכונה "מרקו"

5. המכונה "עדנאן"

6. המכונה "מופז"

7 ראש שירות הביטחון הכללי

8. מפקד תחנת המשטרה במגרש הרוסים

9. האחראי על המרפאה תחנת המשטרה מגרש הרוסים

10. מדינת ישראל

בית המשפט המחוזי בירושלים

[27.11.05]

לפני: כב' השופט משה דרורי

בשם התובע - עו"ד גבעון עמוס

בשם הנתבעים - עו"ד דניאל פרשקר

החלטה

כללי

1. מהו שיעור הפיצוי בגין נזק פיזי ונפשי אשר, לטענת התובע, נגרם לו על ידי הנתבעים, כאשר היה במעצר? זו השאלה שבה תעסוק החלטה זו.
2. החלטה זו ניתנת לפני שהוכרעה השאלה האם יש אחריות לנתבעים על הנזקים הנטענים. כפי שיבואר להלן, הצדדים בחרו דרך דיונית זו, מתוך הערכה כי לאחר שידעו מהו השיעור הכספי של הפיצוי, כפי שייפסק על ידי בית המשפט (לאחר שמיעת הראיות וסיכומים), יקל עליהם לנהל משא ומתן בדבר עצם החבות.
3. נציג תחילה את הרקע העובדתי ואת הסכמות הצדדים, ולאחר מכן, נדון בכל אחד מפרטי הסכומים הנתבעים, כאשר קודם לכן נקדיש דיון, לא קצר, להיבט המשפטי של קביעת ראשי הפיצויים בשל המחלוקת בין הצדדים בסוגייה זו.

רקע עובדתי

4. התובע, יליד 21.6.1953, תושב הכפר צוריף שלייד חברון, נעצר ביום 10.4.1997 על ידי גופי הביטחון של הנתבעת 10, היא מדינת ישראל, בשל חשד לפעילות בארגון ה"חמאס". מעצרו של התובע - בבית המעצר מגרש הרוסים בירושלים - ארך כ- 55 ימים, עד להגשת כתב אישום כנגדו, ביום 9.6.1997.
5. לטענת התובע, בכתב תביעתו, אמצעי החקירה בהם נקטו הנתבעים כנגדו במשך אותם ימי המעצר, הם אלה (סעיף 11 לכתב התביעה):

(א) מניעת שינה;

(ב) מניעת מזון, משקה ורחצה;

(ג) מכות ובעיטות;

(ד) איומים והשפלות;

(ה) בידוד מוחלט;

(ו) החזקת וקשירת התובע בתנחות מכאיבות ("שבאח") לימים רצופים;

(ז) הכרחת התובע לכרוע עד התמוטטות(גאמבז);

(ח) חשיפת התובע לתנאי קור קיצוניים באמצעות מזגן למספר ימים רצופים;

(ט) איזוק מכאיב לתקופה ממושכת בידי, רגליו וזרועותיו;

(י) גרירת התובע על הרצפה;

(יא) כיסוי ראשו בשק עבה (מבד) ומסריח לימים רצופים;

(יב) כליאת התובע בתא זעיר (ארון);

יצוין ויובהר כבר עתה כי נקיטת אמצעים אלה או מי מהם כלפי התובע לא הוכחה כלל ועיקר והפירוט האמור נשען באופן מוחלט על טענות התובע בלבד. טענות אלה, נכון להיום, אינן מבוססות על ראיות כלשהן, שטרם הגיע מועד הגשתן. המדינה מכחישה את טענות התובע. למותר לציין כי אף הראיות והעדים מטעם המדינה לא הובאו והם יוצגו לבית המשפט רק בשלב הבא, אם זה יתקיים (ראה פסקה 13 לעיל).

6. במסגרת עיסקת טיעון, הודה התובע באחזקת אמל"ח שלא כדין ונידון על ידי בית המשפט הצבאי ל- 90 ימי מאסר בפועל (מיום מעצרו 10.4.1997) וכן למאסר על-תנאי. התובע שוחרר מן המאסר ביום 8.7.1997.

תמצית ההליכים וההסכמות שבין הצדדים

7. כשנה לאחר שחרורו, ביום 28.9.98 הגיש התובע תביעה זו ובה טען כי במהלך מעצרו נחקר ועונה על ידי שלוחיה של הנתבעת 10, הם הנתבעים 1-9, באופן שגרם לו נזק פיזי ונפשי לצמיתות. עבור נזק זה ביקש התובע פיצוי לעבר ולעתיד. כן ציין התובע בכתב תביעתו כי בשל העינויים, שלטענתו נגרמו לו על ידי הנתבעים, נאלץ לעבור ניתוח בברכו בשל קרע במיניסקוס. ניתוח זה נעשה ביום 22.11.97, דהיינו: כארבעה חודשים לאחר שחרורו מן המאסר.

לכתב התביעה צרף התובע את חוות דעתו של ד"ר סאלח ג'אבר, מומחה לאורטופדיה ממרכז "נור" לאורטופדיה ופיזיותרפיה, אשר קבע כי לתובע נכות צמיתה של 10% בשל נכות בברכו השמאלית.

כמו כן, טען התובע, בכתב התביעה, כי יש לו נכויות בתחום הנירולוגי ובתחום הפסיכיאטרי, אך בשל מצבו הכלכלי הוא אינו יכול לצרף חוות דעת רפואיות להוכחת נכויות אלו. הוא ביקש מבית המשפט כי מומחים לתחום זה ימונו על ידי בית המשפט.

8. בכתב ההגנה טענו הנתבעים כי לתובע לא נגרם כל נזק. טענתם החילופית של הנתבעים היא כי היה ואכן נגרם לתובע נזק, אין נזק זה נובע מפעולותיהם של הנתבעים אשר היו סבירות בנסיבות החקירה ותאמו את חומרת החשדות כנגד

התובע.

לתמיכה בטענותיהם בדבר העדר הנזק של התובע, הגישו הנתבעים את חוות דעתו של פרופ' יעקב נרובאי, מומחה לאורטופדיה מבית הספר לרפואה באוניברסיטת תל-אביב, מנהל היחידה לעיוותי עמוד שדרה בבית החולים תל-השומר, אשר קבע כי לתובע לא נותרה כל נכות צמיתה.

9. תיק זה היה תחילה - בשנת 1999 - בטיפול של כב' השופטת א' פרוקצ'יה (עת כיהנה בבית משפט זה). לאחר מכן הועבר התיק לטיפולו של הנשיא ו' זיילר, אשר בתקופת טיפולו בתיק הוסדרו הנושאים המקדמיים וניתנו החלטות ביחס למומחים הרפואיים השונים.

10. בהסכמת הצדדים, מונה פרופ' אבינועם רכס, מומחה לנוירולוגיה מבית החולים הדסה בירושלים, יו"ר האיגוד הנוירולוגי בישראל, כמומחה מוסכם, ליתן חוות דעת בתחום הנוירולוגי. בחוות הדעת שניתנה ביום 26.8.2000, קבע פרופ' רכס כי לתובע לא נותרה כל נכות נוירולוגית צמיתה.

11. ביום 27.12.2001 הוגשה מטעם התובע חוות דעתו של ד"ר שלום ליטמן, מומחה לפסיכיאטריה, לעניין קיומה של נכות פסיכיאטרית. לדעתו של ד"ר ליטמן, סובל התובע מתסמונת נפשית פוסט טראומטית קשה המקנה לו 25% של נכות לצמיתות.

12. מנגד, הוגשה ביום 9.6.2002 מטעם הנתבעים חוות דעתו של פרופ' שמואל טיאנו, מומחה לפסיכיאטריה מבית הספר לרפואה של אוניברסיטת תל-אביב, מנהל בית החולים "גהה". בחוות דעתו, קבע פרופ' טיאנו כי מצבו של התובע טוב במידה רבה מזה המתואר בחוות דעתו של ד"ר ליטמן, וקבע כי לתובע נותרה נכות פסיכיאטרית לצמיתות בשיעור של 5% בלבד.

13. תיק זה הועבר לטיפולו בשלהי שנת 2001. בישיבת קדם המשפט השנייה שהייתה בפניי, ביום י"ג תמוז תשס"ב (23.6.2002), הודיע ב"כ הנתבעים כי על אף שהנתבעים עומדים על טענותיהם ביחס להעדר האחריות, הם נכונים להגיע לסיכום חיובי עם התובע בשאלת הנזק ולסיים על ידי כך בפשרה את התיק כולו. לשם כך, הציעו הנתבעים - בניגוד לסדר הרגיל בתביעות לנזקי גוף - כי תחילה תוכרע שאלת גובה הנזק ורק לאחר מכן, ובמקרה הצורך, יתקיים דיון בשאלת האחריות. אחד מנימוקי של ב"כ המדינה להצעה זו היה להימנע מהצורך בהבאת העדים, הנתבעים, וזאת "לאור העומס המוטל עליהם היום לאור המצב הביטחוני ועיסוקם היומיומי בהגנה על חיי אזרחים במדינת ישראל" (פרוטוקול מיום 23.6.02, עמ' 2, שורות 19-21).

ב"כ התובע הסכימה להצעת ב"כ הנתבעים (עמ' 3 לפרוטוקול הנ"ל).

להסכמת הצדדים ניתן תוקף של החלטה (ראה עמ' 3-4 לפרוטוקול של ישיבת בית המשפט מיום 23.6.02).

14. ביום 26.11.2002 הגישו הנתבעים בקשה והודעה, בה הם מצהירים כדלקמן:

"לצורך הדיון בשאלת הנזק בלבד, מוסכם על הנתבעת כי כבוד בית המשפט יניח כי

טענות התובע באשר לאמצעי החקירה שננקטו כלפיו, כנטען על ידי בכתב התביעה, נכונות.

הסכמה דיונית זו של הנתבעת, בדבר ההנחה הנ"ל, תחול רק על הדיון בשאלת הנזק, ואין בה כדי לחייב את הנתבעת באשר לגופם של דברים ו/או בשאלת החבות, במידה ותתברר בפני כבוד בית המשפט, שאז יהיו הצדדים רשאים להביא ראיותיהם בשאלת החבות ובשאלות העובדתיות הכרוכות בה".

15. לאור הסכמת הצדדים והצהרת הנתבעים, במסגרת החלטה זו נעסוק אך ורק בשאלת הנזק שנגרם, אם נגרם, לתובע, מתוך הנחה כי לנתבעים יש אחריות וכי אם נגרם לתובע נזק, מקורו באחריות זו.

אשר על כן, אין מקום להתייחס בהחלטה זו לטענות שהעלו ב"כ הצדדים, ובמיוחד ב"כ התובע, בהרחבה רבה, בכל הנוגע לסוגיית האחריות או להיקפה (ראה סיכומי התובע, עמ' 2-4). ממילא, אין מקום לקבל את טענת עו"ד גבעון בתחתית עמ' 4 לסיכומיו, בו טען כי "בית המשפט הנכבד מתבקש להאמין לתובע שכן עדותו, מעבר להודאה בעובדות הנטענות בכתב התביעה, לא נסתרה על ידי נתבעים 1-6 שלהם ייחס את העינויים המחרידים".

למותר לציין, כי כאמור לעיל, אין בהנחות אלו כדי לפגוע בטענות הנתבעים בכל הנוגע לסוגיית האחריות או הקשר הסיבתי, אשר יידונו בעתיד, אם לא יגיעו הצדדים להסכם כולל בעקבות החלטה זו.

נזק לא ממוני בשל הפגיעה בתובע במהלך העינויים - ניתוח משפטי

16. בראשית סיכומיו (סעיף 7 לסיכומי התובע) מבקש ב"כ התובע, עו"ד עמוס גבעון, עבור מרשו סך של 2,750,000 ₪ (דהיינו: 2.75 מליון ₪) פיצוי עבור כאב וסבל ואובדן הנאות חיים, בגין העינויים אותם עבר התובע בזמן מעצרו. הבסיס לחישוביו של ב"כ התובע הוא סך של 50,000 ₪ לכל יום "עינויים", כהגדרתו.

ב"כ התובע לא פרט מהם הסימוכין לבקשתו, לא ציין כל הפנייה למקרה בו ניתנו בישראל פיצויים עבור ימי עינויים בכלל ובשיעור הנטען על ידו, בפרט. עו"ד גבעון הסתפק באמירה אשר נכתבה, ללא כל ביסוס, כי סכום זה סביר ביחס לפיצויים להם זוכים ניזוקים דומים במדינות דמוקרטיות ונאורות. מיותר לציין כי לא הובא על ידי עו"ד גבעון כל פסק דין ממדינה כלשהיא לאישוש קביעתו זו.

על פי החלוקה המקובלת בשיטת משפטנו, על ב"כ הצדדים להביא בסיכומיהם טענות עובדתיות וסיכומים בנושאים משפטיים, ועל בית המשפט לפסוק על פי המצע שהיתוו עורכי הדין של הצדדים. בדרך כלל, אין בית המשפט מחפש ביוזמתו אסמכתאות משפטיות. יתרה מזו, בית המשפט העליון אף הניח כי אם צד לא הביא אסמכתאות התומכות בעניינו, מכאן שאין כאלה בנמצא. כך כתב לפני כ-30 שנה השופט קיסטר בהתייחסו לטענת צד, אשר ניסה להתבסס על המשפט הצרפתי ("הקוד סיביל") בסוגיה מסויימת (ע"א 527/74 רויטמן נ' בנק המזרחי המאוחד בע"מ, פ"ד כט (2) 57, בעמ' 66, בין האותיות ו-ז):

"יצויין שהחוק האזרחי הצרפתי בתוקף למעלה מ-170 שנה, וחזקה על עו"ד כספי שאילו היה קיים פסק דין המחייב לשלם פיצויים בשל עדות לא נכונה או לא מדוייקת, שניתנה בבית המשפט, הוא או מישהו מיועציו היה מוצאו ומגישו לנו כראיה."

בהמשך סיכומיו (סעיף 11 לסיכומי התובע), מבקש התובע סך של 300,000 ₪ נוספים, וזאת כפיצוי עבור הכאב והסבל שנגרמו לו כתוצאה מהנכות שנגרמה לו עקב העינויים.

17. הנתבעים טוענים, כי יש לפסוק לתובע אך ורק עבור הסבל שנגרם לו, אם נגרם, בשל הנכות ולא עבור הסבל שעבר התובע בזמן המעצר עצמו.

לטענתם של הנתבעים, דרישתו של התובע לפיצוי בגין העינויים שעבר, אינה מוכרת בדיני הנזיקין ואף עומדת בניגוד לכלל כי מטרתו של הפיצוי היא להעמיד את הנזיק באותו המצב בו היה עומד, ללא המעשה הנזיקי. לטענת הנתבעים משמעות יישומו של כלל זה, הוא כי יש לפצות את התובע רק בשל תוצאות המעשה הנזיקי, כלומר: השפעות הנכות ממנה הוא סובל על אושרו, אך התובע אינו זכאי לפיצוי בגין הסבל שנגרם לו כתוצאה מעצם הפגיעה בכבודו ובגופו בעינויים שעונה בעת מעצרו.

18. השאלה הניצבת בפנינו בפתח ההחלטה היא, בתמצית, זו: האם כאשר קיימת פגיעה באדם - במקרה זה בכבודו, בגופו ובזכויותיו לחירות ולחופש מכאב וסבל - אך לא הוכח כל נזק פיזי שנתר לאחר אותה פגיעה, האם סבלו של אותו אדם במהלך הפגיעה הינו נזק הראוי לפיצוי? אם התשובה לשאלה הראשונה היא חיובית, יש לשאול את השאלה הבאה: האם, במידה וכן הוכח נזק פיזי, יש לחלק את ראשי הנזק וליתן עבור הסבל שנגרם כתוצאה מהפגיעה בזכות, פיצוי נפרד מהפיצוי הנפסק בשל הכאב והסבל הנובעים מתוצאות המעשה הנזיקי, קרי: הנכות.

במילים אחרות, האם ניזוק אשר סבל סבל רב במהלך המעשה הנזיקי, אולם לא נותרה לו כל נכות רפואית בגינו, זכאי לפיצוי עבור הסבל אותו עבר, אם לאו; ואם נותרה לו גם נכות עקב אותו מעשה הנזק, האם הוא זכאי לפיצוי נפרד עבור הכאב והסבל שנגרמו לו כתוצאה מנכות זו.

19. בע"א 4/57 נדיר נ' כהנוביץ (פ"ד יא 1464) הובא עניינו של אדם אשר היטלטל חסר ישע, שני ימים ושלושה לילות בספינה בלב ים, ללא מזון וכמעט ללא משקה, כשהוא סובל מרטיבות, רעב ומקור עז בכל אותו הזמן, אולם לאחר שחולץ, לא נותרה לו כל נכות גופנית. בית המשפט קבע כי התובע אינו זכאי לפיצוי על רגשי הפחד והנזק הרוחני שנגרמו לו, כיוון ש"שלילת נוחות גופנית" היא בת-פיצוי, רק אם היא "ניתנת להימדד ולהיערך רק לפי התוצאות הפיסיולוגיות הכרוכות בה. אך באין תוצאות פיסיולוגיות - אין הנזק ניתן לפיצוי". על-כן נפסק, כי אין "להכיר בזכותו של אדם לפיצוי נזקים בשל פחד וכיוצא בו תחושות גופניות ורוחניות, שאינם מלווים פגיעה פיסיולוגית ממש" (שם, בעמ' 1469, מול האותיות ג-ו).

על הלכה זו, אשר שללה פיצוי במקרים בהם לא נותרה לניזוק תוצאה פיסיולוגית, גם כאשר הסבל במהלך האירוע הנזיקי לא היה שנוי במחלוקת, הועברה ביקורת בספרות (י' אנגלרד, "סודות האחריות בנזיקין", דיני הנזיקין - תורת הנזיקין הכללית (י"ל מאגנס, ג' טדסקי עורך, מהדורה 2, תשל"ז) 119, 163), והיא שונתה בע"א 243/83 עיריית ירושלים נ' גורדון (פ"ד לט(1), 113; להלן: "פרשת גורדון"). בפרשה זו קבע השופט (כתוארו אז) אהרון ברק (שם, בעמ' 139, מול האותיות ב-ג):

" המושג נזק כולל בחובו את כל סוגי הנזק, בין פיסי ובין שאינו פיסי בין ממוני ובין שאינו ממוני; הן על פגיעה בתחושת גופניות ונוחות שיש להן ביטוי פיסי והן על פגיעה בתחושות גופניות ונוחות שאין להם ביטוי פיסי. לא היה מקום, על כן מבחינת היקפו של המושג 'נזק' שלא לכלול בחובו שלילת נוחות גופנית סבל נפשי ופחד שאין

להם ביטוי פיסי."

20. פרשת גורדון בישרה את תחילתה של מגמה הנמשכת עד היום, בה נוטה הפסיקה, יותר יותר, להרחיב את גבולות הפיצוי הנזקי ולפסוק פיצוי גם בגין נזק לא מוחשי ונזק לא ממוני ואף פיצוי בשל פגיעה בגופו של אחר (ראה דיון מעמיק במגמות אלו במאמרו של השופט א' ריבלין, "פיצויים בגין נזק לא מוחשי ובגין נזק לא ממוני - מגמות הרחבה", ספר שמגר (הוצאת לשכת עורכי הדין, תשס"ג) כרך ג, עמ' 21; ראה גם: ד' קציר פיצויים בשל נזקי גוף, (מהדורה חמישית, תשס"ג), עמ' 958-962).

כחלק ממגמה זו, החלו בתי המשפט לפסוק פיצוי, גם במקרים בהם הנזק הלא ממוני נובע מתחושות סבל אינהרנטיות לטיבה של ההתנהגות העוולתית של המזיק. כך, לדוגמא, נפסקו פיצויים במקרים אלה: לאישה אשר אושפזה שלא כדין בבית חולים לחולי נפש (558/84 כרמלי נ' מדינת ישראל, פ"ד מא (3) 757; להלן: "פרשת כרמלי"); בגין נזק לא ממוני שנגרם כתוצאה מהפרת זכויות יוצרים (ע"א 4500/90 הרשקו נ' אורבך פ"ד מט(1), 419); סבל שנגרם מהגירושין בכפייה (ע"א 1730/92 מצראווה נ' מצראווה תק-על 95(1) 1218 להלן: "פרשת מצראווה"); פיצויים בגין פגיעה באוטונומיה של האדם (ע"א 2781/93 דעקה נ' בית חולים "כרמל", פ"ד נג (4), 526; להלן: "פרשת דעקה"); פיצויים בגין הפלה מיותרת ואבדן הסיכוי לילד (ע"א 398/99 קופת חולים של ההסתדרות הכללית נ' דיין, פ"ד נה(1), 765); פיצוי בשל תחושת גועל ופגיעה האוטונומיה הנלוות לשתיית חלב המכיל סיליקון (ע"א 1338/97 תנובה מרכז שיתופי לשווק נ' ראבי, פ"ד נז (4), 673 להלן: "פרשת ראבי").

פסקי דין אלה ביססו את ההלכה כי גם נזק לא מוחשי, שאינו נלווה לנזק פיזי, ראוי לפיצוי. לכן, ניתן לומר כי כיום טענה מסוג זה שהועלתה על ידי הנתבעים, אין לה מקום ויש לדחותה.

21. כאמור בפסיקה 0 לעיל, בשלב זה של הטיפול בתיק, ביקשו ממני הצדדים להניח כי גירסתו של התובע לגבי נסיבות המעצר נכונה. על פי גירסה זו, בזמן בו היה עצור, סבל התובע מעינויים מסוגים שונים, אשר פגעו בגופו, בכבודו ובחירותו וגרמו לו סבל וכאב ניכרים. עינויים אלה פגעו באופן משמעותי בזכויותיו של התובע לכבוד, לחירות מכאב וסבל ולאוטונומיה על הגוף.

בשלב זה, אין אנו רשאים לעסוק בסוגיית זהות העילה ומהותה או העילות על פיהן זכאי התובע לפיצוי, שכן אלה סוגיות אשר אינן מעיניינו בשלב זה של המשפט. עלינו גם להתעלם מזהותם של הצדדים לתיק זה: הנתבעים הם המדינה ורשויותיה, התובע הוא אדם שנחשד בפעילות כנגד בטחון הציבור, והפעולות נעשו במסגרת פעילות החוקית של המדינה. גם בהתעלם מכל אלה, באם ניישם את הפסיקה שהוזכרה, על פיה מגיע לאדם פיצוי גם עבור עצם הפגיעה בזכויותיו, קבלת גירסתו של התובע מחייבת מתן פיצוי הולם עבור הכאב והסבל שנגרמו לו בשל עצם הפגיעה בזכויות האמורות. כפי שניתן לראות מהדוגמאות לעיל, זיכתה הפסיקה ניזוקים בפיצוי על פגיעות קלות יותר בזכויות פחותות יותר. על כן, מקל וחומר שפגיעות כה חמורות בזכויות כה בסיסיות, מזכות את התובע בפיצוי עבור הסבל אשר סבל התובע במהלך העינויים, כתוצאה מהפגיעה בזכויותיו.

22. בהצעת חוק דיני ממונות, שהיא, כידוע, ניסיון לשלב בין עשרים וארבעה החוקים הקיימים בתחום האזרחי לחוק אחד, שיהיה הקודקס שלהמשפט האזרחי בישראל (<http://www.justice.gov.il/MOJHeb/Codex/>), עוגנה ההלכה שנתגבשה בפסיקה ומוצע סעיף מיוחד לנזק שאינו נזק ממון אשר אינו תוצאה של

נזק לגוף. וזו לשונו של סעיף 563 להצעה:

" נגרם לנפגע נזק שאינו נזק ממון, והוא אינו תוצאה של נזק לגוף, רשאי בית המשפט לפסוקלו פיצויים בשל נזק זה בשיעור שייראה לו בנסיבות הענין."

(ראה על סעיף זה, באופן כללי את דברי פרופ' מיגל דויטש, פרשנות הקודקס האזרחי (תל-אביב, תשס"ה), כרך א', עמ' 353).

סעיף זה בא בנוסף לסעיף המזכה בפיצוי על נזק שאינו נזק ממון הכרוך בנזק גוף (סעיף 542 (3) להצעה), אשר לשונו:

" נזק שאינו נזק ממון לרבות-

כאב וסבל הכרוכים בנזק לגוף, לרבות אבדן הנאות החיים;

תוחלת חיים שקוצרה".

מדברי ההסבר להצעה עולה, כי הוראות סעיף 536, העוסק בנזק הלא ממוני שאינו תוצאה של נזק גוף, בא להרחיב את ההסדר קבוע כיום בסעיף 13 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970, ולעגן את הקבוע בו כעקרון כללי החל הן על דיני החוזים והן על דיני הנזיקין, ומשלים, יחד עם סעיף 542 להצעת החוק, העוסק בפיצויים בשל נזק לגוף, את הסדר פסיקת הפיצויים בשל נזק שאינו נזק ממון (וראה גם: דויטש, שם, בעמ' 352-355).

23. מסקנה דומה, גם אם מכיוון אחר, ניתן לשאוב גם מפסיקת בתי המשפט בגין כאב וסבל במקרים בהם נספה הניזוק במהלך האירוע הנזיקי. מטבע הדברים, במקרים אלו מבוססת פסיקת הפיצוי בגין כאב וסבל על הסבל שנגרם לניזוקים בזמן האירוע הנזיקי בלבד. הנפטרים לא יסבלו עוד מכאב וסבל הנובעים מנכותם. על אף זאת, נוהגים בתי המשפט לפסוק פיצויים עבור כאב וסבל לנפטרים (או ביתר דיוק לחליפיהם). כך, לדוגמא, בת"א (ת"א-יפו) 1056/00 יורשי עזבון המנוחה נילי דבוש ז"ל נ' עיריית ת"א - המחלקה לכיבוי אש, (תק- מח 2003(3), 8890) היוו הכאב והסבל אשר נגרם לניזוקות בעצם השריפה בה קיפחו חייהן, השיקול היחיד, בפסיקת הפיצוי בגין כאב וסבל וגובהו. וכך כתבה כב' השופטת ד"ר דרורה פלפל (פיסקה 3 לפסק הדין):

" במקרה שלפנינו, עלינו לצאת מנקודת מוצא לפיה בקביעת הפיצויים בראש נזק זה יש לקחת בחשבון את הדרך בה נספו המנוחות. גם אם המנוחות היו בחיים רק דקות מעטות לאחר שהאש פרצה לדירתן הרי שבדקות אלו סבלו סבל רב. האש שהשתוללה בדירה, קרינת החום העזה ועובדת היותן חסרות אונים, יכולים ללמד רק מעט על שעברו באותן דקות. המחשה לכך ניתן למצוא בתמונות בהן נראו שריטת הציפורניים של המנוחות על גבי הקירות (ת/16). במצב דברים זה, יש ליתן משקל משמעותי לנסיבות הקשות שליוו את פטירת המנוחות.

לפיכך, אני פוסקת לכל אחד מהעזבונות סכום של 500,000 ש"ח בגין הכאב והסבל והייסוריים הקשים שסבלו המנוחות בזמן שהאש השתוללה בדירתן וגרמה למותן."

גם בע"א 8216/99 עזבון המנוח סמיון פרידמן נ' רפפורט, (תק-על 2001 (2) 15), יוחסה משמעות גדולה לסבלו של הניזוק בעצם האירוע הנזיקי. וכך נכתב שם (דברי

השופט יצחק אנגלרד בפיסקה 14 לפסק הדין):

" יש מקום להתערבות גם בסכום הפיצויים שנפסקו לעיזבון בגין הכאב והסבל של המנוח בטרם מותו. בחוות הדעת של ד"ר ב. לוי מן המכון לרפואה משפטית, אשר בדק את גופת המנוח לאחר התאונה, נכתב כי כל שטח העור של המנוח, ובכלל זה הפנים, הצוואר והידיים, היה עם כוויות בדרגה שלוש ומספר רב של שלפוחיות. רקמותיו הפנימיות של המנוח נראו כבשר מבושל. על סמך תוצאות נתיחת הגופה קבע המומחה כי מותו של המנוח נגרם מכוויות, הכוללות כמעט את כל שטח העור. שמיתה זו גרמה למנוח ייסורים קשים הוא מן המפורסמות שאינן צריכות ראייה. לכך מתוסף הסבל הנפשי שנגרם למנוח, בשל היותו לכוד בתנור כשפני המוות לנגד עיניו. ידיו המושטות בחוסר אונים מעידות על ידיעתו המחרידה כי אכן סר מר המוות (שמואל א, טו, לב, רש"י ורד"ק על אתר) ועל שברון הלב שהוא נחלת ידיעה זו (שולחן ערוך, יורה דעה, סי' שלח, א, ונושא כלים)."

המסקנה אליה ניתן להגיע מהאמור, היא כי גם במקרים בהם לא נותרה לנפגע כל נכות, הכאב והסבל אותם חווה, כשלעצמם, מזכים אותו, בפיצוי. מכך ניתן לגזור כי עצם הכאב והסבל מהם סובל הניזוק במסגרת המעשה הנזיקי, בין אם יש נכות גופנית בצידיים ובין אם לאו, מזכים את הניזוק בפיצוי בגין נזק לא ממוני.

24. משעינו על השאלה הראשונה בחיוב, עלינו לבדוק האם במקרים בהם קיים גם נזק גופני, יש ליתן פיצוי בגין הנזק הלא ממוני שנגרם כתוצאה מפגיעה בזכויות, בנפרד מהפיצוי עבור הנזק הלא ממוני שנגרם כתוצאה מהנכות, או שמא יש לאחד בין שני ראשי הפיצויים, כך שהפיצוי עבור הפגיעה בזכויות יהפוך לאחד מהשיקולים במסגרת ראש נזק הפיצוי הלא ממוני, שכן הפרדה תהיה בגדר פיצוי כפל, כטענת הנתבעים.

25. בפסק דינה המפורט בפרשת דעקה, קבעה כב' השופטת טובה שטרסברג - כהן כי אף שעילת הפגיעה באוטונומיה אינה עילה עצמאית, אלא ראש נזק במסגרת עולות הרשלנות, אין פסיקת פיצוי בראש הנזק של הפגיעה באוטונומיה ופסיקת פיצוי נפרד בראש הנזק של כאב וסבל במסגרת נזקי הגוף, מהווה פיצוי כפל, כי האינטרס המוגן על ידי כל אחד מראשי הנזק הללו הינו אינטרס נפרד ושונה. וכך נאמר בפסק הדין (שם, בעמ' 618, מול האותיות ג-ו):

"לטעמי יש לראות בראש הנזק בגין פגיעה באוטונומיה, ראש נזק עצמאי לכל דבר, המתווסף על פיצוי בגין נזקי גוף או נזקים אחרים ואינו משמש להם תחליף. אלה הם ראשי נזק נפרדים הפורסים את הגנתם על אינטרסים שונים. הכרה בזכות לפיצוי עקב פגיעה בזכות לאוטונומיה מעניקה הגנה למעמדו האוטונומי של החולה בתהליך קבלת ההחלטה ולזכותו לקבל מידע לצורך גיבוש עמדתו ביחס לביצוע הטיפול הרפואי (ראו Twerski & Cohen, supra, at p. 649). הגנה על זכויות ואינטרסים אלה אינה תלויה, בעקרון, בפיצוי על הנזקים הממשיים שנגרמו על ידי הטיפול הרפואי, המעניק הגנה לאינטרס בדבר שמירה על שלמות גופו של האדם. פיצוי על נזק הגוף שנגרם עקב כישלון הטיפול הרפואי אינו מבטא את הנזק הלא מוחשי שנגרם לחולה עקב הפגיעה בזכות לאוטונומיה. משום כך, העובדה כי שני ראשי הנזק דרים בכפיפה אחת, אינה מלמדת כי הפיצוי בגינם עולה כדי כפל פיצוי, שכן, האינטרס המוגן על ידי כל ראש נזק הינו אינטרס נפרד ושונה. הטענה לפיה נזקי גוף מוציאים מכלל אפשרות פיצוי על נזק עקב פגיעה באוטונומיה, חוטאת להגנה הראויה על כל אחד מן האינטרסים הגלומים בכל אחד מראשי הנזק האמורים. אשר על כן, מן הבחינה העקרונית-משפטית, דומני, שאין מקום והצדקה להוציא את האחד

מפני רעהו."

גם כב' השופט (כתוארו אז) תיאודור אור, אשר כתב בפרשה זו את פסק הרוב, קבע כי מדובר בראשי נזק מובחנים, הבאים האחד בנוסף לשני ולא במקום האחר (שם, בעמ' 581).

26. האמור נכון אף לעניינינו. גם כאן אין האינטרס המגן על זכותו של אדם לכבוד, לחירות ולחופש מסבל ומכאב, זהה לאינטרס המגן על שלמות גופו של האדם. על כן, לכאורה, יש להפריד בין הפיצויים בשל נזקי הגוף של התובע ובהם גם הפיצוי בשל הנזק הלא ממוני הנגרם כתוצאה מנזקי הגוף לבין הפיצוי המגיע לו בשל הכאב והסבל אשר נגרמו לו בעצם הפגיעה בכבודו ובזכותו לחופש מכאב וסבל.

27. כך גם עולה מהצעת חוק דיני הממונות (ראה פסקה 0 לעיל). כאמור, בהצעה זו הופרדו סעיפי הנזק הלא ממוני, זה הנובע כתוצאה מפגיעה בגוף (סעיף 542) המקנה פיצוי בשל "כאב וסבל הכרוכים בנזק לגוף לרבות אובדן הנאות החיים", וזה שאינו נובע כתוצאה מפגיעה בגוף והמקנה פיצוי עבור "נזק שאינו נזק ממון והוא אינו תוצאה של נזק לגוף" [הדגש הוסף - מ.ד.]. אין האחד מוציא את השני. ניתן להסיק מכך כי יש להפריד בין פיצוי עבור נזק הגוף הכולל נזק שאינו ממוני, ובין פגיעה בזכויות, כגון: אוטונומיה או כבוד וחופש מכאב וסבל, אשר אינה תוצאה של הפגיעה בגוף (בניגוד לדוגמא, לכאב וסבל הנגרמים כתוצאה מהנכות עצמה) אלא עשויה במקרים מסוימים להילוות אליה.

28. כאן המקום לציין, כי הפרדה בין הנזקים הלא ממוניים אינה אומרת בהכרח כי אין כל קשר בינם. גם אם נפרד בין הנזקים הלא ממוניים, אין מדובר בהפרדה מלאה, והנכות הפיזית עשויה להשפיע, לכאן ולכאן, על מידת הנזק הלא מוחשי שנגרם כתוצאה מהפגיעה בזכות האחרת. כך, לדוגמא, מקום שבו בנוסף לפגיעה בזכות נגרם נזק פיזי קשה, עשוי הנזק הפיזי להחמיר גם את הנזק כתוצאה מהפגיעה בזכות; ולהפך, העדרה של נכות פיזית עשוי להפחית את הפגיעה ברוחו של הניזוק, כך שייחשב, במקרים מסוימים, לזניח (ראה: פרשת דעקה, בעמ' 619).

29. ואולם מעיון בפסיקה עלול להתקבל הרושם, כי בפועל, במקרים בהם נזק הגוף לווה בפגיעה בזכויות, כמו במקרה דנן, לא נהגה הפסיקה להפריד בין הנזקים הלא ממוניים והפיצוי ניתן במאוחד, בהתחשב בכאב וסבל הנגרמים כתוצאה מנזק הגוף ובכאב והסבל הנגרמים כתוצאה מהפגיעה בזכויות האחרות, כגורמים בקביעת הפיצוי הכולל. כך, לדוגמא, נפסק תחת הכותרת כאב וסבל בת"א (תל-אביב) 2581/89 ביום נ' גטהין (תק-מח 93(2), 218, עמ' 222), בו נדון עניינה של ניזוקה אשר נקשרה למיטתה שלא כדין ואשר נפגעה באורח קשה כתוצאה משריפה שהתחוללה בחדר בו הייתה (דברי כב' השופטת ש' סירוטה בפסיקה ה (1) לפסק דינה) :

"מקובלת עלי דעתו של ב"כ התובעת, כי נקודת המוצא לעניין חישוב הפיצויים בראש פרק זה הבאתי בחשבון את הדרך בה נקשרה התובעת ושכיבתה אין אונים כ-30 דקות, בחדר בו האש משתוללת ואין היא יכולה להשתחרר מכבליה. התובעת צעקה בקולי קולות לעזרה ולא היה מי שישמע אותה. מכבי האש שבאו למקום לא הצליחו לנתק את התובעת מהכבלים והוציאו אותה מהחדר עם המיטה. התובעת סבלה במשך 30 דקות כאבי תופת כשהיא

נושמת עשן סמיך. שאיפת עשן בפני עצמה יכולה לגרום למוות.

...

בנסיבות המקרה ניתן, איפוא, לתת ביטוי לגישה שבפיצוי על כאב וסבל יש להביא בחשבון את עצמת חטאו של המזיק וזאת בנוסף לסבל ולמשך הטיפול בריפוי. על כן הנני רואה לקבוע בנסבות הטרגיות של המקרה פיצוי בסך 600,000 ש"ח לענין כאב וסבל. בקביעת הסכום התחשבתי במיוחד ברגעי ההמתנה הנוראים להצלתה מן האש.

...

אין בפיצוי כספי כדי לבטא את עומק הסבל כל דקה מתוך כשלושים דקות שחלפו עם פרוץ האש ועד שהצילוה. כאב הכויות אינו מרפה גם בתהליך הריפוי. הריפוי הפיזי נמשך כחמשה חדשים ויותר היו לה קשיי נשימה והיא חוברה לקטטר. ועל התובעת נגזר להיות רתוקה לכסא גלגלים כל ימי חייה.

האמור אושר על ידי בית המשפט העליון שקבע (ע"א 2517/93 ביום נ' גטהין תק-על 94(2), 335, פסק דינו של כב' השופט ד' לוי, בפסקה 7):

"לא צריך דמיון רב כדי לשוות נגד עינינו את האימה, הכאב והסבל אשר פקדו את המערערת בעת שפרצה האש ואכלה בבשרה במשך דקות רבות וארוכות כשהיא כבולה חסרת אונים וחסרת ישע למיטתה.

לא זו אף זו, נגרמו כאמור למערערת כוויות בכל חלקי גופה ונאלצו לכרות את רגליה. גם כל הטיפול הרפואי שניתן לה בהקשר זה היה, אל נכון, כרוך בסבל לא יתואר.

יתרה מזו, היותה מרותקת לכסא הגלגלים, חסרת גפיים תחתונות, מלווה לבטח בכאב ובסבל תמידיים."

מפסיקת שתי הערכאות עולה, כי בקביעת פיצוי עבור כאב וסבל אוחדו שני ראשי הנזק הלא ממוניים והפיצוי נפסק הן בשל הסבל שנגרם לניזוקה בעצם האירוע, מהפגיעה בזכותה לחירות ולחופש מכאב וסבל, והן בשל הכאב והסבל אשר ייגרמו לה בעתיד בשל נכותה.

30. גם במקרים נוספים בחרו בתי המשפט לאחד בין ראשי הנזק הלא ממוניים. כך, לדוגמא, כתבה כב' השופטת רות שטרנברג-אליעז בת"א (תל-אביב-יפו) 3096/99 אטריק נ' החברה לתפעול החוף השקט 1998 בע"מ, (תק-מח 2004(4), 677):

"סכום הפיצוי חייב לשקף את רגעי האימה אותם חווה התובע בזמן המעידה הטראגית והטביעה, את סבלו מאז חולץ באיחור מקרקעית המדרגה ונגזר עליו לחיות בקו התפר שבין חיים למוות" [הדגש אינו במקור מ.ד.].

31. דוגמא מעניינת נוספת הקרובה במידה מסויימת לעובדות הנטענות בתיק זה (שכזכור לא נקבע לגביהם כל ממצא שיפוטי) - היא ת"א (י-ם) 709/95 אלרחמאן נ' מדינת ישראל (תק-מח 99(3) 10882). באותה פרשה קבע בית המשפט המחוזי בירושלים (כב' השופטת אילה פרוקצ'יה עת כיהנה בבית משפט זה), כי

חיילים היכו תושב הכפר עוררה שבנפת רמאללה. כתוצאה מהאירוע נגרמה לניזוק (התובע, מר אלרחמאן) נכות משוקללת של 40%. בפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה, לא נדונה כלל סוגיית הפיצוי הנפרד עבור עצם המכות מהן סבל התובע. מקריאת סעיף הכאב והסבל בפסק הדין עולה כי בפסיקת הפיצוי שקלה השופטת פרוקצ'יה הן את כאבו וסבלו של התובע בשל הפגיעה בזכויותיו שליוותה את עצם הכאתו בידי החיילים והן את הכאב והסבל שייגרמו לו בעתיד בשל נכותו. וכך כתבה השופטת פרוקצ'יה :

"כאבו וסבלו של התובע עקב האירוע הוא גדול. הוא הפך נכה בשיעור משמעותי כתוצאה ממעשי תקיפה ברוטליים של גורמים הנמנים על מערכת אכיפת החוק, הסדר והבטחון של ישראל. יש לפצות את התובע על סבלו ועל גריעת כושרו לכל חייו בדרך שלכל הפחות תיטיב עמו ועם משפחתו מההיבט הכספי."

32. מהפסיקה האמורה עולה לכאורה, כי אין להפריד את ראשי הנזק הלא ממוניים ויש לפסוק בהם בצוותא חדא, כאשר נסיבותיהם מהוות שיקולים שונים בפסיקת הפיצוי. מסקנה זו עומדת בניגוד לאמור בפסקה 0 לעיל כי יש להפריד בין פסיקת הפיצויים בשני ראשי הנזק.

ואולם, יש לזכור כי בפרשות אלו לא נדונה, וככל הנראה גם לא הועלתה על ידי הניזוקים, הפגיעה בזכויותיהם. כך, לדוגמא, בפרשת בוים הנ"ל לא התבקש פיצוי בגין הפגיעה בחירותה של הניזוקה או בזכותה לחופש מכאב וסבל, ובפרשת אלרחמאן, על אף הזהות שבין ב"כ התובע שם וכאן, לא התבקש פיצוי נפרד עבור הפגיעה בכבודו ובזכותו לחופש מכאב וסבל של הניזוק במהלך הכאתו על ידי החיילים.

נדמה כי הפיצוי על מאורעות האירוע, הכוללים גם פגיעה בזכויות, נשען במעין יחס של עיקר וטפל על נזק הגוף, ולא עמד בזכות עצמו, ועל כן לא היה מקום לפיצוי נפרד.

בהקשר זה מעניין לציין כי באותו פסק דין נדיר שהוזכר לעיל (פסקה 0 לעיל), ניתן לראות מעין סינטזה בין ההכרה בזכות חוקית (אם כי אז לא נקטו לשון זו) ופגיעה בה ובין הקשר הנדרש לפגיעה פיזית. וכך כתב כב' השופט ש"ז חשין (שם, בעמ' 1470-1469):

"כן מורות האסמכתאות, כי מגע פיסי בלבד - כגון מכה וחבטה -אף שאינו כרוך בפגיעה גופנית הנראית לעין דוגמת פצע וחבורה או מחלה, אף הוא בגדר 'נזק'. ולמה לא ייחשב לנזק גם הסבל שסבל אדם מנחשולים-ים אשר חבטו בו ללא הפסק, ומגלי קור אשר תקפוהו במשך שעות רבות ללא הפוגה מחמת רשלנותו של אחר? זכות חוקית הייתה קנויה לו למערער לחפש לעצמו מסתור מסבלי חום, קור ורטיבות במהלך עבודתו וללכת לכל מקום שיבחר בו עם תום עבודתו. המשיבים התערבו באורח בלתי-חוקי בזכותו זו, ובמעשיהם הרשלניים הפקירו אותו לרוח ולמים גם בזמן עבודתו וגם לאחר שעבודתו הייתה צריכה להיפסק. זוהי פגיעה ברווחתו הגופנית של אדם ופגיעה זו ניתנת להערכה בדמים, ככל פגיעה גופנית אחרת."

על כן, ולאור האמור בפסקה 0 לעיל, ראיתי לנכון להפריד בין ראשי הנזק, לקבוע כאן פיצוי בעבור הפגיעה בזכותו של התובע לכבוד, לחירות ולחופש מכאב וסבל, ולדון בנפרד בסוגיית הכאב והסבל כתוצאה מנכותו של התובע, באם אכן סובל הוא מנכות.

33. כל שנותר לנו עתה הוא לבחון את שאלת הערכת הנזק וגובהו.

34. כפי שנאמר פעמים רבות בעבר, קשיים רבים כרוכים בהערכת סבלו של האדם הנפגע ובודאי שאף סכום כספי אינו מהווה פיצוי הולם. אך "הואיל ויש לתפוס את הרע במיעוטו, מן הדין לקבוע לו סכום אשר יפצנו באורח מתקבל על הדעת בכל נסיבות המקרה, על כי לא ישוב עוד להיות את אשר יכול היה להיות אלמלא התאונה שארעה לו" (ע"א 357/80 גרוסמן נ' רוט, פ"ד ל"ו (3) 762, 797 - 796). אחת הסיבות המרכזיות לקושי בהערכת הפיצוי בגין כאב וסבל, היא חוסר הודאות הכרוך, מטבע הדברים, בכימות נזק ובקביעת פיצוי ממוני עבור מושג אמורפי ככאב וסבל.

בפרשת דעקה קבע השופט אור (שם, עמ' 583, מול האותיות ה-ו):

"ברור כי מדובר בהנחיות כלליות בלבד. המדובר בנזק אשר על פי טיבו קיים בו היבט סובייקטיבי דומיננטי, המעורר קשיים בלתי נמנעים בהערכתו. בסופו של דבר, גובה הפיצוי בכל מקרה, בדומה לפיצוי בגין נזקים לא ממוניים אחרים, נתון לשיקול-דעתו של בית המשפט, וייקבע בדרך של אומדנה המבוססת על הערכה של מכלול נסיבות העניין ועל התרשמותו של בית המשפט. על בית המשפט לנקוט, בעניין זה, גישה מאוזנת עליו ליתן את המשקל הראוי לכך שמדובר בפגיעה בזכות יסוד, אשר מחייבת קביעת פיצוי הולם, להבדיל מפיצוי סימלי. לצד זה שבשל הקשיים הטבועים בתהליך הערכת הנזק על בית המשפט לרסן עצמו ולא לפסוק פיצויים בשיעורים מופרזים."

35. כאמור בפסקה 0 אשר בתחילת הדיון בנושא זה, במקרה שבפניי, לא הובאו ראיות מפורטות על הנזק הספציפי אשר נגרם לתובע כתוצאה מהפגיעה בכבודו, בחירותו וזכותו לחופש מכאב וסבל. בעובדה זו לבדה אין כדי לשלול את זכאותו לפיצוי בגין הנזק הכללי של פגיעות אלה, הואיל וכאשר מדובר בנזק שאינו נזק ממון, ניתן לפסוק, בנסיבות המתאימות, פיצוי כספי מסוים גם בהיעדר הוכחה בראיות של נזק ממשי (וראה פרשת כרמלי עמ' 772; פרשת הרשקו עמ' 432; פרשת מצרווה; פרשת דעקה, עמ' 584; פרשת ראבי, עמ' 682-681).

כך בפרשת כרמלי נפסק פיצוי בשיעור של 10,000 ₪, שהם היום כ- 500,000 ₪ בשל כליאה שלא כדין. בפרשת מצרווה נפסק פיצוי בשיעור של 30,000 ₪, שהם היום כ- 45,000 ₪, בשל נזק כללי שנגרם כתוצאה מגירושין בכפייה. בפרשת דעקה נפסק פיצוי בשיעור של 15,000 ₪, שהם היום כ- 17,000 ₪, בשל פגיעה באוטונומיה (בפרשות האחרות שהוזכרו לעיל חושב הפיצוי באופן שאינו רלוונטי למקרה זה).

36. בהתחשב במאפייניו של התובע, מינו, המגזר אליו הוא משתייך והעובדה כי הוא חש, על פי עדותו, כי נעצר ועונה שלא כדין, כמו גם בהתחשב בחומרת הפגיעה בזכויות היסוד, בהנחה כי דברי התובע נכונים הם ולאור שיעור הנזק שנפסק בעבר במקרים בהם נפסק פיצוי על פגיעה בזכויות יסוד, אני רואה לפסוק לתובע סך של 400,000 ₪ בשל הפגיעה בזכותו לחירות, לכבוד ולחופש מכאב וסבל בעת מעצרו. וזאת עקב המעשים הפיזיים אשר בוצעו בו, לטענתו, על ידי הנתבעים 1-9 בתקופת מעצרו.

37. המשנה קובעת חמישה ראשי פיצוי בגין נזקי גוף. וכך פותחת המשנה הראשונה של הפרק השמיני במסכת בבא קמא (תלמוד בבלי, בבא קמא, דף פג, עמ' ב):

"החובל בחברו - חייב עליו משום חמישה דברים: בנזק, בצער, בריפוי, בשבת, ובבושת."

38. כבר בתוספתא מועלית האפשרות של אירוע נזק שבו אין תחולה לכל חמשת ראשי הפיצוי הללו. וכך אומרת התוספתא (בבא קמא, פרק ט, הלכה א):

"חבל בו חמישה - נותן לו חמישה; אינו אלא ארבעה - נותן לו ארבעה; אינו אלא שלושה - נותן לו שלושה; אינו אלא שתיים - נותן לו שתיים; אינו אלא אחד - נותן לו אחד."

ובתלמוד הירושלמי (פרק ח, הלכה א; דף כה, עמ' א בדפוסים) מסבירים את התוספתא באמצעות דוגמאות, כאשר המקרה שבו חלים חמשת ראשי הנזק הוא במקרה שהיכה על ידו וקטעה. דוגמא לשאלה האם יש צורך לפצות בגין צער לבדו, מביא רבי ירמיה בירושלמי (שם): "קטע ידו וחזר וקטע ידו ממעלן, מהו שיתן לו צער של שעה ראשונה" ומסביר שמה פני משה: "דבכי האי גוונא [= שבמקרה זה] אינו משלם אלא נזק אחד [=פיצוי אחד בגין אובדן כושר ההשתכרות של היד] כי אם הספק הוא בשביל הצער שהיה לו פעמיים, והילכך בעי [=לכן שאל] אם הוא צריך ליתן לו גם הצער של פעם ראשון, וכגון שלא אמדוהו עד שחזר וקטע, או דילמא [=או שמא] אין משלם לו אלא הצער שהוא עם הנזק [= פיצוי אחד לאובדן השתכרות ולכאב וסבל יחדיו], וכיוון דנזק אחד הוא דמשתלם, אינו נותן לו גם כן רק משום צער אחד. ולא איפשיטא [=הבעיה לא נפתרה]."

39. המשנה עצמה, כאשר מבקשת היא למצוא דוגמא לפיצוי בגין כאב וסבל - בבדידותם - ללא שנלווה אליהן נזק המחייב פיצוי על פי אחד מראשי הפיצוי האחרים, בוחרת את הדוגמא הבאה: " כוואו בשיפוד או במסמר ואפילו על ציפורנו, [ב]מקום שאינו עושה חבורה, עומדים כמה אדם כיוצא בזה רוצה ליטול להיות מצטער על כך."

40. הגמרא מנסה לתת קונקרטיזציה לאותו נזק בלתי ממוני של כאב וסבל. וכך שנינו בתלמוד (בבא קמא, דף פה, עמ' א):

"אומדין כמה אדם כיוצא בזה רוצה ליטול וכו'. צער במקום נזק היכי שיימין [=כיצד אנו שמים אותו; רש"י: את הצער, הלא יש לו לקוצצה בשביל הדמים שנטול? אמר אבוה דשמואל: אומדין כמה אדם רוצה ליטול לקטוע לו ידו.

[שואלת הגמרא]: לקטוע לו ידו, לא צער לחודיה הוא, הא כולה חמשה דברים איכא [=הרי בקטיעת היד אין רק ראש פיצוי של צער לבדו, אלא חמשת ראשי הפיצוי חלים!] ועוד, בשופטני עסקינן [=בטיפשים אנו עוסקים, המוכנים שיקצו להם את ידיהם?]

[משיבה הגמרא]: אלא, לקטוע ידו הקטועה [רש"י: ומחוברת בגידין צמותין ואינה ראויה לו למלאכה].

[שואלת הגמרא]: ידו הקטועה, נמי לא צער לחודיה איכא, הא צער ובושת איכא, דכסיפא ליה מילתא למשקל מבשרו למשדייה לכלבים [= הרי ביחס לידו הקטועה גם אין מצב של ראש הפיצוי של צער לבדו, הרי יש צער ובושת, כי הוא מתבייש מכך

שהיד הקטועה תיזרק לכלבים והם יאכלוה!]

[מתרצת הגמרא]: אלא, אומדין כמה אדם רוצה ליטול לקטוע לו ידו המוכתב למלכות בין סם לסייף.

אמרי: הכא נמי לא שקיל ומצער נפשיה [=גם במקרה זה לא יקח אדם פיצוי ויצער את עצמו; רש"י: לא יקח פיצוי, כל ממון שבעולם לצער נפשיה לקוצצה, וכאן כבר נעשה מעשה]!

אלא, אומדין כמה אדם רוצה ליתן לקטוע לו ידו המוכתב למלכות בין סייף לסם [רש"י: ליתן לשליח המלך מידו המוכתרת למלכות, לקוטעה בסייף, ויקטענה השליח בסם].

האי ליטול, ליתן מבעי ליה [רש"י: ליטול מן המזיק מה שנתן למלך]!. אמר רב הונא בריה דרב יהושע: ליטול זה מזה מה שנתן זה [רש"י: ליטול מן המזיק מה שנתן זה לשליח המלך].

41. בפסיקת ההלכה, הובאה אמת מידה זו לחישוב הפיצוי הלא ממוני, תוך תוספת כי מדובר בקריטריון אישי אינדיבידואלי, ולא בפיצוי אחיד. וכך, פוסק הרמב"ם, הלכות חובל ומזיק, פרק ב:

"ג. כוהו בשפוד או במסמר על צפרניו במקום שאינו עושה חבורה ולא מעכב מלאכה - משלם הצער בלבד..."

ט. כמה הוא הצער? הכל לפי הניזק. יש אדם שהוא רך וענוג ביותר ובעל ממון, ואילו נתנו לו ממון הרבה - לא היה מצטער מעט; ויש אדם שהוא עמל וחזק ועני, ומפני זוז אחד מצטער צער הרבה. ועל פי הדברים האלה אומדין ופוסקין הצער.

י. כיצד משערין הצער במקום שחסרו אבר? הרי שקטע ידו או אצבעו, אומדין ואומרי: כמה אדם כזה רוצה ליתן בין לקטוע לו אבר זה בסייף או לקטוע אותו בסם, אם גזר המלך עליו לקטוע ידו או רגלו, ואומדין כמה יש בין זה לזה, ומשלם המזיק."

42. בין הראשונים, ישנם הבדלי גישות האם גובה הפיצוי לצער לבדו, שונה מאשר גובה הפיצוי לצער עם נזק. עדיין כל אחד מראשי הפיצוי מחושב לבדו, כאשר יש הגורסים כי כאשר מדובר בצער בבדידותו (ללא נזק עתידי של קטיעת אבר, כגון: כוויה על הציפורן) הפיצוי גבוה יותר. (ראה את הדעות השונות כפי שהובאו בבירור הלכה, בבא קמא, על דף פג, עמ' ב, תחת הכותרת "חיוב התשלום על צער כשאינן נזק", עמודים ריט-רכ).

43. על כל פנים, ניתן להסיק ממקורות המשפט העברי כי הפיצוי בגין הנזק הלא ממוני הקשור בכאב וסבל (צער בלשון המקורות), ניתן גם כאשר אין קטיעת אבר או אובדן השתכרות, וזה ראש פיצוי עצמאי.

44. ראיתי לנכון להביא מן המשפט העברי, שכן אם לפנינו לאקונה במשפט הישראלי, הפנייה למשפט העברי נעשית מכוח חוק יסודות המשפט, התש"ם - 1980. גם אם אין לאקונה, גם אז יש מקום להתבונן בעמדת המשפט העברי, וזאת מכוח חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, אשר קובע כי מטרתו היא "להגן על כבוד האדם וחירותו, כדי לעגן בחוק יסוד את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית" (סעיף 1א לחוק היסוד). יש לזכור כי אחד הזרמים המרכזיים בפסיקה קובע כי הבסיס המשפטי לפיצוי בגין פגיעה באוטונומיה, בכבוד האדם

ובזכותו לחופש מכאב וסבל, שהם ראשי הנזק הנטענים כי הנתבעים פגעו בתובע, מקורם בחוק היסודי האמור.

45. [אין כאן המקום להאריך, אך מזכיר כי בפועל היישום של דיני הפיצוי בגין נזקי גוף, נתקל במשוכה של סמכות בתי הדין להטיל קנסות לאחר חורבן הבית. בספרות ההלכתית יש דיונים רבים בסוגיה זו (ראה: רמב"ם, הלכות סנהדרין, פרק ה; שולחן ערוך, חושן משפט, סימן א). אחת השיטות לפתרון הבעיה היא זו: "מנהג שתי הישיבות [בזמן הגאונים] שאף על פי שאין גובין קנס בבבל - מנדים אותו עד שיפייס לבעל דינו" (רי"ף, בבא קמא, דפוס וילנא, דף ל, עמ' ב; רא"ש, בבא קמא, פרק ח, סימנים ב-ג). חומר רב נמצא בסוגיה זו בבירור הלכה, בבא קמא, על דף פד, עמ' ב, "שליחותיהו קעבדין - סמכות בית הדין בזמן הזה", עמ' רכ - רכב].

הנכיות

46. בפרוטוקול הדיון מיום 23.6.2002 הצהירו הצדדים כדלקמן:

"מוסכם עלינו כי חוות הדעת הנמצאות בתיק הן אלה:

א. בתחום האורטופדי - מטעם התובע ד"ר סאלח ג'אבר, אורטופד, נתן 10%; מטעם הנתבעים - פרופ' י' נרבאו - 0%.

ב. בתחום הנירולוגי - מומחה מטעם ביהמ"ש - פרופ' אבינועם רכס - 0%.

ג. בתחום הפסיכיאטרי מטעם התובע - ד"ר ליטמן - 25% נכות; מטעם הנתבעים - פרופ' טיאנו - 5%.

הצהרה זו קיבלה תוקף של החלטה (עמ' 3 לפרוטוקול). לאור האמור בהצהרה זו יש לבחון את נכותו הרפואית של התובע על פי חוות דעת אלו בלבד, ואין להתייחס לחוות דעת אחרות הנזכרות בחוות הדעת של המומחים ובסיכומי התובע.

הנכות הרפואית

הנכות האורטופדית

47. כאמור לעיל, בתחום האורטופדיה הוגשה חוות דעתו של ד"ר ג'אבר מטעם התובע וחוות דעתו של פרופ' נרבאו מטעם הנתבעים.

48. בחוות דעתו אשר נערכה ביום 20.12.1997 ציין ד"ר ג'אבר כי בבדיקתו נמצא נפיחות ורגישות מקומית סביב לקן הברך והגבלה בטווח התנועות. עוד ציין ד"ר ג'אבר כי התובע עבר ביום 22.11.1997 ארטרוסקופיה של ברך שמאל, אשר ממצאיה הצביעו על קרע במיניסקוס המדיאלי. בעקבות ממצאים אלו טופל התובע על ידי הטריה וכריתה חלקית של המיניסקוס.

בסיכום לחוות דעתו ציין ד"ר ג'אבר כי הנזק למיניסקוס תוקן באופן חלקי בלבד וכי פגיעות מסוג זה עלולות להביא לשינויים ניווניים בברך בעתיד. עוד כתב ד"ר ג'אבר, כי הנזק גורם להשפעה בינונית על כושר הפעולה הכללי של הנפגע.

בשל הנזקים האמורים קבע ד"ר ג'אבר לתובע 10% נכות לצמיתות על פי סעיף 48 (2) ז (1) לתקנות הביטוח הלאומי (קביעת דרגת נכות לנפגעי עבודה), תשט"ז-1956, (להלן: "תקנות המל"ל"), הקובע כדלקמן:

”(2) הברך

ז. נזק במניסקוס

א. נזק במניסקוס בצורה קלה 10%.”

49. בעדותו בבית המשפט, הסביר ד"ר ג'אבר כי בדיקת האורטרוסקופיה והניתוח במיניסקוס שבוצע בעקבותיה בוצעו על ידו, כחודש לפני מתן חוות הדעת, וכי מהלך הניתוח היה תקין. עוד הוסיף ד"ר ג'אבר כי מטרת הניתוח היא הקלה על הכאבים ושחרור הרגל מנעילות, נוזלים וכאבים. כן אישר המומחה מטעם התובע כי כתוצאה מהניתוח יכולת ההליכה של החולה משתפרת באופן ניכר ובמרבית המקרים ניתן לשוב לפעילות רגילה ואף לפעילות מאומצת, כמו השתתפות במשחקי כדורגל מקצועיים. ד"ר ג'אבר העריך כי זמן ההחלמה מניתוח לתיקון המיניסקוס הינו בן חודש לשלושה חודשים, אך שב וציין כי קיים סיכון לשינויים ניווניים בעתיד.

לסיכום, העיד ד"ר ג'אבר כי התובע יכול לשוב לעבודתו בהיקף מוגבל, כאשר, להערכתו, קיימת זהות בין הנכות הרפואית לזו התפקודית.

50. להבדיל מד"ר ג'אבר, בחוות דעתו מיום 20.2.2000 סבר פרופ' נרובאי כי לתובע אין כל נכות צמיתה. מסקנה זו ביסס פרופ' נרובאי על בדיקתו את התובע ועל צילומי רנטגן שהעלו כי לתובע לא נותרה כל מגבלה בתנועה וכי ממצאים שתוארו בחוות דעתו של ד"ר ג'אבר אינם קיימים עוד.

51. בעדותו פירט פרופ' נרובאי והסביר, כי הסבירות לשינויים ניוונים בעתיד הינה סבירות של בין 25% ל-30% בלבד, וכי העובדה שהתובע היה אדם מבוגר בעת הניתוח מפחיתה אף היא את הסבירות לשינויים ניווניים שכאלו. עוד העיד פרופ' נרובאי כי הממצאים שהתגלו בבדיקתו של ד"ר ג'אבר נובעים, לדעתו, מסמיכות הזמנים שבין הניתוח לחוות הדעת להערכתו של פרופ' נרובאי, לאחר שהחלימה הברך, אין לתובע כל נכות, כאמור בסעיף 48 (2) ז (3) לתקנות המל"ל, הקובע לאמור:

”ז. נזק במניסקוס

|||מצב לאחר ניתוח הוצאת המניסקוס ללא הפרעות תפקודיות 0%.”

52. לאחר עיון בחוות דעת ובעדויות המומחים וקריאת טענות הצדדים בסיכומיהם, מסקנתי היא כי אין לקבוע לתובע כל נכות אורטופדית.

53. מקריאת חוות הדעת עולה בברור כי שני המומחים, כאחד, לא מצאו דבר בתלונותיו של התובע על כאבים בגב, בכתפיים ובזרועות. משכך, התרכזו

המומחים בשאלת הנזק הנטען בברכו השמאלית של התובע, כאשר ד"ר ג'אבר קובע כי בגין נזק זה יש לקבוע לתובע נכות צמיתה בשיעור של 10%, ואילו פרופ' נרובאי קובע כי אין לתובע כל נכות.

כפי שניתן לראות, חוות דעתו של ד"ר ג'אבר נשענת על שני נדבכים: האחד, היא הבדיקה שערך לתובע כחודש לאחר ניתוח המניסקוס שביצע בו; והשני, היא הנחתו כי התובע עשוי לסבול בעתיד משינויים ניווניים כתוצאה מניתוח זה. אתייחס לכל אחד משני אלה, על רקע חוות הדעת והעדויות של המומחים.

54. אף כי אין כל הנחיה המורה כי ביצוע בדיקה לקביעת נכות תיערך רק זמן מסוים לאחר הניתוח, מקובלת עלי דעתו של פרופ' נרובאי כי בעת כתיבת חוות דעתו של ד"ר ג'אבר, לא ניתן היה לקבוע נכות צמיתה, וזאת לאור סמיכות הזמנים שבין הבדיקה לבין הניתוח. מקריאת עדותו עולה כי אף לדעתו של ד"ר ג'אבר, חלק מהתסמינים עליהם ביסס הוא את חוות דעתו, עשויים להיות כתוצאה מהניתוח והם זמניים באופיים (עמ' 10 לפרוטוקול).

על כן, יש להניח כי בדיקתו של פרופ' נרובאי, אשר בוצעה כשלוש שנים לאחר הניתוח, מעידה במידה טובה יותר על נכותו הצמיתה של התובע ועל מצבו הרפואי לאשורו.

במאמר מוסגר אציין כי בעדותו מקבל ד"ר ג'אבר כנכונים את ממצאי הבדיקה של פרופ' נרובאי (עמ' 12 לפרוטוקול), אך טוען כי פרופ' נרובאי אינו מתייחס בחוות דעתו לנזק התוך ברכי שנגרם לתובע. טענה זו תמוהה, לאור העובדה כי הנזק הנטען, אליו מתייחסות בבירור שתי חוות הדעת, הינו נזק תוך ברכי בלבד.

55. יתרה מזאת, מעיון בעדותם של ד"ר ג'אבר ושל פרופ' נרובאי, על רקע תקנות הביטוח הלאומי, עולה כי הבדיקה אותה ביצע פרופ' נרובאי לשם הכנת חוות דעתו, היא הבדיקה המתאימה יותר לקביעת דרגת הנכות על פי התקנות.

סעיפי המשנה של תקנה 48 (2) ז לתקנות הביטוח הלאומי, אשר הוזכרה בחלקה לעיל, נחלקים לשתי קבוצות; האחת, עוסקת בנזק למיניסקוס ללא ניתוח (ס"ק I ו-II) ושנייה בנזק למיניסקוס לאחר ניתוח (ס"ק III-IV). וזו לשון תקנה 48 (2) ז במלואה:

" ז. נזק במניסקוס

I. נזק במניסקוס בצורה קלה 10%. II. נזק במניסקוס עם Locking 20% III. מצב לאחר ניתוח הוצאת המניסקוס ללא הפרעות תפקודיות 0%.

IV. מצב לאחר ניתוח הוצאת המניסקוס קיימים שינויים ארטרו-טיים קלים ודלדול קל של השרירים 10%."

כפי שניתן לראות, ס"ק I, לאורו קבע ד"ר ג'אבר את הנכות, אינו מתאים למקרה שלפנינו, כיוון שהוא עוסק בנזק למיניסקוס טרם ניתוח, ואילו התובע דכאן נותח בברך. גם אם נניח כי שגה ד"ר ג'אבר - בהיסח דעת - וכוונתו הייתה ס"ק IV, העוסק במצב לאחר ניתוח והמעניק אף הוא 10% נכות, אין בדבר משום סיוע לתובע, שכן ס"ק IV מצריך לשם קביעת אחוזי הנכות כי החולה יסבול משינויים ארטרוטיים ומדלדול של השרירים. אין חולק כי הבדיקות אותן ערך פרופ' נרובאי הצביעו כי התובע אינו סובל מתופעות אלו, ולכך אף הסכים ד"ר ג'אבר (עמ' 15 לפרוטוקול).

על כן, המסקנה היחידה העולה מקריאת חוות הדעת והעדויות על רקע התקנות היא כי

מצבו של התובע מתאים לס"ק III, ויש לקבוע את נכותו בשיעור של 0%. לבדיקות הנוספות אותן ערך ד"ר ג'אבר ולממצאיהן, אין כל משמעות לעניין הנכות הצמיתה, ויש לייחס אותן למצבו של התובע סמוך מיד לאחר הניתוח (חוות הדעת ניתנה פחות מחודש לאחר הניתוח ראה פסקה 0לעיל), והם נעלמו כעולה מחוות דעת פרופ' נרובאי.

56. גם לגבי הנדבך השני עליו מבוססת חוות דעתו של ד"ר ג'אבר קיימים ספקות. בחוות דעתו ובראשית עדותו טען ד"ר ג'אבר כי ישנו סיכוי לשינויים ניווניים בברך התובע, גם אם לא פורטה מידת הסיכוי. אולם, בהמשך עדותו, הסכים ד"ר ג'אבר כי כתוצאה מניתוח המיניסקוס יכול החולה להחלים כך שלא תיוותר לו נכות כלל (עמ' 11 לפרוטוקול; השווה לעמ' 10 לפרוטוקול). כמו כן, הסכים ד"ר ג'אבר כי קיימים מקרים רבים בהם מנותחים דומים לתובע שבו לפעילות מלאה ואף לפעילות ספורטיבית מאומצת, ללא כל תופעות לוואי או שינויים ניווניים (עמ' 13 לפרוטוקול).

מעדותו של פרופ' נרובאי עולה, כי על פי המחקרים הרפואיים הרלוונטיים, שיעור החולים הסובלים משינויים ניווניים הוא לכל היותר 25%-30% מכלל החולים העוברים ניתוח במיניסקוס, וכי נסיבותיו של התובע מפחיתות את הסיכוי לשינויים שכאלו במידה רבה אף יותר. על אף שלתובע ניתנה הזכות ללבן את העניין בעזרת המומחה מטעמו לאחר עדותו של פרופ' נרובאי, לא הציג התובע בפניו כל ראיה המצביעה כי התובע נמנה על אותו מיעוט העלול לסבול משינויים אלו בעתיד.

אשר על כן, מצאתי כי מסקנותיו של ד"ר ג'אבר לגבי השינויים הניווניים מהם עלול לסבול התובע, אינן מבוססות, ואין לקבוע לתובע כל נכות בשל הסיכוי לשינויים אלו.

57. המסקנה העולה מכל האמור לעיל היא כי יש להעדיף את חוות דעתו של פרופ' נרובאי ולקבוע כי לתובע אין כל נכות אורטופדית צמיתה.

58. לאור האמור לעיל, לא מצאתי נכון לעסוק בטענותיהם ההדדיות של הצדדים בסיכומיהם לעניין מהימנותם של המומחים או של התובע בהקשר זה.

59. לאחר שאמרתי כל זאת, דומני, כי אף שאין לתובע נכות אורטופדית צמיתה, ולאור הנחה כי יש לזקוף את הנזק בברכו לחובת הנתבעים, הרי שיש לקבוע לו נכות זמנית בשיעור של 10% לתקופה מיום הניתוח ועד להחלמה המלאה ממנו. תקופה זו, על פי עדותו של ד"ר ג'אבר היא בת כשלושה חודשים מיום 27.11.1997.

נכות נירולוגית

60. כאמור, בתחום הנורולוגי הוגשה בהסכמת הצדדים חוות דעתו של פרופ' רכס כמומחה מטעם בית המשפט. וכך סיכם פרופ' רכס את חוות הדעת:

"לאחר ששקלתי את המידע שעמד לפני ולאחר שבדקתי את התובע, נראה לי סביר שסבל בסמוך לאחר תקופת המעצר מנזק קל תחושתו בלבד מצומצם ביותר בהיקפו בגב כפות הידיים ובמקצת מהאמה. עם הזמן שחלף התאוששו העצבים שנפגעו

ועתה לא נותרה לתובע כל נכות שהיא הקשורה בתקופת מעצרו."

61. הקורא את חוות דעתו ועדותו של פרופ' רכס אינו יכול שלא לחוש, באופן ברור וחד משמעי, כי לאור הבדיקות אותן ערך, מטיל פרופ' רכס ספק רב במהימנות תלונותיו של התובע. כך, לדוגמא, כתב פרופ' רכס בחוות הדעת (עמ' 2):

"בבדיקה שערכתי אני לא נמצאה כל הפרעת תחושה באמה ואילו באצבעות 1-2 קימת תלונה להפרעת תחושה גם באספקט הוונטרלי שאינו מוזן ע"י הסעיף השטחי של העצב הרדיאלי. תלונה שכזו אינה עומדת בהתאמה נירואנטומית עם הממצאים הקודמים מעלה ספק לעניין מהימנות תלונותיו."

ובעדותו אמר (עמ' 37 לפרוטוקול):

" העצב הוא פגוע ונותן סימפטומים מלאים. נניח שיש לו נימול כל הזמן, זה צד אחד של הספקטרום. בצד השני עצב שהבריא לחלוטין. יכול להיות תקופת מעבר של התאוששות אבל זה זמני, זה קצר וזה יכול להיות שבועות אחדים לדעתי."

ביום שבדקתי את התובע לא מצאתי שום דבר, ובקצה האחד של הספקטרום במובן זה שהעצב בריא לחלוטין. זה חד משמעי. היו תלונות לתובע של הפרעות תחושה, שהם לא עפ"י הפיזור הנורו-אנטומי שגם את זה כתבתי בחוות דעתי, שלצערי הרב מעלה ספקות לגבי התלונות שלו."

ובהמשך העיד פרופ' רכס(בעמ' 38 לפרוטוקול):

"כיוון שכאן הנכות נסמכת רק על תלונה סובייקטיבית של התובע, הרי אין דרך אחרת לבדוק את זה. הוא התלונן על נימול באצבעות 1,2 והתלונן גם על נימול בגב כף היד, וגם בכף היד, בחלק הפנימי של כף היד. גב כף היד מעוצבב על ידי עצב אחד (ענף של העצב הרדיאלי) בעוד שפנים כף היד מעוצבב על ידי עצב אחר לחלוטין, שגם המומחה מטעמו של התובע שבדק אותו זמן רב לפני, 6 חודשים לערך אחרי שיצא מהכלא, לא טען לפגיעה כזו ולכן יש לי ספק בטענותיו של התובע. אבל אז אני מאבד את הכלי של האובייקטיביות."

62. בסיכומי, ניסה התובע לערער את האמון בחוות דעתו ומסקנותיו של פרופ' רכס. התובע טען, כי פרופ' רכס הגיע למסקנותיו מבלי לברר את העובדות הרלוונטיות (כגון: סוג האזיקים בהם נאזק התובע ומשך זמן האיזוק) ומבלי לבצע את הבדיקות הנחוצות, ועל כן, לטענת עו"ד גבעון, ב"כ התובע, יש לפסול את חוות דעתו של פרופ' רכס ולמנות מומחה נירולוגי אחר.

לחילופין, מבקש ב"כ התובע כי לתובע תיקבע נכות נירולוגית של 10% בגין הפגיעה בעצבי הידיים ו-10% נוספים בגין הפגיעה העצבית בכתפיים בצוואר בגב התחתון וברגליים.

63. אקדים ואומר כי לא מצאתי ממש בטענות התובע כנגד חוות דעתו או כנגד עדותו של פרופ' רכס. אין צורך להכביר מילים על כישוריו ומומחיותו של פרופ' רכס אשר מונה על ידי בהסכמת הצדדים ונמנה על ראשי הנירולוגים בארץ. חזקה על מומחה מטעם בית המשפט, וקל וחומר על מומחה בשיעור קומתו של פרופ' רכס, כי ברר את כל העובדות הנדרשות וביצע את כל הבדיקות הנכונות והמקובלות לצורכי חוות דעת ראויה. לשם הפרכת חזקה זו, על המתנגד לחוות הדעת להוכיח בראיות ממשיות כי המומחה נהג שלא כשורה. התובע לא הביא ולו ראיה

אחת, רפואית או אחרת, לטענותיו ביחס לכשלים הנטענים בחוות דעתו של פרופ' רכס. עצם העובדה כי פרופ' רכס נמנע מלבצע בדיקה אותה חשב למיותרת, לאור אופי תלונות התובע, ממצאי הרופאים מטעמו והבדיקות אותן ערך בעצמו, אין בה כדי להטיל, ולו צל של ספק, בחוות הדעת (וראה עדותו של פרופ' רכס, עמ' 40, שורות 24-27; עמ' 41, שורות 1-23).

64. לא זו אף זו, עיון מדוקדק בעדותו של פרופ' רכס לאור טענותיו של התובע, מביא אף הוא למסקנה כי אין בסיס לטענות התובע. חוות דעתו של פרופ' רכס היא ממצה ומקיפה, וממנה, כמו גם מעדותו הנרחבת בבית המשפט, עולה כי פרופ' רכס קיבל את כל האינפורמציה הדרושה לו, ומעבר לכך, מהתובע, וביצע את כל הבדיקות הראויות. מסקנה זו זוכה לחיזוק מהעובדה כי ממצאיו של פרופ' רכס מתאימים לממצאיו של האורטופד פרופ' נרובאי. ואולם פרופ' רכס לא הסתפק באינפורמציה אותה קיבל מהתובע ובבדיקות אותן ערך, אלא הגדיל עשות, עיין בבדיקות ובמצאים של הרופאים אשר בדקו את התובע מטעמו והתייחס בחוות דעתו לממצאים אלה ולמסקנות אותם הסיקו רופאי התובע מהן, וזאת בפירוט ובאריכות. אף בעדותו חזר פרופ' רכס והסביר כי בדק את התובע והגיע למסקנות המופיעות בחוות הדעת, לא רק לאור תלונותיו אלא גם לאור ממצאיהם של רופאים אלו.

למגינת ליבו של התובע, המסקנה אליה הגיע פרופ' רכס, לבסוף, היא כי לא נותרה לו כל נכות. למותר לציין כי חוסר שביעות רצון של צד מחוות דעת של מומחה מוסכם, אין בה, כשלעצמה, עילה לפסילת חוות דעתו של המומחה.

אומנם בעדותו ובתשובה לשאלות ב"כ התובע הסכים פרופ' רכס כי קיימת אפשרות תיאורטית לפגיעות שונות בידיים, בגב ובכתפיים כתוצאה מהנסיבות בהן היה התובע מצוי, לכאורה, בזמן המעצר. אולם, אין די בקיומה של אפשרות תיאורטית, אותה שלל פרופ' רכס במפורש במקרה זה, כדי להצביע על כשל בעדותו ובחוות דעתו, משלא מצא פרופ' רכס נכויות אלו בתובע.

65. כאן המקום להתייחס בקצרה לחוות הדעת עליהן מסתמך ב"כ התובע בסיכומיו, ואותן משווה הוא לחוות דעתו של פרופ' רכס. בסיכומיו מפנה התובע לחוות הדעת של ד"ר יורם שיר ושל ד"ר לי קרנברג, אשר סברו כי לתובע נגרם נזק ניורולוגי כתוצאה ממעצרו.

ראשית יש לומר, כי חוות דעת אלו הוגשו שלא כראוי לבית המשפט, ועורכיהן לא נחקרו על האמור בהן. על כן, אין להסתמך על הממצאים העולים מהן, ולכל הפחות, משקלם של ממצאים אלו נמוך במידה רבה ממשקלם של ממצאיו של פרופ' רכס המפורטים בחוות דעתו.

שנית, לאחר הסכמה על מינוי מומחה מוסכם, אין מקום לחזור למומחים של כל צד, ובמיוחד שהצדדים הצהירו לבין המשפט מהן חוות הדעת המחייבות ובהן הופיעה רק חוות דעתו של פרופ' רכס (ראה פסקה 0 לעיל).

שלישית, כאמור לעיל, חוות הדעת של ד"ר שיר וקרנברג היו בפני פרופ' רכס בעת כתיבת חוות הדעת שלו, והוא התייחס לממצאים העולים מהן, בהרחבה, תוך שהוא מטיל ספק במהימנותן לאור ממצאיו הוא. וכך כותב פרופ' רכס (עמ' 2 לחוות הדעת):

"בדיקתו של ד"ר קרנברג את התובע נערכה ב 19.12.1997 כ-5 חודשים לאחר שחרורו ממעצר.

ד"ר קרנברג מצא הפרעת תחושה בגב כף היד ובאמה ובגב אצבעות 1-2 מימין ומשמאל אותם הוא ייחס לנזק לענף השיטחי של העצב הרדיאלי מימין ומשמאל. לא נמצאה על ידו כל הפרעה נוירולוגית אחרת לרבות לא הפרעה מוטורית כל שהיא."

ולגבי חוות הדעת של ד"ר שיר (עמ' 3 לחוות הדעת):

"לענין חוות דעתו של ד"ר שיר (שהוא מומחה בהרדמה וכאב ואינו נוירולוגי):

ד"ר שיר מצא הפרעות מוטוריות בכפות הידיים שלא נמצאו על ידי ד"ר קרנברג שהוא נוירולוג מטעם התובע ולא על ידי. אני מטיל ספק בממצאים אלו."

יתרה מזאת, בחוות הדעת ובעדות מתייחס פרופ' רכס גם לאפשרות בה הוא מקבל כלשונם את ממצאיו של ד"ר קרנברג. וכך אמר בעדותו (עמ' 37-38 לפרוטוקול):

"אני הבאתי לפה אטלס נוריואנטומי שמתוכו אני אתן לבית המשפט את הציור, אנו מנהלים סערה בכוס מים. השטח שעליו אנו דנים, ומוסכם גם על המומחה שבדק את התובע מטעמו, זה איזור תחושה של 5-7 ס"מ. זה האזור שבגב כף היד, המומחה מטעמו של התובע ציין שנגרם לו נזק באזור זה (העד מסב את תשומת הלב לציור בעמ' 49 לחלק המסומן בקו שחור חזק). מתקבל וסומן ת/7. אני מציין זאת על מנת שלבית המשפט תהיה פרופורציה לגבי הנימול שעליו אני נשאל.

...

...ל. גם נניח היה נשאר לו נזק קבוע של אזור תחושתי בגב כף היד, שהוא כ"כ מצומצם, שלא מפריע מבחינת התפקוד, אין בזה שום נכות תפקודית.

ש. ומה הנכות הרפואית?

ת. אין לו נכות רפואית לדעתי.

ש.ת. לסעיף כ"כ דיסטולי ותחושתי ומבודד של העצב הרדיאלי, אין סעיף של נכות והוא כל כך שולי בתפקוד של כף היד, שאני לא חושב שהוא מקנה נכות רפואית. אני מדגיש כי כפי שמופיע בציור ת/7 כל בעיית תחושה היא רק בחלק העליון החיצוני של גב כף היד, על יד אצבעות 1,1 אבל אני מדגיש כי אין בעיה בתחושה של האצבעות עצמם, ולכן אין בעיה להחזיק חפצים אפילו דקים ועדינים באצבעות אלה."

מהאמור עולה כי גם אם יקבל פרופ' רכס את ממצאיו של ד"ר קרנברג, כי אז אין בכך כדי לזכות את התובע באחוזי נכות כל שהם.

66. לסיום אציין, בצער, כי רשמיו של פרופ' רכס לגבי אמינותו של התובע בנושא זה,

תואמים, במידה רבה, את הרושם אותו קיבלתי אני מעדותו של התובע בפניי. בעדותו הזכיר התובע כי הוא סובל מכאבים בידיו אך פעם אחת ובדרך אגב, זאת למרות שהתבקש למנות את כאביו פעמים רבות. במקרה יחיד זה נסתרו דבריו בכך שכתב את שמו בפני תוך שימוש באצבעות האמורות ללא כל קושי או כאב (עמ' 120, שורות 19-23; וראה לעניין אמינותו של התובע גם עמ' 121, שורות 9-12).

67. סיכומי של דבר הוא כי יש לאמץ את חוות דעתו של פרופ' רכס ולקבוע כי לתובע לא נותרה כל נכות נזיקית.

נכות פסיכיאטרית

68. בתחום הפסיכיאטריה הוגשה חוות דעתו של ד"ר שלום ליטמן, מומחה לפסיכיאטריה, לשעבר הפסיכיאטר הארצי הראשי, מטעם התובע, וחוות דעתו של פרופ' שמואל טיאנו, מומחה בפסיכיאטריה, פרופסור מן המניין בבית הספר לרפואה של אוניברסיטת תל-אביב ומנהל בית החולים "גהה", מטעם הנתבעים.

69. בחוות דעתו מיום 17.12.2001, סקר ד"ר ליטמן בפירוט רב את הנסיבות מהן סבל התובע לכאורה במהלך המעצר. מסקנתו של ד"ר ליטמן היא, כי בשל נסיבות אלו סובל התובע מתסמונת פוסט טראומטית (Post Traumatic Stress Disorder) קשה, המכונה הפרעת דחק פוסט-טראומטית (עמ' 3 לחוות דעתו).

בחוות דעתו (עמ' 3-4 לחוות הדעת), פירט ד"ר ליטמן את התסמינים להן גורמת תסמונת פוסט טראומטית, מהם לטענתו סובל התובע. תסמינים אלה הם: התבודדות ובדלנות; חלומות פולשניים, נדודי שינה וסיוטים; ירידה בתאבון; תפקוד לקוי בעבודה ומצב רוח דכאוני.

ד"ר ליטמן קיבל, כלשונן, גם את תלונות התובע אודות מצבו הרפואי הפיזי, וסבר, כי מצב זה מחמיר את הסימפטומים הנפשיים מהם הוא סובל.

וכך כתב ד"ר ליטמן בסיכום לחוות דעתו (עמ' 5):

" לאור האמור לעיל סובל מר גנימאת מתסמונת נפשית פוסט טראומטית קשה עקב עינויים וסבל שעבר בזמן מאסר של כ-3 חודשים ב-1997.

מאיש חברתי, מתפקד, שמח מעורה בין הבריות נהפך לאדם סגור, מבודד עם סימפטומים של דיכאון וחרדה, המתפקד ברמה מאד נמוכה. עקב המצב של דחק קשה שהיה במאסר ובעקבותיו אנו מגלים נכות בתחום הנפש לפי תקנות הביטוח הלאומי. בפרק הרביעי לפי הפרעות פסיכו נזיקיות בתת סעיף 34 ג' ו-34 ד' עקב כך שיש סימנים אובייקטיביים וסובייקטיביים המגבילים בין באופן בולט עד באופן ניכר של ההתאמה הסוציאלית וכושר העבודה המקנים לנבדק 25% נכות לצמיתות."

70. ביום 2.7.02 הגיש ב"כ התובע חוות דעת משלימה של ד"ר ליטמן. חוות הדעת המשלימה, אשר נכתבה ללא בדיקה נוספת של התובע, כוללת את ממצאי הבדיקה שנערכה לתובע לצורך הכנת חוות הדעת הראשונה, ואשר הושמטו

מחוות הדעת הראשונה. ממצאים אלו חוזרים במידה רבה על המתואר מפי התובע בחוות הדעת הראשונה, ובסיכומם קובע ד"ר ליטמן כי על אף שהריכוז, הקשב והזיכרון של התובע תקינים, ואף שהוא אינו סובל מקשיים קוגניטיביים, התובע סובל ממרכיבים חרדתיים על רקע של אפקט דכאוני, מתחושה של עלבון ובושה, ממחשבות פולשניות על שלמות המשפחה ומניתוק מהסביבה.

כל זאת מוגבר, לדעתו של ד"ר ליטמן, בשל הסימפטומים הגופניים מהם סובל התובע.

בסופה של חוות הדעת המשלימה, אשר נכתבה לאחר הגשתה של חוות הדעת מטעם מומחה הנתבעים פרופ' טיאנו, התייחס ד"ר ליטמן לחוות הדעת של פרופ' טיאנו, וטען כי הופתע ממצאיו של פרופ' טיאנו ומהמסקנות אליהן הגיע. מסקנותיו שלו לא השתנו גם בחוות הדעת המשלימה, והן כי יש לפסוק לתובע 25% נכות פסיכיאטרית לצמיתות.

71. ממצאיו הבסיסיים של פרופ' טיאנו, המומחה מטעם הנתבעים, בחוות דעתו מיום 2.6.02, אינם שונים במידה רבה ממצאיו של ד"ר ליטמן. פרופ' טיאנו מצא כי התובע מודע וצלול, התמצאותו במקום, בזמן ובאישיות תקינה ללא הפרעות בזיכרון, בריכוז, בחשיבה או בפרספציה, כי לתובע אין כל הפרעות בדימוי הגוף וכי דיבר באופן שוטף וגלוי, וכי התובע סובל מאפקט חרדתי והוא מתלונן על סף גירוי נמוך, חוסר סבלנות ורגישות לרעש.

אולם, על אף הדמיון בממצאים הבסיסיים בין חוות דעתו לזו של ד"ר ליטמן, פרופ' טיאנו מצא כי לא מצא את עוצמת התסמינים עליהם דיווח ד"ר ליטמן וציין כי מספר מהתסמינים המופיעים בחוות הדעת לא נטענו כלל על ידי התובע או הוכחו בשלב אחר של הבדיקה. בעדותו הוסיף פרופ' טיאנו וציין כי מבדיקתו עלה, כי התובע אכן סובל מרגשי חרדה בכל הנוגע לתקופת המעצר, אולם, על אף ניסיונות מכוונים, לא מצא אישוס לטענותיו של התובע כי הוא סובל מסף גירוי נמוך או מאפקט דכאוני (עמ' 91 לפרוטוקול).

וכך כתב פרופ' טיאנו בפרק הדיון שבחוות דעתו (עמ' 2 לחוות הדעת):

"מדובר בגבר בן 50 אשר נעצר פעמיים על ידי שלטונות הצבא, נכלא ושחרר. לא ידוע על הפרעות נפשיות לפני האירוע. מאז שוחרר מהמעצר השני, מתאר סימנים קלים עד בינוניים לתסמונת דחק בתר חבלתית, אך מעבר לכך אורח חייו המקצועיים, הבינאישיים, הזוגיים וההוריים הוא תקין ומשתווה לכל משפחה ממוצעת בסביבתו."

על כן, קבע פרופ' טיאנו את נכותו של התובע על שיעור של 10% למשך 5 שנים ו - 5% לצמיתות לפי סעיף 34 א' - ב' מותאם לתוספת לתקנות הביטוח הלאומי, הקובע:

"34. הפרעות פסיכונורוטיים

א. ישנם סימנים קלים אך אין הפרעה בהתאמה הסוציאלית, כושר העבודה לא מוגבל 0%

ב. ישנם סימנים אוביקטיביים וסרביקטיביים המגבילים באופן בינוני את ההתאמה הסוציאלית וכושר העבודה 10%."

את הפערים בין הממצאים והמסקנות אליהן הגיע לבין אלו של ד"ר ליטמן הסביר פרופ' טיאנו בכך שהתובע סובל מתגובת דחק בתר חבלתית (היא התסמונת הפוסט טראומתית) ההולכת ומשתפרת בהדרגה. לדעתו של פרופ' טיאנו, במסגרת תגובה זו,

התובע עובר תהליך הדחקה הדרגתי האחראי לפער שבין שתי הבדיקות המרוחקות זו מזו בכ- 6 חודשים.

72. כאמור, מעיון בחוות הדעת של המומחים ועדויותיהם עולה, כי אין פערים משמעותיים בין ממצאיהם של שני המומחים בבדיקה עצמה. שני המומחים לא מצאו כל ליקוי קוגניטיבי או הכרתי אצל התובע, ושניהם תארו את התובע כמשתף פעולה ורהוט. דומה כי שורש ההבדלים בין חוות הדעת נעוץ בדברי התובע במהלך הבדיקה וביישום דבריו, כנגד העובדות השונות העולות מסיפור חייו שלאחר המעצר.

73. מחוות דעתו של פרופ' טיאנו עולה כי כמה מהתסמינים שפורטו בחוות דעתו של ד"ר ליטמן, על פי עדותו, מפי התובע, לא עלו כלל בבדיקתו אצל פרופ' טיאנו, או, לחלופין, הוזכרו על ידי התובע, אך הוכחו או הוסברו באופן השולל קשר ביניהם לבין המעצר, בשלב מאוחר יותר של הבדיקה.

74. בסיכומיו טוען ב"כ התובע כי מתרשמת האסיסטנטית של פרופ' טיאנו, שנכתבה בזמן הבדיקה וסומנה ת/10, עולה כי התסמינים דווקא כן הוזכרו על ידי התובע, אך פרופ' טיאנו בחר להתעלם מהם. עוד טוען ב"כ התובע כי העדר פירוט של רשימת "התסמינים החסרים" בחוות דעתו של פרופ' טיאנו אומרת דרשני.

אינני מקבל את טענות התובע. אומנם בחוות דעתו לא פרט פרופ' טיאנו את רשימת "התסמינים החסרים", אולם מחוות הדעת בכללותה קל להסיק מהם אותם תסמינים אשר הופיעו בחוות דעתו של ד"ר ליטמן באריכות, ואשר לא הוזכרו כלל בחוות דעתו של פרופ' טיאנו.

יתרה מזאת, משנשאל בעדותו מהם אותם "תסמינים חסרים", פרט פרופ' טיאנו את הסתייגויותיו מממצאיו של ד"ר ליטמן ואמר כי לא מצא כל עדויות לירידה בתאבון בשל מצב דכאוני. כן אומר פרופ' טיאנו, כי אינו רואה במותה של אשת התובע רה-טראומטיזציה, אותה יש לייחס לטראומה הראשונה, לאור השוני הרב שבין הטראומות. לדעתו של פרופ' טיאנו, הבידוד החברתי של התובע, אם טענתו בעניין זה נכונה כלל, הוא תוצר של הסביבה החושדת בתובע כמשתף פעולה ולא נגרם בשל מצבו הנפשי של התובע (עמ' 101, שורות 13-28). כל הקורא את עדותו של פרופ' טיאנו יאמר כי מדובר בפירוט מלומד וממצה של "התסמינים החסרים" ושל הסתייגויותיו של פרופ' טיאנו מממצאיו של ד"ר ליטמן. מכאן, שאין להסיק דבר מהעדר אותו פירוט בחוות הדעת.

גם טענות התובע ביחס לת/10 דינה להידחות. כפי שהעיד פרופ' טיאנו, חוות הדעת אינה העתק התרשומת אלא חוות דעת מקצועית, הבוחרת מתוך הדברים שנאמרו את הדברים הרלוונטיים לשיקול דעתו של המומחה בעת כתיבת חוות הדעת (עמ' 93, שורות 17-22). אמנם בת/10 אכן צוינו מספר תלונות של התובע אשר לא הוזכרו בחוות הדעת, ובהן התלונות הפיסיות, תלונות אודות חשד באנשי הכפר ועל התבודדות. אולם בעדותו הסביר פרופ' טיאנו כי תלונות אלו עומדות בניגוד להתרשמותו מהתנהגות התובע במהלך הבדיקה, ועל כן, אף כי תיאורטית יכולה להיות להן השפעה, הרי שמעשית אין התובע סובל בגינן (עמ' 95, שורות 17-27; עמ' 96, שורות 1-13, ומעמ' 100, שורה 24 ועד לעמ' 101 שורה 27).

לעניין זה יפים דברי חברי כב' השופט משה גל בת"א (ירושלים) 1540/96 בן דוד נ' מגדל חברה לביטוח (תק-מח 2001(3), 3655):

" הטענה שלפיה המומחית לא אימצה את כל הרשום בגיליון בית החולים, אינה נובעת רק מכך שהרישומים נעשו על-ידי מתמחה, אלא גם על-יסוד בדיקות ונתונים נוספים, ששוקללו על-ידיה והמאוזכרים בחוות-דעתה המשלימה. זוהי הפריבילגיה של המומחה, להפעיל את שיקול-דעתו העצמאי בתחום מומחיותו, בטרם יגבש את מסקנתו הסופית. הוא אינו חייב לקבל את עמדת הרופאים המטפלים. משנתן הסבר לעמדתו והסבר זה מתקבל על הדעת, יכול בית המשפט לאמצו. התרשמות שונה של המומחה מזו של הרופאים המטפלים אינה מצביעה אפוא על פגם בעבודתו. אמנם, ממצאיהם של הרופאים המטפלים משמשים כלי עזר בידי המומחה וחומר בסיסי לשם כתיבת חוות דעתו והסקת מסקנותיו, אולם, כאמור לעיל, שיקול הדעת הסופי נתון בידו."

האמור שם לגבי מומחה יחיד בתחום הספציפי, אשר מונה מטעם בית המשפט וביחס לתרשימים אובייקטיביים של הרופאים המטפלים, נכון בוודאי ומקל וחומר - לגבי מומחה מטעם הנתבעים וביחס לדברי התובע כפי שמצאו ביטוי ברישומי האסיסטנטית של אותו מומחה בזמן הבדיקה.

75. כפי שנראה להלן, דומה כי ההבדלים שבין התרשומת של האסיסטנטית, המייצגת נאמנה יותר את דברי התובע בבדיקה, ובין חוות דעתו של פרופ' טיאנו, המבוססת גם על התרשומת המומחה, הבדיקות שערך לתובע וגם על נתונים "אובייקטיביים" נוספים, מאירה גם את ההבדל העיקרי שבין חוות הדעת של מומחי הצדדים.

מעדותו של ד"ר ליטמן עולה בברור, כי קיבל את דברי התובע כאמינים באופן עקבי, זאת גם כשעמדו בניגוד להבחנותיו במהלך הבדיקה ובניגוד לעובדות העולות מחיי התובע. כך, לדוגמא אמר ד"ר ליטמן בתשובה לשאלות ב"כ הנתבעים (עמ' 78, שורות 25-27, ועמ' 79, שורות 1-8):

"ש: בחוות דעתך השנייה בעמ' הראשון ציינת שהקשב והזיכרון תקינים וגם שהריכוז תקין. איך אתה מיישב את זה עם המחשבות והחלומות הפולשניים, אם הריכוז והקשב תקינים.

ת: בזמן הבדיקה הקשב היה תקין, הריכוז היה תקין ולא שייך שבשעות מסוימות ביום יכולות להיות מחשבות פולשניות או מחשבות טורדניות

ש: מחשבות טורדניות לא פוגעות בריכוז שלו

ת: הם פוגעות בזמן שהמחשבות קיימות. בזמן הבדיקה הוא היה קשוב ומרוכז

ש: האם ניסית לשאול את התובע מבחינת כמות כמה פעמים ביום או בחודש יש לו מחשבות טורדניות

ת: הוא איש מאוד פשוט. הוא באופן ספונטאני אמר שיש מחשבות שגורמות לו לסיוטים, כננסות לי לתוך החיים. קשה לעשות לזה כימות או משחקים כאלה."

ובהמשך (עמ' 80, שורות 3-6) :

”ש: איך אתה מיישב את היכולת של התובע למצוא אישה חדשה עם סעיף 1 בקשר לבדלנות שאתה אומר.

ת:לא צריך לחפש, זה משהו תרבותי, זו דאגה של הסובבים אותו בכפר.”

מהאמור עולה, כי ד"ר ליטמן ייחס חשיבות מכרעת לדברי התובע וראה דבריו "כזה ראה וקדש", חוות דעתו מתבססת בראש ובראשונה על דברים אלו. מסקנה זו מתחזקת לאור דבריו של ד"ר ליטמן בעדותו, כאשר עומת עם נתונים הסותרים את דברי התובע. וכך אמר (עמ' 81, שורות 1-5, ושורות 11-18):

”ש: קבעת את ההגבלה בכושר העבודה על פי דבריו?

ת: על פי ההגבלות שיש לו מבחינה נפשית והצמצום ביכולת התפקודית היומיומית בכל החיים.

ש: יכול אדם שתהיה לו הגבלה נפשית ברמה זו או אחרת ובפועל יתפקד בהיקף מלא. זה נכון?

ת: לא

...

ש: אני אומר לך שהאדם הזה עובד בהיקף מלא, מספר רב של שעות ביום, מוכר גלידה, נוסע לחנויות, בא במו"מ עם בעלי חנויות, מסיע פועלות, עובד לפחות 10-11 שעות ביום. זה משפיע על פסיקת גובה אחוזי הנכות שלך?

ת: על החלק ששיך לתפקוד וכושר עבודה - אני אקבל שיש להוריד מאחוזים אלה. אין ספק שגורם זה ייתן לי לחשוב שהוא לא דייק בדברים. לגבי התאמה סוציאלית - זה עדיין לא מספיק לי, התאמה סוציאלית כוללת גם תפקודים אחרים בתוך המשפחה ואחרים. בהנחה שהעובדות שתארת לי לגבי עבודתו של התובע הן נכונות, בשכולל אחוזי הנכות היו יורדים ל 15%.”

76. לעומת ד"ר ליטמן, מחוות דעתו ועדותו של פרופ' טיאנו עולה, כי על אף שהתובע היה אמין בעיניו, הבסיס למסקנותיו, לבד מדברי התובע, הם הממצאים שעלו מבדיקת התובע, הנסיבות הרלוונטיות בחייו ומשמעותן למצבו הפסיכיאטרי של התובע. כך אמר, לדוגמא (עמ' 92, שורות 13-21):

”אצל התובע אין הימנעות לצאת לרחוב, הוא קם בוקר בוקר והולך לעבודה. ההימנעות היחידה שקיימת והיא הייתה אחת מנקודות המחלוקת בין שתי חוות הדעת הייתה כששאלתי האם הוא פוגש אנשים בכפר שיכול היה שאדם עם הימנעות כפי שאמרתי לא ירצה לפגוש אנשים או בדיכאון. הבנתי מדבריו שלפגוש אנשים שהיו איתו בכלא הוא פוגש אך אנשים מהכפר מהסיבות שהסברתי לפני רבע שעה, איננו פוגש כי יש נתק לאור מעצרו, וזה מה שהוא הסביר לי. מקובל עלי הדברים שהוא מוסר אותם. לעניין פגישותיו או אי פגישותיו של התובע עם אנשי כפרו, הסיבה לכך היא עצם המעצר והבעייתיות אם הוא גיבור או משת"פ ואין לזה קשר לשאלת המעשים הפיזיים שנעשו או לא נעשו לו בזמן מעצרו.”

ובהמשך (עמ' 99, שורות 11-14):

"אדם שקם בבוקר, יוצא לעבודה, מרוויח פרנסתו, שהוכיח כוחות מעל לבינוני גבוה בנישואיו המהירים השניים. בהולדה של בת מייד אחריי הנישואים השניים זו משפחה ממוצעת בכפר. הייתה לו אישה ראשונה - 7 ילדים, נפטרה, התחתן פעם שנייה. הוליד ילדה, מתפרנס."

77. מבין שתי הגישות נראית לי יותר גישתו של פרופ' טיאנו. בחוות דעתו, שואב פרופ' טיאנו ממקורות שונים, כגון: דברי התובע, התרשמותו הישירה של המומחה מהתנהגותו של התובע בבדיקה ונסיבות חייו של התובע, בורר המוץ מן התבן על פי שיקולים מקצועיים ושוקל את הממצאים שהתקבלו זה כנגד זה, תוך שהוא מכריע על פי מומחיותו מהם הממצאים הנכונים על בסיסם נכתבת חוות הדעת. גישה זו משקפת, באופן טוב יותר, את האמת הרפואית לגבי מצבו של התובע, ובכך מקיימת במידה טובה יותר את מטרתיה של חוות דעת של מומחה רפואי לבית המשפט.

78. יתרה מזאת, גם אם נבחן לגופו של עניין את נקודות המחלוקת שבין המומחים הרפואיים, נמצא כי מסקנותיו של פרופ' טיאנו מתאימות יותר ליתר הראיות שבתיק, לדברי התובע עצמו בעדותו, ואף להגיון הישר. כך, לדוגמא, טענתו של פרופ' טיאנו כי התובע אינו סובל מבידוד חברתי באותה עוצמה אותה תיאר ד"ר ליטמן, וכי בידודו החברתי של התובע, אם אכן קיים, נובע, לדעתו של פרופ' טיאנו, מהתרחקותם של אנשי הכפר, אשר אינם מכירים את התובע באופן אישי, בשל עצם המעצר ולא ממצבו הנפשי של התובע, תואמת במידה רבה את דברי התובע עצמו בעדותו. וכך אמר התובע (עמ' 124, שורות 6-7):

"אני חושד באנשים. אנשים מתייחסים ומדברים איתי בזהירות או ניגשים אלי בזהירות." [ההדגשה לא במקור - מ.ד.]

ובהמשך (עמ' 163, שורות 5-7):

"אני נעצרתי ואני חף מפשע. אני רואה מישהו עובר לידי אני מתחיל לחשוד למה הוא עבר לידי, אם הוא שואל אותי שאלה כמו מה אתה עובד אני חושד בו ואני עונה לו בזהירות. אני שואל את עצמי מה רוצה ממני האיש הזה?"

גם דברי אנשי הכפר צוריף, המכירים את התובע ואשר הובאו להעיד בבית המשפט מטעמו, תומכים במסקנה כי התובע אינו מבודד מכלל אנשי הכפר. כך אמר מר עבדאללה עבאס נסראללה אל קאדי (עמ' 139, שורות 21-27):

"ש.עומר הוא איש מכובד בכפר?"

ת.לכן אנחנו ביחסים איתו.

ש.למה אתה מתכוון?

ת.בן אדם מכובד, אנחנו ביחס טוב איתו והוא אמין.

ש. במה הוא אמין?

ת. ביחסים ובעבודה. הוא מביא לנו את הסחורה."

באופן דומה מעיד מר גאמיל אחמד מוסטפה ג'נימאת (עמ' 142, שורות 13-14):

"עומר בן אדם שהוא מכובד בכפר, מאוד. הוא בן אדם שהיחסים שלו עם כל האנשים טובים."

דברי התובע, גם הם אינם מתיישבים עם תיאורו של ד"ר ליטמן את התובע כאדם "המתנתק מבני אדם קרובים וממשפחה" (עמ' 3 לחוות דעת). וכך אמר התובע בעדותו בפניי (עמ' 154, שורות 18-21):

"ת. האחים שלי שגרים מסביב באים אלי הביתה יושבים ומדברים. לפעמים אני יוצא לתפילת צהריים, נפגש עם אנשים מדבר איתם

ש. זו קבוצה קבועה של אנשים שאתה נפגש ומדבר

ת. זה לא קבוצה קבועה. כל מי שאני מכיר אני מדבר איתו."

דברים אלו של התובע, מתאימים לדמות העולה מכל הראיות שהיו בפניי, לרבות, נישואיו המהירים של התובע לאשתו השנייה, ותומכים במסקנות אליהן הגיע פרופ' טיאנו.

79. ואולם, על אף האמור לעיל, אין לאמץ את חוות דעתו של פרופ' טיאנו במלואה ויש לסייגה בכל הנוגע לשיעור הנכות הקבוע אל מול שיעור הנכות לצמיתות. צודק ב"כ התובע בטענתו, כי קביעתו של פרופ' טיאנו שהתסמונת ממנה סובל התובע רגרסיבית, ועל כן יש להפחית מאחוזי הנכות לאחר 5 שנים מיום האירוע, אינה עולה בקנה אחד עם הספרות המקצועית המקובלת. ואכן, כך אף העיד פרופ' טיאנו עצמו באומרו (עמ' 96, שורות 12-15):

"ש: לאור הניסיון הרב שלך מתי היית אומר שתגובה נפשית הופכת להיות תגובה כרונית במובן זה שהיא צמיתה?"

ת: יש תשובה אקדמית של מה שכתוב בספרים, שדורשת שישה עד 12 חודש וישנה תשובה של הניסיון שלי שאליו את מפנה שאומרת 3-5 שנים."

ובהמשך (עמ' 97, שורות 3-5):

"ש: אתה מסכים שהגישה שלך לא עולה עם הגישה הרפואית המקובלת?"

ת: אינה עולה בקנה אחד עם הסיווג כפי שמופיע בספר הסווג של המחלות הפסיכיאטריות."

על אף החשיבות הרבה הניתנת לחוות דעתו וניסיונו של המומחה הרפואי, ואולי בשל כך, החזקה היא כי חוות דעתו של המומחה נשענת על אסכולה רפואית מקובלת. כפי שראינו, במקרה זה, פרופ' טיאנו הסכים כי קביעותיו עומדות בניגוד לאסכולה המקובלת,

אך לא הציג כל אסכולה אחרת התומכת בקביעתו.

במצב דברים זה, אין אלא לקבוע כי הנכות אותה קבע פרופ' טיאנו לתובע בעת בדיקתו, שנערכה כחמש שנים לאחר שחרורו מהכלא, היא נכות צמיתה.

80. הסוגיה האחרונה לה אנו נדרשים בנושא זה, היא סוגיית הטיפול הרפואי והשפעתו.

בשולי חוות דעתו ציין ד"ר ליטמן כי לו היה התובע מטופל מייד לאחר המעצר היה משתפר מצבו באופן ניכר. בעדותו ציין ד"ר ליטמן כי טיפול אינטנסיבי בן 12 פגישות עשוי גם כיום לשפר את מצבו של התובע במידה ניכרת, עד כדי הפחתת הנכות הנפשית לשיעור של 10% בלבד (עמ' 62, שורות 4-24).

כתוצאה מדברי ד"ר ליטמן, הסכימו ב"כ הנתבעים לממן לתובע טיפולים בבית החולים הדסה עין כרם בירושלים, במסגרתם יטופל התובע בידי רופאים עליהם המליץ ד"ר ליטמן. הסכמתם של הצדדים קיבלה תוקף של החלטה בהחלטתי מיום י' בכסלו, תשס"ג (15.11.02), בה הוחלט כי התובע יהיה זכאי ל-12-15 טיפולים, אשר בתומם ימציא מנהל היחידה מטעם ביה"ח הדסה דיווח על הטיפולים ועל תוצאותיהם.

81. אין חולק כי התובע החל בטיפול, אך טרם הסתיים מניין הפגישות הקבועות, ככל הנראה, בשל קשיים אובייקטיביים, כגון: סגרים וקושי בהשגת אישורי כניסה לישראל.

82. מסיכומי הצדדים עולה כי הצדדים מסכימים כי ההסדר לגבי הטיפולים יבוטל וכי תיקבע נכות ללא קשר לטיפול.

83. במצב דברים זה, אין לי אלא לבטל את ההסדר ולקבוע את נכותו הפסיכיאטרית של התובע בשיעור של 10% לצמיתות.

84. מסקנת פרק זה היא כי נכותו הרפואית של התובע עומדת על 20% למשך שלושה חודשים מיום שחרורו מהמאסר - 8.7.97 ו-10% לצמיתות.

נכות תפקודית והפסד כושר השתכרות

85. המונח "נכות תפקודית" מבטא מוגבלות או הפרעה בתפקודו של אדם שנפגע גופנית. אין הדבר אומר כי הנכות התפקודית זהה בהכרח לנכות הרפואית, אלא היא באה ליתן ביטוי למידת הפגיעה בכושר התפקוד בתחומי החיים השונים. הגדיר זאת השופט אור בע"א 3049/93 גירוגיסיאן נ' רמזי (פ"ד נב(3) 792 בעמ' 801, מול האות ד; להלן: "פרשת גירוגיסיאן"): "וכשמזכירים 'נכות תפקודית' כוונת האמירה תהיה אחת, דהיינו מידת ההשפעה של הנכות על התפקוד בדרך כלל".

נכותו התפקודית של הניזוק תלויה בגורמים רבים, לרבות: גילו, מצבו הרפואי עובר לפגיעה, יכולתו להסתגל למצב החדש, אופי הפגיעה, מצבו המשפחתי והמגזר עליו הוא מננה, כמו גם המקצוע בו עסק לפני הפגיעה, מידת השכלתו וכישוריו, ועוד.

בקביעת נכותו התפקודית של אדם יש חשיבות לתיפקודו של הניזוק במסגרת חברתית

ומשפחתית, בנוסף לחשיבות הניתנת לתיפקודו בתחום עיסוקו המקצועי (בעניין זה השווה את נוסח תקנות המל"ל בתחום הפסיכיאטרי הכורכים בנשימה אחת את יכולת העבודה וההתאמה הסוציאלית, ראה פרק רביעי לתקנות המל"ל).

86. המונח "אובדן כושר השתכרות" מצומצם יותר מהמונח "נכות תפקודית", והוא מבטא מוגבלות או הפרעה בהשתכרותו של הנפגע בלבד. וכך הוגדר הדבר על ידי השופט אור בפרשת גירוגיסיאן (שם, עמ' 797, מול האות ו):

"הפסד הממון שנגרם לתובע בשל כך שהתאונה, ומגבלותיו בעקבותיה, הפחיתו מכושר השתכרותו".

על אף הקשר הברור בין שני המושגים, אין בהכרח זהות בין הנכות התפקודית לבין אובדן כושר ההשתכרות, שכן השני תלוי באופן בלעדי בהשכלתו ובכישוריו המקצועיים של הניזוק, במקצועו, במקום עבודתו ובתנאי העסקתו, בצפי העתידי של התפתחותו המקצועית, בהשפעת הפגיעה הספציפית על אותם משתנים, בגילו של הניזוק ובמצבו הרפואי בכללותו וכן במצב שוק התעסוקה במשק כולו ובמצב שוק התעסוקה במגזר, המקצועי והכללי, אליו שייך הניזוק. כפי שנראה להלן, במקרה שבפנינו, מהראיות אשר הובאו על ידי הצדדים עולה, כי אף שיש זהות בין הנכות הרפואית לנכות תפקודית, אלה אינן זהות לאובדן כושר השתכרותו של התובע.

87. בכתב התביעה, בעדותו ובסיכומיו (עמ' 10-11) פרט התובע את המגבלות בחיי היום יום, הנובעות, לדעתו, מנכותו. אם נסכם את המקורות האמורים נמצא כי מגבלות אלה נחלקות לשני סוגים: בפן הגופני: כאבים במפרק כף הרגל; כאבים בברכיים; חולשה ברגליים; כאבים והגבלה בתנועה בכתפיים; אובדן תחושה חלקי בידיים ובזרועות; אי סבילות לקור; קשיי נשימה; עייפות מוגברת. בפן הנפשי: קשיי ריכוז; חשד וריחוק מהחברה; בעיות עם בני הבית וסיוטים.

88. כפי שראינו לעיל, טענותיו של התובע בכל הנוגע לפן הגופני נמצאו כלא מבוססות ולא נקבעה לו כל נכות בגין (ראה לעיל ובמיוחד חוות דעתו ועדותו של פרופ' רכס, כאמור בפיסקאות 0 ואילך לעיל).

89. הנכות הרפואית אשר נקבעה לתובע הינה נכות פסיכיאטרית, המבוססת על תלונותיו בפן הנפשי ובתחום זה נקבעה נכות צמיתה של 10% (ראה פסקה 0). על כן, בבואנו לקבוע מה היא נכותו התפקודית ומהו אובדן כושר ההשתכרות של התובע, עלינו לבחון האם ועד כמה נכותו הפסיכיאטרית של התובע משפיעה על נכותו התפקודית ועל אובדן כושר ההשתכרות שלו.

90. בעדותו אמר פרופ' טיאנו, המומחה לפסיכיאטריה (עמ' 99, שורות 15-18):

"ש. בתרשומת שלך אני קוראת שהוא מצביע התובע על עצבנות עם הילדים, חוסר, סבלנות, רב עם הילדים עם אשתו..."

ת. זו הסיבה שהוא קיבל 5% ולא 0. 34 ב מותאם. אחרת היה מקבל 34(א) שהם 0 אחוזי נכות."

מהאמור ניתן להסיק כי נכותו הרפואית הפסיכיאטרית של התובע נקבעה על בסיס קשיי תפקוד יומיומיים במסגרת המשפחה. על כן דומה כי הנכות הרפואית אשר נקבעה לתובע הינה גם הנכות התפקודית.

ואולם, מהמשך עדותו של פרופ' טיאנו עולה, כי אין הנכות הרפואית תואמת את הפגיעה בכושר העבודה של התובע. וכך אמר (עמ' 99, שורות 25-28, ועמ' 100, שורות 1-3; כמו כן ראו האמור שם, בשורות 4-23):

"...בקביעתי של 5% התרכזתי בעניין ההתאמה הסוציאלית ולא בעניין כושר העבודה. כשהתובע דיבר על עבודתו הסביר לי על הקשיים של השוק, מתחרים... לא ראיתי כל קשר בין התסמינים שיש כאן לבין הפגיעה בעבודה. זה לא שלא יכול לקום לעבודה למשל שסוף הגירוי הנמוך מביא אותו לריב עם הסוחרים. זה לא המקרה. הוא לא סובלני לילדים, איכות החיים שלו פחות טובה ממה שהייתה. אני מאמין לו. זה לא מפריע לו לחלק את הגלידה. הוא גם לא רב עם פועל שמביא לעבודה כל בוקר. במה זה פוגע?"

מהאמור עולה, כי נכותו הפסיכיאטרית של התובע ניתנה על בסיס תיפקודו של התובע במסגרת החברה והמשפחה, ופחות, אם בכלל, במסגרת התעסוקתית. על כן, לכאורה, היה עליו לקבוע כי כושר השתכרותו של התובע לא נפגע כלל. ואולם, ככלל, כאשר מובאות בפני בית המשפט ראיות על פיהן הפסדי ההשתכרות של התובע בפועל הם בשיעור מסויים, והפסדים אלו משקפים את הירידה בכושר ההשתכרות, ראיות כאלה עדיפות על קביעת ההפסד בהתאם לשיעור הנכות. שיעור הנכות התפקודית יכול לשמש מודד באותם מקרים שאין ראיות בפועל כתוצאה מן התאונה, ובית המשפט סבור, על דרך האומדן, ששיעור הנכות משקף את שיעור ההפסד (ע"א 3526/99 הפניקס הישראלי חברה לביטוח בע"מ נ' דנינו, תק-על 2000(2), 164).

91. לאחר ששקלתי את כל הראיות והעדויות מסקנתי היא כי כושר ההשתכרות של התובע אכן נפגע, גם אם במידה קלה. אנמק כיצד הגעתי למסקנה זו.

92. בעדותו תאר התובע את סדר יומו עובר לתאונה (עמ' 151):

"הייתי יוצא בשעה 5.45 בבוקר והייתי מתפלל את תפילת הערב. משנת 1987 הייתי עם בית החרושת אל בטרה

...

אני הייתי מסייע אותם עד לבית החרושת, לוקח סחורה מבית החרושת והולך ומפיץ את הסחורה בחנויות, בחלחול, בית עומר, צורף.

...

הייתי חוזר ומחזיר אותם חזרה. את הסחורה שנתרה לי גם הייתי מחזיר.

...

בעבודה אצל ערבים אין שעה מסוימת לסיום עבודה. בשעת החושך הייתי מחזיר אותם. בחורף עובדים פחות שעות מאשר בקיץ. יום קצר עובדים פחות; יום ארוך כמו בקיץ - עובדים 11-12 שעות."

בהמשך, תאר התובע את סדר יומו בחודש אוקטובר בשנת 2000 לאחר התאונה (עמ' 152):

”בערך בשעה 5.45 אני לוקח אותם מצוריף לחברון אני שם אותם בעבודה ואני לוקח סחורה מאותו בית החרושת ואת הסחורה אני מחלק לחנויות. הבן שלי באותו זמן מחכה לי בבית החרושת כי אין לו מקום ברכב. לוקחים את הסחורה וחוזרים לחלחול לבית עומר, אני מדבר על הג'לי והקרמבו ונוסעים לצוריף. אם ישאר אצלי סחורה, אני יושב בבית והבן שלי מחלק אותה לחנויות. בתקופת הגלידה בקיץ, הוא מחכה לי בבית החרושת, לוקחים את הסחורה ומיד חוזרים לצוריף כי המקררים שלי נמצאים בצוריף. או שהבן שלי נוסע ברכבי ולוקח את הנשים ומביא סחורה מבית החרושת וחוזר. שמים אותה במקרר אצלנו בבית ואני אומר לו איפה לחלק אותה. בשקיעת השמש או שאם אני חזק אני נוסע לבית החרושת בחברון להחזיר את הנשים או הבן שלי נוסע להביא אותם בסובארו. אח"כ אני עושה סיבוב ולוקח הזמנות ונותן את ההזמנות שאספתי לבני או בבוקר אני מביא את הסחורה מבית החרושת.”

כפי שניתן לראות, על אף טענותיו של התובע ביחס לשביתתו מעבודה בעונת החורף, אין הבדל משמעותי בין סדר יומו של התובע לפני האירוע לבין סדר יומו לאחריו; התובע המשיך להסיע את פועליו ולעסוק בהפצת סחורתו של בית החרושת עימו עבד עובר לאירוע, בחורף ובקיץ כאחד. מהאמור עולה אף כי מספר שעות העבודה וצורת העיסוק דומה מאוד. ההבדל המשמעותי היחיד בין סדר יומו של התובע לפני האירוע לבין סדר יומו לאחריו הינו נוכחותו של בנו יחד עם התובע או במקומו, וזאת בחלק מסיבוב חלוקת הסחורה לחנויות. נוכחותו של הבן לאחר האירוע, אכן מצביעה על ירידה מסוימת בכושר ההשתכרות של האב.

יתרה מזאת, סבור אני כי גם אם נכותו הנפשית של התובע נוגעת בעיקר לתפקודו בחברה ובמשפחה, הרי שאין זה מן הנמנע שקשיים אלו משפיעים כיום או ישפיעו בעתיד גם על כושר השתכרותו של התובע, שכן התובע הינו מפיץ של מיני מתיקה, ועבודה זו מטיבה כרוכה במגע יום יומי ותכוף עם הייצרנים ועם ציבור הקמעונאים, כאחד. גם עבודתו השנייה של התובע כמסיע של פועלות מהכפר למקום עבודתו וחזרה כרוך ב"בילוי" שעות מרובות בחלל סגור בחברה, דבר המצריך כישורים חברתיים בהם מתקשה התובע לאחר האירוע (וראה ע"א 956/92 אמר נ' בית החולים על שם סורוקה, תק-על 94(3), 503 להלן: "פרשת אמר").

המסקנה היא, אם כן, כי כושר השתכרותו של התובע אכן נפגע בעקבות האירוע. אולם, ככל שנראה, מדובר בפגיעה קלה בלבד.

93. לכאורה, באם נאלץ בנו של התובע בשל מצבו של האב, להחליף את אביו בעבודה השוטפת, הרי שהפגיעה בכושר ההשתכרות של האב גדולה היא אף מנכותו התפקודית. ואולם, קשה להבין מדברי התובע מה הוא בדיוק היקף העזרה שהושיט לו בנו. כאן יובהר כי הבן לא הובא לעדות, כאשר עול הראיה על התובע ולא ניתן כל הסבר לאי העדתו של בנו.

כמו כן, מעדותו של התובע עולה, כי גם אם בנו עזר לו בהיקף ניכר, הרי שמשנת 1998 עבד הבן בעבודה נוספת, ומשנת 2000 אינו עובד עם אביו כלל או לכל הפחות, עזרתו צומצמה מאוד. כך העיד התובע בנושא זה(עמ' 149, שורות 1-2, ועמ' 150, שורות 19-16):

”ש. כמה זמן הבן שלך עזר לך בעבודה

ת. בתקופה האחרונה הוא עוזר לי פחות אבל בהתחלה עזר לי יותר.

...

ש.מה שם בנך שעזר לך

ת. וואסים

ש. מה הוא עושה היום

ת. הוא בונה בלוקים."

ובהמשך (עמ' 164, שורות 4-9):

"ש. וואסים בנך, מתי הוא התחיל לעבוד בבניית בלוקים?"

ת. בשנת 1998 או 1999. בשנים הקודמות הוא למד עם בני דודו ועבד איתם

ש. הוא עדיין עובד בטפסנות בניין?

ת. כן, הוא עובד בבניין עד היום."

גם מעדותם של הקמעונאים, להם מספק התובע את הסחורה, עולה כי במרבית המקרים התובע הוא זה אשר מפיץ את הסחורה ואף מרים ומכניס אותה למקררים, ורק לעיתים בנו מגיע עמו או במקומו. כך העיד, לדוגמא, מר פדחי מוחמד אחמד אלהור (עמ' 131, שורות 1-12):

"ש. הוא נוהג לבד?"

ת. לפעמים הוא היה בא, ולפעמים היה בא הבן שלו.

ש. ברוב המקרים הוא בא?

ת. כן

....

ש. ומכניס לך את הגלידה למקרר?

ת. כן

ש. איך הוא מכניס

ת. יש ארגז, צורת קרטון, היה שם את זה במקרר, פותח את המקרר, שם את הארגז בתוך המקרר, וסוגר את המקרר."

וראה גם עדותו של קמעונאי נוסף בעמ' 138 שורות 8-13).

מהאמור עולה כי קשה להעריך בוודאות מה היא הפגיעה בכושר ההשתכרות של התובע.

בסיס השכר

94. בסיכומיו מבקש התובע כי נקבע את בסיס השכר לסך של 10,000 ₪ לחודש. סכום זה מבוסס על ההנחה כי לאור יכולתו של התובע (לפני המעצר), ואף עצם חזרתו החלקית לעבודה, סביר כי התובע, לו היה עובד באופן מלא, היה מגדיל את עסקיו בצורה משמעותית.

הנתבעים טענו מנגד, כי השתכרותו של התובע גדלה מאז האירוע ועל כן אין לפסוק לו כל סכום כפיצוי. לחילופין, טענו הנתבעים כי יש לפסוק לתובע סך של 7,197 ₪ שהם פיצוי בשל אובדן ההשכרות בחודש ומחצה שלאחר האירוע, על בסיס שכר של 4,000 ₪, וכן סך גלובלי של 21,050 ₪ בשל אובדן השתכרות בעתיד, וזאת על בסיס פסיקתו של השופט אור בפרשת אמר הנ"ל.

95. אין חולק כי התובע, בוגר 12 שנות לימוד עבד בעבר - לפני מעצרו - כמחלק גלילות בקיץ וממתקים (קרמבו וכד') בחורף.

כאמור בסיכומי התובע ובעדותו, עובר לאירוע הרוויח התובע כ-4,000 ₪ נטו (4,798 בערכי היום) בחודשי הקיץ ומעט פחות בחודשי החורף. אולם מעדותו של התובע עולה, כי מדובר בהערכה בלבד, שכן הוא אינו מנהל רישומים מסודרים של הכנסותיו והוצאותיו (עמ' 158, שורות 1-7). כיום, מרוויח התובע, לטענתו, כ-6,000 ₪ לחודש בחודשי הקיץ. אולם, הקושי לקבוע כמה מרוויח התובע נכון גם לגבי השתכרותו כיום, שכן גם כיום הוא אינו מנהל רישום.

96. במהלך ההוכחות בתיק הציגו הנתבעים בפני, על ידי מומחים שונים, נתונים

סטטיסטיים לגבי ההשתכרות תושבי אזור יהודה ושומרון והרגלי הצריכה, לפני ואחרי פרוץ האינתיפאדה השנייה (שלהי שנת 2000). מנתונים אלה עולה, כי בשנים 1997-2000 עלתה רמת ההכנסה הממוצעת של תושבי האזור במידה ניכרת, ובהתאמה עלתה רמת החיים וירדה רמת האבטלה. אולם, עם פרוץ האינתיפאדה השנייה, חלה הרעה משמעותית ביכולת ההשתכרות של תושבי האזור, השכר הממוצע ירד במידה ניכרת, האבטלה עלתה והצריכה הצטמצמה מאוד. מחוות דעתו של רס"ן ברוך פרסקי, סגן ראש ענף כלכלה במפקדת תיאום הפעולה בשטחים, עולה, כי השכר החודשי הממוצע באזור יהודה ושומרון שנת 1997 היה 1,786 ₪ (בערכי היום) ושיעור האבטלה 21%, ואילו בשנת 2002 היה השכר החודשי הממוצע 1,559 ₪ ושיעור האבטלה עמד על 31%.

התובע, מצידו, מתנגד לשימוש בנתונים הסטטיסטיים הללו או אחרים, וטוען: ראשית, כי הנתונים אינם חלים על התובע כעצמאי; ושנית, כי בתי המשפט בשורה של פסקי דין פסקו כי הנתונים הסטטיסטיים אינם משקפים את המציאות כיום או את המציאות העתידית, וקבעו בסיס שכר גבוה בהרבה.

97. אני מסכים עם ב"כ התובע שספק רב אם השכר הממוצע באזור יהודה ושומרון יכול לשמש אינדיקציה לגבי השתכרותו של התובע הספציפי שבפנינו, העוסק בפעילות מוגדרת ומיוחדת של הובלת גלידה וקרמבו והפצתם. כמו כן מקובל עלי כי השכר הצפוי בעתיד לוט בערפל, נוכח המציאות המשתנה באזורנו, כשמקום מגורי התובע (יהודה ושומרון) עומד בפני תהפוכות מדיניות בלתי ברורות, לא כל שכן בפני נעלם כלכלי בכלל, ובטווח זמן של עשרות שנים לא ניתן להעריך מה יקרה ומהו אובדן ההכנסה הצפויה לתובע לכל אורך חייו.

ואולם, התובע לא הראה קשר ממשי בין המקרה שלו לבין המקרים אשר הוזכרו על ידו, ואף לא הציג בפניו כל ראיה ממשית לכושר השתכרותו אלמלא הפגיעה או לכושר השתכרותו "נטו" אחריה.

98. גם לגבי גיל הפרישה אין הסכמה בין הצדדים. בעוד התובע טוען כי לאור עיסוקו כעצמאי יוכל לעבוד עד גיל 70 לפחות, טוענים הנתבעים כי טענת התובע אינה נסמכת על כל ראיה ואינה מתאימה למציאות החיים במקום מגוריו. שני הצדדים כאחד לא הביאו כל ראיה התומכת בעמדתם בנקודה זו.

99. אם בקביעת כושר השתכרותו הפוטנציאלי של אדם יש קושי, הרי שבקביעת כושר השתכרותו של עצמאי קיים קושי כפול, ובקביעת כושר השתכרותו של עצמאי תושב אזור יהודה ושומרון, העובד בשתי עבודות שונות, המושפעות שתיהן מחילופי העונות ושעות האור, אינו משלם מיסים ואינו מנהל רישומים, ואשר בנו עוזר לו בהיקף לא ידוע, אנו נמצאים בפני קושי כפול ומכופל.

100. הפיצויים עבורראש הנזק של אובדן ההשתכרות, ניתנים, ברגיל, על פי נוסחה זו: הפרש ההשתכרות בין שכרו או יכולת השתכרותו של הניזוק אלמלא מומו, לבין שכרו או יכולת השתכרותו במומו (ע"א 79/65 מפעלי פלדה ישראלים בע"מ נ' מלכה, פ"ד יט (2) 266, בעמ' 270, מול האות ב). בדרך כלל, נוטה הפסיקה לערוך חישוב אקטוארי כדי להעריך במידה מדויקת, ככל האפשר, את הפסד ההשתכרות, וכך נוצרים קריטריונים אחידים לפסיקת הפיצויים, לבל ימצאו ניזוקים דומים מפוצים בסכומים שונים זה מזה. כמו כן, בשיטת חישוב זו הביקורת הערעורית הופכת גם לאפקטיבית יותר (ע"א 722/86 יונס נ' המאגר לביטוח רכב, פ"ד מג(3) 875, והאסמכתאות המאוזכרותשם).

ואולם, לא תמיד קיימים נתונים מינימאליים בדוקים לצורך החישוב האקטוארי. בהעדרם, הופך התחשיב לפיקציה מוחלטת, במסווה של חישוב מדעי. על כן, במצב זה, כאשר ברור שנגרם לתובע הפסד השתכרות, אך אין נתונים מספיקים לגבי הבסיס לחישוב מדויק של הנזק, הדרך שנתרת בפני בית המשפט היא מתן פיצויים על פי הערכה גלובלית. דרך חישוב כזו של אומדן גלובלי לגבי הפסד השתכרות בעבר מוזכרת בפסיקה, כאשר היה נראה שאין בה כדי לקפח את בעלי הדין. ההנחה היא שיש לפצות את הניזוק "לפי הפסד ממשי" באופן המחייב אותו להוכיח את הנזק ולבססו בראיות, אך אין להפריז "בדקדוקי החישובים וההשוואות על בסיס התמורות השוטפות בשכר מזמן לזמן, מאיש לאיש, מדרגה לדרגה, וכו'" (ע"א 417/75 בן דויד נ' מפעלי טקסטיל, פ"ד לא (1) 827, עמ' 831, מול האות ב; וראה גם: ע"א 668/71 מורגנשטרן נגד דימנשטיין, פ"ד כו (2) 841; ע"א 571/78 אבו-קרט נ' וינר את טיקו, פ"ד לד (4) 639; ע"א 348/78 יפה נ' טרם, פ"ד לג (3) 659; ע"א 778/83 עיזבון המנוחה שרה סעידי נ' פור, פ"ד מ (4), 628; ע"א 448/87 המרמן קבלן לבניין נ' חסן, פ"ד מג (3) 810; וכן ראה: קציר, פיצויים בשל נזק גוף (מהדורה חמישית תשס"ג) עמ' 525 ואילך).

101. כפי שנכחנו לעיל, במקרה זה, הנתונים הדרושים לחישוב אקטוארי ראוי, לעבר ולעתיד, כגון: השכר אותו הרוויח התובע לפני האירוע, מידת הפגיעה בהשתכרות לאחר האירוע, אורך חיי העבודה של תובע, גידול הוצאותיו והכנסותיו הצפויות ואף המצב הכלכלי באזור מגוריו, כולם לוטים בערפל ואינם מספיק ברורים, לא ניתן להסתמך על נתונים אלה לצורך עריכת תחשיב הנזק אקטוארי לעבר ולעתיד. לפיכך, ובאין מנוס אחר, יש לפסוק את הפיצויים על-יסוד מדדים כלליים או על-פי ההערכה גלובלית, זאת בשים לב, כמובן, לנזקיו של התובע לנוכח פגיעותיו, שיעור הנכות והמגבלות הנובעות מכך והגורעת מכושר ההשתכרות, כמו גם הנסיבות השונות כפי שפורטו לעיל. לאור כל אלה אני מעריך את הפיצוי המגיע לתובע בגין הפסד השתכרות, לעבר ולעתיד, בשיעור של 150,000 ₪.

כאב וסבל

102. לטענת התובע נגרם לו כאב וסבל כתוצאה מהנכות הנפשית שהותיר האירוע. כאמור בפסיקה 0 לעיל, יש לפסוק פיצוי בגין הכאב והסבל שנגרמו לתובע והצפויים להיגרם לו בעתיד כתוצאה מהנכות וזאת במובחן מהפיצוי בגין הכאב והסבל שנגרמו לתובע כתוצאה מהפגיעה בזכותו לכבוד, לחירות ולחופש מכאב וסבל.

103. לאחר ששקלתי את נכותו של התובע, את הניתוח שעבר ברגלו ואת תוחלת חייו, וזאת על רקע הפסיקה, נראה לי לנכון לפסוק לתובע פיצוי בשיעור של 50,000 ₪.

הוצאות אחרות

104. בשלהי סיכומיו ביקש התובע סך גלובלי כולל של 110,000 ₪ עבור סיעוד ועזרת הזולת בעבר ובעתיד; סך כולל של 60,000 ₪ גלובלי עבור הוצאות ניידות לעבר ולעתיד וסך כולל של 40,000 ₪ עבור הוצאות רפואיות לעבר ולעתיד.

הנתבעים בסיכומיהם טענו כי הוצאות אלה לא הוכחו ועל כן אין לפסוק כל סכום בראשי נזק אלה.

105. אכן, נכונה טענת ב"כ הנתבעים כי ההוצאות האמורות לא הוכחו כראוי, ואולם סביר כי התובע אכן נזקק לעזרה מוגברת, החורגת ממידת העזרה הרגילה המצופה ממשפחה, מהוצאות ניידות מוגברות ומהוצאות רפואיות במיוחד מייד לאחר האירוע ולאחר הניתוח בברך. אני מעריך הוצאות אלה בשיעור של 5,000 ₪ גלובלי עבור עזרת הזולת לעבר ולעתיד; 10,000 ₪ גלובלי לעבר ולעתיד בגין הוצאות ניידות מוגברות, וסך של 10,000 ₪ לעבר ולעתיד בגין הוצאות רפואיות לעבר ולעתיד. סה"כ סך של 25,000 ₪. יצוין כי סך זה נפסק ביד נדיבה, יחסית, שכן, כאמור, התובע לא הביא כל ראיה להוצאות אלה.

התנהגות התובע ושאלת האשם

106. בשולי הדברים ברצוני להתייחס בקצרה לטענות נוספות אשר עלו בהקשר זה בסיכומי הנתבעים.

בסיכומיהם טוענים הנתבעים כי על פי סעיף 65 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש], רשאי בית המשפט לפטור כליל את הנתבע מפיצוי או להקטין במידה ניכרת את גובה הפיצוי המשתלם לתובע וזאת באם נמצא שהתנהגותו של התובע היא שהביאה לאשם. לטענת הנתבעים, כיוון שהתובע הורשע באחזקת אמל"ח על פי הודאתו, בצירוף לנתון העובדתי כי בן אחיו מעורב בפעילות החמאס בכפר צוריף ומצוי במאסר בשל הרצח של שרון אדרי ז"ל, יש לראות את התובע כאדם אשר בהתנהגותו הביא לנזק שנגרם לו.

107. סעיף 65 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש] קובע:

"נתבע שגרם לנזק באשמתו אלא שהתנהגותו של התובע היא שהביאה לידי האשם, רשאי בית המשפט לפטור אותו מחבותו לפצות את התובע או להקטין את הפיצויים ככל שבית המשפט יראה לצודק".

התנהגות כזאת, הפוטרת את הנתבע מאחריות או לפחות מפחיתה מאחריותו, מה טיבה? על כך נאמר בע"א 47/57 גנוט נ' נידרהופר (פ"ד יב (2) 1235, בעמ' 1237, מול האות א):

"זוהי התנהגות, אשר בה יש לראות, בנסיבות העניין, ובעיקרו של דבר, את מקור הרעה, או, לפחות, אחד ממקורותיה הראשיים."

ובע"א 668/71 מורגנשטרן נ' דימנשטיין (פ"ד כו(2) 841, עמ' 844 מול האות ו):

"במלים אחרות, זוהי התנהגות קנטרנית, העשויה לעורר אצל אדם רגיל את התגובה שהיתה במקרה הנדון, והיא אינה עוברת בנסיבות המקרה את גבול הסבירות והנחיצות."

108. איני סבור כי התנהגותו של התובע מצדיקה את שלילת הפיצוי או הפחתתו במקרה זה וזאת על פי הנתונים עליהם הסכימו הצדדים.

אין זה המקום להיכנס לעומקם של שיקולי הנתבעים בביצוע מעצרים של אדם זה או אחר במועד זה או אחר, כמו כן אין זה המקום להתייחס לשיטות החקירה השונות של הנתבעים וצידוקיהן במקרה זה ובכלל (וראו לעניין זה בג"ץ 4054/95, 5100/94 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל פ"ד נג (4) 817). כמו כן, לאור ההסכמה הדיונית אליה הגיעו הצדדים מתקשה אני לראות את התמונה העובדתית בכל הנוגע לסוגיית האחריות בשלמותה, ודומני כי, על אף טענות הנתבעים, רבה חשיבותה של תמונה העובדתית המלאה סביב מעצרו של התובע והצידוקים לו, כדי להכריע בנוגע לטענות אלה.

עם זאת, ובהסתמך על העובדות כפי שהוצגו בסיכומי הנתבעים (התובע כלל לא טרח להתייחס לטענה זו בסיכומיו), אני רואה כיצד העובדה שהתובע הודה באחזקת אמל"ח וקרבת משפחתו לרוצח, נתעב ככל שיהיה, מהוות התנהגות חריגה כנדרש בסעיף 65 לפקודת הנזיקין, זאת במיוחד לאור הצהרתו של התובע בפני ד"ר ליטמן, אותה ציטטו הנתבעים כתמיכה לטענותיהם, כי התובע אינו משתייך לארגון חבלני או לתנועה פוליטית

109. המסקנה היא כי יש לדחות את הטענה. עם זאת, אם, במהלך הדיון בשאלת האחריות, אם יתקיים, יעלו עובדות העומדות בניגוד להתרשמותי זו, אשוב ואשקול שאלה זו בפסק הדין אשר יינתן.

סיכום

110. ריכוז הסכומים אותם על הנתבעים לשלם לתובע(אם תוכרע שאלת האחריות) הם אלה:

כאב וסבל כתוצאה מהפגיעה

בזכויותיו של התובע במהלך המעצר (פיסקה 0 לעיל) ₪ 400,000

פגיעה בכושר השתכרות (פיסקה 0 לעיל) ₪ 150,000

כאב וסבל כתוצאה מהנכות (פיסקה 0 לעיל) ₪ 50,000

הוצאות אחרות (פיסקה 0 לעיל) ₪ 25,000

סה"כ ₪ 625,000

111. כל הסכומים לעיל נכונים ליום מתן החלטה זו ומיום זה ואילך יתווספו להם הפרשי הצמדה וריבית עד ליום התשלום בפועל.

112. כאמור בראשית דברי, בשל הסכמה אליה הגיעו הצדדים, הוקדם הדיון בשאלת הנזק לדיון בשאלת האחריות. על כן, עניינה של החלטה זו היא הכרעה בשאלת הנזק בלבד.

אם לא יגיעו הצדדים לידי הסכמה על פיצוי, ייתכן והחלטה זו, תהפוך לכלי אין חפץ בו,

אם אקבל, במסגרת פסק הדין בתיק (שיינתן לאחר שמיעת ראיות וסיכומים) את גישת המדינה בשאלת האחריות.

113. מאידך גיסא, אם תוכרע שאלת האחריות לזכות התובע, כי אז על הנתבעים לשלם לתובע את הסכומים האמורים תוך 30 יום מיום פסק הדין בשאלת האחריות.

114. כאשר תוכרע בחיוב שאלת האחריות, או אז ישלמו הנתבעים לתובע את הוצאות המשפט שנגרמו לו, כולל תשלום לעדים ולמומחים, וזאת על פי קבלות או חשבוניות שימציא התובע לב"כ הנתבעים כאשר לכל תשלום ששילם התובע יתווספו הפרשי הצמדה וריבית עד ליום ההחזר בפועל, כמו כן ישלמו הנתבעים לתובע שכר טרחת עו"ד בשיעור של 20% מן הסכומים האמורים בפסקאות 111 - 110 לעיל, בתוספת מ.ע.מ כדין.

115. המזכירות תשלח העתק החלטה זו לב"כ הצדדים.

116. הצדדים יודיעו לבית המשפט עד ליום 1.1.06 על תוצאות המו"מ ביניהם.

117. המזכירות תביא תיק זה בפניי ביום 1.2.06.

ניתנה היום כ"ה בחשון, תשס"ו (27 בנובמבר 2005) בהעדר הצדדים.