ת"א 61725-09-20 פלוני נ' שומרה חב' לביטוח בע"מ

תיק חיצוני:

בפני כבוד השופט אייל כהן

תובע פלוני

נגד

נתבעת שומרה חב' לביטוח בע"מ

החלטה

לפניי בקשה מטעם הנתבעת למינוי מומחה בתחום האורתופדיה.

לתובע נקבעה נכות אורתופדית במל"ל. הנתבעת עותרת למינוי מומחה לצורך בירור המשמעויות הנובעות, אם בכלל, מביצוע ניתוח, אשר אפשר וישפר את מצבו. לשיטתה, הדבר מתבקש לאור חובת התובע להקטין את נזקו. לטענת התובע, דין הבקשה להידחות הן לגופה והן בשל שיהוי בהגשתה.

<u>טיב המחלוקת ותמצית טיעוני הצדדים</u>

1. התובע הגיש את תביעתו נגד הנתבעת מכוח חוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים, התשל"ה-1975 (**להלן: "החוק"**), בגין תאונה שאירעה לו לטענתו ביום 11.12.19. התאונה הוכרה ע"י המל"ל כתאונת עבודה. וועדה רפואית במל"ל קבעה בהחלטתה מיום 21.9.20 כי כתוצאה מן התאונה נגרמו לתובע נכות נפשית בשיעור 10% וכן נכות אורתופדית צמיתה בשיעור 10%, בגין נזק במיניסקוס בצורה קלה, בהתאם לסע' ליקוי 48(2)(ז)(I) לתקנות הביטוח הלאומי (קביעת דרגת נכות לנפגעי עבודה), תשט"ז – 1956 (- **להלן גם: "הנכות האורתופדית"**).

2. אין חולק בין הצדדים, כי בתיעוד רפואי מיום 21.5.20 צוין, כי הוסבר לתובע על אודות "...האופציות הטיפוליות מומלץ ארטרוסקופיה ירשם לניתוח", וכי ביום 18.8.20 צוין כי התובע "...לא מעוניין בהתערבות כירורגית".
הצדדים אינם חלוקים על כך כי התובע אכן אינו מעוניין בביצוע ניתוח, וכי מומחי המל"ל לא התייחסו כלל לסוגיית הניתוח ומשמעויותיו.

3. **טענת הנתבעת** היא, כי אין מנוס ממינוי מומחה, שכן זו הדרך היחידה המותרת בדין להוכחת דבר שברפואה- קרי, הוכחת טיעונה המרכזי, לפיו אפשר וניתוח ישפר את מצבו של התובע ויפחית משיעור נכותו. מבוקש כי המומחה שימונה יבאר את המשמעויות הנובעות מביצוע הניתוח, כגון עלותו, סיכויי הצלחתו, טיב הסיכונים שבו ומשך זמן ההבראה הצפוי לאחריו. אלה סוגיות שהמל"ל לא דן בהם וממילא אינן נתונות לבחינה, שכן הדין אינו מתיר לחקור נגדית את מומחי המל"ל, או לשלוח להם שאלות הבהרה. לשיטת הנתבעת, הבירור המבוקש חיוני בשים לב לחובת הקטנת הנזק המוטלת על התובע, ואין עליה לבקש הבאת ראיות לסתור, שכן היא אינה חולקת על גובה הנכות שנקבעה במל"ל. בנוסף, הפניתה למידע המצוי באתר בית החולים "איכילוב" באשר לניתוח.

4. **התובע**, מנגד, טען כי דין הבקשה להידחות בשל שיהוי, שכן היא התבקשה לאחר שנדחתה הצעת פשרה ולאחר שראיות הצדדים כבר הוגשו. אין די בכך כי הנתבעת ציינה אותה במסגרת תחשיב נזק אותו הגישה. דין הבקשה להידחות גם לגופה, הואיל וקבלתה תרוקן מתוכן את הוראת סע' 6ב' לחוק, שתכליתו לפשט ולייעל הליכים. קבלת הבקשה תסרבל את ההליך, ותיוודע לה משמעות רוחב שלילית בהתאם. התובע המשיך וטען, כי חובת הקטנת הנזק אינה מוחלטת, כי לא ניתן לבסס את הבקשה על מידע מאתר בית החולים וכי הטענה כי סביר שניתוח יפחית בנסיבות דנן את הנכות שגויה מיסודה.

5. **בתגובה לתשובה** השיבה הנתבעת כי דין טענת השיהוי להידחות לגופה וכי הטענה לפיה אין בניתוח כדי לשנות מן הנכות דווקא מלמדת על הצורך כי הסוגיה תיבחן ע"י מומחה. **בתגובה** שהוגשה ברשות, טען התובע כי הנתבעת נסמכת בבקשתה על אודות מסמך בודד, אשר עמד בפני וועדת המל"ל. בחירת הוועדה שלא להתייחס לסוגיית הניתוח מוכיחה כי היא סברה שהיא אינה רלבנטית בעניינו. משכך, לא נותרה כל שאלה פתוחה המצדיקה בירור נוסף.

<u>דיון והכרעה</u>

6. לאחר שעיינתי בכל הקיים ובחנתי את טענות הצדדים, מצאתי לדון בבקשה כבקשה להתיר לסתור את קביעת המל"ל, ולקבלה. להלן טעמיי.

7. נקודת המוצא בעניינו היא ההפרדה בין שני המסלולים- זה הקבוע בסע' 6א' לחוק (מינוי מומחה רפואי) ולבין זה הקבוע בסע' 6ב' לו (קביעה על פי דין). תוצאת הפרדה זו היא, כי לא ניתן למנות מומחה רפואי מטעם בית המשפט באשר לפגימה שבעניינה נקבעה נכות במל"ל. חריג לכלל- קרי, מעבר בין המסלולים - אפשרי בדרך של תקיפה ישירה של הקביעה

על פי דין, קרי- מתן היתר לסתור את קביעות המל"ל; או בדרך של תקיפה עקיפה, שמשמעה הבאת ראיות שלא על מנת לסתור את הקביעה, אלא כדי להוסיף עליה ראיות הנוגעות למהות הפגיעה התפקודית של הנפגע.

עניינו בנסיבות בתקיפה ישירה של קביעת המל"ל.

8. מבין המקרים בהם אפשר ויינתן היתר לסתור את קביעת המל"ל, כמבואר להלן, ניתן למנות מצב דברים בו הנכות שנקבעה במל"ל אינה משקפת את מצבו הרפואי של הנפגע לאשורו: כך למשל, לאור טענה כי מצבו ישתפר ככל ויעבור טיפול מסוים (כפי עניינו), או בשל טענה בדבר קיומה של נכות נוספת, מעבר לזו שנקבעה במל"ל.

9. מינוי מומחה רפואי לאחר קביעה על פי דין אינו מחייב בהכרח את סתירת אותה קביעה, ולעיתים הוא בא כדי להוסיף עליה או לתחום אותה בלבד. הדבר תלוי במהות הקביעה: ככל שהקביעה על פי דין התייחסה לכלל מצבו של הנפגע, בירורה של נכות נוספת ע"י מומחה יהא לאחר מתן היתר לסתרה. עם זאת, ככל שקביעת המל"ל לא שללה נכות נוספת (כגון כאשר הוועדה לא התבקשה לדון בה), המומחה שימונה לא יבחן מחדש את קביעת המל"ל. כך למשל, בנסיבות בהן וועדת המל"ל לא הייתה ערה לקיומה של תאונה שניה והתעורר ספק שמא קביעתה משקפת את מצב התובעת לאשורו רק בעקבות התאונה הראשונה, ניתן למנות מומחה לבחינת השפעתה של התאונה השניה בלבד, מבלי לבחון מחדש את קביעה הוועדה (רע"א 8908/04 **קרנית- קרן לפיצוי נפגעי תאונות דרכים נ' פלונית**, מיום 10.1.08).

<u>האכסניה הראויה לבירור המחלוקת- בקשה להיתר לסתור ולא בקשה למינוי מומחה</u>

10. ככלל, בירור עניין רפואי שלאחר קביעה על פי דין ייעשה בדרך של בקשה למתן היתר לסתור [רע"א 3787/14 **וינברג נ' המאגר הישראלי לביטוח רכב ("הפול")**, מיום 18.8.14 – סע' 4]. אמנם, צוינה בספרות דעה לפיה במקרה שבו קביעת המל"ל לא שללה מפורשות נכות נוספת, ראוי למנות מומחה בלא צורך בקבלת היתר לסתור (שם, סיפא סע' 4) ואולם אפשרות זו לא עוגנה בדין.

כך הדבר גם כאשר לעיתים חל "דילוג" על חלק מן השלבים העיוניים [- בחינת ההצדקה להתיר לסתור; קביעה האם הקביעה על פי דין נסתרה ומינוי מומחה- ראו: רע"א 863/93 **התעשיה האווירית לישראל בע"מ נ' רחמים קמחי**, פ"ד מז(4) 815], בדרך של הגשת בקשה למינוי מומחה רפואי ודיון בה לגופה, מבלי לבקש היתר לסתור. גם פרקטיקה זו אינה מעוגנת בדין. בהעדר הסכמת התובע בנסיבות לנהוג על פיה, אין לעשות כן.

11. ואכן, סוגיות דומות לענייננו נדונו בבית המשפט העליון במסגרת בירור ערעורי על החלטות בבקשות להתיר לסתור את קביעות המל"ל [רע"א 3233/94 **קרנית קרן לפיצוי נפגעי תאונות דרכים נ' פלבינסקי** (מיום 28.8.94); רע"א 8323/98 **אוחיון נ' קערור ואח'** (מיום 12.4.99)].

לאור האמור, אבחן את בקשת הנתבעת ככזו שהוגשה כבקשה למתן היתר לסתור את קביעות המל"ל, ובהתאם להוראות הדין החלות על בקשה זו.

לשם יעילות הדיון נמנעתי מלהורות לצדדים לעדכן פורמאלית את טיעוניהם, שכן לאור התוצאה אליה הגעתי, אין בכך כדי לגרוע מזכויות מי מהם: לאור הוראות הדין המצמצמות במתן היתר לסתור, קבלת בקשה להתיר לסתור משמעה כי מקל וחמר הייתה היא מתקבלת לו נדונה כבקשה למינוי מומחה גרידא.

<u>חובת הקטנת הנזק ופסיקה במקרים דומים</u>

12. מושכלת יסוד היא, כי על נפגע מוטלת חובה להקטין את נזקו. בבחינת סירובו של ניזוק לקבל טיפול שהוצע לו, על בית המשפט להתחשב בגורמים שיש בהם כדי להשפיע על סבירות התנהגותו, כגון מידת הסיכון שבניתוח, מידת הכאב והסבל וסיכויי ההצלחה. בחינה זו היא אובייקטיבית ואולם נודעת לה גם משמעות סובייקטיבית ובלבד והיא כנה (ע"א 544/10 **פלונית נ' עיריית כפר קאסם**, מיום 12.3.13; רע"א 3292/16 **פלוני נ' פלוני**, מיום 17.8.16).

13. בשני המקרים שלהלן, נדונו בקשות מטעם נתבעות לסתור את קביעות המל"ל ולבחון את השפעתו האפשרית של ניתוח, בעניינם של תובעים אשר הוכרו כבעלי נכות אורתופדית:

בעניין **פלבינסקי** הנ"ל, וועדת המל"ל ציינה כי ככל והתובע יעבור ניתוח- אותו סירב לעבור- אפשר ושיעור נכותו ישתנה. בתי משפט השלום והמחוזי גם יחד קבעו כי אין להתיר לנתבעת לסתור את קביעת המל"ל. בקשת רשות ערעור שנדונה כערעור, התקבלה. בית המשפט העליון פסק כי הונחה תשתית לכאורית לכך, כי ניתוח קל יחסית ישפר את מצב התובע וכי חובתו היא לפעול בסבירות להקטנת נזקו. בהתאם הורה לבית משפט השלום למנות מומחה.

בעניין **אוחיון** הנ"ל, נדחתה בקשה כאמור, אך בקשת רשות ערעור עליה התקבלה בבית המשפט המחוזי, כמו גם הערעור לגופו. בית המשפט העליון דחה בקשה למתן רשות ערעור על החלטת בית המשפט המחוזי, בציינו כי האפשרות של ביצוע הניתוח לא עמדה לעיני

המל"ל. נקבע כי העובדה כי המל"ל לא נתן דעתו לאפשרות זו, על רקע קיומה של חוות דעת פרטית לפיה ניתוח ישפר את מצב התובע, הצדיקה להתיר לסתור את קביעותיו.

<u>יישום הדין בנסיבות</u>

14. ככל שבניגוד לטיעון התובע, קביעת המל"ל אינה בגדר "סוף פסוק" ואכן נותרו "שאלות פתוחות", נקודת המשען הארכימדית בענייננו, ולה נפקות מכרעת, היא העדר יכולתה של הנתבעת להוכיח את טיעונה באשר לניתוח ולמשמעויותיו, מבלי שימונה מומחה כמבוקש.

15. כזכור, טענת התובע היא, כי העדר התייחסות המל"ל לשאלת קיומו של ניתוח, על אף שהתיעוד הרלבנטי עמד לרשותו, מלמדת כי מכלל לאו שומעים אנו לאו- קרי, כי עסקינן בשתיקה המלמדת פוזיטיבית כי המל"ל לא מצא טעם והצדקה לבחון את סוגיית הניתוח, בהעדר השפעה אפשרית לו על קביעתו את שיעור הנכות.

16. דין הטענה להידחות. העדר התייחסות המל"ל אינו מלמד אלא על עצמו ותו לא. אין כל הצדקה שבדין לביסוס חזקה עובדתית בדבר קביעה פוזיטיבית אחרת. יוזכר כי מבין הטעמים להתיר לסתור את קביעות המל"ל, ניתן למנות גם שניים אלה: קיומו של רישום חסר בפרוטוקול הוועדה, שאינו מאפשר התחקות אחר הלך מחשבתם של חבריה (רע"א 4045/01 **אדרי נ' איתן חברה לביטוח בע"מ**, מיום 18.11.01) והעדר התייחסות הוועדה לעבר רפואי, אף אם הוכח כי עמד בפניה (רע"א 3123/02 **עו"ד זהר קליר נ' עזבון בקנשטיין**, מיום 5.5.02).

17. מבלי לקבוע כל מסמרות באשר למשקל טיעוני הנתבעת, הן לעניין הניתוח ומשמעויותיו והן להקטנת הנזק, די לענייננו בכך כי בפן העקרוני מדובר בטיעונים סבירים והגיוניים, אשר אפשר ותיוודע להם משמעות- ואולי אף רבה- לבירור האמת. משכך, טיעוני הנתבעת מצדיקים את בירורם העובדתי לגופם, כחלק מחובת בית המשפט לעשיית צדק. מדובר בבירור רפואי- עובדתי רפואי הניתן להשלמה באופן מהיר וסביר. התועלת בקבלתו עולה על הנזק שבהתמשכות ההליך ואין בכך פגיעה בלתי מידתית בתובע.

18. התובע ביקש לאבחן את עניינם של **פלבינסקי** ו- **אוחיון**. אמנם, שלא כבעניינם של אלה, וועדת המל"ל לא המליצה לתובע לעבור ניתוח ולא התייחסה לשאלת הקטנת הנזק, כמו גם אין בנמצא חוות דעת פרטית המלמדת על הצורך בקיום הניתוח. אלא ששונות נסיבתית זו אינה תנאי לקבלת הבקשה. יש ליתן לה משקל מופחת ביחס לרציונאל שמכוחו יינתן היתר לסתור את קביעת המל"ל, במקום בו סבור בית המשפט כי קיים טעם ענייני לעשות כן. די בכך שניתן להסיק באופן סביר, על יסוד הקיים לפניי, כי אפשר וניתוח ישליך על מצבו של התובע לשם קבלת הבקשה. לצורך זה די באמור בפרסום רשמי של בית החולים

באשר לניתוח, מקל וחמר לאור העדר יכולת הנתבעת להציג חוות דעת מטעמה (- העדר יכולת שאינו אלא ביטוי נוסף לנחיתותה הדיונית של הנתבעת ביחס לתובע, כבעלת דין שמקומה נפקד מהליכי המל"ל).

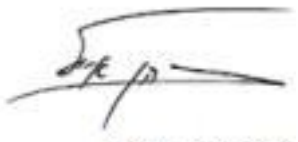
19. **באשר לטענת השיהוי**: כפי טענת התובע, אכן היה מקום להגשת הבקשה בשלב מוקדם יותר של ההליך ולא הונח לפניי טעם של ממש מדוע הדבר לא נעשה (- איני מוצא להתייחס בהקשר זה לטיעוני הצדדים באשר לדברים שנאמרו, או לא נאמרו, "מחוץ לפרוטוקול"). יש בשיהוי בהגשת הבקשה כדי לעכב את ההליך. עם זאת, באיזון שבין הצורך לברר את טיעונה של הנתבעת ולבין השיהוי, מצאתי כי אין הוא מצדיק את סתימת הגולל על קבלת הבקשה, לאור כל שציינתי לעיל באשר לה.

20. **סיכומם של דברים**: לתובע נקבעה נכות במל"ל. קביעת המל"ל נעדרת כל התייחסות באשר לאפשרות קיומו של ניתוח ומשמעויותיו. קיימת ראיה לכאורה לכך כי אפשר וניתוח ישפר את מצב התובע. ככל שהדבר נכון, אפשר וביצוע ניתוח מתיישב עם חובת התובע להקטין את נזקו. הדרך היחידה לבחון טענה זו היא ע"י מתן היתר לסתור את קביעת המל"ל ומינוי מומחה רפואי. המנדט שיינתן למומחה יהא באשר למשמעויות העולות מן הניתוח בלבד ותוך שיובהר למומחה כי הוא מתבקש שלא לחוות את דעתו באשר לגובה הנכות שנקבעה במל"ל.

אשר על כן ובהתאם לכל האמור, הבקשה לסתור את קביעת המל"ל מתקבלת בזה. מינוי המומחה יהא בהחלטה נפרדת.

לאור השיהוי בהגשת הבקשה, אמנע מהשתת הוצאות על התובע.

ניתנה היום, כ"ג ניסן תשפ"ב, 24 אפריל 2022, בהעדר הצדדים.



אייל כהן, שופט