

הדרישה ל"אסכולות" ב"פרשת בוסאני"

(ע"א 408/70 רפאל מאיר נ. קצין התגמולים, כ"ה פד"י (1), 358)

הצגת הבעיה

בע"א 652/69¹ וב"ד.ג. 3/70² (להלן "פרשת בוסאני") חידש בית המשפט הלכה חשובה בקשר לנטל הראיות שעל חייל משוחרר להרים, כדי לזכות בתביעתו לתגמולים לפי חוק הנכים (תגמולים ושקום) [נוסח משולב]³, תשי"ט-1959 (להלן – "החוק"). בית המשפט קבע כי די לו לחייל להוכיח כי נגרמה או הוחמרה מחלתו עקב השירות⁴ אליבא דחלק נכבד של הרופאים במקרה של מחלה שלגבי גורמיה וסיבותיה קיימת מחלוקת בעולם הרפואה.

בית המשפט קיבל את ערעורו של החייל בהדגישו, כי "המדובר הוא, איפוא, בפלוגתה שנפלה בין חכמי הרפואה, ובפלוגתה שכזאת לגבי תביעת תגמול של חייל משוחרר, לא מן המידה שחלקו של קצין התגמולים יהא עם המחמירים... ואין לקפת זכותו [של חייל] בשל הקשיים שהמדע הרפואי עוד לא הצליח לפתור"⁵.

בפרשת בוסאני צוינו בחוות-הדעת הרפואיות, שהוגשו לקצין התגמולים ולוועדת הערעורים, כי הפסיכיאטריה אינה יודעת עדיין בבירור את סיבות מחלת הסככיזופרניה, וכי מחלוקת רבתי נטושה בין הרופאים בקשר לגורמיה של המחלה, וכל דעה הסתמכה למעשה על דעותיהם של רופאים רבים. וכדין הנוסף מציג, אמנם, השופט ויתקון את הדעות השונות כ"אסכולות" במדע הרפואה; אולם השאלה העולה מ"הלכת בוסאני" היא: מה גבולות ההלכה, האם דרושה מחלוקת "אסכולות" כדי ליצור את ה"ספק הרפואי" או בכל מקרה של חוות-דעת רפואית "מאוזנות" במשקלן ובמהימנותן, יש לקבל את הדעה המיטיבה עם החייל ועמה את תביעתו.

1 בוסאני נ. קצין התגמולים, כ"ד פד"י (1), 217.

2 קצין התגמולים נ. בוסאני, כ"ד פד"י (1), 637.

3 פה"ח 295, עמ' 276.

4 אם פרצה המחלה והתהוותה עקב תנאי השירות, רואים את השירות ולא את הדיספוזיציה הנפשית, הטבועה בנפשו, כגורם המחלה והחייל זוכה בתגמול. לגבי שאלה זו ולגבי הקשר בין המחלה ובין השירות ראה: בג"צ 177/64 וייס נ. ועדת העררים, י"ט פד"י (2), 32; ע"א 630/61 רובס נ. קצין התגמולים, ט"ז פד"י, 1017; ע"א 514/69 ניינדין נ. הרשות המוסכסת לצורך חוק נכי רדיפות הנאצים, כ"ג פד"י (2), 253; ע"א 137/64 ויכשטיין נ. קצין התגמולים, י"ח פד"י (2), 510.

5 פס"ד בוסאני, שם, 220, מפי השופט זוסמן המסכים עם הדעה שהובעה בע"א 55/69 קצין התגמולים נ. שפירא, כ"ג פד"י (1), 527, שעל ביהמ"ש לגלות יחס רחב-לב בתביעת נכים.

ההחלטה בפס"ד רפאל מאיר

במקרה דגן המערער סבל ממחלת מעיים נדירה למדי, אשר אותותיה ניכרו לפני גיוסו, אולם המחלה לא אובחנה שעה שנבדק מטעם הצבא בעת גיוסו, אלא לאחר שנתיים של שירות צבאי, עקב התקף חזק של מחלתו.

לפני קצין התגמולים היתה מונחת חוות-דעת יחידה, אשר על פיה דחה את תביעת המערער. לאחר שתביעתו נדחתה על-ידי קצין התגמולים, ובדעתו כי החוק מטיל עליו את חובת הראיה, כי אמנם קיים קשר סיבתי בין השירות ובין מחלתו, פנה המערער לרופא להצטייד בחוות-דעת רפואית. בחוות-דעת זו צויין, כי יש קשר בין השירות הצבאי להחמרת המחלה, וכי "בעת השירות הצבאי לא היתה קיימת האפשרות למר רפאל מאיר להיות במשטר דיאטטי ומנוחה נאותים כפי שדרוש לאדם החולה במחלה כזו"⁶. מצוייד בחוות-דעת זו התייצב המערער לפני ועדת הערעורים וביקש לבטל את החלטת קצין התגמולים שלא חלה החמרה במחלתו עקב שירותו הצבאי, אולם גם הוועדה, שהיו מונחים לפנייה שתי חוות-הדעת הג"ל, דחתה את תביעת המערער בזה הלשון:

"אחרי עיון בכל החומר שבתיק שוכנענו שתנאי השירות בהם המערער עבד לא גרמו ולא החמירו את מחלת המעיים של המערער. אנו מקבלים את חוות-דעתו של ד"ר גילון מיזם 17.1.69 וקובעים שהמחלה לא נגרמה ולא הוחמרה עקב השרות הצבאי. לא מצאנו פגם בהחלטת קצין התגמולים ואנו דוחים את הערעור"⁷.

בערעור לבית המשפט העליון החליט בית המשפט ברוב דעות (השופטים לנדוי ומני, כנגד דעתו החולקת של השופט ח. כהן) לדחות את הערעור בטענה, כי אין להעלות כל דעה של רופא יחיד לדרגת "אסכולה" במובן ההלכה שבפרשת בוסאני, שכן בכך יישלל שיקול דעתם של קצין התגמולים וועדת הערעורים⁸. בית המשפט צימצם בזה את ההלכה שבפרשת בוסאני רק למקרה ששתי חוות הדעת החלוקות מוכרות כ"אסכולות" במדע הרפואי. לדעתנו פרשת בוסאני לא העמידה דרישה נוקשה של מחלוקת בין שתי "אסכולות" רפואיות, ולא היה מקום להעמידה על יסוד נוקשה ולהחילה רק במקרים של מחלוקת בין שתי "אסכולות". לדעתנו יש להחיל את פרשת בוסאני ולקבל את תביעת החייל בכל מקרה שחוות הדעת הרפואיות שקולות ומאוזנות ויש להן ביסוס שווה בעולם הרפואה. פירוש זה הולם יותר את פרשת בוסאני ואת מדיניות המשפט להיטיב עם החיילים התובעים תגמולים.

6 פס"ד מאיר, שם, עמ' 360.

7 פס"ד מאיר, שם, עמ' 361.

8 בעקבות כך נשתרשה ההלכה בכמה פסקי-דין, ראה: ע"א 550/70 זלץ נ. קצין התגמולים, כ"ה פד"י (1), 533; ע"א 556/70 בכר נ. קצין התגמולים, כ"ה פד"י (1), 635; ע"א 237/71 בר נ. קצין התגמולים, כ"ה פד"י (1), 132; ד.נ. 5/71 שורץ נ. קצין התגמולים, כ"ה פד"י (1), 745.

בדיקת ההלכה שבפרשת בוסאני

הנה נבדוק אם יש בפרשת בוסאני דברים המצדיקים את הפירוש שניתן לה בפסק-דין מאיר (להלן – פסק הדין). בפרשת בוסאני יש טוני בנימוקי שלושת השופטים, שישבו לדין, דבר אשר הביא לבדיקת ההלכה בדיון הנוסף.⁹

ניתן לדרג את דעות השופטים מבחינת נטל הראיה שהם דורשים מחייל התובע תגמולים.

השופט י. כהן מייצג את הדעה הקיצונית האחרת, שאינה נכנסת לשיקולי מדיניות החוק הבא להיטיב עם החייל, והוא בוחן את תביעת החייל לפי קניי-מדה רגילים של נטל הראיה שבתביעה אזרחית. אולם לדעתו עמד החייל גם בנטל זה גם אליבא דאסכולה המחמירה, הואיל והשירות הצבאי כולל אימונים קשים ומפרכים, אשר יש בהם לענות על הדרישה שהציבה האסכולה המחמירה שרק "מאורעות יוצאי-דופן ממושכים או קשים עלולים להביא להחמרת המצב הנפשי"¹⁰.

השופט ח. כהן מייצג את הדעה הקיצונית לכוון השני, הבאה להיטיב עם החייל. לדעתו, חייל אשר בהתקבלו לשירות הצבאי, נבדק בדיקה רפואית צבאית, יוצא ידי חובת הראיה המוטלת עליו על-ידי שיוכיח שהוא נתקבל לשירות כאדם בריא ויצא מן השירות כאדם חולה. משהוכיח זאת עשה את כל אשר אפשר ומן הראוי לדרוש ממנו, לשם ביסוס תביעתו לכאורה; ועומס הראיה עובר אל המדינה להוכיח שנכותו למעשה לא נגרמה בתקופת שירותו או עקב שירותו.¹¹

השופט זוסמן נקט דרך ביניים. הוא גורס, כי עדיין נטל הראיה מוטל על החייל, אולם מטעמים שבמדיניות החוק יש והספק פועל לטובת החייל, כשהספק גובע בשל הקשיים שהמדע הרפואי עוד לא הצליח לפתור, וכדבריו:

"האפשרות שהדעה בה דוגל חלק נכבד מן המומחים – הרופאים – מבארת אל-נכון את גורמי המחלה דייה כדי לזכות חייל משותרר בתגמול. אין בידו לעשות יותר

9 ראה פס"ד בוסאני בד.ג. שם, 639.

10 פס"ד בוסאני, שם, עמ' 221-2. וכן ראה דעתו בד.ג. עמ' 643, 644.

11 בפסק-דינו בוסאני בד.ג. (שם, עמ' 641) מסייג השופט ויתקון דבריו אלה של השופט ח. כהן (בפס"ד בוסאני, שם, עמ' 222) רק למקרה שישנם שתי סברות שקולות. לדעתנו קשה לקבל פירוש זה. השופט כהן מדגיש בהמשך דבריו, שכל ספק בלב קצין התגמולים "בין באשר מונחת לפנינו תזוה"דעת רפואיות סותרות, וכיין מסיבה אחרת – הספק פועל לטובת החייל שנפגע ולא לטובת המדינה; ואין לו לקצין התגמולים לדרות תביעה אלא אם כל ספק אינו קיים שהנכות הנטענת לא נגרמה ולא הוחמרה עקב השירות ובתקופת השירות" (ההדגשות שלנו). פירוש מצמצם זה אינו מתיישב ג"כ עם הנימוקים הכלליים שמביא השופט ח. כהן בהמשך דבריו להעברת נטל הראיה לירי המדינה, אשר לדעתו הדבר נובע ממטרת החוק שבא להיטיב עם החייל הנושא בנטל הבטחוני תוך כדי סכנה, ומהעובדה כי פרטי מהקרים וגורמי הנכות ידועים במידה רבה יותר לרשויות הבטחוניות, וכלל גדול הוא בדיני הראיות שמעבירים את חובת התוכחה למי אשר בידו המקורות הישירים והמשאבים היעילים להשגתם (ראה גם פס"ד בר נ. קצין התגמולים, שם, עמ' 138 דכרי השופט עציוני המביא שיקול דומה להקל מעול הראיות הרגיל לענין תביעת תגמולים של תורי חייל מנוח). נימוקים כלליים אלה טובים ומכוונים לכל מקרה של ספק הקיים בלב קצין התגמולים ולא רק של מחלוקת בין שתי "אסכולות" דווקא.

מאשר להביא את חלוקי הדעות בין שתי האסכולות בפני ועדת הערעורים ובית המשפט, ואין לקפח זכותו בשל הקשיים שהמדע הרפואי עוד לא הצליח לפתור".¹²

פרשת בוסאני בדיון הנוסף, שהיא עתה הקובעת עבורנו, אימצה את גישת הביניים של השופט זוסמן, אולם שומה עלינו לבדוק מה מונח ביסוד פסק הדין של הרוב, והאם הדרישה למחלוקת בין "אסכולות" מצוי בהלכה זו כפי שפורשה בפסק-דין מאיר.

פרשת בוסאני באה לשנות הלכה קדומת של בית המשפט¹³ והווה חריג לכלל הידוע של "המוציא מחבירו עליו הראיה". לפי קניי-מדה רגילים של תביעה אזרחית, תביעת החייל היתה גידונה לכשלון היות ולא הוכיח איזו משתי ה"אסכולות" היא הצודקת או המקובלת בעולם הרפואה. בית המשפט נאלץ להיעזר בשיקול משפטי חדש אשר על פיו ניתן יהיה לראות את החייל, התובע תגמולים, כעומד בנטל הראיות המוטל עליו. אילמלא זאת לא היה מקום להלכה שבפרשת בוסאני, ואין לה על מה שתסמוך.¹⁴ טיעונו של השופט ויתקון, כי למעשה בית המשפט לא התערב בשיקולים רפואיים טהורים, ולא העדיף "אסכולה" אחת על פני חברתה אלא רק "החזיר את שיווי-המשקל שבינתן על כנו, והניח אותן בתיקו".¹⁵ אינו מחייב את המסקנה כי החייל יזכה בתג-מולים. גם קונסטרוקציה שנעזר בה השופט ויתקון, שהנטל ה"טקטי", להבדיל מהנטל "המשפטי", עובר אל המדינה לאחר שהחייל הוכיח את תביעתו לפי ה"אסכולה המקילה".¹⁶ נתקלת בקושי, שהשופט ויתקון בעצמו מעוררו: מדוע את "האסכולה המקילה" קיבלנו כבסיס להרמת הנטל "הטקטי" מצד הנכה, ואילו את "האסכולה המחמירה" לא קיבלנו לביסוס טענת קצין התגמולים כמנטרלת את הוכחות הנכה והמחזירה את הנטל שוב לנושא בנטל ה"משפטי"? השופט ויתקון נאלץ לחפש את השיקול המונח ביסוד פרשת בוסאני, שהוא כאמור המדיניות המשפטית האומרת שבמצבים כאלה אין לדבר על תלוקת נטל ההוכחה בין בעלי הדין לפי הדפוסים המקובלים.¹⁷ שהרי בתחום מתן תגמולים לנכי צה"ל רואים אנו בעליל שהעוול העלול להיגרם לנכה עקב דחיית תביעתו שלא כדיון, גדול שבעתיים מהעוול העלול להיגרם למדינה עקב קבלת תביעת הנכה שלא כדיון. וכדברי השופט ויתקון: "הייתי אומר ששיקולים שבמדיניות החוק עצמו דורשים קביעת

12 פס"ד בוסאני, שם, עמ' 220.

13 ראה ע"א 395/61, ט"ו פד"י, 1969, שם היה מדובר במחלה אשר הפסיכיאטרית אינה יודעת את גורמיה ובכ"ז נדחה ערעורו של הנכה היות ונטל הראיות עליו.

14 אלא אם וקבל את גישתו של השופט י. כהן, אולם אז הנכה זוכה מכוח זה שעמד בנטל ראיות אזרחי רגיל.

15 פס"ד בוסאני בד.נ., שם, עמ' 640—641.

16 נטל הראיה "המשפטי" מוטל על התובע עד הסוף ואילו נטל הראיה ה"טקטי" עשוי לעבור מצד לצד. משהוכיח התובע עובדות שמהן יכול בית המשפט לראות את הטענה כמוכחת על הנתבע להוכיח עובדות העשויות לסתור את טענת התובע, ולא — עשוי בית המשפט להסתפק בראיות התובע. וכן ראה ע"פ 28/49 זרקא נ. היהודים, ד' פד"י, 504, בו מבחינים בין "נטל השכנוע" או "חובה מס' 1" לבין נטל "הבאת הראיות" או "חובה מס' 2", וכן ראה ע"א 446/68 כהן נ. נוימן, כ"ג פד"י (1), 284.

17 השופט ויתקון מאמת את דעתו של Stone במאמרו: Prof. J. Stone, "Burden of proof and the Judicial Process" (1944), 60 L.Q.R. 262. וראה פס"ד בר נ. קצין התגמולים, שם, עמ' 138 שבו מסביר השופט עצינו שמדיניות זו לא באה אלא לתת תוקף לכוונת המחוקק ולפרש את החוק באופן שלא יסכל את מטרתו.

הדרישה ל"אסכולות" ב"פרשת בוסאני"

כלל, שבהיות דעת המומחים שקולות כמו כאן, מצטמצמת חובת הראיה המוטלת על הנכח לכך שהוא יוצא ידי אחת מהן¹⁸.

ביקורת על פס"ד רפאל מאיר

כאמור שיקולי המדיניות המשפטית הכריעו בפס"ד מאיר: אם כן, מה לי מחלוקת בין שתי "אסכולות" ומה לי מחלוקת בין שתי חוות-דעת רפואיות השוות במשקלן ובמהי-מנותן. אותו הספק הרפואי פועל ואותו הכלל מחייב, שיש להיטיב עם החייל. האם ספק הפועל "מכוח אסכולות" ספק "מקודש" יותר מהספק הנובע מכוח חוות-דעת רפואיות רגילות¹⁹. "ספק" הוא יצירת מצב עניינים הסובל אפשרויות שונות במידה שווה. וכפי תיאורו של השופט ויתקון בדיון הנוסף: "הרי עלינו שוב לזכור שהאפשרות שהתביעה היא מבוססת אינה נופלת ואינה פחותה מהאפשרות שהיא בלתי מבוססת"²⁰. במצב כזה נוטה בית המשפט ללכת לקראת החייל בהיות הספק ספק שבמדע הרפואי. לאור זאת מדוע נלך לקראתו רק ככלכל צד אפשרי יש הד גדול מצד רופאים רבים שמאשרים ספק זה, ולא נלך לקראתו כשהד זה אינו נשמע ואינו מהדהד מתחילתו ועד סופו של "עולם הרפואה" במקרה של שתי חוות-דעת רפואיות שקולות (המאשרות שתיהן כאחת כי "האטיולוגיה המדוייקת של המחלה אינה ידועה"²¹) והמבטאות בקול דממה דקה ספק דומה. האם או בטל סדר הטבה עם חיילים?

הנטייה לדרוש מחלוקת בין "אסכולות" יכולה שתימצא את צידוקה הרציונלי היחיד בנימוק הבא: הרצון לתת לחייל ליהנות מספק כזה שהוא מבוסס ו"קנה לו שביתה" במדע הרפואי, במילים אחרות "ספק מומסד", אשר יש לו מהלכים בין חכמי הרפואה, להבדיל מ"ספק קונבנציונלי", אשר שואב את קיומו מעצם העובדה שהוגשו חוות-דעת סותרות. אולם רצון זה שלא לתת לחייל ליהנות מספק הקיים רק לרגל הצגת חוות-דעת רפואית יחידה לטובתו, יכול שיימצא את פתרונו על-ידי הדרישה שיהיו החוות הדעת שקולות ומאוזנות ושלא על-ידי הצגת דרישות נוקשות ומעורפלות של מחלוקת בין "אסכולות".

בעולם המשפט יש לשאוף לסטנדרטיזציה ולקביעת אמות-מידה ברורות וזאת למען הגותיות והבטחון המשפטי. לדעתנו הכנסת מושג של "אסכולה" שלא הוגדרה בחוק, ואף לא במדע הרפואי, תכניס ערפול ואי-ודאות משפטית. כיצד נוכל לדעת בכל מקרה אם עגין לנו עם "אסכולה" או בחוות-דעת שמביעה הלך רוח של חלק ניכר של הרופאים-מומחים? מה מספר הרופאים שדעותיהם יכולים להצטרף לכלל "אסכולה"? ומה מידת הזמן שדעה מסויימת צריכה "לקנות שביתה" בעולם הרפואה כדי להגיע למדרגת "אסכולה"? האם ההגדרה או הכינוי של "אסכולה", כשהיא מופיעה בחוות-דעת של רופא יחיד או כפי שהיא מכונה בספרות המקצועית, דייה, או שצריך שתעמוד במבחנים נוספים כדי שנקבל "אסכולה"? מדע הרפואה אינו מדע מדוייק. "דעה רפואית"

18 פס"ד בוסאני, בד.נ. שם, עמ' 643.

19 ראה דעת מיעוט של השופט ת. כהן, בפסק הדין, שם, עמ' 362: "ואולם נראה לי שאין שום קסם מיוחד ושום מגיקה במלה "אסכולה" אשר בה נתקלנו לגבי מחלת הסכיזופרניה".

20 פס"ד בוסאני בד.נ., שם, עמ' 643.

21 ראה פסק-דין מאיר, שם, עמ' 360 מול דאותיות א"ב.

עולה ו"דעה רפואית" יורדת, ותיאוריות חדשות לגבי סיבות ואבחנות של מחלות צוות חדשים לבקרים. הדרישה למחלוקת בין "אסכולות" כדי לקיים מצב של "שקילות" ו"איוון" המעורר ספק מבחינת מדע הרפואה הינה דרישה נוקשה שאינה מבטאת נכונה את הספקות העומדים בפני מדע הרפואה. ואמנם קשיים נוספים עולים מכך: ומה יהיה במקרה של מחלה שסיבותיה וגורמיה אינם ידועים כלל וכלל בעולם הרפואה והמדע הרפואי עדיין לא קבע כל עמדה כלפיה ואף לא "הבשילה אסכולות"? האם נאמר שאין לנו עסק עם "אסכולות" ונדחה את תביעת החייל? ואם כן מה עדיף, ספק שהצמיח "אסכולות" נוגדות מספק קשה יותר מבחינת מדע הרפואי שגם אסכולות לא הצמיחה? והאם נכון יהיה לומר שפרשת בוסאני לא התכוונה לחול במקרה כזה? ומה יהיה במקרה של קיום אסכולות, אולם חוות הדעות לא השכילו להציגן. אכן ניתן לומר שהיות והחייל הוא התובע, עליו למלא אתר תנאים אלה. אולם יוצא שנעמיד את תביעת החייל "על בלימת" עטוריה וקטוטיה של חוות דעת רפואית המציינת ספרות מקצועית רבה והמתיימרת להציג מחלוקת בין שתי "אסכולות" (ולגבי מקרה דגן לא מן הנמנע הוא, שהיתה קיימת מחלוקת רבתה המגיעה לכלל "אסכולות" אף לפי דעתו של השופט לנדוי).

השופט לנדוי מביע את החשש כי פירוש אחר להלכת בוסאני יחולל מהפכה גמורה בגישה שהיתה נהוגה בבית המשפט במשך שנים, "ודי יהיה לו לתובע להראות שקיימת דעה רפואית לזכות תביעתו אכר לא נתגלתה כחסרת מעמד ומשקל כלשון הברי, כדי לזכות בתגמולים"²².

לדעתנו אין בסיס לחשש זה, עניינים כפי שנדונו בעניין מאיר מן השכיחים ביותר²³, ויתירה מזו, לפי המבחן שאנו רואים אותו כנכון לא די הוא בזה כי הדעה שסומך עליה התובע "לא תתגלה חסרת מעמד", אלא היא צריכה להיות "שקולה ומאוזנת" לדעה המנוגדת לה. לא כל הצגת דעה של רופא תשלול את שיקול הדעת של קצין התגמולים, כפי חששו של השופט לנדוי, אלא רק דעה "שקולה" שתעורר "ספק רפואי" בלבד של קצין התגמולים, וממצב ספק שכזה באה הלכת בוסאני לחלצו.

הצעת ההלכה הנכונה

לדעתנו המבחן הנכון הוא המבחן שמציע השופט ח. כהן ואלה דבריו:

"הקובע לענין זה הוא שקיימות דעות רפואיות שונות, שלכאורה דעה אחת אינה נופלת מתבירתה ב"חכמה ובמנין". בהכמה כיצד, שאין בעל הדעה האחת גדול ומפורסם במקצועו, ואילו בעל הדעה השניה אינו מגיע לקרסוליו; ובמנין כיצד,

22 פס"ד מאיר, שם, עמ' 363, ציטוט מחוות דעת רפואית.
23 במקרה דגן צויין אף לפי חוות הדעת המחמירה כי: "המחלה היא מחלה גרנולומטוטית של המעי והאטיולוגיה המדוייקת שלה אינה ידועה. אין כל נתונים כגון בספרות המקצועית ובהתאם לנסיוני, שגורמים חיצוניים כגון תזונה או תנאי חיים מהווים גורמים להופעתה או להחמרתה" (ההדגשות שלנו). מחלה אשר האטיולוגיה שלה אינה ידועה ואשר הספרות המקצועית אינה יכולה לתת תשובה פוזטיבית על גורמיה וסיבותיה אינה מן השכיחות ביותר, ראה פסקי דין מאיר, שם, עמ' 360.

הדרישה ל"אסכולות" ב"פרשת בוטאני"

שאין הדעה האחת היא דעת יחיד, ואילו לגבי הדעה האחרת הוכח שהיא דעת רוב מגיינם של בעלי מקצוע הרפואה"²⁴.

ניתן אולי למצוא סיוע למבחן זה בדבריו הבאים של השופט ויתקון בפרשת בוטאני:

"אך כאמור לא היה כאן מקרה רגיל של אבחנת מחלה או קביעת סיבותיה, אלא מחלוקת בין שתי אסכולות על האטיולוגיה של מחלה מיוחדת זו. בהחלטת הוועדה לא הובאו כל נימוקים העשויים להראות, למשל, שהדעה שד"ר פאליק דוגל בה, מקובלת יותר בעולם הרפואה מזו שהוצגה על-ידי ד"ר אנין וד"ר הקר, או שהיא זכתה לתמיכה רחבה ונכבדה יותר. לא נאמר בשום מקום שאחד האסכולות אינה אלא דעת מיעוט או דעה מיושנת או יוצאת דופן או כל כיוצא בכך. אף לא היה רמז שאחת מהן אינה אלא בחזקת שמה ואלו השניה בחזקת ברי"²⁵ (ההדגשות שלנו).

עינינו הרואות שבסופו של דבר המבחן הוא מהותי – בדיקת איזון ה"אסכולות" מבחינה רפואית – ואינו מבחן פורמלי; שהרי גם "אסכולה" יש ותשלל מפאת היותה פחותה בחכמה ובמנין מה"אסכולה" שכנגד.

לדעתנו אם צעד בית המשפט צעד קדימה לקראת החייל התובע תגמולים, לא היה צריך לצמצם את הלכתו ולהעמידו על דרישות גוקשות של "אסכולות", אלא בכל מקרה שקיימות דעות רפואיות שונות השוות על פניהן במשקלן ובמהימנותן, לא יוכל להעדיף קצין התגמולים דעה אחת על פני חבירתה אלא אם כן ציין את הנימוקים המעוגנים במשקלה ובמהימנותה הרב יותר של הדעה שאותה הוא מעדיף.

אהרן נמדר*

24 פס"ד מאיר, שם, עמ' 362.

25 פס"ד בוטאני בד.נ., שם, עמ' 640–641. וראה פס"ד זליץ נ. קצין התגמולים, שם, עמ' 533, דברי השופט ויתקון מול האותיות א', ב' ו-ג', וכן דברי השופט עציוני בפס"ד בר נ. קצין התגמולים, שם, עמ' 140, בהם מתעלמים הם מ"אסכולות" ובודקים בדיקה מהותית את "האזון הרפואי".

* תלמיד השנה השנייה לתואר מוסמך למשפטים.