



בבית המשפט העליון

רע"א 2652/19

לפני: כבוד השופט נ' הנדל
כבוד השופטת ע' ברון
כבוד השופט י' אלרון

המבקש: פלוני

נ ג ד

המשיבה: מדינת ישראל - קצין התגמולים

בקשת רשות ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי
בבאר שבע מיום 27.2.2019 בע"י 68054-10-18 שניתן על
ידי כב' השופטים ש' דברת (אב"ד), א' ואגו ו-ג' לוין

תאריך הישיבה: כ"ז באלול התש"ף (16.9.2020)

בשם המבקש: עו"ד יואב אלמגור

בשם המשיב: עו"ד שרון מן אורין

פסק-דין

השופט נ' הנדל:

1. התנאים לקבלת תגמול לפי חוק הנכים (תגמולים ושיקום), תשי"ט-1959, הם חבלה, מחלה או החמרת מחלה שאירעו לחייל בתקופת שירותו ועקב שירותו. התנאי הראשון בסיפא בודק את מועד הפגיעה והתנאי השני את הקשר הסיבתי בין השירות לבין הפגיעה. התנאי השני הוא העומד לדיון בבקשה זו.

זוהי בקשת רשות ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בבאר שבע (ע"ו 68054-10-18, כב' השופטים ש' זברת, א' ואגו וג' לוין) שבגדרו התקבל ערעור המשיב על החלטת ועדת הערעורים לפי חוק הנכים (ע"נ 51984-03-16, חברי הוועדה כב' השופט בדימ' ב' אזולאי, ד"ר ר' פינאלי וגב' א' וטאבו) ונפסק, בניגוד לקביעת ועדת הערעורים, כי אין להכיר במבקש כנכה לפי חוק הנכים בשל היעדר קשר סיבתי משפטי בין תנאי שירותו הצבאי לבין מחלתו.

רקע עובדתי ופסקי דין קמא

2. המבקש שירת בצה"ל כלוחם איסוף בעמדת תצפית. במהלך שירותו הצבאי לקה במחלה ויראלית שכללה נזלת ושיעול. מספר ימים לאחר מכן החל להרגיש כאבים, חולשת שרירים ונימול באזור הכתף והיד הימנית, וכן רדימות בחלק מאצבעות היד. לדברי המבקש, עד היום הוא סובל מכאבים בידו שמונעים ממנו להשתמש בה.

בטרם הייתה אבחנה רפואית ברורה של מצבו, המבקש פנה לקצין התגמולים – הוא המשיב – בבקשה שיכיר במחלתו כנובעת מהשירות הצבאי. המשיב דחה את בקשתו תוך שקבע כי המבקש לוקה בתסמונת נוירולוגית בשם Parsonage Turner (להלן: התסמונת), אולם לא הוכח קשר סיבתי בין תנאי השירות לבינה.

על החלטה זו הגיש המבקש ערעור לוועדת הערעורים. מחוות הדעת שהוגשו לוועדה, עולה כי המומחים מטעם שני הצדדים מסכימים שהמבקש סובל מהתסמונת, שתסמיניה הם כאבים וחולשה בשרירי היד, ולעתים אף שיתוקם. אולם הם חלוקים על הגורם לכך. לעמדת המומחה מטעם המבקש, הגורם השכיח ביותר לתסמונת הוא מחלה ויראלית, כגון זו שבה לקה המבקש מספר ימים לפני הופעת תסמיני התסמונת, ועל כן יש להכיר בה כגורם לתסמונת במקרה דנן. כמו כן, יש להכיר במחלה הוויראלית שבה לקה המבקש, כמחלה שנגרמה למבקש במהלך ועקב שירותו הצבאי. מנגד, לגרסת המומחה מטעם המשיב, הגורם לתסמונת זו אינו ידוע, ואין לקבוע כי זוהי המחלה הוויראלית; ומכל מקום אין קשר סיבתי בין שירותו הצבאי של המבקש לבין המחלה הוויראלית שלקה בה.

בשאלה האם התסמונת נגרמה כתוצאה מהמחלה הוויראלית, העדיפה ועדת הערעורים את עמדת המומחה מטעם המבקש, ופסקה כי: "הוכח כנדרש ברמה מאד מתקבלת על הדעת, ומעבר למאזן ההסתברות, כי המבקש לקה בתסמונת הנ"ל שהינה מחלה עצבית כתוצאה מהמחלה הוויראלית שהייתה לו" (עמ' 9 להחלטת הוועדה). יצוין

כבר עתה כי מדובר בקביעה עובדתית שלא ניתן לערער עליה, בהתאם להוראות סעיף 34(א) לחוק הנכים, המתיר הגשת ערעור "בנקודה משפטית בלבד".

בשאלה האם המחלה הוויראלית נגרמה למבקש תוך כדי ועקב השירות – היא השאלה שבמחלוקת בהליך דנן – הכריעה הוועדה כי מאחר שהמבקש היה בשירות פעיל בשגרה של 10-11 ימים בצבא ו-3-4 ימים בבית, "נראה סביר ומתקבל מאד על הדעת שהשפעת הצבא על הופעת המחלה הייתה ברמה מאד מתקבלת על הדעת, ומעבר למאזן ההסתברות, כך שיש לקבוע שהמחלה הוויראלית כן פרצה תוך כדי ועקב השירות" (עמ' 10 להחלטת הוועדה). לפיכך, קיבלה הוועדה את ערעורו של המבקש וקבעה כי נכותו נגרמה תוך כדי ועקב שירותו הצבאי. בהחלטת הוועדה אף צוין כי חיילים נוספים ששירותו עם המבקש בבסיס חלו גם הם במחלה ויראלית שתסמיניה הם חום ושיעול, וכי היו הידבקות רבות בבסיס באותם ימים. כך, לפי עדות חברו של המבקש, שנמצאה מהימנה וסבירה על-ידי הוועדה.

3. על החלטת ועדת הערעורים הגיש המשיב ערעור לבית המשפט המחוזי, שבו נטען כי המבקש לא הוכיח כי המחלה הוויראלית שבה לקה נגרמה כתוצאה מהשירות הצבאי או במהלכו, חלף האפשרות שנדבק בה כאשר שהה בביתו. הוטעם כי קביעת הוועדה שלפיה על המשיב לשאת בתוצאות של כל מחלה ויראלית "עומדת בסתירה חזיתית לדרישת הייחודיות הנדרשת לשירות הצבאי בעת קביעת קשר [סיבתי]", שכן "אין חולק כי המדובר בוורוס שאינו ייחודי לשירות" (סעיף 14 לעיקרי הטיעון מטעם המשיב בהליך הערעור בבית המשפט המחוזי).

בית המשפט המחוזי קיבל את הערעור. בהתאם לסעיף 34(א) לחוק הנכים, הוא אימץ כנקודת מוצא את שתי הקביעות העובדתיות של ועדת הערעורים: כי התסמונת התפתחה בעקבות המחלה הוויראלית; וכי קיימת סבירות גבוהה שהמבקש נדבק בוורוס בתקופת השירות. אולם, בית המשפט פסק כי אין לקבוע קשר סיבתי בין תנאי השירות לבין מחלתו של המבקש, וזאת מאחר ש"לפי ההלכה הפסוקה [תנאי השירות] צריכים להיות חריגים וייחודיים, במישור האובייקטיבי". בית המשפט הסכים עם עמדת המשיב, כי מסקנת ועדת הערעורים במקרה דנן מנוגדת להלכות קודמות של בית משפט זה, ובפרט להלכה שנקבעה בדנ"א 5343/00 קצין התגמולים נ' אביאן, פ"ד נו(5) 732 (2002) (להלן: עניין אביאן). לפי הלכה זו, על מנת להכיר בקשר סיבתי משפטי בין השירות הצבאי לבין הנכות יש להצביע על יסוד אובייקטיבי, שאינו טריוויאלי אלא ייחודי במידת-מה, הקושר בין השניים, בנוסף לקשר הסיבתי העובדתי-רפואי.

4. בבקשת רשות הערעור מלין המבקש על דרישת בית המשפט המחוזי לקיומו של אירוע חריג וייחודי בשירות הצבאי שהוביל להתפרצות המחלה הוויראלית, על מנת להקים קשר סיבתי בין השניים. לטענתו, בכך מעלה בקשתו שאלה עקרונית אודות האפשרות להכיר – לצורך קבלת תגמולים לפי חוק הנכים – בקשר סיבתי בין השירות לבין נכות שנגרמה כתוצאה ממחלה ויראלית שבה נדבק חייל בבסיס הצבאי, כאשר ידוע כי מחלה מעין זו אינה ייחודית לשירות הצבאי.

המשיב מצידו גורס כי הבקשה אינה מעלה שאלות עקרוניות או בעלות השלכות רוחב, שכן התנאים להוכחת הקשר הסיבתי בין השירות הצבאי לבין מחלה שפרצה במהלכו נקבעו זה מכבר על-ידי הרכב מורחב של שופטים בעניין אביאן. שאלת אופן יישומה של הלכה זו במקרה קונקרטי אינה מצדיקה מתן רשות ערעור בגלגול שלישי. אף לגופו של עניין, סבור המשיב כי לא הוכח קשר סיבתי בין שירותו הצבאי של המבקש לבין המחלה הוויראלית שבה נדבק. כך, משום שאף אם הוא נדבק במחלה זו תוך כדי השירות – כלומר, בבסיס הצבאי ולא בעת חופשה בבית – נדרש, על-פי הלכת אביאן, כי יתקיים יסוד אובייקטיבי של קשר סיבתי בין השניים, וכי קשר זה לא יהיה רופף או טריוויאלי אלא ממשי. ברם, מחלה ויראלית של נזלת ושיעול אינה ייחודית לשירות הצבאי, והידבקות בה היא אירוע טריוויאלי שאינו מקים קשר סיבתי בין השירות לבינה. לעמדת המשיב, בהתאם להלכת אביאן, כאשר המחלה עצמה אינה ייחודית לשירות הצבאי, ייקבע קשר סיבתי בין השניים רק כאשר ניתן לייחס את ההידבקות באופן ברור לתנאי השירות, על סמך קיומו של דבר מה אובייקטיבי בתנאי השירות אשר גרם למחלה.

בדיון שנערך בפנינו, כנראה בעקבות פסק הדין ברע"א 4949/18 פלוני נ' משרד הבטחון – קצין התגמולים (12.5.2020) (להלן: עניין פלוני) שניתן לאחר פסק דינו של בית המשפט המחוזי בתיק זה ויוזכר בהמשך, השתנה במידת מה קו הטיעון של המשיב. באת-כוח המשיב עמדה על כך שההידבקות במחלה ויראלית בבסיס הצבאי אינה מקימה כשלעצמה קשר סיבתי בין השירות הצבאי לבין המחלה, שכן היא אינה ממלאת את דרישת ה"עקב" הקבועה בחוק. היא חזרה והדגישה כי המבקש לא נדבק במחלה כתוצאה ממעשה או מחדל מסוימים של הצבא, וכי יכול היה להידבק במחלה ויראלית אף מחוץ למסגרת הצבאית.

5. אכן, פסק הדין של בית המשפט המחוזי התבסס על הלכה מושרשת של בית משפט זה – היא הלכת אביאן – ולו הייתה זו התמונה המלאה, העניין לא בהכרח היה מצדיק מתן רשות ערעור. ברם, לדעתי, הלכה זו נועדה לסלול דרך במקרים מסוימים, בעלי אופי מיוחד, ולא בכל המקרים. אם זהו המצב, הבנת הלכת אביאן בצורה שאינה ראויה עשויה לפגוע בזכותם של חיילים שנפגעו תוך כדי שירותם ולשלול את זכאותם לתגמולים על-פי דין. מקרנו שונה בנתוניו ובאופיו, באופן בסיסי, מהמקרה שעליו מבוססת הלכת אביאן, ומאופי המקרים שאליהם הלכה זו מתייחסת, הנדונים על-פי רוב ובאופן תדיר בפסיקת בתי המשפט. כדי להבהיר את הנקודה האמורה תחילה יש להבין מה הקושי המיוחד שעלה בעניין אביאן ובמקרים דומים לו והוביל לכך לקבלת הכרעה זו בהרכב מורחב.

כאמור, המבחן לזכאות לפי חוק הנכים כפול הוא: מחלה שנגרמה תוך כדי השירות ועקב השירות. המבחן הראשון הוא קלנדרי. לוח השנה אמור לספק לנו את התשובה לו. היה ויש חפיפה בין קרות הפגיעה לבין מועד השירות של החייל – החייל עמד במבחן זה. המבחן השני – עקב השירות – עניינו בקשר הסיבתי בין השירות לבין המחלה. הוא מטבעו מורכב יותר. אולם כאן יש להבחין בין סוגי מקרים שונים. טלו לדוגמא מקרה שבו חייל נורה בתאונה בבסיס צבאי תוך כדי שירותו ונפגע עקב כך. על-פני הדברים אין כל קושי לקבוע זכאות לתגמולים לפי החוק – הפגיעה נגרמה תוך כדי השירות ועקב השירות. המבחן פשוט מפני שקודם לפגיעה בירי, החייל לא סבל כלל מפגיעה. לעומת זאת, פסק הדין בעניין אביאן התמודד עם אתגר הקשר הסיבתי בין השירות הצבאי לבין המחלה במקרים של מחלה קונסטיטוציונלית. המדובר במחלה המקנת רדומה בגופו של אדם, עוד בטרם תחילת שירותו. דומה כי לרוב אלו יהיו מחלות נפש, אולם ישנן גם דוגמאות למחלות גופניות (ראו את ההפניות בעניין פלוני, פס' 7). מעצם טיבה וטבעה של מחלה מעין זו, היות שמטענה כבר היה חבוי בגופו של החייל, היא לא נוצרה יש מאין והיא הייתה יכולה להתפרץ בזמנים שונים, יש קושי לקבוע קשר סיבתי בין השירות הצבאי לבין התפרצותה, גם כאשר ההתפרצות מתרחשת בזמן השירות. על כן, בית המשפט נדרש לקביעת התנאים לקיומו של קשר סיבתי – ובפרט, קשר סיבתי משפטי – בין השירות הצבאי לבין התפרצות מחלה מסוג זה; ותנאים אלו הם לב-ליבה של הלכת אביאן. כך, הלכת אביאן חלה במקרים שבהם מדובר במחלה

קונסטיטוציונלית (עניין אביאן, פס' 22; עניין פלוני, פס' 9; ראו גם: רע"א 7207/01 לייזר נ' קצין התגמולים, פ"ד נז(6) 747, פס' 9 (2003)).

כדי להבהיר את הנקודה נפנה למקרה של החיילת אורית אביאן עצמה. אביאן התגייסה לצבא ולאחר מספר חודשים התפרצה אצלה מחלת נפש מסוג סכיזופרניה. התפרצות זו התרחשה תוך כדי השירות. האם היא התרחשה "עקב השירות"? הרי ניתן לטעון, ביחס לאותה חיילת, כי המחלה הייתה חבויה בתוכה עוד בטרם גיוסה והיא יצאה החוצה במהלך השירות. על כן, מתעוררת השאלה אם תוצאה זו קשורה – במובן של קשר סיבתי – לשירותה הצבאי, אם לאו. שאלה כזו דורשת הכרעות עדינות ומורכבות בדבר הקשר הסיבתי המשפטי.

בענייננו, נקבע במישור העובדתי כי התסמונת הנוירולוגית שממנה סובל המבקש היא תוצאה של מחלתו הוויראלית, ומכאן שהיא אינה מחלה קונסטיטוציונלית. לא ניתן להניח כי התנאים להוכחת קשר סיבתי משפטי שנקבעו בעניין אביאן, ופותחו במקרים נוספים שהגיעו לפתחו של בית המשפט לאחר מכן ונסבו גם הם על מחלות קונסטיטוציונליות (ראו למשל: רע"א 8138/07 פאר נ' קצין התגמולים משרד הביטחון (21.6.2011) (להלן: עניין פאר); עניין פלוני), חלים במקרה דנן כפשוטם, כפי שעולה מפסק הדין של בית המשפט המחוזי ומעמדת המשיב בהליך זה. להשקפתי, ההליך דנן מעלה אפוא שאלות עקרוניות ובעלות השלכות רוחב, החורגות מגדרי המקרה הקונקרטי, והמצדיקות להעניק רשות ערעור: האם התנאים לקיומו של קשר סיבתי משפטי בין השירות הצבאי לבין התפרצות מחלה קונסטיטוציונלית, שנקבעו בעניין אביאן, חלים גם על מקרים שבהם הנכות אינה מחלה קונסטיטוציונלית? וככל שהתשובה לשאלה זו היא שלילית, מה הם אם כן התנאים לקיומו של קשר סיבתי משפטי בין השירות הצבאי לבין היווצרותה של מחלה חדשה, שאינה מחלה קונסטיטוציונלית?

רקע נורמטיבי

6. המסגרת הסטטוטורית הרלוונטית לענייננו היא ברורה ותמציתית. כאמור, סעיף 1 לחוק הנכים קובע כי נכות מוכרת לצורך החוק – באופן המזכה חייל בתגמולים לפי החוק – היא חבלה, מחלה או החמרת מחלה "שאירעו [לחייל] בתקופת שירותו ועקב שירותו". לפנינו אפוא שני תנאים: זמן וקשר סיבתי. התנאי הראשון הוא פשוט ליישום, ואין עליו מחלוקת בתיק זה. התנאי השני מעורר מורכבויות תיאורטיות ויישומיות, והפסיקה שבה ונדרשה לפרשנותו.

אחת ממורכבויות אלו מקורה בכך שחלק גדול מהמחלות שמהן סובלים מי שמבקשים להיות מוכרים כנכים לפי חוק זה הן מחלות קונסטיטוציונליות. כפי שבואר לעיל, מחלה קונסטיטוציונלית היא מחלה החבויה בגופו של אדם, כך שכאשר היא מתפרצת, היא לא נוצרת ללא רקע. החייל מתייצב לשירותו עם מטען של המחלה, אם כי מטען זה טרם בא לידי ביטוי בפועל. מעצם טיבה וטבעה זה של מחלה קונסטיטוציונלית, יש קושי לקבוע קשר סיבתי – בהתאם לתנאי ה"עקב" הקבוע בחוק – בין השירות הצבאי לבין התפרצותה, גם כאשר ההתפרצות מתרחשת בזמן השירות.

עניין אביאן נדרש כאמור לבחינת הקשר הסיבתי הנדרש על-פי חוק הנכים כאשר מדובר בחייל שהתפרצה אצלו תוך כדי השירות מחלה קונסטיטוציונלית. הוכרע כי ככל שמתקיים קשר סיבתי בין השירות הצבאי לבין התפרצותה של מחלה קונסטיטוציונלית, רואים את המחלה כאילו נגרמה במלואה עקב השירות. כך, הגם שהחייל החל את השירות כאשר הוא נושא את המחלה בגופו באופן רדום, והיא הייתה יכולה להתפרץ לולא שירת החייל בצבא (ראו: ע"א 472/89 קצין התגמולים נ' רוט, פ"ד מה(5) 203, פס' 11 (1991); עניין אביאן, פס' 16, 22). כפי שצוין בעניין אביאן, הלכה זו אינה מובנת מאליה; "ניתן היה לקבוע מבחן של חלוקת נטל בין שני גורמי המחלה, על יסוד מבחני רפואה ובחינה סטטיסטית, ועל דרך זו לייחס לשירות בצבא אך חלק מן הנכות" (שם, פס' 17). על כן, הלכה זו מחייבת את ועדת הערעורים לפי חוק הנכים, ואת בית המשפט המחוזי היושב כערכאת ערעור על ועדה זו, להעניק משקל של ממש לשיקולים מעשיים וערכיים בשלב קביעת הקשר הסיבתי המשפטי, ולא להסתפק בקיומו של קשר סיבתי עובדתי. יש להתרחק מהקצוות: מצד אחד, לא לשלול זכאות לתגמולים מחייל שהתפרצה בגופו או בנפשו מחלה קונסטיטוציונלית עקב שירותו, ומהצד האחר, לא להרחיב יתר על המידה את קבוצת המקרים שבהם יוכר קשר סיבתי בין השירות הצבאי לבין מחלה קונסטיטוציונלית. ובמילותיו של השופט מ' חשין:

"בתתנו דעתנו על הלכה זו: הלכה המטה את הכף בחזקה לטובתו של החייל, יכול הטוען לטעון כי בה-בעת – ובמקביל – יש וראוי לבחון ביתר-עמקות את נושא הקשר הסיבתי בין אירוע שאירע בצבא לבין התפרצות המחלה. דהיינו, לתבוע הדיקות-יתר בין סיבה למסובב. אכן, לו חילקה ההלכה אחריות למחלה בין הנטייה הקונסטיטוציונלית לבין המאורע שאירע בתקופת השירות ואשר הביא להתפרצות המחלה, יכולים היינו להקל – בתהליך ברירת הקשר הסיבתי-המשפטי מתוך הקשר הסיבתי-העובדתי – במציאת קשר סיבתי-משפטי בין השירות לבין התפרצות המחלה ('עקב שירותו'). ואולם בתתנו דעתנו על ההלכה המייחסת את כל נטל האחריות לשירות בצבא – הלכה המתעלמת מן הנטייה

הקונסטטוציונלית של החייל לחלות במחלה שחלה בה – דומה, כך יטען הטוען, כי למצער לעניין סינון הקשר הסיבתי-המשפטי מתוך הקשר הסיבתי-העובדתי, יש וראוי כי נהיה בררנים יותר". (עניין אביאן, פס' 18)

ועוד הוטעם בעניין זה:

"דומה כי הלכה זו, באשר היא, מחייבת אותנו לפרש בהדיקות את הקשר הסיבתי-המשפטי בין פריצת המחלה לבין "מצב" שהחייל היה נתון בו בתקופת שירותו או אירוע שאירע במהלך השירות." (שם, פס' 41)

7. על רקע זה נקבעו בעניין אביאן התנאים להכרה בקשר סיבתי בין השירות הצבאי לבין התפרצות מחלה קונסטטוציונלית. נפסק כי קשר זה מורכב משני רכיבים: קשר סיבתי עובדתי וקשר סיבתי משפטי. הראשון, עניינו "חוות-דעתם של רופאים מומחים הקושרים מבחינה סיבתית-עובדתית בין אירוע מסוים שאירע בתקופת השירות לבין התפרצות המחלה" (עניין אביאן, פס' 19). השני, עניינו בשיקולי מדיניות נורמטיביים. הוא "יברור עבורנו מתוך הקשר הסיבתי-עובדתי אותו קשר שהמשפט רואה בו קשר סיבתי-משפטי ראוי" (שם). בגדרו נכללים שני יסודות: יסוד סובייקטיבי, הבוחן את הפגיעה מנקודת מבטו של החייל, מתוך הכרה כי על הצבא לקבלו כמות שהוא, על חולשותיו ורגישויותיו; ויסוד אובייקטיבי, המתמקד בטיב הקשר בין השירות הצבאי לבין התפרצות המחלה. הלכת אביאן התמקדה ביסוד האובייקטיבי. עניינו בדרישה למידה מסוימת של הדיקות, עוצמה וייחודיות בקשר בין השירות הצבאי לבין התפרצות המחלה; "על התובע להצביע על אירוע או 'מצב' חוצה-לו – אירוע או 'מצב' 'אובייקטיביים' – שהיוו לטענתו גורם לפריצת המחלה" (עניין אביאן, פס' 36). בית המשפט עמד על חשיבותו של היסוד האובייקטיבי, כ"יסוד חיוני במערכת, ובלעדיו לא ייכון קשר סיבתי בין השירות בצבא לבין פגיעה שחייל נפגע בה בתקופת השירות. לו אחרת אמרנו, כי-אז ייתרנו את יסוד ה'עקב שירותו'" (שם, פס' 36).

להשלמת התמונה יצוין כי בפסיקה הותוו שלושה סוגי מקרים שבהם יתמלא היסוד האובייקטיבי בדרישת הקשר הסיבתי המשפטי (עניין אביאן, פס' 23-26; עניין פלוני, פס' 9). הסוג הראשון הוא כזה שבו האירוע או רצף האירועים שגרמו לפרוץ המחלה הם ייחודיים באופן מובהק לשירות הצבאי, כגון קרב או סדרת אימונים. הסוג השני הוא כזה שבו האירוע או רצף האירועים שגרמו לפרוץ המחלה הם חריגים ויוצאי דופן, ועל-אף שאינם ייחודיים לשירות הצבאי, הם אירעו לחייל במהלך שירותו ובקשר עם שירותו (כגון ריב עם מפקד, כפי המקרה בעניין פלוני). הסוג השלישי הוא כזה שבו החוויה הכוללת של השירות הצבאי גרמה לפרוץ המחלה, בשל היותה רוויית מתח,

פחדים או לחצים, אף בהיעדר אירוע מובחן או יסוד צבאי מובהק (כפי המקרה בעניין אביאן).

הקשר הסיבתי בין השירות הצבאי לבין היווצרות מחלה שאינה קונסטיטוציונלית

8. מהאמור לעיל עולה כי ההצדקה לתחום ולצמצם את המקרים שבהם יוכר קשר סיבתי בין השירות לבין התפרצות מחלה קונסטיטוציונלית היא כפולה: היא מבוססת הן על אופיה של המחלה הקונסטיטוציונלית ככזו – מחלה שהייתה חבויה בגופו של החייל, טרם שירותו, ולא באה כחידוש לחייו; והן על ההלכה שלפיה ככל שמכירים בקשר סיבתי בין השירות הצבאי, רואים את המחלה כאילו נגרמה במלואה עקב השירות, ומייחסים לצבא אחריות על הנכות כולה. אלה מסבירים מדוע יש להוכיח קיומו של יסוד אובייקטיבי בקשר הסיבתי המשפטי, על מנת שלא לעקר את דרישת ה"עקב".

ברם, טעמים אלו אינם חלים שעה שמדובר במחלה שאינה קונסטיטוציונלית אלא כזו הנוצרת כולה מאירוע חדש. על כן, במקרים אלו לא חלים המבחנים שנקבעו בעניין אביאן להוכחת קשר סיבתי בין השירות הצבאי לבין פרוץ המחלה (עניין פלוני, פס' 9). כפי שכתבתי בפסק דיני שם, שאליו הצטרפו השופטים י' אלרון וי' וילנר, "המבחנים שונים – ובפועל מקלים יותר – כאשר החייל קיבל את הנכות במהלך שירותו הצבאי ללא כל רקע או מטען קודם". עמד על כך קודם לכן השופט מ' חשין בעניין אביאן, בצינו כי "מקום שהמדובר הוא בחבלה שחייל נחבל בה בתקופת שירותו, התשובה [לשאלת קיומו של קשר סיבתי] תזמן עצמה ביתר קלות" (עניין אביאן, פס' 38).

דעתי היא כי במקרים שבהם המחלה מופיעה במהלך השירות הצבאי, ואין לה כל קיום קודם בגופו של החייל, די להראות כי מבחינה עובדתית ישנו קשר סיבתי בין השירות הצבאי לבין הופעת המחלה על מנת למלא אחר דרישת ה"עקב" שקבע המחוקק. אין מקום לדרוש כי יתקיים יסוד אובייקטיבי נוסף הקשור במיוחדות או בייחודיות של השירות הצבאי או במהות האירוע שהוביל לנכות, כדי לגבש קשר סיבתי ביניהם, כפי שנדרש כאשר עסקינן במחלה קונסטיטוציונלית, שהחייל החל את שירותו הצבאי כאשר היא חבויה בגופו. כך אף אין צורך להצביע על מעשה או מחדל מובחנים של הצבא, המעידים על אשם או התרשלות, והביאו להופעת המחלה אצל החייל. פרשנות אחרת תצמצם יתר על המידה את האפשרות של מי שנפגעו בשירותם הצבאי להיות מוכרים כנכים ולקבל תגמולים – והרי זוהי תכליתו של חוק הנכים. יש לזכור כי חוק הנכים הוא חוק בעל תכלית סוציאלית, אשר יש לפרש ברוחב-לב, לטובת מי שנפגעו או חלו במהלך

שירותם הצבאי (ראו למשל, מני רבים: עניין אביאן, פס' 15; עניין פאר, פס' 17; עניין פלוני, פס' 14).

הגיושה שלפיה אין צורך בדרישה ליסוד אובייקטיבי על מנת להוכיח קשר סיבתי בין השירות הצבאי לבין פגימה או מחלה שהופיעה – להבדיל מהתפרצה – במהלכו, קנתה לה אחיזה גם בפסיקה זה מכבר. בע"א 137/64 וינשטיין נ' קצין התגמולים, פ"ד יח(2) 510, 518 (1964), ניתנה הדוגמא הבאה, אשר הובאה אף בעניין אביאן (פס' 38):

"ראובן הוא טבח לפי מקצועו. גם בצבא הוא מועסק בטבחות. לימים הוא נכווה ברותחים, דבר שיכול היה לקרות לו בכל יום גם בחיים האזרחיים. ברור כי הצבא לא יוכל לפטור עצמו מאחריות במקרה כזה..."

בדוגמא פשוטה זו מובן כי לו היינו דורשים מראובן שיצביע על יסוד אובייקטיבי, בדמות אלמנט ייחודי לשירות הצבאי, כדי להוכיח קשר סיבתי בין השירות הצבאי לבין החבלה שנגרמה לו – היינו מרוקנים מתוכן את חוק הנכים. יתרה מזו, אין מקום לשלול את הקשר הסיבתי בין השירות הצבאי לבין החבלה, משום שמדובר בעניין "טריוויאלי" שיכול היה לקרות גם בחיים האזרחיים. כך, גם כאשר מדובר במחלה קונסטיטוציונלית (עניין אביאן, פס' 39; עניין פאר, פס' 13-14; עניין פלוני, פס' 9), ומקל וחומר כאשר מדובר במחלה או חבלה חדשה. אף יצוין כי ערכאות קמא הכירו לא פעם בקיומו של קשר סיבתי בין השירות הצבאי לבין מחלות ויראליות שאינן קונסטיטוציונליות (אשר בהמשך הידרדרו לכדי נכות), משהוכח כי החיילים נדבקו בהן בבסיס הצבאי, מבלי לדרוש להצביע על יסוד אובייקטיבי אשר גרם להיווצרותן (ראו למשל: ע"א (י-ם) 4112/97 פלונית נ' קצין התגמולים, פס' 10 (22.1.1998); ע"א (חי') 2716/02 משרד הבטחון – קצין התגמולים נ' מידן (4.9.2003) (שם אמנם הייתה מחלוקת בשאלת הקשר הסיבתי בין הזיהום הוויראלי לבין התפרצות מחלת הסוכרת, אך לא בשאלת הקשר הסיבתי בין השירות הצבאי לבין הזיהום הוויראלי); ע"נ (חי') 138/89 יוסף נ' קצין התגמולים, פס' 21-22 (28.2.2005); וע' (ת"א) 1656/07 צחור נ' משהב"ט – אגף השיקום – ק. תגמולים, פס' 7-9 (25.1.2009); ע"נ (חי') 8124-01-10 פלונית נ' קצין התגמולים, פס' 35 (22.5.2013)).

מן הכלל אל הפרט

9. נחזור לעובדות המקרה שעליו נסובה בקשת רשות ערעור זו. במהלך שירותו הצבאי של המבקש כלוחם, הוא לקה במחלה ויראלית שכללה נזלת ושיעול. מחלה זו, על-פי קביעת ועדת הערעורים שאינה במחלוקת בהליך זה, גרמה להתפתחותה של

תסמונת נוירולוגית בשם Parsonage Turner, שתסמיניה הם כאבים, חולשה ושיתוק בשרירי היד. המחלוקת המשפטית בין הצדדים היא בשאלה האם המחלה הוויראלית נגרמה למבקש עקב שירותו הצבאי.

בניגוד לקו טיעונו של המשיב, שאומץ על-ידי בית המשפט המחוזי, על מנת להכריע בשאלה זו אין מקום ליישם את התנאים שנקבעו בעניין אביאן. כפי שבואר, אלה רלוונטיים לשאלת קיומו של קשר סיבתי בין השירות הצבאי לבין התפרצותה של מחלה קונסטיטוציונלית. משכך, יש לדחות את טענת המשיב כי יש להצביע על יסוד אובייקטיבי הקושר באופן ממשי בין השירות לבין המחלה הוויראלית, שעניינו בייחודיות ובמיוחדות של השירות הצבאי, או באירוע חריג שקרה למבקש במהלך שירותו ובקשר עם שירותו. לדברי המשיב, הידבקות ב"וירוס 'סטנדרטי' של נזלת ושיעול" בשירות הצבאי היא "אירוע טריוויאלי וחסר ממשות" (פס' 35 לתשובת המשיב). באת-כוח המשיב אמרה דברים דומים גם בדיון שנערך בפנינו. מבלי להביע עמדה על נכונותה העובדתית של טענה זו, אין בה כדי לשלול הכרה בקשר סיבתי בין השירות הצבאי של המבקש לבין מחלה זו. אין מקום לדרישה של אירוע "לא-טריוויאלי" במסגרת מבחני הקשר הסיבתי. עמדת המשיב יכולה להוביל למצב שבו חייל לעולם לא יוכר כנכה על-פי חוק הנכים, אם מצבו הרפואי הוא תוצאה של מחלה ויראלית "טריוויאלית" שבה נדבק בבסיס – ומצב זה אינו תואם את החוק, לא על לשונו ולא על תכליתו הרחבה והסוציאלית. נגיד זאת בצורה אחרת: האירוע שגרם לנכות אינו יכול להיות מסווג כשולי או כטריוויאלי. מנקודת מבטו של חוק הנכים, הגרימה לנכות כשלעצמה מביאה את האירוע למרכז הדיון. המבחן המשפטי עשוי להיות שונה ביחס למחלות קונסטיטוציונליות, אולם מאפייניהן הייחודיים הם בגדר יוצא מן הכלל שלא מעיד על הכלל.

המשיב מעלה דוגמאות של מצבים שבהם יוכר קשר סיבתי בין השירות הצבאי לבין הידבקות במחלה ויראלית – למשל, אם הדבר קרה בעקבות זיהום מאוכל מקולקל או תנאי תברואה לקויים שהצבא אחראי להם, או בעקבות פעילות פיזית מסוימת. אבל בכך יש כדי לצמצם יתר על המידה את האפשרות להכיר בנכותו של החייל. חוק הנכים דורש כי המחלה או החבלה תיגרם במהלך ועקב השירות הצבאי – ואינו מגביל את עצמו לתרחישים מסוימים ובפרט לא לכאלו הנגועים במידה של התרשלות או אשם מצד הצבא. אף בית המשפט המחוזי ציין, בקבלו את עמדת המשיב, כי "לא הייתה טענה על כי אירוע יוצא דופן או מחדל מצד גורמי הצבא הביא לכך שאותו וירוס... אפיין את מקום השירות או נסיבות השירות הספציפיות" (עמ' 3 לפסק הדין של בית המשפט המחוזי). אולם לא זהו המבחן המתאים. לא נדרש על-פי החוק כי ייעשה מעשה מסוים או ייגרם מחדל מצד

הצבא, ולא נדרש אף אירוע יוצא דופן, משעה שאין אנו מיישמים את הלכת אביאן על המקרה דנן.

ועדת הערעורים קבעה כי לצבא הייתה השפעה על הופעת המחלה הוויראלית. קביעה זו התבססה על שני נתונים קונקרטיים. הראשון, שהמבקש היה בשירות פעיל בשגרה של 10-11 ימים בצבא ו-3-4 ימים בבית. השני, שבתקופה שבה הוא לקה במחלה הוויראלית, היו בבסיס שבו הוא שירת חיילים נוספים אשר לקו במחלה ויראלית דומה. הוועדה עמדה על כך שלא ניתן לדעת בוודאות אם המחלה החלה במהלך שהותו של המבקש בצבא או בבית. אולם, לנוכח תנאי שירותו של המבקש, הוועדה הכריעה כי "נראה סביר ומתקבל מאד על הדעת שהשפעת הצבא על הופעת המחלה הייתה ברמה מאד מתקבלת על הדעת ומעבר למאזן הסתברויות" (עמ' 10 להחלטת ועדת הערעורים). מכאן שהוועדה קבעה כי מבחינה עובדתית, על סמך רף ההוכחה שלו היא נדרשת, המבקש נדבק במחלה הוויראלית בבסיס הצבאי. במילים אחרות, הוועדה מצאה קשר סיבתי עובדתי בין השירות הצבאי לבין מחלתו הוויראלית של המבקש. בעניין עובדתי זה ערכאת הערעור אינה יכולה להתערב, בהתאם לסעיף 34(א) לחוק הנכים.

העיקר לענייננו הוא שעל רקע כל האמור לעיל – ונפנה במיוחד לדוגמת הטבח שהובאה – די בקביעה כי המבקש נדבק במחלה בבסיס הצבאי כדי להוכיח כי המחלה נגרמה למבקש עקב השירות כדרישת החוק, ולא רק תוך כדי השירות. לשם הגדרת קשר סיבתי זה, אין צורך להצביע על מחדל מצד הצבא, על עניין שקשור באופן מהותי לצבא או על אלמנט ייחודי או אירוע חריג בשירותו הצבאי של המבקש שהובילו להידבקות של המבקש במחלה. מובן כי המבקש יכול היה להידבק במחלה מעין זו – שהיא לכל הדעות, כשלעצמה, מחלה ויראלית "פשוטה" שאינה ייחודית לשירות הצבאי – גם מחוץ לצבא. ברם, משנקבע כי במקרה המסוים הוא נדבק בה בצבא, יש להכיר בו כנכה צה"ל לפי חוק הנכים. הכלל הוא כי מבחן הקשר הסיבתי המשפטי מתמקד במה שהתרחש בפועל ולא במה שהיה יכול להתרחש. לאמור: נסיבות המקרה הקונקרטי ולא נסיבות מקרה תיאורטי. אכן, מהנימוקים שפירטנו, הלכת אביאן בוחנת אף היא את נסיבות המקרה הקונקרטי אך בד בבד מעלה את השאלה האם מדובר באירוע ייחודי הקשור לצבא בהיבט האובייקטיבי. אך גם שם לא נשאלת השאלה מה היה יכול לקרות אלא מה קרה בפועל. ובענייננו, בהיעדר הקושי המיוחד שמעלה מחלה קונסטיטוציונלית, יש לבדוק את המקרה כפי שהתרחש במציאות.

תיק זה ממחיש היטב את ההבדל בין מחלה ויראלית כגון זו שלקה בה המבקש לבין מחלה קונסטיטוציונלית, ואת נפקותו. האחרונה אינה פיזית וחיצונית אלא מחלה

חבויה ועמוקה. הגורמים להתפרצותה נסתרים מן העין ומורכבים. מטבעה זה, לעולם לא יהיה ניתן לקבוע – אף לא כעניין הסתברותי-סטטיסטי – כי חייל "נדבק" בה בבסיס הצבאי. על כן, כדי להכריע כי ישנו קשר סיבתי בין השירות הצבאי לבין התפרצותה, נדרש יסוד אובייקטיבי שיעיד על קשר זה, בדמות אירוע צבאי, חריג או ייחודי (ראו את שלושת סוגי המקרים העונים על דרישה זו על-פי הלכת אביאן בפסקה 7 לעיל). אולם במקרה כגון זה שבו עסקינן אין צורך בכך – הקשר הסיבתי בין השירות הצבאי של המבקש לבין המחלה הוויראלית מתגבש מעצם זה שהוא נדבק בה בבסיס שבו הוא נדרש לשהות במסגרת שירותו הצבאי, ולא במקום אחר. כפי שהובהר, פרשנות אחרת תרוקן מתוכן את חוק הנכים ותחתור תחת תכליתו. אכן, נדרש להוכיח את הקשר הסיבתי ברף של מעל למאזן הסתברויות, ברמה מתקבלת מאוד על הדעת. ברם, כך נהגה ועדת הערעורים במקרה זה, תוך התייחסות למכלול הנתונים של המקרה, וביניהם מספר הימים שבהם שהה המבקש בבסיס הצבאי לעומת מספר הימים שבהם שהה בבית, ותפוצת המחלה בקרב חבריו לבסיס בתקופה הרלוונטית. לנוכח כל האמור, הגעתי למסקנה כי קיים קשר סיבתי בין שירותו הצבאי של המבקש לבין התסמונת הנוירולוגית שהתפתחה ממחלתו הוויראלית, כפי שפסקה ועדת הערעורים.

10. סוף דבר: אציע לחבריי לדון בבקשה כאילו ניתנה רשות ערעור והערעור הוגש, לקבל את הערעור ולקבוע כי התסמונת הנוירולוגית של המבקש נגרמה לו עקב שירותו וכי הוא יוכר כנכה צה"ל בהתאם לחוק הנכים, לפי החלטתה של ועדת הערעורים, תוך ביטול פסק דינו של בית המשפט המחוזי. עוד אציע לחייב את המשיב בשכר טרחת עו"ד ובהוצאות משפט בסכום של 20,000 ש"ח בגין ההליך דנן וההליך בבית המשפט המחוזי.

ש ו פ ט

השופט י' אלדון:

אני מסכים לפסק דינו המנומק של חברי השופט נ' הנדל.

ש ו פ ט

השופטת ע' ברון :

אני מסכימה עם חברי השופט נ' הנדל, עם התוצאה שאליה הגיע ועם דרך
הילוכו.

ש ו פ ט ת

אשר על כן, הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט נ' הנדל.

ניתן היום, כ"ז בטבת התשפ"א (11.1.2021).

ש ו פ ט

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט