

משפט רפואי

משפטיזציה של המערכת הרפואית

שמעון שרף

טענת המדינה היתה כזו:

במקרה דנן האינטרס הציבורי גובר ואין להמשיך ולאפשר לאותו רופא להמשיך בניתוחים כל עוד מצאה הועדה הנכבדה, שעשתה עבודתה נאמנה, פגם בפעילותו הרפואית וההתנהגותית⁴.

מסקנת המנהל היתה כמובן להתלות את הרשיון של ד"ר יקירביץ כדי להגן על טובת הציבור. על כך חולק השופט וקובע:

"האינטרס הציבורי מחייב שהחברה וחוליה יזכו בקבלת טיפול רפואי מרופאים הטובים ביותר שנמצאים באותה חברה... מכאן שהאינטרס הציבורי הוא, שהרופא ימשיך לתרום לחברה מכישוריו... התרשמותי היא (וזו התרשמות לכאורה בלבד) כי הפגם בהתנהגותו של המערער - אם היה בה פגם שכזה - קשור לעומס העבודה שבה היה נתון, דהיינו - ניהול מחלקה בבי"ח עמוס לעייפה, כאשר למעשה בתקופות שונות הוא היחידי שנשא בעול מעמסת הניתוחים בנושאו את התואר של רופא מומחה. מה עוד, שעסק גם בפרקטיקה פרטית, אם במסגרת בי"ח אסותא או אולי גם במסגרת אחרת"⁵.

ע"כ החליט השופט להחזיר את רשיונו של המערער, במגבלות של הפסקת עבודתו בביה"ח הציבורי שבו עבד, וכן שפעילותו בפרקטיקה פרטית תצומצם לניתוח אחד בשבוע כדי לשמור על כישוריו. בכך חרג, כבוד השופט מתקדים משפטי שנקבע על ידו בפסיקה אחרת:

"כידוע, כלל הוא במשפט המינהלי כי בית המשפט לא יתערב בהחלטת הרשות כל עוד איננה לוקה בחוסר סבירות, גם אם לדעתו ניתן היה לקבל החלטה שונה מזו שנתקבלה בפועל"⁶. ממילא אין זה מתפקידו של בית המשפט לשקול לגופו של ענין התאמה מקצועית של אדם, אלא רק להעמיד את החלטת הרשות בביקורת מבחן הסבירות⁷.

קביעות אלה עומדות, לדעתנו, בסתירה לפסיקת כבי השופט גורן בפרשת ד"ר יקירביץ, בה החליט החלטה מקצועית טהורה. על פי החלטה זו הפגם בהתנהגותו של ד"ר יקירביץ

ניסיון השנים האחרונות מלמד על קשר הדוק בין הרפואה והמשפט. על טיבו של הקשר הזה קיימים, מטבע הדברים, חילוקי דעות בין המשפטנים לבין הרופאים.

פסיקת בית המשפט העליון בענין **"הדסה" נגד גלעד**¹ וכן חוק זכויות החולה, תשנ"ו-1996, הטילו את המערכת הרפואית למערבולת וגרמו לשיתוקה של בקרת האיכות במערכת הבריאות הישראלית. עוד לפני כן שיתק חוק האנטומיה והפתולוגיה כמעט לחלוטין את נושא הניתוחות לאחר המוות.

מטרת מאמרנו לנסות ולנתח מספר פסקי דין שהופיעו לאחרונה, לא מן הפן המשפטי, אלא דווקא מן הפן הרפואי, הרעיוני והאנושי, ולהוכיח כי פסיקות מסוימות, כאשר הן מלוות בחקיקה לא נבונה, עלולות לגרום לנזק כבד למערכת הבריאות הישראלית.

1. פרשת ד"ר יקירביץ

ועדה של משרד הבריאות המליצה להתלות את רשיונו לשישה חודשים עפ"י סעיף 44 לפקודת הרופאים. ד"ר יקירביץ עירער על החלטת מנכ"ל משרד הבריאות, שקבל המלצות הועדה, בפני סגן נשיא בית המשפט המחוזי כבי השופט אורי גורן².

אומר השופט בהחלטתו:

"סעיף 44 א' לפקודה הוסף לה עפ"י התיקון משנת תשמ"ז... מתוך נוסח הסעיף ותכליתו החקיקתית ניתן להבין את הכוונה של המחוקק, שיש להעמיד לרשות מנהל משרד הבריאות כלים להשעיית או התליית רשיונו של רופא במקרים דחופים המפורטים בסעיף הנ"ל. כדי שמנהל יוכל לנקוט בסנקציה הכתובה בסעיף, צריכים להתקיים תנאים של יסוד סביר לחשד שהרופא גרם ברשלנות חמורה למותו של מי שהיה בטיפולו או לפגיעה חמורה בו"³.

ד"ר שמעון שרף, רופא - מנהל המרכז הרפואי ברזיל, באשקלון.

רפואה ומשפט גיליון מס' 20 - מאי 1999

היה עקב עומס עבודה בבי"ח ציבורי עמוס לעייפה, (שבו קיבל ד"ר יקירביץ משכורת ציבורית) ובאותה עת, על פי כבוד השופט, כרע הרופא תחת הנטל עקב עבודתו הנוספת בפרקטיקה הפרטית. כבי' השופט החזיר לו את רשיונו דווקא לפרקטיקה הפרטית וכך עשה פלסתר את ההחלטה המקצועית של מנכ"ל משרד הבריאות שמטרתה לשים מחסום בפני פריצת הגדר הרפואית תוך סיכון חיי אדם, על מנת להרוויח רווחים קלים ברפואה הפרטית שהוגדרה ע"י המחוקק בנסיבות מסויימות כלקחת שוחד או בלשון התקשורת, "רפואה שחורה".

בערעור נגד מנהל משרד הבריאות⁸, מתמודד כבי' השופט שוב עם השאלה של התערבות בהחלטות המנהל, עקב פסיקת ועדת משמעת סטטוטורית:

"אף אם אין הרופאים שבה מתמחים בתחומם של מערער, הרי עדיין הבנתם בעניינים שברפואה רבה מזו של בית המשפט היושב כערכאת ערעור"⁹. אכן מילים כדורבנות.

בהמשך פסה"ד אומר כבי' השופט:

"אין לי ספק שהתנהגות המערער באה בגדר "רשלנות חמורה" בין כמובנו של בטוי זה בפקודה, וכפי שפורשה בענין פינסטרבוס, ובין כמובנו של הביטוי בדין הכללי"¹⁰. וכן **"...סיכומה של נקודה זו: מחדליו של המערער, שהם רשלנות חמורה, הגבירו הסיכון לקרות נזק. נתון זה נכון באשר לכל שלושת המקרים... וכל הדברים האלה הם ברמה של "יסוד סביר לחשד" שכך היה"**. ובהמשך, לאחר ניתוח נוסף:

"... מהתשתית הראייתית שהונחה לפני הועדה, ושהמנהל אימץ, נמצא שהמערער לא עמד בציפייה זו באותם מקרים שנבחנו. הוא הפר את חובתו הבסיסית לחוליו. המסקנה אליה הגיעה הועדה והמנהל מביטה לעבר, ומנסיון העבר מתעורר חשד וחשש בלבם שמא יישנו המקרים"¹².

בהמשך, דן השופט בנושא "המידתיות" ומציין בין היתר את: **"... מבחן המידתיות במובן הצר - שקילת התועלת שתצמח לציבור לעומת הנזק לפרט..."**¹³.

בסופו של הניתוח המשפטי הגיע כבי' השופט למסקנה:

"... סבורני שהאינטרס הציבורי לא ייפגע אם תותר עבודתו של המערער בפרקטיקה פרטית, כדרך שהיה עד כה, לפי החלטת הביניים, דהיינו שיותר לו לנתח ניתוח אחד בשבוע. הציבור המטופל שם בא מתוך בחירתו הוא, וציפייתו לטיפול רפואי נטול תקלות כוללת את מיהות המנתח. המלצתי היא שכך ינהג המנהל אם תוארך התליית רשיונו

של המערער לתקופה נוספת, וזאת בהמשך לנימוקי בהחלטת הביניים בהליך זה בקשר לאיזון הראוי בצימצום ההתליה"¹⁴.

כלומר, כבי' השופט שהעיד על עצמו שהוא חסר את הכלים הרפואיים הנדרשים, מחליט, בניגוד לדעתו המקצועית של מנכ"ל משרד הבריאות, לאפשר למנתח, שהועלה נגדו חשד לרשלנות חמורה, לחזור ולנתח דווקא בפרקטיקה פרטית, בנימוק שהציבור בא לשם מתוך בחירה - ובתשלום נכבד - בעוד שבביה"ח ציבורי אין ד"ר יקירביץ רשאי לנתח, וזאת בזכות "המידתיות"? האם האינטרס הציבורי אינו חל על הרפואה שניתנת בתשלום? האם "החשד הסביר", שמטיל דופי בהתנהגותו של הרופא אינו תופס בפרקטיקה פרטית? והנה לאחרונה אף הגישה המדינה כתב אישום נגד ד"ר יקירביץ בנוגע לפעולותיו במסגרת הרפואה הפרטית דווקא.

אם יותר לנו להיסחף לקיצוניות, ואנו מתנצלים על כך מראש, נבקש לשאול, האם כבי' השופט מסוגל לקבל על עצמו גם את האחריות המוטלת על המנהל למקרה שבעתיד עלולה להתנהגות הרשלנית להישנות וחולה ייפגע? (למשל "באסותא" אך לא בבי"ח ציבורי). ודאי שלא.

נציין במאמר מוסגר שמנכ"ל משרד הבריאות ביקש לערער על פסה"ד של כבי' השופט גורן בענין ד"ר יקירביץ, אך פרקליטות המדינה סירבה וסיבותיה עימה.

2. פרשת גלעד¹

המערכת המשפטית בנתה לעצמה מגדל שן בו היא מתבצרת ואינה מנסה מנסה להבין את מצוקות היומיום של "הרופא הסביר" במערכת חברתית טהורה שפועלת תחת עקרונות רעיוניים מוחלטים, כמו טובת החולה, חשיבות החיים ועוד. המערכת המשפטית העניקה חיסיון על מסמכים שהוכנו לקראת משפט, או בלשונו של נשיא בית המשפט העליון:

"מסמך אשר הוכן לקראת משפט נהנה מחסיון בפני גילוי (רע"א 6546/94). הטעם העיקרי המונח ביסוד הלכה זו, הוא הרצון לאפשר לאדם להכין עצמו לקראת משפט, כשהוא חופשי מהחשש שהכנתו תחשף בפני יריבו..."¹⁵ וכן: **"המשפט עומד על האמת. ביסוד ההליך השיפוטי עומדת חשיפת האמת..."**¹⁶.

האם בכך רומז ביהמ"ש שהמערכת הרפואית, שהיא חברתית, אנושית ומצילת חיים, לא רק שאינה זכאית לחיסיון אלא שתהליך הריפוי של הגזע האנושי - תהליך שימיו כימי ההליך השיפוטי - איננו מבוסס על האמת הצרופה, וטובת החולה חשובה פחות מטובת הלקוח המשפטי?

מוסיף ואומר כבי' השופט ברק בפסיקתו:

"... הטעם לחיסיון הוא בעיקר החשש כי בהעדר חיסיון ייפגע קיומן ותפקודן של ועדות פנימיות לבדיקות איכות בבתי החולים, הפועלות על בסיס וולנטרי"¹⁷.

וכן: "ביסוד החיסיון עומדת ההכרה כי קיימים אינטרסים ושיקולים - מלבד האינטרס המרכזי של גלוי האמת - אשר מן הראוי להגן גם עליהם"¹⁸.

על טענת בית החולים שבהיעדר החיסיון "יימנעו הועדות מלפעול באופן העשוי להיטיב עם החולה שעניינו נבדק". וכן "שיהיה זה בלתי מציאותי לצפות, שהרופאים, שפעולותיהם נבדקות ישתפו פעולה תוך גלוי לב מלא, יושר מקצועי וביקורת עצמית נוקבת"¹⁹, אומר נשיא בית המשפט העליון:

"... כשלעצמי, נראה לי כי ועדות פנימיות בבתי חולים, לבדיקה עצמית, תתקיימנה אף בלי חיסיון, שכן הדבר מתבקש ממהות מקצוע הרפואה, ומהמחויבות האתית והמשפטית שאדם נוטל על עצמו בהיותו רופא. חובתו - האתית והמשפטית - של הרופא להעמיד את בריאות החולה בראש מעייניו, ולקיים יחס של כבוד לחיי אדם (ראה למשל קוד האתיקה הרפואית של אמנת ג'נבה, אשר התקבל ע"י האגודה הרפואית העולמית ב-1949). זו מטילה עליו חובה לשתף פעולה באופן מלא עם ועדות רפואיות פנימיות המבקשות לדעת בדיעבד מהו הטיפול הרפואי שניתן לחולה ואם הוא עומד באמות המידה הראויות. הסנקציה המשמעית והאחריות האזרחית והפלילית מאששות חובות אלה. אכן, מה שנדרש מהרופא ומקצוע הרפואה אינו סגירות וחיסיון אלא פתיחות וגלוי האמת"²⁰.

לטענת הרפואה המתגוננת עונה הנשיא:

"אכן הפתרון לחששם של רופאים ובתי חולים מפני "רפואה מתגוננת" ותוצאותיה אינו בחיסיון ובהסתרת האמת. הפתרון הוא בחינוך ובגיבוש כללי אחריות (אתית ומשפטית) בתואמים את מקצוע הרפואה ומקומו בחברה המודרנית"²¹.

לסיכום פסיקה עקרונית זו אומר נשיא בית המשפט העליון:

"... על הכף האחת מונחים השיקולים השוללים את החיסיון. אלה הם השיקולים הכלליים הקשורים בחובת בית המשפט לגלות האמת. אלה הם השיקולים המיוחדים הקשורים בזכות החולה לדעת מה נעשה בגופו. על הכף השנייה מונחים שיקולים התומכים במתן חיסיון, והסובבים סביב הקשר בין הכרה בחיסיון ובין תפקודן וקיומן של

ועדות פנימיות לבדיקות איכות בבתי חולים. כפי שראינו, הבסיס העובדתי המונח ביסוד שיקולים אלה של מתן חיסיון הוא רעוע. במצב דברים זה - ועל רקע המשקל הכבד שיש להעניק לשיקולים של גילוי האמת וזכות הציבור לדעת - אין מנוס מהמסקנה כי ידה של הכף הגורסת גילוי על העליונה. פתרון זה שומר על הרמוניה בהסדרים החוקיים. הוא מונע דיסהרמוניה אשר היתה נוצרת אילו המשפט הישראלי היה מכיר בנשימה אחת מחד - בזכותו של החולה לקבל מידע על הטיפול הרפואי שנעשה בו, ומאידך - בחיסיון המוענק לרופא ולבית החולים מפני מתן מידע זה לחולה"²².

בכל הכבוד הראוי, נבקש להעיר: בראי הזמן שחלף מאז פסיקתו של כבי' הנשיא ברק, דברים אכן התרחשו בשני אספקטים. הראשון נוגע לרפואה המתגוננת, שהפכה לעניין יומיומי כבד מנשוא, הן על מצפון הרופא והן על תקציבי המערכת הרפואית, ודי אם נזכיר את עדותו של פרופ' ש. משיח בפני ועדת קלינג בפברואר 1995, כפי שצוטטה בעיתונות ובה נאמר בין השאר: "היום ההחלטה היא כזו: אל תעשה ניתוח (קיסרי), תן לו למות בתוך הרחם משום שמוטב לך ככה, אחרת תיתבע ותצטרך לשלם". או בהמשך "... הרישום (בתיק הרפואי) נעשה באוריינטציה של בתי משפט. הוא לא לגופו של עניין... מתכנסים רופאים לאחר האירוע ויש משפטים שרפואית בהחלט היה צריך להכניס לרישום ובגלל אימת התביעה לא נכנסו"²³.

כך עדותו של עו"ד דן שפי - מנהל המחלקה המשפטית "בהדסה", כפי שצוטטה בפני ועדת העבודה והרווחה בינואר 1996:

"... אנחנו עושים אותם בכתב (דיונים) אבל אח"כ משמידים אותם"²³.

פרופי אדלמן - יו"ר המועצה המדעית של ההסתדרות המדעית אמר לוועדת קלינג: "התחושה היא שרופאים צריכים לא לשתף פעולה עם ועדות החקירה ... אף אחד לא רוצה להתאבד"²³.

האספקט השני קשור לפירוש המרחיב שבתי המשפט דלמטה נותנים לפסיקתו של כבי' השופט ברק, כפי שניתן לראות בפרשה הבאה.

3. פרשת גבאי²⁴

מדובר בפסיקתו של כבי' השופט כרמי מוסק בבית משפט השלום בירושלים, בענין גילוי הפרוטוקולים של ועדת הבדיקה שהוקמה עפ"י סעיף 21 לחוק זכויות החולה, לגילוי סיבות

מותה של המנוחה אורלי גבאי ז"ל. אין חולק על פסיקתו של השופט כי יש לגלות הפרוטוקולים עפ"י סעיף 21(ד). אך יש מקום להביע מחאה על מספר התבטאויות של כב' השופט הנוגעות לנושאים שהועלו לעיל.

בפסיקתו אומר כב' השופט:

"... כפי שכבר רמזתי התגלו בפעולתה (של ועדת הבדיקה) לקויים רבים ומתמיהים..."²⁴.

השופט לצערנו אף חושד ומחשיד:

"לא די היה בהיעלמותן של הקלטות ובהיעלמותה של עדות ד"ר... הרי שעל פניו נראה פער לא קטן בין דו"ח הועדה ומסקנותיה לבין העדויות כפי שהובאו בפניה"²⁵.

ועוד ממשיך השופט הנכבד ומטיל דופי הן בישרם והן ביכולתם המקצועית של חברי הועדה לשפוט את אשר הוא עצמו לא הצליח, עקב הרישום "הלקוי", לדבריו: **"כבר הרמתי גבה לעיל באשר ליכולת חברי הועדה לשקול את העדויות שהובאו בפניהם לאור תיעודן הלקוי... יתרה מזאת, חשש נוסף עולה באשר למקצועיותה של ועדת הבדיקה"**.

בהמשך הולך השופט ונסחף בהתבטאויותיו:

"גם כאן חיפשתי נקודות זכות לטובתה של ועדת הבדיקה, אך לא יכולתי לעצום את עיני מניסיון הטיוח הלא מוצלח... לסיכום חלק זה ניתן לאמר, כי על פניו נראה שהועדה לא ירדה לפרטי הפרטים, בלשון המעטה, לא עשתה את פעולתה כנדרש מועדה סבירה, וניתן לומר שאף חרגה מכללי פרוצדורה תקינים בחוסר סבירות קיצוני"²⁶.

ואז קובע השופט:

"אינני מתיימר להיות מומחה רפואי ולדון במשמעות הרפואית של הממצאים... לא עמד בפני כל מומחה רפואי..." ולמרות זאת: **"... ובטוחני כי אשר יעין בעין רפואית בוחנת יותר לא יהסס להצטרף לעמדתו"**²⁷. כלומר, כבוד השופט מתיימר לקבוע קביעות רפואיות למרות המחסור בידע, הן העצמי והן של מומחה רפואי, ועם זאת ברור לו שמומחים רפואיים יצטרפו לדעתו.

השופט מותח ביקורת על עדויות הרופאים כאשר לדבריו:

"עולה ברור הרושם, כי הללו מתחמקים מתשובות אשר

יתנו תמונה מלאה לאשר אירע"²⁸. השופט קובע, למרות חוסר המידע שבידו **"נשגב מבינתי כיצד ניתן לכתוב דו"ח המצטייר לעיני כל כאילו הטיפול ביולדת היה כליל השלמות, כאשר בין העדים ישנן סתירות כה מהותיות באשר למהלך האירועים"**²⁹.

לסיכום, פונה כב' השופט למנכ"ל משרד הבריאות לשקול את ההרכב של ועדות הבדיקה. הוא תוהה מדוע מורכבות הועדות מרופאי בתי החולים בארץ ומציע שהמשפטן יהיה מחוץ למערכת הציבורית. האם השופט המכובד מתכוון להבאת "שחקני חיזוק" מחו"ל? הרי רופאים שפורשים לגמלאות במהרה מתנתקים מהעשייה היומיומית והמידע העצום שמצטבר כל יום וכל שעה, שאף אותם רופאים פעילים לא מספיקים לעקוב אחריו. וממה נפשך: הרי הכל עניין של תקציבים. לו היה יותר כסף במערכת, האם הרופאים בועדות והיו עובדים בהתנדבות? ועורך הדין היה כותב כמו ידיו הפרוטוקולים? אמת ויציב, את ניהול הדיון והפרוטוקולים חייבים למסד, אך ענין זה נתון בידי משרד הבריאות והממשלה ולא בידי אותה ועדה שעשתה עבודתה ברצון וללא כל תמורה ובנדאי לא ציפתה לביקורת כזו על עבודתה.

4. סיכום

בשלב זה מן הראוי לחזור לפסיקת נשיא בית המשפט העליון בפרשת גלעד. כפי שנאמר, פסיקה זו הביאה להשעיית השתתפות הרופאים בועדות, עד שהחליטה ההסתדרות הרפואית להמליץ בפני הרופאים להופיע בפני כל ועדת הבדיקה בליווי עורכי-דין. ודאי שלא לכך התכוון הנשיא בהחלטתו, אך התוצאה היא משפטיזציה של תהליכי בקרת האיכות. הרחבת הפסיקה ברמת בתי הדין דלמטה, יחד עם התחושה כי בין השורות מבעבעת תעמולה תקשורתית מוצלחת על קשר השתיקה ועל ניסיונות טיוח של הרופאים, הביאו לכך שגם הרי"י הביעה לאחרונה את דעתה כי מן הראוי "להסדיר את סדרי הדין ונהלי העבודה של ועדות הבדיקה"³⁰ וגם זאת בהתאם למשאלתו של כב' השופט מוסק.

מן הראוי לסיים מאמר זה בקטע מפסיקתו של נשיא בית המשפט המחוזי בירושלים כבוד השופט ורדי זיילר:

"הטיפול הרפואי המודרני הניתן בכלל... הוא טיפול משולב ומסובך, הניתן ברוב המקרים תוך בחירה של רופאי בתי החולים בין חלופות שונות... בדרך כלל "אין ארוחות חינם" בכגון דא, לכל טיפול יש מחיר ויש סיכון... לכל אלו יש להוסיף את העובדה שהרפואה איננה מדע מדויק. לא רק שאין לה פתרונות לכל התחלואים והחוליים, אלא שאין לה גם תשובות מלאות וודאיות בהרבה מקרים, למצב המדויק שבו נמצא החולה (דיאגנוזה) ואין לה גם תשובות וודאיות ומדויקות על תוצאותיו של הטיפול בכל מצב נתון... ובעקבות כך על הקביעה מהו הטיפול האופטימלי בכל מצב

נתון... מחייבים הפעלת שיקול דעת מקצועי בזמן אמת ע"י הרופאים המטפלים. אין די בכך שמסלול דיאגנוסטי או מסלול שנבחר על ידם לא הביא לתוצאות המקוות, כדי שרופאים אלו יהיו אחראים ברשלנות אזרחית ופלילית".

"... שומה על מדיניות ביקורת נבונה לתת את הדעת לכך שהשלטת "מדיניות מבקרת" שתטיל "אשם פורמלי" על רופאים תוך שימת דגש על "התוצאה הרצויה", זאת תוך התעלמות מהבעייתיות ואי הודאות בתחומי הדיאגנוסטיקה והטיפול הרפואי (על סיכוניו והאופציות שבו) בפניהם ניצבים הרפאים בזמן אמת, יכולה להיות קשה מאוד לא רק למקצוע הרפואי אלא לחברה כולה"³¹

את פסיקתו של השופט זילר ניתן אמנם לסכם במשפט: "כל המוסיף גורע", אך יש לסיימה בשתי משאלות לב: האחת - שהמחוקק ומשרד הבריאות יתנו דעתם על הסדרת אותן פרצות, הן משפטיות והן כלכליות, שמונעות בירור הגון והוגן של הליכים רפואיים במערכת הבריאות הישראלית. המשאלה השניה מופנית למערכת המשפטית: לנסות ולגבש דרכים שיאפשרו איזון אמיתי בין הצורך לברר האמת, שבה אין אשמים, לבין המקרים המחייבים הטלת אחריות משפטית על הופאים.

אך, אנא, שימרו על מערכת הבריאות ואל תשפכו את המים עם התינוק.

מקורות

1. הסתדרות מדיצינית הדסה עין כרם נגד עפרה גלעד ואח'. (רע"א 1412/94 - בית המשפט העליון)
2. ד"ר ולדימיר יקירביץ נגד מנכ"ל משרד הבריאות ואח'. (ע.ש. 739/96 (א) - מחוזי - ת"א)
3. שם, עמ' 11 לפרוטוקול.

4. שם, עמ' 13 לפרוטוקול.
5. שם,
6. עאדל קשקוש נגד הנהלת ביה"ס לסייעוד שליד בי"ח איכילוב ואח' (ה"פ 136/93 - מחוזי ת"א - עמ' 6 לפסה"ד).
7. שם, עמ' 7 לפסה"ד.
8. ד"ר ולדימיר יקירביץ נגד מנכ"ל משרד הבריאות ואח'. (ע.ש. 739/96 - מחוזי - ת"א).
9. שם, עמ' 31 לפסה"ד.
10. שם, עמ' 32 לפסה"ד.
11. שם, עמ' 36 לפסה"ד.
12. שם, עמ' 38 לפסה"ד.
13. שם, עמ' 43 לפסה"ד.
14. שם, עמ' 44 לפסה"ד.
15. שם, עמ' 5 לפסה"ד, סעיף 6.
16. שם, עמ' 4 לפסה"ד, סעיף 5.
17. רע"א 1412/94 לעיל, עמ' 3 לפסה"ד.
18. שם, עמ' 5 לפסה"ד.
19. שם, עמ' 11 לפסה"ד.
20. שם, עמ' 12 לפסה"ד.
21. שם, עמ' 13 לפסה"ד.
22. שם, עמ' 14 לפסה"ד.
23. "ירשלנות רפואית עדיין כאן". רן רוזניק - עיתון "הארץ" מיום 13.3.98, עמ' ב' 4.
24. יהושע גבאי ואח' נגד מנכ"ל משרד הבריאות. (ה.פ. 825/97 שלום-ירושלים) בעמ' 10 להחלטה.
25. שם, עמ' 14 להחלטה.
26. שם, עמ' 15 להחלטה.
27. שם,
28. שם עמ' 16 להחלטה.
29. שם, עמ' 16-17 להחלטה.
30. מכתב לחבר - כרך 60 - חוברת 2 - עמ' 5.
31. רחל מזרחי ו.אח' נגד משרד הבריאות ואח'. (ת"א 605/94 מחוזי-ירושלים) עמ' 2-3 לפסק הדין.

משפט רפואי

האיזון הראוי בין גילוי לשם צדק, לבין הענין שלא לגלות

האם גילוי האמת לחולה יש בו כדי לשתק את מערכת הרפואה ?

אחיקם סטולר

כללי

תסתורנה זו את זו ביום פקודה. מצב זה מצדיק חשיפת הפרוטוקולים בפני החולה במקרים גבוליים.

לצערנו, חברות הביטוח אף הן צד דומיננטי בהליך גילוי האמת. אין צורך להכביר מילים על הקונפליקט בו ניצב הרופא מצד אחד, כשמנגד מתייצבת חברת הביטוח הצריכה לשאת בפיצוי הכספי לחולה. פיצוי, שלעיתים נאמד במיליוני שקלים. אין ספק כי אף אם יורה בית המשפט על חשיפת הפרוטוקולים רב יהיה הנגלה על הנסתר.

ההליך בו עותר המטופל לגילוי הפרוטוקולים הוא שיפוטי. ועדת הבדיקה והרופאים יודעים מראש כי קיימת סבירות שבבוא היום יבדוק בית המשפט את סידרי עבודתם וטיב מסקנותיהם. בית משפט חסר פניות, ובידיו המיומנות המקצועית להחליט בכגון דא.

ניתן לציין כמה אבני דרך לקראת גיבוש ההלכה הנוהגת. ביניהן הטלת האחריות על המוסד הרפואי בשל נזק ראייתי שנגרם לחולה, כל אימת שמתגלה חסר בחומר רפואי רלוונטי, וכן הטלת אחריות על המוסד הרפואי כל אימת שהרישומים הרפואיים לא היו שלמים בנסיבות העניין. ההלכה היא שהמוסד הרפואי – הנתבע – יכול ליהנות מפרי הבאושם הנובע ממחדליו בכתיבת החומר הרפואי או בשמירה עליו.

פס"ד גלעד¹ וחוק זכויות החולה, התשנ"ו – 1996 (להלן: החוק)² הם אבני פינה בדרך לגיבוש הכללים באשר לגילוי המידע והסתרתו.

בפס"ד גלעד נקבע בע' 526 א-ג.

"זכותו של אדם על גופו, חירותו לקבל החלטות באשר לגופו; זכות היסוד של הפרט לאוטונומיה – כל אלה מחייבים... ליתן לאדם כל מידע הקיים באשר למה שנעשה בו בעבר... ביסוד תפיסתנו עומד האדם שבו מקננת מחלה, ולא מחלה שמצאה לה בית קיבול באדם... על כן זכאי האדם, אם הוא רוצה בכך, לדעת על אירועים, מעשים, מחדלים והוראות שהביאו אותו למצב שבו הוא נתון עתה,

העומות בין המערכת המשפטית והמערכת הרפואית הסלים בשנים האחרונות, הסלמה שמקורה בגידול במספר התביעות שעניינן רשלנות רפואית.

בירור העובדות לאשורן וניהול משפט הוגן בכלל, ותובענה שעניינה רשלנות רפואית בפרט, נגזרות מן המידע המצוי בידי בעלי הדין. מטבע דברים, ככל שהמידע הרפואי הרלוונטי אצל התובע יקטן, כך ילכו ויפחתו סיכויי לנהל משפט הוגן. כך גם נכון המשפט ההופכי – ככל שתיגדל יכולתה של המערכת הרפואית להסתיר מידע, כך תגדל יכולתה להתגונן מפני תובענות שעניינן רשלנות שנעשתה במהלך טיפול רפואי.

כשמדובר בסכסוך שאיננו רשלנות רפואית, לכל צד לסכסוך יש כמות מסויימת של חומר ראיתי העשוי לאשש את גירסתו. בתביעה שעניינה רשלנות בטיפול רפואי, מרבית החומר מצוי בידי צד אחד לסכסוך – המוסד הרפואי, שלוחיו ועובדיו, אשר אחראיים ליצירתו ולשמירתו. במילים אחרות כל החומר הרלוונטי שיש ביכולתו לאשש את התביעה מצוי באחריותו של צד אחד לסכסוך – הנתבע.

האמון של החולה ברופאו הוא מוחלט. המטופל מאמין באמונה שלמה, כי יקבל מהצוות הרפואי את העזרה הרפואית הטובה ביותר. תוצאה נגזרת מיחסי הנאמנות (או התלות) האלה, צריכה להיות כי הנאמן ימסור לשולחו את מלוא החומר המצוי ברשותו.

בשנת 1996 נחקק חוק זכויות החולה ודוק... בזכויות החולה עסקינן. לכן הפרשנות המתבקשת בישים החוק במקרה של ספק – תהיה פרשנות שתמלא אחר רצון המחוקק, כאשר במרכזיותה זכויות החולה ולא טובת הרפואה.

בדיכ ובמקרים טרגיים בפרט, מספר רב של מומחים רפואיים מטפלים בחולה. טבעי ואנושי כי כל רופא מומחה "יגלגל" את הכשל לפתח של זולתו. לא אחת מקיימים המומחים הרפואיים התייעצויות פנימיות על מנת שגירסאותיהם לא

ד"ר אחיקם סטולר הוא עו"ד, ומייצג את משפחת המנוחה אורלי גבאי ז"ל

לאחר הטיפול. הכרה בחיסיון בפני גילוי דו"ח ביקורת פנימית של בית החולים פוגעת בזכויות אלו של האדם לדעת מה נעשה בו, ואינה מתיישבת עם זכויות אלו."

בית המשפט העליון דחה את טענות בית החולים בדבר הצורך לחיסיון. כך נקבע בע' 526 – 527 ב'

"החשש לפגיעה בקיומן ובתיפקודן של ועדות הבדיקה הפנימיות בבתי-חולים, אם לא יוכר החיסיון, הוא ספקולטיבי. ועדות פנימיות לבדיקה עצמית בבתי-חולים תתקיימנה אף בלי חיסיון, שכן הדבר מתבקש ממהות מקצוע הרפואה ומהמחויבות האתית והמשפטית שאדם נוטל על עצמו בהיותו רופא - להעמיד את בריאות החולה בראש מעייניו ולקיים יחס של כבוד לחיי אדם מוטלת עליו חובה לשתף פעולה באופן מלא עם ועדות רפואיות פנימיות המבקשות לדעת בדיעבד מהו הטיפול הרפואי שניתן לחולה והאם הוא עומד באמות המידה הרפואיות הראויות. הסנקציה המשמעתית והאחריות האזרחית והפלילית מאששות חובות אלה. מה שנדרש מהרופא וממקצוע הרפואה אינו סגירות וחיסיון אלא פתיחות וגילוי האמת."

כשנה לאחר פרסום פס"ד גלעד, נכנס לתוקף חוק זכויות החולה. מכח החוק הוקמו שלושה סוגים של ועדות:

ועדת אתיקה (סעיף 24 לחוק).

ועדת בדיקה (סעיף 21 לחוק) - ועדה שהוקמה לשם בדיקת תלונה של מטופל או של נציגו או לשם בדיקת אירוע חריג הנוגע למתן טיפול רפואי. ממצאיה ומסקנותיה של ועדת בדיקה יימסרו למי שמינה את הועדה ולמטופל הנוגע בדבר, והוראות סעיף 18 יחולו בשינויים המחויבים; הממצאים והמסקנות כאמור יימסרו גם למטפל העלול להיפגע ממסקנות הועדה. על פי סעיף 21 (ג) לחוק: פרוטוקול דיוניה של ועדת הבדיקה יימסר רק למי שמינה את הועדה ולמנהל הכללי. על פי סעיף 21 (ד) לחוק: בית משפט רשאי להורות על מסירת הפרוטוקול למטופל, לנציגו או למטפל, וכן, על אף האמור בסעיף 18(ג), להורות על מסירת הממצאים והמסקנות למטופל, אם מצא כי הצורך בגילוי לשם עשיית צדק עדיף מן הענין שיש לא לגלותו;

על פי סעיף 21 (ה) החליט המנהל הכללי לפתוח בהליך משמעי על פי דין או להגיש תלונה נגד אדם בשל חשד למעשה פלילי, רשאי הוא להורות על מסירת הפרוטוקול, לצורך ניהול החקירה או ההליך המשמעי, לאדם המוסמך לכך, וכן למטפל שנגדו נפתח ההליך או הוגשה התלונה.

ועדת בקרה ואיכות (סעיף 22 לחוק) - ועדה פנימית שמוקמת

לשם הערכת הפעילות הרפואית ושיפור איכותו של הטיפול הרפואי; תוכן הדיונים שהתקיימו בוועדת הבקרה והאיכות, הפרוטוקול, כל חומר שהוכן לשם הדיון ושנמסר לה, סיכומיה ומסקנותיה, יהיו חסויים בפני כל אדם לרבות המטופל הנוגע בדבר ולא ישמשו ראיה בכל הליך משפטי. אולם, סיכומיה ומסקנותיה של ועדת הבקרה והאיכות יימסרו למי שמינה את הועדה, ורשאי הוא לעיין בפרוטוקול דיוני ועדת הבקרה והאיכות ובכל חומר אחר שנמסר לה. היה שמצא מי שמינה את הועדה כי קיימת לכאורה עילה לנקיטת אמצעי משמעת על פי דין כלפי מטפל יודיע על כך למנהל הכללי.

זכותו של החולה למידע רפואי על פי החוק

החוק קבע בסעיף 17 חובה לניהול רשומה רפואית ושמירתה. מטפלים מצווים לתעד את מהלך הטיפול הרפואי ברשומה רפואית אשר צריכה לכלול, בין היתר, מידע רפואי בדבר הטיפול הרפואי שקיבל המטופל. כך גם נקבע שהמטפל, ובמוסד רפואי - מנהל המוסד, אחראים לניהול השוטף והעדכני של הרשומה הרפואית ולשמירתה בהתאם לכל דין.

סעיף 18 לחוק מגבש את זכותו של החולה לקבל מידע רפואי. על פי סעיף זה מטופל זכאי לקבל מהמטפל או מהמוסד הרפואי מידע רפואי מהרשומה הרפואית, לרבות העתקה, המתייחסת אליו. למרות זאת, על פי סעיף 18 (ג) לחוק, רשאי מטפל להחליט שלא למסור למטופל מידע רפואי מלא או חלקי המתייחס אליו, אם המידע עלול לגרום נזק חמור לבריאותו הגופנית או הנפשית של המטופל או לסכן את חייו; אם מטפל החליט לעשות שימוש בסמכותו על פי סעיף זה, יודיע מיד על החלטתו לוועדת האתיקה ויצרף את המידע שלא נמסר למטופל ואת נימוקיו לאי מסירתו. ועדת האתיקה רשאית לאשר את החלטת המטפל, לבטלה או לשנותה.

מטרת מאמר זה לנתח את הנסיבות בהן הצורך בגילוי פרוטוקולים של ועדת בדיקה לשם עשיית צדק, עדיף מן הענין שיש לא לגלותו; וכל זאת לאור הטענה המועילית חדשות לבקרים כי גילוי חומר כאמור יש בו כדי **"להטיל את המערכת הרפואית למערבולת ולגרום לשיתוקה של בקרת האיכות במערכת הבריאות הישראלית"**, כמאמרו של דר' ש. שרף מהמרכז הרפואי ברזילי באשקלון.

דר' שרף הנכבד מסיים רשימתו במשאלת לב המופנית למערכת השיפוטית ומבקש ממנה למצוא איזון אמיתי בין הצורך לגלות את האמת והצורך לשמר את מערכת הרפואה. לדעתנו ניתן למצוא את האיזון הנכון בשילוב של חוק יסוד:

רפואה ומשפט גיליון מס' 20 - יולי 1998

כבוד האדם וחירותו וחוק זכויות החולה. הפעם הראשונה שבית המשפט נזקק להפעיל את שיקול דעתו ולהפעיל את סמכותו לעניין גילוי פרוטוקולים של ועדת בדיקה היה בענין גבאי³. ננתח את השיקולים אותם צריך בית המשפט לשקול בבואו להסיר את החיסיון, ונעשה זאת לאור העובדות של ענין גבאי שיובהרו להלן.

הרקע לפסיקה בעניין גבאי

היולדת אורלי גבאי ז"ל נפטרה במהלך הלידה בבית החולים. לבדיקת נסיבות מותה מונתה ועדת הבדיקה לפי ס' 21 לחוק זכויות החולה. היו בה שני רופאים גינקולוגים ועו"ד עובדת משרד הבריאות. הועדה קבעה שלא היה פגם בטיפול הרפואי שניתן למנוחה. הוגשה בקשה מטעם המשפחה לגלות את הפרוטוקולים של ועדת הבדיקה. המנהל הכללי של משרד הבריאות, באמצעות פרקליטות מחוז ירושלים, התנגד לגילוי.

כבוד השופט כרמי מוסק מבית משפט השלום בירושלים, החליט להורות על גילוי הפרוטוקולים של ועדת הבדיקה לפי סמכותו הקבועה בס' 21(ד) לחוק זכויות החולה. בית המשפט הנכבד קבע כי הועדה דן התרשלה בעבודתה באופן היורד לשורשו של עניין, בין היתר על סמך הממצאים העובדתיים המצטברים דלהלן:

א. מגמת הסתרה של עובדות, שעלתה בין היתר ממחיקת השמות מן הדו"ח שהוגש לבני המשפחה. מעותק הדו"ח שנמסר למשפחה נמחקו שמות העדים.

ב. אופן ניהול הפרוטוקול: דברי העדים הוקלטו בטייפ מנהלים קטן, הקלטה בלתי איכותית אשר בחלקה בלתי ניתנת לפיענוח ובחלקה קשה ביותר לפיענוח וסיכום תמציתי קצר ביותר בכתב של חברת הועדה, עו"ד במקצועה, אשר ממנו לא ניתן ללמוד אודות השאלות שנשאלו והתשובות שניתנו.

ג. היעלמות הקלטות: חלק מהקלטות דלעיל נעלמו למרות שבא-כוח המשפחה, דרש במכתב רשום למשרד הבריאות, לשמור את הקלטות לצורך בירור עתידי. הקלטות החסרות או חלקן נמצאו לאחר פסיקתו של השופט מוסק ולאחר שהוגשה תלונה בעניין ההעלמות למשטרת ישראל.

ד. אי העדת כל המעורבים הרלוואנטיים – המיילדת אשר קיבלה את היולדת והייתה יכולה להעיד על מצבה בשעת קליטתה בבית החולים והרופא המתמחה אשר ליווה את היולדת למן קבלתה ועד לפטירתה בחדר הניתוח, לא זומנו ליתן עדות בפני ועדת הבדיקה.

ה. גביית עדות מפי 15 עדים במשך שעותיים (!) בלבד, מבלי לגבות עדות נוספת כלשהי.

ו. מתוך בדיקת הפרוטוקולים הקיימים הסתבר כי הייתה עדות בפני הועדה שמכשיר ה א.ק.ג. היה מקולקל ולא היה סיפק להביא מכשיר אחר תקין ממחלקה שכנה. בדו"ח הועדה נכתב שלא בוצעה בדיקת א.ק.ג. עקב חוסר זמן, כאשר מן הראיות עולה כאמור שהבדיקה לא בוצעה מכיוון שמכשיר ה א.ק.ג. היה מקולקל.

ז. הרושם העולה מקריאת הפרוטוקולים לפיהם הרופאים הנחקרים נתנו עדות מתחמקת.

ח. הגניקולוג אשר ביצע הניתוח הקיסרי חילץ את העובר, ועזב לטענתו את חדר הניתוח בידיעה כי הוא פתר את הבעיה. באותה עת מעידים הרופאים המרדימים כי מצבה של היולדת היה קריטי. סתירה קיצונית ומהותית זו בין עדויות הרופאים המרדימים לעדותו של הגניקולוג אשר ביצע את הניתוח הקיסרי לא מצאה ביטוי במסקנות הועדה.

נוסחת האיזון לפי ס' 21(ד) לחוק זכויות החולה

בפסק דינו קבע כבוד השופט מוסק כי הפרשנות הנכונה של נוסחת האיזון לפי ס' 21(ד) הנ"ל, הרלוואנטית לנסיבות נשוא החלטתו, הינה כי מקום שועדת הבדיקה לא שירתה את תפקידה בנאמנות או במקצועיות סבירה, אין מנוס מגילוי הפרוטוקולים למטופל.

ניתן לקבוע שהועדה לא עשתה תפקידה בנאמנות או במקצועיות סבירה מקום שהוועדה חרגה מכללי הצדק הטבעי, ניהול תקין וראוי של הדיון ומהוגנות ראויה. כך גם כאשר דו"ח מסקנות הועדה איננו עולה בקנה אחד עם המציאות שתוארה בפניה, וקיים חשש שהדו"ח איננו מסתמך על מלוא חומר הראיות שהובא בפני הועדה. בקצרה, ניתן לחשוף את הפרוטוקולים מקום שועדת הבדיקה התרשלה בעבודתה וחרגה בזאת מגדר הסביר.

א. נוסחת האיזון הקבועה בס' 21(ד) לחוק זכויות החולה קובעת כי הפרוטוקולים יימסרו לידי המטופל אם בית המשפט "מצא כי הצורך בגילוי לשם עשיית צדק עדיף מן העניין שיש לא לגלותו".

ב. בימ"ש השלום קבע: מצב בו השתכנע בית המשפט כי ועדת הבדיקה התרשלה בתפקידה, הוא מצב בו גילוי הפרוטוקולים נדרש "לשם עשיית צדק". אם לא כן, כיצד יוכל המטופל לדעת את האמת בדבר הטיפול הרפואי שניתן

לו? **אמת**, אשר ועדת הבדיקה היתה אמורה לספק.

בשאלת חשיפת הפרוטוקולים של ועדת הבדיקה מתנגשים לכאורה האינטרסים הבאים: מחד גיסא: עקרון גילוי האמת; זכותו של החולה לקבל מידע אודות טיפול רפואי שניתן לו; ומאידך: החשש לפגיעה בתפקודן של ועדות בדיקה רפואיות ובעקבותיה פגיעה בבקרה ואיכות של מערכת הרפואה עד כדי שיתוקה, כמאמרו של דר' שרף הנכבד.

אנו סבורים שלמרות שחוק זכויות החולה נחקק לאחר הפרסום של פס"ד גלעד הנ"ל, החוק לא שינה מן הקביעות העקרוניות שבפסק דין זה:

א. למטופל ישנה זכות חוקתית לקבל את כל המידע הקיים אודות גופו ואודות הטיפול הרפואי שניתן לו, וזאת בהתבסס בין היתר על ס' 2 ו-4 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (ע.א. 1412/94 גלעד, עמ' 525).

ב. החשש לפגיעה בתפקודן של ועדות בדיקה רפואיות אינו מבוסס, ונוגד את מהות מקצוע הרפואה (שם, 526-527).

לחילופין, אנו סבורים כי במידה שחוק זכויות החולה חולל שינוי כי אז השינוי נוגע אך ורק ל**ועדת בקרה ואיכות**, ולא לועדת בדיקה (לפי סעיף 21 לחוק).

בכדי לענות על הצורך במנגנון שיאפשר בקרה, פיקוח וקידום איכות הרפואה בארץ, נוצרה **ועדת בקרה ואיכות**, אשר דיוניה ומסקנותיה חסויים מעיני הציבור והמטופלים בכלל זה (ס' 22 לחוק זכויות החולה). ישנו חריג אחד בלבד, באשר לממצאים עובדתיים הנוגעים למטופל מסויים, אזי ממצא כזה יירשם ברשומה הרפואית של אותו מטופל (שם, ס' 22(ה)).

מנגד, בבדיקת תלונתו של מטופל מסויים, או אירוע חריג הנוגע למטופל מסויים, מוקמת ועדת בדיקה לפי ס' 21 לחוק זכויות החולה. הועדה אמורה לברר את התלונה. מסקנותיה יכולות להוות תשתית להליך פלילי או משמעתי. המטרה העיקרית והראשונית של ועדה זו, היא לבדוק את הטיפול הרפואי שניתן למטופל מסויים ולא שיפור מערכת הרפואה בכלל.

לפיכך, המטופל ו/או משפחתו ו/או נציגיו מתייצבים בפני ועדת הבדיקה ומעידים בפניה. אין מניעה שגם הצוות הרפואי אשר טיפל בארוע, המעיד בפני ועדת הבדיקה, יהנה מייצוג משפטי במהלך העדות. כפי שהיה בענין גבאי.

על פי החוק, מסקנות הועדה חשופות בפני המטופל (ס' 21(ב) לחוק זכויות החולה). לפיכך, המטופל זכאי בנסיבות מסויימות, לקבל את פרוטוקול הדיונים של ועדת הבדיקה (ס' 21(ד) לחוק).

האינטרסים המוגנים על ידי יצירת ועדת הבדיקה הינם האינטרסים של המטופל – גילוי האמת, וגילוי מידע רפואי הנוגע למטופל. האינטרס של שיפור מערכת הרפואה הינו אינטרס המוגן על ידי ועדת בקרה ואיכות, שדיוניה חסויים.

לעניות דעתנו, מקום שישנו חשש שמסקנות ועדת הבדיקה לוקות בפגם, הרי שזכותו של המטופל לקבלת המידע לעולם תגבר על ה"חשש" לכאורה לפגיעה במערכת הבקרה של הרפואה בארץ. זאת הן מהטעם שאינטרס זה בעל משקל נמוך כשמדובר בועדת בדיקה, והן מהטעם שאינטרס זה הינו אינטרס בלתי מבוסס כראוי (ע.א. 1412/94 גלעד, 526-527).

באמצעות חשיפת הפרוטוקולים, יוכל המטופל להיווכח בראיות הממשיות שעמדו בפני ועדת הבדיקה, בנוגע לטיפול שקבל. ראיות אלו נדרשות למטופל, כי לאור הביקורת על אופן ניהול הבדיקה, קיים חשש ממשי שמסקנות הועדה אינן מבוססות כראוי אף על החומר שעמד לרשותה.

לאותה מסקנה ניתן להגיע על בסיס פרשנות חוקתית:

א. חוק זכויות החולה נחקק לאחר חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. בהתאם לכך, חוק זכויות החולה כפוף להוראות חוק היסוד. כמצוות סעיף 8

"אין פוגעים בזכויות שלפי חוק-יסוד זה אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו".

ב. חוק זכויות החולה, על פי שמו ועל פי פרשנותו הנכונה, הינו חוק שתכליתו הגנה על זכויותיו החוקתיות של המטופל.

ג. בהיות זכות המטופל לקבלת מידע רפואי הנוגע לו נסמכת על חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (ע.א. 1412/94 גלעד, 525), הפגיעה בזכות חוקתית זו יכולה להיעשות אך ורק במסגרת הוראת פיסקת ההגבלה שבס' 8 לחוק יסוד זה.

ד. ס' 21(ד) לחוק זכויות החולה, הקובע באילו מצבים יקבל המטופל את המידע הקיים בפרוטוקולים של ועדת הבדיקה, ובאילו מצבים לאו, הינו סייג למימוש זכותו החוקתית הנ"ל. לפיכך, יש לפרש סעיף זה על רקע פיסקת ההגבלה (השווה בש"פ 537/95 **גנימאת נ. מדינת ישראל** פ"ד מ"ט(3) 355, 375 ו-421, שניתן בעניין חוק שנחקק לפני חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו).

ה. נראה כי המבחן שיש להפעיל בקשר לנוסחת האיזון הינו מבחן המידתיות הקבוע בס' 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. דהיינו, ניתן להגביל את זכותו של המטופל לקבל

את הפרוטוקולים של ועדת הבדיקה כל עוד אין בכך משום פגיעה מהותית בזכותו לקבל את המידע הרפואי הנכון והאמיתי לגביו. אך מקום שעולה החשש שועדת הבדיקה איננה מגלה את האמת לאמיתה אודות הטיפול הרפואי שניתן למטופל, זכותו החוקתית של המטופל גוברת, ויש לחשוף בפניו את הפרוטוקולים.

הביקורת על נוסחת האיזון המוצעת – הנימוקים שלא לחשוף פרוטוקולים

א. נימוק אחר הינו חוסר הצדק לכאורה בחשיפת העדים שהעידו בפני הועדה בשל מחדלי הועדה. מדוע עד אשר העיד עדות מלאה וכנה בפני הועדה יהיה צפוי לחשיפת דבריו למרות שבו עצמו אין כל אשם?

בנימוק זה אין ממש, הסיכון שהפרוטוקולים של ועדת הבדיקה ייחשפו, הינו סיכון מובנה, והדבר יכול להתרחש אף במסגרת הליך פלילי או משמעתי לפי ס' 21(ה) לחוק זכויות החולה. יובהר: עדותו של רופא אי עלולה להיחשף בהליך פלילי, שאינו חסוי, המנוהל כנגד רופא ב'.

ב. נימוק נוסף שנדון לעיל הינו החשש מפני פגיעה בתפקוד ועדות הבדיקה. נימוק זה אף הוא איננו מבוסס. מחוייבותם של חברי המקצוע הרפואי לפעול לגילוי האמת איננה תלויה בדבר, ונובעת ממהות המקצוע (ע.א. 1412/94 גלעד הנ"ל, עמ' 526-527). אך יתרה מכך, חסיון הינו מוסד ההולך ונמוג מן העולם, בדיוק מן הסיבה שהוא מהווה מעטה והגנה מפני חשיפת האמת (שם, 522). על כן, הטענה לפיה חסיון הפרוטוקולים מעודד גילוי אמת, איננה ממין העניין. המחשה לכך ישנה בתקלות שארעו בוועדת הבדיקה לנסיבות מותה של אורלי גבאי ז"ל כמפורט לעיל.

ג. אפילו ישנו צדק מסויים בטענות הללו, וישנו סיכוי של פגיעה כלשהי בחברה, בגין גילוי הפרוטוקולים, הרי שזהו מחיר שעל החברה לשלם בכדי להגן על זכויות חוקתיות של חברה (ראה דנ"פ 2316/95 גנימאת נ. מדינת ישראל פ"ד מ"ט(4) 589, 645).

בשולי הדברים נעיר כי נוסחת האיזון הקבועה בחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955, ס' 539א(ב) (1)⁴ מלמדת כי ברצונו, מגביל המחוקק את המקרים של חשיפת החומר שעולה בתחקיר, ואז הוא נוקט לשון ברורה. במקרה של ועדת בדיקה, לשון כזו לא ננקטה, ועל כן אין ללמוד גזירה שווה בין נוסחאות אלו. אדרבא, יש לראות בכך הסדר שלילי בעניין ועדת הבדיקה, לפיו חשיפת הפרוטוקולים איננה מוגבלת למקרים חריגים, כטענת מנכ"ל משרד הבריאות.

בענין גבאי טען מנהל משרד הבריאות כי גם לדעתו יש לגלות את הפרוטוקולים "כאשר עולה בעליל כי מסקנות הועדה וממצאיה אינן מתיישבות עם גלוי האמת, כגון מקרה בו מתגלה לבית המשפט כי אנשי הצוות הרפואי שהעידו בפני הועדה מסרו ידיעות כוזבות או העלימו פרטים חשובים בתחקור אותה מבצעת הועדה".

היות וכבוד השופט מוסק קבע כממצא עובדתי שועדת הבדיקה התעלמה מסתירה מהותית בין גרסאות הרופאים השונים, וכי הרופאים נתנו תשובות מתחמקות לשאלות חברי הועדה (ס' 75 לפסה"ד), הרי שהיה על בית המשפט הנכבד לגלות את הפרוטוקולים אף לשיטת המדינה.

ממצאים עובדתיים הנוגעים לחברי הועדה ואופן עבודתה

ד"ר שרף הנכבד ראה לנכון לחלוק על קביעותיו של כב' השופט מוסק בדבר הממצאים הנוגעים לחברי הועדה. השופט קרא את הפרוטוקולים הקיימים, והתרשם מעדותה בע"פ של חברת הועדה שאיננה רופאה שהעידה בפניו.

א. בית המשפט הנכבד, בהתייחסו לחברי הועדה, נטל על עצמו לנהוג בריסון. אין בפסק הדין ביקורת אישית נוקבת על הרופאים שבחברי הועדה. ריסון זה מובלט לאור הצטברות וחומרת התקלות שארעו במהלך עבודת הועדה כמפורט לעיל.

ב. הטענות כלפי חברי הועדה הועלו בבקשה לחשיפת הפרוטוקולים ובפני בית המשפט. בית המשפט הנכבד לא מנע מחברי הועדה להגן על עצמם בהליך זה. הגנה זו היתה מוטלת על משרד הבריאות ובאי כוחו המלומדים, אשר בחרו לא להביא את עדותם של הרופאים חברי הועדה. כבר אמרו קדמונינו: אין לדין אלא מה שענינו רואות, אוזנינו שומעות וליבו יבין. משבחר משרד הבריאות לנהל הגנתו באופן זה או אחר, אל לו לבוא ולהלין על בית המשפט בשל פסק הדין שניתן בסופו של ההליך. יודגש כי החלק הארי של הביקורת כלפי עבודת ועדת הבדיקה היה גלוי וידוע, ראה בכתבי בי-דין ובחקירתה הנגדית של חברת הועדה שהינה עו"ד, ואין המדובר בעובדות "מפתיעות" מבחינת משרד הבריאות.

ג. יצוין כי הפגמים שמצא בית המשפט הנכבד בהליכים של ועדת הבדיקה אינם בעלי אופי טכני בלבד, אלא משליכים ישירות הם על יכולתם של המשיבים לממש את זכותם לקבל את התמונה האמיתית והנכונה של הטיפול הרפואי לו זכתה המנוחה, והן על יכולתם לממש את זכותם לגילוי פרוטוקולים לפי ס' 21(ד) לחוק זכויות החולה. כך משליכים הפגמים האמורים גם על יכולת הפיקוח של מנכ"ל משרד הבריאות,

אשר מינה את הועדה ועל עבודת הועדה לפי ס' 21(ג) לחוק. ד. יש להוסיף כי בית המשפט הנכבד נאלץ להכריע בשאלות עובדתיות, בין היתר, על סמך חומר הפרוטוקולים שלא הוצג בפני המשפחה, בהיותו חסוי בפניה. בנסיבות אלו, משמש בית המשפט הנכבד אפטרופוס למטופל. לפיכך אין בית המשפט הנכבד אינו רשאי להימנע מהכרעה בשאלות, אשר במקרה הרגיל היה נמנע מהן כל עוד לא הביאו הצדדים ראיות מספיקות לצורך העניין.

סיכום

המערכת הרפואית איננה יכולה לסבול אמת כפולה. עצם האמירות בדבר אמת כפולה – אמת אחת בועדת בדיקה ואמת שונה בועדה פנימית, מעוררות תהיות רבות.

הדרך הנכונה והראויה לטפל בפגמים במערכת הבריאות היא על ידי בדיקה מעמיקה של הכשלים ונקיטת צעדים מתאימים כלפי האחראיים. הנסיון מלמד שרק לאחר נקיטת סנקציה משמעתית נמנעים כשלים עתידיים.

יתר על כן, פרסום נאות של הכשלים גם הוא דרך חשובה למניעתם בעתיד. מצב שבו כשלים ישארו במסגרת פנימית ולא יתפרסמו, הוא ערובה שהם יחזרו על עצמם.

מקורות והערות

1. ע"א 1412/94 מ"י (2) 156 הסתדרות מדיצינית הדסה נ. עפרה גלעד, אשר בו הוחלט ע"י כבי הנשיא ברק ובהסכמת השופטים דורנר וחשין ביום 8.11.95. בענין גלעד - המנוח הובהל לבית החולים לאחר נסיון התאבדות. נותח וחיייו ניצלו. אושפז וקצת פחות משבועיים לאחר נסיון ההתאבדות הכושל,

עלה לקומה השמינית של בית החולים וקפץ אל מותו. בעקבות זאת מינה מנהל ביה"ח צוות רפואי פנימי לבדיקת נסיבות האירוע. הצוות הגיש דו"ח למנהל. בתביעה שהוגשה נגד ביה"ח ניטען כי היתה רשלנות בטיפול במנוח. בתצהיר גילוי מסמכים מטעם ביה"ח נכלל דו"ח בדיקה פנימי של ביה"ח ולגביו ניטען כי הוא חסוי. ביהמ"ש המחוזי נעתר לבקשה ליתן צו לעיון בדו"ח הבדיקה הפנימי. על החלטת ביהמ"ש המחוזי הוגש עירעור וביהמ"ש העליון דחה את העירעור והשאיר על מכונה את פסיקת ביהמ"ש המחוזי.

2. ס"ח תשנ"ו 327.

3. המר"פ (שלום י-ם) 852/97 גבאי ואח' נ. המנהל הכללי של משרד הבריאות (לא פורסם).

4. חוק השיפוט הצבאי תשט"ו 1955. ס"ח תשט"ו 171.

539א. תחקיר צבאי (תיקון: תשנ"ח).

(א) בסעיף זה: "תחקיר" - בירור שנערך בצבא, בהתאם לפקודות הצבא, בנוגע לאירוע שהתרחש במהלך אימון או פעילות מבצעית, או בקשר אליהם.

"גוף חוקר" - קצין בודק, משטרה צבאית חוקרת או שופט חוקר. "גוף ציבורי" - משרדי הממשלה, או גוף אחר ששר הביטחון קבע בצו.

"משפט" - כהגדרתו בסעיף 538(ב).

"קצין בודק" - כמשמעותו בסעיף 252(א)(2), ו-(3).

(ב) על אף האמור בכל דין יחולו לענין תחקיר, הוראות אלה: הדברים שהושמעו בתחקיר, פרוטוקול התחקיר, כל חומר אחר שהוכן במהלכו, וכן הסיכומים, הממצאים והמסקנות (להלן - חומר התחקיר), לא יתקבלו כראיה במשפט, למעט במשפט בשל מסירת ידיעה כוזבת או העלמת פרט חשוב בתחקיר.

משפט רפואי

זכות האישה לניתוח קיסרי

בשיעורי הניתוחים הקיסריים היא אוניברסלית. ההערכה היא כי מחצית הניתוחים הקיסריים מתבצעים ללא צורך רפואי [5]. ניתן לקשר עליה זו למספר גורמים: המומחיות המקצועית ותפיסת הרופאים המיילדים כי ניתוח קיסרי "מכסה" אותם במידה רבה מפני תביעות רשלנות רפואית עתידית (לידה בעולה, wrongful birth) [6]; **משאבי בתי החולים והמיכשור הרפואי** העומד לרשותם ושיפור בטכנולוגיות הניתוחיות שהפכו את ההליך הניתוחי לפחות מסוכן, חיזקו את הנטיה לפנות לבחירה הרפואית הניתוחית ללידה; **מדיניות רפואית כללית**, המעמידה את ההליך הניתוחי בסדר קדימויות גבוה לפתרון בעיות במהלך הריון ובלידה ו**התפיסה החברתית ההגנתית** כלפי חיי העובר, היילוד והילד. תפיסה זו מבוססת על הפגיעות הביולוגיות של הרך הנולד ומהווה תוצאה ישירה של השינוי במבנה המשפחתי - הירידה הכללית בשיעור היילודה הכללי והנטייה להקים משפחות קטנות יותר מבעבר [7].

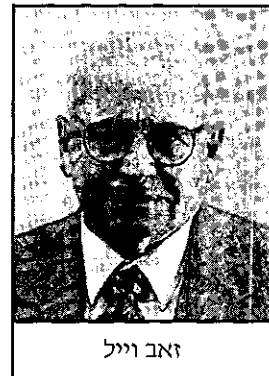
לאור כל זאת, נשאלת השאלה, האם הסיכונים ליילוד בלידה וגינלית נמוכים יותר מאשר בלידה בדרך של ניתוח קיסרי? לשאלה זו אין תשובה ניצחת. יש הוכחה מעטה בלבד, אם בכלל, כי תנוקות שנולדים בניתוחים קיסריים בריאים יותר, וכי הידע הקיים באשר לסיכונים בניתוח קיסרי לאם ולעובר הוא מוגבל בלבד [8]. עם זאת, ניתן לציין מספר דברים. ראשית, לידה בניתוח קיסרי משמעה ביצוע הליך ניתוחי (על-ידי חתך בבטן וברחם), על כל הסיכונים והסיכויים הכרוכים בניתוח זה, שנית, סבירותם של סיכונים מסוימים "גבוהה" יותר לאם וליילוד בלידה בדרך של ניתוח קיסרי מאשר סבירותם בלידה וגינלית [9].

בין הסיכונים הגדולים יותר לאם:

1. דלקת ברחם ובאגן;
2. דימום מוגבר - כפול מאיבוד דם בלידה
3. קרישי דם ברגליים, באגן ולעיתים בריאות;
4. מוות - על אף שמוות של יולדת נדיר יחסית, שיעור המוות של יולדות בניתוח קיסרי הוא פי 4 משיעורו בלידה וגינלית. במחקר בעבר נמצא, כי נשים שבחרו מראש ללדת בניתוח קיסרי, סבלו מלחץ גבוה יותר מאשר נשים שתכננו ללדת בלידה ספונטנית, וכן כי משך ההחלמה ארוך יותר: נדרשים 2 - 4 ימי אשפוז, ו- 4 - 6 שבועות להחלמה מלאה [10].



מאיה סבטאלו



זאב וייל

הקדמה

הריון ולידה הם ארועים משמעותיים ביותר לאשה [1]. זהו שלב בחיים, ש"יש להגיע אליו", ושטמונות בו ציפיות רבות לצד הרצון העז לילד ה"מושלם". ההריון והלידה מהווים תחנה במעבר לבגרות, נדבך חשוב ברצון להגשמה עצמית ולמימוש עצמי של האשה היולדת. להבדיל מארועים רבים וחשובים אחרים שאחריהם חוזרת שיגרת החיים, הרי לאחר לידה מתרחש שינוי בכל אורחות החיים. הדבר בולט ביתר שאת כאשר נולד ילד פגום - ותהא הסיבה אשר תהא. לא ייפלא, איפוא, כי לצד שמחת ההריון והלידה, והציפייה ליילוד, חשה האשה במתח ובלחץ מפני הסכנות והכאבים הכרוכים בהריון עצמו, בלידה, ובעיקר לקראת הבלתי ידוע והנסתר.

האשה מפתחת חששות מפני הכאב והתחושה של איבוד שליטה [2], ובייחוד פחד מפני פגיעה אפשרית בולד במהלך לידה וגינלית, כי הסיכון בניתוח קיסרי הוא נמוך יותר מזה שבלידה וגינלית. כתוצאה - יש המבקשות מראש, וללא סיבה רפואית הנראית לעין - ללדת את ולדן בניתוח קיסרי [3]. בדרך זו הנשים חשות כי סבירות הפגיעה בילדן במהלך לידה כזאת היא קטנה יותר.

אחת ההתפתחויות הבולטות ביותר בשנים האחרונות היא ריבוי לידות קיסריות (עליה של כ- 300% בעשור האחרון), והפיכת הליך ניתוחי זה לכמעט שיגרת [4]. הנטייה לעלייה

זאב וייל - עור דדין
מאיה סבטאלו - משפטנית

סיכונים עיקריים ליילוד:

1. אי בשלות - אם תאריך הניתוח אינו מחושב בדיוק רבה. המשמעות של אי בשלות זו יכולה להיות קושי נשימתי (respiratory distress) ומשקל לידה נמוך בלידה [11];
2. דיכוי פעילות היילוד בשל חומרי ההרדמה שנספגו על-ידו; הניתוח הקיסרי כרוך בכאב גדול יותר, והוא יקר יותר;

מכאן השאלה, על בסיס איזה נימוקים יכולה אשה להחליט כי ברצונה ללדת בניתוח קיסרי? האם יש לאשה זכות חוקית להחליט כי ברצונה ללדת את ילדה בניתוח קיסרי והיכן מעוגנת זכות זו? ולבסוף, מה השיקולים והאינטרסים העומדים בבסיס זכות זו?

בשנים האחרונות התפתחה מערכת שלמה של זכויות, הקמות מתוך גישה ליברלית של זכויות האדם לאוטונומיה, לפרטיות, לחירות ולשמירה על גופו. **חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו** שנחקק ב-1992 [12] מהווה נקודת מיפנה במשפט הישראלי, בהכירו מפורשות בזכויות אלה של האדם, ובאוסרו פגיעה בזכויות אלה אלא כאמור בפיסקת ההגבלה שבסעיף 8 לחוק היסוד. חוק היסוד הנ"ל פותח בהצהרת עקרונות מחייבת (סעיף 1) ומגדיר את מטרתו - **"להגן על כבוד האדם וחירותו, כדי לעגן בחוק יסוד את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית"** (סעיף 1א). לאחר מכן מונה החוק מספר זכויות ספציפיות ומפורשות, שקיבלו תוקף על חוקתי עם חקיקת חוק היסוד. ביניהן - שמירה על החיים, הגוף והכבוד (סעיף 2); שמירה על הקניין (סעיף 3); הגנה על החיים, הגוף והכבוד (סעיף 4); הזכות לפרטיות ולצנעת הפרט (סעיף 7). מסעיפי החוק ניתן לראות, כי על הזכות לחיים, לגוף ולשלמותו הושם דגש מיוחד. בשני סעיפים נפרדים בחר המחוקק להתייחס אל גוף האדם: בסעיף 2 אשר החוק על פגיעה **"בחייו, בגופו או בכבודו של אדם באשר הוא אדם"**. בסעיף 4 הקנה המחוקק את הפן השני של הזכות האמורה, היינו, את הזכות של כל אדם **"להגנה על חייו, על גופו ועל כבודו"**. וממשיך וקובע, כי **"אין לפגוע בזכויות שלפי חוק יסוד זה אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו"** (סעיף 8).

פן נכבד להגנה מיוחדת זו של זכות האדם לגופו ולכבודו הוא זה הרלבנטי לענייננו - זכות הפרט, כאדם, לבחור/ להחליט, להסכים או לסרב לקבל טיפול רפואי - חיוני או וולנטרי. כך, מתוך הרצון לקדם את הזכות להגדרה עצמית ולפרטיות היחיד, כמו גם לשמור על זכות האדם על גופו ועל חירותו

וזכותו להחליט מה יעשה בגופו וכיצד, התפתחה במשפט המקובל דוקטרינה, שנקלטה מאוחר יותר בישראל ובארה"ב - דוקטרינת ההסכמה מדעת. היא מיועדת בראש ובראשונה להבטיח שכל אחד מאיתנו יהא אדון לגורלו, לחייו, לבריאותו ולכל מה שנעשה בגופו, לרבות טיפול רפואי. מכאן שאין לגעת, לטפל ולרפא אדם ללא הסכמתו. הדוקטרינה מאפשרת לחולה לשמור על הסטטוס שלו כבן-אדם, כיצור עצמאי וחושב [13].

דוקטרינה זו קיבלה עיגון חקיקתי בדין הישראלי, והיא מהווה חלק בלתי נפרד ממנו. קודם כל בסעיפים 2, 4 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, גם אם לא במפורש, ולאחרונה נקבעה מפורשות גם בסעיף 13 לחוק זכויות החולה, התשנ"ו-1996 [14]. כך, אדם שטופל שלא בהסכמתו יראו בטיפול שקיבל "תקיפה" [15], גם אם הטיפול כשלעצמו היה סביר, מקצועי ומיומן.

מרכיבי דוקטרינת ההסכמה מדעת

דוקטרינת ההסכמה מדעת מופיעה כיום בצורה מפורשת בסעיף 13 לחוק זכויות החולה. החוק אינו מחדש דבר לעניין הדוקטרינה, אלא רק מעגן את הקיים והמוכר בפסיקה כבר זמן רב.

א. **מידע** - על הרופא למסור למטופל מידע רפואי הדרוש לו, באופן סביר, כדי לאפשר לו להחליט אם להסכים לטיפול המוצע. בכלל זה - הדיאגנוזה, תיאור הטיפול המוצע, התועלת והסיכויים הצפויים, כמו גם הסיכונים הקיימים, לרבות תופעות לוואי, כאב ואי נוחות. אלטרנטיבות של טיפול או אפשרות של העדר טיפול רפואי, ועובדת היות הטיפול בעל אופי חדשני. סייג לחובה זו - אם אישרה ועדת אתיקה, כשמסירת המידע עלולה לגרום נזק חמור לבריאותו הגופנית או הנפשית של המטופל [16]. סייג זה מוכר במשפט האנגלי-אמריקאי בשם "זכות היתר הטיפולית" (therapeutic privilege) [17].

ב. **הסכמה** - ההסכמה לקבלת הטיפול הרפואי יכולה להנתן בכתב, בע"פ או בדרך של התנהגות. טיפולים מיוחדים המצויים בתוספת (כימותראפיה, הקרנות וכיו"ב) מחייבים הסכמה מדעת במסמך בכתב, ובהעדר אפשרות כזו - תינתן ההסכמה בנוכחות שני עדים, ותתועד מאוחר יותר, בהקדם אפשרי [18].

הפסיקה בעבר קיבלה גם הסכמה מכללא כהסכמה תקפה לכל דבר ועניין [19]. לאור לשון הסעיף ("יכולה להיות..."), נראה שאפשרות זו נותרה בעינה גם כיום.

רפואה ומשפט גיליון מס' 20 - מאי 1999

כלל זה בדבר זכות האדם על גופו אינו מוחלט וקיימים חריגים שמקנים לרופא סמכות לטפל בחולה ללא הסכמתו. החריגים נקבעו כבר בעבר, והם מעוגנים בסעיף 15 לחוק זכויות החולה. עיקרם הוא שכשאדם אינו מסוגל לתת הסכמתו לטיפול רפואי מסיבות פיזיות או נפשיות, ובהעדרו של אדם אחר המוסמך לכך, אם הטיפול הוא חיוני להצלת חייו או אם קיימת סכנה שתיגרם לחולה נכות חמורה בלתי הפיכה אם לא יינתן טיפול, יכול הרופא לבצע את הטיפול הנדרש, והדבר לא יחשב כתקיפה, ובלבד שלא ידוע על התנגדות החולה/ האפוטרופוס או שועדת האתיקה אישרה ביצוע הטיפול הרפואי למרות ההתנגדות.

כך, למשל, ניתן לטפל באדם שניסה להתאבד, ללא הסכמתו מדעת. ההנחה היא שאותו אדם ישמח על הצלת חייו וכי מעשהו נעשה שלא בהכרח ומתוך עירפול חושים.

ובחזרה אל הנושא שלפנינו - מהי זכותה של אשה, כאדם מבוגר, להחליט על קבלת טיפול רפואי כלשהוא (בהקשר המיילדותי), ומהי זכותה להחליט כי ברצונה ללדת בניתוח קיסרי בפרט? האם "הסכמתה מדעת" לקבל טיפול רפואי מסוים מספיקה?

אין מחלוקת, כי אשה הנזקקת לטיפול רפואי כלשהוא, לרבות בהקשר המיילדותי, יכולה לקבלו, אף ללא הסכמתו של בן זוגה או כל אדם אחר, וכל שנדרש הוא הסכמת הרופא כי הטיפול הרפואי הוא אכן חיוני. כך, למשל, במקרה של אשה הרוצה לבצע הפלה: על אף המחלוקת הניטשת בין קבוצות שונות לגבי זכותה המוחלטת של האשה לבצע הפלה, נראה, כי הרוב המכריע גורס, כי בנסיבות בהן ההריון עלול לסכן את בריאותה של האשה - זכותה לבצע הפלה: הדבר אף קיבל גושפנקא חוקית בחוק העונשין. אך מה לגבי טיפולים רפואיים, ובייחוד כאלה הנוגעים להיבט המיילדותי של חייה, שאינם חיוניים ואין כל הכרח לקבלם?

טיפולים רפואיים שונים הקשורים להיבט המיילדותי הוכרו בשנים האחרונות כנתונים להחלטת האשה. לאשה יש זכות מלאה, נפרדת ושאינה תלויה באחר להשתמש באמצעי מניעה שונים, לעבור בדיקות גנטיות או בדיקות רפואיות לבדיקת בריאות העובר, לרבות בדיקות אולטראסאונד (US) ובדיקות מי שפיר - על אף הסיכון הכרוך בבדיקה זו לעובר והסכנה להפלתו. אשה יכולה כמו כל אדם בוגר, להחליט לעבור ניתוח עיקור. עולה השאלה האם זכות דומה קיימת אף כשמדובר

בהליך ניתוחי-חודרני של ממש, כמו בביצוע ניתוח קיסרי? החלטת אשה ללדת בניתוח קיסרי יכולה להתפס כחלק מהתפיסה הליברלית התומכת בהפלות כביטוי לשליטתה על גופה או שניתן לשייכה לתפיסה התומכת בחיים ("לעשות כל דבר עבור היילוד"), והחלטתה כי בבחירה בין כאב קצר טווח לעצמה מול נזק כלשהוא ליילוד, עדיף הראשון [20]. ניתן לעגן את זכות האשה ללדת בניתוח קיסרי במספר זכויות יסוד ו/ או טיעונים ערכיים שהוכרו בחוק ובפסיקה, כמתואר להלן.

טיעונים בעד זכות האשה להחליט על ביצוע ניתוח קיסרי

1. הזכות לאוטונומיה אישית

זכות זו מעוגנת בזכות לחירות אישית ובאיסור על הגבלת החירות האישית של הפרט "בכל דרך אחרת" (סעיף 5 לחוק היסוד), ומהווה נדבך חשוב אף בזכות האדם לפרטיות ולצנעת חייו, זכות שקיבלה הגנה מפורשת בסעיף 7 לחוק היסוד. הזכות לאוטונומיה אישית היא זכותו של אדם לקבל בעצמו את ההחלטות החשובות בחייו והזכות שאחרים - המדינה כגוף, או בני אדם אחרים [21]. לא יכפו עליו החלטות, גם אם הן החלטות ערכיות.

זכות הפרט לאוטונומיה אישית הוכרה מפורשות בביה"מש בארה"ב, שקבע, כי -

"outside of areas of plainly harmful conduct, every American is left to shape his life as he thinks" [22].

על פי המסורת הליברלית, האוטונומיה היא בראש ובראשונה זכות אישית של כל פרט [23], שה"עין הציבורית" נדרשת להגן עליה יחד עם ההגנה על הפרט ככלל, על גופן, כבודו והאוטונומיה האישית שלו.

כדי שהזכות לאוטונומיה תתממש, אין די בהעדר אלמנט הכפייה, אלא יש לאפשר לבעל הזכות מגוון סביר של אפשרויות, שמתוכן יוכל לבחור את האופציה המתאימה לו ביותר [24]. כלומר, מעבר להעדר אלמנט הכפייה שמונח ביסודה של זכות זו, כוללת בחובה הזכות גם את היסוד של העדר הגבלות על איכותה של אוטונומיה זו [25]. יודגש, כי בחירה אוטונומית חייבת להיות בחירה בין מספר סביר של אופציות קבילות מבחינה מוסרית [26]. (כך, למשל, ניתן לומר, כי בלתי סביר לתת לבן זוג של אשה הרה זכות מקבילה לאוטונומיה אישית ולהרשות לו לדרוש ביצוע ניתוח קיסרי, מאחר ומשמעותה של נתינת זכות זו תהיה לגיטימציה לפלישה חודרנית אל גופה של האשה, ושליה מוחלטת של

זכות האשה היא לאוטונומיה ולשליטה על גופה. במלים אחרות, ניתן לייחס לאוטונומיה האישית שני היבטים. האחד הוא החירות השלילית, שהיא החירות מפני התערבות או כפייה באותו מתחם של אוטונומיה הנתון להכרעת הפרט. ההיבט השני הוא החירות החיובית, שניתן להגדירה כמתן האפשרות לפרט לממש את האוטונומיה הזו [27]. יש לציין כי הזכות לאוטונומיה אישית גוררת לעיתים קרובות את הצורך בהתערבות המדינה, לא בעצם ההחלטה הערכית מהי דרך החיים הרצויה, אלא במתן האפשרות המעשית לממש את ההחלטה הזו, למשל ע"י מימון הטיפול.

לטענת האוטונומיה מספר תת-היבטים

א. **זכות האשה לשליטה על גופה ולשלמות גופה** (סעיף 2 ו-4 לחוק היסוד). מכאן נובעת הטענה, כי למעט במצבי חירום, אין לחייב אשה ללדת בניתוח קיסרי מאחר ומדובר בפלישה חודרנית אל גופה בניגוד לרצונה, אינוסה לעבור טיפול רפואי וסיכון לבריאותה [28]. זכותו הבסיסית של אדם להגן על גופו מפני פלישה לא רצויה לא רק בשל אי הנחות הפיזית, אלא בעיקר בשל החדירה לפרטיותו, לקיומו הייחודי ולבסיס הווייתו. אך למטבע זה גם צד שני, והוא שבמקרה בו האם בוחרת ללדת בניתוח קיסרי מסיבות אישיות ולא מסיבות רפואיות, אין למנוע ממנה אפשרות זו [29]. בבסיס הטענה הזו עומדת ההנחה, כי האם היא הבעלים של הגוף שטיפח ואיפשר את קיומו של העובר, ומכאן שזכותה שיעשה כל שניתן, לדעתה, על-מנת שיצא לאור העולם בריא ושלם.

ב. **הגבלת יכולת האשה לחיות חיים אוטונומיים** - אשה מוגבלת תיאלץ לגדל ילדים עם מוגבלות, יכולתה להמשיך לחיות חיים אוטונומיים תוגבל מאד.

2. הזכות לפרטיות

הזכות לפרטיות כזכות יסוד אינה זכות "חדשה". קודם לחקיקת חוק יסוד: **כבוד האדם וחירותו**, ניתן היה למצוא עיגון לזכות היסוד לפרטיות באמרות מסוימות של ביה"מ העליון, אשר הכיר בה, במובן של זכות לשלמות גופנית, בשורה ארוכה של פסקי דין [30]. בית המשפט אף הכיר בזכות לחי אישות על מנת לקיים מצוות פרייה ורבייה כ"זכות יסוד טבעית ואנושית" [31]. בהתייחסו לנושא הפסקת הריון, קבע כי "התערבות, הריון ולידה הם אירועים אינטימיים, שכל כולם בתחום צנעת הפרט; אין המדינה מתערבת בתחום זה אלא מטעמים כבדי משקל, הנעוצים בצורך להגן על זכות הפרט או על אינטרס ציבורי רציני" [32].

עם חקיקת חוק היסוד, זכתה הזכות לפרטיות לעיגון מפורש בסעיף 7 של החוק. מכוחה של הזכות לפרטיות רשאית אשה, וכל אדם, לעבור טיפול רפואי שאינו נדרש מן הבחינה הרפואית, אלא נעשה על-פי רצון המבקש/ת בלבד. כך, למשל, יכולה אשה להחליט כי ברצונה לעבור ניתוח עיקור או ניתוח לשינוי מין, וללא קשר לשאלות ערכיות שעלולות להתעורר בעניין זה, סביר שבקשתה תתקבל (בהנחה שהיא מציגה מסוגלות לעבור את הטיפול הרפואי הנ"ל, ובהנחה שנתנה כמובן, הסכמה מדעת כאמור לעיל). זכות ההחלטה במקרים אלה נתונה לפרט באשר הוא ומהיותו היחיד בעל זכות ההחלטה - מכוח זכות השליטה של הפרט על גופו [33].

על הזכות לפרטיות, במובן של סמכות היחיד לקבל החלטות בעניינים פרטיים, ניתן ללמד גם מאמרות אגב בפסיקה בדבר זכותם של הורים "לתכנן את משפחתם" ו"להחליט אם להעמיד צאצאים או לא" [34].

3. הזכות להוליד ותכנון משפחה

המשפחה נתפסת כתא היסוד של חיי החברה [35], ועל אף העדרו של חוק ישראלי מפורש בדבר זכות הפרט לתכנון משפחה, זכות זו הוכרה לא אחת בפסיקה הישראלית [36].

הזכות להוליד נתפסת אף היא כזכות יסוד מהיותה נזרת של הזכות לתכנון משפחה, ושל הזכות לפרטיות ולצנעת הפרט, דהיינו, החירות להחליט עצמית בעניינים הנוגעים לחייו הפרטיים של האדם [37].

הזכות לתכנון משפחה והזכות להוליד הורחבו במהלך השנים, והפכו ליכויות מקובלות וידועות יותר, שתחולתן רחבה: בתחילה, הוכרו לגבי זוגות נשואים בלבד (ראה פסק-דין Grinswold [38], בו פסל ביה"מ איסור פלילי על זוגות נשואים להשתמש באמצעים למניעת הריון), אך לאחר מכן הורחבה ההכרה בזכות זו גם לאנשים פנויים, תוך קביעה מפורשת של ביהמ"ש כי הזכות לפרטיות משמעה בלי ספק גם הכרה בזכותו של הפרט לתכנון המשפחה, בהדגשה כי זכות זו מוקנית לכל פרט - נשוי או פנוי, והיא כוללת את החופש מהתערבות שלטונית בלתי מוצדקת בעניינים המשפיעים באופן כה יסודי על האדם כהחלטה אם להוליד או לא להוליד [39].

ניתן להמשיך בקו זה ולומר, כי הזכות להוליד כשלעצמה מכילה אף את הזכות לבחור את דרך ההולדה, וכשם שאשה יכולה להרות בעזרת בן-זוג, הפריה מלאכותית וכו', כך יש לתת בידיה אף את הזכות לבחור בין לידה וגנילית לניתוח קיסרי.

לכן לא מן הנמנע, כי אף זכות האשה ללדת בניתוח קיסרי תוכר כחלק מזכותה להוליד (ילד בריא) ומזכותה לתכנן את משפחתה על הצד הטוב ביותר, לדעתה, כשהיא חופשיה מהתערבות שלטונית או אחרת בהחלטתה. אחרי הכל, כאם, היא זו שתישא בפועל את המעמסה הנפשית והכלכלית בגין הנוק שייגרם לילדה בלידה וגינלית, אם ייגרם [40].

4. טיעון ההגנה העצמית

הליך ההריון והלידה כרוך בסכנות, ובייחוד כשלם נשקפת סכנת חיים בהמשך ההריון, עומדת לה הזכות, כמו לכל אדם שחיו נתונים בסכנה ע"י אדם אחר, לעשות כל שביכולתה על מנת להציל עצמה. כך, כיון שיש בלידה הוגינלית כדי לגרום לאם לפחדים רבים, לחץ קשה או עלול להותירה בטראומה (נפשית) שאין היא יכולה להתמודד עימה, יש לה הזכות להחליט ללדת בלידה קיסרית. בהחלטתה זו על ביצוע ניתוח קיסרי אומרת האשה כי אין ברצונה לחוות פחדים אלה, והחלטתה הנ"ל באה להגן על שלומה הנפשי. יש לציין כי לטיעון זה זה אף "צד שני" - הואיל ושיעור המוות בלידות קיסריות הוא פי 4 מאשר בלידה רגילה (לעיל), היה סביר יותר אילו היתה האשה בוחרת ללדת בלידה וגינלית. לחלופין, יהיה צורך באיזון בין הסכנה שבלידה הוגינלית לפגיעה הנפשית העלולה להגרם לאשה.

5. טענת אפוטרופסות על הילד שלא נולד

טענה אפשרית קיצונית יותר היא הטענה לזכותה של האשה לאפוטרופסות על העובר, או לבקשתה כי ביה"מ יכריז על עצמו כאפוטרופוס של הילד שטרם נולד. זאת, כי הואיל ובידי האשה השליטה והדאגה לעובר שבבטנה, והיא היחידה היכולה לספק לו צרכיו, מונחת לגביה אפוטרופסות טבעית אף על העובר טרם היוולדו, וכמו - עליה לנהוג כלפיו כקבוע בחוק הכשרות והאפוטרופסות, דהיינו - לדאוג לשלומו ולבריאותו, ולנהוג "כדרך שהורים מסורים היו נוהגים" [41]. מכאן, שאם בפועל הסיכונים הכרוכים בלידה וגינלית עולים על הסיכונים בניתוח קיסרי, על האם כאפוטרופסית של היילוד, לבחור ללדת בניתוח קיסרי. ומנגד, אם הסיכונים בלידה קיסרית גבוהים יותר מאשר בלידה וגינלית, עליה לבחור ללדת בלידה הטבעית והרגילה, דהיינו - בלידה וגינלית.

דבר זה אף מקבל חיזוק משפטי לאור ההכרה בשנים האחרונות בטענה המושמעת בבתי המשפט והיא טענת ה"הולדה בעוולה", ובזכות היילוד להיוולד בריא [42].

לעניין זה מתעוררים מספר קשיים. ראשית, התנגשות אפשרית

בין זכות הפרטיות והאוטונומיה של האם ליילוד: האם משמעות טענה זו היא כי האם צריכה לבחור את דרך הלידה - לידה וגינלית או ניתוח קיסרי - על-פי הטוב ביותר לעובר בלבד? ושנית, האם ליילוד יש מעמד משפטי בנסיבות כאלה?, שהרי ברגיל, אין הכרה בעובר כישות עצמאית בעלת זכויות מלאות. יתכן כי בשל שינויים שחלו בשנים האחרונות בארה"ב, באנגליה ואף בישראל יינתן מעמד כלשהוא לעובר. בארה"ב, העובר אומנם אינו מוכר כבעל זכויות קונסטיטוציוניות, אך ניתנת לו הגנה מרגע הגיעו לחיות (לאחר כ - 28 שבועות) [43]. באנגליה מתיחסים בנסיבות מסוימות, בהן עובר יכול להיוולד חי, אל ילד שנולד, כאל אדם המסוגל לקבל זכויות בחוק, גם אם זכויות אלה ניתנות לאכיפה רק לאחר הלידה [44]. ובישראל, למרות שחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות קובע כי יש לאדם זכויות וחובות מגמר לידתו בלבד [45] נקבע, כי יתכן שהצורך להגן על אינטרס שיתגבש במועד כלשהו בעתיד יתעורר עוד לפני כן, ולשם הגנתם של אינטרסים עתידיים כאלה, יש למנות אפוטרופוס לעובר [46].

6. "טיעון הפוטנציאל"

טיעון זה הועלה במקור בהקשר של זכות האשה לביצוע הפלה, אך נראה שהוא יפה אף בהקשר שלפנינו. טיעון הפוטנציאל מבוסס על ההנחה, כי קיימת חובה כללית לא להפריע לדבר מה להתפתח למשהו אחר שעשוי להיות בעל ערך חשוב. מאחר שבדרך הטבע עשוי העובר להתפתח ליצור אנוש במלוא מובן המלה, ומאחר שיש ערך רב לחיי אנוש, אסור לנקוט צעדים שיש בהם כדי למנוע מן הפוטנציאל החיובי הזה להתממש [47]. ולכן, אם יוכח כי סיכוני הלידה הוגינלית גדולים מסיכוני ניתוח קיסרי, יש להתיר לאשה לבחור בדרך העדיפה כדי לאפשר לעובר לצאת אל אויר העולם על הצד הטוב ביותר.

עם זאת, אם יימצא כי סיכוני הלידה הוגינלית קטנים יותר, עלולה להיווצר התנגשות בין זכות האשה לבחור בניתוח קיסרי לבין זכות העובר לקבל את האפשרות להתפתחותו האופטימלית [48].

עלות הטיפול - מי משלם?

שאלה נוספת בסוגיה שלפנינו היא שאלה מימון הטיפול הרפואי. טיפולים רפואיים רבים ממומנים על-ידי קופות החולים השונות. כל קופה בנפרד קובעת סל בריאות משלה, דהיינו - מהם הטיפולים שימומנו על-ידי קופת החולים עצמה. זהו "הכיס הציבורי", ומהם הטיפולים שימומנו על-ידי המטופל. לדוגמה: בעוד שבדיקת הריון, בדיקת חלבון עוברי ואף בדיקות אולטראסאונד, אחת לפחות לכל הריון, ממומנות

על-ידי קופות החולים, הרי סקירת מערכות, שהיא בדיקת אולטראסאונד ממוקדת יותר, ממומנת באופן פרטי על-ידי הפציאנטית עצמה, אלא במקרים בהם נמצא ממצא מחשיד בבדיקת האולטראסאונד הרגילה. כלומר, קופת החולים קובעת לעצמה מה הטיפולים הנתפסים בעיניה כחיוניים וכנדרשים מבחינה רפואית, ואותם היא תממן, ומה הטיפולים הרפואיים שאינם חיוניים, ואשר הפרט המחליט לבצעם ישא בנטל הכספי.

עולה השאלה, על מי יש להטיל את עלות הטיפול הרפואי כאשר אשה מחליטה בשל שיקולים אישיים ולא רפואיים ללדת בניתוח קיסרי? האם קופת החולים צריכה לממן ניתוח זה כחלק מסל הבריאות שהיא מציעה או שמא צריכה האשה המבקשת ללדת בניתוח קיסרי שלא בשל צורך רפואי לממן את הניתוח בכוחות עצמה? שאלה זו מקבלת משנה תוקף הואיל ועלות הלידה בניתוח קיסרי כפולה מהעלות של לידה וגינלית [49]. למעשה, יש כאן קשר הדוק לשאלה מהו גבול הסיכון הרפואי שעל המערכת הציבורית להכיר בו ולממן את הטיפול הרפואי על-פיו, ועד כמה צריכה המערכת הציבורית להתערב בהחלטות הערכיות של הפרט ולתת לו את האפשרות המעשית, כלומר - לממש את החלטתו ע"י מימון הטיפול. העדר מימון מטעם המדינה עלול להוביל למצב בו על אף שניתנה לפרט, ככלל, הזכות לבחור בדרך טיפולית מסוימת, לא יוכל לממשה בפועל. מצב זה הופך את עצם קבלת הזכות לפלסטר, לפחות לגבי אותו חלק של האוכלוסיה שאין ידו משגת לשאת בהוצאה הכספית הכרוכה בטיפול הרפואי שבחר. כדוגמא, ניתן לקחת את המשפט האמריקאי הקיים בשאלת זכות ההפלה של האשה: מחד הוכרה זכותה ויכולתה לבחור לבצע הפלה מלאכותית בשליש הראשון של הריונה ללא התערבות שלטונית או אחרת, אך ביהמ"ש פסק, כי אין למדינה כל חובה לסייע לאשה לממש בחירה זו [50]. כתוצאה מכך, הוצא הסיוע הפדרלי להפלות מהביטוח הרפואי, דבר שהקשה על נשים מעוטות יכולת לממש את החלטתן לבצע הפלה [51]. התוצאה: אי המימון הממשלתי של טיפולים רפואיים אלה יוצר שתי שכבות אוכלוסיה נפרדות. האחת, בעלת המשאבים הכלכליים, יכולה להרשות לעצמה את הטיפול הרפואי הטוב ביותר, בעוד שקבוצה אחרת מקופחת [52].

עדיין נותרת בעינה השאלה, האם על קופת החולים לממן כל טיפול רפואי שהפרט מבקש לבצע בשל "שגעון של רגע", ובשל פחד וחשש שאינם בהכרח מוצדקים או רצון שלא להגיע למצב שיש בו אי נוחות מסוימת?

נציין כאן נקודה נוספת: לא ניתן להתעלם ממצאות חיינו בפועל ומהמצב הקיים בתחומים שונים, לרבות תחום הרפואה והמשפט, כאשר בעלי האמצעים הכלכליים יכולים להנות יותר מאלה חסרי האמצעים ממגוון רחב של אפשרויות ודרכים לממש את הזכויות שהוקנו להם ללא קשר לשאלת מעמדם הכלכלי. כלומר, בפועל, בעלי האמצעים הכלכליים יכולים למצות את הזכויות שהוקנו להם, וספק אם ניתן ואף רצוי להגבילם. מחד, שלילת הזכות לביצוע ניתוח קיסרי מנשים שיכולות לממן טיפול זה מכיסן, לא יסייע לנשים מחוסרות אמצעים כלכליים. מאידך, אף אם תשלל מבעלות היכולת זכות זו, הן תמצאנה דרכים חלופיות לממשה - על-ידי ביצוע הניתוח הקיסרי בחו"ל או ביצועו על-ידי רופא פרטי בהחבא, אף אם משמעותו העדר הפיקוח הרפואי הראוי.

נראה, כי שאלת המימון של ניתוח קיסרי אלקטיבי צריכה להתחק על-פי שני פרמטרים: האחד, כי בהעדר תקציב ציבורי בלתי מוגבל, אין בידי המערכת הציבורית לממן כל טיפול רפואי שבחר בו הפרט, ואין אפשרות מעשית שה"כיס הציבורי" יממן את כל הטיפולים הרפואיים שבחר הפרט. והשני, כי אין בידי המערכת המשפטית והרפואית למנוע מנשים המעוניינות והמסוגלות לכך מן הבחינה הכלכלית לבחור את הטיפול הרפואי. כלומר, במציאות חיינו, לא ניתן למנוע מאשה המעוניינת בכך ושיש בידה האמצעים הכלכליים ללדת בניתוח קיסרי, ואף ספק אם מניעה כזו היא רצויה.

סיכום

בשנים האחרונות רבתה תשומת הלב לנושא זכויות האדם וההכרה בצורך לעגן זכויות אלה בחוק. זכות האדם על גופו סבוכה, אף כאשר מדובר בטיפול רפואי חיוני. כשמדובר בטיפול רפואי שאינו נדרש מן הבחינה הרפואית, דוגמת זכות האשה לבחור לידה בניתוח קיסרי, מתעוררת השאלה ביתר שאת. זכות אחרונה זו מהווה נדבך חשוב במכלול זכויות האדם ומעוררת קשיים וסתירות מוסריים, חברתיים ותרבותיים כמו מידת הכוח שהחברה מעוניינת לתת לפרט בבחירת הטיפול הרפואי שיבצע בו. האם נדרשת מידת מה של פטרנליזם במתן כוח-החלטה זה לפרט, ושאלה נוספת: על מי יש להטיל את עלות הטיפול הרפואי במקרים שכאלה.

כאמור, למעט במקרים חריגים, דורש החוק מתן הסכמה מדעת לכל טיפול רפואי. הסכמה זו מכסה את ההבנה של מהות הטיפול, אופיו והסיכונים הכרוכים בו, מקנה לרופא המבצע הגנה מפני העמדתו לדין מאוחר יותר, בשל תקיפה, ואמורה להספיק בכל הנוגע לעצם החלטת הפרט וכדי לקבל את הטיפול הרפואי המוצע. לא צריך להיות הבדל בין החלטת

מקורות והערות שוליים

1. Reynolds J. L., "Posttraumatic Stress Disorder After Child birth: the Phenomenon of Traumatic Birth", (1997) 156(6) CAN. MED. ASSOC. J. pp. 831 at 834.
2. Sjogren B. and Thomassen P., "Obstetric Outcome in 100 Women with Severe Anxiety over Childbirth", (1997) 76(10) ACTA Obstet Gynecol Scand pp. 948 at 948.
3. Guillemin J., "Babies by Cesarean: Who Chooses, Who Controls?" (1981) 11(3) Hasting Center Report, pp. 15 at 18.
4. ראה Reynolds J. L. לעיל ה"ש 1, עמ' 834.
5. ראה Guillemin J. לעיל ה"ש 3, עמ' 16.
5. <http://babynet.ddwi.com/tlc/pregnancy/csection.html> pp. 1
6. שם.
7. ראה Guillemin J. ה"ש 3, עמ' 17.
8. Hurst M. and Summey P. S., "Childbirth and Social Class: The Case of Cesarean Delivery", (1984) 18(8) Soc. Sci. Med. pp. 621, at 622.
9. ראה לעיל, ה"ש 5, עמ' 1.
10. שם, עמ' 3.
11. שם, עמ' 2; ראה Sjogren B. and Thomassen P. לעיל ה"ש 2, עמ' 951.
12. ס"ח 1391, התשנ"ב (25.3.1992), עמ' 150.
13. ע' שפירא, "הסכמה מדעת" לטיפול רפואי - הדין המצוי והרצוי, עיוני משפט יד (התשמ"ט) 225, עמ' 226.
14. ס"ח 1591, התשנ"ו (12.5.1996), עמ' 327. יצוין, כי גם קודם לחוק היסוד הנ"ל, נמצא עיגון חקיקתי מסוים לדוקטרינה- תקנות בריאות העם (טופסי הסכמה) תשמ"ד- 1984 הסדירו את הנושא, בקובען, שכל אדם לפני אישפוז, ניתוח או כל טיפול רפואי, צריך להצהיר בטופס על הסכמתו לטיפול. במקרה של ניתוח נדרשת הסכמתו מדעת ובכתב של החולה. אדם שסירב לחתום על טופס ההסכמה לא יאושפז (סעיף 8 לתקנות). לאור סעיף שמירת הדינים בסעיף 29 לחוק זכויות החולה, נראה שתקנות אלה תקפות גם היום.
15. חוק העונשין, התשל"ז - 1977, ס"ח 864, התשל"ז (4.8.1977) עמ' 226, סעיף 278; פקודת הנוזיקין [נוסח חדש], ס"ח תשנ"ג עמ' 153, סעיף 23.
16. סעיף 13 לחוק זכויות החולה.
17. ראה ע' שפירא, לעיל ה"ש 13, עמ' 237.
18. סעיף 14 לחוק זכויות החולה.

האשה ללדת בניתוח קיסרי לבין החלטת כל פרט לקבל טיפול רפואי זה או אחר, זאת הואיל והעקרונות האתיים המתעוררים בשני המקרים זהים לאלה המתעוררים בכל מערכות יחסים בין רופא למטופל. הם כוללים התחייבות להעמיד את האינטרס של המטופל מעל אינטרס הרופא, וכן את והזכות לקבל החלטות הנוגעות לפרט עצמו ולגופו, כמו גם החלטות הלוקחות בחשבון שיקולים של טובת האם וטובת העובר כאחד[53].

יש להכיר בזכותה של אשה בגירה שנתנה "הסכמה מדעת" לבחור את דרך הלידה העדיפה לה, אף כששיקוליה הם אישיים בלבד - פחד מפני לידה וגינלית, פחד מפני הסכנה ליילוד בלידה כזו, פחד של תחושת איבוד השליטה בעת לידה ופחד מפני הכאבים. בהעדר זכות מפורשת בחוק או בפסיקה, ניסינו לעיל לעגן זכות זו של האשה בזכויות יסוד שונות אשר זכו להגנה מפורשת בחוק היסוד: כבוד האדם וחירותו ו/ או הוכרו בפסיקה כנגזרות של זכויות אלה: הזכות לאוטונומיה, הזכות לפרטיות והזכות להוליד ולתכנן משפחה, וכן בטיעונים משפטיים שונים. טיעונים אלה אף שהועלו במקור בהקשר שונה - במחלוקת על זכות האשה לבצע הפלה - יפים הם אף לעניננו: טיעון ההגנה העצמית, טענת האפוטרופסות על הילד שלא נולד וטיעון הפוטנציאל.

ראינו, כי לצד השיקולים התומכים בזכות האשה לבחור ללדת בניתוח קיסרי, יש אף טיעוני נגד, שיש לקחתם בחשבון בשקלול הכולל. עם זאת, לאור המגמה הכללית להכרה בזכות האדם לגופו, תיטה כף המאזניים להכרה בזכות האשה, על אף הקשיים הקיימים.

פן נוסף בהקשר זה הוא שאלת מימון הטיפול: האם האשה הבוחרת ללדת בניתוח קיסרי (מסיבות אישיות) צריכה לשאת בעלות הטיפול לבדה או שמא יש להכיר בטיפול זה כחלק מ"סל הבריאות" הממומן באמצעות "הכיס הציבורי". אכן קיים קושי בהטלת עלות הטיפול הרפואי על האשה בלבד, בייחוד בשל החשש מפני יצירת מערכות רפואה נפרדות - לנשים בעלות אמצעים ולנשים חסרות אמצעים. מנגד, איננו יכולים להתעלם מהמצב הקיים כאשר לצד מערכת הרפואה הכללית, קיימת מערכת רפואה נפרדת, הרפואה הפרטית, אליה יפנו הנשים בעלות האמצעים. ויותר מכך, אם אפשרות זו תידחה גם במערכת הרפואה הפרטית, הנשים האמידות, תמצאנה את הדרך ללדת כרצונן, וספק, אם רצוי ליצור מחתרת של נשים ש"פשען" היחיד הוא רצונן ללדת בניתוח קיסרי, או שמא עדיף לסייע להתפתחותו של "שוק רפואי חופשי".

* תודתנו לפרופ' דניאל ויינשטיין מבית החולים הדסה עין כרם בירושלים, על הערותיו.

19. ת"א (ת"א) 1425/57 קאירה נגד היוע"מ פ"מ יח 73, עמ' 92.
20. ראה Guillemain J., ה"ש 3, עמ' 18.
21. ס' דוידוב-מוטולה, "פסק-דין פמניסטי? היבט נוסף על פרשת נחמני", עיוני משפט כ (תשנ"ו) עמ' 221.
22. Kent v. Dulles, 357 US 116, 126 (1958)
23. ראה ס' דוידוב-מוטולה, לעיל ה"ש 21, עמ' 222.
24. א' מרמור, "העובדים המוקפאים של הזוג נחמני: תשובה לחיים גנז", עיוני משפט יט(2), 433 בעמ' 440.
25. Shpiro-Libai N., "The Right to Abortion" (1975) 5 Israel Yearbook on Human Rights, pp. 120 at 126.
26. ראה א' מרמור, לעיל ה"ש 24, עמ' 440.
27. ראה ס' דוידוב-מוטולה, לעיל ה"ש 21, עמ' 226.
28. ראה א' מרמור, לעיל ה"ש 24, עמ' 439.
29. ג' גלובר, "על הפלות מלאכותיות", בתוך זכויות האדם והאזרח בישראל (ר' גביון וחגי שנידור עורכים, 1991, כרך א), עמ' 191.
30. ראה ע"פ קורטאם נ' מד"י פד"י מ(3) 673; ע"א 4/82 מד"י נ' תמיר פד"י לז(3) 201; בג"צ 355/79 קטלן נ' שירות בתי הסוהר פד"י לד(3) 294.
31. בג"צ 114/86 וייל נ' מד"י פד"י מא(3) 477.
32. ע"א 413/80 פלונית נ' פלוני פד"י לה(3) 57, 81 (להלן: עניין פלונית).
33. Shalev C., "A Man's Right to be Equal: The Abortion Issue" (1984) 18 I. L. R. pp. 386 at 391.
34. ע"א 518/82 זייצוב נ' כץ פד"י מב(2) 85 (להלן: עניין זייצוב).
35. כ' שלו, "דיני פוריות וזכות הפרט להיות הורה", מתוך מעמד האשה בחברה ובמשפט (עריכת רדאק, שלו וליבן-קובי) עמ' 503.
36. ראה עניין זייצוב, לעיל ה"ש 34.
37. סעיף 7 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו; מ' שמגר, "סוגיות בנושא הפריה ולידה", הפרקליט לט(1) (תש"ן) עמ' 27.
38. ראה Griswold v. Connecticut, 381 U.S. 479 (1965), בו פסל בית המשפט איסור פלילי על זוגות נשואים להשתמש באמצעים למניעת הריון.
39. ראה כ' שלו, לעיל ה"ש 35, עמ' 507.
40. ראה Guillemain J., לעיל ה"ש 3, עמ' 18.
41. סעיף 17 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"ב - 1962, ס"ח 380, התשכ"ב, עמ' 120 (להלן: חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות).
42. ראה עניין זייצוב, לעיל ה"ש 34.
43. Roe v. Wade 410 U.S. 116 (1973)
44. The Infant Life Preservation Act, 1929.
45. סעיף 1 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות.
46. ראה עניין פלונית, לעיל ה"ש 32, עמ' 69; סעיף 33 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב - 1962, ס"ח 380, התשכ"ב, עמ' 120.
47. ראה א' מרמור, לעיל ה"ש 24, עמ' 435.
48. ראה לעיל, טיעון ההגנה העצמית וטיעון האפוטרופסות על הילד שלא נולד.
49. ראה Sjogren B. and Thomassen P., לעיל ה"ש 2, עמ' 951.
50. Harris v. McRae 65 L. Ed. 2d 784 (1980)
51. ראה ס' דוידוב-מוטולה, לעיל ה"ש 21, עמ' 228.
52. ראה ס' דוידוב-מוטולה, לעיל ה"ש 21, עמ' 222.
53. ראה Guillemain J., לעיל ה"ש 3, עמ' 17.

משפט רפואי

הגנת הפרטיות במחקר הרפואי

הערת המערכת:

אנו מביאים בחלק ב' של המאמר תרגום עברי מקוצר של הרצאה שהושמעה בקונגרס הבינלאומי בסאפוק - בלטון (הונגריה) באוגוסט 1998. ההרצאה ניתנה ע"י יוס דוט, פרופ' למשפט רפואי באוניברסיטת מאסטריוט/הולנד.

תרגום ההרצאה לעברית - ע"י גבי נעמי הררי מהמרכז הבינ"ל לבריאות, משפט ואתיקה, הפקולטה למשפטים/אוני חיפה.

בהרצאת פרופ' יוס דוט, המובאת להלן, הוצגה שיטת קידוד אנונימי של מידע רפואי, על חסרונותיה ומעלותיה.



גיל סיגל

א. המצב המשפטי בישראל

חוק זכויות החולה - התשנ"ו 1996 התייחס לסוגיית המידע הרפואי בפירוט רב, תוך הדגשת הזכות לפרטיות וחובת השמירה על סודיות רפואית. חובה זו מעוגנת בדברי חקיקה רבים נוספים, ובהם חוק יסוד כבוד האדם וחירותו, חוק הגנת הפרטיות, חוק ביטוח בריאות ממלכתי ועוד.

בחוק זכויות החולה, נקבע בסעי' 19 כי מטפל או עובד מוסד רפואי ישמרו בסוד כל מידע הנוגע למטופל, שהגיע אליהם תוך מילוי תפקידם או במהלך עבודתם. עם זאת, מטפל או מוסד רפואי רשאים למסור מידע רפואי לאחר במספר מקרים (סעי' 20). לענייננו, אם נתן המטופל הסכמתו למסירת המידע הרפואי (ס"ק א(1)), אם חלה על המטופל או על המוסד הרפואי

חובה על פי דין למסור את המידע הרפואי (ס"ק א (2)), אם מסירת המידע הרפואי נועדה לפרסום בביטאון מדעי, למטרות מחקר או הוראה, בהתאם להוראות שקבע השר, ובלבד שלא נחשפו פרטים מזהים של המטופל (ס"ק א (7)). מסירת המידע כאמור בסעי' א' לא תיעשה אלא במידה הנדרשת לצורך העניין, ותוך הימנעות מירבית מחשיפת זהותו של המטופל. מסירת מידע על פי דין, כגון דיווח למשרד הבריאות, מכילה את שתי הקבוצות האמורות, קרי מידע גולמי לצורכי סטטיסטיקה, אך גם מידע שמי-אישי, לצרכים מניעתיים. דוגמא לכך היא חובת הדיווח על נשאות HIV. ברי כי לשון החוק "הימנעות מירבית" נועדה לאזן בין האינטרסים המתנגשים של הזכות לפרטיות וסודיות, מול טובת הציבור והגנה על בריאותו.

מסירת מידע רפואי לצורכי מחקר מחייבת כי הפרטים לא יגרמו לחשיפת המטופל. מטבע הדברים, עיקר הדגש מושם על חשיפה כלפי כולי עלמא, ופחות על חשיפה לחוקר עצמו. ההרצאה דלהלן מחדדת נקודה זו, וכאן רבה התועלת שבקידוד.

אין בחוק התייחסות ברורה לאפשרות קידוד המידע וההתייחסות אליו. ניתן לקבוע עם זאת כי רוח החוק מעודדת שמירה קפדנית ככל שניתן על פרטיותו של המטופל, וכל צעד בכיוון זה ראוי שיזכה לעידוד וגיבוי משפטי כגון בעת הכנת תקנות למסירת מידע רפואי לצורכי מחקר, או בהליכים משפטיים.

ב. הרצאת פרופ' יוס דוט: הגנת הפרטיות במחקר הרפואי

The protection of privacy in Medical Research, Jos Dute, Prof of Health Law, Maastricht Univ. The Netherlands.

ההרצאה תורגמה לעברית, והובאה לדפוס ע"י גבי נ. הררי, מהמרכז הבינ"ל לבריאות, משפט ואתיקה, הפקולטה למשפטים /אוני חיפה.

מבוא

התקדמות המדע הרפואי תופסק ברגע שהמחקר הרפואי יחדל להיות אפשרי. החלק הארי של המחקר רפואי יכול להתקיים רק בעזרת שימוש במידע אשר מצוי בתיקו הרפואי של חולה. מכאן נובעת החשיבות הרבה בהסדר הבעיות הנוגעות לשמירת הפרטיות במחקר הרפואי מכל מקום, חוקי הסודיות והפרטיות הרפואיים דורשים שיתקיים חיסיון של מידע רפואי פרטי, ושיובל השימוש במידע רפואי לשם קידום המחקר הרפואי. עד עתה הגבלות אלה התבטאו בדרישה לקבלת הסכמה מדעת במידה והמידע עלול להיות מקושר לחולה מסוים. רק

ד"ר גיל סיגל - חבר המרכז הבינ"ל לבריאות, משפט ואתיקה, הפקולטה למשפטים /אוני חיפה

במידע אנונימי ניתן להשתמש ללא קבלת הסכמה מדעת. מצב זה מותיר שתי בעיות לא פתורות. מצד אחד האינטרסים של המחקר הרפואי אינם נלקחים בחשבון דיים כי מחקרים רבים אינם יכולים להסתמך על מידע אנונימי בעוד קבלת הסכמה אינה תמיד אפשרית. מצד שני, הגנת פרטיות החולה אינה מספקת, כי במקרים מסוימים החוקר ישיג מידע מזוהה, בעוד הוא מעוניין רק במידע הרפואי הגולמי.

לפני מספר שנים הוחל שימוש בקידוד שמי: מידע מזוהה

מידע פרטי או אנונימי?

אמנות והצהרות בינ"ל חשובות שעניינן הגנת נתונים, כגון מסמך שטרסבורג (1981); הנחיות הגנת הפרטיות של האיחוד האירופי (1995); וחוקים לאומיים בדבר הגנת הפרטיות אינם מתייחסים לקטגוריה של "מידע מקודד", אלא מכירים רק בשתי קטגוריות:

1. מידע פרטי הכולל כל מידע אשר יכול להיות מקושר עם פרט מזוהה או ניתן לזיהוי.
 2. מידע אשר לא ניתן לקשרו עם פרט מזוהה או ניתן לזיהוי, ואנו נתייחס אליו כאל מידע אנונימי.
- לכן השאלה העיקרית היא, האם יש להתייחס למידע מקודד כאל מידע אישי או כאל מידע אנונימי? בעניין זה יש לפחות שלוש דעות שונות:

הדעה הראשונה רואה את המידע המקודד כמידע אנונימי, כיוון שהחוקר אינו יכול לגלות את זהות החולה ללא התערבות הרופא שסיפק המידע ואשר בידי הגישה למפתח הקוד. חולשתה של דעה זו היא שבמקרים מסוימים ניתן לקשר מידע מקודד אל חולה ללא התערבות הרופא אשר סיפק את המידע. ככל שהחוקר אוסף יותר נתונים, במיוחד אם הם מכילים מידע מזהה במיוחד כגון תאריך לידה ומקום מגורים, כך הופכת אפשרות זו לסבירה.

משום כך הדעה השנייה מתייחסת למידע מקודד - לעתים - כאל מידע אישי, ולעתים כאל מידע אנונימי.

הדעה השלישית רואה מידע מקודד כמידע אישי, כי מידע כזה ניתן תמיד לייחס לאדם מסוים - ואין זה משנה אם החוקרים יזדקקו לשיתוף הפעולה של מי שסיפק את המידע. זו הגישה הרווחת בצרפת.

נראה כי הנחיות הגנת הפרטיות של האיחוד האירופי מתקרבות לגישה הצרפתית, אף שהדבר אינו מוחלט, כיוון שאין בהנחיות הוראות מפורשות המתייחסות למידע מקודד. יש להצטער שכך פני הדברים משום שבתחום המחקר המדעי, שיתוף פעולה צובר תאוצה במישור הבינ"ל, ולשם כך נדרשת זרימת מידע במישור הבינ"ל, בתוך ומחוץ לאיחוד האירופי. לכן הכרחית ההרמוניה בין חוקי הגנת הפרטיות של המדינות השונות בקהילה האירופית.

כגון שמו וכתבתו של החולה יוחלף במספר אקראי. שינוי הנוהל יאפשר להחליף את זכותו של החולה להסכמה, בזכות לסרב לשימוש במידע הרפואי שלו לצורכי מחקר. ברור ששינוי כזה יעניק אמצעים רבים למחקר הרפואי. לדעתי, על הזכות לסרב להיות מלווה בדרישות חוקיות נוספות שמטרתן להבטיח את זכויות החולה.

בחיבור זה יוצגו כמה דוגמאות ואפשרויות קידוד ונבהיר אם יש להתייחס למידע מקודד כמידע אישי. זוהי שאלה בעלת משקל כי רק מידע אישי חוסה תחת הגנת חוק הפרטיות. קידוד הוא אכן צעד חשוב קדימה, אבל בכך טרם באו על פתרונן כלל הבעיות המשפטיות הנלוות.

השימוש במידע מקודד למטרות מחקר

לשימוש במידע מקודד במחקר מדעי יתרונות חשובים. היתרון החשוב ביותר נעוץ בכך שחוקרים יכולים תמיד לתמוך את נתוני המידע המחקרי שלהם במידע שיסופק ע"י הרופא המטפל. כך יתאפשר מעקב אחר המטופלים מבלי לחשוף את זהותם. אם יידרש מידע נוסף בשלב כלשהו של המחקר, ניתן יהיה אף ליצור קשר עם החולה. במקרה כזה תידרש כמובן הסכמת החולה. יתרון נוסף: החוקרים ייתקלו בפחות מקרים של סירוב מצד חולים והדבר יתרום לשיפור התוצאות המחקר. כמו כן, מרגע שנאספו נתוני המחקר ניתן לעשות בהם שימוש חוזר ע"י חוקרים אחרים (בהתקיים תנאים מסוימים), ללא הסכמת החולה. יתרון אחרון - אשר בנסיבות מסוימות עלול להפוך לחסרון - הוא שאם מסתבר כי תוצאות המחקר הן בעלות חשיבות לאבחנה או לטיפול בחולה, ניתן להביאן לידיעת החולה.

ישנן מספר אפשרויות לשימוש במידע מקודד, בעיקר במחקר לונגיטודינאלי או רשומות אזוריות או לאומיות. דוגמאות ידועות. הן רשומות הנוגעות למחלת הסרטן בהולנד ובגרמניה. וריאציה של הקידוד יהיו רשומות-המשך עם מידע מוגבל אשר מאפשרות לחוקרים לבחור קבוצת מדגם. בהולנד סוג זה של רשומות עומד לרשותם של רופאים כלליים. קידוד חשוב גם במקרי רישום לצורכי מעקב אחר תפוצת סמים וחובת הדיווח אודות מחלות מדבקות. בתנאים מסוימים אפשר אף לחלוק נתונים של חולה אשר נתקבלו מרופאים שונים מבלי לחשוף את זהות החולה.

רפואה ומשפט גיליון מס' 20 - מאי 1999

בטחונות משפטיים לשימוש במידע מקודד

כללים משפטיים ספציפיים יידרשו לשימוש במידע מקודד. מצד אחד נזדקק לכללים אשר יפרטו באיזה תנאים תוחלף שיטת ההסכמה בשיטה של העדר סירוב, ומאידך נזדקק לביטחונות נוספים להגנה על פרטיות החולים. נביא כדוגמא את החקיקה ההולנדית, אשר נקודת המוצא שלה אומרת, כי שימוש במידע פרטי במחקר מדעי מצריך הסכמת החולה. במידה ומידע מקודד כולל גם פרטים אישיים, אז עקרונית יותר השימוש בו רק עם הסכמת החולה.

ישנם שני יוצאים מן הכלל: אין צורך בהסכמה כאשר קבלתה אינה דבר סביר. לדוגמא, כאשר החולה עבר לאזור אחר או נפטר. לא דרושה הסכמה כאשר אינה דבר סביר לאור אופי ומטרת המחקר. לדוגמא, בגלל ריבוי החולים המעורבים או כאשר קיים סיכון סביר לחוסר הענות, ואז על המידע להיות מקודד.

בשני המקרים החריגים נדרש כי המחקר יערך בתחום טיפול בריאות, ישרת מטרה כללית והמידע הנידון יהיה הכרחי לקיום המחקר. החולה יכול מראש להתנגד לשחרור המידע אודותיו. אינפורמציה בדבר האפשרות כי בתנאים מסוימים ייעשה שימוש במידע לשם מחקר מדעי, ללא הסכמת החולה, יש לספק בצורה כללית, לדוגמא בעלון ביה"ח. נדגיש כי אין מחויבות לידע את החולה אודות כל מחקר אשר במסגרתו ייעשה שימוש במידע (המקודד) אודותיו. במקרה ונעשה שימוש בנתונים רפואיים לשם מחקר ללא הסכמת החולה, בין אם הנתונים מקודדים ובין אם לאו, יצוין הדבר בתיק הרפואי. כללים אלו אומצו בתוך כללי התנהגות, אשר עוצבו ע"י ארגוני מחקר ואושרו ע"י הרשות להגנת מידע.

ישנה חשיבות רבה לביטחונות נוספים לאלו שנבחרו בהולנד. יש שציעו כי שילוב בין מידע מקודד לבין פרטים של החולה יוגדר כעבירה פלילית. בצרפת נדרש לכך אישור וועדה מיוחדת. כמובן שקיימת סכנה שכל מדינה תציב לעצמה דרישות בנושא זה, וע"י כך תופרע זרימה בינ"ל של מידע.

בעיות משפטיות בנוגע לקידוד

בהתבסס על שיטת העדר-הסירוב ובשימת לב לביטחונות המשפטיים הראויים, השימוש במידע מקודד טומן איזון ראוי בין זכות החולה לפרטיות לבין צרכי מחקר. אף על פי כן אין משמעות הדבר כי קידוד מידע הוא התשובה לכל סוגיות הגנת הפרטיות הנוגעות למחקר רפואי. מגוון וריבוי החוקים

במדינות השונות מעכב זרימת מידע בינ"ל. אבל ישנן בעיות נוספות שנחוץ לפתור. השאלה האם מותר לקשור מידע מסוים עם הפרט תיבחן ע"י שימוש במבחן המידתי: מידע אמור להיות חסוי, אם קישורו לזהות של אדם מסוים ידרוש כמות בלתי סבירה של כסף, זמן וכוח אדם. נוסחה זו משמעה שחסיין אינו מוחלט, אלא לעולם יחסי. בשגרת היומיום נראה כי המבחן המידתי מעמיד קשיים ביישומו ובפירושו. הנחת העבודה של הרשות ההולנדית להגנת מידע היא כי קישור בין מידע לבין פרט, אפשרי במהירות יחסית. התוצאה: לא ניתן להתייחס למידע מקודד כאל מידע חסוי. מצב זה יוצר בלבול וחוסר וודאות משפטית אצל חוקרים, רופאים, מטפלים וחולים.

בד בבד עם בעיית הקישור עולה שאלת אופן הקידוד. איזו טכנולוגיה מקובלת ומתאימה לקידוד מידע? חסרה אחידות במישור הלאומי, לא כל שכן במישור הבינלאומי. זהו משימה שעומדת בפני גופי-מחקר, ועדיפים ארגוני מחקר המצויים בתחום הקונצנזוס הבינ"ל.

לא ברור כיצד ובאיזו מידה יש לתת מידע לחולים. בשגרת היומיום החולים כמעט שאינם מיישמים את זכותם לסרב. ניתן לייחס זאת לעובדה כי חולים נכונים להעניק מידע אודות עצמם לשם מחקר רפואי, אבל קיים גם הסבר אחר: חוסר מודעות מוחלט של החולים למטרת השימוש במידע הרפואי אודותם.

מסקנות

קידוד הוא בטוחה חשובה להגנת פרטיות החולה במחקר הרפואי ולכן ראוי שיהא מיושם בשגרת היומיום. בכל מחקר מדעי בו נעשה שימוש במידע רפואי יש לרשום פרוטוקול, אשר יצדיק את התנאים בהם מותרת השגת מידע מחקרי ובאיזה הליך (מבלי לחשוף את מפתח הקוד!). מעבר לכך, כל פרוטוקול צריך לכלול סייגים שיפרטו למי זכות הגישה למידע, כיצד המידע מאובטח, תקופת הזמן וההליך כיצד המידע מאוחסן, באיזה תנאים ובאיזו מידה המידע עשוי להיות זמין לחוקרים אחרים.

בינתיים יש לנקוט צעדים הכרחיים על מנת להגיע להסכמה בינ"ל, במיוחד לגבי השאלה באילו תנאים מידע מקודד ושיטת העדר-הסירוב מקובלים, כמו גם לגבי שאלת הביטחונות הנוספים שיש לנקוט להבטחת הפרטיות. ראויות להתייחסות גם שאלת כמו היחס בין קידוד לבין המידע האישי, הדרישות הטכניות של הקידוד והמידע שישופק לחולים.

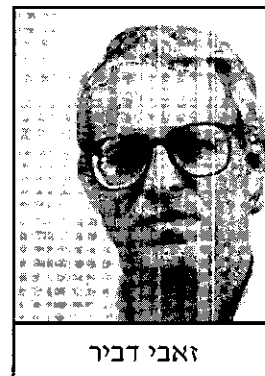
מהימנות התביעה בחולשות שרירים: חידושים ומשמעויות

א. ניתן לבדוק את עוצמת השריר באמצעות כיווץ סטטי דהיינו כאשר פעולת השריר אינה מביאה לתנועת פרק/י הגוף או באמצעות כיווץ דינמי משמע כאשר תוצאת הכיווץ הינה תנועה.

ב. לכל אדם יכולת טבועה במידה זו או אחרת לשנות ולהתאים (adjust) את עצמת הכיווץ החל מרמה נמוכה ביותר ועד רמה מירבית; מטרת הבדיקה היא לאתר את **הערך המירבי** של עצמת הכיווץ שכן הוא זה המהווה בסיס להחלטה האם קיימת או לאו ח"ש. החלטה זו נעשית עפ"י בדרך של השוואה לשריר/ים הסימטריים/ סימטריים בצד הנגדי. מאליו יובן כי במידה והשוואה זו אינה ברת ביצוע, כמו למשל במקרה של קבוצות שרירים מסוימות הפועלות על עמוד השדרה, לא ניתן לבצע את ההשוואה על הבסיס הדו-צדדי והפתרון הוא בדיכ זה של השוואה לערכים יציגים באוכלוסיה הבריאה.

ג. עקב היכולת הנ"ל להתאמת רמת כיווץ השריר, עלול להתעורר החשש כי ייעשה שימוש לרעה בטענה כי השריר נחלש וזאת על מנת לזכות בשיפוי כנגזר מסעיפי החוק המיוחדים, 42 ו-51 למבחני הנכות של המל"ל (המוסד לביטוח לאומי) או בהטבות לענין גמלת ניידות המבוססות על סעיפיו הקטנים של פרק א (שיתוקים) של התוספת לרשימת הליקויים. במלים אחרות קיים סיכוי כי בעת הבדיקה יציג הנבדק מצב אשר אינו הולם את יכולתו האמיתית.

על רקע אלה התפתח ביותר בשנים האחרונות המחקר המדעי העוסק ביכולת לזהות חולשת שרירים מהימנה או כוזבת (genuine or feigned allegation)³. אחד הלקחים החשובים ביותר הוא כי לא ניתן להגיע למימצא פוזיטיביסטי כלשהוא באמצעות הבדיקה הידנית (Manual Muscle Testing - MMT) וזאת בשל היכולת **הידנית** המוגבלת ביותר בעת חישת (sensation) חוזק השריר. מדובר ברגישות מבדלת שאינה טובה יותר מ-25% מערך החוזק המירבי לעומת המיכשור המתקדם שרגישותו היא סביב 0.1% (full scale). לפיכך התמקדו כל המחקרים ללא יוצא מן הכלל בשימוש בשיטות מכשיריות מסוגים שונים, בעיקר הדינמומטריה האיזוקינטית,



זאבי דביר

במאמר שהופיע בכתב עת זה⁴ נסקרה הבעיה המדיקולגלית הסבוכה של אימות תלונה בדבר חולשת שרירים לאור גוף הידע אשר היה זמין באותה עת (1993). מאז הופעת המאמר הנ"ל פורסמו מספר מאמרים המלמדים על הבעיות הקשה הקשורה בשימוש בעקביות הביצוע כמדד למהימנות התלונה אך בו-זמנית שופכים אור חדש על האפשרויות הגלומות לאימות תלונה מעין זו באמצעות מיכשור מתקדם. בד בבד מעוררים המאמרים החדישים סוגיות שלא לובנו עד עתה בפורומים מדיקולגליים. מטרת מאמר זה להציג את החידושים ולחדד את הדילמות הניצבות לפתחן של החלטות שיפוטיות שענינן אימותה של חולשת שרירים (ח"ש) נטענת.

ח"ש עשויה להיגרם ע"י קשת רחבה של גורמים אשר בקצה האחד חבלה ישירה לשריר (לרבות הגיד) לדוגמה, קרע של השריר ואילו בקצה השני הפרעה במערכת העצבים המרכזית (מח ו/או חוט השדרה) לדוגמה, שבץ מוחי או שיתוק ילדים. יתר על כן, גורמים אשר אינם קשורים ישירות לשריר כגון כאב ממקור לא שרירי אשר עלול להתריף כתוצאה מכיווץ השריר/ים עלולים הגורמים להתבטא בחולשת השריר. כעקרון, הכוונה במונח חולשה היא לירידה או הפחתה בעוצמת פעולתו של השריר כפי שהיא נמדדת על ידי מיכשור יעודי ומבוססת ונגזרת ממספר מצומצם מאוד של כיווצים בעצמה מירבית². הכיווצים מופקים באורח רצוני ע"י הנבדק ונמדדים כאמור בעזרת מיכשור שהוצג במאמר קודם ולכן לא יתואר מחדש. עם זאת יצוין:

פרופ' זאבי דביר הוא ראש החוג לפיסיותרפיה בפקולטה לרפואה/ אוני-תל-אביב

המאפשרות מדידה מדויקת ביותר ומהימנה של חוזק השריר/ים. זאת ועוד, ברוב המקרים התבסס מדגם המחקר על נבדקים בריאים אשר התבקשו בהזדמנות אחת לפתח חוזק מירבי ובהזדמנות אחרת לביים דרגת חוזק תת-מירבית. עם זאת יש לציין כי במקרים בודדים נמדדו עוצמות החוזק אצל מי שהתלוננו על פגיעה ביכולת השריר, בד"כ במקרים שהתייחסו לשרירי עמוד השדרה⁴ או שרירי האחיזה בכף היד⁵.

כפי שכבר הוזכר, הרי לפי הגרסה ששלטה עד תחילת עשור זה, כדי לאמת את מהימנות התלונה נדרשו מימצאי הבדיקה להיות **עקביים** דהיינו צפוי היה כי נבדק המתלונן על חולשת שרירים יפיק רמות חוזק דומות ביותר בסדרה של כיווצים מירביים בודדים אך עוקבים (בד"כ הפרש הזמן נע בין שניות ספורות ועד חצי דקה בין כיווץ לכיווץ). במלים אחרות עקביות הביצוע נחשבה שקולה למהימנות התלונה. לנגד עיניהם של החוקרים עמדה אז ההנחה כי רק במידה והכיווץ אכן מירבי, ניתן יהיה לשחזרו. לחילופין, אם מגמת הנבדק היא להציג מצג, יהיה עליו ל"יתכן" מחדש כל כיווץ פרטני בסדרה ובשל "הזכרון המוטורי" קצר המועד, סביר יהיה להניח כי תוצאת פעולה כזו תהיה הגברה מובהקת של הנטיה לפיזור התוצאות כלומר הפחתת העקביות.

חישוב העקביות התבסס על הממוצע וסטית התקן (ס.ת.) של חוזק השריר בסדרת כיווצים חוזרים ובטא באמצעות מדד אחוזי הנקרא מקדם השונות (Coefficient of Variation, CV) והשווה ל- מכפלת ס.ת. ב- 100 ומחולקת בממוצע. לדוגמה, אם ממוצע החוזק על סמך 4 כיווצים היה 80 יחידות כח וס.ת. 4, כי אז $CV = 5\%$. ברור כי פיזור גדול יותר של תוצאות גורם לס.ת. גבוהה יותר ועל כן לעקביות נמוכה יותר. יצוין כי מושג עקביות הביצוע שאול למעשה מתחום העדות המילולית; עדות אשר לוקה בפיזור מימצאים רחב אינה משכנעת בעוד שעדות המצביעה על לכידות פנימית, יהיה לה סיכוי רב יותר להתקבל כמהימנה.

על סמך שיקולים שלא פורטו באף מקור מוסמך אך התקבלו באורח אקסיומטי בתחום הזה, הוצע כי אם ערכו של מקדם השונות יעלה על 10-15% יחשב מימצא מעין זה לחריגה מהעקביות המצופה, דבר אשר יעיד על כך שהנבדק לא מיצה את מלוא יכולתו ועל כן לא תתקבל טענתו בדבר חולשה או הפרעה בפעולת השריר. ואולם גישה זו לא זכתה לתמיכה המדעית המתאימה ולמעשה נדחתה בצורה נחרצת בשנים האחרונות. מחקרים שנערכו ע"י קבוצות שונות הצביעו על

האפשרות להפיק חוזקים תת-מירביים עקביים ע"י מי שלא לקו בחולשה מוכחת ומאידך נצפו מצבים בהם חרף קיומה הברור של פתולוגיה או הפרעה בפעולת השריר לא נמצאה עקביות בביצוע.

ביטוי לעמדה החולקת על עקביות כבסיס למהימנות והגורסת כי את זו האחרונה יש לקבוע על סמך יחסים פיסיוולוגיים מוכרים, הוצע בשורת מאמרים ע"י כותב מאמר זה. הוטעם שם כי השאלת הקונסטרוקציה המילולית למצבים של חשד למצג בדבר ח"ש, אינה ישימה. הוצע עם זאת כי אם יהיו פרמטרים ביולוגיים את הבסיס לקביעה כי אז הסיכוי לכך שהמימצאים יהיו תקפים הוא גבוה יותר. הפרמטר הביולוגי בו נעשה שימוש הוא יחסי חוזק - מהירות הכיווץ בשריר. אופיים הכמותי של יחסים אלה מוכר היטב ומתבטא בהפחתה מונוטונית של חוזק השריר עם הגידול במהירות כיווצו הקונצנטרי (תוך כדי התקצרות) או התמדה כללית בחוזקו (ללא קשר למהירות) או בכיווצו האקסצנטרי (תוך כדי הארכתו).

מסתבר, על סמך מבדקי חוזק שרירים איזוקינטיים שנעשו בנבדקים בריאים אשר התבקשו להדגים כיווצים מירביים ובעקבותיהם כיווצים מבוזזים (feigned) דהיינו המנסים להציג ח"ש, כי ניתן להבחין באופן ברור בין שני אופני הכיווץ הנ"ל. אבחנה זו נמצאה שרירה בקשת רחבה של קבוצות שרירים הפועלים באזורי הגוף השונים. זקפי עמוד השדרה⁶, מישרי הברך⁷, מכופפי המרפק⁸ וקופצי כף היד⁸. מבחינה כמותית מאפשרת הבדיקה האיזוקינטית אבחנה בין כיווץ מירבי כן (sincere) לבין כיווץ מירבי מבוזז באמצעות מדד ספציפי המכונה DEC (Difference in Eccentric to Concentric Ratio) והמשלב את עוצמות החוזק במהירויות כיווץ נמוכות וגבוהות בשתי צורות הכיווץ הנ"ל (קונסנטרית ואקסנטרית) לפי הנוסחה הבאה:

$$DEC = (E/C)_{high} - (E/C)_{low}$$

כאשר E ו-C הם החוזק האקסנטרי והחוזק הקונסנטרי בהתאמה ואילו low ו-high מתייחסים למהירויות כיווץ גבוהות ונמוכות. בהתאם לנוסחה זו, תתקבל טענה בדבר ח"ש אם גודלו של ה-DEC יהיה עד ערך מסוים ותדחה - מעבר לו. יתרה מזו, קבוצת מחקרים זו הראתה כי מדד עקביות הביצוע אינו תקף לצורך האבחנה האם מדובר בביצוע מהימן או מבוזז. מאידך יצוין כי נתונים עקביים, בהצטרפם לנתונים אחרים, עשויים לחזק את מהימנות התלונה.

ובכל זאת מעלים המחקרים שאלה נוקבת הנוגעת לאופייה

הסטטיסטי של תוצאת הנוסחה הנ"ל ולמשמעות שיש לה לצורך ההחלטה שיפוטית. בדיקות חוזק שרירים נמצאות בקטגוריה ספציפית; אין מדובר בבדיקה בה כל אשר נדרש הוא הסכמתו של הנבדק לביצוע הבדיקה בו, מצב המאפיין את רוב הבדיקות הרפואיות, אלא בבדיקה המחייבת שיתוף פעולה מצד הנבדק. במקרה זה נגזרת התוצאה גם ממידת האמון שרוחש הבדק לנבדק. מידת אמון זו היתה שייכת עד עתה לתחום הפסיכולוגי ואילו נוכח המימצאים המחקריים ניתן ליישמה באמצעים כמותיים. למעשה, ה-DEC מבטא את אחוז הבטחון בו ניתן לקבוע אם השריר אכן נחלש או שמדובר בהתחזות. לדוגמה אם הערך הקריטריוני לדחית תלונה בדבר חולשה (דהיינו כי החולשה מבוטאת) ברמת בטחון של 90% הוא 1.13, ברמה של 95% הוא 1.98 וברמה של 99% הוא 2.66, הרי אדם שתוצאת הביצוע שלו היתה 2.02 יחשב למהימן ברמה של 95% אך תלונתו תדחה אם נפעיל לגביו קריטריון מחמיר של 99%. מהו אפוא הערך הסטטיסטי הראוי בהחלטה שיפוטית במצב מעין זה?

מדובר בשאלה רחבה אשר יתכן ולא נדונה עד עתה בהקשר לתחום תביעות נזקי גוף הנשענות על מבחני ביצוע המאפיינים למשל איבחון של חולשות שרירים, הגבלות בטווחי התנועה, הפרעות למערכת שיווי המשקל, ליקויי קואורדינציה ואחרים. ראשית ייאמר כי ניתוח כמותי או מעין כמותי של מהימנות תביעה אינו ענין חדש; מבלי להקלע לשאלת קבילותם, מימצאי מבדקים פוליגרפיים עשויים לשמש לצורך חיזוק המהימנות או קעקועה. ועם זאת קשה מאד, אם לא בלתי אפשרי, להציג את הנתונים באורח המאפשר למקבל ההחלטה (השופט / החוקר) להציב את רף הקבלה בנקודה הנראית לו.

עמדה נוחה לעומת זאת מספקת תורת ההסקה הסטטיסטית הקובעת מהי תוצאה מובהקת (significant). במונח 'מובהק' הכוונה היא **לרמת בטחון מינימלית** אותה ניתן לייחס לקביעה מסוימת. כך למשל, תישאל השאלה האם כתוצאה מנטילת תרופה ניסויית שיעודה הורדת לחץ הדם (ל"ד) ע"י אלה הסובלים מיתר ל"ד, ימצא הבדל מובהק בין אלה הנוטלים את התרופה לאלה שאינם נוטלים אותה או לחילופין בין רמת ל"ד לפני תחילת נטילת התרופה ואחריה באותה קבוצה. "תקן הזהב" המקובל במחקר הביורפואי הינו רמת

בטחון של 95%. במקרים בהם קיימת דרישה חמורה במיוחד יש להעלות את הסף עד 99%. אין משמעות הדבר כי רמת בטחון של 90% אינה טובה דיה אלא שבמסגרת המחקר ביורפואי נקבעו 95% כסף הבטחון הסטטיסטי הרצוי. יתכן וזהו אף הסף הרצוי בעניינו משמע, היכן שעולה שאלת המהימנות בתביעות על רקע של ח"ש ומקום בו נבדקה שאלה זו באמצעים מודרניים כאמור, יהיה טעם רב באימוצה של רמת בטחון זו כאשר ההתייחסות הספציפית היא לערכו של ה-DEC שנמצא בבדיקה. בהליך כזה טמונה הקלה לא מבוטלת הן לגורם הבדק והן לערכאה השיפוטית באשר הוא עשוי לפטור את שניהם מחובת ההתמודדות הסוביקטיבית בסוגית מהימנות התובע, בעיה שעד עתה לא נמצא עבודה פתרון הולם בהקשר ספציפי זה.

מקורות

1. דביר ז. מהימנות התלונה בליקויים מוטוריים. רפואה ומשפט 9, 1993
- 2 Dvir Z. Isokinetics: Muscle Testing, Interpretation and Clinical Applications. Edinburgh, Church Livingstone, 1995
3. Hamilton Fairfax A, Balnave R, Adams RD. Review of Sincerity of Effort Testing. Safety Science 25:237-245, 1997
4. Reid S, Hazard RG, Fenwick JW. Isokinetic Trunk Strength Deficits in People with and without Low Back Pain: A Comparative Study with Consideration of Effort. Journal of Spinal Disorders 4:68-72, 1991
5. Simonsen A. The Coefficient of Variation as a Measure of Sincerity of Effort. Archives of Physical Medicine and Rehabilitation 76:556-570, 1995
6. Dvir Z. Differentiation of Submaximal From Maximal Trunk Extension Effort: An Isokinetic Study Using a New Test Protocol. Spine 22:2672-2676, 1997
7. Dvir Z, David G. Suboptimal Muscular Performance: Measuring Isokinetic Strength Using a New Test Protocol. Archives of Physical Medicine and Rehabilitation 77:578-581, 1996
8. Dvir Z. An Isokinetic Study of Submaximal Effort in Elbow Flexion. Perceptual and Motor Skills 84:1431-1438, 1997
9. Dvir Z. Identification of Maximal and Feigned Grip Effort. Clinical Biomechanics, in press

מערכת "רפואה ומשפט"

מזמינה את חברי האגודה לרפואה ולמשפט בישראל ואת ציבור השופטים, עורכי הדין, הרופאים, האחיות ואנשי מקצועות הבריאות לסוגיהם, ליום עיון ודיון פתוח על

האם לילד עבר שאמו נפטרה

עם פנל מומחים, ותגובות מקהל המשתתפים

ביום ששי, 4.6.1999, בשעה 09:15, באולם מאירבאום, הפקולטה לרפואה, אוני-תל-אביב.
הדיון יסתיים עד השעה 13:00.

חברי הפנל:

פרופ' יעקב בזק	שופט ביה"מ המחוזי בירושלים (בדימ.)
פרופ' שלמה משיח	מנהל אגף נשים ויולדות, מרכז רפואי שיבא
הרב יגאל שפרן	מנהל המחי' לרפואה והלכה, המועצה הדתית ירושלים
פרופ' אסא כשר	ראש הקתדרה לאתיקה מקצועית ולפילוסופיה של הפרקטיקה באוני-ת"א.
הגב' הילית משיח	אחות ראשית חדרי לידה, מרכז רפואי שיבא

את הדיון ינחה עו"ד אלי זהר

אתיקה ורפואה

מגמות באתיקה רפואית של חברה פלורליסטית - פרספקטיבה יהודית

מקצועית בממדים וברמה כפי שהדבר אירע בתחום הרפואה.

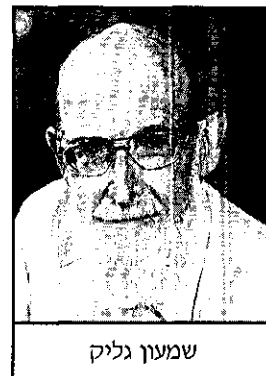
מאלף לבדוק מה הסיבות להתפתחות המהירה של "האתיקה ברפואה". מחד - נוכל לקבוע כי הבעיות המרכזיות שעמן נאבקת האתיקה הרפואית, הן בעיות בסיסיות וקיומיות שמלוות את האנושיות משחר ימיה. רופאים, חברות שלמות בתרבויות שונות בדורות קדומים, התמודדו עם נושאים כמו רצח מתוך רחמים או הפלות. יש - לכן - להפנות את המבט מעבר לנושאים אלה, כדי להבין ולהסביר את הצעידה קדימה ואת השגשוג של האתיקה הרפואית, לרוב בעולם המערבי. עם זאת חשוב לציין כי בעולם השלישי, המוטרד בבעיות של קיום והישרדות, זכתה הביו-אתיקה לתשומת לב מעטה.

ציניקנים יגידו כי העניין המתעורר באתיקה רפואית, מתחבר - שלא במקרה - עם הירידה ברמת ההתנהגות האתית אשר פושה במקצוע הרפואה. אך קביעה כזו תחטא בחוסר הגינות ובפשטנות יתר. בנוסף - העמעום של תדמית הרופא בחברה שלנו, אינו תופעה חדשה, וכבר נאמר בתלמוד "הטוב שברופאים - לגיהנום"⁵.

מאידך, אתפלא לשמוע מישוהו טוען ברצינות כי העניין המתעורר ב"אתיקה רפואית" מבשר שיפור ברמת המוסר של אנשי מקצועות הבריאות, אם כי - למרבית הפליאה - ישנה כנראה מידה מסוימת של אמת בקביעה כזו. במיוחד הדברים אמורים בתחומי הניסויים בבני-אדם.

אחד הגורמים העיקריים להתעוררות העניין באתיקה רפואית היא ההתפתחות במגוון רחב של טכנולוגיות, והעוצמה המרשימה שמקצוע הרפואה צבר במאה ה-20: הפריית מבחנה, השתלת ביציות, דיאליזה, הנדסה גנטית, שכפול אנושי, - אלה דוגמאות מעטות של התפתחויות מדהימות ברפואה. היכולת של החברה להתמודד עם ההשלכות האתיות של ההתפתחויות האלה - אינה עומדת בקצב ונמצאת בפיגור מתמיד.

לפני כמה שנים כתב George Annas: "ההיסטוריה של השתלת איברים היא במידה רבה ההיסטוריה של הצלחה טכנית וכישלון אתי"⁶. אכן, בנוסף לרובה של בעיות חדשות, עדיין



שמעון גליק

השנים האחרונות חזו ריבוי של ועידות, דיונים ומחקרים, שסקרו את ההתפתחות של האתיקה הביו-רפואית¹⁻⁴. צוינו כך כשלשים שנה, מאז מאורע מסוים שמסמן את הראשית של הביו-אתיקה הרפואית, בצורתה המודרנית המוכרת לנו.

בחינה של ההתפתחויות והשינויים שחלו בשלשת העשורים האחרונים, עשויה לעורר עניין בהשלכותיהם על ערכים חיוניים של החברה, ובהשפעתם על הכוון העתידי של הביו-רפואה.

בשנות החמישים, בהיותי סטודנט, המקצוע "אתיקה של הביו-רפואה" לא היה במוסד. בעלון של ביה"ס אין אפילו אזכור למונח "אתיקה". למיטב ידעתי קורסים של "אתיקה רפואית" ניתנו רק בבתי ספר לרפואה של אוניברסיטאות קתוליות, כמו Loyola או Georgetown ובאלה עיקר העיסוק הוקדש ללימוד ההשקפה של הכנסייה על מגוון בעיות אתיות.

ההתקדמות שחלה מאז, מאופיינת בכך שכל בית-ספר לרפואה במערב שמכבד את עצמו, מקיים מסלול של "אתיקה רפואית". ג'ורנלים למכביר עוסקים באתיקה-רפואית ופרסומים חדשים רואים אור חדשות לבקרים. מי שתפץ, יכול ליטול חלק בכנסים מקצועיים, כמעט ברצף, ולנדוד מארץ אחת לשניה, והביו-אתיקה הפכה לתחום עצמאי.

במקביל תופעה מעוררת השתאות: במקצועות כמו משפטים, מינהל עסקים או חינוך, לא צמח כוון מקביל של אתיקה

שמעון גליק - פרופסור ברפואה באוני' בן גוריון וראש המרכז לחינוך רפואי שם. נציב קבילות הציבור של משרד הבריאות.

רפואה ומשפט גיליון מס' 20 - מאי 1999

הבעיות הישנות-נושנות של רצח מתוך רחמים, והפלות החמירו והסתבכו. במיוחד מחמת המפכה בטכנולוגיה הרפואית.

בעיות של חיים ומוות מושפעות, לעיתים בצורה מדהימה, מהמצאה טכנולוגית אחת. לדוגמא - הפיתוח של מכשירי הנשמה הגדיל באופן דרמטי את הבעיות ואת הקשיים אשר רופאים, והחברה כולה, הועמדו בפניהם.

טכנולוגיות רפואיות חדשות ופיתוחים מדיקליים לבדם, אינם מספקים הסבר משכנע לצמיחה הפנומנלית של תחום הביו-אתיקה. יש לכך סיבות נוספות לא פחות חשובות. אנו מצויים באמצע תהליך שהחל "לפני כמאתיים שנה, עם פרוץ המהפכה הצרפתית ולידת תקופת ההשכלה". התמורות החברתיות האלה הולידו אבדן משמעותי של הסמכותיות של אנשי הממסד, בין אם אלה השתייכו למקצוע הרפואה או שהיו אנשי ממשלות, או השתייכו למעמד הכמורה. בעבר החברה הפקידה בידי הרופאים סמכות - החלטה כמעט בלתי מוגבלת, וקבלה את שיפוטם בתחומים רפואיים, ללא הרהור וערעור. בצורה דומה, כאשר צצו דילמות אתיות פנתה החברה אל הכמורה או לכנסייה, ואף כאן קבלה את פסיקותיהם כמעט ללא היסוס. אולם החברה המערבית השתנתה מאז בצורה דרמטית. הדגש על האוטונומיה של הפרט - התחזק. האזרח הורשה לבחור את מנהיגיו הפוליטיים ומכאן מובנת הכמיהה של הפרט לקבל בעצמו, את ההחלטות הגורליות בשאלות של חיים ומוות. וכך בשאלות של בריאות. הרופא או הכומר

חדלו להיות הפוסקים הבלעדיים. וכך אנו מוצאים את עצמנו "יתומים", כי איבדנו את הדמויות הסמכותיות אשר בעבר יכלו "לפתור" הכל. ואנו עומדים - יותר מפעם - לבדנו מול מספר גדל והולך של בעיות חברתיות. יותר מכך - תחום האתיקה ממקד אליו היום אכפתיות ציבורית גדלה, והמדיה עוזרת בכך שהיא חושפת ומביאה הכל לידיעת הציבור. מקרים שהטלוויזיה מביאה לביתנו מדי ערב מעוררים במהירות דיון ציבורי לוהט.

תחום הביו-אתיקה שאב גם עידוד מאוירת אי-השקט החברתי אשר שררה בארה"ב בשנות ה-60. בשנים אלה הגיעו לשיאן ההתעוררות של ערכים מוראליים, רגישות לשיפור החינוך ודמוקרטיזציה בחלוקת נטל. ומולן ירידה של ערכי שיתוף בקהילה והתורפות האימון במערכות השלטון.

בה בעת, ובמקביל, השתנו פני הרפואה באורח קיצוני. לבד מן ההתקדמות הטכנולוגית ובעיות אתיות שצצו, הפיצול של הרפואה לתת-מקצועות ואבדן היחס האישי למטופל בשרותי

הבריאות, כל אלה תרמו לאי - יציבות כללית באשר לערכים מסורתיים. כל הכוחות האלה חברו כדי להחיש את ההיווצרות והצמיחה של תחום-פעילות חדש, ועניין גדל והולך בתחום זה, האתיקה הביו-רפואית.

התרחשות מרכזית אחרת במאה ה-20 השפיעה רבות על התחום שהזכרנו. במיוחד אין להתעלם ממה שקרה כשאנו דנים בהקשר היהודי. כשנחשפו, אחרי מלחמת II, הזוועות שעוללו הנאצים, אחת התגובות הרווחות סברה שלא הייתה כאן תוצאה בלתי - צפויה, אם כי מוגזמת, של מלחמה. הרי ברטוליות ורציחות במהלך מלחמה הן תופעה רווחת בתולדות האנושיות. בכל חברה ישנם גורמים קרימינליים שמנצלים מצבי מלחמה כדי לכפות את אכזריותם על אוכלוסיות חסרות ישע. אולם בדיקה זהירה של אירועי מלחמת II, בנקל הפריכה את המסקנות השטחיות שהוזכרו. מזעזעים באופן מיוחד היו הגילויים אודות הניסויים שביצעו רופאים גרמנים. לא האלמנטים הקרימינליים של החברה הם שנחשפו כאן, אלא העילית, האנשים היותר משכילים, היותר תרבותיים ומחוכמים בחברה הגרמנית. ועלינו לזכור כי בשנות ה-20 וה-30 של המאה העשרים גרמניה הייתה המָּפָּה של המדע, הטכנולוגיה והתרבות בעולם המערבי. רופאים ומדענים מארה"ב נסעו בקביעות לגרמניה להתמחויות ו - השתלמויות. איך - אם - כך - ניתן להסביר את ההידרדרות הנוראה של החברה הזאת, שנחשבה בזמנה כשיא הרבות, אל השפל שלתוכו הגרמנים צנחו?

במשפטי נירנברג, כאשר רופאים גרמנים הואשמו בפשעי מלחמה, התחורר כי שום סטנדרטים בינלאומיים לא היו קיימים לניסויים בבני אדם, אשר בעוון הפרתם הרופאים הגרמנים יוכלו לעמוד לדין.

בין אלה שחקרו את הפרשה הזו באופן אינטנסיבי, היה הפסיכיאטר Leo Alexander, אשר עבד במשך שנה במחיצת הרופאים הנאצים העצורים. הוא הביע תמיהה, האם ובאיזה מידה ניתן להפיק לקחים כלליים מן האירועים הנוראים בזמן המלחמה. הכוונה ללקחים אשר יהוו מסר לחברות אחרות. ממצאיו פורסמו במאמר קלסי ב - 1949.

אלכסנדר סבר כי השקיעה של גרמניה נבעה מפילוסופיה בסיסית, Weltanschauung בפי הגרמנים (השקפת עולם) שהוליכה את גרמניה בדרך בלתי נמנעת אל שקיעתה המוסרית. מנהיגי גרמניה הגדירו את ההצלחה של הרייך השלישי כמטרה הנעלה ביותר של חברתם. תוך נאמנות לפילוסופיה זו המשיכו, בדרך הטבע, ומתוך שיקולים פרקטיים, לייחס חשיבות לאזרח הבודד, רק על פי תרומתו לחברה שלהם.

אלכסנדר ציטט דוגמאות מתוך ספרי לימוד לאריטמטיקה, שהוציאו הנאצים לתלמידים בבתי ספר יסודיים. בספרים אלה נכללו שאלות כגון "כמה יחידות דיור לזוגות צעירים ניתן לבנות בכספים שמוקצבים לטיפול באנשים בעלי פיגור שכלי או חולי-נפש". השיעורים לתלמידים חרנו ממסגרת האריטמטיקה ונועדו להביא להגדרה מחדש של ערכים חברתיים. שנים רבות לפני שהחלו הגרמנים להשמיד יהודים הונהגה פרוגרמה נרחבת של "הריגה מתוך רחמים" שהופעלה על בעלי פיגור שכלי וחולי-נפש. רבבות אנשים, ארים טהורים, הומתו בגרמניה בחשאי, על בסיס עקרונות של תועלת. ואכן הנהלים האלה שימשו כר לימוד לתכניות העתידיות להשמדה יהודית.

אלכסנדר הצביע על הסתירה הקוטבית בין אותם עקרונות תועלתיים לבין מה שנראה בעיניו כעקרונות מערביים, שביסודם עומדת החשיבות של כל יצור אנוש, מבלי שחשיבות זו תהיה תלויה בתרומתו לחברה.

בכל הנוגע לניסויים בבני אדם, היוו עקרונות נירנברג את הקוד הבינלאומי הראשון בתחום הזה. ועם הזמן תוקנו, הורחבו והתפרסמו כ"מסמך הלסינקי" וכמניפסטים אחרים. התקופה הנאצית, על כל מוראותיה, תרמה בסופו של דבר תרומה חשובה והשאירה חותם בל יימחה על היסודות של האתיקה הרפואית.

הבה נבדוק את הכיוונים שבהם התפתח התחום הזה מאז הווצרותו ונבחן את תוצאות הלוואי של השינויים שחלו בו.

דניאל קאלאהאן עמד בראש ה - Hastings Center. זהו אחד המרכזים החשובים בארה"ב, ואף בעולם כולו, בתחום האתיקה הרפואית. קאלאהאן סקר את ההתפתחויות של התחום הזה וציין כי "השינוי היותר משמעותי בעשורים האחרונים הוא ביסוס האופי החילוני של הביו-אתיקה"⁸.

לידת התחום של הביו-אתיקה בארה"ב, בשנים 1966-1974, הושפעה מכמה אנשים ובהם תיאולוגים פרוטסטנטים חשובים. המסורות היהודית והקתולית התמודדו כבר מזמן עם בעיות של ביו-אתיקה, אשר עוצבו בשפה מודרנית במאמרים שכתבו עמנואל יעקובוביץ, ריצ'רד מק-קורמיק וצירלס קוראן.

בפרק זמן קצר, תוך שהביו-אתיקה צוברת תאוצה, הצטרפו אליה עורכי-דין ופילוסופים. ואכן אחת האמירות היותר מצוטטות, בדבר לידת הביו-אתיקה נאמרה ע"י פילוסוף ידוע Stephen Toulmin: "הרפואה הצילה את חיי האתיקה"⁹. הפילוסופיה של האתיקה, אשר החלה להתוון באמצע המאה ה-20, ניצלה מאלמוניות הודות לשאלות שהוצבו בפניה ע"י

הרפואה והטכנולוגיה המודרנית.

בועדות ציבוריות ראשונות שעסקו בבעיות האלה. היה ייצוג רציני של העולם הדתי. ואילו בועדות דומות בשנים האחרונות נפקד מקום התיאולוגים כמעט כליל, וכך נדחק הקול הדתי לשוליים.

לפני כמה שנים כתב Stephen Carter, פרופסור למשפטים באוני' ייל, ספר בעל מסר חד: The Culture of Disbelief. הספר מאשים כי ארה"ב הקימה מבנה פוליטי ומשפטי אשר מיזערו את הדת ובעצם הדיחו את הדת מן היכולת להשפיע על היווצרות של מדיניות סוציאלית. התיזה העיקרית בספר מציעה הסבר לפיו כל מה שהתרחש בתחום הביו-אתיקה, כמתואר במאמר, משקף תופעה הרבה יותר רחבה, אשר משפיעה על החברה האמריקאית בתחומים רבים.

אמריקה היא חברה פלורליסטית ועלינו להודות כי בחברה כזאת קשה לעיתים להגיע לקונצנזוס בשאלות חברתיות ופוליטיות מרכזיות. Tristram Engelhardt, מן המובילים שבין אנשי האתיקה החילוניים. סבור כי ניתן להגיע לקונצנזוס רק במספר קטן של נושאים בביו-אתיקה. הוא מרחיק לכת וטוען כי יש רק שני חוקי יסוד שניתן לאמץ: הראשון - אין אדם רשאי לנצל את זולתו ללא הסכמה. והשני - אדם חייב לקבל את זכותם של האחרים להחליט באורח חופשי ובבלתי תלוי לגבי העדפותיהם המוסריות. לכן, על פי השקפתו של אגלהרדט¹¹ העיקרון המוסרי הראשון ששולט בחברה שלנו, לרבות בתחום הביו-אתיקה, הוא אוטונומיה אישית. אוטונומיה זו - כערך עיקרי - צועדת יד ביד עם המסורת האמריקאית של עצמיות ועם ה - Zeitgeist (רוח התקופה) של המאה העשרים. מכאן, שאין פלא כי ארה"ב מובילה באימוץ השקפה זו.

בעשורים האחרונים התפתחה אסכולה דומיננטית בתחום הביו-אתיקה, וארבעת העקרונות הראשיים בה, הם: עשיית הטוב; התרחקות מהסבת נזק; כיבוד האוטונומיה של הזולת; כבוד והגינות ביחס אל הזולת. ארבעת העקרונות האלה, אשר כונו בבדיחות הדעת "המנטרה של ג'ורג'טאון", משמשים לניתוח וירטואלי של כל דילמה או נושא בביו-אתיקה.

בתיאוריה אין הנחיות כיצד לנהוג כאשר - במקרה מסוים - שני עקרונות סותרים זה את זה (כפי שקורה לעיתים מזומנות). אולם במציאות עקרון האוטונומיה מאפיל לעיתים קרובות על שלשת העקרונות האחרים, והדבר מתבטא בדרכים שונות.

עקרון אחד שהעדרו מורגש, הוא הגנה על חיי אדם. השמטה זו אינה בשוגג אלא היא חלק של מגמה פילוסופית. ולא פעם,

כאשר העקרון הועלה במפגשים מקצועיים, הוא נדחה.

לאימוץ הכיוון החילוני באתיקה הרפואית, היו השפעות שליליות, במיוחד מנקודת ראות יהודית דתית, ואת ההשפעות האלה נבחן. ייתכן והתוצאות של ההשפעות האלה בוששו לבוא ואולי אף לא אובחנו ע"י המשקיף הממוצע. אך מאידך הן מתקדמות באופן מתמיד.

אם מחפשים מאפיין בולט של היהדות על כל סוגיה, אזי רואים בעליל כי היהדות מדגישה את חשיבות החיים, בוודאי יותר מאשר האמונות האחרות שצמחו ממורשת אברהם: הנצרות והאיסלם. ההשקפה של קדושת החיים ולמען החיים אומצה על ידי הנצרות והאיסלם, אך לא במידה כפי שעשתה זאת היהדות.

הרעיון של קדושת חיי אנוש מבוטא בבהירות במשנה (סנהדרין): "ולפיכך נברא האדם יחידי. ללמדך כי המציל נפש אחת, כאילו הציל עולם מלא. וכל המאבד נפש אחת, כאילו איבד עולם מלא ושלא יאמר אדם לחברו: אבא גדול מאביך"¹³. דגש זה על מיוחדות והיחוד של חיו איש אחד, חזר והודגש ע"י חברים רבים שעסקו באתיקה הרפואית היהודית, במונחים שהייתי מגדיר כ"מיתוס" של הערך האין-סופי של חיי אדם, כאשר גם לרגע אחד של חיי אדם, יש ערך אין-סופי. ולחיים יש ערך שאינו ניתן לחלוקה, וחשיבות מקסימלית¹⁴.

הדגשה זו של קדושת חיי האדם, היא בסופו של דבר הבסיס של רוב ההגות הנוצרית¹⁵ והמוסלמית. המורשת היהודית - נוצרית ייחסה במשך הדורות חשיבות רבה לחיי אדם. אין עורר כי החשיבות המיוחדת לחיי אדם שונה בתכלית מהחשיבות של בעלי-חיים אחרים. השוני כמעט שאינו זקוק להוכחה, ושורשיו בתנ"ך. האדם נברא "בצלם אלוהים" שלא כשאר בעלי החיים.

עם צמיחת הביו-אתיקה החילונית, עלתה לדיון שאלת העליונות של חיי אדם מחמת החתירה תחת יסודותיה. לדוגמה: ד"ר יהושע לדברג¹⁶, מי שזכה בפרס נובל, מסביר את תמיכתו בהפלות כי "העובר על פי כל אמות מידה אינו בעל שום תכונות אנושיות, יותר מאשר קוף שטרם נולד, או אפרוח", וכי "נקודת הפרדה מועילה בין אדם לבעלי חיים אחרים של האורגניזם המתפתח, עשויה להתרחש בערך לקראת השנה הראשונה של חייו, בעוד התינוק האנושי ממשיך בהתפתחותו השכלית, מתקדם לכיוון רכוש של שפת דיבור, ובהמשך נוטל חלק בפעילות גומלין עם אמו ועם החברה כולה". בוויכוח הזה מבהיר ד"ר לדברג כי אינו מטיף להמת

תינוקות כי "אנו כה מעורבים עם תינוקות, עד שמעורבות רגשית זו לבדה מספיקה כדי ליצור קו מפריד פרגמטי שאין להמנע ממנו".

סר פרנסיס קריק, אף הוא זוכה פרס נובל ברפואה, סבור כי הביולוגיה המודרנית מאלצת אותנו לאמוד מחדש את הערכים המוסריים ומציגה עמדה אשר לפיה יש לחדול המתייחסות אל חיי-אדם כקדושים¹⁷. הוא מציע לשקול בדיקה מחדש של ההגדרות המשפטיות של לידה ומוות. כאשר הלידה תוגדר אולי כשני ימי חיים, על מנת לאפשר לבדוק את היילוד ולוודא שהוא "ראוי להיחשב חלק מן החברה האנושית". הוא ממשיך וקובע כי מועד המוות הוא מוגדר אולי בגיל 80 או 85, כך שיימנע ממנו להעזר בציד רפואי יקר. על מנת לשכנע בני-אדם להעריך מחדש את ערכיהם המוסריים, הוא מציע לחנך את הילדים לא במסגרת דתית בצילה של אמת מדעית והשקפה מדעית מודרנית באשר למקום האדם בתוך היקום, בעולם ובחברה.

הפילוסוף Tooley¹⁸ כתב ספר חשוב על הפלה ועל המתת תינוקות. בספרו הוא טוען כי החרם שהטילה החברה המערבית על המנהגים האלה (הפלות, המתת תינוקות) מייצג סטייה ארעית ומקומית, וכי מרבית התרבויות, עוד משחר ההיסטוריה, ובכל העולם, סיגלו לעצמן הן את מנהג ההפלות והן המתת תינוקות, כפעולות ראויות מבחינה אתית.

פילוסוף ידוע אחר, Rachels, הוא המחבר של ספר חשוב אודות ההשלכות של תורת דרוין על ההפרדה בין האדם לחיה¹⁹. כיון שהאדם והחיה בנויים מאותו חומר גנטי DNA, וכיון שהאדם התפתח מן החיה, מאין הרשות להעדיף את האדם על פני החיה? Rachels טורח מאד לעצב עמדה משכנעת בענין ההבדלה בין האדם לחיה. קו המחשבה הזה הוליד אסכולה שלמה של לוחמים למען הזכויות של החיות. הם רואים במתן יחס מועדף לאדם, ביטוי של הפליה בלתי מוצדקת.

להסרת התייחסות בין אדם לחיה ישנן השלכות מעשיות מאוד. Dennis Prager, לשעבר מנהל מכון ברנדייס בקליפורניה והמגיש תכנית ראיונות ידועה בחוף המערבי, נואם לעיתים מזומנות בכל רחבי ארה"ב. הוא מספר כי מדי פעם בהופיעו לפני תלמידי בתי-ספר תיכוניים, הוא מציג שאלה לתלמידים: "ניחא שאתה מוצא את עצמך במצב שכלבך ואדם זר טובעים, ואתה יכול להציל רק אחד מהם. את מי תציל?" לדבריו, בכל המקומות שהופיע בהם, לפחות שני שלישי מן התלמידים העדיפו להציל את הכלב²⁰. כמה מן הקוראים עלולים להזדעזע למשמע הדברים, אבל קטני-אמונה רצוי שיחזרו על התרגיל הזה בחברה הקרובה שלהם.

אף אני בצעתי ניסוי כזה בביה"ס לרפואה שלי. לבית הספר הזה יצא שם של מוסד עם אוריינטציה הומניסטית. במשאל בין כל תלמידי ביה"ס לרפואה ענו 10% מהתלמידים שלי, רופאים בעתיד, כי יעדיפו להציל את הכלב. 17% נוספים התקשו להחליט בין האדם לכלב, ורבים מהם נסערו מעצם השאלה. 73% העדיפו להציל את האדם. תוצאות דומות נתקבלו בכמה כיתות בביה"ס לסיעוד.

Jean Davies, העומדת בראש אגודה בינלאומית למען המתת חסד, הכתירה מאמר מפרי עטה בכותרת "ואהבת לרעך ככלבך", וקבעה בכך כי אנו עלולים להתייחס בחסד אל חבר חולה, לא פחות מאשר אל הכלב שלנו. מכאן שעלינו להיות נכונים לגאול את אותו חבר מסבלו.²⁴

מאמר מעניין שקראתי בעיתון ישראלי, איפשר לי להציץ לתוך התנועה המתפתחת למען המתת חסד, והלחץ הגובר להקטין את המשאבים המיועדים לעזרה לקשישים. שתי המגמות האלה התעצמו במקביל לעליה הגדולה של התנועה להגנה על זכויות החיות.

מחבר המאמר סבר כי הצורך המקרי כביכול הזה נובע מאיזו פילוסופיה הדוניסטית-אינדיבידואליסטית. הפילוסופיה הזו רואה את ההגשמה העצמית ואת הסגידה של הפרט לעצמו כמטרה העיקרית בחיים. ואכן, אם האדם מתייחס אל ההנאות האישיות ואל מילוי התאוות כיעדים עיקריים, אזי כלב שעשועים אשר מסב לבעליו מידה רבה של הנאה עשוי לזכות בהעדפה ניכרת בהשוואה להורה קשיש או סבא, אשר עלולים בערוב ימיהם להוות מקור טרחה וטורדה רציני.

ככל שהעמקתי בדברים האלה חשבתי מה יקרה אם נשאל ילד נורמלי, בן שלש, האם יעדיף להציל מסכנה את ה"דובי" שלו או את אחיו הפעוט בן השנה. אני משוכנע כי מרבית הילדים יעדיפו את ה"דובי" על פני האח הקטן, כי ה"דובי" מסב להם הנאה בעוד האח הקטן, או האחות, מתחרים על תשומת לב של ההורים. זוהי תגובה מקובלת אצל גילאי שלש שנים, אבל אם היא נמשכת גם לתוך גיל הבגרות, הדבר מעיד כי משהו לקוי בהשקפת עולמנו.

אלה הן בעיות שחורגות מתחום התיאוריה. כאמור, בעולם המערבי מתגברת המגמה להכשיר המתת חסד. בהולנד זו כבר נורמה תרבותית מזה כמה שנים, והיא קיבלה עתה הכשר חוקי. ארצות מערביות אחרות פוזלות לעבר הולנד. אחדות רואות בהולנד מודל לחיקוי ואחרות מגיבות בגישה ביקורתית יותר.

הלקחים המופקים מהמצב בהולנד בלשון המעטה נתונים בוויכוח. אבל בעוד החשיבות הכמותית של מה שמתרחש בעשור האחרון שנויה במחלוקת²⁵⁻²², העובדות מדברות בעד עצמן. כאשר האפשרות של המתת-חסד מרצון הועלתה לראשונה לפני כמה שנים התומכים ברעיון הזה נטלו על עצמם כמה התחייבויות חד-משמעיות. אלה כללו דרישה כי המתת-חסד תינקט רק לאחר בקשות חוזרות של החולה, רק אחרי התייעצות עם רופאים נוספים, וכי כל מקרה ידווח בכנות לשלטונות.

במציאות אפילו התומכים ביותר נלהבים ברעיון, מודים כי המתת-חסד מתבצעת אף ללא בקשה והסכמה מדעת של החולה. ההתייעצות הנדרשת לא תמיד מקוימת ומרבית המקרים אינם מדווחים לשלטונות. עובדות אלה תועדו בהרחבה, ואינן מוטלות בספק. אולם הפרשנות למצב הזה, אכן שנויה במחלוקת. תחושת-הבטן שלי אומרת כי אם בחברה תרבותית, ממושמת והומוגנית כמו הולנד הוכח כי בעניין המתת חסד אי-אפשר לפעול בכפיפות להנחיות מוסכמות, אזי כנראה שאין מקום לצפות כי הנחיות כאלה תקוימנה בחברה אחרת. ד"ר Peter Admiraal, מן התומכים הנלהבים ביותר בהמתת-חסד בהולנד, הצהיר לאחרונה כי אינו מאמין שהמתת-חסד עשויה לפעול בצורה הגונה בארה"ב²⁶.

לרוע המזל, טיעון של המדרון החלקלק, אשר היה תכופות ללעג בפי פילוסופים מקצועיים, מוכח לעיתים קרובות כתקף. אביא עוד שתי דוגמאות "טריות" להמחשה:

בשנת 1988 התכנסה במדינת ויסקונסין ועידה להכנת הנחיות כיצד להגיע להחלטות בדברי הענקת טיפול רפואי. השתתפו בוועידה 37 איש מעשר מדינות שונות, במטרה להגיע לתמימות-דעים בבעיה האתית שהזכרנו, במסמך משנת 1989 שפורסם בעקבות אותה ועידה נוסחה הפסקה בעניין המתת-חסד כך: "בקשות להמתת חסד תימצאנה מוצדקות אם הוגשו ע"י חולים כשירי-דין הסובלים קשות ואשר לא ניתן להקל את סבלם מחמת מחלה חשוכת מרפא. סוגיה נפרדת היא השאלה האם בקשתם צריכה להיענות. הכשר על פי חוק של המתה מכוונת של חולים, ע"י רופאים, נוגדת את טובת הציבור"²⁷.

לאחר מכן הופצה בעולם טיוטת המסמך וזכתה לתגובות של 152 קבוצות דיון ב 15 מדינות. בעקבות זאת היתה הוועידה בוויסקונסין אמורה לנסח את המסמך מחדש. ההערות שנתקבלו בעניין המתת-חסד לא הצביעו על רצון להפחית מחומרת ההגבלות. עם זאת במסמך המתוקן אנו קוראים:

"... בקשות להפסקת חיים באמצעות פעולה רפואית, ייתכן ותמצאנה מוצדקות מבחינה מוסרית, וזכאיות לשיקול דעת רציני; השאלה אם הכשר חוקי של הפסקת חיים מכוונת, בידי רופאים, רצוי שאלה זו צריכה לעמוד לבחינה בינלאומית מתמדת"²⁸.

מעניין לציין כי בין החולקים הבודדים על הנוסח הסופי הזה היו כל שלשת המשתתפים מישראל.

בתחום שונה - הגדרת המוות, קיים לחץ בלתי מתפשר לשינוי בכיוון אחר. תחילת העידן של השתלות לב, בשנות השישים, עודדה הסכמה כללית של הגדרת המוות, כרגע שבו מת כל המוח, במקום הגדרת המוות לפיה זהו הרגע כאשר הלב מפסיק לפעום. לחצים כלכליים, חברתיים ורפואיים, כמו במקרים של חולים שהוגדרו צמחים, גרמו לאיש אתיקה מפורסם אחד להציע פתרון חדשני: אם יוכנס שינוי בהגדרת המוות, וההגדרה תיקבע כי אדם שנמצא במצב כרוני של צמח יוכרז כמת, הרי שהבעיה "נפתרה", ואין צורך יותר ללכת בעקבות מה שהוגדר בחלקים גדולים של החברה המערבית הפסקת מתן נוזלים והזנה²⁹.

הועלתה הצעה אחרת, לפיה חולה שנתקף במחלת אלצהיימר בצורה חמורה, - אינו שונה ממי שהוגדר צמח³⁰. קשה שלא להסיק כי המישור אכן חלקלק ואף תלול.

חשוב להזכיר כי מושל מדינת קולורדו, Lamim, זכה לפני כמה שנים בכותרות בכל רחבי ארה"ב, כאשר עורר פולמוס בשאלת ה"חובה" של קשישים למות. ספרו של Callahan בענין מתן טיפול רפואי מוגבל לקשישים, זכה לתמיכה רבה³¹⁻³².

מה יכולים יהודים לתרום לחברה, בתחום האתיקה הרפואית? David Novak, מלומד יהודי מסורתי ושמרן, ערך ניתוח מעמיק של הנושא³³, והוא מגדיר שני מודלים:

הראשון בהבט קלאסי, והמאפיין את מרבית אנשי ההגות האורתודוקסים בתחום, פותח בהנחת יסוד כי ליחידים אכן ניתנה תורה משמיים, וישנו הסבר אמיתי אחד למרבית הבעיות של היום-יום. וההסבר הזה מחייב את היהודים. מכלול חוקים קטן יותר, חל על הגויים צאצאי נוח. ע"פ המודל הזה, אנשי האתיקה הרפואית מקבלים על עצמם את הפסקה ההלכתית של ברי-סמכא בתחום ההלכה, ומבהירים את העמדה היהודית לשאר העולם. מאידך, ברור כי אין שום סיבה כי מי שאינם יהודים, יאמצו את הערכים האלה, בהיות קהלם חופשי מכל התחייבות להנחות-היסוד שהוזכרו. בעיה דומה קיימת בקרב הנוצרים הקתולים, בבואם להפיץ את

המשנה של האפיפיור בבעיית מוסר.

גישה חילופית מתבססת על מושג של "חוקי הטבע" בשטח האתיקה. אני מבקש להמנע מדיון בדבר הויכוח הקיים בשאלה האם היהדות מכירה ב"חוק הטבע", אם לא. אבל במונחים פשוטים, מתבקש כי נורמות מוסריות אחדות תהיינה מקובלות על כל אדם רציונלי וע"י כך תוכלנה הנורמות האלה לשמש לחברה כיסוד לחיים בהסכמה. נקודת מבט זו מבטאת את ההשקפה של הוגים ליברליים ושל חילוניים הומניסטיים, ומצביעה על מערכת הנחיות אשר לאימוצן אין חובה לקבל דת כלשהי.

Novak מציע אלטרנטיבה שלישית. אשר על פיה היהדות פונה במונחים דתיים אל ציבורים רחבים, והיא עושה זאת תוך איחוד השורות עם דתות אחרות, הדוגלות אף הן באמונה באל אחד. ערכים כאלה, כאשר הם מוצגים לא כנחלת היהודים בלבד, אלא כמעט כערכים דתיים אוניברסליים, וכשהם נובעים מקואליציה רחבה של דתות, עשויים להשמיע באזני הציבור צלילים יותר קלים להאזנה והפנמה.

אין ספק כי קולות כמו אלה של הילארי קלינטון ושל אמיתי עציוני³⁴. הביעו התנגדות להענקת חשיבות-יתר לפרט ולזכויות הפרט, לתחושה שאוחזת בנו של הסתגרות והתנתקות מן החברה, האגואיזם הפושה, רדיפת התענוגות והאכזריות המשתלטת על החברה המערבית.

תחושת הסכנה הזו מהדהדת אף בישראל ומוצאת ביטוי במאמר של אחד יאיר שלג³⁵. לטענתו אנו לכודים ברשת של אינדיבידואליזם ובה בעת החברה הישראלית צועדת במהירות לתוך עידן של פוסט-מודרניזם, פוסט-ציונות ופוסט-יהדות, וייתכן שהיא כבר נמצאת בתוכו.

אם אנו היהודים מכבדים את הערכים המקודשים של היהדות ומעריכים את תרומתנו לעולם במשך הדורות, אזי חובתנו כלפי החברה שאנו חיים בתוכה לעודד ולהפיץ את הערכים שלנו, לא ברוח הפונדמנטליזם שסוחף עמו היום חלקים גדולים של העולם, אלא על ידי ייעוד ושליחות המבוססת על יראת האל, ואשר גם אמונות אחרות תוכלנה לחלוק אותה עמנו.

הלורד עמנואל יעקובוביץ שהיה הרב הראשי ליהדות בריטניה, הצביע על העובדה כי ציבורים גדולים בעולם יכולים לחלוק עמנו את הערכים של האתיקה הרפואית היהודית. כמה מן המרכיבים של אתיקה הרפואית נושאים את החותם של הדת והמסורת היהודית, ואזכור כמה מהם, להמחשה:

K. Vaux ed., pp. 146-194.

16. Lederberg, Joshua., (1967), "A Geneticist Looks at Contraception and Abortion." *Ann. Int Med* 67 Suppl. 7, pp. 25-27.

17. Editorial. (1968), *Logic of Biology*, *Nature* 220:429.

18. Tooley, M., *Abortion and Infanticide*, Oxford University Press, London, 1986.

19. Rachels, T., *Created from Animals: The Moral Implication of Darwinism*, London: Oxford University Press, 1990.

20. Prager, Dennis., (1990), "Little Events That Changed My Thinking," *Ultimate Issues*, 6, 15-16.

21. Davies, Jean., (1991), "Love Thy Neighbor as Thy Dog," *World Right to Die Newsletter*, 18, 4.

22. Battin, M., "A Dozen Caveats Concerning the Discussion of Euthanasia in the Netherlands," in *Essays in Bioethics on the End of Life*, New York: Oxford University Press, 1994.

23. Gomez, CF., *Regulating Death: The Case of the Netherlands*, New York: Free Press, 1991.

24. Van der Maas, P.J., Van Delden, J.J.M. and Pijnenborg L. (1992), *Medical Decisions Concerning the End of Life*, Amsterdam: Elsevier Science Publishers, 1992.

25. Van Delden, J.J.M., Pijnenborg, L. Van der Maas, P.J., (1993), *The Rummelink Study-Two Years Later*, Hastings Center Report. 23, no. 6: 24-27.

26. Admiraal, Pieter., *Personal Communication in Comments at Fifth International Congress in Ethics in Medicine*. 31 Aug.- 3 Sep. London, U.K.

27. Stanley, JM., (1989), *The Appleton Consensus: Suggested International Guidelines for Decisions to Forgo Medical Treatment*. *Ugeskr Laeger* 151: 700-706.

28. Stanley, JM., (1992), *The Appleton International Conference: Developing Guidelines on Decisions to Forgo Life-Prolonging Medical Treatment*. *J. Med. Ethics*. 18, Supp 1-22.

29. Wikler, D., (1988), *Not Dead, Not Dying? Ethical Categories and Persistent Vegetative State*. *Hastings Center Report* 18: 2. 41-47.

30. Emmanuel, EJ., (1988), *Should Physicians Withhold Life-Sustaining Care for Patients Who Are Terminally Ill?* *Lancet*: 1, 106-108.

31. Callahan, Daniel., *Setting Limits: Medical Goals in an Aging Society*. New York: Simon and Schuster, 1991.

32. Callahan, Daniel., *What Kind of Life: A Challenging Exploration of the Goals of Medicine in Our Changing Society*. New York: Simon and Schuster, 1991.

33. Novak, David, (1990), *Bioethics and the Contemporary Jewish Community*, in *Hastings Center Report*, Special Supplement on Theology, Religious Traditions and Bioethics, no. 4. Pp. 14-17.

34. Etzioni, Amitai., *In the Spirit of Community: Rights, Responsibilities and the Communitarian Agenda*, New York: Ingram Publishers (Bowker), 1993.

35. Shaleg, Yair., (1993), "In the Post-Values Period," *Niv Midrashia*, V; 24-25, pp. 315-328.

1. תכלית חיי האדם על פני האדמה, היא לחיות על פי קווי ההתנהגות שניתנו משמיים.

2. ערכים עצומים חבויים בתוך עצם החיים. לשמירת החיים יש חשיבות מוסרית גדולה.

3. החיים של כל בני אנוש - שווים.

4. חיינו אינם רכושנו הבלעדי.

עקרונות אלה יכולים וחייבים להשמע כקול היהדות, ובהשמעתם יחד עם קולות של אנשים אחרים, שאף מוטרדים ע"י הצורך לשמר ולעצב מחדש חברה ועולם, כפי שהטיפו הנביאים והחכמים, מייצגים את דמות העולם שאנו רוצים לחיות בו.

מקורות

1. Pellegrino, Edmund D., (1993). *The Metamorphosis of Medical Ethics a 30 Year Retrospective*. *JAMA* 269: 1158-1162.

2. Jonsen, Albert J., ed. (1993). *The Birth of Bioethics Special Supplement Hastings Center Report* 23, no. 6. Pp. sl-sl5.

3. *Religion and Medical Ethics: Looking Back and Looking Forward*. Conference at University of Texas Medical Center Institute of Religion. Oct. 22-24, 1993.

4. Callahan, Daniel., Campbell CS., eds (1990)., *Theology, Religious Traditions and Bioethics*. Special Supplement no.

4. *Hastings Center Report*. Pp. 2-4.

5. *Babylonian Talmud, Mishnah, Kiddushin* 4: 14.

6. Annas, George J., (1994). Book review of *Spare Parts: Organ Replacement in American Society* by Renee Fox and Judith P. Swazey. *Ann. Int Med* 120; 252.

7. Alexander, Leo., (1949). "Medical Science Under Dictatorship." *New England Journal of Medicine* 241: 39-47.

8. Callahan, Daniel., (1990). *Religion and the Secularization of Bioethics in Hastings Center Report*, Supplement on Theology, Religious Tradition and Bioethics, pp. 2-4.

9. Toulmin, Stephen., (1982). "How Medicine Saved the Life of Ethics," *Perspectives in Biology and Medicine* 25: 736-750.

10. Carter, Stephen L., *The Culture of Disbelief*. New York: Basic Books, 1993.

11. Engelhardt, H. Tristram Jr., *The Foundations of Bioethics*. New York: Oxford University Press, 1986.

12. Beauchamp, Tom L. and Childress, James F., *Principles of Bio-medical Ethics*. 3rd ed., New York: Oxford University Press, 1989.

13. *Babylonian Talmud, Mishnah, Sanhedrin* 4: 5.

14. Jakobovits, I., *Jewish Medical Ethics*. New York: Bloch Publishing Co., 1959

15. Thielicke, H., (1970), "The Doctor as Judge of Who Shall live and Who Shall Die?" *Medicine Technology and Ethics*,

אתיקה רפואית

מוסר כליות - השתלות מהחי

יום עיון לזכר עו"ד אליהו זילצטר ז"ל, ביום 22.1.1999

השתתפו בפנל:

ד"ר יצחק ברלוביץ - מנהל שירותי הבריאות במשרד הבריאות

פרופ' זבי שפירא - מנהל מחלקת ההשתלות בבית"ח בילינסון

פרופ' ערן דולב - יו"ר ועדת האתיקה של הר"י

פרופ' אברהם שטינברג - ראש המכון לאיבחון נוירולוגי,

ביה"ח שערי-צדק

פרופ' אסא כשר - אוניברסיטת תל-אביב

עו"ד חיים אפרימה

עו"ד ארנה לוין

המנחה היה עו"ד אלי זהר, חבר הנהלת האגודה לרפואה ומשפט בישראל

אלי זהר: היתה לי התלבטות לגבי הצגת הנושא ולגבי הגישה לחבורה של אנשים שמעורה ברפואה משפטית ויודעת איך להתייחס אליה. ואז התגלגל לידינו ספר באנגלית, THE JUDGE, שנכתב על ידי סופר בשם בריל שטרן. ככל שקראנו בו יותר הבעייתיות של הספר הלכה והזדקרה לעיניים וכל מי שקרא אותו סיפר שהיה לו לילה ללא שינה.

מדובר בסיפור של אב שהיה לו ילד מפגר. האב נפגע ונוזק להשתלת כליה, ולאחר שהרופאים נוכחו שהדיאליזה כבר לא עוזרת, האב עתר לבית המשפט וביקש שיתירו לו השתלת כליה של בנו המפגר מן הטעם שהוא כאפוטרופוסו, הוא היחיד אשר מסוגל לטפל בילד.

בית המשפט החליט להתיר השתלה של כליה של הילד אצל האב. ופסק דין נכתב. ממש לפני הביצוע של ההשתלה, פנתה אגודת חברים לבית המשפט יחד עם היועץ המשפטי, לעשות רוויזיה של ההחלטה. השופט ישב והתלבט והתלבט והתלבט, והחליט שהוא עומד על דעתו. טובת הילד וטובת האבא וטובת הסיטואציה מצדיקה שההשתלה הזאת תבוצע.

העניין הגיע לבית המשפט העליון. אתה קורא את הספר ואינך יודע, על בית משפט עליון של איזה מדינה ובאיזה עם

מדובר. ואתה מפליג בספר דמיוני ואתה לא יודע אם אתה קורא ספר של בריל שטרן או של גרישם. הנה, ספר שהולך ומתפתח ומגיעים לבית המשפט העליון. ושם יושבים חמישה שופטים ומנתחים את הסוגייה, ומנתחים אותה לעומק, ומתלבטים בבעיה ובסופו של דבר הם אומרים כי ראשית לא צריך לקבוע הלכה עקרונית. מספיק לקבוע לגופו של העניין. דבר שני: לגופו של העניין צריך לשקול לא לפי טובת האב שזקוק לכליה, אלא בעיקר לטובת הילד שהוא פסול דין, ואי אפשר לקבל החלטה עבורו אלא האפוטרופוס - קרי האבא שזקוק לכליה - ובית המשפט.

בית המשפט מנתח וממשיך ומנתח את הבעיה, בהרבה כאב לב, בהתייחסות רגישה מאוד לעניין ומחליט לקבל את הערעור ולבטל את פסק דינו של בית המשפט הנמוך יותר, ולא לבצע את ההשתלה.

רק מי שעוסק בנושא הזה מכיר שבעצם מקרה כזה קרה לנו בארץ, בבאר שבע. וזה פסק הדין הידוע של אלמוני נגד היועץ המשפטי. פסק הדין של חמישה שופטים, וקוראים את פסק הדין ורואים באמת ניתוח מעמיק, בדיוק כמו שכתוב בספר. אבל אנחנו קוראים את פסק הדין והולכים איש איש לדרכו. והסופר מפליג בסיפור ומספר מה קרה להם אחר כך, אחרי פסק הדין, אחרי ההכרעות המלומדות.

הסתבר שהאב לא החזיק מעמד הרבה זמן בדיאליזה, ונפטר. הבן אושפז במוסד ומצבו הלך ורע. לימים האמא שלא היתה ביכולת לטפל בעצמה, בהיותה פסולת דין, נכנסה למוסד, נתנה לילד סוכריות מורעלות, הרעילה אותו והרגה אותו והתאבדה.

וכך בדרך מאוד דרמטית נגמר הספר. ואני התלבטתי אם להביא אותו לדיון הזה או לא. והבוקר פגשתי פה את הסופר. ומדובר בדרי' שטרן שאיננו עוסק בתחום הזה, אלא בגינקולוגיה, אבל איתרע מזלו או התמזל מזלו, כל אחד יכול לנסח את זה איך שהוא רוצה. הוא היה שכן של המשפחה הזאת. הוא ליווה את הסיפור, והוא הכיר את האבא, ואת האמא שכבר איננה, ואת הילד שגם הוא כמסתבר כבר איננו. והוא כתב את הספר הזה.

מכיוון שהוא כתב את הספר ומכיוון שהוא כאן ומכיוון שפתאום הסיפור האמיתי שלנו עומד לפנינו, ראיתי צורך לספר אותו מפני שהוא מכניס אותנו מייד לעומקה של החוויה שבה אנחנו עומדים לעסוק היום. כשאין מטריה רפואית משפטית שאליה מתנקזות כל כך הרבה בעיות אתיות, משפטיות, חברתיות ואנושיות כמו זו שעוסקת בהשתלת איברים.

אין כמעט נים בנפשנו שאיננו ניצת כאשר אנחנו נתקלים בשאלות המאוד דרמטיות, ונדמה לי שהסיפור הזה מדגים את הדרמה שבאירועים שמעורבים בהם אנשים חיים אשר חייהם תלויים לפנייהם, כמו בנושא של השתלת איברים. מכל הנושאים שכבר עסקנו בהם, זה נראה לי הדרמטי ביותר. וזה בעצם אחד הנושאים הכמעט בודדים שבהם כל הדיסציפלינות חוברות יחד, כדי לנסות ולמצוא פתרונות למסכת שהיא כל כך מורכבת. הרופא, עורך הדין, השופט, הפילוסוף, הפסיכולוג, הרב. לכל אחד יש פרק ונתן בהכרעה שבה אנחנו עומדים לדון היום, ההכרעה בדבר השיקולים למצוא את הדרך הנכונה והראויה לבעיה כל כך קשה.

לצורך הדיון בנושא הזה כינסנו הבוקר תחת קורת גג מכובדת זו אנשים מדיסציפלינות שונות ועשינו מאמץ להביא לכאן את האנשים הבולטים ביותר שניתן היה להביא לדיון בנושא הזה. ואני מבקש להזמין אותם אל הבמה. את **ד"ר יצחק ברלוביץ** מנהל שירותי הרפואה במשרד הבריאות. את **פרופסור זכי שפירא** מנהל יחידת ההשתלות בבית חולים בלינסון. את **פרופסור ערן דולב** ראש לשכת האתיקה של ההסתדרות הרפואית ומנהל מחלקה פנימית בבית החולים וולפסון. את **פרופסור אברהם שטיינברג** שהוא ראש המכון לאבחון נזירולוגי בבית חולים שערי צדק וחתן פרס ישראל, ועל זה מגיעות לו גם ברכות וגם מחיאות כפיים. את **פרופסור אסא כשר** מאוניברסיטת תל-אביב, שנדמה לי שלא זקוק לכל הצגה נוספת, שיד לו בהעמדתו על המקום הנכון בהרבה מאוד תחומים מתחומי האתיקה. נמצאים איתנו גם וישתתפו בפנל **עו"ד חיים אפרימה** שעוסק באופן ישיר וממשי בתחום ההשתלות, **ועורכת דין ארנה לין** שלבד מהיותה עורכת דין בולטת ומוכשרת היא גם שותפה שלי, וזה חשוב בפני עצמו.

לכל האנשים שנמצאים על הבמה יש זיקה אל הנושא הזה כפי שעוד נשמע בהמשך. רבותיי, בוקר טוב לכם. רציתי לפתוח בתמונת מצב קצרה. באמצעות פרופסור שפירא, אחד מבכירי הרופאים העוסקים היום בהשתלות בארץ, רציתי לברר מה בעצם ניתן להשתיל?

פרופסור זכי שפירא: בוקר טוב. ותודה על הזמנתך. כל כך הרבה עורכי דין, זה מפחיד. ניתן היום להשתיל את אותם איברים שללא תפקודם לא ניתן לחיות אלא אולי בעזרת אמצעים מלאכותיים: כליות, לב, ריאות, כבד, לבלב, וניצנים ראשוניים גם של השתלת מעי לאותם חולים שאיבדו את תפקוד המעי. ניתן לשתול גם קרניות, עצמות ועור.

אלי זהר: ממתי משתילים כליות בעולם ובארץ?

זכי שפירא: החלום של השתלת איבר במקום איבר פגוע הוא חלום ישן מאוד. אנחנו מוצאים במאה ה-16 עדות לדמיון של השתלת רגל לאיש כנסיה שאיבד את רגלו. יש ציור מפורסם ב"פראדו" במדריד. ניסיונות ראשוניים נעשו כבר בסוף המאה ה-19 ובתחילת המאה הזאת, שהולך להיגמר, והם התבססו על השתלות של איברים שנלקחו מחיות.

ההשתלה הראשונה מאדם נעשתה ב-1933 על ידי רופא בשם בורווי, שנטל כליה מאדם שנידון למוות בגיליוטינה ושעתיים לאחר המוות הוציא כליה, שלמרבה הפלא אפילו עבדה מספר שעות.

השתלת הכליה הראשונה שהצליחה היתה ב-1954 בין תאומים זהים. לא התאפשר לבדוק את זהותם באמצעים שיש לנו היום על ידי רקמות, אלא לקחו אותם למשטרה ועל פי טביעות אצבע ראו שהם באמת זהים. ההשתלה הזאת היא הראשונה שהצליחה. ההשתלה הראשונה בארץ נעשתה ב-1964 על ידי פרופסור ארליך ברמב"ם בחיפה, ויומיים לאחר מכן על ידי פרופסור לוי בבלינסון. אחת הכליות עבדה 32 שנה.

אלי זהר: פרופסור שטיינברג, אני מבין שיש הבחנה בין איברים שמתחדשים ואיברים שאינם מתחדשים. האם היית חוצה לחדד את המשמעות של ההבחנה הזאת?

פרופסור אברהם שטיינברג: אני לא בטוח שההבחנה הזו כל כך משמעותית לצורך הדיון שלנו. זה נכון שאיברים מתחדשים. בעצם לא איברים אלא רקמות, כגון דם או תאי זרע או ביציות או מוח עצם. בוודאי שהדילמה האתית החברתית ההלכתית פחותה ביותר אם בכלל. לעומת זאת איברים שלא מתחדשים ומי שתורם אותם בין אם הוא חי ובין אם הוא מת, לא יראה אותם בגופו בצורה הזו, יכולה לעורר שאלות יותר קשות. אבל נדמה לי שהשאלות המהותיות לא תלויות דווקא באלמנט הזה.

אלי זהר: ללא ספק. ובכל זאת רציתי לדעת, פרופסור דולב, לגבי איברים שמתחדשים, מה העמדה האתית או מה התפיסה שלך לגבי רכישתם והיכולת לקנות אותם, לשלם עבורם?

אלי זהר: פרופסור שטיינברג?

עצם התרומה. התרומות צריכות להיות אלטרואיסטיות לכל דבר ועניין.

אברהם שטיינברג: אני מניח שאנחנו ניכנס לדיון הזה ביתר הרחבה בהמשך.

אלי זהר: רק לנושא של איברים. דווקא לגבי הדבר שנראה היה לך, שלא קשור לעניין שלנו כי אלה איברים שמתחדשים.

אברהם שטיינברג: לצורך הדיון אני חושב שהסמנטיקה חשובה. וההבדל בין מכירת איברים, מסחור באיברים לבין תמורה עבור תרומה, ההבדל הזה משנה את כל ה - set-up של המחשבה. ואני מציע שנדון בהבדלים שביניהם ובהתייחסויות השונות ולא כמקשה אחת, כי לפי דעתי האישית גם מבחינה מוסרית ובוודאי מבחינה מעשית, יש הבדל בסמנטיקה הזו.

אלי זהר: ועדיין, פרופסור כשר, ככל שהדבר נוגע לתרומות דם, זרע, ביצית וכדומה, האם אתה רואה בעיה בקבלת תמורה, ונדבר אחר כך על השמות שלה. כל הגישה אל הנושא הזה.

פרופסור אסא כשר: אומר את זה בצורה מאוד בוטה, אני לא רוצה להתקרב ללגיטימציה למוסד העבדות. כאשר מדובר על עבדים, מדובר על מי שמכרו את מכלול היכולות שלהם והעמידו אותו לרשותו של זולתם. אני לא רוצה לראות את כל גופו של האדם מופקד בידי הזולת, אני לא רוצה לראות חלק מגופו של האדם נמכר לזולת. האדם הוא לא רכוש, איבריו הם לא רכוש, כל הרעיון שיש בתחום הזה קניין הוא בעיני רעיון בלתי מוסרי, וזה לא משנה אם מדובר על דם, זרע או כליה.

אלי זהר: מבחינתך בעצם אין הבחנה בין האיברים של האדם.

אסא כשר: מבחינתי להסתכל על חלק מן האדם או לאדם כולו כעל רכוש זה ביטוי קיצוני של פגיעה בכבוד האדם.

אלי זהר: כן, עורכת דין לין? רצית להגיב?

עו"ד ארנה לין: אתה ראתה שאני הורדתי כבר את המעיל. אולי זה לא נכון ואולי זה לא חוקי, אבל אני רוצה לדבר רגע

פרופסור ערן דולב: אנחנו הולכים תכף לעיקר. יותר מאוחר אביע את העמדה שלי נגד רכישת איברים בכסף, נגד קניית איברים. אבל מאחר וברפואה בכלל ובפרט במקרים הקיצוניים, אנחנו נמצאים בקונטקסט חברתי מסוים, אני חושב שצריך לעלות רעיונות כיצד לתגמל את אותה אוכלוסייה שמראש מוכנה שיקצרו את איבריה בבוא העת, אגודות כאלה ואחרות, אבל לא בצורת רכישה ישירה.

זכי שפירא: אם אפשר להתייחס לשאלה שלך, ההבדל בין איברים מתחדשים ולא מתחדשים הוא הסיכון שקיים בתרומת איברים מתחדשים או לא מתחדשים. לשם כך כביכול מותר ויש אפילו מסחר באיברים שמתחדשים, כלומר בדם, בזרע, בביציות, השכרת רחם וכו', ויש התנגדות אינסטינקטיבית לאיברים שאינם מתחדשים. לדעתי הדבר תלוי בסיכון. הסיכון היום לתורם חי, שתורם כליה, הוא כל כך מזערי שאפשר כמעט להתעלם ממנו.

אלי זהר: נגיע לזה יותר מאוחר, ונתרכז בכליה. בינתיים בכל זאת מעניין אותי מה עמדתו של משרד הבריאות לגבי סחר באיברים מתחדשים. דם, זרע, ביציות, וכל המסכת הזו שגם היא קשורה בהשתלה, בהעברת איברים.

ד"ר יצחק ברלוביץ: העמדה הפורמלית של משרד הבריאות, כפי שזה בא לידי ביטוי בהנחיות, אומרת שחל איסור תשלום על כל דבר ובכלל זה גם על איברים מתחדשים. אם בזמנו התאפשר לכאורה להפקיד פיקדון כספי עבור תרומות דם, גם זה נאסר. למעשה העמדה הפורמלית של המשרד אוסרת תשלום עבור כל איבר של אדם לכל צורך שהוא.

אלי זהר: אמרת עמדה פורמלית, ולא אמרת לנו מה עמדתך אתה מבחינת התפיסה שלך כרופא?

יצחק ברלוביץ: אני חוזר שוב. אני חושב גם כרופא, שעצם המסחר בחומר גנטי או בחלקים של גופו של אדם, אני רואה את זה כדבר שלילי. מאידך, כאשר אנחנו מבינים את הצורך לתת איזה שהוא פיצוי מכיוון שיש מידה מסויימת של סבל, יש מידה מסויימת של גזילת זמן, של השקעת זמן, ועבור כך אני חושב שיש מקום לתת פיצוי, אבל לא כתשלום עבור

בשם העם. בא סטודנט. נותן תרומת זרע. מקבל כסף. אומרים לו תודה רבה. עושים שימוש בזרע שלו. אישה נמצאת במוסד שנועד לעזור לה בהפריה חוץ גופית. יש לה ביציות. שואלים אותה "גברת, את מוכנה לתרום את הביציות שלך?", היא אומרת "כן", והיא שמחה לעזור לנשים אחרות במצבה. היא מקבלת תמורה כספית. מה לא חוקי בזה? מה לא בסדר בזה? כל זמן שאנחנו נשארים בתחום הזה של איברים מתחדשים, זרע וביציות. מה רע לבקש תרומה, מה רע לתת תרומה, מה רע לקבל על זה כסף?

אסא כשר: מה רע בלתת תרומה? לא כלום. אדרבה. מה רע בלבקש מאנשים תרומות? לא כלום. צריך לעודד את הרצון לתרום. יש הרבה יותר אלטוריסטים ממה שחושבים, אבל יש פחות מידי אלטורואיסטים. ולכן בוודאי שראוי לעודד את התרומות וטוב מאוד עושה מי שתורם למען זולתו לשם שמיים. מצד שני, סחר הוא סיפור אחר. כאשר מדובר על סחר, כולל בתאי זרע וכולל בביציות, מדובר על הפיכת איברי האדם ורקמותיו והפיכת האדם לרכוש. צריך להבין שאנחנו יצאנו מן המצב הזה, שהאדם הוא חפץ. האדם הוא תכלית עליונה בפני עצמה. לא חפץ. יש לו חופש לעשות כל מיני דברים, אבל אי אפשר להפוך אותו למשהו שכל הקונספציות של הקניין שליטות בו.

כשאנחנו רואים שזה אכן מתקיים כשמדובר על תאי זרע וביציות, ולא מתקיים בכליות, השאלה היא מה צריך להקריב למה. האם צריך לשנות את החוק ולשנות את ההסדרים ולשנות את ההבנה המוסרית, כך שגם במקרים של זרע וביציות זה יהיה בחינם, או שמא צריך לכלכל את העניין ולגרום לכך שכל איבר יעמוד למכירה מפני שהוא כביכול רכוש.

אלי זהר: עו"ד אפרימה, אתה תהייה האחרון בסיבוב הזה. אנחנו עדיין רק בתחילת הדרך.

חיים אפרימה: רציתי לשאול את פרופסור כשר מה דעתו על אותו בן שכוונות עוני שהחליט לעזור למשפחתו ולעצמו ורוצה להתקדם בתחום האיגרוף, ועומד ומתחרה ונגרם לו נזק מוחי כתוצאה מזה שהוא רצה לשפר את חייו ולהגיע לאיזה שהם הישגים בתחום הספורט. מה דעתו על אותם כורים שמכלים את חייהם ואת בריאותם מתחת לאדמה בשביל להביא פרנסה למשפחתם. האם אין פה פגיעה בגוף שלהם, אין פה פגיעה במוח שלהם, באיברים שלהם?

אסא כשר: אנחנו רואים בזה דבר מגונה או בעייתי או פסול בחברה, ואנחנו רוצים להרחיב את מסגרת הדברים הדומים לו. כלומר להרחיב את משפחת הדברים המגונים או הפסולים או המפוקפקים.

אני בעד פעילות בכיוון ההפוך. בכל מקום שבו אתה רואה משהו פסול או מפוקפק או בעייתי, תחשוב על ההסדרים החברתיים הראויים למניעתו.

אלי זהר: אנחנו נגיע לעומק הדברים האלה מפני שבסופו של דבר אנחנו מתכנסים למציאות שבה האיבר היחיד שאפשר לשתול אותו גם מן החי וגם מן המת הוא הכליה. סליחה, אני מתכוון גם לחלק מן הכבד והריאה. כן, סליחה, סליחה, קיבלתי את כל התיקונים. אפשר גם מתורם חי וגם מתורם מת. ולכן אני רוצה רגע להתרכז בנושא של השתלות איברים מן המת. והמצב בארץ מראה כי יש מחסור. פרופסור שפירא, איך היית מאפיין את בעיית המחסור באיברים בסיטואציה הזאת?

זכי שפירא: כשבעים חולים חדשים על כל מיליון תושבים נוספים כל שנה למעגל של אי ספיקה כליתית סופנית, סופית, אשר דורשת את אחד הטיפולים דיאליזה או השתלה. אדם ללא תפקוד כליתי ימות תוך שבועיים אם לא יקבל טיפול על ידי דיאליזה או על ידי השתלת כליה. אין ספק בין הקולגים שלי שהשתלת כליה מוצלחת הינה הטיפול העדיף גם על דיאליזה מוצלחת, הן מבחינת תוחלת חיים והן מבחינת איכות חיים.

אלי זהר: רציתי לבקש ממך פרופסור שטיינברג, שתאמר לי איך אתה היית מאפיין את המחסור הזה? אני מבין שפרט למוח עצם, יש מחסור בכל סוגי השתלים. זאת נקודת מוצא. אני גם מבין שאספקות כליה ואיברים אחרים מהוות בערך 17-18 אחוז מהצורך. זה פחות או יותר מתאים למציאות?

אברהם שטיינברג: אינני יודע את המספרים המדויקים, אבל אני רוצה להעיר מספר הערות עקרוניות לשאלה הזו. ראשית - המחסור הזה קיים בכל העולם, זה לא מחסור אופייני למדינת ישראל. שנית - הסיבות למחסור מרובות, ואם רוצים לתקן את המצב צריך לתקוף כל אחד מהשרשרת שגורמת למחסור הזה. שלישית - במרבית המחקרים הסיבה העיקרית למחסור הוא חוסר האיתור של התורם הפוטנציאלי על ידי המערכת הרפואית. כאשר מאתרים אותו ומגיעים אל המשפחות, אחוז המשפחות המסרבות וגם זה חלק מן

המחסור, הוא יותר נמוך מאשר חוסר האיתור. ולכן אני חושב שבכל שלב ושלב של המערכת למציאת תורמים בין חיים ובין מתים, אבל כרגע אנחנו מדברים מן המת, אנחנו צריכים לספק את האינפורמציה הנכונה, כדי שהאנשים הנכונים יקבלו את ההחלטות הנכונות.

אלי זהר: סליחה, דר' ברלוביץ', לפי פרופסור שטיינברג זו בעיה ארגונית. כל העניין הוא בעיה ארגונית?

יצחק ברלוביץ': לא הכל. חלק.

אלי זהר: כן, חלק מהבעיה היא בעיה ארגונית, ואפשר יהיה לפתור את הבעיה של איברים להשתלה?

יצחק ברלוביץ': קודם כל אני חושב שאכן הבעיה בעיקרה היא ארגונית. ואנחנו הרמנו את הכפפה. במהלך השנה האחרונה נעשה רה-ארגון יסודי ביותר במערך ההשתלות במדינת ישראל, כאשר הדגש הוא בדיוק באותם התחומים שפרופסור שטיינברג הזכיר. כלומר קודם כל להעלות את מספר האיתורים באמצעות נציג בכל בית חולים או נציגה, מתאמת השתלות, בכל אחד מבתי החולים הכלליים במדינת ישראל. והפעילות הזאת נשאה פרי מעל ומעבר לציפיות, לפחות שלי.

במהלך השנה האחרונה הכפלנו את מספר האנשים שמועמדים להשתלה, מ-118 מאותרים ל-201. השיעור של ההיענות אומנם לא השתנה, אבל בסך הכל מספר האנשים שתרמו איברים עלה מ-42 בשנת 1997 ל-85 בשנת 1998, במילים אחרות, מספר הכליות שנתרמו במהלך 1998 הגיע מ-70 ב-1997 ל-143 במהלך 1998. כאשר זאת השנה הראשונה שמספר המצטרפים לתור הממתינים להשתלת כליה, קטן באופן משמעותי לעומת מספר האנשים שהושתלו במהלך השנה.

חיים אפרימה: קיימת בעיה ארגונית, ואני שמח שזה מתחיל להתארגן בארץ כמו שצריך. אבל אני חושב שזו לא הבעיה היחידה. הבעיה העיקרית היא בעיה של גישה, של חינוך האנשים לתרום. המצב אצלנו קשה. רק בשביל להמחיש לכם, אם בארץ מסתובבים אחוז וחצי מהאוכלוסייה עם כרטיס "אדי" בארנק, הרי במקומות אחרים כמו בספרד, מסתובבים כארבעים אחוז מהאנשים עם הסכמה לתרום את האיברים שלהם. ספרד זו דוגמא למדינה שבה המצוקה של ההשתלות כמעט ולא קיימת. ואנשים כמעט ולא ממתינים בתור.

זה קיים בכל העולם. אני מסכים עם פרופסור שטיינברג, אבל יש הבדלים עצומים ברמה של הבעיה. המצב בארץ קיצוני ביותר. המצב במדינות אחרות הרבה יותר טוב, בגלל חינוך ובגלל גישה.

זכי שפירא: קודם כל אני מסכים עם שלושת קודמי. אין ספק שיש פעילות ברוכה של משרד הבריאות, ואני באמת מברך על כך. ויש הכפלה של מספר ההשתלות בשנה האחרונה. אבל אני חייב להגיד שגם בארצות אחרות שבהן קיימת מצוקה, נעשה חשבון פשוט, שאם ינוצלו באופן אופטימלי ביותר כל התורמים הפוטנציאליים מן המת, עדיין הפער בין מספר המועמדים להשתלה לבין מצאי הכליות להשתלה במשך שנה ילך ויגדל עד כדי עשרים אחוז לשנה. התופעה של ירידה במספר המועמדים השנה, נובעת אולי בין השאר גם מהעובדה כי 60-80 חולים הושתלו בחו"ל באותה שנה.

אלי זהר: זאת אומרת, הבעיה היא, כמו שהזכיר חיים אפרימה, העובדה שמדובר בחינוך. פרופסור דולב, איך באינטראקציה עם המשפחות לגבי התרמה, מה העמדה היום, מה הגישה?

ערן דולב: אני חושב שבשנה האחרונה נעשו דברים יוצאים מן הכלל, אתה חש אותם בשטח. יש אינטראקציה אבל לא כאן מתחילה הבעיה. אני משער שבקהל כל מיני אנשים אומרים "רגע, 70 איש, מה הסיפור הזה, בשביל מדינת ישראל. מדינה שלא עושה מספיק או שמעודדת את תאונות הדרכים, מה הסיפור, אפשר היה לפתור את הבעיה הזאת בקלות". אבל פה חסר נתון מסויים. והנתון הוא שהמצטרפים אינם אותם אנשים שהושתלו בהם כליות לפני שלושים שנה וגם לא לפני עשרים שנה.

אם יבדקו את התפלגות הגילאים, אז ההשתלות הקלאסיות של מחלות כליות זיהומיות כאלו ואחרות, הולכות ונעלמות. אנחנו מדברים עכשיו על סוג אחר של סוף החיים ותחילת החיים. על מומים מלידה שאנחנו מנציחים אותם כבעיה חברתית וכלכלית ומוסרית. אנחנו מדברים על סוף החיים, שאנחנו דוחים אותו בכל מיני אמצעים ואמתלות. קיצורו של דבר אנחנו מדברים על קונטקסט חברתי ועל אמות מידה חברתיות ולא רפואיות. צריך להיות מודע לזה שהיום אנחנו עוסקים בכלל, הולכים ועוסקים בחולים אחרים, בגילאים אחרים, בבעיות אחרות. ואז אתה שואל את עצמך מי צריך להחליט ולשים את העדיפויות?

וכאן שוב, אני לא רוצה לעשות אנלוגיות מתחומים אחרים כי אפשר לגלוש בקלות. אבל משהו בחברה וכתוצאה מזה בעולם הרפואי, צריך להחליט או לתת המלצה למה בגיל 70 צריך לעשות הפריה חוץ גופית ולמה בגיל איקס? האם אותם המשאבים צריכים לעמוד לכל אחד? לא משום שאנחנו עוסקים פה רק בבעיה מוסרית, אלא כי זה מוכרח להיות על חשבון משהו אחר. וזאת הנקודה העיקרית.

אלי זהר: אתה בעצם מרמז על כך שלא נתקבלה החלטה אמיתית כנה רצינית אחראית, לבוא ולשים את זה בראש סולם העדיפויות על מנת גם לעודד את החברה, גם לחנך את המשפחות, גם לדבר עם האנשים. מה השורה האחרונה של מה שאתה אומר? את מי אפשר להאשים בועדת החקירה הבאה?

ערן זולב: לא להאשים. לראות מודלים. למה ועדות חקירה? לראות את המצב בפרחי הבר לפני שלושים שנה ומה המצב שלהם היום. ממי מתחילים את המניעה של תאונות ואת הנושא של השתלות? אבל חינוך לוקח הרבה זמן. השאלה היא מה אנחנו עושים היום.

אלי זהר: השורה האחרונה היא שב"אדי", כולם מכירים את הכרטיס הזה של הסכמה להתרמה שמצורף לרשיון הנהיגה. יש היום, אני לא יודע אם שמתם לב לנתון, אבל רק אחוז וחצי מהאוכלוסייה חותמים על זה. השאר לא חותמים. למה זה קורה?

ארנה לין: אני רק לומדת ממה שמלמדים אותי. יש אחוזים הרבה יותר גבוהים באוכלוסייה שהיו מוכנים עכשיו לתתם על הכרטיסים האלה, לו הם ידעו קצת מהנתונים שאנחנו שומעים כאן. אנשים באופן טבעי יכולים לתרום, להתנדב הרבה יותר ממה שקורה עכשיו. אלא מה, זאת בעיה שנתונה באפילה. זאת בעיה שלא הוצאה אל האור. מדברים עליה אותם במחשכים. מדברים עליה הרופאים, מדברים עליה אותם עורכי דין שנתקלים במצוקות אלה, אבל הציבור בכללותו לא נחשף לבעיה הזאת, אלא אם חס ושלום יש למישהו במשפחה בעיה. ואז, כתוצאה, כשמגיעים לבית החולים, ובן משפחה נפטר, זאת הסיטואציה הגרועה ביותר מבחינת המערכת הרפואית ובוודאי מבחינת המשפחה, ואז ניגשים לקרוב משפחה בעוד המת שוכב לפניו ואומרים לו "ועכשיו תסכים שיחתכו אותו ויתנו את איבריו למישהו אחר".

אלי זהר: מה אומר החוק על העניין הזה? תסבירי בשתי מילים.

ארנה לין: חוק האנטומיה והפתלוגיה מחייב את הרופאים לבקש הסכמה באותן סיטואציות רגילות שעליהן אני מדברת, ומאפשר למשפחה כמובן להתנגד. אף אחד שלא יגיע למצבים האלה, אבל, באמת קשה שכמגיעים למצבים האלה, להיות נדיב באותו הרגע בדיוק. זה הרגע הכי קשה להיות נדיב. זאת טרגדיה. כולם מבולבלים. אף אחד לא רוצה לקבל החלטה, והדבר הפלסטי שרואים בעין זה שאותו יקיר שהרגע נפטר והלך מאיתנו, חותכים אותו.

לעומת זאת אם כל אחד מהציבור יבין את הבעיה ויבין את המספרים, יבין את האחוזים, אזי אין שום סיבה, שלא נהיה כמו ספרד. למה אנחנו צריכים להיות פחות מספרד?

אסא כשר: עדיין אנחנו בנקודה החינוכית. אני רוצה להגיד שיש פה שני דברים שאפשר לעשות אותם במישור של חינוך הציבור, כדי לעזור לפתור את הבעיה הרפואית החינוכית הזאת.

צריך להיזהר מהרעיון של חינוך הציבור ואני לא רוצה להיות פטרנליסט עם נטיות טוטליטריות. אבל כאשר מדובר על מאמץ כדי לפתור בעיה רפואית שכמובן הכל רוצים לפתור אותה, אני חושב שמותר לדבר במונחים של חינוך הציבור.

קודם כל אני חושב שראוי לחנך את הציבור לכך שהחלטה על איבריו של אדם לאחר מותו היא בעיקר בידיו. קודם כל בידיו. וכאשר מדובר על משפחתו, היא משנית, אם היא שם בכלל. אני חושב שהמצב שבו האדם מצווה את איבריו לאחר מותו להשתלה, אבל באה משפחתו או בא בן משפחתו או בא בן משפחה רחוק שלו שנזעק, זה מצב בלתי נסבל מבחינת העקרונות הדמוקרטיים. אתה צריך להיות זה שמחליט והחלטתך היא בעניין הזה, אני לא רוצה להגיד סופית, כי אולי יש שיקולים אחרים, אבל בוודאי ששיקולי האידיאולוגיה של המשפחה בניגוד לאידיאולוגיה שלך, לא צריכים לקבל פה שום משקל.

אלי זהר: אורנה, למה אמרת שזה לא חוקי?

ארנה לין: על פי החוק, ברגע שאדם בחייו מסכים לתרומת איבריו אחרי מותו, המשפחה לא יכולה לעשות שום דבר נגד זה.

אלי זהר: פרופסור שפירא, פרופסור שטיינברג, אני חושב שלשניכם יש הרבה הזדמנויות להיתקל בזה. אתם יודעים על הרבה מקרים שאנשים בחייהם, בצוואה בחיים ציוו את איבריהם להשתלה?

זכי שפירא: אני מכיר את המקרה ההפוך. נתקלנו במספר מקרים שבהם היה כרטיס "אדי" שבו הנפטר ביקש לתרום את אבריו לאחר מותו והמשפחה התנגדה ולא נלקחו אבריו. אני רוצה רק להוסיף לפרופסור כשר, שהחוק בארץ בעניין הזה לא ברור, אבל בספרד או בבלגיה או בהולנד או בצרפת, ארצות שתרומת איברים מן המת היא מאוד מאוד נדיבה בהן, קיים חוק. כלומר הרופאים מניחים, שהתורם היה מסכים בחייו לתרום את איבריו והם לוקחים ללא שאלת משפחה או ללא חוק המכריח אותם לשאול את המשפחה.

אסא כשר: רציתי להוסיף עוד נקודה אחת. אני לא רוצה להתפתות ולדבר על החזקה, זה נושא מעניין וחשוב. אני רוצה להוסיף נקודה אחרת. כשאנחנו פונים אל הציבור, אני מרשה להגיד על עצמי "אנחנו" כי הופעתי בהרבה מאוד הקשרים להטפה בעניין הזה. אנחנו לעיתים קרובות מאוד מדברים במונחים. אנחנו פונים אל התורם ומבקשים אותו לחשוב על עצמו כתורם. אני חושב שיש פה טעות פסיכולוגית מבחינת האפשרות להגיע לתוצאות הרצויות. אתה צריך לבקש מהאנשים לחשוב על עצמם כנוקדים ולחשוב על השאלה מה הם היו רוצים שיהיה ההסדר החברתי כאשר הם במצב של נזקקות להשתלה, לא במצב שבו הוא לא זקוק להשתלה ומבקשים ממנו חסד. אם אתה זקוק להשתלה או קרוב משפחה שלך זקוק להשתלה, הרי מובן מאליו שאתה היית רוצה שיהיה הסדר כזה שהוא גם תקין מבחינת העקרונות המוסריים וגם אפקטיבי מבחינת האפשרות שלך להיעזר בו. אחרי שאתה תביע את דעתך על ההסדר הזה, אז אנחנו נבוא ונגיד לך "או קיי, עכשיו אתה רוצה בהסדר הזה, תצטרף אליו, לא רק מצד הנוקד כמוכן, אלא באופן מוסרי. אתה צריך להצטרף אליו משני הצדדים. גם מצד הנוקד וגם מצד זה שתורם".

אלי זהר: דר' ברלוביץ', איך קורה שבאירופה אנחנו לא שותפים להסדרים ואנחנו לא מצליחים להשתלב באף אחת מתוכניות ההשתלה שם, בארצות שבהן ישנם איברים במידה מספקת?

יצחק ברלוביץ': בענין הפעילות לגבי אירופה, אני חושב שהדבר הראשון הוא שאנחנו צריכים להיות ערים לכך, ולהיות מוכנים מבחינה כמותית, גם לשלוח איברים לאירופה. כל עוד שהמסגרות האלה לא היו, במספרים שהיו במדינת ישראל, לא התאפשר לעבוד במערכת משותפת ומשולבת, ואז לא היה טעם להיכנס למערכות אירופאיות. היום, כאשר אנחנו סוף סוף מגיעים לשיעורים שמתקרבים לשיעורים שמקובלים

במערב אירופה, אני חושב שיש על מה לדבר ואפשר יהיה גם להצטרף לתוכניות בינלאומיות של ההשתלות.

אני רוצה להתייחס לדברים שנאמרו קודם. דבר ראשון, למרות המצב כפי שאנחנו מתארים אותו של חינוך וחוסר חינוך וכן הלאה, שיעור ההסכמות בישראל לא נופל בהרבה משיעור ההסכמות המקובלות במדינות שאנחנו רוצים להיות כמותן. כלומר, אם אנחנו מדברים על הסכמות למעלה מ-50 אחוז בישראל, ובמדינות אחרות בסדרי גודל של 60 אחוז, זה לא מה שעושה את ההבדל.

אני רוצה להפנות את תשומת לבכם לעובדה שנושא ההשתלות לא יורד מסדר יומנו. וזה לא מקרי. ישנה מחלקת הסברה במסגרת המרכז להשתלות שבין יתר הדברים דואגת לכך שכמעט כל השתלה שמתבצעת במדינת ישראל, יש לה איזה שהיא סיבה להגיע לתקשורת, ובסופו של דבר אנחנו מביאים למודעות הציבור את המשמעויות ואת הערך הנוסף של השתלת איברים בישראל, ובכך בעצם אנחנו עושים את אותה פעולה של חינוך וכן הלאה.

אלי זהר: פרופסור שטיינברג, התרשמתי שאתה מסכים עם דברי דר' ברלוביץ' לגבי ההסכמה. ורציתי לקדם את הדיון לכיוון נוסף, בעזרתך.

אני מבין שאחת הסיבות שבגללן אין מספיק כליות היא שהצוות איננו מזהה מוות מוחי. ואני רוצה להקדיש טיפת זמן לנושא המוות המוחי במובן של הבנת הנושא וההתייחסות אליו. כי זאת לדעת, ואני אעשה את זה בקיצור כדי לחסוך שאלה, שאת האיברים צריכים לשתול תוך זמן קצר אחרי קצירתם. וקצירתם צריכה להיות תוך זמן מתאים לאור מצבו של הנפטר.

על רקע זה, מה היא בעצם הבעיה של הגדרת המוות המוחי, מהי המחלוקת בעניין הזה, ואולי כבר תסביר לנו את עמדת ההלכה, כי נדמה לי שהיא לא עשויה מעור אחד.

אברהם שטיינברג: זה באמת נושא מורכב, ואני לא יודע אם במסגרת של דקה או שתיים אני יכול בכלל להתחיל לדון בו. אני רוצה רק לדבר על העקרונות ולא כל כך להיכנס לפרטים.

ראשית, קביעת רגע מוות בתוך תהליך מוות, וזה אולי יישמע מוזר לחלק מהאנשים, היא לא קביעה רפואית. זוהי קביעה חברתית. ואני מתכוון לומר בזה כי אצל אדם שנמצא בתהליך

של מוות תאים שונים ואיברים שונים מתים בזמנים שונים. כאשר חצי גופו החי לא משנה כבר, ואנחנו קוראים לו משפטית חברתית מת, זו הגדרה חברתית ולא רפואית. בעצם אין למדע הרפואה כלים להגיד שאדם יוגדר כמת כאשר מוחו מת או לבו מת או ציפורניו מתו או כבדו מת. הדבר היחיד שהביולוגיה ומדע הרפואה יכולים לומר הוא: כאשר כל תאי הגוף מתו, האורגניזם הזה הוא מת. וזה כידוע לכם, קורה שלושה ארבעה ימים אחרי שהלב הפסיק לעבוד. אפילו בקבר יש עוד גדילה של חלק מהרקמות.

לכן השאלה האם מוות מוחי או מוות לבבי הוא הקריטריון הקובע להגדרת מותו של אדם, היא בעצם שאלה חברתית והיא שרירותית מבחינה מדעית. כמובן שיש לנו צורך בכלים מדעיים כדי ליישם את ההגדרה החברתית באופן מעשי. זאת אומרת אם נניח החברה מקבלת כי מוות של המוח כולו מגדיר את מות האדם, למרות שלבו וכבדו וריאותיו חיים לחלוטין וניתנים אפילו להשתלה לזולת, יבוא מדע הרפואה ויצטרך להוכיח שני דברים. אחד שהמצב הזה הוא בלתי הפיך, והשני - שהתנאים לכך יתקיימו בחולה המסוויי שלפנינו.

לגבי ההגדרה האם זה הלב או המוח או איזה שהוא איבר אחר, או פונקציה אחרת: עד לפני כשלושים ארבעים שנה היה מקובל בכל העולם שאדם יוגדר כמת כאשר הוא מפסיק לנשום וליבו מפסיק לפעום. לאור צרכים, ואני חושב שחשוב להעמיד את הדברים על דיוקם מבחינה היסטורית, לאור צרכים חל שינוי בהגדרה.

אלי זהר: איזה צרכים?

אברהם שטיינברג: שני צרכים עיקריים. האחד זה הנושא של יחידות לטיפול נמרץ, שבהן יכולים לשכב חולים במצב של מוות מוחי עם לב פועם הרבה מאוד ימים ושבועות ואולי לתפוס מיטה יקרה הדרושה לאנשים שיכולים להפיק ממנה תועלת גדולה יותר. והשני זה הנושא שלנו, הנושא של השתלות.

עד לתקופה הזו, זה לא היה כל כך משמעותי לאף אחד האם אתה מגדיר אותו כך או אחרת. עכשיו, בעקבות הצרכים, וזה מוכח באופן היסטורי, באה ההצדקה המוסרית, הפילוסופית, ההלכתית, החברתית. שאני לא כופר בה באופן אישי אבל אני יכול לראות אנשים שלא מוכנים לקבל אותה. לגבי עמדת ההלכה כפי ששאלת, יש מחלוקת בנושא הזה,

והמחלוקת היא מחלוקת פנים-הלכתית והיא עקרונית. היא לא מחלוקת שמתנגדת. ואולי פה ההזדמנות לתקן כמה קונספציות. מבחינת ההלכה לא רק שאין התנגדות לתרומת איברים, אלא יש חובה לתרום איברים. זה חלק מהמערך של פיקוח נפש.

אלי זהר: גם בתרומה, גם בתמורה?

אברהם שטיינברג: גם בתמורה ועל זה אני מניח שנדבר בהמשך. אבל אני מדבר עכשיו על העיקרון. העיקרון ההלכתי מחייב מבחינה הלכתית להציל חיי הזולת, ואם זה נעשה על ידי תרומה של איבר ממת או מחי, זו מצווה. הבעיה היא שאנחנו לא יכולים לקחת איבר מאדם חי, כאשר לקחת האיבר הזה תגרום למותו. זה מובן לכל אחד. והשאלה היא מתי עבר האדם ממצב של חי שאיננו יכול להיות תורם, למצב של מת שהוא מצווה להיות תורם. והגבול העדין הזה נתון לויכוח.

אלי זהר: והויכוח הזה בהלכה הוא בין אלה שקבעו שמוות מוחי הוא מוות לבין אחרים אשר לדעתם המוות הוא רק אחרי שהלב מפסיק לפעום. זאת החלוקה הגסה, אנחנו לא נוכל להעמיק בזה. אבל מה המשמעות, פרופסור דולב, מה המשמעות שאני נתקלתי בה בכל החומר שקראתי שהצוות הרפואי איננו מזהה מוות מוחי? האם הוא מתייחס למוות מוחי, או שהוא לא מתייחס לזה או שהוא לא מחונך להתייחס לזה?

ערן דולב: הצוות הרפואי מתייחס לזה ויש אמות מידה ופרופסור שטיינברג שהוא גם נירולוג מייצג פה דעה שכאילו קביעת המוות היא נושא חברתי והוא גורר אותנו לזה שקביעת המוות המוחי הוא נושא כלכלי, ואני לא יכול לקבל את זה.

אברהם שטיינברג: לא אמרתי כלכלי.

ערן דולב: חסרה מיטה, אז בוא נקבע ביותר קלות שהוא מת. זאת הגדרה כלכלית.

אברהם שטיינברג: זה היה תהליך ההיסטוריה, אני לא אומר שזהו השיקול היום.

ערן דולב: אני לא מקבל את זה.

אלי זהר: רבותי, בואו תסכימו להישאר במחלוקת, אבל בואו נציג אותה קודם.

ערן דולב: אני לא מקבל. להגדרת המוות המוחי יש אמות מידה. היה אפילו חוזר של מנכ"ל של משרד הבריאות. מתכנסת לזה וועדה. כאשר ברור כי מתקיימים תנאים מסויימים מבחינת תפקוד המוח שניתן להימדד בצורה כזאת או אחרת, הסיכוי שאדם יחיה שואף לאפס. ועל זה אנחנו מדברים. אלה הן אמות מידה. בשום פנים לא חברתיות, בוודאי שלחברה יש צרכים שאפשר להשתמש במידע הזה לטובת אלה שנזקקים.

אסא כשר: רציתי להגיד על זה מילה, שיש סכנה. אני מקבל את תחילת דבריו של פרופסור שטיינברג שאומר שהגדרת המוות היא לא עניין רפואי טהור, אלא שיש לו מימדים חברתיים, מימדים נורמטיביים. אבל צריך להיזהר מאי הבנה בתחום הזה.

כשאנחנו מדברים על תפיסה חברתית, אנחנו יכולים לחשוב על שאלות של טעם ערכי, נגיד ימין, שמאל, דתיים, חילוניים, וסוציאליסטיים, ליברליים וקפיטליסטיים. אלה הן שאלות שבהן יש לאדם טעם והטעם הזה נובע מתוכו והוא לא חייב הסבר לאף אחד. אני חושב שזה מודל מופרך מעיקרו להבנת ההבחנה בין חיים לבין מוות. אנחנו לא עושים משאל עם, ולא עושים סקר דעת קהל, עד כמה שהדברים האלה הם פופולריים, כדי לקבוע מה חושב העם בשאלה מה מבחין בין חיים למוות. אנחנו רואים בזה שאלה מקצועית, אם כי המקצועות הרלוונטיים הם לא רק המקצועות הרפואיים. אנחנו רוצים לפתח קונספציה של מה זה חיים, קונספציה של מה זה מוות, קונספציה של ההבחנה בין חיים למוות, ואותה אנחנו אמורים לבטא אחר כך בחוקים של המדינה, בנורמות של האתיקה הרפואית ובמקומות אחרים. זה בוודאי לא עניין שרירותי וזה בוודאי לא עניין של הטעם החברתי.

אלי זהר: האם אתה תומך בהבחנה שמוות מוחי הוא מספיק כדי להכריז על בן אדם כמת, לצורך ענייננו?

אסא כשר: אני רוצה להגיד על זה שני דברים. קודם כל בוודאי שההגדרה הזאת יש בה טעם. וכשאתה רואה את הנימוקים שהובילו אליה, היא לא שרירותית, והיא לא כדי שיהיו יותר מיטות בטיפול נמרץ. לו זה היה המוטיב אז המצב היה ממש בלתי נסבל והיה צריך לשכב על הכביש כדי לא לתת לזה לקרות. אבל יש לזה נימוקים הרבה יותר רציניים. ועוד משהו אשר נעלם מן הדיון הזה. השאלה מה אומרת הרבנות הראשית. אני אדבר עליה רגע בתור נציגת ההלכה. מה אומרת הרבנות הראשית מצד אחד, ומה אומרים בתי

החולים מצד שני, בקשר למוות מוחי. ויש פה איזה פער קל שאני יודע, אבל יתקנו אותי אם אני טועה, יש פה איזה פער שלא גושר, ושניתן לגישור, ואילו היו מגשרים עליו, היתה אפשרות לקבל יותר תרומות איברים מן המת.

אלי זהר: דר' ברלוביץ', מה מדיניות משרד הבריאות לטובת העניין הזה?

יצחק ברלוביץ': קודם כל לגבי השאלה הראשונה שלך לגבי הנושא של המודעות. אכן קיימת בעיה. והיא בראש ובראשונה בעיה של ידע. כלומר לא כל הרופאים יודעים את המשמעות של מה שנקרא מות המוח. ולא כל אחד יכול להבין, משום שבסופו של דבר במסגרת הלימוד השגרתי של רופא במדינת ישראל וגם בחו"ל, לימדו אותו לקבוע את המוות על בסיס של האמצעים הקונוונציונאליים של מות הלב והנשימה. והנושא של מות המוח זה קונספט יחסית חדש, שחלק גדול מהרופאים לא כל כך מודעים לו ואינם מאבחנים אותו במועד, ועל כך בעצם באה המערכת של המאתרות בבתי החולים במדינת ישראל, הן בעצם עוזרות ומביאות לתשומת לב הרופאים מידע על אותם אנשים שניתן יהיה לאבחן אותם, כמועמדים לאבחון של מות המוח.

אלי זהר: הן גם נפגשות עם המשפחה?

יצחק ברלוביץ': כן. הן גם נפגשות עם המשפחה.

אלי זהר: ואיך הן מתמודדות היום? אני מבין שלמשפחה יש מספר בעיות. מה שארנה אמרה קודם, ראשית, המת מונח לפנייהם. הדבר השני לא לפגוע בגוף המנוח. הדבר השלישי זה שאולי תהייה לימים תחיית המתים ואנשים ירצו לקום בגופם. אבל הדבר הרביעי מטריד אותי, הדבר הרביעי שקראתי מטריד אותי יותר מכל. המחשבה שמא יקירם, שאת גופו או אברים ממנו שהם הסכימו לתרום, יופקר ולא יטופל במסירות העמוקה והחזקה והמועילה ביותר כדי שלא יהפוך להיות מקור לשקלים.

יצחק ברלוביץ': כל הנקודות שאתה מעלה הן בדיוק אותן הנקודות שהמתאמות בבתי החולים אמורות להעביר כמסר למשפחות: שהאבחנה של מות המוח היא אכן אבחנה לכל דבר ועניין, ושאת כל הטיפול גם בגופה לאחר המוות ייעשה בכל הכבוד הראוי, ובסופו של דבר האיברים שיוצאו ישמשו למטרה שלה הם נועדו. כך שאלה המסרים שהאנשים האלה מעבירים לכל אורך הדרך.

בשאלה השנייה, לגבי הנושא של הבחנת מות המוח. אני מקבל את מה שאתה אומר. כלומר אני חושב שאנחנו אמורים לטפל בזה וזה תפקידנו, ואני עוסק ממש בימים אלה ביחד עם פרופסור שטיינברג, כיצד למצוא את הדרך שבה ההגדרות של מות המוח תהיינה בקונצנזוס עם כל הנוגעים בדבר. כלומר שלא יהיה ספק שההגדרות מקובלות על כולם, שכולם יהיו בטוחים שההליך של אבחון מות המוח נעשה כהלכתו תחת בקרה מלאה. זה חלק מהטיעונים שאנחנו שמענו מנציגי הרבנות, שטענו שיכול להיות שאולי בגלל שאין הסכמה לגבי הפרוטוקול, אולי אין הסכמה לגבי ההליך. אולי הדברים לא נעשים בצורה שקופה ותחת בקרה מלאה ותוך ידע על כל התהליכים. את כל הדברים האלה אנחנו עושים בימים אלה באמצעות קבוצה משותפת של רופאים, אנשי אתיקה ומשפט, שעוברים שלב שלב ועוברים משפט משפט בכל החוזרים שמשרד הבריאות הוציא, כדי לנסח חוזר חדש שיענה על השאיפות המקצועיות האתיות והמשפטיות של כל אחד מהנוגעים בדבר, והמסמך יצא בעצם בהסכמה מלאה. נכון שזה לוקח קצת יותר זמן והוויכוחים שם הם על כל קוצו של יוד ועל כל פסיק.

אסא כשר: אני רציתי לשאול. יש מסמך דרישות של הרבנות הראשית לעניין הזה. ונקודת המחלוקת אם אני מבין נכון היא הדרישה שיהיה רופא דתי, או אדם דתי שמעורב בהחלטה הזאת. האם יש מחלוקת לגבי הקריטריונים או שמא המחלוקת היא רק על השימוש בקריטריונים שמוסכמים על כולם?

יצחק ברלוביץ: לא, זה השתנה. זה נכון שבמסמך ההיסטורי של הרבנות הראשית מ-1986, כאשר פרופסור מיכאלי היה מנכ"ל משרד הבריאות, היתה גישה שדיברה על כך שהם היו רוצים רופא אמון מין "משגיח כשרות" שכולנו, הממסד הרפואי וגם הממסד של מערכת הבריאות, לא קיבל את התפיסה הזאת שצריך להיות "משגיח כשרות".

באותם ימים ובהמשך לקשרים שהיו לנו עם נציגי הרבנות הראשית בצורה עקיפה או פחות ישירה, הדברים האלו הובהרו, ובעצם הובהר לנו שהבעיה היא שהם, הרבנים, אינם רוצים "משגיחי כשרות".

אלי זהר: מה הם רוצים?

יצחק ברלוביץ: מה שהם אומרים זה שקודם כל צריך

שתהייה הסכמה בין הרופאים לבין עצמם לגבי ההליך של אבחנת מות המוח, ושהאבחנה תעשה כך וכך, שתהייה אחידה בכל בתי החולים במדינת ישראל. למרות שיש חוזר, הוא לא אחיד היום והוא לא מופעל באותה צורה. כלומר תאריך הפרוטוקול של אבחון מוות מוחי שנעשה ברמב"ם, לא זהה לפרוטוקול שנעשה בהדסה או בתל-השומר. לכן, קודם כל שתהייה הסכמה לגבי הפרוטוקול עצמו ושהאנשים שעוסקים בכך ידעו בדיוק את כל הפרמטרים ואם יש איזה שהיא בדיקת עזר שיכולה לאשש ולאבחן, כלומר באופן אובייקטיבי לא רק ברמה הקלינית, אז כל כלי כזה חשוב מאוד שישתמשו בו כדי שלא יהיה ספק שההליך לא נעשה ולא הושפע מכל מיני מחשבות חיצוניות.

באותו רגע שהדברים האלה ייעשו, אני מאמין, ובאמת אני לא יכול להגיד מעבר לכך, אני אישית מאמין שההתנגדות לגבי הדרישות למיניהן תיעלם. כמובן שאני לא נכנס לויכוח ההלכתי, משום שמי שלא מאמין במוות המוח זה לא יעזור לו.

אלי זהר: פרופסור שטיינברג, יהיה פרוטוקול. האם אנחנו יכולים לנסח כאן שהולך להיות פרוטוקול אשר יקבע את המוות המוחי וייתן לרופאים את האינדיקציה ויחנך אותם שעכשיו הזמן שבו ניתן יהיה לקצור איברים?

אברהם שטיינברג: כפי שד"ר ברלוביץ אמר אנחנו יושבים ברגע זה, ממש ברגע זה על ניסוח פרוטוקול שיהיה מקובל על כולם ואני חושב שאולי כדאי בכל זאת להסביר מה עומד מאחורי העניין הזה, כי זו לא רק טכניקה או לא רק חיפוש כבוד.

העניין הוא כזה: קביעת מוות קרדיאלי, זאת אומרת - לדוגמה - אדם שנפל ברחוב בתאונת דרכים, הגיע לחדר מיון לא מונשם. מוות של אדם יכול להיקבע על ידי כל רופא, לא משנה מה מומחיותו, ועל ידי רופא בודד. והנחה היא שכל רופא יודע לעשות את זה, ולכן הוא יכול לקבוע את זה.

לעומת זאת, לגבי מוות מוחי לא רק בארץ, אלא בכל מקום בעולם, יש פרוצדורה לקביעתו, שהיא הרבה יותר מורכבת. וההנחה היא, ואני חושב שהיא נכונה מאוד ואוסיף מילה אחת מניסיוני האישי. ההנחה היא שמרבית הרופאים לא יודעים לקבוע מוות מוחי, ברמה הרפואית.

אלי זהר: פרופסור דולב, האם זה מקובל עליך שחלק ניכר

הזה שלך מצד אחד ושל הנזקקים להשתלות מצד שני. לכן האבחנה הזאת, אסור לוותר עליה בשום פנים ואופן.

זכי שפירא: אני רוצה להוסיף שהשימוש במות המוח כהגדרת מוות לכל דבר, הן להשתלת איברים והן להפסקת הנשמה מלאכותית של גופה זו הגדרה מקובלת בעולם מאז 1966 וכבר מזמן הפסיקו להתחבט. ההתחבטויות הן ייחודיות לישראל.

ודבר נוסף לפרופסור כשר, אני בהחלט לא מסכים שכל רופא צריך לדעת לקבוע את מות המוח. זו דיסציפלינה לגמרי שונה. צריך מומחיות. צריך מכשור מסויים, בדיוק כמו שאני לא דורש מכל רופא לדעת להוציא כיס מרה. זה צריך להיות בידי צוות מיוחד לדבר.

ערן זולב: שתי הערות קצרות. אחת, מה נעשה במחלקה הפנימית. בניגוד לטראומה ששם הדברים אולי יותר שכיחים, במחלקה הפנימית אנחנו לא מעוניינים לקבוע את מות המוח. יש לנו אינטרס מקצועי לא לעשות את זה. ואני לא אכנס לזה עכשיו. הדבר השני הוא, שבשנה האחרונה יש התעוררות גדולה מאוד. אלה שבאות לדבר עם המשפחות ואינן שייכות לצוות המטפל, הן אחיות. הן עושות את זה בצורה יוצאת מן הכלל. אני פשוט רוצה להגיד שהן עושות את זה טוב יותר אולי מהרופאים וצריך לעודד אותן שימשיכו בזה.

למה במחלקה הפנימית אנחנו לא מעוניינים לעשות את זה? מסיבה מאוד פשוטה. כרופאים המטפלים, אנחנו לא עוסקים במצבים אקוטיים שעד לפני רגע, בדרך כלל, עד לפני רגע החולה היה בריא ושלם. פגע בו משהו, והנה. אנחנו עוסקים במחלות סופניות, הדרגתיות, מורכבות ורב מערכתיות, שלעיתים ניתן לשפר את מצב החולה. אנחנו לא הולכים לעשות את האדם בריא לחלוטין, אלא להחזיר אותו למצב הקודם כמו שהוא היה. ולפעמים על ידי שיפורים קטנים, מבלי להיכנס למשמעויות של ערך החיים בעינינו או משפחתנו, אנחנו יכולים לעשות הרבה. לכן ההתלבטויות האלה יכולות להיות קלות מדי. בוא נקבע לו את מות המוח ותראו מה שאנחנו עושים פה. הוא לא יהנה מזה בכלל. בואו נקבע לו את מות המוח. אם יש מות המוח, לא נמשיך. אין מות המוח - נמשיך. הדברים האלה עלולים, להיות יותר מדי שכיחים ולגרום לפיחות של הבעיה שבאמת עיקרה בטרומה אבל לא רק בטרומה.

אלי זהר: יש יתרון בדיון מן הסוג הזה. שיושבים באולם

אנשים שמעורבים גם כן בעניין ויש להם מה להגיד ואיך להגיב ורוצים להגיב. אני מבקש להעביר אלי פתקים, כי הגיע אלי עכשיו פתק.

אני מתקשה שלא להציג לכם את הסיפור, אני לא רוצה שזה ייהפך לויכוח. לכן אני רק רוצה לשים אותו על השולחן, אני רוצה שהוא ירחף על פני הדיון. אני מניח שהכותב, לא אקרא את שמו, אלא אם כן הוא יבקש להזדהות, הוא רופא והוא כותב הצגת מקרה. אני אקרא את הפתק כלשונו.

"ילד בן שמונה מרמת הגולן מאושפז ברמב"ם לאחר מכת חשמל. ידו נכרתה במכת החשמל, הוא היה בתרדמת בטיפול נמרץ. המאתרות ביקשו מההורים לתרום את איבריו וההורים סרבו. היום, לאחר כחודש, הילד נמצא במחלקת הילדים בעגלת נכים אבל התעורר ומדבר".

אני לא רוצה לדבר על הנושא הספציפי. יש תמיד מקרה מסוים שמחריג את הכללים, אנחנו מנסים לברר את הכללים. ובכל זאת?

יצחק ברלוביץ': אני חושב שיש כאן בעיה בעובדות שנמסרו. לדעתי לא ניתן לגשת ולבקש הסכמה לפני שנקבע מות המוח. רק אחרי שנקבע מות המוח. במילים אחרות, נקבע מותו של האדם ואפשר לכתוב הודעת פטירה ולהוציא רשיון קבורה, רק אחרי זה אפשר לבוא ולדבר עם המשפחה. אז אם דבר כזה נעשה, אולי מישו לקח על עצמו יוזמה שאף אחד לא ביקש ממנו, אז הדברים האלה בפירוש נוגדים גם את ההנחיות של המשרד ושל כל אתיקה מקצועית.

אלי זהר: רבותי, ברשותכם אני רוצה להמשיך בדיון. לכל מקרה ספציפי ישנה הבעייתיות שלו, הקשורה עם העובדות שלו, ואני רוצה להתקדם להגדרת העניין: יש לנו מודעות ברורה לעובדה שיש מחסור באיברים, ולעובדה שאין מודעות בציבור. אנו יודעים שצריכים לשפר אותה. שהצוות הרפואי לא מזהה מוות מוחי. שצריכים להגדיר אותו. שהמשפחה לא מסכימה או לא ממהרת להסכים לתרום מכל הנימוקים שדיברנו, ויש לנו בעיה אמיתית בנושא הזה.

אני רוצה לבחון איתכם את המצב הזה כדי שנצא מכאן עם הידיעה, מהם המקורות להקטנת המחסור פרט לאיברים מאנשים? פרופסור דולב האם אתה יכול לומר שתי מילים על המצב, מבחינה מדעית.

ערן דולב: אם לא מבני האדם, אזי ישנם שני מקורות בסך הכל. המקור האחד אלה הפיתוחים המלאכותיים למיניהם. וזה כמובן למרות שבהרצאות לסטודנטים אני תמיד אומר "אני אפשר לפתור בעיה אתית על ידי פתרון טכני". כאן יש פתרון בעיה אתית על ידי פתרון טכני. ובלבד זה כבר בשלב מתקדם. אני מדבר על איברים מלאכותיים, פלסטיק ופח.

אלי זהר: כליה?

ערן דולב: תיאורטית למה לא.

אלי זהר: דיאליזה?

ערן דולב: תיאורטית למה לא. תראה, יש מוחות שאפשר להחליף אותם בפלסטיק ופח, זאת עובדה. המדע אומר שהם יהיו יותר טובים. הנושא השני, ואני לא רוצה להיכנס אליו, הוא מאוד מורכב, מעניין ומרתק. וזה מה שנקרא קסנוגרפט. הקסנוגרפט בניגוד לאלוגרפט ולאומוגרפט, הקסנוגרפט אלה איברים מבעלי חיים, שהמאגר לגביהם הוא בלתי נדלה, ופרט לכמה צעקות שיקומו כמו על כל דבר, אני חושב שהבעיה הולכת להיות פתירה. שם הבעיה היא טכנית, בעיקר נגיפים מסויימים וכדומה. זאת אומרת שאני בהחלט צופה שהבעיות הללו יפתרו באורח טכני לא בעוד הרבה זמן.

אלי זהר: פרופסור שפירא, אתה רואה בזמן הקרוב פתרון מן התחום של איברים מבעלי חיים או איברים מלאכותיים?

זכי שפירא: ערן דולב צודק שבעתיד קרוב לוודאי הבעיה שאנחנו דנים בה היום תהיה פתירה. אבל אנחנו במצב אקוטי וצריכים לפתור את הבעיות של היום. המצב כפי שערן דולב דבר עליו יתרחש לפחות עשרים-שלושים שנה מהיום.

אלי זהר: אנחנו הולכים לעסוק בנושא של השתלות מן החי, והשאלה המקדמית שאני רוצה לברר איתכם, בעיקר עם הרופאים, האם נכון שיש יתרונות לשתל מן החי? פרופסור עדנה קוט, את רצית לומר כמה מילים על הנושא שעברנו כבר?

פרופסור עדנה קוט (מהקהל): יש להוסיף שיש גם השתלה של אברי עוברים. מזה עשר שנים משתילים תאי יתרת כליה של עוברים במוחם של חולי פרקינסון באותו אזור של המוח שהוא אחראי ואשר נחבל בחולים אלה. גם על כך יש ויכוח אתי לא קטן וכדאי אולי פעם להקדיש לזה זמן.

לגבי חינוך רופאים, חינוך סטודנטים, ואני במקרה ראש החוג לנוירולוגיה באוניברסיטת תל-אביב. בתוכנית הלימודים, יש כעת רפורמה די ניכרת בבית ספר לרפואה בתל-אביב. בהחלט קיים הנושא של מוות מוחי. מעטים מאוד סטודנטים שאינם לומדים על מוות מוחי. בין זה לבין ידיעה כיצד לקבוע מוות מוחי, וודאי שיש פער מסויים, ורק ההתנסות נותנת ומקנה לרופא את האפשרות.

הבעיה הרבה יותר קשה לגבי הקהל. הקהל מתלבט לגבי עניין ההשתלות משום שהוא איננו בטוח שאכן מותו של החולה נקבע, המוות המוחי. אני התנסיתי בזה לא פעם כרופאה וגם לאחרונה. חייל נפצע קשה מאוד. הובא לבית חולים גדול בצפון. קבעו במחלקה כי אומנם ניתן להנשים אותו, כי לבו פועם, אבל הוא מת מבחינה מוחית. נדרשו 48 שעות כדי לשכנע את אותה משפחה, והייתי שותפה לכך, לתת אפשרות להשתלה והם לא התנגדו. הם רצו רק לדעת האם באמת הבחור מת מבחינה מוחית.

לכן אני מציעה, כי תיעשה גם פעולה חינוכית בקרב הקהל, לא רק כדי לגרום לתרום איברים, אלא כדי להסביר את עניין המוות המוחי. כדי להסביר כיצד קובעים אותו. האדם איננו צריך לדעת לעשות את זה, אבל הוא צריך להבין שישנם קריטריונים. הוא יכול גם לבוא ולשאול כאשר חלילה קורה למשפחה האסון הזה. חשוב מאוד כשרופא בכיר או מנהל מחלקה ישב עם המשפחה, יסביר שאכן מדובר כאן במוות מוחי. ולתת אפשרות למשפחה לשאול המון שאלות. המשפחה צריכה לבוא כבר עם ידע מסויים.

אלי זהר: אני רוצה דווקא להבין לפני שאת אומרת עוד משהו. אותה משפחה שכל כך מאמינה ברופא כשהוא מטפל בחולה שלה, מתקשה להאמין שהרופא, אותו רופא שאמר לה לעשות ככה וככה וככה, והוא היה מלאך ההצלה של יקירם, לא מקבלת באופן מלא את קביעתו?

פרופסור עדנה קוט (מהקהל): זה לא כל כך פשוט. מפני שהחולה שנמצא אצל פרופסור דולב, כפי שהוא הסביר, כבר כמה זמן. אולי כבר אושפז כמה פעמים. הוא כבר מכיר את הרופא. נוצרו כבר קשרים בין חולה לרופא. החייל שמגיע לבית חולים אחרי שהוא נפגע בקרב או בתאונת דרכים. הוריו כלל לא מכירים את הרופא. הם כלל לא יודעים אם הוא טוב אם הוא לא טוב. הם שמעו שחולה אחר שכב בדיוק באותה מחלקה, במצב מאוד דומה. פצוע אחר, והוא היום בבית

לזוינשטיין בשיקום. כך שהעניין של החינוך לקהל טרום תאונות, כלומר במצב הרגיל, הוא החשוב. לכך צריך לתת היום תאוצה לא קטנה.

אלי זהר: תודה רבה פרופסור קוט. ואני רוצה לעבור לשאלה הבאה שמופנית אל פרופסור שפירא ואחר כך אל הצוות, האם מקובל עליכם שיש יתרונות של השתלה מן החי?

זכי שפירא: לחולה יש יתרונות ברורים בהשתלה מן החי. אנחנו מדברים על השתלת כליה. העובדה שהניתוח מתוכנן, מאפשרת לנו בדיקות מאוד מקיפות, הן של התורם והן של הנתרם. ומאפשרת לנו טיפול בנתרם מספר ימים לפני ההשתלה ולהכין את המערכת החיסונית שלו כך שכאשר תישתל הכליה, המערכת שלו פחות תכיר בה כאיבר זר.

יתרון נוסף כמובן, שהשימוש של הכליה הוא קצר ביותר. הוא אינו בין 20-24 שעות כפי שהדבר נעשה בתרומה מן המת, אלא כשעה עד שעתיים. אלה הם יתרונות ברורים.

אלי זהר: זה מקובל על כל הצוות. ואני לא חושב שאנחנו צריכים לעסוק בזה יותר. לפני שניכנס לנתרם ולכל הדילמות, אם כן או לא, אני תוהה האם בהנחה שאכן מקובל שהדבר יותר טוב מאשר השתלה מן המת, האם יש נזקים לתורם? אחד הדברים המרכזיים שצריכים להילקח בבסיס הדיון, הם הנזקים, ואני מדבר כרגע על הנזקים הרפואיים ועל נושא ההסכמה מדעת. אני אבקש אחר כך מהמשפטנים להתייחס לשאלת זכות האדם לגופו כעניינו וכדומה.

זכי שפירא: ובכן, לגבי נזקים, לגבי התורם, היתרון של השתלה מן החי בא לידי ביטוי. מאחר והתורם חי, ניתן לבצע בדיקות מאוד מקיפות כדי לוודא שאומנם הוא אינו בסיכון יתר על מספר סיכונים שאני תכף אגדיר אותם.

אין ספק שתורם העובר ניתוח עובר סיכון מסויים. אין ניתוח ללא סיכון ויהיה הקטן ביותר. והניתוח הזה הוא בהיקף לפחות בינוני. אבל יחד עם זה, סטטיסטיקה מאוד ענפה מראה שעד לפני עשר שנים היתה תמותה אצל תורמים חיים של כליות בשיעור של 0.003 אחוז. היום השיעור הזה קטן בהרבה ובעיקר בגלל יותר סלקציה של תורמים, כלומר יותר פסילה של תורמים עקב בעיות רפואיות שלא היתה ניתנת לעשות קודם לכן. בעשר השנים האחרונות לא נתקלנו (למרות שביצענו כבר כ-700-800 תרומות מן החי מאז), באיזה שהוא סיבוך משמעותי אצל התורמים. כך שהסיכון בוודאי קטן

יותר מהסיכון להגיע במכונית לכפר המכביה.

אלי זהר: פרופסור שטיינברג, אתה תומך ברעיון שהנזק לתורם הוא כזה שאפשר להסביר לו, אפשר לשכנע אותו?

אברהם שטיינברג: כן, אני חשוב שהנתונים האובייקטיביים הם בהחלט כפי שפרופסור שפירא ציין והוא בוודאי יותר מומחה ממני. הדברים האלה ידועים ואני לא חושב שעליהם הויכוח. הויכוח הוא תחום ההסכמה המודעת. שהוא ויכוח יותר אתי משפטי הלכתי. מקובל היום שתורם מדרגת קירבה ראשונה, נחשב כמי שאפשר לקחת את איבריו החיים, כדי לעזור לקרובו. ההנחה שמאחורי זה אומרת שוודאי הוא עושה את זה באופן אלטרואיסטי ומתוך רצון מלא וחופשי ואין שום בעיה בהסכמה המודעת שלו. יש לא מעט מחקרים שמוכיחים שהדבר אינו תמיד כך. ואני חושב שיש עם זה לא מעט בעיות מפני שדווקא קרוב משפחה נתון ללחץ חברי גדול מאוד להיות התורם. קשה לי לראות אמא לילד שאומרים לה "הילד ימות אם לא תהיי תורמת כליה", ושהיא כאם גם אם היא בתוך תוכה לא רוצה. תגיד שהיא לא רוצה וכשהיא אומרת שהיא רוצה, היא באמת מתכוונת שהיא רוצה.

אלי זהר: מנהלת מרכז ההשתלות סיפרה לי כי כאשר מדובר בשאלות האלה, האם היא המתנדבת הראשונה ורק אחר כך האב. או שיש פער די גדול בין האם לאב. רציתי רק שתגיד לי שזה לא נכון.

אברהם שטיינברג: אני לא בטוח שאני יכול להגיד. אין לי כל כך הרבה ניסיון, אבל מהניסיון המעט שיש לי כמי שעוזר בכל מיני החלטות מן הסוג הזה בילדים בבית החולים שלנו, אני די מתרשם מהתופעה הזו. אני לא יכול לומר שעשיתי ניתוח סטטיסטי, אבל אני מתרשם ממנה.

אלי זהר: פרופסור כשר, יש בעיה עם ההסכמה לגבי העומדים בפני הדילמה הזו, אם לתת כליה לאדם על ערש דווי?

אסא כשר: יש בעיה עם אווירת החשדנות החברתית. אנחנו לפעמים בצורה פורמלית ולפעמים בצורה בלתי פורמלית מחילים על המצבים האלה מודלים שלא ראוי להחיל שם. אני אדבר קודם על החלק הפורמלי: כשאין לנו איזה שהוא מודל מן המוכן כדי להבין את היחסים בין שני בני אדם, אז אנחנו מנסים לחפש שם איזה חוזה מובלע. ואז אם החוזה לא מתיר אז אסור. וכל סיפור נחמני שהסתיים לשביעות רצוני. ההחלטה היא לשביעות רצוני, השופטים של המיעוט

בסיבוב האחרון, ושופטי הרוב בסיבובים קודמים, מחילים על היחסים בין האדון והגברת נחמני, בהיותם נשואים, את מודל החוזה בשאלה של השימוש בביציות המופרות. אם אנחנו חושבים במודל החוזה, אז האם יש לנו איזה שהוא סעיף באיזה שהוא חוזה, חוזה מובלע כזה, שמרשה לקחת משהו ממשהו ולתת את זה לזולתו? אין לנו סעיף כזה, ולכן נוצרת איזה חזקת איסור. אבל אנחנו לפעמים בצורה לא פורמלית גם עושים את זה. ופרופסור שטיינברג בעצם ביטא בין השורות של דבריו את הלך רוח חברתי כזה. אני מניח שיש מקרים כאלה, שבהם אמא תורמת לילד שלה או אח תורם לאחיו או אב לבנו או לבתו טעמים של לחץ חברתי. אני מניח שיש דבר כזה.

אבל השאלה היא מה היא החזקה שאנחנו יוצאים ממנה. ואני חושב שאנחנו צריכים לצאת מן החזקה שאומרת במילים מאוד מפורשות. חזקה על קרוב משפחה מדרגה ראשונה, וחזקה על קרוב משפחה מדרגה שניה, וחזקה על קרוב רגשי, וחזקה על מי שמציג את עצמו כאלטרואיסט, שהם אכן עושים את זה לשם שמיים. חזקה אפשר לבטל. אם יש לי נימוקים מכריעים אז צריך להביא אותם ולבטל אותה. אני גם לא נגד זה שבמקרים מסויימים נבדוק.

אלי זהר: אתה נדרש לשאלה אחרת. מבחינת הדיון, אתה נדרש לשאלה הבאה. האם יש לנו זכות לבוא לאמא או לאבא, כדי שיתרמו.

אסא כשר: השאלה היתה שאלה של הסכמה.

אלי זהר: והאם כשאנחנו מממשים את הזכות, מולנו עומד בן אדם שנתן אכן הסכמה אמיתית למשאלה הזו שאולי היא גם לא לגיטימית?

אסא כשר: התשובה שלי היא שאם חתום על ההסכמה הזאת אני לא יודע מי, ואין לו שום קשר לעניין והוא גם לא מציג את עצמו כאלטרואיסט, אז זה סיפור בפני עצמו. אבל אם האבא חתום על ההסכמה לתרום כליה לבנו, אני לא צריך לפשפש בזה ואני לא צריך לחשוש בו שלחצו עליו. אבל אם מישהו שם לי מול הפנים איזה שהוא סיפור מיוחד, שמבטל את החזקה הזאת, אז אני לא אעצום את העיניים. אבל לא אלק לחפש את הסיפורים האלה.

חזקה עליו שהוא רוצה בטובת בנו. זה מובן מאליו. תסתכלו על זה מהצד. צריך להיות משהו במינון מופרז להפליא של

חשדנות, כדי להגיד, "האבא הזה, האמא הזאת, הם רוצים לתרום לילד שלהם? לא, זה לא ממש. הם לא רוצים בטובתו, הם לא רוצים שהוא יחיה, הם לא רוצים לשפר את איכות חייו, יש פה לחץ. הם רוצים שהדודה לא תבוא אליהם בטענות". המצב של היחסים בינם לבין הדודה שלוחצת, הוא הבעיה ולא המצב של הילד החולה שזקוק להשתלה.

אברהם שטיינברג: אני מסכים עם פרופסור כשר שבדרך כלל זהו המצב, אבל מהניסיון בשטח אנחנו יודעים שיש הרבה קרובי משפחה שמתאימים להיות תורמים והם מסרבי ם להיות תורמים. וזה לא אחד ולא שניים ולא שלושה.

אלי זהר: למרות הדודה.

אברהם שטיינברג: למרות הדודה, כן. לכן אני אומר שאילו החזקה היתה כל כך מוחלטת וכל כך בטוחה, היינו צריכים לראות הרבה פחות מקרים מהסוג הזה.

אסא כשר: תיקון קטן. אני לא אומר שחזקה על קרוב שהוא רוצה בזה. אני אומר שחזקה על קרוב שתורם שהוא תורם באמת, משוחרר מלחצים.

אברהם שטיינברג: אני מסכים על החזקה אבל אנחנו לא צריכים לעצום עיניים מפני המצבים, ואני לא חושב שהם כל כך בודדים שבהם ההסכמה היא לא אמיתית וצריך לקחת את זה בחשבון. אני לא אומר לפסול את כל התרומות, לדעתי אם ההסכמה תגיע לביטוי, בין כה וכה היא מכסה את האפשרות הזו, אבל ברמה העקרונית יש פה בעיה.

אלי זהר: ראו למה הגענו. הגענו לזה שיש מחסור באיברים, הגענו לזה שהשתלה מן החי היא הטובה ביותר. הגענו לזה שאין נזק ממשי לתורם אמיתי לבד מהנוקים שהוזכרו כאן. אפשר לקבל את הסכמתו המודעת. ועכשיו אנחנו נכנסים אל תוך הדילמה עצמה והיא, האם יש זכות במסגרת ההשתלה מן את הזכות המוחלטת של אדם על גופו, החי, האם זה נכון להעניק זכות למכור איברים או לתת אותם בתמורה? ארנה, במשפט אחד, הגוף זה נכס?

ארנה לין: בלי להיכנס לכל התיאוריות המשפטיות, בוא נראה את המציאות. אני לא יודעת על שום מדינה ויתקנו אותי החברים האחרים בפנל, אני לא יודעת על שום מדינה שמתירה סחר באיברים.

חיים פרימה: אני רוצה לתקן. יש מדינות שמתירות סחר באיברים והדברים האלה מוסדרים גם בחוק. יש מחוזות מסויימים בהודו שמתירים מכירת איברים, פיליפינים מתירה מכירת איברים ועוד מדינות בעיקר בדרום מזרח אסיה.

אלי זהר: ואני עדיין מתכוון למשפטנות הטהורה במובן הזה, האם הגוף של האדם הוא נכס שלו והאם הוא יכול לעשות בנכס כרצונו, לרבות לתת אותו מתנה או לתת אותו בתמורה וכל מה שמשתמע מזה?

ארנה לין: זה דיון רב היקף, ואני רוצה לחדד לצורך הדיון. בוא נדבר על כליות מכיוון שזה הכי קל לראות בעין מבחינת הדיון כאן. אני רוצה לומר שכאשר יש לאדם שני איברים מאותו סוג וכאשר הדעה הרפואית היא שהוא יכול לתפקד עם אחד מן השניים בצורה סבירה, כפי שהמצב לגבי כליות, כי אז הכליה הזאת שהוא רוצה לתרום, למסור אותה, למכור אותה, היא נכס שלו. הוא יכול לעשות איתה בדיוק מה שהוא רוצה. זאת הדעה שאני רוצה להציג כאן.

אני רוצה לחזור לדבריו של עו"ד אפרימה לגבי החוקים. בכוונה אמרתי את זה באופן פרובוקטיבי, ואני לא ראיתי את החוק מהפיליפינים ולא ראיתי את החוק מאותו מחוז בהודו. אני רוצה להציג את זה ככה. לא ראיתי חוק כזה בעיני, אם עו"ד אפרימה מכיר את החוק בפיליפינים אז הוא יראה לי אותו. אם הוא מכיר את החוק הזה בהודו הוא יראה לי אותו. אני חוזרת. לא ראיתי חוק שמתיר במפורש סחר באיברים, כפי שאנחנו רוצים לקרוא לו. זאת אומרת מכירת כליה למי שרוצה למכור את הכליה שלו. לא ראיתי חוק כזה. לעומת זאת כפי שאנחנו נוהגים להתבטא "בכל המדינות הנאורות המערביות" וכיוצא בזה, ראיתי הרבה חוקים שאוסרים במפורש על הדבר הזה. ומה קורה אצלנו?

אלי זהר: נגיע לזה. בשלב יותר מאוחר. בינתיים יש לנו חוק יסוד כבוד האדם וחירותו, אשר קובע שאין פוגעים בחייו, בגופו, או בכבודו של אדם באשר הוא אדם. חוק היסוד הזה קבע ואני לא מדבר כרגע על הזכות הקניינית או האחרת. דבר שני: ההסתדרות הרפואית, בנייר עמדה שלה משנת 1997 קובעת כך. הקביעה כי גוף האדם הוא נכס וכי בעלות באיברים אפשרית בתמורה ושלא בתמורה היא קביעה ערכית. לאור העובדה שמקובל, שזאת קביעה ערכית, אי אפשר לקבוע אותה כקביעה משפטית. אי אפשר לקבוע אותה על פי חוק. השאלה היא מה עמדת המשרד על פי חוזר המנכ"ל האחרון?

יצחק ברלוביץ': עמדת המשרד היא כמובן שאנחנו אוסרים על מסחור או על סחר באיברים בכל מה שמשתמע מכך ובכל צורה שלא תהייה. לגבי השתלות איברים מהחי, כל השתלה חייבת להיות מפקחת על ידי וועדה מקומית, ועדה ארצית והנהלת המשרד. ההתייחסות שונה במידה מסויימת כאשר מדובר בהשתלה מהחי מקרוב משפחה מדרגה זו או אחרת, והיא הרבה יותר מחמירה כאשר מדובר בהשתלה של אדם שאיננו קרוב, או של אדם שאיננו תושב הארץ.

אלי זהר: אני רוצה בשלב הזה להציג את הגברת נילי טל, שהיא במאית של סרטים בכלל ושל סרטים דוקומנטריים בפרט. נילי נמצאת ממש בשלבים מתקדמים של הכנת סרט שנקרא "מבצע כליה". ולמרות שאין לה עדיין סרט, אלא רק קטעים, ביקשתי ממנה להציג את הקטעים האלה, ולהוסיף כמה מילים על מה שעלה בגורלם של האנשים שנראים בסרט.

נילי טל: בוקר טוב. הייתי הרבה שנים עיתונאית בעיתון "הארץ", ואחרי 10 שנות עבודה שם עברתי לטלוויזיה והיום אחרי למעלה מ-10 שנים בערוץ 1, אני מפיקה ובמאית עצמאית.

נושא השתלות כליה הטריד אותי הרבה זמן, וכבר לפני 15 שנים עשיתי סרט לערוץ 1, לתוכנית שנקראה תצפית, על השתלת כליה. צילמתי את פרופסור זכי שפירא, כאשר הביאו כליה לילדה בת 13 מארצות הברית. מאז, אני מבינה, ארצות הברית לא שולחת לכאן יותר כליות.

לפני כמה שנים ראיתי סרט שבו אבא מתחנן שיכרתו את כליותיו הבודדות ויתרמו אותה לבן השני החולה שלו. זה היה סרט אנגלי. והרופאים סירבו. ואז החלטתי לנסות ולבדוק באמת מה קורה בארץ, לאור הכתבות של שדמי ורזניק על סחר באיברים לעיתון "העיר" בעיקר. וכך התחלתי לייצר את הסרט הזה. שנצמא עכשיו בתהליך של הפקה. אתם תראו ארבע דקות של אישה במצוקה, שהולכת לקנות כליה. והסרט יהיה מוכן בערך בעוד חצי שנה. תודה רבה לכם.

סרט: "מבצע כליה"

דוברת: בישראל כמו בכל מדינות העולם יש מצוקת איברים להשתלה. האינטרנט גדוש בתחינות של ילדים ומבוגרים ההולכים וגוועים. הדרך הכמעט יחידה להשיג איבר היא על ידי מציאת תורם או מוכר. אלא שסחר באיברים אינו חוקי, ואז יורדים למחתרת והמחירים מרקיעים לשחקים. סרט זה מספר את סיפורם של האנשים שמוכנים לעשות הכל כדי לבחור בחיים.

אוסנת היפה בת ה-34 מתל-אביב מתחברת מידי לילה לדיאליזה אותה היא עושה אל תוך הביוב שבאמבטיה. ואז מידי בוקר לאחר עשר שעות של דיאליזה, היא מתנתקת מן המכונה.

לפני כ-14 שנים קיבלה כליה מאמה. לפני כשלוש שנים הכליה נדחתה. מאז חיה אוסנת על זמן שאול. הסרט עוקב אחר המאבק להישרדות של אוסנת וניסיונותיה הנואשים למצוא כליה. ובמקרה שלה כל כליה היא לגיטימית.

אוסנת: דיאליזה זה דבר מאוד מגביל. עכשיו, אני כל חיי בעצם לא סבלתי מעולם, ולפתע אני בדיאליזה ואצלי זה מאוד קשה, כי אני בחורה שכל חיי עשיתי רק מה שחלמתי ורציתי.

רופא: אף אחד לא יכול להבטיח לך שבעוד שבוע תהיה לך השתלה. הלוואי, כי אז אין לנו בעיה.

אוסנת: שנתיים הרגשתי שבעצם אני מנצחת את הדיאליזה. בעצם אני לא חולה. בשנה האחרונה אני מרגישה חולה בכל דבר. לא יכולה לעבוד. לא. איזה דבר זה שאני צריכה לבקש מהחבר או מההורים שייקחו אותי לאיזה מקום או לבית חולים כי אין באפשרותי לעמוד על הרגליים.

אמא: הדיאליזה הנוכחית לא יעילה, זה כמובן מסכן את חייה, כמות הרעלים הולכת ומצטברת וכך הלאה.

דוברת: וכשכמות הרעלים עלתה, יצאה אוסנת למסע חיפושים ומצאה את פטיה, עובדת זרה מבולגריה המוכנה למכור לה כליה.

אמא: אז את חושבת: אז מה אם מישהו ימכור כליה ואני אתרום לו בחפץ לב וברוחב יד והוא יציל את חיי הבת שלי.

דוברת: "אולי אני משוגעת", אומרת פטיה מבולגריה, "אבל אני אמכור את הכליה שלי עבור כסף ואת הכסף הזה אשלח למשפחה שלי. חברים אומרים לי את משוגעת, המשפחה שלך תחייה יותר טוב ואת יכולה למות. אני לא חושבת שאני יכולה למות מהר כל כך".

אמא (מראה תמונה): זאת אוסנת שלי ביום נישואיה. היא היתה מושתלת והכל היה נראה זוהר ונפלא ובריא. זהו. אבל גם עכשיו היא יפה מאוד, בדרך שונה, עצובה יותר, מאופקת יותר. אין לי יותר מה לומר.

דוברת: פטיה מבולגריה נפסלה לאחר שניסתה לסחוט כספים מהמשפחה, ובימים אלה מנסה אוסנת לסגור deal חדש שיעלה למשפחה קרוב למאה אלף דולר.

ובמציאות הישראלית, בין אינסטלטור שמגלה נזילות במכשיר אלקטרוני, אפשר גם למצוא בערוץ הקניות

בטלוויזיה אחד שרוצה למכור כליה. היינו אצלו והוא סיפר שהוא הסתבך עם השוק האפור והוא דרש 50 אלף דולר עבור הכליה שלו.

אלי זהר: תודה לנילי. ואני מודה לכם. כמו שאמרתי בדוגמאות הקודמות, לכל מקרה שמזכירים יש מסכת עובדות כזו או אחרת ואני לא נכנס לדיון בעובדות. אחרי שניתחנו את הנימוקים בעד ונגד קיומה או אי קיומה של ההסכמה מדעת, הנימוקים הראשונים שעולים על הפרק, נראים יפה מאוד בסרט של נילי. עובדת בולגריה, זרה, שבאה ארצה, נמצאת במצוקה. איך אתם, ביחוד אלה שתומכים ברעיון הזה, מתייחסים לארגומנט שהעניינים ישמשו מחסן חלקי חילוף לעשירים?

זכי שפירא: שאלה קשה, אבל העניינים עושים הרבה דברים שאנחנו לא עושים, או שלפחות העשירים לא עושים אותם. אנחנו גם לא עובדים במכרות, ואנחנו לא מסכנים את חיינו יום יום כדי להביא אוכל למשפחה.

אני חושב שהקונספציה של סחר איברים היא שמטעה כאן. אני מסתכל במילון וקורא מה המילה סחר אומרת. היא אומרת קונה ומוכר. המוכר לא קונה שום דבר כאן. אין כאן שוק שבו קונים כליות, מאכסנים אותם אם היה אפשר, ואחר כך מוכרים אותם לכל המרבה במחיר. יש כאן אדם שרוצה לקבל תמורה ואולי אפילו פרס על שהוא מוכן להציל מישהו ולהציל גם את משפחתו. האם אין כאן מוסר עקיף. בזה שהכסף שישמש אותו להצלת משפחתו מול חרפת הרעב שהוא יוציא אותה ממנה.

אלי זהר: דר' ברלוביץ', מה הנחה אתכם בקבלת ההחלטה המניסטריאלית, לאסור קבלת תמורה עבור ההשתלה?

יצחק בלוביץ': באופן כללי, קודם כל התפיסה האתית שמדברת שוב על כך, שגופו של אדם הוא לא סחורה עוברת לסוחר. שוק שבו אנשים מעבירים חלקי גוף מאדם חי, מאדם לאדם, תמורת תשלום ותמורת כסף. ובכך כמובן אנחנו פותחים פתח לתהליך שאף אחד מאיתנו לא יודע לאן זה אמור להגיע, דרך סחיטה, דרך השפעות כמובן פליליות למיניהן. כל התהליך הזה. כדי לא להיכנס בכלל לכל הפרובלמטיקה הזאת, ובהתחשב בעובדה שאותו עולם שאנחנו רוצים להיות דומים לו, אכן אסר כל צורה של תשלום עבור איברים. כמובן זה הנחה אותנו שמבחינה זאת אנחנו לא רוצים להוציא את עצמנו מקבוצת המדינות שאנחנו היינו רוצים להיות שייכים אליה.

אלי זהר: אתה לא חש שיצירת מנגנון מסודר לפתרון הבעיה של מכירה, קניה, תמורה, איזה שהוא מנגנון מסודר מורכב ורציני היתה פותרת את הבעיה שהיא בלאו הכי צפויה, של שוק שחור מתחת לשולחן ודברים אחרים?

יצחק ברלוביץ': עצם המיסוד, עצם התהליך שבו אנחנו נכיר בתופעה ונמסד אותה, יפגע באותם מקורות שיש לנו? יפגע במסגרת של התרומות שאותן אנחנו כן מעוניינים לקבל. כלומר התופעה שאנשים ידעו שניתן תמורת כסף לקבל כליות בעצם, אז מדוע שמשפחות של נפטרים תסכמנה שאת האיברים של קרוב המשפחה שלהם, יתרמו, ללא תשלום וללא תמורה? עצם התהליך הזה בסכנה. אם אנחנו הצלחנו כמו שתיארתי קודם, להכפיל, ואני מקווה שאנחנו גם נשלש את מספר תורמי האיברים במדינת ישראל בשנים הקרובות, אני חושב שאם אנחנו ניתן לגייסמיה לתהליך של קבלת תמורה עבור איברים, כל התהליך הזה ייפסק מיידית.

זכי שפירא: אני שוב מברך את משרד הבריאות על כך שמספר תרומות האיברים עלה. אני מברך את משרד הבריאות על פעילותו שהיא באמת ראויה לציון. אבל עלי לציון שוב שהירידה במספר הממתניים השנה נובעת מכך שכמאה אזרחים ישראלים קנו כליות בחוץ לארץ.

שני הנימוקים העיקריים הם למה רק העניים יתרמו ומדוע רק העשירים יקבלו. והדברים האלה בהחלט ניתנים למיסוד. אפשר למסד את זה בצורת ביטוח. כל אחד יכול להיות מבוטח. גם אני יכול להיות מבוטח. וכאשר תגיע עבור מישהו כליה הוא יוכל לשלם. הביטוח ישלם עבורה.

ב-1980 בוועדת העבודה והרווחה בכנסת הצעתי שיהיה מיסוד של אנשים שרוצים למכור כליה, יהיה רישום שלהם, ויהיה רישום של אנשים שרוצים לקנות כליה. אלה שרוצים לקנות כליה, יוכלו לשלם כפול ממה שהכליה הזאת עולה, כדי לסייע גם לנתרמים שאין להם כסף. אומנם זה היה אז פרימיטיבי, ונאמר לי שאני מקדים אותנו בשלושה דורות. אבל אני רוצה לצטט את פרופסור ברזילי זכרנו לברכה שבאחת הישיבות האחרונות שהוא השתתף בהן, הוא אמר "אני לא בעד זה, אבל הדבר הזה מגיע וכדאי שנהייה ערוכים לקראת זה".

אסא כשר: אני רוצה לומר משהו במשפט אחד ואח"כ כמה משפטים על השאלה הכללית. אני לא מקבל את הטענה על השוק השחור. אם אנחנו מתייחסים ברצינות לטיעון מן השוק השחור פירושו שאנחנו צריכים לתת לגייסמיה לכל סוג של

עבריינות, שהרי יש עבריינים בכל תחום. ואנחנו לא מצליחים לאפס את העבריינות בשום תחום.

הטיעון של השוק השחור אומר מכיוון שלא הצלחתי לאפס את העבריינות בתחום הזה, אז אני אתן לו לגייסמיה. לכן צריך לתת לגייסמיה לאונס, לרצח, לסמים הקשים, לכל דבר, שהרי אנחנו לא יכולים לאפס את זה. לכן הטיעון שאומר הרי עושים את זה בין כה וכה, הטיעון הזה אין לו כוח שכנוע. עושים את זה בין כה וכה, עושים בין כה וכה גם עבירות בכל תחומי הפשע.

עכשיו צריך להבין מה קורה, ואני מבין את התגובה ותכף תראו למה אני חושב שהתגובה מוטעית. אין לי שום ספק ברצון הטוב של אנשים כמו פרופסור שפירא ואחרים, שרוצים לגייסמיה של הסחר באיברים בצורה זו או אחרת. אין לי שום ספק ברצון הטוב של מי שרואה את הסרט קורע הלב הזה, ורוצה לעזור. זה לא מה שעומד על הפרק. הויכוח הוא לא בין אלה שזה לא מדבר אליהם לאלה שבוכים על זה. הויכוח הוא בתוך כל אלה שבוכים כשהם רואים את זה.

השאלה שצריך להבין, וזאת השגיאה המוסרית שנעשית פה בדרך כלל, כשאנחנו רוצים לשרת איזה שהוא ערך, אבל הוא נמצא בהתנגשות עם ערך שני, שגם בו אנחנו רוצים, מה לעשות בתנאי ההתנגשות האלה? התשובה הרווחת, שהיא תשובה מוטעית, אומרת "אתה צריך להחליט מה יותר חשוב, וללכת על זה". ואני חושב שזאת טעות. מה שאתה צריך לעשות הוא אכן לראות מהו הערך הראשי בין השניים המתנגשים, ולתת לזה ביטוי מעשי שהאחד הוא הערך הראשי והשני הוא ערך משני. אבל כשמדובר על הערך המשני אתה חייב לשאול את עצמך כיצד אתה גורם לו את הנוק המינימלי. התפקיד שלך בדילמה, בהתנגשות ערכית, הוא להחליט מה יותר חשוב אבל להגן גם על השני, במידת האפשר, במידת היכולת שלך להגן עליו כאשר כבר נקבע המשני.

ולכן, אנחנו צריכים לשאול את עצמנו האם ערכנו את כל ההסדרים החברתיים האפשריים לפני שאנחנו מגיעים אל הפגיעה הקשה הזאת בערכים החברתיים, שתתרחש אם יהיה שוק חופשי באיברים. אנחנו צריכים לשאול את עצמנו, האם הרחבנו את המעגל. הרי בסך הכל לא מזמן, פחות או יותר לפני שנתיים, חרגנו מהמסגרת של קרובים מדרגה ראשונה, והגענו לקרובים מדרגה שניה. ועדיין יש לנו קרובים רגשיים ואלטרואיסטים באופן כללי והצלבה ויש לנו עוד קשת שלמה, של דברים שצריך לעשות אותם, חובה לעבור אותם ולראות

רפואה ומשפט גיליון מס' 20 - מאי 1999

נכנס אלי בן אדם למשרד, לשם דוגמא, אני לא מדברת כרגע על דוגמא ספציפית, רק כדי לתת לכם את המושג.

אלי זהר: גם לא על משרד ספציפי.

ארנה לין: גם לא על משרד ספציפי. ובכן, נכנס אדם מעל גיל 60. כל הרופאים כאן מכירים את האנשים האלה שחמש שנים נמצאים בדיאלוזה. כאשר אחד האנשים האלה הולך אלי מהמעלית עד לחדר, אני רואה בן אדם שיש עליו כבר איקס. זה כבר בן אדם מת. הוא נראה ככה, הוא לא יכול לחיות יותר. הוא צהוב, הידיים שלו כבר לא ידיים מהורידים האלה שצריכים להכניס לו את הדיאלוזה. הוא בקושי נושם. הוא בקושי מדבר. אז אותו אדם פלוני, ודווקא יש לו ילדים ודווקא יש לו משפחה. והוא בא ואני אומרת לו "תאמר, אין מישהו מהמשפחה שלך שמוכן?" אז הוא אומר "לא ממש. והבת שדווקא כן רוצה לתרום. היא גרושה עכשיו עם שני ילדים. היא יכולה לרצות עד מחר, אני כליה ממנה לא לוקח". וכן הלאה וכן הלאה. אז למה הוא בא אלי? אני אגיד לכם למה הוא בא אלי. מכיוון שמשפחות לא תמיד יכולות להתמודד עם הדבר הזה בכלל, אז יש לו זוג עובדים זרים בבית, שעוזרים לו ביום יום כי זה אדם שלא יכול לחיות. ואז כיוון שהוא הגיע לאותו מצב, שאותם אלף אנשים שנמצאים בתור, מגיעים אליו יותר מאוחר או יותר מוקדם, אז הוא ביקש מהעובדים הזרים שלו לתלות מודעה בשפתם בתחנה המרכזית בתל-אביב, כי הוא מוכן לשלם 50 אלף דולר ושיבוא מישהו וייתן לו את הכליה. אז העובדים הזרים דיברו ביניהם. הוא מתאר לי את זה. זה סיפור אמיתי לחלוטין. יש שם אלטרואיזם מופלא ביותר. והם באים ואומרים לו, "למה לך לתלות בתחנה המרכזית? אנחנו, אני אתן לך את הכליה. אתה עשית בשבילנו הכל. בזכותך אנחנו חיים כאן. בזכותך אנחנו יכולים לשלוח כסף למשפחה שלנו. אנחנו רוצים לתרום לך את הכליה". רבותי אין שום סיכוי שאני אוכל להשיג לבן אדם הזה את הכליה הזאת. מכיוון שהוועדה לא תאמין בסיטואציה הזאת, שישנה הסכמה של עובדים זרים שעובדים אצלו, ועוד בלי רשיון. והוא צריך את הכליה. הם לא יאשרו לו את הכליה הזאת.

אברהם שטיינברג: ראשית אני רוצה להגיד לעורכת דין לין שפרופסור בורמן ואני משמשים יושבי ראש אותה וועדה שעליה דיברת. ואם אני אספר לכם פה את הסיפורים מסמרי השיער של היחסים האלטרואיסטים שאנחנו שומעים בוועדה, אני חושב שכל הדיון האקדמי הזה היה יורד למחתרת. החיים הרבה יותר מורכבים מאשר דיון אקדמי כזה או אחר. ואני

האם הם פותרים את הבעיה או לא פותרים את הבעיה. מפני שחובתנו המוסרית היא למזער את הנזק לכל הערכים שפה הם הערכים המשניים. גם אם נגיד מה שקשה לי להאמין, גם אם נגיע לרגע שבו נגיד כל הדרכים לא שהן לא מועילות בשנת 1998-1999, או בשנת 2000. אלא שבאופן עקרוני אין מנוס מזה, גם אז נצטרך להבין שיש דרגות שונות. לגבי הרעיון של ביטוח: ביטוח בתחום הזה הוא בוודאי יותר טוב מאשר שוק חופשי. הרעיון של הסדר מאוד קשוח של המדינה, שמשגיח על זה בוודאי קודם לרעיון של הולכים וקונים ועושים ועושים מה שרוצים. אבל מכל מקום עוד לא הגענו לרגע הזה שבו אנחנו צריכים להגיד לעצמנו כבר מיצינו את כל הדרכים, ואין לנו מנוס, אלא להגן על האנשים הנזקקים האלה באמצעות סחר באיברים.

אלי זהר: מה שצריך לומר לטובת מי שלא מתמצא בזה, שבשנה האחרונה, בשנה וחצי האחרונות, משרד הבריאות עשה שלושה או ארבעה צעדים קדימה להקל על האפשרות להשתלה מכל מיני סדרות של קרובים לרבות הצלבות. אני לא רוצה להיכנס לפרטים כי אין לנו הרבה זמן לעניין הזה.

עובדה אחת עומדת בעינה. אין השתלה בתמורה. ואם הוועדה הרגילה או הוועדה העליונה למקרים של השתלה שלא מקרובים, לא תשתכנע באלטרואיזם הצרופ של התרומה, היא לא תאשר אותה. לפני שאתם מדגימים, ארנה, שוחחנו על שתי דוגמאות שרצייתי לבקש ממך לספר עליהן לפורום, לגבי איך מופעל, איך מופעלים הכללים החדשים של משרד הבריאות לפתרון בעיות שאנחנו נתקלים בהן?

ארנה לין: ישנה וועדה. זה כמעט מתחיל כמו בדיחה, אבל זה ממשיך פחות שמח. הוועדה הזאת צריכה לקבל את הפניות, לראות תצהירים של מי שרוצה לתרום ומי שהוא הנתרם. הוועדה הזאת צריכה לקבל הערכות פסיכיאטריות של האנשים האלה. כל מה שהוועדה רוצה לראות זה תמיד רק דבר אחד, וזה את אותו אלטרואיזם.

למה אני מציגה את זה בצורה כל כך ספקנית? מכיוון שאני רוצה לומר לכם, שבן אדם שזקוק לכליה, ובן אדם שזקוק לכסף ורוצה למכור כליה, יחתום על כל תצהיר. והוא יעבור כל הערכה פסיכיאטרית. וכל הניירות האלה שיונחו לפני הוועדה ושאוכלי באחוז מסויים מן המקרים יהיו אמיתיים והכל יהיה בסדר. מנגד - באחוז נוסף של המקרים, ואי אפשר כרגע לתת את האחוזים האלה, זה יהיה שוק שחור בחסות של אותה וועדה.

לא רוצה להאריך בתיאורים פלסטיים של המצב, אבל אני חושב שזה בהחלט תורם אם מבינים על מה אנחנו מדברים.

השאלה הזו שהיא שאלה קשה ויש בה דילמה. אילו היא היתה כל כך פשוטה, שחור ולבן, אני בעד או אני נגד, לא היינו יושבים פה. אני חושב שהצגת הגישות בצורה מוחלטת כל כך, נראית לי פשטנית מדי לנושא הזה.

יש שלוש אפשרויות להתמודד עם הבעיה. האפשרות האחת היא לעשות מה שאנחנו עושים היום. אסור בכל מקרה שתהיה כל תמורה עבור כל תרומה של איבר ורק אלטרואיסטים יתרמו איברים. אני חושב שזאת גישה שגם מבחינה מוסרית לא מוצדקת, ועם כל הכבוד אני חולק על פרופסור כשר שרואה בזה הגבלה מסויימת לרוצחים ואנסים. אם משהו מקבל תמורה, אני לא חושב שיש דמיון בין הדברים. אני לא חושב שיש פה בעיה מהותית מוסרית אם מקבלים תמורה תמורת איבר ואני אוכל גם לנמק את דעתי בהמשך, אבל ברמה ההצהרתית אני חושב שהגישה הזו לא נכונה, ולכן אין פה בעיה מוסרית בסיסית. יש פה שאלה פרקטית. מה יקרה לחברה שלנו או לחברה העולמית בכללה, אם נתיר את הרצועה ונאפשר קבלת תמורה. ולכן חשוב להסתכל על השוק השחור. כי אני חושב שהפתרון של היום לא פותר את הבעיה הפרקטית. בטורקיה וברומניה ובבולגריה ובכל מיני מקומות, האנשים האלה לא פחות אזרחים של המדינה ולא פחות אנשים חשובים מאיתנו. למה אותם ננצל ומהם נקנה כליות, ואצלנו זה יהיה אסור, נגלגל עיניים ונהייה אלטרואיסטים. אני חושב שיש פה בעיה מוסרית דווקא בהסדר הקיים היום. האפשרות האחרת שגם לה יש הצדקה מוסרית: האפשרות האחרת אומרת כיבוד האדם הוא דווקא כיבוד זכותו לעשות מה שהוא רוצה. זה חלק מהאוטונומיה. אם בא אדם ואומר "אין לי מה לאכול בבית, ובמקום לנקות את החלונות בקומה 120, שהסיכון שם הוא לאין ערוך יותר גדול מאשר לתרום כליה, במקום זה אני מוכן לתרום כליה וגם להציל חיים ולקבל את אותה תמורה", מי אנחנו שנגיד לו שהחלטה האוטונומית שלו היא פסולה.

אסא כשר: אנחנו נגיד לו שהוא לא ימכור את עצמו לעבד. אנחנו לא ניתן לו למכור את עצמו לעבד.

אברהם שטיינברג: לפי דעתי הדמיון לעבדות פה איננו תופס, עם כל הכבוד.

אסא כשר: זה הדמיון, זה בדיוק הדמיון.

אברהם שטיינברג: אבל אני חושב שאין לראות כעבדות את מה שאדם מוכן לעשות, כאשר הוא חופשי לעשות את זה וחופשי לא לעשות את זה, ואני חושב שבאותה מידה עבדות תהייה חייל שמשרת ועושה דברים טובים או קצין בצבא הקבע, גם הוא עבד, גם הוא חופשי.

אסא כשר: הוא לא עבד, הוא אזרח שמלא את חובתו.

אברהם שטיינברג: גם זה אזרח שממלא את חובתו. אבל כדי להשלים את המעגל, אני חושב שהפתרון הוא לא בקצה הזה ולא בקצה הזה. והפתרון דומה לפתרון שפרופסור שפירא ורבים אחרים מציעים, שבו אנחנו מצד אחד נכבד את האפשרות להציל חיי אדם ולאפשר יותר איברים במצב הקיים ולצפות לאוטופיות שהכל ייפתר גם בלי זה, נראה לי לא מציאותי. מצד שני, לא נאפשר לאנשים להגיע להסכמות לא רצויות בגלל לחצים והדבר הזה הוא בר פתרון ברמה החברתית. ואני לא חושש בכלל, כי אני חושב שלא רבים עושים את זה, ולא תמצא פה שורה ארוכה של אנשים שבתנאים מוגבלים, ואני לא מדבר על מיליון דולר תמורת כליה, אני מדבר על סכום סביר שאדם מוכן להיטיב את מצבו כתמורה.

אלי זהר: רבותיי הסערה היא כאן. עו"ד חיים אפרומה. רציתי לבקש ממך להתייחס לנושא של מה שקורה בחוץ לארץ. זה אנשים, אותם מאה אנשים שמחפשים את פתרונם בחו"ל.

חיים אפרומה: קודם כל אני רוצה לנצל את הזכות שנתת לאחרים ולהתייחס לנקודות אחרות ואחרי כן אני אשיב על השאלה. לעניין הדברים שאמר פרופסור כשר. ההתקדמות לכאורה בגישה והליברליזם של משרד הבריאות, איך הם עברו ממצב של תרומה מקרובים למצב של תרומות מאנשים אחרים. הוא מציג את זה כהתקדמות. ואני מודיע לו שאין מנוס מהתקדמות של התחום הזה למצב של תרומה בתמורה בעוד כמה שנים. אני קורא לזה התקדמות משום שאני מלווה את חולי הכליה האלה, את אותם אומללים שדיברה עליהם ארנה לין לפני כמה דקות, במשך החיים שלהם פה, ובנסיעות שלהם לקבל את התרומה או את ההשתלה בחוץ לארץ. אני רואה אותם איך הם עולים על המטוס שברי כלי, עם כסאות גלגלים, עם מנופים, עם מבט כבוי בעיניים, ואני רואה אותם חוזרים אחרי שישה ימים עם תקווה בעיניים, עם אור, עם שמחה, עם חיים. יש הבדל עצום בין היציאה לבין החזרה אחרי שישה ימים, ולכן כל הנושא הזה יותר חזק מכל החלטה אתית שתוחלט בכל וועדה שהיא, על ידי אנשים שלא נוגעים

בדבר. אנשים מתעלמים בדיון הזה מהחולה עצמו. מה מצפים האנשים שיעשה אותו חולה אשר פרופסור כזה או אחר, נפרולוג כזה או אחר, מודיע לו שתוחלת החיים שלו היא כמה שנים, ושהדרך היחידה שלו להציל את חייו היא באמצעות תרומה של כליה. מה מצפים ממנו שיעשה? שייקח את הכסף שלו ויבנה מצבה עם הכסף שלו? הוא יהפוך את האדמה. יעשה כל דבר. ימשכן את ביתו. ייקח התחייבויות ויציל את חייו.

עכשיו עוד הערה אחת לעניין העניינים. ההבדל בין העשירים שיכולים להרשות לעצמם ולעניים שלא יכולים להרשות לעצמם. אנחנו מטפלים באנשים האלה. ותאמינו לי מתוך מאה וחמישים אנשים שעברו דרכנו וקיבלו דרכנו את החיים שלהם בחזרה, אני מעריך ששמונים אחוז היו אנשים ברמה ממוצעת, חלקם אנשים קשי יום, שהתארגנו סביב העניין הזה. מי שרוצה להציל את החיים שלו מתארגן ומוצא מתחת לאדמה את הפתרונות. ועוד אספקט של הנקודה הזאת. מתוך אלף אנשים שממתינים היום להשתלת כליה, אם לקחנו מאה וחמישים איש וקנינו להם, במרכאות, כליות והצלנו את חייהם, הוצאנו אותם מהתור הזה. וכך אפשרנו למאה וחמישים עניים לקדם את עצמם בתור קדימה. אז יש פה הקלה גם לאותם עניים שלכאורה אין להם האפשרות.

אלי זהר: פרופסור דולב, אני רואה אותך חורק שיניים.

ערן דולב: אני לא חורק שיניים, אבל קודם כל אני יכול להגיד במשפט הראשון שאת הגישה העקרונית של אסא כשר אני מקבל לחלוטין. אני רופא, אני רוצה לעשות את הטוב ביותר עבור החולים שלי. זאת הנחת יסוד. אבל אני לא אעשה את זה בכל מחיר כאשר עולים פה מחירים שלא מתקבלים על הדעת. אני רוצה להביא את הדברים האלה עד אבסורד. אותם נימוקים יפים שנאמרו ואני מכיר הרבה חולים כאלה, והדבר הוא נורא, על זה אין דיון. ואין ספק שאבא לילד או לילדה יעשה כל דבר, ואדם עבור עצמו יעשה כל דבר. בסדר גמור. ומחר אנחנו. אני לא רוצה ללכת רחוק מדי, אולי נשלם לילדים של העניים שהם ילכו במקום סקטור מסויים לצבא? כך אני רואה את זה. ואז למה אני צריך לחיות בחברה הזאת? איזו מן חברה זאת בכלל? אלה שיש להם יקבלו על חשבון אלה שאין להם? פרופסור קוט אמרה פה משהו מאוד מעניין. כאשר התקווה הגדולה למחלת פרקינסון היתה בבלוטה מסויימת, בהשתלת בלוטה מסויימת שנלקחה מעוברים, אז בעצם מה יותר קל לעניים מאשר לייצר עוברים? שלוש פעמים בשנה לייצר עוברים תמורת כסף. שיגעון, לא מזיקים לאף

אחד. להפסיק את ההריון ולמכור חלקים. רקמות עובריות זה דבר של העתיד. בואו נחשוב על המאגר הזה, נתחיל למכור את הילדים של אנשים שהתענוג היחידי שלהם זה לעשות ילדים והם לא צריכים אותם, לאן אנחנו מגיעים? אז עם כל הכבוד ועם כל הסבל הגדול, צריכים לשים פה מוסרות מוסריות. אני חושב איך עושים את זה.

המעורבות החברתית מתחילה תמיד כשהאנשים נזקקים לחברה. החוליה החלשה פה אלה הרופאים. אם אני יושב בוועדה הזאת, אני מוכן לשמוע כל מיני אנשים. לא כולם חשודים בעיני, אני מוכן ללכת דרך חוק עם האלטרואיזם ולשמוע אנשים. לא מטריד אותי כל כך. אז אחד שיקר אותי. זה כמו ברפואה, ששלושה חיילים בגדוד אמרו סידרנו את הדוקטור, תמיד טוב יותר מאשר אי פעם לא האמנתי לחולה. אנחנו צריכים להחליט מהן הנורמות המוסריות שלנו, לשם מה חיים וכו'.

אלי זהר: ועדיין תמורה לא מקובלת עליך?

ערן דולב: לא, אבל מוכרחים. אני לא מוכן להכניס את העניין הזה, את העבירה הזו לנורמטיביות וכו'. גישת משרד הבריאות שהלך קדימה, מאוד מקובלת עלי, והיא מקובלת עלי הרבה יותר מאשר על כמה חברים שלי בהסתדרות הרפואית כידוע, בנושא ההצלבות וכו'. עלי זה מקובל ועל חברים מסויימים שלי לא מקובל. זה לא כל כך חשוב.

צריך לעשות את הדברים בצורה מוסרית. והדברים המוסריים הם למשל בחינוך להכריח או להביא אנשים, אוכלוסיות מסויימות, אני אתן לכם דוגמא. אני חושב שמעשנים צריכים לשלם יותר ביטוח בריאות. כי הם מזיקים למערכת הבריאות על חשבון אנשים אחרים. האם מישהו עושה בעניין הזה משהו? שום דבר. אני חושב שלא מוצו הכלים הנכונים, המעשיים של חברה. מצד אחד לשמור על ערכיה ומצד שני לעזור לכל חולה ונזקק באשר הוא.

אגב, הסיפור על כליות הוא סיפור קל יחסית. משום שזה נכון שיש פגיעה איומה באיכות החיים. אבל צריך גם להסתכל על הספרות, שיש אנשים שלא מיוצגים. הם מסרבים לעבור השתלות כי טוב להם עם דיאליזה, ויש כאלה, ועבודות של איליי פרידמן מניו-יורק על 22 ו-26 שנות דיאליזה מוצלחת. אני לא רוצה להיכנס לנושא המקצועי הזה. כאשר הדיון פה יהיה על כבד שאין לו דיאליזה, וזה לא יהיה בעוד שלושים שנה, ואני מסכים להתפתחויות הטכנולוגיות, אז אנחנו נהיה במצב הרבה יותר חמור, כי האפשרות היא השתלה או מוות.

מה שלא קיים היום בכליה. ולכן כדאי לעבד את המערכת הנורמטיבית שלנו באמת בצורה מוסרית. חברה שניתן יהיה גם לחיות בה בתור בריאים.

אלי זהר: רבותיי, השתלה או מוות, הציג פרופסור ערן דולב כשאלה מסכמת. האם אנחנו סולדים מהרעיון של מכירת איברים? האם אנחנו הולכים לקראת זה? אני רוצה שכל הצוות יגיב. כל אחד יסכם את עמדתו לאור הדיון, בייחוד האם אנחנו ביום הזיכרון לאליהו גיצלטר בעוד חמש-שבע שנים, נמצא חוזר מנכ"ל או חוק שיקבעו שיש הסדרים למכירת איברים.

ארנה לין: בכמה דברים אני מסכימה עם פרופסור כשר. זה לא צריך להיות פרוץ, זה צריך להיות מוסדר ואני חושבת שהמדינה חובתה להתגייס כאן בעניין הזה. אנחנו משלמים מסים, וחובתה של המדינה להיות "מתווך על" בעניין הזה.

כמשפטנית אני רוצה להביא כדוגמא את אותם מקרים שלא חשבנו לפני כמה שנים שיכולים לעלות על הדעת, של ניתוק חולים ממכשירים שמחזיקים אותם בחיים לפי רצונם של אותם חולים. זה נעשה באמצעות מערכת בתי המשפט. מערכת בתי המשפט שמעה את כל הטענות לכאן ולכאן, ובאותם מקרים שאפשר היה לעשות את זה היא נתנה את הסעד הספציפי הזה של ניתוק ממכונה.

אלי זהר: סוגריים, בשום מקרה ישראלי בארץ לא ניתן דבר כזה בהשתלות. כולל פסק הדין המפורסם של ברק, עם בקשתו של אליהו עטרי לתרום כליה, למכור כליה, לשפר את מצבו. הפתרון המשפטי היה ששלטונות הסעד יטפלו בו יותר טוב.

ארנה לין: מה שאני הייתי רוצה זה אפשרות להביא, מרצון כמובן, שני אנשים צלולים, שאחראים על גורלם, שאחד רוצה וצריך לקבל את הכליה, ורוצה לשלם עבורה בכסף מלא, והשני רוצה בצלילות ומתוך הסכמה מוחלטת לתת את אותה כליה ולקבל כסף תמורתה. ואני הייתי הולכת עם השניים האלה לבית משפט. הייתי הולכת פעם אחת, ושניה ושלוש וארבע, ועד עשר פעמים. ובית המשפט בסוף היה נותן לי סעד, או שהיה מסדיר את הסיטואציה, או שהיה תורם למציאת פתרונות, והיה עוזר למשרד הבריאות והיה עוזר לכולנו להבין שאותה תחזית של פרופסור כשר שאנחנו לא נמצאים עדיין שם, אנחנו כבר מפגרים הרבה בצורך לפתור את הבעיה הזו.

חיים אפרימה: אמר פרופסור דולב שהאופן שבו הדבר מתבצע לא מוסרי. אני לא מכיר שום דבר יותר מוסרי מאשר ניסיון של אדם חולה להציל את חייו. אין שום דבר יותר קדוש ויותר מוסרי מאשר הצלת חיים של עצמך. מה עוד שההצעה הוא כל כך זעום.

יש גם הטעיה באמירה שלו שאפשר להמשיך ולחיות עם דיאליזה עשר ועשרים שנה. אני לא רופא, אבל אני מכיר פחות או יותר את הסטטיסטיקות. אולי מישוהו בצוות יציג אותן, אולי פרופסור שפירא, לגבי אחוזי התמותה של חולי הדיאליזה. אחוזי ההישרדות שלהם. שלא לדבר על העלויות העצומות שהם עולים למדינה. שלא לדבר על העובדה שהם נפלטים ממעגל היצירה וממעגל החיים. שלא לדבר על הסבל הבלתי אנושי. תאמינו לי, אני מלווה אותם. כל הדברים האלה נפתרים בדרך שממילא תגיע, באופן שממילא יגיע בעוד חמש, עשר, חמש עשרה שנה.

יצחק ברלוביץ': אנחנו בעולם המערבי. שנהניג מסחר באיברים?

חיים אפרימה: אתה קורא לזה מסחר. אני לא קורא לזה מסחר. לא ניתנה לי ההזדמנות לדבר על זה, אבל אני לא קורא לזה מסחר. למה שאנחנו לא נוביל את מה שהוא בלתי נמנע?

עוד סיפור קצר, שמערכת הבריאות שלנו מעורבת בו בעקיפין. לפני חודשיים טיפלנו בהשתלת כליה לבחור צעיר, שכל הצינורות בגופו נסתמו לחלוטין. נשאר לו עוד מקום אחד בצוואר, שגם הוא עמד לפני סתימה. אי אפשר היה לעזור לו בשום פנים. הבחור הזה היה תוך עשרה ימים גומר את חייו. לא היו אמצעים כספיים להוריו לפתור את הבעיה הזאת. ואחת מקופות החולים בארץ, אחרי שבחנה את מצבו, ואחרי שראתה שהבחור בן עשרים ומשהו, הולך למות תוך עשרה עד עשרים ימים, הסכימה לממן לו את ניתוח ההשתלה בחו"ל.

אברהם שטיינברג: בניגוד לחלק מעמיתי לצוות, אני לא רואה בעיה ערכית בסיסית בקבלת תמורה ואני מדגיש תמורה ולא מסחר, בקבלת תמורה תמורת תרומה. אני רואה בעיות פרקטיות בנושא הזה, ולכן אני חושב שצריך ללכת לפתרון שהבעיות הפרקטיות ימוזערו עד כמה שאפשר, כאשר ניקח בחשבון שתי הנחות, האחת שחולים מתים והשני שהמצב הנוכחי מבחינה פרקטית איננו טוב במילא.

יצחק ברלוביץ': אני לא אדבר על הנימוקים המוסריים

והאתיים. את זה אשאיר לאנשים שמבינים בזה יותר ממני. אני רק רוצה להפנות את תשומת לב כולנו, לדברים האלה שנאמרו על ידי קודם, ואף אחד מהאנשים פה לא התייחס אליהם. עצם התהליך שבו ישלמו לאנשים עבור כליות, יחבל באופן אנוש להתרמה אלטרואיסטית ממתים, כאשר כרגע אנחנו נמצאים בתנופה ועצם המושג של תשלום, יעצור את כל התהליך בעודנו באיבו. עדיין לא מיצינו את התהליך הזה. אבל באותו רגע שיתחילו לשלם, מהרגע הזה ואילך ברור לכולנו שמשפחות שיודעות על המערכת הקיימת במובן של תגמול, לא יהיה להן שום מניע לתת איברים ולהתלבט האם לתת איבר כזה מקרוב משפחה עם כל הבעייתיות. משום שבאותו הרגע שיש לזה פתרון כלכלי, מאותו הרגע אין שום סיבה שאנשים יתרמו ויפגעו או יחשבו שבמידה זו או אחרת הם פוגעים בקרובים המת.

אלי זהר: אבל אם אתה לא יכול?

ההבדל בין שתי הגישות הוא הבדל בין מדינה נאורה מוסרית שמתקדמת לכיוון הזה שבו כל מה שנעשה בה נעשה כראוי על פי הנורמות, לבין מדינה שנסוגה. זה עניין אחד. נקודה שניה, כאשר מדובר על הבעיה שלפנינו, צריך להבין שבבעיה הזאת, כמו בכל בעיה מוסרית אחרת, ישנה חבילה שלמה של ערכים שאנחנו רוצים להגן עליהם. אחד מקודמי אמר שהוא לא מכיר דבר יותר מוסרי מאשר הרצון להציל חיים. אני כן מכיר. אני מכיר משהו יותר מוסרי מאשר הרצון להציל חיים. אני מכיר את הרצון להציל חיים תוך כדי פגיעה מינימלית בכל דבר אחר. זה הדבר שצריך לעשות באופן מוסרי. ובוודאי שלחיים יש עדיפות על דברים אחרים, יחד עם זה אתה צריך לטפל בכל החבילה.

זכי שפירא: אני רוצה לחלוק עליך כי אם האדם תורם מבחינה אלטרואיסטית הוא יתרום אותם גם כאשר יש אמצעים נוספים להשגת תרומות אברים. גם היום התרומות מן החי מהוות כחמישים אחוז מההשתלות בארץ, ולמרות זאת משרד הבריאות הצליח לעלות את מספר התורמים מן המת.

מי שעומד יום יום מול החולים שדורשים פתרון, לא יכול לעצום עיניים כאשר אותו חולה מוצא לעצמו פתרון. אני לא חושב שהוועדות צריכות לשקול ולחקור ולראות אם היתה כאן תמורה או לא היתה תמורה, הן בין משפחה והן בין תורם זר, אלא רק לוודא שאין כאן כפיה. והעדר כפיה היא התשובה לתרומת איברים מן החי.

ערן דולב: את מה שרציתי להגיד אמרתי בסיבוב הקודם. רק אזכיר שכאשר יהיה מסחור, מסחר באיברים, אנחנו נצטרך לשאול את עצמנו הרבה שאלות על קיומנו כחברה. אני לא חושב שאנחנו צריכים להיות החברה הנאורה הראשונה שהולכת לעשות את זה. אני מטפל באנשים האלה ואני מודע לחלוטין למצוקת החולה הבודד. אני חושב שיש דרכים חוקיות ומוסריות לעשות את זה, ואני לא חושב שבית המשפט הוא הפתרון לבעיות ערכיות חברתיות. בית המשפט, תפקידו לפי הבנתי, להשגיח על קיום החוק והצדק, לא על ערכים ועל מוסר חברתי.

אסא כשר: שתי נקודות בקצרה. קודם כל כשיש פער בין השטח לבין הנורמות, מה שחברה מתוקנת תעשה היא לתקן את השטח על פי הנורמות ולא לתקן את הנורמות כדי שהם יתאימו לשטח.

אסא כשר: אתה יכול. אתה לא רוצה. מפני שהלוגיקה של המצב היא כזאת שיש כאן בעיה קשה מאוד הנוגעת ללבו של כל אדם הגון, וכל אדם רגיש וכל אדם מן היישוב. יש פה בעיה קשה. עכשיו אתה מצביע על פתרון, מכיוון שהפתרון הזה ככל הנראה מעשי, והוא ככל הנראה פותר את הבעיה, אתה חושב שבזה יצאת ידי חובתך. ואני אומר לך שלא יצאת ידי חובתך המוסרית, מפני שלפתרון המעשי הזה יש מחירים ואני לא הגעתי עדיין להכרה שהמחירים האלה הכרחיים. גם באופן מוסרי זאת מילת מפתח. ואם תסתכל גם עד כמה שאני יודע במחירים חוקיים זאת מילת מפתח, בהגנת הכורח, בהגנת הצורך, בכל ההגנות האלה. אתה יכול להזדקק למשהו שהוא עצמו בעייתי, כשאין ברירה. ועכשיו יש הסדרים חברתיים שיכולים לשנות את המצב. תראו, 13 שנים לא מנסים לגשר על הפער הזה בקשר לקבלת איברים מן המת, אז כבר אפשר להגיד "לי אין ברירה". ב-13 שנים אפשר היה להתקדם התקדמות גדולה מאוד, ויש לנו אפשרויות בכל מיני חזיתות אחרות להתקדם ועדיין לא הגענו למצב הזה שבו ברצינות, בכנות, באופן שעומד במבחן מוסרי, אפשר להגיד אין ברירה.

אלי זהר: רבותיי, בסופו של דבר הויכוח מסמן את הכיוון הבא. מי שחושב שכדאי ללכת קדימה אל הבעד, מי שחושב שצריך לעצור במקום ולא להגיע אל הבעד ולהישאר בסיטואציה הקיימת ולשפר אותה ומי שאומר רבותיי יש לנו שדה רחב של ערכים, זאת התמודדות ערכית נכבדה, תנו לנו לעשות את זה עקב בצד אגודל, נראה למה אנחנו נגיע, והעיקר שנשמור על עולם הערכים.

אני חושב שלא באנו הנה כדי לפתור בעיה אלא להציב אותה, להציף אותה, לנתח אותה ולזכות מיכולתם של חברי הצוות הנכבדים שהיו איתנו כאן הבוקר, דר' יצחק ברלוביץ', פרופסור אברהם שטיינברג, פרופסור ערן דולב, פרופסור זכי שפירא, פרופסור אסא כשר, עו"ד חיים אפרימה ועו"ד ארנה לין, אשר באמת האירו את הדיון הזה מכל פניו, מכל זוויתיו

ושולחים אותנו הביתה מבלי לדעת תשובה אחת נחרצת ומוחלטת.

יש דבר אחד שאנחנו יודעים באופן נחרץ ומוחלט: העיקר להיות בריא. תהיו בריאים ושבת שלום.

ארתור-AtTour טיולים בעקבות אמנות

**טיולים לשוחרי אמנות שרוצים
לראות את התמונה לעומק**

אופבריה וטוסקנה -אמנות, נופים, וילות וצמטופים.
הכרת יצירות הפיסול, הציור והארכיטקטורה הטובות באיטליה.
לינה בווילות וטירות וארוחות ממיטב המטבח המקומי.
רומא - אמנות ואוכל.

חמישה ימי טיול בין כנסיות ומוזיאונים, סימטאות וארמונות,
ואתריהם- קורס בבישול איטלקי.

הטיולים בקבוצות קטנות ובחדרכת מנחה לאמנות .

לפרטים: טל': 050-352740, 06-6396749, 04-9986550.

פסיכיאטריה ומשפט

ענישה מופחתת על רצח ופתולוגיה נפשית:

פסיקה עדכנית

ב. גזרי דין

מובאת כאן אסופה נוספת של גזרי דין בסוגיה זו. ברם, בגזרי הדין שיובאו, לא מצא ביהמ"ש התוויה או עילה להתחשב במצבו הנפשי של הנאשם, עד כדי ענישה-מופחתת.

גזרי הדין מובאים כלשונם ובסדר כרונולוגי. לטעמי, יש לעיין בכל "נפחו" של גזר הדין, כדי להבין את "המקרה" לעומקו, ואת השיקולים של ביהמ"ש.

ניתן לראות את המקרה של גלעד שמן כ"פתיח" לסדרת גזרי הדין שיובאו. גלעד שמן הורשע בביהמ"ש המחוזי בנצרת בעבירת רצח לפי סעיף 300 (א) (2) לחוק העונשין בכך שגרם למותה של חברתו, עינת רוגל המנוחה, בירי מאקדח ברקתה. במשך זמן רב נטען כי היריה נפלטה. בשלב מאוחר נטען כי גלעד שמן סבל ממחלת נפש (במשמעותה המשפטית). די"ר גאוני, פסיכיאטרית בכירה, קבעה בחוות דעתה (חו"ד בסיסית, בתוספת שלוש חוות דעת משלימות), כי לחצים סביבתיים שונים: האינתיפאדה; משפט צבאי (בגין הריגת נערה ערבייה בהיותו מ"כ, כאשר תחילה הורשע ורק בערעור זוכה); המתח הרב שבו היה שרוי במשך חודשים ארוכים; ההתאהבות בחברתו; כל אלה העבירוהו ממצב של אירגון אישיות גבולי, ואישיות בעלת קוים סקיצואליים למצב של הפרעת אישיות גבולית עם פחדי נטישה עזים. תפיסת המציאות שלו נעשתה מעוותת עד אובדן בוחן המציאות, ומצב של מיקרואפיזודות פסיכוטיות. (הוסבר שמבחינה מהותית מצב זה זהה לכל מצב פסיכוטי אחר, אלא שהינו קצר יותר. כלומר מדובר במצב קצר של מחלת נפש). ביהמ"ש העליון דחה את ערעורו של יגאל שמן והמליץ להחזיר את פסה"ד לדיון בביהמ"ש המחוזי בנצרת, כדי להביא ראיות להפחתת העונש הקבוע בסעיף 300 (א). בביהמ"ש העליון בשבתו כבימ"ש לערעורים פליליים (נע"פ 4093/92. ההחלטה נתנה ב- 12.3.96), הביע תמיהה על הגנת אי השפיות במקרה רצח כשהיא מוצגת לאחר זמן רב. ביהמ"ש העדיף בדיקה פסיכיאטרית קצרה שנערכה ליגאל שמן סמוך לאחר הרצח, על פני חו"ד מלומדת ומנומקת שניתנה כמה שנים לאחריו. המקרים שיובאו להלן פוסעים אם בכיוון דומה ואינם מתחשבים בפתולוגיה נפשית שאינה קיצונית.



עמיחי לוי

א. מבוא

במאמר קודם ("ענישה מופחתת על רצח: סעיף 300 א (א) לחוק העונשין, ומשמעותו לפסיכיאטריה הישראלית"; רפואה ומשפט, גליון 18, אפריל 1998, עמודים 43-46), הוצגה פסיקה ראשונית בנושא. כזכור, תוקן חוק-הענשים ב-1995. סעיף 300 א (א) האמור, מורה על האפשרות שלא להטיל עונש של מאסר עולם אוטומטי בעוון רצח. כלומר, להטיל עונש קל מכך. אם נערכה העבירה במצב שבו, בשל הפרעה נפשית חמורה, או בשל לקוי בכשרו השכלי, הוגבלה יכולתו של נאשם במידה ניכרת, אך לא עד-כדי חוסר יכולת של ממש, כאמור בסעיף 34 (ח) (1), להבין את אשר הוא עושה; או את הפסול שבמעשה; או (2) להמנע מעשיית-המעשה.

במאמר הנ"ל הובאו מספר גזרי דין שבהם אכן נענה ביהמ"ש לבקשה להפחתת הענישה בגין רצח וגזר עונש קל ממאסר עולם. ביהמ"ש התחשב בפתולוגיה נפשית שאיננה קיצונית (דכאון קשה; הפרעות אישיות). בגזר דין מסוים אף נתן ביהמ"ש משקל ל"אירועי חיים" קשים, ובאחד מגזרי הדין הללו התייחס ביהמ"ש לאו דוקא למגבלה שבהבנת המעשה אלא להגבלה (בשל ההפרעה הנפשית) ביכולת להמנע מעשיית המעשה, כלומר לפגיעה ביכולת הריסון.

פרופ' עמיחי לוי - פסיכיאטר, מנהל המח' הסגורה בבי"ח שלותה. לשעבר ראש החוג למדעי ההתנהגות - ביה"ס לרפואה/אוני' ת"א.
פרופ' לקרימינולוגיה קלינית/אוני' בר-אילן.

ערעור פלילי מס' 6936/94

פ ס ק ד י ן

השופט י' קדוני: 1. פתח דבר

זהו ערעור כנגד פסקידינו של בית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו (תפ"ח 221/94), מיום 21.11.93, ולפיו הורשע המערער בעבירת רצח לפי סעיף 300(א) לחוק העונשין, תשל"ז-1977 - בגין המתת אהיו, מוסטפה (להלן - המנוח), יהוד עם נאשמת נוספת - ונידון בשל כך למאסר עולם. הערעור מופנה כנגד ההרשעה בדין, ולהלופין - כנגד אי-עשיית שימוש בהוראות סעיף 300(ג) לחוק העונשין להפחתת העונש שעל המערער לרצות.

2. העובדות

להלן, בתמצית, עיקרי העובדות הדרושות לבירור הערעור:

א. המנוח היה אחיו הצעיר של המערער, ושניהם עברו להתגורר בישראל מאזור יהודה והשומרון, שם פעל המנוח כמשתף פעולה עם כוחות הביטחון.

ב. בישראל התגוררו השניים - המערער ואחיו - בטייבה, בביתו של המערער; וסמוך לפני מועד הרצח נוסא האישום, הצטרפה למגורים בבית המערער גם ידידתו בדרה. המערער עצמו נשוי ולו ששה ילדים.

ג. במהלך התקופה שקדמה לאירוע נוסא האישום הורעו היהסם שבין המערער לבין המנוח: לאוזני המערער הגיעו שמועות ולפיהן מהזיק המנוח בתמונות עירום של אשתו; וזו דרשה מהמערער להרחיק את המנוח מביתם. המנוח סירב לעזוב את הבית.

ד. בתקופה זו הצטרפה בדרה אל המערער, ופתחה במסע הסתה נגד המנוח. בין היתר, סיפרה בדרה למערער שהמנוח מפיץ ברבים כי ברשותו תמונות עירום של אשתו, והציעה למערער להמית את המנוח לפני שהלה יקדים וימית אותו.

ה. הצעתה של בדרה נראתה למערער, והשניים החליטו לגרום יחד למותו של המנוח. עלי-פי תכנון מוקדם, הציעו השניים למנוח להצטרף אליהם עלי-מנת להמית בעל עדר צאן שעבדו אצלו בעבר, והוא נעתר להם.

כאשר היו השלושה בדרכם אל בעל עדר הצאן, הצליחו השניים, בתחבולת עורמה, לכבול את ידיו ורגליו של המנוח; וכאשר הלה היה מוטל כבול, שפך המערער אל פיו "מי אש" שהביא עמו, ואילו בדרה הכתה בראשו בטוריה שהביאה עמה והמיתה אותו. סמוך לאחר מכן קברו השניים את המנוח בבור שברה המערער בפאת הכרם שבו המיתו אותו.

עלי עווד

נגד

מדינת ישראל

בבית המשפט העליון בשבתו כבית-משפט לערעורים פליליים

[18.11.96]

לפני השופטים א' מצא, י' קדמי, י' סירקל

חוק העונשין, תשל"ז-1977, ס"ח 226, סעיפים 300(א)2, 300(א)3.

המערער הורשע בבית המשפט המחוזי ברצח, עבירה לפי סעיף 300(א)2 לחוק העונשין, תשל"ז-1977, לאחר שגרם יחד עם נאשמת אחרת למות אחיו. בערעורו טען הנאשם, בין היתר, לפגם ב"דבריהם" שהצטרף להוראתו. כיוון שהראיה שבה מדובר לא סיבכה אותו בעבירה ואינה קושרת אותו אישית לה.

כן ביקש המערער לפרש באופן מרחיב את הוראת סעיף 300(א)3 לחוק, כך שתכלול גם את האפשרות להקל בעונשו של מי שרצח אחר על רקע "מצוקה נפשית" אליה נקלע בעקבות השפלה חמורה בהתנהגות הקורבן.

בית המשפט העליון פסק:

א. ה"דבריהם" מהווה עלי-פי אופיו ותכליתו "חוספת מאמתת" להודאת הנאשם; להבדיל מה"סיוע", אין ראיית ה"דבריהם" צריכה ליסבך את הנאשם בביצוע העבירה (848 א).

ב. אין מקום להרחיב את משמעותו של סעיף 300(א)3 לחוק העונשין באופן שתיכלול במסגרתו גם "המצוקה הנפשית" שאלה נקלע המערער, למענתו, עקב ההשפלה החמורה שהשפילו אהיו בהתנהגותו. לשון הסעיף אינה מאפשרת את יישוטו במקרה דנן, ואין מקום להרחיב את תחולתו בדרך שיפוטית (848 ב-1).

ערעור על פסקידינו של בית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו (א' רוי, ד' ברליר, נ' ישעיה) מיום 21.11.93 בתפ"ח 221/94. הערעור נדחה.

מ' אטיאס - בשם המערער;

א' פטר, עוור לפרקליט המדינה - בשם המשיבה.

(3) בחוות הדעת קבע ד"ר אלטמרק, כי המערער סבל בעת הבדיקה - שנערכה
החדשים מספר לפני תחילת הדיון - מ"מסמונת גנור", המתאפיינת בגילויים היצוניים
של תחלת נפש אך אינה "סוּתה עַרָר לַמַּחֲלָה נֶפֶשׁ" (בלשון חוות הדעת); וכי "להערכתנו

בעדותו בבית הדין, הודה המערער על חודאתו, אך הטיל את האחריות על
התורה, כדלקמן:

"אני עשיתי כל מה שבדרה אמרה לי ולא הייתי בהכרח מלאה. אינני זוכר את כל האירועים" (עמ' 39 לפרוטוקול).

ובהמשך -

"אני נוהג לקחת גלולות. באחד הימים נגמר לי הגלולות ובדרה הושיטה לי גלולות אחרות ואמרה לי שאשתה אותן כי הן דומות לגלולות שאני לוקח בדרך כלל. אני בטוח שהגלולות היו משהו שאני לא יודע מהו. אולי באוכל היא הכניסה לי משהו וקרה לי משהו ... בעקבות הגלולות הללו והאוכל שאכלתי התחלתי לחוש שנאה לאחי והייתי מוכן אפילו להיות עיוור ובלבד שלא אראה אותו" (עמ' 40 לפרוטוקול).

ולבסוף -

"אינני זוכר מה עשיתי כשהיא נתנה את המכות עם הטוריה, הייתי מסטול. אחרי שלשה ימים חזרתי להכרתי וניסיתי להתאבד" (עמ' 42 לפרוטוקול).

בחוות'דעתו (ת/40) התייחס ד"ר אלטמרק גם למצבו הנפשי של המערער בשעת ביצוע הרצח. בעניין זה קבע ד"ר אלטמרק, כי אף שאובחנה אצל המערער בעת הבדיקה "תסמונת גנור", מסקנתו היא: "שהנבדק מבין את טיב ותוצאות מעשיו", וכי בעת ביצוע המעשים המיוחסים לו, "כמידה ויוכח בבית המשפט שאכן ביצע אותם, ניתן להסיק בסבירות גבוהה, שהבין את טיב ותוצאות מעשיו" (עמ' 6 לחוות'הדעת). בעדותו בבית המשפט, חזר ד"ר אלטמרק ואישר עמדה זו באומרו, בין היתר: "... מסקנתי היא שאם אכן כתב האישום נכון, המעשה הוא מאורגן, הוא מתוכנן ובכוונה" (עמ' 48 לפרוטוקול).

בית המשפט אימץ עמדה זו של ד"ר אלטמרק והוסיף בהכרעת הדין, כי התנהגותו של המערער לאחר שהמנוח נעלם - והכוונה בעיקר להפצת הסיפור הכוזב כאילו נחטף עליידי "רעולי פנים" - מלמדת "על מחשבתו המאורגנת של הנאשם, וזו רהוקה מלהצביע עליו כמי שלא היה בר עונשין בשעת האירוע או לאחריו" (עמ' 5 להכרעת הדין).

ג. ההרשעה על-פי ההודאה

בית המשפט המחוזי לא מצא, בנסיבות שבהן נרשמה ההודאה מפיו של המערער, בסיס להטלת ספק באמיתותה; ובאידך גיסא, מצא בחומר הראיה שנפרס לפניו "הדבריה" כספיק לביטול הרשעתו של המערער על פיה. "הדבריה" הדרוש לכילוק

ספקות באמיתות ההודאה נמצא, בין היתר, בגורמים הבאים: בשברים שנמצאו בגולגולתו של המנוח; בידעת פריטי לבוש שלבש המנוח שעה שנרצח; בידעת טיבם של פריטים שהחזיק ברשותו ונשא על גופו אותה שעה, כגון: משקפיים ואקדה צעצוע; ובעובדה שרגלי המנוח היו כבולות. הכול בהתאם לדברים שמסר המערער בהודאתו.

לנוכח דחיית טענותיו של באיכוח המערער בדבר הספקות שהעלה בקשר ליכולתו של מרשו לעמוד לדין ובקשר לשפיותו בשעת המעשה, ולאחר שקבע כי על-פי הגירסה שהציג המערער בהודאתו אין ספק כי נתקיימו כל יסודותיה של עבירת הרצח לפי סעיף 300(א2) לחוק העונשין - כפי שייחבד לו בכתב האישום - הרשיע בית המשפט המחוזי את המערער בעבירה זו וגזר עליו מאסר עולם.

4. הערעור כנגד ההרשעה

א. ההשנות

בטיעונו לפנינו העלה באיכוח המערער את עיקרי הטענות שהציג בבית המשפט המחוזי: הוא חזר על החששות שנותרו אצלו שמה לא היה המערער מסוגל לעמוד לדין ושמה לא היה שפוי בשעת מעשה; והרגיש פעם נוספת כי ספק אם יש ראיות שבאו לפני בית המשפט המחוזי כדי לספק את דרישת ה"דבריה" שנדרשה להודאתו של המערער. לצד טענות אלו העלה הסניגור את האפשרות כי המערער פעל תחת "אילוץ" שהופעל נגדו על-ידי ארגון מחבלים כלשהו; וביקשנו לבהון שמה קיים בעניין זה ספק לפחות.

ב. הטענות בדבר מצבו הנפשי של המערער

לנוכח העמדה הברורה שהוצגה בהוות'הדעת הפסיכיאטרית בשתי הכינויות המתייחסות למצבו הנפשי של המערער - היכולת לעמוד לדין והספיות בשעת מעשה - דין השגותיו של באיכוח המערער בהקשר זה להידחות. על בסיס הדברים שנאמרו בהוות'הדעת, בדבר ומניותה של "תסמונת גנור" ובדבר מאפייניה וטיבה, רשאי היה בית המשפט המחוזי לסמוך על התרשמותו מהעיוניות שגילה המערער במהלך הדין; ולקבוע - כפי שקבע בהכרעת הדין - כי לא היה מקום להשס שמה המערער אינו מסוגל לקחת חלק ענייני בדין. עדותו - המאחרת - של ד"ר אלטמרק בבית המשפט אישרה בדיעבד עמדה זו.

ואילו לעניין שפיותו של המערער בשעת מעשה - לא הותירה חוות'הדעת כל ספקות; ובמהלך הדין לא רק שלא הובאה ראיה אחרת בנושא זה, אלא שד"ר אלטמרק חזר ואישר בעדותו את האמור בהוות'הדעת.

ג. היעדר "דבר־מה" מספיק להודאה

הכרעת הדין כציגה את הגורמים המרכיבים את ה"דבר־מה", ואיננו לא נצאתי כל פגם בהחלטתו של בית המשפט המחוזי להסתפק בהם. ה"דבר־מה" מהווה עליפי אופיו ותכליתו "תוספת נאמנות" להודאת הנאשם, ולהבדיל ניה"סיוע", אין ראית ה"דבר־מה" צריכה "לסבך" את הנאשם בביצוע העבירה, כפי שמתבקש מטעונו של המערער בעניין זה.

הסניגור המלומד ביקש לשכנענו כי אין בגורמים המרכיבים את ה"דבר־מה" כדי לקשור את המערער אישית לביצוע הרצח, ובכך שגה. כאמור, לא תוספת "מסבכת" נדרשת כאן, אלא תוספת "מאמתת" בלבד; והגורמים שפורטו בהכרעת הדין מספקים תוספת זו במידה הדרושה. גם דינה של טענה זו להידחות.

ד. אילוץ של ארגון מחבלים

כאמור, באיכות של המערער ביקש מאתנו לשקול את האפשרות שההודאה - העומדת בבסיס ההרשעה - נמסרה בלחץ איומיהם של אנשי ארגון מחבלים הרודף את המערער. זאת המנוח, ולאמיתו של דבר הם שרצחו את המנוח ולאחר מכן דרשו מהמערער ליכול את האחריות לכך על עמדתו. טענה זו מבסס באיכותו של המערער על שניים אלה: ראשית - על אופייה הנפשע המוכר של פעילותם של ארגוני המחבלים - שהוא בגדר ידיעתו המשפטית של בית המשפט - הנוקמים ב"בוגדים" בדרכים עקלקלות; ושנית - שיש בכך הסבר מתקבל על הדעת לגירסה ה"מורכבת" שהציג המערער בהודאתו. לא אוכל לקבל טענה זו מן הטעם הפשוט, שאין לה אפילו ראשיתה של אחיזה בחומר הראיות; וכל כולה - פרי השערה של באיכות המערער, אשר הבהיר לנו שמקורה אינו בדברי מרשו, החושש, לשיטתו, להעלותה.

5. הערעור כנגד מידת העונש

באיכות המערער ביקש מאתנו "להרחיב" את משמעותו של סעיף 300א(ג) להוק העונשין - המאפשר הטלת עונש קל ממאסר עולם בשל רצח - באופן שתיכלל במסגרתו גם "המצוקה הנפשית", שאליה נקלע המערער עקב ההשפלה החמורה שהשפילו אהיו בהתנהגותו ובשמועות שהפיץ בקשר לאשתו. באיכות המערער היה ער לכך, שלשון הסעיף אינה מאפשרת את יישומו במקרה דנן; והוא ביקש מאתנו להרחיב את היקף תחולתו בדרך שיפוטית.

אנכי לא נצאתי עילה - או אפשרות - להיעתר לבקשה זו של הסניגור.

6. סיכומם של דברים, הנני מציע להבריי הנכבדים לדהות את הערעור על כל חלקיו.

השופט א' מצא: אני מסכים.

השופט י' טירקל: אני מסכים.

הוהלט לדהות את הערעור כאמור בפסק־דינו של השופט קדמי.

ניתן היום, ז' בכסלו תשנ"ז (18.11.96).

בגזר דין זה אין מדובר בסעיף 300 א (א) לחוק-העונשין; אלא בסעיף 300 א (ג). לעניינו אין הדבר משנה, כיון שהתבקשה ענישה מופחתת בעבירת רצח, ובשל מצב נפשי. חוות הדעת הפסיכיאטרית קבעה כי ניתן להסיק, בסבירות גבוהה, שהנאשם הבין את טיב ותוצאות מעשיו, ושמעשיו היו מאורגנים, מתוכננים ומכוונים. אין בגזר הדין התיחסות באשר לכח הריסון של הנאשם. הבקשה להרחיב את משמעותו של סעיף 300 א (ג) לחוק העונשין (כך שתיכלל במסגרתו גם המצוקה הנפשית שאליה נקלע הנאשם עקב ההשפלה החמורה שהשפילו אחיו), לא נענתה ע"י ביהמ"ש.

2. ת"פ (ב"ש) 98/94: מדינת-ישראל נגד פנחס בן רפאל אבוקסיס; 20/2/97

כמסתבר, לאחר הכרעת הדיון נבזק הנאשם ע"י פסיכיאטר ד"ר יונתן בנימין, אשר בסיכום חוות דעתו קבע, בין השאר, כי:

ת"פ 98/94 (באר-שבע)

מדינת ישראל

נגד

פנחס בן רפאל אבוקסיס

בבית המשפט המחוזי בבאר-שבע

[20.2.97]

לפני השופטים ג' גלעדי, צ' סגל, נ' הנדל

ג ז ר ד י ן

השופט צבי סגל

4. מן הראוי, תחילה, להדגיש שניים אלה בהתייחס למילות סעיף 300 לחוק העונשין:
 - א. לשם התכנסות תחת האצטלה של סעיף חוק זה, נדרשת הוכחה שהנאשם סובל מהפרעה נפשית חמורה או ליקוי בכושר השכלי המגבילה את יכולת הנאשם במידה ניכרת, שאינה מגיעה לידו אי-שפיות הדעת (כמוגדר בסעיף 34 לחוק העונשין).
 - ב. גם אם יוכח שהנאשם סובל מהפרעה נפשית חמורה או ליקוי בכושרו השכלי המגבילים את יכולתו במידה ניכרת כמצוין לעיל, עדיין נותר בידי בית המשפט שיקול הדעת אם לעשות שימוש בסעיף המקנה אפשרות להשתית עונש מופחת.משכך הם פני הדברים, נבחן, עפ"י סידור, את השאלות הבאות:

הראשונה, על מי מוטל נטל ההוכחה ?
השנייה, האם הורם נטל ההוכחה כנדרש ?
השלישית, מהו שיקול הדעת שיש להפעיל בעניין דידן ?
5. על מי מוטל אפוא נטל ההוכחה ?
 - א. בחוק העונשין (תיקון מס' 39) (חלק מקדמי וחלק כללי), התשמ"ד 1994 (להלן - תיקון מס' 39), נקבע בפרק ו', סעיף 34 ה' כי:

"מלבד אם נאמר בתיקון אחרת, חזקה על מעשה שנעשה כתנאים שאין בהם סייג לאחריות פלילית" (ההדגשה לא במקור - צ"ס)

בפרק ז' ("הוראות שונות"), ס' 34 כב, תיקון מס' 39, נקבע:

(א) לא ישא אדם באחריות פלילית לעבירה אלא אם כן היא הוכחה מעבר לספק סביר.
(ב) התעורר ספק שמא קיים סייג לאחריות פלילית, והספק לא הוסר, יחול הסייג.

עינו הראות, כי לאור ההוראות התדשות דלעיל, בכל הקשור לאחריות פלילית, די לו לנאשם, שחומר הראיות הכולל יותיר ספק סביר לזכותו - כדי להננותו מסייג לאחריותו בפלילים. כל זאת, משום שנקבע במפורש, כמצוטט לעיל בתיקון מס' 39 החדש, כי התביעה היא זו הנושאת בנטל השכנוע של פלילות המעשה המיוחס לנאשם.
 - ב. כחודש מרס 1992 נחקק חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (להלן - "חוק היסוד").

רמת הנורמטיבית של זכויות האדם הועלו עקב כך לדרגת עוצמה חוקתית - על חוקית. משמעות הדבר היא, כי חוק רגיל של הכנסת, שהחוק לאחר מכן, אינו יכול יותר לפגוע בזכויות אלה, אלא אם כן הוא הולם את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, הוא נחקק

1. עובדות המקרה פורטו בהרחבה בהכרעת הדיון ואין צורך לשוב ולפרטן פעם נוספת.

עיקר בנייה של בקשת ב"כ הנאשם ניסוב עתה סביב עתירתה להחיל בעניין דידן את סעיף החוק החדש המאפשר להפחית מעונש החובה, הוא עונש מאסר עולם, שיש להשית, בדרך כלל, על נאשם המבצע ומורשע בעבירת רצח בכוונה תחילה.
2. חוק העונשין (תיקון מס' 44) התשנ"ה 1995 (להלן - "תיקון מס' 44"), שנחקק לאחר חוק היסוד קובע בסעיף 2 כדלקמן:

"אחרי סעיף 300 לחוק העיקרי יבוא:
300א. על אף האמור בסעיף 300 ניתן להטיל עונש קל מהקבוע בו, אם נעברה העבירה באחד מאלה: עונש (א) במצב שבו, בשל הפרעה נפשית חמורה או בשל מופחת ליקוי בכושרו השכלי, הוגבלה יכולתו של הנאשם במידה ניכרת, אך לא עד כדי חוסר יכולת של חמש כאמור בסעיף 34 - (1) להכין את אשר הוא עושה או את הפסול שבמעשהו; או (2) להימנע מעשיית המעשה. (ב) ----- (ג) -----."
3. משהחליט בית המשפט להרשיע נאשם בעבירת רצח, על-פי האמור בסעיף 300 לחוק העונשין, התוצאה הנלווית לכך הינה, כי העונש שיש להטיל עליו, ככלל, יהא עונש החובה הקבוע בחוק, היינו: עונש של מאסר עולם. רק כאשר כושר ההחלטה של הנאשם נפגם, ואין התנהגותו פועל יוצא של שקילה והכרעה רציונאלית, כגון במצב של אחריות מופחתת עקב הפרעה נפשית חמורה או ליקוי בכושרו השכלי, שמגבילים במידה ניכרת את הכשרות הפלילית אך אינם שוללים אותה, ניתן כיום לצמצם את מידת העונש המרבי, הוא עונש החובה של מאסר עולם.האם יש מקום להחיל את סעיף 300א (א) בענייננו?

לתכלית ראויה, ופגיעתו בזכויות האדם החוקתיות אינה עולה על הנדרש. עקב כך, אין אלא לסבור, כי גם במשפט הפלילי התרחשה קונסטיטוציונליזציה (נראה: מאמרו של אהרון ברק "הקונסטיטוציונליזציה של מערכת המשפט בעקבות חוקי היסוד והשלכותיה על המשפט הפלילי (המהותי והדיוני)", מחקרי משפט, הוצאת אוניברסיטת בר-אילן יג, חוברת 1; י. קרפ "המשפט הפלילי - יאנוס של זכויות האדם: קונסטיטוציונליזציה לאור חוק יסוד "כבוד האדם וחירותו", הפרקליט מב (תשנ"ה) 64).

על רקע זה נראה אפוא כי המשפט הפלילי המהותי יהא כפוף לחוקי היסוד החדשים, כך גם הנורמות הפליליות תהיינה כפופות לחוקי היסוד, וכך גם דרכי הענישה והמשפט הפלילי הדיוני, לרבות דיני הראיות, נתונים כיום ויהיו נתונים בעתיד למסגרות החוקתיות החדשות.

האם לאחר חקיקת חוק היסוד, בהתחשב בתיקון מס' 39 הנ"ל ותוך השוואה אליו, ניתן לטעון כי כל הטלת נטל שכנוע על נאשם הינה "בלתי חוקתית" בשל הפגיעה שיש בה בערכים שחוק זה בא להגן עליהם?

גם אם נקבע (ואיננו קובעים זאת במסגרת הדיון הנוכחי), כי התשובה לכך הינה בחיוב, עדיין נשאלת השאלה האם ניתן ל"הרחיב" עקרון זה גם לתיקון מס' 44 הנ"ל, הדן ב"עונש מופחת" ולא בסייגים לאחריות פלילית?

ניזכור, כי פגיעה חוקתית בזכויות האדם באמצעות המשפט הפלילי מתאפשרת אם עוברים שני שלבים:

האחד, קביעה אם דבר החקיקה פוגע בזכות אדם חוקתית.

לסברתי, אין כל ספק שתיקון מס' 44 אינו פוגע אלא מיטיב את זכותו החוקתית של האדם ולכן אין גם צורך לעבור ולבדוק את השלב השני, היינו: אם הפגיעה מקיימת את פיסקת ההגבלה.

משכך הם פני הדברים, קמה ומזדקרת לה השאלה הנוספת - במסגל הפנימי יותר - היא השאלה הרלוונטית לענייננו: האם הטלת נטל השכנוע על נאשם במקרה הנוכחי, היינו: במסגרת השימוש בסעיף 300א לחוק, אכן פוגעת בזכות חוקתית שלו?

ויובהו: אם נקבע שנטל השכנוע מוטל על התביעה, הרי ממילא אין בכך כל פגיעה בנאשם - לא חוקתית ואף לא חוקית - וכל שנידרש אז לשאול את עצמנו יהא אם הצליחה התביעה להרים את הנטל שהוטל עליה, ואם לאו, נשאל את עצמנו מה משמעות הספק.

ואם נקבע שנטל השכנוע מוטל בעניין זידן על הנאשם, נשאל את עצמנו לא רק אם עמד הנאשם בנטל שהוטל עליו, אלא האם נפגעה בכך זכות חוקתית כלשהי שלו המותירה, אולי, את תיקון מס' 44 ככלי ריק מתוכן.

ג. סעיף הפרשנות הנמצא בסעיף 34 כא' לתיקון מס' 39 מורה כדלקמן:

"ניתן דין לפירושים סבירים אחדים לפי תכליתו, יזכרע העניין לפי פירוש המקל ביותר עם מי שאמור לשאת באחריות פלילית לפי אותו דין" עיננו הרואות; סעיף הפרשנות החדש דן גם הוא בדרכי פרשנות לעניין האחריות הפלילית, והרי נושא האחריות הפלילית נמצא בעניין זידן כבר מאוורינו.

אך גם אם ניישם את סעיף הפרשנות הנ"ל לענייננו - ונטייתו לסכור כי כך יש לנהוג - נראה כי בראש ובראשונה המדובר "בפרשנות תכליתית" שדחקה במידה רבה לפניה את הפרשנות הלשונית ואת הפרשנות הדוקנית בפלילים.

בעבר, כאשר לשון החוק הייתה ניתנת ליותר מאשר פירוש אחד, פעל בית המשפט בהתאם לכלל הפרשני המעין מכאני, לפיו יש לבחור בפירוש המצמצם הפועל לטובת הנאשם.

ואולם, עם חלוף העתים החלו בתי המשפט להיזקק פחות למשמעותן הקבועה של המילים ולהיזקק יותר לפרשנות תכלית, היינו: מטרת המתוקק ומטרת החוק.

על מהותה של הפרשנות התכליתית למדנו מפי כבי הנשיא א. ברק:

"החקיקה מהווה כלי אשר באמצעותו משנה החברה את יעדיה. דבר חקיקה ללא תכלית הוא דבר הבל. אם החוק הוא מכשיר להגשמת תכלית חברתית, כי אז הפרשנות של החוק צריכה לכלול אמות מידה פרשניות לשם הגשמת התכלית החברתית המונחת ביסוד החוק.

הפרשנות צריכה לבטא בצורה הטובה ביותר את המטרה שלשמה נחקק החוק" (א. ברק, פרשנות במשפט, כרך שני "פרשנות החקיקה" עמ' 159-160).

וכן ראה: ע"פ 787/79 מרחו נ. מדינת ישראל, פ"ד לה(4) 421; ד"נ 7/78 וע"פ 2228/77 זקצר נ. מדינת ישראל, פ"ד לב(1) 701 ו- לב(2) 828; ע"פ 163/82 דוד נ. מדינת ישראל פ"ד לז(1) 622; ע"פ 677/83 בורוכוב נ. יפת פ"ד לט(3) 205; ע"פ 3013/92 מדינת ישראל נ. חוזה פ"ד מח(2) 818.

אין כל ספק שגישת הפרשנות התכליתית מקנה שיקול דעת רחב לשופט שאינו כבול עוד במובן הלשוני של החוק, ולפיכך יש גם צורך בנקיטת זהירות מרובה בבואנו ליישם פרשנות שכזו לטעיפי חוק בכלל, ולחוק פלילי בפרט.

ד. מהי, אפוא, הפרשנות הראויה בענייננו המגשימה את מטרת החקיקה שבתיקון מס' 44?

מן הראוי לסקור תחילה, ולו בקצירת האומר, את ההיסטוריה החקיקתית בנושא זה.

בסעיף 3 לתיקון מס' 39 נקבע כי יוסף לחוק העונשין סעיף חדש, 35א, שזו לשונו:

"35א. עונש חובה ונסיבות מקלות עבר אדם עבירה ונקבע לה עונש חובה, רשאי בית המשפט להטיל עונש קל ממנו, אם שוכנע כי קיימות נסיבות מיוחדות המצדיקות זאת".

סעיף זה איננו שייך במהותו לתיקון מס' 39 העוסק בנורמות הכלליות של הדין העונשי המהותי, ולכן גם לא הופיע בהצעת החוק המקורית (הצ"ח 2098 התשנ"ב, עמ' 114). סעיף זה הוסף לחוק החדש רק במהלך ההצבעה על תיקון מס' 39 במסגרת הדיון בקריאה השניה והשלישית בכנסת, ומבלי שקדם דיון במשמעותו בועדת החוקה חוק ומשפט של הכנסת.

הרקע לתוספת נועץ במגמה להכניס לחוק ישראלי את קטגוריות האחריות המופחתת, כך שתחול גם על עבירת הרצח (ראה בעניין זה, דברי השופט בייסקי בע"פ 870/80 לדאני נ. מדינת ישראל, פ"ד לו(1) 29).

ואולם, בנוסחו המובא לעיל הקנה הסעיף סמכות רחבה ביותר מבלי לקבוע קריטריונים להפעלתה.

לפיכך, הובאה בפני הכנסת הצעת חוק נוספת מטעם הממשלה (להלן - "הצעת החוק הממשלתית"), שבאה לסייג את הסמכות האמורה, כפי שנאמר בדברי ההסבר להצעה:

"הוראה זו (סעיף 35א) מסמיכה את בית המשפט שלא להטיל עונש שנקבע כעונש חובה בנסיבות מיוחדות המצדיקות זאת... סמכות רחבה זו, שאינה מלווה באמות מידה להפעלתה, אינה הולמת את אופייה החמור של עבירת הרצח ואת הסכנה הנושקפת לציבור, בדרך כלל, ממי שהורשע בביצועה" (דברי ההסבר להצ"ח 2403 התשנ"ה, עמ' 475-476).

עיננו הרואות; הצעת החוק הממשלתית סייגה את סעיף 35א באופן שלא יחול על עבירת הרצח. עם זאת, הוצע להוסיף סעיף חדש לחוק העונשין שבו יקבעו נסיבות מיוחדות וספציפיות שבהן הממית אדם לא יהיה צפוי להרשעה ברצח (אלא בהריגה בלבד), ולפיכך אף לא למאסר עולם כעונש חובה.

כמסתבר, תיקון מס' 44 אימץ את ההצעה הנ"ל באופן חלקי בלבד. סעיף 35א שונה, ונקבע כי לא יחול על עבירת הרצח אלא במקרים המפורטים בסעיף חדש, הוא סעיף 300א, הקובע עונש מופחת בעבירת הרצח.

אילו הצעת החוק הממשלתית הייתה מתקבלת על כל חלקיה, דהיינו, שבנסיבות המיוחדות ניתן יהיה להרשיע אדם שהמית אחר בהתאם לאחת החלופות של סעיף 300א לחוק העונשין בהריגה

בלבד, ולא ברצת, היה נוצר מצב שבו התביעה, עקב אמונתה כי ההמתה בוצעה בנסיבות המעידות על ביצוע עבירה מסוג רצח (המחייבת השתתפות עונש מאסר עולם חובה), הייתה היא זו שנאלצת לעמוד בנטל ההוכחה, הן בהקשר ליסודות עבירת הרצח והן בהקשר לאי-קיומן של אותן נסיבות מיוחדות המצדיקות הרשעה בהריגה בלבד.

העובדה שהמחוקק בחר לדחות חלק זה של הצעת החוק עשויה, לסברתי, ללמדנו על רתיעתו מהטלת נטל כפול ומכביד שכזה על התביעה.

מאידך, כמצוטט לעיל, קבע המחוקק בסעיף 34כא, כי מקום שניתן דין לפירושים סבירים... יוכרע העניין לפי הפירוש המקל ביותר עם מי שאמור לשאת באחריות פלילית....

ולענייננו, תכליתו של תיקון מס' 44 הינה להרחיב את שיקול הדעת במקרי גבול, על מנת לאפשר לבתי המשפט לעשות צדק אינדיבידואלי באותם מקרים אשר על פי נסיבותיהם מצדיקים סטייה מעונש מאסר עולם חובה.

לכן, לכאורה, הן הטלת נטל ההוכחה על הנאשם והן הטלת נטל ההוכחה על התביעה הן פרשנויות סבירות, ואם נישם את האמור בסעיף 34כא הנ"ל גם לענייננו, הרי במצב כגון זה בו אנו נדרשים לבחור אחד מבין שני פירושים סבירים, עלינו לבחור בפירוש המקל עם הנאשם, היינו: הטלת נטל ההוכחה על התביעה.

אלא מאי ?

במסגרת שיקול דעתו, בבואו לקבוע אם יש מקום להטיל עונש מופחת, רשאי בית המשפט, בסופו של דבר, שלא להקל בעונשו של נאשם אפילו הוכחו הנסיבות המנויות בסעיף 300א מעל לכל ספק.

לשון אחרת, בית המשפט רשאי שלא להסתפק בהוכחת הנסיבות המנויות בסעיף 300א מעל לכל ספק, ולפיכך, על פי הפרשנות התכליתית שניתן לייחס לתיקון מס' 44 הנ"ל, מקל וחומר שבית המשפט לא יסתפק בהעלאת ספק בלבד מצידו של הנאשם לעניין קיומן של הנסיבות המנויות בסעיף 300א.

אשר על כן, מתן פירוש לסעיף 300א שיקל לכאורה על הנאשם, היינו: ע"י הטלת נטל ההוכחה על התביעה שלא התקיימו הנסיבות המנויות בסעיף 300א עלול בסופו של דבר להיות בעוכריו של הנאשם, שכן בית המשפט בודאי שלא יאות להסתפק בספק שיעורר הנאשם, אלא יבקש - כתנאי בלעדיו אין - הוכחה פוזיטיבית חד-משמעית, שהנאשם אכן זכאי להפחתת עונשו, וגם אז עדיין יהא בית המשפט רשאי, במסגרת שיקול דעתו, שלא לעשות שימוש בסעיף הנ"ל ולהעדיף, הוך מתן נימוקים לכך, את הפעלת עונש החובה.

זאת ועוד. ניתן גם לפרש, והפעם פירוש מילולי, את לשון סעיף 300א הקובע: "... אם נעברה העבירה באחד מאלה:" - ככזה המצביע על כך שנדרש להוכיח דווקא את ה"יש" ולא את ה"אין", היינו:

הפחתת העונש תיחכן רק לאחר שקיום הנסיבות המנויות בסעיף 300א יוכח באופן פוזיטיבי ולא באופן נגטיבי. לשון אחרת, לו אכן היה הנטל מוטל על התביעה, או-אז, ניתן היה לסבור שלשון הסעיף צריכה הייתה לדרוש הוכחה שהעבירה "לא נעברה" בנסיבות המצדיקות הטלת עונש מופחת.

הסיכומו של ראש פרק זה:

תכלית סעיף 300א הינה: עשיית צדק אינדיבידואלי עם נאשמים ברצח בנסיבות מיוחדות המנויות בסעיף הנ"ל - תכלית המתיישבת עם השינויים הווקתיים שחלו עם חקיקתו של חוק היסוד.

ההיסטוריה החקיקתית של סעיף זה מלמדת, כמבואר לעיל, כי הצעת החוק הממשלתית שהטילה נטל כבד יותר על התביעה לא התקבלה. ואם נוסיף לכל אלה גם את לשונו של סעיף 300א,

כמצוטט לעיל, הרי אלה בהצטברותם מצביעים על כך שנטל ההוכחה לעניין הפחתת העונש מוטל על כתפי הנאשם (באמצעות עמידה במאזן ההסתברויות) ולא על כתפי התביעה.

לסברתי, זו הינה פרשנות תכליתית שאין בצידה כל פגיעה בזכות חוקתית של הנאשם, וגם אם תמצא כפרשנות זו פגיעה חוקתית כלשהי, הרי היא בודאי לתכלית ראויה ואינה עולה על הנדרש.

6. האם הורס נטל ההוכחה כנדרש ?

באמור לעיל, לאחר שהורשע הנאשם ברצח, הגישה באח-כוחו חוות דעת מומחה (נ/3), בה נקבע חד-משמעית כי בעת שעבר את העבירה סבל הנאשם מהפרעה נפשית המכונה הפרעת הסתגלות שפגעה בשיפוטו והוא גם היה נתון במצב של מצוקה נפשית קשה.

ב"כ המאשימה, כמצוין לעיל, בחר שלא לזמן את מומחה ההגנה כדי לחקרו במקירה נגדית, כך שלמעשה חוות הדעת הרפואית לא הופרכה ולא נסתרה.

לסברתו, ממצאי חוות הדעת הפסיכיאטרית, כמות שהם, אין בהם כדי להצביע על כך שבעת ביצוע הרצח הוגבלה יכולת הנאשם להבין את אשר הוא עושה או להימנע מעשיית המעשה במידה ניכרת בשל הפרעה נפשית חמורה ("אין כל ממצאים בחוות הדעת שהוגשה לקבוע שהוגבלה יכולתו של הנאשם, לא בכל מידה, ובמיוחד לא במידה ניכרת..." - ראה: שלב הסיכומים, עמ' 131, ש' 10-12).

ב"כ הנאשם, מאידך גיסא, סברה כי ההגנה עמדה בנטל הנדרש ממנה, והעלתה ספק סביר באשר למצבו הנפשי של הנאשם בעת ביצוע העבירה.

משנמנע ב"כ המאשימה מלחקור את מומחה ההגנה, לא נסתרה חוות הדעת הפסיכיאטרית והספק לא הוסר. ספק זה, לגישחה, פועל לטובת הנאשם.

אליבא דידך, עיון מעמיק בחוות הדעת הפסיכיאטרית מוליכנו אלי מסקנה מתבקשת אחת, לפיה ההגנה לא רק שלא עמדה בנטל ההוכחה המוטל עליה, אלא אף לא הצליחה להעלות ספק סביר לטובת הנאשם.

קביעת הפסיכיאטר, לפיה הנאשם סבל מהפרעת הסתגלות, וכי מעשיו ביום העבירה, היינו: "הירי במנוחה וניסיון ההתאבדות - הושפעו גם מהפרעת הסתגלות וגם מחוסר השינה, שנגרם ע"י הפרעת ההסתגלות" (כאמור בחוות הדעת נ/3 בעמ' 4) - אין בכוחם לבסס טענה בדבר תחולתו של סעיף 300א(א).

יישומה של ההודאה שבסעיף 300א(א) מותנה בקיומה של הפרעה נפשית חמורה אשר הגבילה במידה ניכרת את יכולת הנאשם להבין את מעשיו או להימנע מהם (ראה בעניין זה: ע"פ 4389/93, 4497/93 מרדכי ועבודי נ' מדינת ישראל - פורסם בתקדין-עליון כרך 396(3), 212; וכן ראה: ע"פ 3339/92 ניאזוב נ' מדינת ישראל - פורסם בתקדין-עליון כרך 95(3), 682).

בגין העובדה שהנאשם ביצע מעשים חסרי הגיון (רישום רהיטים על שם המנוחה, מימון הפלות להריונות שהרתה לאהדים ונטיעה לביתה בזמן שיטפון); בגין העובדה שחלו בו שינויים ("השתנו אצל הנאשם ההתנהגות, השינה, הריכוז, והרגש"); בגין העובדה שבני משפחתו סברו שהוא סובל מהפרעה נפשית; בגין העובדה שאין לו, לנאשם, כל הסבר הגיוני לירי במנוחה ולניסיון ההתאבדות; בגין כל אלה - לא סגי.

חוות דעתו של מומחה ההגנה מציינת, לכל היותר, תמונה של אדם, שבשל חולשותיו הנפשיות, התנהג, בכל הקשור ליחסיו עם המנוחה, כאחוז דיבוק.

7. מהו שיקול הדעת שיש להפעיל בעניין דידן ?

כמבואר לעיל, גם למעלה מן הצורך, אפילו עמדה ההגנה בנטל המוטל עליה והוכיחה את קיום יסודות סעיף 300א(א), עדיין היה בית המשפט נדרש להפעיל את שיקול דעתו בשאלת הפחתת העונש.

על שיקול דעת בנושא זה לשקף, בראש ובראשונה, את זכויות האדם כפי שמצאו את ביטויים החוקתי בחוק היסוד.

בהקשר זה ראויים לציון דבריו של הה"כ (כתוארו אז) דן מרידור, במסגרת הדיון על תיקון מס' 39 בקריאה השניה והשלישית בכנסת:

"אנחנו מחוקקים את החוק הזה ומביאים אותו לכנסת...

לאחר שהתקבל בבית הזה, לפני למעלה משנתיים, חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. אנחנו השתדלנו שהחקיקה הנוגעת בחפורש לזכויות האדם, האדם הקורבן והאדם הנאשם, תעמוד באותם קני מידה שאנחנו מצויים בהם מכה החוקה שלנו, כפי שהיא באה לידי ביטוי בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו..."(ד"כ התשנ"ד, עמ' 9824).

דברים אלה, כשלעצמם, מנחים ומדריכים אותנו, על כי בבואנו לשקול הפחתת עונשו של נאשם המורשע בעבירת רצח, שומה עלינו לשוות לנגד עינינו לא רק את כבודו של הנאשם אלא גם את כבודו של קורבן העבירה. שיקול הדעת כאן נדרש להפעלת איזון זהיר בין זכויות מנוגדות אלה, תוך שימת לב מיוחדת לנסיבות ביצוע העבירה.

וכתנא דמסייע, בבואו לבחון את קיומן של נסיבות סעיף 300א(א) במקרה פלוני, שומה על בית המשפט לשוות לנגד עיניו אף את הפסיקה שהתמודדה בעבר עם סוגיית האחריות המופחתת, וליתר דיוק עם העזרה של האחריות המופחתת מהמשפט הפלילי הישראלי.

בית המשפט הביע לא אחת את המשאלה,

"שיתן המהוקק דעתו לשאלה זו, וכי יינתנו בידי בית המשפט כלי ענישה מתאימים לאותם המקרים, הראויים להתחשבות מפאת מצבם הנפשי או מחמת נסיבות אחרות מיוחדות, אשר מעמידות אותם בדרגת אחריות מופחתת" (דברי כב' השופט בייסקי בע"פ 870/80, "לדאני" הנ"ל עמ' 39).

כך למשל, בע"פ 747/86, 6/87 מיכל הלל ו-2 אחרים נ' מדינת ישראל (פורסם בפ"ד תב(3) 447) נדון, בין השאר, ערעורה של מיכל הלל על הרשעתה בעבירת הרצח. פסקי הדיון של השופטים הנכבדים גולדברג ובייסקי קבעו, כי המערערת הייתה צעירה מוכת גורל, ומבחינה רפואית היא הייתה חולת נפש שמוקקה לטיפול מתמיד. המערערת הוגדרה כמי שמצויה על קו הגבול שבין אישיות נורמלית לאישיות סכיזופרנית.

בהתבסס על חוות דעת מומחים, קבעה הערכאה הראשונה כי המערערת פעלה בהשפעת מופרעותה הנפשית, אלא שמופרעותה זו לא עלתה כדי מחלת נפש במובן המשפטי שיש עמה לפטור מאחריות פלילית.

בהעדר הסמכה מפורשת בתוק להפחית מעונש מאסר העולם, לא נותר לשופטים הנכבדים גולדברג ובייסקי אלא לחזור על המשאלה שהובעה בפס"ד "לדאני" הנ"ל.

המצב החוקי כיום, לאחר תיקון מס' 44, הוא שונה. כיום, ראוי לו למבקש ליצוק תוכן להוראת סעיף 300א, לשווב ולהשוות את מקרהו לאותם מקרים שבעבר הותירו את השופטים חסרי אונים וכבולים בהלכות משפטיות נוקשות, כדי להיווכח אם אכן במקרהו הפרטי קיימות נסיבות מיוחדות המצדיקות הפחתת עונש של מאסר עולם.

ומן הכלל אל הפרט:

לסברתי, בעניין דידן לא כשל בריאותי - נפשי קיפד את חיי המנוחה אלא כוונת תחילה.

אוזן חדה ועין בוחנת יכולות וצרכיות להבחין ולשמוע כי "צליל" הבקשה להפחתת עונש החובה במקרה זה לוקה בדיסטרמוניות.

השאלה אם להקל בדין דרוש שקיפד ביודעין נפש - ובמקרה שלנו נפש שנשאה ברחמה עובר, היא שאלה החותכת חיתוכים בנשמה. יש לבדוקה היטב מכל צדדיה. כך עשינו גם אננו.

ראוי כי מזכור, שהנאשם שימש בזמן האירוע כקצין שב"ס. כל שלב במעשהו באותו יום גורלי, כמפורט בהרחבה בהכרעת-הדין, מעורר אימה; הנצת הרעיון, גיבושה של המימה, האלימות שהפגין כלפי המנוחה, וביצוע הרצח המחריד.

לפיכך, הארת הנושא על כל היבטיו השונים תוך כדי שימת לב לעימות שבין האינטרס של הנאשם לבין כלל האינטרסים הציבוריים האחרים, הם מעיקרו של הנושא; הם מעיקרו של שיקול הדעת השיפוטי שעלינו להפעיל.

לסברתי, מה שהיה נהוג בעבר, ומה שנדרש גם כיום, הוא מה שרצתה ורוצה החברה הישראלית שיישמע.

הפכתי והפכתי שוב בשאלה העקרונית והפרטית שהונחה לפתחנו. אליבא דיד, יש להיזהר גם היום, לאחר תיקון החוק, במתן הקלה בעונשו של רוצח, ויש על כן ליתן פרשנות מצמצמת לסעיף 300א, על כל חלופותיו, שמא תקבל תופעת העונש המופחת במקרה דומה למקרה בו אנו דנים ממשות מאיימת וכופה, לה לא התכוון המחוקק.

שימוש בלתי זהיר בסעיף העונש המופחת בעבירת רצח עלול להוליך לתחושת זלזול מה בערך חיי האדם שיוטבע בתודעת אלה בעלי "הכישורים" הפוטנציאליים לביצוע עבירות דומות.

שימוש בלתי זהיר בסעיף העונש המופחת יגרום במהרה לתחושה, שתיקון, שהורתו ולידתו באו למנוע עוולות שאירעו במקרים חריגים בעבר, הפך לפתע לסרח עודף מאיים שיש להדבירו בעודו באיכו.

יש אפוא לרדת לעומקו הרעיוני של הסעיף המתקן, רק כך נוכל ליישב בין הסתירה הלכאורית שנוצרה עם תיקון מס' 44 הכולל עקרונות נעלים שבאו על תיקונם, לבין המוסר האנושי הבסיסי הדורש למצות את הדיון עם רוצחים שרצחו בכוונת תחילה.

כללו ועיקרו של דבר, נראה לי, כי דין בקשת ב"כ הנאשם - על נסיבותיו האישיות הכוללות המתארות לעיל (היינו: במסגרת העמידה בתנאים הנדרשים בסעיף 300א(א)), ועל הנסיבות המתוארות בפרוטרוט בהכרעת-הדין (היינו:

במסגרת הפעלת שיקול הדעת השיפוטי אם להטיל עונש מופחת, גם אם התמלאו התנאים הנדרשים בסעיף 300א(א)) - להידחות.

מציע אני, אפוא, לחברי, להשית על הנאשם עונש של מאסר עולם, הוא עונש החובה בגין מעשה הרצח הנתעב שביצע.

ניתן והודע היום: 20.02.1997, במעמד הנוכחים.

השופט גלעדי

עיינתי בחוות דעתו המקיפה של חברי הנכבד, כב' השופט צ. סגל.

לדידי, בתיק זה, אין צורך להכריע, על מי חובת נטל ההוכחה, שנתקיימו העובדות המצדיקות הטלת עונש מופחת, לגבי נאשם שהורשע ברצח, על פי סעיף 300 א' לחוק העונשין תשל"ו - 1977.

גם אם נטל ההוכחה בעניין זה, היה מוטל על התביעה, הרי לאור חוות הדעת הפסיכיאטרית שהוגשה מטעם הסנגוריה, הוכח, כי הנאשם לא טבל מהפרעה נפשית חמורה, שהגבילה את יכולתו במידה ניכרת להבין את אשר הוא עושה, או את הפסול במעשהו, או להימנע מעשיית המעשה הזאת מהנימוקים שפרט חברי הנכבד, בחוות דעתו.

לפיכך, אני מסכים שיש להטיל על הנאשם עונש מאסר עולם, בגין עבירת הרצח בה הורשע.

השופט הנדל

1. דעתי כדעת כב' סגן הנשיא גלעדי. במסגרת תיק זה אין צורך לקבוע על מי מוטל הנטל להוכיח שנתקיימו התנאים להטלת עונש מופחת בעבירת רצח. בכל מקרה, וגם לאור חוות הדעת הפסיכיאטרית שהוגשה מטעם הסגוריה אין מקום להחיל את סעיף 300 א' במקרה דנו.

בכך ניתן להסתפק. ברם, בשל חשיבות הסוגיה אותה מעלה חברי, כב' השופט סגל, ובשל חשיבותו העקרונית של העניין, היותו קרקע בתולה מבחינה משפטית שהפטיקה המצויה לגביה דלה, הייתי מבקש להוסיף מספר הערות כלליות, ולו על דרך התמצות ולהשאיר לעת מצוא הבעת עמדתי באופן מקיף יותר.

א. אתייחס לנדון משלוש זוויות שונות:

- א. קביעת בעל הנטל.
 - ב. סדרי הדין בדיון בהטלת עונש מופחת.
 - ג. הפעלת שיקול דעת שיפוטי.
2. קביעת בעל הנטל:

כב' הנשיא ברק הגדיר את מהות המהפכה הקונסטיטוציונית בין היתר בדרך הבאה:

"אם בעבר נגזרו זכויות האדם מההסדרים בענפי המשפט השונים, הרי מעתה ייגזרו ענפי המשפט השונים מזכויות האדם החוקתיות. אך מעבר לכך: חל שינוי ברטוריקה החוקתית. אם בעבר, הרטוריקה המשפטית התמקדה בסמכות, בכוח ובשיקול הדעת (החוקיקאי, המנהלי והשיפוטי), הרי מעתה נעבור לרטוריקה של זכויות וחירויות."

(ע"א. 6821/93, בנק המזרחי המאוחד בע"מ ואח' נ. מגדל כפר שיתופי ואח'). יישום הדברים במשפט הפלילי הוא כי מוקד השינוי הינו בהגנת זכויות נאשם. במקביל, בהופף ובמצטבר לחוק היסוד, קבע המחוקק בחלק המקדמי לחוק העונשין כי עניין הנטל גם בהגנות שמעלה הנאשם יועבר משכמו לשכם התביעה. לשון אחרת, כל ספק סביר פועל לטובת הנאשם (ראה סעיף 34 כ"ב לחוק העונשין). כך צריך לנהוג בשיטה משפטית קונסטיטוציונית הבאה להגן על כבוד האדם וחירותו. מצב זה משקף את המימד העקרוני והערכי במשפט הפלילי. מצב זה משקף את השיקול המעשי של יחסי הכוחות בהתמודדות בין המדינה כגוף והנאשם כבודד.

לסברתי, יישום הספק הסביר הינו המדד המדויק ביותר לבחון את רצינות החברה להגן על זכויות נאשם. זוהי אבן הבוחן של השיטה המשפטית בענף הפלילי.

ומן הכלל אל הפרט.

בין אם העונש המופחת הינו הוראה מהותית ובין אם היא הוראה עונשית מצומצמת, הרי מקורו בסעיף בחוק העונשין. בתור שכזה, התקיימותו של ספק מייבת להיזקף לטובתו של נאשם. פרשנות זו אמנם מיטבה עם נאשם ורצויה גם מבחינת תכלית החוק בדבר נפקותו של ספק (ראה סעיף 34 כ"א לחלק המקדמי של חוק העונשין).

כל תוצאה אחרת עלולה לגרום לאנומליה משפטית בלתי רצויה. אם המצב של אי שפיות הדעת לפי סעיף 34 ח' מחייב תוצאה של זיכוי אם מתעורר ספק לגבי קיומו, לא ייתכן מצב בו קיום מעין אי שפיות הדעת גבולי לפי הסעיף של עונש מופחת, יזכרע בדרך אחרת. נטל אחד חייב להיות בשני המצבים. השיקול עקרוני ולא מעשי.

3. סדרי הדין בדיון בהטלת העונש המופחת:

ברור כי אם סעיף 300 א' חל בתיק ספציפי, בית המשפט אינו יכול לגבש עמדה אם להטיל עונש של מאסר עולם או עונש אחר מבלי לשמוע טענות ב"כ הצדדים בצורה מסודרת. העדר זכות טיעון פוגע בזכות יסוד של בעל דין. טענות בדבר השאלה אם חל סעיף העונש המופחת, אינו תחליף לטענות בדבר הפעלת שיקול דעת שיפוטי באשר לעונש אותו ראוי להטיל אם נתון לבית המשפט שיקול דעת בנדון.

4. הפעלת שיקול דעת שיפוטי:

חברי, כב' השופט סגל, קובע בנדון בין היתר:

"לסברתי, מה שהיה נהוג בעבר ומה שנדרש גם כיום, הוא מה שרצתה ורוצה החברה הישראלית שיישמע."

(עמ' 157). אכן, ייתכן ובמקרה מתאים, ציפיות הציבור הנן שיקול רלוונטי, אך זאת עד גבול מסוים. תפקיד בית המשפט הוא להנהיג, לאבחן ולחנך; תפקידו גם להעדיף את עקרונות המשפט על פני תחושות הרגע. דברים אלה נכונים ככלל, וביתר שאת, בסוגיית הענישה בעבירות רצח. החלטת המחוקק להעניק לבית המשפט שיקול דעת ביחס לעונש שיוטל בעבירות רצח בתנאים מסוימים ומוגדרים, מחייב לשיקול העניין לא על פי מה שהיה נהוג בעבר אלא על פי נורמה חדשה אשר תתפתח עם הזמן. לסברתי, הקושי בהפעלת שיקול דעת זה קיים מחוץ שונה מזו שצוינה בחוות דעתו של חברי כב' השופט סגל. קושי זה הינו מציאת האיזון הנכון בין הכלל החשוב של ענישה אינדבידואלית לבין הכלל שאין להפלות בין דם לדם ובין רצח לרצח. החלטת המחוקק לחוקק את סעיף 300 א' הינה התחלה של ניסיון למצוא את האיזון הראוי.

לטעמי, אין להתנצל על התפתחות זו אלא יש לברך עליה. בכל מקרה, המצב היום בתנאים מסוימים, החנויים בסעיף 300 א' לחוק העונשין, אין לבית המשפט שיקול דעת באם עליו להפעיל שיקול דעת בדבר העונש שיש להטיל על רוצח. להשקפתי, אין זה נכון להציג את עונש מאסר החובה כעונש הראוי בעבירות רצח בכלל וכל תוצאה אחרת הינה יוצאת מן הכלל. המחוקק קבע כי במצב מסוים קיים עונש חובה ובמצב אחר ישנו שיקול דעת. ראוי לאפשר לשיקול דעת זה להתפתח במסגרת מקרים קונקרטים. זאת, תוך מתן משקל ראוי לקביעת המחוקק להעניק לבית המשפט שיקול דעת רחב, כולל האפשרות של הטלת עונש מאסר עולם - אך לא כעונש חובה - אם נתמלאו התנאים החנויים בסעיף 300 א'.

5. עד כאן מספר הערות כלליות. לגופו של עניין, כאמור, דעתי כדעת כב' אב"ד השופט גלעדי.

בנסיבות המקרה יש להטיל על הנאשם עונש חובה של מאסר עולם בגין עבירת הרצח בה הורשע.

זהו נתון דקדקני ומפורט של רכיבי סעיף 300 א (א) לחוק-העונשין. נראה אף שזהו הנתון המשפטי הנרחב ביותר שנערך בישראל בסוגיה זו, והדברים מדברים בעד עצמם. ביהמ"ש קובע כי בעצם הבצוע של מעשים חסרי הגיון, בכך שחלו שנויים בנאשם, בכך שגם סביבתו של הנאשם חשה בשנויים ובכך שאין הסבר הגיוני לרצח, בכל אלה אין די; מדובר, לכל היותר, בחולשות נפשיות, ולא בהפרעה נפשית חמורה. הפרשנות הניתנת כאן, לכן, מצומצמת. היא מתחשבת, באופן מענין ביותר, "בחברה הישראלית". מובע אף חשש משמוש בלתי זהיר בענישה מופחתת בעבירת רצח העלול להביא לזלזול בערך חיי אדם.

3. ע"פ 2534/93: גז בן קברט מליסה נגז מדינת-ישראל; 31/3/97

גז בן קברט מליסה

נגז

מדינת ישראל

בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פליליים

[31.3.97]

לפני השופטים א' מצא, י' קדמי, י' טירקל

ערעור על פסק-דין בית-המשפט המחוזי בבאר-שבע מיום 20.4.93 בת פ. 47/92 שניתן על ידי כבוד השופטים: גלעד, סגל ודנוברג

תאריכי הישיבות: ח' בכסלו תשנ"ז (19.11.96) יב' באדר א' תשנ"ז (19.2.97)

עו"ד יורם סג"ל-זקס - כשם המערער
עו"ד נאווה בן-אור - כשם המשיבה

פסק-דין

השופט א' מצא

ערעור על פסק-דינו של בית המשפט המחוזי בבאר-שבע, לפיו הורשע המערער בעבירת רצח, כמשמעה בסעיף 300(א)(2) לחוק העונשין, תשל"ז 1977, ונידון למאסר עולם.

2. העובדות

המערער והמנוחה למלס אברה - שניהם עולים מאתיופיה - חיו יחדיו (ללא נישואין) ובאוגוסט 1990 נולדה להם בת. משנפרדו זרכיהם פסק בית הדין הרבני שהילדה תמצא במשמורת אימה. ביחס למערער נקבע, כי הוא זכאי לדאות את בתו אחת לשבוע והמנוחה חויבה להביא את הבת אל המערער מדי בוקר יום שישי, בין השעות 10:12, כדי לאפשר לו לדאותה. היחסים בין המערער למנוחה היו רצופים במריבות, בעיקר סביב עניינה של הבת. לא פעם פירבה המנוחה להביא את הילדה אל המערער, כמצוות בית הדין. הוא התלונן עליה במסמרה והיא גמלה לו בתלונות נגדיות. ביום שישי 92, סמוך לאחר השעה 30:30, באה המנוחה עם ילדתה למקום מגוריו של המערער (מעון לעולים באשקלון). קרוב לצוהרי היום, בעקבות התרחשות שלא כל נסיבותיה נחבררו לאשורן, דקר המערער את המנוחה באולר, שלושים ושתיים פעמים, בראשה, בצווארה, בגפיה ובאבריה הפנימיים. השומר במעון העולים (העד משה און) ניסה להרחיק את המערער מעל המנוחה. משלא נענה המערער לקריאותיו לחדול, ירה השומר לעבר המערער ופצע אותו. אז הירפה המערער מן המנוחה, אך גורלה של המנוחה כבר נחרץ; הדקירות הרבות הסבו לה זימום פנימי וחיצוני קשה והיא נפטרה מפצעה.

3. חקירת המערער

המערער הובא לחקירה ארבע פעמים. בשתי הפעמים הראשונות סירב למסור דבר.

משנחקר בשלישית (ביום 21.1.92) מסר הודעה. כיון שגירסתו הותירה אי-בהירויות בנקודות שונות, ובניסיון להבהיר את הדברים, נגבתה ממנו (ביום 31.1.92) הודעה נוספת.

באימרתו העיקרית (מיום 21.1.92) סיפר המערער, כי בבואה למעון העולים בבוקר יום המעשה שהה לו המנוחה, כי אין בכוונתה להראות לו את הילדה, וכי לא לשם כך באה, אלא כדי לומר לו שהילדה כלל אינה בתו. אמירות מן הסוג הזה אמנם שמע מפי המנוחה גם בעבר; אלא שהפעם המנוחה לא הסתפקה בחזרה על אמירתה המרגיזה, אלא גם הראתה לו מסמך (בלשונו "מכתב") המעיד כי שם משפחתה של הילדה שונה, ממליסה לאברה; משמע שהילדה כבר אינה קרויה בשמו אלא בשם אימה. דבר זה העלה את חמתו. אז, לפתע, הבחין בגבר זר ממוצא אתיופי. איש זה והמנוחה דיברו ביניהם, והאיש גם פנה אליו ודרש ממנו להניח למנוחה ולבתה. מתוך כך הבין המערער, כדבריו, שאיש זה בא בלוויית המנוחה וכי הוא בן הזוג עימו היא חיה עכשיו. משהשיב לאיש, כי הילדה היא בתו, התקרב אליו הלה כמתכוון להכותו. לפתע הבחין כי האיש מחזיק בסכין. הוא נאבק עם האיש, גבר עליו וחילץ מידו את הסכין. בתוך כך התנפלה עליו גם המנוחה ומשכה אותו בשערו מאחור; והוא, שלא ידע את נפשו מרוב כעס וזעם, רק ביקש להינצל מידיו חוקפיו. אך מכאן ואילך - טען המערער - כלל אינו זוכר מה וכיצד אירע. בהתייחסו לעובדה, כי המית את המנוחה בדקירות סכין, גרס המערער כי אינו זוכר זאת. עם זאת לא הכחיש שעשה את המעשה שיוחס לו, אך טען כי לא היתה לו כוונה להמית את המנוחה. כדבריו: "דקרתי אותה בגלל שהתעצבנתי ולא התכוונתי להרוג אותה חס וחלילה. ואני חושב כל הזמן מה שעשיתי ולמה עשיתי. ואני לא רציתי בכלל לפצוע אותה, רק מה שקרה, אני לא יודע מה היה לי בראש". להלן הסביר מדוע "התעצבן": "אני כל הזמן התעצבנתי, שהיא אומרת שהילדה לא שלי ואני אמרתי שהילדה שלי ובגלל זה קרה כל המקרה. ואני אמרתי שאני משלם מזונות לילדה שלי כל הזמן. והיא אמרה לי שאני סתם משלם לה מזונות, שהיא רוצה לקחת ממני, אבל זה לא הילדה שלך זה הרגז אותי".

באימרתו הנוספת (מיום 31.1.92) חזר המערער על טענתו כי הותקף על-ידי בתו אלמוני וכי גם המנוחה השתתפה בתקיפתו. כלשונו: "היו שתיים מרביצים לי, תפסו אותי, ואז הוא הוציא סכין להרוג אותי, ובמקום הוא יהרוג אותי אני תפסתי סכין מהיד שלו, ובחורה קופצת עלי על הראש, ואחרי זה אני לא יודע מה עשיתי. אני לתת לבחור לתת לבחורה, אני השתגעתי, לא יודע את עצמי". מדבריו עלה, כי לאחר שחילץ את הסכין מידו הבחור (שנילוה אל המנוחה), ברח הבחור מן המקום. על רקע זה נשאל, מדוע המשיך לדקור את המנוחה גם לאחר שהבחור ברח. לכך השיב המערער: "אני השתגעתי. לא יודע מה עשיתי. בגלל שהיו מרביצים לי ואני השתגעתי".

4. הבדיקה הפסיכיאטרית

לאחר הגשת כתב האישום, ועל-פי החלטת בית המשפט המחוזי, הועמד המערער לבדיקה פסיכיאטרית. למומחה שבדק אותו (הפסיכיאטר המחוזי למחוז הדרום) אמר המערער, כי קודם לאירוע, בו ניספתה המנוחה, הוא אוים והותקף על-ידי אדם עם סכין. הוא, כדבריו, הוציא את הסכין מידו התוקף, אך כל מה שהתרחש מכאן ואילך, ועד שחזר לעצמו בבית החולים בזרזי באשקלון (בו אושפו עקב פציעתו מיריות השומר), אין הוא זוכר דבר. בחוות-דעתו סקר המומחה את מימצאי הבדיקה: במהלכה דיבר המערער לעניין ושיתף פעולה, אך טען שאינו מאמין כי עשה את מה שמייחסים לו. המומחה קבע, כי התמצאותו בזמן של המערער היתה חלקית; אך המומחה ייחס זאת להרדה בה היה המערער ולא להיותו במצב של בלבול. במערער, כקביעת המומחה, "לא נמצאו סימנים של פסיכיות, לא היות, לא מחשבות שווא ולא הפרעה בחשיבה". על רקע כלל מימצאי הבדיקה קבע המומחה כי המערער אינו חולה נפש וכי גם בשעת המעשה היה אחראי למעשיו. עם זאת נרמז במוות הדעת, כי בגיבוש המסקנה האמורה לא נדרש המומחה לאפשרות שבית המשפט יקבל את גרסת המערער ביחס לנסיבות שבהן המית את המנוחה.

להלן דברי המומחה בסיכום חוות-דעתו שהוגשה לבית המשפט המחוזי:

"מדובר באדם בן 32 הנאשם ברצח. בבדיקה פסיכיאטרית ולפי ההיסטוריה הוא אינו סובל ממחלת

נפש ומסוגל לעמוד לדיון. לגבי האחריות הפלילית, מפני שהוא אינו פסיכויט באופן פורמלי הוא יכול להבדיל בין טוב ורע ולהבין את מעשיו ולכן הוא גם אחראי למעשיו. בכל זאת עלי להסביר לכבוד בית המשפט שאם בית המשפט יקבל את גירסתו של הנאשם שנתקף לפני האירוע ושרק אז הוא לקח את הסכין מהחוקף אולי על בסיס גירסה זו יהיה צורך שאתייחס לזה בחוות דעת נוספת.

5. הראיות

בפתח הדיון לפני בית המשפט קמא הודיע הסיניגור, כי המערער מודה בעובדות שפורטו בסעיף 1 לכתב האישום, לאמור, כי דקר את המנוחה שלושים ושתיים פעמים ובכך גרם למותה. את הגנתו של המערער מפני האישום בעבירת רצח מיקד הסיניגור בטענה שרכיבי היסוד הנפשי שבעבירה אינם מתקיימים.

6.

ביתם לקורות האירוע נמצאו בפני בית המשפט קמא שתי עדויות בלבד: עדותו הסדורה והמפורשת של השומר משה און, שהעיד מטעם התביעה, מחז; וגירסתו המבולבלת וגזושת הסתירות של המערער, מאידך.

און הוא סטודנט (כבן 23) שבסופי שבוע עבד לפרנסתו כמאבטה. אודות האירוע, ועל אשר קדם לו וסבב אותו, מסר און (בחקירת המשטרה ובעדותו במשפט) גירסה מפורטת: בתקופה הרלוואנטית הועסק במעון העולים בתפקיד שומר. מתוך כך הכיר את המערער אשר גר במעון. כן הכיר את המנוחה וידע מעט אודות סכסוכם של המערער והמנוחה סביב עניין כתם. בבוקר יום המעשה (לערך בשעה 20:10) שח לו המערער, כי המנוחה אמורה להגיע למקום עם בתו, וביקשו להודיע למנוחה בבואה כי תמתין לו ליד המשרד. כעבור כרבע שעה, משהגיעה המנוחה ועימה ילדתה, מסר לה את בקשת המערער, ובעצמו הלך לחדרו של המערער וקרא לו לבוא. בשלב זה יצא העד (כמתחייב מתפקידו) לסיוור בסביבת המעון.

כשחזר (מקץ כ-10 עד 15 דקות) ראה את המערער והמנוחה שישבו ליד המשרד עם הילדה. הוא הבחין, כי בכל פעם שהמערער נטל את בתו בזרועותיו, הגיבה הילדה בכבי, אך לא התרשם כי בין המערער והמנוחה שורר מתח מיוחד. לבסוף קמו השניים והלכו, עם הילדה, לכיוון הפרחדור הסמוך למשרד. זמן קצר לאחר מכן שמע צעקות וכן בכי של ילדה. אותו זמן פנה אליו אלמוני (איש ממוצא אתיופי) שנמד בחוץ ואמר לו דבר-מה שלא הבין. משיצא מן המשרד ראה (ממרחק של כ-15 מטר) את המערער כשהוא דוקר את המנוחה, פעם אחר פעם, בעזרת תפץ שלפי החרשמותו היה סכין. הוא רץ לעבר המערער וקרא לו לחדול. המערער הירפה מן המנוחה, שלעת הזאת כבר היתה מוטלת מתבוססת בדמה, והתרחק לקצה הפרוזדור. לפיכך חזר למשרד, במטרה להזעיק עזרה, אך לשמע קריאותיו של האלמוני שנמד כהוץ יצא שוב החוצה וראה, כי המערער שכ אל המנוחה וממשיך לדקור אותה. שוב קרא למערער לחדול, ואף הזהירו כי ייאלץ לירות בו.

המערער המשיך עוד בשלו, עד שלפתע קם ופנה לעברו של העד; ידו האוחזת בסכין מונפת ועיניו מחרות אימה. ממשש שהמערער עומד לתקוף אותו, שלף העד את אקדחו וירה לעבר המערער כדור אחד; ומשהמשיך המערער לנוע לקראתו, ירה לעברו כדור נוסף. בשלב זה - משנפצע מן הירי - השליך המערער מידו את האולר.

7.

באמר מוסגר יצוין, כי אחד הכדורים שנורו על-ידי און חדר לגופה של המנוחה. אך מימצאי הבדיקה הפתולוגית העידו (ועל כך, כאמור, לא היתה מחלוקת), כי מותה של המנוחה נגרם כתוצאה מדימום פנימי וחיצוני קשה שהסבו לה הדקירות, ולא מן הכדור שנורה על-ידי און. ולבסוף: זהות האלמוני שאודותיו סיפר און לא נתבררה. כשאון הבחין בו, בשתי הפעמים בהן יצא מן המשרד אל הפרוזדור, עמד איש זה במרחק ניכר מן המקום בו תקף המערער את המנוחה. אך סמוך לאחר ההתרחשות הקטלנית שוב לא נראה עוד בסביבת מקום האירוע. איש זה לא נמנה עם דיירי המעון, ואון, אשר לא הכירו, לא יכול לסייע באיתורו.

8.

המערער טען בעדותו, כי בבוקר יום המעשה כלל לא ראה את המנוחה ולא דיבר עימה; ואף לא ראה את בתו. בכך חזר בו המערער מן הגירסה אותה מסר בשלב החקירה. עתה סיפר, כי המנוחה, שבאותו הבוקר היתה אמורה להביא אליו את בתו, שלחה מישהו להודיעו כי אינה רוצה להראות

לו את בתו. משעמד ללכת למשטרה, כדי להתלונן עליה, הופיע אלמוני (אותו איש זר ממוצא אתיופי), מפט אותו בצווארו ודרש ממנו להניח למנוחה. כן איים להרגו ושלף סכין.

בשלב זה, טען המערער, אבדה הכרתו ושוב אינו יודע מה עוד אירע. משעומת עם גירסתו בשלב החקירה, כי המנוחה אמרה לו שהילדה אינה בתו והציגה בפניו מסמך על שינוי שמה, ניסה המערער ליישב בין הדברים: מה שסיפר בחקירה אירע בכוקר, ואולם, בעת שהותקף על-ידי האלמוני, המנוחה כבר לא נמצאה במקום.

אגב כך הסתבך המערער בסתירות פנימיות כה רבות, בכל נושא שעליו נחקר, עד שבפועל נותר ללא כל גירסה.

9.

פסק-דינו של בית המשפט המחוזי

בית המשפט קמא קיבל את עדותו של און כמהימנה ללא סייג; ואת רוב ועיקר מימצאיו סמך על עדות זו. ביחס לעדותו של המערער קבע בית המשפט כי היא אינה ראויה לאמון. אלא שאחז לא היה עד למה שאירע (אם אכן אירע), בין המערער לבין האלמוני והמנוחה, סמוך לפני שהמערער תקף את המנוחה ודקר אותה. העובדות הקשורות באותו אלמוני מעולם לא נתבררו. על דבר נוכחותו בזירת העבירה - בהנחה שהמדובר באותו איש - למד בית המשפט, כזכור, גם מעדותו המהימנה של און. אותו אלמוני פנה אל און לראשונה בעת שבפרוזדור התחיל להתרחש המאורע הנורא, והוא אשר שכ וקרא לו לאחר שאון חזר למשרד כדי להזעיק עזרה. אך לאחר האירוע הקטלני הוברר כי האלמוני נעלם והמשטרה לא הצליחה לאתר ולחקרו. השאלות הכרוכות באותו איש נותרו ללא תשובה:

מיהו? האם הכיר את המנוחה? האם נילוה אליה, או שמא הזדמן למקום באקראי?

וכלום היה לו חלק כלשהו בליכוי התקרית? אכן, לכך שבעת שהמערער דקר את המנוחה ניצב האלמוני בריחוק ניכר מהם, ולא נראה כמי שהיה מעורב, נמצאה לבית המשפט ראיה בעדותו של און. אך היכן היה האלמוני, ומה (אם בכלל) עשה, לפני שהמערער החל לדקור את המנוחה? וכלום היה הוא מעורב במריבה או בתקרית אלימה עם המערער? אודות אירוע כזה לא היתה בפני בית המשפט כל ראיה זולת הגירסה אותה מסר המערער בחקירתו. ובית המשפט, חרף הסתייגותו מאמינותו של המערער ומן האפשרות לסמוך על דבר מכל דבריו, נכון היה להניח, כי לגבי אותה תוליה בשרשרת האירועים שאון לא היה עד לה, אפשר שגירסתו האמורה של המערער משקפת דבר שאכן התרחש. כדברי בית המשפט (מפי השופט צ' סגל) בפסק-דינו:

"ככל שמדובר בממצאי אמו... אין עמדי, בהעדר גירסה סותרת, אלא לקבל את עמדת הנאשם כי הותקף. ער אני לעובדה שעדות הנאשם משמשת כעדות יחידה לאירוע ניסיון הדקירה והתקיפה על-ידי פלוני. עדות זו חרף מגרעותיה הקשורות כחוסר הגיונה בשל מידת העירפול האופפת את מניעי ההתקפה על-ידי פלוני והקשורה בהבהרת העיתוי המדויק בו הבחין לראשונה בסכין והאופן בו הצליח להוציאו מידי התוקף מבלי שייפגע, מקימה, ולו מחמת הספק, את האפשרות כי פלוני אכן היה במקום, וברשותו היתה סכין...".

עם זאת הגיע בית המשפט למסקנה, כי העובדות שהוכחו כנגד המערער מבססות כדבעי את כל יסודותיה של עבירת הרצח. לכך שבעת מעשה גמלה בלב המערער החלטה להמית את המנוחה נמצאה לבית המשפט ראיה בנסיבות העובדתיות אשר בגדן ביצע המערער את המעשה הקטלני. בשימוש החוזר והנשנה של המערער בסכין נמצאה ראיה מספקת ליסוד ההכנה. ומסקירת העובדות העלה בית המשפט כי למעשהו של המערער לא קדם קינטור אף במוכונו הסובייקטיבי. מדברי המערער העלה בית המשפט, כי ביסוד יחסיהם העכורים של המערער והמנוחה ניצב אך חיובו של המערער בתשלום מזונות, בעוד שאת מעשהו הנורא ייחס המערער עצמו, לא לאשר אמרה לו המנוחה והמסמך שהציגה בפניו, אלא לתקיפתו (בשלב יותר מאוחר) על-ידי האלמוני והמנוחה. כדברי בית המשפט:

"מעדותו בבית המשפט והודעתו במשטרה לא עולה שבא לכלל מעשה בגלל קינטור שקדם למעשה הדקירות. השלב הקריטי באותו ארוע היה כאשר הנאשם הותקף על ידי האלמוני והמנוחה.

התנהגותם של השניים אין לראותה, אפילו סובייקטיבית, בקינטור. אפילו הייתי רואה באמירה כזו מטעם המנוחה קינטור סובייקטיבי, הרי היה זה במערכת היחסים העכורים שבין הנאשם לכינה. אך מה בין הדברים הללו שכל עניינם נסוב סביב מחלוקת כלכלית ולפיה שילם מזונות לבתו אשר נטען כי איננה שלו, לבין תגובה נסערת ואלימה כל כך כלפיה, שלא שלפה סכין וגם דבריה...לעניין שינוי שם הילדה היו זמן משמעותי קודם לתגרה".

הווי אומר: מה שאמרה המנוחה למערער, אודות שינוי שם הילדה, אינו מהווה קינטור; הן מפני שהדברים נאמרו על דקע מחלוקת כספית, והן מפני שנאמרו לא בתכופ לפני המעשה הקטלני. והעיקר: כעולה מדברי המערער עצמו, הרי שעשה את מעשהו בתגובה לתקיפתו על-ידי האלמוני והמנוחה, ולא בשל הדברים שאמרה לו המנוחה, והמסתמך שהציגה בפניו, קודם לכן.

10. בסיכומי טענותיו לפני בית המשפט קמא לא טען הסניגור כי למערער עומדת טענת הגנה עצמית. ברם, לנוכח הגירסה שמסר המערער בשלב המקירה, כי עשה מה שעשה רק לשם התגוננות מפני התקיפה מצד האלמוני ("דק רציתי להציל את עצמי"; "ואז הוא הוציא לי סכין כדי להרוג אותי"), בתן בית המשפט - מיומנתו שלו - אם, בנסיבות העניין, עומדת למערער טענת "צורך" או טענת "הגנה עצמית", ואף לשאלה זו השיב בית המשפט בשלילה. כדברי בית המשפט בהכרעת -דינו:

"ההחלטה להמית ברורה ומוחלטת. הנאשם לא דוקר את האתיופי בעל הסכין החוקף אותו, כי בסופו של דבר לא הוא שהדריך את מנוחתו אלא כנראה המנוחה שקבעה לבתה שם אחר ובכך נתנה ביטוי מוחשי לטענתה בפניו כי אינו אבי הילדה. - - - כשהמנוחה שרועה חסרת אונים לרגליו, הוא נסוג מן המקום לרגל איומי השומר, אך שב בסמוך לאחר מכן למקום וממשיך בדקירותיו. אין לפרש התנהגות זו אלא בדבקותו בהחלטה שנתגבשה בליבו, לגרום למותה של המנוחה".

ולהלן הוסיף בית המשפט ואמר:

"לאחר שמיעת פרשת ההגנה בכללותה לא הצליח הנאשם לשכנעני כי לאחר שהוציא את הסכין מידי התוקף עדיין היתה קיימת סכירות שהיה נתון במצב של סכנת חיים ממשית ומיידית אשר יכולה להצדיק דקירות בכלל, ודקירות המנוחה בפרט, ועוד בשני שלבים, בעוד זו כלל לא איימה עליו. זו אולי היתה תחושתו הסובייקטיבית אך אין בידי לאמץ תחושה כקביעה אובייקטיבית על-פי מבחן הסבירות שצריך להחיל בעניין זה, מה עוד שטענתו, הן במשטרה והן בבית המשפט, היתה, כי איננו זוכר דבר מן האירוע".

השלמה לחוות הדעת הפסיכיאטרית 11. מהוות הדעת הפסיכיאטרית, שנמסרה לבית המשפט המחוזי בפתח הדיון, עלה, כי בגיבוש מסקנתו ביחס לשורת אחריותו הפלילית של המערער בשעת המעשה לא נדרש המומחה לאפשרות שבית המשפט המחוזי יקבל את גירסתו של המערער ביחס לנסיבות שבהן המית את המנוחה. נשוב ונזכיר את דברי המומחה בסיכום חוות -דעתו (אותו כבר הבאנו לעיל), לאמור, "שאם בית המשפט יקבל את גירסתו של הנאשם שנתקף לפני האירוע ושרק אז הוא לקח את הסכין מהתוקף אולי על בסיס גירסה זו יהיה צורך שאתייחס לזה בחוות דעת נוספת". משנמנה בית המשפט המחוזי וגמר, לבסס את הכרעתו על ההנחה שגירסת המערער משקפת את ההתרשטיות כהווייתן, קט לכאורה הצורך לפנות אל המומחה בשאלה, אם מבקש הוא להוסיף דבר-מה על האמור בחוות-דעתו. ברם, איש מן הצדדים לא ביקש מבית המשפט המחוזי ליזום פנייה כזאת, ואף בית המשפט, מיומנתו, לא עשה כן. במסגרת טיעונו בערעור הזכיר הסניגור עניין זה. משעיינו בטענות הצדדים, ובטרם יושלם הדיון בערעור, ביקשנו מן הפסיכיאטר המחוזי לעיין בהכרעת-דינו של בית המשפט המחוזי ולקבוע עמדה בשאלה אם בנסיבות העניין יש לו מה להוסיף על חוות-דעתו הראשונה. בחוות-דעתו המשלימה, שהתבססה על העיון בתיקו של המערער ובהכרעת-דינו של בית המשפט המחוזי, כתב המומחה:

"במידה וגירסתו של המערער נכונה שהמנוחה אמרה לו שהוא אינו אביה של הילדה, ואם הוא באמת הותקף קודם, ניתן להבין שהוא הגיב ברגשות של פחד מלווה בכעס, זעם והתנהגות תגובתית להגן על עצמו. גם מפני הפחד לסכנת חיים וגם מהתגובה שהמנוחה אמרה לו שהבת איננה בתו.

לדעתי, נסיבות כאלה עלולים לגרום למצב נפשי של מצוקה ולחץ והוא מגיב בצורה שהיכולת שלו להשתלט על התנהגותו היתה נמוכה מאדס שלא היה בלחץ נפשי בגלל נסיבות כאלה.

כפי שציינתי בחוות דעתי 24.5.92- המערער 'לא סבל ממחלת נפש'. למרות שבבדיקה לא היה חולה נפש אפשר להבין שבנסיבות כפי שתוארו שהיה לו הצורך להתגונן על חייו ומצב של תגובה ללחץ נפשי לא היה מסוגל להשתלט על התנהגותו כאדם בנסיבות אחרות.

כפסיכיאטר ולא כמשפטן, בנסיבות הללו אני הושב בכיוון של נסיבות מקילות ובעונש מופחת כפי שמופיע בתיקון לחוק העונשין (תיקון מס' 44 תשנ"ה-1995 "

בישיבה נוספת, שהועדנו לאחר קבלתה של חוות-דעת זו, ניתנה לפרקליטי הצדדים הזדמנות להשלים את טענותיהם. נפנה עתה לגופן של טענות.

12. "הגנה עצמית"

טענתו העיקרית של הסניגור, בערעור שלפנינו, הינה, כי על-פי שתי הנחותיו של בית המשפט קמא - הנחתו שהמערער אכן הותקף והנחתו שלפי "תחושתו הסובייקטיבית" של המערער הוסיפה הסכנה לרחץ עליו גם לאחר שתילץ את הסכין מידי התוקף האלמוני - היה על בית המשפט לזכות את המערער מכל אשמה. הסניגור ביקש להראות, כי שילוב של טענת "צורך" וטענת "טעות במצב דברים" מעמיד למערער הגנה ראויה לשמה.

פשיטא שההגנה אותה ביקש הסניגור להעמיד לשולחו אינה של "צורך", כמשמעו בסעיף 34'א לחוק העונשין, אלא של "הגנה עצמית" כמשמעה בסעיף 34' לחוק; שהלוא ההבחנה בין שתי ההגנות הללו נקבעה ועוגנה עוד במסגרתו של תיקון מס' 37 לחוק העונשין משנת תשנ"ב (ראה: א' אנקר ור' קנאי, "הגנה עצמית וצורך לאחר תיקון מס' 37 לחוק העונשין", פלילים ג 5). בצדק העירה באת-כוח המדינה, כי השילוב הרלוואנטי, שאליו יכול הסניגור להתכוון, הוא של "הגנה עצמית" ו"טעות במצב דברים".

אשוב איפוא ואציג את טענת הסניגור, לא ככתבה וכלשונו, אלא במתכונתה המתוקנת. הסניגור אינו חולק, כי מעת שהמערער (בתנחה שאכן הותקף) חילץ את הסכין מידי תוקפו, שוב לא ניצב בפני "סכנה מוחשית" של פגיעה בחייו או בגופו, וכי המעשה שעשה (דקירת המנוחה בסכין) שוב לא היה "דרוש באופן מידי כדי להדוף תקיפה" שנשקפה לו ממנה סכנה כאמור. ברם, טוען הסניגור, מדברי בית המשפט בהכרעת-דינו נובע, כי בית המשפט לא שלל את האפשרות שהמערער, לפי "תחושתו הסובייקטיבית", הוסיף לדמות בנפשו כי הסכנה עוזנה קיימת. מהנחה זו עולה האפשרות, כי המערער עשה מה שעשה עקב טעות במצב דברים, היינו "בדמותו מצב דברים שאינו קיים", ולפיכך אין להטיל עליו אחריות פלילית למעשה "אלא במידה שהיה נושא בה אילו היה המצב לאמיתו כפי שדימה אותו" (כאמור בסעיף 34'ט לחוק העונשין).

13. אינו סבור, כי מה שנאמר בהנמקת בית המשפט קמא ביחס לתחושת המערער ("זו אולי היתה תחושתו הסובייקטיבית") מעמיד בסיס להנחה, שבית המשפט האמין למערער כי דקר את המנוחה מתוך שהאמין כי מעשה זה דרוש לשם התגוננות מפני סכנה מוחשית, שלפי המצב אותו דימה לעצמו, עדיין ריחפה מעל לראשו. הלוא בית המשפט מצוין, כי המערער עצמו דבק בטענה "כי אינו זוכר דבר מן האירוע של הדקירות". כדי שאמירת בית המשפט, אודות "תחושתו הסובייקטיבית" של המערער, תוכל להקים הנחה היכולה לשמש בסיס לטענת טעות במצב דברים, צריך היה להיווכח שהמערער עצמו טען כי טעה במצב הדברים ופעל מתוך שדימה לעצמו מצב דברים שהוא שונה מן המצב העובדתי האמיתי. אלא שגירסת המערער, כאמור, היתה, כי מעת שגבר על האלמוני שתקף אותו וחילץ מידו את הסכין, שוב אינו זוכר דבר. מהנמקת בית המשפט קמא אמנם עולה, כי בית המשפט לא האמין לטענת המערער שחלק זה של האירוע נעלם מזיכרונו. אך אין בכך ולא כלום: משבחר המערער להיתלות בטענה כי אינו זוכר דבר, נסתתמה יכולתו לסמוך על טענת טעות. טענת טעות ראויה להיכתר רק מקום שהנאשם מעלה אותה וסומך עליה, או למצער כשהאפשרות שטעה מסתברת מגירסתו העובדתית. משמע, מקום בו אין "טועה" אף "טעות" אין. וכשהנאשם אינו טוען כי טעה, אלא מעיד כי אינו זוכר דבר, אין בית המשפט נוטל על עצמו להפך באפשרות היפותטית, שמא הנאשם טעה.

בית המשפט המחוזי לא מצא אחיזה לקיומו של קינטור; אף לא במובנו הסובייקטיבי. על-פי הראיות יכול בית המשפט, לכאורה, להגיע למסקנה זו.

הלוא המערער השליך את יהבו על מסמך שהוצג בפניו על-ידי המנוחה. והנה לעצם קיומו של מסמך כזה לא נמצא לבית המשפט גס שמץ ראיה. בזירת העבירה, בכליה של המנוחה וברשותו של המערער לא נמצא לו כל זכר, ומשחקר המערער על כך, הסתמך בגירסאות סותרות לרוב. בסופו של דבר אף הוברר, מפי הסניגור המלומד, כי גם בלשכת מירשט התושבים לא נמצא זכר למסמך שעניינו שינוי שמה של הילדה, וכי בפועל לא נעשה כל שינוי ברישום שמה של הילדה.

אך בית המשפט המחוזי, אף שלא האמין למערער, גם לא שלל את האפשרות שהמנוחה אכן הראתה למערער מסמך שגרם להתלקחות מריבה ביניהם. על רקע הנתה עובדתית זו, ולאור הערכתו של הפסיכיאטר המחוזי בחוות-דעתו המשלימה, לא הייתי שולל את האפשרות כי מה שהתרחש בינו לבין המנוחה אכן קינטר את המערער. בהקשר זה עליי להסתייג משניים מנימוקי בית המשפט הנוגעים לשאלת הקינטור. הנימוק הראשון נוגע לשאלת הקשר שבין הקינטור הנטען לבין האירוע הקטלני. מגירסת המערער (ככל שהודה בשלב החקירה) אמנם עלה, כי דקר את המנוחה, לא בתגובה לכך שהציגה בפניו מסמך המעיד על שינוי שמה של בתו, אלא במסגרת התגוננותו מפני התקיפה; ותקיפתו בידי האלמוני בוודאי אינה ראויה להיחשב כקינטור. אך מגירסה זו לא מתחייב - כפי שסבר בית המשפט המחוזי - כי המערער עצמו ניתק את המעשה הקטלני ממעשה ההתגרות אותו ייחס למנוחה. נימוקו השני של בית המשפט, ממנו אבקש להסתייג, נוגע למהות סכסוכם של המערער והמנוחה, שעל רקעו - לגירסת המערער - קונטר על-ידי המנוחה. בית המשפט המחוזי סבר, כי ביסוד ריבם של המערער והמנוחה, סביב עניינה של הילדה, ניצבה רק מחלוקת כספית. זאת, כדומה, העלה בית המשפט מדברי המערער בחקירה, שאותם כבר הזכרתי לעיל, לאמור: "...ואני אמרתי שאני משלם מזונות לילדה שלי כל הזמן. והיא אמרה לי שאני סתם משלם לה מזונות, שהיא רוצה לקחת ממני, אבל זה לא הילדה שלך". ואולם מהתבטאות זו לא נובע, כי מה שקינטר את המערער היתה העובדה שהוא נושא בחיובי מזונות לילדה שלטענת המנוחה אינה בתו, ואף לא טענת המנוחה כי הילדה אינה בתו (שכמותה), כדבריו, השמיעה המנוחה באוזניו גם בהזדמנויות קודמות), אלא המסמך, שלדבריו הציגה המנוחה בפניו, ואשר העיד כי שמה של הילדה שונה.

17. ברם, המעשה שלפי הנחתנו אפשר שהיווה קינטור, מקיים, למייר, אך ורק את תנאי המבחן הסובייקטיבי, אך, כלל ועיקר, אינו ראוי להיחשב כקינטור במובנו האובייקטיבי. פרידתם של המערער והמנוחה היתה, זה מכבר, לעובדה מוגמרת. המערער היטיב לדעת שהמנוחה אינה רוצה בכל קשר עימו, ולפחות יכול להעלות בדעתו כי היא כרוכה אחר גבר אחר. גם אמירתה המקניטה שילדתה אינה בתו, שהמנוחה חזרה עליה באוזניו בהזדמנויות קודמות שונות, לא היתה חדשה עבורו. הדבר היחיד, שאם אכן התרחש היה בו חיזוש כלשהו, היה המסמך אודותיו סיפר המערער. ושום אדם בעל חג רגיל והכרה מוסרית בטיסית, שמסמך כזה היה מוצג בפניו, בנסיבות דומות לאילו בהן נעשה הדבר בפני המערער, לא היה עלול לצאת מגדרו ולהגיב תגובה קטלנית כדרך שעשה המערער.

על-פי ההלכה המיוסדת היטב של בית-משפט זה די בשלילת קינטור במובנו האובייקטיבי כדי להוביל למסקנה כי גם יסוד העדר הקינטור הוכח כנגד המערער כדרוש לביסוס אשמתו בעבירת רצח בכוונה תחילה. ברם, באימרת אנג שובללה בפסק-דינו של הנשיא ברק בע"פ 92/3071 אזוראלס נ' מדינת ישראל [טרם פורסם, בפסקה 9 לפסק הדין], שניתן זה לא מכבר, העיר הנשיא שאילו המערער צורך בדבר היה, כשלעצמו, מוכן "לעיין בהלכה הקיימת, תוך צמצום המבחן האובייקטיבי או אף ביטולו". בהקשר זה הזכיר הנשיא את הביקורת הידועה על צדקתו של המבחן האובייקטיבי והטעים:

"שואלים וחוזרים ושואלים, כיצד זה ניתן להכניס, בדרך שיפוטית, מבחן אובייקטיבי לגדרה של המחשבה הפלילית, שכל כולה סובייקטיבית. מוסיפים ותוהים, אם אין זה ראוי - אפילו מכירים במבחן אובייקטיבי - להכיר במידה מסוימת של סובייקטיביות של המבחן תוך התחשבות בנתונים האישיים של הנאשם".

בהעדר טענות טעות, ממילא אין מתעוררת שאלה בדבר כנותה של הטעות. ברם, מדברי בית המשפט קמא - שנאמרו, אל נכון, לשלילתה של טעות הגנה עצמית - ניתן בעקיפין להסיק, שאילו נדרש לפסוק בטענת טעות (שלא הועלתה בפניו), לאמור, כי המערער נעשה מה שנטען על רקע תחושתו שהוא נתון בסכנה, היה דוחה אותה. המערער לא הראה כיצד מעשהו (דקירתה למוות של המנוחה) היווה אמצעי מידי ודרוש להדיפת סכנה מצד תוקף אחר (ולא מצד המנוחה). משנהוברר כי המעשה אינו מתיישב עם צורכי הגנתו העצמית הנטענת של המערער, אף להנחה שהמערער עלול היה לטעות בדבר זכותו לעשותו אין כל יסוד. בכך, ולפי אחת מ"ידה של העדר סבירות, נשללה גם טענה אפשרית של טעות. אכן, מבחנה של טעות שוב אינו בסבירותה, אלא בכנותו של הטועה. אך הסבירות מוסיפה להיות אבן בוחן לכנות (ראו: ע"פ 94/2598 דנינו נ' מדינת ישראל, טרם פורסם, פסקה 11 לפסק-דינו של השופט גולדברג; ומאמרו של ש"ז פלר, "טעות במצב הדברים", מחקרי משפט יב 5). כך הוא הדין בדרך כלל. לא כל שכן שזה הדין בענייננו, כשבפני בית המשפט קמא לא טען המערער טענת טעות ולא פרש נסיבות המאפשרות הכרעה בדבר כנות הטענה.

כוונה תחילה 14. להלופין חדר הסניגור וטען לפניו, ככל שכבר טען לפני בית המשפט קמא, כי במעשהו של המערער לא התקיים אף לא אחד מרכיבי הכוונה תחילה - הכנה, החלטה להמית והעדר קינטור. המערער, טען הסניגור, פעל באורח ספונטאני.

הוא הותקף על-ידי האלמוני, ובעת שנאבק בתוקפו, משכה המנוחה בשערו. הוא איבד את עשתונותיו ופעל מבלי לדעת ולהעריך את מהות התוצאה הצפויה.

בנסיבות אלו, טוען הסניגור, אין לראות בנטילת הסכין משום הכנה. בהעדר מודעות למהות המעשה ולתוצאות, אין לומר שבמערער נתגבשה החלטה להמית את המנוחה. גם היסוד של העדר קינטור לא הוכח. אדרבה, מה שהוכח הוא, שהמערער קונטר על-ידי המנוחה, שהציגה בפניו מסמך שהעיד על שינוי שם בתו ובכך עוררה בו ספק בדבר אבהותו על הקטינה. גם התערבותו של האלמוני, שעל-פי מה שהובן למערער היה בן-זוגה החדש של המנוחה אשר בא בלוייתו, היוותה קינטור.

15. אני סבור, כי בדיון קבע בית המשפט המחוזי כי במעשהו של המערער התקיימו כל רכיבי המחשבה הפלילית הנדרשים לשיכלולה של עבירת רצח בכוונה תחילה.

עד שאתייחס ליסוד העדר הקינטור, שבו מיקד הסניגור המלומד את עיקר טיעונו לפניו, אקדים ואתייחס, בקצרה, לכל אחד משני היסודות האחרים:

הכנה: בעצם נטילת הסכין מידי תוקפו (כהנחה שהמערער אכן הותקף) אין אמנם משום הכנה. אך בל נשכח כי מעת שהחזיק בסכין, היפנה אותו המערער לעברה של המנוחה ונעץ את הסכין בגופה שלושים ושתיים פעמים. דומה כי גם בהפניית הסכין לעבר המנוחה היה כדי למלא את יסוד ההכנה; ועל כל פנים, נעיצת הסכין בגופה, שוב ושוב, מעידה על הכנה.

החלטה להמית: בהתנהגות המערער מצויה משום ראיה לכך, שבעת מעשה גמלה בלבו החלטה להמית את המנוחה. המערער הלוא טען, כי הותקף על-ידי אלמוני שהחזיק בסכין, אך משחילץ (כדבריו) את הסכין מידי התוקף, לא היפנה המערער את הסכין לעבר התוקף אלא לעבר המנוחה. דיבוי הדקירות, בכלל זה דקירות באברי הגוף הרגישים, מעמיד את המערער בחזקתו כי התכוון לגרום לתוצאה הקטלנית.

יתר על כן: ההנחה שמא תקף את המנוחה שלא בכוונה להמיתה, נשללת בהתנהגותו. כזכור, משהופרע המערער על-ידי אזור, חדל לדקור את המנוחה ונסוג מן המקום, אך עד מהרה, משנוכח כי אזור פנה ונכנס למשרד, שב אל המנוחה, ובעוד זו שרועה חסרת אונים לרגליה, המשיך לדקור אותה. סוף מעשהו של המערער מעיד, בעליל, על החלטתו להמית את המנוחה. אילו נכון היה כי פעל מתוך דחף בלתי-נשלט, די היה בהרחקתו מן המנוחה, לאחר מסכת הדקירות הראשונה, כדי להחזירו לעשתונותיו; ובעצם העובדה, שגם לאחר שהורחק שב ופגע במנוחה במסכת נוספת של דקירות, יש כדי ללמד כי ביקש להשלים את המלאכה בה הופרע, היינו שמעיקרא החליט לגרום למותה של המנוחה.

אלא שמעשה הקינטור, שעליו סב הדיון בפרשת אזואלוס, עמד גם במבחן האובייקטיביות והצורך לחזור ולעניין בהלכה הקיימת לא התערור. לא כן הדבר בענייננו: המעשה שעל-פי הנחתנו זדעיל אפשר שקינטר את המערער עומד, לכל היותר, במבחן הסובייקטיביות ואינו עומד במבחן האובייקטיביות. והנה השאלה, אשר בפרשת אזואלוס לא היתה טעונה הכרעה, הוזלת וניצבת בפנינו.

18. עיון בסוגיה הביאני לכלל מסקנה, כי במסגרת החקיקה הקיימת אין זה ראוי לסטות מן ההלכה המורשתת המתייבית את העמדתו של הקינטור גם במבחן האובייקטיביות. מאז נפסקה ההלכה (בע"פ 46/54 הועץ המשפטי לממשלה נ' סגל, פ"ד ט 393) חלפו יותר מארבעה עשורים, ועוד לפני כעשרים שנה - עת נתבקש לפסוק כי די בקינטור במשמעותו הסובייקטיבית - אחר בית המשפט כי ההלכה הקובעת "שבנוסף על המבחן הסובייקטיבי יש צורך גם במבחן האובייקטיבי, הכתה שורשים כה עמוקים בפסיקתו של בית-משפט זה ובתודעה המשפטית והמוסרית שלנו, ששוב אין מחזירים את הגלגל אחורנית" (ע"פ 101/77 רינגלשטיין נ' מדינת ישראל, פ"ד לב(ו) 623, בעמ' 627, מפי השופט ח' כהן). ולא בכדי:

המבחן האובייקטיביות אינו אמת-מידה ראייתית להערכת כנות הגירסה בדבר עוצמתו של הקינטור במשמעותו הסובייקטיבית, ואף לא מבחן כמותי המיועד לבחון מהי רמת ההתנהגות המקובלת בקרב רוב הציבור, או בקרב חלק זה או אחר ממנו, אלא מבחן ערכי המעוצב על-ידי בית המשפט ושמטרתו לאזן בין מולשתו האנושית של אדם שבהשפעתו של קינטור מגיב תגובה רצחנית לבין הכוונה המוסרית, המתחייב מן הנזרמה ההתנהגותית החיונית לקיומה של הברה בת תרבות, להציב סייג וגדר למידת ההתחשבות והחסד שבידי המשפט להעניק למי שבתגובה לקינטור גרם בכוונה למותו של אדם (ראו את דברי הנשיא שמגר בע"פ 686/80 טימן-טוב נ' מדינת ישראל, פ"ד לו(2) 253, בעמ' 265, ובע"פ 402/87 מדינת ישראל נ' גנדי, פ"ד מב(3) 383, בעמ' 391, 393; ואת דברי השופט גולדברג בע"פ 718, דרור נ' מדינת ישראל, פ"ד מג(3) 718, בעמ' 723-724). הנה כי כן, המבחן האובייקטיביות, שהוא יציר הפסיקה, נועד להשגת חכלית חברתית -ערכית שאי-אפשר לנו בלעדיה. השאלה אם לבטל, או לצמצמו, היא עניין למחוקק. אילו נדרש המחוקק לכך חזקה עליו שהיה עושה גם למילוי החסר. אלא שעוד כה נמנע המחוקק ממהלך שמטרתו להביא לביטולה או לשנויה של ההלכה בעניין זה, ובחוקקו (בהתשנ"ה) את סעיף 300א לחוק העונשין גילה, במשתמע, כי אין בכוונתו להתערב בפרשנותו של בית המשפט ליסוד העדר הקינטור.

19. במה זברים אמורים? הצורך בקביעתו של המבחן האובייקטיביות נבע, לדעתי, מהגדרתה-החד-ערכית של עבירת הרצח בחוק החרות שלנו. חוק העונשין - כפקודת החוק הפלילי, 1936, שקדמה לו - אינו מבחין (כמקובל בשיטות משפט אחרות) בין רצח המבוצע בקור-רוח, לאחר חשיבה צלולה ותכנון מוקדם, לבין רצח המבוצע בעקבות התרחשות מסעירה והחלטה רגעית בלתי-שקולה. בשני המקרים מותנית האחריות לעבירות רצח בקיומה של "כוונה תחילה", והעדר קינטור מהווה אחד התנאים להיווצרותה של כוונה תחילה. ברצח מן הסוג הראשון שאלת הקינטור כלל אינה מתעוררת. אך מעשי רצח מן הסוג הראשון הם מיעוט -שבמיעוט. הרוב המכריע של מעשי הרצח נמנים עם הסוג השני, וזרבים מאלה עולה הטענה שהמעשה נעשה עקב קינטור. אכן, אף כאן המדובר במעשים של המתת אדם שנעשו בכוונה ותרף חפץ לגרום למות הקורבן. אך בכוונה גרידא לא סגי, שכן לשיכלולה של עבירת רצח זדושה כוונה תחילה. אילו הסתפקה הפסיקה, לשלילתה של כוונה תחילה, בקינטור במשמעותו הסובייקטיבית, קרוב להיחשב שברוב מעשי הרצח מן הסוג השני (ובעצם, ברוב מעשי הרצח) היה מבצע המעשה יוצא פטור בהרשעה בעבירת הריגה, זה, כשלעצמו, תהליך שיש להישמר מפניו.

עבירת הריגה היא עבירה של מחשבה פלילית "רגילה". הגדרתה של מחשבה פלילית, שבסעיף 20 לחוק העונשין, אמנם כוללת גם עבירות שלעניין התוצאות יש עמן "כוונה", אלא שכאן המדובר בכוונה במשמעותה היותר רחבה; היינו, לא רק במוכן "מטרה לגרום לאותו תוצאות" (כאמור בסעיף 20(א)(1)), אלא גם במוכן "ראייה מראש את התרחשות התוצאות, כאפשרות קרובה לוודאי" (כמבואר בסעיף 20(ב)). ואף בשל כך (הגם שלא רק בשל כך), עבירת הריגה אינה מתאפיינת באותו דופי מוסרי תמור המאפיין מעשה רצח. לסיווגו של מעשה המתה הנעשה בכוונה כרצח נודעת משמעות חברתית-ערכית. "חברה המקדשת את חיי האדם כערך מוסרי עליון אינה יכולה להשלים עם הורדת הרף של האחריות המשפטית למעשים של המתת אדם בכוונה. והחיוב להעמיד את הקינטור במבחן אובייקטיביות נועד להציב אבן-בוטן מוסרית-ערכית להערכת התנהגותו של מי שגרם בכוונה

למותו של אדם בתכוף להתגרות שהחלישה את מעצוריו המוסריים, אך לא שללה ממנו את היכולת המעשית לגבש החלטה להמית את יריבו ולהוציא את כוונתו מן הכוח אל הפועל.

20. השימוש במבחן האובייקטיביות, לבחינת אשמה ששיכלולה מותנה בקיומה של כוונה סובייקטיבית מובהקת, אינו נקי מקושי. בפרשת דרור (ע"פ 322/87 הנ' ל') התייחס השופט גולדברג להגדרת "כוונה תחילה" שבסעיף 301 לחוק באמרו, כי "אם מושם הדגש על המלים 'בנסיבות שבהן יכול לחשוב ולהבין את תוצאות מעשיו', המתייחסות ליסוד 'העדר ההתגרות', על הפן ההכרתי המוסרי של הנאשם לגבי תוצאות מעשהו, כי אז יובן גם הצורך בבלם שנקבע בפסיקה, בזמנות הקינטור האובייקטיבי, שהוא בעיקרו בלם ערכי, הבא לכפות התנהגות" (בעמ' 724).

בדברים אלה ביקש, כמזומה, להראות לא רק על קיום הצורך במבחן האובייקטיביות אלא גם כי במבחן זה יש אחיזה בפרשנות מלותיו של החוק. אני מודה כי גם קבלתה של גישה זו אינה מתירה את הקושי המושגי הכרוך בשימוש במבחן אובייקטיביות לבחינת קיומה של כוונה תחילה. אך את התרתו של הקושי האמור הייתי מניח למחוקק. כשלעצמי, הייתי רואה בעיון יפה הסדר חקיקתי המבחין בין רצח בכוונה תחילה (רצח "מדרגה ראשונה"), שעונשו מאסר עולם ועונש זה בלבד, לבין רצח בכוונה (רצח "מדרגה שנייה") שעונשו מאסר עולם. סיווג כזה היה מייתר את המבחן האובייקטיביות. הרוצח בעשתי של קינטור יורשע ברצח בכוונה ועונשו ייקבע תוך התחשבות במכלול הנסיבות, לרבות חומרת ההתגרות שבתכוף למעשה, מיגבלותיו של הנאשם והגודל היחסי של כישלונו המוסרי בהשוואה למצופה מאדם שהינו בעל מזג רגיל והכרה מוסרית בסיסית בערך חיי אדם.

הזמנות נאותה ליתן את דעתו להסדר חקיקתי יסודי ומקיף של סוגייתנו נקרתה למחוקק עת עסק בחקיקת סעיף 44א, שהוסף לחוק העונשין בגדר תיקון מס' 44, ולפיו הוסמך בית המשפט להטיל על המורשע בעבירת רצח "עונש מופחת" בהתקיים אחת הנסיבות שפורטו בסעיף. אילו נדרש המחוקק להגדרה חדשה של עבירת הרצח, לסוגיה השונים, נראה שגם חלקים מסעיף 300א היו מתייתרים. אלא שהמחוקק בחר לקיים בעינו את סיווגה החד-ערכי של עבירת הרצח. בחוקקו את תיקון מס' 44 לחוק העונשין דחה המחוקק את הדוקטרינה של "אחריות מופחתת" עליה ותכנסה הצעת החוק (ראו הצעת חוק העונשין (תיקון מס' 41) (אחריות מופחתת), התשנ"ה-2403, ה"ח 2403, התשנ"ה, עמ' 475). ואימץ תחתיה את הדוקטרינה של עונש מופחת. בסוגיית הקינטור בחר שלא לעסוק כלל; ולדידי, יש להעמידו בחוקתו כי חיוביה של ההלכה הפסוקה בנושא, התכלית הערכית שהיא מיועדת לקדם והשאלות שהיא מעוררת, לא נעלמו מעיניו. לא למוחר להזכיר, בהקשר זה, את הצעת המומחים פרופ' פלר ופרופ' קרמיניצר, שהיוותה בסיס לתיקוניו האחרונים של חוק העונשין (ראו ש"ז פלר ומ' קרמיניצר, "הצעת חלק מקדמי וחלק כללי לחוק עונשין חדש", משפטים י"ד (תשמ"ד) 5). בסעיף 164 להצעה (שכמדומה היווה בסיס, בין היתר, לתיקון מס' 44 לחוק) נמנו "נסיבות מקלות חובה", שעל בית המשפט להתחשב בהן בעת קביעת העונש. ובין יתר הנסיבות הללו צוין המקרה של "ביצוע העבירה עקב התגרות תכופה בעושה שהביאותה לאיבוד ניכר של השליטה העצמית ושל הבנת המשמעות של מעשהו ותוצאותיו השליליות" (ראו סעיף 164(3) להצעה ודברי ההסבר בעמ' 98-96). מתוך נאמנות לשיטתם, לעסוק רק בחלקיו המקדמי והכללי של החוק, נמנעו המומחים מהתייחסות לנושא הקינטור בהקשר המיוחד של יסודות עבירת הרצח. אך אין ספק כי ההצעה העמידה לדיון דרך אפשרית לטיפול המשפטי במקרים בהם מבצע הרצח ביצע את מעשהו עקב התגרות תכופה. ואולם המחוקק - שהרעיון הגלום בהצעת המומחים היה לגד עניו - בחר שלא להתערב במצב המשפטי שגיבשה הפסיקה, לעניין רכיב העדר קינטור כחלק מהגדרתה של עבירת הרצח, לא מצד הגדרת יסודותיה של העבירה ולא מצד זרכי הטיפול העונשי במבצעה.

כלום יש להחיל על המערער את סעיף 300א(א)(2) לחוק העונשין?

21. מכל האמור עולה כי דין הערעור על ההרשעה להידחות.

אך נותרה שאלה נוספת הטעונה הכרעה: בהסתמכו על האמור בחוות-דעתו המשלימה של הפסיכיאטר המחוזי טען הפטיגור המלומד, כי בעת מעשה סכל המערער מהפרעה נפשית אשר

הגבילה במידה ניכרת את יכולתו להימנע מן המעשה. לפיכך, טען הסניגור, כי אם יחליט בית המשפט לדחות את הערעור כנגד ההרשעה, מן הדין כי נגזור על המערער - או כי נורה לבית המשפט המחוזי לגזור עליו - עונש מופחת, על-פי סעיף 300א לחוק העונשין.

בסעיף 300א(א)(2), שרק הוראתו דרושה לענייננו, נאמר:

"300א. על אף האמור בסעיף 300, ניתן להטיל עונש קל מהקבוע בו, אם נעברה העבירה באחד מאלה:

(א) במצב שבו, בשל הפרעה נפשית חמורה או בשל ליקוי בכושרו השכלי, הוגבלה יכולתו של הנאשם במידה ניכרת, אך לא עד כדי חוסר יכולת של ממש כאמור בסעיף 304 -

(1).....

(2) להימנע מעשיית המעשה". באמנתה המלומדת של המדינה, שחלקה גם על טענה זו, ביקשה לקבוע, כי חוות-דעתו המשלימה של הפסיכיאטר המחוזי אינה מחדשת מאומה בדבר מצבו הנפשי של המערער, וכי לאמור בה ולתנאי תחולתו של סעיף 300א(א)(2) אין ולא כלום.

22. אני סבור, כי האמור בחוות-דעתו המשלימה של הפסיכיאטר המחוזי אינו מאפשר הכרעה קלה בשתי השאלות הנחוצות: כלום המערער, בשעת המעשה, אמנם סבל מהפרעה נפשית חמורה? ובהנחה שהתשובה לשאלה זו היא בחיוב, כלום בשל ההפרעה הנפשית האמורה, הוגבלה (לפחות) במידה ניכרת יכולתו של המערער להימנע מעשיית המעשה? המומחה, כפי שראינו, אינו משתמש במושגיו של סעיף 300א לחוק, ועם זאת אומר הוא, כי בנסיבות הנתונות הריחו "חושב בכיוון של נסיבות מקילות ובעונש מופחת" במשמעות תיקון מס' 44 לחוק העונשין.

בנסיבות אלו, ומשנחה דעתי כי בדין הורשע המערער בעבירת רצח, הייתי מחזיר את ההליך לבית המשפט המחוזי לבירור השאלה אם במערער ובמעשהו התקיימו תנאי סעיף 300א(א)(2) לחוק העונשין. בית המשפט יאפשר לצדדים לחקור בשאלה זו את הפסיכיאטר המחוזי, ולפי שיקול דעתו יהיה רשאי להרשות לצדדים להביא גם ראיות אחרות לעניין השאלה האמורה. ואם יקבע בית המשפט, כי נתקיימו התנאים להטלת עונש מופחת כמשמעו בסעיף 300א, ישוב ויגזור את דינו של המערער.

23. אשר על כן יש לדחות את הערעור כנגד ההרשעה ולהחזיר את הדיון לבית המשפט המחוזי להשלמה כמבואר בפסקה 22.

השופט י. קדמי

1. עמדתו של חברי, השופט מצא, והמסקנה אליה הגיע על פיה, מקובלת עלי; וכמותו הנני סבור, שאין מקום לדון מחדש בהלכה הפסוקה, לפיה נדרש "הקינטור" - שבו מדובר בסעיף 301 לחוק העונשין - לעמוד גם במבחן אוביקטיבי.

2. לאמור בפסק דינו של חברי - אליו אני מצטרף - אבקש להוסיף:

א. אכן, כאשר מדובר ברכיביו של יסוד נפשי המבטא "מחשבה פלילית" - להבדיל מ"רשלנות" - אין מקום לדרישות אוביקטיביות; שהרי "מחשבה פלילית" משקפת, מעצם טיבה, את "מחשבתו" הסוביקטיבית של הנאשם, ואותה בלבד.

ב. מן ההיבט העקרוני, איפוא, "הוספת" מבחן אוביקטיבי לקינטור - "הסוביקטיבי" - אינה במקומה. ברם, ניתן להתייחס אל דרישת העמידה ב"מבחן אוביקטיבי" כאל הצבת "אמת מידה לעוצמתו של הקינטור, להבדיל מקביעת "מבחן עצמאי" נוסף המעניק לקינטור אופי "אוביקטיבי", ובדרך זו, לשמור על אופיו הסוביקטיבי של הקינטור.

ג. "אמת מידה" הקובעת רמה גבוהה של קינטור, מתחייבת בהקשר הנדון כאן, מן העובדה שקיו

של קינטור - ולו גם על דרך הספק - מביאה להפחתת חומרתו של מעשה המתה מרצח להריגה; כאשר סף הכניסה לתחומי האחרונה הינה ה"פזיזות", כנגד ה"התלטה להמית" המאפיינת את הראשונה.

הפחתה משמעותית כזו בחומרת העבירה, מחייבת קיומה של רמת קינטור גבוהה דיה כדי ליטול מן ה"התלטה להמית" את אופיה המתמיר; וקביעת אמת המידה של קינטור "המוציא מכליו אדם מן היישוב" עונה על דרישה זו.

ד. קיומו של קינטור כאמור, אינו מקים פטור מאחריות פלילית לעבירה של כוונה מיוחדת, בשל כך שהלך הנפש הדרוש להרשעה לא עמד במבחן אוביקטיבי; ואין לומר, על כן, שהלך הנפש הדרוש להרשעה בעבירה כזו כולל רכיב אוביקטיבי.

היסוד הנפשי של עבירת הרצח, נותר יסוד נפשי סוביקטיבי; כאשר אמת המידה האוביקטיבית - הדרושה לקביעת רמת הקינטור, כאמור לעיל - היא "חיצונית" לו ואינה משתלבת בו.

ה. ולא למיותר יהיה לציין: המחוקק אצלנו מכיר ב"אמת מידה" אוביקטיבית גם כבסיס לפטור מלא מאחריות פלילית, מכה הסייגים של הגנה עצמית, צורך וכורח; וגם כאן, המדובר ב"אמת מידה" חיצונית, שאינה פוגעת בטיבו של היסוד הנפשי הסוביקטיבי של העבירה המיוחסת לנאשם.

השופט י. טירקל

גם אני מצרף דעתי לדעתו של חברי השופט א' מצא וכן להערוותיו של חברי השופט י' קדמי.

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט א' מצא. ניתן היום, כב' באדר ב' תשנ"ז (31.3.97).

במקרה זה יש לשים לב כי הפסיכיאטר, בחוות דעתו, אמנם ציין יכולת ריסון נמוכה של הנאשם (לעומת אדם שלא היה בלחץ נפשי, בנסיבות אלו), אך אין מדובר ב"מחלת נפש". כן ציין הרופא (כפסיכיאטר, לא כמשפטן) את תפיסתו בכוון של נסיבות מקלות וענישה מופחתת. הפסיכיאטר רמז, למעשה, לקינטור (במובן הסוביקטיבי). ביהמ"ש מצא שיתכן וכך אירע, אך אין מדובר בקינטור במובנו האוביקטיבי. לגבי סעיף 300 א (א), נטען כי בעת המעשה סבל הנאשם מהפרעה נפשית שהגבילה במידה נכרת את יכולת הריסון שלו. סוגיה זו נדונה ע"י ביהמ"ש אשר מצא שחוות הדעת של הפסיכיאטר המחוזי איננה מאפשרת הכרעה קלה, הן בשאלת ההפרעה הנפשית החמורה (בעת המעשה) והן במידת הפגיעה ביכולת הריסון, והעדיף להחזיר את הסוגיה לדיון בביהמ"ש המחוזי, לשם השלמה.

4. ע"פ 7761/95: ואיל אבו-חמאד נגד מדינת-ישראל: 13/7/97

ע"פ 7761/95

ואיל אבו חמאד

נגד

מדינת ישראל

בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פליליים

[13.7.97]

לפני השופטים ש' לוי, מ' חשין, ד' דורנר

ערעור על פסק דין בית-המשפט המחוזי בירושלים מיום 29.10.95 בת"פ 259/94 שניתן על-ידי כבוד סגן הנשיא י' בזק והשופטים ר' אור וד' חשין

עו"ד יעקב קמר - בשם המערער
עו"ד רפנה ביינוול - בשם המשיבה

פסק-דין

השופט ד' דורנר

1. המערער שרף לחוות את בנו בן השנתיים. היה זה ביום 14.9.1996. המערער, שחש ברע (יום קודם לכן אובחן בבית-החולים שערי צדק כי הוא סובל ממחלה ויראלית), לא הלך למקום עבודתו ונשאר בבית לשמור על ילדו. הוא העיר את הילד משנתו, הכניס אותו לתוך האמבטיה, שפך עליו נפט, הצית אותו בגפרורים, יצא מן הבית ונעל אחריו את הזלת. כאשר שב לביתו כעבור 40 דקות לערך, סיפר לשכניו כי בנו נפגע בשריפה ועל-פי עצתם הטיע אותו לבית-החולים הדסה בהר-הצופים. שם נקבע מותו, ונמסרה הודעה למשטרה.

2. המערער נחשד בריצחת הילד ונעצר. בחקירתו הכחיש תחילה כי ידו הייתה במעשה, ואולם, בשיחה עם מדובר משטרתי שהיה כלוא עימו כתא הודה כי הרג את הילד. בהודעה מאוחרת (כיום 7.10.1996) הודה המערער אף בפני חוקריו כי הרג את הילד ותיאר בפרוטרוט את מעשיו שהובאו לעיל. הוא סיפר, בין השאר, כי שאב במשאבה את הנפט ששפך על בנו מתוך מיכל אדום וכי את הגפרורים שבהם הצית את הילד השליך לתוך האמבטיה. ואכן, המשטרה תפסה בביתו מיכל אדום, משאבה וגפרורים שרופים. המערער שיתזר מעשים אלה, והשיחור צולם במצלמת וידאו.

בשיחתו עם המדובר וכן בהודעתו במשטרה הסביר המערער כי הרג את הילד כיוון שחשד כי נולד לאשתו כתוצאה מיחסים עם גבר אחר. נכתב, בין השאר, בתמליל השיחה עם המדובר, שהוקלטה ותורגמה לעברית:

"[המדובר]: למה שרפת ילדך?

[המערער]: כי הילד ישא את שמי.

[המדובר]: בקשר לאשתך האם אתה חושד בה בהתנהגות זו?

[המערער]: הייתי חושד בה... אמרו לי שאשתי יצאה עם גבר שבשמו נקב ברכב.

[המדובר]: בגלל זה אתה נמצא כאן, שהיא גרמה לך לסבול ואתה רצית לגרום לה לסבול?

[המערער]: נכון."

ובהודעתו במשטרה סיפר המערער:

"הסיבה המרכזית לרצח הילד היא שהוא לא ישא את שם המשפחה... כי אשתי עשתה בעבר מעשים לא מוסריים... החלטתי במהלך כמה חודשים לשרוף את הילד וכאשר הייתה לי ההזדמנות עשיתי... הכחשתי את העבירה מסיבה שאני חשבוני שאני אצא מזה חלק וכך לא ייחשף המבצע."

3. בחקירה התברר כי עובר למעשה טופל המערער כשנתיים במרפאת בית-החולים הפסיכיאטרי בבית-לחם בשל תלונותיו על דיכאון וחרדה. הרופא המטפל, ד"ר איברהים מוראד, איבחן כי המערער סובל מהפרעות אישיות. עוד התברר כי ארבעה ימים לפני המעשה נבדק המערער על-ידי מנהל בית-החולים הנ"ל, ד"ר מוסטפא מוג'הד, ניתן לו טיפול תרופתי על-פי הנחיית הרופא וכי המערער הפסיק טיפול זה כעבור יומיים בשל תופעות לוואי. על-יסוד היסטוריה רפואית זו הורה בית-משפט השלום בירושלים, שדן בהארכת מעצרו של המערער, על עריכת בדיקה פסיכיאטרית. המערער נבדק על-ידי הרופאים שטיפלו בו, ד"ר מוראד וד"ר מוג'הד. שני הרופאים קבעו בחוות-דעת משותפת כי לא חל שינוי במצבו הרפואי, וכבעבר אף עתה הוא אינו סובל מפסיכוזה אלא מהפרעות אישיות, וכי הוא אחראי למעשיו ומסוגל לעמוד לדין.

4. המערער הואשם בבית-המשפט המחוזי בירושלים בעבירה של רצח על-פי סעיף 300(א)(2) לחוק העונשין, תשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין). הוא נעצר עד תום הליכי המשפט. במהלך מעצרו החליט בית-המשפט המחוזי על עריכת בדיקה פסיכיאטרית על-ידי הפסיכיאטר המחוזי, ולצורך כך הועבר המערער להסתכלות בבית-החולים הפסיכיאטרי בכפר שאול. בחוות-הדעת שניתנה על ידי ד"ר אייזנברג אושרה אבחנתם של ד"ר מוג'הד וד"ר מוראד. נקבע כי המערער סובל מהפרעות אישיות עם קווים פאסיביים-אגרסיביים, כי לא נמצאו סימנים לפסיכוזה וכי המערער מבדיל בין מותר ואסור, אחראי למעשיו ומסוגל לעמוד לדין. אף ד"ר איליה אברבך שבדק את המערער מטעמו לא מצא בו סימנים פסיכוטיים. הוא אישר את אבחנתם של הפסיכיאטרים שבדקו אותו לפניו, וקבע כי המערער סובל מהפרעות אישיות. עם זאת, הוסיף ד"ר אברבך כי קיימת הסתברות בשיעור של 60%, בלשונו "חשד" או "השערה" - שלא ניתן לבססם בהעדר מידע מפי עד ראיה בדבר התנהגות המערער בעת ביצוע המעשה - כי ההפרעות האישיות התפתחו לפסיכוזה בעת ביצוע המעשה, וזאת מההופסק הטיפול התרופתי והמערער הושאר לבדו בבית.

5. במשפטו חזר המערער על הגירסה המכחישה וטען כי ההודאות ניתנו שלא מרצונו הטוב. סיניגורו, עורך-דין קמר, טען כי על-כל-פנים המערער אינו נושא באחריות פלילית בשל אי-שפיות הדעת לפי סעיף 34 לחוק העונשין ושכרות לפי סעיף 34 לחוק חוק, וכי, לחלופין, ההפרעות הנפשיות שממן סובל המערער הן עילה להפחמת עונשו מכוח סעיף 300(א) לחוק העונשין.

6. בית-המשפט המחוזי דחה את עדות המערער כבלתי מהימנה, וקבע כי ההודאה חופשית ומרצון. עוד קבעה הערכאה הראשונה כי המערער לא העיד אמת בבית-המשפט, וכי הודאתו והשיחור שערך - שנמצאו להם תימוכין בעובדות המוסכמות שפורטו לעיל - משקפים את אשר אירע. הטענה בדבר שכרות נדחתה משלא נמצא לה בסיס בעדויות המומחים, ואילו הטענה בדבר אי-שפיות הדעת נדחתה על-יסוד חוות-דעת הפסיכיאטרים, לרבות חוות-דעתו של ד"ר אברבך, בהן נקבע כי המערער אינו סובל ממחלת נפש. בעניין זה אין די בהשערה שהעלה ד"ר אברבך בדבר התפתחות פסיכוזה בעת ביצוע המעשה כדי לעורר ספק. מסקנתה של הערכאה הראשונה הייתה כי תאורו של המערער בדבר הדרך בה גרם למות בנו מכיל את כל היסודות הדרושים להוכחת עבירה של רצח: הכנה, החלטה להרוג, והעדר קינטור. לעניין העונש קבע בית-המשפט המחוזי כי לא

נתמלאו היסודות הקבועים בסעיף 300א(א) המאפשרים הפחתתו. וכך נכתב, בין השאר, בפסק-הדין:

"... הוכח מצד אחד כי הנאשם סבל מהפרעה נפשית חמורה בעת ביצוע העבירה ואולם מאידך גיסא לא הוכח כי הפרעה זו פגעה באופן ניכר ביכולתו להבין את מהות המעשה הנורא שעשה ואת הפסול שבמעשה. ברצונו להדגיש כי באמרנו 'להבין' אין אנו משתמשים במונח זה במובנו המצומצם - להבין את המהות הפיזית של המעשה, אלא במובן הרחב - להבין את משמעות המעשה ותוצאותיו... אף איננו סבורים כי הפרעתו הנפשית הקטינה באופן ניכר את כושרו להימנע מביצוע המעשה, ואף לא נשאר בלבנו ספק סביר בעניין זה. הנאשם היה סבור כי אשתו בגדה בו וכי הבן איננו בנו ומן הראוי למחוק 'חרפה' זו מהעולם ע"י המתת הבן. בוודאי שמופרעתו הנפשית תרמה לכל זה, אך אין לומר כי היא תרמה תרומה ניכרת לכך".

המערער הורשע איפוא בעבירה של רצח וניזון למאסר עולם.

7. בערעורו בפנינו על פסק-דין זה לא טען עוד המערער כי לא הרג את הילד. טענתו היא שחומר הראיות מעלה ספק סביר כי בעת ביצוע המעשה סבל ממחלת נפש או פעל תחת השפעת התרופות הפסיכיאטריות וכי, למיצער, הפרעתו הנפשית הינה עילה להפחית מעונשו על-יסוד סעיף 300א(א) לחוק העונשין. הסניגור הסתמך בעיקר על חוות-דעתו של ד"ר אברבוך. כן הצביע על עדויות מומחים שאישרו קיומה של אפשרות תיאורטית כי הפסקת נטילתן של התרופות גרמה להתמרת מצבו הנפשי של המערער.

טענות אלה יש לדחות.

8. חקק שבדין (סעיף 34 לחוק העונשין), היא כי מעשה נעשה בתנאים שאין בהם סייגים לאחריות פלילית. מכאן עולה כי על נאשם הטוען לאי-שפיות או שכרות מוטל נטל להניח תשתית ראייתית המספיקה להעלאת ספק סביר בדבר קיומם של יסודות הסייגים הנ"ל, כאמור בסעיף 34 כב(ג) לחוק העונשין. בענייננו, לטענת השכרות אין כל בסיס בחומר הראיות, ויש איפוא לדחותה. כאמור, טענת אי-השפיות מושתתת על דברי ד"ר אברבוך כי ייתכן שהנאשם סבל מפסיכوزה שעה שעשה את המעשה. ואולם, ספק רב בעיני אם לנוכח תוצאות הבדיקות הפסיכיאטריות לפני ביצוע המעשה ולאחריו, שבגידון, כאמור, לא אובחנו סימנים פסיכויים. מספיק החשש שמערכת ד"ר אברבוך אף לשם העלאת ספק סביר בדבר קיומה של מחלת נפש. יצוין, כי אף לדברי ד"ר אברבוך עצמו לא נמצא להשש זה ביסוס בחומר הראיות. על-כל פנים, מחלת נפש שבה חולה נאשם אינה מבססת, כשלעצמה, סייג של אי-שפיות. השאלה היא אם המחלה שללה את כושר ההבנה של הנאשם או את רצונו החופשי כמפורט בסעיף 34 לחוק העונשין, שבו נקבע:

"34. לא יישא אדם באחריות פלילית למעשה שעשה אם, בשעת המעשה, בשל מחלה שפגעה ברוחו או בשל ליקוי בכושרו השכלי, היה חסר יכולת של ממש - (1) להבין את אשר הוא עושה או את הפסול שבמעשהו; או (2) להימנע מעשיית המעשה".

הנה כי כן, קיומה של מחלת נפש מהווה תנאי הכרחי אך לא מספיק להקמת הסייג לאחריות הפלילית. עיקר הסייג בא לביטוי בסימפטומים מסוימים של מחלת נפש, העשויים לשלול את פליליות המעשה. עמד על-כך השופט אגרנט בע"פ 118/53 מנדלברוט נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד י 281, 289:

"שוב עלי להדגיש כי עצם העובדה של היות הנאשם לוקה בליקוי נפשי רציני בזמן אירוע המאורע נשוא האישום, כך 'שמבחינה רפואית' אין לראותו כאחראי למעשיו, אין בה תמיד תשובה מספקת לשאלה הנוספת שבית-המשפט חייב להציג לעצמו, היא השאלה, אם עקב אותו ליקוי נתקיים בו, בנאשם, אחד המבחנים שקבעם החוק כשטח זה לשם פטור מעונש".

ופרופסור פלד הסביר:

"אין זה משנה, מה הדיאגנוזה של סיבת השיבוש, לבד שהיא טמונה במערכת השכלית של חיי הנפש של האדם; חשובים הם הסימפטומים של ניתוק כליל מכללי מציאות הטבע או התבונה. בה נתון האדם ושובה מעוגן מעשהו... אין כל נפקות להבחנות בין המחלות הנפשיות לבין עצמן, לפי

שמותיהן או סוגיהן השונים. המכריעה היא התסמונת ולא האיבחון - כלומר אם אכן נעדר האדם כושר הבנה של משמעות מעשהו, הפיזית או החברתית".

נ"ש פלד, יסודות בדיני עונשין (כרך א, תשמ"ד) 71-72.

העילה לפטור מאחריות פלילית איננה איפוא היותו של מבצע המעשה חולה במחלת נפש, אלא אי-יכולתו של החולה לגבש בעתה של מחלתו מחשבה פלילית, ובאין מחשבה פלילית לא מתבצעת עבירה. חולה במחלת נפש אחראי למעשיו ככל אדם. והוא לא ישא באחריות פלילית רק אם ינית תשתית ראייתית המעלה ספק סביר כי מחלת הנפש שבה הוא חולה שללה את יכולתו לגבש כוונה פלילית כמפורט בסעיף 34 ח הנ"ל.

9. בעניין שלפנינו, לא נתגלו סימנים פסיכויים במערער, וזאת לדעת כל הרופאים שבדקו אותו. כלומר, לאחר המעשה הוא היה מסוגל לספר את אשר אירע, וכאמור לעיל אכן נהג כך ואף הסביר מדוע הרג את הילד. המערער לא טען כי בעת המעשה לא שלט בעצמו או לא הבין את מהות המעשה ואת הפסול שבו. אף ד"ר אברבוך לא קבע כי מחלת הנפש, שבקיומה תשד, שללה או הפחיתה במידה ניכרת את יכולת ההבנה של הנאשם ואת רצונו החופשי כאמור בסעיף 34 ח.

10. על-כל פנים, יהיה עניין זה כאשר יהיה, מחומר הראיות עולה בברור כי לא זו בלבד שהמערער לא הניח תשתית ראייתית לקיומם של יסודות הסייג לאחריות פלילית, אלא שמהתנהגותו לאחר מעשה ומתסבריו בדבר מניעיו להריגת הילד עולה היפוכו של דבר. התכחשותו של המערער למעשה שעשה מייד לאחר ביצועו מצביעה לעצמה כי הבין את מהותו של הפסול המוסרי שבמעשה וידע כי הוא אסור. ואילו הסבריו בשיחה עם המדוכב ובהודעתו במשטרה על מניעיו שוללים את האפשרות כי ביצע את המעשה בשל חוסר יכולת לגבש כוונה פלילית. בעניין זה מצא בית-המשפט המתחיי, על-יסוד הראיות שהובאו לפניו, כי המערער החליט להמית את הילד כיוון שסבר כי אשתו בגדה בו וכי הוא אינו בנו, ובעניין זה אין מקום להתערבותנו. מסקנתי היא איפוא כי יש לדחות את הטענה בדבר אי שפיות.

11. לא מצאתי יסוד גם לטענה כנגד העונש. היסודות המאפשרים הפחתת העונש בעבירה של רצח, כמפורט בסעיף 300א(א) לחוק העונשין, דומים בעיקרם ליסודות סייג אי-שפיות הזעת. ההבדל בין הסייג הפוטר מאחריות הפלילית לבין העילה להפחתת העונש ברצח הוא בעוצמתם של הגורמים המצויים ביסוד שתי הזראות אלה. בעוד שעושה המעשה אינו נושא באחריות פלילית אם איבד עקב מחלת הנפש את יכולת ההבנה והרצון, הרי שניתן להפחית בעונשו של הורג אדם בכוונה תחילה אם יכולת ההבנה והרצון הופחתו כתוצאה מהפרעה נפשית חמורה. בענייננו, הנימוקים שבגינם נדחתה טענת אי-השפיות ישימים גם לעניין הפחתת העונש. שכן, כאמור, המערער לא הניח תשתית ראייתית בדבר הריגת בנו בשל הפחתת כושר הבנתו ורצונו.

על-יסוד האמור לעיל אני מציעה לדחות את הערעור.

המשנה-לנשיא ש' לוין

אני מסכים.

השופט מ' חשין

אני מסכים.

הוחלט כאמור בפסק דינה של השופטת ד' דורנר.

ניתן היום, ח בתמוז התשנ"ז (13.7.97).

ע"פ 357/95

וויצמן יוסף

נגד

מדינת ישראל

בבית המשפט העליון בשכתו ככית משפט לערעורים פלייט

[26.8.97]

לפני השופטים א' גולדברג, ת' אור, מ' חשין

ערעור על פסק דין בית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו מיום 28.12.94 ב.פ. 371/94 שניתן על ידי כבוד השופטים: א. לוי, ברלינר ונ. ישעיה

עו"ד אביגור פלדמן - כשם המערער
עו"ד חמי בורנשטיין - כשם המשיבה

פסק דין

השופט א' גולדברג

1. המערער, יוסף וייצמן, הואשם והורשע פה אחד בבית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו בביצוע עבירת רצח, לפי סעיף 300(א)(2) לחוק העונשין.

עיקרי העובדות הינן כדלקמן: בתקופה הרלבנטית לאירוע נשוא כתב האישום התגורר המערער בדירה נטושה אליה פלש. רוני כהן (להלן: המנוח), אשר היה עבריין, התלית מספר שבועות לפני כן להתנחל לו בדירתו של המערער, וסירב לצאת משם למרות דרישותיו של המערער. לא זו בלבד, אלא שלעיתים מחזמנות אף סירב לאפשר למערער לישון בתוך הבית, והכריחו ללון במרפסת אשר צמודה לכניסה לדירה. בתקופה שלפני האירוע גם הודיע המנוח למערער כי אינו מסכים שהברתו של המערער, אורלי גדפור (להלן: אורלי), תכנס לדירה. ביום ה-1.8.1994, בסביבות השעה 18:00 בערב, הגיעה אורלי לדירתו של המערער, והשניים יצאו לאכול. לאחר מכן הלכו לביתו של אחד בשם יואב, אשר גר בסמוך לדירתו של המערער. בהיותם שם אמר המערער לאורלי כי בכוונתו לעשוב לדירתו כדי לקחת שמיכה וסדין, שיהיו אתם כשילכו לשבת על הדשא שליד הדולפינריום. אורלי לא היתה מרוצה מרעיון זה, והתעורר ויכוח בינה ובין המערער. בסיומו של הויכוח פנה המערער לכיוון דירתו, בלי שידע שאורלי הולכת בעקבותיו. אורלי התיישבה על ספסל בגן, במרחק מטרים ספורים מדירתו של המערער, ומיכתה למערער שישוב.

כשהגיע המערער לדירה, הוא קרא בשמו של המנוח, ומשלא נענה, זילג אל מרפסת הבית כדי להכנס משם לדירה. בית המשפט קמא לא שלל את גרסת המערער כי כניסתו לדירה הותקף על ידי המנוח בגרון, וגרם תתך בידו. אחר כך זרק את הגרון לעברו של המערער. לאחר זריקת הגרון תקף

מדובר באדם הסובל מהפרעות אישיות. לא נמצאה אצלו פסיכוזה ע"י בודקיו השונים. ביהמ"ש קבע, איפוא, כי אין מדובר באי שפיות דעת. אמנם הנאשם סבל מהפרעה נפשית חמורה בעת בצוע העבירה (מכאן נפסק, למעשה, כי הפרעת אישיות היא בגדר "הפרעה נפשית חמורה..."); אך לא הוכח שהפרעה זו פגעה באופן ניכר ביכולת ההכנה של הנאשם (זאת במובן הרחב, הכולל את תוצאות המעשה).

ביהמ"ש חזר לדברי השופט אגרנט בפסק דין מנדלברוט וציטט את פרופ' פלר [המדבר על חשיבות "התסמונת", כלומר על חשיבות המצב הנפשי, ולא דוקא על חשיבות "האבחון" (האכחנה)]. ראוי לשים לב לכך כי הנימוקים שבגינם נדחתה טענת אי שפיות הדעת הם אשר שימשו, למעשה, גם לדחיית הבקשה להפחתת העונש. ביהמ"ש ציין כי מדובר, בעצם, באותם הנימוקים, אלא שעצמתם שונה.

המערער את המנוח בתמת זעם בצינור ברזל ובמוט עץ, וקרוב לוודאי גם בגרזן שהיה קודם בידי המנוח. לפי קביעת בית המשפט קמא "אין ספק שהנאשם הוסיף להלוים ביריבו גם כשזה שכב חסר אונים על הרצפה, ולא נשקפה ממנו סכנה כלשהי". המערער הפליא את מכותיו במנוח, חרף תחנוני המנוח ותחנוניה של אורלי, שנכנסה לדירה בשלב כלשהו של הקטטה, כי "פסיק להכות, קביעותיו העובדתיות של בית המשפט קמא מעוגנות בחומר הראיות, ואין מקום שנתערב בהן.

2. על "סדר המכות" העיד המערער:

"המכה הראשונה היתה ביד שלי, אחד כך אני חושב שהיתה מכה שלי, ואז רוני נכנס פנימה ואחר כך הוא נתן לי מכה בבטן, ואחר כך הוא זרק את הגרזן עלי, ואני ברחתי ונתתי לו עוד כמה מכות. אני לא זוכר אם מכה או יותר. כן, אחרי שהוא זרק עלי את הגרזן אני נתתי לו עוד מכות" (בעמ' 58).

"עד השלב שהוא זרק את הגרזן אני הספקתי להכות בו, אך אני לא יכול לציין את האזור בו פגעתי בו. כשהוא זרק את הגרזן הוא עדין במצב שהוא היה בסדר, ועמד על רגליו ... כשרוני זרק את הגרזן עמדתי ממנו במרחק של כמו ביני ובינך (בין שולחן התובע לשולחן העדים), אז נגשתי אליו, והכיתי בו בצינור הברזל שלוש-ארבע פעמים. היכיתי אותו כי פחדתי ממנו, פחדתי שהוא יקח את הגרזן ... כשהוא הלך לכיוון המטבח הוא ניסה שוב להרים את הגרזן. היום אני מצטער על כך שלא ברחתי" (בעמ' 59).

3. במישור המשפטי סובר בא כוחו המלומד של המערער כי בית המשפט טעה בכך שלא הכיר בטענות להגנה עצמית. לדעתו, פעל המערער מתוך הגנה עצמית לאורך כל מאבקו במנוח. היה על בית המשפט לקבוע כי המכה הקטלנית הונחתה על המנוח בשלב בו פעל המערער מתוך הגנה עצמית. לדעת ההגנה היה על בית המשפט קמא לקבוע, לאחר שהכיר בכך שהמערער פעל מתוך הגנה העצמית בתחילת המאבק, אם המכה הקטלנית הונחתה על המנוח בשלב בו נהנה המערער מההגנה האמורה, או לאחר מכן.

טענה משפטית שניה של בא כוח המערער היא שלא הוכחה כוונת הקטילה, ההכרחית להרשעה ברצח. את כוונת הקטילה הסיק בית המשפט קמא מהמכות הרבות שהנחית המערער על המנוח, אולם מכות אלו היו - לשיטת ההגנה - לאחר הנחתת המכה הקטלנית שהיתה בעת שהמערער הגן על עצמו. טענה משפטית שלישית אותה עורר בא כוח המערער עוסקת ביסוד של העדר הקינטור, המהווה אחד מיסודות עבירת הרצח. על פי טענה זו יש לראות בנישולו של המערער מביתו על ידי המנוח ותקיפתו בגרזן כיוצרת את הקינטור השולל את האחריות הפלילית לרצח. כן טענה ההגנה כי דחיית טענת הקינטור שהעלה המערער התבססה על מסקנתו העובדתית - השגויה - של בית המשפט קמא כי המערער המשיך להכות במנוח גם לאחר שזה הוכרע.

כטענות חלופיות לענין העונש טוען בא כוח המערער, כי היה מקום להימנע מלגזור על המערער את עונש החובה הקבוע בצד עבירת הרצח. זאת הן מכח סעיף 300א(א), עקב מצבו הנפשי המעורער של המערער, והן מכח סעיף 300א(ב), כשמדובר בחריגה מועטה בלבד מתחום התגובה הסבירה בעת ההתגוננות.

4. לאחר שזרק המנוח את הגרזן על המערער, לא היה עוד המערער תחת איום.

אכן, מעיד הוא כי חשש פן ינסה המנוח ליטול לידיו שוב את הגרזן, אולם לא היה די בחשש זה כדי להצדיק את ההתקפה הפראית על מנוח, במוט הברזל, במוט העץ וככל הנראה גם בגרזן, ולהמשיך בה גם לאחר שהמנוח הוכרע. מה גם שהמערער עצמו מציין כי יכול היה לברוח מהדירה. בנסיבות אלו אין המערער זכאי להנות מציילה של ההגנה העצמית לאורך כל הארוע. אכן, אין חובת נסיגה קיימת בכל מקרה. אולם - "שהות מספקת להסתלק מזירת הסכנה שכבר לא היתה מיידית, מחייבת נסיגה ושוללת את ניצול השהות לשם פריקת יצרים" (ש"ז פלר, יסודות בידיני עונשין (כרך ב', תשמ"ז) 430).

5. על המנוח הונחתו מכות רבות, מתוכן שמונה על גולגולתו. לדברי הפתלוגית ד"ר פיליפס, שביצעה נתיחה בגופת המנוח:

"שמונה פצעי הקרע לא נגרמו מאותה מכה. השבר הדחוס נמצא בחלק הימני של הגולגולת. של גג הגולגולת. ומאיזור זה יש קו שבר העובר לבסיס הגולגולת, וקו שבר זה הולך לצד הקדמי של הגולגולת. אלו שייכים לפצע קרע בעל יותר משפה אחת בצד הימני של הראש. יתר הפצעים בראש, כל אחד מסמל מכה אחרת. היו עוד שבע קרעים, דהיינו - עוד שבע מכות" (עמ' 19 לפרוטוקול).

אולם, לדעת ההגנה ניתן לייחד את גרם המוות למכה אחת בלבד. דעה זו נתלית בדבריה של ד"ר פיליפס, כי:

"המוות נגרם בעקבות מכה אחת, שגרמה לשבר הדחוס בראש. הנזק הכי קשה היה במוח. זה היווה גרם המוות" (עמ' 20 לפרוטוקול).

האפשרות לייחד את גרם המוות, מטילה, לדעת ההגנה, את הנטל על התביעה להוכיח כי המכה הקטלנית הונחתה על גולגולתו של המנוח בעת שהמערער לא היה נתון במצב של הגנה עצמית. די שיתעורר ספק סביר ברמה העובדתית שמא אותה מכה קטלנית שהנחית המערער על המנוח היתה טרם שזה זרק את הגרזן, כדי שיוזכה המערער מרצח. המערער לא ידע לציין את האזור בו פגע במנוח, טרם שהלה זרק את הגרזן, אולם מדבריו בעדותו (כפי שהובאו לעיל) עולות שתי עובדות. האחת, כי רוב המכות שהנחית המערער במנוח היו אחרי שהמנוח כבר לא החזיק בגרזן, וכי המכות שקדמו לזריקת הגרזן לא גרמו למנוח לאבד את הכרתו והמערער והמנוח המשיכו במאבקם, תוך מעבר בין חדרי הבית. לדברי המערער:

"כל זה אירע בכניסה לחדר, בתוך הבית ואחר כך הגענו למטבח (שם זרק המנוח את הגרזן - א.ג.), ואחר כך שוב חזרנו לחדר, ופתאום אורלי באה והתחילה לצעוק, והוא נפל. הסוף של האירוע היה ליד היציאה מהחדר למרפסת" (עמ' 55 לפרוטוקול).

ד"ר פיליפס, המייחסה בעדותה למכה הקטלנית, ואמרה כי:

"חבלה מן הסוג הזה בראש יכול להשפיע על אובדן הכרתו של אדם. דהיינו - אובדן הכרה מידי" (עמ' 20 לפרוטוקול).

משמע, כי אם המכה הקטלנית היתה מונחתת על המנוח לפני שזרק את הגרזן, הוא היה אמור לאבד את הכרתו וליפול ארצה. ואילו לפי עובדות המקרה, אליבא דמערער עצמו, זרק המנוח את הגרזן כשהוא "בסדר" וממשיך "לעמוד על רגליו", ולהימלט מפני המערער מחדר להדר בבית. מכאן המסקנה כי המכה הקטלנית שהונחתה על ראשו של המנוח היתה לאחר שזרק את הגרזן.

יתרה מזו. גם אם נניח - לטובת המערער - כי הספיק להנחית על המנוח מכה קשה טרם שזה זרק את הגרזן, ומכה זו היתה מביאה בסופו של דבר למותו של המנוח, אין בכך כדי לגרוע מאחריותו הפלילית לרצח. ברור הוא - אף מעדותו של המערער עצמו - כי המכה אשר חוסה (על פי ההנחה) תחת ההגנה העצמית, לא הביאה למותו המידי של המנוח. לאחריה המשיך המערער להכות במנוח, אף שכבר שכב על הרצפה. מכות אלה היו, בין היתר, על ראשו של המנוח, כשברור הוא מן הראיות כי המערער לא היכה שמונה מכות על ראש המנוח, טרם שזרק המנוח את הגרזן. אומרת בהקשר זה ד"ר פיליפס:

"הפצעים האחרים, המכות בראש, היו שניים, שלוש מהם מספיקות לגרום לאיבוד הכרה. אבל זה, יחד עם הנזקים בצלעות והדימומים ביותר המקומות, יכול לגרום למוות, אך לא מהיר ומידי" (עמ' 22 לפרוטוקול).

מכאן, כי גם אם המכה הקשה הנ"ל היתה מובילה - בסופו של דבר - גם ללא המכות הנוספות למוות של המנוח, הרי שמכות אלו תרמו גם הן את חלקן, וההישו את מות המנוח (ראה סעיף 309(4) לחוק העונשין, תשל"ז-1977). החשת המוות כתוצאה מהמכות המאוחרות ברורה היא בנסיבות המקרה ואין בה כל ספק. כאשר חובט אדם בראשו של חברו חבטה שיש בה לגרום למוות, והלה ממשיך על אף זאת לעמוד על רגליו (כבנינינו), ואחר כך ממשיך התוקף להכותו, בראשו ובמקומות רגישים אחרים בגופו. מכות שהן כשלעצמן יכולות לגרום למוות, אם כי "לא מהיר ומידי", לא ניתן לומר כי

לו גוף ואין לו דמות הגוף, אין מוסס מן המסקנה כי בדרך זו קובע בית המשפט גם נורמות התנהגות כופות, בהן הוא מעצב את "דמותו" של "האדם מן הישוב" ותגובותו הצפויה. בכך חשיבותו של המבחן האובייקטיבי, ש"נועד להשגת תכלית חברתית-ערכית שאי-אפשר לנו בלעדיה", עד שהפך לאבן יסוד בפסיקתו של בית משפט זה שאין עוד להרהר אחריה (ע"פ 2534/93 חליטה נ' מדינת ישראל, שטרס פורסם). בכך אין בית המשפט מיישם את "אמח המידה של יצור דמיוני אידיאלי, הממלא במירב היכולת אחר הציפיות בדבר דרך ההתנהגות הנכונה והרצויה של האדם התרבותי והמרוסן" (כדברי הנשיא שמגר בע"פ 402/87 הנ"ל), אלא מיישם הוא את אמת מידה להתנהגות בן תרבות ממוצע, תוך הנחה כי כאלה הם רוב אזרחי המדינה. כפי שנאמר בע"פ 322/87 זרור נ' מדינת ישראל, פ"ד מג(3) 724, 718):

"אם מושם הדגש במלים 'בנסיבות שבהן יכול לחשוב ולהכין את תוצאות מעשיו', המתייחסות ליסוד 'העדר התגרות', על הפן ההכרחי המוסרי של הנאשם לגבי תוצאות מעשיו, כי אז יובן גם הצורך בבלס שנקבע בפסיקה, בדמות הקינטור האובייקטיבי, שהוא בעיקרו בלס ערכי, הבא לכפות נורמת התנהגות".

לפיכך אין מקום שבית המשפט יכיר בקינטור אובייקטיבי בנסיבות בהן תקיפת הקורבן אינה אינסטינקטיבית וקצרה, כי אם מטע נקמה מתמשך, גם לאחר שלא נשקפת עוד מהקורבן כל סכנה. בתגובה כזאת ישנה חריגה מגדר נורמת ההתנהגות של "האדם מן הישוב", כשהוא מותקף בידי אחר, אפילו לאחר פרובוקציה קודמת. זה המסר הנורמטיבי שעל בית המשפט להציב בפני מי שמותקף, על דרך ייחוס התנהגות מרוסנת כזאת ל"אדם מן הישוב".

14. בא כוחו המלומד של המערער טען גם, כאמור, כי המערער זכאי להקלה מעונש החובה של מאסר עולם מכח סעיף 300 לחוק העונשין. אולם טענת ההגנה העצמית שהעלה המערער נדחתה בראש ובראשונה בשל כך שהאיום הוסר ממנו לאחר שהמנוח זרק את הגרזן. מכאן, שהמשך תקיפתו של המערער את המנוח אינה חוטאת בחריגה "במידה מועטה, בנסיבות הענין" מתחום הסבירות, כי אם בהעדר מוחלט של יסודות ההגנה העצמית. לפיכך, לא חל סעיף 300א(ב) לחוק. אשר לטענה כי אין להטיל על המערער את עונש החובה הקבוע בעבירת רצח, ויש להחיל לגביו את סעיף 300א(א) לחוק, בשל מצבו הנפשי המערער, שהגביל אותו במידה ניכרת מלהכין את מעשהו או את הפסול שבו, הרי שגם טענה זו יש לדחות. לצורך טענה זו נסמכת ההגנה על מוות דעת פסיכיאטרית הקובעת כי המערער סובל מהפרעות התנהגות וקשיי קשב וריכוז. בנוסף, למערער יש תלות מעורבת בסמים מה שנים רבות. מנגד, טוענת התביעה, כי באותה חוות דעת פסיכיאטרית נאמר כי המערער צלול, בעל התמצאות תקינה, ולא ניצפו מחשבות שווא מכל סוג. כמו כן, שיפוט וביקורת המציאות היו תקינים. סבורני, כי בכל מקרה אין בהוות הדעת כדי לסייע למערער. לצורך הפעלת סעיף 300א(א) לחוק העונשין על המערער להראות כי קיימת אצלו "הפרעה נפשית חמורה" או "ליקוי בשכלו", אשר הגבילו במידה ניכרת את יכולתו להכין את מעשהו וטיבו. ואילו הפרעות התנהגות, קשיי קשב וריכוז, אין בהם כדי למלא אחר תנאים אלה. כדברי הנשיא ברק:

"הפרעת אישיות" כשלעצמה אינה ממלאת את יסודותיו של סעיף 300 לחוק העונשין. לשם שכלול התנאים הנדרשים בסעיף 300 לחוק העונשין נדרשת הפרעה נפשית חמורה או ליקוי בכוח שכלי אשר מגבילה את יכולת הנאשם במידה ניכרת שאינה מגיעה לכדי אי-שפיות הדעת (כמוגדר בסעיף 34 לחוק העונשין) ("ע"פ 4389/93 4497, מרדכי נ' מדינת ישראל, שטרס פורסם).

(גישה דומה הובעה גם בע"פ 2796/95 פלוני נ' מדינת ישראל, שטרס פורסם).

15. העולה מן המקובץ, כי דין הערעור להדחות.

השופט ת. אור

אני מסכים. אני מסכים.

השופט מ. חשין הוחלט לדחות את הערעור.

ניתן היום, כ"ג באב תשנ"ז (26.8.97).

שבת הביקורת השיפוטית. השאלה היא רק, אם הקינטור, שהופנה כלפי הנאשם, היה כה רציני, בשים לב לנסיבות המקרה, עד כי יש להסיק, שרוב האנשים היו מתקשים מאוד שלא להיכנע להשפעתו, ולפיכך היו עלולים להגיב בצורה הקטלנית, שבה הניב הנאשם. כאמור בפסק דינו הנ"ל, בהציב זה מול זה, ככעין עימות, את ההתגרות ואת התגובה עליה, אין בית המשפט נזקק לנורמות מאתימאטיות או לקיומה של שרשרת גורל נחרצת ובלתי נמנעת. שני היסודות לשיקוליו של בית המשפט הם המעשה שאירע, מצד אחד, וההנחה הסבירה בדבר מהות דרך התגובה, לה מצפים מצד האדם הסביר, מצד שני. בעת בחינת התנהגותו של הנאשם אין בית המשפט מיישם את אמת המידה של יצור דמיוני אידיאלי, הממלא במירב היכולת אחר הציפיות בדבר דרך ההתנהגות הנכונה והרצויה של האדם התרבותי והמרוסן. בית המשפט מודד מעשיו של הנאשם על פי הערכת מצב מציאותית, והיא, אם צפוי הוא כי האדם הסביר אכן היה נכנע ליצר התגובה מול ההתגרות ולא היה מצליח לרטן את עצמו".

11. בית המשפט קמא, מיקד את טענת הקינטור בשני מעשי התגרות של המנוח: ניסולו של המערער מזירתו, על כל הנלווה לכך, ותקיפתו של המנוח את המערער בגרזן. אשר למעשה הראשון, מדובר בהתנהגותו של המנוח מספר שבועות לפני הרצח, ולא בתכופ לו. לפיכך:

"אם, בין הקינטור לקטילת הקורבן, הפריד משך זמן, שבו היתה לנאשם שהות 'להתקרב', כי אז לא תעמוד לו טענת הקינטור. אין ספק שהתנאי האמור עולה בקנה אחד עם המבחן האובייקטיבי במבחן זה, שאם היתה שהות 'להתקרות', כי אז יש להניח שהאדם הממוצע היה מנצל אותה כדי להחזיר לעצמו שליטה עצמית ולכן, היה נמנע מביצוע המעשה הקטלני הנדון" (ע"פ 396/69 בנו אברהם נעים נ' מדינת ישראל, פ"ד כד (1) 561, 581).

12. על אף זאת, אין להתעלם מהקינטור האמור, כשאנו באים לדון במשקלו הפרובוקטיבי של המעשה השני, הנוגע לתקיפת המערער בגרזן. ניתן לומר כי האבוע המקנטר הראשון, אף אם אינו עומד לבדו במבחן הקינטור האובייקטיבי, יש בו להוסיף נופך בהצטרפו לקינטור השני. על אפשרות זו עמד השופט אגרט בע"פ 396/69 הנ"ל (בעמ' 586):

"לחיוק הטענה הזאת, הסתמך מר תוסיה-כהן על דברי גורדון (ע' 713 לספרו), מהם עולה, כי לשם הוכחת הגנת הקינטור, מותר לצרף למעשה הפרובוקטיבי, שבא בסמוך להריגת הקורבן, ואשר כשלעצמו לא היה מספיק כדי להסב איבוד שליטה עצמית אצל הנאשם, את גורם השפעתו המצטברת של מעשה קינטור קודם.

some final act of provocation which, albeit because it follows on the) earlier provocation and is the last straw, actually provokes a loss of control).

ברור, כי הדברים האלה מחייבים, כי היה מעשה קינטור חדש סמוך לביצוע המעשה הקטלני, שאם לא כן, אין מקום להתחשב בהשפעתו 'המצטברת' של הקינטור הקודם... בהמשך לדבריו הנ"ל מדגיש המחבר שאין זה מספיק, לשם הוכחת קינטור 'מצטבר', כי מעשה הקינטור האחרון שימש לנאשם אך הזדמנות ליטול נקמה על מעשה הקינטור הקודם של הקורבן".

(ראה גם ע"פ 666/80 סימן טוב נ' מדינת ישראל, פ"ד לו(2) 253, 268).

בעניין זה אומר פרופ' פלד:

"לדעתנו, כפי שכבר נאמר לפני כן, העיקר הוא, לעניין זה, אם המעשה האחרון, עובר לביצוע העבירה, היה זה שהקניט את העבריין, ואילו המעשים הקודמים עשויים להיות נסיבות רקע בלבד, לאורן יש לשקול את משקלו הפרובוקטיבי של המעשה האחרון (ש"ז פלד, יסודות בדיני עונשין (כרך א', תשמ"ד) 565; ההזדגשה הוספה).

13. ואף על פי כן, איני רואה מקום לומר כי נתקיים בעניינו קינטור במובנו האובייקטיבי, בין שמעשה ההתגרות השני עומד לעצמו, ובין שמצטרף אליו מעשה ההתגרות הראשון. קינטור, מעצם טבעו, הוא מצב רגעי חולף, שלאחריו "אדם מן הישוב" (או: "האדם הסביר") מתעשת, שולט על רגשותיו ואינו ממשיך להכנע לסערת הרוח שנתהווללה בקרבן. אכן, לא כל אדם נתן בתכונה זו, אולם כך ראוי שינהג כל אדם. מעצם הצורך להעמיד את הקינטור גם במבחן האובייקטיבי, של "אדם" שאין

בפרשנות סעיף 300 א. (א) לחוק העונשין. כאמור, דוקא אסופה קודמת דיווחה על כוון שונה כביכול, אם כי דובר שם אודות "הסדר" בין הסגוריה לתביעה.

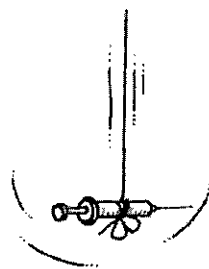
במקרה זה נקבע כי הפרעת התנהגות וקשיי קשב וריכוז, אין בהם כדי למלא את הגדרת "הפרעה נפשית חמורה". צוטט פס"ד אחר, אשר קבע כי הפרעת אישיות, כשלעצמה, איננה ממלאת את יסודותיו של סעיף 300 א.

כך או כך, חלפו שנים מעטות מאז תוקן חוק העונשין לגבי ענישה מופחתת בעבירת רצח. הבקשות לשמוש בסעיף 300 א (א) על עבירת רצח כנראה מתרבות. הפסיקה נמצאת בהתהוות ולכן יש לעקוב, הן אחר התפתחות הפרשנות המשפטית והן אחר התפתחות החשיבה הפסיכיאטרית בסוגיה זו, וכמובן להמתין לגזרי דין נוספים.

סיכום

הבאנו כאן אסופה של גזרי דין, אשר כולם דחו ענישה מופחתת על רצח, מנימוקים שונים. הכוון המצטייר מגזרי דין אלה הנו של "התחפרות והתבצרות" ביהמ"ש, בכוון של צמצום

הצעה לענישה של עברייני סמים



פסיכיאטריה ומשפט

הרצוי והמצוי בטיפול בעברייני מין:

האם צריך חוק עונשי מינימום?

אסירים אלה נידונו לעונשים קצרים מהעונש המזערי. ברוב סעיפי העבירה העונש הממוצע שנגזר היה גדול בהרבה מהעונש המזערי, ובמקרים שהיה מתחת לו, הממוצע היה רק חדשיים פחות מהעונש המזערי הקבוע. בכל 13 המקרים בהם העונש היה קצר, רשמו השופטים את הנימוקים לקולא. ב-5 מקרים ציינו השופטים שעבר זמן רב (בין 4 ל-6 שנים) מאז ביצוע העבירה ועד מתן גזר הדין. במקרה אחד צויין גילו המבוגר של הנאשם (מעל גיל 70). במקרה אחד ציינו את העובדה שהקרבן ביקשה רחמים על התוקף מעל דוכן העדים, וביתר המקרים צוינו נימוקים כגון הודאה בעבירה, חוסר עבר פלילי ודו"ח חיובי של קצין מבחן. היות והחוק אינו קובע את סוג הנימוקים לגזירת עונש שהינו פחות מהעונש המזערי הקבוע, קשה לדעת אם במקרים אלה בית המשפט היה גם כיום, גוזר עונש קצר על סמך אותם נימוקים לאחר תיקון החוק.

לכאורה, הנימוקים בשבעה המקרים הראשונים הם חריגים ויהיו נימוקים לעונש קצר גם היום. מכאן - שהחוק היה עשוי להשפיע על עונשם של 6 מתוך 55 האסירים במדגם (10.9%) והיה מוסיף לעונשים הקצרים שנגזרו עליהם, כחודשיים בממוצע.

תיקון החוק מעורר פליאה גם בכך שאינו מתייחס לעבירה של מעשה סדום לפי סעיף 347(ב). סעיף זה עוסק במעשה סדום בנסיבות אינוס, ומהווה עבירה שעונשה עד 20 שנות מאסר. מדובר בעבירה חמורה ביותר ולא ברור למה לא נכללה בחוק.

קיימת סכנה שהתיקון לחוק אף יגרום להקלה בעונשים הנגזרים על עברייני מין. ניתן לצפות שעבריינים רבים יבקשו לעשות עיסקת טיעון ולהודות בעבירות שאינן כלולות בתיקון החוק תמורת עונש קל יחסית, או שיוודו בעבירות החמורות תמורת עונש מינימום. יתכן גם ששופטים שהיום מתייחסים לעונש המירבי הקבוע בחוק כ"נקודת ציון" בקביעת העונש יתחילו להתייחס לעונש המזערי. דבר זה יגרור עונשים קלים מאלה הנגזרים היום.



דינה להמן



דויד א. כהן

ביום 14.7.98 העבירה הכנסת תיקון מס' 51 לחוק העונשין התשל"ז (1977). נושא התיקון: קביעת "עונש מזערי" לעברייני מין, ולפיו אדם שהורשע בעבירת אינוס לפי סעיף 345 לחוק העונשין, מעשה מגונה לפי סעיף 348(א) או 348(ב) לחוק או עבירת גילוי עריות לפי סעיף 351(א) או 351(ב) או 351(ג)(1) או (2) לחוק ירצה מאסר לא פחות מרבע המאסר המירבי הקבוע בחוק, אלא אם כן יחליט בית המשפט "מטעמים שירשמו" להקל בעונשו מעבר לאמור. מטרת התיקון לחוק למנוע מתן עונשים קלים לעברייני מין ובכך להרתיע עבריינים פוטנציאליים ולתת מענה הולם לריבוי עבירות המין בזמן האחרון. לא בטוח שתיקון החוק משיג מטרה זו. לפי הלישכה המרכזית לסטטיסטיקה (שנתון סטטיסטי, 1997), בשנת 1995 רק כ-40% מעברייני המין שהורשעו בדין נדונו לעונשי מאסר בפועל. קשה לדעת כמה מה-60% שלא נדונו למאסר בפועל נשפטו בגין סעיפי עבירה שאינם כלולים בתיקון לחוק (עבירות כגון בעילת קטינה בהסכמה, מעשה סדום, מעשה מגונה שלא בכח ומעשה מגונה בפומבי) ולכן לא היו מגיעים למאסר גם לו התיקון היה בתוקף בעת משפטם. אבל ניתן לשער את מידת ההשפעה של התיקון לחוק לגבי אורך עונשי מאסר בפועל הנגזרים היום על עברייני מין. לצורך זה נבדקו תיקים של 55 עברייני מין המרצים עונשי מאסר בפועל בבתי סוהר שונים. התיקים נבחרו באקראי, והמדגם הינו מדגם מייצג אוכלוסיית אסירים עברייני המין. 46 מתוך התיקים שנבדקו (83.6%) נשפטו למאסר בגין עבירות על הסעיפים המוזכרים בתיקון החוק. כפי שניתן לראות בטבלה מס' 1, רק 13 מתוך

דויד א. כהן - קרימינולוג קליני בכיר בחטיבה לפסיכולוגיה משפטית, מרכז בריאות הנפש באר-יעקב.

דינה להמן - עורכת דין.

רפואה ומשפט גיליון מס' 20 - מאי 1999

האם ניתן לנקוט צעדים אחרים לטיפול בבעיית עבירת המין? נסקור להלן חקיקה אמריקאית העוסקת בענישת עברייני מין ונדון בצעדים אופרטיביים הניתנים ליישום בארץ:

בארצות הברית קיימים מספר חוקים העוסקים במיוחד בעברייני מין (עושים מזעריים קבועים שם בחוק במגוון עבירות ואינם נכללים בחוקים אלה): חוק רישום עברייני מין; חוק סירוס עברייני מין; חוק עברייני המין המסוכנים Sexually Violent Persons - SVP או חוק הפסיכופט המיני כפי שנקרא בעבר).

רישום עברייני מין

חוקים המחייבים רישום עברייני מין לאחר שחרור מבית סוהר חוקקו בכל מדינות ארה"ב. החוק הראשון מסוג זה התקבל במדינת New Jersey ב-1994 כתגובה לסערה ציבורית שהתעוררה לאחר שילדה בת 7 בשם מיגן קנקה נאנסה ונרצחה על ידי שכנה. דיירי השכונה לא ידעו שהרוצח שהתגורר בקרבתם היה עבריין מין רצדיביסט, שהשתחרר ממאסר זמן לא רב לפני שרצח את מיגן. חוקי רישום עברייני מין זכו לכינוי "חוקי מיגן" על שם הילדה שבעקבות רציחתה נחקקו. נתייחס להלן לחוק של מדינת ניו-ג'רזי (להלן "חוק מיגן") המהווה פרוטוטיפ לחוקי רישום עברייני מין אחרים שנחקקו בארה"ב.

מטרת חוקי רישום עברייני המין להפחית את המסוכנות של עברייני מין מסוכנים על ידי ניהול רישום השם והמיקום של עברייני מין מרגע שחרורם ממאסר. מטרת הרישום לסייע לגורמי אכיפת החוק למנוע עבירות מין כלפי ילדים, או לפענח במהירות עבירות מין כלפי ילדים. המבוא לחוק מיגן מסכם את מטרתו:

a. The danger of recidivism posed by sex offenders and offenders who commit other predatory acts against children, and the dangers posed by persons who prey on others as a result of mental illness, require a system of registration that will permit law enforcement officials to identify and alert the public when necessary for the public safety.

b. A system of registration of sex offenders and offenders who commit other predatory acts against children will provide law enforcement with additional information critical to preventing and promptly resolving incidents involving sexual abuse and missing persons.¹

חוק מיגן כולל סעיף רישום (registration) וסעיף פרסום רבים (notification). חוק הרישום מחייב כל אסיר,

המשתחרר ממאסר בגין עבירות מסוימות, להירשם בתחנת המשטרה הקרובה לביתו. המידע שעליו למסור כולל שם, מספר תעודת זהות, עדה, גיל, צבע עיניים וכדומה, תיאור של רכבו ומספרו, כתובת מגוריו ומקום עבודתו. עליו לעדכן את כתובתו אחת לתשעים יום, ואם הוא משנה את מקום מגוריו עליו להרשם מחדש בתחנת המשטרה הסמוכה למקום מגוריו החדש, המשטרה מעבירה רישום זה לפרקליטות והמידע נגיש לכל גורמי אכיפת החוק בארה"ב. המידע אינו נגיש לציבור באופן אוטומטי.

סעיף הפרסום ברבים קובע למי חייבת הפרקליטות להעביר את המידע אודות עברייני המין הנרשם. דרגת הדווח נקבעת על פי רמת המסוכנות המשווערת של אותו עבריין. בדרגת סיכון נמוכה (tier 1), הפרקליטות חייבת לעדכן גרמי אכיפה העלולים לבא במגע עם העבריין (בארה"ב קיימים מגוון גורמי אכיפה מלבד המשטרה, הפועלים ברמה של מדינה וממשל פדרלי). ברמת סיכון בינוני (tier 2) על הפרקליטות, בסיוע המשטרה המקומית, לעדכן בתי ספר, גנים, מעונות, פנימיות, מתנ"סים, ארגונים המטפלים בקרבנות אונס ובילדים בסיכון. ברמת סיכון גבוהה (tier 3) על המשטרה המקומית לעדכן כל אזרח העלול לבא במגע עם העבריין. דרך נפוצה לבצוע עדכון זה הינה פרסום תמונתו של עבריין המין ופרטים מזהים אודותיו בבתי הדואר המקומיים. לפני ביצוע הפרסום אודות עבריין ברמת סיכון בינוני או גבוה קיים חיוב לעדכן את העבריין בדבר פרסום המידע ולתת לו הזדמנות לעתור לבית משפט אם רצונו בכך. החוק קובע כי מידת מסוכנותו של העבריין תיקבע באמצעות שימוש בכלי הערכה סטטיסטית ("Registrant Risk Assessment Scale"). הכלי מחולק ל-4 קטגוריות: חומרת העבירה, עבר פלילי של העבריין, אישיותו של העבריין, ופיקוח / תמיכה חברתית. ההערכה נעשית על ידי מומחים שעברו הכשרה מתאימה.

ביקורת על חוק מיגן

1. **ביקורת משפטית:** הביקורת המשפטית על חוקי רישום עברייני מין מתמקדת בטענה כי חובת רישום עברייני מין ופרסום אזהרה לציבור אודותיו מהווים עונש נוסף המוטל על אדם לאחר שריצה עונש בגין אותה עבירה, וזאת בניגוד להגנה החוקתית נגד סיכון כפול (double jeopardy). טענה נוספת, שהרישום והדווח מבדילים את הנרשם מאנשים אחרים והופכים אותו מראש ל"יעד משטירתי" ובכך מפירים את אפשרותו להגנה שווה (equal protection) המובטחת בחוקה. בית משפט פדרלי הכריע בטענות אלה וקבע כי רישום ופרסום ב-tier 1 הנם סבירים ואינם מפירים את זכויות האזרח של העותר. בית המשפט קבע כי מטרת החוק

הינה הגנה על הציבור (עניין אזרחי) ולא ענישה, ולכן אין לראות בכך הפרה של החוקה. בית המשפט קבע גם כי הוא סומך על הפרקליטות ועל המשטרה שלא יפרו את זכויות האזרח של העותר בניגוד לחוק, ולכן אין הפרה של הזכות ל"הגנה שווה"². בעתירה אחרת פסק אותו בית משפט כי ה"עוקץ" ברישום ובפרסום ברבים ברמת הסיכון הבינוני והקשה (tier 2 & tier 3) אינו פוגע בזכויות האזרח של העברין הנרשם במידה רבה- ולכן פסק שאין פסול בפרסום ברבים ברמות אלו³.

2. ביקורת מקצועית: הביקורת המקצועית מתמקדת בטענות כי חוק מיגן פוגע בתכניות טיפול ושיקום עברייני מין, פוגע ביכולתם להיקלט בקהילה, גורם ל"תיוג" ובכך מוריד את המוטבציה להשתקם ומעלה את רמת מסוכנותם. בר⁴ מצוין שחוק מיגן פוגע בתכניות שיקום הקיימות בניו ג'רזי, כיון שהמדינה סומכת על אפשרויות המעקב והאכיפה המוגברות, ולכן משקיעה פחות משאבים בטיפול להורדת רמת המסוכנות. פרימן- לונגו⁵ תומכים בחוק רישום עברייני מין, בהיותו מסייע לאכיפת החוק, אך מתנגדים בתוקף לפרסום שמותיהם של העבריינים ברבים. בין 26 הנימוקים להתנגדות זו כדאי לציין את הטיעון שאין הוכחות שפרסום ברבים יעיל במניעת רצדיביזם, החשש שהפרסום גורם לשאנונות בציבור, מעודד סוטי מין לנסוע למקום בו אינו מוכרים על מנת לבצע שם את זממם. פרסום ברבים מטיל את האחריות למניעת רצדיביזם על הציבור ולא על האסיר המשוחרר ופוגע באופן רציני ביכולתו להשתקם לאחר השחרור ממאסר. מאידך, כפי שטוענת ברלינג⁶, אין שום הוכחה כי פרסום ברבים אינו מונע רצדיביזם, וכל החשדות של פרימן-לונגו הינם בגדר ספקולציה בלבד.

האגודה לטיפול בעברייני מין (ATSA) אינה נוקטת עמדה בעד או נגד הפרסום ברבים. עם זאת היא מציינת שאם מפעילים סעיפים אלה אזי יש להפעילם רק כלפי עברייני מין בעלי סיכון גבוה במיוחד ושהערכות מסוכנות יבוצעו רק על ידי מומחים לדבר. האגודה ממליצה גם שהפרסום ברבים יהיה חלק ממכלול של אמצעים למניעת רצדיביזם ולא פתרון בלעדי⁷.

פיקוח לכל החיים

חוק מיגן קובע שעברין מין חייב לידע את הרשויות לגבי מקום המצאותו ומקום עבודתו, אך החוק אינו מרשה לרשויות לפקח על חיי היומיום של העברין או להגבילו או לפלוש לחייו הפרטיים בדרך כלשהי. במדינות מסויימות בארה"ב עברין מין המשתחרר ממאסר נמצא בפיקוח לכל

החיים (lifetime probation)⁸ - ופיקוח זה הינו פולשני מאוד. לדוגמא, לפי החוק במחוז מריקופה באריזונה, אסור על עברין מין משוחרר ליצור קשר עם ילדים או להכנס לכל מקום שיש בו סיכון מוגבר (בתי ספר, גנים ציבוריים, מגרשי משחקים וכו') ללא רשות קצין המבחן. אסור לו להשתמש באלכוהול או בחומר פורנוגרפי. נעשים מאמצים להגבילו מיצירת קשרים עם נשים שהן אמהות חד הוריות. לקצין המבחן הסמכות לערוך חיפוש בבית של עברין מין הנמצא בפיקוחו ללא צו של שופט ובתנאי שיש לכך סיבה מספקת (reasonable cause). קציני המבחן רשאים לעקוב אחרי העבריינים הנמצאים בפיקוחם, ולקבל דווחים באשר להתקדמותם בטיפול (וכמובן שהשתתפות בטיפול היא חובה ולא רשות). במקומות שונים בארה"ב קציני המבחן רשאים לערוך בדיקות פוליגרף לבדוק התמדה בטיפול, פנטזיות מיניות ועבריינות חוזרת. מבחן ופיקוח קפדני כזה מלווים בטיפול הולם, ובמקרים שעברין המין מופרד ממשפחתו נדרש טיפול משפחתי מיוחד לפני שיותר לו לחזור למשפחתו. אין בידנו סטטיסטיקה לגבי האפקטיביות של פיקוח כזה: סקוט⁸ מדווחת שרק 1% מעברייני מין המשוחררים בתכנית חזרו על מעשיהם ב-3 שנים הראשונות של המעקב, אך אינה מציינת מה שיעור הרצדיביסטים בקבוצות עברייני מין אחרות. מכל מקום אם נשווה מספר זה עם הדיווח של פרנטקי ושות'⁹ על רצדיביזם של 2.5% כל שנה בקרב אנשים ו-4% כל שנה בקרב עבריינים הפוגעים בקטינים (child molesters) בשלוש השנים הראשונות לאחר השחרור אזי מדובר בהשג חשוב מאוד בהפחתת הרצדיביזם. לא מצאנו דווחים על תביעות משפטיות נגד סוג פיקוח זה.

חוקי "עברייני מין מסוכנים" (SVP)

מטרת חוקי SVP, הקיימים במדינות ספורות בארה"ב, להגן על הציבור מפני עברייני מין מסוכנים ע"י שליחתם לאשפוז פסיכיאטרי כפוי לאחר תום ריצוי מאסרם בנוסף לעונש המאסר שהוטל עליהם⁸. על מנת לאשפוז אדם כ-SVP צריכים להתמלא 3 תנאים, בדומה לאשפוז פסיכיאטרי כפוי של חולי נפש:

(1) יש להוכיח שהאדם בצע פגיעות מיניות בעבר;

(2) יש להוכיח שהוא סובל מ"הפרעה נפשית" (mental disorder);

(3) נדרשת הערכת מסוכנות לפיה סביר להניח שאם ישוחרר ממסד טוטאלי סגור, הוא עלול לבצע פגיעות מיניות נוספות⁹. חוקים אלה מיועדים רק לגבי עבריינים שקיים סיכון גבוה שיבצעו עבירות מין חמורות (כגון אונס או מעשה סדום)⁹.

למשל, בית משפט העליון של מדינת מינסוטה הורה לשחרר מאשפוז פדופיל לא אלים שנהג לחשוף את עצמו לקטינים ולנגוע בהם בישבן, בטענה שמעשיו לא הוו סיכון בדרגה המצדיקה אשפוז כפוי¹⁰.

המונח "הפרעה נפשית" לצורך אשפוז כפוי של עברייני מין מסוכנים כולל בתוכו מגוון הפרעות נפשיות מלבד מחלות נפש- בשונה מחוקים על אודות אשפוז כפוי של עבריינים חולי נפש או אשפוז כפוי אזרחי⁸⁻⁹. במדינת ויסקונסין מוגדרת "הפרעה נפשית" (mental disorder) כך:

congenital or acquired condition affecting the emotional or volitional capacity that predisposes a person to engage in acts of sexual violence¹¹.

בית המשפט העליון הפדראלי פסק כי הפרעה נפשית יכולה לכלול גם פדופיליה או הפרעת אישיות¹², ובית המשפט העליון של מדינת מינסוטה פסק כי גם "הפרעה פסיכופאטית" הינה הפרעה נפשית לצורך אשפוז כפוי של עברייני מין מסוכני¹³. חוקים אלה עמדו בביקורת של בית המשפט העליון, אשר פסק כי מדובר בחוקים שמטרתם להגן על החברה מפני עבריינים מסוכנים ואין החוקים מיועדים להענישם פעם נוספת. לכן, קבע בית המשפט, הטלת אשפוז לאחר מאסר אינה נוגדת את זכויות האזרח^{14,12}. על אף שברוב המדינות, על האשפוז להיות מלווה בטיפול, פסק לאחרונה בית המשפט העליון כי אין חובה לטפל בעברייני המאושפז תחת חוק SVP גם אם פירוש הדבר שהוא יישאר בגדר "מסוכן" למשך שנים רבות¹². לדעת בית המשפט אם נקבע כי העברייני סובל מהפרעה נפשית שלא ניתן לטפל בה או שהטיפול אינו בסדר עדיפויות ראשוניות של המדינה (כלשון בית המשפט:

if treatment, though possible, is merely an ancillary, rather than an overriding, state concern אין חובה להעניק טיפול. העמדה הרשמית של ה-ATSA, גם במקרה זה, הינה לא לנקוט עמדה בעד או נגד¹⁵. עם זאת היא ממליצה:

- 1) חוקי SVP יופעלו רק במקרים של עברייני מין רצדיביסטיים בעלי סיכון גבוה אשר הוכיחו בעבר כי עבורם טיפול אינו מוריד את רמת מסוכנותם;
- 2) שההמלצות לגבי מסוכנות יינתנו על ידי מומחים הכפופים לסטנדרטים אתיים מקובלים;
- 3) שיש ללוות את האשפוז הכפוי בטיפול ע"י מטפלים מומחים לטיפול בעברייני מין.

חוקים לסירוס כימי

חוקים המעודדים או המחייבים סירוס כימי (על ידי זריקות

של התרופה medroxyprogesterone) של עברייני מין קיימים (למיטב ידיעתי) רק בשתי מדינות בארה"ב- קליפורניה ופלורידה. החוק בקליפורניה נכנס לתוקף בספטמבר 1996, ובפלורידה באוקטובר 1997. על פי החוק בקליפורניה¹⁶, רשאי בית המשפט, על פי שיקולו, להורות שאדם שהורשע לראשונה בעבירות מין מסוימות שבהן הקרבן היא בת 13 או פחות יעבור סירוס כימי בנוסף לכל עונש אחר שיוטל עליו. מתן הטיפול יתחיל שבוע אחד לפני שחרורו המוקדם ברשיון מבית הסוהר (parole). לעומת זאת בית המשפט חייב להורות שאדם שהורשע פעם שניה או יותר בעבירות מין מסוימות שבהן הקרבן בגיל 13 או פחות יעבור סירוס כימי שיתחיל שבוע אחד לפני השחרור המוקדם. הטיפול ימשך עד שמומחה מטעם המדינה יקבע שאין בו צורך יותר. החוק קובע כי הטיפול יינתן מתוך הסכמה מדעת, ואסיר שאינו חפץ בטיפול זה אינו חייב לקבלו אם הוא מוכן לוותר על שחרור מוקדם ברשיון. לא מפורט בחוק מה ייעשה לאסיר משוחרר שמפסיק את הטיפול ללא רשות. לפי חוק זה - אין צורך בהערכת איש מקצוע שהטיפול אכן יעיל בהורדת הסיכון לרצדיביזם.

לפי החוק במדינת פלורידה¹⁷ רשאי בית המשפט לחייב אדם שהורשע בעבירות מין מסוימות, לעבור סירוס כימי בנוסף לכל עונש אחר, אם זו הרשעתו הראשונה. לעומת זאת אם אדם מורשע פעם נוספת חובה על בית המשפט לחייב אדם לעבור טיפול זה. הטיפול יינתן רק אם איש מקצוע שמינה בית המשפט יקבע כי הטיפול מתאים לאדם. בית המשפט קובע את משך זמן הטיפול ואת מועד התחלת הטיפול. הטיפול אינו יכול להוות תנאי לשחרור מוקדם או למתן טובות הנאה אחרות. סירוס לקבלת הטיפול הינו עבירה בדרגת פשע, שעונשה עד 15 שנות מאסר. בשתי המדינות אדם יכול לבקש לעבור סירוס כירורגי במקום הסירוס הכימי.

ישנן מספר בעיות לגבי חוקים אלה, שטרם עברו את המבחן של בית המשפט. ראשית, אין עדיין הוכחה מדעית שסירוס כימי בתרופה הנ"ל או בדומות לה (למשל אנדרוקור או דקפפטיל הנמצאים בשימוש בארץ) אכן יעיל בהורדת הרצדיביזם המיני. המחקרים הקיימים התבססו בחלקם על דווח עצמי אודות ירידת הדחף המיני אצל עבריינים שהיו בטיפול. מדד זה הינו מאוד לא מהימן בהתחשב בנטייה המוכחת של עברייני המין לשקר לגבי סטייתם. כמו כן רוב המחקרים נעשו ללא קבוצת ביקורת וללא שימוש בשיטת ה-double blind placebo testing כפי שנדרש להוכיח יעילות של תרופה, וחלקם כללו תקופות מעקב קצרות ביותר¹⁸⁻²⁰. גם אם נקבל את ההשערה הקלינית לפיה תרופות כאלה

יעילות בצמצום סכנת הרצדיביזם בעברייני מין מסוימים (אין שום סיבה לפקפק בנכונות ההנחה הזו), הרי שהספרות מדברת על כך שתרופות אלה אינן יעילות כטיפול בלעדי ואינן מתאימות לשימוש בכל סוגי עברייני המין¹⁹. התרופות יעילות בטיפול בפדופילים, המשתפים פעולה בטיפול מרצונם החפשי, והמקבלים טיפול פסיכותרפויטי יחד עם הטיפול התרופתי כחלק מתכנית relapse prevention כוללת¹⁹. לכן החוק בפלורידה בעייתי בכך שהוא מכריח אנשים, בניגוד לרצונם, לעבור טיפול תרופתי קשה שיעילותו לא הוכחה. החוק בקליפורניה בעייתי גם הוא כי אינו קובע שום קריטריון טיפולי למתן הטיפול התרופתי. לפי חוק זה גם עברייני מין מסוכן שאינו מתאים לטיפול בתרופה הנ"ל יכול לזכות בשחרור מוקדם מבית הסוהר אם הוא מסכים לקבל את הטיפול בתרופה.

ישום חוקים למניעת סיכון של עברייני מין במדינת ישראל

הסטטיסטיקה הפלילית מראה גידול במספר עבירות המין במדינת ישראל, וכי בתי המשפט מחמירים בענשים הנגזרים על עברייני מין. אין ידע מדויק לגבי שיעור הרצדיביזם בקרב עברייני מין בישראל, אך ידוע כי כ-30% מעברייני המין הכלואים הינם רצדיביסטים²¹. המשאבים המופנים לטיפול ולמניעת רצדיביזם בקרב עברייני מין בישראל מזערניים. עברייני מין הנמצא בבית סוהר יכול, אם הוא רוצה, לקבל טיפול נפשי בבית הסוהר, ובזמן המאסר הוא נמצא תחת פיקוח של ש"ס (שירות בתי הסוהר) ומומחים מטעם משרד הבריאות²². עברייני מין אינם חייבים לעבור כל טיפול בעת המאסר. עברייני מין מסוכן הסובל מפדופיליה או מהפרעת אישיות קשה אינו חולה נפש. לכן, על פי החוק לטיפול בחולי נפש (1991) לא ניתן לטפל בו בניגוד לרצונו. מחוץ לבית הסוהר אין כל מסגרת טיפולית לעברייני מין. עברייני מין המשתחרר בשחרור מלא מבית הסוהר - ויהיה זה האסיר היותר מסוכן במדינה - חפשי ללכת לאן שהוא רוצה ולחיות ללא טיפול, מעקב או השגחה. אם עברייני מין מבקש להשתחרר בשחרור מוקדם תמורת התחייבות להמשיך טיפול מחוץ לכתלי בית הסוהר, הוא יתקשה לעמוד בכך בשל העדר מסגרת להמשך טיפול כזה. מרפאות לבריאות הנפש ולשכונות לשירותים חברתיים אינן חייבות ואינן ששות לקבל לטיפול אנשים בעלי סטיות מיניות וברוב המקומות אין מומחים לטיפול בעברייני מין. אין גם דרך יעילה לחייב דווח של מטפלים למשטרה אם אסיר מפר תנאי שחרור מוקדם של קבלת טיפול. הספרות מצביעה על כך שהדרך היעילה ביותר להפחתת רצדיביזם של עברייני מין היא שילוב של פיקוח וטיפול.

בקהילה על ידי אנשי מקצוע מיומנים בעבודה עם עברייני מין²⁸. טיפול ללא פיקוח או מאסר ממושך ללא טיפול ופיקוח לאחר השחרור (ובזה ניתן להכליל גם החלת עונשי מינימום בנוסח תיקון החוק הנוכחי) נותן פיתרון לטווח הקצר של המאסר בלבד. בין הצעדים הדרושים להפחתת רמת הסיכון של עברייני מין בארץ ניתן למנות את הדברים הבאים:

1. הסמכת אנשי מקצוע לאבחון וטיפול בעברייני מין וגיבוש כללים אתניים ומקצועיים אוניברסליים להערכת מסוכנות של עברייני מין: בארה"ב ובמדינות אחרות ישנם ארגונים מקצועיים הקובעים סטנדרטים לאנשי מקצוע העוסקים בטיפול והערכת מסוכנות של עברייני מין (לדוגמה, ATSA, 1997). בישראל אין שום הליך של קביעת מקצועיות או פיקוח בנושא זה. אנשי החטיבה לפסיכיאטריה משפטית, העובדים עם עברייני מין בין כתלי בית הסוהר, פועלים על פי נוהלים אתניים ומקצועיים להערכת מסוכנות - אך הכללים גובשו ביוזמה מקומית (ע"פ הסטנדרטים המקובלים בארה"ב) ומחייבים רק את עובדי החטיבה. מחוץ לחטיבה, כל אדם יכול להכריז על עצמו כמומחה לטיפול או למסוכנות בקרב עברייני מין, גם אם סיים לימודיו אתמול ומעולם לא עבר אפילו הכרות ראשונית עם נושא הערכת המסוכנות. מאידך, קלינאים מוכשרים ומנוסים נרתעים מטיפול בעברייני מין, מאחר ולא עברו הכשרה בתחום זה, ומחשש שימצאו עצמם בבית המשפט כשמוטפל יעבור עבירת מין במהלך הטיפול. לו הוכר הטיפול בעברייני מין כהתמחות מיוחדת, ניתן היה לשפר את יכולת האבחון, הטיפול והערכת המסוכנות. יתכן שהדבר היה תורם להפחתת הרצדיביזם בתחום העבריינות המינית.

2. איגוד מקצועי למטפלים בעברייני מין: איגוד כזה יכול לפקח על גיבוש כללים אתניים ומקצועיים, לפקח על רישום של בעלי מקצוע מוסמכים, לקבוע מי מוסמך לתת עדות מומחה או לטפל בעברייני מין, ולאכוף שמירת כללים מקצועיים ואתניים.

3. מתן הערכת מסוכנות ע"י איש מקצוע מומחה לפני מתן גזר הדין: שופטים בישראל נוהגים לקחת בחשבון מגוון של שיקולים במתן גזר דין. שיקולים אלה כוללים לעתים גם מסוכנות של העברייני. כאמור, כיום אין גורם מקצועי שיכול לתת הערכה אובייקטיבית אודות מסוכנות של עברייני מין לאחר הרשעתו ולפני גזר דינו. אם יהיו אנשי מקצוע מתאימים שאינם תלויים בפרקליטות או בבא כוח הנאשם, יוכל בית המשפט לקבל הערכת מסוכנות כוללת שתהיה לו לעזר במתן גזר הדין. הערכת המסוכנות תכלול, בין היתר: הערכה של התאמה לטיפול, פרוגנוזה טיפולית, פרק זמן מינימלי לטיפול,

Abuse: A Journal of Research and Treatment, 9, 335-348.

20. Rosler, A. & Witztum, W. (1998). Treatment of Men with Paraphilia with a Long-Acting Analogue of Gonadotropin-Releasing Hormone. New England Journal of Medicine, 338, 416-422.

21. כהן, ד. עברייני מין ועבירות מין במדינת ישראל. מאמר בהכנה לפרסום.

22. האחריות לטיפול ומעקב על עברייני מין בבית-סוהר הינה בידי החטיבה לפסיכיאטריה משפטית של המרכז לבריאות הנפש באר יעקב, שמשדדיה ממוקמים בכלא איילון.

23. Hoglend, P. (1993). Personality Disorders and Long Term Outcome After Brief Dynamic Psychotherapy. Journal of Personality Disorders, 7, 168-181.

24. Hanson, R.K., Cox, B., & Woszczyzna, C. (1991). Assessing Treatment Outcome for Sexual offenders. Annals of Sex Research, 4, 177-208.

25. Hanson, R.K. (1997). How to Know what Works with Sexual Offenders. Sexual Abuse: A Journal of Research and Treatment, 9, 129-146.

26. Laws, D.R. (1989). Relapse Prevention with Sex Offenders. New Your: Guilford.

27. Cummings, G.F. & Buell, M. (1996). Relapse Prevention as a Supervision Strategy for Sex Offenders. Sexual Abuse: A Journal of research and Treatment, 8, 231-242.

28. Scott L.C. (1997). Community Management of Sex Offenders. In: B.K. Schwartz & H.R. Cellini (eds). The sex Offender: New Insights, Treatment Innovations and Legal Developments, Vol. II pp 16.1-16.11.

29. Prentky, R.A., Lee, A., Knight, R.A. & Cerce, D. (1997). Recidivism Rates Among Child Molesters and Rapists: A Methodological Analysis. Law and Human Behavior, 21, 635-659.

3. Verniero, 119 F.3d 1077 (3d Cir. 1997), 1997 U.S. App. LEXIS 22316.

4. Barr, S. (1997). Beyond Megan's Law. New Jersey Reporter, 26 (5), 15-19.

5. Freeman-Longo, R.L. (1990). Prevention or Problem. Sexual Abuse: A Journal of Research and Treatment, 8, 91-100.

6. Berliner, L. (1996). Community Notification: Neither a Panacea Nor a Calamity. Sexual Abuse: A Journal of Research and Treatment, 8, 101-104.

7. ATSA (1996). Community Notification Position Statement. Beaverton, OR: ATSA.

8. Janus, E.S. Sex Offender Commitments: Debunking the Official Narrative and Revealing the Rules in Use. Stanford Law & Policy Review, 8, 71-102.

9. Janus, E.S. & Meehl, P.E. (1997). Assessing the Legal Standard for Predictions of Dangerousness in Sex Offender Commitment Proceedings. Psychology, Public Policy & Law, 3, 33-64.

10. In re. Rickmyer, 519 NW 2d 188 (Minn. 1994).

11. Wisconsin State Statutes, Sexually Violent Persons Commitments, 1994, Chapter 980.

12. Kansas v. Hendricks 117S. Ct 2072, 138, L. Ed. 2d 501 (1997).

13. In re. Blodgett, 510 NW 2d 910 (Minn. 1994).

14. Allen v. Illinois, 478 US 364 (1986).

15. ATSA (1997). Position Paper on Civil Commitment of Sexually Violent Offenders. Beaverton, OR: ATSA

16. California State Laws, Penal Code Section 645.

17. Florida State Laws, Penal Code, Section 1794.0235.

18. Kravitz, H.M., Haywood, T.W., Kelly, J., Liles, S. & Cavanaugh Jr, J.L. (1996). Medroxyprogesterone and Paraphilias- Do Testosterone Levels Matter? Bulletin of the American Academy of Psychiatry and Law, 24, 73-84.

19. Prentky, R.A. (1997). Arousal Reduction in Sexual Offenders: A Review of Antiandrogen Interventions. Sexual

טבלה מס' 1- בעמוד הבא

טבלה מס' 1: עונש מירבי, מזערי וממוצע המוטל על עברייני מין כלואים*

	345(א)	345(ב)	348(א)	348(ב)	351(א)	351(ב)	351(ג1)	351(ג2)
	(N=10)	(N=9)	(N=9)	(N=7)	(N=7)	(N=3)	(N=1)	(N=0)
עונש מירבי	16 שנים (ח' 192)	20 שנים (ח' 240)	7 שנים (ח' 84)	10 שנים (ח' 120)	20 שנים (ח' 240)	16 שנים (ח' 192)	10 שנים (ח' 120)	15 שנים (ח' 45)
עונש מזערי	4 שנים (ח' 48)	5 שנים (ח' 60)	1.75 שנים (ח' 21)	2.5 שנים (ח' 30)	5 שנים (ח' 60)	4 שנים (ח' 48)	2.5 שנים (ח' 30)	3.75 שנים (ח' 45)
עונש ממוצע (% מעונש מירבי)	89.4 ח' (46.5%)	91.3 ח' (38%)	19 ח' (22.6%)	47.4 ח' (39.2%)	80.2 ח' (55.7%)	46 ח' (23.9%)	36 ח' (33.3%)	--
מס' אסירים שקיבלו עונש מתחת לעונש מזערי	3	2	4	3	0	1	0	--

* נבדקו תיקים של 55 אסירים עברייני מין. מתוכם 46 נשפטו למאסר בגין עבירות לפי סעיפים הכלולים בחוק עונשי מינימום.



פסיכולוגיה ומשפט

מחשבות על המסוגלות ההורית

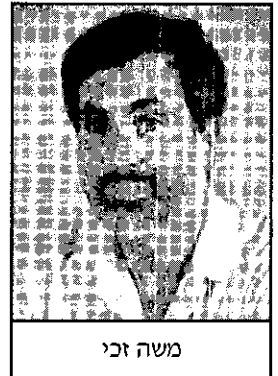
מסוגלות הורית מהי?

אנשי מקצוע נדרשים (בביהמ"ש) לקבוע סגנונות של הורות; חריגה - ההורה השלילי והמזיק שיש לפסול את הורותו; במקביל קיים קושי בהגדרה של מיהו ההורה הטוב. במהלך המאה האחרונה השתנו ההשקפות על הורות בהשפעת ידע מתפתח ומצטבר במדעי ההתנהגות: בתחילת המאה, אנשי מקצוע מיקדו את ההורות מסביב לצרכים פיזיים של התינוק; אח"כ בא ד"ר ספוק וקבע שיש לאפשר לתינוק לבטא את עצמו; מאמצע המאה ואילך, בולבי התייחס לחשיבות של יחסי הורה-ילד ולטיבה של תקשורת הילד עם הורה; היום נידרש ההורה לשים דגש על האינטלגנציה הרגשית של הילד בדומה לאינטלגנציה השכלית (גולמן, 1995).

בנוסף, קיים קושי בהגדרה אחידה של ההורות בתוך חברה הטרוגנית משתנה: פערים סוציו-אקונומיים בולטים בין המשפחות השונות; ריבוי משפחות חד-הוריות; פלורליזם תרבותי (בישראל קיימות 102 קבוצות אתניות שונות); שונות דתית (חילוניים ודתיים).

בספר על הורות, בורנשטיין (1995)² מציין שהיום עדיין קיימת פרובלמטיקה ביחס להגדרה של הורות - ולכן איננו יכולים לפעול על פי צווים כוללניים בסגנון של "מה על ההורים לעשות".

כב' השופט פורת מציע מסגרת מקצועית אחידה למומחים המתבקשים להגיש לבית המשפט חוות דעת של מסוגלות הורית - והוא עושה זאת באמצעות 14 קריטריונים המשמשים יחד להגדרת הורות טובה³: היכולת לספק לילד צרכים פיזיים הולמים; מסוגלות לתכנן סדר יום, סדר חיים וסדר בית; מסוגלות לספק לילד צרכים נפשיים והתפתחותיים בסיסיים; מסוגלות להעדיף את צרכי הילד על צרכי ההורה בתחומים בסיסיים; קיום יציבות בהתנהגות ההורה בתחומים בסיסיים; מסוגלות להיפרד מן הילד ולתת לו להתפתח להיות אוטונומי, עצמאי וחזק; מסוגלות להעניק לילד צרכים וערכים תרבותיים; מסוגלות לגדל את הילד תוך הצבת גבולות; מסוגלות לתקן נזקים וחסימים שיאובחנו בילד; מסוגלות להתגבר על ולהתמודד עם טראומה אפשרית אצל הילד עקב החזרת הילד להורה; מסוגלות לקבל את האחריות לדאגה לילד ולגידולו; התאמה להיות דמות הורית מספקת להפנמה חינוכית של ערכים ודמויות אצל הילד.



משה זכי

מבוא

הנושא של המסוגלות ההורית מתייחס לחוקים העוסקים במעמד האישי של קטינים: דיני משמורת ילדים, חוק הנוער, חוק האימוץ, חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופוסות, וחוק הפונדקאות; בחתאם לכך, שאלת המסוגלות ההורית עולה בבתי המשפט כאשר שופטים צריכים להחליט לגבי משמורת ילדים, נזקקות ואימוץ. במקרים אלה, השופטים פונים למומחים מקצועיים (עובדים סוציאליים, פסיכיאטרים ופסיכולוגים) להגיש חוות דעת לגבי המסוגלות ההורית של המתדיינים - ובית המשפט רואה בחוות הדעת מסמך מקצועי שידריך אותו בבסיס לפסיקתו.

קביעת המסוגלות ההורית קריטית לגבי חריצת הדין בסכסוכי משמורת, נזקקות ואימוץ, והיא משימה מקצועית קשה מבחינה מתודולוגית: ראשית, אי המסוגלות ההורית אינה מופיעה כתסמונת בתוך קבוצות הסיווג ICD 10 ו-DSM-IV. עליהן מתבססים אנשי המקצוע מתחומי בריאות הנפש לצורך זיהוי וסיווג הפרעות נפשיות; ומאידך, לא קיימים מבחנים סטנדרטים ספציפיים לאבחון המסוגלות ההורית של נבדקים. מכאן הפרובלמטיקה ביחס להערכה שיטתית אחידה של התופעה באמצעות אנשי מקצוע שונים. כתוצאה - לעתים קרובות חוות הדעת המקצועית עומדת בפני שאלות הבהרה, לחקירה ולחקירה נגדית.

מעבר לסוגיות המתודולוגיות הנ"ל, עולות דילמות משפטיות וערכיות ביחס לחוקים העוסקים במעמד האישי של קטינים; וסוגיות בהן טובת הילד וזכויותיו לא תמיד מושגות.

נדון בסוגיות ובדילמות של המסוגלות ההורית, הן מההיבט המקצועי והן מההיבט המשפטי - ובחיפוש דרכים להשגת טובת הילד.

פרופ' משה זכי - מנהל התחנה הפסיכולוגית, טירת - כרמל

רפואה ומשפט גיליון מס' 20 - מאי 1999

היבטים משפטיים וערכיים

חוות הדעת המקצועית לגבי המסוגלות ההורית באה להבטיח את טובתו וזכותו של הילד; מאחר וקיימים קשיים מתודולוגיים בתהליך בנייתן של חוות דעת מקצועית מהימנה והיקפה - הרי לא פעם, טובת הילד אינה מושגת בגלל הערכת מסוגלות הורית מוטעית: ישנם הורים שהוערכו עם מסוגלות הורית, בעוד שבפועל, ילדם היה נתון לחסכים ולהזנחה; ומקרים אחרים בהם הורים הוערכו ללא מסוגלות להעניק לילד תנאים הכרחיים להתפתחותו - כאשר ניתוק הילד מהוריו גרם לו לזעזוע בהמשכיות ובקביעות הקשר של הורה-ילד שהיה חשוב להתפתחותו הנפשית.

על פי חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופוסית תשכ"ב-1962, זכות ההורים כפופה ומשועבדת לזכות הילדים לגדול ולהתפתח. דהיינו: ההורים זכאים לתבוע החזקת ילדם לא מכוח עצמם אלא מכוח הילד, שזכותו כי יוחזק אצל ההורה המתאים ביותר שיבטיח את טובתו (דן שביט, תשמ"א)⁷. כמובן, שבמציאות תמיד נוכל למצוא הורים חלופיים שיהיו טובים ומתאימים יותר לקטין מאשר הוריו הטבעיים. עם זאת, החוק ממליץ על הורים חלופיים רק אם הוכח כי ההורים הטבעיים אינם מסוגלים להעניק לילדם תנאים הכרחיים להתפתחותו התקינה והבריאה. במלים אחרות, ההורה הטבעי הוא ההורה הטוב ביותר לילדו כל עוד לא הובא בפני שופט לדין על הורותו. השאלות המתבקשות: האם אכן, כל ילד שמצוי בחיק משפחתו, טובתו מושגת. במציאות לא כך הדבר: בישובים ובשכונות נכשלות, ישנם מקרים רבים של איתור מאוחר של נזקקות קטינים על סף גיל ההתבגרות ובדרך כלל הילד מופנה לפנימייה, וכאשר בינתיים נצטברו נזקים קוגניטיביים ורגשיים שמקשים ואף מעמידים בספק את יכולתו להסתגל למסגרת הפנימייתית. ישנם מקרים אחרים של פגיעה בילדים ממעמד מבוסס, והפגיעה לא אותרה ולא אובחנה קודם לכן - והיא מתגלה בשלבים מאוחרים יותר בשיחות פסיכולוגיות יזומות עם מטפלים. ומקרים קיצוניים יותר, כמו למשל צריכת סמים (מסיבות אסיד), אלימות (כת השטן) והתאבדות. המצב כיום מחייב איתור מוקדם של קטינים ברמות שונות של נזקקות, במטרה לצמצם מוקדם ככל האפשר התפתחותה והחרפתה של הפגיעה.

העיקרון שמנחה את השופטים בבואם לחרוץ דין בדבר מעמד אישי של קטינים, הוא טובת הילד וזכותו, ועקרון זה עומד מעל לכל השיקולים. אם המחקק יציב את שיקול טובת הילד כבעל ערך עליון - מן הראוי היה שיקבע כי לילד זכות

הקריטריונים של השופט פורת מגדירים הורה בעל מסוגלות הורית, כאשר בתי המשפט נדרשים לקבוע מיהו ההורה החריג שיש לתקן את הורותו או שיש לפסול אותה. לצורך כך, מוצע מודל לאבחון ארבע קטגוריות של הורות חריגה, של ההורה כיחיד ושל בני הזוג כמערכת (זכי, 1992)⁴:

- הורות "חסרה" (מסוגלות הורות חלקית), גורמת לחסכים ספציפיים אצל הילד.
- הורות "לקויה", הגורמת לנזקים ספציפיים אצל הילד.
- אי מסוגלות הורית "זמנית", הפיכה וניתנת לשיקום.
- אי מסוגלות הורית "כרונית", בלתי הפיכה ולא ניתנת לשיקום.

ההגדרות של הורות טובה ושל הורות חריגה - הן בעלות אופי תאורטי ונומיןלי ואין עדיין הצעות להגדרות אופרציונליות לצורך מדידה אובייקטיבית של ההורות - מצב המעורר סוגיות מתודולוגיות ביחס להערכת המסוגלות, מבחינת מהימנותה ותקפותה של חוות הדעת המקצועית.

סוגיות בהערכת המסוגלות ההורית

חוות דעת לגבי המסוגלות ההורית של המתדיינים, מוגשת לבית המשפט ע"י שלושה סוגים שונים של מומחים: עובד סוציאלי, פסיכיאטר ופסיכולוג. בגלל השוני בין שלוש דציפלינות אלה, מתעוררים מדי פעם חילוקי דעות מקצועיים לגבי אותו אדם. הערכה של עובד סוציאלי מבוססת על איסוף נתונים פסיכו-סוציאליים תוך שימוש בטכניקות של ראיון ותצפית; והמסקנות המקצועיות נגזרות מתוך נתונים אמפיריים;

הערכה של פסיכיאטר מבוססת על אבחון פסיכיאטרי של מחלה או הפרעה נפשית והמסקנות המקצועיות נגזרות מתוך דרגת חריפותה של המחלה ומרמת תפקודו הכללי של החולה;

הערכה פסיכולוגית של מסוגלות הורית מתבססת על מבחנים פסיכולוגיים (מבחני משכל ומבחני אישיות) ולמרות שהמסקנות המקצועיות נגזרות מתוצאות של מבחנים סטנדרטיים, עדיין הן מוטות (biased) כתוצאה מדעותיו והשקפותיו האישיות של הבוחן; על כן, פעמים רבות חוות דעת פסיכולוגיות של מספר מומחים, שונות לגבי אותו אדם ואף סותרות זו את זו.

סוגיה בעייתית נוספת היא מידת האובייקטיביות של חוות הדעת כפועל יוצא של מיכשולים מתערבים, הגורמים להטיה (bias) בתהליך בניית חוות הדעת המקצועית: "הנבואה המתגשמת מאליה" (רוזנטל וג'קובסון, 1960)⁵. התופעה יכולה - מחד גיסא - להתבטא בנטייה של המומחים לפרש שלא במודע ממצאים דיאגנוסטיים בהתאם לניצפה מהם מתוך אנמנה ומיסמכים שהוגשו להם (דוחות סוציאליים, רפואיים, חינוכיים) ומאידך - בנאמנותם של אנשי המקצוע לצד שהזמין ומימן את השירות (גוטסמן, 1981)⁶.

יסוד מוחלטת להגנה מפני פגיעה מתוכננת. המציאות שונה וישנם מקרים בהם צפויה פגיעה ודאית בילד.

זכות היסוד להורות מוענקת לכל אדם⁸, גם לאלה שהורותם מוערכת מראש כפסולה: חולי נפש אשר שפיותם נפגעה ומפגרים בשכלם שאינם מסוגלים להבין מעשיהם - ושהתאם לחוק העונשין, אף אינם נושאים באחריות פלילית⁹.

בתחום הרפואי והפסיכולוגי נמצאו הוכחות מדעיות לפגיעה בילד (תורשתית וסביבתית) כתוצאה מהריונות של הורים אלה. אם כי בסופו של דבר, לידות זומות מלוות בתהליך אימוץ כבר במחלקת היולדות - ובהתאם לכך, טובת הילד מושגת. עם זאת, מאוחר יותר מופיעה אצל ילדים אלה פגיעה בתהליך של גיבוש הזהות העצמית בגלל נאמנות כפולה להורים המאמצים ולהורים הביולוגיים. דילמה אתית זו לא תבוא על פתרונה מאחר ומסיבות ערכיות ודתיות מובן שבית המשפט לא ירשה אי פעם להעניק מראש רשיונות להורות.

סיכום

קביעת המסוגלות ההורית קריטית לגבי חריצת הדין בסכסוכי משמורת, נזקקות ואימוץ. היא משימה מקצועית קשה בגלל בעיות מתודולוגיות בהגדרתה ובהערכתה של המסוגלות ההורית. השאלה בנוגע למעמד האישי של קטינים, איננה מיהו ההורה התקין, אלא מיהו ההורה המזיק שיש לשלול את הורותו. כאן אין אחידות בין המומחים השונים בגלל הבדלים בהשקפות מקצועיות ואישיות, ובגלל גורמים מכשילים כמו: הנבואה המתגשמת מאלה ונאמנות לצד שהזמין השירות. התוצאה - חוות דעת מקצועיות שונות לגבי אותו אדם, ולעתים אף סותרות זו את זו.

קביעת מסוגלות הורית שמטרתה להבטיח את טובת הילד וזכותו - מעלה סוגיות ביחס לטעויות מתודולוגיות בהערכת המסוגלות ההורית והגורמות לכך שטובת הילד אינה מושגת; כך גם ביחס לאיתור מוקדם של נזקקות ילדים בכל רבדי החברה; ולבסוף, דילמה משפטית וערכית ביחס לזכות של כל אדם להורות (כולל הורים שמוערכים מראש ללא מסוגלות הורית, כמו חולי נפש ומפגרים בשכלם), שסותרת את זכות היסוד של הילד להגנה מפני הפגיעה הצפויה והודאית בעתיד. מסיבות של מוסר ודת סוגיה זו עדיין בגדר דילמה.

נעשים מאמצים משמעותיים כדי לייעל את הערכת המסוגלות ההורית במטרה להשיג את טובת הילד ומבלי לפגוע בזכות הוריו להורות:

הקמתן של ועדות ההחלטה המרכזות צוות מולטי-

דיסציפלינרי לצורך דיון והערכה של כלהמקרים בטרם הובאו לדיון בבתי משפט.

מכרז משרד הרווחה מיין מומחים בעלי ידע והכשרה בתחומי טיפול בילדים, נוער ומשפחה - וקבע רשימת המורשים להגיש חוות דעת מקצועית לבתי - המשפט.

בית המשפט לעינייני משפחה שעיסוקו בנושאים הנוגעים למעמד האישי של קטינים אשר בעבר התפצלו לשלוש רשויות משפטיות שונות: בית הדין הרבני, בית המשפט לנוער ובית המשפט המחוזי¹⁰.

עדיין נחוץ המיפגש בין אנשי חוק ומשפט ואנשי מקצוע לפתרון סוגיות המתייחסות למעמד האישי של קטינים. נחוצים מחקרים מדעיים אשר יציעו שיטות ודרכי אבחון במטרה לייעל את האוביקטיביות של הערכת המסוגלות ההורית, ולשפר את רמת מהימנותה ותקפותה של חוות הדעת המקצועית המוגשת לבית המשפט.

מקורות

1. Goleman, D. (1995) Emotional Intelligence Bantam Books, New York.
2. Bornstein, M. H. (1995) Handbook of Parenting Lawrence Erlbaum Associates, N.Y.
3. השופט פורת, ח. (1991) הנחיות בית המשפט המחוזי לחו"ד מומחה לגבי מסוגלות הורית. רשימת הנחיות, 1 - 5.
4. זכי, מ. (1992) מודל להערכה פסיכולוגית של מסוגלות הורית: שיטות וסוגיות. רפואה ומשפט, 7, 30 - 33.
5. Rosenthal, R. and Jacobson, I. (1968) Pygmalion in the Classroom. Rinehart and Winston, New York.
6. Gottesman, R. (1981) The Child and The Law. West Publishing CO., ST. Paul Minn.
7. שביט, ד (תשנ"ח) החוק הפרט ושירותי הרווחה.
8. חוק זכויות האדם (1948) סעיף טז.
9. חוק העונשין (תשל"ז - 1977) סעיף 18.
10. בלנק, ש. וואליצור, א. (1991) ילדים בין כסאות החוק. רפואה ומשפט, 4, 21 - 25.

רפואה ומשפט

גיליון מס' 20 - מאי 1999

סייעות ומשפט

קשר מיני בין מטפל ומטופל

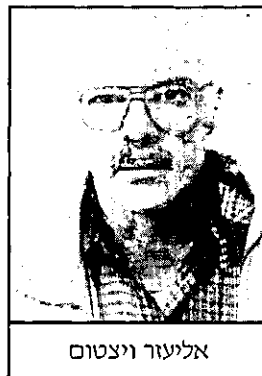
הקרויה THERAPIST-PATIENT SEX SYNDROME, שמרכיביה העיקריים: אמביוולנטיות כלפי המטפל המנצל, רגשות אשמה, פגיעה ביכולת לתת אמון במטפלים, חוסר יציבות רגשית, כעס עצור, הגברת האובדנות, פגיעה בתפקוד הקוגניטיבי ועוד.

בשנות השבעים תוארו בצורה נרחבת מקרים של נשים שנוצלו על ידי עובדי מקצועות בריאות הנפש והומלצו סנקציות חמורות כנגד מטפלים שיעברו עבירות מסוג זה. אירוע משמעותי בארצות הברית היה תחילתו של גל תביעות נגד מטפלים בגין רשלנות רפואית (MALPRACTICE), בשל קיום יחסים אינטימיים עם מטופלים.

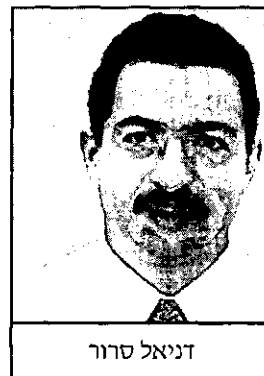
מספר יסודות במערכת יחסי מטפל-מטופל חוברים כדי לתת למטפל השפעה רבת עוצמה על המטופל, ואי שוויון במערכת היחסים ביניהם. המטופל נמצא במצב של פגיעות מירבית, הן גופנית והן רגשית, במיוחד בשעה שהוא במצוקה ונזקק לעזרה נפשית, והוא מפתח תלות חזקה במטפל. כאשר המטפל פועל בצורה שאינה לטובת המטופל. המצב היחסי (הנחות) של המטופל במערכת היחסים המקצועית מקשה עליו מאוד להתנגד להתנהגותו של המטפל, אפילו אם היא כוללת יחסים או מגעים מיניים. לכן, גם אם יש "הסכמה" (TNSNOC) (כביכול) מצדו של החולה, הרי למעשה זו אינה הסכמה אמיתית מצדו של המטופל.

הסכמה מדומה לקשר מיני מתקיימת גם כשהמטפל מנצל לרעה את תהליך "ההעברה" (TRANSFERENCE) המתרחש במהלך טיפול נפשי: המטופל משליך על המטפל ומייחס לו תכונות שאין לו. בנסיבות אלו, מתפתחת לעתים אף אהבה עזה כלפי המטפל, אולם זהו חלק מתהליך הטיפול ואין מדובר באהבה אמיתית, אלא שהמטפל עלול לנצל "אהבה" זו לרעה.

היו חוקרים שהשוו הסכמה כזאת למצבי ניצול מקבילים של גלוי עריות או התעללות מינית בילדים (משום שהילד אינו מסוגל לתת הסכמה ליחסי מין). לכן, מספר מדינות בארצות הברית מציינות במפורש כי "הסכמת החולה" לא תקבל כטענת הגנה, כאשר יועלו האשמות של התנהגות מינית בלתי הולמת מצד המטפל.



אליעזר ויצטום



דניאל סרור

מבוא

בחברה הישראלית עלתה לדיון סוגיית הקשר המיני בין מטפל ומטופל רק בשנים האחרונות, בפרט בעקבות מספר מקרים שזכו לתהודה. אף לאחרונה נסערו הרוחות בעקבות כתבות באמצעי התקשורת בהן נטען כי פסיכולוג ילדים שהיה האורים ותומים של הורים בישראל, ניהל משך 12 שנים יחסי מין עם ילד/נער אשר טופל על ידו ועפ"י תיאורו היה נתון לשליטתו המוחלטת של הפסיכולוג.

סוגיית יחסי המין בין מטפל למטופל אינה חדשה, והיא מוכרת מקדמת דנא, אך רק החל משנות השבעים מתחיל להופיע חומר קליני ומחקרי המצביע על הנזקים הקשים שיחסים אינטימיים בין מטפל למטופל יכולים לגרום. סקסואליזציה של יחסי מטפל-מטופל היא באופן ברור ביותר בלתי אתית ובנסיבות מסוימות אף מהווה עניין פלילי. למרות זאת, נושא רגיש זה נידון בעבר באופן ציבורי לעתים רחוקות, ובקושי משך את תשומת לב החוקרים. בשל האופי המיוחד והאינטנסיבי של יחסי מטפל-מטופל במסגרת הפסיכותרפיה. נדרש זמן רב עד שנערכו העבודות והמחקרים הראשונים שענינם - יחסי מין וניצול מיני. מחקרים אלה הדגימו בבירור את שכיחות התופעה ואת מידת הנזק החמור שהיא גורמת.^{1,2,3}

הוברר שהקשר המיני מזיק למטופל עד כדי צורך באשפוז, נסיונות אובדניים והופעת תסמונות טראומטיות קשות. כדי לתת ביטוי לנזקים החמורים, תוארה תסמונת מיוחדת

דניאל סרור - עורך דין

מרופ' אליעזר ויצטום - מרצה בפסיכיאטריה, הפקולטה למדעי הבריאות/ אוני' בן גוריון. מרצה בביה"ס לעבודה סוציאלית בירושלים. רופא בכיר בביה"ח הרצוג (עזרת נשים)

נסקור בקצרה את סוגיית **הקשר המיני** בין מטפל ומטופל במישור האתי, הפלילי והאזרחי, וכן נתייחס לקושי הראייתי בהוכחת קיומו של קשר מיני והחשש מפני מקרים של האשמת שווא.

בחרנו בהגדרה הרחבה של "קשר מיני", להבדיל מהמונח "יחסי מין", ולא בכדי. לעניות דעתנו כל ביטוי של מין או ארוטיקה בין מטפל ומטופל, במהלך הטיפול, פסול, מזיק ואסור גם אם לא התקיימו יחסי מין מלאים בין הצדדים. זאת גם זאת, קשר מיני בין מטפל ומטופל פסול ומזיק למטופל גם אם התרחש בסמוך לאחר סיום הטיפול, ועל כן נחוצה "תקופת צינון" משמעותית טרם קיומו של קשר מיני כאמור.

ככלל, עמדתנו הינה כי מן הראוי שאיסור מפורש על כל קשר מיני בין מטפל ומטופל יעוגן בחוק ויחול על כל "מטפל". האיסור יחול במסגרת כל "טיפול רפואי", הניתן לכל "מטופל", כהגדרת מונחים אלו בחוק זכויות החולה, התשנ"ו 1996⁴ - (להלן: "חוק זכויות החולה"): **מטפל** - "רופא, רופא שיניים, סטזר, אח, אחות, מיילדת, פסיכולוג וכן כל בעל מקצוע שהכיר בו המנהל הכללי, בהודעה ברשומות, כמטפל בשירותי בריאות"; **טיפול רפואי** - "לרבות פעולות אבחון רפואי, טיפול רפואי מונע, טיפול פסיכולוגי או טיפול סיעודי"; **מטופל** - "חולה וכל המבקש או המקבל טיפול רפואי".

בתום הליכים משמעותיים ופליליים שננקטו כנגד מטפלים במקרים אשר נדונו בפני בית המשפט העליון כערכאת ערעור נקבעה הלכה ברורה וחד-משמעית השוללת מכל וכל קשר מיני בין מטפל למטופל. בהעדר הוראה מפורשת בחוק הנדון, יש חשיבות רבה להלכה שנקבעה ע"י בית המשפט העליון בנושא.

המישור האתי

בדין הישראלי אין הוראת חוק מפורשת האוסרת קשר מיני בין מטפל ומטופל או הקובעת כי קשר מיני כאמור מהווה עבירה אתית. הן בפקודת הרופאים נוסח חדש, התשל"ז-1976⁵, הן בחוק הפסיכולוגים, התשל"ז-1977⁷ (להלן: "חוק הפסיכולוגים" (או בכללי הפסיכולוגים) אתיקה מקצועית), התשנ"ב-1991⁷, והן בחוק זכויות החולה אין כל התייחסות - ודאי שלא איסור מפורש - לקיומו של קשר מיני בין מטפל ומטופל. גם בכללי האתיקה של ההסתדרות הרפואית בישראל⁸, האיגוד המקצועי של רופאי ישראל, אין איסור מפורש על קיום קשר מיני בין מטפל ומטופל.

בהעדר הוראת חוק, למעט האיסור על הטרדה מינית כלפי מטופל, הקבוע בחוק למניעת הטרדה מינית, התשנ"ח-1998⁹ (להלן: **החוק למניעת הטרדה מינית**) שנחקק רק לאחרונה

ועליו נעמוד בפרק הדן במישור הפלילי, ובהעדר כלל אתי מפורש כאמור, בחנו בתי המשפט וועדות האתיקה האם הקשר המיני בין מטפל ומטופל מהווה הפרה של סעיפי "סל" הקבועים בפקודת הרופאים ובחוק הפסיכולוגים, כגון: התנהגות שאינה הולמת את המקצוע או חוסר אחריות ורשלנות חמורה במילוי תפקיד המטפל.

מצער הדבר שהנושא לא זכה להתייחסות במסגרת חוק זכויות החולה התשנ"ו-1996. עם זאת, סביר להניח כי ניתן לבסס הרשעה בעבירה אתית במקרים של קשר מיני בין מטפל ומטופל על בסיס ההוראה הכללית הקבועה בסעיף 5 לחוק הנ"ל לפיה **"המטופל זכאי לקבל טיפול רפואי נאות הן מבחינת הרמה והאיכות הרפואית והן מבחינת יחסי האנוש"**.

גם בנוסח הצעת חוק העיסוק בפסיכותרפיה המתגבש במשרד הבריאות אין הוראה מפורשת השוללת קשר מיני כאמור, וחבל. נראה לנו כי אין להסתפק בהוראה כללית האוסרת ניצול של "יחסי תלות הנוצרים תוך כדי טיפול בפסיכותרפיה"¹⁰, כנאמר בנוסח החוק המוצע, בהיות הוראה זו נתונה לפרשנויות שונות, ומן הראוי להוסיף הוראה מפורשת השוללת כל קשר מיני בין מטפל ומטופל.

איסור מפורש על קיום "קירבה מינית מכל סוג עם מטופל בהווה או לפני שחלפו לפחות שתיים מסיום הקשר הטיפולי" ניתן למצוא בהנחיות מפורטות שפורסמו ע"י מועצת הפסיכולוגים במסגרת כללי הפסיכולוגים (אתיקה מקצועית). נוכח אי הבהירות באשר לתוקפן המשפטי המחייב של הנחיות חשובות אלו - מומלץ כי שר הבריאות יעגן אותן בכללים מחייבים בתוקף סמכותו לפי סעיף 57 לחוק הפסיכולוגים.

קרן אור נוספת בסוגיה זו מצאנו ב"נייר עמדה בנושא יחסי מטפל-מטופל" אשר אומץ ע"י איגוד הפסיכיאטריה בישראל¹¹ (להלן: "נייר העמדה") וקובע כי כל "מגע מיני וקשר ארוטי" מהווה הפרה אתית. נייר העמדה הוכן ע"י ועדה נכבדה של פסיכיאטרים בראשות פרופ' נוימן, על סמך פניית הועד המרכזי של איגוד הפסיכיאטרים, ותכנו מבטא את עמדת האיגוד השוללת מכל וכל קשר מיני בין מטפל ומטופל.

האיגודים המקצועיים של המטפלים בארצות הברית, היו הראשונים לקבוע נהלים אתיים האוסרים קיום כל קשר מיני עם מטופלים, וזאת מתוך מודעות מקצועית לנזק החמור העלול להגרם למטופלים. לאחר מכן עברה היוזמה למחוקקים^{12,13} וכיום בחלק לא מבוטל ממדינות ארצות הברית ישנם חוקים הקובעים כי קיום קשר מיני מהווה עוולה אזרחית או אף עבירה פלילית.

התופעה של קיום יחסי מין בין מטופלים ומטופלים שכיחה למדי¹⁴ ומחקרים מלמדים כי שיעור המטופלים הגברים שהיה להם קשר מיני עם מטופלותיהם עולה כדי 15%-157¹⁵, ולגבי חלק ניכר מהם אף מדובר בתופעה חוזרת¹⁶. למרות זאת, על פי המידע שבידינו, הוגשו עד היום לועדות המשמעת במשרד הבריאות קובלנות ספורות בלבד נגד רופאים ופסיכולוגים אשר קיימו יחסי מין עם מטופליהם בהסכמה.

פסק דין שרי מרדכי¹⁷

ענינו של הפסיכולוג שרי מרדכי נדון לאחרונה. שופטי בית המשפט העליון שדנו בסוגיה הביעו עמדה נחרצת וחד משמעית השוללת כל קשר מיני בין מטפל ומטופל. מפאת חשיבותו הרבה של פסק דין זה יפורטו להלן בתמצית עובדות המקרה ועיקרי ההלכה שנקבעה:

הדין בפני ועדת המשמעת

כנגד שרי מרדכי, פסיכולוג קליני, הוגשה קובלנה לועדת המשמעת על-פי חוק הפסיכולוגים והוא הורשע בקיום "קשר מיני" עם אישה שהייתה מטופלת על ידו בתקופת הטיפול ותוך כדי הטיפול.

גרסת המתלוננת, אותה הכחיש הפסיכולוג, לפיה קיים עמה הפסיכולוג יחסי מין מלאים בכל אחד מביקוריה הרבים אצלו נדחתה ע"י ועדת המשמעת בהעדר סיוע. עם זאת הפסיכולוג הורשע, עפ"י גרסתו, לפיה התנהלו המפגשים בינו לבין המתלוננת באווירה ארוטית כבדה שכללה "גירויים מיניים הדדיים, מתמשכים וחוזרים על עצמם".

ועדת המשמעת קבעה כי הפסיכולוג נהג בדרך שאינה הולמת את המקצוע, בחוסר אחריות ורשלנות חמורה, תוך הפרה של הוראות סעיפים 133(1) ו-33(3) לחוק הפסיכולוגים.

הערעור בפני בית המשפט העליון

ערעורו של הפסיכולוג נדחה ע"י בית המשפט המחוזי בת"א ועל פסק דין זה הגיש הפסיכולוג ערעור לבית המשפט העליון אשר דן בערעור ופסק, בין היתר:

* "ברגע שמרגיש פסיכולוג כי הוא נמשך אל מטופלת במשיכה מינית במידה כזו שהדבר משפיע על התנהגותו הפיזית כלפיה, אפילו אין הדברים מגיעים עד ליחסי מין מלאים... הרי נוצר מצב של ניגוד עניינים בין תפקידו המקצועי של הפסיכולוג ותחושותיו האישיות, והדבר מחייב את הפסקת הטיפול הפסיכולוגי באותה מטופלת לאלתר." (שם בעמ' 181 מול האות ו').

* "התלות של מטופלים בפסיכולוג המטפל הינה

עמוקה ביותר, ורבים המקרים בהם נוצרת מעורבות אמוציונלית מרחיקת לכת, בעיקר מצד מטופלת כלפי הפסיכולוג המטפל. אין ספק כי מצבים כאלה מביאים איתם גם קשיים עבור הפסיכולוג, ונדרשת מידה רבה של ריסון עצמי... כדי לעמוד בסטנדרטים האתיים." (שם בעמ' 183 מול האות א').

(ההדגשות של המחברים)

לאור הלכה זו דחה בית המשפט העליון את הערעור וקבע כי אין להקל בסנקציה המשמעית וכי העונש שהוטל על הפסיכולוג - איסור לשמש כפסיכולוג למשך שלוש שנים - הינו סביר.

המישור הפלילי

בחוק העונשין, התשל"ז-1977¹⁸ (להלן: "חוק העונשין"), אין איסור מפורש על קיום קשר מיני או יחסי מין בין מטפל ומטופל. תכלית הדין הפלילי בהקשר זה הינה הגנה על החלש והתלותי, מפני החזק, המנצל את מעמדו והשפעתו על המטופל התלוי בו, להשגת מאוויו או כפיית רצונו על המטופל. עבירות המין קבועות בסימן ה' לחוק העונשין. במקרים בהם הואשמו והורשעו מטופלים בשל קיום יחסי מין עם מטופלות נעשה שימוש בהוראות סעיפים 345 ("אינוס") או 348 ("מעשה מגונה") לחוק העונשין:

אינוס

סעיף 345 לחוק העונשין קובע כי "הבועל אשה

(1) שלא בהסכמתה החופשית עקב... הפעלת אמצעי לחץ... או איום...

(2) בהסכמת האישה שהושגה במרמה לגבי מיהות העושה או מהות המעשה.

(4) תוך ניצול מצב... המונע ממנה התנגדות...

הרי הוא אונס ודינו - מאסר שש-עשרה שנים".

מעשה מגונה

סעיף 348 לחוק העונשין קובע כי "העושה מעשה מגונה באדם באחת הנסיבות המנויות בסעיף 345 (1)-(4), בשינויים המחוייבים, דינו - מאסר שבע שנים".

נסקור בקצרה פסקי דין אחדים בהם דן בית המשפט העליון בערעור של מטופלים שהורשעו בשל קשר מיני עם מטופלות:

פסק דין פלח¹⁹

המערער, פסיכולוג קליני, הורשע בביהמ"ש המחוזי, בין היתר

בעשיית מעשים מגונים במרמה ובמצב אחר המונע התנגדות בשל מעשים שביצע במטופלות שלו בשעת הטיפול המקצועי בהן. טענות ההגנה העיקריות של הפסיכולוג היו כי המעשים המיוחסים לו היו חלק משיטת טיפול מקובלת ולא נשאו אופי אירוטי (מן ההיבט הסובייקטיבי) על אף חזותם המינית (מן ההיבט האובייקטיבי); ולחילופין - כי הסכמת המטופלות למעשים הארוטיים נוטלת מן המעשים את פלילותם.

בית המשפט העליון שלל מכל וכל את טענות ההגנה וקבע, בין היתר:

* **הצגת המעשים הארוטיים כחלק משיטת טיפול פסיכולוגי מהווה מעשה מרמה.**

* **הסכמת המטופלות לעשיית מעשה ארוטי בגופן כחלק מטיפול פסיכולוגי לאו הסכמה היא, באשר אין הסכמה זו מגשימה או מבטאת את רצון החופשי.**

* **כאשר הסכמת המטופלות לביצוע מעשה מיני בגופן הושגה במרמה - הרי זה אינוס.**

* **המעבר מטיפול לרומן - אם בכלל יש מקום לקיום השניים זה לצד זה - חייב להיעשות במפורש ובאופן חד משמעי, והותרת ערפל פועלת לחובת המטפל.**

* **ניצול הסכמה של מטופל מאוהב למעשים ארוטיים במהלכו של טיפול יראה כביצוע המעשים במרמה, אף אם המטופל הינו היוזם.**

* **הנורמות החברתיות המקובלות באשר ליחסים שבינו ובינה, בפרט לגבי הבעת הסכמה או התנגדות למגע פיזי או מיני, אינן תופסות ביחסי מטפל ומטופל.**

* **ביחסי התלות הקיימים בין מטפל ומטופל, לדידו של המטופל קיימת "חזקת תקינות" לגבי כל מעשה שעושה בו המטפל, שכן מטופל עשוי להבחין במרמה רק כאשר מנתק הוא את עצמו מהמסגרת הטיפולית.**

* **תלות המטופל במטפל עמוקה ביותר ועל כן קיום הקשר המיני עלול לגרום למטופל לנזק חמור ביותר.**

הפסיכולוג הורשע ונידון ל-4 שנות מאסר בפועל.

על אף האמור לעיל, דחה כבי' השופט קדמי את קביעת ביהמ"ש המחוזי לפיה תחושת האהבה המזויפת, תולדה של תופעת "ההעברה", גרמה למתלוננות להיות "במצב שמנע את התנגדותן", מן הטעם שלא הוכח כי הן היו במצב של העדר מוחלט של יכולת ההתנגדות למעשים הארוטיים שביצע בהן המערער.

עמדה זו ממחישה את הקושי בשימוש שנעשה כיום בסעיפי ה"אינוס" ו"מעשה מגונה" הקיימים בחוק העונשין, כשמדובר ביחסי מטפל-מטופל. לכן מן הראוי לקבוע בדין הפלילי איסור מוחלט על קיום קשר מיני בין מטפל ומטופל, או לכל הפחות לאסור במפורש על כל מטפל לנצל את תלותו של המטופל, בכל דרגת תלות שהיא, למטרה זו, גם אם אין מדובר בתלות הגורמת לשלילה מוחלטת של יכולת ההתנגדות.

פסק דין קדרון²⁰

המערער, רופא שעסק בטיפול דיבור סיני, הורשע בעבירות אינוס בשל מעשים מיניים שביצע במטופלות שלא בהסכמתן החופשית. הואיל ופסק הדין ניתן לאחר פרסום פ"ד פלח הנ"ל חזר בו המערער מערעורו המקורי על הרשעתו בעבירה של אינוס עפ"י הוראת סעיף 345 (א)(2) לחוק העונשין - קיום יחסי מין בהסכמה שהושגה במרמה - ומיקד את ערעורו בטענות אחרות.

הגם שערעורו של הרופא לגבי חלק מהרשעותיו התקבל, החמיר בית המשפט העליון בעונשו וגזר עליו שמונה שנות מאסר בפועל, בין היתר, מהנימוקים הבאים:

* **העבירות בוצעו במרפאתו של המערער, במהלך הטיפול הרפואי ובאמתלה שהמעשים מהווים חלק מהטיפול.**

* **הרופא הפר את אמון של המטופלות, בז' לציפיותיהן, ניצל לרעה את תמימותן ותלותן בו ובמסווה של מתן טיפול רפואי הפך אותן לאובייקטים לסירוק תשוקותיו.**

* **זולת פגיעה במטופלות שצנעתן הופרה וכבודן נרמס פגעו מעשי הרופא גם במקצוע הרפואה המחייב אמון בלתי מסוייג מצד כל אדם כלפי רופאו.**

* **ראוי שהרופא יענש במאסר כבד שיבטא את הסלידה בה יש להתייחס למעשים.**

פסק דין פליישמן²¹

המערער, גינקולוג שרשינו לעסוק במקצוע הרפואה בארץ נשלל, הורשע בעשיית מעשה מגונה שלא בכפיה מאחר והמשיך לעסוק ברפואה גינקולוגית ללא רשיון, אף שהטיפולים הגינקולוגיים במטופלות לא חרגו מהמקובל ולא נועדו לספק את חשקו המיני.

בית המשפט העליון דחה את הערעור של הרופא וקבע כי הסכמת המטופלות לכך שהמערער יפשפש באברי גופן המוצנעים הושגה בתרמית השוללת את "כשרות" התנהגותו של הרופא.

החוק למניעת הטרדה מינית

בסעיף 3 לחוק למניעת הטרדה מינית שנחקק לאחרונה נקבע כי "הצעות חוזרות בעלות אופי מיני" (ס' 3(3)), וכן "התייחסויות חוזרות... לאדם, המתמקדות במיניותו" (ס' 3(4)) המופנות "למטופל במסגרת טיפול נפשי או רפואי - תוך ניצול תלות של המטופל במטפל" (ס' 3(6)(ב)) מהוות הטרדה מינית, גם אם המוטרד לא הראה למטריד כי אינו מעוניין בהצעות או בהתייחסויות האמורות.

לחוק זה חשיבות רבה, אך אין בו די, שכן בדומה להצעת חוק העיסוק בפסיכותרפיה גם בחוק זה על המוטרד מינית להוכיח כי ההטרדה נעשתה תוך ניצול תלותו במטפל. תלות המטופל במטפל הינה עמוקה ביותר במרבית המקרים, ומן הראוי לשקול השמטת תנאי זה מהחוק, או לחילופין לקבוע "חזקת תלות", שמשמעותה כי נטל ההוכחה בדבר אי קיום תלות מוטל על המטפל.

החוק עוסק רובו ככולו במניעת הטרדה מינית במקומות עבודה. הכללת נושא הקשר המיני בין מטפל ומטופל בחוק זה, תחת ההגדרה של "הטרדה מינית" מגמדת את הבעיה וחוטאת למטרה: מניעת ניצול מיני של מטופלים ע"י מטפליהם באיטלה של טיפול נפשי אשר במסגרתו מפתח המטופל במקרים רבים רגשות אהבה מדומים ותלות נפשית חזקה ביותר במטפל, בשונה לחלוטין מהמצב ביחסי עובד-מעביד.

יתרה מכך, החוק מטפל רק במקרים של הטרדה מינית. קרי מקרים של הצעות/ התייחסויות חוזרות בעלות אופי מיני. אולם להבנתנו, נוכח הנזק החמור העלול להגרם למטופל, מן הראוי לאסור כל קשר מיני בין מטפל ומטופל, אף במקרים שאינם מהווים הטרדה מינית לשמה, כגון מקרים בהם המטופל "המאוהב" במטפל הינו היוזם של יחסים אסורים אלה.

לא בכדי קבע ביהמ"ש העליון, כפי שיפורט בהמשך, כי הנורמות החברתיות המקובלות ביחסים שבינו ובינה אינן תופסות ביחסי מטפל ומטופל.

ולבסוף, אם המחוקק הכיר במקרים של הטרדה מינית כעבירה פלילית, קל וחומר שנתוך חוק האוסר בצורה מופרשת ניצול מיני של המטופל ולקבוע עונש חמור ומרתיע למקרים אלו.

המישור האזרחי

הפן האזרחי בסוגיית הקשר המיני בין מטפל למטופל שונה במהותו מהפן הפלילי:

בדין הפלילי - הדגש הינו על מעשה לא מוסרי של מרמה,

הפעלת לחץ, ניצול תלות או מצב נפשי של המטופל. תנאי יסודי להרשעה הינו הוכחת כוונת המטפל למעשה הניצול והמרמה, ואין הכרח בקיומו של נזק למטופל.

בדין האזרחי - המבוסס בסוגיה זו על דיני הנזיקין - הדגש הינו על נזק שנגרם לניזוק בגין הפרת חובת הזהירות כלפיו מצד המזיק, בין אם המזיק התכוון לגרום לנזק ובין אם לאו.

השאלה אם מעשה או מחדל של מטפל כלפי מטופל מהווים עוולה אזרחית תבחן במדינת ישראל במסגרת דיני הנזיקין הקבועים בפקודת הנזיקין (נוסח חדש)²³. העוולות הרלוונטיות לענייננו הינן: **עוולת הרשלנות ועוולת התקיפה.**

עוולת הרשלנות

סעיף 35 לפקודת הנזיקין קובע לענייננו כי: "אדם שבמשלח יד פלוני... לא נקט מידת זהירות שאדם סביר ונבון... באותו משלח יד היה... נוקט באותן נסיבות... ביחס לאדם... שלגביו יש לו באותן נסיבות חובה שלא לנהוג כפי שנהג, הרי זו רשלנות. הגורם ברשלנותו נזק לזולתו עושה עוולה."

יסודות עוולת הרשלנות הינם: 1) קיומה של חובת זהירות בין המזיק לניזוק; 2) הפרת חובת זהירות; 3) ההפרה גרמה לנזק.

חובת הזהירות

קיומה או אי קיומה של חובת הזהירות נבחנת עפ"י מבחן הצפייה הכולל שני היבטים: ההיבט העקרוני - האם ביחס לסיכון מסויים קיימת חובת זהירות מושגית/עקרונית; ההיבט הספציפי - האם ביחס לניזוק פלוני, בנסיבות אירוע אלמוני, קיימת חובת זהירות קונקרטית.

חובת הזהירות המושגית עוסקת בקטגוריות שלמות של מזיקים, ניזוקים, או אירועים מסוימים, הנקבעים ע"י בתי המשפט ומהווים "חקיקה שיפוטית" לשמה²⁴ והכל במנותק מעובדות אירוע ספציפי. אין מחלוקת, וכך נקבע בשורה ארוכה של פסקי דין, כי קיימת חובת זהירות מושגית/עקרונית בין מטפל ומטופל. לכל אדם סביר ברור כי רופא/מטפל חבים חובת זהירות כלפי מי שמטופל על ידם שלא לגרום להם לנזק²⁴.

משנקבעה חובת הזהירות העקרונית נשאלת השאלה: האם בנסיבותיו המיוחדות של מקרה זה או אחר היה על הרופא/המטפל הסביר לצפות מלכתחילה את התרחשות הנזק שנגרם למטופל. חובת הזהירות הקונקרטית מתייחסת: למזיק ספציפי - בענייננו רופא, פסיכיאטר, פסיכולוג או כל מטפל אחר; לניזוק ספציפי - מטופל על כל מכלול בעיותיו האישיות; ולאירוע או שרשרת אירועים ספציפיים - בענייננו קיומו של קשר מיני בין המטפל למטופל.

קיומה של חובת זהירות קונקרטית לפיה חייב מטפל להימנע מכל קשר מיני עם מטופליו ברורה מאליה. הרפואה מכירה מזה תקופה ארוכה בנוק הנפשי החמור העלול להיגרם למטופל כתוצאה מקיום קשר מיני עם מטפל, כפי שפורט בפתח המאמר והאסמכתאות שנזכרו שם ובפסקי הדין שפורטו לעיל. לפיכך, אף מטפל לא יוכל להישמע בטענה כי לא היה יכול או לא היה חייב לצפות את קרות הנזק מבעוד מועד.

ההפרה

כאמור, אלמנט ההפרה של חובת הזהירות הינו עובדתי בעיקרו, והשאלה הינה אם התקיים קשר מיני בין המטפל למטופל, שאז ברי כי המטפל הפר את חובת הזהירות כלפי המטופל לפיה היה עליו להימנע מכל קשר כאמור.

הן במישור הפלילי והן במישור האזרחי קיים קושי של ממש להוכיח מבחינה עובדתית את ההתרחשות של הקשר המיני במקרה בו המטפל מכחיש מכל וכל קיומו של קשר כאמור. הקושי נובע, בין היתר, מהעובדה שבמרבית המקרים מותקיים הקשר האסור בסתר. אין עדים נוספים להתרחשותו, והמטופל משתף פעולה עם המטפל בהסתרתו. במקרים כאלה פוסק בית המשפט על סמך התרשמותו באשר למידת מהימנותם של בעלי הדין המעידים בפניו, על סמך המידע שיש למטופל לגבי "פרטים מזהים" בגופו של המטפל אשר מטבע הדברים ידועים רק למי שקיים קשר אינטימי עמו, על סמך המידע שיש למטופל על חייו האישיים של המטפל. דבר שמעיד על קירבה החורגת מיחסי מטפל-מטופל וראיות נסיבתיות נוספות, ככל שניתן להתרשם מהן על קיומו של הקשר האמור.

אחת מטענות ההגנה של מטפלים המכחישים קשר מיני עם מטופליהם הינה כי מדובר באשמת שווא (false allegation) מתוך כוונה לנקום במטפלים או לסחוט כספים. לטענה כזאת מסורת היסטורית ארוכה בהקשר למצבים מקבילים - גילוי עריות, והתעללות בילדים (child abuse) ואונס. בשני המצבים במשך שנים רבות רווחה השקפה כי מדובר במצבים נדירים וכי לנערות ולנשים במיוחד יש נטייה לפנטז ולהמציא טענות כאלה. לגבי אונס, עד לאחרונה היו אף כאלה שנהגו להתייחס להאשמות בדבר אונס כשקרים או פנטזיות²⁵. אולם בשנים האחרונות התברר למרבה הצער כי מדובר בתופעות שכיחות²⁶. לגבי האשמות שווא, נראה שמדובר בתופעה נדירה. בהעדר מחקרים קשה להעריך במדויק את השיעור, אולם לפחות סקר לאומי אחד שנערך בארצות הברית מרמז כי זו תופעה נדירה למדי. בסקר זה נבדקו 1100 מקרים שבהם דווחו מטופלים למטפליהם על קשר מיני עם מטפלים קודמים, ובהמשך התברר כי רק 4% מההאשמות היו

בדויות²⁷. כמובן שבסופו של דבר יקבע בית המשפט את מידת התקפות של ההאשמות, אולם בעניין זה יכולים בתי המשפט להעזר בתוצאות מבדקים פסיכודיאגנוסטיים ובדיקה פסיכיאטרית של המטופל.

הנזק

כבר עמדנו לעיל על הנזק הנפשי החמור העלול להיגרם למטופל עקב קיום קשר מיני עם מטפל. נביא להלן הערות ספורות בדבר מקום הנזק בעוולת הרשלנות והקשיים בקביעת שיעורו המדויק במקרה של נזק כתוצאה מקשר מיני בין מטפל ומטופל.

תכלית דיני הניזקין לפצות את הניזוק על הנזק שגרם לו המזיק אשר הפר את חובת הזהירות כלפיו. שיעור הנזק נובע מהעיקרון הבסיסי של "השבת המצב לקדמותו", כלומר על המזיק לפצות את הניזוק באופן אשר יעמיד אותו, קרוב ככל שניתן, למצב בו יכול היה להיות אלמלא הנזק שנגרם לו בשל רשלנות המזיק.

להבדיל מהמשפט הפלילי, אשר אינו מחייב קיומו של נזק כתנאי להרשעה, הרי בהעדר נזק לא מתקיים אחד מיסודותיה של עוולת הניזקין, ועל כן גם אין חיוב. שיעור הנזק שנגרם למטופל כתוצאה מהקשר המיני האסור הינו הפער בין מצבו הנפשי של הניזוק לאחר קיום הקשר המיני, ביחס למצבו הנפשי הצפוי, באופן סביר, לו קיבל טיפול נאות.

במרבית המקרים קיים קושי בקביעת השיעור המדויק של הנזק, שכן לעיתים לא ניתן לאבחן ולהפריד בין סימפטומים שהם תוצאות הקשר המיני לבין סימפטומים הנובעים מסיבות אחרות. הקושי קיים בפרט לגבי מטופל אשר הקשר המיני שלו עם המטפל החרף אצלו נזק בסיסי קיים מלכתחילה. במקרים כאלה יש לקבוע מהי נכותו ומגבלותיו הבסיסיות של המטופל, ועד כמה היה משתפר מצבו, אם בכלל, לו קיבל טיפול רפואי או נפשי נאות.

הוכחת שיעור הנזק המדויק, כאמור לעיל, הינה על פי רב בעייתית מבחינה ראייתית. עם זאת, מטעמים של שיקולי מדיניות משפטית נוטים בתי המשפט להקל עם התובע הניזוק ולהעביר במקרים מסוימים על שכם הנתבע המזיק את נטל הראיה להראות כי ניתן לחלק את הנזק או כי הנזק או חלקו היו מתרחשים ממילא, גם ללא הקשר המיני, שאחרת יוטל עליו לשאת בנוק כולו²⁸. נראה לנו, כי במקרים של קשר מיני בין מטפל ומטופל, מפאת חומרת המעשה, מן הראוי לישים מדיניות זו בהליכים אזרחיים.

בנוסף, במקרים של קשר מיני מן הראוי להחיל על מחלתו הבסיסית של המטופל את עקרון "הגולגולת הדקה"²⁹, קרי רגישות מיוחדת של המטופל, בפרט לגבי מטופלים בעלי

במרמה בעבירת האינוס עליה עמדנו בדיון במישור הפלילי. בשני המקרים הסכמת מטופל לקשר המיני לאו הסכמה היא.

הפסיקה

ככל הידוע לנו הרי במישור האזרחי - להבדיל מזה הפלילי - לא פורסמו פסקי דין בסוגיית הקשר המיני בין מטפל למטופל, למעט מקרה אחד בעניינו של הרופא שהיה מתמחה בפסיכיאטריה, ריקרדו קידרון. שם ניתן פסק הדין בלא הגנה³². מקרה אחר שזכה לתהודה ציבורית הסתיים בשנת 1995 בפשרה על פיה שולם למטופל אשר ניזוק עקב קשר מיני עם הפסיכיאטרית שטיפלה בו סכום של 1,200,000 ש"ח³³. מקרים נוספים של ניצול מיני ע"י מטפלים, בהם הוגשו כתבי תביעה אזרחיים, תלויים ועומדים וביהמ"ש טרם אמר את דברו בסוגיה חשובה זו.

עם זאת, לדעתנו העקרונות המנויים להלן, שנקבעו ע"י בתיהמ"ש במקרים הפליליים והאזרחיים שפורטו לעיל, ישימים בהחלט גם למישור האזרחי:

* התנהגות הגוררת גירוי מיני של המטפל או המטופל אסורה בתכלית.

* חובת המטפל להפסיק לאלתר טיפול כל אימת שחש משיכה מינית למטופל.

* שלילת ה"תזה הטיפולית" שבמגע או קשר מיני בין המטפל למטופל.

* ההכרה בקיומו של נזק חמור הצפוי למטופל במקרה של קשר מיני עם המטפל.

* קיומה של "חזקת תלות" כל אימת שמתקיימים קשרי מטפל-מטופל ובפרט במהלך טיפול נפשי.

* תחושת התלות ותופעת "ההעברה" עלולים ליצור מראית עין של "אהבה" מצד המטופל כלפי המטפל, שיש בהם כדי לגרום למטופל להענות, או אף ליזום, קשר מיני עם המטפל, אך אין מדובר באהבה אמיתית המבטאת את רצונו החופשי של המטופל.

* הסכמה למראית עין של המטופל לקשר מיני עם המטפל, גם במקרה יזום ע"י המטופל, אינה מהווה בהכרח הסכמה תקפה.

* הטענה כי המטופל הוא שיזם את הקשר המיני אינה מהווה הגנה.

* על המטפל הנטל לסתור את "חזקת התקיינות" המייחסת למטופל תום לב לגבי כל מעשה שעושה בו המטפל.

אישיות תלוית או כאלה הסובלים מחרדת נטישה. באם יוחל העקרון האמור, התוצאה היא כי על המטפל המזיק לשאת במלוא שיעור הנזק הנפשי של המטופל, וזאת נוכח חובתו לצפות גם נזקים קיצוניים העלולים להגרם למטופל "רגיש"³⁰. לתוצאה זוהי ניתן להגיע גם ע"י החלת העקרון של "נזק ראיתי"³¹, שכן במעשיו הפסולים מנע המטפל מהמטופל להוכיח כי לו טופל כראוי היה נרפא מהמחלה הבסיסית או מקטין משמעותית את שיעורה. כך גם במקרה בו המטופל הינו פגיע נוכח מצב נפשי בסיסי והקשר המיני האסור מקבע את נכותו או אף מחמירה.

קושי נוסף מצוי בשאלת הקשר הסיבתי בין הפרת חובת הזהירות במקרה הספציפי, לנזק הנטען. אחת מטענות ההגנה השכיחות של מטפלים שקיימו קשר מיני עם מטופלים הינה כי אין קשר סיבתי בין מעשיהם לבין מצבו הנפשי של המטופל, הנובע לשיטתם אך ורק ממחלתו/נכותו הבסיסית, או כי ההידרדרות במצבו הנפשי של המטופל הייתה מתרחשת ממילא, גם אלמלא מעשיו של המטפל. הנושא הוא נושא שבמומחיות, ועל כן פוסק בית המשפט עפ"י חוות דעת מקצועיות המוגשות ע"י הצדדים ועל פי התרשמותו מעדותם של המומחים.

עוולת התקיפה

סעיף 23 לפקודת הנזיקין קובע כי: "תקיפה היא שימוש בכח מכל סוג... ובמתכוון, נגד גופו של אדם... בכל דרך... שלא בהסכמת האדם או בהסכמתו שהושגה בתרמית..." יסודות עוולת התקיפה הינם:

(1) שימוש בכח נגד גופו של אדם;

(2) במתכוון;

(3) שלא בהסכמה או בהסכמה שהושגה בתרמית. להבדיל מעוולת הרשלנות, להוכחת קיומה של עוולת התקיפה יש להוכיח כי מעשה העוולה נעשה "במתכוון".

בתי המשפט קבעו לא אחת כי כל טיפול רפואי שניתן למטופל בלא שקדם לאותו טיפול הסבר ממצה בדבר משמעות הטיפול, תכליתו, הסיכונים והנזקים הכרוכים בו, מהווה מעשה תקיפה, כי הסכמת המטופל לטיפול בלא המידע האמור אינה הסכמה מדעת. לעניות דעתנו, במקרים של קשר מיני בין מטפל למטופל, מתקיימים יסודות עוולת התקיפה, שהרי "ההסכמה" מצד המטופל "לטיפול" אינה מהווה הסכמה מדעת. סביר להניח כי ברוב רובם של המקרים אין המטופל מודע לאיסור שבקיום הקשר המיני עם המטפל ולנזק החמור העלול להיגרם לו בגין הקשר הזה. יסוד "הסכמה שהושגה בתרמית" במסגרת עוולת התקיפה דומה במהותו להסכמה שהושגה

המעיד על גמירות דעת והכרה מצד המטופל בדבר סיום הקשר הטיפולי ניתן, אם בכלל, להתיר מעבר כאמור.

מקורות:

1. ויצטום, א. חן, א. (1993) קשר מיני בין מטפל ומטופל: היבטים אתיים וקליניים, שיחות, כרך ז' עמ' 85-92.
2. נוימן, מ. רוזנצויג, ס. (1994) יחסי מין בין מטפל ומטופל, הרפואה, כרך 126, עמ' 118-115.
3. א. ויצטום, י. מרגולין, ע. לוי, (1996) יחסי מין בין רופא לחולה: תמונת מצב משנות התשעים, הרפואה, כרך 131 257-259.
4. ס"ח 1591, התשנ"ו (12.5.96) עמ' 327.
5. ס"ח התשכ"ז, עמ' 73.
6. ס"ח 857, התשל"ז (29.3.77), עמ' 158.
7. ק"ת 5389, התשנ"ב (8.10.91) עמ' 236.
8. כללי האתיקה הרפואית שנוסחו ע"י הועדה המרכזית לאתיקה ואושרו בוועדה הארצית ה-35 של הר"י.
9. ס"ח התשנ"ח, עמ' 166.
10. סעיף 10(א)(3) לנוסח המוצע של חוק העיסוק בפסיכותרפיה, התשנ"ו-1996.
11. נייר עמדה בנושא יחסי מטפל ומטופל. הרפואה, כרך 132, חוברת ז-ח, עמ' 322 (אוקטובר 1997).
12. P.S. Appelbaum "Statutes Regulating Patient Therapist Sex" Hospital And Community Psychiatry 41(1) (1990) 15.
13. J.S. Shoop "Dargerous Liaisons: Patients Sue Therapists For Sexual Abuse" Trial 28(10) (1992) 12.
14. S.S. Rubin, O. Bror "Professional Ethics Of Psychologists And Physicians: Morality, Confidentiality, And Sexuality In Israel" Ethics & Behavior 6(3) (1996) 213.
15. D.S. Solursh, L.P. Solursh, N.N. Williams "Patient - Therapist Sex: "Just Say No" Isn't Enough" Medicine - And - Law 12(3-5) (1993) 431.
16. L.M. Jorgenson, P.K. Sutherland, S.B. Bisbing "Evidence Of Multiple Victims In Therapist Sexual Misconduct Cases" Trial 31(5) (1995) 30.
17. ע"א 95/2602 שרי נ' ועדת המשמעת, פד"י מט (5), עמ' 177.
18. ס"ח 864, התשל"ז (77.8.4), עמ' 226.

לאור העובדה כי במקרים רבים הקשר המיני בין מטפל ומטופל אינו אלא ניצול מיני לשמו ולאור הנזק החמור העלול להיגרם למטופל בכל מקרה של קשר מיני עם מטפל - מן הראוי שתקבע, הן בדין והן בכללי האתיקה, הוראה ברורה וחד משמעית השוללת כל קשר מיני במובנו הרחב ביותר, בין מטפל ומטופל. עדיף שהיוזמה לפעולה זו תבוא מקרב הרופאים/מטפלים, בדומה לנייר העמדה שפורסם ע"י איגוד הפסיכיאטריה וההנחיות המפורטות שפורסמו ע"י איגוד הפסיכולוגים.

מפאת תלותו הרבה של המטופל במטפל ולאור הנזק הכבד העלול להיגרם למטופל כתוצאה מיחסים אסורים כאלה, מן הראוי לקבוע בדין הפלילי, כפי שעולה מפסיקת בתי המשפט, איסור מוחלט ומפורש על קיום יחסי מין בין מטפל ומטופל הן בתקופת הקשר הטיפולי והן למשך תקופת "צינון" משמעותית נוספת של שנתיים לפחות לאחר תום הקשר הטיפולי.

להשלמה יצוין, כי ישנן דעות אחרות השוללות חקיקה פלילית בנושא רגיש זה. בעליהן גורסים כי די בחקיקה במישור האזרחי והאתי, ומביעים חשש כי חקיקה פלילית תגרום לעוול של ממש למטפלים במקרים של האשמת שווא, וכן להעדר שיתוף פעולה מצד המטפלים או פגיעה בנכונותם לדווח על אירועים כאלה³⁴.

במישור האזרחי, נראה לנו כי במקרים של קשר מיני בין מטפל ומטופל יש לסטות מהכלל הראיתי הרגיל לפיו: "המוציא מחברו עליו הראיה" ולהטיל על המטפל את נטל ההוכחה כי למרות הקשר המיני לא גרם בהתנהגותו לנזקו של המטופל.

ישנם מקרים ברורים של ניצול מיני לשמו, המגלמים בברור עבירה פלילית כאשר הנזק למטופל ברור וגלוי לעין. אולם גם במקרים "תמימים", בהם הקשר המיני בין המטפל למטופל מלווה בקשרי אהבה הדדיים - הנזק למטופל, בפרט בעת סיום הקשר, קשה ביותר, ועל כן יש להטיל על המטפל את החובה למנוע את היווצרות הקשר. לא בכדי קבע בית המשפט העליון (בפ"ד פלח) כי ספק אם יש מקום להכיר בלגיטימיות של מעבר מטיפול לרומן. אנו בדעה כי ככלל מעבר מטיפול לקשר רומנטי, אשר לעתים הינו מלאכותי, מזיק ועל כן אסור. רק לאחר נתק טיפולי לתקופה משמעותית,

Psychotherapy, 28:429-438.

28. ע"א 86/248 עזבון חנשוילי נ' רותם, פד"י מה (2) עמ' 529.

ד"נ 88/15 מלך נ' קורנהויזר, פד"י מד(2) עמ' 89.

29. ע"א 62/390 רינגר נ' ליאון, פד"י יז (3) עמ' 1662.

30. דוד קציר, פיצויים בשל נזק גוף, מהדורה רביעית, בהוצאת כרמל, עמ' 1251-1263.

31. ע"א 86/785 נגר נ' ד"ר וילנסקי ואח', פד"י מג (3) עמ' 284.

ע"א 89/789 עמר נ' קופ"ח, פד"י מו (2) עמ' 712.

32. ת"א 92/66469 (שלום, ת"א).

33. ת"א 94/14 (מחוזי, י"ם).

34. L.H. Strasburger, L. Jorgenson, R. Randles
"Criminalization Of Psychotherapist - Patient Sex"
American Journal Of Psychiatry 148(7), (1991)859

19. ע"פ 93/7024 פלח נ' מד"י, פד"י מט (1), עמ' 2.

20. פסק הדין לא פורסם.

12. ע"פ 83/616 פליישמן נ' מד"י, פ"ד לט (1), עמ' 449.

22. דיני מ"י 10(68.4.17) עמ' 266.

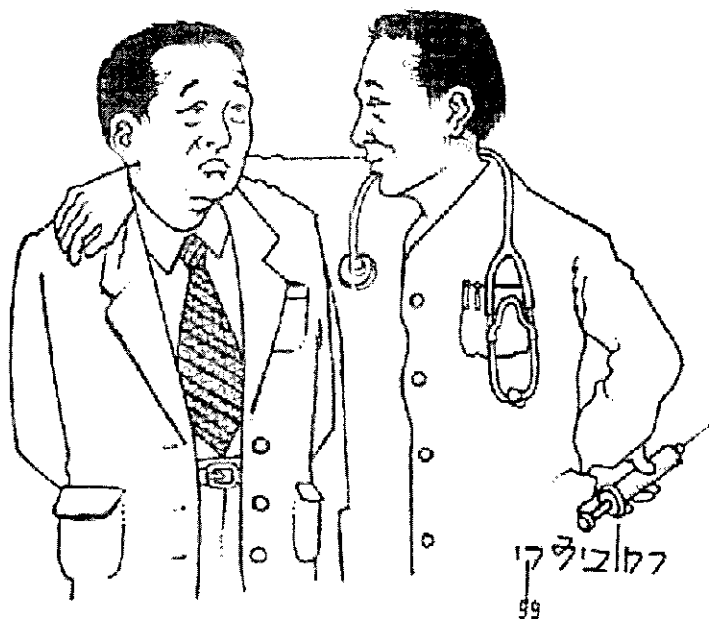
23. ע"א 80/145 ועקנין נ' המועצה המקומית, פד"י לו (1), עמ' 113.

24. עדי עזר וד"ר אילנה נירנברג - רשלנות רפואית וסוגיות בנויקין. הוצאות פרלשטיין-גינור, בעמ' 195 ואילך.

25. Pope, KS. (1994) Sexual Involvement with Therapist. American Psychological Association, Washington DC.

26. Estrich, S. (1987) Real Rape. Harvard University Press, Cambridge Ma.

27. Pope, KS. Vetter, VA. (1991) Prior Therapist-Patient Sexual Involvement Among Patients Seen by Psychologist.



סיעור ומשפט

החולה הדחוי

סקירת ספרות:

אחיות נתקלות לעיתים בסוג של חולים שאין הן מחבבות או שאינן נלהבות לטפל בהם: החולה העקשן, האגרסיבי הרע, שתמיד לא יהיה מרוצה, ייצור אצל צוות האחיות התנגדות לטיפול וסופו שיתנהג כחולה בלתי אהוד.

גורמים רבים אחראים להוצרות החולה הבלתי אהוד: חלקם קשורים במטופל, ולעומתם - גורמים הקשורים במטפל.



נילי טברק



מיכל שטינמן

גורמים קשורים במטופל:

גורמים חברתיים: ערכים חברתיים נמוכים.
גורמים דמוגרפים: גיל, סטטוס משפחתי, מוצא, מראה חיצוני.
גורמים פסיכולוגיים: פתיחות יתר או ניכור קיצוני, אלימות, דביקות, התנשאות, דרשנות, פאסיביות, אינטימיות, עצב, חשדנות, היפוכונדריה.

גורמים מוסריים

הקשורים למחלה: צורת דיבור, שפה, התנהגות.
סוג המחלה (מדבקת, מראה, ריח),
מחלה לא מוסרית, מחלה פסיכיאטרית.

גורמים קשורים במטפל:

משתנים דמוגרפים, נורמות מקצועיות ותרבותיות, פטרנליזם מול אוטונומיה, משתנים אישיותיים, אופי הסיטואציה.

אחיות רבות מסווגות את החולים עפ"י קריטריונים מסוימים, וכאשר הן מגדירות את החולה כבלתי מוסרי ממילא הוא יהיה גם בלתי מקובל.

על-פי הספרות המחקרית מגיע שיעור הדחייה של אחיות את המטופל ל-5% - 20%. כאשר מוצמדת למטופל תווית של "בלתי נסבל" מועבר המידע ליתר חברי הצוות והדבר משפיע על התפקיד והיחס כלפי המטופל.

מבוא

תופעת החולה הדחוי (או ע"פ כינויים נוספים בספרות: "החולה הלא פופולארי", "החולה הרע", "החולה הקשה") הינה תופעה כאשר הצוות מצמיד למטופל כלשהו (בשל גורמים רבים ושונים) תווית של "מטופל בלתי נסבל". כתוצאה מתווית זו, משנה הצוות את יחסו ולעתים אף את תפקודו כלפי המטופל וצרכיו.

מדובר בתופעה יומיומית רווחת, וכל מטפל נתקל בה. עפ"י מחקרים, 5% - 20% מהחולים מוגדרים כ"דחויים". למרות שכיחות התופעה קיים סביבה קשר של שתיקה. הן בספרות המקצועית והן בעשייה בשטח הנושא אינו מקבל את ההתייחסות הישירה והמרכזית הראויה. כתוצאה, מוצא עצמו המטפל מתמודד עם קונפליקטים אישיים ומקצועיים ללא הכוונה מגבוה ו/או ללא טיפול ישיר בבעיה. ההתנהגות המונעת של הצוות סביב חולים "דחויים" עלולה להוביל לתביעות משפטיות בהן יתקשה הצוות להסביר ולנמק את ההתנהגותו.

מיכל שטינמן - R.N, B.A, אחות אחראית, המח' לכירורגיה פלסטית/ ביי"ח בילינסון.

ד"ר נילי טברק - מרצה בחוג לסיעוד, אוני-תל אביב

רפואה ומשפט גיליון מס' 20 - מאי 1999

קיים "קשר של שתיקה" בקרב המטפלים אך בעידן של מודעות אל זכויות החולה ימצא את עצמו המטפל בקונפליקט אישי ומקצועי ויזדקק לכלים כדי להתמודד עם תוצאות היחס כלפי המטופל אם האחרון יחליט להגיש תביעה משפטית נגד המטפל בגין טיפול בלתי נאות, הפליה או רשלנות. (Kuss - 1992).

כבר ב-1972, הוגדר חולה (Stockwell)² כבלתי פופולרי עפ"י מספר מאפיינים: אבחנה פסיכיאטרית, נכות פיזית, מוצא זר.

ב-1995 נוספו, כמאפיינים, כמה מחלות: איידס, ירידה בקוגניציה, C.V.A - ארוע מוחי. חולים הדורשים תשומת לב רבה באמתלות שונות לעומת החולה הפופולרי המתאפיין כמשתף פעולה, בעל חוש הומור, צייתן ונחוש להבריא. (1953 CARVETH)³. גם האחיות משנות את יחסן עפ"י הסוג: כאשר חולה פופולרי בעל תקשורת אישית טובה מקבל יחס סבלני, לעומת החולה הבלתי פופולרי המקבל יחס נוקשה, חסר סבלנות, דחוי ובלתי נעים.

Hahn, Thompson, Willes, al⁴ מצאו כי אשפוז ממושך משפיע על הגדרת החולה הטוב והרע. החולה הדחוי נתפס כחולה עקשן, אגרסיבי, נוטה לכעוס בקלות, אלים, מסרב לציית להוראות ומוגדר כחולה קשה כאשר הקריטריון המרכזי - אשיות בעייתית.

בארה"ב - החולה הטוב נתפס כאדם המשתדל לעזור לעצמו, אקטיבי, מעניין, צייתן ומשתף פעולה.

בעשור האחרון, כאשר הדגש הוא על ערכים של חיצוניות אטרקטיבית, יופי, אסתתיקה, ריחות נעימים, מראה מושך, אנו רואים שהחולה הדחוי הוא החולה שהופעתו החיצונית דוחה, ריחו קשה, גבולות גופו פרוצים, ויש לו הרבה הפרשות. כתגובה האחות דוחה את החולה, מתחמקת מקשר עמו, מתוסכלת ונמצאת בקונפליקט קשה בין הרצון למחויבות מקצועית למתן טיפול איכותי, לבין הרתיעה האנושית מפני הבלתי נעים.

חלק ממהות הטיפקוד של המטפל זו הנייטרליות הרגשית, כלומר חוסר מעורבות רגשית עם השלכה תפקודית ביחס עם המטופל (Leigh and Reiser 1980)⁵. ברגע שהמטפל מפתח יחס רגשי שלילי הוא מפר את הנייטרליות הזו. מעבר לכך, מייחסים המחברים חשיבות רבה להשפעת אישיות המטופל על האינטראקציה ביחסי מטפל-מטופל. המחברים ערכו קלסיפיקציה מהי אישיות אופיינית של חולה. לטענתם,

מודעות והכרה של אישיות החולה ושייכו לקבוצה מסוימת, צריכים להוות כלי טיפולי. המטפלים צריכים, בעזרת השיוך שיצרו, לנטרל את המעורבות הרגשית ולהבין את הסיטואציה מנקודת מבטו של המטופל. להלן, סוגי אישיות של החולה אשר לדבריהם עלולים לעורר דחייה:

1. החולים התלותיים והתובעניים - הם דורשים תשומת לב מיוחדת, קוראים באופן תכוף לצוות, וכאשר חשים שאינם נענים דיים הם מרגישים דחויים ומגבירים את הלחץ. הצוות המטפל רואה בהם אנשים שנהנים להיות חולים ומנסים לנצל את המצב, כתוצאה - יפתחו כלפיהם יחס עויין.

2. החולים הקרים והמנוכרים - מנסים להשאר בשליטה ולכן אינם מפגינים רגשות. הם מדחיקים פחד ומבטאים רגשות באמצעות ביקורת על הצוות, היצמדות ללוח זמנים, ולעתים גורמים לצוות הרגשת נחיתות. הצוות עלול לפתח נגדם רגשות שליליים.

3. חולים רגשיים ודרמטיים - בדרך כלל, אינם מעוררים רגשות שליליים אלא אמפטיה. אך אם הדרמטיזציה של התנהגותם תיראה לצוות מוגזמת, תתכן הרגשת דחייה מצד הצוות, אשר אף עשוי לדחות חולים כאלה בשל קושי רגשי.

4. חולים שהם "הקורבנות הסובלים" - אלה הבכיינים ש"נולדו לסבול" וכל תלונה שלהם מלווה בשפע של דוגמאות והיסטוריה רפואית. הם נוטים לעייף את הצוות, שמאבד את סבלנותו ומפתח רגשות דחייה. בנוסף, קיימת תופעת "זאב, הצילו", כלומר: כאשר החולה באמת סובל, הצוות כבר מפתח קהות לתחושותיו.

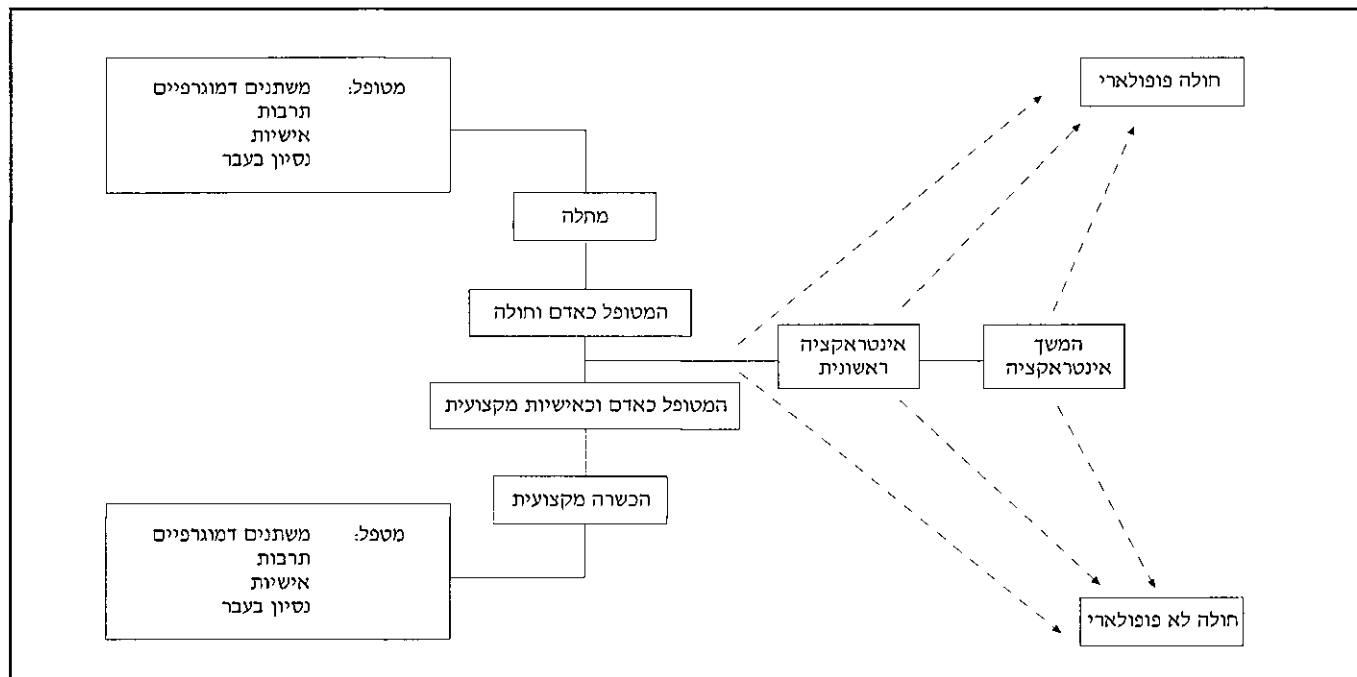
5. החולים החשדנים - חוששים כל הזמן ש"מזיקים" להם. הם נוטים להאשים את כולם מלבד את עצמם בבעיותיהם. אינם מפתחים יחסי אימון מינימליים עם הצוות ולפיכך "נדחים". דחייה זו מגבירה את חשדנותם ונוצר מעגל רגשי ללא מוצא.

6. החולים החשובים - אלה הסבורים שהם היחידים במחלקה ושיש להתייחס אליהם כאל אישיות חשובה הזכאית ליחס מיוחד. הרגשת העליונות והדרישות המוגזות יוצרות רגשות שליליים בקרב הצוות.

7. החולים האימפולסיביים והאלימים - אינם שולטים בתגובותיהם ומפחידים את הצוות.

8. החולים המפתים - מנסים להתחבר אישית למטופלים אחרים, שואלים שאלות אישיות ונוגעים באנשים אחרים. התנהגותם עוברת את גבול יחסי מטפל-מטופל ועשויה לגרום לדחייה.

ניתן לתאר את יחסי מטפל מטופל המושפעים מגורמים שונים בתרשים הבא.



בארה"ב נערך מחקר על הקשר בין תביעות Malpractice לבין יחסי מטפל-מטופל. (Backman, Marleasis, Schuman and 1994) Frankel⁸. המחקר ניסה לברר מה גורם לאנשים לתבוע תביעות משפטיות בסוגיות אלה. תוצאותיו הראו: 71% מכתבי האישום - בעיות הקשורות ביחסי מטפל מטופל; 32%-נטישה של מטופלים ע"י מטפלים; 29%-אי כיבוד ערכיהם של המטופלים; 26%-חוסר העברת מידע ע"י המטפלים; 13%-אי הבנת הפרספקטיבה של המטופלים.

בכל הסעיפים הללו ניתן לפרש ולמצוא אלמנטים של דחייה, לפחות בחלק מן המקרים. אי כיבוד ערכיו של המטופל או נטישתו מתקשרים כמעט באופן ישיר. ניתוח של נתונים נוספים מהמחקר מצביע על חוטי קשר נוספים בין התביעות לבין פרופיל החולה ה"לא פופולארי": 50% מהתובעים היו מובטלים, עובדים לא מיומנים או עקרות בית - כלומר בעלי ערך חברתי נמוך. 20% מהתביעות התבססו על עילה של גרימת נזק רגשי. שוב ניתן לקשר זאת לדחייה, אם כי השלכות הדחייה עשויות להיות בכל המישורים של גרימת נזק.

יש לציין כי היו תביעות ישירות להתפרש כדחייה. דוגמאות: שתי תביעות בהן נטען כי "הרופאים היו יותר מיד חשובים" מכדי לטפל בחולים בופן סביר. בשלוש תביעות אחרות ניטען כי הרופאים לא התייחסו לטענות החולים. שלש תביעות נוספות הוגשו בהאשמה של העדר הקשבה מצד רופאים לחולים.

מן התרשים ניתן לראות כי בכל שלב עשוי להתרחש תהליך הקטלוג.

ע"פ הספרות, כאמור במבוא למאמר, הקטיגוריה הלא-פופולארית מהווה 5% - 20% מהחולים. לא נעשה מחקר מקיף בארץ לגבי התופעה, ממדיה ומהותה.

ההיבט החוקי:

נקודת המוצא הינה כי יחסי מטפל-מטופל הינם חוזה בלתי כתוב המחייב סטנדרטים מסויימים הקבועים בחוק (Howard and Vogt 1995)⁶.

חוק זכויות החולה (1996)⁷, פרק ג' סעיף 4 קובע: "מטפל או מוסד רפואי לא יפלו בין מטופל למטופל מטעמי דת, גזע, מין, לאום, ארץ מוצא או מטעם אחר כיוצא באלה". פרק ג' סעיף 5 קובע: "מטפל זכאי לקבל טיפול רפואי נאות, הן מבחינת הרמה המקצועית, האיכות הרפואית והן מבחינת יחסי אנוש". "כל אדם זכאי להגנה על חייו, על גופו ועל כבודו".

מבחינה חוקית עקרון השוויון ברור. החוק והאתיקה מתייחסים בעיקר להשלכה התפקודית של הדחייה, ללא התייחסות לרלוונטיות של הדחייה. החוק אינו מאפשר "תירוצים" ליחס בלתי שוויוני ולפיכך דוחה את דחיית החולה כתופעה.

רפואה ומשפט

גיליון מס' 20 - מאי 1999

רמת התקשורת בין המטפל למטופל הוכחה כגורם המרכזי בהגשת או אי הגשת תביעות. מכאן שתוצאות מאמר זה מצביעות על המסקנה כי תופעת החולה הדחוי בהחלט מובילה לתביעות משפטיות, ואז עשוי המטפל לעמוד חסר אונים. שכן החוק וכללי האתיקה אוסרים עליו להפלות ומחייבים אותו לכבד ולטפל באופן שווה בכל מי שנדרש לטיפולו.

ההיבט האתי

נקודת המוצא האתית של הבעיה נובעת מתוך ההכרה כי בין החולה למטפל הרפואי קיימת מחוייבות מוסרית (Pell and Thomsma 1988)⁹, אשר באה לידי ביטוי בקודים האתיים השונים.

בקוד האתי לאחיות ואחים בישראל (1994)¹⁰, בערך "כבוד האדם בחייו ובמותו" מצויין כי "למטופל זכות לקבלת טיפול ללא אפליה או משוא פנים. חובת האחים והאחיות בישראל להכיר ולהבין את ערכיו ואמונותיו של המטופל, לכבדם ולשמרם, לטפל ללא משוא פנים וללא אפליה בגין גזע, דת, לאום, מין וגיל, השתייכות פוליטית, מעמד חברתי או בריאות".

בתוך הערך "אמון" מצוין קוד זה כי "למטופל זכות לקבלת טיפול המושתת על יחסי אמון. חובת האחים והאחיות בישראל ליצור יחס אמון בין המטופל למטפלים".

שבועת הרופא העברי אומרת: "ועזרתם לאדם החולה באשר הוא חולה, אם גר, אם נוכרי ואם אזרח ואם נקלה ואם נכבד".

הקודים האתיים אינם משאירים מקום לספקות: אין מקום ליחס בלתי שווה בין מטופלים. חובתה המקצועית של האחות להתעלם מכל מה שמשפיע בפועל ולהתייחס באופן שווה לכל מטופל. יותר מכך - חובה עליה ליצור מערכת אמון הדדית. יחס רגשי שלילי היוצר השלכה תפקודית הינו פגיעה ביסוד משמעותי של יחסי מטפל-מטופל.

כאנשי סיעוד, מוטלת החובה שלא לשפוט ולא להאשים. גם אם מחלה מסויימת נראית לנו "לא מוסרית" או שהאדם "אשם במחלתו", אסור לנו להפלות בינו לבין אחרים. Reisman¹¹ טוענת כי הטיפול השווה בכל מצב הולם את עקרונות היסוד של גרימת טוב ומניעת גרימת הרע (Beneficence, Nonmalficence).

גרימת טוב - טיפול בחולה, שיפור איכות חייו.

מניעת גרימת רע - אפליית ודחיית חולה ואי היענות לצרכיו תגרום לרע ולכן יש לטפל בחולים באופן מלא ושוויוני.

לדעת (Reismam 1998)¹² הימנעות מטיפול תיתכן רק בתנאים מסויימים: אם הדבר הינו לטובת החולה או שהאחות מתנגדת מבחינה מוסרית לטיפול. במצב כזה על האחות לדאוג למטפל אחר שיעניק לחולה את המקסימום במקומה.

צעד נוסף קדימה במחוייבות האחות (Kuss 1990)¹³, היא יכולתה לשאת את דגל השוויוניות וחוסר האפליה כמובילה חברתית בנושא. על האחות להלחם, מתוך אמונה פנימית ביחס אנושי ושווה והתחשבות בכבוד הזולת. מחוייבות זו, עשויה - במקביל - להגדיל את הקונפליקט לגבי "החולה הדחוי" כאשר הוא עולה.

סקר עמדות

תאוריות המוסר, הקודים האתיים והערכים המוסריים הינם הדגל בטיפול בחולים ועל כן חייב מקצוע הסיעוד לחתור להפחית קונפליקטים מתנגשים בין המציאות היום-יומית בשדה הקליני לבין הציוויים המוסריים לפעולה. נמחיש את הנאמר באמצעות סקר עמדות:

מטרת הסקר - לבדוק עמדות של אחיות אקדמאיות, אחיות מוסמכות ואחיות מעשיות כלפי חולים המוגדרים כחולים "לא פופולאריים", קשים, בלתי נסבלים.

שיטת הסקר - אוכלוסיית המדגם: 45 אחיות מבתי החולים במרכז הארץ, העובדות במחלקות פנימיות, כירורגיות ויחידות לטיפול נמרץ.

כלי הסקר:

שאלון שהורכב משני חלקים. חלק א' כלל פרטים אישיים: רמת ההכשרה של האחות, ותק במקצוע וסוג המחלקה. חלק ב' הכיל 21 תיאורים קצרים של מטופלים, הכוללים מאפיינים שונים של החולה הדחוי ע"פ הספרות. לכל שאלה-תשובה המורכבת מסולם גישות החל (2-) - גישה שלילית מאוד ועד (2+) - גישה חיובית מאוד. לצורך השוואה הוכנסה גם שאלה נייטרלית שלא כללה שום מאפיין של החולה הדחוי (נספח 1).

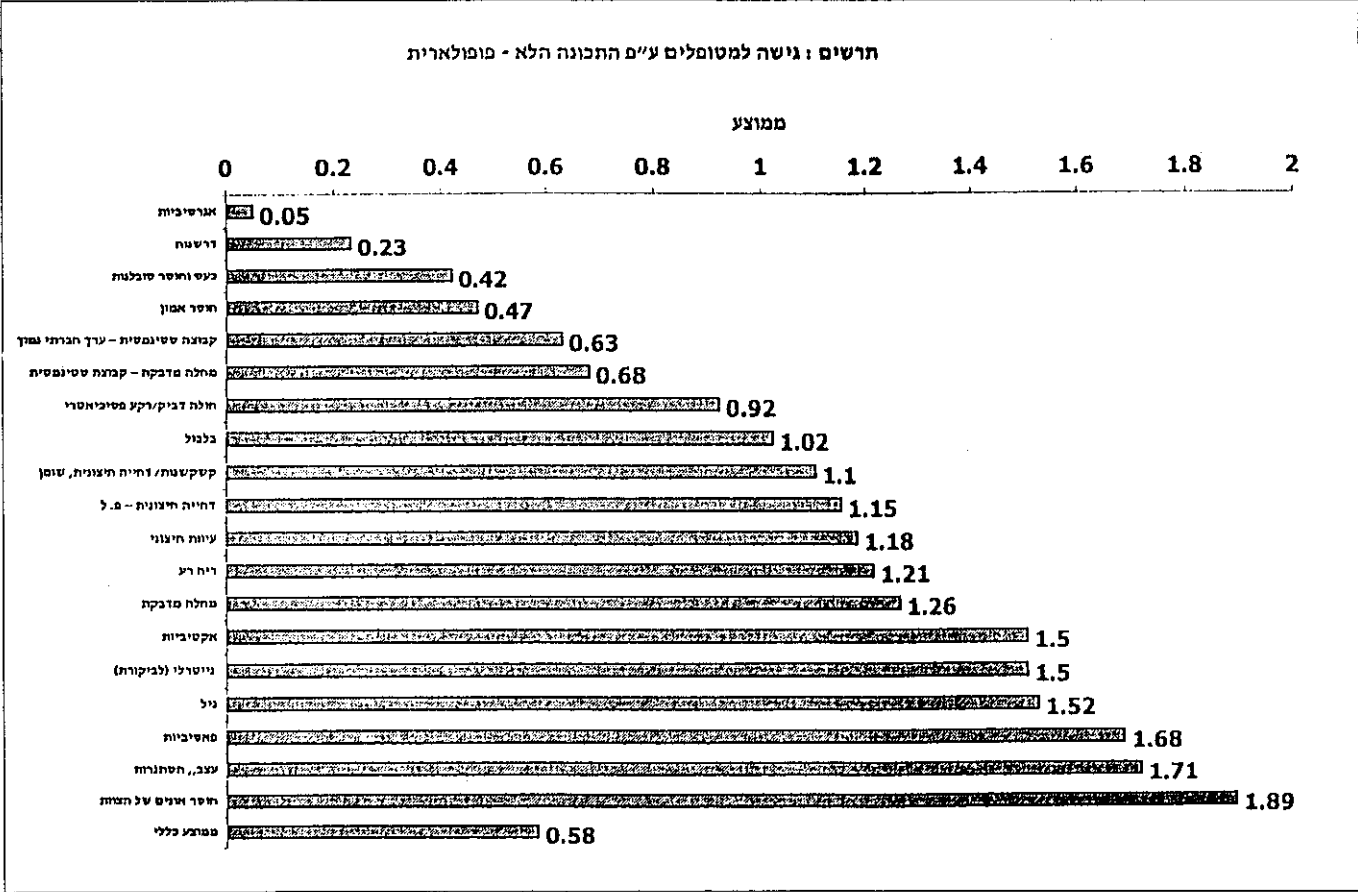
התהליך: הסקר נערך בחדשים ינואר - פברואר 98. השאלונים פוזרו במחלקות השונות, מולאו והוחזרו באופן אנונימי. ההיענות למילוי השאלונים היתה גבוהה: 75%.

תוצאות הסקר - פרטים אישיים:

נתוח הממצאים: מצביע לדומיננטיות של:

- 1. תכונות אופי והתנהגות של חולה משפיעות על גישת הצוות.
- 2. אופי מחלה (אבחנה פסיכיאטרית, דחיה חיצונית, בלבול, מחלה מדבקת) משפיע בדרגה שניה.
- 3. חוסר אונים, עצב ופאסיביות של החולה מעוררים בצוות גישה חיובית.
- 4. לאחיות קל להתמודד עם הפרשות בעלות ריח לא נעים מאשר עם אגרסיה.
- 5. אחיות מתבישות להודות בגישה שלילית שלהן כלפי מטופל ובקיום של קונפליקט אתי מצפוני.
- 6. קיים הבדל משמעותי בין אחיות מעשיות לאחריות מוסמכות אקדמאיות בגישה לחולים: גישת אחיות מעשיות חיובית באופן משמעותי יותר. יתכן כי רמת המודעות וההבנה של אחיות מוסמכות אקדמאיות לבעיה, גבוהה יותר. עם ההשכלה גוברות הצפיות והבקורת ואחיות אקדמאיות מצפות ליחס מכובד יותר כלפיהן, מצד המטופל.

רמת הכשרה	סה"כ האחיות	100%W - 45
אחיות אקדמאיות	18	40%
אחיות מוסמכות	15	33%
אחיות מעשיות	12	27%
ותק במקצוע:		
עד שנה	2	4.4%
ותק 1-5 שנים	3	6.6%
ותק של 5-10 שנים	4	8.8%
ותק מעל 10 שנים	36	80.0%
מחלקה:		
פנימית	13	29.0%
כירורגית	16	35.5%
טיפול נמרץ	14	31.1%
אחרת	2	4.4%



פתרונות לבעיה

כיצד מתמודדים המטפלים עם הקונפליקט של החולה הדחוי? זיו (1990)¹⁴ מתארת כמה פתרונות מידיים בקשר עם החולה: תיחום, ריחוק פיזי, יצירת מגע עויין ומיעוט בקשר ישיר. פתרונות אלה רק מחמירים, בטווח הארוך והמוסרי, את הבעיה. זיו מונה תופעות נוספות דומות: דה-פרסונליזציה ודה-הומניזציה של החולה. אך שוב, הצוות מודע לעובדה כי פתרונות אלה רק מחריפים את הקונפליקט, שכן הם מנוגדים לייעוד המקצועי.

על האחיות לגלות הרואיזם, כלומר להיאחז באידיאל הסייעודי של אהבת האדם, להקריב מעצמן ולאפשר לחולה מקסימום כבוד ואוטונומיה. לדעתה של זיו, ניתן להיעזר בטכניקות של הכנה חיסונית ללחצים, פיתוח תוכניות לשינוי עמדות, התחלקות ברגשות ויצירת קבוצות תמיכה מקצועיות.

Kuss (1990)¹⁵ בנה תוכנית פתרונות מובנית:

1. העלאת המודעות בקרב הצוות לקיום הבעיה;
2. הגדרה אישית/קבוצתית של החולים ה"לא פופולאריים" וניתוח הגורמים ההופכים אותם לכאלה.
3. כניסה "לראש המטופל" כדי ללמוד להבין מניעי התנהגות וכדי לנטרל גורמים שליליים.
4. בחינת התנהגות הצוות כלפי המטופלים: ציון, חנוך והדרכה.
5. שינוי המצב, תוך התבססות על ערכים מוסריים (כבוד האוטונומיה).
6. התיחסות המטפל לרצון המטופל.

לגבי שינוי ההתנהגות מפרט Kuss ואומר כי כאשר האחות איתרה את קבוצת המטופלים שדוחה אותה, קיימות בפניה שלוש אפשרויות:

1. עזיבת השדה הקליני הקיים לשדה אחר בו אין חולים מקבוצה זו;
2. שינוי התנהגות. זהו המינימום הנדרש, לדברי המחבר, גם אם הגישה הבסיסית לא השתנתה;
3. שינוי גישה בשילוב עם שינוי התנהגות ע"י עבודה עצמית - הפתרון הקשה ביותר.

מסקנות וסיכום

בעיית החולה הדחוי והקושי בהתמודדות עם הבעיה, מלווים את האחות יום-יום. סקר העמדות מוכיח כי הבעיה קיימת באופן נרחב בארץ, בדומה לתוצאות של סקרים שנערכו

בעולם. הסקר נותן מקום לאופטימיות. הגורמים הדומיננטיים ביותר בקביעת הגישה השלילית הם אלה הניתנים לשינוי ע"י הצוות, ע"פ תוכנית הפתרון של Kuss (1990)¹⁶. לפיכך, העלאת המודעות וביצוע התוכנית לשינוי ההתנהגות ו/או הגישה יכולים ועשויים להקל על הקונפליקט אתו מתמודדות האחיות. ההתמודדות עם הקונפליקט יכולה להוריד את רמת הסיכון של תביעות משפטיות ויכולה להעלות את רמת שביעות הרצון במערכת, הן של הלקוח והן של נותן השירות. הקטנת הקונפליקט תוביל ליתר שוויוניות במערכת - אותו אלמנט מוסרי טהור שאנו שואפים להשיג. בנוסף, יחזקו האוטונומיה של החולה, האחריות המוסרית של האחיות ומחויבותה לעשיית הטוב. ככל שיקטן הקונפליקט המצפוני יפחתו התיסכול והשחיקה והאחות תלמד להשלים את המעגל של עצמה כאדם וכאיש מקצוע. יש להמשיך ולחקור, לפרסם, לדבר ולנתח, לקראת שינוי בנורמות מוסריות במערכת של יחסים מורכבים בין המטפל למטופל בשנות ה-2000 בכל המערכת הרפואית.

מקורות

1. Kuss, R.J. (1990). Nurses and the Unpopular Patient. America Journal of Nursing, 90, (6), 62-66.
2. Stockwell, F. (1972). The Unpopular Patient. London: The White Friars Press.
3. Carvet, Y.A. (1995). Percieved Patient Deviance and Avoidance by Nurses. Nursing Research, 44 (3), 173-177
4. Hahn, S.R., Thompson, K.S., Wills, T.A., Stern, V. and Budner, N.C (1994). The Difficult Doctor - Patient Relationship: Somatization, Personality and Psychopathology. Journal of Clinical Epidemiology, 47 (6) 647-657
5. Leigh, H. and Reiser, M.F. (1980). The Patient. New York: Plenum Publishing Co.
6. Howard, M., Vogt, L. (1995) Physicians Patient Relationship. In Sanber et al (ed), Legal Medicine (3ed) p.p. 265-271. SA. Louis Mosby year Book . Co.
7. חוק זכויות החולה (1996), ההסתדרות הרפואית-ישראל.

11. Reisman, E. C. (1998). Aids - Ethical Issues Confronting Nurses. Clinics of North America, 23(4)789-801.

12. See 1.

13. See 1.

זיו, ד. (1990). דרכי התמודדות של אחיות במצבים מעוררי דחייה. עבודת 14. גמר לתואר מוסמך, אוניברסיטת תל אביב: החוג לסייעוד.

15. See 1.

16. See 1.

8. Backman, H., Markakis, K., Schuman, A. and Frankel, R. (1994). The Doctor - Patient Relationship and Malpractice. Archive in Internal Medicine, 54, 1365-1370.

9. Pell, E. and Thomsma, D.C. (1988). The Good Patient in E. Pelle and D.C. Thomsma (ed), For the Patient Good (pp. 99-110). New York: Oxford University Press Inc.

10. קוד אתי אחיות (1994) הסתדרות האחים והאחיות בישראל.



דקל ביל קי
99

סיעוד ומשפט

זכות המטופל במוסדות בריאות - לקבל טיפול בכבוד

פרופ' איזבל מנדז דיקאן ביה"ס לסיעוד/אוני' סאן פאולו, ברזיל
פרופ' מריה טראויזן ביה"ס לסיעוד/אוני' סאן פאולו, ברזיל
גב' קרלה ונטורה מתאמת יחסים בינלאומיים שם

הערת המערכת:

אנו מביאים כאן הרצאה שהושמעה בקונגרס הבינלאומי בסאפוק באלאטון (הונגריה) באוגוסט 1998.
ההרצאה תורגמה ע"י ד"ר שירה כץ, מרצה בחוג לסיעוד/אוני' תל-אביב.

הציפייה היא שהטיפול הניתן ע"י האחיות ישקף את הערכים הללו.

קיום מחקר בכיוון שהועלה, אפשרי באמצעות התקשורת בין הצוות הסיעודי לבין המטופלים. לפיכך, מוצע לפתח ניתוח משני MENDES, (1994)⁽⁶⁾ של אפיזודות שבהן התקיים קשר מילולי בין אחיות ומטופלים שנתקבלו לבית חולים אוניברסיטאי ולדון בממצאים תוך תמיכה בזכות החולים להיות מטופלים בכבוד כאשר אושפזו במוסדות בריאות.

שיטה

הנתונים האמפיריים שעליהם התבסס הניתוח נלקחו מתוך מחקר שפותח בבית חולים אוניברסיטאי בברזיל. השתתפו בו 10 מטופלים אשר נצפתה התנהגותם המילולית. איסוף הנתונים נמשך חמישה ימים, החל מרגע האשפוז. הנתונים סווגו לפי התיאוריה של BALES (1970)⁽¹⁾ וקטגוריות מערכת האינטראקציה. מערכת זו מאופיינת על-ידי 12 קטגוריות הנחלקות לשלושה תחומי תגובה: חיובי, נייטרלי ושלילי.

ממצאים ודיון

במשך 400 שעות, נצפו 8,036 יחידות אינטראקציה בין המטופלים הנחקרים והצוות הסיעודי. הנתונים בתרשים מס' 1 מראים את דפוס האינטראקציה בין הנחקרים, ומצביעים על עדיפות ברורה (85.4%) של המקרים בתחום הנייטרלי (קטגוריות 4 עד 9), לעומת 8.4% בתחום החיובי (קטגוריות 1 עד 3), ו-6.1% בתחום השלילי (קטגוריות 10 עד 12). כאשר מתייחסים לקבוצות האינטראקציה של המטופלים מתבהר כי ההשתנות של התחום הנייטרלי היא בטווח שבין 79.3% ל-90.2%. תוצאות אלה מצביעות על דפרסונליזציה וסטנדרטיזציה, או על כך שהאינטראקציה עם המטופלים מניחה מראש שהם זהים, כי ניתן להשביע את רצונם בצורה דומה, וכי הם בעלי ריטואל ו"תזמון" זהה. מכאן שכבר מראש נקבעת רוטינה אחידה. מאידך, אם ההתערבות תואמת את דרישות המכשור במצב הקליני אזי ההתערבות אינה עולה

המשבר במערכת הבריאות כתוצאה מניהול לא יעיל והדרכה לא יעילה של משאבים אנושיים משפיעים על זכות המטופל לקבל טיפול המאופיין בכבוד כאדם וכאזרח. בכל אופן הטיפול מוגבל ומתבסס רק על הטיפול הישיר, הניתן לאדם במצבו כחולה.

GARAY (1997)⁽⁴⁾ מדגים מצב המאשר כי המשבר ביחסי רופא-חולה הנובע מאיבהירות ההגדרה מהו פטרנליזם רפואי. זאת-מלבד תלונות המטופל הנובעות מיחסים רוויים במתח בין שני הצדדים. גישה זהה הביעו NAJAND & ALVAREZ (1997)⁽⁷⁾, בהתייחסותם למדינות כארצות הברית, קנדה וארצות בצפון אירופה.

מצב זה יכול להשתקף בפעילות של האחיות כמו אימוץ גישה פטרנליסטית במתן טיפול סיעודי, או באוטונומיה פרופסיונלית מוגזמת, ללא התחשבות בזכות המטופל לחופש, לאוטונומיה, וזכותו להסכים לטיפול הניתן לו.

למרות ההבדלים הבולטים בין רפואה וסיעוד, חשוב לזכור כי בין שני המקצועות ישנה תלות הדדית והאספקטים שהוזכרו קיימים בשתייהן. בה בעת חשוב לציין את ההבדל הברור בין רפואה וסיעוד לפי CHINN (1983)⁽³⁾. המיקוד של הרפואה הוא בהתערבויות הפרמקולוגיות והניתוחיות, והיא רואה ביחסים הבינאישיים גורם משלים את ההתערבות של מכשור טכנולוגי. מנגד, בתחום הסיעוד, מסתכלים על ההסתייעות בטכנולוגיות ובמכשור כשולבים ביחסים הבינאישיים שהם בסופו של דבר חיוניים ומרכזיים.

לפי MELEIS (1997)⁽⁵⁾ הפרספקטיבה הסיעודית ידועה כחלק של מדעי החברה, עם אוריינטציה מעשית ומסורת של טיפול איכפתי.

כדיסציפלינה בעלת אוריינטציה בריאותית, שמקובל לראותה כמקצוע המבוסס על הנחות-יסוד של מדעי החברה,

בקנה אחד עם הדרישות הבין-אישיות של אותו מצב.

באופן פרדוקסלי, תוצאה זו סותרת את בסיס הידע התיאורטי בסייעוד אשר על פיו תקשורת, סולידריות וחופש הם הערכים הבסיסיים של המקצוע. המחויבות העצומה למשימות של המקצוע מאפיינת מודל טיפולי שאינו פתוח במידה מספקת לתקשורת בתחום הסוציו-רגשי. מה שנצפה במחקר מצביע על מתן העדפה לביצוע המשימה מהאספקט התפקודי, בביה"ח שבו בוצע המחקר. רוב האינטראקציות היו מורכבות מפקודות שהמטופל קיבל בקשר לטיפול, בצורה של משימות שהצוות הסיעודי ביצע כדי להעניק את הטיפול. לא ניתן מקום לשיתוף והסכמה עם המטפל על הטיפול שיינתן. כמו כן לא ניתנו תשובות לביטויי החרדה, מתח וחוסר הביטחון שהפגין המטופל.

בעמוד הבא מובא תרשים מס' 1: אחוזי האינטראקציה שהוצגו ע"י המטופלים ($I0 = N$) בכל אחת מהקטגוריות של BALE⁽⁴⁾.

TREVIZAN (1988)⁽⁹⁾ הראה שמעמד האחות במערכת, הוא משני ותפקודיה כפופים לסדרי בית-החולים. הוא מצביע על אלטרנטיבה שמפשרת בין ההשקפה המקצועית לבין ההשקפה המוסדית, מחמת התלות ההדדית שביניהן ומאמין ביכולת האחיות למלא אחר דרישות הממסד מבלי להפחית את יכולתן המקצועית, את הסמכותיות והיעילות והיכולת לכוון את הפעילויות שלהן.

בתחום האתיקה, זהו העיקרון של האוטונומיה והאחריות. עוד במאה השישית BOECIO הגדיר את המטופל בתור "ישות רציונלית האחראית למעשיה". זוהי הגדרה משפטית, אופיינית לנצרות.

האוטונומיה (אוטו=לעצמו/לעצמה, נומיה=חוק, דהיינו היות האדם בעל חוק לעצמו) היא תולדה של כבוד הפרט. האדם הוא בעל ערך בעיני עצמו ואינו זקוק לאדם אחר שיעניק לו ערך מחמת היותו רציונלי. כי הרי כדי להיות רציונלי, משמעו בראש וראשונה שהאדם מודע לדברים שהוא עושה. כבוד האדם טמון במודעות שלו לגבי עצמו.

התודעה מתבססת על ממד נוסף של כבוד הפרט: החופש. זוהי היכולת לבחור בין אלטרנטיבות. אצל אדם רציונלי נעשית הבחירה הזו על-פי סיבות, ובלעדיהן יפעל אותו אדם בשרירות-לב, כתינוק. להיות חופשי היא היכולת לדעת מה אנו עושים ולמה אנו עושים זאת. זהו ממד אנושי. המטופל שנמצא בטיפולו הוא חלש כתוצאה מהלחצים והכאבים הרבים המופעלים עליו ובכל זאת יש לו כבוד. כשהוא מביע את רצונו והסיבות השונות המניעות אותו, חשוב שנמשיך

ונקיים דיאלוג עמו, כדי שההחלטות תתקבלנה במשותף, או לפחות בהסכמה.

במקרים קיצוניים, כאשר המטופל אינו מסוגל לתקשר שומה עלינו לזכור כי לאדם הזכות לכבוד עצמו, וכאמור בשבועת היפוקרטס: עקרון החסד (לעשות את המיטב לזולת, המטופל), ולהמנע מעשיית הרע לחולה, החלש).

כאשר המטופל מאבד את ההכרה ואינו מסוגל לדבר, עלינו להטות אוזן קשבת לשתיקתו הזועקת ליחס צודק, שיויון והזכות להגיב. אנו מאמינות, כי בהשוואה לכל מקצוע בתחום הבריאות, לאחיות יש הכשרה והזדמנויות להמחיש את המודעות שלהן לזכות החולה לקבל טיפול בכבוד. יותר מכך, לאחיות ישנה

היכולת לעודד את הזכות הזאת במהלך עבודתן ולהשפיע בכך על עובדי רפואה אחרים.

כפי שצוין ע"י TREVIZAN & MENDES (1995)⁽⁸⁾ כמובילות של צוותי סיעוד, האחיות מקבלות על עצמן להנהיג את הטיפול והן העוגן המקורי ליצירת מגע אינטימי ומתמשך עם המטופלים, למרות מעורבותן בטכנולוגיה ובבירוקרטיה בבית החולים. בהיותן אחראיות לתת טיפול אישי לכל חולה, יש להן הזדמנות לכוון, להסביר ולעדכן את המטופל בכל הנוגע לתהליכים אשר הצוות הסיעודי ינקוט בהם בשיתוף המטופל ולטובתו.

אם המטופל יכול להשתתף, לתקשר ולהבין את המידע שהוא מקבל, אזי הוא יכול להשתתף בקבלת ההחלטה על הטיפול.

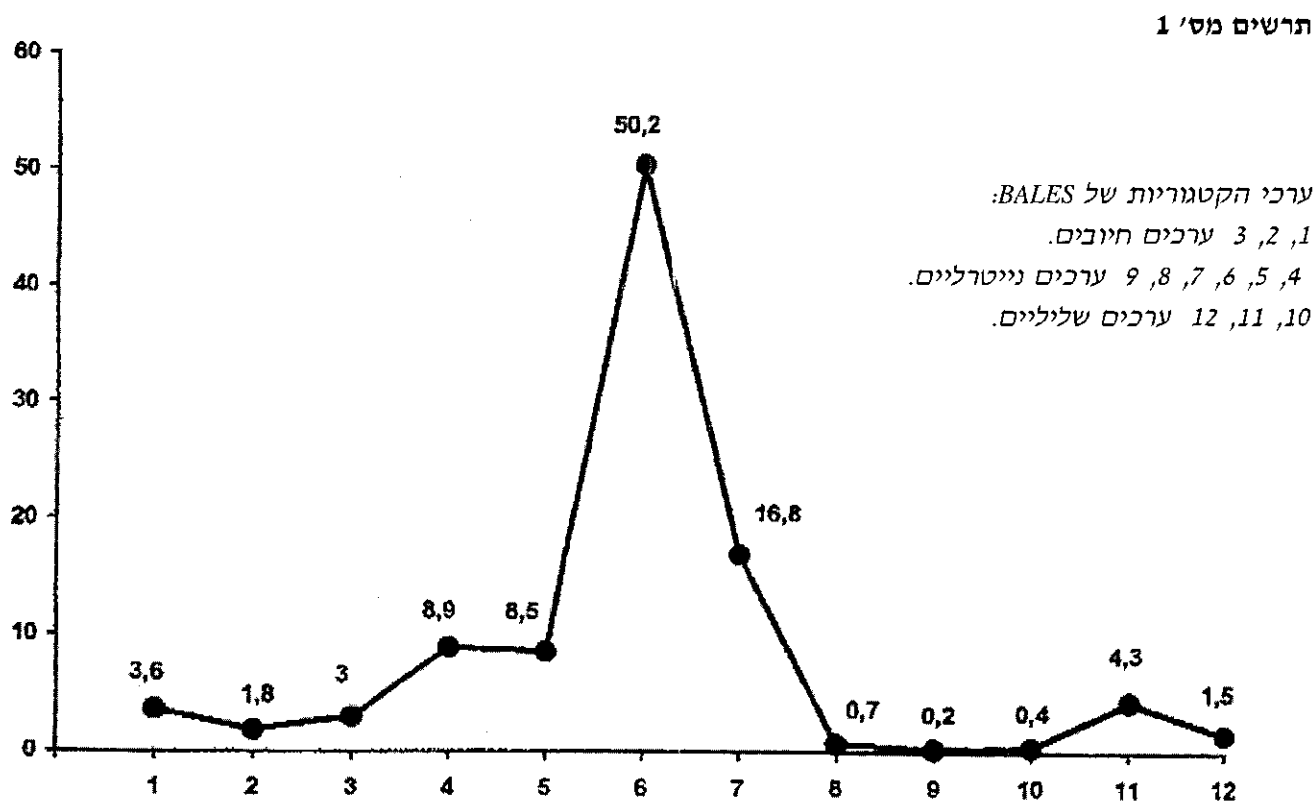
המטופל ישתמש בזכויותיו וכבודו ישמר. זהו המאפיין הספציפי של הטיפול הסיעודי. לפי CARLOS (1997)⁽²⁾ ראיית הפרט היא כוללנית ודינמית, וקיים שיתוף פעולה מתמשך כדי להשיג איזון מקסימלי ורווחה נפשית לבריאות הפרט.

לפיכך, ייחודיות הטיפול תתבטא ע"י התערבויות של תמיכה, עידוד ותגמול, המונעות ע"י מגוון תחומים של הטיפול הסיעודי: טיפול רגשי, אתי, חברתי-תרבותי, תרפויטי וטכני.

אנו יכולים להסיק מהניתוח הנדון, כשם שהודגש ע"י GARAY (1997) כי הצוות הסיעודי חייב להתעקש על הקישור האנושי, המבוסס על זכויות האזרח אשר תשלב גורמים נוספים במערכת הטיפול, ואלה יחליפו את הגישה הפטרנליסטית והאוטוריטרית. אם נתייחס לסיעוד כמחויבות, נצטרך לאמץ גישה, או פילוסופיה טיפולית שתהיה מאופיינת בהומניות. הפעילויות המקצועיות יונחו על בסיס תפיסת המטופל כאדם, לקידום רווחת הפרט כבעל כבוד עצמי.

6. MENDES, I.A.C. – Enfoque Humanístico a Comunicacao em Enfermagem. (Humanistic Focus to Nursing Communication). Sao Paulo, Sarvier, 1994.
7. NAJAND, A; ALVAREZ, A – Hospitales Publicos y Libertades Individuales de los Pacientes. (Public Hospitals and Individual Right of the Patients). Rev. Latinoam. Der. Med. Medic. Leg 1 (2)/ 2(1): 23-29, 1996/1997.
8. TREVIZAN, M.A; MENDES, I.A.C – Perspectives of Participative Management in Nursing. Applied Nursing Research, 8 (4): 156-159, 1995.
9. TREVIZAN, M.A – Enfermagem Hospitalar: Administracao e Burocracia. (Nursing: Administration and Bureaucracy). Brasilia, Ed. UNB, 1998.

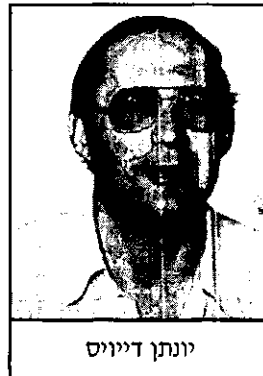
1. BALES, R. S Personality and Interpersonal Behavior. New York Holt, Rinehart and Winston, 1970.
2. CARLOS, M.B Cuidar em Enfermagem: Uma Dimensao do Futuro. (Nursing care: A Future Dimension). Sinais Vitais, 11: 42-47, March 1997.
3. CHINN, P.L. Nursing Theory Development: Where We Have Been and Where We Are. IN: CHASKA, the Nursing Profession: a time to speak. New York: McGraw-Hill Book Company, 1983. Pp.394-405.
4. GARAY, A – Que Derechos Tiene el Paciente? (What Are the Patients' Rights?) Rev. Latinoam. Der. Med. Medic. Leg 1 (2)/ 2(1): 9-12, 1996q1997.
5. MELEIS, A. I. – Theoretical Nursing: Development and Progress. Philadelphia, Lippincott, 3rd ed, 1997.



רפואה ומשפט גיליון מס' 20 - מאי 1999

חידושי פסיקה

רשלנות רפואית והתישנות - גישות חדשות בשפיטה



יונתן דייז

במישור שהייתה נהוגה אז, יש טווח טעות של 10%. **שנית**, במהלך האשפוז ועד ללידה לא נרשמה בדיקת דופק העובר, להעיד על מצוקת העובר. בית המשפט דחה את טענת הנתבעים כי באותה עת מקובל היה שלא לרשום תוצאות בדיקות שגרתיות ללא ממצא פתולוגי, וציין כי היה נוטה לקבל את טענת האחות כי במקרה זה פעלה באופן שגורתי, כפי שהיא פועלת תמיד ובדקה את הדופק שהיה תקין, אלמלא נרשמו בגיליון האם גם תוצאות של בדיקות שגרתיות שלא היו בהן ממצאים פתולוגיים. לפיכך, דחה את הטענה. **שלישית**, לא ניתן לתובע טיפול מתאים לאחר שהופיעו הפרכוסים והוא הועבר לביה"ח רוטשילד באיחור ניכר, לכל המוקדם 6 שעות לאחר גילוי הפרכוסים.

את הקשר הסיבתי בין שני הגורמים הראשונים - התייחסות ללידה כאל לידה רגילה ואי רישום דופק העובר - לנזק, ביסס בית המשפט בכך שאילו בדקה המיילדת את גודל העובר, הייתה מעריכה שזהו עובר גדול, ומזמינה רופא להתייעצות. זה היה וודאי בודק את דופק העובר, מגלה מצוקה עוברית, מתערב בלידה ובכך מונע את נזקו של המערער.

אשר לקשר הסיבתי שבין הפרכוסים לנזק, ציין בית המשפט "בכל מקרה גם אם נניח כי הרשלנות בכל הקשור למהלך הלידה איננה הגורם לנזק, בטיפול או חוסר הטיפול שלאחר הלידה כאשר התובע סבל מתשניק, היה כדי להחמיר את מצבו של התובע. ... די בכך שהתנהגות הנתבעים הגדילה את הסיכון כדי שניתן יהיה לקבוע קיומו של קשר סיבתי בין התנהגותם ובין נזקי התובע".

בית המשפט העליון (כב' הש' שטרסברג - כהן) פסק קיימות שלוש אפשרויות עקרוניות להתהוותו של הנזק המוחי אצל התובע: האחת, כי נזקו נגרם עקב תהליכים בשלבים המוקדמים של ההריון ואשר אין בינם לבין מעשי הנתבעים דבר; השניה, כי הנזק נגרם במהלך הלידה (עקב רשלנותם של הנתבעים או שלא ברשלנותם); השלישית, כי הנזק נגרם או הוחמר לאחר הלידה, עקב הפרכוסים.

בית משפט קיבל את הממצאים העובדתיים שקבעו כי הייתה זו לידה ארוכה וקשה, ללא צוות מיומן וללא פיקוח רפואי.

החודשים האחרונים הניבו יכול של פסיקה חדשה בתחום המשפט הרפואי המגוון, אותה נציג להלן, במיוחד ראויים לציון פסקי הדין בתחום הרשלנות הרפואית.

רשלנות רפואית: נזק מיילדותי בלידה וסמוך לה
ע"א 2807/96 א.ל.מ.א. ב"ח איטלקי נ' עטה חרדאן ואח'

העובדות

התובע סובל מפיגור שכלי קל עם סימנים של שיתוק מוחי, לאחר שנולד בבית חולים של המערערת בלידה נרתיקית, במשקל 4350 גרם. הלידה ארכה כ- 9 שעות. התובע נולד במצב של תשניק עם בליעה של מי שפיר, בציון אפר 2. בוצעה בו הנשמה וכן נשאבו מי השפיר. לאחר טיפול נשם התובע בכוחות עצמו ולא נזקק להנשמה. הלידה לוותה על-ידי מיילדת ללא התערבות או התייעצות עם רופא. בלילה הופיעו אצל התובע פרכוסים. לא קיבל כל טיפול תרופתי או אחר לפרכוסים. בבוקר, בו החלו הפרכוסים, הועבר הרך הנולד לבית החולים רוטשילד.

בית המשפט המחוזי מצא רשלנות בשלושת אלה: **ראשית**, בשלב שקדם ללידה, התייחס בית החולים אל הלידה כאל לידה רגילה. לא התייעצו עם רופא ולא הייתה כל התערבות של רופא. ביהמ"ש קבע כי גם אם נקבל את הטענה שעובר "גדול" המחייב התייחסות מיוחדת הוא במשקל 4.5 ק"ג ואילך (ואילו התובע נולד במשקל 4350 גרם בלבד), היה על הרופאים להתייחס לעובר כאל עובר גדול, מאחר ובבדיקה

רפואה ומשפט גיליון מס' 20 - מאי 1999

כן קיבל את הטענה שהנזק המוחי נגרם במהלך הלידה, עקב תשניק, אותו היה בידי הנתבעים למנוע, אילו התערבו במהלך הלידה וזירזו אותה ועקב אי מתן טיפול נאות לרך הנולד משהחלו הפרכוסים לאחר הלידה.

די בקביעות העובדתיות הנ"ל כדי לבסס את אחריותם של הנתבעים לנזקו של התובע.

בית המשפט קבע כי התובע סבל מתשניק בלידתו, כי ההסתברות הגבוהה ביותר היא שהתשניק נגרם עקב סיבוכים במהלך הלידה וכי ניתן היה למנוע נזק זה לו נתגלתה מצוקת העובר מוקדם יותר;

א. הילד היה גדול, וקרוב למה שקרוי "עובר גדול" המחייב התייחסות מיוחדת.

ב. הלידה הייתה קשה וממושכת.

ג. התובע נולד עם ציון אפגר 2 שהוא ציון נמוך במדרג ציוני מצב חיוניות הרך הנולד. לא ברור כמה דקות היה האפגר נמוך עקב אי רישום, אך מן העובדה שהיה צורך בהחייאה ארוכה עד לנשימה עצמונית של היילוד, סביר להניח כי האפגר היה נמוך לזמן ארוך יחסית.

ד. העובדה כי אין בנמצא רישומים על דופק העובר במהלך האשפוז ועד ללידה.

ה. יש משום רשלנות בכך שלא טיפלו בתופעת הפרכוסים של היילוד במשך שעות ארוכות והעבירו אותו רק למחרת הבוקר לבית חולים רוטשילד למרות שהפרכוסים החלו ערב לפני כן.

הערעור והערעור שכנגד לעניין גובה הנזק נדחו.

* * *

רשלנות רפואית: טיפול והשגחה על היילוד לאחר הלידה
ע"א 3263/96 קופת חולים הכללית נ' ינון שבזדי, קטין ואח' וערעור שכנגד

העובדות

1. התובע נולד בבית החולים "כרמל" בחיפה ביום 30.5.88, בשבוע ה-29 להריון, כשהוא שוקל 1,190 גרם. בשל מצוקה נשימתית ממנה סבל, נזקק התובע להנשמה מיד עם לידתו. במשך שבעת הימים הראשונים הונשם באמצעות קנה הנשמה, ובמשך שלושה ימים נוספים קיבל חמצן. בנוסף להנשמה היה התובע מחובר במהלך שבעת הימים שלאחר לידתו,

לקטטר טבורי, והוזן בנוזלים דרך הוריד. רק בסמוך להוצאת הקטטר הטבורי, כעבור שבעה ימים מיום הולדתו, החל התובע לקבל מזון דרך הפה.

במלאת לתובע כשלושה שבועות, ביום 20.6.88, הופיעו אצלו סימני דלקת מעיים נמקית (להלן: NEC). לאחר שהטיפולים שקיבל לא הועילו, נותח התובע ביום 21.6.88 בשל מחלת נמק המעיים (להלן: הניתוח הראשון). ניתוח זה, אשר בוצע על ידי רופא בית החולים, ד"ר קובץ, כלל כריתת חלקי המעי שנמקו. בנוסף, סודר לתובע פתח צדדי לצורך יציאה של הפרשות המעיים (להלן: אילואוסטומיה או הפיום).

לטענת הנתבעת, לאחר הניתוח הראשון החל התובע להתאושש באופן איטי מאוד, כשהוא משלשל ומפסיד כמויות גדולות של מלחים ונוזלים דרך הפיום. עם זאת, אין חולק כי בסופו של דבר התאושש התובע באופן משביע רצון, החל לקבל מזון דרך הפה ועלה יפה במשקל.

2. ביום 18.8.88, כחודשיים לאחר שבוצע הניתוח הראשון, וכאשר משקלו 2,200 גרם, נותח התובע שוב, גם הפעם על ידי ד"ר קובץ. ניתוח זה כלל את סגירת האילואוסטומיה ואת השקת שני חלקי המעי (להלן: הניתוח השני). מכאן ואילך, על פי טענת הנתבעים, החלה ההתדרדרות במצבו של התובע. הוא חדל להפריש הפרשות מעיים, בטנו תפחה והוא התקשה בנשימה.

כחמישה ימים לאחר הניתוח השני, ביום 23.8.88, התגלה הצורך לנתח את התובע בשלישית, לטענת הנתבעת בשל אי תפקוד של ההשקה וסימני דלקת הצפק (להלן: הניתוח השלישי). ניתוח זה כלל שוב כריתת של חלקים מהמעי ופתיחת פיום חדש.

התובעים טוענים, כי מיד לאחר הניתוח השלישי ובמשך החודשים שאחריו, היה מצבו של התובע קשה. הוא לא יכול לעכל מזון כלשהו ונזקק לעירווי נוזלים תוך ורידיים. בנוסף, סבל התובע מדלקות וזיהומים קשים ועבר טיפולים כירורגיים שונים בבית החולים.

ביום 8.1.89, לאחר כ-11 חודשי אישפוז בבית החולים, הועבר התובע לבית החולים רמב"ם בחיפה, שם בוצעו ניתוחים נוספים בבטנו במחלקה לכירורגיית ילדים, בנוסף לטיפולים שונים שקיבל.

כיום סובל התובע מפגיעה מוחית, המתבטאת בפגיעה

רפואה ומשפט גיליון מס' 20 - מאי 1999

הפרשת רשלנות רפואית: טיפול והשגחה על היילוד לאחר הלידה

מוטורית, בעיקר קשיי הליכה, ובפיגור שכלי.

בית המשפט המחוזי בחיפה (כב' השופט ח' פזם) קבע, כי הטיפול בתובע בבית החלים היה רשלני וכי הנתבעת חבה במלוא נזקיו של התובע עקב הפגיעה המוחית שנפגע. את קביעתו בדבר קיומה של רשלנות סמך בית המשפט המחוזי על שלושה: א. הבחירה בכירורג כללי ולא בכירורג ילדים, לביצוע הניתוח השני, בפרט כאשר מדובר בפג; ב. ביצוע הניתוח השני לסגירת האוסטומיה בעיתוי מוקדם מדי; ג. אי ביצוע הבדיקות הנדרשות טרם ביצוע הניתוח השני.

כנגד קביעה זו של בית המשפט המחוזי, העלתה המערערת מספר טענות. האחת, כי לא מתקיים קשר סיבתי בין העובדה שהתובע נותח על ידי כירורג כללי (בעל ניסיון בניתוח קטינים) לבין נזקיו, וכי לא היה מקום למנוע מאותו רופא, שביצע את הניתוח הראשון כשורה, לבצע גם את הניתוח השני אך ורק מהסיבה שהוא אינו כירורג ילדים. השניה, כי אף לשיטתו של המומחה מטעם המשיבים, קיימת מחלוקת בספרות באשר לעיתוי הנכון לסגירת אוסטומיה בתינוקות, ואף אם לדעתו של מומחה זה נעשה הניתוח השני מוקדם מדי, הרי שזו העדפתו האישית, שסטיה ממנה אינה מהווה רשלנות. כן טוענת הנתבעת, כי לולא בוצע הניתוח השני במועד בו בוצע, היה התובע חשוף לסכנה של צחיחות, שכן איבד נוזלים ומלחים. לבסוף טוענת הנתבעת כי לא הוכח כל קשר סיבתי בין אי ביצוע הבדיקות הנדרשות עובר לביצוע הניתוח השני לבין נזקי התובע. כל אלה מחייבים, לשיטתה של הנתבעת, את המסקנה כי הצוות הרפואי של בית החולים שטיפל בתובע לא התרשל. ומכל מקום, אין כל קשר סיבתי בין התרשלותו, אם הוכחה, לבין הנזק המוחי שנגרם לתובע.

בית המשפט העליון (כבוד השופט ת. אור) פסק:

לאחר עיון בחומר ובטענות בעלי הדין, קובע השופט ת. אור כי אין להתערב במסקנת בית המשפט המחוזי, כשקבע את אחריות הנתבעת לפצות את התובעים על נזקי התובע כתוצאה מהפגיעה המוחית בה נפגע.

ביצוע הניתוח השני על ידי כירורג כללי

בהסתמכו על חוות דעתו של המומחה מטעם התובעים, פרופסור כץ, קיבל בית המשפט את טענתו, לפיה הנתבעת התרשלה בכך שאת הניתוח השני, לסגירת האילואוסטומיה, ביצע כירורג כללי ולא כירורג ילדים. זאת, בהתבסס על כך

שמדובר בפג ובניתוח שהוא אלקטיבי על פי סוגו, כך שלא היתה מניעה להעביר את התובע לטיפולו של כירורג ילדים מוסמך במחלקה לכירורגיית ילדים בבית החולים רמב"ם בחיפה, כפי שאכן נעשה בסופו של דבר.

לטענת בא כוח הנתבעת, אין בעצם ביצוע הניתוח על ידי כירורג כללי, להבדיל מכירורג ילדים, משום התנהגות רשלנית מצידה של הנתבעת. זאת, בשל העובדה שהמומחיות של כירורגיית ילדים היא מומחיות חדשה, באופן יחסי, וכי כירורגים כלליים ניתחו ילדים בעבר, מבלי שהייתה זו רשלנות מצידם. יתירה מזאת, לגישתו של בא כוח הנתבעת, הרופא שביצע את הניתוח השני, כירורג כללי בעל ניסיון בניתוחי ילדים, הוא אותו רופא שביצע את הניתוח הראשון בהצלחה (לכל הדעות) ולא הייתה כל סיבה למנוע ממנו את ביצועו של הניתוח השני.

מועד ביצועו של הניתוח השני

בהסתמך על חוות דעתו של פרופסור כץ, המומחה מטעמם, טענו התובעים בפני בית המשפט כי ד"ר קובץ טעה כשהקדים לנתח את התובע, בלא שנמצאה לכך הצדקה רפואית. לטענת הנתבעת, ביצועו של הניתוח השני במועד בו בוצע היה הכרחי, שכן התובע איבד מלחים ונוזלים מפיוס ה-ILEUM, ועמד בפני סכנה של צחיחות. את טענתה זו תמכה הנתבעת בחוות דעתו של פרופסור בר-מאור, שהסתמך על הגיליון הרפואי של התובע מבית החולים. גיליון רפואי זה, המתאריך לתקופה הקרובה שלפני הניתוח השני, לא נמצא ולא הוצג בפני בית המשפט.

כאמור בע"א 6330/96 בנגר נ' בית החולים הכללי על שם ד"ר הלל יפה, חדרה, תקדין-עליון 1190 (249), אי שמירתם של רישומים רפואיים מהווה מחדל רשלני העלול לגרום לתובעים "נזקי ראיית" שאינו ניתן לתיקון, ויש בו כדי להעביר אל הנתבעת את הנטל לשלול את קיומה של הרשלנות מצידה. דעתי היא, כי הנתבעת לא עמדה בנטל זה.

בענייננו, חסר גיליון רפואי אשר היה בו כדי לספק אינפורמציה חשובה באשר לנסיבות שקדמו לביצועו של הניתוח השני. בגיליון רפואי זה היה כדי לסייע לבית המשפט לקבוע ממצאים בשאלת אובדן המלחים והנוזלים של התובע,

ובשאלת הצורך בביצוע הניתוח השני במועד בו בוצע. למעשה, אכן היה בפני פרופסור בר-מאור חלק מהרישומים הרלבנטיים. הנתבעת לא הציגה כל רישום רפואי המעיד על העדר מלחים ונוזלים במהלך התקופה הקריטית, דהיינו בחודש ומחצה שקדמו לביצוע הניתוח השני. יתירה מזאת, הנתבעת לא הביאה כל ראיה אשר תוכל לשפוך אור על שאלת הדחיפות שבביצוע הניתוח; תהא זו עדותו של הרופא המנתח, של הרופא המטפל או כל איש צוות רפואי אחר שהיה מעורב בטיפול בתובע בבית החולים (לעניין משמעותה של אי הבאת עדים שהעובדות וההסברים היו בידיעתם, ראו ע"א 89/789 עמר נ' קופת חולים, פ"ד (מו) 1, 712, 721).

זאת ועוד. אפילו נניח כי אכן קבעו הרישומים החסרים כי התובע איבד נוזלים ומלחים, הרי שבניגוד לחוות דעתו של פרופסור בר-מאור, קובעת חוות דעתו של פרופסור כץ, שהניתוח נעשה מוקדם מדי. בהתחשב בממצאים אלה, סבר פרופסור כץ כי ניתן היה להתגבר על אובדן המלחים והנוזלים בדרכים חלופיות ולהמתין עם ביצוע הניתוח השני. בית המשפט המחוזי ראה להסתמך על דעתו של פרופסור כץ בעניין זה, וביהמ"ש העליון לא התערב בממצא זה.

לאור דברים אלה, ולאור כל הראיות שהובאו בפניו, קבע בית המשפט המחוזי כי הניתוח השני בוצע מוקדם מדי. השופט אור קבע על כן, כי אין מקום להתערב בקביעתו, לפיה הייתה התרשלות בביצוע הניתוח לסגירת הפיום, הניתוח השני, מוקדם מדי.

הקשר הסיבתי

בית המשפט המחוזי קבע קיומו של קשר סיבתי בין הביצוע הרשלני של הניתוח השני לבין הנזק הנוירולוגי שנגרם לתובע. בקביעתו הסתמך על חוות דעתו ועדותו של פרופסור כץ. לפיה, הניתוח שבוצע במועד מוקדם וללא בדיקות מוקדמות כנדרש, גרם להרעה במצב התובע אשר עד לניתוח השני, משך חודשיים וחצי, נראה כפג המתפתח יפה. בגלל העדר בדיקה רנטגנית לפני הניתוח השני, לא נתגלה שיש הצרויות בחלק המעי הרחיקני, העובדות שעד הניתוח השני התובע התפתח יפה, ובבדיקת אולטרה-סאונד לא התגלה כל הידרוצפלוס או דימום במוח, ורק עם הניתוח השני ובעקבותיו חלה ההדרדרות כמתואר לעיל, כולל, בהמשך הזמן, הדימום במוח, תומכות בקיומו של הקשר הסיבתי בין ההתרשלות שבביצוע

הניתוח השני לבין נזקו הנוירולוגי של התובע.

על פי עובדות המקרה, היה מקום לקבוע שעקב הניתוח השני, וכיון שבוצע ללא בדיקות מוקדמות ובמועד מוקדם מידי, ובשל ביצועו הלא מוצלח, נגרם זיהום בבטנו של התובע והוא נזקק להזנה דרך הוריד ולהנשמה מלאכותית. כל אלה גרמו בהמשך - כעדותו של פרופסור כץ, כמצוטט לעיל - גם להידרוצפלוס ולדימום התוך מוחי על כל תוצאותיו הקשות. זו הייתה מסקנתו של בית המשפט המחוזי, אשר העדיף את עדות פרופסור כץ והסתמך עליה, ובית המשפט העליון לא מצא להתערב בה.

* * *

רשלנות רפואית: שיעור פיצוי חריג בגין כאב וסבל בשל רשלנות ותקיפה באישה שעברה טיפולי הפריה שהריונה הופסק והיילוד נפטר.
ת.א. (ת"א) 1073/93 לאה דיין ואח' נ' קופת חולים הכללית

התובעת הייתה בת 37. עברה טיפולי הפריה ונכנסה להריון. בשל גילה עברה דיקור מי שפיר שתוצאותיו הועברו לאנגליה אך בשל תקלה היה צורך לחזור על הבדיקה. תוצאות הבדיקה הנוספת הועברו למעבדה הגנטית של של ביה"ח בילינסון. וגילו עודף של כרומוזום אחד וכי העובר סובל ממום, אלא שהתובעת לא הופנתה לבדיקות נוספות או לוועדה להפסקת הריון. רק כעבור זמן הוזמנה לבית החולים מאיר בכפר סבא לצורך ניתוח הפסקת ההריון, שבסיומו ילדה התובעת בת אשר נפטרה כמה דקות לאחר הלידה.

בית המשפט המחוזי כב' (השופט צבי כהן) פסק כי הפסקת הריון ללא ביצוע בדיקות דם מקדימות אשר יאשרו את החשד לפגם גנטי, מהווה רשלנות. הרופאים המטפלים התרשלו גם בכך שלא התייעצו עם גנטיקאי. חוסר ההתייחסות של הרופאים לעמדת ההורים מעבר לכך שמהווה עוולה של תקיפה יש בו משום זלזול כלפי התובעת והעובר שנשאה בקרבה. חומרת ההתרשלות מתחזקת נוכח ניסיונותיהם הבלתי נלאים של בני הזוג ללדת וטיפול ההפריה שעברה התובעת במשך שנתיים והיחס המזלזל שגילו הרופאים הרופאים כלפי בני הזוג. בית המשפט הביע שאט נפש מהתנהגות הרופאים אשר פנו להפסיק את ההריון מבלי לברר את תוצאות בדיקת מי השפיר, על כך הוסיף השופט שהתנהגות כזו עלולה להזמין את האמרה "הטוב שברופאים

לגיהנום".

שנפסק. בית המשפט אימץ את ההלכה שנפסקה ב**ת.א.י-8**) 733/94 **דונין נ' קופת חולים** (כב' השופטת י. צור), לפיה החלטת הורים שלא לבצע הפסקת הריון או שלא למסור את ילדם לאימוץ אינה יכולה להיחשב כאי עמידה בנטל הקטנת הנזק; גם אם בני הזוג לא רצו בילד ועשו כל שניתן כדי למנוע ההריון, הרי שמרגע שקיים הריון נוצר מצב חדש ואין לדרוש הפסקתו. בית המשפט שלערעור ראה להכיר בעילה של "הריון בעוולה" שמשמעותה עוולה שכתוצאה ממנה נולד ילד בריא, גם ע"פ חוק יסוד כבוד האדם וחירותו תשנ"ב 1992, וכן ע"פ הזכות לתכנון המשפחה. לפיכך קבע כי אין לקבוע כי ביצוע ההפלה ניתק את הקשר בין העוולה לתוצאה שמשמעותה לידת ילד בריא.

בעניין הערכת הפיצויים קבע בית המשפט כי העקרון המנחה בהערכת הנזק אינו עצם לידת הילד, אלא הפגיעה באינטרס המוגן של ההורים לבטחון כלכלי של משפחתם ולתכנון משפחתם. ביהמ"ש אמד את הפיצוי והעמיד אותו על סך 70,000 ש"ח. לעומת זאת התקבל ערעור המשיבה לעניין פסיקת הפיצויים בגין כאב וסבל, בסך 15,000 ש"ח, כך שהסכום שנפסק בבית משפט המחוזי בא במקום הסך שנפסק בבימ"ש השלום.

* * *

רשלנות רפואית: אחריות רופא חדר מיון

ע"א 7003/96 פגירי כוכבה נ' המרכז הרפואי "שערי צדק"

העובדות

המערערת חשה כאבים חזקים בבטן ובמותן הימנית וכן סבלה מדקירות, חולשה חזקה ובחילות. בלעה כדור אקמול ונרדמה לשעה-שעתיים. כשהתעוררה סבלה מסחרחורות ובחילה, ונטלה כדור אקמול נוסף. המערערת פנתה למחלקת המיון במרכז הרפואי "שערי צדק", עם מכתב הפניה של רופא המשפחה.

בחדר המיון נבדקה על ידי מנהל מחלקת המיון, ד"ר י' אדלר, ועברה סדרה של בדיקות גופניות ובדיקות מעבדה, וצילום בטן ריק. צילום הבטן הריק לא הראה ממצאים כשעתיים לאחר קבלתה למיון שוחררה לביתה על ידי רופא חדר המיון. בגיליון השחרור לא נכתבה התוצאה של ספירת הדם.

למחרת חשה המערערת ברע. חומה עלה ל-40°, ועל פי הוראת

בית המשפט העריך את הפיצוי הכספי בשים לב לכאב והצער של ההורים, בדרך היסורים שעברו בתהליך טיפולי הפוריות, שיבוש חייהם והעובדה שהתובעת לא תוכל להרות עוד והורה לשלם לתובעת האם סך של - 600,000 ש"ח ולתובע האב סך של - 600,000 ש"ח ובסה"כ - 1,200,000 ש"ח בגין כאב וסבל, סכום הכולל גם את הסכום המגיע לעזבון הבת שנולדה להם בשל קיצור תוחלת ואובדן חייה. כמו"כ פסק בית המשפט לתובעים פיצוי בגין הפסד השתכרות בסכום כולל של - 45,000 ש"ח בצירוף ריבית ממועד יצירת הנזק, וכן שכ"ט עו"ד והוצאות.

* * *

עיקור רשלני: ערעור על פסיקת בימ"ש השלום בעניין הקשר הסיבתי והפיצויים.

ע"א (ת.א.) 1323/96 אליס טפירו ואח' נ' קופת חולים הכללית

העובדות

המערערים הם הורים לשלושה עשר ילדים, האחרון - מאור - נולד לאחר שבלידתה הקודמת עברה האם המערערת - ניתוח קשירת חצוצרות ע"מ למנוע כניסתה להריון. חרף הניתוח המערערת הרתה ולמרות שהועדה להפסקת הריון אישרה את הפסקת ההריון החליטו בני הזוג להמשיכו.

בית משפט השלום ברמלה (כבוד השופט א. טל) דן בתביעה, קבע כי המשיבה ביצעה עוולה של תקיפה כלפי המערערת זאת מאחר שהסכמתה לביצוע הניתוח ניתנה שלא מדעת, כלומר ללא שהרופא העמיד אותה ואת בעלה בפני האפשרות של כניסה להריון על אף הניתוח. כמו"כ קבע בית המשפט קמא כי הייתה רשלנות בביצוע הניתוח, ובאי שליחת קטעי הרקמות לבדיקה פתולוגית ע"מ לוודא שאכן מדובר ברקמה מן החצוצרות. בעקבות כך פסק בית המשפט למערערים פיצוי בסך 15,000 ש"ח. הסכום הנמוך נפסק לאחר שנשלל הקשר הסיבתי בין ההתרשלות והנזק כי מאחר וההריון הבלתי רצוי נתגלה בשלב מוקדם, לא הייתה מניעה רפואית לבצע הפלה, ורק התנגדות המערערים היא שהביאה להמשך ההריון.

בית המשפט המחוזי (כב' השופטת מ. רובינשטיין) קיבל את הערעור, הן בשאלת הקשר הסיבתי והן בעניין שיעור הפיצויים

רפואה ומשפט גיליון מס' 20 - מאי 1999

הדם ניתן היה לקבל תוך זמן קצר, ממצאי תרבית השתן מתקבלים רק כעבור 48 שעות).

לתוצאות של ספירת הדם ושל מהירות הדופק חשיבות רבה בקביעת האבחון הרפואי בדבר קיום זיהום. לכן צריך להסיק משילובם של דברי המומחים כי רופא חדר המיון לא נהג כשורה שעה שלא עיכב את שחרורה של המערערת. מסקנת ביהמ"ש כי "על פי המידע שהיה בידי הרופא כשיחזר את התובעת - לא חשד ולא היה צריך לחשוד כי מדובר בזיהום, אלא בעווית כלייתית", אינה עומדת בפני הביקורת; כי הרי הנחתו של בית המשפט הייתה כי בידי הרופא לא הייתה התוצאה של ספירת הדם. כאמור, הצירוף של ממצא ספירת הדם ומהירות הדופק צריכים היו לעורר חשד לזיהום. לכן רופא חדר המיון התרשל בכל אחת משתי החלופות האפשריות: או שממצא בדיקת הדם היה בפניו ולא שם ליבו אליו, או שהממצא לא היה בפניו, אך צריך היה לדאוג לקבלת התוצאה של ספירת הדם לפני שחרור המערערת. לתוצאה של בדיקות דם יכולה לפעמים להיות חשיבות קרדינלית. בהתחשב בכך שניתן לקבל את התוצאה כעבור זמן קצר, כל רופא סביר לא היה משחרר את המערערת קודם שיראה את תוצאות ספירת הדם. כמו כן, רופא סביר היה, בנסיבות המקרה, מעכב את שחרורה של המערערת לשם בירור סיבתם של הממצאים הרפואיים הנזכרים. המסקנה היא כי רופא חדר המיון התרשל כלפי המערערת. המשיב טוען כי גם אם יתברר שהייתה רשלנות בשחרורה של המערערת מחדר המיון, הרי שהתרשלות זו לא גרמה לתוצאה המזיקה. כן טוען המשיב כי בטיפול שניתן למערערת על ידי בית החולים הדסה יש משום ניתוק הקשר הסיבתי בין רשלנות המשיב לבין התוצאה המזיקה. טענה זו מתבססת על הנימוק שהטיפול מצד "הדסה" היה לקוי. לטענות אלה אין יסוד. כפי שעולה מחוות הדעת של ד"ר שי קדר, לו היו חושדים, כפי שצריך היה, שהמערערת סובלת מזיהום, הרי בירור רפואי נוסף היה מוליך לטיפול רפואי מתאים, שהיה מונע את התוצאות החמורות של הזיהום בגופה של המערערת.

באשר לניתוק הקשר הסיבתי, הרי הדין במסגרת סעיף 64(2) לפקודת הניזקין [נוסח חדש], הוא כי על בעל האשם להראות ש"אשמו של אדם אחר הוא שהיה הסיבה המכרעת לנזק". הלכה היא כי לא די בכך שהאשם האחר הוא בבחינת רשלנות. המבחן שהתקבל בפסיקה הוא שהאשם הנוסף צריך להיות בלתי צפוי. המשיב לא הניח שום תשתית ראיתית כי רופא בית החולים "הדסה" התרשלו בטיפולם הרפואי במערערת; כל שכן, שאין כל יסוד לקביעה כי האשם של רופאים אלה עולה כדי סיבה מכרעת, שחייבת להיות לכל הפחות בדרגת

רופא המשפחה פונתה לביה"ח "הדסה". רופאי "הדסה" קבעו אבחנה של דלקת תוספתן חריפה. בניתוח דחוף באותו לילה, נמצא התוספתן תקין. לפנות בוקר הופיעו אצל המערערת סימנים של הלם ספטי, על רקע זיהום ממקור לא ברור. באותו בוקר התקבלו בביה"ח "הדסה" תוצאות בדיקת תרבית השתן שבוצעה ב"שערי צדק" יומיים לפני כן, בהן נמצא כי בכלייתה של המערערת צמיחה טהורה של חיידקי פרוטאוס מיריבליס. בשלב הבא התפתחה אצל המערערת תסמונת כשל נשימתי, שהתבטא בפגיעה ריאתית קשה ביותר. המערערת אושפזה במחלקת טיפול נמרץ במשך 6 שבועות. לאחר מכן הועברה למחלקה הפנימית, וממנה למחלקת אף אוזן גרון. המערערת שוחררה מבית החולים לאחר חמישה חודשי אשפוז, כאשר נותרה בה, בעקבות המחלה, נכות מהותית לצמיתות.

בית המשפט המחוזי (כב' השופט א.צ. בן זימרה) קבע כי לא הייתה רשלנות מצד עובדי בית החולים "שערי צדק", ודחה את תביעת המערערת. השופט ציין כי הרופא בחדר המיון חשב שמדובר ב"עווית כלייתית" ולכן פעל בהתאם לנוהג הרפואי המקובל במקרים של אבחון כזה. מפסק הדין עולה לכאורה כי בית המשפט הניח שבוצעה למערערת בדיקת IVP בעת שהותה בחדר מיון. בהקשר לכך פסק השופט כי בחירת הרופא לבצע IVP ולא אולטרסאונד היא בחירה בין אופציות טיפוליות לגיטימיות. בית המשפט ציין כי המערערת שוחררה לפני קבלת תוצאות תרבית השתן וה-IVP, וקבע כי שחרור המערערת לפני קבלת הבדיקות היה בהתאם לפרקטיקה הרפואית המקובלת.

בית המשפט העליון (כב' השופט אנגלרד) פסק, שדין הערעור להתקבל לאחר שמצא כי ביהמ"ש קמא יצא מהנחות עובדתיות בלתי מדויקות באשר למהות הבדיקות הרפואיות השונות, וכן לא נתן התייחס לשאלה המרכזית המתעוררת במקרה זה, כלומר התנהגותו של רופא חדר המיון בשחרור את המערערת לביתה. ביתר דיוק, השאלה היא האם הוא פעל כרופא סביר שעה ששחרר את המערערת לאור הממצאים החריגים בספירת הדם? ביהמ"ש קמא הסיק מאי רישום ממצאי ספירת הדם בגיליון השחרור של המערערת כי נתונים אלה לא היו בפני הרופא. במסקנה זו מתבסס בית המשפט על ההנחה הכללית "שהרופא רושם בד"כ כל תוצאות בדיקה בתוך הגיליון. כל תוצאות בדיקה שהתקבלה". ספק רב אם הנחה כללית זו יכולה לבסס מסקנה חיובית. על כל פנים, שאלה נוספת היא האם לא היה מן הראוי כי הרופא לא ישחרר את המערערת לפני שיוכל לרשום בגיליון השחרור גם את תוצאות ספירת הדם? (יצוין כי בעוד שאת ממצאי ספירת

רשלנות חמורה.

כב' השופטת שטרסברג - כהן, הוסיפה כי אי רישום ממצאי ספירת הדם בגיליון מחלה מעיד על אי-נתינת הדעת לממצא חשוב ביותר, הדרוש לצורך קביעת אבחנה. הממצא בספירת הדם היה חריג, וצריך היה להדליק נורה אדומה המחייבת ברור נוסף. גם מהירות הדופק שיכלה להעיד על טכיקרדיה הייתה אינדיקציה נוספת לעורר חשד של זהום. בית החולים נהג שלא כשורה משלא עיכב את שחרור המערערת לשם ברור סיבת הממצאים הרפואיים הנ"ל ואם היו לפניו כאלה, לא נתן את דעתו עליהן.

* * *

רשלנות רפואית: אחריות כירורג בהחדרת מחט לעצמ"ש אשר גרמה לנזק
ע"א 177/98 שמחה עוז נ' ד"ר קרלוס לזרוס

העובדות

1. המערערת אושפזה ב-18.12.1990 בביה"ח "העמק" לשם טיפול חוץ-גופי של ריסוק אבנים בכלייתה. לשם קבלת הטיפול בוצעה במערערת הרדמה מקומית ספינלית על ידי המשיב. בעת החדרת המחט הספינלית לחלל בעמוד השדרה, בקו האמצע ברווח הבין חולייתי מתחת לחוליה המותנית השנייה, נגרמה למערערת פגיעה בעצב, שגרמה מצדה לפגיעה ברגלה השמאלית. כתוצאה מכך סובלת המערערת מנכות רפואית (נוירולוגית) בשיעור של 30%, לצמיתות.

על סמך עובדות אלה שנקבעו על ידי בית משפט קמא, (כב' השופט מ' הס), הוחל הכלל "הדבר מעיד על עצמו" במסגרת סעיף 41 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש]. ביהמ"ש קמא מצא כי נתמלאו התנאים להחלת כלל זה המעביר אל הנתבעים את נטל השיכנוע כי לא התרשלו בטיפול הרפואי שגרם לנזק. עם זאת, הגיע בית המשפט למסקנה, כי המשיבים הרימו את הנטל שהיה מוטל עליהם והוכיחו להנחת דעתו כי לא הייתה כל התרשלות מצדם. בית המשפט נימק את מסקנתו זו בכך שהנזק שנגרם למערערת נבע כתוצאה מפגיעה בעצב על ידי החדרת המחט הספינלית בדרך המקובלת שאינה רשלנית, ולא כתוצאה מהחדרת חומר ההרדמה.

בית המשפט העליון (כב' השי' י. אנגלרד) פסק:

העיון בעדויות השונות מגלה כי אין בסיס ראייתי למסקנה זו של בית המשפט. על רקע החומר הראיתי שהוצג בבית המשפט קמא, קשה מאד לראות כיצד ניתן להסיק - כפי שעשה זאת בית המשפט קמא - כי המשיבים הצליחו להוכיח שלא הייתה מצדם כל רשלנות. לכל היותר ניתן היה להסיק - וגם לגבי זה יש ספק - כי קיימת אפשרות סבירה שהנזק נגרם ללא רשלנות. דא עקא, אין בהעלאת אפשרות סבירה בלבד כדי לפטור את המשיבים מאחריותם בנזיקין. במסגרת הוראת סעיף 41 לפקודת הנזיקין, היה עליהם לשכנע את בית המשפט בעודף הסתברות כי במקרה הנדון לא הייתה רשלנות מצדם. דבר זה לא הצליחו לעשות, גם אם נצמצם את אפשרויות ההתרשלות לחלופה הנזכרת של החדרת חומר הרדמה לאחר הפגיעה בעצב.

ן האמור עולה כי בית המשפט קמא טעה במסקנתו כי המשיבים הרימו את נטל השכנוע שהועבר אליהם מכוח הוראת סעיף 41 לפקודת הנזיקין. התוצאה היא כי המשיבים נושאים באחריות נזיקית בשל חזקת התרשלות בעת מתן הטיפול הרפואי למערערת.

בית המשפט קיבל את הערעור בשאלת האחריות במלואו. הערעור על גובה נזקה של המערערת התקבל באופן חלקי. דהיינו לעניין אובדן ניידות והפסד השתכרות. התוצאה היא כי סכום הפיצויים בגין כאב וסבל, אבדן ניידות והפסד השתכרות מסתכם לסך של 140,000 ש"ח (95,000 ש"ח שנפסקו על ידי ביהמ"ש קמא, בתוספת 45,000 ש"ח שנפסקו בערעור). לאחר ניכוי גמלאות המוסד לביטוח לאומי, סכום הפיצויים למערערת, נכון ליום פסק דינו של ביהמ"ש קמא, עומד על 37,849 ש"ח.

רשלנות רפואית - מהי המדיניות המשפטית הראויה לבחינת רשלנות רופא שיניים אשר במהלך טיפולו נגרם נזק נדיר?

ע"א 935/95 משה רביז(קטינה) ואח' נ' קליפורד זניס ואח'

העובדות

1. המערערת הייתה בת 5 שנים כאשר הגיעה ביום 5.4.84 מלווה באמה, למרפאת "שילון" באשקלון לצורך טיפול שיניים. במרפאה נתקבלה על ידי המשיב, ד"ר קליפורד, רופא שיניים מאנגליה, אשר התנדב לעבוד משך תקופה קצרה במרפאה, במסגרת פרויקט שיקום שכונות. כדי להקל על

רפואה ומשפט גיליון מס' 20 - מאי 1999

הטיפול במערערת, הזריק לה המשיב זריקת אלחוש מקומית בלסת התחתונה מצד ימין, ולאחר מכן היפנה אותה לחדר אחר במרפאה לצורך צילום שיניה.

דקות ספורות לאחר הזריקה, בעת שהילדה המפוחדת ניסתה לברוח מחדר הצילום, היא נטתה על צידה ללא יכולת להתייצב, ותוך שהיא במצב רדום למחצה התמוטטה במרפאה. המערערת הובאה לבית החולים באשקלון שם אובחנה המיפריה במחצית הגוף השמאלי. המערערת נותרה עם מגבלות בגפיים ונזק מוחי המתבטא בהפרעות נוירולוגיות ובהפרעות קוגניטיביות, אשר לטענת המערערת נגרמו כתוצאה מהזרקת חומר האלחוש. היא והוריה תבעו את המשיבים בגין הנזק ממנו היא סובלת.

2. כל המומחים שהעידו במשפט אישרו כי התופעה של הזרקת חומר אלחוש לתוך העורק האליאולרי היא תופעה מוכרת, ואף התוצאה של הזרקת זו הגורמת לזרימתו של החומר אל המוח בכיוון ההפוך לזרימת הדם, היא תופעה מוכרת. התוצאה הקשה שנגרמה בעניין שלפנינו לא הייתה מוכרת בעבר, שכן לפני האירוע הנדון היה ידוע על נזקים קלים בלבד שנגרמו כתוצאה מחדירת החומר לעורק כמתואר.

המומחים התייחסו לשאלת סוג המזרק בו השתמש המשיב. מומחה רפואי מאנגליה העיד, כי השימוש במזרקים ללא אפשרות שאיבה היה מקובל באותה תקופה, ולמעשה מקובל גם בעת מתן העדות. עם זאת ציין בחוות דעתו, כי השימוש במזרקים שואבים מומלץ על ידי אנשי מקצוע רבים, ואף הביע דעתו כי אין זה נכון לבצע זריקת אלחוש ללא אפשרות של שאיבה מוקדמת. לדעתו, כל עוד ימשיכו להשתמש במזרקים בלי שאיבה ייתכנו מקרים נדירים מהסוג שארע כאן.

3. התביעה נגד המשיב ייחסה לו רשלנות בהזרקת חומר האלחוש, בשימוש במזרק ללא אפשרות שאיבה, ובשימוש בחומר אלחוש לא מתאים ובמינון מסוכן. עוד נטען בכתב התביעה, כי לאחר האירוע לא נקט המשיב באמצעים שנדרשו כדי להפחית את הנזק.

בית המשפט המחוזי בבאר שבע דחה את התביעה וקבע כי המשיבים לא התרשלו.

פסיקת בית המשפט העליון

בבית המשפט העליון נחלקו הדעות. כב' השופטת בייניש

סברה כי דין הערעור להתקבל. לעומת זאת השופטים ש. לוי וי. גולדברג בדעת רוב דחו את הערעור בהטעימם כי קבלת גישתה של השופטת בייניש קובעת רף גבוה מידי בתביעות רשלנות רפואית.

נציג את הדעות שהציגו השופטים:

גישת כב' השופטת דורית השופטת בייניש

למרות שבית המשפט המחוזי קיבל את הסברו של פרופ' רוד מאנגליה כהסבר המשכנע והבלתי נסתר להתרחשות הנזק, הוא נמנע מלהסיק את המסקנה המתבקשת מקביעתו זו, כי הוכח שהנזק נגרם על ידי הזרקת חומר האלחוש לעורק. משום מה סבר השופט קמא, כי כל עוד לא נשללו לחלוטין כל האפשרויות האחרות שהועלו על ידי המומחים השונים לעניין אופן התרחשות הנזק, אין ניתן להגיע למסקנה בעניין אופן התרחשות האירוע והקשר הסיבתי שבין הזרקת חומר האלחוש והנזק שנגרם למערערת.

כב' השופטת בייניש מזכירה כי רמת ההוכחה שנדרשה להוכחת הקשר הסיבתי האמור, היא זו המקובלת במשפטים אזרחיים, קרי- על פי הנטייה במאזן ההסתברויות. ועל השופט להביא בחשבון לעניין זה את מכלול הראיות שהיו בפניו בסופו של דבר, מאחר ולא הובא כל הסבר אחר שנראה לשופט כרציני וכמשכנע.

משהוכח ברמת הסתברות גבוהה, שהנזק נגרם בדרך המתוארת על ידי פרופ' רוד, ומשדחה השופט את יתר האפשרויות שהועלו על ידי המומחים כהשערות בלתי מבוססות גרידא, היה עליו להסיק את המסקנה המתבקשת מהאמון שנתן בחוות דעתו ובעדותו של פרופ' רוד, ולקבוע - על פי המתחייב ממאזן ההסתברויות - כי הוכח שהזרקת החומר לתוך העורק היא שגרמה להתרחשות הנזק במקרה דנן.

בבחינת השאלה האם התרשל המשיב בהזרקת חומר האלחוש, יש ללכת בעקבות קביעותיו העובדתיות של השופט קמא. בית המשפט המחוזי קבע כי הזריקה לא ניתנה במהירות שיש בה כדי להוות התרשלות, ומקובלות אף הקביעות כי החומר שהוזרק היה מתאים לטיפול במערערת וכי ניתן בכמות ובריכוז מתאימים. נותרה, איפוא, כאפשרות הטענה בחינה, השאלה האם התרשל המשיב בכך שעשה שימוש במזרק ללא אפשרות שאיבה. במידה והתשובה לשאלה זו היא בחיוב, מתבקשת הכרעה בשאלה האם מתקיים קשר סיבתי בין ההתרשלות לבין הנזק.

השאלה היא האם ניתן לקבוע כי שעה שד"ר קליפורד פעל על פי פרקטיקה שהייתה מקובלת בקרב חלק מרופאי השיניים באותה תקופה, הוא התרשל וסטה מרמת הזהירות הנדרשת מרופא שיניים סביר.

הוכחה על כך שהנתבע בגין רשלנות פעל באופן העולה בקנה אחד עם הנהוג והמקובל בקרב בעלי המקצוע בתחום בו עוסק הנתבע, יש בה בדרך כלל כדי להצביע על כך שהנתבע פעל באופן סביר וללא התרשלות. במיוחד נכון הדבר כאשר מדובר ברופא אשר הטיפול הניתן על ידו נעשה בהתאם למקובל בין הרופאים שעמם הוא נמנה. אולם, מבחן זה לקביעת סטנדרט ההתנהגות הראוי אינו המבחן המכריע. השאלה מהי רמת ההתנהגות שעל רופא סביר לנהוג לפיה, היא שאלה נורמטיבית המסורה להכרעת בית המשפט. בית המשפט יכריע בשאלה זו על יסוד שיקולים של מדיניות משפטית המביאה בחשבון בין היתר את מידת הסיכון, את ההסתברות להתרחשות הנזק, את עלות האמצעים הדרושים למניעתו, את הערך החברתי של שלילת ההתנהגות שגרמה לנזק ואת היכולת היחסית למנוע את הנזק. שיקולים אלה ואחרים מבוססים כולם על ההנחה שעל המזיק לנקוט באמצעים סבירים בנסיבות העניין, כדי למנוע, או להפחית ככל האפשר את הסיכון הצפוי מפעולתו.

לעדויות אודות פרקטיקה רפואית נוהגת יש משקל רב בבוא בית המשפט להכריע האם התרשל רופא כשפעל בדרך מסוימת. אך הנתבע בגין רשלנות רפואית אינו יוצא בהכרח פטור מאחריות בשל כך בלבד שמביא הוא בפני בית המשפט עדויות שגם אחרים נהגו באותה דרך בה נהג הוא. במקרים רבים תהיה לעדויות, לפיהן פעל הנתבע בדרך הנוהגת והמקובלת על אנשי מקצוע בעולם הרפואה, השפעה רבה על הכרעת בית המשפט בשאלת סבירות התנהגותו של הנתבע. במיוחד כך הדבר כשהסוגייה שבמחלוקת הנה מורכבת מההיבט המקצועי, וכאשר יש בפני בית המשפט חוות דעת מהן עולה כי בין הרופאים קיימות מחלוקות מקצועיות לגבי שיטת הטיפול הראויה. עם זאת, אין לתת לעדויות בדבר פרקטיקה רפואית מקובלת משקל מכריע, וכל מקרה יבחן לנסיבותיו. בין השיקולים אשר יהיה על בית המשפט להביא בחשבון לעניין ההכרעה בשאלת ההתרשלות מצוי גם השיקול בדבר הפרקטיקה המקובלת, הנוהגת למעשה בתחום העומד לדיון. אך בית המשפט יכריע בשאלת ההתרשלות לאחר שיביא בגדר שיקוליו את מכלול השיקולים הנוגעים לקביעת רמת הזהירות הסבירה הנדרשת מרופא. במסגרת זו ישקול

גם את הפרקטיקה המקובלת אל מול הסיכון הצפוי מהטיפול הרפואי בו מדובר, טיב האמצעים שניתן לנקוט בהם כדי למנוע סיכון זה ואת שאלת הסיכונים הצפויים והחסרונות הטבועים בדרכי טיפול חלופיות.

העניין שלפנינו הוא מסוג העניינים שבהם ניתן, לדעת השופט בייניש, לקבוע כי על אף השימוש בשיטת טיפול מקובלת, הייתה התרשלות בהזרקת חומר האלחוש ללא שימוש במזרק שואב. על פי עדויות המומחים, התופעה של חדירה לעורק בעת הזרקת חומר האלחוש הייתה תופעה מוכרת בקרב אנשי המקצוע. היו פרסומים שדיווחו על תופעות לוואי כתוצאה מההזרקת של חומר האלחוש, הכולל כאמור מרכיב הגורם להיצרות כלי דם, אל תוך העורק, אף כי התופעות שדווח עליהן היו בעיקרן מסוג התופעות החולפות ולא בעלות אופי חמור כנזק שנגרם למערכת.

ניתן לקבוע כי כאשר צפויה פגיעה במטופל כתוצאה מזרימת החומר אל המוח. מן הראוי לנקוט, אפוא, בכל אמצעי סביר למנוע התממשות הסיכון הצפוי האמור. כאשר ניתן למנוע את הסיכון על נקלה, על ידי שימוש באמצעי פשוט כמזרק שואב, שהינו זמין וניתן להשגה, ושהשימוש בו איננו כרוך בחסרונות מבחינה טיפולית או בעלויות ניכרות, הרי שהימנעות משימוש בו ובחירה במכשיר חלופי מסוכן יותר - עולה כדי התרשלות. רופא שיניים אשר לא השתמש במזרק שואב שיש בו כדי למנוע את הסיכון הנובע מהחדרת חומר האלחוש למחזור הדם וזרימתו לכיוון המוח, על אף שניתן היה באותה תקופה להשיג מזרקים מסוג זה והשימוש בהם היה מומלץ, נהג באופן שאיננו עולה בקנה אחד עם ההתנהגות הנדרשת מרופא שיניים סביר.

מתיאור אופן התרחשות הנזק עולה כי קיים קשר סיבתי עובדתי בין השימוש במזרק שאינו שואב לבין הנזק. כל המומחים אשר העידו, אישרו כי שאיבה מוקדמת, בטרם הוחדר חומר האלחוש, יכולה הייתה לגלות מבעוד מועד את עובדת החדירה לעורק, וכך ניתן היה למנוע את התרחשות הנזק. מכך מתחייבת המסקנה בדבר קיומו של קשר סיבתי עובדתי כאמור, ולמעשה לא היתה מחלוקת של ממש בין הצדדים בנקודה זו. בדרך כלל נוהגים בתי המשפט להסיק את הקשר הסיבתי המשפטי בעזרת הרשלנות על-פי מבחן צפיות הנזק. כך שעל-פי מבחן הצפיות ייקבעו הן הקשר הסיבתי לנזק, תוך הבאה בחשבון של ריחוק הנזק, והן חובת הזהירות.

התוצאה הקשה שארעה בעניין שלפנינו - השיתוק החלקי - הייתה בלתי מוכרת בספרות המקצועית, ורק לאחר התרחשות האירוע הנדון, דווח על אירוע נוסף מאותו סוג. אולם, עלינו להביא בחשבון כי אין הקשר הסיבתי נקבע על יסוד חובת המזיק לצפות את הנזק שארע על כל פרטיו.

עיון בעדויות המומחים ובחוות הדעת שלהם מלמד כי מרכיביו העיקריים של התהליך שהביא לנזק שארע במקרה דנן, היו מוכרים מזה שנים ופורסמו בפרסומים רפואיים, ומטעם זה אף ניתן לקבוע כי היה על המשיב לצפותם, כרופא שיניים שרמתו המקצועית סבירה.

התופעות שהיו מוכרות עד לאירוע הנדון, כתופעות שנגרמו בעקבות התהליך המתואר של חדירת חומר האלחוש לעורק וזרימתו לכיוון המוח, באו לידי ביטוי בהשפעות גופניות שאינן חמורות. היה ידוע על פגיעות באזור העין כתוצאה מהשפעת הזריקה, ופגיעות עצביות קלות. כן היו מוכרות תופעות של נמנום וסחרחורות. היה ידוע, אפוא, כי יש בהזרקת חומר האלחוש משום נטילת סיכון של חדירה לא מכוונת לעורק, וסיכון של זרימת החומר אל עבר המוח תוך גרימת פגיעה למטופל. כדי למנוע סיכון זה הונהג השימוש במזרק שואב.

בסוגיה של רשלנות רפואית מעורבים שיקולי מדיניות רבים, המבטאים את השקפתם של בתי המשפט ביחס לנורמות הראויות וביחס לחלוקה ראויה של אחריות ושל נזק. במסגרת שיקולים אלה יש גם מקום לשיקולים הנוגעים להימנעות מהכבדת יתר על הרופאים, ולחשש להיווצרותה של "רפואה מתגוננת". בנסיבות המיוחדות של המקרה שלפנינו, בהתחשב בכך שהטיפול ניתן לילדים רכים, ובהתחשב בטיב הסיכון שיצר המשיב בהחדרת חומר ההרדמה הגורם להצרת כלי הדם, לעורק, כאשר ידוע היה שהדבר עלול לגרום לזרימתו אל המוח, ובעת שניתן היה למנוע הסיכון באמצעים פשוטים, מקובלים וקלים להשגה, שהשימוש בהם אינו טומן בחובו חסרונות ממשיים.

גישת המשנה לנשיא כב' השופט שלמה לוי:

התשובה לשאלה הנורמטיבית מהי רמת ההתנהגות שעל הרופא הסביר לפעול לפיה, יסודה בשיקולים המבוססים על ההנחה שעל המזיק לנקוט באמצעים סבירים בנסיבות העניין, כדי למנוע או להפחית ככל האפשר את הסיכון הצפוי מפעולתו. כבר מהגדרת ההנחה האמורה, משתמע באופן ברור, שעל הסיכון הכרוך בהתנהגותו של המזיק להיות צפוי בעת ההתנהגות, שכן כיצד ימנע המזיק סיכון שאינו צפוי, ושאינו הוא חייב לצפותו?

נקודת המוצא בבחינת טענות המערערים לעניין התרשלנות המשיב היא הממצא לפיו הזרקת החומר לתוך העורק היא שגרמה מן הבחינה העובדתית להתרחשות הנזק במקרה דנן. קיומו של קשר סיבתי משפטי בין התנהגות המשיב לבין הנזק תלוי בשאלה האם היה צריך המשיב לצפות את הנזק שנגרם. בכך נבדלת האחריות לפי עוולת הרשלנות מהאחריות המוחלטת. השאלה מה צריך היה המזיק לצפות היא שאלה נורמטיבית.

בכל מקרה של רשלנות רפואית שומה על בית המשפט לפצל את הדיון לשניים: ראשית, לקבוע אם קיימת חבות. ושאלה זו תוכרע לפי מבחן הצפיות. ושנית, אם קיימת חבות, לקבוע מה הנזק שהניזק זכאי לו, גם אם היקף הנזק לא היה צפוי.

במקרה שלפנינו, היה ידוע בעולם הרפואה שזריקת אלחוש מהסוג שניתן למערערת טומנת בחובה סיכון של חדירת חומר האלחוש לעורק וזרימתו לכיוון המוח, תהליך שכלל שהיה ידוע אז בא לידי ביטוי בהשפעות חולפות בלבד: פגיעות עצביות, נמנום וסחרחורות. המקרה בו אנו דנים הוא המקרה הראשון מסוגו בעולם הרפואה, שבו כתוצאה מחדירת חומר האלחוש לעורק וזרימתו לכיוון המוח נגרמו למטופל מגבלות קבועות בגפיים ונזק מוחי, המתבטא בהפרעות נוירולוגיות ובהפרעות קוגניטיביות בלתי חולפות.

במקרים המתאימים לא תהווה הסתמכותו של הרופא על פרקטיקה נוהגת, הגנה מפני חיובו באחריות בגין רשלנות. מנגד גם אין לקבוע היפוכו של הדבר, לאמור, שאם הרופא פעל לפי הפרקטיקה הנוהגת הוא התרשל. הכל תלוי בנסיבות המקרה, ובמקרה דנן ספק רב בעיני אם ההסתמכות על הפרקטיקה הנוהגת אינה פוטרת את המשיבים מחבות. עם זאת, גם אם אנית, מבלי לפסוק בדבר, שהשימוש במזרק שאינו שואב, בשעה שידוע בעולם הרפואה שהוא עשוי לגרום לתופעות לוואי, ובשעה שניתן למנוע תופעות אלה על ידי שימוש במזרק שואב, שהינו זמין וניתן להשגה, עולה כדי התרשלנות, אין די בכך כדי להגיע למסקנה כי שימוש במזרק שאינו שואב מהווה רשלנות. קיומה של זו תלוי בקיומה של צפיות נורמטיבית של סוג הנזק שנגרם. צפיות כזאת לא הוכחה במקרה שלפנינו

גישת כב' השופט י' גולדברג:

אין מחלוקת בין הצדדים, כי הנזק שנגרם למערערת מבחינת רמתו וחומרתו, לא היה צפוי כלל, ועד לאותו מקרה מצער לא דווח על מקרה דומה. כן אין עוררין על כך שאת רמת הזהירות

הנדרשת מהרופא המטפל יש לבחון לפי ידיעותיו בזמן האירוע, ולא לפי המידע המצוי כיום. עוד מקובלת ההנחה, כי ככל שעולה רמת הסיכון שבטיפול, כך נדרש הרופא ליתר זהירות. אם נבחן את ההלכה הקיימת, נמצא, כי אחד האלמנטים המשפיעים בקביעת רמת הזהירות הנדרשת מהרופא, הוא האפשרות לדעת על הסיכון מראש. קרי, שקיימים מקרים מדווחים בספרות המקצועית, לפיהם יכול היה הרופא להעריך מראש את הנזק שייגרם לחולה עקב הטיפול.

אמנם כאשר הרופא נהג בהתאם לפרקטיקה המקובלת בתחומו באותו זמן, היא, כשלעצמה, אינה מעניקה לו הגנה מוחלטת ולעולם מצוי הכוח בידי בית המשפט לקבוע, כי פרקטיקה נהוגה זו, אינה עולה בקנה אחד עם חובת הזהירות של רופא כלפי מטופל. עם זאת רק במקרים חריגים תסווג פרקטיקה כללית ונוהגת, כרשלנית.

גם אם נצא מתוך נקודת הנחה כי במקרה שלפנינו ניתן לקבוע, ששימוש במזרק בעל אפשרות שאיבה היה מונע את הנזק, מסקנה המוטלת בספק לנוכח מחלוקת המומחים בעניין, הרי שהנזק שהיה צפוי שיימנע היה מזער, וקביעה כי בגינו של נזק כזה, שימוש במזרק ללא אפשרות שאיבה עולה כדי התרשלנות, יכולה לגרום לריבוי של יוצאים מן הכלל, על חשבון הכלל. והכלל הוא שרופא סביר לא צריך לעשות מעבר לנהוג והמקובל בכדי למנוע אי נוחות זמנית הצפויה למטופל על ידו. על פי טרימינולוגיה זו, אינני רואה בהתנהגות המשיב, שלא השתמש במזרק בעל אפשרות שאיבה, פעולה בלתי אחראית, גם אם ניתן היה לנקוט בנסיבות העניין באמצעים טובים יותר לביצוע אותה פעולה.

אכן, צריך היה המשיב להשתמש במזרק בעל אפשרות שאיבה, ולו גם בכדי למנוע תופעות חולפות הגורמות אי נעימות למטופל. אך, האם ניתן ורצוי לפסוק, כי היעדר נקיטת אמצעי זה עולה כדי התרשלנות? נראה לי כי התשובה לכך היא שלילית. כשמצד אחד הוכח שהמשיב לא חרג מנורמת טיפול מקובלת ורווחת, ומאידך הנזק הצפוי היה פעוט וחולף - סיווג ההתנהגות כרשלנות היה מביא, לטעמי, לקביעת נורמה מחמירה מדי. משמעותה של נורמה זו היא, כי על כל מטפל, רופא ומוסד בריאותי להימנע משימוש בציוד ובחומרים רפואיים קיימים, במידה וקיימים בשוק מכשירים חדישים יותר, גם אם ההבדל היחידי בין המכשירים בחוסר הנעימות היכולה להיגרם למטופל כתוצאה משימוש במכשיר הפחות חדיש.

לדעת השופט גולדברג, אין לסווג התנהגותם של רופאים בין כאלה המעניקים למטופל טיפול אופטימלי מחד וכאלה הנוהגים כלפי המטופל ברשלנות. יש מקום לקטגוריה שלישית של מקרים, כמו זו

שלפנינו, בה הרופא אמנם לא נקט בטיפול הטוב ביותר, אך הטיפול לא עלה כדי התרשלנות.

פרופ' רוד, הגדיר את השימוש במזרק ללא אפשרות שאיבה כהתנהגות שאינה חכמה, unwise כדבריו. אינני סבור כי התנהגות שאינה חכמה הנה, כשלעצמה, התנהגות רשלנית. ניתן להניח כי לו סבר המומחה, ששימוש במזרק ללא אפשרות שאיבה עולה כדי התרשלנות, לא היה נוקט בביטוי כזה, כי אם בביטוי חריף יותר. השימוש בביטוי unwise מוכיח כי קיים "תחום ביניים" בין הטיפול הטוב ביותר לבין הטיפול הרשלני.

בתחום בו אנו עוסקים, יש למצוא את שביל הזהב. מחד, יש להציב רף גבוה של רמת זהירות הנדרשת ממטפלים רפואיים, מאידך, אסור לרף להיות גבוה מדי, שמא ישתק למעשה כל מערכת רפואית. אם בכל טיפול בו עלול להיגרם נזק זמני חולף נדרוש שימוש באמצעים הטובים ביותר הקיימים, אף אם אינם רווחים בפרקטיקה, נציב בכך סטנדרט גבוה מהמקובל, שיחייב רופאים לנהוג בזהירות החורגת מן המקובל. בית המשפט העליון דחה ברוב דעות כאמור את הערעור ללא צו להוצאות.

* * *

רשלנות רפואית: טיפול רפואי נויורוכירורגי בהתבסס על אבחנה מוטעית
ע"א 3709/96, 3264/96 קופת חולים כללית ואח' נ. יפה פלד ואח'

העובדות

1. התובעת, ילידת 1947, פנתה באופן פרטי ביום 7.7.86 לפרופ' רייכנטל, רופא נויורוכירורג, בשל תופעות של כאבי ראש, סחרחורות, קשיי שיווי משקל, לחץ בראש וטשטוש ראייה מהן החלה לסבול כחודשיים קודם לכן.

פרופ' רייכנטל בדק אותה בדיקה קלינית, מצא פפילדמה - בצקת פטמות - וביקש לבצע עוד באותו יום צילום C.T בבית החולים אסותא. לאחר קבלת הצילום ובדיקתו באותו ערב, הגיע פרופ' רייכנטל למסקנה כי התובעת סובלת מתהליך תופס מקום באונת הרקה הימנית של המוח. התובעת אושפזה למחרת בבית החולים בילינסון. ב-17.7.86 נותחה במחלקה הנוירוכירורגית של בית החולים בילינסון. בנייתו שבוצע על ידי פרופ' רייכנטל, נכרת שליש מהאונה הרקתית הימנית במוחה. האבחנה הפתולוגית ברקמה הפגועה

הייתה, כי מדובר בתהליך גידולי בעל ממאירות בשם אסטרוציטומה דרגה 2. לאור אבחנה פתולוגית זו קיבלה התובעת טיפול בהקרנות.

כשנתיים לאחר הניתוח, הורע מצבה של התובעת. בעקבות זאת פנתה לבית החולים בילינסון, לפרופסור שליט מ"הדסה" ירושלים, לפרופסור סהר בתל השומר, ובעצת פרופ' רייכנטל, ששהה אותו זמן בניו יורק ואשר אליו הועברו צילומים שנעשו בינתיים, נסעה התובעת עם בעלה לניו יורק.

בדיקת C.T ביום 21.8.88 ב"בילינסון", טרם הנסיעה לניו יורק, סוכמה על ידי המפענח ד"ר חפץ, לאחר תיאור הממצאים, בציון כי מדובר קרוב לודאי באסטרוציטומה מולטיפוקלית. בדיקת MRI ב-25.8.88 בבית החולים "אסותא", הראה כי מדובר בתהליך מצר מקום באונה מצחית שמאלית עם בצקת ניכרת. ב-25.9.88 (מעל שנתיים לאחר הניתוח שבוצע בבית החולים בילינסון ב-17.7.86), אושפזה התובעת בבית החולים האוניברסיטאי של ניו יורק. בגיליון הקבלה מצוין, כי הייתה במצב טוב עד לפני שלושה שבועות עת הופיעו מחדש סימנים של כאבי ראש, בחילות וקשיים בדיבור ניתוחיים. האבחנה המבדלת שצוינה בגיליון הקבלה היא: גידול לעומת נמק מהקרנות. עוד צוין, כי MRI עם חומר ניגודי מראה שמדובר בגידול.

הביופסיה בוצעה ונשלחה לבדיקה פתולוגית. בדו"ח הפתולוגי שנערך ב-10.7.88, מצוין כאבחנה פרה-ניתוחית: גידול במוח. על הדו"ח חתום ד"ר דגלס מילר (להלן: מילר).

ב-17.10.88 ערך מילר תיקון לדו"ח הנ"ל והוציא דו"ח פתולוגי חדש. בדו"ח החדש מצוין, כי בדיקה מחודשת של המקרה יחד עם צביעות נוספות מגלה פרספקטיבה שונה מהותית על המקרה. האבחנה המתוקנת הנה, כי מדובר בתהליך דמילאלינטיבי, המזכיר טרשת נפוצה מסוג פלאק.

הרופא מוסיף, כי נראה לו שפרשנות שגויה דומה לזו שארעה אצלו כאמור, קרתה לפני כן, וכי האבחנה של מחלה כטרשת נפוצה תואמת כנראה גם את הממצאים מ-1986. על סמך כלל נתוני המקרה, הגיע מילר למסקנה שגם ב-1986 סבלה התובעת מטרשת נפוצה ולא מגידול. ההגדרה הקלינית של טרשת נפוצה מוגדרת כמצב בו מופיעים לפחות שני נגעים (דהיינו רקמות חולות) שונים, במקומות ובזמנים שונים. נגע של טרשת נפוצה ידוע כפלאק (PLAQUE).

בית המשפט המחוזי ניתח ביסודיות ובהרחבה את העובדות ואת חוות הדעת שבאו בפניו, ובא למסקנה שיש לסמוך על מסקנתו כאמור של מילר, מומחה בעל שם. דעתו של מילר נתמכת גם בעמדת מומחי התביעה, פרופסור רכס וד"ר רוזנמן. בית המשפט העליון (כבי' השופט תיאודור אור) לא מצא להתערב בממצאים העובדתיים שקבע בית המשפט המחוזי, דהיינו שב-1986 הדבר שסבלה ממנו התובעת לא היה גידול אלא טרשת נפוצה. משמעות הטעות היא, שהניתוח להסרת שליש האונה הרקתית הימנית של התובעת שבוצע ב-1986 בבית חולים בילינסון, וההקרנות שבוצעו בעקבות האבחנה הפתולוגית שניתנה ב-1986, לא היה הטיפול המתאים. כל נזק שנגרם בעקבות טיפולים אלה, לא היה בו לרפא את התובעת מהמחלה ממנה סבלה באמת, והוא נגרם לה רק בשל העדר אבחנה נכונה של המחלה ממנה סבלה ב-1986.

אכן, את תביעתה בססה התובעת על הניתוח וטיפול ההקרנה אשר נעשו בה שלא לצורך, ועל הנזקים שנגרמו לה עקב כך. התובעת הוסיפה וטענה, כי רק עקב התרשלות רפואית של רייכנטל, זנדבק ואברהמי לא אובחנה מחלתה (טרשת נפוצה), וכי הניתוח שנעשה בראשה והטיפול בהקרנות שקיבלה, על כל תוצאותיהם המזיקות, הנם תוצאה של התרשלות זו.

בית המשפט המחוזי בחיפה (כבי' השופטת חופרי - וינוגרדוב) קבע כי רייכנטל וזנדבק התרשלו. בגין רשלנות רייכנטל חייב ביהמ"ש את רייכנטל וקופת חולים בתשלום פיצויים לתובעת ובגין רשלנות זנדבק, אשר לא נתבע על ידי התובעת, חוייבה קופת חולים. ביהמ"ש דחה את התביעה נגד אברהמי.

בית המשפט העליון פסק:

כבי' השופט אור ביטא את דעת הרוב בערעור אך נציג את הדעות של שלושת השופטים אשר ישבו בערעור זה. פרופ' רייכנטל לא ידע בעת שפנתה אליו התובעת על קיום דמיון בממצאים הקליניים של גידול ושל טרשת נפוצה הלו בשת צורה צרברלית. הוא לא לקח, על כן, בחשבון קיום אפשרות של "טרשת נפוצה מחקה גידול" אצל התובעת. הוא לא הכיר את הספרות הרפואית בנושא זה. כיוון שאפשרות כזו לא היתה לנגד עיניו, היא לא נשקלה כלל על ידו והוא לא סבר שיש צורך לנקוט בצעדים כלשהם על מנת לאמת או לשלול אפשרות זו. כך, הן במובן זה שלא עכב את הניתוח קודם שיבדוק שמא אין מדובר בגידול אלא בטרשת; והן במובן זה שגם לאחר הניתוח לא בקש לבצע את הבדיקה המתאימה על ידי צביעה, שתלמד אם המקרה הוא מקרה של טרשת נפוצה.

את הניתוח ביצע רייכנטל תשעה ימים לאחר שהתובעת פנתה אליו. במהלך תקופה זו ניתן היה לבצע, קודם הניתוח עצמו, ביופסיה ובדיקה של הריקמה באמצעות צביעה, אשר תגלה אם אין מדובר בטרשת נפוצה. ביופסיה גם היא ניתוח ויש עמה סיכונים. אך אלה קטנים משמעותית מסיכוני הניתוח של הוצאת הריקמה הנגועה, ותוצאותיה של הביופסיה עשויות היו למנוע את הניתוח שיש עמו נזק בלתי הדייר לתובעת.

אכן, אין לדון את רייכנטל על פי מצב הרפואה במועד מאוחר למועד הרלוונטי בו נדרש לטפל בתובעת. מצב המדע הרפואי בעת מעשה הוא החשוב, ולא המדע הרפואי כעבור זמן. יש לזכור, שמדע הרפואה הינו מדע דינמי מתקדם. הרפואה של היום אינה הרפואה של לפני 100, 50, 20 שנים או אף לפני שנים מספר. אחת המסקנות המתחייבות מכך היא, שכשאנו דנים בטענה שרופא התרשל, יש תמיד לזכור את המועד של אותה התנהגות בנייה מיוחסת לו הרשלנות. אין לזקוף לחובתו שלא ידע לפני עשר שנים את מה שיודע מדע הרפואה היום אך לא ידע אז. מקרה רגיל הוא במשפטים בגין רשלנות רפואית, שדרך טיפול או תרופה אשר הפכו נחלת הכלל ביום הדיון, לא היו ידועות כלל מספר שנים קודם לכן, או שטרם הוכרו אז כדרכי טיפול ראויות או מותרות.

מצד שני, בהתחשב בכך שמדע הרפואה הנו מדע דינמי המתפתח כל העת, חובה על רופא שלא לשקוט על שמריו ולהיות ער להתפתחויות הרפואה בתחומי התמחותו. עליו להתעדכן בידע כזה כדי שזה ישרת אותו בעת הצורך (ע"א 303/89 קוהרי נ' מדינת ישראל, פ"ד מה(2) 142, בעמוד 172 מול האות ה').

אכן, במסגרת ידע עדכני הנדרש מרופא, אין לדרוש ממנו שידע את כל שניתן לדעת בתחום המסויים בו הוא עוסק. אי ידיעה של מאמר פלוני שפורסם זמן קצר קודם לכן, לא תהווה רשלנות. אך אם יתעלם הרופא מסידרה של מאמרים ואזהרות בספרות הרפואית, אשר כל רופא העוסק בתחומו, המבקש באופן סביר להתעדכן בספרות הרפואית, היה ער להן, תהיה זו רשלנות. קשה לקבוע את גבולותיה של חובת ההתעדכנות, גבולות אשר יצביעו על קו חד וברור בין מקרים בהם תקויים החובה לבין מקרים בהם תופר. דומה, שככל שמדובר בחידוש בעל חשיבות רבה יותר, אשר פורסם באופן בולט בספרות רפואית בעלת משקל, וככל שיש בחידוש למנוע סכנה גדולה יותר לבריאות, כן תגדל הנטיה לקבוע רשלנות עקב אי התעדכנות בחידוש זה על ידי הרופא.

כבי' השופט אור קבע שיש לאמץ את מסקנת בית המשפט המחוזי, כי בהסתמך על מאמרים אשר פורסמו לפני 1986 ניתן לקבוע כי היה דיווח בספרות הרפואית בתחום הנוירולוגי והנוירוכירורגי על מקרים בהם טרשת נפוצה "התנהגה", קלינית ורדיולוגית, כגידול, ועל כן הומלץ להעמיד "טרשת המחקה גידול" כאבחנה מבדלת. מדובר בניסיון רפואי שנצבר והובא לידיעת הרופאים העוסקים באותו תחום. על פי קביעת בית המשפט המחוזי, לכל המאוחר ב-1982 היה ריכוז של פרסומים על יסוד מקרים שנחקרו אשר הצביעו על תופעה זו ברורות, תוך אזהרה המופנית כלפי רופאים לבל יימנעו מלהתחשב בה.

ברור שאם אין מדובר בגידול אלא בטרשת נפוצה, כל אותם טיפולים קשים ופוגעים של ניתוח והקרנות, לא היו דרושים וניתן היה להימנע מהם. המדובר, על כן, בידע בעל חשיבות רבה לטיפול במי אשר מתגלה אצלם תהליך תופס מקום בגולגולת, אשר מן ההכרח שהמבקש להתעדכן בתחום הנוירולוגיה ונוירוכירורגיה יהיה מודע לו, ויתן לו את המשקל המתאים.

לאמור לעיל יש להוסיף, כי חובתו של רופא היא לא רק להסתמך על הידע הרפואי הקיים ועל העובדות המתגלות בפניו. כשמתעורר הצורך, עליו לחקור, לדרוש ולברר כדי לגלות את כלל העובדות הרלבנטיות הצריכות לעניין האבחון המתאים ולעניין דרך הטיפול ההולמת. על כך נאמר בע"פ 116/89 אנדל נ' מדינת ישראל (פ"ד מה(5) 276).

כבי' השופט אור מוסיף, שאפילו אם היה מקום לבצע את הניתוח ב-1986, בגלל דחיפותו, ללא בדיקת ביופסיה קודם לכן, וזאת בניגוד לאמור לעיל, לא ברור למה לא נעשתה בדיקת הצבע לחומר שהוצא בעת הניתוח, קודם שבוצעו בתובעת ההקרנות. לו נעשתה בדיקה זו אז, ניתן היה לגלות שמדובר בטרשת נפוצה, כי הניתוח היה מיותר. וכן, שאין צורך בהקרנות אשר ניתנו על בסיס ההנחה שמדובר בגידול.

לעומת גישתו של כבי' השופט אור סבורה הייתה כבי' השופטת שטרסברג כהן כי דין ערעורם של הנתבעים להתקבל. חיובם בדין, הוא בעיניה פרי של חכמה לאחר מעשה. והרף שהוצב לקביעת אחריותם, הוצב בגובה כה רב עד שלא רק הרופא הסביר אינו יכול לעברו אלא גם הרופא המומחה המובהק יישל בכך. המבחן המקובל לעניין קביעת אחריות בגין רשלנות, הוא מבחנו של האדם הסביר ובעניינו הרופא הסביר.

במבחן זה עומדים לדעתי הרופאים במקרה הנדון, אם לא למעלה מכך.

כבי' השופט שטרסברג - כהן סבורה כי הרופאים לא חטאו ברשלנות: במישור האישי, לא הוכח כי כבר ב-1986 היו אצל התובעת אינדיקציות שונות שהיה בהן כדי להעלות בלב הרופאים חשד לטרשת נפוצה. ובמישור הרפואי הכללי, עולה מחומר הראיות שהיה בפני ביהמ"ש קמא, כי התופעה של "טרשת מחקה גידול" לא הייתה באותה עת בבחינת ידע רפואי מגובש ומקובל, המצוי בתודעתם של הרופאים המומחים.

לגישתה, עולה מחומר הראיות כי הטרשת הנפוצה שאובחנה ב-1988, נחזית מבחינה רדיולוגית וקלינית - כגידול וכי כאשר תופעה זו מופיעה באונה אחת בלבד של המוח, באפיזודה ראשונה ויחידה של המחלה, כפי שהיה הדבר ב-1986, יש קושי לאבחנה. שכן טרשת נפוצה מוגדרת כמחלה שבה מופיעות שתי אפיזודות בזמנים שונים ובמקומות שונים. העדים המומחים מטעם התובעת אף הודו בהגינותם, כי קל היה להם לקבוע בדיעבד שב-1986 סבלה התובעת מטרשת נפוצה מכיוון שבעת שקיבלו את החומר להכנת חוות דעתם, קיבלו לידיהם את החתכים של שתי האפיזודות השונות של המחלה מ-1986 ומ-1988 וידעו שמדובר בתופעה שחזרה על עצמה במקומות שונים ובזמנים שונים.

אלה הם נתונים קריטיים שלא היו בידי הנתבעים. כך עולה בברור מעדותו של פרופ' מילר, נוירופתולוג שהעיד כאמור, מטעם התובעת. אשר לפרופ' רייכנטל, אמר פרופ' מילר ברוב הגיונות, כי לא היה מקום לצפות ממנו שיאבחן ב-1986 את המחלה.

לעניין הרשלנות בחוסר ההתעדכנות בספרות הרפואית שהייתה קיימת בנושא ב-1986. סבורה כבי' השופטת שטרסברג-כהן כי מן החומר עולה כי אותה ספרות לא היה בה כדי לשנות דבר. לגישתה, לא הוכח כי המאמרים הללו ביטאו גישה רפואית מקובלת שהאמור בהם התגבש לכלל דעה מוסמכת ומוסכמת בקרב הקהילייה הרפואית. הרפואה מתפתחת חדשות לבקרים, מצטבר ניסיון מקצועי אישי וכללי, נעשים מחקרים ומתפרסמים מאמרים. אולם לא די בכך שמתפרסם מאמר כזה או אחר המצביע על תופעה מסוימת או מעלה השערה רפואית מסוימת. לעתים חולף זמן עד שמתגבש מידע רפואי מוכר ואמין ההופך להיות נחלתו של כל רופא סביר. המבחן הוא מבחן משקלם המקצועי של המאמרים, יוקרתו ומעמדו של הכותב, הניסיון הגלום בהם,

קליטתם, אימוצם ומיסודם בקרב הקהילייה הרפואית.

בעניינינו, הניסיון המצטבר והאפשרות לזהות טרשת המתנהגת כגידול, התגבשו, נקלטו והופנמו בתודעה רפואית במועד מאוחר לאירוע, ב-1987, שאז פורסם מאמר מרכזי בנושא. ואכן, פרופ' מילר התייחס בחוות דעתו למאמרים מ-1987 ולא למאמרים שקדמו להם. וגם אז - לאחר המאמרים מ-1987 עדיין היה מקום לטעות ולאבחן את מה שסבלה ממנו התובעת, כגידול (ולא כטרשת), כפי שאבחן פרופ' מילר בבדיקתו הראשונה.

מדובר, אפוא, בתופעה נדירה וקשה לאיתור גם כיום. קל וחומר שכך היה ב-1986, שעה שהתופעה לא היתה בתודעה הרפואית והניסיון שנצבר היה מועט כשדובר בהופעה הראשונה של המחלה, וכאשר לא היו בנמצא אינדיקציות אישיות של התובעת, כגון מחלת טרשת נפוצה במשפחה או תופעות ייחודיות לטרשת, המצביעות בכיוון זה.

כלל ידוע הוא כי את התנהגותו של הרופא יש לבחון לפי הידוע והמקובל בעת הרלבנטית לטיפול שניתן, ויש לעשות כן לפי קנה המידה של הרופא הסביר ולא לפי זה של הרופא העילוי.

מכל הטעמים האמורים סברה כבי' השופטת שטרסברג כהן שהנתבעים לא התרשלו בכך שלא העלו אבחנה מבדלת של טרשת נפוצה.

כבי' השופט יצחק אנגלרד הצטרף לדעתו של כבי' השופט אור, וקבע כי לפנינו טעות בדיאגנוזה הרפואית שהביאה על החולה ניתוח מיותר של כריתת החלק הקדמי של אונת הרקה הימנית של המוח. שורש הטעות נעוץ באי-מודעותם של הרופאים לאפשרות של קיום טרשת נפוצה מחקה גידול במקום גידול במוח. אפשרות זו הועלתה בספרות המקצועית בשורה של מאמרים, שהראשון ביניהם משנת 1965, דהיינו, כעשרים שנה לפני ביצוע הניתוח הנדון (מקורות אלה מוזכרים בין היתר גם במאמר משנת 1987).

יש לדרוש מרופא מנתח מומחה כי יעדכן את עצמו בספרות המקצועית, במיוחד לגבי דיאגנוזות הגוררות אחריהן התערבות ניתוחית משמעותית, כגון כריתת של חלק מן המוח. ככלל, על רופא מומחה להיות מודע לאבחנות חלופות, גם אם הן נדירות. כבי' השופט אנגלרד אינו מסכים עם גישת כבי' השופטת שטרסברג-כהן, כי בעניין זה יש לחכות לניסיון

מצטבר ולהתגבשותו ולהפגמתו בתודעה הרפואית. בדיקת האבחנה החלופה לא דרשה מאמץ מיוחד והייתה קלה לביצוע, לו רק נתנו את הדעת על קיומה. בנסיבות אלה, אין להטיל את העומס הכלכלי של הטעות הרפואית על החולה, אלא מן הראוי כי יוטל, עקרונית, על הרופא בעל הטעות, ממנו יפוזר ממילא על ציבור רחב יותר באמצעות ביטוח האחריות המקצועית. יתרה מזו, הטלת האחריות האישית על הרופא בנסיבות אלה עשויה לעודד את מילוי החובה המקצועית להתעדכנות בספרות המקצועית, בין היתר, לשם השגת מודעות לאבחנות חלופות.

הסיכום, לדעת שופטי הרוב הוא, שאין להתערב בקביעת בית המשפט המחוזי כי פרופ' רייכנטל התרשל בנסיבות המקרה. התרשלות זו התבטאה בכך שלא ערך אבחנה מבדלת ביחס לטרשת נפוצה, ובכך שעקב אי התעדכנות כנדרש מרופא בתחום התמחותו לא היה מודע לקיומה של אפשרות שמחלתה של התובעת היא טרשת נפוצה. על רקע זה, הוא התרשל גם בכך שלא ביקש לבצע לתובעת ביופסיה עם צביעה מתאימה קודם הניתוח, כי לו בוצע הדבר היו הניתוח וההקרנות נחסכים. פרופ' רייכנטל התרשל נוספות, בכך שלא בצע בדיקה באמצעות צביעה של הרקמה שהוצאה בניתוח, בדיקה שלו נעשתה הייתה מגלה כי מדובר בטרשת נפוצה והייתה מונעת את ביצוע ההקרנות, על כל נזקיהן הנוספים.

* * *

אחריותה של קופת חולים מכוח אחריותה השילוחית להתרשלותו של זנדבק

פרופ' זנדבק, אשר שימש מנהל המכון הפתולוגי בבית החולים בילינסון מ-1980 עד 1992, בצע את הבדיקה הפתולוגית הן בחתך הקפוא והן בחתך הסופי. בתור פתולוג, יש משקל מיוחד לחוות דעתו בנושא האיבחון הנכון.

מסתבר, שפרופ' זנדבק התרשם מהחתכים בגידול ולא בצע את הצביעות המיוחדות לגבי חתכי 1986, על פיהן ניתן לאשר או להפריך קיום תהליך דימינוולטיבי, ובמילים אחרות - אם מדובר בטרשת נפוצה אם לאו.

מסתבר, שפרופ' זנדבק, כמו רייכנטל, לא היה מודע לספרות המקצועית הנוגעת ל"טרשת מחקה גידול". מסתבר עוד, כפי שקבע בית המשפט המחוזי, שהיו אינדיקציות לאפשרות

שמדובר בטרשת נפוצה. אכן, על רקע זה היה מקום שלא לדבוק בגירסה שמדובר בגידול ללא בדיקה נוספת.

אשר לפרופ' זנדבק, קובעת כבי' השופטת שטרסברג-כהן, כי פתולוג הבודק חתך קפוא בשעת ניתוח, אינו נדרש לבצע צביעות מיוחדות של החתך כאשר מדובר באירוע ראשון, ללא מידע קודם וללא הצבעת הנוירוכירורג על אפשרות של אבחנה מבדלת של טרשת. היא מוכנה לקבל כי בבדיקת חתך קפוא כאמור, קשה להבחין בתופעות שיכולות להעלות על הדעת אבחנה מבדלת של טרשת נפוצה. אולם לדעתה לא היו בבדיקת החתך הקבוע שנערכה על-ידי פרופ' זנדבק לאחר הניתוח ולפני הטיפול בהקרנות, ממצאים שהיה בהם כדי להעלות חשד לאבחנות אחרות.

האחריות של פרופ' אברהמי

פרופ' אברהמי ביצע את האבחנה הרדיולוגית לצילום C.T שבוצע בתובעת טרם אישפוזו. באבחנה לא הסתפק רק בתיאור הממצאים, וקבע גם את הממצא "מתאים לגליומה". בכך, לטענת התובעת, התרשל, שכן היטה את מחשבת הקלינאי והביא לשלילת אפשרות אחרת.

על סמך ראיות שבאו בפניו, קבע בית המשפט כי ידוע שרדיולוג המפענח צילומי C.T יכול למסור את הממצאים שבצילום, וכי כל קביעה שלו לגבי המסקנה הסופית - האבחנה המבדלת - היא בדרך השערה, וכך מתייחסים לכך הקלינאי והפתולוג. רק האבחנה של הפתולוג היא התשובה הדפניטיבית הקונקרטית האחרונה. מסתבר גם, שבפועל רייכנטל לא פעל כפי שפעל על סמך אותה הערכה של אברהמי. כפי שהעיד, הוא מצפה מתשובת ה-C.T לתיאור מצב כשכל השאר אינו רלבנטי ולשם כך קיים פתולוג.

אשר על כן, קביעתו של אברהמי כי ה-C.T "מתאים לגליומה", לא היתה אלא בגדר השערה שביטאה את המסקנה השכיחה, וכך מובן הדבר על ידי בעלי המקצוע, היודעים שאת האבחנה המבדלת בכגון דא יכול לבצע הפתולוג ולא הרדיולוג. כך הובן הדבר על ידי רייכנטל, וברור שלאמירתו הנ"ל של אברהמי לא הייתה השפעה על פעולותיו של רייכנטל. בית המשפט העליון קיבל את שני הערעורים לעניין הנזק, אך קבע שהם מקזזים עצמם ולכן התוצאה שקבע בית המשפט המחוזי לעניין הנזק נשארה בעינה.

* * *



רשלנות רפואית: דימום מוחי במהלך נתוח ביופסיה שגרם נזק מוחי - קביעת אחריות ושיעור הפיצויים ת.א.(ירושלים) 38/94 יורם אליהו נ' ד"ר גבריאל רוזן ואח'

העובדות

התובע יליד 1957. היה נשוי עם ילד אחד. עורך דין במקצועו, סבל מכאבי ראש, כאבים בלסת ואובדן תחושה בלחי. בתחילה לא נמצא ממצא פתולוגי כלשהוא, אך צילום חוזר לאחר כמה חדשים גילה תהליך אגרסיבי של הסינוס עם חשד לגידול ממאיר, לפיכך הומלץ על עריכת ביופסיה לבירור טיבו של התהליך. ביום 11/12/90 אושפז התובע בביה"ח "העמק" בעפולה לצורך ביצוע ביופסיה, ונטילת דגימות מהגידול שנתגלה בסינוס הספנואידלי הימני. הניתוח בוצע ע"י הנתבע מס' 1 תוך שימוש בצג טלוויזיה למעקב ושיקוף. לאחר כמה שעות בחדר התאוששות, נתגלה דימום מוחי אשר גרם לנזק מוחי. השאלה שבמחלוקת הייתה האם הדימום המוחי נגרם בשל הניתוח כטענת התביעה או האם הדימום נגרם למרות ביצועו, בשל הגידול עצמו, או כתוצאה מסיבוכים בפרוצדורה כטענת הנתבעים.

התובע נבדק ע"י מומחה לשיקום פרופ' י. שאקו אשר קבע כי התובע נכה בשיעור 100% נכות תפקודית (הנכות הרפואית המצטברת של התובע הועמדה על שיעור של 95% נכות), וזקוק לטיפול סיעודי להשגחה, ליווי, עזרה בהלבשה ורחצה ובכל פעולות משק הבית. לאחר האירוע עזבה אשתו של התובע את הבית יחד עם ילדם, ובני הזוג נמצאים בהליכי גירושין. ביהמ"ש המחוזי (כב' השופט מ. גל) קבע על סמך עיון מעמיק בראיות, כי הביופסיה קשורה לעיתוי התרחשות הדימום, שהוביל לבסוף לנזקי הגוף של התובע. ביהמ"ש אימץ את חוות דעת מומחי התובע, אשר קבעו שהפגימה גרמה לדימום, שהוא פועל יוצא של חדירה רשלנית ודימום צפוי במהלך הניתוח, והוסיף כי הגיע לתוצאה בדבר קיומה של הפרת חובת הזהירות של הנתבעים גם לפי ניתוח גרסת רופאי ההגנה אשר הסכימו שהיה צריך להתעורר חשש בלב הרופא המטפל, באשר לגודל הגידול, וממילא לגודל הסיכון. מכאן, הצורך בנקיטת אמצעי זהירות למנוע דמום תוך מוחי במהלך הניתוח. כן מצא ביהמ"ש התרשלות בכך כי במהלך ההתערבות הניתוחית לא נכח נזירוכירורג.

גישה מעניינת מצא כבי' השופט גל בטענה שהעלתה המומחית מטעם הנתבעים, לפיה הדימום היה מתרחש בכל מקרה ולא היה ניתן למניעה, מקום שמדובר בבקע בעצם הגולגולת אשר

גרמ לפקיעת מפרצת. אלא שהמומחית עצמה לא הייתה משוכנעת כי גורם זה הנו האפשרות היחידה לדימום, מכאן שהנטל להוכיח את היקף הסיכון עובר אל הנתבעים להראות שהדימום היה מתרחש בכל מקרה, ונטל זה לא הורם. אלא שביהמ"ש הלך צעד נוסף קדימה בקביעתו ששלילת המידע הנ"ל באשר לגורם, היתה בבחינת "נזק ראיית" בהיבט הדיוני של הדוקטרינה.

החידוש בפסק הדין הוא בשיעור הפיצויים שנפסק. כאמור המדובר בעורך דין צעיר, שהאירוע גרם לו נזקי גוף קשים, גדיעת הקריירה המקצועית וטרגדיה אישית בכך שאשתו ובנו נטשו אותו בגלל המצב הרפואי אליו נקלע. בית המשפט פסק לתובע את הסכומים הבאים:

<u>התיאורים</u>	<u>הסכומים</u>
הפסד השתכרות בעבר (לפי הפסד של 20,000 ש"ח לחודש)	1,290,569 ש"ח
הפסד השתכרות בעתיד (לפי הפסד של 20,000 ש"ח לחודש)	4,073,176 ש"ח
הפסדי פנסיה (פיצוי גלובלי)	250,000 ש"ח
עזרה וסיעוד לעבר (לפי הפסד של 9,000 ש"ח לחודש)	995,000 ש"ח
עזרה וסיעוד לעתיד (לפי הפסד של 9,000 ש"ח לחודש)	3,250,000 ש"ח
עבור טיפולי פיזיותרפיה בעתיד	40,000 ש"ח
עבור ננידות	200,000 ש"ח
עבור הוצאות דיור	35,000 ש"ח
עבור הטבת נזקיה של התובעת מס' 2 (רעיית התובע)	210,000 ש"ח
נזק לא ממוני (כאב וסבל)	400,000 ש"ח

סה"כ פסק בית המשפט סכום פיצויים, כולל שכר טרחת עו"ד של - 12,629,272 ש"ח שהוא למיטב ידיעתנו סכום הפיצויים הגבוה ביותר שנפסק עד כה בישראל בתביעה שעניינה רשלנות רפואית.

* * *

ועדת בדיקה: בקשה למתן צו שיפוטי לגילוי פרוטוקולים של ועדת בדיקה שהוקמה ע"פ סעיף 21 לחוק זכויות החולה תשנ"ו - 1996.

ה.פ. (י-ס) 825/97 יהושוע גבאי ואח' נ' מנכ"ל משרד הבריאות(לא פורסם)

העובדות

המנוחה אורלי גבאי ז"ל נפטרה ביום 6.2.97 במהלך לידה, בעת ניתוח קיסרי, בבית חולים שערי צדק בירושלים. לאחר האירוע, עשה המשיב - מנכ"ל משרד הבריאות - שימוש בסמכותו לפי סעיף 21(א)(3) לחוק זכויות החולה, והקים ועדת בדיקה לבירור נסיבות המוות. מסקנות הועדה נמסרו לידי המבקש, בעלה של המנוחה, אולם זה עמד על זכותו לקבל את מלוא המידע הקיים בנוגע לנסיבות מותה של המנוחה, דהיינו, הפרוטוקולים של ועדת הבדיקה. פסק הדין שהוא היחיד למיטב ידיעתנו אשר דן בסעיף 21 לחוק זכויות החולה, ניתן ע"י כבי' השופט כ. מוסק בבית משפט השלום בירושלים, שבו נדונה בקשת המשפחה למתן צו שיפוטי לגילוי פרוטוקולים של ועדת הבדיקה.

מסקנות הועדה לפיהן נקבע כי "נראה לנו כי הטיפול ביולדת היה על פי סטנדרטים מקובלים וברמה גבוהה, וכי המוות אינו קשור לרשלנות רפואית או לשיקול רפואי מוטעה", נמסרו לידי שאריה של המנוחה. אולם במסגרת ניסיונותיהם להתחקות אחר כל נסיבות המקרה, הם ביקשו לעיין בפרוטוקולים של ועדת הבדיקה. בית המשפט ניתח את ההיסטוריה החקיקתית בנושא וכן את שאלת האיוון בין האינטרסים המתנגשים. לאמור, זכותו הבסיסית של החולה לדעת גם את אשר עבר עליו בטיפול הרפואי מצד אחד לעומת האינטרס של הרופא והציבור להגן על מילוי תפקידו.

בית המשפט מצא פגמים רבים בהליך הועדה, בין היתר מצא לציין כי שמות העדים שהעידו בפני הועדה נמחקו ע"ג הדו"ח שנמסר למשפחה (מה שאין כן בדו"ח שנמסר לביה"ח), הועדה לא ניהלה פרוטוקול מסודר והקלטות שהכילו את הקלטות הדיונים אבדו באופן מסתורי, בלא שיישאר רישום מסודר או תמליל. הועדה לא הזמינה עדים חיוניים לעומת זאת שמעה עדויות של עדים לא רלבנטיים וגם זאת תוך זמן קצר ביותר תוך שהיא מקדישה 8 דקות לעד. בית המשפט מצא כי הועדה לא ירדה לפרטי הפרטים, לא עשתה את פעולתה כנדרש וחרגה מכללי פרוצדורה תקינים בחוסר סבירות קיצוני. לפיכך החליט לחשוף את הפרוטוקולים שבתמליל והן את שרידי

הרישום בכתב יד ובדפוס של חברת הועדה. זאת ע"מ שהמקרה ישמש דוגמא לכל מי שהעניין נוגע לו, ותוך המלצה למנכ"ל משרד הבריאות לשנות את הרכבן של ועדות הבדיקה. בע"א 1412/94 הסתדרות מדיצינית הדסה נ' עפרה גלעד ואח' פ"ד מט(2) 516, נקבע כי בהפעלת שיקול-דעת לעניין ההכרה בחיסיון, יש לאזן בין האינטרסים המתנגשים. מחד גיסא, עומד אינטרס הפרט והכלל בחשיפת האמת. מאידך, עומד אינטרס הפרט והכלל בהגנה על פרטיות, חופש ביטוי, יחסי אמון ושיקולים אחרים הקשורים בטובת הציבור.

בגדרי איוון זה יש לקחת בחשבון, בין השאר, את חשיבותם היחסית של השיקולים הנוגדים, את חיוניותו של המסמך לגילוי האמת ואת קיומן של ראיות חלופיות לראיה המבוקשת. כן יש להתחשב במידת ההשפעה של הגילוי על האינטרסים הציבוריים, שהחיסיון ביקש להגן עליהם. כל אלה ישפיעו לא רק על עצם ההכרה בקיומו של חיסיון, אלא גם על היקפו. אין להתיר חיסיון מעבר לנדרש.

יסודם של השיקולים הכלליים השוללים הכרה בחיסיון לדו"חות על הביקורת הרפואית הפנימית נעוץ בעקרון הגילוי ובחשיבותו. דו"חות הביקורת נערכים לרוב סמוך לאירוע. ועל-כן הם חסרי תחליף מבחינת העיתוי, הרלוואנטיות, הנגישות למידע הכלול בהם והייחודיות שלו.

נוסח החוק מעניק לדיוני הועדה חסיון, כאשר הוא קובע כי אם החליט המנכ"ל לפתוח בהליך משמעתי על פי דין, או להגיש תלונה נגד אדם בשל חשד למעשה פלילי, רשאי הוא להורות על מסירת הפרוטוקול, לצורך ניהול החקירה או ההליך המשמעתי, לאדם המוסמך לכך, וכן למטפל שנגדו נפתח ההליך או הוגשה התלונה.

בירור המקרה שהוצג בפסק הדין בעניין גבאי הנ"ל מהווה דוגמא כיצד נעשה שימוש לרעה בחסיון החוקי. "המחיר החברתי" ששולם בהטלת החסיון לפי סעיף 21 לחוק נעשה כדי "להגן" על האינטרס הציבורי לפיו ע"מ להגן על המערכת הרפואית, יש לאפשר לרופאים שהיו עדים לפרשה שהסתיימה באירוע חריג, להתבטא בחופשיות תוך שהם יודעים כי הפרוטוקולים ישארו חסויים. מצב זה, עלול להביא לממצאים ומסקנות מעוותים, והחסיון - יותר מאשר יביא תועלת הוא עלול להזיק דווקא למערכת הבריאות. כפי שאכן ארע בפרשת גבאי הנ"ל, שם מצא בית המשפט כי נעשו ניסיונות במפגיע להסתיר עובדות, למחוק את שמות העדים מהפרוטוקולים, להעלים ראיות (קלטות של דיוני הועדה), להתעלם מקיומם של עדים חיוניים, וכדברי ביהמ"ש: "נמצאו למדים בברור, כי לא רק שהועדה לא חקרה את אחד העדים המרכזיים

לניתוח הקיסרי ולמהלך האירועים שהוליך אח"כ אל מותה של המנוחה, היא אף בחרה להעיד עדים, שנגיעתם לאירוע, רחוקה כרחוק מזרח ממערב, אל מול קרבתו של ד"ר אלוני". כמו"כ מצא בית המשפט כי אחת מחברי הועדה מסרה תצהיר כוזב, וחבר אחר התנהג במשוא פנים אל ב"כ המבקשים, וכן שהועדה פעלה בחוסר מקצועיות, בנמהרות, בטיח עובדות ומבלי לרדת לפרטי הפרטים כפי שמתחייב מפעולה תקינה של ועדה ציבורית שמטרתה להגיע לחקר האמת.

גם אם נניח לטובת הועדה, כי בית המשפט טעה בהערכתו הנ"ל (על ההחלטה הנ"ל הוגש ערעור לבית המשפט המחוזי), הרי שלא ניתן להתעלם, איזה נזק עלול לגרום חסיון, לא רק לפרט, שזכותו הבסיסית לדעת מה נעשה בגופו או בעניין הנ"ל בגופה של המנוחה היקרה מכל לבני משפחתה ברגעיה האחרונים, אלא לאותם רופאים שהיו מעורבים בטיפול אך לא חטאו ברשלנות, אולם התנהגות עמיתיהם עלולה להכתים אותם. ועוד נשאל, האם זו הייתה כוונת המחוקק בהטילו חסיון על הפרוטוקולים של הועדה. ממצאי ביהמ"ש בעניין גבאי הנ"ל מעוררים הרהורים באשר ליכולת של המערכת הרפואית לבקר את עצמה. אולם דבר אחד ברור, הטלת חסיון על דיוני הועדה אינה משרתת את גילוי האמת ועלולה להביא לנוגעים בדבר יותר נזק מאשר תועלת ונסיבות המקרה של פרשת גבאי יוכיחו.

* * *

התיישנות: מתי נפסק מועד ההתיישנות לצורך הגשת תביעה בנזקי גוף?

ע"א 4114/96 אבידור המאירי נ' הכשרת הישוב חברה לביטוח בע"מ (טרם פורסם)

העובדות

בחודש ינואר 1980 היה המערער מעורב בתאונת דרכים. שלוש עשרה שנה לאחר מכן הגיש תביעה על פי חוק הפיצויים לנפגעי תאונות דרכים, התשל"ה-1975.

בכתב תביעתו ציין המערער כי כשבועיים-שלושה לאחר התאונה החל סובל מתחושת נימול בכפות רגליו ובאצבעות יד ימין. הוא פנה לשני מומחים לאורטופדיה, שלא גילו כל ממצא. כעבור מספר שבועות נעלמה תחושת הנימול. ב-10.9.82 חזרה התופעה על עצמה, והוא פנה לבית חולים.

משלא גילה דבר, הניח הרופא כי גם הפעם התופעה תחלוף מעצמה. ביום 10.11.82 פנה למומחה בתחום הנוירולוגי, אשר אמר לו לאחר בדיקה כי ההפרעה היא ככל הנראה פסיכוסומטית, והיא תחלוף. ביום 27.5.83 עבר בדיקה אלקטרומיוגרפית, שהייתה תקינה. משך כל התקופה ועד לסוף שנת 1986 חזרו והטרידו אותו תחושות הנימול, שבאו וחלפו. הוא "הסכין עם התופעות הנ"ל וקיבל את הבחנות הרופאים השונים שאין הוא סובל משום תופעה פיזיולוגית". בחודש נובמבר 1986 פקדה אותו חולשה בשתי רגליו. בדיקות לא העלו דבר, "כשבהמשך, החולשה נעלמה". ביום 3.2.87 נערכה לו בדיקה (בעקבות צו לשירות מילואים שקיבל). אז הועלה לראשונה החשד כי הוא "סובל ממחלה נוירולוגית כלשהי שנגרמה כתוצאה מהתאונה, אם כי לא היתה הבחנה ממשית". בחודש מאי 1988, בעת שהיה באיטליה, "פקדה אותו לפתע חולשה קשה בשתי הרגליים". ביום 31.5.88 עבר "בדיקה טומוגרפית ממוחשבת שנתנה לראשונה אינדיקציה לפגיעה". בחודש אוגוסט 1988 נסע לסידרת בדיקות בבית חולים בארה"ב ושם אובחן כי הוא "סובל כנראה ממחלת טרשת נפוצה, שהינה תוצאה של התאונה". בשנת 1989 חלה החמרה במחלה, והוא אושפז לראשונה בבית החולים איכילוב בתל-אביב. לאחר סידרת בדיקות נקבע כי הוא "סובל ממחלת הטרשת הנפוצה שנגרמה בתאונה כתוצאה מצליפת שוט ו/או טראומה". "בתאונה נגרמה פגיעה בגוף... שהביאה לפגיעה עצבית שתוצאותיה פריצה ו/או גרימת מחלת הטרשת הנפוצה שהנה מחלה הגורמת לשיתוק ספסטי הדרגתי של כל הגוף, לאובדן שליטה מוטורית ולהפרעות בכל תפקוד הגוף, לרבות הפרעות בראיה, בדיבור ובסוגרים". בבדיקות המקיפות שנערכו... בשנים האחרונות, לרבות בארה"ב, היו כל המומחים בדעה כי "המחלה נגרמה ולחילופין פרצה כתוצאה מהתאונה".

המשיבה ביקשה מבית המשפט קמא לדחות את התביעה על הסף בשל התיישנות התביעה, ובקשתה נתקבלה ללא שמיעת ראיות. בית המשפט המחוזי דחה את התביעה בנימוק שתביעת המערער התיישנה לכל המאוחר בשנת 1990, כעבור עשר שנים מיום תאונת הדרכים, המערער הגיש ערעור לבית המשפט העליון.

בע"א 34/95 גבעון נ' ד"ר ברמה (טרם פורסם), קבע כב' השופט אור כי "הסדר ההתיישנות בנזיקין מורכב משתי מערכות דינים המשלימות זו את זו. ההסדר הכללי מצוי בחוק ההתיישנות, התשי"ח-1958, שאלי מוטרף ההסדר הספציפי לדיני הנזיקין כפי שהוא מוצא את ביטויו בסעיף 89 לפקודת הנזיקין (נוסח חדש)". אולם בעצם הקביעה כי

סעיף 2)89 (לפקודת הנזיקין (נוסח חדש) (להלן: הפקודה) וסעיף 8 לחוק ההתיישנות, תשי"ח-1958 (להלן: החוק) משלימים זה את זה, אין כדי להשיב בבהירות לשאלת הזיקה שבין שני הסעיפים. שני הסעיפים מבטאים אמנם את "כלל ההתגלות", ואת ההשלכה שיש לגילוי המאוחר של העובדות על מועד ההתיישנות. אולם השוני ביניהם מתבטא במיקומה של נקודת האזיון בין האינטרס של התובע הפוטנציאלי לבין האינטרס של הנתבע הפוטנציאלי. נקודת האזיון המגולמת בסעיף 8 לחוק מטיבה יותר עם הניזוק לעומת זו שבסעיף 2)89 (לפקודה). סעיף 8 לחוק אינו קובע גבול עליון של זמן להגשת התביעה, "מקום בו העובדות המהוות את עילת התובענה נעלמו מן התובע מסיבות שלא היו תלויות בו, והוא גם לא התרשל במניעתן". תקופת ההתיישנות תתחיל "ביום שבו הגיעו העובדות לידיעתו" (ע"א 148/89 **שיכון עובדים נ' עיזבון יוסף בליבאום**, פ"ד מט(5) 485, 503). לעומת זאת מטיל סעיף 2)89 (לפקודה מגבלה של זמן להגשת התביעה. "הוראת הסיפא של סעיף 2)89 (לפקודת הנזיקין (נוסח חדש) לא באה להאריך את תקופת ההתיישנות הרגילה של שבע שנים ולא באה ליצור תקופת התיישנות חלופית ועצמאית. מטרתה הייתה לקבוע 'מחסום אחרון וסופי...' להתיישנות של תביעות, שבהן הנזק מתגלה לאחר התרחשותו, באופן שלא ניתן יהא להגיש תובענה על עוולה, שנוקה התגלה לאחר התרחשותה, לאחר עבור עשר שנים מיום אירוע הנזק" (ע"א 220/84 **אגיון נ' קיבוץ גבת**, פ"ד מ(1) 528, 531; וכן ע"א 831/80 **זמיר נ' כימיקליים ופוספטים בע"מ**, פ"ד לו(3) 122, 130).

בית המשפט העליון פסק:

כבוד השופט גולדברג קובע כי מושא הגילוי לפי סעיף 8 לחוק הוא "העובדות המהוות את עילת התובענה", דהיינו הגילוי שיש בו להשעות את מרוץ ההתיישנות נוגע לעובדות המשכללות את עילת התובענה. כשעילת התובענה היא נזק (כאמור בסעיף 2)89 (לפקודה) מותנה שיכלול העילה בקיומו של נזק ובקשר סיבתי בינו לבין המעשה או המחדל. סעיף 8 לחוק כולל, אם כן, גם גילוי מאוחר של יסוד הקשר הסיבתי (ע"א 244/81 **פתאל נ' קופת חולים של ההסתדרות הכללית**, פ"ד לח(3) 673, 683-684, ע"א 165/83 **בוכריס נ' דיור לעולה**, פ"ד לח(4) 554, 559).

לפיכך, כשם שניצני נזק מספקים על פי ההלכה את הדרישה לגילוי יסוד "הנזק", ובלבד שאינם בבחינת מה בכך, כך די לעניין הזיקה הסיבתית כי נתגלה לתובע "קצה חוט" הקושר מבחינה מדעית-רפואית בין המעשה או המחדל של המזיק לבין הנזק המאוחר.

את אמת המידה בקביעת דרגת הוודאות המספקת לצורך הגשת תביעה, יש לגזור מדרגת הוודאות המספיקה להוכחת התביעה. ומאחר ודרגת הוודאות להכרעה בתביעה עומדת על הטיית מאזן ההסתברויות, לא חייבת להיות דרגת הוודאות להגשת התובענה גבוהה מזו, כי אם נמוכה ממנה. מכאן, שאת הדיבור "נודעו לתובע" יש לפרש כידיעה שאיננה משוללת היגיון פנימי, ושיש לה אחיזה מינימלית במציאות. סעיף 8 לחוק מתנה את השעיית מירוצה ההתיישנות בכך ש"נעלמו מן התובע העובדות המהוות את עילת התובענה, מסיבות שלא היו תלויות בו ושאינן בזהירות סבירה לא יכול היה למנוע אותן". לעניין זה "סבירות הגילוי תלויה במושא הגילוי, במידע שכבר הצטבר אצל התובע (בכוח או בפועל), בגודל הנזק ובסיכויי מניעתו ובסיכויי ההצלחה של תביעה פוטנציאלית"

בענייננו מדובר בתאונת דרכים, וככזו היא נמנית על העוולות שבהן יסוד "הנזק" הוא תנאי לאחריות (סעיף 2 לחוק הפיצויים לנפגעי תאונות דרכים). זכותו של נפגע בתאונת דרכים לפיצויים משתכללת עם הוכחת תאונת דרכים, נזק, וזיקה סיבתית בין השניים האחרונים. סעיף 8 לחוק חל בהתאמה על כל אחד מרכיבים אלה. אין בידי לקבל את עמדת בית המשפט קמא כי בתובענה כתוצאה מתאונת דרכים לא חל סעיף 8 לחוק על רכיב הזיקה הסיבתית, מאחר שממילא נקבעת זו על ידי מומחה שממנה בית המשפט. "כלל ההתגלות" נועד להשעות את מרוץ ההתיישנות עד שיהא בידי הניזוק לעמוד על כוח התביעה שבידו. העובדה כי במשפט גופו נעזר בית המשפט במומחה רפואי מטעמו, אינה מייתרת את הצורך בגילוי העובדות על ידי התובע המקימות בידו עילת תביעה. המסר החבוי בעמדת בית המשפט קמא כי מרכיב הזיקה הסיבתית מתיישן בלי להתחשב במועד גילויו, הוא כי על הניזוק להגיש את תביעתו גם אם אין בידי ולו "קצה חוט" הקושר בין תאונת הדרכים לבין הנזק. גישה זו מהווה תמריץ לתובע הפוטנציאלי להגיש תביעה גם כשבסיסה העובדתי רעוע, וגורעת מן ההגנה על האינטרס של הנתבע הפוטנציאלי והאינטרס הציבורי מפני הגשת תביעות סרק.

המערער היה מודע (ככל אדם בר דעת) לאופייה הפוגעני של תאונת דרכים, ובתולדות חייו לרופאים ציין את דבר התאונה. אולם אין לראות בדיווח זה בלבד כמספק את הדרישה לגילוי הזיקה הסיבתית. תחושת הנימול אינה עניין של מה בכך, והיא החלה כבר בשנת 1982. מכאן, שיש מקום לומר כי יסוד הנזק נתגלה כבר אז. אולם את גורלה של טענת ההתיישנות יש לחתוך על פי מועד הגילוי של הזיקה הסיבתית,

המתבטא בגילוי בסיס רפואי-מדעי, לקשר בין הנזק ובין תאונת הדרכים.

בתביעתו טען המערער כי הזיקה הסיבתית בין הנזק ובין תאונת הדרכים נתגלתה לו רק כשאובחנה מחלתו (טרשת נפוצה). השאלה מתי אובחנה המחלה, ואם אכן, ומתי, נתגלה למערער בסיס רפואי-מדעי לקיומה של זיקה בין תאונת הדרכים ומחלתו, לא יכולה הייתה להיחתך במקרה זה רק מתוך פרשנות לנספחיו של כתב התביעה, אלא בדרך של הבאת ראיות קמא. כשמוכן הוא, כי "משהועלתה על ידי הנתבע טענת ההתיישנות, והתובע מבקש להיבנות מאחד החריגים המאריכים את תקופת ההתיישנות, עליו הנטל לטעון ולהוכיח קיומן של העובדות, המצדיקות חריגה כאמור" בית המשפט קיבל אפוא את הערעור והתיק הוחזר לבית המשפט המחוזי לדין.

* * *

התיישנות: הפסקת מירוצ' ההתיישנות במקרה של מחלת נפש:

ע"א 3622/96 אברהם חכם ואח' נ קופת חולים "מכבי

העובדות

אברהם חכם, המערער מס' 1, נולד ביום 8.6.1969 בבית החולים לילודות הקריה תל-אביב. לאחר שחרור האם, המערערת מס' 3, מבית החולים חמישה ימים לאחר הלידה, הבחינה האם בשינוי משמעותי במצב הבריאותי של התינוק. היא פנתה למרפאה של המשיבה ולאחר שהתינוק נבדק על ידי רופא ילדים של המשיבה חזרה האם לביתה. כעבור כשתים עשרה שעות הבחינה בהידרדרות נוספת במצבו של התינוק בשל צהבת חריפה. פנתה לבית החולים והמערער מס' 1 אושפז בדחיפות.

לטענת המערערים התברר כי המערער מס' 1 סבל מצהבת המלולטית שגרמה לו נזק מוחי ופגיעות מוטוריות קשות. כיום המערער מס' 1 סובל מפגיור ומפגיעה מוטורית קשה עם סימני שיתוק מוחין. אינו מסוגל לתקשר ולתפקד והוכרו לו אחוזי נכות בשיעור 100% לצמיתות. המערערים טוענים כי נכותו של המערער מס' 1 נגרמה כתוצאה מרשלנות לה אחראית המשיבה.

תביעת הנזיקין נגד המשיבה הוגשה ביום 14.2.1995, דהיינו,

כ- 25 שנים ושמונה חודשים לאחר מעשי הרשלנות, המיוחסים לה, שהקימו את עילת הנזיקין. ב- 1994 מונו למערער מס' 1 הוריו כאפוטרופסים לתקופה של ששה חודשים מכוח צו מינוי בימ"ש.

בית המשפט המחוזי בתל-אביב, (כבי' השופטת מי' סוקולוב), קבע שהתביעה התיישנה ועל כך הוגש הערעור. הוסכם כי מעשה הרשלנות, לו אחראית המשיבה לטענת המערערים, הוא מעשה חד-פעמי שבוצע סמוך לאמצע חודש יוני 1969. לפיכך מרוץ ההתיישנות התחיל באמצע חודש יוני 1969, כי ביום ההוא נולדה עילת התובענה (סעיף 6 חוק ההתיישנות), בהיותו היום שבו אירע הנזק המצוי בבסיס עילת הרשלנות (סעיף 2)89 (לפקודת הנזיקין). לפי סעיף 5(א) לחוק ההתיישנות תקופת ההתיישנות היא שבע שנים, תקופת ההתיישנות משתרעת עד לתאריך 8.6.1994, דהיינו, שבע שנים לאחר הגיעו של המערער מס' 1 לגיל 18.

המערער מסתמך על מחלת הנפש בה לקה אשר לגביה קובע סעיף 11 לחוק ההתיישנות כי בחישוב תקופת ההתיישנות לא יבוא במניין הזמן שבו היה התובע חולה-נפש ולא היה עליו אפוטרופוס.

המחלוקת בין בעלי הדין היא האם המערער מס' 1, בהיותו בלתי מסוגל לדאוג לענייניו, זכאי ליהנות מן העיכוב הנוסף במניין תקופת ההתיישנות, הקבוע בסעיף 11 הנ"ל. במקרה של תשובה חיובית, תקופת ההתיישנות טרם הסתיימה, משום שהמרוץ התחיל בעצם רק עם מינוי האפוטרופסים, דהיינו, ביום 20.1.1994. אף בהנחה כי האפוטרופסות נמשכת מאז ברציפות - ואין נתונים לפנינו לקבוע מסקנה כלשהי בעניין זה - הרי תקופת ההתיישנות תסתיים לכל המוקדם בתום שבע שנים מתאריך אחרון זה.

המחלוקת נוגעת, כאמור, לפרשנותה של הוראת סעיף 11 לחוק ההתיישנות, וביתר דיוק לשאלה האם אדם הלוקה בשכלו אך אינו סובל ממחלת נפש, יכול לחסות בצל הוראת סעיף 11 לחוק. בית המשפט המחוזי דייק בלשון ההוראה ושלל את הרחבת ההוראה על אדם שאינו חולה נפש, גם אם מצוי הוא במצב שבו אינו יכול לדאוג לענייניו בשל לקוי שכלי. בית המשפט המחוזי הסביר כי אין בהוראה הבחנה בין המובן המשפטי של הגדרת מחלת נפש לבין המובן המילולי, שהוא המובן הרפואי. בהבדל מנוסח ההוראה שבסעיף 8 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב-1962, אין בסעיף 11 לחוק ההתיישנות זכר לליקוי שכלי. בית המשפט המחוזי

מציין כי כאשר המחוקק ביקש להחיל הוראות מסוימות, לא רק על "חולה נפש" כי אם גם על לוקה בשכלו, הוא אמר זאת במפורש, כגון בסעיף 18 לחוק הנכים (תגמולים ושיקום), תשי"ט-1959. מסקנתו של בית המשפט, המתבססת על חוות דעתו של מומחה רפואי, היא כי התובע מס' 1 סובל אמנם מנכות נוירולוגית, אך לא מנכות פסיכיאטרית בגין מחלת נפש.

בית המשפט העליון פסק:

כב' השופט אנגלרד קבע כי לפנינו שאלה של העדפת אחת משתי פרשנויות אפשריות ומקובלות. האחת יוצאת מן ההנחה הפרשנית, לפיה "מכלל הן אתה שומע לאו" בבחינת "חולה נפש". הפרשנות האחרת דוגלת בדרך של היקש המרחיב את תחולת ההוראה על מצב דברים נוסף. ההגיון הענייני אינו אלא כוונתו של המחוקק כפי שבאה לידי ביטוי על ידי תכליתה של ההוראה החוקית.

השאלה היא האם דינו של ליקוי שכלי כדינה של מחלת נפש? תשובה חיובית תרחיב את הוראת סעיף 11 בדרך של היקש על המקרה הנדון; תשובה שלילית תפרש את הוראת סעיף 11 כהסדר שלילי.

אין כל הגיון ענייני לשלול מתובע, שאינו יכול לדאוג לענייניו בשל ליקוי שכלי (להבדיל ממחלת נפש), את העיכוב שבמרוץ ההתיישנות. אין למצוא כל נימוק סביר אשר ייחד את מחלת הנפש מליקוי שכלי בעל תוצאות זהות. זהו מקרה קלאסי של שימוש בהיקש.

המסקנה היא כי תביעתו של התובע טרם התיישנה בעת הגשתה. דין זה חל גם על תביעת ההורים בתור מטיבים במובן חוק לתיקון דיני הניזקין האזרחיים (הטבת נזקי גוף), תשכ"ד-1964. נמצא כי אם טרם התיישנה זכות התביעה של הניזוק, גם תביעת המטיבים עדיין עומדת להם.

כב' הנשיא אהרון ברק הצטרף לדעתו של השופט אנגלרד וקבע כי הדיבור "חולה נפש" מניח מיתחם של אפשרויות, אשר משותפת להן מחלת הנפש. מי שלוקה בשכלו בשל פגיעה מוטורית אינו נופל לגדר "חולה נפש". לא הרי מי שלוקה בשכלו כהרי מי שלוקה בנפשו.

לדעתו, חוק ההתיישנות קובע, שהשעיית מרוץ ההתיישנות במקרה של מחלת נפש, אין בו כל הוראה באשר להשעיית מרוץ ההתיישנות במקרה של ליקוי שכלי. מה משמעותה של שתיקה זו? התשובה על שאלה זו היא פרשנית. עניין לנו בפירושו של סעיף 11 לחוק ההתיישנות. עקרונית תיתכנה שלוש תשובות- התשובה הראשונה גורסת כי את שהחוק הסדיר במפורש, הוא הסדיר במפורש. את שלא הסדיר במפורש, הוא השאיר לאוטונומיה של רצון הפרט. התשובה השנייה קובעת, כי את שהסדיר החוק במפורש הוא הסדיר במפורש, ואת שלא הסדיר במפורש הוא הסדיר במשתמע. ההסדר המשתמע יכול שיהא חיובי או שלילי. התשובה השלישית קובעת, כי את שהסדיר החוק במפורש הוא הסדיר במפורש, אך הוא עשה כן באופן לא שלם. קיים חסר (לאקונה). הנה כי כן, שתיקת החוק עשויה להשתמע לכמה פנים. בשתיקתו עשוי החוק להעביר מספר מסרים. ההכרעה בין האפשרויות השונות היא פרשנית במהותה.

בסוגיה שלפנינו, המסקנה המתבקשת הנה כי לשון חוק ההתיישנות - המאפשרת השעיה של מרוץ ההתיישנות במקרה של מחלת נפש - לא מיצתה את התכלית המונחת ביסוד החוק. עלינו להשלים, אפוא, את החסר בחוק ההתיישנות על ידי הקביעה כי מרוץ ההתיישנות יושעה - כאמור בסעיף 11 לחוק ההתיישנות - אם התובע אינו מסוגל לדאוג לענייניו בשל ליקוי שכלי.

לפיכך הערעור ופסק דינו של בית המשפט המחוזי שדחה את תובענת המערערים מחמת התיישנות - בוטל.

רפואה ומשפט מסביב לעולם

הגנה על מידע רפואי

אמנון כרמי

ועדת השרים של מועצת אירופה אמצה בהחלטתה מיום 13.2.1997 את ההמלצה הבאה בנושא ההגנה על מידע רפואי (1).

1. הגדרות

המונח "מידע אישי" כולל כל מידע המתייחס לאדם מזהה או ניתן לזיהוי. אדם לא ייחשב ל"ניתן לזיהוי" אם הזיהוי מחייב כמות בלתי סבירה של זמן או כוח אדם. במקרים בהם אדם אינו ניתן לזיהוי יתייחסו אל המידע כאנונימי.

המונח "מידע רפואי" מתייחס לכל המידע האישי הנוגע לבריאותו של אדם. המונח מתייחס גם למידע בעל קשר ברור וקרוב לבריאות, לרבות מידע גנטי.

המונח "מידע גנטי" מתייחס לכל מידע, מכל סוג שהוא, ביחס לתכונות התורשתיות של אדם, או ביחס למגמת התורשה של תכונות אלה בקבוצה מסוימת של בני אדם. מונח זה מתייחס כמו-כן לכל מידע על הימצאות אינפורמציה גנטית (גנים) בקו אישי או גנטי לגבי היבט כלשהו של בריאות או מחלה, בין אם הן תכונות ניתנות לזיהוי או לא. הקו הגנטי הנו הקו הכולל דמיון גנטי שנוצר בהולדה, והמשותף לשני בני אדם או יותר.

2. תחולה

2.1 ההמלצה תקפה לגבי איסוף מידע רפואי ועיבודו האוטומטי, אלא אם כן חוק מקומי, בהקשר מיוחד, מחוץ לתחום הטיפול בבריאות, מספק אמצעי הגנה נאותים אחרים.

2.2 מדינה חברה יכולה להחיל את העקרונות המפורטים בהמלצה זו לגבי מידע רפואי שאינו מעובד אוטומטית.

3. כיבוד הפרטיות

כיבוד הזכויות והחירויות הבסיסיות, ובעיקר הזכות לפרטיות, יובטחו במהלך האיסוף והעיבוד של המידע הרפואי.

אמנון כרמי - פרופ' בפקולטה למשפטים באוני' חיפה, ראש המרכז הבינלאומי לבריאות, משפט ואתיקה.

מידע רפואי ייאסף ויעובד רק בהתאם לאמצעי הגנה שייקבעו בחוק המקומי. כעקרון, מידע רפואי ייאסף ויעובד רק על ידי אנשי בריאות מקצועיים או על ידי אנשים או גופים הפועלים מטעם.

אנשים או גופים הפועלים מטעם אנשי בריאות מקצועיים באיסוף ועיבוד מידע רפואי יהיו כפופים לאותם כללי סודיות החלים על אנשי בריאות מקצועיים, או לכללי סודיות דומים. פקחי תיקים שאינם אנשי בריאות מקצועיים יאספו ויעבדו מידע רפואי רק בכפוף לכללי סודיות דומים לאלה החלים על אנשי בריאות מקצועיים או אמצעי הגנה יעילים באותה מידה, הקבועים בחוק מקומי.

4. איסוף ועיבוד מידע רפואי

4.1 מידע רפואי ייאסף ויעובד באופן הגון וחוקי ולמטרות מסוימות בלבד.

4.2 מידע רפואי יושג כעקרון מנושא המידע. המידע יושג ממקורות אחרים רק בהתאם לעקרונות מס' 4, 6, ו-7 להמלצה זו, ואם זה נחוץ לשם העיבוד או אם נושא המידע אינו במצב המאפשר לו לתת את המידע.

4.3 מידע רפואי ייאסף ויעובד אם:
א. ניתן כחוק -

1. מטעמי בריאות הציבור, או

2. בכפוף לעקרון 4.8, לשם מניעת סכנה ממשית או עבירה פלילית ספציפית, או

3. בשל אינטרס ציבורי חשוב אחר, או
ב. הותר על פי חוק:

1. למטרות רפואה מונעת או למטרות אבחון או טיפול של נושא המידע או קרובו בקו הגנטי, או

2. לשם הגנה על אינטרסים חיוניים של נושא המידע או של צד שלישי, או

3. לשם מילוי התחייבויות חוזיות ספציפיות, או

4. לשם יצירה, שימוש או הגנה של תביעה משפטית, או

ג. אם נושא המידע או בא כוחו החוקי או רשות או כל

אדם או גוף קבוע בחוק נתן הסכמתו לאחת או כמה מן המטרות, וכל עוד חוק המקומי אינו קובע אחרת.

4.4 אם מידע רפואי נאסף למטרות של רפואה מונעת או למטרות אבחון או ריפוי של נושא המידע או קרובו בקו הגנטי, ניתן גם לאסוף אותו לצורך שירות רפואי הפועל לטובת האינטרס של המטופל, במקרים שבהם השירות נעשה על ידי איש בריאות מקצועי שאסף את המידע, או מקום שהמידע מועבר על פי עקרונות 7.2 ו- 7.3.

4.5 עוברים

מידע רפואי לגבי עוברים ייחשב כמידע אישי וייהנה מהגנה בדומה להגנה של מידע רפואי של קטין. בעל אחריות הורית רשאי לפעול עבור העובר, נושא המידע, כמי שהורשה כדן, אלא אם כן נקבע אחרת בחוק המקומי.

מידע גנטי

מידע גנטי שנאסף ועובד לצורך טיפול מונע, אבחון או טיפול בנושא המידע, או לצורך מחקר מדעי, ישמש רק למטרות אלה, או על מנת לאפשר לנושא המידע להגיע לכלל החלטה מדעת בנושאים אלה.

4.8 עיבוד מידע גנטי עבור דיון משפטי או חקירה פלילית יהא נושא לחוק ספציפי שיכלול אמצעי הגנה נאותים. המידע ישמש רק לשם קביעה, האם קיים קו גנטי במסגרת הגשת ראיות, למניעת סכנה ממשית או עבירה פלילית ספציפית. אין להשתמש במידע זה בשום מקרה לצורך קביעה של תכונות אחרות שעשויות להיות קשורות גנטית.

4.9 איסוף ועיבוד המידע הגנטי יותר, באופן עקרוני, ולהוציא מטרות מפורטות בעקרונות 4.7 ו- 4.8, רק מטעמי בריאות, ובמיוחד על מנת למנוע כל פגיעה רצינית בבריאות נושא המידע או צדדים שלישיים. אולם, יותר לאסוף ולעבד מידע על מנת לאבחן מחלה במקרים של התנגשות אינטרסים, וזאת בכפוף לאמצעי הגנה נאותים הקבועים בחוק.

5. אינפורמציה על נושא המידע

5.1 יש ליידע את נושא המידע בפרטים הבאים:

- א. קיומו של תיק המכיל את המידע הרפואי שלו, וסוג המידע שנאסף או שייאסף;
- ב. המטרה או המטרות שלשמן נאסף או ייאסף המידע;
- ג. היכן שניתן, האנשים או הגופים שמהם נאסף או ייאסף המידע;
- ד. האנשים או הגופים שלהם, והמטרות שעבורן עשוי המידע להיות מועבר;

ה. האפשרות, אם בכלל, של נושא המידע להימנע מלהסכים או לחזור בו מהסכמתו, ותוצאות החלטתו זו;

ו. זהות המפקח ונציגו, אם ישנו, ופירוט התנאים שבהם ניתן להפעיל את זכות הגישה ותיקון המעוות.

5.2 יש ליידע את נושא המידע לכל המאוחר בעת האיסוף. אולם, אם המידע הרפואי אינו נאסף מנושא המידע, יש ליידע את זה האחרון מוקדם ככל האפשר, והוא הדין, במקרה נאות, לגבי מידע הנזכר בעקרון 5.1, אלא אם כן הדבר בלתי סביר או בלתי מעשי באופן ברור, או שנושא המידע כבר קבל את האינפורמציה.

5.3 אינפורמציה עבור נושא המידע תהיה נאותה ומתאימה לנסיבות. רצוי להעביר את האינפורמציה לכל נושא מידע בנפרד.

5.4 בטרם תבוצע אנליזה גנטית, יש ליידע את נושא המידע על מטרות האנליזה, ועל האפשרות של ממצאים בלתי צפויים.

בני אדם נטולי כשירות חוקית

5.5 אם נושא המידע הוא נטול כשירות חוקית, ונטול יכולת קבלת החלטה חופשית, והחוק המקומי אינו מתיר לנושא המידע לייצג את עצמו, יימסר המידע לאדם שהוכר כמוסמך חוקית לפעול לטובת האינטרס של נושא המידע. אם האדם נטול הכשירות החוקית מסוגל לגלות הבנה, הוא יודע לפני שהמידע עליו ייאסף או יעובד.

יוצאים מן הכלל

5.6 סטיות מעקרונות 5.1, 5.2, ו- 5.3 מותרות במקרים הבאים:

א. ניתן להגביל מידע על נושא המידע אם הדבר קבוע בחוק ומהווה אמצעי הכרחי בחברה דמוקרטית:

1. לצורך מניעת סכנה ממשית או עבירה פלילית;
 2. מטעמי בריאות הציבור;
 3. לשם הגנה על נושא המידע וזכויות וחירויות זולתו;
- ב. במקרי חירום רפואי, ניתן לאסוף מידע הנראה כהכרחי לצורך טיפול רפואי לפני מסירת האינפורמציה.

6. הסכמה

6.1 מקום שנושא המידע אמור לתת את הסכמתו, תהא ההסכמה חופשית, מפורשת ומדעת.

6.2 התוצאות של כל אנליזה גנטית תגובשנה במסגרת המטרות של ההיוועצות הרפואית, האבחון או הטיפול שעבורם ניתנה ההסכמה.

6.3 מקום שמתכוונים לעבד את המידע הרפואי לגבי אדם נטול כשירות חוקית שאינו מסוגל לקבל החלטה חופשית, וכאשר חוק מקומי אינו מתיר לנושא המידע לייצג את עצמו, דרושה הסכמה של אדם שהוכר כמוסמך חוקית לפעול לטובת האינטרס של נושא המידע, או של כל רשות או אדם או גוף קבוע בחוק.

אם, בהתאם לעקרון 5.5 לעיל, יידעו אדם נטול כשירות חוקית עלהכוונה לאסוף או לעבד מידע רפואי שלו, יש לקחת בחשבון את משאלותיו, אלא אם כן נקבע אחרת בחוק מקומי.

7. העברת מידע

7.1 מידע רפואי לא יועבר אלא לאחר שימולאו התנאים הקבועים בעקרון זה ובעקרון 12:

7.2 בפרט, אלא אם כן נקבעו בחוק מקומי אמצעי הגנה נאותים אחרים, מידע רפואי יועבר רק אל אדם הכפוף לכללי סודיות מחייבים של איש בריאות מקצועי, והממלא אחר הנחיות המלצה זו.

7.3 מידע רפואי יועבר אם הוא רלבנטי, וכן:

א) אם ההעברה מוסדרת בחוק, ומהווה אמצעי הכרחי בחברה דמוקרטית עבור:

1. טעמי בריאות הציבור, או
 2. מניעה של סכנה ממשית או עבירה פלילית, או
 3. אינטרס ציבורי חשוב אחר, או
 4. הגנה של זכויות וחירויות הזולת, או
- ב) אם ההעברה מותרת על פי חוק למטרה של:
1. הגנה על נושא המידע או קרובו בקו גנטי;
 2. הגנה של אינטרסים חיוניים של נושא המידע או של צד שלישי;
 3. מילוי התחייבויות חוזיות מיוחדות;
 4. יצירה, שימוש או הגנה של תביעה משפטית, או

ג) אם נושא המידע או נציגו החוקי, או כל רשות, אדם או גוף חוקיים נתנו את הסכמתם לאחת או יותר מן המטרות, ובתנאי שחוק מקומי לא קבע אחרת; או

ד) בתנאי שנושא המידע או נציגו החוקי, או כל רשות או אדם או גוף חוקיים לא התנגד במפורש לכל מטרה בלתי-מחייבת, אם המידע נאסף בהקשר חופשי של מניעה, אבחון או טיפול, ואם מטרת העברת המידע, ובפרט הטיפול בחולה

או הפעלת השירות הרפואי לטובת האינטרס של החולה, אינו סותר את מטרת העיבוד שעבורו נאסף המידע.

8. זכויות של נושא המידע

זכויות גישה

8.1 יש לאפשר לכל אדם גישה למידע הרפואי שלו, ישירות או באמצעות איש בריאות מקצועי, או, במידה שחוק מקומי מתיר זאת, באמצעות אדם שמונה על ידו. האינפורמציה חייבת להיות נגישה באופן שתהיה מובנת.

8.2 ניתן לסרב, להגביל או לדחות גישה למידע רפואי רק במיצוות חוק, ואם:

- א) הדבר מהווה אמצעי הכרחי בחברה דמוקרטית לטובת האינטרסים של הגנת בטחון המדינה, בטחון הציבור, או מניעת עבירות פליליות, או
- ב) ידיעת האינפורמציה עלולה לגרום נזק רציני לבריאות נושא המידע, או
- ג) האינפורמציה על נושא המידע גם מגלה אינפורמציה על צדדים שלישיים, או, במה שנוגע למידע גנטי, אינפורמציה זו עלולה לגרום נזק רציני לשאר בשר קרוב או לבן אותה אם או לאדם הקשור ישירות לקו הגנטי, או
- ד) המידע משמש למטרות מחקר סטטיסטי או מדעי, כשלא קיים, בבירור, כל סיכון לפגיעה בפרטיות של נושא המידע

8.3 נושא המידע רשאי לבקש תיקון מידע מוטעה לגביו, ולערער במקרה של סירוב.

ממצאים בלתי צפויים

8.4 יש ליידע אדם, העובר אנליזה גנטית, על ממצאים בלתי צפויים, אם התמלאו התנאים הבאים:

- א) חוק מקומי אינו אוסר על מתן אינפורמציה כזו;
- ב) האדם עצמו בקש לקבל אינפורמציה זו;
- ג) האינפורמציה אינה עלולה לגרום נזק:
1. לבריאותו;
 2. לשאר משפחה, לבן אותה אם, לבן משפחתו
- החברתית, או לאדם הקשור ישירות לקו הגנטי שלו, אלא אם כן חוק מקומי מספק אמצעי הגנה נאותים אחרים.
- בכפוף לתת-סעיף א', יש למסור לאדם אינפורמציה שיש בה חשיבות ישירה לטיפול או למניעה.

9. בטיחות

9.1 יש לנקוט אמצעים טכניים ומנהליים על מנת להגן על מידע אישי, שעובד בהתאם להמלצה זו, כנגד השחתה מקרית או בלתי חוקית, אבדן מקרי, וכן כנגד גישה ללא סמכות, שינוי, העברה או כל צורה אחרת של עיבוד. אמצעים כאלה אמורים להבטיח רמה נאותה של בטיחות בהתחשבות, מצד אחד, ברמה המקצועית הטכנית, ומצד שני בטבע הרגיש של מידע רפואי וההערכה של סיכונים פוטנציאליים. יש לבחון תקופתית את האמצעים הללו.

9.2 על מנת להבטיח במיוחד את השלמות והדיוק של המידע המעובד, ואת הגנת החולים, יש לנקוט אמצעים נאותים:

- (א) יש למנוע מאדם ללא סמכות גישה למתקנים המשמשים לעיבוד מידע אישי(פיקוח על הכניסה למתקנים);
- (ב) יש למנוע מאנשים ללא סמכות קריאת חומרי מידע, העתקתם, שינויים או הסרתם (פיקוח על חומרי מידע);
- (ג) יש למנוע כניסה ללא סמכות של מידע אל מערכת האינפורמציה, והיועצות, תיקון או מחיקה ללא סמכות של מידע אישי מעובד(פיקוח על זיכרון);
- (ד) יש למנוע שימוש על ידי אנשים ללא סמכות בשיטות של עיבוד מידע אוטומטי באמצעות מכשור של העברת מידע(פיקוח על שימוש);
- (ה) בהתחשב מצד אחד, בגישה סלקטיבית למידע, ומצד שני בבטיחות המידע הרפואי, יש להבטיח שהעיבוד, ככלל, יתוכנן כך שיאפשר הפרדה של:
 - זיהויים ומידע המתייחסים לזיהוי בני אדם;
 - מידע אדמיניסטרטיבי;
 - מידע רפואי;
 - מידע חברתי;
 - מידע גנטי(פיקוח נגישות).
- (ו) יש להבטיח את האפשרות לבחון ולוודא - לאיזה בני אדם או גופים ניתן להעביר מידע באמצעות מכשירי העברה(פיקוח תקשורת);
- (ז) יש להבטיח את האפשרות לבחון ולקבוע בדיעבד למי הייתה גישה אל המערכת, ואיזה מידע אישי הוכנס אל מערכת האינפורמציה, מתי ועל ידי מי(פיקוח על הכנסת מידע);
- (ח) יש למנוע קריאה, העתקה, שינוי, או מחיקה של מידע אישי, ללא סמכות, במהלך העברת מידע זה(פיקוח על העברה);
- (ט) יש לבטח מידע על ידי יצירת העתקי בטחון (פיקוח הימצאות).

9.3 פקחי תיקים רפואיים חייבים, בכפוף לחוק מקומי, להתקין תקנות פנימיות נאותות, לכיבוד העקרונות המפורטים בהמלצה זו.

9.4 מקום שהדבר דרוש, פקחי תיקים המעבדים מידע רפואי ימנו אדם בלתי תלוי, אשר יהיה אחראי לביטחון מערכות המידע ולהגנת המידע, ואשר יהיה מסוגל ליעץ בעניינים אלה.

10. שמירה

10.1 באופן כללי, אין לשמור מידע רפואי יותר מאשר נחוץ על מנת להשיג את המטרה שלמענה המידע נאסף ועובד.

10.2 מקום אשר בו, נוכח אינטרס חוקי של בריאות הציבור או מדע רפואי - של האדם האחראי על טיפול רפואי או פקח התיק, על מנת לאפשר לו להתגונן בפני תביעה חוקית או להגישה - או מטעמים היסטוריים או סטטיסטיים, דרוש לשמור מידע רפואי אף כי השמירה אינה משרתת יותר את המטרות המקוריות, יש לנקוט הסדרים טכניים על מנת להבטיח את השמירה והביטחון הנכונים, תוך התחשבות בפרטיות החולה.

10.3 על פי בקשת נושא המידע יש למחוק את המידע הרפואי, אלא אם כן המידע הפך לאנונימי, או שקיימים אינטרסים חוקיים סותרים, במיוחד אלה המפורטים בעיקרון 10.2, או אם קיימת התחייבות לשמור את המידע.

11. מעבר - גבול של מידע

11.1 העקרונות של המלצה זו יחולו על מעבר מידע רפואי מעבר לגבולות.

11.2 מעבר מידע רפואי למדינה, אשר אישרה את האמנה להגנת בני אדם לגבי עיבוד אוטומטי של מידע אישי

(Convention for the Protection of Individuals with Regard to Automatic Processing of Personal Data), ואשר מתקינה חקיקה אשר מספקת לכל הפחות הגנה שווה על מידע רפואי, לא יהיה כפוף לתנאים מיוחדים של הגנת הפרטיות.

11.3 מקום שההגנה על מידע רפואי יכולה להיחשב כתואמת את עקרון ההגנה השווה הקבועה באמנה, לא תוטל כל הגבלה על מעבר - גבול של מידע רפואי למדינה, אשר לא אישרה את האמנה, אך שיש לה הוראות המבטיחות הגנה בהתאם לעקרונות של האמנה הזו וההמלצה הזו.

11.4 בכפוף להוראה אחרת של חוק מקומי, מעבר- גבול של מידע רפואי למדינה, אשר אינה מבטיחה הגנה בהתאם לאמנה ולהמלצה זו, לא ייעשה, ככלל, אלא אם כן:

(א) ננקטו אמצעים דרושים, לרבות אמצעים בעלי אופי חוזי, על מנת לכבד את העקרונות של האמנה וההמלצה הזו, ושלנושא המידע יש אפשרות להתנגד למעבר, או (ב) נושא המידע נתן את הסכמתו.

11.5 להוציא מקרה חירום או מעבר שנעשה בהסכמת נושא המידע, אמצעים נאותים ינקטו על מנת להבטיח הגנה של מידע רפואי המועבר מארץ לארץ, ובמיוחד:

(א) האדם האחראי למעבר יציין למקבל המידע את המטרות החוקיות המסוימות שעבורן נאסף המידע באופן מקורי, וכן את בני האדם או הגופים שאליהם ניתן להעביר את המידע;

(ב) בכפוף להוראה אחרת של חוק מקומי, מקבל המידע חייב כלפי האדם האחראי להעברת המידע בכיבוד המטרות החוקיות המסוימות בהן הכיר, ולהימנע מלהעביר את המידע לבני אדם או לגופים מעבר לאלה שצוינו על ידי האדם האחראי להעברת המידע.

12. מחקר מדעי

12.1 מידע רפואי שנעשה בו שימוש לצורך מחקר מדעי יהיה, ככל האפשר, אנונימי. ארגונים מקצועיים ומדעיים ורשויות ציבוריות יעודדו פיתוח של טכניקות והליכים לאבטחת אנונימיות.

12.2 אולם, אם שמירה על אנונימיות כזו עשויה להפוך פרוייקט של מחקר מדעי לבלתי אפשרי, ובתנאי שהפרוייקט מבוצע למטרות חוקיות, ניתן לממשו תוך שימוש במידע אישי, בתנאי זה:

(א) נושא המידע נתן את הסכמתו למטרה או מטרות המחקר, או

(ב) מקום שנושא המידע הוא נטול כושר חוקי ואינו יכול לקבל החלטה חופשית, וחוק מקומי אינו מתיר לנושא המידע לייצג את עצמו, נציגו החוקי או רשות מוסמכת, או כל אדם או גוף שהוסמכו כחוק, נתנו הסכמה במסגרת פרוייקט המחקר בנוגע למצב הרפואי או למחלה של נושא המחקר, או

(ג) חשיפת מידע למטרה של פרוייקט מחקר מדעי מוגדר, הנוגע לאינטרס ציבורי חשוב, אושרה על ידי גוף או גופים שנקבעו בחוק מקומי, אולם רק אם:

1. נושא המידע לא התנגד במפורש לחשיפה, וכן

2. חרף מאמצים סבירים, לא יהיה זה מעשי ליצור קשר עם נושא המידע על מנת לקבל את הסכמתו, וכן

3. האינטרסים של הפרוייקט המדעי מצדיקים את ההרשאה האמורה, או

(ד) המחקר המדעי מותר על פי חוק, ומהווה אמצעי נחוץ מטעמי בריאות הציבור.

12.3 בכפוף להוראות משלימות של חוק מקומי, יורשה לאנשי בריאות מקצועיים, הרשאים לבצע את מחקריהם הרפואיים, להשתמש במידע רפואי שברשותם, כל עוד שנושא המידע יידע על אפשרות זו ולא הביע התנגדות לכך.

12.4 במה שנוגע למחקר מדעי המבוסס על מידע אישי, בעיות משניות, לרבות בעיות בעלות טבע אתי או מדעי, המתעוררות בקשר לאמנה, תיבחנה לאור כלים רלבנטיים אחרים.

12.5 מידע אישי שהיה בו שימוש לצורך מחקר מדעי לא יפורסם באופן שניתן יהיה לזהות את נושאי המידע, אלא אם כן הם נתנו הסכמתם לפרסום, והפרסום מותר על פי חוק מקומי.

מראה מקום

(1) International Digest of Health Legislation, vol. 49, No. 3, 502

ממדף הספרים

מסלולים מתנגשים: מומחי בריאות נפש על זוכן העדים

Gary Melton, John Petrila, Norman Poythress, Christopher Slobogin
Psychological Evaluation for the Courts, Guilford N.Y 1998 794 p.

עו"ד יעקב סגל

זו של "הרצון החופשי" וחוסר הוודאות המערפל של מונחים כדוגמת "האדם הסביר" או "מאזן הסתברויות". ההבדלים האלה בפרדיגמה הם אבות אי ההבנות. כך לדוגמא, יוכל מטפל להעיד על מחקרים הקובעים דרכי התנהגות של נבדקים במצבים מסויימים, אלא שלנתונים הסטטיסטיים האלה אין כל חשיבות או נפקות לעניין הנאשם המסוייב היושב על ספסל הנאשמים ובית המשפט חייב להכריע אם הנאשם ביצע מעשה מסוייב והיה מודע לטיבו וטבעו של אותו מעשה. למשפטן קשה לעיתים לקבל את הדיסציפלינות המדעיות, בעוד שפסיכולוג או פסיכיאטר אינם יכולים להשתחרר מהתחושה שבאי כח הצדדים מפגינים גישה שטחית ולא מדעית לתחום בו הם מנסים להתמקד. הבדל נוסף הוא היחס הפטרנלי של גורם טיפולי למטופל בניגוד ליחס השם דגש על זכויות האדם - אותו מפגין משפטן.

794 עמודי הספר מהווים נסיון ליצור "שפה משותפת" בין עולמות מרוחקים ולעיתים עוינים זה לזה - בדומה לנסיון המוצלח "לאמץ" את ה-DSM כמכנה משותף של כל העוסקים בתחום מדעי ההתנהגות.

הספר משווק בישראל ע"י "ורבר" - שיווק ספרים.

עדותו של פסיכולוג או פסיכיאטר בערכאה שיפוטית היא הזדמנות מצויינת לחקירה נגדית ממצה של עורך הדין בצד שכנגד המנסה להפוך את העדות ללא אמינה. לעומתו - עורך הדין שהביא את העד המנסה להבנות מן העדות הזאת. לא פעם מתקבל הרושם המוצדק כי החקירה הזו היא זו שיח בין חרשים אילמים. שפתם של מדעי ההתנהגות שונה מאוד מהשפה המשפטית. גרוע מכך: כל צורת המחשבה והלוגיקה המשפטית בעצם הגדרתן שונות מאלו המקובלות בתחום המחקרי והטיפול. ספרם של מלטון, פטרילה, פויטרס וסלובוגין - הוא נסיון ראשון מסוגו לגשר בין הפערים וליצור שפה משותפת לשני העולמות האלה. "חומרי הגלם" של המחברים הם פרוטוקולים מבתי משפט. בעיקר מתיקים פליליים ותיקי אישות בהם המסקנה אותה אמור בית המשפט לגבש בסופו של דבר, היא מצבו המנטלי והקוגניטיבי של הנאשם או כשירותו (לתפקיד הורה). מתוך שלל הדוגמאות מצביעים המחברים על אי ההבנות ועל התסכול ההדדי הנובע מהשוני בין תפיסות העולם וצורות החשיבה. זהו שוני היורד לשורשו של עניין עוד ברמת הרדיגמה של כל אחד מהתחומים: בעוד שבתחום המחקרי/טיפולי קיימת שאיפה ל"דטרמיניזם מדעי" המבוסס על אמפיריות ונסיון מצטבר מחד ודינמיות מחשבתית מאידך, הרי שבעולם המשפט תפיסת היסוד היא