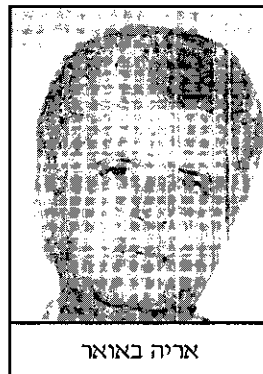


בימות המערכת

הרופא והמשפטן - הילכו שניהם יחדיו בלתי אם נועדו?



אריה באור

מבוא

בשנים האחרונות, אנו עדים לתופעה גוברת והולכת של רופאים הפונים בשלבים שונים של הקריירה המקצועית שלהם - ומסיבות שונות - ללמוד משפטים, וחלקם אף ממשיך עד קבלת הרשיון לעסוק בעריכת דין. יש המממשים את הרשיון הלכה למעשה, דהיינו - הסבה מקצועית מוחלטת.

ננסה לסקור את הסיבות למעבר התמוה לכאורה מעולם הרפואה לעולם המשפט. כן נעמוד על המתח הנוצר בין עולמות אלה מתוך הסימביוזה של העשייה המשותפת מחד, והביקורת ההדדית מאידך של איש הרפואה ואיש המשפט.

המחבר, רופא פסיכיאטר, ביצע את המעבר הזה בין העולמות. המאמר משקף את פרי הנסיון האישי, הלבטים, הקשיים והמסקנות.

מתוך הסינטיזה של שתי זוויות ראייה אלה, יודגם המתח בין עולמות הרפואה והמשפט, אשר עיתים דוחף ודוחק בעד הרופא דווקא להסיט את הגלימה, להביט אל עולם אחר ולעתים אף להישאב אליו לגמרי.

הקדמה

בשנים האחרונות חלה עלייה דרמטית במידת ההיחשפות של ציבור הרופאים בישראל לשבט הביקורת של בית המשפט. עיתים נדמה כי גל התביעות נגד רופאים ומוסדות רפואה, עומד להציף את מסדרונות בתי המשפט. מדובר ברשלנות רפואית, הפרת סודיות רפואית ועוד. המגמה הנגדית שזכתה

לכינוי "רפואה מתגוננת", היא פועל יוצא מאותו גל תביעות, ומבטאת תגובה מתעצמת של צבור הרופאים בארץ ובעולם.

ביצוע של כל החלטה ופעולה רפואית כיום, כפוף ומותנה בביצוע וחשיבה מוקדמת אודות ההשלכות הצפויות לרופא המבצע ביום בו יידרש לעמוד על דוכן העדים בבית המשפט ולהחקר על ביצוע כושל (או בלתי עומד בציפיות הפצינט)¹. מצב שכזה, יוצר מתח בלתי בריא בין הרופא לחולה, ובמהלך כל ההליך הרפואי, בוחן כל אחד מן השניים את האחר ומלקט חומר ראיות לכתב תביעה/הגנה אפשרי.

אין ספור מאמרים נכתבו על תופעות הלוואי השליליות שגורמת רפואה כזו הן למטופלים והן למטופלים. הרופאים, שמרגישים כי אינם חופשים לגמרי בבחירת הטיפול והאמצעים בהם רצו לנקוט - עקב הביקורת שבית המשפט עלול למתוח עליהם - מחליטים, כי אם זהו המצב, כדאי ורצוי להכיר טוב יותר את העולם המשפטי, לדעת מהן הדרישות העומדות בפניהם, וכיצד להיזהר מ"מוקשים" ומכשלות אחרות.

אחדים מן הרופאים שנכנסו לעולם הזה, החליטו לעשות הסבה מקצועית לתחום עריכת דין. בדרך כלל למשפטי נזיקין. לכמה מהם היתה הרגשה של שחיקה, מהולה בתחושה כי נחסמה בפניהם הדרך להתקדמות בקריירה הרפואית שלהם, ואילו המעבר לתחום המשפטי יצר שינוי וגיוון. דבר זה כשלעצמו מהווה לעיתים זריקת מרץ ותנופה מחודשת לאותם רופאים. ואין ספק כי יש להם יתרון יחסי בהיותם מיומנים בשתי הדיסציפלינות.

סיבה נוספת למעבר היא ההתעניינות לשמה בעולם המשפט. הדבר רווח אצל רופאים שעבודתם **הרפואית** מצריכה הכרה של החוק וידיעת הצדדים המשפטיים של עבודתם הרפואית. לדוגמא: עבודתם של הפסיכיאטרים המחוזיים. אין אנו מכירים אפילו אחד מהם שלמד לימודי משפטים אך ודאי שחלקם, לפחות, הן בהשתלמויות והן ע"י לימוד עצמי, עוסקים בחוק ולומדים אותו בדרכים שונות. (ועיתים אף עוזרים ותורמים ליצירתו).

סיבה נוספת, נקרא לה "נסיבתית", היא הפתיחה המאסיבית

ד"ר אריה באור - פסיכיאטר ומשפטן. אחראי ארצי על המסוכנות/משרד הבריאות

של המיכללות למשפטים, עם תנאים מפתים מבחינת שעות הלימודים (בשעות אחה"צ/הערב) ומבחינת תנאי קבלה נוחים. אפשרויות זמינות אלה הן תמריץ מסויים לרופאים שבגלל סיבות שונות התעניינו ומתעניינים בנושא המשפט ושמחים להזדמנות ללמוד משפטים באופן יסודי. עד כאן לגבי הסיבות אך ישנם גם קשיים במעבר הזה.

הלשון המשפטית כמו גם החשיבה המשפטית שונות בתכלית השינוי מהלשון והחשיבה הרפואית. בעוד שברפואה ההתמקדות היא בחולה ובדאגה לשלומה, הרי שבעולם המשפט השופטים, לדוגמה, כפרשני החוק, רואים עצמם כמייצגים את האינטרסים של הציבור בכללותו ומתוך כך, אינם יכולים ואינם רשאים לראות את המצב באופן חד מימדי. עליהם להסתכל על הדברים מזווית רחבה יותר. בהיותם עוסקים בסיטואציות ובמצבים מן החיים מעיינים הוא בחיפוש העובדות והוכחות. לא כך הרופאים. כאשר הם מגישים לביהמ"ש חוות דעת של מומחה, אין הם מסתמכים רק על העובדות כהויות אלא מקבלים את דברי החולה כאמת לאמיתה. הם אינם פועלים לפי פקודת הראיות ומבחינתם כל אמירה של החולה היא בסיס לחוות הדעת. ראייה שונה זו גורמת לעיתים קרובות לחוסר אמון מצד השופט בהתייחסות לעדות של הרופא. כתוצאה - הרופא מרגיש חסר בטחון, ממורמר וכועס על שמטילים ספק במהימנותו ומנסים לערער לכאורה על מומחיותו. האוירה הנוצרת בנסיבות אלה חשדנית ומתוחה.

כותב אחד הרופאים⁵: "השופט אינו מבין ברזי המקצוע שאת בעליו הוא עומד לשפוט. הוא אולי מומחה בגביית עדויות אבל כאשר הוא צריך לשקללן, אין לו את הכלים הנרכשים רק אחרי שנים רבות של עבודה קשה במקצוע הרפואה. הכלל של "אל תדון אדם עד שתגיע למקומו" אינו מיושם בשיטת השיפוט שלנו".

ועוד "מאחר ונקבע לאחרונה שהכל שפיט, אנו נמצאים במצב בו מערכת השיפוט לקחה על עצמה תפקיד שהיא מתקשה לעמוד בו".

פעם אחר פעם דנים השופטים במושגים מקצועיים מעולם הרפואה, אשר לגביהם נוטים הרופאים לחשוב כי רק הם מוסמכים ובעלי ידע מספיק לקבוע את מהות המושגים האלה. והנה באים השופטים ועוסקים גם בכך - למרות שכמובן לא הוכשרו לכך, לפחות מן ההיבט הרפואי.

ניקח כדוגמה את מקצוע הפסיכיאטריה: כאן התעוררו חילוקי

דעות בין שופטים לבין רופאים לגבי סוגיות רבות: פירושה של "מחלת נפש" ושל "מסוכנות"^{4,3,2} היכולת והאפשרות להעריך אותה; מידת הצורך בהוצאת הוראות אשפוז (ע"י הפסיכיאטרים המחוזיים בתוקף תפקידם ובתחום סמכותם); קביעת אבחנה רפואית ואחוזי נכות התואמים קריטריונים משפטיים; חישוב אחוזי נכות בהתאם לכללים משפטיים הקובעים כמה אחוזי נכות שווה פגיעה כזו או אחרת וכו'. עד עצם היום הזה, נמצאים נושאים אלה במחלוקת בין הדיסציפלינות השונות ופתרון אינו נראה באופק.

עד כאן עסקנו בנושא מנקודת מבט של הרופאים. אולם, גם לשופטים ישנה בעיה לא קלה במפגש עם אנשי רפואה. עורכי הדין נוטים לעתים להתמקד בקרדיטציה של הרופאים והופכים את מספר הפירסומים שפירסם הרופא ומקום העבודה שלו, לנושא העיקרי. לקרדיטציה של הרופא ישנה כמובן חשיבות אבל אין בישראל דרישות מינימום לענין זה וקבלת דברי הרופא או דחייתם, אינה במרבית המקרים פונקציה של מספר המאמרים שפירסם.

מהי הבעייתיות בעדות מומחה בבית-המשפט?⁶ מצד אחד בית המשפט מעביר למעשה למומחה חלק מסמכויותיו, שהרי את מקום עד הראיה או עד השמיעה, תופסים שיקול הדעת, הנסיון והידע הרפואי של העד המומחה. השופט צריך לסמוך על המומחה כי אכן בדק כל מה שצריך היה לבדוק; כי שיקלל את כל הגורמים האפשריים; כי הוא בעל ידע מעודכן, וכי לא התעלם מגורם כלשהו שהשופט לא יכול היה לדעת על קיומו. במילים אחרות - בית המשפט סומך על הרופא המומחה שיעשה תפקיד של שופט למרות שאינו שופט. מצד שני, דווקא בית המשפט נטול הידע המקצועי הוא זה שמחליט בסופו של דבר בסוגיה הרפואית. הדבר בולט עוד יותר כאשר מדובר בנתבע/נאשם שהוא רופא. נאשם/נתבע כזה, בעל ידע מקצועי ראוי, חש תיסכול, בראותו כיצד איזה הדיוט שבעיני עצמו הוא המקצוען, חורץ את גורלו של אותו נתבע.

בשיטת המשפט שלנו השופט מחליט על סמך מה שלפניו. היינו, גם אם השופט עצמו למד רפואה או שיש לו אפשרות לפנות לרופא אחר - הוא אינו יכול לעשות שימוש בכך. המאפיין את שיטת המשפט האדברסית שלנו הוא שהשופט אינו יורד לזירת ההתגוששות. אם יכניס את ידיעתו הפרטית לזירה - הרי שהכניס יריב חדש למגרש המשחקים: יריב שלנאשם לא היתה כל אפשרות להתמודד עימו, שכן לא ידע מה הידע הפרטי שהשופט עשה בו שימוש. החשש מפני אותו יריב עלום שנמצא במוחו של השופט, גדול עוד יותר מחמת

האפשרות שמדובר במידע בלתי מעודכן, בלתי אמין וכו'.

דיון:

ההסתמכות הגדלה והולכת של בתי המשפט על רופאים והפלישה של הרפואה, במיוחד רפואת הנפש, לתחומים אשר מבחינה אידיאולוגית ועניינית מסורים לשופט - מחייבים את הרופא לסטנדרטים מסויימים. אין ספק שהרופא אינו חוקר ואינו שוטר. גם כאשר הוא רושם מפי מתלוננת באונס את עיקרי הדברים - אין הוא אמור לחקור אותה בחקירה נגדית. עם זאת כיוון שרופא מבצע את הבדיקה בעקבות התלונה, ניתן לצפות שאם נאמרים דברים שעל פניהם אינם הגיוניים, תבואנה שאלות הבהרה. אל לו למומחה לעבוד במנותק מהמציאות שלפניו. כאשר מדובר על אנמנה הנשענת על דיווחים של נאשם או בני משפחה - גם אז הציפיה מרופא היא שיבצע לפחות פעולות בדיקה מינימליות כדי לוודא את אמיתות ואמינות האינפורמציה.

אנו מצפים שהרופא יבקש לראות מסמכים רפואיים, (אם קיימים כאלה), וכי יתייחס בשיקוליו לאפשרות שמא לא כל האינפורמציה נמצאת בפניו. הרופא אינו אחראי לנתונים שנמסרו לו במידה ואינם מדוייקים, ובלבד שישמור כל הזמן על היושר המקצועי שלו ולא ייצמד לדעתו בכל מחיר גם כאשר מתברר לו, כי הסתמך בעבודתו על נתונים שהוכחו כלא נכונים.

חקירה לגיטימית בבית המשפט נועדה לבחון מה ידע המומחה מפי העד שהזמין את חוות דעתו של אותו מומחה, לפני שנתן את חוות הדעת. זאת - כדי לברר האם המומחה סימן תחילה את המטרה ואח"כ הקיף אותה בעיגול. מומחה חייב לדעת כי אם הכין את חוות הדעת שהוזמנה אצלו, תוך שהוא מתאים את התאוריות והידע הרפואי למה שנתבקש ממנו - הדבר יתגלה בבית המשפט. במדינת ישראל הקטנה, מומחה שנמתחה עליו ביקורת בבית המשפט, צריך לקחת בחשבון כי הביקורת תתפשט כאש בשדה קוצים ותצוטט בעתיד בכל תיק שיעיד בו בהמשך בדרכו המקצועית. ביהמ"ש מצפה מרופא מומחה שיראה עצמו כחייב חובת נאמנות לבית המשפט למרות שהוא מעיד מטעם אחד הצדדים.

הבעיה מתעוררת כמובן באותם מקרים בהם חובת נאמנות זו עלולה לפגוע באינטרסים של המטופל ובאמון שהוא רוחש לרופאו. על הרופא לדעת אז כיצד למלא את דרישות ביהמ"ש ובה בעת לשמור על מערכת יחסים נאותה ובעלת אמון עם מטופליו, ואין זו משימה קלה כלל. הרופא עלול להינזק אם

היחיד שאינו יכול כאמור להתייעץ עם מומחה מטעמו הוא השופט. הוא רשאי להתייעץ עם שופטים אחרים, הוא רשאי להתייעץ עם המתמחה או עם עוזר משפטי, אך אין הוא רשאי להתייעץ עם מומחה אחר. ניקח כדוגמא את תחום הפסיכיאטריה: מיוגון הסוגיות בהן נדרש המומחה להתערב - עצום. החל מקביעה אם נאשם כשר או לא כשר לעמוד לדין בשל מחלת נפש; אם ביצע מעשה מסויים עקב דחף לאו בר כיבוש הנובע ממחלת הנפש שבה לוקה. עבור לשאלה האם בהנחה שאינו סובל ממחלת נפש הוא עדיין סובל מליקוי נפשי שצריך לאפשר לו להנות מאחריות מופחתת. לפסיכיאטרים הרבה טרוניות בהקשר זה משום שלמעשה השופטים דורשים מהם כוח נבואה המציב אותם במצב של "אוי לי מיצרי ואוי לי מיוצרי". כאשר אינם מוכנים לתת חוות דעת על מסוכנות עתידית של אדם - באים השופטים בטרוניה על כך שאין הפסיכיאטרים עושים את מלאכתם נאמנה. אך מאידך, אם הם מתנבאים - הם נוטלים על עצמם אחריות כבדה מנשוא.

ואכן, בשנים האחרונות אנו עדים לתופעה של סניגורים פליליים המנסים יותר ויותר להעזר בחוות דעת של פסיכיאטרים כדי להוכיח שנאשם זה או אחר, אינו מסוגל מבחינת מבנהו הנפשי לבצע עבירות מסויימות.

לבסוף, מספר מילים על המושג "חוות דעת מומחה". זוהי עדות שמיעה מובהקת. הרופא מעביר אינפורמציה שנמסרה לו מבלי שהמוסר נחקר עליה. זהו חריג לכלל של איסור עדות שמיעה. אגב, במשפט הישראלי ישנה ביקורת על הכלל של איסור עדות שמיעה ויש מי שאף דורש לבטלו. המסקנות בחו"ד המומחה אינן דומות לשום עקרון משפטי של דיני הראיות, ועיתים אף עומדות בסתירה גמורה לו.

א. המסקנות לוקחות בחשבון כאמור נתונים שלא היו בפני ביהמ"ש.

ב. המסקנות מבוססות על הידע המקצועי של המומחה ועל ספרות רפואית.

ג. עדות המומחה מכילה ואמורה להכיל סברות, מסקנות והשערות המבוססות על שילוב הידע המקצועי של העד המומחה. בעדות מומחה מותרות סברות והיפותיזות. הנטייה הגוברת של ביהמ"ש להסתמך על הסברות הללו, נולדה משום שאין בנמצא מכשיר טוב מהן.

ינקוט בגישה כזו או אחרת ואין לפניו פתרון ישים לכל המקרים הבעייתיים. לדעתנו, באספקט זה של הבעיה הרופא דינו ככל אזור, וכאזור עליו לעזור לבית המשפט להגיע לחקר האמת ע"י תרומתו באמירת האמת גם אם אמת זו אינה נוחה למטופל.

אין ספק שהשאלות קשות ומורכבות ואם עזרנו במאמר זה, ולו במעט להעלאת המודעות לקשיים - תקוותנו שבהמשך גם יימצאו התשובות המתאימות לשאלות הקשות שהועלו.

מקורות:

1. ע"ש 81/92 פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה והוועדה הפסיכיאטרית מחוז ירושלים, פ"מ תשנ"ג, חלק שלישי, 221.

2. ע"א (ת"א) 279 304/78 חובב נ' ירמולוביץ, פ"מ תשל"ט (2) 441, 489.

3. ת"פ (ת"א) 3816/94 מ"י נ' היי ביי בע"מ ואח' - טרם פורסם.

4. ת.פ. 1994 256/93 מ"י נ' נאיק בן מחמד אבו-מעמד טרם פורסם.

5. מכתב לחבר כרך 60 חוברת מס' 1, ינואר 98.

6. רשלנות רפואית וסוגיות בנוזיקין - עדי אור וד"ר אילנה נירנברג.



אתיקה רפואית

האם לילד עבר שאמו נפטרה?

יום עיון שאורגן ע"י מערכת "רפואה ומשפט",
והתקיים ביום 4.6.1999, בפולטה לרפואה באוני' תל-אביב

השתתפו בפנל:

פרופ' יעקב בזק - סגן נשיא ביה"מ המחוזי בירושלים
(בדימוס)

פרופ' שלמה משיח - מנהל אגף נשים ויולדות, מרכז רפואי
שיבא

הרב יגאל שפרן - מנהל המח' לרפואה והלכה, המועצה הדתית
ירושלים

ד"ר מירון אפשטיין - רופא וחוקר האתיקה של הרפואה,
המכון להיסטוריה ופילוסופיה של
המדע באוני' ת"א

הגב' הילית משיח - אחות ראשית חדרי לידה, מרכז רפואי
שיבא

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

הערת המערכת:

אנו מביאים כאן את דברי חברי הפנל והמשתתפים מן הקהל, כפי
שהוקלטו במהלך יום העיון.

המערכת מביעה את תודתה העמוקה לעו"ד אלי זהר על ההנחיה המצויינת
של יום העיון השנתי. זו הפעם החמישית ברציפות.

ייתכן ובמהלך ההקלטה נפלו טעויות פה ושם. השתדלנו לתקן במידת
האפשר, ותקוותנו שלא השתרבבה שגיאה משמעותית.

עו"ד אלי זהר: בוקר טוב. אני שמח לפתוח את הדיון ביום
העיון שמוקדש לשאלות הנובעות מהדילמה האם לילד עובר
שאמו נפטרה. הדילמה איננה ממוקדת לדקה אחת בנקודת
זמן אחת, אלא היא מתרחבת על מערכת היחסים הכוללת
של ההורים - האב והאם, היילוד, המדינה, ובית-המשפט.
והיא מתרחבת לאותם נושאים שאנחנו נתקלים בהם באופן
די יומיומי, ואשר עוסקים בתחום האחר של הזכות למות:
של מי ההחלטה, מי אחראי לחיים שלנו. הבוקר פתחתי את
העיתון ואני קורא ידיעה שמתייחסת לבעל שמסרב לאפשר

או לאשר או לתת, או מנסה למנוע מרעייתו לקבל טיפול
אונקולוגי, כיוון שהיא בהריון ויש חשש לחיי היילוד. אני
מסתכל ואומר: הבעיה שלנו, אם כן, איננה באמת סביב נקודת
הזמן האחת אלא סביב הרבה נקודות זמן והרבה אירועים
שעיסוקם וטבעם, אלה החיים והמוות.

בכך נעסוק הבוקר. נפתח בסרט קצר ומאוד דידקטי שעוסק
בנושא שנדבר עליו. אחר-כך נרחיב את תחומי הנושא, ונאפשר
לקהל להשתתף. מי שמשתתף בדיונים האלה שלנו יודע שהם
פתוחים להשמעת דעות לא רק של המשתתפים.

הדיון כולו אורגן על ידי מערכת "רפואה המשפט", - הפתרון
המצליח, אני מרשה לעצמי לומר, של האגודה לרפואה
ולמשפט, והוא אורגן במטרה גם כדי שיתקיים דיון לשמו
בהשתתפות האנשים שנמצאים פה, וגם על מנת שעיקריו
יודפסו בהוצאה הבאה של הביטאון, דבר שהפך להיות כבר
למסורת ושחברנו שלמה מאירי שיושב כאן עוסק בארגונו
בעזרת חברים אחרים במערכת העיתון.

אני מודה לכולכם שבאתם. אנחנו נפתח בסרט ולאחר מכן
יתקיים הדיון.

כאן הוקרן סרט קצר, מבוים, אשר התבסס על מקרה אמיתי,
ונועד להמחיש באופן ויזואלי את הדילמה הכרוכה בנושא
שמועלה היום לדיון.

הסרט נערך במקורו ע"י המחלקה לרפואה והלכה במועצה
דתית בירושלים, בראשות הרב יגאל שפרן, והותאם להקרנה
היום, באדיבותו ורשותו של הרב שפרן.

המערכת מביאה כאן כנספח את קצור ספור המעשה האמיתי,
ואת פסיקת ביהמ"ש שדן בתיק. פסק הדין ניתן בהשמטת
שמות הצדדים והמעורבים.

רקע רפואי

אשה בת 33, נשואה ואם לשניים, בשבוע ה-26 להריונה. ברקע:
סובלת מאפילפסיה. ביום קבלתה איבדה באופן פתאומי את

החלטה

1. הבקשה חורגת ממסגרת סי' 68 לחוק, משום שאין מדובר בקטין, פסול דין או חסוי, אלא בעובר שטרם יצא לאויר העולם. משום כך דינה לכאורה להידחות, מחוסר סמכות.
2. ואולם גם לגופה, לא ניתן להיענות לבקשה לנקוט אמצעי רפואי זה או אחר, יען כי הדבר אינו דרוש לשמירת שלומה של האם הנושאת את הילוד.
3. משני טעמים אלה, הבקשה נדחית.

ניתנה היום, 18.1.89, שעה 22:30

ד"ר צבי כהן
שופט

* * * *

אלי זהר: השאלה שאנחנו עוסקים בה הוצגה בצורה מאוד חיה בסרט שניזום ונעשה על ידי הרב יגאל שפרן. העיסוק ברפואה כולו הוא עיסוק בשאלות של חיים ומוות. הוא מעמיד לפנינו את הדילמות החריפות ביותר, המשמעותיות ביותר והדרמטיות ביותר, והן מובאות לפתחם של מקבלי ההחלטות. אלה הם - בראש וראשונה, הרופאים שצריכים להכריע בין מצבים קיצוניים ביותר, כשמועד קבלת ההחלטה הוא בטרם יתרחשו המצבים הקיצוניים האלה. מועד קבלת ההחלטה ע"י הרופא הוא כזה שהוא צריך לקבל הכרעה קיצונית בשלב שקודם לסיטואציה הקיצונית שעומדת לפניו. החלטתו מבוססת על מידע יחסי, על הערכת מצב, והיא איננה מבוססת על נתונים שהם מוחלטים או מוחלטים לחלוטין או כולם מוחלטים.

הסיטואציה הזו מחייבת לצרף אל הרופא את האתיקן, את הרב, את כהן הדת, את המשפטן, אשר גם להם אין תשובות מוחלטות. תשובותיהם מבוססות על מצבים יחסיים שיוצרים דילמות מוסריות כיוון שהם אינם עוסקים במצבים מוחלטים. אין שחור ואין לבן. יש הרבה אפור, והאפור הזה יוצר את הלבטים וההתלבטויות עליהם נדבר הבה. השאלה שהוצבה בסרט שעליה אנחנו נקראים לדון היום היא השאלה האם ליילד עובר שאמו נפטרה, כשאלה מרכזית. שאלה נוספת, משנית שאנחנו ננסה לברר היא שאלה דרמטית לא פחות וקשה לא פחות: את מי להציל, ועל חשבון מי, בסיטואציה מסכנת חיים. עמנו היום צוות שאמור להקיף את כל הספקטרום רק כדי שנחוש כולנו את היקף ההתלבטויות.

ראשון אני רוצה להזמין את גברת הילית משיח, בין היתר לא

הכרתה, נפלה ונחבלה בראש. הועברה בדחיפות לחדר-מיון שם נמצאה מחוסרת הכרה, מדממת מנחיר ואוזן ימין, אישונים רחבים ולא מגיבים. מדד ע"ש גלזגו: 4. במיפוי ממוחשב של המוח נראה דימום סוב-דוראלי מינימלי משמאל עם בצקת קשה של ההמיספירה השמאלית ודחיקה קשה של קו האמצע משמאל לימין. מיד עם קבלתה עברה אינטובציה והחל טיפול בהיפרוונטילציה וכן בפנטוטל ומינטול. למרות הטיפול, הלך והידרדר מצבה הנירולוגי עד למוות מוחי. סריקת על-קול של העובר הראתה עובר תיוני במשקל מוערך של 950-1150 גרם.

לאחר קביעת המות המוחי של האם המליצו הרופאים המטפלים לבצע ניתוח קיסרי, להצלת העובר. משאלת הבעל הייתה שלא ליילד את העובר. בשל הבעיה המשפטית הזמן שופט ביהמ"ש המחוזי לביה"ח וקבע שאין בסמכותו להיענות לבקשת הרופאים ולחייב ביצוע ניתוח להוצאת העובר. הניתוח לא בוצע.

מצבה ההמודינמי של האם הלך והידרדר עד שהיא והעובר נפטרו.

* * * *

פסק הדין - בתיק מ.א. 38/89
בביהמ"ש המחוזי
בירושלים

בענין:

ובענין: סי' 68 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות.

הופיעו: - המבקש: בית חולים..... ע"י עו"ד נ.
- בעלה של

עו"ד נ. : מבקש צו בהתאם לסעיף 68 לחוק להוציא ילוד מגופה של כדי לאפשר לו חיים.

מר : אני בעלה של ואבי העובר. ידוע לי שיהיה לי קשה מאד לגדל את שני הילדים שיש לי: בת בגיל 6, בן בגיל 10. אני אב ולא אם והטיפול קשה מאד. אני מועסק בעבודה ציבורית. אינני יודע מה יקרה אם הילד יהיה פגוע, ובטוח שהבית שהיה עומד לשיקום, לא יהיה ניתן לשיקום. לאשתי היו התקפים קשים. אם מבית החולים מבטיחים לי שהעובר יהיה בריא ושלם בנפשו - אתמודד עם זה. אם לא, אני מבקש שביהמ"ש יתן דעתו על כך, אם הילד יצא נכה או פגוע.

עו"ד נ. : ישיב פרופ' ש.

פרופ' ש. : אין אנו יכולים להבטיח שהילד יהיה בריא.

רק משום שהיא הגברת בחבורה, אלא כיון שהיא מייצגת את הטיפול הראשוני והקרוב ביותר ליד מיטת היולדת. הילית היא מיילדת עתירת ניסיון מן הותיקות במילדות, ופרט לכך שיש לה תרומה גדולה מאוד בלידת ילדיה היא גם חברה, ואני מאוד מודה לה על כך שבאה היום.

אני מתכבד להזמין את שופט בית המשפט המחוזי בירושלים, פרופ' יעקב בזק. פרופ' בזק הוא שופט בית המשפט במחוזי בדימוס אשר ישב בירושלים כל ימי שבתו בשפטו את העם, ואחראי לחלק מן ההחלטות אשר נלקחו בנושאים האלה.

אליו יצטרף הרב יגאל שפרן. הרב שפרן הוא מנהל המחלקה לרפואה והלכה במועצה הדתית ירושלים. הוא עולה עם ספר קטן אבל מאוד חשוב שזכיתי לקבל לפני ימים אחדים וקראתי בו בהנאה רבה. הוא בעצם פותח ועונה על רוב השאלות. זה ספר קטן שמכיל את המרובה בתחום שלנו.

אליו יצטרף ד"ר מירן אפשטיין. ד"ר מירן אפשטיין: שביקשנו ממנו ממש בדקות האחרונות להצטרף אלינו, הוא רופא וחוקר האתיקה של הרפואה במכון להיסטוריה ופילוסופיה של המדע באוניברסיטת תל-אביב, והוא יאיר את הפן הזה של הויכוח.

ואחרון חביב, אבל גם ראשון לשאת בדילמה, פרופ' שלמה משיח, מבכירי הגינקולוגים בישראל. מנהל אגף נשים ויולדות בבית החולים במרכז הרפואי שיבא. יש בינו לבין הגברת הילית משיח קשר חברי ואחר של הרבה שנים.

פרופ' כשר הודיע שלצערו לא יוכל לבוא, ואת מקומו באספקט המוסרי והאתי יתפוס ד"ר מירן אפשטיין: שמתמחה באותם תחומים.

כיוון שהקהל כולו מורכב מחברים וידידים ומשתתפים ותיקים בדיון, אתם מכירים את הפרוצדורה. מי שרוצה לומר משהו, או להגיב, או להעיר, או לחוות דעה, או לתרום מניסיונו בתחום, אנא שלחו אלי פתק ואנסה לשלב את דבריכם. יש פה מיקרופון לקהל.

אני מבקש ממך, פרופ' משיח - בפתח הדברים על אף חלק מהדברים שנאמרו בסרט, לשמוע מהי הסיטואציה הרפואית שבה נמצאים האם והעובר. מה משמעותו של המושג 'מוות מוחי'. כמה זמן יש לקבלת ההחלטה וכן הלאה. תן לנו קצת ובאופן פלסטי את תיאור הסיטואציה המתקיימת על יד מיטת החולה.

שלמה משיח: רופא נדרש להחלטות קשות, כמעט מידי יום. לעתים הוא יכול לחלוק את ההחלטה הקשה עם שותפים. כאשר המקרה לא אקוטי, לא חריף מספיק, הוא יכול להתייעץ

עם הממונים עליו, גם אם הוא מנהל המחלקה ולכאורה הוא האינסטנציה העליונה שצריך לקחת את ההחלטה בסופו של דבר. הוא יכול לזמן פאנל של מומחים גם ממחלקתו וגם ממחלקות אחרות ולהגיע להחלטה אולי הטובה ביותר, לא שבקונצנוס אלא החלטה שמירב האנשים תומכים בה.

מאיידך - בהרבה מצבים נדרש הרופא לעמוד בחזית הראשונה ולהחליט החלטות קשות וכבדות, ונדמה לי שמקצוע המיילדות הוא המקצוע הבולט שדורש מהרופא החלטות כאלה. אני כמעט לא יודע או מכיר מקצוע שבו החלטות של רגעים הן עניין של חיים ומוות.

אלי זהר: ומהי הסיטואציה, אם כן? תאר לנו את הסיטואציה הרפואית.

שלמה משיח: הסיטואציה הזו של אישה שנראית שהולכת למות, או מתה ושצריך תוך דקות ספורות להחליט - פה הדגש ואני אחזור אליו,

אלי זהר: תוך כמה דקות?

שלמה משיח: יש פה שאלה האם אתה יכול לתת תמיכה למערכות החיוניות של גופה. כמו שנראה פה, האם אפשר לעשות החייאה אינטנסיבית? בוא נאמר שהאישה נתקפה בדום לב על מיטת הלידה מסיבות כאלה ואחרות. ויש סיבות, בין אם זה מהרדמה או מהתקף של מחלה או מתסחיף מי שפיר. אלה מצבים שאנחנו רואים לצערנו לא לעתים כל כך נדירות. והעובר בבטנה חי ופועם. לבו פועם, הוא מחובר למוניטור ואתה רואה את זה, ואתה צריך להחליט בתוך 3-4 דקות.

אלי זהר: זהו זמן ההכרעה?

שלמה משיח: אלא אם כן אתה יכול לעשות רסוסיטציה. אתה יכול לעשות החייאה ולקיים את האשה בחיים עם כל מערכות הגוף המתפקדות, זאת אומרת שהלב ומערכת הדם והנשימה או החמצון יהיו במצב מספיק טוב.

אלי זהר: ועדיין היא נחשבת למתה?

שלמה משיח: אולי אני אפריד לרגע. אישה שנתקפה בדום לב בשלב ראשון, כמובן אתה צריך לנסות להחיות אותה. ומשלא צלחו אמצעי ההחייאה, כלומר לא יכולת להחזיר את דפיקות הלב שלה, הרי בעיניי היא נחשבת כמתה, מפני שללא דופק לב גם מערכות חיוניות לא תתפקדנה. זו סיטואציה אחת. ולכן הרופא נדרש להחליט בתוך 4 דקות, משום שאם יעברו 4-5 דקות ולא יבוצע ניתוח קיסרי, הרי ברור כי העובר יצא פגום אם בכלל יהיה בחיים. סיטואציה שניה היא

סיטואציה כרונית יותר, שבה מצבה של האשה הולך ומתדרדר. אתה מקיים אותה כבר מראש כמו-במצב הזה שראינו בסרט, דהיינו אתה מקיים אותה מראש על אמצעי החייאה. גזע המוח שלה מתפקד. הלב פועם. מערכת כלי הדם פועלת ואתה יכול להחזיק אותה בחיים תקופות ארוכות יחסית.

אלי זהר: מה זה נקרא תקופות ארוכות?

שלמה משיח: אפילו שבועות. ופה אנחנו עלולים להידרש לשאלה האם כדאי, או יש מקום אתי ומוסרי או משפטי או רפואי להחזיק את האשה כמו באינקובטור חי או אינקובטור מלאכותי כזה שאתה מקיים אותו בחיים על מנת להגיע לכך שהעובר, שאולי הוא בשלב אמצעי של חייו התוך-רחמיים ואם תוציא אותו לאוויר העולם הוא ימות, תקיים אותו עד שהוא יגיע.

אלי זהר: אתה מתאר שתי סיטואציות, האחת גזע המוח נדם ולא מתפקד, הלב נדם ויש לך 4-5 דקות. בסיטואציה הזו הסיכון של העובר הולך וגדל מרגע לרגע?

שלמה משיח: משניה לשניה.

אלי זהר: הרב שפרן, אני רוצה לרגע לשאול אותך, האם בשלב הזה קיימת בכלל דילמה מה צריך הרופא לעשות בקטע הקצר הזה שבו ההכרעה היא הכרעה של דקות?

יגאל שפרן: בודאי שכן. לפי התיאור של הסיטואציה שתיאר פרופ' משיח, לפחות לפי הערכה בשום אופן אי אפשר יהיה לילד את האשה במצב כזה משום שהמוות איננו סופי, משום שקביעת המוות צריכה להיות בפרוטוקול מסודר ובהיר שבשום אופן אי אפשר להגיע אליו על סמך החלטה שאם לבה של היולדת איננו פועל אנחנו נכריז עליה כמתה. הרי זהו לב הדיון ביחס לקביעת המוות. ואם אני מניח שגזע מוחה עדיין פועל וזה חלק מהצורך לבדוק אותו, או בהנחה שלא בדקתי אותו והוא בחזקת גזע מוח פועל, אי אפשר יהיה לילד אותה, משום שגם אם ברור לי שגזע המוח יקרוס תוך דקה, בדקה הזאת היא נחשבת עדיין חיה ובשום אופן אי אפשר לקחת את הדקה האחרונה של האם לשם הצלת העובר, כי תמיד חיי האמא חשובים לנו יותר מן העובר. גם בדקה הזו.

אלי זהר: מכאן השאלה, האם אנחנו נמצאים בסיטואציה בלתי אפשרית? והאם אנחנו מצטמצמים אך ורק לאותם מקרים, אשר פרופ' משיח תאר, אותם מקרים שבהם יש יותר זמן לקבלת ההחלטות?

יגאל שפרן: אני לא יודע אם צריך להיות יותר זמן כמו שצריכה להיות נוסחה בהירה, בדוקה וממומשת שתקבע אכן מוות סופי ובלתי הפיך של האשה. אנחנו יוצאים מתוך נקודת הנחה שהאשה היא בחזקת אדם חי עד שלא הוכח אחרת. כל עוד לא יוכח לי באמצעים מקובלים, אובייקטיביים, שהאשה מתה - אינני יכול לראות את טובת העובר כדבר העומד בראש סדר העדיפויות.

אלי זהר: ולכך ארבע-חמש דקות לא מספיקות?

יגאל שפרן: הן מספיקות במידה ואני אראה, כדוגמה - כריתת ראש.

אלי זהר: למי תהיה הודאות? האם ודאותו של הרופא המטפל וצוותו, ודאותם של האנשים שעומדים שם בסיטואציה הזו שאתה תיארת, ודאות שאומרת: "במידת הודאות שאני כרופא יכול לראות, חשבתי שזה יהיה נכון בסיטואציה הזו".

פרופ' בזק, האם אנחנו מוכנים כבר בשלב הזה של הדיון בסיטואציה של ה-4-5 דקות, לתת לרופא העומד על יד מיטת החולה את הסמכות הבלעדית לקבל החלטה שהנה לא היתה דרך אחרת?

יעקב בזק: צריך קודם כל להבהיר את העקרונות, והיישום וההגדרה, כמה דקות זה כבר עניין שבמומחיות שבו הרופאים הם המומחים לקבוע. אבל העקרונות צריכים להיות ברורים, ודומני שהם ברורים. על פי ההלכה אין שום ספק שחיי האם קודמים לחיי העובר כל עוד הוא עובר, כל עוד הוא במעי אמו. ובכך, בעניין זה אין שום מקום להתלבטויות, חובת הרופא לעשות כל הנדרש להציל את חיי האם. אסור בשום פנים לרופא לסכן את חיי האם אפילו אם היא גוססת, כדי להציל את העובר. זהו עיקרון. כתוב במשנה, באוהלות, "האשה שהיא מקשה לילד מחתכין את הולד במעיה ומוציאין אותו איברים-איברים מפני שחיה קודמים לחייו". מבחינת ההלכה היהודית אין בעיה. מבחינת הגישה הקתולית זה שונה, אבל מבחינת ההלכה היהודית ברור - חייה קודמים לחייו.

אלי זהר: שמא אתה יכול לספר לנו על הגישה הקתולית והנמקויותיה, אם אתה קצת מתמצא בזה. אולי תאיר את עיני הקהל כאן מהי הגישה הקתולית?

יעקב בזק: אני לא מומחה לגישה הקתולית, אני חושב שהרב שפרן יודע יותר.

אלי זהר: ד"ר אפשטיין, אז אולי נעשה איזה פאזזה ואתה תספר לנו מהי הגישה הקתולית באותה נקודה?

מירן אפשטיין: הגישה הקתולית מבחינתם אומרת שחיי

העובר קודמים. מכיוון שמדובר בחיי אדם לכל דבר הרי אין שום הצדקה ושום תנאי שיכול להצדיק הפסקתם של אותם החיים, כולל במחיר חיים של משהו אחר, במקרה הזה האמא.

יעקב בזק: מצד שני אמרתי: ברגע שהעובר יצא מרחם אמו. ועומדת השאלה מה נקרא יצא. לפי החוק בישראל כאשר העובר יצא כולו מבטן אמו הוא נחשב לאדם, וברגע שיצא כולו - לא רובו, לא ראשו, אלא כולו -, מי שהרג אותו נחשב לרוצח. וזה סעיף 308 של חוק העונשין. משיצא העובר כולו מבטן אמו הוא נחשב לאדם לעניין סימן זה, היינו לעניין הסימן שדן בנושא של רצח. ואילו לפני שהוא יצא מרחם אמו, אז כפי שאמרתי הוא לא נחשב לאדם. הוא איננו נחשב לגנש. מי שהרג אותו במעי אמו, אם זה רופא, במטרה למשל, להציל את חיי האם, עשה מעשה מותר. אם הוא הרג אותו, ע"י שגרם להפלה שלא מהטעמים המותרים בחוק, הוא עשה מעשה אסור אבל לא רצח. זה לא רצח מפני שהעובר עוד לא יצא.

אלי זהר: אני אגיע עוד מעט לנושא שעוסק בזכויות העובר, וארצה קצת להרחיב על כך. אבל נדמה לי שכבר על יד השולחן הזה מתמקדת הדילמה במלוא עצמתה לגבי קבלת ההחלטות על יד מיטת החולה, לצורך העניין הזה מיטת היולדת. הגברת משיח, האם את יכולה לתאר לנו קצת את הסיטואציה הזו? ותוסיפי על זה איך המיילדת נכנסת לשלב הזה של קבלת ההחלטות?

הילית משיח: אני מיילדת שעוסקת בזה יותר מ-35 שנה, ואני חושבת שייולדתי עשרות אלפי ילדים. אני יודעת שכל אמא, קודם כל חשוב לה העובר שבבטנה, ואפילו מעל חייה היא. ולא פעם אפילו בסיטואציות שנראות לאמא כגורליות לגבי העובר שלה, דבר ראשון היא אומרת 'תנתחו אותי'. במילים האלה 'תנתחו אותי' היא מדגישה שהיא דואגת קודם כל לעובר שלה ולא לעצמה. וודאי כך - לדעתי - במקרה שיש מוות, ולי אסור לקבוע את סיבת המוות. אבל אני חושבת שברגע שהלב מפסיק לפעום ואנחנו יודעים שגזע המוח יפסיק לפעום תוך דקה, אזי כמיילדת אני חושבת שאני משמשת כפה לאותה יולדת שמאוד רוצה שיצילו את העובר שלה.

אלי זהר: כשאת אומרת 'אני משמשת לה כפה', האם את זוכרת סיטואציה שבה את משתתפת באותו דיון ומבטאת חלק מהדברים ששמעת מהיולדת בשלב הלידה?

הילית משיח: אני עוד פעם אומרת שבאמת מעטים מאוד המקרים, בטלים בשישים, שאישה תגיד 'לא אכפת לי מהתינוק שלי, לא אכפת לי מהעובר שלי, אכפת לי רק שתצילו

אותי, תעשו את המכסימום'. ואני חושבת שפה מאד חשוב תפקיד המיילדת: מכיוון שאסור לה והיא לא יכולה וגם אין לה את הידע לבצע בעצמה, מתפקידה לעודד את הרופא עד כמה שהיא יכולה, כדי שהוא יבצע את הפעולה כמה שיותר מהר ויציל את העובר.

אלי זהר: פרופ' משיח, אני חוזר אליך. נדמה לי שעל יד השולחן הזה הותוו גבולות הגיזרה של הפרובלמה: בסופו של דבר, באמצע הלילה האמא נמצאת במצב שהולך ומתדרדר, ועל פי הערכת המצב אין כמעט ספק לגבי התדרדרותה. והמילה כמעט הופכת להיות המילה הכי חשובה בעניין הזה. כי אין פה סיטואציה של 'אין ספק', אלא גזע המוח עוד לא נדם לגמרי, עוד לא פסק מלעבוד לגמרי, אבל ברור שאין אמצעי בידי רופא על מנת להציל. כל דקה חשובה לחיי הילוד. אלה סיטואציות שאני מאמין, ואני חושב שאני גם יודע, שנתקלת בהן לא פעם. האם לפי דעתך צריך לתת לרופא את הסמכות לקבל את ההחלטה באותו רגע לטוב ולרע?

שלמה משיח: אני לא חושב שהרופא צריך לקבל את הסמכות הזאת ממישהו, הסמכות הזאת ניתנה לידי מתוקף תפקידו ומוסריותו. הוא לא צריך לקבל רשות מאף אחד להציל חיים. הרשות נתונה. אם היא לא היתה נתונה לא היה מקום לרופא, בטח לא בחדר לידה. אני חושב שהקצנתם שלא כצורך את המאבק לכאורה על חיי האם, לעומת חיי העובר. לשמחתנו הרבה זאת לא המציאות. נכון, ואני מקבל את זה גם במוסריות שלנו כרופאים, בריאותה ושלומה ובודאי חייה של האישה קודמים, אבל למזלנו הרב לרוב אין ניגוד אינטרסים בין האישה והעובר. למזלנו, אני חוזר, ברוב המקרים הצלת חיי העובר איננה על חשבון האם. נהפוך הוא, בעבודות רבות שנעשו ברור לנו שניתן לעשות רסוסיטציה יותר טובה, החייאה יותר טובה של האישה כאשר העובר מוצא מרחמה. כל מיני סיבות פיזיולוגיות ואחרות מגבילות את יכולתנו לעשות רסוסיטציה טובה של האישה כאשר העובר בבטנה. ולכן אני חושב שאני צריך כרופא מורה רפואה בישראל, להטיף לתלמידים שלי שכאשר אתה עומד בפני ההחלטה הזאת תזעיק צוות שיעסוק בסיטואציה של האישה. תעשה את המיטב לבריאותה ולחייה, ובד בבד תפעל להוציא את העובר מהרחם. לא הפסדת שום דבר אם עשית את זה בצורה מבוקרת. דאגת לכך שהאישה לא תדמם למוות מעצם החיתוך הקיסרי, ואולי עזרת. והיו מקרים בספרות שהאישה נחשבה כשכיב מרע. היתה על סף המוות. ודווקא הניתוח הקיסרי והאפשרות לעשות החייאה, ואפילו עיסוי הלב כל זה לאין שיעור יותר נוח ויותר אפקטיבי כאשר הבטן איננה שם, כאשר



העובר לא שם, כאשר אפשר להשכיב את האישה בתנוחות מתנוחות שונות. אני חושב כי גם המשפטנים וגם כבוד הרב עושים רע כשהם באים ומקצינים את העניין ואומרים 'קודם כל תקבע את המוות'. אוי לנו ואבוי לנו אם אנחנו נחכה למותה של האישה על מנת לעשות את הפעולה שתציל את חייו של העובר ויתכן שלא תציל את חייו... ואני דווקא רוצה לצאת פה במסר גם לרבנים וגם למשפטנים: רבותיי, חובתו של הרופא שם חד משמעית. וקשה מאוד להפריד את החובה והמוסריות לשני חלקים, מה זכותה של האישה ומתי היא תמות ואחר כך מה זכותו של העובר ומתי הוא ימות. ובואו נפריד, נעשה דיכטומיה כזאת ונפעל לשני כיוונים. לא, הרופא צריך לעשות את הטוב ביותר, את האינטנסיבי ביותר באותו רגע, וזה - להוציא את העובר יחד עם החייאה של האישה. וכבוד הרב, לא לחכות לקביעת המוות. אוי לנו ואבוי לנו אם נחכה.

אלי זהר: הרב שפרן, הכדור עבר לשולחן שלך. בעצם מה שאומר לנו פרופ' משיח, מבלי להגדיר את זה בצורה דווקאנית לכאן או לכאן - אין קביעת מוות. הרופא מקבל החלטה על רקע של המצב שלפניו. האם נמצאת במצב של סיכון מאוד גבוה, בין אם זה אמיתי ובין אם זו אמתלא שמיועדת אולי לנסות להציל אותה. מוציאים את הילוד לפני שיש מוות מוחי, לפני שנקבעת סופיות חייה של האישה.

יגאל שפרן: כמובן שהדברים של פרופ' משיח עומדים בניגוד מוחלט לעניות דעתי. אני לא מצפה שרופא יזלזל בדקות האחרונות של חיי האישה, גם אם הוא בטוח כי מותה קרב. הגישה שבאה ואומרת 'עשה את הדבר החיוני ביותר' מבחינתי זה 'המשך את אוושת חייה של האישה עד השניה האחרונה שאלוקים נטלה'. מבחינתי העובר הוא אישיות חשובה ביותר שניה מיד אחר מותה. כל עוד היא לא מתה אינני יכול להבין כיצד דווקא רופא יבוא ויאמר 'אל תדייק בקביעת המוות, אל תתעסק בקטנות הללו, בוא נתעסק בעובר ובחייו'.

שלמה משיח: אני מצטער, אני לא עובר לסדר היום על העניין הזה. זה לא מה שאמרתי ואל תצטט אותי לא נכון. אני אמרתי שתעשה את המירב להציל את חיי האישה, תזעיק צוות החייאה שיטפל בה. נהפוך הוא, מעצם זה שתוציא את העובר מהרחם אתה מגביר את סיכוייה, ואי לכך אל תטרח בקביעת רגע המוות, כי זה לא רלוונטי.

אלי זהר: פרופ' משיח, אני לא אקל עליך. עם כל החברות אני לא אקל עליך את החיים. תחת הכותרת 'אני הולך להציל את האישה' יכולות להסתתר כמה החלטות שהן כולן

מתקבלות בתום לב אבל הן פרי תפיסת עולם מסוימת ששונה אולי מתפיסתו של הרב שפרן לגבי הסופיות המוחלטת שצריכה להיות לאם. והייתי רוצה לשמוע את עמדתך ואחר כך את עמדתו של כב' השופט בזק בעניין.

יגאל שפרן: אני רוצה להבהיר כמובן מה הנקודה, ויתכן שאנחנו נסכים, פרופ' משיח ואני. בנקודת המוצא של ההלכה הסיטואציה מתוארת באופן בהיר יותר באמצעות התיאור במסכת בבא קמא על משוגע שתופס תינוק ועולה לראש הגג וזורק אותו למטה. למטה, אומרת הגמרא, עומד אדם אחר, ונאמר לצורך הדיון, משוגע שני, וקולט את התינוק בסייף על הסכין. עכשיו שואלת הגמרא מי הרוצח. זה שלמעלה אומר 'תעשו בדיקה ותראו שסיבת המוות זהו הסכין בלב'. זה שלמטה, אומרת הגמרא, טוען 'קמח טחון טחנתי'. שואלת הגמרא מי הרוצח. אומרת הגמרא הרוצח הוא זה שקלט את התינוק בסייף. מדוע? משום שאותו פרק זמן קטן מקצה הסכין ועד הרצפה עדיין התינוק היה בחיים. מעצם השניה האחרונה הזו שהוא עדיין היה בחיים וניטלה ממנו, כבש האדם שלמטה את התואר רוצח, ובוזה הוא שיחרר את המשוגע מלמעלה מהתואר הנלוו זה. זאת אומרת לשניה האחרונה בחיים, גם אם המוות הוא בטוח באופן שאין עוררין לו, גם אם יבוא אליהו הנביא ויגיד על פלוני שבעוד חצי שניה הוא מת ומישהו אחר יבוא ויזרז את מותו, אותו אדם יש לו דין רוצח. וממילא כשאני מסתכל עכשיו על האישה היא בשבילי כדין גוססת במקרה הגרוע של הסיטואציה. גוסס על פי ההלכה אסור להזיז אותו שמא אנחנו נזרז את מותו. יתכן גם שההחייאה תהא לתועלת והיילוד יהיה לתועלת. אם נהיה משוכנעים, כפי שמתאר פרופ' משיח, שהיילוד יאפשר טיפול טוב יותר בחייה של האישה, אז אנחנו אכן נסכים לילד את האישה, בדיוק מה שאמר פרופ' משיח, כדי להקל על האישה. אבל נקודת המוצא זו האישה ולא העובר.

אלי זהר: במקרה של התינוק שנזרק יש פסק דין של השופט בייסקי, שעוסק גם כן עם הזריקה והנפילה ומי הרג אותה בסופו של דבר. והדילמה הזו נפתרה. זה פסק הדין שקבע שמות גזע המוח הוא המוות. אבל, פרופ' בזק, האם לא נראה את הסיטואציה של הגסיסה, שבה במידת הסבירות הגבוהה ביותר שהרפואה יכולה לתת לנו, אין סיכוי לאם? נכון, האמא נמצאת בשלב הגסיסה. וכמו שאמר הרב שפרן שלב הגסיסה הוא בכל זאת שלב שבו עדיין יש חיים. האם לא נכון יהיה, בין אם תחת הכותרת 'הניסיון האחרון להציל את האישה' ובין אם תחת הכותרת 'הבה נציל את הילוד', האם לא נכון להרחיב את הטווח הזה? להרחיב את תחום הזמן הזה ולבוא

ולומר 'ניילד ולפחות נציל נפש אחת'?

יעקב בזק: נראה לי שהתשובה היא גם מבחינה משפטית כמו גם מבחינה הלכתית, כי העקרונות הם דומים, התשובה ברורה מאוד. מסוכן מאוד לתת את הסמכות ולומר 'הרי בין כה וכה בעוד כמה דקות היא תמות, אז למה להמתין? אם ננתח אותה עכשיו יש לנו יותר סיכויים להציל את הילוד. אמנם היא עדיין חיה אבל לא נשים לב לזה'. אין דבר כזה, אני לא מכיר שום חוק בשום מדינה בעולם שירשה לסכן את חיי האם כדי להציל את העובר. ברגע שהסכנה לחייה לא קיימת או שהסכנה לא ממשית, כמו בדוגמא של פרופ' משיח, אזי אפשר לנתח את האם בלי לסכן את חייה או ללא סיכון ממש. לגרום לכך שאדרבא הניתוח הזה, הוצאת היילוד, אפילו יאריך את חייה. אז בודאי הבעיה לא קיימת בכלל. אבל צריך להיות ברור באופן חד וחלק: אם האם חיה, אפילו אם היא גוססת, אסור לסכן את חייה, ומי שעושה דבר כזה מסתכן בכך שיועמד לדין על עבירה של רצח, מפני שהאם היא בודאי אדם חי. גם אם היא גוססת היא אדם חי ואין רשות להמית אותה. אם תרשה לי, הייתי רוצה לספר על מקרה שקרה לי, קצת יותר בהרחבה, ואולי הוא יבהיר את העניין.

אלי זהר: אני רוצה שיהיה ברור, השופט בזק, כי פעורה פה תהום די עמוקה בין שתי העמדות, ולכן המקרה שאתה יושבת בו הוא באמת אחת הדוגמאות החשובות.

יעקב בזק: המקרה שהיה בפני הוא זה, ובטח חלק מהציבור עדיין זוכר אותו, והוא אירע דומני שנתיים-שלוש לאחר המקרה שהרב שפרן תאר כאן בסרט המצוין שלו. הייתי שופט תורן באותו שבוע בבית המשפט המחוזי בירושלים וקיבלתי טלפון שבבית החולים הדסה עין-כרם ישנה אם צעירה שחולה במחלה קשה ביותר. היא בהריון. העובר בחודש השביעי, אם אינני טועה, וקיימת בעיה בפני הרופאים: אי אפשר להגיד לאם שהנה חייה בסכנה כי זה יוריד את הרצון שלה להיאבק על החיים. אסור להגיד לה באיזה מצב היא נמצאת, ולהתייעץ איתה מה דעתה אם היא תמות, האם להוציא את הילוד מבטנה או לא. האב הצעיר שהעמידו אותו על חומרת המצב אומר שהוא איננו מוכן לקבל את התינוק, מוטב שיישאר שם בבטן אמו ויקבר יחד עם אמו כשהיא תמות. וגם ההורים שלה היו באותה עמדה. ובית החולים אמר 'בשלב זה היא עוד לא בסכנה ממשית אבל זה עלול לקרות בכל רגע, אנחנו רוצים להיות מוכנים, ומבקשים שתבוא לבית החולים ברגע שנקרא לך ותגיד לנו מה לעשות'. האמת היא שמבחינה עקרונית, עכשיו אני מבין, זו גישה פסולה, כי שופט - כל כוחו

לשפוט לאחר מעשה ולא לפני מעשה. לפני מעשה צריכים לקחת החלטה אלה שנמצאים במקום.

אלי זהר: כוחו ויתרונו של השופט, זה מה שעושה לנו כולנו, המשפטנים, חיים טיפה יותר קלים.

יעקב בזק: אז בעצם הדרך הנכונה היתה שהרופא המיילד, הרופא הגינקולוג, רופא התינוקות וכל הצוות שטיפל בעניין היו צריכים לקיים התייעצות בינם לבין עצמם. אולי להזמין גם את המומחה מהמחלקה לפילוסופיה באוניברסיטת תל-אביב שיבוא ויעזור להם להבין מה טוב לו לאדם שנברא משלא נברא, או לא. ובודאי שהיה רצוי שיזמינו גם רב שידיך אותם מבחינת עקרונות הדת היהודית. אבל מה אתם רוצים מהשופט? השופט - הכוח שלו בזה שצד אחד אומר כך וצד אחד אומר ההפך, והשופט נייטרלי או אובייקטיבי. והוא מנסה כמיטב יכולתו לשפוט בין הדעות השונות. אבל לא כך היה המצב, ואני לא אמרתי שאין לי סמכות, וכי מחוסר סמכות עדיף שהילד ימות, אלא נרתמתי לאתגר ובאתי לבית החולים.

אלי זהר: פרופ' בזק, אני מבקש לעשות רגע אחד חיתוך ולעצור את מה קרה אחרי שבאת, ואנחנו תיכף נתזרזר לזה. רציתי לשאול אותך, בסיטואציה הזו האם לפי דעתך, ובכוונה אני עוצר, כדי שאלה שלא מכירים את פסק הדין יחכו כמה רגעים בסבלנות. והייתי שואל אותך: אילו היה בית החולים מקבל החלטה גם במחיר סיכון חיי האם, האם לפי דעתך המשפטית, ואחר כך אשאל גם את החברים האחרים, האם היית סובר שאם נגרם נזק לאם, הם פעלו שלא כדין כלפי האם, ברשלנות, הזיקו לה וכן הלאה וכן הלאה?

יעקב בזק: התשובה פשוטה. במקרה הזה הרופאים אמרו לי כך: 'לא עולה על דעתנו לנתח את האם כל עוד היא חיה כי אנחנו יודעים שזה יסכן את חייה ויקרב את מותה, אנחנו לא חושבים כלל על האפשרות הזאת. וכל הבעיה שלנו, תהיה ברגע שהיא תמות מוות קליני ואנחנו נצטרך להחליט. עכשיו יש לנו כמה דקות או יותר, אם נוכל להמשיך את הנשימה קצת יותר, ואז נוכל להציל, להוציא את העובר ולהחיות אותו. האם אנחנו יכולים לעשות את זה, מפני שהאבא לא מעוניין, ההורים לא מעוניינים והאמא המסכנה כבר לא תהיה בחיים, למעשה באופן קליני היא מתה. האם במצב כזה אנחנו נוכל לעשות את זה?' כלומר הבעיה לא עמדה כלל על הפרק, הרופאים שחררו אותי מהבעיה, הם אמרו 'לא עולה על דעתנו ליילד את האם כל עוד היא חיה'.

אלי זהר: ועכשיו אני רוצה לשאול את פרופ' משיח. בסיטואציה הזו, לא הסיטואציה הספציפית שהיתה שם, כי

אתה לא מכיר אותה, אבל בסיטואציה הזו כשרמת הסבירות לפטירתה של האם גבוהה, האם זה נכון שהניתוח כרגע יכול להחיש את מותה מבחינת זמן אבל ברמת סבירות גבוהה הוא לא משנה את המהות - האם אצלך במחלקה כשאתה ליד המיטה אתה היית מקבל החלטה שונה מזו של רופאי בית החולים שבו המקרה התרחש, או היית מקבל את ההחלטה של כב' השופט בזק?

שלמה משיח: אמרתם פה כי יתרונם של המשפטנים שהם דנים במקרה לאחר מעשה, שעות וימים ושבועות וחודשים, ומתדיינים לפה ומתדיינים לשם ומזמינים מומחים לכאן ומומחים לשם ולא דנים באותה סיטואציה קריטית בלתי אפשרית שכב' השופט לא רצה לקחת על עצמו. אני לא יודע איך הוא פסק, אבל אני לא בטוח שהוא ישן כמה לילות אחרי שהוא פסק מה שהוא פסק, ואני מניח שזה מה שקרה. אנחנו עומדים בסיטואציה הזאת, ובתוך רגעים צריכים להחליט, כשבמוחנו צריכים להבזיק כל הידיעות וכל המוסר וכל האתיקה. אחר כך היכולת לעמוד ולגונן על עמדתנו. וזו סיטואציה כמעט בלתי אפשרית. אבל לגופה של השאלה, אני חוזר ואומר עוד פעם ואני רוצה שהדברים יהיו ברורים וגם עמדתי שתהיה ברורה, והיא לא שונה וזה מאושיות הרפואה - כאשר עומדים זה כנגד זה חייה של האישה לעומת חייו של העובר, חייה של האישה קודמים ועל זה אין מחלוקת ביני ובין הרב ובין המשפטן. אבל הדברים הם לא עניין של שחור ולבן, רבותיי. חיים ומוות זה לא עניין של רגע ולא עניין של קביעה קלה. זה דבר מאוד מאוד קשה - סיכוייה של האישה לחיות ולשרוד, סיכוייה לצאת מהסיטואציה הזאת ברגעים ובשעות שיבואו, זה לא דבר שניתן לקבוע אותו בקלות. ולפניו יש מיטה שיש בה שני פצינטיים, האישה ועובר, ובמוניטור מסתמנים שינויים בדפיקות בגלל המצב של האישה, המצוקה הנשימתית שלה, ואתה יודע שאם לא תוציא את העובר לא בהכרח הוא ימות בתוך הרחם. אולי הוא יינזק, האישה תתאושש והוא יינזק. ואז אתה צריך לקחת את ההחלטה לנוכח מצבה הקשה של האישה, אבל לא אפסו סיכוייה להצלה ומצבו הקשה של העובר שמתדרדר והולך. איזה החלטה אתה לוקח? ואני חושב שכל בדעת יאפשר לנו לעשות את ההחלטה הרפואית הנכונה ולהציל קודם כל את הניתן להצלה, וזה העובר. קודם כל להציל או למנוע נזק מתמשך בו, ובו זמנית לטפל באישה. ואם בפורום הזה לא תינתן הסמכות הזאת לפחות באמירה, הרי הפסדנו את יכולתנו לתפקד בחדר הלידה.

אלי זהר: ד"ר אפשטיין, מה עמדתך אתה לגבי הסיטואציה

הזו שתיארנו אותה, לפני שאנחנו חוזרים לשופט בזק.

מירן אפשטיין: אני הייתי רוצה להתייחס קודם כל לסיטואציה שמתרחשת פה סביב השולחן. חשבתי שהביאו אותי לכאן על תקן של אתיקן, ובעצם יושבים פה ארבעה אתיקנים, ארבעה אנשים שמקבלים אם לפני ואם אחרי כמו במקרה של כב' השופט, מקבלים החלטות שהן החלטות אתיות. לצורך העניין הזה הם אתיקנים, ולכן אני מוותר על זכותי להיות כאן אתיקן ובכל זאת לקחת את הפונקציה לא של רופא אפילו, אלא את הפונקציה של פילוסוף. על מה הויכוח פה בעצם, או איזה הנחת יסוד למעשה עומדת פה בבסיס כל הויכוח? הרי זו הנחה אחת בדבר מעמדו האונטולוגי ומזה נגזר מעמדו המוסרי של העובר. אם אנחנו מניחים הנחה מסוימת, ותכף ניכנס אליה, לגבי מעמדו של העובר הרי נגזרות מההנחה הזו שורה שלמה של השלכות שבמקרה הטוב ביותר אנחנו יכולים להפוך אותן להשלכות עקביות, זה לא אומר שהן השלכות נכונות.

אלי זהר: אני רוצה ברשותך לעצור אותך משום שאני מגיע לעובר בעוד כמה דקות. אני עדיין מוטרד ומתלבט עם הדילמה של הרופא ושל המיילדת, הסיטואציה שעל יד מיטת החולה. פרופ' משיח תיאר את הסיטואציה. כמו שאמרתי בפתח הדברים, יש ענן אפור על המיטה, האפור אומר האישה הולכת ומתדרדרת, העובר נכנס למצוקה בגלל ההתדרדרות של האם, האם עדיין לא השלימה את תהליך המוות, ועומד הרופא וצריך לקבל החלטה מראש.

מירן אפשטיין: אני לא מסוגל לקבל החלטה כזו, או לפחות להנהיר את מה שיש לי לומר, ויש לי מה לומר בנקודה הזו, מבלי שקבעתי או שהגדרתי באופן מפורש או באופן מובלע את עמדתי בנוגע למעמדו האונטולוגי-המוסרי של העובר.

אלי זהר: אם כך בעצם אתה עונה את התשובה הבאה - מי שמגדיר את מעמדו של העובר כ"לא - אדם", כפי שאמר חוק העונשין ואחריו פרופ' בזק, אזי מקובל עליך שצריכים להמתין ולחכות עד שהאם תסיים את תהליך מותה?

מירן אפשטיין: לא בהכרח.

אלי זהר: אלא?

מירן אפשטיין: אם העובר איננו אדם, חייה של האם קודמים, נקודה. אבל כמו שאמר פרופ' משיח אין בהכרח ניגוד אינטרסים במקרים האלה. יכול מאוד להיות שילוד העובר במקרה הזה הוא לטובתה של האם, או אחד מהצעדים מצילי החיים.

אלי זהר: ובשורה אחרונה, האם אתה היית מניח לרופא לקבל את ההחלטה הזו על רקע שיקוליו הכלליים, ונותן לו איזה שהיא מטריה שאומרת 'אם הוא שקל בתום לב ואת כל השיקולים הנכונים, אני לא אעמיד אותו לדין', לו היה איזה חוק שמאפשר שיחרור מאחריות?

מירן אפשטיין: גם השאלה הזאת תלויה במעמדו של העובר. אם המעמד שלו הוא מעמד של אדם, אז מחויב הרופא להוליד אותו, אלא אם כן ישנם שיקולים שקשורים לעקרון ההיזק. כלומר איזה שהוא נזק שנגרם למישהו אחר, כמו שנהוג לדבר עליו בסוגיית הפלות בכלל, וזה לגבי האם או לגבי מישהו אחר. במקרה הזה אני שוב מחזיר אותנו לשאלת מעמדו של העובר - אם העובר איננו אדם עדיין אלא לכל היותר אדם בפרוטנציה, השיקולים נעשים שיקולים אחרים לחלוטין ואולי הרבה יותר פשוטים ממה שנדמה לנו.

יגאל שפרן: אני רוצה להזכיר שבעצם יש כאן לפחות שלושה אנשים, נאמר שלושה רופאים, שאומרים שזו הבעיה שלהם. הגינקולוג אומר 'זו בעיה שלי, אני צריך להציל את העובר'. אבל אל נשכח שהגינקולוג אומר 'זוהי בעיה שלי, האישה הגיעה לכאן על מנת לקבל את טיפולי'. והאבא אומר 'זוהי בעיה שלי, אני צריך עכשיו להחליט מה לעשות'.

אלי זהר: שים את האב לרגע בצד. ואני שואל לגבי הבעיה הרפואית. נניח שהאבא אומר 'רבותי, קבלו אתם איזו החלטה. אני לא מסוגל לקבל החלטה במצב הדרמטי הזה'. אני בכוונה מקשה על הסיטואציה, כי אין שחור ולבן ובסופו של דבר אנחנו מתכנסים למצב שהאם הולכת ומתדרדרת, העובר נקלע לקשיים. פרופ' משיח אמר לנו במפורש - אני מילד אותו ואידך זיל גמור. עכשיו אני שואל אותך, האם מבחינת תפיסתך הוא עבר עבירה? וזה לא חשוב כרגע על איזה חוק, חוק קאנוני או חוק אקטואלי.

יגאל שפרן: אני אענה לך בעדינות. פרופ' משיח הוא בעל זכויות גדולות במדינת ישראל ובהבאתם של ילדים לעולם לכן אני לא רוצה בכלל להתייחס באופן ספציפי לדוגמא שלפנינו. אבל ברמה העקרונית אדם שיעשה פעולה כזו אכן ייחשב על פי ההלכה כפוגע בנפש, בנפש האם, ולכן בשום אופן לא תוכל ההלכה להסכים לפעולה כזו. אני רוצה שנדע שעצם המונח 'ניתוח קיסרי' נולד בהתייחסות למקרה הזה. הרי עד המאה ה-16 כך יילדו את הנשים לאחר המוות. ובגלל שחשבו שככה נולד יוליוס קיסר במאה ה-1 לפני הספירה הצמידו לתיאור הזה של יילוד אישה אחר מותה את המונח 'ניתוח קיסרי'. היום אנחנו יודעים שזו טעות, אבל זו המחשבה שתמיד חשבו שבעצם ניתוח קיסרי נועד לפתור בעיה של

אישה מתה שהעובר מפרפר בקרבה ויש להוציא אותו. וגם הגמרא דנה בזה באריכות ועוד אצטט את זה בהמשך. אבל תמיד היה ברור, גם בהיסטוריה של הרפואה וגם בהלכה, שמדובר באישה מתה לחלוטין בלא שום פקפוק. במידה ולא, כפי שאמרנו, תמיד חייה של האישה קודמים לכל מצב שבו העובר מסכן את חייה.

אלי זהר: פרופ' בזק, אתה בא לבית חולים, שומע את התיאור כפי שתיארו לך הרופאים. אתה הסברת לנו בעצם מה היה להם בראש כשהם הזמינו שופט של בית המשפט המחוזי אל מיטת החולה. אבל בעצם הם חשו שמצבה הולך ומתדרדר וההחלטה צפויה להיות קרובה, נכון?

יעקב בזק: כן.

אלי זהר: זאת אותה סיטואציה שפרופ' משיח אומר עליה 'אני אעשה מאמץ אחרון להציל אותה על ידי הניתוח והוצאת העובר, אבל באותה הזדמנות גם אציל את העובר'. איך התקדמה הפרשה שתיארת?

יעקב בזק: ובכן, באתי לבית החולים וכינסתי את כל הנוגעים בדבר באולם הישיבות של הרופאים בבית החולים וכל אחד טען את טענותיו כפי שאמרתי קודם. הרופאים גם הסבירו את הסיכוי של הילוד אם הוא ייוולד להיות אדם נורמלי או פגוע. היו סיכויים מסוימים שהוא יהיה פגוע, אבל היו גם סיכויים טובים שהילד שיוולד יהיה ילד נורמלי ויחיה חיים נורמליים. אני צריך לומר, כי בלבי לא היה שום ספק. אני אמרתי כי כאשר הבעיה היא בחירה בין חיים ומוות אז לחיים ולא למוות. ברור לי שצריך להציל את התינוק אם זה לא על חשבון סיכון חיי האם. ברור שצריך להציל את היילוד, והשאלה איך מבחינה משפטית להצדיק את הדבר, שעושים את הניתוח בלי לשאול את האב ונגד רצון ההורים שלהם. השאלה הזו לא העסיקה אותי מפני שיש כלל גדול ביהדות - פיקוח נפש דוחה שבת, ואם הוא דוחה שבת הוא דוחה את כל החוקים כולם. קודם כל להציל חיים, וכשהשאלה היא האם בשביל להציל את החיים אני צריך לפגוע ברכוש, לחדור לתוך בית בוער באש ולשבור את החלונות בלי לשאול רשות מבעל הבית ובלי לברר אם הוא מרשה לי לשבור או לא, הבעיה הזאת לא קיימת בכלל. גם לפי החוק הפלילי כמובן ישנה הצדקה, מותר לעשות הכל כדי להציל חיים. לכן לי לא היה שום ספק. ואמנם החלטתי בקיצור, לא היה זמן לכתוב. לאחר מכן כתבתי מאמר ארוך שהתפרסם C.N.I על מעמדו המשפטי של העובר. אפשר להגיד שבאותו הרגע נולד העובר של המעמד, אבל באותה שעה אמרתי 'צריך להציל את הילד. ברגע שיקבעו שהאם מתה מוות קליני צריך לנתח ולהוציא

את הילד לחיים! ובזאת אספתי את הכלים שלי והלכתי לביתי, ואילו הרופאים עם האם החולה הקשה והילד שבבטנה נשארו בבית החולים. למחרת זה התפרסם בכל העיתונים עם כותרות ראשיות, וכמובן שבגלל צנעת הפרט לא התרתי לפרסם שמות וכדומה. כעבור שבוע ימים שאלתי מה קרה עם האישה הזאת. אמרו לי הרופאים 'אתה לא תאמין, קרה נס רפואי - האישה התעוררה, התאוששה, כעבור שבוע היא ילדה באופן טבעי את התינוקת, ולאם ולבת שלום! ולאחר כמה זמן האם הזאת הופיעה אצלי בלשכה, ביקשה לעיין בתיק ואני הרשיתי לה לעיין בתיק. אבל בכל אופן ראיתי שכמו שכתוב 'רבות מחשבות בלב איש ועצת השם היא תקום'. כל הבעיות המשפטיות שמסביב לא באו לידי מימוש, הקדוש ברוך-הוא דאג לכך שהילדה תיוולד והאם התאוששה, ולפי מיטב ידיעתי היא חיה יפה עד היום הזה.

אלי זהר: אנחנו אומרים שסוף טוב יש רק בסרטים, ומסתבר שסוף טוב יכול להיות גם במציאות, ואולי אלמלא המציאות עם הסיומים החיוביים לא היו לנו הסרטים עם הסיומים החיוביים. אבל זה תמיד מזכיר את אותו סיפור של הדילמה של הפסקת החיים של אדם במחלה סופנית. הוא אינו מתפקד יותר ופתאום חל איזה שינוי דרמטי וכו'.

אני רוצה לעבור לפרק הבא של הדיון ולדבר לרגע על העובר. כי מה ששמענו כאן היה הסיטואציה החיובית ביותר שיכולנו להעלות על הדעת: הנה המשפט עמד לרשות הרפואה, נתן אור ירוק לרופאים, למרות שלא היה זיהוי של מוות מוחי סופי, לעשות כל מאמץ באמצעות הניתוח.

יעקב בזק: ההחלטה היתה: כשיתברר שהיה מוות מוחי, באותו רגע להוציא את הילד.

אלי זהר: אבל אני מניח שלא היה מוות מוחי.

יעקב בזק: לא, באותה שעה הבעיה עוד לא התעוררה, וכפי שהרופאים עצמם אמרו 'אנחנו לא נעשה דבר'.

אלי זהר: התמונה ברורה לגמרי.

יגאל שפרן: לי היא לא ברורה מבחינה רפואית. אני רוצה לדעת האם במידה והיו מחליטים לילד את האישה, האישה היתה מתה בעקבות היילוד הזה, ואז היינו מקבלים תוצאה הפוכה למה שקיבלנו כאן - במקום גם אמא חיה וגם תינוק חי היינו מקבלים רק תינוק חי, או שאני טועה?

שלמה משיח: המקרה אמנם התפרסם, אני לא זוכר מה היו הפרטים של המחלה.

אלי זהר: מחלת זאבת, לופוס, זה מה שהיה לה.

שלמה משיח: זו מחלה כרונית וקשה שמתדרדרת במשך ההריון. אגב, יש פרדוכסים גם בהלכה. כל אישה נוטלת על עצמה סיכון לא קטן כשהיא נכנסת להריון. נשים חולות נוטלות על עצמן סיכון על אחת כמה וכמה. אם אנחנו נפנה לרב ונאמר לו 'תראה, האישה בחודש חמישי להריונה והזאבת, הלופוס הזה מתדרדר והולך, תתיר לי להרוג את העובר בתוך הרחם', כמעט לא ימצא רב שיתיר, הוא יגיד 'תעשה את המירב. אפילו אם אתה מסכן את חייה של האישה או אתה מתקרב לגבולות של המוות, תמשיך עד שאתה יכול להיות בטוח שבאמת אתה יכול להוציא את העובר'.

אלי זהר: אני רואה כי הרב שפרן מרים גבה.

שלמה משיח: אני נתקל בזה יום יום. הרבנים רובם ככולם מקפידים על חיי העובר לא פחות מאשר על חיי האם, ונלחמים על חיי יחד איתנו בכל מקרה ומקרה. וכשרב יחליט על הפסקת חיים של עובר בשביל הצלת אישה הוא באמת צריך להיות משוכנע שזה הדבר שיציל את חייה. אז יש פה פרדוכסים גם מצדכם, והרי אנחנו עוסקים בזה יום יום. אישה מסתכנת, ונשים חולות על אחת כמה וכמה, בעצם כניסתן להריון. הרבנים מתירים לאשה כזו להיכנס להריון, היא נוטלת על עצמה סיכון. לעתים סיכון של חיים, וזה פרדוכס ברור. במקרה שדובר פה, הרופאים נקטו בקו כמו שכל הרופאים המוסריים היום נוקטים, בודאי ובודאי לא לעשות פעולה שתסכן את חייה של האישה. אבל דווקא הלופוס יכול להביא למשל לעלייה בלחץ הדם. עליה בלחץ הדם מסכנת את חיי העובר בתוך הרחם. המוניטור לצורך זה יכול פתאום להיות פתולוגי. ואז מה היה הרופא מחליט? גם בהיתר של כבוד השופט היה מחליט לעשות ניתוח קיסרי אפילו אם זה מוסיף קמעה לסיכון של האישה, והרי זה דבר שאנחנו עושים כל יום. עצם הניתוח הקיסרי מוסיף, כי גם אישה בריאה מסתכנת יותר בניתוח קיסרי מאשר בלידה רגילה. איך יכולים לבוא ולהגיד 'תעשה רק דברים שלא מסכנים את האישה'? הרי אם עשית את זה, זאת לא מיילדות.

אלי זהר: הייתי רוצה לסכם את הפרק הזה של הדיון דווקא עם הגברת משיח. בסופו של דבר מה התרומה של המיילדת הותיקה והמנוסה? מה הסיוע שמקבל הרופא מהמיילדת בסיטואציה הזו?

הילית משיח: קשה לי נורא להשלים עם זה שאומרים שהעובר הוא לא אדם. אני יודעת שמרגע שהאישה נכנסת להריון, בני הזוג, לא רק האישה, כל כך מתקשרים ליצור הזה שחי בתוכה, שלבו פועם, שהוא זר, והם מרגישים קרבה כזאת, שלהגיד על הדבר הזה שהוא לא בן אדם קשה לי. לדעתי הוא בן אדם

בכל רמ"ח אבריו. ואני חוזרת ואומרת שהנשים מוכנות להסתכן, ממש בדיבורים ובאמונה שלימה, רק כדי להציל את העובר שלהן. וכמו שד"ר משיח אמר, כל ניתוח קיסרי הרי מסכן אותן, והן ישר אומרות יתנתחו אותי, תנתחו אותי עכשיו, רק שהתינוק יהיה בריא'.

אלי זהר: אני מרחיק לכת, הרי יש נשים שלא מוכנות לעשות בדיקות שונות תוך כדי ההריון שמא הבדיקות יסכנו את העובר. זאת שוב אותה ראייה שרק תומכת את מה שאת אומרת, שלא מוכנים לסכן אפילו באחוז קטן.

הילית משיח: נכון, ובטח בלידה שהיא ממש זועקת, אפילו כשאין הצדקה לזה, אבל יש לה הרגשה שהיא מסכנת במשהו את עובריה והיא רוצה שיצילו אותו.

אלי זהר: אנחנו נגיע דווקא בסוף המעגל לרצונה של האישה. בואו נדבר לרגע על העובר. אדם כשר לזכויות ולחובות מרגע לידתו ועד מותו. חוק הכשרות המשפטית. הדבר ייחשב רצח אם מפסיקים את חייו של מי שיצא מן הרחם, מה שנקרא אדם שלם. יחד עם זה אתם יודעים, המשפטים ודאי, יש מספר זכויות שמוענקות לעובר שבעטיין אנחנו בדעה שאי-אפשר באופן נחרץ לומר שהעובר הוא non-entity, שהוא שום דבר, שהוא איזה שהוא אובייקט רפואי שיהפוך להיות אדם רק ברגע לידתו.

ד"ר אפשטיין, אתה רצית לנתח מיהו ה-entity הזה.

מירן אפשטיין: כן, ולחלוק אפילו על הטענה הכל כך מובנת מאליה בעיניך, שאי אפשר לטעון טענה כזו על העובר, זאת אומרת שהוא non-entity.

אלי זהר: אתה בדעה שהוא כן, או אתה חושב שאפשר לטעון טענה כזו ולדחות אותה?

מירן אפשטיין: או לא לדחות אותה. ננסה אפילו לומר פה משהו קצת יותר רדיקלי. עד כמה שידוע לי, אם ניקח את שתי התפיסות החברתיות המנוגדות בנוגע לנושא הפסקות ההריון, שבו למעשה אנחנו דנים עתה רק במקרה פרטי אחד שלו, הרי אנחנו נתקלים בגישה אחת. נקרא לה הגישה התיאולוגית הקתולית, שאומרת שהעובר הוא אדם אקטואלי לכל דבר, ומה שנגזר מזה - זה שאין שום תנאי, כמו שאמרתי קודם, שיכול להצדיק הפסקת הריון או טרמינציה כלשהי של חייו של אותו עובר. מנגד עומדת ההנחה הליברלית, שעד כמה שהבנתי מהרב שפרן גם היהדות, לפחות זרמים מסוימים בה שותפים לה, שאומרת כי אכן עובר הוא אדם. אולי לא אדם במעמד של אדם שנולד אבל בהחלט אדם אקטואלי שחי כבר חיים אנושיים. אין להמיתו אלא בסיטואציות שבהן

ערך אחר, עיקרון היזק אחר, קיים. הנחת היסוד המשותפת גם לתפיסה הליברלית שאומרת כי בנסיבות מסוימות אנחנו עושים הפלות, וההנחה התיאולוגית שאומרת בשום נסיבה לא עושים הפלות. בשני המקרים האלה יש הנחת יסוד משותפת אחת והיא - העובר הוא יצור אנושי. על מה מסתמכת ההנחה הזאת? היא מסתמכת על כמה דברים - אלף על איזה תחושה שאי אפשר לקבוע נקודה חד משמעית שבה מי שנולד שונה באופן בסיסי מחמש דקות קודם. ועכשיו נלך אחורה. כלומר בשתי התפיסות האלה, על אף ניגודי המסקנות ביניהן, רואים ציר אחד ארוך כציר שמגדיר את הקיום האנושי. אותו ציר שמתחיל מזיגוטה ומסיים בחיים הבשלים של אדם בוגר או אפילו במותו.

מה הבעיה בתפיסה כזאת? הבעיה בתפיסה כזו, שאם אנחנו לוקחים אותה עד אבסורדוס, מה שנקרא, אנחנו יכולים להכניס על אותו ציר גם את השניצל, תסלחו לי. למה שניצל? מכיוון ששניצל הוא פאזה, ואני לא אומר את זה בכלל בציניות. שניצל הוא פאזה מוקדמת, פוטנציאלית אולי, אבל פאזה על אותו רצף של טרום זיגוטה. תן לו צ'אנס מטאבולי והוא הופך להיות גמטה, ואחרי זה זיגוטה. ולכן אנחנו מוצאים את עצמנו למעשה על ציר שאיננו מבחין בין פוטנציאל לאדם לבין אדם אקטואלי. וזאת נקודה קריטית: שניצל הוא פוטנציאל לבן-אדם, ואם אני אצטרך לעשות רדוקציה של השניצל לעולם האנאורגני אני מוכן להגיע גם לשם. 'מעפר באתי' - עפר הוא פוטנציאל לבן אדם. הוא לא בן אדם. זה נכון שיש רצף אבולוציוני בין עפר לבין אדם, בין שניצל ובין גמטה, אבל אדם הוא כנראה משהו אחר. הליקוי בתפיסה הזו והתפיסה ששמה את האדם ואת העובר על אותו רצף, הוא בכך שהיא איננה מבחינה בין מהות לבין מראית. המראית היא אכן של אדם. הוא נושם, יש דופק, יש מוח, ישנן ידיים ורגליים ועיניים ולכן זה מוכרח להיות אדם. הגברת משיח אמרה לפני רגע שמה שעושה אותו לאדם זאת העובדה שההורים מתקשרים אליו. ולא כי כן היא - ישנם כאלה שאינם הורים שמתקשרים לכלבם. ישנם כאלה שמתקשרים לכספם, ואין כספם ואין כלבם קונים בעצם ההתקשרות הזו מעמד אונטולוגי של סובייקטים מוסריים. לכן כל הסיפור ומה צריך לעשות ומה לא צריך לעשות נגזר, אם אנחנו מאמינים שאכן עובר הוא אדם, נגזר מזה. אנחנו יכולים לקבוע כרגע את הגבול כן או לא. כן או לא ליילד בהתאם לכך אם זה עולה למישהו על העצבים, אם זה פוגע באינטרסים של מישהו - כל אלה שאלות שנגזרות בדיוק מההלכה הזאת.

אלי זהר: מה עמדתך אתה?

מירן אפשטיין: לצורך העניין אני אייזג פה עמדה שהיא לחלוטין בלתי- מקובלת ורדיקלית ביותר, שמוכרח לקבל את העמדה הפילוסופית האריסטוטלית הישנה, אם מישוה מכיר קצת, של אבחנה בין פוטנציאל לבין אקטואלי. לא כל מה שהוא פוטנציאלי הוא אקטואלי. אנרגיה פוטנציאלית זו אנרגיה פוטנציאלית, והאם יש לנו מחויבות להפוך אנרגיה פוטנציאלית לאנרגיה קינטית? לא! אנחנו יכולים לעשות את זה אבל אנחנו לא מוכרחים לעשות את זה. מה הופך אדם לאדם אקטואלי, או מה הופך עובר כפוטנציאלי לאדם אקטואלי?

יעקב בזק: או מחשבה על עובר, תכנון ללדת, או ביצה מופרית.

מירן אפשטיין: או ביצה מופרית או שניצל, או ימעפר באת ולאדם נעשית וכדומה - מה הופך אותו? - אלה הם חיים חברתיים, חיים קוגניטיביים שמסוגלים להתפתח בתנאים חברתיים בלבד. כלומר מרגע לידתו. אולי זאת אינטואיציה נכונה של מערכת המשפט, אבל מרגע לידתו נכנס בן אדם, נכנס עובר, נכנס ילוד לתוך חברה, ומהרגע הזה הוא מתחיל את התהליך הארוך הזה של האינדיבידואציה שלו באמצעות הסוציאליזציה שלו. אני רוצה שזה יהיה ברור - הוא הופך להיות אינדיבידואל, כלומר אדם אקטואלי, באמצעות התהליך המהיר, התהליך החברתי שבתוכו הוא נמצא. אם הדבר הזה נכון, אזי כל ההתייחסות לעובר כאדם אקטואלי, תסלחו לי שאני אומר את זה, היא התייחסות פטישיסטית. מדובר באובייקט. עכשיו אני רוצה שיהיה ברור - אובייקט יקר מאוד. זה לא שאין אובייקטים יקרים, יש אובייקטים יקרים. אולי עובר בנסיבות מסוימות הוא הוא האובייקט היקר מאוד, החשוב לנו ביותר מבחינה אמוציונלית, אבל מדובר באובייקט. זה לא רצח להפסיק הריון בשום שלב. ההחלטה המוסרית איננה נוגעת בכלל למעמדו המוסרי של אובייקט, כי לאובייקטים אין לשמחתנו או לצערנו, אין שאנחנו רוצים, אין להם מעמד מוסרי, זאת עובדה. ההחלטה להביא ילד לעולם קשורה למעמדו המוסרי. אם הרופא אומר אני מחויב לילד עובר, כלומר להפוך את הפוטנציאל לאקטואלי, זה מתייחס למעמדו המוסרי של הרופא ולא למעמדו המוסרי של העובר.

אלי זהר: למה התפתח מעמד מוסרי של הרופא שממנו הוא חושב שהוא צריך להציל את חיי ה-non entity הזה?

מירן אפשטיין: אני לא יודע למה. אני באמת לא יודע למה, אבל ברור לי שזה מה שהרופא חושב.

אלי זהר: זאת החברה.

מירן אפשטיין: אני פונה עכשיו לפרופ' משיח, האם הוא חושב כרגע על העובר או שהוא חושב בעצם על מעמדו המוסרי הוא, אם אנחנו המיילדים הופכים את הפוטנציאלי לאקטואלי.

אלי זהר: אבל אני מוכרח להקשות עליך - למה החברה שלנו, שהפילוסופים שלה נמנים על חבריך, ואני עוזב לרגע את העובדה שאתה רופא, יצרו את אותו מצב שבו קיים עולם הערכים המוסרי של פרופ' משיח, כמו גם אולי שלי, כמו של השופט בזק וכמו של אנשים רבים באולם הזה, לחשוב שיש משהו פגום בהפסקת חיים של אותו פוטנציאל?

מירן אפשטיין: אני לא חושב שהפילוסופים הם אלה שקבעו את זה ואני גם לא בטוח שהרופאים הם אלה שקבעו את זה. מדובר פה באידיאולוגיה חברתית מסוימת שיכולה להיות שונה פחות או יותר מאדם לאדם או מרופא לרופא. השאלה אם רופא, כאפוסטרופוס אד-הוק של הסיטואציה ההריונית הזאת מחליט לילד, היא אותה שאלה של אמא שמחליטה על תכנון משפחה. הוא מחליט שזה רגע מתאים לו או נכון לו או מוסרי בעיניו להביא ילד לעולם.

אלי זהר: ובקונפליקט מי מכריע לפי תפיסתך?

מירן אפשטיין: איזה קונפליקט?

אלי זהר: בקונפליקט בין האמא לאבא, לרופא, לחולה, לחמות?

מירן אפשטיין: שוב פעם, השאלה הזו היא שאלה חברתית- היסטורית. במקרה של החברה שלנו שבה אנחנו חיים, קודם כל קובעת האמא מכיוון שזה מתרחש בתוך הגוף שלה. אחרי זה most probably קובע האבא, ואחרי זה הרופא, אם המדינה לא התערבה בעניין הזה.

אלי זהר: אני לא יודע אם זאת דעתך אבל זה באמת אולי פחות חשוב. אתה מציג היום עמדה שהעובר הוא פוטנציאל, ולא נרעש מן האמירה שזה non entity. זה non entity כי זה רק פוטנציאל ואנחנו שנתנו לו זכויות עשינו ממנו משהו שהוא בעצם איננו?

מירן אפשטיין: פטישיזם. לתת איכויות מוסריות לאובייקט.

אלי זהר: לא רק מוסריות, תכף נראה את הזכויות המשפטיות שיש לו. פרופ' משיח, עמדתך בעניין? הייתי רוצה שכל אחד מחברי הצוות עכשיו יגדיר את דעתו הוא או איזה דעה הוא מייצג בדיון.

שלמה משיח: אני מתפלא שדעה כזו הובעה על ידי רופא,

ואני חושב שהוא אמר את זה לשם הקצנה וכדי לעורר ויכוח לשמו. קשה לי להאמין שהוא מאמין במה שהוא אמר. כי בסך הכל עובר בשבוע 32, כל מה שמפריד אותו מ"החיים הסוציאליים" זה דופן של 2 ס"מ.

מירן אפשטיין: אבל זה מה שיש.

שלמה משיח: זה מה שיש לדעתך. זה לא מה שיש מבחינת כל יכולתו - יכולתו המושלמת של העובר לעמוד בחיים ולתפקד ולהגשימים ולהיות עולם ומלואו כמו שאמרו בהזדמנויות שונות, והוא חיים ומלואם. וההפרש של ס"מ שחוצץ בינך לבינו הוא שנותן לך את כל ההבדל הסוציאלי שעליו בנויה תלים של תיאוריות, ולא מקובל עליי לחלוטין. ואגב, לעובר יש זכויות רבות - האישה למשל לא יכולה לבוא בשבוע 36 ולהגיד 'הוא מגרר לי ברחם ובכלל התחרטתי על כל העניין, אני רוצה להפסיק את ההריון'.

מירן אפשטיין: למה לא?

שלמה משיח: במדינת ישראל, וטוב שכך, כל כך טוב שכך, האישה לא יכולה לבוא לרופא ובעצה אחת לבוא ולהגיד 'בוא תהרוג אותי'.

אלי זהר: ד"ר אפשטיין, מבחינת תפיסתך החלטה על הפסקת הפוטנציאל היא החלטה לגיטימית בחברה הייחסי תרבותית" האפשרית בכל שלב, עד שהוא חדל להיות פוטנציאל, נכון?

מירן אפשטיין: אמת.

אלי זהר: בואו נעכל את העניין הזה ונלך צעד אחד קדימה, מפני שעלינו לעשות לפחות את האבחנות איך חברתנו רואה את זה. הרב שפרן, מה התפיסה ההלכתית בסוגיה הזו, האם זה פוטנציאל?

יגאל שפרן: בודאי שאנחנו מבחינים בין תחנות שונות בכלל ההריון, ואנחנו כעיקרון איננו מדברים על "עובר או לא עובר", אלא הדבר תלוי באיזה שלב של ההריון. בכל שלב של ההריון משתנה מעמדו של העובר והוא מתקרב יותר ויותר למעמד של אדם שלם. בארבעים הימים הראשונים של ההריון מעמדו נמוך אך קיים, ובעיקרון אסור להשחית גם מי שלא אדם, כי אסור להשחית שום חפץ וגם לא עובר שלא קיבל עדיין אפילו את התואר עובר. אחרי כן יש תחנה אשר חונה בחודש השביעי להריון, להריון. אחרי כן יש תחנה אשר חונה בחודש השביעי להריון, ולבסוף יש תחנה סופית עם היציאה. ההלכה מדברת על כמה דרגות של חיוניות. העובר הוא חי, אבל יש מה שנקרא אדם. יש מה שנקרא נפש. יש מה שנקרא איש. יש מה שנקרא חי. כל אחת מהדרגות הללו אינה זהה. שלוש הדרגות - אדם,

נפש ואיש, נוגעות להלכות מסוימות הקשורות באדם שיצא אל אוויר העולם והן אינן חלות על עובר. אבל עדיין בודאי חלה חובת שמירת חיים על העובר, ויבורכו המיילדות והרופאים שעושים את זה בכל הלב, משום שאסור לפגוע בחיים, וחיים הם גם אם אני לא רואה אותם, למרות שאני באמת לא מבין למה אני לא רואה אותם. יש אולטראסאונד ויש אקו, ואני יכול באמת לא להבין, כמו שאמר פרופ' משיח, מה ההבדל בין שניה לפני הלידה לשניה אחרי הלידה. גם אחרי כן היילוד הוא כן תלתי בסביבה. אז זה סתם עניין טכני שאני עוצם את עיני, אבל מבחינת העובר קיים בודאי בטרימסטר האחרון ולא ניתן לפגוע בו. אלא מה? צריך לדעת שלעיתים אנחנו עומדים בהתנגשות בין שני בני אדם, בין שני אישים שהשאלה הקיומית היא או אני או הוא. במצב הקיצוני שבו העובר, כפי שתיארתי, נמצא בהתנגשות עם האמא, כבר דנו קודם.

אלי זהר: זה ברור מהפרק הקודם. אבל אתה מתייחס אל העובר כאישיות,

יגאל שפרן: כאישיות שיש לה זכויות ויש לה יכולת ירושה ויש לה יכולת קבלת נכסים. אפשר לעשות הרבה דברים מבחינה הלכתית שהעובר מקבל. הכל תחת כותר מאוד בסיסי שהוא בודאי מוכר לכם. הדיון הבסיסי הוא האם העובר נחשב איבר של האמא, ורק האמא בלבד, או אישיות עצמאית. וזה דיון ארוך בהלכה.

אלי זהר: ואתה מתייחס אליו כאישיות עצמאית?

יגאל שפרן: לגבי חובת קיומו ורווחתו והבאתו לעולם אני מתייחס אליו כאישיות עצמאית לחלוטין שחלה חובה קדושה להביאו לעולם.

אלי זהר: חובת קיומו קשורה גם עם זכות קיומו?

יגאל שפרן: בודאי.

אלי זהר: האם יש לו, לפוטנציאל הזה, האם יש לו זכות?

יגאל שפרן: כן, יש לו שלוש זכויות לפחות.

אלי זהר: פרופ' בזק, מה הזכויות של העובר?

יעקב בזק: ובכן, אם מנתחים את המצב המשפטי וגם את המצב ההלכתי אני חושב שהתשובה בעניין זה היא זאת: העובר מבחינה יחסית לגבי נושאים מסוימים נחשב לנפש, ולגבי נושאים אחרים הוא לא נחשב לנפש. זה לא דבר שהוא או נפש או לא נפש, תלוי במה מדובר. ואפשר להדגים את זה. קודם כל מבחינת הזכויות אז כבר דיבר שפרן על הזכויות

דין ופסיקה במשפט הרפואי

המשפט הרפואי הוא ענף של דיני הנזיקין, אשר התפתח מאוד בשנים האחרונות וקיבל מעמד עצמאי, הן בהתנתקות שלו מהמשפט המקובל המסורתי, והפיכתו למשפט רפואי ישראלי, הן בשינויים שעוברים על מערכת הבריאות ואופן ניהולה, והן בשינוי תפיסות העולם במערכת היחסים של רופא - חולה. העקרונות אומצו על ידי המחוקק בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו תשנ"ב-1992, חוק ביטוח בריאות ממלכתי תשנ"ד - 1994 ובחוק זכויות החולה תשנ"ו-1996.

מטרת הספר היא להציג בפני הקורא המתעניין - המשפטן, הרופא, האחות, העובד הסוציאלי, הסטודנט - תמונת מצב מעודכנת של המשפט הרפואי הן מההיבט הרפואי והן מההיבט המשפטי באספקלריה של פסקי דין שיוחדו לנושאי גניקולוגיה ומיילדות, תחום המייצג את ראשית החיים מבחינת ציר הזמן, ובד בבד מרכז כמות בלתי נלאית של פסקי דין בנושא.

הספר מהווה ניסיון ראשון מסוגו להציג בפני הקורא פסקי הדין המבטאים את השינויים והתמורות במשפט הרפואי בליווי סקירה רחבה של ההיבטים המדיקוליגליים תוך הטבעת גישה פרקטית, שהמחבר רכש במשך השנים הרבות בהן הוא עוסק בייצוג נפגעים בתביעות נזיקין בכלל ובתביעות רשלנות רפואית בפרט, תוך איסוף מידע רב הן מהארץ והן מחו"ל בתחומי המשפט הרפואי, אשר הצדיקו ריכוזו בכריכה אחת.

- הספר מציג 12 פסקי דין אשר דנים בהיבטיה השונים של הגניקולוגיה והמיילדות החל משלב הייעוץ הגנטי, שלב ההתעברות, המעקב והטיפול בהריון, שלב האבחון והקבלה לבית החולים, המעקב וההשגחה בלידה ואחריה, אופן סיום הלידה, גורמי הסיכון

במהלך חודש אוגוסט ראה אור הספר

דין ופסיקה במשפט הרפואי

בתוספת היבטים רפואיים ומשפטיים
בגניקולוגיה ומיילדות

מאת
יונתן דיוויס, עו"ד

אבי ספרי משפט בע"מ

רח' בן סירא 3

ת.ד. 847 ירושלים 91008

רפואה ומשפט גיליון מס' 21 - נובמבר 1999

בהריון ובלידה עד להערכת הנוק ליילוד שנפגע בהריון ובלידה.

- בספר כ - 900 עמודים הכוללים בנוסף לתמצית פסקי הדין והטקסט המלא של פסקי הדין הנזכרים, דיון רחב ומעמיק של ההיבטים הרפואיים והמשפטיים של הנושאים, שעולים מפסק הדין תוך מתן הסבר של הפעולות הרפואיות נשוא פסק הדין, וכן סקירת הספרות הרפואית הנדונה לרבות הצגת אסכולות רפואיות שונות שיטות טיפול והוראות מקצועיות. במקביל מוצג המצב המשפטי בארץ ובשיטות המשפט השונות בחו"ל, תוך סקירה מקיפה של המצב החוקי, הפסיקה והספרות.

בין יתר הנושאים הרפואיים והמשפטיים שהספר דן בהם בהקשר לפסקי הדין הנזכרים :

- סקירה מעודכנת של הספרות הרפואית והפסיקה בתחומי המשפט הרפואי, שפסקי הדין דנים בהם.
- דיון בחובת גילוי מידע של רופא כלפי מטופל.
- ההיבט הרפואי והמשפטי של הייעוץ הגנטי והשלכותיו.
- עילות התביעה של מי שניזוק בשלב הטרם מולד.
- חובות הזהירות של המיילד כלפי האישה והעובר.
- דוקטרינת ההסכמה מדעת על היבטיה השונים.
- האבחון הטרם מולד ורשלנות רפואית בגין פגיעה בעובר.
- מעמד העובר על פי דין.
- העיקור הרשלני בהיבטיו הרפואיים והמשפטיים.
- תחולת חוק זכויות החולה על מקרים שאירעו לפני כניסתו לתוקף.
- דרכי ההוכחה של טיפול רפואי שניתן ללא הסכמה.
- השיטות להפסקת הריון.
- הצורך במתאם בין עילות התביעה וחוות הדעת הרפואיות.
- המדיניות המשפטית הראויה בתביעות רשלנות רפואית.
- סוגיית האסכולות הרפואיות.

- ועדות הבקרה והאיכות לפי חוק זכויות החולה.
- חסיון ראיות במשפט.
- גורמי הסיכון והסיבות לשיתוק מוחין.
- רשלנות רפואית בגניקולוגיה ומיילדות.
- הקשר הסיבתי בין תשניק בלידה לבין פגיעת המוחין של היילוד.
- החלת דוקטרינת אובדן סיכויי החלמה בשאלת הקשר הסיבתי.
- דיות ההוכחה בעניין הקשר הסיבתי בתחום הרשלנות הרפואית.
- גורמי סיכון בהריון ובלידה.
- נטלי הוכחה והיפוך סדר הבאת הראיות בתביעות רשלנות רפואית.
- נטל ההוכחה עקב רישום רפואי לקוי.
- נזק ראייתי כמכשיר להעברת נטל השכנוע במצבים של אי ודאות.
- היבטים רפואיים ומשפטיים של פרע כתפיים בלידה.
- דרכי התמודדות עם סבוכים רפואיים בלידה.
- סקירת הפסיקה והערכת הפיצויים שנפסקו בתביעות בהן נגרם שיתוק ע"ש ארב.
- סקירת הספרות הרפואית בנושא קיצור תוחלת חיים.
- אופן הפיצוי בגין קיצור תוחלת חיים.
- דרכי שיקומו של הנפגע, דיור בקהילה או במוסד, סיוע ועזרת הזולת לנכים.
- טבלת השוואה של פסיקת גובה הפיצויים שנפסקו בגין עזרה וסיעוד צד שלישי לנכים.
- זכות הנפגע לפיצוי בגין הוצאות רפואיות על טיפולים רפואיים בעתיד בעידן חוק הבריאות.

ההקדמה לספר מאת ד"ר יורם בלשר,
יו"ר ההסתדרות הרפואית

מודעה

רפואה ומשפט גיליון מס' 21 - נובמבר 1999

לרשת. גם לפי חוק הירושה מי שנולד תוך 300 יום לאחר פטירת אביו יש לו זכות לרשת.

אלי זהר: האם האמירה ברורה? זה סעיף בחוק הירושה. סעיף 33 קובע שמי שנולד תוך 300 יום לאחר פטירת האב, יכול לרשת - זה מה שאמרת?

יעקב בזק: הוא יכול לרשת את אביו, אלא אם כן הוכח שהוא לא הבן של המוריש. יוצא שאדם יכול להוריש בצוואה לעובר שנמצא בבטן אמו ועדיין לא נולד, והעובר יירש את זה כאשר ייצא מבטן אמו. כך לפי המשפט בישראל וכך לפי ההלכה.

אלי זהר: המשמעות של זה היא גם, ואני רוצה פשוט להדגיש את הנקודה, שלבני המשפחה, אחיו הפוטנציאליים, יש אינטרס מובהק בקבלת ההחלטה לגבי יילודו או אי-יילודו.

יעקב בזק: זאת שאלה נפרדת. כאן אנחנו מדברים יותר על הצד הרכושי, ולכן גם חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות מאפשר למנות אפוטרופוס על עובר, למרות שהעובר הוא עדיין, אמרנו, לא נפש, אבל אפשר כבר למנות אפוטרופוס עליו לפי החוק כי יש עניינים שלגביהם אפשר לעשות כך. לגבי העניין של חיים ומוות, הרי גם אדם עצמו, אדם מבוגר ושולט בדעתו הוא לא אדון על חייו. אדם לא יכול להסכים שמישהו אחר ינסה לרצוח אותו. הסכמתו של אדם שירצחו אותו לא פוטרת את הרוצח. ובאמת המעמד היחסי השונה בולט ביותר על ידי שתי המשניות שהזכרתי: אחת, שאשה שמקשה לילד ודרך אחת להציל את חייה היא להרוג את העובר ולהוציא אותו חתיכות חתיכות, כפי שנאמר, אז חייה קודמים לחייו. מאידך, וזו השנייה, האישה שישבה על המשבר ומתה תוך כדי תהליך הלידה ועכשיו צריך להציל את העובר וזאת שבת, אז לפי ההלכה מחללים את השבת כדי לנתח את האם המתה ולהוציא מתוכה את העובר, מפני שפיקוח נפש דוחה שבת. אבל אתה תאמר 'איזה פיקוח נפש? הרי זה לא נפש, העובר עוד לא יצא, הוא עוד לא נפש'. אז התשובה היא מה שאני אמרתי - העובר הוא יצור ביניים - לעניינים מסוימים הוא נפש, לעניינים מסוימים הוא לא נפש. כאשר מדובר כנגד ההשוואה לאמו החיה, אז העובר הוא לא נפש וחייה קודמים לחייו. מאידך - בהשוואה לאמו המתה העובר הוא נפש ומחללים את השבת כדי להציל את חייו.

אלי זהר: פירושו של דבר, אתה לא מקבל את תפיסתו של ד"ר אפשטיין שאומרת שהוא לא כלום?

יעקב בזק: אין דבר כזה. קודם כל נכון שמבחינת ההלכה הוא דבר שלא בא לעולם מפני שהוא עוד לא בא לעולם, אבל

אי אפשר להתייחס אליו רק כפוטנציאל,

אלי זהר: ולא כמוהו כעפר, נכון?

יעקב בזק: נכון.

יגאל שפרן: רציתי להוסיף לעניין הזה בשולי דבריו של הפרופ' בזק וכחידוק לו, שהגמרא אמרה שמדובר במצב שהאמא כבר מתה ויש לילד את העובר. במסכת הערכים, הגמרא אפילו אמרה את המילה 'פשיטא'. בשביל מה צריך בכלל להגיד את זה? זה כל כך ברור שכשהאמא מתה יש מייד להיחלץ לטובת העובר, שבכלל למה מכבירים מילים על כך? והתשובה היא שאפילו אם יש לך חשש שמא לא תקבל את העובר בחיים בגלל עיכובים, בכל אופן תחלל שבת על מנת להביא לשמץ סיכוי שבכל אופן הוא יגיע לחיים. אין ספק שברגע שהוא נמצא בלא שקיומו מאיים על האמא, הוא חי. לפי ההגדרה שלו הוא חי שנמצא בתוך קופסא וחלה חובה על כל אחד ללכת ולשחרר את החיים הללו מתוך הקופסא הנעולה עליו על מנת שיוכל לצאת לחרות.

אלי זהר: הגברת משיח, את מקבלת את עמדתו של ד"ר אפשטיין?

הילית משיח: לדעתי העובר הוא לא סתם יצור חי אלא נושם ומחייך בצורה שאפשר לראות את זה באולטראסאונד. יש לו שם. אוהבים אותו ורק מחכים לו שיצא. ולדעתי הוא יצור חי לגמרי.

אלי זהר: אני מוכרח לומר, ד"ר אפשטיין, ובזה בעצם אני מחזיר אליך את הכדור - קודם כל ישנה התפיסה החברתית. דבר שני ישנה אותה תפיסה רגשית שהגברת משיח מדברת עליה. אבל התפיסה שאומרת שהעובר הוא משהו, הלכה והתחזקה במשך השנים: הזכות לרשת, הזכות לקבל פיצויים, הזכות למנות אפוטרופוס לפי סעיף 33.6 לחוק הכשרות המשפטית על מנת להגן על האינטרסים של העובר כפי שמגדיר החוק. ויש פסק דין שעסק בזה שאב ביקש למנות אפוטרופוס לעוברו כדי למנוע את הפסקת ההריון של האישה. שם נדחתה הבקשה אבל במקומות אחרים היא יכולה להתקבל. לפי פקודת הנזיקין יש זכות לפיצויים לתלוי אשר נולד לאחר פטירת אביו בתאונה, ועוד דברים אחרים. לאור כל הדברים האלה, לאור העובדה שמתנהל היום משפט באחד מבתי המשפט בארץ על אובדן מבחנה עם ביצית מופרית, לאור העובדה שבארץ התנהל משפט עם תשעה שופטים אודות מבחנות מופרות של מה שהיה פעם משפחת נחמני, כל זה מחזיר אותנו לשאלה האם אנחנו יכולים להרשות לעצמנו להתייחס לעובר כאל עפר?

מירן אפשטיין: אני חושב שדווקא המקרה הזה של ביציות מופרות הולך מספיק רחוק, אפילו לא לשבוע 32. המקרה הולך מספיק רחוק בכדי להדגים את הפטישיזם הזה או את הרצף הפטישיסטי הזה. אני הקדמתי ואמרתי קודם שבהחלט ברור לי שמאה אחוז מהאנשים, חוץ ממני, באמת מאה אחוז מהאנשים. ואולי יש כמוני אחד או שניים בכל העולם, באמת משוכנעים שלעובר יש מעמד מוסרי ולא משנה באיזה שלב בהריון הוא נמצא. זאת בהחלט עמדה רדיקלית, אבל כמו שזו עמדה רדיקלית כך אני עומד מאחוריה. התפיסה הזאת שהולכת ומעמיקה, שמקנה זכויות לא רק לעוברים בשבוע 32 או full-term יותר מאוחר אפילו, אלא לביציות מופרות, היא אותה התפיסה שמדברת על זכויותיהם של בעלי חיים. היא אותה תפיסה שעוד מעט תתחיל לדבר, ואני בהחלט צופה את זה, על זכויותיהם של חפצים מסוימים שהם מקודשים. כבר בשפה שלנו, בשפה העברית, ישנם ביטויים פטישיסטיים שמתייחסים באופן מובהק ומפורש לאובייקטים. אנחנו מדברים לא על קדושה של חיים בלבד אלא גם על קדושה של מקומות, על קדושה של ערים, על קדושה של אבנים, על קדושה של קברים, ועוד מעט נמנה גם אפטרופוס על הדברים האלה.

יגאל שפרן: כבר מינו, ברוך השם.

מירן אפשטיין: אז יש אפטרופוס לכל הדברים האלה. ואם כך, אנחנו נמצאים באמת על רצף אחד והרצף הזה הוא מאוד בעייתי. אגב, הפטישיזם הזה הולך גם לצד השני של החיים - קדאברות (גופות) מונשמות זה בני אדם לכל דבר. יש להם אפטרופוסים. מה זה, איזה מן בני אדם זה, רק בגלל הדמיון הביולוגי לבן אדם? האם העובדה שעובר מחיך זה מה שהופך אותו לבן-אדם בן-מינו? ואני מדגיש את הבן-מינו, כלומר במהותו חי חיים אנושיים? חיים אנושיים זה משהו אחר.

אלי זהר: ד"ר אפשטיין, בוא ואשאל אותך שאלה הפוכה. השאלה ההפוכה שלי אומרת למה לא? למה לא לקחת דבר שמחייך ויש בו רמת הזיהוי הבולטת ביותר, ואל תגיד לי תכף שגם כלבים מחייכים או גם סוסים מחייכים,

מירן אפשטיין: אני כן אגיד לך.

אלי זהר: או שאולי תגיד לי, אבל למה שאנחנו לא נזהה ביילוד הזה את הזיהוי האופטימלי עם בני מינו ונקבל אותו ככזה, נשמור על זכויותיו וניתן לו לחיות?

מירן אפשטיין: אני מציע פה משהו אחר לגמרי, משהו הרבה יותר פשוט מבחינת קבלת ההחלטות שלנו בעניינים האלה. אנחנו לא מוכרחים להסתכל עליו כעל יצור אנושי, ועדיין

נקבל בנסיבות מסוימות החלטה כן ליילד אותו ועדיין נוכל להתקשר לאותו אובייקט. זה בסדר, אפשר להתקשר. זוהי נטייה פסיכולוגית של כל אחד מאיתנו. גם לאחד כמוני יש נטייה פסיכולוגית להתקשר לעוברים שלו. אני מתקשר לעוד כל מיני דברים חומריים שיש לי בחיים. בשום פנים ואופן אינני רוצה לומר, שהעובדה שמדובר בפוטנציאל בלבד אוסרת עלינו להפוך אותו לאקטואלי. זה לא מה שאני אומר. אני אומר היא נותנת לנו את האופציה להפוך אותו לאקטואלי או שלא להפוך אותו לאקטואלי.

אלי זהר: ולפי תפיסתך בדיון שלנו, בתשובה לשאלה האם ליילד עובר שאמו נפטרה, מה היא דעתך?

מירן אפשטיין: אתה שואל אותי בתור האבא?

אלי זהר: לא. חס וחלילה.

מירן אפשטיין: בתור האבא לצורך העניין הזה תשובתי כן ליילד אותו.

אלי זהר: לא, אני לא שואל אותך בתור אבא. אני שואל אותך בתור הפילוסוף של הדיון הזה. אתה אומר דבר מאוד ברור - כל עוד לא ודאי לנו באופן טוטאלי שהאמא לא קיימת, שהיא מתה באופן מוחלט, אסור לנו לסכן את פרומיל סיכוייה על ידי יילודו של העובר, ובתחרות בין היולדת לבין העובר ה-score הוא 100:0?

מירן אפשטיין: זוהי שאלה שנוגעת בהחלט לשטח אפור. ופה אני הייתי רוצה לקבל במלוא מאת האחוזים את עמדתו של פרופ' משיח, שאומר שזה תחום שאנחנו מוכרחים לקחת בו איזה שהוא סיכון. אנחנו הרי מדברים במיילדות. מדובר פה באיזה שהוא סיכון, ואת הסיכון הזה אנחנו לוקחים על החיים שלנו כשאנחנו עוברים את הכביש, וגם במקרה הזה אנחנו יכולים להרשות לעצמנו לקחת סיכון.

פרופ' עמי לוי (מהקהל): אני חושב שהעמדה של ד"ר אפשטיין מרתקת, זוהי עמדה מעניינת, לא שגרתית. באמת חשוב שתשמענה עמדות כאלה בדיונים של יום שישי בבוקר, ואני חושב שיש לזה חשיבות. אבל אני חושב שיש בעיה, וזה מעורר מחשבות וצריך להשקיע בזה הרבה. ישנה בעיה בעצם ההגדרה. ד"ר אפשטיין דיבר על כך: חלק מההגדרה היא השתתפות בחיים הסוציאליים. אנחנו שמענו צד אחד של ההשתתפות בחיים הסוציאליים של העובר, והוא הצד של ההורים או של הקרובים שלו - של האמא שנושאת אותו, של אביו, של בני המשפחה שיש להם ציפיות ויש להם רגשות כלפיו. אז זה צעד אחד של החיים הסוציאליים. מדברים על

העובר כמו ששמענו, חושבים שהוא צוחק. יש לו שם. שמענו את הדברים הללו. אבל אנחנו יודעים גם באופן פיזיולוגי שעובר מבוגר, בודאי בחודשיים האחרונים, הרי מבחין בקולות. הוא מבדיל בין קולות, ויש חשיבות כנראה גם לקולות של ההורים שלו שאותם הוא מזהה לאחר לידתו. כלומר הוא משתתף בחיים הסוציאליים בעצם טרם לידתו. אני חושב שצריך לקחת בחשבון גם את העניין הזה לצורך הגדרתך.

אלי זהר: פרופ' לוי הוא פסיכיאטר בהתמחותו והוא מנהל מחלקה בשלוותה. ולא כל כך בתפקיד של אתיקן בסיפור הזה.

מירן אפשטיין: אני מוכרח לקחת כאן שוב את נקודת המבט של פילוסוף ולא כל כך של אתיקן. על מה אנחנו מדברים כשאנחנו מדברים על חיים סוציאליים? למה התיאור? המראית הזאת שאתה מתאר היא מראית בלבד ולא באמת חיים סוציאליים, למרות שמתקיים פה משהו שלפחות נראה כמו חיים סוציאליים? בוא נחשוב רק רגע אחד, ואני נותן את זה כתרגיל מחשבה, על בן אדם שברגע זה נולד ושמים אותו בחדר אטום שיש בו טלוויזיה. לא סתם רדיו, אלא טלוויזיה ואז הוא גם יכול לראות. והטלוויזיה מראה לו את החיים בפוליניזיה ואנשים משוחחים בפוליניזיה. כמה שנים האדם הזה צריך לשבת בחדר הזה כדי לדבר פוליניזית שוטפת? אני מהמר על זה שאפילו מליון שנה לא יתנו לו לא פוליניזית ולא איזה שהוא מושג על העולם שאותו הוא אכן רואה, שחשוף לראיה שלו. ומה עושה את סיפור הטלוויזיה בחדר האטום למקביל ליחס בין העובר אשר קיר מפריד בינו לבין החברה? עובדה אחת ויחידה, הבדל אחד ויחיד, והוא שהעובר איננו מסוגל להפעיל את הסביבה שלו. לא להגיב, לא להפעיל את הסביבה שלו. זה אותו אלמנט שהופך אותנו, אם אני נדרש כרגע לאותם יסודות אפיסטמולוגיים פילוסופיים של תורת ההכרה, היכולת לייצר את המושגים הראשונים והבסיסיים שלנו.

אלי זהר: אני רוצה להתקרב עם הדיון, מפני שבינתיים האישה שלנו נמצאת במיטת היולדת ואנחנו צריכים לקבל החלטות לגביה.

שלמה משיח: צריך להדגיש את הדברים מבחינה מדעית רפואית. אין הבדל בין עובר בשבועות האחרונים של חייו ובין ילוד שנולד, ואם נקטת בעמדה של הפעלה, אני לא יודע איך מפעיל הילוד את הסביבה שלו, מה ההפעלה שהוא עושה. האם הוא משתמש בשלט רחוק של הטלוויזיה? הוא עושה את אותם צרכים שהוא עושה בתוך הרחם. הוא חי, נושם,

לבו דופק, הוא מגיב לסביבה, הוא מחייך כמו שנאמר פה, הוא עושה פיפי, הוא עושה את צרכיו בפנים, הוא אדם לכל דבר. יש לו אינטליגנציה, וכל מה שמפריד אותו מאיתנו זה אותו ס"מ של דופן הרחם. ואם זה עושה אותו בן אדם או לא, אז הגבולות בין בן-אדם ובין שניצל אני פשוט לא מבין אותם. אני פשוט לא מבין את תפיסת העולם שלך שאומרת שמה שמפריד בין אדם לשניצל זה דופן רחם.

יגאל שפרן: אני יכול לומר שאחרי הרבה שנים שאני מחפש מישהו שיסביר לי, הפעם קיבלתי הסבר פנטסטי. ואני מודה לך ד"ר אפשטיין, כי אני כל הזמן שואל את עצמי איזו משמעות יש למונח 'קדושת חיים' למי שלא מקבל את המונחים של בורא עולם ומחולל, מושגים של קדושה וכדומה. ובאמת אני מסכים עם ד"ר אפשטיין בכל אשר הוא אמר - אם אתה לא מקבל את זה שיש מישהו שמעניק משמעות של קדושה למקום, לחיים או לכדומה. הכיוון הזה הוא אכן הכיוון הסביר בעיניי מבחינה רעיונית: או שאתה מקבל שיש מקור סמכות לקדושה ולהענקת התואר הזה לאיזה שהוא אובייקט, ואם לא כן הכל חולין ואין משמעות לתת איזה שהיא הערכה לעובר, יותר מאשר לאוכל שציינת. משום שמבחינתי, בעקרון, רק כאשר יש מקור שמעניק קדושה לחיים, הם אכן מקבלים זאת. ולכן אני לא מצליח להבין איך אנשים לא דתיים משתמשים במונח 'קדושת חיים'.

אתי פרץ (מהקהל): יש לי שאלה לד"ר אפשטיין. ברשותך, מכיוון שאתה מתחיל במצב של פוטנציה לעומת אקטואליה, אני אשאל אותך איפה נגמרת האקטואליה ומתחילה האימפוטנציה? ואני רוצה להסביר את השאלה, כי בקטע הזה אם המבחן היחיד הוא החיים החברתיים, אז יש כאן משהו. אתה טוען לאבסורדוס מהזווית של הראיה ההפוכה לשלך, אבל גם אצלך נטוע אבסורדוס בכיוון ההפוך. כיוון שאם המבחן הוא מבחן של חיים חברתיים, אז בעצם גם העובר הפוטנציאלי שהופך לילוד, אם הוא חי חיים בתוך אי חברתי מנותק, מנוכר, עם כל מיני מחלות קשות שבעצם אין בחיים האלה שום אלמנט חברתי וחלקם צמחים מיום היוולדם, אז בעצם גם לגביהם, השאלה פה היא לא שאלה. אין דילמה. התשובה היא חד משמעית.

מירן אפשטיין: נכון.

אתי פרץ (מהקהל): אז עד איפה אתה מגיע עם האבסורדוס הזה?

מירן אפשטיין: עד לאן שאת רוצה לקחת אותו.

אתי פרץ (מהקהל): ד"ר אפשטיין, אני שואלת אותך. הדיון

הוא לא דיון פילוסופי אלא יש פה סביב שולחן אנשים שצריכים לחתוך, להחליט בין לבין. בצומת הזה של הבין לבין היכן הרשות שלך להתעלם או להחליט?

אלי זהר: לזה מצטרפת שאלתו של עו"ד דולינגר. מה ההתייחסות שלך לחולה שהוא צמח? מה ההחלטה שהוא צריך לקבל לגביו? האם הוא עדיף על העובר? רק נזכור שלאיש שהוא במצב צמח יש חיים סוציאליים וליילוד אין. תענה על מגוון השאלות האלה.

מירן אפשטיין: נתחיל בשאלה האחרונה. קודם כל אני שמח שהנושא הזה הגיע גם לצמח, מכיוון שאנחנו יכולים להראות שעצם הנחת היסוד שלנו בדבר מעמדו האונטולוגי של אדם בכלל היא שאלת המפתח גם בהתחלת החיים וגם בסוף החיים. ולכן מה שאמרתי בנוגע לעובר נוגע גם לצמח בסוף של החיים לצורך העניין הזה. אלא מה? ששם הדילמות הרבה יותר פשוטות. כאן אין אפילו השאלה האם ליילד או לא ליילד? האם להפוך לאקטואלי או לא להפוך לאקטואלי? אקטואלי זה כבר לא יהיה. מה נשאר לנו או מה יש בידינו? ישנו אקס בן-אדם, דומה לבן-אדם, אבל לא מקיים. אני רוצה לחדד כדי שיהיה ברור. אני לא מדבר על משהו שמקיים עדיין פונקציה קוגניטיבית כלשהי. אני מדבר על מצב שבו הפונקציה הקוגניטיבית האחרונה נעלמה באופן אי-רברסיבילי. וכאשר זה קרה אנחנו לא מדברים יותר על בן אדם אלא על אובייקט. חבל מאוד, אבל זה מה שזה.

יעקב בזק: לא לפי ההגדרה של החוק. לפי החוק עד מותו הוא אדם, יש לו רכוש, הוא יכול להיות מיליונר.

מירן אפשטיין: אני יודע שככה החוק מתייחס לזה, ואני יודע שגם האידיאולוגיות החברתיות מתייחסות לזה.

אלי זהר: אתה לא מפחד שהתיאוריה שלך, שהיא ללא ספק מסעירה את הדיון פה, יכולה להוביל אותך לכך שהחברה תתחיל להגדיר עד איזה קו מקיים אדם? היא תתחיל לשנות את מושגי החיים לפי תפיסותיה היא, כמו החברה שתבוא ותגיד שאנשים שהם יהודים הם לא חיים? הם non entity מבחינת תפיסות עולם מסוימות, או אנשים שמנהלים חיים הומוסקסואלים. או - בקיצור - להתחיל להגביל את הריבוע שנקרא 'חיים' ממוצרי הבסיסיים ביותר אל מוצרים מוגדרים חברתית?

מירן אפשטיין: קודם כל אני חושב שהפריקט לעצמו, פרויקט של צמצום ההגדרה הרחבה הזו, הוא פרויקט מבורך. זה דבר ראשון. הגיע זמן שהחברה שלנו והחברה המערבית בכלל יתחילו להתייחס באופן ביקורתי לדברים שהם כל כך

אוטומטיים, כל כך אינטואיטיביים וכל כך בעלי משקל היסטורי.

אלי זהר: היה ניסיון די אגרסיבי שלא הצליח לעשות את זה. המנוח אדולף עשה את הניסיון הזה בחוסר הצלחה.

מירן אפשטיין: אני מודה לך על האנלוגיה, אבל פה הייתי רוצה דווקא לטעון בזכות הדעה שהעמדות הפטישיסטיות הן עמדות אנטי-הומניסטיות ממדרגה ראשונה, ואילו העמדה שלי, שאיננה זקוקה לתוקף משמים אלא היא זקוקה לתוקף שלי בלבד לצורך העניין הזה, והיא לא פחות מוסרית מהתוקף שניתן משמים, שגם לו אתה צריך לתת תוקף, בסופו של דבר העמדה הזאת היא עמדה שאני רואה אותה כעמדה הומניסטית מלאה. אני לא מדבר על כך שאתה מנסה לגרור אותי לאיזה שהוא מדרון חלקלק. אתה אומר 'רק רגע אחד, אתה מוציא את העוברים מהחיים, אתה מוציא את הצמחים מהחיים האנושיים האקטואליים, ובעוד רגע אתה תתחיל להוציא גם את היהודים, ונישאר בסוף',

אלי זהר: עם בלונדינים עם עיניים כחולות.

מירן אפשטיין: כן, או איזה שהיא תפיסה, יורשה לי להתבטא כך, תפיסה לפידית כזאת. כלומר זה חייב להיות יאפי חילוני, עשיר, גבר וכדומה. לא כי כן היא. הקריטריון שלי הוא קריטריון אוניברסאלי שחל על כל בני באדם בעולם, יהא מינם, גזעם, מוצאם אשר יהיה. לא חשוב בכלל. הם מקיימים חיים קוגניטיביים או לא. ואם אתה רוצה לגרור אותי לתחום האפור מה זה חיים קוגניטיביים אז אני אגיד לך: בבקשה, בוא נשחרר את הרצועה כמה שאתה רוצה, עד האחרונה בתכונות הקוגניטיביות שאתה, לא אני, שאתה תגדיר כתכונה קוגניטיבית, כדי שלא יהיה פה איזה bias מצד. תבוא עם אינוונטר של תכונות קוגניטיביות והאחרונה כאשר היא נעלמה, או כאשר הראשונה עדיין לא קיימת, הם אלה שקובעים את הגבולות.

אלי זהר: ולכן אתה גם לא חושב שצריך לתת זכויות לעובר, ואתה מתייחס מבחינת נקודת מבטך לשאלה הבאה שלי שאיתה אני רוצה לקדם את הדיון. והשאלה היא - האם יש לעובר, מבחינת אלה שסוברים שיש לו זכויות, זכות שלא להיוולד?

מירן אפשטיין: לדבר על זכות שלא להיוולד זה בערך כמו הזכות של כל אחד מאיתנו היום לתבוע את ההורים שלנו לא על זה שהולידו אותנו, אלא על זה שהולידו אותנו לתוך, ותסלחו לי על המילה, חרא של עולם. מה זאת אומרת?

אלי זהר: אני מציע שלא תתרגש מזה. היו דברים מעולם. אבל זאת בדיוק השאלה. פרופ' משיח, אני רוצה לשמוע מה דעתך. וכיוון שהסוגיה הזו היא סוגיה שהולכת ומתפתחת יחד עם התפתחות העקרונות של הולדה בעוולה, אני שואל את הצוות כרגע האם במסגרת הזכויות שאנחנו מעניקים לעובר, האם להעניק לו גם את הזכות שלא להיוולד?

שלמה משיח: אני לא יודע מה משמעותה של הזכות שלא להיוולד ומתי הוא, הוולד, יתבע את הזכות הזאת. הוא הרי יתבע את זה אחרי שהוא יוולד.

אלי זהר: אני אתן לך דוגמא, והדוגמא תהיה מאוד חיה: יש סכנה שהעובר ייוולד פגום. הסכנה היא ב-20-30 אחוז, והסיכוי ב-70% שהוא יכול לצאת בריא. האמא אומרת 'אני מוכנה להסתכן', האבא אומר 'אני מוכן להסתכן'. האם מותר? האם צריך להעניק לעובר סטטוס כדי שהוא יביע את דעתו האם הוא מוכן לשאת את הסיכון לצאת פגום?

שלמה משיח: אני חושב שטעות עשה המשפט שמנסה לייחס לעובר רצונות. למרות כל מה שאמרתי קודם אי אפשר להקיש מהרצונות שלו בגיל 25 ולהגיד 'לאיזה עולם של שניצלים אני נפלטתי ולבוא ולהגיד 25 שנה קודם היית צריך להרוג אותי'. כל הנושא הזה של לידה בעוולה נולד בעוולה נוראית בבית המשפט העליון והיה מוטב שיחסלו אותו. אני מצטער שאני פוגע אבל זה באמת הכניס אותנו לעולם של עוולה. אי אפשר להיכנס לראשו של העובר, כמו להיכנס לראשך או לראשי, ולבוא ולחשוב מה אני אחשוב בעוד עשר שנים ומה אני אחשוב בעוד 25 שנה או ברגע מותי. לא יכול להיות שנוכל לייחס לעובר זכויות עכשיו ולהקנות לו את הזכויות האלו כעבור 25 שנה לבוא ולהגיד 'היית צריך להרוג אותי'. בכלל אני חושב שכל הנושא הזה של להקנות לעובר או לבן אדם בכלל זכות להמית את עצמו, הזכות הזו לא קיימת. היא לא קיימת בעולם המושגים שלנו. אנחנו לא יכולים. גם הזכות לבחור את המוות ולהינתק ממכשירי ההנשמה עוד לא ניתנת לחולה סופני. ואנחנו היום כבר נותנים לעובר את הזכות שבעוד 25 שנה יתבע את הרופא למה לא חיסל אותו?

אלי זהר: זה ברור למה הוא אומר 25 שנה: 18 שנים עד שהוא מגיע לבגרות פלוס שבע שנות ההתיישנות.

שלמה משיח: הדבר לא נתפס בכלל. יש נכה שיבוא ויגיד, וראינו כאלה מופיעים בטלוויזיה. ילדות נפלאות על כסא גלגלים. כשהיא שומעת מוזיקה וכו' היא נהנית מכל רגע ורגע מחייה. וישנו אדם שעל כסא גלגלים המציא תורה בפיזיקה אשר משתווה לזו של איינשטיין והוא בקושי הזיז אצבע. איך

אפשר לקבוע נורמות ולהגיד מה החיים האלה או האחרים שווים או לא שווים? ובטרורספקט, אחר כך תשמע את הילד שעושה הערכה ויגיד 'בסך הכל זה עולם של שניצלים ואני רוצה למות והיית צריך להמית אותי ברחם'.

אלי זהר: הרב שפרן, האם להעניק לו את הסטטוס הזה שיאפשר לו למנות לו אפוטרופוס שיקבע?

יגאל שפרן: אני כל כך נסער ממה שאמר ד"ר אפשטיין שאני צריך לחשוב שלוש פעמים על מה שאתה שואל, מפני שזה הביא אותי באמת למחוזות שלא חשבתי שניגע בהם, ואני מייד אענה לשאלתך. אבל בכדי להבין את מה שהתכוונת, למה הנוכחות כנוכחות היא לא אקטואליזציה? למה זה שאדם קיים גם אם הוא על ערש דווי ואין לו כלום? אבל אבא שלי קיים, הנוכחות שלו, המציאות שלו, ההווה שלו בעולם היא אקטואליזציה גם לפי שיטתך לכאורה. למה נראה לעצמנו חרות? ועכשיו אני אחזור לשאלה שלך.

אלי זהר: אני רוצה לענות. הוא אומר שהאקטואליזציה נקבעת באופן סובייקטיבי על ידי הפילוסוף התורן שקובע מהי האקטואליזציה.

יגאל שפרן: אבל זו פשוט נטילה של זכויות מאדם. אני זכאי לקבוע את החיוניות שלי כלפי עצמי באופן טבעי. מעצם זה שאני אדם אני יכול לומר שאני חש חיוניות לגבי נוכחותי גם אם פלוני יגדיר שאני לא חיוני לו או לעולם או לאחרים. ולכן אני לא יכול להבין למה אני לא צודק כאשר אני רואה את עצמי זכאי לחיות גם אם אני לא מועיל לך או לא מדבר איתך או לא מגיב לדבריך.

מירן אפשטיין: אתה לא מועיל לעצמך, לא מדבר עם עצמך.

יגאל שפרן: נכון, אבל הבן שלי רוצה שהאבא שלו יהיה.

מירן אפשטיין: הבן יכול להקים מאוולאום לאבא שלו ואז הוא שומר עליו עוד קצת זמן.

יגאל שפרן: נכון, וכולנו בעצם עושים את זה. כאשר אנחנו חיים כאן ומקימים פה מערכת לכל החיים שלנו אנחנו דואגים לעצמנו ואנחנו דואגים לקיום הטבעי הזה, בעצם זה שאנחנו רוצים שהדור הזה יהיה קיים גם אם הוא לא במצב. אבל אני אחזור לנקודה שלך.

אלי זהר: שיהיה ברור. ד"ר אפשטיין לא מקבל את התפיסה שאתה אדון למשהו, זאת אומרת אתה אדון לקביעות מתי הקיום שלך הוא במתחם האקטואליה על פי תפיסתו.

יגאל שפרן: זה בדיוק להפך. ד"ר אפשטיין טוען שהוא זה

שצריך להגדיר את האקטואליה. זה לא שהוא לא מקבל, הוא רק אומר שהוא לא מקבל.

אלי זהר: הוא אשר אמרתי, אתה לא אדון לקביעה,

יגאל שפרן: נכון, אלא יש thought control למעלה. שקובע מי האדון והחייב והזכאי והמותר לחיות ומי לא.

אלי זהר: בוא נקרא לו הפילוסוף.

מירן אפשטיין: אבל זה נכון גם בעיניך.

יגאל שפרן: אילולא זה היה באמת בתחום האמונה והמחשבה שיש ישות "על באמת" הייתי סובר כמון, משום שבעיקרון אם באמת אין מישהו שקובע זאת אז כולנו באמת לא זכאים לקבוע קיום חשוב יותר או חשוב פחות, כי מי אנחנו שנקבע בשביל פלוני שחיי קדושים או לא קדושים.

אלי זהר: בתשובה לשאלה, האם יש להעניק לילוד את הזכות שלא להיוולד?

יגאל שפרן: זה חוזר לכיוון האומר שכשאנחנו שואלים מהי טובת העובר, עלינו לשאול את עצמנו האם טובת העובר היא גם להגיע לחיים שהם קשים מאוד בעולם הזה מהרבה בחינות. ובהלכה יש בענין הזה מחלוקת. למשל הרב פיינשטיין בארה"ב סבר שגם עובר שהוא חולה מאוד וודאי שהוא ייוולד לחיים של איכות נמוכה ביותר וימות בחלוף שנתיים, טוב לו מבחינת האינטרסים של העובר להגיע לעולם מתוך האמונה בעולם הבא למשל, כי רק מי שמגיע לכאן יכול להגיע גם לשם. אז מאחר ואנחנו נמצאים כאן רק בתחנת מעבר בין קטבים שונים על פני הגרף הזה וחייבים לעבור את התחנה הזו על מנת להגיע לתחנה הבאה, גם ילד שאין משמעות לחייו ובחלוף חצי שנה או שנה ייפרד מאיתנו, קיומו חשוב לו, שלא לדבר על ההורים. ולכן כל עובר טוב לו שייוולד גם אם הוא נולד למצב, ולכן הוא לא יכול לתבוע במהותו שקלקלו לו. כל זאת למרות שיש גישה הפוכה, גישה שאומרת שבאמת נוח לו לאדם שלא נברא משנברא, כי הרבה יותר טוב היה שם.

אלי זהר: זה בא לידי ביטוי גם בקבלות ההולדה בעוולה כפי שבאו לידי ביטוי בפסק דין זייצוב (ע"א 512/82 - ד"ר רינה זייצוב נ' שאול רף ואח' - פ"ד מ(2) 85).

יגאל שפרן: אבל מאחר שאנחנו כאן, עלינו לעשות את המכסימום כדי להיות שם בהמשך.

אלי זהר: פרופ' בזק, אני רוצה להתחיל דווקא איתך את השאלה הבאה - האם היית תומך ברעיון שיש להעניק לאם

את הזכות על ידי צוואה מחיים לקבוע מה ייעשה לה כשהיא תיקלע לסיטואציה הזו? נשים חולות זאבת, נשים שיודעות שיש סכנה בכניסתן להריון, האם אנחנו נהיה מוכנים לקבל - עיקרון, אני אומר משפטית - האם היית ממליץ, הרי עכשיו יש הסכם קואליציוני חדש, שאפשר להכניס בו איזה סעיפים שרוצים, האם היית ממליץ שנקבל את הרעיון להעניק לאם את הזכות לקבוע בכתב על ידי צוואה מחיים, את העיקרון שאם היא תיקלע למצב הקשה אשר בו סיכוייה לחיים קטנים, אזי יילדו את הילוד ויאפשרו לה למות בכבוד?

יעקב בזק: אני חושב שדווקא הסיפור שסיפרתי, המעשה שהייתי עד לו, מוכיח שאין לתת את הזכות הזאת לאם כי היא לא יודעת את כל האפשרויות שיכולות להתפתח. היא יכולה למרות מחלת הזאבת וכל הסיכונים, היא יכולה ללדת בהפתעה גמורה לידה טובה וללדת ילד טוב, ולכן החששות שלה לא יהיו מבוססים. כמו שאנחנו איננו נותנים את הזכות לאדם על חייו הוא, ככה לא ניתן את הזכות לאם המעוברת לא על חייה ולא על חיי עובריה. את התשובה לכך צריך לתת החוק, כי רק החוק יכול להביא בחשבון את כל השיקולים בצורה נבונה ושיקולה, ואי אפשר לתת את הסמכות הזאת לאדם עם כל המגבלות שלו. ואמרנו שהחוק הוא שכל זמן שהוא עובר אם הוא מסכן את חיי האם, חיי האם קודמים. וברגע שהוא יצא לאוויר העולם הוא נפש ואין דוחים נפש מפני נפש.

אלי זהר: הגברת משיח, האם את היית רוצה שיהיה דוקומנט שהאם תבוא איתו לבית חולים ותאמר 'כך וכך' אני רוצה שיעשה, ושהחוק יתיר להתחשב בזה?

הילית משיח: קודם כל אני חושבת שכל אישה בהריון מלאה פחדים. וברגע שהיא מגיעה לבית חולים אנחנו מתחילים להחתים אותה שהיא מסכימה להיות בבית חולים. אם צריך אפידורל, שהיא תסכים לאפידורל בחתימתה. ואם צריך ניתוח שוב היא תחתום על הסכמה. ודבר כזה נורא, שבאמת תודה לאל קורה אולי במקרה אחד ל-100,000 נשים, זה כל כך דרסטי ענין ההחלטה הזאת. להכניס את האשה לחרדה נוספת - זה מיותר.

אלי זהר: זאת אומרת את היית נגד מסמך כזה?

הילית משיח: נגד, בהחלט.

אלי זהר: הרב שפרן, גם אתה?

יגאל שפרן: אני סובר שבעיקרון יש לבדוק כל מקרה לגופו. במצבים קיצוניים מסוימים יש בהחלט לבדוק האם איכות

החיים העתידית של העובר, כאשר הוא פגוע ביותר מהרבה בחינות, מתירה ליילד אותו.

אלי זהר: ד"ר אפשטיין, האם אתה היית מעניק לאם את הזכות הזו לקבוע מה לעשות איתה כשהיא תהיה במצב של חרדה או פחד?

מירן אפשטיין: מי שמעניק את הזכויות האלה זו החברה. היא רואה את כל שאלת הצוואות, לאו דווקא שאלת צוואת החיים, ה-living will. היא רואה את כל השאלה הזאת כשאלה אחת שקשורה ביחסי רכוש, ביחסים חוזיים ובכבוד רצונות של סובייקטים שמשתתפים בתוך סיטואציות חוזיות מהסוג הזה. אני חייב להיות עוד יותר רדיקלי ממה שהייתי קודם, כיוון שעכשיו מתקיימת פה אפילו קריאת תגר על כל הפרקטיקה של צוואות באשר היא. התחשבות בזכויות של אנשים שמתו היא בעיניי בדיוק אותה פרקטיקה פטישיסטית שדיברתי עליה קודם.

אלי זהר: במלים אחרות, אתה היית בעיקרון לשיטתך מבטל את מוסד הצוואה?

מירן אפשטיין: נכון.

אלי זהר: וקובע שהמדינה תחליט מה לעשות ברכושו של אדם?

מירן אפשטיין: אינני יודע אם זה הפתרון בהכרח, אבל החלק הראשון של המשפט נכון.

אלי זהר: תראה, לי לא אכפת שהפתרון יהיה שיחלקו את הרכוש בין כל שאר התושבים במדינה, אבל בהנחה שהחברה מנווטת את מעשיה, איך אתה היית רוצה שינהגו?

קריאה מהקהל: שיהיה דיבידנד לאומי.

אלי זהר: זה בכלל רעיון מצוין, במקום לשלם מס הכנסה לקבל דיבידנד לאומי.

מירן אפשטיין: אני מודה שלא הקדשתי יותר מידי מחשבה לשאלה הזאת, אבל זה באמת נראה לי רעיון לא רע.

אלי זהר: בתוך הדילמה הזו דיברנו על האם, ודיברנו על העובר. יש אובייקט אחד שרגילים לא להתחשב בו בכל המסכת הזו. הוא גומר את תפקידו עם הכניסה להריון ומסיים את תפקידו כשהוא קונה דירה לבת שנולדת מההריון הזה. אבל בין זה לבין זה, מה מעמדו של האב בכל הסיפור? ואני רוצה שכל אחד יתייחס לנושא. אנחנו כבר יודעים מהפסיקה שבית המשפט לא התיר לאב למנוע הפסקת הריון. אבל פה אנחנו נמצאים בדילמה כפולה - ישנה גם הסיטואציה הזו

וגם העובדה שהאב בא ואומר. בסרט הוא אמר 'יש לי שני ילדים', במציאות הוא יכול להגיד 'יש לי ארבעה, וחמישה ושבעה ילדים, והאחרון שבהם נולד לפני שנה וחצי ואני לא מסוגל לטפל בהם' וכו'. איך נתייחס למשאלתו של האב, מה מקומו של האב בעסק?

שלמה משיח: אני עוד לא התייחסתי לזכויותיה של האם, של האישה. אני אענה ביחד. אני חושב שאי-אפשר לתת בידי אדם אחד זכויות על החיים של אדם אחר, ואפילו לא זכויות לאמא על ילדה. וראו את כל התביעות שמתקיימות על נזקים שהורים גורמים לילדים שלהם והורים יושבים בבית סוהר בגלל הנזקים. הילד הוא לא קניין של ההורה. העובר, ואני חושב שיש זכויות לעובר לחיים, העובר גם הוא לא קניין של ההורים, והחוק הישראלי והמוסר הישראלי לא נתן להורים זכות להחליט כל אימת שמתחשק להם להפסיק את חייו. ואני לא חושב שיש זכות כזאת לא לאם ולא לבעל. יש פה רק בעיה אחת שאני מניח שתיתן עליה את הדעת: מוטל על הבעל כאשר יהיה אלמן הנטל הגדול לקיים את הילד ולדאוג לו, ואם הילד הזה יהיה פגום ואולי יתווסף לשורה אחרת של ילדים שקיימת במשפחה, הרי אנחנו מטילים על האב מעמסה בצורה שאולי הוא אינו רוצה אותה. כל עוד שהוא היה אחד מזוג, אחד משני הורים, היתה חלוקה של הנטל. ברגע שהוטל עליו כל הנטל והוא בעצם מאמלל את חייו במידה מסוימת, נדמה לי שהוא יכול לבחור ולהגיד, אם ניתן לו את הזכות הזאת, 'כן, אני לא יכול למנוע את לידתו של הילד או לגרום למותו, אבל תורידו ממני את הנטל לגדל אותו. שהמדינה תדאג לו או מישהו ידאג לו או שיימסר לאימוץ'. ברגע שזה ניטל ממנו הפחד להסתכן, מפני שהרי אנחנו מדברים על מקרים שבהם יכול להיות שהעובר יהיה פגום, אם הוא ייוולד פג בשבוע 28 ואילך, או אם עברה על העובר הזה תקופה של חוסר חמצן והוא נפגע במוחו, הרי הבעל נוטל על עצמו גם את הסיכון לדאוג לילד נכה. אם נוריד ממנו את הנטל הזה אני חושב שאנחנו יכולים לקחת ממנו את הזכות.

אלי זהר: ד"ר אפשטיין, האם לתת לאבא say בהכרעה הזו?

מירן אפשטיין: אני חייב להמשיך ולהיות עקבי. אנחנו מדברים פה בפוטנציאל, כלומר באובייקט. האובייקט הזה נוצר לצורך העניין בתנאים אידיאליים מתוך החלטה רציונלית ו/או אמוציונלית של זוג הורים, בעניין הזה כרגע אם יש אחד או שניים זה לא כל כך חשוב. לצורך העניין הזה הם הבעלים של אותו אובייקט. עד שהם חדלים להיות בעליו של אותו אובייקט והוא עומד בפני עצמו כסובייקט, עד אז הם הבעלים של אותו אובייקט וזכותם המלאה וזכותו המלאה

של האב לקבל החלטה לגביו.

אלי זהר: אתה בעצם אומר שחוק ההפלות, זאת אומרת חוק העונשין, הפרק המתיר הפלות רק במקרים מסוימים, פסול בעיניך בסיטואציה הזו?

מירן אפשטיין: אתה שואל לגבי החוק, אם הוא מתיר רק במקרים מסוימים?

אלי זהר: כן.

מירן אפשטיין: החוק צריך להתיר בכל מקרה עד full term. עד חצי דקה או פחות אפילו לפני היציאה לאוויר העולם.

שלמה משיח: בלי אינדיקציה?

מירן אפשטיין: בלי אינדיקציה, שום אינדיקציה.

שלמה משיח: הם רצו בן ויש בת בפנים?

מירן אפשטיין: בלי אינדיקציה. הם גם עושים כל מיני מניפולציות,

שלמה משיח: הם רצו בלונדיני ומסתבר שהוא שחור.

מירן אפשטיין: אבל הם עושים את המניפולציות האלה כבר קודם. הם מלכתחילה התחתנו, הכסף עם הכסף. או העוני עם העוני. העדה עם העדה. את כל המניפולציות הסלקטיביות במובן האבולוציוני הם כבר עשו קודם והחברה לא מתערבת בדברים האלה. אין שום סיבה שהיא תתערב גם כאן.

קריאה מהקהל: אני חייבת להגיב לדברי ד"ר אפשטיין כי כמו שהוא הציע את התזה המתסיסה הזאת של רצח השניצל אני רוצה להציע אמירה מתסיסה לא פחות. אני חושבת שד"ר אפשטיין לא רואה שום הבדל בין שניצל לבין עובר בגלל שהוא גבר. אם אתה היית אישה, סליחה, ואני בכוונה אמרתי שזו אמירה מתסיסה, אני חושבת שאתה היית מבחין היטב בהבדל בין הפוטנציאל לבין האקטואלי. היית מבחין בזה היטב. יש עוד דבר שאני רוצה להגיד והוא, שאם לוקחים את התיאוריה שלך עד אבסורדום כאשר אתה בוחן את העובר לפי יכולת החברות שלו, כאשר עד שניה לפני הלידה עצמה אתה מתיר הפלה, הרי שבאמת מתחת לתיאוריה שלך לבחון את ה-entity או אין-entity לפי יכולת החברות, הרי שתינוק בן שניה לאחר הלידה, לאחר שעבר את אותה דופן של ס"מ אחד, תינוק בן שניה יכולת החברות שלו, הסוציאליזציה שלו היא בסימן שאלה מאוד גדול. האם אתה תתיר גם את ההמיתה שלו?

מירן אפשטיין: השאלה השניה שלך זו שאלה טובה. העובר

יצא החוצה ובסך הכל מה הוא עשה? - נכנס לסיטואציה חברתית. עוד לא התפתח שום מושג. מבחינתי אני כבר יכול להרשות לעצמי להיות מספיק ליברל בנקודה הזאת. זאת סיטואציה שנותנת לנו לראשונה את התנאים הטורנסנדטליים, התנאים ההכרחיים להתפתחותו של אינדיבידואל. הוא עוד לא התפתח לצורך העניין הזה, אבל מהרגע הזה מתחיל הרצף הזה. זה לא חשוב לי אם זה יהיה שבועיים אחרי זה, או שבוע אחרי זה. גם אני זקוק לתחום האפור הזה. מבחינתי התחום האפור הזה הוא הסיטואציה האובייקטיבית החברתית שבה הוא נמצא. הקונטקט הבלתי אמצעי שמתקיים בינו לבין העובר.

אלי זהר: אבל הוא עדיין פוטנציאל, מבחינת חברות הוא פוטנציאל. אבל יותר מעניין אותי - האם אתה חושב את כל זה כי אתה גבר?

מהקהל: אני חייבת להזכיר לד"ר אפשטיין. המנחה שאל אותך שאלה מסוימת ואתה אמרת לו 'אתה רוצה את התשובה שלי בתור אבא או בתור פילוסוף?' אני רוצה את התשובה שלך בתור אבא פילוסוף.

מירן אפשטיין: לאיזה שאלה?

מהקהל: לשאלה הזאת שנשאלה עכשיו על ידי, שאלת העובר כפוטנציאל ולא כ-entity.

מירן אפשטיין: אם את רוצה את זה בתור האבא? תראי, אני מוכרח לעשות פה הפרדה, ואני מציע גם לך לעשות אותה, בין הסטטוס האמוציונלי שלנו, שלדעתי הוא לא כל כך שונה ולא כל כך נפרד ולא תלוי בגינדר שלנו בעניין הזה לבין הגישה לענין עצמו. הסטטוס האמוציונלי שלנו הוא זה שמכתיב לך כנראה את התפיסה הרדיקלית-פמיניסטית הזאת, שעל פיה רק משום שאני גבר אני לא יכול לפתח את האמוציות האלה כלפי עובר. אני מציע להפריד בדיון הזה בין העניין האמוציונלי שאני ואת לצורך העניין שותפים לו, לבין גישה לגופו של עניין, או 'לגופו של עובר' בתוך העסק הזה. אני בהחלט מסכים שאמוציות הרבה פעמים מטייחות ומטשטשות את הדברים.

אלי זהר: אם האמוציות מטשטשות את דוקטרינת השניצל אז אני לא כל כך מודאג מהטשטוש הזה. וזה אולי היתרון שלהן וזה אולי גם 'מותר האדם' וגומר. אבל יש לי שאלה אליך גברתי השואלת: דווקא בסוגיה הזו שעומדת כרגע בדיון שלנו, האם את מכירה בזכותו המוחלטת של הגבר להתערב באופן מוחלט ומלא וזהה לזכויותיה של האישה בכל הנוגע

המחשבות וההחלטות של האישה והגבר

רפואה ומשפט גיליון מס' 21 - נובמבר 1999

לקיומו או אי-קיומו או המשך ההריון כאשר הדבר מגיע לעובר?

מהקהל: לגבי העובר אני הייתי נוטה להכיר בזה, אבל אם באיזה שהוא אופן זה מסכן את האישה, אזי הפרוגטיבה נמצאת בידים שלה.

אלי זהר: הפרוגטיבה לגוף ברורה לי. ההחלטה לגבי העובר לפי תפיסתך, מתוך הנחה שלא ייגרם כל נזק לגופה של האישה פרט לעובדה שהיא נושאת את העובר בגופה והיא צריכה לשכב יממה בבית חולים. את מוכנה שבינך לבין אבי הילוד יהיה שוויון מלא בזכויות לגבי המשך ההריון?

מהקהל: כן. היום, שמעתי שהעליתם את הנושא הזה לגבי אישה שהיתה בהריון והיא חולת סרטן. והוכר שבבטנה בן זכר. כאן האב לקח את החוק לידו. הוא לא רצה שהיא תקבל טיפול כימוטרפי, והעדיף את טובת העובר הזכר. והוכח שהיא חולת סרטן וזקוקה לטיפול תרופתי.

אלי זהר: לכן באמת העליתי את זה כפנומן תקשורתי שאולי לא ראוי שיקרה. זה המקרה, ואנחנו עוד לא יודעים איך הוא יתפתח.

יגאל שפרן: במצב שתהיה התנגשות לפי דבריה של הגברת בין מאוויי הלב של האבא והאישה, למי אז בעצם ניתנת הבכורה האם לעשות הפלה או לא?

קריאה: לאישה.

שלמה משיח: ואם ההריון מתקיים טכנית באקווריום מחוץ לגופה של האישה, אז מה? אז הולכים לבית משפט?

אלי זהר: רבותי, מאז נתקדם הלאה. יש לכם מה להוסיף בעניין הגבר, פרופי בזק או הרב שפרן, בעניין המעמד הנחות של הגבר בקבלת ההחלטות בעניין הזה?

יגאל שפרן: אני אכן חושב שלגבר יש מעמד נחות כמו לאישה. שניהם לא יכולים לעשות פעולה נגד העובר אלא רק למען הטבת חייו, ולכן האבא לא יכול להחליט על הפסקת חיי בנו, אלא חלה עליו חובה - ואני מדגיש: לא זכות אלא חובה, להיות זה שיביא ללידת בנו ולרווחתו יותר מאשר לאדם אחר.

אלי זהר: ואם הילד ייוולד פגום, האם לפי דעתך הוא יוכל לתבוע את הרופא ואת האב ואת כל מקבלי ההחלטות? האם זה יהיה נכון לתת לו כמו שניתן לו?

יגאל שפרן: לא, משום שהרופא לא פגם בילד ולכן אי אפשר לתבוע את הרופא על עוול שהוא לא עשה. הרי היה לנו מקרה קונקרטי שבו האב התנגד בשעתו ללידה, והאישה נפטרה.

בדיוק המקרה של הסרט. האישה נפטרה והגבר התנגד ללידה, ולאחר מכן אכן האישה נטמנה בבית העלמין. היא ועוברה בקרבה. זה לא נגמר ב-happy end. המקרה הקלאסי הראשון היה לפני עשר שנים שהאישה נפטרה ולא יולדה. אני כתבתי את העבודה על זכויות האב שהתנגד. באותו case אני התנגדתי באופן עדין לעמדת בית החולים שבכלל גלגל את השאלה לפתחו של האב בשלב כל כך אקוטי וסוער רגשית של חייו ולכן הוא לא היה אובייקטיבי להחליט בכך. ולכן ממילא נבעה גם שם מעין ביקורת על האב שהחליט אז לא לילד את בנו בסיטואציה שאיננה נורמלית ולקח את ההחלטה לידיו. זה לא היה השופט בזק לצערנו. זה היה שופט אחר שאכן קיבל את עמדת האב ולא יילד את הבן. וכשפרסמתי את המאמר ציינתי בראשי תיבות את השם של האב מחשש שמא תהיה ביקורת על האב באופן לא רצוי, ופחדתי מאוד שבאמת האב יגלה את הביקורת הזו. העורך באותו מאמר בטעות כתב את שמו המלא של האב. ואני ראיתי ופחדתי מה יהיה. וכמו שכתוב בספרים, עוברים שלושה ימים ואחרי כן אני מקבל טלפון ומישהו אומר: 'שלוש, אני האב עליו כתבת בתביעה שהוא לא בסדר, ואני רוצה לפגוש אותך'. זה נשמע כמו חצי איוס, וחשבתי, הנה זה לא הולך להיגמר טוב. ואני בן של עורך דין ואח של עורך דין. כל המשפחה שלי כונסה להגן מפני לשון הרע, אז הייתי במעמד האתיקאי של התמונה. ואז מגיע אליי האב יום אחד ומביא לי מתנה גדולה, הגדה של פסח עם הקדשה אישית חמה מאוד. ושאלתי אותו מה זה? אז הוא אומר 'באתי להגיד לך תודה, אתה הראשון שיוצא נגד זה שבכלל שאלו אותי ונתנו לי להחליט לא לילד את בני בשלב כל כך קשה, ובעצם בית החולים עשה לי עוול בכך שהוא שאל אותי בכלל ולא החליט לפי מיטב שיפוטו להביא לי ילד. בגללם אין לי ילד'.

השופט פיליפ מרכוס (מהקהל): רציתי להכניס כאן דווקא את הבעיה במינוח שאנחנו משתמשים בו. מדברים כל הזמן על זכויות - זכויות של האבא, הזכויות של האמא, הזכויות של הילד, זכות הרופא, זכות האחים שלא ייפגעו על ידי כך שייולד במשפחתם ילד פגום. ונדמה לי שכל הקונספציה הזאת היא מעוותת. אם על פי הדין היהודי אנחנו מדברים לא במונחים של זכויות כי אם במונחים של חיובים, מצוות, אזי כל הדיאלקטיקה הופכת להיות הרבה יותר פשוטה. משום שאם לאמא יש חובה להביא את הילד לעולם והיא לא מסוגלת להפעיל את זה, אז לאבא יש חובה כלפי הילוד. כאן אי אפשר לדבר על זכויות של עובר שלא יכול לבטא את הזכויות האלה, לא יכול לתבוע את הזכויות האלה. אולי זה אפשרי באיזה שהיא קונסטרוקציה על ידי אפוטרופוס, אבל

ממי יקבל האפוטרופוס הזה הוראות מה לעשות? כלומר הספירה של חיובים וחובות כלפי כל מי שמעורב, ויש לחברה חובות כלפי האב, לא לשאול אותו שאלות מביכות בזמן שהוא לא יכול בכלל להפעיל את שיקול דעתו, יש לחברה חובה לא להפריע בלידות ובילודים. הדבר היה, אני חושב, מנקה את השטח מכל מיני שאלות קשות. לאחים אין זכויות שלא ייוולד להם עוד אח. יש להם חובה כמו כל בן אדם להתייחס לבן אדם אחר כמו שצריך.

אלי זהר: השופט בזק, מקובלת עליך עמדת הרב שפרן שאין לפנות לאב בסיטואציה כזו בגלל המצב הקשה בו הוא נמצא?

יעקב בזק: כן. אני חושב שכולנו באותה עמדה, גם פרופ' משיח וגם הרב שפרן ואנוכי, ודומני גם הגברת משיח, שבנושא הזה אין זכות, אין מעמד לא לאב ולא לאם. מדובר כאן על חיים, וכפי שאמרתי בתחילה, כשם שאין לאדם זכות לקבוע דברים לגבי חייו הוא, כל שכן שאין לו זכות לקבוע לגבי החיים של העובר, של התינוק שעומד להיוולד. החיים מעל לכל.

אלי זהר: את מקבלת את זה, גברת משיח, שאין זכות לאב? את, נדמה לי, נתקלת באבות האלה יותר מכל אחד אחר.

הילית משיח: פה אמרו שהאבא הביא את המתנה בגלל זה ששאלו אותו והיו צריכים לא לשאול אותו. אבל אני הייתי נוכחת במעמד שהאב דרש שלא ינתחו את אישתו. בשום אופן הוא לא רצה את הילד. הוא אמר 'לא רוצה להיות אלמן עם תינוק'. לדעתי זו היתה דעה אגואיסטית מצדו. אנחנו, באותו מקרה, כמובן לא התחשבנו בדעתו.

אלי זהר: זו סיטואציה שמאוד קשה לשאת, וד"ר אפשטיין מחייך בזוית הפה על הסיטואציה הזו, נכון?

מירן אפשטיין: כן. אני חושב שזו עזות מצח לתכנן את המשפחה בשביל הורה, מי שם אותנו לתכנן את המשפחה בשביל זוג הורים או אחד מהם, ולהיכנס למערכות השיקולים שלהם מתי הם רוצים להביא ילד או לא רוצים להביא ילד? כאשר אמא בגלל סעיף סוציאלי אומרת 'אני לא רוצה להביא את הילד הזה' אז זה כן בסדר, וכשהאבא אומר 'אני לא רוצה להביא את הילד הזה' זה לא בסדר? אני לא מבין את זה.

הילית משיח: הוא לא מוכרח לקחת אותו. שהילד יישאר בבית חולים.

אלי זהר: אני מוכרח לומר שיש איזו מידה של פטרנליזם שאנחנו לוקחים לעצמנו, ברגע שאב אומר 'אני לא רוצה להיות

אלמן עם ילד'. בעצם זה די דומה להסכמה מדעת שמחתימים אותנו כשאנחנו הולכים לטיפול. אנחנו מעומתים עם הדבר האמיתי ביותר בחיינו - עם פחדים, חששות, חרדות. מי יכול להיות אדון על גופנו ורווחתנו יותר מאשר אנחנו על עצמנו? וכאשר מגיעים למסקנה שלעובר אין זכות קיום כשלעצמו בהחלט צריך להתחשב בדעתו של האב, לא?

יגאל שפרן: אבל למה אתם נצמדים רק לאלמן? למה שלא נאמר שהאבא יכול על פי הרעיון הזה לבוא ולומר אם חלילה הוא מתחרש 'אני לא רוצה להיות חרש עם ילד'? למה אלמן יכול להיות פתאום גורם שבגללו לא נילד את הבן, וטיעון אחר לקשייו של האב לא יתקבל?

אלי זהר: עצור שניה, ואני אשאל אותך את השאלה היותר קשה: על סמך אולטרא-סאונד בחודש השישי מסתבר שיש סכנה שיהיה איזה שהוא פגם, נניח חירשות, וההורים אומרים 'אנחנו רוצים הפסקת הריון כי לא רוצים ילד חירש'. זה לגיטימי?

יגאל שפרן: אתה שואל אותי שאלה שעליה נשברו הרבה קולמוסים. אני אענה עליה בקיצור ובקיצוניות לצד אחד. אם נקבל את נקודת המוצא שחייה של האם הם מעל הכל ונהיה משוכנעים במאה אחוז שאיכות חייה של האמא תהיה פגומה עד מצב של כמעט איפוס איכות החיים, כתוצאה מולד פגום באופן קיצוני, אזי פוסקים מסוימים ידונו בהיתר הפלה גם במקרה כזה.

אלי זהר: אני לא אקל לך את החיים. שום דבר לא יפגע באיכות חייהם הפורמליים של האם או של האב, עקב העובדה שיהיה להם ילד נכה, חירש, ויצטרכו ללכת איתו לטיפולים מיוחדים.

יגאל שפרן: זו פגיעה באיכות החיים.

אלי זהר: אני אומר: באיכות חייה הפורמליים של האמא. יש לה עול נוסף והיא צריכה לקבל אותו. ושואל השואל, לרבות אותו עובר שאם יש לו זכויות אז תכיר אותו לכל הרוחב ותגיד שהוא גם יוכל לתבוע את הוריו למה הם איפשרו שהוא יסתובב מוגבל בעולם שבלאו הכי קשה לחיות בו. כל זה ביחד הוא פרובלמטי.

יגאל שפרן: בשבילי זה לא פרובלמטי כלל. אני מסכים להנחת היסוד שאילולא היתה חובה דתית על האב ללדת את ילדיו, וכך על ההורים, בגלל מצוות פריה ורביה, הייתי באמת, מבחינה לוגית, אמור לתת את הדין לילדים שלי למה הבאתי אותם לעולם במידה והם לא היו מרוצים. אלא שמאחר ובוראי

הטיל עליי את החובה להביא ילדים לעולם אני מוגן מהטיעון הזה. אילולא כן אתה צודק ואני מקבל את העמדה, באמת יכול היה לטעון, וזו שאלה לגיטימית שמופיעה כבר בתנ"ך, כך שזה לא מבהיל אותי כל כך.

יעקב בזק: הבעיה הזאת של הזכות להיוולד הרי עמדה במוקד פסק הדין בעניין זייצוב ונידונה במלוא היקפה. הכלל הוא, העיקרון צריך להיות שזכותו היסודית של העובר להיוולד, שהוא כבר עובר, וצריכים להיות נימוקים חזקים ביותר, לא של נוחיות מסוימת אלא נימוקים חזקים ביותר. וכך גם נתקבל בחוק אצלנו שישנה ועדה. זה לא עניין שהאב או האם יוכלו להחליט, אלא מסרו את הדבר לוועדה של מומחים כדי שהם יחליטו האם התקיימו במקרה שלפנינו נימוקים כל כך חשובים שיש בהם כדי להכריע, כדי לשים קץ להריון.

שלמה משיח: אני בהחלט חושב שהמצב בישראל היום הוא מצב טוב, משום שהוא לא נותן להורים זכות על העובר, בניגוד לכל מה שנאמר פה. ואני חושב שחלילה לנו לשנות את המצב הזה. הדברים נשמעים בכל יום, ופרופ' בזק צדק בדבריו. יש מערכות רפואה שצריכות לבוא ולדון האם יש זכות לאישה או לבעלה לדרוש הפסקת הריון, והועדה הרפואית לצורך הפסקות הריון היא שפוסקת. נכון שלימים היא יכולה להידרש לתת את הדין בתביעה של הילד או בתביעה של הוריו, אבל אנחנו נוטלים על עצמנו את האחריות, ואני חושב שזו אחריות מוסרית כבדה מאוד. זו אחריות לחיים. ואני יכול לספר סיפור שנדרשנו לו בשבוע שעבר והסיפור אולי מגבש את הדברים מכל ההיבטים: אישה שאובחן פגם בבטן בעובר, בשבוע 28 שהוא יכול להיות כבר. זאת אומרת יציאה של המעיים החוצה. לפי מיטב השיקול שלנו מה שמצריך הילד בעת לידתו זה לסגור את הפגם הזה בניתוח אחד או שניים, ואז הוא יהיה בריא לכל דבר. האישה באה ואמרה 'אני לא מוכנה לילדים לא מושלמים, אני לא מוכנה עכשיו להיכנס לעניין הזה של ניתוחים וכו', אני דורשת את הפסקת החיים שלו, ואם לא תעשו את זה אני אתאבד'. זאת אומרת היא העמידה בפנינו את החרב הזאת של האיום ש'אני מתאבדת ואתם לוקחים אחריות כפולה'. אנחנו לא נעתרנו לבקשה ולדרישה הזו. אנחנו פסקנו שאיננו יכולים להיכנע ללחצים מסוג זה. קדושת החיים של הילד הזה שפוטנציאל החיים שלו להיות בריא הוא מוחלט וכל מה שהוא יצטרך הוא ניתוח של מה בכך, ואין אנשים שנולדים מושלמים, ואם אנחנו מסכימים לזה אז מחר אנחנו ניתבע להפסיק חיים באבחונים גנטיים שהיום אנחנו מסוגלים עוד מעט למפות את הגנום האנושי ולקבוע איך ייראה הילד לפרטיו, ואז אנחנו

נכין מרשם כזה לדעתו של ד"ר אפשטיין,

מירן אפשטיין: אנחנו כבר עושים את זה.

שלמה משיח: אנחנו לא עושים, וישמור אותנו האלוהים מלעשות. אנחנו נעשה take off, ואם הוא מילא scoring system, מערכת ציונים כזאת של 10 הוא יהיה נדון לחיים. אם לעומת זאת הוא קיבל כמעט טוב מאוד, ד"ר אפשטיין יתיר למשפחה להפסיק את חייו. זה ככה, ואולי מפה והלאה, גם אחר כך אם הילד לא יעמוד במבחני בית ספר אולי כדאי לחשוב אם הוא לא שניצל. אני באמת חושב שהדיון הזה הגיע לתחומים שישמור אותנו האלוהים. אני שותף לרב שפרן ולאחרים שנזדעזעו מהעניין הזה, מה גם שבאו מפי רופא. ולכן אני אומר טוב שנעשה, ובואו לא נשנה את הדברים. אין זכויות של ההורים להחליט על הפסקת החיים אלא באינדיקציה מוחלטת. נוחיות של החיים של האישה אחר כך, אחרי הלידה, היתה צריכה להישקל בשימוש באמצעי מניעה כן או לא. זאת הזכות היחידה. לא רוצה משפחה - שתשתמש באמצעי מניעה. ניתנת לה גם הזכות להפסיק את ההריון מוקדם, אבל לא מעבר לזה כאשר יש זכות לעובר לחיות.

מירן אפשטיין: אין לי מה להוסיף הרבה פרט להצעת ייעול לדבריו של פרופ' משיח, והיא: בכל זאת לחוקק חוק בשם קדושת החיים ולא לפזר זוגות להביא ילדים לעולם.

אלי זהר: זאת היתה קריאת תגר שנוסחה בניסוחו של ד"ר אפשטיין לדבר שעבר לי בראש, שבאותה מידה שלגיטימי כל מה שאמרתם עכשיו, גם לגיטימי בסין לאסור על יותר מילד אחד, וגם לגיטימי לתת הוראה כן להביא ילד אחד או שניים כי לפי הסטטיסטיקה 18 שנה קדימה יהיו חסרים חיילים במספר יחידות. זאת אומרת זה מתחיל להיות מטריד.

מהקהל: אני רציתי להגיב למה שאמר ד"ר אפשטיין. עצם הדבר שבביולוגיה העובר מתפתח עד החודש התשיעי והוא לא יוצא בתור בלסטולה זה לא מעיד שיש לו זכויות של בן אדם. זה נכון שגם תאים אחרים מתחלקים ומביאים לאיזה אבר מושלם, אבל גם עובר הוא עובר ולא אדם. זאת אומרת למה הזכויות שלו צריכות להיות כמו של אדם? עצם הדבר שרק בגיל תשעה חודשים הוא יוצא החוצה והוא מסוגל מכל הבחינות להיכנס לחברה סוציולוגית, כמו שד"ר אפשטיין אומר, זה נקרא שרק בגיל הזה הוא מסוגל להיות בן אדם.

מהקהל: אני הייתי רוצה ברשותכם גם לחשוב קצת על דברי ד"ר אפשטיין לגבי הזכות להחליט על העובר. מה קורה במידה

ויש ניגוד אינטרסים או האב אומר כן והאמא אומרת לא או להפך?

מירן אפשטיין: התייחסתי לזה קודם. בסיטואציה כזאת אין מנוס, שניים אוחזין בטלית, במקרה הזה, ויחלוקו. אז הולכים לבית משפט. מה לעשות, לפעמים מוכרחים. ואז זה ויכוח על רכוש.

חנה גמליאל (מהקהל): אני ראייתי הרבה ילדים נטושים בבתי חולים בגלל שנולדו במצב שהם לא מילאו את הציפיות של ההורים. ילדים עם תסמונת דאון. כל מיני סיפורים כאלה על ההורים לא רצו לגדל אותם. ואז אני שואלת את עצמי מה יקרה אם הועדה להפסקת ההריון תדחה את בקשת ההורים וילד יגדל בתוך בית או בתוך משפחה שאינה רוצה בו, שדוחה אותו, שמצטערת על עצם הבאתו לעולם?

יגאל שפרן: אני מוכן ליטול על עצמי לענות על זה. אני חושב שגידול הילדים שננטשו על ידי הוריהם זוהי אחריות של החברה, והחברה אכן תצטרך לדאוג לטובת הילד הזה. לכן אנחנו אנשים נאורים, שואפי זכויות גם לזולת ולא רק לעצמנו, ובשעה שאין לילד מי שיסעד אותו הגדרת ההלכה היא 'בית דין הוא אביהם של יתומים'. לאמור, חלה חובה על בית המשפט, ובמקרה זה כל הפוסקים יגידו שכל בית משפט שהוא הסכמה של החברה ראוי לעשות זאת, לקבוע את הצורה המיטבית לטיפול בילד ולרווחת חיו במכסימום שאפשר על חשבון החברה. אנחנו אחראים גם לזולתנו וגם לילדים שהוריהם נוטשים אותם.

אלי זהר: רבותי, אני חושב שהויכוח סיים את המעגל שלו בכך שכל הנושא הזה מוביל אותנו בסופו של דבר אל תוך המסגרת של החברה ואחריותה לסיטואציות שנוצרו. ההכרעה המשפטית בסוגיות האלה, הקביעות החברתיות שהעניקו בחוק זכויות או חיובים, לעובר ולבני משפחתו, מתן הזכות לאישה, שלילת הזכויות של הגבר - כל אלה החלטות חברתיות. בכך יתרון, כי הן מנסות לענות על הממוצע המשותף לכלל האוכלוסייה ולרצונה. מאידך - סכנתן היא בכך שהן נעות על פי תנודות אקראיות של נטיות חברתיות קיצוניות יותר או קיצוניות פחות, על פי מספר חברי כנסת, על פי מספר נציגים בממשלה, על פי הסכמים קואליציוניים ואחרים. תודה לאל שאנחנו מנוטים את דרכנו בדרך תוך כדי התמודדות גם עם סטיות התקן על הטעויות החברתיות. בסופו של דבר הרופאים שצריכים לקבל את ההחלטה, העוברים שנולדים פגומים או שלא נולדים, האמהות שנפגמות, האב, המשפחות הם אלה שעלולים להיות הקורבנות של סטיות התקן מהחלטות חברתיות אקראיות שגויות.

עם זה אפשר ללכת הביתה, לעשות שבת, ואני מאוד מודה לכם, וכדרכי אני מאחל לכולם שתהיו בריאים.

הערת המערכת:

בשנת 1992 נידון בבית המשפט המחוזי בירושלים מקרה, דומה למקרה אשר שמש בסיס לנושא הדיון ביום העיון שקיימנו ב-4.6.99, אולם הפסיקה בו היתה שונה.

להשלמת התמונה אנו מפרסמים את פסק הדין הנ"ל (103/92) כלשונו.



מדינת ישראל - בתי המשפט

בבית המשפט המחוזי בירושלים

מ.א. 103/92

4.2.92

צו

ניתן בזאת צו איסור
פרסום שם החסויה ובני
משפחתה וסוג המחלה
וכל פרט העלול לזהותם.

5.2.92 (-)

י. בזק

בבקשת: היועץ המשפטי לממשלה
ע"י ב"כ שכתובתו למסירת מסמכים
היועץ המשפטי: משרד העבודה והרווחה
רח' חרוצים 10, ירושלים
המשיב:
בענין:
(להלן: החסויה)
ובענין: העובר של החסויה
(להלן: העובר)
ובענין: חוק הרשות המשפטית והאופוטרופסות, התשכ"ב - 1962

החלטה

בקשה עפ"י סעיף 68 לחוק הכשרות המשפטית והאופוטרופסות התשכ"ב -
1962 לאשר כי צוות בית החולים הדסה עין כרם יהיה רשאי להוציא את
העובר מגופה של החסויה במידה והחסויה תיכנס חס ושלוש למצב של
מוות קליני, כפי שייקבע ע"י רופאיה של החסויה.
ואלה נימוקי הבקשה:

1. החסויה מאושפזת כעת במחלקה לטיפול נמרץ נשימתי בבית החולים הדסה
עין כרם בשל סיבוך של פגיעה קשה בריאות עם כשלון נשימתי על רקע
מחלת בנוסף לפגיעות במערכות שונות אחרות הקשורות במחלה זו.
2. מצבה של החסויה כעת קריטי אבל יציב, יחד עם זאת עלולה לבוא התדרדרות
במצבה בכל רגע שסופה עלול להיות מותה של החסויה.
3. החסויה נמצאת בסביבות השבוע ה-28 להריונה, העובר בחיים ומשקלו מוערך
ב- 1 ק"ג.

מדנית ישראל - בתי המשפט

בבית המשפט המחוזי בירושלים

מ.א. 103/92

4.2.92

4. במידה ויקבע מות קליני של החסויה, קיים סיכוי שניתן יהיה להוציא את העובר דרך חיתוך דופן כאשר הוא בחיים.
5. אם יבוצע ניתוח כנ"ל בהיות החסויה במצב של מוות קליני, אע"פ שיוולד עובר חי, קיימים סיכונים של כ-20% שהעובר ימות לאחר הלידה בגלל פגותו, סיכון כ-40% שהעובר יסבול הפרעות בהתפתחותו שקשה להעריך היום ויחד עם זאת יש סיכוי שהעובר יוולד חי ובריא עם תחולת חיים של אדם רגיל.
6. לדעת הרופאים שמטפלים בחסויה, אין כל אפשרות להציג בפני החסויה את השאלה של יילוד בעובר לאחר מותה הקליני של החסויה וכי עצם הצגת השאלה עלולה להזיק ולפגוע במצבה הרפואי ואף להשפיע על יכולתה להאבק על חייה. לפיכך אין כל אפשרות כעת לברר את דעתה של החסויה בשאלה זו.
7. המשיב הינו בעלה של החסויה והביע התנגדות נחרצת להתערבות להצלת העובר אם וכאשר תכנס למצב של מות קליני.
8. אין לחסויה כל אפוטרופוס היכול להכריע בשאלת יילוד העובר לאחר מותה הקליני של החסויה ואין אף אחד מקרב משפחתם של החסויה או בעלה המוכן והמתאים לקבל על עצמו תפקיד כבורר.
9. בירור שנערך ע"י פקידות הסעד העלה כי החסויה היתה מעוניינת לשמור על הריגה לפני אישפוז הנוכחי, ושמחה מאוד על עובדת ההריון.
10. החסויה נשואה מזה כשלושה חודשים ואין לה ילדים מלבד העובר.
11. מאחר ואין כל גורם היכול או מוסמך להכריע בשאלת יילוד העובר לאחר לאחר מותה הקליני של החסויה, יש צורך בהחלטת כב' בית המשפט בשאלה קשה זו.

הבקשה נתמכת בחוות דעת של הפרופ' יוסף שנקר ושל הפרופ' שלמה אייזנברג. כמו כן נתמכת הבקשה בתסקיר סוציאלי שנכתב ע"י צוות פקידי הסעד הגב' אסתר זכריאש ודורית אלדר ופקידת הסעד הראשית הגב' יעל הרמל.

בתסקיר נאמר בין השאר:

"לצורך עריכת התסקיר נפגשנו עם בעלה,..... הוריה,

..... והורי בעלה,

בשיחה עם התרשמנו כי המדובר בבחור נבון, רגיש, אחראי ובעל מודעות עצמית. מציאותי מאוד בהתייחסותו לבעיית העובר ועושה לדבריו מאמץ לבדוד את עמדתו הרגשית מעמדתו הרציונאלית. מביע תקווה שמצבה של ישתפר וייתצב עד ליכולתה ללדת את הילד באופן טבעי בעתו. מאידך במידה ומצבה של ידרדר למצב של מות קליני מביע חששות כבדים ממידת הנזק שכבר נגרם לעובר עקב כל הטיפולים. עברה - כולל צילומי רנטגן וטיפולים תרופתיים - וכן חש שאינו מסוגל להערכתו לגדל את הילד בכוחות עצמו ולהתמודד עם האחריות לטיפול בפג על כל המשתמע מכך. חש כי לא צפוי שיקבל תמיכה מעשית בגידול ובטיפול בילד משני זוגות

מדנת ישראל - בתי המשפט

בבית המשפט המחוזי בירושלים

מ.א. 103/92

4.2.92

ההורים מאידך כאשר מוצגת בפניו האפשרות כי הילד ימסר לגדול שלא על ידו (כמו אימוץ או כל טיפול חוץ בתי אחר) גוברת התייחסותו הרגשית והוא מביע התנגדות נמרצת לגבי אפשרות זו. הנרי של , ובעיקר אמו, תומכים בעמדתו ולדבריהם לא יוכל לגדל ילד והם לא יוכלו לסייע בידו.

הוריה של היו חלוקים ביניהם בהתייחסותם. האם מבטאת עמדה רגשית - לדבריה רצתה בתינוק ומתפקידה לאפשר את חייו ולסייע בגדולו. האב מביע לדבריו התייחסות רציונאלית ואומר כי אין להם הכוחות היום לגדל תינוק ובודאי לא אם מדובר בפג שהטיפול בו מורכב ועלול להיות כרוך בקשיים נוספים. כשהועלתה בפני האם השאלה האם היא מסוגלת ומוכנה לקחת על עצמה אפטרופסות או לעובר, וכן האם תהיה מוכנה לגדלו, לא היתה מסוגלת להביע נכונות לכך והתרשמנו כי אין לה הכוחות להתמודד עם קשיים אלה. התרשמנו כי המערכת הזוגית והמשפחתית של משפחת אינה מאפשרת שנמליץ כי יקבלו על עצמם אפטרופסות, ביחד או לחוד, גם במידה ויביעו נכונות לכך. על פי התמונה המוצגת, יוצא איפוא, שאין כיום מקרב המשפחה הקרובה מועמד מתאים לקבל על עצמו תפקיד של אפטרופוס, לא ולא לעובר. הרושם הינו שהמשפחה מתקשה, אינה מסוגלת ואינה מתאימה לקבל את האחריות על עצמם. במצבם הנפשי העכשווי של כל בני המשפחה קשה לגבש עמדה ברורה לגבי ההפרדה הקיימת אצלם בין הדאגה לאשה/בת לבין היכולת לראות ולהבין את צרכי העובר וזכותו לחיות. כיום הם עסוקים במחלת האשה/הבת וכל דאגה אחרת נתפסת בעיניהם כבלתי אפשרית ובלתי מציאותית. לאור הנתונים שבידינו לא נראה לנו שהמשפחה מסוגלת להתמודד היום ביחד ולחוד עם גדולו של תינוק שעלולים להיות לו קשיי גדול והתפתחות. המעמסה הרגשית והפיזית שתוטל עליהם הינה מעל לכוחותיהם ומעל ליכולתם. מבחינת המשפחה - הבעל, ההורים והחמים, אין אנו סבורים כי יהיה זה לטובתם להביא לעולם ילד מולו יעמדו מחוסרי כוחות. (נשקלו) הקריטריונים הבאים:

מבחינת טובתו של העובר אנו מתקשות לגבש עמדה ברורה באיזו מידה טובתו תהיה לצאת לאויר העולם בתנאים המוצעים לו. עם זאת, על פי חוות דעתו של הפרופ' שנקר, סיכוייו של התינוק הינם 60% להתפתח באופן נורמלי ובריא. סיכויים אלה מתייחסים להיותו פג ולא לוקחים בחשבון את מצבה הרפואי של האם והטיפולים הרפואיים והתרופתיים שעברה. על כך אין לדברי הפרופ' שנקר מידע ברור לגבי השפעתם.

אנו משאירות על כן את ההחלטה בסוגיה משפחתית, מוסרית ומשפטית זאת לשקול דעתו של כבוד בית המשפט."

מדנת ישראל - בתי המשפט

בבית המשפט המחוזי בירושלים

מ.א. 103/92

4.2.92

עקב דחיפות הבקשה קיימתי ישיבה ביום ראשון כ"ח בשבט תשנ"ב 2.2.92 בשעה מאוחרת בלילה, בבית החולים הדסה, עין כרם. נכחו בישיבה הרופאים ופקידות הסעד שמסרו תצהירים בתמיכה לבקשה וכן נכחו הבעל והוריו והורי האישה וכן ב"כ היועץ המשפטי עו"ד וייס ועוה"ד קליר ועוה"ד גביש ממשרד ש. הורוביץ ושות' המייצגים את ביה"ח הדסה. כמו כן נכח רב בית החולים הדסה, הרב רקובסקי.

הרופאים הבהירו באופן חד משמעי כי כל עוד ניתן להציל את חיי האם, יעשה כל מאמץ להצילה ולא יגבילו את הטיפול הרפואי מחשש לנזק לעובר. בשלב זה אין צורך - מבחינת העובר - ליילד אותו בניתוח קיסרי. ואולם אפילו אם יתעורר חשד לסבל עוברי תוך רחמי, ואז יהיה חיוני מבחינת העובר ליילד אותו בניתוח קיסרי, לא ניתן לבצע זאת כי הדבר עלול לגרום להתדרדרות קלינית במצבה הרפואי של האשה ואף להחיש את מותה.

הצורך המעשי לנתח את האשה כדי להציל את העובר יתעורר רק אם תגיע האשה למצב של מוות קליני (מוות מוחי). אם יבוצע ניתוח במצב זה קיימים לגבי הסיכונים הבאים:

- א. בגלל פגותו של העובר (בערך השבוע ה- 28 להריון) יש סיכון של כ- 20% שהוא ימות לאחר הלידה.
- ב. אם העובר ישאר בחיים יש סיכון של כ- 40% שהוא יסבול מהפרעות בהתפתחות שקשה להעריך היום.
- ג. יחד עם זאת יש סיכוי שהעובר יוולד חי ובריא עם תוחלת חיים של אדם רגיל.

כאמור בתסקיר הסוציאלי שצוטט לעיל, נתבקשתי להכריע "בסוגיה משפחתית, מוסרית ומשפטית זאת". אינני סבור כי תפקידי כשופט מכשירני לפסוק בשאלה אם טוב לו לעובר זה שלפנינו, עם הסיכונים והסיכויים שפורטו לעיל, אם טוב לו שיוולד או מוטב לו שלא יוולד. ואולם נראה לי כי שאלה זו כלל אינה עולה על הפרק. אכן עפ"י סעיף 316 לחוק העונשין תשל"ז - 1977 רשאית וועדה שהוקמה ע"י שר הבריאות, לתת, בהסכמת האשה, אישור להפסקת הריון, בין השאר, מחמת שהוולד עלול להיות בעל מום גופני או נפשי.

ואולם בענייננו לא מתעוררת שאלה זאת שכן הפסקת ההריון עלולה לסכן את האשה והכלל בהלכה היהודית ובמשפט הישראלי הוא כי חיי האשה קודמים לחיי העובר. עפ"י עקרון זה נקבע בסעיף 317 לחוק העונשין תשל"ז - 1977 כי מותר להפסיק הריון לשם הצלת חיי האשה או כדי למנוע ממנה נזק חמור שאין לתקנו. נמצא כי הנושא שלפנינו איננו בסוגיה של הפסק הריון כלל, השאלה היחידה היא אם רשאים (ושמא חייבים) הרופאים להציל את חיי העובר לאחר שיתברר שאמו מתה מוות קליני, מוות מוחי. התשובה המשפטית לכך מצוייה בחוק האנטומיה

מדנית ישראל - בתי המשפט

מ.א. 103/92

4.2.92

בבית המשפט המחוזי בירושלים

והפתולוגיה, תשי"ג - 1953 ולא בחוק הכשרות המשפטית והאפוסטרופות תשכ"ב - 1962. אילו היה מדובר כיצד לנהוג כאם בעודה בחיים, היה עלינו לפנות לחוק הכשרות המשפטית התשכ"ב - 1962, כדי לשאוב משם את הפתרון לבעייתנו, ואולם משעה שהאם חדלה מלחיות הפתרון לבעייתנו הוא במסגרת חוק האנטומיה והפתולוגיה תשי"ג - 1953. חוק האנטומיה והפתולוגיה קובע שאין לנתח גוויה אלא בתנאים שנקבעו באותו חוק. יחד עם זאת נקבע בסעיף 6 ג' - שנחקק בשנת תשמ"א - 1991 לאמור:

"6ג'. הוצאת יילוד מגופה של נפטרת כדי לאפשר לו חיים, לא יראו בה ניתוח

לעניין חוק זה."

אין איפא כל ספק כי רשאים הרופאים לנתח גוויה כדי להציל את העובר.

כיום מקובל בעולם הרפואה לקבוע את רגע המוות כאשר גזע המוח הרוס (ראה מאמרו של הד"ר אברהם שטינברג "קביעת רגע המוות והשתלת לב", בספר אסיא תשמ"ח כרך י"א חוברת ד' ע' 56-22). ובהתאם לכך החליטה מועצת הרבנות הראשית להתיר (בתנאים שנקבעו באותה החלטה) השתלות לב מנפגעי תאונות במרכז הרפואי הדסה בירושלים, אם נתקיימו כל התנאים (שפורטו שם) לקביעת מותו של התורם. עיקרם של התנאים הם: א. הפסקה מוחלטת של הנשימה הטבעית; ב. הוכחות קליניות והוכחות אובייקטיביות שגזע המוח הרוס (ראה בספר אסיא, מאמרים, תמציות וסקירות בענייני רפואה והלכה, בעריכת ד"ר מרדכי הלפרין וד"ר יחיאל שלזינגר, כרך שישי מכון שלזינגר, הוצאת ראובן מס - ירושלים, תשמ"ט עמ' 27 ואילך).

הספרות ההלכתית עוסקת בעיקר בסוגיה של הקרבת העובר לשם הצלת חיי האם, ואולם ההלכה קובעת כי כאשר האם מתה והעובר בבטנה, חובה להצילו לחיים ומותר וחובה לחלל את השבת כדי להציל במקרה כזה את העובר. וכך נאמר במסכת ערכין דף ז' ע"א: "האשה שישבה על המשבר ומתה בשבת - מביאין סכין ומקרעין את כריסה ומוציאין את הוולד" (וכן נפסק להלכה ברמב"ם הלכות שבת פ"ב הלכה ט"ו ובשולחן ערוך, אורח חיים סימן של ס"ק ה').

אף הפוסק הידוע בענייני רפואה והלכה, הרב אליעזר וולדנברג שליט"א קבע בתשובה (שנתפרסמה בספר שו"ת ציץ אליעזר כרך י"ח סימן ל"א) כי חובה לנתח אשה שנקבע מותה המוחי כדי להציל את העובר.

לא יעלה על הדעת כי רופאים, המושבעים ועומדים לעשות כל שביכולתם להציל חיי אדם, יעמדו על הדם ויניחו לעובר שלפנינו למות לאט לאט במעי אמו לאחר מות אמו, בעוד יש בידם להצילו ולתת לו חיים על ידי הוצאתו המיידית מגופה. הפרופ' שנקר ציין כי מדובר בעובר שיש לו חיים ויש לו זכות לחיות. אין בעיני ספק כי

מדנת ישראל - בתי המשפט

בבית המשפט המחוזי בירושלים

מ.א. 103/92

4.2.92

חובתם המוסרית של הרופאים להצילו ולחיותו לבל יהיה כנפל אשר "בהבל בא ובחושך ילך ובחושך שמו יכוסה" (קהלת ו, ד ראה דברי השופט קיסטר בת"א (ת"א) 3064/62 (לא פורסם)) ונראה לי כי זו גם חובתם המשפטית. אף אם אין על כך הוראה מפורשת בחוק הישראלי (לדעתו של פרופ' ג. טדסקי "הזכות להיוולד" אינה קיימת בחוק שלנו, ראה מאמרו

On Tort Liability for Wrongful Life, 1 Is 2. L. Rev. (1966) 513, 527, 528).

הרי חלים בענייננו הוראות המשפט העברי מכוח חוק יסודות המשפט, תש"ס - 1980. על פי המשפט העברי אין כל ספק כי לעובר במעי אמו - מכל מקום כאשר מדובר בשלב כה מתקדם של ההריון - יש זכות להיוולד ולחיות ומצווה להצילו ולתת לו חיים, אלא אם כן מסכן הוא את חיי אמו, לפי שאם מסכן הוא את חיי האם הרי הכלל הוא כי חיי האם וחיי העובר - חיי האם קודמים. ואולם כאשר לא קיימת התנגשות כזאת והשאלה היחידה הניצבת בפנינו היא אם להציל את חיי העובר לאחר מות אמו או שמא להניח לו למות מפני שקיים סיכון שאם יחיה יהיה למעמסה על בני המשפחה שיתקשו לגדלו ללא האם, או מפני שקיים סיכון שהיילוד יהיה פגום במידה מסויימת, אין ספק כי ההחלטה צריכה להיות לחיים ולא למות.

יצוין כי בענייננו העובר הוא בחודש השביעי ולגבי עובר כזה נקבע בבית המשפט העליון לערעורים בארה"ב בפסק הדין בעניין DOE (739 S.Ct. 93) כי כאשר מדובר בשליש האחרון להריון, כאשר העובר מסוגל כבר לחיות מחוץ לרחם האם - ולו תוך שימוש באמצעי עזר - זכאית המדינה לאסור הפלות, אלא אם הן עלולות לפגוע בחיי האשה או בבריאותה (ראה ע"א 413/80, פלונית נ. פלוני פד"י לה (3) עמ' 57, 78).

אשר ליילוד, אם יתקשו בני המשפחה לגדלו, יימצאו תמיד הורים מאמצים שיהיו מוכנים לקבלו באהבה ובשמחה ולהעניק לו את כל הדרוש לו על מנת שיגדל ויפרח ככל שהדבר ניתן להעשות בנסיבות הקשות הקיימות לגביו ואשר פורטו לעיל.

על כן החלטתי כי אין כל צורך במינוי אפוטרופוס לעובר או לאמו החסויה ואם יתדרדר המצב והאם תגיע למצב של מוות מוחי, מותר להציל את העובר כאמור בסעיף 3ג' לחוק האנטומיה והפתולוגיה תשי"ג - 1953 שצוטט לעיל וחובה להצילו לפי הוראות המשפט העברי החלות בענייננו מכוח חוק יסודות המשפט.

הודע היום לי' בשבט תשנ"ב - 4.2.92

(-)

י. בזק - סגן נשיא

מדינת ישראל - בתי המשפט

מ.א. 424/86

בבית המשפט המחוזי בירושלים
בפני סגן הנשיא כב' השופט י. בזק

התובעת: פלונית

- נגד -

הנתבע: אלמוני

החלטה

1. התובעת טוענת בכתב התביעה כי בחודש ינואר 1986 הכירה את הנתבע במסיבת בר מצווה והתיידדה איתו וכעבור חודש אחד הרתה לו.

התובעת מבקשת לחייב את הנתבע לשאת בהוצאות הטיפול הרפואי בתקופת ההריון, הלידה ולאחריה; להכריז כי הנתבע הוא אבי העובר ולהבטיח מזונות לה ולעובר.

הנתבע מכחיש את אבהותו וטוען כי התביעה מוקדמת שכן אין העובר אישיות משפטית ועל כן אין להגיש תביעה בשמו קודם לידתו. טענה נוספת היא כי הנתבע גר ליד ועל כן הסמכות המקורית היא לביהמ"ש המחוזי בתל אביב, ולא לבימ"ש זה.

2. סעיף 1 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב 1962 (להלן: החוק) קובע כי כל אדם כשר לזכויות ולחובות מגמר לידתו ועד מותו. נמצא כי לפני לידתו אין הוא כשר לזכויות וחובות. ואולם סעיף 33 (א) (6) לאותו חוק קובע כי בית המשפט רשאי למנות אפוטרופוס לעובר. נמצא שאף על פי שעובר אינו כשר באופן כללי לזכויות וחובות, יכול הוא להיות מיוצג ע"י אפוטרופוס.

3. בדברי ההסבר להצעת החוק נאמר כי העובר יהיה נושא של זכויות וחובות "לא עפ"י כושר כללי מכוח הוראה כללית, אלא רק באותם עניינים ובאותה מידה שהוראות מיוחדות יקנו לו זכויות מסויימות או מעמד מסויים".

זכות מפורשת לעובר מוכרת לפי ס' 78 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש], הדין בזכותם של תלויים לפיצויים עקב מות מפרנסם. המונח "ילד" בסעיף זה כולל עובר, בהתאם להגדרה בס' 1 לפקודה. (ראה: פירוש לחוקי החוזים בעריכת ג. טדסקי, יצחק אנגלרד: חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, בעמ' 19-20 וראה גם: G. Tedeschi, On Tort Liability For "Wrongful Life", (I.L.R. 1966 p. 513 - 538).

מדנת ישראל - בתי המשפט

בבית המשפט המחוזי בירושלים

מ.א. 424/86

הרשות למנות לעובר אפטרופוס כוללת בחובה ממילא את הזכות להיות מיוצג בביהמ"ש, הן כתובע והן כנתבע. לפיכך, אעפ"י שאין העובר כשר באופן כללי לזכויות ולחובות, כשר הוא להיות מיוצג בבית המשפט בעניינים שלדעת האפטרופוס הדבר דרוש.

4. באופן תיאורטי יש לעובר אינטרס לגיטימי שתיקבע האבהות לגביו עוד לפני לידתו. אכן באופן פרקטי יתכן שהדבר אינו ניתן עדיין לביצוע מבחינת המדע הרפואי, אך הדבר עשוי להשתנות עם התקדמות המדע הרפואי. אפשר גם להעלות על הדעת מקרה שבו הנתבע, האב מחוץ לנישואין, יודה באבהותו על העובר שנולד לאם לא נשואה ומיוצג בתביעה לא ע"י אמו אלא ע"י אפטרופוס שנתמנה לו ע"י ביהמ"ש. היעלה על הדעת שביהמ"ש יהיה מנוע מלתת פס"ד הצהרתי כי פלוני הוא אביו של העובר? אין הדבר קשור כלל בזכויות או חובות של העובר אלא בקביעה עובדתית ביחס לעובר כיצירה שהנתבע שותף לה יחד עם אמו ועם הקב"ה (ראה קידושין ל ע"ב).

5. ומה דינו של עובר הנזקק לתרופה יקרה שיש להזריק לו דרך דופן בטן אמו, ואביו מסרב לממן רכישתה של תרופה זאת. היעלה על הדעת שאין דרך משפטית לחייב את האב לממן רכישת תרופה זו? אכן אין העובר כשר באופן כללי לזכויות וחובות אך זכאי הוא מכוח מושכלות ראשוניים לכל אותם דברים הדרושים לשם קיומו כעובר תקין ולשם יציאתו לאויר העולם בתנאים רפואיים ואנושיים מתקבלים על הדעת.

6. מסקנתי היא איפוא כי העובר זכאי באמצעות אפטרופוס להגיש תביעה למתן פס"ד הצהרתי כי הנתבע הוא אביו ויש לדחות טענת הנתבע כי בשלב זה התביעה היא מוקדמת מפני שעדיין אין התובע בנמצא.

7. כעת לשאלה האם רשאית האם להגיש תביעה זאת מכוח היותה אפטרופסית טבעית של העובר או שמא יש צורך במינוי מיוחד לשם כך ע"י בימ"ש מכח ס' 33 (א) (6) לחוק?

נראה לי כי מלשון סעיף 14 לחוק נוכל ללמוד כי המחוקק לא סבר כי ההורים הם אפטרופסים של ילדיהם הקטינים אך ורק מכוח הוראת סעיף 14. שכן נאמר בו כי ההורים הם אפטרופסים טבעיים של הילד, כלומר, מכוח מושכלות ראשוניים ומכוח הצדק הטבעי אשר סעיף 14 רק מזכיר את קיומם. וזו לשון סעיף 14 וסעיף 15:

מדינת ישראל - בתי המשפט

בבית המשפט המחוזי בירושלים

מ.א. 424/86

" 14. ההורים הם האפטרופסים הטבעיים של ילדיהם הקטינים.
15. אפטרופסות ההורים כוללת את החובה והזכות לדאוג לצרכי הקטין וכד".

סעיף 14 ו-15 לא יצרו זכויות וחובות חדשים אלא הכריזו על קיומם של זכויות וחובות שקיומם נובע מעיקרי הצדק הטבעי ומושכלות ראשוניים.

מסקנתי היא איפא כי האב והאם הם גם אפטרופסים טבעיים של העובר ואינם זקוקים למינוי ע"י ביהמ"ש.

8. הטענה האחרונה שמעורר ב"כ הנתבע היא כי הסמכות המקומית לדון בתביעה זו היא לביהמ"ש המחוזי בתל אביב, איזור מגוריו של הנתבע.

ב"כ התובעת טוענת כי גם לביהמ"ש המחוזי בירושלים סמכות לדון בתביעה לפי שהתובעת עתידה ללדת את עוברה במקום מגוריה בירושלים (ראה הרצאת הפרטים שצורפה לכתב התביעה) ומכאן שירושלים היא "המקום שנועד או שהיה מכוון לקיום ההתחייבות" כאמור בתקנה 3(א) (ד) לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984.

טענה זאת נראית לי נכונה. התביעה היא בין השאר להבטחת הוצאות לטיפול רפואי במשך ההריון והלידה. מאחר שמקום מגוריה של התובעת הוא בירושלים, זה המקום שבו באורח טבעי יש לשלם הוצאות אלה.

לפיכך אני קובע כי לביהמ"ש המחוזי בירושלים סמכות לדון בתביעה הנידונה. הטענות המקדמיות נדחות. הוצאות ושכ"ט ייקבעו במסגרת פסה"ד הסופי.

הודע בפומבי בנוכחות ב"כ המשיבה, עו"ד

היום ד' תשרי תשמ"א 7.10.86.

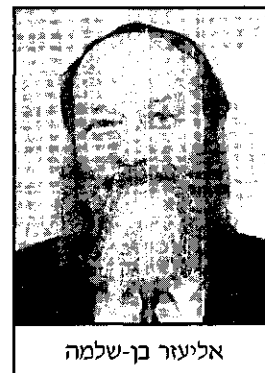
(-)

י. בזק - סגן נשיא

אתיקה רפואית

דילמה של חיי עובר מול מות האם

הייתה שלא ליילד את העובר עקב הטיפול הקשה, שהוא עלול להזדקק לו במיוחד לאור העובדה שהרופאים לא יכלו להבטיח שהיילוד אינו פגוע או נכה. על פי הסטטיסטיקה הרפואית, אם יבוצע ניתוח כזה בהיות האם במצב של מוות קליני, קיים סיכון של 20% שהעובר ימות לאחר הלידה בגלל פגותו, סיכון של 40% שהעובר יסבול מהפרעות בהתפתחות שקשה להעריך היום. עם זאת יש סיכוי שהעובר יוולד חי ובריא עם תוחלת חיים של אדם רגיל. סיכויים וסיכונים אלה מתייחסים להיותו פג ואינם לוקחים בחשבון את מצבה הרפואי של האם והטיפולים הרפואיים והתרופתיים שעברה.



אליעזר בן-שלמה

2. הכרעה משפטית:

שופט בית המשפט המחוזי בירושלים הוזמן אל ביה"ח. הוא דן בנושא שקבע את גורלו של העובר, בגבולות הוראות סעיף 68 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות תשכ"ב, אשר זה לשונו:

2.1. "בית המשפט רשאי, בכל עת, לבקשת היועץ המשפטי לממשלה או בא כוחו או לבקשת צד מעוניין אף מיזמתו הוא, לנקוט אמצעים זמניים או קבועים הנראים לו לשמירת עניינו של קטין, של פסול-דין ושל חסו, אם על ידי מינוי אפוטרופוס זמני או אפוטרופוס-לדין. או החסוי פנה אליו בעצמו".

2.2. "היתה הבקשה להורות על ביצוע ניתוח או על נקיטת אמצעים רפואיים אחרים. לא יורה על כך בית המשפט אלא אם שוכנע, על פי חוות דעת רפואית, כי האמצעים האמורים דרושים לשמירת שלומו הגופני או הנפשי של הקטין, פסול הדין או החסוי".

השופט דחה את בקשת בית החולים לבצע ניתוח קיסרי להצלת העובר משני נמוקים: האחד, העדר סמכות על פי סעיף 68 כיון שמדובר בעובר שטרם יצא לאויר העולם. השני, כי הניתוח אינו דרוש לשמירת שלומה של האם נושאת היילוד.

3. בקורת הגישה המשפטית:

לדעתנו שגה השופט הן בדרך ניהול הדיון, הן בהנמקה המשפטית והן בתוצאה אליה הגיע, וזאת - משני טעמים.

מוסכם, הן בהלכה והן בשיטות משפטיות מודרניות, כי אין ליטול חייו של אדם אחד כדי להציל חייו של אדם אחר. ברם, דרושה התייחסות למקרה שהחיים על שתי כפות המאזניים אינם שקולים:

נדון בדילמה של חיים שתמו מחד גיסא (אמא שמתה מוות קליני) ומאידך - עובר שטרם נולד (אופציה לחיים) אשר גם בריאותו אינה ודאית - כפי שעלתה בשני תיקים בבית המשפט המחוזי בירושלים.

נציג את הדיון המשפטי ולעומתו את דרך ההתמודדות ההלכתית.

* * * *

פרק א' - המקרה הראשון (מ.א. 38/89)

1. סיפור המעשה

בשבט תשמ"ט (ינואר 1989), אשה בת 33 נשואה ואם לשניים הסובלת מאפילפסיה, והיא בשבוע ה-26 להריונה, איבדה באופן פתאומי את הכרתה, נפלה ונחבלה בראשה. הועברה בדחיפות לחדר מיון בבת חולים. מצבה הנירולוגי של האם הלך והתדרדר עד למוות מוחי. סקירת על קול (ultra-sound) של העובר הראתה עובר חיוני במשקל מוערך של 950 - 1050 גרם.

לאחר קביעת המוות המוחי של האם המליצו הרופאים המטפלים לבצע ניתוח קיסרי להצלת העובר. משאלת הבעל

ד"ר אליעזר בן-שלמה - משפטן ועורך דין.

רפואה ומשפט גיליון מס' 21 - נובמבר 1999

א) דרך ניהול הדיון

השופט לא נתן צו איסור פרסום שם החסויה ובני משפחתה. אם כי ההחלטה לא פורסמה - הרי המאמרים המדעיים דנים בצדדים בשמותיהם המפורשים.

ב) הנימוקים המשפטיים

ב.1. השופט לא דן בשאלה הראשונית: האשה - האם הייתה חיה או מתה. כי אם היא מתה מוות מוחי הרי שמדובר בניתוח גוויה, נושא שאינו שייך לחוק הכשרות המשפטית והאפוסטרופוסות, אלא מוסדר בחוק האנטומיה והפתולוגיה תשי"ג - 1953 בסעיף 6 המתיר לנתח גוויה של אשה כדי להוציא עובר שברחמה. (הוצאת יילוד מגופה של נפטרת כדי לאפשר לו חיים, לא יראו בה ניתוח לענין חוק זה).

ב.2. השופט לא דן בסיכויי החיים של העובר. פרופ' שטיינברג (אסופת מאמרים מהכינוס הבינלאומי השני - רפואה, אתיקה והלכה תמוז תשנ"ו - 7/96, 691, 725). - מצטט ממחקרים בארה"ב כי תוחלת החיים ואיכות החיים של היילוד - הפרוגנוזה של יילוד אשר הוצא בניתוח קיסרי מאם מעוברת שמתה מוות מוחי, תלויה בגיל ההריון בעת מות האשה, כך: אם הדבר קרה בין השבועות 24 - 28 להריון, יש הממליצים להחזיק את האם בתנאי חימצון וזרימת דם תקינים עד גיל 28 שבועות ואז ליילד את העובר בניתוח קיסרי. לאחר השבוע ה-28 להריון ניתן ליילד את העובר בניתוח קיסרי מיד לאחר מות האם.

בסקירה של ספרות שפורסמה בשנת 1982, נמצא כי דווחו כ-200 מקרים מוצלחים של לידה בניתוח קיסרי לאחר מות האשה, כאשר הדבר קרה לאחר 28 שבועות הריון.

ב.3. השופט לא דן במעמדו המשפטי של העובר.

השופט Blackmun בבית המשפט העליון בארה"ב קבע כי בשליש האחרון של ההריון (לאמור, מתחילת החודש השביעי), על בסיס תורת החיוניות (viability) - כאשר העובר מסוגל כבר לחיות מחוץ לרחם האם - ולו תוך שימוש באמצעי עזר - זכאית המדינה לאסור הפלתו, אלא אם המשך ההריון עלול לפגוע בחיי האשה או בבריאותה.

קביעת השופט Blackmun הוזכרה תוך הסכמה, על ידי השופט שמגר בע"א 413/80, פד"י לה (3) 57, 78.

מתבקשת המסקנה שאין להביא למותו של עובר בן שבעה חודשים על ידי מעשה או על ידי מחדל - אם אינם פוגעים באם.

לא צדק השופט, אף בהבט של חוק הכשרות המשפטית והאפוסטרופוסות, כי לפיו היה עליו למנות אפוסטרופוס לעובר.

סעיף 68 בחוק מקנה סמכות לבית המשפט לצוות לעשות את הדרוש והמועיל לשלומם של החסוי. "החסוי" במקרה שלפנינו אינו מצטמצם לאם בלבד, הוא כולל גם את העובר (כעולה מצרורף הסעיפים 80+33).

בסעיף 80 בחוק מוגדר "חסוי", מי שבית המשפט מינה לו אפוסטרופוס לפי סעיף 33, או מי שבית המשפט רשאי למנות לו אפוסטרופוס כאמור, והוא אף כשעדיין לא הוברר אם נתקיימו התנאים למינוי, הכל לפי הענין.

סעיף 33(א) בחוק מורה כי בית המשפט רשאי למנות אפוסטרופוס (בין היתר):

(4) לאדם שאינו יכול, דרך קבע או דרך ארעי, לדאוג לענייניו, (כולם או מקצתם), ואין מי שמוסמך ומוכן לדאוג להם במקומו.
(6) לעובר.

השופט בתיק זה לא היה מודע לדעתו של השופט י. בזק (כתוארו אז) במ.א. 424/86 כי בית המשפט זכאי למנות לעובר אפוסטרופוס וכי המינוי כולל את הזכות להיות מיוצג בבית המשפט: "שאף על פי שעובר אינו כשר באופן כללי לזכויות וחובות, יכול הוא להיות מיוצג על ידי אפוסטרופוס" (סי' 2), וכי - "הרשות למנות לעובר אפוסטרופוס כוללת בתוכה ממילא את הזכות להיות מיוצג בבית המשפט, הן כתובע והן כנתבע" (סי' 3). לא דן כלל בהחלטתו של חברו. אם השופט הנכבד במ.א. 38/89 לא הסכים עם גישתו של שופט בזק במ.א. 424/86 - היה מצופה לפחות שינקם מדוע אינו מסכים איתה.

ב.4. הנימוק השני של השופט לדחיית הבקשה היה שהדבר אינו דרוש לשלומה של האם נושאת העובר. למרות שבית המשפט שם עצמו כאפוסטרופוס לשמור על האינטרסים של האם, לא בדק מה היו מאווייה של האם, אילו ניתן לשאול את רצונה, אילו נשאלה האם היא חפצה ביילוד הבן או במותו יחד עמה!! ראה להלן דיון מפורט בענין זה.

* * * *

פרק ב': הגישה ההלכתית:

בעוד שלדעת בית המשפט, השאלה המרכזית היא שאלה של סמכות, הרי מבחינת ההלכה השאלה המכרעת היא אם האם עדיין חיה, או שהיא כבר מתה על פי הגדרת ההלכה.

הריגה של אדם אחד כדי להציל חייו של אדם אחר תיחשב לרצח. פסק הרמב"ם: "והריגת נפש מִישראל, לרפאות נפש אחרת, או להציל אדם מיד אנס, דבר שהדעת נוטה לו הוא - שאין מאבדין נפש מפני נפש"¹.

יתירה מזו, ההורג את האדם, חייב, גם אם הנפגע ימות רק לאחר זמן. פסק הרמב"ם: "המכה את חברו באבן או באגרופ וכיוצא בהן ... אם אמדוהו למיתה, אוסרים את המכה בבית הסוהר מיד, אם מת ייהרג המכה¹ אין הפרש אם הנרצח היה בריא או שהיה במצב של גסיסה". פסק הרמב"ם: "אחד ההורג את הבריא או את החולה הנוטה למות ואפילו הרג את הגוסס - נהרג עליו"⁴.

ברם ביחס לאם בהריון שמתה, שנינו בערכין ז, א-ב: "אריי נחמן אמר שמואל "האשה שישבה על המשבר ומתה בשבת מביאין סכין ומקרקעין את כריסה ומוציאים את הוולד".

לגמרא עצמה היה דין כה טריוויאלי, עד הקשו עליו "פשיטא" ומה טעם לאמר!!

כבר לפני כשלוש מאות שנה דנו הפוסקים באשה מעוברת שהתیزו ראשה בסייף ביום השבת. הכירו שהוולד שבקרבה עדיין מפרקס, בא אדם וחתך את בטנה ביום השבת כדי להציל את הוולד. מסיק בשבות-יעקב⁵, כי יפה עשה המיילד כדי להציל את הוולד, כי כך ראוי לעשות בכל נפטרות ואין נפקות אם הדבר ארע בשבת או ביום חול. דינו של שבות-יעקב אמור במעוברת שהתیزו את ראשה, שאין ספק במותה המוחלט⁶.

כפשיטא של הסוגיא בתלמוד פסק בדורנו הרב וואזנר בשו"ת שבט הלוי חלק ו' סי' כ"ז (במעוברת בחודש השביעי) " ... והיות כי בזמן הזה אפשר בקלות לקבוע שנכנס המוות והלב דומם וגם נשמה נשימה אחרונה על פי הסימנים המובאים באורח-חיים סי' שכ"ט, די וכו' ואין כאן ספק פיקוח נפש... ומאידך גיסא אפשר לקבוע שיש לוולד חיות גמורה ... אם כן עלינו לפסוק בזה כרבינו הבית-יוסף דמפקחין על הוולד". והוא מוסיף: "לאחר שפסקתי כן בעניי - הראו לי שאיתמר משמיה של הגאון ר' איסר זלצמן מלצר כוותי ומטעמים שכתבתי" כן פסק הלכה למעשה הרב א. ולדינברג (ציץ אליעזר יח, לא) בכל הנוגע לעובר.

* * * *

אם האם עדיין לא מתה מוות מוחי - יש לדון בסולם של מצבים ושלבים בהתדרדרות. כפות המאזניים מיטלטלות

בנסיבות השונות בין זכויות האם לבין האינטרסים של העובר.

נבחין בין כמה מצבים עקריים בעניינינו;

מצב אחד: שהאם חיה והעובר מסכן את חייה⁷. הרמב"ם איבחן בין שני המצבים "הורו חכמים שהעוברת שהיא מקשה לילד, מותר לחתוך העובר שבמעיה, בין בסם ובין ביד, מפני שהוא כרודף אחריה להרגה" (והרי הכלל הוא שיש להציל הנרדף מפני הרודף ואין לחוס על חיי הרודף) "ואם משהוציא ראשו, אין נוגעים בו, שאין דוחין נפש מפני נפש וזה טבעו של עולם" (רמב"ם רוצח א, ט).

הרמב"ם מונה שני טעמים בדינו: כאשר העובר ברחם אמו ההיתר להציל חיי האם במחיר חיי העובר הוא כי הוא הרודף אחריה להרגה, ואין נימוק זה מספיק לדעת הרמב"ם, במצב שראשו של העובר כבר בחוץ, כאן יש ברמב"ם שני נמוקים: האחד שאין דוחין נפש מפני נפש. והשני כי זה טבעו של עולם.

יש לדון בדעת הרמב"ם: האם ההבחנה העיקרית בין שני המצבים היא בדיני "רודף" - שכאשר העובר ברחם אמו - הוא הרודף ואמו היא הנרדפת, ואילו כאשר הוציא ראשו, שניהם רודפים זה את זה!!

אפשרות אחרת כי ההבחנה העיקרית היא בהגדרת "נפש" שרק כאשר הוציא ראשו הוא "נפש" ואין לגעת בו, ואילו בעודו ברחם אמו - אינו נפש!!

או שמא אנו נדרשים לצרופם של שני הטעמים. (האריכו בשאלות אלה מפרשי הרמב"ם על אתר, מנחת חינוך רצו, ר' עקיבא איגר בהגהותיו לאהלות פ"ז מ"ו חידושי הגר"ח הלוי רוצח, א,ו ואבן האזל שם).

כאשר האם נוטה למות מסיבות שאינן קשורות בוולד (זה המצב שארע בבית החולים) עלינו להבחין בין שתי הגדרות רפואיות (אף שהתוצאות הקליניות עשויות להיות דומות).

הגדרה אחת: האם מוגדרת כ"טריפה" (הרס המוח עקב חבלה, דימום סוב דוריאלי, או שהוירוס פגע בקרום המוח). ההורג טרפה פטור מדיני אדם (רמב"ם הלכות רוצח פ"ב ה"א). פסק הרמב"ם: "ההורג את הטריפה ... הרי זה פטור מדיני אדם"⁸, כתב המאירי דחייב בידי שמיים⁹, ויש להגדיר איסור הריגת טריפה האם הוא חלק מאיסור "שפיכת דמים" אלא דאין בו חיוב מיתה בידי אדם, שהוא מהאיסורים החמורים שאינם נדחים מפני הצלת נפשות. או שמא אינו כלול ב"שפיכת דמים", מאחר שטריפה חייב אינם חיים, אלא שמעשה ההריגה מתועב

וחייבה עליו תורה מיתה בידי שמיים.

צעיר ויקיים המצווה.

כן מותר לאשה להמשיך הריון בעל סיכון גבוה ביותר, ולהחליט לזכות בנולד במחיר חייה. במקרה זה אין האשה נחשבת כהורגת עצמה בידיים, כי אם שאינה מתגוננת מפני עוברה. כן המקריב עצמו עבור בנו אינו הורג עצמו בידיים, כי אם מאפשר לגויים להרגו תמורת בנו.

בשני המקרים האמורים מדובר בתגובה פאסיבית למצב נתון, אולם אין לנקוט בפעולה אקטיבית. לא הותר לישראל להרוג את האב כדי להציל את בנו, או להרוג את האם כדי להציל את עוברה. פסק כן הרמב"ם: "והריגת נפש מישראל לרפאות נפש אחרת ... שאסור לעשותו - שאין מאבדין נפש מפני נפש" (יסודי התורה פ"ה, ה"ז). על כן אילו האם היתה חיה - לא היו מאבדים חייה עבור הצלת עוברה.

* * * *

מעתה, קיים הבדל בין צורת הצגת הדילמה במשפט הישראלי לבין הצגת הדילמה בחוק היהודי. בשיטת המשפט הישראלי המרכיבים בדילמה הם: סמכותו של השופט וזכותו של העובר לטעון, ואילו בחוק היהודי יש זכות לעובר. אולם יש לבחון משקלה של הזכות: צדדי הדילמה הם חיי האם מחד וחיי העובר מאידך.

פרק ג': המקרה השני (מ.א. 103/92)

דילמה דומה בנסיבות דומות התעוררה בבית חולים בירושלים כעבור שלוש שנים. כבי' השופט יעקב בזק, סגן נשיא בית המשפט המחוזי (כתוארו אז), הוזמן לבית החולים. השופט היה ער לביקורת שפורסמה במאמרים שונים, וכנראה אימץ כמה מדברי הבקורת; השופט נתן צו איסור פרסום.

כבי' השופט בזק קבע כי התשובה המשפטית מצויה בחוק האנטומיה והפתלוגיה, כיון שהשאלה מתייחסת לאחר שייקבע כי האם מתה מוות מוחי. ואינה נמצאת בחוק הכשרות המשפטית שהוא חוק רלוונטי רק כל עוד האם בחיים.

השופט החליט: "אין כל צורך במינוי אפוסטרופוס לעובר או לאמו החסויה ואם יתדרדר המצב והאם תגיע למצב של מוות מוחי, מותר להציל את העובר כאמור בסעיף 6 לחוק האנטומיה והפתלוגיה תשי"ג 1953, וחובה להצילו לפי הוראות המשפט עברי החלות בעניינינו מכח חוק יסודות המשפט". (מ.א. 103/92).

אם נניח שהריגת טריפה אינה כלולה באיסור "שפיכת דמים", אלא איסור זה עניינו ככל איסור אחר בתורה, הרי כשם שמותר לעבור על כל האיסורים שבתורה כדי להציל את העובר, למשל מותר לאשה לאכול ביום הכפורים כדי שהעובר יחיה, כך מותר לנתח את אמו הטריפה כדי להציל את העובר. על כן אם האם במצב של "טריפה" יש מקום לבצע את הניתוח הקיסרי להצלת העובר, אף אם טרם נקבע מותה.

הגדרה אחרת: האם מוגדרת כ"גוסס" (חולה הנוטה למות, מזיהום ויראלי במוח אף במצב מתדרדר שלא נותר לה סיכוי לחיות) בו פסק הרמב"ם: "אחד ההורג את הבריא או את החולה הנוטה למות ואפילו הרג את הגוסס - נהרג עליו" (הלכות רוצח פ"ב ה"ז). החולה - אף בשלבים סופניים של מחלתו הוא עדיין "חיי" עד שייקבע מותו. על כן אין לנתח אשה הנוטה למות כדי להציל את עוברה, אם הניתוח יקרב את מותה. ועל אחת כמה וכמה - להציל עובר שאין לו חזקת חיים ושמא לא יהיה בר-קיימא.

המושגים "חיים" "טריפה" ו"גוסס" הינם מרכזיים בדילמות רפואיות של הפסקת חיים.

גם אם האם חיה יש לקחת בחשבון אלמנטים נוספים; אם באשה יתפתחו צירים המסכנים אותה והניתוח הקיסרי מהווה הקלה עבורה, או אם הזיהום הויראלי עלול לפגוע בעובר, או אם עשויה האשה להגיע לשבוע הארבעים ושניים להריונה והשליה תתחיל להזדקן בקצב מהיר ואם העובר ימות יתפתחו סיבוכים שיגרמו ודאי למות האם. בכל אלה יש מקום לניתוח קיסרי אף אם טרם נקבע מותה של האשה, למרות הסיכון הכרוך בניתוח להמשך חיי האם. (ראה חיי האם או חיי העובר, בשבילי הרפואה (ז'), צט, קב).

במאמר הנזכר דן הרב יצחק זילברשטיין בשנת תשמ"ה באשה כבת ארבעים, בחדשים האחרונים להריונה הראשון, שסבלה מספר שבועות מחום וכאבי ראש, ובאופן הדרגתי פיתחה מחלת זיהום ויראלי של המוח (Encephalitis). מצבה התדרדר, איבדה הכרה, אך מצבה נשמר בעזרת עירוי נוזלים, תרופות ומכשירי הנשמה. (ראה להלן).

* * * *

בעניינינו קיים הבט נוסף של יחסים בין הורים לילדים. פסק הריעב"ץ (מגדל עוז אוצר הטוב פנה אי' אות פה) שמותר לאדם למסור עצמו לנכרים, שהם ישפכו דמו תמורת דם בנו במקרה שהאב זקן שלא יקיים יותר מצוות פריה ורביה ואילו הבן

השופט הוסיף "לא יעלה על הדעת כי רופאים, המושבעים ועומדים לעשות כל שביכולתם להציל חיי אדם, יעמדו על הדם ויניחו לעובר שלפנינו למות לאט לאט במעי אמו לאחר מות אמו, בעוד יש בידם להצילו ולתת לו חיים על ידי הוצאתו המיידית מגופה".

נמסר כי נולדה תינוקת בריאה למזל טוב!

מקורות והערות

1. רמב"ם יסודי התורה ה, ז.
2. רמב"ם הלכות רוצח ד, ג.
3. רמב"ם שם ב, ז. מקור הדברים בבבלי שבת קנא, או בבא קמא כז, המאמץ עיניו של מת עם יציאת הנפש הרי זה שופך

נספח: הקרבת אמה למען עוברה

רחל אמנו, מדמויות ההוד של עם ישראל, מסיימת חייה בלידת בנה בנימין. נראה כי סיפור פרשת מות רחל ולידת בנימין רלוונטיים לענייננו. הספור קשה בסגנונו ומעיק בתכנו.

"ותלד רחל ותקש בלדתה" - האם החל הקושי בתחילת הלידה בהיות התינוק ברחמה, או בסיום הלידה - כאשר הוציא כבר התינוק את ראשו? "ויהי בהקשותה בלדתה" - מדוע חוזר הכתוב, לאחר שכבר נאמר "ותקש בלדתה"? "ותאמר לה המיילדת אל תראי" - ממה הייתה יראה, ובמה הרגיעה אותה המיילדת באומרה "כי גם זה לך בן"?

"ויהי בצאת נפשה כי מתה" (מדוע הכפילות) "ותקרא שמו בן אוני" "ותמת רחל" (חזרה נוספת) "ותקבר בדרך אפרת היא בית לחם".

הסתיר מאתנו הכתוב האם ידעה רחל אמנו כי השלמת הלידה מסכנת את חייה. האם הקריבה עצמה מדעת, כדי לאפשר חיים לפרי בטנה? האם ידעה המיילדת את הצפוי לרחל אמנו והאם היה בכחה להושיעה?!

* * * *

לידת בנימין מעוררת שאלה כבדה בהלכת הקרבה עצמית של אם ליצירת חיים של בנה.

כלל הוא: כאשר חיים של שני אנשים - על כפות המאזניים

דמים, משל לנר שכבה והולך, אדם המניח אצבעו עליה מיד כבתה.

4. שבות יעקב (רי' יעקב ריישר מפראג, ת"ל-תצ"ד (1670-1734) חלק ראשון סי' יג. וכבר קדמו הרמ"א בתשובה הי' אשל אברהם על שו"ע או"ח של אות ו', ועיין פתחי תשובה שו"ע שם סק"ה.

5. התזת הראש מהווה אחת הדוגמאות הקלאסיות למוות מוחלט. ראה רמב"ם טומאת מת א, טו.

6. משנה אהלז, ז, ו.

7. רמב"ם הלכות רוצח ב, ח. הרמב"ם שם א, ז מבדיל בין המקדים מותו של גוסס בידי אדם למקדים מותו של גוסס בידי שמים.

8. בית הבחירה סנהדרין נז.

ושני האנשים במצב שווה - אין דוחין נפש מפני נפש. מחד אין לאדם להציל עצמו במחיר חיי חברו - מאי חזית דדמא דידך סמיק טפי. מאידך אסור לאדם להקריב חייו למען חברו - מאי חזית דדמא דחברך סמיק טפי.

שונה המצב בין עובר לבין אמו - שהרי חיי האם חיים מלאים ואילו חיי העובר הינם רק אופציה לחיים. שנינו באהלז (פרק ז משנה ו): "האשה שהיא מקשה לילד - מחתכין את הולד במעיה ומוציאין אותו אברים אברים - מפני שחייה קודמין לחייו. יצא רובו - אין נוגעין בו שאין דוחין נפש מפני נפש" (בפרוש ר' עובדיה מברטנורא שם: משיצא רוב ראשו שהוא משתצא פדחתו - אין נוגעים בו).

מכאן באים אנו לשאלה: האם מותר לאשה להמשיך הריון בעל סיכון גבוה? רופאים קבעו שהלידה תסכן את חייה והציעו לה לבצע הפלה, האם מותר לאשה להחליט שהיא רוצה את הולד בכל מחיר ועדיף לה למות כדי לזכות בולד?!

על הדין שאם יצא כבר העובר, אין נוגעים הו, משום שאין דוחין נפש מפני נפש, מקשה בתוספת-יום-טוב שם, ממעשה שבע בן בכרי (שמרד בדוד המלך), ברח לאבל בית מעכה. יואב שר צבאו של דוד צר על העיר לשחתה. אשה חכמה יזמה הריגתו של שבע בן בכרי, ובמותו - הצילה את כל בני העיר (שמואל ב, כ), אם הותר לבני העיר

להציל עצמם בחיי שבע בן בכרי, מדוע לא להרוג העובר להציל חיי אמו?!

מאבחן התוספות-יו"ט; כי במעשה שבע בן-בכרי "אפי" לא מסרוהו לו, היה נהרג בעיר כשיתפסנה יואב והן נהרגין עמו". ואילו לגבי האשה המקשה לילד, מניח התויו"ט כי הולד, לאחר שהוציא ראשו אינו נמצא יותר בסכנה, ועל כן אין לפגוע בחייו, כדי להציל את אמו. המסקנה מדברי התויו"ט היא כי מותר להקריב חייו של אדם הנמצא בסיכון עם כולם, כדי לחסוך בחיי אדם. אבל אין לסכן מי שנמצא במקום מבטחים כדי להציל הנמצא בסכנה.

מדברי התויו"ט למד ר' עקיבא איגר (תורע"ק שם אות טז, ובפרוש תפארת ישראל שם בועז אות י), כי אם גם הולד וגם האם נמצאים בסיכון, "כשלא נמיתו ימותו שניהם מעצמן, אפשר שמותר להמית הולד כדי להציל עכ"פ אמו וכמעשה דשבע בן בכרי".

כן הורו פוסקי דורנו גם במצב הפוך - להתיר לאשה להמשיך הריון בסיכון גבוה (ש"ית ציץ אליעזר ח"ט סי' נא בסיכום אות יז, הרב זילברשטיין בשבילי רפואה ז (תשמה) צט. בשו"ת בנין ציון סי' קמח מסיק, כי הוא הדין במצב בו האם נפטרת, ממילא יש להניח כי רצונה היה שיילדו את ילדה, והיא מוחלת על כל זכויותיה המעכבות זאת.

בדורנו דן בשאלה זו, להיתר, הרב יצחק זילברשטיין, במאמרו "חיי האם או חיי העובר", בשבילי רפואה (ז) צט, בהתמלא כל התנאים הבאים:

"במקרה דידן שהאם לא תוכל לקיים יותר "פרו ורבו" ויש לה בן יחיד, אולי תועיל הסכמתה לוותר על חיי שעה, למען הצל חיי עולם של בנה שיש לו סיכויים לקיים "פרו ורבו". ברם, אין היתר לקרב מיתת האם ואפילו במשהו כדי להציל את עובריה...לא הותרה הרציחה ואפילו למען המטרה הנעלה ביותר".

* * * *

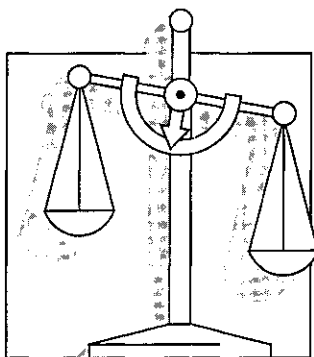
חוזרים אנו לעיין בפסוקים דלעיל המאירים לנו את גודל מסירותה והקרבתה של רחל אמנו, "ותלד רחל ותקש בלדתה" - רשאת הייתה רחל אמנו להציל עצמה בחיי עובריה, אולם המשיכה תהליך הלידה.

ויהי בהקשות בלדתה - עם גבור הסיכון (ראב"ע שהקשתה הלידה על נפשה), שאלה עצמה: האם רשאת היא להקריב עצמה למען תת חיים והמיילדת עודדה אותה: אל תראי שמא קרבנך לשוא. כי גם זה לך בן - חי (ראה רמב"ן דברים כא טז).

הגשימה רחל אמנו משאת נפשה "הבה לי בנים ואם אין, מתה אנכי" (בראשית ל, ב). בעת מותה זכתה לראות בנה ובטרם תיפרד לחיי עולם - לקרא לו שם המבטא את הקרבתה בן אוני.

והרי זה סיום דרמטי לחייה של רחל אמנו, שכולה הקרבה למען זולתה.

* * * *



משפט רפואי

השפעת הרפורמה המומלצת במבנה בתי המשפט - על תביעות של נפגעי תאונות ותביעות נזקי גוף.

כיצד שינוי בסדרי הדין על מנת לצמצם בזבוז זמן שיפוטי יקר ישיג את התוצאה ההפוכה לחלוטין (במיוחד הדברים אמורים בנושא המחסום הדינוני בבקשות רשות לערער לערכאת הערעור). נשאף להראות כיצד החייאת המלצה שנדחתה להקמת מרכזים רפואיים עצמאיים תביא לכרסום נוסף בזכויות נפגע בתביעת נזקי גוף.

המאמר מביא ביקורת של עורכי דין על המלצות הועדה בכל הנוגע לחלוקת העומס בין הערכאות המתדיינות והשינויים בסדרי הדין ונעשה ניסיון לחדד את חיצו הביקורת על מנת להבהיר במה דברים אמורים.

נתמקד בעקרי הדברים, ונלבן אותם בעקבות דו"ח הועדה. המאמר מצביע על אפשרות הפגיעה מרחיקת הלכת הצפויה, אם ייושם, בזכויות הנפגעים מחד ובאושיות שיטתנו המשפטית מאידך.

תאור מצב הקיים

א. חוק הפלת"ד – הטעם להבדלתו מתק' סד"א באשר למנוי מומחים

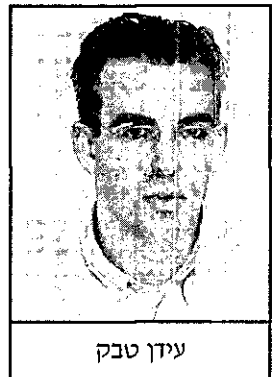
היעדים אשר הוצבו ע"י המחוקק בעת חקיקת חוק הפיצויים לנפגעי תאונות דרכים (להלן: "חוק הפיצויים, חוק הפלת"ד) היו בעיקרם:

(א) מתן פיצוי מלא, ככל האפשר, לכל הנפגעים שניזוקו בגופם כתוצאה מתאונת דרכים שהתרחשה עקב שימוש ברכב מנועי. במסגרת מטרה זו הוקמה "קרנית" – הקרן המפצה את הנפגעים בהיעדר כיסוי ביטוחי אחר.

(ב) פישוט וחסכון בהליכי המשפט.

(ג) החשת התשלום לנפגע, בתכופ לאחור התאונה, ועוד טרם נסתיימו הליכי המשפט – התשלומים התכופים.

הצורך ביעול ההליכים הביא את המחוקק לקבוע כמה הוראות לפישוט ההליכים, בד בבד עם ביטול הצורך לדון



עידן טברק

מבוא

מטרת המאמר לתאר את המצב הקיים מבחינת מסלולי הדיון, סדרי הדין ועניינים נוספים באשר להוכחת הנכות הרפואית והפגיעה התפקודית של נפגע בתביעות נזקי הגוף. כל זאת – תוך התמקדות בתחום תאונות הדרכים עם גלישה מכוונת לעניינים ספציפיים בנושא נזקי גוף. המאמר מציג את הצורך והסיבות להקמת ועדת אור ומטרותיה ובחינת השגת המטרה שלשמה הוקמה הועדה.

הועדה לרפורמה במבנה בתי המשפט ביקשה לבדוק את מבנה בתי המשפט הרגילים בישראל והמליצה על השינויים הרצויים במערכת בתי המשפט מבחינת המבנה, חלוקת הסמכויות בין הערכאות וכן שינויים שביקשו לייעל ולשפר את תפקוד המערכת. נתמקד להלן על חלק מההמלצות הנוגעות באופן ישיר לתובע בנזקי גוף, ועמדת ועדת פורום הנזיקין של לשכת עוה"ד. כן נתיחס לדעות ועמדות נוספות אשר שוללות בדרי"כ את המלצות הועדה ומאירות את עיני מי שמבקש את טובת הנפגעים בתביעות מסוג זה.

ננסה להציג כיצד כמה המלצות מביאות לפגיעה מהותית ועלולות להנחית "מכת מוות" על ניסיון של נפגע להוכיח את תביעתו בביהמ"ש. יתרה מזאת, המלצות מסוימות כהחלת סעיף 6א בתביעות רשלנות רפואית עלולות להביא למצב בלתי חוקתי בעליל שהינו הצבת מחסום דינוני בפני נפגע גוף אשר לא יבוא לי יומו בביהמ"ש כלל וכלל. כן הובאו דוגמאות

עידן טברק – בוגר משפטים. מתמחה לקראת בחינות לשכת עוה"ד.

רפואה ומשפט גיליון מס' 21 - נובמבר 1999

נקבעת הגריעה מכוסר ההשתכרות לגבי התובע עצמו. הגריעה אינה תמיד פועל יוצא מהנכויות. יש והיא תלויה בנסיבותיו המיוחדות של התובע – גילו, הכשרתו, ניסיונו ומקצועו⁶.

ב. (2) דרגת נכות שנקבעת עפ"י דין אחר

לבד מן התכלית הדיונית – החשת הדיון והגברת יעילותו, יש שראו בהפעלת סעיף (ב6) גם משום צדק מהותי: החלת אותה דרגת נכות שנקבעה ע"י המוסד לבטוח לאומי (מל"ל) – בתביעה שהוכרה ע"י המל"ל כתאונת עבודה – גם בתביעה המתבררת בביהמ"ש, כעשויה לשים קץ לתופעה פסולה: נטיית התובע שלא למצות זכותו בתביעה המתבררת במל"ל, אלא לאחר מיצוי תביעת הנזיקין בביהמ"ש. זאת מתוך כוונה "ליהנות משני העולמות"⁷. אלא שכאן יש לציין כי הלכה פסוקה היא שאין נפגע תאונת דרכים חב במיצוי ההליכים שיביאו לקביעת דרגת נכות בעניינו עפ"י דין אחר⁸. נקבעה נכות יציבה על פי דין לפני שמיעת הראיות, היא מחייבת אפילו תלויה ועומדת השגה עליה עפ"י אותו דין (למשל, ערעור בפני ועדה רפואית עררים של המל"ל). בדרכי ראוי, עם זאת, להמתין לתוצאות הקביעה בערר⁹.

ג. המעבר בין מסלולי הדיון

יש והדיון שהחל במסלול הקבוע בסעי' 6 עובר למסלול דיוני אחר. מעבר כזה מתרחש בשני מצבים:

(א) במקרים בהם נקבעה אמנם לתובע דרגת נכות עפ"י דין, אולם אחד מבעלי הדין שכנע את ביהמ"ש להתיר לו להביא ראיות לסתור את אותה קביעה.

(ב) במקרים בהם אין בעל דין מבקש לסתור את קביעה הרפואית כאמור, אלא הוא בא להוסיף על קביעה זו ראיות אחרות, הנוגעות למהות הפגיעה הטיפקודית של הנפגע – למשל כדי להוכיח שהפגיעה הטיפקודית גדולה או קטנה יותר משיעור דרגת הנכות הרפואית.

בסוג הראשון של המקרים מתבצעת תקיפה ישירה של דרגת הנכות שנקבעה במסגרת חוק אחר. תקיפה זו מוסדרת בהוראת החוק עצמו. בסוג האחר של המקרים התקיפה אינה ישירה והיא פרי הפסיקה. במקרים אלה אין בעל הדין מבקש לחלוק על שיעור הנכות "הגופנית" שנקבעה לנפגע, כי אם להוכיח כי השלכותיה חורגות לכאן או לכאן, מן המשתקף לכאורה ממהותה. בכל המקרים הללו עובר הדיון מסלול סעיף 6 למסלולים אחרים.

בשאלת האשם. כך נקבע קריטריון אחיד לפיצוי בגין נזק שאינו נזק ממון, נקבעה תיקרה לפיצוי בגין הפסדי השתכרות ונקבע "מנגנון יריבות". עד מהרה נתברר, כי אף בהיעדר הצורך לדון ולהכריע בשאלת האחריות מתמקדים משאבי הדיון בהוכחת הנזק. שאלת גובה הנכות הרפואית עמדה במרכז ההתדיינות הכרוכה בהוכחת הנזק. הצורך לפשט ההליכים גם לעניין אחרון זה מתבטא בתיקון מס' (5) לחוק הפלת"ד בשנת תשמ"ה – 1985, עת תוקן החוק והוספו בו הסעיפים (א6) ו- (ב6). התיקון בא לייעל ולהחיש את הדיון בכל הנוגע להוכחת הנכות הרפואית במסגרת התביעה המתבררת עפ"י החוק¹.

ב. (1) המסגרת הדיונית: נכות רפואית ופגיעה תיפקודית

פרק יא לתקנות סדר דין אזרחי (תק' סד"א), התשמ"ד – 1984, קובע סדרי דין מיוחדים להבאת עדות מומחה ובכלל זה עדות של רופא. ההסדר מחייב בעל דין לצרף לכתב טענותיו חוות דעת רפואית אם ברצונו להוכיח עניין שברפואה². הוא חייב גם לעמוד לבדיקת רופא מטעם הצד שכנגד – הכל אם לא פטר אותו ביהמ"ש מלעשות כן³.

עפ"י תק' 130 רשאי ביהמ"ש למנות מומחה רפואי מטעמו. תכופות ימונה המומחה לאחר שבעלי הדין כבר הגישו חוו"ד של מומחים מטעמם⁴.

בתביעות עפ"י חוק הפלת"ד, הדיון בשאלת הנכות הרפואית, העומדת ביסוד הוכחת שיעור הנזק בתביעת הנפגע עצמו, מתקיים מלכתחילה ע"י מינוי של מומחה מטעם ביהמ"ש⁵. תקנה 8(א) לתקנות המומחים אוסרת על הנפגע להגיש למומחה חוו"ד רפואית מטעמו.

בסעי' (ב6) לחוק הורה המחוקק כי אם נקבעה כבר לתובע, מחוץ למסגרת המשפט, עפ"י כל דין, דרגת נכות, שוב אין צורך להוכיח את שיעור הנכות הרפואית במשפט, ובדרך כלל אין גם היתר לצדדים להביא ראיות נוספות לעניין הנכות הרפואית שנקבעה כאמור.

הנכות הרפואית מהווה מודד חותך לקביעת הנזק הלא ממוני ומודד חשוב להערכת הנזק הממוני. בהערכת האחרון מתקיימים בפועל כמה שלבים, שהראשון בהם הוא קביעת גובה הנכות הרפואית פגיעת הגוף. משנקבעה זו היא משמשת בסיס לקביעת הנכות הרפואית הטיפקודית. בשלב השלישי

ד. הוכחת הנכות הרפואית באמצעות מומחה מטעם ביהמ"ש

ד. (1) המסגרת הדינית: סעי' 6א כמסלול בלעדי

סעיף 6א הסמיך את שר המשפטים לקבוע בתקנות הוראות בדבר מינוי מומחה, אשר יחוזה דעתו בעניין הנכות הרפואית של נפגע, או בכל נושא רפואי אחר, לרבות דרכי שיקומו. המסלול הזה נפתח בבקשה למינוי מומחה, המוגשת ע"י הנפגע עם הגשת כתב תביעה לביהמ"ש. כיוון שמומחה ביהמ"ש אינו עד מטעם בעלי הדין, רשאים כל בעלי הדין לחקרו בחקירה נגדית. משהוזמן ולא משנה ע"י מי הוזמן רשאי כל צד לחקרו בחקירה שכנגד.

בעל דין שהגיש כתב הגנה, יצרף תשובה לבקשה למינוי מומחה, והוא רשאי לבקש מומחה נוסף¹⁰.

ד. (2) שאלות הבהרה וחקירה נגדית

סעי' 6א(ב) מסדיר משלוח שאלות הבהרה. זהו הליך הנועד לייתר, במידת האפשר, את הצורך בהזמנת המומחה לחקירה בביהמ"ש. זכות בעל דין לחקור מומחה אינה מותנית, לפיכך, ואינה מוגבלת. מקום בו בעלי הדין אינם מערערים על חווי"ד המומחה בדרך של הפניית שאלות הבהרה, או ע"י חקירתו הנגדית, ניתן להסיק שחווי"ד מקובלת עליהם. אין ביהמ"ש רשאי, עפ"י בחירתו, לבחור בין תקנות סד"א לבין תקנות המומחים¹¹. תקנות המומחים קובעות במפורש שפרק (יא) לתק"סד"א לא יחול בהליכים אלה¹².

חשוב להבחין בין האיסור להוכיח נושא רפואי באמצעות מומחה רפואי שבעל הדין מעיד מטעמו, לבין העדה מותרת של רופא שלא לצורך הוכחת נושא רפואי¹³.

ד. (3) (א) הדרישה לחווי"ד מומחה בתביעת רשלנות רפואית

עפ"י החוק אין אפשרות לנהל או להצליח ברוב התביעות בגין רשלנות רפואית ללא חווי"ד רפואית וחקירתו של עורכה. הדרישה לחווי"ד קבועה בדין בתקסד"א, תק"ס 127 ו-137(א). לצורך מילוי דרישת תק"ס 127 נדרש התובע לצרף לכתב תביעתו חווי"ד של מומחה רפואי בכל תחום בו הוא מבקש הכרעה כי נפגע וכי נגרמה לו נכות.

תק"ס 126 קובעת כי מומחה שיעץ או חוזה דעתו לאדם בעניין שבתחום מומחיותו לא יוזמן מטעם ביהמ"ש כמומחה באותו עניין כשאותו אדם צד בו.

תק"ס 127 קובעת שעל חווי"ד להיות ערוכה בהתאם לסעי' (24) לפק' הראיות [נוסח חדש], התשל"א 1971. (לפי הטפסים הקבועים בתוספת הראשונה, או בדומה להם ככל האפשר). דין חווי"ד כדין עדות בשבועה. תק"ס 128(א) לתקסד"א קובעת כי הגיש בעל דין חווי"ד בעניין שברפואה, רשאי בעל הדין האחר לשלוח לו תוך 30 יום, דרישה בכתב להעמיד את נושא חווי"ד לבדיקה בידי מומחה רפואי מטעמו. תק"ס (137) קובעת כי בעל דין שלא נענה לדרישה לפי תק"ס 128(א) או 132 או להוראת ביהמ"ש או הרשם, או שלא נענה במידה מספקת וללא צידוק סביר, לא יזקק ביהמ"ש להוכחה של עניין שברפואה מטעמו.

בביהמ"ש העליון בעניין **יוסף נוריאל נ' עלי אלשיך**¹⁴ נפסק כי ביהמ"ש מוסמך למנות מומחה מטעמו רק בעת שיש מחלוקת בין הצדדים. בהיעדר חווי"ד לא נוצרה מחלוקת כלשון תק"ס 130. הלכה זו אושרה שוב בעניין **קופ"ח נ' שלום חממי**¹⁵.

ד. (3) (ב) מתי ימונה מומחה מטעם ביהמ"ש

שאלה זו לא נפתרה במפורש בפסיקה. הגישה המקובלת היא להצביע על פער משמעותי בין חווי"ד הרפואיות כעילה למינוי מומחה שכוה. נראה כי במקרה של פער 10% או יותר, קיימת עילה לכאורה למינוי וזאת כשמבחינת מעמד מקצועי, ותק, הנמקת חוות הדעת וביסוסן יש שוויון.

עפ"י תק"ס 132 לתקסד"א מומחה מטעם ביהמ"ש רשאי לבדוק את התובע, לדרוש ולשמוע חווי"ד מטעם הצדדים, והוא בעל סמכות לקבל רשומות רפואיות מכל אדם או מוסד. מן הראוי להדגיש כי לקביעת מומחה מטעם ביהמ"ש משקל רב. צד שקביעת המומחה מסייעת לו נחשב לצד שזכה ליתרון דינוי משמעותי שביהמ"ש לא יאפשר לצד שכנגד להשתחרר ממנו.

בשנת 1985, בעקבות המלצות ועדת המשנה ליעול ההליכים במשפטים אזרחיים בראשות כב' השופט מלץ, תוקן חוק הפלת"ד ע"י הוספת סעי' 6א לחוק. הרעיון המרכזי בחוק, מינוי מומחה רפואי מטעם ביהמ"ש בלבד. על כן לאור התיקון, עפ"י תקנות המומחים אין הצדדים רשאים לצרף חווי"ד מטעמם והמומחה הרפואי מתמנה אך ורק ע"י ביהמ"ש

בדרכים שנקבעו בתק' המומחים¹⁶. לעומת זאת בעל דין הרוצה להוכיח עניין שברפואה לביסוס טענה מטענותיו ותביעתו אינה תביעת נזיקין כתוצאה מת.ד., יצרף לכתב טענותיו תעודת רופא, או חו"ד רפואית של מומחה. לצד שכנגד שמורה כאמור הזכות לדרוש ולהעמיד נושא חו"ד לבדיקת מומחה מטעמו. ביהמ"ש רשאי כל עת למנות מומחה לעניין שבמחלוקת¹⁷.

כנזכר קודם, על אף מינוי מומחה מטעם ביהמ"ש, אין חוה"ד של המומחה סופית, באופן שאין אחריה ולא כלום¹⁸ והיא כפופה לבדיקה שיפוטית. גישה זו בדבר אי סופיות מסקנות חוה"ד מוצאת ביטוי גם בתקנות 134 ו-135, לפיהן מותר להציג למומחה שאלות הבהרה וכי בסמכות ביהמ"ש, בין היתר, להורות למומחה לבדוק בדיקה נוספת מה שטעון בדיקה, ולהגיש חו"ד נוספת. כמו כן בהתאם לאמור בתקנות, שמורה הזכות לצדדים, בתנאים מסוימים, להביא עדות נוספת של מומחה לעניין הנדון.

עצם יצירת מוסד המומחה הרפואי, והנהגת מתן עדות באמצעות חו"ד בכתב, מהווה הישג של ממש מבחינה דיונית ומבחינה מהותית. לעומת זאת, המגמה למנוי מומחה יחיד מטעם ביהמ"ש, כפי שיושמה בתקנות הפיצויים בשנת 1985, שנויה במחלוקת. מחד מינוי מומחה רפואי נייטרלי יחיד, מהווה פגיעה בעצם זכותו המהותית של כל צד להביא מכלול ראיותיו להוכחת נושאים השנויים במחלוקת, ולפיכך, אין היא רצויה ואין היא צודקת. מאידך, מהבחינה המעשית רצוי לצדדים כי עניינם יובא להכרעה בדרך היעילה, המהירה והזולה ביותר. מטרה זאת מושגת באמצעות מינוי מומחה רפואי יחיד. דיעה אחת גורסת שאין להעדיף את אינטרס ייעול הבריור, הן במישור הדיוני והן במישור העלויות ואין לצמצם את זכויות הצדדים כפי השיטה שהונהגה בתקנות המומחים, לתחום יתר תביעות הנזיקין. בנסיבות מתאימות שיקבע ביהמ"ש, בכל מקרה, תישקל שאלת מינויו של המומחה הרפואי ע"י ביהמ"ש. מובן מאליו שאין לצמצם ו/או לשלול זכויות בעלי הדין באשר לחקירת המומחה והבאת ראיות לסתור. דווקא הקפדה ושמירה על זכויות הצדדים תאפשר הכרעה יעילה וצודקת, תייתר הליכים מקדמיים בדבר מינוי מומחים, ותחומי המומחיות, המתנה למתן חו"ד והגשת בקשות שונות אודותיה, שייתכן כי הן מייקרות את ההליך המשפטי ומסרבלות אותו.

לעומת דיעה זו עומדת דיעה אחרת הגורסת כי השיטה של הבאת מומחים "מטעם" אכן נכונה, אולם התוצאות מושגות

בצורה יעילה, מהירה וזולה יותר בשיטת מינוי מומחה נייטרלי ע"י ביהמ"ש. מינוי ע"י ביהמ"ש, אף שהשיטה והאמצעים אינם מושלמים, מביא לתוצאות ומסקנות נכונות, אמינות ומושגות בדרך יעילה, זולה ומהירה. כיום יש שתי מערכות מקבילות הדנות במינוי מומחים רפואיים: תקנות סדר דין אזרחי, ותקנות פיצויים לנפגעי תאונות דרכים¹⁹.

הצורך והסיבות להקמת ועדת אור ומטרותיה

ועדה זו מונתה עפ"י כתב מנוי של נשיא ביהמ"ש העליון ושל שר המשפטים. בכתב המנוי נקבע: **"הנכם מתמנים בזה כועדה לבדיקת מבנה בתי המשפט הרגילים בישראל. הנכם מתבקשים להמליץ על השינויים הרצויים במערכת בתי המשפט הרגילים מבחינת מבנה המערכת, חלוקת הסמכויות בין הערכאות השונות ובתוך כל אחת מהן, וכן על השינויים המתבקשים הכרוכים בכך במגמה ליעל ולשפר את תפקודה של המערכת"**.

כחברי הועדה נתמנו תאודור אור, שופט ביה"מ העליון (יו"ר), טובה שטרסברג-כהן, שופטת ביה"מ העליון, פרופ' ברוך ברכה, דיקן הפקולטה למשפטים באוניברסיטת חיפה, ועורכי הדין ד"ר אמנון גולדנברג, חיים קלוגמן ופנחס רובין. לאחר תחילת עבודתה של הועדה נוספו לה 3 משקיפים: השופט המחוזי ד"ר קלינג, שופטת השלום יהודית שטופמן וראש לשכת עוה"ד, דרור חוטר-ישי.

הועדה קבעה כי יש למצוא מרפא לפיגור בקיום הדיונים ובהכרעה בהם (על כך עמדה כבר בעבר הועדה לבדיקת המבנה והסמכויות של בתי המשפט בראשותו של נשיא ביהמ"ש העליון משה לנדוי). לדעת הועדה הפתרון הינו רק אם יעמוד לרשות המערכת כח אדם ברמה ובכמות התואמת את הנדרש ממנה, בהתחשב בפונים הרבים לקבל סעד משפטי ובהתחשב בטיב העניינים המובאים להכרעה. הועדה קובעת כי חלוקת הסמכויות הנהוגה כיום בין בתי המשפט מביאה לא אחת למחלוקות והתדיינויות מיותרות בענייני סמכות, וכי במבנה הקיים נדרש ביהמ"ש העליון לדון במספר תיקים רב מעבר ליכולתו עפ"י מספר שופטיו.

א. שאלת העומס

כיום ישנו עומס רב בהליך השיפוט. ועדת אור שמה לה למטרה, בין היתר, לרפא נגע זה. עיקר הרפורמה המוצעת

הינו הרחבת סמכויות בית משפט השלום, דבר אשר ישפיע ישירות על מספר התביעות אשר תתבררנה בפני ערכאה זו.

מהנתונים הקיימים עולה חלוקת הנטל של ההליכים במערכת בשנת 1996: העומס הרב ביותר מוטל על בתי משפט השלום ויתר הטריבונלים השיפוטיים (סך כל ההליכים 942,944) בעוד שסך כל ההליכים שנדונו בבתי המשפט המחוזיים הינו 110,289 וסך כל ההליכים שנדונו בבית המשפט העליון ²⁰ 9,401.

עיון מעמיק בהמלצות מראה שלמרות החלוקה המספרית דלעיל נוצר רושם שעיקר תשומת הלב של הועדה הוקדש למציאת פתרון להקלת העומס המוטל על ביהמ"ש העליון, אם בהעברת סמכויות בג"צ לביהמ"ש המחוזי ואם בהפיכת האחרון לערכאת הערעור המרכזית.²¹

הועדה מבקשת להטיל עומס נוסף ועצום של התדיינויות על בימ"ש השלום ובו בזמן להפוך את ביהמ"מ העליון לבית משפט לחוקה.²²

בהרחבת סמכויות בימ"ש השלום יש כדי להכביד באופן ניכר על המערכת המשפטית וקיים חשש שאת המחיר ישלמו בעיקר האזרחים. ציבור זה ימצא את עצמו לפתע נפגע מעיניו דין כבד מאין כמוהו מעצם זה ש"ימתין בתור", אם למועד דיון אם למתן פס"ד, תקופה ארוכה ביותר.

ברפורמה המוצעת יש כדי לרוקן מתוכן הפרדה מאד ברורה אשר היתווה המחוקק בחוק בתי המשפט (נוסח משולב) התשמ"ד – 1984, בעיקר בהוראות סעיפים 3 ו-4. לדעת פורום הנזיקין של לשכת עוה"ד הרפורמה המוצעת מבקשת למעשה במובלע לאיין כל הבדל מהותי בין כשירות שופטי ביהמ"ש המחוזי לכשירות שופטי בימ"ש השלום. עפ"י סעיפי החוק הנ"ל, קל לראות את ההבדל המהותי שבין שתי הערכאות. ההבדל הזה עולה בקנה אחד עם הנוהג כיום, כאשר תביעות כבדות משקל מתנהלות בביהמ"ש המחוזי. הבדל זה מושרש במערכת מימים ימימה ועומד ביסוד הקמתה.

עפ"י רצון המחוקק עצמו, הכרתו והבנתו באבחנה שבסעי' 3 ו-4 לחוק ביהמ"ש אין להשוות את המיומנות, הידע והניסיון שהצטברו אצל שופטי ביהמ"ש המחוזי, לאלה של שופטי השלום.

לא די בעומס השורר כיום בבתי משפט השלום. זמן ההמתנה

הממושך של הצדדים עד לקבלת הכרעה, מחייב לא להעביר לבתי משפט השלום תיקים כבדי משקל המצויים כיום בסמכות ביהמ"ש המחוזי, עקב אותה הפרדה מלאכותית של "רף" – המיליון ש"ח. לטענת הועדה ההבדל בין התביעות שעוברות את רף המיליון לאלה שמתחתיו טמון בסכום בלבד ולא במורכבות המשפטית. זוהי טענה המחטיאה טיעון עיקרי: שדווקא התביעות שעוברות את רף המיליון הן המורכבות יותר, הדנות בנוזקים גבוהים יותר, ומטבע הדברים המחלוקת בין הצדדים רחבה ועמוקה יותר ודורשת התדיינות ארוכה ומתישה. התדיינות זו כשלעצמה מחייבת ישיבה בדיון של שופט מנוסה ומיומן, אשר יוכל לקיים דיון ענייני יעיל וזריז יותר. עוד טוען הפורום כי הועדה מדביקה תווית של "הפרדה מלאכותית" לרף המיליון החוצץ בין הסמכויות מחד, ומאידך יוצרת בעצמה הפרדה מלאכותית בין ענפי משפט שונים, שהושארו להתדיינות בערכאה ראשונה בביהמ"ש המחוזי. כיצד ניתן לטעון כי שופט שלום ידון בד בבד בתביעות נזקי גוף של 50,000 ש"ח וכן בתביעות נזקי גוף של 5 מיליון ש"ח, אולם לא ישב בדיון בתביעות של קניין רוחני, מיסים ותאגידים מפאת העדר נסיון ומיומנות.

מייצגי הפורום טוענים כי ההבחנה הזו בין ענפי המשפט השונים, העניקה מעמד-על לענפי משפט אחדים ונוגדת למעשה את האינטרס הציבורי הרחב (היות ותביא לפיחות רב במעמד הנושא המהווה 20% מהתיקים המתדיינים בבתי המשפט כיום). לא ניתן להסכים עם עמדת השופט אור שתיק אזרחי הוא תיק אזרחי ללא קשר לסכום, ודין תביעה של 10,000 ש"ח כדין תביעה של 10 מיליון ש"ח. לא כך פני הדברים הן מבחינת הטיעונים המשפטיים והן מבחינת הסוגיות המשפטיות, מבחינת רמת ההוכחה והיקף העדויות. ככל שהתיק גדול יותר וכך הסכומים, העבודה מעמיקה, מקיפה וסבוכה יותר, וכדי להתמודד עימה דרושים כישורים רבים יותר. תיקים כבדי משקל לא יוכלו להגיע לביהמ"ש העליון בהליך ערעור בזכות. להגיע ברשות, זו גם כיום משימה כמעט בלתי אפשרית.

התוצאה שהציבור לא יקבל הלכות מחייבות של ביהמ"ש העליון, ועלולה להתפתח מבוכה ואי-בהירות בפסיקה אם תינתנה הלכות סותרות בבתי המשפט המחוזיים, שבהם יושבים בדיון בדרכי שופטים מנוסים וטובים. חבל יהיה לבזבז מאגר כוחות כזה על דיונים בערעורים, ועל מעט תיקים נוספים, כמוצע ע"י ועדת אור, כשכולנו יודעים כי עיקר השפיטה נעשית ע"י הערכאה אשר שומעת את הראיות.²³

הועדה קובעת כי המערכת ללא יוצאים מן הכלל מתקשה לתפקד וכתוצאה מכך נפגע ציבור המתדיינים ונפגע שמה הטוב של המערכת.

ועדת אור עסקה בשאלות רבות ומגוונות כששאלת המפתח אשר לצורך בירורה הוקמה ואשר לה הוקדש חלק נכבד של הדיונים, היתה: מהו המבנה הראוי של מערכת בתי המשפט (כשכוונה היתה לשני היבטים: למבנה החיצוני של המערכת הנוגע לקביעת הערכאות השונות ולעניינים בהן ידונו, ולמבנה הפנימי הנוגע לחלוקת העבודה בתוך כל ערכאה וערכאה).

להלן נתרכז בהמלצות הועדה הנוגעות לתיקונים בסדרי הדין ונתייחס רק לחלק מההמלצות הנוגעות לתביעות נזקי גוף באופן ישיר: הועדה קובעת כי יש להגביל את האפשרות להגיש בקשות רשות לערער על החלטות ביניים הניתנות במהלך הליכים אזרחיים²⁴. הועדה ממליצה על הכלל כי תקיפת החלטות כאלה תיעשה בסוף ההליך, לאחר מתן פס"ד, כשחריגים לכלל זה יש לקבוע רק במקרים מוגדרים²⁵ (ביניהם החלטות בעניין מינוי מומחים עפ"י כל דין).

(א) הועדה ממליצה לאמץ סדר דין אחיד לעניין מינוי מומחים והגשת חווה"ד שלהם, בכל סוגי התביעות לפיצויים בגין נזקי גוף. הועדה נוטה לקבל את ההסדר שבחוק הפיצויים לנפגעי תאונות דרכים כהסדר עדיף.²⁶ כן ממליצה הועדה לקבוע הסדר אחיד לעניין התקף שיש לקביעת נכות עפ"י כל דין, על מנת שתחול בכל התביעות לפיצוי בשל נזקי גוף.²⁷

(ב) כדי למנוע בזבוז הכרוך במגנונים מיותרים לקביעת נכות לפי חוקים שונים, יוקמו מרכזי בדיקות רפואיות בהם יהיה על הנפגע להיבדק ולקבל חוו"ד רפואיות אשר יחייבו לצורך תביעות עפ"י כל החוקים כולם.²⁸

על מנת ליישם את הרפורמה הסבוכה המוצעת, ממליצה הועדה על שורת צעדים כמו תיקוני חקיקה, הגדלת תקנים לשופטים, תגבור המערך המנהלי, תגבור המחשוב בבתי המשפט, גיבוי תקציבי, הקמת ועדת מעקב ועוד.²⁹

המלצות הועדה בנושא תיקונים בסדרי הדין

א. הגבלת בקשות רשות ערעור על החלטות ביניים

עפ"י המצב היום, "החלטה אחרת" של בית משפט השלום והמחוזי ניתנת לערעור לאחר נטילת רשות משופט של ערכאת

הערעור. סעיפים 41(ב) ו- 52(ב) לחוק בתי המשפט. זאת, בשונה מפסה"ד של כל אחת מערכאות אלה, בשבתן כערכאת דיון ראשונה הניתנת לערעור בזכות.

עפ"י הועדה, בתי המשפט לערעור מוצפים בבקשות למתן רשות ערעור על החלטות אחרות של הערכאה הדיונית. מרביתן החלטות ביניים. בביהמ"ש העליון מוגשות עד 60 בקשות כאלה מידי חודש (בקשות אלה דורשות המצאת תגובות ותגובות שכנגד ועל השופט הדין בבקשה מוטלת חובת העיון בתיק מספר פעמים במרווחי זמן משתנים). לדעת הועדה הזמן השיפוטי לטיפול בכל בקשה רב, ובמרבית המקרים אין הצדקה למתן רשות ערעור מכיון שניתן לערער על כל החלטות ביניים במסגרת ערעור על פסה"ד. הועדה מציינת כי מתן אפשרות לערער ברשות על החלטות ביניים גורמת לעכוב במהלך הדיון בערכאה הדיונית.

עמדת ועדת אור: אין הצדקה לאפשר ערעור ברשות על כל "החלטה אחרת" בהליכים אזרחיים ויש להותיר תקיפתן של החלטות אלה במסגרת ערעור על פסה"ד. על אף המלצתה זו מסייגת הועדה את דבריה בכך שאף לשיטתה בהחלטות מסוימות מוצדק כי תשמר האפשרות לקבל זכות ערעור לאחר נטילת רשות. הועדה מביאה שורה של עניינים מיוחדים הראויים לכך, וחשוב במיוחד העניין האחרון שהובא: המדובר בהחלטות בעניין מינוי מומחים עפ"י כל דין. הועדה מודה כי בסוגי תביעות מסוימות, השאלה אם ימונה מומחה רפואי אם לאו, מהווה צומת חשוב היות והחלטה מוטעית בעניין זה עלולה להעלות את הדיון על מסלול מוטעה, ושינוי ההחלטה בערעור עשוי להביא לתפנית בכל מהלך הדיון. מוצדק על כן לתת אפשרות לערער על החלטה זו כבר בעיצומו של הדיון בערכאה הדיונית. כך למשל, כשביהמ"ש מסרב למנות מומחה רפואי במסגרת דיון בתביעה לפי חוק הפל"ד. אם ייקבע בשלב הערעור על פסה"ד כי ביהמ"ש טעה בהחלטתו, יימצא שכל חישוב הפיצויים שנערך בערכאה הדיונית מבוסס על תשתית עובדתית מוטעית, ויהיה צורך לעורכו מחדש. על מנת למנוע מצב בלתי רצוי זה, יש לאפשר לבעלי הדין לבקש רשות לערער על החלטה זו עם נתינתה, ולא לחייבם להמתין לשלב שלאחר מתן פס"ד סופי.

אך האם רק השאלה אם מומחה רפואי ימונה או לא ימונה עלולה להעלות את הדיון על מסלול מוטעה? קצרה היריעה מלהכיל עניינים משפטיים שיקבעו התשתית לפסה"ד, העולים במהלך דיון בערכאה ראשונה: מקדמיים ואף מאוחרים (בשלב ההוכחות) אשר החלטה בהם תהווה צומת חשוב היות

והחלטה מוטעית בעניין עלולה אף היא להעלות את הדיון על מסלול מוטעה (כלשון הועדה). אי מתן אפשרות לבקש רשות לערער עלולה לסתום את הגולל ולהסב נזק עצום לצד להליך.

מגרת נוספת: כאשר מערערים רק לאחר הפסיקה הסופית, ערכאת הערעור סומכת ידיה על חומר הראיות שעמדו בפני ביהמ"ש קמא ואם לא התאפשרה הוספת ראיה ונחסמה הדרך לבקשת רשות ערעור. ערכאת הערעור כלל לא תהא מודעת לאותה ראיה. אם יתירו ערעור גם על החלטות אחרות במסגרת הערעור המלא בלבד, יוצר מצב שלעו"ד לא יהיה מה להפסיד ו"זרוק" לערעור כל החלטת ביניים שהוחלטה, וכתב הערעור יתחיל משאלת סמכויות, דרך פסלות שופט וטענות מטענות שונות ורבות. מכאן שכל הערעור יהיה דיון בכל מרכיבי המשפט מתחילתם ותיבחן כל החלטה והחלטה ובכך יישמט כל הבסיס עליו נשענת הפסיקה של ביהמ"ש מהדרגה הראשונה. עובדה זו תיצור תחושה פסיכולוגית אצל שופטי הערעור שיתייחסו בקלות ראש לסעיפי הערעור של החלטות מקדמיות ויעדיפו "לדלג" ולהתמקד בטענות הערעור העיקרי.

הועדה קובעת כי רק באותם מקרים שציננה יש לשמור על האפשרות לערער על החלטות אחרות, לאחר נטילת רשות. ביתר העניינים קובעת הועדה באופן גורף כי ניתן לבטל את האפשרות לערער ברשות על החלטות אחרות. הועדה מוסיפה כמעט באותה נשימה כי לדעתה יש להותיר את רשימת העניינים פתוחה כדי שניתן יהיה להוסיף עניינים בהם יתאפשר ערעור ברשות על החלטות אחרות, אם יתברר כי יש צורך בכך. ומה - אייפא - הועילו חכמים בתקנתם? הרי הועדה מחד "סגרה את הדלת" אך "מסרה את המפתחות" לפתיחת הדלת לשופטים אשר מרצונם ייצקו תוכן ופרשנות וירחיבו הרשימה ובכך יכניסו ב"דלת האחורית" הרבה מאד עניינים ראויים, שלא הקדישה להם הועדה מחשבה בכלל... בעקבות זאת יוגשו ערעורים ותיגרם הכבדה נוספת ובלתי מוצדקת על ביהמ"ש.

מכל האמור נראה כי המטרה בבסיס תיקון סדר הדין המוצע לא תושג, ואף תיצור הכבדה נוספת מכיוון אחר. על כן נראה כי על מנת לחסוך בזמן שיפוטי יקר בנושא בקשת רשות ערעור על החלטות אחרות עדיף להשאיר על כנו את המצב הקיים.

ב. הסדר אחיד להוכחת עניינים רפואיים בתביעות בגין נזקי גוף

שאלה מרכזית בתביעות של נזקי גוף, היא מה הנזק הגופני שנגרם לתובע עקב התאונה בה נפגע. כדי לקבוע זאת, נדרשת חו"ד רפואית אשר תפרט את הנזק הגופני שנגרם בתאונה, ותקבע את הנכות שנותנה, אם נותרה, עקב התאונה.

הדין הוא שעניין שברפואה יש להוכיח באמצעות מומחים רפואיים. כך בתביעות נזיקין המבוססות עפ"י פקודת נזיקין (נוסח חדש) וכך בתביעות לפי חוק פל"ד. אלא שסדרי הדין בדבר הגשת חו"ד רפואיות ע"י מומחים אינם זהים בשני מסלולי תביעה אלה (כפי שפורט קודם לכן).

לדעת הועדה לכאורה אין כל הסבר משכנע מדוע בכל תביעות נזקי הגוף לא יחול הסדר זהה, שעה שבכולן מבקשים להוכיח את אותו הדבר עצמו - מצבו הרפואי של התובע³⁰. עדת אור סברה כי ראוי לקבוע בהקדם הסדר אחיד לכל התביעות על נזקי גוף. כך יימנעו טעויות ובלבול מיותר ויונהג הסדר אחיד אשר יימצא יעיל וראוי יותר. הועדה קובעת כי לדידה ההסדר שבחוק הפיצויים עדיף על ההסדר שבתקנות סדר הדין הנוכחי.

ג. קביעת דרגת נכות עפ"י כל דין - כהסדר העדיף

ועדת אור סבורה כי יש לקבוע עמדה אחידה לגבי הוראות סעיף 6 לחוק הפיצויים. המקרה הרגיל בו נעשה השימוש בסעיף זה הוא, כשתאונת דרכים היוותה גם תאונת עבודה במובן חוק הביטוח הלאומי (נוסח משולב) התשנ"ה - 1995 (להלן: "חוק הביטוח הלאומי"), ולפיכך נקבעה לנפגע דרגת נכות ע"י ועדה רפואית של המל"ל. הועדה מציינת כי פעמים רבות קביעת הנכות כאמור מחייבת בתביעת הנזיקין של מי שנפגע בתאונת דרכים, וכי בחלק גדול של המקרים די בקביעה כזו של דרגת הנכות כדי לייתר את הצורך במינוי מומחה או מומחים רפואיים ע"י ביהמ"ש. הועדה מתעלמת ממצב בו נסתרה קביעת הועדה הרפואית, או מצב בו קבעה שורת נכויות זמניות לאורך זמן ואף סיטואציה בה נעשתה פניה למל"ל אך הועדה הרפואית טרם התכנסה כדי לקבוע נכותו של הניזוק³¹.

הועדה מביעה דעתה כי לעניין תביעות בגין נזקי גוף (עפ"י פקני"ה הן בעילת רשלנות רפואית והן עבור נפגע תאונת עבודה,

כשכוונתה לבסוף לכל תביעות נזקי הגוף רצוי להשוות את מצבם של התובעים לזה של התובעים לפי חוק הפיצויים. הועדה ממליצה שהדבר ייעשה ע"י חקיקת הוראה דומה להוראת סעי' 6ב לחוק הפיצויים, שיחיל הסדר דומה גם על תביעות עפ"י פקני"ז.

רבות דובר על מגרעות הפקדת קביעת דרגת הנכות בידי המוסד לביטוח לאומי ולעניין זה נביא מס' דוגמאות:

באפריל 1995 פורסם³² מקרה בו טען תובע כי הועדה הרפואית שדנה בעניינו לא קיבלה את טיעוניו שנגעו לנזק בעמוד השדרה שנגרם במהלך עבודתו. משנדחו טיעוניו פנה באופן פרטי לרופא שעמד בראש הועדה, תוך שהוא מסווה זהותו. מששילם לרופא סכום נכבד, המציא לו הלה חו"ד המתייחסת לנזק קשה, תוך המלצה להכיר באיש כזכאי לפיצוי בשיעור גבוה יחסית.

ההנחה הינה כי זהו מקרה חריג, אולם קיימת כאן – ללא ספק – בעיה לא קלה. הועדות הרפואיות של המל"ל או של משהב"ט פועלות מכח חוק, ובהיותן טריבונל מעיין שיפוטי, הן אמורות לשמור על הפרדה גמורה בין הועדות עצמן לבין הגוף המשפה. לעומת זאת המצב הקיים בשטח מזמין מערכת יחסים שונה בתכלית. אם להלכה נבחרים ומתמנים חברי הועדות ע"י השרים הממונים על ביצוע החוק (לדוגמא – שר העבודה והרווחה) הרי בפועל נעשה המניע ע"י האורגניזם הרפואיים המוסמכים במל"ל או במשהב"ט. מאחר ותמורת ההשתתפות בוועדות ניתן פיצוי כספי העשוי להיות משמעותי ביותר, עלולה להיווצר זיקת אינטרסים בין חברי הועדות לבין הגורמים הממנים. זיקה זו – די בה כדי להציב סימן שאלה רציני ביחס לכשרון של הועדות לשמור על עקרונות מקובלים בעשיית צדק.

ועדה רפואית עררים היא הטריבונל הגבוה ביותר בהירארכיה הרפואית, והיא שומעת ערעורים על החלטות של הועדות הרפואיות. אבל יש לזכור כי החוק קובע מפורשות כי ערכאה משפטית שדנה בערעור על החלטת ור"ע, לא תשים עצמה בנעלי הור"ע, ככל שהדברים נוגעים להחלטות המקצועיות של האחרונה, אלא בשאלות שבחוק. אותה הקונסטרוקציה המשפטית המכונה "שאלות שבחוק" מצומצמת ביותר, ומתייחסת בדבר"כ להמנעות של הועדה מהנמקה מדוע התעלמה (הועדה) ו/או דחתה חו"ד שהוגשה מטעם התובע³³.

זהו מצב חמור ביותר והוצעה כבר הפרדה ממשית וברורה בין הגופים הממלכתיים המשפיים ובין הועדות לצורך קביעת

שיעור הנכות. הוצע בעבר להפריד בין קביעת הליקוי הגופני לבין קביעת שיעור המגבלה התפקודית, חידוש אשר יחייב שיתופם של מומחים מתחומים מקצועיים נוספים, דהיינו שלא משדה הרפואה. כן הוצעה הרחבת עילות התערבותו של ביהמ"ש בהחלטות הוועדות.

נראה כי אקטביזם שיפוטי – על דרך הרחבת העילות הבאות במנין "שאלות שבחוק" יוכל לחולל מהפך משמעותי, ולתת מענה מידי לכמה מן הבעיות הקשות שמעורר המצב הנוכחי. הוצע כי במסגרת זו יוכל ביהמ"ש:

א. לבקר הרכב ועדה רפואית, אם ההרכב לא יהלום את המקרה הנדון.

ב. להפעיל סמכותו ולאמץ חו"ד מטעם מומחים בעלי בקיאות מיוחדת, כאשר מומחים אלה יוכיחו פגם בשיקול דעת הועדה (לרבות אלמנטים של מחדל בידע העדכני הרלבנטי לבעיה הנדונה).

ג. להורות על דיון חוזר בתיק כאשר הסתבר כי לא נערכו הבדיקות המתאימות; כי לא נעשה רישום נאות של הפרוטוקול; כי לא ניתנה לתובע הזדמנות הולמת להגיש את טענותיו ו/או כל עילה סבירה אחרת.

ביקורת נוספת על המנגנון האוכל כל חלקה טובה וצידוד בצמצום הרעות החולות המתעוררות השכם וערב מפתחו של סעי' 6ב לחוק הפל"ד, הושמעו ע"י שופט ביהמ"ש העליון (בעת היותו שופט ביה"מ המחוזי בחיפה) חנוך אריאל וע"י ד"ר משה לוטם, רופא אורטופד³⁴, "פוסק" לשעבר בוועדות הרפואיות של המל"ל.

כב' השופט אריאל מכנה את סעי' 6ב "צרה צרורה" ומאשים באופן חלקי את עצמו כמי שישב בוועדת מלך. לדבריו **"הסעיף הזה הוא לא טוב. הוא גורם להרבה דיונים והוא מטריד את ביהמ"ש. בגלל סעי' 6, 6א, 6ב אנו לא זזים מהפרוזודור של העניין, של הוועדות... וצרכים להחליט כל יום החלטות חדשות בנושא הזה"**³⁵.

מנגד - ד"ר לוטם מגלה נסתרות על אופי פעולת הועדות במל"ל. לדבריו הרופא מקבל שכר דל כשהחלטותיו שם בדבר פיצוי מגיעות למיליונים. לדבריו - כשאומרים "ועדה רפואית" לרוב זהו רופא יחיד שנקרא "ועדה". ד"ר לוטם מגלה כי העבודה נעשיית בשעות הערב; הרופא מגיע עייף מיום עבודה ארוך במקום אחר ולעיתים לאחר תורנות. הוא משתדל – לפעמים באופן תת הכרתי – לקצר את משך הישיבה, כדי שיגיע סוף סוף הביתה. מובן שרופא זה אינו מסוגל להתרכז

ילקו באותם הליקויים. על כן נראה כי עדיף המצב השורר על חסרונותיו מאשר המצב המוצע על תחלואיו ומגרעותיו.

ד. מרכזים רפואיים לבדיקות וקבלת חוו"ד מומחה

הועדה מעירה כי בתביעות בגין נזקי גוף לפי פקנ"ז ולפי חוק הפיצויים וכן עפ"י חוקים סוציאליים שונים המקנים לנפגע הטבות שונות, נדרשת קביעת דרגת נכות של נפגע (ראו, למשל, סימנים ה', ו' לפרק ה' של חוק הביטוח הלאומי, והפרק השלישי לחוק הנכים (תגמולים ושיקום) (נוסח משולב), תשי"ט – 1959). במסגרת כל אחד מהחוקים הוקמו ועדות רפואיות לשם קביעת דרגת הנכות. נכון הדבר כי קיימים מנגנונים שונים שנועדו למטרה אחת – הוכחת מצבו הרפואי של הנפגע. מתמנים מומחים המגישים חוו"ד לוועדות ולכל ועדה מנגנון מינהלי משלה. הועדה קובעת כי מצב זה אינו מוצדק ודורש שינוי. הועדה ממליצה להקים מרכזים לבדיקות רפואיות בהם יהיה על הנפגע להבדק לצורך קבלת חוו"ד רפואיות אשר יחייבו בתביעות עפ"י כל החוקים כולם, כולל בתביעות לפיצויים בגין נזקי גוף. הצעות ברוח זו הועלו בעבר, בין השאר ע"י נשיא ביה"מ העליון (לשעבר) כב' השופט מאיר שמגר.

לדעת הועדה הקמת מרכזי בדיקות עשויה למנוע כפילויות, לחסוך בכח אדם מינהלי ולחסוך עלויות מיותרות, ותבטיח קבלת חוו"ד מהימנות מגורם אובייקטיבי. הקמת מרכזים כאלה תביא לחסכון בהליכים ובמשאבים כספיים בתביעות על נזקי גוף לסוגיהן. לדעת הועדה יקוצר מהלך הדיון בתביעות על נזקי גוף. המלצה זו אינה אלא בבחינת ניסיון להחיות מתים, שכן נדחתה כבר בעבר, כשלא אימצו את מסקנות ועדת ברנזון, ומשכך הדבר אין מקום להעלותה מחדש.

ועדת ברנזון מונתה ביום 1.3.89 ע"י שר האוצר דאז שמעון פרס וע"י שר המשפטים דאז דן מרידור. מתפקידה היה לבדוק אופן יישום חוק הפלת"ד ודרכים לפישוט ושיפור ההליכים בכל הקשור לתביעות המוגשות עפ"י אותו חוק ע"י נפגעי תאונות דרכים. הועדה התבקשה לבחון – בין היתר – אם הושגו היעדים שהוצבו בעת חקיקת החוק. מה העלות הכספית של הפעלת החוק לכלל המשק והאם יש צורך לשנות דרכי הפעלתו, לרבות הרעיון לעשות זאת באמצעות המל"ל. בפרק ו' לדו"ח ועדת ברנזון הומלץ ע"י הועדה: להקים ועדות רפואיות ארציות לקביעת נכות לצורך כל דין, בדרגה ראשונה

כראוי, ולא מפליא אם החלטותיו תהיינה שגויות. לשיבת ור"פ מוזמנים "לקוחות" והועדה נדרשת לעבוד בקצב מטורף שתוצאתו: שטחיות בשיקול וטעויות בהחלטות. כל רופא עושה מאמץ בישיבה לא לחרוג ממכסת הזמן. קריאת חומר רקע, קבלת אנמנזה, בדיקת הנפגע, שקילה והגעה להחלטה, ולהכתיב את ההחלטה למוכיר הישיבה, כל זה ברבע שעה. אם הנבדקים הראשונים גזלו יותר מ- 15 דקות כל אחד, לא נשאר זמן לפציינט האחרון וכאן יפעיל הרופא "טריק" וידחה את הטיפול באיש האחרון לוועדה נוספת, ע"י קביעת נכות זמנית. ואז אין צורך לכתוב נימוקים והחלטות ולכך לא דרוש זמן. כך נחסך זמן לוועדה אך לא לתובע שצריך לחזור שוב ושוב למל"ל.

לעיתים קרובות הועדה מונעת מהתובע להתבטא ומאיצה בו לקצר. גם הבדיקה חפוזה ולא מדויקת. תנאי עבודה אלה, בנוסף לשכר הירוד, מרתיעים רופאים בכירים, ומספר הרופאים שמוכנים לשבת בור"פ הולך ופוחת והרמה יורדת³⁶.

בועדות העררים המצב אינו טוב בהרבה. כאן אמנם יושבים שלושה רופאים, אך רק אחד מהם מומחה לנושא המובא לדיון. כמובן ששני הרופאים האחרים, יהוו חותמת גומי להחלטותיו של המומחה. המסקנה עפ"י ד"ר לוטם שועדת העררים, שהיא לכאורה אינסטנציה יותר גבוהה, אינה רצינית. הוא קובע כי מצב זה מוביל ליותר החלטות שגויות, וליותר בדיקות שטחיות. ד"ר לוטם מצביע על בעיות של מנגנון מנוון: עובדי המל"ל אינם מכינים תיקים כנדרש. לא פעם קורה שלא השיגו את כל פרטי העבר הרפואי של התובע ולא טרחו לעקוב אחר מתחזים. הועדה במל"ל אינה דיאגנוסטית ואין מתפקידה להורות לרופא המטפל איזה בדיקות לערוך לשם בירור האבחנה. **"כשמתקבלת החלטה שטחית שום כח בעולם לא יוכל להפוך החלטה כזו של ועדת עררים"**³⁷. (ד"ר לוטם מביא דוגמאות מצמררות מניסיונו, אשר מעלות תהיות רבות האם זו הדרך הראויה לקביעת דרגות נכות של נפגעי תאונות הסובלים מנכויות ומהפסדים כספיים המטלטלים את חייהם מן הקצה אל הקצה בעקבות פגיעותיהם).

לאור כל האמור מובן שלנגד ועדת אור לא עמדה הביקורת על אופי ודרך פעולת הועדות הרפואיות במל"ל. נדרש שהמרכזים הרפואיים לבדיקות וקבלת חוו"ד מומחים יפעלו באותה דרך, פחות או יותר, משום שבסופו של דבר מדובר במנגנון המזין את עצמו ועם אותה אוריינטציה מחשבתית וקרוב לודאי עם אותם הרופאים, שיכוננו בשמות אחרים אך

ובדרגת ערעור. אולם בד בבד הומלץ ברוב דיעות חברי הועדה כי אין להעביר את הטיפול בנפגעי תאונות דרכים אל המל"ל.

ההמלצות העיקריות של ועדת ברנזון התמקדו בקיצוץ דראסטי בזכויות של נפגעי תאונות דרכים, והן מתחלקות להמלצות הפוגעות בהיקף הפיצוי והמלצות הפוגעות בדרכי המימוש של הזכויות לפיצוי, תוך שלילה כמעט מלאה של מעורבות בתי המשפט בהפעלת החוק. ההמלצות שוללות כמעט לחלוטין את זכותו של הנפגע להזקק לשם קבלת הפיצוי המגיע לו למערכת בתי המשפט. זכות הנחשבת כזכות חוקתית בסיסית בכל משטר דמוקרטי. נפגע לא יהא רשאי לפנות לבית המשפט, אלא אם הגיש קודם לכן את תביעתו לוועדות רפואיות הפועלות מחוץ למסגרת המערכת השיפוטית והמשוחררות ממרות ומפיקוח בתי המשפט. ועדות אלה תופקדנה גם על קביעת הנכות התפקודית, תפקיד שנתפס מימים ימימה כתמצית המעשה השיפוטי והחורג מעצם מהותו מהקביעה הרפואית הצרה.

הנפגע לא יהיה זכאי לייצוג משפטי בפני הועדות הרפואיות, למרות שועדות אלה קובעות הלכה למעשה את גורל תביעתו ולמרות שזכותו לייצוג משפטי הינה אחת מאבני היסוד של כל משטר דמוקרטי תקין. גם כאן הוקרבה זכות הייצוג על מזבח "היעילות" ו"פישוט" הליכי הדיון³⁸.

ה. דחיית ההמלצות לתיקונים בסדרי הדין בתביעות הנזיקין

עמדת הפורום (הכוונה לפורום הנזיקין של לשכת עוה"ד): אין לקבל ההמלצה לאימוץ סדר דין אחיד לעניין מינוי מומחים והגשת חוו"ד שלהם בכל סוגי התביעות לפיצויים בשל נזקי גוף, באופן שיוחל ההסדר שבחוק הפיצויים לנפגעי תאונות דרכים כהסדר העדיף.

חוק הפלתי"ד ופק' הנזיקין אלה שתי סוגיות שונות ואין הצדקה לחרוג מהדין הקיים, אף שיש ביניהן נקודות משיקות. תביעה לפי פק' הנזיקין מורכבת יותר ולו בשל העובדה כי על התובע לעבור תחילה את משוכת ההוכחה של אחריות הנתבע ואין הצדקה לכפות עליו סדרי דין הנוהגים בתביעות המתנהלות עפ"י חוק שבו כלל לא נבחנת שאלת האחריות³⁹. מה גם שבתביעות מסוג רשלנות רפואית, למשל, החלת סעי' 6א תהיה בלתי הגיונית ובלתי ישימה, שכן התובע מוצא עצמו נלחם בכל הממסד הרפואי (על מנת לחלץ חוו"ד מרופא אשר "קוברת" - כלשון הרופאים - עמית למקצוע), שהמומחה

מטעם ביה"מ הינו חלק ממנו. סעי' 6א יחייב נפגע אשר תובע בגין נזקי גוף, לצרף בקשה למינוי מומחה ע"מ להוכיח עניין שברפואה. דחיית בקשה כזו ע"י שופט תסתום את הגולל כמעט באופן מוחלט על ניסיונותיו של התובע להוכיח כי נותרה לו נכות בגין פגיעתו.

ראוי כי תוחלנה תקנות סדר הדין האזרחי באשר למינוי מומחים, ע"מ לאפשר לנפגע להוכיח עניין שברפואה ללא חשש ממחסומים דיוניים, הניתנים לשינוי ע"י השקעת כסף וזמן.

בנוסף יצר סעי' 6א תופעה מיוחדת: נפגעים עם פגיעות קלות מתיצבים לפני רופאים. הם מקווים "לדוג" את ראשית הראיה באישור רפואי כלשהו. נוצר מצב אבסורדי: מחד נפגעים קלים העושים לעניינם בבתי חולים ובקופות החולים "זוכים" למינוי רופא מומחה ואילו הנפגעים הקשים שלא "טרחו בערב שבת" נחסמת דרכם למינוי מומחה בעניינם וביהמ"ש מסיק כי הינם בריאים.

רעה נוספת הינה העברת שיקול דעת של ביהמ"ש למומחה של ביהמ"ש באשר למינוי מומחה נוסף מתחום אחר, וזאת לאחר שנפגע ביקש מינוי בכמה תחומים. בכך פוגע ביהמ"ש בזכויות הנפגעים כתובעים ולמעשה מעביר את שיקול הדעת לרופא.

אין צורך לפרט מה תעולל לנפגע פרוצדורה כזו בתביעת רשלנות רפואית, כאשר רופא מן הממסד יצטרך להמליץ על מינוי מומחה נוסף בתביעה נגד הממסד אשר מידו ניזון אותו רופא.

עפ"י עמדת לשכת עוה"ד יש לבטל את סעי' 6ב לחוק הפיצויים כליל ולצמצם את תחולת סעי' 6א לחוק הפיצויים. מכאן שהמלצת ועדת אור להרחיב תקפו של סעי' 6ב באופן שיחול על כל התביעות לפיצוי בשל נזקי גוף הינה חמורה ביותר. עפ"י לשכת עוה"ד שחבריה מייצגים את הנפגעים יום יום בפני בתי המשפט, המציאות מלמדת כי מנגנון סעי' 6ב לחוק הפיצויים גורם לא אחת לפגיעה מהותית בזכויות המתדיין וסופו שהוא מכביד על ההתדיינות המשפטית ותורם להגברת העומס המוטל על מערכת המשפט. מן הראוי שיוחל סעי' 6א בלבד ובמתכונת מצומצמת על מנת לבער את הנגע הרע אשר פשה בגין סעי' 6ב הגורם לעיבוד ההתדיינות והכרעת הדין: כיום נפגע אשר עומד בפני ור"פ של המל"ל (אשר לחבריה תלות במל"ל, ואין ספק שאינם מהווים תחליף שווה-משקל

למומחה נייטרלי – הממונה ע"י ביהמ"ש, בכל אותם תיקי תאונות דרכים בהם אין זיקה למל"ל, מוצא עצמו לרוב מקופח ע"י קביעת הוועדה הרפואית, ואינו יכול להמשיך בהליך מיצוי תביעתו בפני ביהמ"ש, משום שעליו להתרכז במספר מישורים שונים: הגשת ערר על החלטת הוועדה רפואית מדרג ראשון. בינתיים - עד שהחלטת ועדת הערר מתקבלת חולפים חודשים, יומו בביהמ"ש נדחה ונגרמות לנפגע הוצאות מיותרות להשגת חו"ד של רופא פרטי, אותה הוא מגיש לוועדת הערר במסגרת ערעורו. במקרים רבים, הוא נאלץ להגרר לבית הדין לעבודה עקב המשך קיפוחו, ושוב נמצאים הצדדים בהמתנה, עד להכרעת הדין בערעור בביהמ"ד לעבודה, שלרוב מחזיר את העניין לבדיקת ור"פ נוספת וזנכור כי אין הגבלה שהוועדה הרפואית הזו תהיה באותו הרכב כמו הקודמת...

המלצה זו של הוועדה, עפ"י הפורום, שגויה ואינה עולה בקנה אחד עם המטרה שהיתה לנגד עיני הוועדה. שהרי ברי לכל שהמשך עבודה במתכונת זו ואף הרחבה של יישום סעי' 6ב – יש בהם כדי לגרום להצטברות תיקים בביהמ"ש מבלי שהערכאות יכולות למלא את ייעודן כמכריעות בסכסוכים אשר התגלו בין הצדדים.

סעי' 6ב תורם אף להכבדה על מערכת המשפט נוכח הפתח לבעלי הדין להגיש בקשות להביא ראיות לסתור קביעת המל"ל. כך נמצאת מערכת המשפט סובבת במקום פעמים רבות. דיונים ממושכים סביב מחלוקת נקודתית אשר נכפית על המערכת בגין הוראת סעי' 6ב אשר השלכתו הישירה הינה עיכוב מערכת המשפט וגרימה לצדדים להתעסק בתפל, תחת לקדם עניינית את הטיפול בתביעות.

הקמת מרכזים כפי שהוסבר לעיל תביא למצב בו הנכות תיקבע ע"י ור"פ (שתקבל שם כזה או אחר). רופא המרכז היושב בועדה יעזור בחו"ד של יועץ בית חולים שבתוך כתליו נמצא המרכז (כגון: רופא מומחה למחלות א.א.ג., פסיכיאטר וכד') אשר יתמנה ו/או יתפקד עפ"י בקשת המרכז הרפואי. המרכז הרפואי יממן את הישיבה של הוועדה, יקבע מי הרופא שישב בה, באיזה נושא ובאיזו ועדה. המרכז ימנה את מזכיר ישיבת הוועדה (שיהיה פקיד מרכז הבדיקות) בנוסף - ישיבות הוועדה תתקיימנה במשרדי המרכז. תופעה זו תביא לאינסוף תקלות ולאפלי ערעורים משפטיים שרובם ככולם יהיו נטולי בסיס. השיטה הזאת, שמוכרת לנו היום במל"ל, מכבידה מאד על המערכת ומייקרת אותה לאין שיעור⁴⁰. אין ספק כי בבסיס ההצעה לנטילת מונופול הוועדות הרפואיות במל"ל, עומדת

כוונה מבורכת שמשמעותה התנתקות מכמה תופעות שליליות בולטות בשיטתנו הנוכחית:

א. עצם הרגשת הנפגע שהוא "אינו שווה" בפני הוועדה עם הצד שכנגד, דהיינו המל"ל.

ב. "השליטה" על הרכב הוועדות כשרופא המל"ל הוא הממנה את הרופאים ויודע מראש מהי גישת כל רופא.

ג. חוסר ציוד מינימלי בעת הבדיקה בבניין המל"ל.

ד. אימוץ אוטומטי של חו"ד של יועצים חיצוניים המתמנים ע"י הוועדות.

ה. ערעור כמעט אוטומטי על מרבית התוצאות הזמניות, דבר המצריך הרכב של 3 רופאים לשמיעת הערעורים⁴¹.

נשאלת השאלה האם ניפרד הלכה למעשה מרעות חולות אלה. הרגשת הנפגע לא תשתנה כל עוד לא יופרטו בתי החולים. הרי התשלום למרכז יבוצע ע"י הגוף המזמין את הוועדה – המוסד לביטוח לאומי. הרופאים חברי הוועדה ייקבעו מתוך מאגר של משרד הבריאות. רופאים אלה יודעים כי שכרם משתלם בסופו של דבר דרך הגוף המזמין ועבודתם עד היום לא היתה בחלל ריק. אין ספק כי יהיה צורך ממשי להוכיח כי הרכב הוועדות במרכז לא ייקבע ע"י "ועדה מסדרת". הדבר נחוץ כדי למגר את תחושת הקיפוח, אי השוויון וחוסר הצדק אשר מלווים כיום נפגעים וע"מ להמנע מהנצחת המצב בהסדר החדש. לגבי בדיקות וציוד, אכן אין אופטימלי ממתקנים של בתי חולים, אולם, האם כשיציפו אלפים את מרכזי הבדיקה, ייעשה שימוש בציוד הרפואי המצוי בבתי חולים, או שמא תהפוכנה הוועדות לוועדות לא דיאגנוסטיות העובדות בשיטת הסרט הנע.

סיכום

סקרנו על קצה המזלג את המצב המשפטי הקיים, על מנת לבחון בצורה השוואתית את מסקנות ועדת אור בענייני מומחים רפואיים ורפואה, ובעניין של התובעים בתביעות נזקי גוף בישראל.

נבחנה ההמלצה לחסימה דיונית של הגשות בקשות רבות ערעור בעניינים מסויימים, ונוכחנו בבעייתיות של יישום ההמלצה, בעוול לצדדים המתדיינים מחד ובבזבוז זמן השיפוט היקר מאידך. הוצגו תופעות הלוואי של סעיף 6ב לחוק הפל"ד, הטרדתו את ביהמ"ש בדוגמת "חצר התדיינות" עשירה מיותרת הגוזלת את זמן השופטים אשר נאלצים להחליט יום יום החלטות חדשות במבלי להתקדם מפרוזדור

העניין של הועדות. הודגמו מחלות המנגנון של ור"פ אותן ירשו למצער מרכזי הבדיקות הרפואיים שהומלצו ע"י ועדת אור.

ניסינו להציג כיצד המטרות מאחרי ההמלצה להקמת מרכזי בדיקות, בדמות מניעת כפילויות, חסכון, ייעול וקבלת חו"ד אובייקטיביות, לא יתממשו ואף יגרמו לסרבול נוסף ועוול לתובעים. הדגמנו כיצד תרמסנה זכויות יסוד של כל משטר דמוקרטי תקין, בעיקר הזכות לייצוג משפטי בפני ועדות רפואיות ומרכזי הבדיקות המוצעים, וכל זאת על מזבח היעילות ופישוט הליכי הדיון. לפיכך נראה לנו כי עדיף המצב הקיים על פני המצב המוצע ורצויה חשיבה מעמיקה נוספת שתביא בחשבון את מכלול המגרעות והיתרונות. נראה כי אין קיצור לדרך מלך אופטימלית כפי שנעשה ניסיון להציג בהמלצות ולכן עדיף להישאר בשיטה הקיימת.

מקורות:

1. תאונות הדרכים, אליעזר ריבלין, הוצאת נבו, 1995 (להלן: "ריבלין"), עמ' 262 פסקה 297.
2. תק' 127 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד - 1984.
3. תק' 128 ו- 137 לתקסד"א.
4. תק' 130(א) קובעת הסמכות למנוי מומחה מטעם ביהמ"ש.
5. סעי' 6(א) לחוק הפלתי"ד, תשל"ה - 1975 ותקנות פלתי"ד (מומחים) התשמ"ז - 1986.
6. ריבלין, עמ' 265 פסקה 300.
7. ראה ש' מורד, "התנאים להפעלת סעי' 6ב לחוק פלתי"ד, הפרקליט ליו" (תשמ"ז) עמ' 364.
8. רע"א 1619/93 "אליהו" חב' לביטוח בע"מ נ' יאיר טטרון, פ"ד מ"ז (4) 89.
9. ריבלין, עמ' 269 פסקה 306.
10. תקנה 3 לתק' המומחים.
11. רע"א 504/90 פ"ד מד (2) 200.
12. שם בעמ' 204.
13. ע"א 185/88 אבו ג'עפר נ' אבו ג'עפר פ"ד מה(3) 117.
14. א"ע 371/81, פ"ד לו (4) 600, בעמ' 608.
15. רע"א 5252/90, החלטת ביהמ"ש העליון מיום 4.2.91 (לא פורסם).

16. תק' 2, 3, 4 ו- 7 לתקנות המומחים.

17. תק' 127, 128 ו- 130 לתק' הסד"א.

18. ע"א 2160/90 רז נ' לאף ואח', פ"ד מז (5), 170. בעמ' 174.

וכן: א. גורן, סוגיות בסד"א, מהדורה שלישית. עמ' 215-214.

19. "מעמדו המשפטי של המומחה הרפואי הממונה ע"י ביהמ"ש" מאת עו"ד אסנת וולף וד"ר רוני וולף, "רפואה ומשפט" גליון מס' 19 - נובמבר 1998 (עמ' 66-70).

20. עמדת פורום הנזיקין בעניין מסקנות הועדה לבדיקת מבנה בתי המשפט בישראל, עמ' 1, פסקה א(1).

21. שם, פסקה א(3).

22. שם, פסקה א(3).

23. בטאון לשכת עוה"ד, הועד המחוזי, ירושלים, חשון תשנ"ח, נובמבר 1998, גליון מס' 45 (עמ' 12-13).

24. דו"ח ועדת אור: שער 7, פסקה 97.

25. שם, פסקה 98.

26. שם, פסקה 99.

27. שם, פסקה 100.

28. שם, פסקה 101.

29. שער 8, פסקאות 110-111, 113, 116.

30. לעניין זה ראה: 20 לעיל.

31. ראה: פרק ב(2) לעיל, "דרגת נכות שנקבעה עפ"י דין אחר".

32. רפואה ומשפט, גליון מס' 12 - אפריל 1995 (בימת המערכת).

33. ראה: פס"ד הניג נ' המל"ל, פד"ע I 225.

34. יום עיון שאורגן ע"י מע' "רפואה ומשפט" והתקיים ביום 9.6.95 בבית "יד לבנים" בפ"ת, גליון מס' 13 - נובמבר 1995 (בימת המערכת).

35. עמ' 16, שם.

36. עמ' 18, שם.

37. עמ' 19, שם.

38. דו"ח ועדת ברנזון: הערות מטעם ועדת הנזיקין של לשכת עוה"ד.

39. לעניין זה, ראה: הפרק הראשון לעיל, "חוק הפלתי"ד, התשל"ה - 1975", פסקה 2 (הצורך בפישוט ההליכים).

40. "ועדה לקביעת נכויות - הצעה לשינוי", עו"ד ישראל יוגנר, "רפואה ומשפט" גליון מס' 13 נובמבר 1995, עמ' 22-23.

41. שם, עמ' 22, סעיף 4.

משפט רפואי

תורת שתי האסכולות - מגן או חרב?

סדר הדיון:

1. פרק א' - חובות הזהירות בדיני הנזיקין-רקע ורציונלים.
2. פרק ב' - הקריטריונים לעיצוב רמת הזהירות הנדרשת מה"רופא הסביר":
 - א. צפייה בשעת מעשה
 - ב. בחירה באסכולה מקובלת
 - ג. חובת ההתעדכנות
 - ד. בעיית הרופא המתחיל
 - ה. רמת הסיכון
 - ו. בחינה משפטית
 - ז. בית המשפט כפוסק אחרון.

3. פרק ג' - התפתחות תורת שתי האסכולות במשפט המשווה - מחומת הגנה בפני התרשלות ועד לבקיעתה.

4. פרק ד' - יישום תורת שתי האסכולות בפסיקה הישראלית - הדגשים: מבחן הסיכון ודוקטרינת ה"הסכמה מדעת":
 - א. השימוש במבחן הסיכון תוך יישום תורת שתי האסכולות
 - ב. השלכות המפגש שבין דוקטרינת ההסכמה מדעת לבין תורת שתי האסכולות:

5. סיכום

1. פרק א' - חובות הזהירות בדיני נזיקין-רקע ורציונלים

השאלה מהו המבחן שלפיו תיקבע זהות האינטרסים



דנה גרובר



זאב וייל

מבוא

תורת שתי האסכולות קובעת כי תהא זו הגנה לרופא מפני תביעת רשלנות רפואית, אם נקט בשיטת פעולה מוכרת ומקובלת ע"י הקהילה הרפואית אף על פי שיש עוד דרך טיפול רפואית המוכרת והמקובלת אף היא על הקהילה הרפואית.

אין הדבר דומה לאסכולת בית הלל ובית שמאי אלא בתי המשפט דורשים ששתי הדרכים תהיינה מוכרות ונהוגות בטיפול הרפואי או כפי שבא הדבר לידי ביטוי בפסק דין אמריקאי Jones v. Chidester:

"... This principle provides that it is improper for a jury to be required to decide which of two schools of thought as to proper procedure should have been followed in this case, when both schools have their respective and respected advocates and followers in the medical profession. In essence, then, a jury of lay persons is not to be put in a position of choosing one respected body of medical opinion over another when each has a reasonable following among the members of the medical community".

במאמר זה נדון בשאלה מהן השפעותיה והשלכותיה של תורת שתי האסכולות, כפי שזו אומצה בדין הישראלי מהמשפט האנגלו-אמריקאי, על היקפן של החובות המוטלות על הרופא כפי שאילו פורשו בפסיקה באספקלריה של איזון הסיכונים והתועלות, ונציע קריטריונים רצויים להבהרת התמונה.

זאב וייל - עורך דין
דנה גרובר - משפטנית

רפואה ומשפט גיליון מס' 21 - נובמבר 1999

הראויים להגנה נזיקית בכל חברה וחברה, תיחתך בהתאם לגישתה של אותה חברה למהות היחיד ולמהות החברה, ובהתאם להשקפתה החברתית, הסוציאלית, הפילוסופית והפוליטית.

"... מכאן הגישה כי דווקא בתחום דיני הנזיקין קיים אותו רעיון של social engineering דהיינו, הכרעה בין אינטרסים מנוגדים של יחידים על-פי האינטרסים המוכרים של החברה"¹. (ההדגשה לא במקור)

במשפט הישראלי, המבחן החברתי ליסוד ההתרשלות בעוולת הרשלנות כפי שזו עוצבה בראשית דרכה בפקודת הנזיקין² - ניזון מרעיון "האשמה החברתית", לפיו המזיק אשם משום שלא הגיע לרמה הנדרשת ע"י החברה, כשההנחה היא כי האדם הממוצע עשוי היה להגיע לדרגה זו ובפועל היה נוהג בדרך אחרת מזו שנהג בה המזיק³.

מכאן: הדגש אינו על מצב נפשי, כי אם על סטייה מרמת התנהגות הנקבעת לפי מבחן חיצוני אובייקטיבי, דהיינו: לפי התנהגות "האדם הסביר".

יציר -פלא זה המונחה ע"י קריטריונים של סבירות, יתמלא בתוכן סובייקטיבי בהתאם לנסיבות המיוחדות של כל מקרה⁴, כאשר מידת הסטייה ממנו תיקבע על-פי שיקולים של מדיניות משפטית⁵, שבבסיסה יעמדו הערכים החברתיים והאינטרסים הרלוואנטיים שהוזכרו לעיל⁶. ההנחה היא כי גבולותיהם של אותם ערכים ואינטרסים הם דינמיים וכי אופיים יתעצב בהתאם לרוחה של כל תקופה ותקופה⁷.

כאן נעמוד על חלק ממבחני העזר שהוצעו בפסיקה לגיבוש דמותו של יציר הפלא המכונה "האדם הסביר" בדרך להקמת היסוד הראשון באחריות עפ"י עוולת הרשלנות, הלא זו חובת הזהירות שחב המזיק לניזוק⁸. חובה זו - שני פנים לה; המושגי והקונקרטי:

החובה המושגית עוסקת בקטיגוריות שלימות של מזיקים, ניזוקים, נזקים ופעולות. בחינתה מנותקת מעובדות המקרה וגבולותיה מושפעים בראש ובראשונה ממדיניות משפטית⁹. קיום החובה נקבע עפ"י מבחן הצפיות לפיו תישאל השאלה האם אדם סביר "צריך היה" לצפות התרחשות הנזק, כאשר ההנחה היא כי לא כל נזק שניתן לצפותו, צריך לצפותו¹⁰. החובה הקונקרטית לעומתה, מתמקדת בעובדות המקרה הספציפיות, ובחינתה פרגמטית¹¹. גם החובה הקונקרטית סומכת ידיה על מבחן הצפיות, אך בעוד חברתה נתלית בשמי המדיניות השיפוטית, עומדת זו על קרקע איתנה של נסיבות

המקרה. במסגרתה תישאלנה שתי שאלות: האחת טכנית באופייה - האם אדם סביר "יכול היה" לצפות בנסיבות המיוחדות של המקרה את התרחשות הנזק, והשניה נורמטיבית- האם אדם סביר, כעניין שבמדיניות, "צריך היה" לצפות את התרחשותו של אותו נזק¹².

חצר נורמטיבית זו - עניינה בהטלת אחריות ולא בקבלת סיכונים¹³, ועל-כן עליה לתחום גדרות סביב סיכונים בלתי סבירים בלבד ולא סביב סיכונים טבעיים ורגילים לפעילות האנוש המקובלת¹⁴. אבחנה זו בין סיכונים סבירים לבלתי סבירים תכונה במאמרינו "מבחן הסיכון", ונקבע זה מכבר בפסיקה, כי אמות מידה אובייקטיביות - הן שינחו את עיצובו¹⁵. כמו-כן, במבחן הסיכון מקופלת הדרישה כי המזיק לא נקט אמצעי זהירות סבירים¹⁶.

התקיימות השתיים, היינו: חוסר הסבירות של הסיכון שנלקח, ואי-נקיטת אמצעי זהירות סבירים, היא המפתח להטלת חובת הזהירות הקונקרטית במקרה.

להבהרת אמות המידה שיעמדו לנגד עיני השופט בקובעו את המדיניות המשפטית הראויה לעיצוב גבולותיו של מבחן הסיכון, הותוו בפסיקה ארבעה גורמים שיבואו בחשבון: (1) ההסתברות להתממשות הסיכון; (2) גובה הנזק הצפוי; (3) עלות האמצעים בזמן ובמאמץ למניעת הנזק; (4) האינטרס הציבורי בפעילות יוצרת הסיכון¹⁷.

2. פרק ב' - הקריטריונים לעיצוב רמת הזהירות הנדרשת מ"הרופא הסביר"

פסיקת בית המשפט העליון הכירה בקיום חובת זהירות מושגית של רופא כלפי חולה שבטיפולו¹⁸. לפיכך, בתחום זה של רשלנות רפואית נחתכת השאלה בקיום חובת זהירות קונקרטית לרופא המסוים כלפי חולו בנגוע לנזק שנגרם¹⁹. (יש המניחים קיומה של חובת זהירות כללית הקמה מעצם התחייבותו של רופא לטפל בחולה)²⁰.

הנחה מקדמית בדרך להטלת אחריות היא, כי לא טעות מהווה רשלנות אלא רק כזו הסוטה מסטנדרט התנהגות סביר: "In other words, medical perfection is not required as long as the standard of care is followed"²¹.

הנחה זו צמחה על רקע ההכרה בתלות החברה בשירותי מדע הרפואה שהינו כידוע מדע בלתי מדויק. הכרה המחייבת

תחימת חובת הזהירות של הרופא בקריטריונים ידועים מראש אשר יבטיחו המשך הקידום, המחקר והעיסוק הרפואיים. פריצת התיחום האמור תביא למעשה להפיכת הרופא למבטח ותרתיע רופאים מליטול כל סיכון שהוא שינבע מהתחייבותם לטפל בחולה כלשהו.²²

א. אדן ראשון בבניית גבולות חובת הזהירות של הרופא גורס כי יכולת צפיית הסיכון של הרופא נמדדת בשעת מעשה ולא לאחריו:²³

"Hindsight is of course, always wiser than foresight"²⁴
"After the event even a fool is wise. Yet it is not the hindsight of a fool, but it is the foresight of the reasonable man which alone can determine responsibility"²⁵

ב. אדן שני דורש מהרופא להסתמך בטיפולו על "אסכולה מקובלת"²⁶; במשפט האנגלי בתי המשפט פירשו מונח זה כך: "Responsible body of medical opinion, skilled in the relevant form of patient care"²⁷.

הלכה זו הורחבה הן לגבי אבחון²⁸, טיפול²⁹, ופרקטיקה³⁰.

המבחן באנגליה מורכב משלושה תנאים מצטברים: ראשית, יש להוכיח כי קיימת פרקטיקה מקובלת ורגילה. שנית, יש להוכיח שהנתבע לא פעל עפ"י פרקטיקה זו. שלישית, יש להוכיח שדרך הפעולה שאימץ הרופא היא דרך אשר אף רופא בעל כישורים רגילים לא היה בוחר בה, אילו היה נוהג בזהירות סבירה³¹.

בארה"ב ההלכה בגיבוש מבחן האסכולה המקובלת נעה בין השמת דגש על המרכיב הכמותי, לפיו נבחן מספר הרופאים שקיבלו האסכולה:

"considerable number of his professional brethren in good standing in his community"³²,
לבין המרכיב האיכותי הבודק מעמדם המקצועי של הרופאים הללו: "Reputable and respected experts in the field"³³.

בפנסילבניה, בפסק-דין Jones³⁴ נעשה נסיון למזג את שני האלמנטים כאשר הדרישה היא משותפת ועל האסכולה להיות מקובלת ע"י מספר סביר של מומחים מכובדים ומוכרים בתחום המומחיות הנדון³⁵. נראה כי המרכיב הכמותי, כפי שהוגדר בפסק הדין, לא יסתפק במיעוט של מומחה אחד מצד אחד³, אך מאידך יסתפק בשלושה מומחים כדי שיהיו "מיעוט מכובד"³⁷. בקליפורניה, נוקטים במבחן "הדרך האלטרנטיבית של טיפול או אבחון" כאשר הדרישה היא כי

הדרך תהא מקובלת ומוכרת³⁸, בכל הנוגע לטיפול במטופל מסויים באותן נסיבות³⁹, תוך שהמטפל יפעיל את שיקול הדעת האופטימלי שלו בהתאם לסטנדרט הזהירות הסביר⁴⁰, ותוצאה לא מוצלחת גרידא לא תיחשב לרשלנית⁴¹. לעניין המרכיב הכמותי, הפסיקה בקליפורניה אינה משרטטת קוים ברורים, אך נראה שאפילו הכרה של מומחה אחד עשויה להספיק⁴².

בארץ, אומץ הרעיון שמאחרי נקיטה באסכולה מקובלת, עוד בשנות ה-50, כשהכירו ב"נוהג" כהגנה במשפטים פליליים⁴³. קריטריון זה אומץ גם במשפטי רשלנות, אם כי בהסתייגות מסויימת:

"ראיות על הנוהג- מותר לו לבית המשפט לקבלן, אך ראיות אלה אינן מכריעות את הכף בשאלת רשלנותו של הנאשם ואחריותו הפלילית. הסתמכות על נוהג אינה עשויה לשמש הגנה שלמה וצידוק מוחלט, לפי שהנוהג אינו קובע סטנדרט ומבחינה משפטית, אין לראותו מבחן מכריע לקביעת רשלנותו או היעדר רשלנותו של אדם. מטעם זה אין הנוהג מצדיק פעולה רשלנית ואינו משחרר אדם מאשמת רשלנות"⁴⁴.

בתחום הרשלנות הרפואית הוכרה נקיטה בפרקטיקה מקובלת כאחד הקריטריונים המעידים על התנהגות סבירה:

"כדי שהרופא ייחשב כרופא סביר, החלטותיו ופעולותיו צריכות להיות מבוססות על שיקולים סבירים ברמה מקובלת, כלומר על הרופא לבסס החלטותיו על ידע עדכני הנתמך בספרות מקצועית, בנסיון קודם ובהתאם לנורמות המקובלות באותה עת בעולם הרפואה"⁴⁵.

ג. אדן שלישי מטיל חובת התעדכנות על הרופא. אחת מזוויות הבחינה של האסכולה המקובלת מתייחסת לתקופה הרלבנטית ולידיעות במדע הרפואה בזמן התרחשות המקרה; "The physician's conduct of yesterday, however, is not judged in the light of what no one knew until today"⁴⁶.

בשאלה עד כמה חייב הרופא להתעדכן בספרות המקצועית העוסקת בתחומו, נקבע בפסק-דין Crawford⁴⁷ כי תהא זו מעמסה מופרזת לחייב את הרופא להתעדכן בכל מאמר המופיע בספרות המקצועית העכשווית וכי מחדל בקריאת מאמר אחד אינו עולה כדי רשלנות. ביקורת על פסק הדין גורסת כי ככל שהמודרניזציה הולכת ומתפתחת ועמה הנגישות לכלי הטכנולוגיה והתקשורת, הרי שספק אם גישה מקלה כאמור תעמוד⁴⁸. כמו-כן נראה כי רף ההתעדכנות עולה ככל שהרופא מומחה יותר בתחומו⁴⁹.

בארץ, נקבע כי בהתחשב בכך שמדע הרפואה הינו מדע דינמי המתפתח כל העת, חובה על רופא שלא לשקוד על שמריו ולהיות ער להתפתחויות הרפואה בתחומי התמחותו⁵⁰. עם זאת נקבע כי אין להטיל נטל כה כבד המחייב רופא לקרוא כל מאמר המופיע בתחומו, כאשר אם לא קרא מאמר אחד אין בכך רשלנות, אך כשמדובר בהתפתחות רפואית מוכחת היטב ומקובלת במקצוע, אזי אם רופא התעלם מסדרת אזהרות בעיתונות הרפואית - יש בכך ראייה לרשלנות⁵¹.

בנוסף, נקבע כי במסגרת חובת האבחון של המחלה, אין הרופא יוצא ידי חובתו רק בכך שהוא מסיק את המסקנה הנכונה מן העובדות המובאות בפניו, אלא מוטלת עליו גם החובה לגלות יוזמה ולברר את העובדות לאמיתן⁵².

בפסק-דין **רייכנטל נ' פלד**⁵³, שניתן לאחרונה נחלקו השופטים אור, אנגלרד ושרטרברג-כהן בנקודה זו: שופטי הרוב קבעו כי היה על הרופא להתעדכן בספרות המקצועית שהתגבשה בתחומו כבר כארבע שנים לפני המקרה. אליבא דכ"י השופט אור נראה כי ככל שמדובר בחידוש שחשיבותו רבה יותר, כך תגדל הנטייה לקבוע רשלנות עקב אי ההתעדכנות⁵⁴. אליבא דכ"י השופט אנגלרד נקבע כי יש לדרוש מרופא שהוא מנתח מומחה כי יעדכן עצמו בספרות המקצועית במיוחד לגבי דיאגנוזות הגוררות אחריהן התערבות ניתוחית משמעותית ועליו להיות מודע לאבחנות, גם אם הן נדירות. מבחן זה נכון במיוחד כאשר בדיקת האבחנה החלופה לא דורשת מאמץ מיוחד והינה קלה לביצוע לו רק נתנו את הדעת לקיומה⁵⁵. השופט שטרסברג כהן, בדעת מיעוט, סברה כי יש לבחון את התנהגות הרופא לפי הידוע והמקובל באותה העת הרלבנטית לטיפול שניתן ויש לעשות כן לפי קנה המידה של הרופא הסביר ולא לפי זה של הרופא העילוי. כמו-כן קבעה השופטת כי מאחר ודובר בתופעה נדירה, הקשה לאיתור אף כיום, קל וחומר כי התופעה לא היתה בתודעה הרפואית בזמן האירוע והניסיון שנצבר לגביה היה מועט⁵⁶.

לגבי מומחיות, טרם הכריעה הפסיקה אך נראה, כי נוכח הגישה המחמירה הנהוגה כיום, סביר להניח כי תתקבל הגישה העקרונית, לפיה באיזון האינטרסים בין אפשרות של הרופא המתחיל לבצע טיפולים וניתוחים וללמוד תוך כדי עבודה, מול האינטרס להבטיח רמת פעולה באיכות גבוהה ומקובלת ברפואה, האינטרס השני יגבר⁵⁷.

חובה נגזרת מחובת ההתעדכנות שמה יתבה על הפן העובדתי ולא זה המקצועי ולפיה על הרופא להשיג מירב הנתונים הרלבנטיים בטרם מתן הטיפול או בטרם הכרעה בגורל החולה

שראו ויהיו בידיעת הרופא לשם בניית התשתית לטיפול⁵⁸.

ד. אדן רביעי דן בבעיית הרופא המתחיל (novice) וקובע כי מדובר בסטנדרט אובייקטיבי, כך שחוסר ניסיונו של הרופא המטפל לא יוכל לעמוד לו כהגנה מפני רשלנות⁵⁹. עם-זאת, התייעצותו במומחים במקרים של ספק עשויה לרכז את הקביעה האמורה⁶¹.

יש הגורסים, כי מאחר וחוסר הניסיון יקשה על הרופא המתחיל לאתר הבעיה, הרי שההתייעצות עשויה להיות לא רלבנטית⁶².

בארץ, הוטלה חובת התייעצות כאשר התלבטות הרופא אינה בתחום הישיר של מומחיותו, אפילו אם הינו בעל ידע ונסיון⁶³.

ה. אדן חמישי דורש רמת זהירות גבוהה יותר מהרופא ככל שעולה רמת הסיכון לבריאותו או חייו של החולה :
"The graver the danger, the higher the duty"⁶⁴
רמה מוגברת זו תתבטא בבדיקות מקיפות ויסודיות, בהשגחה נרחבת יותר והתעניינות ומעקב אחרי התפתחות מצב החולה והתייעצות היכן שזו נדרשת⁶⁵.

ו. אדן ששי מניח שמדע הרפואה מאופיין בקיום מחלוקות מקצועיות רבות⁶⁶. עם-זאת, אין זה מתפקידו של בית המשפט להכריע במחלוקות רפואיות מהבחינה הדוגמטית -תיאורטית. עליו להתרכז בהתנהגות המעשית של הרופא ולבחון אותה עפ"י קריטריונים משפטיים כדוגמת אלה שהוצגו לעיל⁶⁷.

ז. האדן השביעי והאחרון מותיר את הפסיקה הסופית בעניין הטלת האחריות על הרופא בידי בית המשפט ולא בידי קהיליית הרופאים שנתנו חוות-דעת תומכת או הכירו באסכולה כמקובלת:

"Whether a physician has in fact been negligent in the light of the appropriate standards of care demanded by the law, is for the court to decide. Expert evidence will almost invariably be necessary"⁶⁸.

"The law will only accept practices which are reasonable in the circumstances of each individual case, and the existence of unreasonable practices, even if in terms of time and place the practices were general, cannot protect the defendant physician from liability"⁶⁹.

גם בארץ נפסק שהשאלה אם היתה התרשלות מקצועית מצדו של רופא, היא עניין הוא לבית המשפט לענות בו ולא שאלה מדעית לחוות דעתם של רופאים⁷⁰.

3. פרק ג - התפתחות תורת שתי האסכולות

במשפט המשווה - מחומת הגנה בפני

התרשלות ועד לבקיעתה

נעיר, כי בדיון זה לא נעמוד על טענות הגנה אחרות הנטענות כנגד רשלנות רפואית.

באנגליה, במאה ה-19, תפקיד השופט נתפס, בקונטקסט של רשלנות רפואית, גם כבחון מקצועי של מידת מהימנות של רמת הידע והכישורים עליהם הסתמך הרופא ספציפי⁷¹. בשנות ה-50 של המאה ה-20, כונן פסק-דין **Bolam**⁷² את תורת שתי האסכולות, שבעקבותיה הסתמנה המגמה להוציא מגדר סמכות בית המשפט אפשרות של כל בחינה מקצועית בבואו לבחון את חובת הזהירות של הרופא:

"A doctor is not guilty of negligence if he has acted in accordance with a practice accepted as proper by a responsible body of medical men skilled in that particular act merely because there is a body of opinion who would take a contrary view"⁷³.

הלכת **Bolam** פורשה בספרות המשפטית כטומנת בחובה שני אלמנטים: האחד, כי התנהגות הרופאים תיבחן נורמטיבית עפ"י סטנדרטים שימוקדו לאסכולה המסוימת בה נקטו. והשני: כי כל עוד בחרו הרופאים באסכולה מקובלת- הרי שאין בקיום אסכולה מקובלת סותרת כשלעצמו כדי לחייבם ברשלנות⁷⁴.

פסיקה מאוחרת יותר אימצה את הלכת **Bolam** תוך הסתייגות, לפיה בחינת מהימנות ואמינות האסכולה שנבחרה כמקובלת לכשעצמה אינה מספקת ועל בית המשפט לשאול עצמו גם האם אותה בחירה עומדת בסטנדרט הזהירות הנדרש בחוק⁷⁵. על אף הסתייגות רטורית זו, נראה כי ביישום נותרו ידי בתי המשפט רפויים בנסותן לצקת קריטריונים של סבירות אל הפרקטיקה המקובלת שנבחרה⁷⁶.

בשנות ה-90 הסתמנה נטיית התערבות אקטיבית יותר של בתי המשפט בבחינת הפרקטיקה שנבחרה על רקע מבחן הסיכון⁷⁷ והסיבות בעטיין נבחרה הפרקטיקה הזו דווקא⁷⁸. אך מקרים אלה היו בודדים במערכה.

לאחרונה ניתן פסק-דין **Bolitho**⁷⁹ שעשוי לעצב את הלכת **Bolam** מחדש: שם נקבע כי לא זו בלבד שעל בית המשפט לבחון את עצם בחירת הרופאים בפרקטיקה מקובלת כמתיישבת עם מבחן הסיכון בנסיבות המקרה, אלא שבית

המשפט רשאי לבחון את הבסיס הלוגי של האסכולה המקובלת עצמה ולערער על קבלתה בקרב הקהילייה המקצועית;

The use of these adjectives; responsible, reasonable and respectable- all show that the court has to be satisfied that the exponents of the body of opinion relied upon, can demonstrate that such opinion has a logical basis. In particular in cases involving the weighing of risks against benefits, the judge, before accepting a body of opinion as being responsible... will need to be satisfied that in forming their views, the experts have directed their mind to the question of comparative risks and benefits and have reached a defensible conclusion on the matter⁸⁰.

בקנדה נפסק, שכאשר בחירה באסכולה המקובלת בנסיבות המקרה נגועה בסיכון משמעותי - רשאי השופט לראות בה עצמה כרשלנית:

Where the common practice is fraught with danger, a judge or a jury may find the practice is itself negligent⁸¹.

באוסטרליה, נדחתה הלכת **Bolam** בהוויתה המקורית, מפורשות:

Accordingly even in the area of diagnosis and treatment there is, in my view, no legal basis for limiting liability in terms of the rule known as "the Bolam test"⁸².

בארה"ב⁸³, תורת שתי האסכולות הוכרה בפסיקה במהותה (ולאו דווקא בשמה), לפני למעלה מ-100 שנה⁸⁴. כמו-כן, נחקקו חוקים שאסרו על אפליה בין אסכולות רפואיות שונות⁸⁵. בפנסילבניה, אומצה רשמית תורת שתי האסכולות בפס"ד **Remley**⁸⁶ ולאחריו בפס"ד **Furey**⁸⁷.

בקליפורניה, הוכרה התורה בשם "השיטה האלטרנטיבית לטיפול או אבחון" לראשונה בפסק-דין **Meier**⁸⁸ ולאחריו בפסק-דין **Majetich**⁸⁹.

גם במדינות נוספות כמו: וושינגטון⁹⁰, פלורידה⁹¹, אריזונה⁹², טקסס⁹³ וכיו"ב הוכרה הדוקטרינה בשינויים קלים.

משנות ה-70 החלו מסתמנות מגמות אקטיביות יותר מצד בתי המשפט האמריקאים: בשנת 1977 נקבע בפס"ד **Barton**⁹⁴ כי על האסכולה המקובלת להיבחן ככזו במסגרת הנסיבות הרלבנטיות של המקרה, כך שבמקרה אחד אסכולה עשויה להיחשב כמקובלת ובמקרה אחר אותה אסכולה לא תיחשב כמקובלת;

4. פרק ד - יישום תורת שתי האסכולות בפסיקה הישראלית - הדגשים: מבחן הסיכון ודוקטרינת ה"הסכמה מדעת";

א. השימוש במבחן הסיכון תוך יישום תורת שתי האסכולות

נראה שההכרה הראשונית בארץ בתורת שתי האסכולות ריכזה את ההסתייגות שהוזכרה באימוץ מבחן ה"אסכולה המקובלת" בשנות ה-50, לפיה הבחירה ב"נוהג" כשלעצמה אינה משחררת מחיוב ברשלנות¹⁰⁰; עוד בשנות ה-50 קבעה השופטת בן-פורת¹⁰¹:

"כאשר קיימות שתי שיטות ניתוח וריפוי, על הרופא המנתח להחליט לפי הבנתו ומצפנו באיזו מבין השתיים לבחור. משבחר הרופא בשיטה מסויימת, והשתמש בה במומחיות סבירה, לא ישא הוא באחריות לתקלה, אפילו נבעה מן הסיכונים של אותה שיטה."

בשנות ה-60, קיבל השופט כספי את בחירת הרופא לבצע רקטוסקופיה בהרדמה מאחר והיתה מוכרת ככזו בקרב הרופאים האנגלו-סכסיים¹⁰².

למגמה דווקנית זו המסתפקת בבחירת אסכולה מקובלת כהגנה בפני רשלנות, בשינויים מסויימים, ישנו עיגון חזק בפסיקה, למרבה הפלא- עד היום;

פסק הדין המנחה של שנות ה-80, בעניין הגישה הדווקנית הוא פס"ד קוהרי¹⁰³; במקרה זה אושפזה התובעת על מנת לבסס חשד שלקתה במחלת עור מסויימת (מאסטוציטוזיס קוטיס). לאור מספר בדיקות אושר החשד, אך לא נמצאה ראייה לכך שהתובעת סובלת מהצורה החמורה יותר של מחלת עור מערכתית המופיעה בכ-10% מהמקרים בה מופיעה מחלת העור שאובחנה לעיל¹⁰⁴. באחת הבדיקות האמורות נתגלה גידול שפיר גדול באונה הימנית בכבד. בזמן הניתוח להסרת הגידול, נתגלה גידול קטן נוסף באונה השמאלית של הכבד. בנקודה קריטית זו, (על יסוד ההנחה השגויה לפיה סובלת התובעת ממחלת העור בצורתה הלא-מערכתית) הוחלט לקשור את העורק ההפטי הימני על מנת לצמצם את אספקת הדם לאונה הימנית ולגידול שעליה, כדי שיצטמק, ולא לכרות את האונה הימנית של הכבד. כ-24 שעות לאחר הניתוח לקתה התובעת בהלם אנאפילקטי, שהתבטא בדום-לב ובדום נשימה. למרות ההחייאה שבוצעה בה, נגרם למוחה של התובעת נזק בלתי הפיך והיא נכנסה לקומה עמוקה, ממנה לא התעוררה.

It must be kept in mind that a method of diagnosis or treatment involves an entire course of conduct consisting of many potential steps. Although two courses of conduct may lead to the same end result, their individual steps may be totally dissimilar and incomparable⁹⁴.

בפסקי הדין Jones⁹⁵ ו-Tesauero⁹⁶ אמנם נפסק כי הרופאים התרשלו אך, זאת מאחר ולא עמדו בנטל הוכחת הפן הכמותי של האסכולה המקובלת.

בשנת '92 חלה רגרסיה במגמה האקטיבית בקליפורניה ובית המשפט חזר לתורת שתי האסכולות המקורית ואף הוסיף כי לא מוטלת על הרופא כל חובה ליידע את החולה בדבר האסכולה האלטרנטיבית:

..Impose liability upon a physician as a matter of law for the failure to inform a patient of the possible views of other health care providers merely because at trial and in hindsight an expert disagreed with the defendant's treatment decision...is not supported by any authority and would impose an excessively onerous burden upon treating physicians.^{98 97}

לעומת זאת מפסיקה חדשה בפנסילבניה יתכן וניתן יהיה להסיק כי חובת היידוע בדבר האסכולה האלטרנטיבית מוטלת על הרופא כשמדובר בטיפול חודרני⁹⁹.

נראה כי, בשיטות משפט אחרות, החלה מתפתחת מגמה מודרנית משנות ה-90 ואילך, (אם כי לא מאד עקבית ומוצקה) אשר אינה מסתפקת בעצם בחירת הרופא באסכולה הנחשבת מקובלת בקרב קהיליית הרופאים על-מנת שלא יהא חייב ברשלנות, אלא בוחנת לעומקם של דברים הן את עצם הבחירה באסכולה מקובלת ספציפית בנסיבות המקרה על רקע איזון בין סיכונים ותועלות, והן את סבירות האסכולה המקובלת עצמה.

בפנסילבניה הולכת ומתעצבת הכרה בקו התפר שבין תורת ה"הסכמה מדעת" ברשלנות רפואית (Informed consent) לבין תורת שתי האסכולות במובן זה שיתכן ובנסיבות מסוימות תוגבר חובת היידוע המוטלת ברגיל על הרופא לגבי הטיפול הספציפי בו נקט, לגלות גם את הטיפול האלטרנטיבי בו לא נקט בנסיבות המקרה, ובגדר הגילוי לנמק שיקולי הבחירה באסכולה אחת דווקא ולא באחרת.

נתמקד בשתי נקודות שנדונו בפסק-הדין הנוגעות לדיוננו: האחת, הסבירות שבבחירת שיטת הקשירה ולא הכריתה, והשנייה, סוגיית מתן הסכמת החולה לביצוע הקשירה (בפרק הבא).

תמצית דעת הרוב מפי השופט משה בייסקי, אליו הצטרף השופט דב לוין, קבעה כדלהלן:¹⁰⁵

"אין אני סבור, כי אנו יכולים לדחות או לסתור דעתם של מומחים המתבססים על הידע בשטח זה של הרפואה ולקבוע כי לדעתנו שיטת הכריתה היתה עדיפה על זו של הקשירה, כאשר שתי השיטות מקובלות וידועות והאפליקציה של אחת מהן נעשית עפ"י שיקולים לגבי כל מקרה ומקרה כפי שהבדיקות ומראה העיניים מצדיקים.... אפילו אם היה מסתבר כי שגו המנתחים בשיקול לגבי בחירת השיטה, עדיין אין אנו מצויים בתחום הרשלנות, כי לא כל טעות מהווה רשלנות. כל שכן זהו המצב כאשר בחירת השיטה נעשתה משיקולים של סיכונים אחרים מהם חששו הרופאים"

(לעניין זה נציין, כי נוכח גודלו של הגידול "הימני" וקרבתו לווריד החלול הגדול, היתה טמונה סכנה בניתוח המקורי, שכן פגיעה בווריד האמור עלולה היתה לגרום למוות).

דעת המיעוט מפי השופט בן-יאיר סברה אחרת:¹⁰⁶

"אם מדובר בתהליך רפואי מסובך או מורכב ואם תוצאתו העובדתית היא הותרת נזק בלתי מתוכנן לחולה, מן הראוי שיועבר הנטל על הרופאים להוכיח שלא התרשלו במתן הטיפול הרפואי הראוי לחולה. כך, בהיווצר מצב רפואי מסובך או מורכב וכך בנקיטת גישה רפואית או במתן טיפול לפי תיזה רפואית, שתוצאתם העובדתית היא הותרת נזק בלתי מתוכנן לחולה... היה עליהם להראות שגם אם היו מודעים אז למחלתה האמיתית וגם אם היו מביאים במניין שיקוליהם התפתחויות שליליות אפשריות כתוצאה מקיום המחלה- גם אז היו בוחרים בשיטת הקשירה"

השופט קבע כי נטל זה לא הורם ועל בסיס ההנחה כי נתקיים קשר סיבתי בין ההתרשלות בעריכת הבדיקות ובאבחון המדויק של המחלה לבין הקשירה וכן, בין הקשירה לנזק, יש לחייב הרופאים ברשלנות.¹⁰⁷

בנקודה זו אנו מוכרחים להשיג הן על דעת הרוב והן על הנמקת המיעוט: נראה שדרישת הרוב להנמקת הבחירה בשיטת הקשירה במקרה היא מינימליסטית ביותר; אליבא דבייסקי, כל שנדרשו הרופאים להוכיח הוא ששיטת הקשירה היא מקובלת וידועה ולבסס יישומה במקרה הנוכחי על מראה עיניים ובדיקות רפואיות.

לדעתנו דרישה זו מנתקת שיטת הטיפול הנבחרת מבחינה נסיבתית של התמונה בכללותה, ומייתרת מבחן הכרחי של איזון בין הסיכונים והתועלות שבהעדפת שיטה אחת על פני רעותה כשמנגד ניצבות כל העת נסיבותיו המיוחדות של המקרה על-מנת לקבוע סבירות ההעדפה.

אליבא דבן-יאיר, נעוץ מחדלם של הרופאים בהרמת נטל ההוכחה שניתק את הקשר הסיבתי בין ההתרשלות לנזק. אולם, המחדל לדעתנו מתמקד בחוסר היכולת להוכיח **בדיעבד** סבירות השיקולים שנשקלו לשם העדפת הקשירה, היינו: לאור הידיעה שמחלתה האמיתית של התובעת היא מערכתית.

גם לדעתנו, לא נפרשה כאן מטעם ההגנה תשתית ראייתית מספקת מבחינת העדפת הקשירה על פני הכריתה, אך זאת צריך שתתפרש תוך בחינת העובדות שהיו ידועות לרופאים בשעת מעשה (כאמור באדן הראשון לעיל), ולא בדיעבד. המבחן שראוי היה לנקוט בו כאן הוא בדיקת העדפת הקשירה לאור שקלול סבירות הסיכונים שעשויים להיגרם בעקבותיה לעומת אלה שהיו עשויים להיגרם בעקבות כריתה, וזאת בהנחה שמדובר במחלת עור לא מערכתית. שקלול זה - ראוי שיעשה על רקע ה"מבחן המרובע" שהציעה השופטת דורנר בפס"ד סבג לעיל.¹⁰⁸

לאחרונה ניתן פס"ד **קליפורד**¹⁰⁹ שהינו מורכב לא פחות ונרצה לעמוד על בעייתיותו: מדובר במקרה מצער של ילדה בת חמש שהגיעה לטיפול שיניים ולאחר שהוזרקה לה זריקת אל-חוש במזרק ללא אפשרות שאיבה. הילדה התמוטטה. מאוחר יותר אובחנה המיפרזיה במחצית גופה השמאלי של הילדה ולאחר אשפוז ממושך נותרה עם מגבלות בגפיים ונזק מוחי.

נתמקד בטענת המערערים המתייחסת לאופן הטיפול הלקוי שהתבטא בשימוש במזרק לא שואב, שעה שהשימוש במזרקים שואבים היה מומלץ יותר באותה עת. הקושי הוא שהוסכם על שני הצדדים שגם השימוש במזרק לא שואב נחשב עדיין, בתקופה הרלבנטית כפרקטיקה מקובלת.

נציג את דיעות שופטי ההרכב:

השופט שלמה לוין:¹¹⁰

"בנסיבות אלה נראית לי הטענה שהנזק שנגרם לילדה היה צפוי כמוטעית. ..מוכן אני להניח, מבלי לפסוק בדבר, שבמקרים המתאימים לא תהווה הסתמכותו של הרופא על פרקטיקה נוהגת הגנה מפני חיובו באחריות בגין רשלנות. מנגד, גם אין לקבוע היפוכו של דבר, לאמור שאם רופא פעל

¹⁰⁵ תמקד בשתי נקודות שנדונו בפסק-הדין הנוגעות לדיוננו: האחת, הסבירות שבבחירת שיטת הקשירה ולא הכריתה, והשנייה, סוגיית מתן הסכמת החולה לביצוע הקשירה (בפרק הבא).

עפ"י הפרקטיקה הנוהגת הוא התרשל. הכל תלוי בנסיבות המקרה, ובמקרה דנן ספק רב בעיני אם ההסתמכות על הפרקטיקה הנוהגת אינה פוטרת את המשיבים מחבותם..."

השופט י' גולדברג¹¹¹:

"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 בצידוד ובחומרים רפואיים קיימים, במידה וקיימים בשוק מכשירים חדישים יותר, גם אם ההבדל היחידי שבין המכשירים הוא בחוסר הנעימות היכולה להיגרם למטופל כתוצאה מהשימוש במכשיר הפחות חדיש. לדעתי, אין לסווג התנהגותם של רופאים בין כאלה המעניקים למטופל טיפול אופטימלי מחד וכאלה הנוהגים כלפי המטופל ברשלנות. סבורני, כי יש מקום לקטיגוריה שלישית של מקרים, כמו זו שלפנינו, בה הרופא אמנם לא נקט בטיפול הטוב ביותר, אך הטיפול לא עלה כדי התרשלות.

השופטת ביניש (מיעוט)¹¹²:

"עפ"י עדויות המומחים התופעה של חדירה לעורק בעת הזרקת חומר האלחוש הינה תופעה מוכרת בקרב אנשי מקצוע. היו פרסומים שדיווחו על תופעות לוואי כתוצאה מההזרקה 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... היו מומחים שהעידו כי השימוש במזרקים שאינם שואבים היה מקובל באותה עת, אך הכל הסכימו שהשימוש בהם איננו רצוי ואין לייחס לו יתרון בעל משקל על-פני השימוש במזרקים שואבים... מהעדויות במקרה דנן עולה כי לא נתגלתה בין המומחים מחלוקת של ממש לגבי השיטה הראויה להזרקת חומר האלחוש, וכי אין מדובר בשיטות חלופיות שוות משקל מבחינת היתרונות והחסרונות הגלומים בהן. אכן השימוש במזרקים לא שואבים היה מקובל גם הוא בתקופה הרלבנטית, אך כאמור לעיל אין די בכך לעניין בחינת שאלת ההתרשלות... כאשר מוכרת תופעה שיש בה סיכון.. וכאשר שכיחותו אינה נדירה במיוחד, ניתן לקבוע כי פגיעה צפויה במטופל. מן הראוי לנקוט איפוא בכל אמצעי סביר למנוע התממשות הסיכון הצפוי האמור. כאשר ניתן למנוע את הסיכון על נקלה, ע"י שימוש באמצעי פשוט כמזרק שואב שהינו זמין וקל להשגה... הרי שהימנעות משימוש בו ובחירה במכשיר חלופי מסוכן יותר-עולה כדי התרשלות."

דעתנו כדעת המיעוט;

נדמה כי שופטי הרוב דילגו על שלב חשוב בניתוח ההתרשלות והוא בחינת הסיכון שהיה צפוי מהנקיטה בפרקטיקה המקובלת (היצרות כלי דם שהביאה לתופעות לוואי חולפות) לפני בחינת צפיות הנזק (נזק מוחי ומגבלות בגפיים). החשיבות בהפרדה בין השאלות היא רבה והיא שתקבע אם היתה חובת זהירות קונקרטית במקרה הנדון אם לאו¹¹³. כמו-כן אותו דילוג לשאלת הקשר הסיבתי מצמצם את רף הזהירות לצפיית סוג הנזק שנגרם לעומת הרחבתו כשנבחנת צפיותו של סיכון כלשהו, וכן מייתר את הדיון בשאלת היחס בין סיכון קל שהוביל לנזק חמור¹¹⁴.

השופט גולדברג מכנה את הסיכון כאן כ"אי-נעימות" בלבד, שזו הגדרה יחסית לדעתנו. הדגש צריך להיחתך לא בחומרת הסיכון אלא ביכולת לצפותו, שהרי ידוע שכל סיכון קל יכול להתפתח לסיכון חמור בנסיבות קצת שונות, ואם נקיטה בפרקטיקה מקובלת טמנה בחובה סיכון כלשהו שהיה בגדר הצפוי, הרי שלפחות ניתן היה לנקוט אמצעי זהירות כאלה או אחרים על מנת למזער אותו.

הערת השופטת ביניש לעניין אי-קיום כל מחלוקת בין הגישות אינה מדויקת בעינינו, באשר המבחן לקיום אסכולה מקובלת אינו בוחן את הרצוי אלא את המצוי. היינו: עצם העובדה שהשיטה נחשבת פחות מוצלחת אינה מעידה על שלילת המחלוקת באשר זו קיימת כל עוד מקובלת השיטה הפחות מוצלחת.

לבקשת ב"כ המערערים נקבע דיון נוסף בתיק הנ"ל.

ג. השלכות המפגש שבין דוקטרינת ה"הסכמה מדעת" לבין תורת שתי האסכולות

ג. 1. דוקטרינת ה"הסכמה מדעת" - כללי

המושג "הסכמה מדעת" טומן בחובו שני רכיבים עיקריים: התיבה "מדעת" מתמקדת ברופא ובחובת גילוי המידע המוטלת עליו לגבי מצב החולה; מהות הטיפול המומלץ ומטרתו, הסיכונים והסיכויים הטמונים בו ואלטרנטיבות טיפוליות¹¹⁵. בתיבה זו מושם הדגש להטלת אחריות נזיקית ברשלנות על רופא שלא עמד בחובת הגילוי כחלק מחובת הזהירות הכוללת המוטלת על הרופא מכוח סעיף 36 לפקודת הנזיקין¹¹⁶.

התיבה "הסכמה" מתבוננת בחולה ובוחנת את יסוד הרצוניות

והחופשיות שנלווה להסכמתו לטיפול הרפואי¹¹⁷. היעדר קיום יסוד זה הינו בסיס להטלת אחריות פלילית¹¹⁸ או נזיקית¹¹⁹ על רופא בגין "תקיפה" שמחייבת הסכמתו של אדם לכל הפעלת כוח במישרין או בעקיפין על גופו. בדיונו נעסוק בחלופה של הטלת אחריות נזיקית על רופא ברשלנות עקב הפרת חובת הגילוי. התשתית הרעיונית של הדוקטרינה מעוגנת במושג החירות האישית¹²⁰. המחבר המלומד עומד במאמרו על מספר מטרות בולטות אותן מבקשת הדוקטרינה לקדם:

א. אוטונומיית היחיד¹²¹: "דהיינו, להבטיח שכל אחד מאיתנו יהיה אדון לגורלו, לחייו, לבריאותו, לכל מה שנעשה בגופו, כשחופש הבחירה משולב באחריות אישית לתוצאותיה".

ב. הגנה על זכויות החולה: "לגונן על הסטטוס של החולה כבן-אדם, כיצור אנוש חושב ובעל שיפוט עצמאי, על מנת שלא ייחפז לאובייקט הנתון להשפעה, למניפולציה, ולשליטה בכוח הרצון וביכולת ההחלטה שלו"¹²².

ג. זרבוני הבדיקה והביקורת העצמית של המטפל: "ההנחה היא שככל שתגבר מעורבותו של החולה בתהליך זה, כך יומרץ יותר הרופא לנהוג במיומנות ובאחריות... רופא הנדרש להסביר את מהות הטיפול המוצע, את הסיכונים הכרוכים בו, ואת האלטרנטיבות לו... חזקה עליו שישאל עצמו שאלות שאולי לא היה ער להן קודם לכן"¹²³.

ד. הבטחת הליך רציונלי שלם ומקיף של קבלת החלטות בתחום הטיפולי-רפואי: "במסגרתו של הליך כזה יובאו בחשבון כל הגורמים הרלוונטיים ולא רק השיקולים המקצועיים... אלא גם מערכות סבוכות של שיקולים, עיקרים וערכים אנושיים... ניתן וראוי לתת משקל הולם בתהליכי הטיפול הרפואי לערכי האנוש של החולה, אפילו שונים הם מהערכים המקובלים על הרופא-המטפל ועל הקהילה המקצועית-רפואית"¹²⁴.

ב. 2. שתי הגישות לעניין היקף חובת הגילוי של הרופא בכל הנוגע לסיכונים ולחלופות:

נתמקד בהיקף חובת הגילוי המוטלת על הרופא מכוח הדוקטרינה, בכל הנוגע לסיכונים וסיכויי של הטיפול המוצע מול אלה שבאלטרנטיבות הטיפוליות כפי שהתפרשו בפסיקה, בספרות ובחקיקה;

המחבר המלומד¹²⁵ סוקר במאמרו שתי גישות עיקריות בפסיקה לעניין היקף חובת הגילוי בהקשר של סיכונים הטיפול¹²⁵:

א. הגישה הצרה: בשנות ה-50, הובעה גישה פטרנליסטית בפסיקה במקרה בו ניתן הלם חשמלי במסגרת טיפול פסיכיאטרי בלא רשות המטופלת או נציגה ונקבע¹²⁶:

"אין רופא "מועד לעולם" ואין לבוא בדרישות כה חמורות אל בעל מקצוע, העושה מלאכתו באמונה והנוקט אמצעים סבירים".

עוד נקבע כי במקרה שנדון היה מתן הסכמה מכללא לטיפול בהלם חשמלי הנובעת מעובדות המקרה.

בשנות ה-70, נשמר הקו הפטרנליסטי האמור בפס"ד צברי¹²⁷. שם נקבע כי היתה הסכמה מכללא לניקור כבד מעצם היכנס החולה לבית החולים, וכי הסכמה מפורשת לא נדרשה, באשר אוהרה מדויקת בנוגע לסיכונים הכרוכים בטיפול המוצע רק היתה מרעה את מצב החולה וזורעת בנפשו מתח ופחד מיותרים.

נראה כי מקור גישה זו הוא בהלכה מסורתית בארה"ב לפיה הנוהג המקובל ("האסכולה המקובלת") בקרב העוסקים ברפואה הוא הקובע למעשה את קיום החובה ותוחם את היקפה עפ"י הסטנדרט של "הרופא הסביר"¹²⁸. המחבר המלומד מבקר גישה זו¹²⁹: "יש בה יותר משמינית של הרכנת ראש שיפוטית לפני הפרקטיקה הרפואית המקובלת והכרה משפטית פורמלית ביחס הפטרנליסטי המסורתי שמגלים רופאים רבים כלפי חוליהם".

מכאן- ניתן למצוא זהות מעניינת בין אלה המסתפקים בפרקטיקה המקובלת כטענת הגנה טובה ברשלנות בקונטקסט של חובת הזהירות המוטלת על הרופא, ובין אלה המצרים את גבולות חובת הגילוי של הרופא לחולה שבטיפולו בהקשר של "הסכמה מדעת" לטיפול הרפואי.

זהות זו נובעת מהעובדה שניתן לראות שתי חובות אלה כשני צדדיו של אותו מטבע; ככל שרמת הזהירות שנדרוש מהרופא הסביר תכלול בתוכה יותר ויותר מרכיבים (כגון: צפיית סיכונים מול תועלות בטיפול המוצע לעומת השיטות החלופיות)- כך גם נדרוש כי יתגלה לחולה הסביר יותר ויותר מידע בכל הנוגע לטיפולו.

נחזור עתה לפס"ד קוהרי ונסה לבחון את הזהות שהוצעה לנקודה של הסכמה מדעת לביצוע הקשירה: דעת הרוב מפי השופט דב לוין¹³⁰:

"המומחים העידו כי הוסבר למערערת כי היא עומדת לעבור ניתוח מחמת הגידול בכבד, וכי הרופאים יפעלו באופן הטוב ביותר עבורה לאור מה שייראה להם על שולחן הניתוחים. איש מהרופאים לא טען כי הסביר למערערת כי קיים

החשש הספציפי להתרחשות האירוע אשר התרחש לבסוף וזאת מכיון שהתרחשות אירוע כזה לא היתה חזויה כלל בנסיבות המקרה."

דעת המיעוט¹³¹:

"חוסר ידיעת התוצאות כמוה כחוסר ידיעת מהותו של המעשה. הסכמה הניתנת מחוסר ידיעה כזה-לאו הסכמה היא..."¹³² "הסיכונים שהחולה זכאי להיות מודע להם הם אותם סיכונים מהותיים לאמור, אלה שאדם רגיל באותן נסיבות, היה נוטה לייחס להם חשיבות בהחלטתו להסכים לביצוע הטיפול. מקום בו קיימת בחירה בין קבלת טיפול רפואי לבין אי קבלתו או בין שני סוגי טיפולים בעלי מידת סיכון שונה- חובה על הרופא לגרום לכך שהחולה יהיה מודע מראש ובאופן מלא למשמעות בחירתו, שאם לא כן, אין בהסכמתו אפילו ניתנה, אלא גילוי חיצוני של הסכמה ולא עדות של בחירה חופשית"¹³³. (ההדגשה לא במקור)

"אמנם בענייננו דאגו מנתחיה של פכרי להחתימה על טופס הסכמה לניתוח אף שאין כל משמעות להסכמה זאת, שכן אינה מגלמת בחובה ידיעה מלאה מראש בדבר טיב הניתוח ובדבר השפעתו האפשרית על פכרי. הטעם לכך פשוט: גם מנתחיה של פכרי לא השכילו אז לאבחן את מחלתה האמיתית וממילא לא היה בידם להסביר לה את השפעותיו האפשריות של הניתוח". (ההדגשה לא במקור)

לפני השגותינו לגופן, נראה כי שופטי הרוב שהסתפקו בהיות הקשירה פרקטיקה מקובלת ולא דרשו צפיות סיכונייה מול סיכוני הכריתה, הם גם אלה שהסתפקו באמירה כוללת שיעומד להתבצע ניתוח כמגשים חובת הגילוי, וההיפך הוא הנכון לגבי דעת המיעוט.

שוב ניאלץ להשיג על דעת הרוב ועל הנמקת המיעוט: אליבא דלוי, הבטחה מטעם הרופא לפיה יעשה כמיטבו על שולחן הניתוחים לשם הצלחת הניתוח - די בה על מנת לכסות חובת הגילוי, כאשר כל מידע הנוגע לסוג הניתוח, טיבו, טעמיו, סיכוניו האפשריים, שיטות כירורגיות אחרות וסיכוניהן וכיו"ב בעצם מיותר בשלב זה, באשר קשה לצפות בדיוק את מהלך הדברים מביצוע הניתוח ואילך.

קשה לנו להסכים עם גישה זו שכן יש בה כדי לסרס את המגמה הרחבה והרצויה בענייננו, להכיר בזכויות החולה לדעת את כל הדרוש לו על מנת לבחור בשיטת ניתוח מסוימת דווקא ולא בשיטה אחרת.

שיטת המיעוט לפיה חובת הגילוי טומנת בחובה גם את החובה לפרוש בפני החולה את מלוא התמונה בדבר חלופות הטיפול

האפשריות והשוואת סיכוניהן לסיכון שבחלופה המוצעת מקובלת עלינו. אך על הנמקת השופט בן יאיר שהסתמכה במקרה על שלילת ההסכמה לקשירה מהטעם של אבחון לקוי מלכתחילה ופרישת תמונה חסרה בפני החולה - מוכרחים אנו לחלוק; נראה לנו כי במקרה זה גם לולא ידעו הרופאים על המחלה המערכתית, או יותר מזאת, בהנחה כי היקף הבדיקות שביצעו למען גילוייה היה סביר, הרי שעדיין יכולים היו הרופאים לצפות את הסיכון של אפשרות פריצתה או לחילופין את האפשרות של מציאת גידולים נוספים כאלה או אחרים בסביבת האיזור הנוגע. מכאן, לגרסתנו, נגזרת חובת הגילוי של הרופאים בנוגע לשיטת הקשירה האלטרנטיבית לכריתה, מיכולת צפיית הסיכון ולא מהמחדל לאבחן המחלה המערכתית.

ב. הגישה הרחבה: גישה אחרת לגמרי, המעמידה מול עיניה את זכויות החולה, הופיעה בפסיקה עוד בשנות ה-60, בפס"ד בר-חי¹³⁴: במקרה זה הוריה של קטינה הסכימו לניתוח מסוג מסויים לצורך הרחבת צוואר שלפוחית השתן, כאשר לא הוסבר להם שניתוח ממין זה כרוך בסיכון של ניקוב דופן שלפוחית השתן - סיכון שאמנם התממש. בבית המשפט המחוזי נקבע כי אי ההסכמה לניתוח שהוגדר כקטן, לכשעצמה אינה מספקת, כאשר היעדר הסבר בדבר הסיכון הכרוך בניתוח והחלופה הכירורגית המוצעת, מבטל ההסכמה לביצוע הניתוח¹³⁵.

בבית המשפט העליון בהרכב השופטים זוסמן, קיסטר, בנימין כהן. אומץ פסק דינה של השופטת וינוגרדוב ונקבע מפי השופט ב' כהן¹³⁶:

"הסכמה לטיפול רפואי משמעותה הסכמה המבוססת על קבלת מידע בדבר סיכונים וחלופות. ברי לנו שהשיגרה המקובלת (ועל כל פנים זו שצריכה להיות מקובלת) במקצוע הרפואה, היא להעמיד את החולה בפני הברירה, על-מנת שתהא שותפת בבחירה"¹³⁷.

בפס"ד נחמן¹³⁸, לפחות ברטוריקה, נראה שהשופט דב לוין יחד עם השופטים אהרון ברק ואליעזר גולדברג, מאמץ הלכת בר-חי וקובע כי במידה ולא הוסברו הסיכונים לחולה אזי ההסכמה חסרת נפקות. עם-זאת, במקרה נקבע עובדתית כי הסיכונים הוסברו.

בספרות מוצגת דיעה התומכת בנטיה להרחיב את חובת הגילוי¹³⁹:

"מבחינה עקרונית ניתן, ולדעתי אף רצוי במקרים מתאימים- להחיל את מושג התקיפה גם על מקרה כזה, וזאת באמצעות הרחבת חובת הגילוי, כך שתשתרע גם על סיכונים וחלופות

רפואה ומשפט גיליון מס' 21 - נובמבר 1999

החשש הספציפי להתרחשות האירוע אשר התרחש לבסוף וזאת מכיון שהתרחשות אירוע כזה לא היתה חזויה כלל בנסיבות המקרה."

טיפוליות ולא תצטמצם רק בתיאור הטיפול המוצע..”

נראה ששיטה זו - מקורה בגישה אקטיביסטית יותר הקונה לה אחיזה בפסיקה האמריקאית המודרנית¹⁴⁰, המבקשת להתנער מהפטרנליזם הרפואי המסורתי ולעצב סטנדרטים משפטיים עצמאיים בדבר חובת גילוי מידע לחולה, שאינם משקפים בהכרח את הנהוג למעשה בחוגי מקצוע הרפואה¹⁴¹: “בעלי גישה זו נוקטים בכלל, שלפיו חובה על הרופא לגלות לחולה כל מידע (בדבר מצבו של החולה, הסיכונים והסיכויים הטמונים בטיפול המוצע וחלופות טיפוליות, לרבות האפשרות של אי-מתן טיפול כלשהו) הדרוש לצורך הסכמתו או אי-הסכמתו של החולה לטיפול המוצע ע”י הרופא. היקף המידע ואופן מסירתו ייקבעו ברגיל לפי מבחן “החולה הסביר”, כלומר השופט יעריך לפי שקול דעתו השיפוטי איזה מידע עשוי להשפיע על החלטתו של אדם סביר במצבו של החולה התובע”¹⁴².

כמו-כן, מציג המחבר גישה רחבה קיצונית יותר שתנקוט במבחן “החולה המסויים” ותתחשב בתכונותיו ונסיבותיו המיוחדות של החולה המסויים לשם הערכת שיעורה ודרך מימושה של חובת גילוי המידע¹⁴³.

3.3. חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק זכויות החולה - תפניות ברקע החוקתי

בשנות ה-90, חלה מהפיכה בדין הישראלי בכל הנוגע להקניית מעמד חוקתי לזכויות אדם בכלל, ובמתן עיגון חוקי לזכויות החולה בפרט;

בשנת 1992 נחקק חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו¹⁴⁴. על השלכותיו, נפקויותיו ומהפכותיו בחקיקה הישראלית נאמר רבות. כל שנרצה להוסיף הוא למקד את תשומת הלב, כי כבר בסעיף 2 לחוק היסוד, הסעיף הפותח את עיגון ההגנות על זכויות אדם, ראה המחוקק לנכון לייחס מקום בכורה לשלוש זכויות חשובות ורלבנטיות לענייננו: קדושת החיים, זכות האדם על גופו, וזכות האדם לכבוד. וכך נאמר שם: “אין פוגעים בחייו, בגופו, או בכבודו של אדם באשר הוא אדם.”

לא זו אף זו: בשנת 1996 נחקק חוק ספציפי העוסק בקו התפר שבין הרפואה למשפט ויעדו נובע משמו: חוק זכויות החולה¹⁴⁵. החוק הכיר מפורשות בהיקף נרחב של זכויות “החולה”, כאשר לדעתנו, תיבת ה”חולה” מתפקדת מבחינה לשונית בחוק כשם תואר בלבד ולא כשם עצם; במה דברים אמורים? לא עוד החולה המפותח וחסר הישע, שאין מאחוריו

ולא כלום בעיני הרופא, אלא מעתה מדובר ב”אדם”. אדם הזכאי לבחור מה יעלה בגורל גופו, אדם שהינו אישיות אוטונומית בפני עצמה שרק היא תשרטט גבולותיה, וכאשר היא ניצבת אל מול הרופא הופך הקשר שבין השניים מכללא לקשר של שותפות ולא של כפיפות.

כאן התיבה “חולה” מתארת היקלעותו של אותו “אדם” לסיטואציה מסויימת בה הוא נזקק לטיפול או עזרה רפואיים, ואין הדבר בא ללמד יותר מזאת.

השלכה ישירה הנגזרת מהכרה נרחבת בזכויות החולה בחוק היא אימוץ דוקטרינת “ההסכמה מדעת”, ולעניינו: מתן הכרה חוקית בהרחבת חובת הגילוי של הרופא הן לעניין הסיכונים הכרוכים בטיפול המוצע והן לעניין סיכונים של טיפולים אלטרנטיביים:

בסעיף 13 לחוק נאמר:

- (א) “לא יינתן טיפול רפואי למטופל אלא אם כן נתן לכך המטופל הסכמה מדעת לפי הוראות פרק זה.
(ב) לשם קבלת הסכמה מדעת, ימסור המטפל למטופל מידע רפואי הדרוש לו באורח סביר כדי לאפשר לו להחליט אם להסכים לטיפול המוצע; לעניין זה “מידע רפואי” רבות:
(3) הסיכונים הכרוכים בטיפול המוצע, לרבות תופעות לוואי, כאב ואי-נוחות.
(4) סיכויים וסיכונים של טיפולים רפואיים חלופיים או של היעדר טיפול רפואי.”

3.4. השפעת החקיקה המהפכנית על מגמת הפסיקה בפרשנות היקף חובת הגילוי של הרופא על רקע תורת שתי האסכולות:

כיצד פירשה הפסיקה את היקף חובת הגילוי בהקשר הנדון בעידן החוקים האמורים?
שלושה פסקי-דין שניתנו לאחרונה מדגימים היטב את הנטיה המודרנית יותר להכיר בחובת גילוי רחבה שאינה נעצרת בבחירה ב”אסכולה מקובלת”:

א. פס”ד ואתורי¹⁴⁶ בהרכב השופטים מצא, חשין, טל - עוסק שהביא במקרה מצער של הריון למות העובר והיולדת; גבי ואתורי אושפזה בשבוע ה-25 להריונה עקב פקיעת קרומי שפיר וירידת מים. עם אישפוזו החליטו הרופאים שלא להפסיק את הריונה והורו ליתן לה תכשיר המעכב צירי לידה (אינדומד). (נציין כי הבדיקות שקדמו להחלטת הרופאים לא היו מלאות). כשלושים שעות לאחר האישפוז אובחנו בגבי ואתורי סימנים של אלח דם ושל דלקת השפיר. לנוכח המימצא

ננקטו פעולות להפסקת הריון ולאחר כארבע שעות ילדה עובר מת. לאחר יומיים נתגלו בגבי ואתורי סימנים מובהקים של זיהום כללי ולאחר שנים-עשר ימי אישפוז, שבמהלכם הוחמר הזיהום, נפטרה.

אנו נעסוק בטענת המערערים לפיה החלטת הרופאים להמשיך את ההריון ולא להפסיקו לוקה ברשלנות בשניים: ראשית, ההחלטה גופה חרגה ממתחם הסבירות בהתחשב בגיל ההריון, סיכויי העובר לשרוד, גילה הצעיר של המנוחה וקורות ההריון הספציפי. שנית, אי-גילוי הסיכון שבהמשכת ההריון לעומת הסיכון למנוחה הכרוך בהפסקתו טרם ההחלטה יש בו משום הפרת חובת הגילוי המוטלת על הרופאים.

נוכח התמקדותנו בביקורת של השופט מצא על פסק דינו של בית המשפט המחוזי מפי השופטת נאור, נסקור את פסק הדין בקצרה; אך נקדים ונאמר כי השופטת קמא הפרידה השאלות הנ"ל בהתעמתה מולן ולא דנה בהן כמקשה אחת; לעניין חוסר סבירות ההחלטה גופה קבעה השופטת כדלהלן: **"במקרה הנדון פעלו הרופאים מתוך נאמנות לגישה השמרנית. הדבר הסתיים באסון, שכן במקרה הנדון התרחש תהליך מהיר מאד של אלח דם קטלני. תהליך כזה הוא נדיר ויוצא דופן ולרופאים קשה לצפותו מראש... הגישה השמרנית אשר הנחתה את הרופאים משקפת אסכולה שהיתה ועודנה מקובלת, בעוד שהתוצאה הקטלנית נבעה מהתפתחות חמורה ויוצאת דופן במצבה של המנוחה, ואין לקבל את הטענה שהחלטת הרופאים היתה רשלנית"**¹⁴⁷ (ההדגשה אינה במקור)

לעניין חובת הגילוי קבעה השופטת כי אין מחלוקת בדבר קיומה של חובת הסבר למנוחה בדבר מהות וגודל הסיכונים הכרוכים במצבה, וכי מתחייבים שמיעת עמדתה ושיתופה בהחלטה תוך מתן משקל מכריע לרצונה. עם-זאת, נקבע כי לא הורם נטל הראיה ע"י המערערים לפיו לא נתקיים הסבר כאמור.

ולהלן השגתו של השופט מצא על שתי הפסיקות האמורות: **"ההנחה שמבחינה מקצועית ההחלטה שלא להפסיק את ההריון היתה החלטה אפשרית ומכאן שלא בהכרח היתה רשלנית אינה אלא הנחה מותנית. התנאי הגלום ביסודה הוא שקודם לגיבוש החלטתם הסבירו הרופאים למנוחה את כל הטעון הסבר אודות מצבה, שאלו את פיה ונהגו כפי שנהגו, לא רק עפ"י הבנתם ובחירתם שלהם, אלא גם עפ"י רצונה והסכמתה שלה"**¹⁴⁸

כאן, מבלי להכריע בשאלת סבירות ההחלטה גופה, מאחד השופט מצא את חובת הגילוי וחובת הזהירות תחת קורת גג אחת, כך שהניתוח ההתנהגותי לדידו - צריך שיעשה יחד. עמדה זו רצויה בעינינו.

ועוד הוא מוסיף: **"הסכמה מודעת של המטופל, לבחירת רופאיו במסלול רפואי הכרוך בסיכונים מיוחדים הינה תנאי בסיסי לכשרות ההחלטה הרפואית"**¹⁴⁹. חובת הרופא לספק לחולה את המידע שבידו, באשר לטיפול הניתן לו ולתוצאותיו האפשריות נגזרת מחובת הזהירות הכללית אשר הרופא ובית החולים חבים לחולה. היא נגזרת מזכותנו לדעת על עצמנו, המהווה ביטוי לאוטונומיה של הרצון הפרטי של האדם והמבטאת את כבודנו כאדם¹⁵⁰. אכן חובת הגילוי אינה מוחלטת ולא תמיד היא משתרעת על כל פרטי המידע הרפואי. כך למשל, אין טעם למסור למטופל מידע אודות סיכון נידח הטמון בקבלת חיסון הניתן לכול ושלגבי חיוניותו הרבה אין כל מחלוקת¹⁵¹. **אך מקום שהבחירה במסלול רפואי, או קבלת טיפול רפואי, כרוכים בסיכונים מהותיים, חלה על הרופאים חובה (הכפופה אמנם לחריגים) לספק למטופל את המידע שבאופן סביר דרוש לו לגיבוש החלטה אישית מושכלת בשאלה, אם לבחור במסלול הרפואי המסוויי תוך נטילת הסיכונים הכרוכים בכך, אם לא"**¹⁵². (ההדגשה אינה במקור) במקרה הנדון לא דרושה היתה הכרעה עניינית בדבר חובת הגילוי אך נסתפק באוסף ההלכות שהביא השופט על מנת לרכז השגותינו:

השופט אכן מעמיד חובת גילוי הכוללת בחובה מידע הנוגע לסיכונים הכרוכים בטיפול המוצע על מנת לשקול הבחירה הדווקנית בו. עם-זאת, נראה כי השופט סיווג רק טיב סיכונים מסויים כנכנס לגדר החובה - סיכונים מהותיים. עמדה זו מתיישבת עם הלכת אלטורי¹⁵³ לפיה סיכון נידח ייאלץ להישאר מחוץ לחובת הגילוי. הצהרה כאמור נראית לנו קשה מדי באשר שוב נובע ממנה הגיון הפטרנליסטי. בהנחה שאכן חובת הזהירות וחובת הגילוי הן שני צדדיו של אותו מטבע כשההבדל הוא נקודת המבט ממנה נבחנת כל חובה (פעם מעיני הרופא הסביר ופעם מעיני החולה הסביר), נראה שאין כל סיבה מדוע לא יחפפו זו את זו. איזה צידוק יעמוד לו לרופא להסתיר מידע בדבר סיכון קלוש ולא להותיר את הברירה בידי החולה עצמו? האם אין בכך משום הקלה במעמסת האחריות שנטל הרופא על גבו להחליט עבור החולה? (וכל זאת בהנחה שאותו סיכון קלוש הוא סיכון שניתן היה לצפותו).

עוד נעיר, כי לא ברור באיזה מבחן נקט השופט: אם במבחן

החולה הסביר או במבחן החולה המסויים. הצעתנו היא לשלב בין השניים וליצור מבחן ביניים לפיו: תוכן המידע הדרוש לחולה יימדד בקריטריונים של סבירות ויחפוף את תוכן המידע הדרוש לרופא סביר על מנת להחליט מהי דרך הטיפול המועדפת (לאחר שקילת סיכונים מול תועלת) לעומת אחרות. לעומת זאת, כמות המידע הדרוש והאופי בו עליו להימסר לחולה - ראוי כי ישוייכו לחולה הספציפי בהתחשב בתכונותיו המיוחדות.

ב. פס"ד רייבי¹⁵⁴ עוסק בשני ניתוחי גב שבוצעו במערער, האחד לשם כריתת החלק האחורי של קשת החוליה בעמוד השדרה, והשני לאיחוי חוליות. בתחילת הניתוח השני נחשפה צלקת עבה ורחבה, הדבוקה בין השרירים העוטפים את עמוד השדרה, והמכסה גם את שורשי העצבים היוצאים מעמוד השדרה. המנתח החליט להסירה, בסברו כי כאבי המערער נבעו מהלחץ המופעל על שורשי העצבים ע"י הצלקת. במהלך ההסרה פגע המנתח במעטפת חוט השדרה המכסה על האלמנטים העצביים המהווים את חוט השדרה. הוא ניסה לכסות את הקרע שנותר ע"י חומר אורגני סינתטי מתקרב. אך לאחר הניתוח התלונן המערער על תופעות של אי-שליטה בסוגרים ופגיעה בכוח הגברא. נתמקד בטענות המערער הסובבות סביב היעדר הסכמתו להסרת הצלקת כמקימות אחריות בתקיפה ולחלופין ברשלנות.

השופט שמגר הניח עובדתית, כי הן קיום הצלקת והן הצורך בהסרתה היו צפויים בפועל בעת קבלת ההחלטה על הניתוח המתוכנן, וכי לא נתקבלה הסכמת המערער לגבי ההסרה.

לעניין תקיפה קבע השופט שמגר כדלקמן¹⁵⁵:

"בפסיקה נקבע, כי יש לגלות לחולה את כל הסיכונים אשר אדם סביר היה מייחס להם חשיבות בהחלטתו להסכים לביצוע הטיפול. באימוץ אמת מידה זו נדחתה אמת המידה הרווחת בפסיקה האמריקנית, שבה ניתן שיקול מכריע לפרקטיקה הרפואית המקובלת, ותחתיה הועמדו במרכז האינטרסים של הפרט המקבל את הטיפול".

"הן מבחינת הסיכונים הכרוכים בפרוצדורה של הסרת הצלקת והן מבחינת סיכוייה, קיים שוני מהותי בינה ובין הניתוח אשר תוכנן להתבצע במערער. מכיון שכך... לא היה המנתח רשאי לבצע פרוצדורה זו, אשר לא נועדה להצלת חייו של המערער או למניעת פגיעה חמורה בגופו, מבלי לקבל את הסכמתו המפורשת של המערער". (ההדגשה לא במקור) כאן במפורש נדחתה הגישה הצרה המסתפקת בקיום פרקטיקה מקובלת כמכסה חובת הגילוי ונקבע מבחן

לפיו כל עוד ישנו שוני מהותי בסיכון מהפעולה הידועה לפעולה הלא-ידועה, הרי שללא הסכמה הצידוק היחיד לנקיטתה יהא הצלת חיים או מניעת פגיעה חמורה.

הננו מסכימים ומעודדים גישה מפורשת זו, אם כי נחוץ לשים לב כי ניתנה בהקשר של טענת התקיפה ולא של רשלנות. עוד יוטעם, כי לא הוכרעה תחולת הכלל האמריקאי בארץ, עליו הסתמך בית משפט קמא בפסיקתו. לפיו, מנתח אשר גילה במהלך ניתוח מתוכנן דברים בלתי צפויים המצדיקים הרחבה של תכנית הפעולה המקורית או סטייה ממנה רשאי לסטות באופן המתחייב מהפעלת שיקול דעת רפואי סביר¹⁵⁶. עם זאת נאמר כי ספק אם יוחל במקרה בו הניתוח שבמחלוקת לא נדרש לשם הצלת חיים או מניעת סכנה חמורה אחרת.

לעניין רשלנות דחה השופט את רוב טענות המערער וקיבל רק את זו לפיה היתה התרשלנות בטכניקה עצמה שנקטה להסרת הצלקת.

בנקודה זו קשה עלינו אבחנת השופט שמגר בין הניתוח שערך בטענת התקיפה לעניין הפרת חובת הגילוי ובין היעדר ניתוח כאמור על רקע טענת הרשלנות. כמו כן, לא ברורה התעלמותו מבחינת הרשלנות שדבקה בעצם ההחלטה להסיר את הצלקת עצמה ולא דווקא בהחלטה לנתח שנית - אותה בחן בקפידה.

ג. פס"ד מור^{157, 158}: דובר בשתי נשים בהריון שחפצו לערוך בדיקה הסורקת מומים בעובר. שתיהן נשלחו ע"י רופאיהן הפרטיים לעריכת בדיקה, כאמור, בשירות הציבורי. אף על פי שתוצאות הבדיקה היו שליליות, נולד עובריה של הראשונה ללא גפה ימנית. בעקבות המקרה פנתה השניה למכון שוב על-מנת לערוך בדיקה חוזרת, בציינה מפורשות כי ברצונה לבדוק שלימות הגפיים.

התוצאה היתה שלילית בשנית, ולאחר זמן מה ילדה האשה השנייה את עובריה. גם הוא חסר את גפתו הימנית. לאחר מקרה טרגי זה, הסתבר ליולדות כי בסריקת מערכות שיגרית במסגרת הרפואה הציבורית אין נבדקת שלמות הגפיים לנוכח השיעור הנמוך של תינוקות הנולדים חסרי גפיים (0,0005 %) והקושי בזיהוי הגפיים הדורש מיומנות של רופא. כמו כן, סריקה הכוללת בדיקה של שלמות הגפיים היא ממושכת יותר, ולעיתים נדרשת אף בדיקה חוזרת. לעומת זאת, סריקת המערכות השיגרית במסגרת הרפואה הפרטית - שבעלותה נושאת הנבדקת - כוללת בדיקה של שלימות הגפיים. מידע זה לא היה ידוע לשתיהן בטרם הלידה.

נדון כאן בטענתן העיקרית של המערערות לפיה הפר המכון את חובת הגילוי בכך שלא יידע אותן בדבר הבדיקה החלקית ולא נתן בידיהן האופציה לבחור בבדיקה המלאה.

השופטת דורנר קבעה כדלקמן:

"הגישה הפאטרנליסטית, הגורסת כי הרופא יצא ידי חובתו כלפי המטופל לעניין מסירת מידע אם נהג על-פי הפרקטיקה הרפואית המקובלת, נדחתה איפוא. בפסיקתנו נקבע סטנדרט גילוי, המצוי גם בפסיקה אמריקנית¹⁵⁹ והמקובל בקנדה¹⁶⁰ ובאוסטרליה¹⁶¹, המבוסס על צרכיו של המטופל הנדרש לגבש הסכמה לטיפול רפואי.. צרכים אלה נקבעים על-פי קנה-מידה אובייקטיבי. על הרופא מוטל למסור למטופל את כל האינפורמציה שאדם סביר היה נדרש לה כדי לגבש החלטה אם להסכים לטיפול המוצע"¹⁶².

השופטת קבעה עם זאת כי לעניין הבדיקות הראשונות לא קמה חובת גילוי למכון עצמו באשר הנשים הופנו אליו ע"י הרופאים. אולם לגבי הבדיקה החוזרת נקבע כי עריכתה ללא הסבר, ומתן תשובה כי לא נמצא פגם בעובר היוו לכשעצמם התרשלות.

נראה שנטיית השופטת היא להכיר במבחן משולב כסטנדרט להיקף חובת הגילוי: צרכי החולה המסויים ("המטופל הנדרש לגבש הסכמה") בשילוב עם קריטריונים אובייקטיביים. עם זאת בהשתמשה בביטוי "האדם הסביר", חזרה השופטת דורנר למבחן "החולה הסביר" הפחות רצוי בעינינו¹⁶³.

השופטת בינניש הוסיפה ושאלה¹⁶⁴: "השאלה הראויה לליבון מעמיק יותר היא השאלה אם חייב הרופא להעמיד את המטופל על כך שישנם סיכונים חבויים נוספים, שניתן לערוך ביחס אליהם בדיקות נוספות, שעה שאין המטופל שייך לקבוצת סיכון ואין כל אינדיקציה כי סיכון כזה רלוונטי לגביו".

לדעתנו, הדרישה מותנית ברמת הצפיות. היינו: אם מדובר בסיכון שיש סיכוי מסויים גם אם קלוש להתממשותו, יש להתייחס אליו בעת מסירת המידע לחולה, כשאין הדבר משנה אם הסיכון נובע מסיבות אובייקטיביות או סובייקטיביות.

5. סיכום:

עמדנו על התפתחות תורת שתי האסכולות ויישומה במשפט הישראלי בהקשר של מבחן הסיכון מזה ושל דוקטרינת ה"הסכמה מדעת" מזה.

ראינו כי גישת הפסיקה בנושא אינה מנוגשת כלל כאשר עדיין נותרו שרידים "מאיימים" לגישה המסורתית והצרה, המסתפקת בעצם הבחירה בפרקטיקה מקובלת כהגנה בפני רשלנות. גישה זו-אבד עליה הכלח; לאור התפיסות החברתיות ההולכות וצוברות תאוצה במשפטינו, אשר שמות במרכז את זכויות היסוד של האדם ורואות בו אישיות אוטונומית האחראית לגורלה, רק טבעי וברור הדבר כי הגוון הפטרנליסטי יימוג אט אט ועמו כל הקלה שהיא עם בעלי השליטה על גורלו של אותו אדם. גישה זו- ראוי שתעמוד לנגד עיני השופטים בקובעם סטנדרטים ראויים לחובות המוטלות על קהיליית הרופאים בדין וביניהן- חובת הזהירות וחובת הגילוי.

נרכז עתה מעט מהקריטריונים שהוצעו על מנת לגבש את היקף החובות האמורות בהתנגשותן עם תורת שתי האסכולות:

ראשית, כאשר ניצבות זו לצד זו שתי אסכולות מקובלות ברפואה, אין זו נקודת הסיום בדרך להטלת אחריות אלא רק נקודת המוצא. מכאן ואילך יש לבחון מספר שאלות קריטיות על רקע הנסיבות המיוחדות לכל מקרה: מהו הבסיס הרציונלי שמאחרי האסכולה שנבחרה; מהן הסיבות להעדפת אחת האסכולות על פני רעותה; האם איזון הסיכונים שבנקיטה בכל אסכולה לעומת סיכויי הצלחתה על רקע שיעור העלויות הכרוך במניעת הסיכונים האמורים מביא עדיין להעדפת האסכולה שנבחרה; וכל זאת בהנחה שהידע והנתונים שעמדו לצד הבוחר הם אלה שרווחו בשעת המעשה ולא בדיעבד.

שנית, בשלב זה של קביעת היקף חובת הזהירות שיש להטיל על הרופא הסביר, חשובה ההפרדה בין שאלת צפיות הסיכון לבין שאלת צפיות הנזק. אמנם יש להתחשב בין יתר השיקולים בגובה הנזק הצפוי אך בחינה מפורטת של הסיבתיות תיעשה רק לאחר שנקבע כי יש להטיל חובת זהירות במקרה. יוטעם, כי שלב זה ייבחן בחינה נורמטיבית ולא טכנית, כאשר בקביעת הסטנדרט הראוי יש להתחשב בעיקר **ביכולת צפיית הסיכון** הכרוך בנקיטה בפרקטיקה שנבחרה (גם אם קלושה - או נובעת מסיבה אובייקטיבית ולא מהשתייכות החולה לקבוצת סיכון- העיקר שקיימת) **ובאינטרס הציבורי** שבפעילות היוצרת הסיכון, ופחות בחומרת הסיכון או היקף הנזק שעשוי היה להיגרם בעקבותיו.

שלישית, שתי הנחות ראוי כי יוליכונו בבואנו להטיל חובת גילוי על רופא במקרה ספציפי: האחת שחובת הגילוי נגזרת מחובת הזהירות של הרופא ואם לא נתמלאה הרי שבהכרח

הופרה חובת הזהירות, עם זאת הקישור ההפוך, היינו שאם חובת הזהירות הופרה אזי חובת הגילוי לא נתמלאה - אינו בהכרח נכון תמיד. ההנחה השניה: שבדרכנו לתחום את גבולותיה של חובת הגילוי - ראוי כי נראה בה את הצד השני של המטבע של חובת הזהירות. היינו: אם במקרה מסויים דרשנו מרופא לצפות סבירות התממשותו של הסיכון הכרוך בנקיטת הפרקטיקה שבחר ולשקלו מול סיכונים חלופותיה, הרי שהמידע המצוי בידו אותה שעה בכל הנוגע להיקף הסיכונים הכרוכים בפרקטיקות האלטרנטיביות - רצוי שיימסר בצורתו זו גם לחולה. בנקודה זו נסייג את החפיפה

ערב סגירת הגליון בקש עו"ד זאב וייל, להוסיף את השורות הבאות:

לאחר שנמסר מאמר זה לדפוס, פורסם ביום 29.8.99 ע.א. 2781/93 **מיאסה עלי דעקה נ' בית החולים "כרמל", חיפה**. שקלנו אם יש לתקן את המאמר שלנו לאור פסק הדין הנ"ל, והגענו למסקנה שע.א. 2781/93 המהווה ציון דרך במשפט

מקורות והערות:

1. יי אנגלרד, "יסודות האחריות בנוזיקין" דיני הנוזיקין- תורת הנוזיקין הכללית, י"ל מאגנס, ג' טדסקי עורך, מהדורה 2 תשל"ז, 25-26.
2. סעיפים 35-36 לפקודת הנוזיקין [נוסח חדש].
3. ראה אנגלרד, ה"ש 1 בעמ' 130. ראה גם, H.A Edgerton, "Negligence, Inadvertance, and Indifference, The Relation of Mental States to Negligence, 39 (1925-26) Harv. L. R 849; Hart, Negligence, Mens Rea and Criminal Responsibility" Oxford Essays in Jurisprudence, 1961, p. 29.
4. ראה אנגלרד, ה"ש 1 בעמ' 127-8.
5. ע"א 243/83 עיריית ירושלים נ' גורדון, פ"ד לט (1), 113, 130.
6. ד"נ 9/77 חברת החשמל לישראל ואח' נ' הוצאת עיתון "הארץ" בע"מ ואח', פ"ד לב (3), 337, 361.
7. ע"א 207/709 רביב משה ושות' בע"מ ואח' נ' בית יולס בע"מ ואח', פ"ד לו (1), 533, 556. ראה גם: ברק, "פרשנות במשפט", כרך ב'-פרשנות החקיקה, נבו הוצאה לאור, עמ' 739.
8. סעיף 36 לפקודת הנוזיקין [נוסח חדש].
9. ראה פס"ד גורדון, ה"ש 5 בעמ' 128.

המוצעת ונתיחס אל הבחינה האובייקטיבית באספקלריה של מושגי "סבירות". הבחינה הזו טובה הן לקביעת רף הזהירות והן להיקף חובת הגילוי ל"חולה הסביר". יש להרכיב עליה בחינה סובייקטיבית המתחשבת בנסיבות המיוחדות של ה"חולה המסויים" במקרה, על מנת לברור כמותית ואתית באיזו צורה יימסרו הדברים וכמה פעמים יידרש מתן ההסבר על מנת שאותו חולה ספציפי יבין את הנאמר. אנחנו תקווה, כי יתגבש קו אחיד יותר בפסיקה בנושאים שהועלו לעיל, כאשר רוח הקריטריונים שהצענו כאן - תשמש לו מקור השראה.

הנוזיקין בישראל, אינו משנה את ההשקפות שבוטאו במאמרנו אלא רק מחזקן. תמצית פסק הדין והערות עליו נפרסם, בהסכמת המערכת, בחוברת הבאה של "רפואה ומשפט". זאב וייל, דנה גרובר

10. ע"א 145/80 ועקנין נ' המועצה המקומית בית שמש ואח', פ"ד לו (1), 113, 123.
11. ע"פ 186/80 יערי ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד לה (1) 769, 776.
12. ראה פס"ד ועקנין, עמ' 6-125.
13. שם, שם.
14. ע"א 3124/90 סבג נ' אמסלם, פ"ד מט (1) 102, 107.
15. ראה פס"ד ועקנין, עמ' 131.
16. ראה פס"ד סבג, ה"ש 14 עמ' 107.
17. ראה פס"ד סבג, עמ' 108 - בפסק דינה של השופטת דורנר.
18. ע"א 552/66 לויטל נ' קופת חולים של ההסתדרות הכללית, פ"ד כב (2), 480, 482; ע"א 744/76 שרתאל נ' קפלר פ"ד לב (1) 114, 123; ע"א 705/78 רמון נ' מאוטנר, פ"ד לד (1) 550, 555.
19. ע. אור, א. נירנברג, "רשלנות רפואית וסוגיות בנוזיקין", הוצאת פרלשטיין-גינורס, 196.
20. א. כרמי, "רפואה ומשפט", הוצאת "מעריב", 5-124.
21. Clark v. Maclennan (1983) 1 All ER 416; ע"א 612/78 פאר נ' קופר, פ"ד לה (1), 720, 727.

רפואה ומשפט גיליון מס' 21 - נובמבר 1999

46. **Roe v. Ministry of Health** (1954) 2 All ER 131.
47. **Crawford v. Board of Governors of Charing Cross Hospital** (1953) Times, 8 December, CA.
48. מייסון ומקול, 169.
49. Giesen, 114.
50. פס"ד קוהרי, בעמ' 172.
51. שם, שם.
52. ע"א 116/89 **אנדל נ' מ"י**, פ"ד מה (5), 276, 289.
53. ע"א 3264/96, **קופ"ח כללית נ' יפה פלד**, דינים עליון, נה, 52.
54. שם, 7.
55. שם, 16.
56. שם, 15.
57. אזר ונירנברג, 256.
58. ע"א 58/82 קנטור נ' מוסייב, פ"ד לט (3), 253, 262.
59. מייסון ומקול, 173, ראה גם:
- C. Dyer, "Is Inexperience a Defence against Negligence" (1986) 293 **Brit Med J**, 497.
60. **Wilsher v. Essex Area Health Authority** (1986) 3 All ER 801.
61. שם, שם.
62. מייסון ומקול, 174.
63. ת"א (ת"א) 398/89 **עזבון המנוח יערי ז"ל נ' פרופ דינבר ואח'**, (טרם פורסם).
64. **Buchan v. Ortho Pharmaceutical (Can) LTD**
1. 35 CCLT (1986); גיזון, 106.
65. ע"א 744/76 **ד"ר שרתיאל נ' קפלר** פ"ד לב (1), 113, 124.
66. **Clarck v. Maclellan** (1983) 1 All ER 416.
67. גיזון, 117.
68. גיזון, 117.
69. גיזון, 120; ראה גם:
- Nettleship v. Weston** (1971) 3 All ER 581; **O'Donovan v. Cork CC** (1967) IR 173; **McDonald v. Pottinger** (1953) NZLR 196; **Albrighton v. Royal Prince Alfred Hosp** (1980) 2 NSWLR 542.; **Lankenau v. Dutton** (1986) 37 CCLT 213; **Harbeson v. Parke-Davis**, 656 P2d 483 (Wash 1983)
70. ע"א 612/78 פאר נ' קופר, פ"ד לה (1), 720, 726.
71. **Rich v. Pierpoint** (1862) 176 ER 16.
72. ה"ש 27.
73. שם, שם.
74. H. Teff, "The standard of care in medical negligence- Moving on from Bolam?", **Oxford Journal of Legal Studies**, v. 18 1998, 473 .

22. **Sewell v. Internal Med. And Endocrine Assocs.**, 600 So. 2d 242 (Ala. 1992); Prosser & Keeton, "On Torts", 5d. ed. West-1984, 186
23. ע"א 280/60 **פרדו נ' חפץ-פלדמן**, פ"ד טו, 1977, 1974; ע"א 323/89 **קוהרי ואח' נ' מדינת ישראל-משרד הבריאות**, פ"ד מה (2), 142, 172.
24. **White v. Turner** (1981) 15 CCLT 81
25. **Overseas Tankship v. Morts Dock** [1961] 1 All ER 404
26. נעיר, כי המונח בעברית למושג זה הוא ברגיל ה"פרקטיקה המקובלת", אך מאחר והורחב הן לטיפול והן לאבחון העדפנו המושג "אסכולה מקובלת" אותו ניתן להחיל על שלושתם.
27. **Bolam v. Friern HMC** [1957] 2 All ER 118
28. **Maynard v. West Midlands Regional Health Authority** [1984] 1 WLR 634
29. **Whitehouse v. Jordan** [1981] 1 WLR 246
30. **Roger v. Whitaker** [1992] ALJR 47, 52
31. **Hunter v. Hanley**, 1955 SC 200 at 206
- ראה גם:
- Mason & MacCall, *Law and Medical Ethics*, 2d.Ed Butterworths London-1989, 167
32. **Remley v. Plummer**, 79 Pa. Super. 117 (1922)
33. Id. At 123.
34. **Jones v. Chidester**, 610 A.2d 964 (Pa. 1992)
35. Id. At 969.
36. **Tesaro v. Perrige**, 650 A. 2d 1079 (Pa. Super. 1994)
- Bonavitacola v. Cluver**, 619 A. 2d 1363 (Pa. Super. 1993)
37. M. Kowalski, "Applying the Two Schools of Thought Doctrine to the repressed Memory Controversy", **The Journal of Legal Medicine** Vol. 19, 503,511
38. **Barton v. Owen**, 139 Cal. Rptr. 494 (Cal. App. 1977); **Parris v. Sands** , 25 Cal. Rptr. 2d 800, 804 (Cal. App. 1993).
39. Barton, Id. At 504
40. **Majetich v. Westin**, 690 P. 2d 726 (Cal. A PP. 1969)
41. **Meier v. Ross General Hospital**, 445 P. 2d 519 (Cal. 1968)
42. ה"ש 34 , 518
43. ע"פ 54/57 , **מנחם דרבסקי ואח' נ' היוהמ"ש**, פ"ד יב (1), 655, 662 ; ראה גם: כרמי לעיל, בעמ' 142.
44. ע"א 147/54 **מאיר גואטה נ' ברוך ריבקינד**, פ"ד ח' (3) , 1603, 1610; ע"א 313/56 **חברת החשמל לא"י בע"מ ואח' נ' צבי בלומברג**, פ"ד יא, 1087, 1091; ראה גם כרמי, שם.
45. פס"ד קוהרי לעיל, ראה גם ע"א 1884/93 **פרופ' אלכס דינבר נ' עזבון המנוח זלמן יערי ז"ל**, פ"ד נ (2), 605, 609.

384, 392; ראה גם, כרמיק, שם.
 103. הי"ש 23 לעיל.
 104. אף על-פי, שגם לעניין סבירות הבדיקות שהביאו לאבחון הלוקה, נחלקו שופטי הרוב והמיעוט (בעמ' 160, 173) אנו לא נעסוק בנקודה זו ונתמקד בשיטת הטיפול שנקטה.
 105. בעמ' 174 לפסק-הדין.
 106. בעמ' 163-5, שם.
 107. בעמ' 166.
 108. הי"ש 17.
 109. ע"א 935/95 משה רביד ואח' נ' קליפורד דניס ואח', דינים עליון, נה, 130.
 110. שם, עמ' 20-1.
 111. קליפורד, 26.
 112. שם, 11-12.
 113. לחיזוק דעתנו, ראה: ע"א 755/76, "משמר" חברה לשמירה נ' מלחם ואח', פ"ד לג (2), 656, 670; לביקורת ראה: י. גלעד, " הסיבתיות במשפט הנוזקין הישראלי- בחינה מחודשת", משפטים יז תשמ"ד, 15, 29.
 114. שם, 16.
 115. על כך עומד המחבר המלומד, עמוס שפירא, במאמרו המשמש מקור השראה למשפטנים רבים במיוחד בתחום הרשלנות הרפואית: ע. שפירא, "ההסכמה מדעת" לטיפול רפואי- הדין המצוי והרצוי", עיוני משפט יד, בעמ' 227.
 116. שם, 235.
 117. שם, בעמ' 228.
 118. סעיף 378 לחוק בעונשין תשל"ז - 1977.
 119. סעיף 23 לפקודת הנוזקין (נוסח חדש)
 120. שפירא, שם, 225.
 121. שם, בעמ' 226.
 122. שם, שם.
 123. שם, שם.
 124. שם, בעמ' 226-7.
 125. שם, בעמ' 231-233.
 126. ת"א (ת"א) 1425/57 קאירה נ' הי"מ, פ"מ יח, 73, 85.
 127. ת"א (ת"א) 906/73 צברי נ' ברונר, פ"מ תשל"ו (ב), 465, 474.
 128. שם, 235.
 129. שפירא, בעמ' 232.
 130. שפירא, בעמ' 170.
 131. בעמ' 166-7.
 132. ע"א 360/64 אבוטבול נ' קליגר, פ"ד יט, 429, 475.
 133. ת"א (ב"ש) 88/84 אסא נ' קופ"ח של ההסתדרות ואח',

75. הי"ש 82, 92. ראה גם:
Sideaway v. Bethlem Royal Hospital (1985) AC 871, [1985] 1 All ER 643.
 76. ראה הנרי טף, 476.
 77. **Hucks v. Cole**, [1993] 4 Med LR 393, 397-9
 78. **Loveday v. Renton** [1990] 1 Med LR 117; **Knight v. the Home Office** [1990] 3 All ER 237, 244.
 79. **Bolitho v. city & Hackney H.A.**(1997) WLR, 1151.
 80. שם, שם.
 81. **Ter Neuzen v. Korn** 127 Dominion Law Reports (1995) 577,592.
 82. **Rogers v. Whitaker**, 175 CLR (1992), 479, 493.
 83. יצוין, כי שני המקורות האחרונים (הקנדי והאוסטרלי) נלקחו מפסק דינה המאלף של השופטת בניש בפס"ד קליפורד שיפורט להלן בה"ש 109.
 84. **Bowman v. Woods**, I.G. Greene, 441 (Iowa 1848); **Patten v. Wiggin**, 51 Me. 594 (1862) ; **Ennis v. Banks**, 164 P. 58 (Wash. 1917) s
 85. G.L 1896, ch. 165 s. 6; Cal. S TATS. 1913, ch. 354, s. 22; Cal. Bus. & Prof. Code s. 2063 (West 1990)
 86. הי"ש 32.
 87. **Furey v. Thomas Jefferson University Hospital**, 472 A.2d, 1091.
 88. הי"ש 41.
 89. הי"ש 40.
 90. **Olson v. Weitz**, 221 P. 2d 537 (Wash. 1950)
 91. **Schwab v. Tolley**, 345 So. 2d 747, 753 (Fla. 1977)
 92. **Borja v. Phoenix Gen. Hosp.**, 727 P.2d 355 (Ariz. 1986)
 93. **Martin v Durden**, No. 14-96-979 CV, 1997 Tex. App. LEXIS 4955
 94. הי"ש 38.
 95. הי"ש 34.
 96. הי"ש 36.
 97. **Mathis v Morrissey**, 13 Cal. Rptr. 2d 819.
 98. ראה גם לעניין אי חובת היידוע:
Parris v. Sands, 25 Cal. Rptr. 494.
 99. **Dible v. Vagley**, 612 A.2d 493.
 ראה גם, קוולסקי, 519.
 100. ראה הי"ש 43, 44.
 101. ת"א (ירושלים) 52/56 פולטיס נ' ד"ר באלוג, פמ"ח כ"ח 62, 66; ראה גם, כרמיק, 144.
 102. ת"א (חיפה) 1047/64 ויטנר נ' בתר ואח' , פמ"ח נב,

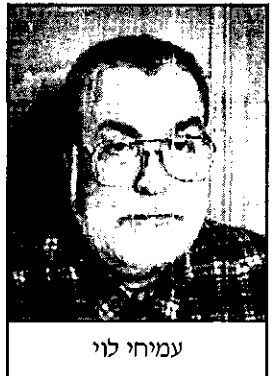
- פסקים תשמ"ז (ג) 32, 42.
134. ת"א (חי) 838/64 שטיינר נ' בר-חי, פ"מ, נ', 303, 317.
135. שם, בעמ' 315.
136. ע"א 81/66, 67/66 בר-חי נ' שטיינר, פ"ד כ (3), 230.
137. שם, בעמ' 233.
138. ע"א 560/84 נחמן נ' קופ"ח של הסתדרות העובדים בא"י, פ"ד מ (2), 389, 384.
139. שם, בעמ' 230.
140. שם, בעמ' 235.
141. שם, שם.
142. שם, שם.
143. שם, שם.
144. חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, התשנ"ב 1992.
145. חוק זכויות החולה, התשנ"ו, 1996.
146. ע"א 4384/90 שמעון ואתורי נ' בית החולים לניאדן, דינים עליון, נ"א, 367.
147. שם, בעמ' 4.
148. שם, בעמ' 6.
149. ראה פס"ד נחמן לעיל.
150. ראה רע"א 1412/94 הסתדרות מדיצינית הדסה עין כרם נ' גלעד, פ"ד מט (2), 516, 525.
151. ע"א 470/87 אלטורי נ' מדינת ישראל, פ"ד מז (2), 146, 153.
152. ואתורי, 6.
153. ה"ש 151.
154. ע"א 3108/91 רייבי נ' ד"ר קורט וייגל ואח', פ"ד מז (2), 497.
155. שם, בעמ' 509.
156. שם, בעמ' 508.
157. ע"א 434/94 פלונית נ' מור - המכון למידע רפואי בע"מ, תק-על (3), 425.
158. לדיון מפורט בפסק-דין מור ובדוקטרינת ה"הסכמה מדעת" ראה מאמרינו:
- Z. Weil, "Informed Consent To Medical Treatment- The Israeli Experience", *Med Law* (1998), 243-261.
159. *Canterbury v. Spence*, 464 F. 2d 772, D.C. cir, (1972), 787.
160. *Arndt v. Smith*, 126 D.L.R. (4th) 705, 715, 1995.
161. ה"ש 82.
162. מור, שם, עמ' 30-429.
163. שם, 432.
164. שם, עמ' 432.



פסיכיאטריה ומשפט

מ"נזירות הפיצויים", לתסמונת הפיצוי. הבטים אבחנותיים, חוויתיים, טפוליים, וקונצפטואליים.

ובקיום התסמונת. מוצע לקרוא לחולי בשם "תסמונת הפיצוי". תסמונת זו עלולה ללוות פגיעות גופניות, מוחיות ונפשיות שונות או אף, להופיע - לעיתים - לעצמה, כשהיא במרכז התמונה התגובתית. מוצע להכיר בנפוצותה של התסמונת הזו, ולהכניסה לא רק למעגל החשיבה האבחנותית אלא גם למעגל החשיבה הטפולית.



עמיחי לוי

2. מבוא.

נוי¹ מגדיר את נזירות הפיצויים (נ.פ.), הידועה גם כ"נזירות התאונות" (Accident Neurosis), או כ"נזירות התביעה" (Litigation Neurosis), כתסמונת אשר מתפתחת בפציינטים שחוו טראומה, פיזית או אמוציונלית, חריפה או מתמשכת, אמיתית או מדומה. בכך זוהי אחת התסמונות הפוסט טראומטיות. נוי מרחיב בהסברו: באחד השלבים העוקבים לטראומה, הפציינט עלול להגיע לשכנוע שאדם, מוסד, או גורם, אחראים) לסבלו. ולכן גם לפצוי, בין בכסף, בטפול, בסיוע כלשהו, או אף ע"י נכונות להודות באחריות, הבעת חרטה או ניחומים. הפציינט נעשה בהדרגה מעורב במאבק עקש, בלתי מתפשר, כנגד אלה שהוא מאשים, בין אם אמיתיים או מדומים. המאבק מסתבך לעתים קרובות ע"י תביעות והליכים משפטיים. לצד מאבק זה, מתחוללת בד"כ החמרה בסימפטומים ובתלונות. נראה כאילו הפציינט חש שעליו להתמיד בסבלו ובמחלתו ולטפחם. דבר אשר משמש כטיעון מרכזי מצדו בהאשמת האנשים שנדרשים לפצותו. ולכן, איננו מוכן לסגת ממחלתו, עד שתביעתו תוכר.

ההגדרה של נוי, אכן ארוכה, אך מעוררת למחשבה, ואילו עמדת אנשי מקצוע בעבר היתה שונה; נשוב להגדרתו של קנדי² מ-1946: נזירות הפיצויים היא מצב נפשי הנוול מפחד, הנוצר בחיים בשל חמדנות, המדורבן ע"י פרקליטים, והנרפא ע"י פסק דין.

זהו מבט חד, אם לא ציני ממש. באשר ל"נרפא ע"י פסק-דין" נמתין ונראה. ההגדרה של קנדי בטאה את נקודת המבט הפסיכיאטרית במחצית הראשונה של המאה ה-20;

1. תקציר.

"נזירות הפיצויים" (Compensation Neurosis) או "נזירות התאונות" (Accident Neurosis); היא מונח רעוע הגדרה, שגור ויכוחים עזים בספרות המקצועית, הן על מקורותיו, אפיוניו והקפו; והן על עצם קיומו. קנדי ב-1946 הגדירו בעוקצנות:

"A Compensation Neurosis is a state of mind, born out of fear, kept alive by avarice, stimulated by lawyers, and cured by a verdict".

אנשי מקצוע בישראל התייחסו לחולי זה לא פעם בבטול, או בלעג ("פיצוייטיס"). הנרי מילר, נירולוג ידוע, גור כליה על נזירות הפיצויים, כך נראה, במאמר-כפול ושחזו שפרסם ב-B.M.J., ב-1961 והמצוטט עד הים. נראה היה ש"נזירות הפיצויים" פשוט התפגרה.

במציאות הקלינית והתיאורטית אין הדבר כך, ומתברר שחולי זה מצוי עמנו, והוא very much alive. זאת לא רק ע"י מאמרים בספרות המקצועית; אלא גם (ובעיקר), החולי נפוץ אצל פציינטים רבים. ברם רוב הקלינאים רואים בו תופעה משנית, שיש להתייחס אליה בקצרה, אם לא ממש להתעלם ממנה.

ננסה לעמוד על ההשתלשלות של "נזירות הפיצויים" כולל העובדה הברורה והמתועדת שהתסמונת בדרך כלל איננה מחלימה בעקבות פסק דין. כן נעמוד על חלקה החשוב, המכריע לעתים קרובות, של המערכת המשפטית, בהוצרות

פרופ' עמיחי לוי - פסיכיאטר, מנהל המח' הסגורה בבית"ס למדעי ההתנהגות בביה"ס לרפואה/אוני ת"א.
פרופ' לקרמינולוגיה קלינית/אוני בר-אילן.

נותרה בלתי פתורה; הפציינטים הדכאוניים הם היחידים בכל הסדרה שגילו תגובה חיובית לטיפול.

VI. המאפיינים הקליניים של נ.פ. היו בעיקרם חרדתיים-דכאוניים, או היסטריים, ונדירות - פוביים. בדרך כלל דווחו כאבי ראש, סחרחורות, רגישות (איריטביליות), רכוז נמוך, אי שקט, קשיי-שינה, וחלומות ביעותים. כאב בלתי נסבל, או פגימה אחרת באברים שנפגעו, היו שכיחים, והתגברו בהתמדה עם הזמן. סימנים אוביקטיביים של חרדה היו יחסית בלתי שכיחים. דרמטיזציה של סימפטומים היתה קו חשוב, כמו גם רחמים עצמיים. מילר סבור שבדרך כלל הפציינט מגיע ליעוץ באיחור, והוא מלווה בד"כ ע"י בן-משפחה, אשר נוטל חלק פעיל ביעוץ. הפציינט מציג "תוגה של קדושים" [קשה לתרגם את הביטוי הציני והעוקצני של מילר: Martyred Gloom]; הוא מאשים אחרים במצבו. מציג שכנוע בלתי ניתן לערעור של אי כשירות לעבודה [או כשירות לעבודה קלה בלבד, שבד"כ איננה בנמצא]. הוא מפגין עוינות לכל הצעה לשפר את מצבו ומסרב להודות בכל שפור סימפטומטי. עם זאת, הפציינט מחפש עזרה רפואית רק לעתים נדירות, או כלל לא.

VII. הפרוגנוזה, עפ"י מילר, בד"כ טובה. בכלל, הפציינטים הללו קשים לאתור, ורובם נושר מכל צורה של השגחה רפואית, עם סיום המקרה (ההסדר). החלמה מוקדמת ומלאה נוטה להתרחש לאחר כשלוש, וגם לאחר הצלחה של התביעה לפיצויים. במחקר המעקב נמצא כי 36 מתוך 40 פציינטים שהיו מועסקים קודם, חזרו לעבודתם, או לעבודה דומה. רק 2 פציינטים מתוך 50 עם נ.פ., נותרו בלתי כשירים לעבודה בשל סימפטומטולוגיה פסיכיאטרית. זאת - לאחר בדיקה חוזרת, שנתיים לאחר סיום התביעה. החלמה סימפטומטית ב-45 מתוך 50 הפציינטים היתה מלאה.

VIII. מילר שוקל כמה הסברים להתפתחות נ.פ.: פגיעות לפיזיות. (Vulnerability) קונסטיטוציונלית חבויה; אי בטחון כלכלי; חוסר אחריות סוציאלית; התחזות. הוא מוצא סוגיה זו בלתי פתירה באופן כללי; ופתירה רק ע"י עבודת ניחוש, כשמדובר בפציינט פרטני. יחסו של מילר כלפי נסיון להבנת טיב נ.פ. ע"י פסיכיאטרים להסברים כגון "הוצאת" הקונפליקטים האמוציונליים; התנהגות בלתי בשלה; כמיהה לסימפטומים וליחס; שאיפה מזוכיסטית לחוות כאב ומסכנות, - יחסו לכל אלה שלילי ביותר. מילר מאשים את הפסיכיאטרים בהתמכרות לחשיבה מעורפלת, שלדבריו היא סיכון מקצועי של הפסיכיאטריה. מנקודת-מבט, נ.פ. מיצגת את מה שיותר מהשאריות העצביות של תאונות, כאשר סיבוכים אורגניים הוצאו מכלל חשבון. נ.פ. איננה פונקציה של התאונה עצמה, אלא של המערך (Setting) שבו התאונה התרחשה. במלים

דהיינו, שנוירוזות הפיצויים הנה מונח בלתי ברור, השייך יותר לעולם המשפטי, מאשר לעולם הרפואי; נראה כי באותה תקופה לא נערכו מחקרים רציניים בסוגיה; כמות העבודות בנושא היתה מוגבלת ואף הרמה הקונצפטואלית התיאורטית נותרה בלתי מעובדת. נוירוזות הפיצויים, כיישות מושגית, לא הגיעה למעמד של אבחנה פסיכיאטרית מקובלת, ובודאי שלא נפוצה, או "אופנתית". נוירוזות הפיצויים שרדה מעט מעל לקו האופק הקליני, במשך כמה עשורים, עד למילר.

3. מילר.

הנרי מילר, נוירולוג מפורסם, פרסם מאמר כפול ב-B.M.J. ב-1961³. מחקרו התבסס, ראשית, על נסיון אישי עם כ-4000 פציינטים שנבדקו לשם הערכה מדיקולוגית לאחר תאונות, ובמשך כתריסר שנים של פרקטיקה ייעוצית. שנית, על נתוח 200 מקרים של חבלות ראש, שנבדקו במיוחד למטרה זו, ועל מחקרי מעקב של 50 פציינטים, בהם נמצאו סימפטומים נוירויים בולטים לאחר תאונה. עמדתו של מילר תוצג כאן באופן נרחב, הן בשל בהירות כוונה, ובעיקר מכיון שהשפיעה בעצמה רבה על הקהילה הרפואית עד לימינו.

עיקרי ממצאיו של מילר היו:

I. בכל דרך סטטיסטית שבה נותחו המקרים, הם הפגינו יחס הפוך בין נוירוזות הפיצויים (נ.פ.) לחומרת הפציעה. למשל: כל המקרים למעט מקרי פגיעת הראש החמורים ביותר, גרמו פחות פגיעה תעסוקתית מאשר נ.פ. מילר אף מרחיק לכת, עד כדי להניח קיומו של "אפקט מגן" של טראומה תמורה, כנגד הווצרות נוירוזה.

II. שיעור ההתארעות (Incidence) של נ.פ. קשור למעמד הסוציאלי. רוב הפציינטים שפיתחו שרידים נוירויים בוטים, היו עובדים בלתי מיומנים, או מיומנים למחצה. ואילו המצב בין בעלי המקצוע והמנהלים היה נדיר.

III. גורם פרהדיספוזיציוני נוסף היה אינטליגנציה מתחת לממוצע, וכן - היסטוריה של אי יציבות אמוציונלית, נכות, היפוכונדריאזיס, או אי תפקוד מתמשך לאחר פציעות קודמות קלות. כל אלה הוו פקטורים מבשרי רעות.

IV. רוב מקרי נ.פ. לא הציגו תסמונת שלאחר זעזוע מוח (Post Concussional Synd.). במקרים שבהם התסמונת שלאחר זעזוע מוח אכן נכחה, עיבוד פרסיסטנטי ופסיכונורוטי של התסמונת שלאחר זעזוע מוח היה בעל יחס הפוך לחומרת פציעת המוח.

V. דכאון, אם אובחן, היה בעיקרו מיטפוס אנדוגני קלסי. בתת קבוצה זו התרחש שיפור, אפילו כאשר סוגית הפיצויים

אחרות, נ.פ. איננה תוצאת התאונה, אלא תוצר לוואי (Concomitant) של פיצויים, בטוי של התקוה לרווח כספי. המצב איננו מתרחש כאשר תקוה זו איננה קימת, או כאשר לבסוף סופקה (או סורבה). נ.פ., אומר מילר, דומה למושג של האדם הפשוט לגבי "התמוטטות נפשית". יש לה סימפטומטולוגיה סטראוטיפית. והיא מייצגת ספקטרום הנע מהיסטריה קונברסיבית בוטה ועד להתחזות גלויה. בין אם ההגזמה והסימולציה הנם מצבים מודעים, או שהנם בלתי מודעים, טוען מילר, הרי שמטרתם היחידה לגרום לצופה להאמין שהמוגבלות (disability) חמורה ממה שהיא באמת. מילר משתלח ואומר כי יש צדק מוזר והגיון מוזר אף יותר במתן פיצוי כספי לאדם שמרמה את עצמו, ומנסה לרמות את האחרים.

מילר טוען שמנקודת מבט רפואית טהורה עדיף לראות בנ.פ. מוגבלות בלתי נתנת לפצוי. עדיף לבנות מערכת לשקום (בעבודה), מאשר לפצות. במובן מעשי, הסדר מוקדם הנו חיוני. מניעת נ.פ., כמו גם גורמיה, יכולה להתפס באופן מעשי רק במונחים סוציאליים. כלומר לגרום לכך שתהיה בלתי מקובלת מבחינה חברתית. יצירה מכוונת של מדיניות ניהולית אשר תוביל לכך שנ.פ. תהיה בלתי רווחית, ולכן גם משוללת מטרה, היא הדבר המתאים.

אכן, משנות הששים נתפסת נ.פ. כאבחנה בלתי מספקת, ונראה היה שממש נטבחה ע"י מילר. השקפתו על הסובלים מנ.פ., כפי שהוצגה בהרחבה, מבטאת חשד עמוק. למילר אין אמפטיה כלפי נפגעי נ.פ.. הרוח של "זה הכל בראש שלהם; ועוד למטרה בלתי-נאותה", חודרת בעצמה את עבודתו. יפוצו או לא יפוצו, סובר מילר, תנו להם לסיים במהירות את ההליכים המשפטיים, והם ישתפרו פלאים. עבודתו של מילר, כך נראה, היוותה את מכת החסד לאבחנה בלתי ברורה זו. ברם, מסתבר שנ.פ. לא התפגרה. והיא - כך נראה - מלאת חיים מתמיד. סקירת מאמרים מספר מהתקופה שלאחר מילר, מציעה לשקול מחדש את המעמד של אבחנת נ.פ., או ישות המקבילה לה, מנקודות מבט שונות. שלושה מאמרים יוצגו כפרדיגמה של גישה החולקת על מילר.

4. הבט פסיכודינמי ופסיכותרפויטי.

נוי¹, פסיכואנליטקאי ישראלי בכיר, תוקף חזיתית את ההנחה שלסובלים מנ.פ. אין מוטיבציה לשנוי, ולכן הם בלתי ניתנים לטיפול. הוא מתנגד לעמדה המקצועית המסתייגת מפסיכותרפיה ומשקום עד לסיום ההליכים המשפטיים,

ורואה בה עמדה מזיקה. הליכים משפטיים הם מטבעם מעורפלים וממושכים, ובינתיים המצב הופך כה כרוני, ששום התערבות תרפויטית איננה אפקטיבית. ייתכן שכשלון הפסיכותרפיה, כאשר היא מבוצעת, נובע מהליכתנו בכיוון בלתי נכון. נוי מתאר שלושה מקרים של פסיכותרפיה מוצלחת בנפגעי נ.פ., שבהם המאבק העקש לפיצויים, ששלט על התמונה הקלינית, לא היה, בעצם, העניין האמיתי, אלא התקה של מאבק אחר, שהיה חלק מקונפליקט ארוך טווח בין הפציינט, לבין בן משפחה משמעותי. "הרווח המשני" של נ.פ. איננו בכסף או בפצוי גשמי, אלא יותר בהשגת משהו [משמעותי] בתוך המשפחה; כגון סטטוס, אהבה, תלות, וכיו"ב.

הקונפליקט התוך משפחתי הבסיסי בד"כ בוקע ביחסי הפציינט עם אחד מקרוביו, דמות מפתח שהנה עדיפה על הפציינט באינטליגנציה, בלכידות אישית, או בתוקפנות. הפציינט - כך או אחרת - תלוי בדמות המפתח, ולכן, סבור נוי, הנו חשוף (predisposed) לנ.פ.; זאת - כיוון שטרם הטרואומה, היה הפציינט שותף ביחסים כפולים, שבהם צרכי התלות שלו ונטיותיו הרגרסיביות, סופקו רק במישור סמוי. יחסים דו מפלסיים אלה עלולים, לכן, לפעול כמקור מתמיד של מתח בין הפרטנרים, בשמשם גורם פרהדיספוזיציוני להפרעה אפשרית בשווי המשקל בעתיד.

לטרואומה המקורית, שהובילה לנ.פ., ולכל גורם משקיע (פרציפיטטורי) המתיחס (באופן אקטואלי, או באופן סימבולי) לטרואומה, ישנה השפעה מכרעת, בהיותה חותרת תחת שווי המשקל הדינמי הקיים בין שני הפרטנרים. מה שבד"כ מתרחש הוא שהדומיננטיות הסמויה של דמות המפתח הופכת לפתע למניפסטית. אם הפרעה זו בשווי המשקל היא בין מינית, עלולה להתלוות אליה גם אינאונות. נוי התרשם מהקורלציה הגבוהה שבין נ.פ. לאימפוטנציה, שבה היפוך של תפקידי זכר/נקבה התרחש טרם פרוץ האינאונות. הוא ממליץ על נטילת אנמנזה מפורטת לאיתור הקונפליקטים התוך משפחתיים הבסיסיים, כמו גם לזיהוי דמות המפתח המעורבת, שתמיד יש לכללה בפסיכותרפיה. נוי מעיר כי תובנה כשלעצמה איננה מספיקה במקרי נ.פ., ואיננה מבטיחה שינוי. לעתים קרובות נדרש עירוב של עו"ס, כדי לסייע למשפחה ביישום הידע החדש, ובהסתגלות מחדש.

5. הבט חוויתי.

פילוסקי² מאיר את סוגית נ.פ. מזווית אחרת, הקשורה

למשמעותיות פנימיות. הוא מדגיש את חשיבות הקריפטוראומה; נפגעי נ.פ. נתפסים לא פעם, כמעוררי "גלים" על זוטות. הטראומה נתפסת כטריביאלית, והמשמעות הפסיכולוגית/האמוציונליות שלה עלולות בנקל להוות עלומות. לדוגמה: צעיר "רק חטף מכה בראש". מאוחר יותר, מסר על תחושותיו בדבר התאונה, שבה ציוד כבד, במשקל טונות רבות, לחץ על ראשו מול אذن מתכת; וזאת בעודו שומע את העצמות בראשו מתפצצות; ובעודו תוהה כמה עוד תוכל גולגלתו לספוג, בטרם תתרוסק. במקרה אחר: גבר בשנות הארבעים, שבסה"כ "נפל לבור". לאחר לחץ, מסר הפצייןט על הנפילה לבור כשראשו קדימה, באפלה, בלא יכולת לזוז, בעודו בטוח ששבר את מפרקתו. פילוספי מדגיש, לכן, את הצורך באנליזה מדוקדקת של ארוע התאונה, כדי למנוע "פספוס" פרטים חשובים אלו. ובהביאנו בחשבון נטייה של חלק מהפצייןטים להסתיר את ההבטים היותר מחרידים של החוויה, ואת כשלוננו השכיח של הרופא לבררם לעומק. [הדבר מזכיר את היחס כלפי ניצולי שואה נפגעי נפש בישראל בשנות החמישים: הפצייןטים נמנעו לא-פעם מלספר על מוראות השואה; והמטפלים לא שאלו...].

הנרי מילר מזכיר בקצרה את תפקיד המשפחה. נוי מרחיב בענין. ברם טרש ורויסטון⁵ הם שערכו מחקר מעקב משכנע על 35 תובעים שסבלו מנפ. תשומת לב רבה הוקדשה לרכיבים הסוציאליים, שנראים קשורים להתארכות הסימפטומים. תפקיד התהליך המשפטי נבדק ביסודיות ויחס בני המשפחה כלפי נפגעי נפ. נחקר בקפדנות. החוקרים מוסרים כי שיבה לעבודה היתה היוצא מן הכלל; כללית, רמת הסדר הפצויים היתה עלובה, ולא תרמה לסגנון החיים. ברור שהרבה יותר כסף היה ניתן לו סבר ביהמ"ש שמקור הסימפטומים בחולי אורגני. הן לפרקליט והן לרופא חברת הבטוח, העובדה שאין נזק סטרוקטורלי משמעה, שהחלמה תמיד אפשרית.

באשר לסטטוס הפסיכיאטר: 10 מתוך 35 פציינטים ניתן לסווג כחולים. רוב הפציינטים פנו תכופות לרופא המשפחה, לטיפול בנוגדי חרדה ו/או בנוגדי כאבים ולתמיכה. לעתים נדירות גילו הפציינטים תרעומת כלפי חבריהם לעבודה וכלפי מעסיקיהם. התובעים שמרו את זעמם לפרקליטים ולרופאים. הם התלוננו שלא נעשה נסיון לטפל בהם, או אף לספר להם מה לא כשורה; על תחקירים ממושכים ומפחידים מצד רופאי חברות הבטוח; ובעיקר על ההשהיה הבלתי סבירה; מכל מקום

I. הגנת יתר משפחתית: תגובה מופרזת לאפיוודה החריפה הראשונית לצד אחריות מתמשכת כלפי הפציינט, הן במובן המנטלי, והן במובן הפיזי, עלולות להוביל לתלות כמעט ילדותית מצד הפציינט.

III. אמון המשפחה: אמון מלא של המשפחה בתלונות הנפגע מחזק את הנפגע בקבלת המצב שלאחר התאונה.

המחברים מסבירים שחזרה לעבודה היא היוצא מן הכלל, ושהחלמה מוחלטת נדירה ביותר. אצל רוב הפציינטים נותרו סימפטומים מתמשכים, אפילו המורים; וכשליש ניהלו חיים של נכות, בהסתמכם על משפחותיהם; הפרוגנוזה הכללית - גרועה, אפילו לאחר מתן הפצויים. תפקיד המשפחה נתפס כמרכזי. ככל שבני המשפחה האמינו שהפציינט פגוע גופנית, וסייעו לו, כך התחפר הפציינט במחלה כרונית, שהפכה לדרך חיים. נראה שתהליך משפחתי זה לא נחשף כראוי קודם לכן. לא נתגלתה דרך לצפות כיצד משפחה מסוימת תגיב. ההערכה הפרוגנוסטית צריכה לקחת בחשבון את מידת אמון המשפחה; כאשר משפחה מאמינה במחלת בן המשפחה, ותומכת בו, לא סביר שהפציינט יחלים מיד לאחר קבלת דמי הפצויים. הרעיון שתשלום "אחת ולתמיד" עשוי לסלק את התביעה, הנו הפשטת יתר משפטית, הגורמת נזק לרכיבים רפואיים. המחברים ממליצים על הליך משפטי מקוצר, ועל הענקת הפיצויים לאורך תקופת-זמן, עם פקוח חוקי. כאשר הפגיעה היא בעיקרה אמוציונלית, יש לספק סיוע פסיכיאטרי, ושיקום תעסוקתי ספציפי; התשלום יבוא רק אם התובע משתף פעולה לגמרי.

7. מפרשות-המקרים.

יוצגו שלשה פציינטים, נפגעי נ.פ. ברמות ובעצמות שונות.

I. אבי.

רוק בן 25, מרקע סוציאקונומי נמוך. במשפחתו ארעו מחלות ואסונות רבים. אביו נפצע ברגלו, עובד לעתים נדירות. אמו "עצבנית", סובלת ממחלת פרקים, מכיב קיבה, ומסרטן; אחות נפטרה מסרטן בגיל 10; אח "עצבני". נפצע בעת שרותו הצבאי, והוכר כנכה משהב"ט; אח נוסף, אף הוא "עצבני", נפצע בתאונה בעת שרותו הצבאי ולא הוכר כנכה.

על רקע זה, השגיו של אבי מרשימים. סיים תיכון מקצועי כמכונאי רכב. תוך למודיו סייע לכלכלת המשפחה. היה בתנועת נוער; התגייס מרצונו ליחידה קרבית. בעת אמון לילה באזור הררי, נפל מצוק ונחבל בגב ובראש. נמצא שבר שקוע בגולגולת באזור הפריאטו-אוקציפטלי הימני. נותח. בהמשך לא נצפו ממצאים נוירולוגיים בולטים (לא קלינית, ולא בבדיקות עזר), כך שפגיעתו, במשור הנוירולוגי הצר, נתפסה כקלה. תלונותיו מרובות ומתמידות: כאבי ראש עזים, כאבי גב, סחרחורות, קשיי רכז, רגיזות, התפרצויות זעם, קשיי שינה, עיפות מתמדת, דכאון. מבחנים נוירופסיכולוגיים גילו הפרעות מתמשכות בקשב וברכוז, בקדוד מידע, באינטגרציה החשיבה, בזכרון, עם נטיה לפרסברטיביות ולנוקשות חשיבתית, איטיות פסיכומטורית, נטיה להתנהגות אימפולסיבית, וקשיים בקואורדינציה העדינה. מבחינה פסיכיאטרית, טופל מספר שנים בנוגדי חרדה, בנוגדי דכאון, ואף בנוגדי פסיכוזה (להרגעה מסיבית), לצד טפול ושיקום נוירופסיכולוגי מסור וממושך. אבי התקדם, גילה מוטיבציה רבה לעבודה. הגיע לעבודה של מספר שעות ביום; חי חיים יחסית עצמאיים. אושרה לו נכות של 10% בשל תסמונת פוסט טראומטית. שעור הנכות איננו משקף, כמובן, את מוגבלותו האמיתית, ובודאי שלא את רמת סבלו. הוא מפגין תחושה עמוקה של דפריבציה. עסוק מאד, עד לרמה של פרהאוקופציה, בהליכים לקביעת נכותו. נעשה מתוח ביותר לקראת ישיבות הועדה הרפואית של משהב"ט. מביע תכופות משפטים כגון "הם לא מאמינים לי", "הם חושבים שאני משחק", "הלואי שיכולתי להרשות לעצמי עו"ד". מעת-לעת כותב מכתבים אודות מקרהו לפקידים שונים.

II. בני.

כבן 45. נשוי. אב לשלשה. היה קצין בצבא הקבע ותפקודו היה תקין. בעת נהיגה במכוניתו נפגע מאחור ע"י משאית. סבל מפציעות בראש, בפנים, וברגל, ללא אבדן הכרה; טופל במתקן רפואי צבאי. שוחרר באותו היום. תחילה סבל מכאבי

ראש ורגלים. השנים שלאחר התאונה אופינו בכשלונות בתעסוקה (הן כקצין בקבע; ואח"כ כמנהל; וכן בנסיון ללמוד מקצוע אקדמי). נעשה סוכן מכירות. לבסוף עם הירידה בכישוריו לא היה מסוגל לעבוד כלל, (אף כי להגדרתו "לא מצא עבודה מתאימה"). הוכרו לו 25% נכות; מתוכם 10% על טינטון, והשאר מסיבות גופניות אחרות (לא פסיכיאטריות). סובל מקשיי זכרון, מדיסאוריינטציה, מעיפות תמידית, מדכודך. עבר הערכה נוירופסיכולוגית מדוקדקת, ואובחנה תסמונת מוחית אורגנית, שהלכה והתקדמה עם השנים, כולל אפטיה, קשיי-זכרון חמורים, ירידה אינטלקטואלית בולטת, קשיי רכז חמורים, איטיות פסיכומטורית והפרעות בקואורדינציה העדינה. בני מוטרד מאד מבריאותו; מבקר בקביעות אצל רופאים. מביא תעודות כותב מכתבים אודות מצבו. איננו שבע רצון משעורי הנכות שהוענקו לו. מתמיד להתייעץ עם פרקליטים. מגיש ערעורים חוזרים לביהמ"ש ועסוק בערעורים נוספים. מכתביו, תלונותיו ועתירותיו ארכניים. יחסו חשדני ("הם לא מאמינים לי"; "הם מסדרים אותי").

III. גבי.

כבן 40. הבכור משלשה. הוריו נצולי-שואה. היה שותף בחברה להובלה, והשקיע סכום ניכר במשאית, אותה נהג בעצמו. לאחר מספר שנים הסתכסך עם שותפו. הופיעו מתח ורגיזות ובהדרגה התפתחה פרהאוקופציה בנושא. טען שרומה, שהחברה חייבת לו כספים רבים. עם הזמן - ירידת תאבון, חולשה, וקשיי שינה. לאחר כשלוש שנים פנה לפסיכיאטר. אובחן כסובל מדכאון וטופל בנוגד דכאון. במשך כ-5 שנים בקר אצל אותו הפסיכיאטר לעתים נדירות, ונטל בהפסקות את התרופה שנרשמה לו. במשך כ-8 שנים גבי חש חולה מאד, ואיננו מסוגל להסביר מדוע לא טופל באופן אינטינסיבי, ומדוע המשיך לפנות לאותו הפסיכיאטר (אף כי, כאמור, לעיתים נדירות), למרות תחושתו שהטפול איננו מסייע לו. הופתע לשמוע שקיימים טיפולים רבים אחרים לדכאון; כשנשאל לגבי טיפול בעתיד, ענה כי רק בתום המשפט יפנה לעזרה. העניין החשוב היחידי עבורו הנו "להצליח במשפט". זהו מרכז חייו והיותו. אם המשפט "לא ילך טוב", יתאבד.

8. דיון בפרשות המקרים.

את שלושת המקרים שתוארו ניתן להשוות בכמה מישורים.

ראשית, במישור הפגיעה המוחית האורגנית: פציעתו של אבי

9. דיון-כללי.

נראה שעל השקפתו של מילר אודות נ.פ., אשר הוצגה בפרוטרוט, לעבור הערכה מחדש. ווייט⁹ מצא כי שנה לאחר האירוע, נמצאו שאריות פסיכולוגיות אצל כשני-שליש מ-163 קרבנות תאונות (לא בהכרח סובלים מ.נ.פ.). שליש מקבוצה זו הושפעו במידה בינונית עד חמורה באופן פסיכולוגי. לא נמצא הבדל סטטיסטי בין הנפגעים שאצלם התאונה נתנה מקום לתביעה, ושההליכים בענינם נמשכו עדיין, לבין הנפגעים שבהם ענין הפצויים כלל לא הועלה. קלי⁶ ערך מחקר מעקב אחר 100 נפגעי ראש. רק לגבי כמחציתם ניתן היה לקבל מידע. קבוצתו, כנגוד לזו של מילר, הקיפה טווח חברתי נרחב. בדומה לטרש ורויסטון⁵, הפציינטים ביטאו תביעות ניכרות כלפי התמשכות ההליכים. רוב התובעים לא חזרו לעבודה תוך תקופת המעקב (2.5 שנים בממוצע). קלי מעריך שרופאים אינם עושים "כמיטב יכולתם" לגבי הסובלים מ.נ.פ. (לא החלו מוקדם בטפול; ולא השקיעו מספיק). הוא מסכים ש.נ.פ. הנה יישות נכבדת, עם פרוגנוזה גרועה. מנדלסון⁷ מדגיש אף הוא את הפרוגנוזה הגרועה, ואת העובדה שנפגעי נ.פ. אינם "נרפאים ע"י פסק-דין"; ווייגהיל⁸ סקר את ספרות ה.נ.פ. עד ל-1983, סקירתו חשובה בכך שהדגישה שהן ההבט התיאורטי, והן ההבט המחקרי ב.נ.פ. היו בלתי מספקים; ווייגהיל מנסה לערוך סדר במפה הכאוטית של ידע לגבי נ.פ.. מענין, אך לא לגמרי מפתיע... שהמחבר המוזכר ביותר בסקירתו היה (עדיין, ב-1983), הנרי מילר. הנקודה החשובה העולה מסקירתו של ווייגהיל הנה הצורך במחקר רציני.

הספרות האמריקאית נוטה, בד"כ, להיות זהירה יותר, ונראה שהיא מושפעת יותר מנקודת מבט של חברות ביטוח. האמריקאים רואים ב.נ.פ. בעיקר סובלים מהתחזות ומ-"factitious disorder"^{10,9}. לעתים בוקעים מאמרים "מדריכים"^{11,12}, המתייחסים רק באופן-שולי.

העבודות שהוצגו (ובעיקר אותן שלוש שהוצגו ביתר פרוט), וכן פרשות המקרים, חולקות על גישתו של מילר בכמה נקודות מפתח, שהעיקריות הן:

I. נ.פ. [או ישות המקבילה לה], הנה הפרעה פסיכיאטרית ממשית, וכנראה די נפוצה; יש להגדירה ביתר דיוק; אל ניתוח פרשות המקרים שהובאו כאן יש להתייחס כסקיצה ראשונית בלבד.

II. ספרי האבחנות המובילים בפסיכיאטריה (DSM-IV; ICD-10) אינם מתייחסים ישירות לנ.פ.; נקוה שהדבר יתוקן בעתיד.

היתה ברורה, וסבלו מידי. סבלו של בני, כתוצאת פגיעה מוחית אורגנית, לעומת זאת, התברר בהדרגה, על-פני תקופת-זמן ממושכת. במקרה של גבי אין שום פגיעה מוחית אורגנית, ומדובר בתגובה נפשית.

שנית, במישור הפסיכודינמי: בכל שלושת המקרים קיים רכיב פסיכודינמי חזק, אישי, ו/או קשור לרקע המשפחתי. אבי בא ממשפחה חלשה ומוכת-גורל, עתירת כשלונות ואסונות, שבה הכמיהה לפיצויים הפכה לחלק מנורמות המשפחה. בני סבל מכשלונות תעסוקתיים חוזרים, שחתרו תחת מעמדו כמפרנס, עד שפסק ליטול התחייבויות שיקומיות ותעסוקתיות ואיננו מוכן לשיקום ברמה נמוכה, התואמת ליכולותיו. גבי רכש משאית מכספי משפחתו, בעיקר כספי פצויים בשל רדיפות הנאצים, והפסיד כספים אלה. הוא מסוגל להתקיים עתה בתוך משפחתו רק כאדם חולה (לא כאדם מרומה).

שלישית, במישור האינטנסיביות של הפרהאוקופציה בפיצויים: אבי עוסק בפיצויים לרוב בצורה קלה בלבד, אך לאורך מספר שנים. הפרהאוקופציה של בני, לעומת זאת, ניכרת. אמנם עדיין בשליטה, אך כבר הפכה ל"דרך-חיים". גבי עסוק וטרוד באופן-קיצוני "במשפט", בלא שליטה.

רביעית, במישור השפעת ההליך המשפטי: אבי מושפע באופן מתון, כך שנותנה לו אנרגיה להמשיך בתהליך שיקומו. בני מושפע באופן בולט, כך שתהליכים חוקיים ואדמיניסטרטיביים הפכו אצלו לעיסוק, ל"דרך-חיים". גבי השקיע ומשקיע את כל מקורותיו הנפשיים והכלכליים בהליכים הללו אך באופן שונה: איננו שואף לשיקום תעסוקתי כלשהו, ואף איננו רואה "במשפט" דרך (אמנם מעוותת) להמשיך את חייו (פוקוס מרכזי להמשך פעילות). הוא מעונין בתוצאה בלבד, ורק בתוצאה חיובית. עד אז הוא עוצר, כביכול, את נשימתו. חייו הושעו. הכל קפוא. נעצר. עומד, עד שיוכל להשתחרר מחדר העינויים הקרוי "המשפט", ע"י זכיה במשפט, ואפילו, כאמור, ע"י הפסד המשפט, שמשמעו מוות.

הפתיל העיקרי המקשר בין המקרים של אבי, בני וגבי, הנו שחיהם לאחר התאונה/האירוע כוללים רכיב בולט של פרהאוקופציה בפיצויים, אשר עלולה להפוך לתוכן העיקרי, או אפילו הבלעדי של החיים, ואף להוות פוטנציאל לאבדנות. פרט לכך, שלושת המקרים ניתנים להגדרה על רצפים אחדים, כפי שהוצג.

III. אמנם קיימים, בימינו, "תואמי מילר", המתיחסים לנפ. בחשדנות קיצונית. גישתם נראית לא פעם אמוציונלית, על-אף הכסות המדעית; למשל, מנדלסון¹³ שולל נפ. בשל היות התסמונת משוללת תקפות מבנית (construct validity). הנימוק תמוה, שכן האבחנות בפסיכיאטריה, ככלל, משוללות תקפות מבנית....

IV. נסיון "לדחוס" נפ. להערת שוליים, כסעיף של "התחזות" או של תסמונת כאבים פסיכוגנית, הנה רדוקציוניסטית בכוונה, ואיננה מתחשבת בתמונה הנרחבת והמורכבת של נפגעי נפ. במציאות.

V. הטראומה על הבטיה השונים (פיזיולוגיים ופסיכולוגיים, מודעים ובלתי מודעים), איננה תמיד קלה, אפילו לאחר תאונה, או אירוע "מתוך". נסיון להגדרת הטראומה באופן "אובייקטיבי" נוסח ה-DSM וה-ICD הנו, בעיני, מגוחך.

VI. יש ליטול אנמנזה מדוקדקת ואקטיבית ולזכור תמיד שחלק מנפגעי תאונות/מחלות/אירועים נוטים להתעלם/להעלים חלקים מן האירוע וממשמעויותיו לגביהם.

VII. הרבוד החברתי של נפגעי נפ. כלל איננו ברור. ודאי שאיננו סטראוטיפי, כפי שהציגו מילר; גישתו של מילר בתחום זה נראית כיום כמתנשאת.

VIII. מתן פיצויים אינו מבטיח החלמה מנפ. פציינטים רבים סובלים מסיפטומטולוגיה ענפה, עקשנית, וממושכת גם לאחר שנים, וגם לאחר שהסתיימה סוגיית הפצויים. הפרוגנוזה, לכן, איננה "מצינית" כפי שהציגה מילר. בעיקר אם מתיאשים מראש מטיפול.

IX. היכולת לטיפול (treatability) בנפגעי נפ. לא בוססה מספיק. הובאו "רמזים עבים" [ראה בעיקר מאמרים שהוזכרו ב"מקורות" מס' 1 ומס' 5] שטיפול ושיקום אפשריים בחלק מהמקרים; אך הם אינם פשוטים, ויש להתיחס אליהם ככאלה.

X. ובתנאי, כמובן, שמפענחים את משמעות הטראומה ו"הרווח המשני" הן בהבט האיש, והן בהבט המשפחתי; אכן, קיום נפ. מסמן, פעמים רבות, שאירע מהפך במישור המשפחתי ויש להתיחס למשפחה ככזו שעברה טלטלה (ולא רק לנפגע נפ. הישיר).

XI. היחס לנפגעי נפ. מזכיר, לא במעט, את היחס בעבר... לנפגעי תגובות קרב, לנפגעות טראומה מינית, וליוצאי שואה. מדובר ביחס כלפי "המקרה" הפרטי, וביחס כלפי הפן התאורטי/מקצועי. יחס, במלים אחרות, של שלילה בוטה.

XII. נראה שהמעמד המשפטי בישראל של נפ., הנו כמו המעמד של כל תסמונת נפשית חולנית אחרת. כלומר, חולי בר פיצוי (נשמע מענין: פיצוי על הוצרות נוירוזה הפיצויים).

XIII. יתכן שזוהי סיבה חשובה להסתייגות המקצועית מנפ.:

שמה תופענה "מגפות" של נפ., לאחר שפציינטים (ופרקליטים) ילמדו על קיומה.

XIV. עם-זאת, הכרה בעצם קיום נפ. (או ביישות המקבילה לה), יחד עם קיום החשש ממשמעויותיה החברתיות והכלכליות של נפ., מרוחקת מאד מהתכחות מקצועית גמורה לנפ..

XV. התכחות מקצועית שנראית, בחלקה, כנקודת מבט של חברות-בטוח.

XVI. בנפ. יש לראות, לטעמי, יישות המשתייכת לספקטרום הרחב של התסמונות הפוסט טראומטיות (לא "P.T.S.D."; "P.T.S.D." איננו אלא מקרה פרטי בספקטרום פוסט טראומטי נרחב).

XVII. אכן, הספקטרום הרחב של התסמונות הפוסט טראומטיות כולל פסיכוזות פוסט טראומטיות; דכאוניות פוסט טראומטיות; דיסוציאציות פוסט טראומטיות; P.T.S.D. "חלקיים" (שבהם לא כל הקריטריונים התמלאו); שנויי אישיות פוסט טראומטיות; תסמונות פוסט טראומטיות שלאחר חבלות ראש; וכיו"ב. בין אלה יש לנפ. מקום מכובד. נראה שכמו התסמונות הפוסט טראומטיות האחרות, על נפ. לעבור דרך יסורים מקצועית, בטרם הכרה בה; וכמו לגבי התסמונות הפוסט טראומטיות האחרות, הידע שנרכש עלול להשכח במהירות.

XVIII. אך המקור הטראומטי איננו, כמובן, הפן היחיד של נפ.; נראה שבנפ. נתן לזהות לצד המקור הטראומטי, גוון אובססיבי ואיפיונים פרנואידליים (כלומר, קיבוע מחשבות/רגשי בנושא הפיצוי/פיצויים). גם על אלה, כמובן, להחקר.

XIX. מוצע, אם כן, יחד עם הצורך במחקר נרחב ב"נפ.", להחליף את המונח "נוירוזה". המונח "תסמונת" נויטרלי יותר.

XX. וכנגד "פיצויים" להעמיד "פיצוי". "תסמונת-הפיצוי". שכן האדם הנפגע תר אחר פיצוי, ולא דוקא אחר פיצויים [פיצויים הנם מקרה פרטיקולרי של פיצוי]. עפ"י נקודת מבט זו, גם אותן משפחות חללי צה"ל העוסקות בחקירות, בתלונות, בהאשמות, בדרישות, בברורים, בפרסומים, במשפטים, במסמכים, בראיונות לתקשורת, בהתעסקות אובססיבית בלתי נלאית, בלתי נרפאת, בלתי נשכחת, בלתי סולחת וחשדנית ביותר, בפרטי מות/זהוי/קבורת בן המשפחה שנפל, וכיו"ב; אף הן סובלות מ"תסמונת הפיצוי". התאונה, האירוע, האסון, אירע לבן המשפחה. והנותרים בחיים הם הסובלים מתסמונת הפיצוי (ת.פ.); ומכיון שכך, יש להביא בחשבון במחקר עתידי של ת.פ. (תסמונת הפיצוי), שהתסמונת עלולה ללבוש צורה של אבל בלתי גמור.

10. הערת סיום.

במרכז התמונה התגובתית, כשמקורה, בשלב הראשוני לפחות, מעורפל. פרט לצורך הברור במחקר בת.פ., מוצע להכניסה, גם במעמדה המעורפל הנוכחי, למעגל החשיבה האבחנתית; וגם, כמובן, למעגל החשיבה הטיפולית.

קלינאים, אנא שימו לב לנפוצותה האפשרית של ת.פ. בקרב מטופלים: התסמונת, נפוצה למדי. היא עלולה ללוות, או להיות חלק באופן גלוי יותר, של פגיעות גופניות, מוחיות ונפשיות. היא עלולה גם להופיע כשלעצמה, באופן "טהור",

מקורות:

1. Noy, P.: New Views of the Psychotherapy of Compensation Neurosis: A clinical study. In: S. Arieti (editor) New Dimensions in Psychiatry: A World View (John Wiley & Sons). pp. 162 - 168, 1975.
2. White A.C.: Compensation Psychosis. British Journal of Psychiatry, 150: 692-694, 1987.
3. Miller, H.: Accident Neurosis. British Medical Journal, 919-925; 992-998, 1961.
4. Pilowsky, I.: Cryptotrauma and 'Accident Neurosis'. British Journal of Psychiatry, 147: 310-311, 1985.
5. Tarsh, M.H. and Royston, C.: A Follow-up Study of Accident Neurosis. British Journal of Psychiatry, 146: 18-25, 1985.
6. Kelly, R. and Smith, B.N.: Post-traumatic Syndromes: Another Myth Discredited. Journal of Royal Society of Medicine, 74: 275-277, 1981.
7. Mendelson, G.: Not 'cured by a verdict' - Effect of Legal Settlement on Compensation Claimants. Medical Journal of Australia, 2: 132-134, 1982.
8. Weighill, V.E.: 'Compensation Neurosis': A Review of the Literature. Journal of Psycholinguistic Research, 27: 97-104, 1983.
9. Sparr, L. and Pankratz, L.D.: Factitious Post-traumatic Stress Disorder. American Journal of Psychiatry, 140: 1016-1019, 1983.
10. Fairbank, J.A., McCaffry, R.J. and Keane, T.M.: Psychometric Detection of Fabricated Symptoms of Post-traumatic Stress Disorder. American Journal of Psychiatry, 142: 503-510, 1985.
11. Hoffman, B.F.: How to Write a Psychiatric Report for Litigation Following a Personal Injury. American Journal of Psychiatry, 143: 164-169, 1986.
12. Hoffman, B.F. and Spiegel, H.: Legal Principles in the Psychiatric Assessment of Personal Injury Litigants. American Journal of Psychiatry, 146: 304-310, 1989.
13. Mendelson, G.: Psychiatric Aspects of Personal Injury Claims. (Charles C. Thomas, Springfield, Illinois), 1988.



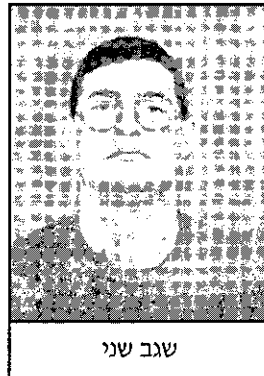
הרופאות ומשפט

חוק חופש המידע, התשנ"ח - 1998: השלכות על רישוי תרופות

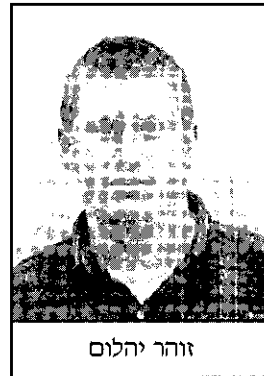
התקנות מסדירות את הליך הרישום בפנקס. בכלל זה, גם את הליך העברת המידע ממבקש הרישום (החברה המייצרת את התרופה או בא כוחה) למשרד הבריאות (תקנה 5). התקנות אינן מפרטות את כל סוגי המידע הנדרש בפועל לצורך הרישום, ופירוט זה מופיע בנהלי משרד הבריאות, בהתאם למקובל ברשויות רישוי שונות בעולם המערבי. הדרישות המהותיות לרישום תרופה בפנקס, מפורטות בתקנה 6 לתקנות (בין היתר, הוכחת בטיחותו, איכותו ויעילותו של התכשיר) לאורן נדרשת במסגרת הליך הרישום כמות גדולה של מידע, המפרט, בין היתר, את הרכבו המדויק של התכשיר, תיאור אופן ייצורו, והאופן בו התכשיר נבדק בידי היצרן.

לחלק ניכר מהמידע הנמסר למשרד הבריאות ערך כלכלי רב, שכן הוא משקף תוצאות של עבודות מחקר ופיתוח שביצע יצרן התרופה בהוצאה ניכרת. במקרים רבים יכול המידע האמור לסייע למתחרים פוטנציאליים באופן שיאפשר להם לייצר מוצרים מתחרים (תרופות גנריות) בחסכון כספי משמעותי. מכאן ברור האינטרס של מבקש הרישום כי כל המידע הנמסר על ידו לרשות הרישוי יישאר חסוי. מנגד, המידע האמור הוא הבסיס להחלטת רשות הרישוי בעניין שיש לו השלכה ברורה על בריאות הציבור. החלטה של משרד הבריאות לרשום תרופה שאיכותה, בטיחותה או יעילותה לא הוכחו באופן מספק, עלולה לגרום נזק ישיר לבריאותם של מטופלים, ולכן ברור האינטרס הציבורי בקיום ביקורת על החלטות משרד הבריאות. הטלת חסיון מוחלט על המידע שנמסר לרשות הרישוי מונעת למעשה קיום ביקורת על החלטותיה, ומותירה את הציבור ללא כל אמצעי לבחון את הבסיס להחלטות שנתקבלו.

החשיבות הגדולה שיש למידע הנמסר לצורכי רישוי מוצרים פרמצבטיים מצאה את ביטוייה גם באמנת TRIPS¹. אמנה זו, שנועדה לקבוע כללים מוסכמים במישור הבינלאומי לשם הגנה על זכויות הקניין הרוחני, ואשר ישראל חתמה עליה ב-



שגב שני



זוהר יהושע

מבוא

ביום 29.5.99 נכנס לתוקפו חוק חופש המידע, התשנ"ח - 1998 (להלן: **החוק**). החוק מעגן, לראשונה בהיסטוריה של מדינת ישראל, את זכותו של כל אזרח ישראלי או תושב לקבל מידע מרשויות ציבוריות. לחוק עשויות להיות השלכות מרחיקות לכת על נורמות ההתנהגות של רשויות השלטון ביחסיהן עם אזרחי המדינה ותושביה. במאמר זה נבחן את השלכות החוק בהיבט מסוים אחד - מעמדו של המידע הנמסר למשרד הבריאות לצורך רישום תרופות בפנקס התכשירים.

רישום תרופות - רקע משפטי

רישוי התרופות במדינת ישראל מוסדר בפקודת הרוקחים [נוסח חדש], התשמ"א - 1981 (להלן: **הפקודה**) ובתקנות שהותקנו מכוחה. סעיף 47א לפקודה קובע את העיקרון הכללי לפיו כל תרופה ("תכשיר", כפי שהוא מוגדר בפקודה) המשווקת בישראל צריכה להרשם בפנקס התכשירים המתנהל במשרד הבריאות. לעקרון זה יש מספר חריגים המנויים כיום בתקנה 29 לתקנות הרוקחים (תכשירים רפואיים), התשמ"ו - 1986 (להלן: **התקנות**), אך עיקרון של התרופות המשווקות בישראל טעונות רישום.

זוהר יהושע, עו"ד. ראש תחום משפט/המרכז הישראלי להערכת טכנולוגיות בשירותי הבריאות. מכון גרטנר לחקר אפידמיולוגיה ומדיניות בריאות.
ד"ר שגב שני. ראש תחום מדיניות וכלכלת תרופות/המרכז הישראלי להערכת טכנולוגיות בשירותי הבריאות. מכון גרטנר לחקר אפידמיולוגיה ומדיניות בריאות.

1994, מכילה הוראה מפורשת המתייחסת לנושא. סעיף 39(3) לאמנה קובע:

"3. Members, when requiring, as a condition of approving the marketing of pharmaceutical or of agricultural chemical products which utilize new chemical entities, the submission of undisclosed test or other data, the origination of which involves a considerable effort, shall protect such data against disclosure, except where necessary to protect the public, or unless steps are taken to ensure that the data are protected against unfair commercial use".

אמנת TRIPS מבטאת את החשש של יצרני התרופות הרב-לאומיים מפני התנהגות של מדינות אשר יחשפו את המידע שנמסר להן לצורך רישום תרופות. עם זאת, האמנה משאירה פתח למסירת מידע, כאשר הדבר נדרש לשם הגנה על הציבור. עובדה זו, בצירוף העובדה שהאמנה משתמשת במונחי שסתום עמומים ("שימוש מסחרי בלתי הוגן") שלא ניתנה להם עד היום פרשנות רשמית, מותירה למעשה בידי מדינת ישראל חופש פעולה רחב בנושא, לפחות במישור הבינלאומי (במישור המשפט הפנימי, האמנה - שלא אומצה עדיין בחקיקה ישראלית - אינה מחייבת את רשויות השלטון).

התקנות הקיימות אינן מסדירות את ההגנה על המידע שנמסר במסגרת הליך הרישום. אמנם תקנה 5(ה) קובעת כי מגיש הבקשה יציין בבקשתו את החומר הסודי הכלול במסמכים המצורפים לבקשה, אך לא נאמר מה יעלה בגורלו של חומר שסומן כאמור. לאור זאת, לא ברור האם ובאיזו מידה מחייבת קביעתו של מבקש הבקשה את משרד הבריאות, ומה דינו של חומר שלא סומן על ידי מבקש הבקשה כחומר סודי. בפועל, נהגו מבקשי בקשות לרישום תרופות לסמן את כל החומר כסודי, ואילו משרד הבריאות נהג שלא לפרסם מידע שנמסר לו לצורך רישום תרופות. המדיניות של משרד הבריאות בתחום זה לא נדונה עד היום בבתי המשפט. עם זאת, לאור העיקרון הכללי של זכות הציבור לקבל מידע מרשויות המדינה, שהוכר בעבר בידי הפסיקה הישראלית², ייתכן שגם לפי הדין שנהג ערב כניסת החוק לתוקפו, המדיניות הגורפת של משרד הבריאות לא הייתה עומדת בביקורת שיפוטית.

חוק חופש המידע

חקיקת החוק היא תוצאת מסקנות של ועדה ציבורית בראשות השופטת ויקטוריה אוסטרובסקי-כהן שהגישה את המלצותיה

לשר המשפטים ביולי 1995. המלצות אלה היו הרקע להצעת חוק ממשלתית, שהיוותה את הבסיס לחוק. בדברי ההסבר להצעת החוק³, הושם הדגש על העובדה כי הצעת החוק מעגנת למעשה עקרונות שהוכרו בעבר על ידי פסיקת בית המשפט העליון. הצורך בחקיקה נומק בעיקר בעובדה כי בפועל לא ניתנה לציבור מידה ראויה של גישה למידע שבידי הרשויות, וכן בעובדה שמבחינה מעשית לא היו הרשויות ערוכות למסירת מידע לציבור. כמו כן, בתחום כמו רישוי התרופות, שבו הייתה קיימת אי-בהירות באשר לדין המהותי ערב כניסת החוק, הרי לעקרונות המפורשים שנקבעו בחוק, יכולה להיות השפעה משמעותית על מעמדו המשפטי של המידע.

כאמור לעיל, החוק קובע את זכותו העקרונית של כל אזרח או תושב לקבל מידע מרשויות ציבוריות, ובכללן משרד הבריאות (סעיף 1). החוק אינו מסייג את הזכות בהוכחת אינטרס כלשהו של מבקש המידע במידע, ולכן לכל גורם עומדת הזכות העקרונית לבקש מידע (מוגדר בסעיף 2 לחוק כ"כל מידע המצוי ברשות ציבורית, והוא כתוב, מוקלט, מוסרט, מצולם או ממוחשב") שנמסר למשרד הבריאות במסגרת הליך רישום תרופות. אמנם, החוק קובע (בסעיף 20) כי אין בהוראותיו כדי לגרוע מתוקפו של חיקוק קיים המסדיר גילוי או מסירה של מידע שבידי רשות ציבורית, אך כאמור לעיל, לענייננו, אין חיקוק קיים המסדיר את הסוגיה.

סעיף 9(א) לחוק מסייג את הזכות לקבלת מידע בקובעו שורה של סוגי מידע שאין למוסרם בשום מקרה. לענייננו, גם סעיף זה מפנה להוראות חוקים אחרים, ואוסר על מסירת מידע שאין לגלותו לפי כל דין, או מידע שגילוי מהווה פגיעה בפרטיות ושלא הותר על פי דין. לכן, נראה שבאופן עקרוני הזכות לקבלת מידע אינה מסויגת על ידי הוראה זו, והיא חלה על כל המידע שנמסר למשרד הבריאות במסגרת הליך רישום תרופות.

ההתייחסות היחידה בחוק שהיא רלוונטית לסוג המידע המדובר, מצויה בסעיף 9(ב) לחוק, הקובע שורה של סוגי מידע, אותם אין הרשות חייבת לפרסם. סעיף קטן (6) מתייחס ישירות להגנה על מידע דוגמת זה הנמסר בהליך רישום תרופות, וקובע כי רשות ציבורית אינה חייבת למסור "מידע שהוא סוד מסחרי או סוד מקצועי או שהוא בעל ערך כלכלי שפרסומו עלול לפגוע פגיעה ממשית בערכו, וכן מידע הנוגע לעניינים מסחריים או מקצועיים הקשורים לעסקיו של אדם, שגילוי עלול לפגוע פגיעה ממשית באינטרס מקצועי, מסחרי או כלכלי".

השלכות מעשיות של החוק בתחום רישוי התרופות – הניסיון האמריקאי

החוק מהווה עיגון חוקי ראשון בישראל של הזכות לקבלת מידע מרשויות ציבוריות. כבר לפני שנים נחקקו בעולם חוקים דומים, וחלקם השפיעו באופן משמעותי על עיצוב החוק הישראלי, בייחוד בשלב של עבודת הוועדה הציבורית. ארה"ב היא דוגמה בולטת למדינות אשר בהן קיימים חוקי חופש מידע. שם נחקק חוק דומה (The Freedom of Information Act) עוד ב- 1966. התבוננות בניסיון שנצבר בגוף האחראי על רישוי תרופות בארה"ב, ה- F.D.A (Food and Drug Administration), יכולה ללמד על ההשלכות הצפויות למערכת רישוי התרופות בישראל, בעקבות חקיקת החוק.

ה- F.D.A דיווח כי עם תחילת מתן תשובות לשאילתות מידע על פי חוק חופש המידע בשנת 1975, התקבלו 13,000 בקשות לשנה⁴. מאז חלה עלייה הדרגתית במספר השאילתות עד למספר שיא של 50,000 בקשות בשנת 1995. מאז - חלה ירידה במספר הבקשות עד לרמה ממוצעת של כ- 40,000 בקשות לשנה וזאת עקב מדיניות מכוונת לפרסם כל מסמך חשוב שנכתב בסוכנות באתר האינטרנט של ה- F.D.A. במונחי כוח אדם, בשנת 1998 הוקדשו 114 משרות מלאות לטיפול בשאילתות מידע שלפי חוק חופש המידע, המהוות כ- 1% מסך כוח האדם המועסק ב- F.D.A. במונחים כספיים, עלויות הטיפול בשאילתות מידע בשנת 1998 היו מעט יותר מ- 8 מיליון דולר. השתייכות מגישי השאילתות על פי חוק חופש המידע בשנת 1998 הייתה: 34% - תעשייה, 30% - חברות המתמחות בייעוץ או בשאילתות חופש מידע, 15% - עורכי דין, 14% - עיתונות, 3% - אנשים פרטיים ו- 4% - אחרים. מנתונים אלה עולה כי עיקר השימוש בחוק חופש המידע בתחום רישום תרופות בארה"ב הוא למטרות מסחריות, ולא כפי שהתכוון המחוקק, לצורך מסירת מידע על פעילות הרשות הממשלתית לאזרח הבודד.

סיכום

החוק לא התיימר לשנות את הדין המהותי בדבר מעמדו המשפטי של מידע האגור בידי רשויות הציבור. יחד עם זאת, לאור העובדה שבעניינים רבים, דוגמת המידע הנמסר למשרד הבריאות לצורך רישוי תרופות, המצב המשפטי ערב כניסת החוק לא היה ברור, יכולה להיות לחקיקת החוק השפעה ממשית על התנהגות הרשויות. זאת בייחוד לאור העובדה

סעיף זה מאפשר לכאורה לרשות ציבורית לדחות בקשה למסירת מידע שנמסר לה לצורך רישוי, ואשר כולל מידע בעל ערך כלכלי. עם זאת, מדובר בחריג לכלל הרגיל, המצריך הפעלת שיקול דעת, ולא ברור באילו נסיבות, אם בכלל, יכפו בתי המשפט על הרשויות להימנע ממסירת מידע הנכלל במסגרת זו, כאשר לדעת הרשות יש אינטרס ציבורי בגילוי המידע. בהקשר זה יש לציין, כי סעיף 10 לחוק קובע, כי בבואה לשיקול סירוב למסור מידע, על הרשות לתת את דעתה לענייניו של המבקש במידע, וכן לעניין הציבורי שבגילוי המידע, בין היתר, מטעמים של שמירה על בריאות הציבור ובטיחותו.

סעיף זה עשוי להגביל את היקף שיקול הדעת של משרד הבריאות להעדיף את האינטרס של בעל המידע על זה של הציבור הרחב. במקרים בהם תועלה טענה, למשל מפיו של רופא שעשה שימוש בתרופה, כי תרופה מסוימת גרמה לנזק חמור למטופלים וכי יש לבחון מחדש את המידע שעמד בבסיס ההחלטה לרשום את התרופה, יהיה על משרד הבריאות לערוך איזון בין שני אינטרסים בעלי משקל גדול, כאשר המחוקק לא הכריע באופן ברור איזה אינטרס צריך לגבור. הסדר זה עשוי להטיל על בתי המשפט תפקיד מרכזי בגיבוש הדין, שכן שאלת האיזון הראוי בין האינטרסים עשויה להתעורר בשורה של מקרים השונים זה מזה, הן במהות המידע המבוקש, והן באופי האינטרס הציבורי המיוצג על ידי המבקש.

בהקשר של מסירת מידע שנמסר לרשות לצורך רישום תרופה יש לציין גם את הוראת סעיף 13 לחוק, הקובעת שבמקרה שנתבקש מידע הכולל פרטים אודות צד שלישי, אשר מסירתו עלולה לפגוע בצד השלישי, צריכה הרשות להודיע לצד השלישי על הבקשה, ולאפשר לו להודיע, בתוך 21 יום, על התנגדותו לבקשה. נראה שהוראה זו נועדה בראש ובראשונה להגן על אזרחים שהרשויות השונות (לדוגמה, המשטרה, שלטונות המס וכיו') מחזיקות מידע רגיש, שגילוי עשוי לפגוע בשמם הטוב. במקביל, נראה שניתן להחיל אותה גם על גוף מסחרי שמסר, מכוח חובה שבדין, מידע לרשויות, כאשר גילוי המידע עשוי לגרום לו נזק כלכלי. במידה ויאמצו הרשויות פרשנות זו, הרי שכל בקשה לגילוי מידע מתיק הרישום של תרופה תועבר באופן אוטומטי להתייחסות בעל הרישום, כך שהרשות תצטרך להכריע בין האינטרסים של כל אחד מהצדדים. אבל החוק אינו קובע באיזו מידה, אם בכלל, צריכה הרשות להתחשב בעמדת הצד השלישי. המשמעות היא שבמקרה של אי הסכמה בין מבקש המידע לבעל הרישום, צפויה הרשות להיות חשופה לעתירה כנגד החלטתה בכל דרך שתבחר, כאשר קשה מאוד להעריך מראש באיזו דרך כדאי לרשות לפעול על מנת שהחלטתה לא תיהפך על ידי בית המשפט.

שנרכש ב-F.D.A, נראה כי משרד הבריאות יאלץ להתמודד עם בקשות מידע רבות שמקורן במטרות מסחריות. לפיכך, יש לשער כי אופן הטיפול בבקשות מידע שלפי חוק חופש המידע, ייקבע ויתעדכן על פי ההכרעות המשפטיות העתידיות בנושא.

שהגישה העומדת בבסיסו של החוק, היא שככלל, זכאי הציבור לעיין בכל מסמך שנמצא בידי הרשויות, שעליהן מוטל הנטל לנמק מדוע לא ימסרו מידע מסוים לציבור. גם אם גישה זו הייתה מעוגנת עד היום בפסיקת בית המשפט העליון, הרי שבפועל, לפחות בכל הנוגע למידע הנמסר לצורך רישום תרופות, לא נהגו הרשויות הרלוונטיות ברוח זו. על פי הניסיון

מקורות:

3. הצעת חוק חופש המידע, התשנ"ז-1997, הצ"ח 2630 תשנ"ז,

עמ' 397.

4. הנתונים הכלולים במאמר ביחס לעבודת ה-F.D.A נכללו בניירות עמדה שנמסרו למחברים מטעם צוות חופש המידע (FOI Staff) ב-F.D.A.

1. Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights' Including Trade in Counterfeit Goods.

2. בג"צ 1601-4/90 שליט נ' פרס פ"ד מד(3) 353.



רוקחות ומשפט

מעמדו המשפטי של מקצוע הרוקחות בישראל

בעקבות תיקון מס' 7 לפקודת הרוקחים

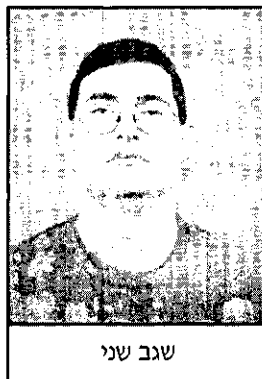
רפואיים - פקודת הרופאים [נוסח חדש], תשל"ז - 1976, פקודת רופאי השיניים [נוסח חדש], תשל"ט - 1979, וחוק הרופאים הוטרנריים, תשנ"א - 1991 - אשר כוללים הוראות דומות.

לעומת זאת, בניגוד לחוקים הנזכרים לעיל, פקודת הרוקחים איננה מגדירה מהו "מקצוע הרוקח", אשר מיוחד אך ורק לרוקחים מורשים? השאלה מה הוא מקצוע הרוקח אף לא נדונה מעולם באופן ישיר בפסיקת בית המשפט העליון. ההתייחסויות היחידות לתחומי מקצוע הרוקחות בפסיקה היו הכמה הערות אגב, שהתייחסו לאחריות המקצועית המיוחדת של הרוקח בתחומי עיסוקו.

בהקשר זה נציין, כי גם שיטות משפט אחרות התקשו להתאים את ההגדרה המשפטית של מקצוע הרוקחות להתפתחויות המקצועיות. כך למשל, בארה"ב, בה מוסדר מקצוע הרוקחות בחקיקת המדינות השונות, קיימים פערים גדולים בין ההגדרות של מהות המקצוע בחוקים הרלבנטיים של המדינות השונות¹. האופי הדינמי של התפיסה המקצועית של תפקיד הרוקח, כמו גם היעדר קונצנזוס מקצועי באשר לתפקיד הרצוי של הרוקח, מקשים, אם כן, על קביעת הגדרה משפטית למקצוע הרוקח, שתזכה לגיבוי מקצועי ותעמוד במבחן הזמן. על היקף העיסוקים המיוחדים לרוקח או המותרים לו, ניתן ללמוד רק בעקיפין משורה של הוראות ספציפיות, העוסקות בהיבטים שונים של עבודת הרוקח, כפי שיפורט להלן.

רקיה

על פניו, בהתאם לפרשנות המילולית, עיקר עיסוקו של הרוקח הוא ברקיה, דהיינו בהכנת מוצרים רפואיים. סעיף 23 רישא לפקודה תומך במסקנה זו, בקובעו כי לא יירקחו סמי מרפא או רעלים רפואיים בבית מרקחת אלא בידי רוקח מורשה (או בידי עוזר-רוקח בהשגחת רוקח מורשה). הפקודה אינה כוללת כל הוראה משלימה ביחס לרקיה מחוץ לבתי מרקחת, ולכאורה רקיה כזו אינה מוגבלת לרוקחים בלבד. לעומת זאת, סעיף 37 לפקודה מסמיך את שר הבריאות להתקין



שגב שני



זוהר יהלום

מבוא

בחודש פברואר 1999, תוקנה פקודת הרוקחים [נוסח חדש], התשמ"א - 1981 (להלן - הפקודה), במספר עניינים וזאת במסגרת חוק ההסדרים לשנת 1999 (להלן - תיקון מס' 7). לשניים מתיקונים אלה השפעה ניכרת על מעמדו המשפטי של מקצוע הרוקחות במדינת ישראל. להלן ננסה לבחון את המעמד המשפטי של מקצוע הרוקחות בישראל, ערב התיקון האחרון ולאחריו.

הדין טרם התיקון

מקצוע הרוקחות מוסדר בפקודה, שהיא נוסח חדש של פקודה מנדטורית משנת 1921. ככלל, מבטאת הפקודה תפיסה של מקצוע הרוקחות כפי שהייתה מקובלת בעת חקיקתה. תפיסה זו זכתה לביקורת מצד אנשי מקצוע, מחמת אי-התאמתה לשינויים שחלו בפועל במקצוע הרוקחות². הפקודה כוללת הן הוראות הנוגעות למקצוע הרוקחות באופן ישיר והן הוראות הנוגעות לניהול בתי מרקחת, לטיפול בסמי מרפא וכו'. סעיף 2 לפקודה קובע ייחוד עיסוק ב"מקצוע הרוקח", רק לבעלי רשיון רוקח שניתן בהתאם להוראות הפקודה. הפקודה קובעת, כי אדם שלא קיבל רשיון רוקחות ואשר עוסק במקצוע הרוקח עובר עבירה פלילית, שהעונש עליה יכול להגיע לכדי שישה חודשי מאסר. בכך דומה פקודת הרוקחים לחוקים הנספים המסדירים בעלי מקצועות

זוהר יהלום, עו"ד. ראש תחום משפט/המרכז הישראלי להערכת טכנולוגיות בשירותי הבריאות. מכון גרטנר לחקר אפידמיולוגיה ומדיניות בריאות. ד"ר שגב שני. ראש תחום מדיניות וכלכלת תרופות/המרכז הישראלי להערכת טכנולוגיות בשירותי הבריאות. מכון גרטנר לחקר אפידמיולוגיה ומדיניות בריאות.

תקנות שיתירו רקיחת סמי מרפא בחדרי תרופות שינוהלו בידי רוקח מורשה. תקנות כאמור לא הותקנו, אך מלשון הסעיף עולה המסקנה הפרשנית, לפיה, ככלל, אסורה כל רקיחה מחוץ לבית מרקחת. עם זאת, הסמכות לפי סעיף 37 מאפשרת להתיר למי שאינו רוקח לעסוק ברקיחה.

הבעיה העיקרית בהתייחסות לרקיחה כמרכיב המרכזי במקצוע הרוקח, היא שבפועל הסמכות החוקית לבצע פעולות רקיחה צומצמה באופן ניכר על ידי החקיקה המסדירה את השימוש בתרופות. עד לתיקון מס' 7 היה נושא זה מעוגן אך ורק בתקנות הרוקחים (תכשירים רפואיים), התשמ"ו – 1986 (להלן: התקנות). במסגרת התיקון הועתקו ההוראות המרכזיות של התקנות לפקודה, וההוראה המרכזית – האיסור על ייצור ושיווק של תכשיר שלא נרשם בפנקס – מצאה את ביטוייה בסעיף 47א(ב) לפקודה. הוראה זו חלה, בהתאם להגדרת "תכשיר" על כל צורה של סמי מרפא שעברו תהליך עיבוד, ואוסרת למעשה על הרוקחים לרוקח מוצרים תרופתיים, מכיוון שאין באפשרותם לעמוד בתנאי האיכות לרישום תכשיר, המותאמים למפעלים המייצרים ייצור המוני. החריג לאיסור על שימוש בתכשירים לא רשומים מצוי בסעיף 47א(ג), המסמיך את שר הבריאות לקבוע כללים לפיהם יוכל משרד הבריאות להתיר שימוש בתכשיר לא רשום. לענייננו, כללים כאמור נקבעו בתקנה 29א(4) לתקנות, המאפשרת רקיחת תכשירים בהסכמת משרד הבריאות, וזאת על פי מרשם רופא, ובתנאי שהתכשיר יסופק לצרכן באותו בית מרקחת. משרד הבריאות, בהודעות מטעמו בדבר התנאים להסכמה לרקיחה⁵ קבע מגבלות נוספות על רקיחת תכשירים רפואיים – איסור רקיחה של תכשיר הזהה לתכשיר רשום, איסור מוחלט על רקיחת תכשירים המכילים חומרים מסוימים, והגבלה כמותית על כמות הרקיחות המותרות לכל בית מרקחת. בנוספות אלה, הרי שבנוסף להתפתחות המקצועית, שהביאה לירידה בדרישה לביצוע רקיחות בבתי המרקחת ולירידת משקלן בתוך עבודתו הכוללת של הרוקח, צמצם המחוקק את האפשרות החוקית של רוקח לעסוק ברקיחה, והפך אותה למרכיב שולי בעבודת הרוקח.

מכירה וניפוק

המרכיב העיקרי בעבודה היומיומית של מרבית הרוקחים הוא מכירה וניפוק תרופות. בסעיף 23 סיפא לפקודה ישנה התייחסות להיבט זה של עבודת הרוקח, אך היא אינה תומכת במסקנה שפעולת המכירה והניפוק היא חלק מ"מקצוע הרוקח". הסעיף קובע שלא יימכרו ולא ינופקו סמי מרפא או רעלים רפואיים בבתי מרקחת אלא בהשגחת הרוקח האחראי

(או רוקח מורשה הממלא את מקומו לזמן מוגבל בהתאם להוראות סעיף 10א)). ניתן להניח שהסעיף, על אף שהוא מתייחס לבתי מרקחת בלבד, חל על כל מקרי המכירה והניפוק, שכן רק בבתי מרקחת ניתן, בהתאם לסעיף 47ב(ג), לעסוק במכירה קמעונית של סמי מרפא. עם זאת, הסעיף אינו מעניק לרוקח, בתור שכזה, כל סמכות, ומייחד את הסמכות לפקח על מכירה וניפוק לרוקח האחראי, שהינו, בהתאם לסעיף 1 לפקודה, רוקח מורשה בעל ניסיון של שנתיים לפחות, שאושר על ידי משרד הבריאות. הסעיף אינו מבחין בין סמכויותיו של הרוקח, שאינו הרוקח האחראי, לבין סמכויותיו של כל אדם אחר בביצוע המכירה והניפוק, ולכאורה אין כל מניעה שהניפוק והמכירה בבית המרקחת יבוצעו בפועל בידי הדיוטות, ובלבד שהפיקות על הפעולה יעשה בידי רוקח אחראי.

ייעוץ תרופתי ושינוי מרשמים

התפיסה לפיה הייעוץ התרופתי הוא חלק מתפקידי הרוקח היא התפתחות של השנים האחרונות, ופקודת הרוקחים, (שנוסחה המקורי נכתב כאמור בשנת 1921), לא התייחסה עד לתיקון לאלמנט זה בעבודת הרוקח. בהתאם לתפיסה המודרנית של מקצוע הרוקחות בעולם, לרוקח, כמי שעיקר עיסוקו ומומחיותו היא בתרופות, תפקיד מרכזי בתהליך השימוש בהן, החורג מעבר לרקיחת התרופה וניפוקה למטופל בהתאם להוראת רופא. עיקרו של התפקיד במתן ייעוץ למטופלים באשר לתרופות שעליהם לקחת וקיום ביקורת רוקחית על מרשמים של רופאים. עם זאת, עד לתיקון מס' 7, לא היה בפקודה בסיס משפטי לחלק זה בעבודת הרוקח.

על פניו, נראה שהייעוץ התרופתי אינו פעולה המיוחדת לבעלי מקצוע אחרים. העיסוק ברפואה, המיוחד לרופאים, כמוגדר בסעיף 1 לפקודת הרופאים, כולל, בדיקת חולים, אבחון, ריפוי ומתן מרשם. כמו כן כוללת הגדרת העיסוק ברפואה "שירותים אחרים הניתנים בדרך כלל מידי רופא". זוהי הגדרה בעייתית, שכן היא מתבססת על אלמנט אמפירי – התנהגות הרופאים בפועל, ולא על אלמנט נורמטיבי – ההתנהגות הרצויה של רופאים. על כל פנים, נראה שמבחינה אמפירית, ייעוץ תרופתי אינו שירות הניתן בדרך כלל מידי רופא, וגם בהיבט הנורמטיבי, ספק אם רצוי לייחד עיסוק זה לרופאים, שכן הם אינם עוברים הכשרה מיוחדת בנושא.

בכל הנוגע לשיקול הדעת של הרוקח בהליך ניפוק התרופות, נקטה הפקודה גישה מצמצמת במיוחד. סעיף 27 לפקודה אסר על רוקח לשנות נוסחו של מרשם של רופא. סעיף 28 לפקודה קבע, כי במקרה ש"הוכרה טעות במרשם או התעורר

חשד שיש בו טעות", על הרוקח להתקשר לנותן המרשם ולקבל את תשובתו בכתב לפני הניפוק. הוראה זו היא חריגה בכך שהיא מכירה בשיקול דעתו של הרוקח, המסוגל להבחין בטעות במרשם, אך אינה מעניקה לו סמכות כלשהי, ומחייבת אותו, למלא אחר מרשם שלדעתו הוא שגוי.

בסקירת המצב ערב התיקון, נציין קושי ממשי שהתעורר ביחס לתרופות ששיווקן אינו טעון מרשם (O.T.C). בשנת 1993 תוקן סעיף 26 לפקודה, ונוסף סעיף קטן (ג), המתיר לרוקח לנפק ללא מרשם רופא, תרופות ששיווקן לא הותנה במרשם רופא. לתיקון זה לא נלוו תיקונים משלימים, וכך נוצרה אי בהירות באשר למקור הסמכות להורות על שימוש בתכשיר לא רשום. מבחינה פורמלית, רק רופא רשאי לאבחן מצב רפואי ולהורות על הטיפול הדרוש. עם זאת, כשמדובר בתרופות ללא מרשם, מקבל כל אדם סמכויות דומות ביחס לעצמו ובפועל, גם ביחס לזולתו (לדוגמה, הורים לילדיהם הקטינים), וזאת ללא עיגון חוקי. בייחוד החריפה הבעיה ביחס למעמדו של הרוקח. בהתאם לדין טרם תיקון מס' 7, היה על הרוקח לנפק כל תרופת O.T.C בהתאם לבקשת הלקוח בבית המרקחת. אם בהכפפת הרוקח לשיקול דעתו של הרופא, ללא יכולת לחלוק עליו, היה הגיון מקצועי, הרי שקשה להצדיק מצב בו כפוף הרוקח לשיקול דעתו של הלקוח החסר כל הכשרה מקצועית. בנוסף, התפיסה לפיה לרוקח אסור לייעץ ללקוח בבחירת תרופה, יצרה מצב בו למטופל לא הייתה כל אפשרות לקבל ייעוץ מקצועי מגורם מוסמך, אלא בדרך של פניה לרופא, אשר מנוגדת לתפיסה הבסיסית שביסוד התרת שיווק תרופה ללא מרשם רופא.

תיקון מס' 7 לפקודת הרוקחים

בתיקון מספר 7 תוקנו שתי הוראות המשליכות באופן ישיר על הגדרת מקצוע הרוקח. תיקון אחד הוא תיקון סעיף 26(ג) לפקודה. בסיפא של הסעיף, המתיר לרוקח לנפק תרופה ששיווקה לא הותנה במרשם רופא, הוספו המלים "וליייעץ באשר לבחירתה בידי המטופל". משמעות התוספת היא כי לראשונה, מתיר המחוקק במפורש לרוקח למלא תפקיד של יועץ במסגרת ניפוק תרופת O.T.C. התיקון מסתפק בקביעה כי פעולת הייעוץ היא מותרת, דהיינו המטופל רשאי לוותר על הייעוץ, והרוקח רשאי לסרב להעניק שירות זה. ברור גם מנוסח הסעיף כי סמכות האבחון וההוריה ביחס לשימוש בתרופה נותרות בידי המטופל, וכי לרוקח אין כל סמכות להורות על שימוש או אי-שימוש בתרופה מסוימת. במקביל, מבטא התיקון שינוי משמעותי בתפיסת מקצוע הרוקח, ולראשונה מכיר המחוקק בכך שלרוקח מומחיות בתחום

התרופות, המאפשרת לו לייעץ לאחרים בתחום זה.

תיקון סעיף 26(ג) עונה על חלק מהשאלות הנוגעות לתפקידו של הרוקח בתהליך ניפוק תרופות O.T.C, ולראשונה מעניק לו סמכות החורגת מהתפקיד הטכני של ניפוק ומכירה. לעומת זאת, התיקון מחדד את השאלות העקרוניות באשר לחובותיו האתיות של הרוקח בתהליך זה: האם הוא רשאי לנפק תרופת O.T.C ללקוח, גם כאשר לפי שיקול דעתו המקצועי התרופה אינה מתאימה ללקוח ואף עלולה לגרום לו נזק? האם ובאיזו מידה על הרוקח לברר את הנתונים הרלוונטיים הנוגעים למטופל (רגישות לחומרים מסוימים, תרופות נוספות שהוא צורך במקביל וכו')? חלק מהייעוץ אותו הוא נותן? שאלות אלה ואחרות מקבלות משקל חדש כעת, כאשר המחוקק הכיר באופן מפורש בכך שלרוקח מומחיות והבנה באשר לתרופות הנמכרות אצלו. * ראה הערת המערכת בסוף המאמר

תיקון נוסף בוצע בסעיף 27 לפקודה, בו הוסף סעיף קטן (ב). הסעיף המקורי, הנכלל כיום בסעיף קטן (א), אסר על רוקחים לשנות נוסח מרשם. הסעיף החדש מסייג הוראה זו, ומתיר לרוקח לנפק תרופה הזוהה לתרופה הרשומה במרשם בהרכב החומרים הפעילים, בצורה, בחזק ובפעילות הרפואית (דהיינו, תרופה גנרית), אלא אם כן הורה הרופא במרשם לנפק את התרופה בשמה המסחרי בלבד. עיקר חשיבותה של ההוראה היא כלכלית, בכך שהיא מאפשרת לרוקח לנפק את התרופה הזולה יותר מבין מספר חלופות גנריות. עם זאת, גם תיקון זה מהווה הכרה בשיקול דעתו של הרוקח, שלא הייתה קיימת קודם לתיקון. בהתאם לתיקון, הרוקח מוסמך לקבוע שתרופה מסוימת היא אכן חלופית לתרופה ששמה מופיע במרשם, ומוענקת לו הסמכות לקיים בקרה כלכלית על הניפוק ולהביא לניפוקן של תרופות זולות יותר.

סיכום ומסקנות

האופן בו מוסדר מקצוע הרוקחות בחקיקה הישראלית, והעובדה שהגדרת המקצוע לא נדונה מעולם באופן ישיר בפסיקה הישראלית, יוצרים אי-בהירות באשר לגבולות הסמכות וגבולות האחריות של הרוקח. ההוראות הקבועות בפקודה, עד לתיקון מס' 7, ביחס לעבודתו של הרוקח, ייחדו לו סמכויות למעשה רק בתחום הצר של רקיחה, ולרוקח אחראי, גם בפיקוח על מכירה וניפוק.

מהות הרוקחות המודרנית היא מתן מידע וייעוץ תרופתי המשפרים את הטיפול התרופתי וע"י כך גורמים לשיפור הבריאות של החולה ולחסכון בהוצאות המערכת. עקרונות

אלה באו לידי ביטוי בנייר עמדה של ארגון הבריאות העולמי ממאי 1994, בנושא תפקיד הרוקחות במערכות בריאות⁷ ובו מתואר תפקיד הרוקח כאחראי למתן טיפול רוקחי (pharmaceutical care):

א. לספק תרופה לחולה לאחר הערכה אם הטיפול התרופתי שנרשם לחולה מתאים יחסית להיסטוריה הרפואית של החולה מבחינת מנה, מינון, צורת מתן, התוויות נגד ותגובות בין תרופתיות.

ב. לתת לחולה את כל המידע הדרוש לשימוש אופטימלי בתרופה והעלאת היענותו לטיפול, וזאת ע"י בחינת הבנת החולה את אופן השימוש בתרופה, תופעות הלוואי וכו'.

ג. לנטר ולהעריך את השפעת הטיפול התרופתי.

ד. זיהוי ראשוני של תלונות החולה והחלטה על הצורך להפנותו לרופא או על מתן טיפול בתרופות ללא מרשם עקב תלונות מזעריות.

ה. קידום בריאות הציבור במגוון נושאים כמו: שימוש מושכל בתרופות, הפחתת העישון, הפחתת צריכת האלכוהול, אמצעי מניעה מהדבקות ב-AIDS וכו'.

ו. קידום בריאות קבוצות חולים ספציפיות כמו קשישים, חולי סוכרת, חולי לחץ דם וכו'.

ז. מתן ייעוץ תרופתי לצוות הרפואי ולקהל הרחב.

תיקון מס' 7, על אף שהתייחס רק להיבטים ספציפיים של מקצוע הרוקחות, מבטא מגמה חדשה בחקיקה, המכירה לראשונה בדומה למקובל בעולם, בשיקול דעתו של הרוקח במסגרת הליך ניפוק התרופות ובתפקיד המרכזי שלו במסגרת הטיפול התרופתי. התיקונים, המתירים לרוקח ליעץ באשר לבחירת תרופת O.T.C בידי מטופל ולהחליף תרופה הרשומה במרשם בתרופה גנרית לה, מהווים קפיצת מדרגה במעמדו של הרוקח בעיני המחוקק.

שני התיקונים מבטאים את הצורך ברפורמה מקיפה בתחום דיני הרוקחות, אשר תתאים אותם להתפתחויות המחשבתיות באשר לתפקיד הרוקח, ולשינויים בפועל באופי עבודת הרוקחים. צעד ראשון במסגרת שינויים אלה צריך להיות הגדרה מקיפה של העיסוקים המיוחדים לרוקחים, והגדרת החובות האתיות הבסיסיות הנגזרות מסמכויות אלה.

מקורות והערות:

1. סימה לבני, מיקי עופר, **חמישים שנות רוקחות בישראל**, "רפואה ומשפט" 1998, גליון 19, עמ' 130-136.
2. בניגוד לחוקים האחרים המסדירים מקצועות רפואיים,

הפקודה גם לא קובעת איסור מפורש על התחזות לרוקח. 3. בע"א 145/80 **ועקנין נ' המועצה המקומית בית שמש ואח'** פ"ד לז' 113, 142, התייחס השופט ברק (כתוארו אז), במסגרת דיון בעוולת הפרת חובה חקוקה, לחובתו של הרוקח לשמור על רעלים;

בבג"צ 734/80 **חכם נ' מנכ"ל משרד הבריאות ואח'** פ"ד לה' (4) 690, 695, קבע השופט בייסקי, במסגרת דיון בבקשת העותרת לקבל רשיון רוקחות, כי בית המשפט לא יתערב בשיקול הדעת המקצועי של הגורם המוסמך לקביעת הכשירויות לעסוק במקצוע:

"... על אחת כמה וכמה כשנושא הדיונים הוא בשטח הרפואה, שהמורשה לכך חייב לטפל בחולים, ובדומה לכך עניינו של רוקח, שגם בידו לעתים גורלות בני אדם, בעיקר מחמת רעלים וטוקסיקולוגיה שבתרופות והכנתן..."

בע"א 82518 / **ד"ר רינה זייצוב ואח' נ' שאול כץ ואח'** פ"ד מ' (2) 85, 108, התייחס השופט ברק (כתוארו אז), במסגרת דיון בסוגיית הרשלנות הרפואית, לעובדה שהמוזיק אינו חייב להיות רופא, אלא יכול להיות, בין היתר, "רוקח המתרשל במכירת מוצר רפואי".

4. ראה:

JW Moch, A Borja, & J O'Donnell, **Pharmacy Law – Litigating Pharmaceutical Cases** (1995).

המחברים מביאים כדוגמאות לפערים את החוק של מדינת ניו-יורק, המייצג גישה מסורתית בהגדירו את מקצוע הרוקחות כ"הכנה, רכיחה, שימור וניפוק של תרופות וציוד תיראפויטי על בסיס מרשם או סמכות חוקית. החוק של מדינת מישיגן, לעומת זאת, מייצג גישה מתקדמת יותר ומגדיר את תפקיד הרוקח, בין היתר, כ"פירוש והערכה של מרשמים", ו"מתן ייעוץ לנותן המרשם (prescriber) ולמטופל כנדרש באשר לפעילות תיראפויטית, שימוש ותופעות לוואי אפשריות או אינטראקציות של תרופות".

5. י"פ התשנ"ח, עמ' 3894; י"פ התשנ"ט, עמ' 2.

6. ראה: הצעת חוק הסדרים במשק המדינה (תיקוני חקיקה להשגת יעדי התקציב והמדיניות הכלכלית לשנת הכספים 1999), התשנ"ט – 1998, הצ"ח התשנ"ט, עמ' 40.

7. ראה:

WHO report: The role of the pharmacist in the health care system. WHO; 1994.

* **הערת המערכת:** התקון של סעיף 26 (ג) לפקודת הרוקחות מהווה מילוי משאלה שהעלו סימה לבני ומיקי עופר במאמרם "**חמישים שנות רוקחות בישראל**" (רפואה ומשפט 19, ע' 135, טור שמאלי, הפסקה שלפני האחרונה).

חידושי פסיקה

רשלנות רפואית; תקיפה; תביעות לתגמולין

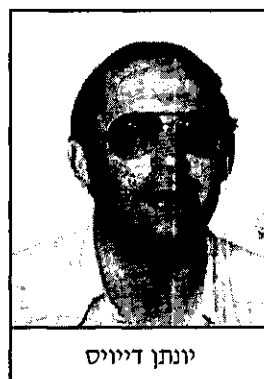
החולים. כזכור, ברע"א 1412/94 הסתדרות מדיצינית הדסה נ' עפרה גלעד ואח' פ"ד מט (2) 516 דן כב' הנשיא ברק בטענת ביה"ח הדסה, כי מן הראוי שבית המשפט יכיר בחסינות מיוחדת לדוחו"ת בדיקה פנימיים הנערכים בין כתלי בית החולים לאחר אירוע חריג. באותו מקרה קפץ חולה אל מותו מהקומה השמינית ומשפחתו ביקשה לעיין בדו"ח הבדיקה הפנימית של בית החולים. ביהמ"ש העליון קבע שבאיוון בין זכות החולה למידע, ובין זכות ביה"ח לחיסיון יש להעדיף את זכות החולה, כאשר כנגד זכות החולה למידע על הטיפול הרפואי שקיבל, עומדת גם החובה של המטפל למסור לו את המידע, כאשר זכות זו נגזרת מחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. באשר לטענה כי חשיפת הדוחו"ת תפגע בקיומן ותפקודן של ועדות הבדיקה הפנימיות, קבע הנשיא ברק כי ועדות הבדיקה תתקיימנה אף בלי חיסיון, שכן הדבר מתבקש ממהות מקצוע הרפואה, ומהמחויבות האתית והמשפטית של הרופא.

עתה דן בית המשפט העליון בערעור על פסק הדין לגופו, ודן בחובת מוסד רפואי להנהיג הסדרי שמירה על חולה שניסה להתאבד. במקרה אחר דן ביהמ"ש העליון בחובת קופ"ח להנהיג נהלים שיבטיחו זרימת מידע בין הרופאים המטפלים.

נציג שני פסקי דין חדשים מבית היוצר של בתי המשפט המחוזיים. פסק דין אחד דן בשאלה האם קביעת סטנדרט זהירות גבוה מזה המקובל מהווה רשלנות? בעניין שבו נגרם לתובע נזק של שיתוק ביד במהלך הלידה, הנהיג בית החולים סטנדרט של ביצוע ניתוח קיסרי, אך בפועל לא בוצע ניתוח קיסרי שהיה בו כדי למנוע את הנזק. בית המשפט קבע כי בזמן הלידה הסטנדרט הסביר קבע אפשרות ביצוע לידה וגניאלית, ולמרות הסטנדרט הגבוה יותר שהנהיג בית החולים אין לדון אותו אלא לפי הפרקטיקה שהיתה מקובלת אז, לפיכך נקבע כי לא הוכח אשם מצד הנתבעים והתביעה נדחתה.

במקרה אחר דן בית המשפט המחוזי בתל אביב בהיקף חובת הגילוי של הרופא כלפי המטופל במסגרת עוולת התקיפה ונפקות החתמת הורים על טופס הסכמה לניתוח בלא מתן הסבר אודות סיכונים.

נביא להלן את החידושים האחרונים בפסיקת בתי המשפט במשפט הרפואי על נושאי השונים.



יונתן דייויס

במדורנו נציג מספר פסקי דין המהווים ציון דרך במשפט הרפואי. כך קבע בית המשפט העליון כי אין מניעה לממש את הזכות לתבוע בנויקין בד בבד עם קיום תביעה מהמוסד לביטוח לאומי. נושא זה שהיה שנוי במחלוקת בשנים האחרונות זכה לפרשנות מחודשת, לפיה אין מניעה כי נפגע אשר מממש זכותו לתביעה לתגמולים ע"פ חוק הביטוח הלאומי (נפגעי איבה) או ע"פ חוק הנכים (תגמולים ושיקום) (המתייחס למי שנפגע במהלך ועקב השירות בצה"ל או במשטרה) יגיש תביעה אזרחית ע"פ פקודת הנויקין נגד המזיק, ובלבד שלא ייפרע פעמיים. תחום נוסף אשר זכה להתייחסות חדשנית הוא בשאלת הקשר הסיבתי בין אירועי הלידה והנזק התוצאתי שנגרם לניזוק. המשפט והרפואה נבדלים באופן הוכחת הקשר הסיבתי בין גורם הסיכון והנזק. במשפט אזרחי די להוכיח את הקשר על פי מאזן ההסתברויות לאמור בשיעור של יותר מ- 50%. ברפואה לעומת זאת דורשים כללים אפידימיולוגיים רמת הוכחה גבוהה של סיבתיות בסבירות של 90%. כך למשל עשוי תובע להוכיח את התביעה על פי חוות דעת רפואית, אך אין בכך כדי לעמוד בסטנדרט הנדרש להוכחת התיזה המדעית. מבחינה משפטית אם לא הצליח התובע להוכיח על פי מאזן ההסתברויות את הקשר הסיבתי ואת הגורם המסתבר יותר לנזק, התוצאה היא שתביעתו תדחה. בית המשפט העליון ביכר לאחרונה לסטות מגישה זו שמשמעותה "הכל או לא כלום" והציע תזה חדשה לבחינת שאלת הקשר הסיבתי, וזאת באמצעות הדוקטרינה של אובדן או החמרת סיכויי החלמה.

מעטים המקרים אשר מותירים חותם כפול במשפט הרפואי. פסק הדין בעניין ע"א 6649/96 הסתדרות מדיצינית הדסה נ' עפרה גלעד הגיע להכרעה תקדימית נוספת לאחר שבקשת רשות הערעור דנה בשאלת חסיון דו"ח ביקורת פנימית בבית

רפואה ומשפט גיליון מס' 21 - נובמבר 1999

רשלנות רפואית – אי בחירה בין אופציות טיפוליות שוונות במצבה הפתולוגי של המטופלת

ע"א 1069/96 מזרחי רחל נ' מדינת ישראל (פסק דין מיום 8/3/99) (טרם פורסם)

המערערת אושפזה בבית חולים לצורך הפלה מתוכננת, בשל היות העובר שברחמה מת. במועד האשפוז הייתה המערערת בשבוע ה-18 להריונה. רחמה היה מצולק כתוצאה משני ניתוחים קיסריים קודמים. כמו כן, הייתה המערערת במצב של שלית פתח (פלצנטה פרביה). ההפלה בוצעה על ידי שימוש בשיטת לאודון, לפיה החדירו אל צוואר הרחם קטטר עם בלון והזליפו פיתוץ במינון עולה על מנת לגרום לצירים ולזרז את פליטת העובר (להלן: שיטת לאודון). לאחר היפלטות העובר וסילוקו, נעשו ניסיונות להוציא את השליה, ואז נתברר כי נוצר נקב ברחם שהצריך ניתוח. במהלך הניתוח אובחן כי השליה דבוקה לשריר הרחם, ולאור הדימום הרב, לא היה מנוס מכריתת הרחם. אין חולק, כי מלכתחילה ניתן היה לאבחן שהמערערת הייתה במצב של שלית פתח, וכי במצב זה קיים חשש ממשי לקיום שליה דבוקה (פלצנטה אקרהטה), שהיא שליה הדבוקה לשריר הרחם. במצב של שליה דבוקה, שורשי השליה חודרים אל שריר הרחם והם דבוקים אליו, ולאחר צאת העובר אין השליה נפרדת מעצמה והיא נותרת דבוקה לשריר הרחם. כאמור, במהלך הניתוח התברר בדיעבד כי המערערת אכן סבלה משליה דבוקה.

בית המשפט המחוזי דחה את התביעה וקבע כי אין מניעה לסיים הריון בשבוע ה-18 על ידי מתן פיתוץ, וזאת גם במצבה הפתולוגי המיוחד של המערערת. עוד קבע הנשיא זיילר, כי לא היה כל יתרון לבצע את ההפלה באמצעות ניתוח היסטרוטומיה אלקטיבי, שהוצע על ידי המומחה מטעם המערערת, על פני השיטה שנקטה בפועל.

בית המשפט העליון (כב' השופט שטרסברג – כהן) קיבל את הערעור, וקבע כי לאור קיומן של שיטות טיפול אלטרנטיביות ולאור מצבה הפתולוגי המיוחד של המערערת, שכאמור אין חולק עליו, היה על רופאי בית החולים לשקול את התאמתו של הטיפול השגרתי הנהוג בבית החולים (שיטת לאודון) למקרה הספציפי. הייזנה צריכה להיעשות שקילה עניינית בדבר בחירת השיטה ההולמת ביותר את נסיבות המקרה, מבין השיטות השונות הקיימות לסיום הריון כשל המערערת. שקילה כזו הייתה מחויבת המציאות לאור מצבה הפתולוגי המיוחד והייתה עשויה להוביל להחלטה אחרת באשר לשיטת ההפלה הרצויה, אשר יכול והייתה מונעת את

הנזק שנגרם למערערת, כתוצאה ממתן הפיתוץ. אין בחומר הראיות דבר המצביע על כך שנעשתה שקילה כזו. המסקנה מן האמור היא, כי מצבה הפתולוגי המיוחד של המערערת חייב את רופאי בית החולים לשקול את האופציות הטיפוליות העומדות לרשותם, ולברור מביניהן את המתאימה ביותר. דבר כזה לא נעשה, ועל כל פנים אין בחומר ראיה שתעיד על כך שהדבר נעשה. עצם אי שקילתן של שיטות הפלה חלופיות, מהווה מעשה רשלנות.

עתירה לדיון נוסף על פסק דין של בית המשפט העליון אשר חידש הלכה

דנ"א 758/98 קופת חולים הכללית נ' יפה פלד ואח' (החלטה מיום 16/5/99)

בחוברת מס' 20 של "רפואה ומשפט" הבאנו פסק דין אשר ניתן בע"א 3709/96 קופת חולים נ' יפה פלד ואח'. פסה"ד חייב את קופת חולים באחריות לנזק שנגרם למשיבה. בבית המשפט העליון נחלקו דעות השופטים. כב' השופטים אור ואנגלרד קבעו שאין להתערב בקביעת בית המשפט המחוזי לפיה התרשל העותר מס' 1 בכך שלא ערך אבחנה מבודלת ביחס לטרשת נפוצה, בכך שעקב אי התעדכנות, כנדרש מרופא בתחום התמחותו, לא היה מודע לאפשרות שמחלתה של המשיבה היא טרשת נפוצה, ובכך שלא ביצע בדיקות שונות שהיה בהן כדי למנוע את ביצוע הניתוח ו/או ההקרנות. כן קבעו השופטים אור ואנגלרד שאין להתערב במסקנת בית המשפט המחוזי בנוגע להתרשלותו של הרופא הנוסף. כב' השופט שטרסברג-כהן, לעומתם, קבעה כי הרופאים לא התרשלו בכך שלא העלו אבחנה מבודלת של טרשת נפוצה. את מסקנתה ביססה כב' השופטת על כך שמחומר הראיות עולה כי התופעה של "טרשת נפוצה המחקה גידול" לא הייתה, בעת מתן הטיפול, בבחינת ידע רפואי מגובש ומקובל, המצוי בתודעתם של רופאים מומחים, וכי לא הוכחו אינדיקציות אישיות של המשיבה, שהיה בהן כדי להעלות חשד אצל הרופאים בכיוון זה.

קופת חולים הגישה עתירה לדיון נוסף על פסק הדין. העתירה התבססה על שני טיעונים עיקריים: האחד - בפסק דינו של כב' השופט אנגלרד מועלים נימוקים כלכליים, הנוגעים לפיזור הנזק, שיש בהם משום חידוש. השני - רף האחריות הועלה ע"י שופטי הרוב לרמה של אחריות מוחלטת, ולא הושתת על רמתו של הרופא הסביר. לטענת המשיבים פסק הדין מעוגן היטב בהלכות של בית המשפט העליון ואין בו חידוש הלכה או סתירה להלכות קודמות.

הנשיא ברק אשר לפניו באה העתירה דחה את הבקשה לדיון נוסף תוך שהוא קובע כי בפסק הדין לא נקבעה כל הלכה שיש בה כדי להצדיק דיון נוסף. בית המשפט חזר על ההלכה לפיה אמת המידה לבחינת רשלנות הנה זו של הרופא הסביר בנסיבות העניין, וכי "ככל שמדובר בחידוש בעל חשיבות רבה יותר, אשר פורסם באופן בולט בספרות רפואית בעלת משקל, וככל שיש בחידוש למנוע סכנה גדולה יותר לבריאות, כן תגדל הנטייה לקבוע רשלנות עקב אי התעדכנות בחידוש זה על ידי הרופא". בית המשפט נחלק באשר לגבולותיה של חובת ההתעדכנות במקרה הקונקרטי, ובאשר למסקנות אותן יש להסיק מחומר הראיות שהיה מונח לפניו. אין די בכך שלהשקפת העותרים צריך היה בית משפט זה להתערב במסקנות בית המשפט המחוזי (כפי שעשתה שופטת המיעוט), ולקבוע כי העותר 1 לא התרשל עקב אי התעדכנותו בספרות מקצועית. טענת העותרים, בהקשר זה, אינה אלא טענת ערעור המתייחסת באופן ספציפי למקרה הנדון, והניסיון להקנות לה אופי עקרוני הנוגע לשינוי רף האחריות, אינו משנה מאופייה האמיתי.

רשלנות רפואית - ניסיון להחיל את דוקטרינת אובדן סיכויי החלמה

ע"א 6643/95 יהונתן כהן (קטין) ואח' נ' קופת חולים הכללית ואח' (פסק דין מיום 3/5/99) (טרם פורסם).

התובע נולד בשבוע ה-30 להריון במשקל 1450 גרם, בלידת וואקים (שולפן ריק) ויצא את רחם אמו, כשהוא סובל מתשניק ונוזק להנשמה. עקב קשיי הנשימה הועבר המערער לבית החולים בילינסון שם אובחן כסובל משיתוק מוחין.

בית המשפט המחוזי דחה את התביעה בקובעו כי אף לא אחד משלושת גורמי הסיכון - הפגות, הדימום והזיהום - נגרם ברשלנות בית החולים או באחריות: הפגות איננה באחריות בית החולים ומרגע שהגיעה האם לבית החולים עם ירידת מים, הלידה הייתה בלתי נמנעת. התרחשות הדימום שנגרם, ככל הנראה, עקב היפרדות השליה במהלך הלידה, לא הייתה צפויה מראש. אשר לזיהום, קבע בית המשפט, כי עד שהחלו הצירים, לא היו כל סימנים לזיהום. וכי במהלך האשפוז בוצעה בדיקת אולטרסאונד ובדיקת דם ונמדד חום שהיה תקין והחל לעלות רק לאחר הלידה. גם בדיקת הדם, שנעשתה טרם הלידה הייתה תקינה ורק בדיקות הדם שנעשו - לפי קביעת בית משפט המחוזי - לאחר הלידה, לימדו על

זיהום. בנסיבות אלה, קבע בית המשפט, כי הזיהום היה סמוי ואין למצוא את בית החולים כמי שהתרשל בטיפול במניעתו, או באי זירוז הלידה, או בכך שלא בחר לבצע ניתוח קיסרי. בית המשפט סבר כי בנסיבות העניין, לא היו מראש, להבדיל מבדיעבד, אינדיקציות המחייבות ניתוח קיסרי, כי אין זו הפרקטיקה הנהוגת לבצע ניתוח כזה בכל מקרה של לידת פג וכי אין לאמץ מדיניות משפטית שתוביל לביצוע ניתוחים קיסריים שלא לצורך ומתוך התגוננות מפני תביעות משפטיות.

השופט שטרסברג-כהן המליצה בדעת מיעוט לקבל את הערעור. את התרשלות הרופאים היא ראתה בכך שלא עשו בדיקות דם תכופות במועדים הרלבנטיים לאפשרות גילוי הזיהום. אשר לשאלת הסיבתיות קבעה כי קיימים שלושה גורמים אפשריים לליקוי. אמנם, לא ברור מה גרם לליקוי בפועל - אם כי הסבירות הגבוהה היא שהפגות גרמה לכך - ולא ברור מה היה קורה אילו לא התרשלות באיתור ובטיפול בזיהום. עם זאת, הוכח כי אפשר ששיתוק המוחין נגרם בשל הפגות והמשקל הירוד, בשל הדימום ובשל הזיהום, כל אלה יחד או לחוד. מכאן, שייתכן כי נזקו של המערער נגרם בידי שמיים ולא בשל עוולה, ויתכן שנגרם בהשתתפות הגורם העוללתי, שיצר סיכון להתרחשותו.

בהחילה את דוקטרינת אובדן סיכויי החלמה קבעה כב' השופטת שטרסברג-כהן כי כתוצאה מיצירת הסיכון יכול ויגרם אובדן סיכויים להחלמה או החמרת סיכויי ללקות בליקויי הולדה. בנסיבות העניין, בו משמשים שלושה גורמים אפשריים שאחד מהם הוא עוללתי, ניתן לאמץ שיעור זה של סיכון ולקבוע כי המוסד הרפואי אחראי להגדלת הסיכון של התובע ללקות בשיתוק מוחין ב-30%.

כב' הנשיא ברק וכב' השופטת בייניש, בדעת הרוב, דחו את הערעור לאחר שלא מצאו בסיס עובדתי מספיק לקביעה כי גורם הזיהום, וליתר דיוק כי המחדל המתבטא באי איתורו של הזיהום היה גורם סיכון שהיה בו כדי להשפיע באופן משמעותי על התוצאה הקשה שנגרמה למערער. שופטי הרוב לא מצאו נתונים מספיקים כדי לקבוע שאי גילוי הזיהום לפני הלידה יכול היה להשפיע על התוצאה. מכל מקום, לא הונחה תשתית ראייתית המאפשרת לקבוע את מידת השפעתו של הזיהום על שיתוק המוחין שנגרם למערער, ואף לא של גורמים אחרים שהועלו מפי המומחים כפוטנציאל להשפעה על התוצאה. הדבר שהוכח הוא כי ללידה המוקדמת ולמשקלו הירוד של הפג יש השפעה מרכזית על גרימת הנזק.

הזכות לתבוע בנוזיקין בזבז עם קיום תביעה לתגמולים מהמוסד לביטוח לאומי

ע"א 1162/96 הילה וייס נ' יוסף מאק ואח' (פסק דין מיום 12/4/99) (טרם פורסם)

בית המשפט העליון נזקק לשאלה העקרונית האם אדם המקבל תגמולים מן המוסד לביטוח לאומי מכוח חוק התגמולים לנפגעי פעולות איבה, התש"ל-1970, זכאי לתבוע את המזיק, האחראי לנזקו, על פי פקודת הנוזיקין [נוסח חדש], כל עוד הוא ממשיך לקבל את התגמולים ובטרם יקבל את הסכמת המוסד לביטוח לאומי להחזרת התגמולים ואף בטרם יחזיר אותם בפועל?

ביום 13.10.90 נפגעה המערערת, הקטינה הילה וייס, מכדור שנורה על ידי המשיב אביעד יוסף מאק, בעת נסיעה ברכב בכביש נווה יעקב - בית חנינא. האירוע בו נפגעה המערערת הוכר כפגיעת איבה לפי חוק התגמולים לנפגעי פעולות איבה, התש"ל-1970, והיא קיבלה וממשיכה לקבל תגמולים מן המוסד לביטוח לאומי על יסוד הכרה זו. נקבעה לה נכות צמיתה בשיעור של 65% החל ביום 1.4.91. ועדת ערר קבעה כי למערערת 56% נכות וועדת ערר נוספת קבעה כי נכותה הצמיתה היא 50%.

המערערת הגישה תביעת נזיקין נגד המשיב מס' 1 בעילות של רשלנות, הפרת חובה חקוקה ותקיפה, ונגד מדינת ישראל בשל אחריותה האישית והשילוחית. התביעה נדחתה על הסף על ידי בית המשפט המחוזי בירושלים (השופט דר' א"צ בן-זמרה), בנימוק כי לנפגעת אין זכות תביעה בנוזיקין. בית המשפט המחוזי ביסס מסקנתו על כך כי לא נתמלאו התנאים המקיימים לנפגעת זכות תביעה בנוזיקין על-פי סעיף 36(א)(5) לחוק הנכים (תגמולים ושיקום) [נוסח משולב] תשי"ט-1959 (להלן: "חוק הנכים"). לפי הוראות סעיף זה היה על הנפגעת להחזיר תחילה את התשלומים והתגמולים שקיבלה מן המוסד לביטוח לאומי, תוך כדי קבלת הסכמתו של המוסד להחזר זה.

הסוגיה של הסדרת משולש היחסים (ביטוח לאומי - מזיק - ניזוק) מעוררת קשיים, ובית המשפט העליון נזקק לקביעת הלכה פסוקה בנושא שזכה לפרשנויות רבות.

נקודת המוצא היא האפשרות של הנכה לתבוע בעת ובעונה אחת את המדינה ואת המזיק (סעיף 36(א)(1)). שמורות לו לנכה - עקרונית - שתי עילות תביעה מצטברות. ההוראה קובעת, עם זאת, כי הנכה אינו זכאי לגבות כספים על פי

כבי' השופטת בייניש מצאה לאמץ את הגישה לפיה אין להציב את התביעה הנוזיקית על הוכחת גרימת הנזק בדרך של "הכל או לא כלום". יחד עם זאת נראה כי גישה המצדדת בקביעת פיצוי בגין ראשי נזק עצמאיים, כאשר לא ניתן להוכיח על פי מאזן ההסתברויות שהנזק הכולל נגרם בעוולה, גם אם היא ראויה בנסיבות מסוימות, מחייבת גם קביעת סייגים לאחריות המוטלת על המזיק. לפיכך, גם אם נקבל את הגישה שבדרך כלל יש הצדקה להכיר בראש נזק של הגברת סיכוני מחלה, מתחייבת תשתית ראייתית לקביעה כי הגברת הסיכון שנעשתה באופן רשלני, השפיעה בשיעור המצדיק הכרה בו לעניין חובת הפיצוי.

במצב של חוסר ודאות, קיימות שלוש אפשרויות: האחת, שכל הנזק של אובדן סיכויי החלמה נגרם על ידי הפגיעה הראשונית; השניה, שכל הנזק נגרם על ידי הרשלנות הרפואית; השלישית, שחלק מהנזק נגרם על ידי הפגיעה הראשונית וחלק על ידי הרשלנות הרפואית. אפשרות שלישית זו היא הסבירה ביותר, אלא שאין אנו יודעים מה תרומתם היחסית של שני הגורמים.

עם זאת, למרות חילוקי הדעות, הביעו דעתן שתי השופטות כי אין לנקוט בגישה של "הכל או לא כלום". נדחתה הגישה השוללת מתן פיצוי לתובע במקרה בו הוכחה התרשלנות, אך בד בבד נקבע כי לא ניתן לבסס קשר סיבתי עובדתי לנוכח חוסר הידע ואי הבהירות באשר לגורמים למחלה ולתהליך התהוותה. זוהי כאמור גישה השוללת פיצוי, גורמת עול לתובע ואיננה משרתת מדיניות ראויה של הרתעה מפני התרשלנות. מאידך, הטלת חובת פיצוי מלא על אחד מגורמי הנזק האפשריים שאין בטחון שהשתתף בגרימת הנזק, איננה צודקת ואיננה עולה בקנה אחד עם יסודות דיני הנוזיקין, שכן היא מביאה לפיצוי התובע על מלוא נזקו גם ממי שלא ברור כי גרם לנזק.

הערעור אמנם נדחה לגופו, אך דומה שפסק הדין מהווה פריצת דרך מחשבתית בגישת בית המשפט העליון בשאלת הקשר הסיבתי בין אירועי הלידה והסיבות אשר גרמו לנזק, תוך העדפת הגישה לפיה אין לנקוט בגישה של הכל או כלום אלא יש לברר מהי תרומתו היחסית של כל גורם בנפרד.

שתי העילות כאחת. המסקנה בדורה העולה מן ההוראה הזאת, היא, כי אין מניעה שהנכה יגיש, מלכתחילה, שתי תביעות שונות. אך המצב המשפטי משתנה מיד עם קבלת תשלום מכוח אחת העילות. במקרה של קבלת פיצויים לפי דיני הנזיקין; מצויה הוראה בדורה בסעיף 36(א)(3) לחוק הנכים, לפיה אם שולמו לו פיצויים על פי העילה הנזיקית, הנכה מאבד באופן אוטומטי את זכאותו לתגמולים על פי חוק הנכים. אובדן הזכאות הוא מוחלט ואין לנכה אפשרות לחזור בו. הוא מוגבל מעתה לעילה הנזיקית. התוצאה היא, כי אם, מלכתחילה, הגיש הנכה את שתי התביעות האפשריות, הבסיס של התביעה על פי חוק הנכים נשמט ועליה להידחות בשל חוסר עילה. לעומת זאת כאשר הנכה קיבל תשלום לפי חוק הנכים, התוצאה הראשונה של התשלום היא מתן זכות שיפוי למדינה כלפי המזיק על פי הוראת סעיף 36(א)(2) לחוק הנכים. על פי הוראה זו, המדינה זכאית להשתפות מן המזיק על מכלול התשלומים, אלה שכבר שולמו לנכה ואלה שישולמו לו בעתיד.

בית המשפט העליון (כב' השופט י. אנגלרד) קבע כי יש לפרש את הוראת סעיף 36(א)(5) כמכוונת, באופן בלעדי, לזכות הנכה לתבוע פיצויים מן המזיק **בשיעור התשלומים להם הוא זכאי במסגרת חוק הנכים**. מכאן, כי זכותו על יתרת הסכום עומדת לו כלפי המזיק בנפרד והיא אינה כפופה כלל להוראות חוק הנכים על דרישותיו.

בית המשפט העליון בירר מה יהא הדין כאשר הנכה תבוע תחילה תגמולים מן המדינה בלבד, אך כעת הוא מעוניין לתבוע פיצויים על נזקו מאת המזיק. אלה הן נסיבות המקרה הנדון. תוך שהוא מעדיף את הפרשנות המקלה עם הנכה, משמעות הדבר היא, כי יש לראות את מרכז הכובד של ההסדר בהוראת סעיף 36(א)(1) לחוק הנכים, המבחינה במפורש בין ניהול תביעות לבין גביית פיצויים: הנכה זכאי לנקוט צעדים משפטיים כדי לזכות בשתי העילות, אך נמנע ממנו לגבות בפועל פיצויים על פי שתי העילות. על רקע הוראה זו, יש לפרש כעת את הסיומת של הוראת 36(א)(5) לחוק "והנכה יהא זכאי לתבוע לפי החוק האחר" כמכוונת **למיושם התביעה**, שהוא גביית הפיצויים. בדרך זו מיושבת הסתירה לכאורה בין שתי ההוראות. התוצאה המשפטית היא, כי מעמדו של הנכה - הזכאי, מלכתחילה, להגיש את שתי התביעות - אינו משתנה עם קבלת תגמולים. כלומר, אם הגיש מלכתחילה שתי תביעות, הוא רשאי להמשיך ולנהל את תביעת הנזיקין נגד המזיק עד לסיומה; אם תחילה פנה לקבלת תגמולים, הוא עדיין רשאי לפתוח בתביעה נגד המזיק ולנהלה עד

לסיומה. מה שנמנע ממנו - עד למילויין של דרישות סעיף 36(א)(5) לחוק - הוא קבלת פיצויים כלשהם מאת המזיק. חובת הימנעות זו מלווה באיום בסנקציה הקבועה בסעיף 36(א)(7) לחוק. ואכן, אין מקום להרע את מצבו של נכה, אשר מלכתחילה יכול היה להגיש שתי תביעות, כאשר בחר לתבוע תחילה לפי חוק התגמולים ורק לאחר מכן ביקש לתבוע את המזיק.

רשלנות רפואית - חובת קופ"ח להנהיג נהלים שיבטיחו זרימת מידע בין הרופאים המטפלים

ע"א 6023/97 לאה טייג נ' ד"ר א. גלזר ואח' (פסק הדין מיום 16/5/99) (טרם פורסם)

המערערת פנתה לרופא נשים, ד"ר סגל, במרפאה של קופ"ח הכללית (המשיבה 2) לבדיקה שגרתית של החזה. הרופא בדק אותה ידנית, ובשל גילוי גוש ברבע העליון השמאלי הפנה אותה לבדיקת ממוגרפיה, ואכן - כבר למחרת היום, פנתה המערערת לבדיקת הממוגרפיה. בתום הבדיקה נמסרו למערערת צילום ותשובה כתובה בה צוין הצורך בבדיקת אולטרה סאונד. במקביל נשלחה התשובה אל ד"ר סגל. בהבדל מהממצא הממוגרפי לא נשלח העתק מממצא האולטרה סאונד ליד ד"ר סגל. המערערת לא הוזמנה לרופא המטפל ואף לא פנתה אליו. עם זאת, לפי עדותה של המערערת, היא לא הייתה שקטה והמשיכה לבדוק את שדיה בעצמה. ואמנם לקראת סוף דצמבר 1990 הרגישה המערערת גוש בשד השמאלי ולכן פנתה לרופא נשים. הלה הפנה אותה מיד לכירורג, אשר המליץ על ביופסיה. מסירת תוצאות הביופסיה השתתה בשל תקלות מנהליות. התוצאות נמסרו לבסוף למערערת, וביוזמתה הן נבדקו על ידי רופא, שמצא צורך לניתוח מיידי; ניתוח כריתת שד שמאל בוצע מיידי. לאחר הניתוח טופלה המערערת בכימותרפיה.

בית המשפט המחוזי דחה את התביעה, ובית המשפט העליון (כב' השופט י. אנגלרד) בירר את חובתה של המשיבה 2, קופת חולים, לעקוב מיוזמתה אחרי תוצאות הבדיקה, ולהנהיג נהלים שיבטיחו זרימת מידע בין הרופאים המטפלים.

בשאלת הנהלים של קופת החולים בדבר התיאום בין רופאיה במרפאות השונות, בעיקר בעניין העברת המידע מגורם רפואי אחד למשנהו בעניינו של חולה ספציפי, נקבע כי הנוהל של מסירת כל עותקי הממצאים לידי החולה, כדי שהלה ימסור אותם לידי הרופא המטפל, הוא בלתי תקין. כפי שעולה מחומר הראיות, הרי תוצאות הבדיקה הממוגרפית, נמסרו במישרין

לרופא המטפל. אין כל סיבה מדוע לא ינהגו בדרך זו גם באשר לממצאים של בדיקת האולטרה סאונד. עובדה היא, כי על טופס הממצאים הופיע שם המרפאה ושם הרופא המטפל אשר הפנו את המערכת לבדיקת האולטרה סאונד. כל שהיה על מכון הרנטגן לעשות הוא להעביר עותק אחד של הממצאים אל הרופא המטפל, ששמו וציון מקום עבודתו הופיעו על הטופס עצמו. במחדל יש משום התרשלות מצד קופת חולים. ההנחה הסבירה היא, כי לו הרופא המטפל היה מקבל את טופס הממצאים, הוא היה נוקט בצעדים הדרושים להמשך הטיפול. כך נהג לגבי התוצאה של בדיקת הממוגרפיה.

קופת חולים התרשלה בכך שלא הנהיגה נוהל קבוע ומחייב, לפיו יועברו במקרה מן הסוג הנדון ממצאי הבדיקה, שבוצעה במרפאתה אל הרופא המטפל. ובית המשפט לא נזקק כלל לדון בשאלה אם המנעותו של הרופא הרנטולוג לציין בטופס הממצאים המלצה על עריכת ביופסיה, מהווה גם היא הפרה של חובת הזהירות.

על אף שבית המשפט קבע כי הנוהל אינו תקין, השאלה שנוטרה היא האם בהתקיים נוהל כזה אין לדרוש מהחולה כי הוא יעמוד בקשר עם הרופא המטפל בעניין זה. נקבע כי אפשר לדרוש בנסיבות אלה מן החולה, כי יצור קשר עם הרופא המטפל כדי לוודא כי הממצאים המצויים בידי החולה אכן יודעים לרופא המטפל. בהימנעות זו מצד המערכת יש אשם עצמי תורם אותו העריך בית המשפט בשיעור של 15%.

רשלנות רפואית – חובת מוסד רפואי להנהיג הסדרי שמירה על חולה שניסה להתאבד

ע"א 966649/ הסתדרות מדיצינית הדסה נ' עפרה גלעד (פסק דין מיום 20/6/99) (טרם פורסם)
(ראה תאור המקרה בתחילת המאמר)

הרקע לערעור זה הוא - כאמור - מקרה טראגי של התאבדות אדם צעיר, בעל משפחה, שביצע את מעשהו בעת אשפוז בבית חולים "הדסה" בירושלים. השאלה הדורשת הכרעה היא, האם יש להטיל אחריות בנזיקין על המוסד הרפואי בשל כך שלא נקט בכל האמצעים הסבירים לשם מניעת מעשה ההתאבדות?

בית המשפט המחוזי (הנשיא ו' זילר) קבע כי בית החולים הדסה אחראי למותו של טל גלעד. גישתו העקרונית של בית המשפט המחוזי הייתה כי אשמו של סגל בית החולים מצוי בכך, שלא הנהיג הסדרי שמירה על החולה, שהגיע לאשפוז אחר ניסיון התאבדות, וזאת בהתעלם מכל הערכה פסיכיאטרית עדכנית. כלומר, גם אם נקבל את הערכתו של

ד"ר שלו כי אין סכנה מיידית, עדיין יש להעמיד שמירה על החולה בשל הסיכון הכללי הקיים לאחר ניסיון התאבדות, וזאת הן על פי דעת מומחים והן "מכוח תבונת הדיוט". בדרך זו פטר בית המשפט את עצמו מלהכריע בשאלה אם יש לייחס לד"ר שלו רשלנות בשל הערכתו האופטימית את מצבו הנפשי של טל גלעד.

בית המשפט העליון (כב' השופט י. אנגלרד) קבע כי מלבד אחריותו הישירה של הרופא, אשר טיפל בחולה סמוך להתאבדותו, גם סדרי התיאום בין המחלקה המטפלת למחלקה הפסיכיאטרית היו לקויים, כפי שנקבע בדו"ח ועדת הבדיקה שהוקמה לאחר המקרה. חוסר התיאום עולה מעדויותיהם של בני המשפחה, שלקחו על עצמם את תפקיד השמירה. שיתוף פעולה הדוק יותר בין המחלקות היה מביא לידי הסדרת ההשגחה בשלבי התרגול הפיסיוטרפי ולידי טיפול אינטנסיבי יותר במצבו הנפשי של החולה. "אני רואה גם בליקויי תיאום אלה משום הפרת חובת זהירות מצד הנהלת בית החולים".

בית המשפט נזקק גם להיבט נוסף של שאלת קיומה של חובת זהירות מצד בית החולים. זאת - בשאלה האם אין להטיל אחריות בנזיקין על מחדל טהור, גם אלמלא קיומה של חובה לפעול. רעיון זה מתחייב מן המציאות, משום שאין מקום לחייב את כולי עלמא במניעת נזקים העומדים להתרחש על הזולת. נקבע כי אין כל קושי לבסס חובת זהירות, במקרה הנדון, מצד בית החולים כלפי החולה. החולה הגיע למשמרתו של בית החולים בהיותו פצוע קשה על רקע ניסיון התאבדות. בית החולים קיבל על עצמו את ריפוי של החולה על כל היבטי מחלתו ומצבו הנפשי. לכן, הוא נבדק, הן על ידי היועץ הפסיכיאטרי של היחידה לטיפול נמרץ, הן על ידי היועץ הפסיכיאטרי למחלקה לכירורגיה פלסטית. בכך נוצר היחס הטיפולי הדרוש בין בית החולים לבין המטופל, יחס המטיל על בית החולים חובה לנקוט בכל האמצעים הסבירים כדי למנוע את סכנת ההתאבדות.

טענה אחרת בה דן בית המשפט נגד קיום האחריות מצד בית החולים מבוססת על הנימוק, כי המעשה הרצוני של המתאבד מנתק את הקשר הסיבתי בין אשם בית החולים לבין הנזק. במסגרת המושגית של פקודת הנזיקין טענה זו מסתמכת על הוראת סעיף 264(2), לפיה לא רואים באשם בית החולים סיבה לנזק אם אשמו של החולה היה הסיבה המכרעת לנזק. גם טענה זו אין לקבלה בנסיבות המקרה הנדון. כבר נפסק בבית משפט זה, כי כאשר חובת הזהירות של אדם מכוונת למנוע את אשמו של אדם אחר, אין לראות בהתרחשות האשם

המסוים של האחרון משום סיבה מכרעת, המנתקת את הקשר הסיבתי. כי הלוא חובתו של הראשון הייתה למנוע דווקא את אשמו של השני. במילים אחרות, לפי מבחן הצפיות, שהוחל על הסוגיה של סיבה מכרעת, אשמו של האדם האחר הוא צפוי גם צפוי, אף בהיותו מעשה מכוון. לכן אין לראות את התרחשותו בבחינת אירוע המנתק את הקשר הסיבתי.

בית המשפט העליון שלל קיומו של אשם תורם של מי שמנסה להתאבד, כי כאן אשמו יוצר-האחריות של בית החולים התבטא דווקא במחדל למנוע את מעשה ההתאבדות. בנסיבות אלה, בהן נתון החולה למשמרת בית החולים, משמעותה של חובת בית החולים היא, כי הוא מקבל על עצמו את "חובת" החולה לשמור על עצמו. לכן - בדומה לסוגיות של הסתכנות מרצון ושל ניתוק הקשר הסיבתי - אין לתת משקל לאשם העצמי של המתאבד.

ניסיון התאבדות - האם מהווה תאונת עבודה במשמעות חוק הביטוח הלאומי

היבט אחר של השלכות ניסיון התאבדות על המשפט נדון בבג"צ 4690/97 **המוסד לביטוח לאומי נ' בית הדין הארצי לעבודה** (פסק דין מיום 25.3.99) (טרם פורסם)

בג"צ דן בעתירה כנגד בית הדין הארצי לעבודה, שהכיר בדיכאון ובניסיונות התאבדות בעקבותיו כתוצאה מכישלון עסקו של המשיב עקב חובות מצטברים, כ"תאונת עבודה". השאלה שעמדה לדיון ולהכרעה היא, האם יש להכיר בדיכאון שהתפתח לאורך זמן על רקע קשיים כלכליים בניהול עסק וסגירתו, ולווח בניסיונות התאבדות, כ"תאונת עבודה" כמשמעותה בחוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], התשנ"ה-1995.

המשיב, יליד 1931, ניהל עסק ולטענתו קיבל ממס הכנסה דרישות תשלום מוגזמות החל מ-1989. הוא הגיע עם שלטונות המס להסדר תשלומים וכדי לעמוד בו נטל מן הבנקים הלוואות, שלפירעון ערב באופן אישי. משלא פרעה החברה שבבעלותו את חובותיה לבנקים, החלו אלה להפעיל עליו לחץ כבד לסגירת יתרות החובה של החברה. במחצית השניה של 1991 החל המשיב לסבול - לטענתו - מ"דיכאון עמוק ומתמשך" כתוצאה מהלחץ הנפשי הכבד בו היה נתון מפאת המצוקה אליה נקלע עסקו. במהלך אותה תקופה ניסה פעמיים לשים קץ לחייו. הניסיונות לא צלחו. בסוף שנת 1991 נסגר עסקו ומאז איננו עובד. לטענתו, הוא שרוי בדיכאון

ונזקק לטיפול. בעקבות זאת הגיש תביעה למוסד לביטוח לאומי. תביעתו נדחתה על ידי המוסד ועל ידי בית הדין האזורי לעבודה. בית הדין האזורי קבע כי מדובר במתח נפשי מתמשך (החל משנת 1989) אשר אינו מהווה רצף של אירועים זעירים מבודדים ומאותרים בזמן, רצף שהוא חיוני לעצם התאונה לפי תורת המיקרוטראומה, ועל כן דחה את התביעה.

הערעור לבית הדין הארצי לעבודה התקבל ברוב דעות ובית הדין (מפי כבוד השופט אלישבע ברק) קבע, כי מדובר ב"תאונת עבודה". בהנמקתו ציין בית הדין כי יש לראות בדרישות שלטונות המס ובאי היכולת לעמוד בתשלום החובות, אירוע תאונתי, שבעקבותיו סבל המשיב מדיכאון, שתוצאתו הייתה ניסיון התאבדות שכשל. ניסיון ההתאבדות - כמוהו כהתאבדות - ושניהם הם תוצאה של הפגיעה הנפשית. כשם שההתאבדות הבאה לאחר פגיעה פיזית בעבודה הוכרה כ"תאונת עבודה" כשהוכחה "שרשרת סיבתית" בין הפגיעה הפיזית בעבודה לבין ההתאבדות, כך גם ההתאבדות (או ניסיון ההתאבדות) הבאה לאחר פגיעה נפשית תוכר כ"תאונת עבודה" במידה ומתקיים קשר סיבתי בין הפגיעה הנפשית לבין העבודה. בענייננו, כאמור, קבע בית הדין כי קיים קשר סיבתי משפטי בין אירועים שארעו למשיב בעבודתו לבין הדיכאון, ניסיון ההתאבדות והטיפול בעקבותיו. התיק הוחזר לבית הדין האזורי על מנת שימנה מומחה-יועץ רפואי, שיחוה דעתו בשאלת קיומו של קשר סיבתי רפואי.

חוק הביטוח הלאומי קבע שתי קטגוריות של נפגעי עבודה, הזכאים לתגמולים לפי החוק: אלה הנפגעים ב"תאונת עבודה" (או התלויים בהם) ואלה הסובלים מ"מחלת מקצוע". "מחלת מקצוע" היא מחלה שנקבעה ככזו בתקנות שהותקנו לפי סעיף 85 לחוק, הכוללות רשימה של מחלות מקצוע, לרשימה זו מתווספות מעת לעת על פי דין מחלות נוספות. מחלת הדיכאון (או כל מחלת נפש אחרת) איננה מופיעה ברשימה האמורה ולא נטען כי עניין לנו ב"מחלת מקצוע". לפיכך, השאלה היא האם הדיכאון וניסיונות ההתאבדות בעקבותיו נגרמו ב"תאונת עבודה". ולכאורה לא די בכך שנגרם לעובד נזק תוך ועקב עבודתו, על מנת שיבוא בגדרה של "תאונת עבודה" כהגדרתה בחוק. על מנת לבוא בכלל ההגדרה, צריכים להתקיים שני אלה: אירועה של **תאונה** ו**קשר סיבתי בין העבודה לתאונה**. בטרם יחול על העניין כלל הסיבתיות, יש צורך להוכיח כי ב"תאונה" מדובר. משהוכח שכך הוא, יש לבדוק קיומו של קשר סיבתי (עובדתי ומשפטי) בין התאונה לעבודה.

בענייננו מדובר בדיכאון שהתפתח לאורך זמן על רקע קשיים כלכליים בניהול עסק וסגירתו. הדיכאון הוא פרי פועלם

תקיפה – נפקות החתמת הורים על טופס הסכמה לניתוח בלא מתן הסבר אודות סיכוני הניתוח

ת.א (ת"א) 969/93 איריס גולדברג נ' מדינת ישראל (פסק
דין מיום 17/3/99) (טרם פורסם)

התובעת ילידת 8/12/67, סובלת מפעילות יתר של בלוטת
התריס ומטופלת דרך קבע בתרופות. בשנת 1985 בהיותה
בת 17.5 נזקקה לניתוח כריתה תת חלקית של בלוטת התריס.
הניתוח בוצע בב"ח איכלוב. לטענת התובעת לא הוסברה לה
האופציה הטיפולית הנוספת שעמדה לה והיא טיפול בIOD.
כן, לא הוסברו לה סיכוני הניתוח.

בית המשפט המחוזי בתל אביב (כב' השופטת דרורה פלפל),
מצא כי על פי הראיות מדובר בניתוח עם סיכונים, וקבע כי
בנוסף לתפקידו הטיפולי הטהור, עומדת לרופא חובה להציג
לפני החולה את כל האפשרויות הטיפוליות. סל זה צריך
לכלול הן את דרך הטיפול שהרופא נוהג לטפל, וכן דרכי
טיפול אלטרנטיביות נוספות. בנוסף חייב הרופא לציין את
הסיכויים והסיכונים שבכל טיפול וטיפול.

הנתבעת טענה כי התובעת ידעה והסכימה במודע לניתוח
ולראיה חתמו הורים על טופס ההסכמה לניתוח. בית המשפט
קבע בהקשר זה, כי היה על הרופא להסביר את מהות הטיפול
להורי התובעת. הסבר זה כולל את מלוא הסיכונים שיכולים
לצמוח מביצוע הניתוח, ואין זה משנה איזה אחוז מהחולים
עלול להיפגע מסיכונים אלה. לחולה זכות ההחלטה האם
ברצונה להסתכן ועד כמה. מכאן, שהחתמת מנותח על טופס
אחיד חסר פרטים, אינה מהווה כל ראיה לכך שניתן הסבר.
אפילו חתמו ההורים על טופס ההסכמה במודע, לא ניתן
להתייחס לחתימה זו כאל גיבוש הסכמה, שהרי הסכמתם זו,
לא הייתה מבוססת על מלוא המידע הרלבנטי לצורך שיכלול
הסכמה. ביצוע ניתוח כאמור ממלא אחר יסודות עוולת
התקיפה בניגוד לסעיף 23 לפקודת הנזיקין.

בית המשפט קבע שהנתבעת חבה בנזקי התובעת עקב הניתוח
שביצעה ללא הסכמה, ולא נזקק לדיון בשאלת הרשלנות.
בית המשפט פסק לתובעת פיצוי של קרוב למיליון ש"ח בגין
נזקה.

המשותף של מבנה אישיותו של האדם, ושל נסיבות חייו, הן
בעבודה והן בחיי היום-יום שמחוצה לה. הוא מתפתח על ידי
תהליכים שהם בתוך הנפש פנימה, והקשר הסיבתי בינו לבין
העבודה הוא בעייתי ביותר. ההנחה היא, שהדיכאון התפתח
על רקע קשייו הכספיים של המשיב בעסקו בעקבות דרישות
מס הכנסה וחובות לבנקים. משכך, יש לבדוק האם קיים
קשר סיבתי משפטי בין הנזק נפשי לבין העבודה, בין במסגרת
תורת המיקרוטראומה ובין כ"אירוע חריג" שארע על רקע
קונסטיטוציונלי.

בית המשפט העליון (כב' השופטת ט. שטרסברג-כהן) קבע
כי אין לראות באירועים שהובילו לדיכאון, רצף של אירועים
זעירים מבודדים ומאותרים בזמן, אשר כל אחד מהם הוא
תאונה זעירה, כנדרש על פי תורת המיקרוטראומה. על כן
נותר לבחון קיומו של "אירוע חריג". כן נקבע כי אין לראות
בהתראות מס הכנסה, בחובות כבדים ובכישלון עסקי בעקבות
זאת - להם חשופים במציאות שלנו בעלי עסקים עצמאיים
רבים - משום "אירוע חריג" הבא בגדרה של "תאונת עבודה"
לפי החוק, ואין גם לראות באלה מערכת של "אירועים
חריגים". מרבית האוכלוסייה היא אוכלוסייה עובדת. טרדות,
תסכולים, אכזבות, קשיים כלכליים, מתחים, לחצים, עליות
ומורדות הם מטבע הדברים מנת חלקו של חלק גדול מן
העובדים במהלך עבודתם. מצבים אלה עלולים לגרום למחלות
ממחלות שונות. חוק הביטוח הלאומי מכיר בתנאים מסוימים
בנכות כללית כנכות הבאה בגדר החוק ללא דרישת קיומו
של רכיב ה"תאונה" (פרק ט' לחוק). האם החוק מיועד לכסות
גם את תוצאותיהם של כל אלה על ידי הכרה בהם כ"תאונת
עבודה"? האם לכך הוא מכוון? נראה כי לאור הגדרתה של
"תאונת עבודה" כ"תאונה", אין הדבר כך ואם מוכן המחוקק
לפרוש כנפיו על כל אלה והקופה הציבורית מאפשרת זאת,
עליו המלאכה לעשותה. אין זו מדיניות ראויה להרחיב על
ידי פסיקה את פריסתו של החוק. זוהי הרחבה רחבה מכדי
שתתאים ל"חקיקה שיפוטית".

העתירה התקבלה ופסק הדין של בית הדין הארצי לעבודה
בוטל.

המקובלות לתקופה, לא הייתה חובה או הוריייה לבצע חיתוך דופן במקרה של מצג רגליים.

בהעדר מסמכים שהיו חיוניים להוכחת טענות הצדדים, ובכלל זה צילום רנטגן שהיה בו כדי לאבחן את מצג הרגליים שבו היה נתון היילוד אותה עת, טען ב"כ התובע ל"נוק ראייתי" שנגרם לתובע עקב הקושי להוכיח את התביעה. בית המשפט (כ"י השופט מ. גל) קבע כי יש להניח לטובת התובע את המסקנה העובדתית הנוחה לו ביותר, לאמור, שהמדובר במצג עכוז מסוג "מצג רגליים", אלא שבית המשפט קבע כעניין שבעובדה כי בשנת 74' לא היו הוריות לביצוע ניתוח קיסרי, אפילו אם מדובר במצג רגליים, (למרות שהוכח כי בית החולים אימץ פרקטיקה של סטנדרט זהירות גבוה יותר והיה מנתח בקיסרי במקרים דומים).

בית המשפט קבע כי בזמן הלידה הסטנדרט הסביר קבע אפשרות ביצוע לידה וגינאלית, ולמרות הסטנדרט הגבוה יותר שהנהיג בית החולים אין לדון אותו אלא לפי הפרקטיקה המקובלת אז, לפיכך נקבע כי לא הוכח אשם מצד הנתבעים והתביעה נדחתה.

רשלנות רפואית – האם קביעת סטנדרט זהירות גבוה מזה המקובל מהווה רשלנות?

ת.א (י-ם) רועי שטרן נ' מרכז רפואי ע"ש שיבא ומדינת ישראל (פסק דין מיום 30/3/99)

התובע נולד בלידה נרתיקית ביום 25/8/1974 בבית החולים שיבא. (הנתבע) במשקל 2420 גרם במצב חיוני. ציוני הפגר שקיבל היו גבוהים. במהלך הלידה אובחן שהעובר (לימים התובע) נמצא במצב המכונה "שליפה חלקית בעכוז", מצב המחייב התייחסות מיוחדת ללידה שהיא בסיכון. בלידתו נגרמה לתובע פגיעה דו צדדית במקלעת העצבים הברכיאלית אשר גרמה לשיתוק ע"ש "ארב". הוסכם בין הצדדים כי נכותו הרפואית הנה בשיעור 35% לצמיתות.

השאלה עליה נדרש בית המשפט המחוזי להשיב הייתה האם בנסיבות העניין היה על הצוות הרפואי ליילד את התובע בניתוח קיסרי, או היה עליו ליילדו בלידה רגילה ע"י שימוש בתרופת פיטוצין שמטרתה לזרז את הלידה, כפי שאכן קרה בפועל. הוכח כי למרות שע"פ המוסכמות הרפואיות



חידושים בחקיקה

חוק איסור התערבות גנטית ופעילות חקיקתית אחרת

לכחינתן נדרש פרק זמן שבו תוכל החברה לגבש את עמדתה באופן מעמיק.

בקרב המתדיינים - מדענים, רופאים, פילוסופים, אנשי רוח ומשפט - קיימות גישות שונות באשר ליחס הראוי של החברה האנושית לטכניקת השיבוט. כמו במקרים דומים של פריצת דרך מדעית, הפותחת אפשרויות חדשות, מתעוררים חששות שבצד השימוש הראוי והמועיל לחברה, עלולים גורמים מסויימים לנצל לרעה טכניקות אלה לצורך פעילויות שיסכנו את אופיה של החברה האנושית.



צבי ענבר

מבוא

התיחסות של מוסדות בינלאומיים

בפברואר 1997, הטיל נשיא ארה"ב, ביל קלינטון, על המועצה המייעצת הלאומית לביו-אתיקה, להכין דו"ח לבדיקת הנושאים המשפטיים והאתיים הקשורים לשימוש בטכנולוגיות של שיבוט בני אדם. המלצות הדו"ח היו לקבוע מורטוריום על העברת מימון פדרלי למחקר העוסק בשיבוט, לפנות לגופים פרטיים להצטרף באופן עצמאי למורטוריום ולחוקק חקיקה פדרלית שתאסור כל ניסיון לשיבוט בני אדם. הדו"ח המליץ כי ייקבע בחוק שתתקיים בחינה מחודשת של הנושא בתום תקופה של שלוש עד חמש שנים. זאת - כדי לבחון אם יש עדיין צורך באיסור. בעקבות הדו"ח פורסמה הצהרה בדבר מורטוריום על העברת מימון ציבורי למחקרים אלה.

במקביל, יצאו מוסדות הקהילה האירופית והבין-לאומית בשנתיים האחרונות בהצהרות המתמודדות עם השאלות שמעלה נושא השיבוט בבני אדם.

בחודש אפריל 1997 פרסמה מועצת אירופה הצהרה בעניין זכויות האדם, ביוטכנולוגיה ורפואה, בה נקבע כי כל התערבות שמטרתה לשנות את המטען הגנטי של בני אדם, מותרת רק לדרכים של מניעה, אבחנה או טיפול במחלות, ורק אם מטרתה אינה לגרום לשינויים קבועים במטען הגנטי של צאצאי אותו אדם.

בנובמבר 1997 פרסם ארגון אונסקו הצהרה בנושא גנום האדם

במדור חדש זה נביא סקירה חצי שנתית של חידושים בחקיקה שיש להם נגיעה לתחומי ההתעניינות של האגודה, וכן הצעות חוק שהוגשו בתחומים אלה. סקירתנו תהיה מעודכנת ל-1 ביוני או ל-1 בינואר בכל שנה. כידוע, התפזרה הכנסת הארבע-עשרה טרם זמנה, כך שיבול החקיקה אשר נביא הפעם, יהיה מצומצם יחסית.

חוק איסור התערבות גנטית (שיבוט אדם ושינוי גנטי בתאי רבייה), התשנ"ט-1999

החוק ודברי ההסבר לו

חוק זה¹, שהתקבל בכנסת הארבע-עשרה ביום 29.12.98, הוא פרי יוזמה של ח"כ חגי מרום. הצעת החוק נדונה במליאת הכנסת בדיון מוקדם (קריאה טרומית) ביום 14.1.98 והועברה אל הוועדה המיוחדת לענייני מחקר ופיתוח מדעי. ועדה זו הכינה את הצעת החוק לקריאה ראשונה, שניה ושלישית.

בדברי ההסבר להצעה² מציין ח"כ מרום כי מאז הפרסומים אודות שכפול הכבשה דולי בפברואר 1997 בסקוטלנד, התעורר דיון ציבורי סוער בנושא השיבוט (השכפול הגנטי) כטכניקת רבייה לגיטימית ליצירת בני אדם. לנושא זה השלכות אתיות, מוסריות, חברתיות, משפטיות ורפואיות מגוונות, אשר

צבי ענבר - עו"ד. היועץ המשפטי לכנסת.

וזכויות אדם, לפיה לא יינתן אישור לשימוש בטכניקות המנוגדות לכבוד האדם, כמו שיבוט של בני אדם.

בינואר 1998 פרסמה מועצת אירופה הצהרה בדבר ההגנה על זכויות האדם וכבוד האדם, ההצהרה אוסרת כל התערבות המיועדת ליצור אדם הזהה גנטית לאדם אחר, חי או מת.

ישנן מדינות שבהן כבר קיים אישור סטטוטורי על שיבוט בני אדם. ביניהן גרמניה ודנמרק. במדינות אחרות, דוגמת שווייץ וקנדה, מתגבשות הצעות חוק ברוח דומה.

עיקרי החוק

בתום סקירה זו, מסביר ח"כ מרום את עיקרי הצעתו, לקבוע פסק זמן של חמש שנים, במהלכן ימוצה הדיון הציבורי ויתבררו המשמעויות של ההתפתחויות הרפואיות, והשלכותיהן האתיות, המוסריות, המשפטיות והחברתיות. בתקופת זמן זו ייאסר ביצוע של כל התערבות גנטית שמשמעותה שכפול, שיבוט או יצירה של אדם הזהה מבחינה גנטית כרומוזומלית לאחר, אדם או עובר, חי או מת (cloning human being). כן ייאסר ביצוע כל התערבות שמטרתה לגרום לשינוי גנטי מכוון קבוע בתאי רבייה של אדם (germ line gene therapy).

ועדת הלסינקי העליונה, תעקוב אחר התפתחות הרפואה, המדע והביוטכנולוגיה בתחום הניסויים הגנטיים בבני אדם. הוועדה תגיש על כך דו"ח שנתי לשר הבריאות ותייעץ לו בעניינים אלה וכן בשאלת תקפו של החוק, הצורך לשנותו, לעדכנו, לבטלו או להאריכו לאור ההתפתחויות. השר יוכל, על פי המלצת הוועדה, להתיר עשיית סוגים שונים של התערבות גנטית אם מצא כי אין בכך כדי לפגוע בכבוד האדם.

עמדת לשכת עוה"ד

יצויין כי ועדת מדע וטכנולוגיה של לשכת עורכי הדין, שליד הכנסת, קיימה ביום 16.9.98 דיון בנושא שלפנינו, וי"חרי הוועדה הביעו דעתם פה אחד כי יש להתנגד להצעת החוק מהסיבות הבאות:

חוק זה עלול לעצור את ההתפתחות המדעית בארץ, שכן כה נמצאת במצב נחות מה. ארה"ב החליטה להקפיא את הנושא, ובכל מדינות העולם לא קיים אישור על הנושא. לפיכך אין צורך שישראל תרים את דגל אישור השיבוט הגנטי ראשונה. יש ראשית לבדוק את ההתפתחות בתחום בעולם, ללמוד מכך, ורק אז לפעול בתחום החקיקה.

בשל חוסר האיסור על שיבוט גנטי בכל העולם, ייוצר מצב בו לחוק זה לא תהא כל משמעות בפועל, שכן מי שירצה לחקור הנושא יפעל על בסיס בינלאומי. חוק זה נוגד את חירותו של האדם בכלל ואת חופש העיסוק בפרט.

יו"ר הוועדה, עו"ד נעמי אסיא, ציינה בצער כי עמדת נציגי הלשכה לא התקבלה בוועדה בכנסת.

הצבעת סגל רפואי בקלפיות למאושפזים

עד לבחירות האחרונות, רק מאושפזים יכלו להצביע בקלפיות למאושפזים המוצבות בבתי החולים. לקראת הבחירות האחרונות לכנסת ה-15, תוקן החוק⁵ ומעתה רשאים להצביע בקלפיות אלה גם שוטרים המוצבים בהן לשם שמירת הסדר ועובדי הצוות הרפואי של ביה"ח, אם נוכח המנהל כי קרוב לוודאי שאותו עובד לא יוכל לממש את זכות ההצבעה שלו בדרך אחרת.

תיקוני חקיקה בתחום הבריאות להשגת יעדי התקציב והמדיניות הכלכלית

פרק ט' לחוק ההסדרים במשק המדינה (תיקוני חקיקה להשגת יעדי התקציב והמדיניות הכלכלית לשנת הכספים 1999), התשנ"ט-1999⁶ כולל תיקונים לחוק ביטוח בריאות ממלכתי, התשנ"ד-1994 ולפקודת הרוקחים [נוסח חדש], התשמ"א-1981.

חוק ביטוח בריאות ממלכתי קובע כי כל תושב כמשמעותו בחוק, זכאי לשירותים הקבועים בחוק. המבחינים הקבועים לעניין זה הם מבחני התושבות המקובלים בפסיקה והמבוצעים בפועל בידי המוסד לביטוח לאומי. היו אנשים המתגוררים בישראל, אשר לפי מבחני התושבות הקיימים לא נחשבו תושבים, אם משום שלא עמדו במבחני התושבות ואם משום שלא הגישו בקשה להכיר בהם כתושבים. התיקון לחוק קובע הסדר לעניין קביעת תושבות בידי המוסד לביטוח לאומי וכללים להתחשבות הנובעים מכך.

תיקון אחר קובע הסדר להתחשבות בין מד"א וקופות החולים, בשל שירותי ניידות לטיפול נמרץ שמד"א מספקת למבוטחיהן.

הוחלף סעיף 58 לחוק ונקבע הסדר מפורט לעניין הגבלת

זכותו של מי שהתגורר מחוץ לישראל וחזר לאחר תקופה העולה על שנתיים רצופות, לקבלת שירותי בריאות לפי החוק.

לפקודת הרוקחים הוכנסו תיקונים שמטרתם להוריד את רמת המחירים של התרופות בישראל, באמצעות שתי פעולות מקבילות: הגברת התחרויות ע"י הרחבת האפשרות לשיווק תרופות גם שלא באמצעות בעל הרישום (המשווק שרשם את התכשיר בפנקס התכשירים), וקביעת מנגנון פיקוח ייחודי למחירי התרופות, המבוסס על מודל של ציטוט מחירים במדינות זרות. במקביל, נקבע הסדר המאפשר למשרד הבריאות לקבל מידע על התנהגות משק התרופות (שיווק, מחירים וכו').

הצעות חוק שעברו קריאה ראשונה

להלן הצעות חוק של חברי הכנסת, שעברו קריאה ראשונה בכנסת הארבע-עשרה וניתן יהיה להחיל עליהן רציפות בכנסת החמש-עשרה:

הצעת חוק מסגרות טיפוליות, התשנ"ט-1999

הצעת חוק זו⁶ פורסמה מטעם הוועדה לגיל הרך (ועדה משותפת של ועדת החינוך והתרבות וועדת העבודה והרווחה של הכנסת), ויוזמיה היו חברי הכנסת: תמר גוז'נסקי, נסים דהן, דוד טל, מיכאל נודלמן, סאלח סלים, אחמד סעד ודוד צוקר.

כיוון שילדים עד גיל 3 עם בעיות התפתחות אינם כלולים בחוק החינוך המיוחד, קובעת הצעת החוק כי כל ילד בגיל שנה עד שלוש עם בעיות התפתחות קשות, כמוגדר בהצעה, יהיה זכאי למסגרת טיפולית.

הצעת חוק המסייעים לניטרול תוצאות אסון צ'רנוביל, התשנ"ט-1999

הצעת חוק זו⁷ פורסמה מטעם ועדת העליה והקליטה של הכנסת, ויוזמיה היו חברי הכנסת: סופה לנדבר, יוסי כץ, יורי שטרן ומיכאל נודלמן.

בקרב העולים מבריה"מ לשעבר, מצויים כאלה אשר כתוצאה מעיסוקם בפעולות הקשורות בטיפול בתוצאות התאונה בכור הגרעיני בצ'רנוביל (אפריל 1986), נחשפו לקרינה מזיקה. מספר

המנטרלים שהם תושבי ישראל מוערך במאות. אין כיום יכולת לקבוע באופן מדויק את ההשלכות הרפואיות שיהיו לקרינה ביחס אליהם ולילדיהם, אולם יש חשש כי אצל רבים מהם תתגלה פגיעה בריאותית חמורה. מטרת הצעת החוק היא לקבוע את דרך ההכרה במנטרלים ולסייע בידי מי שהוכרו ככאלה, בתחומי הבריאות, הדיור וההבראה.

הצעות חוק שהוכנו לקריאה ראשונה

הצעת החוק הכאה פורסמה בחוברת כחולה⁸, אך כיוון שלא עברה קריאה ראשונה, לא ניתן יהיה להחיל עליה בכנסת החמש-עשרה דין רציפות:

הצעת חוק סיעוד ושיקום ביתי (עידוד ההתנדבות), התשנ"ט-1999

הצעת חוק זו פורסמה מטעם ועדת הכספים של הכנסת, ויוזמיה אותה ח"כ אברהם רביץ, יו"ר הוועדה. מטרת הצעת החוק לעודד את ההתנדבות בתחום הסיעוד והשיקום הביתי של חולים, נכים וקשישים, ולאפשר להם להישאר בביתם, בחיק המשפחה ובסביבתם הטבעית, על אף מוגבלותם הפיזית.

מקורות:

1. ס"ח 1697, התשנ"ט (7 בינואר 1999), עמ' 47.
2. הצ"ח 2744, התשנ"ח (27 ביולי 1998), עמ' 482.
3. עורך הדין, בטאון לשי"ע עוה"ד בישראל, גליון 7, אפריל 99, עמ' 59.
4. חוק הבחירות לכנסת ולראש הממשלה (תיקון מס' 34), התשנ"ט-1999; ס"ח 1708, התשנ"ט (29 באפריל 1999), עמ' 61.
5. ס"ח 1704, התשנ"ט (15 בפברואר 1999), עמ' 101.
6. הצ"ח 2788, התשנ"ט (5 בינואר 1999), עמ' 316; עברה קריאה ראשונה ביום 11.1.99.
7. הצ"ח 2814, התשנ"ט (19 באפריל 1999), עמ' 453; עברה קריאה ראשונה ביום 19.4.99.
8. הצ"ח 2803, התשנ"ט (27 בינואר 1999), עמ' 380.

רפואה ומשפט מסביב לעולם

על קשישים וקשישות

אמנון כרמי

עקרון 2: לכל קשיש שמורה הזכות להגדרה עצמית.

לכל אדם, בלי להתחשב בגילו, שמורה הזכות להחליט על ענייניו הפרטיים. כל זקן זכאי לקבל מידע רלוונטי לצורך קבלת החלטות. אולם המידע חייב להיות ערוך באופן שיותאם לצרכי הזקן על מנת לאפשר חיים בעלי משמעות.

עקרון 3: כל קשיש זכאי לסגנון אינדיבידואלי

לכל אדם דרך חיים משלו, המורכב מחיי, תקווה, אכזבות, שמחות, ערכיו, שאיפותיו, ותנאי חייו השוטפים, לרבות בריאותו. דברי ימיו של האדם המיוחדים לו והרקע התרבותי שלו משפיעים על דרך התייחסותו לגילו המתקדם. שומה עלינו לזכור כי זקן הנו אדם הזכאי לכבוד מערכת ערכיו, הרגליו, מנהגיו ורכושו.

עקרון 4: כל עקרון זכאי לפרטיות

יש להתייחס אל קשיש בטקט ובכבוד. אל לצוות המטפל להפר את הפרטיות. הטיפול הניתן לקשיש חייב להכיר בייחודיותו ובערך של חיי אנוש.

עקרון 5: כל קשיש יטופל היטב

הקשיש יטופל בעקרון כבן אנוש. טיפול נאות מחייב הבנה של ההבדלים הבין-דוריים, דברי ימיו של האדם הזקן וההבדלים התרבותיים. הצוות המטפל חייב להראות כבוד בהתנהגותו הפיזית והרגשית, ובהתקשרותו המילולית והבלתי מילולית.

עקרון 6: כל קשיש יקבל טיפול טוב

כל אדם זכאי לטיפול אישי נאות. גילו של החולה אינו צריך לגרוע מאיכות הטיפול. טיפול טוב מורכב מסיעוד מקצועי, תמיכה בהתארגנות עצמית של הקשיש, ובמעקב מתמשך.

מספר הקשישים והקשישות עולה בהדרגה. על פי הערכת ארגון הבריאות העולמי יגיע מספר בני האדם החיים על פני כדור הארץ, ביום 12.10.99 לשישה מיליארד.

לפני חמישים שנה, מרבית האנשים נפטרו בטרם מלאו להם חמישים שנה. הסטטיסטיקה מלמדת כי היום למעלה מ- 580 מיליון בני אדם חיים מעל לגיל ששים, ומספר זה יעלה למיליארד בשנת 2020. בשנת 2025 יחיו שני שלישים מקשישי העולם במדינות מתפתחות ורובם יהיו נשים.

במשך שלושים השנים הבאות, מספר בני השמונים יגדל ויהווה בכמה מדינות שליש מאוכלוסיית בני ה- 65 ומעלה.

עשרת העקרונות לטיפול טוב בקשיש

האגודה הפינית לבריאות הנפש, בראשות חברת הפרלמנט פאולה קוקון, גיבשה לאחרונה את מסמך עשרת העקרונות של הטיפול הטוב בקשיש.

עקרון 1: כל קשיש זכאי לחיים טובים

כל אדם זכאי לחיים טובים בלי להתחשב בגיל, מין או גזע. אין הגדרה מקובלת על הכל של חיים טובים, אולם המונח כולל דברים מאד אישיים ולו אף קטנים, בעלי חשיבות לאדם הפרטי. גיל מתקדם אינו בבחינת מחלה, ואבחוננו מהווה שלב בלתי נמנע בחיי אדם שחיי ארוכים מחיי זולתו. אדם זקן זכאי לבחור את דרך חייו. קרוביו, חבריו הקרובים והרשויות חייבים לתמוך בבחירתו זו. באופן מעשי משמעות הדבר - כיבוד עצמאותו של הקשיש, הושטת עזרה ותמיכה בעת הצורך, ונטילת חלק באיתור פתרונות ובבחינת חלופות. הנאה מחיים טובים משמעה הנאה מרווחה חברתית, גופנית ונפשית מובטחת ומביטחון כלכלי מספיק.

אמנון כרמי - פרופ' בפקולטה למשפטים באוני' חיפה, וראש המרכז הבינלאומי לבריאות, משפט ואתיקה.

טיפול כזה, כמוהו כהקטנת ואף הרחקת דאגה וכאב, חשובים כריפוי של מחלה. יש לשקוד על ערכו של קשיש גם לאחר שהוא עצמו איבד מגע עם עצמו.

עקרון 7: כל קשיש זכאי לסביבת חיים טובה

קשיש יוכל לבחור סביבה מתאימה בהתאם לבריאותו וצרכיו. אווירה חיובית במוסד הנה מרכיב חיוני לצורך קיום סביבה פיזית נוחה לרווחת הקשיש. יש לאפשר לקשיש ליהנות מחיי חברה מכאן ופרטיות מכאן.

עקרון 8: כל קשיש זכאי לצוות מטפל טוב ומספיק

מספר מספיק של חברי צוות מקצועי בעלי מוטיבציה טובה וחזונו מוסר הוא תנאי מוקדם לטיפול בקשיש. טיפול בסיסי טוב והבנת הקשיש נובעים מאמפתיה.

עקרון 9: לכל קשיש שמורה זכות הגישה לקרוביו ולחבריו הקרובים

כל קשיש יהיה זכאי לקיים קשר עם בני משפחתו ועם מערכת קרוביו, חבריו ומכריו. לקשיש שמורה כמו-כן הזכות להימנע

מקשר כזה, אולם יעודדו, ככל שניתן באופן סביר, הקשרים בין הקשיש לבין קרוביו והמקורבים אליו. הצוות המטפל יסייע לכך בדרך הטובה ביותר על ידי שיתוף הקרובים ביותר בטיפול הטוב, לדוגמה על ידי הקצאה של מקום שקט לפגישות, על ידי ארגון אירועים, ושמירת הקשר עם הקרובים. אם אין לקשיש קרובים או מקורבים אחרים, ניתן להשיג מידה מסוימת של קרבה בעזרת מתנדבים.

עקרון 10: כל קשיש זכאי למיתה טובה

המוות הנו חלק טבעי של החיים. הצוות המטפל וקרוביו של הקשיש חייבים להיות חזקים בעומדם ליד הקשיש הנוטה למות. עליהם לספק את צרכיו הפיזיים, ולמלא את מבוקשו ככל האפשר. אין המדובר בהמתה מתוך רחמים, אלא במתן אפשרות למות בכבוד. שיחה פתוחה על מוות – רצויה, אם הקשיש מוכן לכך. יש להכיר בצרכיו הרוחניים של הקשיש, בעת זו, אם חפצו בכך. לדוגמה – על ידי העלאת זיכרונות של זמנים או אירועים שחלפו, ביקור נוסף במקום אהוב, דייג או סאונה אחרונה. איכות החיים תישמר גם בקץ החיים. מוות בכבוד כולל גם הקלה בכאב ובדאגה, הזכות לנוכחות קרובים או מקורבים, והחלטה היכן מבקש אדם למות. כבודו של קשיש יישמר גם לאחר הפטירה, עד לקבורה.

* * * *

אוסטיאופורוזיס – סיכון לאוכלוסיית הקשישות

עלות הטיפול בבתי החולים בשברי ירך בלבד מגיעה באיחוד האירופי לארבעה מיליארד דולר בשנה, לשישה מיליארד דולר בארצות הברית, ולעשרה מיליארד דולר ביפן. המחלה ניתנת לגילוי, אבחון, טיפול ומניעה באמצעות מעורבות פשוטה יחסית. ארגון הבריאות העולמי טוען לצורך בשינוי המדיניות הלאומית, ובנקיטה במאמץ לחינוך הציבור מכאן ואוכלוסיית המטפלים מכאן, לחשיפת המחלה בשלביה הראשונים.

ארגון הבריאות העולמי מצביע על הצורך לקבוע מדיניות של מניעה בהתייחס לסיכון הקיים לנשים מתופעת האוסטיאופורוזיס. מדובר במחלה המאופיינת באובדן של מסה, צפיפות והתפוררות העצם. בעוד שאצל גברים השכיחות היא 13%, הרי אצל נשים היא עולה עד 40%. התופעה שכיחה אצל האוכלוסייה המזדקנת. באיחוד האירופאי מעריכים שאוכלוסיית הזקנים המונה כיום כ- 14 מיליון, תגיע בשנת 2050 ל- 44 מיליון. ביפן, לדוגמה, תעלה הקבוצה של בני השמונים ומעלה מ- 3.4% היום, ל- 5.7% בשנת 2010.

* * * *

מומדי הספרים

יונתן דייזיס, דין ופסיקה במשפט הרפואי

הוצאת אבי ספרי משפט בע"מ, 945 ע"מ (702 ש"ח)

חנוך אריאל

על דברים בהיסטוריה הרפואית שלא רק מבהירים את פסק-הדין, אלא מעניקים לנו ידע רחב לגבי הנושא כולו. ראו למשל ב.ע.א. 434/94 שיר ברמן נגד מור המכון למידע רפואי בע"מ. שם מגיש לנו המחבר מידע חשוב על תחילת פעילותן של תחנות טיפת חלב והידע והציוד שהיו ברשותן (עמ' 23), או

עו"ד יונתן דייזיס הצליח להניח לפנינו ספר חדש ומעניין בתחום הרפואה והמשפט שאין כמוהו בספרות הקיימת בארץ, בתוכנו ובצורתו.

המחבר סוקר פסקי-דין חשובים בסוגיית הרשלנות הרפואית, בעיקר בעניני לידה, ומביא בכל אחד מהם את תמצית פסק-הדין ואת פסק הדין המלא, ומאיר את הקריאה בהיבטים מדיקולוגיים חשובים.

בנוסף למפתח ענינים כללי, שהוא נוח ויעיל, נתונים בספר גם מפתחות פסיקת בתי-המשפט בארץ, ובנוסף - פסיקה זרה. כמו כן מפתחות של מאמרים וספרות שראתה אור בארץ ובארצות אחרות, בהיקף שלא נמצא אצלנו באף ספר אחר בנושא זה. מפתחות אלה נוחים, מדויקים ומסודרים בצורה המאפשרת למחפש למצוא את הדרוש לו במהירות.

המחבר המלומד מייחד מקום להשוואות ועימותים בין הפסיקות השונות הן לגופה של שאלת הרשלנות הרפואית והן לעניין סכומי הפיצוי שנפסקו בראשי הנזק השונים (כמו למשל בעמוד 834, תוך כדי הדיון בת"א 1124/92 אורן סלמן נ' קופת חולים כללית). יודגש כי המחבר עומד בהצלחה בניתוח פסקי-הדין תוך שימת דגש לעניין "שיקול הדעת", "שיקול הדעת המוטעה" וה"רשלנות" וניתן להעזר בדבריו בהצגת הדברים ובטיעונים בפני כל ערכאה שהיא.

זאת ועוד, ספר זה עשוי להועיל לא רק לשופט ולמשפטן המופיע בפני בתי-המשפט, אלא גם לסטודנט, למתמחה, ולכל המתעניין בתחום חשוב זה ההולך ומתעצם מיום ליום. הספר עתיד לספק לרופאים חומר עיון ממדרגה ראשונה, בכל הנוגע לעבודתם היום-יומית ועתיד להיות להם לעזר רב.

המחבר השכיל להביאנו למחשבה נוספת של הנושא שהוא עוסק בו, תוך סקירת הדברים מזוויות ראייה שונות ותוך מבט כולל של הבעיות בצורה מרוכזת. הערותיו והארותיו נתונות בדרך ברורה, מקיפה, לעיתים גם תקיפה, אך מעודנת. הוא מלמד ומדריך אותנו בהיבטים המדיקולוגיים ומצביע

יונתן דייזיס, עו"ד

דין ופסיקה במשפט הרפואי

בתוספת היבטים רפואיים ומשפטיים

בגניקולוגיה ומיילדות

הוצאת אבי ספרי משפט בע"מ

חנוך אריאל, שופט בביהמ"ש העליון

רפואה ומשפט גיליון מס' 21 - נובמבר 1999

האפגר (עמ' 522), ובעניין המעקב וההשגחה בלידה (עמ' 548).

המחבר דן, כמובן, גם ביישום מבחן הסיכון בשאלת הקשר הסיבתי (עמ' 560), ומביא לנו חומר מעניין בשאלת חובת הסטנדרט הרפואי בדונו בת.א. 462/93 **איברהים עשיד נגד בית החולים המוסלמי מוקסר** (עמ' 706); ועוד ועוד נושאים.

ניתן לקבוע בקורת רוח כי המחבר השכיל לדון בהיבטים הרפואיים וההיבטים המשפטיים ולמצוא את השווה ואת המפריד ביניהם, תוך נסיון גם "לעשות שלום" ביניהם.

לסיכום, - זהו ספר מצוין ואינני רואה אפשרות שמאן-דהוא הקשור לנושאים הנדונים יוכל להתעלם ממנו. ספר זה דורש המשכיות מתמדת ויש לצפות בסקרנות לספרים נוספים של המחבר ברוך הכשרונות.

ארשה לי להעיר הערה אחת, מתוך רצון לקבל בעתיד מהמחבר דיון בפסקי-דין רבים יותר, בנושא שלפנינו או בנושאים דומים, ובהתחשב שהדבר החשוב ביותר בספר אלה הם ההבטים המדיקולוגליים שהמחבר מביא. הצעת: להאריך את התמציות של פסקי-הדין ולוותר על הבאת פסקי הדין שפורסמו, במלואם. האינדקס שבגוף הספר, כה טוב, שכל אדם ימצא על נקלה את פסה"ד הדרוש לו, בנוסחו המלא, כפי שפורסם.

ברכת יישר כח למחבר המלומד, מתוך הנאה וסיפוק מלאים, שגורם העיון בספר. עיון שנעשה בשקיקה למרות המצבים הרפואיים הקשים המתוארים בספר זה.

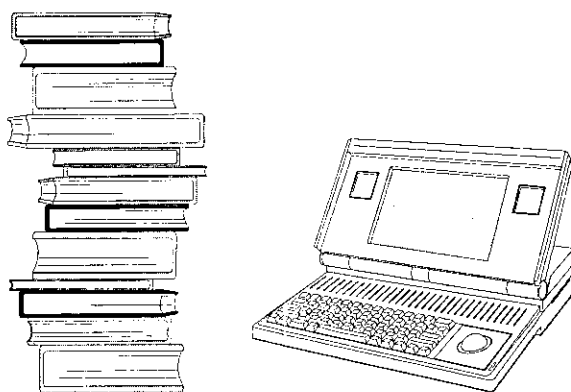
מידע חשוב ורלבנטי, גם להיום, לעניין השימוש במזרקים (עמ' 27); דוגמא אחרת - בעניין ע.א. 4384/90 **שמעון ואתורי ואח' נגד בית החולים לניאדו**. כאן מביא המחבר המלומד מידע לגבי אפשרויות של מעבדות לגילוי סוגי חיידקים (עמ' 408), או מחקר מקיף לגבי "גישת המיילדות לפקיעת קרומים מוקדמת" (עמ' 411); בע.א. 6330/96 **אריה ברגר ואח' נגד בית החולים הכללי ע.ש. הלל יפה ואח'**, מובאת סקירה מקיפה לענין גורמי הסיכון בהריון ובלידה (עמ' 598).

המחבר ראוי לתודה על דיון מאלף בעניין קיצור תוחלת חיים, תוך הערותיו לענין פסק-הדין בעניין **אורן סלמן הנ"ל**, נושא בעל חשיבות גדולה המצריך תשומת לב מיוחדת (עמ' 783).

עו"ד דייויס מצליח לעניין את הקוראים בדיון מעמיק בנושאים כמו הפרעות גנטיות ובדיקות גנטיות (עמ' 79), כשהוא דן בת.א. **רחל רוזן נגד הסתדרות מדיצינית עין כרם ואח'**; אינפורמציה מעניינת במיוחד מובאת בנושא הפונדקאות (עמ' 214), תוך דיון בהגנה על בריאות האשה ועל הזכות להתנגדות להפלה (עמ' 216) בהערותיו לענין ת.א. 328/94 **ליזי אלחייני ואח' נגד הסתדרות מדיצינית הדסה**.

דיון נרחב מוקדש לנושא של חוות-דעת רפואיות, תוך דיון בפסה"ד בת.א. 605/94 **רחל מזרחי נגד מדינת ישראל** (עמ' 384).

בהיבטים המדיקולוגליים בת.א. 660/92 **תום שטראוס נגד ד"ר יובל עוז ואח'**, מביא לנו עו"ד דייויס מצבור של ידע בענין הערכת מצב העובר בהריון ובלידה (עמ' 519), כך בנושא



ממדף הספרים

דר' שאול קובובי - רמ"ח ושס"ה סוגיות בתאונות עבודה

ההוצאה לאור של לשכת עורכי הדין

פרופ' אמנון כרמי

הביטוח הלאומי (1954), הייתה התלות במשפט האנגלי מוחלטת. גם משבא חוק ישראלי מקורי ובטל את תוקף הפקודה משנת 1947, ואת זיקת החובה למשפט האנגלי, המשיכו הכל להיתלות בפסקי הדין האנגליים. אכן, בתחילת דרכו של הביטוח הלאומי, הייתה מגמת הפסיקה בענף נפגעי עבודה לשאוב השראה מלאה מן הפסיקה האנגלית. הדבר היה אך טבעי לאור העובדה שבמשך עשרים וחמש שנים, מאז נחקקה בפלשתינה-א"י בשנת 1927 פקודת הפיצויים הראשונה לעובדים, שהוחלפה, כאמור, בשנת 1947 בפקודה חדשה, ועד תחילתו של חוק הביטוח הלאומי, הייתה בארץ זיקת חובה לדגם הבריטי, ששורשיו בשנת 1897, עת נחקק

באנגליה החוק הראשון לפיצוי נפגעי עבודה. כל אותה עת צברו האנגלים ניסיון רב בליבון הנושא על היבטיו השונים, ובמציאת פתרונות לסבך הבעיות העולות מפרשנות החוק. זיקת החובה לפסיקה הבריטית הניבה פירות טובים בכך שחסכה התדינויות בנושאים שנתבררו כבר באנגליה. מספר ההליכים המשפטיים היה מועט, שכן כמעט בכל סוגיה בעייתית היה בנמצא פתרון מן המוכן. הפסיקה האנגלית נקלטה בארץ על כרעיה וקרביה, כמוצר המקפל בתוכו עשרות שנים של התלבטויות. מאז - ידעה הפסיקה המקומית צמיחה נוספת, אם כי מתונה ומוגבלת, שכן היסודות הרעיוניים זכו כבר למיון ולסיווג ממצים בארץ מכורתם.

השופט האמריקני הידוע הולמס, פתגם את האימרה, כי - "The life of the law has not been logic but experience". בסיסו של ספר זה, שאנו מחזיקים בו, הנו הנסיון, ניסיון עתיר שנים של משפטן בכיר. כבר נאמר כי אין חכם כבעל ניסיון, והיה מי שהוסיף, כי השנים מלמדות מה שהימים לא ידעו.

ניסיון של חמישים שנות עיסוק בדיני העבודה מונח לפנינו:

רמ"ח ושס"ה - סוגיות בתאונות עבודה



הורתו של תחום הפיצויים לעובדים בארץ - בדין האנגלי. החוק הראשון שנחקק בתקופת המנדט הבריטי, בתחום דיני העבודה, היה פקודת הפיצויים לעובדים 1927, פקודה שהתבססה על חוקים אנגליים מ-1897 ומ-1906. היקף תחולתה של הפקודה היה מצומצם ומוגבל לעובדי כפיים בעבודות מסוימות. הפקודה הוחלפה בשנת 1947, ושתייהן גם יחד שימשו צינור יבוא לפסיקה שצמחה והתפתחה באנגליה במימדים עצומים במשך כחמישים שנה. תושבי הארץ יצאו נשכרים מקבלת מגוון הלכות, פרי ניסיון ולבטים של פוסקים זרים, חלקם דגולים ונאורים. מאז שהוסדר נושא הפיצויים לעובדים בארץ לראשונה, בשנת 1927, ועד לתחילת תוקפו של חוק

*מאמרו של פרופ' אמנון כרמי הופיע כפתיח לספר הנסקר כאן.

רפואה ומשפט גיליון מס' 21 - נובמבר 1999

אולם היה קוץ באליה, שכן לעתים נשאה ההלכה האנגלית חותם מיושן, שהוטבע בשלהי המאה הקודמת ובתחילת המאה שלנו, והשתקפו בה ערכים חברתיים מן העידן הוויקטוריאני. אין תימה, איפא, שהתנאים החברתיים-כלכליים המיוחדים במדינת ישראל המתפתחת, והכישרון היצירתי המאפיין את החקיקה ואת הפסיקה בישראל, שיקפו שינוי ערכים במושגי היסוד החברתיים והמשפטיים. כך, לדוגמא, לא עוד פיצוי אדם מחמת נזק שנגרם לו עקב היותו עובד שכיר, החייב להישמע להוראות מעבידו, אלא פיצוי אדם בעד כל נזק שנגרם לו מחמת עיסוק בעבודה.

המחבר עקב אחר ההתפתחויות המרתקות הללו למן הקמת המדינה ואילך, ונטל חלק פעיל במהלכן. מעיד הוא על עצמו כי עד היום הוא אוחז, על תקן של נוסטלגיה, את ה"תנ"ך" שלו, מאתם ימי דין של בראשית, הלוא היא המהדורה ה-36 של Workmen's- Compensation Acts (האחרונה לפני תחולת החוק האנגלי לביטחון סוציאלי).

בשנת 1950 נקלט המחבר בלשכה המשפטית של משרד העבודה, ולא חלף זמן רב עד שהפך שותף למלאכת החקיקה הכבירה, שנעשתה בשנות החמישים בתחום משפט העבודה והביטוח הלאומי. הוא עסק, בין היתר, בניסוח הסכמים להמרת פיצויים שבועיים בסכומים חד-פעמיים, ובכך בא לראשונה במגע ישיר עם אוכלוסיית הנפגעים.

המגע האנושי והנסיון המשפטי ליווהו כשהגיעה שעתו לעבור מן הרשות הראשונה אל כס השיפוט. בשנת 1958 נתמנה ד"ר שאול קובובי על ידי שר המשפטים דאז, פנחס רוזן ז"ל, כשופט בבית הדין לביטוח לאומי. בשנת 1969 מונה כשופט בבית הדין האזורי לעבודה בירושלים. ב-1972 נקרא לשבת דין בבית הדין הארצי לעבודה, ומונה לסגן נשיא בית הדין הארצי, בשנת 1986. בכהונה זו נשא עד יציאתו לגימלאות בראשון לינואר, 1990. במשך שלושים ושלוש שנות כהונתו, העשיר

השופט קובובי את הספרות המשפטית במאות פסקי דין, בנוסף למאמרים רבים בכתבי עת מדעיים ומקצועיים. מאז פרישתו מכהן השופט קובובי כיו"ר ועדת ערעור, לפי חוק הנכים (תגמולים ושיקום), וכך חזר לעסוק בפגיעות ברמ"ח ושס"ה, תחום התמחותו.

הדרך המונח לפנינו מקבץ אסופה עשירה של מאות הלכות ופסקים. לשון המחבר קולחת, ותיאור הנסיבות, הממצאים העובדתיים והמסקנות המשפטיות, מעניין ומרתק, חרף התימצות, הראוי לשבח כשלעצמו. הביאורים החוקיים נתמכים בהפניות אל הצעות החוק, דברי הכנסת, ודיונים פנימיים הנחשפים לראשונה לעין הקוראים.

ייחודו של החיבור בתרומתו המקצועית של השופט קובובי, בביקורת הלכות הפסיקה ודבר המחוקק, ובשתיחת רעיונותיו בהצעות קונקרטיות לשיפור ההלכות.

בבוא הפותח להודות למחבר על נועם כתיבתו, אי אפשר שלא להשתאות מחוש ההומר המלווה במשלו את הסקירה המשפטית. כך, לדוגמא, מעבירנו השופט קובובי אל תאונת העבודה הראשונה שאירעה עלי אדמות, לאחר בריאת העולם: "בזיעת אפך תאכל לחם". למן גזירת דין זו על

אדם, נפתח הפתח לתאונות עבודה, שהרי אין עשייה אנושית בלי תקלה... או טול למשל את אירוע הרצח הראשון בתולדות האנושות. נשער בנפשנו, אומר המחבר, שלאחר מות הבל מוגשת לבית הדין לעבודה תובענה לפי פרק ג' לחוק הביטוח הלאומי (ענף נפגעי עבודה). תביעתו של קין נדחת לאחר דיון משפטי מעניין, אולם נראה שיש בסיס לתביעתם של הורי המנוח, הלא הם חוה ואדם, הזכאים לקצבת תלויים שאמורה להיפרע להם במטבע שהוא הילך חוקי במקום הימצאם.

קהל היעד הצפוי להזדקק לספר זה הוא רב ומגוון.

ד"ר שאול קובובי

רמ"ח ושס"ה סוגיות בתאונות עבודה



ההוצאה לאור של לשכת עורכי הדין

בתולדות עם ישראל בכלל, ובפרט בתלמוד.

לעורכי הדין מציע הספר כלי עבודה יעיל ושימושי, ואילו לרופאים הוא מזמן מפגש מעניין עם מקצוע משפטי-רפואי, ועם בעלי המקצוע.

בבתי הדין - יותר מאשר בכל מגזר אחר, זהו מפגש הכרחי, אף שהוא כרוך בקונפליקטים אידיאולוגיים, מקצועיים ואישיים בין רפואה למשפט, ובין רופא למשפטן. ראו לדוגמה את פסק הדין בעניין נתנאל, שבו בא בית הדין חשבון עם התופעה של "פסק דין שנכתב על ידי הרופא", בקבעו כי "אשר לרפואה לרופא, ואשר למשפט לשופט", וכי "צריך שיישמע קולו של הרופא ותישמע עצתו, אך אין זאת אומרת שחייב השופט לשמוע בקולו ולעשות כעצתו".

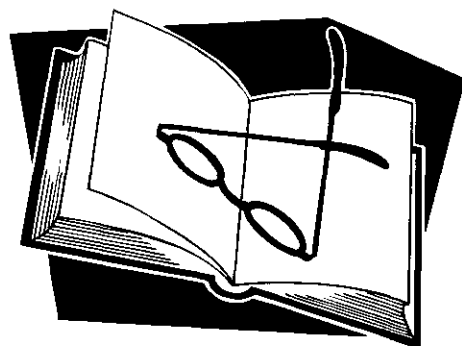
הספר בא לשרת גם את ציבור הנפגעים, ולשמש להם מורה נבוכים ומראה דרך, בבחינת אורים ותומים אשר ילוו את הנפגע מרגע הפגיעה, ועד לתום הדיון המשפטי. הנושאים הנדונים, הרי רלוונטיים הם לכל איש ואישה: כאבי גב, בקע, פגיעות בשמיעה, בראיה, בעור, בפרקים ובגידים, בדרכי נשימה. אירועים מוחיים, התקפי לב, פגיעות נפשיות, נזקי "רמ"ח ושס"ה", כדבר המחבר.

ולציבור הרחב מגיש השופט קובובי ספר מרתק, מלא מידע, ניסיון, חכמת חיים, רצון באנקדוטות שבהן המציאות עולה על כל דמיון.

המחוקק עשוי לכלכל מעשיו לאור רעיונותיו של רב-ניסיון כשופט קובובי ראה לדוגמה הצעתו של השופט קובובי לתיקון סעיף 14(ג) לחוק הנ"ל: "האנטומיה של תיקון החוק מלמדת דבר אחד לפחות והוא, שמוטב היה שלא ליזום הליכי חקיקה בעקבות מקרה בודד, ובודאי לא לפני שהערכאה השיפוטית, שבה היה העניין תלוי ועומד, פסקה בו לגופו".

עמיתיו של השופט קובובי בבתי הדין לעבודה ישבעו רוב נחת למקרא חגיגת פעילותם ויצירותיהם הברוכות. מלאכתם קשה ומורכבת ופסיקתם עוברת דרך חתחתים ממכתן למבחן. ראו הדיבור של "תוך כדי עבודה" ושל "עקב העבודה", אשר זכה בערכאות השיפוטיות לפירוש דינמי, שאיפשר לו לשרת שנים רבות את מטרות החוק, בלי להזדקק חדשות לבקרים לתיקוני חוק, כדי לענות על צרכים חדשים ומתחדשים. שופטי המערכת הכללית יתרשמו עמוקות מן היצירותיות של עמיתיהם, וייטו להסתייע בה בדרך היקשים.

הספר שלפנינו הוא מכרה של חומר גלם עבור חכמי תורת המשפט. הוא שופע מסקנות ורעיונות, ובו משפט משווה תנ"כי, תלמודי, מנדטורי, ישראלי, אנגלי ואמריקני. מעגל סובב של דינמיקה פעילה: חקיקה, פרשנות שיפוטית, תגובה חברתית-כלכלית, חקיקה חדשה, וחוזר חלילה. ראו לדוגמה את סקירת המחבר על תופעת ההתאבדות כתאונת עבודה, את בחינת הגישות הפסיכיאטריות, את העמקת החקירה בתחום הלשון תוך הצבעה על מקור הביטוי, והעיון בהשתקפות התופעה



ממדף הספרים

הפסיכיאטריה המשפטית: בדרך להתמסדות

Amihay Levy, David Nachshon, Amnon Carmi, Forensic Psychiatry,
The International Center for Healthy, Law and Ethics Library.

פרופ' יעקב סגל

נפרד ממצב פוליטי חברתי ותרבותי והאנלוגיה לתיקים של פשעים על רקע פוליטי במקומותינו, היא כמעט בלתי נמנעת. לסיכום, הוא מביא תקציר של ארבעה מקרים בהם בוצעו רציחות - בהן היה העברייני מצוי - "היבטים איזורי הדימומים" שבין הנשיאה באחריות הפלילית ובין הפטור ממנה. בגלל מצבו הפסיכיאטרי.

פרופ' טסוטמו סקוטה מהמחלקה לפסיכיאטריה באוניברסיטת טוקיו, יפן, סוקר במאמרו את אותם נושאים מנקודת מבט רפואית טיפולית. מאמרו ("פסיכיאטר הכלא ביפן", עמ' 25-35) מספק נתונים סטטיסטיים חשובים לא רק על שיעור הפשיעה ביפן, אלא גם על חלוקתה הפנימית לפי מספר העבירות במהלך השנים והמצב המקביל במדינות אחרות במערב. אחד הנתונים המרתקים שם הוא חלוקה של נפישות עבירות ספציפיות (קטילה, שוד, אונס וכד') לפי אחוזי עבריינים המאובחנים ספציפית כסובלים ממחלה כלשהי. מאמר מאלף זה, הנותן "סקירת רוחב" על תחומי הפסיכיאטריה המשפטית מאוזן היטב על ידי מאמרם של רוברט מנויס, רוי גיליס וכריסטופר וובסטר (הראשון והשלישי הינם מרצים לקרימינולוגיה והשני חבר המכון לפסיכיאטריה באוניברסיטת טורונטו). מאמרם ("דימויים" החוק וההפרעות: סקר משווה של מומחי בריאות הנפש במדינת אונטארי - קנדה, עמ' 35-57) מביא נתונים סטטיסטיים מאלפים על פשיעה ובריאות הנפש, וגם דיון מעמיק על הקשר בין רכיביהן השונים של התופעות לפי ארצות מוצא, מקצועות וכד' לאופי העבירות ולמצב המנטלי של העבריינים.

בניגוד לחלק הראשון של הקובץ הדין בפסיכיאטריה המשפטית כמכלול, דן החלק השני ("התנהגות עבריינית") הרבה יותר בבעיות מקצועיות קונקרטיות: החל מהשאלה הנצחית בדבר הקשר שבין "הפרעות אישיות והאחריות הפלילית" (מאמרו של א.מ.ה. ואן לובן מאוניברסיטת ליידן, הולנד, בעמ' 59 - 63), דרך הדימויים הפסיכולוגיים והפרופילים העברייניים (מאמרם של א. אוסונה וא. לונה, שניהם מצוות המרצים

התפתחות הרפואה המודרנית ב-150 השנים האחרונות, עברה בדרך כלל דרך נקודות ציון קבועות. בתחילה הסתעף הענף מתוך הגזע הכללי של המקצוע הרפואי. ואט אט הפך לתחום מופרד ומאובחן, כאשר חלק חשוב בתהליך עיצובו של הענף החדש הוא הספרות המחקרית המדגישה את הייחודי לתחום החדש. בדרך זו, התפתחה - לדוגמא - הרפואה המשפטית כענף נפרד ושונה מאמו-הורתו הפתולוגיה, ובדרך זו מתפתחת כיום הפסיכיאטריה המשפטית - מתוך הפסיכיאטריה הקלאסית.

שלב חשוב בהתמסדות ובגיבוש כל ענף חדש ברפואה הוא כאמור הספרות המקצועית הייחודית. ספרם של עמיחי לוי, דוד נחשון ואמנון כרמי הוא צעד מרכזי וחשוב בדיסציפלינה הפסיכיאטרית בכלל המעלה על נס את סגולותיה של הפסיכיאטריה המשפטית. ארבעת שערי של האוסף הזה כוללים ארבעה תתי נושאים המדגישים יחדיו את הזהה והשונה בין "אמא" (הפסיכיאטריה הקלאסית) ובין ה"בת" (זו המשפטית).

החלק הראשון מתאר את מאפייניו של ה"רך הנולד": הדרכים הראויות להכשרת מומחים לפסיכיאטריה פורנזית כפי שרואה אותן הד"ר קנת חשמן מאוניברסיטת קלגרי שבקנדה. במאמרו הוא מנסה להצדיק את האבחנה לפיה ראויה הפסיכיאטריה המשפטית להכרה עצמאית ובלתי תלויה כיישות בפני עצמה. לתחום החדש, כמו לאליל היווני יאנוס, תהיה הופעה חיצונית של הבריאה החדשה דו פרצופית: מצידה האחד תודגש הדיסציפלינה הרפואית והמתודולוגיה האופיינית לה, ומצידה השני יהיו פניה של החשיבה המשפטית על כל מערכת האיזונים והשיקולים הסוציו-מוסריים המאפיינים אותה. יאנוס מיחאליק, פרופסור ודיקאן ביה"ס למשפטים מאבאטו-בופוטצואנה, מייחד את מאמרו ("היבטים חוקיים של הפסיכיאטריה המשפטית בדרום אפריקה) לפן המשפטי של המקצוע. למאמר חשיבות רבה בייחוד עבור הקורא הישראלי בגלל העימות הפוליטי-גזעי ארוך הימים במדינה זו. מיחאליק מציג את רכיביה של הפסיכיאטריה המשפטית כחלק בלתי

יעקב סגל - עו"ד. עוסק בתחום המשפט הפסיכיאטרי.

ממדף הספרים

הפסיכיאטריה המשפטית: בדרך להתמסדות

Amihay Levy, David Nachshon, Amnon Carmi, Forensic Psychiatry,

The International Center for Healthy, Law and Ethics Library.

מרופ' יעקב סגל

נפרד ממצב פוליטי חברתי ותרבותי והאנלוגיה לתיקים של פשעים על רקע פוליטי במקומותינו, היא כמעט בלתי נמנעת. לסיכום, הוא מביא תקציר של ארבעה מקרים בהם בוצעו רציחות - בהן היה העבריין מצוי - "היבטים איזורי הדימדומים" שבין הנשיאה באחריות הפלילית ובין הפטור ממנה. בגלל מצבו הפסיכיאטרי.

פרופ' טסוטמו סקקוטה מהמחלקה לפסיכיאטריה באוניברסיטת טוקיו, יפן, סוקר במאמרו את אותם נושאים מנקודת מבט רפואית טיפולית. מאמרו ("פסיכיאטר הכלא ביפן", עמ' 25-35) מספק נתונים סטטיסטיים חשובים לא רק על שיעור הפשיעה ביפן, אלא גם על חלוקתה הפנימית לפי מספר העבירות במהלך השנים והמצב המקביל במדינות אחרות במערב. אחד הנתונים המרתקים שם הוא חלוקה של נפוצות עבירות ספציפיות (קטילה, שוד, אונס וכד') לפי אחוזי עבריינים המאובחנים ספציפית כסובלים ממחלה כלשהי. מאמר מאלף זה, הנותן "סקירת רוחב" על תחומי הפסיכיאטריה המשפטית מאוזן היטב על ידי מאמרם של רוברט מנזיס, רוי גיליס וכריסטופר וובסטר (הראשון והשלישי הינם מרצים לקרימינולוגיה והשני חבר המכון לפסיכיאטריה באוניברסיטת טורונטו). מאמרם ("דימויי החוק וההפרעות: סקר משווה של מומחי בריאות הנפש במדינת אונטאריו - קנדה, עמ' 35-57) מביא נתונים סטטיסטיים מאלפים על פשיעה ובריאות הנפש, וגם דיון מעמיק על הקשר בין רכיביהן השונים של התופעות לפי ארצות מוצא, מקצועות וכד' לאופי העבירות ולמצב המנטלי של העבריינים.

בניגוד לחלק הראשון של הקובץ הדין בפסיכיאטריה המשפטית כמכלול, דן החלק השני ("התנהגות עבריינית") הרבה יותר בבעיות מקצועיות קונקרטיות: החל מהשאלה הנצחית בדבר הקשר שבין "הפרעות אישיות והאחריות הפלילית" (מאמרו של א.מ.ה. ואן לובן מאוניברסיטת ליידן, הולנד, בעמ' 59 - 63), דרך הדימויים הפסיכולוגיים והפרופילים העברייניים (מאמרם של א. אוסונה וא. לונה, שניהם מצוות המרצים

התפתחות הרפואה המודרנית ב-150 השנים האחרונות, עברה בדרך כלל דרך נקודות ציון קבועות. בתחילה הסתעף הענף מתוך הגזע הכללי של המקצוע הרפואי. ואט אט הפך לתחום מופרד ומאובחן, כאשר חלק חשוב בתהליך עיצובו של הענף החדש הוא הספרות המחקרית המדגישה את הייחודי לתחום החדש. בדרך זו, התפתחה - לדוגמה - הרפואה המשפטית כענף נפרד ושונה מאמו-הורתו הפתולוגיה, ובדרך זו מתפתחת כיום הפסיכיאטריה המשפטית - מתוך הפסיכיאטריה הקלאסית.

שלב חשוב בהתמסדות ובגיבוש כל ענף חדש ברפואה הוא כאמור הספרות המקצועית הייחודית. ספרם של עמיחי לוי, דוד נחשון ואמנון כרמי הוא צעד מרכזי וחשוב בדיסציפלינה הפסיכיאטרית בכלל המעלה על נס את סגולותיה של הפסיכיאטריה המשפטית. ארבעת שעריו של האוסף הזה כוללים ארבעה תתי נושאים המדגישים יחדיו את הזהה והשונה בין ה"אמא" (הפסיכיאטריה הקלאסית) ובין ה"בת" (זו המשפטית).

החלק הראשון מתאר את מאפייניו של ה"רך הנולד": הדרכים הראויות להכשרת מומחים לפסיכיאטריה פורנוית כפי שרואה אותן הד"ר קנת חשמן מאוניברסיטת קלגרי שבקנדה. במאמרו הוא מנסה להצדיק את האבחנה לפיה ראווה הפסיכיאטריה המשפטית להכרה עצמאית ובלתי תלויה כיישות בפני עצמה. לתחום החדש, כמו לאליל היווני יאנוס, תהיה הופעה חיצונית של הבריאה החדשה דו פרצופית: מצידה האחד תודגש הדיסציפלינה הרפואית והמתודולוגיה האופיינית לה, ומצידה השני יהיו פניה של החשיבה המשפטית על כל מערכת האיוונים והשיקולים הסוציו-מוסריים המאפיינים אותה. יאנוס מיחאליק, פרופסור ודיקאן ביה"ס למשפטים מאבאטו-בופוטצואנה, מייחד את מאמרו ("היבטים חוקיים של הפסיכיאטריה המשפטית בדרום אפריקה) לפן המשפטי של המקצוע. למאמר חשיבות רבה בייחוד עבור הקורא הישראלי בגלל העימות הפוליטי-גזעי ארוך הימים במדינה זו. מיחאליק מציג את רכיביה של הפסיכיאטריה המשפטית כחלק בלתי

יעקב סגל - עו"ד. עוסק בתחום המשפט הפסיכיאטרי.

"אקדמיים" ומופשטים אלא מספקים כלי עזר רב חשיבות הן למשפטן והן לפסיכיאטר בביצוע הערכת מצב נפשי או מוכנות של עבדיין (לדוגמא: "התפתחותה והגדרתה של הגדרת האוטומטיזם במשפט ובפסיקה הקנדיים" מאמרו של יאנג וקולס, בעמ' 213 - 315).

החלק הרביעי מוקדש למאמרים שונים במגוון תחומים, החל מנתונים מפורטים על מחלות הנפש ושיעורי ההתאבדות בישראל (עמ' 317 - 340), דרך מעמדם המשפטי של חוסים עם בעיות נפש כרוניות המאושפזים (בעמ' 317 - 340) בספרד (עמ' 341 - 347) ועד לקריטריונים הפסיכיאטריים לניבוי מסוכנות בדרום אפריקה (מאמרם של ט. זאבוב וא. כהן, עמ' 358 - 377).

המיכלול המרשים שבקובץ הוא צעד ראשון ברכישת ההתמסדות הפורמאלית של ענף חדש הנמצא בחצי הדרך שבין הרפואה, המשפט, הקרימינולוגיה והעבודה הסוציאלית. תחום, אשר לפחות לפי תוכן המאמרים, רמתם וזהות מחבריהם זוכה בהכרה פרקטית ואקדמית בכרך זה (המהווה חלק ראשון בטריולוגיה) לא רק בישראל אלא בכל רחבי העולם.

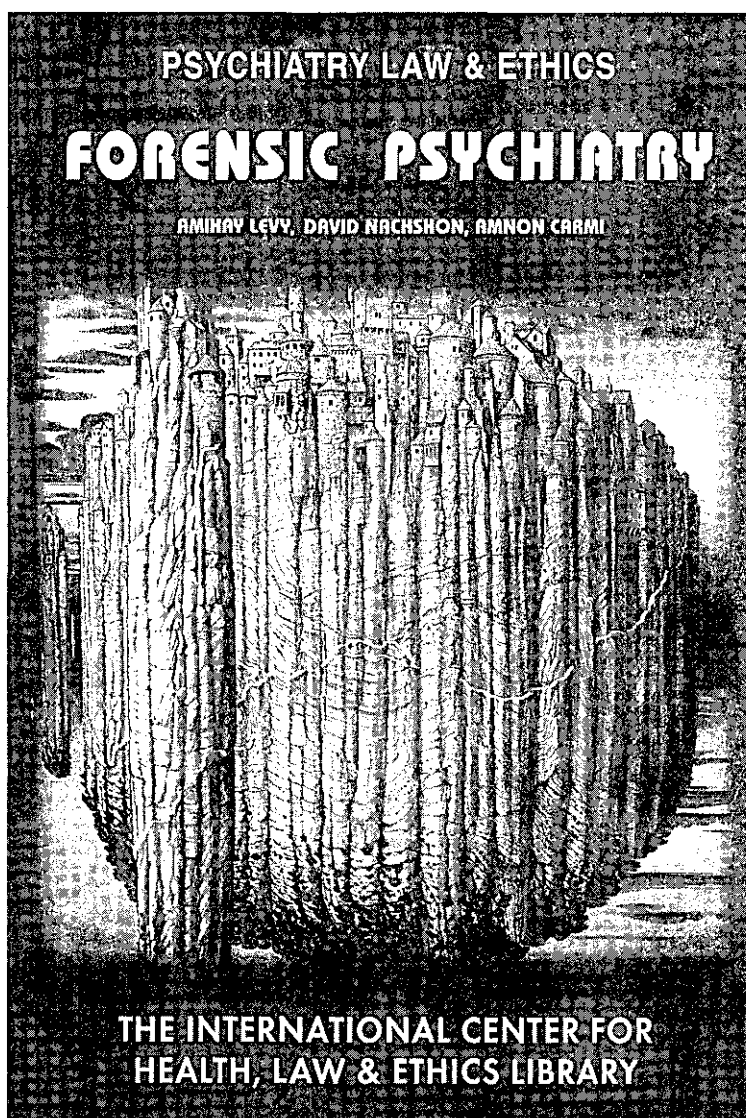
במחלקה לרפואה משפטית באוניברסיטת מורסיה, ספרד עמ' 65 - 76) ועד למאמרה המאלף של דבי רוס מהמחלקה לפסיכולוגיה באוניברסיטת פרייזר, בדורנאבי, קולומביה הבריטית קנדה ("יתסמין האשה המוכה: ניתוח קונספטואלי של סטאטוס, פנים מול פנים רשימת ההפרעות ב-D.S.M,

עמ' 107 - 130) מאמר הנוגע בדיוק במוקד של לא מעט נושאים המצויים בקו התפר שבין עולמות המשפט, הרפואה הפסיכיאטרית, העבודה הסוציאלית ולאחרונה למרבה הצער - גם העיתונות: אלימות בתוך התא המשפחתי.

רוס מניחה את התשתית המדעית להפיכת האשה המוכה לסנידרום מופרד ומאובחן של פגיעה נפשית כתוצאה מהתעללות בן זוג, לרבות כל הקריטריונים לאבחון זה תוך הפנייה מספרות מקצועית רלוונטית.

חלקו השלישי של הספר ממוקד אפילו יותר ומוקדש כל כולו להגנת אי השפיות במשפט הפלילי. בניגוד לקודמיו - אין המדובר עוד על מקרים "גבוליים" ומצבי ביניים אלא על מיקוד לב ליבה של השאלה: היכולת

לשאת באחריות פלילית ולנשיאה בעונש בנתונים פסיכיאטריים שנויים במחלוקת. המאמרים אינם רק



ממדף הספרים

עומר יעבץ - חוק הנכים - חקיקה, פסיקה והיבטים משפטיים,

הוצאת פרלשטיין-גינזור, תל-אביב, התשנ"ט-1999 (530 ש"ח)



דורון דינאי

המחוקק לנכים השונים. המדינה מנסה להיות רחבת-לב עם מי שהקריבו קורבנות אישיים-גופניים למען בטחונה. גישה זו באה לידי ביטוי גם במגמה ששררה בעבר בפסיקת בתי המשפט, להקל עם התובעים בתיקי נכים מסוג זה, בעיקר בשאלת נטל הוכחת הקשר הסיבתי, ואנו מוצאים בעבר התבטאויות רבות של שופטים התומכות בגישה זו. ברם נראה, כי עם כניסתו של כבי' הנשיא (בדימוס) מאיר שמגר לתפקידו, הסתמנה גישה שונה בפסיקת בית המשפט העליון, הממשיכה ומתעצמת גם כיום, ואשר משמעותה המעשית הינה הפיכת המגמה, תוך נסיון (לעתים מאולץ) להכניס את תביעות הנכים לתוך הסד המקובל של נטל הראייה במשפט האזרחי.

בצד שינוי המגמה בפסיקת בית המשפט העליון, עשה המחוקק תיקונים לא מעטים בחוק הנכים, ובחוקים קרובים, בהוראות מהותיות הנוגעות לזכויות. בנוסף לכך, בתחום הפרוצסואלי, על ועדת הערעור לפי סעיף 26 לחוק הנכים הוחל חוק בתי הדין המינהליים ותקנות סדרי הדין שהותקנו מכוחו (אף שבפועל בועדות רבות טרם בא הדבר לידי ביטוי הלכה למעשה).

לכך יש להוסיף, כי חלק נכבד מן הפסיקה, הנוגע לשאלת הקשר הסיבתי בין פגיונות ומחלות ספציפיות לבין השירות הצבאי - אינו מתפרסם, וידוע רק לקומץ מקורבים לתחום.

התוצאה המצטברת מכל אלה היא, שנוצר צורך בחיבור עדכני, אשר ירכז את החומר הרב שנצבר ויקיף את הנושא מכל היבטיו, בהתאם למצב המשפטי הקיים היום.

על רקע זה, יש לקדם בברכה את ספרו של עו"ד עומר יעבץ על חוק הנכים. עו"ד יעבץ נפצע במלחמת שלום הגליל פציעה קשה ונאלץ להכיר את המאטריה של חוק הנכים ממקור ראשון. בנוסף לכך, עסק בתחום זה כחלק מעבודתו בפרקליטות מחוז ת"א.

החיבור מקיף ביותר, ומנסה להשליט סדר בתחום מורכב זה. בין השאר, אנו מוצאים בספר דיון בסוגיות החשובות הבאות: מי זכאים להימנות כ"נכים" לפי החוק; הנסיבות הנחשבות

חיקוקים המסדירים את הזכויות בגין נכות מפוזרים בספר החוקים הישראלי לאורכו ולרוחבו. המחוקק בחר להתייחס לנכות מן הזוית של הגורם לנכות עקב כך ישנם הבדלים ניכרים בין הזכויות הנובעות (ולעיתים אפילו בקביעת דרגת הנכות עצמה) בהתאם למקור הנכות: לא הרי זכויות בגין נכות שנגרמה בתאונת דרכים, כהרי זכויות בגין נכות שנגרמה עקב תאונת עבודה, כהרי זכויות בגין נכות שנגרמה עקב שירות צבאי, ואלה רק חלק מהדוגמאות של חיקוקים נפרדים המסדירים נכות.

אילו היה בסיס החקיקה המסדירה זכויות בגין נכות - סוציאלי בלבד, דהיינו הבטחת רווחת הנכה, קשה היה להסביר או להצדיק את הגישה השונה לנכויות בהתאם לגורם שלהן. ברור איפוא שהבטחת תנאי מחייה סבירים לנכה אינה המטרה היחידה, ולעתים אולי אף לא המטרה העיקרית, שעמדה בבסיס הגישה השונה של המחוקק לנכויות השונות.

מבין חוקי הנכויות השונים, מקובל לחשוב, שחוק הנכים (תגמולים ושיקום), התשי"ט-1959, המסדיר בעיקרו נכויות שנגרמו עקב שירות צבאי, הוא יחסית חוק "נדיב": היקף הזכויות משופר ורחב יותר מאשר בכמה חוקי נכים אחרים, אחוזי הנכות המותאמים לפגיונות שונות, בהתאם לתקנות שהותקנו מכוח החוק, במקרים לא-מעטים גבוהים יותר מאשר בחיקוקים אחרים.

הבדל מסוג זה משקף ככל הנראה גישה ערכית שונה של

דורון דינאי הוא רופא ועו"ד

כפגיעה עקב שירות (ובכלל זה, למשל, הסוגיה של פגיעה "בדרך למחנה או ממנו"); הקשר הסיבתי ונטל הראייה; סוגיית "האסכולה הרפואית"; סוגיית מחלות קונסטיטוציונליות או מחלות "רדומות" המתעוררות במהלך השירות; החמרה לעומת גרימה - פגימה "מוחמרת" ופגימה "מוסבת"; הפרדה בין נכות קודמת לבין נכות חדשה; התנהגות "רעה חמורה"

של נפגע השוללת זכאות; הזכאות לתגמולים ושיעורי התגמולים; מעמד "נצרך" וקטגוריות מיוחדות נוספות; דרך הגשת הבקשות והמועדים לכך; התיישנות; אופן קביעת הזכאות והנכות, והגורמים, הועדות והערכאות השונות העוסקים בקביעת הקשר הסיבתי וקביעת הנכות; סוגיית ההפרדה (ככל שבפועל יש כזו) בין קביעות "רפואיות" לבין קביעות "משפטיות"; זכות הברירה והשיפוי לפי דינים אחרים (כגון במיוחד חוק הביטוח הלאומי); וכן פרקים העוסקים בסוגיית ההכרה "לפנים משורת הדין" ובסוגיית פסיקת שכ"ט והוצאות (כולל תורה שבע"פ שהתגבשה בסוגייה זו, ואשר אינה מוכרת למי שאינם עוסקים באופן מיוחד בתחום התמחות זה).

בנספחים השימושיים אף זכינו לקבל דוגמת טופס תביעה להכרת זכות, וכן תרשימי זרימה המפרטים באופן ברור ונוח את זכאות הנכה לתשלומים ותגמולים על פי דרגת נכותו, ואת התוספות השונות שנכה עשוי להיות זכאי להן.

פרק חשוב ביותר לעוסק בתחום זה הינו הפרק הדין בקביעות פרטניות של הערכאות השונות בנוגע לקשר סיבתי בין השירות

לבין פגימות ספציפיות. בפרק זה, המשתרע על פני 205 עמודים, מביא המחבר סקירה מקיפה ביותר של פסיקות בועדות ערעור, בתי משפט מחוזיים ובית המשפט העליון לגבי מחלות ופגימות שונות. חלק ניכר מפסיקות אלה לא התפרסם בצורה מסודרת או שלא התפרסם כלל בקבצי הפסיקה המקובלים. מצב זה הביא לכך, שבידי פרקליטות המדינה,

המייצגת את קצין התגמולים בהליכים השונים, היה יתרון אוטומטי על פני הנכה ומייצגו, כיון שעמד לרשותה מאגר הפסיקה בכל התיקים בהם היה קצין התגמולים צד, ואילו לנכה ולמייצגו לא היתה גישה למאגר זה, והוא נאלץ להסתפק בקומץ המקרים שהגיע לפרסום בקבצי הפסיקה המקובלים. ריכוז חומר זה בספר שלפנינו הוא אפוא חידוש חשוב ורב-ערך, והמחבר ראוי לברכה על המאמץ שעשה להביא את הפסיקה העניפה בנושא זה.

בספר ניכרת החתירה לרכז את הדינים הרלבנטיים לחוק הנכים, כולל גם דינים "סמוכים" הקשורים בחוק זה, כגון למשל חוק חניה לנכים, תשנ"ד-1993, ואף הוקדש נספח מיוחד עם דברי

עומר יעבץ, עו"ד

חוק הנכים

חקיקה, פסיקה והיבטים משפטיים



הוצאת פרלשטיין-גינזברג
הל אביב 1999

החקיקה הרלבנטים.

עם זאת, כנראה מתוך שגגה, נשמטו מאזכור ומדיון מספר חיקוקים שראוי היה להזכיר בחיבור זה, וביניהם:

* חוק תגמולים לחיילים ולבני משפחותיהם (חבלה שלא בעת מילוי תפקיד), התשמ"ח-1988, אשר מרחיב את תחולתו של חוק הנכים (וגם בהתאמה את תחולתו של חוק משפחות חיילים שניספו במערכה (תגמולים ושיקום), התשי"א-1950, גם למקרים ולמצבים אשר אינם מכוסים בחוק הנכים, כגון

רפואה ומשפט גיליון מס' 21 - נובמבר 1999

חבלות מסויימות שארעו בחופשה, או בזמן עיסוקו של החייל בעבודה שאושרה עפ"י פקודות הצבא מטעמי מצוקה כלכלית קשה.

* חוק שירות בטחון (תיקון מס' 10) התשנ"ט-1998, העוסק בהתגדבות חייל לשירות סדיר לצורך קבלת טיפול רפואי עד שיוכר כמי שלקה בנכות לפי חוק הנכים - תיקון שבא לפתור את בעיית הרציפות בטיפול במי שנפגעו עקב שירות, והצבא אינו רוצה או אינו מסוגל להמשיך ולהחזיקם בשורותיו.

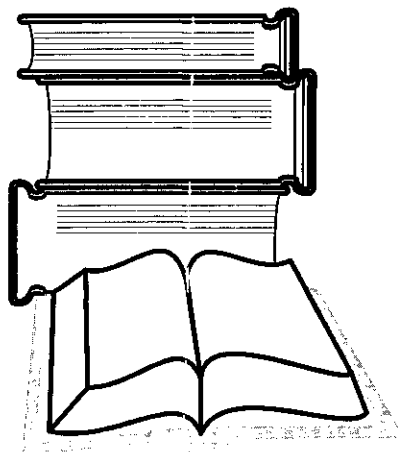
כבר ציינו, כי הבדלים רבים קיימים בין חוקי הנכויות השונים. בכמה מקרים ההבדלים הללו יוצרים קושי מטריד, אשר לא קל להצדיקו או להסבירו, ולעתים אף מתעורר החשד, שהסיבה האמיתית להבדל אינה רק או דווקא רצונו השקול והמכוון של המחוקק להיטיב עם נכה מסוג אחד ולהחמיר עם נכה מסוג אחר, אלא תוצאה מקרית ושרירותית של מנסחי חוק שונים או חקיקה שנעשתה בשנים שונות, ללא נסיון להצלבה יסודית בין ההסדרים השונים שקובעים החוקים השונים. כדוגמה בולטת במיוחד אפשר להביא את שאלת ההצדקה (או אי-ההצדקה) להבדל המהותי בנטל הראייה, המוטל על נכה-התובע לפי חוקי הנכויות השונים.

המחבר נימנע מלהכנס לדיון פילוסופי-אקדמי בשאלות המתעוררות לגבי ההצדקה לאבחנות שעושה המחוקק בין

הנכים השונים. לעתים הוא מזכיר את ההבדל בין הגישה השונה לכמה סוגיות בחוקי נכים שונים, אך מבלי לנסות ולנתח את ההצדקה או הסיבה להבדל כזה. הוא משתדל להתרכז בסיפרו בדיון בסוגיות מעשיות, תוך שהוא בדרך כלל מקבל את החקיקה הקיימת כמצב נתון ואינו מנסה להתווכח עימה או לתהות על מידת הצדק שבה. בכך הוא שומר על אופי החיבור, כספר הדרכה פראקטי לעוסקים בתחום. זוהי כמובן הפריבילגיה שלו כמחבר, כחלק מקביעת המסגרת, ההיקף והאופי של החיבור שהוא מוציא תחת ידיו.

הספר ערוך בכריכה קשה, בהדפסה בהירה, מרווחת ונוחה לעין, וכולל 536 עמודי טקסט ו-231 עמודי מפתחות ונספחים. שלא כמו כמה מחברים אחרים, נמנע המחבר מלהעמיס על הערות השוליים טקסטים ארוכים באותיות טל ומטר, וצימצם אותן רק לציון פסיקה.

כבר הזכרנו את ריבוי הפסיקה השוטפת בתיקי נכים, אשר חלקה הגדול אינו מתפרסם כלל ואשר יש בה קביעות חשובות, בין השאר, לגבי קשר סיבתי בין השירות לבין מחלות ופגימות ספציפיות. דווקא משום אופיו המוצהר של הספר כמדריך מעשי ועדכני לעוסקים בתחום זה, ניתן היה לצפות, שהחיבור יצא באוגדן המאפשר עדכונים תכופים כאלה, ולא הכריכה קשה, וכדאי שההוצאה לאור תשים את ליבה לנקודה זו במבדורות הבאות של ספר חשוב זה.



ממדף הספרים

על קווי הנחייה קליניים (Clinical Guidelines)

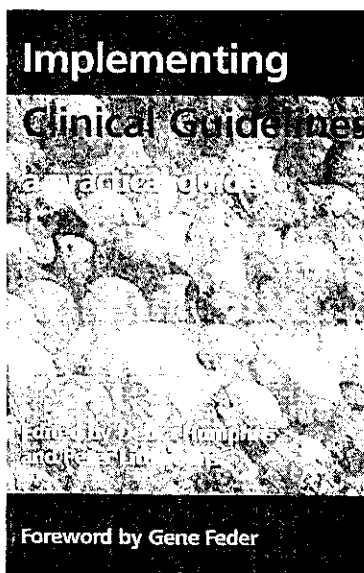
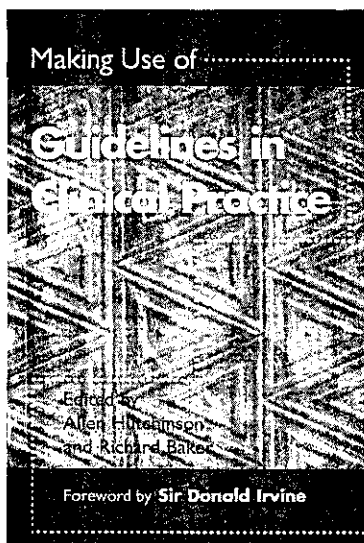
פרופ' אמנון ברמי

האטשינסון וביקר. 18 מחברים השתתפו בכתיבת הספר, והם ומנסים להתמודד עם שאלות מפתח כגון: מהות קווי ההנחיה, מקורם, פיתוחם, השימוש בהם והפיקוח עליהם*.

הספר השני דן בשימוש המעשי בקווי ההנחיות, והוא ערוך על ידי האמפריס וליטלג'ונס. ששה עשר המחברים השתתפו בכתיבת הספר, מנסים להתמודד, בחלקו הראשון של הספר, עם שאלות מפתח כגון: חשיבותם של קווי ההנחיות, או מידת האפקטיביות שלהם. בחלקו השני של הספר מתייחסים המחברים לתחומי בריאות ספציפיים, כגון: סכיזופרניה, בעיות בחזה, כיבים או אסטמה. סקירות כלליות יותר פרושות בחלקו השלישי של הספר**.

אף שהספרים הנם מקצועיים, וערוכים על ידי אנשי מקצוע ועבור אנשי מקצוע, הכתיבה בהם רהוטה והקריאה נוחה אף להדיוטות. שני הספרים מהווים חלק מאוסף גדול יותר של עבודות בתחום החדש, יחסית, הדן בשיפור הטיפול בחולים באמצעות קווי הנחיות קליניים.

- * A. Hutchinson, R. Baker, **Making Use of Guidelines in Clinical Practice**, Oxon, Radcliff Medical Press, 1999.
- ** D. Humphris, P. Littlejohns, **Implementing Clinical Guidelines**, Oxon, Radcliff Medical Press, 1999.



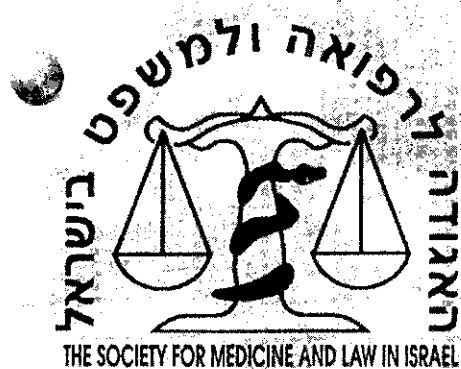
קווי הנחייה קליניים אינם בבחינת תופעה חדשה, אולם רק בעשור האחרון חל גידול מהיר ביצירתם. בארצות הברית ובאירופה גובשו עד כה למעלה מחמישים אלף קווי הנחייה בתחומי הבריאות השונים. קווי ההנחיות נועדו לשיפור איכות הטיפול בבריאות, על ידי הצעת עזרה מונחית למטפלים בקבלת החלטות בטיפול בחולים. קווי ההנחיה מיועדים לשמש ככלי עזר למקבלי ההחלטות, ולא כתחליף להחלטות. גיבוש קווי ההנחיות והשימוש בהם אינם נעשים בתהליך אובייקטיבי; עדיין קיימת מידה לא מבוטלת של סובייקטיביות בכל שלבי התהליך.

קווי ההנחייה אינם מהווים כללי חוק, אולם יש להם ולשימוש בהם משמעות משפטית והשלכות משפטיות. ההנחיות אינן ממירות את אחריות המטפל ואינן מרחיקות את השימוש בשיקול הדעת. אולם, אי אפשר להתעלם מן ההשפעה האפשרית שיש לייחס לעובדה שההנחיות גובשו והוכרו על ידי רשויות מוסמכות או מוכרות.

שני ספרים שיצאו לאחרונה לאור עשויים לספק לאוכלוסיית המטפלים מכאן, ולקהל המטופלים מכאן, ראייה כוללת והבנה עמוקה על קווי הנחייה בתחום הטיפול הרפואי.

הספר הראשון דן בשימוש בקווי הנחיה בפרקטיקה הקלינית, והוא ערוך על ידי

באגודה



מפגש חגיגי וטכס הענקת אות המופת לרופא 1999

באולם ה"קאנטרי קלאס"

ב"קאנטרי קלאב"

א' תמוז תשנ"ט, 15.6.99

אות המופת

ערב הצדעה לרופא-האדם

רבים רבים הרופאים, המשקיעים את מירב מרצם ומיומנותם בדבר היקר לנו מכל - חיינו ובריאותינו. אנו מפקידים עצמנו בידיהם, סומכים עליהם, מאמינים בהם. תופעת ה"מלפרקטיס", הראויה לכל גינוי, היא שולית, ואין בה כדי להכתים את הציבור הנכבד של רופאי ישראל. פעם בשנה נאספים חברי האגודה לרפואה ולמשפט בישראל, על מנת לחלוק כבוד והערכה לאותם רופאים, אשר ממלאים שליחותם כיתר עמיתיהם, בתוספת של משהו שיש בו לעשותם מופת.

בתפילת הרמב"ם אנו מוצאים את תחינת הרופא:

אל עליון, קודם שאני מתחיל בעבודתי הקדושה - לרפא את יצירי כפיר, אני מפיל את תחינתי לפני כסא כבודך, שתתן לי אומץ רוח ומרץ רב לעשות את עבודתי באמונה, ושהשאיפה לצבור הון או טוב לא תעוור את עיני מראות נכוחה. תזכני להביט על כל סובל הבא לשאול בעצתי כעל אדם, בלא הבדל בין עשיר ועני, ידיד ושונא, איש טוב ורע.
את האדם בצר לו - הראיני רק את האדם.

אות המופת מוענק לרופאים, אשר עלה ברצונם ובידם, לראות את האדם בצר לו, ולטפל בו, כרופא אל חולה, כאדם אל אדם.



ההסתדרות הרפואית בישראל, אשר השקידה על ערכי המוסר והאתיקה היא נר לרגליה, חברה אל האגודה לרפואה ולמשפט, במתן חסות ועידוד למפעל "אות המופת", אשר זוהי לו שנתו ה-13.

בתחילת כל שנה מוזמן הציבור - החולים, בני משפחותיהם, הצוות הרפואי - להמליץ על רופא הראוי לדעתם לקבלת האות. המדובר ברופא שהראה, במהלך עבודתו או במהלך אירוע מיוחד, דרגה גבוהה של אנושיות, מוסר ויחס חם למטופלו.

מאות סיפורים מרגשים נחשפים מדי שנה במכתבי החולים והמלצותיהם. ועדה ציבורית נכבדה, שבראשה שופט בית המשפט העליון, ועל חברה נמנים נציגי הנהלת ההסתדרות הרפואית ונציגי הנהלת האגודה לרפואה ולמשפט, בוחרת את ההמלצות ובוחרת בזוכים.

מאות חברי הארגונים הללו נוטלים חלק בטקס חלוקת האות. אלפי אנשי רפואה ואנשי משפט נושאים בלבם בתודה את החוויה והמשמעות של מעשי הזוכים ואישיותם, כמצפן מצפוני למסלול עבודתם וחיייהם.

פרופ' אמנון כרמי

יו"ר האגודה לרפואה ולמשפט בישראל

רפואה ומשפט גיליון מס' 21 - נובמבר 1999

ברכת ההסתדרות הרפואית בישראל

זוהי השנה ה-13 שאות המופת לרופא מוענק לרופאים אשר נמצא כי מסירותם, נאמנותם ויחסם לחולים, טובים באופן יוצא מן הכלל.

לקראת הענקת האות התקבלו גם הפעם מאות רבות של המלצות, אודות רופאים ורופאות, שלדעת הממליצים (מטופלים ובני משפחתם), עשו מעל ומעבר למען שמירה על בריאותם ולהצלת חיהם, וכל זאת תוך גילויי אנושיות ויחס הראויים לציון מיוחד.

כמי שמכיר היטב את ציבור הרופאים והרופאות במדינת ישראל, אני יודע שרופאים רבים ראויים לאות המופת ואולם גם הפעם נאלצנו לבחור שלושה רופאים מבין כלל המומלצים. הקושי לבחור היה גדול ומההמלצות שהתקבלו הצטיירה תמונה מרשימה, של רופאים המשמשים כאוזן קשבת, משרים תחושת ביטחון במטופלים ועושים הכל על מנת לסייע להם - לעתים ברגעים הקשים ביותר בחייהם.

החל מהשנה, חברה ההסתדרות הרפואית בישראל לאגודה לרפואה ולמשפט, למען קידום מפעל "אות המופת". שותפות זו מבטאת את החשיבות הרבה שנותנת ההסתדרות הרפואית, יחד עם ציבור הרופאים כולו, למערכת היחסים יוצאת הדופן והמופלאה לעתים, המתרחשת מדי יום, שעה שעה, בין רופאים לבין מטופליהם.

הן הזוכים באות והן הרופאים שסיפוריהם הובאו לפנינו הם אות ומופת לדמות הרופא אליה אנו שואפים. אני מאמין שרבים וטובים בתוכנו יראו בהם דוגמא לחיקוי.

"שר כ"א!"

ד"ר יורם בלשר

יו"ר ההסתדרות הרפואית בישראל

אות המופת לרופא

דבר יזר ועדת אות המופת - השופט דב לין

1999

רבים הם טובים הרופאים שנתברכה בהם החברה בישראל. מתבשרים אנו לשמחתנו, חדשים לבקרים, על הישגיהם המצוינים של הרופאים בתחום המקצועי הטהור - רמת הידע הגבוהה, היכולת, ההישגיות, הקידמה, ממש בכל ענפי הרפואה.

אולם אנו, האגודה לרפואה ולמשפט בישראל, מבקשים למקד את תשומת הלב לאותם רופאים ש"כמדת החסידות" המאפיינת אותם ומקרינה על עשייתם, מגשימים, הלכה למעשה, את השליחות הציבורית הנאצלה המוטלת על הרופא. ביטוייה של אותה שליחות - במסירותם ללא גבול של הרופאים לחולה שבטיפולם, ולבני משפחתו, בגישתם האנושית, ברמתם המוסרית והאתית.

מדהים ומרטיט להיווכח, מכ-500 מכתבי המלצה נרגשים, כנים ולבביים, ששוגרו אלינו על ידי עמך ישראל, שזכו לצדקתם של אלה שטיפלו בהם או ביקוריהם, עד כמה רבים נאורים ואנושיים הם הרופאים בקהילתנו שבצנעה, במסירות אין קץ, בדבקות ונחרצות מעל ומעבר למתחייב, נותנים ממיטבם לאותם מוכי גורל, המשוועים לתמיכה, סעד ועידוד.

בערב חגיגי ומסורתי זה מבקשים אנו להביע הערכה, הוקרה ותודה, בהענקת אות המופת לרופא לשנה זו - לראויים שבראויים מבין מומלצים אלה, בשל מעלותיהם התרומיות כרופאים וכאנשים, ובשל יחסם האנושי הלבבי והמסור עד אין קץ, לנזקקים לשרותם.

קשתה עלינו, חבר השופטים, המלאכה, שכן נפרשו בפנינו מעשי צדקתם של רבים וטובים, הראויים, ללא ספק, לעידוד וברכה. בסופו של דבר ראינו הפעם לזכות באות 3 רופאים, העוסקים בתחומים שונים ומגוונים. הרי הם:

ד"ר חגית נגר - כיורגית ילדים

פרופ' יזהר זהבי - רפואה פנימית וקרדיולוגיה

ד"ר אברהם רשף - רופא משפחה

תאור מסכת חייו ופועלו הרב והמבורך של כל אחד מהזוכים כפי שנסקרו בחוברת שבידיכם, יצדיק ויאשר ללא ספק בעיני כל את הבחירה האמורה. בתמצית יושמעו הדברים בפניכם.

נתברך בזוכים ומי יתן וירבו כמותם בישראל.

הרפואה נתפסת בעיני הציבור, בחיי היום יום ועל-פי הכללים שבחוק, כעיסוק ומשלוח יד שנתייחד למי שלמד והתעמק בתורה זו, הוכיח כישוריו ונמצא ראוי ומיומן עד שיורשה ליתן, כרופא, את שרותיו הטובים לציבור הרחב.

אולם, יש בעסוק זה הרבה מעבר לכך. ראוי להתייחס למלאכת הרפואה כאל שליחות חברתית, מוסרית וערכית, המוטלת על הרופא על-ידי החברה, למען הקהילה כולה, שהרי מופקדים בידי הרופא חיי אדם לשבט או לחסד. בכושרו המקצועי ובסגולותיו הנעלות, בכוחו להיטיב את איכות חייו ולהציל נפשות מכאב, צער ובושת, מכליון. בשל אלה ומשום שהחולה הבודד והחברה ככלל, נותנים בו אמון ומפקידים בידיו, בטיפול המסור והנאמן, את גורלם, נושא הוא במעמד של נאמנות, מעמד המייחד אותו בחברתו ומציבו ברמה גבוהה של יכולת השפעה על הפרט ועל הכלל.

כגודל המעמד וההשפעה, כן מידת האחריות המוטלת על הרופא במלא את תפקידו; גדלה רמת האמינות והמיומנות הנדרשת ממנו וגוברת מחויבותו המקצועית והאתית לציבור.

מאז ומתמיד היתה ההתייחסות לתורת הרפואה ולעסוק במקצוע זה ערכית וקפדנית. כך במשפט העמים וכך במסורת ישראל; מכאן שבועת הרופאים שכולה התחייבות לנהוג ביושר ובהגינות, באחריות ובמסירות, שהרי חיי אדם מסורים, כאמור בידם. מכאן יחסה הערכי של מסורת ישראל לרפואה ולרופא, עד שרואים בו, ברופא, את מי שמקיים בעשייתו את מצוות הבורא. אמנם הכל בידי שמים ומצאנו במקרא את המאמר "כי אני ה' רופאך" (שמות, טו, כו). עם זאת למדנו במקרא גם המאמר "ורפא ירפא" (שמות, כז, יט), שבו רואים חכמינו את הבסיס והרשות לרופא לרפאות.

המסורת נותנת כבוד לחוכמת הרפואה שנאמר: "ויוחקר כבוד חייבים בחפא כבתלמיד חכם שישו וחי בהם אפר... וכל חתונה כולה נדחית בפני רפואת החולה... ואם הרופא יושב בראש הכתש אפילו יכנס לנחש הרב הגדול אין החפא חייב לפנות לו מקומו... החולה צריך לרפא ואינו צריך לרב. דחכמת הרב דחוייה היא אצל חופא כאותה שעה"

(דברי רבי רפאל מרדכי מלכי, פוסק ורופא מומחה שחי בירושלים).

רפואה ומשפט גיליון מס' 21 - נובמבר 1999

ואלה הזוכים באות המפות לרופא 1999

ריכזה והכינה עו"ד אראלה יואל, חברת ועדת אות המופת

פרופ' יזהר זהבי

לבתי הספר, תוכנית שהוקדשה ללימוד תזונה נכונה והרגלי אכילה במטרה למנוע מחלות לב. כמו כן, פעל בין היתר כיועץ ובאכילוסיה בכלל להקנות ידע בטכניקה של החייאת לב.

לבני הזוג **זהבי** 4 ילדים ו-7 נכדים. הבן הבכור צבי, יליד 1961 ממשיך בדרכי אביו ברפואה והתמחה בגניקולוגיה. הבן השני, שמואל, יליד 1963 בוגר מתמטיקה ומחשבים ובעל תואר שני במנהל עסקים, עוסק בחברת סטרט אפ. הבת, מיכל, ילידת 1966 עורכת דין והצעיר אדר, יליד 1969 רואה חשבון יובוגר כלכלה - היחיד שעדיין רווק.

פרופ' **זהבי** הומלץ ע"י רבים, ביניהם חולים שהיו בטיפולו לאחרונה וזכאלה שהיו בטיפולו לפני שנים אחדות, בני משפחה של חולים שנפטרו, אנשי צוות שלו, ואישי ציבור מפתח-תקוה.

וכך כותב עליו אחד החולים הממליצים:
"פרופ' יזהר **זהבי**, ראש מחלקה פנימית ג' ומנהל השרות הקרדיולוגי במרכז רבין, קמפוס גולדה בפתח-תקוה, ... מקרין באישיותו המקסימה את הדמות הנערצת של רופא הכפר, למרות מעמדו, מומחיותו, והקריירה הרפואית הענפה שלו.

למרות שהוא בבחינת "בוחן כליות ולב" אתה חש כאילו אתה מדבר עם חבר טוב שלך ואתה נותן בו את כל אמונך."

פרופ' יזהר **זהבי** פרש השנה מתפקידיו בבית חולים השרון ויצא לגמלאות. אך כמו שהוא עצמו אמר - זהו רק סיום הפרק הראשון בחייו ותחילת הפרק שבו יוכל להקדיש זמן רב יותר לעשייה למען החברה.

על מסירותו, על יחסו החם לחוליו ולבני משפחתם במשך שנים רבות ועל פעילותו הציבורית הענפה וביחוד בכיוון הרפואה המונעת בקרב הצעירים בבתי הספר העממיים והתיכוניים, מצאה הועדה את פרופ' יזהר **זהבי** ראוי לקבלת אות המופת לרופא 1999.

נולד באוגוסט 1933, בישראל במושבה נס-ציונה, לאב יליד פולין ולאם דור חמישי, בארץ שנולדה גם היא בנס-ציונה. סבו ואב סבו שמשו כרופאים-רוקחים (פלצירים) במושבות הדרום והיו מקובלים מאד על כל תושבי האזור, יהודים כערבים.

מיום שעמד על דעתו כילד, חלם פרופ' **זהבי**, להיות רופא ולטפל בבני אדם. כבר בבית הספר העממי בנס-ציונה שימש כאחראי על ענייני הבריאות (אגודת הבריאות). בהיותו בן 14 עזר בהקמת מערך העזרה הראשונה בנס-ציונה - טרום ובמהלך מלחמת השחרור - והתנדב לפעילות במושבה ובתל-אביב.

את לימודיו התיכוניים החל ב"גימנסיה הראלית ראשון-לציון" וסיימם ב"גימנסיה העברית הרצליה" - בתל-אביב. חלק משירותו הצבאי עשה פרופ' **זהבי** במכון הפתולוגי בבית-חולים תל-השומר, מתוך רצונו לשמש ברפואה בכל אתר וזמן.

בשנת 1959 הוסמך כדוקטור לרפואה בבית הספר לרפואה בירושלים, שם פגש באשתו, נינה לבית רובינסקי, ילידת תל-אביב, שלמדה גם היא באוניברסיטה, ומאז הם יחד, את התמחותו - בנירוביורגיה דוקא - החל בבית חולים בילנסון, אך בהשפעת פרופ' מרדכי טור ז"ל, שינה כיוון והתמחה ברפואה פנימית וקרדיולוגיה.

בשנת 1968 עבר השתלמות בבית חולים Hamersmith בלונדון ובשנים 1972-1974 השתלם בארה"ב באוניברסיטת שיקאגו. עם שובו מארה"ב התמנה כמנהל מחלקה פנימית ומכון הלב בבית החולים השרון. למעשה הוקם מכון הלב יש מאין, מתרומות שגייס פרופ' **זהבי**. בתפקידיו אלה החזיק עד שלפני מספר חודשים פרש לגמלאות.

במקביל עסק פרופ' **זהבי** בהוראת הרפואה הפנימית בבית הספר לרפואה שבאוניברסיטת תל-אביב, במחקרים מדעיים שונים, בהדרכת סטודנטים ומתמחים ולא משך ידו גם מפעילות ציבורית. מהד, הוא הקים את אגודת "לב אל לב" הפתח-תקוואית ומאידך, הכן ויישם תוכנית לימודים



ביוני 1992, עם פרישתו של דר' המר לגמלאות, התמנתה דר' חגית נגר כמנהלת מח' כירורגית ילדים בבית חולים "דנה".

עוד בשנת 1974, טרם נסיעתה לארה"ב, נישאה דר' חגית נגר לדר' סטפן ברגר, רופא אמריקני שעלה לישראל מטעמים ציוניים, והסכים לחזור, לתקופה מוגבלת, לארה"ב.

לזוג נולדו 3 ילדים. הבכור, מייקל, בן 21, מסיים בימים אלה את שרותו בצה"ל. מירי, בת 16.5, תלמידת תיכון י"א, בתל-אביב ויעל, בת 13.5, מסיימת כיתה ח'.

דר' חגית נגר מרצה באוניברסיטת תל-אביב, פרסמה מאמרים בכירורגית ילדים ובכירורגיה כללית ובמסגרת עבודתה מלמדת סטודנטים לרפואה ואחיות ומכשירה מתמחים.

ממכתבי ההמלצה על דר' חגית נגר שהיו בפני ועדת האות, ממשפחות הילדים שהיו בטיפול, ומהצוות שעבד אתה, עולה דמות של רופאה שאיננה מוותרת במאבקה על חיי תינוק או פג, איננה מאבדת תקווה ומצליחה להעביר את התחושה הזו גם למשפחות.

"רופאה מעלה שהיא גם בן אדם נהדר... רופאה שנמצאת שם תמיד כשצריך אותה, יודעת לתת את התמיכה שהורים כה זקוקים לה כאשר ילדם זקוק לעזרה רפואית..."

לאור יחסה המיוחד למטופל ולמשפחתו, גישתה החמה, טיפולה המקצועי בכל נושא הקשור לילד המאושפז, אהבתה הרבה לילדים, להוריהם, לצוות הרפואי והפרה-רפואי ולמקצוע הרפואה בכלל, מצאה הועדה את דר' חגית נגר ראוייה לאות המופת לרופא 1999.

נולדה בתל-אביב בספטמבר 1947. בת בכורה למשפחה בת 4 ילדים. הוריה שניהם ממוצא תימני.

את לימודיה היסודיים סיימה בבית הספר היסודי דתי "תחכמוני" והמשיכה בבית הספר התיכון דתי "בר-אילן", שניהם בנתניה.

למדה שנה ביולוגיה באוניברסיטת ירושלים, וב-1967 החלה ללמוד רפואה בבולוניה שבאיטליה.

בסוף 1968, בתום שתי שנות לימוד אינטנסיביות, במהלכם עברה מסלול של שלוש שנות לימוד, חזרה לישראל להמשיך בלימודי הרפואה באוניברסיטת תל-אביב. היא סיימה את לימודי הרפואה בשנת 1971 והחלה התמחותה בכירורגיה כללית בבית חולים תל-השומר.

הוריה, למרות קשיים כלכליים מרובים, תמכו בה לכל אורך הדרך.

דר' חגית נגר היתה דמות חריגה, של אישה כירורגית בבית החולים והדבר לא היה קל.

מאחר שביקשה להתמחות בכירורגית ילדים, נסעה ב-1974 לארצות הברית ושם התמחתה, במשך שנה, בבית החולים לילדים בבוסטון אח"כ עברה לבית החולים "בית ישראל" בניו-יורק, גם בארצות הברית היו באותה תקופה מעט רופאות שהתמחו בתחום זה.

בשנת 1980 סיימה דר' נגר את התמחותה בכירורגיה כללית בבית חולים "בית ישראל" וזכתה בפרס "המתמחה המצטיין ע"ש פרוץ' ליאון גימבורג".

את התמחותה בכירורגית ילדים סיימה ב-1982 בבית החולים "Downstate" בברוקלין, ניו-יורק, ובאוקטובר 1982 חזרה ארצה והצטרפה למחלקת כירורגית ילדים בבית החולים הדסה בתל-אביב, בראשותו של דר' המר.



נולד בשנת 1956, במושב חלץ שלייד אשקלון. בן שני במשפחה בת 4 ילדים. אביו עלה ארצה מתימן ואמו עלתה מלוב.

את לימודיו היסודיים, סיים דר' אברהם **רשף** ב-1970, בבית הספר הממלכתי דתי ע"ש הרב קוק, בתלמים. את לימודיו התיכוניים עשה בכיתת מחוננים במגמה הומנית בבית הספר התיכון בגבעת וושינגטון, בתנאי פנימיה.

המצב הכלכלי של המשפחה היה קשה. האם נאלצה לעבוד כפועלת בחקלאות וגם הילדים, מגיל צעיר, נרתמו לעבודה על מנת לסייע ולהקל על המצב. חרף מצב זה התאמצו ההורים להחזיר בלידהם את הרצון והמוטיבציה ללמוד ולהשכיל. מאמציהם נשאו פרי וכל הארבעה סיימו את חוק לימודיהם.

לאחר השרות הצבאי למד דר' **רשף** במכנה של הטכניון לחיילים משוחררים. מתוך כוונה ללמוד הנדסת חשמל. במהלך שנת לימודים זו שינה כוונתו ופנה ללימודי הרפואה בפקולטה לרפואה באוניברסיטת באר-שבע.

תחילה מימן את לימודיו מעבודת הוראה ומעבודות מזדמנות שונות. בשנה השנייה הוסמך כ"חובש" וככה יכול היה לעבוד בלילות בבית חולים "סורוקה" ובבית חולים "קפלן". היה גם פעיל בפרוייקט "פרח" כמדריך וכרכז. מהשנה הרביעית נוספו למימון עבודתו גם עבודות בחדר האנטומיה ובמחלקה לפתולוגיה.

בשנת 1985 סיים את לימודי הרפואה בבאר-שבע, אך

את הסטאג' עשה בבית חולים "רוטשילד" ובבית החולים "פוריה". עם סיום הסטאג' חזר לדרום, במסגרת פרוייקט הבוגרים של אוניברסיטת בן-גוריון.

את שפרה, אשתו, מיילדת בבית החולים "סורוקה". הכיר דר' אברהם **רשף** במהלך לימודיו כעת שעבד בבית החולים. משתזר לדרום, לאחר הסטאג', הם נישאו. לזוג 3 ילדים קטנים: ליאת, ירון וברק.

דר' אברהם **רשף** עובד כרופא משפחה, במרפאת ענתות בקרית-גת, במרכז הבריאות אבן-שמואל ובמושב לכיש. כלילות הוא עובד כרופא ראשוני (רפואת חרום) במגן דוד אדום.

למרות עבודתו הרבה והמפוצלת במקומות כה רבים, הוא יסודי, מאבחן מעולה, מוצא זמן למעקב אחרי חידושים ברפואה, ובנוסף לכל אלה עולה, ממכתבי ההמלצה, סבלנותו הרבה כלפי חוליו, מסירותו העצומה, יכולתו לדובב את החולה ולרדת לפרטי פרטים, לבדוק שוב ושוב עד שיגלה את מקורה האמיתי של הבעיה.

או כפי שכותב אחד הממליצים: "דר' רשף מרגיע, "מקדיש זמן להסבר", "הוא ילווה את החולה לאורך כל הדרך (גם אם המדובר בהפניה לניתוח) בכדי שיחוש שהוא לא לבד" "את כל מרצו יכולתו ותבונתו כרופא הוא משקיע יומם וליל במטופליו".

ועל כל אלה מצאה הועדה לנכון להעניק לדר' אברהם **רשף** את אות המופת לרופא 1999.