

מבט מבעד לעדשה של תורת המשפט הטיפולי על אשפוז פסיכיאטרי בכפייה בישראל

מאת

מרדכי (מוטי) מרק*

- א. מבוא
1. הסדרי אשפוז פסיכיאטרי כפוי בישראל
 2. על חירות וכפייה
 3. הרקע להתפתחות תורת המשפט הטיפולי – THERAPEUTIC JURISPRUDENCE
- ב. אשפוז וטיפול פסיכיאטרי כפוי: בין רפואה למשפט
1. מוח, התנהגות ומשפט
 2. טיפול פסיכיאטרי כפוי: בין רפואה למשפט
 3. מודל רפואי מול מודל משפטי
 4. תמונת מצב בטרם החלפת חוק הטיפול הישן בחוק החדש
 5. חוק טיפול בחולי נפש, התשנ"א-1991, ופרשנות הפסיקה
- ג. מבט מבעד לעדשה של תורת המשפט הטיפולי על פרשנות הפסיקה לחוק הטיפול
1. טיפול בסביבה הפחות מגבילה כחלופה לאשפוז בכפייה – מאפשרות לחובה
 2. מעצר והוראת אשפוז כפוי
 3. הצורך לבדוק את מידת הכפייה בהתאם לרמת הסיכון
 4. זכותו של מטופל חולה נפש לקבלת המידע הרפואי
 5. זכותו של חולה לסרב לטיפול

* ד"ר לרפואה MD, מומחה בפסיכיאטריה ובעל דיפלומה בפסיכותראפיה, מוסמך במנהל מערכות בריאות MHA, ומשפטן LLB דוקטורנט בבית הספר למשפטים באוניברסיטת בר-אילן. שירת כראש מחלקת בריאות הנפש בצה"ל, כראש שירותי בריאות הנפש במשרד הבריאות וכמנהל ביה"ח הפסיכיאטרי "אברבנאל". חוקר במרכז הלאומי לבקרת מחלות ועמית הוראה בכיר בביה"ס לרווחה ובריאות באוני' חיפה.
המחבר מודה לסוקרים הבאים שהטיבו את המאמר: פרופ' גדעון ספיר, ד"ר ציפורה ארמן-שטרן ופרופ' בנימין מעוז.

6. היעדר תשתיות לטיפול מרפאתי בכפייה כחלופה לאשפוז בכפייה
7. חלופה של טיפול מרפאתי בכפייה בהמשך לצו אשפוז בכפייה
8. סמכותה של ועדה פסיכיאטרית מחוזית הדנה בערר לשנות עילות אשפוז או להורות על חלופה של טיפול מרפאתי בכפייה
9. הזכות לייצוג
10. צו לאשפוז כפוי והגבלתו בזמן
11. תורת המשפט הטיפולי, ישימותה לעבודת הוועדה הפסיכיאטרית המחוזית
- ד. תמונת מצב של הטיפול הפסיכיאטרי בישראל
- ה. דיון
- ו. סיכום

א. מבוא

זה למעלה מיובל שנים מתקיים בישראל דיון רווי מתח בשאלה, מהי הדרך הראויה לשילוב בין הפסיכיאטריה למשפט בכל הנוגע לטיפול בכפייה בחולי נפש. מקום מרכזי בשיח תופס הויכוח בין מצדדי המשך ההסדר הנוכחי, המבוסס על מודל רפואי, ובין אלו המבקשים לתקן את החוק לטיפול בחולי נפש ולבססו על מודל משפטי. ישנם גם הרואים בחקיקה מיוחדת לטיפול בחולי נפש (בין במודל רפואי בין במודל משפטי) הנצחת התיוג כלפי חולי הנפש וכלפי הפסיכיאטריה, ומבקשים להטמיע את החוק הקיים בחוק הכללי חוק זכויות החולה, שנחקק בשנת 1996. מכל מקום, הנושא עדיין רחוק מהכרעה. החקיקה הקיימת מסמיכה באורח בלעדי פסיכיאטרים להחליט על טיפול בכפייה, בנימוק שמדובר בהחלטות רפואיות. מנגד, המתנגדים למודל הרפואי טוענים כי מודל זה פועל על פי גישה פטרונית וממוקד אך ורק בטיפול הרפואי, גם אם הדבר פוגע בזכות היסוד לחירות. חקיקה המבוססת על מודל משפטי תפקיד את ההכרעה על הגבלת חירותו של אדם – חירות המעוגנת בזכות יסוד – בידי בית המשפט.

גם בין הפסיכיאטרים ישנם המצדדים במעבר למודל המשפטי. הם טוענים, שבתחום מחלות הנפש, הרפואה והמשפט דוברים בשפות שונות. כל עוד לא נוצרה שפה משותפת, החיבור בין פסיכיאטריה לכפייה מזיק למעמד המקצועי ולכן ראוי שפסיכיאטרים לא יקבלו על עצמם את הסמכות לטפל בכפייה.

אולם מתברר, שגם המודל המשפטי איננו נקי מבעיות. בארה"ב מעוצבת החקיקה לטיפול בחולי נפש זה למעלה מיובל על פי המודל המשפטי. הניסיון שנצבר בתקופה זו מלמד כי חולי נפש רבים, ששוחררו על ידי בתי המשפט מאשפוז בכפייה, נכלאו כעבור זמן לא רב בבתי סוהר; אחרים התדרדרו להיות "דיירי רחוב", מודרו מהקהילה ונתקלו ביחס מנוכר מצד החברה; חלקם מתו בלילות קרים על מדרכות העיר, תוך ש"זכותם" לחירות נשמרת בקפידה.

על רקע הפגמים במודל המשפטי התגבשה בארה"ב ב-20 השנים האחרונות תנועה של משפטנים שביקשו לשנות את גישתו של המשפט לטיפול בחולי נפש. המשפטנים דייוד וקסלר וברוק ויניק קידמו תחום חדש בחקר המשפט, המתמקד בנקודת המפגש בין המשפט לרפואה במסגרת הטיפול בחולי נפש. בקליפת אגוז הם טענו, שלמשפט כוח חברתי היכול לסייע לשיפור הבריאות הנפשית ולתפקוד הפסיכולוגי של בני אדם. הם הציעו לחקור את ההשלכות השליליות והחיוביות של המשפט בכלים של מדעי ההתנהגות ובהתאם לממצאים לבצע רפורמה בהסדרה המשפטית של הטיפול בחולי נפש. וקסלר וויניק הובילו ברחבי העולם (יחד עם משפטנים רבים שהצטרפו אליהם) מחקר ופיתוח יישומים קליניים לטיפול בחולי נפש ובמתמכרים, תחת הכותרת של "תורת המשפט הטיפולי". לעת הזו התורה החדשה עוסקת בחקר המשפט (ולא רק בהסדרה המשפטית של הטיפול בחולי נפש), באמצעות כלים ומושגים מתחום מדעי ההתנהגות והטיפול, ובהטמעת הידע שנצבר במשפט.

מאמר זה נכתב במסגרת שיח תורת המשפט הטיפולי. בחלקו הראשון של המאמר אבקש לבסס שתי טענות עיקריות:

השימוש שנעשה במושג החירות בהקשר של טיפול בחולי נפש, במסגרת המודל המשפטי, שגוי בחלקו. התבוננות במושג החירות מבעד למשקפיים של מדעי ההתנהגות טומן בחובו גם הסתכלות על פונקציות כמו "תפקודי אני", אוטונומיה, זהות, רצון ויכולת בחירה. החולה הפסיכיאטרי נפגע בפונקציות אלה ולפיכך מתקשה, או אף איננו יכול באמת, להיות בן-חורין. במקרים רבים מה שמכונה "טיפול בכפייה" אינו אלא טיפול בסיוע המשפט שמטרתו להשיב לחולה הנפש את מסוגלותו לחירות.

וקסלר וויניק עסקו בהטמעת התובנות של תורת המשפט הטיפולי במסגרת המודל המשפטי. אולם אם הטענה לעיל משכנעת, ניטל העוקץ משלילת המודל הרפואי בטענה שהוא משקף גישה פטרונית אשר אינה מעניקה משקל ראוי לערך החירות. יש לבחון אפוא אפשרות של הטמעת התובנות מתורת המשפט הטיפולי גם במסגרת המודל הרפואי. אם הטמעה כזאת ישימה, היא תאפשר פיתוח שפה משותפת בין פסיכיאטרים למשפטנים ותוביל לשינוי בעמדות הרגשיות של הצדדים לשיח. מכאן קצרה הדרך לצמצום חילוקי הדעות ולגישור על הפערים בין פסיכיאטרים למשפטנים

המתארים כיום בשפות שונות אותה דילמה. הקשבה, סבלנות, פתיחות ואורך רוח יסייעו לשילוב ראוי בין הפסיכיאטריה למשפט כדי להיטיב ככל האפשר את תכליתו של חוק טיפול.

חלקו השני של המאמר יוקדש לתיאור השינויים שיידרשו במסגרת המודל הרפואי לרגל התובנות המתחייבות מתחום תורת המשפט הטיפולי. אטען, כי במקרה הישראלי חלק מן השינויים כבר התבצעו בפסיקת בתי המשפט, ואילו שינויים אחרים אפשר להפנים בכלים פרשניים באופן שימעט בצורך לתיקון החקיקה הקיימת.

1. הסדרי אשפוז פסיכיאטרי כפוי בישראל

מחלת נפש פוגעת בתפקודים קוגניטיביים ורגשיים ובכושר לביקורת המציאות והשיפוט. לעתים הפגיעה נרחבת עד כדי אובדן המסוגלות לדאוג לצרכיהם הבסיסיים, או אף לסיכון, של החולה או הזולת. בהיעדר הסכמה לטיפול בחולה במצבים כגון אלה, הטיפול ההכרחי מתבצע באמצעות כפיית אשפוז פסיכיאטרי. דא עקא, שעצם הכפייה היא אקט אנטי-טיפולי, הפוגע בחירותו ובכבודו של האדם והמלווה באות קין ובסטיגמה חברתית ועצמית.

הפילוסוף הצרפתי מישל פוקו מתאר בספרו **תולדות השיגעון בעידן התבונה** כיצד בימי הביניים נתפסה מחלת הנפש כעונש מידי שמים, וה"חוטאים" – קרי: חולי הנפש – אף הועלו על המוקד. בתקופת הרנסנס חולים שהוקעו על ידי החברה סולקו מערי אירופה ל"ספינות השוטים" – כינוי שהודבק לספינות מתוקף "שיקומם של החולים" כמפעילי משוט בספינות הנהר. פוקו רואה באשפוז הפסיכיאטרי בכפייה צורה אחרת של שיגעון¹ ומבהיר, שיחסה של החברה לחולי נפש הוא ביטוי לנסיגה של זו לשמור על שפיותה.² החוקר אפרים שהם-שטיינר מתאר כיצד משוגעים ומצורעים היו חריגים בעל כורחם בחברה היהודית בימי הביניים.³ אורי אבירם ודן שניט סבורים, כי הדרך שבה חברה מתמודדת עם אשפוז פסיכיאטרי בכפייה משקפת את תפיסותיה המוסריות.⁴ הפילוסוף הישראלי דוד הד מביע את דעתו, שאמנם חולה הנפש זכה

¹ מישל פוקו **תולדות השיגעון בעידן התבונה** 7 (1988), פתח דבר: "צורה אחרת של שיגעון, שמכוחה בני-אדם כולאים את חבריהם, במעשה של תבונה ריבונית".

² מישל פוקו בתיזה "לידתה של הקליניקה", כפי שמצוטט על ידי דוד הד בספר **אתיקה ורפואה** 98 (1989): "היחס של החברה לאלה בתוכה שאינם שפויים הוא ביטוי לאופן שבו מנסה החברה לשמר את הסטנדרטים של שפיותה היא".

³ אפרים שהם-שטיינר **חריגים בעל כורחם – משוגעים ומצורעים בחברה היהודית באירופה בימי הביניים** 118–191 (2007).

⁴ אורי אבירם ודן שניט **טיפול פסיכיאטרי וחירויות הפרט: אישפוז כפוי של חולי-נפש בישראל** 11 (1981).

לפטור מאחריות פלילית וחברתית על מעשיו, אולם שילם על כך בסילוקו מהחברה.⁵ נשיא בית המשפט העליון בדימוס השופט ברק רואה במחויבותה של החברה לשמירה על זכויות האדם של חולי הנפש מעין נייר לקמוס למחויבותה של זו כלפי הפרט ולשלום הציבור.⁶

מקורה של הסמכות לאשפוז בכפייה מצוי במשפט המקובל האנגלי, והיא נובעת מחובתו המוסרית של המלך (המדינה) להגן על נתיניו (*parents patria*) ועל זכותה של חברה להגן על עצמה מפני המסכנים אותה (police power).⁷

ההיסטוריה של הפסיכיאטריה ושל האשפוז הפסיכיאטרי בכפייה קצרה יחסית.⁸ באוגוסט 1789, במהלך המהפכה הצרפתית, הוכר החולי הנפשי כמחלה (במסגרת ההצהרה על זכויות האדם). בשלהי המאה הי"ט, בשנת 1892 (ככל הנראה, בהשפעת החוק הצרפתי לאשפוז חולי נפש משנת 1838, בעידן שלאחר המהפכה הצרפתית), נחקק החוק התורכי ל"טיפול במשוגעים", אשר קבע כללים לפתיחת מוסדות פסיכיאטריים וסדרי הרשאה לטיפולי בית לחולי נפש בארץ.

בעולם הרחב מקובלים שני מודלים להסדרת אשפוז פסיכיאטרי בכפייה – הראשון, מודל רפואי; והשני, מודל משפטי. המודל הרפואי רואה בשלילת החופש בגין מחלת נפש החלטה רפואית ולכן החוק מסמיך רופאים לאשפוז בכפייה ולטפל באורח בלעדי בחולי הנפש. המודל המשפטי, שפותח על רקע הביקורת הקשה שנמתחה על המודל הרפואי הפטרנליסטי,⁹ שם דגש על צמצום הפגיעה בחירות בגין הטיפול בכפייה, והסמכות לשלילת חירות לפי מודל זה נתונה אך ורק בידי בית המשפט המופקד על הגנת זכויות אדם.¹⁰ במצבים שבהם האשפוז הפסיכיאטרי נדרש בנסיבות

5 הד, לעיל ה"ש 2, בעמ' 100: "חולה-הנפש – מ'מ" זכה, כחולה, בפטור מאחריות פלילית וחברתית על מעשיו, אך מצד שני סולק מהחברה, והופקעו ממנו זכויות רבות שיש לחבריו 'השפויים'".

6 רע"פ 2060/97 וילנצ'יק נ' הפסיכיאטר המחוזי – תל-אביב, פ"ד נב(1) 697, 707 (1998) (להלן: פרשת וילנצ'יק): "עמדת החברה כלפי חולה הנפש משקפת את רמתה המוסרית, ערכיה ואת רגישותה לחיי האדם (החולה והבריא). אמור לי כיצד מטפלת חברה בחולי הנפש שלה ואומר לך מהי מידת מחויבותה של אותה חברה לזכויות הפרט ולשלום הציבור".

7 אסף י' טויב משפט, פסיכיאטריה ומערכת בריאות הנפש בישראל – נושאים נבחרים 114–120 (2007).

8 ראו Ginat Y. & Bar-El Y., *Compulsory Medical Psychiatric Hospitalization: A Critical Review of The Israeli Law And A Proposal For Change*, 4 MED. & LAW 199–203 (1985).

9 אורי אבירם, צביה אדמון, מימי אייזנשטדט וארלין קנטר "מגמות שינוי ושימור בחקיקה בתחום בריאות הנפש בישראל; תהליך חקיקתו של החוק החדש לטיפול בחולי נפש" משפטים לא 145 (2000).

10 ציפורה ארמן-שטרן אשפוז פסיכיאטרי כפוי (חיבור לשם קבלת תואר "דוקטור לפילוסופיה", 87

פליליות, ההכרעה מסורה בידי בית המשפט גם במדינות שבהן הטיפול בכפייה בחולי נפש מתבסס על המודל הרפואי.

מתקופת השלטון העות'מני,¹¹ בתקופת המנדט הבריטי ואף לעת הזו הסדרי האשפוז הפסיכיאטרי מתבססים על מודל רפואי יחד עם הכרה בזכות הבסיסית של כל אדם לחירות. החוק התורכי הסמיך מנהל בית חולים פסיכיאטרי לקבל אדם לאשפוז, המותנה בבקשה מנומקת ומגובה באישור המוכתר המקומי ובתעודת רופא. מנהל בית החולים נדרש לדווח על קבלת חולה תוך שלושה ימים מקבלתו ולהעביר דו"ח טיפול לנציג הממשל תוך 15 יום מקבלתו. החוק אפשר גם "טיפול בקהילה" באמצעות כבילתו של החולה בבית המשפחה בכפיות לבדיקת שני רופאים – רופא ממשלתי ורופא המשפחה – ומחויבות להודיע על הטיפול לנציג הממשל.¹²

גלי העלייה בתחילת שנות החמישים, ובהם ניצולי שואה שרבים מהם סבלו ממצוקות וממחלות נפש בעקבות השואה, חייבו מתן מענה מיידית לתחלואה נפשית ולמצוקת מערך האשפוז הפסיכיאטרי. העול הכבד שהוטל על כתפיה של מערכת הבריאות המתפתחת חייב הקמת מוסדות פסיכיאטריים¹³ והסדרת נושא האשפוז הפסיכיאטרי. כך נולד החוק לטיפול בחולי נפש, התשט"ו-1955¹⁴ (להלן: החוק הישן לטיפול). בדברי ההסבר¹⁵ להצעת החוק הוצהר, כי המחוקק ביקש להסדיר בו את מצוקת מערך האשפוז, שהגיע להקצנה בעקבות גלי עלייה של פליטים רבים במצבי מצוקה, משבר וחולי נפשי בעקבות השואה. המחוקק ביקש להגן על שלום הציבור ושלום החולה ולאזן בין זכויות הפרט של החולה ובין הגנה על הציבור או צורכי ריפוי. בפועל הסדר האשפוז הכפוי על פי החוק הישן עסק אך ורק באשפוז חולי

אוניברסיטת בר-אילן – הפקולטה למשפטים, 2005).

¹¹ אליעזר ויצטום ויעקב מרגולין "ייסוד בית החולים לחולי-נפש 'עזרת נשים' בירושלים: פרשיות נבחרות" **הרפואה** 143, 382 (2004). **החוק העות'מני, "מקלט למשוגעים" 1892**. תכניו הושפעו מהחוק הצרפתי (בעידן שלאחר המהפכה הצרפתית) לאשפוז חולי נפש משנת 1838.

¹² ראזיק חואלד ואלכסנדר גרינשפון "החוק לטיפול בחולי נפש בישראל: התפתחותו עד עתה והצעות לעתיד" **רפואה ומשפט** 35, 100, 101-102 (2006).

¹³ מוטי מרק וגיל סיגל "הזכויות לשירותי בריאות הנפש ומדיניות הפעלתם בישראל: בין רפואה, משפט וחברה" **משפט רפואי וביו-אתיקה** 2, 22, 31-33 (2009): "בשל המחסור במשאבים הותאמו קסרקטינים נטושים לשרת כבתי חולים פסיכיאטריים; ואפילו בית הכלא שבין חומות עכו, שהבריטים החזיקו בין חומותיו מחלקה קטנה לחולי נפש מסוכנים, הוסב לבית חולים פסיכיאטרי ... לעתים הונהגה שיטה של 'קליטה ישירה', היישר ממחנות עקורים באירופה למוסדות פסיכיאטריים בארץ".

¹⁴ חוק לטיפול בחולי נפש, התשט"ו-1955, ס"ח 121 (להלן: חוק לטיפול הישן).

¹⁵ "חוק זה בא להבטיח גם לחולי הנפש, שלא יישללו מהם חפשמם וזכויותיהם היסודיות האחרות, אלא כשיש בכך צורך של ממש, אם לשם ריפויים או לשם הגנה על הציבור, ובדרכים הקבועות בחוק" (דברי הסבר להצעת חוק לטיפול בחולי נפש, התשט"ו-1955, ה"ח 90, 94).

הנפש ולא בטיפול או בשיקום ("ריפויים") במהלך האשפוז או ב"טיפול בקהילה" לאחריו.¹⁶ ההסדר בוטל לאחר 35 שנים שלוו ביקורת משפטית¹⁷ ציבורית¹⁸ ומקצועית¹⁹ והוחלף בחוק טיפול בחולי נפש, התשנ"א-1991 (להלן: החוק

¹⁶ דן שניט "אשפוז אזרחי של חולי נפש בישראל" **בריאות נפש קהילתית בישראל** 317 (אורי אבירם ויצחק לבב עורכים, 1981).

¹⁷ ע"א 219/79 **ירמלוביץ נ' חובב**, פ"ד לה (3) 766, 779 (1980) (להלן: פרשת **ירמלוביץ**), בדברי הנשיא לנדוי: "הוראות החוק בנושא החשוב, שבו אנו עוסקים ... שלילת חירותו של אדם וסגירתו בבית-חולים לחולי נפש נגד רצונו, הן גם סתמיות וגם סתומות ... נושא האשפוז על-פי הוראתו של פסיכיאטר מחוזי, לפי ס' 5 של החוק, עדיין נשאר פרוץ לרווחה. החוק טעון הבהרה ותיקון יסודיים בכל הנוגע לדרכי מתן הוראת אשפוז על-ידי פסיכיאטר מחוזי, ויפה שעה אחת קודם...אינני רואה מחסום מספיק בפני סכנות אלה בזכות הערר לפני ועדה פסיכיאטרית שהחוק קבע. לא לכל אדם יש קרוב או מודע, היכולים לפעול למענו ולפנות לוועדה, ואשר למאושפז עצמו – החוק הקיים אינו מחייב להודיע לו על זכותו לפנות לוועדה הפסיכיאטרית, וממילא עלול המאושפז להיכנס עם אשפוזו לעולם אחר, שבו אין הוא פועל עוד כאדם בעל מחשבה עצמאית, בשל הטיפול בתרופות הניתן לו או בשל תנאי הסביבה הקשים, שבהם הוא מוצא עצמו בחברת חולים בלבד. גם הסאנקציה הפלילית נגד מי שגורם בזדון לאשפוז שלא כדין באה רק לאחר מעשה, ואין היא יכולה לבוא במקום הסדרים חוקיים, שימנעו תקלה חמורה מראש". ראו גם ע"א 558/84 **כרמלי נ' מדינת ישראל**, פ"ד מא (3) 757, 784–785 (1987) (להלן: פרשת **כרמלי**): "מאומה לא נעשה כנראה גם בתחום צנוע יותר – המלצתו של מ"מ הנשיא ח' כהן בע"א 219/79 הנ"ל, כי עד שהמחוקק יאמר את דברו, יעשו הפסיכיאטרים המחוזיים לקביעתם ולפרסומם של כללים רפואיים-פסיכיאטריים בדבר הנתונים והממצאים אשר צריכים להתקיים בטרם ייעשה שימוש בסמכות האשפוז הכפוי. לא זו בלבד שהפסיכיאטרים המחוזיים לא התפנו לעניין זה, אלא שמסתבר, שהרשלנות, שאנו עדים לה במקרה זה, אינה כנראה בגדר חריג יחיד, אלא היא דוגמה להזנחה משוועת, הרווחת בי הפסיכיאטרים המחוזיים ובין מנהלי בתי החולים לחולי נפש. לא רק המחברים אבירים ושניט העלו זאת במחקרם, אלא מבקר המדינה התריע על כך כבר בדו"ח השנתי ה-24 משנת 1974 (בעמ' 259 ואילך). אני מפנה בעיקר לפרק העוסק באשפוז על-פי הוראת אשפוז. שם מתריע המבקר על הוצאת הוראות אשפוז בלתי מנומקות וללא דיווח כחוק ליועץ המשפטי לממשלה וכן על איחורים, לעתים עד חודש ימים, במשלוח הודעות אשפוז של חולים, שאושפזו כמקרי חירום, ועל עיכוב במתן הוראות אשפוז על-ידי הפסיכיאטר המחוזי עד חודשיים ויותר! התמונה המצטיירת היא של זלזול זועק מצדם של הפסיכיאטרים המחוזיים בזכויות היסוד של החולים. כשזו התייחסותם, ייעור נא המחוקק וייתן דעתו לא רק להשלמות ולמילואים, להבהרה ולתיקון של החוק, על-פי תפישתו ומתכונתו הנוכחית, אלא ישקול נא גם, אם אין מקום לשנות מעצם התפישה הכוללת והעקרונית של החוק, המקנה תפקידי מפתח וסמכויות כה מרחיקות לכת בתחום הפגיעה בחירויות האדם בידי הפסיכיאטרים המחוזיים".

¹⁸ דו"ח ועדת נתניהו "ועדת החקירה הממלכתית לבדיקת תיקודה ויעילותה של מערכת הבריאות בישראל (1990)".

¹⁹ י' גינת "ארגון השירותים לפסיכיאטריה במדינת ישראל ודרכי מימונם" **הרפואה** 123, 268 89

החדש).²⁰

בהסדר החדש ה"דרך" להוצאת הוראת אשפוז מתארכת, נדרשים שלבי ביניים לפני קבלת הסמכות להורות על אשפוז בכפייה, התהליך נעשה באמצעות פרוצדורה מוקפדת ומבוקרת מבחינה משפטית והחולה מלווה ביעוץ על ידי עורך דין. המחוקק ביטל את החובה שחלה על הפסיכיאטר המחוזי להורות על אשפוז בכפייה מש"נוכח" כי התמלאו התנאים לאשפוז כפי שהיה בחוק הישן, והשאיר לפסיכיאטר המחוזי מרחב של שיקול דעת בדבר אשפוזו או אי-אשפוזו גם משהתמלאו התנאים. יתר על כן: המחוקק קבע שלב ביניים בתהליך והסמיך את הפסיכיאטר המחוזי להורות על אשפוז בכפייה רק אם בתום בדיקה על ידי פסיכיאטר מומחה השתכנע (רף גבוה יותר מאשר "נוכח", כפי שנוסח בחוק הישן) הפסיכיאטר המחוזי שהתמלאו התנאים, ובכללם קשר סיבתי למחלת נפש. הבדיקה הכפויה הנעשית לפני רכישת הסמכות לשקול את הוראת האשפוז משמשת מנגנון ביקורת למניעת אשפוז שאינו הכרחי. החוק חידש אפשרות של טיפול בכפייה בקהילה גם אם מלאו התנאים להוצאתה של הוראת אשפוז כפוי. הפסיכיאטר המחוזי, לאחר ששקל והחליט שיש צורך באשפוז בכפייה, רשאי להורות על טיפול מרפאתי בכפייה כחלופה לאשפוז הכפוי. אם הורה הלה לאשפוז, משך האשפוז לפי הוראת אשפוז הוגבל לשבעה ימים וגם הסמכות שניתנה בידי הפסיכיאטר המחוזי להאריך את האשפוז בשבעה ימים נוספים הותנתה בבקשה בכתב של מנהל בית החולים. המשך אשפוז בכפייה מותנה בהחלטת ועדה פסיכיאטרית מחוזית (ועדה סטטוטורית), שבראשה יושב משפטן (לפי החוק הישן, ישב משפטן בראש הוועדה רק בדיונים על ערר), ואף הוראה זו מוגבלת לאשפוז עד שלושה חודשים שאפשר להאריכו בכפיפות להחלטת הוועדה בעוד שישה חודשים. כל הארכה נוספת דורשת בדיקה ודיון חוזרים בוועדה. החידושים בחוק מלמדים על כוונת

(1992): "הבעיה והפתרון אשר ננקטו על ידי החברה הישראלית היו דומים במידת מה לתגובה עקב ההגירה ההמונית והעיור בארה"ב במחצית השנייה של המאה ה-19. הצורך לפיקוח חברתי, הגנה וטיפול גרם לכך שהפכו מחנות צבא נטושים למוסדות טיפול וחסות לחולי נפש". ראו גם: אורי אבירם "הפחתת אשפוזים פסיכיאטריים ושנוי דפוס הטפול בחולי נפש" **בריאות נפש קהילתית בישראל** 70 (אורי אבירם ויצחק לבב עורכים, 1981). ראו גם שניט, לעיל ה"ש 16, בעמ' 317: "הדגש שהושם בחוק על אשפוז, והתעלמותו של החוק מהיבטים של שיקום בקהילה בולטים עוד יותר אם משווים את החוק לחקיקה מקבילה בארה"ב באותה תקופה ממש, חקיקה שהקשתה על אשפוז בבית חולים פסיכיאטרי ודווקא הסדירה ועודדה תוכניות לטיפול בקהילה בהן ניתן משקל ניכר לזכויות האדם של חולה הנפש". ראו גם מבקר המדינה **דוח שנתי 38** 268–272 (1988) (להלן: דו"ח מס' 38). ראו גם עמיחי לוי "חקיקה פסיכיאטרית בישראל: נקודות ציון ונקודות למחשבה" **רפואה ומשפט** 19 93 (1998).

²⁰ חוק טיפול בחולי נפש, התשנ"א-1991, ס"ח 58 (להלן: חוק טיפול בחולי נפש או חוק הטיפול).
החוק פורסם ביום 8.1.1991.

המחוקק לצמצם באשפוז בכפייה ולאפשר טיפולים בסביבה פחות מגבילה. עם זאת, להבדיל מהחוק הישן, המחוקק אפשר לפסיכיאטר המחוזי להורות גם על אשפוז בכפייה שאינו דחוף במצבים שבהם לא מדובר במסוכנות מיידית; או שמדובר בחולה חסר מסוגלות לדאגה לצרכיו הבסיסים או הגורם סבל נפשי חמור לזולת או נזק לרכוש. במצבים אלה הורה המחוקק לעכב את ביצוע ההוראה ב-24 שעות כדי לאפשר לחולה להגיש ערר לוועדה הפסיכיאטרית המחוזית. באפשרות לאשפוז בכפייה במצבים שאינם מחייבים אשפוז דחוף יש משום הרחבה של הגדרת המצבים והתנאים המאפשרים טיפול פסיכיאטרי בכפייה. להבדיל מהחוק הישן, שלא קבע מועדי חובה להתכנסות הוועדה, החוק החדש קבע שדיוני הוועדה יתקיימו בעניינו של כל חולה בהתאמה למשך האשפוז בכפייה, במשכי זמן הנקובים בחוק ובלא תלות בהגשת ערר על ידי החולה. החוק גם חידש, כי חולה שהתאשפז מרצונו ישתחרר על פי בקשתו ובלא תלות בהחלטת המנהל, כפי שהיה בעבר. עם זאת, מנהל בית החולים רשאי לעכב חולה המבקש להשתחרר על אף שהתאשפז מרצונו, עד 48 שעות, בתנאי שפנה לפסיכיאטר המחוזי וביקש לאשר המשך אשפוז בכפייה מכוח הוראת אשפוז. אם הפסיכיאטר המחוזי לא השתכנע בנחיצותו של אשפוז בכפייה, החולה ישוחרר מיד. החוק גם הגביל את השימוש באמצעי כפייה במהלך אשפוז ובתקנות לחוק הוגדרו תנאים מיוחדים לטיפול בנזע חשמל.²¹ כעבור עשר שנים מאז הופעל החוק נחקקה בתיקון החמישי זכות ייצוג לחולה באמצעות עורך דין במהלך דיוני הוועדה בעניינו. המחוקק הבהיר, שהוועדה הפסיכיאטרית היא טריבונל משפטי ומשום כך חובתו להקפיד על קלה כחמורה ולאפשר שימוע וזכות טיעון לחולה כמו בבית משפט. מחקרי מעקב מלמדים, שההקפדה על מימוש זכות הייצוג לחולה על ידי עורך דין בדיוני הוועדה שינתה באורח מהותי את תוצאת הפעלת החוק,²² וישנם אף חוקרים הרואים בתיקון החמישי לחוק הכנסת המודל המשפטי באופן חלקי.²³ מנגד, מאז התיקון לחוק הטיפול ב-2004 (הזכות ליצוג) בולטת עלייה בהיקף ובשיעור צווי אשפוז להסתכלות ולטיפול²⁴ וישנם מטפלים הרואים במעורבותו של עורך דין מטעם החולה בדיוני הוועדה ביטוי ל"גישה מעצרית" לטיפול בחולי נפש, המחבלת ביחסי

21 תקנות טיפול בחולי נפש, התשנ"ב, תקנה 34, תקנה 35.

22 דורית נחמני, יובל מלמד, ענבל רובינשטיין ואבנר אליצור "ייצוג מטופלים המאושפזים מכוח צו בית-משפט בוועדות פסיכיאטריות מחוזיות" **הרפואה** כרך 142 חוברת ב, 141 (2003).

23 ארמן-שטרן, לעיל ה"ש 10, בעמ' 191: "תיקון זה מכניס בדלת האחורית את המודל המשפטי באופן חלקי, אמנם לא בעת הוצאת הצו הראשוני, אך לאחר מתן הצו על ידי פסיכיאטר המחוזי יעברו האשפוזים הכפויים בחינה וביקורת מעין-שיפוטית".

24 מידע שהתקבל ממחלקת המידע והערכה של שירותי בריאות הנפש במשרד הבריאות ינואר 2011.

רופא-חולה.²⁵

אפשר לסכם, כי ההסדר החדש עיגן בחקיקה את רוב השינויים שחלו במהלך השנים בתפיסת הטיפול במחלות הנפש ואת המודעות לזכויות האדם של החולים כפי שבאה לידי ביטוי בפסיקה. החוק נתן מענה לצורך לגיטימי להגנה על הציבור ולצורך הכרחי לטיפול בחולה (צורך, שלדעת המחבר, כפי שיובהר בהמשך, מגיע לעתים עד כדי זכות חוקתית לטיפול), תוך שמירה על זכויות החולה לחירות ולאוטונומיה. האפשרות לחלופה של טיפול מרפאתי כפוי במקום אשפוז בכפייה²⁶ חידשה עיקרון של מגמה לצמצם בכפייה ולטפל בסביבה פחות מגבילה. המחוקק גם צמצם את מרחב שיקול הדעת של הפסיכיאטר המחוזי והרחיב את ההגנות והפיקוח על הסמכות להורות על אשפוז כפוי.

על אף החידושים הרבים שבחוק ועל אף הבקרה המשפטית השלובה במבנה החוק, לא פסקה ההתנגדות למודל הרפואי שבבסיס החוק המעניק סמכות בלעדית לאשפוז בכפייה לפסיכיאטרים. ישנם חוקרים מתחום בריאות הנפש ומתחום המשפט הסוברים, כי החוק החדש הנציח את המודל הרפואי הפטרנליסטי הפוגע בחירות מאחר שהרחיב את סמכות הפסיכיאטרים לאשפוז בכפייה.²⁷

אטען, כי בין אם ההסדר של אשפוז פסיכיאטרי בכפייה מופעל במודל רפואי בין אם יופעל במודל משפטי, בין באמצעות חוק טיפול מיוחד בין באמצעות החוק הכללי (חוק זכויות החולה), הפגיעה הקשה בחולי הנפש נובעת גם מעצם הדרת הטיפול הפסיכיאטרי משירותי הבריאות לכול.²⁸ הטיפול "מחוץ לגדר" מרכזי הרפואה הכללית לא רק שמפלה, מבזה וכרוך בסטיגמה קשה, אלא שמטבעה של הרחקה הוא כי בדרך כלל האיתור מתעכב, האבחון והטיפול נעשים באיחור וההחלמה והשיקום מעוכבים או נפגעים או שאינם מושגים כלל. נוסף על כך העמימות בנוגע לאחריות להשלמת פערי

²⁵ רמונה דורסט ואירית מרטיק "רפואה ושררה – טיפול כפוי בחולה נפש מנקודת הראות של המטפל" משפט וממשל ג 119, 138 (1995).

²⁶ ד"כ, 119, 1095–1096 (התשנ"א).

²⁷ אבירם, אדמון, איזנשטדט וקנטר, לעיל ה"ש 9.

²⁸ מבקר המדינה דו"ח שנתי 41, עמ' 193–201 (1991): "תמוה שההדרה, על אף שהייתה ידועה לגורמים בכירים במשרד הבריאות (ראו דו"ח ועדת נתניהו, 398 תחת הכותרת "סכום פגישה מיום 15/8/80") לא נענתה בתגובה ממשית או ניסיון אכיפה ממשי של משרד הבריאות לחייב את קופות החולים להשיב המצב לקדמותו". ראו גם דו"ח ארגון הבריאות העולמי: World Health Organization, *Mental Health: New Understanding, New Hope*, THE WORLD HEALTH REPORT 2001. מופיע בכתובת www.who.int/whr/2001/en/whr01_en.pdf. דו"ח זה קורא אף הוא לקדם שילוב אנשים עם מוגבלויות נפשיות באמצעות מדיניות "שילוב רפואת הנפש במסגרת הרפואה הראשונית", בהמשך להמלצת הארגון משנות התשעים לשילוב שירותי בריאות הנפש במערכות רפואה ורווחה.

השירות בקהילה²⁹ מקבעת את אי-ההתאמה בין היקף השירות לצורכי האוכלוסייה.³⁰ אפליה זו מנוגדת ללשון חוק טיפול, המורה במפורש לאשפוז את חולי הנפש בהתאם למצבם הרפואי, הן הנפשי והן הגופני, בהתאם לתנאים ולהסדרים הנהוגים במערכת הבריאות בישראל.³¹ פרשנות חוק טיפול בהשראת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, מחייבת שוויון וטיפול בחולי נפש בסביבה הפחות מגבילה בהתאמה למצבם – תמיד! ולא רק כאפשרות.²⁵

ועדת החקירה הממלכתית³² לתפקוד מערכת הבריאות איששה את עובדת הדרתם

29 איתן חבר, מרדכי שני, משה קוטלר, רב פסט, אבנר אליצור ויהודה ברוך "הרפורמה בבריאות הנפש – מאין ולאן" **רפואה** 144, 327 (2005). ראו גם יגאל גינת "חונק ומפלה: לרפורמה בבריאות הנפש התגנבו שיקולים זרים שעלולים לגרום נזק רב" **הארץ** online 10.12.2006. גינת התריע על הכוונה לסגור מרפאות ממשלתיות בקהילה עם החלת התיקון לחוק: "בימים אלה עומדת להגיע לשולחן הכנסת הצעת חוק ממשלתית בדבר רפורמה בבריאות הנפש, שמשמעותה העברת האחריות על האשפוז הפסיכיאטרי והשירות המרפאתי-קהילתי בחולים מאחריות משרד הבריאות לאחריות קופות החולים. זהו צעד הגיוני המקובל על רוב הנוגעים בדבר – הממשלה, קופות החולים, האיגודים המקצועיים של העובדים בבריאות הנפש וארגוני הצרכנים ובני משפחותיהם. ואולם, נראה כי לתוך חוק הכרחי "התגנבו" שיקולים זרים – העלולים להפוך אותו לרגרסיווי, חונק ומפלה... הצעת חוק הרפורמה מגלה כי היא רחוקה מלענות על הציפיות וייתכן שאף יוצרת עיוותים חדשים, ביניהם ההחלטה לסגור את התחנות הממשלתיות לבריאות הנפש, שהן הנושאות במרבית העול של מתן השירותים הקהילתיים – זאת, בטרם נוצר מנגנון שיבטיח את רצף השירותים על ידי הקופות".

30 יעקב מרגולין, משה אברמוביץ ואליעזר ויצטום "ייצוג חולי נפש בועדות פסיכיאטריות מחוזיות: המצוי והרצוי" **רפואה ומשפט** 32, 93, 96 (2005). לדעת ד"ר מרגולין (שכיהן שנים רבות כפסיכיאטר המחוזי לתל אביב) וחבריו, "ניתן כמובן להימנע מלכתחילה מהאשפוז הכפוי ומהצורך בייצוג החולים לו היו שירותים קהילתיים זמינים עבור חולי הנפש באופן שיאפשר טיפול נפשי יעיל אשר ייתר את הצורך באשפוז כפוי. בפועל המצב שונה: רבים מהחולים הזקוקים לאשפוז אינם יכולים לקבל טיפול בקהילה, ואילו השירותים הטיפוליים הקהילתיים לרוב אינם זמינים עבור אותם חולים שהיו יכולים להפיק ממנו תועלת". ראו גם ארמן-שטרן, לעיל ה"ש 10, בעמ' 297. ד"ר ציפורה ארמן-שטרן, משפטנית החוקרת בתחום האשפוז הפסיכיאטרי בכפייה, מציינת במפורש כי כדי למזער את הפגיעה בחירות הפרט מבלי לפגוע בטיפול שיינתן לחולי נפש נדרשת הרחבת הטיפול המרפאתי בקהילה.

31 ס' 35(ג) לחוק טיפול בחולי נפש: "חולה המאושפז בבית חולים זכאי לקבל טיפול בהתאם למצבו הרפואי, הן הנפשי והן הגופני, בהתאם לתנאים ולהסדרים הנהוגים במערכת הבריאות בישראל". זו גם לשון החוק הכללי חוק זכויות החולה, התשנ"ו-1996, ס"ח 327, ס' 3(א): "כל נזקק לטיפול רפואי זכאי לקבלו בהתאם לכל דין ובהתאם לתנאים ולהסדרים הנהוגים, מעת לעת, במערכת הבריאות בישראל". ראו גם ס' 4(א): "מטפל או מוסד רפואי לא יפלו בין מטופל למטופל מטעמע דת, גזע, מין, לאום, ארץ מוצא או מטעם אחר כיוצא באלה".

32 מרק וסיגל, לעיל ה"ש 13, בעמ' 44-48. דו"ח ועדת נתניהו – דו"ח ועדת החקירה הממלכתית לבדיקת תפקודה ויעילותה של מערכת הבריאות בישראל (1990) (להלן: דו"ח נתניהו) [הערה: דוח נתניהו מוזכר לעיל אך לא ברור אם לכך התכוון המחבר – לכן ערכתי את האיזכור המלא

של חולי הנפש ממערכת הבריאות והמליצה להחיל העדפה מתקנת כדי לקדם טיפול שוויוני³³ משולב³⁴ לכול במרכזי הרפואה.

אטען, כי הדרת חולי נפש משירותי הרפואה מקבעת סטיגמה וזוהתה על ידי ועדת החקירה הממלכתית כמקפחת וכפוגעת בטיפול³⁵ עד כדי הסבת נזק לחולי הנפש. נמצא כי לא רק ביזוי בעלמא לפנינו, אלא גם פגיעה "מוכחת" בזכות לשוויון ובכבוד האדם.³⁶ לכן חובתה של הרשות המבצעת להסדיר את שילוב השירות הפסיכיאטרי

כאן]. לראשות הוועדה מונתה שופטת בית המשפט העליון שושנה נתניהו. תפקידה של הוועדה היה לבדוק את תפקודה של כלל מערכת הבריאות, להפיק לקחים ולהגיש המלצות בדבר המדיניות הרצויה והשינויים הנדרשים במבנה מערכת הבריאות ותפקודה לעתיד. הועדה קבעה ש"המצב הנוכחי של ערפול חובות המבטחים ופיצול האחריות בין קופות החולים והמדינה, כשקו החלוקה ביניהן מטושטש, גורם נזק לקשישים ולחולי הנפש...לא המדינה צריכה לממן ולספק שירותי בריאות לפרט, ובכלל זה גם לא שירותים פסיכיאטרים או גריאטריים. נושאים אלה יש לכלול בשירותי הבריאות הציבוריים שעל הקופות לספק לחבריהן, במסגרת הקצאת הקפיטציה שלהן". ממצאי הוועדה איששו את עובדת הדרת חולי הנפש ממערכת הבריאות וחשפו את התוצאות הקשות של המצב הלקוי.

Sherry A. Glied & Richard G. Frank, *Shuffling Toward Parity – Bringing Mental Health Care under the Umbrella*, 359 THE NEW ENGLAND JOURNAL OF MEDICINE 113 (2008).³³

הכוונה החוזרת ב"שילוב" היא לאפשר חשיפה מוקדמת, איתור וטיפול מוקדם כבר ברמת הרפואה הראשונית. באופן זה יזכה חולה הנפש לטיפול רפואי כללי שוויוני ואיכותי ולאיתור מוקדם יותר של בעיותיו הנפשיות. לחלק גדול מהמטופלים ברפואה הראשונית מרכיב נפשי משמעותי. ראו: Benyamin Maoz, Stanley Rabinowitz, Mordechai Mark, Helen Antonovsky, Joseph Ribak & Moshe Kotler, *Physicians' Detection of Psychological Distress in Primary-Care Clinics*, 69 PSYCHOLOGICAL REPORTS 999 (1991)³⁴

Jonathan M. Meyer, *Strategies for the Long-term Treatment of Schizophrenia: real-world lessons from the CATIE trial*, 68 THE JOURNAL OF CLINICAL PSYCHIATRY, 28 (2007): "Patients with schizophrenia have a chronic illness necessitating a biopsychosocial model of care that addresses the multiple dimensions of the disease, including coordinated primary care. Mental health providers in the United States support integration of psychiatric and non-psychiatric medical care"³⁵

בג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הבטחון מט(4) 94, 132 (1995), דברי השופט דורנר: "תכלית חוק-היסוד היא להגן על האדם מפני השפלה. השפלתו של אדם פוגעת בכבודו. אין דרך סבירה לפרש את הזכות לכבוד, כאמור בחוק-היסוד, כך שהשפלתו של אדם לא תיחשב כפוגעת בזכות אכן, לא כל פגיעה בשוויון עולה כדי השפלה, ועל-כן לא כל פגיעה בשוויון פוגעת בזכות לכבוד... לא כך הדבר בסוגים מסוימים של הפליה לרעה על רקע קבוצתי, ובתוכם הפליה מחמת מין, כמו גם הפליה מחמת גזע. ביסודה של הפליה כזו עומד ייחוס למופלה של מעמד נחות, שהוא פועל יוצא ממהותו הנחותה כביכול. בכך טמונה, כמוכן, השפלה עמוקה לקורבן הפליה". בענייננו, כיום קבוצת חולי הנפש מודרת ממערכת הבריאות, מופלית לרעה, מושפלת, מבוזה, מקופחת ומסומנת באורח שלילי – עובדה הפוגעת בעליל בבריאות חבריה הערת

במרכזי הרפואה הכללית³⁷ באופן שיאפשר לחולי הנפש נגישות וזמינות לשירות רפואי נטול סטיגמה כמו שמתאפשר לכל חולה. בית המשפט, כמגן על זכויות יסוד, הנהח את הוועדה הפסיכיאטרית המחוזית ואת הפסיכיאטר המחוזי שלא יחרגו מסמכותם ויפעלו אך ורק בגבולות החוק.³⁸ כמו כן בשל דחיית יישום המלצותיה של ועדת החקירה הממלכתית מזה שני עשורים, מן הראוי שבית המשפט יחייב את הרשות המבצעת לסיים את תהליך הסדרתם של שיטה ומבנה שירות שוויוניים גם לחולי הנפש. עוד אטען, שגם תורת המשפט הטיפולי, אשר אינה דוחה ערכים אחרים (כגון שוויון וחירות) מפני קידום בריאות ורואה טיפול בכפייה כ"אנטי-טיפולי", מכוונת להעדפה מתקנת לחולי נפש עד להשלמת תשתית טיפול בקהילה בהתאם לצורכי החולים על בסיס של שוויון בנגישות ובזמינות לשירותי הבריאות.³⁹ עוד אטען, כי משהוכח כי הדרה מהחברה היא אנטי-טיפולית (בין בטיפול בהסכמה⁴⁰ בין בכפייה בין במודל רפואי בין

המחבר).

³⁷ בג"ץ 7081/93 **בוצר נ' מועצה מקומית "מכבים-רעות**, פ"ד נ(1) 19 (1996). פסק הדין עוסק בנער נכה המרותק לכיסא גלגלים, שקבל על כך שביישובו קיימים מבנים ציבוריים אשר אינם מותאמים לגישת נכים. פסק הדין מגבש את העקרונות להתמודדות בסוגיה: "התכלית המונחת ביסוד החקיקה... היא המטרות, הערכים, המדיניות, האינטרסים, הפונקציה החברתית והשאיפות אשר החקיקה נועדה להגשים. התכלית היא מושג נורמטיבי. היא מורכבת מתכלית הסובייקטיבית של החקיקה ומתכלית האובייקטיבית. התכלית הסובייקטיבית היא התכלית שעמדה לנגד עיני המחוקק בעת חקיקת החוק. זוהי "כוונת המחוקק". היא משקפת נתון היסטורי-פסיכולוגי. התכלית האובייקטיבית היא התכלית שהחקיקה נועדה להגשים בחברה דמוקרטית. זו "מטרת החקיקה"...תכליתו (הסובייקטיבית והאובייקטיבית) של פרק ה1 בחוק תכנון ובניה והתוספת השניה לתקנות, הקובעים סידורים מיוחדים לנכים, נלמדת מהגיונם של דברים, מסוג ההסדר, ומהערכים החוקתיים. במרכזם של ערכים אלה עומד **כבודו של הנכה כאדם והשוויון בינו לבין שאר בני האדם...** ניתן לקבוע כי תכלית החקיקה היא לאפשר את שילובו של הנכה בחברה" (ההדגשות אינן במקור – מ'מ').

³⁸ ע"ש (י-ם) 81/92 **פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה** פ"מ תשנ"ג (3) 221, 225–230 (1993) (להלן: פרשת **פלונית**), השופט טל: "המודל המשפטי הוא, שכל אדם יהיה בן-חורין...הרשות הרפואית כפופה לחוק ועליה להפעיל את שיקול-דעתה על פי המודל הרפואי בתוך מסגרת נוקשה ומגבילה שנקבעה על ידי המחוקק".

³⁹ מיכל אלברשטין **תורת הגישור** 37 (2007): "גישה בינתחומית המבוססת על ההנחה כי המשפט הוא כוח חברתי שיש לו השפעה בלתי נמנעת על הבריאות הנפשית והתפקוד הפסיכולוגי של אלה שעליהם הוא חל. תורת משפט טיפולית מציעה כי השלכות שליליות וחייבות אלה יילמדו תוך שימוש בכלים של מדעי ההתנהגות, ושיחיד עם שיקולים של צדק ועם ערכים נורמטיביים רלוונטיים אחרים, המשפט יעבור רפורמות שימזערו תוצאות אנטי-טיפוליות..."

⁴⁰ טוב, לעיל ה"ש 7, בעמ' 132–133: "שהחוק כמכשיר חברתי השואף לקדם הבריאות הנפשית צריך להימנע, עד כמה שניתן, מאכיפת צעדים שתוצאתם הנה בלתי טיפולית, זאת תוך שמירה על מטרות נוספות אותם נועד החוק לקדם, לטובת רווחתו של הפרט ובריאותו".

במודל משפטי, גם פסיכיאטרים החשים ב"מלכוד" ⁴¹ וב"חוסר-אונים" ⁴² בגין כפל תפקידים (רפואי ושיפוטי) ⁴³ ולכן מעדיפים מודל משפטי ⁴⁴ על מודל רפואי ⁴⁵ – עשויים לגלות במבט מבעד לעדשה של תורת משפט טיפול ⁴⁶ כי מודל רפואי מבוקר מבחינה משפטית (או "מודל משפטי בדלת האחורית", המשמר את עיקרי המודל הרפואי מבחינת קבלת ההחלטה על תחילת טיפול) הוא – בכפיפות לרפורמה מתאימה בשרותי בריאות הנפש ⁴⁷ – שילוב ראוי ⁴⁸ של רפואה ומשפט, המקדם בריאות וחירות.

41 יעל אפרתי "צו אשפוז" 7 **זמן הרפואה** 26, 28 (2002): "...הפסיכיאטר, הנתון במין מלכודת שקשה להיחלץ ממנה; כשהוא מחליט על אשפוז כפוי, הוא מסביר, יהיה תמיד משיטען שהוא ניצל לרעה את הכוח שהופקד בידי, לעומת זאת, אם החליט שלא לאשפז, עלולה החברה לטעון...שהחלטתו שגויה ושיש להרחיק את החולה ולאשפוזו".

42 יובל מלמד ויעל דליהו "יום עיון: משפט ופסיכיאטריה – מלחמה קרה או דו קיום" **רפואה ומשפט** 24, 84 (2001).

43 Zvi Zemishlany & Yuval Melamed, *The impossible Dialogue between Psychiatry and Judicial System: A Language Problem*, 43 *ISR. J PSYCHIATRY RELAT. SCI.* 150, 150 (2006): "Each discipline has its own concerns with regard to the psychiatric patient, and there is a significant language gap between the two disciplines... The two systems can be complementary only if both sides make a serious effort to communicate".

44 ראו "פורום בבחינת הצעות לשינויים בחוק לטיפול בחולי נפש ודברי חקיקה נלווים" **מרכז בינלאומי משפט ואתיקה** (פרוטוקול דיון מ-23.1.2007), דבריו של יובל מלמד: "איגוד הפסיכיאטריה ניסה במשך שש שנים לשנות את החוק לטיפול בחולי נפש, ונקבע בהצעתו כי נושא האשפוז הכפוי יימסר לבית המשפט ומשך הטיפול והשחרור יהיו בידי הרופאים...צמצום של ההחלטות הרפואיות (יש הקוראים לזה ה'פטרנליזם רפואי') בכל הנוגע לאשפוז כפוי ותהיה העברה של נושא האשפוז הכפוי אל גורם משפטי". מופיע בכתובת medlaw.haifa.ac.il/hindex.htm

45 צבי זמישלני "אשפוז וטיפול פסיכיאטרי כפוי: בין רפואה ומשפט" **הרפואה** 146 חוברת ח 602 (2007).

46 תפיסת יסוד של תורת משפט טיפולית היא, "שהחוק כמכשיר חברתי השואף לקדם הבריאות הנפשית צריך להימנע, עד כמה שניתן, מאכיפת צעדים שתוצאתם הנה בלתי טיפולית, זאת תוך שמירה על מטרות נוספות אותם נועד החוק ולקדם" (טויב, לעיל ה"ש 7, בעמ' 132–133).

47 תחת הכותרת "רפורמה בבריאות הנפש" מדובר בעצם בארבע רפורמות:
א. "רפורמה משפטית", הקפדה על יישום חוק טיפול בהתאמה לתכליתו בהשראת חוק יסוד כבוד האדם וחירותו.

ב. "רפורמה שיקומית", הקפדה על יישום חוק שיקום נכי נפש בקהילה התשס"ה בהתאמה גם למטופלים בכפייה. "רפורמה מבנית", שמשמעותה ברמת משרד הבריאות היא הפסקת פעילות המשרד בשני כובעים (קובע מדיניות ובו בזמן ספק שירות) וברמת השדה – שילוב מבני של השירות הפסיכיאטרי במרכזי הרפואה לרמותיהם השונות.

ג. "רפורמה ביטוחית" – העברת האחיות על שירותי בריאות הנפש לקופות החולים.
פרשת **וילנצ'יק**, לעיל ה"ש 6, בעמ' 707–708: "חולה הנפש... זכותו היא כזכותו של כל האדם.

2. על חירות וכפייה

לדעת ג'ון סטיוארט מיל, "המטרה היחידה, אשר למענה אפשר להפעיל כוח בצדק כלפי כל חבר בקהילה מתורבתת בניגוד לרצונו היא, כדי למנוע נזק לאחרים...אי אפשר לכפות עליו בצדק עשייה או הימנעות מעשייה, מפני שיותר טוב יהיה בשבילו כך לעשות".⁴⁹ הפילוסוף ישעיהו ברלין סבר, שגם מיל יסכים כי "אין חירות ללא חיים, מכאן שנכון למנוע בכוח אדם מחציית גשר, שאין פנאי להזהירו כי הוא עומד להתמוטט".⁵⁰ מהבהרתו של ברלין אלמד בהיקש, שנכון למנוע מחולה פסיכיאטרי להזיק לעצמו באופן העלול לסכן חיים כאשר "אין פנאי להזהירו", ובלבד שאני יודע, או צודק בהניחי, שאין הלה מתכוון להזיק לעצמו מרצונו. לכן אין בכך משום סתירה לגישתו של ג'ון מיל, שאין "לכפות עליו בצדק עשייה או הימנעות מעשייה, מפני שיותר טוב יהיה בשבילו". לא בפטרוניות רפואית דורסנית עסקינן, "מפני שלדעת אחרים יהיה זה חכם", אלא במניעת נזק לאדם – שאינו קומפסנטי (או אינו בן חורין) לקבל החלטות – שלא מרצונו.⁵¹ ברלין מחדד את ההבדל בין כפייה על אדם לעשות

כבודו שלו הוא ככבודו של כל אדם אחר. פגיעה בחירותו כמוה כפגיעה בחירותו של כל אדם אחר. אדם אינו מאבד את זכותו לכבוד ולחירות אם הוא חולה נפש. אשפוז כפוי פוגע בחירות; אשפוז כפוי פוגע בדימוי העצמי; בחברתנו הוא מטיל סטיגמה בחולה... מן העבר השני, קיים הרצון לטפל בחולה ובנוקס. חולה הנפש אינו יכול להגן על עצמו. לעתים קרובות הוא מתקשה להביע את עצמו. החברה צריכה להגן עליו ולטפל בו. אשפוז כפוי הוא מכשיר חשוב לטיפול בחולה הנפש. בצד שני אלה עומד שיקול שלישי, והוא השיקול של שלום הציבור... ואין לכפות טיפול אם ניתן להשיגו ללא כפייה. תמיד יש לנקוט את האמצעי המגשים את המטרה הראויה, ושפגיעתו בחולה הנפש היא הקטנה ביותר".

⁴⁹ ג'ון סטיוארט מיל **על החירות** 53–54 (2006): "המטרה היחידה, אשר למענה אפשר להפעיל כוח בצדק כלפי כל חבר בקהילה מתורבתת בניגוד לרצונו היא, כדי למנוע נזק לאחרים...אי אפשר לכפות עליו בצדק עשייה או הימנעות מעשייה, מפני שיותר טוב יהיה בשבילו כך לעשות, מפני שלדעת אחרים יהיה זה חכם, או אף צודק, לנהוג כך. אלה הם נימוקים טובים לנזוף בו, לדון איתו בהיגיון, לשכנעו, להפציר בו, אבל לא להכריחו".

⁵⁰ ישעיהו ברלין "שני מושגים של חירות" **ארבע מסות על חירות** 199 (1969): "החינוך אומר פיכטה, חייב לפעול באורה בלתי נמנע בדרך ש"אתה תבין אחר כך את הסיבות"...אפילו מיל נכון לומר, שאני עשוי למנוע בכוח אדם מחציית גשר, שעה שאין פנאי להזהירו כי הוא עומד להתמוטט שכן אני יודע, או צודק בהניחי, שאין הלה רוצה ליפול המימה".

⁵¹ Loretta Kopelman, *On Distinguishing Justifiable from Unjustifiable Paternalism*, "Paternalism is .6(2) AMERICAN MEDICAL ASSOCIATION JOURNAL OF ETHICS (2004): justifiable if someone lacks the capacity to look after his or her interests. Some form of protection is justified or even obligatory when people cannot make decisions for themselves, suffer incapacitating illnesses, show involuntary self-destructive behavior, or make choices so inappropriate to their own established life goals that

לטובתו, שזו פעולה אסורה, ובין כפייה על אדם שלא יזיק לעצמו ויסכן את חייו, שהיא פעולה מתבקשת משום שאין חירות בלא חיים. הבהרתו של ברלין נחוצה רק כדי להסיר ספק, מכיוון שמיל עצמו טרח להדגיש כי איסור הכפייה אינו חל על "הוזה" – לענייננו, חולה נפש במצב פסיכיאטרי הנדרש לכן שאחרים ידאגו לו. "דוקטרינה זו נועדה לחול רק על בני אנוש שיש להם כישורים של בגרות", ולא – "...במצב הדורש שאחרים ידאגו להם"⁵², אם "הוא ילד או הוזה"⁵³. אף על פי כן ליברטיאנים רבים מצטטים את מיל, האומר ש"אי-אפשר לכפות"⁵⁴, כמתנגד לאשפוז פסיכיאטרי בכפייה בלא להתייחס לסייג המפורש של מיל לגבי ילדים או הוזהים.⁵⁵

בחוק טיפול המחוקק הישראלי מקפיד להבהיר, כי במרחב שבין "אין להכריחו" ל"נכון למנוע בכוח" מדובר בטיפול למניעת נזק ממשי בגין מחלת נפש, הפוגמת במידה ניכרת בכושר השיפוט ובביקורת המציאות. נציין, ש"המחוקק לא מצא לנכון

we doubt their autonomy. Interference seems justified in the presence of people's nonautonomous, self-destructive behavior or when they resort to acts that are irrational, unreasonable, and uncharacteristic. Thus, paternalism (some prefer the less sexist word "parentalism") is sometimes a duty in medicine, and clinicians have to decide when they should act like good parents and help people who cannot look out for themselves" .out מופיע בכתובת -medu1-2004/02/0402.html

52 מיל, לעיל ה"ש 49, בעמ' 54: "כמעט אין צורך לומר אולי כי דוקטרינה זו נועדה לחול רק...אין אנו מדברים על ילדים, או על אנשים צעירים שגילם נמוך מן הגיל שאותו החוק יכול לקבוע כגיל הבגרות...על אלה שעדיין נמצאים במצב הדורש שאחרים ידאגו להם יש להגן מפני מעשיהם שלהם כמו גם מפני פגיעה חיצונית".

53 שם, בעמ' 182: "שום אדם מלבד האדם עצמו אינו יכול להעריך ולשפוט אם מה שמניע אותו ליטול סיכון הוא אכן מספיק; כך שבמקרה זה אפשר (אלא אם כן הוא ילד או הוזה, או במצב כלשהוא של ריגוש או ריכוז שאינו מאפשר לו שימוש מלא בכושר החשיבה), לדעתי רק להזהיר את האדם מפני הסכנה, אבל לא למנוע ממנו בכוח לחשוף עצמו לה".

54 ליברטיאנים דוגלים בעיקרון הבסיסי, שלפיו כל היחסים האנושיים צריכים להתבסס על רצונם החופשי של בני האדם. הפעלת כוח פסי נגד האדם או רכושו היא הפרה של העיקרון האמור. לענייננו, כאשר עוסקים בליברטיאניסם ובחירות, נדרשים למושג החירות מנקודת מבט של **חירות שלילית**, הבוחנת באיזו מידה מעטות הן המגבלות המוטלות על האדם על ידי הרשויות, להבדיל מנקודת מבט של **חירות חיובית**, הבוחנת את החירות על סמך השאלה, מה האדם יכול לעשות. (ראו דיון במאמרו של ברלין, לעיל ה"ש 50).

55 J. Monahan, *John Stuart Mill on the liberty of the mentally ill: a historical note*, 134 Am. J. PSYCHIATRY 1428-1429 (1977): "the quote from Mill's On Liberty that is often cited by libertarians in opposition to involuntary commitment of the mentally ill... has been taken out of context; other statements in the document indicate that Mill excluded from his libertarian credo those "without the ordinary amount of understanding" i.e., those people who would now be considered mentally ill"

להגדיר את המונח מחלת נפש...⁵⁶ עם זאת, הפסיקה הבהירה שאשפוז בכפייה של חולה נפש "בניגוד לרצונו" מתאפשר אך ורק במצבים שבהם מדובר במחלת נפש בדרגת פסיכוזה.⁵⁷ במצבים כגון אלה המחלה פגעה ביכולת הקוגניטיבית בתפקוד הרגשי⁵¹ וביכולת הבחירה ובהבעת רצון חופשי! לא מדובר בכפיית טיפול של חולה המבטא רצון חופשי, אלא בחולה במצב פסיכוטי בחומרה, שסביר כי הוא פועל "בהיעדר הרציה"⁵⁸ או באי-יכולת לבחור – מצב העולה בקנה אחד עם הנחת היסוד של ברלין "אני יודע, או צודק בהניחי, שאין הלה רוצה ליפול".⁵⁹ נראה, שהתבוננות ביישום חוק טיפול בהשראת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, עולה בקנה אחד עם גישתו של מיל, ובכלל זה הסייג לגבי המצויים "במצב הדורש שאחרים ידאגו להם".⁶⁰ הפסיקה מחייבת אותנו לוודא, כי גם במצבים שבהם אפשר לכפות טיפול יש לעשות זאת בסביבה הפחות מגבילה, תמיד!⁶¹ יתר על כן: על פי התיקון החמישי לחוק הטיפול החדש, יש להקפיד על זכות השימוע והטיעון של החולה באמצעות עורך דין.⁶² הייצוג ממומן על ידי המדינה (בלא מבחני הכנסה) לכל חולה המבקש להיעזר בשירותיו של עורך דין.⁶³ הביקורת על הפעלת החוק החדש במודל רפואי מקבלת

⁵⁶ רע"פ 2111/93 אבנרי נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(5) 133, 141–142 (1994): "מתן הגדרה מדויקת למונח "מחלת נפש" הינו משימה קשה, כמעט בלתי אפשרית. גם מדע הפסיכיאטריה עצמו מתקשה לתת הגדרות".

⁵⁷ ע"פ 187/61 פנו נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד טז 1105 (1962); שמעון אגרנט "התפתחויות במשפט הפלילי" עיוני משפט יא 33 (1986); אמנון כרמי רפואה ומשפט 73 (1971).

⁵⁸ ע"פ 118/53 מנדלברוט נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד י 281 (1956).

⁵⁹ ראו לעיל ה"ש 52.

⁶⁰ ס' 9(ב) ותנאי ס' 7(2)(ב) לחוק טיפול בחולי נפש: "יכולתו לדאוג לצרכיו הבסיסיים פגומה בצורה קשה".

⁶¹ פרשת וילנצ'יק, לעיל ה"ש 6, בעמ' 708: "אין לכפות טיפול אם ניתן להשיגו ללא כפייה. תמיד יש לנקוט את האמצעי המגשים את המטרה הראויה, ושפגיעתו בחולה הנפש היא הקטנה ביותר".

⁶² Brian G. McKenna, Alexander I.F. Simpson & John H. Coverdale, *What is the role of procedural justice in civil commitment?* 34(4) AUSTRALIAN & NEW ZEALAND JOURNAL OF PSYCHIATRY 671, 676 (2000): "Procedural justice principles should be routinely applied throughout the processes of civil commitment in order to enhance longer term therapeutic outcomes and to blunt paternalism".

⁶³ ס' 29א לחוק טיפול בחולי נפש:

"זכות ייצוג: (א) בדיון בפני ועדה פסיכיאטרית ובדיון בערעור על החלטותיה רשאי החולה להיות מיוצג על ידי עורך דין. (ב) היה החולה מאושפז על פי הוראת אשפוז או נמצא בטיפול מרפאתי על פי הוראה לטיפול מרפאתי, זכאי הוא להיות מיוצג בדיון כאמור בסעיף קטן (א) על ידי עורך דין שנתמנה לתת שירות משפטי לפי הוראות חוק הסיוע המשפטי,

מענה באמצעות עורך דין, המייצג את החולה בדיון על האשפוז בכפייה בפני חברי הוועדה הפסיכיאטרית המחוזית – טריבונל משפטי מעין בית משפט. נראה, שלעניין סכנת הפטרונות במהלך האשפוז הכפוי, משיושם התיקון החמישי שודרגה הפעלת החוק ממודל רפואי ל"כמעט" מודל משפטי או למעין "מודל משפטי בדלת האחורית". בישראל, בעידן שלאחר המהפכה החוקתית, המחוקק נתן מענה לביקורתו של הפילוסוף מישל פוקו, המוחה על כך כי בעידן התבונה⁶⁴ מתקיימת "צורה אחרת של שיגעון" שלפיה החברה אוטמת את לבה מלהקשיב לחולי הנפש. לעת הזו, כדי לאפשר כפיית טיפול על חולה נפש, חובה על פי דין לקיים עמו דיאלוג. שוב אין מדובר במצב של אטימות לחולה ולצרכיו כמו "מתים זה לגבי זה". עם זאת יש לזכור, שלא תמיד הנחת היסוד "סביר להניח שלאחר מתן הטיפול הרפואי ייתן המטופל את הסכמתו למפרע"⁶⁵, מתקיימת ולא תמיד הטיפול הוא לרצונו של החולה אף לאחר שהחלים ומסוגל לבטא את רצונו. ברלין עוסק בשני מושגי חירות – חיובית ושליטת.⁶⁶ בקליפת אגוז: "חירות חיובית" משמעה רעיון ההכון העצמי או השליטה

התשל"ב-1972. (ג) היה החולה מאושפז או נמצא בטיפול מרפאתי על פי צו משפט, זכאי הוא להיות מיוצג בדיונים כאמור בסעיף קטן (א), על ידי סנגור ציבורי שמונה לפי הוראות חוק הסנגוריה הציבורית, התשנ"ו-1995..."

פוקו, לעיל ה"ש 1, פתח דבר בעמ' 7: "טרם נכתבה ההיסטוריה של אותה צורה אחרת של שיגעון, שמכוחה בני-אדם כולאים את חבריהם, במעשה של תבונה ריבונית, ובאים בשיג ושיח זה עם זה ומזהים איש את רעהו באמצעות הלשון חסרת החנינה של אי-השיגעון... בחינת הדברים שמעתי הם חיצוניים זה לזה. אטומים לכל חליפת-דברים, וכמו מתים זה לגבי זה".

ס' 15 לחוק זכויות החולה, לעיל ה"ש 30:

טיפול רפואי ללא הסכמה. על אף הוראות סעיף 13 – (1) מטפל רשאי לתת טיפול רפואי שאינו מנוי בתוספת, גם ללא הסכמתו מדעת של המטופל אם נתקיימו כל אלה: (א) מצבו הגופני או הנפשי של המטופל אינו מאפשר קבלת הסכמתו מדעת; (ב) לא ידוע למטפל כי המטופל או אפוטרופו פסו מתנגד לקבלת הטיפול הרפואי; (ג) אין אפשרות לקבל את הסכמת בא כוחו אם מונה בא כוח מטעמו לפי סעיף 16, או אין אפשרות לקבל את הסכמת אפוטרופו או המטופל הוא קטין או פסול דין. (2) בנסיבות שבהן נשקפת למטופל סכנה חמורה והוא מתנגד לטיפול רפואי, שיש לתיתו בנסיבות העניין בהקדם, רשאי מטפל לתת את הטיפול הרפואי אף בניגוד לרצון המטופל אם ועדת האתיקה, לאחר ששמעה את המטופל, אישרה את מתן הטיפול ובלבד ששוכנעה כי נתקיימו כל אלה: (א) נמסר למטופל מידע כנדרש לקבלת הסכמה מדעת; (ב) צפוי שהטיפול הרפואי ישפר במידה ניכרת את מצבו הרפואי של המטופל; (ג) קיים יסוד סביר להניח שלאחר מתן הטיפול הרפואי ייתן המטופל את הסכמתו למפרע.

ברלין, לעיל ה"ש 50, בעמ' 182–185: "המשמע החיובי של המילה 'חירות' נובע ממשאלתו של היחיד להיות אדון לעצמו... להיות מונע על ידי שיקולים, על ידי תכליות מודעות, שהם משלי... עושה מחליט, לא מי שמחליטים בשבילו, מכון עצמי ולא מופעל על ידי הטבע החיצון או על ידי בני אדם אחרים... ללא יכולת לעצב מטרות ומדיניות משלי ולהוציאן לפועל".

העצמית, ההופכים אדם ליצור תבוני המסוגל לגבש אוטונומיה ולבטא רצון במשמעות של בחירה חופשית – "אני רוצה כך ולא אחרת". לעומת זאת, ההיבט הפסיכי של החירות – האיסור לשלול מאדם מלעשות כרצונו כל עוד אינו פוגע בזולת – מומשג כ"חירות שלילית". החולה המאושפז בכפייה נגד רצונו חירותו אךן נפגעת מבחינת חירות שלילית. מנגד, חירותו החיובית, משאין ביכולתו להביע רצון, ספק אם נפגעת בגין הטיפול בכפייה או שמא משוקמת. כפיית טיפול לשיקום החירות מתבקשת מאחר שבמחלת נפש בעוצמה של פסיכוזה אנו עדים לקריסת תפקודי מוח – לפגיעה בתפקודי "אני" ובכללם הזהות⁶⁷ והיכולת לחוות ולבטא אוטונומיה, בחירה חופשית ורצון. דוגמה לכך אפשר לראות במצבי אוטיסם קשה המלווים בניכור ובאמביוולנטיות שאינה מאפשרת לבחור ולהביע רצון, עד שספק אם כשהחירות במובנה החיובי קרסה, עדיין לפנינו כפייה של ממש המופעלת כנגד רצון חופשי. במצבים כגון אלה הטיפול בכפייה מעמיד לפנינו יותר מדילמה מורכבת משולשת – לפנינו קונפליקט לא רק בין החולה לשלום החברה בין זכות לחירות ובין טיפול, אלא גם בין מידת הנוכחות בעת ובעונה אחת של שני מצבי החירות, ולעתים גם שני היבטים, של כבוד אדם אשר לכאורה מתנגשים אלו באלו. מצד אחד, החובה לשמירה על כבודו של האדם המתבזה בנסיבות מחלתו לטפל ולשקם תפקודי מוח בסיסיים כדי שישמור על כבודו, כמו גם שישמור על חירותו; וגם לאפשר לו לגבש ולבטא פעילות קוגניטיבית יכולת בחירה והבעת רצון שמשמעותן חירות ויכולת לכבד ולהיות מכובד. מצד אחר, על אף שהחולה אינו מודע למצבו פסיכוזה חריפה מתאפינת בדינמיות, והספק של כפייה אסורה קיים עקב התנודות של המחלה. אנמק: במצב של היעדר קומוניקציה קשה לשלול שמא בכל זאת החולה מתנגד לטיפול בידועין, וגישת ה"כפייה לכאורה" פוגעת בחירותו; או שהכפייה היא באמת רק לכאורה ולכן מותרת, ואף הכרחית, מכיוון שהחולה בחזקת "בלא יודעין" ואין לפנינו אני אוטונומי הבוחר מרצון חופשי לסרב לטיפול. לכן משמדובר בחשש לפגיעה בזכות יסוד, ראוי לוודא כי כל טיפול בכפייה מתבצע בסביבה הפחות מגבילה בהתאם למצבו של החולה, מפאת הפגיעה בכבוד האדם ובחירותו.⁶⁸

כאשר אנו נדרשים לשני המושגים של חירות – שלילית וחיובית⁶⁹ – האיזון בין

⁶⁷ בנדיקט קאריי מסע אל מעמקי הזהות 16.8.2009 www.haaretz.co.il/hasite/pages/ShArt.jhtml "הפסיכיאטר הצרפתי ז'אן מארי ז'וסף קפגראס תיאר ב-1923 מטופלת שפקדה מחשבות שוא לגבי זהות מזויפת של אני או הזולת (ראתה בכל מי שנמצא בסביבתה כפיל) – תולדה של מצב פסיכוטי קשה של סכיזופרניה." תוארו מצבים כאלה גם בשיטיון וגם במצבים של נזק מוחי נרחב לאחר תאונה לעתים, עד כדי כך שהחולה אינו יודע את זהותו שלו (הערת המחבר)

⁶⁸ בש"פ 92/00 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(4) 240 (2000).

⁶⁹ ברלין, לעיל ה"ש 67, וה"ש 50.

האינטרסים המתנגשים בסוגיית הטיפול בכפייה מורכב אף יותר משעולה לכאורה מדילמה משולשת, כמתואר בפסיקה.⁷⁰ משכן, אי-אפשר להפחית במידת הזהירות בבואנו להשיב את חירותו של האדם בניגוד לרצונו, כפי שחובת הזהירות גם מודגשת על ידי ישעיהו ברלין, המציין יחד עם הבהרתו את המשמע ה"חיובי" של חירות "כרצונו של היחיד להיות אדון לעצמו...מכשיר של פעולותיו הרצוניות", כי הוא חושש מסכנה לחופש, בעילה של חתירה לחופש: "לאמיתו של דבר, דמוקרטיה עלולה לשלול מן האזרח-פרט חירויות רבות... כדי לרומם אל מישור 'גבוה יותר' של 'חופש'.⁷¹

עיקר העיקרים, לפנינו התמודדות עם דילמה מורכבת יותר ממשולשת (שמא ראוי לכנותה מבחינה הנדסית "דילמה רב-ממדית", או לפחות להמשיגה כדילמה פירמידלית משולשת במושגי הנדסת המרחב ולא רק דילמה משולשת ברמה של הנדסת המישור), בין כפייה מותרת,⁷² או אף מחויבת, לצורך מימוש הזכות לטיפול משקם חירות ולכבוד האדם, ובין כפייה אסורה מאותו ערך של כבוד האדם וחירותו. נוסף על מורכבות הדילמה בגין ניגוד העניינים המתחולל בנפש החולה פנימה, עלינו לתת משקל גם לחובתו ולרצונו של הציבור לטפל (אין להפחית במשקל "רצונה" של החברה לטפל או מה שקרוי "האינטרס הציבורי" לטפל, בכחינת "לא תעמוד על דם רעך"; או כפי שמקובל בתרבויות מתוקנות – "חובת השומרונות הטובה"), ואת העולה מאיזון ערכים אלה – להעמיד בצד המחויבות לשלום הציבור.

3. הרקע להתפתחות תורת המשפט הטיפולי – Therapeutic Jurisprudence

⁷⁰ פרשת וילנצ'יק, לעיל ה"ש 6, בעמ' 707: "חולה הנפש מעמיד את המשפט והחברה בפני דילמות קשות. מן העבר האחד ניצב חולה הנפש. זכותו היא זכותו של כל האדם. כבודו שלו הוא כבודו של כל אדם אחר. פגיעה בחירותו כמוה כפגיעה בחירותו של כל אדם אחר. אדם אינו מאבד את זכותו לכבוד ולחירות אם הוא חולה נפש. אשפוז כפוי פוגע בחירות; אשפוז כפוי פוגע בדימוי העצמי; בחברתנו הוא מטיל סטיגמה בחולה... מן העבר השני, קיים הרצון לטפל בחולה ובנזקק. חולה הנפש אינו יכול להגן על עצמו. לעתים קרובות הוא מתקשה להביע את עצמו. החברה צריכה להגן עליו ולטפל בו. אשפוז כפוי הוא מכשיר חשוב לטיפול בחולה הנפש. בצד שני אלה עומד שיקול שלישי, והוא השיקול של שלום הציבור. חברה צריכה להגן על עצמה בפני נזקים שחולה הנפש עלול לגרום". לפנינו, בלשונו של השופט ברק, דילמה מורכבת משולשת (התייחסות לדילמה בהיבט של חירות שלילית, השוללת כפייה, מול חירות חיובית מרוסקת המחייבת טיפול משמר חירות, מעצימה את הדילמה המשולשת (הערת המחבר).

⁷¹ ברלין, לעיל ה"ש 50, 183–184: "הצדקת כפייה על בני אדם כלשהם על ידי זולתם, כדי לרומםם אל מישור 'גבוה יותר' של חופש כבר צוינה לא אחת".

⁷² או שמא בהעדר גבולות אני ובהעדר רצייה לפנינו "כפייה לכאורה" מראית עין של כפייה ולא כפייה (הערת המחבר).

המשפט הוא מערכת כללים להסדרת התנהגות המאפשרת יציבות בחברה. עם זאת, המשפט הוא דינמי, וכלליו משתנים בהתאם לניסיון המצטבר ולהשפעת הכוחות החברתיים. בעקבות מלחמות העולם התפתחה במדינות רבות מגמה לשמירת זכויות אדם, שגובתה ברפורמות ליברליות בחקיקה. במחצית השנייה של המאה הקודמת התפתחו גם טכנולוגיות פסיכו-פרמקולוגיות, שאפשרו את שחרורם של רבים מחולי הנפש ממוסדות לטיפול בקהילה.⁷³ חירויות היסוד הוכרו בהכרזת זכויות האדם האונברסלית של האו"ם בשנת 1948.⁷⁴ בשנת 1950 פורסמה האמנה האירופאית בדבר זכויות הפרט וחירויות היסוד.⁷⁵ אמנות אלו קבעו, שאין לשלול חירותו של אדם באורח שרירותי; וגם כשנשללת חירות על פי חוק, יש לאפשר זכות לערעור בפני פורום שיפוטי על החלטה השוללת חירות. 40 שנים לאחר מכן, בשנת 1991, קיבלה העצרת הכללית של האומות המאוחדות החלטה בדבר הגנה על חולי נפש ואחריותן של המדינות לקידום בריאות חולי הנפש ושמירה על זכויות אדם של הסובלים מהפרעות נפשיות.⁷⁶ ביקורת ציבורית ואקדמית שנמתחה בישראל על הטיפול בכפייה בחולי נפש במודל רפואי, המדגיש את הטיפול יותר מאשר את הזכות לחירות, תביעות נזיקין בגין אשפוז בכפייה שנידונו בבית המשפט העליון⁷⁷ והצעה להעביר את האחריות לטיפול בכפייה לבית המשפט⁷⁸ – הביאו לחקיקת החוק החדש לטיפול בחולי נפש. במהלך 20 השנים האחרונות, על אף ההסדר החדש, עלה מעת לעת בציבור ובין אנשי המקצוע חשש מפטרונות רפואית דורסנית ומפגיעה פסיכיאטרית בזכויות אדם

73 Davis J. M, *Antipsychotic Drugs*, in COMPREHENSIVE TEXTBOOK OF PSYCHIATRY 2257 (Harlod Kaplan, Alfred Fridman & Benjamin Sadock, 3rd ed., 1980): "The therapeutic revolution initiated by Chlorpromazine went far beyond the mere pharmacological effects of the drug. Today, schizophrenic patient who become ill can often be treated effectively by antipsychotic medication without hospitalization"; וראו גם חנן מוניץ "הטיפולים הביולוגיים בפסיכיאטריה" **פרקים נבחרים בפסיכיאטריה** 607 (חנן מוניץ עורך, מהדורה רביעית, 2003): "תרופות אלו שינו את פניה של הפסיכיאטריה; הן אפשרו טיפול הומאני יותר בחולים, אפשרו לשחרר חולים מבתי החולים אל הקהילה".

74 Universal Declaration of Human Rights, adapted and proclaimed by UN General Assembly Resolution 217 A(III) of December 10, 1948.

75 The Convention for The Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Rome, 4.XI.1950 signed at TS 71 (1953), Cmd 8969, ETS-5.

76 כרמי, לעיל ה"ש 57, בעמ' 54 – תרגום החלטה 46/119 של האסיפה הכללית של האו"ם מ-17.12.91.

77 פרשת **ירמלוביץ**, לעיל ה"ש 17. ראו גם פרשת **כרמלי**, לעיל ה"ש 17.

78 רות יפה ודן יקיר "אשפוז כפוי אזרחי של חולי נפש" (תזכיר של האגודה לזכויות האזרח, 1986). מוזכר במאמרם של אבירם, אדמון, אייזנשטדט וקנטר, לעיל ה"ש 9.

של חולי הנפש,⁷⁹ עד כדי שפסיכיאטרים רבים ביקשו, ומבקשים, להסיר מהם את האחריות לטיפול בכפייה בחולי נפש ומציעים לשנות את ההסדר המשפטי לטיפול בכפייה ממודל רפואי למודל משפטי.⁸⁰ פסיכיאטרים רבים חוששים, שהצימוד של פסיכיאטריה וכפייה מזיק למעמד המקצועי ומפריע לעשייה הטיפולית; שכן הפסיכיאטר "נאלץ לבצע תפקיד של רשות אחרת, משפטית, שכבר מסדירה סוגיות ממין זה שנים רבות, במקום לעסוק בסוגיות רפואיות".⁸¹ לאחרונה אף התפתחה מגמה להטמיע את חוק הטיפול בחוק זכויות החולה שנחקק בשנת 1996.⁸² בעוד שבישראל רבים המייחלים להסדר טיפול בחולי נפש בכפייה במודל משפטי,⁸³ התוצאה המאכזבת מהפעלת המודל המשפטי בארה"ב היתה כליאתם בבתי סוהר של חולי נפש רבים ששוחררו ממוסדות פסיכיאטריים.⁸⁴ המתאם הסטטיסטי ההפוך בין ירידה בשיעור המיטות הפסיכיאטריות ובין עלייה בשיעור הסובלים מהפרעות נפשיות ה"מאושפזים" בבתי סוהר נמצא גם באנגליה ובאוסטרליה וצפוי שיתגלה בעוד מדינות.⁸⁵ אכזבה קשה זו הביאה להתפתחות גישה חדשה בבתי המשפט בארה"ב – גישה של משפטנות טיפולית, המתבססת על מחקר יישומי המשלב ידע ממדעי התנהגות במשפט כלקח מהמשגה של "תורת המשפט הטיפולית".⁸⁶

79 אבירם, אדמון, אייזנשטדט וקנטר, שם.

80 זמישלני, לעיל ה"ש 44.

81 אפרתי, לעיל ה"ש 40, בעמ' 28.

82 אלכסנדר גרינשפון, יעקב מרגולין ואליעזר ויצטום פסיכיאטריה משפטית בישראל 21 (2009).

83 פרשת ירמלוביץ, לעיל ה"ש 17, בעמ' 766: "כשהמדובר בחולה, ולו גם זקוק לאשפוז, שאינו מהווה, סכנה, מותר לאשפוזו רק בהסכמתו. שונה המצב, אם החולה מסוכן. המטרה למנוע אסון מן החולה עצמו או מזולתו מחייבת, לעתים, פעולה מהירה של בר-סמכא. שיקול זה דוחה מפניו אפילו זכות בסיסית כחירות הפרט. לפיכך, בכגון דא סמך המחוקק קודם כל על מיומנותו ויושרו של הפסיכיאטר המחוזי, שימלא תפקידו בדרך מקצועית-אתית ובהחלטות ראויה. (2) (אליבא דניא מ' לנדוי ומ"מ הנשיא ח' כהן): "מן הראוי לתקן את ס' 5 לחוק לטיפול בחולי נפש, תשט"ו-1955, כך שיפורטו בו הנתונים והמצאים, שצריכים להיות בידי פסיכיאטר מחוזי, בטרם ייתן הוראת אשפוז". ובעמ' 781: "המחוקק הישראלי – שלא כמחוקק האמריקני, למשל – בחר להסמיק לא את בית המשפט ולא כל רשות מעין-שיפוטית או מינהלית אחרת – כי אם את הפסיכיאטר המחוזי למתן הוראת אשפוז אף בעל-כורחו של החולה. בכך גילה המחוקק את דעתו, שהוראת האשפוז לא תינתן אלא על-פי שיקולים ומבחנים פסיכיאטריים בלבד".

84 Tom Jackman, *Commitment Rule Is Key To Changing The System*, WASH. POST, Nov. 28, 2007, A01: "jails have become the country's repositories for mentally ill people"

85 John Gunn, *Future direction for treatment in forensic psychiatry*, 176 BRITISH JOURNAL OF PSYCHIATRY 332-338 (2000).

86 BRUCH J. WINICK, *THERAPEUTIC JURISPRUDENCE APPLIED: ESSAYS ON MENTAL HEALTH LAW*, 1-6 (Carolina Academic Press, 1997)

על אף המושג "טיפולי" המופיע בכותרת, תיאוריה זו אינה מתמקדת בטיפול הקליני כפי שהוא ניתן על ידי המטפלים, אלא מתבוננת בהשלכותיו של המשפט כפי שהוא מיושם על מדדי בריאות נפשית ופיסית של המעורבים בתהליך המשפטי. לגישה חדשה זו, שמטרתה להבטיח כי המשפט יקדם בריאות לחולי נפש בד בבד עם שמירת זכויות האדם של החולים, תרמה גם התפתחות ענפי מחקר בין-תחומי חדשים בחקר המשפט, כמו כלכלה, משפט ופסיכולוגיה במשפט, שהעניקו "לגיטימציה" לשילוב גישות ממדעי החברה בתורת המשפט ולפיתוח מחקר יישומי על השפעת המשפט לקידום הבריאות.⁸⁷ התבוננות בכללים משפטיים מבעד לעדשה של תורת המשפט הטיפולי מאפשרת התמקדות בחקר תרומת המשפט לקידום בריאות נפשית וגופנית באמצעות ידע ממדעי ההתנהגות ומתחום מדעי הרפואה באופן שיאפשר לקדם רפורמות במשפט.⁸⁸ "בבסיסה של הגישה מונחת ההנחה שהחוק כמכשיר חברתי השואף לקדם בריאות נפשית צריך להימנע עד כמה שניתן, מאכיפת צעדים שתוצאתם הינה בלתי טיפולית, זאת תוך שמירה על מטרות נוספות אותם נועד החוק לקדם, לטובת רווחתו של הפרט ובריאותו".⁸⁹ גישה זו, שלא כמו המודל הרפואי, איננה משליכה מאחורי גווה ערכים אחרים לטובת ערכים טיפוליים. לכן בסיוע תורת המשפט הטיפולי וכלים מתחום שיח הזכויות במצבים שבהם קידום הבריאות הנפשית של חולי נפש והבטחת שלום הציבור מתנגשים עם ערכי יסוד, אפשר להכיר במורכבות הדילמה ולבטא אותה בשפה המתאימה לאנשי מקצועות מדעי ההתנהגות ולמשפטנים. דרך זו עשויה לקדם שילוב סינרגטי של רפואה ומשפט יותר מאשר ויכוח מתמשך (שאף נראה, כי לא יוכרע בקרוב) בשאלה, איזה מודל עדיף כבסיס לחוק לטיפול בחולי נפש?

מחקר תורת המשפט הטיפולי עוסק גם במחקר השוואתי בין מדינות⁹⁰ ולכן

⁸⁷ טויב, לעיל ה"ש 7, בעמ' 126–134.

⁸⁸ אלברשטין, לעיל ה"ש 38, בעמ' 37. גישה זו מסייעת לחקור את השפעתם של עקרונות וכללים משפטיים ופעילותם של "שחקנים" בעולם המשפט (שופטים, עורכי דין, נאשמים, תובעים, נתבעים וקורבנות עבירה) מבחינת קידום או פגיעה בבריאותם של המעורבים במשפט. מדובר ב"גישה בינתחומית המבוססת על ההנחה כי המשפט הוא כוח חברתי שיש לו השפעה בלתי נמנעת על הבריאות הנפשית והתפקוד הפסיכולוגי של אלה שעליהם הוא חל. תורת המשפט טיפולית מציעה כי השלכות שליליות וחיוניות אלה יילמדו תוך שימוש בכלים של מדעי ההתנהגות, ושביחד עם שיקולים של צדק ועם ערכים נורמטיביים רלוונטיים אחרים, המשפט יעבור רפורמות שימזערו תוצאות אנטי-טיפוליות ויקדמו תוצאות טיפוליות" (שם).

⁸⁹ טויב, לעיל ה"ש 7, בעמ' 126–134.

⁹⁰ Michael L. Perlin, *International Human Rights Law and Comparative Mental Disability Law: The Universal Factors*, 34 SYRACUSE JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW AND COMMERCE (2007).

מאפשר לנו לצפות מהי המגמה המקובלת במדינות המפעילות מערכת בריאות יעילה ומתקדמת וכיצד ישפיעו שינויים ביישום החוק החדש על הטיפול בחולי נפש בישראל.

מבט על תמונת המצב הנוכחית של הטיפול המשלב רפואה ומשפט מבעד למשקפיים חוקתיים עם ערשה של תורת המשפט הטיפולי עשוי לסייע לקדם רפורמות במבנה השירות הפסיכיאטרי וגם במערכת המשפטית באופן שיאפשר יישום חוק טיפול על פי תכליתו. גישה הבוחנת את ההשלכות על הבריאות במהלך יישום של כללים משפטיים עשויה גם לקדם שילוב סינרגטי בין רפואה למשפט לא רק בקבלת החלטות, אלא גם בהמשך הטיפול במעקב משותף של ביצוע המלצות טיפול ותנאי שחרור, לרבות אכיפה (להבדיל מהמצב הנוכחי, שבו החלטות לטיפול בכפייה אינן מלוות באכיפה ולכן יעילותן מוטלת בספק). סינרגיה כזו עשויה להבטיח את השמירה על הזכות לחירות של הסובלים ממחלות נפשיות וגם על הזכות לשיקום החירות (חיונית) וכבוד האדם,⁹¹ בד בבד עם הפחתת תוספת הסיכון לאוכלוסייה בגין תחלואה נפשית, המיועדת להבטיח את שלום הציבור.⁹²

עבודת בתי המשפט לבריאות הנפש בארה"ב, כפי שהיא משתקפת בפרוטוקולים המצוטטים במאמריו של וקסלר,⁹³ דומה בסגנונה הלא-אדוורסרי לסגנון הבלתי-אמצעי המקובל במהלך עבודת הוועדה הפסיכיאטרית, שאין בדיוניה עימות פורמלי בין צדדים יריבים (במהלך הבדיקה בוועדה, הכוללת הערכת מסוכנות ובריור בלתי-אמצעי עם החולה על תנאי שחרור אפשריים בלי התערבותו של הסנגור). גישתם של השופטים ועורכי הדין בבתי המשפט הטיפוליים משלבת במפגש בבית המשפט עשייה טיפולית ודיאלוג פורה בין כל המעורבים בטיפול בחולה הנפש ותומכת בחולה במאמציו להתמיד בטיפול בשיטת הרפואה המונעת, המקבלת תוקף של פסק דין.⁹⁴

⁹¹ דני סטמן "שני מושגים של כבוד" עיוני משפט כד 541, 541–553 (2001). סטמן מפרש במאמרו את מושג ה"כבוד" ומנסה להכריע, האם מדובר ב"כבוד כיחס מוסרי" או "כבוד כיחס בלתי-משפיל", שכן בית המשפט אינו נוקט עמדה ברורה בעניין זה.

⁹² Seena Fazel & Martin Grann, *The Population Impact of Severe Mental Illness on Violent Crime*, 163 AMERICAN JOURNAL OF PSYCHIATRY 1397, 1397 (2006): "The population impact of patients with severe mental illness on violent crime, estimated by calculating the population-attributable risk, varies by gender and age. Overall, the population attributable risk fraction of patients was 5%, suggesting that patients with severe mental illness commit one in 20 violent crimes"

⁹³ David B. Wexler, *A Representative Case in TJ and Criminal Law Practice*, in REHABILITATING LAWYERS: PRINCIPLES OF THERAPEUTIC JURISPRUDENCE FOR CRIMINAL LAW PRACTICE 3, 11–18 (David B. Wexler ed., 2008).

⁹⁴ שם, בעמ' 7 (מתחיל במילים: "Facilitating Treatment Adherence").

עצם הדיאלוג וקביעת התנאים במסגרת תוכנית טיפול בכפייה, כחלק מפסק דין שיש עמו מעצם התהליך מימד של הסכמה (הגם שמאימת הדין), מעלים תרומה חשובה למודעות החולה למחלתו ומקדמים צמצום בהיקפו ובעוצמתו של הטיפול בכפייה. ההכרח לטפל בחולה הנפש "בניגוד לרצונו" נגזר מההבנה, כי החופש ניטל ממנו על ידי מחלתו, כאשר במונח "חופש" אנו מתכוונים ל"חירות חיובית" שיש עמה רצון חופשי – מונח המבטא יכולת ניתוב ושליטה בהתנהגות על סמך קליטה ועיבוד של נתונים אמיתיים מהסביבה ולא על סמך תעתועים של הזיות, שהם אפיזודה חולפת בשלב המסוכן של הפסיכוזה.

נראה, שבחוק החדש המחוקק ופרשנות הפסיקה הפנימו את הביקורת על החוק הישן והביאו לשינוי התפיסה שהקנתה סמכויות מרחיקות לכת לפסיכיאטרים המחוזיים.⁹⁵ הדיאלוג הבין-תחומי הביא לריסון העמדה הרפואית הפטרונית ויצר

⁹⁵ בג"ץ 603/76 רוט נ' מדינת ישראל – בית-משפט השלום, תל-אביב-יפו, לא(2) 757, 761–762 (1977) (להלן: פרשת רוט). בפרשה זו עמדה על הפרק שאלת הסמכות לכפות בדיקה על נאשם באמצעות צו שיפוטי. העותר ביקש צו על תנאי שכוון לביטול צו בדיקה שניתן נגדו בבית משפט השלום, על פי ס' 6(ד) לחוק הישן לטיפול. בית המשפט העליון הבהיר: "הכלל הוא שאין כופין על אדם שייבדק בדיקה רפואית – נפשית או גופנית – בעל-כרחו. חירות היא מחירויותו יסודיות: ואין החוק גורע מן החירות הזאת אלא על-פי עילות מוגדרות יפה אשר לדעת המחוקק שקולות הן כנגדה..." בפרשה זו בית המשפט חרג ממסגרת הערעור ודן בעדיפותו של השיקול הרפואי על פני זכויות החולה בשאלת האשפוז הפסיכיאטרי על פי החוק. תוך כדי דחייתו את העתירה קבע בית המשפט: "הפסיכיאטר המחוזי הוא רשות רפואית ולא רשות משפטית: שיקוליו הם – וחייבים להיות – שיקולים רפואיים טהורים, והוא ישקול אותם לפי מיטב ידיעותיו המקצועיות ובמסגרת חובותיו האתיות-רפואיות. אין הוא ממונה לא על כפיית הציות לצווי בתי-המשפט ולא על שלטון החוק; הוא ממונה על ניהול הטיפול הרפואי בחולי-נפש... רק אם יגיע הפסיכיאטר המחוזי, על-פי שיקוליו הרפואיים שלו, לידי מסקנה שיש מקום לכפות על האדם את הבדיקה (או האשפוז) אף בעל-כרחו, יחליט לבצע את צו בית-המשפט; ואילו אם על-פי שיקוליו הרפואיים שלו יגיע לידי מסקנה שאין לכפות על האדם בדיקה (או אשפוז) בעל-כרחו, יחליט שלא לבצע את צו בית-המשפט". לענייננו, בית המשפט העליון מבהיר כי החוק מעניק בידי הרשויות הרפואיות את שיקול הדעת והאחריות להחלטה בעניין טיפול בחולי נפש ואשפוזם. "אין החוק מחייב דבר אשר אינו נחוץ, מן הבחינה הרפואית, לשם טיפול יעיל וסביר בחולה" (שם, בעמ' 762); "הפסיכיאטר המחוזי הוא רשות רפואית ולא רשות משפטית" (שם, בעמ' 761); "אם על-פי שיקוליו הרפואיים שלו יגיע לידי מסקנה שאין לכפות על האדם בדיקה (או אשפוז) בעל-כרחו, יחליט שלא לבצע את צו בית-המשפט" (שם, בעמ' 762). לשון זו מלמדת על עדיפותו הברורה של המודל הרפואי על פני בית המשפט בעניין אשפוז חולי נפש. בפרשנות זו לחוק בית המשפט, המגן על זכויות האדם, מאשר את עדיפות השיקולים הרפואיים על פני הגנת זכויות האדם. לכאורה זכויות החולה כפופות לצורכי הטיפול, ואילו צורכי הטיפול אינם מתקיימים בכפיפות לחוק! ראו גם פרשת **ירמלוביץ**, לעיל ה"ש 17, בעמ' 781. בפסק הדין אשר נכתב על ידי השופטת בן פורת, בית המשפט מבהיר את מעמדו הייחודי של הפסיכיאטר המחוזי לפי תפיסת המחוקק הישראלי: "הפסיכיאטר המחוזי הוא רשות רפואית ולא רשות

אפשרות להתמודד עם הדילמה המורכבת המשולשת (כלשון השופט ברק) באמצעות "מודל רפואי" משודרג, שאפשר לראות בו גם מעין מודל ביניים רפואי ומשפטי, המשלב סמכות הפעלה לרופאים יחד עם בקרה משפטית צמודה של הוועדה הפסיכיאטרית המחוזית. הוועדה משמשת טריבונל משפטי המאפשר לחולה לערער על החלטות הפסיכיאטר המחוזי, ועל החלטות הוועדה אפשר לערער לבית משפט מחוזי. אני סבור, שהפעלת הוועדה לפי עקרונותיה של תורת המשפט הטיפולי עשויה להבנות גרסה ישראלית למשפטנות טיפולית הנוגעת לטיפול בחולי נפש. מהאמור עולה, שמשפטנות טיפולית מתאימה לצרכיהם של החולה, משפחתו והחברה, בין במודל רפואי בין במודל משפטי.⁹⁶ אסף טויב מציין, כי ישנם הרואים במשפטנות טיפולית גישת ביניים ולא תורה חדשה בפני עצמה. גם פול אפלבוום – פסיכיאטר שהתמחה בפסיכיאטריה משפטית וכיהן כיו"ר האיגוד הפסיכיאטרי האמריקאי וכיו"ר החברה האמריקאית לפסיכיאטריה משפטית – רואה גישה זו כמבקשת ללמוד כיצד להפוך את החוק לטיפולי יותר, אולם לא כמודל בפני עצמו.⁹⁷

לענייננו, לא קטלוג הגישה הוא העיקר, אלא עצם ההתבוננות מבעד לעדשה של תורת המשפט הטיפולי בעיניים חוקתיות מגלה כיצד טיפול בכפייה עשוי לסייע להשיב לחולה את כבוד האדם וחירותו באמצעות שיקום של מסוגלות בסיסית להגדרת "אני סובייקטיבי...מכוון עצמו...ולא מופעל ... על ידי בני אדם אחרים",⁹⁸ ויחד עם זאת ישנם מצבים שבהם טיפול זה פוגע בחירות. התבוננות כזו על הדינמיקה של מחלת נפש מול כללי ההסדרה של הטיפול מגלה גם, שישנם מצבי ביניים לא ברורים, אשר אפשר שמדובר בהם בספק כפייה, מאחר שבהיעדר היכולת להגדיר זהות ואת גבולות האני, אין בנמצא אדם אוטונומי שעליו נכפה טיפול...! כמו כן ישנם רגעים שבהם החולה מודע למצבו ומבקש טיפול, אך עם זאת הוא משדר אמביוולנטיות ואינו מסוגל לגבש הסכמה לטיפול.⁹⁹ פועל יוצא מהבנה כזו של מורכבות הטיפול משיב חירות, העלול גם לשבש חירות, הוא כי לא רק מכוח

משפטית.... שיקוליו הם – וחייבים להיות – שיקולים רפואיים טהורים, והוא ישקול אותם לפי מיטב ידיעותיו המקצועיות ובמסגרת חובותיו האתיות-רפואיות". השופטת מבחירה להערכת בנימה של ביקורת שהמחוקק הישראלי בשונה מהמחוקק האמריקאי "בחר להסמיך לא את בית המשפט" (שם). ראו גם פרשת כרמלי, לעיל ה"ש 17.

⁹⁶ Kate Diesfeld & Brian McKenna, *The Therapeutic Intent of the New Zealand Mental Health Review Tribunal*, 13 PSYCHIATRY, PSYCHOLOGY AND LAW 100–109 (2006)

⁹⁷ PAUL S. APPELBAUM, *ALMOST A REVOLUTION*, 56–57 (1994)

⁹⁸ ברלין, לעיל ה"ש 49, בעמ' 182.

⁹⁹ בין אם רוצה משמעו מבקש טיפול ומביע הסכמה מדעת בין אם רוצה משמעו מסרב מדעת לקבל טיפול (הערת המחבר).

האינטרס של החברה (המדינה או המלך כפטרון) ה"רוצה לטפל",¹⁰⁰ כלשונו של השופט ברק, אפשר לטפל בחולה הנפש; גם כל חולה נפש באשר הוא אדם ראוי ואף חייב, גם בלא שביצע מעשה עבירה, שיקשיבו לו ויטפלו בו ברגישות ובנחישות ואף בכפיית טיפול תוך כדי רגישות בהתאם למצבו, מכוח זכותו כאדם לכבוד ולחירות. יחד עם זאת, בחברה מוסרית המקיימת ערכי ערבות הדדית למשפחתו של החולה ולחברה בכללה "אינטרס לטפל", ובחברה רצויה ראוי לכבדו ולהפציר בחולה במלוא הרגישות כי יסכים לקבל טיפול. אולם כאשר מדובר בחשש לכפייה, מעבר ל"דף" החובה שמכוח הזכות החוקתית והחוקית לטיפול יש לבחון בדקדקנות, האם מתקיימים תנאי סף להפעלת סמכותו של הפסיכיאטר המחוזי להורות על בדיקה ואשפוז בכפייה.¹⁰¹

מבט מבעד למשקפים חוקתיים¹⁰² בעיניים של תורת המשפט הטיפולי מאפשר לחשוף מרכיבים טיפוליים מקדמי בריאות וחירות, לעומת אלה הפוגעים בחירות ו/או בבריאות ולכן הם בגדר אנטי-טיפוליים. במצבים שבהם קיימת התנגשות בין ערך קידום הבריאות ובין ערכים אחרים תורת המשפט הטיפולי אינה פותרת את הקונפליקט. או אז הגישה מסייעת לשקף את הבעייתיות ולבטא אותה בשפה המובנת למטפלים ולמשפטנים כדי לחקור יחדיו מהי מידת הכפייה המותרת או הנדרשת לטיפול בחולה מסוים; ומהן ההגנות ההכרחיות והתנאים שמותר להתנותם כדי לקדם בריאות יחד עם ערכים אחרים.

הכשרה משותפת ליישום חוק הטיפול בדרך מקדמת בריאות – תוך שמירה על זכויות אדם – תעמיד לרשות משפטנים ומטפלים כלים לתקשורת טובה יותר ולהתמודדות יעילה וראויה עם, הדילמה המורכבת המשולשת" ויותר. פרוייקט האב (פילוט) להפעלת בית משפט טיפולי לענייני סמים שנעשה ביוזמת השופטת עדנה בקנשטיין, נשיאת בית משפט השלום בתל אביב, יחד עם המנהל הכללי של הרשות הלאומית למלחמה בסמים ואלכוהול, מר חיים מסינג, ורופא הרשות, ד"ר חיים מל, מלמד על יעילותה של הגישה בכל הנוגע לשימור יציבותם של המטופלים במסגרת השיקומית (למצער בתקופת המעקב).¹⁰³ יש מקום להניח, שהפעלת הוועדה

¹⁰⁰ פרשת וילנצ'יק, לעיל ה"ש 6, בעמ' 707: "מן העבר השני, קיים הרצון לטפל בחולה ובנזקק".

¹⁰¹ ס' 7 ו-9 (ב) לחוק טיפול בחולי נפש.

¹⁰² יעקב זק משפט ופסיכיאטריה – אחריותו המשפטית של הלקוי בנפשו 15 (2006), בהקדמה לספרו עוסק בצורך להרחיב את המחקר האקדמי בתחום ההיבטים החוקתיים של הטיפול הפסיכיאטרי בכפייה. גם פרופ' ברק, בהרצאה שנשא בקריה האקדמית אונו עם צאת ספרו משפט ופסיכיאטריה, ציין כי יש להרחיב את המחקר להיבטים החוקתיים של הטיפול בכפייה.

¹⁰³ חיים מהל, לילי דוידוביץ ושרון ימיני "בית-משפט טיפולי לענייני סמים" התמכרויות, אלימות ועבירות מין: טיפול לאור החוק 174–184 (חיים מהל, מאיר חובב ומרים גולן עורכים, 2008).

הפסיכיאטרית לפי הגישה של תורת המשפט הטיפולי (משפטנות טיפולית) תקדם יציבות בתהליך החלמתם של חולי הנפש המטופלים במסגרות השיקום בקהילה. הרחבת המחקר בשאלת הזכות החוקתית לבריאות לחולה עם לקות בתפקודי מוח מעצבי הנפש (תפקודים בסיסיים אצל אדם בן חורין),¹⁰⁴ יחד עם הפעלת החוק לטיפול בסינרגיה בין רפואה למשפט בטיפול ושיקום,¹⁰⁵ עשויים לאפשר איזון של האינטרסים המתנגשים באופן שיקדם את בריאותו וזכויות האדם של חולה הנפש, כד בכד עם הבטחת שלום הציבור.

ב. אשפוז וטיפול פסיכיאטרי כפוי: בין רפואה למשפט

1. מוח, התנהגות ומשפט

בהסדרת התנהגותם של חולי הנפש בחברה באמצעות עשיית משפט ואכיפתו מעורבים לא רק שופטים, עורכי דין, תובעים ורופאים, אלא גם כלל העוסקים במקצועות הבריאות, מרמת קובעי המדיניות ועד למטפלים בחולה והמסייעים לבני משפחתו – עובדים סוציאליים, פסיכולוגים, מרפאים בעיסוק, מטפלים באמנות, קרימינולוגים, עובדי מערך השיקום ומתאמי הטיפול בחולה. לכן החלטות בתי המשפט ויישומן מבטאות התנהגות של כל המעורבים בטיפול בחולה הנפש ובסיוע לו (בין במעשה בין במחדל). BDT – Behavioral Decision Theory, תחום מחקר העוסק בזיהוי הטיות קוגניטיביות במהלך תצפיות ובהחלטות משפטיות, עשוי לקדם חשיבה מודעת וביקורתית של המעורבים בטיפול בחולי הנפש לפני שתתקבלנה החלטות משפטיות, בכלל, ולגבי הטיפול בכפייה בחולי נפש, בפרט. אכן, חוקרים מתחום תורת המשפט הטיפולי, הנעזרים במדעי ההתנהגות לחקר המשפט, זיהו ותיעדו הטיות של מטפלים ומשפטנים לגבי חולי נפש.¹⁰⁶

המחקר בתחום BDT זיהה תהליכי קבלת החלטות המתאפיינים בהירוואיסטיקות (HEURISTICS), "קיצורי דרך מנטליים" – כגון RISKE AVERSE – (פחד מסיכון); או FRAMING – (יציגות או הסתמכות על סטריאוטיפ) – בגין דמיון או התאמה מייצגת

¹⁰⁴ Erin Ann O'Hara, *How Neuroscience might advance the law*, LAW AND THE BRAIN 21–37 (S. Zeki & O. Goodenough, 2004).

¹⁰⁵ Winick, לעיל ה"ש 85, בעמ' 3–16.

¹⁰⁶ Michael L. Perlin, 'You Have Discussed Lepers and Crooks': Sanism in Clinical Teaching, 9 CLINICAL LAW REVIEW 683–730 (2003): "The hidden prejudice is sanism. Other prejudices like racism, sexism, ageism, anti-Semitism, etc., are no longer hidden"

של אובייקט או אירוע ולא על פי ההסתברות המדויקת. המשפטן מיקל פרלין מצא כי תופעת ה"סניזם" – התנהגות על פי דעות קדומות – לגבי מוגבלים בנפשם באורח דומה לדעות קדומות על רקע דת, גזע וכדו' היא שכיחה.¹⁰⁷ הטיה של "סניזם" שכיחה גם אצל מטפלים בבתי חולים פסיכיאטריים¹⁰⁸ גם אצל סניגורים ושופטים. מודעות להטיות¹⁰⁹ מחייבת משנה זהירות בעת קבלת החלטות בענייניהם של חולי הנפש.

להתקדמות נוספת במודעות ליחס ה"שגוי" למחלות נפש תורם המחקר המואץ בחקר מיפיו ותפקודו של המוח בעשור הראשון של המאה הכ"א, ובמיוחד המחקר בטכנולוגיה של הדמייה מוחית תוך כדי תפקוד (functional magnetic resonance imaging).¹¹⁰ לדוגמה: ממצאי מיפוי המוח בתחום הנוירו-בילוגיה של הזהות מגלים, שפונקציית הזהות איננה "ממוקמת" במקום אחד, אלא שנוירוני (תאי עצב) באזורים שונים של המוח פועלים יחד כדי לבסס את הזהות העצמית ושל הזולת. במצבים שבהם הווייתנו האנושית נפגעת, כמו בפסיכוזות או בדמנציות המתאפיינות במחשבות שוא וכמו בסכיזופרניה כאשר לעתים הזולת או בני משפחה נחווים כ"מזויפים", מתברר שמדובר בפגיעה מבנית (כמו לאחר תאונה עם פגיעה מוחית או מחלה קשה) או לקות תפקודית באונה הפרונטלית. ממצאים אלה בחקר המוח אינם עולים בקנה אחד עם דעותיו של הפסיכיאטר והפילוסוף Szasz שטען, כי "מחלת נפש" היא "מיתוס".¹¹¹ "The medical aspects of psychiatry are just as substantial as was the fabric from which the emperor's legendary cloak was fashioned"

בעידן שבו מתאפשרת תצפית על פעילות קוגניטיבית של קבלת החלטות ועל התנהגות וביטויי רגשות במהלך הבעתם, באמצעות הדמיה של תהודה מגנטית במוח באותו עת (התבוננות על תמונת המצב הדינמית במוח) – קשה להמשיך ולהחזיק בעמדתו של Szasz הסובר, כי להבדיל ממחלות פיסיות שאפשר להוכיח את קיומן

Michael L. Perlin, 'Half-Wracked Prejudice Leaped Forth': Sanism, Pretextuality, and Why and How Mental Disability Law Developed As It Did, 10 J. CONTEMP. LEG. ISSUES 3, 4–5 (1999).

גבי שפלר ואוריאל הרסקו-לוי, "רגשות מובעים (EE) כלפי חולי סכיזופרניה בקרב צוותי מחלקות פסיכיאטריות והוסטלים: השוואה ומשמעויות קליניות" הרפואה כרך 145, חוב' י 722–718 (2006).

דניאל כהנמן ועמיתים רצינאליות הוגנות ואושר 24–25 (פרק א: אוטוביוגרפיה, מיה בר-הלל עורכת, 2005).

Neil K. Aggarwal, *Neuroimaging, Culture, and Forensic Psychiatry*, 37(2) J. AM. ACAD. PSYCHIATRY LAW 239–244 (2009).

TOMHAS S. SZASZ, THE MYTH OF MENTAL ILLNESS: FOUNDATIONS OF A THEORY OF PERSONAL CONDUCT 249 (2nd ed., 1974).

בבדיקות מדעיות, שהרי מחלת הנפש היא מושג ערטילאי, "מיתוס" שאינו בר-הוכחה. לעת הזו מושגים אבסטרקטיים, כמו זהות, אוטונומיה של האני, הרגשה, מצפון, יוזמה ורצון, כמו גם הלא-מודע המכוונים התנהגות שוב אינם רק בחזקת מושגים מופשטים בלבד,¹¹² אלא אפשר לצפות בהם תוך כדי ההתנהגות של הנבדק באמצעות תרשים פעילות חשמלית של המוח ב-E.E.G או בתמונה דינמית של המוח בפעולה ב-FMRI. ההתפתחות במחקר דימות המוח, המאפשרת לקשר בין לקות נפשית לנזק מבני או תפקודי במוח,¹¹³ כמו נזק בגין איסכמיה מוחית או נמק ממוקד, מזמינה בחינה מחדש של הגישה האנטי-פסיכיאטרית המצדדת בביטול הסדרי האשפוז הכפוי. זאת, מכיוון שהיא רואה בטיפול הפסיכיאטרי בכפייה שלילת חירות ב"איצטלה" רפואית המלווה במיתוס של מחלת נפש. הטמעת המודעות וההבנה של ממצאי דימות המוח ומחקרי הפסיכולוגיה החדשה עשויים גם לחולל שינוי בגישתם של המשפט ושל הרפואה לקטגוריזציה של מחלות נפש. הממצאים מתחום מחקר המוח ותפקודי נפש מזמינים בחינת שינוי בחשיבה הרפואית על מחלות נפש, כמו גם בהתייחסות החברתית והמשפטית אליהן.¹¹⁴ מסקנות חדשות העולות מההתבוננות הקלינית-מחקרית על המוח בזמן חשיבה או הרגשה מכוונת להבנה, שמדובר ברצף פעולות של "נוירונים באתרי מוח שונים הפועלים במעגלים מקומים ועד לרמות מקרוסקופיות המשתרעות

¹¹² O'Hara, לעיל ה"ש 103.

¹¹³ Faisal Farid & Prem Mahadum, *Schizophrenia-like psychosis following left putamen infarct: a case report*, 3 JOURNAL OF MEDICAL CASE REPORTS 7337 (2009): "The lacunar infarct was treated conservatively and he was commenced on an atypical anti-psychotic medication ... psychotic symptoms gradually improved over the following weeks... insight into delusional beliefs improved and he was able to rationalize them. Following 3 weeks of hospitalization symptoms had improved and he was successfully discharged with community follow-up...hypothesize that the psychotic symptoms in our patient may be the direct result of the putamen infarct, as pathology in the basal ganglia at the level of the striatum can result in complex cognitive and behavioral symptoms...damage of structures in the basal ganglia, can provide important information about the causality of psychosis and ways to treat it."

¹¹⁴ מופיע בכתובת <http://jmedicalcasereports.com/jmedicalcasereports/article/view/7337>
Neil K. Aggarwal, *Neuroimaging, Culture, and Forensic Psychiatry*, 37 J. Am. Acad. Psychiatry L. 44-239 (2009): "debates about forensic neuroimaging reflect cultural tensions about attitudes regarding the self, mental illness, and medical expertise. Finally, **recommendations are offered on how forensic psychiatrists can add to this research, given their professional interface between law and medicine. At stake are the fundamental concerns that surround changing conceptions of the self, sickness**"

על סנטימטרים אחדים...חלקן מקומיות ומסופקות על ידי נזירונים...בקרבת מקום, ואחרות גלובליות, ונגרמות על ידי הרכבים כימיים כמו הורמונים המגיעים באמצעות זרם הדם";¹¹⁵ "רק חלק ממערכת המעגלים המוחית שלנו נקבעת על ידי גנים...חלק ניכר ממערכת המעגלים המוחית...הוא אישי יחודי ומשקף נאמנה את עברו ונסיבותיו של האורגניסם המסוים".¹¹⁶ בצדה של פעילות הנוירונים מצוי רצף דינמי-פונקציונלי של התנהגויות שכדי להבינן ולהידרש אליהן יש צורך להכיר, לדעת ולהבין את "תבנית נוף מולדתו"¹¹⁷ של האדם ובהתאם לכך להביא בחשבון את המסגרת החברתית והתרבותית של האדם. לגביהם המשפט צריך לבחון את ההסתכלות על ההתנהגות על פי מרכיביה המודעים והלא-מודעים, שעמם כוונה פלילית או לא, ובהתאם למדיניות המשפטית ולממצאי הבחינה המשפטית – להסיק מסקנות לגבי האחריות הפלילית. גישה כזו מחייבת לבחון הכרה במדרג רמותיה של האחריות המשפטית בהתאם למצבים הקליניים ולשקול את ההשלכות לגבי המדיניות המשפטית. מכאן מתבקשת גם בחינה מחדש של היחס הסטיגמטי¹¹⁸ של המשפט הפלילי לחולים שעשו מעשה עבירה ו"נהנים" מסייג אי-שפיות-הדעת שפטור מאחריות פלילית כרוך עמו. כפי שאין הצדקה מוסרית להטיל אחריות פלילית (להעניש) על מעשה עבירה שעשה חולה נפש, באשר מחלתו פגעה בכושר השיפוט שלו, כך לא ראוי להמשיך בגישה מקבעת סטיגמה לחולה הנפש ול"זכותו" בהגדרת ביניים של זיכוי מחמת מחלת נפש, תוך התעלמות מהמובחנות של מבנה ותפקוד

¹¹⁵ אנטוניו דמסיו **השגיאה של דקארט – רגשות, היגיון והמוח האנושי** 314–316 (1998).

¹¹⁶ שם, בעמ' 316–325.

¹¹⁷ שאול טשרניחובסקי "האדם אינו אלא" **שירים** 446 (התש"ט): "האדם אינו אלא קרקע ארץ קטנה, האדם אינו אלא תבנית נוף מולדתו, רק מה שקלטה אוזנו עודה רעננה, רק מה שקלטה עינו טרם שבעה לראות".

¹¹⁸ ע"פ 2947/00 **מאיר נ' מדינת ישראל** פ"ד נו(4) 636 (2) (2002): "נאשם הלוקה בנפשו אינו **צפוי להרשעה, אך גם לא לזיכוי**, שכן הדין הפלילי אינו מנתח את התנהגותו על-פי הכלים שבהם מנותחת התנהגותו של אדם בריא בנפשו שעבר עבירה פלילית – על יסודה העובדתית והנפשית. אין תמה שהמחוקק מצא לנכון להגדיר סטטוס ייחודי לנאשם אשר ביצע את העבירה בזמן שלקה בנפשו בהשתמשו במונח 'לא-בר-עונשין'. מונח זה מבטא את מובחנותו של הנאשם חולה הנפש מנאשמים אחרים ואת הצורך להגן עליו ועל החברה מפניו באמצעים ייחודיים שמפעיל המשפט בעניינו (647ג–ד). (3) **להגדרת ביניים שאינה זיכוי ואינה הרשעה, חשיבות לא רק מן ההיבט העיוני, אלא אף מן ההיבט המוסרי. לזיכוי בדין מצטרפת קונוטציה של הסרת כל כתם מוסרי. ספק אם נאשם הלוקה בנפשו, שביצע את מעשה העבירה, אלא שבשל ליקויו הנפשי לא ניתן להרשיעו, ראוי לו שיוסר ממנו כל כתם כזה, שהרי נעשה על-ידי מעשה אשר תוצאותיו החיצוניות זהות לאלה של מעשה פלילי על כל רכיביו – מעשה בעל השלכות על הקורבן ועל הציבור בכללותו (7647ה–ה)". (הדגשות אינן במקור)**

מוחיים אחר(!)¹¹⁹ שאינו עולה בקנה אחד עם אפשרות לקיום כוונה פלילית. גישתו של השופט המלומד פרופ' בזק בכיקורתו על הלכת מאיר עולה בקנה אחד עם תפיסה זו. "משעלה הנושא לדיון משפטי ראוי היה לדעתנו להבהיר כי לא מדובר בדרך ביניים, שאינה הרשעה ואינה זיכוי, אדרבא מדובר במסקנה חד משמעית של זיכוי"¹²⁰. מובן, שבצד הזיכוי יש גם לחייב את החולה במעקב ובטיפול פסיכיאטרי בכפייה בהתאם למצב הקליני ולמצאי האבחון.

על אף שאנו יודעים כיום יותר על נפש האדם, בייחוד עם ההתקדמות שחלה בחקר המוח בעשור האחרון, אין בידנו תשובה לבעיה הפסיכו-פיסית או פתרון לחידת המוח-נפש. עם זאת, מהידוע עד כה עולה שהציפייה למענה נכון יותר לסבלם של חולי הנפש ולצמצום האלימות בחברה בגין תחלואה נפשית אך ורק באמצעות המודל המשפטי, היא ציפיית שוא. הגילוי המסתתר מאחורי "המודל המשפטי הטהור" – חולי נפש מטופלים בין כותלי הכלא וחירותם נפגעת קשות¹²¹ ואף על פי כן חוזרים ועושים מעשי עבירה,¹²² אינו סוד. חשיפת המשפט לממצאי מחקרי המוח ומדעי ההתנהגות מאפשרים העמדת טכנולוגיות טיפול חדשניות בקהילה בליווי אמצעי בקרה ופיקוח עבור חולי הנפש, כפי שמציעה תורת המשפט הטיפולי. משפטנות טיפולית עשויה לקדם בריאות וחירות ולסייע להבטחת שלום הציבור. ההתקדמות באבחון ובטיפול

Michael L. Perlin, *Representing Criminal Defendants in Incompetency and Insanity Cases: Some Therapeutic Jurisprudence Dilemmas*, NYLS LEGAL STUDIES RESEARCH PAPER NO. 07/08-30. (American-Psychology Law Society meeting, 2008). Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1120891>

בזק, לעיל ה"ש 101, בעמ' 304.

Lamb H. Richard & Linda E. Weinberger, *The Shift of Psychiatric Inpatient Care From Hospitals to Jails and Prisons*, 33 JOURNAL OF THE AMERICAN ACADEMY OF PSYCHIATRY AND THE LAW 529 (2005)

Lauren Almquist & Elizabeth Dodd, *Mental Health Courts: A Guide to Research-Informed Policy and Practice*, p. V: "In recent years, the large number of individuals with mental illnesses involved in the criminal justice system has become a pressing policy issue within both the criminal justice and mental health systems. The prevalence of serious mental illnesses among all people entering jails, for example, is estimated to be 16.9 percent (14.5 percent of men and 31 percent of women). People with mental illnesses often cycle repeatedly through courtrooms, jails, and prisons that are ill-equipped to address their needs and, in particular, to provide adequate treatment. Over the past decade or so, policymakers and practitioners have been exploring new ways of responding to these individuals to break this costly and damaging cycle and to otherwise improve outcomes for the systems and individuals involved". available at: www.ojp.usdoj.gov/BJA/pdf/CSG_MHC_Research.pdf

בתחום הפסיכיאטריה במאה הכ"א עשויה לקדם תובנה שלפיה, טיפול רפואי בכפייה ובכלל זה טיפול מרפאתי ושיקום בקהילה למניעת אשפוז חוזר,¹²³ אינם בגדר נסיגה מהגנה על זכויות החולים,¹²⁴ אלא אמצעי מועדף להבטחת שלום החברה וזכות החולה לחיות כאחד האדם. הביטוי לסינרגיה בין משפטנות טיפולית לרפואה מבוסס על עובדות.

2. טיפול פסיכיאטרי כפוי: בין רפואה למשפט

כחמישית מהחולים המאושפזים בבתי חולים פסיכיאטריים בישראל מאושפזים בכפייה בהוראת אשפוז מנהלית. קרוב ל-6% מהמאושפזים (אשפוז על רקע פלילי).¹²⁵ בהערת אגב אציין, כי על אף שרבים בציבור, ואף בין אנשי מקצוע ממובילי התחום, סוברים לכאורה שהטיפול הרפואי בכפייה מייחד את הפסיכיאטריה, האשפוז והטיפול הכפוי הם כלים מוכרים, מקובלים ולגיטימיים בעולם הרפואה המיועדים להבטיח את בריאות היחיד ובריאות הציבור הן כטיפול חריף הן למניעת התפשטות מגיפות,¹²⁶ גם כשחולה מתנגד, מדעת או שלא מדעת, לטיפול.¹²⁷ פסיכיאטרים רבים

¹²³ מרגולין, אברמוביץ וויצטום, לעיל ה"ש 30, בעמ' 93–96.

¹²⁴ אבירם, אדמון, אייזנשטדט וקנטר, לעיל ה"ש 9, (בעמ' 190): "אף כי חוק הטיפול בחולי נפש, התשנ"א-1991 הוצג כרפורמה מקיפה, הוא לא סטה למעשה מהמודל הרפואי הקיים, שלפיו האשפוז והטיפול הכפוי נשארו בתחום האחריות והסמכות של הפסיכיאטרים. אף כי חלו כמה שינויים בהסדר המשפטי – כגון הגדרת מונחים רפואיים בחוק וחיזוק הערובות הפרוצדורליות לזכויות האדם של החולים – הרחיב החוק החדש את העילות המצדיקות כפייה של אשפוז וטיפול, ולפיכך חלה נסיגה בהגנה על זכויות החולים לעומת החוק הקודם. החוק החדש – המאפשר אשפוז וטיפול בכפייה של אנשים שאינם מהווים סיכון פיזי לעצמם או לזולתם, ומאמץ למעשה את מבחן 'הצורך לטפל' נוסף על מבחן הסיכון כעילה לאשפוז ולטיפול בכפייה – מרחיב את ההגבלות על זכויות האדם של החולים שהיו קיימות על פי פרשנות הפסיקה להוראות החוק הקודם".

¹²⁵ ראו "בריאות הנפש בישראל" שנתון סטטיסטי 2008 (2008) (להלן: שנתון סטטיסטי 2008). נתונים שטרם פורסמו מלמדים ששיעור האשפוז הפלילי עלה בשנת 2009 ל 8.4% מכלל הקבלות לאשפוז פסיכיאטרי(נמסר למחבר באדיבות המחלקה למידע והערכה בשירותי בריאות הנפש).

¹²⁶ Wendy E. Parmet, *Legal Power and Legal Rights – Isolation and Quarantine in the Case of Drug-Resistant Tuberculosis*, 357 N. ENGL. J. MED. 433 (2007): "Compulsory isolation and quarantine alone cannot stop the spread of XDR tuberculosis. Moreover, excessive reliance on compulsory measures can lull the public into a false sense of security and at the same time prompt people who are at risk to do exactly what Speaker did — run. Fortunately, most persons infected with tuberculosis want treatment and have no desire to infect others. When clinicians and health officials work with patients and have their trust, most will cooperate. By 115

בישראל, המבקרים את המודל הרפואי לאשפוז בכפייה ומתנגדים לגישה רפואית פטרנליסטית, מצדדים במעבר להפעלת מודל משפטי לאשפוז בכפייה כדי לחדול מלבצע תפקיד של הרשות השופטת ולחזור ולהתמקד בסוגיות רפואיות טהורות. חלק מהרופאים מבקרים את המעורבות הרפואית בהחלטות על אשפוז בכפייה בגין היכולת המקצועית הנמוכה לנבא סיכון לחולה או לזולת בנסיבות של מחלת נפש. חלק מהרופאים מתנגדים להצבת מודל רפואי במסגרת החקיקה לטיפול בחולי נפש, לא דווקא מסיבות ערכיות אלא על רקע הביקורת החברתית הקשה המוטחת כלפי הפסיכיאטרים בגין האשפוז הפסיכיאטרי בכפייה. "מלכודת שקשה להיחלץ ממנה; כשהוא מחליט על אשפוז כפוי... יהיה תמיד מי שיטען שהוא ניצל לרעה את הכוח שהופקד בידיו. לעומת זאת, אם החליט שלא לאשפוז, עלולה החברה לטעון... שהחלטתו שגויה ושיש להרחיק את החולה ולאשפוזו".¹²⁸ בעידן שלאחר המהפכה החוקתית דרכי ההתמודדות עם מחויבותה של החברה לטפל בחולי נפש ולהבטיח את שלום הציבור – "הדילמה המורכבת המשולשת", בלשונו של השופט ברק¹²⁹ - עדיין שרויה בוויכוח. ישנם הרואים בחוקים מיוחדים לטיפול בחולי נפש הנצחת התיג של החולים ושל הפסיכיאטריה.¹³⁰ אחרים מסכימים, שחוקי הטיפול בחולי נפש הם בכחינת כורח כאשר המחלה פוגעת בביקורת המציאות ובשל התנהגות מסכנת של חולים שחובה לשמור על זכויותיהם וגם להבטיח את שלומם ושלומו החברה, והוויכוח מתמקד בשאלה, מה עדיף על מה – המודל הרפואי או שמא זה המשפטי? נראה, שהוויכוח לא יוכרע בקרוב.¹²⁴

3. מודל רפואי מול מודל משפטי

בעולם הרחב חוקי הטיפול בחולי נפש המאפשרים אשפוז כפוי מבוססים על אחד משני המודלים – רפואי או משפטי. ביקורת קשה שנמתחה על המודל הרפואי הובילה להתפתחות המודל המשפטי על פי העיקרון, שלפיו ההכרעה בדבר בחירותו של אדם

ensuring that coercion is used only when less restrictive alternatives will not work and with due regard for the rights of those detained, the law can foster public trust, minimizing the need for compulsion and laying the groundwork for the comprehensive and costly control programs needed to prevent the spread of XDR tuberculosis and other contagious pathogens"

¹²⁷ ס' 15 לחוק זכויות החולה: "טיפול רפואי ללא הסכמה".

¹²⁸ אפרתי, לעיל ה"ש 40, בעמ' 26.

¹²⁹ פרשת וילנצ'יק, לעיל ה"ש 6.

¹³⁰ אבי ישראלי "הקדמה" פסיכיאטריה משפטית בישראל (אלכסנדר גרישפון, יעקב מרגולין ואליעזר ויצטום עורכים, 2009).

מקומה בערכאה שיפוטית. תחילת השינוי וציון דרך בהגנה על הזכות של חולי נפש להליך הוגן ולהגנה על הזכות לחירות מאשפוז בכפייה הייתה בשנות השבעים של המאה העשרים בארה"ב, בפסק הדין בעניין *Jackson v. Indiana*, כאשר בערעור על אשפוז בכפייה במוסד פסיכיאטרי, בלא הגבלת זמן לנאשם בגניבה שלא היה כשיר לעמוד לדין, נבחנו ההיבטים החוקתיים של האשפוז בכפייה. בית המשפט קבע, שחוק המאפשר אשפוז בלתי-מוגבל בזמן עקב אי-כשירות לעמוד לדין אינו חוקתי.¹³¹ בעניין *Lessard v. Schmidt*¹³² נקבע, שבהסדר אשפוז אזרחי (מנהלי) חובה ליידע את המאושפז בדבר ההליך ואת זכויותיו וחובותיו, למנות לו עו"ד (אם אין לו אמצעים) ולאפשר לו לעיין בחומר ולחקור את העדים שיעידו נגדו. משנות השבעים ואילך הוחלו בהדרגה במדינות ארה"ב הסדרי אשפוז מנהלי של חולי נפש בהתאם לחוקה האמריקאית, אשר אינה מאפשרת שלילת חירותו של אדם בלי שינוהל הליך משפטי שבו לחולה עומדת הגנה נאותה על חירותו. החוק העות'מני לטיפול במשוגעים והחוק הישן לטיפול בחולי נפש שהונהגו בארץ התבססו על מודל רפואי שעל פיו, האחריות לאשפוז נתונה רק בידי הרופאים.¹³³ בפרשת רוט קיבלה תפיסה זו ביטוי בפסק הדין: "אם על-פי שיקוליו הרפואיים שלו יגיע (הפסיכיאטר המחוזי) לידי מסקנה שאין לכפות על האדם בדיקה (או אשפוז) בעל-כרחו, יחליט שלא לבצע את צו בית-המשפט "נסוג" אפוא מול הרשות הרפואית ומכבד את עוצמת הפטרנליסם הרפואי.¹³⁴ דוגמה נוספת לעוצמה שהופקדה בידי המערכת הרפואית ולעליונותם של שיקולים רפואיים על פני כללי המשפט והצדק המקובלים אפשר למצוא בפרשת חובב.¹³⁵ בפרשה זו חזר בית המשפט ואישר, שהאחריות להחלטה בעניין אשפוז חולי נפש היא בידי "הרשות הרפואית" ולא בידי זו השיפוטית. עם זאת, מתח בית המשפט לראשונה ביקורת על נוסח הוראת החוק הדנה באשפוז חולי נפש בניגוד לרצונם. בפסק הדין בפרשת כרמלי¹³⁶ קראה השופטת נתניהו למחוקק לשנות את התפיסה הכוללת באמצעות שינוי החוק, "המקנה תפקידי מפתח וסמכויות מרחיקות לכת לפגיעה בחירויות האדם בידי הפסיכיאטרים המחוזיים". האגודה לזכויות האזרח הציעה לתקן את החוק הישן ויזמה הצעת חוק המעניקה עדיפות

¹³¹ *Jackson v. Indiana* 406 U.S. 715 (1972)

¹³² *Lessard v. Schmidt*, 349 F. Supp. 1078 (E.D. Wisc., 1972)

¹³³ ע"פ 3854/02 פלוני נ' הוועדה הפסיכיאטרית המחוזית למבוגרים, נז(1) 900, 906 (2003) (להלן: פרשת פלוני); "מהי מטרתו של האישפוז הכפוי של נאשם-חולה-נפש? מטרתו העיקרית הינה "קבלת טיפול רפואי".

¹³⁴ ראו לעיל ה"ש 94, ההערה לגבי פרשת רוט.

¹³⁵ ראו לעיל ה"ש 95, ההערה לגבי פרשת ירמלוביץ.

¹³⁶ פרשת כרמלי, לעיל ה"ש 17.

למודל המשפטי.¹³⁷ האגודה לזכויות האזרח הציעה בזמנו ל"ייבא" ארצה חקיקה ברוח ההסדרים המשפטיים לטיפול בחולי נפש במדינות ארה"ב משנות השבעים, כאשר בעקבות פסיקה¹³⁸ מקדמת חירות נחקקו חוקים¹³⁹ המקפידים על שמירת זכויות חולה הנפש לחירות.¹⁴⁰ הביקורת הקשה של מבקר המדינה¹⁴¹ ושל פסיכיאטרים בכירים¹⁴² והביקורת המחקרית שהובילו דן שניט¹⁴³ ואורי אבירם,¹⁴⁴ יחד עם ביקורתו של בית המשפט¹⁴⁵ – הבהירה, שחוק הטיפול פוגע בחירות, חסר פיקוח נאות ועלול לגרום אשפוזים ממושכים בלתי-מוצדקים הטומנים בחובם סכנת הוספיטאליזם.¹⁴⁶ ביקורת המודל הרפואי הביאה למודעותם של המחוקקים למודל המשפטי.¹⁴⁷ עם זאת גם דן שניט הסכים, שישנה "סכנה בהחלת המודל המשפטי בתחום בריאות הנפש... שרבים שאולי יזדקקו לטיפול ויוכלו להירפא, לא יזכו לו".¹⁴⁸ התברר, כי יש ממש בחשש ממעבר למודל משפטי לטיפול בחולי נפש.¹⁴⁹ "Jails have become the country's

¹³⁷ אבירם, אדמון, אייזנשטדט וקנטר, לעיל ה"ש 9, בעמ' 160–162.
¹³⁸ *Lessard v. Schmidt*, לעיל ה"ש 131. במדינת ויסקונסין נקבעה הלכה, המתירה לאשפז בכפייה חולי נפש רק כאשר מדובר בסכנה מיידית וממשית.

¹³⁹ Lanterman-Petris-Short Act (LPS) – החוק לטיפול בחולי נפש בקהילה בקליפורניה מ-1969. ה-Community Mental Health Act מתיר לאשפז בכפייה חולי נפש מעבר ל-17 ימים, אך ורק כאשר מדובר בסכנה מיידית וממשית.

¹⁴⁰ ב-*Jackson v. Indiana* 406 U.S. 715 (1972) פסק הדין קבע, שחוק המאפשר אשפוז כפוי בלא הגבלת זמן בהתבסס על אי-כשירות – אינו חוקתי ב-*Lake v. Cameron*, 364 F. 2d 657 (D.C. Cir., 1966). נקבע עקרון הטיפול בסביבה הפחות מגבילה – עיקרון שאומץ על ידי רוב המדינות.

¹⁴¹ דו"חות מבקר המדינה: מבקר המדינה דוח 24 (1975) (לשנת 1974) – ביקורת על אי-מילוי חובת הדיווח על אשפוזים כפויים ליועץ המשפטי לממשלה ובשל כך, פגיעה ביכולת הערר על האשפוז הכפוי; מבקר המדינה, לעיל ה"ש 20 (דו"ח 38 לשנת 1987) – ביקורת חוזרת על אי-מילוי מלא של הוראות הדיווח ליועץ המשפטי לממשלה על אשפוזים כפויים, כנדרש בחוק. ראו שם, בעמ' 269–272. בדו"ח פנייה ישירה למחוקק לתקן את החוק, כאמור בפרשת כרמלי, לעיל ה"ש 18.

¹⁴² ראו *Ginat & Bar-El*, לעיל ה"ש 8.
¹⁴³ דן שניט החוק הפרט ושירותי הרווחה 325–374 (1988), בפרק "טיפול בחולי נפש ואשפוזם".
¹⁴⁴ אבירם, לעיל ה"ש 4, בעמ' 11.

¹⁴⁵ פרשת ירמלוביץ, לעיל ה"ש 17; פרשת כרמלי, לעיל ה"ש 17.
¹⁴⁶ שניט, לעיל ה"ש 143, בעמ' 328: "הנזק שגורמים אשפוז וטיפול שאינם נחוצים גדול לעיתים מהתועלת". הכוונה לאשפוז (הוספיטליזם), שהיא תופעת לוואי אנטי-טיפולית של אשפוז פסיכיאטרי ממושך הנוטל מאדם את יכולתו לתפקד כאדם עצמאי.

¹⁴⁷ אבירם, אדמון, אייזנשטדט וקנטר, לעיל ה"ש 9, בעמ' 160–162.
¹⁴⁸ שניט, לעיל ה"ש 143, ה"ש 60, בעמ' 328.

¹⁴⁹ WASHINGTON POST A 10, Nov 28, 2007, Tom Jackman, *Commitment Rule Is Key To Changing The System*.

"repositories for mentally ill people".

במקביל לביקורת בארץ התפתחה בהדרגה בארה"ב תנועה שקידמה מדיניות משפטית ליברלית המכוונת לשילובם של חולי נפש בקהילה ונמנעת מ"אשפוזם" בבתי כלא. המודעות לקרימינליזציה של חולי הנפש הביאה חלק מבתי המשפט לפתח קשב רגישות וגמישות בתהליך קבלת החלטות, שהתגלו כמתאימים יותר למתן מענה הולם לצורכי החולים ולהבטחת שלום הציבור. בשני העשורים האחרונים, בד בבד עם התפתחות התנועה שקידמה מדיניות משפטית ליברלית, התפתח בארה"ב כאמור לעיל, תחת הכותרת "תורת משפט טיפולי"¹⁵⁰, גוף ידע המשלב מושגים ממדעי ההתנהגות ועקרונות פסיכו-תרפויטיים במשפט. במאה הכ"א מתפשטת תורה זו גם למדינות שחוקי הטיפול בחולי הנפש שלהן מבוססים על מודל רפואי.¹⁵¹

4. תמונת מצב בטרם החלפת חוק הטיפול הישן בחוק החדש

עם הקמת המדינה התמקדו שירותי בריאות הנפש בעיקר בהתמודדות עם המספר רב של חולים – רובם עולים חדשים, פליטים בודדים ועיריירים – בנסיגות לפתור מצבי משבר שנוקקו למענה כוללני למצוקותיהם (טיפול רפואי כללי ופסיכיאטרי, דיוור בסיסי וצורכי קיום). החברה הישראלית דרשה פיקוח והגנה עליהם ומהם, יותר מאשר טיפול בחולה.¹⁵² בנסיבות אלה נחקק חוק הטיפול הישן ב-1955.¹⁵³ החוק הישן עסק בעיקרו בהסדרת נוהלי האשפוז והשחרור ממוסדות פסיכיאטריים ולא בטיפול. רק במהלך שנות השבעים החלה הפעילות להבניית תשתית לשירות פסיכיאטרי בקהילה, בעיקר באמצעות מיזמים של ה"ג'וינט" ומשרד הבריאות, ומיעוטה – בקופת החולים הכללית. המוסדות הפסיכיאטריים שהוקמו מיד לאחר קום המדינה דגלו בגישה, שלפיה רוב בתי המחסה בנסיבות של מצוקת עלייה¹⁵⁴ חייבים להישאר באחריות המדינה ולכן לא הופעלו על ידי קופות החולים. בתי המשפט, שנדרשו להתמודד עם הדילמה המורכבת המשולשת בהתנגשות האינטרסים שבין זכויות החולה ובין החובה להגן על שלום הציבור והחובה לטפל בחולה הנפש, הוסיפו בהדרגה משקל גובר והולך לשמירה על זכויות החולה, ובראשן הזכות לחירות. במקביל, בהשפעתה של מגמת

¹⁵⁰ ראו לעיל, תת פרק א. 3. על הרקע להתפתחות תורת המשפט הטיפולי ראו בעמ' 14.

¹⁵¹ WJ Brookbanks, *Making the Case for a Mental Health Court in New Zealand*, IN 3RD

.INTERNATIONAL CONFERENCE ON THERAPEUTIC JURISPRUDENCE 2 (2006)

¹⁵² אבנר אליצור "מיסוד ואל-מיסוד ארגון שירותים אזורי לבריאות הנפש כתחליף" **חברה ורווחה** יח 13 (1998): "בכנסת תוארה סכנת חולי נפש בקהילה, ובכללן השפעה הרסנית על ילדים, עבריינות, סבל ומטרד לציבור".

¹⁵³ חוק לטיפול הישן, לעיל ה"ש 14.

¹⁵⁴ שפרה שוורץ **קופת חולים – הסתדרות ממשלה** 143 (2000).

הליברליזציה, גברה גם הביקורת שמתחו אנשי מקצוע על החוק.¹⁵⁵ אלו הובילו לביטול ולחקיקת חוק טיפול בחולי נפש, התשנ"א-1991, שעלה בקנה אחד עם המלצת ועדת נתניהו¹⁵⁶ לחקיקה טיפולית ליברלית ולשילוב חולי הנפש בקהילה, ולהענקת מרכז הכובד ממערכת האשפוז הפסיכיאטרי לטיפול ולשיקום אמבולטוריים.

5. חוק טיפול בחולי נפש, התשנ"א-1991, ופרשנות הפסיקה

דברי ההסבר לחוק הטיפול בחולי נפש מלמדים על תכליתו: "אפשרות של מתן טיפול מרפאתי כפוי במקום אשפוז בבית החולים... השארת החולה במסגרת המשפחה והקהילה ובשיתופו של החולה עצמו בטיפול הרפואי והשיקומי".¹⁵⁷ החוק החדש עיגן בחקיקה את רוב השינויים שחלו במהלך השנים בתפיסת הטיפול במחלות הנפש ואת המודעות הגוברת לזכויות האדם של החולים כפי שבאה לידי ביטוי בפסיקה. המחוקק כיוון לתת מענה לצורך לגיטימי של הגנה על הציבור וגם לצורך הכרחי של טיפול בחולה, תוך שמירה על זכויות אדם של החולה לחירות ולאוטונומיה באמצעות תנאים מוגדרים ומגבילים להפעלת הסמכות לאשפוז בכפייה.¹⁵⁸ עם זאת לדעת אבירם וחבריו,¹⁵⁹ המחוקק, שכיוון בחוק החדש להגן על הזכות לחירות של חולי נפש, בפועל

הרחיב את סמכויות הפסיכיאטר המחוזי לאשפוז בכפייה גם במצבים שאינם בגדר סיכון מידי. לדעתם, בהרחבה זו הנציח המחוקק מודל רפואי פטרוני.¹⁶⁰ בדיקה מדוקדקת של דרכי יישומו של החוק הישן מלמדת, שבפועל הוספת העילות לא היתה הרחבה, אלא "צילום" של תמונת מצב האשפוז בכפייה כפי שבוצע

¹⁵⁵ שניט, לעיל ה"ש 16, בעמ' 317: "הדגש שהושם בחוק על אשפוז, והתעלמותו של החוק מהיבטים של שיקום בקהילה בולטים עוד יותר אם משווים את החוק לחקיקה מקבילה בארה"ב באותה תקופה ממש, חקיקה שהקשתה על אשפוז בבית חולים פסיכיאטרי ודווקא הסדירה ועודדה תוכניות לטיפול בקהילה בהן ניתן משקל ניכר לזכויות האדם של חולה הנפש".

¹⁵⁶ דו"ח נתניהו, לעיל ה"ש 18: "לזרז חקיקה להגדרת הסמכויות לאשפוז כפוי, ולקבוע מנגנונים לביצוע לפיקוח ובקרה ולצמצם ככל הניתן את הפגיעה הקשה בחירות הפרט רק לתחום שבו היא הכרחית. מסירת הסמכויות בתחום זה לפסיכיאטר האזורי שתפקידו המוגדרים אינם שירות לפרט, תפטור את בעיית ניגוד האינטרסים בין סמכויות פסיכיאטר מחוזי לתפקידו במוסדות האשפוז".

¹⁵⁷ דברי ההסבר להצעת חוק לטיפול בחולי נפש, התש"ן-1990, ה"ח 240.

¹⁵⁸ ס' 6-17 לחוק טיפול בחולי נפש.

¹⁵⁹ אבירם, אדמון, אייזנשטדט וקנטר, לעיל ה"ש 9.

¹⁶⁰ ס' 7 ו-9(ב) לחוק טיפול בחולי נפש.

בתקופת החוק הישן.¹⁶¹ "העילות החדשות" מבטאות מעבר מתורת עילות שבעל פה, אשר לפיה נהגו הפסיכיאטרים המחוזיים לאשפז בעבר, לעילות חקוקות. להבדיל מהפעלת החוק הישן, המחוקק הקפיד בחוק החדש לגדר את העילות בתנאים המגבילים את האפשרות לאשפז בכפייה ולהבנות תהליכי ביקורת שיפוטית מדוקדקת למניעת פגיעה בלתי-מידתית בחירותו של החולה. יישום החוק החדש בהתאם לפרשנות הפסיקה על פי "המטריה הנורמטיבית",¹⁶² תוך הקפדה על כללים פרוצדורליים וייצוג על ידי עורך דין – לעת דיון בפני טריבונל משפטי (הוועדה הפסיכיאטרית המחוזית) בערר על החלטות הפסיכיאטר המחוזי או החלטה להמשיך אשפוז בכפייה, או בבית המשפט המחוזי בערעור על החלטות הוועדה – משקף את ערכיה של מדינת ישראל ונראה, שאין בו "הפקרת" החולה לפטרוניות הרפואה. המחוקק הקפיד לאזן את ההרחבה לכאורה בעילות האשפוז בכפייה (הוספת עילת אשפוז כפוי שאינו דחוף) על ידי תוספת הגנה משפטית ייחודית לעילה זו, באמצעות דחיית הפעלתו של אשפוז ב-24 שעות ממתן ההוראה, כדי לאפשר ערר בוועדה סטטוטורית (הוועדה הפסיכיאטרית המחוזית). פסיכיאטר מחוזי הוסמך לתת הוראה לאשפוז כפוי "בדחיפות" רק בהתקיים שני תנאים: התנאי הראשון הוא, כי הוא שוכנע על סמך בדיקה פסיכיאטרית שהאדם חולה ("סובל ממחלת נפש", כהגדרתו של מונח זה בחוק) וכי הבדיקה הפסיכיאטרית מצביעה על קיומן של ראיות משכנעות שהחולה עלול לסכן את עצמו או את זולתו סיכון פיסי מידי. התנאי השני המצטבר הוא קיומו של קשר סיבתי בין המחלה ובין הסיכון.¹⁶³ להבדיל מאבירם ומחבריו, שטענו כי החוק הנציח מודל רפואי פטרוני, ישנם פסיכיאטרים הסוברים שהמחוקק הרחיק לכת ב"משפטיציה" של הטיפול עד כדי התבוננות על האשפוז הפסיכיאטרי בכפייה כ"תפיסה מעצרית",¹⁶⁴ המלווה בהערמת קשיים ומחסומים בפני טיפול ופוגעת ביחסי מטפל-מטופל. צבי זמישלני, מנהל המרכז לבריאות הנפש "גדה", מי שכהן כיו"ר

¹⁶¹ יעקב בזק אחריותו הפלילית של הלקוי בנפשו 252–254 (1985).

¹⁶² פרשת וילנצ'יק, לעיל ה"ש 6, בעמ' 707: "תכליות ספציפיות, המייחדות את חוק טיפול בחולי נפש. בצד התכליות המיוחדות הללו, עומדות תכליות כלליות. אלה משקפות את ערכיה של מדינת ישראל (ראה ברק בספרו הנ"ל [פרשנות במשפט – מ'מ'] [כרך ב] בעמ' 417). ערכים אלה מהווים 'מטריה נורמטיבית' הפרוסה על דברי החקיקה כולם. חזקה היא, שכל דבר חקיקה נועד להגשים ערכי יסוד אלה. בולט בין ערכי היסוד הוא הערך בדבר החירות המעוגן כיום בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. חזקה היא שכל דבר חקיקה נועד להגשים את חירותו של הפרט; חזקה היא שפגיעה בחירות תיעשה רק לתכלית ראויה ולא מעבר למידה הדרושה" (הדגשות לא במקור).

¹⁶³ ס' 9 לחוק טיפול בחולי נפש.

¹⁶⁴ דורסט ומרטיק, לעיל ה"ש 25, בעמ' 138. וראו גם מרגולין, אברמוביץ וויצטום, לעיל ה"ש 30, בעמ' 93 ו-96.

האיגוד הפסיכיאטרי ועוסק במחקר בתחום הפסיכיאטריה והמשפט, חושש מדאגת-יתר לזכויות המשפטיות של החולים על חשבון תכליתו של החוק הטיפולי. לדעתו, הערמת קשיים פרוצדורליים לגבי אשפוז או טיפול מנהלי בכפייה מעכבת בסופו של דבר את הטיפול, מקצרת את משך הטיפול עד שהוא נעשה בלתי-יעיל ולכן פוגעת בחולים עצמם שמצבם מתדרדר, וחלקם אף עוברים מהמסלול המנהלי למסלול הפלילי. אכן, מניתוח נתוני האשפוזים בכפייה בעשרים השנים האחרונות, עולה התגברות מגמת עלייה בצווי אשפוז להסתכלות ולטיפול מול התייצבות בהיקף ושיעור האשפוז במסלול המנהלי סמוך למועד התיקון לחוק הטיפול ב-2004 (הזכות ליצוג). פסיכיאטרים בכירים בארה"ב סוברים, שהתוצאה בפועל חמורה יותר ומסיטה את הטיפול הפסיכיאטרי ממערכת הבריאות לבתי הכלא.¹⁶⁵

בישראל נראה, שהמחוקק בחר בדרך ביניים בין גישה רפואית פטרונית לגישה משפטית ליברלית. להבדיל מהמחוקקים בארה"ב¹⁶⁶ הרחיב המחוקק הישראלי, מצד אחד, את היכולת לטפל בהתאם לצרכים ובאמצעות הסמכת רופאים להניע תהליך טיפול בהגדרה רחבה של עילות אשפוז בכפייה, ובכללם מצבים שבהם יכולתו של האדם לדאוג לצרכיו הבסיסיים פגומה בלא תקנה או כאשר הוא גורם סבל נפשי חמור לזולתו או פוגע פגיעה חמורה ברכוש.¹⁶⁷ מצד אחר, הוסיף המחוקק בקרות משפטיות בקבועי זמן שהוגדרו בחוק והייב להפעיל את התהליך בשלבי ביניים, כמו בדיקה מקדימה להוראת אשפוז; ובמצבים שאינם דחופים אף חייב לעכב את הפעלת האשפוז עד תום 24 שעות ממתן ההוראה¹⁶⁸ כדי לאפשר לחולה להגיש ערר בפני טריבונל משפטי (הוועדה הפסיכיאטרית המחוזית). הפסיקה אף החמירה והנחתה לבחון כל הוראת אשפוז שאינו דחוף כאילו הוגש ערר ולקיים דיון בוועדה מחוזית גם

H. Richard Lamb & Linda E. Weinberger, *The Shift of Psychiatric Inpatient Care* 165
From Hospitals to Jails and Prisons, 33 J.AM.ACAD.PSYCHIATRY LAW 529 (2005)

Lessard v. Schmidt 349 f. Supp. 1078 (E.D. Wis. 1972) 166

שמותר לאשפוז בכפייה חולי נפש רק כאשר מדובר בסכנה מיידית וממשית - Lanterman-Petris-Short (LPS) Act (Cal. Welf & Inst. Codesec. 5000 et seq.) בקהילה, שנחקק בקליפורניה ב-1969, ה-Community Mental Health Centers Construction Act, Public Law 88-164, מתיר לאשפוז בכפייה חולי נפש מעבר לתקופה העולה על 17 יום, אך רק כאשר מדובר בסכנה מיידית וממשית. ראו *Jackson v. Indiana*, לעיל ה"ש 140. פסק הדין קבע, שחוק המאפשר אשפוז כפוי בלא הגבלת זמן בהתבסס על אי-כשירות, אינו חוקתי. בפסק הדין *Lake v. Cameron*, לעיל ה"ש 140, נקבע עקרון הטיפול בסביבה הפחות מגבילה - עיקרון שאומץ על ידי רוב המדינות.

ס' 7(2) ו-9(ב) לחוק טיפול בחולי נפש. 167

שם, ס' 9(ב). 168

אם החולה לא הגיש ערר.¹⁶⁹

נציין, כי בעוד החוק ככתבו מחדש אפשרות של מתן טיפול מרפאתי כפוי, כחלופה או כהמשך לאשפוז כפוי,¹⁷⁰ הפסיקה (באמצעות פרשנות חוקתית) מחייבת לבחון תמיד אפשרות לטיפול מרפאתי במקום אשפוז ולהעדיף בכל עת טיפול בהסכמה על פני טיפול בכפייה.¹⁷¹ הוראת אשפוז מנהלית הוגבלה בחוק לתקופה של שבעה ימים והפסיכיאטר המחוזי רשאי להאריכה לשבעה ימים נוספים.¹⁷² מעבר לשבועיים רק הוועדה הפסיכיאטרית רשאית להאריך את תוקפה של הוראת האשפוז, בראשונה עד שלושה חודשים, ובהמשך – לתקופות של עד שישה חודשים.¹⁷³

חידוש נוסף בחוק, המכוון לצמצם את תופעת האשפוז בכפייה, הוא התניית הפעלתן של הסמכויות לאשפוז בכפייה בבדיקה פסיכיאטרית מקדימה (שמותר לקיימה בכפייה אך ורק אם החולה התבקש להיבדק וסירב). רק לאחר בדיקה פסיכיאטרית, שממצאה מעידים על קיום התנאים לאשפוז, ניתנת הסמכות לפסיכיאטר המחוזי להורות על אשפוז או טיפול בכפייה.¹⁷⁴

בסיכום ביניים יש לראות בחוק החדש שילוב בין מודל הפעלה רפואי לבקרה משפטית הדוקה, ה"משקף גישה חדשנית, הבאה לידי ביטוי, בין היתר, באפשרות של מתן טיפול מרפאתי כפוי במקום אשפוז בבית החולים".¹⁷⁵ החוק מופעל בשלבים (לאחר שחולה סירב להיבדק, אפשר להורות על בדיקה בכפייה המקדימה הוראה לאשפוז בהיתן התנאים שבחוק) ומיועד לקדם את שלום החולה והציבור, תוך הקפדה על זכויות החולה לטיפול יחד עם הגנות על זכותו לחירות. בחוק החדש, להבדיל מהחוק הישן שלא עסק בטיפול, "המטרה העיקרית של אשפוז חולה בבית חולים הינה קבלת טיפול רפואי ואין לאשפוז אדם בבית חולים לשם הגנה על הציבור או עליו בלבד, אלא לפי הוראות חוק זה".¹⁷⁶ אולם יישום החוק בפועל יצר פרדוקס,

¹⁶⁹ פרשת פלונית, לעיל ה"ש 38, בעמ' 410. השופטת סירוטה, שדנה בערעור על החלטת ועדה פסיכיאטרית להאריך תקופת אשפוז, קיבלה את טענת המערערת נגד הוראה לאשפוז כפוי בלתי-דחוף, מאחר שההוראות לטיפול מרפאתי כפוי ולאשפוז כפוי בלתי-דחוף ניתנו בלא שנעשתה בדיקה פסיכיאטרית מקדימה ובלא שניתנה לחולה ההזדמנות לטעון בטרם אושפזה. באותו הקשר הבהירה השופטת את הצורך, כאשר ניתנה הוראה לאשפוז כפוי שאינו דחוף, לכנס ועדה גם אם לא הוגש ערר.

¹⁷⁰ ס' 11 ו-15 לחוק טיפול בחולי נפש.

¹⁷¹ פרשת וילנצ'יק, לעיל ה"ש 6, בעמ' 708.

¹⁷² ס' 10(א)–10(ב) לחוק טיפול בחולי נפש.

¹⁷³ שם, בס' 10(ג)–10(ד).

¹⁷⁴ שם, בס' 6–7.

¹⁷⁵ ד"כ 1095, 119 (התשנ"א).

¹⁷⁶ ס' 35(ב) לחוק טיפול בחולי נפש.

שכן לעיסוק הקפדני והממוקד בדגש על הפרוצדורה המשפטית התלוותה הטיה קוגניטיבית, אשר באה לידי ביטוי בהפחתה במשקל החידוש המהותי של טיפול בכפייה בסביבה פחות מגבילה מאשפוז, באמצעות טיפול מרפאתי. בפועל, רוב ההוראות והצווים לטיפול מורים על אשפוז בכפייה¹⁷⁷ ולא על טיפול אמבולטורי. הפסיכיאטרים מצאו את עצמם מתגוננים בפני טענות על פטרוניות רפואית, ובהינתן מחסור במרפאות והיעדר מערכת פיקוח ואכיפה על הטיפול בכפייה בקהילה, המליצו, וממליצים, ברוב המקרים על אשפוז בכפייה. יתר על כן: חולי נפש עדיין מטופלים שלא באמצעות קופות החולים, שאינן מחויבות לטפל בהפרעות ובמחלות נפש. תמונת מצב זו נמשכת על אף שהמחוקק הדגיש, כי "חולה המאושפז בבית חולים זכאי לקבל טיפול בהתאם למצבו הרפואי, הן הנפשי והן הגופני, בהתאם לתנאים ולהסדרים הנהוגים במערכת הבריאות בישראל"¹⁷⁸. התוצאה המעשית של מחסור במרפאות נגישות וזמינות בקהילה היא תופעה של "דלת מסתובבת" בבתי החולים הפסיכיאטריים.¹⁷⁹ הסדרי הטיפול הפסיכיאטרי ממשיכים להיות מחוץ לאחריותן של קופות החולים ורק מיעוט מהטיפולים בכפייה מתבצעים בקהילה.¹⁸⁰ יישומו של חוק הטיפול אינו עולה בקנה אחד עם כוונת המחוקק לקדם את בריאותם של חולי הנפש, תוך הגנה ראויה על הזכות לחירות.

מחקר משפטי בכלים של תורת המשפט הטיפולי עשוי להאיר על כיווני הרפורמה הנדרשת בהפעלת ההסדרים לטיפול בחולי נפש.

¹⁷⁷ שנתון סטטיסטי 2008, לעיל ה"ש 125, בעמ' 50–55.

¹⁷⁸ ס' 35(ג) לחוק טיפול בחולי נפש.

¹⁷⁹ J. Rabinowitz, M. Mark, M. Popper, M. Slyuzberg & H. Munits, *Predicting revolving-door patients in a 9-year national sample*, 30 SOC. PSYCHIATRY, P.SYCHIATRIC EPIDEMIOLOGY 65–72 (1995).

¹⁸⁰ מרגולין, אברמוביץ וויצטום, לעיל ה"ש 30. הציטוט המוזכר שם בעמ' 93–96. ראו גם מבקר המדינה דוח ביקורת שנתי 2007) 391 (להלן: דו"ח מס' 257). ראו גם ארמן-שטרן, לעיל ה"ש 10, בעמ' 297.

ג. מבט מבעד לעדשה של תורת המשפט הטיפולי על פרשנות הפסיקה לחוק הטיפול

תכלית החוק – לקדם "אפשרות של מתן טיפול מרפאתי כפוי" – עולה בקנה אחד עם גישת תורת המשפט הטיפולי, הרואה בקידום בריאות ערך חשוב, בד בבד עם ערכים אחרים ובכללם חירותו של החולה, כמו גם בריאות הציבור ושלומו. כאמור, פרשנות חוקתית בהשראת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו,¹⁸¹ לתכלית החוק מחייבת לבחון תמיד אפשרות לטיפול מרפאתי במקום אשפוז. המחוקק הישראלי איזן בין זכויות שוות מעמד המתנגשות ביניהן: מחד גיסא, זכותו של החולה לחירות, ומאידך גיסא, זכות הזולת להגנה מפגיעה בחירותו והמחויבות לשלום החולה והחברה.¹⁸² סעיף 5 לחוק היסוד – "אין נוטלים ואין מגבילים את חירותו של אדם במאסר, במעצר, בהסגרה או בכל דרך אחרת" – חל אף על טיפול פסיכיאטרי כפוי. הפרשנות החוקתית לתכלית החוק בוחנת את החוק החדש באמצעות פסקת ההגבלה. פסקת ההגבלה בסעיף 8 לחוק היסוד מבהירה כי בהתקיים תנאים מסוימים אפשר לפגוע בזכות המעוגנת בחוק היסוד באמצעות חוק. החוק הפוגע, המגביל זכות יסוד, חייב להיות "חוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל". ההגבלה בחוק הפוגע בזכות חייבת להיות, בהתאם לנוסחת המידתיות, "במידה שאינה עולה על הנדרש..." לכן בחירת סוג אמצעי טיפול וסביבתו הפחות מגבילים בנסיבות המחלה והסיכון שבגינה מחייבת, ולא רק מאפשרת בעלמא, חלופה לאשפוז בכפייה במרפאה. בעקבות הפרשנות התכליתית הסובייקטיבית, משמעותה שלהמילה "רשאי" פסיכיאטר מחוזי להמליץ על טיפול מרפאתי במקום אשפוז בכפייה היא "חייב" ואין לכפות טיפול כלל אם אפשר להשיגו בלא כפייה. תמיד יש לנקוט אמצעי המגשים את המטרה הראויה ושפגיעתו בחולה היא הקטנה ביותר. מכאן, שלא רק שהכפייה מותרת, אלא חובה שתהיה מזערית ותמיד עדיף שהטיפול יבוצע בהסכמה. לכן אם החולה מסרב לקבל טיפול ראוי אף להפציר בו בטרם תופעל כפייה. "מעמדו החוקתי של חוק היסוד מקרין עצמו לכל חלקיו של המשפט הישראלי. הקרנה זו אינה פוסחת על הדין הישן".¹⁸³ עוד עולה מ"כבוד האדם", כי משניתנה הסכמה לטיפול פסיכיאטרי במסגרת אשפוז

¹⁸¹ חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס"ח התשנ"ב 150 (להלן: חוק יסוד: כבוד האדם).

¹⁸² אהרון ברק **פרשנות במשפט** כרך שלישי 30 (פרשנות חוקתית, 1994). פרופ' ברק מבהיר, ש"בקביעת התכלית החוקתית יש לתת משקל מכריע לשקולים האובייקטיביים, שעניינם הבנתה של החברה הישראלית המודרנית (המתבססת על ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית) את אופקיו של הטקסט החוקתי... כן קובעת התכלית החוקתית את היקף פריסתה של הסמכות החוקית להגביל זכויות אדם".

¹⁸³ דנ"פ 2316/95 **גנימאת נ' מדינת ישראל**, פ"ד מט(4) 589, 648 (1995).

מרצון,¹⁸⁴ משמע שההסכמה ניתנה מדעת ולא הסכמה בעלמא בחטף, בקלות ראש או מתוך טעות או חס וחלילה בשל גניבת דעת. לכן הסכמה לטיפול גם אצל חולה נפש חייבת שתהיה כמו בתנאים המחייבים בחוק זכויות החולה החל על כל החולים – "מדעת"¹⁸⁵!

בפרק הבא נדון במצבים שבהם החוק החדש לטיפול בחולי נפש מקדם בריאות ומאפשר לטפל באדם שלא בהסכמתו, ואף בניגוד לרצונו, ובמצבים שיש בהפעלתו היבטים לא-טיפוליים. נתבונן מבעד לעדשה של תורת המשפט הטיפולי כיצד פרשנות הפסיקה מרחיבה את אפשרויות הטיפול בסביבה החותרת למזער את חלופת האשפוז המקדמת בריאות. עם זאת, נציין גם מקרים שבהם תוצאת הפרשנות החוקתית לחוק הטיפול היא אנטי-טיפולית. למצדדים בגישה המציעה לשנות את חוק הטיפול המיוחד לחולי נפש ולהטמיעו בחוק זכויות החולה¹⁸⁶ אציין על קצה המזלג, שאפשרות של טיפול בניגוד לרצונו של חולה אמנם קיימת בחוק הכללי חוק זכויות החולה בהתקיים תנאי החוק,¹⁸⁷ אולם במתכונתו כיום אין בחוק זכויות החולה מענה מקדם טיפול (בריאות) במצבים שאינם בגדר סכנה חמורה לחולה (כמו החובה לשלום הציבור) או שלא בנסיבות חירום רפואי המצויים בגדרי עילות טיפול בכפייה שאינו דחוף במסגרת החוק המיוחד – חוק הטיפול. יתר על כן אין בחוק זכויות החולה הגנה משפטית על הזכות לחירות באמצעות ייצוג על ידי עורכי דין בפני טריבונל משפטי מחוץ למוסד הרפואי וההגנה על הזכות לחירות היא בועדת האתיקה של המוסד בלבד.¹⁸⁸

1. טיפול בסביבה הפחות מגבילה כחלופה לאשפוז בכפייה – מאפשרות לחובה

ביקורות בגין אי-ההקפדה על עקרון הטיפול בסביבה הפחות מגבילה עולות בכמה פסיקות של בתי המשפט המחוזיים. השופט טל מבקר קשות את הוועדה הפסיכיאטרית המחוזית בערעור על החלטת ועדה פסיכיאטרית להאריך את אשפוזו הכפוי של פלונית שאושפזה אשפוז חוזר בכפייה משלא התייצבה לטיפול במרפאה.¹⁸⁹

¹⁸⁴ ס' 4(א) לחוק טיפול בחולי נפש: "חולה המבקש להתאשפז מרצונו בבית החולים, יחתום על הסכמה לאשפוז".

¹⁸⁵ שם, ס' 13: "לא יינתן טיפול רפואי למטופל, אלא אם כן נתן לכך המטופל הסכמה מדעת".
¹⁸⁶ ישנם הרואים בעצם קיומו של חוק הטיפול משום הנצחת תיוג כלפי חולי הנפש וכלפי הפסיכיאטריה ולכן מציעים לבטל את חוק הטיפול ולהישען לצורכי הטיפול ההכרחי בכפייה על חוק זכויות החולה. הדיון בסוגיה זו מחייב דיון רחב מעבר לגבולות המאמר (הערת המחבר).

¹⁸⁷ ס' 15 לחוק זכויות החולה.

¹⁸⁸ ראה ה"ש לעיל.

¹⁸⁹ פרשת פלונית, לעיל ה"ש 38, בעמ' 226: "להצביע בפירוט על אירועים אלימים שבהם היה

בהשראת חוק היסוד: כבוד האדם וחירותו, אשר נחקק שנה לאחר החוק החדש, בית המשפט נתן פרשנות דווקנית לחוק הטיפולי כדי לחזק את ההגנה על זכותו של חולה הנפש לחירות. השופט הבהיר, שלשון "שוכנע הפסיכיאטר"¹⁹⁰ בחוק החדש במקום "נוכח" על פי לשון החוק הישן מחייבת פירוט של אירועים מסכנים כדי לנמק את ההחלטה לאשפוז בכפייה.¹⁹¹ בית המשפט הוסיף, ש"הרפואה אינה פועלת מחוץ לחוק וכפופה למודל המשפטי הרואה בכל אדם בן-חורין".¹⁹² הרשות השופטת לא נסוגה מפני "הרשות הרפואית". הגנת חוק היסוד: כבוד האדם וחירותו,¹⁹³ על זכויות אדם¹⁹⁴ חלה גם על חולה הנפש ומחייבת את הפסיכיאטרים שלא לנהוג בפטרונות רפואית ולחדול מטיפול בכפייה כשלא שוכנעו מקיומה של מסוכנות.¹⁹⁵

בדיון בערעור על החלטת ועדה פסיכיאטרית להאריך אשפוז¹⁹⁶ נתנה השופטת סירוטה משקל רב להקפדה על כללי הפרוצדורה ועם זאת לא התעלמה מצרכים טיפוליים. בית המשפט קיבל את הערעור על הוראה לאשפוז כפוי לא-דחוף ונימק את החלטתו בהיעדר בדיקה פסיכיאטרית מקדימה ובשלילת ההזדמנות להשמיע את טיעוניה של המערערת לפני אשופזה.¹⁹⁷ בית המשפט קבע, שבנסיבות אלו לא נתמלאו התנאים לאשפוז בכפייה! השופטת ציינה שאמנם קיים צורך רפואי לטפל, ברם לחולה עומדות זכויותיה, החוק מגן עליהן ויש לשחררה. עם זאת, השופטת הורתה לעכב את השחרור ליום-יומיים אם יש צורך להפחית ולאזן את מינון התרופות באופן מסודר טרם שחרורה. לפנינו אפוא הכרעה של בית המשפט, הנותנת משקל

מעורב, לרבות העובדות, שהיו את האלימות, עוצמתם, טיב הפרובוקציה (אם הייתה כזו), הזמן והמקום בהם אירעו האירועים וכיו"ב", ולא רק את עצם אי-התייצבות לטיפול (הערת המחבר).
 190 שם, בעמ' 225: "החוק עוצב בצורתו החדשה לאחר שנמתחה עליו ביקורת, הן על ידי בתי המשפט והן על ידי מלומדים. המלומדים קבלו על כך, שאין בחוק ערובות מספיקות לשמירת זכויות הפרט של חולה הנפש".

191 שם, בעמ' 227–228: "החוק החדש מבטא את העדפת הגישה המתמקדת בחירות הפרט על פני הגישה הפטרנליסטית, או הגישה הדוגלת בהגנה על הציבור... המודל הרפואי, מנסה להפחית עד למינימום את הסיכון, שאדם הזקוק לטיפול רפואי לא יזכה בו... אין זה המודל המשפטי שעל פיו פועל בית המשפט".

192 שם, בעמ' 228: "הרשות הרפואית כפופה לחוק".
 193 השופט טל מצטט את ס' 5 לחו"י כבוד האדם וחירותו: "אין נוטלים ואין מגבילים את חירותו של אדם במאסר, במעצר, בהסגרה או בכל דרך אחרת".

194 פרשת פלונית, לעיל ה"ש 38, בעמ' 226: "המודל המשפטי הוא, שכל אדם הריהו בן-חורין".
 195 בזק, לעיל ה"ש 106, בעמ' 253–255.

196 ע"ש (ת"א מחוזי) 1025/92 פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"מ תשנ"ג(1) 410 (1992).
 197 שם, בעמ' 426: "שוכנעת", כי עדיף היה שהמערערת תמשיך באשפוז או בקבלת טיפול מרפאתי כפוי. אולם, אי-אפשר לכפות על אדם קבלת טיפול רפואי הגם שהדבר הוא לטובתו, כאשר איננו חפץ בכך... לפיכך, אני מורה לשחרר את המערערת".

מכריע לזכות לחירות באמצעות הקפדה דקדקנית על הפרוצדורה המשפטית DUE-PROCESS, ומביאה בחשבון גם את הטיפול. על אף שחוק טיפול מבוסס על מודל רפואי, הרפואה כפופה לבקרת המשפט, והמשפט מכיר במורכבות הטיפול. בפרשת **וילנצ'יק**¹⁹⁸ קבע בית המשפט העליון, שהטיפול המרפאתי והשיקום בקהילה תמיד עדיפים על אשפוז.¹⁹⁹ השופט אהרון ברק הדגיש בנסיבות פרשה זו, כי בטרם מוציא הפסיכיאטר המחוזי צו אשפוז לנאשם שהפר צו טיפול מרפאתי, חובה להעניק לו זכות שימוע וזכות טיעון ובאמצעות ייצוג על ידי עורך דין מתאים.²⁰⁰ בית המשפט הבהיר, שעל הפסיכיאטר המחוזי להפעיל לא רק שיקול דעת רפואי, אלא גם למצוא את האיזון הראוי בין שלושה אינטרסים – הזכות של החולה לחירות, זכותו לטיפול ושלומו הציבור. אין לכפות טיפול אם אפשר להשיגו בלא כפייה. תמיד יש להעדיף את הטיפול בסביבה הפחות מגבילה. בית המשפט חזר והדגיש אפוא את חשיבות הביקורת השיפוטית על הפעלת הסמכות של הפסיכיאטר המחוזי. דא עקא, שלישום הלכה זו יש צורך להרחיב את תשתית השירותים הפסיכיאטריים בקהילה. על מערכת השירות בקהילה להיות משולבת בשירותי הבריאות לכול, שוויונית לנגישה ומבטיחה סל טכנולוגיות מתקדמות לרשות החולים²⁰¹ כדי לצמצם את הצורך באשפוז כפוי ולאפשר את יישוםם ואכיפתם של תנאי הטיפול. אולם נכון לעת כתיבת המאמר, בית המשפט טרם סיים את הדיון בעתירה של משפחות חולים ליישם את החלטת הממשלה לרפורמה בשירותי בריאות הנפש ולהקצות משאבים בהתאם לצורכי חולי הנפש כדי לשלבם בקהילה.²⁰² בפועל לא רק שהתשתית חסרה, אלא שהשירות לחולי הנפש עדיין מודר משירותי הרפואה

¹⁹⁸ פרשת **וילנצ'יק**, לעיל ה"ש 6, בעמ' 708.

¹⁹⁹ ס' 11 לחוק טיפול בחולי נפש: "נוכח פסיכיאטר מחוזי על סמך בדיקה פסיכיאטרית כי נתמלא באדם התנאים האמורים בס' 9(א) או (ב) וקיימת אפשרות לתת את הטיפול הדרוש במסגרת מרפאה – רשאי הוא, במקום לתת הוראת אשפוז, להורות בכתב כי על האדם לקבל את הטיפול הדרוש במסגרת מרפאה שיקבע" (ההדגשות אינן במקור – מ'מ'). "תמיד יש לנקוט את האמצעי המגשים את המטרה הראויה, ושפגיעתו בחולה הנפש היא הקטנה ביותר" (ההדגשות אינן במקור – מ'מ') (ראו פרשת **וילנצ'יק**, שם, בעמ' 708).

²⁰⁰ פרשת **וילנצ'יק**, שם, בעמ' 715: "במרכזם של אמצעי ההגנה הדיוניים עומדת זכות הטיעון. ממנה נגזרת, בעניינו של חולה הנפש, הזכות לטעון באמצעות סניגור. מכאן חשיבותו של הפרקליט, יודע דת ודין, המסייע בהפיכת החירות מהלכה למעשה. בוודאי כך לענין חולה הנפש, אשר ללא סניגור עשוי שלא להיות מסוגל לעמוד על זכויותיו".

²⁰¹ שמואל וולפמן וטלי שקד "הפרת זכויות של חולי נפש המטופלים בכפייה" **רפואה ומשפט** 38, 99 (2008).

²⁰² בג"ץ 5777/05 **בזכות, המרכז לזכויות אדם של אנשים עם מוגבלויות, עמותת נ' שר הבריאות**. העתירה הוגשה ב-16.6.05. עתירה זו הוגשה גם על ידי שר הבריאות לשעבר, הרב ניסים דהן – צעד שנחשב חריג ונדיר (הערת המחבר).

שבאחריות קופות החולים²⁰³ – עובדה המצמצמת נגישות וזמינות לטיפול ומנציחה את הסטיגמה של מחלת נפש. יתירה מזו: השירות הפסיכיאטרי חסר בקרה ופיקוח יעילים (משרד הבריאות פועל בניגוד עניינים מאחר שהוא גורם קובע מדיניות וגם אחראי על פיקוח בקרה ומתן השירות) ואין אכיפה של תנאי הטיפול בקהילה כדי לוודא את התמדתו ועמידתו של החולה המטופל בקהילה בתנאים שנקבעו למתן הטיפול המרפאתי בכפייה. יתר על כן: הלכת וילנצ'יק נתפסת על ידי אנשי המקצוע כמצמצמת את האפשרות לאשפוז בכפייה חולה שאינו מקפיד למלא אחר התנאים שנקבעו לטיפול המרפאתי, בין השאר עקב החובה לקיים שימוע טרם המרת צו הטיפול בצו אשפוז, בנוכחות הסניגור, כאשר חולה מפר צו לטיפול מרפאתי (על אף שפסק הדין אינו מתערב בשיקולים הטיפוליים ומבהיר במפורש שהאשפוז הכפוי הוא כלי טיפולי חשוב).²⁰⁴ תפיסה זו של הלכת וילנצ'יק מחלישה את נכונותם של הפסיכיאטרים לראות בטיפול המרפאתי חלופה לאשפוז בכפייה. בפועל, פסק דין וילנצ'יק הפחית את המשקל של הטיפול במרפאה כחלופה לאשפוז בכפייה שנתפס היום כטיפול מתאים רק לחולה ה"מסכים" לקבל טיפול מרפאתי בכפייה. עם זאת חשוב להבהיר, כי לא זו הכוונה העולה מלשון פסק הדין לכשמעיינים בו בדקדקנות.

²⁰³ דו"ח נתניהו, לעיל ה"ש 20. דו"חות מבקר המדינה: דו"ח מס' 41 (1989); דו"ח מס' 57 (2007) (להלן: דו"ח מס' 57); המלצות ארגון הבריאות העולמי, לעיל ה"ש 28. וראו גם דליה גיא חקר תהליך תכנון הרפורמה בבריאות הנפש בישראל והניסיונות ליישומה, 1995–1998 (עבודת גמר לתואר דוקטור, אוניברסיטת חיפה – הפקולטה למדעי המדינה, 2004): "אי ביצועה של הרפורמה הביטוחית הוא בעיקרו תולדת התנגדותם של בעלי העניין השונים. מבין שלושת בעלי העניין המרכזיים שהייתה להם השפעה על התהליך – משרד הבריאות, משרד האוצר וקופות החולים – הקופות לא היו מעוניינות בביצוע הרפורמה; האוצר נטה להתנגד – והתנגדותו נבעה לא רק משיקולי תקציב, אלא גם משיקולים הקשורים במבנה מערכת בריאות הנפש ובתפקודה; משרד הבריאות היה מפוצל בין כמה קבוצות כוח ואינטרס, כאשר עמדתו הרשמית היתה כי יש ליישם את הרפורמה... בעלי עניין שנהנו מהמצב הקיים – קבוצה חשובה בתוך אלה היו מנהלי בתי החולים, שאליהם הגיע נתח הארי של התקציב – פעלו לדחיית ביצוע הרפורמה. שתי קבוצות חשובות נוספות של בעלי עניין – צרכני השירותים (החולים והמשפחות) ועובדי מערכת בריאות הנפש – הביעו אף הן בתקופת המחקר אמביוולנטיות". וראו דו"ח השופט בזק, יו"ר הוועדה הציבורית לבדיקת מצבם של חולי נפש ניצולי השואה המאושפזים בבתי חולים לחולי נפש (דו"ח בזק, הוועדה הציבורית לבדיקת מצבם של חולי הנפש ניצולי השואה המאושפזים בבתי חולים לחולי נפש בישראל, 1999), הנפתח בציטוט המזעזע: "אבל אשמים אנחנו על אחינו, אשר ראינו צרת נפשו בהתחננו אלינו, ולא שמענו" (בראשית מב, כא). וראו דו"ח משה ליאון, יו"ר הוועדה לבחינת התפעול, הניהול, התקציב והבעלות על בתי החולים הממשלתיים, הממליץ לשלב בתי חולים פסיכיאטריים וגריאטריים בבתי החולים הכלליים (דו"ח ליאון, הוועדה לבחינת התפעול, הניהול, התקציב והבעלות על בתי החולים הממשלתיים, 2004).

²⁰⁴ פרשת וילנצ'יק, לעיל ה"ש 6, בעמ' 708: "אשפוז כפוי הוא מכשיר חשוב לטיפול בחולה הנפש".

השופט ברק ציין במפורש את חשיבות האשפוז הכפוי שאינו תחליף למעצר²⁰⁵ והדגיש את חשיבותו ככלי טיפולי וכהגנה על החולה ועל שלום הציבור. כשהשופט ברק מצהיר על גישתו הטיפולית ואף מבהיר במפורש שאינו רואה בטיפול בכפייה מעין מעצר, ראוי לבחון מדוע ההקפדה הפרוצדורלית היא מרכיב בטיפול או למצער אינה מנוגדת לגישה טיפולית. עיון בתורת המשפט הטיפולי מלמד, שהכפייה לכשעצמה אינה טיפולית.²⁰⁶ החכם מכל אדם מחזק את גישתה של תורת המשפט הטיפולי ומלמד, שיש להקשיב לחולה כדי לטפל בו נכונה מאחר ש"לב יודע מרת נפשו".²⁰⁷ נראה, שהשופט ברק מתבונן מבעד למשקפיים חוקתיים ולעדשות של תורת המשפט הטיפולי ומבהיר את חשיבותה של תפיסה קדמונית זו של הקשבה אמפטית לחולה (בכלל זה זכות הטיעון והחובה לקיים שימוע) לשופטים ולמטפלים יחדיו. במה דברים אמורים? פסק דין וילנצ'יק משמש פסק דין עקרוני לגבי אשפוז כפוי פלילי, אולם משפיע על פרשנות חוק הטיפול גם במסלול האשפוז המנהלי בכפייה ועל הבקרה המשפטית כנגד הוועדה הפסיכיאטרית המחוזית בבתי המשפט.²⁰⁸ בית המשפט העליון "מתח" את גבולות הפרשנות המילולית לחוק²⁰⁹ כדי להבהיר כיצד פגע

²⁰⁵ דורסט ומרטיק, לעיל ה"ש 25, בעמ' 138.

²⁰⁶ טוב, לעיל ה"ש 4, בעמ' 134: "גישת המשפט הטיפולית שואפת לקדם בריאות, אך שלא כמו המודל הרפואי היא איננה דוחה ערכים אחרים מפני היעד הרפואי. מכוונת לצמצום טיפול בכפייה גם מטעמי הגנה על החירות אך גם מפני שהטיפול בכפייה הוא 'אנטי-טיפולי'. מתייחסת לחולה הנפש עד כמה שניתן כבעל כושר החלטה, ולכן מאפשרת לו (עד כמה שניתן) להחליט על דרך הטיפול בו".

²⁰⁷ משלי יד, י.

²⁰⁸ פרשת וילנצ'יק לעיל ה"ש 6, בעמ' 711: "אמות-המידה המהותיות משקפות את האיזון הראוי בין המטרות הרלבנטיות. הן אינן מתמקדות אך באחת המטרות בלבד. אמות-מידה אלה הן באופיין בעלות אופי נורמטיבי. הן מגבילות את הרופא והשופט גם יחד. הן מחייבות את הרופא לשקול שיקולים שאינם רק רפואיים; הן מחייבות את השופט לשקול שיקולים רפואיים".

²⁰⁹ שם, בעמ' 715–716: "הטעמים הלשוניים סובבים סביב הוראת ס' 15(ה) לחוק, אשר זו לשונו: "לא מילא הנאשם אחר צו בית המשפט בעניין טיפול מרפאתי או חל שינוי לרעה במצבו הנפשי ונתמלאו בו התנאים למתן הוראת אשפוז לפי סעיף 9, יורה הפסיכיאטר המחוזי על אשפוזו..." ס' 9 לחוק – שאליו מפנה ס' 15(ח) לחוק – עוסק באשפוז כפוי אזרחי. הוא מתלה את הוראת האשפוז ב שני תנאים – מחלתו של חולה הנפש והיותו מסוכן לעצמו או לזולתו. כן נדרש, כי יתקיים קשר סיבתי בין המחלה של חולה הנפש ובין מסוכנותו. השאלה הפרשנית היא אם תנאים אלה, הקבועים בס' 9 לחוק, מוחלים – על פי הוראת ס' 15(ה) לחוק – אך על האפשרות כי חל שינוי לרעה במצבו הנפשי של הנאשם, או שמא הם תקפים גם לעניין האפשרות כי הנאשם לא מילא אחר צו בית המשפט? לשון אחרת: האם הדרישה כי "נתמלאו בו התנאים למתן הוראת אשפוז לפי סעיף 9" נסמך אך למקרה שבו "חל שינוי לרעה במצבו הנפשי" של נאשם, או שמא הוא חל גם אף לעניין המקרה שבו "לא מילא הנאשם אחר צו בית המשפט בעניין טיפול מרפאתי". מן הבחינה הלשונית, הטקסט של ס' 15(ה) לחוק הוא רב-משמעי. זוהי

הפסיכיאטר המחוזי בזכויות החולה כשהחליט לאשפזה, על אף שמדובר היה בחולה שהואשמה בתקיפת בתה הקטינה. עיון מעמיק בפסק הדין מלמד, שאין צמצום בסמכותו של הפסיכיאטר המחוזי להמיר צו טיפול מרפאתי לצו אשפוז בהתקיים התנאים, אלא בית המשפט מורה מהי הדרך הנכונה להפעלת הסמכות. נראה, כי הרופאים שעליהם חלה החובה ליישם פסקי דין היו ערים יותר לעצם הביקורת על הפסיכיאטר המחוזי ולא שמו לב לכך שבית המשפט מבהיר היטב את תפקידו והיקף סמכותו של הפסיכיאטר המחוזי בהבטחת מתן טיפול למניעה ונדרש בביקורתו לא לנחיצות הטיפול אלא לאי-הקפדה על האמצעים הדיוניים להבטחת השמירה על הזכות לחירות.

למען הסר ספק, נביא את עובדות המקרה: בפרשה זו מדובר בחולת נפש שהואשמה בתקיפת בתה הקטינה, אולם בעת ביצוע העבירה לא ידעה להבחין בין מותר לאסור ואף נמצאה בלתי-כשירה לעמוד לדין, ובית המשפט ציווה לטפל בה בכפייה במרפאה. המערערת הפרה את הצו, והפסיכיאטר המחוזי הורה לאשפזה מכוח סמכותו לפי סעיף 15(ה) לחוק – "לא מילא הנאשם אחר צו בית המשפט בענין טיפול מרפאתי, או חל שינוי לרעה במצבו הנפשי ונתמלאו בו התנאים למתן הוראת אשפוז לפי סעיף 9, יורה הפסיכיאטר המחוזי על אשפוז; דין אשפוז לפי סעיף קטן זה כדין צו בית-משפט לכל דבר וענין". מקומה של לשון "או" בסעיף מבהירה במפורש שתי חלופות: "ונתמלאו בו התנאים למתן הוראת אשפוז לפי סעיף 9". עניינו של סעיף זה כפשוטו – "או חל שינוי לרעה במצבו הנפשי, ולא לחלופה של "לא מילא הנאשם אחר צו בית המשפט בענין טיפול מרפאתי". זו גם הפרשנות שנתן לסעיף בית המשפט המחוזי. נראה שבית המשפט העליון "מתח" את גבולות הפרשנות הלשונית,

רב-משמעות סינטקטית. היא נובעת בשל מבנה המילים או סדרן במשפט. היא מוכרת בספרות המשפטית (ראו: אהרן ברק **פרשנות במשפט כרך א תורת הפרשנות הכללית** 234 (1992)). היא יוצרת כמה משמעויות לשוניות. הבחירה ביניהן אינה נעשית על פי אמות-מידה לשוניות, אלא על פי התכלית המונחת ביסוד ההסדר הנורמטיבי. מתוך מגוון המשמעויות הלשוניות תישלף אותה משמעות המגשימה את התכלית המונחת ביסוד הנורמה המשפטית. המשמעות הלשונית הזו תיהפך למשמעות המשפטית של הטקסט (ראו בג"ץ 267/88 **רשת כוללי האידרא נ' בית המשפט לעניינים מקומיים ואח'**, פ"ד מג(3) 728, 736 (1988). אכן, פרשנותו של טקסט משפטי היא פעולה משולבת של לשון ותכלית. הלשון עצמה אינה מכריעה בקביעת המובן, אלא היא תנאי הכרחי שאינו מספיק. הבחירה בין משמעויות לשוניות תקבע על פי התכלית שהנורמה נועדה להגשים. מהי תכלית זו ומהי המשמעות הלשונית של הוראת ס' 15(ה) לחוק המגשימה את התכלית המונחת ביסוד הוראה זו? 25. ס' 15(ה) לחוק אינו הוראה עונשית. הסמכות המוענקת לפסיכיאטר המחוזי אינה סמכות הענשה. ענישה היא תפקיד שיפוטי והיא נעשית לאחר קיומו של הליך פלילי, השומר על מלוא זכויותיו של הנאשם. כל זה אינו מתקיים בפסיכיאטר המחוזי. הפסיכיאטר המחוזי הוא פסיכיאטר והענשה אינה תפקידו.

המדגישה את חשיבות ההקשבה לחולה ואת מקומה של הביקורת השיפוטית על החלטת רשות שלטונית הפוגעת בחירות, ובמיוחד כשמתעורר ספק לפגיעה שאינה הכרחית בחירותם של חולי הנפש.²¹⁰ אכן, בפרשה זו עובדות המקרה מטילות ספק בצורך לאשפז בכפייה; ואם אכן יתברר כי החולה אינה מסוכנת לעצמה או לציבור, לא נרכשה הסמכות לאשפז בכפייה ומן הראוי היה להפציר בחולה כדי לשכנעה להמשיך בטיפול. לזאת התקיים שימוע לחולה בנוכחות סניגורה, ייתכן שהחולה היתה משתכנעת בנחיצות הטיפול או שהיתה מתמידה בסירובה. מכאן, שלפנינו לא פגיעה בטיפול באמצעות הפסיכיאטר המחוזי, אלא מטרת החוק היא לאפשר טיפול והגנה על הזכות לחירות ולא הפעלת סנקציה על החולה ואף לא ענישה. מכאן, שהפסיקה של בית המשפט העליון באה לקיים את תכלית חוק הטיפול ומבהירה את חשיבות הבנת הדינמיקה של מחלת הנפש ומהי הפרשנות הראויה ליישום החוק על ידי מטפלים משפטנים ושופטים יחדיו. מהאוביטר של פסק הדין בפרשת **וילנצ'יק** אפשר ללמוד על אימוץ גישה של דרכי נועם, אורך רוח ואמפטיה למצוקתה של חולת נפש. השופט ברק מתאר את מסכת תלאותיה של גב' וילנצ'יק והשתלשלות העניינים עד הגעתה לבית המשפט העליון. המערערת הופיעה בפני הוועדה הפסיכיאטרית המחוזית בלא ייצוג משפטי, אך סירבה לשוחח עם חברי הוועדה וציינה כי היא עצמה לא הגישה כל בקשה לוועדה. בית המשפט המחוזי דחה ברוב דעות (השופטים י' גרוס ומ' בן שלמה כנגד דעתה החולקת של השופטת מ' רובינשטיין) את הערעור. יתר על כן: נפסק מפי הרוב, כי לא עומדת למערערת זכות ערעור על החלטת המשיב הפסיכיאטר המחוזי של תל אביב. על פסק דין זה הוגשה בקשת רשות לערער. השופט ברק, בגישה של לפנים משורת הדין, הנחה כיצד ראוי שיהיה יחסה של החברה לחולי הנפש, באומרו: "החלטנו לראות הבקשה כאילו ניתנה רשות ערעור, ודנו בערעור על פי הרשות שניתנה".²¹¹ תגובותיהם של העוסקים בתחום מלמדות, שפסק הדין לא התקבל כרוחו,

²¹⁰ שם, בעמ' 713: "מידת רגישותה של חברה לשמירה על חירותו של הפרט מתבטאת בהיקף הביקורת השיפוטית על החלטת רשות שלטונית הפוגעת בחירות...".

²¹¹ שם, בעמ' 705. "בית המשפט המחוזי דחה (ביום 24.3.1997) את ערעור המערערת. נפסק מפי בן שלמה כנגד דעתה החולקת של השופטת מ' רובינשטיין) את ערעור המערערת. נפסק מפי הרוב, כי לא עומדת למערערת זכות ערעור על החלטת המשיב. על פסק-דין זה הוגשה בקשת רשות לערער. החלטנו לראות הבקשה כאילו ניתנה רשות ערעור, ודנו בערעור על פי הרשות שניתנה. ביני לביני דנה הוועדה הפסיכיאטרית שוב (ביום 9.7.1997) בעניינה של המערערת. הוועדה המליצה על שחרורה של המערערת מצו האשפוז. כן המליצה הוועדה על טיפול מרפאתי כפוי למערערת. בעקבות זאת, נתן המשיב (ביום 21.8.1997) הוראה לטיפול מרפאתי כפוי (וזאת מכוח סמכותו לפי ס' 11 לחוק). המערערת אינה נתונה, איפוא, עכשיו באשפוז כפוי, אם כי היא נתונה לטיפול מרפאתי כפוי". לענייננו, מעבר להלכת **וילנצ'יק**, לפנינו דוגמה להתנהגות וליחס הראויים. בית המשפט העליון דן בערעורה של חולת נפש, על אף שלא קיבלה

היינו: הנחלת דרכי נועם גם לעת טיפול פסיכיאטרי בכפייה, תוך הקפדה על סביבה פחות מגבילה. אדרבה: הלכת וילנצ'יק השפיעה על הפחתת היקף ההישענות על הטיפול המרפאתי כחלופה לאשפוז בכפייה ועל ירידה באמון המטפלים בעילות הכלי של טיפול מרפאתי כפוי. כמו פסיכיאטרים ומשפטנים העוסקים בתחום, גם החוקרת ציפורה ארמן-שטרן, העוסקת בחקר הסדרי האשפוז הפסיכיאטרי בכפייה בישראל, סוברת (להבדיל מכותב המאמר) שבהלכת וילנצ'יק בית המשפט פרץ את גבולות הפרשנות המילולית של החוק.²¹² ייתכן, שהמורכבות של פסק הדין והיעדר התאמה בין פרשנותו לתכלית החוק מול דלות האמצעים להפעלתו הביאו לתוצאה אנטי-טיפולית.

מחקרם של אייזנשטט, אבירם, קליין וקנטור גילה, שאכן ההסדר של טיפול מרפאתי אינו יעיל. הוא פועל רק על כמחצית החולים – אלה הנמצאים בין קבוצת החולים המאושפזים ונענים לצו כטיפול המשכי לאשפוז, בעוד כמחצית ממקבלי הצו לא נענים לו ולא מופעלים כלפיהם אמצעי אכיפה.²¹³ נראה, שפסק דין וילנצ'יק, הגם שבא לקדם הקפדה על זכויות יסוד של חולי הנפש מבעד לעדשה של משפטנות טיפולית, גרם בעקיפין לצמצום השימוש בחלופה לאשפוז שכיום נועד בעיקר לחולים הנתפסים כ"מסכימים" לקבל טיפול מרפאתי בכפייה. נראה, שבהיבט זה היישום בפועל של פסיקת וילנצ'יק אינו עולה בקנה אחד עם תורת המשפט הטיפולי.²¹⁴ עם זאת, חובה להבהיר שלא המשפט ואף לא המטפלים²¹⁵ אינם מעכבים את העמקת ההישענות על החלופה של טיפול מרפאתי לאשפוז בכפייה. עיקר המכשולים הם

רשות ערעור ועל אף שעילת הפנייה התייתרה כאשר בוועדה פסיכיאטרית שנייה אשר דנה בעניינה נקבע, שמצבה אינו מצדיק אשפוז בכפייה. בית המשפט העליון קובע רף גבוה ליחס הראוי להינקט כלפי חולי נפש.

212 ארמן-שטרן, לעיל ה"ש 10, בעמ' 186–187: "גישת בית המשפט העליון, שפורצת גבולות הפרשנות המילולית של החוק, אכן נועדה לתכלית ראויה והיא הגשמת עקרונות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ומתן מעמד-על לחירויות היסוד."

213 Mimi Ajzenstadt, Uri Aviram, Moshe Kalian & Alerne Kanter, *Involuntary Outpatient Commitment in Israel: Treatment or Control?* 24 INT. JOURNAL OF LAW & PSYCHIATRY 637 (2001).

214 אלברשטין, לעיל ה"ש 39, בעמ' 37: "גישה בינתחומית המבוססת על ההנחה כי המשפט הוא כוח חברתי שיש לו השפעה בלתי נמנעת על הבריאות הנפשית והתפקוד הפסיכולוגי של אלה שעליהם הוא חל. תורת משפט טיפולית מציעה כי השלכות שליליות וחייביות אלה יילמדו תוך שימוש בכלים של מדעי ההתנהגות, ושביחד עם שיקולים של צדק ועם ערכים נורמטיביים רלוונטיים אחרים, המשפט יעבור רפורמות שימזערו תוצאות אנטי-טיפוליות ויקדמו תוצאות טיפוליות."

215 פרשת וילנצ'יק, לעיל ה"ש 6, בעמ' 711: "אמות-המידה המהותיות משקפות את האיזון הראוי בין המטרות הרלוונטיות ... הן מגבילות את הרופא והשופט גם יחד."

במערך הדל הניצב מול הצרכים של השירות בקהילה והחסמים בדרך לקבלת תרופות חדישות ויקרות יחסית, המאפשרות למנוע אשפוז מלכתחילה או להימנע מאשפוז חוזר. דוגמה לחסמים להעמדת טכנולוגיות טיפול מתקדמות אפשר להביא מנוהלי סל התרופות החדשות, המאושר אחת לשנה. במצבים שבהם פסיכיאטר מחוזי או בית המשפט מחליטים שחולה יטופל בכפייה במרפאה מלכתחילה אף בלא אשפוז בעברו, אין לחולה המטופל בכפייה במרפאה זכות לבחור סוג טיפול חדשני מבין חלופות של טכנולוגיות ארוכות טווח, על אף שאין לו זכות לסרב לקבל תרופה פחות מתאימה.^{216, 217} על פי חוזר מנכ"ל משרד הבריאות (החל ב-09.05.2006),²¹⁸ אפשר לרשום את התכשיר רק לחולה שאושפז בעבר אם הוא נקלע לסיכון של אשפוז חוזר בגלל אי-היענות לנטילת התכשיר דרך הפה. לכן על אף שהמחוקק הסמיך את בית המשפט ו/או את הפסיכיאטר המחוזי לפי העניין, להורות על טיפול מרפאתי בכפייה מלכתחילה "לתקופה ובתנאים שיוורה",²¹⁹ מחוקק המשנה מגביל את האפשרות להעמיד לרשות החולה טיפול תרופתי יעיל במיוחד לטיפול אמבולטורי (ניתן בזריקה בתדירות של אחת לכמה שבועות). כלל משפטי המחייב פגיעה בחירות (אשפוז קודם) כדי לקבל טיפול המצמצם פגיעה בחירות אינו טיפולי ולכן אינו מקדם בריאות ואף לא חירות, ובגישה של תורת המשפט הטיפולי ראוי לשנותו.

מפאת מורכבות הנושא וחשיבותו אוסיף ואנמק. בהסתכלות פרשנית בהשראת חוק היסוד נראה, שלכאורה מרחפת שאלה בדבר אי-חוקיותה של החלטה זו בנוהלי סל

²¹⁶ ס' 35 (ט) לחוק טיפול בחולי נפש. במקרה של התכשיר RISPERIDAL CONSTA, השייך לסוג התרופות ארוכות הטווח מהדור החדש שעדיפות מבחינת מיעוט תופעות לוואי מגבילות ומניעת אשפוז הוכחה, נוהלי מנכ"ל אינם מעמידים תרופה זו לרשות חולה שלא אושפז בעבר (הערת המחבר).

²¹⁷ Jonathan Rabinowitz, Pesach Lichtenberg, Zeev Kaplan, Mordechai Mark, Danielle Nahon and Michael Davidson, *Rehospitalization Rates of Chronically Ill Schizophrenic Patients Discharged on a Regimen of Risperidone, Olanzapine, or Conventional Antipsychotics*, 158 AM. J. PSYCHIATRY 256 (2001).

²¹⁸ "הרחבת סל שירותי הבריאות לשנת 2006" חוזר מנכ"ל משרד הבריאות (25.6.06). מופיע בכתובת www.health.gov.il/download/forms/a2846_mk20_06.pdf.

²¹⁹ ס' 11 (א) לחוק טיפול בחולי נפש.

התרופות ועל החלקים של חוק ההסדרים (פרק ה – פרק הבריאות בחוק ההסדרים),²²⁰ והוראות החוק לביטוח בריאות ממלכתי²²¹ בעניין סל הבריאות, שבעקבותיהן הוגבל בסל הבריאות הטיפול התרופתי לחולי הנפש המטופלים בכפייה, הואיל והם עומדים לכאורה בסתירה לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. פרשנות חוקתית מכוונת כי משנשללה מהחולה המטופל בכפייה הזכות לבחירת הטיפול, להבדיל מהזכות הנשמרת למטופל מרצון,²²² חובה להעמיד לרשותו טכנולוגיה יעילה להחלמתו וגם פחות מזיקה מבחינת תופעות לוואי.²²³ יתר על כן: מעבר לפגיעה בזכויות החולים המטופלים במרפאה בשל הגבלות השימוש בתרופות ארוכות טווח מהדור החדש, לפנינו גם פגיעה לכאורה בזכות לקניין.²²⁴ החולים מחויבים להשתתף במימון התרופה – Co-Payment – הניתנת בכפייה.²²⁵ זכויות אדם הן ערך עליון ולפיכך גם פגיעה מותרת חייבת להיות מבוקרת ו"מידתית". הגבלתו של טיפול ארוך טווח לחולים שאושפזו וגביית דמי השתתפות הם בגדר פגיעה מעבר לנדרש באכיפת טיפול. לפנינו הפרה כפולה של זכויות יסוד.²²⁶ גם לעניין זה נראה, שמשפטנות טיפולית היתה מציעה שלא לחייב חולים במימון טיפול בכפייה לא רק מהטעמים שלעיל, אלא לפי הגישה הדוגלת בתגמולו של מי שבא במועד ומרצונו (על אף שכפו עליו) ובלא צורך באכיפה פיסית... וודאי לא לחייבו לשלם עבור התרופה הניתנת לו בכפייה!

²²⁰ חוק ההסדרים במשק המדינה (תיקוני חקיקה להשגת יעדי התקציב והמדיניות הכלכלית לשנת הכספים 2002), התשס"ב-2002, ס"ח 146. בעיקר מדובר על תיקון מספר 7 לחוק (חוק ההסדרים במשק המדינה [תיקוני חקיקה להשגת יעדי התקציב והמדיניות הכלכלית לשנת הכספים 2007], התשס"ז-2007, ס"ח 52, 55; תיקון עקיף של חוק ההסדרים במשק המדינה [תיקוני חקיקה להשגת יעדי התקציב והמדיניות הכלכלית לשנת הכספים 2002] מס' 7; ותיקון מס' 8 לחוק חוק ההסדרים במשק המדינה [תיקוני חקיקה להשגת יעדי התקציב והמדיניות הכלכלית לשנת הכספים] 2008), התשס"ח-2008, ס"ח 104, 110 [תיקון עקיף של חוק ההסדרים במשק המדינה (תיקוני חקיקה להשגת יעדי התקציב והמדיניות הכלכלית לשנת הכספים 2002)], מס' 8.

²²¹ חוק ביטוח בריאות ממלכתי, התשנ"ד-1994, ס"ח 156, כולל התוספות והתיקונים עד תיקון 35 (חוק ההסדרים במשק המדינה [תיקוני חקיקה להשגת יעדי התקציב והמדיניות הכלכלית לשנת הכספים 2006], התשס"ו-2006, ס"ח 306, 314 [תיקון עקיף לחוק ביטוח בריאות ממלכתי, התשנ"ד-1994 – תיקון 35].

²²² ס' 35(ח) לחוק טיפול בחולי נפש.
²²³ מרדכי מרק וליטל קינן-בוקר "ההתוויה לטיפול ארוך טווח בחולי נפש בסל התרופות" **רפואה ומשפט** 38, 94 (2008).

²²⁴ ס' 3 בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו: "אין פוגעים בקניינו של אדם".
²²⁵ ייתכן שיש מקום לתיקוני חקיקה בחוק לטיפול בחולי נפש באופן שייקבע, כי במקרים של טיפול בכפייה יש לוודא כי המטופל יקבל את הטיפול היעיל ביותר, תוך מזעור תופעות הלוואי ותקנות או נוהלי מגבלות סל הבריאות וחוק ההסדרים, לא יחולו על מטופלים בכפייה.
²²⁶ וולפמן ושקד, לעיל ה"ש 201, בעמ' 99.

2. מעצר והוראת אשפוז כפוי

הוראת לאשפוז כפוי דחוף תינתן על ידי פסיכיאטר מחוזי כאשר מתקיימים שלושה תנאים: (א) הוא שוכנע על סמך בדיקה פסיכיאטרית, כי האדם חולה ("סובל ממחלת נפש", כהגדרתו של מונח זה בחוק); (ב) הוא שוכנע, כי בשל מחלתו הנפשית של האדם נפגמו במידה ניכרת כושר שיפוט או כושרו לביקורת המציאות; (ג) הוא שוכנע, כי קיים קשר סיבתי בין שני התנאים הראשונים.

תקופת אשפוז על פי הוראה לא תעלה על שבעה ימים.²²⁷ פסיכיאטר מחוזי רשאי, לפי בקשה מנומקת בכתב של מנהל בית חולים, "להאריך את הוראת האשפוז לשבעה ימים נוספים".²²⁸ ברם, חוק היסוד קובע, ש"אין נוטלים ואין מגבילים את חירותו של אדם במאסר, במעצר או בכל דרך אחרת".²²⁹ לשון "כל דרך אחרת" משמעה גם אשפוז כפוי. לכאורה בהתאם לפרשנות בהשראת חוק היסוד צווי, אשפוז כפוי וגם הוראות אשפוז כפוי הם פגיעה בחירות כמו מעצר. לכן נראה שלכאורה היה מקום לפרש, כי כמו הצווים, גם הוראות אשפוז מנהליות – דחופה ושאינה דחופה (לאפשרות שאדם חולה במחלת נפש עלול לסכן את עצמו או את זולתו סיכון פיסי שאינו מידי או שאינו מסוגל לדאוג לצרכיו הבסיסיים או פוגע ברכו או גורם סבל נפשי חמור לזולת והכול בגין מחלתו) – ראוי שתבצענה בהגבלת זמן דומה לתנאים המפורטים בחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים).²³⁰ למרות המחויבות לפרשנות חוק הטיפול על פי הפסיקה להשראת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, והגם שחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, כולל שריון מהותי המונע חקיקה הפוגעת בזכויות יסוד בלא לקיים את דרישותיה המהותיות של פסקת ההגבלה,²³¹ לא מצאתי כל תמיהה על סמכותו של פסיכיאטר מחוזי לאשפוז בכפייה מעבר ל-48 שעות או למצער התייחסות לכך. מאותם נימוקים נביע תמיהה על הסמכותהנתונה בידי הפסיכיאטר המחוזי להאריך את הוראת האשפוז "לשבעה ימים נוספים", בעוד הסמכות להארכת מעצר מעבר ל-48 שעות נתונה לבית המשפט בלבד. מנגד, בהנחה שהמשפט מכיר בתכלית המיוחדת של חוק הטיפול, אין לשלול שאפשר ללמוד מכאן, כי המחוקק אינו רואה באשפוז הפסיכיאטרי מעצר, ולשון "כל דרך אחרת" אינה כוללת אשפוז כפוי שמטרתו טיפול ולכן אינו בחזקת מעצר. פרשנות כזו עשויה להתאים לגישתה של תורת המשפט הטיפולי, הרואה בערך קידום הבריאות ערך שיש לאזנו עם ערכים אחרים, אך

²²⁷ ס' 10(א) לחוק טיפול בחולי נפש.

²²⁸ שם, ס' 10(ב).

²²⁹ ס' 5 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

²³⁰ חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), התשנ"ו-1996, ס"ח 338.

²³¹ אהרן ברק "כבוד האדם כזכות חוקתית" הפרקליט מא 271, 288-290 (1994).

לא לבטלו מפניהם. פרשנות זו עולה גם עם תפיסתם הטיפולית של פסיכיאטרים המתנגדים לתפיסה מעצרית של האשפוז בכפייה.²³² פרשנות זו גם עולה בקנה אחד עם התייחסותו של השופט ברק לאשפוז בכפייה בפרשת **וילנצ'יק**. אפשרות נוספת היא, שלפנינו פרשנות על דרך ביניים, אשר עיקרה שבהשראת חוק יסוד: צווי אשפוז כפוי, וגם הוראות אשפוז כפוי הם בגדר פגיעה בחירות כמו מעצר. יחד עם זאת, המחוקק מכיר את המערכת המיוחדת של יחסי רופא-חולה ואת משכי הזמן הנדרשים לאבחון הערכת מצב וטיפול פסיכיאטרי וקשוב להם; ובהתאם לתכלית חוק הטיפול, על אף שאשפוז בכפייה הוא בכלל "כל דרך אחרת", זמני הבקרה המשפטית של "מעצר לטיפול" מותאמים לתכלית חוק הטיפול, ופגיעתם עומדת בתנאי פסקת ההגבלה.

עם זאת, יש מקום גם לסברה אחרת המצדיקה הגבלת הוראת אשפוז ל-48 שעות בלבד ואינה בהכרח אנטי-טיפולית. נראה, שלו דן מותב של ועדה מחוזית בעררים של חולים על אשפוזם, בתוך 48 שעות מתחילת האשפוז, טרם השפעתן של התרופות נוגדות הפסיכוזת, ²³³ מידת ההסכמה בין הרופא המטפל, הפסיכיאטר המחוזי וחברי הוועדה הפסיכיאטרית המחוזית ואף סניגורו של החולה – שהמחלה פגעה ביכולתו הקוגניטיבית, בתפקודו הרגשי, ביכולת הבחירה שלו ובהבעת רצונו החופשי – היתה גבוהה יותר. בעת שהסערה הפסיכוטית בעיצומה יכול שהמשפטנים, ובכללם סניגורו של החולה כמו הפסיכיאטרים, היו עדים לתסמיני המחלה ונוכחים כי לא בכך חורין עסקינן, אלא במי שמצוי במצב של קריסת תפקודי מוח, חסר תפקודי "אני" ופגיעה בזהות²³⁴ עד שהוא נותר חסר אוטונומיה ומשולל יכולת של הבעת רצון. אפשר שהיו מסכימים, כי אין ביכולתו של החולה לבקש טיפול, או למצער אין בהבעת דעתו רצון של ממש להתנגד לטיפול. אם אכן יש ממש בסברה זו, הרי דווקא פירוש דקדקני של "בכל דרך אחרת" שביא להגבלת תוקפה של הוראת אשפוז עד 48 שעות עשוי להשפיע על קיום הבריאות. זאת, על בסיס ההנחה כי כל חבר מחברי הוועדה המחוזית המודע באורח בלתי-אמצעי למצב החריף והמסכן של המחלה, יסכים²³⁵ עם ג'ון סטיוארט מיל הסבור, כי הדוקטרינה המתוארת בספרו **על החירות** אינה חלה על אלה שעדיין נמצאים במצב הדורש כי אחרים ידאגו להם ויש להגן מפני מעשיהם שלהם.

²³² דורסט ומרטיק, לעיל ה"ש 25, בעמ' 143.

²³³ ראו מלמד, לעיל ה"ש 45: "איגוד הפסיכיאטריה ניסה במשך שש שנים לשנות את החוק לטיפול בחולי נפש..."

²³⁴ ראה קאריי, לעיל ה"ש 68. הפסיכיאטר הצרפתי ז'אן מארי ז'וזף קפגראס תיאר ב-1923 מטופלת עם מחשבות שוא על זהות מזויפת של אני או הזולת (כל מי שנמצא בסביבתה היא זיהתה ככפיל) והסיק, כי תופעה זו היא תולדה של מצב פסיכוטי קשה של סכיזופרניה.

²³⁵ מיל, לעיל ה"ש 49, בעמ' 54.

בעקיפין יתאפשר ברוב המקרים המשך טיפול ראוי עד החלמה שיש עמה תובנה בחשיבות ההתמדה בטיפול, מה שעשוי לצמצם את היקף האשפוז החוזר.

3. הצורך לבדוק את מידת הכפייה בהתאם לרמת הסיכון

בפסק דין פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה²³⁶ מבהירה השופטת רוטלוי את הצורך בהקפדה הדווקנית על דרישות המפורטות בחוק הטיפול ומדגישה את חשיבות הפרוצדורה בתהליך הטיפול בכפייה אשר במהותו הוא שלילת החופש.²³⁷ השופטת מורה, שעל ועדה פסיכיאטרית מחוזית לבחון אילו מצבים טעונים בדיקה ואשפוז כפוי דחופים ובאילו מהם יש להסתפק בבדיקה ובאשפוז לא-דחופים.²³⁸ המשנה לנשיא בית המשפט העליון, השופט מישאל חשין, מחדד סוגיה זו ומתמקד במדרג הפגיעה בכבוד אדם מעצם הבדיקה שלא מרצונו (גם אם לא אושפז בכפייה). בפרשת פלוני הנחה בית המשפט, כי מידתיות נדרשת לא רק לגבי החלטה על אשפוז כפוי, אלא גם בנוגע להחלטה המורה על בדיקה פסיכיאטרית כפויה לעציר²³⁹ מחשש לפגיעה בזכויות האדם. השופט חשין הבהיר, כי חובה להקפיד על התנאים שהגדיר המחוקק בנוגע לבדיקה פסיכיאטרית כפויה:²⁴⁰ "תמיד יש לנקוט את האמצעי המגשים את המטרה הראויה, ושפגיעתו בחולה הנפש היא הקטנה ביותר".²⁴¹ מכאן, שחובת

²³⁶ ע"ש (מחוזי ת"א) 420/00 פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה, פדאור 01(2) 772 (2001).
²³⁷ שם, בעמ' 3: "בחוק הדורש קיום סיכון פיזי מידי לצורך אשפוז כפוי מידי (בהבדל מסיכון פיזי שאיננו מידי המאפשר אשפוז כפוי שאיננו מידי). ויותר מזה, בסיכון פיזי מידי התכוון המחוקק לסיכון מוחשי מידי ולא לסיכון אפשרי בדרגת הסתברות, שאיננה ידועה".

²³⁸ שם, בעמ' 4: "החוק לטיפול בחולי נפש אף קבע דרכים מדורגות לטיפול בחולי נפש, תוך שהוא מבחין בין אלה המסוכנים לעצמם או לזולתם סיכון מידי, לבין אלה הגורמים סבל נפשי חמור לזולת באופן הפוגע באורח חייהם או פוגעים פגיעה חמורה ברכוש. על הקבוצה הראשונה ניתן לכפות בדיקה דחופה ואשפוז כפוי דחוף, ואילו על הקבוצה השנייה ניתן לכפות בדיקה ואשפוז לא דחופים...אין מדובר בצחצוחי לשון בלבד, אלא בחובה לקיים את לשון החוק כלשונו".

²³⁹ בש"פ 92/00 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד נד (4) 240 (2000).

²⁴⁰ שם, בעמ' 249: "בדיקת מצבו הנפשי של אדם עלולה לפגוע בכבודו של הנבדק, וניתן למנות בה כמה דרגות חומרה...בדיקה פסיכיאטרית בהסכמה שלא בתנאי אשפוז; בדיקה פסיכיאטרית בכפייה שלא בתנאי אשפוז; בדיקה פסיכיאטרית בהסכמה בתנאי אשפוז; בדיקה פסיכיאטרית בכפייה בתנאי אשפוז. בדיקה באשפוז כפוי היא האמצעי החמור והקשה ביותר להתערבות המערכת המשפטית בטיפול בחולי נפש...חקיקה המתירה פעילויות אלו...חייבת לעמוד בדרישות פיסקת ההגבלה שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו – ככל שמדובר בחקיקה שלאחר חוק היסוד. ואילו חקיקה שלפני חוק היסוד, יש לפרש ברוח חוק היסוד וברוח עקרונות חירות הפרט וכבודו".

²⁴¹ פרשת וילנצ'יק, לעיל ה"ש 6, בעמ' 708: "תמיד יש לנקוט את האמצעי המגשים את המטרה הראויה, ושפגיעתו בחולה הנפש היא הקטנה ביותר".

הזהירות מחייבת לשכנע את הטעון בדיקה כדי שיתן את הסכמתו לכך. החובה להגן על זכות היסוד של חולה הנפש לחירות מחייבת את הפסיכיאטר הבודק ל"הפציר" כדי שהבדיקה תהיה בהסכמה ולא בכפייה ולכן יעלה הדבר בקנה אחד עם העקרונות שהתווה גיימס סטיוארט מיל במסתו **על החירות**.²⁴² רק בדלית ברירה ולאחר שהפצרה מסבירת פנים ומנומקת לא הועילה, מתמלא התנאי של "סירב להיבדק". פרשנות זו תואמת גם את תורת המשפט הטיפולי, המבקשת לצמצם את השימוש בכפייה ולצמצם את הגדרת "היעדר כשירות". הבהרת הנסיבות לחולה בסבלנות, באורך רוח ושפה ברורה בהתאם ליכולתו הקוגניטיבית – זו משמעות הפסיקה ש"תמיד" יש לנקוט אמצעי המגשים את המטרה הראויה וכי "פגיעתו בחולה הנפש היא הקטנה ביותר".²⁴³ פרשנות המנחה ל"הפציר" בנבדק להסכים להיבדק טרם הסקת מסקנה ש"סירב להיבדק" גם מקדמת את יישום המדיניות הדורשת הסכמה מדעת לטיפול פסיכיאטרי ומסייעת למניעת סטיגמה הפוגעת בכבוד האדם.²⁴⁴

4. זכותו של מטופל חולה נפש לקבלת המידע הרפואי

המידע הרפואי הוא קניינו של החולה, ובכלל חולה גם חולה נפש. כך גם עולה מתורת המשפט הטיפולי המניחה, שהחוק כמכשיר חברתי השואף לקדם בריאות נפשית צריך להימנע ככל האפשר מאכיפת צעדים שתוצאתם בלתי-טיפולית (בדרך כלל מניעת מידע מחולה, למעט במקרים חריגים ומנומקים, מפריעה לשותפות בין רופא לחולה ומפחיתה ממסוגלותו של החולה להתמיד בטיפול מורכב וממושך המלווה בתופעות לוואי בעתים קשות), תוך שמירה על מטרות נוספות שהחוק נועד לקדם לטובת רווחתו של הפרט ובריאותו.²⁴⁵ לפי גישה זו, המטפל מחזיק במידע כנאמן ומחויב לשמור על חסינו במסגרת הזכות לסודיות רפואית. הלכה זו נקבעה בפרשת **פלונית נ' אברבנאל** בערעור נגד סירובו של הרופא להיענות לבקשתה לקבלת מידע על נסיבות אשפוזו.²⁴⁶

²⁴² מיל, לעיל ה"ש 49, בעמ' 53–54. לדעת מיל, "המטרה היחידה, אשר למענה אפשר להפעיל כוח בצדק כלפי כל חבר בקהילה מתורבתת בניגוד לרצונו היא, כדי למנוע נזק לאחרים... אי אפשר לכפות עליו בצדק עשייה או הימנעות מעשייה, מפני שיותר טוב יהיה בשבילו כך לעשות".

²⁴³ פרשת **וילנצ'יק**, לעיל ה"ש 7, בעמ' 708: "תמיד יש לנקוט את האמצעי המגשים את המטרה הראויה, ושפגיעתו בחולה הנפש היא הקטנה ביותר".

²⁴⁴ טויב, לעיל ה"ש 7, בעמ' 133–135.

²⁴⁵ שם, בעמ' 126.

²⁴⁶ ה"פ (מחוזי ת"א) 506/01 **פלונית נ' משרד הבריאות**, תק-מח 2002(2) 19240 (2002).

בבואנו לדון בסוגיית העברת המידע על המחלה ונסיבות הטיפול לידי חולה הנפש ראוי לציין, שסעיף 35(יא) לחוק החדש לטיפול בחולי נפש קבע לגבי זכות זו לקבלת מידע רפואי, כי "חולה זכאי לקבל מידע רפואי בקשר למצבו". עם זאת, המחוקק סייג את מימוש הזכות בהנחיה שהמידע יימסר לו בכפופות ל"שיקול דעתו של הרופא". לעומת זאת, בחוק זכויות החולה (ס' 18) שיקול דעתו של הרופא למנוע מידע ממטופל מותנה באישורה של ועדת אתיקה. השופטת המחוזית גב' גרסטל דחתה את הערעור ופסקה, שאין להעביר את המידע המבוקש לידי החולה, בהסתמך על החוק לטיפול בחולי נפש שהוא חוק מיוחד הגובר על חוק זכויות החולה. בית המשפט העליון קיבל את הערעור ונימק זאת בכך, שזכות החולה לקבלת מידע מעוגנת בחוק מאוחר וכללי החל על כל החולים:²⁴⁷ "שיקול דעתו של הרופא שלא למסור מידע לחולה הנפש יהא תקף אך ורק במידה ויגובה בהחלטת ועדת האתיקה של המוסד... כמו אצל כל החולים" (השופטת דורנר). בפרשת **פלונית נ' משרד בריאות והפסיכיאטר המחוזי ד"ר דן אנוך ממחוז חיפה**²⁴⁸ מסתייע המשנה לנשיא, השופט מישראל חשין, בפסיקתה של השופטת דורנר ומסביר ביתר פירוט כיצד נשמרים כללי הפרשנות של חוק מאוחר וחוק מיוחד. במקרה זה דחה הפסיכיאטר המחוזי את בקשת המערערת לקבל לידיה את מלוא החומר הרפואי שבידיו, כולל זהותם של מוסרי המידע שהביא לזימונה לבדיקה. השופט חשין קבע, כי הן חוק הטיפול הן חוק זכויות החולה חלים על חולי נפש ולכן המידע הרפואי הוא קניינו של החולה, ובכלל זה גם חולה נפש. עם זאת, ציין את הצורך להגן על צדדים שלישיים כאשר מדובר בחולה נפש. הרחבה זו, שהיא לגיטימית כשלעצמה, אינה מאוזכרת בסעיף העוסק באי-

²⁴⁷ ע"א 7905/02 **פלונית נ' אברבנאל**, פדאור 03(4) 742 (2003) (להלן: פרשת **אברבנאל**): "אך מובן הוא, שוועדת האתיקה, בהחלטותיה, חייבת לתת דעתה לסוג המחלה והשפעתה, הכול כאמור בחוק".

²⁴⁸ עע"מ 6219/03 **פלונית נ' משרד הבריאות**, פ"ד נח(6) 145, 145 (2004) (להלן: פרשת **משרד הבריאות**): "גם חוק הטיפול גם חוק זכויות החולה, השניים מחילים עצמם על חולי נפש – חוק אחרון, בשל היותו של חולה נפש בגדר 'מטופל' – ואולם חוק זכויות החולה גובר לכאורה בהיותו חוק מאוחר לחוק הטיפול, והרי הכלל הוא כי חוק מאוחר גובר על חוק שקדם לו *lex posterior derogat legi priori*. ואולם רק לכאורה כך, שכן חוק הטיפול הוא חוק ספציפי ביחס לחוק זכויות החולה, והרי למדנו כי חוק מאוחר כללי אינו גובר על חוק מיוחד שקדם לו: *lex posterior generalis non derogat legi specialis priori* ... ואחרי כל אלה ידענו גם זאת, כי כללי פרשנות אלה – כמוהם ככללי פרשנות אחרים – נועדו בעיקר להדרכה... לשון אחר: נעשה במיסגרת המשפט כיכולתנו כדי שלא לפרש את חוק זכויות החולה כמבטל מכללא את חוק הטיפול; נהיה ערים לקיומו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו שנחקק לאחר חוק הטיפול ולפני חוק זכויות החולה; ניתן דעתנו במיוחד על תכליתו של חוק זכויות החולה כהוראת ס' 1 בו, לאמור: 'חוק זה מטרתו לקבוע את זכויות האדם המבקש טיפול רפואי או המקבל טיפול רפואי ולהגן על כבודו...".

מסירת מידע למטופל בחוק זכויות החולה,²⁴⁹ והיא ייחודית למחויבות לשלום הציבור, ובכלל זה מוסרי המידע ומקבלי ההחלטות לגבי החולה. השופט חשין מנחה אותנו להיות ערים לקיומו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, שנחקק לאחר חוק הטיפול ולפני חוק זכויות החולה: "ניתן דעתנו במיוחד על תכליתו של חוק זכויות החולה כהוראת סעיף 1 בו, לאמור: 'חוק זה מטרתו לקבוע את זכויות האדם המבקש טיפול רפואי או המקבל טיפול רפואי ולהגן על כבודו'". לשון "או המקבל טיפול" פירושה כי חובת ההגנה על כבוד האדם תחול על כל חולה, ובכלל זה גם החולה המטופל או הנבדק בכפייה.

גישה כזו, המבקשת לראות בכל חולה אדם כשיר ואחראי שיש לבקש את הסכמתו לבדיקה או לטיפול, עולה בקנה אחד עם תורת המשפט הטיפולי המבקשת לצמצם ככל האפשר את הגדרת "היעדר כשירות" ולאמץ חזקה הרואה בפרט כשיר, למעט אם המדינה עמדה בנטל ההוכחה שהחלטות הפרט אינן כשירות בגין מחלת נפש שהוא סובל ממנה.²⁵⁰

5. זכותו של חולה לטרב לטיפול

הנחייתו של הש' חשין שלא לפרש את חוק זכויות החולה כמבטל מכללא את חוק הטיפול, ועם זאת להיות ערים לקיומו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ולתכליתו של חוק זכויות החולה לקבוע את זכויות האדם המבקש טיפול רפואי או המקבל טיפול רפואי – מקדמת את מערכת הבריאות לצעוד צעד נוסף בכיוון של צמצום הפטרונות (פטרנליזם) של המודל הרפואי כפי שהיה קיים בחוק הטיפול הישן. על פי חוק הטיפול החדש, חולה המסכים לאשפוז רשאי לטרב לסוג הטיפול שהוא אמור לקבל.²⁵¹ דע עקא, שמול זכות זו נקבע בחוק טיפול, כי "רשאי המנהל לשחררו".²⁵² הגישה בעניין "סירוב" בחוק הטיפול שונה מזוהעולה מבין שורות החוק הכללי, חוק זכויות החולה. חוק זה²⁵³ מעמיד לרשות כל חולה אפשרות לקבל דעה נוספת בלא להגיע למצב של הפסקת טיפול בגין סירוב לטיפול מסוים. מהנחייתו של השופט

²⁴⁹ ס' 18 (ג) לחוק זכויות החולה. וראו פרשת **משרד הבריאות**, לעיל ה"ש 248, בעמ' 151: "הצורך להגן על שלום הציבור ועל ביטחונו. אכן, החשש הוא לא אך שחולי הנפש יינזקו בנפשם – ואולי גם יפגעו ביועין בגופם – אלא אף שיפגעו באחרים, בין במי שמסרו מידע לרופא, בין ברופא עצמו ובמי שעזרו על-ידיו ובין בצדדים שלישיים".

²⁵⁰ טויב, לעיל ה"ש 7, בעמ' 133–135.

²⁵¹ ס' 35(ח) לחוק לטיפול בחולי נפש: "זכותו של חולה המאושפז מרצון להתנגד לטיפול המוצע לו".

²⁵² שם.

²⁵³ ס' 7 לחוק זכויות החולה.

חשין עולה, שהעתקת גישה זו לחוק הטיפול היא הפרשנות הראויה. גישה זו היתה מעכבת את הפעלת הסנקציה "רשאי המנהל לשחררו" ומאפשרת לחולה המסרב לקבל טיפול מסוים לשקול בניחותא חלופות אחרות לטיפול שהוא מסרב לקבל יחד עם רופאיו ובהתייעצות עם רופא מומחה בעל "הדעה הנוספת". בישראל טרם עלה הנושא לדיון בבית המשפט. זכות הסירוב לטיפול מוכרת בארה"ב לגבי חולה המאושפז בכפייה.²⁵⁴ מבט מבעד לעדשה של תורת המשפט הטיפול יגלה, שהזכות לדעה נוספת לגבי חולה המאושפז בכפייה היא טיפולית ועשויה לקדם הסכמה לטיפול, בהתאם לתפיסת הקדמונית בספר משלי, "לב יודע מרת נפשו".²⁵⁵ קיימת סבירות, שהיענות לטיפול על בסיס הצעה נוספת משכובדה זכותו של חולה לסרב תגביר התמדה בטיפול. תמיכה לעמדה זו מצאנו בהלכה מפרשת פלונית נ' הפסיכיאטר המחוזי תל-אביב,²⁵⁶ כי לעולם יש לנקוט אמצעי המגשים את המטרה הראויה ושפגיעתו בחולה הנפש היא הקטנה ביותר, היינו: בכל עת נכון להסתייע בחוות דעת נוספת.

6. היעדר תשתיות לטיפול מרפאתי בכפייה כחלופה לאשפוז בכפייה

על אף שהחוק חידש, כי "אפשרות של מתן טיפול מרפאתי כפוי במקום אשפוז... השארת החולה במסגרת המשפחה והקהילה ובשיתופו של החולה עצמו בטיפול הרפואי והשיקומי",²⁵⁷ תכלית החוק לאפשר טיפול מרפאתי כפוי במקום אשפוז מתממשת כעשירית בלבד מכלל הטיפולים. מנתוני משרד הבריאות²⁵⁸ עולה, שבמהלך השנים 2007–2000 הוצאו מדי שנה 400–600 הוראות טיפול מרפאתי (הוראת פסיכיאטר מחוזי) ועוד כ-100 צווי טיפול מרפאתי (מבתי המשפט) בלבד, בעוד שלמעלה מ-4,000 ארבעת אלפים חולים התאשפזו בכפייה מדי שנה. מבקר המדינה ציין, שהמחסור בשירותי שיקום והדרישה להשתתפות במימון תוכניות שיקום, יחד עם מיעוט שירותי טיפול במרפאות בקהילה, גרם, וגורם, נזק לחולים ולמשפחותיהם.²⁵⁹ זוהי גם דעתם של פסיכיאטרים בכירים ושל משפטנים העוסקים

254 Robert Simon, *Right To Refuse Treatment*, CLINICAL MANUAL OF PSYCHIATRY AND LAW 35 (1992).

255 משלי יד, י.

256 פרשת וילנצ'יק, לעיל ה"ש 6, בעמ' 708. "אין לכפות טיפול אם ניתן להשיגו ללא כפייה. תמיד יש לנקוט את האמצעי המגשים את המטרה הראויה, ושפגיעתו בחולה הנפש היא הקטנה ביותר".

257 דברי ההסבר להצעת חוק לטיפול בחולי נפש, התש"ן-1990, ה"ח 240.

258 שנתון סטטיסטי 2008, לעיל ה"ש 125, בעמ' 50–53.

259 דו"ח מס' 57, לעיל ה"ש 203, בעמ' 391–411.

בחקר סוגיית הטיפול הפסיכיאטרי בכפייה. כל עוד שירותי הטיפול הקהילתי אינם זמינים עבור אותם חולים שהיו יכולים להפיק ממנו תועלת, החידוש שבחוק בבחינת הוא בבחינת אות מתה.²⁶⁰

7. חלופה של טיפול מרפאתי בכפייה בהמשך לצו אשפוז בכפייה

תכלית חוק הטיפול היא לאפשר תמיד טיפול בסביבה הפחות מגבילה ולהעדיף את האפשרות לחלופת אשפוז באמצעות טיפול בקהילה על פני אשפוז פסיכיאטרי בכפייה.²⁶¹ בפרשת פזוק ר²⁶² פסק השופט ביין, שעיקרון זה מקנה לוועדה פסיכיאטרית מחוזית סמכות להמיר צו אשפוז בצו לטיפול מרפאתי ולא רק להאריך את תקופת האשפוז בצו: "לא יעלה על הדעת שלוועדה הפסיכיאטרית יינתן מצד אחד כוח לבטל לחלוטין צו שניתן ע"י בית משפט ומן הצד השני, לא יינתן בידי הוועדה הכוח לתת צו שהוא פחות מרחיק לכת של המרת צו אשפוז כפוי בצו מרפאתי

²⁶⁰ מרגולין, אברמוביץ וויצטום, לעיל ה"ש 30, הציטוט המאוזכר שם בעמ' 7–93. "לדעת ד"ר מרגולין (שכיהן שנים רבות כפסיכיאטר המחוזי לתל אביב) וחבריו, ניתן כמובן להימנע מלכתחילה מהאשפוז הכפוי ומהצורך בייצוג החולים לו היו שירותים קהילתיים זמינים עבור חולי הנפש באופן שיאפשר טיפול נפשי יעיל אשר ייתר את הצורך באשפוז כפוי. בפועל המצב שונה: רבים מהחולים הזקוקים לאשפוז אינם יכולים לקבל טיפול בקהילה, ואילו השירותים הטיפוליים הקהילתיים לרוב אינם זמינים עבור אותם חולים שהיו יכולים להפיק ממנו תועלת". גם דו"ח מבקר המדינה משנת 2005 (מבקר המדינה דו"ח שנתי 2005) מצייין, שהמחסור בשירותי שיקום והדרישה להשתתפות במימון (בחלק מהמצבים, בלא הסמכה בחוק) ומיעוטם של שירותי טיפול אמבולטוריים בקהילה גרם, וגורם, נזק לחולים ולמשפחותיהם ובכך מחזק את הקביעה לקיומם של נזקי תת-שירות מיטבי בתחום שירותי בריאות הנפש. ד"ר ציפורה ארמן-שטרן, לעיל ה"ש 10, הגיעה למסקנה דומה וציינה במפורש, כי כדי למזער את הפגיעה בחירות הפרט מבלי לפגוע בטיפול שיינתן לחולי נפש, נדרשת הרחבת הטיפול המרפאתי בקהילה. מבקר המדינה קבע כבר בשנת 1991, כי שירותי בריאות הנפש בישראל אינם מפותחים דיים כדי לסייע לרבים הזקוקים לתמיכה נפשית. עוד באותה שנה דרש אפוא המבקר ממשד הבריאות לזרז את הכנת הצעות החוק והתקנות כדי להסדיר את מימון השירותים הפסיכיאטריים ולפעול למימוש ההמלצה שלפיה כל אזרח יוכל לקבל שירות זמין ויעיל בתחום הפסיכיאטריה והפסיכולוגיה. מאז, למרות גלי העלייה של תחילת שנות התשעים והמורכבות הנפשית המתלווה לתחלואיהן של אוכלוסיות מהגרים ולמרות הגידול באוכלוסייה בישראל, השירותים שהיו חסרים לא תוגברו בהתאם לקצב גידול האוכלוסייה. כך גם נמנעה הסדרת שילובם של השירותים לבריאות הנפש בשירותי הבריאות במרכזי רפואת המומחים ובבתי החולים הכלליים ומימונם, שתכליתה לצמצם ככל האפשר את קיפוחם של אנשים בעלי מוגבלות נפשית.

²⁶¹ פרשת וילנצ'יק, לעיל ה"ש 6, בעמ' 708.

²⁶² ע"ש (מחוזי חי') 102/00 פזוקר נ' מדינת ישראל, תק-מח 2000(1) 1306 (2002). המערער ביקש להשתחרר מבית החולים ולהמשיך בטיפול מרפאתי.

כפוי".²⁶³ לעומת זאת, השופט ביתן פסק שוועדה פסיכיאטרית מחוזית אינה מוסמכת להמיר צו אשפוז של בית משפט בצו לטיפול מרפאתי.²⁶⁴ "ועדת שניט"²⁶⁵ הצביע בהמלצותיה על הצורך לאפשר לוועדה הפסיכיאטרית המחוזית להמיר את צו האשפוז בצו לטיפול מרפאתי. מוצע לתקן את החוק וציין במפורש סמכות זו של הוועדה ברוח פסק הדין של השופט ביין. פסיקה זו מאפשרת לתת ביטוי נוסף לחובת ההקפדה למזער הגבלה בעת טיפול בכפייה ומרחיבה את היישום בפועל של יישום חלופת האשפוז בכפייה באמצעות טיפול מרפאתי, תכלית חוק הטיפול. השופט ביין מנמק הרחבה זו בהשראת חוק היסוד ובהתאם להלכה, שלפיה "תמיד יש לנקוט את האמצעי המגשים את המטרה הראויה, ושפגיעתו בחולה הנפש היא הקטנה ביותר".²⁶⁶ פסיקה מנחה זו עולה גם מהתבוננות בחוק הטיפול מבעד לעדשה של תורת המשפט הטיפולי.²⁶⁷ כאמור, תורה זו מבקשת לצמצם את האשפוז בכפייה אך ורק במקרים שבהם מן ההכרח שהטיפול הנפשי יינתן באשפוז. במקרים שבהם אפשר לנטר את המסוכנות ולטפל ברמה נאותה שלא בבתי חולים עדיפה החלופה שאינה בגדר אשפוז.²⁶⁸

8. סמכותה של ועדה פסיכיאטרית מחוזית הדנה בערר לשנות עילות אשפוז או להורות על חלופה של טיפול מרפאתי בכפייה

על אף שתכלית חוק הטיפול היא לאפשר טיפול בסביבה הפחות מגבילה ועל אף שבערר על הוראת אשפוז החוק מסמין במפורש ועדה פסיכיאטרית לשנות את עילות האשפוז, כמו גם להמיר הוראת אשפוז מנהלית להוראת טיפול מרפאתי בכפייה בקהילה,²⁶⁹ הרי בפועל הוועדות הפסיכיאטריות המחוזיות אינן מפעילות סמכויות אלו.²⁷⁰ להערכתנו, צמצום סמכויותיה של הוועדה הפסיכיאטרית המחוזית נובע

²⁶³ ש.ם.

²⁶⁴ ע"ו 37586-02 פלוני נ'מדינת ישראל (טרם פורסם).

²⁶⁵ "ועדת שניט" הוועדה לבחינת אופן תפקוד הוועדות הפסיכיאטריות (משרד המשפטים ומשרד הבריאות, 2000). הגישה המלצותיה ביולי 2000. מונתה על ידי פרקליטת המדינה דאז והפסיכאטר הראשי במשרד הבריאות לבדוק את עבודת הוועדות הפסיכיאטריות המחוזיות, בראש הוועדה עמדה הגב' נורית שניט פרקליטת מחוז מרכז

²⁶⁶ פרשת וילנצ'יק, לעיל ה"ש 6, בעמ' 708.

²⁶⁷ טויב, לעיל ה"ש 7, בעמ' 126.

²⁶⁸ ש.ם, בעמ' 133-135.

²⁶⁹ ס' 12 (ג) לחוק טיפול בחולי נפש: "לאשר את ההחלטה נשוא הערר, לבטלה או לשנותה כפי שתמצא לנכון". במסגרת הסמכות ל"שנותה" עולה גם אפשרות שהיא תכלית החוק – להמיר הוראת אשפוז מנהלית להוראת טיפול מרפאתי בכפייה בקהילה

²⁷⁰ שנתון סטטיסטי 2008, לעיל ה"ש 125, בעמ' 50-53.

מהטמעה גורפת ומיישום שגוי של פסקי דין שניתנו בבתי המשפט בעקבות ערעורים על החלטות הוועדות.

השופטת סביונה רוטלוי הנחתה בסוף שנת 1994,²⁷¹ ש"הוועדה איננה רשאית לבסס החלטתה על יסוד נימוק חדש, שלא נזכר בהוראות האשפוז". השופטת נימקה את החלטתה בהבהירה, שלו התבססו הוראות האשפוז גם על הנימוק של סבל נפשי ופגיעה באורח החיים של הזולת, ההוראה היתה צריכה להינתן מכוח סעיף 9(ב).²⁷² השופטת רוטלוי חזרה על קביעתה זו בפסקי דין רבים אחרים שניתנו בשנים שלאחר מכן. כך, למשל, קבעה השופטת רוטלוי בפסק דין שניתן בשנת 1999.²⁷³ גם בפסק דין שניתן בירושלים בשנת 2003,²⁷⁴ דן השופט יצחק ענבר בבעייתיות שבהחלפת עילות אשפוז מסעיף 9(א) ל 9(ב) לאחר שהחולה כבר אושפז. על אף שגמישות בקביעת עילות האשפוז בהתאם לדינמיקה במצבו של חולה המקבל טיפול בכפייה מסייעת לטפל בחולה ולקדם את בריאותו, עולה מפסיקת בתי המשפט המחוזיים שעסקו בערעורים על החלטות ועדות מחוזיות שאין בידי הוועדות המחוזיות סמכות לשנות עילות הוראת האשפוז או להמיר הוראת אשפוז להוראת טיפול מרפאתית בקהילה. בהתבוננות מבעד לעדשה של תורת המשפט הטיפולי, פסיקה ברוח זו יש בה היבט אנטי-טיפולי. לעצם הסמכות לשנות באמצעות ערר עילות אשפוז או להורות בערר על חלופה של טיפול מרפאתי בכפייה חשיבות טיפולית ותרומה לקידום בריאות ומניעת אשפוזים חוזרים. עיון מקיף בפסיקה העוסקת באשפוזים כפויים ובעררים על

²⁷¹ מ"א (מחוזי ת"א) 1762/94 פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה, תק-מח 94(4) 170, 174 (1994).

²⁷² ס' 9 לחוק טיפול בחולי נפש: "הוראה לאשפוז כפוי ותקפה: (א) שוכנע פסיכיאטר מחוזי על סמך בדיקה פסיכיאטרית כי נתמלאו באדם התנאים שבס' 6 (1) ו(2) וקיים קשר סיבתי בין שני התנאים האמורים, רשאי הוא להורות בכתב כי יובא לבית החולים וכי יאושפז בו בדחיפות. (ב) שוכנע פסיכיאטר מחוזי על סמך בדיקה פסיכיאטרית כי נתמלאו באדם התנאים שבסעיף 7(1) ו- (2) וקיים קשר סיבתי בין שני התנאים האמורים, רשאי הוא להורות בכתב על הבאתו לבית החולים ועל אשפוזו בו".

²⁷³ ע"ש (מחוזי ת"א) 2372/99 פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה, תק-מח 99(3) 58191, 58193 (1999): "לא ניתן לרפא פגמים היורדים לשרשם של הדין וההחלטה בדרך של החזרת הדין לוועדה, כפי שעתרה ב"כ המדינה. אף לא ניתן להימנע מהתייחסות לכלל שרשרת האישפוז, מתחילתו ועד סופו, שכן אם האבן הראשונה, שהונחה נפלה, כי אז כל מה שנבנה בעקבותיה, נפל אף הוא".

²⁷⁴ בע"ש (מחוזי י-ם) 2061/03 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה, תק-מח 2003(3) 13919 (2003) דן גם השופט יצחק ענבר בבעייתיות הנוגעת להחלפת עילות האשפוז מס' 9(א) ל-9(ב) לאחר שהחולה כבר אושפז, שכן אם הסעיף אשר על פיו היה החולה צריך להיות מאושפז היה אכן 9(ב), הרי שאשפוזו הרחוק שלל ממנו את זכות הערעור בפני הוועדה הפסיכיאטרית קודם לאשפוזו.

החלטות הוועדות הפסיכיאטריות המחוזיות מלמד, כי הפסיקה לא נדרשה לסמכותה של הוועדה הפסיכיאטרית המחוזית, הדנה בערר על הוראת אשפוז כפוי, אלא לוועדות שדנו בהארכת הוראת אשפוז (קרי: לאחר השבועיים הראשונים לאשפוז). אשר על כן, על אף שלכאורה היו מותבים של ועדות מחוזיות שהסיקו מפסקי הדין לעיל כי אין להאריך אשפוז כפוי בעילה שונה מזו שעל פיה הוצאה ההוראה המקורית, בפועל לא עסקו פסקי הדין בשלב הערר על הוראה שניתנה על פי סעיף 9(א), אלא בוועדות ששינו עילת אשפוז בדיונים להארכת תוקפה של הוראת אשפוז. יתר על כן: בדיון בערר הסמין המחוקק במפורש את הוועדה הפסיכיאטרית המחוזית לשנות את עילות האשפוז, על אף הבעייתיות שבשלילתה לכאורה של זכות הערר של החולה, שעילת האשפוז הוחלפה מאשפוז דחוף לשאינו דחוף לאחר אשפוזו. מניתוח פסיקות אלו ולשון החוק ותכליתו²⁷⁵ עולה, שהמחוקק נתן עדיפות לטיפול – לקידום בריאות – על פני פרשנות הרואה לכאורה בערך החירות את חזות הכול. לפי הפרשנויות לעיל, נראה שהנושא דורש עיון. אכן, בשנת 2007 הוגש לבית המשפט העליון ערעור בשם היועץ המשפטי לממשלה²⁷⁶ על פסק דין של בית המשפט המחוזי בחיפה, אשר קיבל ערעור על החלטתה של ועדה פסיכיאטרית מחוזית שהאריכה אשפוז כפוי של חולה נפש בשישה חודשים באמצעות שינוי עילת האשפוז. בית המשפט המחוזי קבע, שיש לשחרר את החולה מהאשפוז הכפוי בניגוד להחלטת הוועדה הפסיכיאטרית המחוזית (כמו שנקבע גם בפסקי הדין לעיל, אשר ניתנו על ידי בתי משפט מחוזיים בגין החלטה שהתבססה על שינוי עילת האשפוז). בדיון שהתקיים בבית המשפט העליון דן השופט רובינשטיין ב"השאלה המשפטית שהתעוררה במיוחד" בעניין סמכותה של הוועדה הפסיכיאטרית להידרש לשאלת קיום תנאי אשפוז כפוי לא דחוף²⁷⁷ כאשר החולה אושפז בכפייה על פי תנאי אשפוז כפוי דחוף. השופט רובינשטיין אף חידד ושאל: האם מותר "לעבור ממסלול למסלול" ולהמשיך באשפוז בהתקיים תנאי סעיף 7(2)?²⁷⁸ לדעת השופט רובינשטיין, מורכבות כזו מצדיקה העברה לדיון הרכב ולא בפני שופט יחיד. בית המשפט העליון הכיר במורכבות השאלה, אולם עד למועד

²⁷⁵ פרשת וילנצ'יק, לעיל ה"ש 6, בעמ' 708.

²⁷⁶ רע"א 8000/07 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלוני, תק-על 2007 (3) 4919 (2007).

²⁷⁷ ס' 9(ב) ו-7 לחוק טיפול בחולי נפש.

²⁷⁸ שם, ס' 7 "בדיקה כפויה לא דחופה: פסיכיאטר מחוזי רשאי להורות בכתב כי אדם יובא לבדיקה פסיכיאטרית, אם הובאו לפניו ראיות לכאורה כי נתמלאו באדם כל התנאים האלה: (1) הוא חולה וכתוצאה ממחלתו פגום, במידה ניכרת, כושר שיפוטו או כושרו לביקורת המציאות; (2) נתקיים בו אחד מאלה: (א) הוא עלול לסכן את עצמו או את זולתו, סיכון פיזי שאינו מידי; (ב) יכולתו לדאוג לצרכיו הבסיסיים פגומה בצורה קשה; (ג) הוא גורם סבל נפשי חמור לזולתו, באופן הפוגע בקיום אורח החיים התקין שלו; (ד) הוא פוגע פגיעה חמורה ברכוש; (3) הוא סירב להיבדק בידי פסיכיאטר."

הגהתו של מאמר זה (ינואר 2011) טרם התקיים הדיון המבוקש.

חברי הוועדות נוהגים כפי הנראה על פי הטמעת גישה אנטי-טיפולית שגויה של הפסיקה לעיל, שלכאורה אין לוועדות סמכות לשנות עילת אשפוז או להמיר הוראת אשפוז בהוראת לטיפול מרפאתי בקהילה בכל עת. יש להבחין שבכל פסקי הדין היה מדובר בהארכת אשפוז לאחר תום שתי תקופות ההוראה הראשונות, היינו: משחלפו השבועיים הראשונים מתחילת לאשפוז. לכן חשוב להדגיש, במיוחד בשבועות הראשונים של הטיפול, כי יש מקום להתאמת עילות האשפוז בהתאם למצב הקליני, מאחר שהשינויים במחלה הם מאוד דינמיים. אין זה נכון לפרש את חוק הטיפול לפי גישה דווקנית אנטי-טיפולית, העלולה להביא לשחרור החולה בטרם התייצב מצבו, בניגוד ללשונו המפורשת של החוק, וקל וחומר – בהיעדר ביסוס מהפסיקה. בהנחה שחקיקה שיפוטית אינה נעשית במרומז נראה, שכל עוד לא נקבעה הלכה שונה לא נשללה מהוועדה הפסיכיאטרית המחוזית הסמכות לשנות את עילת האשפוז או להמיר הוראת אשפוז להוראת טיפול מרפאתי, והסמכות ממשיכה להישאב מלשון החוק הקובעת: **"הוועדה הפסיכיאטרית רשאית לאשר את ההחלטה נשוא הערר, לבטלה או לשנותה כפי שתמצא לנכון"**. לכן היא גם רשאית להמיר הוראת אשפוז להוראה טיפול מרפאתי. נראה, שהמחוקק ביקש להקנות לחברה ולחולה הנפש הגנה גם מפני מסוכנות מאיימת מיידית גם ממסוכנות שאינה מיידית ולפיכך הרחיב את שיקול דעתה וסמכותה של הוועדה הפסיכיאטרית המחוזית כאשר ניסח את הסיפא של סעיף 12(ג) במילים **"כפי שתמצא לנכון"**.

מבט מבעד לעדשה של תורת המשפט הטיפולי מצדיק עמדה זו מצד תכלית החוק לטיפול; שכן אם נשלול סמכות זו וכאשר יסתבר כי החולה אושפז שלא על פי הסעיף המתאים – 9(א) במקום 9(ב) – ולוועדה לא יהיה שיקול דעת כלל אלא לשחרר את החולה, הרי תצוצנה במלוא עוצמתן המסוכנות הלא-מיידית או גרימת הסבל הנפשי החמור לזולתו ולבני ביתו הקרובים של חולה הנפש, כאשר אלו הוגדרו במפורש כעילות אשפוז על פי החוק.

עם זאת, חשוב להוסיף ולהידרש לבעייתיות שבהפעלת סמכות הוועדה במהלך דיון בערר לשינוי העילות, שלכאורה אינה עולה בקנה אחד עם דרישת החוק בסעיף 13: **"הוראת אשפוז לפי סעיף 9(ב) תבוצע בתום 24 שעות ממתן ההוראה, ואם הוגש ערר בתוך זמן זה – יידחה ביצוע ההוראה עד קבלת החלטת הוועדה הפסיכיאטרית בערר"**. לכאורה עולה חשש, שאם תמיר הוועדה הפסיכיאטרית את עילת האשפוז לאשפוז כפוי לא-דחוף כאשר החולה מצוי כבר באשפוז, הרי הוועדה מקפחת את החולה ומונעת ממנו את זכות הערר על הוראת אשפוז שאינו דחוף עוד קודם לאשפוז הכפוי – זכות שאף היא מתכלית החוק. אלא נראה, כי במתח שנוצר בין זכות הערר של החולה קודם לאשפוז ובין הצורך הברור באשפוז כפוי מחמת קיום ברור של תנאי

האשפוז על פי סעיף 9(ב), יש לשער שהמחוקק מלכתחילה לא התכוון לכך כי קיימת זכות ערר במצב של עצם קיום הערר בפני הוועדה. עיון בחוק ובהיסטוריה של החקיקה²⁷⁹ מלמד, כי זכות הערר נועדה למנוע מצב שבו יאושפז אדם בכפייה שלא כדין כאשר עילות האשפוז הנטענות אינן קיימות, ומדובר למעשה "בעלילה" או בנסיבות שאינן עולות כדי קיום עילות אשפוז כפוי לא-דחוף. במצב זה הקפיד המחוקק לאפשר לחולה להגיע לדיון בוועדה ולשכנע אותה כי הטענות הנטענות כלפיו, שלפיהן יש לכאורה בהתנהגותו מסוכנות לא-מיידית או כדי גרימת סבל נפשי חמור לזולתו, הן טענות מופרכות שאין להן על מה לסמוך. אלא שבמקרה אשר לפנינו, כאשר הוועדה שדנה בערר (גם אם עילת האשפוז שעליה מוגש הערר היתה 9(א)) מצאה שאכן התקיימו העילות לאשפוז כפוי, גם אם לא דחוף, הרי שגם לו הגיש החולה ערר בפני הוועדה, היה דין עררו להידחות והמקום לערעור הוא בית המשפט המחוזי ולא הוועדה. זאת ועוד: לאחר בדיקת החולה על ידי רופאי הוועדה שוב אין מדובר על פגיעה שלא כדין בחירותו של החולה, אלא על מסקנה קלינית שיפוטית של הוועדה המבוססת על נתונים שהיא עצמה בדקה ועל פיהם מתקיימים התנאים הדרושים בחוק לאשפוז כפוי. לכן, משמתקיימים התנאים לאשפוז כפוי, הרי איננו מצויים במתחם אשפוז כפוי שלא כדין. בכל אופן הבעייתיות לעניין הזכות לערר אינה קיימת כאשר ההחלטה היא להמיר הוראת אשפוז להוראת טיפול מרפאתי. חשוב גם לזכור, כי לוועדה הפסיכיאטרית המחוזית יתרון על הפסיכיאטר המחוזי בכל הקשור לוודאות קיומן של עילות האשפוז, שכן הוועדה הפסיכיאטרית אינה פועלת באיום של סכנה מיידית. הוועדה בודקת את החולה כשלרשותה עדויות נוספות של בני משפחה ו/או חברים ו/או שכנים, ולעתים ראיות נוספות כגון מסמכים, מזכרים של משטרה, רישומים פליליים, תזכירי עובדי רווחה וכיו"ב. מכאן, שאם אכן מדובר בערר והוועדה השתכנעה שבמצבו של החולה הניצב בפניה אכן מסתמנת מסוכנות ברורה, גם אם לא מיידית, או כי שחרורו עלול לגרום סבל נפשי חמור לזולתו שיתרחש מיד עם שחרורו וחזרתו לביתו – הרי שמסקנתה החד-משמעית של הוועדה, המסתמכת הן על בדיקה רפואית הן על בדיקת קיום התנאים המשפטיים לאשפוז כפוי על פי סעיף 9(ב),

²⁷⁹ פרשת **כרמלי**, לעיל ה"ש 17, בעמ' 767: "מה קל הדבר לגרום לאשפוז בכפייה של אדם בריא! די לך בסיפור עלילה של חורש רעתו (ואפילו בן-זוג או בן-משפחה המבקש להשתחרר ממנו ממניעים פסולים), או בסיפור בדים פרי דמיון, שיסופר אף מכלי שני או שלישי לרופא ולאוו דווקא לפסיכיאטר מנוסה – זאת אין החוק דורש לא בס' 3 ולא בס' 7(א). די שהרופא יתרשם מאמיתות הסיפור ויקבלו כבסיס לאנמנזה רפואית, ועל סמך זאת יגיע למסקנה, שהאשפוז אינו סובל דיחוי. הוא יוכל אז לאשפוז את החולה בעל כורחו או לתת תעודה, שעל פיה יהיה הפסיכיאטר המחוזי רשאי להורות על אשפוזו בעל כורחו. אמנם, על הרופא להסתמך לא רק על עובדות שיסופרו לו אלא גם על בדיקת החולה".

מתקנת פגם לכאורה של הוראת האשפוז הכפוי שהוציא הפסיכיאטר המחוזי על פי סעיף 9(א).

עם זאת, בגישה של משפטנות טיפולית המשתפת את החולה בתהליך קבלת ההחלטות בעניינו וכן כדי לוודא את קיומן של דרישות החוק בסעיף 13 גם לפי פרשנות מחמירה וקפדנית פרוצדורלית ולא רק מהותית, המתייחסת להחלטת הוועדה כאילו היתה הוראת אשפוז לא-דחוף – ראוי שהוועדה תבהיר לחולה ולבא כוחו, כי כוונתה לדחות את הערר על הוראת האשפוז ולהחליף את עילת האשפוז מסעיף 9(א) לסעיף 9(ב), תוך שהיא מעניקה לחולה ו/או לבא כוחו אפשרות להעלות טיעונים חדשים לגבי עילות אשפוז על פי סעיף 9(ב). באופן זה תישמר זכות הטיעון של החולה, שכן הוועדה עצמה החליטה כי תנאי סעיף 9(א) אינם מתקיימים בעניינו של חולה זה ואם יצליח החולה ו/או בא כוחו לשכנע את הוועדה כי גם תנאי סעיף 9(ב) אינם מתקיימים, או אז יתקבל עררו של החולה והוא ישוחרר מהאשפוז הכפוי. עצם קיום הדיון החוזר המאפשר לממש את הערר משקף בפני החולה באיזו מידה מקפידים על זכויותיו ונזהרים בכבודו ולכן יש בו העצמה – אפקט טיפולי חיובי המקדם בריאות.

תורת המשפט הטיפולי מניחה, שהחוק כמכשיר חברתי שואף לקדם בריאות נפשית ולכן צריך להימנע ככל האפשר מאכיפת צעדים שתוצאתם בלתי-טיפולית.²⁸⁰ לענייננו, צמצום סמכויותיה של הוועדה לשנות עילות אשפוז או להורות על חלופה של טיפול מרפאתי בכפייה מצמצם את פוטנציאל הטיפול, שהוא תכלית החוק, מבלי שהוא מקדם את הזכות לערר ולייצוג כאשר ממילא החולה מיוצג בוועדה ומצוי בעצם תהליך הערר ועל אחת כמה וכמה כשהוועדה מאפשרת לקיים דיון נוסף בערר, משמצאה לנכון לממש את סמכותה ולשנות את עילות האשפוז.

²⁸⁰ טוביב, לעיל ה"ש 7, בעמ' 133.

9. הזכות לייצוג

כיום, על פי סעיף 29(א) לחוק הטיפול מוכרת הזכות להיות מיוצג על ידי עורך דין בפני הוועדה הפסיכיאטרית. יש לציין, שזכותו של חולה לייצוג על ידי בא כוח הוכרה מלכתחילה בחוק הטיפול.²⁸¹ כבר בשנת 1997 הצביע השופט ברק על הליקוי שבהיעדר הוראת חוק המחייבת העמדת עורך דין לרשות החולה כדי לייצגו בטרם ייכפה עליו להתאשפז.²⁸² כאמור לעיל²⁸³ במהלך השנים 1998–2000 נבדקה פעילות הוועדות המחוזיות על ידי ועדה אשר מונתה בידי שר המשפטים ושר הבריאות בראשותה של עו"ד נורית שניט. הוועדה המליצה להבטיח "בחוק את זכות המטופל לייצוג על ידי עורך דין".²⁸⁴ בהמשך לעבודת הוועדה התקבל בכנסת תיקון לחוק הטיפול,²⁸⁵ שכותרתו "זכות ייצוג" בוועדה הפסיכיאטרית ובדיון בערעור על החלטותיה. הייצוג ניתן חנם אין כסף בלא תלות במבחני הכנסה.²⁸⁶ התיקון מאפשר לחולה המאושפז באמצעות צו להיות מיוצג בוועדה באמצעות עורך דין מהסניגוריה הציבורית, ולחולה המאושפז בהוראה של הפסיכיאטר המחוזי – באמצעות הסיוע המשפטי. נציין, שהחוק לטיפול קובע גם הוראות בדבר אשפוז קטינים.²⁸⁷ זכותו של קטין שמלאו לו 15 שנים להתנגד לאשפוז, ובית המשפט ימנה לו סניגור, זולת אם הקטין בחר לעצמו עורך דין מטעמו.²⁸⁸ נציין שהוועדה לא עסקה בתהליך הכשרה בתחום תורת המשפט הטיפולי לעורכי הדין שימונו לייצג חולים המאושפזים בכפייה. בדיקת פעילותו של הייצוג המשפטי מלמדת, כי תוצאת פעילות זו גרמה לתדירות גבוהה יותר של הבאת חולים בפני הוועדות, ניתנה להם הזדמנות הוגנת להשמיע את טיעוניהם, משך האשפוז לחולים מיוצגים התקצר וסיכויי של חולה להשתחרר מאשפוז כפוי טובים יותר כאשר הוא מיוצג.²⁸⁹ מנגד, מניתוח נתוני האשפוז עולה

²⁸¹ ס' 26(ג) לחוק טיפול בחולי נפש: "הוועדה תאפשר לחולה, לקרובו ולבאי כוחם, אם יש להם בא כוח".

²⁸² פרשת וילנצ'יק, לעיל ה"ש 6, בעמ' 715: "במרכזם של אמצעי ההגנה הדיוניים עומדת זכות הטיעון. ממנה נגזרת, בעניינו של חולה הנפש, הזכות לטעון באמצעות סניגור...".

²⁸³ ראה ה"ש 266.

²⁸⁴ ראה דו"ח הוועדה לבחינת אופן תפקוד הוועדות הפסיכיאטריות (משרד המשפטים ומשרד הבריאות, 2000).

²⁸⁵ חוק טיפול בחולי נפש (תיקון מספר 5), התשס"ד-2004, ס"ח 317.

²⁸⁶ תקנות טיפול בחולי נפש (ייצוג משפטי בטיפול כפוי), התשס"ו-2006, ק"ת 338.

²⁸⁷ ס' 4 לחוק טיפול בחולי נפש.

²⁸⁸ ס' 33–3 לחוק הנוער (טיפול והשגחה), התש"ך – 1960, ס"ח 52.

²⁸⁹ נחמני, מלמד, רובינשטיין ואליצור, לעיל ה"ש 22.

שהעלייה הגדולה בצווי אשפוז להסתכלות ולטיפול קשורה בקשר זמנים לתיקון לחוק הטיפול ב-2004 (הזכות ליצוג). מנסיוני כחבר בוועדות ההליך הדיוני שנועד למנוע מצב של שלילת חירות בלתי-מידתית מאפשר (לכשנעשה בגישה טיפולית) להשיג כמה מטרות טיפוליות ואפשר להימנע מהתוצאה האנטי טיפולית של אשפוזים חוזרים ו"דלת מסתובבת" של המחלקות הסגורות, ואנמק. הקפדה על עקרונות של הליך הוגן בדיונים המקדמיים טרם האשפוז ובמהלך הבקרה המשפטית-קלינית-רפואית בוועדה המחוזית דומים להבניית הסכם טיפולי ולהצבת גבולות בתחילתו של טיפול פסיכו-תרפויטי הנעשה מרצון. לא תמיד מתקבלות הסכמות ולא בהכרח כפיית טיפול נכונה היא או ראויה בנסיבות כל מקרה. אולם דיאלוג מכבד אדם מעצים את החולה גם כשהוא מלווה בהצבת גבולות ולכן ראוי שייתקיים תמיד. לדו-שיח השפעה חיובית על החולה מבחינת התמודדות עם המציאות, ומכאן – גם לאפשרות הכרה במחלה, מה שעשוי להביא לשיפור נכונותו של החולה לטיפול ונכונות משפחתו להמשיך לסייע לחולה להתמודד עם המחלה. הגישה המשתפת התומכת עשויה לסייע לחולה ליטול אחריות על הטיפול במחלה ולהתמיד בטיפול, ואף להסכים ולשתף פעולה עם בקרה ופיקוח על תנאי השחרור מאשפוז כפוי. מכאן הדרך קצרה להשגת יעדי הטיפול והשיקום. מסקנה דומה עולה גם מממצאי מחקר על פעילות טריבונלים פסיכיאטריים הפועלים על פי גישת תורת המשפט הטיפולי גם במדינות שבהן חוק הטיפול מופעל במודל רפואי (The New Zealand Tribunal).²⁹⁰ עם זאת חשוב לדעת, כי בחלק מהמקרים התהליך בוועדה שבו הרופא המטפל נתפס כ"קטגור" פוגע ביחסי רופא-חולה. הפנמת תורת המשפט הטיפולי מחייבת למנוע מרכיב אנטי-טיפול מסוג זה. כל עוד פועלים במסגרת המודל המשפטי, הרופא איננו משמש צד ישיר בדיון ואיננו נאלץ להתעמת עם החולה. לעומת זאת, במסגרת המודל הרפואי הרופא המופיע בפני הוועדה בצד החולה ומבקש שלא לשחררו פוגע ביחסיו עם החולה. כדי לחסוך פגיעה כזאת יש להימנע ממעורבות ישירה של הרופא בוועדה בנוכחות החולה ולאפשר ייצוג האינטרס של המשך הטיפול על ידי עורך דין מטעם המדינה. נציין, כי שילוב עורך דין בעבודת הוועדה הפסיכיאטרית כמתבקש מתובנות תורת המשפט הטיפולי איננו מחייב שינוי חקיקה דרמטי, מהטעם הפשוט שעל פי חוק זכויות החולה כל מקרה של "טיפול רפואי בניגוד לרצון המטופל"²⁹¹ משמע

²⁹⁰ K. Diesfeld & B. McKenna, *The unintended impact of the therapeutic intentions of the New Zealand Mental Health Review Tribunal? Therapeutic jurisprudence perspectives*, AUSTRALIAN AND NEW ZEALAND JOURNAL OF PSYCHIATRY 34 (4), 671–676 (2006).

²⁹¹ ס' 15(2) לחוק זכויות החולה: "בנסיבות שבהן נשקפת למטופל סכנה חמורה והוא מתנגד לטיפול רפואי, שיש לתיתו בנסיבות העניין בהקדם, רשאי מטפל לתת את הטיפול אף בניגוד

בכפייה מחייב אפוא את אישורה של של ועדת האתיקה, ובדינוניה של ועדה זו משתתף ממילא עורך דין. לכאורה אותו הסדר הנוהג לגבי הטיפול בכפייה בכל החולים ראוי לחול גם על הטיפול בכפייה בחולה הנפש. שילוב המנגנונים המשפטיים של חוק הטיפול וחוק זכויות החולה במהלך הדיון בוועדה הפסיכיאטרית המחוזית מוכר מפסיקתם של השופטים דורנר וחשין בעניין הזכות לקבלת מידע,²⁹² והיקש מהלכה זו עשוי לקדם ייצוג גם לזכות בטיפול, כמו הזכות לסרב לטיפול, המקבלת ייצוג מכוח סעיף 29(א) לחוק הטיפול. הקפדה על ייצוג מטעם המדינה לעמדת המטפל תבטיח ניהול הליך משפטי המאזן את מכלול האינטרסים בדילמה המורכבת ובאופן שלא יהיה כרוך באקט אנטי-טיפולי של עימות שאפשר למונעו בין הרופא המטפל לחולה.

10. צו לאשפוז כפוי והגבלתו בזמן

חוק הטיפול קבע, כי כאשר בית המשפט סבור שנאשם אינו מסוגל לעמוד לדין מחמת היותו חולה נפש, רשאי בית המשפט לצוות על אשפוזו או על טיפול מרפאתי.²⁹³ עוד קבע המחוקק לגבי נאשם שהיה חולה בשעת מעשה – ולפיכך אין הוא בר-עונשין ושהוא עדיין חולה – שבית המשפט יצווה על אשפוזו או על טיפול מרפאתי בכפייה.²⁹⁴ בחוק אין הוראה מפורשת הקובעת תקרה למשך האשפוז הפלילי ואין מעבר מהמסלול הפלילי למסלול האזרחי. על כך הביע תמיהה נשיא בית המשפט העליון דאז, השופט ברק.²⁹⁵ הוא הבהיר, שעקרון המידתיות בחוק היסוד מחייב לבחון

לרצון המטופל אם וועדת האתיקה, לאחר ששמעה את המטופל, אישרה את מתן הטיפול".
²⁹² פרשת אברבנאל, לעיל ה"ש 247: "אך מובן הוא, שוועדת האתיקה, בהחלטותיה, חייבת לתת דעתה לסוג המחלה והשפעתה, הכול כאמור בחוק". ראו גם פרשת משרד הבריאות, לעיל ה"ש 248, בעמ' 145: "גם חוק הטיפול גם חוק זכויות החולה, השניים מחילים עצמם על חולי נפש – חוק אחרון, בשל היותו של חולה נפש בגדר 'מטופל' – ואולם חוק זכויות החולה גובר לכאורה בהיותו חוק מאוחר לחוק הטיפול, והרי הכלל הוא כי חוק מאוחר גובר על חוק שקדם לו lex posterior derogat legi priori. ואולם רק לכאורה כך, שכן חוק הטיפול הוא חוק ספציפי ביחס לחוק זכויות החולה, והרי למדנו כי חוק מאוחר כללי אינו גובר על חוק מיוחד שקדם לו: lex posterior generalis non derogat legi specialis priori ... ואחרי כל אלה ידענו גם זאת, כי כללי פרשנות אלה – כמוהם ככללי פרשנות אחרים – נועדו בעיקר להדרכה... לשון אחר: נעשה במיסגרת המשפט כיכולתנו כדי שלא לפרש את חוק זכויות החולה כמבטל מכללא את חוק הטיפול; נהיה ערים לקיומו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, שנחקק לאחר חוק הטיפול ולפני חוק זכויות החולה; ניתן דעתנו במיוחד על תכליתו של חוק זכויות החולה כהוראת ס' 1 בו, לאמור: 'חוק זה מטרתו לקבוע את זכויות האדם המבקש טיפול רפואי או המקבל טיפול רפואי ולהגן על כבודו...".

²⁹³ ס' 15(א) לחוק טיפול בחולי נפש.

²⁹⁴ שם, ס' 15(ב).

²⁹⁵ פרשת פלוני, לעיל ה"ש 133, בעמ' 906: "ואם הוועדה הפסיכיאטרית לא תורה על שחרורו של

את סבירותם של משכי האשפוז בצו, והיעדר הסדר כזה הוא בבחינת ליקוי בחוק. למרות קביעתו זו, משך צו אשפוז טרם הוגבל בחקיקה. הגיע העת לתיקון חקיקה שיבהיר שהתקופה המירבית המאפשרת הגבלת חירותו של אדם בצו בית משפט לא תעלה על התקופה שניתן להשיתה בעקבות הרשעה בעבירה. במידה ויש הכרח מטעמים טיפוליים להארכת האשפוז, הארכה כזו תיעשב במסלול המנהלי. ניסוח תיקון חקיקה ברוח זו יבהיר שאין בחקיקה קונוטציה של השוואת האשפוז לעונש על עבירה, אלא הדגשה של ההקפדה של המחוקק על הגנת הזכות לחירות של מי שעשה מעשה עבירה כתוצאה ממחלת נפש. להערכתי, היעדר תקרה לאשפוז בכפייה, כאשר מדובר בנאשם שאינו מסוגל לעמוד לדין מחמת היותו חולה נפש, ועדיין מאושפז או במעמד חולה יום או במעמד חולה המטופל בצו טיפול מרפאתי אינו טיפולי מאחר שהחולה עלול ל"היגרר" במודע או שלא במודע לאשפוז ממושך, על מנת שלא לעמוד לדין ולפגיעה בבריאותו מאימת הדין. הניסיון מלמד, שתרחיש של התחזות כדי להישאר באשפוז מאימת הדין אינו נדיר. בצד קביעת התקופה המירבית לאשפוז של נאשם, ראוי לקחת בחשבון כי יתכנו מקרים שעל אף שהנאשם עדיין באשפוז או בטיפול יום או בטיפול מרפאתי אפשר שמסוגל לעמוד לדין וראוי לעשות זאת הן בהיבט הציבורי והן בהיבט הטיפולי בהקדם האפשר. זאת בהנחה שלעמידה לדין בתוך הליך הטיפול יש סיוע להשבת המסוגלות לנטילת אחריות, להשבת האוטונומיה תוך הסתייעות בכלים הטיפוליים והמשפטיים במשולב. אינטרס הציבור הן מההיבטים של שימור ראיות, אפקטיביות הענישה וזכויות נפגעי עבירה עולה בקנה אחד עם גישת תורת המשפט הטיפולי. גישה כזו גם דומה לעמדת ההלכה. שטיינברג מציין שחז"ל שהכירו במצבים של "פעמים שוטה ופעמים חלים" קבעו שחולה נפש (שוטה בלשון חז"ל) שיש לו מצבי צלילות דעת בן התקף להתקף יש לו כשרות משפטית מלאה, בתקופות של צלילות הדעת. לעומת זאת הגם שלעת היותו שוטה אין להענישו, כי יש משמעות לשכר ועונש, "אם החולה הוא בדרגה כזו שעונשים ירתיעו אותו מלחזור על חטאיו – יש להענישו, כדי להגן על החברה. אם אינו בדרגה כזו – יש להכניסו אחרי מנעול ובריה, כדי להגן על החברה".²⁹⁶

הנאשם, האם הוא יוחזק בבית החולים עד סוף ימיו, וכל זאת בשל צו אשפוז שניתן במסגרת אישום על עבירות של תקיפה וגניבה? האין לפנינו מאסר עולם בלא אפשרות של חנינה...?" אבהיר, כי בעוד שבמסלול האזרחי ברירת המחל היא שכל עוד לא היתה הוראה להארכת האשפוז, המטופל ישוחרר, הרי במסלול הפלילי שבו עוסקת פרשה זו ברירת המחל היא המשך האשפוז.

²⁹⁶ אברהם שטיינברג **אנציקלופדיה הלכתית רפואית** הוצאת המכון ע"ש דר פלק שלזינגר 397–468.

11. תורת המשפט הטיפולי, ישימותה לעבודת הוועדה הפסיכיאטרית המחוזית

בעוד בישראל מתקיים דיון לעצם המשך הפעלתה של חקיקה ייחודית לטיפול בחולי נפש על בסיס מודל רפואי המשלב בקרה באמצעות ועדה פסיכיאטרית מחוזית, שהיא גוף מעין שיפוטי – אנו עדים בארה"ב לנסיגה מהמודל המשפטי. בתי המשפט הפועלים במתכונת בתי משפט לבריאות נפש (Mental Health Court)²⁹⁷ מתרכבים. הניסיון המצטבר במשך יותר מעשור שנים מהפעלת גישה זו, מצביע על הצלחתה במניעת תוספת אלימות בחברה בגין תחלואה נפשית,²⁹⁸ באמצעות טיפול יעיל בקהילה המלווה באכיפה ובקרה צמודה של בתי המשפט. הרחבת ההישענות על

LAUREN ALMQUIST & ELIZABETH DODD, MENTAL HEALTH COURTS: A GUIDE TO RESEARCH-INFORMED POLICY AND PRACTICE V (2009): "Executive Summary In recent years, the large number of individuals with mental illnesses involved in the criminal justice system has become a pressing policy issue within both the criminal justice and mental health systems. The prevalence of serious mental illnesses among all people entering jails, for example, is estimated to be 16.9 percent (14.5 percent of men and 31 percent of women). People with mental illnesses often cycle repeatedly through courtrooms, jails, and prisons that are ill-equipped to address their needs and, in particular, to provide adequate treatment. Over the past decade or so, policymakers and practitioners have been exploring new ways of responding to these individuals to break this costly and damaging cycle and to otherwise improve outcomes for the systems and individuals involved. One of the most popular responses to emerge has been the mental health court, which combines court supervision with community-based treatment services, usually in lieu of a jail or prison sentence. Mental health courts generally share the following goals: to improve public safety by reducing criminal recidivism; to improve the quality of life of people with mental illnesses and increase their participation in effective treatment; and to reduce court – and corrections-related costs through administrative efficiencies and often by providing an alternative to incarceration". http://consensusproject.org/jc_publications/mental-health-courts-a-guide-to-research-informed-policy-and-practice/Mental_Health_Court_Research_Guide.pdf ²⁹⁷

Seena Fazel, Martin Grann, *The Population Impact of Severe Mental Illness on Violent Crime*, AM J OF PSYCHIATRY 163 1397–1403 (2006): "The population impact of patients with severe mental illness on violent crime, estimated by calculating the population-attributable risk, varies by gender and age. Overall, the population attributable risk fraction of patients was 5%, suggesting that patients with severe mental illness commit one in 20 violent crimes." ²⁹⁸

גישה זו מלווה גם בהפחתת עלות הטיפול בחולי הנפש.²⁹⁹ מבנה הוועדה הפסיכיאטרית, שהיא גוף מעין-משפטי אשר הבכיר בחבריה הוא משפטן, והיות החולה מיוצג בדיוני הוועדה על ידי עורך דין, כמתחייב מתיקון 29א תשס"ד 3 לחוק לטיפול³⁰⁰ – מקדמים אפשרות של יישום משפטנות טיפולית גם בעבודת הוועדה הפסיכיאטרית המחוזית. ראוי לציין את קיומו של פילוט בשיטת בית המשפט הטיפולי בתחום עבריינות סמים בבית משפט השלום בתל אביב, המתבסס על גישת בתי המשפט לבריאות הנפש בארה"ב.³⁰¹ הנחת היסוד בבסיס המסקנה שגישת תורת המשפט הטיפולי ישימה לישראל היא, שגם בארה"ב המפעילה טיפול בחולי נפש במודל משפטי התפתחה כלפיו ביקורת קשה³⁰² והתגברה הנטייה לעבור למשפטנות טיפולית. לכן עדיפה התפתחות הדרגתית של גישת עבודה משפטנית טיפולית בוועדה הפסיכיאטרית המחוזית, שתפעל גם כוועדת מעקב לעמידה במסגרת החוק הקיים, מאשר להמתין לשינויי המודל בחקיקה, משהתברר כי המודל המשפטי אינו יעיל. מנסיוני בתחום אני מוצא קווי דמיון ברורים בין עבודת השופט התרפויטי, המגלה אמפטיה והקשבה ומעצב בתהליך טיפולי תוכנית שיקום לנאשם חולה נפש, בהסתמך על עבודת צוות של פסיכיאטרים, עובדי רווחה, פסיכולוגים וכיו"ב, עם חברי מותב הוועדה הפסיכיאטרית המחוזית, אם זו אכן מקפידה על מתן מקום לייצוג ממשי אמיתי ובונה אמון בין החולה ועורך הדין, בד בבד עם שיתוף החולה בתהליך קבלת ההחלטות בעניינו. שימת דגש במהלך הדיון בוועדה על תנאי השחרור הכוללים המשך מעקב וביקורת במהלך הטיפול בקהילה עשויה לעודד התמדה בטיפול. אולם, עקב אכילס של התפתחות הטיפול החלופי לאשפוז בקהילה הוא אי היכולת של הפסיכיאטרים להעריך מסוכנות ברמה המתבקשת מהחובה להבטחת שלום הציבור והמתבקשת על ידי המשפט מצד אחד³⁰³ ומהיעדר מערך בקרה ופיקוח על עמידה בתנאי הטיפול המוכתבים בוועדה והיעדר תשתיות טיפול בקהילה מצד שני. העדר "סנקציה" של חזרה מידיית לאשפוז באם החולה אינו ממלא את תנאי הצו לטיפול

299 Kate Diesfeld, Brian McKenna, *The Therapeutic Intent of the New Zealand Mental Health Review Tribunal*, PSYCHIATRY, PSYCHOLOGY AND LAW, volium 13 July 2006 issue 1, 100–109 (2006).

300 ס' 29א לחוק טיפול בחולי נפש: "זכות ייצוג (א) בדיון בפני ועדה פסיכיאטרית ובדיון בערעור על החלטותיה, רשא החולה להיות מיוצג על ידי עורך דין".

301 מהל, דוידוביץ וימיני, לעיל ה"ש 103, בעמ' 174, 182.

302 PAUL S. APPELBAUM, ALMOST A REVOLUTION: MENTAL HEALTH LAW AND THE LIMITS OF CHANGE, 56–57 (1994)

303 M. Dolan, M. Doyle, *Violence Risk Prediction*, BRITISH J OF PSYC 2000, 177, 303–331 (2000) "Violence risk prediction is an inexact science and as such will continue .to provoke debate"

מרפאתי הוסיפה משקל מעכב להתפתחות החלופות לאשפוז כפוי, בקהילה. בשנת 1997 היתנתה הפסיקה את סמכות פסיכיאטר מחוזי (מכוח ס' 15 (ה) לחוק טיפול) להורות על אשפוז חולה שלא מילא תנאי צו טיפול במרפאה, בהינתן שינוי לרעה במצבו. כוחה של רפואה מונעת נחלש כתוצאה ממרכיב זה בפסק הדין בעניין וילנצ'יק.³⁰⁴ מוצע כי פסיכיאטר מחוזי שהובא לידיעתו כי מטופל הפר תנאי צו לטיפול מרפאתי, יהא רשאי לזמנו לבדיקה כפויה דחופה או אף להורות על אשפוזו ל תקופה של עד 48 שעות, תקופה שאינה עולה על משך המעצר על פי חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה - מעצרים), התשנ"ו-1996.

בהסתכלות מבד לעדשה של תורת המשפט הטיפולי חשוב להוסיף ולהדגיש, שהיעדר ייצוג על ידי עורכי דין מטעם המדינה למשפחות המבקשות להביע את עמדתם בוועדה, כמו גם היעדר ייצוג משפטי מטעם המדינה לרופא המטפל המתבקש לתת את חוות דעתו בנוכחות החולה, הם גורם שלילי מבחינת קידום הבריאות. על מנת להרחיב ולחזק את ההיבטים הטיפוליים בעבודת הוועדה חשוב להביא את נקודת המצב של המשפחה וגם של נפגעי העבירה על נסיבות האשפוז וגם למנוע חיכוך מיותר בין החולה לרופא המטפל. לכן, בנושא הייצוג נראה, שיש להשלים את תיקון 29(א) באופן שידמה את עבודת הוועדה הפסיכיאטרית לפרוצדורה של בתי המשפט הטיפוליים שבהם נשמעת גם עמדת המשפחה ונפגעי מעשה העבירה במקרים הרלוונטים, ונציג המדינה מציג את חוות הדעת המחייבות טיפול, והסניגור מייצג את "הזכות לסרב לטיפול" – רצון החולה.³⁰⁵

מעבר להבדלים הפרוצדורליים בין בית משפט טיפולי לוועדה הפסיכיאטרית חשוב לציין, שלגבי סוגיית הפטור מאחריות פלילית בגין ליקוי נפשי קיים הבדל עקרוני בין ועדה פסיכיאטרית ובין בית משפט לבריאות הנפש. הנכונות לקיים דיון בבית משפט טיפולי לחולה שעבר עבירה מותנית בעמידה בדרישת סף להכרה של החולה – ולו

³⁰⁴ חוק לטיפול בחולי נפש, לעיל ה"ש 21, ס' 28: "דיון תקופתי בענין חולה שאושפז או נמצא בטיפול מרפאתי על פי צו א. חולה המאושפז על פי צו בית משפט או הנמצא בטיפול מרפאתי על פי צו כאמור, תדון הוועדה הפסיכיאטרית בענינו לפחות אחת לששה חדשים, וכן רשאית היא לדון בענינו בכל עת אם ביקש זאת החולה או המנהל. ב. בדיון כאמור בס' קטן (א) מוסמכת הוועדה לאשר לחולה חופשות, בתוך תקופת הצו, בתנאים שתקבע או לשחררו ללא תנאי. מכאן שמתן חופשות כמו גם שלילתם בסמכות הוועדה ולעניין המרת צו טיפול מרפאתי ראה ס' 15 ה. אשפוז או טיפול מרפאתי של נאשם על פי צו בית משפט (תיקון תשס"ח) לא מילא הנאשם אחר צו בית המשפט בענין טיפול מרפאתי, או חל שינוי לרעה במצבו הנפשי ונתמלאו בו התנאים למתן הוראת אשפוז לפי סעיף 9, יורה הפסיכיאטר המחוזי על אשפוזו; דין הוראת אשפוז לפי סעיף קטן זה כדין צו בית משפט, לכל דבר וענין." לענין התנאים להפעלת הסמכות להמרת צו הטיפול לצו אשפוז ראו פרשת וילנצ'יק, לעיל ה"ש 6, בעמ' 697.

³⁰⁵ ראו לעיל, תת פרק ג.9. הזכות לייצוג, בעמ' 47.

מינימלית – באחריותו לעברה; בעוד ההליך בוועדה הפסיכיאטרית המחוזית מתקיים במצב שלאחר ההכרה בכך שהחולה פטור מאחריות פלילית. אין לשלול, שהברל עקרוני זה, המשפיע גם על תמהיל החולים (מצבים פסיכויטיים חמורים יותר מבחינת הפגיעה בכושר לביקורת המציאות ובכושר השיפוט בגין המחלה), שונה בוועדה, לעומת תמהיל החולים המקבלים מענה טיפולי באמצעות מערכת בתי משפט לבריאות הנפש.

בוועדה הפסיכיאטרית המחוזית, שהיא גוף סטטוטורי מעין-שיפוטי, אפשר לפעול לפי הגישה של משפטנות טיפולית, מבלי שהגישה הטיפולית תותנה בהכרה באחריות פלילית של החולה למעשה העבירה. אף על פי כן למדתי, שבמהלך הטיפול בכפייה בשלבי ההחלמה ישנם חולים המכירים באחריותם למעשה העבירה ומבקשים להיפגש עם קורבן מעשה העבירה ולקיים הליך של בקשת מחילה, מעין גישור.

ד. תמונת מצב של הטיפול הפסיכיאטרי בישראל

דו"ח ועדת נתניהו (1990) קבע, ש"השירותים לחולי הנפש והקשישים, שהם אוכלוסיה בסיכון, נופלים בתחום האפור, הבלתי מוגדר, מבחינת חובות קופות החולים למבוטחיהן...." הוועדה המליצה על ביצוע רפורמה בשלושה מישורים:
א. "רפורמה ביטוחית" – העברת האחריות על שירותי בריאות הנפש לקופות החולים.

ב. "רפורמה משפטית" – החלפת החוק הישן לטיפול בחקיקה חדשה, שתבטיח את זכויות החולים לחירות ולטיפול שוויוני במערכת הבריאות. היוזמה לרפורמה זאת זכתה לסיוע ולגיבוי בפסיקת בית המשפט אשר קבע, כי זכותו של חולה הנפש לחירות מחייבת להעדיף, כשהדבר מתאים לצורכי החולה, את הטיפול המרפאתי על פני אשפוז בכפייה.³⁰⁶

ג. "רפורמה מבנית" – שמשמעותה, ברמת משרד הבריאות, היא הפסקת פעילות המשרד בשני כובעים (כקובע מדיניות וכספק שירות); וברמת הפעילות של שירותי בריאות הנפש בשדה משמעותה שילוב שירותי ייעוץ פסיכיאטרי על ידי רופא המשפחה, שילוב מרפאות בריאות הנפש במרכזי רפואת המומחים בקהילה ושילוב בתי החולים הפסיכיאטריים בבתי החולים הכלליים.

בשנת 1991 נחקק חוק חדש לטיפול בחולי נפש, שתוכנו עולה בקנה אחד עם הרפורמה המשפטית המוזכרת בהמלצות ועדת נתניהו. היוזמה לחקיקת חוק הטיפול החדש באה מספלי האופוזיציה, ממי ששימשה שרת הבריאות במהלך עבודתה של ועדת נתניהו, ח"כ שושנה ארבלי-אלמוזנינו. נוסף על כך הובילה הממשלה את חקיקת חוק ביטוח בריאות ממלכתי, תשנ"ד-1994. חוק זה אימץ את המלצות ועדת נתניהו לביצוע רפורמה ביטוחית. החוק הבחין בין סל השירותים שנהגה קופת חולים כללית להעניקואשר נכלל בתוספת השנייה לחוק, ובין סל השירותים שנהגה המדינה לתת ואשר נכלל בתוספת השלישית. במסגרת התוספת השלישית נכללו בין השאר זכויות לשיקום בקהילה, ובכללן הוסטלים, דיור מוגן, מועדונים ומרכזי שיקום ותעסוקה שיקומית. החוק קבע, שהאחריות לאספקת שירותי בריאות הנפש הכלולים בתוספת השלישית תעבור בתוך שלוש שנים מהמדינה לקופות החולים.³⁰⁷ משרד הבריאות וקופות החולים החלו להיערך לביצוע הרפורמה הנדרשת. שר הבריאות

³⁰⁶ פרשת וילנצ'יק, שם.

³⁰⁷ ס' 70 לחוק ביטוח בריאות ממלכתי, התשנ"ד-1994, ס"ח 156. "מתן שירותי בריאות בתקופת הביניים".

החליט לקצר את תקופת המעבר וקבע, כי העברת האחריות המלאה לידי קופות החולים תסתיים לא יאוחר מחצי שנה אחרי כניסת החוק לתוקפו (יוני 1995), אולם בסופו של דבר חזרה בה המדינה מן התוכנית, וחוק ההסדרים לשנת 1997 ביטל את החובה לסיים את הרפורמה בשירותי בריאות הנפש תוך שלוש שנים. נכון למועד כתיבת מאמר זה, אוקטובר 2009, האחריות לאספקת שירותי בריאות הנפש הכלולים בתוספת השלישית עודנה מצויה באחריות משרד הבריאות.

שילוב הנתונים לעיל יצר מציאות בעייתית: מצד אחד, החוק חייב את העברת האחריות לידי קופות החולים, ומצד אחר, ביצוע ההעברה נדחה שוב ושוב. נסיבות אלה הובילו למחלוקת מתמשכת בין המדינה לקופות החולים בנוגע לשאלה, מי אחראי לאספקת חלק מן השירותים? כשכל צד מטיל את האחריות על משנהו. כדי להביא סוף למחלוקת יזמה ח"כ תמר גוז'נסקי בסוף שנות התשעים חקיקת חוק מיוחד לשיקום נכי נפש בקהילה, שיקבע את כללי הזכאות לשיקום ויטיל את האחריות בעניין בצורה ברורה על המדינה. היוזמה הוכתרה בהצלחה, ובשנת 2000 התקבל בכנסת חוק שיקום נכי הנפש בקהילה.

למרבה הצער, גם חקיקת החוק לשיקום לא הביאה עמה פתרון לבעיה. דו"ח מבקר המדינה לשנת 2007 קבע, כי קיים מחסור בשירותי שיקום ובשירותי טיפול אמבולטוריים בקהילה, מכיוון שהמדינה דורשת מהמשתקמים להשתתף בהוצאות השיקום ומצב זה מיסב נזק לחולים ולמשפחותיהם.³⁰⁸

פרסומי האגף לשירותי בריאות הנפש במשרד הבריאות כוללים נתונים היכולים ללמד על גודל הנזק. בעוד שבשנת 1990, השנה האחרונה להפעלת חוק הטיפול הישן, התקבלו בהוראות אשפוז כפוי 1,846 מאושפזים ובצווי אשפוז – 532,³⁰⁹ בשנת 2007, 16 שנים לאחר חקיקת חוק הטיפול החדש, התקבלו לאשפוז בהוראות אשפוז כפוי 4,207 מאושפזים, ובצווי אשפוז – 1,505. במילים אחרות: במהלך פרק זמן של 17 שנים גדל מספר האשפוזים הכפויים למעלה מפי שניים, בעוד הגידול באוכלוסייה באותה תקופה הוא בשיעור של מעט פחות מ-50% בלבד.³¹⁰ חוסר הפרופורציה בין שיעור הגידול בתחום הטיפול הכפוי ובין שיעור גידול האוכלוסייה במהלך התקופה הנידונה מתחדד אם בוחנים במקביל את הגידול במספר ההפניות לטיפול מרפאתי במהלך אותה תקופה. בשנים 1996–2007 גדל מספר ההפניות לטיפול מרפאתי מ-375 ל-431 בלבד.³¹¹

³⁰⁸ דו"ח מבקר המדינה מס' 57, לעיל ה"ש 103, בעמ' 391–411.

³⁰⁹ ראו "בריאות הנפש בישראל" שנתון סטטיסטי 71 (2001).

³¹⁰ שנתון סטטיסטי 2008, לעיל ה"ש 125, בעמ' 51.

³¹¹ מרגולין, אברמוביץ וויצטום, לעיל ה"ש 30, בעמ' 93 ו-96. "ניתן כמובן להימנע מלכתחילה מהאשפוז הכפוי ומהצורך בייצוג החולים לו היו שירותים קהילתיים זמינים עבור חולי הנפש".

חרף כוונת המחוקק ולמרות הנחייתו המפורשת של בית המשפט, החובה מכוח חוק הטיפול החדש להעדיף טיפול מרפאתי כפוי על פני אשפוז כפוי בבית החולים אינה מכובדת, והיקפי האשפוז בכפייה רק גדלים. בהיעדר חלופת טיפול מרפאתי זמינה, החוק לטיפול בחולי נפש אינו מחזק את ההגנה על זכות החולה לחירות. כפי שקובע יו"ר פורום הפסיכיאטרים המחוזיים (לשעבר), ד"ר מרגולין, "ניתן היה להימנע מלכתחילה מהאשפוז הכפוי ומהצורך בייצוג החולים לו היו שירותים קהילתיים זמינים עבור חולי הנפש."³¹² יתר על כן: הטיפול האמבולטורי הזמין לפונים ניתן ברובו במרפאות הממוקמות בצדם של בתי החולים הפסיכיאטריים. בתי חולים אלה הוקמו בשנות החמישים כמענה לצורך דחוף שנוצר עקב קליטת עולים רבים, פליטים וניצולי שואה, ועדיין פועלים בנפרד ממערכת הבריאות הכללית. מציאות זאת אינה עולה בקנה אחד עם המלצת ועדת נתניהו לתקן את החוק לטיפול באופן שיצמצם את הפגיעה בחירות וישלב את שירותי בריאות הנפש בשירותי הרפואה שבאחריות קופות החולים; ואף לא את המלצת ועדת ליאון משנת 2004, שקבעה כי הדרך ליישום המלצת ועדת נתניהו היא מיזוג בתי החולים הפסיכיאטרים בתוך בתי החולים הכלליים.³¹³ גם חקיקת חוק שיקום נכי הנפש בקהילה (2000) לא הביאה לשינוי המיוחל.³¹⁴

לחששם של מרגולין וחבריו הצטרף גינת. ראו יגאל גינת "חונק ומפלה" **הארץ** (10.12.2006). גינת היה חבר בוועדת המומחים, שסייעה בניסוח החוק החדש לטיפול, ניהל את בית החולים הפסיכיאטרי בבאר שבע ואת בית החולים הפסיכיאטרי טלביה והסב את טלביה למרכז קהילתי לבריאות הנפש. גינת התריע על הכוונה לסגור מרפאות ממשלתיות. לדעתו, "התגנבו" שיקולים זרים להצעת חוק הרפורמה, הרחוקה מלענות על הציפיות וייתכן שאף יוצרת עיוותים חדשים ופוגעת בחולים.

³¹² ועדת החקירה הממלכתית לבדיקת תפקודה ויעילותה של מערכת הבריאות בישראל דו"ח **הוועדה** (1990).

³¹³ הוועדה לבחינת התפעול, הניהול, התקצוב והבעלות על בתי החולים הממשלתיים דו"ח **הוועדה** (2004).

³¹⁴ אבירם, אדמון, איזנשטדט וקנטר, לעיל ה"ש 9.

ה. דיון

חוק הטיפול, שהתקבל בכנסת בשנת 1991, ביקש לצמצם את היקף האשפוז בכפייה. כדי לחולל שינוי זה החוק קבע שלושה עקרונות עיקריים:

- הוא קבע, כי "המטרה העיקרית של אשפוז חולה בבית חולים הינה קבלת טיפול רפואי"³¹⁵ ולא הגנה על החברה או עליו בלבד;
- הוא הוסיף: "אפשרות של מתן טיפול מרפאתי כפוי במקום אשפוז בבית החולים"³¹⁶, כשהבחירה בין שתי החלופות תתבצע בהתאם למצב הקליני ולמידת המסוכנות של החולה;
- הוא הפעיל את עקרון השוויון בין חולי נפש לכלל החולים בקובעו, כי הטיפול בחולה הנפש ייעשה בהתאם "לתנאים ולהסדרים הנתונים במערכת הבריאות בישראל"³¹⁷, בניגוד למצב שנהג בעת חקיקתו, אשר בו הטיפול בחולי הנפש ניתן במסגרות נפרדות.

כעשר שנים לאחר שהתקבל, תוקן החוק ונוספה בו זכות החולה לייצוג משפטי חינם בדיוני הוועדה הפסיכיאטרית המחוזית. הזכות לייצוג המשפטי יצקה ממשות לזכות חולי הנפש לטיעון ולשימוע והביאה לקיצור משכי האשפוז. עם זאת, מן הראוי לציין שהייצוג גם הוביל לעלייה במספר האשפוזים החוזרים במקרים שבהם החולה שוחרר מאשפוז בטרם החלים החלמה מלאה ולמגמת עלייה בצווי אשפוז להסתכלות ולטיפול.

החוק לשיקום נכי נפש בקהילה, התש"ס-2000, הוסיף כלים שנועדו למלא בתוכן את החלופה של טיפול מרפאתי. החוק קבע כללי זכאות למגורים בהוסטלים ובדוור מוגן, לתעסוקה שיקומית ולמועדונים חברתיים. בעשור שחלף מאז שהתקבל החוק שוקמו בהוסטלים ובדוור מוגן יותר מ-7,000 מטופלים, כ-8,000 משתקמים מועסקים בתעסוקה מוגנת ולמעלה מ-4,000 משתתפים בפעילות חברתית במועדונים. עדות לתפקיד החשוב ש החוק לשיקום ממלא במימוש יעדי חוק הטיפול (צמצום משך האשפוז והיקפו) אפשר למצוא בנתון הבא: בעוד שבשנתיים הראשונות להפעלת החוק לשיקום פלח המשתקמים הגדול ביותר הגיע מבתי חולים פסיכיאטריים, הרי בשנים האחרונות רק 9% מן המשתקמים בקהילה מגיעים מבתי חולים, ואילו השאר מופנים באורח ישיר ממרפאות ומיחידות השיקום, מבלי שעברו את שלב האשפוז.

³¹⁵ חוק לטיפול בחולי נפש, לעיל ה"ש 21, ס' 35 (ב).

³¹⁶ דברי הכנסת חוברת ט, 11/12/1990.

³¹⁷ חוק לטיפול בחולי נפש, לעיל ה"ש 21, ס' 35 (ג).

חרף הנתונים המעוררים שהובאו זה עתה, תמונת המצב רחוקה מלהשביע רצון. דו"ח מבקר המדינה מגלה, שעדיין קיים מחסור בשירותי שיקום וטיפול אמבולטוריים. עוד מתברר, כי על אף שמספר המשתקמים בקהילה גדל והולך, רוב המופנים למסלול זה הם מטופלים "מרצון". לעומת זאת, רובם המכריע של המטופלים בכפייה עודו מופנה לאשפוז בכפייה. מערך השיקום בקהילה כמעט שאינו מוצע כחלופה לאשפוז לאוכלוסיית המטופלים בצו או בהוראה של פסיכיאטר מחוזי. יוצא, שמטרתו העיקרית של חוק הטיפול – שהיתה, כאמור, צמצום היקף האשפוז בכפייה – הוחמצה. לפנינו אפוא מציאות מורכבת: מצד אחד, המערכת הפנימה את מטרת חוק הטיפול, שהרי מספר המטופלים במסגרת הקהילה הולך וגדל. מצד אחר, כאמור, התפתחות זו מוגבלת רק לקבוצת המטופלים מרצון. מה יכול להיות ההסבר לתופעה מעניינת זו? הסבר אפשרי אחד נעוץ בהנחת יסוד מקובלת בקרב ציבור המטופלים, שלפיה יוזמה ומוכנות של המטופל להשתקם הן תנאי הכרחי להצלחת תהליך השיקום. אם הנחה זו נכונה, הגיוני להשתמש במנגנון השיקום בקהילה לגבי המטופלים מרצון ולהימנע כמעט לחלוטין משימוש במנגנון זה לגבי המטופלים בכפייה.

לטעמי, צורת חשיבה זו לוקה בשניים: ראשית, אין זה נכון שהצלחת תהליך השיקום של חולה הנפש מותנית במוכנות ראשונית מצד המטופל. אמנם, מוכנות כזאת מועילה ביותר ומשפרת את סיכויי ההצלחה של הטיפול. אולם גם בהיעדר מוכנות בשלב הראשוני, אפשר להצמיח מוכנות כזאת לאחר תחילת הטיפול.³¹⁸ כבר לימדונו קדמונינו, כי "אחרי המעשים נמשכים הלבבות"³¹⁹ ופירושו של כלל זה לענייננו הוא כי מה שמתחיל בכפייה עשוי פעמים רבות להוביל לעשייה מרצון. אולם, יטען הטוען, שגם אם נוסף תיקון זה על הנחת המוצא, עדיין אין טעם להפנות מטופל בכפייה לשיקום בקהילה, שהרי צורת שיקום זו איננה יכולה לכלול אמצעי כפייה. כאן, לדעתי, טמון הכשל השני בחשיבה המקובלת בישראל – כשל הכרוך בטעות בהבנת מהותו של הטיפול המרפאתי. אם הטיפול המרפאתי איננו בר-אכיפה, ברור שטיפול זה איננו מתאים למי שהטיפול נכפה עליו. אולם הניסיון שהצטבר בעולם הרחב מלמד, שגם בטיפול המרפאתי אפשר לשלב מרכיבים של פיקוח ואכיפה.³²⁰ אם נקבל

³¹⁸ מרדכי מרק וליטל קינן-בוקר "שיקום בקהילה בכפייה כיצד?" בדרך למעלה: פרקים בבריאות נפש קהילתית 63 (יחזקאל טלר עורך, 2008).

³¹⁹ ספר החינוך כותב במצוה ט"ז ש"אחרי המעשים נמשכים הלבבות". נחמה לייבוויץ' מציינת בגליונות נחמה על פרשת השבוע שזהותו של מחבר ספר החינוך אינה ודאית. מקובל לייחס את הספר לר' אהרן הלוי (הרא"ה) מספרד, אך היו שטענו (פרופ' ישראל תא-שמע) שמחברו הוא דווקא ר' פנחס, אחיו של הרא"ה. כך או כך – אין חולק על כך שהוא נתחבר במאה ה-13.

³²⁰ J.L. Rogers, J.D. Bloom & S.M. Manson, *Oregon's New Insanity Defense System: A*

את שני התיקונים המוצעים לחשיבה המקובלת, נגיע לתוצאה שלפיה שיקום בקהילה עשוי לשמש אמצעי יעיל לטיפול לא רק במטופלים מרצון, אלא גם במטופלים בכפייה.

כדי שהטיפול המרפאתי יוכל להתאים גם למטופלים בכפייה, עליו לכלול מנגנוני אכיפה שבהם יהיה אפשר להשתמש במקרה הצורך. עיון בנוסחו המקורי של חוק הטיפול מלמד שמנגנונים כאלה קיימים. לדוגמה: סעיף 28(ב) לחוק מסמיך את הוועדה לקבוע תנאים לשחרור מאשפוז; סעיף 12(ג) לחוק קובע, שבסמכות הוועדה אשר בפניה מגיש חולה ערר על הוראת אשפוז או הוראת טיפול "לשנותה כפי שתמצא לנכון";³²¹ סעיף 15(ה) לחוק מאפשר להמיר צו טיפול לצו אשפוז בהתאם לתנאים הקבועים בחוק.³²² נוסף על כך נוהל טיפול מרפאתי כפוי שפרסם ראש שירותי בריאות הנפש והמושתת על סעיפים 11 ו-15 של חוק טיפול, קובע את דרכי הטיפול והפיקוח ואת תחומי האחריות של מנהל המרפאה ושל הפסיכיאטר המחוזי.³²³ לדעת, אפשר לחזק את מוכנותם של מקבלי ההחלטות – במערכת הבריאות ובמערכת המשפט – להגדיל את נפח הטיפול המרפאתי על ידי שימוש בתובנות מתחום תורת המשפט הטיפולי. תורת המשפט הטיפולי – הבוחנת את השפעת השימוש בהסדרים משפטיים באמצעות כלים של מדעי ההתנהגות – טוענת, שהמשפט יכול לסייע בשיפור הבריאות הנפשית ובתפקוד הפסיכולוגי של בני אדם.³²⁴ בין ממצאיה העיקריים של תורת המשפט הטיפולי מצויה גם התובנה, שלפיה כפיית

Review of the First Five Years, 1978–1982, 12 BULLETIN OF THE AMERICAN ACADEMY OF PSYCHIATRY AND THE LAW 383–402 (1984)

³²¹ "ערר על הוראת אשפוז או טיפול מרפאתי."

- א. על הוראת אשפוז או על הוראה לטיפול מרפאתי וכן על סירוב לתת הוראת אשפוז, רשאי כל אדם להגיש ערר לוועדה הפסיכיאטרית.
- ב. הוועדה הפסיכיאטרית תדון בערר על הוראת אשפוז לא יאוחר מחמישה ימים מהגשתו ובערר על הוראה לטיפול מרפאתי – לא יאוחר מעשרה ימים מהגשתו.
- ג. הוועדה הפסיכיאטרית רשאית לאשר את ההחלטה נשוא הערר, לבטלה או לשנותה כפי שתמצא לנכון."

- ה.³²² לא מילא הנאשם אחר צו בית המשפט בענין טיפול מרפאתי, או חל שינוי לרעה במצבו הנפשי ונתמלאו בו התנאים למתן הוראת אשפוז לפי ס' 9, יורה הפסיכיאטר המחוזי על אשפוז; דין הוראת אשפוז לפי ס' קטן זה כדין צו בית משפט, לכל דבר וענין.
- ו. לענין ערעור, דינו של צו לפי ס' קטנים (א) או (ב) כדין הרשעה.
- ז. הפסיכיאטר המחוזי יקבע באיזה בית חולים או מרפאה יבוצעו צו או הוראת אשפוז לפי סעיף זה."

³²³ גרינשפון, מרגולין וויצטום, לעיל ה"ש 82, בעמ' 37.

³²⁴ דיויד ווקסלר תורת המשפט הטיפולי: סקירה, מחקרי משפט כרך כ"ו, חוברת 2, תש"ע 2010, 378–367.

אשפוז על חולי נפש היא אנטי-טיפולית.³²⁵ לכן תורת המשפט הטיפולית תעדיף טיפול אמבולטורי על פני אשפוז לא רק מפני שהדבר עולה בקנה אחד עם כיבוד הזכות לחירות, אלא גם מפני שהעדפה זו היא פחות אנטי-טיפולית מכפיית אשפוז ובכך תורמת יותר להחלמתו של המטופל.

בחלקים קודמים של המאמר הבחנו בין מודל משפטי ובין מודל רפואי לטיפול בחולה הנפש. חקיקה המבוססת על מודל משפטי תפקיד את ההכרעה על הגבלת חירותו של אדם, שהיא זכות יסוד, בידי בית המשפט. לעומת זאת, חקיקה המבוססת על מודל רפואי תסמך רופאים להחליט האם לאשפוז בכפייה, משום שמנקודת ראותה כפיית טיפול היא נושא רפואי. תורת המשפט הטיפולית התפתחה על רקע האכזבה מן המודל המשפטי – חולים השתחררו מאשפוז כפוי, אך תוך זמן קצר מצאו את עצמם בבתי כלא. אולם, כפי שכבר הסברנו, התובנות שפיתחה תורת המשפט הטיפולית אינן מחייבות חזרה למודל הרפואי, אלא מאפשרות לבית המשפט להביא בחשבון בהחלטותיו גם שיקולים טיפוליים. חשוב לציין, שהחשיבה של תורת המשפט הטיפולית איננה דוגמטית. הניסיון שהצטבר בארה"ב במשך שנים של שימוש בגישה זו מלמד על גמישות מחשבתית והתייחסות פרטנית לכל מקרה ומקרה. השופטים מתייחסים לנידונים בפניהם כ"לקוחות", מלווים באופן אישי את תהליך השיקום שלהם ומשתמשים בסמכויותיהם לפיתוח כלי טיפול "תוך כדי תנועה".

תורת המשפט הטיפולית מתאימה אפוא לגישה המשפטית ומטמיעה בה כלים טיפוליים, אולם, כפי שצינינו לעיל, היא יכולה להשתלב גם בגישה הרפואית. אמנם, הגישה הרפואית מפקידה את עיקר הסמכות בידי הרופאים, אך גם לפי גישה זו, כפי שהיא מעוצבת, למשל, בחוק הטיפול החדש, מערך הטיפול בחולה כולל גם בקרה משפטית בדמות ועדה סטטוטורית הנתונה לפיקוח בית המשפט. אפשר אפוא להטמיע את תובנות תורת המשפט הטיפולית בפעילות הוועדה ובית המשפט המפקח. כפי שצינינו לעיל, דוגמה טובה ויעילה של שילוב תורת המשפט הטיפולית במסגרת המודל הרפואי בעבודת הטריונל הרפואי-משפטי אפשר למצוא בניו זילנד.³²⁶

למעשה, אחד היתרונות של תורת המשפט הטיפולית נעוץ בכך שלא השלכות מקדמות בריאות על כל הצדדים המעורבים בתהליך המשפטי,³²⁷ ובכלל זה גם מפחיתה את המתח בין הגורמים המעורבים בטיפול בכפייה בחולה הנפש. אם אנו מבינים שלמערכת המשפט יכול להיות תפקיד טיפולי ואם מערכת המשפט מפנימה

³²⁵ ראו לעיל, תת-פרק א. 3. הרקע להתפתחות תורת המשפט הטיפולית, בעמ' 14.

³²⁶ Diesfeld & McKenna, לעיל ה"ש 96, בעמ' 100–109.

³²⁷ Amiram Elwork. G. Andrew H. Benjamin, *Lawyers in Distress*, in LAW IN A THERAPEUTIC KEY: DEVELOPMENTS IN THERAPEUTIC JURISPRUDENCE, 569–584 (David B. Wexler & Bruce J. Winic', eds., 1996).

עובדה זו, המשפטנים חדלים "להפריע" למטפלים והופכים לשותפים, הרופאים אינם פטרונים הפוגעים בחירות אלא שותפים למשפטנות טיפולית המקדמת בריאות וחירות. שילוב תובנות תורת המשפט הטיפולי בעבודתם של בית המשפט או הוועדה הסטוטוטורית מפחית מתח ומוסיף למערכת מרכיב של אמפטיה כלפי החולה. גופים אלה, שבדרך כלל שורר ביניהם מתח רב, הופכים לשותפים אמפטיים בתהליך הטיפול.

שילוב התובנות של תורת המשפט הטיפולי הוכח כיעיל ומביא בוודאות לשיפור הטיפול בחולה הנפש ולקידום הבריאות, אולם יש להיזהר מציוור של תמונת מצב אידיאלית. במקרים רבים גישה אמפטית ומשתפת תסייע בהשגת הנכונות מצד החולה, הדרושה כלכך לשם התמדה בטיפול ולהצלחתו, אולם בחלק מן המקרים נסיונות השכנוע לא יעלו יפה ולא יהיה מנוס מטיפול בכפייה. יתר על כן: בעוד שבמקרה של חולה רגיל יש להניח שגם אם הטיפול יינתן בכפייה, קיים יסוד סביר שהמטופל יתן את הסכמתו למפרע.³²⁸ במקרה של חולה הנפש ייתכן בהחלט, שגם לאחר סיום הטיפול המטופל יתמיד בהתנגדותו לטיפול.

תורת המשפט הטיפולי הופכת את המשפטנים לשותפים בתהליך הטיפול בחולה הנפש, אולם הפנמתה מחייבת שינוי גם באופן ההשתתפות של המערכת הרפואית בהליך המשפטי. כל עוד פועלים במסגרת המודל המשפטי, הרופא איננו משמש צד ישיר בדיון ואיננו נאלץ להתעמת עם החולה בהליך משפטי. אולם במסגרת המודל הרפואי, מעורבות של הרופא בפעילות הוועדה הפסיכיאטרית המחוזית הופכת אותו לצד ישיר ובכך פוגעת ביחסיו עם החולה. כדי להימנע מפגיעה כזאת ולהבטיח שלמעורבותו של הרופא בהליך המשפטי יהיה מימד טיפולי, יש להימנע ממעורבות ישירה של הרופא ולאפשר ייצוג האינטרס בטיפול על ידי עורך דין מטעם המדינה. בהקשר הישראלי שילוב עורך דין בעבודת הוועדה הפסיכיאטרית, כמתבקש מתובנות תורת המשפט הטיפולי, איננו מחייב שינוי חקיקה דרמטי מהטעם הפשוט שעל פי חוק זכויות החולה, כל מקרה של "טיפול רפואי בניגוד לרצון המטופל"³²⁹ משמע בכפייה, טעון אישור של ועדת האתיקה, ובדיוניה של ועדה זו משתתף ממילא עורך דין. אותו הסדר הנוהג לגבי הטיפול בכפייה בכל החולים ראוי להחיל גם לגבי הטיפול בכפייה בחולה הנפש.

³²⁸ ס' 15(2) (ג) לחוק זכויות החולה: "קיים יסוד סביר להניח שלאחר מתן הטיפול הרפואי יתן המטופל את הסכמתו למפרע."

³²⁹ ס' 15(2) לחוק זכויות החולה: "בנסיבות שבהן נשקפת למטופל סכנה חמורה והוא מתנגד לטיפול רפואי, שיש לתיתו בנסיבות העניין בהקדם, רשאי מטפל לתת את הטיפול הרפואי אף בניגוד לרצון המטופל אם וועדת האתיקה, לאחר ששמעה את המטופל, אישרה את מתן הטיפול...".

1. סיכום

במאמר זה ניסיתי לבסס את הטענה, שלפיה מי שרוצה לשפר את סיכויי החלמתו של חולה הנפש בד בבד עם הבטחת שלום הציבור, חייב להבין שהפסיכיאטריה והמשפט צריכים לשלב ידיים.

מצד מערכת הבריאות ברור, שהרפואה זקוקה למשפט כדי לאפשר טיפול בכפייה. כמו כן המשפט יכול לשמש גם כלי עזר לטיפול צודק ויעיל יותר בחולי הנפש גם כלי עזר לאכיפת יישום החובה לשילוב שוויוני של השירות לחולי הנפש בשירותי הבריאות הנגישים והזמינים לכל אדם. מצד המערכת המשפטית, הטמעת כלים ממדעי ההתנהגות במשפט עשויה לאפשר לכלל ה"מעורבים" בעולם המשפט – עורכי דין, שופטים, רופאים, פסיכולוגים, פקידים סעד, שוטרים – ליהנות מפירותיה של משפטנות טיפולית וגם לצמצם מרכיבים אנטי-טיפוליים בעשייה המשפטית.

לענייננו, הניסיון שהצטבר בכמה מדינות – מאז הפנמתן של תובנות תורת המשפט הטיפולי במערך הטיפול בחולי נפש – מעיד כאלף עדים על התועלת היכולה לצמוח משילוב המשפט בתהליך הטיפולי ומשילוב תפיסה של בתי משפט פותרי בעיות, כמו "בתי משפט לבריאות נפש", עם הגישה של "רפואה מונעת" במשפט.

הפנמת תובנה זו איננה מחייבת נטישת המודל הרפואי ואימוץ המודל המשפטי. עקרונות תורת המשפט הטיפולי הם בני-יישום יישום גם במסגרת המודל המשפטי גם במסגרת המודל הרפואי. למעשה, הפנמתם המלאה מטשטשת את ההבדל בין שני המודלים ומציבה סימן שאלה בדבר הצורך וההצדקה בחלוקה הדיכוטומית ביניהם.

הצעתי עשויה להישמע מהפכנית מדי וקשה ליישום. ברם, במאמר ניסיתי להראות כיצד אפשר לאמצה בישראל על בסיס התפתחות הפסיקה והשפעתה על תחום הבריאות והרווחה, בהשראת חוקי היסוד, מבלי שיהיה צורך בשינוי מהפכני של החקיקה הרלוונטית. כל הכלים נתונים בידנו – חלקם מעוגנים בחקיקה העוסקת בטיפול בחולי נפש ובשיקומם, חלקם בחוק ביטוח בריאות ממלכתי, וחלקם בחוק זכויות החולה וחלק נוסף פותח בפסיקת בית המשפט, בעיקר בעידן שלאחר "המהפכה החוקתית". כל שעלינו לעשות הוא להשתמש בכלים אלה בגישה מקדמת בריאות בד בבד עם ערכים אחרים.