

מאמרים

העילות לאשפוז כפוי של חולה נפש – הדין הקיים והדין הרצוי

מאת

עדי פרוש*

התוכן: א. מבוא. ב. סעיף 5 לחוק לטיפול בחולי נפש, תשט"ו-1955 – הנחות ושאלות. ג. תנאי המחלה ותנאי הסכנה. ד. תנאי הקשר בין המחלה לסכנה. ה. תנאי הכשירות וגבולות הפאטרניזם. ו. תנאי העדר האלטרנטיבה. ז. אשפוז כפוי של חולה נפש לא מסוכן. 1. הדין הקיים. 2. הדין הרצוי. ח. סיכום.

א. מבוא

סוגיית האשפוז הכפוי מעוררת בעיות רבות מסוגים שונים, שרק חלק מהן, אם גם חלק חשוב, יידון להלן. כדי לתחום את גבולותיו של הדין, רצוי להדגיש תחילה שכאשר ידובר להלן על "אשפוז כפוי" הכוונה היא אך ורק לאשפוז כפוי של חולה נפש בבית חולים לחולי נפש. ניתן לדבר כמובן גם על אשפוז כפוי של חולה הסובל ממחלה גופנית בבית חולים רגיל, אך הבעיות הכרוכות באשפוז כפוי ממין זה לא יעסיקו אותנו כאן. חשוב גם להבחין בין אשפוז כפוי פלילי (Criminal Involuntary Commitment) – אשפוז כפוי שנעשה במסגרת ההליכים הפליליים (כשחולה נפש חשוד או מורשע בביצוע מעשה פלילי) – ובין אשפוז כפוי אזרחי (Civil Involuntary Commitment), שאינו נעשה במסגרת הליכים פליליים. גם החוק לטיפול בחולי נפש, תשט"ו-1955, מבדיל בין שני סוגי אשפוזים אלה, ונוהלי האשפוז הכפוי הפלילי נקבעו בחוק זה בסעיפים מיוחדים (6, א6, ב6, ו7א). במאמר זה מכל מקום, לא אעסוק באשפוז כפוי פלילי, וכאשר ידובר להלן על אשפוז כפוי, הכוונה לאשפוז כפוי אזרחי בלבד.

הבחנה נוספת הטעונה הדגשה היא ההבחנה בין אשפוז כפוי לטיפול כפוי. כידוע, לא פעם ניתן לטפל בחולה נגד רצונו לא רק בין כתלי בית החולים, אלא גם בביתו או במקום אחר. טיפול כפוי איננו כרוך אפוא חמיד באשפוז כפוי. זאת ועוד: מן העובדה שמותר לאשפוז חולה נגד רצונו לא נובע שמותר לכפות עליו, אחרי האשפוז, כל טיפול העשוי, לדעת רופאיו, לסייע לו. הדין הישראלי, לדוגמה מטיל הגבלות מיוחדות על טיפול כפוי בהלם חשמלי, והגבלות אלה מוטלות גם על הטיפול בחולה נפש שמותר לאשפוזו אשפוז כפוי. (ראה סעיפים 8 ו-9 לחקנות לטיפול בחולי נפש, תשי"ט-1959, ק"ת תשי"ט 1372). חשוב גם להבחין בין אשפוז כפוי של אדם שמצבו הנפשי ברור ובין בדיקה כפויה שנועדה לברר מהו מצבו הנפשי. אמנם יש מקרים שבהם הבדיקה אינה יכולה להיערך אלא לאחר האשפוז בבית החולים. אך יש הבדל בין אשפוז כפוי קצר לצורך בדיקה בלבד

* מרצה בכיר, המחלקה לפילוסופיה, אוניברסיטת בן גוריון, באר שבע.

ובין אשפוז כפוי ממושך לצורך טיפול בחולה או השגחה עליו. מפאת קוצר היריעה לא אעסוק במאמר זה לא בטיפול כפוי ואף לא באשפוז כפוי לצורך בדיקה בלבד. ההבחנה האחרונה שרצוני לעמוד עליה בדברי פתיחה אלה היא ההבחנה בין אשפוז של אדם נגד רצונו ובין אשפוזו של אדם ללא הסכמתו. לא כל אדם המאושפז ללא הסכמתו מאושפז נגד רצונו. אשפוז ללא הסכמה איננו בהכרח אשפוז כפוי. יש אנשים שמצבם איננו מאפשר להם לא להסכים אך גם לא להתנגד לאשפוזם — אנשים חסרי הכרה או אנשים אחרים שאינם מגיבים כלל על הנעשה סביבם. האשפוז של חולי נפש הנמצאים במצב כזה איננו כפוי, והוא טעון דיון נפרד.

נעבור עתה לגופם של דברים. אין חולק על כך, שכאשר מאשפוזים אדם נגד רצונו בבית חולים לחולי נפש, מגבילים באורח חמור ביותר את חירותו¹, ושוללים ממנו שורה ארוכה של זכויות: הזכות לנוע באורח חופשי ממקום למקום, הזכות לחיות בקרב בני משפחתו, הזכות לקשור קשרים חברתיים עם אנשים כרצונו, הזכות לשמור על ד' אמות של פרטיות ועוד. ברור, כמו כן, שלא בכל בתי החולים לחולי נפש המאושפז נהנה מטיפול נאות או יעיל וגם בבית החולים הוא עלול להיחקל, לעתים, ביחס משפיל ומבוזה. עובדה ידועה אחרת היא העובדה שהסטיגמה של חולה נפש הדבקה במאושפז עלולה לפגוע בו קשות גם אחרי שישוחרר מבית החולים, ואין צורך לומר כי סטיגמה זו חמורה לעתים בתוצאותיה מן הסטיגמה הדבקה בעברייני הנכלא בבית סוהר².

בשל עובדות אלה ואחרות אין זה מקרה שבאותן מדינות הרואות בחירות הפרט ערך מרכזי התעוררו ויכוחים חריפים ביותר סביב זכותה — או גבולות זכותה — של המדינה לאשפוז אדם נגד רצונו בבית חולים לחולי נפש³. אמצעי התקשורת במדינות המערב, שניזונו מוויכוחים אלה, אך גם הזינו אותם, הפכו את סוגיית האשפוז הכפוי לסוגיה שהציבור הרחב כולו, ולא רק ציבור הפסיכיאטרים או המשפטנים, נתן דעתו עליה. הדי הוויכוחים הסוערים שהתנהלו סביב סוגיה זו בבתי המשפט ומחוצה להם, מאז שנות החמישים, בעיקר בארצות הברית, הגיעו כמובן גם לישראל, אך רק בסוף שנות השבעים. בעקבות אשפוזו הכפוי של חייל צה"ל בבית החולים מזורע⁴, הפכה סוגיית האשפוז הכפוי להיות מוקד זמני להתעניינותו של הציבור הרחב בארץ⁵.

1 בלשון הנחרצת שבה השתמש לאחרונה בית המשפט העליון: "אשפוזו של אדם בבית חולים לחולי נפש קשה ומר הוא למאושפז ולבני משפחתו, ומשנעשה האשפוז שלא מרצונו של המאושפז יש בו אחת מהצורות החמורות והמדכאות ביותר של שלילת חרותו של אדם." ב"ש 196/80 טולידנו נ' מדינת ישראל, פ"ד לה (3), 332, 336.

2 על בית החולים לחולי נפש כ"מוסד טוטאלי" ועל היחס שבין מוסד זה ל"מוסדות טוטאליים" אחרים כמו בית הסוהר ראה המחקר הקלאסי של: E. Goffman, *Asylums, Essays on the Social Situation of Mental Patients and Other Inmates* (N.Y., 1961). ראה גם המחקרים הרבים המאזכרים בספר: Q. Cockerham, *Sociology of Mental Disorder* (N.Y., 1981) 274–286.

3 ברוסיה, שבה משמש האשפוז הכפוי מכשיר במאבק כנגד אנשים המסוכנים לשלטון, ויכוחים כאלה אינם יכולים, כמובן, להתעורר. ראה בעניין זה: S. Block & P. Reddaway, *Psychiatric Terror: How Psychiatry is Used to Suppress Dissent* (N.Y., Basic Books, 1977).

4 ראה הארץ מימים 22, 23 לינואר 1980.

5 יש לציין, שלפי ממצאי מחקר שערכו אורי אבירם חן שניט, למעלה מ-3000 איש אושפזו בשנת 1976 נגד רצונם בבית חולים לחולי נפש. מספר זה הוא רבע בערך מכלל המאושפזים באותה שנה. ראה: ד'

יתר על כן, בעוד שהוויכוח הציבורי בארצות הברית הוליד שינוי של ממש במדיניות המשפטית כלפי האשפוז הכפוי⁶, לא הייתה לוויכוח שהתנהל בארץ בעניין זה השפעה של ממש על המחוקק הישראלי. אמנם בעקבות פרשת מזרע הותקנו כמה תקנות, שאין לזלזל בחשיבותן, בדבר דרך הטיפול בחולי נפש בבית החולים⁷, אך המדיניות המשפטית הבסיסית בכל הנוגע לאשפוז הכפוי, כפי שהיא באה לידי ביטוי בחוק לטיפול בחולי נפש, תשט"ו-1955, לא שונתה.

מכיוון שחולי הנפש שאושפזו נגד רצונם המעיטו, מסיבות ברורות, לפנות לערכאות, לא עסק בית המשפט בהיבטים המשפטיים של סוגיית האשפוז הכפוי אלא במקרים ספורים. אך בפסק דין חשוב שניתן לפני כמה שנים הביעו השופט לנדוי (נשיא בית המשפט העליון כתוארו אז) והשופט ח' כהן (שופט בית המשפט העליון כתוארו אז) את מורת רוחם מן העמימות הרבה של הוראות החוק בכל הנוגע לנוהלי האשפוז הכפוי, והמליצו בפני המחוקק לקבוע מדיניות ברורה ומגובשת יותר בעניין זה⁸. מסיבות שונות, שלא כאן המקום להתחקות אחריהן, לא הניבה המלצה זו פירות, והחוק לטיפול בחולי נפש נשאר עד כה בעינו.

שניט, "אשפוז כפוי — כלפי מי על ידי מי ועל סמך מה", עיוני משפט ח(3) (תשמ"ב), 530. לפי האומדן של א' סטון, אחוז המאושפזים הכפויים בארצות הברית הגיע עד כדי 40% מכלל האשפוזים. ראה: A. Stone, *Health and Law* (Washington, 1975) Ch. 4. המצב החמור ביותר בתחום זה קיים ככל הנראה ביפן. בערך 80% מכלל המאושפזים שם מאושפזים נגד רצונם. ראה: Etsuro Totsuki, "Mental Health and Human Rights, Illegal Detention and the Breach of the International Covenant on Civil and Political Rights", (חדשים הרצאה בכנס הבינלאומי לפסיכיאטריה ואתיקה שהתקיים בחיפה, פברואר 1983). ההסבר לשיעור הגבוה של האשפוזים הכפויים ביפן נעוץ, לדעת מחבר המאמר, לא רק במנטאליות המיוחדת של היפנים, אלא גם באינטרסים הכלכליים שיש ל"תעשיית בריאות הנפש" ביפן: ככל ששיעור האשפוזים הכפויים גדל, כן גדלים רווחי בתי החולים. תופעה חמורה כזו אינה קיימת בארץ, אך יש לציין שלדעת אבירם ושניט, אחת הסיבות לכך שלא התבצעה בארץ רפורמה בכיוון של הפחתת מספר האשפוזים בבתי החולים לחולי נפש (רפורמה שהתבצעה במדינות שונות במערב) נעוצה באינטרסים של מוסדות האשפוז. בלשונם: "הואיל ותקציב המוסדות מבוסס על מספר המיטות ועל שיעור התפוסה, הרי שלמעשה קיימים בתוך מערכת בתי החולים לחולי נפש תמריצים ארגוניים חזקים לבלימת מגמות של הצאת חולים מן המוסדות...". אורי אבירם דן שניט, טפול פסיכיאטרי ותרחיף הפרט (תל אביב, זמורה ביתן מרח, 1981) 45.

6 על ההתפתחויות שחלו במשפט האמריקני בסוגיה זו ראה, למשל: Note, "Development in the Law — Civil Commitment and the Mentally Ill", *Harvard Law Review* 87 (1973/74) 119; L.A. Roth, "Mental Health Commitment — The State of the Debate", 31 *Hospital and Community Psychiatry* (1980) 385.

7 ראה התיקונים שהוכנסו בשנת תש"מ בחקנות לטיפול בחולי נפש, תשי"ט-1959, סעיפים 7, 8, בדבר הנוהלים לשימוש באמצעי כפייה והטיפול בהלם חשמלי.

8 ראה ע"א 219/79 ירמלוביץ ומדינת ישראל נ' משה חובב, פ"ד לה(3) 766 (להלן: פס"ד ירמלוביץ). בדברי הפתיחה של פסק הדין שלו אמר השופט לנדוי (כתוארו אז): "הוראות החוק בנושא החשוב שבו אנו עוסקים, והוא שלילת חרותו של אדם וסגירתו בבית חולים לחולי נפש נגד רצונו, הן גם סתמיות וגם סתומות". המשפט התחום את פסק הדין של השופט לנדוי הוא: "סוף דבר: ... החוק טעון הבהרה ותקן יסודיים בכל הנוגע למתן הוראת אשפוז על ידי פסיכיאטר מחוזי, ויפה שעה אחת קודם" (שם, 780). עמדה דומה נקט השופט ח' כהן (שם, 783). השופטת מ' בן פורת, לעומת זאת, חלקה בעניין זה על חבריה (שם, 725).

אמנם לאחרונה ניסה היועץ המשפטי לממשלה לתקן במידת-מה את המעוות על-ידי הוראה המצמצמת למעשה את הסמכות להורות על אשפוז כפוי. לפי סעיף 11 לחוק לטיפול בחולי נפש, תשט"ו-1955, "כל אדם רשאי להגיש לוועדה פסיכיאטרית ערר על אשפוזו של חולה בבית חולים שלא על פי צו של בית המשפט". מכיוון שמספר העררים שהוגשו לוועדה זו היה קטן ביותר, ומתוך התחשבות בביקורת שמתח בית המשפט העליון על נוהלי האשפוז הכפוי, הורה היועץ המשפטי להגיש לוועדה הפסיכיאטרית ערר אוטומטי על כל אשפוז כפוי ראשון שנמשך למעלה מ-15 יום⁹. אך, כפי שיתברר בהמשך, הוראה זו — הגם שהיא משפרת במידת-מה את המצב הקיים, אין די בה. היא אינה פותרת — ואינה יכולה לפתור — בעיות חמורות שהחוק הקיים מעורר. מן הדין הוא אפוא, שהמחוקק ייתן דעתו להמלצת בית המשפט העליון וישקול שנית את כל המדיניות המשפטית בסוגיה של האשפוז הכפוי. זוהי גם המסקנה שהגיעו אליה בשנים האחרונות הן הפרופ' י' בזק¹⁰ והן ד"ר א' אבירם וד"ר ד' שניט¹¹.

השאלות המרכזיות שאעסוק בהן במאמר זה אינן שאלות חדשות — ברובן דנו כבר פרופ' בזק, וביתר הרחבה ד"ר אבירם וד"ר שניט; אך נראה לי שהן טעונות דיון נוסף. כדי להבהיר את אופיין של השאלות שאעסוק בהן רצוי להבדיל תחילה בין שלוש קבוצות של שאלות הסובבות כולן סביב ההחלטה לאשפוז אדם נגד רצונו. במרכז קבוצת השאלות הראשונה ניצבת השאלה, בידי מי רצוי להפקיד את הסמכות להורות לאשפוז אדם נגד רצונו? האם רצוי להפקיד סמכות זו בידי פסיכיאטר אחד, ואפילו הוא הפסיכיאטר המחוזי (כפי שעשה המחוקק הישראלי בחוק לטיפול בחולי נפש, תשט"ו-1955)¹²? ואולי עדיף להפקיד סמכות זו בידי ועדה של כמה פסיכיאטרים (כפי שמניח החוק האנגלי)¹³? ושמא עדיפה על ועדה כזו ועדה הכוללת לא רק פסיכיאטרים, אלא גם עובד סוציאלי או משפטן (כפי שהציעה האגודה לזכויות האזרח בישראל)¹⁴? ואולי אין להסתפק בשיקול דעתה של ועדה מקצועית כלשהי, אלא יש להתנות אשפוז כפוי (לפחות

9 ההוראה ניתנה בדצמבר 1982.

10 ראה: י' בזק, "אשפוז כפוי בהליכים אזרחיים של חולי נפש בישראל", בתוך: ל' מילר, פסיכיאטריה קהילתית בישראל (ירושלים, הדפוס האקדמי, 1979) 88; הנ"ל, "דרכי אשפוז ושחרור חולי נפש בישראל", הפרקליט, כה (תשכ"ט) 666. ראה גם: י' בזק, אחריותו הפלילית של הלקיח בנפשו (ירושלים, קריית ספר, תשל"ב) 272.

11 ראה אבירם ושניט (לעיל הערה 5). עיקרי עמדתם של שני המחברים האלה בשאלות המשפטיות שסוגיית האשפוז הכפוי מעוררת מסוכמים במאמרו של שניט (לעיל, הערה 5) 530.

12 ראה סעיפים 5 ו-7א לחוק לטיפול בחולי נפש, תשכ"ו-1955. אמנם, לפי סעיף 3 לחוק זה אפשר לאשפוז אדם נגד רצונו לא רק על יסוד הוראת אשפוז של הפסיכיאטר המחוזי, אלא גם — במקרה חירום — על יסוד בדיקה של מנהל בית החולים או רופא שהוסמך לכך מטעמו. אך אשפוז חירום כזה — אם הוא נמשך למעלה מחמישה ימים — מותנה בהוראת אשפוז של הפסיכיאטר המחוזי (ראה סעיף 7ג) לחוק הנ"ל).

13 לפי החוק האנגלי אשפוז כפוי מותנה בחוות דעת של שני רופאים, מומחים למחלות נפש. ראה: Mental Health act, Sec. 26-31.

14 ראה התזכיר שהפיעה בעניין זה האגודה לזכויות האזרח בישראל בשנת 1980.

אשפוז כפוי לתקופה ממושכת) באישור מוקדם של בית המשפט (כפי שקובע החוק במדינות ארצות הברית)¹⁵?

קבוצת השאלות השנייה עוסקת בנוהלי קבלת ההחלטה בדבר אשפוז כפוי. יהיו הגופים שבידם יש להפקיד את הסמכות להורות על אשפוז כפוי אשר יהיו, האם רצוי להתנות הוראה זו בבדיקה פסיכיאטרית קודמת של האדם שמדובר בו, או אולי ניתן להסתפק גם בעדויות בני המשפחה, שכנים או מכרים בלבד? האם עדות שמיעה יכולה להיות עדות קבילה במקרה זה? האם יש לאפשר לאדם המתנגד לאשפוז לומר את דברו לפני שמתקבלת ההחלטה לאשפוזו¹⁶? והאם יש להעניק לו את הזכות להיות מיוצג על-ידי עורך דין? ומה באשר למשקל הראיות המשמשות בסיס להוראת האשפוז — האם הוא חייב להיות כמשקל הראיות הנדרש במשפט פלילי ("מעבר לכל ספק סביר"), או אולי ניתן להסתפק במשקל הראיות הנהוג במשפט האזרחי (הסתברות של למעלה מ-50%)? או שמא יש לקבוע בעניין זה משקל ראיות שהוא שונה מזה שבשני המקרים הקודמים? הקבוצה השלישית של השאלות המתעוררות בענייננו מרוכזת סביב העקרונות הסובסטיביים שצריכים להנחות את ההחלטה בדבר אשפוז כפוי. יהיו הגופים הצריכים לקבל החלטה זו אשר יהיו, ותהיה הפרוצדורה שעל-פיה צריכים גופים אלה לקבל את החלטתם אשר תהיה, מה הם העקרונות שעל-פיהם יקבעו גופים אלה את החלטתם? האם יש הצדקה לאשפוז כפוי של כל חולה נפש, או שמא יש הצדקה לאשפוז כפוי של חולי נפש מסוכנים בלבד? ואולי יש מקום להבחין בעניין זה בין חולי נפש מסוכנים לעצמם ובין חולי נפש שהם מסוכנים לזולת ולהתיר אשפוז חולים מסוכנים לזולת בלבד? ומה בדבר חולי נפש לא מסוכנים, שהאשפוז יהיה להם לברכה — האם מוצדק לאשפוז אותם נגד רצונם כדי להיטיב עמם?

מפאת קוצר היריעה אצטמצם במאמר זה בקבוצת השאלות השלישית בלבד. אך למרות שלא אדון כאן בשאלות משתי הקבוצות הראשונות, יש להדגיש שהתשובה על השאלות הללו תלויה במידה רבה בתשובה על שאלות הקבוצה השלישית. כדי לברר מי הם הגופים שבידם רצוי להפקיד את הסמכות לקבל החלטה בדבר אשפוז כפוי, ומה הם הנוהלים הרצויים של דרך קבלת ההחלטה, יש לברר תחילה מה הם העקרונות או המטרות הצריכות להנחות החלטה זו. אפשר אולי לחשוב שייטיב המחוקק לעשות אם יניח לפסיכיאטרים להחליט בעצמם מתי מוצדק לאשפוז אדם נגד רצונו, ולא יגביל את שיקול דעתם בעניין זה על-ידי עקרונות מנחים כלשהם. לפי עמדה זו השיקולים בעד או נגד אשפוז כפוי במקרה זה או אחר הם כולם שיקולים מקצועיים מתחום הפסיכיאטריה, ואל לו למחוקק להתערב בתחום לא לו ולקבוע בו מסמרות.

15 ראה המאמרים שאחזרו בהצעה 6 לעיל.

16 בפס"ד ירמלוביץ (לעיל, הערה 8) פסקו שופטי בית המשפט העליון פה אחד, שהפסיכיאטר המחוזי רשאי להורות על אשפוז כפוי של אדם גם אם לא שמע קודם לכן מה יש בפיו של אדם זה לומר וגם אם אדם זה טרם נבדק בכלל בבדיקה פסיכיאטרית. ניתן לתמוה אם היה זה באמת הכרחי לפרש את ההוראות "הסתמיות והסתומות" (כלשון השופט לנדוי) של החוק בעניין זה פירוש המעניק לפסיכיאטר המחוזי סמכות כה רחבה. ראה הביקורת שמתחו אבירם ושניט על החלטת בית המשפט העליון בעניין זה בספרם (לעיל, הערה 5) 87-92.

אולם עמדה זו בטעות יסודה. ההחלטה לאשפו או לא לאשפו אדם נגד רצונו איננה תלויה אך ורק בשאלות אמפיריות כמו מהו מצבו הנפשי? מה הם הגורמים למצבו? מה ניתן לעשות כדי לשנות את מצבו? וכו'. היא תלויה גם בשאלות מוסריות-חברתיות עקרוניות, בדבר המשקל שמערכת המשפט צריכה לייחס לערך של חירות הפרט לעומת ערכים אחרים. שאלות אלה אינן בתחום התמחותו של הפסיכיאטר, והמחוקק הוא שצריך להכריע בהן. כמובן, הגבול המפריד בין השיקולים הערכיים לשיקולים האמפיריים של הפסיכיאטר רחוק במקרים רבים מלהיות ברור, וכנראה שאין מנוס מכך שהשיקולים הערכיים של הפסיכיאטר ילכשו לעתים — ביודעין או שלא ביודעין — את האיציטלה של שיקולים אמפיריים מקצועיים, אך חקיקה מתאימה עשויה לצמצם את התוצאות הבלתי רצויות העלולות לצמוח לעתים מתופעה זו.

יש הסבורים, שהאשפוז הכפוי הוא בגדר של פשע נגד האנושות, פשע שיש להילחם בו מלחמת חרמה¹⁷. אינני מקבל דעה זו. נראה לי, שלעתים יש הצדקה לאשפוז כפוי. עם זאת, רק עיוור לא יכיר בכך שההחלטה לאשפו אדם נגד רצונו עשויה להתגלות במקרים אחרים כהחלטה מוטעית, ושקיימת אף סכנה שהאשפוז הכפוי ישמש מכשיר לקידום של אינטרסים אישיים, משפחתיים או חברתיים פסולים. הדעות הקדומות כלפי חולה הנפש, הקיימות גם בחברה הפתוחה שלנו, חילוקי הדעות המרובים, הקיימים גם בין הפסיכיאטרים, בכל הנוגע לאבחונים, ההסברים והחזיונים בעניין מצבו, העובדה שכמו הילד הקטן או המפגר גם חולה הנפש אינו עומד בדרך כלל על זכויותיו, כל הגורמים הללו (ואחרים) מחזקים את החשש מפני הטעויות או ההטעויות העשויות להביא לאשפוז כפוי לא-מוצדק.

מחוקק הסבור, שלמרות חשש זה צריך החוק להתיר במקרים אחדים אשפוז כפוי, חייב לקבוע בחוק עקרונות שיתחמו את גבולות האשפוז הכפוי הלגיטימי, ויאפשרו לצמצם ככל האפשר את סכנת הטעויות או ההטעויות. בקביעת עקרונות אלה יש להתחשב הן בערך של חופש הפרט והן בערך של שלום הציבור וטובת החולה. אך מכיוון שאין — ולא יכולה להיות — הרמוניה בין ערכים אלה, אין מנוס בענייננו משקלול ערכים אלה על רקע העובדות הידועות לנו על אופיו ותוצאותיו של האשפוז הכפוי. שקלול זה מחייב, כמדומני, את המסקנה שהעקרונות שהציב בעניין זה המחוקק הישראלי טעונים שינוי. ובנקודה זו אני תמים דעים עם י' בוק ועם אבירם ושניט. יחד עם זאת, כפי שאבהיר להלן, העקרונות שצריכים, לדעתי, להחליף את העקרונות שקבע המחוקק הישראלי שונים מכמה בחינות הן מן העקרונות שבהם תמך בוק והן מן העקרונות שבהם תומכים אבירם ושניט.

ב. סעיף 5 לחוק לטיפול בחולי נפש, תשט"ו-1955 — הנחות ושאלות

כאשר בוחנים את החוק לטיפול בחולי נפש, תשט"ו-1955, מוצאים שרק בסעיף אחד של החוק, סעיף 5, מבהיר המחוקק מתי חייב הפסיכיאטר המחוזי להורות על אשפוזו של

17 ראה, למשל: T.S. Szasz, *Ideology and Insanity* (N.Y., 1969) Ch. 9: "Involuntary Mental Hospitalization: a Crime Against Humanity", 113-140.

אדם בבית חולים לחולי נפש. לפי סעיף זה "נוכח הפסיכיאטר המחוזי כי חולה עלול לסכן את עצמו או את הזולת חייב הוא להורות בכתב שהחולה יאושפז בבית החולים"¹⁸. ("חולה" בהקשר זה הוא, לפי סעיף 1, כל אדם "הסובל ממחלת נפש"). לפני שאעמוד על המסקנה הגורמטיבית המתחייבת מסעיף 5 ועל הבעיות שהיא מעוררת, רצוני להצביע על שלוש הנחות עובדתיות המובלעות בו.

ההנחה העובדתית הראשונה המובלעת בסעיף זה היא, שיש חולי נפש. לכאורה, אין כל צורך להזכיר הנחה זו. שום אדם נורמלי, כך ניתן לחשוב, לא יפקפק בקיומם של חולי נפש. אולם מחשבה זו בטעות יסודה. עובדה היא, שיש חוקרים הכופרים בקיומם של חולי נפש. לדעת כמה מן החוקרים המשתייכים לזרם של ה"אנטי-פסיכיאטריה" (או "הפסיכיאטריה הרדיקלית", לפי כינוי אחר של זרם זה) מחלת הנפש איננה אלא מיתוס, מיתוס שהפסיכיאטריה האורתודוקסית המציאה מסיבות שאין להן ולא כלום עם האמת המדעית. לפי טענתו של ת' שאש, מראשי התומכים בעמדה זו, לא זו בלבד שמחלות נפש אינן קיימות, הן גם אינן יכולות להיות קיימות. מי שסבור אחרת נכשל, לדעתו, בכשל הלוגי-סמאנטי של "הטעות הקטגוריאלית" ("Category Mistake")¹⁹. הקטגוריה של "מחלה" יש לה, לפי משמעותה, מקום בתחום הפיזיולוגי בלבד, ומי שמעתיק אותה מתחום זה אל התחום הנפשי מערבב מין בשאינו מינו. האנשים שנהוג להצמיד להם את התווית של "חולה נפש" סוטים בהתנהגותם מן הנורמות והערכים המקובלים בחברה שהם חיים בה, אך אין בעובדה זו כדי להפוך אותם ל"חולים", שכן מבחינה פיזיולוגית הם אינם שונים בהכרח מאנשים אחרים. ההתנהגות המיוחדת שלהם אינה ביטוי של מחלה אלא תולדה של "בעיות חיים" ("Problems of Living", כלשונו של שאש) שהאדם הרגיל אינו מתמודד אתן.

לא כאן המקום לעסוק בכל הבעיות המרובות שטענת "הטעות הקטגוריאלית" מעוררת. באופן כללי אומר, שבניגוד לשאש, אינני סבור שהמלה "מחלה" מציינת בלשוננו מצב פיזיולוגי מסוים ותו לא. קיימים כמובן הבדלים חשובים בין המצב המכונה "מחלה גופנית" למצב המכונה "מחלת נפש", אך תהיה זו טעות להסיק מקיומם של הבדלים אלה שבצירוף הלשוני "מחלת נפש" יש טעות קטגוריאלית, שכן קיים גם

18 רצוי, אולי, להקדים כאן את המאוחר ולומר, שבסעיף 5 אמנם לא מדובר במפורש על מצב שבו החולה מתנגד לאשפוזו, אך בסעיף 7(א) נקבע שאם ניתנה הוראה של פסיכיאטר מחוזי לאשפוזו של אדם, ואדם זה מתנגד לאשפוזו, "רשאי הפסיכיאטר המחוזי להורות על אשפוזו בעל כורחו". על בעיית היחס שבין סעיף 5 לסעיף 7(א) עוד נעמד בהמשך. אך כבר בשלב זה רצוי להדגיש, שהפירוש שנותנים אבירם ושניט לסעיף 5 שונה מן הפירוש שניתן לסעיף זה בפס"ד ירמלוביץ. לדעת אבירם ושניט, הוראת האשפוז שעליה מדובר בסעיף 5 אינה אלא "אסמכתא להבאתו של החולה אל משרדי הפסיכיאטר המחוזי" (לעיל, הערה 5, עמ' 71). כפי שאבהיר בהמשך, אינני נוטה לקבל פירוש זה, והדיון במאמר זה מבוסס על ההנחה שהפירוש של בית המשפט העליון הוא הפירוש הנכון. לפי פירוש זה, כוונת סעיף 5 היא להוראת אשפוז ממש, והעילות להוראת האשפוז המוזכרות בסעיף 5 הן גם העילות לאשפוז כפוי.

19 טענת "הטעות הקטגוריאלית" חוזרת בניסוחים שונים בספרים הרבים שכתב שאש. ראה, למשל: T.S. Szasz, *Law, Liberty and Psychiatry* (N.Y., MacMillan, 1968) 11; *The Myth of Mental Illness* (N.Y., Harper, 1961) 88, 93-94, *Ideology and Insanity* (N.Y., 1970) 19.

"דמיון משפחתי" ברור בין שני מצבים אלה — בשניהם באה לידי ביטוי התופעה של תפקוד לא תקין, או אף לעתים התופעה של העדר תפקוד. כאשר אנו אומרים על מישו שהוא חולה לב, למשל, אנו מתכוונים לומר בדרך כלל שלבו אינו מתפקד בצורה תקינה, ואם אנו מאפיינים בעזרת המלה "מחלה" מצבים שבהם התפקוד הגופני-פיזיולוגי אינו תקין, אין זה מקרה, ואין כל פגם סמאנטי בכך, שאנו מאפיינים בעזרת אותה מלה עצמה גם מצבים שבהם התפקוד הנפשי אינו תקין.²⁰

השאלה השנייה עדיין במחלוקת, האם התפקוד הלא-תקין שבו מדובר הוא תולדה של "בעיות חיים" או תולדה של גורמים פיזיולוגיים, איננה רלוואנטית בהקשר זה, שכן זיהוי של מצב כלשהו כמצב של מחלה אינו תלוי בזיהוי הסיבות שהולידו אותו. העובדה, שנורמות "התקינות" בתחום הנפשי השתנו במהלך ההיסטוריה היא עובדה חשובה ומעניינת, אך גם היא איננה מחייבת את המסקנה שבביטוי "מחלת נפש" יש טעות קטגוריאלית, מה גם שאף נורמות "התקינות" בתחום הגופני השתנו לא פעם.²¹

באמור, לא אעסוק כאן בכל הבעיות הרבות שסוגיה זו מעוררת. אסתפק בכך שאומר, שמי שמדבר על מחלת נפש אינו סוטה מן המשמעות שיש למלה "מחלה" בלשונו, ומי שמניח שיש חולי נפש (כפי שהניח המחוקק בסעיף 5 ובסעיפים רבים אחרים), אינו הולך שולל אחר מיתוס כלשהו. אין זאת אומרת, כמובן, שאין מקום לביקורת על היחס של החברה ומוסדותיה — כולל מערכת המשפט — כלפי האנשים המכונים "חולי נפש", אך יש להפריד בין השאלה הסמאנטית-קונצפטואלית של הטעות הקטגוריאלית ובין השאלה הנורמטיבית כיצד צריכה מערכת המשפט להתייחס אל האנשים המכונים "חולי נפש". ההכרעה בשאלה השנייה אינה תלויה בשאלה הראשונה.²²

מלבד ההנחה שיש חולי נפש הניח המחוקק בסעיף 5 הנחה עובדתית נוספת. כוונתי להנחה, שאדם הסובל ממחלת נפש אינו בהכרח אדם מסוכן. אילו היה המחוקק סבור שכל חולה נפש עלול חמדי לסכן את עצמו או את הזולת, לא היה מנסח את סעיף 5 כפי שניסחו. במקום לומר "נוכח הפסיכיאטר המחוזי לדעת כי חולה עלול לסכן את עצמו או את הזולת חייב הוא להורות בכתב לאשפוזו...", היה אומר בוודאי "נוכח הפסיכיאטר המחוזי לדעת שאדם הוא חולה נפש חייב הוא להורות בכתב לאשפוזו...". מן העובדה שהמחוקק לא השתמש בניסוח האחרון ניתן להסיק, שהוא הניח שיש חולי נפש מסוכנים ויש כאלה שאינם מסוכנים. הנחה זו של המחוקק טעונה הדגשה הואיל והדימוי של חולה הנפש בקרב חוגים רחבים של הציבור הוא עדיין דימוי של אדם נטול רסן שיש להיזהר

20 אין צורך לומר, שהמושג של תפקוד נפשי לא תקין מעורר בעיות רבות, אך ניתן להתמקד עם בעיות אלה בלי לקבל את טענת הטעות הקטגוריאלית. ראה בעניין זה: J. Feinberg, "What is so Special About Mental Illness?", in: *Doing and Deserving* (Princeton, 1978) 85-104; M. Moore, "Legal Conception of Mental Illness", in: B. Brody & H. Engelhardt (eds.), *Mental Illness: Law and Public Policy* (Reidel, Boston 80) 25-73.

21 ראה בעניין זה: P. Sedgwick, *Psycho Politics* (N.Y., Harper, 1982) 28-42.

22 על הסכנה שבחוסר הבחנה בין השאלות הסמאנטיות, השאלות הנורמאטיביות והשאלות האמפיריות הקשורות בחולה הנפש ראה: Livermore, Malnquist, Meehl, "On the Justification for Civil Commitment", 117 *Pennsylvania Law Review* (1968) 78-79.

מפניו²³. דימוי זה אינו מתיישב, אם כן, עם ההנחה המובלעת בסעיף 5. הוא גם אינו מתיישב עם הממצאים של החוקרים שכדקו את התנהגותם של חולי הנפש. ממצאים אלה עולה בכירור, שמרבית חולי הנפש אינם מסוכנים לא לעצמם ולא לזולתם²⁴. הדימוי הנפוץ, המזהה את חולה הנפש עם האדם המסוכן, אין לו אפוא כל אחיזה במציאות, וטוב הדבר שהמחוקק לא הלך בעקבות הדעה הקדומה שהצמיחה דימוי זה.

הנחה עובדתית שלישית המובלעת בסעיף היא ההנחה, שיש חולי נפש העלולים לסכן את עצמם ויש חולי נפש העלולים לסכן את הזולת. תהיה זו טעות להסיק מהנחה זו שחולה נפש מסוכן או שהוא עלול לסכן את עצמו או שהוא עלול לסכן את הזולת. יש חולי נפש העלולים לסכן הן את עצמם והן את הזולת. ואם החוק מחייב את הפסיכיאטר המחוזי להורות לאשפוז חולה העלול לסכן את עצמו או את הזולת, קל וחומר שהוא מחייב אותו להורות לאשפוז חולה העלול לסכן את עצמו והן את הזולת. ברור, מכל מקום, שחולה נפש השייך לקבוצת חולי הנפש העלולים לסכן את עצמם אינו שייך בהכרח לקבוצת חולי הנפש העלולים לסכן את הזולת (ולהפך), וברור כמו כן, שלפי סעיף 5 די בעובדה שחולה נפש שייך לאחת משתי קבוצות אלה כדי לחייב את הפסיכיאטר המחוזי להורות על אשפוזו.

ניתן, אם כן, לסכם ולומר, שבסעיף 5 הניח המחוקק: (א) יש אנשים שהם חולי נפש ויש אנשים שאינם חולי נפש; (ב) בין חולי הנפש יש חולי נפש מסוכנים ויש כאלה שאינם מסוכנים; (ג) בין חולי הנפש המסוכנים יש חולי נפש המסוכנים לעצמם ויש חולי נפש המסוכנים לזולת. קבוצת האנשים שלפי סעיף 5 יש להורות לאשפוזם איננה קבוצת חולי הנפש, אלא תת-קבוצה של קבוצת חולי הנפש, אותה תת-קבוצה הכוללת את חולי הנפש המסוכנים בלבד. המסקנה הנורמטיבית המתבקשת מסעיף 5 היא, שהפסיכיאטר המחוזי חייב להורות לאשפוז בבית החולים כל אדם שמתקיימים בו שני תנאים: התנאי הראשון הוא, שאדם זה הוא חולה נפש (להלן: "תנאי המחלה"), והתנאי השני הוא שאדם זה עלול לסכן את עצמו או את הזולת (להלן: "תנאי הסכנה").

חשוב להדגיש, שהסמכות המוענקת בסעיף 5 לפסיכיאטר המחוזי היא סמכות שבחובה ולא סמכות שברשות. כאשר הפסיכיאטר המחוזי דן בעניינו של אדם שגם תנאי המחלה וגם תנאי הסכנה מתקיימים בו, הוא חייב — כך עולה מסעיף 5 — להורות לאשפוז אדם זה אפילו אם עדיף, לדעתו, שלא לאשפוזו. לא זו בלבד שהפסיכיאטר המחוזי לא יחרוג מסמכותו אם יורה לאשפוז אדם זה, אלא הוא יחרוג מסמכותו אם לא יורה לאשפוזו. יש להניח, שהמחוקק סבור היה שלאשפוזו של חולה העלול לסכן את עצמו או את הזולת יש חשיבות רבה — כה רבה עד שאין להניח את ההחלטה אם לאשפוזו אפילו לשיקול דעתו של הפסיכיאטר המחוזי.

החשיבות הרבה שהמחוקק ייחס לאשפוזו של חולה זה נובעת, כמובן, מן החשיבות

23 ראה בעניין זה: Sarbin Macuso, "Failure of a Moral Enterprise: Attitude of the Public Towards Mental Illness", 35 *J. of Consulting and Clinical Psychology* (1970) 159.

24 ראה בעניין זה: J. Rapoport, "The Problem of the Dangerousness of the Mentally Ill", in: J. Rapoport (ed.), *The Clinical Evaluation of the Dangerousness of the Mentally Ill* (N.Y., 1967) 3, 4.

שהוא ייתם לשתי מטרות: המטרה האחת היא למנוע מחולי נפש לסכן את עצמם והמטרה השנייה היא למנוע מחולי נפש לסכן את הזולת. המטרה הראשונה קשורה במסורת המשפט האנגלו-אמריקני בדבר עקרון ה"Parens Patria" כפי שמקובל לכנותו. לפי עיקרון זה (להלן: "העיקרון הפאטרנליסטי") המדינה רשאית ואף חייבת להגן על אנשים שאינם מסוגלים לדאוג לעצמם לא רק מפני אחרים אלא גם מפני עצמם. המטרה השנייה קשורה במסורת המשפט האנגלו-אמריקני בדבר עקרון ה"Police Power" כפי שמקובל לכנותו. לפי עיקרון זה (להלן: "עקרון הגנת הציבור") המדינה רשאית ואף חייבת להגן על הציבור מפני אנשים העלולים לסכנו.²⁵

המשקל שיש לכל אחד משני העקרונות האחרונים בסוגיה של העילות לאשפוז כפוי יעסיק אותנו בהרחבה בהמשך. בשלב זה רצוני להדגיש, שמשקלו של העיקרון הפאטרנליסטי בכל הנוגע להוראת האשפוז איננו נופל כנראה בעיני המחוקק מן המשקל של עקרון הגנת הציבור, שהרי הפסיכיאטר המחוזי חייב, לפי סעיף 5, להורות לאשפוז גם את אותו חולה נפש העלול לסכן רק את עצמו.²⁶

התפיסה שבאה לידי ביטוי בסעיף 5 מעוררת שלוש שאלות מרכזיות. השאלה הראשונה היא – כיצד יש להבין את תנאי המחלה ותנאי הסכנה שבהם מדובר בסעיף 5? בשאלה זו אעסוק בפרק הבא, פרק ג'. השאלה השנייה היא – האם תנאי המחלה ותנאי הסכנה הם תנאים מספיקים להצדקתו של אשפוז כפוי (כפי שהניח המחוקק)? בשאלה זו, הנוגעת לדין הרצוי, אעסוק להלן בפרקים ד', ה', ו'. השאלה השלישית היא – האם תנאי המחלה ותנאי הסכנה הם תנאים הכרחיים להצדקתו של אשפוז כפוי? שאלה זו טעונה הבהרה. בסעיף 5 מדובר אך ורק על אשפוז כפוי של חולה נפש העלול לסכן את עצמו או את הזולת, ובשום סעיף אחר של החוק אין התייחסות מפורשת אל אשפוזו של חולה נפש שאיננו מסוכן לא לעצמו ולא לזולתו. האם ניתן להסיק מכך שיש לפי החוק הקיים הצדקה לאשפוז כפוי של חולה נפש רק כאשר הוא עלול לסכן את עצמו או את הזולת? ומה באשר לחולה לא מסוכן שהאשפוז עשוי להיות לו לברכה – האם אסור לפי החוק הקיים לאשפוזו נגד רצונו? והאם החוק הקיים בעניין זה הוא גם החוק הרצוי? בעניינים אלה אעסוק בפרק ז'.

25 על מקומם של שני עקרונות אלה במסורת המשפט האנגלו-אמריקני ראה הסקירה ההיסטורית ב-Note (לעיל, הערה 6) 1207–1229.

26 לעומת זאת, מסעיף אחר בחוק לטיפול בחולי נפש, סעיף 16, מתבקשת המסקנה, שבכל הנוגע לשחרורו של חולה הנפש מבית החולים יש לעיקרון של הגנת הציבור משקל רב יותר מאשר לעיקרון הפאטרנליסטי. בסעיף זה נאמר: "... רשאי מנהל לשחרר חולה מבית החולים אם בדק את החולה ומצא כי חור לאיתנו או שהחולה אינו טעון עוד אשפוז בבית החולים לשם הגנה על הציבור". מסעיף זה עולה, שמנהל בית חולים רשאי לשחרר מבית החולים כל חולה שאינו מהווה עוד סכנה לציבור. מכאן, שהוא רשאי לשחרר גם חולה שעלול לסכן רק את עצמו, ובלבד שהוא אינו מהווה עוד סכנה לציבור. אולם, אם הפסיכיאטר המחוזי חייב, לפי סעיף 5, להורות לאשפוז חולה העלול לסכן רק את עצמו (קרי: שאינו מהווה סכנה לציבור), כיצד זה ניתנת למנהל בית החולים בסעיף 16 הסמכות לשחרר חולה נפש כזה? אם ריבונותו של העיקרון הפאטרנליסטי כדי לחייב את אשפוזו של אדם, מדוע אין די בו כדי לחייב את הממשל אשפוזו? עלי להודות, שאיני יודע כיצד ניתן ליישב חוסר עקביות זה בעמדת המחוקק. ייתכן שאין להבין את סעיף 5 או סעיף 16 כפשוטם. אך ייתכן גם, כמובן, שהמחוקק פשוט לא חשב די הצורך על בעיית משקלו של העיקרון הפאטרנליסטי בענייננו.

ג. תנאי המחלה ותנאי הסכנה

כאמור, לפי סעיף 5 הפסיכיאטר המחוזי חייב להורות לאשפוז כל חולה העלול לסכן את עצמו או את הזולת. אך מתי ניתן לומר על אדם שהוא "חולה", ומתי ניתן לומר על חולה שהוא "עלול לסכן את עצמו או את הזולת"? מכיוון שגם "י" בוק וגם אכירם ושניט כבר עמדו על הבעיות הכרוכות בפירושם של אפיונים אלה (בעיות שהועלו ונדונו בהרחבה בספרות המשפטית בארצות הברית), אסתפק בעניין זה בכמה הערות כלליות.

אשר לביטוי "חולה", סעיף (1), סעיף ההגדרות של החוק לטפול בחולי נפש קובע: "לפי חוק זה 'חולה' — אדם שסובל ממחלת נפש". אולם הביטוי "מחלת נפש" עצמו לא הוגדר בחוק, ואין צורך לומר שיש לביטוי זה שולי עמימות רחבים ביותר²⁷. אמנם יש אנשים שברור שהם חולי נפש, כשם שיש אנשים שברור שהם אינם חולי נפש, אך יש גם אנשים לא מעטים שאין זה ברור כלל ועיקר אם הם חולי נפש או שאינם חולי נפש. ולית מאן דפליג שגם אנשים כאלה אושפזו לעתים בבית חולים לחולי נפש, אם בשל טעויות אבחון שנעשו בשוגג ואם בשל הטעויות מכוונות שנעשו במזיד²⁸.

אין טעם לעסוק כאן במודלים השונים של מחלת הנפש (המודל הרפואי, המודל החברתי וכו') או בתיאוריות השונות של הגבול (שאינו חד) המפריד בין חולה הנפש לאנשים אחרים. די אם נציין שהפסיכיאטרים עצמם נחלקים בדעותיהם בכל הנוגע להגדרה של "חולה נפש"²⁹, ושנשים הנחשבים חולי נפש בעיניהם של פסיכיאטרים

27 גם בתחום הפלילי אין למצוא כחוק הגדרה של "חולה נפש", ובתי המשפט חייבים היו לקבוע לפי שיקול דעתם אם נאשם זה או אחר, המסתמך על הגנת אי-השפיות, סובל ממחלת נפש או מהפרעה נפשית שאיננה בגדר מחלת נפש. בתי המשפט התחשבו, כמובן, בחוות דעתם של הפסיכיאטרים, אך הם הבחינו בין "מחלת נפש" במובן המשפטי ל"מחלת נפש" במובן הרפואי.

לא כאן המקום לנתח את ההחלטות השונות שהחליטו בתי המשפט בעניין זה. אסתפק בכך שאומר, שגם בפסיקה הפלילית לא גובשה הגדרה משפטית ברורה ומחייבת של "מחלת נפש", ושאלה היא אם רצוי בכלל לנסות לחפש הגדרה כזו. על הבעיות שהביטוי "מחלת נפש" מעורר בתחום הפלילי ראה: "י" בוק, אחריות הפלילית של הלקי בנפשו (ירושלים, קריית ספר, 1968) 19–28; וכן "י" לוי וא' לדרמן, עיקרים באחריות פלילית (הל-אביב, רמות, 1981) 274–275, 306–307.

28 במיוחד חמורה סכנת הטעויות וההטעויות הללו כאשר מדובר באנשים אקסצנטריים, יוצא־דופן, הסוטים בהתנהגותם או באמונותיהם מן הנורמות המקובלות בחברה שבה הם חיים. על השימושים השונים הנעשים במושגים "נורמאלי" ו"לא נורמאלי", כשמונח בחולי הנפש ראה ליברמור ואחרים (לעיל, הערה 22) 78–79.

29 ידועה המחלוקת שהתעוררה בקרב הפסיכיאטרים סביב השאלה אם הומוסקסואליות היא מחלת נפש. על ההחלטות השונות שהחליטה בשאלה זו האגודה האמריקנית לפסיכיאטריה ועל הרקע להחלטות אלה ראה: R. Bayer, *Homosexuality and American Psychiatry: The Politics of Diagnosis* (N.Y., 1981). מחלוקת דומה התעוררה גם סביב שאלות אחרות, כמו השאלה אם הפסיכופאט הוא חולה נפש ועוד. רצוי לציין בהקשר זה שחוקרים לא מעטים סבורים שהקטגוריות השונות של מחלות הנפש שקבעה בשנת 1981 האגודה האמריקנית לפסיכיאטריה במהדורה שלישית של ה-*Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders* הן קטגוריות ברורות היכולות לשמש כסיס לאבחונים בעלי דרגת אמינות גבוהה ביותר. אך גם טענה זו שנויה במחלוקת. ראה בעניין זה: S. Morse, "A Preference for Liberty: The Case Against Involuntary Commitment of the Mentally Disordered", 70 *California Law Review* (1982) 70–72. וראה גם הספרות הענפה המאזכרת שם.

אחדים אינם נחשבים חולי נפש בעיניהם של פסיכיאטרים אחרים. אמנם ניתן לטעון, שבדבריו על ה"אדם הסובל ממחלת נפש" התכוון המחוקק לאדם הסובל מהפרעות נפשיות חמורות בלבד. לפי פירוש זה הפסיכיאטר המחזוי אינו חייב להורות לאשפו אדם הסובל מהפרעה נפשית לא-חמורה אפילו כאשר אדם זה עלול לסכן את עצמו או את הזולת, שכן תנאי המחלה שבסעיף 5 אינו מתמלא לגביו. פירוש זה מתקבל, אמנם, על הדעת (אין זה מקרה, כנראה, שהמחוקק השתמש בביטוי "סובל ממחלת נפש" ולא השתמש בביטוי "סובל מהפרעה נפשית"), אך אין בפירוש זה כדי לצמצם בצורה משמעותית את שולי העמימות הרחבים של "מחלת נפש", שהרי גם המושג "הפרעה נפשית חמורה" הוא מושג עמום ביותר הסובל פירושים שונים.

אולי ניתן לטעון, שהאדם "הסובל ממחלת נפש" שעליו מדובר בחוק הוא אותו אדם הסובל מהפרעה פסיכוטית בלבד (להבדיל מזה הסובל מהפרעה נפשית חמורה פחות). דא עקא, שגם ההבחנה בין הפסיכוטי ללא-פסיכוטי אינה הבחנה חדה, ולמרות שקיימת בקרב הפסיכיאטרים תמימות דעים שכל הפרעה פסיכוטית היא מחלת נפש, הם אינם שותפים לדעה שרק הפרעה פסיכוטית היא מחלת נפש. בלשונם של אבירם ושניט, הנשענים על מחקר אמפירי שערכו בקרב פסיכיאטרים בארץ:

"בעוד שקיימת הסכמה בקרב הפסיכיאטרים כי לפסיכוטים יש להתייחס כאל חולי נפש, קיימת מידה נכרת של חוסר הסכמה לגבי אופן ההתייחסות למקרים גבוליים ולהפרעות נפשיות שאינן מגיעות לכדי פסיכוזה מוכרת. בשטח הפקר זה מיטשטשים גבולות תחולתו של החוק"³⁰.

גבולות משמעותו של תנאי המחלה שבסעיף 5 רחוקים, אם כן, מלהיות גבולות ברורים, אך גם גבולות משמעותו של התנאי השני שבסעיף זה, תנאי הסכנה, רחוקים מלהיות ברורים. מתי אם כך אפשר לומר על חולה שהוא "עלול לסכן את עצמו או את הזולת"? אין ספק, שהאפיון האחרון הולם לא רק חולה מנייד-פרסיבי העומד לקפוץ ממגדל גבוה משום שהוא רוצה להתאבד, אלא גם סכיזופרן העומד לקפוץ מאותו מגדל משום שהוא משוכנע שהוא יכול להתעופף כציפור. העובדה, שהחולה השני, בניגוד לראשון, איננו רוצה לסכן את עצמו, ואף איננו יודע שהוא עומד לסכן את עצמו, אינה משנה את העובדה שהוא עלול לסכן את עצמו. ניתן לומר על אדם שהוא עלול לסכן בהתנהגותו את עצמו או את הזולת בין שהוא ער לתוצאות התנהגותו ורוצה בהן ובין שאינו ער להן, או אינו רוצה בהן.

כמו כן ברור, שהביטוי "עלול לסכן את עצמו או את הזולת" איננו שקול במשמעותו לביטוי "עלול לעשות מעשה המסכן את עצמו או את הזולת". אדם יכול לסכן את עצמו או את הזולת לא רק בעשיית מעשה אלא גם באי-עשיית מעשה. כזה, למשל, הוא מצבו של אותו סכיזופרן שאיננו אוכל משום שהוא משוכנע שגופו עשוי מחומר מיוחד המאפשר לו להמשיך ולהתקיים גם ללא מזון. הסכנה הנשקפת לחולה זה היא תולדה של העובדה שהוא איננו עושה מעשה מסוים — איננו אוכל.

ברור גם, כמדומני, שהביטוי "עלול לסכן את עצמו או את הזולת" איננו שקול

30 טפול פסיכיאטרי וחרויות הפרט (לעיל, הערה 5) 45. וראה גם שם, עמ' 66-67.

במשמעותו לביטוי "עלול לגרום לעצמו או לזולת נזק כלשהו". אם הנזק שאדם עלול לגרום לעצמו או לזולת הוא נזק קטן, שולי, לא נאמר על אדם זה שהוא עלול לסכן את עצמו או את הזולת. רק כאשר הנזק שבו מדובר הוא נזק כבד שתוצאותיו חמורות ניתן לומר זאת עליו.

יש להבחין אפוא, למשל, בין הטענה שחולה נפש מסריס עלול לסכן את בני משפחתו ובין הטענה שהוא עלול להיות מטורד עבורם. ייתכן שבני משפחתו של חולה זה (או שכניו או אנשים אחרים) היו מרגישים טוב יותר אילו היה מאושפז בבית חולים: הם היו משותתרים במקרה זה מן הטרדה — ולא רק מן הטרדה — הכרוכה בטיפול בו, אך אין בכך כדי לחייב — על-פי סעיף 5 — את אשפוזו, משום שאין בכך כדי להצדיק את הטענה שהוא עלול לסכן את בני משפחתו.

על רקע הדברים האחרונים ניתן עתה לסכם שהחולה העלול לסכן את עצמו או את הזולת, שבו מדובר בסעיף 5, הוא אותו חולה העלול — במתכוון או שלא במתכוון, בידעין או שלא בידעין — לגרום לעצמו או לזולת — בעשיית מעשה או באי עשייתו — נזק כבד שתוצאותיו חמורות.

אולם אפיון זה של החולה שבו מדובר בסעיף 5 עדיין מותיר כמה נקודות סתומות. אין ספק, שחולה העלול להתאבד או לרצוח, להיפצע או לפצוע (פגיעה חמורה), שייך לקבוצת החולים העלולים לסכן את עצמם או את הזולת (קרי: לאותה קבוצת חולים שהפסיכיאטר המחזי חייב להורות על אשפוזם). אך האם גם חולה נפש העלול לפגוע בילדיו פגיעה נפשית (לא גופנית) שייך לקבוצה זו? ומה יהיה דינו של חולה נפש שאין כל סיבה לחשוש מפני האפשרות שהוא יגרום לעצמו או לזולת נזק גופני או נפשי חמור כלשהו, אך יש סיבה טובה לחשוש מפני האפשרות שהוא יגרום לעצמו או לזולת נזק כלכלי חמור ביותר? האם גם על חולה כזה ניתן לומר שהוא עלול לסכן את עצמו או את הזולת או שמא יש להבחין כאן בין "לסכן את עצמו או את הזולת" ובין "לסכן את רכושו או את רכוש הזולת"?

יתר על כן: כיצד יש להבין את המלה "עלול" שבסעיף 5? האם הפסיכיאטר המחזי חייב להורות לאשפוז חולה כל אימת שיש אפשרות כלשהי שהוא יסכן את עצמו או את הזולת, או אולי יש צורך בהסתברות של למעלה מ-50% (כמקובל בדיני הראיות במשפט האזרחי)? ושמא יש צורך בהסתברות של "מעבר לספק סביר" (כמקובל בדיני הראיות במשפט הפלילי)? ואולי יש לקבוע בעניין זה דרגת הסתברות אחרת, שונה מן הקודמות (כפי שקבע לפני כמה שנים בית המשפט העליון בארצות הברית)³¹ ומה באשר למועד הסכנה שבה מדובר בסעיף 5 — האם הפסיכיאטר המחזי חייב להורות לאשפוז חולה גם כאשר הוא עלול לסכן את עצמו או את הזולת בעתיד הרחוק, או שמא הכרחי הוא שהסכנה שבה מדובר תהיה סכנה קרובה?

אין צורך לומר, שאי אפשר להכריע בשאלות האחרונות על יסוד ניתוח סמאנטי של המלה "עלול". אך גם ניתוח ההקשר של המלה בסעיף 5, ניתוח מטרות הסעיף או ניתוח כוונת המחוקק, אינם מחייבים להסיק בשאלות אלה מסקנות חד-משמעיות. מכיוון שאין

31 ראה: *Addington v. Texas*, 441, V.S. 418, 430, 1979. בפסק דין זה אימץ בית המשפט העליון של ארצות הברית את אמת המידה של "הוכחה ברורה ומשכנעת" המבוססת על הסתברות של 75% לפחות.

למצוא בפסיקה הלכה מחייבת בשאלות אלה³², יצטרך הפסיכיאטר המחזוי לקבוע לפי שיקול דעתו מה הם סוג הסכנה, דרגת הסתברות הסכנה או מועד הסכנה המצדיקים את הגבלת החירות התמורה הכרוכה באשפוז כפוי³³. מצב משפטי זה טעון תיקון, והוא טעון תיקון לא רק משום שעמדתם של הפסיכיאטרים בשאלות אלה אינה אחידה, אלא גם, ובעיקר, משום ששאלות אלה הן שאלות ערכיות שהחוק צריך להכריע בהן. יש לקבוע אפוא בחוק אמות מידה ברורות יותר בעניין זה.

יש לציין, שבמחקרים שונים נמצא שהפסיכיאטרים מושפעים לעתים בהערכת הסכנה הנשקפת מהחולה מגורמים לא רלוואנטיים כמו מעמדו ומינו של החולה³⁴. ממחקרים אחרים עולה, שאחוז הטעויות שבחיוזי הסכנה של הפסיכיאטרים הוא אחוז גבוה ושהפסיכיאטרים נוטים בדרך כלל להגזים בהערכת הסכנה הנשקפת מן החולה³⁵. ההסבר לתופעה האחרונה נעוץ, לדעת החוקרים, במודל ההחלטה בתנאי אי-ודאות המקובל על פסיכיאטרים רבים. לפי מודל החלטה זה, במקרים של ספק, כאשר לא ברור אם האיש

32 כפסק הדין ירמלוביץ לא עסק בית המשפט העליון בשאלה כיצד יש לפרש את הביטוי "עלול לסכן" שבסעיף 5. אמנם אבירם ושניט מסיקים ממשפטים שונים של השופט לנדוי ושל השופטת בן-פורת שהם פירשו את הסכנה שבה מדובר כסכנה "קרובה ומוחשית" (ראה טפול פסיכיאטרי וחרויות הפרט, עמ' 82), אך אינני בטוח שמסקנה זו אכן מחייבת מדבריהם. ברור, מכל מקום, שהדברים שאמרו השופטים הללו בעניין זה דברי אגב הם. שניט מדבר במאמרו על "הלכת בית המשפט המסייגת את פרוש המושג 'מסוכנות' לתופעות של סכנה פיזית, ממשית ומוחשית" ("אשפוז כפוי", לעיל, הערה 5, 544). נראה לי שאין הצדקה לדבר על "הלכת בית המשפט" בעניין זה.

33 על הפירושים השונים שפירשו פסיכיאטרים מחזויים בארץ את תנאי "הסכנה" ראה המחקר שערכו בעניין זה אבירם ושניט, טפול פסיכיאטרי וחרויות הפרט (לעיל, הערה 5) 115–118. להשוואת הדרך שבה מבינים הפסיכיאטרים תנאי זה עם הדרך שבה מבינים תנאי זה השופטים בארצות הברית ראה: Simon Cockerman, "Civil Commitment, Burden of Proof and Dangerous Acts: A Comparison of the Perceptions of Judges and Psychiatrists", *Journal of Psychiatry and Law* 5, (1977) 571.

34 ראה בעניין זה: R. Levinson & M. Zan-York, "The Attribution of Dangerousness in Mental Health Evaluation", *Journal of Health and Social Behaviour* 15, (1974) 328–335.

35 ממחקרים שונים של הפסיכיאטרים עולה, שאחוז החיוזים הנכונים בכלל תיזו הסכנה של הפסיכיאטרים אינו עולה על 30%–40%, ושאחוז החיוזים הנכונים שבין חיוזי ההתאבדות נמוך עוד יותר. ראה מאמרו של מורס (לעיל, הערה 29) 74, והספרות המאחרת שם. בעיית אמינותם של חיוזי הסכנה העסיקה לאחרונה חוקרים רבים, ויש על בעיה זו ספרות ענפה ההולכת ומסתעפת. חלק מספרות זו מאוחר בספרם של אבירם ושניט (לעיל, הערה 5) 84–86. בין המחקרים שהתפרסמו בעניין זה לאחרונה (מחקרים שאינם מאחרים בספרם של אבירם ושניט) ראה למשל: Menzies, Webster & Butler, "Perceptions of Dangerousness Among Forensic Psychiatrists", 22 *Comprehensive Psychiatry* (1981) 389, 391; Fagin, "The Policy Implications of Predictive Decision Making: 'Likelihood' and 'Dangerousness' in Civil Commitment Proceedings", 24 *Public Policy* (1979) 491, 514–515; H. Steadman, "The Statistical Prediction of Violent Behaviour", 5 *Law and Human Behaviour* (1982). במשפט ידוע, שהחקים לאחרונה בארצות הברית, הדתה גם האגודה האמריקנית לפסיכיאטריה בכך שהפסיכיאטרים אינם "חוזים" טובים של התנהגות מסוכנת בטווח זמן ארוך. ראה: Amicus Curiae Brief for The American Psychiatric Association at 14–16, *Estelle v. Smith* 101 S. Ct 1966 (1981) 451, U.S. 454.

הוא חולה מסוכן (אך קיימת אפשרות שהוא כזה), עדיף להגביל את חירותו בדרך של אשפוז כפוי מאשר להניח לו להמשיך לחיות כרצונו ללא התערבות³⁶. המודל של החלטה זו שונה ממודל ההחלטה בתנאי אי-ודאות המקובל בתחום המשפט הפלילי. המודל האחרון מבוסס על ההנחה, שעדיף שעשרה אשמים יהלכו חופשיים משתוגבל חירותו של חף מפשע אחד. רק על רקע הנחה זו ניתן להבין את הדרישה להוכחה של "מעבר לספק סביר" בתחום הפלילי. נראה אפוא, שהמשקל שיש לערך של חירות הפרט במסגרת המודל המשפטי גדול יותר מן המשקל שיש לו במסגרת המודל הרפואי, ואין כל סיבה שהמתחוקק יאמץ לעצמו בסוגיה של האשפוז הכפוי את המודל הרפואי דווקא. (דרך אגב: אין זה מקרה שאנשי רפואה העוסקים בטיפול בחולה מניחים בדרך כלל שבמקרים של ספק יש לערך של חירות החולה משקל קטן יותר מן המשקל שיש לערך של הטיפול בחולה. כשם שאין זה מקרה שעמדתם של אותם אנשי חוק העוסקים בהגנה על זכויות הפרט היא בדרך כלל עמדה הפוכה. כאן כנראה מקור ההסבר לעובדה שבמחלוקת החריפה שניטשה בארצות הברית סביב שאלת הסמכות להורות על אשפוז כפוי ניצבו בדרך כלל הפסיכיאטרים במתנה אחד והמשפטנים במתנה האחר).

ההשוואה בין מודל ההחלטה הרפואי למודל ההחלטה המשפטי מעוררת בעיות שונות שלא אוכל לדרוך בהן במסגרת זו. אך גם בלי לדרוך בבעיות אלה ניתן כמדומני לומר שלנוכח חוסר הודאות המאפיין בתחום הפסיכיאטריה את האבחונים הקליניים בכלל ואת חיוויי הסכנה בפרט, הנטייה של פסיכיאטרים רבים להגזים בהערכת הסכנה הנשקפת מן החולה והמשקל המיוחד ששיטת משפט נאורה צריכה להעניק לזכויות הפרט, רצוי לפרש את תנאי הסכנה שבסעיף 5 פירוש מצמצם ולא פירוש מרחיב. לפי הפירוש המצמצם החולה ש"עלול לסכן את עצמו או את הזולת" אינו חולה שקיימת אפשרות כלשהי שהוא יסכן בעתיד את עצמו או את הזולת, אלא חולה שיש הסתברות גבוהה שהוא יסכן את עצמו או את הזולת בעתיד הקרוב. לפי פירוש זה המבחן ל"עלול לסכן" בענייננו איננו שונה ביסודו מן המבחן של ה"Clear and Present Danger" בסוגיה של חופש הביטוי³⁷. יש, כמובן, הבדלים רבים בין סוגיות חופש הביטוי ובין סוגיית החופש שלא להיות מאושפז אשפוז-כפוי, אך בשתי הסוגיות החשש מפני פגיעה מכוונת או בלתי מכוונת בזכויות הפרט מחייב, ככל הנראה, מבחן דומה³⁸.

36 המחקר "הקלאסי" על מודל ההחלטה הרפואי במקרים של ספק הוא מחקרו של שף: T. Scheff, "Decision Rules, Types of Error and their Consequences in Medical Diagnosis", 8 *American Behavioural Scientist* (1963) 97.

37 ראה בג"ץ 87/53 קול העם נ' שר הפנים, פ"ד ז, 871. כזכור, השאלה שעמדה לפני בית המשפט בפרשה זו הייתה כיצד יש לפרש את סעיף 19 (2) (א) לפקודת העיתונות, המסמיק את שר הפנים לאסור הוצאת עיתון ה"עלול לפגוע בשלום הציבור". בית המשפט פסק, שיש לפרש את המלים "עלול לפגוע" שבסעיף זה פירוש מצמצם שלפיו הכוונה במלים היא ל"חאות קרובה" ולא ל"נטיה רעה" (בלשונו של השופט אגרנט כתוארו אז), כלומר להסתברות גבוהה ולא לאפשרות בעלמא. אמנם, השופט אגרנט לא כלל בפירוש שלו את תנאי הומן (*Present Danger*), והסתפק בתנאי ההסתברות הגבוהה (*Clear Danger*) (ראה דבריו בעניין זה, בעמ' 891 שם), אך בדרך ככל קיים קשר בין שני תנאים אלו. דרגת ההסתברות של חוויי סכנה המתייחסים לעתיד הרחוק איננה בדרך כלל גבוהה.

38 אפשר, כמובן, לטעון, שאין לפרש את המלה "עלול" בהקשר הנדון בסעיף 5, כדרך שהשופט אגרנט

אולי אפשר לטעון, שאם נקבל את הפירוש המצמצם של תנאי הסכנה לא תהיה אף פעם הצדקה לאשפוז כפוי המבוסס על תנאי זה. אם רק כאשר יש הסתברות גבוהה של סכנה קרובה ניתן לומר על חולה שהוא עלול לסכן את עצמו או את הזולת — ולאשפוז בנימוק זה נגד רצונו — ואם חיוויי הסכנה הנשקפת מן החולה אינם מצטיינים בהסתברות גבוהה, אי אפשר יהיה להצדיק בנימוק זה שום אשפוז כפוי. חוקרים ראדיקליים, הסבורים שיש להסתייג מכל סוג של אשפוז כפוי, לא יהססו בוודאי לקבל את הטענה האחרונה, אך נראה לי שהיא איננה נכונה, ולו רק מן הטעם שלהלן: למרות שאחוז הטעויות שבכלל חיוויי הסכנה של הפסיכיאטרים הוא אחוז גבוה, אחוז הטעויות שלהם בקבוצה מסוימת אחת של חיוויי סכנה הוא קטן למדי. כוונתי לאותם חיוויים של סכנה קרובה הנשקפת מחולי נפש שהתנהגו או שניסו להתנהג בצורה אלימה (כלפי עצמם או כלפי הזולת) סמוך לזמן שבו מתקבלת ההחלטה לאשפוזם. ממחקרים שונים שנערכו לאחרונה עולה, שכאשר מדובר בחולים כאלה יש הסתברות גבוהה שחיוויי הסכנה הקרובה הנשקפת מהם אכן יתאמתו³⁹. אשפוז כפוי המבוסס על חיוויי סכנה מסוג זה איננו מבוסס אפוא על השערות מפקפקות, וגם שיטת משפט שהשמירה על זכויות הפרט היא נר לרגליה אינה יכולה להתעלם מהם⁴⁰.

תנאי הקשר בין המחלה לסכנה

תהא המשמעות המדויקת של תנאי המחלה ותנאי הסכנה שבסעיף 5 אשר תהיה, ברור שלפי סעיף זה חייב הפסיכיאטר המחוזי להורות לאשפוז בבית החולים כל אדם ששני תנאים אלה מתמלאים בו. המחוקק הניח אפוא, שדי בעובדה שאדם הוא, ראשית, חולה ושנית — מסוכן, כדי להצדיק, ואף לחייב, את ההוראה לאשפוזו. אך נראה לי, שהנחה זו הנחה מוטעית היא. כדי להצדיק את ההוראה לאשפוז אדם, אין זה מספיק להראות ששני תנאים אלה מתמלאים בו. הכרח הוא גם להראות שמתמלאים בו כמה תנאים נוספים

פירש אותה בהקשר של חופש הביטוי, ולנמק טענה זו בכך שלערך של חופש הפרט (שחופש הביטוי הוא אחד ממרכיביו) אין משמעות כאשר הפרט הוא חולה נפש. אדם הסוגל ממחלת נפש איננו אף פעם אדם חופשי — הוא פועל וחושב מתוך דחפים שאין לו שליטה עליהם, ואי אפשר לפגוע בחופש של אדם שאיננו חופשי. אולם עמדה זו איננה משכנעת, ולו רק משום שתמונת חולה הנפש המצטיירת בה רחוקה, כפי שיתברר בהמשך, מלהיות נכונה (ראה להלן הדין בשאלת כשירותו של חולה הנפש).
39 ראה בעניין זה: Huber, Roth, Appelbaum & Ore, "Hospitalization, Arrest or Discharge: Important Legal and Clinical Issues in the Emergence Evaluation of Persons Believed Dangerous to Others," *Law and Contemporary Problems* (1983) Vol. 45, pp. 104-105 והספרות המאזכרת שם.

40 יש לציין, שבמדינות שונות בארצות הברית נקבע בחוק עצמו שכדי להצדיק אשפוז כפוי של חולה בנימוק שהוא חולה מסוכן הכרח להוכיח שהוא התנהג בצורה מסוכנת סמוך למועד שבו התקבלה ההחלטה לאשפוזו. במדינת פנסילבניה, למשל, קובע החוק שמותר לאשפוז חולה נגד רצונו בנימוק שהוא חולה מסוכן רק אם בתוך 30 יום לפני קבלת ההחלטה לאשפוזו הוא גרם או ניסה לגרום לאחרים נזק גופני חמור. לפי החוק בקליפורניה גם איום באלמות או ניסיון התאבדות יכולים להיות בסיס לטענה שהחולה מסוכן. ראה בעניין זה אבירם ושניט (לעיל, הערה 5) 86.

שאינם מוזכרים בחוק. התנאי הנוסף הראשון שעליו רצוני לעמוד הוא תנאי הקשר בין המחלה לסכנה.

כדי להבהיר תנאי זה ניטול לדוגמה את המקרה של ראובן. ראובן הוא חבר וחתיק במועדון של מטפסי צוקים. הוא כבר הספיק לטפס על צוקים מסוכנים ביותר. הסיכון שהוא נטל על עצמו בטפסו על צוקים אלה לא נעלם מעיניו, אלא שהוא היה משוכנע שחיים קצרים גדושי עניין ומתח עדיפים על חיים ארוכים חד-גוניים ומשעממים. לאחר שהספיק לצבור ניסיון עשיר בטיפוס של צוקים נחקף ראובן, בגלל לחצים שונים שהיה נתון בהם, במחלת נפש שהתבטאה במחשבות שוא על כוונת בני משפחתו לנשלו מנכסיו ולגרשו מביתו. למרות שהמחלה פגעה קשות בכושר השיפוט וההחלטה שלו בעניינים שונים הקשורים למערכת יחסיו עם בני משפחתו, היא לא פגעה, כפי שקבעו הפסיכיאטרים שבדקו אותו, בכושר השיפוט וההחלטה שלו בעניינים אחרים. יתר על כן, לדעת הפסיכיאטרים שבדקו אותו, מחלת הנפש שממנה ראובן סובל אינה חריפה במידה ההופכת אותו לאדם העלול לסכן את עצמו או את הזולת.

והנה, במצב זה מחליט ראובן לצאת עם קבוצה מחברי המועדון שבו הוא חבר למבצע של טיפוס על צוק גבוה ושנון. היה ברור לראובן, שהסיכון שהוא נוטל על עצמו במבצע זה הוא סיכון גדול במיוחד, אך כמו שאר חבריו למבצע הוא היה משוכנע שהאתגר שבמבצע מצדיק את נטילת הסיכון הכרוך בו. אין ויכוח על כך שאין כל קשר בין מחלת הנפש שממנה ראובן סובל ובין החלטתו להשתתף במבצע זה, ואין ספק שהוא היה מחליט להשתתף במבצע גם אילו לא חלה במחלה זו. החוק הישראלי אינו רואה בטיפוס על צוקים עבירה כלשהי, והוא איננו מתיר לעצור את חבריו של ראובן על מנת למנוע בעדם, בשל מניעים פאטרנליסטיים, לטפס על צוקים. יחד עם זאת, ניתן, לפי החוק, לעצור את ראובן למטרה זו שהרי ברור, שהתנאי הראשון שבסעיף 5, תנאי המחלה, מתמלא במקרה של ראובן. אין ספק, לפי נתוני המקרה, שהוא חולה נפש. ברור, כמו כן, שהתנאי השני שבסעיף 5, תנאי הסכנה, מתמלא גם הוא במקרה של ראובן — אין ספק שהוא עלול לסכן את עצמו במבצע שבו הוא רוצה להשתתף.

נראה אפוא, שלפי סעיף 5 הפסיכיאטר המתחזי חייב להורות לאשפוז את ראובן בבית החולים. אך מצב משפטי זה מעורר תמיהה, שהרי החלטתו של ראובן להשתתף במבצע אינה שונה באופייה, במניעיה או בסיכון הכרוך בה, מהחלטתם של חבריו, ואם אין זה צודק להתערב התערבות פאטרנליסטית בחייהם, מדוע יהיה זה מוצדק להתערב התערבות כזו בחייו? העובדה שראובן, בניגוד לחבריו, הוא חולה נפש איננה רלוואנטית כאן, שהרי, לפי נתוני המקרה, אין כל קשר בין מחלתו של ראובן ובין החלטתו להשתתף במבצע, וכושרו כמטפס לא נפגע עקב מחלתו. ניתן אולי לחשוב, שאם אדם חולה במחלת נפש ואם אותו אדם עלול לסכן את עצמו, לא ייתכן שלא יהיה קשר בין העובדה שהוא חולה נפש ובין העובדה שהוא עלול לסכן את עצמו. אך דעה זו דעה קדומה היא. יכול חולה נפש לסכן את עצמו בגלל סיבות שאינן קשורות כלל למחלתו. דברים דומים ניתן לומר לא רק על חולה העלול לסכן את עצמו, אלא גם על חולה העלול לסכן את הזולת. מן הטענה שחולה נפש ביצע מעשה פשע לא נובע שהוא ביצע מעשה זה מ ש ו ם שהוא חולה נפש. ייתכן שהסיבות למעשהו נעוצות בגורמים שאינם קשורים

כלל למחלתו. קלפטומנית הרוצחת את בעלה בגלל שהיא רוצה להינשא לגבר אחר איננה רוצחת אותו משום שהיא קלפטומנית.

ניתן כמובן לטעון, שחולה העלול לסכן את הזולת, להבדיל מחולה העלול לסכן את עצמו, יש לאשפזו בבית החולים גם כאשר אין כל קשר בין הסכנה שנשקפת ממנו ובין מחלתו. המטרה של הגנה על שלום הציבור וביטחונו מצדיקה, כך ניתן לטעון, את בידודו של אדם זה במקום סגור בין שהסכנה הנשקפת ממנו לציבור קשורה במחלתו ובין לאו. טענה זו נראית ממבט ראשון ברורה מאלה, אך אחרי מחשבה נוספת התעורר אצלי ספק גם לגביה. כדי להבהיר ספק זה נבחון את המקרה של שמעון.

שמעון, אחד מראשי העולם התחתון, עומד להשתחרר מבית הסוהר, אחרי שסיים לרצות עונש של מאסר שנגזר עליו. לפי כל הסימנים לא נגמל שמעון מן הנטייה לעסוק בתכנון וארגון מעשי פשע, ומבחינה פסיכולוגית קיימת אפשרות סבירה שמיד אחרי שחרורו יחזור לסורו. המשטרה היתה מעדיפה, כמובן, שהוא ימשיך לשבת בכלא, אך לפי החוק המשטרה חייבת לשחרר את שמעון, עם תום תקופת מאסרו. חיזוי סכנה המבוססים על ניתוח פסיכולוגי של מעשיו ואישיותו אינם מהווים, לפי החוק, עילה מספקת להארכת מאסרו⁴¹. כדי שתוכל לחזור ולעצור את שמעון תצטרך אפוא המשטרה לעקוב אחר תנועותיו ומעשיו על מנת לתפוס אותו בעת שיעבור על החוק. אולם הבה נניח שבבדיקה הפסיכיאטרית שנערכה לשמעון לפני מועד שחרורו נמצא שהוא מגלה סימנים ברורים של מחלת נפש, אלא שלדעת הפסיכיאטרים שבדקו אותו מחלת הנפש שלו פוגעת בכושר השיפוט וההחלטה שלו בתחום מוגדר ומסוים בלבד והנטייה שלו לעסוק בארגון ותכנון מעשי פשע, נטייה שממנה לא נגמל, אינה קשורה במחלת נפש זו. ההערכה היא, שאם יחדש שמעון את מעורבותו בעולם הפשע הוא יעשה זאת מרצונו (ולא מתוך דחף שאינו בר-כיבוש) ובדעה צלולה, והוא יהיה, לפיכך, למרות מחלתו, בר-עונשין.

מה, לפי החוק, ניתן לעשות במקרה של שמעון? נראה לי, שלמרות שהמשטרה לא חוכל לחבוע את המשך מאסרו של שמעון היא חוכל לפנות לפסיכיאטר המחזוי בבקשה שיורה לאשפז את שמעון מיד עם שחרורו מהכלא בבית חולים לחולי נפש. ובהנחה ששמעון הוא באמת חולה נפש (כטענת הפסיכיאטרים שבדקו אותו) העלול (לפי אישיותו, אך ללא קשר למחלתו) לסכן את הזולת, חייב הפסיכיאטר המחזוי, על-פי סעיף 5, להיענות לבקשה, אך ניתן לתמוה אם יש באמת הצדקה לאשפוז כפוי של שמעון בנסיבות אלה.

כשמדובר באדם נורמלי, שאינו חולה נפש, החוק הפלילי אינו רואה בעובדה שהוא עלול, לפי חיזוי פסיכולוגי כלשהו, להוות סכנה לציבור עילה מספקת לבידודו של אדם זה

41 אמנם יש חוקרים המצדיקים בשינוי של החוק הקיים בעניין זה. ראה, למשל: N. Walker, *Punishment, Danger and Stigma* (Oxford, Blackwell, 1980) 94-104. אך עמדתם, שהיא עמדת מיעוט, איננה עומדת, לדעתי, בפני הביקורת. על רתיעת שיטת המשפט האנגלו-אמריקנית מפני ה"מעצר המונע" ראה, למשל: A. Dershowitz, "The Origins of Preventive Confinement in Anglo-American Law", 43 *Cincinnati Law Review* (1974) 1-60, 781-846. על הדין הישראלי בסוגיה זו ראה: ד' ליבאי, דיני מעצר ושחרור (ירושלים, שוקן, 1978) 36-39, 164-166.

במקום סגור. אין ספק, שהציבור עלול להיפגע כתוצאה ממדיניות זו. אך הערך של הגנה על הציבור מפני כל סכנה הנשקפת לו איננו מהווה, במסגרת החוק הפלילי שלנו, ערך עליון הדוחה מפניו כל ערך אחר. (אילו היה ערך זה נחשב לערך עליון כזה, לא היה החוק הפלילי מאמץ את העיקרון לפיו עדיף שעשרה אשמים ייהלכו חופשיים מאשר חף מפשע אחד ייכלא.) לא כאן המקום לנתח ולהעריך מדיניות זו, אך כל מי שסבור שהיא מדיניות מוצדקת, יתקשה כמדומני להצדיק את ההוראה לאשפוז את שמעון נגד רצונו. אם הצורך בהגנה על הציבור מפני אדם נורמלי העלול לסכן אותו אינו מהווה עילה מספקת לבידודו במקום סגור, אין זה ברור מדוע הצורך להגן על הציבור מפני שמעון צריך להיות עילה מספקת לכך. אמנם שמעון הוא חולה נפש, אך, כאמור, העובדה שהוא עלול לסכן את הציבור אינה קשורה כלל במחלתו ואם הוא יחזור לסורו, הוא לא יעשה זאת בגלל מחלתו.⁴²

שתי הבעיות שדיברתי עליהן זה עתה, בעיית האשפוז הכפוי (מטעמים פאטרנליסטיים) של ראובן ובעיית האשפוז הכפוי (מטעמים של הגנת הציבור) של שמעון נראות בעיני בעיות רציניות, אך ניתן לפתור את שתיהן כאחת בדרך פשוטה על-ידי הוספת תנאי נוסף לתנאי המחלה ולתנאי הסכנה שבסעיף 5. כדי להצדיק את ההוראה לאשפוז אדם, כך ניתן לטעון, אין זה מספיק להראות (א) שאדם זה הוא חולה ר(ב) שאדם זה עלול לסכן את עצמו או את הזולת. הכרחי הוא גם להראות בין השאר כי (ג) אדם זה עלול לסכן את עצמו או את הזולת בשל היותו חולה נפש. אם מוסיפים לתנאי המחלה ולתנאי הסכנה את תנאי הקשר בין המחלה לסכנה, ברור שאין מקום לאשפוז כפוי של ראובן ולא לאשפוז כפוי של שמעון, שהרי התנאי האחרון אינו מתמלא באף אחד מהם. הסיבה לכך שראובן עלול לסכן את עצמו (בטיפוס על צוקים) והסיבה לכך ששמעון עלול לסכן את הזולת (בחכנון וארגון מעשי פשע) אינן קשורות כלל בעובדה שהם חולי נפש. המצב מבחינה זו היה שונה אילו היה ראובן סכיזופרן פסיכוטי המשוכנע שהוא מסוגל, בעת הטיפוס על הצוקים, להתעופף כציפור; או אילו היה שמעון

42 בעניין זה יש אולי מקום לאנאלוגיה עם התנאים שהדין הקיים קובע בסוגיית אחריותו הפלילית של חולה הנפש. לפי סעיף 14 לחוק העונשין, תשל"ז-1977, אין אדם נושא באחריות פלילית למעשה שעשה אם לא היה מסוגל להבין את אשר עשה או לא היה מסוגל לדעת שאסור היה לו לעשות את המעשה מחמת מחלה שפגעה בשפיותו. מסעיף זה עולה, שכדי להוכיח שאדם אינו נושא באחריות פלילית למעשה שעשה אין זה מספיק להוכיח שהוא סבל בעת מעשה ממחלת נפש, ואף אין זה מספיק להוכיח שהוא לא היה מסוגל בעת מעשה להבין את אשר עשה או לדעת שאסור היה לו לעשות מה שעשה. הכרחי הוא גם להוכיח שהוא לא היה מסוגל להבין ולדעת זאת בגלל מחלת הנפש שממנה סבל. דברים דומים ניתן לומר גם על הגנת "הדחף לא-בר-כיבוש" שהפסיקה הישראלית הוסיפה להגנות הקבועות בסעיף 14. גם להגנת הדחף יש, לפי הפסיקה, תוקף רק אם מוכח שהדחף הוא תולדה של מחלת הנפש. ראה בעניין זה דבריו החד-משמעיים של השופט ח' כהן (כתוארו אז) בפרשת סנדרוביץ: "מחלת נפש היתה כאן. דחף היה כאן. אבל הדחף לא נבע מן המחלה..." ("ע"פ 49/68 סנדרוביץ נ' היוהמ"ש, פ"ד כב 2 (286)). הדין הקיים בסוגיית אחריותו הפלילית של חולה הנפש מניח אפוא, שכאשר מעשה של חולה נפש אינו קשור במחלת הנפש שלו, יש להתייחס אל המעשה כמו שמתייחסים אל המעשה של כל אדם רגיל. האם אין מקום להנחה דומה גם כתחום האזרחי — כשמדובר ב"מעשה" של הסירוב להתאשפוז? בעניין זה ראה גם הערות שוליים 44-46 להלן, והדברים בגוף המאמר הקשורים להערות אלה.

פארנאיד פסיכוטי הנדחף למעשי פשע בגלל המחשבה שכולם זוממים לרוצחו. במצב כזה הסכנה שבה מדובר אכן היתה תולדה של המחלה, ותנאי הקשר בין הסכנה למחלה היה מתמלא. אך לא כזה היה המצב שבו נמצאו ראובן ושמעון⁴³. אולי ניתן לצעוד צעד נוסף ולטעון, שלמרות שתנאי הקשר בין המחלה לסכנה אינו מוזכר במפורש בסעיף 5, יש לפרש את סעיף 5 כאילו היה תנאי זה מובלע בתוכו. לפי פירוש זה יש להבין את סעיף 5 כך: "נוכח הפסיכיאטר המחזי לדעת כי חולה עלול — בשל מחלתו — לסכן את עצמו או את הזולת חייב הוא להורות בכתב על אשפוזו בבית החולים". אמנם המלים "בשל מחלתו" אינן מופיעות בנוסח הסעיף, אך ייתכן שהמחוקק לא טרח להכניסן לסעיף משום שנראה היה לו כי התנאי של "בשל מחלתו" ברור מאליה מתוך ההקשר. אינני בטוח שהסבר זה של כוונת המחוקק הוא הסבר נכון, ואם המחוקק יעסוק פעם בתיקונו של החוק לטיפול בחולי נפש, הוא ייטיב לעשות אם ינקוט עמדה ברורה יותר גם בעניין זה.

ה. תנאי העדר הכשירות וגבולות הפאטרנליזם

מן הדברים שנאמרו עד כה ניתן לכאורה להסיק את המסקנה שיש להחיר אשפוז של כל חולה נפש עלול, בשל מחלתו, לסכן את עצמו או את הזולת. אולם מסקנה זו אינה מתחייבת מן הדברים שנאמרו עד כה, ומה שחשוב יותר — היא אינה נכונה. גם הצירוף של תנאי המחלה, תנאי הסכנה ותנאי הקשר בין הסכנה למחלה איננו מספיק להצדקתו של אשפוז כפוי. כדי להבהיר מדוע, נבחון תחילה את המקרה של לוי. לוי, אדם קשיש, סובל ממחלת נפש חשוכה מרפא המתבטאת בהתקפים חוזרים ונשנים של מניה-דפרסיה. בזמנים שבהם הוא נתון תחת התקפי הדפרסיה כושר השיפוט וההחלטה שלו נפגם והוא עלול להתנהג בדרך שתסכן את חייו. אם יאושפו לוי בבית החולים, ניתן יהיה להשגיח על תנועותיו ולמנוע בעדו להתנהג בדרך זו. עם זאת, בפרקי הזמן שבין התקף אחד של המחלה למשנהו דעתו של לוי צלולה לחלוטין ובפרקי זמן אלה לוי מתנגד בכל תוקף לאשפוזו. אמנם הוא ער לסיכון שהוא נוטל על עצמו אם לא יאושפו, אך הוא מעדיף ליטול סיכון זה מאשר לחיות בשארית ימיו בבית חולים לחולי נפש. עמדתו של לוי בעניין זה מעוגנת בתפיסת חיים מגובשת, וגם אם ייתכן שהוא טועה בנקודה זו או אחרת, אין ספק שהוא שקל את עמדתו בכובד ראש, ללא לחצים מיוחדים, אחרי שכתן בדרך ראציונלית עמדות אפשריות אחרות.

אם העיקרון שינחה את המדיניות המשפטית בסוגיה של האשפוז הכפוי יהיה אותו עיקרון הרואה בשלושת התנאים שהזכרנו — תנאי המחלה, תנאי הסכנה ותנאי הקשר בין המחלה לסכנה — תנאים מספיקים להצדקת אשפוז כפוי, מותר יהיה, כמובן, לאשפוז את לוי, נגד רצונו, שהרי כל שלושת התנאים מתמלאים במקרה שלו. יתר על כן, לפי סעיף 5,

43 ראו לצידן כי גם תנאי הקשר, כמו תנאי הסכנה, מעורר לעמים בעיות קשות. לעמים קשה לקבוע אם הפעולות האלימות של חולי נפש מסוימים הם תולדה של מחלתם או תולדה של גורמים אחרים הקשורים בחינוך, בשכבה סוציאלית, בדרגת אינטליגנציה נמוכה ועוד. ממחקרים אמפיריים שונים שנערכו לאחרונה עולה, שאחוז לא מבוטל של חולי נפש אלימים ממשיכים להיות אלימים גם לאחר שמחלתם חלפה. ראה בעניין זה הובר ואחרים (לעיל, הערה 39) 108–109.

המקנה לפסיכיאטר המחזוי סמכות שבחובה ולא סמכות שברשות, לא זו בלבד שהפסיכיאטר המחזוי רשאי להורות לאשפוז את לוי, הוא גם חייב לעשות כן. אך האם רצוי לאמץ בחוק עיקרון המוליך למסקנה כזו? נראה לי, שיש להשיב על שאלה זו בשלילה. מכיוון שבפרקי הזמן שבין התקף אחד של המחלה למשנהו לוי כשיר מכל בחינה שהיא להחליט בעצמו אם להתאשפוז או לא, אין לאשפוזו נגד רצונו, אף-על-פי שהוא עלול, בשל מחלתו, לסכן את עצמו אם לא יאושפז.⁴⁴

אינני סבור, שיש מקום להבחין בעניין זה בין חולה נפש במצבו של לוי ובין אדם מבוגר, נורמלי, הסובל ממחלה גופנית קשה, אך מסרב בדעה צלולה להתאשפוז בבית חולים. כידוע, לפי החוק אסור לאלץ אדם כזה בכוח להיכנס לבית חולים לצורך טיפול רפואי. מי שכופה עליו אשפוז עובר לא רק עבירה של תקיפה אלא גם עבירה של כליאת שוא.⁴⁵ והוא אף חשוף לתביעת פיצויים בגין עוולה אזרחית. ייתכן שהחולה שבו מדובר מתנגד לאשפוז בגלל שיקולים הנראים לנו בלתי סבירים. ייתכן, למשל, שהוא משוכנע, על יסוד חיזויים אסטרולוגיים, עצות של רופא אליל, פירוש מסרים של כתבי הקודש וכו', כי לא יאונה לו כל רע גם אם לא יקבל טיפול רפואי בבית חולים וכי הטיפול בבית החולים רק יחמיר את מצבו. אך גם במקרה כגון זה אסור לפי החוק לאשפוז אותו ולטפל בו נגד רצונו.⁴⁶

44 במבט ראשון ניתן לחשוב שלמרות שאין להחיר אשפוז כפוי של לוי בפרק הזמן שבין התקף להקף, כאשר הוא כשיר להחליט בעצמו בשאלת אשפוזו, יש להחיר אשפוז כפוי שלו באותו פרק זמן שבו הוא מאבד את כשירותו בהשפעת המחלה. אך נראה לי, שאם לוי דורש מראש, בהיותו כשיר, שלא יאשפוז אותו נגד רצונו (מתוך כוונה להיטיב עמו) גם באותו פרק זמן שבו יאבד את כשירותו, אזי יש להתחשב בדרישתו. דברים דומים ניתן היה לומר על לוי גם אילו סבל מהפרעה נפשית שאינה בגדר מחלת נפש, אך בשל חשש מפני האפשרות שמצבו ידרדר עד כדי מחלת נפש היה מעמיד דרישה מוקדמת כזו. המיכה בדעה שיש להתחשב בדרישה כגון זו ניתן למצוא לא רק בקרב משפטנים אלא גם בין פסיכיאטרים. ראה, למשל: Developments in the Law Commitments of the Mentally Incompetent, 87 *Harvard Law Review* (1974) 1190, 1218; L.A. Roth, "A Commitment Law for Patients, Doctors and Lawyers", *American Journal of Psychiatry* 136 (1979) 1121, 1123. ניתן להעלות על הדעת כמובן גם מקרה הפוך: אדם המבקש שלא יתחשבו — אם יאבד את כשירותו בגלל מחלת נפש — בהתנגדותו לאשפוז. על הבעיות המשפטיות והמוסריות המעניינות המתעוררות במצב כזה ראה: Dresser, Rebecca, "Ulysses and the Psychiatrists: A Legal and Policy Analysis of the Voluntary Commitment Contracts", *Harvard Civil Rights and Civil Liberties Review*, 16 (1982) 775.

45 על הדין הקיים בארץ בעניין זה ראה: אמנון כרמי, הרופא, החולה והחוק (תל-אביב, ספרית מעריב, 1977) 23-57; וכן: ד' קרצ'מר, תקיפה וכליאת שוא (דיני הנוזיקין, בעריכת ג' טדסקי, ירושלים, המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי ע"ש הרי סאקר, 1981) 12-33. ראה גם: G. Williams, *Textbook of Criminal Law* (London, Stevens, 1978) 566-569.

46 למרות שענין זה לא הוכרע עד כה בפסיקה הישראלית, נראה לי שאסור, לפי החוק הקיים, לאשפוז חולה גוף או לטפל בו נגד רצונו, אפילו כאשר הוא נמצא במצב חמור. (בארה"ב פסק, כידוע, בית המשפט העליון כי אסור לעשות ערוי דם לפצוע מכת ערי ה' שהיה מוכן למות ובלבד שלא יעשו לו ערוי דם. ראה: *in Re Estate of Bernice Brooks V. Bernice Brooks*, 205, N.E. 2d. 435, 1965). אמנם יש הטוענים שרופא המטפל בחולה נגד רצונו בשעת חירום מוגן מתביעת נזיקין על ידי הגנת הצורך (ראה: ג. טדסקי עורך, דיני הנוזיקין, ירושלים, מאגנס, תש"ל, מהדורה שניה, 314, 327). אולם נראה לי שאין לטענה זו יסוד של ממש. סעיף 24(א) לפקודת הנוזיקין (נוסח חדש) פוטר את הנתבע מעוולה של תקיפה.

שאלת "גבולות הפאטרנליזם" — השאלה מתי מוצדק להתערב בחייו של אדם נגד רצונו במגמה להיטיב עמו — שימשה כידוע נושא לוויכוחים רבים⁴⁷. אך לא אעסוק כאן בניחות היסטורית או שיטתית של ויכוחים אלה. אסתפק בכך שאומר, שכדי להצדיק את הגבלת חירותו של אדם אין זה מספיק להראות שהגבלה זו מונעת ממנו לגרום לעצמו נזק רציני. אמנם יש

"אם עשה בחוס לב מעשה שהיה לו יסוד להניח שהוא לטובת הנתבע", אך פטור זה מותנה בכך שהנתבע לא יכל היה לקבל את הסכמת התובע למעשה שעשה "מפני שבנסיבות ההן לא היה בידי התובע לציין את הסכמתו". מכאן שאם היה בידי התובע לתת את הסכמתו למעשה אלא שהוא התנגד לו, הגנת הצורך לא תוכל לעמוד לנתבע. אשר לחחום הפלילי — מסעיף 18 לחוק העונשין, חשל"ז-1977, עולה, שהגנת הצורך יכולה לסייע לנתבע בתביעה פלילית רק כאשר "היה חייב להגן" על האנשים שהמעשה שעשה היה מכונן כלפיהם. אך כאשר החולה שאנו עוסקים בו מתנגד לאשפוזו או לטיפול בו, אין זה ברור כלל ועיקר שמי שמאשפז אותו חייב לאשפוזו או לטפל בו (המשמעות של "החובה להגן" שבסעיף 18 מעוררת בעיות שונות שלא אעסוק בהן כאן). לכאורה אפשר לטעון, שאסור, אמנם, לאשפז את החולה שאנו עוסקים בו כל עוד הוא מתנגד לאשפוזו, אך מותר לאשפוזו (או לטפל בו) אם בעת האשפוז הוא כבר היה, למשל, מחוסר הכרה. אך למרות שהפסיקה בארץ לא עסקה במקרה כזה, נראה לי שלפי ההיגיון שביסוד החוק הקיים גם לאשפוז האחרון אין הצדקה. נניח, לדוגמה, שחולה הסובל ממחלה גופנית קשה ער לאפשרות שהוא יאבד את הכרתו, ומטעמים של השקפה דתית או מטעמים אחרים הוא מצהיר מראש בנוכחות עדים שהוא מתנגד לכך שיאשפוזו (או יטפל בו) בבית חולים גם אחרי שיאבד את הכרתו. ועוד נניח, שהוא הצהיר הצהרה זו מרצונו החופשי אחרי ששקל את עמדתו בכובד ראש וכדעה צלולה. ונניח לבסוף, שהזמן שעבר מעת שהצהיר הצהרה זו ועד למועד שבו איבד את הכרתו היה קצר ושאינן להניח שבמשך זמן זה שינה את עמדתו. בנסיבות כגון אלה אסור לדעתי לאשפז את החולה לא כאשר הוא נמצא בהכרה וגם לא כאשר הוא מחוסר הכרה. העובדה שהוא איננו יכול להביע את רצונו כאשר הוא מחוסר הכרה איננה רלוואנטית כאן, שהרי ברור שהאשפוז נעשה נגד רצונו, וקשה להניח שהזמן האוסר לאשפוז אדם נגד רצונו אוסר לאשפוז אותו רק באותו זמן שבו הוא מביע את רצונו. ראה בענין זה N. Cantor, "A Patient's Decision to Decline Life Saving Medical Treatment", 26 *Rutgers L. Rev.* (1973) 228.

47 ראה בעניין זה, למשל: ג"ס מיל, על החרות (ירושלים, מאגנס, תש"ו) 20-22, 179, 193; ה"ל הארט, חוק, חירות ומוסר (ירושלים, אדם, 1981) 48-52; וגם: G. Dworkin, "Paternalism", in: R.W. Wasserstrom (ed.), *Morality and The Law* (California, Belmont, 1971) 107; J. Feinberg, "Legal Paternalism", *I Canadian Journal of Philosophy* (1971) 106; M. Bayles, *Principles of Legislation* (Detroit, Wayne University Press, 1978) 119-140.

על בעיות משפטיות שונות שהתעוררו בארץ סביב סוגיית הפאטרנליזם ראה: ע' שפירא, "בשולי פרשת הקסדות: זכותה של החברה להגן על הפרט מפני עצמו", *עיוני משפט* ב (חשל"ב) 513; אמנון רובינשטיין, *אכיפת מוסר בחברה מתירנית* (ירושלים, שוקן, 1975) 86-91; עדי פרוש, "החוק כמכשיר לאכיפת מוסר", *עין כו* (תשל"ה) 159-164; וכן: עדי פרוש, "פסק הדין בפרשת מעין — הבטים משפטיים ומוסריים", *משפטים*, יב (תשמ"ג) 543-557. יש להעיר, שקשה למצוא במשפט הישראלי (אך גם בשיטות משפט אחרות) עמדה קוהרנטית אחידה בסוגיית הפאטרנליזם. יש חוקים המבטאים עמדה פאטרנליסטית ויש חוקים המבטאים עמדה אנטי-פאטרנליסטית, ואינני סבור שמאחורי הבדלי עמדה אלה ניצבת תיאורית מגובשת על גבולות הפאטרנליזם. כאשר אני מסתמך לצורך הדין על החוק האנטי-פאטרנליסטי האוסר אשפוז כפוי של חולי גוף, אינני עושה זאת אפוא בהנחה ששיטת המשפט שלנו בכללותה היא אנטי-פאטרנליסטית. אני ער לכך שקיימים בשיטת המשפט שלנו חוקים פאטרנליסטיים לא מעטים, אלא שנראה לי שחלק מחוקים אלה אינם מוצדקים, בעוד שהחוק האנטי-פאטרנליסטי האוסר אשפוז כפוי של חולי גוף נראה לי מוצדק.

הגבלות פאטרנליסטיות שלית מאן דפליג שהן מוצדקות. אין ספק, למשל, שבאשר הורה מונע מתינוקו להתקרב אל אש (מתוך דאגה לשלומה) הוא מגביל אותו הגבלה פאטרנליסטית מוצדקת. אך ההצדקה להגבלה זו אינה נעוצה כל-כולה בכוונה למנוע מהתינוק לגרום לעצמו נזק חמור, שאילולא כן קשה היה להבין מדוע אין זה מוצדק למנוע מאנשים רבים לבחור בעצמם את האשה שאתה יתחתנו, המקצוע שבו יעסקו, המזון שאותו יאכלו וכו'. אין ספק, שההחלטות של אנשים רבים בעניינים אלה הן החלטות מוטעות העלולות לגרום להם נזק גדול, אם לא להמיט עליהם אסון. מי שסבור, שלמרות זאת אין לחברה זכות מוסרית למנוע מבני אדם להתנהג בעניינים אלה כרצונם, לא יוכל לראות בעובדה שמישהו עומד לגרום לעצמו נזק חמור תנאי מספיק להצדקתה של הגבלה פאטרנליסטית.

אם אנו נוטים לחשוב, שההגבלה הפאטרנליסטית של התינוק הרוצה לנגוע באש היא הגבלה מוצדקת, בעוד שהגבלה פאטרנליסטית של אדם רגיל הרוצה להתחתן עם אשה שאינה מתאימה לו היא הגבלה בלתי מוצדקת, הסיבה לכך אינה נעוצה בנוק העלול להיגרם להם אם יעשו כרצונם. ההסבר להבחנה האינטואיטיבית שאנו מבחינים בין שתי הגבלות פאטרנליסטיות אלה נעוץ, לדעתי, בראש וראשונה בכך שתינוק הרוצה לנגוע באש אינו מסוגל להבין או לשקול את התוצאות האפשריות של המעשה שהוא רוצה לעשות; הוא כלל אינו ער לכך שהוא ייכווה עקב מעשה זה, ומכיוון שאנו סבורים כי התינוק אינו מסוגל לקבוע בעצמו, בדרך אוטונומית, כיצד לנהוג, אין אנו רואים בהתערבות הפאטרנליסטית בחייו כל פגם מוסרי — היא אינה פוגעת בערך שאנו מייחסים לשמירה על כבודו של האדם ריצור אוטונומי.

מכל הבחינות הללו שונה מצבו של התינוק ממצבו של אדם מבוגר המחליט באורח וולונטרי, לאחר שיקול דעת, להתחתן עם אשה מסוימת או לעסוק במקצוע מסוים וכו'. ייתכן שהחלטתו בעניינים אלה היא החלטה מוטעית, וייתכן שייגרם לו בעטייה נזק של ממש, אך זוהי החלטה וולונטרית, אוטונומית, שהוא מייחס לה חשיבות רבה, ואם הוא מחזיק בה, למרות הניסיונות לשכנעו לחזור בו ממנה, אין לחברה זכות למנוע ממנו לממש.

השאלה שמתבקשת כאן היא האם מעמדו של חולה הנפש אינו דומה, מבחינת השיקולים האחרונים, למעמדו של התינוק דווקא? הרי כושר השיפוט שלו בכל עניין שהוא פגום תמיד מיסודו והוא אינו מתנהג כפי שהוא מתנהג מרצונו החופשי. אולם לטענה האחרונה אין כל אחיזה במציאות, וגם בה, כמו בטענות רבות אחרות על חולה הנפש, יש לראות דעה קדומה בלבד. אמנם יש חולי נפש שמחלתם פוגעת בכושר השיפוט שלהם, במשך כל תקופת המחלה, בכל עניין שהוא. (כזה הוא, בדרך כלל, המצב שבו נמצאים החולים בסכיזופרניה קטטונית, למשל). אך מספרם של חולים אלה בקרב חולי הנפש הוא יחסית קטן למדי. רוב רובם של חולי הנפש שייכים לאותה קבוצה של חולים שמחלתם פוגעת בכושר השיפוט שלהם בעניינים מסוימים (רבים יותר או פחות — הכל לפי מצבם) או בזמנים מסוימים (ממושכים יותר או פחות). בעניינים אחרים או בזמנים אחרים כושר השיפוט שלהם יכול להיות תקין לחלוטין, ובעניינים אלה הם מסוגלים לחשוב ולהתנהג בדרך שאיננה שקולה פחות או ראציונלית פחות מן הדרך שבה חושבים ומתנהגים אנשים אחרים.⁴⁸

48 ראה בעניין זה ליברמור ואחרים (לעיל, הערה 22) Note; 89–88 (לעיל, הערה 6) 1214–1219; מורס (לעיל, הערה 29) 64–65.

אם לחזור לדוגמאות שהבאנו לעיל, למרות שראובן הוא פאראנואיד, כושר השיפוט שלו בכל הנוגע לטיפוס על הרים, למשל, איננו שונה מזה של חבריו למועדון, והגם שמעון הוא סכיופרן, כושר השיפוט שלו בכל הנוגע לארגון ותכנון מעשי פשע אף עולה על זה של מרבית חבריו. אשר ללוי — באותם זמנים שבהם הוא איננו נתון תחת התקפי המניה-דפרסיה, כושר השיפוט שלו, בכל עניין, תקין לחלוטין. יש להדגיש, שהמקרים של ראובן, שמעון ולוי אינם מקרים דמיוניים, יוצאי דופן. מרבית הפאראנואידים, הסכיופרנים והמניה-דפרסיביים דומים לראובן, שמעון ולוי מבחינה זו שגם הם מסוגלים, בעניינים שונים או בזמנים שונים, לחשוב ולהתנהג בדרך רציונלית.⁴⁹ תהא זו, לפיכך, טעות להתייחס אל חולה הנפש כפי שמתייחסים אל אדם שכושר השיפוט שלו פגום תמיד מיסודו.

דברים דומים ניתן לומר לא רק על כושר השיפוט של חולה הנפש, אלא גם על כושר השליטה העצמית שלו (כהנחה שמדובר כאן על שני כשרים שונים, האחד בתחום הקוגניטיבי והשני בתחום של כוח הרצון). הדעה, שתולה הנפש פועל תמיד מתוך דחף שאינו בר-כיבוש אינה שונה מן הדעה שכושר השיפוט שלו פגום תמיד מיסודו — גם היא איננה אלא דעה קדומה.

בהקשר זה ראוי לציין, שהחוק הפלילי לא הלך שולל אחרי דעות קדומות אלה. כידוע, כדי להוכיח שאדם פטור מאחריות פלילית לעבירה שביצע אין זה מספיק להוכיח שהוא חולה נפש. יש להוכיח גם שהוא חולה נפש "אשר בשעת מעשה לא היה מסוגל, מחמת מחלה שפגעה בשפיותו, להבין את שהוא עושה או לדעת שאסור לו לנהוג כפי שנהג" או (לפי הכלל שהוסיפה הפסיקה הישראלית בעניין זה⁵¹) שהוא חולה נפש שעשה מה שעשה בגלל דחף שאיננו בר-כיבוש. אילו היה המחוקק סבור, שתולה הנפש הוא אדם שאיננו מסוגל אף פעם לא לחשוב בצורה הגיונית ולא לשלוט בעצמו, בוודאי היה קובע בקיצור ובפשטות שיש לשחרר מאחריות פלילית כל חולה נפש. אך הוא לא עשה כן.

אין צורך, אם כן, לנתח כאן את עקרונות האחריות הפלילית כדי להבין שהם מבוססים על ההנחה שגם חולי נפש מסוגלים לעתים להבין מה הם עושים (במישור הקוגניטיבי) ואף לשלוט במה שהם עושים (במישור הרצוני). הנחה זו מובלעת לא רק בהוראות החוק הפלילי, אלא גם בהוראות חוק אחרות מתחומים שונים. לפי חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, למשל, בית המשפט מוסמך להכריז על אדם "שאיננו מסוגל מחמת מחלת נפש לדאוג לענייניו" שהוא פסול דין.⁵² אילו היה המחוקק סבור, שתולה הנפש הוא אדם

49 יש פסיכיאטרים ראדיקליים שלא היו מסתפקים בטענה האחרונה אלא מרחיקים לכת עוד יותר וטוענים שגם ההתנהגות המוזרה ביותר של חולה הנפש היא תמיד התנהגות רציונלית. לא כאן המקום לדון בעמדה זו, אך נראה לי שהיא אינה משכנעת. בעניין זה ראה: B. Brown, "Psychosis and Irrationality", in: S. Benn & F. Mortimer (eds.), *Rationality and the Social Sciences*, (London, Routledge, 1976) 332-359. ראה גם מאמרו של מור (לעיל, הערה 20).

50 ראה סעיף 19 לחוק העונשין, תשל"ז-1977.

51 בעניין זה ראה: י' בזק, אחריותו הפלילית של הלקוי בנפשו (מהדורה ב' ירושלים, קריית ספר, תשל"ב). וכן: י' לוי וא' לדרמן, עיקרים ואחריות פלילית (פרסומי הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל-אביב, 1981) 275-301.

52 ראה חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב-1962, סעיף 8.

שאינו מסוגל אף פעם לדאוג לענייניו (משום שהוא אינו מסוגל להבין מה הוא עושה או לשלוט במה שהוא עושה), מה טעם לא קבע בקיצור שבית המשפט מוסמך להכריז על כל חולה נפש שהוא פסול דין? מן הנוסח שבחר המחוקק עולה בבירור שהוא הניח שיש חולי נפש המסוגלים, למרות מחלתם, לדאוג לענייניהם. ההנחה, שיש חולי נפש המסוגלים לדאוג לענייניהם מובלעת, לאמיתו של דבר, גם בחוק לטיפול בחולי הנפש, תשט"ו-1955, עצמו. רק על יסוד הנחה זו ניתן להבין את ההוראה שבסעיף 18 לחוק זה: "... ראה המנהל של בית החולים כי חולה שאושפז אינו מסוגל לדאוג לענייניו ... יחידע על כך לשר הבריאות". אם כל חולה נפש, באשר הוא חולה נפש, לא היה מסוגל לדאוג לענייניו, לא היה בהוראה האחרונה כל היגיון.

דברים דומים ניתן לומר גם על המדיניות המשפטית שבאה לידי ביטוי בסוגיות שונות מתחום דיני הניזקין, דיני החוזים, דיני ירושה וצוואה, דיני ראיות ועוד. אם הדין הקיים איננו משחרר כל חולה נפש מן החובה לפצות אדם שניזוק בעטיו⁵³, אם איננו קובע שכל התחייבות חוזית של חולה נפש⁵⁴ או כל צוואה שהוא כותב הן חסרות תוקף⁵⁵, אם איננו פוסל כל חולה נפש לעדות⁵⁶ ועוד, הרי זה משום שהוא מניח שכושר השיפוט וההחלטה שלו בעניינים אלה איננו שונה חמיד מזה של בני אדם אחרים.

אולי יכול הטוען לטעון, שאפילו אם חולי נפש רבים כשירים להכריע בעצמם בשאלות שונות הנוגעות לעתידם, לעולם אינם כשירים להכריע בעצמם בשאלת אשפוזם. אולם גם טענה זו אין כל סיבה לקבלה. יש חולי נפש המסוגלים להבין ולהעריך את התוצאות האפשריות של אשפוזם או אי-אשפוזם, והחלטתם בעד או נגד האשפוז אינה בהכרח תולדה של דחף שאינו בר-כיבוש. אם כשירותו של אדם להכריע בעצמו בעניין כלשהו תלויה ביכולת ההבנה שלו מכאן וביכולת השליטה העצמית שלו מכאן, אזי חולי נפש לא מעטים כשירים לעתים להכריע בשאלת אשפוזם לא פחות משהם כשירים להכריע בשאלות אחרות. מן העובדה שאדם חולה במחלת נפש לא נובע, אם כן, שהוא איננו כשיר להסכים — הסכמה מידעת (Informed Consent) — לאשפוזו.

אמנם קיימת נטייה לראות בעצם התנגדותו של החולה לאשפוזו הוכחה מספקת לכך שהוא איננו כשיר להכריע בעצמו בשאלת אשפוזו, אך נטייה זו, הגם שניתן להבין את שורשיה, יש להיזהר מפניה. ראשית, התנגדותו של חולה לאשפוזו עשויה לעיתים להיות מוצדקת. לא פעם מסתבר, שאשפוזו של החולה לא היה לו לברכה. יש כידוע פסיכיאטרים "ראדיקליים" הסבורים, שהאשפוז בבית החולים לחולי נפש מביא בדרך כלל רק נזק. אך גם מי שאינו מקבל דעה קיצונית זו לא יכפור בכך שיש מקרים שבהם מתברר שהיה זה משגה לאשפוז את החולה.

שנית — וזוהי נקודה חשובה יותר — אפילו באותם מקרים שבהם ברור, שהחלטתו של החולה להתנגד לאשפוזו היא החלטה מוטעית, אין לפסול אפריורי את האפשרות שהוא היה

53 על אחריותו של חולה נפש בניזקין ראה: ג' טדסקי (עורך), דיני נזיקין (מהדורה ב', ירושלים, מאגנס, תשל"ז) 131-140.

54 ראה: ג' שלו, פגמים בכריתת תווה (פירוש לחוקי החוזים, בעריכת ג' טדסקי, ירושלים המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי ע"ש ה' סאקר, תשמ"א) 116.

55 בעניין זה ראה: פ"ה שטראוס, דיני הירושה בישראל, (ירושלים, שוקן, תש"ל) 81.

56 בעניין זה ראה: א' הרנק, דיני ראיות, חלק א' (ירושלים, פרסומי הפקולטה למשפטים, תשל"ז) 73.

כשיר לקבל החלטה זו בעצמו. השאלה האם החלטה שאדם החליט היא החלטה נכונה (מבחינת האינטרסים שלו או מבחינה אחרת) והשאלה האם אדם זה היה כשיר לקבל החלטה זו בעצמו הן שתי שאלות שונות שחשוב להפריד ביניהן. גם אדם שאיננו כשיר להכריע בעצמו בעניין כלשהו עשוי לקבל בדרך מקרה החלטה נכונה באותו עניין, וגם אדם הכשיר להכריע בעצמו באותו עניין עלול, מסיבה זו או אחרת, לטעות בהחלטתו. דברים אלה כוחם יפה לגבי כל אדם, לרבות אדם הסובל ממחלת נפש.

כדי להבהיר נקודה זו נחזור שוב למקרה של לוי. כזכור, בפרקי הזמן שבין התקף אחד למשנהו היה לוי ער לכך שהוא עלול לסכן בשל מחלתו את חייו אם לא יאושפו, אלא שהוא החליט, בדעה צלולה, לאור שיקולים שונים המעוגנים בתפיסת החיים והערכים שלו, להתנגד לאשפוז. נראה היה לו, שבמצבו ובגילו הוא ייטיב לעשות אם יטול על עצמו את הסיכון שבו מדובר ובלבד שלא יחיה בשארית ימיו בבית חולים לחולי נפש.

ייתכן שהחלטתו של לוי היתה מוטעית, אם כי ייתכן שהפסיכיאטר שחשב שעליו להסכים לאשפוז הוא שטעה. (ההכרעה בעניין זה אינה פשוטה, שכן היא תלויה לא רק בשאלות עובדתיות אלא גם בשאלות ערכיות.) אך אפילו נניח, שהחלטתו של לוי להתנגד לאשפוז היתה מוטעית, אין ספק שהיה כשיר להכריע בעניין זה בעצמו, שהרי החלטתו לא נבעה מרחף שאיננו בר-כיבוש, והוא בחן היטב, בדרך ראציונלית, את השיקולים בעד ונגד אשפוזו. כדי לקבוע, שחולה כלשהו אינו כשיר להכריע בעצמו בשאלת אשפוזו, אין זה מספיק, אם כן, להוכיח שהוא טועה בהתנגדותו לאשפוז. יש לבדוק את המצב שבו נמצא אותו חולה, ורק אם בדיקה זו מעלה שהוא איננו מסוגל כלל לחשוב בצורה הגיונית על האופציות הפתוחות בפניו, או שהוא איננו מסוגל — בגלל דחף שאינו בר-כיבוש, למשל — לבחור בצורה חופשית ביניהן, רק אז ניתן לקבוע את העדר כשירותו⁵⁷.

כמובן, ההבחנה בין כשירות להעדר כשירות אינה הבחנה חדה (ואין בכך כדי להפליא — אם נותנים את הדעת לעמימות הרבה של קריטריונים כמו "יכולת לחשוב בצורה הגיונית" או "דחף בר-כיבוש"). יש, ללא ספק, חולי נפש שקשה או אף בלתי אפשרי לקבוע בפסקנות שהם כשירים (או שהם בלתי כשירים) להכריע בעצמם בשאלת אשפוזם. עם זאת, יש חולי נפש שברור, לפי כל קריטריון סביר, שהם כשירים להכריע בעצמם בשאלת אשפוזם (לוי הוא רק אחד מחולים אלה)⁵⁸. לא ייתכן שהחוק יטיל על חולים אלה אותן הגבלות

57 מכיוון שאינני עוסק במאמר זה בנוהלי האשפוז הכפרי, לא אעסוק כאן בשאלה אם העדר הכשירות בענייננו צריך להיקבע על-ידי בית המשפט במסגרת הליכים כגון אלה שנקבעו בחוק הכשירות המשפטית והאפוסטרופוסות, תשכ"ב-1962, או בדרך אחרת. אסתפק בכך שאומר, שהחוק הקיים איננו קובע הסדר משפטי למינוי אפוסטרופוס שייצג את האינטרסים של החולה שאיננו כשיר להחליט בעצמו בשאלת אשפוזו. ואם חולה זה מסכים לאשפוזו, אשפוזו נחשב מבחינת החוק לאשפוז מרצון. על התוצאות החמורות של מצב משפטי זה ראה אבירם ושניט (לעיל, הערה 5) 124-127.

58 על ניסיון שנעשה לאחרונה לגבש בדרך שיטתית מבחנים אופראטיביים בשאלת הכשירות של חולה נפש להכריע בעצמו בשאלת אשפוזו ראה: L. Roth, A. Meisel & C. Lidz, "Tests of Competence to Consent to Treatment", *American Journal of Psychiatry* 134 (1977), 279. אמנם גם המבחנים שהוצעו במאמר האחרון סובלים ממידה לא מבוטלת של עמימות, והם טעונים ללא ספק חידוד. אך העובדה שמבחני הכשירות בענייננו, כמו בעניינים אחרים, אינם מבחנים חדים, אינה, כמובן, סיבה להפסיק להשתמש בתחום המשפט בהבחנה בין כשירות להעדר כשירות.

פאטרנליסטיות שהוא מטיל על חולים שברור שהם אינם כשירים להכריע בעצמם בשאלה זו. כזכור, לפי סעיף 5 הפסיכיאטר המחוזי חייב להורות לאשפוז כל חולה נפש העלול לסכן את עצמו. לא זו בלבד שהפסיכיאטר המחוזי רשאי לפי סעיף זה להורות לאשפוז חולים כמו לוי, הוא אף חייב להורות לאשפוזם, ומצב משפטי זה אין להשלים עמו.

לכאורה אפשר לטעון, שדווקא שיטת משפט המכירה במשקל הרב שיש לערך של חופש ואוטונומיה צריכה להתעלם בענייננו מן ההבחנה בין כשירות להעדר כשירות, שהרי כל חולה נפש — גם חולה נפש שהוא כשיר להחליט בעצמו בשאלת אשפוזו — פועל במקרים רבים מתוך דחפים אי-ראציונליים שהוא איננו מסוגל להתמודד אתם בכוחות עצמו, ודווקא הטיפול בבית החולים עשוי לשחרר את החולה מדחפים אלה ולהפוך אותו לאדם חופשי יותר, אוטונומי יותר, משהיה. אך נראה לי, שגם טענה זו אינה משכנעת, ולו מן הטעם הבא. כאשר החולה כשיר להחליט בעצמו בשאלת אשפוזו, אין לחברה זכות לאשפוז אותו נגד רצונו, אפילו אם האשפוז עשוי להפוך אותו לאדם חופשי יותר משהיה. ההנחה, שיש לחברה זכות להגביל את חופש הפרט (נגד רצונו) בכל מקרה שהדבר יאפשר לה להרחיב את החופש שלו (או להעמיקו) היא הנחה מוטעית ומסוכנת. כשם שאין לחברה זכות להגביל את חופש הפרט בכל מקרה שהדבר יאפשר להפוך אותו לאדם מאושר יותר משהיה, כך אין לה זכות להגביל את חופש הפרט בכל מקרה שהדבר יאפשר להפוך אותו לאדם חופשי יותר משהיה. במקרים רבים — והמקרה שאנו עוסקים בו הוא אחד מהם — "פאטרנליזם למען חופש" איננו נראה לי צודק יותר ומסוכן פחות מ"פאטרנליזם למען אושר". לשני סוגי הפאטרנליזם יש, בתנאים מסוימים הצדקה כאשר החולה איננו כשיר להחליט בעצמו בענייניו. אך כאשר הוא כשיר להחליט בעצמו בענייניו אין, כמדומני, הצדקה אף לא לאחד מהם.⁵⁹

בפרק הקודם ראינו, שתנאי המחלה ותנאי הסכנה שסעיף 5 קובע אינם מספיקים ויש להוסיף להם את תנאי הקשר בין הסכנה למחלה. מן הדין בפרק זה עולה, שגם תוספת זו אין בה די, שהרי בין החולים העלולים לסכן את עצמם בשל מחלתם יש חולים שכשירותם להחליט אם להסכים לאשפוז אינה מוטלת בספק, וחולים כאלה אין לאשפוז נגד רצונם מטעמים פאטרנליסטיים.

נראה אפוא, שכאשר מדובר באשפוז פאטרנליסטי — אשפוז שנועד להגן על החולה מפני עצמו — יש להוסיף לשלושת התנאים שהוזכרו — תנאי המחלה, תנאי הסכנה ותנאי הקשר בין המחלה לסכנה — תנאי רביעי, התנאי של העדר הכשירות להתנגד או להסכים לאשפוז.⁶⁰ העובדה שתנאי זה אינו מופיע בסעיף 5 או בסעיף אחר שבחוק לטיפול בחולי

59 אני ער לכך שניתוח יסודי, שיטתי, של ההנחות התיאורטיות שביסוד עמדה זו מחייב דיון נוסף, אך דיון כזה היה תורג מגבולותיו של המאמר הנוכחי.

60 ראוי לציין, שכאשר בוק ואבירם ושניט מבהירים מה הם, לדעתם, התנאים שבהם יש להתנות אשפוז כפוי, ניתן להבין מדבריהם שהם רואים בתנאי המחלה ובתנאי הסכנה תנאים מספיקים להצדקת אשפוז כפוי. ראה מאמרו של בזק, "אשפוז כפוי של חולי נפש בישראל" (לעיל, הערה 10) 94; וכן אבירם ושניט, טפול פסיכיאטרי וחרדות הפרט (לעיל, הערה 5) 232–233. אמנם אבירם ושניט טוענים שיש להתיר (כדף הרצוי) לא רק אשפוז כפוי של חולי נפש העלולים לסכן את עצמם או את הזולת, אלא גם חולי נפש "המוגבלים באופן חמור ביותר" ("Gravely Disabled") בלשון החוק בקליפורניה, שבו הם רואים את המודל לחוק הרצוי בעניין זה). והקטגוריה האחרונה כוללת לדבריהם את כל אותם חולים

נפש, תשט"ו-1955, היא אחת הסיבות לצורך בחיקונו של חוק זה. ייתכן שהמתחוקק לא ראה צורך להדגיש תנאי זה משום שהוא הניח שתנאי המחלה כבר כולל בתוכו את תנאי העדר הכשירות. אך כפי שראינו זוהי טעות. כשם שתנאי המחלה איננו כולל בתוכו את תנאי הסכנה, כך אין הוא כולל בתוכו את תנאי העדר הכשירות. הדעה, שכל חולה נפש עלול לסכן את עצמו או את הזולת היא דעה קדומה, אך גם הדעה ששום חולה נפש איננו כשיר להכריע בעצמו בשאלת אשפוזו היא דעה קדומה.

הנקודה האחרונה שרצוני לעמוד עליה נוגעת לחולה נפש העלול לסכן מחמת מחלתו לא את עצמו אלא את הזולת. התנאי של העדר הכשירות, כך טענתי, הוא תנאי הכרחי לאשפוז כפוי של חולה העלול לסכן את עצמו. אך האם יש לראות בו תנאי הכרחי גם כשמדובר בחולה העלול לסכן את הזולת? נניח, שחולה נפש בשם יהודה, הסובל מפעם לפעם מהתקפי פאראנויה פסיכוטית, משוכנע ללא כל יסוד שאחיו זומם לרצוח אותו. נניח גם, שיש הסתברות גבוהה שבמשך ההתקף הקרוב של מחלתו הוא ינסה לרצוח את אחיו (הוא כבר תקף אותו כמה פעמים בעבר). נניח לבסוף, שבפרק הזמן שבין התקף להתקף דעתו של יהודה צלולה לחלוטין, והוא מבין שהוא עלול, בשל מחלתו, לרצוח את אחיו אם לא יאושפו, אלא שמסיבות שונות, שאינן קשורות במחלתו, הוא מתנגד (התנגדות וולונטרית, מידעת) לאשפוזו. נראה לי, שלמרות שיהודה כשיר בפרק זמן זה להתנגד לאשפוזו, מותר לאשפוזו נגד רצונו, מבלי לחכות לזמן שבו יאבד את כשירותו.

כאשר חולה נפש עלול לסכן את עצמו יש מקום לטענה שאם הוא כשיר להתנגד לאשפוזו, אין למדינה זכות מוסרית לכפות עליו אשפוז (כפי שאין לה זכות לעשות כן כשמדובר בחולה נורמלי המסרב לקבל טיפול רפואי במחלה גופנית). אך כאשר הסכנה שמדובר בה היא סכנה לזולת, המצב שונה. המטרה של הגנה על אדם חף מפשע מפני חולה נפש העלול, מחמת מחלתו, להורגו מצדיקה, כאשר אין ברירה אחרת, את האשפוז הכפוי של החולה אפילו אם בעת האשפוז היה החולה כשיר להתנגד לאשפוזו. התנאים לאשפוז כפוי שנועד להגן על החולה מפני עצמו אינם זהים אפוא עם התנאים לאשפוז כפוי שנועד להגן על הציבור מפני החולה. בעוד שהתנאי של העדר הכשירות מהווה אחד התנאים ההכרחיים לאשפוז שהמניע שלו הוא מניע פאטרנליסטי, הוא אינו מהווה תנאי הכרחי לאשפוז שנועד להגן על הציבור. אחת מנקודות התורפה של סעיף 5 נעוצה בכך שהוא כורך בכפיפה אחת אשפוז פאטרנליסטי ואשפוז לא פאטרנליסטי. כאשר יגבש המתחוקק מחדש את המדיניות בסוגיה של העילות לאשפוז כפוי, רצוי, אם כן, שהוא יקבע את התנאים להצדקתם של שני סוגי אשפוזים אלה בנפרד.

1. תנאי העדר האלטרנאטיבה

נניח, שכל התנאים שדיברנו עליהם עד כה — תנאי המחלה, הסכנה, הקשר בין המחלה לסכנה והעדר הכשירות — מתמלאים לגבי אדם מסוים. האם די בעובדה זו כדי להצדיק

"שאיןם יכולים מחמת מחלתם לראוי לצרכיהם הבסיסיים... והנעדרים יכולת לקבל החלטה רציונאלית לגבי הצורך בטיפול" (שם, עמ' 233). אך העדר היכולת לקבלת החלטה רציונלית בעניין זה מהווה לפי אבירם ושניט תנאי נפרד עצמאי לאשפוז שפוי (לעניין זה עוד נשוב בהמשך), ולא תנאי מצטרף הכרחי לתנאי המחלה והסכנה. בנקודה זו עמדתי שונה אפוא מעמדתם.

אשפוז כפוי של אדם זה? נראה לי, שיש תנאי חשוב נוסף שבלעדיו אין לאשפוז הכפוי הצדקה, וגם תנאי זה רצוי שיופיע במפורש בחוק הקובע את העילות לאשפוז כפוי. מכיוון שתנאי זה, בניגוד לתנאים הקודמים, אינו מעורר בעיות מיוחדות, אעמד עליו בקיצור. לפי החוק הקיים הפסיכיאטר המחוזי חייב להורות לאשפוז בבית החולים כל חולה העלול לסכן את עצמו או את הזולת. אך גם אם נקבל את ההנחה שהתנאים המיוחדים של בית החולים מאפשרים למנוע או לפחות להקטין במידה ניכרת את הסכנה הנשקפת מן החולה, אין זה ברור כלל ועיקר ש רק בבית החולים ניתן להשיג מטרה זו. מה, למשל, יהיה דינו של חולה העלול, אמנם, לסכן את עצמו, או את הזולת, אך שניתן למנוע את הסכנה הנשקפת ממנו בביתו. נניח, למשל, שמשפחתו מוכנה ויכולה לדאוג לכך שהוא יהיה נתון כל העת להשגחה ופיקוח, והיא אף מוכנה ויכולה לשכור את שירותם של אנשי מקצוע שונים על מנת לוודא שהחולה יקבל את הטיפול שהוא נזקק לו בביתו. ומה יהיה דינו של אותו חולה, שניתן לטפל במחלתו טיפול יעיל, המונע או מקטין את הסכנה הנשקפת ממנו במסגרת קהילתית מחוץ לכתלי בית החולים? (למרות שהטיפול במסגרת קהילתית עדיין איננו מקובל בישראל באותה מידה שהוא מקובל במדינות שונות במערב, יש להניח שהמגמה להרחיב את מסגרת הטיפול הקהילתי לא תפסח גם על ישראל).⁶¹

יש להדגיש, שגם כאשר אין מנוס מהגבלת החירות, לצורך השגחה של מטרה חיונית מסוימת, אם ניתן להשיג מטרה זו בשתי דרכים — על ידי הגבלת חירות רחבה או על ידי הגבלת חירות מצומצמת יותר — עדיף, כשכל שאר הגורמים שווים, לבחור בהגבלת החירות המצומצמת יותר. עיקרון זה — "עקרון ההגבלה המצומצמת ביותר" (או "The Least Restrictive Alternative Principle", כפי שמקובל לננות עיקרון זה במשפט האמריקני) — מחייב את המסקנה שאין לאשפוז חולה נגד רצונו בבית חולים כאשר ניתן להשיג את מטרת האשפוז בדרך אחרת, שהגבלת החירות הכרוכה בה איננה כה חמורה כמו זו הכרוכה באשפוז כפוי בבית החולים.

לעומת זאת, אם נבין את סעיף 5 כפשוטו, תחייב ממנו המסקנה שבכל מקרה הפסיכיאטר המחוזי חייב להורות לאשפוז את החולה העלול לסכן את עצמו או את הזולת בבית החולים. ייתכן שהמחוקק חשב בטעות שרק במסגרת בית החולים ניתן למנוע או להקטין במידה ניכרת את הסכנה הנשקפת מן החולה, אך ייתכן גם שהוא לא חשב כך אלא הניח כדבר המובן מאליו שכאשר קיימת דרך חליפית נאותה למניעת הסכנה, אין הצדקה לאשפוז בבית החולים. בין כה ובין כה, כדי למנוע אי-הבנות, רצוי שתנאי "העדר האלטרנטיבה" יוזכר במפורש בחוק.⁶²

61 על המגמה ל"דה-אינסטיטוציונאליזציה" בתחום שירותי בריאות הנפש במדינות שונות במערב ראה: U. Aviram, "Facilitating Deinstitutionalism — a Comparative Study", *International Journal of Social Psychiatry* (1981) 27 (1) 23–32.

62 תנאי זה הוא אחד התנאים לאשפוז כפוי הכלולים בנוסח העקרונות שעליהם המליצה ועדת מומחים בינלאומית של האו"ם שעסקה בסוגיה זו. ראה: *Human Rights Internat. Reporter*, 6 (1980) Article 14 (b), 149. על מעמדו של תנאי זה בפסיקה האמריקנית ראה: B. Ennis & R. Emory, *The Rights of Mental Patients* (N.Y., Avon, 1978) 57–60.

ז. אשפוז כפוי של חולה נפש לא מסוכן

א. הדין הקיים

חולה הנפש שבו עסקנו עד כה הוא חולה העלול לסכן את עצמו או את הזולת. חולה כזה, כך טענתי, אם מלבד תנאי הסכנה מתמלאים לגביו גם כמה תנאים נוספים, יש להתיר את אשפוזו הכפוי. אולם, מה באשר לחולה שתנאי הסכנה אינו מתמלא לגביו — כל הבדיקות מוליכות למסקנה שאין לחשוש לא מפני האפשרות שהוא יסכן את עצמו ולא מפני האפשרות שהוא יסכן את הזולת — האם רשאי הפסיכיאטר המחוזי לפי הדין הקיים להורות לאשפוז גם חולה כזה נגד רצונו? והאם הדין הרצוי זהה בעניין זה עם הדין הקיים? כמובן, השיקול הפאטרנליסטי בדבר הצורך למנוע מן החולה לסכן את עצמו איננו חל על החולה הנדון. אך האם אין במקרה זה תוקף לשיקול פאטרנליסטי אחר — זה המבוסס על הרצון לטפל בחולה ולהקל על סבלו?

למרות שבית המשפט העליון לא ניצב עד כה בפני הצורך להכריע בשאלה האחרונה ניתן להסיק מדבריהם של שניים מהשופטים בפסק הדין ירמלוביץ שהם היו משיבים עליה בשלילה. לדברי השופטת מ' בן-פורת "כל עוד מדובר בחולה, ולו גם זקוק לטיפול, שאינו מהווה סכנה, אין, כמובן, לשלול חרותו בעל כורחו, ומותר לאשפוזו רק בהסכמתו".⁶³ השופט ח' כהן (כתוארו אז) מחזיק גם הוא באותה עמדה, וכאשר הוא מבחיר את ההבחנה בין "אשפוז שלא לצורך" ל"אשפוז שלא כדין" הוא אומר: "אם היה צורך רפואי בהוראת אשפוז אבל למעשה לא נוכח הפסיכיאטר המחוזי שעלול החולה לסכן את עצמו או את זולתו, כי אז ניתנה ההוראה שלא כדין והפסיכיאטר הוא בר עונשין".⁶⁴

גם השופטת מ' בן-פורת וגם השופט ח' כהן מניחים אפוא, שהחוק מחיר לפסיכיאטר המחוזי להורות לאשפוז חולה נפש נגד רצונו רק כאשר הוא עלול לסכן את עצמו או את הזולת. בדעה דומה החזיק, ככל הנראה, גם הפרופ' י' בזק.⁶⁵ אבירים ושניט, לעומת זאת, נוקטים עמדה שונה, ובדברי הביקורת שהם מותחים על פסק הדין בפרשת ירמלוביץ הם טוענים, שעמדתם של השופטים מ' בן-פורת וח' כהן נשענת על פירוש מוטעה של סעיף 5.⁶⁶ הם מסתמכים בעניין זה בין השאר על סעיף 7(א) הקובע:

63 פסק הדין ירמלוביץ (לעיל, הערה 8) 775.

64 שם, 782. לפי סעיף 29(ב) לחוק לטיפול בחולי נפש, תשט"ו-1955, "מי שגרם ביוזעם לאשפוזו של אדם בבית חולים לפי חוק זה ללא צורך או שלא כדין, דינו מאסר חמש שנים". אפשר אולי לחקוף את עמדתם של השופטים מ. בן-פורת וח. כהן בטענה כי אין בחוק הוראה מפורשת הקובעת כי אסור לאשפוז חולה לא מסוכן נגד רצונו, ומן העובדה שהחוק מחייב את הפסיכיאטר המחוזי להורות על אשפוזו של חולה מסוכן לא נובע שהחוק אוסר עליו להורות לאשפוז חולה לא מסוכן. אולם ביקורת זו אינה משכנעת ולו רק משום העקרון שאין רשות להגביל את זכויות היסוד של הפרט ללא הוראה מפורשת בחוק.

65 ראה מאמר, "אשפוז כפוי של חולי נפש בישראל" (לעיל, הערה 10) 81. מראיונות שערכו אבירים ושניט עם הפסיכיאטרים המחוזיים עולה, שגם הם הבינו את סעיף 5 כפי שהבינו אותו השופטים מ' בן-פורת וח' כהן, כלומר גם הם היו סבורים שמותר להם להורות לאשפוז חולה נגד רצונו רק אם הוא עלול לסכן את עצמו או את הזולת. ראה טפול פסיכיאטרי וחריזות הפרט (לעיל, הערה 5).

66 ראה טפול פסיכיאטרי וחריזות הפרט, 51-53.

"ניתן צו בית המשפט לפי סעיפים 6 או 6א לאשפוזו של אדם או לבדיקתו או הוראת פסיכיאטר מחוזי או תעודת רופא לאשפוזו של חולה, והאדם מסרב לאישפוז או לבדיקה, רשאי הפסיכיאטר המתחזי להורות על אשפוזו או על בדיקתו בעל כורחו (להלן – הוראת אשפוז)"

לדעת אבירם ושניט סמכותו של הפסיכיאטר המחוזי להורות על אשפוז כפוי נקבעה בחוק בסעיף 7(א), וסעיף זה אינו מגביל סמכות זו למקרים שבהם החולה עלול לסכן את עצמו או את הזולת. פסיכיאטר המחליט להורות לאשפוז חולה נפש לא מסוכן הזקוק לטיפול איננו חורג לפיכך מן הסמכות שהחוק מעניק לו. אשר לסעיף 5, הוראת האשפוז שבה מדובר בסעיף זה אינה אלא אסמכתה להבאתו של החולה המסוכן אל הפסיכיאטר המחוזי:

"משהובא חולה הנחשב מסוכן למשרדו של הפסיכיאטר המחוזי על פי הוראת אשפוז מכוח סעיף 5, ונתברר כי הוא מסרב להתאשפז מרצונו, ישקול הפסיכיאטר המחוזי אם קיימת בנסיבות המקרה הצדקה לכפיית האשפוז. בשלב זה מפעיל הפסיכיאטר המחוזי את הסמכות של שיקול דעת מקצועי כמצוין בסעיף 7(א) לחוק, בהבחנה מסמכות שבחובה במסגרת סעיף 5. החובה הינה להורות על אשפוז של מי שנוכחו במסוכנותו, אך לא חובה לכפות אישפוז כלפיו. כפיית האשפוז נשקלת על ידי הפסיכיאטר המחוזי במסגרת סעיף 7(א) וזאת הן כלפי חולים שנוכח במסוכנותם ומסרבים להתאשפז מרצונם הטוב, והן כלפי חולים שנמצא צידוק רפואי לאישפוזם על פי תעודת רופא והם מתנגדים לאישפוז".⁶⁷

אבירם ושניט מבחינים אפוא בין שני שלבים בנהלי ההחלטה של הפסיכיאטר המחוזי. בשלב הראשון, משנוכח הפסיכיאטר המחוזי לדעת, שהחולה עלול לסכן את עצמו או את הזולת, יש לו, לפי סעיף 5, סמכות שבחובה להורות להביא אותו אליו מביתו כדי שיחליט כיצד לנהוג בו. בשלב השני, כאשר מסתבר לפסיכיאטר המחוזי שהחולה מתנגד לאשפוזו, יש לו, לפי סעיף 7(א), סמכות שברשות להורות לאשפוז אותו נגד רצונו, וסמכות זו אינה מוחנית בכך שהחולה הוא חולה מסוכן.

פירוש זה של סעיף 5 וסעיף 7(א) מאפשר למעשה לאבירם ושניט טענות: (א) אסור לפסיכיאטר המחוזי, לפי החוק, להורות לאשפוז חולה נגד רצונו מבלי לאפשר לו להתייצב בפניו כדי לשכנעו שאין מקום לביצוע הצו; (ב) מותר לפסיכיאטר המחוזי, לפי החוק, להורות לאשפוז חולה נגד רצונו גם כאשר החולה אינו מסוכן לא לעצמו ולא לזולת, והוא איננו חייב להורות לאשפוז חולה נגד רצונו גם כאשר החולה עלול לסכן את עצמו או את הזולת. אם לפי הטענה הראשונה, המתייחסת לנהלי האשפוז הכפוי, החוק מצמצם את סמכותו של הפסיכיאטר המחוזי, הנה לפי הטענה השנייה, המתייחסת לעילות האשפוז הכפוי, החוק מרחיב את סמכותו. אבירם ושניט חולקים אפוא על דעתם של שופטי בית המשפט העליון בפס"ד ירמלוביץ, הן באשר לנהלי האשפוז הכפוי והן באשר לעילות האשפוז הכפוי. מבלי לעסוק כאן בטענה הראשונה משתי הטענות הנ"ל (כאמור אינני עוסק

במאמר זה בנוהלי האשפוז הכפוי, אלא בעילות לאשפוז כפוי, נראה לי שהפירוש המשמש בסיס לטענה השנייה מעורר בעיות לא קלות. אעמך כאן בקיצור על שתיים מהן. ראשית, לפי פירוש זה ההוראה שבה מדובר בסעיף 5 אינה אלא הוראה להביא את החולה מביתו אל משרדו של הפסיכיאטר המחוזי. אולם, המשמעות המקובלת של המלים "... להורות בכתב לאשפוז את החולה בבית החולים" אינה מתיישבת עם פירוש זה. אילו התכוון המחוקק בסעיף 5 להוראת הבאה בלבד, קשה להניח שהיה משתמש במלים שהשתמש בהן.

שנית, מן המלים שבהן נפתח סעיף 5 — "נוכח הפסיכיאטר המחוזי לדעת..." — ניתן ללמוד, שלפי סעיף 5 יש צורך בידיעה שהחולה מסוכן כבר בשלב הראשון משני השלבים שעליהם מדברים אבירם ושניט, אך אם כבר בשלב זה יודע הפסיכיאטר המחוזי שנשקפת מחולה נפש מסוים סכנה חמורה לציבור, כלום ייתכן שהוא יהיה חייב (על-פי החוק) אך ורק להורות להביא אותו לפניו, ועם זאת יהיה רשאי מיד לאחר מכן להורות לשחררו, למרות הסכנה הנשקפת ממנו? קשה להעלות על הדעת שזו היתה כוונת החוק. אולי ניתן לטעון, שהדיעה הנדרשת בסעיף 5 (במלים: "נוכח לדעת...") אינה ידיעה של ממש, וכיצו ההבאה שעליו אבירם ושניט מדברים נועד לוודא אם החולה באמת מסוכן לציבור. אך טענה זו אינה מתיישבת עם פשוטו של מקרא.

אבירם ושניט אמנם מביאים נימוקים שונים כדי להבהיר מדוע אין לקבל את דעתם של השופטים מ' בן-פורת וח' כהן שאסור לפי החוק לאשפוז חולים לא מסוכנים נגד רצונם, אך למרות שיש בין נימוקים אלה נימוקים כבדי משקל⁶⁸, נראה לי שהם אינם מחייבים באורח חד-משמעי את קבלת הפירוש שאבירם ושניט מציעים. יחד עם זאת, יש להודות שגם הדרך שבה הבינו השופטים מ' בן-פורת וח' כהן את החוק אינה נקייה מבעיות, ולנוכח אי-הבהירות המאפיינת את הוראות החוק בעניין הנדון, קשה להשתחרר מן הרושם ששאלת מעמדו של החולה הלא-מסוכן (כמו שאלות אחרות בסוגיית האשפוז הכפוי), לא לובנה די הצורך בידי המחוקק בטרם ניסת את הוראות החוק. ברור מכל מקום, שדבריהם של השופטים מ' בן-פורת וח' כהן על האיסור לאשפוז חולה לא מסוכן נגד רצונו לא היו פסק הלכה מחייב, אלא דברי-אגב בלבד. השאלה אם אסור לאשפוז חולה לא מסוכן נגד רצונו טרם הוכרעה עד כה בדרך מחייבת, ואם המחוקק יקבל את המלצתו של השופט לנדרי, נשיא בית המשפט העליון (כתוארו אז), לתקן את הוראות החוק הקיים באשר הן "גם סתמיות וגם סתומות", הוא ייטיב לעשות אם יקבע עמדה ברורה גם בשאלת הסמכות לאשפוז חולה לא-מסוכן.

68 שם, עמ' 69–81. נראה לי, שהנימוק החזק ביותר מבין הנימוקים שמציגים אבירם ושניט הוא זה הנשען על העובדה, שבסעיף 5 השתמש המחוקק במלה "חייב", בעוד שבסעיף 7(א) הוא השתמש במלה "רשאי". אולם ייתכן, שהמחוקק השתמש בסעיף 7(א) במלה "רשאי" במובן שאינו עומד בסתירה ל"חייב", וכבר היו דברים מעולם. ייתכן גם שהוא העדיף להשתמש בסעיף 7(א) במלה "רשאי", ולא במלה "חייב" משום שהוא כורך בסעיף זה בכפיפה אחת אשפוז מכוח צו בית-המשפט, "תעודת רופא" ו"הוראת הפסיכיאטר המחוזי". וכאשר מדובר בחולה המתנגד לאשפוז מכוח צו בית המשפט או מכוח תעודת רופא ברור, שהפסיכיאטר המחוזי אינו חייב להורות לאשפוז בעל כורחו. אני ער לכך, שהסברים אלה אינם הסברים "חלקים", אך גם הפירוש של אבירם ושניט איננו "חלק". ושוב אין מנוס מהמסקנה, שצדק השופט למדי בדברו על ההוראות "הסתמיות והסתומות" של החוק לטיפול בחולי נפש.

2. הדין הרצוי

לפני שאדון בשאלה מהי העמדה שרצוי לנקוט בשאלה האחרונה רצוני לציין שהשופטים בן-פורת וח' כהן לא התייחסו בדבריהם אל החוק הרצוי בעניין זה. הם טענו, שהחוק הקיים אוסר לאשפוז חולה לא מסוכן נגד רצונו. הם לא טענו שהחוק הקיים הוא גם החוק הרצוי בעניין זה (אם כי ייתכן מאוד שזו היא דעתם). פרופ' י' בזק, לעומת זאת, לא הסתפק בטענה שהחוק הקיים איננו מתיר לפסיכיאטר המחוזי לכפות אשפוז על חולים לא-מסוכנים. מדבריו עולה, שהחוק הקיים בעניין זה (כפי שהוא מבין אותו) הוא גם החוק הרצוי. י' בזק אף מציע להחליף את הניסוח העמום של החוק בסעיף בניסוח חד-משמעי: "לא תינתן הוראת אשפוז אלא כשהחולה מסוכן לעצמו או לזולת..."⁶⁹.

אשר לאבירים ושניט, הביקורת שהם מותחים על עמדת השופטים בן-פורת וח' כהן יסודה, כפי שהם עצמם מדגישים, בפירוש שונה של החוק הקיים ולא בתפיסה כלשהי של החוק הרצוי. עם זאת בפרק האחרון של ספרם מבהירים אבירים ושניט מהו לדעתם החוק הרצוי בעניין זה. בניגוד ל' בזק טוענים השניים שהמחוקק צריך להחיר אשפוז כפוי של חולים לא-מסוכנים, אך בעוד שהחוק הקיים (כפי שהם מבינים אותו) איננו מגביל את הסמכות לאשפוז חולים כאלה, ממליצים אבירים ושניט להחיר אשפוז כפוי של חולי נפש לא מסוכנים רק כאשר הם חולים "המוגבלים באופן חמור ביותר", כלומר — לפי דברי ההסבר שנותנים אבירים ושניט לאפיון האחרון — רק כאשר החולים הלא מסוכנים הם "חולים שאינם יכולים לדאוג לצרכיהם הבסיסיים ביותר כהבטחת מזון, בגוד ומחסה והגדרים יכולת לקבל החלטה רציונאלית לגבי הצורך בטפול".⁷⁰ שתי תכונות מאפיינות אפוא, לדעת אבירים ושניט, את ה"חולה המוגבל באופן חמור ביותר": (א) חוסר היכולת לדאוג לצרכיו הבסיסיים; (ב) חוסר היכולת לקבל החלטה רציונאלית לגבי הצורך בטיפול, וחולה נפש ש ש ת י התכונות הולמות אותו, יש, לדעת אבירים ושניט, להחיר אשפוז כפוי שלו גם אם איננו חולה מסוכן. (מניסוח דבריהם עולה, שתכונה אחת מן השתיים איננה מספיקה. ועוד נחזור לנקודה זו בהמשך.)

מן הראוי לציין, שלא כל החוקרים התומכים במתן היתר לאשפוז כפוי של חולי נפש לא מסוכנים מתנים היתר זה בתנאי הכפול הנ"ל של החולה המוגבל באופן חמור ביותר. יש חוקרים הסבורים שהחוק צריך להחיר אשפוז כפוי של כל חולה נפש — לרבות חולה נפש לא מסוכן — "הזקוק לטיפול או להשגחה" ("in need of treatment or care"). זוהי העמדה שתמכו בה ד"ר י' גינת וד"ר י' בראל, שני פסיכיאטרים ישראליים, בהצעה לשינוי החוק לטפול בחולי נפש, תשט"ו-1955, שהציעו לאחרונה.⁷¹ חוקרים אחרים סבורים שהחוק צריך להחיר אשפוז כפוי של אדם לא מסוכן רק אם מתמלאים בו ארבעה תנאים:

69 ראה "אשפוז כפוי של חולי נפש בישראל" לעיל, הערה 10.

70 ראה טפול פסיכיאטרי וחירות הפרט (לעיל, הערה 5) 233.

71 ראה: I. Ginat & I. Barhel, "Compulsory Medical Psychiatric Hospitalization, A Critical Review of the Israeli Law and a Proposal for Changes" (תדפיס הרצאה שנישאה בכנס הבינלאומי לפסיכיאטריה ואתיקה שהתקיים בחיפה בפברואר 1983).

"(א) הוא לוקה בהפרעה נפשית חמורה שאבחונה אמין; (ב) הוא יסבול בעתיד הקרוב סבל רב אם לא יקבל טיפול בבית החולים; (ג) ההפרעה הנפשית שלו פוגעת בצורה חמורה בכושרו להבין את אפשרות הטיפול או בכושרו ליצור קשר עם אנשים אחרים בעניין זה; (ד) היחס שבין הסיכון לרווח שבטיפול (The Risk-Benefit Ratio) הוא כזה שכל אדם סביר ("Reasonable Person") היה מסכים לקבל את הטיפול לתקופה קצרה של שישה שבועות".

זוהי העמדה של ל' רות⁷² בעקבות העמדה שנקט קדם לכן א' סטון⁷³. ההכרעה במחלוקת סביב החוק הרצוי בעניינינו רחוקה מלהיות קלה. אך ראשית לכל יש להפריד בין חולי נפש לא מסוכנים הכשירים להחליט בעצמם אם להסכים או להתנגד לאשפוזם (להלן בקיצור: "חולי נפש לא מסוכנים כשירים") ובין חולי נפש לא מסוכנים שאינם כשירים מבחינה זו (להלן: "חולי נפש לא מסוכנים ולא כשירים"). מן הדיון בפרק הקודם עולה, שאין לאשפוז חולה כשיר נגד רצונו אפילו כאשר הוא עלול בשל מחלתו לסכן את עצמו (ראה המקרה של לוי). ואם יש לראות בתנאי של העדר הכשירות תנאי הכרחי לאשפוזו של חולה נפש שהוא מסוכן לעצמו, קל וחומר שיש לראות בו תנאי הכרחי לאשפוזו של חולה נפש שאיננו מסוכן לא לעצמו ולא לזולת.

נראה, אפוא, שאין כל הצדקה לחוק המחיר אשפוז כפוי של חולה נפש לא מסוכן כשיר. אמנם ייתכן שאשפוזו של חולה כזה יהיה לו לברכה. ייתכן, למשל, שבחקופת האשפוז אפשר יהיה לטפל במחלתו טיפול יעיל. אך אם הוא כשיר להכריע בעצמו בשאלת אשפוזו, אין למדינה זכות מוסרית לשלול את חירותו ולכפות עליו אשפוז, ואין זה משנה אם האשפוז ייטיב עמו או לא. נראה לי, שכבר מסיבה זו יש לדחות את ההצעה להחיר אשפוז כפוי של כל חולה נפש "הזקוק לטיפול או להשגחה", שהרי גם חולה נפש הזקוק לטיפול מסוגל לעתים לשקול ולהעריך בדרך וולונטארית, ראציונלית, את מצבו, וחולה כזה — "חולה כשיר" בלשונו — אין זכות לאשפוזו נגד רצונו, למרות שהוא זקוק לטיפול⁷⁴. (הצעות החוק של אבירם ושניט ושל סטון ורות אינן חשופות לביקורת האחרונה משום שמשתי הצעות חוק אלה עולה בבירור שאין להחיר אשפוז כפוי של חולה לא מסוכן המסוגל — בלשונם של אבירם ושניט — לקבל החלטה ראציונלית לגבי הצורך בטיפול).

המצב מסובך הרבה יותר כאשר מדובר בחולה נפש לא מסוכן אך גם לא כשיר. אמנם ברור, שאין לאשפוז חולה כזה נגד רצונו כאשר האשפוז לא יביא לו כל תועלת או כאשר ניתן לטפל בו בהצלחה גם מחוץ לכתלי בית החולים, אך מה באשר לחולה לא כשיר שטיפול בבית החולים — ורק טיפול בבית החולים — יכול להקל על סבלו ולשפר את מצבו במידה רבה? נניח, למשל, שחולה בשם יששכר איננו כשיר להכריע בעצמו בשאלת אשפוזו. הוא מאמין

72 ראה מאמרו של רות (לעיל, הצעה 44) 1121.

73 ראה ספרו של סטון (לעיל, הצעה 15) 65-69.

74 יש להוסיף בהקשר זה, שהתנאי של "זקוק לטיפול" איננו, לאמיתו של דבר, תנאי של ממש, שהרי על כל חולה נפש ניתן לומר שהוא זקוק לטיפול (עצם הגדרתו כחולה מחייבת מסקנה זו), וחוק שיחיר אשפוז כפוי של כל חולה נפש הזקוק לטיפול יחיר לאמיתו של דבר אשפוז כפוי של כל חולה נפש. קשה להניח שזו היתה כוונתם של אלה התומכים בתנאי כזה. אך אם כוונתם היתה אחרת, הם לא בחרו בניסוח ההולם את כוונתם. מחוקק החפץ להגביל את הסמכות להורות על אשפוז כפוי, יטעה טעות חמורה אם יחשוב שיוכל להגביל סמכות זו על ידי תנאי של "החולה הזקוק לטיפול".

שהוא דוד המלך, משיח ישראל, והוא מתנגד בכל חוקף לאשפוזו, משום שהוא משוכנע כי הדבר יפגע בשליחותו עלי אדמות. הוא אף משוכנע שהרצון לאשפוזו הוא חלק ממוימה מורכבת ליטול את חייו. כל הניסיונות לשכנעו שהוא טועה עלו בתוהו, משום שהוא איננו מסוגל לחשוב בצורה הגיונית על מצבו. נמשיך ונניח, שיששכר איננו מסוכן לא לעצמו ולא לזולת שהוא מסוגל לדאוג בעצמו לצרכיו הבסיסיים, אלא שהוא סובל עקב מצבו סבל רב, ואם הוא יאושפו בבית החולים ניתן יהיה תוך פרק זמן קצר ביותר להקל על סבלו ולשפר את מצבו ואף להחזירו לחיים תקינים. האם החוק צריך להתיר לאשפוז את יששכר נגד רצונו בתנאים אלה? השופטים מ' בן-פורת וחיים כהן היו אומרים כנראה, שלפי החוק הקיים אסור לאשפוז את יששכר נגד רצונו, שכן הוא איננו מסוכן לא לעצמו ולא לזולת. אולם כאמור, שופטים אלה לא עסקו בשאלה אם החוק הקיים, כפי שהם מבינים אותו, הוא גם החוק הרצוי בעניין זה. י' בזק, לעומת זאת, הקובע בצורה ברורה שהחוק צריך להתיר אשפוז כפוי של חולים מסוכנים בלבד, היה אומר בוודאי שגם לפי החוק הקיים וגם לפי החוק הרצוי אסור לאשפוז את יששכר נגד רצונו. אבירם ושניט, הסבורים שהחוק הקיים מתיר אשפוז כפוי של חולים לא מסוכנים, היו טוענים בוודאי שלפי החוק הקיים מותר לאשפוז את יששכר נגד רצונו.

אשר לחוק הרצוי, חוק זה צריך, כזכור, לדעתם, להתיר אשפוז כפוי של חולה לא-מסוכן רק כאשר הוא (א) איננו מסוגל לדאוג לצרכיו הבסיסיים ו-(ב) נעדר יכולת לקבל החלטה רაციולנית לגבי הצורך בטיפול. מכיוון שיששכר מסוגל לדאוג לצרכיו הבסיסיים⁷⁵, ייתכן שאבירם ושניט היו טוענים כי למרות שיששכר נעדר יכולת לקבל החלטה רაციולנית לגבי הצורך בטיפול, אין, לפי החוק הרצוי, לאשפוזו נגד רצונו. (יחד עם זאת יש להעיר כי במאמר מאוחר יותר שכתב ד' שניט הוא כולל בקטגוריה של ה"חולה המוגבל באופן חמור ביותר" כל חולה "שמחמת כושר שפוטו הלקוי הוא איננו מסוגל להבין את חומרת מצבו והצורך הרפואי באשפוזו", ואיננו מזכיר כלל את התנאי של חוסר היכולת לדאוג לצרכים בסיסיים⁷⁶. אם התנאי האחרון איננו, לדעת שניט, תנאי הכרחי לאשפוז כפוי, המסקנה המתחייבת מדעתו תהיה שמותר לאשפוז את יששכר נגד רצונו.)

אשר לעמדתם של רות וסטק, בהנחה שכל ארבעת התנאים שהם מונים מתמלאים במקרה של יששכר, אין ספק שלפי החוק הרצוי, כפי שהם רואים אותו, מותר יהיה לאשפוז את יששכר נגד רצונו.

כדי להבהיר את עמדתי בעניין זה רצוני להבחין תחילה בין שתי שאלות — בין השאלה האם מותר מבחינה מוסרית לאשפוז את יששכר נגד רצונו (למרות שהוא איננו מסוכן לא לעצמו ולא לזולת), ובין השאלה האם רצוי לחוקק חוק המתיר אשפוז כפוי של חולים לא מסוכנים בתנאים שבהם יששכר נמצא. לכאורה קיים קשר הכרחי בין שתי שאלות אלה, ומי

75 יש להדגיש, שגם במסגרת החוק הקיים (כפי שהבינו אותו השופטים מ' בן-פורת וח' כהן) מותר לאשפוז אשפוז כפוי, חולים שאינם מסוגלים לדאוג לצורכיהם הבסיסיים, שהרי אם הצרכים הבסיסיים של חולים אלה לא יסופקו, הם לא יוכלו להמשיך להתקיים. לפיכך, אם הדרך היחידה למנוע סכנה זו היא לאשפוזם, ניתן להצדיק את אשפוזם גם במסגרת עילת הסכנה שבחוק הקיים. ההפרדה בין "עילת הסכנה" ל"עילת המוגבלות" במקרה זה היא הפרדה מיותרת.

76 ראה שניט, "אשפוז כפוי" (לעיל, הערה 5) 552.

שמישיב על השאלה הראשונה בחיוב חייב להשיב בחיוב גם על השנייה. אולם זוהי טעות: שיקולים מוסריים ושיקולים של מדיניות משפטית קשורים אמנם אלה באלה, אך אין הם שיקולים חופפים.

אשר לשאלה הראשונה, השאלה המוסרית, נראה לי שכתנאים שתוארו לעיל אין באשפוז הכפוי של יושבר פגם מוסרי. האופי הפאטרנליסטי שיש לאשפוז איננו סיבה מספקת לפסילה מוסרית של האשפוז, שהרי, כפי שכבר הודגש, לא כל הגבלה פאטרנליסטית היא הגבלה פסולה, ובתנאים שבהם מדובר (חולה לא כשיר, שניתן להחזירו תוך פרק זמן קצר לחיים תקינים וכו') ניתן להצדיק את היחס הפאטרנליסטי כלפיו. יחד עם זאת, כאשר דנים בשאלה אם רצוי לחוקק חוק כלשהו, יש להביא בחשבון לא רק שיקולים מוסריים המתייחסים למקרה קונקרטי זה או אחר, אלא גם שיקולים פרקטיים כלליים, הנוגעים לתוצאות האפשריות של קבלת החוק.

ניטול לדוגמה את הצעת החוק של סטון ורות הנראית, יחסית להצעות חוק אחרות, סבירה ביותר, ונניח שמוותר, מבחינה מוסרית, לאשפוז אשפוז כפוי חולה לא מסוכן שכל ארבעת התנאים הכלולים בהצעה זו מתקיימים בו. האם יכולה מערכת המשפט להקפיד על כך שתנאים אלה אכן יישמרו, קרי — שחולים שאינם ממלאים את כל התנאים האלה לא יאושפזו נגד רצונם? ואם הסטייה מתנאים אלה תהיה בפועל סטייה ניכרת, כלום המחיר הכרוך בקבלתו של חוק כזה לא יהיה יקר מדי? נראה לי, שצדק ס' מורס כאשר דחה את הצעת החוק של סטון ורות בטענה שגורמים שונים כמו עמימותם של התנאים הכלולים בהצעה ומגבלות הידע בתחום הפסיכיאטריה עלולים — אם תתקבל הצעת החוק — להביא לכך שמספר לא קטן של חולים לא מסוכנים יאושפזו נגד רצונם ללא הצדקה.⁷⁷

בהקשר זה חשוב לחזור שוב ולהדגיש את העובדה, שגם במקרים שבהם יש ספק באשר למצבו הנפשי של החולה או באשר לכשירותו או באשר ליכולת הטיפול בו פסיכיאטרים רבים נוטים להורות לאשפוז. נטייה זו — הגם שניתן להבין את שורשיה — אין מערכת המשפט חייבת להשלים עמה. אם יש תוקף לעיקרון הקובע שעדיף שעשרה אשמים יהלכו חופשיים משתלשל חירותו של אדם חף מפשע אחד, יש גם תוקף לעיקרון הקובע שעדיף שעשרה אנשים לא כשירים אך גם לא מסוכנים יהלכו חופשיים משתלשל חירותו של אדם כשיר ולא מסוכן אחד. יש לשים לב לכך שהעיקרון הראשון מניח כי לערך של חירות הפרט יש במקרים של ספק משקל רב יותר מאשר לערך של הגנה על הציבור. ואם העיקרון הלא-פאטרנליסטי של הגנה על הציבור איננו מצדיק במקרים של ספק פגיעה חמורה בחירות הפרט, קל וחומר שהעיקרון הפאטרנליסטי — שמשקלו קטן יותר — איננו מצדיק פגיעה כזו.

נראה אפוא, שאם יתיר החוק אשפוז כפוי של חולים שאינם מסוכנים לא לעצמם ולא לזולתם, ייפתח פתח רחב מדי לטעויות או להטעויות שיוליכו לפגיעה חמורה בזכויות הפרט. הטענה, כי ניתן לסגור פתח זה או לצמצמו במידה ניכרת על ידי תנאים נוקשים יותר מאלו שהוזכרו לעיל אינה נראית משכנעת, משום שקשה להעלות על הדעת תנאים נוקשים סבירים שבעיות העמימות, מגבלות הידע הפסיכיאטרי וכו' לא יתעוררו לגביהם. במצב זה עדיף, כנראה, שלא להתיר בחוק אשפוז כפוי של חולי נפש לא מסוכנים.

77 על עמדתו של מורס בעניין זה ראה מאמרו (לעיל, הערה 29) 87-93.

אפשר לטעון כמובן, שגם חוק המתיר בתנאים אלה או אחרים אשפוז כפוי של חולים מסוכנים פותח פתח רחב לטעויות או הטעויות, שהרי בעיית העמימות ושאר הבעיות שהוזכרו לעיל מתעוררות גם לגבי חוק זה. ואכן יש חוקרים (ס' מורס הוא אחד מהם) שהחשש מפני פתח זה הוביל אותם למסקנה שיש להסתייג מכל חוק המתיר אשפוז כפוי של חולי נפש, לרבות חוק המתיר בתנאים אלה או אחרים אשפוז כפוי של חולי נפש מסוכנים. אולם נראה לי, שאין כל הכרח להגיע למסקנה כה קיצונית. לחשש שבו מדובר יש כמובן משקל רב, אך למטרה של מניעת סכנה חמורה וקרובה (כאשר מטרה זו כפופה לתנאים שנדונו בפרקים הקודמים) יש לדעתי, משקל רב יותר.

שונים פני הדברים כאשר מדובר בחולי נפש שאינם מסוכנים לא לעצמם ולא לזולת. אם חולי נפש אלה לא יאושפזו נגד רצונם, ייתכן שאי אפשר יהיה לטפל בהם טיפול העשוי להיטיב עמם. אך למטרה של הטבת מצבם של חולים אלה, בניגוד למטרה של מניעת סכנה חמורה וקרובה, אין משקל המצדיק את נטילת ה"סיכון" של הטעויות וההטעויות, שעמימות החוק, מגבלות הידע וכו' מעוררים בענייננו.

נראה אפוא, כי אם צדקו השופטים בן פורת וח' כהן בקובעם כי החוק הקיים בארץ איננו מתיר אשפוז כפוי של חולים לא מסוכנים, החוק הקיים בעניין זה הוא גם החוק הרצוי. יחד עם זאת יש להדגיש, שמן הטענה שאין זה רצוי להתיר אשפוז כפוי של חולה לא מסוכן לא נובע שרצוי להתיר אשפוז כפוי של כל חולה מסוכן. אם העמדה שעליה ניסיתי להגן בפרקים ג'-ו' לעיל נכונה, אזי יש להתיר אשפוז כפוי של חולה מסוכן רק כאשר מתקיימים בו תנאים נוספים, מלבד תנאי המחלה והסכנה, ובנקודה זו החוק הקיים טעון שינוי יסודי.

ח. סיכום

למרות אי-הבהירות המאפיינת את עמדתו של המחוקק הישראלי בסוגיה של העילות לאשפוז כפוי של חולה נפש מסוכן, שמאחורי עמדה זו ניצבת ההשקפה כי (א) יש להתיר (ואף לחייב) אשפוז כפוי של כל חולה נפש העלול לסכן את עצמו או את הזולת ו-(ב) אין להתיר אשפוז כפוי של חולה נפש שאיננו מסוכן לא לעצמו ולא לזולת. מן הדיון במאמר זה עולה, שניתן לקבל את טענה ב', אך אין לקבל את טענה א'. לפי ההשקפה שבאחי להגן עליה במאמר זה צריך החוק לראות בתנאי המחלה ובתנאי הסכנה תנאים הכרחיים לאשפוז כפוי, אך לא תנאים מספיקים. כשמדובר באשפוז כפוי לא-פאטרנליסטי, שנועד להגן על הציבור, יש להוסיף לתנאי המחלה והסכנה את תנאי הקשר בין המחלה לסכנה ואת תנאי העדר האלטרנאטיבה. וכאשר מדובר באשפוז פאטרנליסטי שנועד להגן על חולה הנפש עצמו, יש להחמיר יותר ולהוסיף לתנאים האחרונים גם את תנאי העדר הכשירות. כל זאת בהנחה שהחולה העלול לסכן את עצמו או את הזולת אינו חולה שיש אפשרות כלשהי שהוא יסכן את עצמו או את הזולת בעתיד הרחוק.

אשר לשאלה אם הסמכות להורות על אשפוז כפוי צריכה להיות סמכות שברשות או סמכות שבחובה, אין כמדומני כל סיבה להתנגד לכך שסמכות זו תהיה סמכות שבחובה ובלבד שהיא תוגבל על ידי כל התנאים הרלוואנטיים שנדונו לעיל, ולא רק על ידי תנאי המחלה והסכנה. תנאים אלה, כאשר הם מצטרפים יחד, הם תנאים קשים למדי, וכאשר ברור שהם מתקיימים יש מקום לחייב — ולא רק להתיר — אשפוז כפוי. יחד עם זאת, כאשר

ברור שכל התנאים הללו מתקיימים בוודאי יורו הגורמים המוסמכים על אשפוז כפוי גם אם החוק יסתפק בקביעה שהם רשאים בתנאים אלה להורות על אשפוז כפוי. השאלה אם הסמכות המוחנית בתנאים אלה צריכה להיות סמכות שברשות או סמכות שבחובה איננה נראית לי אפוא שאלה מכרעת.

אין ספק, שגם אם יאומצו העקרונות האחרונים בידי המחוקק, יש צורך בניבוסם של נוהלי החלטה, פיקוח ובקרה יעילים על מנת למנוע ככל האפשר את הסטייה מהם. גם השופטים י' לנדוי וח' כהן וגם י' בזק ואבירם ושניט מתחו ביקורת חריפה על נוהלי האשפוז הכפוי שנקבעו בחוק לטיפול בחולי נפש, תשט"ו-1955. י' בזק ואבירם ושניט גם הבהירו בצורה מפורטת מה הם, לדעתם, הנהלים שצריכים להחליף את הנהלים הקבועים בחוק⁷⁸. אך השאלות הרבות שסוגיית נוהלי האשפוז הכפוי מעוררת (האם רצוי להתנות אשפוז כפוי לחקופה ממושכת באישור מוקדם של בית המשפט? האם רצוי לחייב את הגוף המחליט על אשפוז כפוי של חולה לשמוע תחילה מה בפיו? ועוד ועוד) חורגות מגבולותיו של מאמר זה, והן טעונות דיון נפרד.

78 ראה בזק (לעיל, הערה 10) 84-94; אבירם ושניט (לעיל, הערה 5) 149-181.