



בית המשפט המחוזי בירושלים

ת"א 45778-02-11 אלין-אגודה לעזרת ילדים נכים נ' ר' נ' ואח'

בפני כב' השופט יוסף שפירא

המבקשת אלין-אגודה לעזרת ילדים נכים, בית חולים אורטופדי, ע.ר.

ע"י עו"ד מ' שקד

נגד

1. ר' נ' (אפוטרופוס)

2. א' נ' (אפוטרופוס)

ע"י עו"ד י' מרגלית

3. מכבי-שירותי בריאות

משיבה פורמלית

המשיבים

פסק דין

האם חולה המאושפז בבית חולים יכול לסרב לעזוב את בית החולים כאשר הטיפול בו הסתיים? מהי תרופתו של בית החולים כאשר החולה מסרב להתפנות במצב זה? האם לחולה זכויות קנייניות מכח שהותו במוסד רפואי במשך מספר שנים?

הצדדים להליך

1. המבקשת הינה עמותה (במעמד מלכ"ר) ומפעילה בית חולים המתמחה בריפוי ושיקום ילדים הסובלים מנכויות קשות, ובעיקר בתינוקות בני יומם הסובלים מפגמים ונכויות מולדים, ילדים נפגעי תאונות שונות, לרבות תאונות דרכים (להלן: "המבקשת" או "בית החולים" או "אלין").

המשיבים הם הורי הקטינה ואפוטרופסיה הטבעיים (להלן "ההורים", "הקטינה" – בהתאם). הקטינה נולדה בשנת 1998 וסבלה מאי ספיקה נשימתית ודלקת ריאות, ואובחנה על ידי בית החולים בו נולדה, כסובלת ממחלה גנטית על שם Werdnig Hoffmann, מחלה שבהגדרתה הינה מחלת ניוון שרירים נירומוסקלרית פרוגרסיבית.

משיבה 3, הינה קופת חולים מכבי, שצורפה כמשיבה פורמלית, אולם לא התייצבה לדיון.



בית המשפט המחוזי בירושלים

ת"א 45778-02-11 אלין-אגודה לעזרת ילדים נכים נ' ר' נ' ואח'

רקע כללי

2. בהיותה בת שנה התקבלה הקטינה לאשפוז אצל המבקשת, כאשר משיבה 3 נתנה למבקשת התחייבות לממן את הוצאות האישפוז, כמקובל. הקטינה עברה סדרה של בדיקות, וחרף היותה "מקרה גבולי", כהגדרת המבקשת, נערך בית החולים לסדרת טיפולים, ובמשך 10 שנים הצליחה המבקשת לייצבה. לפני כשנתיים התפתחה המחלה ממנה סובלת הקטינה, כשהיא מוזנת ומונשמת באופן מלאכותי, ומוגבלת בתזונה שהתוצאה הינה בהנעת קצה אצבע ועפעפיים לסימון "כף" או "לא". יכולות הריפוי והשיקום שלה אפסו, לטענת המבקשת, עקב הנסיגה המוחלטת ביכולת התזונה. לאור מצבה נדרשו המשיבים 1, 2 להעביר את הקטינה למקום אחר כפי בחירתם. ההורים לא נענו לדרישה, ומכאן התובענה שלפני.

טיעוני המבקשת

3. דוח סיכום מחלה לגבי הקטינה, מיום 17.1.11 המסכם את קורותיה, הביא את המבקשת למסקנה כי בית החולים אינו יכול לסייע או להועיל לה. אלין הינו בית חולים רפואי שיקומי לילדים נזקקים ואינו מוסד סיעודי, הילדים שהפרוגנוזה לגבי פגיעתם הינה כי הם נעדרי סיכוי להשתקם, אינם מופנים היום לאלין או שאינם נותרים בין כתליו. לאור מצבה של הקטינה, להוריה מספר אפשרויות לגבי המשך הטיפול בה: השבתה לביתה בתמיכה רפואית – סיעודית של קופת החולים אליה היא משתייכת; העברתה למוסד סיעודי מתאים כגון בית החולים "הרצוג" בירושלים או "רעות" הממוקם בשפלה באיזור מגוריה הוריה, או בפרוייקט חדש שנחנך בתחומי בית החולים הנקרא "בית חס".

ילדים פגועים רבים מתדפקים על דלתו של בית החולים וחובתו לסייע למי שיכול להשתקם בין כתליו. נעשה ניסיון לשלב את הקטינה "בבית חס", הנ"ל, אולם הניסיון לא צלח בשל מצבה המדרדר של הקטינה, ולאחר מספר חודשים היא הוחזרה לחדרה ביחידת המונשמים. על פי דוח מסכם של ד"ר בארי משנת 2010 הקטינה "מיצתה את יכולותיה באלין והיא ברת שחרור ככל שהדברים נוגעים למבקשת".

שתי פגישות עם המשיבים 1, 2 בוטלו על ידם, לפיכך, אין מנוס אלא להורות להורים להעביר את הקטינה למקום אחר, באשר החזקתה באלין אינה עולה בקנה אחד עם מטרותיו על פי תקנונו.

טיעוני המשיבים

4. הוצאתה מאלין פירושה גזר דין מוות לקטינה. תוחלת חייה הינה כשנתיים, אף אליבא דד"ר בארי. המשיבים סומכים ידיהם על פסק דינו של בית הדין האזורי לעבודה בירושלים בב"ל 010737/04 אשר פסק כי על המוסד לביטוח לאומי לשלם לקטינה "גמלת ילד נכה", בגדרו צוטט מעדותו של ד"ר בארי כי תוחלת החיים שלה הינו גיל 15. אין מוסד תחליפי עבור הקטינה,



בית המשפט המחוזי בירושלים

ת"א 45778-02-11 אלין-אגודה לעזרת ילדים נכים נ' ר' נ' ואח'

והמבקשת ידעה עם קבלתה של הקטינה כי מדובר באשפוז על רקע סיעודי ולא שיקומי, ולפיכך מנועה היא מלבקש להוציאה מבית החולים. המסגרות שמצביעה עליהן המבקשת אינן מהוות חלופה הולמת ואינן ערוכות לטיפול בילדים מסוגה של הקטינה.

אשר להחזרתה לבית ההורים, הרי שקופת החולים לא מוכנה לשאת בעלות העובדים הזרים אשר נדרש לטפל בקטינה. כך גם אין בסיס לטענה כי הקטינה תופסת מקום של ילד פגוע אחר, באשר ישנה ירידה דרסטית בפניות לבית החולים אשר המוניטין שלו ירד ברבות השנים.

דיון

5. ההליך שלפני מעלה, לבד ממחלוקת משפטית, אף שאלות מתחומים לבר משפטיים, אשר נתייחס אליהם בהמשך.

נקודת המוצא בהליך זה הינה מי יכול להיכנס בשערי בית החולים המסוים הזה המיועד, כשמו, לעזרה לילדים נכים בתחום האורטופדיה? בתחילת הדרך בדיון שלפני היתה מחלוקת האם הקטינה הינה חולה סיעודית או בת-שיקום, ואולם במהלך הדיון הובן כי הקטינה הינה בבחינת "סיעודית", ובסיכומי המשיבים נאמר כדלקמן:

"מוסכם גם ע"י המשיבים, כי בתם הקטינה הינה סיעודית, ולצערם, לא ניתנת לשיקום, אלא, שלטענתם, מצב זה, נכון היה מאז אשפוז אצל המבקשת, והוא היה ידוע למבקשת בתחילת אשפוז של הקטינה, לפני כ-12 שנים". (שם, פסקה 4).

הסכמה בנקודה זו משליכה אף לגבי אופי פעילות בית החולים, וזכותו להציב גבולות לכניסת ויציאת חולים בשעריו.

תקנון העמותה, שהוגש בשלב הסיכומים, קובע בסימן א' - "מטרות העמותה", בין היתר:

"לטפל בבריאות, סיעודם, שיקומם וחינוכם של ילדים חולים בישראל".
(פסקה 1.03).

ואף בפרק סמכויות העמותה (סימן ב'), נאמר:

"להקים בתי חולים, מרפאות, מעונות, מוסדות סיעודיים ושיקומיים וכיוצ"ב בכל מקום אותם תמצא לנכון". (שם, פסקה 2.09).

מכאן שהעמותה רשאית לעסוק הן בסיעוד והן בשיקום.



בית המשפט המחוזי בירושלים

ת"א 45778-02-11 אלין-אגודה לעזרת ילדים נכים נ' ר' נ' ואח'

מטבע הדברים, ובמיוחד שעה שהעמותה נזקקת אף לתרומות מן הציבור, עליה לפעול ביעילות, ומכאן יש לקחת בחשבון כי במקרה וישנם מקומות ("מיטות") פנויים, היא תחזיק אף ילדים סיעודיים, שהרי מובן מאליו הוא שהטיפול בהם הינו נלווה לשיקום המצריך התמחות מיוחדת.

חובת בית חולים ליתן טיפול לחולה

המתווה הנורמטיבי למתן שירות רפואי

6. עמדתי על הנושא בת.א. 7513/05 ד.ג. נ' בי"ח הסהר האדום (אתר נבו) (30.4.08), ואביא את עיקרי הדברים.

בפקודת בריאות העם, 1940, נקבעה הגדרת "רופא בעל רשיון", ולפיה פירושו "רופא מוסמך שניתן לו רשיון לעסוק ברפואה בישראל".

ובסעיף 24 לפקודה נקבעו הגדרות אלה:

"(א) בפקודה זו –

"מוסד רפואי" - בית חולים, מרפאה, מוסד לטיפול במשתמשים בסמים ומעבדה;
"מטופל" - מי שמקבל טיפול במוסד רפואי, בין בדרך של אשפוז, שהיית יום או שהיית לילה, ובין בכל דרך אחרת;

"ענף רפואה ייחודי" - ענף רפואה המפורט בתוספת החמישית;
"יחידה מקצועית" - יחידה בבית חולים, לרבות מחלקה, מכון או מרפאה ולמעט מעבדה;

"יחידה מקצועית ייחודית" - יחידה מקצועית העוסקת בענף רפואה ייחודי;
(ב) לצרכי חלק זה יכלול המונח "בית חולים" כל בית חולים, מרפאה בית מרפא וכל בנין המשמש, או מכוון לשמש, לקבל אנשים הסובלים מכל חולי, פצע, ליקוי גופני או רוחני ולקבלת נשים יולדות, כדי לטפל באנשים טיפול רפואי, בין שניתן או הובטח ובין שלא ניתן או הובטח שכר או תשלום ע"י כל אדם שנתקבל שם כנ"ל."

בחיקוק נוסף - פקודת הרופאים [נוסח חדש], תשל"ז-1976 (להלן: "פקודת הרופאים"), נמצא

הגדרות אלה:

"עיסוק ברפואה" - בדיקת חולים ופצועים, אבחונם, ריפויים, מתן מרשם להם, פיקוח על נשים בזיקה להריון וללידה, או שירותים אחרים הניתנים בדרך כלל מידי רופא לרבות ריפוי באקופונטורה;
"רשיון" - לרבות היתר זמני, היתר מוגבל ורשיון מיוחד.
"השר" - שר הבריאות. (סעיף 1).



בית המשפט המחוזי בירושלים

ת"א 45778-02-11 אלין-אגודה לעזרת ילדים נכים נ' ר' נ' ואח'

7. בע"א 2222/98 אגודת בית החולים מקאסד נ' כאיד מוחמד מרוואני, פ"ד נד(4), 395, התייחס כב' השופט (כתוארו אז) א' ריבלין, לחובת המוסד הרפואי למתן טיפול רפואי על ידי רופא או מוסד חסר רישיון לעסוק ברפואה ללא היתר, בהתייחסות לסעיף 63 לפקודת הנזיקין, וציין:

"אין ספק כי במקרה זה מתקיימים אחדים מיסודות העוולה. על הרופא המיילד מוטלת היתה, מכוח פקודת הרופאים, החובה שלא לעסוק ברפואה בהעדר רישיון תקף; החיקוק - פקודת הרופאים - נועד להגן על ציבור החולים בכלל ואף על הניזוקים כאן, הרופא המיילד הפר את החובה המוטלת עליו, והנזק שנגרם הלכה למעשה הוא מסוג הנזקים אותם ביקש המחוקק למנוע. המערערת עצמה הפרה את החובה המוטלת עליה מכוח סעיף 6 לפקודת הרופאים, ולעניין זה קמה לה אחריות ישירה, נוסף על אחריותה השילוחית (ראו לעניין זה: פרופ' א' ברק אחריות שילוחית בדיני נזיקין (ירושלים, 1964), עמ' 93, ה"ש 9)". (שם, פסקה 4).

בנוסף לאמור, חוק זכויות החולה התשנ"ו-1996 (להלן: "חוק זכויות החולה") קובע בסעיף 3 כדלקמן:

3. הזכות לטיפול רפואי
(א) כל הנזקק לטיפול רפואי זכאי לקבלו בהתאם לכל דין ובהתאם לתנאים ולהסדרים הנוהגים, מעת לעת, במערכת הבריאות בישראל.
(ב) במצב חירום רפואי זכאי אדם לקבל טפול רפואי דחוף ללא התניה".

מכל מקום, מתן טיפול רפואי הינו בבחינת עקרון יסודי, לב ליבה של הרפואה מימים ימימה. קבלת חולה ומתן טיפול, ובמיוחד לילד, הן חובותיהם הן של הצוות הרפואי, הן של הרופא החב בשבועת הרופא (היפוקרטס), והן של בית החולים כאישיות משפטית נפרדת, על פי הפרקטיקה הרפואית המקובלת.

בשבועת היפוקרטס באה לביטוי חובה מוסרית זו במילים "אני מתחייב לספק מרפא לכל ניזקק לפי מיטב שיפוטתי" ובשבועת הרופא העברי נכתב "ועזרתם לאדם החולה באשר הוא חולה, אם גר אם נכרי, אם אזרח נקלה ואם נכבד".

עם זאת, חובה זו אינה מוחלטת ואינה חלה בכל מצב אלא רק כאשר מדובר בטיפול רפואי דחוף. ההסתדרות הרפואית בישראל קובעת בסעיף 4 בפרק "חובות כלליות של הרופאים" לכללי האתיקה הרפואית, כך:

"החולה זכאי לבחור באופן חופשי את רופאו. הרופא חייב להגיש עזרה רפואית במקרים דחופים, או כאשר מדובר בהצלת נפשות. בכל מקרה אחר, רשאי הרופא שלא לקבל לטיפולו חולה מסיבות אישיות או מקצועיות." [ההדגשה אינה במקור - י.ש.] (מתוך אתר ההסתדרות הרפואית בישראל - <http://www.ima.org.il>).



בית המשפט המחוזי בירושלים

ת"א 45778-02-11 אלין-אגודה לעזרת ילדים נכים נ' ר' נ' ואח'

8. דברים אלו עולים בקנה אחד הן עם הוראת חוק זכויות החולה הקובע כי כאשר מדובר בטיפול דחוף ישנה חובת טיפול "ללא התניה" (סעיף 3(ב) הני"ל), והן עם עמדות המשפט האמריקאי והמשפט המקובל, כפי שיפורט להלן. על פי עקרונות אלו פסק בית המשפט בת"ק (באר-שבע) 3062/04 רווח אליהו נ' ד"ר פוגל מירה דוברובה, תק-של 2005(1), 21076, בתביעתו של מטופל כנגד רופאה בקופת חולים אשר סירבה לקבלו. בית המשפט דחה אמנם את התביעה מאחר שלא היה מדובר בטיפול דחוף, ומאחר שהוכח כי מדובר ב"סירוב מוצדק" לאור כך שבעבר איים מטופל זה על אותה הרופאה כאשר נמנעה מלקבלו שלא על פי סדר קבלת החולים. (כן ראו והשוו הוראות חוק ביטוח בריאות ממלכתי, התשנ"ד 1994).

בדין האמריקאי תביעה בגין סירוב ליתן טיפול רפואי לפונים לבית החולים יכולה להתברר הן בבתי המשפט המדינתיים והן בבתי המשפט הפדראליים. החשוב לענייננו, שעה שאנו שוקלים הפסקת טיפול שהחל, הינה גישת החוק הפדראלי Reconciliation Act of Consolidated Omnibus Budget 1986 נחקק ה- Labor Act The Emergency Medical Treatment and Active (להלן: "EMTALA"), אשר מטרתו לפקח ולהסדיר את העברת החולים מבית חולים אחד למשנהו. חוק זה חל על בתי חולים חוברת הטיפול בדין האמריקאי מחמירה יותר מזו של המשפט המקובל

"With respect to a pregnant woman who is having contractions

- that there is inadequate time to effect a safe transfer to another hospital before delivery, or that the transfer may pose a threat to the health or safety of the woman or her unborn child."

(<http://www.emtala.com/faq.htm,p3>).

העולה מלשון ה-EMTALA, כי ניתן להעביר יולדות מבית חולים למשנהו, אולם התנאי לכך הינו מידת הסיכון הכרוכה בהעברה זו הן ליולדת והן ללילוד.

חובת הטיפול בדין האמריקאי מחמירה יותר מזו של המשפט המקובל, אשר לא הכיר בחובה פוזיטיבית של רופא לעזור לכל פונה, אלא שרופא חייב לטפל רק אם היה בינו לבין המטופל קשר קודם. דהיינו, אם חולה מגיע לרופא שמעולם לא טיפל בו, יכול היה הרופא לסרב להעניק טיפול רפואי. בתי משפט בעולם ניסו לעקוף כלל זה מבלי לפגוע בו ישירות. קודם כל, הם הרחיבו את

המושג "יחסי מטפל-מטופל" עד כדי כך שזיקה כלשהי תספיק (McKinney v. Schlatter, 692 (NE 2d 1045 (Ohio Ct App 1997)). בנוסף, השתמשו בתי המשפט בהסתמכות חולים על בתי

החולים כדי לבסס חובת טיפול (General Hospital v. Manlove, 174 A2d 135 Wilmington (Del SC 1961)). בתי משפט בקנדה ראו בחובות אתיות של רופאים (הקבועות ע"י ארגוני רופאים

שונים) כמצמיחות חובה ליתן טיפול רפואי לכל פונה (Woods v. Lowns (1995), 36 NSWLR 344 (SC)).



בית המשפט המחוזי בירושלים

ת"א 45778-02-11 אלין-אגודה לעזרת ילדים נכים נ' ר' נ' ואח'

כנגד המגמה של הרחבת החבות על הממסד הרפואי נטענו טענות הגנה שונות. בין היתר נטענה על ידי בתי החולים טענת חוסר כוח אדם. בהקשר לכך נפסק כי טענה זו אינה מקימה הגנה למוסד הרפואי אם הוא עצמו אחראי להקצאת משאבי האנוש (Memorial Horton v. Niagara Falls Medical Center 380 NYS 2d 116 (SCt App Div 1976)). עוד נפסק כי במקרה של קיצוץ תקציבים, על ההנהלה להבטיח יכולתו של בית החולים להתמודד עם עומס הזקוקים לטיפול רפואי (District of Columbia v. Greater Washington D.C. Area Council of Senior Citizens (Government 406 FSupp 768 at 775 (DDC 1975)).

עמדת המשפט העברי בסוגיה זו הינה שונה במקצת. עמדה זו פורטה בהרחבה בחיבורו של עו"ד הרב יוסף שרעבי מהמרכז ליישומי משפט עברי (ישמ"ע) במכללה האקדמית נתניה (<http://www.netanya.ac.il/content/Articles/Article.asp?ArticleID=761>).

בשולחן ערוך (יורה דעה, סימן שלו, סעיף א) נאמר כדלקמן:

"נתנה התורה רשות לרופא לרפאות. ומצווה היא. ובכלל פיקוח נפש הוא. ואם מונע עצמו, הרי זה שופך דמים, ואפילו יש לו [=לחולה] מי שירפאנו, שלא מן הכל אדם זוכה להתרפאות."

מקורה של הלכה זו שנוי במחלוקת, יש אשר סמכו אדניה על מצוות השבת אבידה (פירוש המשניות לרמב"ם (מהדורת הרב קאפח), נדרים, פרק ד, משנה ד), ויש אשר הצביעו על חובת הצלת חיי הזולת, כשחלקם נסמכים על הפסוק "לא תעמוד על דם רעך" (ויקרא יט, טז) (ראו: תלמוד בבלי, סנהדרין, דף עג ע"א, רש"י ויקרא יט, טז ד"ה קא משמע לך), וחלקם על הפסוק, "וחי אחיך עמך" (ויקרא כה, לו), שגבולו הוא עד פיקוח נפשו של המציל (הנצי"ב, העמק שאלה, שם). כך, יש מי שלמד את חובת ההצלה מהפסוק "אשר יעשה אותם האדם וחי בהם" (ויקרא יח, ה), ובתוך כך הגשת עזרה רפואית לזולת (שו"ת התשב"ץ, חלק ג, סימן לו).

חובת מתן הטיפול הרפואי מוטלת אף לפתחו של המוסד הרפואי, וכאשר יש לבית החולים את הצוות הרפואי בעל המומחיות המקצועית הנדרשת והרישיונות הדרושים, חייב הוא להעניק את הטיפול הרפואי הדרוש לבא בשעריו.

על אף זאת, יש מהפוסקים אשר סמכו הלכה זו של על דיני הצלת נפשות ופיקוח נפש שהמצווה לרפא חלה בכל מקרה (ראו: ט"ז, שולחן ערוך, יורה דעה, סימן שלו, ס"ק א). לסוברים שמקורה של ההלכה בפסוקים "לא תעמוד על דם רעך" ו-"ואהבת לרעך כמוך", יש מקום לומר שחובת הריפוי רחבה אף היא ונוגעת לכל סוגי החולי (ראה הרב ג"א רבינוביץ, רפואה והלכה ב (ירושלים תשמ"ג), עמ' קלב-קלט; שו"ת ציץ אליעזר, חלק ה, רמת רחל, סימן כג).



בית המשפט המחוזי בירושלים

ת"א 45778-02-11 אלין-אגודה לעזרת ילדים נכים נ' ר' נ' ואח'

במאמרו "ולא על ידי שר"פי" - שירותי רפואה פרטיים: מבט יהודי, **במעגלי צדק** 13 (יוני 2007) משקיף ד"ר אביעד הכהן על הסוגיה מהיבט נוסף, לפיו נקודת מוצא חשובה בעולמה של יהדות היא שבמישור הרעיוני-מהותי, מקצוע הרפואה, בדומה למלמד תורה, דיין, אינו רק מקצוע שתכליתו היא הבאת פרנסה לבעליו, אלא אף שליחות ומצווה.

9. הנה כי כן, על פי כל שיטות המשפט הנ"ל, אין ספק כי בבוא מקרה דחוף חלה על בית החולים חובת מתן טיפול רפואי.

נראה, כי במקרה שלפני, אכן הקטינה הגיע לבית החולים בגיל שנה, ויתכן שאז מצבה היה מתאים לשיקום.

קשה לקבל את דעת המשיבים שמצבה היה כפי מצבה היום, באשר לא הובאה על ידם חוות דעת. מכל מקום, במקום שאנו נמצאים על ציר הזמן, עלינו לבחון, טרם נכריע בשאלה אם ניתן לכפות על המבקשת את המשך החזקתה באל"ן, את האפשרויות להמשך הטיפול בקטינה.

הדילמה בין בית או מוסד

10. מהו הטיפול ההולם את מצבה של הקטינה – האם ראוי להעדיף את שהותה בביתה במסגרת משפחתה, או שמא טובתה הינה שתשהה במוסד ליתרת ימיה? נוכל ללמד על כך לאור הפסיקה בתחום הנויקין, באשר אף לפנינו קיימת שאלת מימון הטיפול בקטינה.

בפרשת ברדה (ע"א 357/80 **יהודה נעים נ' משה ברדה**, פ"ד לו(3), 762), שם הוכרעה השאלה אימתי תועדף האפשרות של שהיית הניזוק בביתו, על אף עלותה הגבוהה בפסק דינו של מ"מ הנשיא (כתוארו אז) מ' שמגר, אליו הצטרף השופט (כתוארו אז) מ' אלון, כנגד דעתו החולקת של השופט (כתוארו אז) א' ברק. השופטים שמגר ואלון, סברו בדעת רוב, כי על המזיק לאפשר לניזוק לקבל טיפול הגון והולם, אולם לאו דווקא את הטיפול המיטבי. בדבריו, הוסיף השופט אלון על דברי מ"מ הנשיא שמגר, וסבר שבמידה ומדובר בריפוי ולא ברווחה אזי יש ליתן את הטיפול ללא תלות בעלותו. בניגוד לעמדתם, סבר השופט ברק, כי כל עוד מדובר בהוצאות סבירות שנועדו להשבת מצבו של הניזוק לקדמותו, על המזיק לשאת בהן. (הרחיב על כך כב' השופט (כתוארו אז) **ת' אור** בע"א 2934/93 **יחזקאל סורוקה נ' אברהם הבאבו**, פ"ד נ(1), 675, פסקאות 14-16 (להלן: "**פרשת סורוקה**")).

11. בפסיקה נקבע כי די באפשרות להארכת תוחלת חיי הניזוק על מנת להעדיף את השהות בבית (ע"א 283/89 **עיריית חיפה נ' איה מוסקוביץ**, פ"ד מז(2), 718), וכן כי תועדף השהות בבית, אף אם אין הדבר בגדר ריפוי, כאשר ניזוק צעיר וצלול בדעתו שהה במוסד גריאטרי (פרשת סורוקה



בית המשפט המחוזי בירושלים

ת"א 45778-02-11 אלין-אגודה לעזרת ילדים נכים נ' ר' נ' ואח'

הנ"ל). בע"א 6978/96 סמדר עמר נ' קופת חולים הכללית של ההסתדרות, פ"ד נה(1), 920 הוכרעה סוגיה זו על ידי כב' השופט (כתוארו אז) ת' אור, כדלקמן:

"השיקולים הצריכים לעניין ההחלטה אם יש לפצות ניזוק בנכות גבוהה של 100%, אשר רתוק למיטה ואינו מסוגל לשרת את עצמו, בהנחה שישה בביתו או שמא בהנחה שישה במוסד, נדונו בהרחבה בע"א 357/80 נעים ואח' נ' ברדה ואח' (פ"ד לון 762 (3)), וכן לאחרונה בע"א 2934/92 סורוקה נ' הבאבו (פ"ד נ(675) 1). בענייננו מתעוררת השאלה לגבי התקופה החל מיום בו תגיע המערערת לגיל 39 שנים...

אם השהות של הניזוק בביתו ולא במוסד תחזיר את מצבו לקדמותו בצורה הטובה ביותר, די בכך כדי להצדיק פיתרון זה, אפילו כרוך הדבר בהוצאה כספית נוספת משמעותית למזיק....

יש להעדיף את הטיפול בבית על זה שבמוסד, גם במקרה שהטיפול בבית יש בו להגדיל את תוחלת החיים של הניזוק (לשיקולים אלה ראה ע"א 357/80 וע"א 2934/93 הנ"ל). (שם, פסקה 5).

אף כב' השופט (כתוארו אז) א' ריבלין בדעה זו, ועומד על כך בע"א 1819/03 אבישג אברהם נ' ש.ר.ב. (בי"ח מעיני הישועה), (פורסם בנבו), 12.3.06, כדלקמן:

"בית המשפט המחוזי דן, ראשית, בשאלת המגורים, ולאחר מכן בשאלת אופן הפיצוי. הצדדים הסכימו כי עד גיל 21 שנים תשהה אבישג בביתה, ולפיכך נסבה המחלוקת סביב מגוריה של אבישג החל מיום הגיעה לגיל זה ואילך. הגישה המרכזית העולה מפסיקת בית המשפט העליון במרוצת השנים, הינה כי יש לבחון, בהקשר זה כמו בהקשרים אחרים, את הניזוק האינדיבידואלי, בראי נסיבותיו המיוחדות ולחתור להשבת המצב לקדמותו בצורה הטובה ביותר, ובלבד שאין מדובר בתועלת שולית וספקולטיבית בלבד (ראו: ע"א 357/80 נעים נ' ברדה פ"ד לון(3) 762, 774-773; ע"א 6978/96 סמדר עמר נ' קופת חולים הכללית של ההסתדרות, פ"ד נה(1) 920, 925-926; ע"א 2934/93 יחזקאל סורוקה נ' אברהם הבאבו, פ"ד נ(1) 675, 695-696; ע"א 283/89 עירית חיפה נ' מוסקוביץ, פ"ד מז(2) 718, 725-726). (שם, פסקה 6).

12. כיצד נסווג אפוא את נסיבות המקרה דנן? האם שהייתה של הקטינה בביתה ייטיב עימה או שמא מדובר בתועלת שולית בלבד?

לשאלה זו אין בפי תשובה, באשר לא הובאה ראיה או חוות דעת מטעם מי מהצדדים, לפיכך לא ניתן לקבוע כממצא איזה מוסד מאלה המאוזכרים על ידי המבקשת מתאים יותר לקטינה, בין בהשוואה לאליין ובין בהשוואה להשבתה לביתה.



בית המשפט המחוזי בירושלים

ת"א 45778-02-11 אלין-אגודה לעזרת ילדים נכים נ' ר' נ' ואח'

ייתכן כי בעיה זו הינה מנת חלקם של כל מוסדות הרווחה בישראל. לו השיקול המרכזי היה הטיפול המיטבי, גם כאשר מדובר בטיפול משמר ולא מקדם, אזי לעולם לא היתה בידי בית המשפט האפשרות לקבוע כי מוטב לניזוק לשהות במוסד ציבורי.

באחד המקרים בהם דנתי העידה מומחית בתחום השיקום ותארה את מצבה של התובעת בחוות דעתה, במילים אלו:

"ד' לא מדברת ולא מפיקה קולות. ההבנה שלה לקויה, היא מבינה ומבצעת לא בעקביות אך ורק הוראות פשוטות שגרתיות שחוזרות על עצמן,.... לא ניתן לבדוק התמצאות. לא מזהה מטפלים לפי שם, לא מגיבה לקריאת שמה בצורה עקבית. הילדה אינה יוזמת דברים כלל. ד' פועלת בצורה אימפולסיבית חסרת שיפוט ומודעות... לסיכום: מדובר בילדה בת 10 שנים שסובלת מפיגור שכלי קשה, מפגיעה מוטורית בארבע גפיים ומהפרעת בליעה קשה - היא מוזנת דרך גסטרוסטום בלבד. היא תלויה לחלוטין בזולת..." (שם, ע' 2-1).

מצבה של הקטינה שלפנינו אולי שונה מבחינה רפואית, אולם השאלה היא אותה.

בחקירתה נשאלה אותה מומחית מהו המקום הטוב ביותר לתובעת, במוסד או בביתה, והשיבה כי המקום המתאים לה הינו מוסד טיפולי.

כך נשאלה היא, והשיבה:

"ש. בהנחה שכל האמצעים של המוסד יהיו גם בבית ויותר טובים, הסקשן הכי חדש, האח המוסמך והמיומן יותר ולא עובדות סיעות שמתחלפות ולא מתנדבות, בהנחה, עם המשפחה האוהבת והתומכת, בהנחה שהמשפחה אוהבת ותומכת, את צריכה להסכים איתי שברור שבבית יהיה לה טוב יותר. ת. לא יודעת. לא יודעת."

הנה כי כן, אף למומחים בתחום השיקום אין תשובות חד משמעיות בנדון.

תוחלת חיים

13. המשיבים מפנים לדברי ד"ר בארי בעדותו בבית דין האזורי לעבודה בדבר תוחלת החיים של הקטינה, אולם לא אוכל לקבל את דבריו שם כחוות דעת.

הצורך לקבוע תוחלת חיים, הינו אחד מהדברים הקשים ביותר בפסיקת הפיצויים בדיני הנזיקין, בעיקר כאשר המחלוקת בין המומחים הרפואיים הינה רחבה ועמוקה. עמד על כך כב' השופט (כתוארו אז), ת' אור בע"א 2099/94 חיימס נ' אילון חברה לביטוח, פ"ד נא(1), 529, באומר:



בית המשפט המחוזי בירושלים

ת"א 45778-02-11 אלין-אגודה לעזרת ילדים נכים נ' ר' נ' ואח'

"כל המצוי בנושא זה של קביעת קיצור תוחלת חיים יודע עד כמה קיים קושי לקבוע זאת, ועד כמה חלוקות הדעות בנושא זה בין המומחים השונים".

אולם נקבע:

"ההכרעות הקשורות בקביעת גובה הפיצויים בגין נזקי גוף כרוכות לא אחת בהכרעות שיש עמן אי נוחות, כמו קביעת קיצור תוחלת חיים, קביעת מגבלותיו של התובע והכרעות רבות נוספות. לעיתים, אין מנוס מהכרעות כאלה כדי להגיע לחקר נזק הממון שנגרם לתובעים". (ע"א 7244/97 חכמי פנינה נ' רותם, פ"ד נד(2), 30, 35).

פועל יוצא מן האמור, שלא ניתן לקבוע כי תוחלת החיים של הקטינה הינו עד גיל 15, במטרה להתחשב בנתון זה על מנת לדחות את הבקשה, או לקבוע גיל זה כמועד לסיום שהותה של הקטינה באל"ן.

מן הכלל אל הפרט

14. ד"ר מאיר, מנהלת בית החולים נחקרה על תצהירה, השיבה, בין היתר, על כך ש"בבית החם", הנזכר לעיל, הילדים שם הם עם פוטנציאל מובהק לשיקום, ומכל מקום, אין שם מקום נוסף (פרו', 2).

כן נשאלה ע"י ב"כ המשיבים, והשיבה:

ש. את מכירה את בתי החולים הרצוג ורעות?
ת. כן.
ש. בבתי החולים הללו ישנם ילדים במצבה של ת'
ת. בהחלט כן.
ש. למשל ברעות אומר לי האבא שישנם שם ילדים שהם במצב של קומה שזה לא המצב של ת'?
ת. לא יודעת, לא הייתי ברעות ולא מכירה את הילדים הספציפיים שנמצאים שם שהאבא מזכיר. אני יודעת שאנו מעבירים ילדים או לרעות או להרצוג ילדים שהם לא ברי שיקום, ואלה סוג החולים שנמצאים שם ויש זרימה הדדית. אם במקרה מגיע ילד להרצוג שהוא כן בר שיקום, הילד מועבר אלינו.
ש. מבחינה טיפולית, האם הרמה בהרצוג וברעות אותה רמה כמו באל"ן בהתייחס למצב של ילדה שהיא סיעודית?
ת. אני יודעת שהרמה הרפואית בשני המקומות בהחלט על רמה, המחלקות מנוהלות על ידי מומחים לרפואת ילדים, הם מתמצים. שני המקומות עובדים תחת הפיקוח של משרד הבריאות. לי לא ידוע על בעיות מקצועיות שיש בהם ואלה שני המקומות המיועדים לילדים בדיוק כמוה". (שם, 3).

כן העידה כי לאחר שנתיים של אשפוז, פנו להורים פעם אחר פעם במטרה להעבירה מאל"ן.

וכך העידה בנקודה זו:



בית המשפט המחוזי בירושלים

ת"א 45778-02-11 אלין-אגודה לעזרת ילדים נכים נ' ר' נ' ואח'

ש. אם ראיתם אחרי שנה שנתיים שלוש שאין שום שינוי מבחינה סיעודית, אז למה חיכתם?

ת. כי ההורים נתנו לנו להבין 'תנו לנו זמן ניקח אותה הביתה' אפילו עזרנו להם במסמכים כדי לעבוד מול הרשויות עם כל ההבנה שמתכוונים לקחת אותה הביתה.

ש. וזה התמשך 10 שנים?

ת. כן. היתה באמצע תקופה שבאו לדיונים עם מכבי, חשבנו שאולי התחליף יהיה שמכבי יעזרו להם בכל מיני דברים, נכנסו למחלוקות עם מכבי, וגם זה לקח המון זמן וכל עוד שהנושא בתהליך, לא לחצנו. אם כל פעם ההורים אמרו 'אנו מתכוונים, יש עוד שלב, אנו לקראת דיון חוזר עם מכבי על פתרון הבעיה' לא לחצנו. אבל פעם אחר פעם כבר למעלה משנתיים שאנו מזכירים ומדברים ועוד פעם ועוד פעם ועד כאן. ש. האם העניין עלה אחרי שמכבי אמרו שהם מפסיקים את המימון החודשי?

ת. לא. זה לא עלה. יש לי עדות לזה במשך כל השנים שדיברנו איתם להוציא את הילדה. מה שהחיש את הדחיפות, נכון, מכבי אמרו "אנו רוצים לדעת למה אתם ממשיכים להחזיק ילדה סיעודית אצלכם". ניסינו להסביר להם מה קורה, והם אמרו שהם יעזרו למשפחה לצאת מאליין ושיעזור בסידורים לקחת אותה הביתה. וגם מכבי נתנו לנו להבין שהם מטפלים בעניינים.

ש. מה תוחלת חיים של הילדה?

ת. לא.

ש. את לא מסכימה עם ד"ר בארי שאמר בפרו' בבית הדין לעבודה שזה 15 שנים?

ת. לא יודעת מה הוא אמר. הוא מכחיש שהוא אמר את זה. איך הוא יכול להגיד דבר כזה כי זה דבר שבהחלט לא ידוע. יש תינוקות שנפטרים עד גיל שנה ויש כאלה שחיים בלי הגבלת זמן". (פרו', עמ' 4).

דבריה של ד"ר מאיר מהימנים בעיני, ומעידים דווקא על הרגישות של בית החולים בהתייחסות לילדים הנמצאים בו, תוך התחשבות בצערם של ההורים שהגורל התאכזר ליקריהם.

15. אביה של הקטינה אף הוא נחקר על תצהירו, ובין היתר, אף לענין "מדוע דווקא עכשיו", והשיב:

ש. בהמשך הדרך, בשיחות שהיו לכם עם העובדים הסוציאליים והמטפלים הדיבורים על זה שת' לחזור הביתה זה הכל עורבא פרח?
ת. אתה מעלה היום דברים שלא היו ולא נבראו מעולם. כל המחלוקת עם אליין החלה מלפני שנה שמכבי שלחו מכתב שמפסיקים את המימון. ואז הם קבעו עם מכבי לפגישה שיורידו את המחיר. זה התחיל רק מאז שמכבי לא רצו לשלם. פעם אחת אליין לא דיברה על זה שניקח אותה הביתה עד המכתב הזה של מכבי....

ש. כשכותבים את המכתב בשנת '99 עוד אין מכתב של מכבי ברקע. אז למה שאלין ימציא עליכם שאתם רוצים לקחת אותה הביתה?

ת. היינו גרים בבני ברק. וזה קשה להגיע לירושלים. ואז היתה עובדת הסוציאלית, תמר, היא אמרה שהיא תכתוב לנו מכתב שתהיה לנו דירה קרובה בירושלים שנהיה קרובים לילדה. זה הכל. אפילו לא ראיתי מה היא כתבה, היא העבירה את המכתב לפרזות. אני לא ראיתי מה היא כתבה.



בית המשפט המחוזי בירושלים

ת"א 45778-02-11 אלין-אגודה לעזרת ילדים נכים נ' ר' נ' ואח'

- ש. מפנה לתצהירך בסעיף 4. אין לך שום תיעוד רפואי על העניין הזה?
ת. אגיד לך איך הגעתי לזה. תקחו היום ילד בגיל 13 ותוציאו מהמקום שהוא גר ויעבירו למקום אחר ת' טראומה. ת' היא לא ראתה שום דבר אחר חוץ מאל"ן ולא מכירה אנשים אחרים חוץ מאל"ן, אם היא תעבור, היא לא תחזיק מעמד אפילו לא חודש ימים.
ש. זה יהיה נכון לומר שת' לא מתקשרת עם כלום?
ת. מתקשרת, למה לא?
ש. הרופאים אומרים.
ת. אבל האחיות אומרות שכן, וזו המחלוקת.
ש. ולא הבאת שום חו"ד רפואית לתמוך?
ת. לא. "פרו, 6).

אני מעדיף את דברי ד"ר מאיר לגבי מצבה הרפואי של הקטינה, כפי שתואר לעיל, ומכאן המסקנה כי כל מוסד אחר הנזכר לעיל, או כפי שייבחר על ידי המשיבים, או השבתה לביתה, לא יגרע מן הטיפול בה.

פינויה של הקטינה מאל"ן

16. לאור האמור לעיל בדבר החובה ליתן טיפול רפואי לחולה, עולה כי כאשר מטופל זקוק לטיפול דחוף אין לסרב לקבלו.

בהינתן שהקטינה נמצאת באל"ן שנים כה רבות, ובהינתן שהטיפול השיקומי בה מוצה, נותרה השאלה האם בית החולים יכול לחייב את המשיבים להעבירה למקום אחר?

נראה בעיני כי אף אם נניח כי הקטינה הינה במעמד של בר-רשות, כמשמעותו של מושג זה בדיני הקניין, הרי שניתן להורות על הפסקת הרשות על ידי הבעלים.

בע"א 32/77 אליאסף טבוליצקי נ' בית כנסת ובית מדרש חסידים, פ"ד לא(3), 210, התייחס כב' השופט ש' אשר לסוגיה, כדלקמן:

"העובדה שעבר זמן רב מאז תפס האדם את הקרקע, ושבמשך כל אותו זמן נמנע בעל הנכס מתגובה כלשהי למרות שידע על התפיסה, יכולה להעיד על הסכמתו, וליצור רשיון מכללא (implied license) שלא היה קיים מלכתחילה. הלכה זו מקובלת גם בפסיקה האנגלית (ראה האסמכתאות שצוטטו ב-בג"צ 45/71, בע' 797) וגם בפסיקה של ארצות-הברית (ראה 80 53 C.J.S.), שם נאמר:

"When the owner of land, with full knowledge of the facts, tacitly permits another repeatedly to do acts upon the land a may be implied from his acquiescence or failure to object."

אין צורך להדגיש שרשיון מכללא שכזה הינו רשיון חנינם גרידא (license bare) לתקופה בלתי-מוגדרת שאותו רשאי בעל המקרקעין לבטל בכל עת". (שם, 214).



בית המשפט המחוזי בירושלים

ת"א 45778-02-11 אלין-אגודה לעזרת ילדים נכים נ' ר' נ' ואח'

הלכה זו תקפה אף היום (ראו: רע"א 2272/11 מנשה ברכה נ' בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ (אתר נבו) (4.5.11); ע"א 8490/06 אברהם בדרה נ' מינהל מקרקעי ישראל (אתר נבו) (17.4.11)).

תוצאה

התוצאה היא אפוא, שאני מקבל את תביעת בית החולים אליין ומורה למשיבים להעביר את הקטינה למוסד אחר או לביתה. בנסיבות העניין, ייעשו המשיבים כן בתוך 120 יום מהיום.

אין צו להוצאות.

ניתן היום, כ"ז סיון תשע"א, 29 יוני 2011, בהעדר הצדדים.
המזכירות תשלח עותק פסק הדין לב"כ הצדדים.

א. לוי

יוסף שפירא, שופט