



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 7276/18

לפני: כבוד השופט נ' הנדל
כבוד השופט נ' סולברג
כבוד השופט א' שטיין

המערערים: 1. עזבון המנוחה פלונית
2. פלונית
3. פלוני

נ ג ד

המשיבה: מדינת ישראל – המרכז לבריאות הנפש "מעלה הכרמל"

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי חיפה שניתן ביום 8.8.2018 בת"א 56730-08-16 (השופט מ' רניאל)

תאריך הישיבה: כ"ו באייר התש"ף (20.5.2020)

בשם המערערים: עו"ד אילן קיסרי

בשם המשיבה: עו"ד אלאמר ירושלמי; עו"ד דוד גל

פסק-דין

השופט א' שטיין:

ההתאבדות

1. ערעור זה נסוב על מקרה טרגי של אישה צעירה אשר טרם מלאו לה 24 שנים (להלן: המנוחה), ששלחה יד בנפשה בעת ששהתה באשפוז בבית החולים הפסיכיאטרי "מעלה הכרמל" שבטירת הכרמל (להלן: בית החולים או בית החולים הפסיכיאטרי). ביום 23.8.2009, בסביבות השעה 19:00, המנוחה תלתה את עצמה בשטח בית החולים באמצעות סדין שכרכה סביב צווארה, וכן בעזרת צינור אשר בלט מקיר המבנה ושאליו

קשרה המנוחה את הסדין, ושולחן אשר ניצב מתחת לצינור. לאחר פעולות החייאה, הובהלה המנוחה לבית החולים רמב"ם שבחיפה (להלן: רמב"ם), שם היא הלכה לעולמה ביום 28.8.2009.

2. המנוחה הגיעה לראשונה לבית החולים הפסיכיאטרי ביום 21.7.2009, כחודש לפני האירוע הטרגי – זאת, בעקבות ניסיון ההתאבדות הקודם שלה אשר אירע ביום 17.7.2009. ביום 17.7.2009, אמה ואחיה של המנוחה מצאוה תלויה בדירתם כשצעף, או חלק משמיכה, כרוך סביב צווארה. האח הוריד את המנוחה ממצב התלייה וביצע בה פעולות החייאה, ולאחר מכן היא הועברה לטיפול נמרץ ברמב"ם באמצעות אמבולנס. ביום 21.7.2009, התקבלה המנוחה למחלקה פסיכיאטרית ברמב"ם.

3. בהמשכו של אותו יום, המנוחה הופנתה מרמב"ם לבית החולים הפסיכיאטרי, כשבידה דו"ח סיכום אשפוז אשר מספר את הדברים הבאים:

"מדובר בבחורה בת 22 לאחר ניסיון אובדני חמור במהלך אפיזודה דיכאנית מזוּרית (לאחר גל מאני בן מספר חודשים). בקבלתה למחלקתנו התרשמנו ברגשות אשם ומחשבות אשמה על גבול מחשבת שווא (המחלה היא עונש על התנהגותה הנוראית במהלך האפיזודה המאנית). כמו כן ניכר סיכון אובדני גבוה, עדיין רוצה למות "חושבת רק על איך לתלות את עצמי". עקב סיכון אובדני גבוה שוכנעה החולה ומשפחתה לעבור למסגרת מוגנת (מחלקה סגורה בבית חולים פסיכיאטרי). אין כעת התוויה לאשפוז בכפיה היות ואין עדות ברורה] למצב פסיכוטי, קיים שיתוף פעולה בהסכמה לעבור לבית חולים. תעבור בהסעת רמב"ם לבית החולים טירת הכרמל...".

4. המנוחה אושפזה, בהסכמתה, במחלקה סגורה של בית החולים הפסיכיאטרי, שם שהתה וטופלה עד יום 23.7.2009. במסגרת זו, אובחנה המנוחה כמי שסובלת מהפרעה דו-קוטבית, מדיכאון, ממחשבות אובדניות, ממחשבות אשם ומשמיעת קולות. ביום 23.7.2009, בעקבות שיפור מסויים שחל במצבה, ובמענה לבקשתה ולדרישת אמה, שוחררה המנוחה לביתה, בניגוד להמלצת הרופאים המטפלים. הרופאים סיכמו עם המנוחה על משטר של תרופות פסיכיאטריות ועל המשך הטיפול במרפאות בית החולים.

5. הטיפול והמעקב שנקבעו למנוחה נמשכו כסדרם עד יום 3.8.2009, ולפי התרשמות הרופאים, הביאו לשיפור ניכר במצבה. ביום 3.8.2009, מצבה הנפשי של

המנוחה הורע. באותו יום, הגיעה המנוחה למרפאה בלוויית אמה. בשיחה עם המטפלים, דיווחה האם כי מצבה הנפשי של המנוחה נראה זהה למצב בו היתה שרויה ביום בו היא ניסתה לשים קץ לחייה. לאחר סיג ושיח, הסכימה המנוחה להתאשפז בבית החולים, אשר רשם במסמך הקליטה, שכותרתו "המחלה הנוכחית", את הדברים הבאים:

"מוכרת לנו. שוחררה ממחלקתנו לפני כ-10 ימים בניגוד להמלצה הרפואית. אז אושפזה במצב דיכאוני לאחר ניסיון אובדני קשה על ידי תליה בתוקף הוראת אשפוז. שוחררה על פי דרישת בני משפחתה לאחר שחלה רגיעה מסוימת במצבה. אובחנה כלוקה במחלה ביפולרית. מאז שחרורה מתגוררת עם אמה."

בבדיקה הפסיכיאטרית שנערכה למנוחה באותו יום, היא תיארה תחושות של ייאוש, של ריקנות, ושל האשמה עצמית עם גוון דיכאוני. ברשומות רפואיות שנערכו באותו יום נאמר כי "מדובר בבת 23 הסובלת ממחלה ביפולרית [...] במצב דיכאוני [...] ממנה נשקף סיכון אובדני בינוני".

6. אשפוז זה נמשך עד ליום ההתאבדות, 23.8.2009. במהלך האשפוז, שהתה המנוחה במחלקה פתוחה של בית החולים, קיבלה טיפול ומעקב שוטפים ואף יצאה לחופשות קצרות. המנוחה חזרה לבית החולים מחופשתה האחרונה ביום 23.8.2009, בשעה 9:30 בבוקר. כפי שתואר לעיל, בסביבות השעה 19:00 של אותו יום, המנוחה תלתה את עצמה בשטח בית החולים – דבר אשר הביא למותה.

ההליך קמא

7. התאבדות המנוחה עמדה במוקד ההליך קמא: תביעת נזיקין אשר הוגשה נגד בית החולים ובעליו – מדינת ישראל – על ידי אם המנוחה, אחיה ועיזבונה (ת"א (מחוזי חיפה) 56730-08-16). בגדרי תביעה זו נטען כי בית החולים, רופאיו ועובדיו האחראים התרשלו והפרו חובות חקוקות שונות במתן טיפול למנוחה ובשמירה על שלומה. בית החולים, מצדו, דחה האשמה זו בשתי ידיו.

8. לאחר שמיעת הוכחות, דחה בית משפט קמא (השופט מ' דניאל) את התביעה, בקבעו כי התנהלות בית החולים ביחס למנוחה היתה נקיה מרשלנות ומהפרות חוק. על פסק דין זה (להלן: פסק הדין קמא) הוגש הערעור שלפנינו. לאחר שמיעת הערעור ועיון בכתובים שהגישו הצדדים, ניסינו להביאם לידי פשרה, אולם הדבר לא עלה בידינו. באין

פשרה, לא נותר לנו אלא להכריע בערעור באמצעות פסק דין וכפי שהדין מחייב; וכך אעשה.

9. בטרם אעשה כן, אציין כי התאבדות המנוחה נחקרה על ידי שופט חוקר, השופט ד' פלאח, מתוקף סמכותו לפי סעיף 19 לחוק חקירת סיבות מוות, התשי"ח-1958 (ראו: חס"מ (שלום חיפה) 27773-09-09 פלונים נ' מדינת ישראל; להלן: הליך חסה"מ). בעקבות חקירה זו, נתן השופט פלאח שתי החלטות: החלטה מיום 9.9.2012 והחלטה מיום 16.6.2013. בהחלטתו הראשונה, קבע השופט פלאח כי מחומר הראיות עולה, לכאורה, כי מנהלת בית החולים וסגנה התרשלו התרשלות פלילית, במובנו של סעיף 304 לחוק העונשין, התשל"ז-1977, בכך שלא נקטו אמצעים סבירים אשר יכלו למנוע את התאבדות המנוחה בין כתליו של בית החולים. השופט פלאח ביסס קביעה זו, בין היתר, על אירוע התאבדות אשר אירע בבית החולים כשלוש שנים לפני התאבדות המנוחה. במסגרת אותו אירוע, מטופל תלה את עצמו באמצעות סדין על עץ שמתחתיו עמד שולחן. לנוכח קביעה כאמור, החליט השופט פלאח לאפשר למנהלת בית החולים ולסגנה "להשמיע את טענותיהם ולהביא את ראיותיהם בפניי [...] בטרם מתן החלטה לצו אישום".

10. בהחלטתו השנייה – אשר ניתנה לאחר שנשמעו דברי הרופאים וראיותיהם – קבע השופט פלאח כי בית החולים לא התרשל מכיוון שלא היה בידו למנוע את התאבדותה של המנוחה באמצעים סבירים. זאת, מאחר שהדמיון בין שני מקרי ההתאבדות – זה של המנוחה וזה של המטופל האחר – היה מקרי בהחלט; ומאחר שהרופאים הציגו ראיות אשר הצביעו על היעדר אפשרות מעשית לסכל מעשי התאבדות של מטופלים במצבה של המנוחה. כמו כן סמך השופט פלאח את ידיו על הנתונים הסטטיסטיים אשר הונחו על שולחנו, מהם עלה כי כמחצית החולים במצב הדומה לזה של המנוחה ינסו לשלוח יד בנפשם בנסיבות כאלה או אחרות.

11. ההחלטות שהתקבלו בגדרו של הליך חסה"מ לא יכלו לשמש, וממילא לא שימשו, ראיות קבילות בתובענת הנזיקין נשוא ההליך קמא. יחד עם כך, הן נזכרות בפסק דינו של בית המשפט המחוזי לצד עובדותיו של אירוע ההתאבדות של המטופל האחר; ועובדות אלו אינן במחלוקת. להשלמת התמונה, אציין כי המערערים הגישו בשעתו עתירה לבית משפט זה, ביושבו כבית משפט גבוה לצדק, בעניינם של הליך חסה"מ ותוצאותיו. במסגרת עתירה זו, ביקשו המערערים לשנות את החלטתו הסופית של השופט פלאח ולהביא להגשת כתב אישום נגד מנהלת בית החולים וסגנה, אולם לבסוף הם משכו את עתירתם וזו נמחקה בהסכמה (ראו: בג"ץ 6996/16 פלונית נ' השופט פלאח ((18.12.2017)).

טענות הצדדים לערעור

12. המערערים טוענים כי בית משפט קמא שגה בקבעו כי בית החולים לא התרשל בהתנהלותו ביחס למנוחה. לטענתם, בית החולים הפסיכיאטרי ועובדיו יכלו למנוע את התאבדות המנוחה בשטח בית החולים, בהיותם מודעים למחלתה ולנטייתה האובדנית, אילו פעלו במקצועיות, בסבירות ותוך הקפדה על הוראות הדין. המערערים מוסיפים וטוענים כי בית החולים הפר את חובתו לנהל רישומים רפואיים מלאים, אשר נקבעה בסעיף 17 לחוק זכויות החולה, התשנ"ו-1996 (להלן: חוק זכויות החולה).

13. כמו כן טוענים המערערים, כי בית משפט קמא שגה בהחליטו שלא להעביר אל בית החולים את הנטל להוכיח, במאזן ההסתברויות, כי טיפולו במנוחה היה נקי מהתרשלות. לטענת המערערים, העברת הנטל כאמור מתחייבת בשל הנזק הראייתי אשר נגרם להם בעקבות הפרת חובתו של בית החולים לנהל רישומים רפואיים מלאים, וכך לנוכח הכלל הקבוע בסעיף 38 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש] (להלן: פקודת הנזיקין או הפקודה) בנוגע לדברים מסוכנים. טענות המערערים בענייננו של סעיף 38 לפקודת הנזיקין התערבכו קמעא עם הטענות שהועלו על ידיהם בבית משפט קמא בהתבסס על הכלל "הדבר מעיד על עצמו" הקבוע בסעיף 41 לפקודה. במהלך הדיון אשר נערך לפנינו, הובהר כי המערערים לא ביקשו לזנוח את הכלל "הדבר מעיד על עצמו" ואת חזקת הרשלנות הכלולה בו (ראו, בין היתר: עמודים 4-6 לפרוטוקול הדיון שלפנינו). לדידם, היה על בית משפט קמא להעביר את נטל ההוכחה אל בית החולים כך או כך; ומשלא העביר את הנטל, טעה.

14. בהקשר זה, מוסיפים המערערים וטוענים כי בית החולים כשל בניסיונו להוכיח שלא התרשל בפועלו כפי שפעל כדי למנוע את התאבדות המנוחה, וכי הם אף הוכיחו את התרשלותו לגופה באופן עצמאי. לטענתם, הצבתו של שולחן מתחת לצינור שבלט מקיר המבנה בשטחו של בית חולים פסיכיאטרי, כמוה כהכנת הזירה להתאבדותו של מטופל הלוקה בנפשו אשר מתכנן לתלות את עצמו; והיעדר השגחה על מעשיהם של מטופלים אובדניים בקרבת הזירה האמורה אף מעצים את ההתרשלות הנטענת. המערערים מוסיפים וטוענים, כי האשמה זו חלה ביתר שאת על בית החולים שבו עסקינן – זאת, לנוכח אירוע ההתאבדות הקודם. כפי שכבר צויין, במהלכו של אותו אירוע,

מטופל הלוקה בנפשו תלה את עצמו על עץ באמצעות סדין תוך שהוא נעזר בשולחן שהוצב מתחת לעץ.

15. המערערים מלינים גם על קביעותיו של בית משפט קמא בעניין הנזקים. בית משפט קמא העריך את נזקי העיזבון של המנוחה בחשבו את הפסד השתכרותה בשנים האבודות על בסיס השכר הממוצע במשק, בעוד שלשיטת המערערים מן הדין היה לחשב את הפסד כאמור בהתבסס על שכרם של משפטנים ועורכי דין. זאת, מאחר שהמנוחה עמדה לסיים את לימודי משפטים והועסקה במסגרת טרום-התמחות במשרדו של עורך דין. לטענת המערערים, תיקון זה בנתוני השכר מביא מניה וביה גם להעלאת הפיצוי בגין אובדן פנסיה ותנאים סוציאליים, אשר מגיע לעיזבון. כמו כן סבורים המערערים כי בית משפט קמא העריך את הכאב שסבלה המנוחה כתוצאה ממעשה ההתאבדות, וכך את סבלה ואת הקיצור בתוחלת חייה, על הצד הנמוך: 300,000 ₪. לדידם, מן הדין היה לזכות את עיזבון המנוחה בסכום הפיצוי השכיח, עד כדי היותו סטנדרטי, של 500,000 ₪.

16. עוד טוענים המערערים, כי בית משפט קמא שגה בהחליטו שלא לפסוק שום פיצוי לאם המנוחה לפי הלכת אלטווחה (רע"א 444/87 אלטווחה נ' עזבון המנוח דהן, פ"ד מד(3) 397 (1990)). המערערים מפרטים וטוענים בהקשר זה כי כתוצאה מאובדן בתה המנוחה, סובלת האם מ"אבל פתולוגי" אשר גרם לה, בין היתר, להיכנס להריון בעזרת טיפולי הפרייה כדי להביא לעולם בת חדשה – דבר שהיה כרוך בקשיים גופניים ונפשיים ובהוצאות מרובות. להוצאות אלה, כך טוענים המערערים, יש להוסיף את ההוצאות הכרוכות בגידול הבת שנולדה.

17. לצד כל אלה, טוענים המערערים כי גם אחי המנוחה זכאי לפיצוי בעד נזק הנפשי לפי הלכת אלטווחה, מאחר שהוא נאלץ להוריד את אחותו פעמיים ממצב תלייה ולבצע בה פעולות החיאה.

18. מנגד, טוען בית החולים כי דין הערעור להידחות על כל חלקיו תוך שהוא סומך את ידיו על פסק הדין קמא על כל נימוקיו.

דיון והכרעה

19. אתחיל בקל ואסיים בכבד. המערערים לא הצליחו להוכיח את קיומם של משגים רפואיים בטיפול הפסיכיאטרי שניתן למנוחה על ידי בית החולים ורופאיו. בית משפט

קמא החליט כי בכגון דא אין מקום לסמוך על עדותה של העדה המומחית אשר מסרה את עדותה מטעם המערערים, ובמצא מהימנות זה לא נוכל – וממילא לא נרצה – להתערב (ראו למשל: ע"א 2886/05 אשכנזי נ' גאנדין (08.11.2010), פסקה 56 לפסק דינה של השופטת מ' נאור (כתוארה אז)). כמו כן לא נוכל להתערב בקביעתו של בית משפט קמא כי המסמכים הרפואיים אשר סופקו על ידי בית החולים למערערים היו מפורטים דיים; ולפיכך, לא נגרם למערערים שום נזק ראייתי.

20. הוא הדין לגבי הנזקים שהמערערים טוענים לקיומם. בית משפט קמא קבע כי כושר ההשתכרות ההיפותטי של המנוחה כעורכת-דין הוא עניין שבהשערה ותו לא, אשר לא הוכח על ידי המערערים; ובקביעה זו אין בידינו כל עילה להתערב. אשר על כן, בצדק העריך בית משפט קמא את הפסדי ההשתכרות אשר מגיעים לעיזבון המנוחה בהתבססו על השכר הממוצע במשק (ראו: ע"א 9980/06 עיזבון המנוח אטינגר נ' עיריית ירושלים (26.1.2009); ע"א 3751/17 המאגר הישראלי לביטוח רכב (הפול) נ' פלוני (8.8.2019), פסקה 9). באשר לפיצוי בגין הכאב, הסבל והקיצור בתוחלת החיים של המנוחה – סכומו, 300,000 ₪, אינו חורג ממתחם הסבירות; ועל כן, גם בעניין זה אין מקום להתערבותנו (ראו: ע"א 2299/03 מדינת ישראל נ' טרלובסקי (23.1.2007), פסקה 17 והאסמכתאות שם).

21. באשר לתביעות הפיצויים של אם המנוחה ושל אחיה – באין הוכחת נכות פסיכיאטרית משמעותית, זכאות לפיצויים כאמור אינה יכולה לקום. כך נקבע בהלכת אלטווחה (ראו שם, בעמודים 405-408), ואותה לא נשנה. באשר להוצאות והמאמצים הכרוכים בהולדת הבת החדשה על ידי אם המנוחה, ובגידולה – אומר בקצרה כי אלו אינם נקשרים לשום ראש נזק מוכר בדיני הנזיקין (ראו פסק דינו של המשנה לנשיאה א' ריבלין בע"א 6/08 ג'נח נ' אבנר איגוד ביטוח לנפגעי רכב (29.3.2009), פסקה 5). אם המנוחה אינה זכאית אפוא לקבל שום פיצוי בגין הוצאות ומאמצים שקשורים לבתה החדשה.

22. הסוגיה היחידה – ומן הסתם המשמעותית ביותר – שמחייבת דיון מעמיק בגדרי הערעור הנוכחי, היא התרשלות אשר מיוחסת לבית החולים הפסיכיאטרי כגורם מקצועי ומיומן שעליו מוטלת החובה לנקוט באמצעי אבטחה והשגחה סבירים כדי למנוע את התאבדות המטופל שאושפז בין כתליו בעקבות ניסיון התאבדות קודם, אשר רק במזל לא הסתיים במותו.

23. דיון זה יבוא להלן. במסגרתו, אפרט את טיבה של חובת הזהירות אשר מוטלת על בית חולים פסיכיאטרי כמוסד שאמור למזער את סיכון ההתאבדות הטמון במטופליו השונים על ידי נקיטת אמצעי מנע התואמים את הסתברותו של מעשה התאבדות מצד המטופל. לאחר מכן אתייחס לאמצעי מנע עצמם, שכאמור צריכים להיות מותאמים לאותה הסתברות, דהיינו: לסיכון של התאבדות הנשקף מכל מטופל ומטופל. בשל הכרת משפטנו בקדושת החיים (ראו: רע"א 5587/97 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלוני, פ"ד נא(4) 830, 848-849 (1997)), ככל שהסתברות כאמור עולה, תוחלת הנזק מניסיון ההתאבדות גדלה אף היא – דבר שמחייב את בית החולים בנקיטת אמצעי מנע רבים יותר, הדוקים יותר, וכפועל יוצא מכך, יקרים יותר. מטעמים אלו, אעשה אבחנה בין אשפוז המטופל במחלקה פסיכיאטרית סגורה ובין אשפוזו במחלקה פתוחה ואגדיר את השלכותיה. אחרי כן, אדון במצבים של חוסר ודאות, שבהם לא ניתן להצביע על שום מחדל קונקרטי מצד בית החולים כגורם האחראי להתאבדות המטופל, ועל הזיקה שבין מצבים אלו לבין הכלל "הדבר מעיד על עצמו", אשר בהתקיים התנאים הכלולים בו מקים לחובת בית החולים את חזקת הרשלנות. לבסוף, אבחן את נסיבות המקרה שלפנינו על יסוד העובדות והראיות שאינן במחלוקת. בחינה זו תכלול, כמקובל, את יישום הדין על העובדות. אקדים ואומר, כי לדעתי בית החולים התרשל בכך שלא נקט באמצעי אבטחה והשגחה סבירים, אשר מצופים מגורם מקצועי ומיומן, כדי למנוע את התאבדות המנוחה בשטחו – בהינתן הסיכון המשמעותי להתאבדות אשר נשקף ממנה בשל מחלתה הפסיכיאטרית ונטייתה האובדנית, שכאמור באה לידי ביטוי מוחשי זמן קצר לפני שעלה בידה לשים קץ לחייה. קביעתי זו תתבסס הן על הוכחת התרשלותו של בית החולים, אשר עולה מהמצאים שאין לגביהם מחלוקת, והן על חזקת הרשלנות אשר מעוגנת בסעיף 41 לפקודת הנזיקין.

24. הווה אומר: הנני סבור כי בית משפט קמא טעה בקבעו כי המערערים לא הוכיחו את התרשלותו של בית החולים ואת כשלוננו למנוע את התאבדות המנוחה בעודה מאושפזת בין כתליו. כמו כן סבורני כי בית משפט קמא טעה בהחליטו כי חזקת הרשלנות איננה חלה על המקרה דכאן. אשר על כן, אציע לחבריי לקבל את הערעור, לקבוע כי בית החולים נושא באחריות נזיקית בגין אובדן חיי המנוחה ותוצאותיו הכלכליות, ולחייבו לשלם למערערים פיצויים בסכום אשר נקבע בפסק הדין קמא יחד עם הוצאות המשפט.

חובתו של בית חולים פסיכיאטרי למנוע את התאבדות המטופל

25. פשיטא הוא, כי בית חולים פסיכיאטרי, ככל גורם רפואי, חייב לטפל בחוליו במיומנות ובסבירות – בהתאם למקובלות הקיימות ברפואת נפש (ראו: ע"א 323/89

קוהרי נ' מדינת ישראל - משרד הבריאות, פ"ד מה(2) 142, 172 (1991) (להלן: עניין קוהרי)). בידוע הוא, שחלק לא מבוטל של אנשים הלוקים במחלות נפש מפתחים נטייה לאובדנות ולעתים מממשים אותה (ראו, למשל: J. John Mann, et al., *Toward a Clinical Model of Suicidal Behavior in Psychiatric Patients*, 156 AM. J. PSYCHIATRY 181, 181 (1999) – מאמר שמדווח על כך ש-90% מהאנשים המתאבדים בארצות הברית – כ-27,000 מתוך 30,000 אנשים ששמים קץ לחייהם מדי שנה – סובלים מהפרעה פסיכיאטרית כלשהי, אף שרוב המטופלים הפסיכיאטריים אינם מאבדים את עצמם לדעת). משפטנו מכיר בקדושת החיים כערך עליון מקדמת דנא (ראו: ע"א 461/62 צים חברת השיט הישראלית בע"מ נ' מזיאר, פ"ד יז(2) 1319, 1333 (1963)); וכפועל יוצא מכך, הוא מטיל על בתי חולים ורופאים פסיכיאטריים, לצד חובותיהם המוסריות שאינן עומדות לדיון לפנינו, את החובה המשפטית לנקוט בכל האמצעים הסבירים כדי למנוע את התאבדות המטופל הלוקה בנפשו או, למצער, למזער את הסיכון להתאבדות הנשקף ממנו. חובה זו איננה חובה מוחלטת, שכן אין ביכולתו של שום רופא ושום בית חולים פסיכיאטרי לסכל לחלוטין את מימוש הדחף להתאבד שקיים אצל מטופל הלוקה בנפשו. לצד ההכרה בחוסר אפשרות מעשית למנוע התאבדויות כאלה, משפטנו קבע כי מניעתן היא בגדר מטרה חשובה-עד-מאד, אם לא מטרת-על, שלשם קידומה חייבים בתי החולים והרופאים הפסיכיאטריים לנקוט בכל האמצעים הרפואיים והלוגיסטיים אשר עומדים לרשותם – בגבולות של סבירות, של הגיון ושל השכל הישר. חובה בסיסית זו הוגדרה, בין היתר, בפרשת הדסה נ' גלעד (ע"א 6649/96 הסתדרות מדיצינית הדסה נ' גלעד, פ"ד נג(3) 529 (1999)), בה דובר על מטופל הסובל מדיכאון אשר ניצל את היעדרה של השגחה וקפץ למותו מחלון הקומה השמינית של בית החולים. פסק דין חשוב זה, אשר נכתב על ידי השופט י' אנגלרד, בהסכמת הנשיא א' ברק והשופט ת' אור (כתוארו אז), קבע כדלקמן:

"לפנינו אדם, אשר הגיע במצב אנוש לבית החולים, שחיינו ניצלו בדוחק ושהכול מאוחדים במטרה לשמור עליהם. האבחנה הרפואית היא, כי החולה סובל מדיכאון. [...] האם בנסיבות אלה של קריאת חולה לעזרה, יש מקום לדבר על מתן אפשרות חופשית לשים קץ לחיים? אתמה! יתרה מזו, גם ללא קריאה מפורשת לעזרה, יש במצבו הנפשי של החולה קריאה משתמעת לעזרה, ואף אם לא תאמר כן, הרי אצל אדם הסובל מדיכאון, הרעיון, כי יש לחדול מנקיטת אמצעים למניעת מעשה ההתאבדות בשל כיבוד חופש הבחירה, מחטיא את המטרה. התקווה היא, כי לאחר טיפול ושמירה יתגבר החולה על הדחף הדיכאוני וישוב לחיים רגילים בקרב משפחתו. [...]"

הראש השני של טענת המערערת, המכוונת לשלילת קיומה של אחריות מצד בית החולים, יוצא מנקודת ראות מנוגדת: לא האינטרס של החולה לנגד עיניו, אלא האינטרס החברתי. אינטרס אחרון זה, כך נטען, דורש את שלילתה של חובת הזהירות ואתה את שלילת האחריות בנוזיקין. טענה זו מתבססת על נימוקים מספר, שאינם מעור אחד. לפי כיוון אחד, קיים שיקול ציבורי מוסרי, התומך בשלילת זכותו של אדם אשר איבד עצמו לדעת, להיות מפוצה, פיצוי שהוא מנחיל לעיזבונו. שיקול מוסרי זה הושמע באימרת אגב ידועה של השופט האנגלי לורד דנינג [...] שבה הוא מעיר, כי המדיניות המשפטית הראויה היא לא להעמיס על הציבור את הנזק הנובע ממעשה התאבדות, וזאת כדי לרפות את ידי מבצעי מעשים אלה. השופט דנינג מזכיר בעניין זה את האיסור הדתי לאבד עצמו לדעת וכן את הסנקציות שהטילה הכנסייה על מתאבדים. המערערת הסתמכה על אימרתו זו של השופט דנינג. אומר מיד, כי נימוק זה אינו מקובל עליי [...]. אין כל מקום להפעיל כלפי המאבד את נפשו סנקציה אזרחית בדרך של שלילת זכות הפיצויים. כל שכן, אין להטיל עונש מעין זה בנסיבות המקרה הנדון, שבו התברר, כי החולה פעל בעקבות דיכאון. [...] לטעמי, אין כל קושי לבסס חובת זהירות, במקרה הנדון, מצד בית החולים כלפי החולה. החולה הגיע למשמרתו של בית החולים בהיותו פצוע קשה על רקע ניסיון התאבדות. בית החולים קיבל על עצמו את ריפוי של החולה על כל היבטי מחלתו ומצבו הנפשי. לכן, הוא נבדק הן על-ידי היועץ הפסיכיאטרי של היחידה לטיפול נמרץ, הן על-ידי היועץ הפסיכיאטרי למחלקה לכירורגיה פלסטית. בכך נוצר היחס הטיפולי הדרוש בין בית החולים לבין [המטופל], יחס המטיל על בית החולים חובה לנקוט את כל האמצעים הסבירים כדי למנוע את סכנת ההתאבדות. (שם, עמודים 543-544; ההדגשה הוספה – א.ש.).

26. פרשת הדסה נ' גלעד לא היתה המקרה הראשון שבו אחריות בית החולים להתאבדות המטופל הלוקה בנפשו הובאה להכרעתו של בית משפט זה. למיטב ידיעתי, סוגיה כאמור הובאה להכרעתנו לראשונה בפרשת פרצ'יק (ע"א 282/60 מדינת ישראל נ' פרצ'יק, פ"ד יד(3) 2007 (1960)). בפרשה זו היה מדובר במטופל המאושפז בבית חולים פסיכיאטרי ממשלתי, אשר נטל מחוגה מחדר ריפוי בעיסוק וכעבור מספר ימים השתמש בה כדי לפתוח את דלת היציאה מחדרו ולשים קץ לחייו – ככל הנראה בקפיצה מחדר המדרגות. השופט ח' כהן (כתוארו אז) קבע בעניינה של אחריות בית החולים להתאבדות המטופל כדלקמן:

"אין צורך בעדות רפואית או אחרת כדי להראות כי על חמישים חולים אי-אפשר להשגיח באורח יעיל כשמספר המשגיחים אינו עולה על שניים – בין שהם עוסקים בעבודה, בין שהם נמצאים במיטותיהם, ובין במקום או

באורח אחר כלשהו. אם דברים אלה אמורים לגבי חולי-נפש סתם, על אחת כמה וכמה אמורים הם לגבי חולי-נפש אשר חלק ניכר מהם ידוע לממונים על בית-החולים כעלולים לסכן את עצמם או את זולתם בכל עת. ידיעה זו על הסיכון הנעוץ במחלתם של חולים כגון אלה, יחד עם החובה אשר הממונים על בית-החולים קיבלו על עצמם כלפי חוליהם בקבלם אותם לאישפוז, מטילה עליהם אחריות חמורה ביותר לנקוט בכל אמצעי הזהירות האפשריים פן ישלחו החולים יד בעצמם או בזולתם, ולתת להם את ההשגחה היעילה והטובה ביותר.

בית המשפט העליון אישר, אפוא, פה-אחד, את פסק דינו של בית המשפט המחוזי אשר מצא את בית החולים אחראי להתאבדות המטופל.

27. בהקשר זה, כמו בהקשרים אחרים של דיני הנזיקין, חובת זהירות משמעה חובה לא להתרשל (ישראל גלעד דיני נזיקין – גבולות האחירות 421 (כרך א, 2012) (להלן: גלעד)). קביעת תוכנה של חובה כאמור איננה דבר פשוט. חובת זהירות איננה דורשת מאלו שכפופים לה למנוע כל סיכון אפשרי לקרות הנזק אשר נשקף לזולת. "התרשלות" – משמעה חשיפת הזולת לסיכון בלתי סביר של קרות הנזק (ראו: גלעד, בעמ' 643; אריאל פורת נזיקין 149 (כרך א, 2013) (להלן: פורת)).

28. הגדרה זו טעונה פירוט, שכן בלעדיו לעולם לא נדע מהו אותו סיכון לקרות הנזק אשר חורג מגדר "הסביר"? מענה לשאלה "מהו סיכון בלתי סביר?" מתפצל לשניים בהלכו אחר שני זרמי החשיבה המרכזיים של דיני הנזיקין. זרם החשיבה הראשון, המזוהה עם תורת הצדק המתקן, מגדיר כ"בלתי סביר" כל סיכון אשר עולה בחומרתו על הסיכונים ההכרחיים של חיי היומיום הרגילים – אלו שאין בהם פוטנציאל לנזק משמעותי והחברה מקבלת אותם כמוסכמים. סיכונים מותרים אלה מתאפיינים בהדדיות: על כל אחד מאתנו נגזר להיות חשוף לסיכונים כאמור, ולכל אחד מאתנו מותר להטיל סיכונים כאלה על חברו. מאידך, החצנת סיכון העולה בחומרתו על אשר נתפש כמקובל והדדי פוגעת באיזון ובשוויון בין בני אדם, ועל כן היא כגדר התנהגות בת-אשם או, בלשון טכנית יותר, "התרשלות" (ראו: George P. Fletcher, *Fairness and Utility in Tort Theory*, 85 HARV. L. REV. 537 (1972)).

29. הגדרה זו של התרשלות, המקרבת את החבות בנזיקין לרמה של אחריות קפידה, מתאימה לפעילויות יוצרות-סיכון שאין בצדן תועלת חברתית ממשית, כדוגמת הבאה של מגלשה מתנפחת למסיבת ילדים המתקיימת בחצרו של בית פרטי. במקרים כדוגמת זה, אף אם נניח שהסיכוי שרוח חזקה תעיף את המגלשה לחצר הבית השכן ותסב לבעליו

נזקי רכוש בסך של 5000 ₪ הינו 1% בלבד, מארגן המסיבה יהא חייב לפצות את הניזוק בקרות הנזק במלוא העלות של הנזק. טענת הגנה כי תוחלת הנזק, 50 ₪ בלבד, פחותה בהרבה מהעלות של אמצעי המנע – אי-הבאת המגלשה תוך שלילת הנאה ושמחה מעשרות ילדים – לא תעמוד למזיק. העובדה שהמזיק חשף את שכנו לסיכון בלתי הדדי לקרות הנזק תסמן אותו כרשלן ללא קשר לשיקולי העלות והתועלת (ראו: Alex Stein, *The Domain of Torts*, 117 COLUM. L. REV. 535, 541-542 (2017) (להלן: *Domain of Torts*)).

30. המאזן של עלות-מול-תועלת מגדיר את ההתרשלות במקרים בהם מדובר בפעילות יוצרת-סיכון אשר מביאה תועלת משמעותית לחברה כולה, לצד יצירת הסיכון. במקרים אלו, הסיכון ייחשב לבלתי סביר – וכפועל יוצא מכך, לרשלני – כאשר יוצרו נמנע מנקיטת אמצעי מנע אפקטיביים אשר עולים פחות מתוחלת הנזק. הווה אומר: יוצר הסיכון איננו חייב לנקוט באמצעי מנע כאשר עלותם שקולה לתוחלת הנזק או גבוהה ממנה. במקרים כאלה, הוא לא יחוייב לשלם לניזוק דבר בקרות הנזק (ראו: *Domain of Torts*, 542-544; 564-573; וכן ע"א 2394/18 פלוניס נ' משטרת ישראל (10.4.2019), פסקה 5 והאסמכתאות הנזכרות שם).

31. זרם חשיבה זה מזוהה עם תורת היעילות הכלכלית, אשר משלבת בתוכה את צרכי הצדק המתקן שבאים לידי ביטוי בפסיקת פיצויים לניזוק, להבדיל מהטלת קנסות על ידי המדינה (ראו: *Domain of Torts*, 542-544; 564-573). במסגרת זו, השוואה בין עלותם הכלכלית של אמצעי המנע לבין תוחלת הנזק – אשר מחושבת כמכפלת של הסתברות הנזק בשיעורו המלא או הממוצע – הינה, על פי רוב, עניין של עיקרון משפטי אשר מופעל בדרך של אומדן והערכה, ולא של חישוב מתמטי (ראו: פורת, בעמ' 96; *Domain of Torts*, 565-566). עיקרון זה אומר לניזוק הפוטנציאלי: "מאחר שאתה, ככל אזרח אחר, נהנה מהתועלת החברתית אשר צומחת מפעילות יוצרת-סיכון – כדוגמת הספקת תחבורה או שירותים רפואיים – זכאותך לאמצעי מנע שיגנו עליך מוגבלת לתקרה של תוחלת הנזק, ולא תהא זכאי לאמצעי מנע הדוקים יותר ויקרים יותר". בגדרי המשפט המקובל האנגלו-אמריקני, ממנו דיני הנזיקין שלנו ניזונים ושואבים את השראתם, עיקרון חשוב זה כבר קיים כ-150 שנה. אחד מפסקי הדין שעיצבו דינים אלו, הגדיר עיקרון זה בזו הלשון:

"[T]he general rules . . . that I must so use my real estate as not to injure my neighbor [...] are much modified by the exigencies of the social state. We

must have factories, machinery, dams, canals and railroads. They are demanded by the manifold wants of mankind and lay at the basis of all our civilization. If I have any of these upon my lands, and they are not a nuisance and are not so managed as to become such, I am not responsible for any damage they accidentally and unavoidably do my neighbor. *He receives his compensation for such damage by the general good, in which he shares,* and the right which he has to place the same things upon his land."

Losee v. Buchanan, 51 N.Y. 476, 484–85 (1873)
(ההדגשה הוספה – א.ש.)

באשר להליכת משפטנו-שלנו לפי אותו עיקרון ממש, ראו את דברי השופט ד'

דורנר בע"א 1678/01 מדינת ישראל נ' וייס, פ"ד נח(5) 167, 180 (2004):

"האשם החברתי' הגלום ביסוד ההתנהגות העוולתית של עוולת הרשלנות נגזר מתפיסותיה הנורמטיביות של החברה באשר לערך החברתי של הפעילות הנידונה, מן הצד האחד, ובאשר למחיר שאותו היא מוכנה לשלם כדי לצמצם את סיכונה, מהצד האחר. יש לשקלל את תוחלת הנזק עם האינטרס הציבורי שבקיום הפעילות יוצרת הסיכון וכן את עלות אמצעי המנע הקיימים."

32. הספקת שירותים רפואיים מכל הסוגים המוכרים היא בגדר פעילות החיונית לחברה ולפרט. פעילותם של רופאים ומוסדות רפואיים, אשר כוללים, כמובן, את בתי החולים והרופאים פסיכיאטריים, מביאה, לצד סיכונה, תועלת חברתית עצומה. מטעם זה, לא נוכל להגדיר רשלנות רפואית כקשורה לאמת המידה של הדדיות, אשר ממילא איננה קיימת ביחסים שבין רופאים למטופליהם (ראו: *Domain of Torts*, 548-552). רשלנות רפואית מוגדרת במחוזותינו, מאז ומעולם, כסטייה מהותית מנורמות טיפוליות מקובלות אשר התפתחו בגדרן של דיסציפלינות רפואיות שונות ואשר קובעות מהו הטיפול הרפואי הנכון והמועיל למטופל בהתבסס על שקילתם של הסיכויים מול הסיכונים (ראו: עניין קוהרר, בעמ' 172). במסגרת זו, רופא או בית חולים ייחשב לרשלן רק כאשר הוא אינו מונע נזק למטופל שאותו ניתן למנוע באמצעים רפואיים מוכרים ומקובלים, שעלותם, לפי הדעה הרפואית המקובלת, פחותה מתוחלת הנזק. בהינתן הערך הרב שחברתנו מייחסת לחייהם ולבריאותם של אנשים הנזקקים לשירותים רפואיים, במקרים רבים, אם כי לא בכל המקרים, האיזון של עלות-מול-תועלת יחייב את ספקי השירותים הרפואיים לספקם למטופליהם חרף עלותם הגבוהה, כל אימת שהדבר מועיל לבריאותו של המטופל (ראו והשוו: סעיף 5 לחוק זכויות החולה: "מטופל זכאי לקבל

טיפול רפואי נאות, הן מבחינת הרמה המקצועית והאיכות הרפואית, והן מבחינת יחסי האנוש.").

33. ככגון דא, חשיבות רבה עד-כדי-מכרעת מיוחסת לעמדת המומחים הרפואיים אשר באים להעיד בפני בתי המשפט על המקובלות בדיסציפלינות רפואיות שונות, על הנורמות אשר פותחו ושוכללו בגדרי דיסציפלינות אלה, ועל הפרקטיקה הראויה. ככלל, מומחים אלו – ולא אנחנו, השופטים – הם שיגדירו את היחס הראוי בין תוחלת הנזק לבין עלות האמצעים הרפואיים אשר יכולים למנעו או למזערו. לצד זאת, שמרנו לעצמנו שיקול-דעת שיורי אשר מאפשר לנו לחלוק, במקרים חריגים, על עמדתו של מומחה רפואי ועל האופן שבו הלה מעריך את העלות מול תועלת – הפוסק האחרון בשאלה אם רופא או מוסד רפואי פלוני התרשל ואם לאו, הוא בית המשפט ולא המומחה.

כללים אלה הוגדרו בדנ"א 7794/98 משה נ' קליפורד, פ"ד נז(4) 721 (2003) (להלן: הלכת משה נ' קליפורד), בזו הלשון:

"סבירותם של אמצעי זהירות נקבעת על-פי אמות מידה אובייקטיביות-נורמטיביות, ועל-כן ייתכנו מקרים, אם כי לא שכיחים, שבהם הפרקטיקה הנוהגת עלולה שלא לענות על סטנדרד ההתנהגות הנדרש. מצטרף אני לעמדתה של חברתי השופטת ביניש בפסק-הדין שלעזרעור כי קיומה של פרקטיקה רפואית מקובלת אינה יכולה לחרוץ, כשלעצמה, את גורלה של שאלת ההתרשלות. [...] אין ספק כי קיומה של פרקטיקה מקובלת הוא פראמטר, ואפילו פראמטר חשוב, במכלול השיקולים שעל בית-המשפט לשקול בבואו לקבוע את סטנדרד ההתנהגות הראוי, אולם אין הוא הפראמטר היחיד אשר בית-משפט יתחשב בו." (ראו שם, דברי השופט ת' אור (כתוארו אז), בעמודים 744-745).

34. השאלה אימתי בית משפט צריך לאמץ את האמור בחוות דעתו של מומחה רפואי בנוגע לאמות המידה אשר קובעות את קיומה ואת היעדרה של התרשלות, היא שאלה נכבדה בזכות עצמה (ראו: Philip G. Peters, Jr., *The Quiet Demise of Deference to Custom: Malpractice Law at the Millennium*, 57 WASH. & LEE L. REV. 163 (2000)). בבואנו לענות לשאלה זו, כל אימת שהיא מתעוררת, טוב נעשה אם נבחין בין שני סוגים של טענות התרשלות אשר מועלות ביחס לפועלם של רופאים ושל מוסדות רפואיים, כדוגמת קופות חולים ובתי החולים. כאשר תובענת נזיקין מייחסת לרופא או למוסד רפואי רשלנות טיפולית – טעות באבחון מצבו הרפואי של המטופל, בתכנית הטיפולית שנקבעה עבורו או בהוצאתה של תכנית זו מן הכוח אל הפועל – ככלל,

ובכפוף למקרים בודדים אשר יוצאים מן הכלל, נכון יהיה לאמץ את חוות דעתו של המומחה הרפואי באשר לפרקטיקה העדכנית והמקובלת בדיסציפלינה שבה עסקינן, באופן שרק סטייה מהותית מאותה פרקטיקה תיחשב להתרשלות מצד הנתבע. מאידך, כאשר התרשלות המיוחסת לרופא או למוסד רפואי באה לידי ביטוי בהחלטה בענייני ניהול ולוגיסטיקה – כדוגמת הקצאת תקציבים, ציוד, ומשאבים אחרים שמשמשים כמתן שירותים רפואיים – ובבסיסה מונחים שיקולים של עלות-מול-תועלת, טוב נעשה אם נחליט בעניינה של ההתרשלות הנטענת על פי שיקול-דעתנו שלנו תוך התחשבות בדברי המומחים, שבהם לא נראה אלא ראייה כשאר הראיות, הא ותו לא. זאת, מאחר שהאיזונים של עלות-מול-תועלת הם לחם חוקנו, ובידינו לעשותם לא פחות טוב מהמומחים הרפואיים, כל אימת שאיננו נזקקים לשם כך לתובנותיו של מדע הרפואה (ראו: Alex Stein, *Toward a Theory of Medical Malpractice*, 97 IOWA L. REV. 1201, 1202–1204, 1226–1231 (2012) (להלן: *Theory of Medical Malpractice*). כך נעשה, למשל, בפרשת משה נ' קליפורד, במסגרתה נקבע כי הגושפנקא שפרקטיקה רפואית נתנה למזרק אשר הזיק למטופלת איננה חזות הכל – לאחר שלמדנו כי קיים מזרק בטוח יותר אשר היה זמין ונגיש באותה מידה. דומה, כי אבחנה כאמור הדריכה גם את השופט מ' אגמון-גונן באומרה כי "הרשלנות הרפואית המינהלית היא הרשלנות הרפואית המודרנית. רשלנות רפואית מינהלית נובעת משיקולי תקציב של הגופים המוסדיים – קופות החולים ובתי החולים מסתפקים בצוות רפואי מצומצם; רופא מורה על ביצוע בדיקה מסוימת וקופת החולים לא מאשרת את ביצוע הבדיקה; ניתנות תרופות המתאימות פחות לטיפול בחולה בשל שיקולי תקציב." (ראו ע"ש (מחוזי ת"א) 1199/07 דביב נ' משרד הבריאות (25.6.2008), פסקה 5).

רשלנות טיפולית לעומת רשלנות לוגיסטית-ניהולית במניעת התאבדות המטופל הלוקה
בנפשו

35. האבחנה בין רשלנות טיפולית לרשלנות לוגיסטית-ניהולית חשובה עד מאד בעולמה של הפסיכיאטריה. בעולם זה, המתאפיין בחוסר שיתוף פעולה עם רופאים מצד מטופלים רבים, הטלת אחריות רחבת היקף על רופאים בגין התאבדות מטופליהם הלוקים בנפשם עלולה לגרום לחלק מהרופאים למשוך את ידיהם מהטיפול בחולים אובדניים ולמקד את פועלם המקצועי – שלגביו קיים ביקוש קשיח ובלתי פוחת – במטופלים אחרים, הקלים יותר לטיפול ולהשגחה, כפי שקורה בשנים האחרונות בארצות הברית. כפועל יוצא מכך, שיעור ההתאבדויות באוכלוסיית הלוקים בנפשם עלול לעלות והוא אף עולה הלכה למעשה (ראו: J. Shahr Dillbary, Griffin Edwards & Fredrick E. Vars, *Why Exempting Negligent Doctors May Reduce Suicide: An Empirical Analysis*,

(93 IND. L.J. 457 (2018)). מטעם זה, ובהתחשב בתופעה הנרחבת של אי-שיתוף פעולה מצד המטופלים, מן הראוי הוא שנקפיד לזהות רשלנות טיפולית בפועלו של רופא פסיכיאטרי רק כאשר זו מוכחת באמצעות עדות של מומחה בתחום הפסיכיאטריה אשר מראה כי הרופא סטה סטייה מהותית מהמקובלות. כל אימת שהרופא מטפל בפציינט הלוקה בנפשו בהתאם למקובלות בתחומו או לפי אחת האסכולות הקיימות אצל פסיכיאטרים (ראו: ע"א 3139/99 מוקה נ' קופת חולים של ההסתדרות הכללית של העובדים בארץ ישראל, פ"ד נו(2) 241, 245 (2001); ע"א 5787/08 קפאח נ' מדינת ישראל - משרד הבריאות (10.8.2010), פסקה 5), הטיפול שהוא מעניק לפציינט אינו יכול להיחשב לבלתי תקין ולרשלני. הסמכות לסטות מכלל זה, ולקבוע – כקביעה שיפוטית עצמאית, בהתאם להלכת משה נ' קליפורד – כי רופא פסיכיאטרי אשר טיפל בפציינט בהתאם לפרקטיקה מקובלת בכל זאת התרשל, לעולם תישאר בידי בתי המשפט, אך השימוש בה יהא שמור למקרים חריגים ויוצאים מן הכלל. ככלל, אין מקום להתערבות שיפוטית בפרקטיקה שהתגבשה אצל רופאים פסיכיאטריים ובנורמות הפנימיות לפיהן רופאים אלו פועלים. התערבות כאמור, אשר מתייגת את הפרקטיקה הרפואית המקובלת כמעשה התרשלות, תיצור כר נרחב לטעויות שיפוטיות בהטלת אחריות נזיקית ותביא עמה הרתעת יתר של הרופאים העוסקים בפסיכיאטריה.

36. לא כך הוא לגבי רשלנות לוגיסטית או ניהולית מצד בית החולים ועובדיו. דוקטרינת הרשלנות של דיני הנזיקין קובעת כי בית חולים פסיכיאטרי, פרטי או ממשלתי, חייב להתנהל באופן שממזער את הסיכונים הצפויים לחייהם ולבריאותם של מטופליו כל אימת שעלות האמצעים הנדרשים לכך פחותה מתוחלת הנזק למטופל. מילוי דרישה כאמור יבטיח ניהול יעיל של בית החולים ומשאביו מבלי להעמידו בסכנת התמוטטות כלכלית. אכיפתה של דרישה בסיסית זו בוודאי לא תביא לסגירתם של בתי החולים הפסיכיאטריים או להסבתם למיזם ציבורי או פרטי אחר.

37. האבחנה בין רשלנות טיפולית לבין רשלנות לוגיסטית בהקשר שבו עסקינן הוכרה כבר בשנת 1960 בפרשת פרצ'יק, שם נקבע כי אין צורך בעדות רפואית על מנת לקבוע שבית החולים הפסיכיאטרי לא נקט באמצעים מספיקים כדי למנוע את התאבדות המטופל הלוקה בנפשו. בהקשר זה, אודה ולא אכחד: הסכנה שבתי המשפט לא יפרשו נכון את חומר הראיות ויעשו טעויות בבואם לשקלל את העלות מול תועלת לא תיעלם בזכות האבחנה בין שני סוגי הרשלנות הרפואית – החלטות מהסוג הזה, כמו כל החלטה שיפוטית המתקבלת בתנאים של חוסר ודאות, אינן חסינות מטעויות. ברם, הסיכוי שבתי המשפט יעשו טעויות בהחלטות שהן לחם חוקם, ושאינן מערבות שיקולים רפואיים

שמחוץ למומחיותם של שופטים, איננו גבוה. בענייניה של רשלנות לוגיסטית-ניהולית, השכל הישר – כלי שיפוטי שתופס מקום של כבוד במועדון המשפט (ראו: דנ"א 4465/98 טבעול (1993) בע"מ נ' שף-הים (1994) בע"מ, פ"ד נו(1) 56, 86 (2001); ע"א 7996/11 סייפקום בע"מ נ' רביב (18.11.2013), פסקה ג' לפסק דינו של השופט א' רובינשטיין (כתוארו אז)) – יוליכנו להחלטה נכונה ברוב רובם של המקרים.

38. במסגרת זו, נפעל לפי עיקרון פשוט אשר שם את עיקר הדגש על הסתברותו של התרחיש שבו אדם הלוקה בנפשו אשר מאושפז בבית חולים פסיכיאטרי ינסה לשים קץ לחייו באחת הדרכים הידועות, כדוגמת תלייה, פגיעה עצמית באמצעות מכשיר חד, קפיצה ממקום גבוה בבניין רב קומות, או הרעלה עצמית על ידי בליעת חומרים רעילים או מנת-יתר של תרופות. הסתברות כאמור יש להעריך לאור מעשי העבר של המטופל, לאור טיב מחלתו ולאור נסיבות אחרות אשר מלמדות על עוצמת הדחף להתאבד. ככל שהסתברות זו עולה, הכלים, כוח האדם ושאר האמצעים הלוגיסטיים שבהם בית החולים חייב לעשות שימוש כדי לשלול מן המטופל את האפשרות להתאבד יהיו נרחבים יותר, ומן הסתם גם יקרים יותר. עיקרון זה נגזר מקדושת החיים כערך עליון שמשפטנו אימץ בראשית דרכו ופועל לפיו. עיקרון זה נגזר גם מחובתו הראשונית של בית חולים פסיכיאטרי להגן על חייהם של מטופליו אשר אושפזו בו, בין היתר, על מנת לקבל הגנה מפני נטיותיהם האובדניות.

39. בהקשר זה ראוי לציין, כי משפטנו הכיר גם בחובתו של שירות בתי הסוהר לנקוט באמצעי השגחה סבירים כדי למנוע את התאבדותו של אסיר. הפרתה של חובה זו מהווה התרשלות אשר גוררת אחריה אחריות בנזיקין כלפי האסיר ומשפחתו (ראו ע"א 1892/95 אבו סעדה נ' שירות בתי הסוהר – משטרת ישראל, פ"ד נא(2) 704, 707-710 (להלן: עניין אבו סעדה)). מדובר באחריות בגין התרשלות מהסוג הלוגיסטי והניהולי, אשר הוכרה ככזאת בפרשת פרצ'יק ובהלכת הדסה נ' גלעד – שכאמור נסובה על האחריות שבתי חולים חבים למטופלים פסיכיאטריים בעלי נטייה אובדנית – בהישען על פסקי דין שכללו את עניין אבו סעדה (ראו: פרשת הדסה נ' גלעד, בעמוד 544).

40. כְּשֶׁל ניהולי או לוגיסטי של בית חולים פסיכיאטרי המתבטא באי-מניעת התאבדותו של מטופל מוכר כעוולת נזיקין לא רק במחוזותינו שלנו, אלא גם במערכות דינים מקבילות של ארצות הברית ושל בריטניה. מערכות אלה פיתחו מספר תובנות חשובות היפות לענייננו. מבין תובנות אלו, התובנה החשובה ביותר היא סירובם של בתי המשפט להכיר בהגנת האשם התורם, על סוגיה השונים, אשר הועלתה על ידי בתי

החולים בהתבסס על מה שהמטופל האובדני עשה לעצמו. בתי המשפט קבעו כי בתי חולים פסיכיאטריים ורופאיהם אינם רשאים להיבנות מהגנה זו בשעה שהם עצמם חייבים לנקוט בכל האמצעים הסבירים אשר עומדים לרשותם כדי למנוע את התאבדות המטופל. בארצות הברית, הלכה זו סוכמה בפסק דינו של בית המשפט העליון של מדינת קולורדו בזו הלשון:

"When a hospital admits a person into its custody who the hospital knows is actively suicidal, and when the admission is for the purpose of preventing that person's self-destructive behavior, the hospital assumes a duty to use reasonable care in preventing the patient from engaging in such behavior. We hold that this duty subsumes any fault attributable to the plaintiff for harm suffered as a result of those self-destructive acts. To hold otherwise would be to ignore the effect of a hospital's willful undertaking and would render meaningless the hospital's assumption of an affirmative duty to use reasonable care in protecting the patient from his known desire to harm himself."

P.W. v. Children's Hospital Colorado, 364 P.3d 891, 898 (Colo. 2016)

פסק דין זה ייקרא להלן עניין *Children's Hospital*. ראו גם Tomfohr v. Mayo Foundation, 450 N.W.2d 121 (Minn. 1990).

41. פסקי דין אלה ואחרים הגדירו את חובתו המלאה והבלתי מסוייגת של בית חולים פסיכיאטרי להגן על מטופל אובדני מפני עצמו. בפסקי דין אלה דובר אמנם במטופל שאושפז בתנאים של מחלקה סגורה, אך בתי המשפט לא צמצמו את ההלכה על ידי הגבלת חובתו של בית החולים לסוג זה של מטופלים – חובה כאמור חלה ביחס לכלל המטופלים הפסיכיאטריים, לרבות אלו שאושפזו במחלקה פתוחה או טופלו בתנאים של מרפאת חוץ (ראו: (Chirillo v. Granicz, 199 So.3d 246 (Fla. 2016) (להלן: עניין צ'ירילו)). בפסק הדין התקדימי שניתן בפרשת Rabone v. Pennine Care NHS Foundation Trust, [2012] H.R.L.R. 10 (להלן: עניין רבון), בית המשפט העליון של בריטניה הגדיר במפורש את גבולות האחריות שבית חולים פסיכיאטרי חב למטופל אובדני באופן שזו חלה ביחס לכלל המטופלים בעלי נטייה אובדנית, ולא רק ביחס לאלו שאושפזו במחלקה סגורה.

42. סבורני כי טוב נעשה אם נאמץ לעצמנו כללים דומים תוך התאמת חובתו של בית חולים פסיכיאטרי לתנאי האשפוז של המטופל האובדני. ביחס למטופל שאושפז במחלקה סגורה, החובה למנוע את התאבדותו בין כתלי בית החולים ראוי שתהא כמעט מוחלטת. זאת, בשל הסיכון הרב שברגיל נשקף ממטופל כזה לחייו שלו עצמו, ומאחר שתנאי המחלקה הסגורה מאפשרים – ולדידי, אף מחייבים – פיקוח הדוק ביותר על מעשי המטופלים. מטעמים אלה, כאשר מטופל אובדני, המאושפז במחלקה סגורה, מתאבד בחדר אמבטיה באמצעות תלייה תוך שימוש בקרעים שנקרעו מבגדי המאושפז שהיו על גופו (scrubs), בית החולים יישא, ברגיל, באחריות למותו, כפי שנקבע בעניין *Children's Hospital*. במקרים כאלה, בית החולים יקבל פטור מן האחריות בנוזיקין רק אם יתברר כי אנשיו עשו את כל שלא לידם כדי לסכל את ההתאבדות. במקרהו של מטופל המאושפז במחלקה פתוחה התוצאה עשויה להיות שונה. זאת, מאחר שמדובר, על פי רוב, במטופלים שמצבם הנפשי פחות אקוטי ובתנאי אשפוז פחות הדוקים אשר מאפשרים למטופלים, מסיבות רפואיות ומטעמים של כבוד האדם, חופש פעולה נרחב יותר. כאשר הסתברותו של ניסיון ההתאבדות קטנה יותר והאמצעים אשר נדרשים לסיכולו של ניסיון כאמור הינם יותר מורכבים מבחינה לוגיסטית – ומן הסתם גם יותר יקרים מבחינת המשאבים שהמוסד הרפואי צריך להשקיע – בית החולים ואנשיו לא יידרשו לנקוט באמצעים כאמור ולא יישאו באחריות בשל אי-נקיטתם. לצד מצבים אלו, ייתכנו מקרים, כדוגמת המקרה שלפנינו, של מטופל אובדני הלוקה בנפשו אשר חווה אירוע אקוטי של ניסיון התאבדות עובר לאשפוזו במחלקה פתוחה, ואשר ביחס אליו יידרש בית החולים לנקוט באמצעי השגחה ופיקוח הדוקים, כולל העברה למחלקה סגורה. באשר למטופלי מרפאות החוץ של בית החולים, שנמצאים מחוץ למשמרתו – אבחון נכון של מצבם, מתן תרופות נכונות והספקת הדרכה נכונה למטופל ולמשפחתו יבטיחו, ברגיל, שבית החולים ואנשיו לא יישאו בשום אחריות במקרים של התאבדות המטופל. ואולם, גם ביחס אליהם אין לשלול מראש את אחריותו של בית החולים במקרה של התאבדות (ראו פסקי הדין שניתנו בעניין צ'ירילו ובעניין רבון).

43. אלה הם, כמובן, קווים מנחים בלבד. אפיזודה טרייה וחריפה של ניסיון התאבדות על ידי המטופל תחייב את בית החולים ואנשיו בנקיטת אמצעי מנע הדוקים יותר, אשר יכול שידרשו את אשפוזו של המטופל הלא מאושפז במחלקה פתוחה ואף במחלקה סגורה של בית החולים. מאידך, בית החולים ואנשיו לא יידרשו לנקוט בשום אמצעי מנע מיוחדים ביחס למטופלים במחלקה סגורה שאינם מראים נטייה אובדנית. הסתברותו של ניסיון התאבדות מצד המטופל ואמצעי המנע שבהם ראוי לנקוט כדי לסכל ניסיון כאמור, צריך שייגזרו ממצבו הרפואי של המטופל הספציפי ויותאמו לנסיבותיו שלו. בעניינים אלו, לא הרי מטופל שחווה אפיזודה אובדנית קשה לא מכבר, כהרי מטופל

הסובל ממחשבות אובדניות מבלי לנסות להוציאן אל הפועל; מטופל שסובל מהפרעה נפשית אשר קשורה לאובדנות בדרגת הסתברות גבוהה איננו דומה למטופל שסובל מהפרעה שאיננה מזוהה באופן מובהק עם הנטייה לאובדנות – ונראה, כי מעבר לכך לא נוכל, וממילא לא נרצה, לפרט ולקבוע מסמרות מראש. בסופו של יום, כל מקרה ומקרה ראוי שיידון ויוכרע לפי נסיבותיו.

מִתְקַבֵּל לְהִתְמַסְּרֵם: האם בית החולים התרשל בכך שלא מנע את התאבדותה של המנוחה?

44. בצד הרפואי-תרופתי, סבורני כי בית החולים ואנשיו העניקו למנוחה טיפול מקצועי ומיומן, שהיה נכון למצבה. כך עולה בבירור מחוות דעתו של פרופ' צ' זמישלני – מומחה לפסיכיאטריה שעסק במהלך הקריירה המרשימה שלו בנושא האובדנות של מטופלים פסיכיאטריים (ראו: נ/6). בית משפט קמא העדיף להסתמך על דבריו של פרופ' זמישלני, שמסרם כמומחה מטעם בית החולים, לאחר שמצאם מדויקים יותר – וכפועל יוצא מכך, אמינים יותר – מחוות דעתה של ד"ר ע' נעון, מומחית פסיכיאטרית שהעידה מטעם המערערים. בממצא עובדתי זה של בית משפט קמא כערכאה דיונית לא נוכל להתערב, וממילא לא מצאתי שום סיבה לכך (ע"א 3758/03 מזרחי נ' קופת חולים מאוחדת (4.3.2004), פסקה 6; ע"א 916/05 כדר נ' הרישנו (28.11.2007), בעמ' 12-13). אמור מעתה: רופאיו של בית החולים ובית החולים עצמו לא התרשלו במתן טיפול רפואי-מקצועי למנוחה בכל הקשור לאבחון מצבה, להחלטות בדבר אשפוזה ויציאותיה לחופשות, ולמתן תרופות.

45. לא כך הוא, לדאבוני, בצד הלוגיסטי והניהולי. כפי שצויין בחוות דעתו של פרופ' זמישלני – מומחה מטעמו של בית החולים, שדבריו היו מקובלים על בית משפט קמא והם מקובלים גם עלי – "כ-50% מחולים הסובלים ממחלה ביפולרית ... מנסים להתאבד לפחות פעם אחת במהלך חייהם ו-10%-15% מחולים אלה מסיימים את חייהם ע"י התאבדות". לצד נתון זה של 50%, המקובל בספרות המקצועית, נמצא כי כ-80% מאנשים הסובלים מהפרעה דו-קוטבית (ביפולרית) מתנהגים באופן אובדני במהלך חייהם (ראו: H. Valtonen, et al., *Suicidal Ideation and Attempts in Bipolar I and II Disorders*, 66 J. CLINICAL PSYCHIATRY 1456 (2005)). כמו כן מזהירנו פרופ' זמישלני – בצדק רב – מקביעת רשלנות רפואית בדרך של חוכמה שלאחר המעשה (ה-hindsight bias), אזהרה הנכונה במיוחד לאור העובדה, שאף היא מתועדת בספרות רפואית, כי "אשפוז כשלעצמו עם כל מרכיבי הפיקוח על החולה איננו מצליח למנוע ניסיונות אובדניים בצורה מוחלטת או אפילו משמעותית [גם] במחלקות סגורות".

46. דברים אלו מקובלים עלי לחלוטין, אך לאורם – וכן לאור העובדה שהמנוחה, שכאמור סבלה מהפרעה דו-קוטבית, אושפזה בבית החולים בעקבות אפיזודה אובדנית קשה ביותר – יש לשאול את השאלה הבאה: מהם האמצעים הלוגיסטיים והניהוליים שבית החולים נקט כדי למזער את סיכון ההתאבדות של המנוחה וכדי שתהא אפשרות להציל את חייה אם וכאשר היא תנסה לשים עליהם קץ על ידי תלייה או בדרך אחרת?

47. שאלה זו עולה מהטעם הפשוט הבא: לאחר שבית החולים ידע, או חייב היה לדעת, כי הסיכון שהמנוחה, שרק לפני שישה שבועות חוותה אפיזודה אובדנית קשה, תנסה להתאבד בין כתליו מגיע כדי 50% – אם לא למעלה מכך, בהינתן הדחף האובדני שלה – היה עליו לנקוט בכל אמצעי המנע המתאימים והשקולים לחומרת הסיכון כדי למזער את הסיכון הזה, אם לא לאיינו כליל, ועל ידי כך להציל את חייה. לאחר שידענו כי מניעה מוחלטת של התאבדות המטופל איננה בהישג יד, ידענו גם שבית החולים לא חב למנוחה את החובה להציל את חייה מידי עצמה במובן של חובת תוצאה. בד-בבד, לאחר שלמדנו כי הסיכון של התאבדות שבו עסקינן מגיע לרף גבוה של 50%, על-כורחנו מגיעים אנו למסקנה כי בית החולים חייב היה לנקוט, לצד האמצעים הרפואיים והטיפוליים בהם הוא נקט, באמצעי מנע לוגיסטיים וניהוליים כדי להקטין את הסיכון הזה ככל שניתן, במובן של חובת השתדלות. במילים אחרות: בית החולים חב למנוחה חובת השתדלות במישור הניהולי והלוגיסטי, כאשר מהותה והיקפה של חובה זו, בכל הנוגע לאמצעים למניעת התאבדות שבהם יש לנקוט, נגזרים מגודל הסיכון ומחומרתו. אם כך הוא הדבר, חובה עלינו לשאול את עצמנו – כפי שכבר שאלתי – מה עשה בית החולים במישור הניהולי והלוגיסטי כדי לנסות ולמנוע את מעשה ההתאבדות מצד המנוחה?

48. בטרם אענה לשאלה זו, אשוב ואדגיש כי בשאלות שעניינן התרשלות לוגיסטית או ניהולית, להבדיל מהתרשלות במישור הרפואי-טיפולי, אין אנו – השופטים – מנסיגים את דעתנו-שלנו מפני חוות דעת של מומחים רפואיים. בשוקלנו עלות-מול-תועלת בגדרה של דוקטרינת הרשלנות הרפואית, אנו כמובן מתחשבים באמור בחוות הדעת הללו כבכל ראייה, אך אין אנו נסמכים עליהן במובן של הנסגת הדעה (deference) (ראו, בין היתר, את פסק הדין שניתן בפרשת פרצ'יק).

49. פרופ' זמישלני מדגיש בחוות דעתו את הקושי לנבא את אירועי ההתאבדות של מטופלים בבתי חולים פסיכיאטריים. דא עקא, בכך לא סגי. הקושי עליו דיבר פרופ' זמישלני איננו פוטר את בית החולים מן האחריות להתאבדות. בהיעדר אפשרות לנבא את התנהגותה האובדנית של המנוחה, חייב היה בית החולים – בהתחשב בניסיון

ההתאבדות שלה, שכאמור היה טרי יחסית, ולנוכח גודל הסיכון הכללי של התאבדות בקרב מטופלים אשר סובלים להפרעה דו-קוטבית – לנקוט באמצעי מנע כלשהם, לפחות כדי לחסום בפני המנוחה את האפשרות לתלות את עצמה, בהינתן שיטת הפעולה האובדנית שלה (modus operandi) שהיתה ידועה היטב לבית החולים. חוות דעתו של פרופ' זמישלני, אשר נראית משכנעת מכל יתר הבחינות, אינה מתייחסת לעניין זה, ועל כן לא נוכל להיעזר בה.

50. בית משפט קמא שלל את טענות המערערים אשר ייחסו לבית החולים התרשלות לוגיסטית-ניהולית כגורם האחראי למות המנוחה. החלטתו זו של בית המשפט נומקה בקיצור נמרץ והתבססה על הממצאים כדלקמן:

“בהקשר זה הפנתה הנתבעת לרשימת דו”חות על ניסיון התאבדות/פגיעה עצמית בבתי החולים בין השנים 2007-2012 לפי נתוני הוועדה לניהול סיכונים (ת/10). לטענתה, המסמך מעיד על כך שאדם שגמלה בליבו ההחלטה להתאבד ימצא כל דרך אפשרית לעשות זאת. בדו”ח ת/10 מתוארות דרכים שונות ומגוונות שנקטו מתאבדים, ובהן בליעת פקק של שמפו במקלחת, חיתוך ורידים בעזרת מסרק פלסטיק, ניסיון לחתוך צוואר עם דף של ספר, חניקה עצמית עם חולצה, בליעת חתיכת פלסטיק מקולב, חניקה עצמית עם וילון בחדר, חיתוך ורידים עם כפית ועוד. אין להסיק מהמצאות כפית בחדר האוכל לצורך אכילה, לאחר שפעם התאבד חולה בדרך זו, או ממתן אפשרות להסתרק, לאחר שפעם התאבד חולה בדרך זו, כדי להסיק שבתי החולים סיפקו ומספקים מדי יום זירת התאבדות למטופליהם.

כפי שהבהירה ד”ר שינקמן בעדותה, לא ניתן לשלול מהחולים הפסיכיאטריים את התנאים הבסיסיים שמאפשרים קיום בכבוד בתוך כתלי בית החולים, וממשפחותיהם את המפגש עם החולים ליד שולחנות פיקניק. מסיבה זו לא סברה ד”ר שינקמן גם לאחר התאבדותה של המנוחה, כי יש להזיז את השולחן עליו טיפסה המנוחה כשתלתה את עצמה. מנגד, התובעים לא הוכיחו התרשלות כלשהי בכך שהונח שולחן פיקניק, ליד צנרת גלויה, בבית חולים לחולי נפש. אפשר, שמומחה היה קובע שיש לתכנן בתי חולים לחולי נפש באופן שימנע קירבה בין שני אלה, אבל אין חוות דעת כזו בפני. נזכיר – המאורע הטראגי שהתרחש אינו מצביע כשלעצמו על התרשלות. יש להוכיח התרשלות, ובכך כשלו התובעים. [...] התובעים לא הוכיחו את טענותיהם בדבר רשלנות בכל הנוגע לתנאים הפיזיים שהנתבעת זימנה למנוחה והחיפוש אחר המנוחה, ועל כן נדחית טענתם בענייני אלה.”

51. ראשית, אציין כי המסמך ת/10 מתייחס ל"ניסיונות התאבדות/פגיעה עצמית – במהלך האשפוז במרכז לבריאות הנפש טירת-כרמל", דהיינו: בבית החולים שבו עסקינן – ולא בכתי חולים פסיכיאטריים באופן כללי, כפי שניתן להבין את האמור בפסק הדין קמא. שנית, ד"ר שינקמן שעל עדותה בית משפט קמא הסתמך, היא ד"ר איילה שינקמן, רופאה פסיכיאטרית שניהלה את בית החולים בתקופת האשפוז של המנוחה.

52. מממצאים אלו עולה, כי בית החולים פעל כפי שפעל ביחס למנוחה ולמטופלים אחרים בצאתו מן ההנחה כי אינו חייב לנקוט בשום אמצעי מנע מיוחדים, כדוגמת פיקוח אנושי, הצבת מצלמות וידאו, ומניעת נגישות של מטופליו לאמצעי התאבדות כאלה או אחרים – מעבר לכללי השגרה הרגילה שלו כבית חולים פסיכיאטרי. כמו כן מסתבר, כי בית החולים פעל כפי שפעל בהניחו כי אין זה מחובתו להרחיק שולחנות פיקניק, אשר הוצבו בחצרו, מהעצים ומהצינורות שבלטו מהבניין – זאת, חרף מעשה ההתאבדות הקודם של מטופל, שכאמור תלה את עצמו על העץ בעזרת השולחן שהוצב מתחת לאותו עץ. כל אלה, לעמדתו של בית החולים, הם בגדר פרקטיקה מקובלת שאין בה כל רבב – זאת, מאחר שממילא לא ניתן לשלול את נגישות המטופלים הפסיכיאטריים לבגדים, לכלי אוכל, למסרקים, למקלחות, לשולחנות ולדברים נוספים אשר משמשים מטופלים אלה, כשאר בני אנוש, בשגרת היומיום ואשר יכולים להיות מוסבים לכלי התאבדות.

53. עמדה זו היתה מקובלת על בית משפט קמא, אך היא איננה מקובלת עלי כלל ועיקר. יד הגורל איננה בגדר אמצעי מנע שאפשר להעמידו אל מול הסיכון להתאבדותו של מטופל פסיכיאטרי, אשר מגיע כדי 50%. סיכון כאמור לא חייב את בית החולים להעמיד למנוחה שמירה צמודה או לשלול ממנה את האפשרות לצאת לחצר. יחד עם כך, השגחה פשוטה על מעשי המנוחה בין כתלי בית החולים בלי ספק היתה בהישג יד. השגחה כאמור ניתן היה להבטיח, למשל, באמצעות סיורים או על ידי הצבת מצלמות וידאו בחצר שמאפשרות לעובדי בית החולים המופקדים על ביטחון מטופליו לעקוב אחר מה שמתרחש בו. באומרי זאת, אינני מתיימר להמליץ על העמדת אמצעי קונקרטי כזה או אחר למניעת אירועים אובדניים בין כתליו של בית חולים פסיכיאטרי. המומחים לדבר יעשו זאת טוב ממני. באומרי את אשר אמרתי, הנני מבקש לקבוע את מה שלטעמי הוא מובן מאליו: תוחלת הנזק מהסיכון להתאבדות שמגיע לדרגה גבוהה מחייבת את מי שמופקד על מניעת הנזק לנקוט באמצעי מנע משמעותיים ביותר – בגבולות ההיגיון והשכל הישר. אשר על כן, אי-נקיטת שום אמצעים לוגיסטיים וניהוליים, לצד המאמצים הטיפוליים, לצמצום אפשרויותיו של מטופל פסיכיאטרי אובדני לממש את דחף ההתאבדות שלו, בהיותו נתון במשמורת של בית החולים, היא בגדר התרשלות.

54. באשר לפרקטיקה עליה דיברה ד"ר שינקמן בעדותה לפני בית משפט קמא – טענה זו איננה חדשה. טענה זהה הושמעה ונדחתה בצומת ההתפתחות המרכזית של דיני הנזיקין בני זמננו, בפסק דינו של השופט הדגול לרנד הנד (Learned Hand) בעניין The T. J. Hooper, 60 F.2d 737 (2d Cir. 1932). פסק דין זה נסוב על מקרה של ספינה שהפליגה הימה ללא התקנת מכשיר קשר-רדיו שבעזרתו ניתן היה להודיע לרב החובל, מבעוד מועד, על סערת הים הקרבה, אשר גרמה לנזקי רכוש משמעותיים. במענה לטענה כי העדרו של קשר רדיו כאמור מהווה רשלנות, אחזו הנתבעים בנוהג הימאים דאז אשר התיר הפלגות ללא התקנת קשר רדיו על הספינה. השופט הנד דחה טענת הגנה זו בקבעו כך:

"There are, no doubt, cases where courts seem to make the general practice of the calling the standard of proper diligence. [...] Indeed, in most cases reasonable prudence is in fact common prudence; but strictly it is never its measure; a whole calling may have unduly lagged in the adoption of new and available devices. [...] Courts must in the end say what is required; there are precautions so imperative that even their universal disregard will not excuse their omission."

(שם, בעמוד 740)

הווה אומר: פרקטיקה מקובלת שפוסחת על אמצעי זהירות ראויים וסבירים אינה יכולה לשמש בסיס להענקת פטור מחבות בנזיקין בגין התרשלות.

55. הנני מציע אפוא לחבריי כי נקבע שבית החולים לא נקט באמצעי מנע לוגיסטיים וניהוליים סבירים כדי למנוע את התאבדות המנוחה בעודה מאושפזת בו, ובכך התרשל. כמו כן מציע אני כי נקבע שהתרשלות זו של בית החולים עושה אותו אחראי בנזיקין למות המנוחה.

56. בטרם אנצל פרק זה של פסק דיני, אתייחס בקצרה לטענת בית החולים, אשר עלתה מראיות שונות שנשמעו מטעמו, ולפיה אדם הלוקה בנפשו המבקש לשים קץ לחייו ימצא דרך לעשות כן חרף אמצעי ההשגחה והשמירה שיינקטו ביחס אליו. טענה זו נראית בעיני מוקשית ברמה העובדתית. מחוות דעתו של פרופ' זמישלני ומהספרות הפסיכיאטרית אשר נזכרת לעיל עולה כי רובם המכריע של החולים הפסיכיאטריים נשארים בחיים מאחר שאינם מנסים או אינם מצליחים להתאבד. כך או כך, בית חולים פסיכיאטרי צריך לעשות את המיטב בין כתליו כדי להקטין את הסיכון להתאבדות אשר

נשקף מהמטופל על ידי נקיטת אמצעי מנע שתואמים את גודל הסיכון. לצערי, לא כך פעל בית החולים במקרה שלפנינו ועליו לשאת בתוצאות מחדלו.
 "הדבר מעיד על עצמו" – העברת נטל השכנוע אל בית החולים

57. הכלל "הדבר מעיד על עצמו" וחזקת הרשלנות שאותה הוא מעמיד, בהתקיימות שלושת תנאיו, לחובת הנתבע בתובענות בגין נזק, מעוגן, כידוע, בסעיף 41 לפקודת הנזיקין. סעיף זה מורה כדלקמן:

"בתובענה שהוגשה על נזק והוכח בה כי לתובע לא היתה ידיעה או לא היתה לו יכולת לדעת מה היו למעשה הנסיבות שגרמו למקרה אשר הביא לידי הנזק, וכי הנזק נגרם על ידי נכס שלנתבע היתה שליטה מלאה עליו, ונראה לבית המשפט שאירוע המקרה שגרם לנזק מתיישב יותר עם המסקנה שהנתבע לא נקט זהירות סבירה מאשר עם המסקנה שהוא נקט זהירות סבירה – על הנתבע הראיה שלא היתה לגבי המקרה שהביא לידי הנזק התרשלנות שיחוב עליה."

58. בכל הקשור לחלותו של הכלל כבסיס לייחוסה של רשלנות לבית חולים במקרים השכיחים ביותר, בהם "לתובע לא היתה ידיעה או לא היתה לו יכולת לדעת מה היו למעשה הנסיבות שגרמו למקרה אשר הביא לידי הנזק", אנו ניזונים מההלכה אשר נפסקה בע"א 206/89 רז נ' בית חולים אלישע בע"מ, פ"ד מז(3) 805 (1993) (להלן: פרשת רז), על ידי השופטים י' מלך, מ' חשין והנשיא מ' שמגר, זיכרונם לברכה.

הנשיא שמגר לימדנו כי –

"מיתקני בית החולים, החפצים והשטחים שבתוכו, החל מכפפות הידיים של האחיות וכלה בכלי האוכל ומיתקני הסניטאציה, היו בשליטת בית החולים. מאלו או מדומיהם יצא, לכאורה, הסיכון האפידמי. מכל מקום, רק בית החולים יכול לבדוק ולדעת מקורו." (שם, בעמוד 819).

כפועל יוצא מכך, כל מה שנשאר לתובע להוכיח כדי להפעיל את חזקת הרשלנות הוא "שאיורע המקרה שגרם לנזק מתיישב יותר עם המסקנה שהנתבע לא נקט זהירות סבירה מאשר עם המסקנה שהוא נקט זהירות סבירה". זאת, מאחר שהתנאי הראשון של חזקת הרשלנות – חוסר ידיעה אצל התובע – מתקיים מתוקף ההנחה שהנחנו לגבי המקרים השכיחים של טיפול רפואי, ואילו התנאי השני – קיומו של נכס האחראי לנזקו של הניזוק – התקיים מכוח הקביעה הנורמטיבית ביחס לבתי החולים, אשר נקבעה על

ידי הנשיא שמגר. הוזה אומר: כאשר הסתברות סטטיסטית של קיום הרשלנות מצד הנתבע עולה במידה כלשהי על הסתברות התרחיש שבו הנתבע לא התרשל למרות העובדה שנכסו גרם לתובע את הנזק הנטען, מתקיים התנאי השלישי – דבר שמטיל על הנתבע את הנטל להוכיח, לפי מאזן ההסתברויות – כי לא התרשל (ראו פרשת וז, עמודים 821-822; ד"נ 4/69 נוימן נ' כהן, פ"ד כד(2) 229 (1970); וראו גם: ARIEL PORAT & ALEX STEIN, TORT LIABILITY UNDER UNCERTAINTY 84-100 (Oxford University Press – (2001).

59. בפרשת וז היה מדובר בתינוקת שנדבקה בחיידק אשריכיה קולי (E. coli) בהיותה מאושפזת בבית החולים, דבר שגרם לנכות צמיתה ברגלה. התינוקת לא יכלה, מן הסתם, לדעת או לברר מהו מקורו של החיידק וכיצד הוא הגיע אל בית החולים. כפי שנקבע בפרשת וז, לפי ניסיון החיים, הימצאו של החיידק בסביבתה של תינוקת המטופלת בבית חולים מתיישבת יותר עם התרשלות כלשהי בתחום הסניטציה מצדו של בית החולים מאשר עם התרחיש הנגדי שבו החיידק מגיע אל התינוקת מבלי שבית החולים התרשל. שני אלו הוכיחו את התקיימותם של התנאי הראשון והשלישי של חזקת הרשלנות. באשר לתנאי השני, שעיקרו הזיקה האינסטרומנטלית של הנכס שגרם לנזקו של התובע לבית החולים – כפי שבית המשפט קבע בפרשת וז, זיקה כאמור מתקיימת מתוקף ההנחה הנורמטיבית ביחס לכלל נכסי בית החולים.

60. ומפרשת וז למקרה שלפנינו. במקרה שלפנינו, מחדלו של בית החולים מן הסתם לא היה ידוע למנוחה: המנוחה לא ידעה, וגם לא יכלה לדעת, מהו המחדל של בית החולים שבעטיו לא נעשה שום ניסיון למנוע את מעשה ההתאבדות שלה או לעצרו באיבו. ידיעה כאמור, בפועל או בכוח, גם לא מצויה בידיה של אם המנוחה או בידיו של אחיה. הזיקה האינסטרומנטלית של בית החולים לנכסים שהביאו למות המנוחה – הסדין, השולחן והצינור שבלט מקיר הבניין – הוכחה אף היא, ככל שהיה צורך להוכיחה לנוכח הקביעה הנורמטיבית שנקבעה בפרשת וז. באשר לתנאי השלישי, אשר מפנה לניסיון החיים הכללי ולנתונים סטטיסטיים, סבורני כי בדינו לקבוע כי התממשות הסיכון של התאבדות מטופל אובדני בין כתליו של בית חולים פסיכיאטרי – סיכון שבית החולים מופקד על מניעתו או על הקטנתו – מתיישבת יותר עם המסקנה שבית החולים התרשל בשמירה על חיי המנוחה מאשר עם המסקנה ההפוכה, אליה הגיע בית משפט קמא.

61. בית משפט קמא קבע כי חזקת הרשלנות איננה חלה על המקרה שלפנינו מסיבות שפורטו על ידיו בקיצור נמרץ בפסקאות 95 ו-96 לפסק דינו. קביעותיו של בית משפט קמא בפסקאות אלה אינן עולות בקנה אחד עם ההלכה אשר נפסקה בפרשת וז, ועל כן

עלינו לשנותן כפי שהוצע על ידי. בטרם אסיים, אציין, במאמר מוסגר, כי העמדתה של חזקת הרשלנות נגד בית חולים פסיכיאטרי במקרים של התאבדות מטופל הלוקה בנפשו מוכרת זה מכבר בדין האמריקני (ראו: *Vistica v. Presbyterian Hospital & Medical Center*, 432 P.2d 193 (Cal. 1967)).

62. לאור האמור לעיל, ברי הוא כי בית החולים לא הרים את נטל ההוכחה המוטל עליו מכוחו של סעיף 41 לפקודת הנזיקין. גם מטעם זה, הנני מציע לחבריי לקבוע כי בית החולים התרשל בכך שלא נקט באמצעים סבירים כדי למנוע את התאבדות המנוחה וכי הינו אחראי אפוא לנזקים אשר נבעו ממיתה.

מענה לדברי חבריי, השופט נ' סולברג והשופט נ' הנדל

63. בטרם אסיים את דבריי, אתייחס בקצרה לשלוש נקודות אשר עלו בדבריהם של חבריי, השופטים נ' סולברג ונ' הנדל. נקודות אלה קשורות להוכחת רשלנותו של בית החולים במישרין ובאמצעות הכלל "הדבר מעיד על עצמו", וכן לעניין הקשר הסיבתי שבין ההתרשלות המיוחסת לבית החולים למות המנוחה. חבריי סבורים כי המערערים לא הוכיחו את דרישת אי-הידיעה באשר לסיבת קרות הנזק, שהתקיימותה מהווה תנאי בסיסי להפעלת הכלל "הדבר מעיד על עצמו" לטובתם. עם קביעה זו אין בידי להסכים. כמו כן סבורים חבריי כי רשלנותם של בית החולים ועובדיו לא הוכחה כדבעי, וגם בעניין הזה דעתי שונה מדעתם. חברי, השופט סולברג, סבור כי המערערים גם כשלו בהוכחת הקשר הסיבתי בין ההתרשלות המיוחסת לבית החולים למות המנוחה, ואילו אני הגעתי למסקנה כי הקשר האמור הוכח כדבעי.

אתייחס אפוא לנקודות מחלוקת אלה אחת לאחת.

"הדבר מעיד על עצמו" – דרישת אי-הידיעה

64. כפי שציינתי לעיל, "התנאי הראשון של חזקת הרשלנות – חוסר ידיעה אצל התובע – מתקיים מתוקף ההנחה שהנחנו לגבי המקרים השכיחים של טיפול רפואי". דברים אלה מבוססים על ההלכה שנפסקה בפרשת רז, וההנחה הבסיסית שצוינה בהם מתקיימת גם במקרה שלפנינו. בניגוד לעמדת חבריי, סבורני כי המקרה שלפנינו הוא אחד מאותם המקרים השכיחים והטיפוסיים שבהם למטופל ולמשפחתו אין ידיעה וממילא אין יכולת לדעת את העובדות החשובות באמת אשר מרכיבות את תהליך גרימתו של הנזק: התאבדות המנוחה באמצעות תלייה בין כתליו של בית החולים. חבריי סבורים

כי עובדות אלו ידועות מאחר שאנחנו יודעים כיצד המנוחה מצאה את מותה, ולא היא. עובדות ההתאבדות אינן מספיקות כדי ליצור ידיעה באשר לתהליך גרימתו של הנזק – זאת, מאחר שלמערערים, וגם לנו, חסרות עובדות קריטיות: אלו שעל יסודן ניתן לשחזר ולהעריך את המאמצים אשר ננקטו על ידי בית החולים כדי למנוע את התאבדות המנוחה כמטופלת פסיכיאטרית ששהתה בין כתליו. המערערים, שהם התובעים, וגם אנחנו, מבקשים לדעת כיצד הצליחה המנוחה להתאבד בין כתליו של בית החולים ומה בדיוק עשה בית החולים כדי למנוע את התאבדותה בהתאם לחובתו כבית חולים פסיכיאטרי. עובדות קריטיות אלה אינן בידי המערערים והן אינן מצויות גם בידינו.

65. לא פחות חשוב מכך: בדומה למה שקרה בפרשת רז, המנוחה לא ידעה – ומן הסתם גם לא יכלה לדעת – מה יכול היה להיות המחדל של בית החולים שבעטיו לא נעשה שום ניסיון למנוע את מעשה התאבדותה או לעצרו באיבו; ויש הסוברים כי די בנתון זה לבדו כדי לקיים את התנאי הבסיסי של "אי-ידיעת התובע" של הכלל "הדבר מעיד על עצמו" (ראו פורת, בעמ' 280-281). כך או אחרת, תהליך הגרימה הסיבתי נשאר עמום, ועמיותו מקיימת את התנאי הראשון והבסיסי להחלת החזקה המשפטית "הדבר מעיד על עצמו" נגד בית החולים (ראו: גלעד, בעמ' 1255-1256).

מטעמים אלה, נשארתי דבק בעמדתי וחולק על חבריי.

66. לא זו אף זו: העניין שבו עסקינן כבר נדון והוכרע בפרשת רז, בה אמר הנשיא שמגר דברים ברורים, מפורשים – ונכונים – כדלקמן:

"במקרה שלפנינו נתקיימו שלושת התנאים הקבועים בסעיף 41 הנ"ל. אשר לתנאי הראשון: לא הייתה לתובעת או לאמה-יולדתה ידיעה, ולא הייתה יכולה להיות להן ידיעה, מה היו הסיבות שגרמו להידבקותה בחיידקי הקולי. המקרה שלפנינו גם מצביע יפה על ההיגיון וההצדקה אשר ביישומו של הכלל בנסיבות כגון אלה: מה יכולה המאושפזת לדעת על תנאי הגיהות בבית החולים, על אמצעים שנקטים בבית החולים למניעת מגפות זיהומיות, על סיבת פרוץ המגפה הספציפית וכדומה? הרי סביר הרבה יותר שנתונים אלו יהיו, אם בכלל, הן מן הבחינה העניינית העובדתית והן מן הבחינה המקצועית, בידי בית החולים ולא בידי המאושפזים; על כן מועבר הנטל כמוסבר. העברת הנטל מבטאת את ההיגיון הנובע – גם אם לא באופן בלעדי – מן הנגישות למקורות מידע. טמונה בכך גם – נוסף לכך ומעבר לכך – מגמה של חיסכון בהוצאות המשפט, שביטויה בהפניית הנטל למי שבידיו כלים להכרת הראיות ולהבאתן לפני הערכאה השיפוטית." (שם, בעמ' 817; ההדגשה הוספה – א.ש.).

עמדת חבריי סותרת את ההלכה אשר נפסקה על ידי בית משפט זה בפרשת 77, וגם מטעם זה נאלץ אני לחלוק עליה.

האם הוכחה התרשלותו של בית החולים?

67. חברי, השופט הנדל, סבור כי עלותם החברתית של אמצעי מנע קשים – כדוגמת הסרת השולחנות מהשטח הפתוח של בית החולים והידוק הפיקוח על מאושפזי המחלקה הפתוחה – עשויה להיות שקולה לתוחלת הנזק, אם לא גבוהה ממנה, לנוכח הפגיעה ברווחת החולים הפסיכיאטריים ובתהליך החלמתם. אם הערכה זו היא נכונה, נגיע למסקנה כי בית החולים לא התרשל בכך שלא מנע את התאבדות המנוחה.

68. על הערכה זו של חברי הנני מבקש לחלוק. מחומר הראיות עולה כי סיכוי ההתאבדות של מאושפז במצבה של המנוחה, אשר סובל מהפרעה דו-קוטבית, מגיע כדי 50%. גם אם נניח שהסיכוי הזה פחת במהלך הטיפול במנוחה וירד ל-20%, הכפלתו בנזק העצום שבאובדן חיי אדם מביאתנו למסקנה כי תוחלת הנזק עולה בהרבה על עלות מניעתו – פגיעה ברווחת המטופלים. אוסיף, כי הנני ממילא מטיל ספק רב בתרומה לרווחת המטופלים שהיתה גלומה בשולחן אשר הוצב מתחת לצינור אשר בלט מקיר הבניין של בית החולים. יתרה מכך: עלותם של אמצעי מנע כדוגמת מצלמות אבטחה שמאפשרות פיקוח רציף על הנעשה בחצרו של בית החולים (ובכל מקום אחר בין כתליו) נופלת בהרבה מתוחלת הנזק במקרה דנן, ושום אמצעי כזה לא ננקט. לטעמי, לא יכול להיות ספק בכך שחולה אובדני אינו יכול להלך בבית חולים פסיכיאטרי ללא שום פיקוח גם כאשר הוא מאושפז במחלקה פתוחה. כך עולה מהפסיקה – הישראלית והאמריקנית – שנסקרה לעיל, וכך, לדעתי, שומה עלינו לפסוק גם במקרה הנוכחי.

69. צודק חברי, השופט סולברג, באמרו כי זיהוי ההתרשלות צריך שיהא נסוב על אמצעי מנע שלא ננקטו (ראו, למשל: Mark F. Grady, *Untaken Precautions*, 18 J. (LEGAL STUD. 139 (1989)). דא עקא, כפי שצינתי בחוות דעתי, בית החולים ואנשיו לא נקטו בשום אמצעים ניהוליים-לוגיסטיים (להבדיל מאמצעים רפואיים) כדי למנוע את התאבדות המנוחה במהלך אשפוזה. באשר לנוהל "הנחיות לשמירת בטיחות מטופלים" אשר צוטט על ידי חברי, כפי שכבר ציינתי, פרקטיקה ונהלים פנימיים לפיהם פועלים בתי חולים אינם מהווים ראיה מכרעת בדבר קיומה או היעדרה של התרשלות ניהולית-לוגיסטית מצדו של בית החולים או אחד מרופאיו. מה שקובע בכגון דא הוא אמצעי מנע אשר יכלו למנוע את הנזק שבית החולים מחויב היה למנעו; ואם עלות האמצעים, שבית

החולים יכול היה לנקוט, אך לא נקט, כדי למנוע את קרות הנזק, נופלת מתוחלת הנזק, הרי שבית החולים מתרשל גם אם האמצעים שלא ננקטו על ידיו אינם קבועים בנהליו. כמו כן אציין שהנחת חברי כי בית החולים קיים את הנוהל ככתבו וכלשונו ממילא לא הוכחה. בהקשר זה, תמוה בעיני כיצד ייתכן שמטופלת אובדנית נוטלת סדין מחדרה השייך לבית החולים, מוציאה אותו אל חצר בית החולים, ועושה בו שימוש כדי לשים קץ לחייה, כאשר היא נעזרת בשולחן, השייך לבית החולים, כדי לתלות את עצמה על צינור שבלט מקיר הבניין. באשר להוראת הנוהל שעניינה מניעת נגישות לחפצים מסוכנים למטופלים, שעליה מסתמך חברי בחוות דעתו, ברי הוא, כי סדין וקרעיו הם בגדר כלי מסוכן בידיו של מטופל אובדני, ועל כן בית החולים חייב היה למנוע את הוצאתו מחדרו של המטופל אל החצר באופן שמאפשר למטופל חסר השגחה לשים קץ לחייו.

70. כפי שכבר ציינתי, בנסיבות אלה, גם אם אצא מן ההנחה כי הסיכון שהמנוחה תנסה להתאבד בהיותה מאושפזת בבית החולים היה הרבה מתחת לרמת הסיכון הכללית של 50%, לא יהא מנוס מן המסקנה כי בית החולים התרשל במילוי חובתו למנוע את מות המנוחה. האמצעים שבית החולים יכול היה לנקוט, ולא נקט, כללו השגחה צמודה או ניטור בשטח החצר ובמקומות אחרים, ואף הסרת שולחנות משטח החצר. אשוב ואציין, כי לא נעלמה מעיני עדותה של ד"ר שינקמן – שהיתה מקובלת על חברי, השופט הנדל – כי נקיטת האמצעי האחרון היתה פוגעת ברווחת חייהם של המאושפזים וגורמת אי-נוחות לבני משפחותיהם, אשר באים לבקרם. לדברים אלה אענה בפשטות: הגנה על חיי אדם הצדיקה את נקיטתו של אמצעי זה למרות המחיר שהוא גובה. עלותו של אמצעי זה נופלת בהרבה מהמחיר הכמעט-אינסופי של אובדן חיי אדם; וכך הוא גם לגבי אמצעי מנע אחרים שלא ננקטו.

סיבתיות

71. נקודה נוספת שהעלה חברי, השופט סולברג, נוגעת לעניין הסיבתיות. לשיטתו, המערערים כשלו בהוכחת הסיבתיות כי מי לידינו יתקע שהמנוחה, בהיותה נחושה לסיים את חייה, לא היתה מאבדת את עצמה לדעת חרף כל המאמצים להצילה מידי עצמה אשר נעשו על ידי אמה, אחיה ובית החולים? עם דברים אלה אינני מסכים. קיומה של סיבתיות במקרה דנן אינו יכול להיות שנוי במחלוקת. במישור העובדתי, המבחן המקובל של "הגורם הסיבתי שאין בלתו" (causa sine qua non) מצביע על כך שאלמלא הצינור, השולחן והסדין של בית החולים, בהם עשתה המנוחה שימוש בהתאבדותה, ואלמלא העדר השגחה על מעשיה מצדם של בית החולים ואנשיו, המנוחה לא היתה מתאבדת כפי

שהתאבדה (ראו: גלעד, בעמ' 417; פורת, בעמ' 321). כאשר לצפיות התוצאה וגרימתה – אשר נגזרת מחובת הזהירות שבית חולים פסיכיאטרי חב למטופליו – ברי הוא כי התאבדות המטופל האובדני היא תרחיש שבית החולים חייב לצפות (ראו, בין היתר: פרשת פרצ'יק, בעמ' 2008-2009; פרשת הדסה נ' גלעד, בעמ' 546). לזאת אוסיף, כי במסגרת בדיקת הקשר הסיבתי שומה עלינו להתמקד בדברים שאירעו בפועל, להבדיל מתרחישים אפשריים שלא התממשו במציאות. במקרה דנן, הוכח כי בית החולים יכול היה למנוע את התאבדות המנוחה, כפי שאירעה בין כתליו, אילו נקט באמצעי מנע סבירים. האפשרות שבנקודת זמן כלשהי המנוחה היתה שמה קץ לחייה מחוץ למשמרתו של בית החולים אינה יכולה לשמש הגנה לבית החולים ולאנשיו.

72. דומה, כי האופן שבו חברי, השופט סולברג, רואה את מבחני הסיבתיות משלב בהם את אשמו התורם של המטופל, וגם עם זאת לא אוכל להסכים. בית חולים או רופא חייב לקבל את מטופלו כמו שהוא ולשפר את מצבו ככל שניתן בהתאם למקובלות המקצוע הרפואי. נטייתו האובדנית של מטופל פסיכיאטרי היא חלק ממצבו הנתון שבו חייב בית החולים לטפל. מצב נתון זה אינו יכול לנתק את הקשר הסיבתי שבין התאבדות המטופל בין כותלי בית החולים לבין אי-מניעתה הרשלנית על ידי בית החולים ואנשיו (ראו *Theory of Medical Malpractice*, 1223-1224 וכן פרשת הדסה נ' גלעד, בעמ' 544).

סוף דבר

73. מכל הטעמים דלעיל, הנני מציע שנקבל את הערעור ונקבע, חלף האמור בפסק הדין קמא, כי המשיבה – מדינת ישראל, אשר מחזיקה ומפעילה את בית החולים הפסיכיאטרי "מעלה הכרמל" – תשלם למערערים את פיצויי הנזיקין אשר נקבעו על ידי בית משפט קמא, וכן שכ"ט עו"ד בשיעור של 15% מסך הפיצויים הכולל, בתוספת מע"מ כחוק.

74. באין הסכמה בין בעלי הדין בנוגע לחישוב הפיצויים ו/או שכ"ט עו"ד, יוכל כל אחד מהם לעתור לבית משפט קמא למתן פסיקתא.

ש ו פ ט

השופט נ' סולברג:

1. המאורע מצער, כואב, מזעזע את הנפש. עלמה צעירה, לא יכלה לשאת עוד את תלאות החיים ושלחה יד בנפשה. תנחומים למשפחתה.

2. אחר הדברים האלה, עניין לנו בשאלה משפטית הנוגעת לאחריותו של בית החולים הפסיכיאטרי שבין כתליו אירע האסון, על מותה הטראגי של המנוחה. חברי, השופט א' שטיין, קבע בחוות דעתו, כי בית החולים התרשל בשמירה על חיי המנוחה, ולפיכך הוא נושא באחריות על הנזקים שנגרמו כתוצאה ממותה. רוח אחרת היתה עמי. לעמדתי, צדק בית המשפט המחוזי בקובעו, כי לא הוכחה התרשלות מצדו של בית החולים.

3. תחילה, אצרף את דעתי לדעתו של חברי, כי לא קמה עילה להתערבותנו בקביעותו של בית המשפט המחוזי בסוגיית הרשלנות הרפואית. בית המשפט המחוזי קבע, כי לא הוכחה התרשלות מצדו של הצוות הרפואי ביחס לאופן הטיפול הנפשי במנוחה; לאיכות הטיפול התרופתי שניתן לה; להחלטה בדבר העברתה ממחלקה סגורה למחלקה פתוחה; ולהחלטות על דבר יציאותיה לחופשות. כמו כן, קבע בית המשפט, כי לא נפל בתרשומת הרפואית פגם המצדיק את היפוך נטל הראייה והעברתו אל כתפי המשיבה. קביעות אלה, התקבלו לאחר שבית המשפט התרשם באופן ישיר ובלתי אמצעי מן העדויות השונות שנשמעו לפניו, וראה לבכר את עדויותיהם של עדי המשיבה על פני העדויות שנשמעו מטעם המערערים. בכגון דא, אין זו דרכה של ערכאת הערעור להתערב; כחברי, לא מצאתי בטיעוני המערערים טעם טוב לחרוג ממנהגנו זה.

4. יחד עם זאת, קבע חברי השופט שטיין, כי במישור 'הלוגיסטי-ניהולי' סטה בית החולים מסטנדרט הזהירות הסביר, ולפיכך הוא נושא באחריות נזיקית על מותה של המנוחה. לשם ביסוס מסקנתו-זו, פסע חברי בשני שבילים מקבילים. תחילה, בדרך המלך צעד, כאשר פסק כי הוכחה התרשלות מצדו של בית החולים, ברמת ודאות העולה על 'מאזן ההסתברויות' הנדרש במשפט האזרחי. לאחר מכן, קבע חברי – בשונה מפסיקתו של בית המשפט המחוזי – כי יש תחולה בענייננו לכלל 'הדבר מעיד על עצמו' המעוגן בסעיף 41 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש] (להלן: הפקודה), ולפיכך קמה חזקה לחובת בית החולים, כי התרשל בשמירה על המנוחה; חזקה זו, כך לגישת חברי, לא נסתרה על-ידי המשיבה. דעתי שונה בנוגע לשתי הסוגיות הללו. אתייחס אליהן כסדרן: ראשון-ראשון, אחרון-אחרון. קודם לכן, אוסיף הערות אחדות לגבי מספר עניינים שבהם שוררת הסכמה ביני לבין חברי השופט שטיין.

אקדמות מילין

5. קיומה של חובת זהירות מצד בית החולים כלפי המנוחה – אינו מוטל בספק. במקום שהרחיב חברי, אתיר לעצמי לקצר. בית החולים חב בחובת זהירות כלפי

מטופליו; בתוך כך, מחובתו לקחת בחשבון את האפשרות כי מתמודדי הנפש אשר חוסים בצל-קורתו, עשויים לנסות לשלוח יד בנפשם. עליו לנקוט אם כך, באמצעים סבירים, על מנת למנוע התרחשותו של נזק כאמור. אכן, כשים לב לתוחלת הנזק העצומה – מכפלת ההסתברות שמטופלי בית חולים פסיכיאטרי ינסו לשים קץ לחייהם, בעוצמת הנזק שחברתנו מייחסת לאיבודה של כל נפש – ידרש בית החולים לנקוט באמצעי מנע משמעותיים ויקרים. כפי שציין חברי, עקרונות אלו נקבעו זה מכבר בפסיקתו של בית משפט זה, ועליהם אין עוררין.

6. צודק חברי בהבחנה – בהתבסס על פסיקה קודמת – בין המשקל שיש לייחס לחוות דעתו של מומחה רפואי המוגשת בתמיכה לטענות רפואיות-טיפוליות, לבין מעמדה של עמדת המומחה הרפואי בענייני ניהול ולוגיסטיקה. בענייני רפואה, ידינו אינה משגת, ומשכך, על דרך הכלל, נסיג דעתנו מפני דעתם של הרופאים. לא כן, בקשר לאותם עניינים שבהם רקע מקצועי-רפואי, אינו נושא משקל רב מאד – עניינים 'לוגיסטיים-ניהוליים'. אמנם כן, נשמע את הנוגעים בדבר, נייחס משקל ראוי לעמדתם, אך לא יהיה בדבריהם כדי לגרום ל'הנסגת דעתנו', להכפפת שיקול הדעת השיפוטי מפני דעתם של מומחי הרפואה. גם כאשר מתעטף המומחה ב'אצטלא דרבנן' ומגיש חוות דעת 'רפואית', לא יתקבלו כל דבריו כ'הלכה' למשה מסיני, גם לא ישמעו כאילו נאמרו מפי הגבורה. משקלן של עדויות אלה, כפי שציין חברי, זהה למשקלה של כל ראיה אחרת. עקרון משפטי זה, מבוסס על הנחת היסוד שלפיה ההכרעה בעניינים אלו, נשענת בעיקר על שכל ישר ושיקול דעת, שבאמצעותם עורך בית המשפט איזון בין ערכים ואינטרסים שונים ונוגדים. סופו ומסקנתו של איזון זה, בקביעה משפטית-נורמטיבית באשר לסטנדרט הזהירות הסביר והמתבקש. על כך, כידוע, מופקד בית המשפט; הוא נושא במומחיות הרלבנטית ובסמכות הנורמטיבית להכריע בעניינים אלו.

7. חברי המשיך ועמד על ההבחנה המתבקשת בין תנאי האשפוז ורמת הפיקוח אשר נדרש בית חולים פסיכיאטרי להנהיג במסגרת של מחלקה סגורה, לבין הדרישה השונה ביחס למחלקה פתוחה. הבחנה זו מקובלת עלי ברמת העיקרון, הגם שאינני רואה לנכון לטעת מסמרות ביחס להיקף אחריותו של בית החולים במצבים קונקרטיים, כאלה ואחרים, שלא נדונו בענייננו. אבקש להוסיף ולחדד בעניין זה, כי האשפוז במחלקה פתוחה, נועד מעצם טיבו וטבעו לאפשר לחולים שליטה מוגברת יותר על חייהם, ולהעביר חלק משמעותי מן האחריות לשלומם, אל כתפיהם-שלהם. כל זאת, בין היתר, כהכנה לחזרתם – בבוא העת – לניהול חיי שגרה במסגרת הקהילה. בתוך כך, למשל, יוצאים המאושפזים לחופשות מעת לעת, בכפוף לבחינת מצבם הפרטני. לא למותר לציין בנוגע לענייננו, כי המנוחה יצאה גם היא מספר פעמים לחופשות בביתה; כאשר מן

האחרונה שבהן – אשר ארכה שלושה ימים – שבה המנוחה באותו יום שבו השיבה את נשמתה לבורא. על רקע האמור, מאחר שלא נפל פגם בהחלטת בית החולים להעביר את המנוחה לאשפוז במסגרת של מחלקה פתוחה, בשעה שגם אין חולק כי לא היתה התוויה לאשפוז בכפייה, הרי שלצורך מענה לשאלת אחריותו של בית החולים על מותה, עלינו לשאול את השאלה הבאה: האם חרג בית החולים מסטנדרט האשפוז, השמירה והפיקוח הסבירים, שחב בית חולים פסיכיאטרי למטופלים, בעלי נטייה אובדנית, אשר מאושפזים במסגרת של מחלקה פתוחה?

האמנם הפר בית החולים את חובת הזהירות?

8. בשלב זה, נפרדת דרכי מדרכו של חברי השופט שטיין. לדעתי, הגם שכאמור, קיומה של חובת הזהירות בענייננו אינו מוטל בספק, לא הוכיחו המערערים את הפרתה של חובה זו. רצוני לומר, כי רכיב ההתרשלות אשר נמנה על יסודותיה של עוולת הרשלנות – לא הוכח, ומשכך, בצדק הכריע בית המשפט המחוזי את גורלה של התביעה – לשבט. חברי קבע, כי בית החולים התרשל בשמירה על חייה של המנוחה. אלו דבריו: "סיכון כאמור לא חייב את בית החולים להעמיד למנוחה שמירה צמודה או לשלול ממנה את האפשרות לצאת לחצר. יחד עם כך, השגחה פשוטה על מעשי המנוחה בין כתלי בית החולים בלי ספק היתה בהישג יד. השגחה כאמור ניתן היה להבטיח, למשל, באמצעות סיורים או על ידי הצבת מצלמות וידאו בחצר שמאפשרות לעובדי בית החולים המופקדים על ביטחון מטופליו לעקוב אחר מה שמתרחש בו. באומרי זאת, אינני מתיימר להמליץ על העמדת אמצעי קונקרטי כזה או אחר למניעת אירועים אובדניים בין כתליו של בית חולים פסיכיאטרי. המומחים לדבר יעשו זאת טוב ממני. באומרי את אשר אמרתי, הנני מבקש לקבוע את מה שלטעמי הוא מובן מאליו: תוחלת הנזק מהסיכון להתאבדות שמגיע לדרגה גבוהה מחייבת את מי שמופקד על מניעת הנזק לנקוט באמצעי מנע משמעותיים ביותר – בגבולות ההיגיון והשכל הישר. אשר על כן, אי-נקיטת שום אמצעים לוגיסטיים וניהוליים, לצד המאמצים הטיפוליים, לצמצום אפשרויותיו של מטופל פסיכיאטרי אובדני לממש את דחף ההתאבדות שלו, בהיותו נתון במשמורת של בית החולים, היא בגדר התרשלות" (פסקה 53).

9. למקרא דברים אלו נראה, כי התרשלותו של בית החולים, לשיטת חברי, נעוצה בכך שלא נקט באופן פוזיטיבי באמצעי מנע לוגיסטי כלשהו, על מנת למנוע את מותה של המנוחה. דא עקא, חברי אינו מפרט מהם אותם אמצעים שהיה על בית החולים לנקוט; "המומחים לדבר יעשו זאת טוב ממני", כך קבע. עמדה זו, קשה בעיני. כפי שניתן לראות בנוהל של בית החולים משנת 2007 – 'הנחיות לשמירת בטיחות מטופלים' (מוצג נ/5 למוצגי המשיבה), הונהגו בבית החולים – כראוי וכמתבקש – נהלים מחמירים לשמירת שלומם וחייהם של המטופלים, תוך הבחנה רלבנטית בין מחלקות פתוחות למחלקות סגורות. כך לדוגמה, סעיף 4 קובע ומפרט היטב, את הנוהל לוודא העדרותם או אי-

נגישותם של חפצים וחומרים מסוכנים בין כותלי בית החולים; סעיף 8 מורה על עריכת 'מפקד אוכלוסין' כמה וכמה פעמים כל יום, על מנת לוודא את שלומם של המטופלים. לא נוכל לקבוע אפוא כי בית החולים הפסיכיאטרי חדל מלקיים נהלים מינימליים במטרה לשמור על חיי המטופלים החוסים בצל קורתו, תוך שימת לב להיותם – לא פעם – בעלי סיכון גבוה לאובדנות. הנה כי כן, 'אמצעים כלשהם' ננקטו וננקטים כדבר שבשגרה; השאלה שיש לשאול אפוא הריהי זאת: האם די היה באמצעים שננקטו, או שמא חייב בית חולים סביר להעמיד פיקוח נוסף, כזה או אחר, לצורך שמירה על חיי מטופליו; למצער, מטופלים אשר חשופים לסיכון גבוה של אובדנות, בין היתר משום שגילו לא מכבר, נטייה אובדנית קונקרטיית?

10. אקדים ואומר, כי אין חולק שהתרשלות יכולה להתרחש במחדל כמו במעשה (ראו סעיף 35 לפקודה). ברם, סבורני, כי לא ניתן להטיל אחריות בשל מחדל, מבלי לפרט ולהגדיר מהו המחדל הרשלני, מהי ההתנהגות העוולתית הקונקרטיית. איזון הערכים והאינטרסים שעל בית המשפט לערוך, על מנת לקבוע האם התקיימה התרשלות מעוולת מצדו של הנתבע, מחייב הגדרה של אותה התנהגות מסוימת שאותה מבקש התובע לראות כרשלנית. או אז, נפתח השער לדין בתועלות של אותה התנהגות, לעומת ההחצנות השליליות שהיו צומחות הימנה, ובסופו ניתן להכריע בשאלת נחיצותו של האמצעי, ובאי-הסבירות מצד הנתבע שלא נקט בו (ראו ישראל גלעד דיני נזיקין – גבולות האחריות כרך א, 546 ואילך (2012)). בכל הנוגע לענייננו – וכאן מצויה נקודת המחלוקת העיקרית ביני לבין חברי – בניגוד לשאלה שעליה חזר חברי יותר מפעם אחת: "מה עשה בית החולים במישור הניהולי והלוגיסטי כדי לנסות ולמנוע את מעשה ההתאבדות מצד המנוחה?" ; שאלתי-שלי הריהי זו: מה לא עשה בית החולים על מנת למנוע את מעשה ההתאבדות, על אף שחלה עליו חובה נורמטיבית לעשות כן? ודוק. אינני משיג על האפשרות הנתונה בידינו לקבוע כי היו לו לבית החולים מספר חלופות שהיה חייב לנקוט לכל הפחות באחת מהן. מכל מקום, ההתרשלות, הריהי מחדל קונקרטי ומאובחן. אילו קבע חברי, כי שומה היה על בית החולים להציב מצלמות במעגל סגור בשטח חצר בית החולים, ניתן היה להסכים עמו או לחלוק עליו; גם בית החולים היה יודע – מכאן ולהבא – כיצד לא יפשל בהתרשלות פושעת לפי אמות-המידה המשפטיות המחייבות שנקבעות בבית משפט זה. הוא הדין, בנוגע לאמצעים נוספים שהעלה חברי כחלופות לוגיסטיות אפשריות. ברם, כאמור, אינני רואה עצמנו בני-חורין לקבוע כי בית החולים התרשל, מבלי שנצביע על מחדל כלשהו ונקרא אותו בשם; עלינו להבהיר 'מה יעשה בית החולים ולא יחטא'!

11. לדעתי, משגה נוסף נובע מן הפשל המתואר. לאחר שחברי קבע, כי היה על בית החולים לנקוט באמצעי-מנע כלשהם, אך לא נדע להגדירם, נמצאנו מנועים מלשאול – גם חברי לא בחן זאת – האם מתקיים קשר סיבתי-עובדתי בין אותה התרשלות לבין הנזק שאירע. כך למשל, אילו ראינו את בית החולים כרשלן מפני שלא הציב מצלמות בחצר בית החולים שבה אירעה ההתאבדות, נדרשנו לבחון, האם הצבת מצלמות כאמור, היתה מונעת את מותה של המנוחה. כידוע, מעבר להוכחת יסוד ההתרשלות ויסוד הנזק, על התובע רובץ הנטל להוכחת קיומו של קשר סיבתי, עובדתי ומשפטי, בין שני אלה. ברם, מבלעדי הצבעה על מחדל מסוים מצד בית החולים, כיצד נדע אם היה אותו מחדל 'סיבה בלעדית' להתרחשות הנזק? משוכה זו, לא נחצתה על-ידי חברי בפסק דינו, וזהו טעם נוסף לכך שאינני יכול לצרף את דעתי לדעתו.

12. לגישתי, אם כן, לאחר עיון במכלול הטענות שהעלו המערערים, אין בידינו להצביע על אמצעי כלשהו שנמנע בית החולים מלנקוט, על אף שלא ניתן היה להתעלם מנחיצותו. ועדיין, מבין שלל הטענות שעלו בקשר למחדליו של בית החולים, טענה אחת, סבורני, ראויה להתייחסות מיוחדת – העמדת שולחן בצלו של מרזב. על דרך הכלל, הצבתו של שולחן תחת מרזב, אינה צריכה לעורר תשומת לב מיוחדת. כך הם פני הדברים, בעת שמעצבים חצר בית-ספר, גן אירועים או פארק ציבורי. ברם, שאלה אחרת היא, האם בית חולים פסיכיאטרי, אשר בין כתליו מצויים תדיר אנשים המועדים לבצע ניסיונות אובדניים, רשאי לנהוג באותה צורה?

13. בהמשך ישיר לדברי חברי, נקודת מוצא היא מבחינתי, כי בית חולים פסיכיאטרי חייב ליתן דעתו על אמצעים שונים אשר עשויים לשמש את מטופליו, אם וכאשר – בצר להם – יחפשו את הדרך לגדוע את פתיל חיייהם. כחלק מחובת הזהירות שרובצת על כתפיו, חייב בית החולים לשבת על המדוכה ולטכס עצה, כיצד ניתן למזער באופן מקסימלי את היכולת של מטופלים לפגוע בעצמם בימים קודרים ובשעות קשות. אין בית החולים רשאי להתכסות מאחורי אחריותם האישית של מטופליו, או מאחורי מחקרים כלליים על אודות הקושי למנוע ניסיונות אובדניים ממטופלים אשר עייפו מללחום את מלחמת נפשם. לא על בית החולים המלאכה לגמור, אך אין הוא בן חורין להיבטל הימנה; פטור בלא כלום – בוודאי אי-אפשר. חובה זו, תחומה כמובן בגדרי השכל הישר, וכפופה לאיזונים שיש לערוך אל מול אינטרסים אחרים שנאבקים על הבכורה; בכללם – כבוד המטופלים, חירותם, דרכי הטיפול והריפוי המקובלות, והאחריות האישית שיש להותיר בידי כל אחד ואחד מהם. מכל מקום, אין בעובדה המוסכמת, שלפיה לא ניתן לאיין את האפשרויות לבצע ניסיונות אובדניים, כדי לפטור את בית החולים מנקיטת כל האמצעים שיש לראותם כסבירים בנסיבות העניין. לעניין זה, אפשר בהחלט כי על בית החולים

מוטלת חובה לזמן מומחה לדבר, על מנת שיתן דעתו על כל פרט ופרט אשר עלול להוות נקודת תורפה בטיחותית, ויורה לאנשי הבינוי והלוגיסטיקה של בית החולים את הדרך ילכו בה, ואת המעשה אשר יעשון. דברים אלו אני כותב, כמענה לטענות שנשמעו בבית המשפט המחוזי מפי מנהלת בית החולים, אשר מהן ניתן היה להסיק כי בית החולים לא מייחס משקל מיוחד לשאלות לוגיסטיות, כגון עיצובה של חצר בית החולים, ולא מקיים נהלים ברורים ביחס לדרך קבלת ההחלטות בנושאים הללו (ראו עמודים 105-106 לפרוטוקול הדיון בבית המשפט המחוזי, מיום 20.11.2017). כזכור, תוחלת הנזק היא גבוהה מאד, ובהתאם – אמצעי ומאמצי המנע נדרשים להיות ברף גבוה במיוחד.

14. חרף האמור, לאחר התלבטות רבה, באתי לכלל מסקנה כי לא נוכל לייחס לבית החולים סטייה מסטנדרט הזהירות הסביר, בשל עיצובה של החצר כאמור. כפי שניתן לראות בתמונות שצורפו לתיק, נטועים בחצר בית החולים עצים, וקיימים בה אלמנטים נוספים אשר עשויים לשמש כ'אמצעי התאבדות'. מושכלות יסוד, כי חייו של כל אדם ואדם חשובים כמעט לאין שיעור; ערכם של החיים עצמם – מי ישורנו. מפורסמים בהקשר זה, דבריו של הרמב"ם (משנה תורה, הלכות סנהדרין י"ב, ג'), שנאמרו על בסיס המשנה במסכת סנהדרין (ד', ה'): "לפיכך נברא אדם יחידי בעולם, ללמד, שכל המאבד נפש אחת מן העולם מעליו עליו כאילו איבד עולם מלא, וכל המקיים נפש אחת בעולם מעליו עליו כאילו קיים עולם מלא". אלא, שגם לאיכותם של החיים אנו מייחסים ערך ומשמעות. איננו מצפים ממחלקה פתוחה בבית חולים פסיכיאטרי, אשר החשש הנשקף לחיי מטופליה אינו ברף הגבוה ביותר, כי תכרות את עציה, תעקור את ספסליה, ותכלה את מרזביה. בית החולים מבקש להעניק לבאים בשעריו, תחושת חיים 'נורמלית' ככל הניתן. לא מעקב צמוד, לא דחיקת רגליים, לא תחושת מחנק. בית החולים נדרש לאפשר להם להסתובב בחופשיות, להסב עם בני משפחותיהם בחצר, וליהנות מעצי-הגן. בהקשר זה, חשוב להבחין בין התנהלותה של מחלקה פתוחה, אשר מחייבת אמנם מידה סבירה של זהירות ופיקוח, אך לא סגר מהודק; לבין אופייה השונה, של מחלקה סגורה. לא למותר לציין, כי רוב מטופליו של בית חולים פסיכיאטרי אינם מאושפזים בכפייה. אם חפצים אנו, כי אותם אנשים הזקוקים לכך, יאותו להתאשפז בבית חולים, חלף הימצאותם בבית משפחתם ללא כל טיפול והשגחה, כי אז שומה עלינו לאפשר להם לנהל חיים סבירים ככל הניתן, בין כתליו של בית החולים. נוכח האמור, לא שוכנעתי כי בהחלטה על הצבתו של שולחן תחת אותו מרזב, היה משום התעלמות מנקודת תורפה משמעותית, ביחס לרמת ה'סטריליות' שיכול וצריך בית חולים פסיכיאטרי להבטיח למטופליו המאושפזים במחלקה פתוחה, ורשאים להסתובב בחצר בית החולים.

הדבר מעיד על עצמו?

15. מסקנתי היא אפוא כי לא הוכחה התרשלות מצדו של בית החולים גם ביחס למעטפת הלוגיסטית שהקיפה את המנוחה; לבטח לא הוכחה התרשלות שהיתה בבחינת סיבה בלעדית אין להתרחשות אירוע ההתאבדות. אפנה עתה, לשביל השני שבו צעד חברי – הוראת סעיף 41 לפקודה. שלושה תנאים מצטברים להחלתו של הכלל 'הדבר מעיד על עצמו'. בהתקיים, תקום חזקה כי הנתבע נהג ברשלנות וכי בעטייה של התרשלות זו נגרם הנזק מושא התביעה. או אז, יעבור אל כתפיו של הנתבע נטל השכנוע, כי לא נעשתה התרשלות מזיקה מצדו. בניגוד לעמדתו של חברי, אני סבור כי לא מתקיים בענייננו התנאי הראשון להחלתו של סעיף 41, ומשכך נטל השכנוע עודדנו מוטל על כתפיהם של המערערים. משאלו הם פני הדברים, לא מצאתי צורך לטעת מסמרות לגבי תחולתו של התנאי השלישי בענייננו, אף שגם בנוגע לכך אינני מזדהה עם קביעתו הנחרצת של חברי.

16. התנאי הראשון לתחולתו של סעיף 41, עניינו בחוסר ידיעה – בפועל או בכוח – מצד התובע, באשר לנסיבות שבעטיין נגרם הנזק. לאמור, כי חזקת ההתרשלות המעוגנת בסעיף 41 לפקודה לא תקום, אלא במקרה שבו קיימת עמימות עובדתית: "באין עמימות עובדתית – מתיירת בדיקתם של שאר תנאי הסעיף והכלל אינו חל על נסיבות המקרה" (ע"א 7692/09 מרעי נ' בית חולים "משפחה קדושה", פסקה 5 (28.02.2011)); ובלשון אחרת נאמר: "כשאין מסתורין – אין תחולה לכלל" (ע"א 1071/96 עיזבון המנוח נאצר נ' מדינת ישראל, פ"ד ס(4) 337, פסקה 27 (2006)). חשיבותה של נקודה זו לענייננו – מכרעת. הכלל המעוגן בסעיף 41 מוגבל לחשיפתן של עובדות בלתי-ידועות, אך אין בכוחו לקבוע נורמות משפטיות וכללי התנהגות נאותים. כך, במילים קצרות, הבהיר זאת השופט י' עמית: "יודגש כי החזקה נוגעת לאופן הוכחת ההתרחשות העובדתית, ולא לשיפוט הנורמטיבי של התנהגות מסוימת כהתרשלות" (רע"א 7002/17 פלוני נ' פלוני, פסקה 13 (21.05.2018)). עמד על כך בהרחבה חברי השופט נ' הנדל בע"א 6332/15 צלאח נ' עדוי, פסקה 8 (23.11.2017) (להלן: עניין צלאח): "ניתן לשאול במה כוחו ובמה גבורתו של סעיף 41 לפקודה: האם נועד הוא להתמודד עם פערי מידע עובדתיים בלבד, או שמטרתו להעביר את הנטל גם ביחס לנורמות ההתנהגות הראויות? לשון אחר, האם עמידת התובע בתנאי הסעיף פירושה שקיימת גם הנחה – שאותה יכול הנתבע לסתור – לפיה הנתבע חרג מסטנדרט ההתנהגות המצופה? העמדה המקובלת בפסיקה ובספרות היא כי סעיף 41 נועד להכריע במחלוקות העובדתיות, ולא לקבוע נורמות התנהגות. הדגש הושם בתנאי הראשון הקבוע בסעיף 41 לפקודה העוסק בידיעה – או שמא חוסר ידיעה – בכוח ובפועל [...] בפסיקה נקבע כי הדבר מלמד על כך שתכלית סעיף 41 היא לסייע בקביעת העובדות, מקום שחסר מידע עובדתי אודות פרטי אירוע הנזק. מטרתו אינה לקבוע קביעות נורמטיביות במקום שהעובדות ידועות: [...] המחלוקת במקרה זה, ככל שהיא נוגעת לסוגיית התרשלותו של הנתבע, היא בעיקרה מחלוקת משפטית-רפואית לגבי סטנדרט ההתנהגות המצופה מן הרופא

הסביר בטיפול מן הסוג הנדון. אין אי-ודאות של ממש לגבי העובדות החשובות; מעשיו של הרופא-הנתבע ידועים, והשאלה היא אם מעשים אלה יש בהם משום התרשלות. במצב דברים זה אין תחולה לכלל, כפי שכתב השופט זילברג עוד בשנת 1953: 'הרעיון ההוא אינו תופס אלא, כאשר הרשלנות (לכאורה) ידועה, והמעשה אינו ידוע, אך לא בהיפוכו של דבר, כאשר המעשה ידוע, אלא שעדיין אין אנו יודעים, אם הוא מהווה רשלנות או לא. על שאלה זו - על השופט לענות, מתוך שיקולים משפטיים, ואינו יכול להשליך את יהבו על "המכסימה" ההיא'".

17. בעניין דנן, נסיבות מותה של המנוחה – ידועות. האמצעים שננקטו על-ידי בית החולים כמו אלו שלא ננקטו על-ידו – ידועים גם הם. מענה לשאלת חברי – כלום נדרש בית החולים לנקוט באמצעים נוספים כלשהם כדי למנוע את מות המנוחה? – זוקק הכרעה משפטית-נורמטיבית; לא הכרעה עובדתית. כאמור, לא ניתן לפתור את הספק הנורמטיבי באמצעות חזקה עובדתית: "העברת נטל הראיה אינה מסירה ספקות משפטיים אלא ספקות עובדתיים בלבד. בהעדר חסר ראייתי העברת הנטל אינה משנה את התוצאה" (אריאל פורת נזיקין כרך א 286, ובה"ש 635 (2013)).

18. הראנו לדעת, כי נוכח העדרו של ערפל עובדתי בעניין דנן, איננו באים בשעריו של סעיף 41 לפקודה; משכך, נטל השכנוע ביחס לרשלנותו של בית החולים מוטל על כתפי המערערים. לדעתי, כפי שהרחבתי לעיל, נטל זה – לא הורם על-ידי המערערים; לפיכך דין הערעור להידחות.

19. אף על-פי כן, אתיחס בקצרה לתנאי השלישי המעוגן בסעיף 41 לפקודה, באשר אני נוטה לדעה שונה מזו של חברי גם לגביו. במסגרת התנאי השלישי, ישאל בית המשפט האם האירוע הנזיקי מתיישב עם המסקנה שהנתבע התרשל, יותר מאשר עם המסקנה שנקט זהירות סבירה. מבחן זה מבוסס על הערכה עובדתית-נורמטיבית של בית המשפט: "הבדיקה היא כללית – הסתברותית אם תרצו – של תרחישים אפשריים לתאונה מן הסוג שעל הפרק, תוך התחשבות בנתונים הקונקרטיים שכן ידועים לגבי המקרה. רק אם בסיכום הכולל הראיות מלמדות כי משקל האפשרות שלא ננקטה זהירות סבירה רב יותר, יש להעביר את הנטל על שכם התובע" (עניין צלאח, פסקה 7). עלינו לשאול אפוא: האם כאשר מתמודד נפש המאושפז במחלקה פתוחה של בית חולים פסיכיאטרי, מוצא את מותו בתלייה כבנסיבות ענייננו, המסקנה הסבירה יותר, הריהי, כי בית החולים התרשל בשמירה? חברי הזכיר בחוות דעתו מחקרים המראים, כי "אשפוז כשלעצמו עם כל מרכיבי הפיקוח על החולה איננו מצליח למנוע ניסיונות אובדניים בצורה מוחלטת או אפילו משמעותית [גם] במחלקות סגורות [...]", ואף הבהיר כי "דברים אלו מקובלים עלי לחלוטין". הנה כי כן, מרכיבי הפיקוח הסטנדרטיים, אינם מצליחים – למרבה הצער – למנוע בצורה

משמעותית ניסיונות אובדניים, גם לא במחלקות סגורות. על רקע זה, אינני מקבל את קביעתו של חברי, שלפיה בנסיבות העניין יש בכוחנו לקבוע, כי העובדה שמאושפזת במחלקה פתוחה מצאה את מותה בדרך שכזו, מעידה על עצמה כי בית החולים התרשל בשמירה. אעיר עם זאת, כי באשר לנהליה של מחלקה סגורה, אמות המידה הן שונות, ובהתאם, אפשר, כי מסקנת הערכתו של בית המשפט לגבי התקיימותו של התנאי השלישי – לא תהא זהה; מכל מקום, סוגיה זו לא מתעוררת בענייננו ואין צורך להכריע בה עתה.

20. סוף דבר, לו תישמע דעתי נורה על דחיית הערעור, ללא צו להוצאות.

ש ו פ ט

השופט נ' הנדל:

נפלה מחלוקת בין חבריי בשאלה אם בית החולים הפר את חובת הזהירות כלפי המנוחה, אם לאו. לא בכדי נחלקו דעותיהם בסוגיה זו. ערעור זה מעלה כמה וכמה שאלות עובדתיות ומשפטיות, אך החשובה והקשה שביניהן הינה אם בית החולים התרשל בכך שלא נקט אמצעים למניעת התאבדותה של המנוחה. בשאלה זו נפל בחלקי להכריע.

1. קודם לכן, אצרף דעתי אל חבריי בסוגיות אשר לגביהן שוררת הסכמה. אף אני סבור, כחבריי, כי לא קמה עילה להתערבותנו בקביעותו של בית המשפט המחוזי בסוגיית הרשלנות הרפואית-מקצועית. בית משפט קמא קבע כי לא הוכחה התרשלנות מצדו של הצוות הרפואי והסיעודי ביחס לאופן הטיפול הנפשי במנוחה, לאמור, בהליך האבחון; באיכות הטיפול התרופתי; בהחלטה להעביר את המנוחה ממחלקה סגורה למחלקה פתוחה ובהחלטה בדבר יציאתה לחופשות קצרות. כן דחה בית המשפט את הטענות בדבר פגמים בניהול הרישומים הרפואיים, אשר עולים לכדי נזק ראייתי; הימנעות הצוות הסיעודי מלסייע למערערים בחיפושם אחר המנוחה; הפרת חובות חקוקות; וטענות שונות לגבי אופן חישוב הנזקים. בקביעות אלו אף אני לא מצאתי טעם להתערב, מנימוקי חבריי.

טרם צלילה לעניין עצמו, תוקדשנה מילים אחדות להבחנה שערך חברי השופט שטיין בין התרשלנות במתן טיפול המקצועי ("רשלנות טיפולית"), לבין התרשלנות בקבלת החלטות ניהוליות ולוגיסטיות ("רשלנות ניהולית"). הבחנה זו, לעמדת חברי, יש בה כדי להשליך על כובד המשקל שיש לתת לחוות דעת מומחה רפואי בקביעת קיומה, או היעדרה, של התרשלנות. לשיטתו, בנושאים הקשורים לסטנדרט הטיפול המקצועי המקובל, על פי כלל יהא זה נכון לאמץ את חוות דעת המומחה, למעט מקרים חריגים ויוצאים מן הכלל. לעומת זאת, טענות הקשורות להחלטות ניהוליות במוסד הרפואי

תוכרענה לפי שיקול דעת בית המשפט, תוך התחשבות בדברי המומחים כראיה אחת מיני כמה.

להשקפתי, מוטב להימנע מקביעת כללים מעין אלו. אין בידי לקבל גישה לפיה ברירת המחדל תהא באימוץ חוות דעת המומחה, ואילו האפשרות לחלוק עליה תישמר רק למקרים חריגים ויוצאים מן הכלל. למעשה, התפיסה של הכרעה שיפוטית ביחס לחוות דעת רפואית בתיקים אזרחיים כ"סמכות השמורה למקרים חריגים", כאשר על פי רוב יידרש בית המשפט להסיג דעתו מפני דעת המומחה – איננה משקפת כראוי, בעיניי, את תפקיד בית המשפט בהליך השיפוטי. נדמה כי ראוי שנקפיד לעמוד על כך שהסמכות להכריע אף בשאלות של רשלנות מקצועית – ולא רק הסמכות, אלא אף האחריות – נתונה לבית המשפט ולא לגורם אחר, יהא מקצועי ככל שיהא. מן הראוי כי סמכות זו לא תוגבל בכללים מצמצמים, שמא גודל האחריות יעלם מעינינו. כך, ידע השופט המכריע בתיק כי חוות הדעת המקצועית מהווה כלי עזר להכרעה, אך לא המפתח לדלת פסק הדין. זאת, אף לא בענף הרפואה. כמובן, בית המשפט אינו רופא. עם זאת, עליו מוטל התפקיד לבחון את חוות הדעת המקצועיות, ולגזור מהן מסקנה שיפוטית בדבר קיומה של רשלנות, לרבות רשלנות רפואית. חוששני כי קביעת כללים כאמור עלולה לגרום לתוצאה פחות מדויקת ואף מוטעית בתיק הקונקרטי. בהיבט המעשי, די להזכיר כי לא פעם ולא פעמיים מוגשות חוות דעת רפואיות מטעם שני הצדדים. או אז, בית המשפט הוא אשר חייב לקבוע מה הסטנדרט המצופה, מהי הנורמה המשפטית המחייבת את הגורם המקצועי, גם אם היקף ידיעותיו בתחום הרפואי נופל מהמומחים המעידים בפניו. זוהי מלאכת השיפוט, על אף הקושי בעניין.

ומהצד האחר, גם ביחס לקביעת רשלנות ניהולית-לוגיסטית נכון להדגיש כי חוות דעת המומחה מהווה כלי עזר חשוב לעיצוב המסקנה המשפטית. לאמור, אין להפחית מחשיבות חוות הדעת של המומחים גם בתחום הניהולי-לוגיסטי. עוד – על בית המשפט לנקוט בזהירות בבואו לקבוע מהו סטנדרט ההתנהגות הראוי בתחום הניהולי-לוגיסטי. כך ביתר שאת כאשר השלכות הקביעה אינן מצומצמות לגדרי המקרה המסוים, אלא עשויות (ואף צריכות) להשפיע על מקרים רחבים יותר. ובענייננו, על התנהלות אגפים פתוחים במוסדות פסיכיאטרים ברחבי הארץ. הינה כי כן, המשפט מתאפיין בתפקידים שונים. עד הראיה מוסר את אשר קלט בחושי. המומחה תורם לבית המשפט את הידע בתחום מומחיותו. אלו ואלו עדים במשפט. על השופט מוטל תפקיד ההכרעה, תוך מתן משקל ראוי לעדים השונים משני הצדדים. לעיתים נדרש לקבוע את המשקל שיש להעניק לעד ראיה, גם אם הוא עד יחיד; ולעיתים נדרש להחליט בדבר המשקל שיש להעניק לחוות דעת מומחה.

2. וכעת לשאלה שבמחלוקת: האם בית החולים הפר את חובת הזהירות כלפי המנוחה, בכך שלא נקט אמצעים סבירים למזעור סיכויי ההתאבדות שלה? אציג, תחילה, את דעות חבריי. ביחס לשניים תמימי דעים הם: הראשון, בית החולים חב בחובת זהירות כלפי המנוחה. במסגרת כך, עליו לתת מענה לסיכון לפגיעה עצמית, בכלל, ולניסיון אובדנות, בפרט – ולהפחיתו. השני, בית החולים איננו רשאי להיאחז בעמדה המוסכמת לפיה לא ניתן לאיין את האפשרות לבצע ניסיונות אובדניים, כדי לפטור עצמו מהחובה לנקוט אמצעים סבירים למניעתם. ומכאן – נפרדות דרכיהם. השופט שטיין מחזיק בדעה כי בית החולים לא נקט "שום אמצעים לוגיסטיים וניהוליים, לצד האמצעים הטיפוליים, לצמצום אפשרויותיו של מטופל פסיכיאטרי אובדני לממש את דחף ההתאבדות שלו". השופט סולברג, לעומתו, סבור כי "אין בידינו להצביע על אמצעי כלשהו שנמנע בית החולים מלנקוט, על אף שלא ניתן היה להתעלם מנחיצותו". האחד השתכנע כי הופרה חובת הזהירות כלפי המנוחה, ואילו השני – לא.

בחוות דעתם, חבריי התייחסו לקביעות כלליות ומופשטות בדרכי הכרעה בתיקי רשלנות. השופט שטיין הטיב להציג תורה סדורה, והשופט סולברג השיב בהצגת נקודות נוקבות. כמענה, השופט שטיין הבהיר את עמדתו. נראה לי כי בסופו של דבר – המחלוקת בין חבריי הצטמצמה.

נקודה שנותרה במחלוקת היא ההסתמכות על סעיף 41 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש]: חובת הראיה ברשלנות כשהדבר מעיד על עצמו. תחולת סעיף 41 על המקרה מעבירה את נטל ההוכחה מצד לצד, מהתובע אל הנתבע, להוכיח כי לא נתקיימה התרשלות. בעניין זה, דעתי כדעתו של השופט סולברג, לפיה התנאי הראשון לסעיף לא חל בענייננו. לשונו של תנאי זה היא: "בתובענה שהוגשה על נזק והוכח בה כי לתובע לא היתה ידיעה או לא היתה לו יכולת לדעת מה היו למעשה הנסיבות שגרמו למקרה אשר הביא לידי הנזק [...]". ברם, בתיק זה – הנסיבות ידועות. סיפור המעשה, לרבות אופן ביצוע המעשה, נלמד מהמצב הטראגי הסופי. אם כן, אין קושי של עמימות עובדתית, וזהו המבחן הקובע בתנאי הראשון, כפי שציין חברי השופט סולברג. עמימות עובדתית, לעומת עמימות נורמטיבית – אשר כן קיימת בענייננו. המסקנה נובעת מלשון הסעיף, כי "לתובע לא הייתה ידיעה...". המיקוד במה ידע או מה היה עליו לדעת הוא בעובדות ובסיפור המעשה. זוהי אף עמדת הפסיקה, להבנתי (ראו הפסיקה שהובאה בפס' 16 לחוות דעתו של השופט סולברג, לרבות חוות דעתי בע"א 6332/15 צלאח נ' עדוין, פסקה 8 (23.11.2017); וגם: גיא שני, חזקות רשלנות: העברת נטל ההוכחה בדיני הנזיקין, 81-84 (2011)). התוצאה היא כי יש לפעול על פי הכלל הרגיל, בו נטל ההוכחה מוטל על התובע ואינו עובר לכתפי הנתבע. יוזכר כי על פי לשון החוק, התנאים בסעיף 41 הם

מצטברים. על כן, מספיק לקבוע כי התנאי הראשון לא הוכח כדי לקבוע היעדר תחולה של הסעיף.

3. ועתה – להבעת עמדתי. סבורני כי דווקא במקרים הקשים יש להיעזר בכללי המלאכה של ההכרעה השיפוטית. בראש ובראשונה, עובדות המקרה, עליהן הייתי שם את הכובד. המנוחה אושפזה לראשונה באגף הסגור שבבית החולים, לאחר ניסיון אובדני בביתה. כעבור יומיים שוחררה לטיפול חוץ מרפאתי, בניגוד להמלצה רפואית; אך לאחר כ-10 ימים התאשפזה מרצון בשנית באגף הסגור, עקב החמרה במצבה. המנוחה שהתה כ-6 ימים באגף הסגור, טרם החליט הצוות הרפואי על העברתה לאגף הפתוח. לא אאריך בדבר השיקולים הרפואיים שהיו בבסיס החלטה זו, שכן נקבע כבר – ובקביעה זו לא מצאנו כל טעם להתערב – כי בית החולים לא התרשל במתן טיפול רפואי-מקצועי למנוחה. ואכן, קריאת העדויות והדו"חות הרפואיים מציינת תמונה ברורה: נרשם שיפור במצבה הנפשי של המנוחה. שיפור זה הביא את הצוות הרפואי לפתוח בתהליך הדרגתי של יציאה לחופשות מחוץ לאגף. החופשה הראשונה, ל-4 שעות; השנייה, ליום וחצי; והשלישית, לשלושה ימים. עם כל חזרה של המנוחה מחופשה, ערך בית החולים בדיקה סיעודית ורפואית של המנוחה. מהחומרים הכתובים עולה כי החופשות היטיבו עמה, בסך הכול, וכי לא נרשמו אירועים חריגים אשר היו צריכים לעורר את חשד הצוות. כך אף ביום קרות האירוע:

"המנוחה חזרה מחופשת הבית שלה לבית החולים ביום 23.8.09 בשעה 9:30. נראתה שקטה ורגועה, דיווחה על חופשה "טובה" בסך הכל. לדבריה במהלך החופשה היו שינויים במצב רוחה, אשר מתואר כבלתי יציב. שללה שמיעת קולות, שללה מחשבות אובדניות או כוונות לפגוע בעצמה ובסובבים אותה. לדבריה נחה, למדה והריכוז שלה היה יציב. כמו כן מסרה שהייתה ביום הולדת של חברה, דיווחה כי הרגישה 'בלתי מחוברת' וחזרה לפני הזמן לביתה. אמה הייתה מרבית הזמן איתה. דיווחה כי נטלה את הטיפול כפי שהודרכה, אך לא החזירה את השקיות הריקות של הטיפול התרופתי. לאחר חזרתה הופנתה לשוחח ולהיבדק על ידי ד"ר פשיניאן" (מ/1, עמ' 95 למטה).

מהחומר עולה, כמפורט בפסק דין קמא, כי לא נפלה התרשלות בהעברת המנוחה מהאגף הסגור לאגף הפתוח, בטיפול שקיבלה ובקריאת סימני האזהרה בדבר האפשרות לפגיעה עצמית. המומחה מטעם בית החולים, פרופ' זמישלני, קובע זאת בצורה מפורשת; ואף לא הוגשו ראיות מנגד לסתירה.

4. קיומה של התרשלות היא קביעה עובדתית-משפטית מעורבת. נעבור, עתה, לכללי היסוד בדיני הנזיקין. עוולת הרשלנות מצויה בסעיף 35 לפקודת הנזיקין, הקובע כך:

”עשה אדם מעשה שאדם סביר ונבון לא היה עושה באותן נסיבות, או לא עשה מעשה שאדם סביר ונבון היה עושה באותן נסיבות, או שבמשלח יד פלוני לא השתמש במיומנות, או לא נקט מידת זהירות, שאדם סביר ונבון וכשיר לפעול באותו משלח יד היה משתמש או נוקט באותן נסיבות – הרי זו התרשלות [...]”.

במרכז הבמה עומד האדם הסביר, ובענייננו, המוסד הפסיכיאטרי הסביר. האדם הסביר אינו נקבע על פי ההתנהגות הממוצעת. הוא הסטנדרט הקובע. אם תרצו: ”אדם סביר ונבון”. אדם זה אינו מתרשל, ואינו נופל. הוא יצור מופשט. לא ניתן ללחוץ את ידו. לא זכיתי לראותו אף לא בראי. זוהי קונסטרוקציה נורמטיבית. אך התנהגות האדם הסביר משתנה מאירוע לאירוע, ממקרה למקרה ואף מעת לעת. הסעיף הובא כדי להדגיש נתון שלא בולט בקריאה ראשונה, והוא שהמונח ”באותן נסיבות” מופיע 3 פעמים בסעיף. יש כללים, אך הרשלנות נקבעת לעולם על פי נסיבות המקרה.

נסיבות, משמע, כי החובה הנזיקית אינה חלה כלפי כולי עלמא בכל מצב. נדרש כי המזיק המסוים יחוב כלפי ניזוק מסוים, בנסיבות שבהן אירע הנזק. כך הפסיקה מימים ימימה. כדברי הנשיא מ' שמגר: ”בית המשפט אשר אליו מוגשת תביעה בגין רשלנות עוסק תמיד בקביעת חובת זהירות בגין אירוע ספציפי [...] השאלה המובאת לפני בית המשפט עוסקת תמיד ביחס בין מזיק ספציפי לניזוק ספציפי, בגין פעולה ספציפית וכתוצאה מנזק ספציפי שנגרם לניזוק” (ע”א 915/91 מדינת ישראל נ’ לוי, פ”ד מח(3) 45 (1994)). עתה, משהוצגו עובדות המקרה והכלל המשפטי ששם דגש על אלו, נחבר בין החלקים, תוך בחינת ”אותן נסיבות”. תחילה, הפן המוסדי – הוא הנתבע; ואחר כך, הפן האישי של נסיבות אשפוז המנוחה.

5. בפן המוסדי – המוסד הפסיכיאטרי הסביר – נכון להדגיש כי הכלל של השופט האמריקאי לרנד הנד (Learned Hand) רלוונטי, בנוסחו הוא: קיימת התרשלות אם תוחלת הנזק (מכפלת שיעור הנזק בהסתברות להתרחשותו) עולה על ההוצאות הנדרשות למניעת הנזק (ראו: ע”א 5604/94 חמד נ’ מדינת ישראל, פ”ד נח(2) 498, 510-511 (2004); United States v. Carroll Towing Co. 159 F. 2d 169, 173 (1947); Conway v. O’Brien, 111 F. 2d 611, 612 (1947)). אכן, הנזק במקרנו – אובדן חיים – הוא בעל ערך גבוה ביותר. ועדיין, שיקולי העלות אינם נעדרים קול. למשל, ברי כי אין לבקש שבית החולים יצמיד לכל מטופל הנמצא באשפוז איש צוות אשר ישמור

עליו 24 שעות ביממה. זוהי, כמובן, דוגמה קיצונית – אך היא באה להראות כי אף העלות הינה חלק מהנוסחה. ואולם, ברצוני להפנות לנקודה אחרת, והיא כי מוסד פסיכיאטרי נועד לרפא את האדם המתמודד עם בעיות נפשיות. על כן, לצמד שהינו "עלות-תועלת" יש להוסיף צלע שלישית: תכלית הריפוי שלשמה הוקם המוסד הפסיכיאטרי. במבט כלפי העתיד, הטיפול במוסד כולל התמודדות עם תופעות קשות ומניעת סבל. אך לא רק. כאמור, מטרת הטיפול היא, בין היתר, לסייע למטופל, במקרה המתאים, לקיים אורח חיים בתוך בית החולים ומחוצה לו באופן שאינו מסכן אותו ואת סביבתו. מטרה נוספת – בעלת אופי ראשוני והכרחי – היא כי במקרים המתאימים המטופל יבחר להתאשפז בבית החולים, מתוך בחירתו ולא מתוך כפייה. כך בפרט ביחס לאגף פתוח ואשפוז מרצון. על בית החולים מוטלת המשימה המורכבת שהיא איזון בין יצירת תנאים בטוחים ככל האפשר, מחד גיסא; לבין יצירת תנאי מחייה מספקים על מנת שהמטופלים יבחרו לאשפז עצמם, מאידך גיסא. אף בענייננו, ניתן לראות כי המנוחה עצמה הייתה מצויה ב"דיאלוג" מול בית החולים אשר לאשפוזו הוולונטרי (תחילה באגף הסגור ולאחר מכן באגף הפתוח), כמי שלא הייתה התוויה לאשפוז בכפייה.

על חשיבות תנאי המחייה באגף הפתוח היטיב לעמוד השופט ד' פלאח בהחלטתו

השנייה במסגרת הליך החס"מ:

"[...] שוכנעתי, שחלק משלבי החלמתם של מטופלים מתרחש בחצר בית החולים, עת מאפשרים לאותם מטופלים להסתובב שם, לקראת הכנתם לחיים בחוץ. החולים משולבים ביציאות לבתיהם, וגם זה כחלק מהליך ההחלמה והשיקום. במצב דברים זה, שוכנעתי שיצירת סביבה טבעית בתוך חצרות בית החולים, הכוללת עצים, ספסלים, כיסאות, פרגולות, וגם מבנים בגדלים שונים, כבישים, גינות ועוד – כל אלה מהווים אלמנטים חיוניים ואף מתבקשים, וזאת בכדי להימנע ממפגש מפתיע ואולי גם טראומטי של החולה עם החיים מחוץ לבית החולים" (החלטה מיום 16.6.2013, פס' 13).

עוד אצטט מתוך נייר העמדה של פורום מנהלי בתי החולים הפסיכיאטריים

ואיגוד הפסיכיאטריה בישראל שכותרתו: "התמודדות עם אובדנות בבתי החולים

הפסיכיאטריים" (2013), שם נכתב כי:

"יש לנקוט משנה זהירות בקבלת המלצות גורפות הפוגעות קשות באיכות חייהם של המטופלים בביה"ח והחוטאות למסלול הטיפולי הרצוי. כך לדוג': האם לאחר מקרה התאבדות בתליה מעץ, נכרות את כל העצים בבית החולים? התשובה ברורה מאליה. בית החולים אינו בית מאסר ואין להפכו לשכזה" (שם, פס' 35).

אחרון נביא מדברי חברי השופט סולברג, שהדגיש בחוות דעתו את השיקול של כבוד וחירות המטופלים. לדבריו:

“ערכם של החיים עצמם – מי ישורנו. [...] אלא, שגם לאיכותם של החיים אנו מייחסים ערך ומשמעות. איננו מצפים ממחלקה פתוחה בבית חולים פסיכיאטרי, אשר החשש הנשקף לחיי מטופליה אינו ברף הגבוה ביותר, כי תכרות את עציה, תעקור את ספסליה, ותכלה את מרזביה. בית החולים מבקש להעניק לבאים בשעריו, תחושת חיים ‘נורמלית’ ככל הניתן. לא מעקב צמוד, לא דחיקת רגליים, לא תחושת מחנק” (פס’ 14 לחוות דעתו).

עינינו הראות כי שמירה על תנאי מחייה בטוחים ככל האפשר איננה התכלית היחידה אותה מוסד פסיכיאטרי מחויב לנסות להגשים. יש להביא בחשבון אף את דרכי הטיפול המקובלות בדיסציפלינה הפסיכיאטרית, ואת המגבלות האינהרנטיות במסגרת של אשפוז מרצון באגף פסיכיאטרי פתוח. אגף פתוח, כשמו כן הוא. פתוח בתוך בית החולים, לעומת אגף סגור; ופתוח במתן האפשרות לחופשות ולביקורים. ההיבט הטיפולי, תכליתו ויישומו, מהווה שיקול במאזן הכולל של קביעת סטנדרט ההתנהגות.

6. נעבור לפן האישי – נתוני המנוחה. נתון עובדתי חשוב הוא כי המנוחה נמצאה באגף הפתוח של המוסד הפסיכיאטרי. במסגרת טיפולה, היא יצאה, על פי תכנית הדרגתית, לחופשות מחוץ לאגף. ביום האירוע, היא חזרה מחופשה בת 3 ימים. בחינת הרשלנות ביחס למטופל באגף הפתוח שונה מהאגף הסגור. האחרון מגביל עד מאוד את חירותו של המטופל, ואילו הראשון נועד להעניק הזדמנות למטופל להסתובב חופשי ואף להרגיש חופשי. זוהי הצלע השלישית אליה התייחסתי לעיל. לכן, העמדה לפיה יש להורות למוסד הפסיכיאטרי להציב מצלמות בשטחים פתוחים לא בוססה כראוי. אין חוות דעת מקצועית או אחרת לגבי התאמת נקיטת צעד שכזה, ובהיעדרה, לא נראה לי שיש בסיס לקביעה נורמטיבית מעין זו, שהינה בעלת השלכות רוחב. כאמור לעיל, גם בעניינים מסוימים – בהיבטים ניהוליים-לוגיסטיים – חוות דעת מומחה נדרשת כדי שבית משפט יוכל להגיע להכרעה הראויה. אף אם אין דרישה פורמלית להגיש חוות דעת כזו, היעדרה עשוי להביא למסקנה כי התובע לא עמד בנטל המוטל עליו. כפי שהדגשתי בתחילת הדברים, כשם שאין לאמץ באופן אוטומטי את חוות הדעת המומחים, כך אין להתעלם מחשיבותן במקרה המתאים. בענייננו, בהיעדר תשתית כנדרש, כולל נתונים וחוות דעת מקצועית, מוטב להיזהר מלקבוע סטנדרט זהירות מחייב במקרה מסוים זה. לבטח יש להיזהר מקביעה כללית כי הוכחה התרשלות, מבלי לפרט ולנמק מהו המחדל הקונקרטי והמאובחן.

7. בשלב זה, לנוכח קביעות בית המשפט בדבר הטיפול שקיבלה המנוחה, והיעדר סימנים מטרימים לגבי ההתאבדות, נותרה השאלה שבעיני דורשת הכרעה, והיא – סוגיית הצבת השולחן תחת הצנרת באזור פינת החי. האם ניתן לומר כי מצב דברים זה מהווה חריגה מסטנדרט הזהירות המצופה באגף הפתוח?

נזכיר כי סוגיה זו נבחנת כלפי המנוחה על מצבה בתקופה הרלוונטית. ראוי לדייק ולשאול: האם ביחס למנוחה, היה על בית החולים לצפות את האפשרות כי ביום חזרתה מהחופשה השלישית, ולאחר שנרשם שיפור הדרגתי ויציב במצבה הנפשי, תתאבד המנוחה באמצעות תלייתה מהצנרת המצויה בפינת החי? אין בידי לקבוע זאת. פינת החי (ואזורי הגינה הנוספים באגף הפתוח) משרתת מטופלים באגף הפתוח: מטרתה יצירת סביבת מחייה מתאימה לתהליך הטיפול וההחלמה. אכן, מטופל אחר שם קץ לנפשו 3 שנים טרם התאבדות המנוחה, במקום קרוב. אותו מטופל עשה שימוש בכיסא ובעץ באותה פינת החי. כשם שיש קושי לקבוע שכתוצאה מכך יש לעקור את כל העצים בגינת האגף הפתוח, כך עומד הקושי לגבי כיסאות ושולחנות ישיבה.

באותה המידה, אינני מתיימר לקבוע האם עצם הצבת השולחן בקרבת הצנרת מהווה הפרת חובת הזהירות כלפי כלל המטופלים באגף הפתוח. ובצורה חדה, אינני שולל את האפשרות של רשלנות במצב שבו מטופל שם קץ לחייו כפי שעשתה המנוחה, בשינוי שהיה מטופל באגף הסגור ופינת החי הייתה מצויה באגף הסגור; או, למשל, כשהוא מטופל אשר ברח מהאגף הסגור לאגף הפתוח, והצליח להתאבד באותה הזירה. כפי שצוין לעיל, רכיבי עוולת הרשלנות בסעיף 35 לפקודת הנזיקין צריכים להיבחן תמיד ביחס למזיק, הניזוק והנזק הספציפיים. כך, לדוגמה, ברי כי לו היה מתאבד באותו המקום אחד האורחים הבאים לבקר מטופל באגף הפתוח – וזאת באותה דרך שבה סיימה המנוחה את חייה – לא היה ניתן לקבוע כי בית החולים התרשל כלפיו. מכל אלו עולה כי צפיות של אירוע התאבדות, אפילו באגף פסיכיאטרי בבית חולים, צריכה תמיד להיבחן ביחס לניזוק הספציפי. במקרנו, כך אני סבור, לא היה ניתן לצפות את התרחשות הנזק שאירע, מותה של המנוחה, בנסיבות שבהן הוא אירע.

הדוגמאות הקשות יותר, שאינן רלוונטיות באופן ישיר למקרה, הובאו כי ייתכן וטוב יעשה בית החולים אם ישקול ריענון התנאים בפינת החי, תוך ראייה רחבה יותר. זאת, לא מתוך כוונה להכתיב תוצאה, אלא כדי להדגיש שעל בית החולים, ככל אדם סביר – וביתר שאת מוסד טיפולי – לבחון את עצמו על פי מידע חדש, אף ביחס למקרים שונים מאלה שהתרחשו בין כתליו.

חברי, השופט שטיין, חולק על הדברים האמורים, שכן הוא סבור כי "מחומר הראיות עולה כי סיכוי ההתאבדות של מאושפז במצבה של המנוחה, אשר סובל מהפרעה דו-קוטבית, מגיע כדי "50%. הוא מוכן גם להניח שבמועד הרלוונטי פחתה ההסתברות להתאבדות המנוחה ל-20 אחוזים. נתון זה מוביל אותו לקבוע שנדרש היה לבצע פעולות נוספות כדי להשיג על המנוחה. דא עקא, איני סבור כי יש בסיס בחומר הראיות לנתונים אלה שמציג חברי ביחס לנסיבות חייה של המנוחה. בית המשפט המחוזי – שגם חברי לא התערב בקביעותיו העובדתיות – בוודאי לא קבע כך, וגם בחומר שלפנינו אין יסוד לקביעה מקצועית שרמת הסיכון לכך שהמנוחה תתאבד הייתה 20 אחוזים. כאמור, הטיפול שאותו קיבלה המנוחה – ושחברי השופט שטיין לא הטיל בו דופי – כלל חופשה בת שלושה ימים, ובכלל זה המנוחה שהתה בחופשה גם ביום שבו מצאה את מותה. נתון זה, על פני הדברים, אינו מתיישב כלל עם המספרים שהציג חברי, ומכל מקום אין נתון קונקרטי אחר שהוצג ביחס למנוחה שמתקרב לקביעותיו העובדתיות של חברי. כפי שהודגש, הבחינה היא תמיד ביחס לניזוק ספציפי ולפעולה ספציפית, ואין די בהצגת מספרים כלליים שהוצגו במאמר כזה או אחר ללא קישור קונקרטי לנסיבות המקרה.

8. סוף דבר, דעתי היא כי דין הערעור להידחות. בכך, הנני מצרף דעתי לתוצאה אליה הגיע חברי השופט סולברג.

ש ו פ ט

הוחלט ברוב דעות לדחות את הערעור, ללא צו להוצאות, כאמור בפסקי הדין של השופטים נ' סולברג ונ' הנדל, כנגד דעתו החולקת של השופט א' שטיין.

ניתן היום, י"ח באדר התשפ"א (2.3.2021).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט