

קצין ודוקטור - כיבוד המלצת רופאים צבאיים עלידי מפקדים

המצב המשפטי הנוכחי אוסר על מפקדים לפעול בניגוד להמלצתו של רופא צבאי, חוץ מאשר במקרים חריגים ביותר ויוצאי דופן ביחידות מיוחדות. במצב הזה ישנה בעיה, שכן בעוד שהצבא מטיל אחריות מוחלטת על המפקד ביחס לכל מה שמתרחש ביחידתו, הרי שבתחום הסמכויות הוא מגביל אותו. כותבי המאמר מציעים רפורמה, שבמסגרתה יותר למפקדים לסטות מהמלצות רופאים, אם נימוקי ההמלצה הם מבצעיים (השתתפות החייל החולה תפגע בביצוע המשימה). אולם גם במסגרת הרפורמה המוצעת אסור יהיה למפקדים להתעלם מהמלצות רופאים, שמבוססות על הנמקות רפואיות (השתתפות החייל תפגע בבריאותו)

אל"ם חני כספי, רס"ן תמיר מוריץ

פתח דבר

המאמר הזה עוסק בשאלה ובמענה המשפטי לה, שניתן כחווה דעת משפטית. לכאורה מדובר בשאלה אחת בלבד מיני רבות, אלא שהדילמה והפתרון שיוצגו כאן הם פרי חשיבה משותפת לנו, המשפטנים הצבאיים, למפקדים ולרופאים הצבאיים. לפיכך אין לנו כאן עניין בפתרון משפטי רגיל, המתקבל לאחר בחינתן של הוראות הדין, אלא בפתרון שהוא תוצאתו של רב-שיח עם מפקדים ועם רופאים. שילובם של שלושה גורמים

אין לנו כאן עניין בפתרון משפטי רגיל, המתקבל לאחר בחינתן של הוראות הדין, אלא בפתרון שהוא תוצאתו של רב-שיח עם מפקדים ועם רופאים

השאלה שבה עוסק המאמר הזה היא: האם חייב המפקד בכל מקרה לכבד המלצה של רופא צבאי? המקרה הראשון למבחן שהובא בפנינו הוא כדלקמן: מפקד-לוחם חלה במחלה, שלדעת רופאי הצבאיים מונעת ממנו להמשיך לשרת במקצועו הצבאי שאליו הוכשר, ואשר יש לו בו מומחיות מיוחדת. בפני מפקדו, קצין בכיר, הובאה חוות-דעתם של הרופאים המומחים לתחום, אשר הבהירה חד-משמעית, כי אין להעסיק את הקצין במקצועו.

המפקד האמור ראה בחוות-הדעת המלצה בלבד, החליט כי הוא מאשר לקצין להמשיך בתפקידו וציידו לשם כך ב"אישור מפקד".

טרם סיימנו להתלבט בשאלה, האם רשאי היה המפקד לקבל החלטה כזאת, הגיעה לשולחנו השאלה, האם רשאי צה"ל לערוך אימון ייחודי, אשר חיל הרפואה סבר כי הוא עלול להעמיד את החיילים המתאמנים בסכנה בריאותית קשה. גם במקרה הזה סבר קצין בכיר, כי חרף המלצת חיל הרפואה, בסמכותו לאשר את האימון בשל חשיבותו והצורך הייחודי בו. הנימוק שהציג היה כי הוא המפקד האחראי

מ ש ל ש
דיסציפלינות
שונות - פיקוד,
רפואה ומשפט -
הוא שהפך את
הנושא לייחודי,
ומשום כך בחרנו
להביאו בפני
הקוראים.

קצין ייעוץ בכיר ויועץ משפטי לחיל הרפואה



ע' הפצ"ר ליועץ ולחקיקה



במקרה של אישור חריגה מתירות הפקודות לרשות המוסמכת (המפקד) שלא לאמץ את המלצת הסמכות הרפואית, אך מסייגות את הסמכות הזאת בכך שטרם קבלת ההחלטה על המפקד לבחון את "הצורך ולשקול באופן מיוחד את רמת הסכנה לאדם". מכאן שגם במקרים יוצאי הדופן, שבהם קיימת התנגשות בין המלצת הרופא לבין רצון המפקד, לא רשאי המפקד להקל ראש בהמלצה הזאת.

כאמור, שני המנגנונים שציינו יחדיו ליחידות מיוחדות, אולם רק מנגנון אחד, שנועד למקרים קיצוניים, מאפשר שלא לכבד המלצת רופא. מקיומה של הסמכות המיוחדת והמוגבלת הזאת ניתן לקבוע את הכלל, שבכל המקרים האחרים חל איסור שלא לכבד המלצת רופא. במילים אחרות:



חובה על המפקד לכבד המלצה רפואית שניתנה לו. עקרונות נוספים, התומכים בגישה שלפיה אין למפקד אפשרות לאשר פעולה בניגוד להמלצת רופא, הם עקרונות המשפט המנהלי. המפקד הוא רשות מנהלית, וככזה צריכה החלטתו לעמוד במבחנים שנקבעו על-ידי בית-המשפט העליון לגבי החלטות של רשות מנהלית. בקיצור נמרץ נאמר כי על רשות מנהלית מוטלת, בין היתר, החובה לפעול בסבירות, שלא מתוך שרירות, ובעיקר עליה לשקול את כל השיקולים הרלוונטיים ולהתעלם משיקולים שאינם כאלה.³ בהחלט ייתכן שהחלטת מפקד, שהעדיף את חשיבותו ואת תועלתו של אימון צבאי על פני קיומו של סיכון לפגיעה

לאימון, ולכן בסמכותו לאשרו.

שני המקרים מעוררים שאלה זהה.

בעוד אנו שוקדים על בחינת הנושא, הוצג בפנינו המקרה השלישי: האם חייב מפקד בכיר להתחשב במגבלות שהוצבו על-ידי חיל הרפואה לעניין הכשירות הבריאותית לתעסוקה מבצעית, או שמא הוא רשאי לקבוע, כי נוכח המצב הביטחוני השורר במקומותינו הוא מאשר את ביצוע התעסוקה המבצעית גם לחיילים בעלי פרופיל רפואי נמוך מזה שנקבע ככשיר לביצוע התעסוקה על-ידי חיל הרפואה?

שלושת המקרים האמורים מעלים בעצם שאלה אחת: האם חייב המפקד בכל מקרה לפעול על-פי ההמלצה הרפואית שניתנה לו; ואם לא, אז מתי ובאילו נסיבות הוא יהיה רשאי לסטות מההמלצה הזאת? לסוגיה הזאת מוקדש מאמרנו זה.¹

המפקד מחויב למלא אחר המלצת הרופא

סעיף 39 לפקודת מטכ"ל 33.1204 קובע במפורש, כי "מפקד חייב לבצע וליישם את ההמלצות הרפואיות שניתנו על-ידי קצין הרפואה". לכאורה, בכך תם העניין. פקודות הצבא מטילות חובה חד-משמעית על המפקד למלא אחר המלצותיו המקצועיות של רופא, ולכן אין הוא בן-חרוץ לחרוג מהן. ההיגיון שבכלל הזה ברור: למפקד אין הידע הנדרש, והוא חסר את הכלים המתאימים כדי להעביר תחת שבת ביקורתו את החלטותיו המקצועיות של הרופא. קל וחומר אמורים הדברים כשמדובר בחיי אדם או בסיכון בריאותו, שאז אנו מצפים מהמפקד להבין שעליו לכבד את המלצת הרופא וליישמה.² נציין כי הפקודה הזאת אומנם דנה במסדר חולים ובהמלצות על ימי מחלה, אולם קשה יהיה להבדיל בין החובה למלא אחר המלצות רפואיות לעניין ימי מחלה לבין המלצות רפואיות אחרות.

עיון מעמיק בפקודות הצבא מגלה כי רק במקרה אחד, מצומצם בהיקפו, מאפשר המחוקק הצבאי למפקד "לקחת אחריות" ולהתיר פעולה גם בניגוד להמלצת רופא. הדבר קבוע בפקודת מטכ"ל 7.0103 "בטיחות ביחידות מיוחדות". באותה פקודה נקבעו שני מנגנונים המאפשרים חריגה מפקודות הצבא. המנגנון הראשון נקרא בפקודה "היתר", שמשמעותו מתן היתר לחרוג מפקודות הצבא המחייבות לעניין בטיחות באימונים. במקרה הזה מוסמך המפקד להתיר חריגה מפקודות הצבא, ובלבד שהסמכות המקצועית (הרופא המוסמך) נתנה את הסכמתה לכך. במקרים שבהם דחתה הסמכות המקצועית הרפואית את הבקשה להיתר לחרוג מפקודות הצבא - לא יינתן היתר.

המנגנון השני הוא מנגנון "החריגה", שנועד למקרים מיוחדים ויוצאי דופן, ובלשון הפקודה: "חריגה תינתן רק באותם מקרים שבהם - בגלל נסיבות מיוחדות, אופי המשימה, אילוצי זמן ושיקולי ביטחון שדה - לא ניתן לתת היתר".

אחריות המפקד לחייליו

פקודות הצבא מבטאות את גישתו של צה"ל ביחס לאחריות המפקד ולסמכותו. על-פיהן יש למפקד אחריות לביצוע המשימות של יחידתו וכן לשלומם ולבריאותם של חייליו. כך נקבע, למשל, בהוראת הפיקוד העליון 20712: "מפקד היחידה אחראי לכל נושאי הבטיחות והגהות ביחידה, ומחובתו לפרסם פקודות בנושא, להנחות את פקודיו ולהטמיע נושאים אלה ביחידה". לשם מימוש אחריותו קיימים גורמים מקצועיים, שתפקידם לייעץ לו – כל אחד בתחום מומחיותו – מהי הדרך הטובה ביותר לביצוע תפקידו. אולם האחריות היא עדיין שלו, ועליו להתמודד עם המלצותיהם של אותם הגורמים המומחים ולהעבירן תחת שבט ביקורתו. עם זאת, כאשר מדובר בתחום הרפואי, ברור כי המפקד נעדר ידע ויכולת המאפשרים את התערבותו בהמלצות האלה. מראש ניתן לומר, כי מרחב האפשרויות להתערב בהמלצה רפואית הוא מצומצם ביותר. אף על פי כן, על-פי פקודות הצבא, כאמור, לא רק גורמי הרפואה לבדם נושאים באחריות לבריאותו של החייל, אלא הכתובת הראשונה היא המפקד, והרופא הוא עוזר כנגדו.

תפקידו של הרופא הצבאי ואחריותו לחיילי היחידה

מערך הרפואה הצבאי הוא מערך רפואה ייחודי, שזכה להכרה על-ידי המחוקק כאשר קבע, כי חייל יקבל "שירותי בריאות מחיל הרפואה של צבא הגנה ישראל או ממי שפועל מטעמו"⁵. החוק, שכונן את הרפואה הציבורית בצורתה הנוכחית, הוציא מתחולתו את חיילי צה"ל והקנה לחיל הרפואה את הסמכות הבלעדית להעניק להם טיפול רפואי.⁶ לא בכדי עשה כן המחוקק. הגם שהטיפול הרפואי בחייל אינו שונה – ואינו צריך להיות שונה – מהטיפול הרפואי הניתן לכל אדם, עדיין לרפואה הצבאית ייחודיות משלה. הרפואה הצבאית היא חלק בלתי נפרד מהצבא, ויש לה היכרות טובה עם המאפיינים המיוחדים של השירות הצבאי. לכן ביכולתה להתאים את הטיפול הרפואי לצרכים המיוחדים של השירות הזה.

בין שאר תפקידיה אמונה הרפואה הצבאית גם על מערך המיון הרפואי. המערך הזה קובע כללי מיון מיוחדים, התואמים את אופיו של השירות הצבאי ואת הנדרש בו, ואשר נועדו לשרת את צרכיו, תוך שמירה על בריאות החיילים.

בלתי הפיכה בבריאותו של חייל, שעלולה לעלות לו אף בחייו, תיחשב לא סבירה באופן מהותי, כך שביט-משפט ימצא אותה נגועה באי-חוקיות.⁴

יכולנו אפוא לחתום את מאמרנו במסקנה המשפטית העולה מפקודות הצבא, ולפיה למעט במקרה חריג (אישור חריג ליחידות מיוחדות) יש לרופא הסמכות להטיל וטו על ביצוע המשימה או למנוע מחיילים להשתתף בה, והכול מטעמים מקצועיים-רפואיים, בלי שתהיה למפקד יכולת להתערב בכך.

הדילמה האמיתית

המסקנה הזאת, הגם שהיא מתיישבת עם פקודות הצבא, כפי שהן מנוסחות היום ופורטו לעיל, אינה דרה בכפיפה אחת עם

עקרון עליונותו של הפיקוד, הבא לידי ביטוי בחוק יסוד: הצבא ובחש"ץ. פקודות הצבא קבעו מפורשות כי המפקד הוא האחראי לשלום חייליו. הטלת אחריות כה רחבה על המפקד אינה יכולה להיעשות בלי שתהיה למפקד סמכות רחבה. המסקנה שעליו לקבל ללא כל תנאי וללא כל סייג את המלצות הרופא יש בה משום חתירה תחת הרציונל העומד בבסיס המערכת הצבאית, הרואה במפקד את חזות הכול. למפקד אחריות כוללת לביצוע המשימה, ובכלל זה לבטיחות חייליו. אנו מצפים ממנו לראות את התמונה בכללותה, תוך מתן משקל לגורמים רבים. פגיעה ביכולתו להחליט באופן עצמאי אינה מתיישבת עם אחריות הפיקוד ועם התפיסה הצבאית המקובלת, שלפיה בראש הארגון עומד מפקד, והוא זה האחראי לכל דבר המתרחש ביחידתו. הנחיה ההופכת את המלצת הרופא למחייבת בכל מקרה נוטלת, למעשה, מהמפקד סמכויות והופכת את קצין המטה מדרג מקצועי מיעץ לדרג מחליט. הדילמה האמיתית בסוגיה הזאת היא, למעשה, ההתנגשות בין שתי תפיסות: בין התפיסה הצבאית הקלאסית, הרואה את המפקד כמי שנושא באחריות הכוללת, ולשם כך מוקנות לו כל הסמכויות הנדרשות למימוש האחריות הזאת, לבין הגישה שנסקרה לעיל, כגישת הדין הצבאי הקיים, המעניקה, ככלל, עליונות להחלטה המקצועית, כאשר מדובר בהמלצת רופא. על מנת למצוא פתרון אחר לסוגיה

הזאת, שלא יתגש חזיתית בעקרון הסמכות והאחריות של המפקד, עלינו לבחון את היקף האחריות המוטלת על המפקד, את היקף האחריות המוטלת על הרופא ואת אחריותם המשותפת לשלומם ולבריאותם של החיילים.

למפקד אחריות כוללת לביצוע המשימה, ובכלל זה לבטיחות חייליו. אנו מצפים ממנו לראות את התמונה בכללותה, תוך מתן משקל לגורמים רבים

הדילמה האמיתית בסוגיה הזאת היא בין התפיסה הצבאית הקלאסית, הרואה את המפקד כמי שנושא באחריות הכוללת, לבין גישת הדין הצבאי הקיים, המעניקה, ככלל, עליונות להחלטה המקצועית, כאשר מדובר בהמלצת רופא

הצבאי יכולת לקבוע כללים, שלפיהם ינהג הצבא כדי לשמור על בריאות החיילים ולמנוע, ככל הניתן, פגיעה בהם. מטבעם של דברים, הרופא הצבאי אינו יכול להעלים לחלוטין את הנזקים העלולים להיגרם לחייל במהלך שירותו בצבא, וחובתו היא לפעול כמיטב יכולתו על מנת להקנות את הנזקים האלה. למשל, ברור שהרופא הצבאי אינו יכול להמליץ לכל חיילי צה"ל שלא לצאת לקרב או לא להתאמן, שכן הדבר כרוך בסיכון בריאותי כלשהו. נסכם איפוא ונאמר כי המלצתו של הרופא הצבאי, מעצם היותו כזה, משלבת היבטים רפואיים יחד עם שיקולים הקשורים למשימות

לבד ממתן טיפול רפואי, על הרופא הצבאי לעמוד על המשמר ולבחון האם התחולל שינוי במצב בריאותו של החייל, אשר מצדיק להטיל - או להסיר - מגבלות שונות על שירותו הצבאי. כמו כן עליו לבחון כל העת, האם יש להתאים לחייל פרופיל רפואי חדש, ובכלל זה פרופיל רפואי שבגיניו יפוטרו החייל מהשירות.

למעשה, חובש הרופא הצבאי שני כובעים: בכובעו האחד הוא רופא לכל דבר ועניין. עליו לתת טיפול רפואי לחיילים ולשמור על בריאותם. בכובעו האחר הרופא הוא מפקד צבאי וקצין מטה של מפקדו, וכזוה עליו להתאים את הכללים



הצבאיות, לחשיבותן ולנחיצותן. זהו ייחודה של המלצת הרופא הצבאי.

כאמור, עצם טיבו של השירות בצה"ל אינו תמיד "יפה לבריאות". האתגרים שהוא מציב, ובעיקר הסכנות הכרוכות בלחימה ובמאבק באויב, עלולים להביא לפגיעה בשלומו של החייל, בבריאותו ואפילו בחייו. עם זאת, צה"ל מעמיד את חייליו בסכנה רק אם הדבר הכרחי, ואם אין להימנע מכך. אם בלחימה משתדל הצבא לשמור על חייליו, קל וחומר שבפעילות שגרה ובאימונים, שתכליתם להכין את החיילים לקרב ולשפר את יכולתם לעמוד במוטל עליהם, יש לשמור

הרפואיים המקובלים לצרכים המיוחדים של הצבא. המערכת הצבאית דורשת מהרופא הצבאי, הבקיא בתנאים של השירות הזה ובקשיים שהוא מציב, שימעיט ככל האפשר את הסכנה הבריאותית שלה חשופים החיילים, אך גם שיגלה הבנה לדרישות ולצרכים ההכרחיים לפעילותו התקינה של הצבא.

כובעו השני של הרופא הצבאי הוא המייחד אותו מהרופא האזרחי. לכן כאשר הוא ממליץ המלצות הקשורות בשירות הצבאי, חזקה עליו שבחן גם את הצרכים הייחודיים של צה"ל, והמלצתו מביאה אותם בחשבון. בהקשר הזה נציין, כי לרופא

על הכלל שלפיו יש להימנע ככל האפשר מפגיעה בבריאותם ובשלומם. מן הטעם הזה קבעו פקודות הצבא הוראות בטיחות, כגון הוראות הבטיחות באימונים של מפקדת זרוע היבשה והוראות קרפ"ר, ובהן כללים שאין לעבור עליהם, והכול להבטחת שלומם של החיילים בשגרה ובאימונים.⁷ לנושא הסיכונים, שאליהם ניתן לחשוף חיילים שלא במסגרת קרב, נדרשה באחרונה "ועדת החקירה לעניין הפעילות הצבאית בנחל הקישון ומימי הסביבה והשפעתה על בריאותם של חיילי צה"ל שהופעלו במקום" בראשות כבוד נשיא בית המשפט העליון (בדימוס), השופט מאיר שמגר (להלן: "ועדת שמגר"). ועדת שמגר קבעה כי "יצירת תנאים מציאותיים בעת אימונים אין פירושה שיוורים ישירות במתאמנים, גם אם זאת תהיה כמובן המציאות הצפויה ביעד. אימונים אינם זהים לקרב. לא ניתן לגבור בכוח הרצון ועל ידי דבקות במטרה על חומרים כימיים וביולוגיים, המכריעים יצור חי שנקלע לתוכם... התעלמות לצורכי אימונים מכל סיכון, הנובע מחומר כימי, ביולוגי או רדיואקטיבי, היא מעשה נטול תבונה ונטול גישה מקצועית. לא ניתן אלא לראות בכך עצימת עיניים, העולה מקוצר ראות חסר היגיון או ביטחון עצמי מופרז מול אופיו, מהותו והיקפו של הסיכון".⁸

דו"ח ועדת שמגר קובע, למעשה, כי ההיבטים הבטיחותיים של פעילות צבאית צריכים לקבל אישור רפואי מגורם מקצועי, שיינתן את דעתו לסוגיית הבריאות במובנה הרחב ולסיכונים בריאותיים פוטנציאליים. לכן ניתן להסיק מדו"ח ועדת שמגר, כי כאשר לא מתקבל אישור ביחס להיבטים הבריאותיים, לא ניתן יהיה לערוך את האימון. הנה כי כן, יש למתוח קו ברור בין פעילות שגרתית ואימונים לבין קרב. בעוד שבתנאי קרב ההיחשפות לסכנה היא כורח המציאות, באימונים אין הדבר כך, אף אם זו תהא המציאות הצפויה בקרב.⁹ זו גם הייתה גישתם של בית המשפט העליון ושל בתי-הדין הצבאיים, כאשר נדרשו לפסוק בסוגיות כאלה שהובאו בפניהם. יפים לעניין הזה דברי בית-הדין הצבאי לערעורים בע/ 76 / 177 התצ"ר נ' רס"ן קטן, כפי שצוטטו על-ידי בית המשפט העליון בפרשת שפרן:

"נושא הבטיחות הוא עניין מרכזי בכל הכרוך באימונים צבאיים. בצד החובה לבצע את האימונים עומדת החובה להבטיח, ככל שיכולתו של אדם מגעת, כי לא ייווצרו סיכונים מיותרים, ולא תהיה פגיעה בנפש... ואם מתעורר ספק כלשהו בשאלה הנוגעת לבטיחות, נוהגים לצד החומרה, בוחנים את העניין שוב ושוב, עד שמוודאים שהספק הוסר. אין מתפשרים עם הצורך לנקוט בעירנות המרבית בנושא זה, שהרי המדובר בחיי אדם.

"דברים אלה כוחם יפה לאימונים של כל יחידה מיחידות הצבא, לרבות יחידות מובחרות. גם ביחידות מובחרות – אפילו הן מורגלות בלקיחת סיכונים רבים ומיוחדים בעיתות

קרב או בשעת מבצעים צבאיים – חובה היא על מפקדים ביחידות אלה לשמור במסגרת אימונים ותרגילים לבל יהיו החיילים שבפיקודם נתונים לסיכונים מיותרים. נטילת סיכונים בעיתות קרב היא לעיתים הכרחית ומתבקשת, אך אין נגזרים ממנה נטילת סיכונים מיותרים ואי-נקיטת אמצעי זהירות נדרשים בעת אימונים או ביצוע תרגילים. כפי שאמר הרמטכ"ל בעת העידו בפני בית-הדין, כמצוטט בהכרעת-הדין בהתייחסו לתרגיל הנדון: 'אילו היה ברור שבן אחד היה הולך להיפצע קשה בתרגיל, התרגיל לא היה יוצא'. (בעמוד 47 להכרעת הדין).

"העולה מדברים אלה הוא שאין לקבל את ההנחה, שהקפדה על שמירת אמצעי בטיחות הכרחיים או נדרשים במסגרת אימונים תפגע בנכונות להסתכן, בעת שנדרש הדבר במסגרת פעילות צבאית. הנכונות האחרונה אינה עומדת בסתירה לחובה הראשונה. המסר למפקדים צריך להיות שעל אף הצורך למלא את המשימה בעת פעילות מבצעית, תוך עשיית כל הנדרש באומץ לב ובדבקות במטרה, אין מקום ואין צורך ליטול סיכונים מיותרים בעת אימונים".¹⁰

הנה כי כן, מפקדים ורופאים מצווים לשמור על שלומם ועל בריאותם של החיילים, וזאת תוך התחשבות בתנאי המיוחדים של השירות הצבאי, במשימותיו ובאתגרים המאפיינים אותו. באשר להיקף השמירה על בריאותם של החיילים ועל שלומם, נמתח קו ברור בין אימונים לבין קרב. בעוד שבקרב הסיכונים הם כורח המציאות, אין הדבר כך בשגרה ובאימונים. על המפקד ועל קצין מטהו לענייני בריאות – הרופא – לעשות את כל הנדרש כדי לשמור על החיילים ועל בריאותם. במילים אחרות: בקרב המשימה היא שקובעת את הכללים, ובעקבותיהם נקבע סדר העדיפויות. הרופא בקרב עוסק רק בתוצאות, דהיינו מטפל בנפגעים. לא כך באימונים ובשגרה, שכן אז עוסק הרופא בעיקר במניעה: עליו לדאוג מראש לכך שלא ייפגע איש מבין המתאמנים. מכאן שבשגרה ובאימונים נדרשים המפקד והרופא להבטיח את שלומם של החיילים ואת בריאותם, אף אם יהיה בכך כדי להגביל את האימון המתוכנן ואת היקפו.

סוגיית אחריותו של המפקד והיחס שבין האחריות הזאת לאחריות הרופא עלתה לדיון בפסק-דינו של בית-הדין הצבאי לערעורים בע/ 96 / 188 חביב נ' התצ"ר. פסק-הדין הזה עסק בשאלת אחריותו של הרופא לגרימת מותם ברשלנות של שני לוחמי סיירת מטכ"ל, שנפטרו עקב מכת חום במהלך אימון ניווט באיזור אילת.

בית-הדין הצבאי המחוזי הרשיע הן את המפקדים – מפקד הסיירת והמפל"ג (מפקד הפלגה) – והן את רופא היחידה בגרימת מוות ברשלנות לפי סעיף 304 לחוק העונשין, התשל"ז – 1977. בדחותו את ערעורו של הרופא על ההרשעה, התייחס בית-הדין הצבאי לערעורים הן לאחריות המפקד והן לאחריות הרופא וקבע כי בצד אחריותו הבלעדית

של מי שנדרשים למאמץ עילאי בביצוע משימות שהצבא מחייב - גם הסגל המקצועי המעורב בשמירה עליהם נדרש למאמץ מיוחד."

לאור אחריותם המשותפת של הרופא ושל המפקד לשלום החיילים, חוזרת ועולה השאלה מהי התשובה הראויה לסוגיה שהוצגה בפתח הדברים. באילו נסיבות נאפשר למפקד, שעליו הוטלה אחריות רבה, לסטות מהמלצת הרופא ולא לקיימה ככתבה וכלשונוה.

עקרונות הפתרון המוצע

כאמור, מתן סמכות למפקד לבטל כליל את המלצת הרופא אינה עולה בקנה אחד עם הדין הקיים ואינה מתיישבת, לטעמנו, עם האינטרס הציבורי והצבאי של שמירה על בריאותו של החייל. במיוחד נכון הדבר כאשר מדובר באימונים ובשגרה, להבדיל מקרב. עם זאת, כפי שהראינו לעיל, הגישה הזאת עלולה לחתור תחת סמכותו של המפקד ואינה תואמת את התפיסה הצבאית, שלפיה המפקד הוא האחראי לחייליו.

להלן נציג פתרון, אשר עולה בקנה אחד עם שתי התפיסות: אחריות המפקד מחד גיסא וחשיבותה של המלצת רופא מאידך גיסא. הפתרון הזה נותן מענה לצורך האמיתי להתחשב בהמלצת רופא מהנימוקים הרבים שפורטו לעיל, ושהעיקרי שבהם הוא היות הרופא בעל מקצוע בתחום זה, אשר רכש השכלה וניסיון בלימודים ובהתמחות שארכו שנים רבות. אינטרס הציבור והגיונם של דברים מחייבים לאפשר לבעל מקצוע כזה להיות הפוסק בתחומים שבמומחיותו. בה בעת הפתרון המוצע יתיר בידי המפקד סמכות לסטות מהמלצת הרופא בעניינים מסוימים, ובכך תוקה ההתנגשות בין שתי התפיסות, ותצומצם יריעת המחלוקת בין היות המפקד אחראי לחייליו לבין חשיבותה של המלצת הרופא.

הפתרון המוצע

ככלל, המלצת רופא שלא לאשר פעילות מסוימת או שלא לאשר לחייל מסוים ליטול חלק בפעילות כזאת - מקורה באחד או יותר משלושת הנימוקים הבאים:

- חשש לבריאות החייל.
- חשש לפגיעה במשימה - למשל כתוצאה מכך שהחייל החולה יפגע בבריאותם של החיילים האחרים - או שמחלת החייל עצמו תמנע ממנו לבצע את משימותיו, וכתוצאה מכך יפחתו מאוד סיכוייו של הכוח כולו להשיג את מטרת הפעולה.
- טעמים בטיחותיים, כגון חשש מפני אובדן כלי טיס או מפני נזק אחר לרכוש.

של המפקד לשלום חייליו באימונים, נקבעה חובת זהירות מיוחדת על רופא היחידה כלפי חיילי היחידה: "חובה זו נגזרת מכישורים מקצועיים ייחודיים, שעה שהרופא מהווה סמכות בלעדית ביחידה בתחום מומחיותו. חובותיו של הרופא מחייבות וידוא כי חיילים הנתונים לסמכותו המקצועית יקבלו את שירותי הרפואה המרבית, שיבטיחו שלומם ובריאותם, וכי המפקדים יקבלו מלוא המידע והיעוץ, שיהיה בו כדי להנחות בדבר דרכי המניעה והטיפול הנדרשים. הרופא אינו רשאי להתפרק מחובותיו אלה בשל קיומן של חובות מקבילות מסוימות, המוטלות גם על המפקדים ביחידה".

בהקשר זה חשוב לציין כי הרופא המערער טען להגנתו, שמפקד היחידה הכתיב לו סדרי עדיפויות, שלפיהם עליו להקדיש את זמנו לפעילות המבצעית (החיילים שנפטרו ממכת חום היו שייכים לפלגת האימונים). חרף זאת מצא בית-הדין הצבאי לערעורים כי לרופא אחריות מיוחדת כלפי החיילים. מכאן ניתן ללמוד על מעמדו של הרופא ביחס למפקד. שניהם נושאים באחריות משותפת, אך לרופא גם חובות מקצועיות, שעליו לעמוד בהן באופן עצמאי - ללא תלות במפקד ועל אף סדרי העדיפויות שהכתיב זה האחרון.¹¹

כפי שהראינו לעיל, המפקד והרופא נושאים באחריות המשותפת - יחדיו וכל אחד לחוד - לבריאותם של חיילי

היחידה. עם זאת, שלא כמו הרופא, המפקד אחראי גם על ביצוע המשימה, והאחריות המוטלת על כתפיו רחבה יותר וכוללת היבטים רבים יותר.

ניתן להדגים את אחריותם המשותפת של המפקד ושל הרופא בשרטוט הבא (החלק החופף הוא השמירה על בריאות החיילים ועל שלומם):



יחסי הגומלין בין המפקד לרופא, במיוחד כאשר עסקינן בשמירה על חיי אדם, מעלים מטבעם שאלות משאלות שונות. כפי שראינו, בית-הדין לא הסכים לפטור מאחריות רופא, שעה שמפקדו ביקש ממנו להתמקד בפעילות המבצעית על חשבון פעילות האימונים. ובמילותיו של בית-הדין: "ברי לנו שיש בהכרעתנו משום החמרה עם המערער ומשום העלאת רף אחריותו של נושא תפקיד מקצועי לחיי הזקוקים להגנתו המקצועית. כשעסקינן בחיי אדם, חיייהם

המרכיבים האלה של המלצת הרופא באים לידי ביטוי – בין היתר – בשיקולים ששוקלת ירפ"א (יחידת רפואה אווירית) בבואה לבחון האם לאשר לטייס, הלוקה במחלה כלשהי, לטוס או לקרקעו. אלה גם השיקולים ששוקל ענף מיון רפואי בבואו לקבוע את מדרג הכשירות למחלה זו או אחרת ובהתאם לכך את הפרופיל הצבאי שיותאם לה וכו'.

לפגוע בבריאותו או בבריאותם של אחרים (למשל באמצעות הדבקה), אזי אין המפקד יכול להתערב בהמלצה הזאת. את חלוקת האחריות והסמכויות לפי המודל המוצע ניתן לתאר בטבלה הבאה:

חלוקת האחריות והסמכויות

הסוגיה	סמכויות המפקד	סמכויות הרופא
פגיעה בחיים או בבריאות של חייל/חיילים עקב מצבור/ם הרפואי	עליו לכבד את המלצת הרופא	המוסמך הבלעדי לקבוע
סיכוי לפגיעה בבריאות החיילים האחרים המבצעים את המשימה במקרה שבו ייטול בה חלק חייל שהרופא קבע כי אינו כשיר לבצע	כנ"ל	כנ"ל
הצלחת המשימה	המפקד הוא שאחראי על ביצוע המשימה, ולכן בסמכותו להתעלם מהמלצת רופא, שלא לשתף חייל או חיילים בשל חשש שאלה יפגעו בסיכויי ההצלחה של המשימה	הרופא חייב להצביע למפקד על הסיכונים העלולים לפגום בהצלחת המשימה, אם ייטול בה חלק חייל שאינו כשיר מבחינה בריאותית
פגיעה ברכוש	המפקד הוא שאחראי על התוצאות של הפעלת הכוח בשטח נתון, ולכן האחריות לאפשרות של פגיעה ברכוש כתוצאה ממצב בריאות בלתי תקין מונחת על כתפיו	הרופא חייב להצביע בפני המפקד על הסיכונים העלולים לנבוע ממצב בריאותי בלתי תקין של אדם, שעתיד להשתתף בביצוע המשימה

יישום הפתרון המוצע על שלושת המקרים שהובאו לעיל

מקרה המפקד החולה. במקרה של המפקד החולה, לרופא המליץ שלא להמשיך להעסיקו במקצועו, יש לבחון מהם הטעמים שביסוד המלצת הרופא. אם ההמלצה נובעת מההערכה, כי המשך מילוי התפקיד יגרום נזק בלתי הפיך לבריאותו של המפקד, לא יוכל הממונה עליו לאשר את המשך שירותו בתפקיד הזה.

יובהר ויודגש: בשגרה ובאימונים אסור למפקד בתכלית האיסור להעמיד את חייליו בסיכון בלתי סביר. היה ורופא צבאי ממליץ כי חייל לא יבצע פעילות מסוג מסוים, שכן ייגרם לו בכך נזק בריאותי, הרי יש לצאת מתוך הנחה שהמלצת הרופא הביאה בחשבון הן את מאפייני הסיכון הרפואיים והן את מאפייני התפקיד הצבאי. המלצת רופא במקרה כזה היא מחייבת.

סוגיית התרגיל המסוכן. מדובר בתרגיל, אשר חיל הרפואה סבר כי הוא מעמיד את המתאמנים בסיכון גבוה

לדעתנו, ניתן להצדיק התערבות של מפקד, כאשר ההמלצה הרפואית מנומקת בקשיים העלולים להתעורר בביצוע המשימה או בסכנה שעלולה להיגרם לרכוש הצבא. אחרי ככלות הכול, המפקד הוא האחראי על התחומים האלה, ולכן ראוי להפקיד בידי את ההחלטה הסופית בעניין. נניח, למשל, שהרופא ממליץ שלא לשתף חייל או חיילים באימון, משום שלא השלימו מכסה מסוימת של שעות שינה. את המלצתו מנמק הרופא בכך שהחיילים עלולים שלא לבצע את האימון כראוי, ולכן הצלחתו מוטלת בספק. לדעתנו, רשאי המפקד במקרה כזה לסטות מהמלצת הרופא, אם יש בידי נימוק מוצדק, כגון שהאימון נועד להכין את החיילים לקראת מבצע, והוא מדמה את הצפוי להם במהלכו. אולם המפקד לעולם לא יוכל להתערב בהמלצת רופא, אם ביסודה הנימוק שהשתתפות חייל או חיילים באימון עלולה לגרום נזק לבריאותם שלהם או לבריאותם של אחרים. למשל, כאשר הרופא ממליץ שלא לשתף חייל באימון, שכן המאמץ הפיזי עלול להחריף את בעייתו הרפואית ואף

האפשרות לאשר תרגיל כזה בניגוד לעמדתו של חיל הרפואה תהיה רק אם מדובר ביחידה מיוחדת, שיופעל לגביה נוהל חריגה, כאמור בפקודת מטכ"ל 7.0103. אולם אנו סבורים, כי כאשר מדובר באימון שגרתי, אין מקום לאשר תרגיל שעלול לסכן את המתאמנים. לדעתנו, רק אם יתברר כי מדובר באימון לקראת מבצע, המדמה את התנאים הצפויים במהלך הפעולה, יהיה מקום לשקול – על-פי הכללים שנקבעו בפקודות – לסטות מהמלצתו של חיל הרפואה.

שאלת התעסוקה המבצעית. מדובר בהחלטת מפקד לשגר לתעסוקה מבצעית גם חיילים, אשר הפרופיל הרפואי שלהם מונע מהם פעילות כזאת. הפרופיל הצבאי והמגבלות שהוא קובע הם פרי עבודה משותפת של גורמי כוח אדם ושל הרופאים הצבאיים. לדעתנו, החלטה לשנות את מגבלות השיבוץ אינה יכולה להיעשות על-ידי מפקדים, בלי שהדבר נבחן באופן פרטני לגבי מגבלותיו של חייל זה או אחר. במידת הצורך, לאור מצוקות כוח האדם, רשאי חיל הרפואה לקבוע כללים אחרים, גמישים יותר, שיאפשרו למפקדים למצות את כוח האדם בצורה המיטיבית. אולם אם מדובר בפעילות מבצעית, שעלולה להתבצע על-ידי חייל שמוגבל רפואית, וכתוצאה מכך ייגרם נזק לבריאותו, הרי שכפי שהראינו לעיל, הדבר אסור, ועלול לגרום אחריו תוצאות משפטיות כלפי המפקד המחליט.

סמכות בזהירות

הפתרון שאנו מציעים מאפשר למפקד במקרים מסוימים לפעול בניגוד להמלצתו של רופא צבאי. חשוב להדגיש ולהבהיר, כי גם אם תינתן סמכות כזאת, יהא על המפקד להפעילה רק כאשר קיימים נימוקים כבדי משקל לעשות כן, תוך שהוא בוחן בקפידה את הסיכון אל מול הצורך וההצדקה לקיום הפעילות או התרגיל על-ידי החייל או החיילים, שרופאים קבעו כי עליהם להימנע מהם. על המפקד להכיר במגבלות הידע שלו בתחום הרפואי ואת נחיתותו בעניין הזה. הרופא הצבאי, לעומתו, הוא הבקיא בתחום ומצופה ממנו לתת את המלצתו הרפואית תוך התייחסות לצרכים המיוחדים של הצבא. לפיכך אין מדובר בהמלצה "רפואית סטרילית", אלא בהמלצה מאוזנת, הבוחנת גם את הצרכים הצבאיים ומכירה את מאפייניהם. משום כך לא רבים יהיו המקרים, שבהם התערבותו של מפקד בהמלצות הרופא הצבאי תיחשב סבירה ומוצדקת ותעמוד במבחן משפטי.

לא תם ולא נשלם

הפתרון המוצע כבר נבחן תיאורטית בדיונים שקיימנו עם מפקדים ועם רופאים, אך לדעתנו הוא עדיין זקוק לליטוש, לליבון ולהבהרה באמצעות דיאלוג בין הגורמים הפיקודיים והמקצועיים (הרופאים הצבאיים). לאחר מכן קיימת הצדקה לעגן את הנושא מפורשות בפקודות הצבא. היו מפקדים שטענו לחשוב כי כבר עתה ישנה בידם

הסמכות לתת אישור ("אישור מפקד") לביצוע פעולה כלשהי – גם אם הרופא הצבאי קבע אחרת. כפי שראינו, לא זה המצב המשפטי הקיים. ייטיבו כל הגורמים, אם יתנו את דעתם לבעיה ויקבעו את פתרונה בהוראה מחייבת בפקודות הצבא.

הערות

1. יודגש כי הדברים שייאמרו להלן משקפים את רק את דעתם של מחברי המאמר ואינם מהווים חוות-דעת משפטית מטעם הפרקליטות הצבאית הראשית.
2. אי-כיבוד של המלצת רופא עלולה להיות עבירה לפי סעיפים 72 (חריגה מסמכות) ו/או 133 (איי-קיום הוראות מחייבות בצבא) לחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו – 1955 (להלן חש"ץ). כן עלול אי-כיבוד המלצה של רופא להוות עבירה של רשלנות במילוי תפקיד לפי סעיף 124 לחש"ץ. יתר על כן, מפקד שמחליט לא לפעול בהתאם להמלצת רופא פועל, לכאורה, בניגוד לכללי המשפט המנהלי, וכרשות מנהלית, שהחלטותיה כפופות לשבט ביקורתו של בית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט גבוה לצדק (בג"ץ), עלולה החלטתו להיפסל בשל אי-חוקיות.
3. בג"ץ 840/79, מרכז הקבלנים והבונים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד לד (3) 729; בג"ץ 376/81 לוגסי נ' שר התקשורת, פ"ד לו (2) 449; בג"ץ 287/82 ברגר נ' שר הפנים, פ"ד לו (3) 29; בג"ץ 389/80 דפי זהב בע"מ נ' רשות השידור, פ"ד לה (1) 421.
4. בג"ץ 3094/93, התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד מז (5) 404.
5. סעיף 55 לחוק ביטוח בריאות ממלכתי, התשנ"ד – 1994.
6. ראו גם את סעיף 27 לחוק זכויות החולה, התשנ"ו – 1996, שלפיו חיל הרפואה של צה"ל הוא "מוסד רפואי" לעניין החוק, ולקצין הרפואה הראשי מוקנות כל הסמכויות של מנהל מוסד רפואי, לרבות הסמכות של מנכ"ל משרד הבריאות למנות ועדת אתיקה.
7. קצרה היריעה מלהכיל סקירה של כלל הפקודות העוסקות בכך.
8. דו"ח ועדת שמגר, חלק ראשון, עמ' 224.
9. העמדה הזאת באה לידי ביטוי גם בפסיקתו של בית-המשפט העליון בבג"ץ 6009/94 שפרן נ' התצ"ר, מ"ח (5) 573 ובפסיקת בית-הדין הצבאי לערעורים בע/76 177 התצ"ר נ' רס"ן קטן ובע/79 177 אבי נ' התצ"ר.
10. בג"ץ 6009/94 שהוזכר לעיל, סעיפים 16-17 לפסק-דינו של כבוד השופט אור.
11. במאמר מוסגר נציין כי השאלה המשפטית שעמדה לדיון בבית-הדין הצבאי היא הפוכה לזו שאנו דנים בה כעת.

