

החוליה החסרה – בין זהות מזרחית לעולה נזיקית בפרשת נפגעי הטיפול בגזת

עינבל מימון-בלאו*

שדה תיאורטי חדש, מזרחיות ומשפט, הולך ומתפתח בשנים האחרונות, ואחד הביטויים לכך הוא עצם פרסומו של כרך זה. מאמר זה מבקש לתרום לפיתוחו של שדה זה בזירת דיני הנזיקין, באמצעות בחינה ביקורתית של הפסיקה הנזיקית העיקרית בפרשת נפגעי הטיפול בגזת. טענתו המרכזית של המאמר היא כי פסיקה זו מתעלמת מזהותה האתנית של הקבוצה, דהיינו מהיותם מזרחים, ומכך שקבוצה זו מוחלשת ומופלת בזירות רבות. תוך שימוש במודל של פרופ' יפעת ביטון במאמרה "האין" כ"יש", מאמר זה מבקש להמחיש כיצד התעלמות זו משקפת את אותה "דינמיקה של הכחשה", המהווה חלק ממאבקם המוגבל ממילא של המזרחים לשוויון. מחקר זה מבקש להצטרף לשורה של מחקרים, חדשים יחסית, המבקשים להצביע על כך שהעדר הכרה בקבוצת המזרחים כ"קטגוריה" (קבוצה מובחנת) מוחלשת (בדומה לנשים, להט"בים, ערבים וכולי) מונע את האפשרות להתקדם לשלב הבא – ההכרה בצורך בתיקון. המאמר יערוך ניתוח של הפסיקה המרכזית הנזיקית המוטת והפטרנליסטית עד לאחרונה, ויתייחס גם לחלקים שלא נכתבו בפסיקה, לחוליה החסרה – ההתעלמות מזהותם המזרחית של הנפגעים ומשמעותה של התעלמות זו.

* הפקולטה למשפטים, הקריה האקדמית אונו. מאמר זה מוקדש לכל הנפגעים מטיפולי ההקרנות למחלת הגזת.

המאמר הינו פיתוח של חלק מעבודת דוקטורט שנכתבה בפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל-אביב. אני מודה מקרב לב למנחי הדוקטורט פרופ' נטע זיו וד"ר דוד שור על ליווי מסור, מקצועי ותומך לצד מתן חירות מחשבה ומחקר, וכן לקוראים החיצוניים של הדוקטורט. כמו-כן ברצוני להודות למרכז צבי מיתר ללימודים מתקדמים בפקולטה למשפטים באוניברסיטת תל-אביב וכן למכון למשפט והיסטוריה ע"ש קרן דיויד ברג על תמיכתם הנדיבה בתקופת המחקר. תודתי לעורכות כתב-העת פרופ' יפעת ביטון וד"ר כרמית קארין יפת, וכן לחברי מערכת כתב-העת **משפט וממשל**, ובפרט לאיתי רגב, לינאור אטליס, נגה מוסקוביץ', אלכס פייגלמן, על ליווי המאמר והערותיהם החשובות. תודה גם לקוראים החיצוניים האנונימיים של המאמר ולעורך הלשוני גיא פרמינגר על הערותיהם החשובות והמחכימות. לבסוף, ברצוני להודות לחוקרים שונים שסייעו לי בתובנותיהם לאורך הדרך בעניין מחקריי על קבוצת נפגעי הגזת, ביניהם פרופ' אסף לחובסקי, ד"ר עומר אלוני, עו"ד שלומי בלבן, פרופ' אורית רוזין ופרופ' ניר קידר, וכן לחברי פורום חוקרי ישראל של המכון לחקר הציונות וישראל ע"ש חיים ויצמן ולמשתתפי הכנס השנתי של חברי הארגון הישראלי להיסטוריה ומשפט.

עוד יתאר המאמר כיצד אף-על-פי שבפסיקה המאוחרת בפרשה ניכרה התקדמות מרשימה ומעבר מפטרנליזם נזיקי אל עבר הכרה בזכותו של החולה לדעת את מצבו, רע ככל שיהיה, אין בכך די. טרם נעשתה ההתקדמות הנחוצה להכרה הקטגוריאליה הנדרשת בקבוצה המזרחית. הפנמת הקטגוריה המזרחית של הנפגעים הייתה צריכה להוביל לבחינה מובחנת ומדויקת יותר בפסיקה זו. פערים פסיקטיים אלו מדגימים את המתח שבין תפיסת הצדק המתקן הנזיקית לתפיסת הצדק המחלק, ואת שאיפתה של הביקורת המזרחית לקדם את אימוצה של תפיסת הצדק המחלק על-ידי בתי-המשפט בישראל.

מבוא. א. מזרחיות ומשפט. ב. פרשת נפגעי הטיפול בגזות – רקע והתפתחות: 1. מחלת הגזות וההתפתחות החברתית והמשפטית של הפרשה; 2. הפליית מזרחים בעצם מתן הטיפולים; 3. הנעת ההליכים על-ידי הקבוצה. **ג. ההתפתחות המשפטית-הנזיקית בפרשה – מפטרנליזם לזכות לאוטונומיה: 1.** החוק לפיצוי נפגעי גזות; 2. על פטרנליזם נזיקי והזכות לאוטונומיה בפרשת נפגעי הטיפול בגזות – בין שיח זכויות לביקורת מזרחית משלימה. **ד. שיח זהותי – המתח בין צדק מתקן לצדק מחלק. ה. סיכום.**

מבוא

בשנים האחרונות אנו עדים להתפתחותו של שדה תיאורטי חדש, מזרחיות ומשפט, המבקש לפתח ביקורת מזרחית על המשפט בהיבטים שונים. מאמר זה מבקש לתרום לפיתוחו של שדה זה באמצעות פיתוח הביקורת המזרחית על דיני הנזיקין, דרך מקרה-המבחן של נפגעי הטיפול בגזות. בחינה ביקורתית של הפסיקה הנזיקית בעניין נפגעי הטיפול בגזות תהווה מקרה-מבחן להדגמת החשיבות של שילוב הביקורת המזרחית בין מתודות ביקורתיות שונות (דוגמת הפמיניסטית או הגזעית) להבנה הוליסטית יותר של דיני הנזיקין.

הטענה המרכזית של המאמר היא כי הפסיקה הנזיקית המרכזית בפרשת נפגעי הטיפול בגזות, מתעלמת מזהותה האתנית של הקבוצה, דהיינו מהיותם מזרחים, ומכך שקבוצה זו מוחלשת ומופליה לאורך ההיסטוריה של מדינת-ישראל בזירות רבות. עצם ההתעלמות מזהותה של קבוצה זו מאפיינת את אותה "דינמיקה של הכחשה" שתיארה פרופ' יפעת ביטון במחקרה פורץ-הדרך,¹ ומהווה נדבך נוסף במאבקם המוגבל של המזרחים לשוויון.

מתוך קריאה מחודשת זו יש לבחון את פסקי-הדין הנזיקיים המרכזיים בפרשה. מאמר זה יבקש גם להדגים כיצד הקביעות הנזיקיות הראשונות בפרשה היו פטרנליסטיות, ואימצו באופן מוטא את עמדת המדינה תוך התעלמות מזהותה של הקבוצה. בכך הן הגבילו את מאבקם המוגבל ממילא של הנפגעים, ורק החריפו את תחושות ההפליה והעוול שחשו חברי קבוצה זו. כפי שהמאמר מתאר, התעלמות זו הולידה פסיקה פטרנליסטית, אך יותר מכך קביעות

1 יפעת ביטון "מזרחים במשפט: ה'אין' כ'יש" משפטים מא 455 (2011) (להלן: ביטון "מזרחים במשפט").

משפטיות שהיו עוורות לזהותה של הקבוצה ולפגיעה בזכות האוטונומיה שלה. קביעות משפטיות אלו מעוררות תחושת אי-נוחות, ומחזקות את הביקורת המזרחית על המשפט ואת תחושתם של הנפגעים בדבר התעלמות ממסדית מכוונת מהם.

פסקי-הדין הנזיקיים המאוחרים בפרשה זו היו משמעותיים ומכוננים. הם הצביעו על הפטרנליסטיות של הפסיקות הקודמות, ואף הכירו בראש-זנך חדש של "פגיעה באוטונומיה" בגין אי-יודע הנפגעים כי הם משתייכים לקבוצת סיכון. קבוצת סיכון בהקשר זה היא קבוצה של אנשים הנמצאים בסכנה מוגברת לתחלואה מסוימת לעומת האוכלוסייה הכללית. עם זאת, גם בהם אין עדיין כל הכרה זהותית-קבוצתית מזרחית. אף שבפסיקה מאוחרת זו נעשתה התקדמות בכל הנוגע בהכרה בזכויות הפרט כחולה, לא נעשתה ההתקדמות הנחוצה בנוגע להכרה קטגוריאליה בקבוצה המזרחית. בעיני הביקורת המזרחית, כל עוד לא תהיה הכרה קטגוריאליה זו, מאבקם של המזרחים לשוויון (בזירות השונות) ייוותר מוגבל. ניתוח פסיקטי זה מדגים את המתח שבין תפיסות צדק שונות בדיני נזיקין – הצדק המתקן, מצד אחד, והצדק המחלק, מן הצד האחר. הביקורת המזרחית, כפי שיורחב להלן, מבקשת לקדם את אימוצה של תפיסת הצדק המחלק על-ידי בתי-המשפט.² ניתוח פסיקטי זה אף מחדד את מוגבלות מאבקם של הנפגעים. דהיינו, כל עוד בתי-המשפט לא יכירו בזהות הקטגוריאליה המזרחית, ממילא לא יושג השוויון לקבוצה זו. נוסף על כך, הנפגעים יאלצו לדבר בשיח נזיקי טהור, ולנסות להכיל את הקונפליקט הקיים בין השיח הציבורי לבין השיח המשפטי.

פרשת נפגעי הטיפול בגזת נמצאת זה שנים מספר במוקד מחקריי. במחקר אחד סקרתי את התפתחות מאבקה של קבוצה זו מן ההיבט המשפטי ומן ההיבט החברתי.³ במחקר אחר בחנתי מהם מנגנוני הפיצוי שהותוו לחברי קבוצה זו, תוך התמקדות בגורמים העיקריים שהשפיעו על התוויית מנגנוני פיצוי אלו.⁴ הפעם, במחקר חדש זה, אבקש להציע קריאה חדשנית של הפסיקה הנזיקית המרכזית בפרשת נפגעי הטיפול בגזת מבעד למשקפי הביקורת המזרחית. סקירה זו של פסקי-הדין הנזיקיים הללו תבקש לנתח את הכתוב בהם ואת קביעותיהם הפטרנליסטיות והמוטות לאורך השנים, עד לעת האחרונה. לצד זאת תבקש בחינה זו להתייחס גם לחלק הלא-כתוב בפסיקה, לחלק החסר, דהיינו, להתעלמותם של בתי-המשפט מזהותם האתנית של נפגעי ההקרנות – מהיותם מזרחים – ולמשמעותה של התעלמות זו. כך, בעוד בשיח החברתי והציבורי בפרשה מתקיים לאורך השנים דיון ער בכל הנוגע לזהותה של הקבוצה, המשפט (ובליבו בהקשר זה הפסיקה הנזיקית) מתעלם מזהות זו וממוחלשותה של

2 לדיון נרחב על-אודות תפיסות צדק אלו ראו להלן פרק ד.

3 עינבל מימון-בלאו "זהות אבודה: בין משפט לחברה בקבוצת נפגעי הטיפול בגזת" **מעשי משפט** ה' 59 (2013) (להלן: מימון-בלאו "זהות אבודה"). ראו גם עינבל מימון-בלאו **זהות אבודה – בין משפט לחברה בקבוצת נפגעי הטיפול בגזת** (עבודת גמר לתואר "מוסמך במשפטים", אוניברסיטת תל-אביב, הפקולטה למשפטים, 2009) (להלן: מימון-בלאו, עבודת התזה).

4 עינבל מימון-בלאו **בחינה משפטית-חברתית בראי ההיסטוריה של מנגנוני פיצוי באירועי נזק גוף המוניים בישראל** (עבודת דוקטורט, אוניברסיטת תל-אביב, הפקולטה למשפטים, 2018) (להלן: מימון-בלאו, עבודת הדוקטורט). ראו גם עינבל מימון-בלאו **אחרי המבול – מנגנוני פיצוי באירועים רבי נפגעים בישראל** (2021) (להלן: מימון-בלאו **אחרי המבול**). אחד הגורמים המרכזיים שסקרתי במחקר היה התפתחות השיח המזרחי החברתי, שהוביל גם להתעוררותה של קבוצה זו.

הקבוצה. זאת, אף שכיום כבר אין חולק שהמזרחים הם קבוצה מופלית ומוחלשת בזירות רבות.⁵ טענתי היא כי התעלמות הפסיקה מרכיב זהותי ברור זה היא חלק מתופעה רחבה יותר של מערכת המשפט – התעלמות מזהותם האתנית של המזרחים.⁶ בכך מחקרי מבקש להצטרף לשורה של מחקרים שביקשו לתהות על ההתעלמות או העדר השיום המפורש של מזרחיות הקבוצה בהקשרים שונים.⁷ הביקורת המזרחית על המשפט, המתפתחת בשנים האחרונות, מצביעה כי לחסר זה יש משמעות. מודל שפיתחה פרופ' ביטון בהקשר זה מצביע על כך שדינמיקת הכחשה זו הופכת את מאבקם של המזרחים לשוויון למוגבל. לטענתה, ומתוך שילוב גישותיהן של ננסי פרייז'ר ושל אייריס יאנג,⁸ הדרך להשגת שוויון לקבוצת המזרחים ראשיתה בהכרה בקיומה של הקבוצה כיסוד להפלייתה. לדבריה, משתוכר הקבוצה, יהיה אפשר לעבור לשלב הבא, דהיינו, להכיר בזכותה לחלוקה שוויונית.⁹ כל עוד אין הכרה בקבוצה זו כ"קטגוריה" (קבוצה מובחנת) מוחלשת, לא נוכל להתקדם לשלב הבא – ההכרה בצורך בתיקון.

מתוך יישום מודל זה של ביטון אבקש לבחון את פסקי-הדין הנזיקיים העיקריים בפרשת נפגעי הטיפול בגזות. כפי שיודגם, חרף העובדה שנפגעי הקרנות הגזות הינם מזרחים ברובם, וחרף הדין הציבורי הזהותי הער בדבר היותם מזרחים, המשפט מתעלם מקיומה של קבוצה זו. אי-הכרה זו, המצטרפת לאי-הכרה של עולם המשפט בקבוצה זו גם בסוגיות אחרות (כגון ככל הנוגע בחוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, שבו עוסקת ביטון), מובילה לחוסר היכולת להכיר בזכותה של קבוצה זו לחלוקה שוויונית. **החלק הראשון** של המאמר מתאר את הבסיס התיאורטי של הביקורת המזרחית של המשפט, אשר במשקפיה אבחן את הפסיקה הנזיקית העיקרית שניתנה בפרשת נפגעי הטיפול בגזות. **החלק השני** של המאמר סוקר את פרשת נפגעי הקרנות הגזות תוך התמקדות בזהות המזרחית של קבוצת הנפגעים. **חלקו השלישי** של המאמר עורך ניתוח של פסקי-הדין הנזיקיים המרכזיים בפרשת נפגעי הטיפול בגזות מבעד למשקפי הביקורת המזרחית של המשפט. **חלקו הרביעי** של המאמר מבקש להדגים את החשיבות שביישום הביקורת המזרחית של המשפט על פסקי-הדין

5 ראו בעניין זה את הסקירה הנרחבת שעורכת ביטון על-אודות הפליית המזרחים וזירות ההדרה: ביטון "מזרחים במשפט", לעיל ה"ש 1, בעמ' 458–465.

6 לדיון נרחב בהתעלמות זו ראו שם. ביטון מתארת שם תהליך של הכחשה והתעלמות של המשפט בכל הנוגע בחוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשס"א–2000.

7 ביטון "מזרחים במשפט", לעיל ה"ש 1; קארין כרמית יפת "מזרחיות, מגדר ומשפט: על אזרחות אימהית ואימהות מזרחית בדיני ההפל(י)ה" **עיוני משפט** מא 689 (2019). יפת בוחנת במאמרה ביטויים אתניים מקטלגים בנוגע לנשים יהודיות ממוצא מזרחי בחוק הפלות, חרף העדר השיום המפורש. ראו גם Ido Katri, *The Banishment of Isaac: Racial Signifiers of Gender Performance*, 68 U. TORONTO L.J. 118 (2018).

8 NANCY FRASER, *JUSTICE INTERRUPTUS: CRITICAL REFLECTIONS ON THE POSTSOCIALIST*; CONDITION (1997); IRIS MARION YOUNG, *JUSTICE AND THE POLITICS OF DIFFERENCE* (1990); ביטון "מזרחים במשפט", לעיל ה"ש 1, בעמ' 505–507.

9 שם, בעמ' 505.

בפרשת נפגעי הטיפול בגזת לשם השגת שוויון לקבוצת המזרחים, ואת המתח שהדבר יוצר
בין תפיסת הצדק המתקן הנזיקית לבין תפיסת הצדק המחלק.

א. מזרחיות ומשפט

הביקורת המזרחית של המשפט היא תיאוריה מחקרית-אקדמית חדשה יחסית, שפותחה בשנים
האחרונות, בעיקר על-ידי כותבים ממוצא מזרחי. תיאוריה זו זוכה בשגשוג נוסף בעת
האחרונה, ושני כנסים שנערכו בנושא זה בשנת 2019 וכן כרך זה הם ביטוי בולט לפריחתה.¹⁰
התפתחות זו יש לייחס ללגיטימיות המתאפשרת באקדמיה בשנים האחרונות לשיח משפטי
אחר – שיח חברתי, זהותי, המובל בעיקר על-ידי חוקרים ממוצא מזרחי. כחלק מכך ניתן
לראות בשנים האחרונות מחקרים משפטיים וכן בין-תחומיים המעזים לעסוק בשיח זהותי-
משפטי, לרבות מזרחי.¹¹

לפני יותר מחמש-עשרה שנים, כאשר התחלתי את מחקרי בנוגע לנפגעי הטיפול בגזת,
דובר בנושא לא-חרוש יחסית מן ההיבט המחקרי המשפטי-האקדמי. לאורך השנים חלה
התעוררות בשיח המשפטי-האקדמי בעניין, והתפרסמו מחקרים על-אודות החוק לפיצוי נפגעי
גזת, התשנ"ד–1994,¹² על-אודות מאבקם המשפטי של הנפגעים,¹³ על-אודות המנגנון לפיצוי

10 כנס מזרחים במשפט, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת בר-אילן, 3–4.3.2019; Mizrahi Legal Studies, Harvard Law School, 10–11.12.2019.

11 אורן יפתחאל "בינוי אומה וחלוקת המרחב ב'אתנוקרטיה הישראלית': התיישבות, קרקעות ופערים עדתיים" **עיוני משפט** כא 637 (1998); בועז סנג'רו "באין חשד אין חקירה אמיתית: דוח ועדת החקירה הממלכתית בעניין פרשת היעלמותם של ילדים מבין עולי תימן" **תיאוריה וביקורת** 21, 47 (2002); גד ברדילי "אחרים בתוכנו: משפט וגבולות פוליטיים לקהילה החרדית" **עיוני משפט** כז 587 (2003); קלריס חרבוך "על תבונה ורגישות: מסע גיבוש של זהות מזרחית בייצוג משפטי" **לאחותי, פוליטיקה פמיניסטית מזרחית** 155 (שלומית ליר עורכת 2007); קלריס חרבוך "השתכנות מתקנת – סיפורן של נשים המתקנות עוול היסטורי" **עיונים במשפט, מגדר ופמיניזם** 413 (דפנה ברק-ארז ואח' עורכות 2007); ביטון "מזרחים במשפט", לעיל ה"ש 1; יפעת ביטון "על טיבה וטובה של הפליה: המזרחים בישראל בין הגלוי לנסתר" **מעשי משפט** ד 75 (2011); מנחם מאוטנר "פתח-דבר: ליברליזם בישראל – 'האדם הטוב', 'האזרח הרע' והשגשוג האישי והחברתי" **עיוני משפט** לו 7 (2013); Yifat Bitton, *Discrimination Based on "Sameness," Not "Difference": Re-defining the Limits of Equality Through an Israeli Case for* *Discrimination*, 12 J. HATE STUD. 177 (2014); אביעד הכהן "מיהו אשכנזי? מיהו ספרדי? מיהו חרדי? הלכה, משפט ובית המשפט כְּמִשְׁקָפֵי זְהוּת וּמְכֻנְנִיָּה" **זהות יהודית** 127 (אשר מעוז ואביעד הכהן עורכים 2014); Katri, לעיל ה"ש 7; Omer Aloni, *Orientalist Reflections in Early Israeli Law*, 4 COMP. LEGAL HIST. 181 (2016); לעיל ה"ש 7; מימון-בלאו "זהות אבודה", לעיל ה"ש 3; מימון-בלאו **אחרי המבול**, לעיל ה"ש 4. 12 Nadav Davidovitch & Avital Margalit, *Public Health, Law, and Traumatic Collective Experiences: The Case of Ringworm Mass Irradiation in Israel*, in *TRAUMA AND MEMORY: READING, HEALING, AND MAKING LAW* 119 (Austin Sarat, Nadav Davidovitch & Michal Alberstein eds., 2008); נדב דוידוביץ' ואביטל מרגלית "התמודדות המדינה עם עבר טראומטי – החוק לפיצוי נפגעי גזת כמקרה מבחן" **בסימן טראומה – עיונים ישראליים בזהות, זיכרון וייצוג** 211 (מיכל אלברשטין, נדב דוידוביץ' ורקפת זלשיק עורכים 2016).

הנפגעים שפוחת, ¹⁴ וכן על-אודות היבטים חברתיים והיסטוריים של משפט ובריאות הציבור. ¹⁵

מחקר משפטי-אקדמי מתפתח זה אף הוביל לדיון מעניין בדבר העמדות השונות – לרבות עמדתה של המדינה מזה ושל הנפגעים מזה – בכל הנוגע לשאלת הצלחתו או כשלונו של המאבק שניהלו הנפגעים. ¹⁶ באופן לא-מפתיע מתברר שהתשובה לשאלה אם מאבקם של נפגעי הטיפול בגזות נכשל או הצליח תלויה בזהות הנשאל. כך, מחד גיסא, חברי הקבוצה השונים חשו כל השנים – ועודם חשים – תסכול רב לנוכח אופן התפתחות מאבקם והטיפול בפרשה, ובכלל זה בנוגע לקביעותיהם של בתי-המשפט בתביעות הנזיקין שהגישו. ¹⁷ מאידך גיסא, המעוולות הנטענות סבורות כי מאבקם של הנפגעים הצליח. ¹⁸ אלא שנדמה כי המענה לשאלה, לכאן או לכאן, אינו העיקר. לעצם התעוררותו של השיח המשפטי-האקדמי בנושא יש חשיבות רבה, שכן שיח זה הוסיף נדבך חדש לדיון הציבורי. מרתק למצוא עמדות שונות ופרשנויות שונות מן הזווית המשפטית לפרשה זו. חשוב לא פחות, בזכות התעוררות זו מתאפשרת לראשונה בחינה של הפסיקה הנזיקית שניתנה בפרשה באספקלריית הביקורת המזרחית, כפי שייעשה במאמר זה.

מאמר זה מבקש אפוא להדגים את חשיבות פיתוחה של הביקורת המזרחית גם על עולם המשפט הפרטי, ובפרט על דיני הנזיקין, דרך מקרה-המבחן של נפגעי הטיפול בגזות. מתודה ביקורתית זו מצטרפת למתודות קיימות, כגון זו הפמיניסטית וזו הגזעית, ומאפשרת הבנה טובה יותר של דיני הנזיקין. המחקר בפרשה משקף את מקומו ההולך וגדל של ניתוח ושיח חברתיים-משפטיים גם במשפט הפרטי, ובפרט בדיני הנזיקין, כמו-גם את מקומם של דיני הנזיקין בהגנה על זכויות הפרט, ובכלל זה על עקרון השוויון, זכויות נשים ועוד. ¹⁹ ניתן לראות זאת כחלק

- 13 מימון-בלאו "זהות אבודה", לעיל ה"ש 3; מוריה צ'רקה "מאבקם של נפגעי הטיפול בגזות: האומנם מאבק שנכשל?" **מעשי משפט** ו 135 (2014).
- 14 מימון-בלאו **אחרי המבול**, לעיל ה"ש 4.
- 15 מיכל אלברשטיין ונדב דוידוביץ' "תורת המשפט הטיפולי ובריאות הציבור: עיון ישראלי" **מחקרי משפט** כו 549, 578–579, 582 (2010); רות אמיר **הפוליטיקה של הקורבנות: תיקון עוולות היסטוריות בישראל?** 108–109 (2012).
- 16 צ'רקה, לעיל ה"ש 13; מימון-בלאו "זהות אבודה", לעיל ה"ש 3.
- 17 **ילדי הגזות** (מרכז התקשורת דימונה, 2003); מימון-בלאו "זהות אבודה", לעיל ה"ש 3, לרבות המקורות ההיסטוריים המובאים שם; מימון-בלאו, עבודת התזה, לעיל ה"ש 3, בעמ' 28–59.
- 18 צ'רקה, לעיל ה"ש 13.
- 19 Leslie Bender, *Feminist (Re)Torts: Thoughts on the Liability Crisis, Mass Torts, Power, and Responsibilities*, 4 DUKE L.J. 848 (1990); Martha Chamallas, *Importing Feminist Chamallas, The Theories to Change Tort Law*, 11 WIS. WOMEN'S L.J. 389 (1997); Martha Chamallas, *The Architecture of Bias: Deep Structures in Tort Law*, 146 U. PA. L. REV. 463 (1998); Heather Ruth Wishik, *To Question Everything: The Inquiries of Feminist Jurisprudence*, 1 BERKELEY WOMEN'S L.J. 64 (1985); Gregory C. Keating, *Distributive and Corrective Justice in the Tort Law of Accidents*, 74 S. CAL. L. REV. 193 (2000); Hanoch Dagan, *Just-Compensation, Incentives, and Social Meanings*, 99 MICH. L. REV. 134 (2000); דפנה ברק-ארז **עוולות חוקתיות – ההגנה הכספית על הזכות החוקתית** 147–164 (1993); יפעת ביטון "חוויות-חיים נשית' וצפיות של נזק" **משפטים** לג 585 (2003); צחי קרן-פו "לי זה עולה יותר": דחיית הטענות בדבר חוסר לגיטימיות ועלות מוגזמת הנטענות כלפי קידום השוויון במשפט

מתפיסת הצדק המחלק הנזיקי, המבקשת להסיט את המיקוד מהניזוק והמזיק הספציפיים (מיקוד שאליו שואפת גישת הצדק המתקן) ולקדם הכרעה המתחשבת גם בשיקולי צדק בחלוקת הרווחה ובהגדרת מטרות חברתיות, כלומר, לקדם הכרעה הרואה ביחסי המזיק והניזוק הספציפיים רק שיקול אחד בהטלת האחריות הנזיקית, ומביאה בחשבון היבטים נוספים, כגון קידום קבוצות מופלות, ערכי שוויון ועוד.²⁰ הדיון המשפטי בפרשה זו מכה ויכה גלים בהיבטיה החברתיים הרחבים יותר של החברה הישראלית, בכל הנוגע למקומן ולהשמעת קולן של קבוצות זהות שונות, ויש לתת לכך את תשומת-הלב הראויה.

במחקר זה אבקש אפוא להדגים את התעלמותו של המשפט מקבוצת המזרחים (כקטגוריה) ואת משמעותה של התעלמות זו בכל הנוגע בפסיקה הנזיקית העיקרית (בעיקר זו של העת האחרונה) בעניינה של קבוצת נפגעי הקרנות הגזות. ביטון המשיגה תהליכים אלו של התעלמות, הכחשה והדרה באמצעות מודל ה"אין" כ"יש".²¹ לפי מודל זה, חרף קיומה הברור של קבוצה מזרחית, אשר מזוהה ונחקרת בשיח הסוציולוגי, קטגוריה זו אינה קיימת כלל בשיח המשפטי בבתי-המשפט. אי-הכרה בקטגוריה זו בבתי-המשפט, בשעה שאין חולק כי זו קיימת, היא למעשה התעלמות, הכחשה והשתקה של דיון משפטי מובחן נדרש בקבוצה זו.²² הכחשה זו מובילה, לטענתה, למוגבלות ביכולת לערוך חלוקה שוויונית.²³ במאמרי זה אבקש להדגים באמצעות מודל ה"אין" כ"יש" של ביטון את הפסיקה הנזיקית המרכזית בפרשת נפגעי הגזות. בתמצית, טענתי היא כי חרף העובדה שקבוצת נפגעי הטיפול בגזות מורכבת רובה ככולה ממזרחים, כפי שאפרט, המשפט מתעלם מזהות זו לאורך כל השנים. הכחשה והתעלמות אלו אינן מאפשרות דיון מובחן בקבוצה זו, וממילא מגבילות את היכולת לערוך חלוקה שוויונית. בכתובה המחקרית-האקדמית קיימות הגדרות רבות ושונות ל"מזרחים", ביניהן הגדרות פוליטיות, סוציולוגיות, גיאוגרפיות ואחרות.²⁴ ההגדרה מיהו מזרחי אינה חפה מקשיים, והיא מורכבת מאוד גם לחברי הקבוצה עצמה. מורכבות זו הייתה אף מנת-חלקה של קבוצת נפגעי הקרנות הגזות, ובמחקר אחר סקרתי באריכות את מורכבותה של הגדרה זו בקרב חברי הקבוצה

הפרטי "משפט וממשל ז 541 (2004); יפעת ביטון "כאבים באזור הכבוד" – פיצוי בגין פגיעה בזכויות חוקתיות" **משפט וממשל ט 137 (2005)**; צחי קרן-פו "מבט פמיניסטי וחלוקתי על חובת זהירות של נשים בהיריון: אידיאולוגיה, סמליות ופרגמטיות" **עיונים במשפט, מגדר ופמיניזם 321 (דפנה ברק-ארז ואח' עורכות 2007)**; יפעת ביטון "מחירן של דמעות – אינטרסים מיוחסי מגדר בעולות הרשלנות" **עיונים במשפט, מגדר ופמיניזם 233 (דפנה ברק-ארז ואח' עורכות 2007)**; יפעת ביטון "ההגנה על עקרון השוויון בדיני הנזיקין והאחריות ברשלנות במסגרת יחסי-כוח" **משפטים לח 145 (2008) (להלן: ביטון "ההגנה על עקרון השוויון בדיני הנזיקין")**; יפעת ביטון "תולדות הניתוח הפמיניסטי של דיני הנזיקין: חשיפתם, שינוים, הרחבתם" **המשפט טז 53 (2011)**; יפעת ביטון **קריאה מחדש של דיני הנזיקין מזווית פמיניסטית-חברתית 197–293 (חיבור לשם קבלת התואר "דוקטור למשפטים", האוניברסיטה העברית בירושלים, הפקולטה למשפטים, 2004)**.

20 Keating, לעיל ה"ש 19.

21 ביטון "מזרחים במשפט", לעיל ה"ש 1.

22 שם; מימון-בלאו "זהות אבודה", לעיל ה"ש 3.

23 ביטון "מזרחים במשפט", לעיל ה"ש 1, בעמ' 505–506.

24 יפעת ביטון, במאמרה שם, בעמ' 465, נשענת על ההגדרה הסוציולוגית הרחבה. יפת, לעיל ה"ש 7, בעמ' 692, נשענת בהקשרים אלו על ההזדהות הפוליטית.

עצמם, אשר נחלקו בינם לבין עצמם בנוגע אליה.²⁵ במחקר זה אבקש להישען על ההגדרה הסוציולוגית המקובלת, הרואה מזרחים כיהודים ישראלים שמוצאם מארצות ערב והאסלאם. פרמטרים אלו מאפיינים את רוב חברי הקבוצה מושא מחקרי זה, וכן משקפים את ההגדרה המקובלת בשיח הסוציולוגי בדברנו על קבוצה זו.²⁶

כפי שמתואר בספרות האקדמית, המזרחים הם קבוצה מופלית, וגילויי ההפליה כלפיהם באים לידי ביטוי בזירות שונות: במערכת החינוך (כמתבטא, למשל, בשיעור המזרחים הזכאים לתעודות-בגרות, בשיעורם היחסי של מזרחים בקרב חברי הסגל הבכיר באקדמיה ועוד),²⁷ בשוק העבודה, בזירה הכלכלית (שיעור העוני), בשירות הצבאי ואף בזירה התרבותית.²⁸ כפי שביטון מדגימה, על כך מתווספת גם הפליה בבתי-המשפט, המתבטאת בהימנעות של בתי-המשפט מהכרה במזרחים כקבוצה מופלית, מה שמחליש עוד יותר את הקבוצה הזו, המוחלשת ממילא.

כך, בעוד במחקר האקדמי הסוציולוגי יש כבר עשורים מספר שיח, כתיבה ועיסוק בנושא של זהות מזרחית והכרה במזרחים כקטגוריה בעלת מאפיינים,²⁹ במחקר האקדמי המשפטי החלו להתפתח שיח וכתובה בעניין רק בשנים האחרונות.³⁰ נוסף על כך, בשעה שהן בעולם הסוציולוגיה והן בשיח הציבורי הכללי הקטגוריה "מזרחים" קיימת גם קיימת, עולם המשפט ובתי-המשפט שבראשו מתעלמים מקיומה של קטגוריה קבוצתית זו,³¹ דבר היוצר עיוות ביחס למציאות לאשורה. אילו הייתה מערכת המשפט עיוורת לכל קבוצות הזהות באשר הן, אזי היה אפשר לטעון כי מדובר במערכת אשר חפה מכל הסתכלות זהותית או קטגוריאלית, דהיינו, שעסקינן במערכת המבקשת לערוך ניתוח משפטי טהור, אלא שלא זה מצב הדברים. בתי-המשפט אינם מתעלמים מזהויות כלל, ובהחלט יש קבוצות וקטגוריות שהם מכירים בהן ונותנים להן התייחסות קטגוריאלית, כגון נשים, ערבים, להט"בים.³²

על רקע כל זה בולטת מאוד התעלמותם של בתי-המשפט מקבוצת "המזרחים". הדבר מקבל משנה חשיבות כאשר עסקינן בקבוצת נפגעי הטיפול בגזות. כפי שאפרט בפרק הבא, בקרב קבוצה זו השיח הזהותי והציבורי סבב לאורך כל השנים סביב הזהות המזרחית של חברי הקבוצה ומוחלשותה. לעומת זאת, בתי-המשפט שעסקו בנפגעי פרשה זו לא שיימו זהות זו, ולמעשה התנהלו תוך התעלמות משיח סוציולוגי-ציבורי ער שהתנהל ברקע. זאת, נוסף על נקיטת גישה פטרנליסטית מוטת לטובת המדינה במשך שנים בפסיקה הנזיקית. כלומר,

25 מימון-בלאו "זהות אבודה", לעיל ה"ש 3.
 26 גם פרקליטה שייצגה את המדינה בתיקי הגזות התייחסה למזרחים במאמרה על חולי הגזות כאל יהודים יוצאי ארצות המזרח התיכון וצפון אפריקה. ראו צ'רקה, לעיל ה"ש 13, בעמ' 138.
 27 יובל אלבשן "נגישות האוכלוסיות המוחלשות בישראל למשפט" עלי משפט ג 497 (2003).
 28 ביטון "מזרחים במשפט", לעיל ה"ש 1, בעמ' 458-465.
 29 **מזרחים בישראל** (חנן חבר, יהודה שנהב ופנינה מוצפי-האלר עורכים 2002); אלה שוחט **זיכרונות אסורים: לקראת מחשבה רב תרבותית** (2001).
 30 ראו תיאור לעיל.
 31 ביטון "מזרחים במשפט", לעיל ה"ש 1.
 32 ראו, למשל, בג"ץ 721/94 אל-על נתיבי אויר לישראל בע"מ נ' דנילוביץ, פ"ד מח(5) 749 (1994); בג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט(4) 94 (1995); בג"ץ 6698/95 קעדאן נ' מינהל מקרעי ישראל, פ"ד נד(1) 258 (2000).

מוחלשותה של קבוצה זו מופעלת, באופן מובלע, דווקא לרעתה. דבר זה בא לידי ביטוי, למשל, בקביעות כגון שעדיף לו לחולה שלא ידע כמה רע מצבו, ושהמדינה למעשה יודעת מה טוב לו,³³ או במתן עדיפות לטענת המדינה כי לא נעשו טיפולי הקרנות בנפגעת מסוימת (חרף העדר ראיה ישירה לטענה זו) על פני עדות ראשונה מפי אמה של הנפגעת, שסיפרה כיצד החזיקה את בתה תחת מכוונת ההקרנה.³⁴

ב. פרשת נפגעי הטיפול בגזת – רקע והתפתחות

1. מחלת הגזת וההתפתחות החברתית והמשפטית של הפרשה

מחלת הגזת (Tinea Capitis) הינה מחלת עור פטרייתית המתאפיינת באזורי התקרחות והצטלקות, כשבאזורים הנגועים השערות גוזזות ונראות כטבעות (ring worm). כיום הטיפול במחלה הוא באמצעות טבליות.³⁵ לשם מיגור מחלת הגזת הנהיגה ישראל בשנים 1960–1948 מדיניות טיפולית בשם "קיינבוך אדמסון", שכללה הקרנות ורנטגן. רוב המטופלים היו ילדי עולים מארצות ערב וצפון אפריקה. בשנים אלו נחשבה הגזת מחלה חברתית, שנקשרה לגזת (היגיינה) ירודה ולמעמד חברתי-כלכלי נמוך.

כבר בשנות השבעים החלו גילויים רפואיים בדבר הקשר הברור שבין טיפולים אלו לבין מחלות שונות, ביניהן גידולים סרטניים,³⁶ אך באותן שנים נותרה הפרשה רדומה בשיח הציבורי. רק בשלהי שנות השמונים החלה התעוררות חברתית בפרשה, שהובילה להתאגדותה של קבוצת נפגעי הטיפול בגזת ולהתעוררותו של שיח תקשורת-חברתי הולך וגובר בנושא.³⁷

33 ראו דיון להלן בעניין דהאן בפרק השלישי, ליד ה"ש 100 ואילך.

34 ראו את דיון להלן בעניין ראובן בפרק השלישי, ליד ה"ש 101 ואילך.

35 HARRISON'S PRINCIPLES OF INTERNAL MEDICINE 293, 1191 (16th ed. 2005).

36 ראו, למשל, Baruch Modan et al., *Radiation-Induced Head and Neck Tumours*, 303(7852) LANCET 277 (1974); Siegal Sadetzki & Baruch Modan, *Epidemiology as a Basis for Legislation: How Far Should Epidemiology Go?*, 353(9171) LANCET 2238 (1999); Elaine Ron et al., *Tumors of the Brain and Nervous System after Radiotherapy in Childhood*, 319 NEW ENG. J. MED. 1033 (1988). ראו בעניין זה גם ע"א (מחוזי י-ם) 6347/05 **ראובן נ' מדינת ישראל – משרד הבריאות**, פס' 6–10 לפסק-הדין (נבו 12.1.2006) (להלן: **עניין ראובן 2006**), שם קבע בית-המשפט כי הקשר בין ההקרנות לגידולים התגלה בסביבות שנות השבעים, וכי בשנות השמונים כבר היה קשר זה ודאי, והיה ברור שקבוצת המוקרנים משתייכת לקבוצה של בעלי סיכון גבוה לחלות במחלה. בהתאם לכך קבע בית-המשפט כי "עם היוודע למשיבה דבר קיומו של קשר סטטיסטי בין ההקרנות שביצעה לבין הופעתם של גידולים, ברמת וודאות גבוהה כזו שהתקיימה החל משנות ה-80, חלה עליה החובה ליידע את האנשים שהוקרנו על ידה בדבר היותם בקבוצת סיכון גבוה לתחלואה בגידולים" (שם, פס' 10 לפסק-הדין).

37 באשר לסיבות להתעוררותה של קבוצה זו דווקא בתקופה זו ראו דיון נרחב במחקרי העוסק בגורמים המרכזיים שהשפיעו על התוויית מנגנוני הפיצוי לקבוצה זו: מימון-בלאו, עבודת הדוקטורט, לעיל ה"ש 4, פרק רביעי. כן ראו מימון-בלאו **אחרי המבול**, לעיל ה"ש 4, פרק רביעי. מאחר שמאמרי הנוכחי מתמקד בסוגיה אחרת, אין בדעתי להיכנס לפירוט של סיבות אלו.

שיח זה הוביל להתעוררות גם בזירה המשפטית.³⁸ במאמר זה אבקש כאמור להתמקד בזירה המשפטית, ובתוכה בפסיקה הנזיקית המרכזית שניתנה בפרשה בראי הביקורת המזרחית.

2. הפליית מזרחים בעצם מתן הטיפולים

כפי שסקרתי באריכות בשני מחקרים אחרים, כבר מראשית התגבשותה של קבוצת נפגעי הטיפול בגזות היה ברור לנפגעים כי המאפיין העיקרי של חברי הקבוצה הוא זהותם האתנית – היותם מזרחים.³⁹ כיום כבר אין כל מחלוקת כי בתקופות הנזכרות נעשו הטיפולים בעיקר בילדי עולים מזרחים – עולים מארצות ערב וצפון אפריקה – וכי מחלה זו נחשבה "מחלת המעברות".⁴⁰ כך, למשל, כתב פרופ' ברוך מודן, מי שערך את המחקרים המקיפים ביותר בישראל לעניין הקרנות במטופלים: "כפי שודאי ידוע לך, קבלו בין השנים 1949–1960 למעלה מ-15,000 ילדים, רובם עולי צפון אפריקה, הקרנות כטפול נגד גזות. ההקרנות אורגנו ע"י משרד הבריאות".⁴¹ הדברים נאמרים בבירור גם על-ידי משרד הבריאות.⁴²

38 לסקירת הרקע לפרשה והתפתחותה ראו מימון-בלאו "זהות אבודה", לעיל ה"ש 3; מימון-בלאו **אחרי המבול**, לעיל ה"ש 4. לדיון נוסף על-אודות היבטים שונים של מחלה זו ראו אורית רוזין "תנאים של סלידה – היגיינה והורות של עולים מארצות האסלאם בעיני ותיקים בשנות החמישים" **עיונים בתקומת ישראל** 12, 195 (2002); Davidovitch & Margalit, לעיל ה"ש 12; אלברשטין ודודוביץ', לעיל ה"ש 15; אמיר, לעיל ה"ש 15, בעמ' 108–109; צ'רקה, לעיל ה"ש 13. לסקירה נוספת של הרקע ההיסטורי הרלוונטי ולדיון בזוויות נוספות של הפרשה ראו מירב אלוש-לברון "הזיכרון המזרחי והדומיננטה הציונית: קולות מן השוליים בקולנוע תיעודי עכשווי" **ישראל** 14, 127 (2008). כן ראו מאמרי עיתונות מאותה תקופה הנסקרים בהרחבה בחיבורי המאוזכרים לעיל בה"ש 3 ו-4, ביניהם אליהו סגל "ישראל מבערת את הגזות" **הארץ** 4 (16.1.1958); "י עיטן" שתי רבבות ראשים" **הארץ** 5 (26.12.1955); אריה דיין "פיצויי גזות? רק אם הסרטן קטלני" **הארץ** (29.7.2004); **ילדי הגזות**, לעיל ה"ש 17. ראו גם את סדרת הטלוויזיה "מעברות" פרק שני ("החלום") (עלמה הפקות, 27.2.2019).

39 לדיון נרחב ראו מימון-בלאו "זהות אבודה", לעיל ה"ש 3; מימון-בלאו **אחרי המבול**, לעיל ה"ש 4, והמקורות הנזכרים שם; **ילדי הגזות**, לעיל ה"ש 17. כן ראו ניתוח נרחב אצל מימון-בלאו, עבודת התזה, לעיל ה"ש 3, פרק שני, שבמסגרתו נערך ניתוח של מקורות שונים, ביניהם אתרי מרשתת שונים ופורומים בנושא הגזות, דוגמת אתר "קוסקוס", המתמקד ביוצאי מרוקו (שנסגר בינתיים); פורום תרבות מרוקו ב"תפוז"; אתר "קדמה"; אתר "הקשת הדמוקרטית המזרחית" ועוד. קיימים אלפי מאמרים, תגובות ותגוביות (טוקבקים) שעוסקים בנושא, וחלקם ניתחו בהרחבה בעבודת התזה האמורה. ראו גם אינס אליאס "הפשע כלפי מזרחים שמדינת ישראל עוד לא נתנה עליו את הדין" **הארץ** (23.3.2017). <https://bit.ly/3N8QhEf>.

40 ראו כתבות בעיתונות מאותה תקופה לעיל בה"ש 38. כן ראו חוזר מנכ"ל משרד הבריאות 2/09 "החוק לפיצוי נפגעי גזות התשנ"ד–1994 – רקע, השלכות בריאותיות ונוהל מעקב וטיפול באוכלוסייה שנחשפה לקרינה מייננת בשנות ה-50, כטיפול במחלת הגזות" (5.1.2009) (להלן: חוזר משרד הבריאות), בפרט בעמ' 2; דיין, לעיל ה"ש 38; **ילדי הגזות**, לעיל ה"ש 17; ריאיון עם דוד בלחסן, מיוצרי הסרט **ילדי הגזות** (12.4.2007); ראינות עם יוסף אביב, ממקימי העמותה לנפגעי גזות (17.4.2007 ו-30.4.2007); אלברשטין ודודוביץ', לעיל ה"ש 15; אמיר, לעיל ה"ש 15, בעמ' 108–109; רות בונדי **שיבא – רופא לכל אדם** (1981); "מעברות" פרק שני, לעיל ה"ש 38.

41 מכתב מפרופ' ב' מודן, המרכז הרפואי ע"ש חיים שיבא, תל השומר, לפרופ' י' מנצ'ל, מנכ"ל משרד הבריאות (25.4.1975), מתוך גנזך המדינה, תיקי משרד הבריאות (משרד ראשי – גזות), גל-12188/15 (להלן: מכתבו של פרופ' מודן).

באשר למספר המטופלים שעברו את ההקרנות יש גרסאות שונות שעלו לאורך השנים. מצד אחד קיימות טענות כי הטיפולים נעשו בכ-100,000 ילדים, ולעומתן קיימות טענות כי מדובר בכמה עשרות אלפים בלבד.⁴³ אך גם לגרסת המדינה, כ-25,000 מטופלים עברו את הטיפולים בישראל ועוד עשרות אלפי ילדים קיבלו טיפול הקרנות לפני עלייתם לישראל, וזאת מסמוך לקום המדינה ועד לשנות השישים.⁴⁴ יתר על כן, גם לגרסת המדינה רוב המוקרנים היו יהודים ממוצא מזרחי, יוצאי ארצות המזרח התיכון וצפון אפריקה, כ-3,700 היו ערבים, ומיעוט היו יוצאי מדינות אירופה או ילדי הארץ.⁴⁵

המחלוקת הניטשת לאורך השנים היא באשר לסיבה שבעטייה רוב המטופלים בתקופות אלו היו מזרחים, דהיינו, באשר לשאלה אם הטיפולים ניתנו רק למזרחים כמדיניות מכוונת ומפלה. בוויכוח זה טענת המטופלים לאורך כל הדרך היא כי הטיפולים ניתנו להם בשל מוצאם, וכי הם הופלו בעצם מתן הטיפולים באופן מכוון כחלק ממדיניות מפלה כללית שהונהגה כלפיהם בתקופות אלו, ואף לאחריהן, ואשר אי-אפשר להתעלם ממנה. המבקרים, לעומתם, טוענים כי לא כך הדבר, וכי לא הייתה כל מדיניות מפלה נגד המזרחים בעצם מתן הטיפולים. לטענת המבקרים, זו ככל הנראה פשוט הקבוצה שהייתה חולה באותה עת, וזו

42 ראו "הרקע להקמת המכון [הלאומי לחקר השלכות הטיפול בגזות]" אתר משרד הבריאות <https://bit.ly/3qjsQyi>: "מתוך רשימות של כ-20,000 איש (יהודים, רובם עולים חדשים מארצות צפון אפריקה והמזרח התיכון) שטופלו באמצעות קרינה מייננת בישראל נמצאו 16,473 תיקי טיפול מקוריים. מאחר שהתיקים לא הכילו מספרי תעודת זהות, זיהוי האדם בוצע על-ידי חיפוש של המטופל במרשם התושבים על-פי שמו, תאריך לידתו ושם האב. לפיכך, הוצאו מהמחקר כל הילדים בעלי שמות משפחה נפוצים כמו כהן ולוי (מתוך מחשבה שלא יהיו ניתנים לזיהוי). בנוסף, על-מנת ליצור קובץ מחקר אחיד הוצאו כל האנשים שגילם בעת קבלת הטיפול היה מעל 15 שנה וכן ילידי אירופה שהיו מיעוט מבין המוקרנים".

43 קיים ויכוח באשר למספרם המדויק של המטופלים, אך גם לפי גישת המחמירים מדובר ביותר מ-25,000 ילדים. במשך השנים הועלתה טענה כי מדובר בקרוב ל-100,000 מטופלים. ראו, למשל, ת"א (שלום נצי') 12-01-22793-01 פרץ נ' מדינת ישראל / משרד הבריאות, פס' 14 לפסק-הדין (נבו) 24.10.2013; ילדי הגזות, לעיל ה"ש 17. אתר העמותה לנפגעי גזות מפרסם כי מדובר בקרוב ל-200,000 ילדים: "בארכיוני המדינה קיימים רישומים של כ-23,000 איש אשר טופלו באמצעות הקרנות. מספר המטופלים היה גבוה הרבה, וכנראה הגיע לכ-200,000 ילדים אשר הוקרנו כנגד מחלת הגזות". ראו www.gazezet.org/home/doc.aspx?mCatID=59. צ'רקה מציינת במאמרה כי מספרם המדויק של המוקרנים אינו ידוע אך מדובר בעשרות אלפי ילדים. ראו צ'רקה, לעיל ה"ש 13, בעמ' 138: "מספרם המדויק של תושבי ישראל שקיבלו בילדותם טיפול למחלת הגזות אינו ידוע. ככל הנראה, כ-25,000 ילדים קיבלו טיפול בישראל, ועוד עשרות אלפי ילדים קיבלו טיפול דומה טרם עלייתם ארצה. כפי שניתן לצפות מקבוצה גדולה כל כך של אנשים, יש שוני גדול בין חברי הקבוצה. מרביתם יהודים, אולם כ-3,700 מתוך חברי הקבוצה הם ערבים. מרבית היהודים הם יוצאי ארצות המזרח התיכון וצפון אפריקה, ומיעוטם יוצאי מדינות אירופיות או ילידי הארץ" (ההדגשה הוספה). בר עוז מציינת במאמרה אף היא כי מדובר במספר קטן משמעותית מ-100,000, בין השנים 1948–1960 בישראל לדבריה הוקרנו כ-26,000 ילדים בלבד. איה בר עוז "מאחורי המאה אלף" של פרשת הגזות" הרפואה 155, 637 (2016). ראו גם מכתבו של פרופ' מודן, לעיל ה"ש 41.

44 צ'רקה, לעיל ה"ש 13.

45 ראו לעיל ה"ש 26.

כנראה הסיבה שהם אלה שקיבלו את הטיפולים באותה עת.⁴⁶ כן טוענים המבקרים כי בתקופות קודמות ניתן אותו טיפול לקבוצות זהות אחרות (למשל, ממוצא אשכנזי), ומשכך אין מדובר בהפליה.⁴⁷

מאחר שמטרתו של מאמר זה היא להתמקד בדיון בפסיקה הנזיקית ובהתעלמותה ממוצאם של הנפגעים שקיבלו טיפולים מסמוך לקום המדינה ועד לשנות השישים בישראל – אשר אין חולק, גם אליבא המבקרים, שרובם היו מזרחים המשתייכים לקבוצה מוחלשת – אין בכונתה להכריע בפולמוס זה. עם זאת, ולמעלה מן הצורך, אעיר כמה הערות אשר מעוררות תהייה על-אודות הטענות השונות ועל-אודות האופן שבו ראוי ליישב את הוויכוח. אך מעל לכל זאת, ובקשר ברור למאמרי זה, עצם קיומו של ויכוח חריף זה בין הצדדים לאורך השנים, אשר קיבל ביטוי הן בתקשורת והן בשיח האקדמי, רק מבליט עוד יותר את התעלמותם-התכחשותם המוחלטת של בתי-המשפט באשר לשאלת זהותם של הנפגעים, ובאופן מובלע – את הפעלת מוחלשותם של הנפגעים לרעתם. התנהלות זו מחזקת את הטענות שנמצא בלב מאמר זה.

חיזוק ראשון לטענות ההפליה שמעלים המטופלים מגיע מעדויותיהם של מי שהיו ילדי עולים מזרחים באותה עת ואשר נלקחו באופן גורף לביצוע טיפולים מבלי שהיו חולים כלל. כך עולה, למשל, מעדותו הישירה של חבר הכנסת אלי בן מנחם בדיוני הכנסת על חקיקת החוק לפיצוי נפגעי גזת, וכך עולה מטענותיהם של נפגעים שונים בהקשר זה שעלו, למשל, בתביעות שונות.⁴⁸

חיזוק שני טמון בטענת המדינה כי אין מדובר בהפליה, וכי הסיבה שבעטייה נלקחו לטיפולי ההקרנות בעיקר ילדי עולים מזרחים היא ככל הנראה שהם מי שהיו חולים בגזת באותה עת.⁴⁹ אלא שלטענה זו אין תימוכין, והיא בגדר השערה מצד המדינה. נוסף על כך, כל המסמכים בעניין זה אינם פתוחים לציבור. אין נתונים מדויקים שפתוחים לעיון הציבור לגבי מספר החולים וזהותם. הקובץ היחיד שידוע עליו – "קובץ מודן" – חסוי.

הטענה שמעלים המבקרים לאורך השנים שלפיה על הנפגעים להוכיח באמצעות הרשומות כי מי שעברו את הטיפולים היו דווקא מזרחים עקב מדיניות מפלה, וזאת תוך התעלמות מעדויות חיות של הנפגעים, היא התמוהה. גם הטענה כי בתקופות עבר טופלו גם ילדים ממוצא אשכנזי באותו אופן טיפול אינה שוללת את הטענה שמדיניות הטיפולים שננקטה כמה עשרות שנים לאחר-מכן כלפי ילדים מזרחים עולים חדשים שהגיעו לארץ או היו לקראת העלייה לארץ הייתה חלק מהמדיניות המפלה הכללית שננקטה בשנותיה הראשונות של המדינה, ואינה

46 צ'רקה, לעיל ה"ש 13, בעמ' 138.

47 שפרה שורץ "פּאָרְךְ עַל הַרְאָשׁ: הַמְבַצֵּעַ לְבִיעוֹר הַגּוֹזֵת בִּישׁוּב הַיְהוּדִי בְּאַרְץ־יִשְׂרָאֵל בְּחֻקֵּי הַמְּנַדֵּט הַבְּרִיטִי" **קְתוּרָה** 153, 99 (2015).

48 פרוטוקול ישיבה מס' 189 של הכנסת ה-13 (16.2.1994); פרוטוקול ישיבה מס' 207 של הכנסת ה-13 (בעניין הצעת חוק לפיצוי נפגעי גזת, התשנ"ד-1994) (25.4.1994). כן ראו המ' (מחוזי ח"י) 3556/95 **הסוכנות היהודית לארץ ישראל נ' תורג'מן** (נבו 14.4.1996), שם מתוארות טענות התובע שלפיהן הוא לא סבל כלל ממחלת הגזת וחרף זאת החליטו נציגי הסוכנות היהודית לטפל בו בהקרנות. כן ראו עניין **ראובן 2006**, לעיל ה"ש 36, שם טענה הנפגעת כי קיבלה טיפולי הקרנות אף שלא הייתה חולה בגזת. ראו גם "מעברות" פרק שני, לעיל ה"ש 38.

49 צ'רקה, לעיל ה"ש 13.

מספקת מענה ראוי לשאלה מדוע בעשוריה הראשונים של המדינה לא ניתן הטיפול גם להמוני ילדים ממוצא אשכנזי. לצד זאת אי-אפשר להתעלם מכך שהייתה זו תקופה של סלקציה, של הדרה ממוקדי כוח ושל הפליה מובנית כלפי מזרחים.⁵⁰ כל זה מוביל דווקא לחיזוק טענת הנפגעים ולמסקנה כי דובר בהחלט בנדבך אחד של אותה התנהלות מפלה כללית. אין בכוונתי להכריע במחלוקת באשר לסיבה שבעטייה ניתנו הטיפולים בתקופות האמורות דווקא למזרחים, ואם היה זה כחלק מהפליה נגד המזרחים. עם זאת, עצם קיומם של הדיון ואי-הסכמות בעניין רק מבליט את אי-התייחסותה של הפסיקה הנזיקת המרכזית לקטגוריה המזרחית.

3. הנעת ההליכים על-ידי הקבוצה

הלחץ שהפעילו הנפגעים הוביל להקמתה של ועדת חקירה (ועדת לביא, 1989) ולהנעת הליכי חקיקה בכנסת (שהביאו בסופו של דבר לידי חקיקת החוק לפיצוי נפגעי גזת בשנת 1994), וכן לתביעות נזיקות מעטות בבית-משפט, אשר במקרים ספורים הובילו גם לערעורים חוזרים ונשנים, שהביאו לבסוף לידי שינוי בפסיקה. כל אלה לא התנהלו באופן מסודר וכוונולוגי.⁵¹ כפי שפירטתי במחקר אחר, מהרגע שבו התקדמו ההליכים המשפטיים, עבר המאבק בעיקר לזירה המשפטית, כשברקע נמשך כל העת הדיון הציבורי והחברתי בפרשה, תוך עיסוק בלתי-פוסק בסוגיית זהותם של הנפגעים. חרף העיסוק החברתי והציבורי רב השנים בסוגיית הזהות המזרחית של הנפגעים, התעלמה הפסיקה מזהותם זו של חברי קבוצת הנפגעים. בנייתן שאערוך בפרק הבא אבקש להתמקד בנייתן הפסיקה הנזיקת העיקרית שניתנה בפרשה. אדגים כיצד, מצד אחד, התעלמו בתי-המשפט מזהות המזרחית של חברי הקבוצה (וארון במשמעותה של התעלמות זו בעיני הביקורת המזרחית), וכיצד, מצד אחר, הם נהגו במשך שנים, עד לתקופה האחרונה, באופן פטרנליסטי כלפי קבוצה זו, תוך שהם זוקפים את קשייה ומוחלותה של הקבוצה לרעתה ומאמצים בצורה מוטה את עמדת המדינה.

ג. ההתפתחות המשפטית-הנזיקת בפרשה – מפטרנליזם לזכות לאוטונומיה

כפי שסקרנו עד כה, המזרחים הם קבוצה מוחלשת. חברי קבוצת הגזת משתייכים לקבוצה זו, והעלו לאורך השנים טענות בדבר הפליה והדרה בשל מוצאם. לאורך השנים התקיים ברקע שיח חברתי וציבורי בפרשה. חרף כל זאת, במשך שנים, עד לאחרונה, התעלם המשפט מזהותה של הקבוצה ומקשייה, ונהג כלפיה בפטרנליזם.

פעילותה של הקבוצה הובילה לשורה של התפתחויות משפטיות, שהעיקרית מביניהן היא החוק לפיצוי נפגעי גזת, התשנ"ד–1994 (להלן: חוק הגזת). עוד קודם לכן החלה הגשה של תביעות משפטיות נזיקות בפרשה, אך רק בראשית שנות האלפיים התגברה הגשתן. כפי

50 ראו, למשל, חיים מלכה הסלקציה – הסלקציה וההפליה בעלייה ובקליטה של יהודי מרוקו וצפון-אפריקה בשנים 1948–1956 (1998).

51 מימון-בלאו "זהות אבודה", לעיל ה"ש 3.

שסקרתי באריכות במחקר אחר, מנגנון הפיצוי העיקרי בפרשה היה חוק הגזות.⁵² רק מקרים מעטים הגיעו לבתי-המשפט: מתוך כ-880 פסקי-הדין שניתנו בפרשה זו, יותר מ-90% מהם עסקו בערעורים על החלטות שקיבלו ועדות משרד הבריאות מכוח המנגנונים שיצר חוק הגזות, ומדובר בערעורים טכניים במהותם (שהתמקדו בשאלות משפטיות).⁵³ רק כ-8% מפסקי-הדין ניתנו מכוח דיני הנזיקין הרגילים.⁵⁴

חרף העובדה שפסקי-הדין הנזיקיים מהווים חלק קטן מכלל הפסיקה בפרשה, מדובר בפסיקה משמעותית בכמה מובנים. ראשית, פסיקה זו פתחה לראשונה פתח לפני חברי הקבוצה להגשת תביעות מחוץ לאפיקים שנקבעו בחוק הגזות. לכך יש חשיבות בכמה היבטים: לגבי קבוצה מוחלשת, שאפשרויות הגישה שלה לבתי-המשפט מוגבלות, יש חשיבות רבה להנגשת כמה שיותר זירות משפטיות. נוסף על כך, ההליך הנזיקי טומן בחובו פוטנציאל פיצוי גדול יותר בהשוואה למנגנונים שנקבעו בחוק. החוק אומנם מקל בהיבטים רבים – כגון בסוגיית ההתיישנות, בהוכחת הקשר הסיבתי וכולי – אך המחיר על כך הוא גובה הפיצוי הסוציאלי המופחת שהוא מעניק (אל מול הפוטנציאל של פיצוי נזיקי בבתי-המשפט). שנית, פסיקה זו אפשרה בחינה מהותית אמיתית ראשונה באשר להתייחסותם של בתי-המשפט לפרשה (להבדיל מהפסיקה הטכנית בבתי-הדין לעבודה שעסקה בערעורים פורמליים במהותם על קביעותיהן של ועדות המומחים מכוח חוק הגזות, ואשר הייתה מוגבלת כאמור). כלומר, פסיקה זו אפשרה צוהר להתבוננות על הפערים שבין השיח החברתי לשיח המשפטי בפרשה. חוק הגזות ופסקי-הדין הנזיקיים המרכזיים שניתנו בפרשה עד לעת האחרונה התעלמו מסוגיית זהותם המזרחית של חברי הקבוצה. זאת, אף שהיה ברור לכל, כפי שפורט, כי מדובר בקבוצת מזרחים מוחלשת, ואף-על-פי שמחוץ לכותלי בית-המשפט התנהל שיח תקשורתי וחברתי ער בפרשה. התנהלות זו ממחישה את עוורונם של בתי-המשפט לזהות הנפגעים ואת הכחשת זהותם, וזאת אף שבעבר, כאמור, בחרו בתי-המשפט לתת ביטוי לזהויות של קבוצות מוחלשות ומודרות אחרות, כגון נשים, להט"בים וכולי, ולהכיר בהן כקבוצות מופלות.⁵⁵ התעלמות זו הובילה לעיוורון מוחלט לצרכיה, למוחלשותה ולקשייה של הקבוצה. יתרה מזו, כפי שיפורט בהמשך, עד לשינויי הפסיקה בעת האחרונה התנהגו בתי-המשפט כלפי הנפגעים באופן פטרנליסטי, וזקפו את קשייהם דווקא לרעתם.

52 כך, עד ליולי 2013 הוגשו לוועדות משרד הבריאות 43,543 תביעות מכוח חוק הגזות. מתוכן הוכרו 24,314, ויש להניח שלא כולן הוכרו במלואן. נתונים אלו פורסמו במאמרה של צ'רקה, לעיל ה"ש 13, בעמ' 138. אומנם לא צוין מקור המידע, אך יש להניח כי הוא נסמך על נתונים המצויים בידי המדינה (צ'רקה שימשה פרקליטה שייצגה את המדינה בתביעות הגזות).

53 פסקי-דין בערעורים אלו הם טכניים במהותם מאחר שבדומה לערעורים על קביעות הביטוח הלאומי, גם ערעור על החלטות של ועדות משרד הבריאות מכוח חוק הגזות יכול להיעשות בשאלה משפטית בלבד (ס' 14(ב) לחוק הגזות), וממילא ההתערבות בהן תהיה במקרה של טעות משפטית.

54 עד למאי 2021 ניתנו 880 פסקי-דין: כ-800 מהם (כ-91%) הינם ערעורים על החלטות שקיבלו ועדות משרד הבריאות בהתאם למנגנונים שיצר החוק; כ-8% הינם פסקי-דין שניתנו בהתאם לדיני הנזיקין; וכ-1% הם פסקי-דין שניתנו בהליכים שונים – עתירות לבג"ץ ותביעה ייצוגית אחת (שנדחתה). הבדיקה נעשתה בעיקר במאגר המשפטי "נבו".

55 ביטון "מזרחים במשפט", לעיל ה"ש 1, בעמ' 456.

1. החוק לפיצוי נפגעי הגזות

במאמר זה אתמקד בבחינת הפסיקה הנזיקית המשפטית, ולא בבחינת חוק הגזות, שבו דנתי באריכות במחקרים אחרים. חוק זה זכה בבחינה וניתוח משפטיים, שעסקו גם בחסרונותיו וגם ביתרונותיו של החוק בהיבטים השונים.⁵⁶ כפי שפירטתי בהרחבה במחקריי האחרים, לחוק זה יש חסרונות ויתרונות שונים, וטמונות בו מורכבויות רבות.⁵⁷ בשורות הבאות אבקש לבחון את החוק רק מן ההיבט של ההתפתחות המשפטית-הנזיקית ובהקשר של מוקד הדיון במאמר זה, דהיינו, הכחשת זהות הנפגעים על-ידי המשפט.

חרף הדיון הציבורי והחברתי הער שהתנהל במשך השנים סביב זהותם המזרחית של נפגעי הטיפול בגזות, חוק הגזות מתעלם מביטוי מפורש של הזהות המזרחית הקטגוראלית של הנפגעים וממחלשותם. בהגדרותיו החוק עושה שימוש טכני במושגים מנותקים מכל הקשר זהותי. כך, למשל, החוק מגדיר "טיפול בהקרנה" כטיפולים שניתנו "לאדם", ו"נפגע" מוגדר כמי שוועדת המומחים קבעה כי הוא נפגע, וזאת ללא אזכור זהותם של הנפגעים.⁵⁸ נוסף על כך, שם החוק אינו מתייחס לאופן גרימת הפגיעה (עצם מתן הטיפולים), ומייחס את הפגיעה למחלת הגזות.⁵⁹ זאת, להבדיל מחוקים קבוצתיים נזיקיים אחרים, שבהם יש קישור מפורש לגורם הפגיעה (הטיפול), כגון החוק לפיצוי נפגעי עירווי דם (נגיף האיידס), התשנ"ג–1992,⁶⁰ או לזהות הנפגעים, כגון חוק פתיחת קבר של קטין יוצא תימן, המזרח או הבלקן לשם זיהוי ועריכת בדיקה גנטית לקשר משפחה (הוראת שעה), התשע"ח–2018.

56 Davidovitch & Margalit, לעיל ה"ש 12; אלברשטיין ודוידוביץ', לעיל ה"ש 15. מימון-בלאו "זהות אבודה", לעיל ה"ש 3; צ'רקה, לעיל ה"ש 13; מימון-בלאו, עבודת הדוקטורט, לעיל ה"ש 4, בעמ' 114–127. ראו גם אסף פוזנר "שלוש תביעות וחוק: על נפגעי הגזות" רפואה ומשפט 44, 37 (2011).

57 ראו, למשל, דיון במימון-בלאו "זהות אבודה", לעיל ה"ש 3, ובמימון-בלאו, עבודת הדוקטורט, לעיל ה"ש 4, בעמ' 114–127. אחת ממורכבויותיו של החוק היא רשימת המחלות המוגבלת שהוא קבע. כך, חרף העובדה שיש מחלות נוספות שנמצא קשר רפואי ברור בינן לבין טיפולי ההקרנות הללו, הן לא נכללו בחוק מאחר שהקשר שלהן להקרנות התגלה בתקופה מאוחרת יותר, ולא התאפשרה הוספת כל מחלה לרשימה לאחר חקיקתו. מורכבות נוספת גלומה במנגנון התביעה ובסדרי הדין. כך, התביעות מתבררות באמצעות ועדות מומחים של משרד הבריאות, אשר נטל ההוכחה שהן דורשות כבד ואינו מותאם לסיטואציה המשפטית שבה המידע הרפואי מצוי למעשה כולו בידיה של המדינה. מאידך גיסא, החוק הקל ביחס לניהול תביעה בבתי-המשפט בכך שחסך את הצורך בעיסוק בשאלות של התיישנות, הוכחת התרשלות, קשיים בהוכחת קשר סיבתי וכולי. כן ראו, למשל, פוזנר, לעיל ה"ש 56, בעמ' 44–45.

58 1' לחוק הגזות: "טיפול בהקרנה" – הקרנות שניתנו לאדם, בתקופה שמיום כ"ח בטבת התש"ו (1 בינואר 1946) עד יום י"ב בטבת התשכ"א (31 בדצמבר 1960), לצורך טיפול במחלת הגזות או לשם מניעתה, על ידי המדינה, הסוכנות היהודית, קופת חולים כהגדרתה בחוק ביטוח בריאות ממלכתי, התשנ"ד–1994, או הסדרות מדיצינית הדסה, או מטעמם, בין אם ניתנו בישראל ובין אם ניתנו מחוץ לישראל כחלק מההכנות לעליה לישראל... 'נפגע' – מי שוועדת המומחים קבעה שניתן לו טיפול בהקרנה וועדה רפואית או ועדה רפואית לעררים קבעה שלקה במחלה והוא נמצא בישראל".

59 לדיון בבעייתיות שבשם החוק ראו גם פוזנר, לעיל ה"ש 56, בעמ' 44–45.

60 ראו דיון גם במימון-בלאו אחרי המבול, לעיל ה"ש 4, בעמ' 127.

כאמור, לחוק יש חסרונות ויתרונות שונים, שדנתי בהם במחקרים אחרים ואשר אינם רלוונטיים למאמר זה. בהקשר של דיונונו אתייחס לקושי אחד עיקרי בו, והוא העובדה שבמשך שנים, עד לשנת 2009, צמצם חוק זה במידה משמעותית – ולמעשה חסם כמעט – את האפשרות להגיש תביעות נזיקיות, וזאת בהתעלם ממוחלשותה של הקבוצה ומההפליה המובנית כלפיה, ותוך הימנעות מהפנמה קטגוריאלית שלה. במה דברים אמורים?

סעיף 11 לחוק הגזות הוא סעיף **בררת תביעה**, שלפיו אם נפגע זכאי לפיצוי לפי חוק זה או לפי חוק אחר, אזי מרגע שהגיש תביעה לפי חוק זה, אין הוא יכול להגיש תביעה לפי חוק אחר, ובענייננו – לפי פקודת הנזיקין.⁶¹ צ'רקה טענה כי החוק אינו מהווה חסם מפני הגשת תביעות, אלא רק מונע כפל פיצויים.⁶² לשם אישוש טענתה היא נעזרה בפרשנות שניתנה בפסיקה מאוחרת לעניין בררת התביעה, ללא סקירת המצב ששרר בסוגיה זו במשך שנים ארוכות, עד לשנת 2009. בפועל קבעה הפסיקה באופן חוזר ונשנה, עד לשנת 2009, כי הנפגעים **מנועים** מלהגיש תביעה בנזיקין ולהביא את סיפורם לפני בית-המשפט, מכוח בררת התביעה הקבועה בסעיף 11 לחוק. בהתאם לבררת תביעה זו, מי שבחר להגיש את תביעתו מכוח חוק הגזות לא היה יכול לפנות בתביעה אזרחית לבית-המשפט, ולהפך.⁶³ בדיקת פסקי-הדין בפרשה מלמדת כי רובם המוחץ ניתנו לאחר חקיקת חוק הגזות ולקראת תחילת שנות האלפיים, ורובם ניתנו כאמור בערעורים שהוגשו לבית-הדין האזורי לעבודה על קביעותיהן של ועדות המומחים, כלומר, לא בתביעות נזיקין.⁶⁴ ממצא זה ממחיש מה רב היה כוחה של בררת התביעה כחסם מהותי בפני הגשת תביעות נזיקין לבית-המשפט.

רק בשנת 2009, בעניין **פז**, שונתה הפרשנות בכל הנוגע בבררת התביעה, ונקבע כי אם טרם נקבע פיצוי לפי חוק הגזות, ניתן להגיש תביעה לפי דיני הנזיקין.⁶⁵ קביעה זו התקבלה כחמישים עד שישים שנה לאחר ביצוע הטיפולים, כארבעים שנה לאחר הגילויים הרפואיים

61 ס' 11 לחוק הגזות: "נפגע או שאיר הזכאי לתשלום לפי חוק זה והוא זכאי גם לפיצויים לפי חוק אחר, יחולו עליו הוראות אלה: (1) לא תוגש תביעה לפי חוק זה אלא אם כן הצהיר התובע בכתב כי אין לו כל תביעה אחרת בשל העילות המנויות בחוק זה; (2) הוגשה תביעה לבית משפט בשל אחת מן העילות המנויות בחוק זה לא יהיה זכאי התובע לתשלום על פי חוק זה; (3) שולמו לתובע פיצוי, קיצבה או מענק לפי חוק זה, זכאית המדינה לנכות מתשלומים אלה כל תשלום אחר שהיא שילמה לתובע בשל העילות המנויות בחוק זה, לרבות תשלומים ששילמה המדינה לפני תחילתו של חוק זה."

62 צ'רקה, לעיל ה"ש 13.

63 בעניין זה ראו, למשל, ת"א (מחוזי י-ם) 8019/06 **פישור נ' מדינת ישראל (משרד הבריאות)**, פס' 13 לפסק-הדין (נבו 6.9.2007), שם פורט המועד הקובע לבחינת בררת התביעה – יום הגשת התביעה.

64 ראו לעיל ה"ש 53–54 והטקסט שלידן.

65 ע"א 9106/07 **מדינת ישראל – משרד הבריאות נ' פז**, פס' 9 לפסק-דינה של השופטת ארבל (נבו 6.1.2009): "לטעמי, הפרשנות הראויה לסעיף 11 לחוק הגזות היא כי כל עוד אין אדם זכאי לפיצויים לפי חוק הגזות או לפי חוק אחר בשל נזקי ההקרנות, יכול הוא לתבוע גם במסלול הנוסף. דהיינו, אם תבע אדם לפי חוק הגזות ונקבע כי הוא זכאי, אין הוא יכול לתבוע את המדינה בנזיקין בשל נזקי ההקרנות. כמו כן, אם תבע אדם בנזיקין ונפסקו לו פיצויים כלשהם, אין הוא יכול לתבוע יותר לפי חוק הגזות. מנגד, כל עוד לא נקבע שהאדם זכאי לפי אחד החוקים – אם למשל טרם התבררה תביעתו, או נדחתה תביעתו – זכאי הוא לתבוע במסלול הנוסף. פרשנות כזו אינה מאפשרת כמובן מתן פיצוי כפל בגין אותו נזק."

בדבר הקשר בין ההקרנות לנזקים, כעשרים שנה מתחילת הגשת התביעות וכחמש-עשרה שנים לאחר חקיקת החוק. בשלב זה רבים מהנפגעים כבר הלכו לעולמם, ולא לה שהיו עדיין בין החיים ספק אם נותרו תעצומות נפש ואפשרויות מימון לצאת למאבק מחודש בתביעה לבית המשפט.

אומנם, בכל הנוגע לקבוצות מוחלשות, דוגמת נפגעי הטיפול בגזזת, הפנייה לאפיק של תביעה נזיקית היא מוגבלת ממילא, וזאת, בין היתר, בשל העדר משאבים לניהול הליכים כאלה, פערי ידע,⁶⁶ ואף קשיים בשיום הפגיעה עצמה, בהאשמת המעוולים ובדרישת הפיצוי.⁶⁷ עם זאת, חסימה של נתיב זה בפני קבוצה מוחלשת ממילא – נתיב שפתוח באופן רגיל לכל נפגע בניזקין – היא בגדר התכחשות לעצם קיומה של הקבוצה.

אומנם, באפיק החקיקה הקבוצתי הסוציאלי יש יתרונות רבים, בפרט לקבוצות שנחשפו לפגיעה ייחודית, אך דווקא לקבוצה מוחלשת כמו נפגעי הטיפול בגזזת היה מקום לאפשר גישה רחבה אל כל נתיבי התביעה הנזיקיים, ולא לצמצמה מראש באמצעות חסמים כגון בררת תביעה. עצם קביעתה של בררת תביעה אף היא בגדר הכחשה והתעלמות משפטית בחוק מזהותה המזרחית של הקבוצה, אשר ממילא אפשרות הגישה שלה למשפט מוגבלת. יתרה מזו, המציאות מלמדת כי לאורך השנים אכן ניסו חלק מנפגעי הטיפול בגזזת לפנות להליך הנזיקי, חרף מוחלשותם ולמרות הקשיים המובנים בפנייה להליכים נזיקיים, אך דרכם צומצמה עד לשנת 2009 בשל בררת התביעה. זאת ועוד, סכום הפיצוי שבו זכו חברי קבוצה זו מכוח חוק הגזזת נמוך מהפיצוי שניתן מכוח חקיקה סוציאלית אחרת – למשל, החוק לפיצוי נפגעי עירוי דם (נגיף האיידס). נוסף על כך, בניגוד לנפגעי עירווי הדם שלקו באיידס, אשר זכו כולם בפיצוי, חלק מנפגעי הטיפול בגזזת לא זכו בפיצוי.⁶⁸

66 Leslie Bender, *A Lawyer's Primer on Feminist Theory and Tort*, 38 J. LEGAL EDUC. 3 (1988) Yifat Bitton, *Suspension*, בהתובענה הנזיקית ראו *Hu(w)man Rights and Torts; Discriminatory Religious Practices and Hu(w)man Rights Suspension Tactics in Remediating Feminine Suffering Through Tort Law*, 14 SEATTLE J. SOC. JUST. 669 (2016).

67 William L.F. Felstiner, Richard L. Abel & Austin Sarat, *The Emergence and Transformation of Disputes: Naming, Blaming, Claiming...*, 15 L. & SOC. REV. 631 (1980–1981).

68 הפיצוי החד-פעמי של נפגעי עירווי הדם (נוסף על הפיצוי החודשי) גבוה במידה משמעותית מזה של נפגעי הטיפול בגזזת. בפרשת הגזזת נקבע בחוק פיצוי מדורג, והפיצוי המרבי המוענק למי שנכותו 100% הוא סכום חד-פעמי של 100,000 ש"ח, לעומת 250,000 ש"ח הניתנים לנפגעי עירווי הדם (וכן לנפגעי החיסונים בהתאם לחוק ביטוח נפגעי חיסון, התש"ן-1989). חשוב מכל, כל נפגעי עירווי הדם פוצו **סמוך לפגיעתם, ועניינם הסתיים בזמן סביר וקצר**. לעומת זאת, בעניינם של נפגעי הטיפול בגזזת טרם הסתיים הדיון המשפטי – אף שחלפו יותר משישים שנה מביצוע ההקרנות, יותר מארבעים שנה מגילוי הקשר בין הטיפולים לנזקים ויותר מעשרים שנה מחקיקת החוק – והם נאלצים לכתת את רגליהם לבתי-משפט ולוועדות. על-מנת לסבר את האוזן, פרשת נפגעי עירווי הדם שחלו באיידס אירעה בשנות השמונים, ובשנת 1992, מייד עם הגילוי, חוקק החוק. לעומת זאת, נפגעי ההקרנות חיכו עשרות שנים לטיפול משפטי, וזה ניתן רק לאחר חקיקת החוק בעניינם של נפגעי עירווי הדם, ובמידה רבה נישא על גלי הצלחתו (וזאת חרף העובדה שפגיעתם של נפגעי ההקרנות קרמה עשרות שנים לפגיעתם של נפגעי עירווי הדם).

2. על פטרנליזם נזיקי והזכות לאוטונומיה בפרשת נפגעי הטיפול בגזות – בין שיח זכויות לביקורת מזרחית משלימה

החוק, כאמור, התעלם מזהותם של הנפגעים, ואף חסם בפועל אפשרות גישה ממשית בתביעות נזיקין לבתי-המשפט. אך גם כאשר כבר הגיעו תביעות נזיקיות מעטות לבתי-המשפט, התעלמו גם בתי-המשפט מזהותם של הנפגעים והתכחשו לה. במשך שנים ארוכות, עד לאחרונה, התנהלו כך בתי-המשפט לא אחת תוך העדפה ברורה של טענות המדינה, באופן פטרנליסטי, ואף תוך פגיעה בזכויות-יסוד של חברי קבוצה זו, המוחלשים ממילא.

(א) הזכות לדעת את המצב הרפואי ופטרנליזם רפואי

(1) הזכות לדעת את המצב הרפואי

יחסי רופא-חולה אינם יחסים שווי-כוחות. הידע, הכוח ומלוא המידע, לרבות לגבי האבחנה הרפואית של המטופל, מצויים בידיו של הרופא. החולה, לעומת זאת, נעדר לרוב כל ידע, מיומנות וכלים לאבחון מצבו, והוא נזקק לרופא ותלוי בו. מתוך מארג יחסים זה צומחת השאלה בדבר השיקולים השונים בשאלת זכותו של החולה לדעת את מצבו הרפואי לאשורו: מחד גיסא עולים שיקולים בעד גילוי מלוא המידע לחולה, הנובעים מכבוד האדם, החירות והאוטונומיה של כל אדם באשר הוא; מאידך גיסא עולים שיקולים נגד גילוי מלוא המידע לחולה, ביניהם החשש שמידע זה יזיק לו או לגורמים אחרים, אי-רצון של החולה עצמו לדעת את מצבו, הרצון להשאיר את ההחלטות המקצועיות בנוגע לטיפול הרפואי בידיו של הרופא ועוד.⁶⁹

חובת הגילוי כלפי החולה הוכרה כבר באמצע המאה העשרים במשפט האנגלו-אמריקאי, ואף נחשבת חלק חיוני מהסכמתו של החולה לטיפול רפואי.⁷⁰ כפי שקרק-אייל מציינת במאמרה, "חובת הגילוי כללה [כבר אז] את החובה למסור לחולה מידע על מצבו, על חשיבות הטיפול המוצע, על הסיכונים הכרוכים בטיפול ובהעדר טיפול, על הסיכויים להצלחת הטיפול, על תוצאותיו האפשריות ועל החלופות המוצעות לו".⁷¹ עם זאת, כדבריה, קיימות גישות שונות בכל הנוגע ליחסי רופא-חולה. קיימת הגישה הפטרנליסטית, שלפיה הרופא הוא בעל הסמכות הבלעדית לקבל החלטות בנוגע לטיפול בחולה, אף ללא שיתופו בתהליך קבלת ההחלטות.

69 לדיון נרחב על-אודות השיקולים השונים לכאן ולכאן ראו נילי קרקו-אייל דוקטרינת ההסכמה מודעת בחוק זכויות החולה, תשנ"ו-1996 167-19 (להלן: קרקו-אייל דוקטרינת ההסכמה מודעת). על יחסי הכוחות בין הרופא לחולה ועל השיקולים הקשורים לכל אחד מהם בהקשר של סוגיית הגילוי ראו גם ע"מ 6219/03 פלונית נ' משרד הבריאות, פ"ד נח(6) 145, 150-157 (2004) (להלן: עניין משרד הבריאות); ת"א (מחוזי חי') 814-03 אלבו נ' שרותי בריאות כללית (קופ"ח כללית), 43 (נבו 26.11.2008); ת"א (שלום ת"א) 67302/98 אליסדה נ' בית חולים אסף הרופא, 4 (נבו 16.3.2005) עמ"נ (מנהליים חי') 220/05 תורגמן נ' מדינת ישראל / משרד הרישוי (נבו 4.7.2005).

70 נילי קרקו-אייל "המשפט כאמצעי לשינוי חברתי – המקרה של דוקטרינת ההסכמה מודעת" האם המשפט חשוב? 417, 418 (דפנה הקר ונטע זיו עורכות 2010).

71 שם, בעמ' 419.

לעומתה קיימת הגישה שלפיה יש לשתף את החולה בקבלת ההחלטות. גישה זו התפתחה עם אימוצה של דוקטרינת ההסכמה מדעת במשפט האנגלו-אמריקאי, וביסודה ניצבת זכות החולה לאוטונומיה. גישה זו אומצה בישראל בשנות החמישים והשישים של המאה העשרים, ובשנת 1996 אף נחקק בישראל חוק זכויות החולה, התשנ"ו-1996, אשר עיגן את חובת הגילוי בחקיקה.⁷²

האוטונומיה של הפרט – זכותו לעצב חייו, להחליט על מעשיו ולפעול על-פי בחירתו – הינה חלק בלתי-נפרד מכבודו.⁷³ בכך נכללת גם זכותו של החולה, המוכרת על-ידי שיטת המשפט בישראל, לדעת את מצבו לאשורו.⁷⁴ החולה הוא שישא במישרין בתוצאות הטיפול הרפואי שיוחלט ליתן או לא ליתן לו, וככזה הוא זכאי להגנה גבוהה אף יותר על האוטונומיה שלו.⁷⁵ חוק זכויות החולה משקף את התפיסה בדבר האוטונומיה של הפרט, ומעניק מעמד גבוה לזכות זו.

מגמה זו, שבליבה כיבוד זכותו של אדם לפרטיות ולשלמות הגוף, באה לידי ביטוי בפסיקה, גם בזו שקדמה לחוק זכויות החולה ולחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.⁷⁶ מתוך הבנה זו, שעברה בשנים האחרונות שינוי תפיסתי, עבר אפוא מוקד ההחלטות הקליניות מהרופא אל החולה.⁷⁷

חוק זכויות החולה עיגן בחקיקה את אחת מזכויות-היסוד של החולה, הנובעת מהאוטונומיה שלו כפרט – זכותו להחליט מדעת אם להסכים לטיפול המוצע לו אם לאו. משכך נגזרה והוטלה על הרופא החובה לחשוף לפני המטופל את האבחנה של מצבו הרפואי, ולמסור לו פירוט מלא של הטיפול ותהליכיו ושל הסיכונים והסיכויים הכרוכים בהם.⁷⁸ החוק

72 שם, בעמ' 421-422, 427-430. כן ראו קרקו-אייל **דוקטרינת ההסכמה מדעת**, לעיל ה"ש 69, בעמ' 259-329 (בעיקר 272-280).

73 יוסי גרין **משפט רפואה – יחסי חולה-רופא** 228-229 (2003); בג"ץ 7357/95 **ברקי פטה המפריס (ישראל) בע"מ נ' מדינת ישראל**, פ"ד נ(2) 769 (1996). האוטונומיה כוללת גם את הזכות שיניחו לו לנפשו: בג"ץ 2481/93 **דיין נ' מפקד מחוז ירושלים**, פ"ד מח(2) 456, 470-472 (1994); ע"א 2781/93 **דעקה נ' בית החולים "כרמל" חיפה**, פ"ד נג(4) 526, 571-574 (1999).

74 קרקו-אייל **דוקטרינת ההסכמה מדעת**, לעיל ה"ש 69, בעמ' 35; עניין **דעקה**, לעיל ה"ש 73; עניין **ראובן 2006**, לעיל ה"ש 36; חוק זכויות החולה.

75 גרין, לעיל ה"ש 73, בעמ' 229.

76 שם, בעמ' 227; בג"ץ 355/79 **קטלן נ' שירות בתי הסוהר**, פ"ד לד(3) 294 (1980); ע"א 548/78 **פלונית נ' פלוני**, פ"ד לה(1) 736 (1980).

77 גרין, לעיל ה"ש 73, בעמ' 229.

78 ס' 13 ו-18 לחוק זכויות החולה. ס' 13 לחוק קובע: "הסכמה מדעת לטיפול רפואי – 13. (א) לא יינתן טיפול רפואי למטופל אלא אם כן נתן לכך המטופל הסכמה מדעת לפי הוראות פרק זה. (ב) לשם קבלת הסכמה מדעת, ימסור המטופל למטופל מידע רפואי הדרוש לו, באורח סביר, כדי לאפשר לו להחליט אם להסכים לטיפול המוצע; לענין זה, "מידע רפואי", לרבות – (1) האבחנה (הדיאגנוזה) והסכנות (הפרוגנוזה) של מצבו הרפואי של המטופל; (2) תיאור המהות, ההליך, המטרה, התועלת הצפויה והסיכויים של הטיפול המוצע; (3) הסיכונים הכרוכים בטיפול המוצע, לרבות תופעות לוואי, כאב ואי נוחות; (4) סיכויים וסיכונים של טיפולים רפואיים חלופיים או של העדר טיפול רפואי; (5) עובדת היות הטיפול בעל אופי חדשני. (ג) המטפל ימסור למטופל את המידע הרפואי, בשלב מוקדם ככל האפשר, ובאופן שיאפשר למטופל מידה מרבית של הבנת המידע לשם קבלת החלטה בדרך של בחירה מרצון ואי תלות. (ד) על אף הוראות סעיף קטן (ב),

עיגן למעשה בחקיקה את חובת הגילוי שהייתה כבר קיימת עוד קודם לכן.⁷⁹ חובת הגילוי חלה הן על שלב האבחון של המחלה והן על הטיפול המוצע, סיכוניו וסיכוייו, קיומן של חלופות טיפוליות וכולי. לחולה יש זכות לקבל מידע על-אודות מצבו. הרופא מחזיק במידע זה בנאמנות בעבור החולה, כל פעולותיו של הרופא אמורות להיות שקופות לחולה, ובכך בעצם נשמרת האוטונומיה של החולה.⁸⁰

(2) פטרנליזם רפואי

ככלל, רק במקרים חריגים, המנויים בחוק, רופא יכול להימנע מלחשוף מידע רפואי לפני החולה, והחלטתו זו תעמוד לביקורת של ועדת אתיקה רפואית.⁸¹ עם זאת, קיימות טענות התומכות באי-הגילוי מטעמים שונים, ביניהם הצורך להגן על החולה מפני עצמו, מחמת החשש שהמידע שיימסר לו עלול לפגוע בבריאותו ולסכן את חייו. הדברים נטענים בעיקר בנוגע ללוקים בנפשם (בתוספת טיעונים בדבר הצורך להגן גם על שלום הציבור ועל בטחונו).⁸²

אומנם, קיימת גישה שלפיה מוצדק לעיתים לנקוט גישה פטרנליסטית ולפגוע באוטונומיה של הפרט, כחלק מהצורך לקדם את טובת הכלל.⁸³ תומכי גישה זו אף הגדירו לאורך השנים שורה של שיקולים המצדיקים התערבות פטרנליסטית בבריאות הציבור.⁸⁴ אלא ששיקולים אלו מכונים למצבים שבהם אי-ההתערבות תגרום פגיעה רחבה בציבור בכללותו, כגון מצב שבו קיים סיכון ממשי להתפרצותה של מחלה – למשל, כתוצאה מטרור ביולוגי או מגורם זיהומי –

רשאי המטפל להימנע ממסירת מידע רפואי מסויים למטופל, הנוגע למצבו הרפואי, אם אישרה ועדת אתיקה כי מסירתו עלולה לגרום נזק חמור לבריאותו הגופנית או הנפשית של המטופל". כן ראו אמנון כרמי **בריאות ומשפט** 1060 (2003).

79 קרקו-אייל **דוקטרינת ההסכמה מודעת**, לעיל ה"ש 69, בעמ' 329–330.

80 עניין **משרד הבריאות**, לעיל ה"ש 69, בעמ' 150: "האדם, על דרך העיקרון, אדון הוא לגופו ולנפשו, וזיקתו הבלתי אמצעית לגופו ולנפשו מזכה אותו לכאורה בקבלת מידע על אודות גופו ונפשו. מידע שרופא מחזיק בו בעניינו של חולה ומטופל, מחזיק הוא בו בנאמנות עבור החולה והמטופל, ונדרש מכאן – שוב: לכאורה – כי מידע זה יעמוד לרשות החולה והמטופל, לבקשתם כך באשר למידע וכך באשר לכל פעילויותיו של רופא ביחס לחולה ולמטופל – פעילויות האמורות להיות שקופות לחולה ולמטופל. על דרך זו נשמרת האוטונומיה של החולה והמטופל; זוכה להגנה זכותם של אלה על גופם ועל נפשם; נשמר להם אף חופש הבחירה המושכלת לאשר ייעשה בהם – בגופם ובנפשם – ומה הליכי מרפא יינקטו לגביהם".

81 ס' 13(ד), 18(ג) לחוק זכויות החולה. לדיון נרחב בזכות החולה לדעת ראו עניין **ראובן 2006**, לעיל ה"ש 36, פס' 9–10 לפסק-הדין.

82 עניין **משרד הבריאות**, לעיל ה"ש 69, בעמ' 151–152.

83 David R. Buchanan, *Autonomy, Paternalism, and Justice: Ethical Priorities in Public Health*, 98 AM J. PUB. HEALTH 15 (2008). לדיון נוסף בפטרנליזם, הכולל הצדקות שונות לפטרנליזם וביקורת עליו, ראו קרקו-אייל **דוקטרינת ההסכמה מודעת**, לעיל ה"ש 69, בעמ' 93–102.

84 Buchanan, לעיל ה"ש 83, בעמ' 16; James F. Childress et al., *Public Health Ethics: Mapping the Terrain*, 30 J. LAW, MEDICINE & ETHICS 170 (2002); Lawrence O. Gostin et al., *The Model State Emergency Health Powers Act: Planning for and Response to Bioterrorism and Naturally Occurring Infectious Diseases*, 288 JAMA 622 (2002).

העוולה לגרום בהסתברות גבוהה נזק משמעותי.⁸⁵ דיון מרתק בדבר האיזון הנדרש בהקשרים אלו בין גישה פטרנליסטית לבין גישה המכבדת את האוטונומיה של הפרט בכל הנוגע במדיניות בריאות הציבור מתקיים ברחבי העולם ואף בישראל בתקופה שבה נכתב המאמר, עם פרוץ מגפת הקורונה (COVID-19).

כפי שטוען דייוויד ביוקנן במחקרו העוסק באוטונומיה, פטרנליזם וצדק, פעמים רבות ננקט פטרנליזם מחמת השאיפה למנוע התנהגויות לא-בריאות, כגון איסור עישון במקומות מסוימים, העלאת מיסוי על מוצרים הפוגעים בבריאות ועוד.⁸⁶ אלא שלטענתו, בכל הנוגע בהצדקות לנקיטת פטרנליזם יש לתת מקום לעקרונות הצדק. כך, למשל, נמצא שיש קשר ישיר בין התנהגויות לא-בריאות לבין עוני,⁸⁷ והתערבות פטרנליסטית ללא הבנה של ממצא זה תהיה עיוורת למציאות. לכן במצב דברים כגון זה, על-מנת להשיג שוויון בריאותי לקבוצות שונות, ובעצם לכלל האוכלוסייה, יש למגר קודם את אי-השוויון החברתי: "because there is sufficiently plausible evidence linking health inequalities to social inequalities, to achieve equality in health, social inequalities must be eliminated"⁸⁸.

מתוך הבנה זו ברור שפטרנליזם המבוסס על מוחלשות קבוצתיות או זהות אתנית הוא פסול, ואינו אמור להוות חלק ממערך השיקולים של בתי-המשפט והרשויות להצדקתו. יתר על כן, נקיטת פטרנליזם ללא הבנת אי-השוויון החברתי של קבוצות שונות, ובענייננו של קבוצת נפגעי הקרנות הגזות, חוטאת למציאות ויוצרת אי-צדק. הדברים אף מקבלים משנה תוקף בהינתן שהבעיות הרפואיות שנגרמו למוקרני הגזות לא נגרמו באשמתם, כי אם מחמת הטיפול שניתן להם על-ידי המדינה ורשויותיה, אשר בהמשך (כפי שיפורט) אף הפרו את חובת היידוע שלהן כלפיהם. כך, למשל, אם חקיקה שמטרתה למגר שימוש בסמים מתעלמת מהקשר שבין עוני ומוחלשות חברתית לבין התנהגות לא-בריאה זו, אזי היא יוצרת אי-צדק. חלף הנהגת חקיקה כזו אולי היה מוטב ראשית לטפל באי-השוויון החברתי, וכך להביא לידי הפחתה בכחירה בהתנהגות הלא-בריאה. בענייננו, פסיקה פטרנליסטית המתעלמת מהקשר שבין עוני ומוחלשות חברתית לבין מצב רפואי ירוד יוצרת אי-צדק, והיה מוטב ראשית לפתור את בעיית אי-השוויון החברתי של קבוצה זו.

כפי שכבר צויין, כ-8% מפסקי-הדין שניתנו בפרשה עסקו בתביעות נזיקין על-פי דיני הנזיקין המסורתיים. בתחילה, עד שנת 2009, כל תביעות הנזיקין בפרשה שניתנו בהם פסקי-דין נדחו מטעמים שונים: אי-הוכחת התרשלות,⁸⁹ התיישנות⁹⁰ ובררת תביעה.⁹¹ תביעות אלו נסבו

85 Buchanan, לעיל ה"ש 83, בעמ' 16.

86 שם, בעמ' 16-17.

87 ראו גם Michael Marmot et al., *Social Inequalities in Health: Next Questions and Converging Evidence*, 44 Soc. Sci. & Med. 901 (1997).

88 Buchanan, לעיל ה"ש 83, בעמ' 18.

89 ת"א (מחוזי י-ם) 350/92 דהאן נ' קופת חולים של ההסתדרות הכללית (נבו 9.9.1996).

90 ת"א (מחוזי ת"א) 1443/90 לבאו נ' מדינת ישראל – משרד הבריאות (נבו 1.1.1994); עניין תורג'מן, לעיל ה"ש 48. אלה גם שני פסקי-הדין הראשונים שניתנו בעניין נפגעי הגזות.

91 ת"א (מחוזי י-ם) 2023/00 עמר נ' הסוכנות היהודית לא"י (נבו 5.3.2001); ת"א (מחוזי חי') 8240/03 סקירה נ' מגדל חברה לביטוח בע"מ (נבו 4.4.2005); עניין פישר, לעיל ה"ש 63. לדיון בסוגיית בררת התביעה ולחידוש האחרון בנושא זה ראו עניין פז, לעיל ה"ש 65.

בעיקר סביב שתי עילות: (1) רשלנות בעצם מתן הטיפולים; (2) רשלנות באי-יידועם של המוקרנים כי הם משתייכים לקבוצת סיכון ובאי-ביצוע הטיפולים הנדרשים, בשעה שהסכנות בגין טיפולי ההקרנות כבר היו ידועות.

באשר לעילה הראשונה, בתי-המשפט קבעו באופן עקיב כי המדינה לא התרשלה בעצם מתן הטיפולים, וכי הטיפולים שניתנו על-ידי המדינה באותה עת היו הטיפולים המקובלים בעולם כולו. כל תביעה שהוגשה בעילה זו נדחתה.⁹²

באשר לעילה השנייה, כפי שאדגים, בתי-המשפט התקשו במשך זמן רב להטיל אחריות על המדינה בגין הפרת חובתה ליידע את קבוצת המוקרנים ולפעול למענה, וזאת בשעה שההשלכות של הטיפולים כבר היו ידועות. הפרדה שנעשתה בשנת 2006 בעניין **ראובן** בין החובה ליידע את המטופלים כי הם משתייכים לקבוצת סיכון לבין החובה לבצע טיפולים ובדיקות מוקדמות לקבוצה זו הולידה לראשונה הכרה בזכויותיהם של נפגעי הטיפול בגזת והטלת אחריות על המדינה.⁹³ כך, בית-המשפט קבע לראשונה כי היה באחריותה של המדינה להודיע לנפגעים כי הם משתייכים לקבוצת סיכון. עם זאת, הוא דחה את הטענה בדבר חובת המדינה לערוך בדיקות לקבוצה זו. כפי שסקרתי במחקר אחר, מרגע שהתקבלה תביעה זו בעילת חובת היידוע החלה התעוררות בפרשה והוגשו מאות תביעות באותה עילה,⁹⁴ שחלקן עודן תלויות ועומדות.⁹⁵ עם זאת, עד כה נדחו רוב התביעות הנזיקיות שהוגשו. הנה כי כן, ההכרעה בעניין **ראובן** הייתה בבחינת פסיקה מנחה, אך לא מחייבת.

הפסיקה הנזיקית המחייבת והמכוננת בפרשה ניתנה לראשונה על-ידי בית-המשפט העליון בשנת 2015 בעניין **איבי**.⁹⁶ בפסק-דין זה נקבע, בין היתר, כי בפסקי-הדין הנזיקיים נקטו בתי-המשפט לאורך השנים, עד לעת האחרונה, קו פטרנליסטי בכל הנוגע בזכותם האוטונומית של הנפגעים לדעת מה מצבם, ובתוך כך נתנו ייפוי-כוח מוחלט למדינה בסוגיה, מתוך הנחה שהיא היודעת מה טוב לנפגעים. כך הם עשו, קבע בית-המשפט העליון, תוך התעלמות מהאוטונומיה

92 בהקשר זה ראוי לציין כי במשך השנים נשמעו טענות בנוגע לעצם מתן הטיפולים, ולא אחת נטען כי כבר באותן תקופות ידעו כי מדובר בטיפולים מסוכנים וכי היו חלופות מסוכנות פחות. ראו **ילדי הגזות**, לעיל ה"ש 17; "מעברות" פרק שני, לעיל ה"ש 38; בני נוריאלי "פרשת הגזות" – לא רק עניין ישראלי, עניין של עליונות לבנה" **הארץ** (26.11.2018) <https://bit.ly/3N8aUQU>.

93 בעילת אי-היידוע. ראו עניין **ראובן 2006**, לעיל ה"ש 36.

94 ראו ת"א (מחוזי י-ם) 8019/06 **פישר נ' מדינת ישראל – משרד הבריאות** (נבו 18.8.2013): "התביעות שלפני (שהן חלק מקבוצה של כ-60 תביעות המתבררות בבית משפט זה), ותביעות רבות אחרות שמתבררות בבתי משפט שונים ברחבי הארץ (לטענת המדינה מדובר ב-250 הליכים משפטיים), נשענות על עילת תביעה שונה – והיא הפרת חובתה של המדינה להביא לידיעת ציבור המוקרנים כי הם משתייכים לקבוצה החשופה לסיכון מוגבר לחלות באחת המחלות שזכרו לעיל. הטלתה של חובה זו – 'חובת היידוע' – יוצאת מנקודת מוצא ולפיה המדינה הייתה מודעת לכך שמוקרני הגזות חשופים לסיכון מוגבר לחלות במחלות בשל ההקרנה, אך נמנעה מלהביא את המידע על כך לידיעתם, עם קבלת המידע או מיד לאחר מכן. זה אפוא המסד שעליו נבנה המבנה כולו".

95 כן ראו ת"א (מחוזי י-ם) 3019-09 **שון נ' מדינת ישראל משרד הבריאות** (נבו 15.12.2011). עם זאת, גם כאשר כבר התאפשר שימוש בעילה בנזיקין בפרשה, נקלעו המוקרנים להתיישנות.

96 עניין **איבי**, להלן ה"ש 136.

של החולה, שהיא זכות בעלת מעמד חוקתי.⁹⁷ כפי שאפרט בהמשך, פסק-דין זה ראה את הפרת חובת היידוע כלפי המטופלים כמזכה אותם בפיצוי בגין ראש-זנק עצמאי של פגיעה באוטונומיה – זכות שהוכרה כזכות-יסוד בעלת מעמד חוקתי.

בפסק-דין זה יש קפיצת מדרגה משמעותית המדגישה את השינוי שחל בשיח הזכויות (של החולה). אכן, ניתן לטעון כי סוף-סוף שונה השיח הפטרנליסטי שאפיין את הפסיקות הקודמות במקרים אלו, ויש דיון מאוזן בהיבט המינוחי הנזיקי בפרשה זו, אשר מקדם את שיח הזכויות של קבוצת חולים מוחלשת זו, ומפנים את השינוי הנדרש בכל הנוגע לזכויות החולה, ובכלל זה מכיר בזכות הפרט לדעת מה מצבו כזכות בעלת מעמד חוקתי. עם זאת, מזווית-הראייה של הביקורת המזרחית, המהלך לא הושלם. אומנם, בית-המשפט הקשיב לטענות הנזיקיות של הנפגעים, ולא אימץ אוטומטית את עמדת המדינה (כפי שעשה בעבר), אך גם בפסק-דין מתקדם זה התעלם בית-המשפט מזהות הנפגעים המזרחית (וממילא ממוחלשותם), והתעלמות זו כשלעצמה היא פטרנליסטית ומנציחה את אי-השוויון. מנקודת-מבט זו, על-מנת לאפשר שוויון אמיתי, היה על בית-המשפט ללכת צעד אחד נוסף קדימה, ולהתייחס לדיון לא כאל סוגיה נזיקית או אפילו חוקתית טהורה של פגיעה בזכויות החולה, אלא כאל סוגיה הקשורה לזהותם הקטגוריאלי של הנפגעים, כלומר להיותם מזרחים, ולמשמעות הדבר.

רק הסתכלות מדויקת זו באשר לזהות המזרחית של הנפגעים תוביל לשוויון אמיתי. למשל, בכל הנוגע ליידוע, אין די בחובת יידוע כללית, אלא יש לוודא כי חובה זו מותאמת לזהותו המזרחית של הנפגע ומעוצבת מתוך הכרת קשייו. כך, למשל, יש להיבט מוסדות רפואיים לפנות ביוזמתם אל חברי קבוצה זו ולספק להם הסברים מוגשים, במידת הצורך בשפת-האם שלהם. הבנת זהותו המזרחית של הנפגע צריכה להוביל גם לחיוב המדינה בעריכת בדיקות סקר מוקדמות (חובה אשר עד היום לא הוכרה בפסיקה). מאידך גיסא, בהימנעו מעיסוק בקבוצה, הטיל בית-המשפט דווקא חובת יידוע רחבה מדי על רופאים, כפי שיפורט.

בחלקים הבאים אבקש לסקור ולנתח את הפסיקה הנזיקית המרכזית שניתנה בעניינם של הנפגעים מהטיפול בגזות במשקפיים כפולים – של יחסי מטפלים-מטופלים ושל היחסים בין הממסד הרפואי לבין קבוצת נפגעי הטיפול בגזות (מזרחים). את ההיבט השני אבקש לבחון באספקלריית הביקורת המזרחית המוצעת במודל של ביטון, דהיינו, תוך התמקדות בהתעלמותה של פסיקה זו מזהות הנפגעים וממוחלשותה של הקבוצה – ילדים מזרחים עולים חדשים, יושבי מעברות, ממעמד חברתי-כלכלי נמוך, אשר חלקם קיבלו את הטיפולים בגיל צעיר מאוד, ואשר גם כיום משתייכים לקבוצה מודרת ומוחלשת. התעלמות זו מאפיינת את כל הפסיקות, החל בפסיקה הראשונה, הפטרנליסטית, שהתעלמה באופן בוטה מזהותם של הנפגעים ומזכויותיהם כחולים; המשך בפסיקה המנחה בעניין **ראובן**, אשר עשתה קפיצת מדרגה משמעותית בהיבט הנזיקי, בדמות הכרה בחובת היידוע של המדינה כלפי החולים, אך התעלמה עדיין מזהותם הקטגוריאלי של הנפגעים; וכלה בפסיקה המחייבת האחרונה והמהפכנית של בית-המשפט, בעניין **איבי**, אשר עשתה קפיצת מדרגה משמעותית ברמת שיח

97 ראו, למשל, עניין **ראובן 2006**, לעיל ה"ש 36, פס' 22–23 לפסק-הדין; ע"א 4275/10 **מולהי נ' מדינת ישראל – משרד הבריאות**, 16–17 (נבו 22.2.2012); ת"א (מחוזי נצ') 714/09 **פלוגית נ' משרד הבריאות**, 40–47 (נבו 1.1.2013).

הזכויות, בקובעה ראש-נזק ייחודי נזיקי של פגיעה באוטונומיה בגין אי-ידוע קבוצת הנפגעים, אך סירבה עדיין להתייחס להשתייכות הקטגוריאלי של הנפגעים.

(ב) פסיקה מוקדמת

(1) עניין תורג'מן⁹⁸

תורג'מן הגיש תביעה בגין נזקי גוף שנגרמו לו, לטענתו, באשמתן של הסוכנות, המדינה וקופת-חולים של ההסתדרות, עקב טיפולי ההקרנות שקיבל. לטענתו, הוא לא חלה כלל בגזת, ולמרות זאת נלקח לטיפול. בית-המשפט דן במסגרת תיק זה בסוגיות שונות. הוא קבע כי באופן לא-ראוי העלה התובע את טענותיו כלפי כל הנתבעות יחד, ולא ביחס לכל אחת בנפרד. בקביעתו זו התעלם בית-המשפט מזהותו של הנפגע, אשר בעת הפגיעה היה ילד עולה מזרחי בן עשר שלא היה מצוי ברזי דיני הנזיקין ולכן לא שאל את המטפל אם הוא נשלח מטעם הסוכנות או על-ידי מדינת-ישראל או קופת-חולים כללית.

ביחס לטענות ההתיישנות שהועלו כלפי התובע בחן בית-המשפט את שאלת מועד גילוי הנזק, ובחר כאמור להטיל את האחריות לגילוי הקשר הסיבתי על הנפגע, וזאת אף שהמעולות הנטענות לא טרחו ליידע את הנפגעים, ובכלל זה את התובע תורג'מן, כי הם משתייכים לקבוצת סיכון. בית-המשפט קבע כי הפרסומים הרפואיים על-אודות הקשר הסיבתי בין הטיפולים מהסוג שהנפגע קיבל לבין תחלואות שונות היו כבר ידועים במועד שבו הוא חלה, ולכן אילו בירר הנפגע מה גרם למחלתו, הוא היה יכול לדעת כבר אז על-אודות הקשר הסיבתי בין טיפול ההקרנות שקיבל לבין התפתחות הגידול.⁹⁹ דהיינו, בית המשפט הטיל את האחריות לרכישת הידע הרפואי בדבר הקשר בין ההקרנות למחלות על החולה עצמו. בכך התעלם בית-המשפט באופן בוטה מזהותו של הנפגע. הידיעה על-אודות מחקרים רפואיים צריכה להיות מיוחסת דווקא למעוולות (ביניהן רשויות הבריאות המרכזיות בישראל), ולא לנפגע, שהיה ילד עולה חדש בעת קבלת הטיפולים, הדיוט, אשר נוסף על כל זה השתייך לקבוצה מוחלשת. המדיניות של משרד הבריאות – אשר בפסיקה האחרונה שניתנה בעניין איבי (שעל-אודותיה אפרט בהמשך) כונתה "פטרנליסטית" – התעלמה מזכויותיו של הנפגע כחולה במישור הנזיקי, דהיינו, מן העובדה שהנפגע משתייך לקבוצה ייחודית שחשופה לסיכון מוגבר לחלות במחלות מסוימות כתוצאה מטיפול שנתנה לה המדינה. יותר מכך, בפסק-דין זה בית-המשפט מתעלם לחלוטין מזהות הנפגע, ועיוור לנסיבות ולזהות המזרחית הספציפית המוחלשת של הנפגע.

(2) עניין דהאן¹⁰⁰

פסק-דין דהאן איחד דיון בתביעות אחדות שהגישו כמה נפגעים לבית-המשפט המחוזי בירושלים בגין נזקי הטיפול בקרינה שניתן להם בעת עלייתם ארצה. בכל הנוגע בסוגיית החובה

98 עניין תורג'מן, לעיל ה"ש 48.

99 שם, בעמ' 9.

100 עניין דהאן, לעיל ה"ש 89.

ליידע את הנפגעים בדבר מצבם, קבע השופט זילר כי היה מוטב לנפגעים ללא גילוי מוקדם, שכן גילוי כזה היה רק מעיב עליהם (בהעדרו של טיפול אפקטיבי). כפי שקבע בית-המשפט, קיים חיסרון בחשיפה המוקדמת, והוא הידיעה על קינון המחלה, שמשחקת לרעת החולה, מאחר שהיא מכתיבה מהלכים רפואיים שאלמלא הידיעה לא היו נעשים, ואשר עשייתם הייתה עלולה לפעול דווקא לרעתו. נוסף על כך נקבע כי ממילא הבדיקה הרלוונטית לגילוי היא בדיקת ה-CT, ולנוכח מספרם הגדול של מוקרני הגזות אל מול מספר מכונות ה-CT שהיו בארץ באותה עת, לא היה זה הגיוני לאפשר דווקא להם את הבדיקה תוך העדפתם על כלל האוכלוסייה.

בקביעות פטרנליסטיות אלו התעלם בית-המשפט לחלוטין מזכויותיו של החולה, ועל אחת כמה וכמה ממוחלשותה של הקבוצה הספציפית. ההבנה כי מדובר במספר גדול של אנשים שהפגיעה בהם נגרמה על-ידי המדינה ואשר מצויים עקב כך בסיכון גבוה במיוחד לחלות במחלות שונות, לצד העובדה שמדובר בקבוצה מוחלשת, הייתה צריכה להוביל דווקא לתוצאה משפטית הפוכה. אלא שבית-המשפט לא התחשב בנסיבות הספציפיות של הנפגעים ובזהותם, ובעובדה שהם מצויים בסיכון מוגבר במיוחד לתחלואות שונות, מקום שנדמה כי היה ראוי לעשות כן. לנוכח זאת ניתן להבין את התגברות תחושות הניכור וההפליה בקרב קבוצת הנפגעים. התפיסה כי לא כדאי לו לפרט לדעת את מצבו הרע משתלבת עם טענות הקבוצה לאורך כל הדרך כי עצם ביצוע הטיפולים בהם היה חלק מתהליך הפליה שנבע מזהותם האתנית, וכי גם המשך הטיפול בהם היה מתנשא ומפלה.

אילו הובאה בחשבון זהות הנפגעים, היה בית-המשפט מבין כי היה בהחלט מקום ליידע אותם בדבר הסיכון המוגבר, לספק להם הסבר מפורט על השתייכותם לקבוצת הסיכון ומשמעותה ועל דרכי הטיפול, ולתת להם דווקא זכות בחירה מוגברת. זאת, בפרט לנוכח העובדה שנשללה מהם זכות הבחירה בנוגע לעצם מתן הטיפולים. נוסף על כך, מתוך יישום הגישה שהוצגה בתחילת פרק זה, היה ראוי בהחלט שהפנמת פגיעותה של קבוצה זו תוביל להעדפתה על האוכלוסייה הכללית בקבלת טיפולים, בפרט לנוכח העובדה שהסיכון המוגבר לתחלואה בקרבה נגרם מטיפולים שניתנו על-ידי המדינה.

(ג) נקודת המפנה בסוגיית חובת היידוע – פרשת ראובן¹⁰¹

תיק זה, על גלגוליו, עבר שינויים פסיקטיים רבים ביותר, והיווה נקודת מפנה, שכן באחד משלבי הכיר בית-המשפט בכך שהמדינה הייתה חייבת ליידע את הנפגעים כי הם משתייכים לקבוצת סיכון (חובת היידוע) ושהיא הפרה את חובתה זו כלפיהם. פסק-הדין הראשון בתיק זה קבע כי התובעת לא עברה כלל טיפול הקרנות, ואילו פסק-הדין הסופי בו, שניתן בעקבות שורה של ערעורים, פסק לתובעת פיצויים, לאחר הקביעה כי המדינה הפרה את חובת היידוע כלפי התובעת.

101 לדיון בפרשת ראובן ראו גם מימון-בלאו, עבודת הדוקטורט, לעיל ה"ש 4, אשר חלק מהדיון שנערך בה מובא גם כאן.

בתמצית, תיק זה עסק בתביעתה של ראובן, שטענה כי בהיותה בת שנה עברה טיפולי הקרנות על-ידי המדינה, וכי ברבות הימים גרמו לה טיפולים אלו לגידולים מוחיים מסוג מנינגיומה.¹⁰² ראובן העלתה כנגד המדינה טענות שונות, ובלבין שהמדינה התרשלה בשלושה: בהקרנות; בכך שלא יידעה אותה כי היא משתייכת לקבוצת סיכון; וכן במעקב ובטיפול שנדרשו לאחר-מכן, בשעה שסיכוני הטיפולים כבר היו ידועים למדינה.

פסק-הדין הראשון שניתן בפרשה (בשנת 2004)¹⁰³ התמקד בשאלה אם התובעת קיבלה בכלל טיפולי הקרנות. בית-המשפט קבע כי זו לא קיבלה טיפולי הקרנות, בהסתמכו על הרישומים ב"קובץ מודן", שנערכו לא בזמן-אמת, אלא עשרות שנים לאחר ביצוע הטיפולים לצורך מחקר שערך פרופ' ברוך מודן, ואשר בהם צוין כי התובעת הייתה בקבוצת ביקורת. בית-המשפט קבע זאת חרף עדותה של אָם התובעת כי החזיקה אותה תחת מכונות ההקרנה, וחרף העובדה שהגידול שהופיע אצל התובעת היה מהסוג הנפוץ המופיע אצל קבוצת מוקרני הגזות. בית-המשפט התעלם מזהותה של הנפגעת כמי שמשתייכת לקבוצת זהות מוחלשת, ומכך שהטיפולים הנטענים נעשו לפני עשרות שנים (בשנת 1955), בהיותה בת שנה. יתר על כן, מוחלשתה עמדה לתובעת לרועץ. דהיינו, בית-המשפט בחר להעדיף את ראיית המדינה – תצהיר מאוחר של מנהל המרכז הארצי לגזות בנוגע לרישום ב"קובץ מודן", ללא תימוכין מפי עורך הקובץ¹⁰⁴ – על עדות מגוף ראשון של אָם התובעת על כך שהחזיקה את התובעת בטיפולי ההקרנות. כפי שעולה מפסק-הדין, בית-המשפט אומר כי הוא אינו מתעלם מעדות האם, אך בפועל הוא התעלם:

אינני מתעלם מעדות אמה של התובעת, שסיפרה כי החזיקה את התובעת על ידיה בעת שקיבלה את ההקרנות. יחד עם זאת, יתכן מאוד, כי לא ניתנו הקרנות כלשהן, אלא היה הדבר חלק מהיות התובעת בקבוצת הביקורת. כמובן שלתובעת עצמה אין מושג או ידע או זיכרון כי קיבלה הקרנות, ודבריה בענין זה נמסכים [צ"ל נסמכים], גם לגרסתה, על מה שנאמר לה על ידי אחרים.¹⁰⁵

בכך בחר בית-המשפט, לא בצדק, לתת מעמד יתר לראיית המדינה. רוצה לומר, בעיניו האם (המוחלשת) אינה יודעת למעשה מה היא ראתה במו עיניה, אבל רישום של המדינה, שאין כל עדות ישירה בדבר עריכתו ונכונותו, הוא אמין ומדויק. זאת, כמובן, בהתעלם מהעובדה שיכולה בהחלט ליפול טעות ברישום, בפרט בקובץ שמכיל רישומים כה מרובים שנעשו זמן רב כל-כך לאחר הטיפולים. נוסף על כך, את העדרם של מסמכים רפואיים שהיו אמורים להימצא בידי מי מהנתבעות משנת ההקרנות (1955) זקף בית-המשפט לרעתה של התובעת. חיזוק לעדותה של האם מתקבל כאמור מן העובדה שהגידול שהתפתח אצל התובעת הוא בדיוק מן הסוג הנפוץ ביותר שנגרם כתוצאה מהקרנות, אך בית-המשפט התעלם גם מכך.

102 גידולים מסוג זה מופיעים באופן מוגבר אצל מוקרני הגזות.

103 ת"א (שלום י-ם) 2004/01 **ראובן נ' מדינת ישראל – משרד הבריאות** (נבו 28.3.2004) (להלן: עניין **ראובן 2004**).

104 פרופ' מודן כבר לא היה בין החיים באותה עת.

105 עניין **ראובן 2004**, לעיל ה"ש 103, פס' 21 לפסק-הדין.

על פסק־דין זה נמתחה ביקורת בערעור שהוגש עליו לבית־המשפט המחוזי (ואשר נפסק בו בשנת 2005).¹⁰⁶ הדיון בערעור התמקד רק בשאלה אם המערערת עברה טיפולי הקרנות אם לאו. בית־המשפט המחוזי הפך את קביעתה של ערכאה קמא, בקובעו כי זו ייחסה לרישומים של "קובץ מודן" יותר מכפי שיש בהם, בפרט בכל הנוגע בקבוצות הביקורת, שכן קבוצות הביקורת הוגדרו בעת מחקרו של מודן, שנים לאחר הטיפולים, ולא בזמן מתן הטיפולים עצמם.¹⁰⁷ מבחינה עובדתית, התעלמותו של בית־משפט השלום מעדותה של האם, אשר העידה כי החזיקה את התובעת כאשר קיבלה טיפולים, לא הייתה במקומה. קבוצות הביקורת לא הוגדרו בזמן־אמת, אלא רק שנים לאחר הטיפולים לצורכי מחקרו של פרופ' מודן. המדינה לא הגישה כל עדות ישירה באשר למתכונת עריכת קבוצות הביקורת שבדוח.¹⁰⁸ משכך לעדותה של האם כי החזיקה את בתה על־מנת שתקבל טיפולים יש רק משמעות אחת – היא מעידה על מתן טיפולים, ולא על שום דבר אחר. בית־המשפט של ערעור אף תמה על התעלמותו של בית־משפט קמא מעדותה של אִם המערערת, בפרט לנוכח העובדה כאמור שהמערערת חלתה בגידול האופייני למוקרני גזת.¹⁰⁹ בעמדת בית־המשפט המחוזי ניכרת ראשיתה של "בשלות" להכרה בייחודיותם של נפגעי הטיפול בגזת. עם זאת, בעיני הביקורת המזרחית גם בכך אין די – יש בכך אולי הפנמה של היותם חולים נושאי זכויות, אך אין עדיין הפנמה של זהותם המזרחית, הקטגוריאליה.

משנחצתה המשוכה הראשונה בשאלה אם התובעת עברה בכלל טיפולי הקרנות אם לאו, הושב התיק לערכאה קמא (בית־משפט השלום) להמשך דיון (2005). הפעם התמקדה הבחינה בשאלה אם הנתבעת הפרה את חובתה ליידע את המטופלים כי הם משתייכים לקבוצת סיכון, בשעה שסיכוני הטיפולים כבר היו ידועים.¹¹⁰ בכל הנוגע בסוגיית היידוע טענה ראובן כי במשך שנים ידעו הנתבעות על דבר הקשר הברור בין תחלואות שונות לבין טיפולי ההקרנות, וחרף זאת לא עדכנו את המטופלים בדבר סיכון זה ובדבר הצורך לפנות לייעוץ ולבדיקות, ובכך

106 ע"א (מחוזי י-ם) 5377/04 ראובן נ' מדינת ישראל (נבו 9.1.2005) (עניין ראובן 2005 במחוזי).

107 שם, פס' 6, 8 לפסק־הדין (ההדגשה הוספה): "מהאמור בפסק הדין – ובעיקר מהרשום בסעיף 21 לו – עולה, כי בית המשפט הניח שקבוצות הביקורת הוגדרו כבר בעת מתן ההקרנות. לפיכך הוא לא ראה להסתמך על עדותה של אם המערערת – לפיה היא נשאה את התובעת על ידיה בעת שזו קיבלה הקרנות כפי שנהגה גם עם אחיה – על־מנת לקבוע שהתובעת קיבלה הקרנות, בסברו כי מהלך דברים זה עשוי להתיישב גם עם היות התובעת חלק מקבוצת הביקורת. ואולם, אין מחלוקת כי הנחה זו אינה במקומה, שהרי קבוצות הביקורת הוגדרו רק שנים לאחר מכן, כחלק ממחקרו של פרופ' מודן ולא בזמן אמת בו ניתנו ההקרנות. בנסיבות אלו, משקלו הראייתי של דו"ח מודן, ככל שהוא יכול להיות מספיק לגבי מי ששם מופיע בו כמי שקיבלו הקרנות, אינו כזה בנוגע למי שנמנים על קבוצת הביקורת. במילים אחרות: היותו של אדם אחד מהנמנים על קבוצת הביקורת, אינו ראיה בעלת משקל מספיק לכך שהוא לא קיבל הקרנות, זאת לנוכח העדרן של ראיות אותנטיות וקונקרטיות בדבר זהות מקבלי ההקרנות, והעדרה של עדות ישירה למתכונת עריכת קבוצות הביקורת שבדו"ח... [לנוכח כל זה] אנו סבורים כי בית־משפט קמא טעה במסקנתו, בנתנו לדו"ח מודן משקל מעבר לראוי בנסיבות העניין".

108 שם, פס' 6–8 לפסק־הדין (פרופ' מודן כבר לא היה בין החיים באותה עת).

109 שם, פס' 7 לפסק־הדין.

110 ת"א (שלום י-ם) 2004/01 ראובן נ' מדינת ישראל – משרד הבריאות (נבו 3.7.2005) (עניין ראובן 2005 בשלום).

לא עמדו בחובת היידוע המוטלת עליהן. אילו ידעה את המצב לאשורו, הבהירה ראובן, הייתה פונה לייעוץ רפואי.¹¹¹

אולם גם בהליך חוזר זה גילה בית-המשפט הטיה לטובת הנתבעת. ראשית, מבחינת סדרי הדין, התובעת הגישה את סיכומיה, ואילו הנתבעת לא הגישה סיכומים, אולם בית-המשפט לא זקף זאת לרעת הנתבעת, אלא הניח כאילו זו התכוונה לטעון את טענותיה כפי שהיה בהליך הראשון.¹¹² זאת, אף שעל-פי סדרי הדין היה הדבר צריך להיחשב כאילו הנתבעת לא התייצבה לדין.¹¹³

שנית, את טענת התקיפה שהעלתה התובעת, שלפיה היא קיבלה את ההקרנות מבלי שניתן לאמה כל הסבר או אפשרות לסרב להן, בחן בית-המשפט מנקודת-מבטה של הנתבעת בלבד. בכל הנוגע להעדר רישומים קבע בית-המשפט כי לא סביר שיישמרו רישומים מאותה עת, ובעצם פטר את הנתבעת מאחריות בטיעון שלא היה בידי הרופאים באותה עת מידע רפואי על סיכונים שעל בסיסו הייתה אמה של התובעת יכולה להחליט אם להסכים לטיפול בבתה אם לאו. זאת, בהתעלם מטענותיה של האם בהקשר זה.

שלישית, התובעת טענה כי מאחר שהנתבעת לא שמרה את המסמכים הרלוונטיים, יש להטיל על כתפיה את נטל ההוכחה כי לא התרשלה, אולם בית-המשפט דחה את הטענה בקובעו כי לא ברור איזו חקירה או בדיקה היה על הנתבעת לעשות בהינתן שבמשך כעשרים שנה למן מתן ההקרנות לא היה כל חשד לסיבוך רפואי הנובע מההקרנות. בית-המשפט פסק זאת תוך התעלמות מכך שנכון למועד הדיון בתיק כבר היה ידוע במשך יותר מעשרים שנה כי יש קשר בין ההקרנות לבין תחלואות שונות, כך שלכל-הפחות בשנים שבהן כבר היה הקשר ידוע היה עליה לפעול כדי ליידע את המוקרנים כי הם משתייכים לקבוצת סיכון ולשמור מסמכים שהיו בידיה באותה עת.¹¹⁴

רביעית, ביחס לטענה בדבר חובת היידוע וההתרעה שהעלתה התובעת – טענה שניצבה בליבו של תיק זה – קבע בית-המשפט כי המדינה לא התרשלה. בהתאם לקביעתו, אומנם המדינה לא פרסמה הנחיות או הוראות באופן רציף, אולם היא הוציאה חוזר בעניין בשנת 1992, ולדירודי בכך להוכיח כי היא פעלה באופן סביר, וזאת אף שגם רופאיה של ראובן עצמם העידו כי לא הכירו חוזר זה.¹¹⁵

111 שם, פס' 9, 16–17 לפסק-הדין.

112 שם, פס' 14 לפסק-הדין.

113 ס' 160 (ד) לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד–1984 (שהיו התקנות התקפות במועד הדיון): "דין דינו של בעל דין שלא הגיש כתב סיכומיו במועד הקבוע, כדין בעל דין שלא התייצב במועד שנקבע לדיון, זולת אם הורה בית המשפט הוראה אחרת".

114 אכן, בפסק-הדין שניתן בערעור על פסק-דין זה (עניין **ראובן 2006**, לעיל ה"ש 36, אשר יידון להלן ליד ה"ש 119 ואילך) העניק בית-המשפט המחוזי משקל לעובדות אלו, באופן שהכריע את הכף לכיוון הטלת האחריות על המדינה.

115 עניין **ראובן 2005 בשלום**, לעיל ה"ש 110, פס' 15 לפסק-הדין. כן ראו שם, פס' 67 לפסק-הדין. באשר לטענת רופאיה של ראובן קבע בית-המשפט כי אם הם לא היו מודעים לחוזר שהוציא משרד הבריאות, אזי "מעורר הדבר תהיות באשר להעברת חוזרים מעין אלה בתוך קופת החולים ואינו מתייחס לפעולות הנתבעת עצמה".

לבסוף, בכל הנוגע בצורך בהפניה לבדיקת CT, נסמך בית-המשפט על פסק-דינו של השופט זילר בעניין דהאן, ובפרט על טענתו כי עריכת בדיקות כאלה לכלל מוקרני הגזוזת היו מטילות עומס כבד על המערכת הרפואית. עוד קבע בית-המשפט (בדומה לקביעות הפטרנליסטיות שנקבעו ביחס לנפגעים אחרים) כי התובעת לא הוכיחה כי אילו קיבלה את ההתרעה, היא הייתה פונה לביצוע בדיקות וטיפולים.

הנה כי כן, בית-המשפט התעלם מזהותה של הנפגעת, תוך מתן עדיפות מובהקת לנתבעת. הוא התעלם מיחסי הכוחות – מכוחה של הנתבעת ומהעובדה שמלוא המסמכים והידע הרפואי מצויים אצלה – ובחן את התנהלותה של הנתבעת באופן מקל ביותר. הקושי בקביעתו נעוץ בעיקר בעובדה שאפילו רופאה של התובעת לא ידעו על קיומו של החוזר.¹¹⁶ נסיונה של ראובן בשלב זה לחולל שינוי תפיסתי בסוגיית זהותו של הנושא באחריות לידע הרפואי פָּשַׁל, והאחריות הוטלה למעשה על כתפיה שלה. בהמשך פסק-הדין אף ביקש בית-המשפט באופן ברור להפנות את התביעות בנושא לברור בוועדות משרד הבריאות, בהתאם לחוק הגזוזת, ולחדול מההתדיינות המשפטית.¹¹⁷

נוסף על כך, באשר לטענתה של ראובן כי ניתנו לה טיפולי הקרנות אף שהיא לא הייתה חולה בגזוזת – וחרף קביעת בית-המשפט המחוזי כי היא אכן עברה טיפולי הקרנות, ולא הייתה בקבוצת ביקורת – המשיך בית-המשפט השלום לתמוך בעמדותיו הקודמות (שנחפכו בערעור) וצייד ללא עוררין בעמדת המדינה: "אם נכונה טענה זו, הרי עניין זה מתיישב עם האמור לגבי התובעת 'בקובץ מודן' כי לא קיבלה הקרנות אלא שימשה קבוצת ביקורת (חרף פסק דינו של בית המשפט המחוזי), שהרי נראה לי על פניו מוזר ביותר לייחס לגורם רפואי מתן טיפול בהקרנות שלא לצורך".¹¹⁸ כלומר, לא די שבית-המשפט זקף את מוחלשותה של התובעת לרעתה, הוא גם העניק בקלות רבה מאוד עדיפות-יתר לעמדת הנתבעת, מתוך גישה פטרנליסטית ומתוך הנחות-מוצא תמוהות: אין ספק שהמדינה אינה יכולה לטעות, ושהיא נוהגת תמיד כדין; אם יש איזושהי טעות, היא של הנפגע (המוחלש).

בסיכום הדברים, בית-המשפט סירב להפוך את הנטל. הוא קבע כי אי-אפשר לצפות שהמדינה תשמור מסמכים שנים רבות, ובכך למעשה זקף את העדר המסמכים לחובתה של התובעת. מסקנתו של בית-המשפט כי טענת התובעת שביצעו בה את טיפולי ההקרנות סתם, מבלי שהייתה חולה בגזוזת, מלמדת כי למעשה לא ביצעו בה הקרנות, אלא היא הייתה בקבוצת ביקורת, תמוהה. לא ברור על מה סמך בית-המשפט את מסקנתו זו, בוודאי ובוודאי לנוכח העובדה שבשלב זה כבר הצטברו עדויות של אנשים רבים שטענו כי עברו טיפולי הקרנות מבלי שהיו חולים. יתר על כן, בשלב זה כבר הייתה קביעה של בית-המשפט המחוזי בעניין הספציפי. בית-המשפט התעלם ממוחלשותה של התובעת הן כחולה והן ביחס לזהותה הספציפית, ונתן

116 עובדה זו מעמידה באור תמוה את הקביעה בפסק-דין תורג'מן, לעיל ה"ש 48, כי היה על התובע להכיר את ההקשרים הרפואיים ואת הקשר בין מחלות שונות לטיפולי ההקרנות, בשעה שאפילו הרופאים המתוארים בפסק-דין ראובן לא היו מודעים לחוזר משרד הבריאות בעניינים אלו.

117 עניין ראובן 2005 בשלום, לעיל ה"ש 110, פס' 69 לפסק-הדין.

118 שם, פס' 44 לפסק-הדין.

עדיפות ברורה ומפלה לנתבעת, המדינה, שהיא הצד החזק מבין השניים, וזאת תוך התנהלות פטרנליסטית.

על פסק-דין זה הגישה ראובן ערעור לבית-המשפט המחוזי. במסגרת ערעור זה, ב-12.1.2006, ניתן פסק-הדין המרכזי בפרשה,¹¹⁹ אשר קבע בעיקרו כי **על המדינה חלה חובת יידוע והתרעה כלפי הנפגעים, וכי זו הופרה על-ידיה**. בית-המשפט בחן אם למן שנות השמונים, כאשר נודע הקשר שבין ההקרנות לגידולים, חלה על המשיבה (המדינה) חובת יידוע והתרעה בדבר החשש להופעת גידולים בראש עקב ההקרנות, וזאת מעבר להפצת חוזר מנכ"ל בעניין זה לרופאי המשפחה בישראל.

בפסק-דין זה הפריד בית-המשפט המחוזי בין החובה ליידע את אוכלוסיית המוקרנים בדבר הקשר שבין ההקרנות לבין תחלואה מוגברת בגידולים לבין החובה לערוך לאוכלוסייה זו בדיקות סקירה לגילוי מוקדם של גידולים. הפרדה זו, שנבעה מהאיוון הנדרש בין זכויותיו של הפרט לבין הנטל על הכלל, היא שהולידה את השינוי. בית-המשפט בחן את קיומה של עוולת הרשלנות בפרשה על מלוא רכיביה.¹²⁰

בית-המשפט קבע כי המשיבה חבה חובת זהירות, דהיינו, עם היוודע לה דבר קיומו של קשר סטטיסטי בין ההקרנות שביצעה לבין הופעתם של גידולים ברמת ודאות גבוהה כמו זו שהתקיימה החל בשנות השמונים, חלה עליה החובה ליידע את האנשים שהוקרנו על-ידיה בדבר הימצאותם בסיכון גבוה לתחלואה בגידולים.¹²¹ בית-המשפט קבע כי חובה זו נובעת מכמה סיבות: מהיות המשיבה הגורם שיצר את הנזק; מאופייה וממהותה של המשיבה כרשות ציבורית, המופקדת על שלום אזרחיה ובריאותם; ומזכותו של הפרט לקבל מידע על מצבו הרפואי כביטוי לאוטונומיה ולחופש הבחירה שלו כאדם, וזאת כחלק מכבודו וכחלק מזכותו על-פי חוק זכויות החולה.¹²²

עוד קבע בית-המשפט כי בנסיבות העניין, משהתברר בשנות השמונים קיומו של קשר ודאי בין ההקרנות לבין תחלואה בגידולים, יכלה המשיבה לצפות כי אי-יידועם של המוקרנים כי הם משתייכים לקבוצת סיכון עלול לגרום להם נזק, שכן הוא ימנע מהם את האפשרות לערוך בדיקות לגילוי מוקדם של המחלה, עוד לפני הופעת הסימנים הקליניים. לפיכך חלה על המדינה חובת זהירות מושגית וקונקרטיית כאחת.

בכל הנוגע לשאלת התרשלנות של המשיבה קבעה ערכאת הערעור (בניגוד לקביעתה של ערכאת השלום) כי המדינה לא יצאה ידי חובתה בפרסום החוזר משנת 1992. ראשית, עצם הגשתו של המסמך כראיה אין בה כדי להוכיח כי הוא אכן פורסם. זאת, בפרט כאשר כנגד זה ניצבו עדויות רופאיה של התובעת בבית-משפט קמא שלפיהן תוכן המסמך לא הגיע כלל לידיהם.¹²³ שנית, גם אם נניח שהמסמך אכן הופץ על-ידיה והגיע לידיעתם של רופאי המשפחה, לא יצאה המשיבה כדי חובתה, אלא היה עליה לנקוט אמצעים סבירים על-מנת

119 עניין **ראובן 2006**, לעיל ה"ש 36.

120 חובת זהירות מושגית, חובת זהירות קונקרטיית, התרשלנות, קשר סיבתי ונזק.

121 עניין **ראובן 2006**, לעיל ה"ש 36, פס' 10 לפסק-הדין.

122 שם, פס' 10 לפסק-הדין.

123 שם, פס' 14 לפסק-הדין.

לוודא שהמידע על-אודות הקשר בין הטיפולים לתחלואה יגיע לנפגעים.¹²⁴ בית-המשפט קבע עוד כי חוק הגזות אינו יכול להיחשב הודעה והתרעה מספקת לאוכלוסיית המוקרנים (הגם שטענה זו לא נטענה); נהפוך הוא, ניתן לראות בו עיגון פורמלי לחובת המשיבה לקיים מעקב על-מנת לאתר את הופעתן של מחלות שהמוקרנים מצויים בסיכון לחלות בהן.¹²⁵ בית-המשפט קבע כי המשיבה התרשלה כלפי המערערות ככל הנוגע בחובת היידוע וההתרעה.

בפסק-דין זה קבע בית-המשפט כמה קביעות חשובות, המציגות את הפסיקות האחרות באור פטרנליסטי ומדגימות את ההעדפה המוטת של בתי-המשפט בפסקי-הדין האחרים כלפי גרסת המדינה, חרף חולשותיה. בפסק-דין זה יש התקדמות לעבר הפנמת זכויותיו של החולה נפגע טיפולי ההקרנות וחובותיו של המעוול מכוח זה. בית-המשפט נותן מקום לזכותו של הפרט הנפגע – זכותו של החולה לקבל מידע רפואי על מצבו הרפואי – כזכות-יסוד בעלת ערך כשלעצמה, המהווה גם תנאי הכרחי למימוש זכותו של החולה לבחור, וקובע כי אל לרופא להסתיר מידע שעשוי, אפילו בממון רב, לתת סיכוי כלשהו לריפוי הנפגע.

בפסק-דינו הבחין כאמור בית-המשפט בין חובת היידוע וההתרעה לבין החובה לערוך בדיקות מוקדמות.¹²⁶ לאחר שערך הפרדה זו וראה את זכות החולה לדעת מה מצבו כבעלת מעמד עצמאי, הוא הכיר בחובתה של המדינה ליידע כחלק מחובתה לדאוג לשלום אזרחיה, בפרט בנסיבות שבהן היא זו שיצרה את הסיכון. בהפרדה זו הכיר בית-המשפט בזכותו של הפרט לדעת את מצבו הרפואי לאשורו ולפעול בעניין כראות עיניו.¹²⁷

הפרדה זו בין חובת היידוע לבין חובת הטיפול אפשרה לבית-המשפט לצעוד צעד חשוב קדימה בהיבט של זכויות הפרט – זכותו של הפרט, החולה, לעשות מה שירצה במידע שיועבר לו, מבלי שהמדינה תניח באופן פטרנליסטי מה הוא יעשה. על המדינה מוטלת החובה ליידע את הפרט כי הוא משתייך לקבוצת סיכון; ההחלטה כיצד לפעול היא עניינו שלו. אין להניח הנחות כי הוא לא יבצע טיפולים באופן פרטי או לא יעשה דבר ומשכך אין צורך ליידעו.¹²⁸ המידע הוא שלו; מה יעשה בו הוא עניינו הפרטי. הנפגע יכול לערוך בדיקות פרטיות או לפחות בדיקות פשוטות דרך קופת-חולים, ואי-יידועו ימנע ממנו את האפשרות לפעול כראות עיניו.¹²⁹ כתוצאה מהפרת חובת יידוע זו והתרשלות המדינה, נמנעה מהתובעת האפשרות ליידע את רופאה בדבר השתייכותה לקבוצת סיכון או לקיים מעקב ולערוך בדיקות.

124 שם, פס' 16 לפסק-הדין.

125 שם, פס' 17–18.

126 זאת, להבדיל מהפסיקה הנזיקית הקודמת (גם במקרה זה – בערכאה הקודמת), אשר דנה בשתי חובות אלו במאוחד.

127 עניין **ראובן 2006**, לעיל ה"ש 36, פס' 23 לפסק-הדין: "החובה להביא את מלוא המידע בדבר קיומו של סיכון נגזרת מזכותו של החולה לקבלת מידע רפואי. זכות זו מוענקת למטופל על פי חוק זכויות החולה והפסיקה, ללא קשר לשאלה מה השימוש שיכול המטופל לעשות במידע, אם בכלל. המעמד העצמאי הגבוה שניתן לזכות לקבלת מידע, כשלעצמה, תואם את המעבר שחל מהגישה האדנותית-פטרנליסטית ששלטה בכיפה בעבר, אל גישה הדוגלת בעצמאות ובאוטונומיה של הפרט".

128 הנחות שהנחו את פסיקת-העבר הפטרנליסטית שפורטה לעיל.

129 עניין **ראובן 2006**, לעיל ה"ש 36, פס' 24 לפסק-הדין.

לעומת זאת, בכל הנוגע בחובה לבצע בדיקות וטיפולים (כגון בדיקות CT) אימץ בית- המשפט את גישת הפסיקה מן העבר (בעניין דהאן). בית-המשפט נשען על חוסר האפשרות המעשית לערוך בדיקות סקר כלליות, משיקולים של כדאיות תקציבית, ופסק כי במקרה זה לא חלה על המדינה החובה לקיימן. עם זאת, בניגוד לפסק-דין דהאן, הוא קבע כי הכרעה זו אינה מובילה בהכרח למסקנה שלא היה צריך להעביר את המידע למטופל.

פסק-דין משמעותי זה מהווה שינוי תפיסתי והתקדמות מהטיה ברורה ומובהקת לטובת המדינה, תוך הפגנת גישה מתנשאת ופטרנליסטית כלפי נפגעי ההקרנות, אל עבר בחינה שקולה יותר, המכירה בזכות החולה לדעת מה מצבו, רע ככל שיהיה.¹³⁰

אלא שמבעד למשקפי הביקורת המזרחית, בית-המשפט לא עשה את המעבר הנדרש להתחשבות בזהות הספציפית של הנפגעת. בית-המשפט התעלם מזהותה הקטגוריאלי של הנפגעת וממוחלשותה. הבנה של זהות הנפגעים כמזרחים וכקבוצה מוחלשת הייתה צריכה לעורר ביקורת רחבה יותר ומדויקת יותר מצידו של בית-המשפט באשר להנגשת המידע לקבוצה מוחלשת זו, לרבות בשפות שונות ובדרכי איתור נוספות, אקטיביות יותר, המפנימות כי מדובר בנפגעים מזרחים שעברו את הטיפולים בהיותם ילדים קטנים ועולים חדשים.

הפנמה של זהות הנפגעים ומוחלשותם הייתה יכולה להוביל לאיזון שיקולים שונה גם בכל הנוגע בחובה לערוך בדיקות גילוי מוקדם (ובכלל זה בדיקות CT) לקבוצה זו. כאמור, פסקי- הדין בפרשה זו קבעו לאורך כל השנים, גם לאחר ההכרה בחובת היידוע, כי המדינה לא הייתה חייבת לערוך בדיקות סקר לקבוצה זו לנוכח נטלן הכלכלי, שכן הדבר היה בא, למשל, על- חשבון חולים אחרים שזקוקים לבדיקות אלו (דוגמת בדיקות CT). אלא שנדמה כי הבנת הקטגוריאליזם המזרחי של קבוצה זו ומוחלשותה הספציפית הייתה צריכה להוביל לאיזון וחשיבה אחרים.

בחשיבה מחודשת זו היה ראוי שיישקלו הנסיבות הייחודיות והספציפיות של קבוצה זו גם בכל הנוגע בחובה לערוך בדיקות מוקדמות. מדובר בחולים שנזקקו לבדיקות מוקדמות (כגון CT) לא כתוצאה מגורמים שונים שהציבור בכללותו נחשף אליהם כחלק משגרת החיים, אלא עקב טיפולים שנתנה להם המדינה, אשר אף הפרה את חובת היידוע כלפיהם. לנוכח זאת היו נפגעי הטיפול בגזזת, המשתייכים לקבוצה קטגוריאליזם מוחלשת, אמורים לקבל עדיפות על חולים אחרים בקבלת בדיקות כגון בדיקות הסקירה. נוסף על כך יש להביא בחשבון את מוחלשותה של הקבוצה, את העובדה שהטיפולים נעשו בחבריה כאשר היו ילדים, ואת העובדה שהמידע הרפואי היה מצוי במשך עשרות שנים בידי המדינה בלבד. הבנת מוחלשות זהותית זו מטה את הכף למסקנה שהיה על המדינה לבצע בדיקות סקר לקבוצה זו ושאי-ביצוען היה בגדר התנהלות לא-סבירה.

מן הצד האחר, עקב הימנעותו של בית-המשפט מעיסוק קטגוריאלי בקבוצה, הוא הטיל חובת יידוע רחבה מדי על רופאים שעם קהל לקוחותיהם נמנים מטופלים שהיו ילדים בשנות החמישים. הבנה קטגוריאליזם של הקבוצה הספציפית יכלה לחדד את חובת הזהירות ביחס לאוכלוסייה ספציפית זו.

130 לאחר פסק-דין זה הוגשו מאות תביעות בטענה שהמדינה הפרה את חובת היידוע כלפי הנפגעים.

מכל מקום, התיק הוחזר לבית-משפט השלום לדיון בשאלה אם היה בגילוי מוקדם כדי למנוע או להפחית את הנזק שנגרם לתובעת, ונקבעו לתובעת 10% נכות ופיצוי בסך של 205,000 ש"ח.¹³¹

בסיכומו של דבר, פסק-דינו של בית-המשפט המחוזי בפרשה בכל הנוגע בחובת היידוע, היווה ציון-דרך משמעותי לכל תביעות הנזיקין מכאן ואילך בפרשת נפגעי הטיפול בגזוזת.¹³² בהערת-אגב אציין כי מהלך ההתקדמות הפסיקתית לא היה כרונולוגי ואחיד, וכי קביעות פטרנליסטיות שניכרו בתחילת הדרך, ואף בחלק מפסקי-הדין בתיק **ראובן**, ניתן למצוא גם בתקופות מאוחרות יותר – למשל, באחד מפסקי-הדין בתיק **מולהי**.¹³³ בפסק-דין זה ניכרים פטרנליזם, התעלמות והכחשה, וזאת חרף העובדה שבשלב זה כבר הוכרה חובת היידוע בעניין **ראובן**. בית-המשפט התמקד בקשר הסיבתי שבין הפרת חובת היידוע לבין הנזק שנגרם לתובע, וקבע כי זה אינו מתקיים. בפסק-דינו ציין השופט כי חקירתו הנגדית של התובע הייתה לא-פשוטה, וכי ניכר שהוא סובל מקשיים. בכל הנוגע בזכות היידוע התעלם בית-המשפט מנסיבותיו של הנפגע הספציפי וממוחלשותו, ובחר לזקוף את מוחלשותו דווקא לרעתו, בקובעו כי ספק רב אם הוא היה עורך בדיקת CT באופן עצמאי, גם אם רופא היה מסביר לו על אפשרות זו.¹³⁴

פסק-הדין מתאר את התובע כאיש עני, חסר מודעות לטיפולים רפואיים, שחי בשולי החברה. נדמה כי דווקא הבנת מצבו של הנפגע והקבוצה שאליה משתייך הייתה אמורה להוביל את בית-המשפט למסקנה כי במצב דברים זה היה על המעוולות לפעול ביתר שאת לאתר נפגע זה ודומיו וליידע אותם בכל דרך, ולא לזקוף את מוחלשותו החברתית לרעתו באמירה כי ממילא, גם אילו ידע את מצבו הרפואי, הוא לא היה עושה כלום. נהפוך הוא, לנוכח מוחלשותו של הנפגע, כמו-גם העובדה שהוא משתייך לקבוצה המצויה בסיכון מוגבר במיוחד ללקות בתחלואות שונות, וכן לנוכח העובדה שהמדינה היא המעוולת אשר הפרה את חובת היידוע כלפי קבוצה זו, נדמה כי הנטל לפעול ליידועו בצורה מונגשת יותר היה צריך להיות מוטל דווקא על כתפי המעוולות, ואף היה צריך להיות מוגבר יותר. נוסף על כך, נדמה כי היה מקום להפנים את קשייו של הנפגע, ולנוכח ההפרה רבת השנים של חובת היידוע כלפיו (וכלפי קבוצת הנפגעים בכללותה) מצד המעוולות, היה מקום לחייב את הנתבעת בעריכת הבדיקה המוקדמת (אם ירצה בכך התובע). אלא שבית-המשפט התעלם לחלוטין מזהותו המוחלשת של

131 ת"א (שלום י-ם) 2004/01 **ראובן נ' מדינת ישראל (משרד הבריאות)** (נבו 1.2.2009).

132 באותה שנה הגישו שני הצדדים ערעור וערעור שכנגד לבית-המשפט המחוזי, אך שניהם נדחו. ראו ע"א (מחוזי י-ם) 3168/09 **מדינת ישראל (משרד הבריאות) נ' ראובן** (נבו 8.6.2009). כן הוגשה בר"ע על-ידי המדינה על פסק-דין זה של המחוזי, אך גם היא נדחתה. רע"א 5500/09 **מדינת ישראל נ' ראובן** (נבו 26.7.2009).

133 ת"א (מחוזי י-ם) 8021-06 **מולהי נ' מדינת ישראל – משרד הבריאות** (נבו 18.8.2013).

134 שם, פס' 48 לפסק-הדין: "ההנחה כי היה עורך בדיקת CT על חשבוננו, גם אם היה מגיע לכך שהיה רואה רופא והרופא היה מסביר לו על קיומה של אפשרות זו תוך שהוא מעמיד אותו על הסיכונים והסיכויים נראית בעיני דמונית".

התובע ודחה את התביעה. תיק זה התגלגל לערעור שהוגש לבית-המשפט העליון בעניין איבי (במאחד עם מערערים נוספים), אשר אדון בו להלן.¹³⁵

(ד) פסק-דין איבי¹³⁶ – בין ההכרה בחובת היידוע זכות חוקתית (פגיעה באוטונומיה) לביקורת מזרחית מחויבת

בשנת 2015 נתן בית-המשפט העליון פסק-דין מקיף ראשון בפרשת נפגעי הטיפול בגזת, אשר יצר אחידות וקביעה מחייבת בכל הנוגע לחובת היידוע. במסגרת פסק-דין זה גם הרחיב בית-המשפט העליון והכיר בראש-נזק ייחודי של "פגיעה באוטונומיה", ובראותו באוטונומיה זכות חוקתית, קבע למעשה כי הפרת חובת היידוע מפרה זכות חוקתית.¹³⁷ פסק-דין זה התמקד בשאלת חובתן של המדינה וקופות-החולים ליידע את האוכלוסייה שעברה טיפול בהקרנות נגד מחלת הגזת – משנודע להם על-אודות הסיכונים הנלווים לטיפולים אלו – כי הם משתייכים לקבוצת סיכון. פסק-דין זה מהווה התקדמות משמעותית בפרשה, הן בהכריזו כי קביעותיהן של הפסיקות הקודמות היו פטרנליסטיות, והן בקובעו כי חובת היידוע חלה על המדינה וכי זו הפרה אותה. בכך הפכה קביעתו של פסק-הדין בעניין ראובן למחייבת, אך יותר מכך, בית-המשפט בעניין איבי אף ראה בהפרת חובת יידוע זו משום פגיעה בזכות לאוטונומיה של החולה, שהיא זכות בעלת מעמד חוקתי, ופסק כי פגיעה זו מזכה בפיצוי.

חרף קפיצת המדרגה המשמעותית הנזיקית הגלומה בהכרה בראש-נזק ייחודי של פגיעה בזכות לאוטונומיה בשל הפרת חובת היידוע של הנפגעים, גם פסק-דין זה התעלם מזהות הקבוצה המזרחית וממוחלשותה. כל הלשון הנקטת בו היא משפטית-טכנית, ונעדרת שיח חברתי-זהותי נדרש. פסק-הדין התעלם מזהות הנפגעים, מקשייהם, ממוחלשותם, מהיותם ילדים עולים חדשים מארצות ערב, ומן ההקשר ההיסטורי. "החלקים החסרים" בולטים בעיקר בתיאור החלק ההיסטורי של הפרשה, לרבות ההתפתחות המשפטית.

אומנם הבדיקה בכל הנוגע בחובת היידוע מהווה קפיצת מדרגה באשר להכרה בפגיעה, ובית-המשפט קבע כי כל ההתנהלות סביב אי-היידוע מהחשש לא ליצור תבהלה הייתה פטרנליסטית,¹³⁸ אך המינוח כאן הוא מהעולמות של יחסי רופא-חולה, חובות גילוי, יצירת סיכון וכולי במישור הכללי. זאת, אף שאין מדובר כאן בטיפול רגיל של רופא בחולה, אלא בעוול קבוצתי וסיפור היסטורי של קבוצה מוחלשת ממילא – המזרחים. בית-המשפט בוחן את השאלה אם המדינה עמדה בחובת היידוע המוטלת עליה, בפרט בהינתן שהיא זו שיצרה את

135 בעניינו של מולהי היו גלגולים רבים, ובסופו של יום הוגש ערעור, אשר אוחד יחד עם ערעורים אחרים שנדונו בפסק-דין איבי שיידון להלן. בסופו של דבר נפסק לתובע פיצוי בסך של 50,000 ש"ח בגין ההכרה בראש-נזק של "פגיעה באוטונומיה".

136 ע"א 1535/13 מדינת ישראל נ' איבי (נבו 3.9.2015). לדיון בפסק-דין איבי ראו גם מימון-בלאו, עבודת הדוקטורט, לעיל ה"ש 4, אשר חלק מהדיון כאן מובא גם שם.

137 פסק-דין זה מרפז כמה ערעורים בכמה תביעות שנסבו סביב הטענה בדבר הפרת חובת היידוע על-ידי המדינה.

138 שם, פס' 19 לפסק-דינה של השופטת חיות.

הסיכון,¹³⁹ ללא כל התייחסות לנפגעים הספציפיים ולזהותם ולמשמעות של התנהלות המדינה בפרשה כלפי קבוצה מוחלשת ממילא. התעלמות זו מהזהות המזרחית של הקבוצה מנעה מבית-המשפט לגבש כלל משפטי מדויק יותר בכל הנוגע בחובת היידוע, ויצרה את אותה הכחשה שביטון מדברת עליה כמגבילה את היכולת להשיג שוויון.

בפסק-דין חשוב זה קבעה השופטת חיות כי הפרת חובת היידוע כלפי הנפגעים מהווה פגיעה באוטונומיה שלהם, המזכה אותם בפיצוי, וכי לזכות זו לאוטונומיה – זכותו של הפרט לכתוב בעצמו את סיפור חייו – יש ערך עליון ומעמד חוקתי כחלק מכבוד האדם.¹⁴⁰ השופטת חיות דחתה את טענות המדינה בדבר מסעות פרסום שנערכו במהלך שנות השמונים והתשעים של המאה העשרים כעונים על חובת היידוע, וקבעה כי המדינה לא הוכיחה את האפקטיביות של הפרסומים הנטענים.

חرف התקדמות זו, גם כאן התעלם בית-המשפט מקבוצת הנפגעים כקטגוריה, מכך שמדובר בקבוצת מזרחים מוחלשת וקשת-יום אשר ההתייחסות אליה במשך שנים בפסיקה הנזיקית הייתה פטרנליסטית, וממשמעותה של ההתייחסות הפטרנליסטית רבת השנים כלפי קבוצה זו. נוסף על כך, אילו הופנמה זהות הנפגעים, היה בית-המשפט עורך דיון חד יותר בדבר אותם מסעות פרסום נדרשים ונגישותם לאוכלוסייה זו. כאן ניתן לראות ביתר שאת עד כמה ביקורת מזרחית על המשפט חיונית גם לפיתוח מדויק של דיני הנזיקין בהקשרים אלו לקבוצות זהות בכלל, ולא רק לתובעים ממוצא מזרחי.

בית-המשפט בפסק-דין זה שם את הדגש בזכותו של הפרט לדעת מה מצבו ולהחליט על גורלו, ובכך שפסיקת-העבר הייתה פטרנליסטית. בית-המשפט קבע כי קביעותיהם של בתי-המשפט שקיבלו את עמדת המדינה, שלפיה אין היא חייבת לעדכן את החולה במצבו ולפעמים

139 שם, פס' 20 לפסק-דינה של השופטת חיות: "על אמות המידה אשר לפיהן נבחנת חובת הגילוי של רופא כלפי מטופליו מהן ניתן לגזור גם את אמות המידה לפיהן תיבחן חובת הגילוי של המדינה בהקשרים דומים, עמד בית משפט זה בעניין סידי בקובעו כי המבחן לקביעת היקף הגילוי הוא מבחן ציפיותו הסבירה של החולה... ובאשר לאופן שבו יש ליישם מבחן זה ציין המשנה לנשיא א' ריבלין בעניין קדוש כי: 'מבחן זה אינו תמיד קל ליישום; כבר ציינו בהקשר זה כי 'החולים עצמם אינם עשויים מקשה אחת – יש בהם המעוניינים במידע רב, אחרים מעדיפים להתנחם באי-הידיעה ושמים מבטחם ברופאים. לא כל מידע ניתן להסביר לכל חולה, ולא כל חולה מסוגל לקבל החלטות מושכלות לגבי עצמו. היקף המידע הטעון גילוי נגזר, בין היתר, מתוחלת הסיכון הכרוך בטיפול (מכפלת הסתברותו ושיעורו) ומהסיכוי הצומח ממנו' (שם, בעמ' 601). זאת ועוד: 'הרצון הסובייקטיבי של החולה, כפי שהוא מובע במשפט, אינו סוף פסוק בשאלת הגילוי. יש לבדוק את הציפייה הסבירה של החולה הנדרש לקבל החלטה מושכלת עובר לביצוע הטיפול' (שם, בעמ' 602). לצורך כך יובאו בחשבון גם חוות דעתם של אנשי מקצוע, וכן יובאו בחשבון מגבלותיה של המערכת הרפואית. אך מכל מקום – שיקולים אלה כולם 'צריכים להיות מובאים בחשבון ההכרעה בשאלת הציפייה הסבירה של החולה, ואין להמיר את המבחן הזה במבחן הפרקטיקה המקובלת' (שם, בעמ' 602. הדגשות הוספו – א' ר'). אמות מידה אלה יפות בשינויים המחויבים גם לענייננו וניתן להיעזר בהן על-מנת לבחון האם חלה על המדינה חובת יידוע כלפי המטופלים והאם הפרה המדינה את חובתה זו. ככל שעסקינן בחובת היידוע החלה על המדינה יש להביא בחשבון את העובדה כי פרט לכך שהמדינה כרשות מנהלית מופקדת על שלומם ובריאותם של אזרחיה, במקרה דנן המדינה היא זו שיצרה את הסיכון ונתון זה מקרין במידה לא מבוטלת על אמות המידה שמהן יש לגזור את חובת היידוע החלה עליה".

140 עניין איבי, לעיל ה"ש 136, פס' 39 לפסק-דינה של השופטת חיות.

מוטב לו לא לדעת מה מצבו, היו פטרנליסטיות. בית-המשפט קבע עוד כי אדם חופשי לגורלו, וכי המדינה התנהלה באופן לא-תקיין כאשר נמנעה מלעדכן את מוקרני הגזות, שכן בכך היא מנעה מהם את זכות הבחירה וההחלטה אם הם רוצים לדעת מה מצבם הרפואי (רע ככל שיהיה).

בכך יש אומנם התקדמות אל עבר בחינה מאוזנת יותר של העובדות, אך ההתייחסות הקבוצתית הקטגוריאליה הנדרשת כאן חסרה.¹⁴¹ זאת, להבדיל, למשל, מפסיקה ביחס לקבוצות אחרות, דוגמת קהילת הלהט"בים, שם יש התייחסות ברורה ומוגדרת לזהות הקבוצתית, אשר הובילה להתייחסות מובחנת נדרשת כלפיה. בסופו של יום ראה בית-המשפט בהפרת חובת היידוע פגיעה ב"ליבת הזכות לאוטונומיה", אך לא התייחס לזהות הקטגוריאליה שלהם כמזרחים, ובכך גם נמנעה התייחסות מובחנת כלפיה.¹⁴²

השופטת ברק-ארוז, שהצטרפה לפסיקתה של השופטת חיות, קידמה את הדיון צעד נוסף אל עבר ההכרה בזכות לאוטונומיה כזכות בעלת מעמד ייחודי, אך גם היא התעלמה מהזהות המזרחית המובחנת של הקבוצה. אומנם בבחינתה קבעה השופטת ברק-ארוז כי היה על המדינה ליידע את החולים, ולא להשאיר את המידע רק בידיה, וכי היו לה כמה הזדמנויות ליידע אך היא לא עשתה זאת.¹⁴³ השופטת ברק-ארוז קבעה עוד כי יש לכך משמעות מיוחדת לנוכח מערך היחסים שבין המדינה לנפגעים, העומד במקום גבוה יותר ממערך היחסים שבין מטפל רגיל למטופל, שכן המדינה, להבדיל מרופא יחיד, אחראית לתחום הבריאות בכללותו ויש בידה משאבים, וכל השיקולים הללו עומדים במקרה זה לרעתה.

אלא שדווקא בנקודה זו, שבה כמו התבקש דיון זהותי קבוצתי מדויק, הדבר לא נעשה. אין מדובר בעוד תביעה נזיקית של כמה מטופלים שהתקבצו יחדיו להלין על עוולה שעשתה להם המדינה. מדובר בקבוצה מוחלשת של מזרחים שקיבלו טיפולים בתקופה מסוימת ואשר העלו לאורך כל השנים טענות בהקשר של סוגיית הזהות שלהם. התעלמות מזהות הקבוצה המזרחית הטילה על הרופאים חובת יידוע רחבה מדי. קביעת חובת יידוע ממוקדת כלפי מטופלים ממוצא מזרחי יכלה לסייע בשני היבטים – הן במיקוד חובת היידוע והן ביעילות הפעלתה. כמו-כן, הבנת זהות הקבוצה יכלה לחדד את חובת היידוע באשר לדרכים האפקטיביות הנדרשות על-מנת להפעילה ביחס לקבוצה ספציפית זו.

פסק-הדין מדגים את ההתפתחות המשפטית הארוכה שעברו בתי-המשפט בהתייחסות הנזיקית בפרשת נפגעי הטיפול בגזות מקביעות פטרנליסטיות בנוגע לחובת היידוע ולזכות החולה לדעת, ובכלל זה אמירות שלפיהן טוב לו לחולה שלא ידע מה מצבו (כמו בעניין דהאן), עד לקביעות שמכירות בזכותו של החולה – הפרט הנפגע – לדעת מה מצבו, ואשר רואות באי-היידוע ראש-נזק נפרד של פגיעה בזכות לאוטונומיה, שהיא זכות במעמד חוקתי שהפגיעה בה מזכה בפיצוי. פסק-הדין גם מדגים את השינוי שחל בשיח הזכויות בפרשה זו בקרב בתי-

141 שם, פס' 41 לפסק-דינה של השופטת חיות.

142 את פסק-הדין המרכזי נתנה השופטת חיות, ואליה הצטרפה השופטת ברק-ארוז, אשר חיזקה את עמדתה בהתייחסות לזכות לאוטונומיה כאל זכות-על. השופט עמית הצטרף לחלק מקביעותיה של השופטת חיות, אולם בדעת מיעוט קבע כי לדעתו אין להוסיף פיצוי בגין פגיעה באוטונומיה.

143 עניין איבי, לעיל ה"ש 136, פס' 11–12 לפסק-דינה של השופטת ברק-ארוז.

המשפט והשופטים בכל הנוגע בזכויותיו של החולה, ואת הפנמת הצורך בדיון מאוזן שמביא בחשבון את חולשת הפרט אל מול חוזקה של הקבוצה המעוולת, אשר החזיקה אצלה בבלעדיות את מלוא המידע הרפואי בנושא. השינוי שהתרחש בקרב השופטים והובילם להכרה בחובת היידוע היה שינוי חברתי, בדמות העצמה של נפגעי קבוצה זו, ושינוי תפיסתי, שלפיו זכויותיהם מטפסות לדרגת חשיבות עליונה.

לצד זאת, כאמור, מדובר בדיון משפטי-נזיקי המתעלם מהזהות האתנית המזרחית של הנפגעים, ובכך מגביל את אפשרותם להשיג שוויון. העובדה שבית-המשפט לא התייחס לזהותם של התובעים גם מנעה ממנו את האפשרות לגבש כלל משפטי ראוי בנושא חובת היידוע. כך, למשל, ניתן לטעון, ברמה הדוקטרינרית, כי פסק-הדין, בהימנעותו בעיסוק בקבוצה, הטיל חובת יידוע רחבה מדי על רופאים שעם קהל לקוחותיהם נמנים מטופלים שהיו ילדים בשנות החמישים. הרי ברי כי אין הכוונה שכל רופא היה צריך ליידע את כלל מטופליו מקרב גילאים אלו או לחלופין להגביל את עצמו רק למי שהופיעו ב"קובץ מודן". בית-המשפט היה יכול להגביל את חובת היידוע ל"מטופלות ומטופלים ממוצא מזרחי".

ניתוח של פסק-דין איבי במסגרת המוצעת, תוך הבנת הקטגוריאליזם של הקבוצה הנפגעת, הייתה מולידה עקרונות אחרים לקביעה מהי התרשלות ומהו קשר סיבתי, וכן דיוק נדרש בקביעה מהי חובת היידוע ומתי היא מופרת. הפנמת זהות הקבוצה והתייחסות אליה במסגרת פסק-דין מרכזי זה הייתה מאפשרת לתת ביטוי להקשר הרחב יותר של הצורך בהתייחסות לזהות המזרחית ובהכוונה לעקרונות ייחודיים באשר לחובת היידוע הנדרשת. כפי שביטון מתארת בהקשר של יחסי כוח מגדריים, גם כאן, בהקשר הזהותי-המזרחי, הימנעות של בית-המשפט משימוש בזהות הצדדים תוביל לקביעת חובת זהירות רחבה מדי ולא-מדויקת.¹⁴⁴

ד. שיח זהותי – המתח בין צדק מתקן לצדק מחלק

המודל של ביטון מלמד כי התעלמותם של בתי-המשפט מהקטגוריה "מזרחים" מונעת אפשרות של הכרה במובחנותה של קבוצה זו ומגבילה את אפשרויותיה להשיג שוויון. לעומת זאת, יהיה מי שיטען כי בעולם המשפט יש לערוך דיון נזיקי טכני, אשר אינו נותן מקום לשיח קטגוריאלי זהותי.¹⁴⁵

ההתנגשות בין עמדות אלו מהגימה את המתח שבין תיאוריית הצדק המתקן לבין תיאוריית הצדק המחלק/החלוקתי שבדיני הנזיקין. כך, בעוד הראשונה מבקשת לפעול להשבת המצב בין המזיק לניזוק הספציפי לקדמותו, האחרונה שואפת להכניס לתוך דיני הנזיקין שיקולים שונים בעת עריכת האיזונים והפיצוי, ביניהם שוויון, מוחלשות חברתית וכולי, ובענייננו אף להביא

144 ביטון "ההגנה על עקרון השוויון בדיני הנזיקין", לעיל ה"ש 19, בעמ' 178–179.

145 על-אודות המתח בין השיח הזהותי לשיח הטכני-המשפטי ראו דיון מרתק במאמרו של יורם שחר באשר לדמותו של "האדם הסביר": יורם שחר "האדם הסביר והמשפט הפלילי" הפרקליט לט 78 (1989). ראו גם את עמדתו של ניר קידר, אשר רואה את השיח הזהותי ככזה שאין לו מקום בזירה המשפטית, וכן התייחסות לעמדה זו: ניר קידר **משפט כחול-לבן: זהות ומשפט בישראל – מאה שנים של פולמוס** 17, 146–167 (2017).

בחשבון קטגוריות קבוצתיות מסוימות במסגרת הדיון הנזיקי הפיצויי, כחלק מהשגת צדק נזיקי שוויוני.

יותר מכך, נדמה כי דיון נזיקי אישי פרטני זה של יחסי רופא-חולה, במנותק מהקבוצה ומהסיפור המזרחי, מעצים ומנציח את ההפליה, מגביר את תחושות ההפליה של הקבוצה, ואינו מאפשר השגת שוויון אמיתי לקבוצה זו. כפי שמדגימה ביטון במאמרה, אין מדובר במקרה פרטי של קבוצה זו או אחרת בקרב המזרחים. במאמרה זה ביטון בוחנת את ההתנהלות המשפטית המכחישה-המפלה בכלל הנוגע בחוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, אך מציינת כי אל לנו לטעות ודפוסים אלו חוזרים גם לגבי קבוצות מזרחיות נוספות – למשל, הקבוצה מושא מאמר זה.¹⁴⁶

בעיני הביקורת המזרחית, השגת שוויון משפטי אמיתי לקבוצה זו יהיה אפשרי רק לאחר הכרה בקבוצה המזרחית כקטגוריה, כקבוצה מובחנת. הבחנה זו תאפשר דיון אמיתי והענקת זכויות ספציפיות לקבוצה זו (בדומה לקבוצות מופלות אחרות, דוגמת נשים, להט"בים וכולי), והן שיאפשרו בסופו של דבר הגעה לבסיס שוויוני. כלומר, תפיסת הצדק שצריכה להיות נר לרגלו של המשפט בהקשר זה היא תפיסת הצדק המחלק, והיא שתאפשר דיון הוליסטי עם הדיון הציבורי והחברתי. דיון נזיקי לפי תיאוריות הצדק המתקן ימנע את השגת השוויון האמיתי, יחטא למציאות, וימשיך את ההפליה כלפי קבוצה זו.

לשם המחשה, חובת היידוע צריכה להיות מותאמת לזהות הקבוצה. כלומר, אין די במחקר ובזיהוי קבוצה זו כקבוצת סיכון בספרות רפואית, בעלונים רפואיים או אפילו בעיתונות או בפסקי-דין. אפילו במכתבים לנפגעים אין די. יש לזכור כי מדובר בקבוצת מזרחים מוחלשת – מטופלים קשי-יום, חלקם עם קשיי שפה, שהיו ילדים עולים חדשים בעת קבלת הטיפולים. גם כיום קבוצה זו מודרת ממוקדי הכוח ומופלית. יידוע אפקטיבי שלהם צריך להיעשות אפוא מתוך הבנת מורכבות זהותם, דהיינו, יש צורך ביידוע אקטיבי של רופאים, שיזמנו את החולים למרפאותיהם ויסבירו להם בצורה מונגשת את השתייכותם לקבוצת סיכון, את משמעות הדברים ואת האפשרויות העומדות לרשותם. משכך מוטלת על המדינה גם החובה, לדעתי, לערוך את בדיקות הסקר הנדרשות, מאחר שקבוצה מוחלשת זו אינה יכולה לערוך אותן בעצמה, ולעיתים אף לדעת על קיומן.

כך, חרף התקדמותה של הפסיקה הנזיקית בפרשה במישור של יחסי חולה-רופא, היא לא הפנימה עדיין את הקטגוריה המזרחית של נפגעי הקרנות הגזות, ועל-כן לא עשתה עדיין את פניצת המדרגה הנדרשת אל עבר השגת השוויון לקבוצה זו.

המחשה לקשיים, למלאכותיות וגם לחוסר ההגינות שבאי-ההתייחסות להשתייכות הקטגוריאלי עולה מפרשת ילדי תימן, ובפרט מהפער שבין פסיקת בית-המשפט המחוזי לבין זו של בית-המשפט העליון. בית-המשפט המחוזי ביקש "לפרק" את הסיפור ההיסטורי והזהותי

146 ביטון "מזרחים במשפט", לעיל ה"ש 1, בעמ' 504: "היעדר הממד הקבוצתי-קולקטיבי מותיר את ההפליה העקיפה-קבוצתית, הנתפסת כפרדיגמטית לצדק חלוקתי, מחוץ לשיח ה"פרטי" המתנהל בבית המשפט. ובל נטעה, דפוסים חוזרים אלה אינם ייחודיים להפליה בכניסה למועדונים, ולא חוק הוא המבנה אותם. בהיותם סימפטום למחלה שבה לוקה החוק על רקע המציאות הישראלית אפשר לזהותם גם בהקשרים שמחוץ לסצנת המועדונים, למשל במאבק שונה על ידי משפחות מעמנאל אשר בנותיהן תוגרו כמזרחיות ולכן הופרדו מחברותיהן האשכנזיות בבתי ספר נפרדים".

של המשפחות, כלומר, להפריד בין התביעות ולראות כל תיק כסיפור נזיקי נפרד, עם מסכת עובדתית נפרדת, בהתאם לגישת הצדק המתקן. בכך הוא הכחיש למעשה את הקטגוריה הזהותית המוחלשת של הנפגעים והתעלם ממנה. לעומתו, בית-המשפט העליון, שפעל בגישת הצדק המחלק, הצביע על הקושי והטכניות שבהתנהלות זו:

אחד עשר האירועים המתוארים בכתב התביעה מגוללים מסכת אחת (ולמעשה רק את חלקה הקטן) של פרשה קשה וכואבת בתולדות מדינת ישראל: פרשת היעלמותם של ילדים מבין עולי תימן בראשית ימי המדינה, בתקופת עלייתם ארצה וקליטתם בה... מבלי להביע עמדה באשר לסיכויי התביעה, המצויה בשלב ראשוני למדי, הרי שעיון בכתב התביעה לבדו מעלה כי מעשיהם ומחדליהם הנטענים של פקידי המשיבות; המידע שעל פי הנטען נמסר להורי הילדים שנעלמו במפתיע; ובעיקר – היעלמותם המוחלטת של הילדים מבלי להותיר כל עקבות, מעוררים כולם לכאורה חשדות מטרידים באשר לרפוס פעולה אחד מצד המשיבות, אשר עשוי להקים את זכותם של המערערים לסעד בסופו של ההליך.¹⁴⁷

ה. סיכום

המזרחים הם קבוצה מופלית. הדרך להשגת שוויון אמיתי לקבוצה זו חייבת להתחיל בהכרה של המשפט במובחנותה של הקבוצה, ולהימשך בהפנמת העובדה שמדובר בקבוצה מופלית. אי-הכרת המשפט בקטגוריה המזרחית מכחישה זהות זו, ומגבילה את אפשרותה של הקבוצה להשיג שוויון. מאמר זה ביקש להדגים את תהליכי ההכחשה הללו – שהותו באמצעות המודל של ביטון במאמרה "מזרחים במשפט: ה'אין' כ'יש'" – באמצעות מקרה-המבחן של הפסיקה הנזיקית המרכזית בפרשת נפגעי הטיפול בגזות.

מאמר זה מציע קריאה מחודשת של פסיקה זו בראי הביקורת המזרחית. בעיני ביקורת זו, גם ההתקדמות המרשימה שעשו בתי-המשפט בפרשה זו מפרטנליזם נזיקי אל עבר הכרה בזכותו של החולה לדעת מה מצבו, רע ככל שיהיה, אין בה די. הפנמת הקטגוריה המזרחית של הנפגעים הייתה צריכה להוביל לבחינה מובחנת ומדויקת יותר בפסיקה זו – למשל, על-ידי עיצובה של חובת היידוע בהתאמה לקשייה של קבוצה זו ואף הטלת חובה על המדינה לבצע טיפולים בקבוצה זו. כפי שמציעה ביטון, על בתי-המשפט לעבור תהליך שיאפשר להם להכיל קבוצה זו על-ידי המשגת ההגזעה כפרקטיקה מורכבת.

הפסיקה הנזיקית של נפגעי הטיפול בגזות היא מקרה אחד מבין שורה של מקרים המדגימים את הצורך בהגדרת קטגוריה "מזרחית" במובן המשפטי, בדומה לקבוצות מוחלשות אחרות, כגון "נשים", "להט"בים" ו"ערבים". יש להכיר בקטגוריה של "מזרחים" כקבוצה מופלית, ולהפנים את מוחלשותה מחמת הפלייתה רבת השנים. רק שינוי קונספטואלי זה יאפשר שינוי והשגת שוויון אמיתי.

147 ע"א 2392/19 עוזרי נ' מדינת ישראל, פס' 22 לפסק-הדין (נבו 24.12.2019) (ההדגשות הוספו).