

קרימינליזציה שיפוטית של הרפואה המשלימה בישראל

ד"ר דורון מנשה*, עו"ד ניר פלסר**

מבוא:

יוסף רוס (להלן: "רוס") הינו הומיאופת. בחודש ספטמבר 97' לאחר שהחליטו להפסיק את הטיפול הרפואי הקונבנציונלי, פנו הוריו של X, קטין יליד 1981, לרוס, וביקשו את עזרתו לריפוי בנם ממחלת פרקים כרונית, אשר גרמה לפגיעות קשות באצבעות ידיו, בכליות ובבריאותו הכללית. רוס הסכים לקבל את הקטין לטיפולו תמורת תשלום, תוך שהוא מציין שהחלמה תהא כרוכה בהרעה מסוימת במצבו הבריאותי של X.¹ ואכן, הורע מצבו הגופני של X, וביום 13.12.97, פנו ההורים מתוך חשש לבריאותו לביה"ח ואשפזו את X. בהמשך לפנייתו של הרופא המטפל אל היועצת המשפטית של משרד הבריאות, נפתחה חקירה פלילית כנגד רוס,² הוא הועמד לדין בפני בימ"ש השלום והורשע בעבירות של פזיזות ורשלנות במתן טיפול רפואי³ ובהתחזות לרופא.⁴ ערעורו לביהמ"ש המחוזי נדחה, והוא נידון ל-10 חודשי מאסר, מתוכם 3 לריצוי בפועל בעבודות שירות, וקנס כספי בסך 4,000 ש"ח.

כאמור, משמש רוס כהומיאופת, שיטת טיפול אשר נכללת במסגרת מגוון תחומי הרפואה המשלימה. במסגרת רשימה זו, לא נעמיק את הדיון בנוגע להרשעתו של רוס בעבירות של פזיזות ורשלנות. תחת זאת, נמקד את עיקר דיונונו בלגיטימיות של הרשעתו בעבירה של התחזות לרופא, תוך בחינת מעמדה החוקי של הרפואה המשלימה בישראל.

במסגרת זו נטען לכשל של הרשויות השלטוניות בהסדרה החוקית של הרפואה המשלימה בישראל. כשל שנלוות לו תוצאות מזיקות, הן במישור הפגיעה בחופש העיסוק של המטפלים, והן במישור ההגנה על בריאות הציבור. אנו בדעה כי ההכרה בכשל זה, צריכה למצוא את ביטוייה ברמה האינדיבידואלית-הפלילית, בדמותה של דוקטרינת ה"הגנה מן הצדק" שיש להקנותה לאדם המואשם בנסיבות כאלו. נעבור כעת לפירוט הדברים.

מעמדה של הרפואה המשלימה בישראל:

הרפואה המשלימה - ובתוכה תחום ההומיאופתיה - "מציגה אוסף של תורות רפואיות, דרכי אבחון ושיטות טיפול, שרובן אינן מיושמות במסגרת הרפואה הקונבנציונלית. החולים הפונים לרפואה המשלימה מעוניינים בפתרונות משלימים או חלופיים לאלה שמציעה הרפואה הקונבנציונלית לבעיותיהם הרפואיות".⁵ תחום הרפואה המשלימה הולך ומתרחב בישראל ובמדינות אחרות בעולם, ואכן סקרים אשר נערכו בארה"ב, הצביעו על כך שיותר אמריקנים פנו לטיפולים המוצעים ע"י הרפואה המשלימה, מאשר לרפואה הקונבנציונלית.⁶ חרף זאת, נותר תחום הרפואה המשלימה פרוץ לכל. שכן "למרות הגידול הדרמטי של הרפואה, היא עדיין לא הגיעה לבשלות מקצועית לנוכח המתח הקיים בינה לבין הרפואה הקונבנציונלית".⁷ לפיכך, לא מתקיים כל פיקוח ממסדי ומוסדר על העוסקים בתחומים אלה, ובאופן תיאורטי כל אחד יכול להציג עצמו בפני הציבור כמטפל בתחום זה או אחר של הרפואה המשלימה, ולהעניק את שירותיו.⁸ כמו-כן, אין בישראל מוסדות אקדמיים מוסמכים ומוכרים ללימודי הרפואה המשלימה, אשר במסגרתם ניתן לקבל תואר מוכר ממשרד הבריאות, שמסמך את הבוגרים לעסוק בתחומים אלה, לאחר שעמדו בדרישות אשר נקבעו

* מרצה, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה.

** תלמיד לתואר שני במשפט ציבורי באוניברסיטת ת"א. המחבר התמחה בעריכת-דין במסגרת המחלקה הפלילית בפרקליטות מחוז המרכז.

¹ המבוא מבוסס על הקביעות העובדתיות כפי שהופיעו בהכרעות-הדין של הערכאות השיפוטיות אשר דנו במקרה בו עסקינן: ת"פ (חי') 7669/01 מדינת ישראל נ' רוס, דינים שלום, כרך 194; ע"פ (חי') 3159/03 רוס נ' מדינת ישראל, דינים מחוזי כרך לד (1) 278.

² ע"פ (חי') 3159/03, לעיל, שם בפסקאות 2.1-2.2 לפסק-דינו של השופט דר.

³ ת"פ (חי') 7669/01, לעיל, שם בפרק ו' לפסק-דינו של השופט אלרון.

⁴ עבירה לפי סעיפים 338 ו-325 לחוק העונשין, תשל"ז - 1977.

⁵ עבירה לפי סעיפים 3 ו-48 לפקודת הרופאים [נוסח חדש], תשל"ז - 1976. לדעתנו, השימוש בלשון "התחזות" אינו ראוי. שכן יש במונח "התחזות", קונטציה של הונאה והצגת כוזב בפני הזולת, כעולה מלשונו של סעיף 441 לחוק העונשין: "המתניעג בכזב כאדם אחר, בכוונה להונות...". לפיכך, ובהתאם למידת הגיוני החברתי הנלווה להרשעה בפלילים, יש לדעתנו להפריד בין "עיסוק ללא היתר" לבין "התחזות לרופא מורשה". ויודגש, כי גם בנסיבות הקונקרטיים של ענייננו, לא נטען בהכרעות-הדין כי הנאשם הציג את עצמו באופן אחר ממה שהוא עיסוקו למעשה. לפיכך, יש בהרשעתו של רוס תחת הכותרת "התחזות לרופא", משום גינוי חברתי נלווה בלתי-פרופורציונלי ביחס לנסיבות המעשה.

⁶ "משרד הבריאות: מעמד הרפואה המשלימה בישראל" דו"ח שנתי של מבקר המדינה 46 (1995) 235.

⁷ י' דייזיס "אחריות מקצועית של מטפלים ברפואה המשלימה" רפואה ומשפט - ספר היובל (2001) 117 והאסמכתאות אשר הובאו שם.

⁸ דייזיס, לעיל, שם.

⁹ ת"פ (חי') 7669/01, לעיל, שם בפרק ח' לפסק-דינו של השופט אלרון.

¹⁰ ת"פ (חי') 7669/01, לעיל, שם.

לצורך כך.¹⁰

מצב זה יוצר אנומליה מבחינה מעשית ומשפטית, לאור העובדה כי רק לרופא מורשה מותר לעסוק ברפואה. כלשונו של סעיף 3 (א) לפקודת הרופאים: **"מי שאינו רופא מורשה לא יעסוק ברפואה ולא יתחזה, במפורש או מכללא, כעוסק ברפואה או כמוכן לעסוק בה"**. צא וראה כי "עיסוק ברפואה" משמעותו: **"בדיקת חולים ופצועים, אבחונם, ריפויים, מתן מרשם להם, פיקוח על נשים בזיקה להריון וללידה, או שירותים אחרים הניתנים בדרך כלל מידי רופא לרבות ריפוי באקופונטורה"**.¹¹ לפיכך, טיפול רפואי אשר מוענק ע"י מי שאינו רופא מורשה, הינו עיסוק אסור המהווה עבירה פלילית,¹² כאמור בסעיף 48 לפקודת הרופאים.¹³

לנוכח המצב האמור, מונתה בחודש יוני 88', בהוראתה של שרת הבריאות דאז, ועדה לבחינת נושא הרפואה המשלימה בישראל. בכתב המינוי של הוועדה נאמר כי היא מוקמת "לבחינת נושא הרפואה הטבעונית... על כל היבטיו והשלכותיו, ובכלל זה שיטות הריפוי הטבעוני למיניהן - הומיאופתיה, אקופונטורה, רפלקסולוגיה, כירופרטיקה וכו'". הוועדה נתבקשה להמליץ "אם ניתן לתת הכרה לטיפול בשיטות אלו ומי יהיה המורשה לעסוק בכך". בראש הוועדה עמד פרופ' מנחם אלון, המשנה לנשיא ביהמ"ש העליון ועם חבריה נמנו רופאים ממשד הבריאות, פרופסורים לרפואה, נציגי ציבור וסגנית היועצת המשפטית של משרד הבריאות. בפני הוועדה העידו עדים ומומחים רבים, והוגש לה חומר תיעודי רב הנוגע לנעשה בתחום הרפואה המשלימה בארצות המערב ובאר"ב.¹⁴

בחודש ספטמבר 1991, הגישה ועדת אלון את מסקנותיה לשר הבריאות דאז. הוועדה הגדירה את המצב החוקי של הרפואה המשלימה בישראל כ"רוחק מלהשביע רצון", שכן אין מעמד חוקי לרוב המרפאים העוסקים בריפוי בשיטות הרפואה המשלימה, ואין כל פיקוח, לא על אשר הם מציעים ועושים, ולא על הכשרתם המקצועית. לפיכך המליצה ועדת אלון לשנות את החוק בדבר הרישוי לעסוק ברפואה, כאשר שני עקרונות יסוד עומדים כנר לרגליה: מחד - זכותו של האדם לבחור ולהחליט בידי מי מפקיד הוא את הטיפול הרפואי שהוא זקוק לו; ומאידך - הדאגה לשלום הציבור וטובתו, שמכוחה מוסדרים שירותי הרפואה והרפואה באופן שלא יהוו סכנה ונזק לבריאותו של אדם.¹⁵ כלשונו של השופט מצא: "... תכליתו המרכזית של האיסור שמטילה הפקודה על העיסוק ברפואה ללא רשיון היא להגן על הציבור מפני המתיימרים להיות בעלי הכשרה וכישורים בריפוי חולאים ובעיות רפואיות, בעוד שלאמיתו של דבר, אין הם בעלי כישורים כאלה".¹⁶

מספר שנים לאחר שהגישה ועדת אלון את מסקנותיה, בחן מבקר המדינה את מעמדה של הרפואה המשלימה בישראל, תוך שהוא מביע אי-שביעות רצון מהפעולות שננקטו בידי משרד הבריאות ליישום המלצותיה של הוועדה. זאת לנוכח הגידול בביקוש בקרב הציבור לשיטות הטיפול המשלימות. כלשונו של הדו"ח: "הטיפול בשיטות הרפואה המשלימה, בישראל ובמדינות רבות בעולם, הולך ומתרחב. לרוב המטפלים בשיטות הרפואה המשלימה אין מעמד מעוגן בחוק. אין כל פיקוח על הכשרתם המקצועית ועל שיטות עבודתם. הציבור הפונה אליהם עלול להינזק, כתוצאה ממעשה או ממחדל, בעיקר אם המטפל טעה באבחון המחלה, או מעצם הפסקת הטיפול הקונבנציונלי. משרד הבריאות לא עשה די בנושא זה, והתחום נותר פרוץ. לנוכח הפוטנציאל החיובי הטמון בכמה מענפי הרפואה המשלימה מבחינת בריאות הציבור, מחד גיסא, והסכנה הנשקפת מרמאים, מתחזים או שרלטנים שיגרמו נזק למטופלים, מאידך גיסא, על המשרד והממסד הרפואי לבחון את הנושא ולגבש מדיניות, שתהווה גם חומר אפשרי לקראת חקיקה. על המשרד לפעול לשינוי המצב החוקי הקיים, כדי לאפשר שליטה בנושא מורכב זה של טיפולים רפואיים בידי מי שאינו מורשה לכך, וקיום אמצעי ביקורת ופיקוח מתאימים"¹⁷ (ההדגשה שלנו - ד.מ., נ.פ.).

למרבה הצער, חרף הערותיו הנוקבות של מבקר המדינה, לא פעלו משרד הבריאות והממסד הרפואי לשינוי המצב החוקי הקיים, ומעמדם זה של המרפאים האלטרנטיביים נותר כשם שהיה. שש שנים לאחר פרסום דו"ח מבקר המדינה, היה זה ביהמ"ש העליון אשר הביע את מורת רוחו מהיעדר יישום מסקנות ועדות אלון. כפי שציין השופט מצא: "בקרוב תימלאנה עשר שנים לפרסום דו"ח הוועדה לבדיקת נושא הרפואה המשלימה בישראל, בראשות המשנה לנשיא בית המשפט העליון, השופט מ' אלון, אשר המליצה להסדיר בחקיקה את תחומי העיסוק האמורים. יש להצטער שעד כה לא נעשה דבר לתיקון המצב החוקי, ברוח המלצותיה של הוועדה".¹⁸

¹¹ סעיף 1 לפקודת הרופאים.

¹² דייויס, לעיל, שם בעמ' 123. ראה גם: ע"פ 726/78 שלחין נ' מדינת ישראל, פ"ד לד (2) 701, 704.

¹³ הקובע: "העובר על הוראות סעיף 3, דינו - מאסר שנה אחת או קנס 10,000 לירות".

¹⁴ דו"ח מבקר המדינה, לעיל, שם בעמ' 236.

¹⁵ דו"ח מבקר המדינה, לעיל, שם בעמ' 237.

¹⁶ ע"א 2055/99 פלוני נ' הרבנות הראשית לישראל, פ"ד נה (5) 241, 257.

¹⁷ דו"ח מבקר המדינה, לעיל, שם בעמ' 239. הדו"ח על ביקורתו אוזכר בפסק-דינו של ביהמ"ש השלום: ת"פ (חי') 7669/01, לעיל, שם בפרק ח' לפסק-דינו של השופט אלרון.

¹⁸ פלוני, לעיל, שם בעמ' 258.

חופש העיסוק כזכות חוקתית:

כעולה מפרשת רוס, ניכר כי אף הערותיו של ביהמ"ש העליון לא האיצו ברשויות ליישם את המלצותיה של ועדת אלון. אנו סבורים כי התנהלות זו של הרשויות ושל הממסד הרפואי פגעה, ואף ממשיכה לפגוע, פגיעה קשה ובלתי-פרופורציונלית בחופש העיסוק. זכות אשר כידוע הוכרה כזכות יסוד חוקתית, על-חוקית בשיטתנו המשפטית.¹⁹

ניכר כי עובדה זו לא נעלמה מעיניו של ביהמ"ש, כפי שציין השופט אלרון בפסק-דינו: "עיסוקו של הנאשם כהומיאופת, והעבירה המיוחסת לו, כי עסק ברפואה ו/או התחזה, במפורש ומכללא כעוסק ברפואה, מחייבת אותנו להתייחס בתמצית לחוק יסוד: חופש העיסוק. בהתאם לנקודת המוצא המקובלת בחברה הישראלית, ואף ביתר שאת לאחר חקיקת חוק יסוד: חופש העיסוק בשנת 1992, רשאי אדם לעסוק בכל עבודה או משלח יד שיחפוץ, כל עוד לא נקבעו לגביהם הגבלות או איסורים חוקיים... דא עקא, בתחום הרפואה בחר המחוקק בפקודת הרופאים, תשל"ז - 1976... להגביל בצורה חד משמעית את העוסקים במקצועות הרפואה".²⁰

כפי שיובהר להלן, אנו בדעה כי הסיפא לדברים האמורים, מהווה נקודת מבט צרה למדי אשר נוגדת הן את רוח חוק-יסוד: חופש העיסוק ואת פרשנות הזכויות המוענקות על-ידו; והן את הפרשנות התכליתית של הזכויות המוענקות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

סעיף 3 לחוק-יסוד: חופש העיסוק קובע כי: **"כל אזרח או תושב של המדינה זכאי לעסוק בכל עיסוק, מקצוע, או משלח יד"**. לשיטתו של הנשיא ברק, חופש העיסוק "נגזר במהותו מהעיקרון החוקתי של פיתוח האישיות, המעוגן בכבוד האדם וחירותו".²¹ מכאן כי "חופש העיסוק אינו אלא ביטוי מוחשי לכבוד האדם וחירותו. הוא מבוסס על החופש של האדם לעצב את אישיותו ואת מעמדו החברתי. טול מאדם את חופש העיסוק, ונטלת ממנו את צלם האדם ואת טעם החיים".²²

אמנם, ניתן להסתייג ולומר כי הזכות לחופש העיסוק על אף היותה חוקתית הינה עדיין זכות יחסית, ואף כזו שמטבעה כפופה לרגולציה של המחוקק העשוי להגדיר עיסוק מסוים כאסור.²³ ועם כל זאת, אנו בדעה כי אין בכך לשנות ממסקנתנו. שכן, סעיף 5 לחוק-יסוד: חופש העיסוק קובע כי: **"כל רשות מרשויות השלטון חייבת לכבד את חופש העיסוק של כל אזרח או תושב"**.

לפיכך, סבור הנשיא ברק כי "במסגרת חובתו של השלטון 'לכבד את חופש העיסוק של כל אזרח או תושב' מוטלת עליו חובה לנקוט באמצעים החוקיים העומדים לרשותו כדי להגן על חופש העיסוק של האזרח או התושב מפני פגיעה בו...".²⁴ מכאן כי הזכות לחופש העיסוק היא זכות פוזיטיבית ("status positivus") אשר מטילה על רשויות המדינה חובה לפעול להגנתה.²⁵ לנוכח מסקנותיה של ועדת אלון והערותיהם של מבקר המדינה וביהמ"ש העליון, הרי ששומה היה על משרד הבריאות והממסד הרפואי לפעול להסדרת מעמדה החוקי של הרפואה המשלימה בישראל. חובה זו, נגזרת לא רק מן הזכות לחופש העיסוק, כי אם גם מחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. שכן, הזכות ל"כבוד" טומנת בתוכה גם את זכותו של האדם לאוטונומיה אישית.²⁶ מכאן - כפי שציינה גם ועדת אלון במסקנותיה - קיימת לציבור הרחב זכות יסוד לבחור ולהחליט בידי מי להפקיד את הטיפול הרפואי לו הוא זקוק. אשר על-כן, חרגו רשויות המדינה (משרד הבריאות והממסד הרפואי) בהתנהלותן, מחובתן הפוזיטיבית להגן על זכויות היסוד המוענקות עליו חוק בחוק-היסוד. שכן מרגע שהכירו בעובדה כי יש לעגן את מעמדה של הרפואה המשלימה בישראל, היה עליהן לקדם באופן רגולטיבי את חופש העיסוק בתחום זה.

מחדלן של הרשויות ודוקטרינת "ההגנה מן הצדק":

משהגענו לכלל מסקנה כי בפעולותיהן של רשויות המדינה היה משום מחדל קונסטיטוציוני, יש לעמוד על ההשלכות הנובעות ממחדל זה, על

¹⁹ כלשונו של סעיף 2 לחוק יסוד: חופש העיסוק: "חוק-יסוד זה מטרתו להגן על חופש העיסוק כדי לעגן בחוק-יסוד את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית".

²⁰ ת"פ (חי') 7669/01, לעיל, שם בפרק י (2) לפסק-דינו של השופט אלרון.

²¹ א' ברק "חוק-יסוד: חופש העיסוק" משפט וממשל ב' (תשנ"ד) 195, 200.

²² לעיל, שם.

²³ כפי שציין השופט חשין עוד בימיה הראשונים של המדינה: "לכל אדם קנויה זכות טבעית לעסוק בעבודה או במשלח-יד, אשר יבחר לעצמו, כל זמן שההתעסקות בעבודה או במשלח-יד אינה אסורה מטעם החוק" (ההדגשה שלנו - ד.מ., נ.פ.). ראה: בג"צ 1/49 ב'ז'רנו נ' שר המשטרה, פ"ד ב' 80, 82. כמו-כן ראה: א' רובינשטיין

"המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל" (תשנ"ו), כרך ב' (1135); (1889) 123-125, 114, 129 U.S. Dent v. West Virginia.

²⁴ א' ברק "פרשנות במשפט: פרשנות חוקתית" (תשנ"ד, כרך שלישי) 602.

²⁵ ברק ("פרשנות במשפט"), לעיל, שם בעמ' 364.

²⁶ ד' סטטמן "שני מושגים של כבוד" עיוני משפט כ"ד (תשס"א) 541, 571. כמו-כן ראה: דנ"א 2401/95 נחמני נ' נחמני, פ"ד נ' (4) 723, 661 (פסק-דינו של השופט גולדברג); ע"א 3077/90 פלוני נ' פלוני, פ"ד מט (2) 578, 594 (פסק-דינו של השופט חשין).

²⁷ ע"פ 2910/94 יפת נ' מדינת ישראל, פ"ד נ' (2) 221.

²⁸ בג"צ 1563/96 כץ נ' היועץ המשפטי לממשלה ו-8 אה', פ"ד נה (1) 544, 529.

ההליך הפלילי הקונקרטי בו עסקינן. עם פסיקתו של ביהמ"ש העליון בפרשת הבנקאים,²⁷ נקלטה במשפט הפלילי הישראלי דוקטרינת "ההגנה מן הצדק", לפיה "בנסיבות חריגות, בהן מגעת התנהגות הרשות כדי 'התנהגות-בלתי-נסבלת'... רשאי בית המשפט, מכוח סמכותו הטבועה, לבטל את כתב האישום".²⁸ לפיכך "בנסיבות שבהן תוכח מעורבות נרחבת ודומיננטית של הרשות במעשה העבירה, בבחינת 'הוספת שמן למדורה' וסיוע בהמשך ביצועה במשך עת רבה, עשויים המעורבות והסיוע האמורים לעלות כדי הפרת חובות האמון וההגיונות המוטלות על הרשות, במידה המכתימה את הגשת כתב האישום כשימוש לרעה בהליכי המשפט".²⁹

אשר על כן, סבורים אנו כי מחדלן המתמשך של רשויות המדינה לעגן את מעמדה החוקי של הרפואה המשלימה, כמו גם היעדר אכיפה בפועל של ההגבלות על עיסוק ברפואה משלימה,³⁰ עולים כדי מעורבות נרחבת ודומיננטית של הרשות במעשה של רוס. ויודגש, כי מודעים אנו לכך שלפי עובדות פסקי-הדין הן של הערכאה הדיונית והן של ערכאת הערעור - נטענה טענה של "הגנה מן הצדק" בידי רוס, אך לא לעניין זה.³¹ אף-על-פי-כן, אנו בדעה כי אין בכך ולא כלום. שכן, דוקטרינת "ההגנה מן הצדק" נשאבת מסמכותו הטבועה של ביהמ"ש.³² לפיכך, מרגע שהונחה בפני ביהמ"ש התשתית העובדתית לביסוס מחדלן של רשויות המדינה, רשאי היה ביהמ"ש לבטל את האישום מיוזמתו שלו. כפי שציין השופט ברנזון, הסמכות הטבועה היא: "אותה סמכות מינימאלית בענייני נוהל, יעילות המשפט וצדקתו הדרושה לבית-המשפט כדי שיוכל למלא את התפקיד שלמענו הוא קיים: עשיית משפט צדק. סמכות זו היא הביטוי החיצוני לחוש הצדק הפנימי שהשופט ניחן בו והנותן לו פורקן בעשייה היומיומית שלו".³³

ולבסוף, קשה להתעלם מהשפעתה הפוטנציאלית של היעדר ההכרה הממסדית ברפואה המשלימה, על הרשתות של רוס בעבירות של פזיזות ורשלנות. שכן סבורים אנו, כי הימנעותן של הרשויות מהסדרת מעמדה של הרפואה המשלימה בישראל, ייתכן והשפיע על החיקוק השיפוטי אל גדר סבירות מעשיו של רוס לאור עקרונות הטיפול של ההומיאופתיה ("ההומיאופת הסביר").³⁴ יודגש, כי השערותנו זו אינה אך השערה בעלמא. כפי שמציין הנשיא ברק בספרו אודות יחסי הגומלין בין רשויות השלטון: "השופט צריך להתחשב ברשויות האחרות, כשם שהוא מצפה שאלה תתחשבה בו. אם סוגיה מסוימת ראוי לה שתוסדר בדרך החקיקה, והיא על סדר יומו של המחוקק, אל לו לשופט לבחור באפשרות המסדירה סוגיה זו".³⁵ לפיכך, סבורים אנו כי המחדל של אי הסדרה חוקית של העיסוק במקצוע מסוים, ייתכן ותהא נודעת לו השפעה על שיקול-הדעת השיפוטי בחקר הנסיבות הקונקרטיות ובקביעת העובדות של המקרה בהכרעת-הדין.

הנה כי-כן, מוצא עצמו ביהמ"ש, מטעמים מובנים של יחסי גומלין קונסטитуציוניים, במצב בו הינו מתקשה להעניק לגיטימציה, לפרקטיקות אשר המחוקק נכשל מלהסביר בחוק ולהגדירן כלגיטימיות.³⁶

²⁹ נקדימו "הגנה מן הצדק: ביקורת שיפוטית על ההעמדה לדין בבית המשפט הפלילי" חיבור לשם קבלת תואר "מוסמך במשפטים" - אוניברסיטת ת"א (תשנ"ט) 113. לשיטתו של השופט דב לין ז"ל "התכלית המרכזית שעליה מגן העיקרון החוסם מפני הליך פלילי היא הפיקוח על הרשות המבצעת כמכשיר הממריץ את הרשות שלא לשתף פעולה עם התנהגות שהיא חפצה לגנות". ראה: יפת, לעיל, שם בעמ' 368.

³⁰ ד"ח מבקר המדינה, לעיל, שם בעמ' 235. ראה גם את דבריו של השופט נאמן בערכאת הערעור: "... וכל עוד המשיבה לא תחליט כמדיניות אחידה להעמיד לדין על התחזות רופאים את כל העוסקים ברפואה האלטרנטיבית אין להרשיע בהתחזות כרופאים את העוסקים ברפואה אלטרנטיבית...". ע"פ (חי') 3159/03, לעיל. ³¹ לשיטתו של סניגורו של רוס, "אין מקום להעמיד לדין ולהרשיע אדם בגין פעולה אותה עושים אלפי אנשים, ואיש מהם לא הועמד לדין ולא הורשע". ראה: ע"פ (חי') 3159/03, לעיל, שם בפסקה 4.3 לפסק-דינו של השופט דר.

³² יפת, לעיל, שם בעמ' 370; כץ, לעיל, שם. ³³ ד"נ 22/73 בן שחר נ' מחלב, כח (2) 96, 89; בג"צ 3914/02 לב ואח' נ' ביה"ד הרבני, פ"ד מח (2) 491, 500; פ' גולדשטיין "הסמכות הטבועה של בית המשפט" עיוני משפט י' (תשמ"ד) 299, 301-302.

³⁴ זאת תוך היקש מדבריו של השופט בייסקי: "אמת-המידה לבחינת הרשלנות תהיה זו של הרופא הסביר בנסיבות המקרה. החלטותיו ופעולותיו של הרופא צריכות להיות מבוססות על שיקולים סבירים וברמה המקובלת, היינו, על הרופא לבסס את החלטותיו על הידע העדכני הנתמך בספרות המקצועית, ביסיון הקודם, והכול - בהתאם לנורמות המקובלות אותה עת בתחום הרפואה". ראה: ע"א 323/9 קוהר נ' מדינת ישראל, פ"ד מה (2) 142, 172, וכן ראה: ע' אזר, א' נירנברג "רשלנות רפואית" (תש"ס) 318-319.

³⁵ א' ברק "שיקול דעת שיפוטי" (תשמ"ז) 287.

³⁶ כך ניתן להסביר את גינויו של הנאשם על שום שלא דרבן את ההורים לשנות מהחלטתם להפסיק את נטילת התרופות הקונבנציונאליות. ברי כי ניכרת כאן התעלמותו של בית המשפט מהאפשרות שההרעה הבריאותית שאירעה ל-X (שאת סימניה חזה הנאשם מראש), אינה נובעת מהפסקת התרופות, אלא הינה שלב בהחלמה - ואכן הספרות ההומיאופתית מקצועית מצביעה על כך שהרעה או החמרה ראשונית במצבו של המטופל היא פעמים רבות, בגדרי ההומיאופתיה שלב בהחלמה. כפי שציין למשל George Vithoulkas - מחלוצי הרפואה ההומיאופתית ביוון - בספרו: "Our purpose in giving a homeopathic remedy is to stimulate the defense mechanism of the patient in such a way that it can finally cure the illness against which it has been struggling. In order, therefore, to produce a truly curative response, it is not only expected but desirable that an aggravation of symptoms be produced after administration of the correct remedy". ראה: G. Vithoulkas "The Science of Homeopathy" (1980) 228.

במאמר מוסגר נוסף כי מעובדות פסקי-הדין לא עולה כל אינדיקציה לכך שהטיפול ההומיאופתי אף במקרה הנוכחי לא הצליח. זאת פרט להרעה אשר אירעה - ואשר הראינו כי בגדרי התפיסה ההומיאופתית יכולה להיחשב כשלב (צפוי) בדרך להחלמה.