

רפואה ומשפט

על חידושים ועל מגמות במשפט הרפואי

מאת

ד"ר גיל סיגל*

בעשור האחרון אנו עדים להרחבה משמעותית, ויש האומרים דרמטית, בענף המשפט הרפואי. הרחבה זו באה לידי ביטוי בכל המישורים: הן בתחום החקיקה, הן בפסיקות בתי המשפט והן בעיסוק הגובר והולך בהיבטים המשפטיים של העיסוק ברפואה על-ידי הנמענים העיקריים של מעשי החקיקה, קרי: הרופאים, הסגל הסיעודי ושאר מקצועות הבריאות. במאמר סקירה זה נבחנים מגמות וחידושים במשפט הרפואי בתחום זכויות החולה והמטופל והיקף האחריות המקצועית של ציבור המטופלים, וזאת במספר תחומים עיקריים:

- א. הרפורמה המבנית במערכת הבריאות בישראל.
- ב. הרפורמה ביחסי מטופלים-מטופלים. מבין הנושאים המטופלים בחוק זכויות החולה תוצג ההכרעה בסוגיית **זהות פורום הדיון הנאות** בתחום הבירואתי תוך יישומו גם בחוק המידע הגנטי ובהצעת חוק החולה הנוטה למות.
- בחלק נוסף נפרשות התפתחויות יצירה-הפסיקה הנקשרות בזכות לאוטונומיה במשפט הרפואי, וזאת בשלושה מישורים:
 - א. ההכרה בפגיעה בזכות לאוטונומיה של המטופל כראש נזק עצמאי בתביעות רשלנות רפואית.
 - ב. תוצאותיו הקשות של מימוש הזכות לאוטונומיה בפרשת **'הדסה' נ' גלעד** אל מול מחויבות נדרשת של מערכת המשפט לתהליכים של ניהול סיכונים ואבטחת איכות ברפואה.

* הקריה האקדמית, קריית אונו. מרצה בכיר (מומחה), הפקולטה למשפטים והפקולטה ללימודי בריאות ורווחה, אוניברסיטת חיפה, הר הכרמל חיפה. המחבר מבקש להודות לד"ר אילן סבן, לד"ר יעקב נוסים ולד"ר נעמי סיגל על שקראו גרסאות מוקדמות של מאמר זה ועל הערותיהם הטובות. תודה שלוחה גם לעוזרת המחקר רונית ברנשטיין על סיועה במחקר ועל הבאת המאמר לדפוס.

ג. ניתוח יישומה של הזכות לאוטונומיה בתחומי הנזק הראייתי.
חלקו האחרון של המאמר מוקדש לסיכום וביקורת של תהליכים אלו,
וקריאה למחויבות מוקפדת של בתי המשפט כמו גם המחוקק לקידום איכות
הרפואה בצד זכויות המטופל.

- א. מבוא
- ב. חקיקה רפואית בישראל בשנים 1994–2002
 1. חוק זכויות החולה
 2. חוק ביטוח בריאות ממלכתי – הרפורמה במערכת הבריאות
- ג. לדמותה המשתנה של הזכות לאוטונומיה במשפט הרפואי
 1. פגיעה באוטונומיה בטיפול רפואי כראש נזק
 2. האוטונומיה של החולה ככלי דיוני – בעקבות עניין גלעד
 3. הנזק הראייתי והזכות לאוטונומיה
 - ד. לסיכום ובשולי הדברים

א. מבוא

ניתן לחלק את המשפט הרפואי לשני תחומים עיקריים. הראשון, אשר מכונה לעיתים Medical Law in Action, מבקש לבחון ולהסדיר את ההיבטים המשפטיים הנוצרים בעטיים של שלל חידושים מדעיים להם אנו עדים ביוכל השנים האחרונות¹. ברם, בתחום מרתק ונרחב זה לא אוכל לדון בשל קוצר היריעה. התחום השני של המשפט הרפואי מתמקד בתחום המסורתי יותר של זכויות החולה והמטופל וכן בהיקף האחריות המקצועית של ציבור המטפלים.

זכויות החולה והמטופל המפורטות בחוק זכויות החולה² כוללות, בין היתר, את הגדרים המדוקדקים של הזכות לסודיות רפואית, את החובה להימנע מטיפול רפואי ללא קבלת הסכמה חופשית ומדעת של המטופל ואת האפשרויות לטיפול בחולה ללא הסכמה. בתחום הרשלנות הרפואית, סוגי רשלנות שונים נמצאים עדיין בתהליכי גיבוש היקפם ותכולתם, ובהם: רשלנות במעקב אחר חידושי הרפואה³, רשלנות ברישום רפואי⁴,

1 כך נכללים בו הנושאים הבאים: השתלות איברים, ביטכנולוגיה וקניין רוחני, גנטיקה – שיבוט, מחקר תאי גזע עובריים, טלה-רפואה ועוד.
2 חוק זכויות החולה, התשנ"ו–1996, ס"ח 327 (להלן – "חוק זכויות החולה").
3 ע"א 3264/96 קופת חולים כללית נ' פלד, פ"ד נב(4) 849; ע"א 935/95 משה נ' קליפורד, פ"ד נב(4) 736; דנ"א 7794/98 משה נ' קליפורד, פ"ד נז(4) 721.
4 ע"א 6160/99 דרוקמן נ' בית החולים לניאדו, פ"ד נה(3) 117; ע"א 3263/96 קופת חולים הכללית נ' שבוירי, פ"ד נב(3) 817; ע"א 6330/96 בנגר נ' בית החולים הכללי ע"ש ד"ר הלל יפה, חדרה, פ"ד נב(1) 145.

רשלנות במעקב רפואי⁵, רשלנות בחינוך לבריאות⁶ והתפתחות ההכרה באחריותם הישירה של מוסדות וארגונים רפואיים⁷.

בעשור האחרון אנו עדים להרחבה משמעותית, ויש האומרים דרמטית, בענף המשפט הרפואי. הרחבה זו באה לידי ביטוי בכל המישורים: הן בתחום החקיקה, הן בפסיקות בתי-המשפט והן בעיסוק הגובר והולך בהיבטים המשפטיים של העיסוק ברפואה על-ידי הנמענים העיקריים של מעשי החקיקה, קרי הרופאים, הסגל הסייעי ושאר נושאי מקצועות הבריאות. ואל יקל הדבר בעיניכם; קושי רב עומד בפני מי המבקש לשנות נורמות התנהגות ואתיקה מקצועית במקצועות בעלי מסורת תקיפה ועצמאות של מאות שנים על-ידי דבר חקיקה או פסיקה בית דין.

במאמר סקירה זה אבקש לעמוד על ולאמוד את המגמות והחידושים המשפטיים במשפט הרפואי בתחום זכויות החולה והמטופל והיקף האחריות המקצועית של ציבור המטפלים, וזאת במספר תחומים עיקריים.

בחלק הראשון של מאמר זה יוצגו שני החוקים העיקריים שהתקבלו בעשור האחרון, קרי חוק זכויות החולה וחוק ביטוח בריאות ממלכתי⁸. מבין הנושאים המטופלים בחוקים אלו אתמקד בשניים: א. הכרעה בסוגיית זהות פורום הדיון הנאות בתחום הביוראטי תוך הרחבת הדיון גם לחוק מידע גנטי⁹ ולהצעת החוק העתידית – הצעת חוק "החולה הנוטה למות". ב. הרפורמה במערכת הבריאות בישראל.

בחלק נוסף אעסוק בהתפתחויות יציר הפסיקה הנקשרות בזכות לאוטונומיה במשפט הרפואי, וזאת בשלושה מישורים: א. ההכרה בפגיעה בזכות לאוטונומיה של המטופל כראש נזק עצמאי בתביעות רשלנות רפואית. ב. תוצאותיה הקשות של מימוש הזכות לאוטונומיה בעניין גלעד¹⁰ אל מול מחויבות נדרשת של מערכת המשפט לתהליכים של ניהול סיכונים ושל אבטחת איכות ברפואה. ג. ניתוח יישומה של הזכות לאוטונומיה בתחומי הנזק הראייתי.

חלקו האחרון של המאמר יוקדש לסיכום של תהליכים אלו ולביקורת עליהם, ולקריאה למחויבות מוקפדת של בתי-המשפט כמו גם של המחוקק לשימור איכות הרפואה בצד זכויות המטופל. כרי, כי ניתן להצביע על סוגיות מהותיות נוספות בתחום המשפט הרפואי, אך מטיבם ומטבעם של מאמרי סקירה עולה הצורך לבור מחד ולהותיר מאידך, ואידך זיל גמור.

5 ע"א 34/95 גבעון נ' ד"ר ברמה, פ"ד נ(4) 462; ע"א 6023/97 טייג נ' ד"ר גלזר, פ"ד נג(2) 840; ג' סיגל "חובת המעקב הרפואי – על המתח שבין פטרנליזם רפואי לאוטונומיה של הפרט" רפואה ומשפט 26 (2002) 190.

6 ע"א 2245/91 ד"ר ברנשטיין נ' עטיה, פ"ד מט(3) 709.
7 G. Siegal "From medical negligence to risk management: an evolving legal doctrine" 8th International Conference on Bioethics, Israel 2000.

8 חוק ביטוח בריאות ממלכתי, התשנ"ד-1994, ס"ח 156 (להלן – "חוק ביטוח בריאות ממלכתי").

9 חוק מידע גנטי, התשס"א-2000, ס"ח 62 (להלן – "חוק מידע גנטי").

10 רע"א 1412/94 הסתדרות מדיציניית הדסה עין-כרם נ' גלעד, פ"ד מט(2) 516 (להלן – "עניין גלעד").

ב. חקיקה רפואית בישראל בשנים 1994–2002

האקטיביזם החקיקתי בתחום הרפואי בעשור האחרון מתבטא במספר המרובה של דברי החקיקה ובתוכנם המרכזי. המחוקק חולל רפורמה של ממש במערכת הבריאות הציבורית עם קבלת חוק ביטוח בריאות ממלכתי, וכן עיצב והחזין את תהליך השינוי היסודי ביחסי מטפל-מטופל בחוק זכויות החולה; לכך הוסיף המחוקק גם נורמות מחייבות בתחום הטיפול והמחקר הגנטי. בעוד שחוק זכויות החולה מתמקד בעיקר במערכת היחסים מטפל-מטופל במישור הפרטי, הרי שחוק ביטוח בריאות ממלכתי מתמקד בהסדר הכללי של מתן שירותי בריאות בישראל. למותר לציין, כי בקיומם בצוואת של שני חוקים אלו משתקף מתח פנימי רב עוצמה, המחייב, לעיתים, הכרעות קשות בצורך לבחור בין האינטרסים של הפרט המתדיין לבין האינטרסים של המערכת הרפואית הציבורית, שמאחוריה, בסופו של חשבון, כל הפרטים כולם. אכן, מתח זה אינו נחלתו הבלעדית של המשפט הרפואי, והוא מתקיים בשאר המחוזות של עימות בין צרכי האזרח ובין משאביה של המערכת הציבורית.

1. חוק זכויות החולה

עידן זכויות החולה שהתרגש על החברה הישראלית בעשורים האחרונים, הגיע לשיאו בקבלת החוק בשם זה, בשנת 1996. ישראל הייתה למדינה השנייה בתבל (אחרי פינלנד) שביכרה לחרוט בחוק את מגילת זכויות המטופלים, תוך הסגת גבול לסוגיות שהוסדרו בעבר בלעדית בידי הקודים האתיים הפרופסיונאליים. תשומת הלב הרבה לה זכה החוק מצד ציבור המטופלים, כמו גם הפנמתו הגוברת בידי ציבור המטופלים יצרו שינוי מהותי ובלתי הפיך ביחסי מטפל-מטופל¹¹. יש להדגיש, כי ההלכה הפסוקה ניסחה ואולי גם כוננה חלק ניכר מזכויות אלה עובר לחקיקת חוק זכויות החולה, ועל כן חלק ארי מהוראות החוק חלו על המטופלים עוד טרם כניסתו לתוקף. יחד עם זאת, קבלה מוצהרת ומקיפה של זכויות החולה יצרה את המומנטום לשינוי. זכויות חולים מהוות כיום את החלק הדומיננטי והמוכר במשפט הרפואי, וכוללות, בין היתר, את הזכות לטיפול רפואי נאות, את הזכות למידע אודות זהות המטפל ותפקידו, את הזכות לדעה נוספת, את הזכות לסודיות רפואית ואת החובה להימנע מטיפול רפואי ללא קבלת הסכמה חופשית ומדעת של המטופל.

החידושים העיקריים בחוק זכויות החולה מתמקדים בסוגיות הבאות:

I. התנאים המאפשרים מתן טיפול רפואי לאדם כשיר ללא הסכמה (סעיף 15)¹².

11 G. Siegal "Physicians' Attitudes Towards Patients' Rights Legislation" 20 *Medicine & Law* (2001) 20, 63–78.

12 נ' מימון "התמודדות המחוקק עם שאלת מתן טיפול רפואי ללא הסכמה, או בכפיה" רפואה ומשפט 17 (1997) 78.

- II. האפשרות למינוי מיופה כוח לשם קבלת הסכמה לטיפול רפואי (סעיף 16).
 - III. החובה לניהול הרשומה הרפואית, שעבירה פלילית כמו גם עוולה אזרחית בצידה במקרה של הפרה (סעיפים 17 ו-28)¹³.
 - IV. הכרה בפעילות ועדות בדיקה וועדות בקרה ואיכות, וקביעת היקף החיסיון לתוצרי עבודתן (סעיפים 21 ו-22)¹⁴.
 - V. הקמת ועדת אתיקה סטטוטורית (סעיף 24) המוסמכת לאשר מניעת מידע מן המטופל (סעיפים 13 ו-18), לאשר מתן טיפול רפואי בהעדר הסכמה של המטופל (סעיף 15) ולהכריע בהשגה של המטופל או של נציגו אודות התיעוד הרפואי (סעיף 23)¹⁵.
- בחלק הבא ברצוני לעמוד, ביתר פירוט, על השימוש הנרחב שעושה המחוקק במכשיר של "ועדת אתיקה" כדרך לפיתרון אי הסכמות וסכסוכים במהלך הטיפול הרפואי.

לשאלת הפורום הנאות – ועדות האתיקה בחקיקה העכשווית בידי מי יש להפקיד את סמכות ההכרעה בשאלות דוגמת השאלות דלהלן: הפסקת טיפול בחולה סופנית וניתוקה ממכשירי החיאה? הפסקת טיפול בפג הסובל ממום חמור? כפיית טיפול כימותרפי על נערה המסרבת לקבלו? הפרת הסודיות הרפואית של נשא איידס ואזהרת בת זוגו? בניגוד לתפיסה רווחת, הבחינה של זהות הפורום הראוי לדיון בסוגיות בתחום האתיקה והמשפט הרפואי איננה עתיקת יומין. מן הפרספקטיבה הליברלית, החולה ורק הוא זכאי לקבל החלטות בדבר מהות וסוג הטיפול בו, ובכך להשיג את הגשמת רצונו החופשי במנותק מתפישת טובתו הרפואית. בזכות זו מונחת, מניה וביה, הזכות לסרב לחלק או לכל הטיפול המוצע, לברור בין אלטרנטיבות טיפוליות שונות ועוד. מתוך כך עולה, כי ההכרעה, גם במקרים הבעייתיים, צריכה להימסר לידי המטופל. ואולם, הדוגמאות ברישא מצביעות על מגוון של מקרים בהם עלולים להתעורר ספקות באשר להבעת רצונו של המטופל, להתאמת רצונו לסיטואציה הנתונה, ערעור על החלטה של נציג או של אפוטרופוס וכדומה. כמו כן, במסירת ההכרעה למטופל בלבד, קיים חשש לפגיעה בזכויותיהם של צדדים שלישיים שאינם מיוצגים ואינם נשמעים. במקרים אלו אין מנוס מהכרעה הנמצאת, ולו בחלקה, מחוץ לידי המטופל.

מגוון מגננוני ההכרעה, שאינם נסמכים על המטופל כפוסק בלבדי במחלוקות המתעוררות בעת טיפול רפואי כוללים: הכרעה בתהליך משפטי פורמאלי, הכרעה

13 ע"א 6330/96 בנגר נ' בית החולים הכללי ע"ש ד"ר הלל יפה, חדרה, פ"ד נב(1) 145; ת"א (י"ם) 776/94 עזבון המנוח רון ארטו ז"ל נ' ד"ר מלימובקה, תקדין מחוזי 97(2) 3001.

14 וראו הדיון בעניין גלעד, להלן בפסקה 2.

15 ג' סיגל ומ' פלד "ועדות אתיקה בבתי חולים – ישן מפני חדש תוציאו?" רפואה ומשפט 17 (1997) 6.

חוץ שיפוטית המסורה לצוות הרפואי, הכרעה על-ידי טריבונל מעין-שיפוטי דוגמת ועדת אתיקה ועוד¹⁶. מן הבחינה ההיסטורית, פסק הדין בארה"ב בעניין *Quinlan*¹⁷ בשנות השבעים היה הגורם המניע ביצירת ועדת אתיקה פנים-מוסדית למציאת וליצירת פתרונות לדילמות אתיות במהלך טיפול בחולים. הגיונו של פסק הדין כיוון להיוותותו של הדיון הסבוך והטעון בשאלת הארכת חיים בחולה סופני בידיהם של המטופל, של נציגיו ושל משפחתו מחד גיסא ובכך הגשמת האוטונומיה של המטופל, ומאידך גיסא בידיהם של המטפלים, האמונים על בחינת המצב הרפואי המיוחד, כמו גם שקילת ההיבטים הרחבים ביחס לתחזית החולה, ההשפעה על משאבים אנושיים כמו גם כלכליים של ההחלטות הנדרשות ועוד. הגם שקריאתו זו של בית-המשפט בארה"ב להעתקת זירת ההתדיינות אל הזירה הפנים-רפואית זכתה לתמיכה בקרב חוגים רבים, בהם אנשי רפואה כמו גם אנשי אתיקה רפואית, גישה זו אינה נקיה מביקורת¹⁸. גם בישראל זכינו לאמירות קצובות המצדדות בהליך חוץ שיפוטי מעין זה. ויפים לענייננו דברי השופט א' ריבלין:

"אלא שאף בגבולות הדין — ראוי הוא כי בית המשפט ימעט מלהניח ידיו על שאלות שהתשובה המשפטית להן, מטבעה, אינה משביעת רצון; בוודאי כך בשאלות שכל כולן בהשקפת עולם, בעקרונות מוסר ובכללי אתיקה, אשר בהן אין לשופט יתרון על האחרים"¹⁹.

וכן בעניין יעל שפר מפי כבוד השופט מ' אלון:

"קיומן של ועדות אתיקה אלה, הנתונות לביקורתו של בית המשפט במקרה של חילוקי דעות, יש בהן, לכאורה, משום יתרונות לא מעטים, ומן הראוי שהגורמים המוסמכים בישראל יעיינו בנושא זה וייתנו דעתם עליו, כדי לעמוד על הצדדים השונים שבו"²⁰.

16 מעניין לציין, כי לאחרונה נשמעים קולות המצדדים בבחינה ובשימוש במנגנון דמוי גישור כפיתרון אפשרי נוסף. מנגנון שכזה יאפשר לצדדים — מטופל ומשפחתו והמטפלים להידבר, ללבן הבדלי השקפות ולגבש פיתרון מוסכם ללא היזקקות להכרעה חיצונית ותוך שמירה על המרקם העדין של יחסי מטפל-מטופל, ובוודאי באותם רגעים קשים. הצורך בשמירה על המסגרת החוקית של ההכרעה בסוגיות של חיים ומוות נותר כמובן בעינו, אך תהליך הכשרה ייעודי של מגשרים מקצועיים בתחום המשפט הרפואי עשוי להעניק כלי חשוב נוסף בזירה מאתגרת זו. וראו: A. Saravia "Overview of ADR in Health Care Disputes" 32 *J Health Law* (1999) 53.

17 *In Re Quinlan*, 70 N.J. 10, 355 A. 2d 647 (1976).

18 R. F. Wilson "Hospital Ethics Committees as the Forum of Last Resort: An Idea Whose Time Has Not Come" 76 *N.C.L. Rev.* (1998) 353.

19 ה"פ (ב"ש) 1030/95 גלעד נ' מרכז רפואי סורוקה, תקדין מחוזי 95(3) 195, פסקה 15 (ההדגשה שלי — ג' ס').

20 ע"א 506/88 שפר נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(1) 87, 159.

הוועדות המוסדיות אופיינו בגוון אפורמאלי, בהיותן מבוססות על צוות המוסד הרפואי, ויועדו בנוסף ליעוץ במקרה ספציפי, גם לצורך הרחב של הכשרת הצוות לזיהוי בעיות אתיות ודרכי התמודדות, גישור בין הצוות הרפואי לבין החולה ומשפחתו, ותפקיד חינוכי בקביעת מדיניות המוסד בתחום האתי²¹. בישראל פעילות ועדות אתיקה מוסדיות לא זכתה לתהודה רבתי, אם כי במרבית המוסדות הרפואיים היו קיימות ועדות אלו בעת שהתקבל חוק זכויות החולה.

בכל דברי החקיקה העיקריים בשנים האחרונות בתחום הרפואי בחר המחוקק לעשות שימוש במנגנון של ועדת אתיקה המוקמת על-פי חוק (להלן – "ועדת אתיקה סטטוטורית") למקרים ספציפיים המוגדרים בחוק. בכך ביקש המחוקק, באופן ברור ושאינו משתמע לשני פנים, להוציא את ההכרעה בסוגיות מסוימות מידי בתי-המשפט כאינסטנציה ראשונה, ולהעבירה לידי גוף רב-תחומי. התעורר מקרה שיש בו צורך בהכרעה דחופה של ועדת האתיקה הסטטוטורית ולא ניתן לכנסה בדחיפות הנדרשת מסיבה כלשהי, יוקנו לבית-המשפט המחוזי סמכויותיה של ועדת האתיקה הסטטוטורית. אך זוהי סמכות שיורית בלבד. ברם, בחלוף שבע שנים מאז כניסתו לתוקף של חוק זכויות החולה, אין ולו גם מקרה אחד בו דחה בית-משפט פנייה אליו תוך הוראה למיצוי הליכים כמוגדר בחוק, קרי – הפניית הפונה לכינוס ולהפעלת ועדת אתיקה סטטוטורית. למרבה הצער, בכך לא השכילו בתי-המשפט לתמוך בדרך הנולד (ועדת אתיקה סטטוטורית), ולא אפשרו העצמתו בעיני הציבור כמו גם בעיני המטפלים. ולכן גם בהתקיים מצב מן המצבים המחייבים פנייה לוועדת אתיקה סטטוטורית, ממשיכים מטופלים כמו גם מטפלים לפנות כדבר שבשגרה לבתי-המשפט המחוזיים (שעננת חוסר סמכות מרחפת על הכרעותיהם, הגם שטרם נטענה בידי היועץ המשפטי לממשלה או בתי החולים).

מדוע ובשל מה מוענקת הבכורה להכרעה חוץ-שיפוטית זו? היתרונות הגלומים במבנה ועדת האתיקה הסטטוטורית הם אכן משמעותיים: יצירת פורום ייעודי ומקצועי הן בהיבט הפרופסיונאלי והן בתחזית להתפתחות יכולת הכרעה ("התמקצעות"), הרכב הוועדה מאפשר אספקלריה רב-תחומית (רפואית, משפטית, מוסרית, דתית וחברתית), החלטותיה, אשר אינן מתקבלות במותב יחיד, מעוגנות במציאות הרפואית וכוללות היכרות מעמיקה עם ההווה הטיפולית; יתר על כן – העדר הפורמאליות מאפשר דיון קונקרטי והכרעה בנסיבות המיוחדות של המקרה הנדון, ללא יצירת תקדים מנחה ו/או מחייב לא כלפי עצמה ולא כלפי ועדות נוספות ועוד. ברם, אין להתעלם מחסרונותיה האופרטיביים והמהותיים: במבנה הקיים בחוק זכויות החולה הוועדה מתבססת על עבודה התנדבותית, ללא תוכניות הכשרה ולימוד וללא הקצאת משאבים נחוצים. עובדות אלו גורמות לפגיעה אנושה בזמינותה ובמעורבותה כנדרש על-פי

21 סיגל ופלד, לעיל הערה 15; ג' גרונפלד "ועדות אתיקה במוסדות רפואיים" דילמות באתיקה רפואית (ר' כהן-אלמגור עורך, תשס"ב) 88–105.

חוק. כמו כן, יש לציין את העדר החסינות המשפטית לחברי הוועדה וחוסר הייצוג בה למקצוע הסיעוד. בנוסף, יש שיראו חסרון של ממש בתהליך דיוני הנעדר יסודות צורניים חיצוניים של פורמאליות, של שקיפות ושל פומביות בנושאים כה מהותיים. החשש הוא מהתפתחות של 'כיתתיות אתית', ושונות בין מוסדות ציבוריים. תוצאה אפשרית היא נביטת תהליך של בחירת מקום האשפוז על-פי עמדתו המוסרית-אתית (מוסד "ליבראלי" אל מול מוסד "מסורתי-דתי"), או כפיית עמדה אתית על מטופלים ועל משפחותיהם המתנגדים לה. עד להתפתחותה של מסורת מוסדית שכזו, חוסר הוודאות באשר לתוצאה המעין-שיפוטית הנובעת מהכרעה מקומית היכולה להשתנות ממוסד למוסד מהווה חסרון מהותי במבנה הקיים של ועדת האתיקה הסטטוטורית. הוועדה, הממונה בידי המנהל הכללי של משרד הבריאות, היא בת חמישה חברים: יושב הראש — אדם הכשיר להתמנות כשופט בית-משפט מחוזי, שני רופאים מומחים בעלי תחום התמחות שונה, פסיכולוג או עובד סוציאלי ונציג ציבור או איש דת. יושם לב, כי הרכב הוועדה מציב את העמדה הרפואית במיעוט (2/5), ובכך שוני מהותי מוועדות האתיקה המוסדיות.²²

תפקידי ועדת האתיקה הסטטוטורית שיפורטו להלן מתוחמים לאותם מצבים בהם נמנעת מן המטופל אחת מזכויותיו על-ידי המטפל, והוועדה משמשת ערכאת ברור, אישור או דחייה של החלטת המטפל.

כך, במצב בו מונע המטפל מידע מן המטופל, מטעמים של מניעת נזק גופני או נפשי חמור ("חסינות טיפולית" Therapeutic Privilege)²³. כן מוסמכת הוועדה לאשר מסירת מידע רפואי, עליו חלה חובת סודיות, לצד שלישי בשל הצורך להגן על בריאות הזולת או הציבור.²⁴ חידוש משמעותי הנתון לסמכותה של הוועדה הוא היכולת לכפות טיפול רפואי על אדם המתנגד לו. במדינות המערב חולה בגיר, כשיר ומודע רשאי ויכול לסרב לטיפול רפואי המוצע לו, הגם שסירובו נתפס בעינינו כשגוי, אבסורדי או טיפשי, והגם שסירובו זה עלול לגרום למותו או לנזק גופני חמור ובלתי הפיך.²⁵ בכך מתייחדת הקביעה הנורמטיבית בישראל המעמידה, בנסיבות קיצוניות, את קדושת

22 סעיף 24 לחוק זכויות החולה.

23 סעיף 13(ד) לחוק זכויות החולה קובע: "על אף הוראות סעיף קטן (ב), 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"; וכן שם, בסעיף 18(ג). וראו: ע' שפירא "הסכמה מדעת" לטיפול רפואי — הדין המצוי והרצוי" עיוני משפט יד (תשמ"ט) 225, לעניין "חסינות טיפולית"/"זכות היתר הטיפולית" ראו עמ' 237.

24 סעיף 20(א)(5) לחוק זכויות החולה קובע: "ועדת האתיקה קבעה, לאחר מתן הזדמנות למטופל להשמיע את דבריו, כי מסירת המידע הרפואי על אודותיו חיונית להגנה על בריאות הזולת או הציבור וכי הצורך במסירתו עדיף מן הענין שיש באי מסירתו".

25 M. Mathews "Suicidal Competence and the Patient's Right to Refuse Life Saving Treatment" 75 *Calif. L. Rev.* (1987) 707; E. Wicks "The Right to Refuse Medical Treatment Under the European Convention on Human Rights" 9 *Med L. Rev.* (2001) 17.

החיים מעל האינטרס של האוטונומיה של המטופל, פועל יוצא של תפיסות המעוגנות בהווה הדתית המקומית²⁶:

“בנסיבות שבהן נשקפת למטופל סכנה חמורה והוא מתנגד לטיפול רפואי, שיש לתיתו בנסיבות הענין בהקדם, רשאי מטפל לתת את הטיפול הרפואי אף בניגוד לרצון המטופל אם ועדת האתיקה, לאחר ששמעה את המטופל, אישרה את מתן הטיפול ובלבד ששוכנעה כי נתקיימו כל אלה:
(א) נמסר למטופל מידע כנדרש לקבלת הסכמה מדעת;
(ב) צפוי שהטיפול הרפואי ישפר במידה ניכרת את מצבו הרפואי של המטופל;
(ג) קיים יסוד סביר להניח שלאחר מתן הטיפול הרפואי יתן המטופל את הסכמתו למפרע”²⁷.

ראה המחוקק וישר בעיניו פיתוח ייחודי זה (ועדת אתיקה סטטוטורית), ויאמצהו גם בחקיקה מאוחרת. בחוק מידע גנטי²⁸, הוועדה מוסמכת להכריע במקרים הבאים: אי מסירת תוצאות בדיקה גנטית אם ידיעתן עלולה לגרום נזק חמור לבריאותו הגופנית או הנפשית של הנבדק או לסכן את חייו²⁹, או במצבים בהם מבקש המטפל לפגוע בזכותו של המטופל לסודיות רפואית כלפי צד שלישי מעוניין, דוגמת מסירת מידע לצורך טיפול בקרוב, כדלקמן:

“מטפל ומי שנותן ייעוץ גנטי רשאי למסור מידע גנטי למטפל אחר או לאדם אחר הנותן ייעוץ גנטי לצורך טיפול בקרוב של הנבדק אלא אם כן הודיע הנבדק על התנגדותו לכך; על אף התנגדותו של הנבדק ניתן למסור את המידע למטפל אחר אם ועדת האתיקה, לאחר ששמעה את הנבדק, שוכנעה בכל אלה:
(1) מסירת המידע הגנטי אודות הנבדק נחוצה לשמירה על בריאותו של קרוב או לשיפור בריאותו, וכן למניעת מוות, מחלה או נכות חמורה של אותו קרוב, לרבות קרוב שטרם נולד;
(2) מסירת המידע הגנטי היא הדרך היחידה להשיג את האמור בפסקה (1);
(3) התועלת לקרוב במסירת המידע הגנטי למטפלו עולה על הנזק שייגרם לנבדק ממסירת המידע הגנטי, או שנימוקיו של הנבדק לאי מסירת המידע למטפלו של הקרוב אינם סבירים, בנסיבות הענין”³⁰.

26 ליישום הגיונו של סעיף זה, הגם שהקדים את חוק זכויות החולה בעשור, ראו: ע"פ 480/85 קורטאם נ' מדינת ישראל, פ"ד מ(3) 673. וכן ראו: G. Siegal & L.A. Gaitini "Treating Acute Anaemia in a Jehovah's Witness in Israel: An Innovative Approach to a Medical and Legal Challenge" 21(3) *Medicine & Law* (2002) 485.
27 סעיף 15(2) לחוק זכויות החולה (ההדגשה שלי – ג' ס').
28 סעיף 2 לחוק מידע גנטי קובע: "ועדת אתיקה" – כמשמעותם בחוק זכויות החולה.
29 שם, בסעיף 14.
30 שם, בסעיף 20 (ההדגשה שלי – ג' ס').

השימוש הגובר בוועדות האתיקה הסטטוטוריות בהוראות חוק שונות עלול לטעת בלב המתבונן את ההנחה כי פעילותן ויעילותן הוכחו. ולא היא – ועדות האתיקה הסטטוטוריות כמעט ואינן פעילות, ציבור המטפלים אינו מפנה אליהן מקרים, ציבור המטופלים אינו מכיר או אדיש לקיומן והמערכת הרפואית אינה מספקת לוועדות את הנדרש לפעילותן – תוכניות הכשרה ולימוד, כמו גם משאבים³¹. נותר על כן לתמוה בשל מה ראה המחוקק להמשיך ולהיזקק לכלי כושל זה. הדעת נותנת, כי רק אם יתבצע תהליך אמיתי של העצמת הוועדות לסוגיהן נשכיל למצות את הפוטנציאל הרב הטמון בהן (היותן, כאמור לעיל, גוף רב-תחומי, עם סמכות מעין שיפוטית, הנטוע בלב העשייה הרפואית ומאפשר פיתרון אד-הוק לדילמות המורכבות שיוצרת הרפואה המודרנית). כיום – ועדת האתיקה הסטטוטורית היא כאות מתה, שאינה מוסיפה כבוד למערכת הרפואה או המשפט בישראל. מצב דברים זה הוא ההסבר לשינוי היסודי במבנה ובתפקוד ועדת האתיקה הסטטוטורית המוצע בהצעת החוק העתידית – הצעת חוק "החולה הנוטה למות". בהצעת חוק זו (להלן – "ועדת שטיינברג")³² הומלץ להקים ועדות אתיקה לפתרון דילמות קונקרטיות בחולה הנוטה למות. אך בניסיון לתקן את המעוות וליצור מנגנון משמעותי, יעיל וזמין, ועדות האתיקה הללו יתבססו דווקא על הוועדות המוסדיות של בתי החולים. הרוב המכריע של חברי ועדת שטיינברג סבר, כי הרכב ועדת האתיקה הסטטוטורית על-פי חוק זכויות החולה ודרכי פעולתה רחוקים מלהיות אופטימאליים, ובוודאי שלצורך חוק החולה הנוטה למות אין הם עונים על הצרכים. לפיכך, הוצע להקים ועדה אתית שונה בהרכבה ובדרכי פעולתה, מתוך הנחה ותקווה שההרכב המוצע ודרכי הפעולה של הוועדה האתית יענו על הדרישות והצרכים של החולים, של בני משפחתם ושל ידידיהם, כמו גם של המטפלים. חברי ועדת שטיינברג אף המליצו לאמץ את ההצעה הזו גם ביחס לוועדת האתיקה הסטטוטורית מכוח חוק זכויות החולה ובכך לשנות את הרכב הוועדה הסטטוטורית ותיפקודה³³ ולאחדן, ובכך לייתר קיומן של ועדות שונות לנושאים דומים. ועדה אתית מוסדית על-פי הצעת ועדת שטיינברג תורכב מתשעה נציגים של תחומי העיסוק הבאים: 4 רופאים, שאינם מהצוות המטפל ישירות בחולה הנוטה למות, מתוך תחומי המומחיות הרפואית הבאים – פנימית, גריאטריה, קרדיולוגיה, נירולוגיה, אונקולוגיה, רפואה פליאטיבית, טיפול נמרץ, הרדמה, פסיכיאטריה ורפואת המשפחה (כשמדובר בקטין – יהיה אחד מארבעת המומחים רופא ילדים; כשמדובר ביילוד

31 סיגל ופלד, לעיל הערה 15, בעמ' 10–8.

32 הנוסח המלא של הצעת ועדת שטיינברג ודברי ההסבר נמצאים באתר משרד הבריאות: www.health.gov.il

33 חברי הוועדה הציבורית נחלקו ביניהם בשאלה, האם יש להקנות להחלטות ועדת האתיקה המוסדית תוקף מחייב או תוקף מיעץ בלבד. הסכמת רוב חברי הוועדה הציבורית הייתה לתת לוועדת האתיקה המוסדית בעצמה את הזכות לקבוע בכל מקרה אם החלטתה מחייבת או שהיא בגדר המלצה בלבד.

— יהיה אחד מארבעת המומחים ניאונטולוג). כן תצורף אחות מוסמכת (הנעדרת משום-מה מהרכב הוועדה האתית לפי חוק זכויות החולה), עובד סוציאלי או פסיכולוג קליני, אתיקאי, משפטן ורב (ובמקרה של חולה הנוטה למות שאינו יהודי — איש דת מאותה הדת של החולה הנוטה למות).

ודוק — בהצעת חוק זו, בניגוד למצב בחוק זכויות החולה, יש נטילה מחדש והעברה של סמכות ההכרעה לזירה הרפואית. כמו כן, בניגוד לקביעה המנדטורית בחוק זכויות החולה כי כיושב ראש של הוועדה יכהן אדם הכשיר להיות שופט מחוזי, בהצעת החוק, מוצע כי הוועדה האתית המוסדית תבחר את יושב הראש שלה. מן המקובץ מודגם תהליך חקיקה ראשית המכוון להוצאת הדיון מכותלי בית-המשפט והעתקתו לזירה א-פורמאלית, המעוגנת בהוויה הרפואית. שאלת זהות ומבנה המנגנון היעיל והמתאים ביותר לבירור סוגיות בתחום זכויות החולה טרם באה על פתרונה, ואנו עדים לניסיונות לגיבושה. שומה על מערכת המשפט להפנים שינוי זה ולאפשר הצלחתו על-ידי מיצוי ההליך החוץ-משפטי בטרם הכרעה בידי בית-המשפט. גם חברי ועדת שטיינברג, המורכבת מבכירי המשפט והביו-אתיקה בישראל, תמכו במגמה זו תוך חיזוק ההתדיינות בין כותלי המוסד הרפואי ובשיתוף המטופל, נציגיו ומטפלו.

2. חוק ביטוח בריאות ממלכתי — הרפורמה במערכת הבריאות

חוק ביטוח בריאות ממלכתי (להלן — "החוק") יצר הסדר מהפכני³⁴ למתן שירותי הבריאות על-ידי קופות החולים, תוך התמקדות בשלושה מישורים: הזכאות לשירותי בריאות לכל תושב, אספקתם על-ידי קופות החולים ובמימון על-ידי דמי ביטוח בריאות והמדינה³⁵. בשורות הבאות אני מבקש להציג את עיקרי השינויים שחלו במערכת הבריאות, תוך בחינת העימות שבין צורך רפואי לבין יכולת כלכלית, והתמקדות בזכויות חוקתיות הנמצאות בתהליכי גיבוש והתפתחות.

סעיף 1 לחוק קובע, כי ביטוח הבריאות הממלכתי לפי חוק זה, יהא מושתת על עקרונות של צדק, שוויון ועזרה הדדית. בכך מעגנת המדינה את מחויבותה הסוציאלית כלפי כלל תושביה, תוך הבטחת הטיפול על-פי צרכיו הרפואיים של המבוטח, ותשלום דמי הביטוח על-פי יכולתו הכלכלית. וכך בדו"ח ועדת השופטת נתניהו אשר היווה את הבסיס לחקיקת החוק:

"שירותי בריאות הם נושא מובהק לביטוח סוציאלי...הצריך לענות על העיקרון של עזרה הדדית...זו הדרך בה בחרה החברה בישראל. .. עוד לפני קום המדינה

34 כך תיאורו של בית הדין הארצי לעבודה, ראו: דב"ע נז/1-7 ליס נ' קופת חולים הכללית, פד"ע לב 477, 479.

35 לסקירה כללית של חוק ביטוח בריאות ממלכתי ויישומו, ראו: כ' שלו בריאות, משפט וזכויות האדם (2003).

שירותי בריאות ציבוריים הובטחו בידי קופות החולים, על בסיס של עזרה הדדית – תשלום לפי יכולת וצריכה על פי הצרכים...יש להבטיח כי המשאבים שכלל המערכת יכולה להעמיד לשירות המבוטחים, על פי התקציב הכולל שלה, יחולקו ביניהם בצורה הוגנת ובצדק. ובמובן זה, גם בצדק של 'אי-שוויון' – של העדפת קבוצות חלשות כחולים כרוניים, קשישים ומקומות שהוזנחו..."³⁶.

באם תרצו – ניצחון הקהילתיות (Communitarianism) על פני הליבראליזם הקלאסי ובוודאי הליברטריאניזם³⁷ באחד מן התחומים המהותיים והחיוניים בחינוך. על ייחודו של חוק זה עמד כבוד השופט מ' חשין:

"מבנהו של חוק הבריאות, מיבנה יחיד ומיוחד הוא; זכותו של תושב לקבל שירותי בריאות זכות היא כלפי קופות החולים ואולם החובה למימון של אותם שירותים מוטלת היא – על דרך העיקרון – על המדינה. כך מבדיל החוק בין החובה לספק שירותי בריאות – חובה המוטלת על קופות החולים – לבין החובה לממן אותם שירותים – חובה המוטלת, כעיקרון, על המדינה"³⁸.

בעיקרי הוראות החוק נקבע, כי כל תושב יהיה זכאי לסל שירותי בריאות בסיסי (סעיפים 6 ו-7), דרך המימון והתיקצוב (סעיף 13), מנגנונים לעדכון סל השירותים ועלותו (סעיפים 8 ו-9), הזכות להצטרפות חופשית ואיסור בחירת המטופלים על-ידי קופות החולים (סעיפים 4 ו-5).

בקביעת דרך המימון, המחוקק הצביע על מקורות המימון של סל שירותי הבריאות (מס בריאות, מס מקביל עד לביטולו ב-1996 ותקציבים ממשלתיים מוגדרים ממשרדי הבריאות, האוצר והביטוח הלאומי). המצוקה התקציבית הכרונית בו נמצאת מערכת הבריאות יוצרת מצע לדיונים משפטיים מרתקים הנוגעים לעימות משולש: בין קופות החולים לבין המדינה, בין המבוטחים לבין קופות החולים ובין האזרחים לבין המדינה – בין זכות הפרט לטיפול רפואי נאות אל מול יכולתה של מערכת הבריאות במצבה המדולדל לספק לו, ולשאר המבוטחים, שירותים נדרשים³⁹.

36 דו"ח ועדת החקירה הממלכתית לבדיקת תפקודה ויעילותה של מערכת הבריאות בישראל (ירושלים, 1990) 84, 100.

37 ג' מונדלק "זכויות חברתיות-כלכליות בשיח החוקתי החדש: מזכויות חברתיות לממד החברתי של זכויות האדם" ספר ברנזון (א' ברק וח' ברנזון עורכים, כרך שני, תש"ס) 183, 185–206; א' מרמור "ביקורת שיפוטית בישראל" משפט וממשל ד (תשנ"ז) 133, 136–140.

38 בג"ץ 2344/98 מכבי שירותי בריאות נ' שר האוצר, פ"ד נד(5) 729, 741–742.

39 ע"א 434/94 ברמן נ' מור – המכון למידע רפואי בע"מ, פ"ד נא (4) 205, 212: "בעניין שלפנינו, מתכונת הבדיקה המצומצמת הינה פרי שקלול ההסתברות לקיומו של חסר בגפה כנגד עלות הבדיקה שבאמצעותה ניתן לגלות את החסר וכנגד התקציב העומד לרשות הרפואה הציבורית. שקלול זה משקף רמת זהירות סבירה. הוא מאפשר מתן שירות רפואי ברמה סבירה לאוכלוסייה כולה". כן ראו: B. Gaze "Resource Allocation – The Legal Implications" 9 J. Contemp. Health L. & Pol'y (1993) 91; ב' מוזס "הקצאת שירותי רפואה נוכח משאבים מוגבלים:

בעוד שהשיח המשפטי המקובל במשפט הרפואי מתמקד בזכויות המטופל ובחובות המטפל על-פי חוק, הרי שבזכויות על-פי סל שירותי הבריאות ובסטנדרד הטיפול, השיח החוקתי החדש מבקש לעגן זכויות בריאות במערכות בריאות בצד יתר הזכויות החוקתיות החברתיות⁴⁰. המסגרת לדיון שכזה פורצת את הגבול האמור בשיח המצוי, ומוצאת משכנה במסגרת הרחבה יותר והמשמעותית מבחינת היקף ההגנה שהיא מעניקה לפרט, והיא מסגרת זכויות האדם⁴¹. במסגרת זו המושגים של כבוד האדם, הזכות לבריאות, צדק (חלוקתי ומתקן), שוויון, נגישות, זמינות ואיכות, מעניקים כלים משפטיים חדשים לבחינת תפקוד המערכת הרפואית ככלל, ואת מידת התאמתה לצרכי הפרט ומימוש זכויותיו: "אדם שאין לו גישה לטיפול רפואי אלמנטרי הוא אדם שכבודו כאדם נפגע"⁴². ניתן לצפות, כי עימותים סביב מימון טכנולוגיות רפואיות יקרות, ניסיוניות או חדשות יחייבו הן את קביעת גבולות הגדרתו של הגרעין ("טיפול רפואי אלמנטרי") והן את בחינת דרך התנהלותם ופעילותם של המוסדות הרפואיים באופן שישקף נאמנה מושגים דוגמת צדק ושוויון. זהו לב לבו של העימות בין זכויותיו של הפרט לבין יכולתה של המערכת הרפואית במבנה הנוכחי ובמשאביה הקיימים לספקם. אמור מעתה, כי העדר נגישות לבדיקת MRI ביישובי פריפריה ייתכן ואינה נוגדת אך את הסטנדרד המקצועי הנדרש מן הרופא המטפל ומן קופת החולים, כי אם מנוגדת גם לזכותם הבסיסית של התושבים במקומות אלו לשוויון בטיפול רפואי. הדברים מוחמרים אם ניווכח, כי דווקא צרכי התושבים במקומות המרוחקים עולים על אלו של תושבי מרכז הארץ עקב מצבם הכלכלי, התברואתי וכיוצא באלה⁴³. שיח אקדמי זה טרם מצא ביטוי בפסיקות בתי-המשפט בתחום המשפט הרפואי, אך התהליכים שמצביעים עליהם המלומדים אדרעי, מונדלק ומרמור עשויים להתגבש לכלל הכרה דה-יורה בשנים הקרובות, בצד העצמת הזכויות החברתיות-כלכליות כולן.

היבטים רפואיים, אתיים וכלכליים" הרפואה 124 (1993) 625; ש' א' הכהן-רפפורט "קדימויות בהקצאת משאבים ציבוריים לרפואה" אסיא: מאמרים, תמציות וסקירות בענייני הלכה ורפואה יג (א-ב) (1990) 5; א' שטיינברג "משאבים מוגבלים ברפואה – עקרונות מוסריים" הרפואה 112 (1987) 512.

40 V. Leary "Defining the Right to Health Care" *Health Care Reform: A Human Rights Approach* (A.R. Chapman ed., Washington D.C., 1994) 87; T. Friesen "The Right to Health Care" 9 *Health Law Journal* (2001) 205.

41 י' מ' אדרעי "זכויות אדם וזכויות חברתיות" ספר ברנזון (א' ברק וח' ברנזון עורכים, כך שני, תש"ס) 45, 110-112; מונדלק, לעיל הערה 37.

42 דברי כבוד הנשיא ברק ברע"א 4905/98 גמזו נ' ישעיהו, פ"ד נה(3) 360, 375-376. עם זאת, ראו הערתו המצמצמת שלפיה אין לעבור לקיצוניות מרחיבה, הכוללת בתוך המושג "כבוד האדם" זכות לחינוך, להשכלה, לבריאות ולרווחה כלכלית: א' ברק פרשנות במשפט (כרך שלישי – פרשנות חוקתית, תשנ"ד) 423.

43 ד' צ'רניחובסקי וא' שירום "שיוויוניות במערכת הבריאות בישראל" הקצאת משאבים לשירותים חברתיים – 1996 (המרכז לחקר המדיניות החברתית בישראל, 1996) 157.

בית־המשפט המוסמך לדון בתביעות המבוססות על חוק ביטוח בריאות ממלכתי הוא בית הדין לעבודה (סעיף 54 (ב)), וסמכותו זו ייחודית. תביעות לבית־משפט מחוזי בגין סירוב קופות חולים לשאת בעלות טיפול⁴⁴ נדחו מחוסר סמכות, ועתירות לבית־המשפט הגבוה לצדק, שמטרתן לחייב את קופות החולים לממן עלות תרופה חדשה, הופנו אל בית דין זה⁴⁵.

פסיקות בתי הדין לעבודה התמקדו בעיקר בתביעות שעניינן הוספת תרופות לסל השירותים או סירוב קופת חולים לממן עלות טיפול שאינו כלול בסל. מן הבחינה הראשונה עולה, כי בתי הדין גזרו על עצמם ריסון בכל הנוגע להתערבות בהגבלות מנהליות שבסיסן האילוץ הכלכלי. בתי־המשפט אינם עוצמים עיניהם אל מול הצורך בקיצוב (Rationing), תוך בחינה של יחסי עלות תועלת⁴⁶. עם זאת, בית־המשפט העליון קבע כי משנקבעה חובת המדינה למימון סל שירותי הבריאות, חלה עליה החובה להעמיד את התקציב הראוי לכך⁴⁷. כמו כן, במקרים חריגים וכפיתרון אד־הוק, יש והפגינו בתי הדין 'גמישות' בפירוש הוראות חוק אחרות בכדי להעניק מזור לעותר החולה. כך, עת אישר בית הדין הארצי מתן צו עשה זמני לאספקת תרופה, כאמור להלן:

"...התרשמנו מנחיצות התרופה למבקשת מצב החרום הבריאותי בו היא נתונה והאפשרות שיש בתרופה כדי להאריך ולשפר את חייה. במצב שכזה, עת עסקינן בהצלת חיי אדם הנתון בסכנה חמורה, די בכך כדי להצביע על זכות לכאורה לקבלת התרופה מכח סעיף 3(ב) לחוק זכויות החולה, תשנ"ו–1996⁴⁸. נראה ולו לכאורה, כי סירוב המשיבה [קופת החולים] בהליך שלפני להעניק למבקשת את התרופה תוך התעלמות מהיותה בסכנת חיים, עומד בניגוד לא רק לכל נורמה אנושית ומוסרית, אלא גם בניגוד לזכויות המבקשת על פי החוק....מאחר שבחיי אדם עסקינן, הכף [מאזן הנוחות] נוטה לטובת המבקשת. אם נבחן את האפשרות להארכת חייה בעזרת התרופה, מחד, לעומת אי הנוחות הכספית שתיגרם למשיבה מאידך, המסקנה הברורה היא, שהכף נוטה לזכות המבקשת...."⁴⁹

44 כך בש"א (י"ם) 1393/99 "מכבי" נ' אביטון (טרם פורסם).

45 בג"צ 2570/96 מדינה נ' משרד הבריאות, תקדין עליון 96(2) 16.

46 דב"ע 5-7/97 מדיני נ' קופת חולים הכללית, פד"ע לג 193; תב"ע (ת"א) 141138/98 סטולבוב נ' "מכבי" (לא פורסם).

47 בג"ץ 2344/98 מכבי שירותי בריאות נ' שר האוצר, פ"ד נד(5) 729. בית המשפט הכריע, כי התבססות שר האוצר והממשלה על "שיקולי תקציב" אינם לגיטימיים בדחייה על הסף של המלצת הוועדה הסטטוטורית (מועצת הבריאות) להגדלת המימון לקופות החולים.

48 סעיף 3 לחוק זכויות החולה קובע: "(א) כל הנזקק לטיפול רפואי זכאי לקבלו בהתאם לכל דין ובהתאם לתנאים ולהסדרים הנהגים, מעת לעת, במערכת הבריאות בישראל. (ב) במצב חירום רפואי זכאי אדם לקבל טיפול רפואי דחוף ללא התניה".

49 בר"ע 186/99 קופת חולים הכללית נ' מדינת ישראל — משרד הבריאות, תקדין ארצי 99(2) 97, פסקה 3 (ההדגשה שלי — ג' ס').

הפרשנות ל"מצב חירום" על-ידי בית הדין הארצי לעבודה ("והאפשרות שיש בתרופה כדי להאריך ולשפר את חייה...") ויישומה במסגרת סעיף 3 לחוק זכויות החולה מרחיבה ואינה תואמת את רוח החוק ולשונו⁵⁰. סעיף 2 לחוק זכויות החולה קובע כי:

"מצב חירום רפואי" – הן נסיבות שבהן אדם מצוי בסכנה מיידית לחייו או קיימת סכנה מיידית כי תיגרם לאדם נכות חמורה בלתי הפיכה, אם לא יינתן לו טיפול רפואי דחוף".

סעיף 3 לחוק זכויות החולה (הזכות לטיפול רפואי) קובע כי:

"(א) כל הנזק לטיפול רפואי זכאי לקבלו בהתאם לכל דין ובהתאם לתנאים ולהסדרים הנוהגים, מעת לעת, במערכת הבריאות בישראל.

(ב) במצב חירום רפואי זכאי אדם לקבל טיפול רפואי דחוף ללא התניה".

מטרתו של סעיף 3 לעגן את זכותו של אדם באשר הוא אדם והנמצא במצב חירום, לקבל טיפול רפואי בלא שתיבחן סוגיית הכיסוי הביטוחי, בלא שתיבדק לאומיותו או אזרחותו ובלא שתישאל זכאותו על-פי דין. בכך מצהיר המחוקק על מרכזיותה של הזכות לחיים, במגבלה של 'מקרה חירום', על-פי רוב בקונטקסט של חדר מיון או מרפאה ראשונית. בפסיקתו מרחיב בית-המשפט זכות זו גם במקרים אלקטיביים או סמי-אלקטיביים. ואין מדובר בהרחבה של מה בכך, הן מבחינת מענה כלכלי מושכל לעותרים נוספים, והן מבחינת זכות החולה לאוטונומיה. שהרי, חוק זכויות החולה מאפשר במצב חירום רפואי לטפל בחולה הגם שלא בהסכמתו. פגיעה זו באוטונומיה של המטופל מוצדקת רק במקרים קיצוניים כפי שהזכרנו לעיל. אני מתקשה לקבל את הקביעה כי בהינתן אותו מצב רפואי אובייקטיבי של העותרת, בית הדין יראה במצבה "מצב חירום" לצורך זכאות לקבלת טיפול רפואי יקר/ניסיוני/לא נגיש שאיננו מצוי בסל שירותי הבריאות מחד גיסא, ומאידך גיסא, סביר להניח כי ישלול בקשה של מטפלים להעניק לה טיפול רפואי שלא בהסכמתה. עם זאת, יש להדגיש את חשיבותה של ביקורת שיפוטית על תהליך קבלת החלטות הנוגעות לזכאות לטיפול רפואי ולמימונו. המצוקות התקציביות של קופות החולים והסדרה מחייבת של מקורות המימון מהווים מניע משמעותי ביותר לקיפוח זכויות מטופלים, והניסיון בארצות הנכר יוכיח⁵¹. עקרונות המשפט המנהלי יחולו במלואן על תהליך

50 דנג"ץ 4601/95 סרוסי נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד נב(4) 817, 827: "מכאן, שבפרשנותו של דבר חקיקה, אנו שואלים את עצמנו מהי המטרה המונחת ביסודו. מובנו של החוק לא ייקבע אך על-פי מובנה המילוני של הלשון. ללשון יינתן אותו מובן אשר מגשים את המטרה המונחת ביסוד החקיקה. בדומה, מובנו של החוק לא ייקבע אך על-פי המובן היוריספרודנטלי שניתן למושגים בהם משתמש דבר החקיקה. מובנו של החוק ייקבע על פי המטרה המונחת ביסודו".

51 Wickline v. State of California 228 Cal. Rptr 661 (1986); A.M Capron, D.W Brock & E.J Cassell "Containing Health Care Costs: Ethical And Legal Implications of Changes

קבלת ההחלטות בקופות החולים ובהן עילת איסור האפליה, דרישת הסבירות, ההגינות, המידתיות והקפדה על כללי הצדק לאזרח המתדיין בפניהם⁵². בסיכום פרק זה עולה, כי בצד ההתפתחות במישור זכויות החולה, שגובשו בחוק זכויות החולה, המעצבות את מערכת היחסים בין מטפל לבין מטופל המושתתת על עקרונות החירות, האוטונומיה וכבוד האדם, הרי שלא נפקד מקומה של ההכרה בהכרח להגדיר את ההיבט החברתי-כלכלי של הזכות לבריאות. מילויה של זו האחרונה בתוכן קונקרטי אל מול אילוצי המציאות המורכבת היא משימה נכבדה וקשה, שאנו רק בראשיתה. יש ליתן את הדעת לעובדה, כי התפתחות פרשנות מרחיבה לבסיס הזכות עלולה לעמוד בסתירה לבסיסו הכלכלי המחייב של החוק כפי שהוצג לעיל, ושמערכת הבריאות אינה יכולה ואינה מתוכננת במבנה הנוכחי לעמוד בה.

ג. לדמותה המשתנה של הזכות לאוטונומיה במשפט הרפואי

זכות החולה לאוטונומיה היא מושכל יסוד בשיח הביוראטי, ומהווה את אבן הפינה של זכויות החולה⁵³. פירותיה הישירים של הזכות לאוטונומיה בזירת המשפט הרפואי כוללים את הזכות לשמירה על הסודיות הרפואית, את החובה לקבלת הסכמה מדעת בטרם מתן טיפול רפואי, את הזכות למות בכבוד, את הזכות של אישה בגופה בתחום הפריין וההולדה ועוד. ברם, דומה כי היקף תכולתה של הזכות לאוטונומיה עומד למבחן תמידי, ומהווה את פורץ המחסומים האולטימטיבי — בעת בה נוצר צורך ליצירתיות משפטית מועלה טיעון זה, שאל מול עוצמתו דומה ומתפוגגים כל הטענות שכנגד. כמה מן החידושים והמגמות הכולטים בתחום המשפט הרפואי כיום נובעים ישירות מפניה המתחדשות של זכות זו, ואני מבקש להדגים את השימוש בדוקטרינה חובקת עולם זו במחוזותינו בשלושה מישורים.

המישור הראשון, מתחום הדין המהותי של יחסי מטפל-מטופל, המכיר בפגיעה באוטונומיה של החולה כראש נזק עצמאי, במנותק משאלת הנזק הגופני. המישור השני — האוטונומיה של החולה והשפעתה על מעמד המשפטי של דוחות חקירה פנימיים במוסדות רפואיים.

in the Methods of Paying Physicians" 36(4) *Case West Reserve Law Rev.* (1985–1986) 708; J. Petrila "Ethics, Money and the Problem of Coercion in Managed Behavioral Health Care" 40(2) *St Louis Univ Law J.* (1996) 359.

52 לתוצאות פגיעה בכללי הצדק הטבעי בעת דיון בפני ועדת חריגים של קופת חולים, ראו: ע"ע 1091/00 שטרית נ' קופת חולים מאוחדת, תקדין ארצי 2000 (3) 50. לדיון בחבויות המשפטיות של גופים דו מהותיים, ראו: ד' ברק-ארז "אחריות אזרחית של גופים ציבוריים: דואליות נורמטיבית" משפט וממשל א (תשנ"ג) 275; ע"א 2299/99 שפיר נ' דיור לעולה בע"מ, פ"ד נה(4) 213.

53 ברק, לעיל הערה 42, בעמ' 317 ו-421.

ולבסוף — הנזק הראייתי, שלו פן כפול — הן במישור הדיני והן במישור ראשי הנזק.

1. פגיעה באוטונומיה בטיפול רפואי כראש נזק

הכרה בפגיעה באוטונומיה כראש נזק עצמאי במנותק מגרימת נזק גוף, ואפילו זו האחרונה כלל לא התרחשה, נתחדשה בעניין עלי דעקה⁵⁴ שעניינו טיפול רפואי שלא בהסכמה.

טיפול רפואי שלא בהסכמה עולה כדי עוולה: הן עוולת התקיפה והן עוולת הרשלנות. שימוש בעוולת התקיפה ראוי שיישמר כיום לאותן סיטואציות בהן הסכמת החולה הושגה בתרמית, בכפייה וכדומה, בעוד שאי מתן הסבר נאות ומקיף מקיים את דרישת רכיב ההתרשלות לצורך תביעה ברשלנות⁵⁵. חוק זכויות החולה מפרט באופן מדויק את החובה לקבלת הסכמה מודעת לטיפול רפואי, וכישלון לעמוד בתנאי סעיף 13(ב) לחוק זכויות החולה מקים עילת תביעה נוספת בגין הפרת חובה חקוקה כפי שנפסק בעניין ברמן⁵⁶ ובעניין בנגר⁵⁷. באותם מקרים בהם התובע אינו מסוגל להרים את הנטל של הוכחת הרשלנות המקצועית בעצם דרך מתן הטיפול הרפואי, שמורה לו האפשרות לטעון כי ההסבר הרפואי החסר שולל את הסכמתו באם ניתנה. ודוק — המבחן למסירת המידע לחולה שאימץ חוק זכויות החולה הוא מבחן 'החולה הסביר', אל מול האפשרות של מבחן 'המטפל הסביר'⁵⁸. דא עקא, שאי-מסירת מידע רפואי כנדרש עונה רק על רכיב ההתרשלות. הוכחת הקשר הסיבתי בין אי מסירת המידע להתגבשות הנזק, רוצה לומר — ההוכחה כי החלטה שונה של המטפל הייתה מתקבלת לאור המידע החסר, היא מכשלה משמעותית המונחת לפתחו של התובע, אך

54 ע"א 2781/93 דעקה נ' בית החולים "כרמל", חיפה, פ"ד נג(4) 526 (להלן — "עניין עלי דעקה"). ולביקורת על עניין עלי דעקה, ראו: ז' וייל ות' מיארה "הזכות לאוטונומיה כראש נזק חדש" רפואה ומשפט 23 (2000) 61.

55 ע"א 6153/97 שטנדל נ' שדה, פ"ד נו (4) 759, 746 (להלן — "עניין שטנדל"); ע"א 4384/90 ואתורי נ' בית החולים לניאדו, פ"ד נא(2) 171; שפירא, לעיל הערה 23, בעמ' 235; ע' אור וא' נירנברג רשלנות רפואית (מהדורה שנייה, תש"ס) 254–257.

56 ע"א 434/94 ברמן נ' מור — המכון למידע רפואי בע"מ, פ"ד נא(4) 205.

57 ע"א 6330/96 בנגר נ' בית החולים הכללי ע"ש ד"ר הלל יפה, חיפה, פ"ד נב(1) 145.

58 סעיף 13 לחוק זכויות החולה קובע כי: "(א) לא יינתן טיפול רפואי למטופל אלא אם כן נתן לכך המטופל הסכמה מודעת לפי הוראות פרק זה. (ב) לשם קבלת הסכמה מודעת, ימסור המטפל למטופל מידע רפואי הדרוש לו, באורח סביר, כדי לאפשר לו להחליט אם להסכים לטיפול המוצע" (ההדגשה שלי — ג' ס'). באשר לזהותו של המטופל, הגם כי המבחן המופעל הוא "המטופל הסביר", לשון הסעיף מקימה אפשרות פרשנית למבחן החולה המסוים: "... מידע רפואי הדרוש לו". ברם, באנגליה וכן בחלק ממדינות ארה"ב עדיין מוענקת הבכורה למבחן "המטפל הסביר", וראו: אור נירנברג, לעיל הערה 55, בעמ' 235–241; וכן ראו: א' כרמי בריאות ומשפט (2003) 943–973.

המסורה להכרעה השיפוטית. היכולת להוכיח, כי החולה היה בוחר בנתיב אחר היא עניין שבספקולציה, שבהערכה, ומושפעת מגורמים רבים ובהם חומרת המחלה הנדונה (מהלך אלקטיבי לעומת סמי-אלקטיבי ו/או דחוף), חומרת הסיכון המדובר (משמעותי לעומת קל), נסיבות חייו האישיות של התובע⁵⁹ ועוד. אם על-פי מאזן ההסתברויות התובע לא היה מסכים לטיפול, בהינתן כי המידע החסר היה נמסר לו במלואו, יהיה המטפל אחראי לכלל הנזק שייגרם מאותו טיפול. ברם, בהעדר הכרעה כי המטופל היה נוהג אחרת לו היה מודע למידע – יוותר הלז וידידו על ראשו. בכך חידושו המשמעותי של עניין עלי דעקה:

“עדיין יש לדון בשאלה נוספת, והיא אם יש מקום לפסוק למערערת פיצויים בגין נזק לא גופני שנגרם לה עקב הפגיעה באוטונומיה שלה, הנובעת מכך שבוצע בגופה ניתוח מבלי שניתנה לכך הסכמתה המודעת... אני סבור, על רקע זה, כי יש לראות גם בפגיעה בכבודו של אדם ובזכותו לאוטונומיה, הטבועה בביצוע פרוצדורה רפואית בגופו שלא בהסכמתו המודעת, משום נזק בר פיצוי בדיני הנזיקין. הפגיעה, שלא כדין, ברגשותיו של אדם כתוצאה מאי כיבוד זכותו היסודית לעצב את חייו כרצונו, מהווה פגיעה ברווחתו של אותו אדם, והיא נכנסת לגדר הגדרת “נזק” האמורה. זאת, בין אם נראה בה משום פגיעה ב“נחותו” של אדם, ובין אם נראה בה משום “אבדן או חיסור כיוצאים באלה”, כלשון הגדרת נזק בסעיף 2 לפקודה. אכן, עמדנו על מרכזיותה של הזכות לאוטונומיה בעיצוב זהותו וגורלו של האדם בחברה בה אנו חיים. ראינו את חשיבותה של זכות זו ליכולתו לחיות כפרט חושב ועצמאי”⁶⁰.

נמצאנו למדים, כי ערך האוטונומיה של החולה זוכה למעמד של נכס המושא לשיפוי בגין פגיעה בו.

כיצד נעריך את היקף הנזק במקרים כגון דא?

“...הפיצוי בגין פגיעה בזכות לאוטונומיה בלבד מקום שלא הוכח קשר סיבתי בין הפרת חובת הגילוי לבין מתן ההסכמה לטיפול הרפואי, הוא נמוך יחסית,

59 ע"א 5681/93 קופת חולים של ההסתדרות הכללית נ' ידיד, תקדין עליון 95(3) 1302, פסקה 12: “בתחום הרפואה, כמו בתחומים רבים אחרים, יש פעמים רבות מקום ליתן למטופל טיפול אפילו טמונים בו סיכונים כלשהם. השאלה תמיד היא מה מצבו של המטופל כעת, ומהו המצב הרצוי, מהם הסיכויים הטמונים בטיפול ומהם הסיכונים. מעטים הם הטיפוליים הרפואיים אשר ניתן לומר בכל מאת האחוזים שיועילו למטופל, וכי לא טמון בהם כל סיכון שהוא. אלא מאי? פעמים רבות מצבו של המטופל בהווה הוא כה רע, עד כי יש גם יש מקום ליתן לו טיפול, אשר טמון בו סיכוי להחלמה, אפילו יש בו גם סיכונים, ואפילו סיכון שמצבו של המטופל יתדרדר ויחמיר: הכל שאלה של המטרה אליה שואפים והסיכויים מול הסיכונים הטמונים בדרך הננקטת אל המטרה הנכספת”.

60 עניין עלי דעקה, לעיל הערה 54, בעמ' 570 ו-574.

שכן הוא ניתן אך בשל עוגמת הנפש שנגרמה למטופל ועל יסוד אומדנה המתבססת על חומרת הפגיעה באוטונומיה שלו⁶¹.

הערך הכלכלי של הפגיעה באוטונומיה של ניתוח כתף ללא הסכמה בנסיבות עניין עלי דעקה נאמד ב-15,000 ש"ח. הערכה כלכלית של פגיעות אחרות תהווה מקור לא-אכזב לאי-בהירות משפטית, הגם שיש לשער כי סדרי הגודל של הפיצוי יעוצבו במקביל לערך הכלכלי של פיצוי כללי בגין עוגמת נפש.

מותר להניח, כי לנוכח אימוצה הרחב של הלכה זו על-ידי השופטים בערכאות השונות⁶² דומה כי את הגלגל (קרי – ההכרה בראש הנזק) כבר אין להשיב. הוויכוח ייטוש סביב השאלה בדבר הנסיבות הראויות לשימוש בראש נזק זה: האם גישה מרחיבה, המשתקפת בדברי השופט אור בעניין עלי דעקה, או שמא רק במקרים של פגיעה חמורה ובוטה באוטונומיה (שאו עבירת ו/או עוולת התקיפה מספקים תרופה חלופית מספקת), או רק במקרים שהתוצאה של הפגיעה באוטונומיה לובשת אופי קונקרטי דוגמת עוגמת נפש במובנה הפיזיולוגי ולא רק המטפיזי-משפטי.

אני בדעה, כי בשלב הבוסר של חיי ראש נזק זה, יש לקבלו רק במקרים ובנסיבות מיוחדים, ובכך מבקש אנוכי להצטרף לדברי השופטת ביניש בעניין עלי דעקה⁶³. דוגמא ראויה לנסיבות שכאלו יכול ותיווצר כאשר חולה מסכים לטיפול רפואי בעוד הרופא מונע ממנו מידע לפי סעיף 13(ג) לחוק זכויות החולה, מחשש שמא מסירת המידע תגרום למטופל נזק גופני או נפשי חמור (חסינות טיפולית – Therapeutic Privilege)⁶⁴. בדיעבד, מסתבר, כי לחששו של הרופא בדבר הנזק החמור שייגרם לחולה לא היה כל יסוד על-פי מבחן 'הרופא הסביר'. לחולה לא נגרם נזק בגין הטיפול, ומאזן ההסתברות נוטה לכיוון ההוכחה כי המטופל לא היה מסכים לטיפול אילו היה נמסר לו כל המידע הדרוש. ייתכן וכאן נוכל לתמוך בפיצוי אך בשל הפגיעה באוטונומיה, שבסיסה התרשלות הרופא באיזון האינטרסים שבין זכות החולה למידע, כמתחייב מן האוטונומיה שלו מחד גיסא, לבין הערכת הנזק העלול להיגרם לו מאידך גיסא. בכך נאמץ את הגיונו של חוק זכויות החולה אשר השיית על המטפל חובה לתהליך התחבטות כן ומשמעותי באשר לנסיבות בהן יש להתיר העלמת מידע מן המטופל. כוונת המחוקק היא להבטיח, כי רק במקרים קיצוניים של חשש לנזק גופני או נפשי חמור תוגבל זכות

61 עניין שטנדל, לעיל הערה 55, בעמ' 760 (דברי השופטת דורנר).

62 שם, בעמ' 755; ת"א (חי') 10359/97 גבע נ' שירותי בריאות כללית, תקדין מחוזי 2001(3) 7785, פסקה ב1; בש"פ 92/00 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(4) 240, 250; ת"א (י"ם) 1109/97 פרננדס נ' הסתדרות מדיצינית הדסה, תקדין מחוזי 2000(2) 9253, פסקה 31.

63 עניין עלי דעקה, לעיל הערה 54, בעמ' 560.

64 סעיף 13(ג) לחוק זכויות החולה: "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". וכן סעיף 13(ד), לפיו ההחלטה צריכה להינתן על ידי ועדת אתיקה, ראו דיון לעיל.

האוטונומיה של המטופל. נסיבות עניין עלי דעקה אכן מתאימות לפגיעה שכזו, אך החשש התלוי ועומד הוא מ"הצפה" בשימוש בראש נזק זה, ובנסיבות הנעדרות נזקים אחרים.

מקרה נוסף שעשוי להיבחן הוא מקרה של התרשלות רבתי, ללא גרימת נזק. כך, למשל, מקרה בו מחליף הרופא צד בעת טיפול באיבר זוגי – ניתוח באוזן ימין במקום בזו השמאלית. אם הצד שטופל בפועל אינו מיועד אף הוא לטיפול – סוגיית הנזק ברורה ותידון באופנים המקובלים. ברם, במידה והאיבר שטופל בפועל מיועד אף הוא לטיפול בעתיד עקב מחלה דו צדדית – ייתכן ורכיב הנזק לחולה אינו קיים. האם במקרים אלו רצוי כי מישור הדיון יהא המישור הנזיקי, ועילת התביעה תתבסס על פגיעה באוטונומיה? המצדדים בעילת תביעה נזיקית בנסיבות כגון דא יטענו, כי הגנה על זכות החולה לשליטה בגופו (ניתוח בצד שלא הוסכם עליו בטיפול הנוכחי מהווה פגיעה בשליטה זו – פגיעה המטילה חובת שיפוי בנזיקין), תקיים את חובתנו למנוע את המקרה הבא, בו "טופל" וינזק איבר בריא, וכי קבלת התביעה שבפנינו אכן תמנע את ההתרשלות הבאה ותמלא אחר תפקיד דיני הנזיקין כמונעי התנהגויות שליליות. אני אינני משוכנע כי זה מסלול רצוי. לדידי, מישור ההתדיינות הראוי בכגון אלו חייב להיות המישור המשמעותי⁶⁵, המתחיל בתלונה ו/או קובלנה של מטופל או אפילו באופן יזום על-ידי המוסד הרפואי עם התגלות התקלה. ואזי, בהתקיים אקלים המעודד בדיקה וחקירה על-ידי ועדות בקרה ואיכות ו/או ועדות בדיקה אד-הוק, כהגדרתן בחוק זכויות החולה⁶⁶, תושג המטרה של לימוד, תתגבש הרתעה ותגבר המודעות של הצוות הרפואי, וכל זאת ללא צורך להידרש להליך משפטי ארוך ומייגע, המנותק מזירת בית החולים וזירת המטפל, ובשל כך נעדר כל יכולת משמעותית להשפיע ולהרתיע את קרות המקרה הבא. והרי בכך עסקינן – מניעת טעויות ברות מניעה. ואל יקל בעיניכם כוחו של ההליך המשמעותי. כוחו המרתיע טמון בהשפעתו הישירה על המטפל הנדון. התליית רישיון או שלילתו היא סנקציה בעלת תוצאה מוחשית פי כמה עבור המטפל מן ההליך האזורי-נזיקי, בו חברת הביטוח והמוסד הרפואי נושאים בעול השיפוי, בעוד המטפל על-פי רוב חסר נגיעה ישירה⁶⁷. האם יש מקום לקיום מקביל של התהליך המשמעותי והאזורי? לא כאן המקום להידרש לסוגיה של הליכים משפטיים מקבילים, אך אני משייך עצמי למצדדים בפישוט, יעילות

65 סעיף 41 לפקודת הרופאים [נוסח חדש], תשל"ז–1976, נ"ח 594: "ראה השר, על יסוד קובלנה של המנהל או של אדם שנפגע, כי רופא מורשה עשה אחת מאלה, רשאי הוא, בצו חתום בידו, לבטל את הרישיון של הרופא או להורות שהרישיון יותלה לתקופה שקבע בצו, או לתת לרופא נזיפה או התראה: (1) נהג בדרך שאינה הולמת רופא מורשה;... (3) גילה חוסר יכולת או רשלנות חמורה במילוי תפקידיו כרופא מורשה".

66 סעיף 22 לחוק זכויות החולה.

67 דיון נרחב בנושא עוולת הרשלנות והשפעתה על הרפואה נמצא בדו"ח ועדת השופט קלינג ב-www.health.gov.il.

ותכליתיות. הליך אזרחי בנסיבות שתוארו לעיל איננו תואם כפי שנימקתי דרישות אלו. יודגש, כי תנאי לעוצמת ההליך המשמעותי ויכולתו להשפיע על התנהגויות מטפלים ולמנוע התרשליות הוא העצמת הליך בירור משמעותי ויסודי במערכת הרפואית, ולא מילתא זוטרא היא:

מדו"חות 47 ו-53 ב של מבקר המדינה עולה, כי תלונות קשורות לטיפול רפואי מועברות ליחידה לתלונות הציבור וליועץ הרפואי במשרד הבריאות לבירור. היועץ מציג תלונות לצוות קובע לשם עיון, ניתוח וקבלת החלטות משותפות. לשם איסוף מידע נוסף ובירור מעמיק של העובדות, נוהגים היועץ הרפואי או צוות התלונות לבקש מינוי ועדת אד הוק לפי חוק זכויות החולה אשר חבריה מומחים בתחום התלונה. ועדות אלו נאלצות להתמודד עם חוסר שיתוף פעולה מצד ציבור הרופאים⁶⁸. פריטי תביעות רשלנות רפואית בגין טיפול רפואי לקוי המגיעות לבית-המשפט אינן מועברות לאחר מכן ללשכתו לשם בחינת ההיבטים הכלל-מערכתיים והפקת הלקחים הנדרשים. משרד הבריאות מקבל דיווחים מהפרקליטות או מחברות הביטוח אולם הללו אינם מגיעים ללשכת היועץ ולא נעשית בחינת הצעדים המשמעותיים המתחייבים. גם במקרים המעטים בהם המידע אכן מגיע ליועץ, העניין לא מטופל⁶⁹.

בין השנים 1990–1995 הוקמו 449 ועדות בדיקה מתוך 3259 תלונות אשר ברובן מכוונות כלפי רופאים ומקצתן כלפי אחים ואחיות. משך הזמן שחלף בין מועד קבלת התלונה לבין מועד הקמת הוועדה לבדיקה אורך בין 3–6 חודשים ולעיתים אף יותר. המבקר מציין, כי חשיבות ממצאי הוועדות רבה מעבר לקביעת ליקוי תפקודו של רופא פלוני ונוגעת להפקת לקחים ומגמת שיפור בכל הקשור לסטנדרטים רפואיים והבטחת איכות במערכת הבריאות בכללותה. משרד מבקר המדינה עיין בכמאה דוחות של ועדות בדיקה מהשנים לעיל וברובם נקבע כי שיקול דעתו של המטפל היה נכון. במידה וכן נקבע כי היה שיקול דעת מוטעה הוא יוחס ליחיד ולא נראה כפגם בסיסי במערכת. רק בחמישה דוחות מצאה ועדת התלונות לנכון לצרף לממצאיה ולמסקנותיה גם המלצות לתחום הרחב שהיא עסקה בבדיקתה⁷⁰. בדו"ח השנתי 53ב' נקבע, כי רופאים, רופאי שיניים, רוקחים ואחיות שרישיונותיהם בוטלו או הותלו לא הופקדו כנדרש (הופקדו רק כשליש מהרישיונות של רופאים וכמחצית מהרישיונות של עובדי הסיעוד). המשרד שולח, כאמור, הודעות על ביטול או על התליה של רישיון למאות נמענים שעשויים להעסיק את העובדים במקצועות הרפואה, על-פי שתי רשימות

68 ראו: הדיון בעניין גלעד, להלן בפסקה 2.ג.

69 על כן המליץ המבקר למשרד הבריאות לדאוג לכך שהמקרים הנידונים יגיעו ליחידה ויטופלו במישור המשמעותי והמערכתי. בנוסף, הוא ממליץ כי כל כתב תביעה והגנה בנושאים הקשורים לטיפול רפואי (גם ממערכות הבריאות שאינן ממשלתיות, קרי קופות החולים) צריך להגיע לידי היועץ כדי לאפשר ליחידה לטפל באירועים, ללא קשר לתוצאות המשפטיות.

70 כך בנושא רענון הנחיות ממכוני רנטגן בנוגע לנשים בגיל הפוריות, רענון נהלים למניעת השארת תחבושת בתום ניתוח ורענון נהלים בנוגע למתן עירוי דם — דו"ח מבקר המדינה 47.

תפוצה – אחת ששולח האגף למקצועות רפואיים לגבי רופאים, רופאי שיניים ורוקחים, והאחרת ששולח מינהל הסיעוד לגבי עובדי סיעוד. בבדיקה של משרד מבקר המדינה בקופות החולים לא אותרו כ-50% מההודעות ששלח המשרד. בחינת ההודעות שהגיעו העלתה, שרבות מהן הגיעו זמן רב לאחר מועד הדפסתן (חודש ימים ויותר), ולעיתים לאחר כניסת ההתליה לתוקף ואף לאחר סיומה, כאשר הרישיון הותלה לתקופה קצרה. יש שחלו שינויים ניכרים בהחלטות השר בעניין משך תקופת ההתליה או מועד ביצועה, אך המשרד לא הודיע על כך למנויי רשימות התפוצה שלו. אכן, תיקון המצב המונצח בדוחות המבקר מחייב שינויים ארגוניים משמעותיים במשרד הבריאות ויפה שעה אחת קודם.

מן הדברים האמורים עולה, כי ההכרה בפגיעה באוטונומיה כראש נזק עצמאי תורמת במובנה ההצהרתי להעצמת מעמדו של המטופל במערכת רפואה מורכבת, מנוכרת ומסובכת. מוצע כאן, כי יישום ראש נזק זה יעשה בעוצמה ובהיקף התואמים מדיניות משפטית זהירה, שאינה עוצמת עיניה משיקולים נוספים, שהוצגו לעיל. מערכת משמעתית-אתית בעלת תוקף תאפשר את ה"צמצום" בהיקף תחולת ההגנה הנזיקית על פגיעה באוטונומיה: בנסיבות בהן הפגיעה באוטונומיה היא הנזק הדיגניטרי בלבד, על-פי רוב, אני מוצא עדיפות משמעותית לנתיב המתבסס על ההליך המשמעתני-אתי ולתוצאותיו האישיות והשירות, הן על המעורבים במקרה הנדון והן על עמיתיהם ועל המערכת בה הם פועלים.

2. האוטונומיה של החולה ככלי דיוני – בעקבות עניין גלעד⁷¹

זכות החולה לשליטה על גופו היא מן המפורסמות. זכות החולה לשליטה על מידע רפואי המתייחס אליו מהווה המשך טבעי לה. אך האם קיימת זירת עימות בין איכות הרפואה לבין רצונו של הפרט למידע רפואי? ואם במידע רפואי עסקינן, האם כל מידע המתייחס למטופל הוא בגדר 'מידע רפואי' שזכותו של המטופל משתרעת עדיה? לגבולות זכות המטופל למידע המתקבל מתהליך חקירה ובדיקה אל מול אינטרסים מתנגשים אייחד את השורות הבאות.

דומני, כי מעטים הם פסקי הדין שחוללו סערה בקרב פרופסיה בישראל דוגמת זו שעניין גלעד יצר. להשפעה הנרחבת של עניין גלעד חברו יחד מספר גורמים. ראשית, פסק הדין ניתן בעת תהליך הכנת חוק זכויות החולה בוועדת העבודה והרווחה של הכנסת, כשבהצעת החוק ההתייחסות לנושא החיסיון של מסמכי ועדות חקירה פנימיות הייתה שונה באופן מהותי מהכרעת השופט ברק (להלן). שנית, טלטלה בענף הביטוח הרפואי בשל נטישת חברת הביטוח MDU את ביטוח הרפואה בגין העלויות

71 עניין גלעד, לעיל הערה 10.

הגדלות של תביעות הרשלנות הרפואית. כניסת מבטח חלופי הותנתה בשני תנאים: הגדלת הפרמיה לרופא במאות אחוזים והקמת יחידות לניהול סיכונים.⁷² פעילות יחידות אלו נועדה להקטנת הסיכון הביטוחי למטופלים, לבני משפחותיהם, כמו גם לצוות הרפואי ולבית החולים. פעילות היחידות מתבססת על דיווחים של אירועים חריגים בידי אנשי הצוות הרפואי, ניתוח והפקת לקחים בידי צוות מומחים וחיבור המלצות ונהלים מונעים. עקב האכילס הוא הדיווח.⁷³ נקל להבין ולהזדהות עם הרתיעה של אנשי צוות רפואי מלדווח בפומבי על משגיהם, טעויותיהם ואפילו רשלנותם.⁷⁴ הממסד הרפואי ניסה בכל מאודו לשכנע את ציבור המטופלים לשתף פעולה עם מערכות הדיווחים, ועל הרקע הזה יש להבין את התגובה לפסק הדין האמור.

עניין גלעד עסק בזכותו של תובע (או עזבונו) לעיין בדו"ח חקירה פנימי שהוכן באופן וולונטרי על-ידי רופאי בית החולים. בדחותו את טענת החיסיון של בית החולים קבע הנשיא ברק, כי עומדת לחולה הזכות לדעת את מה שיעשה בגופו, ומתוך כך מה שנעשה בגופו. דו"ח ועדת החקירה מספק באופן המדויק ביותר את המידע, וחשיפתו לחולה עולה בקנה אחד עם כבודו של האדם וזכותו לאוטונומיה:

"כנגד זכות זו עומדת חובת הרופא ובית החולים למסור לחולה את המידע שבידם באשר לטיפול שקיבל, תוצאותיו ועלילותיו. זכות זו נגזרת מחובת הזהירות הכללית אשר הרופא ובית החולים חבים לחולה. היא נגזרת מזכותנו לדעת על עצמנו, המהווה ביטוי לאוטונומיה של הרצון הפרטי של האדם והמבטאת את כבודנו כאדם (ראה סעיפים 2 ו-4 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו). אכן, כשם שיש לו לאדם הזכות לדעת מה ייעשה בגופו, כן עומדת לו הזכות לדעת מה נעשה בגופו. הנה כי כן, זכותו של אדם על גופו, חירותו לקבל החלטות באשר לגופו "זכות היסוד של הפרט לאוטונומיה" – כל אלה מחייבים לא רק לקבל את ההסכמה מדעת לכל טיפול שיעשה באדם בעתיד, אלא מחייבים גם ליתן לאדם כל מידע הקיים באשר למה שנעשה בו בעבר. ביסוד תפיסתנו עומד האדם שבו מקננת מחלה, ולא מחלה שמצאה לה בית

72 ניהול סיכונים ברפואה (Risk Management) מהווה אחד השינויים המשמעותיים ביותר בעשור האחרון בהתייחס לניסיון להקטנת נזקים למטופלים בגין טיפול רפואי (נזק יאטרוגני). צמיחתו בענף הביטוח, השתלבותו ברפואה הציבורית ופירותיו הצפויים הם במישור הציבורי-חברתי בשל שיפור איכות הטיפול והקטנת נזקים גופניים למטופלים, הפחתה בהפרשת תקציבים לשיפוי נפגעים (כיום כ-10% מתקציב משרד הבריאות), שמירה על המוניטין של המטופלים ועוד. לסקירה, ראו: ההפניות בהערה 78 להלן.

73 B.J. Wakefield "Organizational Culture, Continuous Quality Improvement, and Medication Administration Error Reporting" 16 *Am J Med Qual* (2001) 34

74 E.J. Thomas & T.A. Brennan "Errors and Adverse Events in Medicine: An Overview" in *Clinical risk management* (C. Vincent ed., London, 2th ed., 2001) 31; K. Walshe "The Development of Clinical Risk Management", *ibid*, at p. 45; J. Secker & L. Walker "Clinical Governance: The Context of Risk Management", *ibid*, at p. 61

קיבול באדם. עניינו של הרופא הוא האדם החולה, ולא המחלה שבאדם. על כן זכאי האדם, אם הוא רוצה בכך, לדעת מה הטיפול שהוא עומד לקבל, ומה הטיפול שהוא כבר קיבל. הוא זכאי לדעת על אירועים, מעשים, מחדלים והוראות שהביאו אותו למצב בו הוא נתון עתה, לאחר הטיפול. הכרה בחסיון בפני גילוי דו"ח בקורת פנימית של בית החולים פוגעת בזכויות אלו של האדם לדעת מה נעשה בו, ואינה מתיישבת עם זכויות אלו.⁷⁵

את הטענה, כי הגילוי יפגע בשיתוף הפעולה של הרופאים הן כמוסרי עדות והן כחברי ועדות פטר כבוד הנשיא במילים "החשש לפגיעה בקיומן ותפקודן של ועדות הבדיקה... הוא ספקולטיבי". יש להדגיש, כי כבוד הנשיא נמנע מהכרעה בדבר אפשרות להפרדה בין החלק העובדתי של הדו"ח ובין החלק שהוא פרי ניתוח סובייקטיבי של האירועים. כפי שיודגם להלן אימץ החוק אבחנה זו בקובעו, כי נתונים עובדתיים המתבררים מתוך עבודת ועדות בקרה ואיכות יכללו ברשומה הרפואית של המטופל הנוגע בדבר.⁷⁶

דיון ממצה בתוצאות עניין גלעד הוא מחוץ למטרתה של סקירה זו, אך פטור בלי כלום אי אפשר. בלילה בו התפרסמה הכרעת הדין התכנסה באופן דחוף הנהלת ההסתדרות הרפואית וקיבלה שורת החלטות מרחיקות לכת, ובהן⁷⁷:

- הפסקת שיתוף פעולה עם ועדות פנימיות של בית החולים ו/או משרד הבריאות שאינן על-פי דין.
- הופעה בפני ועדות תיעשה רק בליווי משפטי, ותוך הקפדה על כללי הצדק הטבעי.
- אין לספק לוועדות הערכות, ניתוח העובדות ומסקנות אלא להסתפק בציון עובדות בלבד.
- הופסקה פעילות פנימית שנועדה לניתוח משגים בטיפול דוגמת ישיבות צוות (Staff Meeting), ישיבות תמותה ותחלואה (Mortality/Morbidity Meetings).

מכאן ברור, כי פעילות יחידות לניהול סיכונים הועמדה בסכנה משמעותית, לאור האפקט המצנן של ההחלטה בעניין גלעד וההימנעות ממילוי דיווחים על אירועים חריגים. עד כאן לעניין הספקולטיביות של החשש האמור. רבים הם הסבורים, כי הרפואה הציבורית הוסגה לאחר באופן משמעותי, נסיגה שאת תוצאותיה אנו חווים עד היום הזה⁷⁷. הנסיגה היא תוצאה ישירה של העדר תחקור

75 סעיף 22(ה) לחוק זכויות החולה.

76 י' בלשר "הנחיה בנושא החיסיון" מכתב לחבר נ"ח (5) (1996) 15.

77 ש' שרף "המשפטיזציה של המערכת הרפואית" רפואה ומשפט 20 (1999) 7; א' סטולר "האיזון הראוי בין גילוי לשם עשיית צדק לבין העניין שלא לגלות" רפואה ומשפט 20 (1999) 12; המחלקה המשפטית "החיסיון הרפואי" מכתב לחבר ס"א (7) (1999) 9.

טעויות רפואיות, הקטנת גילוי הלב ופתיחות מחשש לחבות משפטית, העמקת דפוסי התנהגות מתגוננים (רפואה הגנתית) — ביצוע פעולות מיותרות ויקרות שלעיתים נזק בצידן, הימנעות מפעולות נחוצות אך בעלות סיכון רפואי ומשפטי מוגבר, קפיאה על השמרים ואי פיתוח יכולות חדשות ונטישת התמחויות רפואיות ושטחי טיפול בעלי סיכון משפטי מוגבר⁷⁸), וככלל העמקת המתח והפער שבין ציבור המטופלים ובין המטופלים והמערכת המשפטית. כאמור, פרסום הכרעת הדין בעניין גלעד התרחש בזמן בו תהליך חקיקת חוק זכויות החולה התנהל בשלביו הסופיים. נוסח החוק בנושא החיסיון שונה⁷⁹ בהתאמה ניכרת להכרעת בית המשפט העליון. לאחר דין ודברים מורכב וטעון בין הגורמים השונים שהיו מעורבים בתהליך החקיקה בוועדת העבודה והרווחה (ובהם לשכת עורכי הדין, ההסתדרות הרפואית, נציגי צרכני בריאות ואנשי אקדמיה) נקבעו בחוק זכויות החולה שני סוגי ועדות — ועדת בדיקה וועדת בקרה ואיכות:

21. ועדת בדיקה

- (א) "בחקיקה זו, 'ועדת בדיקה' — ועדה שהוקמה לשם בדיקת תלונה של מטופל או של נציגו או לשם בדיקת אירוע חריג הנוגע למתן טיפול רפואי..."
- (ב) ממצאיה ומסקנותיה של ועדת בדיקה יימסרו למי שמינה את הוועדה ולמטופל הנוגע בדבר, והוראות סעיף 18 יחולו בשינויים המחויבים; הממצאים והמסקנות כאמור יימסרו גם למטפל העלול להיפגע ממסקנות הוועדה.
- (ג) פרוטוקול דיוניה של ועדת הבדיקה יימסר רק למי שמינה את הוועדה ולמנהל הכללי.
- (ד) בית משפט רשאי להורות על מסירת הפרוטוקול למטופל, לנציגו או למטפל, וכן, על אף האמור בסעיף 18(ג), להורות על מסירת

78 ט' בר אשר "האם התנהגות רופאים פוזלת לעבר 'רפואה הגנתית'?" רפואה ומשפט 23 (2000) 28; M. Daly "Attacking Defensive Medicine Through the Utilization of Practice Parameters — Panacea or Placebo for the Health Care Reform Movement?" 16(1) *J Leg Med* (1995) 32; R.G. Rubin & D.N. Mendelson "How Much Does Defensive Medicine Cost?" 4(4) *J Am Health Policy* (1994) 7; D.P. Kessler & M.B. McClellan "How Liability Law Affects Medical Productivity?" 21(6) *J Health Econ* (2002) 55.

79 סעיף 24 להצעת החוק קבע חיסיון גורף: "הדיונים המתקיימים בוועדות פנימיות של בית חולים להערכת הפעילות הרפואית לשם קידום רמת השירות ושיפור איכותו של הטיפול הרפואי מבחינה מקצועית הם חסויים בפי כל אדם לרבות המטופל הנוגע בדבר". סעיף 25(ב) להצעת החוק המתייחס לוועדת בדיקה קובע, כי "הדיונים בוועדת בדיקה וכל חומר שהובא לפניו...", יהיו חסויים בפני כל אדם לרבות המטופל, "...". אין בהצעת החוק הבחנה בין סוגי ועדות שונות, אין התייחסות לחומרי הוועדה השונים, קרי פרוטוקולים לעומת ממצאים ומסקנות ועוד. ולכן ניתן לאמוד בבטחה את השפעתו המכרעת של עניין גלעד על עיצוב ההסדר הנוכחי בחוק זכויות החולה.

הממצאים והמסקנות למטופל, אם מצא כי הצורך בגילוי לשם עשיית צדק עדיף מן הענין שיש לא לגלותו; הוראה כאמור יכול שתינתן במסגרת הליך שמתנהל בפני בית המשפט או על פי בקשה אשר תוגש לבית משפט שלום".

22. ועדת בקרה ואיכות

"(א) בחוק זה, 'ועדת בקרה ואיכות' – אחת מאלה;

(1) ועדה פנימית של מוסד רפואי שהקים מנהל המוסד לשם הערכת הפעילות הרפואית ושיפור איכותו של הטיפול הרפואי;

(2) ועדה שהקים מנהל קופת חולים לשם שיפור איכות שירותי הבריאות במוסדות קופת החולים;

(3) ועדה שהקים המנהל הכללי לשם שיפור איכות שירותי הבריאות.

(ב) תוכן הדיונים שהתקיימו בוועדת הבקרה והאיכות, הפרוטוקול, כל חומר שהוכן לשם הדיון ושנמסר לה, סיכומיה ומסקנותיה, יהיו חסויים בפני כל אדם לרבות המטופל הנוגע בדבר ולא ישמשו ראיה בכל הליך משפטי.

(ג) על אף האמור בסעיף קטן (ב) סיכומיה ומסקנותיה של ועדת הבקרה והאיכות יימסרו למי שמינה את הוועדה, ורשאי הוא לעיין בפרוטוקול דיוני ועדת הבקרה והאיכות ובכל חומר אחר שנמסר לה.

...

(ה) ממצאים עובדתיים שקבעה ועדת הבקרה והאיכות הנוגעים למצבו של מטופל, לטיפול בו ולתוצאותיו, יתועדו ברשומה רפואית מיד עם קביעת הממצאים, אם לא היו רשומים קודם לכן, ויהיו חלק מהרשומה הרפואית".

נוסחו זה של החוק מחלק בין ועדת בדיקה אד-הוק לבין זו המתמדת. ממצאיה ומסקנותיה של זו הראשונה יהיו גלויים למטופל הנוגע ולמטפל, בעוד הפרוטוקול זוכה לחיסיון יחסי⁸⁰. בכך מעוגנת עמדת הנשיא ברק לזכותו של המטופל למידע אודות מה שנעשה בגופו, תוך מתן חיסיון יחסי לדיוני הוועדה, לדעות, להנחות ולפרשנות אישית של המטפלים המעידים בוועדה. בחינה של פסקי הדין שניתנו מאז כניסתו של

80 היחסיות מתבטאת ביכולתו של בית-המשפט להורות על גילוי הפרוטוקולים כלשון סעיף 21 (ד): "בית משפט רשאי להורות על מסירת הפרוטוקול למטופל, לנציגו או למטפל, וכן, על אף האמור בסעיף 18(ג), להורות על מסירת הממצאים והמסקנות למטופל, אם מצא כי הצורך בגילוי לשם עשיית צדק עדיף מן העניין שיש לא לגלותו".

חוק זכויות החולה לתוקף מעידה, כי קיימת נטייה ברורה של בתי-המשפט להורות על מסירת הפרוטוקולים לתובעים, ובכך לשים לאל את כוונת המחוקק ליצירת 'אוירה קונסטרוקטיבית' שתעודד שיתוף פעולה בוועדות הבדיקה⁸¹. וכאמור – אוירה זו חיונית לתהליך זיהוי ומניעת טעויות ברפואה. נוכחנו, כי בשם אינטרס האוטונומיה של הפרט בעניין גלעד נגרם נזק כבד לאינטרס ציבורי רב-משקל והוא השאיפה לקידום איכות הרפואה ומניעת נזקים למטופל. למען הסר ספק יש להדגיש, כי האוטונומיה של הפרט איננה אינטרס פרטי שכזה במקרה של עימות בינו לבין אינטרס ציבורי הוא עתיד להידחות, אלא עימות בין שני אינטרסים ציבוריים, שיש להגן עליהם, ואם קיימת התנגשות – לאזנם⁸². האם מבחן המידתיות אכן אינן כהלכה בין התועלת שתצמח ממסירת הדו"ח לתובע לבין הנזק שייגרם ממסירתו? בכל הזהירות המתחייבת – מסופקני, וזאת מטעמים מספר:

ראשית, דומני כי ההקבלה בין הזכות לסרב לטיפול רפואי פולשני לבין הזכות למידע רפואי שעשוי להתייחס לחולה, אשר הוא תוצאה של דיונים, הערכות סובייקטיביות ולעיתים חילוקי דיעות בין אסכולות, אינה הולמת והיא דוגמא מאלפת לפריצת הגדר בשם עיקרון-על של האוטונומיה. ובלשונו של כבוד השופט אור:

"...בהתאם לכך, נגזרה מזכותו של אדם לאוטונומיה זכותו לקבל מידע על טיפול רפואי שאותו קיבל בבית חולים (ראו רע"א 1412/94 הסתדרות מדיצינית הדסה עין כרם נ' גלעד, פ"ד מט(2) 516, 525). באותה הרוח, נקבע כי אין ללחוץ על אדם להחליט על ביצוע ניתוח בגופו אשר אין הוא חפץ בביצועו..."⁸³.

האם אכן זו 'אותה הרוח'? גזירת השוואה בין זכותו של המטופל להסכים או לסרב לביצוע פעולה פולשנית ובין זכותו לקבלת מידע רפואי שהוא פרי של תהליך בדיקה ותחקור החיצונים למטופל עשויה לקומם רבים. בנוסף, האיזון במתכונתו הנוכחית מציב מכשול משמעותי למגמות חיוניות של טוב איכות הרפואה. למרבה הצער, אין בחוק הישראלי מחויבות שלטונית, כחלק ממדיניות ציבורית, לאיכות ברפואה, להקטנת טעויות של מטפלים וסיכון למטופלים⁸⁴. ההכרה בהיקף חומרת הבעיה היא פרי מחקרים בעשור האחרון, שהוכיחו את היקף

81 "...מגמת הפסיקה הינה לצמצם את החסיונות תוך חתירה מרבית לגילוי האמת וכפועל יוצא מצמצום החסיונות הנטייה לגלות יותר מידע והצבת נקודת המוצא העקרונית על עיקרון הגילוי" – ה"פ (ת"א) 177250/00 שלומי נ' מדינת ישראל (לא פורסם). וראו: ה"פ (י"ם) 825/97 עיזבון המנוחה גבאי נ' המנהל הכללי של משרד הבריאות (לא פורסם).

82 א' ברק שיקול דעת שיפוטי (תשמ"ז) 101–106 ו-221–227.

83 עניין עלי דעקה, לעיל הערה 54, בעמ' 572 (ההדגשה שלי – ג' ס').

84 אינני מתייחס בדבריי אלו להוראות כלליות דוגמת אלו הקיימות בחוק זכויות החולה (סעיף 5 – הזכות לטיפול נאות) או בחוק ביטוח בריאות ממלכתי (זכות לטיפול באיכות סבירה – סעיף 3(ד)).

הנזקים הנגרמים למטופלים בעטיו של טיפול רפואי לקוי או תת־אופטימאלי⁸⁵. סך הפעילות בתחום זה היא תוצאה ישירה של לחץ חיצוני שמקורו בחברות הביטוח של המוסדות הרפואיים מחד, ושל התוצאות הקשות של מגיפת תביעות הרשלנות הרפואית כנגד רופאים ומוסדות רפואיים מאידך. אני מגדיר את המהלך כ'חיצוני' במובן זה, שמקורו לא נבע מהכרה והפנמה של הרופאים ברמת הטעויות הגבוהה הנובעת מפעילותם. להיפך – הזנחת איסוף הנתונים, העדר שיטתיות בגישה לטעות וטיפול בשורשי מקורותיה היוו את המשטר הרווח. כתוצאה ממהלך 'חיצוני' זה ציבור הרופאים נגרר בעל כורחו, כמי שכפאו שד, לפעילות גוברת בתחום מניעת הסיכון ושיפור האיכות, וחבלי הלידה וההסתגלות לקונספציות אלו קשים במיוחד⁸⁶. אשר על כן, נדרשת מחויבות חקיקתית, ובעקבותיה אימוץ פסיקתי, של תמיכה בכל אותן מגמות. התמיכה לה אני מכוון היא יצירת מתווה סביר וקביל להתנהלות חופשית מאימת הדין והדין של תחקור ובדיקה, בדומה לחיסיון שמוענק לפעילות מבקר המדינה⁸⁷, בתחום

85 ראו: T.A. Brennan "Incidence of Adverse Events and Negligence in Hospitalized Patients" 324 *New England Journal of Medicine* (1991) 370; L.L. Leape "Error in Medicine" 272 *Journal of American Medical Association* (1994) 1851. כן ראו: *Medical Journal* 320 (2000) כך המוקדש כולו למניעת טעויות ברפואה.

86 אמנה לקידום האיכות בשירותי הבריאות נחתמה בין ההסתדרות הרפואית (להלן – "הר") ומשרד הבריאות. האמנה באה להסדיר את חילוקי הדעות כאשר שיפור איכות ברפואה הנה המטרה המשותפת לכל הגורמים העוסקים ברפואה. באמנה נקבע הרכב צוות ההיגוי, בו משרד הבריאות העמיד עצמו בעמדה נחותה כאשר נקבע כי מתוך ארבעת חברי הצוות רק אחד הוא מטעם משרד הבריאות ובדיונים בדבר צעדים אופרטיביים יצורפו שלושה נציגים של הר". בנוסף לכך בנושא עשיית הסקרים, היקפם וסדרי הקדימויות שמת משרד הבריאות מידו את עצמאותו ואת שקול הדעת הבלעדי בהחלטה כי הללו יגובשו בתיאום עם הצדדים. כתוצאה מכך, עלולים צרכים של מערכת הבריאות שלא לבוא על פתרונם. כן דרש יו"ר הר" ממנכ"ל משרד הבריאות שנציג הר" ישתתף בצוות ההיגוי של פרויקטים לקידום האיכות, יבחן כל פרויקט ויקפיד שהבדיקות לא יכללו נושאים רפואיים, ורק לאחר קבלת הסכמת הר" לביצוע הפרויקט היא תמליץ לרופאים לשתף פעולה בביצועם. לאחר חתימת האמנה נתגלעו מחלוקות בין הר" לבין משרד הבריאות על אופן ביצוע סקרים ומבדקים. הר" המליצה לרופאים לא לשתף פעולה וכך נסתם הגולל על פרויקטים שהחלו. מדו"ח 49 של מבקר המדינה עולה, כי האמנה לא קידמה את משרד הבריאות בנושא של ניהול סיכונים וסקרי איכות וכורסמה העצמאות שהייתה למשרד הבריאות בביצוע תפקידיו בתחום הבטחת איכות, וכיום, וכתוצאה מן האמנה, הוא תלוי בהר" בביצוע הסקרים. באמנה נקבע, כי יוקם פורום משותף למשרד, להר", לקופת חולים כללית וכו' שידון באירועים אנונימיים לשם הפקת לקחים ארציים להפצה. הפורום גם אמור להמליץ על תחומים בהם יש להתוות התוויות וסטנדרטים חדשים אך זו לא הוקמה. האמנה שיתפה את הר" בעניינים מהותיים והקנתה לה למעשה יכולת הכרעה בנושאים אלו, תוך פגיעה בעצמאותו ובשיקול דעתו של משרד הבריאות. יש לראות אמנם בחיוב שיתוף פעולה בין המשרד ובין הר", אך על משרד הבריאות לשמור על עצמאותו ולא להיות תלוי בהר", שהיא ככלות הכול גם איגוד מקצועי בעל עניין. מן הראוי ששיתוף פעולה בין משרד הבריאות ובין הר" יהיה מבוסס על כללי מינהל תקין ונורמות ציבוריות מקובלות בדבר קביעת מדיניות ויכולת הגנה על האינטרסים של הציבור עליהם מופקד משרד הבריאות, כמתחייב מהשפעת תקינה של מערכת הבריאות.

87 חוק מבקר המדינה, תשי"ח-1958 [נוסח משולב], ס"ח 92, סעיף 30: "חומר שאינו ראייה" –

ועדות חקירה צבאיות⁸⁸ וכיוצא באלה. הדברים יפים גם למי שאוחז בדעה, כי זכותו של מטופל למידע רפואי אכן משתרעת גם על מידע הנוצר בחקירה פנימית. אני בדעה, כי ניתן היה להגיע לתוצאה משפטית שונה באופן שלא יקופחו זכויות החולה/תובע מחד גיסא, אך יישמר אמון הרופאים ושאר המטפלים בנכונות החברה להעניק לתהליך הפקת הלקחים הרצוני שלהם הגנה משפטית ראויה, ובוודאי בשלב הקריטי של יצירת המומנטום לשינוי. דיון מקיף בסוגיית החיסיון הוא מעבר לסקירה זו, אך בקליפת אגוז סגי לי אם אומר, כי בהיות איכות הרפואה תלויה באיכות הפקת הלקחים מטעויות שהתרחשו או כמעט שהתרחשו ("אירועי כמעט ונפגע" בעגה הצבאית), או שהחולה הצליח להתאושש מן הפגיעה בו למרות הטעות ונותר בלא נזק, תוצאה שאינה מובטחת לחולה הבא בתור, שומה על בתי-המשפט לבור להם דרך המרחיבה את סך הפעילות שתחסה בצל קורת החיסיון המוענק על-פי סעיף 22 לחוק זכויות החולה. אני מכון בדבריי אלו לפעילות היחידות לניהול סיכונים, ישיבות צוות ותחלואה/תמותה וכיוצא באלה הגם שאינן מתבצעות בפורמט/מתווה של ועדה רשמית. גישה זו אומצה במספר מדינות בארה"ב, אם כי היקף ההכרה שונה ממדינה למדינה. יצוין, כי היקף ההכרה השונה במדינות בארה"ב הושפע מקיום או העדר סעיפי חוק מדינתיים היוצרים, ולו גם באופן חלקי, הכרה בתרומת החיסיון לקידום איכות ברפואה. באותן מדינות בהן קיימת הכרה בחיסיון — ננקטה על-פי רוב גישה מרחיבה, ובמדינות נעדרות סעיפי חיסיון ננקטה על-פי רוב גישה מצרה⁸⁹.

יודגש, כי אין בדברים האמורים לפגוע בזכויות הדיוניות כמו גם המהותיות של תובעים עתידיים שנפגעו במהלך טיפול רפואי — להם שמורה היכולת להעיד את המעורבים, זכות הגישה לכלל הרשומה הרפואית⁹⁰ ודרישה לתיקונה על-פי הצורך

"(א) דו"חות, חוות דעת או כל מסמך אחר שהוציא או הכין המבקר במילוי תפקידיו לא יישמשו ראיה בכל הליך משפטי או משמעתי. (ב) הודעה שנתקבלה אגב מילוי תפקידיו של המבקר לא תשמש ראיה בהליך משפטי או משמעתי, חוץ ממשפט פלילי בשל מסירת עדות בשבועה או בהן צדק, שהושגה מכוח הסמכויות האמורות בסעיף 26."

88 חוק השיפוט הצבאי, תשט"ו-1955, ס"ח 171, סעיף 538: "חומר ועדת חקירה לא יישמש ראיה במשפט" — "(א) שום דבר שהושמע במהלך חקירתה של ועדת חקירה, בין מפי עד ובין באופן אחר, ושום דין וחשבון של ועדת חקירה, לא יתקבל כראיה במשפט, אלא אם הועמד הנידון לדין על עדות שקר שמסר לאותה ועדת חקירה. (ב) בסעיף זה, 'משפט' — הליך המתקיים בפני בית משפט או בפני בית דין."

89 וראו מאמרי הסקירה הבאים: D.P. Leonard "Codifying a Privilege for Self-Critical Analysis" *Harvard Journal of Legislation* 25 (1988) 113; B.A. Liang & S.D. Small "Communicating About Care: Addressing Federal-State Issues in Peer Review and Mediation to Promote Patient Safety" 3 *Hous. J. Health L. & Pol'y* (2003) 219; C.D. Creech "The Medical Review Committee Privilege: A Jurisdictional Survey" 67 *North Carolina Law Review* (1988) 179.

90 סעיף 18 לחוק זכויות החולה.

ובמעורבות ועדת האתיקה הסטטוטורית⁹¹, והוספת פרטים עובדתיים שיתבררו מתוך עבודות הוועדות השונות לרשומה האישית של המטופל הנוגע בדבר. בשולי פרק זה ראוי להצביע על תופעה מתרחבת, והיא הטלת אחריות ישירה בנוסף לזו השילוחית על מוסדות רפואיים ברשלנות רפואית בגין התרשלות באי קיום הסדרים או אי הפעלה של נהלים ראויים. כך, בעניין טייג⁹², עת הטיל בית-המשפט אחריות ישירה על איחור באבחנת ממאירות על קופת חולים בשל העדר נהלים שיבטיחו את המשך רציפות הטיפול בחולים⁹³, או באירוע בו עוזב חולה את חדר המיון על דעת עצמו וניזוק בהעדר נוהלי מעקב אחר מטופלים:

"מערכת יחסים לא שוויונית זו, הטילה חובה על בית החולים לנסח וליישם נוהלי עבודה ברורים וחד משמעיים שינחו את עובדי חדר המיון בעבודתם... על הנוהל היה לכלול הוראות בדבר הדרכים להרגעת מטופל, השגחה עליו, העמדתו על חומרת עזיבתו את בית החולים בטרם תיעשה הבחנה ובטרם תינתן לו העזרה הדרושה. היה צורך לקיים נוהל מעקב אחר מעשי המטופל בחדר המיון ונוהל חרום במקרה של עזיבת המטופל, על ידי יידוע הרופא המפנה ואולי אף פניה ישירה לביתו של המטופל כדי להעמידו על חומרת המצב"⁹⁴.

בעקפין יש במגמה הזו משום יצירת סטנדרד משפטי המעודד מחויבות מערכתית לפעילות בתחום הקטנת סיכונים למטופל, משפחתו וציבור המטופלים. בכך קיימת תרומה מסוימת של בתי-המשפט להיווצרות תרבות של ניהול סיכונים ומחויבות לאיכות, אותה כאמור לעיל אנו מחייבים בכל פה.

3. הנזק הראייתי והזכות לאוטונומיה

השנים האחרונות העצימו עד למאור את החשיבות המיוחדת לרשומה הרפואית. לחשיבות זו הצדק רפואי כמו גם הצדק משפטי. ההצדק הרפואי נהיר לכל – לא ניתן להבטיח טיפול רפואי נאות ומעקב רפואי מספק בהעדר רשומה רפואית שלמה ומלאה. מטרידה המחשבה, כי איכות הטיפול דומה ולו במקצת לאיכות הרשומה הרפואית שמוצגת לעיתים בפנינו. המערכת

91 סעיף 22(ה) וסעיף 23 לחוק זכויות החולה.

92 ע"א 6023/97 טייג נ' ד"ר גלזר, פ"ד נג' 840, 847–846 (להלן – "עניין טייג"): "עם זאת, מן הראוי כי המוסד הרפואי שלו האחריות הכוללת לטיפול בחולה, יקבע מנגנון שיבטיח את שיתוף הפעולה הנדרש בין הרופאים המטפלים השונים באופן שהחולה יזכה לטיפול המיומן כמו גם המעקב הרפואי הנדרש והראוי".

93 לביקורת על עניין טייג, ראו: סיגל, לעיל הערה 5.

94 ע"א 5461/91 עזבון המנוח פלוני ז"ל נ' קופת החולים של ההסתדרות הכללית של העובדים בארץ ישראל, תקדין עליון 96(2) 263, פסקה 19.

הרפואית בכללותה הכירה בחשיבות זו, אם כי, למרבה הצער, בעיקר בגין המשמעות השלילית הנובעת מניהול רשומה רפואית רשלנית באשר לסיכויי הצלחה בניהול תיק משפטי. טלו לדוגמא את מערכות ניהול סיכונים⁹⁵, הפועלות בשיתוף חברות הביטוח של מוסדות הרפואה, ומדגישות את החשיבות הלזו, על-ידי ניהול סדנאות והשתלמויות לציבור המטפלים.

הגושפנקה החוקית ניתנה בסעיף 17 לחוק זכויות החולה הקובע כי:

“מטפל יתעד את מהלך הטיפול הרפואי ברשומה רפואית; הרשומה הרפואית תכלול, בין היתר, פרטים מזהים של המטופל והמטפל וכן תכלול מידע רפואי בדבר הטיפול הרפואי שקיבל המטופל, עברו הרפואי כפי שמסר, אבחון מצבו הרפואי הנוכחי והוראות טיפול..”

חריגה מסעיף 17 לחוק זכויות החולה מהווה עבירה פלילית כאמור בסעיף 28 לאותו חוק:

“(ב) המפר חובה מן החובות המפורטות בסעיף 17, דינו קנס כאמור בסעיף 61(א)(3) לחוק העונשין, התשל”ז–1977; עבירה לפי סעיף קטן זה אינה טעונה הוכחת מחשבה פלילית או רשלנות”.

מן הבחינה המשפטית, הרשומה הרפואית היא המצע העיקרי להתדיינות, המאפשר לעמוד על שהתרחש ועל החביונות הצומחות מהתנהגות הפרטים המעורבים. רשומה רפואית רשלנית עשויה להעיד על איכות הטיפול מחד גיסא, ומונעת את האפשרות לעמוד על שהתרחש והסיבות לכך מאידך גיסא⁹⁶. הפרת חובה לפי סעיפי חוק זכויות החולה יוצרות עילת תביעה נזיקית בשל הפרת חובה חקוקה, כפי שנפסק בעניין ברמן⁹⁷ ובעניין בנגר⁹⁸.

נמצאנו למדים, כי אי ניהול רשומה רפואית מלאה ושמירתה על-פי דין מהווה עבירה פלילית כמו גם עוולה נזיקית. פסק הדין בעניין גלעד קבע, כי עומדת לחולה הזכות לדעת מה נעשה גופו, וזכות זו תתממש רק בנוכחות רשומה רפואית מלאה ותקינה. זכות זו כאמור נגזרת מן הזכות לאוטונומיה.

95 לעיל הערה 72.

96 פקודת הראיות [נוסח חדש], תשל”א–1971, נ”ח 421, סעיף 36: “קבילות רשומה מוסדית” – “(א) רשומה מוסדית תהא ראייה קבילה להוכחת אמיתות תוכנה בכל הליך משפטי, אם נתקיימו כל אלה – (1) המוסד נוהג, במהלך ניהולו הרגיל, לערוך רישום של האירוע נושא הרשומה בסמוך להתרחשותו; (2) דרך איסוף הנתונים נושא הרשומה ודרך עריכת הרשומה יש בהן כדי להעיד על אמיתות תוכנה של הרשומה; (3) היתה הרשומה פלט – הוכח בנוסף, כי – (א) דרך הפקת הרשומה יש בה כדי להעיד על אמיתות; (ב) המוסד נוקט, באורח סדיר, אמצעי הגנה סבירים מפני חדירה לחומר מחשב ומפני שיבוש בעבודת המחשב”.

97 לעיל הערה 56.

98 לעיל הערה 57.

בשנים האחרונות עלתה קרנו של ראש נזק עצמאי והוא הנזק הראייתי⁹⁹. באופן ענייני, חלק ניכר מן התביעות שעושות שימוש בדוקטרינה זו הן בתחום הטיפול הרפואי, ולא בכדי – המורכבות הטיפולית, המערבת עשרות אנשי צוות רפואי¹⁰⁰, התמשכות הטיפול בחולים לאורך חודשים ושנים, מעברים בין מחלקות שונות באותו מוסד, מעברים בין רפואה באשפוז לבין רפואה בקהילה, זכות המעבר של מבוטחים בין קופות החולים השונות¹⁰¹ והשתלבות מוסדות ציבוריים ופרטיים במסכת הטיפול יוצרות פוטנציאל תיעוד רפואי בכמויות עצומות, ומניה וביה רמה מבעיתת-משהו של חבות משפטית¹⁰². נחמה עתידית בתחום זה צפויה עם הכנסתו לשימוש של תיק רפואי מרכזי ממוחשב¹⁰³.

אימוץ גורף של דוקטרינת הנזק הראייתי עלול לפגום באופן משמעותי הן ביחסי מטפל-מטופל, הן באיכות הטיפול הרפואי והן בזכויות הדיוניות של מוסדות רפואיים, בבחינת הרתעת יתר:

”חובת הרישום אינה מוחלטת וגורפת ויש לה סייגים. אל מול חובת הרישום והדיווח עומדת הפרקטיקה המעשית ואין סופיות הפרטים והפעולות המתבצעות בכל ניתוח או טיפול רפואי מחד, ויחסי האמון בין הרופא לחולה מאידך. נהיר לכל כי יש לדאוג לתיעוד רפואי של הפעולות הרפואיות המרכזיות, המדרים הקליניים המרכזיים של החולה ודיון הצוות הרפואי באפשרויות האבחון והטיפול בצוותי הטיפול השונים. ראוי לערוך איזון נאות בין חשיבות התיעוד הרפואי מחד והפרקטיקה המעשית ויחסי האמון בין הרופא לחולה מאידך, פן ייווצר מצב של רפואה מתגוננת שיש עמה נזק לחברה בכלל וליחסי החולה-רופא בפרט. העדר איזון ראוי יביא את הרופאים לדאוג ולהשקיע את משאביהם ומרצם בתיעוד כל פעולה ופעולה, לרבות השוליות ביניהן, על מנת

99 א' פורת וא' שטיין "דוקטרינת הנזק הראייתי: ההצדקות לאימוצה ויישומה במצבים טיפוסיים של אי ודאות בגרימת נזקים" עיוני משפט כא (תשנ"ח) 192, ובמיוחד עמ' 246–254.

100 במשך אשפוז ממוצע בבית חולים של 3.5 ימים מטופל נחשף ל-51 אנשי צוות רפואי, היוצרים שלל הזדמנויות ל"נזק ראייתי". התעלמות מתופעה זו עלולה ליצור עול כבד מנשוא, ופגיעה משמעותית בהגינות הדיונית כלפי מוסדות הרפואה.

101 סעיף 5 לחוק ביטוח בריאות ממלכתי.

102 לנושא החבות משפטית בגין מעקב אחר חולים, ראו: לעיל הערות 92 ו-93.

103 בעתיד לכל חולה יהיה תיק ממוחשב בו יימצא כלל המידע הרפואי אודותיו, כולל מחלות רקע, תרופות, רגישויות וכדומה. כל אינטראקציה רפואית תוזן למאגר המידע הממוחשב, עם אפשרות למעקב, תזכורות, שיתוף צוות מטפל רחב ועוד. אובדן מסמכים לא יהווה בעיה בשל יכולת אחזור המידע בלחיצת כפתור לכל בעלי הגישה למאגר. אי יצירת מסמכים מספקים תיוותר כבעיה, אם כי הבניית התוכנות הרפואיות עתידה להדריך את איש הצוות הרפואי בכל אחד משלבי בניית תיעוד המפגש, ובכך להשיג את המינימום ההכרחי בתיעוד, וראו: J.D. Rootenberg "Computer-Based Patient Records: The Next Generation of Medicine?" 126 (1994) 324. 267 *Journal of American Medical Association* (1992) 168

להכין הגנה מפני תביעה משפטית אפשרית, על חשבון הטיפול הרפואי ובנית מערכת יחסי אמון עם החולה. בע"א 2989/95 מרים קורנץ נ' מרכז רפואי ספיר, פ"ד נא(4) 687, 698, הדגיש בית המשפט העליון מפי כב' השופט שטרסברג כהן, כי תקנת הציבור מחייבת זהירות מהכבדת יתר על הרופאים לבל יפעילו רפואה מתגוננת: 'כנגד כל אלה, עומדת תקנת הציבור המחייבת זהירות מהכבדת יתר על הרופאים ודאגה לבל תרפינה ידיהם בטיפול בחולים ולבל יפעילו רפואה מתגוננת' ¹⁰⁴.

לכן יש לזכך את דוקטרינת הנזק הראייתי ולקבוע את היקף תחולתה במדויק. במאמרם, מצביעים המחברים פורת ושטיין על היתרונות הגלומים בהעברת נטל השכנוע בגין נזק ראייתי ובהם תמרון נתבע חמקמק למניעת ערפול העובדות, הקטנת התדיינות בדרך של סילוקן בפשרה ובאופן כללי הנאת נתבעים מגרימת נזקים ראייתיים. הביקורת על הרחבה משמעותית של ראש נזק זה מצביעה על חשש מפורמליזם והגברת הליטיגציה בלא מתן מענה משמעותי למרכיב אי-הוודאות בהכרעה השיפוטית, והחשש כי תשומת הלב תוסט מהדיון העיקרי והקושי בהכרעה השיפוטית בתביעה, אל מוצא טכני קל יותר ¹⁰⁵. אילוסטרציה לחשש זה תימצא במחלוקת השופט מצא והנשיא ברק בעניין הרב זאב ¹⁰⁶, בו ניזוק תינוק בעקבות ברית מילה. התינוק שהובא לבית החולים סבל גם מאודם בעינו. הרופא בדק את התינוק כ'עשיית טובה' עבור ההורים, התמקד בבדיקת העין, ובשל סירוב האם להסיר את התחבושת מהפין, לא בדקו גם שם. מטבע הדברים, לא נערך רישום רפואי של 'רפואת פרוזדורים' זו. מה משמעות המחדל ברישום? השופט מצא מעגן מניה וביה, בהעדר הרשומה הרפואית של הבדיקה, את היסוד להטלת החבות על בית החולים בגין אחריות שילוחית למחדלו של הרופא, ומעביר את נטל השכנוע על כתפי הרופא והמוסד. הנשיא ברק דוחה את הקביעה בדבר קיום נזק ראייתי בשל העובדה כי:

"התשתית העובדתית ידועה כולה: ...העדר הרישום היה יכול להיות בר חשיבות לו בדק הרופא את האיבר ולא רשם את מימצאיו. ...לא הוכח קשר סיבתי בין התרשלות זו ובין נזקו של הקטין... הרי שלא ניתן למצוא באי הרישום כשלעצמו בסיס להטלת אחריות על הרופא" ¹⁰⁷.

104 ת"א (י"ם) 1109/97 פרננדס נ' הסתדרות מדיצינית הדסה, תקדין מחוזי 2000(2) 9253, פסקה 42.

105 R.D. Friedman "Dealing With Evidentiary Deficiency" 18 Cardozo L. Rev. (1997) 1961 וראו: דברי השופטת ביניש בעניין עלי דעקה, לעיל הערה 54, בעמ' 558: "...החשש הוא כי...ראפשר כי יש בה גם כדי לעודד בתי-משפט להימנע מלהתמודד עם הקביעה המסובכת של הקשר הסיבתי..."

106 ע"א 2055/99 פלוני נ' הרב זאב, פ"ד נה(5) 241.

107 שם, בעמ' 272-273.

ויודגש — נדירים הם המקרים בהם הרשומה הרפואית הוסרה/שונתה/נחסרה במתכוון. במקרים אלו אין, כמדומני, חולק בדבר הצורך למצות את שלל הכלים המשפטיים הקיימים לביעור תופעה חמורה זו. הרוב המכריע של רשומות רפואיות חסרות נובע משכחה, טעות, מסירת מסמכים למטופל בלא לציין זו ברשומה ועוד. במקרים כגון דא ספקותינו מתגברים. לענייננו, פורת ושטיין אף תומכים את הדרישה להכרה בפיצוי בגין נזק ראייתי "בגין פגיעה באוטונומיה"¹⁰⁸. קו טיעון שכזה מושך את הלב, אך נושא בחובו קושי¹⁰⁹. הכרה בפגיעה באוטונומיה כראש נזק עצמאי במנותק מגרימת נזק גוף, ואפילו זו האחרונה כלל לא התרחשה, נפסקה כאמור לעיל בעניין עלי דעקה. ואולם כפי שצינו לעיל, אנאלוגיה בין שתי תופעות אלו איננה במקומה — ראש הנזק הראייתי מוצדק, לדעתי, רק אם השפעתו על מהלך התביעה ניתנת לכימות ולהערכה ובנוכחות נזק כלכלי טהור. פיצוי במקרי תביעה רפואית בשל ראש נזק זה בלבד, דוגמת התפישה של בית-המשפט בעניין עלי דעקה עלולה להחטיא את המטרה אותה אימצו להם פורת ושטיין — פישוט ההליך, צדק ויעילות. אנו נמצאים בשלב הבראשיתי של גיבוש ראש הנזק בגין נזק ראייתי, ולאור נפקותו הרבה בתחום הרפואי מן הראוי כי יוצבו ליסוס פרא¹¹⁰ זה הגדרים ראויים¹¹¹.

ד. לסיכום ובשולי הדברים

המשפט הרפואי בישראל עבר ועובר מהפכה של ממש במהלך התפתחות מואץ. המבקש לעמוד על היקף התופעה — די לו שיזין עיניו בעשרות המאמרים, המחקרים והחיבורים שפורסמו בתחום זה בשנים האחרונות; בעלייה הניכרת במודעות של המטפלים ועמם הציבור בכללותו לזכויותיהם, כמו גם מודעותם של מטופלים, של הרשות המחוקקת ושל הרשויות הביצועיות לחובותיהם; ובהיקף הפעילות בתחום זה בבתי-המשפט ובשינוי פניה של הרפואה הציבורית בישראל. המגמה הזו מקבלת משנה תוקף עת חוברת לה התאוצה הטכנולוגית-מדעית אשר יוצרת שלל מחודש של דילמות אתיות והכרח להסדרים משפטיים. כך — גם כעת חיה אנו נמצאים בשלבי גיבוש של היקפן ותוכנן של הזכות להסכמה מדעת לטיפול רפואי ושל הזכות

108 פורת ושטיין, לעיל הערה 99, בעמ' 254, וכן ראו: א' ריבלין "פיצויים בגין נזק לא מוחשי ובגין נזק לא ממני — מגמות הרחבה" ספר שמגר (חלק ג' — מאמרים, תשס"ג) 21, 63–65.

109 י' גלעד "דוקטרינת הנזק הראייתי: האם הורם נטל השיכנוע?" משפטים ל (תשנ"ט–ס) 317.

110 אימוץ המטפורה שננקטה על ידי פרופ' ג' שלו בעקבות ע"א 207/79 ריב משה ושות' בע"מ נ' בית יולס בע"מ, פ"ד לז(1) 533 — ג' שלו "סוס הפרא — לאן ומה ארע לתקנת הציבור?" קרית המשפט ב (תשס"ב) 21.

111 גלעד, לעיל הערה 109.

לסודיות רפואית אל מול סיטואציות חדשות הנובעות ממידע גנטי, ממאגרי מידע גנטיים, מטיפולים חדשניים ועוד.

במאמר זה ביקשתי להאיר ממקצת החידושים להם אנו עדים, בתחום של זכויות החולה והמטופל וכן בהיקף האחריות המקצועית של ציבור המטפלים, תוך התמקדות במספר סוגיות שבהן לטעמי כיוון ההתפתחות שנבחר או שמתפתח איננו רצוי, או לכל הפחות בעייתי.

הדגמנו, כי יצירת פורום הכרעה רב-תחומי אל מול פני האפשרות של הכרעה שיפוטית לפתרון דילמות אתיות ומשפטיות ברפואה היא הדרך בה בחר המחוקק לצעוד, ומוטל עלינו להחרות אחר כוונה זו ולמלאה בתוכן ממשי. מוסכם, כי ההתנהלות של ועדות האתיקה הסטטוטוריות כפי שהוצגה במאמר זה רחוקה מלהשביע את רצוננו, ויש ליתן את הדעת לתיקון הדברים. אך מן העבר השני – יש לבתי-המשפט תפקיד חשוב במיצוב ובעיצוב התפקוד של הוועדות, תוך גזירת איפוק עצמי והידרשות לעותר/תובע רק לאחר מיצוי ההליך החוקי הלב-משפטי.

העמדת המטופל במרכז ההווה הטיפולית משמשת בבואה נאמנה בזירה הרפואית לתהליך החברתי-משפטי של העצמת זכויות האדם. למרכזיות זו פנים רבות במשפט הרפואי, שעל חלקם עמדנו: הזכות לבריאות כזכות חוקתית כלכלית-חברתית, החידוש שבדוקטרינת הנזק הראייתי, פגיעה באוטונומיה כראש נזק עצמאי כמו גם זכאותו של המטופל למידע רפואי מהימן עובר לטיפול כמו גם למידע על אודות שהתרחש במהלך הטיפול הרפואי. הפוטנציאל הבעייתי של חלק מן הנגזרות המתחדשות של זכות המטופל לאוטונומיה הוצג, כמו גם הדגמת אותו פוטנציאל שלמרבית הצער התממש. הדוגמא הבולטת היא הפגיעה במערכות לניהול סיכונים ואבטחת איכות ברפואה, המתבססות על שיתוף פעולה ואמון של ציבור המטפלים. דומה, כי בהעדר חקיקה ראשית המכוונת עצמה לשיקולי מדיניות רחבים שאינם באים לידי ביטוי מספק בפסיקות בתי-המשפט, הכיוון הרווח בפסיקות אלו האחרונים מבכר להעדיף את האוטונומיה (לצורותיה המתפתחות) של הפרט המתדיין. לא נותר אלא להאיץ במקביל ההחלטות בזירה הפוליטית ובבית הנבחרים לקבל עצמם מחויבות של ממש לפעול לקידום איכות הרפואה וזאת על-ידי חקיקה שתבטיח קיומן של מערכות האמונות על טיוב הרפואה ויצירת כלים מספקים לפעילותן ובהם הכרה בחיסיון משמעותי ומספק, דוגמת פעילות מבקר המדינה או ועדות חקירה צבאיות.

כן הצבענו על החשיבות המיוחדת שבחיזוק המסלול של הבירור האתי-משמעותי על פני או בצד ההליך האזרחי, ובכך מתן מענה ראוי למקרים המגיעים או עתידים להגיע לבית-המשפט תוך מקסום התועלת הצפויה למעורבים במקרה הנדון, לעמיתיהם ולמערכת הרפואית בכללותה.

להוותי, סוגיות מהותיות נוספות לא זכו לביטוי במאמר זה. מובטחני, כי מאמר סקירה דוגמת זה שייכתב בעוד עשור שנים ידון בנושאים נוספים ומרתקים, ויאפשר

לקורא לעמוד על הדינאמיות של תחום המשפט הרפואי ולהיווכח בחיוניותו ובעניין הרב שבו. אין לי אלא לקוות, כי תנופת העשייה בתחום זה תימשך ותתעצם תוך הצטרפות חוקרים, תלמידים ואנשי מעשה רבים ונוספים.