

אין מנוס משינוי ההלכה בעניין גלעד – ההכרח בהחזרת החיסיון לוועדות הבדיקה הרפואיות הפנימיות

בלהה כהנא*

תקציר

בעניין גלעד נדרש בית־המשפט להכריע בשאלה אם להטיל חיסיון על ועדות בדיקה פנימיות של בתי־חולים ומוסדות רפואיים. ועדות בדיקה פנימיות מוקמות על־ידי בתי־חולים כדי לחקור אירועים רפואיים שהסתיימו בתוצאות קשות של מוות או נזק חמור למטופל. בית־המשפט הגיע למסקנה כי אין להטיל חיסיון על דוחותיהן של הוועדות הללו. החשש שהעלו בתי־החולים כי הסרת החיסיון של ועדות הבדיקה הפנימיות תפגע בתפקודן, ואף בעצם קיומן, הוגדר על־ידי בית־המשפט כחשש "ספקולטיבי". פסיקת בית־המשפט גררה ביקורת נוקבת, ועקב זאת הוסדר העניין בחוק זכויות החולה, שנחקק חודשים מספר לאחר־מכן. חוק זכויות החולה מיסד את הקמת הוועדות, וריכך את ההלכה בעניין גלעד בקובעו חיסיון יחסי, דהיינו, חיסיון שיוסר רק בהתקיים נסיבות מסוימות, ולא באופן גורף. כתוצאה מריכוך זה של הלכת גלעד אכן דחו בתי־המשפט את רוב הבקשות להסרת חיסיון. אלא שהתנהלותם של בתי־המשפט לא השפיעה על התנהלותם של בתי־החולים, ואלה המשיכו לחשוש מגילוי הפרוטוקולים והמסקנות של הוועדות, עד אשר חדלו להקים ועדות כאלה.

המצב העובדתי, כעולה מדוח מבקר המדינה לשנת 2011, הוא שאין מקימים עוד כמעט ועדות כאלה, אשר חשיבותן לא תסולא בפז, וממילא אין עוד כמעט ממה להסיר את החיסיון. הלכת גלעד נותרה כמעט אות מתה, אולם השפעתה והחשש מפניה ממשיכים להתקיים. גם אם בית־המשפט רשאי להסיר את החיסיון, אין לו עוד ממה להסירו. דברי הנביא

* שופטת בדימוס, דוקטור למשפטים, אוניברסיטת בר־אילן.

"וַיִּקְוּ לַעֲשׂוֹת עֲנָבִים – וַיַּעַשׂ בְּאֲשֵׁים" (ישעיה ה' 2) מתמצתים את קורותיה של הלכת גלעד. המטרה של הסרת החיסיון הייתה טובה, אולם התוצאה גרועה. הנחותיו של בית-המשפט התבררו כלא-מציאותיות, והתוצאה היא שהציבור יוצא מופסד פעמיים: הפרט אינו נהנה עוד מהסרת החיסיון, והציבור הרחב אינו נהנה מפירותיהן של ועדות הבדיקה הפנימיות. על רקע זה אני סבורה כי אין מנוס מלשנות את הלכת גלעד באופן שיקבע חיסיון מוחלט על עבודתן ותוצרתן של ועדות הבדיקה הפנימיות. רק חיסיון כזה יפשיר את ועדות הבדיקה הפנימיות מהקפאתן.

מבוא

א. הרקע הנורמטיבי, עניין גלעד וחוק זכויות החולה

1. הקדמה
2. החלטת בית-המשפט בעניין גלעד
3. השיקולים שהועלו בעניין גלעד לשלילת קיומו של חיסיון – שיקולים של טובת הפרט בעיקרם
4. השיקולים שהועלו בעניין גלעד לתמיכה בקיומו של חיסיון – שיקולים של טובת הציבור
5. האיזון שערך בית-המשפט בעניין גלעד בין טובת הפרט לטובת הכלל
6. סוגי הוועדות השונות מכוח חוק זכויות החולה
7. ועדות בדיקה פנימיות וועדות בדיקה חיצוניות
8. התמודדותו של חוק זכויות החולה עם הבעיה שהתעוררה בעניין גלעד
9. סיכום

ב. תמרורי אזהרה המאותתים על הצורך בחשיבה מחודשת על הלכת גלעד

1. הקדמה
2. עמדתו של מנכ"ל משרד הבריאות
3. ועדת קלינג
4. ועדת אמוראי
5. ועדת שפניץ
6. עמדתו של בית-המשפט לאחר עניין גלעד
7. סיכום

ג. דיון בעמדת המיעוט בוועדת קלינג, המייצגת את דעת התומכים בהסרת החיסיון

1. הקדמה

2. עמדת המיעוט

3. דיון בעמדת המיעוט

4. סיכום

ד. התשתית הנורמטיבית בהקשר של החובות האתיות של הרופא כבסיס לתמיכה בהלכת גלעד או כבסיס לביטולה

1. הקדמה

2. הזכות לפטור מהפללה עצמית

3. זכות הרופאים לפטור מהפללה עצמית

4. משמעותה של הזכות לפטור מהפללה עצמית

5. סיכום

ה. האם התיאוריות השונות של דיני הנזיקין יכולות לתמוך בגישה הדוגלת בחיסיון ומונעת שימוש בממצאי הוועדה ככלי במסגרת תביעת נזיקין?

1. הקדמה

2. מטרותיהם של דיני הנזיקין

3. עקרון השוויון כאחת המטרות של דיני הנזיקין

4. האם התיאוריות של דיני הנזיקין יכולות לתמוך בגישה הדוגלת בחיסיון של ועדות הבדיקה הפנימיות?

5. סיכום

ו. חיסיון, חוק חופש המידע וחוק השיפוט הצבאי כתשתית רעיונית להותרת החיסיון של ועדות הבדיקה הפנימיות

1. הקדמה

2. חיסיון

3. "חיסיון מוחלט", "חיסיון יחסי" ומה שביניהם

4. ההצדקה להטלת חיסיון מוחלט על מידע הנוגע בפרט

5. חוק חופש המידע

6. היחס בין חוק חופש המידע לחוק זכויות החולה

7. הסדר החיסיון שבחוק השיפוט הצבאי

8. הצדקה קונספטואלית להבחנה בין פעולות צבאיות לפעולות רפואיות

9. התאמת מודל החיסיון שבחוק השיפוט הצבאי לוועדות הבדיקה הפנימיות

10. סיכום

ז. ההסדרים הנהוגים במדינות אחרות בשאלת החיסיון

1. הקדמה

2. ארצות-הברית

(א) The Healthcare Quality Improvement Act

(ב) חקיקה מדינתית

(ג) Patient Safety and Quality Improvement Act

(ד) עמדת הפסיקה בארצות-הברית

(ה) דעות נגד החיסיון והחסינות

3. קנדה

4. אנגליה

5. סיכום

ח. הפתרון – בינרי או מאזן?

1. הקדמה

2. פתרון בינרי

3. האפשרות להתאמת פתרון-ביניים לסוגיית החיסיון

4. האם פתרון בינרי הוא פתרון מתאים לסוגיית החיסיון?

סיכום

מבוא

במאמר זה אבקש לבחון אם הנחות היסוד של הלכת גלעד,¹ אשר הסירה את החיסיון מוועדות הבדיקה הפנימיות בבתי-חולים ובמוסדות רפואיים, תקפות. אם בחינתנו תעלה כי הן תקפות, אזי נסיק כי יש מקום להותיר הלכה זו על מכונה, אך אם לא כך יעלה בבדיקתנו, נסיק כי יש לתקנה או לבטלה.

ועדות בדיקה פנימיות מוקמות על-ידי בתי-חולים כאשר טיפול רפואי לא צלח או הסתיים במוות או בנזק חמור למטופל, כדי לחקור את האירוע ולהפיק את הלקחים. בעניין גלעד נעתר בית-המשפט לבקשת משפחתו של המטופל והורה על חשיפת הדוח של ועדת הבדיקה הפנימית שהוקמה בעקבות מותו. החלטת בית-המשפט העמידה את בתי-החולים במצב בלתי-אפשרי, לשיטתם, שכן חשיפה של דוחות שבהם נערך בירור כן ואמיתי למטרות למידה והפקת לקחים חושף את המשתתפים – בעיקר הרופאים – לתביעות נזיקין ולהליכים פליליים. אכן, במצב הדברים שנוצר חדלו הרופאים לשתף פעולה. המאמר מבקש לחשוף באופן גלוי וברור את הדילמות הקשות בין חשיפה להסתרה, תוך הצגת היתרונות והחסרונות הגלומים בכל אחת מן העמדות. מסקנתי היא כי למרות החסרונות יש להעדיף במקרה זה את ההסתרה על הגילוי. איני תומכת את גישת ההסתרה בעקרונות משפטיים נעלים, אלא בטעמים מעשיים ובעקרונות משפטיים של איוונים. זאת, על רקע העובדה שהלכת גלעד יצרה מציאות קשה שבה אין מקימים עוד כמעט ועדות בדיקה פנימיות, כלומר אין תהליך למידה, ועל-כן הישנות אירועים קשים היא תוצאה בלתי-נמנעת.

קביעת בית-המשפט בעניין גלעד גררה ביקורת נוקבת, ועקב זאת הוסדר העניין בחוק זכויות החולה, התשנ"ו-1996, שנחקק חודשים מספר לאחר-מכן.² חוק זכויות החולה ריכך את הלכת גלעד בקובעו חיסיון יחסי – חיסיון אשר מאפשר גילוי דוח של ועדת בדיקה פנימית רק אם מצא בית-המשפט "כי הצורך בגילוי לשם עשיית צדק עדיף מן הענין שיש לא לגלותו".³

- 1 רע"א 1412/94 הסתדרות מדיצינית הדסה עין-כרם נ' גלעד, פ"ד מט(2) 516 (1995).
- 2 חוק זכויות החולה, התשנ"ו-1996, ס"ח 327. על פרטי ההסדר שבחוק ראו להלן בתת-פרק 6א ואילך.
- 3 ס' 21 לחוק זכויות החולה. ראו גם רע"א 4708/03 חן נ' מדינת ישראל, משרד הבריאות, פ"ד ס(3) 274 (2005). בעניין זה נדונה בקשה להסרת חיסיון מוועדת בדיקה שמונתה מכוח חוק זכויות החולה, ובית-המשפט קבע כי האיוון העקרוני שבחוק מחייב איוון שיפוטי. האיוון השיפוטי נועד לקבוע אם הערך של עשיית הצדק גובר במקרה הקונקרטי על העניין

מטרת החיסיון היחסי הייתה ליצור איזון בין האינטרסים השונים – בין זכותו של החולה לדעת מדוע לא קיבל את הטיפול הרפואי שהוא סבור כי הגיע לו, או מדוע תוצאות הטיפול בו לא היו טובות, לבין האינטרס הציבורי בקיום הליכי בדיקה פנימיים ללא חשש.⁴

הלכת גלעד המרוככת, כפי שבאה לידי ביטוי בחוק זכויות החולה, גרמה לכך שבתי-המשפט לא מיהרו להסיר את החיסיון, ולמעשה רוב הבקשות להסרת החיסיון נדחו על-ידי בתי-המשפט. אלא שהתנהלותם של בתי-המשפט לא השפיעה על התנהלותם של בתי-החולים. אלה המשיכו לחשוש מגילוי הפרוטוקולים והמסקנות של הוועדות, עד אשר חדלו להקים ועדות כאלה. דוח מבקר המדינה לשנת 2011 אינו מותיר עוד מקום לספק בעניין: "עד שנת 1995 היה נהוג לקיים בבתי החולים ישיבות 'תחלואה ותמותה' שבמסגרתן העלו לדיון תקלות רפואיות ללימוד ולהפקת לקחים. למשרד מבקר המדינה דווח על הפחתתן עד כדי הפסקתן של הישיבות בגלל חשש מחשיפת תוכן לפני ערכאות משפטיות."⁵

המצב העובדתי נכון להיום הוא אפוא שאף-על-פי שלא נעשה שימוש רב בחרב המונפת מעל ראשם של הרופאים בדבר הסרת החיסיון, החשש שמא הוא יוסר משתק לחלוטין את הקמתן של הוועדות, ובפועל, כפי שעולה מדוח מבקר המדינה, לא מוקמות עוד ועדות כאלה. על רקע זה אני סבורה כי אין מנוס מלשנות את הלכת גלעד באופן שיקבע חיסיון מוחלט על עבודתן ותוצרתן של ועדות הבדיקה

שיש באי-גילוי. בהתקיים אפשרות סבירה לפגיעה ממשית בעשיית הצדק, יורה בית-המשפט על גילוי הפרוטוקול.

4 דברי ההסבר להצעת חוק זכויות החולה, התשנ"ב-1992, ה"ח 359, שהתפרסמו כארבע שנים לפני מתן פסק-הדין בעניין גלעד, לעיל ה"ש 1. מטרת החוק הייתה אומנם הסדרת זכויותיהם של חולים ומטופלים למיניהם, אולם החוק לא עסק מלכתחילה בסוגיית החיסיון. עניין החיסיון הוסף לחוק מאוחר יותר בעקבות עניין גלעד, ולכן אין בדברי ההסבר התייחסות לסוגיה זו.

5 מבקר המדינה דוח ביקורת שנתי 62 לשנת 2011 ולחשבונות שנת הכספים 2010 202 (2012) (להלן: דוח מבקר המדינה). ובהמשך (שם, בעמ' 203): "נמצא כי בשנים 2008–2010 [השנים שנבדקו בדוח – ב' כ'] מיעטו בתי החולים להקים ועדות בדיקה. למשל, המרכזים הרפואיים הגדולים ביותר – המרכז הרפואי המשולב ע"ש חיים שיבא והמרכז הרפואי תל אביב ע"ש סוראסקי – לא מינו ולו ועדה אחת." יש לציין כי גם בדוח קודם התייחס מבקר המדינה לסוגיה: "חשיבותם של ממצאי ועדות הבדיקה ומסקנותיהן למשרד ולמערכת הבריאות היא רבה, וחורגת מעצם הקביעה החשובה כשלעצמה מי נושא באחריות לרשלנות רפואית אם היתה כזאת, או אילו ליקויים נמצאו בתפקודו של רופא פלוני. הלקחים המופקים מבירורי הוועדות הכרחיים לביצוע שיפורים בכל הקשור לסטנדרטים רפואיים ולהבטחת איכות במערכת הבריאות בכללותה." מבקר המדינה – דוח שנתי 47 לשנת 1996 ולחשבונות שנת 1995 252 (1997).

הפנימיות. אבקש להדגיש: הצעתי היא לקבוע חיסיון מוחלט על ועדות הבדיקה הפנימיות, להבדיל מוועדות הבדיקה החיצוניות. ביחס לאלה האחרונות, אשר התייחסות מפורטת אליהן תופיע בהמשך,⁶ האיזון שקבע המחוקק מקובל עליי, כלומר, יש מקום לדעתי להותיר לגביהן את החיסיון היחסי כפי שנקבע בחוק. דרך הילוכי תהא זו: בפרק הראשון אציג את הרקע הנורמטיבי לסוגיית החיסיון של הוועדות הרפואיות, עניין גלעד וחוק זכויות החולה. לגבי עניין גלעד אציג את השיקולים השונים שעמדו לנגד עיניו של בית-המשפט, את האיזון שהוא ערך ואת ההכרעה שאליה הגיע. לבסוף אציג את התיקון לחוק זכויות החולה בהקשר של ועדות הבדיקה הפנימיות, שנועד לרכז את ההלכה בעניין גלעד. בפרק השני אציג את תמרורי האזהרה המאותתים על הצורך בחשיבה מחודשת על הלכת גלעד, ואת שלוש הוועדות הציבוריות אשר דנו בסוגיות של רשלנות רפואית ועסקו גם בסוגיית החיסיון ובהלכת גלעד – ועדת קלינג, ועדת אמוראי וועדת שפניץ. בפרק השלישי אציג את דעת המיעוט בוועדת קלינג אשר מצדדת בהסרת החיסיון. מאחר שמסקנתי שונה, אציג את עמדת המיעוט בהרחבה ואדון בה באופן מפורט. בפרק הרביעי אדון בתשתית הנורמטיבית כבסיס לתמיכה בהלכת גלעד או לביטולה. בפרק החמישי אבחן אם התיאוריות של דיני הנזיקין יכולות לתמוך בגישה הדוגלת בחיסיון ומונעת שימוש בממצאי הוועדה ככלי במסגרת תביעת נזיקין. במסגרת זאת אתייחס גם לתיאוריות של קידום שוויון באמצעות דיני הנזיקין. בפרק השישי אתייחס לגבולות חוק חופש המידע, התשנ"ח-1998, ולמשמעותם של המונחים "חיסיון מוחלט" ו"חיסיון יחסי", ואבחן את ההסדר שבחוק השיפוט הצבאי ואת התאמתו לוועדות הבדיקה הפנימיות. בפרק השביעי תוצג התמונה המשפטית בארצות-הברית ובמדינות אחרות. בפרק השמיני אציג את הפתרונות האפשריים: פתרון מאזן ופתרון בינרי. אעמוד על טיבם של פתרונות אלה ועל הקושי של המשפט המודרני לאמץ פתרונות בינריים. בפרק הסיכום אנסה לשכנע כי למרות הקשיים הפתרון הבינרי שאני מציעה הוא המתאים יותר לסוגיה הנדונה.

6 להלן בתת-פרק 7א.

א. הרקע הנורמטיבי, עניין גלעד וחוק זכויות החולה

1. הקדמה

טל גלעד ז"ל ניסה להתאבד ביום 26.6.1991. הוא הובהל לבית-חולים הדסה, שם נותח וחייו ניצלו. טל אושפז, וביום 8.7.1991 חמק מהמחלקה, עלה לקומה השמינית של בית-החולים וקפץ אל מותו. בעקבות זאת מינה מנהל בית-החולים ועדת בדיקה פנימית לבדיקת נסיבות האירוע. הצוות הגיש את הדוח הפנימי למנהל בית-החולים. לימים הגישו בני משפחת המנוח תביעת נזיקין נגד בית-החולים. בתצהיר גילה בית-החולים את דבר קיומו של דוח בדיקה פנימי, אך טען לחיסיון. בני משפחת המנוח עתרו למתן צו עיון בדוח. בית-המשפט דחה את התנגדות בית-החולים, והסיר את החיסיון מעל דוח החקירה.

2. החלטת בית-המשפט בעניין גלעד

בית-החולים התנגד לבקשה להסרת החיסיון על יסוד שתי טענות: האחת, שמדובר בדוח שהוכן לקראת המשפט; והאחרת, מטעמים של טובת הציבור. בית-המשפט המחוזי דחה את טענת החיסיון על שני ראשיה, וחייב את בית-החולים להעביר את הדוח של ועדת הבדיקה הפנימית לעיונה של משפחת המנוח. לאותה מסקנה הגיע גם בית-המשפט העליון. בית-המשפט העליון עמד על החשיבות של חשיפת האמת ועל כך שעיקרון זה עומד ביסוד ההליך השיפוטי.⁷ בית-המשפט הכיר בכך שלעיתים נדרש איזון בין הצורך לגלות את האמת לבין הגשמת האינטרסים של הפרט והציבור המצדיקים הענקת חיסיון, ושלעיתים באיזון בין השניים יש להעדיף את החיסיון: "אין לומר כלל כי 'תגלגלה האמת גם אם יחרב העולם'... עם זאת, הגישה כלפי החיסיון הינה חשדנית. רק במקרים מיוחדים וחריגים יוכר החיסיון."⁸ הכלל ברור אפוא: ידה של חשיפת האמת על העליונה, ורק "מקרים מיוחדים וחריגים" יצדיקו חיסיון על-חשבון חשיפת האמת. אין מדובר באיזון בין שתי זכויות שוות, שכן המטוטלת נוטה באופן ברור לכיוון חשיפת האמת. באשר לגימוק שהדוח הוכן לקראת המשפט ונהנה בשל כך מחיסיון, קבע בית-המשפט כי המסמך

7 עניין גלעד, לעיל ה"ש 1, בעמ' 522.

8 שם. ראו גם יצחק עמית "קבילות, סודיות, חיסיון ואינטרסים מוגנים בהליכי גילוי במשפט האזרחי – ניסיון להשלטת סדר" ספר אורי קיטאי 247 (בועז סג'רו עורך, 2007); נינה זלצמן "אמת עובדתית" ו"אמת משפטית" – מניעת מידע מבית-המשפט לשם הגנה על ערכים חברתיים" עיוני משפט כד 263 (2000); בג"ץ 9198/02 ההסתדרות הרפואית בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד סג(1) 352 (2008).

לא נערך רק לצורך המשפט, ולפיכך אינו נהנה מחיסיון של מסמכים שהוכנו לצורך זה. בית-המשפט דחה גם את הנימוק של טובת הציבור בשל שורה של טעמים שיובאו בהמשך.⁹

3. השיקולים שהועלו בעניין גלעד לשלילת קיומו של חיסיון – שיקולים של טובת הפרט בעיקרם

השיקולים השוללים הטלת חיסיון על דוחות של ועדות בדיקה פנימיות נושאים אופי כללי ואופי מיוחד.¹⁰ האופי הכללי מתייחס לעקרון חשיפת האמת שהוזכר לעיל, ואילו האופי המיוחד מתייחס למהותם של הדוחות הפנימיים: "דוחות הביקורת נערכים לרוב סמוך לאירוע, ועל-כן הם חסרי תחליף מבחינת העיתוי, הרלוואנטיות, הנגישות למידע הכלול בהם והייחודיות שלו".¹¹ שיקול זה קשור כמובן לזכותו של החולה לדעת פרטים על הטיפול שקיבל ולחובתם של הרופא ובית-החולים למסור למטופל את המידע שיש בידם על הטיפול שקיבל ועל "תוצאותיו ועלילותיו", כלשון בית-המשפט.¹² השיקולים הם אפוא שלושה: שניים מהם במישור הנורמטיבי-הערכי, והשלישי שיקול מעשי. השיקול הראשון מתבסס על עקרון חשיפת האמת ועל הנורמות שיש לגזור ממנו. השיקול השני, אף הוא שיקול נורמטיבי, נשען על הכרה בזכות החולה לדעת מה נעשה בגופו ומה ייעשה בו. השיקול השלישי הוא שיקול מעשי שמביא בחשבון את הקושי שעשוי להיות מנת-חלקו של מטופל בהוכחת תביעת רשלנות רפואית אם לא יותר לו לעיין בכל המסמכים שנערכו בזמן-אמת או סמוך לכך ביחס לטיפול שניתן לו.¹³

9 יודגש כי בית-המשפט לא פקפק בשאלה אם הוא מוסמך להכיר בחיסיון הלכתי של דוחות בדיקה פנימיים מבלי שיש לחיסיון עיגון בחוק החרות, והתמקד בשאלה אם ראוי שהוא יכיר בחיסיון. עניין גלעד, לעיל ה"ש 1, בעמ' 525.

10 שם.

11 שם.

12 שם. ראו גם ע"ע (ארצי) 330/08 המרכז הארצי לפיצוי נפגעי גזת – גברא (פורסם בנבו, 23.10.2008).

13 בע"א 4384/09 ואתורי נ' בית החולים לניאדו, פ"ד נא(2) 171 (1997), דן בית-המשפט בשאלה אם יש מקום להבחין בין בית-חולים פרטי לבית-חולים ציבורי לעניין הסוגיה מושא דיוננו. בית-המשפט מגיע (שם, בעמ' 183) למסקנה שגם על בית-חולים פרטי חלות חובות גילוי מכוח החוק:

"אכן, הדעת נותנת כי גם בית חולים פרטי, שאירע בו מקרה מוות ושנדרש על-ידי משרד הבריאות לחקירה על כך, יפתח את שעריו ורשומותיו בפני הגוף המקצועי שהוסמך לבדוק את קורות המעשה; לא רק בשל כך שהחובה לקיים ולנהל רשומות רפואיות תקינות ולהציגן לביקורתו של רופא ממשלתי

4. השיקולים שהועלו בעניין גלעד לתמיכה בקיומו של חיסיון – שיקולים של טובת הציבור

השיקולים התומכים בקיום חיסיון עניינם בהבנה כי החיסיון חיוני לקיומן ולתפקודן של ועדות הבדיקה הפנימיות. בהעדר חיסיון יימנעו הוועדות מלפעול באופן חופשי, גלוי וישיר, ויימנעו מסיטואציות שעלולות לבסס תביעות רשלנות נגד בתי-החולים והרופאים: "יהיה זה בלתי מציאותי לצפות, שהרופאים, שפעולותיהם נבדקות, ישתפו פעולה תוך גילוי לב מלא, יושר מקצועי, וביקורת עצמית נוקבת... ייתכן אף שהרופאים יסרבו כליל להופיע לפני ועדות הבדיקה הפנימיות." ¹⁴ ברי כי בהעדר שיתוף-פעולה של הרופאים לא יהיה אפשר לקיים ועדות כאלה. באשר לטענה כי יקשה על נפגע לנהל תביעת רשלנות רפואית אם לא יהיו בידי מסמכים מסוג זה, נטען כי הפגיעה לא תהיה קשה הואיל ויש לנפגע אמצעים נוספים להוכיח את תביעתו, ביניהם הרשומות הרפואיות וחוות-דעת רפואית עצמאית. ¹⁵

5. האיזון שערך בית-המשפט בעניין גלעד בין טובת הפרט לטובת הכלל הנשיא ברק סבור כי השיקולים של טובת הכלל אינם מבוססים, וכי אין בהם כדי להצדיק הכרה בחיסיון המבוקש. לדבריו, "החשש לפגיעה בקיומן ובתפקודן של ועדות הבדיקה הפנימיות בבתי-חולים, אם לא יוכר החיסיון, הוא ספקולטיבי". ¹⁶ ועדות בדיקה פנימיות יתקיימו, לטענתו, אף בלי חיסיון, שכן הדבר מתבקש ממהותו של מקצוע הרפואה ומהמחויבות האתית והמשפטית שאדם נוטל על

מוסמך מוטלת גם על מוסדות רפואיים פרטיים (סעיפים 29 ו-29א לפקודת בריאות העם, 1940), אלא גם מפני שכך מצופה לנהוג כל מוסד רפואי הראוי לשמו, ולוא גם הוא מוסד פרטי (וראו, לשם השוואה, הוראת סעיף 21 לחוק זכויות החולה).

יש מקום לטעון כי בית-חולים בבעלות ציבורית כפוף לחובות גילוי ושקיפות מוגברות בהשוואה לבית-חולים בבעלות פרטית. אולם בית-המשפט הסתמך על חובת הגילוי שבחוק זכויות החולה, וקבע כי אין שוני בתחולת החוק בין שני מוסדות אלה.

14 עניין גלעד, לעיל ה"ש 1, בעמ' 526.

15 שם. ראו גם עת"ם (מנהליים י"ם) 29883-11-13 התנועה לחופש המידע נ' משרד הבריאות (פורסם בנבו, 2.4.2014).

16 עניין גלעד, לעיל ה"ש 1, בעמ' 526. ועוד: "הבסיס העובדתי המונח ביסוד שיקולים אלה של מתן חיסיון הוא רעוע." שם, בעמ' 528. דברים דומים אמר בית-המשפט גם בהקשר אחר. ראו ע"ם 6013/04 מדינת ישראל, משרד התחבורה נ' חברת החדשות הישראלית בע"מ, פ"ד ס(4) 60, 90 (2006): "אין בידינו לקבוע שגילוי דוחות ביקורת פנימית מקים, מניה וביה ובכל הנסיבות, חשש העולה כדי ודאות קרובה או אפילו אפשרות סבירה לפגיעה ממשית ומהותית בתפקודם התקין של הרשות הציבורית ושל הליך הביקורת הפנימית."

עצמו בהיותו רופא. מחויבות זו מטילה עליו חובה לשתף פעולה באופן מלא עם ועדות בדיקה פנימיות המבקשות לדעת בדיעבד מהו הטיפול הרפואי שניתן לחולה: "הסנקציה המשמעתית והאחריות האזרחית והפלילית מאששות חובות אלה. אכן, מה שנדרש מהרופא וממקצוע הרפואה אינו סגירות וחיסיון אלא פתיחות וגילוי האמת."¹⁷ עוד אומר הנשיא ברק כי לעיתים קרובות החולה אינו מבקש לתבוע פיצויים, כי אם לדעת מה אירע, לקבל הסבר ולראות נטילת אחריות של הרופא. הפתרון לחשש מ"רפואה מתגוננת" ומתוצאותיה אינו חיסיון והסתרת האמת. הטלת חיסיון תיצור דיסהרמוניה בהסדרים החוקיים, באשר מצד אחד יכיר המשפט בזכותו של החולה לקבל מידע על הטיפול הרפואי שניתן לו,¹⁸ ומצד אחר הוא יעניק חיסיון לרופאים ולבתי-החולים. יד הגילוי הייתה אפוא על העליונה. השופט חשין והשופטת דורנר הצטרפו לפסק-דינו של הנשיא ברק.

6. סוגי הוועדות השונות מכוח חוק זכויות החולה

סמוך לאחר שניתן פסק-הדין בעניין גלעד נחקק חוק זכויות החולה. מטרת החוק הייתה להסדיר את זכויותיהם של חולים ומטופלים, ובין היתר הוא עוסק גם בשאלת החיסיון המוטל על מסמכים רפואיים ועל מסמכים של ועדות שהוקמו מכוחו.¹⁹ החוק יצר שלוש ועדות – ועדת בדיקה, ועדת בקרה ואיכות, וכן ועדת אתיקה – אשר לכל אחת מהן מטרה שונה וכללי חיסיון שונים.²⁰ כפי שנראה להלן, הגרסה המרוככת שבחוק לא פתרה את הבעיה שנוצרה בעניין גלעד, שכן עצם העובדה שקיימת אפשרות להסיר את החיסיון די בה להניא את הרופאים מלקיים הליך של בדיקה עצמית. ההבדל בין הסרת החיסיון באופן מלא לבין חיסיון יחסי, לעניין מושא דיונו, הוא חסר משמעות. עצם האפשרות שהחיסיון

17 עניין גלעד, לעיל ה"ש 1, בעמ' 527.

18 שם.

19 הצעת חוק זכויות החולה, לעיל ה"ש 4, הוגשה קודם לפסק-הדין בעניין גלעד, לעיל ה"ש 1, שניתן ביום 8.11.1995.

20 ועדת בדיקה היא ועדה לשם בדיקת תלונה של מטופל או נציגו או לשם בדיקת אירוע חריג הנוגע במתן טיפול רפואי. ממצאיה ומסקנותיה של ועדה זו אינם חסויים מפני המטופל (ס' 21 לחוק). ועדת בקרה ואיכות היא ועדה שמוקמת על-מנת לשפר את איכות הטיפול הרפואי או את שירותי הבריאות בכללותם (ס' 22 לחוק). ועדה זו נהנית מחיסיון מלא, אשר חל גם על הפרוטוקולים והמסמכים המוגשים לעיונה, אולם בית-המשפט רשאי להסירו (ס' 23 לחוק). ועדת אתיקה כשמה כן היא. היא אינה קשורה לנושא דיונו, ובכל מקרה החוק לא קבע כללי חיסיון לגביה. על הוועדות, מטרתן ותכליתן ראו תמר קלהורה "תביעות רשלנות רפואית: בין צרכיה של מערכת הבריאות לבין השבת מצבו של הניזוק לקדמותו, באספקלריה של דוח ועדת שפניץ" משפט ועסקים ו 389, 443 (2007).

יוסר, גם אם בהסתברות נמוכה (במקרה של חיסיון יחסי), די בה להיות גורם המונע הקמת ועדות בדיקה פנימיות על-ידי המוסדות הרפואיים.²¹

7. ועדות בדיקה פנימיות וועדות בדיקה חיצוניות

החוק פורש את חסותו על ועדות בדיקה משלושה סוגים, שניתן לסווגם לשתי קבוצות. הקבוצה האחת כוללת ועדות המוקמות על-ידי מנהל בית-חולים או מנהל קופת-חולים. אלה הוועדות שהיו קיימות עוד לפני שנחקק החוק, והמאמר ומסקנותיו מתייחסים אליהן, ואליהן בלבד. ועדות אלה – ועדות הבדיקה הפנימיות, או בשמן האחר "ועדות תחלואה ותמותה" – מוקמות אד-הוק "ביוזמה עצמית" על-ידי בית-חולים או מוסד רפואי מכוח נהג פנימי, ולא מכוח אסדרה או הוראת חוק. מטרתן היא לחקור אירוע שהסתיים בתוצאות לא-צפויות ולהסיק מסקנות לשם מניעת הישנותם של מקרים כאלה.²² הדיון בוועדות אלה פנימי, ומטרתו היחידה היא "ללמוד וללמד", להפיק לקחים ולתקן את הנדרש. על מסקנותיה של ועדה מסוג זה נסב הדיון בעניין גלעד. הקבוצה האחרת היא ועדות שמוקמות על-ידי מנכ"ל משרד הבריאות, אשר יכוננו להלן "ועדות בדיקה חיצוניות".²³

21 לדעה שונה ביחס לחוק זכויות החולה ראו קלהורה, שם, בעמ' 445–446: "סעיף 21 לחוק זכויות החולה נועד ליצור מנגנון אשר יאפשר לחולה לדעת מה אירע לו בעת הטיפול הרפואי, אך בה-בעת גם יאפשר למוסדות הרפואיים להגיע לחקר האמת, לשם הפקת לקחים ותיקון הליקויים, כמו-גם לשם איתור האחראים ובדיקה אם יש עילה לפתיחה בהליך משמעתי או אחר...". ראו גם הוועדה הבין-משרדית לבחינת הדרכים להקטנת ההוצאה הציבורית בגין תביעות רשלנות רפואית דין וחשבון (2005) www.justice.gov.il/Units/YeutzVehakika/NosimMishpatim/Documents/rashlanut.pdf (להלן: דוח ועדת שפניץ).

22 ועדות אלה מוסדרות בס' 21(א)(1)–(2) לחוק זכויות החולה:
"א) בחוק זה, 'ועדת בדיקה' – ועדה שהוקמה לשם בדיקת תלונה של מטופל או של נציגו או לשם בדיקת אירוע חריג הנוגע למתן טיפול רפואי, על ידי כל אחד מאלה:

(1) מנהל מוסד רפואי לגבי טיפול רפואי שניתן במוסד או מוסד;

(2) מנהל קופת חולים לגבי טיפול רפואי שניתן במוסד ממוסדות קופת החולים..."
23 הכוונה לוועדות המוסדרות בס' 21(א)(3) לחוק זכויות החולה, קרי, ועדות המוקמות על-ידי "המנהל הכללי או מי שהוא הסמיך". הוועדות שבסעיפים (1) ו-(2) לחוק מוקמות על-ידי הגוף עצמו, ולא באופן חיצוני על-ידי משרד הבריאות. נדגיש כי אין כל מניעה שבגין אותו אירוע יוקמו שתי ועדות – גם ועדה בדיקה פנימית וגם ועדת בדיקה חיצונית. ברוך לוי "מסמך רקע לדיון בנושא: ועדות בדיקה בבריאות" (הכנסת – מרכז מחקר ומידע, 2.2.2004) www.patients-rights.org/uploadimages/Background%20_investigation%20_comity_%20study_by_the_Knesset_research_department.pdf.

דרך התנהלותן של הוועדות משתי הקבוצות הללו שונה בתכלית. הוועדות המשתייכות לקבוצה הראשונה נהגו להתקיים בחדרי-חדרים, בנוכחות הצוות הרפואי הרלוונטי. לעומתן, ועדות שמוקמות על-ידי משרד הבריאות הן ועדות שמתנהלות בדומה לכל טריבונל שיפוטי אחר: הצדדים מיוצגים, יודעים מה זכויותיהם ופועלים בהתאם. אדגיש כי ועדות הבדיקה הפנימיות מוקמות לצורך למידה, הפקת לקחים ושיפור איכות הטיפול הרפואי, ואילו תכלית הקמתן של ועדות הבדיקה החיצוניות כפולה: התכלית האחת זהה לתכליתן של ועדות הבדיקה הפנימיות – שיפור איכותו של הטיפול הרפואי; והתכלית האחרת היא בחינת האפשרות לנקוט צעדים משפטיים – הליכים משמעתיים ו/או פליליים נגד גורם רפואי שהתרשל.²⁴

8. התמודדותו של חוק זכויות החולה עם הבעיה שהתעוררה בעניין גלעד בעיית חוסר שיתוף-הפעולה מצד רופאים יכולה להתקיים באופן תיאורטי בכל הוועדות. אולם בוועדות הבדיקה הפנימיות היה לגורמים המטפלים ביטחון שכל שיאמרו לא ישמש נגדם או נגד חבריהם, ועל-כן הם דיברו באופן חופשי. כאשר הגורמים המטפלים יודעים שהדברים שיאמרו עלולים להוביל לנקיטת הליכים משפטיים נגדם או נגד חבריהם, שיתוף-הפעולה שלהם נעשה מוגבל, אם לא מתאפס לחלוטין. היטיב לתאר את המצב השופט דנציגר: "המציאות לימדה שהיו רגליים לחשש מפני אי שיתוף פעולה של הרופאים עם ועדות הבדיקה, שכן הרופאים הונחו להימנע משיתוף פעולה עם הוועדות..."²⁵ כל נוהל וכל ועדה שקיים לגביהם חשש כי המידע שייאסף במסגרתם ישמש לצורך נקיטת הליכים משפטיים יוצרים בעייתיות אינהרנטית. בעניין אלנבארי²⁶ התייחס בית-המשפט לתחקירים צבאיים, אך הדברים מבטאים בעייתיות זהה גם ביחס לתחקירים רפואיים: "הקושי הבסיסי ביותר עניינו במתח המובנה בין חובתו האתית והמוסרית של חייל למסור את מלוא האמת בתחקיר, לבין זכותו שלא להפליל עצמו, זכות שהיא מעמודי התווך של המשפט הפלילי..."²⁷

24 ס' 21(ה) לחוק זכויות החולה. דוח מבקר המדינה, לעיל ה"ש 5; עניין חן, לעיל ה"ש 3; יונתן דייזיס "חוק זכויות החולה – רפורמה בתביעות רשלנות רפואית" רפואה ומשפט 15, 64 (1996).

25 רע"פ 851/09 שמש נ' מדינת ישראל, פ"ד סד(1) 288, פס' 33 לפסק-דינו של השופט דנציגר (2010).

26 בג"ץ 2366/05 אלנבארי נ' ראש המטה הכללי בצה"ל (פורסם בנבו, 29.6.2008).

27 שם, פס' 15 לפסק-דינה של השופטת ארבל.

9. סיכום

בעניין גלעד החליט בית-המשפט להסיר באופן מלא את החיסיון מעל ועדות הבדיקה הפנימיות. משמעות הדבר היא שכל מה שנאמר בוועדה גלוי.²⁸ חוק זכויות החולה ריכך את הלכת גלעד בקובעו חיסיון יחסי, אשר מצמצם את האפשרות להסיר את החיסיון אך אינו מונע אותה. החוק מאפשר גילוי במקרה ש"הצורך בגילוי לשם עשיית צדק עדיף מן הענין שיש לא לגלותו".²⁹ המשמעות היא שבסיטואציות מסוימות, לשם עשיית צדק, יהיה מקום להסיר את החיסיון.

ב. תמרורי אזהרה המאותתים על הצורך בחשיבה מחודשת על הלכת גלעד

1. הקדמה

בעניין גלעד טענו באי-כוחו של בית-החולים כי הסרת החיסיון תגרום לכך שהרופאים יפסיקו לקיים מערכת של בדיקה עצמית, ושהמוסדות הרפואיים יחדלו להקים ועדות בדיקה, כך שנוזקה של הסרת החיסיון יעלה על תועלתה.³⁰ בית-המשפט, כאמור, הגדיר טענה זו כספקולטיבית ודחה אותה. סמוך לאחר מתן פסק-הדין כבר הזהיר מנכ"ל משרד הבריאות דאז מתוצאותיה הקשות של הלכה זו, ושורה של ועדות ציבוריות שהוקמו בשנים שלאחר-מכן חזרו והזהירו מפני הפסקת פעולתן של ועדות הבדיקה הפנימיות. אם במשך חמש-עשרה שנים התייחסו טענות אלה ואחרות רק לחשש מפני התממשותן של תוצאות שליליות בעקבות הלכת גלעד, בא דוח מבקר המדינה לשנת 2011 ולא הותיר עוד מקום לספק. דוח מבקר המדינה קובע באופן ברור כי בעקבות הלכת גלעד הפסיקו בתי-החולים לחלוטין כמעט להקים ועדות בדיקה פנימיות (או ועדות "תחלואה ותמותה", כפי שהן מכונות בחלק מבתי-החולים): "עד שנת 1995 היה נהוג לקיים בבתי החולים ישיבות 'תחלואה ותמותה' שבמסגרתן העלו לדיון תקלות רפואיות ללימוד ולהפקת לקחים. למשרד מבקר המדינה דווח על הפחתתן עד כדי הפסקתן של הישיבות בגלל חשש מחשיפת תוכנן לפני ערכאות משפטיות."³¹ על-פי דוח מבקר המדינה, בשני בתי-חולים מהגדולים בארץ לא הוקמה בשנים 2008–2010 ולו ועדה אחת!³²

28 עניין חן, לעיל ה"ש 3. נבקש להעיר כי בית-המשפט מציין ששאלת גילוי הפרוטוקולים לא נדונה בעניין גלעד, לעיל ה"ש 1, וממילא לא הייתה הכרעה לגביה.

29 ס' 21(ד) לחוק זכויות החולה.

30 עניין גלעד, לעיל ה"ש 1, בעמ' 526.

31 דוח מבקר המדינה, לעיל ה"ש 5, בעמ' 202.

32 שם, בעמ' 203. כן ראו להלן ה"ש 57.

2. עמדתו של מנכ"ל משרד הבריאות

כשנה וחצי לאחר שניתן פסק-הדין בעניין גלעד, ביום-עיון שנערך בעקבות חקיקת חוק זכויות החולה,³³ אמר פרופ' ברבש, מנכ"ל משרד הבריאות דאז, את הדברים הבאים:

"מה ששינה את המציאות בשטח לצערי, זה לא החוק אלא פסיקת הבג"צ [צ"ל בית-המשפט – ב' כ'] של ברק, עם האירוע בהדסה, שלמעשה קטע באיבו תהליך בריא שבו הקהילה הרפואית התחילה להפנים בתוכה ערכים של תיחקור אמיתי ויכולת להכיר בטעות וללמוד ממנה... בבית החולים שאני ניהלתי הפסיקו להפעיל את המצלמה בחדר הטראומה, ועוד אלף ואחד סממנים שהמחוקק כשהוא בא לאזן בין שני האינטרסים, אינטרס הציבור לדעת והחופש או הרצון שלנו לתחקר אירועים, הוא איזן לכיוון הלא נכון. ואנחנו נצטער על זה עוד הרבה מאד... כל אותם תהליכים שבהם אנחנו מתחקרים ותיחקרנו אירועים חריגים, תקלות או כמעט תקלות, כל אלה חשופים וזה הסיפור של חיל האוויר, וזה הסיפור של צה"ל, ופה מתוך יפיפות נפש, אני חושב, של המערכת המשפטית נשלם מחיר יקר."³⁴

3. ועדת קלינג

ועדת קלינג³⁵ הוקמה בשנת 1993 במטרה לבחון אפשרות לקבוע תקרת פיצוי בתביעות בגין רשלנות רפואית.³⁶ בהמשך הורחבו סמכויותיה והוטל עליה לבחון "את כל השאלות הכרוכות באחריות לרשלנות רפואית",³⁷ ובמסגרת זו נתנה הוועדה את דעתה גם לסוגיית החיסיון של ועדות הבדיקה הפנימיות. רוב חברי הוועדה היו בדעה כי "חיוני קיומו של החסיון והמלצתם היא לקבוע לענין זה

33 יום-העיון נערך ביום 6.6.1997. פסק-הדין ניתן ביום 8.11.1995, והחוק פורסם ביום 12.5.1996.

34 "חוק זכויות החולה – שנה אחרי: יום עיון שאורגן ע"י מערכת 'רפואה ומשפט' רפואה ומשפט 17, 22, 43 (1997).

35 או בשמה המלא – "הוועדה לבדיקת האחריות לפגיעה בטיפול רפואי".

36 ועדת קלינג הוקמה על-פי החלטת הממשלה מיום 19.12.1993 והגישה את המלצותיה באוגוסט 1999. תפקידה היה "לבחון אפשרות לקביעת תקרה לפיצוי במקרים של רשלנות רפואית". דין וחשבון הוועדה לבדיקת האחריות לפגיעה בטיפול רפואי (1999) www.health.gov.il/PublicationsFiles/tipul_refuii_1999.pdf (להלן: דוח ועדת קלינג).

37 שם, בעמ' 8 ו-10.

הוראה ברורה בחוק".³⁸ לדעת רוב חברי הוועדה, ההלכה בעניין גלעד תנחית מכת-מוות על ניהול סיכונים.³⁹ לדבריהם, למרות דבריו של הנשיא ברק בעניין גלעד, הרופאים חשים מאוימים, וחוששים מההשלכות שיהיו לשימוש בדבריהם הנאמרים באופן ישיר סמוך לאירוע ללא ייעוץ משפטי.⁴⁰ המלצת הוועדה הייתה להטיל חיסיון מוחלט על כל הדיונים והדוחות המהווים חלק מניהול הסיכונים: "רק בדרך זו ניתן לקיים ניהול סיכונים יעיל, שיביא לשיפור הטיפול הרפואי, ולהקטנת העלויות של ביטוח האחריות לפגיעה בטיפול רפואי".⁴¹ המלצה זו, כמור-גם יתר המלצות הוועדה, לא יושמו.⁴²

4. ועדת אמוראי

טרם יבשה הדיו על מסקנות ועדת קלינג, והנה החליטה הממשלה במרץ 2000 על הקמת ועדת אמוראי.⁴³ הרקע להקמת ועדת אמוראי היה שונה, אולם גם ועדה זו נתנה את דעתה לשאלת החיסיון. ועדת קלינג הוקמה על רקע עלייה במספר התביעות בגין רשלנות רפואית, ואילו ועדת אמוראי הוקמה על רקע שביתת הרופאים, לאחר שלא חלה כל התקדמות במשא-ומתן עימם.⁴⁴ בהקשר של נושא דיוננו אימצה הוועדה באופן מלא את מסקנות ועדת קלינג, והציעה אף היא להבטיח

38 שם, בעמ' 62.

39 המונח "ניהול סיכונים" משמעו "פעילויות קליניות ואדמיניסטרטיביות, הננקטות על ידי מוסדות רפואיים, במטרה לזהות, להעריך ולהפחית את הסיכונים לפגיעות במטופלים, ולחסוך את העלויות הכלכליות הכרוכות בכך ואת הפגיעה במוניטין של הצוות והמוסד". אתר חברת MRM (החברה לניהול סיכונים ברפואה מקבוצת מדנס) – <http://www.mrm.org.il/index.php?categoryId=94127>

40 דוח ועדת קלינג, לעיל ה"ש 36, בעמ' 31. דעת המיעוט בוועדה תמכה במסקנתו של הנשיא ברק, ומאותם טעמים שהעלה הנשיא, המעוגנים בזכותו של אדם לקבל כל מידע על-אודותיו המצוי בידי בית-החולים. ראו את דעת המיעוט בעמ' 89 לדוח ואילך.

41 דוח ועדת קלינג, לעיל ה"ש 36, בעמ' 85 (המלצה (ד)). כוונת הדברים היא להקטנת עלויות הביטוח המקצועי.

42 מסקנות ועדת קלינג התקבלו בדעת רוב. ארבעה מבין ארבעה-עשר חברי הוועדה התנגדו להטלת חיסיון על הוועדות, וחלקם סברו כי כאמצעי חלופי יש להטיל עליהן חיסיון יחסי כזה או אחר. התייחסות לעמדת המיעוט ראו להלן בפרק ג.

43 או בשמה המלא – "הוועדה לבחינת הרפואה הציבורית ומעמד הרופא בה". הוועדה פרסמה את המלצותיה בשנת 2002. ראו דין וחשבון הוועדה לבחינת הרפואה הציבורית ומעמד הרופא בה (2002) www.health.gov.il/PublicationsFiles/amorai_2002.pdf (להלן: דוח ועדת אמוראי).

44 <http://www.bbdo-i.co.il/Gitam/doctorsunion/default.asp?PID=1&SID=3&CID=14>

"חיסיון מלא לכל הוועדות ולכל הגורמים הפועלים בתחומי הבטחת איכות וניהול סיכונים".⁴⁵ גם המלצותיה של ועדה זו, כמו אלה של קודמתה, לא יושמו.

5. ועדת שפניץ

בשנת 2002 החליטה הממשלה להקים ועדה נוספת לבחינת הדרכים להקטנת ההוצאה הציבורית בגין תביעות רשלנות רפואית (להלן: ועדת שפניץ). כתב המינוי של ועדה זו דומה לזה של ועדת קלינג, אולם הוועדה החליטה לא לדון בנושאים שבהם דנה ועדת קלינג, ולהתרכז בנושאים שעשויים לדעתה להקטין את ההוצאה הציבורית.⁴⁶ זאת, למעט הנושא של חסיון הוועדות הרפואיות. "חיסיון הוועדות הרפואיות הוא נושא אשר הוועדה דנה בו בשנית, מאחר שהוא הועלה על ידי כל הגורמים שהופיעו בפני הוועדה, וכן לאור ההתפתחויות בחקיקה ובפסיקה שהיו לאחר פרסום דו"ח וועדת קלינג."⁴⁷ הוועדה הבהירה כי נטען לפניה שחיוב הנתבעים לחשוף את הפרוטוקולים של ועדות הבדיקה פוגע בנכונותם לשתף פעולה – דבר שאינו מאפשר להפיק לקחים ולשפר את הטיפול הרפואי. כמו-כן נשמעו טענות כי החיסיון המובטח בחוק אינו חיסיון של ממש, וכי עקב כך הרופאים נמנעים מלדווח על טעויות. עוד נטען כי מוסדות רפואיים רבים חדלו לקיים ועדות "תחלואה ותמותה", והתוצאה היא פגיעה ברמת הרפואה וקושי להתגונן מפני תביעות רשלנות רפואית.⁴⁸

טיעון אחרון זה יוצא מנקודת הנחה שהתחקירים בוועדות הבדיקה הפנימיות עשויים להגיע למסקנה שההתנהלות הייתה מקצועית וראויה, ובשפה משפטית – שהיא לא הייתה התנהגות רשלנית. במקרים כאלה, כאשר מסקנותיה של ועדת

45 דוח ועדת אמוראי, לעיל ה"ש 43, בעמ' 252.

46 דוח ועדת שפניץ, לעיל ה"ש 21, בעמ' 3.

47 שם. יש לציין כי לבד מנושא זה החליטה הוועדה לדון בנושא נוסף שכבר נדון בוועדת קלינג, והוא נושא ההסכמה מדעת. "נושא ההסכמה מדעת, שנדון בוועדת קלינג, נדון על ידי הוועדה, אולם מזוויות אחרות." שם.

48 "הוועדה נדרשה לסוגיית חסיון הוועדות הרפואיות על פי חוק זכויות החולה בשל הטענה, כי חיוב הנתבעים על ידי בית המשפט לחשוף את הפרוטוקולים של ועדות הבדיקה פוגע בטעמים העומדים בבסיס החיסיון, ובנכונות הגורמים הרפואיים המעורבים באירוע לשתף פעולה באופן מרבי בעת חקירה של אירוע – דבר שאינו מאפשר ללמוד לקחים ולשפר את הטיפול הרפואי. כמו כן, נשמעו הטענות כי החיסיון המובטח בחוק בפועל אינו חיסיון של ממש, דבר שגורם לרופאים להימנע מלדווח על טעויות, ופוגם בשיתוף הפעולה שלהם בחקירת תאונות רפואיות. עוד נטען, כי מוסדות רפואיים רבים חדלו לקיים ועדות 'תחלואה ותמותה' או גופים אחרים, שמטרתם ללמוד מטעויות. התוצאה היא לא רק פגיעה ברמת הרפואה, דבר חמור כשלעצמו, אלא גם קושי להתגונן מפני תביעות רשלנות רפואית." שם, בעמ' 195.

הבדיקה הפנימית היא שלא הייתה סטייה מסטנדרט רפואה ראוי, ועדות הבדיקה עשויות לסייע בידי בתי-החולים להתמודד עם תביעות רשלנות רפואית. לעומת זאת, במקרים שבהם המסקנה היא שהייתה התרשלנות, הדבר לא יסייע בהתמודדות עם תביעות רשלנות רפואית, אך יסייע בשיפור איכותו של הטיפול הרפואי. על יסוד קביעות אלה, מסקנות הוועדה היו "שהכלל הוא שהפרוטוקולים חסויים וגילויים הוא החריג... מדובר בדיונים פנימיים בעלי אופי מקצועי-רפואי, שכלל צריכים להישאר פנימיים. רק במקרים יוצאי דופן יש הצדקה לחשוף את תוכנם".⁴⁹ הוועדה סברה כי יש להגדיר בצורה ברורה יותר את המקרים שבהם יהיה מוצדק להסיר את החיסיון, ולשם כך המליצה לתקן את חוק זכויות החולה ולצמצם את תחולתו של סעיף 21(ד) לחוק.⁵⁰ במילים אחרות, הוועדה המליצה כי הסרת החיסיון תהיה החריג, ולא הכלל, וכי הדבר ייעשה רק במקרים "יוצאי דופן". מסקנות ועדת שפניץ שונות אפוא ממסקנותיהן של שתי הוועדות שקדמו לה. להבדיל מוועדת קלינג ומוועדת אמוראי, שסברו כי יש לקבוע חיסיון מוחלט, המליצה ועדת שפניץ על חיסיון יחסי רחב, שהאפשרויות להסרתו יהיו מצומצמות מכפי שהן כיום. גם מסקנות ועדת שפניץ לא יושמו.

49 שם, בעמ' 206.

50 שם:

"הוועדה סבורה, שיש להבהיר את גדריו של סעיף 21(ד) לחוק זכויות החולה, ולהגדיר בצורה ברורה יותר את טווח המקרים שבהם מוצדק להתיר את גילוי הפרוטוקולים. לדעת הוועדה, המקרים בהם יש ככלל הצדקה למסור את פרוטוקול וועדת הבדיקה, בכפוף לבחינת הנסיבות המיוחדות של כל מקרה ומקרה, הם בעיקר אלה:

- א. כל אימת שנמסר פרוטוקול לגורם המטפל, בהתאם לסעיף 21(ה) לחוק זכויות החולה, יש הצדקה למסור את הפרוטוקול גם למטופל או לשאריו.
- ב. מקום בו הרשומות הרפואיות אבדו, והחומר אשר נחשף בפני הוועדה נותר בבחינת העדות היחידה, גם אם לא ממקור ראשון, לטיפול הרפואי שניתן לחולה. במקרים אלו, מסירת הפרוטוקול היא בבחינת תחליף לשחזור החומר הרפואי.
- ג. אם לאור הרישום הרפואי ונסיבות המקרה כפי שפורט בדו"ח ובשל היעדר הנמקה למסקנות הוועדה, לא יכול להיות ברור לאדם סביר מדוע הגיעה הוועדה למסקנה שלא הייתה התרשלנות בטיפול בנפגע.
- ד. הוועדה קבעה שהעדים שהופיעו בפניה הסתירו מידע או שהוועדה מתקשה לקבוע ממצאים משום שמצאה שיש בעיית מהימנות עם עדים משמעותיים או מרכזיים.

אם אלה יהיו הסייגים שבית המשפט ינחה עצמו לפיהם, יש להניח שהתוצאה תהיה שונה מהמצב כיום, כפי שתואר לעיל."

6. עמדתו של בית־המשפט לאחר עניין גלעד

לאחר חקיקת חוק זכויות החולה דן בית־המשפט בבקשות לא־מעטות לגילוי דוחות בדיקה של ועדות בדיקה חיצוניות. יודגש כי אין מדובר בדוחות של ועדות בדיקה פנימיות, כי אם בדוחות של ועדות בדיקה חיצוניות שמונו על־ידי מנכ"ל משרד הבריאות, ולא על־ידי בתי־החולים עצמם.⁵¹ רוב הבקשות להסרת החיסיון נדחו,⁵² אולם כפי שכבר הערנו לעיל, התנהלותם של בתי־המשפט לא השפיעה על התנהלותם של בתי־החולים. עצם החשש שמא יוסר החיסיון הביא לידי כך שכיום אין מקימים עוד ועדות כאלה. מציאות זו לא נעלמה מבתי־המשפט. בעניין שמש אמר השופט דנציגר:

"אמנם, בעניין גלעד דחה כבוד הנשיא א' ברק טיעון דומה לגבי 'האפקט המצנן' שבחשיפת דו"חות של ועדות בדיקה פנימיות של בתי חולים, בציינו כי מדובר בחששות ספקולטיביים גרידא... יחד עם זאת, אני סבור כי ניתן לדחות טיעון זה במחי יד... המציאות לימדה שהיו רגליים לחשש מפני אי שיתוף פעולה של הרופאים עם ועדות הבדיקה..."⁵³

השופט דנציגר הסתמך, בין היתר, על דבריו של השופט עדיאל בעניין חן: "המציאות לימדה כי היו רגליים לחשש מפני אי־שיתוף פעולה של הרופאים עם ועדות הבדיקה,

51 אין מדובר בוועדות שהוקמו אד־הוק בבתי־החולים. על ההבחנה בין סוגי ועדות אלה ראו לעיל בתת־פרק א.7. בה"פ (מחוזי מר') 31639-04-13 ענבר נ' הלפרן (פורסם בנבו, 20.8.2014) התייחסה ההחלטה לוועדת בדיקה פנימית, אך כל יתר ההחלטות דנו בוועדות בדיקה חיצוניות.

52 החלטות שבהן נדחו בקשות לגילוי הדוח: עת"ם (מנהליים י"ם) 29883-11-13 התנועה לחופש המידע נ' משרד הבריאות (פורסם בנבו, 2.4.2014); ת"א (מחוזי חי') 642-06 עזבון דאניאל נ' בית החולים "המשפחה הקדושה" (פורסם בנבו, 28.1.2010); בש"א (שלום ת"א) 177156/07 סגל נ' שירותי בריאות כללית (פורסם בנבו, 11.9.2008); בש"א (מחוזי ת"א) 4966/08 נח נ' בית־חולים אסף הרופא (פורסם בנבו, 11.6.2008); בש"א (שלום חד') 2265/06 עזבון גורבאן נ' בי"ח הלל יפה (פורסם בנבו, 28.11.2006); בש"א (מחוזי ב"ש) 6080 עזבון רייזמן נ' אורצקי (פורסם בנבו, 4.1.2006). החלטות שבהן התקבלו בקשות לגילוי הדוח: ת"א (שלום ת"א) 163060-09 ג'באלי נ' שירותי בריאות כללית (פורסם בנבו, 26.10.2011); ת"א (מחוזי י"ם) 1604-05-10 פלונית נ' בית החולים הגליל המערבי (פורסם בנבו, 13.12.2010); רע"א 7731/04 מדינת ישראל – משרד הבריאות נ' עזבון הלפרין, פ"ד סב(2) 409 (2007); בש"א (מחוזי חי') 15973/04 עזבון קוסטיה נ' מדינת ישראל – משרד הבריאות (פורסם בנבו, 8.1.2005).

53 עניין שמש, לעיל ה"ש 25, פס' 33 לפסק־דינו של השופט דנציגר. ראו שם גם את דעותיהם השונות של השופטים לוי ורובינשטיין בסוגיה זו.

שכן הרופאים הונחו להימנע משיתוף פעולה עם הוועדות...⁵⁴ בעניין עזבון הלפרין אמר השופט גרוניס: "לא ניתן להתעלם כליל מטענת המבקשת כי הידיעה שקיימת אפשרות לזמן חברי ועדות בדיקה לחקירה נגדית עלולה להרתיע חברים פוטנציאליים מפני השתתפות בוועדות כאלה. בעניין זה יהיה צורך ללמוד מן הניסיון שיצטבר. אם יתברר בעתיד שאמנם קיימת רתיעה כאמור, אפשר שיהיה צורך לשקול מחדש לא רק את סוגית הזכות לחקירה נגדית אלא את שאלת קבילותם של הדו"חות."⁵⁵ דבריו של השופט גרוניס נאמרו בשנת 2007, ודומה שדוח מבקר המדינה לשנת 2011 ענה על השאלה בחיוב. המסקנה היא, אם כן, שאפשר שגם השופט גרוניס, כאחרים, סבור כי יש לשקול שנית את עניין החיסיון המוחלט.

7. סיכום

למן עניין גלעד חלפו שני עשורים בקירוב. מאז, באופן עקיב, חזרו ונשמעו האזהרות כי תופסק הקמתן של ועדות הבדיקה הפנימיות.⁵⁶ אלא שהאזון לא הייתה קשובה דייה לקריאות הרמות הללו. למרבה הצער התאמתו האזהרות של ועדת קלינג, ועדת אמוראי, ועדת שפניץ ואף בתי-המשפט, וניתן כאמור לומר, באופן גורף כמעט, שכיום אין מקימים עוד ועדות מן הסוג הזה.⁵⁷

54 עניין חן, לעיל ה"ש 3, בעמ' 290. ראו גם אמנון כרמי "חוק זכויות החולה – ועדות בדיקה וועדות בקרה ואיכות: סוגיית החיסיון" רפואה ומשפט 17, 3 (1997); אחיקם סטולר "האזון הראוי בין גילוי לשם צדק, לבין הענין שלא לגלות" רפואה ומשפט 20, 12 (1998). השוו ת"א (שלום ת"א) 101623/01 עזבון ימין נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 18.8.2002); ע"א (מחוזי ת"א) 2370/01 מדינת ישראל המנהל הכללי של משרד הבריאות נ' שאול (פורסם בנבו, 27.6.2004); ה"פ (שלום י"ם) 825/97 עזבון גבאי נ' המנהל הכללי של משרד הבריאות (פורסם בנבו, 24.2.1998).

55 עניין עזבון הלפרין, לעיל ה"ש 52, פס' 21 לפסק-דינו של השופט גרוניס.

56 או בשמן האחר – "ועדות תחלואה ותמותה".

57 ראו דוח מבקר המדינה, לעיל ה"ש 5, בעמ' 202–203. כן ראו עניין חן, לעיל ה"ש 3, בעמ' 284: "היועץ המשפטי לממשלה מוסיף כי הלכה למעשה הפגיעה בחיסיון הביאה למציאות שבה אנשי הצוות הרפואי מגיעים לדיון בוועדות הבדיקה עם עורכי דין, לאחר ש'הכינו' את דבריהם. גילוי הפרוטוקול הופך את ועדות הבדיקה הרפואיות, אליבא דיועץ המשפטי לממשלה, מוועדות רפואיות-מקצועיות, שמטרתן לימוד האירוע לפרטיו לשם הפקת לקחים, למעין 'בית משפט זוטא'. בכך למעשה נפגע חקר האמת, נפגעת היכולת להפיק לקחים ולשפר את שירותי הרפואה, ומוחמצת המטרה שלשמה הוקמו הוועדות." נבקש להעיר כי מפסק-הדין בעניין ענבר, לעיל ה"ש 51, עולה לכאורה כי הוקמה בבית-חולים ועדת בדיקה פנימית בגין אירוע מיום 19.6.2012.

ג. דיון בעמדת המיעוט בוועדת קלינג, המייצגת את דעת התומכים בהסרת החיסיון

1. הקדמה

עמדת הרוב בוועדת קלינג הייתה בדעה כי יש לבטל את הלכת גלעד ולקבוע חיסיון מוחלט על ועדות הבדיקה הפנימיות. עמדת המיעוט תמכה בהסרת החיסיון ובהותרת הלכת גלעד על מכוונה. ניתן לומר כי עמדת המיעוט בוועדת קלינג מייצגת עמדה של מיעוט קטן במיוחד, שכן גם ועדת אמוראי הייתה בדעה כי יש לבטל את הלכת גלעד ולקבוע חיסיון מוחלט, ואף ועדת שפניץ תמכה בביטולה של הלכת גלעד, אם כי היא סברה כי יש לקבוע חיסיון יחסי. אף-על-פי-כן, מאחר שמסקנתי אינה כדעת המיעוט, אני מוצאת לנכון להציג עמדה זו בפירוט, ולהסביר מדוע לדעתי אין לקבלה.

2. עמדת המיעוט

ארבעה מבין ארבעה-עשר החברים בוועדת קלינג הסתייגו מהטלת חיסיון מוחלט על הוועדות הרפואיות.⁵⁸ חלקם סברו כי יש להטיל חיסיון יחסי כזה או אחר. הנימוקים שהועלו על-ידיהם היו אלה:

ראשית, נקודת המוצא של הטלת חיסיון היא שיש מידע שכדאי להסתיר מהחולה. משמעות הדבר היא כי יש מסמכים אמיתיים ולעומתם יש שאינם כאלה. הכוונה היא שיש רישומים רפואיים שאינם משקפים את התמונה המלאה, האמיתית והמדויקת של ההליך הרפואי, ולכן אין לתת יד.

שנית, עמדת המיעוט לגבי הטענה כי הרופאים והצוות הרפואי לא ישתפו פעולה עם ועדות הבדיקה למיניהן או אף ישקרו בעדותם לפנייהן, אם המסקנות והפרוטוקולים של הוועדות יהיו פתוחים לעיון המטופל, היא ש"נקודת מוצא זו, טוב היה לה שלא הייתה נאמרת. יש בה כדי להטיל דופי בקהל שלם של רופאים..."⁵⁹ רוצה לומר, לדידם של חברי המיעוט בוועדה, החשש מסירוב רופאים לשתף פעולה הוא חשש-שווא.

שלישית, מטרתם של המסמכים הרפואיים היא לתעד את מהלך הטיפול בחולה. גישה התומכת בחיסיון שוכחת את החולה. למסמכים הרפואיים יש מטרה אחת ויחידה, והיא לשקף באופן מלא ומדויק את הטיפול שניתן לחולה, את השיקולים

58 ראו את חוות-דעת המיעוט בדוח ועדת קלינג, לעיל ה"ש 36, בעמ' 89 ואילך.

59 שם, בעמ' 94.

למתן הטיפול ואת ההסברים שניתנו לחולה. גישה שמוכנה להטיל חיסיון על מסמך שנועד לשרת את החולה מתעלמת מהעיקר ומהמהות, ופוגעת בזכות-היסוד של החולה לקבל מידע על עצמו.

רביעית, גישה של הסתרה לא תקדם יחסי אומן בין החולה לרופא – ערך שאין צורך להכביר מילים בנוגע לחשיבותו.

חמישית, מדובר במסמכים בעלי חשיבות רבה מבחינה ראייתית. המצדדים בחיסיון "טוענים כאילו הועדו השונות והצוותים השונים אוספים מידע לשם תיקונו של עולם, והשבחתה של הבריאות",⁶⁰ אלא שטענה זו אינה מתיישבת עם העובדה שכדי להבריא את מערכת הבריאות, יש צורך לעשות שימוש במידע: "כך, למשל, במידה ויתברר כי קיים איש צוות רפואי רשלן, יש להרחיקו מעבודתו".⁶¹ חיסיון ישיג אפוא מטרה הפוכה.

שישית, לטענת התומכים בחיסיון, הדברים הנאמרים על-ידי הרופאים בוועדות הבדיקה הפנימיות נאמרים כאשר הרופאים אינם מיוצגים על-ידי עורכי-דין, ואינם מסוגלים לחקור את ה"עדים". שימוש בדברים שנאמרו בתנאים כאלה עלול לפגוע בזכויותיהם של הרופאים, ויש בכך פגיעה בכללי הצדק הטבעי. לדעת המיעוט, אם קיימת פגיעה בכללי הצדק הטבעי, היא מתבטאת בפגיעה בזכויותיו של החולה, ולא של הרופא.

שביעית, הגילוי עדיף תמיד על הסתרה. זו הגישה המשפטית הרווחת בשיטת משפטנו. דוגמה לכך היא דוחות מבקר המדינה.

שמינית, אין ספק שהמטופל הוא בעליו של המידע, וככזה אין לחסות אותו מפניו.

תשיעית, פיקוח שיפוטי על הוועדות השונות ועל הצוותים השונים הוא דבר חשוב מאין כמוהו. משמעות החיסיון המתבקש על-ידי הרוב היא סתימת הגולל על פיקוח כזה. "חיסיון משחית; חיסיון מוחלט משחית לחלוטין".⁶²

לבסוף, קיימים אמצעים חלופיים להניע רופאים לשתף פעולה מלבד האמצעי הדרסטי של הטלת חיסיון. הכוונה לאמצעים שינטרלו את חששם של הרופאים, כגון מסירת המסמכים לגורם ניטרלי, שיפוטי.

60 שם, בעמ' 99.

61 שם.

62 שם, בעמ' 103.

3. דיון בעמדת המיעוט

עמדת המיעוט מתייחסת לשלושה מישורים:

מישור אחד הוא טיעונים מזווית-הראייה של זכויות החולה – טיעונים התומכים בזכות החולה לקבל את מלוא המידע הרפואי הקשור אליו. טיעון זה היווה למעשה את התשתית להנמקה העיקרית של הנשיא ברק בעניין גלעד. אכן, אין ספק שלחולה יש זכות חוקית לקבל את מלוא המידע על-אודות הטיפול שקיבל. הזכות החוקית מעוגנת בחוק זכויות החולה ובחוק חופש המידע, והיא אף נגזרת מחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.⁶³ כל החלטה שמונעת מאדם קבלת מידע על הטיפול שנעשה בו פוגעת בזכות בסיסית זו. אני מקבלת טיעון זה. אכן, אי-גילוי מלוא המידע לחולה פוגע בזכות בסיסית שלו. אלא שגם זכות זו היא בת-איזון, לטענתי, ועשויה להידחות מפני זכויות אחרות. בעניין פלונית⁶⁴ נסב הדיון סביב שאלת זכותה של פלונית לקבל מאת הרשויות פרטים על-אודות המידע שנמסר להן ואשר הוביל לבדיקתה בכפייה על-ידי הפסיכיאטר המחוזי, אשר קבע בסופו של דבר כי אין מקום להתערבות טיפולית.⁶⁵ נקודת המוצא של בית-המשפט הייתה שלמטופל יש זכות לקבל את מלוא המידע על-אודות מצבו הרפואי: "המידע על אודות מצבו הרפואי של מטופל אין הוא רכושו הפרטי של הרופא או של המוסד (בית חולים וכיו"ב) שבו הרופא עובד. הרופא מחזיק במידע בנאמנות, ובעל הזכות העיקרית הוא החולה."⁶⁶ למרות זאת הכיר בית-המשפט בכך שזכות זו מוגבלת, ולא תתקיים במצבים מסוימים שהוגדרו בחוק. באותו מקרה החליט בית-המשפט להמתין להחלטתה של ועדת האתיקה בטרם יכריע בנושא.⁶⁷

63 חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס"ח התשנ"ב 150.

64 ע"מ 6219/03 פלונית נ' משרד הבריאות, פ"ד נח(6) 145 (2004).

65 בית-המשפט עמד על כך שההכרעה בעניין זה צריכה להינתן על יסוד פרשנות של שניים מבין שלושת החוקים הרלוונטיים לסוגיה שהובאה לדיונו: "שלושה חוקים הם לענייננו, ואלה הם השלושה: חוק טיפול בחולי נפש, תשנ"א-1991 (חוק הטיפול או חוק טיפול בחולי נפש); חוק זכויות החולה, תשנ"ו-1996; חוק חופש המידע, תשנ"ח-1998. שני החוקים הראשונים מכילים הוראות מפורשות באשר למסירת מידע לחולה ולמטופל, ועל-כן נזכר חוק חופש המידע אך בשוליים. אף אנו לא נעמוד על חוק חופש המידע בהניחנו כי הסוגיה שלפנינו תמצא את פתרונה – ואכן מוצאת היא את פתרונה – בשני החוקים האחרים בין היתר, חוקים ספציפיים בין אחרת. השוו עוד: סעיפים 14(א)(11) ו-20 לחוק חופש המידע. שם, בעמ' 152. בית-המשפט לא דן אפוא ספציפית בהוראת ס' 14(א)(11) לחוק חופש המידע, משום שהוא סבר כי אין ההסדר שבו מוסיף על ההסדר הקיים בשני החוקים הראשונים, ומכאן, להבנתנו, הפרשנות והאיזונים זהים.

66 שם, בעמ' 154.

67 אולם מהשקלא-וטריא שבפסק-הדין עולה בבירור כי אין בית-המשפט מתכוון לפרש את

האיזון שערך בית-המשפט במקרה זה לא נתן העדפה לזכות החולה לקבל את המידע. בית-המשפט סבר כי קיימים שיקולים אחרים שאין להקל בהם ראש, וכי ייתכן שהם יגברו.

מישור שני הוא טיעונים מזווית-הראייה של טובת הכלל – טיעונים המדגישים את הבעייתיות הטמונה בתמיכה בגישה של הסתרה. לטענתם של חברי המיעוט, הסתרה אינה מתיישבת עם נורמות משפטיות מקובלות של גילוי, אמירת אמת ושקיפות. הטלת חיסיון היא סטייה מנורמות חשובות אלה, ואין לתת לה יד.⁶⁸ חיסיון במקרים מסוג זה יעודד יצירת מסמכים לא-אמיתיים, ימנע תיקון ליקויים וימנע פיקוח של בית-המשפט. אני סבורה כי יש ממש בחלק מטיעונים אלה. הסתרה אינה תפיסה משפטית רווחת ומקובלת. לא זו אף זו, במשך כחמש-עשרה השנים שחלפו מאז ניתנו המלצות ועדת קלינג,⁶⁹ עקרון השקיפות והגילוי רק התחדד והעמיק, ודומה שהאמרה המפורסמת של השופט לואיס ברנדייס כי "אור השמש הוא חומר החיטוי המשובח ביותר" התקבעה כאבן-יסוד בתפיסה המשפטית המודרנית.⁷⁰ אלא שגם זכות זו, ככל זכות אחרת, נדחית מפני אינטרסים אחרים הנוצצים בעקרון החיסיון. דיני החיסיון הכירו בצורך בקיומו של חיסיון בתחומים שונים ומגוונים: חיסיון לטובת המדינה, חיסיון לטובת הציבור, חיסיון רופא, חיסיון פסיכולוג, חיסיון בנקאי, חיסיון עיתונאי-מקור, חיסיון עורך-דין-לקוח, חיסיון כוהן-דת ועוד ועוד. הבסיס לדיני החיסיון הוא ההכרה שלעיתים החיסיון חיוני להגשמת מטרות חשובות לא פחות מעצם הגילוי והחשיפה. "החיסיון בא להגן על יחסים, שהחברה מעוניינת להגן עליהם, ויש לשקול, אם בלעדי החיסיון יחסים אלה ייפגעו, היינו, יש לשקול מה הנזק הנגרם ליחסים המוגנים לעומת

החוק על-דרך הצמצום. עוד עולה כי בית-המשפט הסכים לראות במידע שנמסר ובוהות המוסרים משום "מידע רפואי" אשר יש רשות לא לגלותו. עמדה זו אינה מתיישבת עם קביעת בית-המשפט בעניין גלעד, שם אומר בית-המשפט: "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 שבו הוא נתון עתה, לאחר הטיפול. הכרה בחיסיון בפני גילוי דו"ח ביקורת פנימית של בית החולים פוגעת בזכויות אלו של האדם לדעת מה נעשה בו, ואינה מתיישבת עם זכויות אלו." עניין גלעד, לעיל ה"ש 1, בעמ' 526.

68 סטולר, לעיל ה"ש 54.

69 הוועדה הגישה את המלצותיה באוגוסט 1999.

70 ראו, למשל, ע"ס 9135/03 המועצה להשכלה גבוהה נ' הוצאת עיתון הארץ, פ"ד (4) 217, 237 (2006); ע"א 4244/12 הוצאת עיתון הארץ בע"מ נ' ברכה, פס' 39 לפסק-דינו של השופט מלצר (פורסם בנבו, 31.12.2012).

התועלת שתהיה לעשיית הצדק אם תתקבל העדות.⁷¹ כל זאת כפי שיובהר בהמשך.⁷²

המישור השלישי הוא טיעונים המעמידים את זכויות החולה ואת זכויות הרופא אלה מול אלה. על-פי הטענה, בהתנגשות שבין הזכויות הללו זכויות החולה גוברות על זכויות הרופא. טיעון זה מתייחס לזהותם של "בעלי הזכות", ולא לטיב הזכויות. לטעמי, אין מקום לקבל טיעון גורף המתייחס לבעל הזכות. יש לדון בטיב הזכויות, ולא בזהותם של בעלי הזכות. ניתן אולי לומר כי זכות החולה חזקה מזו של הרופא בהתבסס על ההוראות שבחוק זכויות החולה, אשר באות לידי ביטוי, בין היתר, בזכות החולה לקבל מידע על הטיפול שקיבל. אולם כאשר דנים בהעדפת זכותו של האחד על זו של האחר כעומדת בפני עצמה, הדבר תלוי בהקשר ובאינטרסים השונים. השאלה של העדפת זכויות תלויה בנסיבות ובאיזונים, ולא בזהות. כדי לסבר את האוזן, אני סבורה כי איש לא יוכל להסכים לטיעון שמכיוון שזכויות החולה עדיפות על זכויות הרופא, מותר לחולה להכות את הרופא, לקלל אותו, להוציא עליו שם רע וכולי. מובן שאין הדבר כן. לכן אין לקבל טיעון זה כעומד בפני עצמו. יש אפוא לדון בטיב הזכויות, ולעניין זה התייחסתי לעיל כאשר דנתי בשני המישורים הראשונים של טיעוני המיעוט – הטיעונים מזווית-הראייה של זכויות החולה והטיעונים התומכים בגילוי ובשקיפות בשם טובת הכלל.⁷³

4. סיכום

חברי המיעוט בוועדת קלינג העלו שורה של נימוקים אשר מצדיקים לטעמם את הותרת הלכת גלעד על מכונה, קרי, את הסרת החיסיון מוועדות הבדיקה הפנימיות. נימוקי דעת המיעוט נתמכים בשיקולים שהפסיקה מכירה בהם ומתמודדת איתם:

71 ב"ש 298/86 ציטרין נ' בית הדין המשמעתי של לשכת עורכי הדין במחוז תל-אביב, פ"ד מא(2) 337, 351 (1987). טענה אפשרית היא שלא פעם טיפולים רפואיים נכשלים בשל טעות, ולא בשל רשלנות, וכי יכול שהנחת העבודה של המאמר שהטלת חיסיון על דוחותיהן של ועדות הבדיקה הפנימיות תביא לידי תיקונו של עולם אינה מבוססת מספיק, ואם כך אין הצדקה לפגיעה כה מהותית בזכויות הפרט. על כך נשיב כי בתי-המשפט עצמם עמדו על כך שההבדל בין רשלנות לטעות אינו גדול, הגם שהתוצאה המשפטית שונה. לדעתי, גם אם מדובר בטעות, תחקור והפקת לקחים הם תהליך בונה ומועיל, ואכן יש בהם כדי להביא לידי תיקונו של עולם. ראו ע"א 323/89 קוהרי נ' מדינת ישראל – משרד הבריאות, פ"ד מה(2) 142 (1991); דנ"א 1833/91 קוהרי נ' מדינת ישראל – משרד הבריאות (פורסם 5.6.1991).

72 ראו להלן בפרק ו.

73 אם הטיעון היה מכיוון של יחסי כוח, של עקרון השוויון בדיני הנזיקין, הוא היה חזק יותר, אך עדיין לא היה משכנע דיו. על עקרון השוויון בדיני הנזיקין ראו להלן בתת-פרק 3.

שיקולים של הכרה בזכות החולה, המעוגנת כיום בחוק זכויות החולה, ושיקולים מתחום דיני החיסיון. באשר לטיעונים שמקורם בזכויות החולה, גם אלה אינם מוחלטים, ועשויים להידחות מפני שיקולים אחרים. ובאשר לטיעונים מתחום דיני החיסיון, המחוקק והפסיקה מכירים בחשיבותם של דיני החיסיון, למרות ההסתרה העומדת ביסודם, ומעניקים להם לא פעם פרשנות רחבה. יתר על כן, המחוקק מכיר אף בחיסיון מוחלט – חיסיון שאין להסירו בשום תנאי – מה שמעיד על מעמדו ונחיצותו של מוסד החיסיון.

ד. התשתית הנורמטיבית בהקשר של החובות האתיות של הרופא כבסיס לתמיכה בהלכת גלעד או כבסיס לביטולה

1. הקדמה

האם התשתית הנורמטיבית הקיימת מצדיקה ויתור של רופאים על שימוש בזכות לאי-הפללה עצמית? במילים אחרות, האם קביעת בית-המשפט בעניין גלעד כי מהות המקצוע ושכונת הרופא מטילות על הרופאים חובה לשתף פעולה עם ועדות הבדיקה הפנימיות מניחה כי עליהם לעשות כן גם את הדבר כרוך בהפללה עצמית? והאם דרישה זו מעוגנת בחקיקה ובהלכה הפסוקה?

2. הזכות לפטור מהפללה עצמית

זכותו של אדם לא להפליל את עצמו מעוגנת בסעיף 47 לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971.⁷⁴ החיסיון מפני הפללה עצמית הוא הזכות לא לומר דבר שעלול להפליל אדם ולשמש ראיה לחובתו, וכן הזכות לא למסור ראיה שעלולה להפלילו.⁷⁵ מזכות זו נגזרת גם זכות השתיקה: "הזכות לאי הפללה עצמית איננה אלא תמציתו של הכלל... אשר לפיו איש אינו חייב להשיב על שאלה, אם התשובה לשאלה עלול להיות בה, לדעת בית המשפט, כדי להניח את היסוד להבאתו לדין פלילי של מי שמשיב את התשובה. זכות זו מתייחסת גם לדרישה להצגתם של מסמכים ומטלטים אחרים."⁷⁶ בית-המשפט מגדיר זכות זו כ"זכות שהיא מעמודי התווך של המשפט הפלילי ויש הרואים אותה כחוסה תחת המטריה החוקתית של חוק יסוד:

74 ס' 47(א) לפקודת הראיות קובע כי "אין אדם חייב למסור ראיה אם יש בה הודיה בעובדה שהיא יסוד מיסודותיה של עבירה שהוא מואשם בה או עשוי להיות מואשם בה".

75 ראו עניין שמש, לעיל ה"ש 25.

76 ע"פ 663/81 חורי נ' מדינת ישראל, פ"ד לו(2) 85, 91 (1982). ראו גם גיא רוטקופף "על החובה למסור מסמכים לרשות" המשפט יא 293 (2007).

כבוד האדם וחירותו",⁷⁷ ולדבריו, "על חשיבותה של זכות השתיקה במשפט פלילי אין צורך להכביר מילים".⁷⁸ נוסף ונאמר כי זכות זו הורחבה מעבר למשפט הפלילי והוכרה גם במשפט האזרחי.⁷⁹

3. זכות הרופאים לפטור מהפללה עצמית

בעניין גלעד העדיף בית-המשפט את זכות הפרט לקבל מידע על "תוצאותיו ועלילותיו" של הטיפול הרפואי שקיבל על זכות הרופאים לאי-הפללה עצמית. בית-המשפט סבר כי זכות הציבור שוועדות בדיקה פנימיות ימשיכו להתקיים היא זכות חשובה, אולם בהשוואה בין שתי זכויות אלה הוא הכריע כי זכות הפרט על העליונה.⁸⁰ באשר לזכות הרופאים להגן על עצמם, בית-המשפט סירב להכיר בלגיטימיות של זכות זו, שכן "חובתו – האתית והמשפטית – של הרופא להעמיד את בריאות החולה בראש מעייניו ולקיים יחס של כבוד לחיי אדם".⁸¹ להבנתי, מאמירה זו, ובוודאי ממסקנת בית-המשפט בפסק-הדין, עולה שחובתו האתית של הרופא לטפל בחולים דוחה מפניה כל זכות אחרת של הרופא, לרבות זכותו להגן על עצמו וזכותו לפטור מהפללה עצמית. נבקש להדגיש כי בעניין

77 עניין אלנבארי, לעיל ה"ש 26, פס' 15 לפסק-דינה של השופטת ארבל.

78 ע"פ 1132/10 מדינת ישראל נ' פלוגי, פס' 39 לפסק-דינה של השופטת נאור (פורסם בנבו, 7.3.2012). ראו גם חיה זנדברג "זכות השתיקה וזכותו של נאשם שלא להיחקר על עברו הפלילי: אגב פסק דין מילשטיין" משפטים לט 399 (2010); בועז סנג'רו "מדוע מלין היועץ המשפטי לממשלה על זכות השתיקה?" (2003) www.clb.ac.il/law/criminal_law/articles/a5.pdf; אהרן קירשנבאום "אין אדם משים עצמו רשע: הלכה פרדוקסלית במשפט הפלילי העברי" פלילים ז 197 (1998). החיסיון מפני הפללה עצמית כמו-גם זכות השתיקה הם זכויות הקיימות במישורים הפלילי והאזרחי גם-יחד. רע"א 5381/91 חוגלה שיווק (1982) בע"מ נ' אריאל, פ"ד מו(3) 378, 381 (1992). חששם של הגורמים המטפלים ממסירת מידע הוא שייעשה שימוש נגדם במידע שנמסר במסגרת ועדות הבדיקה לסוגיהן. השימוש נגדם יכול להיעשות במקביל גם במישור הפלילי (הליכים משמעתיים וכתבי אישום) וגם במישור האזרחי (תביעות נזיקיות). החשש מהליך פלילי הוא מובן, ואין צורך להכביר מילים לגביו. ביחס למישור האזרחי, הרופאים אומנם מבוטחים רובם ככולם, ועל-כן אינם חשופים לנזק כלכלי ישיר משמעותי. אך הם חשופים לנזק תדמיתי ולנזק כלכלי עקיף. השוו עם עמדת השופט לוי בעניין שמש, לעיל ה"ש 25.

79 ראו, למשל, רע"א 1124/14 עיזבון רונן נ' עיריית תל אביב-יפו (פורסם בנבו, 31.12.2014).

80 בית-המשפט לא אמר זאת באופן מפורש, שכן הנחת-המוצא הייתה שהוועדות ימשיכו להתקיים. עם זאת, חשש זה עמד מן הסתם לנגד עיניו, ואף-על-פי-כן הוא החליט להעדיף את זכות הפרט.

81 עניין גלעד, לעיל ה"ש 1, בעמ' 527. ראו גם את דבריו של השופט אריאל ב"חוק זכויות החולה – שנה אחרי: יום עיון שאורגן ע"י מערכת רפואה ומשפט" רפואה ומשפט 17, 22, 36 (1997).

גלעד עלתה שאלת הפטור מהפללה עצמית בהקשר של תביעת נזיקין. אולם אותה מערכת עובדות עשויה, כידוע, להקים גם אחריות נזיקית וגם אחריות פלילית. אין האחד מוציא את האחר. רוצה לומר, העובדה שבעניין גלעד התעוררה הסוגיה בהקשר של הליך אזרחי אינה מעלה ואינה מורידה, שכן באותה מידה היה אפשר להגיש בגין אותה מסכת עובדות גם כתב אישום (וכן לנהל הליכים משמעתיים) נגד הרופאים, נוסף על ההליך האזרחי שהתנהל. הדיון הוא אפוא בשאלת הפטור מהפללה עצמית בכל ההליכים האפשריים – אזרחיים ופליליים כאחד – בגין אותה פעולה רפואית שתוצאותיה לא היו כמצופה.

4. משמעותה של הזכות לפטור מהפללה עצמית

אני סבורה כי תפיסה זו של העדר התחשבות מוחלט בזכויות הרופאים מחמירה מדי עם הרופאים. לתפיסתי, יש להתחשב בזכות הרופאים להגן על עצמם. זכות זו אינה שונה מזכויות דומות הקיימות לכל אזרח בכל עיסוק בכל תחום שהוא, ואיני שותפה לטענה כי הכרה בזכות הרופאים להגן על עצמם סותרת את חובתם האתית. אין ספק שחובתם האתית של הרופאים היא להעמיד את בריאות החולה בראש מעייניהם ולעשות כל אשר לאל ידם כדי לרפאם. אלא שאיני סבורה כי מתן חיסיון לוועדות הבדיקה הפנימיות מתנגש בחובה אתית זו.⁸² דווקא הכרה בזכותם של הרופאים תאפשר להם להעמיד את בריאות החולה בראש מעייניהם ללא חשש. היא תאפשר להם לקיים דיון חופשי כדי "ללמוד וללמד" ולתקן טעויות, כאשר בריאותם של כל המטופלים הבאים היא-היא שמנחה אותם.⁸³ מדובר בתחקירים הנעשים לאחר מעשה, לאחר שהטיפול הרפואי כבר נעשה. במצב דברים זה לימוד התהליך לצורך שיפור בעתיד אינו פוגע בפרט שהטיפול הרפואי שנעשה בו לא הניב את התוצאות המצופות, שהרי ביחס אליו הטיפול כבר כשל. מדובר בהתנהלות שלאחר מעשה, אשר אין בה כדי לשנות את מצבו, שהרי "את שהיה אין להשיב", אך יש בה כדי לשנות את הטיפול במטופלים העתידיים. אם תהליך הלימוד והפקת הלקחים ייעשה באופן אמיתי, יאפשר הדבר לרופא למלא את אחד הציוויים הכלולים בשבועת הרופא: "[ה]רבו חכמה ואל תרפו כי היא חייכם וממנה תוצאות חיים".⁸⁴ אני סבורה

⁸² לדעה שונה ראו דעת המיעוט בדוח ועדת קלינג, לעיל ה"ש 36, בעמ' 89.

⁸³ גישה זו מעוגנת בארצות-הברית בחוק פדרלי משנת 1986 – The Healthcare Quality Improvement Act – אשר מקנה חסינות למשתתפים בוועדות בדיקה פנימיות. הרציונל, אשר בא לידי ביטוי גם בשורה של פסקי-דין, הוא ההבנה כי ללא חסינות לא ישתפו רופאים פעולה, ולא יהיה אפשר להפיק לקחים מאירועים של רשלנות רפואית. ראו להלן בפרק ז.

⁸⁴ לשבועת הרופא ראו אתר ההסתדרות הרפואית הישראלית – www.ima.org.il/mainsitenew/viewcategory.aspx?categoryid=1125.

כי בלימוד ובהפקת הלקחים לשם שיפור הטיפול במטופלים הבאים באה לידי ביטוי המחויבות האתית של הרופא.

5. סיכום

דעתי היא שגם לרופא שמורה הזכות לפטור מפני הפללה עצמית, כפי שהיא שמורה לכל אזרח ולכל בעל מקצוע אחר. הציפייה שהרופאים ינהגו כמלאכים, ולא כבני תמותה, ויותר על זכותם לאי-הפללה עצמית בשם המחויבות הנעלה שנטלו על עצמם לרפא את החולים ובשל שבועת הרופא, אינה נכונה ואינה מציאותית. הפטור מפני הפללה עצמית אינו סותר את המחויבות האתית של הרופאים לרפא את החולה, שכן מדובר בפרוצדורה הנעשית לאחר הטיפול בחולה.⁸⁵ הדיווח על הטיפול הרפואי בוועדות הבדיקה הפנימיות, לצורך לימוד והפקת לקחים, אינו נעשה כחלק מהטיפול בחולה, אלא רק לאחר שהטיפול בו כבר נעשה, ולכן הוא אינו סותר את המחויבות האתית של הרופא, שהיא בראש ובראשונה לרפא.

ה. האם התיאוריות השונות של דיני הנזיקין יכולות לתמוך בגישה הדוגלת בחיסיון ומונעת שימוש בממצאי הוועדה ככלי במסגרת תביעת נזיקין?

1. הקדמה

בבסיס החיסיון שהרופאים מבקשים להטיל על ועדות הבדיקה הפנימיות מצוי רצונם לא להפליל את עצמם, ושממצאי הוועדה לא יהיו כלי במסגרת תביעה נזיקין או בהליכים פליליים ומשמעתיים. מכיוון שההחלטה בפרשת גלעד התייחסה לתביעת נזיקין, והמאמר בוחן את הסוגיה בהקשר של תביעות נזיקין, נבחר אם התיאוריות החברתיות השונות של דיני הנזיקין יכולות לתמוך בדרישה זו.

2. מטרותיהם של דיני הנזיקין

המטרה העיקרית של דיני הנזיקין היא פיצוי הניזוק בגין נזקיו על-מנת לתקן את העיוות שנוצר עקב מעשה העוולה. מדובר בתיקון העיוות במערכת היחסים שבין המזיק לניזוק. מטרת הפיצוי היא להשיב את מצב הניזוק למצב שבו היה אלמלא האירוע הנזיקי.⁸⁶ השבת המצב לקדמותו היא אמצעי למימוש התכלית של צדק

85 אבקש להעיר כי אין כל ספק שאם התחקיר מעלה כי יש טיפול כזה או אחר שיש להציע לחולה, חובה על הרופא להציעו. חובה זו נובעת מחובתו האתית של הרופא – אשר באה לידי ביטוי גם בשבועת הרופא – "לעמוד לימין החולה במצוקתו בכל עת ובכל שעה". שם.

86 ע"א 11152/04 פלוני נ' מגדל חברה לביטוח בע"מ, פ"ד סא(3) 310, 323 (2006); ע"א 518/82

מתקן: על המזיק לתקן את המצב שיצר עקב המעשה הרשלני שעשה, באופן שמצב הניזוק ישוב ככל האפשר להיות כפי שהיה קודם לפגיעה.⁸⁷ תפיסת הצדק המתקן רואה לנגד עיניה את המזיק והניזוק בלבד. על-פי תפיסה זו, דיני הניזיקין אינם נתפסים כמשמשים להשגת מטרות חיצוניות ליחסים שבין המזיק לניזוק.⁸⁸ אם מדובר באירוע אשר נוסף על האחריות בנזיקין עשוי לבסס גם אחריות פלילית, אזי על תכליותיו של ההליך הנזיקי ייתוספו התכליות המצדיקות נקיטת ההליך הפלילי.⁸⁹ עוד נדגיש שהתפיסה היא כי "נזק של הניזוק – ולא התנהגותו של המזיק – הוא המכריע בקביעת הפיצויים",⁹⁰ וכי "צרכיו של הניזוק – ולא יכולתו של המזיק – הם העומדים ביסוד הערכת הנזק בנזיקין".⁹¹ הדגש הוא בצורכי הניזוק, ויכולתו של המזיק אינה מהווה שיקול. המזיק גרם את הנזק, וחובתו להשיב את מצב הניזוק לקדמותו. האמצעים העומדים לרשותו של המזיק אינם מענייניו של הניזוק ואינם מהווים שיקול. השיקול היחיד הוא צרכיו של הניזוק. נזכיר גם את התכליות הנוספות של דיני הניזיקין – צדק חלוקתי⁹² והרתעה.

זייצוב נ' כץ, פ"ד מ(2) 85 (1986); ע"א 357/80 נעים נ' ברדה, פ"ד לו(3) 762 (1982); ע"א 140/00 עיזבון אטינגר נ' החברה לשיקום ופיתוח הרובע היהודי בעיר העתיקה בירושלים בע"מ, פ"ד נח(4) 486 (2004); ע"א 10064/02 "מגדל" חברה לביטוח בע"מ נ' אבו חנא, פ"ד ס(3) 13 (2005); אהרן ברק "הערכת הפיצויים בנזק גוף: דין הניזוק המצוי והרצוי" עיוני משפט ט 243 (1983).

87 קולמוסים רבים נשברו בתיאור הקשיים בהגשמת המטרה של השבת המצב לקדמותו באמצעות פיצוי כספי. נזכיר את דבריו של השופט חשין בע"א 2061/90 מרצלי נ' מדינת ישראל, משרד החינוך והתרבות, פ"ד מז(1) 802, 822 (1993): "בחישוב פיצויים בגין הפסד כושר השתכרות לימים יבואו, נדמים אנו בעינינו כמו היינו מהלכים בארץ הפלאות של עליסה, ארץ בה ניחושים והשערות הן עובדות, ותקוות ומשאלות לב הן מציאות. הוטל עלינו לגלות את צפונות העתיד – עתיד שיהיה ועתיד שלא יהיה – ואנו לא נביאים אנו ולא בני-נביאים." ראו גם את דבריו של השופט ריבלין בעניין אבו חנא, לעיל ה"ש 86, בעמ' 25: "שומת הנזק בגין ראש הנזק של אבדן כושר השתכרות אינה פשוטה אפוא. לא אחת היא ספקולטיבית. להון האנושי אין מחיר שוק".

88 אליעזר ריבלין וגיא שני "תפיסה עשירה של עקרון השבת המצב לקדמותו בתורת הפיצויים הנזיקיים" משפט ועסקים י 499, 503 (2009).

89 ההליך הפלילי, להבדיל מההליך הנזיקי, נתפס כמשמש להשגת מטרות חיצוניות ליחסים שבין המזיק לניזוק, דהיינו, להגנה על ערכים חברתיים הזקוקים להגנה באמצעות המשפט. עם זאת, קיימת התייחסות-גומלין בין שתי מערכות אלה. ראו, לדוגמה, ס' 77 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984, העוסק בתביעה אזרחית נגרת לפלילים. ראו חיה זנדברג זכויות נאשמים: הזכות למשפט נפרד 23 (2001).

90 ברק, לעיל ה"ש 86, בעמ' 253. כן ראו עניין אבו חנא, לעיל ה"ש 86, בעמ' 26.

91 עניין ברדה, לעיל ה"ש 86, בעמ' 775.

92 אריאל פורת נזיקין כרך א 85 (2013); ישראל גלעד דיני נזיקין – גבולות האחריות 64, 312 (2012).

באשר לתכלית האחרונה, התפיסה היא שעל-ידי ענישת המזיק יהיה אפשר להבטיח את כיבוד החוק בעתיד, לקדם התנהגות חברתית ראויה, וכן למנוע או להקטין נזקים מסוג זה.⁹³

3. עקרון השוויון כאחת המטרות של דיני הנזיקין

יש הטוענים כי ראוי להשתמש בכלי הנזיקי כאמצעי לקידום שוויון. אולם גם מי שסוברים כי מבחינה תיאורטית יש מקום לכך מסכימים כי מחסומים תיאורטיים ומעשיים מהווים מכשול לקידום תפיסה זו.⁹⁴ כך, נבחנה האפשרות לראות את דיני הנזיקין ככלי פרוגרסיבי להשגת שוויון במצב של יחסי מיקוח חברתיים לא-שוויוניים. על-פי תפיסה זו, אין זה משנה אם מקורו של אי-השוויון בעוול או בצדק.⁹⁵ קשר אחר בין עקרון השוויון לדיני הנזיקין הוא שימוש בדיני הנזיקין למניעת ניצול יחסי כוח, וזאת באמצעות תפיסתו של עקרון השוויון כזכות עצמאית.⁹⁶ בפסיקת בית-המשפט אפשר למצוא אמירות המכוונות להשגת מטרה של שוויון, אם כי השוויון שבית-המשפט מכוון אליו אינו בא "לתקן" יחסי כוח לא-שוויוניים, כי אם לפסוק פיצוי אחד ושווה, ובאמצעותו לקדם את השוויון.⁹⁷

93 ריבלין ושני, לעיל ה"ש 88.

94 יפעת ביטון "ההגנה על עקרון השוויון בדיני הנזיקין והאחריות ברשלנות במסגרת יחסי-כוח" משפטים לח 145 (2008); צחי קרן-לי זה עולה יותר: דחיית הטענות בדבר חוסר לגיטימיות ועלות מוגזמת הנטענות כלפי קידום השוויון במשפט הפרטי" משפט וממשל ז 541 (2004). יש לציין כי עקרון השוויון הוא אך אחד מבין עקרונות רבים מוצעים: "הגבלת דיני הנזיקין לגזרה הצרה שמקצה להם הצדק המתקן תוך התעלמות משיקולים וממטרות ראויים וחשובים כצדק חלוקתי, שוויון חברתי, הגינות, יעילות, טובת הכלל, חלוקת סיכונים הוגנת בחברה, פיזור, הרתעה ועוד – הגבלה כזאת נחזית בעליל כבלתי ראויה וככזו שיישומה עלול להביא לתוצאות בלתי רצויות." גלעד, לעיל ה"ש 92, בעמ' 64.

95 ביטון, לעיל ה"ש 94, בעמ' 152.

96 שם.

97 לגישה שונה של בית-המשפט ראו ע"א 5118/92 חברת אלטריפי ללתעהודא אלעאמה בע"מ נ' סלאימה, פ"ד נ(5) 407 (1997). בית-המשפט אישר את סכום הפיצויים שפסק בית-המשפט המחוזי לניזוק-ילד, וציין כך (שם, בעמ' 416–417):

"מסקנת השופטת, שלפיה צפוי היה התובע לעבוד בעבודת כפיים, מתיישבת היטב עם נטיית בני משפחתו, שכולם עובדי כפיים, ועם הצלחתו המוגבלת של התובע בלימודיו. השופטת בחנה את השכר הממוצע שהיה התובע יכול להרוויח כעובד כפיים בישראל ובשטחים, וקבעה כי יכולת ההשתכרות שלו נמצאת בין שני ממוצעים אלה. אף בכך אין פגם..."

בעניין אבו חנא, לעיל ה"ש 86, בעמ' 47–48, התייחס השופט ריבלין לפסיקה שלעיל, וכך הסביר אותה (אף שבהמשך דבריו הסתייג ממנה):

בעניין אבו חנא פסק בית-המשפט לילדה מהפזורה הבדווית פיצוי בגין הפסד כושר השתכרות לפי השכר הממוצע במשק, ולא לפי רמות השכר של בני משפחתה והשכר המקובל באזור מגוריה (שהיו נמוכים במידה משמעותית מהשכר הממוצע במשק). וכך אומר בית-המשפט:

"חייב המזיק בפיצוי לפי השכר הממוצע במשק אך מניח כי כל קטין עומד לעצמו, עתידו לפניו, כי העולם אינו עומד מלכת, וכי אין להקפיא את תמונת המצב בהווה לצורך הפיצוי בגין נזקי העתיד. במילים אחרות, ובאספקלריה של גישת הצדק המתקן, לא יהא זה נכון לומר כי בגישתנו אנו הופכים את המזיק כלי להשגת מטרות חברתיות ולתיקון חוסר צדק המובנה בחברה. המזיק מחויב בפיצוי המשקף את שנגרע מן הניזוק..."⁹⁸

4. האם התיאוריות של דיני הנזיקין יכולות לתמוך בגישה הדוגלת בחיסיון של ועדות הבדיקה הפנימיות?

התיאוריות המסורתיות של דיני הנזיקין – צדק מתקן, צדק חלוקתי והרתעה – יוצרות קושי תיאורטי בקבלת הגישה הדוגלת בחיסיון של ועדות הבדיקה הפנימיות. דיני הנזיקין מתמקדים בניזוק, ומטרתם המרכזית היא להשיב את מצבו לקדמותו. מצבו של המזיק, בעיותיו ויכולותיו הכלכליות אינם מעניינם של דיני הנזיקין. התפיסה הנזיקית אינה מתעניינת ברצונו של המזיק, ביכולתו או בנזק שעלול להיגרם לו עקב הפיצוי שיושת עליו.⁹⁹ כיבוד רצונם של הרופאים לפטור

"מהו הטעם העומד מאחורי תוצאה זו? נראה כי הנימוק העיקרי הוא זה: פערי ההכנסה בחברה הם בעיה חברתית-כללית, ואין זה צודק להטיל את מחיר השוויון על נחבע מקרי שפגע למשל בנתבעת-ילדה או בנתבע-בן מיעוטים. גם אין זה צודק – כך ממשיך הטיעון – לזכות את אותם נתבעים אקראיים בפיצוי העולה על ההשתכרות שהייתה צפויה להם בשוק העבודה שבו שוררת מציאות של הפליה. מטרתם של דיני הפיצויים בניזוקין, כך היא הטענה, היא להשיב את המצב לקדמותו – קדמותו האמיתית ולא הרצויה – וזאת על בית המשפט לעשות על יסוד קריאה אמיתית של המציאות, גם אם המציאות אינה נושאת חן בעיניו."

98 עניין אבו חנא, לעיל ה"ש 86, בעמ' 53. ראו גם פורת, לעיל ה"ש 92, בעמ' 85; גלעד, לעיל ה"ש 92, בעמ' 64 ו-312.

99 כך, למשל, לא נקבל את הטיעון שפסיקת הפיצויים תגרום לקריסת עסקיו של המזיק, לפשיטת-רגל שלו, להרעת היחסים בתוך התא המשפחתי שלו ועוד ועוד. הדין הנזיקי מתעלם גם ממוגבלות פיזית או נפשית של המזיק, הגם שייתכן שזו מנעה ממנו שיקול-דעת או אפשרות לפעול אחרת. ראו בלהה כהנא חבות של הורים בניזוקין כלפי ילדיהם 181 (2008).

מהפללה עצמית אינו מתיישב אם כן עם מטרותיהם של דיני הנזיקין, שכן כיבוד כזה מתחשב במזיק, ולא בניזוק. הדבר היה נכון שבעתיים אילו התקבלה התפיסה התיאורטית הרואה בכלי הנזיקי כלי המקדם שוויון, שהרי אין ספק בדבר קיומו של חוסר שוויון בין רופאים למטופלים. לרופא יש כוח רב – הן באופן מוחלט הן באופן יחסי. אילו התקבלה התפיסה הרואה את דיני הנזיקין כמקדמים שוויון, היה קשה עוד יותר לשכנע כי מוצדק להטיל חיסיון על דוחות של ועדות בדיקה פנימיות, שכן חיסיון כזה רק מעצים את חוסר השוויון בין רופאים למטופלים. לעומת זאת, תפיסת השוויון בהתייחס לגובה הפיצוי, כפי שהתקבלה בפסיקה בעניין אבו חנא, אינה סותרת את דרישת הרופאים לפטור מהפללה עצמית, הואיל והיא מתמקדת במסקנה שאין "להקפיא את תמונת המצב בהווה לצורך הפיצוי בגין נזקי העתיד"¹⁰⁰ כבסיס להערכת הנזק. הטלת חיסיון על דוחות של ועדות הבדיקה הפנימיות עשויה אומנם להשפיע על דרכי ההוכחה (ובעקיפין, כמובן, גם על הסיכוי לקבלת התביעה), אך אין בה כדי להשפיע באופן ישיר על גובה הפיצוי.

5. סיכום

הגישה המקבלת את דרישת הרופאים לפטור מהפללה עצמית ולהטלת חיסיון על דוחותיהן של הוועדות הפנימיות סותרת את מטרותיהם של דיני הנזיקין. קל לכן להשתמש בעובדה זו כטיעון נוסף נגד הטלת חיסיון על ועדות הבדיקה הפנימיות. דא עקא, אותה מסכת עובדות שעלולה להקים אחריות בנזיקין עלולה להקים גם אחריות בפלילים. אי־אפשר לבודד את האחד מן האחר, ועל־כן אין זה צודק לבחון את הסוגיה מבעד למשקפיו הצרים של הדין הנזיקי, הגם שזו הייתה ההתמקדות בעניין גלעד. יש להתייחס לסוגיה בצורה הוליסטית, ולבחון את כל התוצאות האפשריות של ההפללה העצמית, ולא רק דרך המבט הצר של דיני הנזיקין. הסתכלות כזו מטה את הכף, שכן תכליותיו של הדין הפלילי הן תכליות חברתיות,¹⁰¹ ושאלת הטלת החיסיון על דוחותיהן של הוועדות הפנימיות היא שאלה של מטרות וערכים חברתיים.

100 עניין אבו חנא, לעיל ה"ש 86, בעמ' 53.

101 ראו לעיל ה"ש 89. כן ראו אהרן ברק פרשנות במשפט כרך ב – פרשנות החקיקה, שער שישי, פרק 7 ("חזקות המשקפות ביטחון, ודאות והרמוניה במשפט"), 583 (1993).

ו. חיסיון, חוק חופש המידע וחוק השיפוט הצבאי כתשתית רעיונית להותרת החיסיון של ועדות הבדיקה הפנימיות

1. הקדמה

המשפט מכיר בצורך להגן על מידע ועל נותן המידע. הגנה על מידע נובעת מהכרה של החברה בזכויות שונות, כגון צנעת הפרט, או בחשיבותו של חיסיון בסיטואציות מסוימות, דוגמת חיסיון עיתונאי-מקור. לצד זה, חוק חופש המידע מבטא תפיסה ברורה שעל-פיה לכל אזרח יש זכות לקבל מידע מרשות ציבורית. על הזכות לקבל מידע במישור הפרטי לגבי עניינים שהפרט היה מעורב בהם אין צורך להכביר מילים. על קצה המזלג נאמר כי הפתרון למתח שבין החיסיון לבין חופש המידע הוא לעיתים מתן "חיסיון יחסי", להבדיל מ"חיסיון מוחלט". אלא שפתרון-ביניים של חיסיון יחסי יפה למקרים מסוימים, ואינו מתאים לאחרים. לשני אלה – גם לחיסיון היחסי וגם לחיסיון המוחלט – יש מקום בשיטת המשפט שלנו, כמו בשיטות משפט מודרניות אחרות.

2. חיסיון

המשפט מכיר במצבים רבים שבהם יש לקבוע חיסיון על מידע, שמשמעו שהמידע אינו גלוי לכלל. לעיתים מדובר במידע שאין לגלותו בשום תנאי, ולעיתים מדובר במידע שיש לגלותו בהתקיים נסיבות מסוימות. פקודת הראיות מכירה בשורה של חסיונות: חיסיון לטובת המדינה,¹⁰² חיסיון לטובת הציבור,¹⁰³ חיסיון רופא,¹⁰⁴ חיסיון פסיכולוג,¹⁰⁵ חיסיון עובד סוציאלי,¹⁰⁶ חיסיון עורך-דין – לקוח¹⁰⁷ וחיסיון כוהן-דת.¹⁰⁸ חסיונות נוספים מוסדרים בדברי חקיקה ספציפיים: פקודת הבנקאות,¹⁰⁹ חוק ועדות חקירה,¹¹⁰ חוק מבקר המדינה,¹¹¹ ועוד. נוסף עליהם קיימים חסיונות

¹⁰² ס' 44 לפקודת הראיות.

¹⁰³ ס' 45 לפקודת הראיות.

¹⁰⁴ ס' 49 לפקודת הראיות.

¹⁰⁵ ס' 50 לפקודת הראיות.

¹⁰⁶ ס' 50א לפקודת הראיות.

¹⁰⁷ ס' 48 לפקודת הראיות. ראו גם: רע"פ 8873/07 היינץ נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 2.11.2011).

¹⁰⁸ ס' 51 לפקודת הראיות.

¹⁰⁹ פקודת הבנקאות, 1941, ע"ר תוס' 1, 67.

¹¹⁰ חוק ועדות חקירה, התשכ"ט-1968, ס' 20א.

¹¹¹ חוק מבקר המדינה [נוסח משולב], התשי"ח-1958.

יציר הפסיקה שאינם קבועים בחוק, כגון חיסיון עיתונאי.¹¹² הכלל הוא שחיסיון הוא חיסיון יחסי אלא אם כן החוק קבע אחרת. משמעות הדבר היא שהוא ניתן להסרה על-ידי בית-המשפט מקום שהצורך בגילוי הראיה לשם עשיית צדק עולה על העניין שיש באי-גילוייה.¹¹³ לגבי חיסיון עורך-דין – לקוח וחיסיון כוהן-דת כלפי מי שהתוודה לפניו הכיר החוק בחיסיון מוחלט: "...חיסיון מוחלט אינו מאפשר את גילוי המסמכים החוסים תחתיו בשום תנאי."¹¹⁴ בהענקת חיסיון מוחלט הכיר המחוקק בכך שלעיתים גילוי האמת נסוג מפני אינטרסים אחרים: "לעיתים נדרש איזון בין הצורך לגלות את האמת לבין הגשמת אינטרסים של הפרט והציבור, המצדיקים הענקת חיסיון."¹¹⁵

3. "חיסיון מוחלט", "חיסיון יחסי" ומה שביניהם

עיון ברשימת החסיונות מלמד שיש מהם המתייחסים למידע שהוא נחלת הכלל – כגון חיסיון לטובת המדינה, חיסיון של ועדות חקירה או חיסיון עיתונאי – ויש מהם המתייחסים למידע שהוא נחלת הפרט, דוגמת חיסיון פסיכולוג, חיסיון עובד סוציאלי וחיסיון עורך-דין – לקוח. החיסיון מושא דיונו, המתייחס לוועדות הבדיקה הפנימיות בבתי-החולים, נמנה עם הסוג השני. נזכיר כי ועדות הבדיקה הפנימיות הן ועדות בדיקה המוקמות בבתי-חולים לצורך דיון והפקת לקחים ביחס לטיפול רפואי במטופל ספציפי אשר לא הניב את התוצאה המצופה והסב לו נזק חמור. בחיסיון לטובת הכלל מדובר במידע שככלל הקשר בינו לבין הפרט חלש יותר. רוצה לומר, בחיסיון לטובת הכלל מדובר במידע המתייחס לציבור, אשר רק לעיתים עשוי לכלול גם מידע המתייחס לפרט זה או אחר. כאשר מדובר במידע המתייחס לפרט, כל המידע כולו מתייחס לפרט אחד ויחיד. על פניו, חיסיון של מידע הנוגע בפרט מפני הפרט עצמו נראה קשה, בלתי-סביר, מטריד. זו המטריה שאנו עוסקים בה.

112 עניין ציטרין, לעיל ה"ש 71. על חיסיון, חסינות וקבילות ראו ת"א (מחוזי י"ם) 48074-06-11 הימנותא בע"מ נ' ג'אנופולוס (פורסם בנבו, 5.7.2015).

113 "על דרך הכלל, חיסיון יש לפרש על דרך הצמצום. מכאן, שחיסיון סטטוטורי מוחלט מצריך אמירה מפורשת של המחוקק, כפי שעשה לגבי חיסיון עו"ד – לקוח או חיסיון איש דת... ובהיעדר קביעה מפורשת של המחוקק, יש לפרש את החיסיון כיחסי." בש"פ 5535/13 מדינת ישראל נ' שימשילשווילי, פס' 11 (פורסם בנבו, 15.8.2013).

114 רע"א 6122/14 בנק הפועלים בע"מ נ' נשר, פס' 7 (פורסם בנבו, 6.5.2015).

115 עניין גלעד, לעיל ה"ש 1, בעמ' 522. ראו גם בר"ש 2180/13 רוטנשטרייך נ' הועד המחוזי של לשכת עורכי הדין בת"א (פורסם בנבו, 26.6.2013); ע"ם 3908/11 מדינת ישראל הנהלת בתי המשפט נ' עיתון דה מרקר באמצעות עיתון הארץ בע"מ (פורסם בנבו, 22.9.2014).

גם כאשר מדובר במידע שמתייחס לכלל אך כולל מידע הנוגע בפרט, זכותו של הפרט חזקה מזכות הכלל. אם, לדוגמה, מתעוררת שאלת חיסיון ביחס לתחקיר צבאי בגין פעילות שבה נפגע חייל, והחייל או בני משפחתו מבקשים לקבל את המידע, זכותם עולה על זו של עיתונאי המבקש לקבל אותו מידע, שכן הקשר של האחרון למידע חלש יותר. גם הפגיעה שתיגרם לעיתונאי מאי-הסרת החיסיון תהא כמובן פחותה מזו שתיגרם לחייל או לבני משפחתו.

יכול גם שתועלה טענה כי הסרת חיסיון ממידע המתייחס לכלל עלולה לגרום פגיעה חמורה מזו שתיגרם על-ידי הסרת חיסיון ממידע המתייחס לפרט. כך, בדוגמה שהובאה לעיל, גילוי תחקיר צבאי עלול לפגוע בבטחון המדינה, פשוטו כמשמעו.¹¹⁶ לעומת זאת, הנזק מגילוי מסקנותיה של ועדת חקירה רפואית פנימית הוא נקודתי; הוא עשוי לפגוע רק ברופא מסוים או בצוות רופאים מסוים. לכן, כאשר על כף המאזניים מונחים נזק חמור מול פגיעה חמורה פחות, ההתייחסות להסרת חיסיון של מידע הנוגע בפרט אמורה להיות מקילה וגמישה הרבה יותר. המסקנה המתבקשת לכאורה היא שאין מקום להטיל חיסיון על ועדות בדיקה פנימיות, שהרי המידע שבהן מתייחס לפרט, ואם יש בכלל-זאת מקום להטיל חיסיון, עליו להיות חיסיון יחסי.

4. ההצדקה להטלת חיסיון מוחלט על מידע הנוגע בפרט

עם החסינויות של מידע הנוגע בפרט נמנים, בין היתר, חסיון פסיכולוגי, חסיון עובד סוציאלי, חסיון עורך-דין-לקוח וחסיון כוהן-דת. החיסיון, ככל שהוא מתייחס לפרט, יכול להיות חיסיון לטובת הפרט או חיסיון לטובת בעל-המקצוע. בדרך-כלל החיסיון נועד להגן על הפרט מפני חשיפת מידע על-אודותיו, אולם ייתכנו מצבים שבהם ייקבע כי החיסיון הוא לטובת בעל-המקצוע – הפסיכולוג, העובד הסוציאלי. במקרה כזה גם הפרט עצמו, המטופל, לא יוכל לעיין במסמכים שנערכו בעניינו. קיימים קווי דמיון בין ועדות הבדיקה הפנימיות מושא דיוננו לבין תסקיר עובד סוציאלי, תסקיר שירות מבחן ודוח פסיכולוגי. בשלושת אלה החיסיון עשוי להיות לטובת בעל-המקצוע, ולא לטובת הפרט. חיסיון לטובת

116 מסיבה זו דיונים שעוסקים בבטחון המדינה נערכים כמעט תמיד בדלתיים סגורות, וזאת בניגוד למשפטים אזרחיים ופליליים רגילים, שלגביהם נהוג ככלל עקרון פומביות הדיון. הכלל הרווח במשפטים על-פי חוק בטחון המדינה (חוק דיני העונשין) (בטחון המדינה, יחסי חוץ וסודות רשמיים), התשי"ז-1957) הינו הפוך. עקרונות דומים חלים, כאמור, על פרסום פסקי-הדין. אין כמעט בנמצא פסיקה גלויה המתייחסת לנושאים של בטחון המדינה. מנחם הופנונג ישראל – בטחון המדינה מול שלטון החוק 129 (2001).

בעל-המקצוע הוא חיסיון מפני הפרט,¹¹⁷ והפגיעה בפרט מחיסיון כזה עלולה לכאורה להיות חמורה. למרות זאת היא הוכרה לא אחת על-ידי בתי-המשפט.¹¹⁸ כך, בפרשת פלוני¹¹⁹ קבע בית-המשפט כי יש חיסיון על תסקיר שירות מבחן, ולא אפשר לעציר ולבא-כוחו לעיין בו. מדובר אם כן בסיטואציה שבה העציר שם את מבטחו בעוכר סוציאלי או בפסיכיאטר, מספר להם דברים שעל בסיסם נכתב תסקיר אשר חורף במידה רבה את גורלו אם ישהה במעצר (לרוב מעצר עד תום הליכים) או ישוחרר, ואף-על-פי-כן אין כאמור לעציר זכות לעיין בו ולהתגונן מפניו. בתי-המשפט, במקרה זה ובאחרים,¹²⁰ הכירו בחיסיון כזה ומנעו מעצירים ומנאשמים את קבלת המידע על-אודותיהם, על יסוד הקביעה כי התסקירים נהנים מחיסיון. ביסודן של החלטות אלה ניצבת התפיסה שמול זכות הפרט לדעת הכל על שנעשה או לא נעשה בגופו, או על ניתוח פסיכולוגי של התנהגותו ואישיותו, עומדים אינטרסים אחרים שראויים להגנה, אשר לעיתים חזקים מהאינטרס החזק מאוד של הפרט. האינטרסים שעמדו מול אינטרס הנאשם או העציר והיוו בסיס לאי-הסרת החיסיון היו, בין היתר, האינטרס "שאנשים שמסרו או ימסרו בעתיד מידע לשירות המבחן ולרשויות האחרות, ימשיכו לעשות כן בהסתמך על סודיותו הנמשכת" וכן האינטרס "של שמירת פרטיות ה'אחרים' המשתפים פעולה עם שירות המבחן".¹²¹ כן התקבל הטיעון בדבר "החשש למדרון חלקלק ולכך

117 ע"פ 3472/11 פלוני נ' מדינת ישראל, עמ' 29 (פורסם בנבו, 3.9.2012).

118 ראו, למשל, בש"פ 756/15 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 8.3.2015); ע"פ 8974/07 לין נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 3.11.2010); פרשת פלוני, לעיל ה"ש 117; ת"פ (מחוזי נת) 34066-02-10 מדינת ישראל נ' עזרא (פורסם בנבו, 24.5.2011); בג"ץ 2754/94 לוי נ' שרת העבודה והרווחה, פ"ד נ(4) 353, 361 (1996).

119 לעיל ה"ש 117. אעיר כי בפרשת פלוני דובר בקטין, אולם ההבדל בשאלת החיסיון בין קטין לבגיר אינו משמעותי. ראו לעניין זה שם, בעמ' 16.

120 ראו לעיל ה"ש 118.

121 פרשת לוי, לעיל ה"ש 118, בעמ' 362. ראו גם את דבריו של השופט ג'ובראן בפרשת פלוני, לעיל ה"ש 117, בעמ' 29: "במסגרת זאת, עמד חברי השופט זילברטל על ארבעה שיקולים מרכזיים המצדיקים את הפגיעה – העובדה כי עמדת תסקיר שירות המבחן היא בגדר המלצה בלבד; היות שירות המבחן 'זרועו הארוכה' של בית המשפט (משמע, גוף אובייקטיבי שאינו נוטה לטובת מי מהצדדים); החשש כי גילוי המידע יוביל לפגיעה ביכולתו של שירות המבחן לבצע את תפקידו נאמנה (משמע, חשש מפני 'אפקט מצנן')"; והאפשרות הנתונה לנאשם שלא לשתף פעולה עם שירות המבחן. חברי השופט י' עמית הוסיף כטעם חמישי לאי חשיפת חוות הדעת את החשש מפני 'מדרון חלקלק'. ראו גם חיה כגן-זנדברג "על מעמדו של שירות המבחן בהליך הפלילי" משפטים כה 435 (1995). כגן-זנדברג מדגישה פן אחר, אשר מצדיק דווקא גילוי של תסקיר שירות המבחן: "חשש לאמינותו של המידע הכלול בתסקיר ודאגה להגנותו של ההליך הפלילי. ככל עדות שמיעה, מידע שנתקבל מבלי שיעבור בכור ההיתוך

שדבר יוביל לדבר. ממסירת חוות הדעת והאבחון, קצרה הדרך לבקשה לקבל את חומר הגלם ודפי העבודה ששימשו לעריכתם וכן לחקירת עורכי חוות הדעת והאבחון.¹²² זכות הנאשם או העציר לעיין בתסקיר של שירות המבחן או בחוות דעת פסיכולוגיות ואחרות שעליהן התבססו שירות המבחן נדחתה מטעמים של טובת הציבור.¹²³ הטעמים שהועלו דומים לטעמים שהועלו בעניין חסינותן של ועדות הבדיקה הפנימיות. לעיתים, באיזון הנדרש, בית המשפט נותן משקל רב יותר לטובת הציבור. נדגיש שקיים שוני מהותי בין תסקירים של שירות המבחן לבין דוחות של ועדות בדיקה פנימיות. בעוד הראשונים הם "זרועו הארוכה" של בית המשפט, וחזקה עליהם שהם פועלים לטובת העניין, ועדות הבדיקה הפנימיות אינן ניטרליות. משתתפי הוועדה "נגועים" לרוב בחוסר אובייקטיביות מובהק, שכן הם חלק מהבירור; למעשה, הם לב-ליבו של הבירור שנעשה בוועדה. אולם בהיבט של הטלת חיסיון הפוגע בפרט לשם הגנה על טובת הציבור יש קווי דמיון בין המוסדות הללו, השונים כל-כך במהותם.¹²⁴

5. חוק חופש המידע

נקודת המוצא של חוק חופש המידע היא ש"לכל אזרח ישראלי או תושב, הזכות לקבל מידע מרשות ציבורית".¹²⁵ בהתאם לכך החוק קובע שורה של הוראות המחייבות גופים ציבוריים להעמיד מידע לעיון הציבור, ואף מטיל עליהם חובה

של החקירה הנגדית, ולא כל שכן מבלי שהצדדים יוכלו לעיין בו ולטעון כנגדו, הוא מידע שאין כל ערובה למהימנותו, ואין זה הוגן שבית המשפט יגזור את דינו של הנאשם על סמך מידע כגון זה" (שם, בעמ' 448). בהקשר של חשש זה נאמר עוד: "איש לא יטען שקציני מבחן אלה, שהם מוכשרים מאד, פעילים מאד, טובים מאד – שהם כולם בבחינת אפיפיור, אשר הקתולים מאמינים שלעולם אינו טועה. הוא עלול לטעות באיסוף אינפורמציה ולכתוב דברים שבכלל אינם נכונים." חברה הכנסת אליהו מרידור, ד"כ 43, 2439 (התשכ"ה), מצוטט אצל כגן-זנדברג, שם, בעמ' 449. נדגיש כי על-פי ס' 191 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982, החיסיון אינו מוחלט. בנתונים מסוימים יש לבית המשפט שיקול-דעת להורות על הסרתו.

122 פרשת פלוני, לעיל ה"ש 117, בעמ' 27.

123 יש שהעלו, לצד הנימוקים המתייחסים לטובת הכלל, גם נימוקים המתייחסים לטובת הפרט, קרי, החשש שהנאשם עצמו ייפגע אם ייחשף למידע שבתסקיר: "הנאשם עשוי להיפגע בשל העיון בתסקיר: בתסקיר עלול להימצא מידע אישי הנוגע לנאשם, אשר אינו ידוע לו. מידע זה, אם יודע לנאשם, עשוי לפגוע בו ובסיכווי שיקומו." כגן-זנדברג, לעיל ה"ש 121, בעמ' 449.

124 ראו דב לוין "גוזרים את הדין" המשפט א 185, 197 (1993). ויש שיאמרו לטובת העציר או הנאשם – ראו כגן-זנדברג, לעיל ה"ש 121, בעמ' 444.

125 ס' 1 לחוק חופש המידע. על החוק ומטרותיו ראו הלל סומר "חוק חופש המידע: הדין והמציאות" המשפט ח 435 (2003).

למנות ממונה על העמדת המידע לרשות הציבור. אלא שגישה ליברלית זו הוגבלה בשורה של הגבלות אשר אוסרות גילוי מידע בנושאים ובעניינים מסוימים, כגון "מידע אשר בגילוי יש חשש לפגיעה בבטחון המדינה, ביחסי החוץ שלה, בבטחון הציבור או בבטחונו או בשלומו של אדם",¹²⁶ מידע שגילוי מהווה פגיעה בפרטיות¹²⁷ ועוד. לצד זה החוק משאיר לגוף הציבורי שיקול-דעת אם למסור סוגים מסוימים של מידע. כך, החוק קובע שרשות ציבורית אינה חייבת למסור מידע בנוגע למדיניות הנמצאת בשלבי עיצוב,¹²⁸ בנוגע לפרטי משא-ומתן¹²⁹ ועוד ועוד פטורים נקודתיים או כלליים. במקרים אלה שמורה לרשות הזכות להחליט אם למסור את המידע אם לאו. בחוק יש שני פטורים כלליים שעשויים להיות רלוונטיים לענייננו: הפטור האחד מתייחס ל"מידע אשר גילוי עלול לשבש את התפקוד התקין של הרשות הציבורית או את יכולתה לבצע את תפקידה",¹³⁰ ואילו הפטור האחר מתייחס ל"מידע בדבר דיונים פנימיים, תרשומות של התייעצויות פנימיות בין עובדי רשויות ציבוריות, חבריהן או יועציהן, או של דברים שנאמרו במסגרת תחקיר פנימי, וכן חוות דעת טיוטה, עצה או המלצה, שניתנו לצורך קבלת החלטה, למעט התייעצויות הקבועות בדיון".¹³¹ בעניין פלונית¹³² נסב הדיון סביב שאלת זכותה של פלונית לקבל מאת הרשויות פרטים על-אודות המידע שנמסר להן ואשר הוביל לבדיקתה בכפייה על-ידי הפסיכיאטר המחוזי, אשר קבע בסופו של דבר כי אין מקום להתערבות טיפולית.¹³³ נקודת המוצא של בית-המשפט הייתה

126 ס' 9(א)(1) לחוק.

127 ס' 9(א)(3) לחוק.

128 ס' 9(ב)(2) לחוק.

129 ס' 9(ב)(3) לחוק.

130 ס' 9(ב)(1) לחוק.

131 ס' 9(ב)(4) לחוק.

132 עניין פלונית, לעיל ה"ש 64.

133 בית-המשפט עמד על כך שההכרעה בעניין זה צריכה להינתן על יסוד פרשנות של שניים מבין שלושת החוקים הרלוונטיים לסוגיה שהובאה לדיונו: "שלושה חוקים הם לענייננו, ואלה הם השלושה: חוק טיפול בחולי נפש, התשנ"א-1991 (חוק הטיפול או חוק טיפול בחולי נפש); חוק זכויות החולה, תשנ"ו-1996; חוק חופש המידע, תשנ"ח-1998. שני החוקים הראשונים מכילים הוראות מפורשות באשר למסירת מידע לחולה ולמטופל, ועל-כן נזכר חוק חופש המידע אך בשוליים. אף אנו לא נעמוד על חוק חופש המידע בהניחנו כי הסוגיה שלפנינו תמצא את פתרונה – ואכן מוצאת היא את פתרונה – בשני החוקים האחרים בין בהיותם חוקים ספציפיים בין אחרת. השוו עוד: סעיפים 14(א)(11) ו-20 לחוק חופש המידע. שם, בעמ' 152. בית-המשפט לא דן אפוא ספציפית בהוראת ס' 14(א)(11) לחוק חופש המידע, משום שהוא סבר כי אין ההסדר שבו מוסיף על ההסדר הקיים בשני החוקים הראשונים, ומכאן, להבנתנו, הפרשנות והאיזונים זהים.

שלמטופל יש זכות לקבל את מלוא המידע על-אודות מצבו הרפואי. אך לצד זאת הכיר בית-המשפט בכך שזכות זו מוגבלת, ולא תתקיים במצבים מסוימים שהוגדרו בחוק. האיזון שערך בית-המשפט באותו מקרה לא נתן העדפה לזכות החולה לקבל את המידע. בית-המשפט סבר כי קיימים שיקולים אחרים שאין להקל בהם ראש, וכי ייתכן שהם יגברו.¹³⁴

6. היחס בין חוק חופש המידע לחוק זכויות החולה

חוק חופש המידע מוציא מתחולתו סוגים שונים של מידע וכן שורה של רשויות ציבוריות.¹³⁵ ההנחה הגורפת של החוק היא כי לכל אדם יש זכות לקבל כל מידע מרשות ציבורית, אולם זכות זו נסוגה ביחס לסוגי מידע מסוימים המפורטים בחוק: "מידע בדבר דיונים פנימיים, תרשומות של התייעצויות פנימיות בין עובדי רשויות ציבוריות, חבריהן או יועציהן, או של דברים שנאמרו במסגרת תחקיר פנימי, וכן חוות דעת, טיוטה, עצה או המלצה, שניתנו לצורך קבלת החלטה, למעט התייעצויות הקבועות בדין".¹³⁶ החוק מוציא גם שורה של גופים ציבוריים מחובת הגילוי, ובכלל זה גם "כל רשות מעין-שיפוטית, שתפקידה לדון במצבו הרפואי של אדם – לגבי הליכים בפניה".¹³⁷

איני סבורה שוועדות בדיקה פנימיות עונות על ההגדרה של "רשות מעין-שיפוטית", ולפיכך נקודת המוצא היא שוועדות אלה לא הוצאו מתחולת החוק. אולם אני סבורה כי המידע שוועדות אלה מייצרות נכנס עקרונית להגדרה של "מידע בדבר דיונים פנימיים" או דברים שנאמרו במסגרת "תחקיר פנימי", אשר מהווים חריג לחובת מסירת המידע כמפורט לעיל.¹³⁸ אלא שחוק זכויות החולה הוא חוק ספציפי ומאוחר, ולפיכך הוראותיו גוברות. הסייג של דיונים פנימיים אינו מתקיים אפוא ביחס לוועדות הבדיקה הפנימיות.¹³⁹

134 באותו מקרה החליט בית-המשפט להמתין להחלטתה של ועדת האתיקה בטרם יכריע בנושא. ראו עניין פלוגית, לעיל ה"ש 64.

135 ס' 14(א) לחוק חופש המידע.

136 ס' 9(ב) לחוק חופש המידע.

137 ס' 14(א) לחוק חופש המידע.

138 אני סבורה שחוק חופש המידע חל על בתי-חולים מכוח ס' 2(9) או 2(10) לחוק.

139 ראו ד"נ 36/84 טייכנר נ' איר-פרנס נתיבי אוויר צרפתיים, פ"ד מא(1) 589 (1987). נבקש להעיר גם שס' 20 לחוק חופש המידע מכיל סעיף שמירת דינים: "אין בהוראות חוק זה כדי לגרוע מתוקפו של חיקוק המחייב, המתיר, האוסר או המסדיר באופן אחר גילוי או מסירה של מידע שבידי רשות ציבורית".

איני טוענת לסתירה בין שני החוקים, אך אני סבורה כי יש מקום לשנות את הוראות חוק זכויות החולה בכל הנוגע בוועדות הבדיקה הפנימיות.¹⁴⁰ הפטורים הגורפים בחוק חופש המידע על סוגים שונים של מידע, כמפורט לעיל, תומכים בכיוון חשיבה זה.

הפטור הגורף שניתן לרשות מעין-שיפוטית הדנה במצבו הרפואי של אדם והפטורים ביחס לסוגי מידע שונים, כגון "דיונים פנימיים", "התייעצויות פנימיות" ו"תחקיר פנימי", נועדו לאפשר חופש דיבור וחופש פעולה לדוברים במסגרות כאלה, על-ידי הקניית ביטחון שהדברים הנאמרים יישארו בגבולות המקום והזמן, ושאיש לא יוכל להסתמך עליהם כדי לטעון דבר נגד הדובר או אדם אחר.¹⁴¹ הרציונל העומד מאחורי הפטורים שבחוק חופש המידע הוא מניעת חשש שהדברים שייאמרו יגיעו לאוזניים שהם לא כווננו להגיע אליהן ויזיקו לדובר עצמו או לאנשים אחרים הקשורים לאירוע. חשש כזה ימנע את הדובר מלדבר באורח חופשי, מלמסור את מלוא המידע ומלהביע את דעתו, וממילא תוצאותיו של אותו דיון או של אותו הליך לא יהיו מיטביות.

7. הסדר החיסיון שבחוק השיפוט הצבאי

חוק חופש המידע מוציא מתחולתו באופן גורף כמעט את הגופים העוסקים בבטחון המדינה: צה"ל, השב"כ, המודיעין ומשרד הביטחון.¹⁴² חוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955, מסדיר את הסוגיה.

כותרתו של סעיף 539 לחוק השיפוט הצבאי, העוסק בנושא, היא "זכותו של חייל בחקירה הנוגעת לשמו הטוב". כותרת הסעיף מלמדת על כוונת המחוקק ועל החשיבה העומדת מאחורי ההסדרה.

החיסיון שבחוק השיפוט הצבאי הוא חיסיון מוחלט מפני הפללה עצמית וחיסיון יחסי ביחס לפרוטוקולים ולמסקנות.¹⁴³ החוק מאפשר את העברת העדויות והמסקנות

140 כוונתי לוועדות הבדיקה הפנימיות שמוקמות על-ידי בתי-החולים באופן וולונטרי, ולא לוועדות הבדיקה החיצוניות. ראו לעיל תת-פרק א'7.

141 ברשות מעין-שיפוטית, מטבע הדברים, למשתתפים אין מעורבות אישית, להבדיל מוועדות חקירה פנימיות. לכן הנימוק של אי-הפללה עצמית אינו רלוונטי למקרה זה. אולם הנימוקים האחרים נגד גילוי דוחות של ועדות חקירה פנימיות – החשש מפגיעה בעמיתים והחשש מתביעות לשון-הרע – רלוונטיים גם למקרה זה.

142 ס' 14 לחוק חופש המידע.

143 הדבר עולה מלשון החוק, ועולה בבירור מדברי ההסבר לס' 2 להצעת חוק השיפוט הצבאי (תיקון מס' 33) (ועדות חקירה ותחקיר צבאי), התשנ"ז-1977, ה"ח 230, המתייחס להוספת ס' 539 לחוק: "מטרתו של התחקיר הצבאי לאתר ליקויים וכשלים בתפקודו של הצבא או

לגורמים מסוימים, אך לא לצורך חקירה פלילית. סעיף 359א(ב)(1) לחוק קובע כי "הדברים שהושמעו בתחקיר, פרוטוקול התחקיר, כל חומר אחר שהוכן במהלכו, וכן הסיכומים, הממצאים והמסקנות (להלן – חומר התחקיר), לא יתקבלו כראיה במשפט, למעט במשפט בשל מסירת ידיעה כוזבת או העלמת פרט חשוב בתחקיר". במילים אחרות, מה שאמר פלוני בתחקיר לא יוכל לשמש ראיה נגדו במשפט פלילי. לא זו אף זו, בסיפא של הסעיף יש כדי לעודד מסירה של כל האמת, שכן דווקא אי-אמירת אמת ואף אי-אמירת מלוא האמת עשויות להוביל להליך משמעותי.¹⁴⁴

החיסיון היחסי מתבטא באפשרות למסור את חומרי התחקיר לגופים בצבא שהתחקיר דרוש להם לצורך מילוי תפקידם¹⁴⁵ או ל"ועדת משנה של ועדת החוץ והביטחון של הכנסת, ששיבותיה חסויות".¹⁴⁶ בעניין אלנבארי¹⁴⁷ נעתר בית-המשפט לבקשת משפחתו של הנפגע ומסר לידיהם עדויות מהתחקיר, אך סירב למסור להם את שמות הנחקרים, בהדגישו כי יש לשמור על המידע שבתחקיר ב"שטח סטרילי" מהמשפט הפלילי.

כלומר, חוק השיפוט הצבאי איזן בין החשיבות של ביצוע תחקיר אמיתי לבין הצורך שיש למספר מצומצם של גופים בקבלת המידע למטרות של תחקיר והפקת לקחים. החוק עשה זאת בדרך של פרישת רשת ביטחון מלאה לנחקרים. אלה יודעים כי המידע נמסר לגופים מוגדרים שמחויבים בשמירת סודיות וכי בכל מקרה לא ייעשה במידע שימוש בהליך פלילי נגדם. יש לנחקרים אפוא חסינות מוחלטת מפני הליכים פליליים וחיסיון שאינו מוחלט ביחס לעדויות ולמסקנות. בית-המשפט העליון בעניין אלנבארי¹⁴⁸ עומד על הבעייתיות שעליה הצבענו לעיל:

בתפקודם של המשרתים בו. לפי המצב הנהוג כיום מוגשות, לא פעם, עדויות שנשמעו במהלך תחקיר צבאי, ומסקנות התחקיר כראיה בבתי המשפט ובבתי הדין. מצב זה יכול להרתיע את המעורבים בתחקיר מלמסור עדות. מוצע על כן לסייג את קבילותו של חומר שהוכן ונמסר במסגרתו של תחקיר צבאי, בבתי משפט ובבתי דין (סעיף קטן (ב)(1) המוצע).

144 ראו גם שם את דברי ההסבר לס' 1 להצעת התיקון לחוק, המתייחסים לתיקון ס' 538 לחוק. 145 ס' 539א(ב)(2) לחוק השיפוט הצבאי קובע כי "חומר התחקיר יהיה חסוי בפני כל אדם ואולם הוא יימסר, כולו או חלקו, רק לאותם גופים בצבא שהתחקיר דרוש להם לצורך מילוי תפקידם". כן נקבע בס"ק (5) כי "הרמטכ"ל או מי שהוא הסמיך לכך, רשאי לאשר העברת סיכום ממצאי התחקיר או חומר התחקיר, כולו או חלקו, לגוף ציבורי שהמידע דרוש לו, לצורך מילוי תפקידו בלבד, וכן רשאי הוא לאשר העברת סיכום ממצאי התחקיר לאדם הנוגע בדבר". על-מנת להסיר כל ספק, המחוקק מדגיש בס"ק (6) כי "על אף האמור בפסקה (5), חומר התחקיר או סיכום ממצאיו, לא יועבר למי שעורך חקירה פלילית על פי דין".

146 ס' 539א(ב)(7) לחוק השיפוט הצבאי.

147 לעיל ה"ש 26.

148 הלכת אלנבארי אומצה בשורה של פסקי-דין. ראו, למשל, ע"א 5179/11 פלוני (קטין) נ' מדינת

"משטר משפטי הדורש ממעורבים באירוע מבצעי למסור את מלוא האמת אודות האירוע לעורכי תחקיר, ומכיר בה בעת באפשרות לעשות שימוש בחומר התחקיר במסגרת חקירה פלילית ולצורך העמדתם לדין של אותם מעורבים, טומן בחובו קשיים של ממש. הקושי הבסיסי ביותר עניינו במתח המובנה בין חובתו האתית והמוסרית של חייל למסור את מלוא האמת בתחקיר, לבין זכותו שלא להפליל עצמו, זכות שהיא מעמודי התווך של המשפט הפלילי ויש הרואים אותה כחוסה תחת המטריה החוקתית של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו..."¹⁴⁹

בית-המשפט אימץ תפיסת-יסוד זו של המחוקק, והפרשנות שניתנה לסעיפים הללו אינה מותירה מקום לספק כי "על התחקיר להיערך, ב'שטח סטרילי' מהתערבותו של המשפט הפלילי".¹⁵⁰ בית-המשפט מותיר אומנם פתח להעברת התחקיר לגופים נוספים העוסקים בסוגיות של בטחון המדינה – הפרקליט הצבאי הראשי וועדת חוץ וביטחון של הכנסת (שדיוניה חסויים) – אולם "החציה בין מישור התחקיר למישור החקירה הפלילית על פי החש"ן [חוק השיפוט הצבאי] היא מוחלטת".¹⁵¹ הסרת החיסיון והעברת החומר לכמה גורמים מוגדרים ייעשו רק לאותן תכליות שביסוד התחקיר, ולעולם לא לצורך חקירה פלילית. קיימת אפוא מטריית הגנה מוחלטת מפני הפללה עצמית לצורך השגת תכליתם של התחקירים.

ישראל (פורסם בנבו, 2.5.2013); בש"א 9054/12 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 24.3.2013); ולאחרונה בג"ץ 5882/13 פלוני נ' ראש המטה הכללי – צבא הגנה לישראל (פורסם בנבו, 8.12.2013).

149 עניין אלנבארי, לעיל ה"ש 26, פס' 15 לפסק-דינה של השופטת ארבל. בפסק-דין שניתן בבית-משפט לערעורים בארצות-הברית, בתביעה של רופא נגד חבריו הרופאים בטענה שהפרוטוקול שנרשם בוועדת הבדיקה הפנימית הפלה אותו לרעה, נעתר בית-המשפט באופן חלקי מאוד לבקשה לאפשר לרופא עצמו לקבל את המסמכים של הוועדה, וזאת אף שבית-המשפט היה משוכנע כי אין לרופא אינטרס להוציא את המסמכים מתחת ידו ולכן החשש שיגיע לידיים לא-ראויות מופרך. Russell E. Adkins v. Arthur P. Christie, 488 F.3d 1324; 2007 U.S. App. LEXIS 13715. התפיסה של חיסיון מוחלט לצד החסינות שהחוק קובע היא הגישה השלטת בארצות-הברית. הסרת חיסיון ממסמכיהן של ועדות היא חריג שאינו משקף את הכלל. ראו בהרחבה להלן בפרק ז.

150 ב"ש (ערעורים צה"ל) 42/03 התובע הצבאי הראשי נ' בנימין, פס' 40 (פורסם בנבו, 5.5.2004).
151 עניין אלנבארי, לעיל ה"ש 26, פס' 18 לפסק-דינה של השופטת ארבל.

8. הצדקה קונספטואלית להבחנה בין פעולות צבאיות לפעולות רפואיות

אין ספק שיש שוני בין רשלנות רפואית לרשלנות בפעולה צבאית. רשלנות רפואית מתייחסת ככלל לפעולה ביחס לפרט, ואילו פעילות צבאית מתייחסת ככלל לפעילות ביחס לכלל. כאשר מדובר בפעולה כלפי פרט, זכותו לקבל את המידע על שנעשה בו או ביחס אליו היא זכות בסיסית שאין צורך להכביר מילים לגבי חשיבותה.¹⁵² זאת, להבדיל מפעולה כלפי רבים, שלגביה יש מרווח להכנסת שיקולים נוספים. זאת ועוד, ההכרה הפסיקתית בזכות תביעה בעילה של פגיעה באוטונומיה, לצד תביעה בעוולת הרשלנות, מחזקת את זכות הפרט לקבל לא רק טיפול רפואי בסטנדרטים ראויים, אלא גם הסבר מלא ומפורט אשר יאפשר לו לקבל החלטה מודעת וליתן הסכמה להליך הרפואי מתוך ידיעה והבנה רחבה של הטיפול הרפואי, תוצאותיו והסיכונים שהוא טומן בחובו. ההכרה באוטונומיה של הפרט מקימה אפילו עילת תביעה בגין הפרתה.¹⁵³ התפיסה שהצעת, המצדיקה הסתרת מידע מהחולה, סותרת לחלוטין תפיסה מרחיבה זו, אשר מחזקת את התפיסה שבאה לידי ביטוי בעניין גלעד. ברי גם שעוולה זו של פגיעה באוטונומיה ישימה פחות, אם בכלל, במקרים של רשלנות בפעולות צבאיות.

כטעון נגד, התומך בתפיסה שהעלית, אוכל לומר כי ההצדקה להתייחסות שווה לפעולה רפואית ולפעולה צבאית היא רק לאחר מעשה, לאחר שהנזק כבר אירע. במצב זה הנזק החמור שייגרם לציבור מהפסקת הקמתן של ועדות הבדיקה הפנימיות, מאי-קיום תחקירים כלל או מקיום תחקירים לא-אפקטיביים בתנאים של העדר שיתוף-פעולה זהה במישור הצבאי ובמישור הרפואי. תחקיר הוא תחקיר. כללי האתיקה והמשפט הבין-לאומי בנוגע לכשלים בטיפול רפואי הינם זהים כמעט לאלה הנוגעים בנזק משני (collateral) בדיני מלחמה. יש הקבלה בין

152 "גילוי המידע מעורר בקרב החולים מודעות למחלה ולאופן הטיפול בה, ומחזק את שיתוף הפעולה של החולים בתהליך... הגילוי יוצר מערכת יחסים איכותית בין הרופא לחולה... הגילוי מאפשר שיתוף פעולה בין הצדדים בתהליך ההחלמה והריפוי... גילוי מידע עוזר לרופא ולחולה להתמודד עם אפשרות המוות, ומאפשר הערכה עניינית ביחס לעתיד... הגילוי מונע מהרופא מצב של העמדת פנים ומאפשר לו התמקדות באמת, ועל ידי כך נוצרת מערכת יחסים אמנה...". נילי טבק "גילוי מידע ואמירת אמת למטופלים" רפואה ומשפט 8, 13, 14–13 (1993).

153 ראו ע"א 1535/13 מדינת ישראל נ' איבי (פורסם) (3.9.2015); ע"א 1615/11 מרפאת עין טל – מרכז לרפואת עיניים נ' פינקלשטיין (פורסם בנבו, 6.8.2013); ע"א 1303/09 קדוש נ' בית החולים ביקור חולים (פורסם בנבו, 5.3.2012); ע"א 8126/07 עזבון צבי נ' בית החולים ביקור חולים (פורסם בנבו, 3.1.2010); ע"א 2781/91 דעקה נ' בית החולים "כרמל", חיפה, פ"ד נג(4) 526 (1999); אסף יעקב "דא עקא דעקה – גלגוליה של פגיעה באוטונומיה" משפטים מב 5 (2012).

צורך רפואי (medical necessity) לבין צורך צבאי (military necessity) ובין הנפקויות המשפטיות שיש לייחס לתוצאה לא־טובה שמקורה בצורך רפואי ואשר התרחשה בעקבות טיפול רפואי לבין נזק משני שאירע בעת לחימה.¹⁵⁴ במילים אחרות, למרות השוני הגדול מאוד בין פעילות צבאית לבין טיפול רפואי, אשר מצדיק התייחסות משפטית שונה לכל אחד משני התחומים הללו, בסוגיה הספציפית מושא דיונו מן הראוי לנקוט מדיניות משפטית דומה, וזאת חרף הקשיים הלוגיים ואף שהדבר נראה על פניו כפגיעה בזכות בסיסית של החולה. הקשיים הנובעים מקביעת חיסיון מוחלט משותפים לשני התחומים. קביעת בית־המשפט בעניין אלנבארי כי "החובה לדיווח אמת בתחקיר והזכות להימנע מהפללה עצמית אינן דרות בהכרח זו בצד זו"¹⁵⁵ נכונה באותה מידה בהקשר הצבאי ובהקשר הרפואי. אנשים הם אנשים, ואף רופאים בגדר אנשים הם. קידום המטרה של קיום תחקיר אמיתי הינו אפשרי, ככל הנראה, רק אם המשתתפים בו יהיו בטוחים ששיתוף־הפעולה שלהם לא יסב נזק להם או לחבריהם.

9. התאמת מודל החיסיון שבחוק השיפוט הצבאי לוועדות הבדיקה הפנימיות מודל החיסיון שבחוק השיפוט הצבאי שונה באופן מהותי ממודל הוועדות הרפואיות שבחוק זכויות החולה. אני סבורה כי יש לאמצו גם ביחס לוועדות הבדיקה הפנימיות ואליהן בלבד. אין לאמצו ביחס לוועדות הבדיקה החיצוניות.¹⁵⁶ אימוצו של המודל ביחס לוועדות הבדיקה הפנימיות צריך להיעשות במלואו, למעט ה"פרצה" שבחוק השיפוט הצבאי המאפשרת העברה של הפרוטוקולים והמסקנות לגופים מסוימים. "פרצה" זו אינה מתאימה לוועדות הבדיקה הפנימיות, ותכשיל את תכלית התיקון המוצע.

אבהיר שוב: המודל של חוק השיפוט הצבאי הוא יצירת חסינות מוחלטת מפני הפללה עצמית, כדי להבטיח שהתחקירים ייערכו באופן חופשי ומועיל, לצד הבנה שלעיתים חומרי החקירה נדרשים לגורמים נוספים לצורך לימוד, הבנת הכשלים והסקת המסקנות המתבקשות. הבנה זו היא שהנחתה את המחקר ליצור אותה

¹⁵⁴ ראו: <https://www.lexisnexis.com/legalnewsroom/workers-compensation/b/workers-compensation-law-blog/archive/2008/06/14/judicial-review-of-medical-necessity-disputes.aspx?Redirected=true>; <https://www.lexisnexis.com/legalnewsroom/workers-compensation/b/recent-cases-news-trends-developments/archive/2015/12/02/cwci-study-examines-medical-review-and-medical-dispute-resolution-in-california-workers-comp.aspx>.

¹⁵⁵ עניין אלנבארי, לעיל ה"ש 26, פס' 15 לפסק־דינה של השופטת ארבל.

¹⁵⁶ על ההבחנה ביניהן ראו לעיל בתת־פרק א'7.

"פרצה" המאפשרת את העברת העדויות והמסקנות לאותם גורמים מוגדרים שפורטו לעיל ובתנאים שנמנו שלעיל. החוק ברור לגמרי, ופרשנותו של בית המשפט לחוק אינה מותרתה מקום לספק.

לא זה המצב ביחס לוועדות הבדיקה הפנימיות. לא רק שאין חסינות מוחלטת מפני הפללה עצמית, בעניין גלעד הוסר החיסיון כדי לאפשר לתובעים לבסס את תביעתם. כאמור, אני מציעה להעתיק אל תחום הרפואה את המודל שבחוק השיפוט הצבאי למעט הפרצה שבו. הסייג לגבי הפרצה נובע מכמה טעמים:

ראשית, אין להשוות בין התנהלותו של חייל במערכת צבאית, ובפרט שיתוף-הפעולה שלו עם גורמי חקירה צבאיים, לבין שיתוף-פעולה של אזרח במערכת אזרחית. השוני בין המערכות יוצר נורמות התנהגות שונות לגמרי. ציפייה שרופאים ישתפו פעולה כמו חיילים אינה מציאותית.

שנית, כאשר מדובר בפעילות צבאית, זהות המשתתפים בפעילות חסויה. המידע שמור בידי הצבא. הדבר שונה כאשר מדובר בטיפול רפואי, שבו זהות המטופלים ידועה, ומכל מקום אינה בגדר מידע חסוי ועל-כן ניתן לאתרה בקלות. לכן מחיקת שמות המעורבים, כפי שנהוג לגבי תחקירים צבאיים,¹⁵⁷ אינה רלוונטית מקום שזהות המשתתפים ידועה.

שלישית, בית-המשפט הסיר את החיסיון בעניין גלעד כדי לאפשר לתובעים לקבל את המידע המלא על-אודות "תוצאותיו ועלילותיו" של הטיפול הרפואי, כלשון בית-המשפט.¹⁵⁸ גישה זו נובעת מכך שטיפול רפואי הוא נכס השייך לבעליו, ותפיסת בית-המשפט הייתה שלא ייתכן שהפרט לא יוכל לקבל מידע על-אודות מה שנעשה בגופו. תחקיר רפואי מתייחס ככלל לכשל בטיפול רפואי שניתן לפרט, להבדיל מתחקיר צבאי, המתייחס לרוב לכשל בפעולה שמעורבים בה רבים, ולא יחיד. לפי גישת בית-המשפט בעניין גלעד, מטרת התחקיר הרפואי היא לא רק לחקור את הכשלים, אלא גם לתת לפרט שהטיפול הרפואי הסב לו נזק את מלוא המידע. זאת, להבדיל מהתחקיר הצבאי, שמטרתו האחת והיחידה היא להבין את הכשלים, להסיק מסקנות ולשפר את התפקוד.

10. סיכום

שורה של נימוקים שהובאו לעיל מצדיקה לדעתי את העתקת המודל הצבאי של מתן חסינות מוחלטת למשתתפי הוועדות הרפואיות הפנימיות. זאת, למעט ה"פרצה"

157 ראו, למשל, עניין אלנבארי, לעיל ה"ש 26.

158 עניין גלעד, לעיל ה"ש 1, בעמ' 525.

הנוגעת בחיסיון המסמכים, המאפשרת העברת מסמכים מתוך התחקיר הצבאי לגורמים מסוימים מחוץ לצבא, באשר זו אינה מתאימה לוועדות הבדיקה הפנימיות.

ז. ההסדרים הנהוגים במדינות אחרות בשאלת החיסיון

1. הקדמה

שאלת החיסיון על ועדות הבדיקה הפנימיות אינה ייחודית לישראל. בארצות-הברית, בקנדה וגם באירופה קיימת אסדרה חוקית לסוגיית החסינות והחיסיון. בארצות-הברית הוסדר העניין בחוק פדרלי שקבע חסינות למשתתפים בוועדות הבדיקה הפנימיות. החקיקה הפדרלית היא הנדבך הראשון בהגנה על ועדות הבדיקה הפנימיות. נדבך שני מצוי בחקיקה המדינתית. רוב המדינות בארצות-הברית הרחיבו את החוק, וקבעו נוסף על חסינותם של המשתתפים גם חיסיון על המסמכים. הרובד הראשון והבסיסי, זה של החקיקה הפדרלית, מגן אפוא על הרופאים מפני העמדה לדין, והרובד השני, המדינתי, מגן גם על שמם הטוב. נדבך שלישי נוצר עם חקיקתו של חוק פדרלי נוסף, אשר הסדיר הקמת מאגר של דוחות ותחקירים של ועדות בדיקה פנימיות והחיל עליו חיסיון. גם פסיקת בתי-המשפט, למעט חריגים ספורים, תרמה את חלקה להבטחת פעולתן של ועדות הבדיקה הפנימיות, בפֶּרֶשָה את החסינות באופן מרחיב ובהטילה חיסיון גם על המסמכים מקום שהחוקים המדינתיים לא עשו זאת. גם בקנדה קיימת חקיקה המעניקה חסינות וחיסיון למשתתפי הוועדות. באנגליה, לעומת זאת, המצב דומה במידת-מה למצב בישראל – אין חסינות ואין חיסיון, וכתוצאה מכך אין מקימים ועדות בדיקה פנימיות ואין מערכת אמיתית של הפקת לקחים.

2. ארצות-הברית

The Healthcare Quality Improvement Act (א)

סוגיית החסינות בהקשר של ועדות בדיקה פנימיות במערכת הבריאות הוסדרה בארצות-הברית בחקיקה בשנת 1986, ב־Healthcare Quality Improvement Act (להלן: HCQIA).¹⁵⁹ HCQIA הוא חוק פדרלי שקבע חסינות מפני תביעה לכל מי שהשתתף בוועדת בדיקה פנימית של מוסד רפואי. המטרה העיקרית שעמדה לנגד עיניו של המחוקק הייתה שיפור איכות הרפואה. המניע לחקיקה היה עלייה במקרים של רשלנות רפואית, שהובילה לעלייה בשיעור התביעות בגין

¹⁵⁹ 42 U.S.C.S. §§ 11101–11152.

רשלנות רפואית. ההנחה הייתה שוועדות בדיקה פנימיות עשויות להפחית את מקרי הרשלנות הרפואית, וכי הדרך להבטיח את התקיימותן ופעילותן תהא קביעת חסינות למשתתפיהן.

ועדות אלה, המקבילות לוועדות הבדיקה הפנימיות בישראל, מכונות בארצות-הברית Medical Peer Reviews.¹⁶⁰ קיימת הסכמה גורפת כי ה-Medical Peer Reviews הן כלי רב חשיבות ולמעשה הכלי היעיל ביותר לשיפור רמת הטיפול הרפואי ולהגנה על הציבור מפני רשלנות רפואית.¹⁶¹ בארצות-הברית, להבדיל מישראל, בתי-החולים מחויבים להקים Medical Peer Reviews. יש מדינות שבהן הקמת הוועדות מעוגנת בחקיקה, ויש מדינות שבהן הדבר מעוגן בנהלים פנימיים של בתי-החולים (hospital bylaws). כל המדינות בארצות-הברית מכירות בכך שהחסינות הכרחית להצלחתן של ועדות אלה, שגילוי כפוי בבית-משפט יפגע בתפקודן, ושכתוצאה מכך ייפגעו בריאות הציבור ואיכות הטיפול הרפואי.¹⁶² לפי מחקר מאפריל 2006, בשנים 2002–2004 אירעו בארצות-הברית אלפי מקרי מוות

160 נבקש להעיר שקיים שוני מסוים בין ועדות הבדיקה הפנימיות בארץ לאלה שבארצות-הברית, שכן בהגדרת הוועדה בארצות-הברית, כמוסבר להלן, מושם דגש גם במערכות יחסים בין בית-חולים לבין רופאים או מוסדות רפואיים שהם בבחינת קבלני-משנה בברי-החולים. “Medical peer review committee” is defined... as “a committee of a state or local professional society of health care providers or of a medical staff of a public hospital or licensed hospital, which committee has as its function the evaluation or improvement of the quality of health care rendered by providers of health care services, the determination whether health care services were performed in compliance with the applicable standards of care, [or] the determination of whether a health care provider’s actions call into question such health care provider’s fitness to provide health care services.” William Vranos v. Franklin Medical Center, 448 Mass. 425; 862 N.E.2d 11; 2007 Mass. LEXIS 38 Stratienko v. Chattanooga-Hamilton County Hospital; 149 לעיל ה”ש עניין Adkins, 226 S.W.3d 280 (Tenn. 2007); Kibler v. Northern Inyo County Local Authority, 46 Cal. Rptr. 3d 41; 2006 Cal. LEXIS 8765 Hospital District, 46 Cal. Rptr. 3d 41; 2006 Cal. LEXIS 8765 Doris Voit, *Patient Safety Initiatives in Germany – From the Hospital Perspective*, (International Hospital Federation 2015).

161 Patton v. St. Francis Hosp., 539 S.E.2d 526, 528 (Ga. Ct. App. 2000); ראו: Kathryn Leaman, *Let’s Give Them Something to Talk About: How the PSQIA May Provide Federal Privilege and Confidentiality Protections to the Medical Peer Review Process*, 11 MICH. ST. J. MED. & LAW 177 (2007); George E. Newton II, *Maintaining the Balance: Reconciling the Social and Judicial Costs of Medical Peer Review Protection*, 52 ALA. L. REV. 723 (2001).

162 שם. ראו גם: 2007 U.S. S. Ct. Briefs LEXIS 2721; 2007 U.S. Briefs 538.

כתוצאה מטיפול רפואי שהיה אפשר אולי למונעם. מחקר זה מעמיד את הרשלנות הרפואית כאחד מגורמי המוות המשמעותיים בארצות-הברית.¹⁶³ כאמור, קיימת הסכמה רחבה שה-Medical Peer Reviews משפרות את איכות הטיפול באמצעות פיקוח יעיל של מומחים, סילוק רופאים שאינם מתאימים למערכת וסיוע לכאלה שזקוקים להכוונה ולהדרכה.¹⁶⁴ במילים אחרות, המסקנה הייתה שרק חסינות תבטיח שאיש לא יחשוש לומר את האמת במקרים של רשלנות רפואית, שרק כך יתאפשר תחקיר אמיתי, ושרק תחקירים כאלה יאפשרו תיקון ליקויים ויובילו לשיפור איכות הרפואה ולהפחתת מקרי הרשלנות.¹⁶⁵

(ב) חקיקה מדינית

במשך השנים, ובמיוחד בשנים האחרונות, דרבנה המסקנה האמורה מדינות רבות בארצות-הברית לחוקק חוקים אשר הרחיבו עוד יותר את היקף החסינות שה-HCQIA קובע.¹⁶⁶ ה-HCQIA מקנה חסינות למשתתפים בוועדות הבדיקה

163 “Of the 304,702 deaths that occurred among patients who developed one or more patient safety incidents, 250,246 were potentially preventable.” *HealthGrades Quality Study: Third Annual Patient Safety in American Hospitals Study 3* (Apr. 2006), <http://hg-article-center.s3-website-us-east-1.amazonaws.com/a2/e5/5d4e0d9c4b9eafe21705fdda44ba/PatientSafetyInAmericanHospitalsStudy2006.pdf>

164 פסק-הדין בעניין *Nilavar v. Mercy Health Sys.*, 210 F.R.D. 597, 600 (S.D. Ohio (2002) מדגיש כי תהליך זה מונע אוזלת-יד במקצוע הרפואה, ומביא לידי שיפור איכותה של הבריאות הציבורית. נוסף על כך, מודעות ציבורית לתהליך מחזקת את אמון הציבור במערכת הבריאות. ראו גם: Daniel M. Mulholland III & Phil Zarone, *Waiver of the Peer Review Privilege: A Survey of the Law*, 49 S.D. L. REV. 424, 424 (2003–2004); *Weekoty v. United States*, 30 F. Supp. 2d 1343, 1344 (D.N.M. 1998).

165 מחקר שנערך בכמה אוניברסיטאות בארצות-הברית בחן אם שיטת הגזר שנבחרה (חסינות במקום ענישה) אפקטיבית, דהיינו, אם היא מובילה לשיפור איכות הרפואה. Susan O. Scheutzwow, *State Medical Peer Review: High Cost But No Benefit – Is It Time for a Change?*, 25 AM. J.L. & MED. 7 (1999).

“Because legislatures attempt to encourage peer review by granting protections rather than requiring it through mandates, a strategy that represents the proverbial carrot as opposed to the stick approach, the question should be asked: Do these peer review protection statutes effectively encourage peer review?”

מסקנת המאמר היא ששיטת הגזר היא אכן הנכונה, אך יש לקבוע כללים נוספים כדי להפיק מוועדות אלה תועלת גדולה עוד יותר (שם, בעמ' 26).

166 בעניין *Weekoty*, לעיל ה"ש 164, בעמ' 1346–1347, מצוין כי לפחות 46 מדינות חוקקו חוקים ברוח זו. ראו, לדוגמה: Gail N. Friend, Jennifer L. Rangel, Madison Finch &

הפנימיות, ואילו החקיקה המדינתית במדינות השונות הרחיבה והטילה גם חיסיון על המסמכים וההליכים עצמם.¹⁶⁷ במדינות מסוימות, כאלסקה ואריזונה, הוחל אותו מודל חיסיון שמוחל בישראל על ועדות בדיקה צבאיות.¹⁶⁸

ג) Patient Safety and Quality Improvement Act

בשנת 2005 נחקק חוק פדרלי נוסף – Patient Safety and Quality Improvement Act of 2005 (PSQIA).¹⁶⁹ החוק הסדיר הקמת מאגר מידע של דוחות החקירה במדינות השונות, והחיל חיסיון על כל המידע המצטבר בו. מטרת המחוקק, כפי שהיא מובאת במבוא לחוק: “To amend title IX of the Public Health Service

Brett A. Storm, *The New Rules of Show and Tell: Identifying and Protecting the Peer Review and Medical Committee Privileges*, 49 BAYLOR L. REV. 607 (1997) (טקסט); David L. Fine, *The Medical Peer Review Privilege in Massachusetts: A Necessary Quality Control Measure or an Ineffective Obstruction of Equitable Redress?*, 38 SUFFOLK U. L. REV. 811 (2005) (מסצ'וסטס); A. Sorg, *Is Meaningful Peer Review Headed Back to Florida?*, 46 AKRON L. REV. 799 (2013) (פלורידה); Eric Scott Bell, *Make Way: Why Arkansas and the States Should Narrow Health Care Peer Review Privileges for the Patient Safety and Quality Improvement Act of 2005*, 62 ARK. L. REV. 745 (2009) (ארקנסס); Murray G. Sagsveen & Jennifer L. Thompson, *The Evolution of Medical Peer Review in North Dakota*, 73 N.D. L. REV. 477 (1997) (דקוטה הצפונית).

167 ראו, לדוגמה: O.C.G.A. § 31-7-133 (2007). במדינת ג'ורג'יה החיסיון עומד ב"כל הליך אזרחי" – ראו עניין *Patton*, לעיל ה"ש 161, בעמ' 529–530 – וחל גם על הליך של רופא נגד ועדות הביקורת. גם במדינת איידהו החיסיון עומד מול כל הליך (Idaho Code § 39-1392b (2007)). יש מדינות, כגון ג'ורג'יה ומישגן, שמגינות על החסינות גם במצבים שבהם החומרים הועברו לצד ג. *Emory Clinic v. Houston*, 369 S.E.2d 913, 914 (Ga. 1988); Mich. Code § 333.2632 (2007).

168 לגבי אלסקה ראו: Alaska Stat. § 18.23.030(a) (2008) (“all data and information acquired by a review organization, in the exercise of its duties and functions, shall be held in confidence and may not be disclosed to anyone except to the extent necessary to carry out the purposes of the review organization, and is not subject to subpoena or discovery”). לגבי אריזונה ראו: Ariz. Rev. Stat § 36-445.01 (2008) (“All proceedings, records and materials prepared in connection with the reviews provided for in section 36-445, including all peer reviews of individual health care providers practicing in and applying to practice in hospitals or outpatient surgical centers and the records of such reviews, are confidential and are not subject to discovery [unless expressly exempt]”). על ועדות בדיקה צבאיות ראו לעיל בתת-פרק 71.

169 42 U.S.C. §§ 299b-21–299b-26 (2006).

Act to provide for the improvement of patient safety and to reduce the incidence of events that adversely effect patient safety”

חוק זה מהווה השלמה ל-HCQIA, וניתן לראות בו את החשיבות המיוחסת לוועדות הבדיקה הפנימיות. החוק מחזק את הוועדות בשתי דרכים: בהקמת מאגר המידע הכללי ובהטלת חיסיון על כל הדוחות של ועדות הבדיקה הפנימיות. התוצאה היא שגם במדינות שבהן לא נקבעה אסדרה חוקית, אם נעשה דיווח על-פי החוק, ייהפך הדוח לחסוי מכוחו.

(ד) עמדת הפסיקה בארצות-הברית

בתי-המשפט בארצות-הברית הכירו ככלל בחשיבות של הטלת חיסיון על המסמכים וההליכים בוועדות הבדיקה הפנימיות, נוסף על החסינות הקבועה בחוק.¹⁷⁰ בית-המשפט העליון במדינת מינסוטה הבהיר כי החסינות והחיסיון משרתים את האינטרס הציבורי של שיפור איכות הטיפול הרפואי ולכן הם הכרחיים.¹⁷¹ באופן דומה, גם בית-המשפט העליון במדינת וירג'יניה הבהיר כי כוונת המחוקק היא לקדם דיונים פתוחים וכנים במסגרת תהליך הביקורת, וכי כדי לקדם מטרה זו, יש לתת חסינות ולקבוע חיסיון, שאם לא כן ייפגע התמריץ להשתתף בוועדות.¹⁷² בית-המשפט העליון בדקוטה הצפונית הביע עמדה דומה, והדגיש שהחוק נחקק על רקע חששות של רופאים לשתף פעולה עם הוועדות ולדבר בגלוי על ביצועיהם שלהם וביצועי עמיתיהם ללא הביטחון שדבריהם יישארו חסויים. בית-המשפט מצא כי מטרה זו העומדת בבסיס החוק – קרי, עידוד השתתפות כנה של רופאים כדי לשפר את איכות הטיפול הרפואי – אכן מצדיקה את קיומו.¹⁷³ עם זאת, לצד עמדות ברורות של בתי-המשפט התומכות בחסינות ובחיסיון היו מקרים יוצאי-דופן שבהם צמצמו בתי-המשפט את היקף החיסיון. אדגיש את שאמרתי כבר: החסינות קבועה בחוק פדרלי, ובתי-המשפט בכל המדינות כפופים לה. על נושא זה אין דיון כלל. הדיון הוא בשאלת החיסיון. דוגמה לפירוש מצמצם של שאלת החיסיון ניתן למצוא בעניין *Agster*.¹⁷⁴ מקרה זה עסק

Ghazal Sharifi, *Is the Door Open or Closed? Evaluating the Future of the Federal Medical Peer-Review Privilege*, 42 J. MARSHALL L. REV. 561 (2009);

Jared M. Levin, *Leading By Example: Why the First Circuit Should Adopt a Medical Peer-Review Privilege*, 16 SUFFOLK J. TRIAL & APP. ADVOC. 203 (2011)

Kalish v. Mount Sinai Hospital, 270 N.W.2d 783, 785 (Minn. 1978) 171

HCA Health Servs. of Va., Inc. v. Levin, 530 S.E.2d 417, 420 (Va. 2000) 172

Trinity Medical Ctr. v. Holum, 544 N.W.2d 148, 155 (N.D. 1996) 173

Carol Ann Agster v. Maricopa County Correctional Health Services, 422 F.3d 174

בעניינו של בחור צעיר שמת בכלא, ובני משפחתו עתרו לקבל את המסמכים והמסקנות של ועדת הבדיקה הפנימית שהוקמה על-ידי הגוף שסיפק את שירותי הרפואה לכלא. בית-המשפט נעתר לבקשת המשפחה לקבל את מסקנות הוועדה, תוך שהוא שב ומדגיש כי מסירת המסמכים לא תפגע בחסינות המשתתפים. הסרת החיסיון במקרה זה לא התיישבה עם הזכות לחיסיון המעוגנת בחקיקה במדינת ג'ורג'יה. התגובה על פסיקת בית-המשפט בדבר הסרת החיסיון לא איחרה לבוא: הרופאים צמצמו את השתתפותם בוועדות בדיקה פנימיות, והיו אף שהתפטרו.¹⁷⁵ תגובה זו דומה לתגובתה של המערכת הרפואית בישראל בעקבות עניין גלעד.

(ה) דעות נגד החיסיון והחסינות

לצד ההסכמה הרחבה בדבר מתן חסינות וחיסיון למשתתפי הוועדות, נשמעות גם דעות אחרות. יש הטוענים כי ראוי לצמצם או אף לבטל את החיסיון. אחד הטיעונים המרכזיים של המחזיקים בעמדה זו הוא שהחיסיון פוגע בחופש המידע, אשר מערכת המשפט האמריקאית כולה מבוססת עליו.¹⁷⁶ טיעון זה דומה לטיעון-הנגד המרכזי שביסס את הלכת גלעד.¹⁷⁷ טענה נוספת שמועלית, ואשר דומה אף היא לטענה שהועלתה ואף התקבלה בעניין גלעד, היא כי החיסיון פוגע בחולים שנפגעו מטיפול רשלני, שכן נשללת מהם האפשרות לבסס את תביעתם על חקירה שבוצעה בזמן-אמת.¹⁷⁸ נימוק נוסף הוא כי עצם ההצדקה לקיומן של ועדות הבדיקה הפנימיות מוטלת בספק, היות שלא הוכח כי קיום הוועדות מפחית את מקרי הרשלנות הרפואית.¹⁷⁹

836; 2005 U.S. App. LEXIS 18559: "The Health Care Quality Improvement Act of 1986 granted immunity to participants in medical peer reviews, but did not privilege the report resulting from the process"

Marshall v. Americus-Sumter County Hosp. Auth., 2002 U.S. Dist. LEXIS 175,26822 (M.D. Ga. Nov. 22, 2002)

176 בתי-המשפט בארצות-הברית פוגעים בחופש המידע רק במצבים שבהם בעל-דין פוטנציאלי זקוק להגנה, כגון בחסיון עורך-דין-לקוח, או כאשר הגנה כזו ניתנת מכוח נורמות חברתיות, כגון חסיון הכנסייה. ועדות הביקורת הרפואיות אינן עומדות אף באחת מדרישות אלה. Fine, לעיל ה"ש 166.

177 לעיל ה"ש 63 והטקסט שלידה.

Ilene N. Moore, James W. Pichert, Gerald B. Hickson, Charles Federspiel & Jennifer U. Blackford, *Rethinking Peer Review: Detecting and Addressing Medical Mal-practice Claims Risk*, 59 VAND. L. REV. 1175 (2006), ראו גם Scheutzw, לעיל ה"ש

165; עניין גלעד, לעיל ה"ש 1; Fine, לעיל ה"ש 166. כן ראו לעיל ה"ש 13 והטקסט שלידה.

179 ראו: Department of Health and Human Services, Office of Inspector General,

טיעון מכיוון אחר לגמרי הוא שמתן חיסיון מוחלט לוועדות עלול לפגוע ברופאים דווקא.¹⁸⁰ כך, רופאים המואשמים ברשלנות על-ידי ועדות אלה עלולים לאבד את מקור פרנסתם בלי יכולת להתגונן, היות שכל הטענות נגדם חסויות.¹⁸¹ זאת ועוד, רופאים שנמצאו אחראים בוועדות אלה נרשמים במאגר הפדרלי, והדבר פוגע בהם כמובן, ועלול אף לחסום את דרכם למציאת מקום עבודה.¹⁸² הטענה היא שמנגנון הבירור מופעל לעיתים באופן פסול, ממניעים כלכליים ואישיים של רופאים מתחרים הפוגעים ברופאים חלשים.¹⁸³ הטענה העיקרית היא אפוא לפגיעה בחירות ובחופש העיסוק של רופאים אלה, ולצידה נשמעות לעיתים אף טענות חמורות יותר בדבר חוסר הגינות בבירור.¹⁸⁴

בעקבות טיעונים אלה,¹⁸⁵ מלומדים שונים מבקרים את החיסיון המוחל על ועדות הבדיקה הפנימיות, ואף טוענים כי יש לבחון מחדש את עצם מטרתו של החיסיון וליצור איזון חדש בין האינטרסים הנפגעים.¹⁸⁶

-
- Hospital Reporting to the National Practitioner Data Bank* (1995), <http://oig.hhs.gov/oei/reports/oei-01-94-00050.pdf>, שמצא כי וועדות ביקורת לא הפחיתו את מקרי הרשלנות הרפואית. ראו גם Fine, לעיל ה"ש 166.
- Paul K. Ho, *HCQIA Does Not Provide Adequate Due Process Protection, Improve Healthcare Quality and is Outdated Under "Obama Care"*, 11 IND. HEALTH L. REV. 303 (2014); Moore et al. 180
- Fox v. Parma Community General, 166 Ohio App.3d 409, 2005-Ohio-1665, 827 N.E. 2d 787, § 33 (המצטט את Moore v. Rubin, Trumbull App. No. 2001-T-0150, 2004-Ohio-5013); Catipay v. Trumbull Memorial Hospital Forum Health, Trumbull App. No. 2003-T-0136, 2004-Ohio-5108.
- Summit Health Ltd. v. Pinhas, 500 U.S. 322, 329–333 (1991); Ho, לעיל ה"ש 180; Josephine M. Hammack, *The Antitrust Laws and the Medical Peer Review Process*, 9 J. CONTEMP. HEALTH L. & POL'Y 419, 425–437 (1993); Gail G. Weiss, *Is Peer Review Worth Saving?*, MED. ECON. 46, 46–48 (Feb. 18, 2005).
- Charles R. Koepke, *Physician Peer Review Immunity: Time to Euthanize a Fatally Flawed Policy*, 22 J.L. & HEALTH 1 (2009); Yann H.H. van Geertruyden, *The Fox Guarding the Henhouse: How the Health Care Quality Improvement Act of 1986 and State Peer Review Protection Statutes Have Helped Protect Bad Faith Peer Review in the Medical Community*, 18 J. CONTEMP. HEALTH L. & POL'Y 239 (2001).
- Ho, לעיל ה"ש 180.
- 185 לטיעונים נוספים ראו Ho, לעיל ה"ש 180; Scheutzow, לעיל ה"ש 165; Koepke, לעיל ה"ש 183.
- 186 ראו Bell, לעיל ה"ש 166; Scheutzow, לעיל ה"ש 165.

אבקש להדגיש כי טיעון זה אינו רלוונטי להתנהלותם של המוסדות הרפואיים בישראל. המוסדות הרפואיים בארצות-הברית מעסיקים רופאים כקבלני-משנה, ולעיתים ועדות בדיקה פנימיות חורצות את דינו של רופא שאינו חלק מהמערך הרפואי מטעמים שיש הטוענים כי אינם רפואיים טהורים תמיד. הטענה היא שכאשר רופא אינו חלק מהצוות הרפואי, לא תמיד קיימת ערבות הדדית ואחריות משותפת, וקיים חשש שהוועדות ינסו להטיל את האחריות דווקא על רופא כזה, משיקולים ביטוחיים-כלכליים, משיקולי יוקרה ומשיקולים של אחריות במישור המשמעותי. מצב זה, שאינו מתקיים כאמור בישראל, הביא לידי כך שבארצות-הברית היו מקרים שבהם הרופאים עצמם ביקשו את הסרת החיסיון, כדי להגן על עצמם ועל שמם הטוב. אך גם בקשות אלה התקבלו במשורה בלבד.¹⁸⁷ נדגיש פעם נוספת: בכל מקרה מה שהוסר הוא החיסיון מעל המסמכים, אך לא החסינות למשתתפים בוועדות.

3. קנדה

מחוזות שונים בקנדה אימצו חוקים דומים לאלה שנחקקו בארצות-הברית. כך, ה-QCIPA, Quality of Care Information Protection Act, 2004¹⁸⁸ שנחקק במחוז אונטריו שבקנדה, קובע, כבארצות-הברית, חסינות למשתתפים בוועדות הבדיקה הפנימיות וכן חיסיון על המסמכים והדוחות של ועדות הבדיקה הפנימיות. חוקים דומים התקבלו גם במחוזות אחרים בקנדה.¹⁸⁹

בקנדה לוועדות הבדיקה הפנימיות יש שמות שונים: Quality of Care Committee, Quality Assurance Committee, Risk Management Committee ועוד. לא בכל המדינות החסינות והחיסיון מוחלטים.¹⁹⁰ בקנדה הנהלים הפנימיים של בתי-החולים (hospital bylaws) מחייבים אותם לקיים peer reviews, אך מידת האכיפה והיישום של חובה זו אינה ברורה.¹⁹¹

¹⁸⁷ ראו לעיל ה"ש 180 והטקסט שלידה.

¹⁸⁸ S.O. 2004, c. 3, Sched. B

¹⁸⁹ ראו: *Learning from Adverse Events: Fostering a Just Culture of Safety in Canadian Hospitals and Healthcare Institutions* (Canadian Medical Protective Association 2009), <https://www.cmpa-acpm.ca/-/learning-from-adverse-events-fostering-a-just-culture-of-safety-in-canadian-hospitals-and-health-care-institutions>

¹⁹⁰ ראו: John D. Blum, *Medical Peer Review*, 38 J. LEGAL EDUC. 525, 530–532 (1988)

¹⁹¹ *Quality of Care Information and Protection Act – Toolkit* (Ontario Hospital Association 2004), <http://www.oha.com/KnowledgeCentre/Library/Toolkits/Documents/QCIPAToolkit.pdf>

4. אנגליה

באנגליה ועדות הבדיקה הפנימיות המוקמות במערכת הבריאות מכונות Morbidity and Mortality Conferences. עניין הקמתן של ועדות הבדיקה הללו אינו מוסדר בחקיקה. ה-GMC (General Medical Council) – ארגון הרופאים האנגלי – פרסם מסמך המחייב את הרופאים ליטול חלק במערכות לשיפור איכות הטיפול, ובכלל זה בוועדות בדיקה פנימיות.¹⁹² אולם בפועל נראה כי רופאים אינם מעוניינים לשתף פעולה עם ועדות מסוג זה. ממאמר של נורמן בריפה¹⁹³ עולה כי פגישות של ועדות מסוג זה מתקיימות כעיקרון על בסיס חודשי, ומתקיים בהם דיון במקרי מוות שמתעורר בהם חשד לרשלנות. אלא שהמאמר מבקר את העובדה שרופאים אינם מתייחסים לוועדות הללו ברצינות ואינם משתתפים בהן, ולמעשה אין תהליך אמיתי של הפקת לקחים. הכותב ממליץ לקבוע סטנדרטים שיחייבו את הרופאים לשתף פעולה עם הוועדות. המצב באנגליה מזכיר במובן מסוים את המצב בארץ. באנגליה, כבישראל, רופאים אינם משתתפים פעולה עם ועדות בדיקה פנימיות, ובפועל לא מוקמות כמעט ועדות מסוג זה.

5. סיכום

על חשיבותן של ועדות הבדיקה הפנימיות שבהן המשתתפים מדברים בכנות ובלא חשש אין עוררין. כך הדבר בישראל, וכך גם בארצות-הברית. נקודת המחלוקת בין התפיסה המשפטית בישראל לבין זו שבארצות-הברית, שהתגלעה בנקודת הזמן שבה ניתן פסק-הדין בעניין גלעד, התייחסה לשאלה אם הרופאים ישתפו פעולה עם ועדות בדיקה פנימיות גם בהעדר חיסיון. בעוד שהתשובה שניתנה בעניין גלעד הייתה נחרצת לכיוון של שיתוף-פעולה, התפיסה בארצות-הברית הייתה שונה. המחקק האמריקאי סבר כי רק הקניית חסינות בחקיקה תבטיח שיתוף-פעולה.

GMC, *Good Medical Practice* (2013), available at http://www.gmc-uk.org/guidance/good_medical_practice.asp 192
 "Contribute to and comply with systems to protect patients", קורא לרופאים לשתף פעולה עם ועדות בדיקה:

"You must take part in systems of quality assurance and quality improvement to promote patient safety. This includes:

a. taking part in regular reviews and audits of your work and that of your team, responding constructively to the outcomes, taking steps to address any problems and carrying out further training where necessary..."

Normal Briffa, *Putting a Stop to Preventable Deaths*, HEALTH SERVICE J. (Aug. 193 22, 2013), <http://www.hsj.co.uk/sectors/commissioning/putting-a-stop-to-preventable-deaths/5061672.fullarticle>

התוצאות מלמדות כי בארצות-הברית מתקיימות ועדות כאלה גם כיום, וממששות כלי חשוב ביותר להפקת לקחים ולשיפור תהליכים. לעומת זאת, בארץ – כפי שניתן כאמור ללמוד, בין היתר, מדוח מבקר המדינה לשנת 2011¹⁹⁴ – אין עוד כמעט ועדות כאלה.

ח. הפתרון – בינרי או מאזן?

1. הקדמה

איני סבורה כי אסדרה הקובעת חיסיון יחסי כזה או אחר תוכל לשנות את המצב. רק ביטחון שהתחקיר ייערך "בשטח סטרילי" מהתערבותו של המשפט¹⁹⁵ יוכל להבטיח את המשך קיומן של ועדות בדיקה פנימיות, שבהן יאמרו הדברים באופן חופשי במטרה להבין את הכשלים, להפיק לקחים ולתקן את הדרוש. כפי שכבר צוין לעיל,¹⁹⁶ החוק פורש את חסותו על ועדות בדיקה משלושה סוגים, שניתן לסווגם לשתי קבוצות. הקבוצה האחת היא ועדות המוקמות אד-הוק "ביוזמה עצמית" של הגופים, על-ידי מנהל בית-חולים או מנהל קופת-חולים, כדי להפיק לקחים ולתקן את הליקויים. אלה הוועדות מושא דיוננו – ועדות הבדיקה הפנימיות. הקבוצה האחרת היא ועדות שמוקמות על-ידי משרד הבריאות – ועדות בדיקה חיצוניות. דרך התנהלותן של הוועדות משתי הקבוצות שונה בתכלית. ועדות הבדיקה הפנימיות נהגו להתקיים בחדרי-חדרים, בנוכחות הצוות הרפואי הרלוונטי בלבד, ומטרתן הייתה להפיק לקחים ולתקן את הטעויות. ועדות הבדיקה החיצוניות מתנהלות באורח שונה לגמרי: הן מוקמות על-ידי גורם חיצוני – משרד הבריאות; מכהנים בהן אנשים שאינם ממעגל השותפים למאורע בתוך בית-החולים; והמשתתפים בהן מיוצגים על-ידי עורכי-דין ומודעים לזכויותיהם. ועדות הבדיקה החיצוניות מתנהלות בדומה לכל טריבונל שיפוטי אחר. מטרה אחת שלהן היא לחקור את הכשלים ולהפיק לקחים, בדיוק כמו מטרתן של ועדות הבדיקה הפנימיות, אך מטרה נוספת שלהן היא להצביע על האשמים ולהענישם, וכאן טמון השוני המהותי בין לבין ועדות הבדיקה הפנימיות. המאמר ומסקנותיו מכוונים אך ורק לקבוצה הראשונה – לוועדות הבדיקה הפנימיות. מסקנות המאמר אינן מתייחסות לוועדות הבדיקה החיצוניות, אשר מאפייני התנהלותן דומים למאפייני ההתנהלות בבית-משפט.

194 ראו לעיל ה"ש 5.

195 עניין בנימין, לעיל ה"ש 148, פס' 40.

196 ראו לעיל ה"ש 22–23 והטקסט שלידן.

2. פתרון בינרי

אני ערה לכך שהמשפט המודרני מנסה להתרחק מהכרעות בינריות, דהיינו, מהכרעות של הכל או לא-כלום. המשפט מנסה למצוא כלים משפטיים חלופיים, שבילי-ביניים, פתרונות-אמצע. בסוגיה שבה עסקינן חיסיון מוחלט הוא פתרון בינרי, ואילו חיסיון יחסי הוא פתרון-אמצע, שבילי-ביניים. אולם אף שהמשפט המודרני מנסה להתרחק מפתרונות בינריים, לא תמיד הוא מצליח לעשות כן. בסוגיות רבות נמצא – גם לאחר בחינה מחודשת, עדכנית ומדוקדקת – כי פתרון בינרי הוא הפתרון הראוי. כך נמצא, לדוגמה, בסוגיה של פיצוי לפי הסתברות במקרים של סיביות עמומה. השאלה בעניין זה היא אם במקרים שבהם הסיביות אינה ברורה דייה, עמומה, יש לבחון את שאלת הקשר הסיבתי לפי מאזן ההסתברויות או שמא יש לקבוע כי שיעור הפיצוי יהיה על-פי ההסתברות. אימוץ המבחן של מאזן ההסתברויות משמעו שאם יוכיח התובע קשר סיבתי בין הרשלנות לבין הנזק ברמה הנדרשת במשפט האזרחי, קרי בשיעור של 51%, ייפסקו לו פיצויים מלאים, ואם לא יוכיח קשר סיבתי ברמה זו, הוא לא יקבל פיצוי כלל, אף שהוכיח את רשלנותו של המזיק. המבחן של מאזן ההסתברויות הוא בינרי – הכל או לא-כלום.

בעניין מלול¹⁹⁷ נדונה סוגיה זו, ובית-המשפט דחה את מאזן ההסתברויות כמבחן לקביעת הקשר הסיבתי לטובת הגישה של פיצוי לפי הסתברות. גישה זו דוחה כאמור את הפתרון הבינרי של הכל או לא-כלום, שכן גם אם יצליח התובע להוכיח קשר סיבתי בהסתברות נמוכה של 20% או 30%, הוא יזכה בפיצוי כלשהו. אולם בדיון הנוסף בפרשה זו¹⁹⁸ נהפכה הקערה על פיה, ורוב שופטי ההרכב חזרו לאמץ את המבחן הישן והטוב (לשיטתם) של מאזן ההסתברויות. זאת, למרות אמירות ברורות של בית-המשפט, דוגמת "המשפט המודרני מתרחק באופן הדרגתי מהכרעות בינאריות, היינו מהכרעות בבחינת 'הכל או לא כלום'"¹⁹⁹ וכן "המתבונן בהתפתחויות של המשפט המודרני בהחלט יבחין כי חלים בו שינויים במובן של התרחקות מהכרעות שהמשמעות שלהן היא כי אחד מבעלי הדין זוכה באופן מלא בעוד שחברו נכשל באופן מוחלט".²⁰⁰ אמירות אלה לא מנעו את בית-המשפט מלהעדיף שיקולים אחרים, ומלשוב ולאמץ את המבחן הבינרי הוותיק של מאזן ההסתברויות.²⁰¹

197 ע"א 7375/02 בית חולים כרמל, חיפה נ' מלול, פ"ד ס (1) 11 (2005).

198 דנ"א 4693/05 ב"ח כרמל – חיפה נ' מלול, פ"ד סד (1) 533 (2010).

199 שם, פס' 8 לפסק-דין של השופט גרוניס.

200 שם.

201 דיון דומה התקיים בעניין גולן, שם הייתה עמימות ביחס לגובה הנזק. באותו מקרה הוכח כי הרופא התרשל באי-אבחון הנזק המוחי של התובע, והשאלה הייתה אם האיחור באבחון הגדיל

דוגמה נוספת ניתן למצוא בעניין מלכי,²⁰² שם התעוררה שאלה בדבר פרשנות של הוראות סעיף 29(א) לפקודת סימני מסחר.²⁰³ באותו מקרה התוצאה הייתה שבתחרות בין שניים על סימן מסחר אחד, מגיש הבקשה הראשונה, שאף השתמש לראשונה בסימן, יצא כשידו על התחנות. בית-המשפט הביע אי-נחת מהתוצאה: "תוצאה זו מתחייבת מן האופי הבינארי של הכרעות משפטיות רבות ככלל, ונוכח הוראת סעיף 29(א) לפקודה בפרט. ההכרעה בתחרות בין המערער למשיבה מובילה לזכייה מלאה של המשיבה ולהפסד מוחלט של המערער. תודה אני האם לא היה זה צודק יותר, ואף נכון מבחינה כלכלית, להביא לפתרון ביניים. כנראה, שהדבר קשה לפי המצב המשפטי הקיים."²⁰⁴ ובהמשך: "...דרכים אלו, ואולי דרכים אחרות, מאפשרות להימנע מהכרעה בינארית של 'הכל או לא כלום', שהינה מאפיין מובהק של ההכרעה השיפוטית, ואשר נראה כי המשפט המודרני הולך ומתרחק ממנה."²⁰⁵ בית-המשפט מביע אם כן אי-נחת מפתרונות בינאריים, ואומר במילים מפורשות שהיה מעדיף לאמץ פתרונות-אמצע, אך לא תמיד תוצאה זו נכונה. לעיתים מתבקש פתרון בינארי בשל שיקולים של צדק ויציבות משפטית, כמו בעניין מלול²⁰⁶ ובעניין גולן,²⁰⁷ ולעיתים הוא נובע מהבנה שזה היה רצון המחוקק, כמו בעניין מלכי.²⁰⁸ כך או כך, פתרון בינארי, חרף חולשותיו, נמצא כפתרון הנכון, הצודק והראוי בסוגיות שונות. מצאנו אפוא שהעדפה של פתרון-אמצע נדחית לא פעם מפני שיקולים ואינטרסים אחרים חשובים יותר.

את נזקו של התובע. גם שם בחן בית-המשפט אם יש מקום לסטות מהפתרון הבינארי, וכך אמר בנושא זה השופט גרוניס: "אכן, לאורך שנות התפתחותו של המשפט המודרני מסתמנת בו מגמה ברורה של מעבר הדרגתי מהכרעה בינארית אל עבר פתרונות ביניים, המעדינים את הכללים המשפטיים הדיכוטומיים ויוצרים איזון רב יותר בין האינטרסים של הצדדים... אחת הדוגמאות הבולטות לכך, בה דנו לעיל, הינה ההכרעה באפשרות לפסוק פיצוי חלקי המשקף אובדן סיכוי או הגברת סיכון, במקרה בו לא ניתן להוכיח לפי הכללים הרגילים את אחריות הנתבע לנזק. ברם, לדעתי, אין להרחיק לכת יתר על המידה בהרחבת תחומיה של המגמה האמורה, וזאת במיוחד לאור העדר עיגון חקיקתי מתאים." ע"א 8279/02 גולן נ' עזבון מנחם, פ"ד סב(1) 330, פס' 33 לפסק-דינו של השופט גרוניס (2006). השופט ג'ובראן הצטרף לדעתו של השופט גרוניס כנגד דעתו החולקת של הנשיא ברק. ראו גם שלמה לבנוני "השפיטה: הכרעה דיכוטומית או פסיקה משקללת? האומנם 'הכול או לא כלום'?" עלי משפט ג 531 (2003).

202 ע"א 8987/05 מלכי נ' סבון של פעם (2000) בע"מ (פורסם בנבו, 9.10.2007).

203 פקודת סימני מסחר [נוסח חדש], התשל"ב-1972.

204 עניין מלכי, לעיל ה"ש 202, פס' 1 לפסק-דינו של השופט גרוניס.

205 שם, פס' 4 לפסק-דינו של השופט גרוניס.

206 דנ"א מלול, לעיל ה"ש 198.

207 עניין גולן, לעיל ה"ש 201.

208 עניין מלכי, לעיל ה"ש 202.

3. האפשרות להתאמת פתרון-ביניים לסוגיית החיסיון

נסיונות שונים לנקוט פתרונות מְאֻזְנִים יותר בסוגיית החיסיון של ועדות הבדיקה הרפואיות הפנימיות נכשלו. חוק זכויות החולה, שנחקק סמוך לאחר עניין גלעד, ריכך את ההלכה שנפסקה בעניין גלעד וקבע חיסיון יחסי,²⁰⁹ ובתי-המשפט נתנו פרשנות מצמצמת לחוק זכויות החולה, ומיעטו להסיר את החיסיון מוועדות הבדיקה הפנימיות, אך שני הדברים לא הועילו. המציאות מלמדת כי כל פתרון שלא היה בו כדי לספק למשתתפי הוועדות ודאות מוחלטת שמה שיאמרו בוועדות לא ישמש נגדם לא פתר את הבעיה. פתרון של חיסיון יחסי, להבדיל מחיסיון מוחלט, לא שכנע את הרופאים לשתף פעולה עם הוועדות. במילים אחרות, כל פתרון לא-בינרי לא קידם את המטרה. הרופאים חששו מהפללה עצמית וחדלו לשתף פעולה עם הוועדות. דוח מבקר המדינה אינו מותיר עוד מקום לספק, בקובעו כי בעקבות הלכת גלעד אין מקימים עוד כמעט ועדות בדיקה פנימיות.²¹⁰ מצב בסיסי דומה קיים בארצות-הברית ובאנגליה,²¹¹ אלא שכל אחת ממדינות אלה בחרה בשיטה שונה. בארצות-הברית, ככלל, אימץ המחוקק פתרון בינרי. המחוקק הפדרלי קבע חסינות מהפללה עצמית, ובמדינות רבות הוחל גם חיסיון מוחלט על הוועדות. אכן, בפועל מוקמות ועדות בדיקה פנימיות, והליך הפקת הלקחים יעיל עד כדי כך שהוקם מאגר בין-מדינתי של דוחות הוועדות, הנהנה גם הוא מחיסיון מוחלט.²¹² באנגליה, להבדיל מארצות-הברית ובדומה לארץ, אין חסינות למשתתפי הוועדות ואין חיסיון על התחקירים והדוחות, והמציאות אכן מלמדת כי לא מוקמות שם ועדות בדיקה פנימיות.

4. האם פתרון בינרי הוא פתרון מתאים לסוגיית החיסיון?

הפתרון שאני מציעה הוא פתרון בינרי – פתרון האומר כי אין דרך-ביניים, שכן מדובר במצב של הכל או לא-כלום, דהיינו, יש לבחור בחיסיון מוחלט. "לאורך השנים נשברו קולמוסים רבים בנסיון למצוא את נקודת האיזון הראוי בין הרצון להבטיח מסירת מידע מלא בתחקירים מסוגים שונים לבין עקרונות של חופש

209 לעיל תת-פרק א.6.

210 לעיל ה"ש 5 והטקסט שלידה.

211 על טענה אפשרית שראוי לבחון אפשרויות חלופיות של מתן תמריצים או חינוך נשיב כי במקרה דנן ההיסטוריה מלמדת שאין תמריץ שיוכל לעמוד כנגד הסיכון של היחשפות להליכים משפטיים בכלל ולהליכים פליליים בפרט. שלוש ועדות בחנו סוגיה זו, וכולן הגיעו למסקנה זו.

ראו לעיל תת-פרקים ב3–5.

212 לעיל ה"ש 169 והטקסט שלידה.

מידע, וניהול הליכים משפטיים בקלפים גלויים...²¹³ אך דומה שנוסחת-הקסם טרם נמצאה. אין אם כן מנוס מהכרה בכך שלעיתים הפתרון הבינרי הוא הפתרון היחיד שיכול להביא לידי השגת המטרה.²¹⁴ כך הדבר בענייננו. גם אם הפתרון שאני מציעה נובע בעיקר מטעמים מעשיים, טעמים אלה נתמכים ביסודות משפטיים מוצקים וראויים, כפי שהובהר לעיל בהרחבה. אוסיף ואומר בזהירות כי יסודות משפטיים אלה, גם כאשר הם עומדים בפני עצמם, תוך התעלמות מהשיקולים המעשיים, עשויים לבסס את התפיסה המצדיקה את השבת החיסיון. לכן, לתפיסתי, משנבחנו חלופות מאזנות יותר והוכחו כלא-מתאימות, אין מנוס מפתרון קיצוני מהסוג שהצעתי, למרות הבעיות הלא-פשוטות שהוא מעורר.

בבסיסו של חוק חופש המידע מצויה ההנחה הגורפת כי לכל אדם יש זכות לקבל כל מידע מרשות ציבורית. אולם גם החוק שכל מטרתו היא יצירת שקיפות וגילוי מידע יוצר שורה ארוכה מאוד של חסיונות. האיזונים שהחוק יוצר מושתתים על ההבנה כי אין מנוס מלהגביל את הזכות לקבלת מידע. אחד הפטורים שבחוק מתייחס ל"דיונים פנימיים", ל"התייעצויות פנימיות" ול"תחקיר פנימי".²¹⁵ פטור זה נועד לאפשר למשתתפי הדיון חופש דיבור וחופש פעולה, ולהקנות להם ביטחון שהדברים שיאמרו יישארו בגבולות המקום והזמן, ואיש לא יוכל להשתמש בהם נגדם.²¹⁶ טענות המתנגדים להטלת חיסיון מלא מושתתות על עקרונות של גילוי ושקיפות. הגם שהם מייצגים את התפיסה המודרנית, כפי שהיא באה לידי ביטוי

213 בג"ץ 9197/06 יחיא נ' ראש המטה הכללי – צבא הגנה לישראל, פס' יד לפסק-דינו של השופט רובינשטיין (פורסם בנבו, 10.12.2007).

214 בעניין אלנבארי, לעיל ה"ש 26, פס' 25 לפסק-דינה של השופטת ארבל, עמד בית-המשפט על בעייתיות זו: "מאחר שתחקירים מבצעים נערכים תדיר, יש חשיבות לכך שהמתוחקרים יידעו מראש מהם 'כללי המשחק' וכי הדברים שיאמרו לא ישמשו נגדם. במצב בו החריגים לחיסיון התחקיר הולכים ונעשים רחבים, אין עוד ודאות באשר ל'כללי המשחק' האמורים. הבטחת שיתוף הפעולה של מעורבים בתחקיר מבצעי היודעים כי לא מוצא פיהם יביאם אלי דוכן הנאשמים, ידיעתם כי המידע שבידיהם נחוץ ללימוד שיש לו חשיבות מערכתית, מתוך שיתוף פעולה, וכי אין מדובר בהליך המכוון נגדם, בכל אלה יש כדי לבסס תרבות של דיווח אמיתי ומלא בתחקירים. כל אלה לא יתקיימו מקום שהמדיניות הננקטת היא של הרחבת הסייגים לחיסיון." זאת, "כי היעדרה של נוסחת איזון בולט גם בחיסיון על מידע שנמסר לכהן דת במהלך וידוי ואשר חוקי דתו אוסרים על גילוי. חיסיון זה הינו גורף ומוחלט בשל הרצון לשמר את יחסי האמון שבין כהן דת למתוודה ואת הכבוד לעיקרי אותה דת" (שם).

215 ס' 9(ב)(4) לחוק חופש המידע.

216 ברשות מעין-שיפוטית, מטבע הדברים, למשתתפים אין מעורבות אישית, להבדיל מוועדות חקירה פנימיות. לכן הנימוק של אי-הפללה עצמית אינו רלוונטי למקרה זה. אולם הנימוקים האחרים נגד גילוי דוחות של ועדות חקירה פנימיות – החשש מפגיעה בעמיתים והחשש מתביעות לשון-הרע – רלוונטיים גם למקרה זה.

בעצם חקיקתו של חוק חופש המידע, אין הם מתמודדים עם העובדות ועם התוצאות של גישת הגילוי והשקיפות. כאשר אנו עוסקים בשאלת זכותו של המטופל לקבל את המידע על-אודות הטיפול שקיבל, ברור שנקודת המוצא היא שיש לו הזכות המלאה לכך. כך קבע בית-המשפט בעניין גלעד, וזו נקודת המוצא של חוק זכויות החולה. אך למרות זאת הכיר בית-המשפט בכך שגם זכות זו מוגבלת ולא תתקיים במצבים מסוימים, וכך נקבע בעניין פלונית.²¹⁷ המתח בין חובת הרופא למסור אמת לבין זכותו לא להפליל את עצמו הועמדה למבחן שיפוטי בסוגיה דומה, ובית-המשפט, שהיה ער למתח האמור, העדיף את ההסתרה על הגילוי.

"משטר משפטי הדורש ממעורבים באירוע מבצעי למסור את מלוא האמת אודות האירוע לעורכי תחקיר, ומכיר בה בעת באפשרות לעשות שימוש בחומר התחקיר במסגרת חקירה פלילית ולצורך העמדתם לדין של אותם מעורבים, טומן בחובו קשיים של ממש. הקושי הבסיסי ביותר עניינו במתח המובנה בין חובתו האתית והמוסרית של חייל למסור את מלוא האמת בתחקיר, לבין זכותו שלא להפליל עצמו, זכות שהיא מעמודי התווך של המשפט הפלילי ויש הרואים אותה כחוסה תחת המטריה החוקתית של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו".²¹⁸

אני מבקשת לשוב ולהדגיש כי הדיון במאמר נסב על ועדות הבדיקה הפנימיות – אותן ועדות המוקמות אד-הוק על-ידי בתי-החולים עצמם, מרצונם החופשי, כדי לבדוק כשלים שאירעו. חוק זכויות החולה מתייחס באופן זהה לוועדות הבדיקה הפנימיות ולוועדות הבדיקה החיצוניות, אשר מוקמות על-ידי משרד הבריאות.

217 לעיל ה"ש 64.

218 עניין אלנבארי, לעיל ה"ש 26, פס' 15 לפסק-דינה של השופטת ארבל. בפסק-דין שניתן בבית-משפט לערעורים בארצות-הברית, בתביעה של רופא נגד חבריו הרופאים בטענה שהפרוטוקול שנרשם בוועדת הבדיקה הפנימית הפלה אותו לרעה, נעתר בית-המשפט באופן חלקי מאוד לבקשה לאפשר לרופא עצמו לקבל את המסמכים של הוועדה, וזאת אף שבית-המשפט היה משוכנע כי אין לרופא אינטרס להוציא את המסמכים מתחת ידו ולכן החשש שיגיע לידיים לא-ראויות מופרך. ראו עניין *Adkins*, לעיל ה"ש 149. התפיסה של חיסיון מוחלט לצד החסינות שהחוק קובע היא הגישה השלטת בארצות-הברית. הסרת חיסיון ממסמכיהן של ועדות היא החריג שאינו משקף את הכלל. ראו לעיל ה"ש 149 והטקסט שלידה.

סיכום

השיקולים בעניין גלעד ששללו הטלת חיסיון על דוחותיהן של ועדות הבדיקה הפנימיות מבוססים על ההכרה בזכותו של החולה לדעת את כל הפרטים על "תוצאותיו ועלילותיו" של הטיפול הרפואי שקיבל, על מה שנעשה בגופו ועל מה שייעשה בו. בית-המשפט דחה את הטענות בדבר חשש לפגיעה בקיומן ובתפקודן של ועדות הבדיקה הפנימיות אם לא יוכר החיסיון, והגדירן כספקולטיביות. בית-המשפט סבר כי ועדות בדיקה פנימיות יתקיימו אף בלי חיסיון, וכי הפתרון לחשש מ"רפואה מתגוננת" ומתוצאותיה אינו מצוי בחיסיון ובהסתרת האמת.

הראיתי לעיל כי הנחתו זו של בית-המשפט לא התממשה, וכי בתי-החולים חדלו להקים ועדות בדיקה פנימיות.

לדעתי, המצב הקיים כיום פוגע גם בפרט וגם בציבור. העובדה שבתי-החולים חדלו להקים ועדות בדיקה פנימיות, עקב חששם של רופאים שהם יפלילו את עצמם ויבולע להם, גרמה לכך שמערכת הבדיקה העצמית, החיונית כל-כך להבטחת תפקודו התקין של המערך הרפואי ולשיפור איכות הטיפול הרפואי, חדלה להתקיים בבתי-החולים. התוצאה היא שהיתרונות שהיו אמורים לצמוח משלילת החיסיון אינם מתקיימים עוד. הפרט אינו נהנה כי אין עוד ועדות כאלה, והציבור אינו נהנה כי תהליך הפקת הלקחים והתיקון אינו מתקיים. הראיתי גם ששורה של ועדות ציבוריות סברו כי מן הראוי לתקן את המצב. אני מצטרפת לקריאה זו, וסבורה כי אין מנוס משינוי ההלכה בעניין גלעד ומקביעה כי יש להטיל חיסיון מוחלט על ועדות הבדיקה הפנימיות, ויפה שעה אחת קודם.

אסדרה ביחס לוועדות הבדיקה הפנימיות אשר תקבע חסינות יחסית בפורמט כזה או אחר לא תשיג את המטרה של תחקיר אמיתי וחופשי שיוכל להוביל לשיפור איכות הרפואה. במילים פשוטות, רק ביטולה של הלכת גלעד ביחס לוועדות הבדיקה הפנימיות – להבדיל מוועדות הבדיקה החיצוניות המוקמות על-ידי משרד הבריאות – וקביעת חיסיון מוחלט של אותן ועדות בדיקה פנימיות, בדומה למצב במדינות אחרות, ישיגו את המטרה של קיום תחקיר אמיתי.