

**סימפוזיון: הרפואה בניתוח משפטי
הכנס המשפטי השנתי השלישי של בית-ספר רדזינר
למשפטים בנושא רפואה ומשפט
(מאי 2006)**

גיא זיידמן*, ארז שחם**

ב־10 וב־11 במאי 2006 קיימנו במרכז הבינתחומי את הכנס השנתי השלישי של כתב־העת משפט ועסקים בנושא משפט ורפואה. בעולם אקדמי ומעשי שבו מתגברת מגמת הבין־תחומיות, מעניין וחשוב לחזור לנושא זה – שהינו אחד התחומים הבין־תחומיים הוותיקים ביותר – ולבחון אם הוא עדיין מעורר כיום עניין רב כבעבר. התשובה המובהקת היא חיובית. במבט רחב ניתן לראות את הכנס כעוסק בשלושה תחומים: הראשון, סוגיית הזכות לבריאות – אחת הסוגיות הרפואיות המרכזיות ביותר בעולם המשפטי; השני, שאלת הרשלנות הרפואית – הסוגיה המשפטית המטרידה ביותר את עולם הרפואה; והשלישי, ההיקף העצום של הבעיות הנוספות המתעוררות בתחום הרפואה והמשפט, בין היתר בשל פיתוחים טכנולוגיים חדשניים היוצרים סיכויים וסיכונים מרתקים.

* העורך הראשי של כתב־העת משפט ועסקים, מרצה בכיר, בית-ספר רדזינר למשפטים, המרכז הבינתחומי הרצליה.

** העורך של כתב־העת משפט ועסקים, סגל צעיר, בית-ספר רדזינר למשפטים, המרכז הבינתחומי הרצליה.

ברצוננו להודות לד"ר אסף יעקב ולד"ר הלל סומר על הערותיהם למאמר זה, וכן לסגני העורכים לי־רון בן־זאב ויונדב בובר, אשר סייעו בהתקנת מאמר זה לפרסום.

פרטי הכנס

מארגני הכנס:

ד"ר גיא זיידמן, עו"ד ארז שחם

בית-ספר רדזינר למשפטים, המרכז הבינתחומי הרצליה

מושב פתיחה – משפט ורפואה

יושב-ראש – ד"ר גיא זיידמן, המרכז
הבינתחומי הרצליה

פרופ' זאב רוטשטיין, המרכז הרפואי
"שיבא" בתל-השומר

עו"ד אלי זהר, משרד עורכי-הדין מ.
זליגמן ושות'

מושב ראשון – הזכות לבריאות I

יושב-ראש – פרופ' אלון הראל,
האוניברסיטה העברית בירושלים

ד"ר גיא זיידמן, המרכז הבינתחומי
הרצליה

סל התרופות – היבטים מוסריים

הזכות לבריאות במבט השוואתי

חוק ביטוח בריאות ממלכתי – סוגיות
בהסדרה ובאכיפה

בריאות התקציב או תקציב הבריאות – מה
עדיף בראייה חוקתית?

עו"ד נתן סמוך, משרד הבריאות

ד"ר רבקה וייל, המרכז הבינתחומי
הרצליה

מושב שני – הזכות לבריאות II

יושב-ראש – ד"ר יורם רבין, המכללה
למינהל

פרופ' רויטל גרוס, מכון ברוקדייל
ואוניברסיטת בר-אילן

ד"ר יובל קרניאל, המכללה למינהל

פרופ' דוד א' פרנקל, אוניברסיטת
בן-גוריון בנגב

ד"ר דני פילק, אוניברסיטת בן-גוריון
בנגב

תשלומי השתתפות עצמית – השלכות על
שוויוניות ועל נגישות לשירותים

סל התרופות – רופאים, שופטים ומה
שביניהם

הזכות לשירותי בריאות – יישומה בישראל

הפרטת שירותי הבריאות בישראל – מדרון
חלקלק או מסלולים מקבילים?

מושב שלישי – גנטיקה רפואית – היבטים אתיים

יושב־ראש – פרופ' מישל רבל, מכון ויצמן	שאלות אתיות ותקנות על מחקר עם תאי גזע עוברים מבני־אדם בישראל ובעולם
פרופ' דוד הד, האוניברסיטה העברית בירושלים	נורמות בין־לאומיות למחקר בתאי גזע – האם הן מן האפשר?
ד"ר טל ז'רסקי, אוניברסיטת חיפה	הפליה תוך שימוש במידע גנטי – היבטים כלכליים, משפטיים ואתיים
עו"ד טליה אגמון, משרד הבריאות	בדיקות גנטיות לקטינים – למה לא?

מושב רביעי – הרפורמה בתחום הרשלנות הרפואית

יושב־ראש – ד"ר נעם שר, המרכז הבינתחומי הרצליה	הרפורמה הדרושה
עו"ד תמר קלהורה, משרד המשפטים	דוח ועדת שפניץ – עיקרי המחקר והמדיניות
השופט בדימוס ד"ר גבריאל קלינג	הרשלנות הרפואית לאן?

מושב חמישי – היבטים חדשים ברשלנות רפואית

יושב־ראש – ד"ר אסף יעקב, המרכז הבינתחומי הרצליה	סוגיית ההסכמה מדעת
פרופ' ישראל גלעד, האוניברסיטה העברית בירושלים	הפיכת נטל ההוכחה ואחריות יחסית – לשאלת גבולותיה של הרשלנות הרפואית
פרופ' דניאל מור, אוניברסיטת תל־אביב	השימוש במומחים רפואיים מטעם בית־המשפט בקביעת האחריות בתביעות רשלנות רפואית
ד"ר צחי קרן־פז, המכללה למינהל	השפעתו של משטר החבות הנזיקי על המוניטין המקצועי של הרופאים
ד"ר גיל סיגל, הקריה האקדמית קרית־אוננו	זכות לפיצויים במשטר נזיקי ללא אשם
מושב שישי – היריון, לידה והולדה	
יושב־ראש – פרופ' דפנה ברק־ארוז, אוניברסיטת תל־אביב	
ד"ר רות זפרן, המרכז הבינתחומי הרצליה	בחירת מין היילוד

איל כתבן, אוניברסיטת בר-אילן	דופן התא המשפחתי – איסורי בדיקות, ייסורי בדיקות, "יישור השורות" ומידותיה הטובות של האשה
פרופ' דניאל זיידמן, אוניברסיטת תל-אביב	הזכות להורות בעידן של טכנולוגיות רבייה מתקדמות
ד"ר אילת בלכר-פריגת, שערי משפט מושב שביעי – ילדים ובריאות	מעמד האב בוועדות להפסקת היריון
יושב-ראש – פרופ' דן שניט, אוניברסיטת תל-אביב	ילדים ובריאות: אחריות, אוטונומיה וזכויות
ד"ר רועי גילבר, המכללה האקדמית נתניה	רשלנות רפואית באבחון התעללות בילדים
ד"ר תמר מורג, המכללה למינהל	לדעת, להשתתף, להחליט – על זכויות הילד החולה
עו"ד ורד וינדמן, המועצה לשלום הילד	זכות הילד לבריאות – הלכה למעשה
יושב-ראש – עו"ד ארז שחם, המרכז הבינתחומי הרצליה	מושב שמיני – זכויות בפיתוחים רפואיים – שימוש לטובת הכלל
פרופ' מיגל דויטש, אוניברסיטת תל-אביב	סודות עסקיים ופיתוחים רפואיים
פרופ' ניבה אלקין-קורן, אוניברסיטת חיפה	קניין רוחני במחקר רפואי – המשטר המשפטי החדש
ד"ר אורית פישמן-אפורי, המכללה למינהל	קניין רוחני וזכויות אדם – הזכות ליהנות מיתרונות הקדמה המדעית ומשימושיה

מבוא: על רפואה, משפט ומה שביניהם

1. מעגל ראשון: המשפט והרפואה בראי החיוב הנזיקי
 2. מעגל שני: המשפט הציבורי מגלה עניין ברפואה
 - (א) על ההגנה על זכויות ועל הזכות לבריאות במבט השוואתי
 - (ב) על הזכות לבריאות – מהות, מימון ומבט לעתיד
 3. מעגל שלישי: קניין רוחני, בריאות וחיים – מציאת נקודת ארכימדס
 - (א) מושכלות-היסוד
 - (ב) האיזון הראוי – בין כלל קניין לכלל אחריות
- פרק א: מושב פתיחה – משפט ורפואה
- פרק ב: מושב ראשון – הזכות לבריאות I
- פרק ג: מושב שני – הזכות לבריאות II
- פרק ד: מושב שלישי – גנטיקה רפואית – היבטים אתיים
- פרק ה: מושב רביעי – הרפורמה בתחום הרשלנות הרפואית
- פרק ו: מושב חמישי – היבטים חדשים ברשלנות רפואית
- פרק ז: מושב שישי – היריון, לידה והולדה
- פרק ח: מושב שביעי – ילדים ובריאות
- פרק ט: מושב שמיני – זכויות בפיתוחים רפואיים – שימוש לטובת הכלל

מבוא: על רפואה, משפט ומה שביניהם

בשנים האחרונות אנו עדים לתופעה גוברת של בין-תחומיות באקדמיה המשפטית בישראל. התופעה קיימת הן ביחס לסטודנטים, הנחשפים ללימודים בין-תחומיים,¹ והן ביחס לכותבים האקדמיים, אשר משלבים בתחום המחקר המשפטי – במידה הולכת וגוברת – ידע, שיטות חשיבה ומחקר, ותובנות מעמיקות מתחומים חוץ-משפטיים.² השימוש ההולך וגובר בניתוח

1 בעבר היו לימודי המשפטים תואר יחידני, אולם כיום פקולטות רבות למשפטים מציעות לימודים משולבים שבהם ניתן מעמד בכורה ללימודי המשפטים. המרכז הבינתחומי בהרצליה מוביל מגמה זו, בחיבו סטודנטים למשפטים לשלב בלימודיהם גם לימודי מנהל עסקים או לימודי ממשל. באוניברסיטת חיפה מוצעים מסלולים רבים המאפשרים לשלב בלימודי המשפטים גם לימודי כלכלה, מדעי המחשב, רפואה, סיעוד, לימוד מזרח אסיה ועוד. ראו: pow.idc.ac.il/portal/page?_pageid=1173,223348&_dad=portal&_schema=PORTAL;law.haifa.ac.il/programs/programs_index.asp?a=1&pos=&fname=join_programs&ftype=jointp&lang=heb&show=3

2 לדיון כללי בתופעה ראו מנחם מאוטנר "מעבר לסובלנות ולפלורליזם: הפקולטה למשפטים כמוסד רב-תרבותי" עיוני משפט כה 253 (2002); רון א' שפירא "המקצוענות של החינוך המשפטי" מחקרי משפט יז 263 (2002).

כלכלי³ או פמיניסטי⁴ של המשפט, והלימוד של משפט וספרות⁵ וכן תחומים רבים נוספים של "משפט ו...", מאפיינים תהליך זה. בתחומים אחדים המשפט מקיים זה כבר תהליכי חשיבה החורגים מהדוקטרינה הפורמלית הנוהגת כאן ועכשיו ובתחום המשפט בלבד. התחום של משפט ורפואה זוכה בהקשר זה במעמד נדיר וייחודי, באשר קיימת בו ספרות עשירה ומחקר נרחב בעל מסורת ארוכה.

מאמר זה מיועד להציע פתח-דבר לדיון בנושא משפט ורפואה, שעמד בבסיס שני ימי הכנס השנתי השלישי של כתב-העת משפט ועסקים. למאמר שני חלקים נפרדים ומשלימים. מטרת החלק הראשון של המאמר היא למקד את הדיון שנערך בנושא משפט ורפואה בשלושה מעגלים עיקריים, המסבירים לדעתנו, כל אחד כשלעצמו, את הטעם, הייחוד והחשיבות בממשק שבין משפט ורפואה: המעגל הראשון בוחן את היחס בין המשפט והרפואה בראי החיוב הנוזקי; המעגל השני מציג כיצד המשפט הציבורי מגלה בשנים האחרונות עניין הולך וגובר ברפואה; והמעגל השלישי עניינו במציאת נקודת האיזון בין שיקולי הקניין הרוחני לבין ההגנה על הזכות לבריאות ולחיים. מטרת החלק השני של המאמר היא לתאר את מושבי הכנס השונים, תוך פירוט עיקרי

- 3 ראו, למשל, עדי אייל "רטוריקה כלכלית: כלכלה וספרות בניתוח המשפט" מחקרי משפט יח 263 (2002). השוו אורן גול-אייל "הערות על העבר והעתיד של הניתוח הכלכלי של המשפט בישראל" מחקרי משפט כג 661 (2007) (אשר מציג את שיעורם החרגי של משפטים ישראלים בתחום הניתוח הכלכלי של המשפט, ומבקש להסביר את התופעה).
- 4 ראו, למשל, ליאורה בילסקי "יבוא תרבותי: המקרה של הפמיניזם בישראל" עיוני משפט כה 523 (2002); אורית קמיר פמיניזם, זכויות ומשפט (2002).
- 5 ראו, למשל, ג'ין גאקיר "תרופות ספרותיות-משפטיות – משפט וספרות הלכה ומעשה" מחקרי משפט יח 31 (2002); אורית קמיר "תרגיל במשפט וספרות: המשפט כמתרגם ומכונן זיכרון" מחקרי משפט יח 323 (2002); שלומית אלמוג "ספרות לצד משפט – הודאה, תודעה, אמת" מחקרי משפט יז 297 (2002).
- 6 ההשפעות הבין-תחומיות מתפרשות על טווח רחב מאוד. במשפט ורפואה מדובר במיוחד בלימוד הדדי שבמסגרתו המשפט מסדיר נורמות פעילות רפואיות, ואילו הרופא נדרש לידע משפטי על-מנת לפעול באופן יעיל ונורמטיבי. שילובים אחרים של "משפט ו..." מתבטאים בשימוש בדרכי מחקר וניתוח מן התחום הדיסציפלינרי האחר, כגון מחקר היסטורי וניתוח ספרותי של המשפט. לבסוף, לעיתים נוצרת תת-דיסציפלינה של ממש, דוגמת לימודי משפט וכלכלה. לפרקטיקה הקיימת בתחום של לימוד המשפט ההשוואתי ובתחום של יחסי המשפט וההיסטוריה, ראו רון חריס, אסף לחובסקי ואלכסנדר קדר "בין משפט להיסטוריה: על ההיסטוריוגרפיה של המשפט הישראלי" עיוני משפט כו 351 (2003); רון חריס "מדוע וכיצד ללמד משפט השוואתי בישראל?" עיוני משפט כה 443 (2002). השוו רון שפירא "סימפוזיון: משפט ותרבות" עיוני משפט כג 363, 363 (2000) ("הקשר שבין משפט ותרבות מקומית הוא מושא מרכזי של מחקר ואבחן-פינה של תפיסת חינוך משפטי בפקולטה למשפטים באוניברסיטת תל-אביב, והיה כזה עוד בגלגולה הקודם, ב'בית-הספר הגבוה למשפט וכלכלה', החל בשנת תרצ"ה (1935)").

הדברים שנשאו המשתתפים בכנס, במטרה לנסות להציג תמונה בהירה ורחבה של הדיון שנערך בו.⁷

הרעיון שעמד בבסיסו של הכנס היה רצוננו לחזור ולבחון את תחום המשפט והרפואה – אחד התחומים הבין-תחומיים הוותיקים ביותר – דווקא בעולם המודרני, שבו מתגבר העניין האקדמי והמעשי בבין-תחומיות. האם תחום המשפט והרפואה עודנו מעורר כיום עניין רב כבעבר? האם הוא "רלוונטי"? התשובה המובהקת שקיבלנו ממשתתפי הכנס היא חיובית. בחרנו למקד את הכנס בשלושה תחומים עיקריים, שעל-פיהם גם נבנה הדיון בחלקו הראשון של מאמר זה: התחום הראשון עניינו שאלת הזכות לבריאות – אחת הסוגיות הרפואיות המרכזיות ביותר בעולם המשפט; התחום השני עניינו שאלת הרשלנות הרפואית – כנראה הסוגיה המשפטית המטרידה ביותר את עולם הרפואה; והתחום השלישי עניינו בהיקף עצום של בעיות מורכבות המתעוררות בתחום המשפט והרפואה, בעיקר בשל פיתוחים טכנולוגיים חדשניים היוצרים סיכויים וסיכונים מרתקים.

1. מעגל ראשון: המשפט והרפואה בראי החיוב הנזיקי

הזיקה בין תחומי המשפט והרפואה היא עתיקת-יומין.⁸ שניהם נמנים עם תחומי העיסוק העתיקים והמכובדים ביותר המוכרים לאדם.⁹ לעוסקים בהם יש ידע רב וייחודי, ושדרות נרחבות של האוכלוסייה נזקקות לעזרתם מזמן לזמן. הפנייה לעורך-הדין ולרופא נעשית על-פירוב ברגעי קושי ומצוקה, ו"האדם הקטן" הזקוק לעזרתם המקצועית נדרש לאמון עיוור כמעט בבעלי-מקצוע אלה, בתקווה כי יבצעו את עבודתם נאמנה. זאת ועוד, בעוד אפילו פעילות על-פי הסטנדרטים הגבוהים ביותר אינה מבטיחה הצלחה,¹⁰ פעולה רשלנית של עורכי-דין או רופאים מקרבת מאוד את האפשרות לפגיעה קשה באינטרסים החשובים

7 ההרצאות שנשאו בכנס ומידע נוסף על-אודות הכנס ניתנים לצפייה באתר כתב-העת משפט ועסקים, בכתובת www.idclawreview.org.

8 תחומים אלה הוכרו כייחודיים כבר בחברה המסופוטמית. ראו: LOIS N. MAGNER, A HISTORY OF MEDICINE 26 (2nd ed., 2005): "The Great Mass of people lived as peasants, but their productivity supported a small urban elite of priests, warriors, and noblemen. Because law and medicine were ascribed to divine origins, the priests also assumed the roles of judges, lawyers, and physicians".

9 השוו סיון קלינגבייל "סקר הקריירה הגדול: מי רוצה להפסיק לעבוד" הארץ online 25.12.2005 ("סקר הקריירה הגדול של Marker watch מגלה: רופא ועורך דין הם עדיין המקצועות היוקרתיים ביותר") www.haaretz.co.il/hasite/pages/ShArtSR.jhtml?itemNo=662156&objNo=59202&returnParam=Y.

10 למעשה, עד לעליית הרפואה המערבית המודרנית במאה התשע-עשרה, הייתה תועלתה של הרפואה מוגבלת: "The history of modern medicine starts sometime in the 1830s, when a few courageous physicians acknowledged that virtually everything they did — bleeding, purging, prescribing complicated diets — was useless" JAMES LE FANU, THE RISE AND FALL OF MODERN MEDICINE 3 (1999).

לאדם: חיים, חירות וקניין.¹¹ אכן, "האחריות המוטלת על הרופא היא מן המורכבות והקשות שבחובות בני אנוש".¹²

מכאן היחס הדו-ערכי המוכר היטב בתרבות העולמית אל העוסקים בשני תחומים אלה.¹³ כמשפטנים, אנו מכירים היטב את היחס הדואלי של אנשי החברה – במיוחד הלא-משפטנים – אל עורכי-הדין:¹⁴ מחד גיסא, הם אבירי-זכויות, אשר מגינים על הפרט ועומדים בדרך של מהפכות פופוליסטיות פרי התלהבות של הרגע; ומאידך גיסא, הם אנשי המשטר הקיים, נציגי הממסד הממשלתי והכלכלי, אשר ל"אדם הקטן" קשה להתמודד עימו.¹⁵ אולם קיימת אנלוגיה מסוימת גם ביחסה של החברה לרופאים – מחד גיסא, הערצה

11 אלה הם האינטרסים המוגנים, כידוע, בתיקון החמישי לחוקה האמריקאית. השוו ע"א 9474/03 יורם גדיש תשתית ובנייה (1992) בע"מ נ' מוסא, פס' 8 לפסק-דינו של השופט ברק (טרם פורסם, 21.11.2006): "די אם נציין כי אחת המטרות המרכזיות של דיני הנוזיקין הינה הגנה על זכות של אדם לכבודו, לחירותו, לגופו ולרכושו. זכויות אלה הן בעלות מעמד חוקתי-על-חוקי." על האינטרסים המוכרים כראויים להגנה – למשל, הזכות לבריאות עצמה – ראו בפרק ג להלן.

12 ראו אליקים רובינשטיין "על הרפואה ועולם המשפט בישראל" המשפט ח 645 (2003).
13 וזאת אף מבלי להביא בחשבון שאלות תיאולוגיות נכבדות, כגון הרעיון ביהדות שלפיו כל מה שבא על האדם, ובכלל זה מחלה או תקלה כלשהן, הוא משמים – "כי אני ה' רופאך" (שמות, טו, כו). "כבר התקשו הקדמונים הכיצד ניתן להודק לרופא אשר תפקידו לרפא, בו בזמן שהמחלה נגרמה ע"י ההשגחה העליונה ואיך אפשר להפר את צו הבורא ולשנות את אשר נגזר מלמעלה." ראו יחיאל אליאש "הרופא בהלכה" (2004) www.daat.ac.il/daat/kitveyet/sinay/ harofe-4.htm. ראו עוד אצל: DARREL W. AMUNDSEN, MEDICINE, SOCIETY, AND FAITH IN THE ANCIENT AND MEDIEVAL WORLDS (2000) בעמ' 646.

14 אחת האמרות המפורסמות המובאות לתיאור השנאה כלפי עורכי-הדין הם דברים שכתב ויליאם שייקספיר במחזהו הנרי השישי (חלק שני, מערכה 4, תמונה 2), ולפיהם: "The first thing we do, let's kill all the lawyers". לכאורה, האמרה מדברת בעד עצמה, אולם חוקרים סבורים שקריאה מדויקת תוביל למסקנה שונה בתכלית. אומר הדברים הוא דמות שלילית העומדת בראש צבא-אספסוף ומבקשת להדיח את הממשל. רצונו לחסל את עורכי-הדין הוא אפוא מחמאה – אף אם עקיפה – לתרומתם של אלה לממשל יציב ותקין, לקיום זכויות האדם ולשמירה עליהן: שמרנותם של עורכי-הדין, המתבטאת בחשיבתם במונחים של תקדימים, מאפשרת להם לעמוד בפני מהפכות סוחפות-כל. בחלק גדול ממחזותיו של שייקספיר קיימת התייחסות לעולם המשפט, והמחזאי מפגין ידע ותובנה עמוקים ביחס לעולם זה. אולי היה איש-מסתורין זה בעל השכלה משפטית? ראו: DANIEL J. KORNSTEIN, KILL ALL THE LAWYERS? SHAKESPEARE'S LEGAL APPEAL xii-xiv, 11-34 (1994). לשימוש במחזותיו של שייקספיר לשם ניתוח של המשפט החוקתי האנגלי ראו: IAN WARD, SHAKESPEARE AND THE LEGAL IMAGINATION (1999). לניתוח היחס הדו-ערכי של התרבות הפופולרית כלפי עורכי-הדין – הערכה ותיעוב כאחד – כמשתקף מהבדיחות הרבות העוסקות בהם ראו: MARC GALANTER, LOWERING THE BAR: LAWYER JOKES AND LEGAL CULTURE (2005).

15 ראו, לשם דוגמה, את מכלול ספריו של עורך-הדין לשעבר ג'ון גרישם: באחד, עורך-דין צעיר

של כישוריהם המקצועיים המקדמים את איכות חייו של האדם ואת תוחלתם, ומאידך גיסא, הבעת חשש מפני התגברות לבבם כלפי המטופל.¹⁶ החשש מפני שימוש הרופאים לרעה בכוחם הרב היה נפוץ מאוד בתרבויות הקדומות.¹⁷ מעבר לאי-הנוחות שחשו אנשים מפני הידע המסתורי והבלתי-נגיש שבידי הרופא-המשכיל,¹⁸ החששות היו מעשיים ומוכרים ביותר: החשש מפני פגיעה בכבוד החולים, בגופם או בפרטיותם; והשמירה על היושרה המקצועית והטיפול ההוגן והשוויוני בחולים, עני כעשיר. דברים אלה באים לידי ביטוי בכל שבועות הרופאים, למן שבועת היפוקרטס המפורסמת מהמאה הרביעית לפני הספירה,¹⁹ המשך בשבועת הרמב"ם²⁰ וכלה בשבועות רופאים בנות-ימינו.²¹

עובר מסלול פיתויים מושחת במשרד עורכי-דין (הפירמה, 1991); בשני, סטודנטית צעירה למשפטים חושפת שחיתות רצחנית (תיק שקנאי, 1992); בשלישי, עורכת-הדין היא מבטחו האחד של קטין שהיה עד לפשע (הלקוח, 1993). לדיון נוסף ראו: John B. Owens, *Grisham's Legal Tales: A Moral Compass for the Young Lawyer*, 48 U.C.L.A. L. Rev. 1431 (2002). לרשימה המלאה ראו: he.wikipedia.org/wiki/%D7%92%D7%95%D7%9F_%D7%92%D7%A8%D7%99%D7%A9%D7%9D.

16 נזכיר את האמרה המצויה במשנה האחרונה במסכת קידושין (פרק ד, משנה יד) שלפיה "טוב שברופאים לגיהנם". היו פרשנים שראו בדברים אלה מימרה עממית בלבד, אולם רבים מגדולי הפרשנים שנדרשו להוראה ראו בה הבעת חשש מפני התנהגות לא-ראויה של רופא, שעלול לגלות חוסר אחריות וחוסר התלהבות במלאכתו, לסרב לטפל במקרים חמורים או להימנע מלהיוועץ עם מומחה בעוד הוא "עושה עצמו בקי". על-כן אף הטוב שברופאים עלול לגרום לשפיכות-דמים, ועל-כן עלול לנחול גיהנום. ראו שמואל קוטק "טוב שברופאים לגיהנם" ספר אסיא ב (1981) נגיש ב: www.medethics.org.il/articles/ASSIA/ASSIA2/R0021021.asp; יעקב פרוש "על רשלנותו של יועץ או 'טוב שברופאים לגיהנם'" דיני ישראל יב קיט, קיט-קכ (התשמ"ד-התשמ"ה). וראו עוד על הנושא בהמשך פרק זה.

17 לדיון ראו Amundsen, לעיל ה"ש 13, בעמ' 21.

18 האמונה הנוצרית סבורה שהחלמה וריפוי נובעים מהאל (בין במישרין, באמצעות תפילה, ובין בעקיפין, על-ידי שימוש בתרופה ובעזרתם של רופאים), אולם מחקר מצביע על כך שראשי הכנסייה הנוצרית המוקדמת האמינו גם שלעיתים הריפוי נובע ממקורות אפלים, כגון השטן וחבר מרעיו השדים. מכאן נבעה נכונותם להכיר בכך שלרפואה הפגנית ולמעשי הכישוף עשויה להיות תוצאה חיובית. ראו שם, בעמ' 9.

19 ראו: en.wikipedia.org/wiki/Hippocratic_Oath; www.ima.org.il/imahebnew/T1.asp?p=2&n=1813.

20 שבועה זו אומרת, בין היתר: "תן בליבי האהבה לאומנותי ולבריותך ואל תתן לאהבת הבצע ולשאפת התהילה והכבוד להתערב בעבודתי... אמץ וחזק כוחות גופי ונפשי להיות תמיד מוכן להושיע לדל ולעשיר, לטוב ולרע, לאוהב ולשונא, וכי אראה תמיד בחולה רק את האדם... תן בליבי לשמוע בקול חכמים אמיתיים בני אומנותי החפצים ללמדני בינה כי שדה החכמה גדול ורחב חוקני נא ואמץ לבבי נגד השוטים המתחכמים הנותנים בדופי שלא אסור מדרך האמת בלי משוא פנים. אמץ". ראו: www.ima.org.il/imahebnew/T1.asp?p=2&n=1816.

21 שבועת הרופא העברי חברה על-ידי ד"ר ליפמן היילפרין בשנת 1952, תוך התבססות על חלק מהמוטיבים של שבועת היפוקרטס. ראו: www.ima.org.il/imahebnew/T1.asp?p=2&n=1815.

היקף הנושאים הכלולים במחקר בתחום הרפואה והמשפט הוא אינסופי כמעט, וכמוהו גם העניין העיוני ההדדי בין התחומים. אולם נקודת הממשק בין המשפט לרפואה עמוקה ומעשית הרבה יותר, וקשורה לבסיס הנורמטיבי המאפשר את פעילותם המקצועית של הרופאים.²² רופאים אינם מלינים על עצם הרגולציה המשפטית של העיסוק ברפואה, שהרי גם להם יש צורך בהסדרת העיסוק בתחום רגיש זה.²³ נראה כי עיקר הקושי של הרופאים נובע מההשלכות העיוניות והמעשיות הקשורות למושג "רשלנות רפואית": ראשית, התיימרותם של העוסקים בפרקטיקה המשפטית לקבוע את נורמות הפעילות המקצועיות הראויות לעוסקים ברפואה;²⁴ שנית, ה"משפטיזציה" הגוברת של מקצוע הרפואה, שבעטייה על הרופאים להיות מודעים להשלכות המשפטיות של כל פעולותיהם;²⁵ ושלישית, עצם גרירתם של הרופאים לתוך סבך

he.wikipedia.org/wiki/%D7%A9%D7%91%D7%95%D7%A2%D7%AA_%D7%94
.%D7%A8%D7%95%D7%A4%D7%90%D7%99%D7%9D

- 22 אולי מכאן נובע הגידול העקבי בעניין של הרופאים בתחום המשפט. למן שנת 1952 ממליץ איגוד הרופאים האמריקאי על קיום קורס של עשרים שעות, ובפועל רוב בתי-הספר האמריקאיים לרפואה מציעים קורסים שונים בנושאים רפואיים, ויש המציעים אפילו תואר משולב - J.D./M.D. ראו: Phillip V. Davids, *Book Review Essay: Doctors and the Law: Medical Jurisprudence in Nineteenth-Century America*, 15 J. LEGAL MED. 185 (1994). לדיון מעמיק ראו: George J. Annas, *Law and Medicine: Myth and Realities in the Medical School Classroom*, 1(2) AM. J. L. & MED. 195 (1975).
- 23 ראו לאחרונה, למשל, את ע"א 10834/04 ד"ר פלונית נ' המנהל הכללי של משרד הבריאות (טרם פורסם, 21.11.2006), הדין ביכולת לעסוק ברפואה. לדיון בדרכי רגולציה ובהגבלות של חופש העיסוק, לרבות בתחום הרפואה, ראו מרדכי קרמניצר, עמרי בן-שחר ושחר גולדמן חופש העיסוק: מתי על המדינה לקבוע בחוק תנאי כניסה לעיסוק מקצועי? 22 (1998).
- 24 ראו, למשל, ע"א 7794/98 הסתדרות מדיצינית הדסה נ' מזרחי (טרם פורסם, 2.2.2006); ע"א 522/04 מרכז לייזר לנתוחי קרנית בע"מ נ' דיראוי (לא פורסם, 28.6.2005). ראו במיוחד דנ"א 7794/98 קליפורד נ' משה, פ"ד נז(4) 721 (2003), וכן את הרצאתו של עו"ד אלי זהר, שעיקריה מובאים להלן בעמ' 59-61.
- 25 דוגמה אחת לכך ניתן למצוא ברגולציה המשפטית של התבטאויות רופאים. השאלה המשפטית היא אם יש לתת נפקות משפטית מחייבת ומלאה לדבריהם של רופאים. אם התשובה חיובית, אזי ניתן לחייב רופאים בדין - משפטי, אזרחי או פלילי, לפי העניין - בגין התבטאויותיהם; אם התשובה שלילית, קיימת אפשרות לתחקור מקיף יותר של הפעילות הרפואית, אבל אז ייתכן שהדין יעניק דווקא הגנה או חסינות לרופאים גם בגין פעולותיהם הרשלניות או הכושלות. יישום לדברים ניתן לראות בפסקי-הדין של בית-המשפט העליון שדנו בשאלת חסינותו של התחקיר הרפואי. ראו רע"א 1412/94 הסתדרות מדיצינית הדסה עין-כרם נ' גלעד, פ"ד מט(2) 516 (1995); רע"א 4708/03 חן נ' מדינת ישראל - משרד הבריאות (לא פורסם, 7.11.2005). השוו רובינשטיין, לעיל ה"ש 12, בעמ' 653. בחקיקה האמריקאית נקבע במפורש כי דברי התנצלות שהשמיעו רופאים לאחר פעולה רפואית לא ייחשבו כהודאה באשם. ראו לאחרונה: Marlynn Wei, *Doctors, Apologies, and the Law: An Analysis and Critique of Apology Laws*, 40 J. HEALTH L. 107 (2007), available at ssrn.com/abstract=955668.

ההליך המשפטי, על כל הכרוך בכך, לרבות הכבדת עלויות הביטוח של הרופאים וחשיפתם הגוברת לחבות משפטית בתחום זה.²⁶ נושא זה, המשבר בתחום הרשלנות הרפואית והרפורמות האפשריות לשם פתורו הם מושא חלקו הראשון של הכנס. מנקודת המבט של המשפטנים, תלונותיהם של הרופאים נתפסות כמוגזמות במידת-מה, וזאת מכמה טעמים. ראשית, מבחינת המשפטן, ברי כי המשפט הוא הקובע את האחריות המקצועית – האתית,²⁷ האזרחית (הנזיקית) והפלילית, הכל על-פי חומרת העניין – של כל בעלי-המקצוע, במיוחד של אלה העוסקים ב"מקצועות חופשיים".²⁸ זה תפקידו המקצועי וייעודו החברתי של המשפט. בשיטות המשפט המקובל, בית-המשפט הוא המפרש ומיישם את הדין,²⁹ הוא האוכף הסדרי והתחייבויות, והוא המגדיר נורמות התנהגות ראויות הן במשפט הפרטי (למשל, בתחומי החוזים והנזיקין) הן במשפט הציבורי (החוקתי, המנהלי והפלילי). כך, בית-משפט הוא הקובע, אף אם בדיעבד, את אמות-המידה הראויות לבניית

26 העיתון הרפואי המוביל בארצות-הברית תיאר את התחושה הרווחת בקרב רופאים כך: "Few issues in health care spark as much ire and angst as medical-malpractice litigation. Physicians revile malpractice claims as random events that visit unwarranted expense and emotional pain on competent, hardworking practitioners. Commentators lament the 'lawsuit lottery', which provides windfalls for some patients, but no compensation for the vast majority of patients injured by medical care. Within the health care industry, there is a nearly universal belief that malpractice litigation has long since surpassed sensible levels and that major tort reform is overdue". ראו: David M. Studdert, Michelle M. Mello & Troyen A. Brennan, *Medical Malpractice*, 350(3) New Eng. J. Med. 283, 283 (2004). כן ראו את הרצאתו של פרופ' דניאל מור, שעיקריה מובאים להלן בעמ' 99-100.

27 "למרבבה ההפתעה מקצוע הרפואה נעדר כללי אתיקה מחייבים מכוח חוק. הבסיס החוקי להגדרת הנדרש מהרופא בתחום זה הוא דל ועיקרו הוראות סעיף 41 לפקודת הרופאים וסעיף 45 לפקודת רופאי השיניים... עד היום לא חוקקו כללי אתיקה מפורטים ומחייבים אשר יחולו מכוח החוק... על ציבור הרופאים... את החלל בתחום כללי האתיקה הרפואית מנסה למלא ההסתדרות הרפואית בישראל, אשר אישרה תקנון כללי אתיקה רפואית... החל על חבריה..." ראו משה גולדבלט "זכות החולה לגילוי נאות" www.articles.co.il/article/2925/%D7%96%D7%9B%D7%95%D7%AA%20%D7%94%D7%97%D7%95%D7%9C%D7%94%20%D7%9C%D7%92%D7%99%D7%9C%D7%95%D7%99%20%D7%A0%D7%90%D7%95%D7%AA%D7%A0%D7%90%D7%95%D7%AA. בישראל – www.ima.org.il.

28 לדיון ראו: Daniel Vázquez Albert, *Competition Law and Professional Practice*, 11 ILSA J. INT'L & COMP. L. 555 (2005).

29 כפי שנאמר בהקשר של הצדקת הביקורת השיפוטית החוקתית – "It is emphatically the province and duty of the judicial department to say what the law is" Marbury v. Madison, 5 U.S. 137, 177 (1803).

מבנים³⁰ ולפעילות בתחום הרגיש של בטחון המדינה.³¹ קל וחומר שבית המשפט מוסמך לקבוע גם את סטנדרט הפעילות הראוי שהרופאים נדרשים לו בפעילותם, במיוחד כאשר ברוב המקרים רמת פעילות זו שנויה במחלוקת מקצועית לגיטימית בין הרופאים עצמם.³² שנית, ניתן בהחלט לסבור שלמשפט יש דווקא יחס מיוחד ומועדף להסדרת גבולות האחריות הרפואית, כלומר, שהוא מכיר במעמדם הייחודי של הרופאים ומבין היטב את תפקידו להגן עליהם. נחזור כעת להבחנה בין אחריות פלילית לבין אחריות נזיקית, ונתחיל בדוגמה:

לפני שנים מספר השתמש עיתון אנגלי בפרסומת הבאה: גבר מבוגר הולך ברחוב. לפתע מגיח גבר צעיר ודוחף אותו בפראות מן המדרכה אל הכביש. הזקן הנדהם נופל למדרכה הלום. מעשה ונדלי ללא ספק. עתה המצלמה מתרחקת, ואנו רואים את הסצנה שנית. גבר מבוגר הולך ברחוב. מכונית הנהוגה על-ידי שיכור עומדת לעלות על המדרכה. גבר צעיר ואמיץ רץ ודוחף את הגבר המבוגר מן המדרכה. חיי הזקן ניצלו. הוא מביט בצעיר בתודה ובהוקרה. הנה כי כן, הסבירה הפרסומת, רק הקריאה בעיתון מעניקה את התמונה האמיתית, המלאה, בפרספקטיבה הנכונה.

ומן המשל אל הנמשל: הרופאים טועים כאשר הם רואים במשפט בעיקר חרב אשר עומדת מעל ראשם, מגבילה את עיסוקם ומסכנת את פרנסתם וחירותם. ההפך הוא הנכון. המשפט אכן יוצר נורמות מגבילות, אולם בעיקרו הוא המגן הנאמן של הרופא, הואיל והוא יוצר חריגים לכללים המשפטיים במיוחד לטובת הרופאים. רוב המעשים שאנשי הרפואה עושים³³ היו נחשבים מעשי עברה פלילית והיו עולים כדי עוולה אזרחית אילו נעשו על-ידי כל אדם אחר.³⁴ הדין האזרחי והדין הפלילי מקנים לרופא הגנות, ומטילים עליו חובות

30 ראו, למשל, את פסקי-הדין המחוזיים ע"פ (מחוזי ת"א) 71198/00 בר אילן נ' מדינת ישראל, תקדין מחוזי, 2002 (3) 1450 (2002) (בעניין גשר המכביה); ע"פ (מחוזי י"ם) 9942/05 עדי נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 25.9.2006) (בעניין אולם ורסאי).

31 השוו: "האופי הביטחוני של שיקול הדעת המינהלי הרתיע בעבר מפני ביקורת שיפוטית... במשך השנים הובהר, כי אין כל ייחוד בשיקולי הביטחון, לעניין ההתערבות השיפוטית. שופטים אינם אנשי מינהל, אך עקרון הפרדת הרשויות מחייב אותם לפקח על חוקיות החלטותיהם של אנשי המינהל. לעניין זה אין מעמד מיוחד לשיקולי הביטחון. גם אלה חייבים להיות מופעלים על-פי החוק, וגם על אלה צריכה להיות ביקורת שיפוטית. כשם שהשופטים מסוגלים וחייבים לבדוק את סבירותו של שיקול הדעת המקצועי בכל תחום ותחום, כך הם מסוגלים וחייבים לבדוק את סבירותו של שיקול הדעת הביטחוני." בג"ץ 680/88 שניצר נ' הצנזור הצבאי הראשי, פ"ד מב(4) 617, 639-640 (1988).

32 ובתי-המשפט אכן עושים זאת מימים ימימה כעניין שבשגרה. ראו, למשל, את הדיון הפנים-רפואי בע"א 9063/03 פלוני נ' הסתדרות מדיצינית הדסה (לא פורסם, 22.6.2005).

33 אותם מעשים רפואיים המיוחדים לרופאים בלבד על-פי הדין הישראלי. ראו פקודת הרופאים [נוסח חדש], התשל"ז-1976, פרק ב - ייחוד העיסוק ברפואה.

34 מעשים מסוימים עשויים להיות מוגנים במסגרת צנעת הפרט, אך יש להניח שחוזה לעשייתן של רוב הפעולות שיוחודו לרופאים על-ידי מי שאינם רופאים ייחשב הסכם הנוגד את תקנת הציבור. ראו ע"א 294/91 חברת קדישא גחש"א נ' קסטנבאום, פ"ד מו(2) 464 (1992);

שונים על-מנת שיעמוד בתנאי ההגנה. למשל, קבלת הסכמה מדעת (informed consent) של המטופל מקנה לרופא הגנה מפני העוולה הנזיקית והעברה הפלילית הקרויות שתייהן "תקיפה"; בהעדר הסכמה מדעת, הגנת החוק מוסרת מהרופא, והדין חוזר ומעדיף להגן על המטופל.³⁵ נדגיש: עיון בחקיקה ובפסיקה מצביע על ההערכה הרבה שהמשפט רוחש לרופא.³⁶

לסיום הנושא נחזור ונדגיש כי רעיון החבות האישית של המזיק, ובמיוחד של הרופא, הוא קדום מאוד, אפילו יותר מן ההבחנה המשפטית הפורמלית בין חבות פלילית לחבות נזיקית.³⁷ התפיסה שלפיה על רופא המבצע את פעולתו ברשלנות תוטל חבות אישית דווקא בשל מעמדו המורם-מעם והשכלתו המרשימה – עתיקה מאוד אף היא. יש פרשנים הרואים באמרה המשנאית "טוב שברופאים לגיהנם" משום הבעת חשש מפני רשלנות הרופא בשל חוסר ידיעה, השתדלות בלתי-מספקת או אי-היוועצות במומחים ממנו.³⁸ כבר המשפט העברי התלבט בשאלה המעשית אם להטיל חיוב כספי על רופא רשלן, ובכך להרתיע

גבריאלה שלו "סוס הפרא – לאן או מה ארע לתקנת הציבור?" קרית המשפט ב 21 (2002); דניאל פרידמן "תוצאות אי חוקיות בדין הישראלי לאור הוראות סעיפים 30-31 לחוק החוזים (חלק כללי) (חלק ראשון)" עיוני משפט ה 618 (1976). אגב, טענה דומה ניתן להעלות בהתייחס להוראות הדין בדבר פתיחה באש או דרכי חקירה של כוחות הביטחון – אלה כאלה הינם הסברים משפטיים לנסיבות שבהן יזכו אנשי כוחות הביטחון בהגנות בפלילים למעשים שהיו נחשבים עברה אצל כל אדם אחר. במקרים של חריגה מהוראות הדין, אין אנשי הביטחון זכאים להגנות הקבועות בדין, והם יחובו בדין. ראו, לדוגמה, ביד"צ מר/3/57 תובע צבאי נ' רס"ן מלינקי, פס"מ יז 90 (פקודה בלתי-חוקית בעליל); בג"ץ 5100/94 הוועד הציבורי נ' עינייים בישראל, פ"ד נג(4) 817, 844-847 (1999) (ההגנות בפלילים העומדות לחוקרים); ע"פ 4191/05 אלטגאוז נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 25.10.2006) (הוראות פתיחה באש של מאבטחים); ע"א 1354/97 עכאשה מ' מדינת ישראל, פ"ד נט(3) 193 (2004) (אחריות המדינה בנזיקין).

35 השו"ס' 23-24 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש], נ"ח 266; ס' 378-382 לחוק העונשין, התשל"ז-1977, ס"ח 226 (להלן: חוק העונשין). כן ראו ע"א 6153/97 שטנדל נ' שדה, פ"ד נו(4) 746 (2002). התנהגות זו עשויה גם לבסס עילת רשלנות בטיפול הרפואי. ראו ע"א 4384/90 ואתורי נ' בית החולים לניאדו, פ"ד נא(2) 171 (1997).

36 ראו, למשל, את הסמכויות הנכבדות המסורות לרופא בחוק החולה הנוטה למות, התשס"ו-2005, ס"ח 58 (להלן: חוק החולה הנוטה למות).

37 להתפתחות ההבחנה עד לביטוייה המובהק במשפט הרומי ראו: David Ibbetson, *Wrongs and Responsibility in Pre-Roman Law*, 25(2) J. LEGAL HISTORY 99 (2004). קודקס חוקי חמורבי מן המאה השמונה-עשרה לפני הספירה מתייחס בפירוט רב הן לשכרו של הרופא והן לעונשו אם שגה, וממקם את הדיון בנושא זה מייד לאחר הסעיפים ה"כלליים" הדנים במעשה אלימות של אדם כלפי רעהו. ראו ס' 215-223 (לגבי רופא של בני-אדם), שלאחריהם מופיע הדיון בחבותם של וטרינר, ספר, בנאי ועוד. ראו: www.wsu.edu/~dee/MESO/CODE.HTM.

38 ראו פרוש, לעיל ה"ש 16, בעמ' קיט-קכא והפרשנויות המובאות שם. לפרשנות נרחבת ביותר ראו קוטק, לעיל ה"ש 16.

מרפאים, או לקבוע חיוב על-מנת לוודא שייזוהר, כנהוג לגבי דיין.³⁹ עם שאלה משפטית זו – היקף החבות שניתן להטיל על רופא – אנו מתחבטים מאז ועד ימינו.⁴⁰

2. מעגל שני: המשפט הציבורי מגלה עניין ברפואה

בשנים האחרונות הרחיב המשפט את תחומי העניין הדיסציפלינרי שלו בצורה ניכרת, כפי שתיארנו, ויחסי-הגומלין בין משפט ורפואה נשכרים מן הסקרנות ההדדית של רופאים כלפי המשפט ושל משפטים כלפי הרפואה.⁴¹ לא רק שקיימים קורסים והשתלמויות ברפואה משפטית או בפרקי רפואה למשפטים, אלא שקיימים – במיוחד באוניברסיטות בארצות-הברית – קורסים משפטיים ייחודיים למשפט הרפואה, וקיימת התמחות משפטית שלמה בענף הקרוי *healthcare law*.⁴² במה תוכניות לימוד מעין אלה עוסקות? באילו תחומים משפטיים הן נוגעות?

מבחינה מסורתית נתפס נושא הרפואה והמשפט כחלק מהמשפט הפרטי הקלסי: יחסי רופא-חולה נתפסו כיחסים חוזיים, ובעיקר כמערכת יחסים פרטית ואף אינטימית.⁴³ התערבותו של המשפט הייתה בעיקר במקרים שבהם חל שיבוש במערכת היחסים, שאז נכנסה לתפקידה המערכת הנוזקית, ולעיתים אף הפלילית. לעומת זאת, בעשרות השנים

39 לדיון מרתק ראו, למשל, יחיאל אליאש "הרופא בהלכה" סיני עה (1974) www.daat.ac.il/daat/kitveyet/sinay/harofe-4.htm. בעניינו של דיין מצינו את האמרה "לעולם יראה דיין עצמו כאילו חרב מונחת לו בין ירכותיו, וגיהנם פתוחה לו מתחתיו", כלומר, כל תוויה מהאמת מסוכנת מאוד, וכל צעד מוטעה מפיל אותו לגיהנום. ראו תלמוד בבלי, מסכת סנהדרין, דף ז, עמוד א.

40 ראו: Virginia A. Sharpe, *Behind Closed Doors: Accountability and Responsibility in Patient Care*, 25(1) J. MED & PHILOS. 28 (2000).

41 קיימות אגודות לאומיות ובין-לאומיות רבות העוסקות בתחום, וחלקן אף מוציאות כתבי-עת מרכזיים של משפט ורפואה. בין אלה נציין את האגודה האמריקאית למשפט, רפואה ואתיקה (נוסדה בשנת 1911; פעילה במיוחד מאמצע שנות השבעים); www.aslme.org/about/history.php; הקולג' האמריקאי לרפואה משפטית (נוסדה בשנת 1960); www.aclm.org/Default.aspx; והאגודה הבין-לאומית למשפט רפואי (נוסדה בשנת 1967); www.waml.ws/home.asp; שנשיאה הוא השופט בדימוס פרופ' אמנון כרמי. גם בישראל פעילה אגודה לרפואה ולמשפט, ואף היא מוציאה ביטאון (ראו: medlaw.haifa.ac.il/departments/medlawsmli.htm).

42 הדירוג המשפיע ביותר של הפקולטות למשפטים – זה של העיתון U.S. News – מדרג גם את התוכניות הייחודיות למשפט ורפואה. ראו: www.usnews.com/usnews/edu/grad/rankings/law/lawindex_brief.php.

43 האינטימיות של מערכת היחסים מתבטאת בדיון, למשל, בחיסיון המוענק בדיני הראיות לרופאים – וכן לפסיכולוגים ולעובדים סוציאליים – על מידע שנמסר לידיהם במסגרת מערכת היחסים ומתוך אמון שהם ישמרו אותו בסוד. החיסיון אינו מוחלט. ראו פרק ג לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971, ס"ח 421.

האחרונות, עיקר העניין בתחומים הקשורים למשפט ורפואה הוא בנושאים מתחום המשפט הציבורי. על-פי החלוקה המקובלת במשפט הישראלי, ניתן לומר שמדובר בנושאים הן מתחום המשפט החוקתי והן מתחום המשפט המנהלי במובנו הרחב.⁴⁴ בפרק-המשנה שלהלן נתייחס לנושא "הזכות לבריאות" – האם הוכרה זכות כזו בישראל ובמדינות אחרות? אם כן, מהו התוכן שניתן לה, ומדוע מימושה נתקל בקשיים כה רבים? בהיבטים שונים של נושא מרתק זה עסקו המושבים הראשון והשני של הכנס. בחרנו להרחיב מעט בשאלת קיומה של זכות לבריאות – הן לשם "הידוקם" יחדיו של מאמרי הקובץ, הן לשם הרחבת הדעת והן לשם קישור לחלקו השלישי של פרק זה, הן בשאלות הטעונות ליבון ומחקר בעתידו של תחום משפט הרפואה, במיוחד בהקשר של קניין רוחני. בפרק-המשנה שלאחריו נתייחס לנושאים שתוארו כמנהליים ואשר רלוונטיים לעתידו של התחום: שאלות רגולטיביות הקשורות להסדרה חוקית של פעילות רפואית, של פיתוחים ביו-אתיים ושל תעשיית התרופות.

(א) על ההגנה על זכויות ועל הזכות לבריאות במבט השוואתי

נושא "הזכות לבריאות" זוכה בשנים האחרונות בדיון אקדמי וציבורי נרחב מאוד: לא רק בישראל, אלא ברוב מדינות העולם; לא רק במישור הפנים-מדינתי, אלא גם בזה הבין-לאומי; ולא רק במסגרת דיון משפטי-פורמלי, אלא גם בגדרן של דיסציפלינות רלוונטיות נוספות.

הדיון הלאומי והבין-לאומי בתחום המשפט מתמקד בזיהוי אינטרסים של הפרט הראויים להגנה משפטית, ובתרגומן ללשון של "זכויות אדם ואזרח".⁴⁵ מבחינה דיסציפלינרית-משפטית, ההגנה על זכויות האדם והאזרח נעשית בעיקר באמצעות תחום המשפט הציבורי, שעניינו בהסדרת פעילותן הנאותה של הרשויות, על-מנת לוודא את מימושה של זכויות

44 אם נבחן את שתי ההוצאות העיקריות של ספרי לימוד משפטיים, נראה כי הוצאת West מציעה לא פחות מ-165 ספרי לימוד וכותרים בתחום זה, שרובם עוסקים בתחומים שתיארנו כ"ציבוריים", ואילו הוצאת Aspen מציעה יותר מ-40 כותרים בתחום זה, שאותו היא מכנה "משפט ומנהל רפואיים". ראו, בהתאמה: west.thomson.com/store/SrchResults.aspx?Ntx=mode+match&allpartial&Nty=1&N=4294966996+4294967237; www.aspenpublishers.com/pifs.aspx?market=Health+Law+%26+Administration+MK Mark A. Hall, *The History and Future of Health Care Law: An Essentialist View*, 41 WAKE FOREST L. REV. 347 (2006). המחבר מסביר כי משפט הרפואה התגבש בארצות-הברית כרבע המאה האחרונה לכלל לימודי תעשיית הבריאות. לדבריו, בעוד שבעבר התאפיין תחום זה ב"מפגשים" של רופאים עם בתי-המשפט, כיום התחום מוגדר בצורה רחבה יותר כ"מפגשים" של המחוקק, בתי-המשפט, השוק והמערכות הרגולטיביות עם כל צדדיה של תעשיית הבריאות. מלומדים רבים מוטרדים ממצב-דברים זה, על אי-הסדר האינהרנטי השורר בו.

45 מבחינה פורמלית מדובר בזכויות ובחירויות של הפרט. לדיון מדעי ופילוסופי ראו: Wesley Newcomb Hohfeld, *Some Foundational Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, 23 YALE L.J. 16 (1913–1914); MATTHEW H. KRAMER, NIGEL E. SIMMONDS & HILLEL STEINER, *A DEBATE OVER RIGHTS: PHILOSOPHICAL ENQUIRIES* (1998).

החיים במדינה.⁴⁶ אמת, גם למשפט הפרטי – במיוחד כפי שהוא נאכף על-ידי רשויות המדינה – יש חלק משמעותי בהגנה על גופו ורכושו של אדם מפני פעילותם של בני-אדם ותאגידים שיש לו התייחסות-גומלין עימם. אולם נהוג להעריך שהחשש המרכזי לפגיעה בזכויות האדם הוא דווקא מפעילותן של רשויות המדינה.⁴⁷ החשש אינו רק מפעולתן הודונית או המושחתת של הרשויות, אלא גם מפני הגבלת-יתר של זכויות האדם והאזרח שביסודה כוונות טובות ומיטיבות של רשויות השלטון.⁴⁸ כפי שמצביעות כמה הרצאות המופיעות בכרך זה,⁴⁹ קיימת מעורבות ממשלתית עצומה בתחום הרפואה בישראל, שביטוייה הבולטים הם הרגולציה הקובעת את סל השירותים והתרופות שעל קופות-החולים לספק; חובת המדינה לממן את עלות הסל;⁵⁰ קיומה של ועדת סל התרופות, הממליצה על עדכונים טכנולוגיים לסל האמור; וכמובן היות משרד הבריאות עצמו ספק שירותים משמעותי מכוה בעלותו על חלק ניכר מבתי-החולים בישראל.⁵¹

46 ודוק: ההגנה על האינטרסים הנתפסים על-ידי המשפט כראויים להגנה בכל זמן נתון מאפיינת גם את תחומי המשפט הפרטי. אולם אף-על-פי שגם במשפט הפרטי נקראות רשויות המדינה – בתי-המשפט, ההוצאה לפועל, המשטרה – לאכופ זכויות מתחום זה, המחלוקת המשפטית היסודית בתחומים כגון חוזים, נזיקין, עשיית עושר ולא במשפט או דיני משפחה היא בין צדדים פרטיים.

47 ומכאן לשון ס' 11 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס"ח התשנ"ב 150, שלפיה "כל רשות מרשויות השלטון חייבת לכבד את הזכויות שלפי חוק-יסוד זה". זכויותיו וחירותיו של האזרח עלולות להיפגע גם כתוצאה ממעשיהם של אדם או תאגיד פרטי, אולם מקרים אלה מסווגים ברגיל לתחום המשפט הפרטי – דיני חוזים, נזיקין, עשיית עושר ולא במשפט, קניין וכדומה.

48 כלשונו של השופט Posner, בדברו על מחבריה של מגילת הזכויות בחוקה הפדרלית האמריקאית: "The men who wrote the Bill of Rights were not concerned that government might do too little for the people but that it might do too much to them". ראו: Jackson v. City of Joliet, 715 F.2d 1200, 1203 (7th Cir. 1983). אולי יש בדברים אלה הד לאמרתו המפורסמת – והפוכה בתכליתה – של הנשיא קנדי עם כניסתו לתפקיד בינואר 1961, שלפיה: "And so, my fellow Americans: ask not what your country can do for you — ask what you can do for your country". ראו: www.bartleby.com/124/pres56.html. יש כמובן הבדל בין החשש מפני הפעלת כוחה הכופה של המדינה בצורה לא-נאותה – למשל, חיפוש לא-חוקי בבית – לבין החשש מפני שימוש לא-תקין בכוחה המיטיב של המדינה – למשל, הספקה לא-שוויונית של מוצרי רפואה.

49 ראו את הרצאתו של ד"ר יובל קרניאל, שעיקריה מובאים להלן בעמ' 74–75. כמו-כן ראו את הרצאתה של ד"ר ריבי ווייל, שעיקריה מובאים להלן בעמ' 67–70.

50 ראו בחוק ביטוח בריאות ממלכתי, התשנ"ד-1994, ס"ח 156 (להלן: חוק בריאות ממלכתי): ס' 3 (הזכות לשירותי בריאות, ובמיוחד ס"ק (ב), שלפיו "המדינה אחראית למימון סל שירותי הבריאות"); ס' 6 (התחומים של שירותי הבריאות) וס' 7 (סל שירותי הבריאות).

51 על סל התרופות ועדכונו ראו: Guy Seidman, *Regulating Life and Death: The Case of Israel's 'Health Basket' Committee*, 23 J. CONTEMP. HEALTH L. & POL. 9 (2007). על-פי נתוני הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה, בשנת 2005 היו בבעלותן הישירה של הממשלה

הכרה משפטית בזכויות והגנה משפטית עליהן נעשות באופן מסורתי באמצעות שני מנגנונים: ראשית, מנגנון מנהלי, המטיל על רשויות המדינה לקיים "הליך נאות" עובר לפגיעה באינטרס לגיטימי של הפרט, ומשלים את הדרישה במנגנון של ביקורת שיפוטית מנהלית אפקטיבית⁵² ובמנגנונים נוספים של פיקוח ובקרה על הרשות.⁵³ שנית, מנגנון חוקתי, שעיקרו בניסיון להגן על זכויות האדם באמצעות הכרה פורמלית בהן ועיגונן במגילת זכויות. למן מלחמת העולם השנייה הכירו רוב מדינות העולם בצורך בביקורת שיפוטית חוקתית אפקטיבית לשם מימוש ההגנה על הזכויות. אמצעי זה מאפשר הגנה על זכויות כנגד חקיקה "רגילה", כלומר לא-חוקתית, של הרשות המחוקקת. הגנה על זכויות באמצעות מסמכים חוקתיים התקבלה בשנים האחרונות גם במדינות שבהן נהגה המסורת האנגלית של חוקה לא-פורמלית. אפילו ישראל, אנגליה וניו-זילנד, שהתהדרו שנים רבות ב"חוקה הבלתי-כתובה", שאותה תפרו שופטי המשפט המקובל בהתאם למידתה של כל אומה, אימצו "מגילות זכויות" מסוגים שונים, בעלות מאפיינים חוקתיים מובהקים.⁵⁴ ודוק: דרך חשיבה זו על זכויות מקנה בשיח הציבורי משקל גדול במיוחד למשפטנים, האמונים על הגדרת הזכויות, על עיגונן ועל ההגנה השיפוטית עליהן. אולם מהדיון הציבורי הער בישראל בנושא כינונם של חוקי-יסוד נוספים המכירים בזכויות אדם ואזרח, ובשאלת קיומה של סמכות ביקורת שיפוטית חוקתית בידי בית-המשפט העליון, עולה בבירור כי אי-אפשר להמשיך להתייחס לנושאים אלה כאל שאלות משפטיות גרידא. אלה שאלות

והרשויות המקומיות 12,588 מיטות, שהיוו 29.5% ממספר המיטות הכולל. יתר על כן, גופים אלה סיפקו במישרין 13.4% מכלל שירותי הרפואה בישראל, בשווי כולל של יותר מ-6.3 מליארד שקלים, ומימנו 65.2% מהעלות של כלל שירותי הרפואה בישראל. ראו הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה שנתון סטטיסטי לישראל 57, לוחות 6.3 ו-6.6 (2006). www1.cbs.gov.il/reader/shnatonhnew_site.htm.

52 השוו דפנה ברק-ארז "בטלות יחסית ושיקול דעת שיפוטית" משפטים כד 519, 522 (1998), המציינת, ובדין, כי "אין ערך בזכויות שאינן מוגנות על ידי מערכת סעדים אפקטיבית". זו גישתו הקלאסית של המשפט המקובל.

53 כוונתנו למבקרי הפנים של הרשויות, לביקורת המוסדית של היועץ המשפטי לממשלה ושל החשב הכללי באוצר, לביקורתו של מבקר-המדינה, לביקורת הפרלמנטרית, וכמובן לביקורת העיתונאית.

54 על חוקי-היסוד בישראל דומה כי אין צורך להכביר מילים. על המשפט הבריטי בעקבות השפעת המשפט האירופי, ובמיוחד לאחר חקיקת ה-1998 Human Rights Act, ראו: Janet L. Hiebert, *Parliament and the Human Rights Act: Can the JCHR Help Facilitate a Culture of Rights?* 4 INT'L J. CONST. L. 1 (2006). על "חוקת" ניו-זילנד (ובמיוחד על ה-Bill of Rights Act, 1990) ראו: Matthew S.R. Palmer, *What is New Zealand's Constitution and Who Interprets It? Constitutional Realism and the Importance of Public Office-holders*, 17 PUBLIC L. REV. 133-162 (2006). לדיון על כל שלוש המדינות וכן על המשפט הקנדי ראו: RAN HIRSCHL, *TOWARDS JURISTOCRACY: THE ORIGINS AND CONSEQUENCES OF THE NEW CONSTITUTIONALISM* (2004). לתרומת המשפט האמריקאי לכל אלה ראו: James Allan & Grant Huscroft, *Constitutional Rights Coming Home to Roost? Rights Internationalism in American Courts*, 43 SAN DIEGO L. REV. 1 (2006).

שביסוד ההסדר החברתי שעל-פיו מתקיימת החברה הרב-תרבותית המורכבת והמפולגת של ישראל.⁵⁵ המשך התהליך של כינון החוקה – העומד ללא ניע זה כחמש-עשרה שנה – וסמכות הביקורת החוקתית ייקבעו בתהליך הפוליטי, ויש לקוות שהדבר יבוא לאחר דיון ציבורי מקיף ומעמיק.⁵⁶

דברים אלה יפים לדיון בזכויות אדם בכלל, וחשובים בפרט בדילמה בדבר ההכרה בזכויות חברתיות,⁵⁷ ובכלל זה בזכות לבריאות⁵⁸ – נושא שבו הוויכוח הציבורי מורכב במיוחד.

באופן מסורתי לא זכו הזכויות הכלכליות, החברתיות והתרבותיות בהכרה חוקתית ובהגנה משפטית כמו הזכויות האזרחיות והפוליטיות, ו"גם בית המשפט העליון נמנע בדרך-כלל מלהכיר בזכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות... באמצעות "חקיקה שיפוטית" או בדרכי

55 לגישה הרב-תרבותית בישראל השוו מנחם מאוטנר, אבי שגיא ורונון שמיר רב-תרבותיות במדינה דמוקרטית ויהודית: ספר הזיכרון לאריאל רוזן-צבי 77–189 (1998); ולאחרונה אמנון רובינשטיין "שקיעתה, אך לא מותה, של הרב-תרבותיות" הפרקליט מט 47, 83–76 (2006).

56 בשנים האחרונות קיימה ועדת החוקה, חוק ומשפט תהליך דיוני מרשים (אם כי אקדמי בעיקרו), מקיף וחסר תקדים בנושא של כינון חוקה בישראל. ראו: huka.gov.il/wiki/index.php/%D7%A2%D7%9E%D7%95%D7%93_%D7%A8%D7%90%D7%A9%D7%99, רובינשטיין ואורגד מעריכים באופטימיות כי בעשור הקרוב תיפון חוקה לישראל, מאחר "שבמידה רבה הוויכוח המשפטי-היסטורי על אודות קיומה של החוקה הסתיים". אמנון רובינשטיין וליאב אורגד "המבוא לחוקה ומעמדו המשפטי: המקרה של ישראל" (2005) huka.gov.il/wiki/material/data/H28-08-2005_10-16-43_Rubinstein11.pdf. מינויו של פרופ' דניאל פרידמן לשר המשפטים הגביר את הסיכוי לקיום דיון ציבורי עמוק בנורמות משפטיות שהותוו על-ידי בית-המשפט בעשורים האחרונים. ראו יובל יועז "פרידמן: ביהמ"ש העליון קבע לעצמו את הכללים" הארץ 26.2.2007 (שר המשפטים יוזם חוק להגבלת יכולתו של בג"ץ לבטל חוקים של הכנסת; בית-המשפט העליון למעשה קבע עד עתה לעצמו את היקף סמכותו להתערב בחקיקת הכנסת ואף הרחיב אותה, אמר השר); גדעון אלון "בימין מברכים על יוזמת פרידמן; בשמאל מזהירים" הארץ 27.2.2007 (אריה אלדד: כבר כיום הכנסת יכולה לבטל את פסיקות בג"ץ, "אבל היא מפחדת"; יחימוביץ' קראה לעבודה להתייצב נגד היוזמה).

57 ראו ענת מאור "חור פעור בספר החוקים: הצעת חוק-יסוד: זכויות חברתיות-כלכליות: כרוניקה של כישלון החקיקה" זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל 196 (יורם רבין ויובל שני עורכים, 2005) (מאמר הדן בנסיונות – שלא צלחו עד כה – לעגן בחקיקה את הצעת החוק האמורה). עוד ראו: www.knesset.gov.il/MMM/data/docs/m00899.doc.

58 הדיון המקיף ביותר בנושא הזכות לבריאות בישראל נמצא במאמרו של אייל גרוס "בריאות בישראל: בין זכות למצרך" זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל 437 (יורם רבין ויובל שני עורכים, 2005); דיון מפורט וחשוב נמצא בספרה של כרמל שלו בריאות, משפט וזכויות האדם (2003), ונתונים מעודכנים מופיעים בספרם של גבי בן-נון וגור עופר עשור לחוק ביטוח בריאות ממלכתי 1995–2005 (2006).

פרשנות יצירתיים של מונחים חוקתיים קיימים.⁵⁹ קיימת כתיבה נרחבת המצינת את הטעמים האידיאולוגיים, התרבותיים וההיסטוריים להבחנה בין סוגי הזכויות, ובאותה מידה קיימת ספרות משמעותית המצביעה על חוסר הצדק הגלום בהבחנה זו ועל יסודותיה האידיאולוגיים הרעועים.⁶⁰ דומה שבשנים האחרונות הולכת ומתבססת, לפחות במשפט הישראלי, ההשקפה שלפיה אין מקום להבחנה עיונית בין זכותו של הפרט להגנה משפטית על חופש הביטוי, ההפגנה וההצבעה לבין זכותו לקיום בכבוד, ובכלל זה לקבלת שירותי חינוך ובריאות.⁶¹

אף על-פי-כן, ההכרה בזכויות חברתיות בחוקות מוגבלת מאוד. הנה דווקא כאן אנו חוזים במגבלות הניתוח המשפטי ובמגבלות ההגנה המשפטית – החוקתית-הפורמלית והשיפוטית-המעשית – אל מול דעת-הקהל והמדיניות הציבורית הלאומית, ובמיוחד לנוכח מגבלות התקציב וה"ריאל-פוליטיק" (realpolitik) שמדיניות הקצאת המשאבים פועלת במסגרתם. לשון אחר, גם אם הניתוח המשפטי אינו מוכן להכיר בהבחנה בין זכויות מדיניות לבין זכויות חברתיות, וער לכך שלהכרה בזכויות אדם יש עלות כספית,⁶² עדיין יש הבדל מכריע בעלויות. בית-המשפט יכול לחייב את המדינה לשאת בעלות אבטחתה של הפגנה, על-מנת לממש את חופש התהלכה וההפגנה ואת חופש הביטוי של קבוצה כלשהי; אולם לחייב את המדינה לספק תעסוקה, במסגרת הכרה בזכות חברתית לעבודה, זה דבר אחר לגמרי. ודוק: הן הכנסת (כמחוקקת וכמכוננת) והן בית-המשפט העליון צרים היטב למגבלותיהם המוסדיות והמקצועיות, ואלה מותירות את הזכויות החברתיות מחוץ לטווח ההגנה המקובל – ואולי עדיף שכן. בהעדר הכרה חברתית ונכונות לממן את הסעד, לא יועמדו הכספים הדרושים לרשות בעלי הזכות, בין אם תוכר זכותם המשפטית העקרונית

59 ראו יורם רבין ויובל שני "הזכויות החברתיות – רעיון שהגיע זמנו" זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל 11–12 (יורם רבין ויובל שני עורכים, 2005).

60 לדיון חשוב ראו רות גביון "על היחסים בין זכויות אזרחיות-פוליטיות ובין זכויות חברתיות" כלכליות" זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל 25 (יורם רבין ויובל שני עורכים, 2005). עוד ראו: Frank I. Michelman, *The Constitution, Social Rights, and Liberal Political Justification*, 1 INT'L J. CONST. L. 13 (2003).

61 ראו, למשל, את דברי הנשיא ברק: "על פי השקפתי שלי, יש לקיים שוויון בין זכויות האדם השונות. יש להימנע ממצב שבו זכויות האדם האזרחיות זוכות להכרה ברמה נורמטיבית גבוהה מהזכויות החברתיות... אין כל צידוק לשלול מהזכויות החברתיות את אופיין כזכויות אדם הראויות להגנת החוק... רק בשל האופי החיובי שהוא דומיננטי בהן." אהרן ברק "זכויות חברתיות ומעמדן החוקתי" *שערים למשפט* 1, 4, 5–6 (התשס"ה-2005) www.mishpat.ac.il/DisplayNodeList.asp?IngCategoryID=2268

62 לדיון נרחב ב"מחיר השוויון" (ובמחיר של תיקון הפגיעה בשוויון) השוו בג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט(4) 94 (1995). לדוגמה מרשימה להתערבות שיפוטית למען הבטחת זכויות, ובעלות ניכרת, ראו לאחרונה בג"ץ 4623/04 רופאים לזכויות אדם נ' השר לבטחון פנים (טרם פורסם, 12.2.2007) (שבו קיבל בית-המשפט את העתירה, במידה רבה בהסכמת המדינה, וקבע כי החל ביום 1.7.2007 ייושם במלואו העיקרון שלפיו על הרשות המוסמכת להעמיד מיטה לכל אסיר המוחזק בבית-כלא בישראל).

לסיוע מן המדינה ובין אם לאו. עדיף, אפוא, למנוע מהמחוקק או מהרשות השופטת את ההתבזות הכרוכה במתן סעד לא־אפקטיבי. הנשיא ברק עמד על כך למעשה כי בעוד עלותה של הזכות המשפטית אינה סיבה לא להכיר בה, המגבלות הכספיות עשויות לבוא לידי ביטוי בהיקף הזכות ובמידת ההגנה השיפוטית עליה.⁶³ סיומו של דבר: השאלה אינה משפטית, אלא חברתית; "כל שיטת משפט צריכה לתת דין וחשבון לעצמה, אם ראוי הוא לטפל בזכויות החברתיות ברמה חוקתית־על־חוקית... יש להתמודד במישרין עם השאלה איזו חברה אנו, מהן שאיפותינו החברתיות, ובאיזה מידה אנו מוכנים להגשים אותן."⁶⁴ התוצאה היא שתחומי השיח המשפטי בנושא זכויות חברתיות מוגדרים היטב, וכך גם תוצאותיו המקובלות. הטוות נע בין אי־הכרה חוקתית או שיפוטית בזכויות חברתיות ועד להכרה משפטית – חוקתית או שיפוטית. זאת, הן במדינות־לאום והן בזירה הבין־לאומית.⁶⁵ מקובל לציין בקצה האחד של המנעד את ארצות־הברית,⁶⁶ ובקצה האחר את מדינות־הרווחה, כגון מדינות אירופה הקונטיננטלית.⁶⁷ למעשה, באי־הכרתה בזכויות

63 לדבריו, "כל זכות אדם עולה כסף, ואין בכך למנוע ביקורת שיפוטית על הפגיעה בהן. אמת, בתי המשפט לא צריכים להיות מעורבים בהקצאת המקורות הכספיים של המדינה. אך בכך ניתן לטפל בקביעת היקפה של הזכות ומידת הגנה עליה". ראו ברק, לעיל ה"ש 61, בעמ' 7.

64 שם, בעמ' 9. ברק הסביר כי לשיטתו ההכרה בזכויות חברתיות יכולה לבוא רק במסגרת שני חוקי־יסוד בדבר זכויות האדם, כפי שיתפרשו על־ידי בית־המשפט העליון. שם, בעמ' 7. החוקרים Kinney & Clark מגיעים למסקנה המרתקת שלפיה המחויבות הלאומית לבריאות אינה תלויה בשאלה אם חוקתה של המדינה מכירה בזכות לבריאות או לטיפול רפואי. ראו: Eleanor D. Kinney & Brian Alexander Clark, *Provisions for Health and Health Care in the Constitutions of the Countries of the World*, 37 CORNELL INT'L L.J. 285, 287 (2004).

65 לדיון בנושא ההכרה ב"זכות לבריאות" בישראל, במשפט הלאומי של מדינות אחרות ובמשפט הבין־לאומי, ראו גרוס, לעיל ה"ש 58, וכן את המקורות הנזכרים להלן בה"ש 93.

66 מבוא למצב המשפטי בארצות־הברית ראו אצל: Frank B. Cross, *The Error of Positive Rights*, 48 U.C.L.A. L. REV. 857 (2001); William E. Forbath, *Not So Simple*, 39 TULSA L. REV. 597, 597–598 (2004): "Today's Supreme Court tells us that the Constitution affords no protection against desperate want, nor does it confer on Americans any other 'affirmative rights' to such basic goods as minimally adequate education or a realistic opportunity to make a livelihood" Jessica Schultz, *Economic and Social Rights in the United States: An Overview of the Domestic Legal Framework*, 11(1) Hum. Rts. Brief 1 (2003) (חרף מחויבותו העמוקה לחירות האדם, הממשל האמריקני אינו נכון להכיר בזכויות כלכליות וחברתיות בארצות־הברית). כמו־כן ראו: William E. Forbath, *Constitutional Welfare Rights: A History, Critique and Reconstruction*, 69 FORDHAM L. REV. 1821 (2001).

67 ראו: George S. Katrougalos, *The Implementation of Social Rights in Europe*, 2 COLUM. J. EUR. L. 277 (1996) (שאלות העיגון החוקתי של זכויות אלה וההכרה במדינת הרווחה הן מן ההבדלים המשמעותיים ביותר בין המשפט החוקתי האמריקני והקונטיננטלי).

רווחה, חוקתה העתיקה של ארצות-הברית (1789) חריגה ביחס למקובל בחוקותיהן של הדמוקרטיות הליברליות האחרות.⁶⁸ מחקרים אמפיריים מצביעים על הדבר בבירור: חוקות לאומיות וכן אמנות בין-לאומיות רבות מכירות בזכויות חברתיות בכלל, ובזכות לבריאות בפרט.⁶⁹ אלא שגם כאשר הזכות החברתית זוכה בעיגון במסמך חוקתי מחייב, ההכרה אינה נעשית באופן גורף וכללי, ואינה מטילה על קופת המדינה חובה מוחלטת ובלתי-מוגבלת להבטיח את קיומה הנאות של הזכות החברתית. ההכרה העקרונית, הרעיונית,⁷⁰ בזכויות החברתיות כפופה להתנאות ולסייגים שונים הן בהתייחס לעצם ההכרה ב"זכויות חוקתיות פוזיטיביות להטבות מקופת הציבור" והן בהתייחס ליישומן של זכויות אלה בחיי המעשה ולתפקידם של בתי-המשפט במימושו.⁷¹ ושוב: במידה רבה עצם הגדרת הזכות החברתית, ובעיקר מימושה ויישומה, תלויים בתנאי התפתחותה החברתית וביכולתה הכלכלית של המדינה.

לקח זה נכון ביחס לזכויות החברתיות ככלל, והוא נכון במיוחד ביחס לזכות לבריאות.⁷² הוויכוח על דמותה הסוציאלית של מדינת-ישראל, על עתידה של מדינת-הרווחה, על ההכרה בזכויות החברתיות השונות במשפט ועל הקצאת הכספים הנדרשת לשם יישומן עודנו ניטש בישראל, כמו במדינות רבות אחרות.⁷³ לעומת זאת, היה נדמה לכאורה כי

68 ראו: Mary Ann Glendon, *Rights in Twentieth-Century Constitutions*, 59 U. Chi. L. Rev. 519, 523–524 (1992).

69 החוקרים הישראלים בן-בסט ודהן בחנו את מידת המחויבות לזכויות חברתיות בשישים ושמונה חוקות – ראו: Avi Ben-Bassat & Momi Dahan, *Social Rights in the Constitution and in Practice* (August 2003) papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=407260. ביחס לזכות לבריאות במסמכים לאומיים ובין-לאומיים ראו Kinney & Clark, לעיל ה"ש 64, וכן: www.knesset.gov.il/MMM/data/docs/m00899.doc.

70 ובמקרים רבים אף השאיפתית-האידיאית בלבד. חוקתה של יפן ("חוקת מק'ארתור"), למשל, מכירה בזכויות אזרח, אך מציבה מולן רק את שאיפת המדינה לקיימן. ס' 25 קובע: "All people shall have the right to maintain the minimum standards of wholesome and cultured living. (2) In all spheres of life, the State shall use its endeavors for the promotion and extension of social welfare and security, and of public health." www.ndl.go.jp/constitution/e/etc/c01.html.

71 להגדרה המצוטטת של הזכויות החברתיות-הכלכליות ראו: Frank B. Cross, *The Error of Positive Rights*, 48 U.C.L.A. L. Rev. 857 (2001); Kim Lane Scheppele, *A Realpolitik Defense of Social Rights*, 82 Tex. L. Rev. 1921 (2004). אולם ראו גם: Mark Tushnet, *State Action, Social Welfare Rights, and the Judicial Role: Some Comparative Observations*, 3 Chi. J. Int'l L. 435 (2002). אפילו חוקתה המתקדמת של דרום-אפריקה מכירה בזכות גישה לשירותים רפואיים, למזון ומים ולביטוח סוציאלי, אולם מטילה על המדינה לנקוט צעדים סבירים – חקיקתיים ואחרים – במגבלות המשאבים העומדים לרשותה, על-מנת להביא לידי יישום פרוגרסיבי של כל הזכויות האמורות. לשון ציווי ברורה נקוטה רק בהוראה כי לא יימנע מכל אדם טיפול-חירום רפואי.

72 ברק, לעיל ה"ש 61, בעמ' 4.

73 לדיון מצוין בנושא זה ראו ברק מדינה "חובתה של המדינה לספק צרכים בסיסיים: מ'שיח של

הדיון בשאלת קיומה של הזכות לבריאות בישראל הסתיים לפני יותר מעשור, וכי התשובה שניתנה לו במשפטנו הייתה חד-משמעית וברורה: חוק ביטוח בריאות ממלכתי, "שנקבע בו כי כל תושב זכאי לשירותי בריאות, מסדיר את ההיבטים הכלכליים של הזכות לטיפול רפואי",⁷⁴ וחוק זכויות החולה⁷⁵ "מסדיר את הזכות המהותית לקבלת טיפול רפואי ברמה נאותה".⁷⁶ לכאורה בא הדיון לידי סיום, אך בכל זאת לא היה בדבר המחוקק סוף-פסק, והוויכוח הציבורי סביב היקפו של "סל הבריאות" – הוא יישומה בחיי המעשה של הזכות לבריאות – רק הולך ומתגבר בשנים האחרונות.⁷⁷ לטעמנו, חלק מן הסיבות לכך הן אלה אשר מייחדות את הזכות לבריאות מיתר הזכויות החברתיות, והופכות אותה לבעייתית ולמורכבת מביניהן. להלן נסכם את דעתנו – ונקשר את הדברים להצאות שנישאו בכנס דנן ולמאמרים הכלולים בכרך זה – בכמה הערות קצרות.

(ב) על הזכות לבריאות – מהות, מימון ומבט לעתיד

(1) תכולה: מה הזכות לבריאות עשויה לכלול?

אחת הבעיות המרכזיות של "הזכות לבריאות" – וביקורת מרכזית על כל הצעה להכיר בה כזכות אדם הראויה להגנה – היא תחום השתרעותה הפוטנציאלי העצום, והקושי להגדירה.⁷⁸ אפילו ההגדרות של "בריאות" מגוונות מאוד, ומשתנות על-פי מקצועו, תרבותו, מינו וגילו של המגדיר. ככלל, הן נעות בין שני תחומים: הגדרות נגטיביות (העדרן של מחלה, לקות או נכות) והגדרות פוזיטיביות (מצב של תחושת רווחה פיזית ונפשית).⁷⁹ יתר על כן, יש המזהירים כי עצם הניסיון להגדיר את המאמץ להעניק שירותי בריאות במונחים של "זכויות אדם" עלול לגרום נזק, במיוחד במדינות העולם השלישי.⁸⁰

זכויות' לתיאוריה של מימון ציבורי" זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל 131 (יורם רבין ויובל שני עורכים, 2005).

74 רובינשטיין, לעיל ה"ש 12, בעמ' 648.

75 חוק זכויות החולה, התשנ"ו-1996, ס"ח 327.

76 רובינשטיין, לעיל ה"ש 12, בעמ' 649.

77 לתיאור הדיון הציבורי ראו Seidman, לעיל ה"ש 51; שלו, לעיל ה"ש 58, בעמ' 5.

78 השוו, למשל: Jennifer Prah Ruger, *Towards a Theory of a Right to Health: Capability and Incompletely Theorized Agreements*, 18 YALE J. L. & HUMANITIES 273, 273 (2006) ("One would be hard pressed to find a more controversial or nebulous human right than the 'right to health'").

79 ראו: Obijiofor Aginam, *Public Health Law in South Africa*, 8 IND. J. GLOBAL LEGAL STUD. 479, 480 (2001).

80 "Unfortunately, extending the notion of human rights could have the opposite effect. Rather than elevating rights above the partisan fray, it could turn them into political shuttlecocks... Human-rights campaigners risk fritting away their hard-won political capital in the pursuit of rights that are both indefinable and undeliverable. Veteran Campaigners know all too well that two wrongs don't make a right. They are about to find out that

בהתאם, לנוכח המגבלות התקציביות המצמצמות את אפשרות מימושן של הזכויות החברתיות, חלק מרכזי מן הדיון הציבורי והמשפטי מתמקד בשאלות הנוגעות בהיקף תחולתה של הזכות המוגנת, אשר הוא שיגדיר את משמעותה של הזכות לבריאות: אילו שירותים רפואיים יכול כל התרופות הציבורי? כיצד יחולקו המשאבים בצורה השוויונית וההוגנת ביותר? האם על המדינה להתערב בשוק הפרטי המשלים את ההטבות הניתנות על-ידי המדינה? האם בתי-המשפט הם הפורום המתאים להגנה על זכויות אלה?⁸¹

ניתן להעלות דילמות דומות לגבי כל הזכויות החברתיות, אלא שלטעמנו דווקא הזכות לבריאות מתייחדת בשאלת התכולה. נסביר את הדברים בקצרה. את הזכויות החברתיות המוכרות האחרות קל יחסית להגדיר, לפחות על פני הדברים, והדבר מסייע מאוד בגיבוש נורמות לאומיות ובין-לאומיות. טלו, למשל, את הזכות לחינוך. זו מתאפיינת בשלושה פרמטרים מובהקים: גילם של הנהנים מן הזכות,⁸² סוג הפעילות הנעשית במוסדות החינוכיים⁸³

too many rights may well make a wrong." *Righting Wrongs*, THE ECONOMIST, 16.8.2001.

81 דילמות אלה קשות ביותר. הציבור מודע באופן מיוחד לדילמות שוועדת סל התרופות מתחבטת בהן, אבל הבעיות אנדמיות למערכת כולה. ראו Seidman, לעיל ה"ש 51; שלו, לעיל ה"ש 58, בעמ' 5; גרוס, לעיל ה"ש 58. השוו מרדכי שני "אנחנו לא רעי לב: יור" ועדת סל התרופות מסביר מדוע אין כסף לכל התרופות" הארץ 4.6.2006.

82 כך, למשל, מקובלת ההבחנה בין חינוך לגיל הרך (קדם-בית-ספר), חינוך ראשוני, חינוך שניוני (תיכוני) וחינוך שלישוני (גבוה, אקדמי), ומדינות שונות מגלות מחויבות שונה באשר להטלת חובת לימוד על התלמיד (ולהטלת חובה על הוריו לשולחו ללמוד) ובאשר למימון הציבורי של חינוך זה. בישראל, למשל, מקובל חינוך חובה וחינם עד לרמת התיכון. חוק לימוד חובה, התש"ט-1949, ס"ח 287 (להלן: חוק לימוד חובה), מגדיר "חינוך חובה" כ"לימוד המיועד לילדים ולנערים והניתן בשלוש עשרה שנות לימוד, מהן שלוש בגן-ילדים בגיל 3 עד 5 ועד בכלל ועשר שנות לימוד בכיתות א' עד י' לילדים ולנערים בגיל 6 עד 15 ועד בכלל". הוויכוח הציבורי על המימון הציבורי של ההשכלה הגבוהה – הן מימון ישיר של מוסדות החינוך והן מימון שכר הלימוד – עודנו מתנהל, ובלהט רב. באופן דומה, האמנה הבינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות, כ"א 1037, 205 (משנת 1966, אושרה בישראל בשנת 1991) www.btselem.org/Hebrew/International_Law/Covenant_on_Economical_social_and_cultural_rights.asp (להלן: האמנה הבין-לאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות), מכירה בזכות לחינוך אולם מסתפקת במתן "חינוך יסוד חובה וזמין חינם לכל". מעבר לכך נקבע רק כי החינוך התיכון אמור להיות "נחלת הכלל ונגיש לכל בכל אמצעי מתאים", והחינוך הגבוה אמור להיות "נגיש באותה מידה לכל". ראו ס' 13(ב) לאמנה. דיון נוסף ראו באתר הבנק העולמי: web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/TOPICS/EXTEDUCATION/0,,menuPK:282391~pagePK:149018~piPK:149093~theSitePK:282386,00.html.

83 פשיטא, מדובר בפעילות חינוכית המיועדת להכשיר את הקטינים למהלך חייהם הבוגרים, אבל ההוראות הנורמטיביות השונות – הלאומיות והבין-לאומיות – מתייחסות למטרות ולערכים העומדים ביסודה של פעילות החינוך, וכן לזכות ההורים להשפיע על החינוך שבו יזכו ילדיהם, גם אם זהו חינוך חובה חינם מטעם המדינה. כך, ראו בישראל את ס' 2 לחוק

והסטנדרד החינוכי המתקיים בהם.⁸⁴ האיזון בין אלה מגדיר את תכולתה והיקפה של הזכות. השימוש בפרמטרים אלה מאפשר לראות את הדמיון הרב בהיקף ההכרה בזכות לחינוך בכל העולם, והשימוש ב"בדידי הלגו" של הזכויות מאפשר לראות דינמיקה של התקדמות או נסיגה במצב הזכות במדינה בכל מועד נתון.⁸⁵

ניתן לתאר בצורה דומה – אף אם פשטנית – זכויות חברתיות נוספות. כך, עניינה של הזכות לדיור במתן קורת-גג מעל ראשו של אדם. מהו מספר המטרים הרבועים המינימלי המוקצה במסגרת הזכות לכל אדם, והשאלה אם הזכות כוללת את חיבור הבית לרשת המים והביוב ולרשת החשמל – אלה כבר סטנדרטים מדינתיים, ובהם רב הגיוון.⁸⁶ אולם התפיסה היסודית של "בית משלך" מובנת ומתוחמת באופן אינטואיטיבי למדי.⁸⁷ המצב שונה לגמרי בעניינה של הזכות לבריאות. אנו מבינים אינטואיטיבית כמה חשוב ליהנות מבריאות תקינה, שהרי "העיקר הבריאות",⁸⁸ אולם אם נבקש להגדיר

חינוך ממלכתי, התשי"ג-1953, ס"ח 137 (המציג רשימה מרשימה של מטרות פדגוגיות ערכיות של החינוך הממלכתי); ס' 10 לחוק לימוד חובה (זכות הורים לבחור בזרם מוכר). ראו באופן דומה את ס' 18 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, כ"א 1039, 269 (משנת 1966, אושרה בישראל בשנת 1991 ונכנסה לתוקף בשנת 1992). www.education.gov.il/zchuyot/download/chukim14.doc (זכות ההורים להבטיח חינוך דתי ומוסרי לילדיהם).

84 כלומר, איזו מיומנות כל שלב לימודי אמור להקנות. העיתונות הישראלית מקדישה תשומת-לב רבה למבדקים בין-לאומיים המודדים את רמתו של התלמיד הישראלי בהשוואה לעמיתיו במדינות אחרות. למידע נוסף ראו, במיוחד: לגבי מבדקים של משרד החינוך הישראלי – cms.education.gov.il/educationcms/units/rama/odotrama/odot.htm; לגבי מדדים בין-לאומיים (הכוללים את ישראל) – [nces.ed.gov/pubsearch/pubsinfo](http://nces.ed.gov/pubsearch/pubsinfo.asp?pubid=2005005); (מבדק מדע ומתמטיקה); www.oecd.org/document/11/0,2340,en_2649_34515_2672843_1_1_1_1,00.html; www.iea.nl

85 זהו, כמובן, תיאור פשטני מעט של הדברים, ויש מי שרואים בזכות לחינוך זכות מורכבת ורבגונית הרבה יותר. לתיאור חשוב של הזכות לחינוך ראו יורם רבין "הזכות לקבל חינוך – מעמדה והיקפה בישראל" זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל 567 (יורם רבין ויובל שני עורכים, 2005); וקודם לכך – יורם רבין הזכות לחינוך (נבו, 2002). לדעה שונה השוו: Laure Lundy, *School Children and Health: The Role of International Human Rights Law, in CHILDREN, EDUCATION AND HEALTH: INTERNATIONAL PERSPECTIVES ON LAW AND POLICY 1* (Paul Meredith & Neville Harris eds., 2005) ("The relationship between the right to education and the right to health is a perfect example of the indivisibility and interdependence of human rights obligations")

86 לטווח הנורמות הרחב ראו מאמרו של גיא זיידמן "זכויות חברתיות: מבט השוואתי להודו ולדרום-אפריקה" זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל 347 (יורם רבין ויובל שני עורכים, 2005).

87 השוו: www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-3348307,00.html.

88 השוו ברוח זו גרוס, לעיל ה"ש 58, בעמ' 438; וראו לשונו הגבוהה אך העמומה של המבוא לחוקתו של ארגון הבריאות העולמי: www.who.int/governance/eb/who_constitution_en.pdf.

מה "הזכות לבריאות" כוללת, נמצא עצמנו מול חור שחור כלכלי, שואב-כל וכולל-כל:

ראשית, כל אדם, מרגע לידתו ועד רגע פטירתו, שואף לבריאות תקינה. הטיפול הרפואי אינו מצומצם לטיפול הישיר והמידי בפרט החולה, לשם השבת בריאותו לתקינותה, כלומר, לשם "העמדתו על הרגליים" לאחר פציעה או מחלה. מצב בריאותי תקין דרוש לאדם על-מנת שיוכל ליהנות מחייו ולממש את יכולותיו, רצונותיו ואישיותו, וכן את כל יתר זכויותיו וחירויותיו המשפטיות. הטיפול הרפואי מתחיל בלידה ונמשך עד סוף החיים.⁸⁹ הוא כולל טיפולי גוף ונפש, טיפול מונע וכן בקרה ומעקב. טווח הטיפולים שכל אדם עשוי להיזקק להם במהלך חייו הוא עצום, ולמעשה אין גבול להיקפו או לעלותו אם ייעשה שימוש בכל הטיפולים המוצעים ברפואה המודרנית (המערבית וכן האלטרנטיבית). מובן שיש שונות עצומה בין מדינות העולם בהיקף ההוצאה הרפואית, ומכאן גם בהיקף הטיפולים שהאזרחים נהנים מהם. אולם גם במדינה כישראל, שבה הזכות לבריאות מוכרת – כלומר, קיים ביטוח רפואי ציבורי⁹⁰ המציע סל של שירותים רפואיים בפעולות שווה לכל נפש – ברי כי יש צורך לשים גבול למחיר שבו תישא המערכת הציבורית, למרות – ואולי בגלל – השאיפה הציבורית והמוסרית לספק את השירות על-פי הסטנדרטים הרפואיים הטובים ביותר הקיימים בכל עת.

שנית, מבחינת חיוניותם של הטיפולים, קיים טווח עצום בהגדרה, המשפיע על התמיכה הציבורית (והרפואית) בהספקתם כחלק מסל התרופות – החל בטיפולים מצילי-חיים וכלה בטיפולים אלקטיביים לגמרי, המספרים במידה מסוימת בלבד את איכות החיים הסובייקטיבית של הפרט. יש לתת את הדעת לעובדה שרוב הטיפולים היקרים הם טיפולי-החירום, הנצרכים על-ידי קבוצה קטנה יחסית של חולים.⁹¹ נוסף על כך, רבים מבין אלה

89 אכן, אחד התיאורים של מדינת-הרווחה מתייחס למתן שירותים מהעריסה ועד הקבר. ודוק: מדינת-הרווחה משקפת גישה חברתית הדוגלת במימון ציבורי נדיב לשירותי הרווחה, בעוד גישות ניאוליברליות נושאות את דגל האחריות האישית והמימון הפרטי של רוב פעילויות הרווחה, לרבות הרפואה. לאמיתו של דבר, גם מדינות-הרווחה הסקנדינביות, הידועות בשאיפותיהן החברתיות המקיפות, נוקטות בהקשר זה מדיניות מציאותית וזהירה מבחינת הוצאותיהן. ראו: Thomas J. Anton, *European Health Policies: Welfare States in a Market Era: Commentary – Scandinavian Realism*, 20 J. HEALTH POL. POL'Y & L. 739 (1995).

90 לדיון מועיל בנושא ה-"universal healthcare" ראו: en.wikipedia.org/wiki/Universal_health_care. בהקשר זה מעניין שאחת מתוצאות-הלוואי האכזריות של העדר ביטוח רפואי כללי בארצות-הברית היא פשיטות-רגל רבות. ראו: Melissa B. Jacoby & Elizabeth Warren, *Beyond Hospital Misbehavior: An Alternative Account of Medical-Related Financial Distress*, 100 Nw. U. L. REV. 535 (2006). להולנדי והאירופי ראו: André den Exter, *Access to Health Care in the Netherlands: The Influence of (European) Treaty Law*, 33 J. L. MED. & ETHICS 698 (2005).

91 לנתונים על אי-השוויון בהקצאת המשאבים בארצות-הברית – הנובעים גם מהעדר ביטוח בריאות אוניוורסלי – ראו, למשל: www.ahrq.gov/research/trial9/expendria.htm.

הזקוקים לטיפול-חירום הגיעו למצב זה לא מבחירה – נפגעי תאונות, חולי סרטן, אנשים מבוגרים. כל אלה הינם נפגעים סטטיסטיים. מכאן נובעת ההכרה החברתית בישראל שאין לתת לאנשים אפשרות לחסוך ולוותר על ביטוח רפואי, אלא יש צורך בביטוח בעל בסיס רחב ככל האפשר – ביטוח לאומי כללי חובה. גם כאשר בבסיס המצב הרפואי הקשה עומד אורח חיים מסוכן, אנו נוטים לא לפטור את מערכת הביטוח הלאומית מחבות. משטר של חוסר אשם (no-fault), הקיים בישראל לגבי תאונות-דרכים, למשל, אינו מתחשב בנהיגתו הרשלנית של הנהג. באופן דומה, הטיפול בחולי איידס מותנה בהתנהגות מינית זהירה או באי-שימוש בסמים.

שלישית, בצד ההכרה הבין-לאומית בזכות לבריאות, קיימת הכרה בין-לאומית במורכבותה של זכות זו. האמנה בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות קובעת כי "מדינות שהן צד באמנה זו מכירות בזכות כל ליהנות מרמת הבריאות הגופנית והנפשית הגבוהה ביותר שאפשר להשיגה".⁹² ועדת המומחים הממונה על יישום האמנה פרסמה בשנת 2000 הערה פרשנית מקיפה בנושא הזכות לבריאות, המתארת את היריעה הרחבה הכלולה במושג זה.⁹³ הוועדה מודעת, בין היתר, לכך שמימושה של הזכות לבריאות תלוי ביכולת מימושן של זכויות חברתיות אחרות, ושל זכויות אדם בכלל, כגון הזכות לחיים, למזון, למדור, לעבודה, לחינוך, לשוויון ועוד.⁹⁴ אבל אין מדובר בדברים מופשטים גרידא. לשיטתה של הוועדה, הזכות לבריאות כוללת את הזכות לגישה למים נקיים, למזון ולשירותי תברואה, את הזכות לתנאי מגורים ראויים, את הזכות למקום עבודה בטוח ונאות מבחינת איכות הסביבה, ואת הזכות לקבלת מידע וחינוך נאות בענייני רפואה, לרבות חינוך מיני ומידע בענייני פוריות. הוועדה מציינת גם את הצורך בהשתתפות הציבור בקבלת החלטות הקשורות לבריאותם ברמת הקהילה, ברמת המדינה וברמת הבין-לאומית.⁹⁵

נסכם: כבר כיום אנו מודעים היטב לרוחבה העצום של הזכות לבריאות, ולמגוון האינסופי של מצבים ודילמות הכרוכים בה, כמו-גם של זכויות וחירויות נוספות של האדם אשר נופלות במסגרתה. טלו, למשל, את הזכות המשפטית לאוטונומיה של הפרט. זו לבדה מעוררת מגוון בעיות, החל במתן הסכמה מדעת לטיפול הרפואי, המשך בטיפול בקטינים ובאוכלוסיות מוגבלות, וכלה בבעיית החולה הנוטה למות.⁹⁶ שאלת הזכות לפיריון מעוררת אף היא שאלות קשות: מהו מעמד המשפטי של קטינים? כיצד יש להתיר הפלות? האם אסירים זכאים להקים משפחה? למי המדינה חייבת לממן טיפולי פוריות ובאיזו מידה? שאלות אלה קשורות באופן הדוק להגדרתן של הורות ומשפחה בישראל, ולענייני אימוץ, נישואים וירושא.

92 האמנה הבין-לאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות, לעיל ה"ש 82, ס' 12א.

93 ראו: www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/; www.knesset.gov.il/MMM/data/docs/m00899.doc; (Symbol)/40d009901358b0e2c1256915005090be?Opendocument.

94 כלשון הוועדה שם, בס' 3: "These and other rights and freedoms address integral components of the right to health".

95 שם, בס' 11.

96 בנושא קשה זה אימצה הכנסת לא מכבר את חוק החולה הנוטה למות.

גם מבחינת הממשלה נושא הרפואה רחב בהרבה מהשאלה בדבר מתן טיפול רפואי מידי לפרט. במבט על מדיניות הבריאות הלאומית כוללת תחומים אשר אינם קשורים לרפואה במישרין אבל משפיעים במידה עצומה על בריאות הציבור, על זכויות האדם והאזרח, על איכות החיים בישראל, וכמובן על התקציב – הציבורי והפרטי. פעילות ממשלתית בתחום מחייבת פעילות בין-משרדית יעילה ואמיצה. טלו, למשל, את הדוגמות הבאות: (1) כיום ידוע היטב כי זיהום האוויר משפיע על רמת התחלואה. עם זאת, לצעדים לצמצום זיהום האוויר יש השלכות מרחיקות-לכת על התעשייה, על התעבורה ועל הכלכלה. ייתכן לפיכך שהשיקול הבריאותי לא יהיה השיקול המרכזי כל עוד זיהום האוויר אינו קיצוני.⁹⁷ (2) התנהגויות חוקיות רבות נתפסות כחלק מהאוטונומיה של הפרט אולם עלולות לגרום נזק בריאותי קשה. חלקן עברו רגולציה מסוימת, בעיקר כאשר הפעילות עלולה לגרום נזק בריאותי לאחר. כך, שתיית אלכוהול היא חוקית, אבל קיים איסור פלילי לגבי נהיגת רכב לאחר-מכן ולגבי מכירתו לקטינים.⁹⁸ באופן דומה, עישון טבק הוא חוקי, אבל קיימות הגבלות לגבי עישון במקומות ציבוריים ולגבי מכירתו לקטינים,⁹⁹ ולפחות בארצות-הברית נעשה ניסיון מפורסם לחייב את חברות הטבק לשאת בהוצאות הרפואה הציבורית בגין נזקי העישון.¹⁰⁰ הטלת חובות "עשה" על כלל האוכלוסייה בהקשר זה, כגון החובה לחגור חגורת-

97 השוו תהל פרוש "עלות זיהום האוויר: 2 מיליארד דולר בשנה" הארץ 7.11.2006 (ההערכות הן כי זיהום האוויר בישראל עולה למדינה כ-2 מיליארד דולר בשנה – עלות הכוללת עודף תחלואה, תמותה מוקדמת, ימי אשפוז, אובדן ימי עבודה ובלאי מואץ של תשתיות. יצוין כי חוק אוויר נקי עבר בקריאה הראשונה בכנסת שעברה, וכיום הוא בהכנה לקריאות השנייה והשלישית. המשרד הממונה על הכנתו הוא משרד ראש הממשלה, האמור גם לתווך בין המשרדים השונים הנוגעים בנושא). ראו גם: www.knesset.gov.il/protocols/data/rtf/pnim/2005-05-31-01.rtf; www.sviva.gov.il/bin/en.jsp?enPage=BlankPage&x=1&enDisplay=view&enDispWhat=Zone&enDispWho=echut_haavir&enZone=echut_William Onziyu, International. למשל: ראו, *haavir Environmental Law, The Public's Health, and Domestic Environmental Governance in Developing Countries*, 21 AM. U. INT'L L. REV. 597 (2006).

98 להגנות הדין השוו ס' 39א (פסילת מינימום בשל נהיגה בשכרות), 34ט (הגנה פלילית חלקית לשכרות) ו-193א (איסור מכירת משקאות משכרים לקטין) לחוק העונשין; ס' 64ב-ד (בדיקת שכרות) לפקודת התעבורה [נוסח חדש], ס"ח התשכ"ב 8.

99 ראו חוק הגבלת העישון במקומות ציבוריים, התשמ"ג-1983, ס"ח 148. כן ראו חוק הגבלת הפרסומת והשיווק של מוצרי טבק, התשמ"ג-1983, ס"ח 38, המגביל פרסום מסחרי של מוצרי טבק ומכירת מוצרים אלה לקטין. הגנה נוספת על קטינים נמצאת בתק' 5 לתקנות הגנת הצרכן (פרסומת ודרכי שיווק המכוונים לקטינים), התשנ"א-1991, ק"ת 707, שלפיה "לא יעשה אדם פרסומת ודרכי שיווק המכוונים לעודד קטינים לכל אחד מאלה: (1) צריכת משקאות משכרים; (2) עישון סיגריות או שימוש במוצרי טבק אחרים".

100 לדיון השוואתי ראו: Andrei Sirabionian, *Why Tobacco Litigation Has Not Been Successful in the United Kingdom: A Comparative Analysis of Tobacco Litigation in the United States and the United Kingdom*, 25 NW. J. INT'L L. & BUS. 485 (2005).

בטיחות במכונית ולחבוש קסדות בעת רכיבה על אופנועים, נתפסת בעיני רבים כגבול הפטרנליזם הציבורי.¹⁰¹ בתחומים שבהם המדינה היא אשר מספקת משאב ציבורי או מפקחת על הספקתו, כגון בתחום מי־השתייה, המדינה יכולה לנקוט אמצעים על־מנת להבטיח את בריאות הציבור, וכן ליוזם פעילות חינוך והסברה על־מנת לעודד את הציבור לשמור על תזונה נכונה ולקיים פעילות גופנית,¹⁰² אבל המדינה הדמוקרטית המערבית אינה שוקלת עדיין צעדי חוב כלפי אזרחיה, שיחייבו אותם לנקוט פעולות כאלה על־מנת להפחית את נזקיה של השמנת־היתר, למשל. לכל־היותר הדבר נשקל במונחים רגולטוריים: הטלת מיסים גבוהים יותר על הפעילות המזיקה; הגבלת פרסומה ושיווקה, ונקיטת אמצעים שונים נגד יצרנים של מוצרים משמינים־במיוחד.¹⁰³ אין ספק כי הנושא נתפס כאחד האתגרים הגדולים בתחום בריאות הציבור.¹⁰⁴

101 לדיון ראו: David L. Shapiro, *Courts, Legislatures and Paternalism*, 74 VA. L. REV. 519 (1988).

102 משרדי החינוך והבריאות יכולים לנסות לקדם תזונה בריאה במסגרת מפעל ההזנה של תלמידים הלומדים יום לימודים ארוך, www.health.gov.il/Download/pages/TADRICHLHAZANA062006.pdf או לעודד פעילות גופנית בקרב תלמידים (www.health.gov.il/pages/default.asp?PageId=847&catId=101&maincat=35; www.health.gov.il/pages/default.asp?pageid=3465&parentid=10&catid=6&maincat=1; www.nfc.co.il/Archive/001-D-121726-00.html?tag=17-40-53, כמו־כן ניתן להוסיף פלואור למי־השתייה המגיעים לברזיהם של כשני שלישים מן התושבים בישראל. ראו: www.knesset.gov.il/mmm/data/docs/m00204.doc; abush.health.gov.il/pages/default.asp?maincat=13&catid=44&pageid=930.

103 המדינה מחייבת, למשל, סימון מדויק של ערכים תזונתיים במזון, ומגדירה מונחים כגון "דיאט" או "קל". אבל לעיתים דווקא פעילות פרטית במישור הציבורי מסייעת. על הסרט "Super Size Me" (שיצא בביקורת קשה על המנות ברשת המזון המהיר מקדונלד'ס) והשלכותיו ראו: Adam Benforado, Jon Handon & David Yosifon, *Broken Scales: Obesity and Justice in America*, 53 EMORY L.J. 1645, 1746–1756 (2004).

104 וגם בתחום המשפט והרפואה, המתחיל להתעניין באפשרות לנקוט אמצעים משפטיים בנושא זה. ראו, למשל: Brooke Courtney, *Is Obesity Really the Next Tobacco? Lessons Learned from Tobacco for Obesity Litigation*, 15 ANNALS HEALTH L. 61 (2006); Theodore H. Frank, *A Taxonomy of Obesity Litigation*, 28 U. ARK. LITTLE ROCK. L. REV. 427 (2006); Sarah Taylor Roller, Theodore Voorhees, Jr. & Ashley K. Lunkenheimer, *Trend in Consumer Litigation — Obesity, Food Marketing and Consumer Litigation: Threat or Opportunity?* 61 FOOD & DRUG L.J. 419 (2006); Saul Levmore, *Taxing Obesity — or Perhaps the Opposite?* 53 CLEV. ST. L. REV. 575 (2005–2006); Rogan Kersh & James A. Morone, *Special Issue: The Politics of Obesity: Obesity, Courts, and the New Politics of Public Health*, 30 J. HEALTH POL. POL'Y & L. 839 (2005).

(2) מימון: כמה זה עולה, כמה זה יעלה, ומי ישלם?

"The first wealth is health"

Ralph Waldo Emerson¹⁰⁵

כפי שצינו, לזכויות האדם והאזרח יש עלות, וכל-שכן לזכויות החברתיות, ומכאן ההגבלות הרבות המוטלות על מימושן, אפילו במדינות שמכירות בזכויות אלה. זה מצביע-הדברים אף ביחס לזכות לבריאות: Kinney & Clark מצביעים על כך שיותר משני שלישים מחוקות העולם כוללות הוראות בנושא הזכות לבריאות או לטיפול רפואי, אולם רמת המחויבות שהם מזהים נעה בקשת רחבה מאוד, החל בהצהרה שאיפתית-אידיאלית גרידא, המשך בעמדת מדיניות או באימוץ הסטנדרטים הבין-לאומיים, וכלה בהוראה אשר מטילה חובה לספק שירותים רפואיים, מחד גיסא, או מעניקה זכות מוקנית לקבלת שירותים רפואיים, מאידך גיסא.¹⁰⁶ באופן דומה, חשיבותו של חוק ביטוח בריאות ממלכתי הייתה בעצם חקיקתו. חוק זה מעניק ביטוי למחויבות החברתית למערכת בריאות ציבורית בישראל בעידן המתאפיין במדיניות הפרטה, ומעגן שורה של זכויות פרט.¹⁰⁷ אלא שאת רמת המחויבות החברתית ניתן לפרוט למטבעות, ולתרגמה לרמת תמיכה ממשלתית מדויקת בשירותי הרפואה. להלן נתייחס בקצרה לנושא זה.

ראשית, ראוי להזכיר כי סל התרופות הישראלי לא נקבע כהחלטה מנהלית מושכלת המתארת את המוצרים והשירותים הרפואיים הבסיסיים אשר חייבים, לדעת המדינה, לעמוד לרשות אזרחיה. מדובר באימוץ as-is של סל התרופות של קופת-חולים כללית, בצירוף השירותים הרפואיים שנתנה המדינה באמצעות משרד הבריאות (למשל, בתחום רפואת הנפש), כפי שהיו בעת כניסתו של החוק לתוקף בשנת 1995.¹⁰⁸ מימוש מהותי של הזכות לבריאות נקבע בסעיף 13(3) לחוק ביטוח בריאות ממלכתי, הקובע את חובת המדינה לממן את עלות הסל אם מקורות המימון שנקבעו בחוק – במיוחד דמי ביטוח הבריאות – לא יספיקו.¹⁰⁹ ודוק: מן הראוי להדגיש כי לדעת הכל, רמתו היסודית של סל התרופות הישראלי

THE COMPLETE WORKS OF RALPH WALDO EMERSON, Vol. 6, 56 (Centenary Edition, 1903–1904).

Kinney & Clark, לעיל ה"ש 64. לממצאים דומים ראו Ben-Bassat & Dahan, לעיל ה"ש 69.

107 "במובן זה החוק שינה באופן יסודי את התרבות המשפטית בישראל ביחס לבריאות וזכויות אדם, והשתלב במגמה לעסוק במשמעויות של זכויות האדם החברתיות שהתפתחה במישור הבינלאומי בעשור האחרון של המאה הקודמת." ראו שלו, לעיל ה"ש 58, בעמ' 5. לתיאור השחיקה בסולידריות החברתית בישראל ראו, בפירוט רב, דן סואן ממדינת רווחה לדרוויניזם חברתי: השסע הריבוני בישראל (2005).

108 ראו שלו, לעיל ה"ש 58, בעמ' 151. שלו מציינת כי עד לאותה עת "ציבור המבוטחים לא ידע מהם שירותי הבריאות שהוא זכאי להם מכוח חברותו בקופת-החולים. לכל קופה היה סל שירותים שונה, שהיא עצמה קבעה מזמן לזמן, ללא מתן דין-וחשבון לציבור מבוטחיה או לכל גורם אחר, בין ממלכתי ובין שאינו ממלכתי". כן ראו שם, בעמ' 241–247.

109 ראו ביתר פירוט שם, בעמ' 206–209.

היא מכובדת למדי, ובוודאי רחוקה ממינימום בסיסי של שירותי רפואה.¹¹⁰ אלא שלמן חקיקתו של חוק ביטוח בריאות ממלכתי "חל כרסום מתמשך בבסיסו החברתי משיקולים כלכליים... ובעיית היסוד היא שקיימות דילמות קשות לגבי החלוקה הצודקת של משאבים אלה."¹¹¹

על פני הדברים, וכפי שמבקרים רבים מציינים, אחת הבעיות היסודיות הוא סירובה של המדינה להתחייב לעדכן מדי שנה באופן אוטומטי ומלא את סל השירותים והמוצרים הרפואיים המכונה "סל התרופות".¹¹² מחיר הספקתו של הסל עולה מדי שנה, ועל-כן יש לעדכן אותו, וזאת בשלושה פרמטרים: ראשית, עדכון ריאלי בשיעור העלייה של מדד יוקר הבריאות;¹¹³ שנית, עדכון דמוגרפי, בשל גידולה והזדקנותה של האוכלוסייה;¹¹⁴ שלישית, עדכון טכנולוגי המשקף את התקדמותו של מדע הרפואה.¹¹⁵ אלא שעדכון מעין זה אינו נעשה כעניין שבשגרה, והתוצאה היא הדרמה הציבורית העצומה המתרחשת מדי

110 Kinney & Clark, לעיל ה"ש 64, בעמ' 294, מדרגים את ישראל, בשנת 2000, במיקום מרשים – מעל צרפת, שוודיה, בלגיה, אוסטרליה, יפן, הולנד ומדינות מערביות נוספות. השוו מירב ארלוזורוב "בכל זאת, ערך החיים בישראל גדול יותר" הארץ 21.3.2006 ("מרבית הביקורת המוטחת בסל התרופות הישראלי היא פופוליסטית. סל התרופות הישראלי הוא מהנדיבים והטובים מסוגו בעולם"). ראו, באופן דומה, יהושע שמר "מה ייכנס לסל: ההחלטות על הרחבת סל הבריאות צריכות להיגזר ממדיניות לאומית ברורה" הארץ 9.12.1999 ("רמת הרפואה בישראל היא מהגבוהות בעולם, ועל בסיס ניתוח מדדי בריאות אוניוורסליים, כך גם רמת הבריאות בישראל... סל התרופות הלאומי מורכב מהתרופות המתקדמות ביותר המוכרות בעולם המערבי"; הכותב – אז מנכ"ל משרד הבריאות – הוא כיום מנכ"ל מכבי שירותי בריאות).

111 "מעבר לכך, החוק עבר תיקונים רבים, והזכויות המובטחות בו נבלעו בתוך ריבוי של הוראות בעלות אופי רגולטורי-טכני. במקביל, כללי מנהל פנימיים של קופות-החולים הפכו את המערכת הציבורית הציבורית למבוך ביורוקרטי המקשה על הפרט להתנהל בו." שלו, לעיל ה"ש 58, בעמ' 5.

112 השוו רוני לינדר-גנץ "המזור לחולי הסרטן: עדכון אוטומטי לסל התרופות" הארץ 27.3.2006 ("למרבית הצער, סל התרופות שלנו כבר מזמן לא מצוין כפי שנעים ונהוג לחשוב – ב-10 השנים האחרונות הוא הלך ונשחק באופן הדרגתי וקבוע. בעוד שכל המומחים בארץ ובעולם מסכימים כי כדי לשמור על סל מעודכן ולעמוד בקצב ההתקדמות הטכנולוגית העולמית יש להגדיל את ההקצבה לסל ב-2% עד 4% בשנה, אצלנו השקיעה המדינה ב-10 השנים האחרונות (מאז נחקק חוק ביטוח בריאות ממלכתי) רק אחוז אחד במוצא בשנה").

113 אכן, חוק ביטוח בריאות ממלכתי, בנוסחו המקורי, קבע כי העלות של סל שירותי הבריאות תעודכן מדי שנה בשיעור העלייה של מדד יוקר הבריאות, המשקלל מדדים שונים. ראו שלו, לעיל ה"ש 58, בעמ' 208.

114 חוק ביטוח בריאות ממלכתי מסמיך את שרי הבריאות והאוצר לעדכן את עלות הסל מטעמים אלה, אולם סמכות זו לא הופעלה עד היום. ראו שם.

115 חוק ביטוח בריאות ממלכתי אינו כולל כל התייחסות לשיקול זה. ראו שם.

שנה כאשר ועדה ציבורית של משרד הבריאות אמורה לחלק את המשאבים המוגבלים מדי העומדים לרשותה.¹¹⁶

אלא שזו תמונה חלקית בלבד של מצב הדברים בכלכלת הרפואה, ולפיכך גם בדיון על הזכות לבריאות. מבט רחב יותר מלמד בצורה מרתקת על הפער שבין השאיפות החברתיות (והמשפטיות) הנעלות ביותר לתיקון העולם לבין הקושי האמיתי במימושן בחיי המעשה. הדברים מוכרים ככלל לגבי מימוש זכויות חברתיות, אולם הם חריפים במיוחד בתחום הזכות לבריאות.

במשך שנים רבות שלטו שתי הנחות-מוצא בדיון במימון משק הרפואה: ההנחה האחת הייתה שיש להבדיל בין מדינות המערב העשירות, שבהן עומדת לרשות האזרחים מערכת בריאות מודרנית ואיכותית, לבין רוב מדינות העולם, שבהן עומדת לרשות האזרחים מערכת רפואה מינימליסטית בלבד, ואף למטה מכך.¹¹⁷ שוני זה מקשה כמובן גיבוש סטנדרטים בין-לאומיים אחידים ונורמות מחייבות במשפט הבין-לאומי.¹¹⁸ ההנחה האחרת הייתה שיש לשאוף להעמיד לרשות האזרחים את מערכת הבריאות הטובה ביותר האפשרית, במידה רבה

116 לדיון מקיף ראו שם, בעמ' 224-240, 266-272; Seidman, לעיל ה"ש 51. ראו גם רוני לינדר-בנן "אין סיכוי שנראה בשנים הקרובות מנגנון עדכון קבוע ואוטומטי לסל התרופות" הארץ 29.6.2005 (הטוען כי סל הבריאות הוא אחד הנושאים עם ההון הפוליטי הגדול ביותר בארץ, ולכן אין כל סיכוי שנראה בשנים הקרובות מנגנון עדכון קבוע ואוטומטי לסל התרופות).

117 הנתונים של ארגון הבריאות העולמי מבהירים את הפער הנורא השורר בין מדינות העולם השונות. ההוצאה הלאומית השנתית על בריאות הייתה בשנת 2003 (בדולרים אמריקאיים לאדם) 11 דולר באפגניסטן, 118 דולר באלבניה, 305 דולר בארגנטינה, 1,514 בישראל, 2,519 באוסטרליה ו-5,711 בארצות-הברית. ראו: [www.who.int/whr/2006/annex/06_](http://www.who.int/whr/2006/annex/06_annex3_en.pdf) באוסטרליה, יפן, שוודיה ושווייץ תוחלת החיים עומדת על כשמונים שנה, אבל באנגולה, מלאווי, סירה-ליאונה וזימבבווה היא כארבעים שנה בלבד. (*geography*). about.com/library/weekly/aa042000b.htm. לדיון בנושא ראו: James Dwyer, *Global Health and Justice*, 19 *Bioethics* 460 (2005). הדברים מטרידים במיוחד כאשר מדינות עולם שלישי אינן יכולות לשאת בעלות של תרופות המהוות קניין רוחני של חברות ומדינות בעולם המערבי. לדיון ראו: Melissa McClellan, "Tools for Success": *The TRIPS Agreement and the Human Right to Essential Medicines*, 12 *WASH. & LEE J. CIVIL RIGHTS & SOC. JUST.* 153 (2005). לדיון מקיף ולדעה ייחודית ראו: Wesley A. Cann, Jr., *On the Relationship between Intellectual Property Rights and the Need of Less Developed Countries for Access to Pharmaceuticals: Creating a Legal Duty to Supply Under a Theory of Progressive Global Constitutionalism*, 25 *U. PA. J. INT'L ECON. L.* 755 (2004). בשנים האחרונות החלו לזרום כספים רבים יותר לסיוע בבעיות הרפואה של מדינות מתפתחות, אלא שבעיות של תיאום ושחיתות מקשות את שיפור המצב. ראו: Laurie Garrett, *The Challenge of Global Health*, 86 *FOREIGN AFFAIRS* 14 (2007).

118 וממילא מוכרת בעיית אי-הציות להסכמים בין-לאומיים. ראו: Oona A. Hathaway, *Do Human Rights Treaties Make a Difference?* 111 *Yale L.J.* 1935 (2002).

ללא התחשבות כמעט בצרכים חברתיים אחרים, שהרי מדובר בבריאות האדם, שהינה תנאי ראשון במעלה לרווחת האדם.¹¹⁹

לכאורה, ההבדל העיקרי בין מדינות המערב היה במודל שהן בחרו כדי לממן את הספקת שירותי הבריאות – מודל פרטי, ציבורי או מעורב פרטי-ציבורי.¹²⁰ השאלה של מודל המימון היא שאלה חשובה ביותר, המשפיעה על מידת ההגינות והשוויון בקבלת טיפול רפואי.¹²¹ ברוב מדינות המערב קיים רצון ציבורי לקיים מערכת רפואה ציבורית ולשאת במימונה. במובן זה, שאלת הזכות לבריאות עניינה הבטחת שירותים רפואיים ללא תלות במצבו הכלכלי של מבקש שירותים אלה.¹²² נדמה שגם כיום, אילו נשאל הציבור בישראל את השאלה התיאורטית אם ראוי להושיט טיפול רפואי לאדם שנפצע, הוא היה משיב בוודאי על השאלה בחיוב.¹²³ אפילו המשפט האמריקאי – במדינה שבה עשרות מיליוני אזרחים אינם נהנים מביטוח רפואי, ורק חלק מאזרחיה נהנים מביטוח רפואי על-חשבון תקציב

119 השוו: Richard D. Lamm, *The Case Against Making Healthcare a "Right"*, 25 FALL HUMAN RIGHTS 8 (1998), המציין בתחילתו: "Our healthcare system and its culture and ethics have developed under the assumption of unlimited resources" ודוק; מדובר בשאלת מדיניות. בישראל בולט תחום אחד שבו המדינה מוכנה להקדיש משאבים חריגים מאוד בהשוואה לכל מדינה אחרת, והוא מימון טיפולי פוריות. ראו שלו, לעיל ה"ש 58, בעמ' 67-80; Seidman, לעיל ה"ש 51.

120 לדיון ראו: www.oecd.org/dataoecd/24/52/31916207.pdf; www.oecd.org/document/48/0,2340,en_2649_34851_2088432_1_1_1_1,00.html.

121 דברים אלה נכונים כמובן לגבי היקף ההשתתפות הציבורית במימון שירותי הרווחה בכלל. ארגונים חברתיים בישראל מוטרדים מאוד מהירידה המסתמנת בשיעור המימון הציבורי של משק הרפואה. עם עליית ההשתתפות העצמית של אזרחים, עולה גם מספרם של אלה אשר אינם יכולים לעמוד בתשלומים אלה ומוותרים בעל-כורחם על שירותים ומוצרים רפואיים. לנתונים רשמיים ראו בן-נון ועופר, לעיל ה"ש 58, בעמ' 29, 231, 233, 351. כן ראו: brookdale1.pionet.com/category/div-health-findings; www.knesset.gov.il/protocols/data/rtf/avoda/2005-07-26-03.rtf; www.adva.org/UserFiles/File/maarehet%20briut%20megalgelet.pdf; www.adva.org/UserFiles/File/briut%202007%20-%20revised%20by%20Barbara%2016.11.2006.pdf; www.adva.org/UserFiles/File/Sick%20Funds%20and%20the%20Drug%20Economy.pdf; www.adva.org/UserFiles/File/Press%20release%20-%20Health.pdf.

122 עד לעיגונה של הזכות לבריאות בחקיקה כאמור, אזרחי ישראל "שלא היה בידם לשלם בעבור ביטוח רפואי או מי שקופות החולים לא קיבלום בשל מגבלות גיל, בריאות וכדומה, זכו לטיפול רפואי רק בעזרת שירותי הסעד". רובינשטיין, לעיל ה"ש 12, בעמ' 648.

123 נזכיר כי המשפט הישראלי מטיל חובת הצלה והושתת עזרה על כל אדם כאשר חברו עומד "בסכנה חמורה ומיידית לחייו, לשלמות גופו או לבריאותו". ודוק; כל זאת "כאשר לאל-ידו להושיט את העזרה, מבלי להסתכן או לסכן את זולתו". ראו ס' 1 לחוק לא תעמוד על דם רעך, התשנ"ח-1998, ס"ח 245.

הציבור¹²⁴ – מחייב בתי-חולים להעניק טיפול-חירום.¹²⁵ אבל השאלה אינה תיאורטית ואינה בלתי-תלויה בדבר. השאלה היא איזה טיפול רפואי יוענק, באיזה היקף, למי הוא יוענק ועל חשבון מי. התשובה – בניגוד לזכויות חברתיות אחרות – היא אינסופית כמעט. בעשורים האחרונים התברר כי תהיה שיטת המימון אשר תהיה, קצב הגידול של עלות הטיפול הרפואי (המערבי, המודרני) גבוה בהרבה מקצב הגידול הכלכלי, ושיעור ההוצאה הלאומית לרפואה כחלק מהתוצר הלאומי הגולמי – ושוב, בין שההוצאה היא מכספי ציבור ובין שהיא מכספים פרטיים – הולך וגדל בצורה שמדאיגה את ראשי כלכלות המערב.¹²⁶ ראוי להדגיש כי הטעמים לעליית מחירם של שירותי הרפואה הינם "חיוביים" בעיקרם: שיפורים וחידושים רציפים בטכנולוגיה הרפואית; שינויים דמוגרפיים, הכוללים התארכות תוחלת החיים של האדם; והצורך בכוח-אדם מיומן הן ברפואה והן בניהול המשאבים.¹²⁷ אמת, ניתן להגביר את יעילות השימוש בכספים המוקצים למשק הרפואה,¹²⁸ אולם אי-אפשר להמשיך להגדיל את המשאבים האלה ללא הרף – ודוק, הן את המשאבים הציבוריים והן את אלה הפרטיים – על-מנת לקיימו ברמה מיטבית.¹²⁹

במדינות כאנגליה, ניו-זילנד או קנדה התרסקה השאיפה למערכת רפואה מערבית

- 124 ראו: Edwin Caldie, *Medicap: Should Private Insurers Pay Public Rates and Who Should Make the Decision?* 30 AM. J.L. & MED. 69 (2004).
- 125 החוק המכונה Emergency Medical Treatment and Active Labor Act (EMTALA). ראו: 42 U.S.C.A. §1395dd – Examination and treatment for emergency medical conditions and women in labor.
- 126 לדיון חשוב בנתונים של מדינות המערב ראו: www.nber.org/papers/W11833; www.oecdobserver.org/news/fullstory.php/aid/1054/Health_care:_A_quest_for_better_value*.html; www.oecdobserver.org/news/fullstory.php/aid/1238/To_our_future_health.html. הנתונים לגבי ארצות-הברית בולטים במיוחד. ראו: www.hoover.org/research/facts/5854746.html. עם זאת, בולט גם אי-השוויון בהקצאת המשאבים. ראו: Clark C. Havighurst & Barak, *ראו עוד*: www.ahrq.gov/research/ria19/expendria.htm. D. Richman, *Distributive Injustice(s) in American Health Care*, 69 L. & CONTEMP. PROB. 7 (2006).
- 127 לדיון ראו: www.oecdobserver.org/news/fullstory.php/aid/1054/Health_care:_A_quest_for_better_value*.html. כן ראו שלו, לעיל ה"ש 58; בן-נון ועופר, לעיל ה"ש 58, בעמ' 464-466.
- 128 ראו בעניין זה דוח חשוב של ה-OECD: Howard Oxley & Maitland MacFarlan, *Health Care Reform: Controlling Spending and Increasing Efficiency*, (OECD, 1994), *Treating the Symptoms: Efforts to Contain Health-Care Costs Seem Doomed to Failure*, THE ECONOMIST, 15.6.2004; Paul Wallace, *The Health of Nations*, THE ECONOMIST, 15.6.2004 ("Health Care consumes a large and growing chunk of rich countries' income, but does it provide value for money?").
- 129 השוו: Glenn R. Follette & Louise Sheiner, *The Sustainability of Health Spending*, *Growth* (December 2005), papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=874078

מודרנית, שוויונית ונגישה לכל על קרקע המציאות הכלכלית. בקנדה היה זה דווקא בית המשפט העליון שמצא כי המערכת הרפואית הקנדית בלתי-יעילה במידה הפוגעת בזכויות האדם והאזרח.¹³⁰ אולם לאמיתו של דבר, אפילו במשק הבריאות האמריקאי, שעיקרו רפואה פרטית, לא היה מנוס מדיון רציני בשאלות של הגבלה וקיצוב.¹³¹

התוצאה היא ששום מדינה – אפילו לא מקרב מדינות המערב העשירות ביותר – אינה יכולה לעמוד בסל בלתי-מוגבל של שירותי רפואה, ורובן מצויות בתהליך של "משא-ומתן מחודש" על "האמנה החברתית" המתארת את סמכויותיה ותפקידיה של המדינה.¹³² במילים אחרות, בעיית המחסור במערכת הבריאות – המצב שבו "יכולת המערכת לאבחן ולטפל תלך ותגדל, אולם אפשרות החברה לממן יכולות אלה לכול תהיה מוגבלת יותר ויותר"¹³³ – אינה ייחודית לישראל.

ארגונים חברתיים בישראל מלינים על שחיקתו הריאלית של תקציב הבריאות ועל הגדלת השתתפות הציבור במימון פרטי של שירותים רפואיים, דבר המגביר את אי-השוויון במערכת הבריאות הישראלית.¹³⁴ דומנו שד"ר כרמל שלו צודקת באבחנה את המגמה הרחבה

130 בית המשפט העליון הקנדי פסל שני חוקים פרובינציאליים שאסרו הספקת שירותים רפואיים פרטיים המכוסים על-ידי הביטוח הרפואי הממשלתי, בקובעו שלנוכח התורים הארוכים לטיפולים רפואיים במערכת הציבורית, ההגבלה פוגעת בצ'רטר של זכויות האדם וחירויות האדם בקוויבק. ראו: 2005 S.C.C. 35, 29272, *Chaoulli v. Quebec (Attorney General)*, 2005 S.C.C. 35, 29272, *Recent Cases* 119 HARV. L. REV. 677 (2005). על הנסיונות לשפר את מערכת הבריאות האנגלית ראו: 24, *Gerald Panting, Healthcare Regulation in the UK*, 24 J. L. MED. & ETHICS 683 (Part One) 683 (Part Two) (2005). ראו עוד: Joanna Manning & Ron Paterson, "Prioritization": Rationing Health Care in New Zealand, 31 J. L. MED. & ETHICS 681 (2005); Colleen M. Flood, *Just Medicare: The Role of Canadian Courts in Determining Health Care Rights and Access*, 31 J. L. MED. & ETHICS 669 (2005). ראו גם: 15.6.2004, *No Reverse Gear: Why Costs Only Ever Go Up?* THE ECONOMIST.

131 לדיון ראו: Charles L. Rice, *Symposium: Health Care Reform: Where Are We? Where Desperate Measures: The Are We Going?* 2004 U. ILL. L. REV. 197 (2004). *World's Biggest and Most Expensive Health-Care System is Beginning to Fall Apart*. *Can George Bush Mend It?* THE ECONOMIST, 26.1.2006.

132 לזאת, ולתיאור מערכת הבריאות האמריקאית, ראו: Robert F. Rich, *Borrowing Policy: A Dialogue on Atlantic Crossings: Social Politics in a Progressive Age*, 21 COMP. LAB. L. & POL'Y J. 397 (2000); Theodore R. Marmor, *Forecasting American Health Care: How We Got Here and Where We Might Be Going*, 23 J. HEALTH POL., POL'Y & L. 551 (1998). על אי-השוויון במערכת הרפואה האמריקאית ראו: Louise G. Trubek & Maya Das, *Achieving Equality: Healthcare Governance in Transition*, 7 DEPAUL J. HEALTH CARE L. 245 (2004).

133 גבי בן-נון, יצחק ברלוביץ ומרדכי שני מערכת הבריאות בישראל 466 (2006).

134 לדיון מקיף ראו ברברה סבירסקי "תקציב חסר הופך לנורמה: תקציב מערכת הבריאות הציבורית לשנת 2007" (2006) www.adva.org/UserFiles/File/briut%202007%20-%20revised%20by%20Barbara%2016.11.2006.pdf.

יותר של מתח "בין האינטרסים של קובעי המדיניות הכלכלית הכללית של המדינה להגביל את ההוצאה הלאומית לבריאות לבין האינטרסים של המתווים את מדיניות הבריאות בקדמה הרפואית ובפיתוח הטכנולוגי".¹³⁵ מצערת העובדה שהחלטת הממשלה לבלום את הגידול בהוצאות משק הבריאות בישראל נעשתה ללא דיון ציבורי מקיף, אולם לנוכח הלחץ הקבוע לעדכון סל התרופות, דומנו שלא יהיה מנוס מלהעמיד את הדילמות הקשות בפני הציבור.¹³⁶ כפי שאמר פרופ' שמר כבר לפני כעשור, "בעולם הרפואי והבי-טכנולוגי שבו אנו מצויים יגבר המחסור. רק מדיניות ברורה בתחום הבריאות, המשלבת בין בחינת צרכיו של החולה הפרטני למעורבות החברה בתהליך קבלת ההחלטות, תחזק את הבריאות כאחת מהאפשרויות המרכזיות שעליה נסמכת החברה ותביא לשיפור הבריאות בישראל".¹³⁷

(3) מה צופן העתיד למדע הרפואה, והאם נדרש פיקוח ציבורי?

ברי לנו כי השאלות שהעלינו לעיל – שאלת הרגולציה הנוקטית של פעילות הרופא והשאלה הרחבה במעט כיצד ניתן ליצור מערכת רפואה הוגנת ולא בזבזנית שתהיה קשובה לצורכי

עלייה רציפה למדי של ההוצאה הלאומית לבריאות משנת 1994 (שאו היא עמדה על 7.9%) ועד לשיא בשנת 2002 (כ-8.6%), ומאז ירידה הדרגתית עד לשיעור של 8.1% מהתמ"ג בשנת 2005. התשלומים של משקי הבית לשירותי רפואה פרטיים מימנו 31% מההוצאה הלאומית לבריאות בשנת 2005, לעומת 30% בשנת 2004. למגוון נתונים על משק הרפואה בישראל, ולהשוואתם לנתונים במדינות המערב, ראו: www1.cbs.gov.il/reader/newhodaot/hodaa_.template.html?hodaa=200608183; www1.cbs.gov.il/shnaton57/st06_01.pdf; www1.cbs.gov.il/shnaton57/st06_01.pdf; www1.cbs.gov.il/shnaton57/st28_12.pdf.
135 הדברים נאמרו בהקשר של עדכון סל התרופות בשל צרכים טכנולוגיים. ראו שלו, לעיל ה"ש 58, בעמ' 208.

136 הדברים אכן החלו להופיע בדיון הציבורי. השוו: "מדינת ישראל יכולה להחליט כי ערך קדושת החיים חשוב בעיניה במידה כזו שהיא מוכנה להשקיע כל סכום אפשרי כדי להפוך את סל התרופות שלה למתקדם מסוגו בעולם... אך החלטה כזו צריכה להתקבל בעיניים פקוחות... עוד 200 מיליון שקל לסל התרופות... משמעם פחות 200 מיליון שקל לקצבאות ילדים, לחינוך, לשיטור בקהילה, לביטחון, למניעת תאונות דרכים, לסיוע בהוצאות סיעוד לזקנים. זוהי ההחלטה שצריכה להתקבל, ואף שמדובר בתרופות ובחיי אדם, אסור לטעות בה: זוהי החלטה כלכלית. זוהי החלטה ניהולית. זוהי ההחלטה על איך מנהלים את סדר העדיפות הלאומי של מדינת ישראל, כאשר הבריאות היא רק שירות אחד בתוך סל השירותים שהמדינה רוצה להעניק לאזרחיה, ולא דווקא השירות החשוב ביותר." ארלוזורוב, לעיל ה"ש 110.

137 שמר, לעיל ה"ש 110. ודוק: לדברי שמר, "מול מדיניות בתחום הטכנולוגיה שתקבע את התועלת המרבית לכלל הציבור לעומת העלות יעמוד האדם הפרטי על מגוון מחלותיו. לחלק מהחולים לא יינתן מענה של טיפולים חדשניים והם ייאלצו להסתפק בסל השמרני. בכל זאת יהיו חולים במצבים חשוכי מרפא שלהם יוצעו טכנולוגיות רפואיות חדשות עוד בשלב הניסויים הקליניים. מצבי חולי נדירים יצריכו פתרונות וקבלת החלטות מתוך הפעלת שכל ישר" (שם). לדיון מוקדם ראו: Einer Elhague, *Allocating Health Care Morally*, 82 CAL. L. REV. 1450 (1994).

האזרח ולרצונותיו¹³⁸ – ימשיכו להעסיק הן את האקדמיה והן את הציבור הרחב בעתיד הנראה לעין. אולם מעבר לכך, ניתן כבר עתה לראות כי העתיד הרפואי-המשפטי צופן דיאלוג ציבוריות אתיות, כלכליות ומשפטיות מורכבות מאוד. ההתפתחויות הטכנולוגיות המדהימות של הרפואה ושל יתר ענפי המדע פותחות לפנינו אפשרויות שנראו כמדע בדיוני אך לפני זמן קצר. הסיכויים והסיכונים הגלומים באלה מעוררים תקווה וחשש בה־בעת. מעבר לעלותם של חידושים אלה, שאליה כבר התייחסנו בהרחבה, ניתן לראות בבירור את הצורך בפיקוח ציבורי וברגולציה של המחקר רפואי והביו־טכנולוגי, של תוצריהם ושל יישומם במוצרים מסחריים, וכן של נגישותם של מוצרים ושירותים חדישים אלה לאוכלוסייה הנזקקת.

חלק מן הנושאים נהפכו כבר לשגרה, כגון השפעת האינטרנט על הפעילות הרפואית.¹³⁹ נושאים אחרים חושפים את הפחדים והחששות העמוקים שלנו מהתערבות ב"מעשה הבריאה", ואת ההבדלים התרבותיים בין מדינות המערב בנושא זה. אחת השאלות הבולטות בתחום זה היא שאלת בטיחות המזון המהונדס גנטית.¹⁴⁰ הבדל משמעותי קיים בין הרגולטורים בארצות־הברית לבין אלה שבאירופה בשאלת התרת השימוש במזון זה, אשר פותח אפשרויות חדשות, אף אם מטרידות, בתפוקת המזון בעולם. אכן, כמותם, איכותם, עמידותם וגודלם של הפירות והירקות שופרו, אבל האם אכילת "מוטציות גנטיות" עלולה לסכן את בריאותנו? האם פעילות ביוטכנולוגית כזו עלולה לסכן את איכות הסביבה?¹⁴¹

138 ראו: Martin Feldstein, *Balancing the Goals of Health Care Provision*, 25(6) HEALTH AFFAIRS 1603 (2006), available at www.nber.org/feldstein/1603.pdf; www.nber.org/papers/w12279; Clark C. Havighurst & Barak D. Richman, *Who Pays? Who Benefits? Distributional Issues in Health Care: Distributive Injustice(s) in American Health Care*, 69 L. & CONTEMP. PROBS. 7 (2006).

139 ראו, למשל: Julie Reed, *Cybermedicine: Defying and Redefining Patient Standards of Care*, 37 INDIANA L. REV. 845 (2005); Jeff Todd, *E-Prescribing in a Changing Legal Environment*, 12 RICH. J. L. & TECH. 12 (2006); Carmen E. Lewis, *Constitutional Call for Federal Regulation of Cybermedicine*, 32 AM. J. L. & MED. 585 (2006). אולם עדיין יש מקום לתסריטי מדע בדיוני – ראו: Katherine J. Herrmann, *Cybersurgery: The Cutting Edge*, 32 RUTGERS COMPUTER & TECH. L.J. 297 (2006).

140 ראו, למשל: Gregory N. Mandel, *Technology Wars: The Failure of Democratic Discourse*, 11 MICH. TELECOMM. & TECH. L. REV. 117, 119 (2005) ("Biotechnology and nuclear power represent two of the most politically and socially explosive technology controversies, presenting legal and regulatory debates that appear largely unresolvable").

141 לדיון מקיף ראו, בין היתר: Neil E. Harl, *Biotechnology Policy: Global Economic and Legal Issues*, 12 WILLAMETTE J. INT'L L. & DISP. RESOL. 1 (2004); Matthew Rich, *The Debate over Genetically Modified Crops in the United States: Reassessment of Notions of Harm, Difference, and Choice*, 54 CASE W. RES. L. REV. 889 (2004). למצב באירופה ראו: Mary Ann Liebert, *New Developments in European Regulation of Genetically Modified Crops*, 24 BIOTECHNOLOGY L. REP. 183 (2005). לשאלת האפקטיביות של הרגולציה ראו: Gregory N. Mandel, *Gaps, Inexperience, Inconsistencies, and Overlaps*.

חלק מתחומי הפיתוח הרפואי מעוררים התנגדות מוסרית עזה במדינות מסוימות, אבל גם חושפים את הקושי לעצור את הפיתוח המדעי. טלו שתי דוגמות מתחום הרבייה האנושית: הראשונה – יש מדינות המתנגדות להעמדתן לרשות הציבור של טכניקות רבייה מסוימות, כגון דרכים לברירת מין היילוד או מתן טיפולי פוריות לזוגות חד-מיניים. מאידך גיסא, מדינות רבות רואות עצמן נאורות דיין להציע שירות זה. הואיל ומדינות האוסרות שירותים אלה אינן יכולות – או אינן רוצות – למנוע פעילות זו מחוץ לגבולותיהן,¹⁴² החלה להתפתח בשנים האחרונות, לפחות בקרב תושבי המערב, "תיירות פוריות".¹⁴³ השנייה – נושא שמעורר ויכוח גדול אף יותר הוא המחקר המדעי בתאי גזע (stem cells), ובמיוחד באלה העובריים. חוקרים מזהים זה כעשור פוטנציאל מחקרי ורפואי גדול לתאים אלה, הואיל והם מתאפיינים בפלוריסטיות (רבי-יכולת), המאפשרת להרכות אותם במעבדה ולגרום להתפתחותם לכלל סוגים שונים של תאים של גוף האדם. מתאים אלה ניתן להניב רקמות, אשר השתלתן בחולה עשויה לתקן רקמות שנפגעו עקב מחלתו.¹⁴⁴ אלא שהואיל ומדובר בתאי אדם, קיימת התנגדות רבתי לשימוש המחקרי בהם. התנגדות זו הובילה להגבלת המימון הפדרלי האמריקאי למחקרים בתחום זה,¹⁴⁵ אבל לא הביאה לידי הפסקת המחקר בתחום זה כליל.¹⁴⁶ לעומת זאת, השאיפה לשכפול האדם כולו (human

Crisis in the Regulation of Genetically Modified Plants and Animals, 45 WM. & MARY L. REV. 2167 (2004).

142 קיים דיון ציבורי דומה בשאלת נסיעתן של נשים ממדינות האוסרות ביצוע הפלות למדינות המתירות פעולה כזו. כך, למשל, קיימה גרמניה, בשנת 1990, בדיקות לנשים שחזרו למדינה מהולנד כדי לגלות אם ביצעו הפלות, והתביעה העמידה לדין פלילי נשים שביצעו הפלות במדינות אחרות. הפרלמנט האירופי גינה פעילות זו בשנת 1991. ראו: Guido Pennings, *Reproductive Tourism as Moral Pluralism in Motion*, 28 J. MED. ETHICS 337 (2002), available at jme.bmj.com/cgi/content/full/28/6/337.

143 לדיון ראו שם, וכן: Richard F. Storrow, *Quests for Conception: Fertility Tourists*, 57 HASTINGS L.J. 295 (2005), *Globalization and Feminist Legal Theory*.

144 להרחבה על תאי גזע עובריים ועל הבעיות האתיות שהם מעלים ראו את הרצאותיהם של פרופ' מישל רבל ופרופ' דוד הד אשר ניתנו במסגרת הכנס, שעיקריהן מובאים להלן בעמ' 79–84. לדיון כללי ראו: en.wikipedia.org/wiki/Stem_cell; en.wikipedia.org/wiki/Embryonic_stem_cell.

145 לדיון מקיף ראו: Allison B. Newhart, *The Intersection of Law and Medicine: The Case for Providing Federal Funding for Embryonic Stem Cell Research*, 49 VILL. L. REV. 329 (2004); Patrick Walsh, *Stemming the Tide of Stem Cell Research: The Bush Compromise*, 38 J. MARSHALL L. REV. 1061 (2005).

146 להשוואה בין המצב בארצות הברית למצב באנגליה ראו: George Kanellopoulos, *Embryonic Stem Cell Research: A Comparative Study of the Philosophies of the United States and the United Kingdom*, 4 J. INT'L BUS. & L. 170 (2005) ("While the United Kingdom's Human Embryonic and Fertilization Authority is breaking ground and leading the way for stem cell research, the United States is regressing"). בעמ' 171. להשוואה בין המצב ברמה הפדרלית לבין המצב ברמה המדינתית בארצות הברית ראו: Arthur C. D'Andrea, *Federalizing Bioethics*, 83 TEX. L. REV. 1663 (2005).

(cloning) נראית רחוקה ממימוש טכנולוגי וכן בלתי-ראויה מבחינה אתית, וההתנגדות הציבורית לה היא הרחבה ביותר.¹⁴⁷ טכנולוגיות מדוברות נוספות, כגון ננו-טכנולוגיה, מצויות עדיין בשלב שלפני הדיון הציבורי בדבר השלכותיהן הפוטנציאליות והצורך בפיקוח אפקטיבי עליהן.

3. מעגל שלישי: קניין רוחני, בריאות וחיים – מציאת נקודת ארכימדס¹⁴⁸

הנושא של שימוש בזכויות בפיתוחים רפואיים לטובת הכלל, אשר עמד במרכזו של המושב השמיני בכנס, מצוי במוקד הדיונים העולמי בשנים האחרונות, בעיקר בקשר שבין זכויות אדם לבין זכויות קניין רוחני. אם עד לשנים האחרונות נעו שני המוסדות המשפטיים – הקניין הרוחני וזכויות האדם – במעגלים נפרדים, הנה בשנים האחרונות התחדדו נקודות הממשק ביניהם.¹⁴⁹ נקודת ממשק משמעותית בהקשר זה היא אפשרות השימוש בפיתוחים רפואיים קיימים, ובעיקר נגישותן של תרופות לתושבי מדינות נחשלות. המקרה הידוע אשר ממחיש באופן חריף את הקשר הבלתי-ניתן להפרדה בין זכויות אדם לבין קניין רוחני הוא התפשטות נגיף האיידס במדינות אלה.¹⁵⁰ הטענה הכללית היא כי זכויות האדם צריכות להשפיע על דיני הקניין הרוחני הממוסדים

147 לדיון ראו: Adiv Zelony, *Don't Throw the Baby Out with the Bathwater: Why a Ban on Human Cloning Might be a Threat to Human Rights*, 27 LOY. L.A. INT'L & COMP. L. REV. 541 (2005); Roger Brownsword, *Stem Cells and Cloning: Where the Regulatory Consensus Fails*, 39 NEW ENG. L. REV. 535, 535 (2004–2005) ("If there is a regulatory consensus about anything in bioethics and biolaw, it is that human reproductive cloning is unethical and that it should be prohibited. If taking a life is the worst thing that we can do, making a cloned life, it seems, is a close second").

148 האמירה "תנו לי נקודת משען ואניף את כדור-הארץ" מיוחסת לארכימדס, אשר תיאר בעזרתה את עוצמתו של חוק המאזניים. כוונתנו באזכורה של אמירה זו הוא לחדד את הרעיון כי שינוי באיזון הקיים בבסיס ההסדר של קניין רוחני (נקודת המשען), באמצעות שימת דגש חזק יותר בזכות האדם לבריאות ולחיים, תוליד לדעתנו תווה לכיוון שימוש יעיל יותר ואף מוסרי יותר בתוצרי הקניין הרוחני.

149 ראו: Laurence R. Helfer, *Toward a Human Rights Framework for Intellectual Property*, 40 U.C. DAVIS L. REV. 971 (2007); Peter K. Yu, *Reconceptualizing Intellectual Property Interests in a Human Rights Framework*, 40 U.C. DAVIS L. REV. 1039 (2007); Peter K. Yu, *Ten Common Questions About Intellectual Property and Human Rights*, 23 GA ST. U. L. REV. (2007), available at ssrn.com/abstract=979193.

150 ראו: Jamie Crook, *Balancing Intellectual Property Protection with the Human Right to Health*, 23 BERKELEY J. INT'L L. 524, 532 (2005); Brittany Whobrey, *International Patent Law And Public Health: Analyzing TRIPS' Effect on Access to Pharmaceuticals in Developing Countries*, 45 BRANDEIS L.J. 623 (2007).

בכלל, ועל היקפן של זכויות הקניין הרוחני בפיתוחים רפואיים בפרט.¹⁵¹ כלומר, הן צריכות להשפיע על האיזון בבסיסם של הסדרי הקניין הרוחני בין הרצון לתמרץ יצירת קניינים רוחניים לבין העברת המידע לנחלת החברה, כך שזכויות האדם יהיו מרכיב משמעותי במציאת נקודת האיזון.

בתחום הרפואה, הגנה על ידע באמצעות זכויות קניין רוחני מהווה נושא בעל חשיבות מרובה. הסיבה העיקרית לכך היא העובדה שתהליכי המחקר והפיתוח (R&D) בתחום זה מסובכים, יקרים ומסוכנים, כרוכים במחקר מדעי מורכב ובניסויים רבים, ומלווים הליכי רישום ורישוי אשר נמשכים פרקי-זמן ארוכים.¹⁵² תהליכים אלה נמשכים בממוצע בין עשר לחמש-עשרה שנים, והעלות הממוצעת של פיתוח תרופה חדשה היא יותר מ-800 מיליון דולר.¹⁵³ נראה כי תעשיית התרופות משקיעה במחקר ובפיתוח יותר מכל תעשייה אחרת. ההוצאה המוערכת של חברות התרופות בעולם על מחקר ופיתוח בשנת 2002, למשל, הייתה יותר מ-45 ביליון דולר.¹⁵⁴ על עלויות אלה יש להוסיף את העובדה שהמחקר והפיתוח בתחום הרפואי מתאפיינים בריבוי כשלונות ובמיעוט הצלחות. רוב הפיתוחים אינם זוכים בהצלחה מסחרית. נתון זה מחייב את החברות המפתחות להשתמש בתקבולים מתרופה מצליחה לכיסוי עלויות הפיתוח של התרופות שנכשלו מסחרית.¹⁵⁵

בהתאם, טענתן העיקרית של חברות התרופות, המהוות גורם משמעותי במחקר הרפואי, היא כי יש להדק את ההגנה על זכויות הקניין הרוחני, שכן הן אלה שמאפשרות לחברות ליהנות מפירות ההשקעה העצומה במחקר ובפיתוח, בהיותן מחסום מפני ניצול המידע על-ידי מתחרים. פועל יוצא מכך הוא שחברות התרופות בעולם נוטות להשקיע במדינות המעניקות הגנה חזקה יותר לזכויות הקניין הרוחני, ובמדינות אלה תרחש צמיחה כלכלית מוגברת.¹⁵⁶

151 ראו את הרצאתה של אורית פישמן-אפורי, שעיקרה מובאים להלן בעמ' 127–131, וכן: Orit Fischman Afori, *Human Rights and Copyright: Introduction of Natural Law Considerations Into American Copyright Law*, 14 FORDHAM INTELL. PROP. MEDIA & ENT. L.J. 497 (2004), available at law.fordham.edu/publications/articles/200fls6402.pdf.

152 ת"א (ת"א) 881/94 *Eli Lilly and Company* נ' טבע תעשיות פרמצבטיות בע"מ, תקדין מחוזי 1586 (3)98 (1998).

153 ראו את הנתונים המוצגים באתר האיגוד העולמי של תעשיית התרופות (IFPMA): www.ifpma.org/Issues/issues_research.aspx. שלבי המחקר והפיתוח הם: קדם-ניסוי קליני (גילוי, רישום פטנט ואישור פטנט, הכנה), ניסוי קליני בכמה שלבים (ניסוי הן בבעלי-חיים הן בבני-אדם) ותהליכי רישום ואישור לשיווק. ראו "מסמך רקע לדיון בנושא: קניין רוחני במחקר רפואי", אשר הוגש לוועדת המדע והטכנולוגיה ביום 8 בדצמבר 2003, נגיש ב-www.knesset.gov.il/mmm/data/docs/m00703.doc.

154 שם.

155 לעיל ה"ש 152, פס' 2.2.

156 ראו: www.ifpma.org/Issues/issues_intell.aspx. ראו גם את טענותיו של ד"ר יואב שכטר, מנכ"ל חברת התרופות "פארמה ישראל", במהלך דיון בוועדת המדע והטכנולוגיה מיום 9.12.2003: www.knesset.gov.il/protocols/data/rtf/mada/2003-12-09-01.rtf.

אל מול טענה זו עומד הרצון לאפשר שימוש בידע לטובת החברה, לשם קידום הזכות לבריאות ולחיים. הטענה העיקרית בהקשר זה היא כי מתן הגנה חזקה מדי לממציאים ולמפתחים תעכב התקדמות המצאתית, על-ידי מניעת שימוש במידע הגלום בזכויות הקניין הרוחני לתקופות ארוכות, ואף תמנע שימוש במידע ובתרופות מן הזקוקים להם.¹⁵⁷ מטרתנו במסגרת מצומצמת זו היא להעיר את הערותינו על היחס בין זכויותיו של הממציא והמפתח הראשון (הוא בעל זכות הקניין הרוחני) לבין זכויותיהם של מפתחים וממציאים מאוחרים, וכן טובת החברה, הבאה לידי ביטוי באמצעות שימת דגש בזכות לבריאות ולחיים. דוגמה לקשר משולש זה ניתן למצוא במקרה של חברת תרופות שהינה בעלת זכויות פטנט בתרופה לטיפול במחלת האיידס וחברה אחרת המבקשת לעשות שימוש בזכויות הפטנט לצורך פיתוח תרופה חדשה לטיפול במחלת האיידס אשר תשפר את התרופה הקיימת – למשל, בכך שאיכות החיים של החולה שישתמש בה תהיה טובה יותר בהשוואה לתרופה הקיימת. האם האיוון הקיים בין שתי החברות צריך להשתנות מאחר שהפטנט משפיע על זכויות אדם? האם יש, למשל, לחייב את החברה הראשונה לאפשר שימוש בזכויות הפטנט לצורך פיתוח התרופה החדשה רק משום שהיא מקדמת יותר, באופן ישיר, את הזכות לבריאות ולחיים?

(א) מושכלות-היסוד

הזרם המרכזי בתחום הקניין הרוחני שייך לגישה הכלכלית-התועלתית, שלפיה מטרתם של דיני הקניין הרוחני היא להקנות זכויות בלעדיות ליוצרים ולממציאים, כדי לשרת את האינטרס הציבורי בעידוד, בהפצה וביצירה של המצאות, ביטויים, יצירות וטובין מופשטים.¹⁵⁸

157 ראו למשל, את דבריו של חבר-הכנסת מיכאל איתן בדיון בוועדת החוקה, חוק ומשפט מיום 11.10.2005, נגיש ב־www.knesset.gov.il/protocols/data/rtf/huka/2005-10-11.rtf, בעניין ההצעה להאריך את תוקפו של פטנט בסיסי: "...אתה אומר: אני מייצג את הממציאים ואת בעלי הפטנטים הראשונים. ברור לי שתוצאה כמה שיותר להאריך את התקופה. למה זה צריך לעניין אותי ברמה הרב-לאומית האנושית? איך אגן על עצמי מפני מצב שאתה כבעל פטנט מקבל אפשרות לנצל פטנט שנועד לטובת המין האנושי בהצלת חיים או תנאי חיים, ואני נותן לך הגנה ואתה עושה על זה כסף ואנשים סובלים?"

158 WILLIAM M. LANDES & RICHARD A. POSNER, THE ECONOMIC STRUCTURE OF INTELLECTUAL PROPERTY LAW 12 (2003); RICHARD A. POSNER, ECONOMIC ANALYSIS OF LAW, ch. 3 (6th ed., 2003); Justin Hughes, *The Philosophy of Intellectual Property*, 77 GEO. L.J. 287 (1988). ראו גם ע"א 513/89 Interlego נ' Exin Lines Bros S.A., פ"ד מח(4) 133 (1994), שבו אימץ הנשיא דאז שמגר את הגישה הכלכלית-התועלתית לדיני זכויות היוצרים, ונראה כי זו ההצדקה המרכזית בישראל כיום גם בשאר ענפי הקניין הרוחני. ראו גיבה אלקין-קורן "על כלל ועל 'נחלת הכלל': מקניין רוחני לעשיית עושר ולא במשפט" עיוני משפט כה 9, 15 (2001); עופר גרוסקופף הגנה על כללי תחרות באמצעות עשיית עושר ולא במשפט 53 (2002). קיימות כמובן גם גישות נוספות. המרכזית מביניהן היא הגישה של זכויות טבעיות, שעל-פיה יש לראות בקניין הרוחני זכות טבעית של היוצר או הממציא על יצירתו, מכוח

ההנחה שביסוד גישה זו היא שמוצרי המידע המוגנים באמצעות דיני הקניין הרוחני (כגון יצירות מוסיקליות, תרופות ותוכנות מחשב) הינם מעין טובין ציבוריים, עם הבעיות הכלכליות הקלסיות הכרוכות בכך, כגון בעיית הטרמפיסט (free-riding) והחשש מהיווצרות מונופול.¹⁵⁹ המתח הבסיסי ביצירה ובהגנה על זכויות קניין רוחני נובע מהיותו של הקניין הרוחני טובין ציבוריים בעלי תכונה מיוחדת של אי־יריבות (non-rival). קניין רוחני – להבדיל מקניין "רגיל" (כגון תפוח), אשר שימוש בו על־ידי אחד מונע שימוש בו על־ידי האחר – מאפשר שימוש בידע הגלום בו על־ידי משתמשים רבים בו־זמנית.¹⁶⁰ תכונה זו של הקניין הרוחני מניעה אותנו כחברה לרצות לאפשר לכל המעוניין בכך גישה רחבה וחופשית למידע. לצערנו, יש לכך מחיר: הפצת המידע באופן זה תפחית באופן משמעותי את התמריצים לייצר את המידע.¹⁶¹ מאידך גיסא, מתן הגנה חזקה למפתח הראשון

זכותו המוסרית על היצירה. ראו גיא פסח "הבסיס העיוני להכרה בזכות יוצרים" משפטים לא 359 (2001); עמיר פרידמן פטנטים – דין, פסיקה ומשפט משווה 32 (2001); גיא פסח "זכות היוצרים בפסיקת בית המשפט העליון – מגמות, שיקולים ומבט אל עבר 'עידן המידע'" עלי משפט ב 297 (2002); עופר טור־סיני "דיני הקניין הרוחני – צעידה אל מילניום חדש" שנתון הקריה האקדמית ה 177 (2004). יש המבססים גישה זו על תיאוריית העבודה של ג'ון לוק (ראו: JOHN LOCKE, TWO TREATISES OF GOVERNMENT, Second Treatise of Government, (1690) (Peter Laslett rev. ed., 1963) §§138–140), ורואים בזכות היוצר זכות טבעית על פרי עמלו. חוקרים רבים ביקרו ויישמו את תיאוריית העבודה בהקשר של קניין רוחני. ראו לעניין זכויות יוצרים: Stewart E. Streck, *Rhetoric and Reality in Copyright Law*, 94 (1996) MICHIGAN L. REV. 1197–1249; ולעניין פטנטים: Samuel A. Oddi, *Un-Unified Economic Theories of Patents – The Not-Quite-Holy Grail*, 71 NOTRE DAME L. REV. 267 (1996). לעומת זאת, יש המבססים את גישת הזכויות הטבעיות על תיאוריית האישיות של הגל (ראו: GEORGE W.F. HEGEL, *PHILOSOPHY OF RIGHT* 41–45 (T.M. Knox trans., 1967) (Margaret J. Radin, *Property and Personhood*, 34 STAN. L. REV. 957 (1982); Justin Hughes, *The Personality Interest of Artists and Inventors in Intellectual Property*, 16 CARDOZO Arts & Entertainment L.J. 81 (1988)). לצד גישה זו ניתן למצוא גישות נוספות, ביניהן צדק חלוקתי, קהילתנות (שיתוף ואחריות חברתית), התעשרות לא כדין, תיאוריות ליברטניות ואף תיאוריות דמוקרטיות. להרחבה ולמראי־מקומות באשר לתיאוריות של קניין רוחני ראו: Peter S. Menell, *Intellectual Property: General Theories*, ENCYCLOPEDIA OF LAW AND ECONOMICS (Boudewijn Bouckaert & Gerrit De Geest eds.), available at users.ugent.be/~gdegeest.

159 ראו: ROBERT P. MERGES, PETER S. MENELL, MARK A. LEMLEY & THOMAS M. JORDE, *INTELLECTUAL PROPERTY IN THE NEW TECHNOLOGICAL AGE* (2004).

160 ראו: Garret Hardin, *The Tragedy of the Commons*, 162 SCIENCE 1243 (1968), available at dieoff.org/page95.htm; ROGER D. BLAIR & THOMAS F. COTTER, *INTELLECTUAL PROPERTY: ECONOMIC AND LEGAL DIMENSIONS OF RIGHTS AND REMEDIES* 12–13 (2005).

161 קיימות אפשרויות לפתור בעיה זו באמצעות הפקדת ייצור הקניין הרוחני בידי המדינה, אך בכך תיפגם התחרות המעודדת ייצור קניין רוחני. נוסף על כך, שליטה של המדינה בהמצאות

תאפשר לו קביעה בלעדית של כמות המוצר ומחירו, על כל המשתמע מכך, ותדכא מאמצי פיתוח עתידיים עקב יצירת חובת תשלום בגין שימוש בידע קיים או עקב מניעת שימוש בו בשל היותו מוגן.

המתח בין הרצון להעניק לממציא זכויות קניין ביצירתו, כדי לעודד אותו להשקיע באופן יעיל ביצירת המצאות חדשות, לבין הרצון לאפשר שימוש רחב וחופשי בהמצאות מתחזק מאוד בתחום הפיתוחים הרפואיים, לנוכח האינטרס הציבורי המובהק הכרוך בהגנה על ערך החיים והבריאות.¹⁶² מן הצד האחר, קיים צורך לתמרץ יצירתם של פיתוחים בתחום הרפואי, אך מן הצד האחר, קיים חשש ליצירת מונופול שימנע הצלת חיי אדם.¹⁶³ לפיכך הניתוח הכלכלי של קניין רוחני מתמקד ביצירת הסדר משפטי שיבטיח את קיומם של תמריצים להשקעה של השוק בייצור קניין רוחני (ייצור מידע) באמצעות מתן זכויות בלעדיות בהמצאה ליוצרים ולממציאים, תוך איזון עם הצורך בהפצת המידע לציבור, כדי להביא לידי יצירתן של יצירות והמצאות חדשות.¹⁶⁴

בכל הנוגע למחקר רפואי, ההגנה על קניין רוחני מתרכזת בשלושה סוגים עיקריים של הגנות. האחת היא הגנה באמצעות פטנט, המהווה את ההגנה העיקרית בתחום זה, ובה נתמקד בהמשך דברינו. דיני הפטנטים בישראל קובעים כי ככלל, לבעל הפטנט קיימת זכות קניינית על המצאתו¹⁶⁵ לתקופה של עשרים שנה, המתחילה ממועד ההגשה של בקשת

וברעיונות אינה עולה בקנה אחד עם חופש הביטוי ועם גיוון הדעות, שהינם חלק בלתי-נפרד מחברה דמוקרטית. ראו: Mark A. Lemley, *The Economics of Improvements in Intellectual Property Law*, 75 TEX. L. REV. 989, 995, at footnote 24 (1989) נוספות ראו: Roger D. Blair & Thomas F. Cotter, *Rethinking Patent Damages*, 10 TEX. INTELL. PROP. L.J. 1, 45 (2001).

162 ראו את דברי השופטת נתניהו בע"א 665/84 סאנופי בע"מ נ' אוניפארם בע"מ, פ"ד מא(4) 729, 742 (1987): "מטרתו האחת של הפטנט לעודד ולקדם את המחקר. מטרתו השנייה להבטיח לציבור את טובת ההנאה לניצול האמצאה, פרי מחקריו, עמלו וכישרונותיו של הממציא, בתום תקופת הפטנט... מטרת הפטנט אינה רק מתן תגמול לממציא כתמורה לאמצאתו שתביא תועלת לציבור. מטרה היא גם לעודד מחקר. חילופי דעות, מידע ומחשבה הכרחיים הם להפרייתו ולקידומו של המחקר."

163 דוגמה לכך היא מתן זכויות פטנט על מקטעי D.N.A. במסגרת פרויקט הגנום האנושי. דיון נרחב התנהל בשאלה אם ראוי בכלל להעניק רישיון לפטנט על חשיפת מקטעים בלבד – ואם כן, מהו היקף הזכות – שכן ברור כי הענקת זכות רחבה מדי תמנע אפשרות פיתוח ושימוש לטובת כלל החברה. ראו, למשל: Reid G. Adler, *Genome Research: Fulfilling the Public's Expectations for Knowledge and Commercialization*, 257 SCIENCE 908 (1992). להרחבה ראו: www.piercelaw.edu/risk/genindx.htm#con2.

164 ראו Blair & Cotter לעיל ה"ש 161, בעמ' 47; Lemley לעיל ה"ש 161, בעמ' 997; דפנה לוינסון-זמיר "שיקולים כלכליים בהגנה על אמצאות" הפרקליט לה 143, 147 (1983); עניין סאנופי, לעיל ה"ש 162, בעמ' 743.

165 ראו ס' 49(א) לחוק הפטנטים, התשכ"ז-1967, ס"ח 148 (להלן: חוק הפטנטים); ע"א 345/87 Hughes Aircraft Company נ' מדינת ישראל, פ"ד מד(4) 45, 65 (1990); ע"א 7614/96 צחורי ובניו תעשיות בע"מ נ' "רגבה" – מושב שיתופי חקלאי בע"מ, פ"ד נד(3) 721, 733

הפטנט.¹⁶⁶ במשך תקופה זו נאסר על כל אדם לנצל את הזכויות הגלומות בפטנט ללא קבלת הרשאה מפורשת מבעל הפטנט. פטנט ניתן על המצאה, "בין שהיא מוצר ובין שהיא תהליך, בכל תחום טכנולוגי, שהיא חדשה, מועילה, ניתנת לשימוש תעשייתי ויש בה התקדמות המצאתית".¹⁶⁷ עם זאת, לא יינתן פטנט על תהליך לטיפול רפואי בגוף האדם ועל זנים חדשים של צמחים או בעלי חיים (זולת אורגניזמים מיקרו-ביולוגיים שלא הופקו מהטבע).¹⁶⁸ השנייה היא הגנה באמצעות זכויות יוצרים. הגנה זו מיועדת בעיקר למרכיבי תוכנה (גם בתחומי הפרמצבטיקה והביוטכנולוגיה) ולפרסומים שונים (חוברות, ספרים, פרסומים בכנסים, מידע באינטרנט וכיוצא בהם).¹⁶⁹ השלישית, היא הגנה באמצעות סודות מסחר. הגנה זו מיועדת בעיקר לידע שאינו מוחשי מבחינה חומרית, כגון שיטות עבודה, תוצאות מחקר מצטברות, תשתית ארגונית, ידע בעל חשיבות מסחרית וכיוצא בהם.¹⁷⁰ הגנה זו מתאימה גם כהגנה שיוטית למקרים שבהם אי-אפשר או אין זה יעיל להגן על הידע באמצעות ההגנות האחרות.¹⁷¹

כדי לאפשר קיומן של פעילויות בעלות תועלת חברתית, אשר אלמלא כן לא היו מתקיימות עקב כשל שוק, חוקי הקניין הרוחני השונים מכירים בחריגים אשר מטרתם להפחית את כוחו של בעל זכויות הקניין הרוחני, ולאזנו עם האינטרסים של קבוצות שונות, כגון מתחרים, מפיצים ומשתמשים שונים (בעיקר גופי מחקר וארגונים חינוכיים). זאת, כדי שמבחן התוצאה יורה על הגדלה של הרווחה המצרפית.¹⁷²

-
- (2000); רע"א 2826/04 רשם הפטנטים נ' *Recordati Ireland Limited*, פ"ד נט(2) 85, 94 (2004).
- 166 ס' 52 לחוק הפטנטים.
- 167 ס' 3 לחוק הפטנטים.
- 168 ס' 7 לחוק הפטנטים. ראו גם ע"א 244/72 פלנטקס בע"מ נ' *The Wellcome Foundation Ltd*, פ"ד כז(2) 29 (1973), שבו נבחנו ההצדקות לקיומו של הסעיף, אשר שאוב מהמשפט האנגלי.
- 169 ראו חוק זכות יוצרים, 1911, חא"י ג, (ע) 2633, (א) 2475; פקודת זכות יוצרים, 1924, חא"י, פרק כה, פק' 16 לש' 1924.
- 170 ראו ס' 5 לחוק עוולות מסחריות, התשנ"ט-1999, ס"ח 146, שבו מוגדר סוד מסחרי כ"מידע עסקי, מכל סוג, שאינו נחלת הרבים ושאינו ניתן לגילוי כדין בנקל על ידי אחרים, אשר סודיותו מקנה לבעליו יתרון עסקי על פני מתחריו, ובלבד שבעליו נוקט אמצעים סבירים לשמור על סודיותו".
- 171 לדוגמה, במצבים הנכללים בס' 7 לחוק הפטנטים.
- 172 ניתן למנות את החריגים העיקריים הבאים: (1) שימוש פרטי לא-מסחרי (private, non-commercial use), אשר לפיו פעולות פרטיות לא-מסחריות לא ייחשבו הפרת פטנט – ראו: *SKF Laboratories v. Evans Medical FSR* 513, 518 [1989]; *McDonald v. Graham RPC* [1994] 407; (2) שימוש לרעה בפטנט (patent misuse), שלפיו הגנת הפטנט תחומה רק לזכויות שניתנו על-ידי רשם הפטנטים – ראו: *In re Recombinant DNA Technology* (3) שימוש של מה-בכך (de minimis use), שלפיו פעולות שמטרתן מחקר לא ייחשבו הפרה אף אם יש בהן קשר להמצאה – ראו: *Roche Products, Inc. v. Bolar Pharmaceutical Co., Inc.* 733 F.2d

בהקשר של משפט ורפואה מתחדד הצורך ביצירת חריגים לכללי הקניין הרוחני הרגילים, על-מנת לאפשר התקדמות המצאתית של עולם הרפואה לטובת הכלל. יש לזכור בהקשר זה כי התקדמות המצאתית (או כל התקדמות אחרת) חייבת להסתמך על מאגר הידע הקיים. לפיכך הטענה היא כי האיוון החוקי צריך לאפשר גישה למאגר זה לממציאים חדשים, בתנאים קבועים מראש.

בהמשך דברינו נתמקד בחריגים העיקריים בדין הישראלי להגנה המרכזית בתחום הרפואה, היא הגנת הפטנט (חריג הניסויים וחריג רשיון הכפייה). בהקשר זה נעיר את הערותינו על האיוון הראוי לדעתנו בין ההגנה על הממציא הראשון לבין עידוד המשך הפיתוח על-ידי מפתחים מאוחרים יותר, וכיצד יש להביא איוון זה לידי מימוש בהתחשב באינטרס הציבורי של ההגנה על ערך החיים והבריאות.

(1) חריג הניסויים להפרת פטנט

כפי שצינו קודם, חוק הפטנטים אוסר על כל אדם לנצל את ההמצאה מושא הפטנט ללא הסכמתו של בעל הפטנט. חריג הניסויים (experimental use) מאפשר לחוקרים לעשות שימוש ניסויי בזכויות הגלומות בפטנט ללא צורך בהסכמתו של בעל הפטנט, כדי לנסות לשפר את ההמצאה הגלומה בזכות הפטנט של המפתח הראשון או לפתח המצאה אחרת הכרוכה בשימוש בזכויות.¹⁷³

עד לשנת 1998, שבה תוקן חוק הפטנטים,¹⁷⁴ קבע סעיף 1 לחוק הפטנטים כי ניתן לנצל את ההמצאה מושא הפטנט לשימושים שאינם בעלי היקף ואופי עסקיים. הפרשנות המצמצמת שהקנו בתי-המשפט לסעיף זה הייתה כי מדובר בשימושים פרטיים ביתיים או בשימושים לצורכי מחקר טהור לשם קידום המדע, ובלבד שאין להם כל מטרה עסקית.¹⁷⁵

(1984) 855; (4) שימוש מוקדם בתום-לב, שלפיו מי שעשה שימוש בזכויות בתום-לב, מבלי שהיה מודע לכך שהן נושא לפטנט, יהיה זכאי להמשיך לעשות שימוש בהן גם לאחר שנרשמו – ראו: Robert L. Rohrback, *Prior User Rights: Roses or Thorns?* 2 U. BALT. INTELL. PROP. L.J. 1 (1993); Paris Convention for Protection of Industrial Property, 1883, 21 U.S.T. 1583, 828 U.N.T.S. 305 (20.3.1883), as last revised at Stockholm, 14 July 1967.

173 ראו חוק הפטנטים, ס' 1, 49. ראו גם באופן כללי: Jordan P. Karp, *Experimental Use as Patent Infringement: The Impropriety of a Broad Exception*, 100 YALE L.J. 2169 (1991); Eyal H. Barash, *Experimental Uses, Patents, and Scientific Progress*, 91 NW. U. L. REV. 667 (1997). א' גולדנברג "חריג הניסויים להגנת הפטנטים" ספר הזיכרון לגואלטירו פרוקציה 59 (1997).

174 תיקון מס' 3, התשנ"ח-1998, ס"ח 138. ראו להרחבה את סקירתו של טור-סיני, לעיל ה"ש 158, בעמ' 198-203.

175 ראו את הגדרתו של השופט שטרומן בהמ' (מחזוי ת"א) 12288/93 *The Wellcome Foundation Ltd נ' רשם הפטנטים* (לא פורסם, 9.6.1994): "שימוש שאיננו בהיקף עסקי ואין לו אופי עסקי" הוא שימוש במסגרת פרטית, שאין עמה רווח, כדרך מי שמנצל אמצאתו של אחר לצרכי ביתו". ראו גם עניין *Eli Lilly*, לעיל ה"ש 152.

פרשנות זו פגעה בחברות תרופות שביקשו לעשות שימוש בפטנטים קיימים כדי לפתח תרופות חדשות, מאחר שהיא הקטינה באופן משמעותי את הרווחים הגלומים בפטנט. הסיבה לכך היא שהגבלת יכולתן לערוך ניסויים במקביל לתקופת הפטנט של המפתח הראשון מקצרת לגביהן את תקופת הפטנט שלהן, מאחר שהיא כוללת כעת גם את תקופת המחקר והפיתוח, אשר נמשכת כאמור פרקי־זמן ארוכים במיוחד בתחום זה. נוסף על כך הועמדה תעשיית התרופות הישראלית במעמד נחות בהשוואה לחברות מקבילות שמושכן במדינה המתירה על־פי חוקיה לבצע את הפעולות הדרושות לרישוי בתוך תקופת הפטנט.¹⁷⁶ התיקון לחוק הפטנטים¹⁷⁷ שינה את המצב המשפטי, והוסיף, מלבד ההגדרה הכללית, את האפשרות לבצע פעולות נסיוניות בקשר להמצאה הן בתקופת קיומו של הפטנט והן במסגרת הליכי הרישוי לצורך שיווק המוצר לאחר פקיעת הפטנט, ובתנאי שמטרתן לשפר את ההמצאה או לפתח המצאה אחרת. כך יכול היצרן – המפתח המאוחר – לצאת לשוק עם הפיתוח החדש מייד עם פקיעת הפטנט הקיים.

(2) חריג רשיון הכפייה

רשיון כפייה הוא מצב שבו המחוקק מסייג, בהתמלא תנאים מסוימים, את כוחו של בעל הזכות לסרב להעניק רשיון שימוש בזכות, וכנגד זה מקנה לו זכות סטטוטורית לתמלוגים.¹⁷⁸ הליך זה מאפשר לרשם לתת רשיון למבקש לנצל את ההמצאה על־אף התנגדותו של בעל הפטנט, אם השתכנע כי האחרון מנצל לרעה את המונופולין שברשותו.¹⁷⁹ המטרה היא להשיג איזון עדין בין השאיפה להעניק לבעל הפטנט זכויות אפקטיביות שיעודדו פיתוח ויישום של המצאות לבין הרצון למנוע נזק בלתי־מוצדק ומיותר מן הציבור הרחב ומהמתחרים בשל פגיעה בתחרות החופשית ובחופש העיסוק של המתחרים.¹⁸⁰ יש לציין כי האפשרויות להעניק רשיון כפייה צומצמו בשנת 2000 במסגרת החוק לתיקון דיני הקניין הרוחני.¹⁸¹ בהקשרנו, בוטלה האפשרות של רשם הפטנטים להעניק

176 ראו את דברי ההסבר להצעת החוק הפטנטים, ה"ח 2651 (התשנ"ח-1998), בעמ' 74; וכן בדברי הכנסת – ד"כ התשנ"ח 5273 ואילך.

177 לעיל ה"ש 174. לפסיקה לאחר התיקון ראו בש"א (מחוזי ת"א) 19682/05 Transkaryotic Therapies Inc. נ' Genzyme Corporation, תקדין מחוזי 2006(1) 291 (2006); בש"א (מחוזי י"ם) 814/05 אורבוטק בע"מ נ' קמטק בע"מ, תקדין מחוזי 2005(2) 2893, 2911 (2005).

178 דוגמות למתן רשיון כפייה במשפט הישראלי ניתן למצוא בסי' א בפרק ז לחוק הפטנטים, וכן בס' 19(2) לחוק זכות יוצרים. ראו גם אורי דינשטיין "רשיון־כפייה בזכות יוצרים" משפטים כא 251, 271-272 (1992).

179 ראו ס' 116-128 לחוק הפטנטים. ראו גם שלמה כהן "כפיית הניצול של האמצאה נשוא הפטנט" עיוני משפט ז 5-45 (1979).

180 ת"א (מחוזי ת"א) 2292/04 Merck & Co. Inc. נ' טבע תעשיות פרמצבטיות בע"מ, תקדין מחוזי 2005(2) 3161 (2005).

181 החוק לתיקון דיני הקניין הרוחני (התאמה להוראות הסכם הטריפס), התש"ס-1999. במסגרת זו תוקנו בין היתר גם ס' 118 ו-119 לחוק הפטנטים, כך שניצול ההמצאה מושא הפטנט בדרך של ייבוא לא ייחשב כניצול לרעה של המונופולין. להרחבה ראו את דברי ההסבר להצעת חוק

רשיונות כפייה לצורכי רפואה.¹⁸² הסיבה לכך היא שהסכם הטריפס (TRIPS) אינו מתיר הענקה של רשיונות כפייה באופן גורף, אלא מחייב בחינה פרטנית של כל מקרה לגופו. בעניינו, בקשר שבין המפתח הראשון לבין המפתח המאוחר, חוק הפטנטים מקנה אפשרות לרשם הפטנטים ליתן רשיון כפייה למפתח המאוחר כדי שיוכל לעשות שימוש בפטנט, "ובלבד שיש באמצאה המאוחרת התקדמות טכנולוגית חשובה בעלת ערך כלכלי רב לעומת האמצאה המוקדמת".¹⁸³ סעיף זה מהווה פתרון ראוי למצבים שבהם המפתח המאוחר מבקש לעשות שימוש בזכויות הגלומות בפטנט המוקדם. עם זאת, יש לשים לב כי היקף שיקול-הדעת של הרשם מוגבל לפן הכלכלי של ההמצאה, ואינו מביא בחשבון את התרומה האפשרית של ההמצאה החדשה למימוש הזכות לבריאות ולחיים. לפיכך נדרש שינוי חקיקתי תואם שייצור איזון חדש בין זכויות המפתחים לנוכח חשיבותה של הזכות לחיים ולבריאות.

(ב) האיזון הראוי – בין כלל קניין לכלל אחריות

מן הסקירה התמציתית לעיל ניתן לראות כי הכלל הבסיסי החל בדיני הפטנטים הוא כי לבעל הפטנט קיימת הזכות לשלול (right to exclude) שימוש בהמצאה מושא הפטנט מכל אחד אחר, אלא אם כן מתקיימים חריגים ספציפיים. נוסף על כך, הדין אינו מביא בחשבון באופן מובהק את קידום הזכות לבריאות ולחיים במערכת היחסים בין בעל זכות הפטנט לבין מפתח מאוחר יותר.¹⁸⁴ בהתאם, הסיכון חל על המבקש לעשות שימוש בחריגים הקיימים, שכן בהיקבע כי החריג אינו מתקיים, הוא ייחשב כמפר, על כל המשתמע מכך.¹⁸⁵ מצב דברים זה מביא לידי כך שהמפתח המאוחר ירצה לשאת ולתת עם בעל הפטנט על הזכות להשתמש בפטנט. בכך קיימת תועלת מאחר שנוצרת הרתעה מפני הפרת זכויות הפטנט, אך מאידך גיסא, יש בכך שלילה של כוח המשא-ומתן ממי שמבקש לעשות שימוש בפטנט כדי לפתחו או כדי להסתמך עליו בפיתוחים עתידיים. התוצאה היא, לדעתנו, שפיתוחים מאוחרים מגיעים לכלל מימוש, אם בכלל, רק באיחור משמעותי לאחר פקיעת הפטנט.

נציין בקצרה את הסיבות העיקריות לכך: ראשית, כאשר המפתח המאוחר מגיע למשא-ומתן על אפשרות השימוש בפטנט, הוא מסתכן בחשיפת הרעיון שלו לפני בעל הפטנט,

לתיקון דיני הקניין הרוחני – התאמה להוראות הסכם הטריפס, התשנ"ט-1999, ה"ח 524, וכן את סקירתו של טור-סיני, לעיל ה"ש 158, בעמ' 204-207.

182 ס' 120 לחוק הפטנטים לפני ביטולו.

183 ס' 121(א) לחוק הפטנטים (ההדגשה הוספה).

184 זאת, מאחר שהדין מאפשר רק עריכת ניסויים במהלך תקופת הפטנט, ואינו מאפשר יציאה לשוק עם שיפור של הפטנט הקיים במהלך תוקפו של פטנט זה. כך נמנעת מן הציבור האפשרות ליהנות מפיתוחים אפשריים שישפרו את איכות החיים ויספקו הגנה טובה יותר על הזכות לבריאות ולחיים. חברה אשר תבקש לצאת לשוק עם שיפור של פטנט קיים יכולה לעשות כן רק לאחר פקיעת הפטנט או בהסכמתו של בעל הפטנט.

185 ראו, לדוגמה, את התוצאה בעניין Eli Lilly, לעיל ה"ש 152.

מאחר שהוא אינו מוגן בזכות קניין (להבדיל מבעל הפטנט). אולם אם הוא לא יגלה את המידע, לא יתקיים בסיס למשא-ומתן בין הצדדים.¹⁸⁶ מצב זה עלול לגרום לכך שמפתחים מאוחרים יוותרו על המצאותיהם או יעכבו את פיתוחן עד לפקיעת הפטנט. שנית, זכות הווטו של בעל הפטנט גורמת לכך שהערך המוסף הנובע מהפיתוח המאוחר יגיע רובו ככולו לידי בעל הפטנט, אשר יפעיל שיטות של משא-ומתן אסטרטגי, בידועו שהכוח להחליט מצוי אצלו.¹⁸⁷ התוצאה היא שוב ויתור על הפיתוח. שלישית, בעל הפטנט יכול להשתמש בכוח הווטו שלו כדי לסכל פיתוחים שעלולים לפגוע ברווחיו הצפויים מהפטנט הקיים שבבעלותו או ברווחיו הצפויים מפיתוחים אחרים שבבעלותו או שיש לו חלק בהם. מצב זה מהווה פגיעה בחברה, במונעו פיתוחים שעשויים להגדיל את הרווחה החברתית. רביעית, הצורך לנהל משא-ומתן יוצר עלויות עסקה רבות, אשר עלולות להניע את המפתח המאוחר לוותר על העסקה. הסיבה העיקרית היא שבעולם הרפואה המורכב, רוב ההמצאות מתבססות על מספר רב של פטנטים. לכן יש צורך לנהל משא-ומתן עם גורמים רבים ולבדוק את תקפותם של פטנטים רבים תחת חוקים שונים. פעולות אלה מחייבות העסקתם של בעלי-מקצוע רבים (עורכי-דין, רושמי פטנטים, רואי-חשבון וכיוצא בהם). עלויות אלה גורמות בסופו של יום לייצור תת-מיטבי של המצאות בתחום הרפואה.

יש להדגיש כי המצב שאנו דנים בו אינו מצב רגיל של הפרה, שבו צד שלישי עושה שימוש מפר בזכויות קניין רוחני כפי שהן, אלא מדובר במצב שבו קיימים ממצאים משני צידי המתרס, שלשניהם יש ערך חברתי מוסף. אחד הפתרונות הקיימים למצבים כגון אלה הוא המנגנון של "פטנטים חוסמים" (blocking patents). מדובר במתן הגנת פטנט למפתח מאוחר על חלקו בהמצאה החדשה. הגנה זו מעניקה למפתח המאוחר כוח מיקוח במשא-ומתן מול המפתח הראשון באמצעות זכות וטו על שימוש בפיתוח המאוחר. כך נפתרות רוב הבעיות המוזכרות לעיל. המפתח הראשון אינו יכול עוד להשתמש בכוחו כדי לסחוט את זכויותיו של המפתח המאוחר.¹⁸⁸ מאידך גיסא, קיימת במצב זה בעיה אמיתית של קיפאון (סטגנציה). קרי, במצבים שבהם לא תושג הסכמה בין המפתח הראשון למפתח המאוחר, תימנע מן החברה כל אפשרות להשתמש בפיתוח החדש.¹⁸⁹ נוסף על כך, פתרון זה מתאים רק למצבים שבהם הפיתוח המאוחר מתאים להגנת פטנט, אלא שבמקרים רבים

186 פרדוקס זה קרוי Arrow's information paradox. ראו: Kenneth J. Arrow, *Economic Welfare and the Allocation of Resources for Invention*, in THE RATE AND DIRECTION OF INVENTIVE ACTIVITY 609, 614–616 (1962).

187 ראו בעניין זה: Robert P. Merges, *Intellectual Property Rights and Bargaining Breakdown: The Case of Blocking Patents*, 62 TENN. L. REV. 75, 82 (1994–1995); Robert D. Cooter, *The Cost of Coase*, 11 J. LEGAL STUD. 1, 23 (1982).

188 ראו Merges, שם.

189 ראו, למשל, את פסק-הדין Marconi Wireless Telegraph Co. of America v. De Forest Radio Telephone & Telegraph Co. et al. 236 F. 942 (S.D.N.Y. 1916), aff'd, 243 F. 560 (2d Cir. 1917), שבו החזיקו שני הצדדים בפטנטים חוסמים הקשורים להמצאה החשובה של העברת גלי רדיו, ולא הצליחו להגיע להסכמה ביניהם. להרחבה ראו: en.wikipedia.org/wiki/Audion_tube.

קיימים פיתוחים חשובים להגנת הזכות לבריאות ולחיים אשר אינם עולים כדי הגנת פטנט נפרדת.¹⁹⁰

דעתנו היא כי במצבים כגון אלה, שבהם משני צידי המתרחש ניצבים מפתחים שעשויים לשרת אינטרסים חשובים של החברה, יש לאזן את זכויותיהם עם הזכות לבריאות ולחיים, ולאפשר בכך התפתחות המצאתית מוגברת. דרך ראויה לדעתנו להשגת איזון זה היא מעבר לכלל של אחריות במקום הכלל הקנייני הקיים. מאחר שהבעיות המתוארות לעיל נובעות בעיקרן, להערכתנו, מכך שבעל הפטנט מוגן בכלל קנייני חזק (להבדיל מכלל של אחריות) המאפשר לו זכות וטו במהלך המשא-ומתן,¹⁹¹ מעבר לכלל של אחריות ינטרל זכות וטו זו, וזאת מבלי ליצור קיפאון של הפיתוח כפי שעלול להתרחש במצב של פטנטים חוסמים.¹⁹² כך יתאפשר למפתח המאוחר לעשות שימוש בפיתוח עוד לפני מועד פקיעתו של הפטנט, ולקדם את ההתפתחות ההמצאתית לטובת החברה. במקביל, לא ייפגעו תמריציו של המפתח הראשון, הן משום שהשימוש ייעשה כנגד תשלום תמלוגים סבירים, והן משום שאותו מפתח עשוי למצוא את עצמו ביום המחרת מצידו האחר של המתרחש כמפתח מאוחר, שהרי כל המצאה נסמכת על קודמתה.¹⁹³ אם נפתח את הדוגמה שהצגנו בתחילתו של תת-פרק זה,

190 נציין כי הדין הישראלי מאפשר פתרון למצב של אי-הסכמה בין בעלי פטנטים חוסמים באמצעות הענקת רשיון כפייה למפתח המאוחר. ראו ה"ש 183 לעיל והסקסט הנלווה לה. עם זאת, כפי שצוין, פתרון זה אינו מביא בחשבון את התרומה לחברה הגלומה בהמצאה המאוחרת, אלא רק את תרומתה הכלכלית. נוסף על כך, הפתרון דורש התקדמות טכנולוגית חשובה, ועל-כן אינו פתרון מתאים לקשת שלמה של המצאות אשר מקדמות את הזכות לבריאות ולחיים אך אינן עולות כדי התקדמות טכנולוגית כזו.

191 ההבחנה בין כלל של אחריות לבין כלל של קניין נסמכת על מחקרם של קלברסי ומלמד – ראו: Guido Calabresi & A. Douglas Melamed, *Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral*, 85 HARV. L. REV. 1089, 1092–1093 (1972) (להלן: קלברסי ומלמד). ראו גם: Ronald H. Coase, *Symposium on the Trends in Legal Citations and Scholarship: The Problem of Social Cost – The Citations*, 3 J. L. & ECON. 1 (1960); Louis Kaplow & Steven Shavell, *Property Rules Versus Liability Rules: An Economic Analysis*, 109 Harv. L. Rev. 713, 725–728 (1996).

192 על-פי הניתוח הידוע בספרות, כלל של קניין עדיף במצבים שיש בהם צדדים מעטים, בעיות של הערכת הנכס ועלויות עסקה נמוכות. לעומת זאת, כלל של אחריות עדיף במקרים שקיימים בהם צדדים רבים למשא-ומתן (בעיקר במצבים שבהם צד אחד מחזיק בזכות וטו), כאשר קיים סיכוי רב לניהול משא-ומתן אסטרטגי על-ידי הצדדים, וכאשר עלויות העסקה גבוהות. ראו קלברסי ומלמד, שם, בעמ' 1106–1108.

193 רעיון זה מוכר בספרות בעיקר בהקשר של זכויות יוצרים. ראו: Robert P. Merges, *Contracting into Liability Rules: Intellectual Property Rights and Collective Rights Organizations*, 84 CAL. L. REV. 1293, 1296 (1996). דיני הקניין הרוחני מעדיפים על-פי-רוב כלל של קניין על כלל של אחריות. החריגים העיקריים הם בעיקר בתחום של זכויות יוצרים, כאמור, שבו החוק מאפשר למפתח המאוחר "להפר ולשלם" ("Breach and pay"). ראו: Roger D. Blair & Thomas F. Cotter, *An Economic Analysis of Damages Rules in Intellectual Property Law*, 39 WM. & MARY L. REV. 1585, 1585–1589 (1998).

אותו מפתח של תרופה טובה יותר למחלת האיידס יהיה רשאי לעשות שימוש בזכויותיו של בעל הפטנט בתרופה כנגד תשלום תמלוגים לבעל הפטנט. השיפור באיכות חייהם של חולי האיידס יהיה מהיר יותר מאשר במצב שבו המפתח המאוחר יצטרך להמתין עד לפקיעת זכויות הפטנט או יידרש להיכנס למשא-ומתן ארוך, יקר ומורכב עם בעל הפטנט הקיים, אשר תוצאותיו אינן ברורות.

לסיכום, דעתנו בהקשר זה היא כי כדי לקדם את הזכות לבריאות ולחיים בתחום הפיתוחים הרפואיים, רצוי לבחון את האפשרות למעבר רחב יותר לכלל של אחריות בדיני הפטנטים, לפחות בכל הקשור לפיתוחים מצילי-חיים או לכאלה אשר מקדמים באופן מוכח את הרפואה (או למצער את האפשרות להרחבתם של החריגים בתחום הרפואה). זו נקודת ארכימדס הדרושה כדי להזיז את תחום הרפואה קדימה. מעבר לכלל של אחריות יאפשר למפתחים מאוחרים להסתמך על מאגר הידע הקיים – בתמורה לתשלום תמלוגים סבירים וללא צורך בניהול משא-ומתן עם בעל הפטנט – לשם קידום הרווחה החברתית. כך יהיה אפשר לקדם פיתוח של תרופות, מכשור מדעי וכיוצא בהם, ולמנוע מצב שבו בעל זכות הפטנט עושה שימוש בזכויותיו באופן שפוגע בזכות לבריאות ולחיים.

פרק א: מושב פתיחה – משפט ורפואה

משתתפי המושב: יושב-ראש – ד"ר גיא זיידמן, פרופ' זאב רוטשטיין,
עו"ד אלי זהר

הדובר הראשון היה פרופ' זאב רוטשטיין מנהל המרכז הרפואי "שיבא" בתל-השומר. נושא הרצאתו של רוטשטיין היה בריאות מתקדמת בצבת המשפט. רוטשטיין פתח את הרצאתו בדילמה שאליה נחשף במהלך עבודתו. פנתה אליו אישה בשבוע העשרים וחמישה להריונה עם זיהום בחלב הרחם. נדרשה פעולה על-מנת לשמור על האם ואולי גם על העובר, והוסבר לאישה כי תוצאה מסתברת של התערבות בשבוע מתקדם זה להיריון היא גרימת פגמים רפואיים ואף נכות ליילוד. להפתעתו, ביקשה האישה לבצע הפסקת היריון. רוטשטיין הסביר כי ביצוע הפסקת היריון בשבוע מתקדם זה של ההיריון הוא למעשה הריגת העובר באמצעות פרוצדורה של הזרקת רעל לתוך העובר דרך דופן הבטן ולאחר-מכן יילוד העובר. הדילמה שמולה ניצב רוטשטיין הייתה מה לעשות במצב כזה שבו האישה עומדת על זכותה להפסיק את ההיריון באמצעות פנייה לוועדה להפסקת היריון. מובן כי מול הסיכון שייולד ילד עם מומים קיים הסיכוי כי ייוולד ילד בריא. האם הרופאים צריכים לתת מענה לאם שאינה מוכנה להתמודד עם הסיכונים והסיכויים? ההחלטה הייתה לא לקבל את דעתה של האישה, ולהפנות אותה לפעולה נגד הרופאים במישור המשפטי. השופט גורן, אשר לפניו הובא המקרה, התמהמה עם החלטתו והעדיף ככל הנראה לתת לזמן לעשות את שלו. בינתיים התרחשה לידה, והילד הועבר לפגייה. רוטשטיין הסביר כי הדילמה כרופא במצב

כזה היא עד כמה להשקיע בילד על-מנת להשאירו בחיים אל מול הורים שלוחצים לא לטפל בו מאחר שהוא עלול להמשיך את חייו עם מום משמעותי, אפילו עד כדי פיגור שכלי. יש לזכור כי אי-טיפול עלול להגביר את הנכות ואת הסבל העתידי של הילד. דילמה זו הובאה אף היא לפני בית-המשפט. רוטשטיין ציין כי הפרקליטות התלבטה באשר לעמדתה. לכאורה היא הייתה אמורה להגן על הרופאים מפני התביעה, אך גם היא לא ידעה מה נכון לעשות במצב כזה. זוהי, לדעתו של רוטשטיין, דילמה אמיתית שמציבה לנו טכנולוגיה רפואית אמיתית במפגש עם עולם המשפט.

רוטשטיין שואל מה בעצם אנו רוצים בעולם הרפואה? לדעתו, היינו רוצים שלא יהיה חולי. מטרתנו היא לקדם את הבריאות של הפרט ושל האוכלוסייה, ולתת מענה לצורכי הפרט. עם זאת, אחת הבעיות הגדולות כיום של העולם המודרני היא הפער בין היכולת התיאורטית לטפל לבין היכולת האמיתית לעשות זאת כתוצאה מאילון המשאבים. פער זה מהווה עננה רחבה מאוד שהולכת ומתקדרת מעל ראשינו, עד כדי כך שיבוא יום וניאלץ לומר בצורה ברורה שבריאות כזכות היא אמירה בלבד, כי בפועל אי-אפשר לעמוד מאחוריה.

רוטשטיין הסביר כי במעבר מן המאה העשרים למאה העשרים ואחת חלו תמורות רבות מאוד. אנו מנסים לקדם נושא של אורחות חיים, אנו מצליחים להפוך מחלות חריפות רבות יותר למחלות כרוניות, מצליחים לחיות עם המחלות, ובתוך כך מאריכים את הגיל הממוצע ואת תוחלת החיים. אנו רוצים להיות פטרוניים פחות ופחות כלפי המטופלים שלנו, ולשתפם בתהליך קבלת ההחלטות בנוגע לטיפול. מצד המטופלים שלנו יש לא רק נכונות להשתתף בתהליך, אלא גם הרבה יותר ידע, שנעשה נגיש יותר ויותר. דברים אלה מעודדים בהחלט שיתוף רב יותר של המטופל והתחשבות רבה יותר בציפיותיו. על כך היינו רוצים להוסיף שיקולים כלכליים של כדאיות, שיקולים של משפט וצדק, וגם שיקולים הנוגעים בתקשורת, שיש לה תפקיד מרכזי מאוד בחיינו ובחיי הרפואה.

הבעיה, לדעתו של רוטשטיין, היא שהטכנולוגיה מתפתחת בקצב אקספוננציאלי, והידע מכפיל את עצמו כל כמה חודשים. כיצד בוגר בית-ספר לרפואה אמור להתמודד עם מצב זה? איך אפשר ללמוד את הכל? כתוצאה מכך, הסביר רוטשטיין, חל מעבר מרופא "יודע-כל" לאוסף של תת-מקצועות. דוגמה לכך היא העין. באיבר קטן זה מתרכזות בין שלוש לארבע מומחיויות, אין שיח בין המומחים השונים, והדבר ניכר באיכות השירות לחולה.

נוסף על כך נראה שקיימות ציפיות לא-מציאותיות מהרפואה. קיים פער ענקי בין היכולות התיאורטיות של הטיפול לבין מה שקורה בפועל בישראל. זאת, בעיקר כתוצאה מפער תקציבי ומסדרי עדיפויות. המערכת הציבורית אינה מצליחה להתמודד עם פערים אלה, ואין מערכות פרטיות שיכולות ליטול על עצמן את המשימה ולפצות על הכישלון של המערכת הציבורית.

רוטשטיין הסביר כי שתי הפרופסיות – רפואה ומשפט – התנהלו בעבר בנפרד, והתייחסויות-הגומלין ביניהן היו מעטות מאוד, אך כיום העיסוק ההדדי, דוגמת המקרה לעיל של האם שביקשה להפסיק היריון מתקדם, מביא לידי התנגשות בין עולמות התוכן. חשיבה רפואית-משפטית אל מול המהפכה הטכנולוגית מציבה אתגרים ושאלות קשות הן בתחום האתיקה והן בתחום המשפט.

בית-המשפט, לדעתו של רוטשטיין, עבר במשך השנים מעמדה סלחנית אך ביקורתית לעמדה מחמירה יותר. בשנות השישים הייתה עמדת בית-המשפט כי רופא בשר-ודם יכול לטעות, וכי לא כל טעות מהווה רשלנות, אך הרף הוא של "רופא סביר ונבון". כיום, לדעת רוטשטיין, בית-המשפט אינו מסתפק בהפעלת שיקול-דעת ובהתעדכנות בחידושים או בפעולה של הרופא לפי הפרקטיקות המקובלות. בית-המשפט נוהג כיום, לדידו של רוטשטיין, כחכם לאחר מעשה.

נוסף על כך קיימת החמרה שיפוטית שלפיה נזק לא-פרופורציוני לעומת מורכבות הפעולה הרפואית ייחשב לרשלנות. התוצאה תומכת בקיומה של רשלנות. עולם הרפואה, מצידו, מתקשה מאוד להתמודד עם מערכת מהסוג הזה. הרופא נשאל לא-אחת עד היכן הוא צריך לגלות יוזמה בעת הטיפול החולה. אין די בהכרת הספרות הרפואית העדכנית, אלא יש לברר הרבה יותר מכך, גם לגבי מצבים נדירים מאוד. כמו-כן, נושאים מנהליים רבים מגולגלים לפתחו של הרופא. אין עוד די בשליחת דיווח על-אודות האירוע לרופא המטפל, אלא יש לברר שאכן נעשה שימוש באותו מידע. חובתו של הרופא הורחבה הרבה מעבר לחובתו של אותו "רופא סביר" שהודיע, טרח ועדכן.

רוטשטיין ציין כי עמדת בתי-המשפט קיצונית כיום הרבה יותר בשאלת הגילוי. העמדה היא כי על הרופא לגלות – גם תחת אילוצים תקציביים – את כל מה שעומד לרשותו, גם אם הוא עצמו או המערכת שבה הוא פועל אינם יכולים לתת את הטיפול הנכון. ניתן לראות, לדעת רוטשטיין, כי באופן כללי מערכת המשפט הולכת ומחמירה עם הרופאים או עם המערכת הרפואית במהלך השנים, וגם שיקולי תקציב אינם עומדים כמגן. מערכת המשפט היא שקובעת למעשה את הרף.

הליכה בדרך זו יוצרת תגובה לא-מיטבית מצד מערכת הרפואה כלפי מערכת המשפט. קיים אומנם חשש לומר זאת בגלוי, אבל התוצאה היא מעבר לרפואה מתגוננת יותר ויותר במרחבי הטיפולים הרפואיים בכלל המוסדות, ובמיוחד במוסדות הפרטיים. דרך זו אינה תורמת לרפואה הטובה, וגורמת להוצאה לא-מיטבית של הכסף הציבורי או הפרטי.

עם זאת, ציין רוטשטיין, קיימים גם פנים חיוביים. הרשומה הרפואית של ימינו איכותית בהרבה מהרשומה הרפואית של פעם. עובדה זו תורמת לא רק להתגוננות, אלא גם לטיפול, להעברת המידע מרופא לרופא ולשמירה על החולה המטופל. התקשורת עם המטופלים כיום טובה הרבה יותר, ניהול הטיפול הרפואי נעשה בהסתמך על פרוטוקולים, קווים מנחים, נהלים והנחיות קליניות, ותהליך הבקרה הרפואית טוב בהרבה מכפי שהיה בעבר. כלומר, אין טוב בלי רע, אך יש לשמור על האיזון הנכון כדי שהמערכת תקבל גם את הטוב שיש בשפיטה, ותיזהר כמובן מפני הרע.

עולם הרפואה אינו חסין מפני ביקורת שיפוטית ומפני חשיפה של מעשי רשלנות מקצועיים. זאת אחת הערובות לכך שתהיה הקפדה על טיפול רפואי נאות. מאידך גיסא, האחריות המוחלטת של מערכת המשפט עלולה לשפוך את התינוק עם מי האמבט, ואז תופעות-הלוואי עלולות להיות בלתי-נסבלות. חייבת לשרור הרמוניה בין שתי המערכות על-מנת שהרפואה תוכל לכלכל את מעשיה בחוכמה והמשפט יגן על אלה הנזקקים לכך וייתן להם סעד.

הדובר השני היה עו"ד אלי זהר ממשרד עורכי-הדין מ. זליגמן ושות'. נושא הרצאתו

היה מי קובע את רמת הרפואה. בראשית דבריו ביקש זהר להגיב על הרצאתו של רוטשטיין. זהר התייחס להערתו האחרונה של רוטשטיין בנוגע להרמוניה שבין עולם המשפט ועולם הרפואה. לדעתו, לא רק שאין הרמוניה בין שני העולמות, אלא שהסיכוי להשגתה הולך וקטן מאחר שהבעיה האמיתית היא מי קובע את רמת הרפואה. במציאות של ימינו אין לדעת זהר זכות לבריאות, אלא זכות לטיפול רפואי. ההבחנה בין הזכות לבריאות לבין הזכות לטיפול רפואי היא תולדה של המצב שבו העמיד המשפט את עולם הבריאות, שלפיו את רמת הרפואה קובעים המשפטנים, ולא הרופאים. זאת, בניגוד, למשל, לרמת האדריכלות, שאותה קובעים האדריכלים; לרמת הספרות, שאותה קובעים הסופרים; ואפילו לרמת המשפטנות, שאותה קובעים כמה משפטנים.

המשפט, הסביר זהר, הוא חוכמה לאחר מעשה. השופטים אומנם כותבים בפסקי-הדין כי הם מזהירים את עצמם שהם עוסקים בחוכמה לאחר מעשה, אך עובדה פסיכולוגית מובהקת היא שכאשר התוצאה ידועה, המבחן שננקט הלכה למעשה שונה מאשר במצב שבו התוצאה אינה ידועה. דהיינו, הרופא נדרש לקבל החלטה לפני מעשה, תוך סקירת כל המרכיבים הידועים האפשריים ושורה של הנחות מקצועיות-מדעיות; המשפטן אף הוא עושה כך, אולם בתוספת אחת עיקרית, היא ידיעת התוצאה. מתוספת זו אי-אפשר להתעלם, לדעת זהר, ולכן הקביעה הסופית מבוססת בסופו של דבר על ידיעה זו.

לדעתו של זהר, קריאה של הפסיקה מאמצע שנות התשעים מעידה על קו עקבי אחד אשר מוביל למסקנה אחת ויחידה כי המשפט הוא אשר קובע את רמת הרפואה. דוגמה ראשונה היא עניין שטרן,¹⁹⁴ שבו דובר ביילוד במצג עכוז אשר יולד במשקל 2.4 ק"ג בבית-החולים תל-השומר. ההחלטה בבית-החולים הייתה ליילד תינוקות במצג עכוז במשקל כזה בניחוח קיסרי. עם זאת, הרופא שיילד ביצע לידה וגנילית, שבה נוצר פצע כתפיים עקב דחיסת התינוק דרך תעלת הלידה. בית-המשפט, מפי הנשיא ברק, קבע כי ניתן לחייב את בית-החולים ברשלנות בשל סטייה מן הסטנדרט שהוא עצמו אימץ, גם כאשר הוכח כי ברוב בתי-החולים האחרים לא נהגו לבצע ניתוח קיסרי במקרים דומים. בית-חולים אינו פטור מאחריות אך בשל העובדה כי באותה עת לא נהגו בתי-חולים אחרים כמוהו. יש לתת משקל לפרקטיקה הנוהגת בבית-החולים ולנהלים שהוא קבע בניהול, גם אם פרקטיקה זו היא מעל לאמת-המידה האובייקטיבית הרגילה.

דוגמה שנייה היא עניין פלד,¹⁹⁵ שבו אובחן אצל החולה גידול ממאיר בראש, בוצע ניתוח, אך נראה כי הגידול הופיע שוב. החולה טסה לארצות-הברית ועברה אבחון, שתוצאתו הייתה כי קיים גידול ויש לבצע ניתוח. אולם לאחר האבחון נאמר לחולה כי הייתה טעות, ולמעשה היא סובלת מתופעות של טרשת נפוצה המחקות גידול. השאלה המשפטית שהתעוררה הייתה אם האבחון הראשון שנעשה בשנת 1986 על-ידי פרופ' רייכנטל, מגדולי הניוירוכירורגים, נעשה ברשלנות מאחר שהמאבחן לא היה מודע לכך שיש אפשרות שתופעות של טרשת נפוצה יחקו גידול. בית-המשפט, מפי השופט אנגלרד, קבע כי "יש לדרוש מרופא מנתח מומחה כי יעדכן את עצמו בספרות המקצועית, במיוחד לגבי

194 ע"א 3056/99 שטרן נ' המרכז הרפואי ע"ש חיים שיבא, פ"ד נו(2) 936 (2002).

195 ע"א 3264/96 פלד נ' קופת חולים כללית, פ"ד נב(4) 849 (1998).

דיאגנוזות הגוררות אחריהן התערבות ניתוחית משמעותית, כגון כריתה של חלק מן המוח. ככלל, על רופא מומחה להיות מודע לאבחנות חלופיות, גם אם הן נדירות... בנסיבות אלה, אין להטיל את העומס הכלכלי של הטעות הרפואית על החולה, אלא מן הראוי כי יוטל, עקרונית, על הרופא בעל הטעות, שממנו יפוזר ממילא על ציבור רחב יותר באמצעות ביטוח האחריות המקצועית". למעשה, הסביר זהר, בית-המשפט קבע כי הרופא התרשל משום השיקול הכלכלי של העדר רצון להטיל על החולה את האחריות.

דוגמה שלישית היא עניין קליפורד,¹⁹⁶ שבו נקבע ברוב דעות כי פרופ' קליפורד – יהודי מצרפת שנהג לבוא ארצה בקיץ כדי לרפא שיניים במרפאות לעניים בקרית-יובל – יחויב באחריות לנזק שנגרם למטופלת בשל העדר מזרק מיוחד במרפאה שהיה יכול למנוע את הפגיעה שנגרמה לעצב בפיה. השופט תיאודור אור קבע כי פרופ' קליפורד התרשל בכך שלא השתמש במזרק המיוחד, על-אף העובדה שמזרק כזה לא נמצא במרפאה, מאחר שעל הרופא מוטלת החובה למנוע את הסיכון, אף אם הוא נדיר. לעומתו, ציין זהר, אמר שופט המיעוט אנגלרד את הדברים הבאים: "בשולי הדברים ברצוני להעיר הערה כללית. הסוגיה של ההסדר הרצוי לגבי תאונות רפואיות עומדת על סדר היום בשיטות רבות. נראה בעליל כי ההסדר המסורתי, הנשען כולו על אחריות הרופא בנויקין, אינו משביע רצון, והמקרה הנוכחי יוכיח! אין זה ראוי כי גורלו של נפגע-נזקק יהיה תלוי בגבול – הדק מאוד לעיתים קרובות – בין אחריות מקצועית לאי-אחריות מקצועית. כן אין זה רצוי שבית-המשפט, תוך מאמץ עליון להושיע את קורבן התאונה, ימצא שמץ של רשלנות אצל הרופא, מימצא העשוי לפגוע קשות בשמו הטוב של הרופא המטפל." אך מי קובע את הסטנדרט? שאל זהר. לפי מה צריך לטפל? לפי דעת הרוב? לפי דעת המיעוט?

השאלה שעימה סיכם זהר את הרצאתו הייתה אם רצויה אחריות מוחלטת ברפואה? ועדת קלינג קבעה שלא. דעתו של זהר היא כי דרושה אחריות מוחלטת ברפואה, כפי שהיא קיימת בנושא של תאונות-דרכים, כדי שיינתן פיצוי לנפגעים מבלי לצלוב את הרופאים, ומבלי שתפתח בעקבות זאת רפואה מתגוננת, אשר גורמת לבזבוז כספי ציבור. טענה זו מחזירה אותנו לדברי הפתיחה של זהר, שלפיהם אין לנו זכות לבריאות, אלא רק זכות לטיפול רפואי, אשר טיבו, רמתו והאמצעים שהוא מעניק קשורים לכסף, מצד אחד, ולמשפט, מן הצד האחר, כאשר אנו נמצאים באמצע.

196 דנ"א 7794/98 משה נ' דניס קליפורד, פ"ד נו(4) 721 (2003).

פרק ב: מושב ראשון – הזכות לבריאות I

משתתפי המושב: יושב-ראש – פרופ' אלון הראל, ד"ר גיא זיידמן,
עו"ד נתן סמוך, ד"ר רבקה ווייל

1. פתח-דבר

מטרתו של מושב זה הייתה לבחון היבטים שונים של הזכות לבריאות: העיקרון המנחה בהקצאת שירותים רפואיים; הזכות לבריאות במבט השוואתי; בחינת ההיבטים המעשיים של הזכות לבריאות ומימושה; ובחינת תפקידו של בית-המשפט באכיפתה של הזכות לבריאות, וההיקף הרצוי של מעורבותו.

בכרך זה של כתב-העת מופיעים שני מאמרים שנכתבו בעקבות מושב זה: מאמרו של עו"ד נתן סמוך "חוק ביטוח בריאות ממלכתי – הסדרה, פיקוח ואכיפה"¹⁹⁷ ומאמרה של ד"ר רבקה ווייל "בריאות התקציב או תקציב הבריאות – מה עדיף בראייה חוקתית?"¹⁹⁸ מאמרו של סמוך מציג את מערך העקרונות והכללים המנחים בתחום ההסדרה, הפיקוח והאכיפה בקשרי המדינה עם קופות-החולים, וכן את השיקולים השונים בקביעתם של כללי פעולה וסמכויות של הסדרה או התערבות, ובשימוש בהם. המאמר מציע השקפה אקטיביסטית התומכת בחיזוקן של סמכויות ההסדרה, הפיקוח והאכיפה ובשימוש בהן, בעיקר בכל הקשור לסוגיות הנוגעות במישורין בזכויות המבוטחים, ומדגיש את התפקיד המיוחד השמור לרגולטור לא רק בפיקוח על זכויות קיימות ובאכיפתן, אלא גם בהגדרתן, בתחומן ובעיצובן של הזכויות על-פי העקרונות שנקבעו בחוק.

מאמרה של ווייל מציג את העמדה שלפיה לא ראוי כי בית-המשפט ייזום את ההכרה במעמדה החוקתי של הזכות לבריאות, אלא עליו להתיר מלאכה זו בידי הרשויות הנבחרות. עקרונות כבדי-משקל של מנדט, חירות, יעילות, מומחיות, אחריות והפרדת רשויות מחייבים הותרת ענייני תקציב בידי הרשות הנבחרת. גם הניסיון ההיסטורי ההשוואתי מלמד כי התערבותם של גופים שלטוניים שאינם נבחרים בענייני תקציב ובעיצובה של מדיניות הרווחה סופה שהסבה נזקים מוסדיים בלתי-הפיכים לאותם מוסדות. בהתאם, המאבק החברתי צריך להתמקד בהכרה במעמדן החוקתי של זכויות חברתיות על-ידי הרשויות הנבחרות, ולא על-ידי בית-המשפט.

2. תמצית דברי המשתתפים במושב

הדובר הראשון היה פרופ' אלון הראל מהאוניברסיטה העברית בירושלים. הראל דן

197 נתן סמוך "חוק ביטוח בריאות ממלכתי – הסדרה, פיקוח ואכיפה" משפט ועסקים ו 133.

198 רבקה ווייל "בריאות התקציב או תקציב הבריאות – מה עדיף בראייה חוקתית?" משפט ועסקים ו 157.

בהרצאתו בעיקרון שצריך להנחות את אופן הקצאתם של השירותים הרפואיים, וכן בשאלה כמה משאבים יש להשקיע בשירותים רפואיים. לדעתו, העיקרון הבסיסי שעל הרפואה הציבורית לאמץ לעצמה כדי לענות על שאלות אלה הוא עקרון השוויון. לשם כך, הסביר הראל, יש לשאול מה עיקרון זה דורש מאיתנו, ואיזו הקצאה נדרשת ונגזרת ממנו? אך קודם לכן יש לבחון את השאלה המקדמית: שוויון של מה?

בספרות הפילוסופית, הסביר הראל, ניתן למצוא הבחנה בסיסית חשובה בין שוויון במשאבים לבין שוויון ברווחה, קרי, בתוצאות השימוש במשאבים אלה. יש הקשרים שבהם שוויון במשאבים הוא תוצאה ראויה, ויש הקשרים שבהם הקצאה של משאבים בחברה צריכה לקיים דרישה של שוויון במשאבים.

הראל הסביר כי השאלה הכללית אם עדיף שוויון במשאבים או שוויון ברווחה היא שאלה מאוד לא פשוטה. בהקשרים רבים מאוד האינטואיציה שלנו אומרת שאנחנו צריכים לחתור לשוויון במשאבים, ולא לשוויון ברווחה. דוגמה ידועה בהקשר זה היא הדוגמה של האדם המפונק שאינו יכול להתחיל את היום בלי קוויאר ושמפניה. האם מן הראוי לתת לו משאבים רבים יותר מאשר למי שמסתפק בכוס קפה מאחר שהרווחה הנגזרת של שניהם מן ההקצאה הלא שווה של המשאבים היא שווה? התשובה ככל הנראה היא שלילית. העובדה שהאדם המפונק נזקק למשאבים רבים יותר כדי להבטיח רמת רווחה שווה אינה מצדיקה הקצאה שונה של משאבים. מאידך גיסא, בהקשרים אחרים יש להבטיח שוויון ברווחה. כך, למשל, אדם שלוקה בבריאותו זכאי למשאבים רבים יותר כדי שתובטח לו רמת רווחה דומה לזו של אדם בריא.

בהקשר הבריאותי יהיה נכון לדבר על שוויון בתוצאות הטיפול הרפואי, קרי, השוואת הבריאות של כולם. כלומר, באופן אידיאלי על הרפואה הציבורית להביא את כל התושבים לאותה רמת בריאות. אולם חלום זה אינו יכול להתממש. יש אנשים שיש להם נטייה לחלות במחלות או נטייה לסבול יותר ממחלות.

לנוכח אי-האפשרות להבטיח שוויון ex-post, הראל מציע להבטיח שוויון ex-ante. יש להבטיח שלכל אדם תינתן בהקשר זה הזדמנות שווה, אשר תיקבע בשלב ראשוני מאחורי "מסך הבערות" – אותו מסך שתפקידו לבטל מידע שאינו רלוונטי מבחינה מוסרית ואשר היה מניע אנשים להחליט באופן לא-צודק או לא-מוסרי. שני המרכיבים המרכזיים בהקשר זה הם אי-ידיעת הנטייה הבסיסית שלי לחלות במחלות ואי-ידיעת מצבי הכלכלי, מאחר שברור לגמרי שנכונותי לבטח את עצמי תלויה בשאלה כמה כסף יש לי.

לכן הצעתו של הראל היא כדלקמן: האדם האידיאלי המוצב מאחורי מסך הבערות יידרש לקבל החלטה באיזו רמה הוא רוצה לבטח את עצמו – כלומר, כמה משאבים הוא רוצה להשקיע בבריאות – כאשר הוא יודע רק עובדות כלליות על החברה ואינו יודע עובדות פרטיות לגבי עצמו, כגון מה תהיה הכנסתו ומה תהיה הנטייה שלו לחלות.

הראל ציין כי הוא מודע לכך שאנשי המעשה יוכיחו אותו על כך שמדובר באמת-מידה עמומה מאוד. כולנו יודעים שבחירתו של האדם האידיאלי תשתנה בהתאם לאופן שבו יוצגו האפשרויות לפניו, בהתאם לנסיון החיים שלו וכיוצא בהם. ההצעה מופשטת, ויכולתנו לממשה ולגזור ממנה מסקנות מוגבלת מאוד.

עם זאת, לדעתו של הראל, הצעה זו מביאה בעקבותיה את הדבר הקרוב ביותר האפשרי

לשוויון, דהיינו, מצב שבו אדם מבטח את עצמו במידה ובהיקף הרצויים לו מבלי שהוא יודע עובדות לא־רלוונטיות מבחינה מוסרית, כגון אם הוא יחלה או לא יחלה, מה ההסתברות שלו לחלות וכיוצא בהן.

הדובר השני היה ד"ר גיא זיידמן מהמרכז הבינתחומי הרצליה. זיידמן דן בהרצאתו בזכות לבריאות במבט השוואתי. זיידמן הסביר כי הזכות לבריאות נחלקת לשתי שאלות נפרדות: מהי זכות ומהי בריאות. כמשפטים אנו מרגישים נוח יותר עם המושג "זכות", אך יש לזכור כי מול כל זכות קמה גם חובה. לכן, אם יש לי זכות לבריאות, אזי למישהו אחר יש החובה לספק ולממן את הזכות. הדיון בזכות לבריאות במבט השוואתי מעיד על פער גדול במיוחד בין המושג "זכות משפטית" לבין חיי המעשה, קרי, מימוש הזכות.

הזכות לבריאות, במובן ההשוואתי הקונקרטי, קיימת בשני מישורים נפרדים: המישור של המשפט הפנימי של כל מדינה והמישור של המשפט הבין־לאומי החל. במישור הפנימי יש לבחון, ראשית, אם הזכות לבריאות מוכרת מבחינה פורמלית, כלומר, אם יש הוראה בחוק או בחוקה שמגינה על הזכות לבריאות ואשר מקבעת החלטה של המדינה להיות חלק ממשק הרפואה. הדבר כרוך כמובן בנכונות של המדינה להשקיע משאבים ולממן זכות זו. במישור הבין־לאומי המצב מסובך יותר מאחר שקיימות אמנות בין־לאומיות הכוללות אמירות שאפתניות, וקשה מאוד למקם באופן מדויק את הזכות לבריאות כחלק מהזכות לכבוד, קרי הזכות לתנאי מחיה מינימליים, או כזכות בפני עצמה. זיידמן ציין גם כי ההצהרות הכוללות באמנות הבין־לאומיות קשות מאוד למימוש. בתי המשפט של הקהילה האירופית עברו בפסיקותיהם בשנים האחרונות מדיון עקר יחסית בזכות לבריאות אל המשמעויות המעשיות של חלוקת המשאבים. נוסף על כך קיימים ארגונים בין־לאומיים, כגון הצלב האדום וארגון הבריאות העולמי, אשר פעילותם והאמנות שעל־פיהן הם פועלים מהוות גורם בעל השפעה משמעותית בקביעת סטנדרטים, כמו־גם משטרי סחר בין־לאומיים, במיוחד בנושא של קניין רוחני.

החלק השני של המשוואה הוא כאמור השאלה מהי בריאות. ניתן לראות כי אין הסכמה לגבי הכוונה המצויה מאחורי המושג "בריאות". הספרות בתחום זה מכילה ביטויים צבעוניים מאוד, כגון האמירה כי הזכות לבריאות היא למעשה Tower of Babylon, קרי, זכות המכילה עולם ומלואו. יש בכך צדק רב, לדעתו של זיידמן. פריטה של שאלות היסוד בתחום, כגון מהם סדרי העדיפויות הבריאותיים, מוליכה למסקנה שמדובר בנושא מורכב ומסובך הכולל שלוש סוגיות מרכזיות. הסוגיה הראשונה היא מהם תנאי־המינימום. האמנות, לדוגמה, מדברות על־פירוב על כך שהמדינה תשאף להסדיר תנאי־מינימום. עם זאת, מובן כי תנאי־המינימום של הודו אינם תנאי־המינימום של ארצות־הברית או של ישראל, וכך הלאה. הסוגיה השנייה היא מהי בריאות. בעניין זה נהוג להבחין בין המישור הנגטיבי לבין המישור הפוזיטיבי, כלומר, אם אנו מטפלים במטופל רק כאשר יש לו בעיה רפואית או כוללים בהגדרה גם את השאלה איך ניתן לשפר את חיי המטופל ולדאוג ל־well being שלו. הסוגיה השלישית היא מהו טיפול רפואי. מעבר לטיפול הרפואי המידי, דוגמת קיבוע יד שבורה בגבס, יש סדרה ארוכה של שיקולים שניתן לקחת בחשבון כאשר בוחנים מהן 'בעיות רפואיות'. בין אלו נמנים שיקולי ביולוגיה, איכות סביבה, מצב חברתי־כלכלי, מצב המדע, גיל האוכלוסייה, מצב האוכלוסייה, ההבדל בין גברים ונשים, צדק חלוקתי, צדק חברתי וכך הלאה.

השאלה האחרונה שבה דן זיידמן בהרצאתו היא השאלה הקשה ביותר לדעתו: מהו תפקיד המדינה במשק הרפואה? ייתכנו שלושה תפקידים מרכזיים: הראשון הוא מימון – בהקשר זה יש לציין כי אנו כישראלים מורגלים לראות את המדינה כמממנת את משק הרפואה או לפחות כמשתתפת במימון; השני הוא פיקוח, כלומר, המדינה אינה משלמת אך דואגת לקביעת סטנדרטים באמצעות נציגים מפקחים או באמצעות בתי-המשפט; השלישי הוא כפייה – ידועים מצבים שבהם המדינה כופה מתן טיפול רפואי. לדוגמה, בארצות-הברית קיים חוק קונגרס המחייב בתי-חולים לטפל באדם המגיע אליהם במצב חירום.

לסיכום הדברים, השאלה היא בסופו של דבר תקציבית, ויש לה שני היבטים. ראשית, עולה השאלה כמה כסף יש להקצות למערכת הבריאות ככלל. מערכת בריאות היא עניין יקר מאוד, שהולך ומתייקר עם השנים. לדוגמה, תקציב משרד ההגנה האמריקאי הינו רבע בלבד מהתקציב המוצא על מערכת הבריאות. שנית, עולה השאלה האיומה של קביעת סדרי עדיפויות. האם עדיף, למשל, להקצות חלק מהתקציב לטיפול בפיריון נשים, להקטנת מספר התינוקות שמתים, לטיפול בזקנים, לתרופות, לטיפול נגד סרטן? מחקרים אכן מראים כי קיימת עלייה משמעותית מאוד בהכרה בזכות לבריאות, אבל דעתו של זיידמן היא כי הבעיה אינה בהכרה בזכות לבריאות באופן תיאורטי, אלא בהכרה המעשית, קרי, בהגדלת המשאבים ובחלוקתם באופן שקוף ושוויוני יותר.

הדובר השלישי היה עו"ד נתן סמוך ממשרד הבריאות. סמוך דן בהרצאתו בהיבטים המעשיים הנוגעים בזכות לבריאות ובמימושה. עם ייסוד הרפואה הציבורית והפיכת הזכות לבריאות לזכות סוציאלית, הוחלף הרופא במערכת ממוסדת הקרויה "הממסד הרפואי", אשר כוללת גופים כלכליים-רפואיים רבי-עוצמה. אל הגופים האלה החולה מגיע לא רק כדי לקבל שירות רפואי, אלא גם כדי לממש זכות רפואית. בעת מימוש הזכות הרפואית, נוצר מצב שבו החולה אינו נלחם רק ברופאיו ובמחלתו, אלא גם במוסדות חזקים מאוד. הגישור על הפער שבין הידע של החולה לבין הכוח של הממסד הרפואי הוא בעצם תפקידה של המדינה.

סמוך הסביר כי ההבחנה בין הזכות לבין אכיפתה אינה כה חד-משמעית. למעשה, האכיפה מתחילה הרבה לפני יישום הזכות, והיא רלוונטית גם להגדרת הזכות. פעמים רבות זכויות בבריאות מוגדרות באופן רחב, מה שמאפשר לרגולטור קרקע רחבה למדי לפרשנות יישומית. דוגמה לכך היא השימוש במונח "סבירות" בסעיף 3(ד) לחוק ביטוח בריאות ממלכתי, המחייב פרשנות. אף שהשאלות האלה נראות למתבונן מהצד כשאלות מסדר שני – שהרי הן אינן מתעסקות בזכות עצמה, אלא בדרכי מימושה – הן פעמים רבות השאלות החשובות ביותר. לדוגמה, אם חוק ביטוח בריאות ממלכתי מדבר על כך שיש בדיקות גנטיות אבל אינו יורד לפרטי הבדיקות הגנטיות האלה, והגישה הפרשנית המקובלת היא שהבדיקה שחייבים לתת היא בדיקה שעומדת בסטנדרטים רפואיים מקובלים, אזי נדרש גורם אשר יכריע אם בדיקה מסוימת אכן תואמת סטנדרט רפואי מקובל. כאן יש לרגולטור תפקיד חשוב מאוד, משום שאם הזכות מוגדרת בצורה רחבה, צריך לצקת לתוכה תוכן, והרגולטור הוא על-פי-רוב הגורם שאחראי לאכיפת החוק.

חשוב מאוד, בעיני סמוך, להבחין בין כללי פעולה מערכתיים לבין כללים שקשורים לזכויות באופן ישיר. כללי פעולה מחייבים מעבר דרך כל התחנות התיאורטיות של

רגולציה. לפיכך אנו צריכים לשאול את עצמנו אם יש איזשהו אינטרס להתערב בתחום הזה. אנו צריכים לשאול את עצמנו אם הנושא הזה נפתר בדרך אחרת, מהו בעצם האמצעי לטיפול בו, ואיך אנו עושים שימוש מידתי באמצעי הזה. הסמכות להתערב היא סמכות שבשיקול-דעת. המחוקק נותן לנו בעצם את האפשרות לבחור אם להתערב או לא להתערב. כאשר מדובר בזכויות ישירות של אנשים בתחום הבריאות, אין למעשה עניין של שיקול-דעת. אם לא נתערב כדי לצקת תוכן לתוך הזכויות המהותיות, לתוך ההיבטים של ההגדרה שלהן – סבירות, סטנדרט רפואי וכדומה, מה שיקרה הוא שהדברים יעברו לבית-המשפט, ולא בטוח שבבית-המשפט, דרך קביעות קוואיטיות שעוברות ואולי משתנות ממקרה למקרה, הפתרון יהיה שיטתי או נכון יותר.

סמוך הסביר כי יש כמה דרכים לפקח על יישום החוק. יש מצבים שבהם בין הזכות לבין מימושה קיימים הסדרים שונים, ולכן עולה פעמים רבות השאלה אם אנחנו צריכים להסתפק בקביעת העקרונות בלבד או אם אנו צריכים לבחון את הדברים האלה מראש כדי למנוע מצב של הפרת חוק. סמוך ציין כי לדעתו, כאשר מדובר בהסדרים שאמורים לקבוע דברים ביחס לזכויות ישירות של המבוטח, יש מקום גם לדרישת אישור מראש של המערכת הרגולטורית. הדבר נובע משתי סיבות. הסיבה הראשונה היא שמישהו צריך להגן גם על המבוטח בתוך המסגרת הזאת. המבוטח אינו מיוצג, והמדינה היא פעמים רבות הגורם הקרוב ביותר שמסוגל לייצג אותו. פעמים רבות פרשנות על-ידי המערכת תפעל לרעת המבוטחים. הסיבה השנייה היא שהתמריצים שהמערכת מייצרת להפרת החוק הם פעמים רבות חזקים מאוד. כוחו של הרגולטור, גם במדינה מודרנית, חלש תמיד מכוחם של הגופים הכפופים אליו. היכולת להפר את החוק גדולה יותר מהיכולת לפקח על יישומו. ככל שנרצה להילחם בכך, על-ידי קביעת כללים קונקרטיים יותר, כן יהיו כללים נוספים שיהיה אפשר להפר אותם ואשר נצטרך לפקח על יישומם. נוצר פה מעגל שקשה לפרוץ אותו.

לדעתו של סמוך, יש לעשות שימוש מיטבי באמצעים המעטים שהחוק נותן לנו. אומנם, יש לנו הזכות לעשות שימוש בכלי של משפט פלילי, אבל כלי זה טוב רק כאשר הזכות או החובה מוגדרות באופן חד-משמעי, כאשר אין צורך באיסוף ראיות וכאשר אין גורם שמסוגל לאכוף אותן באכיפה פרטית. כאשר מדובר באדם שרוצה לממש את זכותו לבריאות וקופת-החולים אינה מאפשרת לו את זה, אפשר להניח שהמקום הראשון שהוא יפנה אליו לא יהיה המשטרה.

התשובה שהמערכת החקיקתית נתנה לתחושה של חוסר היכולת לתת מענה לבעיות באכיפת החוק מצויה בסעיף 46א לחוק ביטוח בריאות ממלכתי, המהווה סעיף חדשני גם ביחס למצב-הדברים בעולם. סעיף זה מאפשר לנציבת פניות הציבור לאשר למבוטח את קבלת השירות הנדרש באופן פרטי, תוך קבלת החזר מן הכספים שמגיעים לקופה המפרה מן המוסד לביטוח לאומי. זכות זו מעניינת משום שמצד אחד, היא אינה מתערבת בכללים של חוק מבקר המדינה שיושמו גם בחוק ביטוח בריאות ממלכתי, שלפיהם החלטת הנציבות אינה מקנה לאדם זכויות שלא היו לו קודם לכן, ומצד אחר, היא מאפשרת פתרון מעשי.

נקודה נוספת נובעת מפער המידע. פעמים רבות קביעה של נציבות תלונות הציבור במקרה פרטני אינה מגיעה לידיעת כל החולים האחרים שנמצאים במצב דומה. על-פי חוזר חדש יחסית של מנכ"ל משרד הבריאות, קופת-החולים תהיה חייבת להביא לידיעתו של

אדם אשר היא מסרבת לתת לו שירות את העובדה שעמדת משרד הבריאות היא שונה. אנו מקווים שבצורה זו אנו משלימים את טבעת האכיפה ומאפשרים מימוש של הזכויות. מימוש של החוק וציות לחוק הם בהחלט גם עניין של תרבות, אלא שתרבות קשה מאוד לאכוף. לעומת זאת, אמצעי אכיפה יכולים לפעמים לייצר תרבות.

העיסוק הרווח ביותר בשיח הציבורי נוגע בשירותים שאינם כלולים בסל ובנושא הוספתם לסל. לדעתו של סמוך, יש לשאול מה קורה עם השירותים שקיימים בכל-זאת בסל? האם הם מגיעים למקום הנכון? סמוך טען כי לנוכח הכשלים הקיימים במעבר מן הקביעות של החוק ליישום, ובהבטחת זכויותיהם של המבוטחים לשירותי הבריאות שמגיעים להם, אין לדבר על בעיה של עודף פיקוח, אלא להפך: המציאות היומיומית מפעילה מכשול חזק מאוד על הזכויות המשפטיות, ותפקידנו כגורמים מפקחים הוא להתערב ולתקן עד כמה שרק אפשר. הדבר מטיל חובה גם על בתי-הדין לעבודה לנצל את המקרים הלא-רבים שמגיעים אליהם על-מנת לקבוע הלכות שיהיו תמרוק וקריאת-כיוון למערכת ביחס לפרשנותו של החוק. לאורך זמן, חשוב שהקביעות הפרשניות של הרגולטור ביחס לזכויות המבוטח יקבלו גם תמיכה של המערכת השיפוטית, באופן שיחזק את מעמדן הנורמטיבי, ובדרך זאת – גם את היכולת לאכוף.

הדוברת הרביעית הייתה ד"ר רבקה ווייל מהמרכז הבינתחומי הרצליה. ווייל התמקדה בהרצאתה בהיבט החיובי, המימוני, של הזכות, ובעיקר בתפקידו של בית-המשפט באכיפתה של הזכות לבריאות ובהיקף הרצוי של מעורבותו.

ווייל פתחה את הרצאתה בהסבר כי במישור החוקי קיימת בארץ זכות חוקית מוגבלת לבריאות. זכות זו מוסדרת בחוק ביטוח בריאות ממלכתי, אשר קובע כי תושב של המדינה זכאי לשירותי בריאות. יתר על כן, אף שהתושב חייב בתשלום דמי ביטוח בריאות על-פי הכנסתו, אי-תשלום אינו פוטר את קופות-החולים מחובתן לספק את שירותי הבריאות כפירוסם בחוק. זכות חוקית זו לבריאות מוגבלת, למשל, בהיבטים הבאים: ראשית, בשנים האחרונות חל כרסום במימונה של הזכות לבריאות על-ידי המדינה באמצעות חוקי הסדרים, ולכן גדל החלק הפרטי המימוני של תושבי המדינה. שנית, סל הבריאות אינו מתעדכן אוטומטית ובאופן שוטף כמתחייב מהתפתחות הרפואה והטכנולוגיה.

בהיבט החוקתי, חוקי-היסוד בישראל אינם כוללים זכות מפורשת לבריאות, אך למרות זאת יש אמרות-אגב רבות של בית-המשפט העליון שמהן משתמע לכאורה שקיימת זכות לבריאות, אשר נגזרת מכבודו של אדם (human dignity). עם זאת, מדובר בזכות לבריאות בסטנדרט-מינימום, קרי, בזכות לקבלת שירותי בריאות בסיסיים בלבד. על כך קמה זעקה קשה של מבקרים – גם אקדמאים וגם פעילים חברתיים – כלפי בית-המשפט העליון, על שהוא אינו עושה די לקדם את הזכויות החברתיות על-דרך ההכרה בהן כזכויות חוקתיות. מה משמעות הביקורת? מדוע חשוב כל-כך שזכויות אלה יוכרו כזכויות חוקתיות? הסיבה לכך, לדעתה של ווייל, היא שאם הזכות לבריאות מוגדרת בחוקה, אזי ניתן לטעון, למשל, נגד פגיעתו של חוק ההסדרים בזכות. כלומר, יש כאן אפשרות להגביל את המחוקק של מדינת-ישראל מכוח החוקה. בהקשר זה יש לציין כי קיימות הצעות חוקה – גם של המכון הישראלי לדמוקרטיה וגם של ועדת החוקה, חוק ומשפט – הכוללות את הזכות לבריאות כזכות חוקתית. עם זאת, ההגדרה בהצעות אלה עמומה, מכיוון שהזכות מוגדרת

מלכתחילה כתלויה במשאבים הכלכליים של המדינה, כך שאכיפתה מסורה למעשה למחוקק, ולא לבית-המשפט. ווייל ציינה כי בהקשר ההשוואתי, הזכות לבריאות מוכרת ב-67% מחוקותיהן של המדינות החברות באו"ם. אך גם במשפט ההשוואתי מדובר בזכות מוגבלת אשר תלויה במשאבים כלכליים.

ווייל שאלה מדוע קיימת בכלל הבחנה בין הזכויות החברתיות (כגון הזכות לבריאות) לבין הזכויות הקלסיות? בספרות הקיימת הועלו הסברים שונים. נטען, למשל, כי לזכויות החברתיות יש אופי חיובי, כלומר, הן דורשות בעיקר השתתפות של המדינה במימון, וככאלה הן מובחנות מהזכויות הליברליות הקלסיות, שעיקרן הימנעות ממעשים – "אל תגעו בנו", "אל תתערבו בחופש הפרט". כנגד זה נטען בספרות כי גם זכויות קלסיות דורשות כסף. הזכות לקניין, לדוגמה, דורשת כסף, שהרי אין משמעות לזכות לקניין ללא משטרה שתאכוף את ההגנה על הזכות. אחרים טענו כי מקור ההבחנה הוא היסטורי בעיקרו: זכויות קלסיות הן זכויות מ"דור ראשון", ואילו זכויות חברתיות הן זכויות מ"דור שני". הזכויות מהדור השני נאבקות עדיין כדי שיכירו בהן. נטען גם כי לבעלי ההון הפוליטי והכלכלי נוח עם אי-ההכרה בזכויות חברתיות כזכויות חוקתיות, שכן משמעות ההכרה היא חלוקה מחדש של העושר החברתי.

הצעתה של ווייל היא כי מקור ההבחנה, ככל שהדברים כואבים, עובר דרך התקציב. נכון שגם זכויות אחרות עולות כסף, ונכון שבתי-המשפט, באופןם זכויות, מתערבים כדבר שבשגרה בשולי התקציב, אך לדעתה אכן רק בשולי התקציב, ולא בלב-ליבו של ההליך התקציבי. ווייל הסבירה כי התקציבים הדרושים למימון של הזכויות החברתיות הם בהיקפים שונים. תקציב המדינה בשנת 2006 היה כ-280 מיליארד שקלים (ברוטו). מתוכם כ-17 מיליארד שקלים, המהווים כ-6% מהתקציב, שימשו לתקציב הבריאות. יתר על כן, תקציב הבריאות גבוה לא רק במונחים מוחלטים, אלא גם במונחים יחסיים. למעשה, תקציב הבריאות היה הרביעי בגודלו בתקציב המדינה בשנת 2006. ההוצאות העיקריות, לפי סדר יורד, היו: ביטחון, חינוך והשכלה גבוהה, ביטוח לאומי ובריאות.

ווייל הוסיפה ושאלה מהו הקושי החוקתי בהתערבות בית-המשפט בעניינים תקציביים? חוק-יסוד: משק המדינה, שהוא חלק מהחוקה של המדינה, קובע למעשה שעניינים תקציביים צריכים להיות מוסדרים בחוק. כלומר, תקציב המדינה הוא בסמכותו של הגוף המחוקק. נוסף על כך, חוק יסודות התקציב, שאינו חלק מהחוקה, קובע את עקרון האחריות הפיסקלית. הממשלה אינה רשאית להוציא הוצאות שאין לה מקור מימון כנגדן בתקציב המדינה. ממשלה שמבקשת להוציא כסף רב יותר צריכה למצוא מקור מימון נוסף. גם הצעות חוק, ככל שהן מטילות הוצאות נוספות על המדינה, צריכות לציין מהו מקור המימון של אותן הוצאות.

ווייל מציינת כי קיימת שניות בהתייחסותו של בית-המשפט לתקציב, אשר טרם זכתה בהתייחסות מספקת בספרות המקצועית. מצד אחד, קיימות אמרות רבות של בית-המשפט העליון שלפיהן בית-המשפט אינו מתערב בעניינים תקציביים, אלא משאיר זאת לשיקול-דעתן של הרשות המחוקקת והרשות המבצעת.¹⁹⁹ כלומר, משהחליטה הממשלה לחלק כסף,

199 ראו, למשל, את דבריו של השופט חשין בבג"ץ 2344/98 מכבי שירותי בריאות נ' שר

בתי המשפט רואים את עצמם כרשאים להתערב כדבר שבשגרה בשאלה איך לחלק את העוגה מכוח עקרון השוויון. אך אם הממשלה לא החליטה לחלק מלכתחילה את הכסף, בית המשפט נזהר מלהתערב, אף שזו למעשה מהותן של הזכויות החברתיות – חלוקת כסף מאוצר המדינה. מצד אחר, יש אמרות של בית המשפט שלפיהן לא רק שבית המשפט רשאי להתערב בעניינים תקציביים, אלא שקל לו יותר להתערב בחוק התקציב מאשר בחקיקה רגילה.²⁰⁰ הסיבה לכך היא שבעיני בית המשפט, חוק התקציב מהווה למעשה נורמה פרטנית ומעין הרשאה של הכנסת לממשלה להוציא את הכספים הדרושים. כמו־כן, חוק התקציב נחקק בהליך מזורז ופשוט, תוך הטלת משמעת קואליציונית.

השאלה, לדעתה של ווייל, היא מהי הגישה הנכונה – האם יש מקום שבית המשפט יתערב בענייני תקציב המדינה או שמא עליו להימנע מכך? בהקשר זה דנה ווייל במעמדו הנורמטיבי של התקציב בתיאוריה החוקתית. לדעתה, יש להבין שהתקציב נתפס כעניין שבפרטוגטיבה של הגוף המחוקק בשיטות משפט פרלמנטריות ונשיאותיות כאחד. למעשה, סמכות הפרלמנט לאשר את התקציב כרוכה באופן הדוק בצמיחתה של הדמוקרטיה הייצוגית. בבריטניה תפקידו הראשון של הפרלמנט, עוד בטרם הוא נהפך לגוף מחוקק, היה לאשר את תקציב המלך כדי לשלוט בהוצאת הכספים לצרכים השונים. ידועה גם אמרתן של המושבות האמריקאיות: "אין מיסוי ללא ייצוג". ברוח זו קובעת החוקה האמריקאית שגם המיסוי וגם חלוקת הכספים יהיו בידי הגוף המחוקק, והרציונלים לכך הם רבים: הרציונל הראשון הוא עקרון המנדט, שלפיו בהליך הדמוקרטי סמכותו של העם היא להכתיב למעשה לגוף המחוקק את סדר העדיפויות הלאומי. בעקבות הבחירות, המחוקק מביא סדרי עדיפויות אלה לכלל מימוש באמצעות חוק תקציב. זו משמעותה של הדמוקרטיה. הרציונל השני הוא הגנת החירות. לפי התפיסה החוקתית, הגוף המחוקק הוא למעשה בעל הארנק (the power of the purse), הגוף המבצע הוא בעל החרב (the power of the sword), ואילו הגוף השופט הוא הגוף המפקח, משום שהוא ללא חרב וללא ארנק. לכן במדינות רבות לבית המשפט אין אפילו תקציב משלו, והוא תלוי בגוף המחוקק לצורכי תקצוב. כלומר, דמוקרטיה, ובמיוחד עקרון הפרדת הרשויות, מגינים על חירות האזרחים באמצעות מניעת ריכוז כוח בידי גוף שלטוני אחד. הרציונל השלישי הוא עקרון היעילות. ממשל יעיל אינו יכול לתפקד בלי יכולת לקבוע את סדר העדיפויות ואת חלוקת העוגה התקציבית. הרציונל הרביעי הוא עקרון המומחיות.

המשך דבריה של ווייל יוחד לדיון בניסיון ההשוואתי ההיסטורי לגבי מעורבותם של

האוצר, פ"ד נד(5) 729, 752 (2000): "נוסיף וניתן דעתנו כי עד הנה – ומיום קום המדינה – לא נתקלנו במקרה שבו ציווה בית משפט על המדינה לשלם לפלוני סכומי־כסף המסתכמים במאות מיליונים של לירות, של שקלים או של ש"ח, ותביעת הקופות היא לקבל מאות מיליונים של ש"ח. לא פחות. ציוונו על המדינה לא אחת שלא להפלות לרעה את פלוני לעומת אלמוני; ציוונו על המדינה להעניק לפלוני אם מעניקה היא לאלמוני. ואולם, מעולם לא הורינו את המדינה כי תשלם מתקציבה לפלוני סכומי עתק כאלה שהקופות מבקשות לעצמן בענייננו."

200 ראו, למשל, את פסק־דינו של השופט זמיר בבג"ץ 1438/98 התנועה המסורתית נ' השר לענייני דתות, פ"ד נג(5) 337 (1999).

גופים שאינם נבחרים, ובמיוחד בית-המשפט, בעניינים חברתיים של מדיניות רווחה. ווייל ציינה שני משברים חוקתיים במאה העשרים בהקשר זה. הראשון הוא משבר ה-New Deal בארצות-הברית בשנות השלושים, שבו ביקש הגוף המחוקק לקדם חקיקה סוציאלית שמיטיבה עם החלשים, ובית-המשפט העליון התנגד בטענה כי הדבר סותר את החוקה ופוגע בחופש החוזים ובזכות הקניין. בית-המשפט נסוג מעמדתו רק לאחר שהנשיא רוזוולט זכה בשתי מערכות בחירות רצופות ברוב מוחץ, ואיים על בית-המשפט העליון בהצפתו בשופטים חדשים עושי-דברו. כלומר, ניתן לראות כי גוף שאינו נבחר המנסה להתערב בקביעת מדיניות הרווחה עלול להינזק מוסדית באופן קשה. עד היום, למעשה, בית-המשפט העליון האמריקאי מפעיל את סטנדרט הפיקוח המינימליסטי להתערבות במדיניות כלכלית. השני הוא המשבר שפרץ בבריטניה בתחילת המאה. באותו מקרה ניסתה הממשלה הליברלית להעביר חוק תקציב שמשמעותו הייתה למעשה חברתית לגמרי. גם שם הייתה טענתו של בית-הלורדים, בתפקידו כבית-מחוקקים שני, כי מדובר בחוק תקציבי אשר דורש את אישור העם. הליברלים אכן פנו בחזרה אל העם בנושא, אך לא הסתפקו בהעברת התקציב, אלא פנו למהלך של בחירות חדשות נוספות באותה שנה, כדי ליטול מבית-הלורדים, בתפקידו כגוף מחוקק עליון, את סמכותו בענייני תקציב.

ווייל הסבירה כי דוגמות אלה חשובות משום שהן מראות כי ניסיון של גוף שאינו נבחר להתערב במדיניות הרווחה של הגופים הנבחרים נתפס כלא-לגיטימי. לכן הציפיות שלנו שבית-המשפט שלנו הוא שיקדם את הדגל החברתי הן מוגזמות ולא-מציאותיות. נוסף על כך, במדינות עם שיטת משפט פרלמנטרית (כבריטניה), ענייני תקציב נחשבים כעניינים שבאמון. לכן אם הממשלה אינה מצליחה להעביר בפרלמנט את התקציב שלה, היא הולכת לבחירות, ואיתה הגוף הנבחר – הפרלמנט. אי-מעבר התקציב פירושו אי-אמון של הרשות המחוקקת ברשות המבצעת. לפיכך, כאשר בית-המשפט, שאינו נבחר, מתערב בתקציב, הוא עלול בסופו של דבר לכפות למעשה את הגוף הנבחר ללכת לבחירות, וזאת בשעה שבית-המשפט עצמו אינו הולך לבחירות על העניין התקציבי. מכאן שמעורבות של בית-המשפט בענייני תקציב היא חמורה יותר ממעורבותו בחוקים רגילים. הדבר נכון גם אצלנו. אם התקציב אינו עובר, הממשלה והכנסת חייבות ללכת לבחירות על-פי סעיף 36א לחוק-יסוד: הכנסת.

ווייל מציעה על-כן כי אלה שתומכים בקידומן של הזכויות החברתיות בישראל ימקדו את מאבקם בהכרה בזכויות החברתיות על-ידי הגוף המחוקק והמכונן. כל שעל בתי-המשפט לעשות בשלב זה, לדעת ווייל, הוא להמשיך במדיניות שבה החלו: הגנה על הזכות לבריאות מההיבט השלילי שלה, קרי, אי-פגיעה של המדינה בזכות לבריאות. ככל שברצונם של בתי-המשפט להגן על ההיבט החיובי של הזכות, עליהם לעשות זאת על-פי סטנדרט-המינימום של שירותי הבריאות, ולא על-פי המקסימום האפשרי. זאת, כל עוד מכונן החוקה לא קבע אחרת על-ידי הכרה מפורשת בזכות לבריאות כזכות חוקתית. הצעתה של ווייל לאלה אשר סוברים בכל-זאת כי בית-המשפט צריך להיות זה שמוביל את קידום ההכרה בזכויות החברתיות בישראל כזכויות חוקתיות היא לקדם במקביל גם תיקון חוקתי שמשמעו ניתוק הקשר בין תקציב לבין בחירות, כך שאי-מעבר התקציב בכנסת לא יחייב הליכה לבחירות. כל גישה אחרת תוביל למתח בין-מוסדי חזק מדי ולא-רצוי בשיטה דמוקרטית.

פרק ג: מושב שני – הזכות לבריאות II

משתתפי המושב: יושב־ראש – ד"ר יורם רבין, פרופ' רויטל גרוס,
ד"ר יובל קרניאל, פרופ' דוד א' פרנקל, ד"ר דני פילק

1. פתח־דבר

המושב השני עסק אף הוא, בדומה למושב הראשון, בהיבטים שונים של הזכות לבריאות. במושב נידונו הסוגיות של תשלומי ההשתתפות העצמית הנגבים במסגרת חוק ביטוח בריאות ממלכתי, והשלכותיהם על עקרון השוויון; השתלשלות הדיון התקשורתית בסל התרופות על הדיון הציבורי בנושא הבריאות; הזכות לשירותי בריאות ויישומה בישראל; וההשלכות של הפרטת שירותי הבריאות על תפיסת הזכות לבריאות.

בכרך זה של כתב־העת מופיעים ארבעה מאמרים שנכתבו בעקבות מושב זה: מאמרה של פרופ' רויטל גרוס (יחד עם שולי ברמליי־גרינברג וברוך רוזן) "תשלומי ההשתתפות עצמית: השלכה על נגישות לשירותים ועל שוויוניות";²⁰¹ מאמרו של ד"ר יובל קרניאל "סל התרופות – רופאים, שופטים, תקשורת ומה שביניהם";²⁰² מאמרו של פרופ' דוד א' פרנקל "הזכות לשירותי בריאות – יישומה בישראל";²⁰³ ומאמרו של ד"ר דני פילק "מסחורה של מערכת הבריאות – תהליך ראוי או שגוי?"²⁰⁴

מאמרה של גרוס מציג מחקר שמטרתו לבחון את השפעתם של תשלומי ההשתתפות העצמית על נגישותם של השירותים ושוויוניותם. המחקר מראה כי תשלומי ההשתתפות העצמית אינם משיגים את יעדיהם, ואף מגבילים את נגישותם של השירותים הרפואיים לבעלי הכנסה נמוכה ולחולים כרוניים. בכך יש משום פגיעה ביישום עקרון השוויון שביסוד חוק ביטוח בריאות ממלכתי.

מאמרו של קרניאל בוחן בעיניים משפטיות את דרך הטיפול בסל התרופות במדינת־ישראל – מהן הבעיות במנגנון הקיים, וכיצד ניתן להבטיח טיפול מיטבי בסל התרופות. מסקנתו של קרניאל היא כי את הנושא המקצועי המורכב והרגיש של סל התרופות יש לבחון באמצעות מנגנון או מערכת מקצועיים שישקללו את כלל הנתונים, המידע והאינטרסים הציבוריים, הכספיים והערכיים הגלומים בנושא, ולא להשאירו לשיקול־דעתם של רופאים מטפלים או של שופטים היושבים בדין בבית־הדין לעבודה, אשר רואים מול עיניהם

201 רויטל גרוס, שולי ברמליי־גרינברג וברוך רוזן "תשלומי ההשתתפות עצמית: השלכה על נגישות לשירותים ועל שוויוניות" משפט ועסקים ו 197.

202 יובל קרניאל "סל התרופות – רופאים, שופטים, תקשורת ומה שביניהם" משפט ועסקים ו 225.

203 דוד א' פרנקל "הזכות לשירותי בריאות – יישומה בישראל" משפט ועסקים ו 249.

204 דני פילק "מסחורה של מערכת הבריאות – תהליך ראוי או שגוי?" משפט ועסקים ו 277.

את המקרה הפרטי העומד לפנייהם ומתקשים לראות את התמונה המקצועית, הכלכלית והחברתית הכוללת.

מאמרו של פרנקל בוחן בעין ביקורתית את חוק ביטוח בריאות ממלכתי. פרנקל עומד על אי-הבהירות בחוק, אשר אינו מטיל על המדינה את החובה להבטיח את שירותי הבריאות, אלא מגלגל אותה על קופות-החולים כספקיות יחידות של זכות זו, כאשר אחריותה של המדינה מתבטאת במימון חלקי בלבד, ההולך ופוחת עם השנים.

מאמרו של פילק עוסק בשאלה אם תהליך מסחורה של מערכת הבריאות בישראל הינו תהליך שלילי או חיובי. המאמר מנתח את השוני בין מערכת הבריאות לפני חוק ביטוח בריאות ממלכתי לבין מערכת הבריאות אחרי, ומראה כי מסחורם של שירותי הבריאות התבטא בשלושה אופנים: ראשית, בהעברת מימוןם של שירותי הבריאות מהממשלה לאזרחים; שנית, בהפרטת הבעלות על משאבי בריאות; ושלישית, באימוץ הערכים והתרבות הארגונית של המגזר העסקי על-ידי מערכת הבריאות הציבורית.

2. תמצית דברי המשתתפים במושב

הדוברת הראשונה הייתה פרופ' רויטל גרוס ממכון ברוקדייל ואוניברסיטת בראיילן. גרוס דנה בהרצאתה בסוגיה של תשלומי ההשתתפות העצמית אשר נגבים במסגרת חוק ביטוח בריאות ממלכתי, ובמיוחד בהשלכותיהם של תשלומים אלה על נגישותם של שירותי הבריאות לקבוצות שונות באוכלוסייה. גרוס ביקשה להראות כי תשלומי ההשתתפות העצמית פוגעים בנגישותם של השירותים באופן דיפרנציאלי, ועל-כן פוגעים גם בשוויוניות של מתן השירותים – פגיעה העומדת בסתירה לכמה מעקרונות היסוד של חוק ביטוח בריאות ממלכתי.

נקודת המוצא של הדיון היא חוק ביטוח בריאות ממלכתי, אשר עיגן למעשה בחוק את הזכות לקבלת שירותי בריאות ואת דרך קבלתם (זאת, להבדיל מהזכות לבריאות, המהווה זכות רחבה הרבה יותר). החוק מבטיח לכלל התושבים את הזכות לקבלת סל שירותי בריאות מוגדר, אך קובע כי קופות-החולים רשאיות לגבות תשלומי השתתפות עצמית, תוך מתן פטורים והנחות על אגרת ביקור לאוכלוסיות חלשות. תשלומי השתתפות עצמית חלים על תרופות ושירותים נוספים, ולמן שנת 1998 – גם על ביקור אצל רופא מקצועי, במכוני אבחון ובמרפאות חוץ. תשלומים אלה מיועדים לרסן ביקוש מיותר לשירותים, ולהוות מקור הכנסה לקופות. עם זאת, קיים חשש שהם מגבילים את נגישותם של השירותים לבעלי הכנסה נמוכה וכן לחולים כרוניים שזקוקים לשירותים רבים, ובכך פוגעים בעקרונות של "צדק, שוויון ועזרה הדדית" שעליהם הושתת חוק ביטוח בריאות ממלכתי.

עד שנת 1995, בטרם נחקק חוק ביטוח בריאות ממלכתי, חלו תשלומי השתתפות עצמית על שירותים רבים, כגון תרופות, אביזרים רפואיים, פנייה למיון וכיוצא בהם. חוק ביטוח בריאות ממלכתי התיר לקופות-החולים להמשיך לגבות את התשלומים האלה. בחוק ההסדרים 1998 נקבעו תשלומי השתתפות עצמית נוספים – כגון אגרה לביקור אצל רופא מקצועי, במכוני אבחון ובמרפאות חוץ – והועלו סכומי ההשתתפות העצמית. במקביל

נקבעה סדרה של הנחות ופטורים לאוכלוסיות חלשות, כדי להבטיח שהתשלומים לא יפגעו בנגישותם של שירותי הבריאות לאוכלוסיות החלשות, כלומר, להבטיח מצב של שוויון שבו כל תושב, ללא תלות במצבו הכלכלי, יוכל לקבל בפועל שירותי בריאות.

מדוע הותר לקופות-החולים להמשיך לגבות תשלומים גם במסגרת חוק בריאות ממלכתי, ואף להרחיבם (במסגרת חוק ההסדרים 1998), בהינתן שעל פניו תשלומים אלה פוגעים בזכות לקבלת שירותי בריאות?

גרוס הסבירה כי התשובה טמונה, ראשית, בהבנת מטרתם של תשלומי ההשתתפות העצמית. מטרתם של תשלומים אלה היא ריסון ביקוש מיותר לשירותי בריאות. התיאוריה הכלכלית מלמדת כי מתן שירותים בחינם מביא לידי צריכה רבה מדי של שירותים אלה. קביעת השתתפות בעלות השירותים מרסנת את הביקוש לשירותים, מהווה מקור הכנסה נוסף לקופות-החולים, וגורמת לריסון ההוצאה הממשלתית לבריאות.

בחניה של הספרות הקיימת בנושא של תשלומי השתתפות עצמית מעלה כי הממצאים אינם חד-משמעיים. רוב המדינות המערביות מנהיגות תשלומי השתתפות עצמית ונותנות פטור לאוכלוסיות חלשות, אולם אי-אפשר לקבוע על-סמך הממצאים אם התשלומים אכן מצמצמים את הביקוש המיותר לשירותים, אם הם מצמצמים את צריכת השירותים הכוללת במדינה ומהי השפעתם על מדדי בריאות.

מאחר שהספרות אינה נותנת תשובה חד-משמעית, ולנוכח החששות שליוו את החלת תשלומי ההשתתפות העצמית, ערכה גרוס עם עמיתה מחקר אשר הוגדרו לו שלוש מטרות: (1) לבחון את השפעת התשלומים על נגישותם של השירותים; (2) לבחון את השפעתם על קבוצות אוכלוסייה חלשות; (3) לבחון באיזו מידה מנגנון ההגנה של הפטורים וההנחות הוא אכן אפקטיבי ומגן על האוכלוסיות החלשות.

נתוני המחקר נאספו בארבעה סקרים שנערכו בין השנים 1999-2005 בקרב מדגם מייצג של האוכלוסייה הבוגרת בישראל. בכל סקר רואיין מדגם של כ-1,900 איש, ושיעורי ההיענות עלו על 80%. הריאיון נעשה באמצעות שאלון מובנה, שכלל מדדים מיוחדים שפותחו במכון ברוקדייל לצורך הערכת השפעתם של תשלומי ההשתתפות העצמית לתרופות ולטיפול רפואי. נתונים נוספים לגבי השפעת התשלומים על מספר הביקורים אצל רופאים מקצועיים נלקחו ממאגרי המידע המנהליים של שירותי בריאות כללית, מכבי שירותי בריאות וקופת-חולים מאוחדת לשנים 1997-2002.

הממצאים מסקרי האוכלוסייה מלמדים כי שיעורים ניכרים ויתרו על טיפול רפואי או על תרופות מרשם בגלל המחיר פעם אחת לפחות בשנה שחלפה. שיעורי הוויתור היו גבוהים במיוחד בקרב בעלי הכנסה בחמישון התחתון ובקרב חולים כרוניים. ממצא מפתיע הראה כי דווקא מי שפטור מתשלום אגרה צמצם באופן יחסי את מספר הביקורים לעומת מי שחייב בתשלום, וזאת למרות הפטורים שאמורים להגן עליו מהשפעת האגרה.

גרוס ציינה כי ייתכנו כמה הסברים לממצאים אלה. מצד הביקוש, ייתכן כי התעריף – אשר נע בין 12 ל-24 שקלים לרופא לרבעון – הינו נמוך מדי ולכן אינו משפיע על ההחלטה של מי שחייב בתשלום לפנות לרופא. נוסף על כך, ייתכן כי מי שפטור מתשלום לא ידע שהוא פטור, ולכן נמנע מלבקר אצל רופא. מצד ההיצע, ייתכן כי מערך

התשלומים וההנחות יצר השפעות לא-מכוונות על תמריציהן של קופות-החולים להרחיב את שירותיהן באזורים שבהם האוכלוסייה חייבת באגרה.

גרוס סיכמה ואמרה כי המדיניות של ריסון ההוצאה הממשלתית, שהינה מדיניות לגיטימית, מגבילה את נגישותם של השירותים הרפואיים לאוכלוסיות החלשות, ולכן פוגעת ביישומן של עקרון השוויון, שהינו עקרון-יסוד בחוק ביטוח בריאות ממלכתי. נוסף על כך, ניתן לראות כי מנגנון הפטורים וההנחות, אשר נועד להגן על האוכלוסיות החלשות, אינו משיג את מלוא יעדיו, וייתכן כי הוא אף גורם שמתמרץ את קופות-החולים להקטין את היצע שירותיהן לאוכלוסיות החלשות אשר פטורות מתשלום, ובכך פוגע עוד יותר בשוויון.

השאלה העולה מממצאי המחקר היא כיצד ניתן ליישב בין המדיניות הלגיטימית של ריסון ההוצאה הממשלתית לבין מימוש עקרון השוויון בנגישות והעזרה ההדדית? גרוס מציעה לעשות זאת באמצעות הגדלת נגישותם של השירותים לאוכלוסיות חלשות בכמה דרכים. ראשית, ניתן להחליף חלק מתשלומי ההשתתפות העצמית הנגבים כתשלום רבעוני אחיד במס בריאות, שהוא מס פרוגרסיבי הנגבה באופן דיפרנציאלי לפי רמה ההכנסה של האדם. כך מי שירוויח פחות ישלם פחות, והתשלום לא יהווה מחסום שימנע קבלת שירות. שנית, ניתן לקבוע תשלומי השתתפות עצמית הדרגתיים, כך שעניי שלם סכום זעום בלבד, בעוד עשיר ישלם סכום גבוה בהרבה. ניתן לשלב מהלך זה יחד עם הנמכת תקרת התשלום החודשי לבעלי הכנסה נמוכה. שלישית, ניתן לפצות את קופות-החולים בגין הפטורים וההנחות שהם נותנים לאוכלוסיות החלשות, כדי לבטל את התמריץ הקיים אצלן להפחית את השירותים לאוכלוסיות חלשות. רביעית, יש להבטיח הפצה אפקטיבית של מידע על פטורים והנחות, כדי למנוע מצב שבו זכאי לפטור יסבור כי הוא אינו זכאי ולא יצרוך טיפול שהוא זקוק לו.

הדובר השני היה ד"ר יובל קרניאל מהמכללה למינהל. קרניאל ביקש לדון בהרצאתו בהשתלטות הדיון בסל התרופות על הדיון הציבורי בנושא הבריאות. בפתח הרצאתו הסביר קרניאל כי התקשורת עוסקת בנושא סל התרופות כעיסוק המרכזי שלה בתחום הבריאות. זאת, אף-על-פי שהיקפו הכספי של סל התרופות הוא כ-300 מיליון שקלים בלבד, במערכת שהתקציב שלה הוא כ-27 מיליארד שקלים. הסיבות לכך, לדעתו של קרניאל, הן פוליטיות ותקשורתיות. הדיון בסל הבריאות קיבל סיקור תקשורתי משמעותי עקב תופעה יוצאת-דופן של עמדה תקשורתית אחידה כמעט הגורסת באופן פופוליסטי כי יש להגדיל את סל התרופות לאלתר. עמדה זו מוצאת ביטוי נרחב בכלי התקשורת, וקשה למצוא מולה ולו נציג אחד שמנסה להציב את העמדה המנוגדת שלפיה אין זה נכון להגדיל את סל התרופות. עמדה זו מגובה בקואליציה של שר הבריאות, פוליטיקאים, מערכת הבריאות עצמה וכמובן חברות התרופות, המהוות גורם משמעותי מאוד אשר פועל מאחורי הקלעים במטרה לגרוף רווחים מהכנסת תרופות חדשות ויקרות לסל הבריאות.

גם בית-המשפט מתקשה לעמוד בגל התקשורתי, ועל-פירוב מעניק סעד לפרט החולה. במובן זה קיים דמיון מסוים בין הרופא לבין השופט. מול שניהם עומד פרט חולה, אשר רוצה לקבל תרופה כדי להבריא. הבעיה היא שלא הרופא היחיד ולא השופט היחיד רואים לנגד עיניהם את השיקולים הכלל-מערכתיים של הקצאה נכונה, צדק חלוקתי, שוויון וכדומה.

דוגמה לכך היא פסק-הדין בעניין מילר.²⁰⁵ רופא רושם לחולה סרטן תרופה חדשה אשר אינה כלולה בסל התרופות, לאחר שמוצו כל האפשרויות האחרות. ועדת החריגים בקופת-החולים דוחה את הבקשה לספק את התרופה, בטענה כי מדובר בתרופה מאריכת-חיים, ולא מצילת-חיים, אשר עלותה גבוהה מאוד. משרד הבריאות מצטרף בהליך המשפטי לעמדת הקופה, ואומר כי לבית-המשפט אין סמכות לחייב את הקופה לספק תרופה אשר אינה מצויה בסל התרופות. בית-הדין האזורי מסתכל על האדם שלפניו, וקובע כי התיק עוסק במר מילר, ולא בסל התרופות. לפיכך הוא מקבל את חוות-דעתו של הרופא, וקובע, בניגוד לעמדתם של הקופה ומשרד הבריאות, כי יש לספק למר מילר את התרופה.

המשך דבריו של קרניאל יותדו לוועדת הסל. ועדת הסל מונתה סביב הסערה התקשורתית בנושא של סל התרופות, כדי לייעץ לשר הבריאות מה ייכלל בסל התרופות ומה לא. אולם בפועל הוועדה אינה ממלאת את תפקידה, אלא נהפכה לשדולה להגדלת תקציב סל הבריאות. יושב-ראש הוועדה מסביר כי התקציב אינו מספיק, ולא איך לחלקו.

סיכום הדברים, על-פי קרניאל, הוא כי התקשורת מלבה את האש בנושא סל התרופות. התקשורת מביאה שוב ושוב את סיפוריהם האישיים של חולים ומשפחותיהם, ומול זה אין כמעט קול – לא בדיון הציבורי ולפעמים גם לא במערכת הפוליטית – שידבר על השיקולים האחרים הנוגעים בתקציב, ביעילות המקצועית ובסדרי העדיפויות הלאומיים. הרופאים והשופטים, כיחידים, אינם הגורם המתאים ליישם החלטות מערכתיות, מאחר שהם רואים מולם את המקרה של החולה היחיד ומרגישים מחויבים לסייע לו. ועדת הסל מועלת בתפקידה משום שבמקום למלא את תפקידה המערכתי ולאסוף מידע כדי לקבל את ההחלטות הקשות על סדרי עדיפויות, היא עושה את העבודה הפוליטית הקלה ומשמשת שדולה להגדלת התקציב.

הדובר השלישי היה פרופ' דוד א' פרנקל מאוניברסיטת בן-גוריון בנגב. פרנקל דן בהוצאתו בזכות לשירותי בריאות וביישומה בישראל. פרנקל הסביר כי אין משמעות לדיבור על הזכות לבריאות מאחר שאין זו זכות משפטית, אלא זכות חברתית-ערכית. לעומת זאת, ניתן לדבר על זכות משפטית שנגזרת מזכות זו, והיא הזכות לשירותי בריאות.

פרנקל ציין כי מעניין שכבר בשנת 1934, כאשר דן ז'בוטינסקי בשאלה איך תיראה המדינה היהודית,²⁰⁶ הוא ראה לנגד עיניו מדינת-רווחה המקיימת עיקרון יסודי שלפיו לכל אדם יש זכות לקבל מהמדינה את צרכיו הבסיסיים: מזון, מעון, מלבוש, מורה, מרפא. כלומר, כבר בשנת 1934 ראה ז'בוטינסקי קבלת שירותי מרפא מהמדינה כזכות-יסוד של האדם. בכך הייתה השקפתו של ז'בוטינסקי שונה מזו של מנהיגים אחרים בתקופתו, כגון כצנלסון ובילינסון, אשר ביקשו לספק שירותי מרפא רק לחברים בארגון עובדים אשר משלמים דמי חבר, ולא מתוקף זכות חברתית כללית.

שנים לאחר-מכן הוצעו בישראל כמה הצעות ממשלתיות לחוקי ביטוח בריאות. הראשונה הייתה בשנת 1973, ומטרתה הייתה להרחיב את החקיקה בתחום ולהציע ביטוח

205 עב' (אזורי י"ם) 2495/04 מילר עמרם נ' קופת חולים מאוחדת (לא פורסם, 4.12.2005).

206 זאב ז'בוטינסקי "הגאולה הסוציאלית" הירדן 154, עמ' ב (24.11.1934). פורסם גם בכתבים, כרך רשימות, 295, 296-297 (1947).

בריאאות ארצי שלפיו יחויבו כל תושבי המדינה להצטרף לקופות-חולים, ושירותי הבריאות יינתנו באמצעות קופות-חולים מוסמכות אשר יחויבו להעניק שירותי-מינימום.²⁰⁷ השנייה הייתה בשנת 1981, ונקראה "הצעת חוק ביטוח בריאות ממלכתי",²⁰⁸ מטרתה של הצעה זו הייתה להגשים את העיקרון שהבטחת שירותי הבריאות היא חובה המוטלת על החברה והמדינה, ולא על האדם עצמו, שיהיה זכאי לשירותים רק מתוקף הצטרפותו. כלומר, לא רק משלמי מס חבר יהיו זכאים לשירותי בריאות, אלא כל התושבים, מתוקף היותם תושבים במדינת-ישראל. הצעה זאת הייתה מרחיקת-לכת מאוד, שונה לחלוטין מהצעת חוק ביטוח הבריאות משנת 1973, ושונה לחלוטין מחוק ביטוח בריאות ממלכתי שאנחנו מכירים כיום. הרעיון היה שהשירותים יתואמו על-ידי גוף מרכזי, שהארץ תחולק לאזורי בריאות אשר בכל אחד מהם יובטח מתן השירותים על-ידי הנהלת האזור, ושלצד כל הנהלת אזור תוקם מועצת בריאות אזורית, שתפקידה יהיה לייעץ להנהלת האזור בכל עניין הנוגע בצורכי הבריאות באזור. כיצד זה ייעשה? ההנהלה האזורית תתקשר בהסכמים עם כל גורמי הרפואה נותני השירותים הקיימים במדינה – קופות-חולים ומוסדות אחרים, ציבוריים או פרטיים, שאושרו על-ידי משרד הבריאות. המימון יבוא מדמי ביטוח בריאות שיוטלו על העובדים והמעבידים, בתוספת השתתפות של המדינה בשליש מתקציב הבריאות.

אולם בסופו של דבר חזרה בה הממשלה מהצעתה. בשנת 1988 מינה נשיא בית-המשפט העליון השופט שמגר את ועדת נתניהו לבדוק את מערכת הבריאות. המלצתה הייתה לחוקק חוק ביטוח בריאות ממלכתי, שבמסגרתו תהיה כל האוכלוסייה מבוטחת בשירותי בריאות, וכך הוגשה הצעה נוספת, אשר נהפכה בסופו של דבר לחוק ביטוח בריאות ממלכתי המוכר לנו כיום, המבטיח שירותי בריאות לכל תושב במסגרת קופות-החולים.

החלק הבא בהרצאתו של פרנקל הוקדש לדיון ביקורתי בחוק ביטוח בריאות ממלכתי. ראשית, החוק קובע כי כל תושב זכאי לקבל שירותי בריאות לפי חוק זה, אבל מיהו תושב על-פי החוק? החוק מפנה לצורך הגדרת תושב לחוק הביטוח הלאומי, אך בחוק הביטוח הלאומי אין הגדרה של תושב. אם כן, מיהו תושב לצורכי חוק הביטוח הלאומי? את זאת ניתן למצוא בפסיקה של בתי-הדין לעבודה. אחד העקרונות של הפסיקה אומר שתושב הוא מי שגר בישראל. הבעיה היא שחוק הביטוח הלאומי²⁰⁹ קובע בסעיף 378(ב)(4) כי יהיה אפשר לקבוע זכויות וחובות לפי חוק הביטוח הלאומי גם לגבי תושב ישראל הגר מחוץ לישראל. כלומר, ההנחה של חוק הביטוח הלאומי היא כי תושב ישראל הוא כל אורח שיש לו רשיון ישיבה בארץ, ואין זה משנה היכן הוא נמצא. הגדרה זו בעייתית. שנית, החוק אינו קובע חלק קבוע מינימלי של הממשלה במימון שירותי הבריאות, אלא משאיר זאת להחלטת ממשלה. אלא שהממשלה, באמצעות חוקי ההסדרים, משנה תדירות את חלקה. כמו-כן, החוק מאפשר לשנות את מקורות המימון, שהממשלה היא אחד מהם, ואכן כך נעשה. חלקה של הממשלה הולך ופוחת, והתוצאה היא שחלק משמעותי מנטל המימון של שירותי הבריאות הועבר לכתפי המבוטחים. מצב זה גרם לכך שלחלק מהמבוטחים אין

207 הצעת חוק ביטוח בריאות, התשל"ג-1973, ה"ח 380.

208 הצעת חוק ביטוח בריאות ממלכתי, התשמ"א-1981, ה"ח 184.

209 חוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], התשנ"ה-1995, ס"ח 2081.

למעשה גישה לשירותי בריאות, גם לאלה הכלולים בסל הבריאות. זוהי פגיעה בכבודו של אדם, וספק אם היא תואמת את העיקרון שנקבע בחוק ביטוח בריאות ממלכתי, שלפיו ביטוח הבריאות הממלכתי מושתת על עקרונות של צדק, שוויון ועזרה הדדית. שלישית, החוק אינו מאפשר לכפות את קופות-החולים לתת שירותים במקום כלשהו, ובכך אינו נותן מענה לבעיה של אפשרות הגישה לשירותי בריאות במקומות שבהם אין קופת-חולים המוכנה לתת את שירותיה.

הדובר הרביעי היה ד"ר דני פילק מאוניברסיטת בן-גוריון בנגב. פילק דן בהרצאות בזכות לשירותי בריאות. טענתו היא כי ההפרטה של שירותי הבריאות פוגעת בתפיסת זכויות בשלוש דרכים שונות. האחת היא הפרטת המימון של שירותי הבריאות, היוצרת לגבי חלק מהאוכלוסייה מכשול בנגישות לשירותי בריאות, ולכן פוגעת בתפיסה של שירותי בריאות כזכות. השנייה היא הפרטת הבעלות על שירותי הבריאות. הפרטה זו הופכת למעשה את שירותי הבריאות לסחורה. מטרתם העיקרית של הבעלים הפרטיים היא רווח, ולכן אמת-המידה להקצאת משאבים נקבעת על-פי חוקי השוק. חוקי השוק הם חוקים של היצע וביקוש ושל רווח והפסד. במצב שבו אמת-המידה של רווח והפסד היא הקובעת, ולא הזכות, מתקיימת פגיעה מצד ההיצע בזכות לקבלת שירותי בריאות. השלישית היא אימוץ תרבות ארגונית המיובאת מהמגזר העסקי על-ידי מערכת הבריאות הציבורית. דוגמה לכך היא אחת מקופות-החולים אשר פיתחה מסלול VIP לנטילת דם בבקרים. הסיבה לכך היא שהקופה מעוניינת לפנות ולהיות אטרקטיבית למטופלים צעירים, ולכן הגיעה למסקנה שכדאי להציע למטופלים הצעירים, אשר ממהרים בבוקר לעבודה, שירות מהיר לנטילת דם. שירות זה אינו ניתן ללקוחות קשישים, כי קופת-החולים אינה חפצה ביקרם מבחינה עסקית. דוגמה נוספת היא קופת-חולים אשר קבעה שני מסלולי תורים לרופא מומחה: למבוגרים ולצעירים. המוקדן במוקד לזימון תורים בדק את גילו של הפונה על-פי תעודת-הזהות שלו. אם דובר במבוטח שגילו מתחת לארבעים וחמש, ניתן לו תור בתוך ארבעים ושמונה שעות, בעוד שמבוטחים מעל גיל ארבעים וחמש נאלצו לחכות עד ארבעה שבועות. הסדר זה גרם לחוסר יעילות נוראי, שכן כדי לאפשר מתן תור מהיר נדרשה הקופה לשמור תור פנוי אצל הרופאים המומחים לטובת המבוטחים הצעירים. מאחר שלא היה אפשר לדעת מראש כמה כאלה יהיו, נותרו תורים פנויים אצל הרופאים. דוגמה זו מעידה, לדעת פילק, כי הפרטת מערכת הבריאות היא גם לא-צודקת וגם לא-יעילה, ופוגעת בזכות לבריאות.

פילק דן בהמשך דבריו במערכת הבריאות האמריקאית, שהינה לדבריו מערכת הבריאות מן המופרטות ביותר בעולם אך גם מן הפחות-יעילות בעולם. הנתונים של מערכת הבריאות האמריקאית טובים פחות מנתונין של כל מדינות ה-OECD האחרות. למשל, אחוז החיסונים בווינגטון די.סי. הוא כ-50%. אלה נתונים של מדינת עולם שלישי ממוצעת, ולא של מדינה מפותחת שבה אחוז התמ"ג המוקצה לבריאות כפול כמעט מהממוצע – כ-14%. נוסף על כך, 20% מההוצאה הלאומית לבריאות בארצות-הברית מושקעים בהוצאות אדמיניסטרטיביות. כלומר, על כל מאה דולר שמושקעים במערכת הבריאות, עשרים דולר אינם הולכים לבריאות גופא. גם נתונים אלה מעידים על כך שההפרטה במערכת הבריאות לא רק שאינה צודקת, אלא גם מאוד לא-יעילה.

אז מדוע בכל זאת להפריט? הסיבה העיקרית היא שבעשרים וחמש השנים האחרונות קיים אינטרס הולך וגדל בצמצום ההוצאה הממשלתית לבריאות. זאת, להבדיל מצמצום ההוצאה הלאומית לבריאות (יש לשים לב שקיים על-פירוב קשר הפוך בין שני סוגי ההוצאות: ככל שההוצאה הממשלתית לבריאות קטנה, ההוצאה הלאומית לבריאות כאחוז מהתמ"ג גדלה, כי השליטה המרכזית פוחתת). אינטרס זה נובע ממדיניות הפחתת נטל המס הקיימת ברוב מדינות ה-OECD, אשר גורמת לכך שיש פחות מקורות להוצאה הממשלתית.

אבל עדיין, מסביר פילק, הטענה שהסיבה להפרטה היא רק בעיה של משאבים אינה נכונה לגמרי. השאלה היא איך ומי גובים את המשאבים.

תהליך הפרטתם של שירותי הבריאות בישראל אינו תהליך חד-כיווני וחד-ממדי. החל בשנות השמונים קיימת נטייה להפרטה בשלושת הממדים שהוזכרו מעלה: מימון שירותי הבריאות, הבעלות על שירותי הבריאות וסוגיית התרבות הארגונית. עם זאת, אי-אפשר להתעלם מכך שבשנת 1994, עם חקיקת חוק ביטוח בריאות ממלכתי, נעשה צעד משמעותי בעד מערכת בריאות ציבורית בעיקרה, שהינה צודקת יותר, שוויונית יותר וגם זולה יותר. פילק מציין כי במעבר מן המצב שלפני חקיקת חוק ביטוח בריאות ממלכתי אל המצב שאחרי חקיקת החוק ירדה ההוצאה הלאומית כאחוז מהתמ"ג, אף שבשנת 1994, לקראת כניסת החוק לתוקף, היו הסכמי השכר נדיבים ביותר גם לגבי הרופאים וגם לגבי האחיות. כלומר, החוק היה יעיל, ולא רק צודק. אבל החוק המקורי החזיק מעמד מעט מאוד זמן.

נוסף על כך, הניסיון העולמי מראה שאחת הדרכים לגייס תמיכה ציבורית להפרטות של שירות ציבורי היא ליצור את הרושם ששירות ציבורי הוא גרוע. ככל שהתחושה הציבורית היא ששירותי הבריאות הציבוריים גרועים, ההתנגדות הציבורית להפרטתם קטנה. לכן, כאשר חוזרים בעיתונות ואומרים כי אחרי חקיקת חוק ביטוח בריאות ממלכתי אנחנו משלמים יותר ומקבלים פחות, הדבר יוצר קרקע פורייה למאמצי הפרטה. אך השאלה היא אם אמירה זו נכונה. האם אחרי חקיקת חוק ביטוח בריאות ממלכתי אנחנו אכן משלמים יותר ומקבלים פחות?

לגבי האמירה שאנחנו משלמים יותר – יש לבדוק מי משלם יותר. כאשר בודקים על-פי הנתונים של הביטוח הלאומי כיצד השתנתה השתתפותם של העשירונים השונים במימון שירותי הבריאות לפני כניסת חוק ההסדרים של 1998 לתוקף, מסתבר שששת העשירונים הנמוכים שילמו פחות מכפי ששילמו לפני חקיקת החוק, העשירון השביעי שילם אותו דבר, ושלושת העשירונים העליונים שילמו יותר. והרי זהו צדק חברתי: מי שיש לו הכנסה פנויה גבוהה יותר – ישלם יותר, ולהפך. אם כן, ייתכן שאלה שיש להם מהלכים בתקשורת אכן משלמים יותר, אבל אוכלוסיית ישראל בכללותה משלמת פחות.

לגבי האמירה שאנחנו מקבלים פחות – החוק אימץ את הסל ואת מערכת השירותים של קופת-חולים כללית. בעת חקיקת החוק, כמעט 80% מהאוכלוסייה היו עדיין מבוטחים בקופת-חולים כללית. לכן לגבי רוב האוכלוסייה, עד שנת 1998, גם האמירה שאנחנו מקבלים פחות אינה נכונה.

לגבי מעבר המימון מהרשות הציבורית לכיס הפרטי, הסביר פילק כי תהליך זה החל בשנות השמונים, ומתאפיין בירידה מתמדת של אחוז ההשתתפות הממשלתית בהוצאה

הלאומית לבריאות. כלומר, מימונם של שירותי הבריאות עובר מכיס הכלל אל כיס הפרט. תהליך זה נעצר במידה מסוימת עם חקיקת חוק ביטוח בריאות ממלכתי, אבל הוא הולך ומתרחב למן שנת 1998. בשנה זו נסוגה המדינה מהתחייבותה לכסות את גרעונותיהן של הקופות, והחלה לגלגל את האחריות לגירעון לפתחן של קופות-החולים, ובכך חייבה אותן להתנהג כתאגידים עסקיים השוקלים שיקולים של רווח והפסד בלבד.

פרק ד: מושב שלישי – גנטיקה רפואית – היבטים אתיים

משתתפי המושב: יושב-ראש – פרופ' מישל רבל, פרופ' דוד הד,
ד"ר טל ז'רסקי, עו"ד טליה אגמון

1. פתח-דבר

מטרתו של מושב זה הייתה לבחון היבטים אתיים שונים של הגנטיקה הרפואית: שאלות אתיות בתחום של תאי גזע עובריים ושיבוט, הסדרה משפטית של נורמות אתיות בתחום הביו-אתיקה, שאלות של שימוש במידע גנטי כחלק מהליך הכריתה של חווה ביטוח חיים, ושאלות בתחום של בדיקות גנטיות לקטינים.

בכרך זה של כתב-העת מופיע מאמרה של עו"ד טליה אגמון "בדיקות גנטיות לקטינים – למה לא? שאלות ביחס להסדר החוקי לעריכת בדיקות גנטיות לקטינים בישראל",²¹⁰ אשר נכתב בעקבות מושב זה. מאמרה של אגמון מציג את חששותיו של הציבור מפני התפתחות מדעית בכלל ומפני מדע הגנטיקה בפרט, בוחן את ההסדר הקיים בחוק מידע גנטי לגבי בדיקת קטינים, ומספק הצצה אל הסוגיה הסבוכה של בדיקות גנטיות של עוברים.

2. תמצית דברי המשתתפים במושב

הדובר הראשון היה פרופ' מישל רבל ממכון ויצמן. רבל דן בהרצאתו בשאלות מדעיות ואתיות בנושא תאי גזע עובריים ושיבוט. רבל הסביר כי תאי גזע עובריים הינם תאים המתקבלים מאדם באמצעות הפריה חוץ-גופית של הביצית על-ידי הזרע, הנעשית במבחנה. לתאי גזע עובריים יש תכונה פלורופוטנטית, המאפשרת להרבות אותם במעבדה ולגרום להתפתחותם לסוגים שונים של תאי גוף האדם. כך ניתן להניב רקמות תאים שעל-ידי השתלתם לחולה יוכלו לתקן רקמות שנפגעו עקב מחלתו. רפואה רגנרטיבית מעין זו

²¹⁰ טליה אגמון "בדיקות גנטיות לקטינים – למה לא? שאלות ביחס להסדר החוקי לעריכת בדיקות גנטיות לקטינים בישראל" משפט ועסקים ו 295.

מבטיחה אפשרויות טיפול חדשות במגוון של מחלות: בסוכרת, על-ידי השתלה של תאי לבלב המייצרים אינסולין; במחלות לב, על-ידי השתלה של תאי שריר הלב; במחלות עצבים, על-ידי השתלה של תאי עצב (בחולי פרקינסון או אלצהיימר) או תאים המשחזרים את מעטפת המיאלין שנהרסת עקב פגיעות בחוט-השדרה או עקב טרשת נפוצה, ועוד. קיימים סוגים אחרים של תאי גזע הנשארים ביילוד ובמבוגר (למשל, בדם הטבור, במוח העצם), אך הפוטנציאל הגדול ביותר להתפתחות טמון בתאי גזע עוברים הנמצאים בביצית המופרית בשלב הבלסטוציסט (כחמישה ימים לאחר ההפריה ולפני ההשרשה ברחם).

בתהליך הרפואי של הפריה חוץ-גופית (IVF), הנעשה בהיקף נרחב במסגרת טיפולי פוריות, יש כמות ניכרת של ביציות מופרות הנמצאות בעודף לאחר גמר הטיפול, ואשר ההורים אינם מיעדים אותן לצורכי רבייה. עופריי-מבחנה עודפים אלה נשמרים בהקפאה עמוקה לתקופות ארוכות, ומעריכים כי מספרם בישראל עולה כיום על 30,000. בהעדר כוונה לנצל אותם להיריון נוסף, אין בהם פוטנציאל הומני, ובמדינות רבות בעולם, כולל במדינת-ישראל, הותרה תרומת ביציות מופרות עודפות לשם הפקת תאי גזע עוברים למטרות מחקר והערכות ליישומים רפואיים. מדינות אחרות אינן מתירות הפקת תאי גזע עוברים, וקיימות השקפות שונות לגבי מעמדו של העובר בשלב המוקדם של התפתחותו. כך, הכנסייה הקתולית אוסרת כליל הפריה חוץ-גופית, אפילו למטרות רבייה. בגלל החשיבות הרפואית של מחקר על תאי גזע עוברים, הוקם לאחרונה קונסורציום בין-לאומי המסדיר שיתופי-פעולה מדעיים בנושא ועוקב אחר התקנות האתיות במדינות שונות.

רבב המשיך והסביר כי העברת גרעין לתוך ביצית (טכנולוגיית שיבוט תרפויטי) הינה דרך חלופית ליצירת בלסטוציסטים, וחשיבותה של שיטה זו נעוצה בעובדה שתאי הגזע העוברים שיתקבלו יתאימו גנטית לתורם הגרעין – החולה הנוקז להשתלה. דבר זה יאפשר השתלה אוטולוגית, שבה נמנעת כמעט לחלוטין הסכנה של דחיית השתלה. שיטת העברת הגרעין אינה מיועדת לרבייה, ונבדלת מהפריה חוץ-גופית של ביצית על-ידי זרע (ואי-לכך לא חל כאן האיסור בדבר יצירת עובר אדם לצורכי מחקר). אין ספק שתאי גזע עוברים בלסטוציסטיים מעלים שאלות אתיות יסודיות, אבל הם מעלים גם את הסיכויים למציאת טיפול במחלות חשוכות-מרפא – יש להם כושר רב יותר להתרבות מאשר לתאים הבוגרים, ויכולת לייצר סוגים שונים של רקמות.

השאלה המרכזית מבחינה מוסרית היא אם מותר, אפילו למטרות רפואיות, לקחת תאים מעופריי-מבחנה ובכך להפסיק את התפתחותם ולבטל את קיומם? רבב ציין כמה מן הטיעונים בעד ונגד השימוש בתאי גזע. הטיעון הראשון הוא מהו הפוטנציאל של עופרי-מבחנה לפני השרשה ברחם? יש האומרים שכל אדם היה פעם עופר טרום-השרשה, ולכן כל בלסטוציסט הוא אדם-בכוח. אך ניתן לומר גם את ההפך, כי ידוע שלא לכל בלסטוציסט יש פוטנציאל לגדול ולהתפתח לאדם. קיימות ביציות מופרות רבות שנוצרות בטבע ואשר אינן מגיעות לרחם ומתחילות היריון, כך שלא כל ביצית מופרית היא אדם-בכוח. נוסף על כך, בטיפולי פוריות בהפריה חוץ-גופית הפוטנציאל אינו ישיר, אלא תלוי בהחלטת ההורים אם להתחיל את ההיריון אם לאו. כמו-כן, לאחר שההורים השיגו את מספר ההפריות המבוקש, נשארים כמה עופרים עודפים שמועברים להקפאה, וההורים יכולים אז להצהיר כי אין להם ייעוד ולתרום אותם.

הטיעון השני נוגע במעמד העובר. יש שלבים שונים מההפריה ועד ההשרשה ברחם, במשך ההיריון ובלידה, וקיימות השקפות שונות בעולם שיש להן השפעות אתיות. יש מדינות, כגון גרמניה ומדינות אמריקה הדרומית, שבהן קיימת חובת הגנה על חיי העובר כבר מן ההפריה של הביצית. על-פי היהדות, יש לעובר זכויות אדם חלקיות בלבד עד הלידה. לכן, על-פי היהדות, חיי האם קודמים לחיי העובר אפילו עד הלידה. על-פי האסלאם, הנשמה נכנסת רק אחרי מאה ועשרים יום, כך שגם האסלאם וגם היהדות נוקטים עמדה מסורתית שלפיה הזכויות באות בהדרגה.

מהו המצב החוקי בישראל? הדבר הוסדר בישראל לפי המלצות הוועדה לביו-אתיקה, והלכה למעשה לפי תקנות ועדת הליסינקי של משרד הבריאות. נקבע כי במסגרת טיפולי הפריה חוץ-גופית תותר תרומה של עוברים עודפים שאינם מיועדים עוד לצורכי רבייה לצורך מחקר רפואי בלבד. התרומה תינתן בהליך של הסכמה מדעת ותוך שמירה על כבוד התורמים. נוסף על כך, נדרשת הפרדה בין הצוות הרפואי שאחראי להפריה החוץ-גופית לבין הצוות שעושה את המחקר על תאי הגזע.

לגבי שיבוט – המצב בישראל הוא ששיבוט לשם הפקת תאי גזע אינו נוגד את החוק האוסר התערבות גנטית ושינוי גנטי באי-רבייה, אשר נחקק בשנת 1999 לחמש שנים, והוארך בחמש שנים נוספות בשנת 2004. זאת, משום שחוק זה אוסר שיבוט רק למטרות רבייה, והחוק משנת 2004 קובע במפורש כי ההליך האסור הוא החדרה של העובר המשובט לתוך הרחם. אם אין מחזירים – אין איסור. על-כן לא נאסר שיבוט של תאי גזע עובריים, אבל נותרה השאלה בדבר מקור הביציות. כפי שהוסבר, צריך מאות אלפי ביציות כדי להצליח בתהליך, מה שהופך אותו ללא-מעשי. לפיכך אין עוד מחקר מעשי בישראל, כי ועדת הליסינקי של ועדת הבריאות לא אישרה למעשה בקשות, שכן הרופאים אינם יכולים להסביר מהיכן יילקחו הביציות.

רבל ציין בסוף דבריו שקיימת כיום הצעת חוק חדשה שלפיה תתאפשר תרומת ביציות מתורמות בריאות, נוסף על תרומות ממטופלות, כך שיהיה אפשר לסייע בהולדת ילדים ובפתרון בעיות פוריות. נוסף על כך יהיה אפשר להקצות ביציות למטרות מחקר, בתנאי שרוב הביציות מנוצלות לרבייה.

הדובר השני היה פרופ' דוד חד מהאוניברסיטה העברית בירושלים. נושא הרצאתו של חד היה ההסדרה המשפטית של נורמות אתיות בכלל, ובתחום הביו-אתיקה בפרט. מדינות שונות מתמודדות בשנים האחרונות עם שאלת ההסדרה המשפטית של המחקר בתאי גזע עובריים. אולם מטבעו של המדע המודרני שהוא חוצה גבולות, הן באפשרות ההעברה של חומרי המחקר והן בתנועה של עורכי המחקר עצמם. על-כן השאלה של תיאום הנורמות ברמה הבין-לאומית היא דוחקת.

חד הסביר כי שאלת ההסדרה הינה שאלה יסודית בכל תורת משפט. ההסדרה המשפטית של נורמות בביו-אתיקה היא שאלה מרכזית במשפט הרפואי ובאתיקה הרפואית, וכאשר מדובר באופן ספציפי בהסדרה נורמטיבית של פרקטיקות גנטיות הנוגעות ביצירת חיים, השאלות מחריפות עוד יותר. שאלות אלה נעשות קשות עוד יותר כאשר מגיעים לניסיון להשליט נורמות מוסכמות בתחום זה במישור הבין-לאומי. לדעתו של חד, הדוגמה של מחקר בתאי גזע עובריים היא דוגמה מצוינת לחשיפת הקשיים בקביעת נורמות אוניוורסליות

בתחום הביו-אתיקה והגנטיקה. שורשיה של הסוגיה שלפנינו טמונים במתח שאינו ניתן ליישוב בין התחום המוסרי לבין התחום הפוליטי. נורמות מוסריות, על-פי הדעה הרווחת, הן נורמות אוניוורסליות המחייבות בני-אדם באשר הם בני-אדם. מקור תוקפן – בין שהוא תבוני, בין שהוא טבעי ובין שהוא דתי – הוא כללי, אוניוורסלי ואינו מבחין בין חברה לחברה. נורמות פוליטיות, לעומת זאת, עניינן מקומי, וחלותן היא על חברה מסוימת בזמן נתון. גם מקור תוקפן של נורמות בתחום הפוליטי הוא במהותו פרטיקולרי. לכן, בניגוד למוסר, הקובע נורמות אידיאליות, הנורמה הפוליטית – שביטוייה הוא משפטי באופן מובהק – היא פוליטית. החוק המקומי אוסף נורמות מוסריות מסוימות המוכרות ככאלה בחברה נתונה. אך הפער בין האופי האוניוורסלי של המוסר לבין האופי הפרטיקולרי של חוק המדינה מקשה אכיפה של נורמות מוסריות בתחום הבין-לאומי.

מעבר לקושי הכללי באכיפת חוקים בין-לאומיים בזירה שאין בה ריבון אחד, קיימת מחלוקת חריפה גם על תוכנן של הנורמות שראוי לאיכפן. לכן אין תרגום משפטי בין-לאומי לרוב ההסדרים המוסריים הנהוגים ברמה החברתית-המקומית, כגון נורמות של צדק חלוקתי או דיני משפחה. חוק יבין-לאומי מסתפק בהתייחסות למספר מצומצם של נורמות מוסריות בעלות אופי בסיסי אשר נוגעות בנושאים חיוניים במיוחד, כגון זכויות אדם ודיני מלחמה. ההנחה הפילוסופית העומדת ברקע ההפרדה בין נורמות ברמה המוסרית האוניוורסלית לבין נורמות ברמה המשפטית הפרטיקולרית היא שזהותם של בני-אדם היא חברתית במהותה. כלומר, מעבר לתכונות אנושיות כלליות אשר משותפות לכולם וקובעות זכויות וחובות מוסריות אוניוורסליות, בסיס הערכים שעל-פיהם בני-אדם חיים ומתעצבים הוא קהילתי. זהותם היא תלוית תרבות ותלוית מסורת היסטורית מסוימת. לכן ההכרה בלגיטימיות המוסרית של שונות במערכת הנורמות הנהוגות בחברות שונות אינה רק תוצר של הודאה במגבלות האכיפה של המערכת מעבר לגבולות הריבונות של המדינה, אלא גם של הכרה פוליטיבית בזהות הערכית הנבדלת של כל חברה אנושית. אין צורך לאמץ גישה רב-תרבותית קיצונית כדי להכיר בנמנעות קיומה של מערכת נורמות הנאכפת באופן משפטי ברמה הבין-לאומית.

כיצד משתלבות הביו-אתיקה בכלל, והאתיקה של הגנטיקה בפרט, בתמונה זו? יש להעיר שהמחקר המדעי הוא פעילות יוצאת-דופן במובן זה שהוא חוצה גבולות לאומיים במהותו. מחקר מדעי כיום אפשרי רק במסגרת בין-לאומית, והוא עצמו יוצר קהילה בין-לאומית המכונה כיום "הקהילה האקדמית". כמו כל קהילה, גם זו המדעית תלויה לשם קיומה והצלחתה בקיומן של נורמות התנהגות שכל חברי הקהילה יהיו מחויבים להן: אמת, אמינות, יושרה. בלי אלה, כל המפעל המדעי יהא חסר כל ערך לעוסקים בו ולאלה האמורים ליהנות מפירותיו. אך יש גם נורמות אתיות של מחקר מדעי שהפרתן לא תפגע אולי בעצם תוקפן של תוצאות המחקר, אך תפגע גם תפגע בזהותם ובדימויים החברתי של כל חברי הקהילה המדעית. למשל, ניצול בני-אדם למחקר בלא הסכמתם, אף שלא יערער בהכרח את הערך המדעי של הניסוי, יחבל בהחלט בתפיסה העצמית הערכית של אנשי המדע בקהילה המדעית, ובדרך שבה הם תופסים את עצמם ואת תפקידם בחברה. לכן הנורמות מהסוג הראשון מכוננות את המושג "מחקר מדעי", ואילו הנורמות מן הסוג השני, אלה האתיות, מכוננות את המחקר המדעי לאור ערכים מוסריים וחברתיים כוללים.

לפיכך קל יותר לעגן את המפעל המדעי ברמה הבין-לאומית על-פי הנורמות המכוננות שלו, שכן לא תהיה מחלוקת בין מדענים בעולם לגבי חשיבותן של האמת, האמינות והיושרה באופן איסוף הנתונים ובהצגתם, אבל קשה יותר להגיע להסכמה בין-לאומית על הנורמות האתיות של המחקר, שכן אין הסכמה לגבי מטרותיה של הפרקטיקה המחקרית ולגבי האילוצים המוסריים החלים עליה. אין זה מפתיע שכל הפרה של חובת אמת ויושר נתקלת בגינוי ובהחרמה של כל הקהילה המדעית, אך זו מגיבה רק בשפה רפה, אם בכלל, על הפרות של נורמות אתיות האסורות, למשל, סיכון-יתר של המשתתפים במחקר. התחום הגנטי בכלל, וזה של מחקר בתאי גזע עובריים בפרט, רגיש במיוחד מבחינה מוסרית, ובעייתי במיוחד בכל הנוגע להסדרה נורמטיבית ברמה הבין-לאומית. בדרך-כלל בעיות מוסריות במחקר רפואי נוגעות באופן שבו אנו מתייחסים לבני-אדם קיימים. הרצונות, האינטרסים והזכויות שלהם קובעים את המגבלות של המותר והאסור באופן הטיפול בהם. כך, מושגים כגון "הסכמה מדעת", "כבוד האדם", "קדושת החיים" ו"זכויות" מכוננים את האילוצים האתיים החלים על כל מחקר מדעי בבני-אדם. אולם תאי גזע עובריים אינם בדיוק בני-אדם, ולא ברור אם ניתן לייחס להם זכויות, כבוד, אינטרסים או מעמד (מה שהפילוסוף עמנואל קנט כינה "תכלית"). כלומר, כאשר אנחנו עורכים ניסוי על תאי גזע עובריים, השאלה העומדת היא לא אם מתקיימים התנאים האתיים המקובלים של ניסוי רפואי בבני-אדם (השגת הסכמה מדעת, שמירה על כבוד הנחקר, הימנעות מהעמדתו בסיכון לא-פרופורציוני למטרות המחקר, הבטחת פיצוי הולם במקרה של תקלה), אלא השאלה היא אם מתקיימים התנאים המחייבים לראות במושא המחקר עצמו – אדם. כלומר, השאלה היא אם מתקיימים התנאים המקדימים ההופכים את השאלה המוסרית לרלוונטית מלכתחילה.

במובן זה, טוען הד, המחלוקת על שימוש בתאי גזע עובריים לצורכי מחקר היא בעיקרה מטפיזית, ולא אתית, כלומר, אם יש בכלל לתאי גזע מעמד מוסרי. מבחינה זו, הבעיה של מחקר בתאי גזע עובריים שרויה אי-שם בין השאלה של הפלות לבין זו של השתלות איברים. בדומה להפלות, מוקד הדיון הוא אם יש לתאי הגזע עצמם מעמד מוסרי כמו לעובר, ובדומה להשתלות איברים, מוקד הדיון הוא אם יש להתייחס אל תורם התאים כמו אל תורם איברים. האינטואיציה של רוב בני-האדם היא שתאי גזע קרובים פחות מעוברים למעמד מוסרי עצמאי, אך קרובים יותר למעמד זה מאשר איברים כגון כליות או קרניות. מבחינה מסוימת, תאי גזע הם רקמות, רקמת אדם גרידא. אך מבחינה אחרת הם בעלי פוטנציאל ליהפך לאדם שלם, וזו תכונה שאין לרקמה או לאיבר אנושי אחר.

בהתאם לניתוח זה יש שתי אסטרטגיות להסדרה נורמטיבית של מחקר בתאי גזע: על-פי הראשונה, והרדיקלית יותר מבחינת המחויבות המטפיזית שלה, חל איסור גמור על יצירת תאי גזע עובריים ומחקר עליהם. לפי תפיסה זו, לעובר יש מעמד מוסרי אשר מוגן מרגע ההפריה, ועקרון קדושת החיים חל על כל ביצית מופרית. בניגוד לנטילת תא אחד מבין שמונה תאים לצורך בדיקה גנטית לפני השרשה של ביצית מופרית שהושגה בהפריה חוץ-גופית – טכניקה שאינה מחבלת ביכולתו של העובר להתפתח לאדם נורמלי – נטילת קבוצת תאים מן הבלסטוציסט, בשלב מאוחר יותר, מבטלת את יכולתו של העובר להמשיך להתקיים ולהתפתח, ולכן פירושה המתת העובר. על-פי גישה זו, הפרקטיקה אסורה באופן

בלתי־תלוי באופן השגת התאים, בנסיבות שבהן הדבר נעשה וברצונם של תורמי החומר הגנטי – ההורים. עמדה זו מיוסדת על תיחום חד של אדם לעומת לא־אדם.

לעומתה, האסטרטגיה השנייה דוגלת בהדרגתיות של התהליך לקראת קניית מעמד מוסרי אנושי מלא, באופן בלתי־תלוי בסוגיית ההפללות, אשר נותרת פתוחה. הגישה לביציות המופרות היא כאל פוטנציאל אנושי שטרם מומש, כאל חומר גנטי שיש להתייחס אליו בכבוד מיוחד אף שאין הוא אדם במלוא מובן המילה. מאחר שתאי גזע נלקחים מרקמה אנושית שהייתה יכולה באופן עקרוני ליהפך לאדם, מוקד העניין המוסרי עובר מן המעמד של התאים עצמם אל הנסיבות של היווצרותם, האינטרס של אלה שיצרו או תרמו אותם, ובעיקר אל החלופות של השימוש בהם לצורכי מחקר, כלומר, מה יהיה גורלם של אותם תאי גזע אם לא ייעשה בהם שימוש מחקרי. על־פי גישה זו, ההיתר לשימוש בתאי גזע עשוי להיות מותנה, למשל, בהסכמה מפורשת של תורמי החומר הגנטי, בשימוש במה שמכונה כפי שראינו "עוברים עודפים", בשימוש בעוברים לאחר הפלה ובנטילת התאים מעוברים מוקפאים לאחר תום התקופה שבה אפשר להפשיטם לצורך השתלה ברחם.

מקומה של הכוונה במערך השיקולים מבדיל אף הוא בין שתי האסטרטגיות. על־פי הראשונה, לכוונה העומדת מאחורי יצירת הביצית המופרית, שממנה נלקחים תאי הגזע, אין כל נפקות לעניין האיסור החל על שימוש בתאים למטרות מחקר, ואילו על־פי השנייה, הפריית ביצית מתוך כוונה מראש להופכה למקור לתאי גזע עובריים היא לעיתים בדיוק מה שהופך את הפרקטיקה הזאת ללגיטימית. העמדה בסוגיה זו מכרעת לגבי הסיכוי לפתח תאי גזע שיהיו תואמים לחלוטין את התאים של אדם חולה שבו אנו מבקשים לטפל בעזרת תאי הגזע – מה שמכונה כאמור "רקמות אוטולוגיות", אשר אין חשש לדחייה שלהן. טיפול זה מחייב שיבוט תא של החולה באמצעות הפריית ביצית של תורמת עם גרעין של תא החולה. על־פי הגישה הראשונה, המאמינה שלכל ביצית מופרית יש מעמד מוסרי, כוונה מראש ליצור עובר כדי להמיתו למען מישו אחר רק מחמירה את העוולה שבשימוש בתאי הגזע שלו. לעומת זאת, על־פי הגישה השנייה, הכופפת את מוסריותה של הפרקטיקה לנסיבות השימוש בה ולתכליתה, דווקא כוונה זו – להציל מישו אחר – עשויה להקל את הלגיטימציה של השימוש בתאי גזע עובריים.

הד סיכם את דבריו באמירה כי אם הקהילה האקדמית אינה יוזמת בעצמה ואוכפת על עצמה את הנורמות האתיות שמגבילות את מחקרה בכל עניין ועניין, נוצר בציבור חשד שדברים פרוצים ובלתי־נשלטים נעשים במסגרתה. נוצרת לקונה שלתוכה החברה מכניסה רגולציה של המדע באמצעות הכלים הממוסדים של המדינה, ובכלל זה חקיקה. לדעתו של הד, הדבר מסוכן למדע. יש למנוע את הכניסה המסיבית של המדינה לפרטי־פרטים בעניינים שנוגעים בחזית המחקר המדעי, אשר איננו בטוחים עדיין לא רק מה הנוקים שמחקר זה עלול להסב, אלא בעיקר מה התועלת הגדולה שיכולה לצמוח ממנו. לכן הד הוא מחסידי הרגולציה העצמית.

הדובר השלישי היה ד"ר טל ז'רסקי מאוניברסיטת חיפה. ז'רסקי בתן בהרצאתו את שאלת השימוש במידע גנטי כחלק מהליך הכריתה של חווה ביטוח חיים ותמחור הפרמיה והפוליסה האמורה. בחינת השימוש במידע גנטי דווקא בהקשר זה מאפשרת, לדעת ז'רסקי, את בחינת הרציונלים הנוגעים בשימוש ובחשיפה של מידע גנטי, תוך השוואתם לרציונלים

כלכליים הנוגעים בתחום הביטוח ובחלוקת הסיכונים בדרך יעילה והוגנת בחברה. ז'רסקי הסביר כי התפתחות המחקר הרפואי בכלל, והעמקת המחקר בגנום האנושי בפרט, מאפשרים למדענים ללמוד על הקשרים שבין קיומם, שינויים או העדרם של גנים מסוימים לבין תופעות והשפעות בריאותיות. משם הדרך קצרה להסקת מסקנות ולמתן תחזיות בכל הנוגע לבריאותם ולתוחלת חייהם של נבדקים ספציפיים על-סמך בדיקות גנטיות. נגישותו של מידע מעין זה (אשר ילך ויתגבר עם הזמן ועם התפתחות המחקר) מעוררת שאלות אתיות ומשפטיות סבוכות: באילו הקשרים ניתן וראוי להשתמש במידע מעין זה, ובאילו מצבים ראוי ואף מתחייב להסתירו? התשובה לשאלות אלה תשתנה מהקשר להקשר, בהתאם להשלכות של חשיפת המידע והאינטרסים הנוגדים בכל סיטואציה. המחוקק הישראלי, בחוקקו את חוק מידע גנטי, בחר להשיב כבר כעת, ומעדיף בבירור שמירת פרטיות במידע הגנטי.

ז'רסקי העלה בהרצאתו את הטענות המרכזיים נגד מסירת מידע גנטי. ראשית, זהו מידע פרטי מההווה חלק מאישיותו של הנבדק ואף – לטענת חוקרים אחדים – מעין "ספר חייו", ויש חשש שהמידע הרגיש יימסר לצד שלישי (גופים פרטיים או המדינה) או יאפשר הסקת מסקנות שנוגעות אף בקרוביו של הנבדק המקורי. שנית, טעויות במידע זה או בשימוש בו טומנות בחובן סכנות לא-מבוטלות לנבדק. שלישית, יש משום חוסר הגינות ב"הענשת" נבדק על תוצאה שנקבעה כבר בלידתו, וקיים חשש לתיוג חברתי שלילי. רביעית, סירוב של נבדק למסור את המידע הגנטי שלו עלול לפגוע במבוטחים אחרים, שיסבסדו את אלה הנמצאים בקבוצת סיכון לנוכח הממצאים הגנטיים, ואף יאפשר לאלה שבמידע הגנטי שלהם יש אינדיקציות שליליות להגדיל את הכיסוי הביטוחי שלהם (תופעה הקרויה selection adverse). נוסף על כך בחן ז'רסקי כמה אינטרסים כלליים יותר הנוגעים בסוגיה זו: אינטרסים מדעיים ובריאותיים אשר ינסו לתמרץ אזרחים להיבדק בבדיקות גנטיות; אינטרסים כלכליים אשר יבקשו להגן על שוק ביטוח החיים כשוק משוכלל ועל רווחיותו של החברות הפועלות בו; ואינטרסים חברתיים אשר יבקשו להבטיח לכל אזרח אפשרות גישה למערכת הביטוח כדי לחלוק את הסיכונים שהוא מתמודד איתם עם שאר המבוטחים ובסכום השווה לכל נפש.

הדוברת הרביעית הייתה עו"ד טליה אגמון ממשרד הבריאות. אגמון דנה בהרצאתה בשאלה מדוע בדיקות גנטיות מפחידות אותנו יותר מכל בדיקה אחרת, ומדוע החוק מגביל עריכת בדיקות גנטיות (DNA), ולא בדיקות אחרות העשויות להעיד באותה מידה על מחלה גנטית.

טענתה של אגמון היא כי החששות מבדיקות גנטיות מבוססים בחלקם על הכרת הטבע האנושי ובחלקם על פחדים קמאיים ודעות קדומות. לכל הורה יש שאיפה שילדו יהיה בריא, שלם, חזק ויפה, וכן שיעביר את התכונות הללו לנכדים. כמו-כן, התפיסה המקובלת היא שההורים הם המוסמכים לדאוג לילדם ולקבוע מה טוב בעבורו. עם זאת, לקטינים יש מעמד מיוחד. אומנם לרוב מתאפשר להורים לקבוע בעבורם כמעט הכל, אולם אין הם רכוש ההורים, ואין ההורים חופשיים להזיק לילדיהם או לפגוע באינטרסים שלהם. המחוקק מתערב במקומות שבהם הוא סבור שעשויה להידרש לקטינים הגנה מפני הוריהם, לא רק כאשר ההורים פועלים בודון, אלא גם כאשר האינטרסים של ההורים עשויים להיות הפוכים

מאלה של הילד. בדיקות גנטיות הן דוגמה אחת. הרצון של חלק מההורים לדעת הכל, ותחושתם שצריך לברר את הכל כמה שיותר מוקדם, עלולים לגרום נזק לילדים. השאלה מתחדדת אף יותר בהקשרה האתי כאשר מדברים על בדיקות לעוברים, ואף לביציות מופרות לפני השרשה. כאן, לכאורה, לפי התפיסה החוקית המצויה כיום, האינטרס של ההורים – של האם – גובר עדיין על האינטרס של היילוד הפוטנציאלי, אבל יש בהחלט מקום לחשיבה אילו ממצאים גנטיים מצדיקים הפסקת היריון. אחת הנגזרות של קביעה כזו עשויה להיות הגבלת הבדיקות הרלוונטיות. מצד אחר, יש תמיד מקום לשקול מה תהא החלופה. בהעדר יכולת לוודא מראש שהילד לא יהיה נשא של גן מסוים, הורים עם נתונים גנטיים מסוימים עלולים להימנע פשוט מלהביא ילד לעולם. האם זו תוצאה עדיפה? המחוקק ניסה למתוח קו לגבי עריכת בדיקות גנטיות לקטינים בנקודת "הצורך לדעת". אולם השאלה הראשונה במקרה כזה היא: "של מי הצורך?" מסתבר שלא רק הצורך של הקטין משתקף בהוראות החוק, אלא גם הצורך של אחרים – למשל, לצורך תרומת איברים – וגם הצורך של הכלל, המדע והרפואה, כאשר מדובר בשיתוף קטינים במחקר גנטי. השאלה השנייה היא: "לדעת לאיזה צורך?" גם כאן מתערבבים שיקולים רפואיים עם שיקולים חברתיים, ואף ממוניים, כאשר מדובר בקביעת הורות המקנה, בין היתר, זכות למזונות.

אגמון סיכמה את דבריה באמירה כי לא מאוחר מדי להמשיך לשאול אם ולמה צריך להגביל את הבדיקות הגנטיות בכלל, ולגבי קטינים בפרט. האם באמת יש מקום לחשוש מהבדיקות הגנטיות יותר מאשר מבדיקות אחרות, ובהקשר של קטינים בפרט? האם ההגבלות הקיימות מוגזמות? האם צריך להמשיך? האם הרחקנו לכת או שמא אנחנו באמת מגינים בחוק הזה על הקטינים מפני חיטוט סקרני ומזיק במידע פרטי ואישי מאוד שאין לו תועלת אמיתית בטווח המידי? לדעתה של אגמון, העלאת השאלות תביא בסופו של דבר לידי ניסוח תשובות מנומקות ומבוססות יותר, אשר לא ינבעו מחרדות, מדעות קדומות וממיתוסים. גם אם בסופו של דבר נגיע בדיוק לאותן תשובות שיש לנו כיום, אם נבין טוב יותר למה, זו כבר סיבה טובה להמשיך לשאול.

פרק ה: מושב רביעי – הרפורמה בתחום הרשלנות הרפואית

משתתפי המושב: יושב־ראש – ד"ר נעם שר, עו"ד תמר קלהורה,
השופט בדימוס ד"ר גבריאל קלינג

1. פתח־דבר

בארצות־הברית ובישראל נטוש ויכוח מר בנושא של הסדרת תחום אחריותם המקצועית של גורמים רפואיים, צוותים מטפלים ומוסדות רפואיים. ההסדר המשפטי הקיים בתחום זה

הוא הסדר של רשלנות המבוסס על עקרונות של דיני הנזיקין. אלא בארצות-הברית, כך נטען, קיים משבר חמור בתחום האחריות הרפואית, שמתבטא, בין היתר, בתשלומי פיצויים הולכים וגדלים לניזוקים, במגמה של האצת התביעות, בהתפתחות של רפואה מתגוננת ואפילו בברירה של רופאים מתחומים מקצועיים שיש בהם ריבוי של תביעות ובהסטה של מתן שירותים רפואיים ממדינה למדינה בהתאם לדין הנוהג באותה מדינה.

מחוקקים מדינתיים בארצות-הברית הגיבו ברפורמות שעיקרן הטלת הגבלות על ההסדר הרגיל של רשלנות, ובשנים האחרונות מנסה ממשלו של הנשיא בוש, עד כה ללא הצלחה, להעביר חקיקה פדרלית הכוללת, בין היתר, הגבלות על פיצויים בגין כאב וסבל, קיצור תקופת ההתיישנות והגבלות נוספות, כגון בתחומים של פיצויים עונשיים.

בשנים האחרונות נשמעו טענות שהמשבר בתחום הרשלנות הרפואית הגיע גם לישראל, ועל רקע זה הוקמו בישראל ועדות ציבוריות כדי לבחון באופן מקיף את הרפורמה הדרושה בתחום האחריות הרפואית. ועדה אחת שהוקמה היא הוועדה לבדיקת אחריות לפגיעה בטיפול רפואי, בראשותו של השופט בדימוס ד"ר גבריאל קלינג (להלן: ועדת קלינג). ד"ר קלינג ייצג ועדה זו במושב. ועדה נוספת שהוקמה היא הוועדה הבינ-משרדית לבחינת הדרכים להקטנת ההוצאה הציבורית בגין תביעות רשלנות רפואית, בראשותה של טנה שפניץ, המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (אזרחי) (להלן: ועדת שפניץ). הוועדה פרסמה את ממצאיה ואת מסקנותיה בשלהי שנת 2005, לאחר שקיבלה כהנחת-עבודה את המלצתה של ועדת קלינג לא לשנות את משטר האחריות הקיים, המתבסס על סטנדרט של רשלנות. עו"ד תמר קלהורה ממחלקת ייעוץ וחקיקה אזרחית במשרד המשפטים, ששימשה חוקרת ומתאמת של הוועדה, הציגה במושב את ממצאיה ומסקנותיה של ועדת שפניץ. במקביל לפעולתה של ועדת שפניץ החל לפעול צוות בראשותם של שר האוצר ושר הבריאות שתפקידו לבחון חלופות לביטוח משותף ולניהול סיכונים משותף לכלל בתי-החולים הציבוריים הכלליים במדינת-ישראל בתחום של אחריות רפואית. צוות זה טרם פרסם דוח ציבורי. נושא זה של מבנה שוק הביטוח בתחום הרפואי נידון בדוח בן-דוד-ברודט, שבחן בשנת 1999 את מבנהו של השוק, והמליץ על הקמת חברה לא-ממשלתית שלא למטרות רווח שתרכז את הביטוח בנושא.

בכרך זה של כתב-העת מופיעים שני מאמרים שנכתבו בעקבות מושב זה: מאמרו של ד"ר נעם שר "רשלנות לעומת אחריות מוחלטת: ההבדלים ביניהם והשלכותיהם על הרפורמה הנדרשת בישראל בתחום הרשלנות הרפואית";²¹¹ ומאמרה של עו"ד תמר קלהורה "תביעות רשלנות רפואית: בין צרכיה של מערכת הבריאות לבין השבת מצבו של הניזוק לקדמותו, באספקלריה של דוח ועדת שפניץ".²¹²

מאמרו של שר מבקש לחשוף הבדלים שטרם נבחנו בין כלל הרשלנות לבין כלל האחריות המוחלטת, ולבחון לאורם את הרפורמה הדרושה, אם בכלל, בתחום האחריות

211 נעם שר "רשלנות לעומת אחריות מוחלטת: ההבדלים ביניהם והשלכותיהם על הרפורמה הנדרשת בישראל בתחום הרשלנות הרפואית" משפט ועסקים ו 333.

212 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.

הרפואית. התזה המרכזית במאמר היא כי רשלנות כבסיס להטלת אחריות יוצרת מנגנון מיוחד אשר שונה בטיבו ממנגנון האחריות המוחלטת. מאמרה של קלהורה מתאר את עבודתה הייחודית של ועדת שפניץ על רקע ייפוי הכוח שניתן לה למצוא דרכים להפחית את עלותן של תביעות הרשלנות הרפואית למשק. המאמר מתאר גם את עיקרי מחקר השדה שנעשה על ידי הוועדה, אשר הקיף אלפי פסקי דין והחלטות שניתנו במשך עשור. המחקר אישר כמה השערות רווחות ביחס לתביעות הרשלנות הרפואית, אך גם הפריך (או למצער לא אישש) השערות רווחות אחרות, בעיקר ביחס למספר התביעות ולגובה הסכומים שבתיה המשפט פוסקים.

2. תמצית דברי המשתתפים במושב

הדוברת הראשונה הייתה עו"ד תמר קלהורה ממשרד המשפטים. קלהורה הציגה את הנושא של הגבלת הפיצויים בדוח של ועדת שפניץ. ראשית הציגה קלהורה את ועדת שפניץ. ועדה זו הוקמה בשנת 2002 בעקבות פשרה בין משרד המשפטים למשרד האוצר שהושגה בעקבות ניסיון של משרד האוצר לכלול בחוק ההסדרים לשנת 2003 חקיקה שתגביל את הפיצויים בתביעות רשלנות רפואית באופן כללי. הכוונה המקורית הייתה להגביל לא רק את הפיצויים בגין כאב וסבל או בגין נזק ממוני, אלא להציב תקרה לפיצויים בכלל. משרד המשפטים התנגד לכך, וכפשרה הוחלט על הקמת ועדת שפניץ. ייפוי הכוח שניתן לוועדה היה לבחון את הדרכים להקטנת ההוצאה הציבורית בגין רשלנות רפואית, ולהציע חקיקה בהתאם. עבודת הוועדה בנושא זה נעשתה על רקע טענות רבות לגבי עלייה בסכומי הפיצויים ובמספר התביעות. המחשבה הייתה כי אי-אפשר לפעול ללא נתונים עובדתיים מפורטים ומדויקים ככל האפשר הן על מצבן של תביעות הרשלנות הרפואית בבתי המשפט והן על פניות למבטחים לתשלום פיצויים, ולכן נעשה מטעם הוועדה מחקר שדה. לאחר מחשבה הוחלט להקים מאגר מידע שיכלול את כל התיקים הרלוונטיים החל בשנת 1993. המאגר מכיל כ-4,500 תיקי רשלנות רפואית שהוגשו לבתי המשפט על-פני עשר שנים. ניתוח המידע על ידי הוועדה מעלה, בין היתר, את הממצאים הבאים: הראשון הוא מגמה בולטת למדי של ירידה במספר התיקים המופנים לבית המשפט המחוזי ועלייה במספר התיקים המופנים לבית משפט השלום. השאלה הייתה אם הירידה במספר התיקים המופנים לבית המשפט המחוזי נובעת מעלייה בסמכותם של בתי המשפט השלום. הממצאים מראים כי העלייה במספר התיקים בבתי המשפט השלום גדולה יותר מן הירידה במספר התיקים בבתי המשפט המחוזיים. כלומר, יש עלייה של ממש במספר התביעות הקטנות יותר, ומדובר בתיקים היוצרים עומס גדול על המערכת. השני הוא עלייה בשיעור התיקים הנסגרים בפשרה עד לכדי יותר מ-50% מכלל התיקים. המגמה בולטת במיוחד בבתי המשפט השלום, שבהם 850 מתוך 1,450 תיקים נסגרו בפשרה. השלישי הוא השימוש המועט שצדדים בתביעות רשלנות רפואית עושים בהליכים לפי סעיף 79 לחוק בתי המשפט²¹³ – פסיקה על-דרך פשרה בהסכמת בעלי הדין.

213 חוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984, ס"ח 284.

לב העניין בדיוני הוועדה היה כאמור הנושא של הגבלת הפיצויים. קלהורה הסבירה כי נקודת המוצא של הוועדה, שהסתמכה על ההמלצה בעניין בדוח קלינג, הייתה כי אין שינוי במשטר האחריות. לכן השאלה שאליה התייחסה הוועדה הייתה מה נדרש, בהינתן משטר של רשלנות, כדי להקטין את ההוצאה הציבורית בגין תביעות רשלנות רפואיות. השאלה הספציפית בהקשר של הגבלת הפיצויים הייתה אם ניתן, ראוי, צודק ויעיל להגביל את הפיצויים בשל נזק לא-ממוני תחת משטר האחריות של רשלנות.

הוועדה ניסתה לבחון, באמצעות מאגרי הפסיקה הממוחשבים, אם סכומי הפיצויים בתביעות רשלנות רפואיות שונים באופן מובהק מהסכומים בתביעות נזיקין אחרות. הסקירה של הוועדה העלתה כי הם אינם שונים. גם מבחינת הסכומים הכלליים, גם מבחינת הסכומים בגין כאב וסבל וגם מבחינת הסכומים בגין קיצור תוחלת חיים – לא נמצא הבדל בין תביעות רשלנות רפואיות לבין תביעות אחרות.

לקראת סוף הרצאתה ביקשה קלהורה לעמוד על הנימוקים בעד ונגד הגבלת הפיצויים. במוקד הוויכוח בנושא זה עמדה השאלה אם שמים במרכז את דיני הנזיקין, שלפיהם מטרת הפיצוי היא להשיב את מצבו של הנזוק לקדמותו, או שיש לשים במרכז את חוק ביטוח בריאות ממלכתי ואת העקרונות החשובים לא-פחות שלו, קרי, מתן שירות רפואי לכמה שיותר אנשים בצורה שוויונית ומיטבית במגבלות התקציב.

משרד האוצר שם את הדגש בחוק ביטוח בריאות ממלכתי. יש לזכור כי הדיון נערך בשנת 2002, בעיצומו של משבר כלכלי חריף, ובמצב כזה, לטענתם של נציגי משרד האוצר, השיקולים של הכלל ושל מערכת הבריאות צריכים לקבל עדיפות על השיקול של פיצוי לנזוק יחיד כזה או אחר. נוסף על כך נטען כי היעילות הכלכלית במערכת הבריאות – שהינה מערכת ציבורית המונעת על-ידי הרצון לעזור לאנשים – לא תפגע אם היא לא תצטרך לשאת במלוא הנזק.

נציגי משרד המשפטים, לעומתם, טענו כי אין מקום להגביל את הפיצויים גם משיקולים חוקתיים וגם משיקולים של יעילות כלכלית. נוסף על כך הייתה להם ביקורת גם לגבי ההסדר הספציפי. טענתם הייתה כי אין מקום להעתיק את ההסדר של חוק הפיצויים – לא רק מכיוון שמדובר במשטר אחריות שונה, אלא גם מכיוון שמבחינה עובדתית הוא אינו מתאים. נוסף על כך נטען כי עלולה להיות פגיעה ביעילות הכלכלית, מכיוון שאף-על-פי שמדובר במערכת ציבורית וברופאים מסורים שרוצים לטפל בחולים, ולא לפגוע בהם, גם רופאים מועדים לטעויות. למעשה, דווקא משום שהמערכת ציבורית, נשיאתה במלוא עלות הנזק תתרום ליעילות הכלכלית, מכיוון שמערכת ציבורית יכולה להקצות כספים להגברת הבטיחות ולהקטנת הרשלנויות, בצורה שתהיה יעילה יותר גם מבחינה כלכלית. נוסף על כך, המערכת הציבורית יכולה לפקח טוב יותר על הרופאים, ויהיה לה תמריץ גדול יותר לעשות כן אם היא תדע שהיא נושאת במלוא הנזק.

בהיבט החוקתי, חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו מאלץ כיום את המחוקק לחשוב אם החוק שהוא רוצה לחוקק עומד בתנאיה של פסקת ההגבלה. לכן יש לבחון, ראשית, אם מדובר בפגיעה. ניתן לומר, לדעתה של קלהורה, כי התשובה תלויה בהסדר. הסדר של תקרה, בפרט כאשר התקרה אינה גבוהה, מהווה ככל הנראה פגיעה. לא הייתה מחלוקת של ממש בשאלת התכלית הראויה – אם הכסף שייחסך בתביעות רשלנות רפואיות אכן יעבור

לטיפול רפואי, אזי אין ספק שזו תכלית ראויה. שאלה נוספת היא אם יש קשר בין האמצעי שנבחר לבין המטרה. משרד המשפטים סבר כי לנוכח העובדה שקיים ספק גדול מאוד אם הפיצויים הם אכן הסיבה לעלייה בסכומים, לא ברור שהגבלת הפיצויים תשיג את המטרה. נוסף על כך, האמצעי שנבחר פוגע דווקא בחולים ובנפגעים הקשים ביותר, כי הם אלה שהפיצוי שלהם יהיה גבוה מהתקרה. המבחן האחרון הוא מבחן המידתיות. ההערכה היא כי החיסכון הצפוי מהגבלת הפיצויים יהיה כ-20 מיליון שקלים בשנה. מדובר בחיסכון קטן יחסית לתקציב הבריאות, העומד על 22 מיליארד שקלים. לכן ספק רב מאוד אם החיסכון שקול כנגד הנזק שייגרם לתובעים מן ההסדר המוצע.

סיכום הדברים, על-פי קלהורה, הוא כי היו ונשארו חילוקי דעות בין משרד המשפטים לבין משרדי האוצר והבריאות בשאלה אם ההסדר שבחוק הפיצויים הוא ההסדר המתאים. הנתונים חיקו אומנם את דעת הוועדה כי ההסדר אינו ההסדר המתאים, וכי הקטנת הפיצויים צריכה לנבוע מהסדר אחר, אך לא שכנעו אותה. לפיכך, הסבירה קלהורה, נעשתה פנייה ליועץ המשפטי לממשלה, אשר חיווה את דעתו כי קיים ספק רב בשאלת חוקתיותו של ההסדר המוצע. לכן אין המלצה בעניין זה בדוח הוועדה.

הדובר השני היה השופט בדימוס ד"ר גבריאל קלינג. קלינג פתח את דבריו במסקנה כי בעשור הקרוב לא יהיו מהפכות בתחום של תביעות בגין פגיעות על-ידי טיפול רפואי. הסיבות לכך נעוצות לא באקדמיה, בסטטיסטיקה או במערכת הבריאות, אלא במערכת השלטונית. קלינג הסביר כי אנשי משרד האוצר אינם מבינים כי השיטה המשפטית הקיימת במדינת ישראל שונה מאוד מהשיטה הקיימת בארצות הברית. לפיכך הרעיון הרווח בארצות הברית של הפחתת הפיצויים ויישום תקרות של פיצויים על כאב וסבל אינו ישים בישראל, שבה קיימת מנטליות שונה ואין בה חבר-מושבעים. קלינג מסכים בהחלט כי חיוני לחסוך ולצמצם את העלויות, אך הפתרון אינו יכול לבוא, לדעתו, מהכיוון של הפחתת הפיצויים.

בעיית העלויות עמדה בראש מעייניה של ועדת קלינג. עקב חוסר תקציב הסתייעה הוועדה בנתונים גלובליים, ולא בנתונים של תיקים מסוימים. השאלה הייתה איך ניתן לחסוך בהוצאות – שאלה אשר השתלבה בבעיית מעמדו של הרופא. קלינג ציין כי הרופאים הם שציידו בכך שמשטר האחריות יהיה משטר של אחריות מוחלטת, ולא של רשלנות. הסיבה לכך, לדעת קלינג, היא שהרופאים, גם בפרקטיקה הפרטית, אינם נושאים בעלות הביטוח. יש לזכור כי הפרמיות בביטוח נגזרות באופן ישיר מהפיצויים, ונוסף על כך, הן משתנות עם השנים. הראיה לכך היא ששום חברת ביטוח אינה מוכנה לערוך ביטוח לשנים רבות. לכן הנושא של מעבר לאחריות מוחלטת לא נגע ברופאים, שהיו אדישים לשאלה מה יהיו הפרמיות.

עם זאת, קיימת, לטענת קלינג, סיבה אמיתית וטובה לקיום משטר של אחריות מוחלטת. הסיבה היא שמשטר של אחריות מוחלטת עשוי להפחית באופן משמעותי את העומס בבתי המשפט, ולפיכך את זמן ההמתנה לקבלת שירות, מאחר שבתי המשפט לא יהיו עסוקים בדיונים בשאלה אם ראוי לקבוע שהייתה רשלנות.

מדוע נדחה רעיון זה על-ידי ועדת קלינג? הסיבה לכך, הסביר קלינג, היא שמשטר של אחריות מוחלטת דורש קיומו של פיצוי גם במקרים שבהם לא הייתה רשלנות, קרי, כאשר הטיפול לא הצליח במסגרת הסטטיסטיקה. לכן מדובר בעלויות גבוהות מאוד.

סיכום הדברים, על-פי קלינג, הוא שיש להניח לדעתו לנושא הזה לתקופת-מה, מאחר שהבעיה היא שאין לנו פתרונות אחרים, אלא אם כן אנחנו רוצים לפגוע בצורה קשה בזכויות. לכן צריך להשאיר את הדברים על כנם, ולהפסיק להקים ועדות על-גבי ועדות. הדובר השלישי היה ד"ר נעם שר מהמרכז הבינתחומי הרצליה. שר הציג בהרצאתו תזה שלפיה משטר הרשלנות קובע מנגנון מיוחד אשר מתמודד טוב יותר עם מבנה העלויות בשוק בהשוואה למנגנון של אחריות מוחלטת, ולכן הוא עדיף בשאלות של אחריות רפואית. שר סקר בהרצאתו את מבנה העלויות, הגדיר את הבעיה המרכזית בשוק, וניסה לבחון באמצעות מודל אם דרושה בכלל רפורמה בתחום, ואם כן – אילו כלי מדיניות יכולים לשרת את הרפורמה הזאת בצורה טובה, ואילו עלולים להקטין את הרווחה החברתית. טענתו הראשונה של שר היא כי בשוק של הספקת שירותי הרפואה קיימת בעיה מרכזית של פעולות נסתרות (hidden actions) של ספקי השירותים, כולל צוותים רפואיים, רופאים וגם מוסדות רפואיים. מהי הבעיה הזאת ולאילו עלויות היא גורמת? הרופא והחולה מתקשרים בעסקה שלפיה הרופא מתחייב לתת לחולה טיפול רפואי נאות. הבעיה הבסיסית כאן היא שאחרי שהעסקה הזאת נעשית, החולה אינו יכול לדעת אם הרופא נקט פעולה נאותה. החולה אינו יכול לקבוע בחוזה הזה מבנה תמריצים שיניע את הרופא לנקוט את הפעולה הנאותה. בתחומים אחרים הדבר אפשרי. בתחום של העסקת מנהלים בחברות, למשל, אפשר לקבוע חוזה עם המנהל שיפתור את הבעיה. למשל, אפשר לקבוע שהשכר שיקבל המנהל יהיה תלוי ברווח של החברה, ואז למנהל יש תמריץ לפעול בצורה נאותה. בתחום הרפואה הדבר בלתי-אפשרי, שכן אי-אפשר לדעת על-סמך תוצאות הטיפול כיצד פעל הרופא. ייתכן שטיפול מסוים נכשל בגלל רשלנות של הרופא, אך ייתכן גם שהוא נכשל למרות פעולה נאותה של הרופא. אין לחולה כל דרך לדעת, גם בדיעבד, כיצד פעל הרופא. נוצרת כאן בעיה של סיכון מוסרי (moral hazard). בעיה כזאת נוצרת תמיד כאשר צד אחד לעסקה, במקרה שלנו הרופא, יכול לנקוט פעולה מסוימת שמשפיעה על שווי העסקה בעיני הצד האחר, במקרה שלנו החולה. נוסף על כך, הצד האחר לעסקה, הדיינו החולה, אינו יכול לפקח על הרופא, ואינו יכול לכפות אותו לבצע את הפעולה הנאותה. העובדה שלרופא יש מוניטין אין בה כדי לפתור את הבעיה. למה? מפני שהרופא אינו מסכן באמת את המוניטין שלו. מדוע הרופא אינו מסכן את המוניטין שלו? שוב, מאותה סיבה – מפני שמתוצאת הטיפול אי-אפשר להסיק מסקנות לגבי אופן פעולתו של הרופא. אותה בעיה קיימת גם כאשר הרופא עובד במוסד רפואי בעל מוניטין. המוסד הרפואי אומנם מפקח על הרופא ורוותם את המוניטין שלו לצורך העניין, אבל גם פעולותיו של המוסד הרפואי הן פעולות נסתרות. כיצד החולה יכול לדעת אם המוסד הרפואי הפעיל פיקוח נאות או ניהול סיכונים נאות? הבעיה אינה נעלמת גם כאשר רותמים את המוניטין של המוסד הרפואי למנגנון הזה. לכן צריך להטיל אחריות משפטית גם על רופאים וגם על מוסדות רפואיים.

במודל הזה לדין יש תפקיד מרכזי בפתרון הבעיה. הדין יכול לחשוף את האופן שבו הרופא פעל ואת האופן שבו המוסד הרפואי פיקח. רק כך ניתן לפתור בשוק הזה את בעיית הסיכון המוסרי. אבל למה דווקא רשלנות, ולא אחריות מוחלטת? כמה סיבות: ראשית, במנגנון של רשלנות בית-המשפט נאלץ לדון בשאלות כגון מה הייתה רמת המאמץ של

הרופא בפעולה ומה הייתה רמת הפיקוח של המוסד הרפואי. מנגנון של אחריות מוחלטת מוותר על הדיון הזה. לדעת שר, מידע זה, שבית המשפט מעביר לשוק, הוא מידע רב-ערך שיכול לפתור את הבעיה המרכזית הזאת שקיימת בשוק, ואי-אפשר להפיקו במנגנון של אחריות מוחלטת. שנית, כאשר חל כלל של אחריות מוחלטת, למוסד הרפואי אין תמריץ לחשוף מקרים שהסיכון שהם יתגלו הוא מזערי. שלישית, הנושא של מוניטין – למוניטין של הרופא ושל המוסד הרפואי יש כאמור משמעות רבה במנגנון הזה. הוא משמש כלי, אם כי לא יעיל דיו, לפתרון הבעיה של סיכון מוסרי. רק כלל של רשלנות יכול לאיים על המוניטין, ובטווח הארוך הוא גם זה שמאפשר לרופא ולמוסד הרפואי לבנות לעצמם מוניטין. רביעית, טיעונים של סטנדרטיזציה – יש חשיבות רבה לכך שרופאים ומוסדות רפואיים יקיימו תהליכים רפואיים דומים. סטנדרטיזציה מאפשרת העברה של שירותים רפואיים בין מוסדות בעלות נמוכה יחסית, מה שמאפשר לחולים להשוות בין המוסדות הרפואיים, שהרי לחולה אין שום כלי אובייקטיבי לשפוט מה איכות הטיפול שניתן בכל מקום. תמריצי סטנדרטיזציה קיימים רק במנגנון של רשלנות, אשר חושף מדי פעם כיצד מוסדות רפואיים פועלים. חמישית, כלל של רשלנות מאפשר לבדוק את מידת ההתאמה לאורך זמן של רמת הרפואה להתפתחות המדע. לעומת זאת, כלל של אחריות מוחלטת אינו מאפשר זאת. לבתי המשפט אין כלים חזקים לבדוק את השאלה איזה ניתוח או איזו פרוצדורה צריך לבצע במקרה מסוים. עם זאת, הם יכולים לבדוק בקלות שהרופא מתעכךן ושבת-החולים משכללים את הפרוצדורות הרפואיות בהתאם להתפתחות הרפואה. מנגנון של אחריות מוחלטת אינו עורך בדיקה כזאת אף-פעם; מנגנון של רשלנות עושה זאת. שישית, נושא הביטוח – ברור שלחברת הביטוח יש תפקיד רב-משמעות בפתרונה של בעיית הסיכון המוסרי בשוק של הספקת שירותי הרפואה. חברות ביטוח לא רק מפזרות נזק, אלא גם מכוונות את ההתנהגות של מי שמבוטח אצלן. הן מקיימות מנגנון של פיקוח, ובכלל זה מנגנון של ניהול סיכונים. כלל של רשלנות מעביר מידע רב מאוד לחברות הביטוח, ומאפשר להן לבצע ניהול סיכונים ברמה גבוהה, ותוך כדי כך גם לכוון את התנהגותם של הרופאים והמוסדות הרפואיים. כלל של אחריות מוחלטת אינו מאפשר זאת.

כאן עבר שר לשאלה העיקרית בהצאתו: אם אנחנו מסכימים שיש בעיה מרכזית של מידע בשוק, היא בעיית הסיכון המוסרי, ושמנגנון של רשלנות פותר אותה בצורה מיטבית, אזי איזו רפורמה צריך להכיל, אם בכלל, ואילו כלי מדיניות צריכים להיות הבסיס לרפורמה כזאת?

בנושא של הטלת הגבלות על מנגנון הרשלנות, שר מציע לא להטיל שום הגבלה שתפגע בפעולת המנגנון. ועדת קלינג, למשל, המליצה כמה המלצות שמטרתן להקטין את הפגיעה בשמו הטוב של הרופא. בין היתר המליצה הוועדה שהתובע יחויב בתשלום אגרה מלאה במקרים שבהם הוא נוקב את סכום התביעה. הוועדה חשבה שאם לא ינקבו את סכום התביעה, יקטן התמריץ לפרסם את הסיפור בעיתון, ואז שמו של הרופא ייפגע פחות. דעתו של שר היא כי הדבר אינו ראוי. מאותה סיבה גם המליצה הוועדה לא להתיר תביעה אישית נגד הרופא, אלא רק נגד המוסד שבו הוא עובד. גם בעניין זה דעתו של שר היא כי אי-אפשר לפתור כך בצורה יעילה את הבעיה של סיכון מוסרי בשוק של הספקת שירותי מידע, והדבר נכון לכל מקצוע.

מה שר ממליץ אם כן לעשות? מאחר שהבעיה היא בעיית מידע, יש להשתמש בכלי מדיניות שפותרים את הכשל הזה. ראשית, יש להקים מנהלת לאומית לבטיחות, על-פי המלצתה של ועדת שפניץ, שתשים דגש לא בהתערבות, אלא בגילוי נאות, בפיקוח על זרימת המידע למנהלת ובעידוד זרימת המידע באופן דומה לזה שנהוג בשוק ההון. שנית, יש להקים רשומה לאומית של מידע על רופאים ומוסדות רפואיים. דעתו של שר היא כי צריך לתעד סטטיסטיקה על כל רופא, על כל מחלקה, על כל בית-חולים ועל כל פרוצדורה שנעשית. רשומה זו צריכה לכלול גם מידע על כל תביעה שהוגשה ועל כל פסק-דין שניתן. אם תוקם רשומה רפואית לאומית על רופאים ועל מוסדות, תהיה לה השפעה עצומה בנושא הזה של הקטנת הפגיעות בחולים. שלישית, יש לסייע בשכלול שוק הביטוח. לשם כך יש לדאוג – באמצעות כלים קיימים, כגון הגבלים עסקיים – שתהיה תחרות בשוק הביטוח ושיתקיים פיקוח על חברות הביטוח, כולל על יציבותן הפיננסית ודרך הפעולה שלהן, כך שלא ייווצר קרטל.

פרק ו: מושב חמישי – היבטים חדשים ברשלנות רפואית

משתתפי המושב: יושב-ראש – ד"ר אסף יעקב, פרופ' ישראל גלעד,
פרופ' דניאל מור, ד"ר צחי קרן-פז, ד"ר גיל סיגל

1. פתח-דבר

מטרתו של מושב זה הייתה לבחון היבטים חדשים בתחום הדינמי והמורכב של רשלנות רפואית. הנושאים שנדונו במושב זה היו: סוגיית ההסכמה מדעת; שימוש בטכניקות של העברת נטל ההוכחה ואחריות יחסית ברשלנות רפואית, והשלכותיהן על שאלת גבולות האחריות הראויים; שימוש במומחים רפואיים מטעם בית-המשפט בקביעת האחריות בתביעות רשלנות רפואית; השפעת הבחירה בין משטרי אחריות שונים על הפסדי המוניטין של הרופאים; וזכות לפיצויים במשטר ללא אשם.

2. תמצית דברי המשתתפים במושב

הדובר הראשון היה ד"ר אסף יעקב מהמרכז הבינתחומי הרצליה. נושא הרצאתו של יעקב היה סוגיית ההסכמה מדעת בפסיקה החדשה. הרצאתו של יעקב נסבה סביב שני פסקי-דין, שהינם עיקריים בתחום לדעתו: עניין וינשטיין²¹⁴ ועניין ע.ס.²¹⁵ פסקי-דין אלה

214 ע"א 9817/02 וינשטיין נ' ד"ר ברגמן (לא פורסם, 16.6.2005).

215 ע"א 4960/04 ע.ס. נ' קופת חולים של ההסתדרות הכללית (לא פורסם, 19.12.2005).

הרחיבו, לדעת יעקב, את דוקטרינת ההסכמה מדעת מעבר לגבולות שהותוו לה בעניין דעקה.²¹⁶ הרחבה זו אינה מוצדקת, לדעתו, לפחות ככל שהדברים נוגעים בשיקולי הרתעה של הרופאים.

יעקב פתח את הרצאתו בהצגת עניין דעקה. החידוש העיקרי לדעתו בפרשה זו היה שבית-המשפט הכיר בראש-נזק עצמאי של פגיעה באוטונומיה תחת עוולת הרשלנות. כלומר, הפגיעה באוטונומיה והנזק לגוף הם שני ראשי-נזק נפרדים. נוסף על כך נקבע כי הפגיעה באוטונומיה קיימת גם אם לא הוכח שהחולה היה משנה את החלטתו בעקבות מסירה של המידע כנדרש.

בעניין דעקה ניסה בית-המשפט להתמודד עם הטיעון של רפואה מתגוננת. בית-המשפט קבע כי לדעתו לא תהיה הגברה של אמצעי המניעה שינקטו הרופאים, מכיוון שלטענתו החינוך והאחריות אינם נובעים מאמצעי הזהירות, ככל שהם קשורים לטיפול עצמו. חששו של בית-המשפט היה דווקא מהצפה במידע, קרי, שהרופאים ינסו לחמוק מאחריות באמצעות הצפת החולה במידע. עם זאת, בית-המשפט דחה טענה זו משתי סיבות: הראשונה היא כי חובת הגילוי שרירה וקיימת ואינה משתנה בגלל הפיזוי, אלא רק מגובה בפיזוי במקרה של הפרה; השנייה היא שעל-פי-רוב הפיזוי בגין הפגיעה באוטונומיה הוא מצומצם, ולכן לא סביר שהרופא ינקוט אמצעים קיצוניים כדי להתגונן מפניו. כראיה לכך יעקב מצביע על כך שבפסק-הדין עצמו עמד הפיזוי על 15,000 שקלים בלבד.

מכאן עבר יעקב לדון בפסקי-הדין החדשים שציין. בעניין וינשטיין דובר בניתוח לשיפור ראייה שבעקבותיו לקה החולה בנכות של 55%. בית-המשפט העליון קבע כי בנסיבות המקרה לא היה קשר סיבתי בין הטיפול בלייזר לבין הנזק העיקרי, כך שלמעשה לא הייתה התרשלות של הרופאים ולכן לא נקבע פיזוי בגין הנזק הגופני. עם זאת, פסק בית-המשפט פיזוי בסך של 150,000 שקלים בגין הפגיעה באוטונומיה. יעקב ציין כי היה אפשר לטעון כי הפיזוי לא ניתן רק בשל הפגיעה באוטונומיה, אלא גם בשל קיומו של רכיב של קשר סיבתי, אך השופטת נאור חזרה והדגישה את העובדה שהפיזוי ניתן בגין הפגיעה באוטונומיה, ולא בגין דבר אחר.

השאלה שהעלה יעקב בהקשר זה היא אם ראש-נזק מוגדל זה מספק לרופאים תמריצים ראויים? המצב החלופי, הסביר יעקב, הוא שאין ראש-נזק של פגיעה באוטונומיה. בהנחה שעל הרופא תוטל החובה הכללית, האם עדיין יהיו לו תמריצים ראויים? במישור של תמרוץ לגילוי נאות, גם אם הרופא פעל באופן סביר, הוא יידרש לשלם אם לא ביצע גילוי נאות. כלומר, הופכים למעשה את הרופא למבטח של הנזק במצב שבו הוא לא גילה את המידע לחולה. כל זאת בהנחה שהחולה לא היה עובר את הטיפול אילו נמסר המידע. כלומר, במצב שבו הרופא לא התרשל אבל לא גילה לחולה את המידע, החולה יקבל פיזוי אף שלא הייתה רשלנות כלפיו. מכיוון שהרופא רואה את הדברים מראש, הוא יצטרך להתייחס לעלות הכוללת של פעילותו, אשר מכילה את הוצאות הזהירות, מצד אחד, אבל מכילה גם אותו רכיב שלפיו הוא יצטרך לשלם אם הוא לא גילה מידע ואם החולה לא היה עובר את הניתוח אילו ניתן לו המידע, מצד אחר.

216 ע"א 93 / 2781 דעקה נ' בית החולים "כרמל", חיפה, פ"ד נג(4) 526 (1999).

טענתו של יעקב היא כי קביעה שהרופא יצטרך לשלם גם אם הוא לא התרשל מהווה תמריץ מספק לגלות מידע. השאלה היא אם יש צורך בתוספת הרתעה בדמות ראש־נוק משמעותי של פגיעה באוטונומיה גם אם החולה לא היה משנה את דעתו, קרי, גם כאשר אין קשר סיבתי בין העדר ההסכמה לבין הנזק שנגרם בסופו של דבר.

כיצד חובת הגילוי משפיעה על הרופא? לדעתו של יעקב, תוצאות הקיום או ההפרה של חובת הגילוי אינן סימטריות. נניח שהרופא מחזיק במידע המצוי בתחום האפור של חובת הגילוי. גילוי המידע יפטור את הרופא מכל אחריות שהיא. אי־גילוי יחייב את הרופא בפיצוי בעבור הנזק גם אם השקיע באמצעי הזהירות הראויים. מצב זה יעודד את הרופא לגלות לחולה יותר ויותר מידע שנמצא לדעתו לפחות בתחום האפור. המסקנה היא כי ככל שהפיצוי הצפוי לרופא בגין ההפרה גדול יותר כן תגבר זרימת המידע מהרופא אל החולה. כלומר, החובה מושפעת מגובה הפיצוי שהרופא חשוף אליו.

יעקב ציין כי מסקנה זו נכונה במיוחד בישראל, שבה טרם ניתן ולו פסק־דין אחד שחייב רופא בפיצוי בגין גילוי מידע עודף. כלומר, אין רף לגילוי־יתר, אלא רק לגילוי־חסר. לכן, לדעתו של יעקב, ההחלטה בעניין וינשטיין תגרום להגברת־יתר של התמריצים של רופאים לספק מידע.

כיצד מידע עודף יכול ליצור עלות מנקודת־מבטו של החולה? ראשית, הצפה במידע מקשה עליו את הבחירה. דוגמה לכך היא רשת האינטרנט, המציפה את המשתמש במידע שקשה לסננו באופן ראוי. לכן החולה נסמך על הרופא כשומר־הסף אשר יסנן ויעבד בעבורו את המידע הדרוש לו. שנית, זמן רופא – הצפה במידע תגרום לכך שהרופא יהיה עסוק בהסברת מהות הטיפול במקום להגיש טיפול. כלומר, תיווצר החצנה של השימוש במידע, מאחר שהחולה אינו מפנים את עלות ייצורה במערכת בריאות ציבורית. השאלה העולה בהקשר זה היא אם החולה יסכים לשלם יותר בעבור הטיפול כאשר הוא יודע שהוא לא ישנה את החלטתו גם אם המידע יימסר לו. שלישית, חיוב מוגבר לגלות מידע פוגע באוטונומיה של הרופא. יעקב הדגים טענה זו בעזרת כמה דוגמות. הראשונה היא מקרה שבו רופא, אשר נוקט את כל אמצעי הזהירות ואינו רשלין, חולה במחלה מידבקת. האם הוא מחויב למסור את המידע הזה לחולה? הדוגמה השנייה, על־דרך של הרחבה, נוגעת בחיוב לגלות מידע בנוגע לאורח החיים הכללי של הרופא: שעות השינה, הרגלי השתייה, קיום יחסי מין לא־מוגנים וכיוצא בהם – האם כל המידע הזה, אשר החולה מצידו יכול להגיד שהוא רלוונטי, צריך להימסר לחולה? הדוגמה השלישית היא נושא הסטטיסטיקה – קיימים כמה פסק־דין שחייבו רופא לגלות מה הסטטיסטיקה שלו, ואם הסטטיסטיקה של עמיתו טובה יותר. טענתו של יעקב היא כי החובה לגלות את המידע הזה משפיעה באופן ישיר על חופש העיסוק של הרופא. הדוגמה הרביעית מתייחסת לעניין סיד, ²¹⁷ שבו הורחבה הדוקטרינה של הסכמה מדעת באופן קצת שונה. באותו מקרה דובר בתביעה נזיקית בגין הולדה בעוולה. בדיקת על־קול (אולטרסאונד) שנעשתה לא גילתה פגמים בכף־היד של העובר, אך בית־המשפט קיבל את הטענה שלא הייתה רשלנות בביצוע הבדיקה. הרשלנות הייתה באי־ידועה של המטופלת שקיימת אפשרות לביצוע בדיקת על־

217 ע"א 4960/04 סידי נ' קופת־החולים של ההסתדרות הכללית (לא פורסם, 19.12.2005).

קול במגזר הפרטי, אשר הייתה מגלה את הפגם בכף-היד. בית-המשפט קובע כאן למעשה שחובת הגילוי שחלה על הרופא מתייחסת לא רק לטיפול שניתן, אלא גם לבדיקות נוספות שלא ניתנו בנסיבות העניין. טענתו של יעקב היא כי מדובר בהרחבה של הדוקטרינה של הסכמה מדעת. דוקטרינה זו מדברת על הגנה על האוטונומיה של החולה לגבי הטיפולים שהוא מקבל, קרי, לאפשר לו מתן הסכמה לטיפולים שהוא מקבל. הכללתם של טיפולים חלופיים בתוך הדוקטרינה מהווה אמירה שלפיה החלטת המטופל לגבי ביצוע הטיפול הייתה משתנה אילו ידע על החלופות האחרות. כלומר, לא היה שינוי בבדיקה עצמה, אלא בעצם ביצועה. הבעיה לדעתו של יעקב – ודעת המיעוט בעניין סידי אכן מצביעה עליה – היא כי תמיד קיימת בדיקה נוספת שאותה לא גילה הרופא למטופל, ועל-כן תמיד ניתן להאשימו לכאורה בהפרת חובת הגילוי. למעשה, בית-המשפט מרחיב את דוקטרינת ההסכמה וקובע חובת גילוי כללית.

לסיכום, הסביר יעקב, הבעיה העקרונית היא שהרופא, אשר האינטרס שלו הוא בדרך-כלל לפעול לטובת החולה, צריך לעמוד הלכה למעשה באמות-מידה מחמירות יותר מאשר, למשל, אדם שפוגע ברשלנות עם אבן בחברו ונדרש לשלם פיצוי בגין הנזק שנגרם. ייתכן, ציין יעקב, כי אנו מתמקדים למעלה מן הנדרש ברופאים, ופחות מדי בעקרונות הרגילים של עוולת הרשלנות.

הדובר השני היה פרופ' ישראל גלעד מהאוניברסיטה העברית בירושלים. נושא הרצאתו של גלעד היה נטל ההוכחה ואחריות יחסית ברשלנות רפואית, והשלכותיהם על גבולות האחריות הראויים. גלעד פתח את הרצאתו בדיון במושכלות-יסוד. על-פי הכללים הרגילים, המסורתיים, כדי להצליח בתביעת רשלנות רפואית, על התובע להראות, על-פי מאזן ההסתברויות, התקיימותם של שלושה יסודות: הנתבע התרשל; קיים קשר סיבתי עובדתי בין ההתרשלות לבין הנזק שנגרם; וקיים קשר סיבתי משפטי, כלומר, הנזק שנגרם בפועל לאחר מעשה הוא התממשות של הסיכון העוולתי, שהפך את ההתנהגות להתרשלות.

גלעד הסביר כי במקרים רבים התובעים אינם מצליחים לעמוד בעומס הזה של הוכחת שלושת היסודות, אך בתי-המשפט חשים לא-נוח לדחות את התביעה אף שהתובע לא עמד בנטל. הסיבה לכך היא שבית-המשפט שוקל שיקולים של חזק מול חלש: מערכת רפואית בעלת כיסוי ביטוחי מול חולה. לכן בית-המשפט חש אהדה לחולה ורצון לסייע לו. נוסף על כך, ברוב המקרים קיימת תחושה שהיה בכל-זאת משהו לא-בסדר בתהליך, כלומר, שהיו בעיות כאלה או אחרות, אף שהן אינן ניתנות להוכחה על-פי הכללים הרגילים. תחושה זו מובילה לרצון ללכת לקראת החולה ולסייע לו בפסיקת פיצויים מלאה או חלקית. במונחים של מטרות דיני הנזיקין, מדובר בסיוע לחולה משיקולים של פיזור הביטוח הרפואי, של הרתעה ושל צדק מחלק ומתקן. בבחירה בין חזק לבין חלש אנחנו מעדיפים לסייע לחלש. כיצד נעשים הסטייה מהכללים והסיוע לחלש? גלעד הסביר כי קיימות שתי טכניקות מרכזיות כדי לעשות זאת: האחת היא העברת נטל ההוכחה; והאחרת – שמתפתחת עכשיו – היא האחריות היחסית.

הטכניקה של העברת נטל ההוכחה מתאימה למצבים של ספק שקול, 50-50, קרי, כאשר בית-המשפט אינו יכול לומר מי צודק – התובע או הנתבע – הן לעניין ההתרשלות והן

לעניין הקשר הסיבתי העובדתי. במצבים כאלה, הסביר גלעד, בית המשפט אמור לכאורה לדחות את התביעה. אבל אם מעבירים את הנטל אל הנתבע, אל הממסד הרפואי, אזי אפשר לקבל את התביעה. לכן פיתחו בתי המשפט כללים סטטוטוריים של העברת נטל ההוכחה הן לעניין ההתרשלות והן לעניין הקשר הסיבתי. העברת נטל ההוכחה לגבי הקשר הסיבתי היא התפתחות מאוחרת יותר אבל אפקטיבית מאוד.

הטכניקה של האחריות היחסית מתאימה למצבים שבהם התובע אינו מצליח אפילו לאזן את כפות המאזניים. יש מקרים שבהם ההסתברויות הן לטובת הנתבע, קרי, לטובת המערכת הרפואית. במקרים כאלה העברת נטל אינה עוזרת. לכן פיתחו בתי המשפט טכניקות משפטיות שיסייעו לתובע גם כאשר כפות המאזניים נוטות לטובת הנתבעים. כך נולדה האחריות היחסית. האחריות היחסית מיושמת אך ורק לגבי הסיביות, לא לגבי ההתרשלות. מכאן נבע המונח "עמימות סיבתית", שהוא למעשה הכותרת של כל הדיון המתנהל בימינו בסוגיות אלה.

גלעד טען כי בראייה כוללת השימוש בטכניקות אלה ראוי במצבים לא-מעטים, במובן זה שהוא מניב תוצאה צודקת, מגביר הרתעה רצויה ואולי מבטיח גם חלוקה נכונה. השאלה היא שאלה של מידה, של עוצמת השימוש בכלים אלה. נוצר רושם, לדעת גלעד, שקיימת נטייה להפריז בשימוש בכללים הללו, באופן שמוכיל לתוצאות לא-רצויות. הבעיה היא שהתוצאות הלא-רצויות הללו אינן מוגבלות לתחום הרשלנות הרפואית, אלא מתפשטות לרשלנות בכלל, לדיני הנזיקין בכלל ואף למשפט הפורטי.

בהמשך הרצאתו סקר גלעד את הטכניקות המופעלות כדי לסייע לתובע בחריגה מהכללים הרגילים – הפיכת נטל ההוכחה ואחריות יחסית – ולאחר את הבעיות הנובעות מכך.

במקרים של רשלנות רפואית בתי המשפט הופכים את נטל ההוכחה באמצעות הכלל הסטטוטורי הוותיק של "הדבר מעיד על עצמו". לדעתו של גלעד, השימוש בכלל זה מוצדק אם הנוק נגרם על-ידי נכס המצוי בשליטה מלאה של הנתבע, ואם הנסיבות הכלליות של המקרה מצביעות על קיומה של התרשלות. במקרה כזה אפשר לומר כי זו ראייה נסיבתית מספיקה להעברת הנטל לעניין ההתרשלות אל המוסד הרפואי. הבעיה היא כאשר המונח "נכס" יוצא ממשוטו, כלומר, כאשר בית-החולים עצמו נהפך ל"נכס", וכל טיפול שנעשה בו עונה על התנאים של "הדבר מעיד על עצמו". לדעת גלעד, קביעה כי ככלל בית-החולים הוא "נכס" מרחיבה את הכלל מעבר להצדקות שלו, מאחר שלא מתקיימים הרציונלים להעברת הנטל.

נטל ההוכחה נהפך גם באמצעות כלל הנזק הראייתי. בשורה של פסקי-דין קבעה הפסיקה כי כאשר הנתבע – בית-החולים – גורם באשמו לאיזשהו חסר ראייתי בסוגיה אשר רלוונטית למחלוקת בשאלה אם הרופא התרשל אם לאו, קמה הצדקה להעביר אליו את נטל הראייה, קרי, את נטל השכנוע כי לא הייתה רשלנות. כלל זה פותח תחילה לגבי רישומים רפואיים, ולאחר-מכן הורחב גם אל אי-הגעה למתן עדות ולחסר בחפצים רפואיים. האם כלל זה ראוי? לדעתו של גלעד, התשובה חיובית משום שנושא הרישום חשוב גם לטיפול בחולה וגם להמשכיות של הטיפול. העברת הנטל משמשת כאן אמצעי מרתיע וראוי כדי לתמרץ את המוסד הרפואי לקיים רישום נכון. הבעיה, לדבריו של גלעד, היא בשימוש

בכלל זה גם במקרים שבהם הרישום החסר אינו באשמת המוסד. שימוש בכלל הנזק הראייתי במקרים כאלה אינו מהווה התפתחות רצויה מאחר שהרציונל לשימוש בו אינו מתקיים. גלעד המשיך והסביר כי בתקופה האחרונה הורחבו כללים אלה של הפיכת נטל ההוכחה, כך שהם יושמו לא רק לגבי התרשלות, אלא גם לעניין קשר סיבתי עובדתי. כלומר, גם הכלל של "הדבר מעיד על עצמו" וגם כלל הנזק הראייתי מיושמים כיום יותר ויותר כדי להעביר את נטל ההוכחה לא רק לעניין ההתרשלות, אלא גם לעניין הקשר הסיבתי. התפתחות זו ראויה, לדעתו של גלעד, רק כאשר השליטה בנכס המזיק, הרישום הפגום או הראיות הפגומות רלוונטיים לעניין הקשר הסיבתי. אם הם אינם רלוונטיים לעניין הקשר הסיבתי, ההסתמכות עליהם בעייתית. קיימים פסקי-דין אשר מסתמכים על העדר רישום לצורך העברת נטל ההוכחה בעניין הקשר הסיבתי גם כאשר הרישום אינו משליך על הקשר הסיבתי. הדוגמה הידועה היא פסק-הדין בעניין מרדכי,²¹⁸ שבו היה חסר רישום לגבי משקלו של העובר. העדר הרישום הצדיק העברת נטל לגבי ההתרשלות באי-ביצוע ניתוח קיסרי, אבל עלתה שאלה אם הנזק שנגרם לעובר נגרם בשל הסיבוכים של הניתוח או בשל סיבוך אחר. לעניין זה משקלו של העובר לא היה רלוונטי, אך למרות זאת העביר בית-המשפט את הנטל (נגד דעתו של השופט אנגלרד בדעת מיעוט).

בהמשך הרצאתו דן גלעד בסוגיה של אחריות יחסית. כפי שהסביר גלעד, הקושי מתעורר באותם מקרים שבהם ההסתברות של גרימת הנזק, של קיום קשר סיבתי עובדתי בין ההתרשלות לנזק, קטנה מ-50%. העברת הנטל אינה מועילה לתובע. במקרים אלה קבעו בתי-המשפט כי אם התובע הוכיח בהסתברות מספיקה שהתרשלות הנתבע גרמה עובדתית לנזק, ייפסק פיצוי חלקי לפי ההסתברות. הלכה זו ידועה כהלכת "אובדן סיכויי החלמה". לדעתו של גלעד, זוהי מהפכה. בית-המשפט עובר למעשה מפסיקת פיצויים על בסיס של גרימה – הכל או לא-כלום, גרם או לא גרם – לפסיקת פיצויים על בסיס של יצירת סיכון. כלומר, פוסקים פיצויים על-פי הסיכון ex-ante, ולא פי התוצאה ex-post. זהו שינוי כוללני של כלל המשחק בהסתברות רפואית, בדיני הנזיקין ובמשפט האזרחי. בית-המשפט אינו אומר את הדברים במפורש, אלא דרך יצירת טכניקה משפטית חדשה שבה התובע צריך להוכיח קשר סיבתי לנזק החדש, כלומר, להראות בהסתברות כלשהי (למשל, 30%) שהוא איבד סיכוי להחלים. המהות של הלכה זו, על-פי גלעד, היא פסיקת פיצויים יחסיים. למעשה, פוסקים לתובע 30% מהנזק רק משום שהוכיח הסתברות של 30% שהנזק ייגרם. זהו למעשה מעבר לאחריות יחסית על בסיס של סיכון. בעניין זה הצביע גלעד על שתי בעיות קרדינליות. הראשונה היא בעיה של צדק ושוויון. אם הבסיס הוא סיכון, אזי תובע שהוכיח סיכוי של 60% אינו זכאי לפיצוי של 100%, אלא רק של 60%. כלומר, השינוי צריך להיות צודק ושוויוני, קרי, לשני הכיוונים. יוצא מכך שכלל זה, אשר

218 ע"א 1/01 קטין נ' קופת חולים של ההסתדרות הכללית של ארץ ישראל, פ"ד נו(5) 502 (2002); דנ"א 6714/02 קופת חולים של ההסתדרות הכללית של ארץ ישראל נ' קטין (לא פורסם, 7.4.2003). ראו גם ע"א 4804/03 מרגליות נ' הסתדרות מדיצינית "הדסה" עין כרם (טרם פורסם, 10.5.2006), שבו טוענת השופטת נאור כי בעניין החלת הכלל "הדבר מעיד על עצמו" על קשר סיבתי יש לבדוק אם השליטה בנכס המזיק רלוונטית לעניין הקשר הסיבתי.

בא לעזור לתובעים, פוגע בהם. השנייה היא בעיה של גבולות. אם הפיצוי היחסי ראוי, אזי מדוע רק ברשלנות רפואית? מדוע לא בכל דיני הנוזקין? מדוע לא בדיני חוזים? לדעתו של גלעד, חייבים לקבוע גבולות, שאם לא כן יאיים הנושא לשנות למעשה את כל המשפט האזרחי. מהם הגבולות? לא ברור. ייתכן שאין גבולות במקום שבו הצדק מחייב ובמקום שבו העמימות הסיבתית היא מובנית. זה האתגר הניצב לפני בית המשפט – לקבוע את התחומים הראויים של האחריות היחסית.

הדובר השלישי היה פרופ' דניאל מור מאוניברסיטת תל-אביב. הרצאתו של מור עסקה בנושא המהווה נקודת מפגש בין שלושה תחומי משפט: סדר דין אזרחי, דיני ראיות ודיני נוזקין, בעיקר דיני רשלנות רפואית. מדובר במידת ההצדקה בשימוש במומחים רפואיים מטעם בית המשפט לצורך קביעת האחריות בתביעות רשלנות רפואית.

מור הסביר כי הבעיה הגדולה של בית המשפט בבואו להכריע בשאלה אם הייתה התרשלנות רפואית אם לאו, או אם התקיים קשר סיבתי אם לאו, היא בעיית המומחיות. אבל מעבר לכך יש בעיה נוספת. כדי ליתן סעד לתובע שראוי לתת לו סעד מבחינה אנושית, צריך לקבוע שהרופא היה רשלן. התחושה של בתי המשפט אינה נוחה עם קביעה כזו, מאחר שכולנו מרגישים איזשהו חוב קולקטיבי ואישי לרופאים ספציפיים ולרפואה באופן כללי. עם זאת, הסביר מור, אין מנוס מהתמודדות עם הנושא. שופטים רבים מתמודדים עם הבעיה באמצעות מינוי מומחה רפואי כדי שיקבע אם הייתה רשלנות או אם קיים קשר סיבתי. כך השופט משיג שלושה דברים: ראשית, קביעת אשמת הרופא נעשית על-ידי המומחה, ולא על-ידי השופט; שנית, השופט אינו נדרש להתמודד עם השאלות המסובכות של מדע הרפואה; שלישית, החיכוך בין הרופאים לבין המשפטים מוקטן. דומה שכל רופא שעומד לדין בפורום כלשהו לפני שופט על רשלנות רפואית שואל למעשה את עצמו: "מי שמו? כיצד ייתכן שהוא זה שיחליט אם הייתי רשלן או לא? אני עוסק ברפואה שנים רבות, קראתי הרבה, למדתי הרבה, ואילו הוא – שלא ניתח חולים ואפילו לא בדק אותם – איך הוא יכול לבוא ולתקוף אותי? על-סמך מה?"

מור הסביר כי בשנים האחרונות יותר ויותר שופטים ממנים כבר בשלב הקדם-משפט מומחים רפואיים שסייעו להם בקביעת האחריות, אך פרקטיקה זו מעולם לא נבחנה באופן עיוני על-ידי בית המשפט העליון, ובערכאות נמוכות יותר היא נידונה באופן לא-ממחה. טענתו המרכזית של מור בעניין זה היא שבסופו של חשבון כל הליך של קביעת התרשלנות או קביעת קשר סיבתי מתחלק לשני חלקים: קביעת העובדות והערכתן. הבעיה היא שמינוי המומחה נעשה בשלב שבו העובדות אינן ידועות די צורכן. המומחה מסתמך למעשה רק על הרישומים בתיק הרפואי כדי לקבוע אם הייתה רשלנות אם לאו. רישום זה עלול להיות מוטעה, כי הרופאים אינם מתנדבים לכתוב מידע מפורט על רשלנותם, ולפעמים אף אינם כותבים דבר בעניין. ייתכן שבמשפט יתגלו עובדות חשובות שלא ניתן להן ביטוי ברשומות הרפואיות, כך שחוות-הדעת של המומחה אינה מתייחסת לתשתית העובדתית האמיתית.

בעיה נוספת היא שגם מומחים רפואיים שמונו מטעם בית המשפט אינם חשים על-פי רוב בנוח בשעה שהם צריכים לקבוע שרופא אחר היה רשלן. לכן נטייתם של רוב המומחים, לטענתו של מור, היא לקבוע כי בסופו של דבר לא הייתה רשלנות מצידו של הרופא או למצער שלא היה קשר סיבתי בין התנהלותו לבין הנוק שנגרם לתובע. לעיתים, מאותן

סיבות, לא קל תמיד למצוא מומחה שיסכים לתת חוות־דעת נגד רופא אחר או לבחון בעבור בית־המשפט את רשלנותו של עמית למקצוע.

נקודה נוספת שיש להביאה בחשבון היא שקיים הבדל עצום בין הדיסציפלינה המשפטית לדיסציפלינה הרפואית: מה שרופא מבין כהתרשלות שונה ממה שעורך־דין מבין כהתרשלות; מה שרופא מבין כקשר סיבתי שונה ממה שעורך־דין מבין כקשר סיבתי. על רקע זה קיימות בעיות רבות מאוד. למשל, נוצר בהכרח מתח מסוים בין המערכת השיפוטית למערכת הרפואית באותם מקרים, ויש מקרים שבהם שופט מחליט חרף חוות־דעתו של מומחה לקבוע כי הייתה רשלנות. מבחינה משפטית הדבר אפשרי, אך מהי תחושתו של הרופא המומחה במקרה כזה?

מהו הפתרון? לדעתו של מור, יש לצמצם את השימוש ברופא המומחה. בשום אופן אין למנות מומחה כזה בשלב הראשוני של המשפט, כאשר התשתית העובדתית שנויה במחלוקת. נסיונו של מור מראה כי בחיי המעשה תיקים שבהם לא מונה מומחה מטעם בית־המשפט הסתיימו במהירות וביעילות. השופטים, לדעתו, מכירים את עבודתם היטב, ואינם נזקקים ברוב המקרים למינוי מומחים רפואיים.

הדובר הרביעי היה ד"ר צחי קרן־פז מהמכללה למינהל. שאלת המחקר בבסיס הרצאתו של קרן־פז הייתה כיצד הבחירה בין משטרי אחריות שונים משפיעה על הפסדי המוניטין של הרופאים.

קרן־פז פתח את הרצאתו בכמה הערות מקדימות לגבי הנחות המודל. הנחתו הראשונה של קרן־פז, אשר אינה שנויה במחלוקת לדעתו, היא שרשלנות של רופאים גורמת להם הפסדי מוניטין. גודל ההפסד תלוי גם במבנה השוק, ובחלקו הגדול אינו קשור לכלל המשפטי. הנחתו השנייה היא שלחבות הנויקית יש פוטנציאל להשפיע על הפסד המוניטין. לכן הבחירה בין משטרי האחריות שיוחלו במקרים של פגיעות רפואיות משפיעה על הפסדי המוניטין. שלוש הדרכים העיקריות שבהן ישפיע ההליך המשפטי הן הגברת התהודה של המקרה, הכרעה בשאלה העובדתית והכרעה במשמעות הנורמטיבית של הפעולה. הנחתו השלישית היא שכל ממצא ספציפי שהרופא אחראי לו יגרום לו הפסדי מוניטין רבים יותר תחת משטר של רשלנות מאשר תחת משטר של אחריות קפידה. הסיבה לכך היא שתחת משטר של רשלנות הקביעה שהרופא אחראי מעידה כי הוא התרשל, ואילו תחת משטר של אחריות קפידה ייתכן שהוא רשול אך ייתכן גם שהוא נמצא אחראי ללא אשם. הנחתו הרביעית, שגם היא לדעתו אינה שנויה במחלוקת, היא שקיימת מגמה מרחיבה בעשורים האחרונים לגבי רשלנות רפואית. מגמה זו נובעת משתי סיבות: האחת, שיקולי רחמים של בית־המשפט, קרי, הרצון לסייע לתובע, אשר יישאר ללא פיצוי אם לא תהיה כלפיו קביעה של אחריות. לכך, לדעת קרן־פז, יש השפעה שלילית של הכתמת הרופא בכתם של רשלנות אף שלא התרשל. הסיבה האחרת היא העברת נטל הראיה מכוח "הדבר מדבר בעד עצמו", נזק ראייתי ופסיקת פיצוי על־פי סיכוי.

קרן־פז הסביר כי מבחינת הרופא הפסד מוניטין הוא הפסד פרטי, שהינו בעייתי מכמה סיבות: הראשונה, מדובר בעניין של שם טוב וכבוד, אשר אינם המירים בהכרח לכסף; השנייה, שוק הביטוח בארץ ובחוץ־לארץ אינו נותן כיסוי ביטוחי להפסדי מוניטין כאלה של רופאים; השלישית, לנוכח מגמת ההרחבה קיים חשש מטעות של בית־המשפט, קרי,

שייפסק כי רופא רשולן אף שלא נהג ברשלנות. מבחינה חברתית הפסד מוניטין יכול להיות רע, ניטרלי או טוב. רע – אם יהיה deadweight loss, כלומר, הפסד לרופא שאינו מלווה רווח לאיש. נוסף על כך, זהו בסיס ליצירת הרתעת-יתר ורפואה מתגוננת. ניטרלי – אם האפקט מסתכם בהעברה של רווח מרופא א לרופא ב. טוב – אם ייווצר פחות במספר התאונות בעתיד. במובן זה הפסד המוניטין יכול להיות מעין השקעה באמצעי מניעה.

נוסף על כך, ציין קרן-פז, השאלה אם הפסד מוניטין הוא רצוי או לא תלויה בשתי שאלות נוספות. השאלה הראשונה היא אם קיימת בעיה של הרתעת-יתר או הרתעת-חסר, כלומר, עד כמה הבעיה של רפואה מתגוננת אכן קיימת. ככל שנחשוב שהבעיה רצינית יותר כן הפסד המוניטין של הרופאים יהיה בעייתי יותר. השאלה השנייה היא עד כמה קביעתה של רשלנות על-ידי בית-משפט מהווה אינדיקציה טובה לכך שהרופא אכן התרשל ושיש סיכוי רב יותר שגם בעתיד הוא יתרשל.

לאחר הצגת ההנחות, עבר קרן-פז להצגת הערותיו לגבי ההשוואה בין המשטרים. קרן-פז הסביר כי בהנחה שענינו על השאלה אם בסופו של דבר הפסד מוניטין הוא טוב או רע – שאלה שלטענתו הוא אינו יכול לענות עליה – יש לבחון איזה משטר יוצר הפסדי מוניטין רבים יותר: רשלנות או אחריות קפידה.

לעניין זה, טען קרן-פז, אפשר להניח שאם החולים הפוטנציאליים היו רציונליים – במובן זה שהדבר היחיד שהם אינם יודעים הוא אם במקרה ספציפי שבו נמצא רופא אחראי תחת אחריות קפידה הוא היה רשולן או לא – אזי שני המשטרים היו משיגים אותו סך כולל של הפסדי מוניטין אך עם פיזור שונה. העמדה הרווחת, הסביר קרן-פז, היא שמשטר של רשלנות הוא משטר טוב. עמדתו היא כי אין ביטחון שעמדה זו נכונה, שכן ייתכן שמשטר של אחריות קפידה עדיף מאחר שהוא משמש סוג של ביטוח מפני נזק מוניטין, אשר אין לגביו ביטוח רגיל ואשר סביר כי רופאים יהיו שונאי סיכון לגביו באופן מיוחד. כלומר, ככל שיש בעיה של הרתעת-יתר ורפואה מתגוננת, משטר של אחריות קפידה עשוי להקל בעיה זו. נוסף על כך, אם רשלנות בעבר אינה מהווה אינדיקציה מהימנה לגבי רשלנות עתידית, או אם הפסדי המוניטין מושפעים מגורמים לא-רציונליים, אזי לא ברור שמשטר של רשלנות מניב תוצאות רצויות מבחינה חברתית.

לגבי ההיבט החלוקתי הסביר קרן-פז כי לכאורה יש אמת בטיעון כי משטר של רשלנות עדיף, אולם לדעתו אין זה כך בהכרח. טענתו היא כי אין זה יעיל שהרופא הרשולן יחזין חלק מעלות הסנקציה על הרופא הלא-רשולן. זו בעיה של adverse selection, שלפיה כשם שמשטר של ביטוח אחריות קיים למרות הבעיות האלה, ייתכן שגם משטר של אחריות קפידה עדיף, בדיוק משום שהוא מבטח רופאים מפני הסיכון של הפסד מוניטין. יש לזכור, ציין קרן-פז, כי גם רופא טוב עשוי להתרשל. נכון שתחת משטר של אחריות קפידה יש סיכוי גדול יותר שהרופא ימצא אחראי ויפסיד בכך חלק מהמוניטין שלו, אבל הפסד זה יהיה נמוך יותר מאשר תחת משטר של רשלנות.

קרן-פז ציין השלכות אחדות של המודל על התפתחויות עדכניות במשפט הישראלי: ראשית, תחת משטר של העברת נטל ההוכחה, תהיה תוצאת-הביניים קרובה יותר לתוצאה תחת משטר של רשלנות. כאשר הנטל מועבר, האינדיקציה שהרופא התרשל חלשה יותר. שנית, ייתכן שהנטל מועבר בשל רשלנות שאינה של הרופא, או בשל רשלנות בשמירה

על הנתונים (השונה מרשלנות לגבי הטיפול הרפואי המהותי), שלגביה הפסדי המוניטין אמורים להיות נמוכים יותר. שלישית, לעניין פיצוי על-פי סיכוי, מכיוון שהדוקטרינה אמורה לפתור קושי בהוכחת קשר סיבתי, להבדיל מקושי בהוכחת התרשלות, לכאורה לא אמורה להיות לה השפעה על היקפו של הפסד המוניטין של הרופא הרשלן. עם זאת, סביר מאוד שהפסד המוניטין הוא תלוי-תוצאה, כלומר, מי שהתרשל וגרם נזק יסבול יותר מהפסד מוניטין ממי שהתרשל ולא גרם נזק. לכן, גם פיצוי על-פי סיכוי יוצר פוליסה של מי שהתרשל וגרם נזק עם מי שהתרשל ולא גרם נזק. כאשר החלופה לפיצוי על-פי סיכוי היא העדר אחריות בשל העדר הוכחה לעניין קשר סיבתי, סביר שהדוקטרינה תגביר את הפסדי המוניטין, כי החבות לפצות תגביר את ההפסד. כאשר החלופה היא העברת נטל אשר תביא בסבירות גבוהה לידי אחריות מלאה, סביר שהדוקטרינה תייצר קצת פחות מהעברת נטל, אבל לא ברור אם ההבדל משמעותי.

הדובר החמישי היה ד"ר גיל סיגל מהקריה האקדמית קרית-אונו. סיגל עסק בהרצאתו בנושא זכות לפיצויים במשטר ללא אשם. במסגרת זו הציג סיגל מחקר שבו נטל חלק, אשר נערך במסגרת בית-הספר לבריאות הציבור באוניברסיטת הרוורד, ואשר מטרתו הייתה לבחון תוכניות שפותחו בפלורידה ובוורג'יניה לפיצוי יילודים בגין פגיעות.

על-פי סיגל, הבעיות המבניות בתחום הרשלנות הרפואית הן: ראשית, פיצויי הנוזיקין נעדרים רגישות וסגוליות ברמה מספקת, כלומר, התוצאה ברורה ומשמעותית מאוד. שנית, מרכיב אי-הוודאות שנובע מכך יוצר פגיעה משמעותית בחישוב האקטוארי, ותמיד כלפי מעלה. שלישית, קיים נתק בין הפסיקה הנוזיקית לבין שכיחות הטעות הרפואית ו/או השכיחות של רפואה מתגוננת. אם המטרה היא שדיני הנוזיקין ישמשו, בין היתר, מכווין התנהגות בתחום הרפואי, התחושה הברורה היא שהם אינם עושים זאת. רביעית, העלויות משמעותיות, והן נגרעות מתקציב מצומצם מלכתחילה.

השאלה שסיגל מעלה היא מה עושים עם בעיות מבניות אלה. לדבריו, יש לבחור אם לעשות עוד מאותו דבר (more of the same) או משהו אחר לגמרי. עוד מאותו דבר – זהו דוח ועדת שפנין, המדבר על רפורמה בתוך המערכת הנתונה בתחומים של תקרות לפיצוי, התיישנות תביעות והגבלות על שכר-טרה של עורכי-דין. אולם לדעתו של סיגל יש לעשות משהו אחר לגמרי, להציע חלופה. טענתו היא כי נעשתה שגיאה במשך השנים, מאחר שאיכות הרפואה לא הוגדרה כיעד לאומי כמו הנושא של תאונות-דרכים. הרעיון שסיגל מעלה הוא יצירת מנגנון לא ברמה הנוזיקית.

סיגל הציג את הבעיות שעלו בארצות-הברית ואת פתרונן. בארצות-הברית פותחו תוכניות לפיצוי יילודים בפלורידה (NICA) ובוורג'יניה (BIF). הדיון בארצות-הברית התקיים על רקע של פגיעות קטסטרופליות ביילודים, אשר נותרים עם נזק נוירולוגי קשה מאוד שבעטיו הם רתוקים למיטה וזקוקים לעזרה ולסיעוד כל ימי חייהם. בהעדר אחריות משפטית של נוזיקין, העול הכלכלי הרובץ על אותן משפחות הוא פנומנלי. בסוג זה של מקרים, הסיבתיות העמומה היא אינהרנטית ומרכזית מאוד. למשל, קשה מאוד להכריע ולקבוע שפגיעה נוירולוגית קשה נגרמה בגלל חוסר חמצן בלידה. נוסף על כך, במקרים לא-מעטים ניתנו לקורבנות בארצות-הברית פיצויים-ענק בתביעות בגין נזקים חמורים ליילודים. פיצויים אלה גרמו לעלייה תלולה בפרמיות, עד כדי כך שמוסדות רפואיים

נאלצו להיסגר. נוצר לחץ על המבטחים, אשר הביא לידי הסתלקותם מאותן מדינות או הקפאת החיתום, ואילו הרופאים בחרו כתוצאה מכך בשיטות טיפול מתגוננות ונמנעו מרכישת ביטוח מקצועי. כתוצאה מכך חלה ירידה חדה בזמינותם של שירותי המיילדות. כמו-כן נוצר צורך מיידי להבטיח טיפול רפואי נאות לנפגעים שלא זכו בתביעת הנזיקין. הוכרו למעשה מצב חירום.

על רקע זה פותחה באותן מדינות – וירג'יניה ופלורידה – תוכנית המתבססת על הסדר חלופי שלפיו הנפגע אינו נזקק להוכיח אשם כדי לזכות בשיפוי, אלא קיים מגננון קבוע לשיפויים של אלה אשר מתקבלים לתוכנית. התוכנית מאיינת זכות תביעה נזיקית, ומקנה חסינות למטפלים ולמוסדות. נוסף על כך, פתוחה הדרך לערעור. המגננון עצמו שונה בשתי המדינות: בוירג'יניה התביעה נידונה לפני ועדה רפואית עצמאית, וחוות-הדעת שלה מועברת ל-WCC לצורך הכרעה (בשתי ערכאות) על-ידי משפטנים אשר מומחים בפגיעות עבודה; בפלורידה התוכנית מעסיקה שני מומחים, וחוות-הדעת מועברת לשופט לצורך הכרעה בתביעה.

הפיצוי הקיים על-פי ההסדר כולל "all medically necessary and reasonable expenses of medical and hospital, rehabilitative, residential and custodial care and service, special equipment or facilities, and related travels". נוסף על כך ההסדר כולל פיצוי בגין אובדן הכנסות מגיל שמונה-עשרה עד גיל שישים וחמש (בוירג'יניה בלבד), שכר-טרחה "סביר" לעורך-הדין ופיצוי חד-פעמי למשפחה עד 100,000 דולר. אמות-המידה להכללה בתוכנית הן:

"(1) An injury to the brain or spinal cord of a (2) live infant; (3) caused by the deprivation of oxygen or mechanical injury; (4) occurring in the course of labor, delivery or resuscitation necessitated by a deprivation of oxygen or mechanical injury that occurred in the course of labor or delivery; (5) in a hospital; which renders the infant (6) permanently motorically; (7) and (i) developmentally disabled or (ii) for infants sufficiently developed to be cognitively evaluated, cognitively disabled; (8) such disability should cause the infant to be permanently in need of assistance in all activities of daily living [ADL]."²¹⁹

מהסדר זה מוחרגים ילודים עם נכות הנובעת מאטיולוגיה גנטית, ממחלה נוירולוגית דגנרטיבית או משימוש של האם בסמים. בפלורידה קיים תנאי-סף באשר למשקלו של היילוד – 2,500 גרם, והנזק החמור ליילוד צריך להיות גם גופני וגם מנטלי. מקורו של המימון להסדר הוא ממיסים: 25 דולרים מכל רופא שרשום במדינה; 5,000 דולרים מגינקולוגים מיילדים וכן מבתי-חולים על-פי מספר הלידות בהם; ואפשרות

Virginia Birth-Related Neurological Injury Compensation Act, Va. Code Ann. §38.2-219.5000.

לגבייה מגורמים מבטחים. סיגל ציין כי המצב הכלכלי העדכני של ההסדר בפלורידה הוא יציב, אך בוורג'יניה צפויה בעיית מימון בעוד שני עשורים עקב ניהול כלכלי כושל בשנים הראשונות.

יתרונות ההסדר הם: קיצור משך הזמן עד להשגת פיצוי (60%); הקטנה משמעותית של הסכומים שאינם מגיעים לידי הנפגע (שכר-טרחה, שכר מומחים) (מ-46% ל-9%); הפיצוי מיועד רק לטיפול רפואי ביילוד לכל חייו; סכום הפיצוי המשולם לאורך זמן משתווה לתקרה הקיימת בוורג'יניה לתביעות נזיקין; נראה כי תוחלת החיים של הילדים הכלולים בתוכנית ארוכה יותר בהשוואה לאחרים; זמינות הביטוח עלתה ומחירו ירד (אם כי בצורה צנועה).

חסרונות ההסדר: סף הכניסה מותר יילודים רבים מחוץ לתוכנית; קיימת עדיין זליגה משמעותית למערכת הנזיקית – "ייחוד העילה"; התוכנית אינה מנדטורית, והורים רבים אינם מודעים למשמעותה המשפטית; אין קשר משמעותי בין הברור במסגרת התוכנית לבין הפעלת סנקציות נגד רופאים או מוסדות רשלניים.

סיגל סיכם את הרצאתו בכמה הערות. ראשית, תוכניות אלה מייצגות חריג למערכת נזיקית טהורה. שנית, התוכניות מבטלות את הצורך בשינוי קיצוני של כלל ההתדיינות הנזיקית ברשלנות רפואית. זיהוי הקבוצה הבעייתית מאפשר לקיים לגביה הסדר ייחודי. סיגל ציין כי לכן ההסדר מתאים גם לישראל, שבה השכיחות הגבוהה ביותר של פגיעות רפואיות היא בתחום המיילדות. שלישית, ההסדר אינו פוגע בשוויון, לדעת סיגל. ההסדר לפגיעות של יילודים אומנם מוציא אותם מכלל פגיעות הרשלנות הרפואית, אך עם זאת הוא עמד במבחני החוקתיות הן במדינות האמורות והן במישור הפדרלי. רביעית, למרות ההבניה המשפטית הדומה של ההסדר בוורג'יניה ובפלורידה, האופרציה שונה באופן משמעותי, וכאן, לדעת סיגל, טמון עיקר האתגר בעבור מי שעוסק במדיניות הבריאות.

פרק ז: מושב שישי – היריון, לידה והולדה

משתתפי המושב: יושב-ראש פרופ' דפנה ברק-ארז, ד"ר רות זפרן, אייל כתבן, פרופ' דניאל זיידמן, ד"ר אילת בלכר-פריגת

1. פתח-דבר

עניינו של המושב השישי היה היריון, לידה והולדה. נבחנו במושב כמה היבטים של נושא זה: בחירת מין היילוד מטעמים חברתיים; בדיקות רפואיות כמכשיר חברתי לשליטה בתא המשפחתי; הזכות להורות מנקודת-המבט של הרופא, והדילמות האמיתיות שהרופא נדרש להתמודד עימן במישור המעשה; והדרכים שבהן על המשפט להכיר באינטרס של הגבר בהשתתפות בהחלטה על ביצוע הפלה.

בכרך זה של כתבי-העת מופיעים שני מאמרים שנכתבו בעקבות מושב זה: מאמרה של ד"ר רות זפרן "מתחם הלגיטימיות בבחירת מאפייניו הגנטיים של הילד על-ידי הוריו – בחירת מין העובר מטעמים חברתיים כמקרה-מבחן";²²⁰ ומאמרו של אייל כתבן "דופן התא המשפחתי – איסורי בדיקות, ייסורי בדיקות ומידותיה הטובות של האשה".²²¹ מאמרה של זפרן עוסק בבחינת השיקולים העומדים ביסוד הקריאה להתרת בחירה של מין היילוד מטעמים חברתיים, ומצביע על שיקולים של אלה המבקשים למונעה. המאמר מציג את הטענות המקובלים בהקשר זה בספרות, ובוחר את תוקפם באופן כללי ובוזיקה למציאות הישראלית. מתוך כלל הטענות המקובלים – אשר אינם חזקים דיים, לגישתה של זפרן, להצדיק מניעת הגשמה של רצון ההורה בהולדת ילד בן המין הרצוי לו – המאמר מדגיש שיקול אחד אשר עשוי להטות את הכף: השיקול המתמקד בילד. טענת המאמר היא כי שיקול זה עשוי להצדיק הסדרה שתמנע כליל את אפשרות הבחירה האמורה. מאמרו של כתבן מתמקד במעורבותן של פרקטיקות אבחוניות במערכת המשפחתית. טענת המאמר היא כי פרקטיקות אבחוניות אלה משמשות אמצעי שליטה וכלי להבטחת שימורו, קיומו או פירוקו של התא המשפחתי המסורתי. טענה זו נבחנת במאמר בשלוש נקודות-זמן: עבר, הווה ועתיד. הבחינה בעבר מתמקדת בשאלה כיצד נהפכו הפרקטיקות האבחוניות לכאלה הנתפסות כהליך רפואי מקובל, הנעדר לכאורה מרכיבים של שליטה חברתית או מטרות חברתיות אחרות; הבחינה בהווה מתמקדת בדרכים השונות לשמירה על התא המשפחתי המסורתי או לפירוקו; והבחינה בעתיד מתמקדת בשאלה אם האבחונים עשויים לשמש את המערכת השלטונית בהשגת יעדיה, ובכלל זה בהעמדת דור עתיד "משובח" יותר, גם בהעדר קיומו של תא משפחתי מסורתי (ואולי בזכות העדר זה).

2. תמצית דברי המשתתפים במושב

הדוברת הראשונה הייתה ד"ר רות זפרן מהמרכז הבינתחומי הרצליה. נושא הרצאתה של זפרן היה בחירת מין היילוד. זפרן הסבירה כי הניעה (מוטיווציה) לבחור את מין היילוד אינה חדשה. נושא זה קיים כמעט מאז ומעולם, אלא שעד השנים האחרונות האמצעים לקדם מטרה זו לא הוכיחו את עצמם. לפיכך הם גם לא הציפו דילמה אתית אמיתית. כיום המצב שונה. בעקבות ההתפתחות המדעית קיימים לפחות שני סוגי אמצעים שמאפשרים לקדם את המטרה של בחירת מין היילוד. האמצעי הראשון הוא מיון תאי זרע. כידוע, מינו של העובר נקבע בהתאם לתא המין הזכרי, ולכן מטרתו של מיון הזרע היא להפריד בין תאי הזרע ה"נקביים" לבין אלה ה"זכריים" – פעולה הנעשית על בסיס מאפייני התנועה וצפיפות החומר של התאים. מיון זה מאפשר לנו להשתמש בתאי הזרע שמתאימים לנו לצורך הבחירה המבוקשת, להפרות באמצעותם, ובכך להגדיל את הסיכוי לקבל את העובר

220 רות זפרן "מתחם הלגיטימיות בבחירת מאפייניו הגנטיים של הילד על-ידי הוריו – בחירת מין העובר מטעמים חברתיים כמקרה-מבחן" משפט ועסקים ו 451.

221 אייל כתבן "דופן התא המשפחתי – איסורי בדיקות, ייסורי בדיקות והמידות הטובות של האשה" משפט ועסקים ו 487.

מהמין הרצוי. זפרן ציינה כי אמצעי זה נחשב מורכב פחות מבחינה אתית, אף-על-פי שגם הוא אינו נטול בעיות. האמצעי השני הוא אבחון גנטי טרום-השרשתי (PGD). אמצעי זה מחייב הפריה חוץ-גופית (IVF). בתיאור פשטני, אבחון גנטי טרום-השרשתי נעשה על-ידי נטילת תא אחד או שניים מן הביצית המופרית לאחר שהחל תהליך החלוקה. אבחון התא מספק נתונים בדבר הפרופיל הגנטי של הביצית המופרית ושל העובר העתיד להתפתח ממנה. האבחון מאפשר לבחור את הביצית המופרית המשויכת למין הרצוי, להשיבה אל רחם האם, וכך להבטיח יצירתו של עובר מהמין המבוקש.

קיימים שני מאפיינים ייחודיים לאבחון גנטי טרום-השרשתי: הראשון, הצורך לעשות שימוש בהליך של הפריה חוץ-גופית, שהינו הליך מורכב, פולשני ואף מסוכן במידת-מה; השני, אבחון העובר לפני ההשרשה. אבחון זה מספק מידע גנטי רחב, ואינו מתמצה בנתוני הסיווג המיני של העובר. ככל שהמדע יתקדם יותר מבחינת הידע הגנטי, נוכל לקבל, על בסיס אותו תא יחיד, את הפרופיל הגנטי המלא של העובר שייוולד. מידע זה יאפשר לנו, כביכול, לבחור או לפחות לדעת את מלוא המאפיינים של העובר – מאפיינים בריאותיים, חיצוניים ואישיותיים. לכן האמצעי של אבחון טרום-השרשתי מציף דילמות אתיות רחבות, הנוגעות באופן יסודי בשאלת חירותם של ההורים לבחור את הפרופיל הגנטי של הילד העתיד להיוולד להם.

זפרן הבהירה כי היא אינה עוסקת בשאלות של בחירת מין היילוד מטעמים רפואיים. על כך, לדעתה, יש קונסנזוס במידה רבה. השאלה שבה דנה זפרן מתייחסת לבחירת מין היילוד מתוך העדפה הנוגעת בשיוכו המיני של הילד ללא זיקה להיבטים בריאותיים. הכוונה להורים המבקשים להגשים את רצונם בילד מן המין הרצוי להם בשל טעמים. בחירה זו, שהינה אישית כביכול, אינה מנותקת מההקשרים התרבותי, החברתי והדתי. עניין נוסף הוא היקף הבחירה וסוג הבחירה. זפרן ציינה כי בעולם מוכרים סיפורי הזוועה ממדינות מזרח אסיה, בעיקר הודו וסין, שבהן נעשית זה שנים רבות פְּרִירָה (סלקציה) על רקע השיוך המיני של היילוד (להבדיל מבחירת מין העובר), קרי, פְּרִירָה הנעשית במהלך ההיריון ואף לאחר הלידה. פְּרִירָה זו נעשית באמצעות הפסקות היריון, ובמקרים הקיצוניים על-ידי הרג תינוקות ממין נקבה, אשר אינם רצויים על רקע העדפה תרבותית וחברתית.

בישראל המצב שונה. מנתונים ראשוניים שנאספו על-ידי מכון גרטנר, באמצעות סקרי דעת-קהל, עולה כי בישראל אין פרקטיקה רווחת של בחירת מין היילוד מטעמים חברתיים. מתברר כי רבים אינם מעוניינים לבחור, בוודאי לא באמצעות הליך המשלב הפריה חוץ-גופית. נוסף על כך, הממצאים מראים כי הבחירה בצאצאים בנים אינה שכיחה יותר באופן מהותי מן הבחירה בבתות. לכן, טוענת זפרן, הפעלת הפרקטיקה של בחירת מין היילוד בישראל, עד כמה שאפשר להעריך ממחקר כזה, לא תשנה את המאזן הדמוגרפי בישראל. תוצאה זו, הסבירה זפרן, משנה במידה רבה את הדיון בנושא זה, מאחר שניתן לזנוח את החשש להפרת האזיון הדמוגרפי. לכן, אם זה המצב מבחינה תרבותית חברתית, אזי יש לאפשר לכאורה את בחירת מין היילוד. חברה דמוקרטית וליברלית, אשר מתייחסת ברצינות לחירות ולאוטונומיה של חבריה, צריכה לכאורה לכבד את חירות הבחירה גם במישור זה.

שני טיעונים משפטיים עשויים להצדיק את התרת הבחירה. הראשון הוא שהזכות

להורות, עד כמה שהיא מוכרת במשפט הישראלי, יכולה להצדיק גם את החירות לבחור את מין היילוד. טיעון זה, לדעתה של זפרן, אינו כה משכנע, מאחר שפירושה של הזכות להורות – קרי, הזכות ליהפך להורה – אין משמעה בהכרח שקיימת זכות להיות הורה לילד ספציפי, בעל פרופיל גנטי מסוים. הטיעון השני נוגע בתכנון המשפחה. טיעון זה משכנע יותר, לדעתה של זפרן, שכן לטענתה, אם הזכות לתכנון המשפחה חולשת על ההחלטה אם להרות וכמה ילדים להביא לעולם, אזי היא נוגעת גם בבחירה של מינם. כך, למשל, הורים המעוניינים כי משפחתם תכלול גם בנים וגם בנות יאלצו לעיתים להרות שוב ושוב עד ששיגו את מבוקשם. הבעיה היא שתכנון המשפחה אינו מוכר כזכות בישראל נכון להיום. כך, למשל, אין כיום זכות מלאה לבצע הפסקות היריון, ומכאן הקושי כביכול להכיר בזכות לתכנון המשפחה גם בהקשר הזה.

אף על-פי-כן, הסבירה זפרן, רוב מדינות המערב אסרו את הפרקטיקה של בחירת מין היילוד. זאת, אף שגם במדינות אלה אין עדיפות גורפת לבחירת עובר ממין מסוים, קרי, אין חשש להפרת האיוון דמוגרפי ואין חשש לפגיעה בעקרון השוויון. הטיעונים המושמעים לשלילתה של פרקטיקה זו הם: ראשית, מרכיבים של דת ומוסר הכרוכים במעמדה של הביצית המופרית – מאחר שהתוצאה המסתברת של תהליך האבחון היא השמדת חלק מהביציות המופרות, מי שמאמין כי דינן של ביציות אלה הוא כדינם של עופרים יטען כי השמדתן מהווה פגיעה מוסרית או דתית; שנית, תקצוב ושוויון – כידוע, קיימת מגבלה תקציבית שאינה מאפשרת תקצוב של מכלול הפרקטיקות הרפואיות הקיימות, ולפיכך האבחון הגנטי נגיש רק למי שהממון מצוי בכיסו; שלישית, המדרון החלקלק – לפי טיעון זה, התרה של בחירת מין העובר תוביל להתרת בחירתם של כל מאפייני העובר, ולבסוף לקריאה ל"השבחת הגזע".

לדעתה של זפרן, רוב הטיעונים האלה אינם משכנעים. עם זאת, היא מצדדת בהטלת איסור על בחירת מין היילוד משתי סיבות. הראשונה היא הגנת הנשים. נכון להיום, שימוש יעיל בבחירת מין העובר מחייב כמעט תמיד הפריה חוץ-גופית. ההשלכות הרפואיות של פרוצדורה זו אינן ברורות לגמרי, אך ברור כי הליך זה כרוך בסיכונים רפואיים. לכאורה טיעון זה מדיף ניחוח פטרנליסטי: מדוע שהמדינה תבחר בשביל האם? מדוע שהמדינה לא תספק את כל המידע, והאם היא שתחליט? הסיבה לכך, לדעתה של זפרן, היא שנשים, בעיקר בהקשר הישראלי, נדחקות לטיפול הפריה עקב לחצים משפחתיים וחברתיים, כלומר, אין כאן בחירה אמיתית ומושכלת. הסיבה השנייה – שהינה המשמעותית יותר, לדעתה של זפרן, אף שהיא מקובלת פחות בספרות – נוגעת במעמדם של ציבור הילדים. הטענה היא כי אם נאפשר חירות לבחור מרכיבים כלשהם של זהות העובר, נשפיע לטווח הרחוק על יחסי המשפחה. כל עוד החברה שלנו נותנת משקל משמעותי כל-כך לפן הגנטי, התרת הבחירה האמורה עלולה להשפיע באופן מהותי על היחסים בתוך המשפחה. זהו טיעון נורמטיבי שלפיו יחסי הורה-ילד הם יחסים מיוחדים וייחודיים, שבמרכזם ניצבת הנחה של קבלה ללא תנאי. הציפייה היא שההורה יטפל בילדו בכל מקרה ובכל מצב, ללא תלות במאפייניו הספציפיים של הילד. המשפט אינו יכול אומנם לכפות רגש של אהבה וחום אנושי, אבל ההסדר הנורמטיבי שמותווה ברקע של יחסי המשפחה יכול להשפיע על עיצוב היחסים ולמתן קונפליקטים שקיימים בתוך המשפחה. על-דרך השלילה ניתן לומר כי הסדר

משפטי אשר אינו רגיש לאותה שאיפה ליחסי משפחה מגינים ומטפחים עלול להגביר את הניכור ולקבע את העמדה שלפיה ההורה זכאי ל"ילד לפי הזמנה". ברגע שהציפייה אינה מתממשת, ההצדקה ליחסים כאלה מתערערת, וקיים חשש לפגיעה. הטיעון הוא אם כן שבטווח הארוך, ככל שנגביר את יכולת הבחירה של מאפייני היילוד כן תגבר הפגיעה הפוטנציאלית במערכת היחסים, ותשתנה התפיסה הייחודית של יחסי המשפחה כמבוססים על אחריות מוחלטת של ההורה כלפי ילדו.

הדובר השני היה אייל כתבן מאוניברסיטת בר-אילן. כתבן ביקש להראות בהרצאתו כיצד פרקטיקות אבחוניות כפיות נשענו – ועודן נשענות – על יסודות פטריארכליים הרואים את האישה כאחראית לסדר החברתי המשפחתי או להפרתו. טענתו של כתבן היא כי ההישענות על אותם יסודות פטריארכליים מאפשרת לשלוט באישה ובגופה, ובדרך זו לשלוט ולפקח על מוסד המשפחה – היחידה החברתית הבסיסית. מטרתו של כתבן בדיון הייתה להרחיב את הטיעון ולהדגים לא רק איך כפיית בדיקות מאפשרת לחברה לשלוט בתא המשפחתי, אלא גם כיצד הדרת נשים מבדיקות או הטלת איסור על בדיקות מאפשרות זאת. כתבן פתח את דבריו באנלוגיה בין התא המשפחתי לתא הביולוגי. לדבריו, כשם שהתא הביולוגי הוא היחידה הבסיסית של הגוף, התא המשפחתי נתפס כיחידה החברתית הבסיסית, חלק מרקמה חברתית. על-מנת שהגוף יתקיים, גם מרכיביו, כלומר התאים, חייבים להתקיים – כל אחד לחוד ובהרמוניה זה עם זה. לשם כך נועד לקרום התא תפקיד כפול: הוא מגדיר את התא כיחידה עצמאית, והוא מפקח על כניסת חומרים לתא ועל הוצאתם ממנו או שימורם במסגרתו. מבחינת השלטון, אם להשלים את האנלוגיה, על-מנת שהחברה והמדינה יתקיימו ויהיה אפשר לשלוט במרכיביה בצורה מיטבית, יש צורך בהקמת תאים משפחתיים, מחד גיסא, ובפיקוח על הכניסה לתאים אלה ועל היציאה מהם, מאידך גיסא. הפיקוח על התאים המשפחתיים מאפשר בסופו של דבר פיקוח על האוכלוסייה כולה. בדיון ביקש כתבן להתמקד בקרום או בדופן של התא המשפחתי, אשר נשלט בעבר על-ידי הבעל או האב, ואילו כיום עבר ברובו, בסתר או בגלוי, לידי המדינה, אשר משמשת למעשה בתפקיד באופן מוחלט כמעט במקום שבו הגברים אינם עושים כן או במקום שבו התערבויות חיצוניות – חברתיות או טכנולוגיות, למשל – פוגעות במרקם עדין זה. מקובל לראות בדרך-כלל את התא המשפחתי כיחידה סגורה, המתרחבת מאליה (פריון ורבייה) או כתוצאה מקשרי נישואים (מפגש בין שני תאים – זכרי ונקבי). זו התופעה ה"טבעית" וה"נורמלית" שהחברה חותרת אליה. מקובל פחות לשים לב לחלק אחר של האנלוגיה, הרואה את דופן התא המשפחתי – כמו זה של התא הביולוגי – ככזה אשר "פולט" חלק ממרכיביו או אינו מאפשר קיומו של תא שאינו מממש את המרכיב הפריוני, למשל. פעולתו של התא באמצעות קרום בררני, אשר פולט ממנו גורמים לא-רצויים ומכניס לתוכו גורמים רצויים, כמוה כפעולתם של המחוקק והחברה, אשר מבקשים למנוע חריגות ממסגרת התא המשפחתי, ומנסים לשמרו ולחזקו במקרים מסוימים או לפרקו אם הוא אינו מפיק את התועלות השלטוניות הרצויות. כל אלה מושגים, בין היתר, באמצעות מעורבות חקיקתית שמקדמת או אוסרת בדיקת פרטים, בעיקר נשים, בקבוצות בחברה. כתבן ביקש לעסוק באופן המעורבות הזה, ובהמשך הדיון להתמקד בשאלה מדוע דווקא אבחונים, לרבות כפויים, הם אלה שמשמשים את השלטון כאמצעי להשגת יעדיו.

כתבן הסביר כי קיימים ארבעה מודלים של מעורבות או אי-מעורבות חקיקתית. הראשון הוא מודל ההתערבות הנגטיבי, אשר אוסר בדיקות. הדיון במודל זה נועד להדגים את תגובתו של המחוקק על אפשרות שדווקא בדיקה עשויה להפר את הסדר המשפחתי והחברתי, ולפיכך יש לבטלה או להימנע מלהורות עליה מלכתחילה. למשל, מאחר שהמטרה המרכזית בבדיקות היא השמירה על הסדר המקובל של מוסד המשפחה, יש למדינה אינטרס לבטל או לא לכפות בדיקות שגורמות רתיעה של הציבור מאותו סדר מקובל. למשל, המחוקק האמריקאי, בעיקר באילינוי, בחר לבטל בדיקות כפויות לגילוי מחלות מידבקות לפני נישואים בשל החשש שמא בעטיין יתרחקו זוגות רבים ממוסד הנישואים.

המודל השני הוא מודל ההתערבות הפוזיטיבי, קרי, היתרי בדיקות. למשל, בית-הדין הרבני נוטה להתיר או אף לכפות בדיקות שנועדו לברר אם בני-הזוג יכולים להוליד צאצאים. תשובה שלילית בבדיקות אלה עשויה להביא לידי גירושים. כלומר, בית-הדין כופה בדיקות בתחום הפיריון שיש בהן כדי לאפשר פירוק של תא משפחתי שאינו פרודוקטיבי. לעומת זאת, הוא אוסר בדיקות שעשויות לפרק תא משפחתי שקיים אינטרס בהמשך קיומו, כגון בדיקה להוכחת אבהות. דוגמה נוספת – המדינה מתערבת בהסדרים חוזיים בתחום המשפחה, ומתירה או אף כופה בדיקות בהקשר זה. מה שמאפשר את ההתערבות במקרים רבים הוא תפיסה פטריארכלית ופטרנליסטית הרואה את האישה כמי שזקוקה להגנה. חוזה פונדקאות הוא הדוגמה המובהקת לכך. עם זאת, מדובר בתופעה חדשה שבמסגרתה השלטון מנסה להפיק יתרון מכל חריגה ממסגרת הנורמה, לרבות חריגה מהמסגרת המשפחתית. המדינה מקנה זכויות פריוניות חדשות, כגון טיפולי עקרות או הפריה מלאכותית של נשים לא-נשואות (לסביות, חד-הוריות), אך מעמידה לצד הזכות הזו את החובה להיבדק – חובה שאינה קיימת אצל זוגות "רגילים". חובת הבדיקות מייצגת שלב חדש, שנועד להשיג מטרות שמעבר לשימור התא המשפחתי, כגון הגנה ודאגה של המדינה לדורות הבאים – מעין אאוטליק מודרנית שאינה מתאפשרת כאשר מדובר בתא המשפחתי הרגיל. המודל השלישי הוא מודל אי-ההתערבות. לפעמים המדינה אינה קובעת בדיקות חדשות או אינה מבטלת בדיקות קיימות, במיוחד כאלה שכבר מוסדרות בין הפרטים בחברה. בדיקות אלה נשענות על תפיסת הנשים כמסוכנות, והן משרתות את האינטרסים החברתיים והשלטוניים. בדיקת יצאניות היא דוגמה לכך. בארץ קיימת חקיקה המאפשרת בדיקת יצאניות, אשר לא ברור אם היא מיושמת או לא, אולי משום שהבדיקות נערכות במישור ההסדרה הפרטי.

המודל הרביעי הוא מודל ההדרה הכפויה מבדיקות, הנחלק לשניים: הדרת נשים מבדיקות – מודל זה חריג ביחס לפרקטיקה המקובלת יותר של כפיית בדיקה לנשים. בדיני העבודה, למשל, נקבע כלל מדיר שלפיו אסור לנשים לעסוק במקצועות מסוימים הכוללים היחשפות לחומרים מסוכנים במשך כל תקופת הפיריון שלהן. הסיבה היא שהמדינה דואגת לאינטרסים של פיריון ושמירה על בריאותם של הדורות הבאים. גברים נבדקים לפני קבלתם לעבודה עם חומרים מסוכנים, אך אינם מודרים באופן גורף מהעבודה. בדיקה לגברים בלבד – תפיסת האישה כמי שזקוקה להגנה הצמיחה גם בדיקות לגברים בלבד. במדינת ויסקונסין בארצות-הברית החלה פרקטיקה של בדיקות לגברים בלבד לפני נישואים כבר בשנת 1913. גברים שביקשו להינשא נדרשו להיבדק אצל רופא לגילוי מחלות מין

מידבקות. היסוד לבדיקה היה אאוגני, מאחר שמחלות מין נתפסו כסכנה לגזע ולאמהות. זאת אומנם התייחסות לגברים כאל קבוצת סיכון, אך לא במובן המגונה של המילה. הוללות של גברים נתפסה – ועדיין נתפסת – כמשהו שובב וחיובי, בעוד התנהגות מינית פרועה של נשים נתפסת כשלילית. בדיקות לגברים בלבד בקשר למיניותם מחזקת את ההבחנה הזו ומבטאת התייחסות לנשים כאל יצורים א־מיניים שזקוקים להגנת המדינה.

כתבן הסביר כי ההתערבות השלטונית במוסד המשפחה אינה מקובלת ואינה פשוטה. דווקא משום כך, פרקטיקות אבחוניות שנתפסות כרפואיות, כמדעיות וכניטרליות מאפשרות התערבות כזאת מבלי משים, כשהמרכיבים הפטריארכליים מוטמעים בבדיקות. ההתפתחות ההיסטורית של פרקטיקת הבדיקות הכפויות משקפת מדיקליזציה של מסורת פטריארכלית. הבחינה ההיסטורית מצביעה על שינוי בתוכן שניתן למושג "מידה", במובן של מוסר, אלא שהמידה המוסרית הוחלפה במקרים רבים במידות רפואיות – מעין הליך של מדיקליזציה של גוף האישה. הביקורת, במיוחד הפמיניסטית, על קיומן של פרקטיקות פטריארכליות, וכן אמצעים טכנולוגיים שאפשרו את התנתקות המין והפריון ממוסד המשפחה, הביאו לידי שחרור האישה ויציאתה לספרה הציבורית, אלא שאותן תמורות בבדיקת הביאו לידי כבילתה מחדש של האישה. האמצעים הטכנולוגיים הובילו להתפתחות פרקטיקות אבחוניות שאפשרו את השליטה בנשים באמצעות בדיקות כפויות, והפעם מבלי שהתלוותה לכך ביקורת.

זוהי למעשה מדיקליזציה של מוסר. ניתן לבחון, לדוגמה, את ההשוואה בין הנעשה בטורקיה לבין הנעשה בדרום-אפריקה בשבט הזולו. אחד התנאים להצטרפות טורקיה לאיחוד האירופי היה קשור לביטול בדיקות הבתולים שנערכו לנערות לפני נישואיהן. במשך שנים רבות שיתפו רופאים פעולה עם פרקטיקה זו של בדיקה אם הנערה בתולה לפני נישואיה. אם נמצא כי הנערה אינה בתולה, פירוש הדבר היה למעשה גזר-דין מוות, לפחות בחלק מהמקומות. היא נזרקה לרחוב, ובדרך-כלל נרצחה בעקבות כך על רקע של כבוד המשפחה. מטרת הבדיקה כאן ברורה. זו פרקטיקה פטריארכלית מוכרת וידועה. בדרום-אפריקה, בשבט הזולו, נערכים טקסים שבהם זקנות השבט בודקות את בתוליהן של נערות השבט. הסיבה לכך היא שהסיכויים של נערה בתולה לחלות באיידס נמוכים יותר. היחס לפרקטיקה זו של בדיקת הנערות הוא כאל פרקטיקה רפואית. זהו, לדעת כתבן, הליך המדיקליזציה של המוסר. בדיקות ואבחונים נהפכו לאמצעי השליטה, משום שהם מאפשרים להטמיע ולהסוות ערכים פטריארכליים כפרקטיקות רפואיות מקובלות. לדברי פוקו, פרקטיקות אלה אינן מחייבות מגע פיזי במושא הבדיקה. המבט הוא שמאפשר שליטה בפרטים ובאוכלוסיות. זה אמצעי השליטה אשר מתייג את החריג והשונה, מדיר אותו ומחזיר אותו למסגרת הרצויה, ובדרך זו "מיישר את השורות". המבט הוא בעיקרו גברי, ומאפשר לאסוף מידע שבאופן אחר לא היה בידי השלטון. מידע זה מאפשר את העמקת השליטה, אשר מתרכזת בעיקרה בנשים.

הבדיקה או איסור הבדיקה מייצגים את ההחלטה להשתמש במבט או להימנע משימוש בו, ובדרך זו מקדמים את המשפחה ומונעים את הסטייה מגבולותיה. הליך "יישור השורות" באמצעות כפיית אבחונים שונים, מניעת אבחונים או ביטול אבחונים נשען אף הוא על תפיסות פטריארכליות ועל היכולת להשיג את האינטרסים השלטוניים באמצעות האישה וגופה.

השינויים החברתיים של שחרור האישה הקימו אולי מחסום בפני פרקטיקות אבחוניות ארכאיות, כגון אותן בדיקות בתולים לפני נישואים, אך השינויים הטכנולוגיים – אלה שהיו עשויים לסייע בשחרור האישה – סיפקו גם טכנולוגיות אבחוניות המסייעות בהפיכתן של אותן פרקטיקות ארכאיות לפרקטיקות מדעיות רפואיות חיוניות.

הדובר השלישי היה פרופ' דניאל זיידמן מאוניברסיטת תל-אביב. זיידמן דן בהרצאתו בזכות להורות מנקודת-המבט של הרופא ובדילמות האמיתיות שהרופא נדרש להתמודד עימן במישור המעשה. המציאות, הסביר זיידמן, היא שזוגות רבים מתקשים להרות, והגורם העיקרי לכך הוא ככל הנראה דחיית גיל ההורות. קיימת לדבריו "מגפה" של אי-פרייה, שמביאה לידי כך שבגיל ארבעים רבע מהזוגות נתקלים בקושי להרות.

זיידמן הסביר כי כיום ניתן להוביל להורות רבים מהמטופלים, והשאלה היא בעיקר בהיבט הפטרנליסטי – האם צריכים להגביל את חופש הפעולה של הפרט כדי להיטיב עימו או שמא כל מי שרוצה זכאי לממש את זכותו להורות? לדעתו של זיידמן, קיימת בישראל פתיחות ביחס לטיפול פוריות אשר אינה מקובלת בשום מקום אחר בעולם. בישראל, בזכות גופים פמיניסטיים וגופים של זכויות האזרח, המצב הוא שגם אישה בת חמישים וחמש שרוצה להרות זוכה בעידוד חברתי, אף שברור שייתכן קושי במימוש המסוגלות ההורית בגיל זה. שאלה נוספת שזיידמן מעלה היא על מי האחריות מוטלת. האם יש להפקיד את האחריות בידי הרופאים או בידי המוחקק? או אולי הפתרון הנכון הוא זה שהונהג בבריטניה, שבה קיימת מועצה המורכבת מאנשי ציבור, דת ואקדמיה, אשר קובעת את הגבולות האתיים.

בין לבין, הרופא מוצא את עצמו פעמים רבות במצבים שבהם אין חוק ברור. במקרים כאלה, הסביר זיידמן, יש לפעול על-פי העקרונות המקובלים באתיקה הרפואית: הראשון הוא לכבד את האוטונומיה של המטופל, קרי, את רצונו להרות בגיל מבוגר; השני הוא לעשות טוב ולא להזיק, וכאן יכולה להיווצר בעיה עם כיבוד האוטונומיה, כי החברה והילד עלולים להינזק ממימוש הורות בגיל מבוגר; השלישי הוא נושא הצדק בהקצאת המשאבים, וכאן זיידמן מציין את המצב הייחודי בישראל, שלפיו ניתן לעבור אין-סוף טיפולי הפריה חוץ-גופית עד להשגת שני ילדים.

טענתו של זיידמן היא שקיים הבדל גדול בין דיון אקדמי לבין חיי המעשה בתחום זה. המפגש פנים אל פנים עם המטופל מכתוב פתרונות שונים. בדיון אקדמי קל לומר כי אין לאפשר לאישה מבוגרת להרות, אך במציאות קשה לסרב לאישה דתייה מבוגרת ללא ילדים, למשל, אשר עברה במשך שנים רבות טיפולי פוריות, ואשר מחויבת הלכתית להעמיד דור-המשך.

קיים פער גדול גם בין החוק לבין חיי המעשה. זיידמן תיאר מקרה שהתרחש בקליניקה שלו, שבו הגיעה אליו לטיפול אישה אשר לא הצליחה להרות בגלל שחלות שאינן מתפקדות. הפתרון היחיד למצבה היה תרומת ביציות. היא ביקשה שאחותה הצעירה תתרום לה את הביציות, מאחר שאחותה דומה לה, והיא מכירה את תכונותיה הגנטיות ומרגישה קרובה אליה יותר מאשר לתורמת אנונימית. זיידמן נאלץ להסביר לאישה כי בישראל החוק מתיר תרומת ביצית אך ורק מתורמת אנונימית אשר עוברת ממילא טיפול בהפריה חוץ-גופית. כך הרופא מוגבל על-ידי החוק. עם זאת, ניתן במקרה זה להצדיק את הבסיס להגבלה בחוק,

מאחר שקיים חשש שהאחות אינה חופשייה באמת מלחצים בבואה לתת הסכמה מדעת לתרומת הביצית – תהליך שאינו נעדר סיכונים.

דוגמה נוספת שהציג זיידמן היא מקרה שבו הגיעו אליו לקליניקה זוג גברים הומוסקסואלים שהיו מעוניינים בילד משותף, אך ביקשו לעשות זאת באמצעות תורמת ואם פונדקאית. כלומר, הם לא היו מעוניינים לעשות זאת באמצעות מישהי שתהיה חלק קבוע ממערכת היחסים העתידית עם הילד. בקשתם מעלה בעיה של ניצול משאבים ביולוגיים וכלכליים רבים לטובת מה שיוגדר על-ידי רבים כ"גחמה חריגה". נוסף על כך ביקש הזוג שהילד ייוולד מזרע מעורבב משניהם. בקשה זו מעלה בעיה של אחריות הורית. אי-אפשר לדעת מי האבא, וניתכן התכחשות מאוחרת להורות וכן פגיעה בזכותו של הילד לדעת מיהו אביו הביולוגי.

מקרה נוסף המחדד את בעיות המסוגלות ההורית ואת השאלה מי אמור להחליט הוא הנושא של אנשים עם פיגור שכלי. זיידמן תיאר מקרה שבו זוג עם פיגור שכלי הגיע לטיפול הפרייה. הרופאים היו מחויבים לטפל בבני-הזוג ללא קשר למסוגלותם ההורית, ולכן טיפלו בהם ונולד להם ילד. סמוך לאחר הלידה הגיעה העובדת הסוציאלית, ומשראתה כי הטיפול בילד אינו מספק, העבירה אותו באמצעות שירותי הרווחה לאימוץ. זו דוגמה מצוינת של בזבוז משאבים, לדעת זיידמן. מצד אחד, משרד הבריאות מימן טיפולי הפרייה, ומן הצד האחר, שירותי הרווחה לקחו את הילד מהוריו. האם צריך להתיר לרופאים, בבואם לתת טיפולי פרייה, לדרוש תחילה בדיקה של המסוגלות ההורית?

דילמות נוספות עולות מהצד הטכנולוגי. טכנולוגיות חדשות בתחום הפרייה צוות חדשות לבקרים, ועוברות מהמעבדה לשטח במהירות גבוהה מאוד למרות החששות הבטיחותיים. ההתקדמות הטכנולוגית מציבה את הרופאים בפני דילמות אתיות חדשות. טכנולוגיה מוכרת היא אבחון עופר לפני השרשה, המאפשר להסיר תא יחיד מן העופר ולבדוק את הגנטיקה שלו. בדרך זו ניתן לבדוד גנים ספציפיים ולמנוע מחלות קשות. זו דוגמה שאינה שנויה במחלוקת, אבל הוויכוח הוא על שימושים אפשריים אחרים של הטכנולוגיה, כגון קביעת מין העופר – הליך הכרוך בעלויות גבוהות ובסכנות לאישה. החוק בארץ פתר את הבעיה על-ידי איסור, אך רצונות ההורים חזקים יותר, ולכן רבים פונים לעבור את הטיפול בחוץ-לארץ. אך הדבר אינו מסתיים כאן. יש הורים המעוניינים שבנם יהיה גמד בגלל קומתם הנמוכה, ובספרות תואר מקרה של זוג לסביות חירשות אשר ביקשו מהרופאים להסתייע בזרע של תורם חירש, מאחר שחשוב להן מאוד שגם ילדן יהיה חירש. הפרט המדחים הוא שהן קיבלו את מבוקשן ונולד להן ילד חירש. כאמור, הסביר זיידמן, קשה לרופאים להתמודד עם בקשות בעולם הנאור.

הדוברת הרביעית הייתה ד"ר אילת בלכר-פריגת ממכללת שערי משפט. נושא הרצאתה היה האינטרסים של הגבר בקבלת החלטה על ביצוע הפלה, והשאלה שהועלתה הייתה אם על המשפט להכיר באינטרס זה של הגבר, ובאיזה אופן עליו להכיר בו. לפני הדיון בשאלת מעמדו של הגבר בקבלת החלטה על ביצוע הפלה, ציינה בלכר-פריגת כי יש נקודה מרכזית אחת שחשוב להבהיר לגבי הדיון הקיים בכל הנוגע להפלות בארץ, מכיוון שקיימת תפיסה מוטעית לגבי עמדת הדין הישראלי בכל הנוגע לזכותה של אישה לבצע הפלה. על-פי הדין הישראלי (בניגוד לדין האמריקאי, למשל), אין לאישה זכות

לבצע הפלה. ביצוע הפלה מהווה עברה פלילית על-פי חוק העונשין הישראלי. החוק אומנם פוטר את האישה עצמה מאחריות פלילית, ומי שנושא באחריות הפלילית הוא הרופא שמבצע את ההפלה, אך עדיין ביצוע הפלה אינו חוקי. זו כאמור נקודת המוצא. עם זאת, האיסור הפלילי שקבוע בחוק הישראלי אינו איסור גורף. החוק מאפשר לבצע הפלה אם היא אושרה על-ידי ועדה להפסקת היריון. על-פי החוק, ועדה זו חייבת לכלול שני רופאים ועובד סוציאלי, ואחד לפחות מבין שלושת חברי הוועדה חייב להיות אישה. הוועדה רשאית לאשר ביצוע הפלה בהתקיים אחת מהעילות המנויות בחוק. כלומר, לאישה אין זכות לבצע הפלה, אלא יכולתה לבצע הפלה מותנית מבחינה חוקית באישור של ועדה להפסקת היריון.

השאלה שבלכר-פריגת שואלת היא אם לפני שהוועדה מחליטה לגבי בקשה של אישה להפסיק היריון היא מחויבת לשמוע את הגבר שיש לו לכאורה עניין בהחלטה זו. במילים אחרות, השאלה היא אם יש לאותו גבר זכות טיעון לפני הוועדה להפסקת היריון. בלכר-פריגת הסבירה כי בחירתה במילים "גבר שיש לו עניין בהחלטה [על הפסקת ההיריון או המשכתו]" – ולא "אב" או "אב פוטנציאלי" או ביטוי אחר – נועדה להבהיר ששאלת מעמדו של הגבר לפני ועדת ההפלות מבטאת למעשה שתי שאלות נפרדות: האחת נוגעת במעמדו של האב הפוטנציאלי, קרי, הגבר אשר קשור גנטית לעובר; והאחרת מתייחסת למעמדו של בעלה של האישה (אם היא נשואה) ביחס לשאלת ההפלה. פעמים רבות בעלה של האישה הוא גם אבי העובר שהיא נושאת ברחמה, אבל לא תמיד כך הדבר. בסיטואציות של הפלות אין כל הכרח שהגבר הקשור גנטית לעובר יהיה גם נשוי לאישה הנושאת את העובר ברחמה. ההבחנה חשובה מכיוון שמעמדו של האב הפוטנציאלי נובע מאינטרס שיש לו באבהות (ביולוגית), ואילו מעמדו של בעלה של האישה מבוסס על קשר הנישואים בינו לבין האישה.

כאשר התעוררה השאלה לפני בית-המשפט העליון בעניין פלוני²²², הגבר שטען כי יש לו זכות טיעון לפני הוועדה להפסקת היריון היה גם האב הפוטנציאלי וגם בעלה של האישה. הוא ביסס את טענתו הן על האינטרס שיש לו מכוח היותו אביו הגנטי של העובר והן על האינטרס שיש לו מכוח קשר הנישואים. דעות השופטים נחלקו לא רק בקשר לתוצאה הראויה, קרי, אם יש לאפשר לאותו גבר זכות טיעון אם לאו, אלא גם בקשר לשאלה על האינטרס של מי מבקשים להגן – על זה של הבעל או על זה של האב הפוטנציאלי. מבחינת תוצאת פסק-הדין, עמדת הרוב, מפי השופטים שמגר ובן-עתו, קבעה שלגבר אין זכות טיעון לפני הוועדה להפסקת היריון הן מתוקף מעמדו כאב הפוטנציאלי של העובר והן מכוח קשר הנישואים בינו לבין האישה. השופטת בן-עתו שמה בפסק-דינה את הדגש באינטרס של הגבר כאב פוטנציאלי, קרי, באינטרס שלו מכוח הקשר הגנטי, הביולוגי, לעובר. פסק-דינו של השופט שמגר מתייחס לעיתים לאינטרס של הבעל ולעיתים לאינטרס של האב הפוטנציאלי, מבלי ליצור הבחנה של ממש ביניהם. על כל פנים, הסבירה בלכר-פריגת, שניהם שוללים את קיומה של זכות טיעון. השופט אלון, לעומתם, הכיר בקיומה של זכות טיעון לגבר לפני הוועדה להפסקת היריון, בשימו את הדגש במעמדו של הגבר כבעלה של האישה. זכות הטיעון נתונה לגבר, על-פי השופט אלון, מכוח קשר הנישואים.

222 ע"א 413/80 פלונית נ' פלוני, פ"ד לה(3) 57 (1981).

בלכר-פריגת מסכימה עם עמדת הרוב שלפיה לגבר – הן כאב פוטנציאלי והן כבעל של אישה – אין מעמד לפני הוועדה להפסקת היריון, ולא צריך להיות לו מעמד לפנייה. עם זאת, היא ביקשה להתעכב על השאלה מדוע היא סבורה שתוצאת פסק-הדין ראויה: האם היא ראויה מפני שלגבר אין אינטרס שראוי להגנה בהיריון ובהמשכתו או למרות קיומו של אינטרס כזה של הגבר, וזאת בשל אינטרסים אחרים שגוברים, ובפרט זכות האישה על גופה. בהקשר זה ביקשה בלכר-פריגת לחדד את ההבחנה בין גבר הטוען למעמד מכוח אינטרס שיש לו ליהפך לאב לבין גבר המבסס את טיעונו על קשר נישואים לאישה. בכל הנוגע לבעלה של האם, בלכר-פריגת סבורה שמכוח הנישואים אין לגבר כל אינטרס הראוי להכרה ולהגנה בקשר להיריון של אשתו. במילים אחרות, שלילת מעמדו של בעלה של האם לפני הוועדה להפסקת היריון נובע, לגישתה, מכך שאין לו כל אינטרס הראוי להכרה ולהגנה בהיריון. קשר הנישואים אינו מקנה כל אינטרס הראוי להגנה בהיריון. המצב שונה בעיניה בכל הנוגע לגבר הקשור גנטית לעובר, מי שהאינטרס שלו בהיריון נובע מאינטרס ליהפך להורה, ליהפך לאב. לגישתה, אינטרס של גבר ליהפך להורה הוא אינטרס חשוב שראוי להכרה ולהגנה. בלכר-פריגת הדגישה כי היא מכירה באינטרס של הגבר ליהפך לאב לא רק כאשר הוא נשוי לאם. השאלה אם האינטרס של הגבר באבהות ראוי להגנה אינה מותנה, לדידה, בקשר נישואים עם האישה. עם זאת, היא סבורה שבסיטואציה של הפלה האינטרס המרכזי הוא האינטרס של האישה בגופה. זכות האישה על גופה גוברת בעיניה באופן מוחלט על כל אינטרס של הגבר ליהפך לאב או להורה, ואין מקום לאזן בין האינטרסים בכל מקרה ומקרה.

מאחר שטענתה של בלכר-פריגת היא כי האינטרס של האישה בגופה גובר בכל מקרה על האינטרס של הגבר, עולה השאלה בדבר המשמעות שיש להכרה באינטרס של הגבר, של האב הפוטנציאלי. לחשיבות שבלכר-פריגת מקנה להדגשת האינטרס של האב כאינטרס ראוי להגנה, אף אם הוא נסוג בסופו של דבר מפני האינטרס של האישה בגופה, יש שני היבטים. ראשית, גם להנמקה של הכרעות משפטיות יש חשיבות, ולא רק לשורה התחתונה של ההכרעה, שכן למשפט יש תפקיד אקספרסיבי. המשפט מעביר מסרים, ומסרים אלה עוברים לא רק מהשורה התחתונה של ההכרעות המשפטיות. מסיבה זו, סבורה בלכר-פריגת, יש חשיבות להדגשת האינטרס של הגבר ליהפך לאב גם כאשר דנים בשאלת מעמדו לפני הוועדה להפסקת היריון ומכריעים נגד מתן זכות טיעון לגבר.²²³ שנית, יש חשיבות בהדגשת האינטרס של גברים ליהפך להורים מכיוון שיש בכך כדי לחזק את ההכרה של המשפט באינטרס של גברים ליהפך להורים ובאינטרס שלהם להיות הורים פעילים. שיטות משפט רבות, וביניהן גם שיטת המשפט הישראלית, מגלות חשדנות רבה כלפי אבות וכלפי האינטרס שלהם בילדיהם, במיוחד אם מדובר באבות ביולוגיים שאינם נשואים לאם.

223 ראו בעניין זה מ"א (ת"א) 3582/93 שלמה רון שיבק נ' דנה רון שיבק, פ"מ תשנ"ד(1) 81 (1993), אשר העלה שוב את שאלת מעמדו של האב בקבלת החלטה על הפסקת היריון של אשתו. השופטת ארבל מדגישה בפסק-דינה כי יש לאב (שהוא גם בעל) זכות בהיריון – קרי, יש לו אינטרס שראוי להגנה – אבל קובעת שזכות האישה על גופה היא הזכות המרכזית, וזו גוברת על זכותו של האב.

אימהות היא עניין מיתי, וקיימות תפיסות ו"אמיתות" רבות בדבר כישוריהן המולדים של נשים המאפשרים להן לטפל בילדיהן ולדאוג להם בצורה מיטבית, בדבר תפקידן המרכזי והמחייב של האימהות בחיי ילדיהן, ובדבר מרכזיותה של האימהות בחיי האישה. לא כך הדבר לגבי גברים ואמהות. התפיסה הרווחת היא כי גברים אינם נקשרים לעובר במהלך ההיריון, נדרש להם זמן כדי להיקשר לילד לאחר שנולד, וככלל האבהות ממלאת מקום מרכזי פחות בחייהם ובתפיסתם העצמית. תפיסה זו מוצאת את ביטוייה בהסדרים משפטיים שונים אשר מתייחסים באופן שונה לנשים כאימהות ולגברים כאבות – הן לפני הלידה והן לאחריה. כך, למשל, בהחלטה על מסירת ילד לאימוץ ההגנה על האינטרס של האישה באימהות חזקה מההגנה על האינטרס של הגבר באבהות, בדיני משמורת קיימת עדיין חזקת הגיל הרך וכדומה. מבלי להיכנס לשאלות הסבוכות שכל אחת מהסוגיות הללו מעוררת, דעתה של בלכר-פריגת היא כי ראוי להכיר באינטרס של גברים בהורות ובמקום שההורות יכולה לתפוס בחייהם. הכרה באינטרס של גברים בהורות מחייבת, כמובן, לבחון לא רק את אופן ההנמקה של הכרעות משפטיות, אלא כיצד ניתן לתת ביטוי חוקי לאינטרס של גבר ליהפך לאב מבלי לפגוע בזכות האישה על גופה.

בלכר-פריגת הראתה, כאמור, כי אין זה ראוי להעניק לאב הפוטנציאלי זכות טיעון ועמידה לפני הוועדה להפסקת היריון. האפשרות הבאה שאותה בחנה היא הטלת חובה על האישה ליידע את האב הפוטנציאלי בדבר ההיריון ובדבר כוונתה לבצע הפלה. הטלת חובת יידוע עשויה למעשה גם לתת ביטוי לזכות הטיעון של הגבר – אם לא לפני הוועדה, אזי לפחות לפני האישה כמחליטה.

לטענת בלכר-פריגת, כאשר חושבים על הטלת חובת יידוע ועל משמעויותיה המעשיות, עולה השאלה באילו סיטואציות תרצה אישה להימנע מיידוע האב הפוטנציאלי בדבר ההיריון וההפלה המתוכננת, ואם אכן נרצה לקבוע את קיומה של חובת יידוע באותן סיטואציות. נראה ברור (ומחקרים מארצות הברית מאששים זאת) שרוב הנשים מיידעות את אבי העובר בדבר ההיריון ובדבר הכוונה לבצע הפלה. כאשר חושבים על אותן נשים שאינן רוצות ליידע את אבי העובר בדבר ההפלה המתוכננת, ויותר מכך על הסיטואציות שבהן יימנעו נשים מיידוע האב הפוטנציאלי בדבר ההפלה, ספק אם נרצה להטיל בסיטואציות הללו חובת יידוע. הסיטואציה המרכזית שקופצת לראש היא סיטואציה של אלימות, כאשר אישה חוששת מתגובה אלימה של האב הפוטנציאלי. נראה כי בפועל לא נרצה להטיל חובת יידוע במקרים כאלה.

אולם העובדה שלא נרצה בפועל להטיל חובת דיווח אינה מהווה סיבה לא לקבוע חובת דיווח בחוק עם חריגים רחבים דיים, כך שכל אישה תוכל למעשה לא למלא את חובת הדיווח. גם כאן, המטרה של קביעת חובת דיווח עם חריגים כה רבים – עד כדי כך שלחובה עצמה לא יהיו למעשה שיניים – היא העברת מסר בדבר הכרה באינטרס של האב הפוטנציאלי בד בבד עם הכרה בזכותה העדיפה של האישה.

בלכר-פריגת סיימה את הרצאתה בצינה כי הכרה באינטרס של גבר בהורות אינה מחייבת תמיד התנגשות עם אינטרס נוגד של זכות האישה בגופה. למשל, במקרה שבו רופא מבצע טיפול רשלני באישה הרה וכתוצאה מכך גורם להפלת העובר, האם נכיר בעילת תביעה של האב הפוטנציאלי כניזוק או רק בעילת תביעה של האישה? במקרים שבהם

עלתה השאלה בארצות-הברית, לא תמיד זכה האינטרס של האב הפוטנציאלי בהכרה, וניתן למצוא פסקי-דין שבהם אף-על-פי שהוכרה זכות תביעה של האם בגין נזק נפשי, לא הוכרה זכות תביעה דומה של האב. פסיקה כזו נשענת על אותן תפיסות המבחינות בין אימהות לאבות – תפיסות שעל המשפט לעמעם, לגישה של בלכר-פריגת.

דוגמה נוספת עשויה להתבסס על הרקע העובדתי של פסקי-הדין המפורסם בעניין נחמני²²⁴ עם היפוך קל של היוצרות. נניח כי הגבר הוא שמעוניין בהמשך התהליך שבו יושתלו הביציות המופרות בגופה של אם נושאת. מבלי להיכנס לשאלה בדבר צדקת ההכרעה בעניין נחמני, נראה כי ככל שמכירים בזכות האישה להמשיך את תהליך הפונדקאות על-מנת ליהפך לאם גם ללא הסכמת הגבר, יש להכיר בזכות דומה של הגבר בנסיבות שכאלה ליהפך לאב גם ללא הסכמת האישה. אם נחזור לנושא ההפלות, שאלת מעמדו של הגבר והאינטרס שלו באבהות עשויה להיות רלוונטית כאשר נושא ההפלה מתעורר בשלב שבו העובר יכול להתקיים מחוץ לרחם. במקרה כזה עולה השאלה אם הפלה משמעה רק סיום ההיריון מבחינתה של האישה או שמא משמעה גם המתת העובר. בעוד האינטרס של האישה בגופה הוא אינטרס עדיף באופן מוחלט על האינטרס של הגבר ליהפך להורה, אין הדבר כך לגבי האינטרס של האישה לא להיות אם. שאלה זו הולכת ונהפכת לרלוונטית עם התקדמות מדע הרפואה.

לסיכום, בלכר-פריגת קוראת להכיר באינטרס של גברים ליהפך לאבות, ולבחון את המשמעויות שיש לתת לאינטרס זה בדין הנוהג בהקשרים שונים, ובכלל זה בהקשרים הנוגעים בהיריון או בהפסקתו.

פרק ח: מושב שביעי – ילדים ובריאות

משתתפי המושב: יושב-ראש – פרופ' דן שניט, ד"ר רועי גילבר,
ד"ר תמר מורג, עו"ד ורד וינדמן

1. פתח-דבר

נושא עיסוקו של מושב זה הוצג על-ידי יושב-ראש המושב פרופ' דן שניט מאוניברסיטת תל-אביב. שניט הציג את המכנה המשותף העיוני של הדיון באמצעות שלושה מושגים. הראשון הוא המושג "אחריות", שפירושו הוא החובה והסמכות ליזום טיפול ודאגה לבריאותו של הילד. המושג "אחריות" כולל בתוכו הן אחריות הורית, כלומר דאגה לבריאותו של הילד מן הפן של יחסי הורים-ילדים, והן אחריות של המדינה כלפי הילד, משפחתו והוריו. השני הוא המושג "אוטונומיה", שפירושו רצון חופשי ויכולת החלטה עצמאית. מושג זה כולל בתוכו

224 דנ"א 2401/95 נחמני נ' נחמני, פ"ד נ(4) 661 (1996).

הן את האוטונומיה של הילד – זכויותיו של הילד ומידת העצמאות שאנחנו מעניקים לו בניהול החלטות ובהשתתפות בקבלתן (הרצאתה של תמר מורג) – והן את האוטונומיה של ההורים, בין כלפי הילד ובין כלפי המדינה כמתערבת (הרצאתו של ד"ר גילבר בהקשר של רשלנות ומצבים של התעללות שיש בה מרכיב של התערבות של המדינה). המושג השלישי הוא טובתו וזכויותיו של הילד.

טענתו של שניט היא כי קיים מתח מובנה בין שלושת המושגים. דוגמה לכך היא עניין אל אטרש.²²⁵ במקרה זה דובר בילדה בדרוית בת שלושה חודשים אשר לקתה במחלת סרטן קשה ונזקקה לתרופה שיש לשמור אותה בקירור. דא עקא, היא חיה בכפר שאינו מחובר לרשת החשמל הארצית, וכתוצאה מכך נוצר קושי לספק לה את השירות הבסיסי של תרופה מקוררת ותקינה לשמירת חייה. העתירה הוגשה נגד המדינה, בטענה כי במסגרת זכותה לבריאות, ועל-פי חוק זכויות החולה, על המדינה לספק את התרופה המקוררת. הניתוח של בית-המשפט היה פורמלי ופשוט. מאחר שעל-פי חוק התכנון והבנייה אי-אפשר לחבר את היישוב לרשת החשמל, תיפתר הבעיה באמצעות גנרטור ותרומות סולר מעמותות שונות. טענתו של שניט היא כי אם אנחנו חושבים שטובת הילדה ברורה לגמרי, וכי זכותה לטיפול רפואי נאות – ולמעשה לשמירת חיים – יש בה משום הטלת חובה על המדינה למצוא פתרון קבוע ומוסדר, אזי אין לנו אלא למצוא כאן במפורש מתח מובנה בין זכותה של הילדה לבריאות ולחיים (אשר גוברת, לדעתו של שניט) לבין אחריות המדינה. לפיכך על המדינה למצוא פתרון שאינו בגדר יציאה ידי חובה, ולא לסמוך על טוב-ליבם של גורמים אחרים. כנגד זה, ציין שניט, ייתכן שהאחריות ההורית מורה דווקא כי על ההורים לוותר במידה רבה על נוחותם, ולהעתיק את מקום מגוריהם, ולו באופן זמני, למקום שבו יהיה אפשר לקבל את התרופה המקוררת. זהו אם כן אותו מתח מובנה בין האחריות ההורית, זכותם כלפי ילדתם וזכותה של ילדתם לקבל טיפול.

בכרך זה של כתב-העת מופיע מאמרו של ד"ר רועי גילבר "הרופא מול המשפחה: תביעות נזיקיות בנושא אבחון התעללות בילדים",²²⁶ אשר נכתב בעקבות מושב זה. מאמרו של גילבר עוסק באחריות הנזיקית של רופאים ומטפלים אחרים לנזק שנגרם למטופל ולבני משפחתו כתוצאה מאבחון רשלני של התעללות בילד על-ידי אחד מהוריו. העמדה המוצגת במאמר, המנוגדת לעמדה הרווחת בפסיקה ובספרות, היא כי יש להטיל חובת זהירות על רופאים גם כלפי הורי הילד המטופל כאשר הרופאים מתרשלים באבחון התעללות במשפחה. אחד הטיעונים המרכזיים המוצג במאמר הוא כי דיני הנזיקין יכולים להוות כלי לשינוי חברתי גם במערכת יחסים עדינה זו שבין הרופא, הילד המטופל ובני משפחתו.

2. תמצית דברי המשתתפים במושב

הדובר הראשון היה ד"ר רועי גילבר מהמכללה האקדמית בנתניה. נושא הרצאתו של

225 בג"ץ 8062/05 אל אטרש נ' שר הבריאות (לא פורסם, 23.11.2005).

226 רועי גילבר "הרופא מול המשפחה: תביעות נזיקיות בנושא אבחון התעללות בילדים" משפט ועסקים 1 521.

גילבר היה רשלנות רפואית באבחון התעללות בילדים. גילבר ביקש לבחון אם יש להטיל אחריות משפטית לפיצוי של ילד והוריו בגין אבחון רשלני של התעללות בילד. גילבר חילק את הדיון לשתי שאלות. הראשונה, אשר שנויה פחות במחלוקת, היא מה קורה כאשר הרופא אינו מגלה שהילד שלפניו חשוף להתעללות בתוך המשפחה או אינו מתריע על סימנים להתעללות. גילבר לא דן בשאלה זו מאחר שבאופן עקרוני מוטלת בישראל, כמו גם בשיטות משפט רלוונטיות אחרות, אחריות על פקידי סעד לפיצוי כאשר הם מבחינים בסימנים לאלימות ואינם עושים די למונעה. השאלה השנייה, שבה דן גילבר, נוגעת בסיטואציה שבה רופא קובע ברשלנות כי הפגיעה הגופנית שהוא רואה אינה מעשה תאונתי רגיל, אלא התעללות במשפחה. האם במצב כזה מוטלת עליו חובה לפצות את הילד, אשר סובל למעשה מבעיה רפואית, ולא מהתעללות? יתר על כן, האם מוטלת עליו חובה במצב כזה לפצות גם את הורי הילד?

גילבר ציין כי הנתונים שהצטברו במדינות המשפט המקובל – כגון אנגליה, קנדה, ניו-זילנד ואוסטרליה – מצביעים, בניגוד למצופה, על מקרים לא-מעטים בשנים האחרונות שבהם התרשלו רופאים ואבחנו ילדים כסובלים מהתעללות אף שדובר בבעיה רפואית. עם זאת, בישראל טרם הגיע מקרה מסוג זה להכרעתם של בתי-המשפט.

גילבר תיאר מקרה שהתרחש באנגליה והגיע עד לבית-הלורדים. דובר בילדה שסבלה בילדותה מהופעת כתמים על עורה. בשנותיה הראשונות טופלה הילדה על-ידי רופא המשפחה, והכתמים נעלמו. כאשר הייתה בת תשע נפגעה הילדה כאשר רכבה על אופניה. האב הדואג לקח את בתו לרופאת הילדים, שקבעה כי החבלות אינן תאונתיות, אלא מעידות על התעללות. יתר על כן, מכיוון שהפגיעה הייתה במפשעה, חשבה הרופאה כי מדובר בהתעללות מינית. המקרה דווח במהירות לשירותי הרווחה ולמשטרה, כנדרש בחוק. בהתייעצות של הגורמים הרלוונטיים נמסר להורים, בנוכחות מבקרים וחולים אחרים ששהו באותה עת במחלקה, כי בתם עוברת התעללות מינית. כתוצאה מכך נאסר על האב, וכן על הגברים האחרים במשפחה, לשהות במחיצתה. נאסר עליהם לבקר את הילדה בבית-החולים, ונאסר עליהם לשהות בבית לכשתשתחרר. כלומר, הוצא למעשה מעין צו הרחקה מקדמי, שהופנה בעיקר נגד האב.

לאחר כשבועיים, ביום האחרון לאשפוזה, הופיעו אצל הילדה שוב הכתמים על עורה, שהיו דומים לחבלות. אלה אובחנו באמצעות בדיקות דם ושתן, והתגלו ככתמים אשר אינם נובעים כמובן מהתעללות. מייד לאחר האבחון בוטל כמובן החשד להתעללות בתוך המשפחה. בעקבות הטראומה הנפשית הגדולה שעברו הילדה, האב ויתר בני המשפחה הגרעינית, הוגשו תביעות בגין נזק נפשי נגד הרופאה ונגד גורמים נוספים שהיו מעורבים. התביעה של הילדה הוכרה – אם כי לא מייד, אלא רק בערכאות הערעור – ואילו תביעתו של האב נדחתה.

השאלה שבה ביקש גילבר להתמקד היא אם יש מקום להכיר במקרים כאלה בתביעות של ההורים נגד הרופאים (תביעות הילדים הוכרו, כאמור).

בית-המשפט הכיר בהתקיימותם של היסודות המרכזיים של עוולת הרשלנות במקרה זה. ראשית, הנזק הוכח – בית-המשפט יצא מנקודת-הנחה שנגרם נזק נפשי לצמיתות גם לילדה וגם לאביה. גם לגבי רכיב ההתרשלות לא היה ספק, לאחר שאפילו הרופאים

עצמם לא הכחישו כי הם לא פעלו לפי סטנדרט ההתנהגות הנדרש מהם במצבים כאלה כאנשי־מקצוע. גם מבחן הצפיות התקיים, כלומר, בית־המשפט הניח כי רופאים יכולים וצריכים לצפות שאבחון רשלני שלהם יפגע גם בילד וגם בהוריו. לבסוף, גם קיומו של הקשר הסיבתי לא היה נתון במחלוקת – היה ברור לכולם שהרשלנות הרפואית היא שהסבה את הנזק הנפשי הכבד לילדה ולאביה.

אם כן, שואל גילבר, מדוע לא הוכרה במקרה זה תביעת האב נגד הרופאים? השאלה שעמדה במחלוקת הייתה השאלה המקדמית בדבר קיומה של חובת זהירות. כלומר, האם באופן עקרוני מוטלת על הרופאים חובה לנקוט אמצעי זהירות סבירים לא רק כלפי הילדים, אלא גם כלפי ההורים, באבחנם התעללות במשפחה? החלתה של חובת זהירות היא שאלה של מדיניות משפטית.

קיימים כמה נימוקים מרכזיים לדחייתה של תביעת הורים. הראשון קשור ליחסים של המטפל והמטופל. בדיני הנזיקין חובת הרופא מיועדת בראש ובראשונה לקידום טובתו של המטופל, והדבר נכון ביתר שאת כאשר מדובר בקטין. מכיוון שאין בהטלת חובת אחריות כלפי ההורים או בני המשפחה הגרעינית משום קידום טובתו של המטופל, אין לכאורה הצדקה להכרה בתביעתם. השני הוא החשיבות החברתית שבאיתור התעללות במשפחה. הנושא של איתור התעללות במשפחה הינו מטרה חשובה ועליונה, ובמאמץ לקדמה אי־אפשר להימנע לעיתים מגרימת נזק להורים ולמשפחות. השלישי, הטלת חובה עקרונית כלפי ההורים תיצור היסוס אצל הרופאים מחשש להתרשלות, ותיווצר פרקטיקה של רפואה מתגוננת. הרביעי הוא ניגוד האינטרסים המובנה בתוך המשפחה בין הילד לבין הוריו. האינטרס של הילד הוא דיווח לרשויות וניתוקו המהיר ממקור הסכנה במקרה של התעללות. האינטרס של ההורה הוא שהמקרה לא ידווח, ושלא תהיה התערבות באוטונומיה ההורית. לכן הטלת חובת זהירות כלפי ההורים עלולה לגרום לתוצאה לא־רצויה. החמישי הוא שברוב המדינות המערביות הטיפול בילדים המצויים במצוקה או בסיכון נעשה בהליך רב־שלבי: אנשי־מקצוע מאתרים את המקרה, ולאחר־מכן ניתן טיפול באמצעות הרשויות – פקידי רווחה, פקידי סעד ומשטרה. מכיוון שגורמים רבים מעורבים בהליך, מדוע יש להטיל אחריות רק על הרופאים? גילבר ציין כי נימוק זה אינו משכנע, מכיוון שבסופו של דבר הכירו בתי־המשפט בחובה של הרופאים כלפי הילדים.

מדוע אם כן יש להכיר בתביעת ההורים? קיימים שני נימוקים עיקריים לכך. הראשון נוגע בהתרשלות הרופא. למעשה, החובה כלפי הילד וההורה היא חובה אחת – לנהוג בזהירות ובסטנדרט התנהגות מקצועי ראוי. הטענה בהקשר זה היא כי הרופא לא ישנה את התנהגותו אם ידע שהאחריות שלו היא גם כלפי ההורה, מכיוון שממילא הוא יודע שהוא אחראי כלפי הילד. הנימוק השני מדבר על תפיסת הילד כחלק ממשפחתו. במקרים של התעללות הטיפול אינו יכול להתמקד רק בילד, אלא חייב להיות משולב בטיפול במשפחתו. התפיסה היא שהמשפחה היא יחידת הטיפול, ולכן הרופא צריך לשאת באחריות כלפי יחידת הטיפול כולה, שהיא המשפחה, ולא הילד לבדו.

לאחר הצגת הטענות, עבר גילבר לניתוח הבסיס העיוני לפסיקת בתי־המשפט. גילבר הסביר כי קיים פער בין מטרותיהם של דיני המשפחה – קידום טובת הילד ושמירה על שלמות המשפחה – לבין מטרת דיני הנזיקין לפצות את הניזוק הישיר, מבלי להכיר בפיוצי

לניזוקים משניים. ההנחה היא למעשה שהמזיק נוטל על עצמו אחריות רק כלפי הניזוק שכלפיו הוא פועל, קרי, רק כלפי המטופל שלו.

בישראל, ציין גילבר, אין הכרעה משפטית בסוגיה זו, וקשה להעריך מה תהיה תוצאתה של הכרעה כזו. מצד אחד, באנגליה, שממנה שואבת הפסיקה הישראלית השראה פעמים רבות, קשה מאוד לבתי-המשפט להכיר בחובות של אנשי-מקצוע לצדדים שלישיים. מצד אחר, בישראל קיימת מגמה להגמיש אמות-מידה אלה ולהכריע את הכף לטובת המשפחה. לדעתו של גילבר, פתרון מעשי לסוגיה זו עשוי להיות אי-הטלת אחריות על הרופא בשלב הראשון, שבו המטרה היא הרחקת הילד ממקור הסכנה, ובתנאי שיש יסוד סביר לחשוד שאכן יש סכנה כזו, אך להטיל אחריות על הרופא כאשר הוא מתרשל ואינו מנסה בשלב הבא לבסס את חשדו. התפיסה של דיני הניזוקין בהקשר זה, כמו בהקשרים אחרים, צריכה להיות מערכתית-משפטית, ולא פרטנית.

הדוברת השנייה הייתה ד"ר תמר מורג מהמכללה למינהל. נושא הרצאתה של מורג היה מי מחליט בנוגע לקבלת טיפול או אי-קבלתו ובנוגע לסוג הטיפול במקרה של ילד חולה. במסגרת הרצאתה ביקשה מורג לדון בשלושה עניינים: הראשון הוא הקושי הנובע מהעדר הסדר משפטי ראוי במשפט הישראלי בנוגע לאוטונומיה של ילדים, ובפרט בכל הנוגע לטיפול הרפואי בילדים; השני הוא ביקורת לגבי ההסדרים שנקבעו במשפט האנגלו-אמריקאי; והשלישי הוא דיון בהסדרה של הנושא במשפט הישראלי.

מורג הסבירה כי כיום החוק בישראל קובע כי נדרשת הסכמה לשם ביצוע טיפול רפואי. עם זאת, חוק זכויות החולה אינו קובע דבר לגבי הסכמה של קטין, ומפנה לעניין זה לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות.²²⁷ אשר קובע כי פעולה משפטית של קטין, לרבות הסכמה לטיפול רפואי, מחייבת הסכמה של נציגו. לכלל זה נקבעה סדרה של חריגים שבהם החוק מאפשר לילדים לתת הסכמה לבד או באישור של גורם אחר (ועדה, בית-משפט). חריגים אלה מתייחסים למצבים מיוחדים וקיצוניים משני סוגים עיקריים: האחד, מצבים שקיים בהם ניגוד עניינים ברור בין ההורים לבין הילדים; האחר, מצבים שקיים בהם אינטרס מדינתי לעודד את הילד לתת הסכמה, כגון בדיקת איידס, הפלות וכיוצא בהם.

עם זאת, הסעיף העיקרי שנעשה בו שימוש הלכה למעשה הוא סעיף 6 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, אשר נותן תוקף לפעולה משפטית של קטין אשר דרכם של קטינים בגילו לעשותה. השאלה שאנו צריכים לשאול את עצמנו, על-פי סעיף זה, היא מהו הנוהג הקיים בנוגע לטיפול רפואי מסוים. דעתה של מורג היא כי זהו בסיס רעוע להסדרת סוגיית הסכמתם של קטינים לטיפול רפואי. שימת הדגש בנורמה הנוהגת בתחום מקדשת לעיתים נורמות שאינן ראויות, וחושפת קטינים ורופאים למצב של חוסר ודאות באשר לכשרותו של הקטין להסכים לטיפול רפואי, ולפיכך יש בה כדי לפגוע בזכויותיהם של קטינים ולחשוף רופאים לתביעות עתידיות אפשריות.

אם כן, שאלה מורג, מהו ההסדר הראוי? המודל המרכזי להסדרת שאלת הסכמתם של קטינים לטיפול רפואי מבוסס על המשפט האנגלו-אמריקאי, ומושתת על יכולת קבלת ההחלטות של ילדים (children's competence to consent). הרציונל העומד בבסיס מודל

227 חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"ב-1962, ס"ח 120.

זה הוא שאם ההצדקה לכך שאנחנו מונעים אוטונומיה מהילדים היא שהילדים אינם מבינים, אזי יש לבנות את מכלול ההסדרים סביב השאלה מה באמת ילדים מבינים.

מורג ציינה כי ככל שהתפתחה ההכרה בילדים כנושאי זכויות, גבר העיסוק בשאלות הנוגעות ביכולת (competence) של ילדים לקבל החלטות, ועיקר העיסוק התמקד בנושא של הסכמה לטיפול רפואי. העיסוק הרב במושג competence הביא במשפט האנגלי-אמריקאי לידי התפתחותם של שני סוגי הסדרים משפטיים. האחד הוא הורדת גיל ההסכמה באופן גורף בהסדרים חקיקתיים. למשל, באנגליה ובסקוטלנד הועמד גיל-הסף על שש-עשרה שנים. השני הוא דוקטרינת הקטין הבוגר (the mature minor doctrine). על-פי דוקטרינה זו, אם הסיבה להבחנה בין ילדים לבין מבוגרים לעניין הסכמה לטיפול רפואי היא העובדה שהם אינם מבינים, אזי יש להתייחס לגיל הבגרות כחוקה הניתנת לסתירה. אם יוכח כי ילד ספציפי מבין כמו מבוגר, אזי נכריז עליו כקטין בוגר לצורך אותה החלטה, וניתן לו את כל הזכויות כמו לבוגר. מבחן זה מכונה "מבחן היכולות של גיליק" (Gillick Competence Test), ועניינו בבחינה אם לילד יש sufficient understanding and intelligence המאפשרים להעניק לו את מכלול הזכויות.²²⁸

קיימות כמה ביקורות מרכזיות למבחן היכולות כבסיס לעיקרון המארגן של ההסדרים. הראשונה היא מתחום המחקר הפסיכולוגי עצמו, ועניינה בשאלה מה בוחנים. המבחן רלוונטי אם בוחנים את הרציונליות ואת יכולת קבלת ההחלטות של ילדים, אבל טענת הפסיכולוגים היא כי יש בכך התעלמות ממרכיבים אחרים, מורכבים יותר, בפסיכולוגיה של בני-נוער. כך, למשל, קיימים הבדלים בתפיסת הזמן בין בני-נוער לבין מבוגרים, שבעטיים הם תופסים באופן שונה השלכות של החלטות לאורך זמן. כמו-כן, בני-נוער נוטים להחזיק בעמדות קונפורמיסטיות הרבה יותר בהשוואה למבוגרים, ולכן יכולתם לקבל החלטה באופן חופשי לגמרי קטנה יותר. הביקורת השנייה נוגעת בהערכה הפרטנית. הטענה היא כי המבחן מפלה בין ילדים מקבוצות חברתיות שונות, מאחר שיכולות הן עניין של הבניה חברתית, של התנסות המאפשרת לפתח יכולות בתחום מסוים. הביקורת השלישית גורסת כי אחד הקשיים המרכזיים במבחן של יכולות הוא תוצאתו הדיכוטומית: או שמעניקים לילד את כל הזכויות או שאין לו שום זכות. הביקורת הרביעית, שהינה הביקורת המרכזית של מורג, היא שמבחן היכולות אינו נוגע כלל בזכויותיהם של ילדים, אלא בזכויותיהם של ילדים בעלי יכולות של מבוגרים, קרי, ילדים שהצלחנו להעבירם מעל הרף ולהוכיח כי הם "כמו מבוגרים". אין פה כלל עיסוק בילדים כילדים.

בפועל, הסבירה מורג, מבחן היכולות לא עמד במבחן המעשה, בעיקר משום שהוא החזיק מעמד רק כל עוד הילד לא קיבל החלטה שנתפסה בעיני המבוגרים כמנוגדת לטובתו. כאשר סירב הילד לטיפול רפואי, ראוהו כמי שאינו בעל יכולת לקבל החלטה. מאוחר יותר נהפך מבחן גיליק בפסיקה האנגלית, כך שהוא אינו חל על ילדים שמסרבים לטיפול רפואי.

228 פסק-הדין שקבע את המבחן הוא פסק-דין Gillick, אשר עסק בשאלת חוקיותן של הנחיות שהוציא משרד הבריאות באנגליה בנוגע למתן ייעוץ גינקולוגי. ראו: Gillick v. West, Norfolk and Wisbech Area Health Authority, 3 All ER 402 (HL) [1985].

מהו אם כן הפתרון, שאלה מורג. המודל הנכון, על-פי מורג, צריך להתבסס על הערך של כבוד האדם, אשר אינו תלוי-יכולות. כבוד האדם חל על כל אדם באשר הוא אדם, ללא כל קשר לשאלת יכולותיו. זהו מודל כללי אשר אינו מיוחד דווקא להסכמת קטינים לטיפול רפואי, והוא שואב הן מערך כבוד האדם והן מהאמנה הבין-לאומית לזכויות הילד. נקודת המוצא היא שלכל ילד צריכה להיות הזכות להשתתפות, ללא קשר ליכולותיו. יש לתת משקל לעמדת הילד בהתאם לגילו ולבגרותו, תוך הבניה ברורה של כלים לשיתוף ילדים ולסיוע בקבלת החלטות בתחום הרפואי.

הדוברת הרביעית הייתה עו"ד ורד וינדמן מהמועצה לשלום הילד. ראשית, העירה וינדמן, בתגובה על הרצאתו של ד"ר רועי גילבר, כי יש להיזהר מפני הטלת אחריות על רופאים או על אנשי-מקצוע אחרים שדיווחו בתום-לב על חשד להתעללות בקטינים. הטלת אחריות כזו עלולה לגרום עוול לילדים ולמנוע את הפסקת ההתעללות בהם, בשעה שממילא קיימים מנגנונים אנושיים המקשים את הדיווח (כגון חשש מפני החשוד בהתעללות או חשש לפגיעה ביחסים עימו).

את הרצאתה פתחה וינדמן בסקירת המסגרת הנורמטיבית הקובעת את זכותם של קטינים לבריאות במערך היחסים שבין הקטין למדינה. זכות זו מעוגנת בראש ובראשונה באמנת האו"ם בדבר זכויות הילד, שנחתמה ואושרה על-ידי מדינת-ישראל. הזכות לבריאות נובעת מעקרון ההישרדות וההתפתחות הקבוע באמנה, והיא אף מעוגנת בה באופן ישיר. על-פי האמנה, זכות זו צריכה להינתן "ברמה הגבוהה ביותר הניתנת להשגה". אמת-המידה הקבועה באמנה למימוש הזכות היא כזו התלויה במשאביה של המדינה, ולפי פרשנותה של ועדת רוטלוי, מדובר ב"עד קצה גבול היכולת". עוד קובעת האמנה כי החובה המוטלת על המדינה כוללת לא רק מניעת מחלות, כי אם גם הקמה של שירותים והבטחת גישה לתוכניות טיפול. בהמשך בדקה וינדמן כיצד זכות זו ממומשת בפועל, וזאת בהתייחס לשלוש שאלות: באילו ילדים מדובר? באיזו בריאות מדובר? ובאיזו זכות מדובר?

באילו ילדים מדובר? האם הזכות לבריאות היא זכותו של כל ילד בישראל, והאם חובת המדינה חלה, הלכה למעשה, על כלל הילדים הנמצאים בשטחה? לדעתה של וינדמן, במציאות כיום התשובה לשאלה זו שלילית. למרות חוק ביטוח בריאות ממלכתי, אשר התקבל בשנת 1994 ואשר ניתק את התלות בין תשלום ביטוח הבריאות לבין קבלת השירותים הרפואיים, יש ילדים אשר הלכה למעשה אינם זכאים לשירותי בריאות. כך, למשל, ילדי העובדים הזרים. אלה לא היו זכאים לשירותי בריאות עד לשנת 2001, שבה יצא חוזר מנכ"ל משרד הבריאות אשר קבע כי הם יהיו זכאים לקבל שירותי בריאות בתנאי שישלמו לקופות-החולים סכום השווה לדמי ביטוח הבריאות הממלכתי. כלומר, גם לפי המצב הקיים כיום, בניגוד לילדים בעלי מעמד חוקי במדינה, הטיפול הרפואי בילדי עובדים זרים מותנה בתשלום דמי ביטוח בריאות. דוגמה נוספת לילדים החיים בארץ שאינם זכאים לשירותי בריאות היא ילדי עולים. מדובר בילדים שהוריהם זכאים למעמד עולה לפי חוק השבות, אולם הם עצמם אינם זכאים למעמד עולה מסיבות שונות. כך המצב, למשל, אם הילד הינו בנו של האב מנישואיו הקודמים לאישה שאינה יהודייה. בדומה לילדי העובדים הזרים, אף ילדים אלה הינם חסרי מעמד ולכן אינם זכאים לשירותי בריאות.

באיזו בריאות מדובר? מהו היקף הזכות לבריאות? בהקשר זה שאלה וינדמן מה בין

זכות הילד לבריאות לבין זכות האדם הבגיר לבריאות, וענתה כי יש מקום לטענה כי היקף זכותם של ילדים רחב יותר, בין היתר לנוכח היות תקופת הילדות והנעורים תקופה משמעותית מבחינה גופנית ונפשית, שבמהלכה מתקיימים תהליכים התפתחותיים בעלי השפעות ארוכות-טווח. לגישה זו יש תימוכין הן באמנה בדבר זכויות הילד והן בחוקים אחדים במשפט הישראלי. וינדמן ציינה בהקשר זה את הבידול שניתן למצוא במקרים מסוימים בין מבוגרים וקטינים בהקשר של היקף סל הבריאות. בעניין דרורי²²⁹ עלתה טענת הפליה על בסיס גיל (לטובת קטינים) לנוכח מימון רחב יותר של טיפול בסל הבריאות, אולם בית המשפט דחה את הטענה. עוד הזכירה וינדמן בעניין היקף הזכות לבריאות, כפי שהוא בא לידי ביטוי בעולם המעשה, את הנושא של אחיות בתי-הספר. לנוכח קיצוצים תקציביים במרוצת השנים נעלמו כמעט לחלוטין אחיות בריאות הציבור מהנוף הביתי-ספרי. כפועל יוצא מכך הצטמצמו באופן ניכר שירותים חיוניים רבים, וביניהם מתן חיסונים, בדיקות ראייה ושמיעה, חינוך לבריאות ומתן עזרה ראשונה. המשמעות של העדר שירותים אלה היא פגיעה קשה בשירותי הבריאות המונעת, ויש לכך השלכות ישירות הן על הילדים עצמם והן על החברה בכללותה. השלכות אלה אינן רק בריאותיות וחברתיות, כי אם גם כלכליות.

באיזו זכות מדובר? במילים אחרות, באיזה אופן הזכות לבריאות מוענקת, והאם כאשר היא מוענקת נשמרות גם זכויותיהם האחרות של קטינים? וינדמן בחרה להדגים בעיה זו באמצעות הנושא של שמירת מידע על אשפוז פסיכיאטרי של קטינים. בשנת 1995 תוקן חוק הנוער²³⁰ בסעיפים שונים שנגעו באשפוז קטינים במסגרות פסיכיאטריות. בין היתר נקבע כי ניתן לאשפוז קטינים בכפייה גם לא בנסיבות של מחלת נפש (אלא בשל הפרעה נפשית בלבד), וזאת להבדיל ממבוגרים. במסגרת התיקונים הוסף סעיף 23(ב) לחוק הנוער, אשר קבע כי אשפוז של קטין לא יתועד במאגרי המידע של מערכת בריאות הנפש, אלא אם כן הוא אובחן כחולה במחלת נפש המסכנת אותו או את זולתו. סעיף זה הוסף מתוך כוונה לאזן בין הסמכות לאשפוז קטנים בכפייה גם אם לא הוגדרו כסובלים ממחלת נפש, במטרה לטפל בהם ולשקמם, לבין הרצון לאפשר להם לנהל את חייהם הבוגרים ללא מכשלה או תיוג. לאחרונה, משהתברר למועצה לשלום הילד כי הלכה למעשה מתועדים גם פרטיהם של קטינים שאושפזו לא בשל מחלת נפש, הגישה המועצה עתירה בנושא. ברי כי הפגיעה בקטינים אלה היא עצומה. מעבר לפגיעה בפרטיותם ובשמם הטוב, נפגע גם חופש העיסוק שלהם כאשר מידע זה מגיע לצבא ולמקומות עבודה שונים. לדעתה של וינדמן, נושא זה של אשפוז פסיכיאטרי של קטינים מדגים את המתח שעשוי להיווצר בין זכויות רווחה של קטינים לבין זכויות האדם שלהם. קיימת חשיבות רבה לכך שבד בבד עם פרישת הגנה רחבה על זכויות רווחה של קטינים (הזכות לבריאות, המגולמת בהקשר זה באפשרויות אשפוז רחבות, בהשוואה למבוגרים), יישמרו זכויות האדם שלהם. לסיכום, הביעה וינדמן את דעתה כי קיים עדיין פער בין החובה המוטלת על המדינה, על-פי אמנת האו"ם בדבר זכויות הילד, לבין הנעשה בשטח. על-כן, כל עוד לא נעשים

229 ע"ע 284/05 דרורי נ' קופת חולים לאומית (לא פורסם, 3.11.2005).

230 חוק הנוער (טיפול והשגחה), התש"ך-1960, ס"ח 52.

מאמצים לגשר על פער זה, אי-אפשר לומר כי זכותם של כל הילדים בישראל לכל שירותי הבריאות ממומשת במלואה.

פרק ט: מושב שמיני – זכויות בפיתוחים רפואיים – שימוש לטובת הכלל

משתתפי המושב: יושב-ראש – עו"ד ארז שחם, פרופ' מיגל דויטש, פרופ' ניבה אלקין-קורן, ד"ר אורית פישמן-אפורי

1. פתח-דבר

מטרתו של מושב זה הייתה לבחון היבטים של שימוש בזכויות הנובעות מפיתוחים רפואיים לטובת הציבור בכללותו: האיוונים הדרושים בתחום של סודות מסחריים, התמריץ הראוי וההתנהגות הראויה לתמרוץ בהקשר של מסחור תוצרי הקניין הרוחני המיוצר בבת-חולים ממשלתיים, וזכות האדם ליהנות מפירות הקדמה המדעית.

2. תמצית דברי המשתתפים במושב

הדובר הראשון היה פרופ' מיגל דויטש מאוניברסיטת תל-אביב. הרצאתו של דויטש עסקה בשאלת עצם ההצדקה להגנה על סודות עסקיים בתחום הפיתוחים הרפואיים, היקף ההגנה, והאפשרות לשאילת מוסדות מתחום דיני הפטנטים, דוגמת המוסד של רשיון הכפייה, לשם מתן פתרונות הולמים לקשיים המתעוררים.

דויטש הסביר כי אם סביב הצידוק העקרוני להכרה בקניינים רוחניים "ותיקים" ומוסדיים – כגון דיני פטנטים, זכויות יוצרים וסימני מסחר – אין מחלוקת של ממש בספרות, דיני הסודיות המסחרית מצויים בשלב התפתחותי מוקדם יותר, שבו ניכרות עדיין תהיות באשר לזכות הקיום העצמאית שלהם כישות לבר-חוזית הראויה להגנה של הדין. זאת, הגם שרוב הדינים הפוזיטיביים המודרניים כבר הכריעו בחיוב בנידון.

עיקר הדילמה נוגעת, לדעתו של דויטש, בטיב "האמנה החברתית" בתחום הסודות העסקיים. הרציונל המרכזי להגנה על קניינים רוחניים הוא תגמול של יוצר הקניין כנגד תרומתו לחברה, שתתבטא בעיקר בהפיכת הקניין לנחלת הכלל כעבור זמן, ובהעמדתו לרשות הציבור למטרות מסוימות גם בתוך תקופת התוקף של הזכות. מיקומו של הסוד העסקי במסגרת דיכוטומיה זו שבין הספרה הפרטית לבין זו הציבורית הינו בעייתי. בעל הסוד אינו חושף את המידע לציבור, ובכך תרומתו לאינטרס הציבורי מופחתת. על המשפט להכריע בנידון בין עמדה הגורסת כי לנוכח זה אין הצדקה להגנת הדין על בעל

הסוד – מעבר לזו המושגת על-ידי "רגולציה עצמית" באמצעות חוזה – לבין יצירה של רובד-ביניים של הגנה, אשר יקרין גם כלפי צדדים זרים ברמת עוצמה בינונית כזו או אחרת. אל תמונה זו יש להוסיף גם את האפשרות ליישום רובד "מעודן" נוסף של הגנה באמצעות דיני עשיית עושר ולא במשפט. במשפט הישראלי אפשר לעשות זאת באמצעות הלכת א.ש.י.ר.²³¹ ההכרעה בישראל, ציין דויטש, היא לכיוון של מסלול-ביניים. עילת התביעה לפי דיני סודות המסחר יוצרת רמת-ביניים בהגנה על קניין רוחני, שמצויה בין אי-הגנה לבין הגנת המונופול של הפטנט.

הדילמה האמורה מתחזקת בתחום הפיתוחים הרפואיים, לנוכח האינטרס הציבורי המובהק הכרוך בהגנה על ערך החיים והבריאות. מצד אחד, קיים הצורך לתמרץ ליצירתם של פיתוחים בתחום הרפואי, ומן הצד האחר, קיים החשש ליצירת מונופול שימנע הצלת חיי אדם. דוגמה לבעייתיות באיזון בתחום הפיתוחים הרפואיים היא ההוראה הקיימת בסעיף 7 לחוק הפטנטים, שלפיה אי-אפשר לרשום פטנט בגין תהליך לריפוי בגוף האדם. כידוע, ציין דויטש, תרופות ניתנות לרישום כפטנט. מדוע, אם כן, קיימת הבחנה בין המצאה שהיא תרופה לבין המצאה שהיא תהליך לטיפול בגוף האדם. מהו ההבדל העיוני שיכול להצדיק שלילה של ההגנה מהתהליך הטיפולי והכרה בהגנה כאשר מדובר בתרופות? מבחינת האיזון הפרטי מול הציבורי, הסביר דויטש, שאלת האיזון הרי קיימת בשני התחומים גם-יחד. ברור שאם הרעיון הוא שבטיפול אנו רק מגלים, ולא יוצרים מציאות חדשה, אזי ייתכן שלא תהיה הגנה, משום שעל-פי העקרונות הכלליים של דיני הפטנטים, גילוי אינו מוגן, ואילו המצאה מוגנת. אבל קיימים סוגי טיפולים שאפשר בוודאי לחשוב עליהם כעל תהליך שמשנה מציאות, ולא כעל גילוי בלבד של הקיים. בעניין פלנטקס²³² נחלקו דעות השופטים בקשר לנחיצות בסעיף 7. דעתו של דויטש היא כי יש מקום להגנה של דיני סודות המסחר גם על טיפולים רפואיים. כלומר, לדעתו לא יהיה נכון ליישם את המדיניות של סעיף 7 בפשטות ובאופן גורף על התחום של סודות עסקיים. הסעיף גורף מדי, ויש להביא בחשבון את הבדלי העוצמות היסודיים בין הפטנט לבין הסוד המסחרי. הפטנט נותן מונופול, ולכן קיים חשש כבד מפני השתלטות המונופול על התחום של טיפול רפואי בבני-אדם. סודות עסקיים, הסביר דויטש, אינם מעניקים מונופול, אלא הגנה מפני גול. לכן, לדעתו, יש להכיר בהגנה של סודות מסחריים על טיפולים בבני-אדם, כפי שהדבר מוכר בפסיקה האמריקאית, כדי לקדם את האינטרס הציבורי של קדושת החיים והבריאות.

דויטש הביא כמה דוגמות להכרה זו. הראשונה היא נטילה לא-הוגנת. כאשר מדובר בסוד עסקי שאינו עוסק בחיי אדם, השימוש בכלל-שסתום זה הינו מצומצם. עם זאת, כאשר מדובר בפיתוחים רפואיים, ניתן להפעיל את האינטרס הציבורי בצורה שהופכת את הנטילה להוגנת יותר. לכן, כאשר מדובר בפיתוחים רפואיים שדרושים להצלת חיי אדם, תיחשב הנטילה הוגנת ומוגנת. הדוגמה השנייה היא תקנת הציבור המאפשרת טענת הגנה למי שנטל את הסוד בפיתוח רפואי. השימוש בתקנת הציבור הוא נכון, לדעתו של דויטש,

231 רע"א 5768/94 א.ש.י.ר. יבוא יצור והפצה נ' פורום אביזרים ומוצרי צריכה בע"מ, פ"ד נב(4) 289 (1998).

232 לעיל ה"ש 168.

אולם ייתכנו בעיות במצבים שבהם מפתחי התרופה או התהליך הרפואי אינם מעוניינים לחשוף אותה כיום, אלא מעוניינים לחכות לרגע המתאים מבחינה כלכלית. האם המדינה זכאית להפקיע באופן כלשהו את הזכות להסימת השימוש בסוד על-ידי הכלל? אין מדובר כאן בחשיפתו של נזק לציבור כתוצאה מהשימוש בתרופה או בתהליך, אלא באי-שימוש בתרופה מועילה במועד המבוקש על-ידי המדינה. פתרון אפשרי אחד, לדעת דויטש, הוא לעשות שימוש בתקנת הציבור ולומר כי היא עשויה להצדיק גם מקרה מהסוג הזה. אפשרות אחרת היא להחיל באופן היקשי את דיני רשיון הכפייה בדיני הפטנטים. עם זאת, הסביר דויטש, זהו היקש בעייתי, כי הוא מחייב פגיעה בזכות הקניין, שיכולה להיעשות רק בחוק או בהסמכה מפורשת.

הדוברת השנייה הייתה פרופ' ניבה אלקין-קורן מאוניברסיטת חיפה. אלקין-קורן דנה בהרצאתה בשאלה מהו התמריץ הראוי ואיזו התנהגות אנו רוצים לתמרץ בהקשר של מסחור תוצרי הקניין הרוחני המיוצר בבעלות חולים ממשלתיים. נוסף על כך ביקשה אלקין-קורן לברר כיצד המשטר המשפטי של קניין רוחני מבנה את היחסים שבין החוקר, הארגון והממשלה. אלקין-קורן הסבירה כי תוצרי מחקר רפואי נוצרים על-ידי עובדים בבעלות חולים ובמוסדות שמטרתם לספק שירותי רפואה, כאשר כתוצר-לוואי של עבודתם הם מפתחים, מתקנים או משפרים תוצר או תהליך. תוצר זה הינו קניין רוחני שניתן עקרונית להגנה משפטית.

הכלל הוא כי הבעלים של תוצרי שירות אלה הוא הממציא, אלא אם כן ההמצאה היא המצאת שירות, קרי, המצאה שהומצאה עקב השירות ובתקופת השירות, שאז יהיה המעביד הבעלים. המבחינים לבעלות משתנים ממקרה למקרה, וקיים חוסר ודאות ביישומם, אך העקרונות המנחים הם השאלות הבאות: האם ההמצאה הומצאה באמצעות שימוש במשאבים של המעביד? האם העובד מועסק במשרה הכוללת המצאת פעילות מחקרית? ובאיזו מידה נעשה שימוש בידע ששייך למעביד?

ההסדר החוקי לגבי המצאת שירות קובע כי על העובד להודיע למעביד על ההמצאה, ואם המעביד מוותר, ההמצאה שייכת לעובד. אם המעביד אינו מגיב בתוך פרק-זמן קצר יחסית של שישה חודשים, רואים למעשה באי-התגובה הזאת משום ויתור. כאן, ציינה אלקין-קורן, קיימת בעייה, כי בבעלות החולים הממשלתיים אינם עובדים בפרק-זמן "קצרים" כל-כך, והתוצאה היא שהמדינה כמעביד מוותרת בקלות על המצאות רבות מאוד שהומצאו בשירות הציבורי, לרבות המצאות שהומצאו בבעלות חולים.

משרד האוצר הציע הסדר שנועד להכניס סדר במצב המשפטי הקיים, שבו המדינה אינה מצליחה למעשה לנצל את הקניינים הרוחניים המיוצרים כחלק מהפעולה של הספקת שירותי בריאות. הסיבות להצעת ההסדר הן: ראשית, המצב הקיים מוביל לאובדן הכנסות למדינה; שנית, מבחינה אתית הכספים הינם כספי משלם המיסים, אך הציבור אינו נהנה מהם; שלישית, פעמים רבות קניינים רוחניים אלה אינם מנוצלים כלל, לא על-ידי המדינה ולא על-ידי המעביד, וההשקעה יורדת לטמיון.

לכן, הסבירה אלקין-קורן, מטרת ההסדר המוצע הן: ראשית, מימוש כלכלי של נכסי המדינה; שנית, שיתוף-פעולה עם המגזר הפרטי במימוש המצאות אלה בדרך מועילה וכן בחלוקת נטל ההשקעה במחקר ובפיתוח; שלישית, צמצום המימון הממשלתי הדרוש

לצורך מחקר; רביעית, מניעת ניצול לרעה של הרעיונות על-ידי זליגת הרעיונות בסבסוד ממשלתי לשוק הפרטי.

מה היא, אם כן, הצעתו של משרד האוצר שהוכרה כהחלטת ממשלה?²³³ ההחלטה קובעת את ההסדר הבא: ראשית, הבעלות בכל קניין רוחני שהומצא בתחומיו הפיזיים של בית-החולים תהיה של המדינה; שנית, העובדים שיועסקו בבתי-החולים הממשלתיים יצטרכו, בין היתר, לחתום על כתב ויתור על כל הזכויות הקשורות לקניין הרוחני, על-מנת שתהיה ודאות בנוגע לכל תוצרי המחקר שהם ייצרו; שלישית, הניצול המסחרי לא ייעשה על-ידי הפקיד במשרד הבריאות, אלא על-ידי התאגיד הרפואי של בית-החולים; רביעית, ויתור המדינה על הזכויות לטובת העובד יחייב הליך מורכב שיערב דרגים בכירים; חמישית, אף אם תחליט המדינה לוותר על הבעלות בהמצאה, היא תהיה עדיין זכאית לחמישים אחוז מההכנסות; שישיית, כאשר בית-החולים ייתן רישיון לעשות שימוש בהמצאה הזאת, עליו להבטיח שהרישיון לא יגביל את האפשרות של בית-החולים לעשות בעצמו שימוש בקניין הרוחני שהוא ייצר; שביעית, הרשיונות יינתנו באופן שיקדם את הטכנולוגיה והרפואה.

אלקין קורן ציינה למה יש לשים לב לדעתה בהסדר הזה: ראשית, תחולת ההסדר רחבה ביותר, באשר ההסדר חל על כל ידע שנוצר בגבולותיו הפיזיים של בית-החולים; שנית, ההסדר חל על כל תוצרי הידע, ולכן עשוי להיות קושי גדול בנוגע לתביעות של החוקרים עצמם וגורמים אחרים; שלישית, לא ברור באיזו מידה ההסדר אכן מתגמל את העובדים, שכן התמריץ של העובד להמציא הולך ופוחת במשטר שבו המדינה היא הבעלים והניצול הוא ניצול ריכוזי; רביעית, חסרות בהסדר הנחיות לבתי-החולים למצוא איזושהי נקודת איזון – איך לעודד את המחקר אבל בו-בזמן גם להמשיך לקיים את מחויבותם של המוסדות האלה לא רק לערוץ המסחרי שיכול להניב להם פירות כספיים מיידיים, אלא גם למתן שירותי בריאות, או במילים אחרות, כיצד להימנע מהפיכת החוקרים בבתי-החולים ל"סטרטאפיסטים"; חמישית, ההסדר נעדר הנחיות שיסייעו לבתי-החולים להתגונן מפני חדירה של גורמים מסחריים.

הדוברת השלישית הייתה ד"ר אורית פישמן-אפורי מהמכללה למינהל. הרצאתה של פישמן-אפורי דנה בקשר שבין דיני הקניין הרוחני לבין זכויות אדם. פישמן-אפורי הסבירה כי ב"עולם" הקניין הרוחני הולך וגובר העניין בסוגיית הקשר שבין דיני הקניין הרוחני לבין זכויות אדם. סעיף 27 להצהרה האוניברסלית בדבר זכויות האדם משנת 1948,²³⁴ כמו-גם סעיף 15 לאמנה הבין-לאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות משנת 1966,²³⁵ מעגנים סל של זכויות אדם הנוגעות בקניין הרוחני, ביניהן זכות האדם באשר הוא ליהנות

233 החלטת ממשלה 4150 מיום 9.8.2005 בדבר יישום מדיניות בנוגע לתוצרי ידע וקניין רוחני שנוצרים בבתי-חולים ממשלתיים ובתאגדי בריאות.

234 Universal Declaration of Human Rights, G.A. Res. 217A, U.N. GAOR, 3d Sess., Supp. No. 16, at 71, U.N. Doc. A/810 (1948).

235 האמנה הבין-לאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות, לעיל ה"ש 82; International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, G.A. Res. 2200A, U.N. GAOR, 21st Sess., Supp. No. 16, at 49, U.N. Doc. A/6316 (1966).

מיתרונות הקדמה המדעית ומשימושיה. בצד זכות זו מעוגן אף מעמדה של הזכות ליהנות מן ההגנה על הזכויות המוסריות והחומריות הנובעות מכל יצירה מדעית, ספרותית או אומנותית. מכאן שהקשר בין זכויות הקניין הרוחני לבין זכויות האדם הוא מורכב, שכן חלק מזכויות הקניין הרוחני הממוסדות מוציאות אל הפועל זכויות אדם, אך חלקן עשויות להתנגש עם זכויות אדם.

זכות האדם ליהנות מיתרונות הקדמה המדעית ומשימושיה יכולה וצריכה להשפיע על דיני הקניין הרוחני הממוסדים בכלל, ועל היקפן של זכויות הקניין הרוחני בפיתוחים רפואיים בפרט. פיתוחים רפואיים אלה עשויים להיות מוגנים באמצעות זכות פטנט (כגון תרופה), זכות יוצרים (כגון מאגר מידע רפואי) או כל זכות קניין רוחני אחרת. יש לזכור כי גם ההגנה על פיתוחים רפואיים באמצעות זכויות קניין רוחני היא חלק מהנורמה בעניין זכויות האדם, ולפיכך צמצום הגנה זו צריך להיעשות בזהירות. כך, למשל, זכות האדם ליהנות מיתרונות הקדמה המדעית ומשימושיה יכולה להצדיק נגיסה בזכויות הקניין הרוחני השונות למטרת שימוש נסיוני ומחקרי, וזאת כדי לממש את זכותו של החוקר העתידי הנדרש לעשות שימוש בידע מדעי נצבר. במקרה זה המוטב של זכות אדם זו הוא החוקר והמדען, והזכות ניתנת לסיווג כזכות "תרבותית". נוסף על כך, למשל, זכות האדם ליהנות מיתרונות הקדמה המדעית ומשימושיה יכולה להצדיק, בתנאים מסוימים, נגיסה בזכויות הקניין הרוחני למטרת הצלה של חיי אדם. במקרה זה המוטב של זכות אדם זו הוא החולה הנזקק לטיפול רפואי דחוף, והזכות אף מתיישבת עם זכויות אדם כלכליות-חברתיות נוספות, כגון הזכות לבריאות.

ניכר, אפוא, כי לזכות האדם ליהנות מיתרונות הקדמה המדעית ומשימושיה עשויה להיות השפעה מגוונת על זכויות הקניין הרוחני, והיא יכולה לשמש מנוף לעיצובן באופן מאוזן יותר, תוך שקלול של מכלול האינטרסים הנוגעים ב"ניפוס" של פיתוחים רפואיים. זכות אדם זו יכולה להשפיע על עיצוב דיני הקניין הרוחני הן מראש, כאשר ההסדר המשפטי נחקק, והן בדיעבד, באמצעות הפרשנות שבת-המשפט נותנים לחוקי הקניין הרוחני הקיימים.²³⁶ שתי השאלות המרכזיות שפישמן-אפורי מעלה בהקשר זה הן: מהו התוכן של הזכות ליהנות מיתרונות הקדמה המדעית ומשימושיה? ומהי ההשלכה של הזכות הזאת במיוחד על הסדר הקניין הרוחני?

פישמן-אפורי ציינה כי הצורך לאזן בין דיני הקניין הרוחני הקלסיים הממוסדים לבין זכויות האדם אינו גחמה אקדמית בלבד. מדובר אומנם בעמדה חדשנית יחסית, אבל היא הולכת וצוברת תנופה, ואפשר לומר שהיא נהפכת לתנועה פוליטית שמניבה תוצאות הלכה למעשה. בהתאם לכך קיימות שתי מגמות:

236 לדיון מפורט בנושא ההשפעה האפשרית של זכויות האדם על דיני הקניין הרוחני בכלל ועל דיני זכויות יוצרים בפרט, ראו אורית פישמן-אפורי "זכויות תרבותיות וזכויות אדם: כלי לפיתוח מאוזן של דיני זכויות יוצרים בישראל" משפטים 32 (2006): 3. Orit Fischman, *Afori, Human Rights and Copyright: Introduction of Natural Law Considerations Into American Copyright Law*, 14 FORDHAM INTELL. PROP. MEDIA & ENT. L.J. 497 (2004).

המגמה הראשונה היא תיקון הסכם הטריפס (TRIPS), שהוא חלק מהסכמי הסחר של ארגון הסחר העולמי (WTO), כך שהסדרים בו יהיו מאוזנים יותר.²³⁷ מהלך זה החל בוועידת דוחה משנת 2001, שבה ניתנו כמה הצהרות על מחויבותן של כל המדינות החתומות על הסכם הטריפס – קרי, רוב מדינות העולם (יותר ממאה ועשרים מדינות) – לתיקון הסכם הטריפס ולהצגת הסדר מאוזן יותר שידאג, בין היתר, לאינטרסים של המדינות המתפתחות.²³⁸ נוסף על כך ניתנה הצהרה חשובה על הקשר בין קניין רוחני לבין בריאות הציבור, שעל-פיה נודעת חשיבות רבה להקניית זכויות קניין רוחני מאחר שהן מתמרצות פיתוח, אבל בצידן יש לאזן את ההשלכות הקשות שיש לזכויות הקניין הרוחני על הנגישות ועל המחירים הגבוהים מאוד של תרופות, תוצרים רפואיים וכיוצא בהם.²³⁹ בדצמבר 2005 נערך תיקון ראשון להסכם הטריפס, המסייג את זכות הפטנט במקרים מסוימים בנוגע למוצרים פרמצבטיים. מטרתו של התיקון היא להרחיב את ההסדר של רשיון הכפייה הקיים בהסכם הטריפס, כך שהמדינות המתפתחות יוכלו להשתמש בו באופן מעשי, שכן הסתבר כי רשיונות הכפייה אינם מנוצלים כמעט הלכה למעשה.²⁴⁰

המגמה השנייה היא תיקון אמנות הקניין הרוחני של האו"ם (WIPO), גם כאן במטרה להציב הסדר מאוזן. מדובר, לדברי פישמן-אפורי, במרד פשוטו כמשמעו נגד אמנות הקניין הרוחני של האו"ם, בראשותן של מדינות אמריקה הלטינית.²⁴¹ הטענה בבסיס המרד היא כי אמנות הקניין הרוחני של האו"ם משקפות את האינטרסים הכלכליים של העולם השבע, וכי הגיע הזמן לתקן כך שיציגו הסדר מאוזן יותר. מורדים אלה מכנים את עצמם "קבוצת המדינות ידידות הפיתוח" (Group of Friends of Development), והם אשר הציעו לפני כשנה טיוטה של אמנה שמטרתה להכניס תיקוני-עומק בכל אמנות הקניין הרוחני של האו"ם.²⁴² מטרת-העל היא להגביר את נגישות הידע לציבור, ולמעשה להעניק תוכן של ממש לזכות האדם ליהנות מיתרונות המדע ומשימושיו. טיוטת אמנה זו מכונה Treaty on Access to Knowledge, והיא מהווה למעשה טיוטה שלמה ומובנית שמציעה תיקונים לכל

- 237 Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS).
 238 Doha WTO Ministerial 2001: Ministerial Declaration, Adopted on 14 November 2001, WT/MIN(01)/DEC/1.
 239 Declaration on the TRIPS Agreement and Public Health, Adopted on 14 November 2001, WT/MIN(01)/DEC/2.
 240 Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS), ראו: Sec. 31 bis; Amendment of the TRIPS Agreement, Decision of 6 December 2005, WT/L/641.
 241 Proposal by Argentina and Brazil for the Establishment of a Development Agenda ראו: for WIPO, WIPO General Assembly, Thirty-First (15th Extraordinary) Session, Geneva, September 25 to October 4, 2004, WO/GA/31/11.
 242 Inter-Sessional Intergovernmental Meeting on a Development Agenda for WIPO, ראו: Second Session, Geneva, June 20 to 22, 2005, IIM/2/10/Prov. 2, Sec. 20

האמנות השונות של הקניין הרוחני.²⁴³ ארגון WIPO נאלץ באוקטובר האחרון להתייחס ברצינות לתנועה זו, ובוועידה השנתית שלו התקבלה החלטה עקרונית להקים ועדת-משנה שתבחן את האג'נדה של "קבוצות המדינות ידידות הפיתוח" ותציג הצעות קונקרטיות לתיקון האמנות.²⁴⁴

פישמן-אפורי מעלה את השאלה מהו אם כן התוכן של הזכות ליהנות מיתרונות הקדמה המדעית ומשימושיה, ומהן ההשלכות האפשריות של ההכרה בזכות זו.

פישמן-אפורי הסבירה כי תוכן אפשרי אחד של הזכות ליהנות מיתרונות הקדמה המדעית ומשימושיה הוא הזכות לעשות שימוש בפיתוחים רפואיים למטרות רפואיות או זכותו של כל אדם לקבל טיפול רפואי ולעשות שימוש בתרופות, גם אם הן מוגנות בפטנט. תוכנה זה של הזכות חופף למעשה לזכות אדם אחרת, והיא הזכות לבריאות, והדבר מדגיש את תפקודה של הזכות ליהנות מיתרונות הקדמה המדעית ומשימושיה כזכות אדם חברתית. המתח הברור במקרה זה הוא בין זכויות הקניין הרוחני – אשר מוכרות כאמור אף הן כזכויות אדם – לבין הצורך הברור לאפשר שימוש זמין בכל המוצרים המוגנים בזכויות קניין רוחני. הדיון בהיבט זה של הזכות ליהנות מיתרונות הקדמה המדעית ומשימושיה נפוץ ביותר בשיח המשפטי. כאמור, במסגרת הסכם הטריפס קיים שיח ער בסוגיות אלה.²⁴⁵

תוכן אפשרי אחר של הזכות ליהנות מיתרונות הקדמה המדעית ומשימושיה – אשר אינו מובן מאליו ואשר הדיון בו דל ביותר – הוא זכותו של המדען לקבל גישה למידע ולמחקר מדעי. במקרה זה המוטב של הזכות ליהנות מיתרונות הקדמה המדעית ומשימושיה הוא המדען עצמו, והיא מתפקדת כזכות תרבותית.²⁴⁶ להיבט זה של הזכות עשויות להיות השלכות רבות ומגוונות. שתי דוגמות להשלכות אפשריות הן שינוי כלל השימוש הנסיוני בפטנטים ומתן גישה למאגרי נתונים רפואיים, בעיקר בבתי-החולים הממשלתיים.

כלל השימוש הנסיוני בפטנטים (experimental use) הינו חריג לזכות הפטנט המאפשר לחוקרים לעשות שימוש נסיוני בהמצאה המוגנת בפטנט. חריג כזה קיים בישראל – אם כי הוא מנוסח באופן צר מדי לטעמה של פישמן-אפורי – ועל-פיו מותר לעשות "פעולה נסיונית בקשר לאמצאה שמטרתה לשפר אמצאה או לפתח אמצאה אחרת".²⁴⁷ זהו חריג

243 אין פרסום רשמי של טיוטת אמנה זו. לנוסח של טיוטת האמנה ראו www.cptech.org/a2k/ a2k_treaty_may9.pdf.

244 ראו: WIPO, Geneva, Press Release 425, 5 October 2005.

245 ראו לעיל ה"ש 240.

246 פישמן-אפורי ציינה כי תוכנן של זכויות האדם אינו ברור. אחד הכלים להבין את תוכן הזכויות הוא באמצעות הצהרות דוגמת ההצהרה של ארגון אונסק"ו בדבר מעמד המדען, אשר מדגישה, בין היתר, את זכותו של המדען ליהנות מיתרונות הקדמה המדעית ומשימושיה. ראו: UNESCO Recommendation on the Status of Scientific Researchers, 20 November 1974. מובן שההכרה בזכותו של המדען לקבל גישה לפירות המחקר המדעי משפיעה על עיצוב הסדרי הקניין הרוחני. הסיבה לכך היא שהקניין הרוחני מעניק שליטה בגישה לידע. אם רוצים לתת למדען גישה לידע, צריך כמובן לנגוס מהסדרי הקניין הרוחני שמעניקים בלעדיות על הגישה לידע.

247 ס' 1 לחוק הפטנטים.

שמטרתו להתיר שימוש בהמצאות כדי לאפשר למדענים ולחברה ליהנות מיתרונות המדע. פישמן-אפורי הסבירה כי חריג זה נבחן בדרך-כלל מבעד לפריזמה אחת ויחידה של רווחה מצרפית. כלומר, מצד אחד, רוצים להעניק למפתח הראשון הגנה מרבית כדי לתת לו תמריץ, אך מצד אחר, רוצים לאפשר לחוקר המאוחר לקבל גישה להמצאות כדי שהוא יפתח מוצרים והמצאות חדשות לתועלת הציבור. לדעתה של פישמן-אפורי, יש להכניס לתוך המאזן הזה של המפתח הראשון מול תועלת הציבור גם את האינטרס של הפרט, קרי, האינטרס של המדען בקבלת גישה לידע ולמדע כזכות אדם.

הנושא של ניצול מאגרי נתונים רפואיים מצוי כיום בחזית הוויכוח של זכות המדען ליהנות מיתרונות הקדמה המדעית ומשימושיה. אחד מנכסי הקניין הרוחני יקרי-הערך שקיימים כיום בבתי-החולים הוא מאגרי הנתונים, המהווים כלי רב-חשיבות למחקר המדעי עצמו. הדילמה היא עד כמה מאגרי נתונים אלה צריכים להיות פתוחים לכלל הקהילה המחקרית.²⁴⁸

אין ספק שבתי-החולים משקיעים כסף רב באיסוף הנתונים ובבניית מאגרי הנתונים, וצריך לתמרץ אותם כלכלית להמשיך לפתח את מאגרי הנתונים. אך מאגרים אלה, המכילים למשל נתונים גנטיים, הכרחיים למחקר המדעי. לכן האיזון כיום הוא בין זכות המדען לקבל גישה למידע מחקרי כחלק מזכות אדם תרבותית (היא הזכות ליהנות מיתרונות הקדמה המדעית ומשימושיה) אל מול הבלעדיות של בתי-החולים. אם נחזור לנקודת המוצא של זכויות האדם, הפרספקטיבה היא לא תועלת הציבור משימוש במאגר הנתונים, אלא מימוש זכות האדם של החוקר לקבל גישה למאגרי נתונים ולהשתמש בהם. נקודת-מבט שונה זו עשויה להשפיע על הרחבת ההריגים לקניין הרוחני, אשר תכליתם הסופית היא קידום הגישה לידע.

248 לדיון מקיף בנושא ההגנה על מאגרי נתונים שונים והחשש כי הגנת-יתר על נתונים תפגע במחקר העתידי, ראו: Jerome H. Reichman & Pamela Samuelson, *Intellectual Property*, *Rights in Data?* 50 VAND. L. REV. 51 (1997).

