

(אי-) מסירת מידע רפואי לקרובי המטופלים – צדק או

דאגה ?

גליה הילדסהימר*

בדומה לעקרונות מקובלים של הביואתיקה בת זמננו, הציב חוק זכויות החולה הישראלי כעקרון-יסוד את זכות המטופלים לאוטונומיה אישית, שממנה נובעות שורה של זכויות משפטיות, ביניהן הזכות לסודיות רפואית. הפרשנות המקובלת להסדר המשפטי מטילה אם כן איסור חוקי על מסירת מידע רפואי למי שאינם צד ליחסים הטיפולים, ובכלל זה קרובי המטופלים. המאמר יראה כיצד במצבים שונים קיימת במערכת הבריאות בישראל פרקטיקה של מסירת מידע לקרובים באופן שאינו עולה בקנה אחד עם הפרשנות המקובלת של הוראות החוק. עוד יעמוד המאמר על האופן שבו סוגיה זו מוסדרת במשפט האמריקאי, המציג מודל גמיש יותר, המקנה לקרובי המטופלים גישה רחבה הרבה יותר למידע הרפואי על-אודות יקיריהם.

מאמר זה מבקש להמחיש כי בניגוד להנחות המקובלות ביחס למשפט הישראלי, במצבים ובהקשרים מסוימים ניתן למצוא הצדקה מוסרית דווקא למסירת מידע רפואי לקרובים, ולא להימנעות ממסירתו. הצדקה מוסרית זו מחייבת שינוי בתפיסה המקובלת בביואתיקה ובמשפט הרפואי. בעוד העקרונות הביואתיים המקובלים מושתתים על אתיקה של צדק, המשקפת תפיסה הרואה במטופלים פרטים עצמאיים ונפרדים, מאמר זה מבקש לקדם גישה קישורית המושתתת על אתיקה של דאגה לזולת, והמייחסת חשיבות מוסרית לקשרים הבין-אישיים שהמטופלים מקיימים עם קרוביהם. עם זאת, המאמר

* דוקטור למשפטים, המרכז האקדמי פרס.

תודתי נתונה לעוסקות ולעוסקים במלאכת שיפוט המאמר על ההערות המועילות שתרמו רבות לפיתוחו; למערכת **משפט וממשל**, לעורכות הגיליון ד"ר קארין כרמית יפת ופרופ' שגית מור ולסגנית העורכות ליאל פלג על העבודה המסורה; ולעורך הלשוני גיא פרמינגר על עבודתו המקצועית והערותיו החשובות. גרסה קודמת של מאמר זה הוצגה בכנס "האדם במרכז – זכויות מטופלים במאה ה-21", המרכז הבינלאומי לבריאות, משפט ואתיקה, אוניברסיטת חיפה (7.12.2021). אני מודה למשתתפות ולמשתתפים בכנס על ההערות המועילות.

אינו מבקש לזנוח לחלוטין את עקרונות הצדק, כי אם ליצור תמהיל ראוי של קולה של הדאגה וקולו של הצדק. תמהיל זה יציג זווית-הסתכלות אחרת על הסוגיה של מסירת מידע רפואי לקרובי המטופלים, אשר תוביל להצעה לקריאה חלופית של ההסדר המשפטי הישראלי, אשר מכירה במסירת מידע לקרובי המטופלים בנסיבות המתאימות לכך, ומגשרת על הפער בין הפרשנות המקובלת של ההסדר המשפטי הישראלי לבין אופן יישומו הלכה למעשה, כדבר שבשגרה, בין כותלי המוסדות הרפואיים בארץ.

מבוא. א. המסגרת המשפטית: 1. ההסדר המשפטי הישראלי; 2. ההסדר המשפטי בארצות-הברית. **ב. המסגרת התיאורטית:** 1. גישת העקרונות בביואתיקה, המודל הביואתי הליברלי ומרכזיותו של עקרון האוטונומיה; 2. פטרנליזם במסווה של אוטונומיה. **ג. חלופה רעיונית מוצעת: הגישה הקישורית:** 1. קולו של הצדק וקולה של הדאגה; 2. קולה של הביואתיקה; 3. קולו של ההסדר המשפטי הישראלי וקולות העולים מן השטח; 4. קולו של ההסדר המשפטי האמריקאי וקולות העולים מן השטח. **ד. שיעורים למשפט הישראלי: גישור על הפער בין "הלכה" ל"מעשה":** 1. דאגה מהולה בצדק; 2. קריאה חלופית של ההסדר המשפטי הישראלי לאור הגישה הקישורית. **ה. סיכום.**

מבוא

פניות מצד קרובים של מטופלים במוסדות רפואיים אל הצוותים המטפלים ביקיריהם שעניינם בקשה לברר מידע על-אודות הטיפול ביקיריהם הן חזון נפרץ במערכת הבריאות. פניות מסוג זה נפוצות עד כדי כך שמתקבל הרושם כי הצוותים הרפואיים, המטופלים ואף הקרובים עצמם אינם מודעים כמעט למורכבות המשפטית והביואתית העומדת ביסודן. מורכבות זו מעוררת שאלות בדבר מעמדם המשפטי והביואתי של קרובי המטופלים בכל הנוגע בזכותם לקבל גישה למידע הרפואי על-אודות יקיריהם, אשר אבקש לבררן במאמר זה. ענייננו של המאמר הוא אפוא במשולש היחסים שבין המטפלים במערכת הבריאות, מטופליהם וקרובי המטופלים. טענתי העיקרית תהיה כי בניגוד להנחות המקובלות, במצבים ובהקשרים מסוימים ניתן למצוא הצדקה מוסרית דווקא למסירת מידע רפואי לקרובים, ולא להימנעות ממסירתו. אלא שהצדקה מוסרית זו, כפי שאפרט במאמר, מחייבת שינוי בתפיסה המקובלת בביואתיקה ובמשפט הרפואי.

כנקודת מוצא לדיון אציג את הפער בין הפרקטיקה המקובלת בהקשר של סוגיה זו לבין הפרשנות המקובלת להסדר המשפטי החל לגביה. את הפער הזה אנתח מבחינה תיאורטית ומשפטית, ואבקש לבסס טענה התומכת בפרקטיקה הנוהגת בין כותלי המוסדות הרפואיים בישראל כדבר שבשגרה. כמו-כן אבקש לבסס את הטענה כי בניגוד לפרשנות המקובלת, פרקטיקה זו עולה בקנה אחד עם המצב המשפטי בארץ. לשם כך, בין היתר, אסקור את ההסדר המשפטי הרלוונטי בישראל, אנתח אותו לאור גישות

תיאורטיות שונות, ואבחן אותו בראייה השוואתית ביחס להסדרים אחרים בעולם, ובראשם ההסדר המשפטי בארצות-הברית.

כפי שאראה בהרחבה בהמשך המאמר, הנושא שמאמר זה עוסק בו נמצא בימים אלו על סדר-יומו של המאסדר בארצות-הברית. אולם להבדיל מהדיון הער המתקיים לגביה בשיח המשפטי האמריקאי, שאלת מעמדם העקרוני של קרובי המטופלים ביחס למידע הרפואי על-אודות יקיריהם טרם זכתה בבירור מעמיק בשיח המשפטי הישראלי. הכתיבה האקדמית הקיימת בהקשר הישראלי בנושא אפשרות הגישה של קרובי המטופלים למידע הרפואי על-אודות יקיריהם עוסקת בעניינים נקודתיים, כגון שאלת זכותם של מי שבינם לבין המטופלים מתקיימת קרבת-דם לקבל גישה למידע גנטי הנוגע במטופלים,¹ או שאלות הנוגעות ביידוע בני-זוג של מטופלים שאובחנו כנשאים של נגיף ה-HIV (איידס).² המשותף להקשרים אלו הוא האינטרס המיוחד שיש לקרובי המטופלים בקבלת המידע לשם הגנה על שלומם ובריאותם שלהם עצמם. בשל מאפייניו המשפחתיים של המידע הגנטי, יש מקום לטענה כי האינטרס שבידיעתו אינו מוגבל למטופלים עצמם, אלא משותף גם לקרוביהם, החולקים עימם מטען גנטי דומה. באופן דומה ניתן לטעון כי בשל מאפייניה המידבקים של מחלת האיידס, לבני-הזוג ולבנות-הזוג של המטופלים יש אינטרס ברור להיות מיוודעים בכך, כמי שייתכן שקיימו עם נשאי המחלה מגע החושף אותם להידבקות. אלא שבענייננו לא תמיד ניתן להצביע על אינטרס מובהק של קרובי המטופלים להיחשף למידע הרפואי שעניינו הגנה על בריאותם שלהם. הדיון במאמר זה מתמקד במצבים שבהם עיקר עניינם של הקרובים נובע מדאגתם הכנה למטופלים, מכוונתם להגיש להם סיוע ומרצונם לדרוש בשלומם.

כתיבה נוספת הקיימת בספרות הישראלית העדכנית עוסקת בשאלת מעמדם של קרובי המטופלים בקבלת החלטות רפואיות בעניינם.³ הגם שכתובה זו עוסקת בנושא הקרוב

1 ראו יוסי גרין "הסודיות הרפואית במשפחה הגרעינית: על שיתוף קרוב-המשפחה במידע הגנטי – בין משפט (ישראלי) למשפט (עברי)" **מאזני משפט** יג 147 (2020); רועי גילבר "הכל נשאר במשפחה? חובת הסודיות הרפואית בעידן הגנטי – הבטים משפטיים ואתיים" **מאזני משפט** ה 357 (2006). כן ראו ס' 20 לחוק מידע גנטי, התשס"א–2000. בהקשר זה קיימת בעולם כתיבה אקדמית ענפה. ראו, למשל, GRAEME LAURIE, GENETIC PRIVACY: A CHALLENGE TO MEDICO-LEGAL NORMS (2002); Rina Hakimian, *Disclosure of Huntington's Disease to Family Members: The Dilemma of Known but Unknowing Parties*, 4 GENETIC TESTING 359 (2000).

2 ראו Galya M. Hildesheimer, *AIDS, Partner Notification and Gender Issues*, 21 MED. & L. 165 (2002); אביגדור סלטון ודניאל שם טוב "יידוע בן/בת זוג או שותף/פה ליחסי מין, של נשא HIV או חולה AIDS, על אודות מצבם הרפואי של הנשא/החולה" **רפואה ומשפט** 41, 27 (2009).

3 רועי גילבר "מעורבות המשפחה בתהליך קבלתן של החלטות רפואיות בנוגע לחולה בגיר בעל כשרות משפטית: היבטים ביואתיים ומשפטיים" **מאזני משפט** יג 43 (2020); רועי גילבר "נוכחים נפקדים: על מעמדם המשפטי של בני המשפחה בתהליך קבלת החלטות רפואיות של מטופל בעל כשרות משפטית" **מחקרי משפט** לג 179 (2021) (להלן: גילבר 2021). לעניין מעמדם של בני המשפחה בקבלת החלטות רפואיות בנוגע לטיפול הרפואי בסוף החיים ראו נילי קרקו-איל, רועי גילבר ומאיה פלד-רו "חוק החולה הנוטה למות, התשס"ו–2005: החוק בראי הפרקטיקה הרפואית" **עיוני משפט** מא 185 (2018). בהקשר

לעניינו של מאמר זה, היא אינה נותנת לו מענה מספק, שכן היא מתמקדת בעיקר באינטרס האישי שיש לקרובים במעורבות בקבלת ההחלטות הרפואיות בנוגע למטופלים, בהינתן שכרוכות בהן לא אחת השלכות ישירות על הקרובים, אשר צפויים לשאת בנטלים הרגשיים, הפיזיים והכלכליים הכרוכים בטיפול ביקריהם.⁴ לעומת זאת, העניין שהקרובים מגלים במידע על-אודות המטופלים בהקשר של מאמר זה נעוץ כאמור בעיקרו בדאגתם למטופלים, ואין הוא נובע בהכרח מחשש שאינטרס מובהק כלשהו אישי וישיר שלהם עצמם ייפגע אם תימנע מהם גישה למידע המבוקש.

את מיעוט הכתיבה בהקשר זה ניתן להסביר באמצעות דבריה של וירגיניה וורן, שלפיהם מוקדי העניין המחקריים בביואתיקה עוסקים על-פירוב בנושאים אקוטיים, אשר מהווים כהגדרתה "crisis issues" ומצריכים פתרון מידי, כגון הפלות או ניתוק חולים סופניים ממערכות תומכות חיים. המחקר הביואתי ממעט לעסוק בעניינים שהיא מגדירה "housekeeping issues", קרי, עניינים יומיומיים, שגרתיים ומתמשכים, אשר נתפסים כטריוויאליים.⁵ מאמר זה, העוסק בעניינים הקשורים לא אחת לתחום הרגש, נופל אם כן בגדר העניינים ה"ביתיים", אשר חרף שכיחותם, הביואתיקה וגם המשפט הרפואי בוחרים בדרך-כלל לא להעמיק את הדיון בהם. במאמר זה אבקש להשלים מעט את החסר.

אולם בטרם אפנה לניתוח סוגיית המחקר לעומקה, אפתח בשאלה המקדמית מיהם "קרובי המטופלים" אשר עניינם במידע הרפואי עומד ביסוד המאמר. אדגיש כבר בשלב זה כי הגישה שתנחה אותי לאורך המאמר היא זו שאכנה "הגישה הקישורית", אשר רואה את הפרט כ-relational self. לפי גישה זו, הזהות או העצמיות האישית נובעות ונבנות מקשרים וממערכות יחסים.⁶ אימוץ גישה זו מוביל להבנה כי "קרובי המטופלים" הם אלה אשר תומכים בביסוסן של הזהות והעצמיות האישית של המטופלים ותורמים להתפתחותן. אשר על-כן בחרתי להשתמש במונח "קרובים", חלף "בני משפחה", שכן מונח זה מתייחס לקשר בין-אישי במובנו הרחב. הוא כולל לא רק את מי שקרובים למטופלים מתוקף קרבת-דם או קרבה משפטית פורמלית (כגון נישואים, מוסד הידועים

זה קיימת ספרות אקדמית ענפה, כגון John Hardwig, *What About the Family?*, 20 HASTINGS CENTER REP. 5 (1990); HILDE LINDEMANN NELSON & JAMES LINDEMANN NELSON, *THE PATIENT IN THE FAMILY: AN ETHICS OF MEDICINE AND FAMILIES* (1995); James Lindemann Nelson, *Taking Families Seriously*, 22 HASTINGS CENTER REP. 6 (1992).

4 על הנטלים הכרוכים בטיפול הרפואי בקרובים ועל אי-השוויון המגדרי הכרוך בהם ראו גליה הילדסהימר "היי לי אם ואחות – המערכת הטיפולית הביתית בראייה מגדרית" **מאזני משפט** יג 177 (2020).

5 Virginia L. Warren, *Feminist Directions in Medical Ethics*, 4(2) HYPATIA 73 (1989).

6 ראו, למשל, JONATHAN HERRING, *LAW AND THE RELATIONAL SELF* 11 (2019) (להלן: **הרינג** 2019); JENNIFER NEDELSKY, *LAW'S RELATIONS: A RELATIONAL THEORY OF SELF, AUTONOMY, AND LAW* 19–65 (2011) (להלן: **נדלסקי**).

בציבור או אימוץ), אלא גם את המקורבים אליהם באופן אחר, כגון מי שמצויים עם המטופלים בקרבה רגשית או מקיימים עימם קשרי חברות קרובה.⁷ בהקשרים שונים של המשפט הישראלי קיימות הגדרות שונות למושג "קרוב". כך, למשל, בחוק מידע גנטי, התשס"א–2000, "קרוב" מוגדר כ"מי שיש לו קרבת דם לנבדק".⁸ הגדרה מצומצמת זו הולמת את מהותו של החוק, המתמקד במידע גנטי, שלגביו קרבת-הדם רלוונטית במיוחד. הגדרה רחבה יותר, הכוללת הן קרבת-דם והן קרבה משפטית, מופיעה בחוק בית המשפט לענייני משפחה, התשנ"ה–1995.⁹ ההגדרה לפי חוק זה אינה כוללת התייחסות לקשרי חברות או לקרבה רגשית, שכן בהיותה בסיס לקביעת סמכותו העניינית של בית-המשפט לענייני משפחה, עליה להיות מדויקת ואובייקטיבית ככל האפשר. הגדרה אשר הולמת יותר את הגישה הקישורית היא זו המצויה בחוק החולה הנוטה למות, התשס"ו–2005, שלפיה "אדם קרוב" הוא מי ש"מתקיימים בו שניים אלה: (1) הוא בעל קרבה משפחתית או רגשית אל החולה הנוטה למות ומסור לו; (2) הוא מכיר היטב את החולה הנוטה למות, על יסוד קשר רצוף ומתמשך עמו בתקופה שלפני הטיפול הרפואי בו או במהלכו".¹⁰ על-מנת להיחשב "אדם קרוב" על-פי חוק זה, יש להגיש תצהיר המאשר כי התנאים הללו אכן מתקיימים.¹¹ להגדרה שבחוק החולה הנוטה למות יש השלכות לגבי הקביעה מי ייטלו חלק בהחלטה בדבר סיום חייהם של מטופלים, ועל-כן היא הולמת את החוק שלגביו היא נקבעה. אולם לעניינו של מאמר זה, העוסק בהתרחשויות יומיומיות ותדירות הרבה יותר המתרחשות בין כותליהם של מוסדות רפואיים, הגדרה זו עלולה להכביד יתר על המידה על המטופלים, באשר יוטל עליהם לברר פרטים רבים על טיב הקשר שבין המטופלים לקרוביהם, ואף לדאוג לכך שהמידע יאומת באמצעות תצהיר. אף לא אחת מן ההגדרות שנסקרו לעיל הולמת אפוא את עניינו של מאמר זה. תחת זאת אני מציעה כי "קרובים" לצורך דיון זה יהיו מי שנחזים בתום-לב כמקיימים עם המטופלים קשרי דאגה במסגרתן של מערכות יחסים תומכות. על מהותם של "קשרי דאגה" ו"מערכות יחסים תומכות" עוד אדון בהרחבה בהמשך המאמר.

את נושא המאמר אבקש להמחיש באמצעות מקרה-מבחן המשקף אירוע שכיח המתקיים מדי יום ביומו בחדרי ההמתנה שמחוץ לחדרי הניתוח במוסדות רפואיים, ואכנה אותו להלן "אירוע חדר הניתוח". עובדות המקרה עוסקות במטופל שנכנס לחדר הניתוח. בחדר ההמתנה ממתנים בדאגה קרוביו, ובכלל זה בני משפחה, חברים קרובים וכל מי

7 המונח "קרוב", על-פי הגדרתו המילונית, כולל בן משפחה, שאר-בשר, מקורב, בן-בית, ידד ורע. ראו את הגדרת המילה "קרוב" אצל אברהם אבן-שושן **המלון החדש** כרך ה' 2401 (התשמ"ה) (להלן: **מילון אבן-שושן**).

8 ס' 2 לחוק מידע גנטי.

9 ראו ס' 2 לחוק בית המשפט לענייני משפחה. הגדרה זו כוללת גם ידועים בציבור וכן הורים וילדים של בנות-זוג ובני-זוג.

10 ס' 3 לחוק החולה הנוטה למות.

11 על התצהיר לכלול גם פרטים נוספים הקשורים למהות הקשר עם החולה הנוטה למות, כמפורט בס' 12 ו-16 לתקנות החולה הנוטה למות (ועדות, מסמכים, מאגר מידע ודיווח), התשס"ח–2007.

שהמטופל המנותח קרוב לליכום. בתום הניתוח יוצאת הרופאה המנתחת, והקרובים הדואגים ממתנינים למוצא פיה בדבר מהלך הניתוח, תוצאותיו, מצבו של המטופל והנחיות לגבי ההמשך. אלא שלפני כניסתו לניתוח לא הביע המטופל את עמדתו בדבר מסירת המידע הרפואי בעניינו לקרוביו. האם בנסיבות אלו הרופאה רשאית לספק להם את המידע המבוקש? שאלה זו תעמוד אם כן במוקד הדיון במאמר זה.

במבוא זה הצגתי אם כן את השאלה שבה יעסוק המאמר ואת חשיבות הדיון בה לעשייה השגרתית במערכת הבריאות. בפרק א של המאמר אציג את המסגרת המשפטית שלאורה תידון שאלה זו, ואעמוד על השוני בין ההסדר המשפטי הישראלי לבין זה האמריקאי. עוד אראה כיצד חרף השוני בין ההסדרים המשפטיים, הן בישראל והן בארצות-הברית קיים פער בין ההסדר החל לבין האופן שבו הוא מיושם בשטח הלכה למעשה. לשם הבנת הפערים הללו אדון בפרק ב בתשתית התיאורטית העומדת ביסוד כל אחד מהם, ואראה כיצד הפער בין ההסדרים המשפטיים לבין אופן יישומם משקף פער רעיוני בין המודל הביאותי הליברלי הדומיננטי, המשקף עקרונות של אתיקה של צדק, לבין הגישה הקישורית, המוכרת פחות במשפט הרפואי, והמשקפת ערכים של אתיקה של דאגה לזולת. כחלופה רעיונית למודל הביאותי הליברלי, אבקש להציע בפרק ג גישה קישורית הממזגת את קולה של הדאגה עם קולו של הצדק. בפרק ד של המאמר אציע להטמיע במסגרת ההסדר המשפטי הישראלי את תפיסת-העולם של הגישה הקישורית, ואציג קריאה של ההסדר המשפטי הקיים המשקפת הטמעה זו. לבסוף, אעמוד על יתרונותיו של החידוש הרעיוני שהצעתי במאמר זה.

א. המסגרת המשפטית

1. ההסדר המשפטי הישראלי

עניינו של מאמר זה באפשרות גישה למידע רפואי, ועל-כן חלות לגביו הוראות חוק הן מתחום דיני הגנת הפרטיות והן מתחום דיני זכויות החולה. הזכות לפרטיות מעוגנת בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, הקובע כי "כל אדם זכאי לפרטיות ולצנעת חייו"¹², וחשיבותה כזכות-יסוד חוקתית הוכרה לא אחת בפסיקה הישראלית.¹³ פרטיות המידע הרפואי הוכרה במפורש בחקיקה הישראלית הן בסעיף 2(11) לחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981, האוסר פרסום של עניין הנוגע בצנעת חייו של אדם, ובכלל זה מצב בריאותו, והן בסעיף 10 לחוק זכויות החולה, התשנ"ו-1996, הקובע חובה כללית לשמור על כבודו של המטופל ופרטיותו. מכאן גם נובעת החובה המוטלת על מטפלים, על מוסדות רפואיים ועל כלל העובדים במוסדות הרפואיים לשמור על סודיות בכל הנוגע במידע הרפואי

12 ס 7(א) לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

13 לפסיקה מנחה בעניין ראו, למשל, בג"ץ 2481/93 דיין נ' מפקד מחוז ירושלים, פ"ד מח(2) 456, פס' 16 לפסק-הדין של המשנה לנשיא ברק (1994); וכן ע"פ 5026/97 גלעם נ' מדינת ישראל, פס' 9 (נבו 1999.13.6).

שהגיע לידיעתם,¹⁴ והזכות לקבל מידע מהרשומה הרפואית מוקנית אך ורק למטופלים עצמם.¹⁵ ההכרה במידע הרפואי כמידע פרטי נקבעה גם בשורה של פסקי-דין.¹⁶ כך, למשל, השופט רובינשטיין קובע כי "ברי לכל כי פרטים רפואיים מצויים בליבת הפרטיות, ועל כן יש לצמצם במידת האפשר את חשיפתם".¹⁷ באופן דומה קבעה השופטת ברק-ארז כי מידע בריאותי על-אודות אדם הוא "אינהרנטי לצנעת הפרט", ו"לא בכדי מודגשת... השמירה על הפרטיות בתחום הטיפול הרפואי".¹⁸

לנוכח מעמדו של המידע הרפואי כמידע פרטי, נשאלת אם כן שאלת זכותם של קרובי המטופלים לקבל גישה למידע הרפואי על-אודות יקיריהם. שאלה זו אינה זוכה בתשובה ישירה בסעיפיו של חוק זכויות החולה. זכות גישה זו תוכר, אם כן, רק בהתקיים החריגים לחובת הסודיות הרפואית המנויים בסעיף 20 לחוק. חשוב במיוחד לענייננו הוא החריג המאפשר מסירת מידע לאחר (ובכלל זה לקרובי המטופלים) בהסכמתם של המטופלים.¹⁹ בהעדר הסכמה כאמור יימסר המידע לקרובים רק על-פי אישור של ועדת אתיקה,²⁰ אשר מוסמכת לאשר זאת אך במצבים חריגים במיוחד.²¹ כאשר המטופלים אינם כשירים, זכות קרוביהם לקבל גישה למידע הרפואי תוכר רק אם הם מונו באופן רשמי כנציגי המטופלים על-פי הפרוצדורות שבחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"ב–1962, או אם הם מונו על-ידי המטופלים לבאי-כוחם על-פי סעיף 16 לחוק זכויות החולה.

ברומה לחוק זכויות החולה, גם חוק הגנת הפרטיות אינו מתייחס באופן ישיר לזכותם של קרובים לקבל גישה למידע פרטי בענייניו של אדם,²² וגם בחוק זה הסכמתו של האדם

14 ס' 19 לחוק זכויות החולה.

15 שם, בס' 18.

16 נוסף על כך היא הוכרה במפורש על-ידי משרד הבריאות בשורה של חוזרים ונהלים שיפורטו בהמשך, וכן בחוזר מנכ"ל משרד הבריאות 2/2020 "קוד אתי לשמירת הסודיות ופרטיות המידע האישי" (5.1.2020), הקובע את החובה להגן על פרטיותו של המידע האישי הרפואי ואת זכותו של אדם לבחור עם מי לשתף את המידע על-אודותיו.

17 רע"א 8019/06 **ידיעות אחרונות בע"מ נ' לוי**, בפס' ב לפסק-הדין של השופט רובינשטיין (נבו 13.10.2009).

18 רע"א 2558/16 **פלונית נ' קצין התגמולים – משרד הביטחון**, פס' 42 (נבו 5.11.2017).

19 ס' 20(א)(1) לחוק זכויות החולה.

20 ועדת אתיקה היא ועדה רב-תחומית המוקמת לפי ס' 24 לחוק זכויות החולה, והיא מוסמכת לאשר פעולות החורגות מעקרונותיו של חוק זכויות החולה בהתאם לסמכויות המוקנות לה בחוק.

21 מצב אחד הוא בנסיבות שבהן על-פי קביעת ועדת האתיקה יש להימנע ממסירת המידע למטופלים עצמם, מחשש שחשיפתו לפניהם תוביל לפגיעה חמורה בבריאותם הגופנית או הנפשית או לסיכון חייהם (ס' 18(ג)–(ה) לחוק זכויות החולה), ותחת זאת אישרה הוועדה את מסירתו לקרוביהם (ס' 20(א)(4) לחוק זכויות החולה). מצב נוסף הוא בנסיבות שבהן על-פי קביעת ועדת האתיקה מסירת המידע לידי הקרובים חיונית להגנה על בריאות הזולת או בריאות הציבור, וכי הצורך במסירתו גובר על העניין שיש באי-מסירתו (ס' 20(א)(5) לחוק זכויות החולה).

22 להוציא התייחסות אחת לזכויות הקרובים המצויה בס' 2 לחוק הגנת הפרטיות, אשר עוסקת בפרסום תצלום של נפטר.

מהווה יסוד חשוב בהקשר של מסירת מידע לאָר, לנוכח קביעתו של סעיף 1 לחוק כי "לא יפגע אדם בפרטיות של זולתו ללא הסכמתו". שני החוקים הללו משקפים אם כן תפיסה של "פרטיות כשליטה", אשר לדעת מיכאל בירנהק משקפת את ההבנה הטובה ביותר של הזכות לפרטיות, בהכירה בפרטיות כמצויה בשליטתו של הפרט (ולענייננו – המטופל), כך שהוא ורק הוא יקבע מה יעלה בגורלו של המידע על-אודותיו.²³

הזכות לפרטיות הוכרה בפסיקה כחלה אף במסגרת הפנים-משפחתית. כך, למשל, הנשיא ברק קובע כי "הנישואין אינם שוללים מבני הזוג את זכותם לפרטיות זו כלפי זה. הזכות לפרטיות עומדת לכל אחד מבני הזוג כלפי העולם כולו, לרבות כלפי בן זוגו".²⁴ באופן דומה קובע בית-המשפט המחוזי, מפי השופט שפירא, גם לעניין פרטיותו של המידע הרפואי, באומרו כי "אין כל הצדקה מוסרית, אתית וחוקית להפר את חובת הסודיות של המטופל אף כלפי בן משפחתו... החוק אינו מתיר מתן מידע אף לבן משפחה ללא הסכמת המטופל".²⁵ שני פסקי-הדין הללו משקפים אם כן את ראיית הפרטיות כשליטה, ומחילים תפיסה זו גם במסגרת התא המשפחתי, כך שגם כלפי קרובים חלה זכותם של המטופלים לפרטיות המידע הרפואי בעניינם, למעט בהתקיים חריגים המוכרים בחוק, ובראשם הסכמת המטופלים למסירת המידע לקרוביהם.

נותר אם כן לבחון כיצד חריג ההסכמה מתפרש, וכיצד ניתן ליישמו הלכה למעשה. בהקשר זה חוק הגנת הפרטיות קובע כי הסכמה יכולה להתקיים במפורש או מכללא.²⁶ בחוק זכויות החולה אין הגדרה למושג "הסכמה" לעניין מסירת מידע רפואי לאָר, אולם לעניין הסכמה מדעת לטיפול רפואי החוק קובע כי הסכמה יכולה להינתן בכתב, בעל-פה או בדרך של התנהגות.²⁷ בהעדר הוראה דומה ביחס להסכמה למסירת מידע, ניתן ללמוד בדרך של היקש כי גם בהקשר של מסירת מידע תינתן ההסכמה באחת משלוש דרכים אלו.²⁸ כן ניתן לקבוע כי גם כאן הסכמה יכולה להינתן הן במפורש והן במשתמע. פרשנות זו מתיישבת עם הוראת חוק הגנת הפרטיות, ולדעתי ראוי ששני דברי החקיקה הללו יתפרשו באופנים שעולים בקנה אחד.²⁹ אומנם, סעיפיו של חוק זכויות החולה יכולים

23 מיכאל בירנהק מרחב פרטי: הזכות לפרטיות בין משפט לטכנולוגיה 89 (התשע"א).

24 בג"ץ 6650/04 פלונית נ' בית הדין הרבני האזורי בנתניה, פ"ד סא(1) 581, פס' 20 (2006).

25 ת"א (מחוזי י-ם) 8432/06 פלוני (קטין) נ' שירותי בריאות כללית, פס' 34 (נבו 2008.2.13) (להלן: פרשת וינר). ראו גם שם, בפס' 31.

26 ס' 3 לחוק הגנת הפרטיות.

27 ס' 14(א) לחוק זכויות החולה.

28 בספרות מקובלת ההבנה כי הסכמה למסירת מידע יכולה להיות מפורשת או משתמע, ולהינתן בכתב, בעל-פה או בדרך של התנהגות. ראו, למשל, אמנון כרמי בריאות ומשפט כרך א 872 (מוחמד ס' ותד עורך, מהדורה שנייה 2013).

29 המסקנה כי חוק זכויות החולה מכיר בהסכמה מכללא ובהסכמה בהתנהגות למסירת מידע רפואי נתמכת במידת-מה על-ידי ס' 6א לחוק, הקובע זכות עקרונית לקבלת טיפול רפואי בנוכחות מלווה. זכות זו תוגבל רק בהתקיים החריגים המנויים בסעיפי-המשנה של סעיף זה (כגון כאשר יש חשש שנוכחות המלווה תפגע באיכות הטיפול הרפואי, תגרום הפרעה ממשית לטיפול, תסכן את בריאותם של המטופל, המלווה או מטופלים אחרים, וכדומה).

לשאת גם פרשנות אחרת, שלפיה ההסכמה למסירת מידע רפואי לאחר תיעשה רק בדרך של הסכמה מפורשת מפי המטופל, אולם לנוכח האמור לעיל, פרשנות פורמליסטית ומצמצמת זו נראית לי מתקבלת פחות על הדעת.

אם כן, ביישום של הוראות המשפט הישראלי כפי שנסקרו לעיל על אירוע חדר הניתוח, שהוצג בסוף המבוא, ייתכנו שתי תוצאות משפטיות אפשריות: האחת תכיר במצבים דוגמת אירוע חדר הניתוח כמצבים שקיימת בהם הסכמה משתמעת או הסכמה בדרך של התנהגות מצד המטופלים למסירת מידע רפואי על-אודותיהם לקרוביהם; ואילו התוצאה האפשרית האחרת תפרש את מושג ההסכמה לעניין מסירת מידע רפואי באופן פורמליסטי ומצמצם, ולא תכיר בזכותם של הקרובים לקבל מידע רפואי על-אודות המטופלים במצבים אלו ללא הבעת הסכמה מפורשת מצד המטופלים או הכרה פורמלית אחרת במעמד הקרובים – למשל, באמצעות אישור של ועדת אתיקה או על-ידי מינוים לאפוטרופוסים.

התייחסות מפורשת לסוגיה של מסירת מידע רפואי לקרובים הופיעה בעבר בחוזר מנכ"ל משרד הבריאות בעניין הסודיות הרפואית משנת 1996,³⁰ אשר אינו עוד בתוקף לאחר שבוטל באופן רשמי בשנת 2019.³¹ חוזר זה מעגן את התוצאה האפשרית הראשונה דלעיל, בהכירו בכך שניתן להסיק מהתנהגותם של מטופלים (למשל, כאשר הם מגיעים לטיפול בליוי קרוביהם) כי ברצונם להתיר שיתוף מידע עם קרוביהם. חוזר זה אף מרחיב עוד יותר את פרשנות המושג "הסכמה", וקובע כי לגבי מטופלים בלתי-כשירים ניתן לקבוע חזקה שלפיה הם מסכימים למסירת מידע לקרוביהם ככל שהדבר נחוץ באופן אובייקטיבי למען טובתם.³² אם ניישם את הוראותיו של חוזר זה על אירוע חדר הניתוח, נגיע למסקנה כי ברוב המקרים תוכר הרופאה כרשאית למסור מידע לקרובי המטופל. אם המטופל הגיע לחדר הניתוח כשהוא מלווה בקרוביו, אזי הסכמתו למסירת המידע נלמדת מהתנהגותו, ואם קרוביו הגיעו למקום לאחר שכבר היה מורדם ובלתי-כשיר להביע את עמדתו, אזי קמה על-פי החוזר חזקת הסכמה לכך שהרופאה תמסור לקרוביו הדואגים מידע על-אודות מצבו.

אלא שחרף הוראותיו של חוזר המנכ"ל בעניין הסודיות הרפואית, ואף שהמציאות בשטח מלמדת כי צוותים רפואיים פועלים באופן העולה עימן בקנה אחד, מבקר המדינה, ובעקבותיו גם משרד הבריאות עצמו, העדיפו לאמץ דווקא את הפרשנות המצמצמת והפורמליסטית, אשר עולה בקנה אחד עם התוצאה האפשרית השנייה דלעיל, וביטלו כאמור את חוזר המנכ"ל בעניין הסודיות הרפואית. למעשה, צמצום תחולת הוראותיו

מעצם ההכרה בזכות לקבל טיפול בנוכחות מלוויהם של המטופלים נלמדת הכרת החוק בהסכמה מכללא של מטופלים לחשוף את מלוויהם למידע הרפואי בעניינם.

30 חוזר מנכ"ל משרד הבריאות 19/1996 "הסודיות הרפואית" (11.8.1996) (להלן: חוזר "הסודיות הרפואית").

31 על-ידי חוזר מנכ"ל משרד הבריאות 9/2019 "אמות מידה לניהול רשומת מטופל במערכת הבריאות" (15.12.2019) (להלן: חוזר "אמות מידה לניהול רשומת מטופל").

32 חוזר "הסודיות הרפואית", לעיל ה"ש 30, בעמ' 11.

נעשה עוד לפני שהוא בוטל. הדבר נלמד מן הביקורת החריפה שנמתחה בדוח מבקר המדינה משנת 2002 על הנוהג שנמצא רווח במוסדות רפואיים בישראל:

בכל בית חולים כללי יש חדר או חדרי המתנה לקרובים של חולים הנמצאים בחדר ניתוח. יש הממתינים שם שעות. מטבע הדברים הם נקלעים למצב של מתח וחרדה... רופאים שמוסרים את המידע בהיעדר הסכמה של המנותח ובהיעדר נסיבות אחרות המנויות בסעיף 20, עוברים על הוראות חוק זכויות החולה וחוק הגנת הפרטיות... ואפשר להגיש נגדם תביעות אזרחיות ופליליות ולנקוט צעדים מינהליים. נמצא, שרופאים ומרדמים שיוצאים ממערכת חדרי הניתוח כדי לפגוש בני משפחה של המנותחים מוסרים להם מידע רפואי על מהלך הניתוח ותוצאותיו. מסירת מידע זה ללא הסכמת החולה מנוגדת, כאמור, לחוק.³³

עולה אפוא כי לשיטתו של מבקר המדינה, אם הרופאה המנתחת באירוע חדר הניתוח מדווחת לקרובי המטופל על מצבו הרפואי, היא מפרה כמה וכמה הוראות משפטיות, אשר חלקן אף בעלות מעמד חוקתי. מעבר להפרתם של חוק זכויות החולה, חוק הגנת הפרטיות וחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, היא עוברת כלפיו גם עברה פלילית של גילוי סוד מקצועי,³⁴ וכן עוברת עברה משמעתית בפועלה בדרך שאינה הולמת רופא מורשה.³⁵ עוד עולה בבירור מן הדוח כי התנהלותה של הרופאה באירוע חדר הניתוח משקפת נוהג רווח במערכת הבריאות.³⁶ מדבריו הנוקבים של מבקר המדינה בולטת אם כן בהעדרה התייחסות להוראות חוזר המנכ"ל בעניין הסודיות הרפואית, וזאת אף שהוא היה בתוקף באותה עת, כך שיישום הוראותיו לא היה אמור להציב צוותים רפואיים בישראל כמפרי חוק.

ברוח דברי הביקורת הללו בחר משרד הבריאות לאמץ את הקו הפרשני המצמצם. צמצום פרשנותן של הוראות חוק זכויות החולה, כפי שהיא באה לידי ביטוי בחוזר המנכ"ל בעניין הסודיות הרפואית, נעשה בהדרגה, והוראות החוזר הלכו ואיבדו מהרלוונטיות שלהן עד לביטולן הרשמי והמוחלט בשנת 2019. ראשיתו של צמצום זה בשנת 2003, סמוך לאחר פרסומו של דוח מבקר המדינה, עם הוצאתו של חוזר מנהל הרפואה בנושא

33 מבקר המדינה דוח שנתי 53 ב-469-470 (2003).

34 ס' 496 לחוק העונשין, התשל"ז-1977. יצוין כי גם להפרה של חוק הגנת הפרטיות יכולות להיות השלכות הן במישור האזרחי והן במישור הפלילי.

35 ס' 41(1) ו-41(7) לפקודת הרופאים [נוסח חדש], התשל"ז-1976.

36 על הפרקטיקה בשטח בהקשרים טיפוליים אחרים (ולאו דווקא במקרים דוגמת אירוע חדר הניתוח) ניתן ללמוד גם מתיאורו של פרופ' יונתן הלוי. לדבריו, הצוות המטפל בוחן את מידת הקרבה ואת טיב היחסים שבין המטופלים לקרוביהם, בניסיון לברר אם מדובר בקרובים תומכים הרואים לנגד עיניהם את האינטרסים המובהקים של המטופלים או שמא מדובר במערכת יחסים מסוג אחר. לאחר שגיבש הצוות דעה לגבי קרובי המטופלים, היא משליכה על יחסו כלפיהם בכל הנוגע בשיתופם בתהליך הטיפולי בכלל ובמסירת מידע רפואי על-אודות המטופלים לידיהם בפרט. ראו יונתן הלוי רפואה שלמה: בין רופא למטופליו 42-43 (2003).

מתן מידע רפואי לקרובי החולה (שגם הוא אינו עוד בתוקף), אשר תכליתו להנחות את עובדי מערכת הבריאות כיצד לפעול במצבים כגון אלה ולהימנע מהפרות של דברי חקיקה.³⁷ החוזר מורה כי כאשר המטופלים נמצאים בהכרה, יימסר מידע רפואי לקרוביהם אך ורק בנוכחות המטופלים. בדומה לחוזר המנכ"ל בעניין הסודיות הרפואית, גם חוזר מנהל הרפואה מכיר בהסכמה בדרך של התנהגות למסירת מידע לקרובים, אולם הוא מצמצם את האפשרות למסירת המידע לקרובים אך למצבים שבהם המטופלים נוכחים בעת מסירתו. לגבי מטופלים שאינם בהכרה, חוזר מנהל הרפואה קובע כי המידע הרפואי יימסר אך ורק למי שהמטופלים ציינו במפורש כמוסמכים לקבל את המידע. לצורך כך החוזר קובע כי בעת קבלה לאשפוז, או לפני טיפול בטשטוש או בהרדמה מלאה, יש לבקש מהמטופלים לציין בכתב (או בעל-פה, תוך תיעוד הודעתם) למי הם מתירים לצוות הרפואי למסור מידע רפואי בהיותם במצב של העדר הכרה. בהעדר הנחיות מפורשות מצד המטופלים, החוזר מורה כי באחריות המטופלים למסור את המידע אך ורק לקרובי-משפחה מדרגה ראשונה. בכך חוזר מנהל הרפואה מצמצם את חזקת ההסכמה הרחבה שבחוזר המנכ"ל בעניין הסודיות הרפואית לקרובים מדרגה ראשונה בלבד, ומוסיף דרישה פורמליסטית של הסכמה בכתב לגבי מסירת מידע לכל אדם אחר.

בשנת 2015 שב ועלה הנושא של מסירת מידע רפואי לקרובים על סדר-יומו של מבקר המדינה. הביקורת הנוקבת העולה מן הדוח מצביעה פעם נוספת על פער בין המציאות הרווחת בבתי-החולים בישראל לבין האופן שבו המצב המשפטי מתפרש:

עלה שכל בתי החולים שנבדקו לא מוודאים שהם מוסרים את המידע רק למי שמורשה מטעם החולה לקבלו, ואין הם דורשים ממבקש המידע להזדהות.³⁸

דוח המבקר אף מתייחס לתגובות שהתקבלו בהקשר זה ממטופלים וממוסדות רפואיים:

בית חולים מסוים אף כתב למשרד מבקר המדינה, כי "אין בידנו אפשרות לוודא כי רופאים או אחיות אכן בודקים את תיק המטופל בכל סיטואציה של מסירת מידע לקרוב או מלווה"; כמו כן, רופאים אחדים בבתי החולים טענו לפני נציגי משרד מבקר המדינה, כי לעתים הם נדרשים להסביר לבני המשפחה כי אינם יכולים למסור מידע על החולה מטעמי סודיות רפואית, והדבר מעורר כעסים ועימותים עם אותם בני משפחה.³⁹

דברים אלו מצביעים על קשיים מעשיים ביישום דווקני של הוראות החוק ושל חוזר מנהל הרפואה, אשר מבקר המדינה היה מודע להם ואף-על-פי-כן לא היה בכך כדי לחסוך את

37 חוזר מנהל הרפואה 53/2003 "מתן מידע רפואי לקרובי החולה" (20.7.2003) (להלן: חוזר "מתן מידע רפואי לקרובי החולה"). חוזר זה בוטל אף הוא על-ידי חוזר "אמות מידה לניהול רשומת מטופל", לעיל ה"ש 31, אך הנחיותיו בהקשר זה אומצו בחוזר המבטל.

38 מבקר המדינה דוח שנתי 165 536 (2015).

39 שם, בעמ' 537.

שבת ביקורתו. הפתרון שהציע המבקר הוא יצירת תוכנית הסברה לציבור שתאפשר הקפדה על אותן הוראות. יתר על כן, המבקר הוסיף הכבדה בירוקרטית על התקשורת בין גורמי הבריאות לקרובים כאשר הדגיש את הצורך לדרוש מהקרובים מבקשי המידע הרפואי להזדהות באופן רשמי לפני גורמי הבריאות.⁴⁰ נראה אם כן כי עודנו רחוקים מפתרון שיגשר על הפער בין הוראות החוק לבין המציאות הנוהגת.

השלב הבא באימוץ הפרשנות המצמצמת והפורמליסטית של הוראות החוק נעשה בשנת 2019, שבה בוטלו כמה חוזרים של משרד הבריאות, וביניהם גם החוזרים שנסקרו לעיל, והוחלפו בחוזר המנכ"ל בעניין אמות-המידה לניהול רשומת מטופל, המהווה מסמך מקיף הקובע אמות-מידה לניהול רשומות המטופלים במערכת הבריאות.⁴¹ חוזר זה מבטל באופן סופי ורשמי את ההוראות הגמישות שנקבעו בחוזר המנכ"ל בעניין הסודיות הרפואית. כמורכב הוא מבטל את ההוראה בחוזר מנהל הרפואה המכירה בהסכמה בהתנהגות למסירת מידע לקרובים בנוכחות המטופלים בהיותם בהכרה. יתר על כן, לא זו בלבד שהוא מאמץ את הנטל הבירוקרטי שהטיל מבקר המדינה על כתפיהם של גורמי הבריאות בכל הנוגע בהזדהות פורמלית של הקרובים, הוא אף מכביד אותו עוד יותר. ככלל, בכל מקרה של מסירת מידע רפואי למי שהם צד שלישי ליחסים הטיפולים החוזר דורש הצגת "כתב ויתור על סודיות רפואית" רשמי, אשר נחתם על-ידי המטופלים בנוכחות "עד מהימן".⁴² כחריג לכך, החוזר מאפשר "העברת מידע לקרוב משפחה מדרגה ראשונה או אדם אחר, עליו הורה המטופל במהלך טיפול ואשפוז". על כך מוסיף החוזר דרישה בירוקרטית נוספת, ולפיה "יש לתעד את ההוראה ואת פרטי הקרוב".⁴³ זאת ועוד, המושג "מידע רפואי" מוגדר בחוזר באופן רחב ביותר, וכולל "כל מידע רפואי מזוהה המתייחס באופן ישיר לטיפול רפואי, לבריאותו או למצבו הסוציאלי בהקשר רפואי, של

40 ש.ם.

41 ראו חוזר "אמות מידה לניהול רשומת מטופל", לעיל ה"ש 31.

42 על-פי לשון החוזר, העד המהימן יכול להיות "רופא, אחות, עו"ד, מקצועות הבריאות ברשיון, רשם רפואי או מינהלן רפואי, מורשה חתימה בבנק וסוכן ביטוח". לחלופין, בהעדר אפשרות לחתום לפני עד מהימן, ניתן לצרף העתק של תעודה מזהה של המטופל. חוזר המנכ"ל קובע שורה של פרטים שצריכים להיכלל בכתב הויתור, ובנספח 2 לחוזר מצורפת דוגמה של כתב ויתור על סודיות רפואית. במצבים שבהם המטופל אינו יכול לחתום על כתב ויתור כאמור, הויתור יכול להיעשות בעל-פה בנוכחות שני עדים, וההסכמה תתועד בכתב ברשומה הרפואית שלו סמוך ככל האפשר לאחר-מכן. ש.ם, בעמ' 10–11 ו-28.

43 ש.ם, בעמ' 10. יצוין כי הגם שהחוזר דורש תיעוד בכתב של פרטי הקרוב שלגביו התיר המטופל את מסירת המידע, אין טופס אחיד לתיעוד מידע זה. ככל שמדובר באשפוז בבית-חולים, תיעוד פרטיהם של הקרובים שמותר למסור להם מידע רפואי יכול להיעשות באמצעות טופסי הקבלה לאשפוז, אלא שגם לגבי טפסים אלו אין נוסח אחיד המחייב את כלל בתי-החולים, ומשרד הבריאות מאפשר לכל בית-חולים לקבוע נהלים בעניין על-פי שיקול-דעתו. ראו חוזר מנהל הרפואה 28/2011 "נהלי קבלה ושחרור בבתי חולים כלליים" (להלן: חוזר "נהלי קבלה ושחרור בבתי חולים כלליים"). על-פי נוסח החוזר, "המטופל יוחתם על טופס בקשה להתקבל לאשפוז ע"פ נהלי ביה"ח" (ש.ם, בס' 2.1.7 ו-3.3.2).

אדם מסויים".⁴⁴ עולה אפוא כי המגבלות שהחוזר מטיל חלות גם ביחס לכל מידע רפואי, לרבות מידע רפואי בסיסי, ולא רק לגבי מידע רפואי בעל מאפיינים רגישים.

יובהר כי חוזרי משרד הבריאות מהווים "הנחיות פנימיות",⁴⁵ שמטרתן להנחות את הגוף המנהלי בהפעלת סמכותו.⁴⁶ משרד הבריאות קבע אפוא באותם חוזרים הנחיות להפעלת הסמכות למסור מידע רפואי לאתר הקבועה בסעיף 20 לחוק זכויות החולה, ובחר לעשות זאת באמצעות אימוץ פרשנות מצמצמת למושג ההסכמה למסירת מידע רפואי לאתר, הטלת נטלים בירוקרטיים ושימוש בטפסים פורמליים. ככלל, עצם קיומן של הנחיות פנימיות מטיל חובה לפעול על-פיהן. הסטייה מהן מותרת אך במצבים שבהם עקב הפעלת שיקול-דעת פרטני נמצא שמתקיימות נסיבות מיוחדות המצדיקות זאת, אולם לא כדבר שבשגרה.⁴⁷ לאמור, לענייננו, מסירת מידע רפואי לקרובי המטופלים לא על-פי הנחיות שבחוזר אמורה להתקיים רק לאחר הפעלת שיקול-דעת פרטני לגבי כל מקרה, ובמקרים חריגים בלבד, ולא כנוהג רווח כפי שקורה כאמור במציאות הנוהגת.

ניתן לסכם אפוא ולומר כי אם ניישם על אירוע חדר הניתוח באופן דווקני את הוראות הדין הישראלי החקוקות, הפסוקות והמנהליות, כפי שנסקרו לעיל, נגיע למסקנה כי הרופאה תהיה רשאית למסור את המידע לקרובים הממתנים בחדר הקבלה רק במצבים הבאים: הם מונו באופן רשמי לנציגי המטופלים; הוצג כתב ויתור רשמי על סודיות רפואית לטובתם; המטופל נתן לגביהם הוראה מפורשת בעת כניסתו לטיפול הרפואי; התקבל אישור מוועדת אתיקה; בעקבות הפעלת שיקול-דעת פרטני במצבים חריגים המצדיקים זאת; ובהעדר כל אלה – רק אם מדובר בקרובי-משפחה מדרגה ראשונה, ולא לפני שהרופאה המנתחת תודא את זהותם של הקרובים ותתעד את פרטיהם. המצב השכיח שבו הרופאה יוצאת ומדווחת על הניתוח לנוכחים בחדר ההמתנה, מבלי לדרוש מהם להזדהות באופן רשמי ומבלי לוודא שהתקיימו לגביהם אחד או יותר מהתנאים דלעיל, נתפס אם כן כבלתי-חוקי, וזאת אף אם היא מוסרת להם מידע רפואי בסיסי בלבד. קיים אם כן פער משמעותי בין האופן שבו המצב המשפטי מתפרש על-פי הוראות משרד הבריאות לבין המציאות הנוהגת הלכה למעשה בשטח.

44 שם, בעמ' 4. יצוין כי הוראות חוזר "אמות מידה לניהול רשומת מטופל", לעיל ה"ש 31, עולות בקנה אחד, בהקשר הרלוונטי לענייננו, עם הוראותיו של נוהל משרד הבריאות א-8 "נוהל סיווג מידע ISO 27799" (ינואר 2018) (להלן: "נוהל סיווג מידע").

45 דפנה ברק-ארז מבהירה כי המונח "הנחיות פנימיות" מהווה "שם משפחה" למסמכים הקובעים נהלים לגבי גופים ציבוריים, וכי חוזר מנכ"ל הוא דוגמה למסמך מסוג זה. ראו דפנה ברק-ארז **משפט מינהלי** כרך א 228 (2010).

46 ס' 1.1 להנחיית היועץ המשפטי לממשלה 1.0002 (60.013) "הנחיות מינהליות" (3.7.2002) (להלן: "הנחיות היועמ"ש").

47 ראו ברק-ארז, לעיל ה"ש 45, בעמ' 248. עם זאת, להבדיל מהוראות חקיקה, מעמדן של ההנחיות הפנימיות הוא גמיש, ויש להפעיל שיקול-דעת ולבחון בכל מקרה לגופו אם מתקיימים חריגים המצדיקים חריגה מהן. ראו, למשל, בג"ץ 4382/98 **גבאי נ' שר הבריאות**, פ"ד נב(3) 418 (1998). ראו גם ס' 5 להנחיות היועמ"ש, לעיל ה"ש 46.

2. ההסדר המשפטי בארצות-הברית

את ההסדר המשפטי הישראלי ואת האופן שבו הוא מתפרש אבקש לבחון בחלק זה בראייה השוואתית, ואתמקד בהסדר האמריקאי בעניין פרטיותו של המידע הרפואי ובשאלת מסירתו לקרובי המטופלים, אשר נמצא בימים אלו, כפי שאפרט מיד, על סדר-יומו של המאסדר הפדרלי. מקורו של ההסדר האמריקאי בחוק הפדרלי Health Insurance Portability and Accountability Act of 1996,⁴⁸ המכונה HIPAA, אשר מסדיר את תחום ביטוח הבריאות ועוסק, בין היתר, גם בפרטיותו של המידע הרפואי. מכוח ה-HIPAA הותקנה על-ידי ה-U.S. Department of Health and Human Services (להלן: HHS) סדרה של תקנות ליישום הוראות ה-HIPAA בעניין פרטיותו של המידע הרפואי שכותרתן Standards for Privacy of Individually Identifiable Health Information. אסדרה זו מכונה במשפט האמריקאי – ואף תכונה להלן – Privacy Rule.⁴⁹ מטרת התקנות היא ליצור איזון בין האינטרסים של הגנת הפרטיות של המטופלים, מחד גיסא, לבין יעילותה של מערכת הבריאות⁵⁰ וצרכים חברתיים אחרים,⁵¹ מאידך גיסא.⁵²

לענייננו חשובות הוראותיו של סעיף 164.510 ל-Privacy Rule (להלן: הסעיף) בעניין שימוש במידע רפואי ומסירתו תוך מתן אפשרות נאותה למטופלים בעלי המידע להביע את הסכמתם או התנגדותם לכך. הסעיף מתיר חשיפה של מידע רפואי על-אודות מטופלים או שימוש בו לארבע מטרות עיקריות: (1) עדכון אלפון המאושפזים של המוסד הרפואי, הכולל את פרטיהם האישיים ומידע בדבר מצבם הרפואי הכללי;⁵³ (2) יידוע קרובי

48 Pub. L. 104-191, 110 Stat. 1936 (Aug. 21, 1996).

49 45 C.F.R. Part 160 and Subparts A and E of Part 164. התקנות התקבלו בשנת 2000: 65 FR 82462 (Dec. 28, 2000). למן פרסומן לראשונה עברו התקנות כמה תיקונים. ראו 67 FR 53182 (Aug. 14, 2002), 78 FR 5566 (Jan. 25, 2013), 79 FR 7289 (Feb. 6, 2014), 81 FR 382 (Jan. 6, 2016).

50 ראו, למשל, *Citizens for Health v. Leavitt*, 428 F.3d 167 (3d Cir. 2005) (להלן: עניין *Citizens for Health*).

51 Charity Scott, *Is Too Much Privacy Bad for Your Health? An Introduction to the Law, Ethics, and HIPAA Rule on Medical Privacy*, 17 GA. ST. U. L. REV. 481, 513 (2000) (להלן: סקוט).

52 קיימת מחלוקת בשאלה אם הוראות ה-HIPAA צריכות לשמש "רצפה פדרלית", באופן שמאפשר לחקיקה מדינתית לקבוע סטנדרטים מחמירים יותר, או שמא ההוראות צריכות לשמש הן "רצפה" והן "תקרה", במובן זה שחקיקה מדינתית לא תוכל לקבוע רף גבוה יותר של פרטיות. עם זאת, בפועל הוראות ה-HIPAA מציבות "רצפה פדרלית" בלבד. ראו סקוט, שם, בעמ' 515, וכן עניין *Citizens for Health*, לעיל ה"ש 50. להמחשת הוראות HIPAA כ"רצפה פדרלית" ראו, למשל, את קביעת בית-המשפט בעניין *Opis Mgmt. Res., LLC v. Sec'y, Fla. Agency for Health Care Admin*, 713 F.3d 1291 (11th Cir. 2013) שלפיה חקיקה של מדינת פלורידה גורעת מהוראות HIPAA בעניין ההגנה על פרטיותו של המידע הרפואי. פסק-הדין עוסק במסירת מידע רפואי לקרובי מטופלים לאחר פטירתם, וחורג ממסגרת הדיון במאמר זה.

53 45 C.F.R. § 164.510(a)(1). סעיף זה מאפשר גם למסור לאנשי דת מידע בדבר השתייכותם הדתית של המטופלים.

המטופלים במידע אשר רלוונטי למעורבותם בטיפול הרפואי במטופלים או במימונו;⁵⁴ (3) איתור קרוביהם של המטופלים ויידועם בדבר מקום הימצאם של המטופלים, מצבם הרפואי או מותם;⁵⁵ (4) ניהול מצבי אסון, כאשר מסירת המידע חיונית על-פי שיקול-דעתם המקצועי של גורמי הבריאות.⁵⁶

הכלל המנחה בסעיף הוא שמסירת המידע למטרות הללו תיעשה בכפוף להסכמת המטופלים, לאחר יידועם מראש בדבר השימוש במידע הרפואי ובדבר מסירתו. הסכמת המטופלים יכולה להיות מפורשת⁵⁷ או משתמעת, כלומר, כזו שנלמדת מהעדר התנגדות שלהם לכך⁵⁸ לאחר שניתנה להם הזדמנות נאותה להביעה.⁵⁹ אלא שהסעיף מקנה לגורמים הרפואיים שיקול-דעת נרחב, ומאפשר להם במקרים מסוימים להגמיש את הכלל המנחה. הסעיף קובע כי אם על-פי שיקול-דעתם המקצועי של גורמי הבריאות ניתן להסיק מן הנסיבות שהמטופל אינו מתנגד לשיחוף המידע עם קרוביו, אזי די בכך להתיר את מסירתו.⁶⁰ נוסף על כך, במצבי חירום או העדר כשירות, שבגינם נמנעת האפשרות להשיג

54 45 C.F.R. § 164.510(b)(1). מידע זה עשוי לכלול מרשמים, ציוד רפואי, צילומים, טפסים וכיוצא בהם. ראו 45 C.F.R. § 164.510(b)(3). במקרה של מוות ניתן למסור לקרובים מידע הקשור לטיפול הרפואי במטופלים שהם היו מעורבים בו או במימונו, אלא אם כן ידועה התנגדות קודמת לכך מצד המטופלים. ראו 45 C.F.R. § 164.510(b)(5).

55 45 C.F.R. § 164.510(b)(1).

56 45 C.F.R. § 164.510(b)(4).

57 כך, למשל, הפסיקה האמריקאית הכירה בהסכמתה המפורשת של אישה למסירת מידע רפואי למעסיקה, ודחתה עקב כך את טענתה בדבר הפרת ה-Privacy Rule. ראו Rigaud v. Garofalo, 2005 WL 1030196 (E.D. Pa. May 2, 2005).

58 מטופלים רשאים להביע את הסכמתם למסירת מידע לקרוביהם ולאחר-מכן לחזור בהם מהסכמתם ולהביע התנגדות. כך היה בעניין *Ganzzermiller*, שבו הביע תחילה המטופל את הסכמתו למסירת מידע רפואי לאשתו ולבנו אך לאחר-מכן שינה את דעתו, לטענת צוות בית-החולים, וביקש מהמטופלים לא לחלוק עם קרוביו את דבר היותו במצב סופני. לנוכח זאת נמנע בית-החולים מלספק לאשתו מתורגמן לשפת הסימנים, חרף היותה לקוית-שמיעה ואף שהתקשתה בהבנת השפה האנגלית, ותחת זאת בעלה הוא שסיפק לה את התרגום בעת הטיפולים הרפואיים, תוך שהוא משמיט את המידע שהוא לא היה מעוניין שיגיע לידיה. לאחר מותו פתחו האישה והבן בהליך משפטי שבו טענו לפגיעה בזכויותיה של האישה כבעלת מוגבלות. בית-המשפט קבע כי "[t]he Medical Center cannot be liable for its failure to provide Mrs. Ganzzermiller with auxiliary aids if access to such aids would have violated Mr. Ganzzermiller's right to privacy under HIPAA". ראו *Ganzzermiller v. Univ. of Md. Upper Chesapeake Med. Ctr.*, 2019 WL 4751457 (D. Md. Sept. 30, 2019).

במקרה דומה לא סיפק בית-החולים עזרי הנגשה להורים לקויי-שמיעה במהלך הטיפול הרפואי בבנם הבגיר. בית-המשפט אומנם לא התייחס להוראות HIPAA, אך פסק כי משבחר הבן לא לכלול את הוריו ברשימת המוסמכים לקבל מידע רפואי על-אודותיו, הוא קבע למעשה שהם לא יהיו זכאים לקבל גישה למידע זה, ולכן בית-החולים לא פגע בזכויותיהם כבעלי מוגבלות. ראו *Durand v. Fairview Health Servs.*, 902 F.3d 836 (2018).

59 45 C.F.R. §§ 164.510(a)(2), 164.510(b)(2).

60 45 C.F.R. § 164.510(b)(2).

הסכמה או הבעת התנגדות מצד המטופלים למסירת המידע, הסעיף מאפשר לגורמים הרפואיים למסור את המידע אם על-פי שיקול-דעתם המקצועי הם סבורים כי הדבר עולה בקנה אחד עם טובת המטופלים.⁶¹

ניתן לסכם אם כן כי ביחס להסדר המשפטי הישראלי, ההסדר המשפטי האמריקאי מאפשר גמישות רבה יותר. המשפט האמריקאי אינו דורש הבעת הסכמה פורמלית מצד המטופלים למסירת מידע רפואי לקרוביהם, ובמקרים רבים מותר את ההכרעה בשאלת מסירת המידע בידי הגורמים הרפואיים המעורבים, אשר יחליטו על מסירתו אם וכאשר היא עולה בקנה אחד עם טובת המטופלים, בכפוף למבחן "שיקול-הדעת המקצועי".⁶² אם נבחן את אירוע חדר הניתוח בראי ההסדר האמריקאי, מסקנתנו תהיה כי בהעדר מידע מוקדם בדבר התנגדות המטופל, תוכל הרופאה למסור לקרוביו את המידע הבסיסי שהם מבקשים לברר על-אודות מצבו, אם בהתאם לשיקול-דעתה המקצועי הדבר משרת את טובתו.⁶³ זו גם הפרשנות הרשמית של ה-HHS לסעיפי ה-Privacy Rule ולאופן יישומם בתרחיש דומה.⁶⁴ יתר על כן, ייתכן שמידע זה ממילא יהיה זמין להם באלפון המאושפזים של המוסד הרפואי.

אלא שעל-אף הפתח הרחב שהמשפט האמריקאי פותח לשיתוף קרובי המטופלים במידע הרפואי הבסיסי על-אודות יקיריהם, נראה כי לעיתים המציאות בשטח שונה, ומפעם לפעם נודע על מקרים שבהם מטופלים ומוסדות רפואיים מפרשים את סמכותם

61 45 C.F.R. §§ 164.510(a)(3), 164.510(b)(3)

62 ההסדר האמריקאי משקף במידה רבה את המתרחש בין כותלי המוסדות הרפואיים בישראל. ראו הלוי, לעיל ה"ש 36, בעמ' 42–43.

63 מעניין שלפי חוק זכויות החולה הפיני, קרוביהם של מטופלים המצויים במצב של חוסר הכרה או במצב רפואי דומה רשאים לקבל מידע לגבי זהותם ומצב בריאותם של המטופלים, ובלבד שאין יסוד להניח שהמטופלים היו אוסרים זאת. ראו ס' 12 ל-Act on the Status and Rights of Patients, No. 785/1992 (Fin.). (להלן: https://finlex.fi/en/laki/kaannokset/1992/en19920785_20120690.pdf). החוק הפיני קובע אם כן מעין חזקת הסכמה למסירת מידע רפואי בסיסי לקרובים. פאולה קוקונן מסבירה כי בפינלנד גם אנשים מקורבים ביותר מבחינה רגשית מתגוררים לעיתים במרחק גיאוגרפי רב זה מזה, כך שאלמלא הוראת החוק דלעיל כל מסירה טלפונית לקרובים של מידע בדבר מצבם הרפואי של יקיריהם הייתה נחשבת הפרה של חובת השמירה על סודיות רפואית. ראו Paula Kokkonen, *The New Finnish Law on the Status and Rights of a Patient*, 1 EUR. J. HEALTH L. 127 (1994). עם זאת, יודגש כי החוק הפיני תוחם את גישת הקרובים למידע בסיסי וכללי בלבד על-אודות מצבם של המטופלים. נראה, אם כן, כי בהעדר נסיבות חריגות יכיר החוק הפיני באפשרותה של הרופאה למסור מידע בסיסי לקרובי המטופל במקרים דוגמת אירוע חדר הניתוח.

עוד יצוין כי פינלנד היא המדינה הראשונה באירופה שחוקקה – בשנת 1992 – חוק בנושא זכויות החולה. ראו DIMO LLIEV & MIKKO VIENONEN, PATIENTS' RIGHTS DEVELOPMENT IN EUROPE 6 (World Health Organization 1998), available at <https://apps.who.int/iris/handle/10665/108144>.

64 U.S. Department of Health & Human Services, Office for Civil Rights, *Sharing Health Information With Family Members and Friends*, <https://www.hhs.gov/sites/default/files/ocr/privacy/hipaa/understanding/consumers/sharing-family-friends.pdf>

בצמצום ונמנעים הן מהצגת מידע באלפון המאושפזים והן ממסירתו לקרובים. לדוגמה, במקרה שאירע בבית-חולים במדינת מרילנד אושפזה אישה כשהיא על ערש-דווי ומחוסרת הכרה, ובית-החולים סירב למסור לקרובה ולחבריה פרטים לגבי החדר שבו היא מאושפזת מטעמים של הגנה על פרטיותה. כתוצאה מכך לא הייתה לקרובה אפשרות לאתרה ולבקרה.⁶⁵ דוגמה נוספת התרחשה בחדר מיון באילינוי, כאשר אדם לא הורשה לשהות לצד חמיו שלקה בשבץ מוחי ולעיין בתיקו הרפואי.⁶⁶ מקרים אלו יוצרים לטעמי תחושת אי-נוחות, ומעוררים שאלות ברוח זו שהציב סקוט:⁶⁷ האין מדובר ביישום הזכות לפרטיות יתר על המידה? האין נוצרת במצבים כאלה "פרטיות-יתר"?

נראה שגם המאסדר האמריקאי שותף לתחושת אי-הנוחות, ובימים אלו נושא זה עומד על סדר-יומו. בינואר 2021 פרסם ה-HHS הצעה לערוך ב-Privacy Rule (ובאסדרה נוספת מכוח ה-HIPAA) סדרת תיקונים.⁶⁸ הצעה זו מתייחסת, בין היתר, לדיווחים על אי-מסירת מידע רפואי לקרובים גם כאשר הדבר מותר על-פי ה-Privacy Rule, וזאת מחשש (שאינו מוצדק בהכרח) להפרת הזכות לפרטיות. בניסיון למגר תופעה זו, ה-HHS מציע להחליף את מבחן "שיקול-הדעת המקצועי" במבחן "תום-הלב" ("good faith belief"). לפי המבחן המוצע, בהעדר מידע לגבי רצונם של המטופלים, גורמים במוסדות הרפואיים יהיו רשאים למסור מידע רפואי לקרובי המטופלים אם הם סבורים בתום-לב שמסירתו היא לטובת המטופלים. יתר על כן, ההצעה קובעת חזקה שלפיה גורמי הבריאות פעלו בתום-לב כל עוד אין יסוד להניח שהם פעלו בחוסר תום-לב, כגון במצב שבו מסירת המידע נעשתה בידיעה שהיחסים בין המטופלים לקרוביהם מושתתים על ניצול או דיכוי. הצעה זו מושתתת על ההבנה כי מבחן "שיקול-הדעת המקצועי" עלול להתפרש כמצריך הפעלת כישורים מקצועיים בעת בירור טובת המטופלים, דבר המעורר רתיעה בקרב גורמים רבים במערכת הבריאות וחשש מפני היחשפות לתביעות. לעומת זאת, מבחן תום-הלב מאפשר גם למי שאינם בעלי הכשרה מקצועית פורמלית במקצועות הבריאות (כגון עובדים בדלפק הקבלה) להעריך בתום-לב ובהתאם לנסיבות את טיב מערכת היחסים עם הקרובים, ולקבוע אם מסירת המידע לידיהם אכן תפעל לטובת המטופלים.⁶⁹ אם הצעה זו אכן תקבל

65 Laurie Tarkan, *Sorry, That Information Is Off Limits: A Privacy Law's Unintended Results*, N.Y. TIMES (June 3, 2003). (להלן: טרקן).

66 Jane Gross, *Keeping Patients' Details Private, Even From Kin*, N.Y. TIMES (July 3, 2007). בכתבה מתוארים גם מקרים נוספים שבהם חששות של גורמים רפואיים מפני הפרות של HIPAA הובילו לתוצאות לא-פשוטות, כגון ביטול של מסיבות יום-הולדת בבתי-אבות או הצמדת כינויים למטופלים, כגון "זברה" או "אלביס", כדי להימנע מחשיפת פרטיהם האישיים.

67 אשר שאל, כאמור, "Is too much privacy bad for your health?". ראו סקוט, לעיל ה"ש 51.

68 Proposed Modifications to the HIPAA Privacy Rule to Support, and Remove Barriers to, Coordinated Care and Individual Engagement, 86 FR 6446 (Jan. 21, 2021) (להלן: ההצעה או הצעת ה-HHS לתיקון ה-Privacy Rule). התיקון האחרון שנעשה בו עד כה היה בשנת 2016. ראו לעיל ה"ש 49.

69 ראו שם, בעיקר בעמ' 6478–6483, 6501 ו-6525 להצעה.

תוקף, היא צפויה לאפשר פתח רחב יותר לשיתוף קרובי המטופלים במידע הרפואי על-אודות יקיריהם, ולאפשר לגורמי הבריאות להגשים את תכלית החקיקה וליישם את הוראות ה-Privacy Rule כלשונן, תוך צמצום החשש להפרות של דברי חקיקה פדרלית.⁷⁰ עם זאת, יודגש כי קבלת ההצעה אינה הכרחית, שכן גם במתכונתו הנוכחית המשפט האמריקאי מאפשר גישה של קרובים למידע רפואי על-אודות יקיריהם.

אם כן, אם נבחן את הסוגיה של מסירת המידע הרפואי לקרובים בהסתכלות משווה, נראה כי הן בישראל והן בארצות-הברית קיים פער בין המצב המשפטי לבין אופן יישומו בשטח. המודל המשפטי הישראלי מתפרש באופן שמגביל בצורה ניכרת את אפשרות הגישה של קרובי המטופלים למידע הרפואי על-אודות יקיריהם, ואף-על-פי-כן נטייתם של מטופלים ושל מוסדות רפואיים היא לשתף קרובים במידע רפואי זה במצבים יומיומיים דוגמת אירוע חדר הניתוח. המציאות בארצות-הברית, לעומת זאת, מצביעה אומנם אף היא על פער אך מן הכיוון ההפוך: חרף גמישותו של המודל המשפטי האמריקאי, ועל-אף הפתח הרחב שהוא פותח לשיתוף קרובי המטופלים במידע הרפואי על-אודות יקיריהם, ניכרת רתיעה מצד גורמי הבריאות מפני הפעלת שיקול-הדעת המוקנה להם, והם נמנעים לא אחת ממסירת מידע לקרובים גם כאשר הדבר מותר מבחינה משפטית.

את הפערים הללו ניתן להסביר, לדעתי, באמצעות הבנת הרקע התיאורטי העומד ביסוד כל אחד מן ההסדרים המשפטיים הללו, ולכך אדרש בהרחבה בפרק הבא, שבו אציג את התשתית התיאורטית העומדת ביסוד הביואתיקה ודיני זכויות המטופלים בכלל וביסוד ההסדרים המשפטיים בארץ ובארצות-הברית בנוגע למסירת מידע לקרובי המטופלים בפרט.

ב. המסגרת התיאורטית

1. גישת העקרונות בביואתיקה, המודל הביואתי הליברלי ומרכזיותו של עקרון האוטונומיה

בספרות המנחה בתחום הביואתיקה, כפי שתמחיש הסקירה שלהלן, בולטת במרכזיותה התפיסה שלפיה דילמה ביואתית תוכרע באופן דוקטיבי, דהיינו, על-ידי יישום של עקרונות אתיים כלליים ומופשטים ביחס למקרים ספציפיים. אחת הדוגמאות הבולטות הממחישות את מרכזיותה של גישה זו היא "גישת ארבעת העקרונות" של ביצ'ם

⁷⁰ סמוך לפרסום ההצעה הוזמן הציבור להגיש הערות לגביה. במקור נקבע כי המועד האחרון להגשת הערות יהיה 22 במרץ 2021, אך הוא נדחה ל-6 במאי 2021 (ראו הודעה שפורסמה ב-86 FR 13683 (Mar. 10, 2021)). במרץ 2023 פורסם כי הנוסח הסופי של הליך תיקון החקיקה צפוי להתפרסם בקרוב. ראו, *HIPAA Updates and HIPAA Changes in 2023*, HIPAA JOURNAL (Mar. 9, 2023), <https://www.hipaajournal.com/hipaa-updates-hipaa-changes/>.

וצ'ילדרס,⁷¹ שלפיה העקרונות הביאותיים המנחים הם אוטונומיה, מניעת נזק, הטבה וצדק. לשיטתם, כל אחד מהעקרונות הללו מחייב בפני עצמו כל עוד אין הוא מתנגש בעיקרון אחר. במקרה של התנגשות יש לערוך איזון בין העקרונות הנוגדים, לאתר את העיקרון שמשקלו גובר ולהכריע את הדילמה על-פיו.⁷²

מהו אם כן העיקרון הגובר במקרה של התנגשות? על-פי המודל הביאותי הרווח, יהיה זה על-פירוב עקרון האוטונומיה. קרי, גישת העקרונות תיושם על-פירוב באופן המקנה עדיפות לעקרון האוטונומיה על העקרונות האחרים. כך, למשל, רענן גילון מסביר כי יש לראות את עקרון כיבוד האוטונומיה כמרכיב מובנה של כל אחד משלושת העקרונות האחרים, ועל-כן יש להתייחס אליו כאל עיקרון "ראשון בין שווים".⁷³ לפיכך הערך של כיבוד רצונם של המטופלים מקבל מעמד מרכזי בביאותיקה, תוך דחיית הגישה הפטרנליסטית שלפיה ניתן להחליט עבור המטופלים מה טוב להם.⁷⁴

ראיית עקרון האוטונומיה כבעל מעמד עודף על עקרונות ביואתיים אחרים מיוחסת בספרות להשפעתה הניכרת של גישת ארבעת העקרונות של ביצ'ם וצ'ילדרס על הביאותיקה.⁷⁵ אומנם, במהדורה השביעית של ספרם מסתייגים ביצ'ם וצ'ילדרס מהצגת טענה זו באופן גורף, ומציגים עמדה שלפיה עקרון האוטונומיה אינו גובר בהכרח על עקרונות אחרים.⁷⁶ אולם הסתייגותם מקבלת ביטוי באופן מוגבל בלבד – ההכרה באפשרות שעקרון ההטבה יגבר על עקרון האוטונומיה מוכרת לשיטתם אך במצבים חריגים, ועקרון ההטבה מתפרש לשיטתם בכפוף למגבלות מכוח עקרונות האוטונומיה והצדק.⁷⁷ עולה אפוא כי חרף ההסתייגות שהם מביעים, תפיסתם בדבר עדיפותו של עקרון האוטונומיה בעינה עומדת.⁷⁸

71 TOM L. BEAUCHAMP & JAMES F. CHILDRESS, PRINCIPLES OF BIOMEDICAL ETHICS 13–25 (להלן: **ביצ'ם וצ'ילדרס**). על מרכזיותה של גישה זו בביאותיקה ראו R. Gillon, *Ethics Needs Principles—Four Can Encompass the Rest—and Respect for Autonomy Should Be “First Among Equals”*, 29 J. MED. ETHICS 307 (2003). להרחבה בדבר האמור בפרק זה ראו גליה הילדסהימר **ביאותיקה, משפט רפואי ומערכות יחסים בין-אישיים** פרק 4 (חיבור לשם קבלת תואר "דוקטור לפילוסופיה", אוניברסיטת בר-אילן התשס"ט).

72 ראו, למשל, את הסברו של ביצ'ם בנוגע למהותם הנורמטיבית של העקרונות המוסריים במקום אחר: Tom L. Beauchamp, *The 'Four Principles' Approach*, in PRINCIPLES OF HEALTH CARE ETHICS 3 (Raanan Gillon ed., 1994).

73 Gillon, לעיל ה"ש 71.

74 לדעת טרויין ברנן, עצם דחייתה של הגישה הפטרנליסטית באתיקה הרפואית מקנה עדיפות לעקרון האוטונומיה. TROYEN A. BRENNAN, *JUST DOCTORING: MEDICAL ETHICS IN THE LIBERAL STATE* 91 (1991) (להלן: **ברנן**).

75 ראו, למשל, את דבריה של אונורה א'ניל: ONORA O'NEILL, *AUTONOMY AND TRUST IN BIOETHICS* 28–35 (2002).

76 **ביצ'ם וצ'ילדרס**, לעיל ה"ש 71, בעמ' 101.

77 שם, בעמ' 241.

78 הטענה כי אלה התומכים בגישת ארבעת העקרונות מקדמים למעשה את רעיון עליונותו של עקרון האוטונומיה רווחת בקרב חוקרים הנמנים עם מבקריה של גישת ארבעת העקרונות.

עליונותו של עקרון האוטונומיה על עקרונות ביואתיים אחרים מקבלת ביטוי מובהק בהסדרה המשפטית של הביואתיקה. המשותף להסדרים המשפטיים השונים המקובלים בעולם המערבי הוא עיגונה של זכות המטופלים לאוטונומיה אישית כעיקרון משפטי מרכזי. ביטויים מובהקים לכך בחוק זכויות החולה הישראלי הם למשל ההכרה בזכות המטופלים להסכמה מדעת לטיפול הרפואי,⁷⁹ ההכרה בזכות המטופלים לפרטיות והחלת חובת הסודיות הרפואית על מטפלים.⁸⁰ החובה לפעול בהתאם לעקרון האוטונומיה גוברת אם כן על חובת ההטבה כלפי המטופלים, ולמעט במקרים חריגים במיוחד, על המטפלים לפעול בהתאם לעקרון האוטונומיה גם אם הם סבורים כי טובתם הרפואית של המטופלים מחייבת אותם לפעול אחרת.⁸¹

מעמדו המרכזי של עקרון האוטונומיה ניתן להבנה על רקע התפתחותם של הביואתיקה והמשפט הרפואי בני זמננו, שהתרחשה במקביל להתחזקותה של התרבות הליברלית של החברה הדמוקרטית המערבית באמצע המאה העשרים,⁸² ובהשראת המאבק הכללי למען זכויות האזרח בארצות-הברית.⁸³ בעוד שאת האתיקה הרפואית של

לדבריהם של רוברט ויץ' ועמיתיו, לדוגמה, על-אף עמדתם הנחרצת של תומכי גישת ארבעת העקרונות כי עקרון האוטונומיה אינו אלא עיקרון חשוב אחד מני עקרונות חשובים אחרים, נסיונו בתחום מלמד כי עקרון האוטונומיה זוכה בפועל במעמד מיוחד. ראו Robert M. Veatch, Williard Gaylin & Bonnie Steinbock, *Can the Moral Commons Survive Autonomy?*, 26 HASTINGS CENTER REP. 41, 41 (1996). באופן דומה מסביר דניאל קלהן כי אף שלכאורה עקרון האוטונומיה מהווה רק עיקרון אחד מארבעה, גישת ארבעת העקרונות מקנה לו עדיפות. כל אחד משלושת העקרונות האחרים מתפרש לאורו, והתנגשויות בין העקרונות נפתרות בדרך-כלל באופן המצמצם את הפגיעה בו. למשל, המטרה המיוחסת לעקרון הצדק אינה רק מניעת הפליה, כי אם בעיקר הענקת אפשרות לאנשים לתפקד באופן אוטונומי. ראו D. Callahan, *Principlism and Communitarianism*, 29 J. MED. ETHICS 287, 288–89 (2003).

79 ס' 13–15 לחוק זכויות החולה. עיקרון זה קובע חובה משפטית שלפיה מטפלים לא יבצעו כל פרוצדורה רפואית במטופלים אלא אם כן ניתנה לכך הסכמתם, המבוססת על מלוא המידע הרפואי הרלוונטי לקבלת ההחלטה הרפואית, אשר יסופק להם במלואו על-ידי המטפלים.

80 ס' 10 ו-19 לחוק זכויות החולה. על היחס בין עקרון האוטונומיה לבין חובת הסודיות הרפואית ראו ביצים וצילדרס, לעיל ה"ש 71, בעמ' 311–324. ראו גם בירנהק, לעיל ה"ש 23, וכן בטקסט שליד ה"ש 23.

81 ראו את דבריו של רוג'ר דוורקין שלפיהם דיני ההסכמה מדעת מבוססים על הדומיננטיות של עקרון האוטונומיה, אשר בא על-חשבון ערכים אחרים, לרבות הערך של איכות הטיפול הרפואי: Roger B. Dworkin, *Medical Law and Ethics in the Post-Autonomy Age*, 68 IND. L.J. 727 (1993).

82 ראו פירוט אצל JESSICA W. BERG, PAUL S. APPELBAUM, CHARLES W. LIDZ & LISA S. PARKER, *INFORMED CONSENT: LEGAL THEORY AND CLINICAL PRACTICE* 20–21 (2d ed. 2001) (להלן: **ברג ואח'**).

83 להרחבה בדבר התפתחותן של התנועות לזכויות בריאות ותנועות אחרות בתחום הזכויות, ובדבר השפעתן על תחום האתיקה הרפואית, ראו PAUL STARR, *THE SOCIAL TRANSFORMATION OF AMERICAN MEDICINE* 388–93 (1982). על האופן שבו הביואתיקה משקפת סדר-יום של זכויות אדם ואזרח ראו גם DAVID J. ROTHMAN, *STRANGERS AT THE*

המאה התשע-עשרה אפיין עקרון ההטבה, שמהותו התייחסות פטרנליסטית כלפי המטופלים, במאה העשרים ערכים ליברליים – ובראשם עקרון האוטונומיה – קנו להם אחיזה הן בביואתיקה⁸⁴ והן במשפט הרפואי, המהווה ענף של דיני זכויות האדם הכלליים. המודל הרווח בביואתיקה ובמשפט הרפואי הוא אם כן המודל הליברלי.

עד כה ראינו כיצד המודל הביואתי הליברלי מיושם במישור היחסים שבין המטופלים למטופליהם. אלא שלענייננו חשוב שמודל זה שולל ביטויים של פטרנליזם גם מצד גורמים שמחוץ למערכת היחסים הרפואית, ובכלל זה קרובי המטופלים, הנתפסים כצדדים שלישיים למערכת יחסים זו. ככאלה, אין הם רשאים להשפיע על החלטות רפואיות שהמטופלים מקבלים, אלא בהסכמתם בלבד.⁸⁵ מכאן גם נגזרת זכותם של המטופלים להחליט בדבר זכאותם של קרוביהם לגשת למידע הרפואי שלהם, הנובעת מגישת ה"פרטיות כשליטה"⁸⁶, וככזו מהווה אף היא חלק מזכותם לאוטונומיה.

2. פטרנליזם במסווה של אוטונומיה

תשתית תיאורטית זו של המודל הביואתי הליברלי עומדת אם כן ביסודם של ההסדר המשפטי הישראלי בעניין מסירת מידע לקרובי המטופלים ופרשנותו הפורמליסטית, כפי שהיא מקבלת ביטוי בדברי מבקר המדינה ובחזורי משרד הבריאות שנסקרו לעיל. חוק זכויות החולה הישראלי קובע כי מטרתו היא "לקבוע את זכויות האדם המבקש טיפול רפואי או המקבל טיפול רפואי ולהגן על כבודו ועל פרטיותו"⁸⁷, וזכות המטופלים לאוטונומיה מקבלת בו מעמד מרכזי. הפסיקה הישראלית אף העצימה עוד יותר את מעמדו של עקרון האוטונומיה, והכירה בפגיעה באוטונומיה כראש-נזק בתביעה בדיני נזיקין.⁸⁸ הפרשנות המקובלת של ההסדר המשפטי הישראלי ויישומה לענייננו מובילים אם כן לשלילת אפשרות הגישה של קרובי המטופלים למידע הרפואי בעניינם, ומבקר המדינה רואה בחומרה כל סטייה מנורמה זו.

יתר על כן, לנוכח מרכזיותו של המודל הליברלי ניתן להבין את הפער שבין המצב המשפטי בארצות-הברית לבין יישומו הלכה למעשה על-ידי גורמי בריאות בשטח.

BEDSIDE: A HISTORY OF HOW LAW AND BIOETHICS TRANSFORMED MEDICAL DECISION MAKING 263–64 (2003).

84 על היחס בין האתיקה הרפואית של המאה התשע-עשרה לבין האתיקה הרפואית הליברלית של המאה העשרים ראו ברנן, לעיל ה"ש 74, בעמ' 38–54.

85 גילבר 2021, לעיל ה"ש 3.

86 ראו לעיל ליד ה"ש 23.

87 ס' 1 לחוק זכויות החולה.

88 ע"א 2781/93 דעקה נ' בית החולים "כרמל", חיפה, פ"ד נגד (4) 526 (1999). יעל ברוידא-בהט טוענת כי הכרה מעין זו של המשפט הישראלי בזכות לאוטונומיה במסגרת עקרון ההסכמה מדעת היא חריגה ביחס לשיטות משפט אחרות. ראו Yael Braudo-Bahat, *Towards a Relational Conceptualization of the Right to Personal Autonomy*, 25 Am. U. J. GENDER SOC. POL'Y & L. 111, 112–13 (2017) (להלן: ברוידא-בהט).

כאמור, לא אחת גורמי הבריאות השונים מפרשים בצמצום את סמכותם על-פי החקיקה האמריקאית, ונמנעים ממסירת מידע רפואי לקרובי המטופלים גם כאשר הדבר מותר מבחינה משפטית. ביסודה של הימנעות זו עומד חשש מפני הפרה של הוראות חקיקה פדרליות ומפני היחשפות לתביעות בגין רשלנות מקצועית, אך הניתוח התיאורטי דלעיל מספק לכך, לדעתי, הסבר נוסף. המודל הביואתי הליברלי הוא מרכזי עד כדי כך שלא יהא זה מופרך להניח כי הוא מהווה יסוד חשוב בחינוך הביואתי שקיבלו העוסקים במקצועות הבריאות.⁸⁹ מכאן קצרה הדרך לאימוץ פרשנות מצמצמת לגבי סמכותם לאפשר גישה של קרובים למידע רפואי, אשר נתפסת, כמוסבר, כמנוגדת לעקרון האוטונומיה.

נראה, אם כן, כי הלכה למעשה נוצרת בשם עקרון האוטונומיה מעין חזקה שלפיה מטופלים אינם מעוניינים שמידע בעניינם יימסר לקרוביהם. אך האם התפיסה המזהה באופן מוחלט בין זכות המטופלים לאוטונומיה לבין הימנעות ממסירת מידע רפואי לקרוביהם היא נכונה בהכרח? דעתי היא כי בהעדר מידע מוקדם לגבי רצונם של המטופלים, אי-אפשר להשיב על שאלה זו תשובה ברורה וגורפת, בין לחיוב ובין לשלילה. כאשר הגורמים המוסמכים בבית-החולים מסרבים למסור לקרוביה של מטופלת מחוסרת הכרה המאושפזת על ערש-דווי מידע לגבי מקום אשפוזה, ובכך מונעים מהם את האפשרות להיפרד ממנה לפני לכתה לבית עולמה, האומנם ניתן להניח כי הם מגשימים בכך את רצונה? הנחתו הכללית של בית-החולים היא שמטופלים מחוסרי הכרה אינם מעוניינים שפרטיהם יופיעו באלפון המאושפזים של בית-החולים,⁹⁰ אך האומנם ניתן לקבוע זאת כחזקה הרלוונטית לכלל המטופלים באופן גורף? שאלה דומה ניתן להציב ביחס לאירוע חדר הניתוח. ביקורתו של מבקר המדינה מובילה למסקנה האוסרת על הרופאה לדווח דבר בנוגע למצבו של המטופל לאשתו ולקרוביו המודאגים הממתינים בדריכות למוצא פיה בחדר ההמתנה. אך האם תוצאה זו אכן מגשימה את רצונו של המטופל?

טענתי היא כי ההחלטה הגורפת שלפיה המטופלים אינם מעוניינים במסירת המידע משקפת כשלעצמה חשיבה פטרנליסטית.⁹¹ כאשר מחליטים עבור מטופלים בשם עקרון

89 במחקר שנערך בקרב סטודנטים מיותר מ-140 בתי-ספר לרפואה בארצות-הברית ובקנדה נמצא כי כמעט בכל בתי-הספר הסטודנטים לומדים את נושאי ההסכמה מדעת לטיפול רפואי והסודיות הרפואית במסגרת החינוך הביואתי שהם מקבלים. ראו Lisa Soleymani Lehmann et al., *A Survey of Medical Ethics Education at U.S. and Canadian Medical Schools*, 79 ACADEMIC MED. 682, 684 (2004). ראו במיוחד שם, בטבלה 3.

90 ראו טרקן, לעיל ה"ש 65.

91 ראו גם את דבריה של אניטה הו, הטוענת כי כאשר משפחות מחויבות לטיפול במטופלים לטווח הארוך, המאמצים "להגן" על המטופלים מפני קרוביהם פוגעים הן באוטונומיה של המטופלים והן בטובתם של קרוביהם. ראו Anita Ho, *Relational Autonomy or Undue Pressure? Family's Role in Medical Decision-Making*, 22 SCAND. J. CARING SCI. 128, (2008) 132 (להלן: הו). באופן דומה טוענת ברודא-בהט כי תפיסה הממוקדת באוטונומיה הליברלית רואה את האנשים כמנותקים, ולא כשזורים במערכות יחסים, ובכך ייתכן שהיא דווקא פוגעת באוטונומיה, ולא מחזקת אותה. ראו ברודא-בהט, לעיל ה"ש 88, בעמ' 113-114.

האוטונומיה כי הם אינם מעוניינים במסירת מידע רפואי לקרוביהם, למעשה כופים עליהם תפיסת-עולם ערכית ותוצאה מעשית שהם לאו דווקא בחרו בהן. התוצאה היא, אם כן, פטרנליזם במסווה של אוטונומיה. הדיון בענייננו חושף אם כן כשל באופן יישומו של עקרון האוטונומיה בפרט ושל המודל הביואתי הליברלי בפרט: בין אם המידע יימסר לידי הקרובים ובין אם לאו, בכל מקרה ההחלטה בעניין לא תהיה של המטופלים, אלא של המטפלים, אשר יקבלו את ההחלטה עבורם. ההחלטה תתקבל בשם עקרון האוטונומיה אך תיושם בהכרח באופן פטרנליסטי. המודל הליברלי נמצא אם כן סותר את עצמו. מסקנה זו מחייבת מציאת חלופה רעיונית שהולמת יותר את הסוגיה שבה עסקינן.

בהקשר הישראלי הפער בין המצב המשפטי לבין יישומו במציאות הנוהגת מעיד אף הוא על כשלון המודל הליברלי, וזאת הן ברמה הרעיונית והן במבחן התוצאה, כאשר מטפלים מוסרים מידע לקרובי המטופלים בניגוד לפרשנות המקובלת של המצב המשפטי הקיים. את הכשל הזה ניתן להבין לאור האקלים התרבותי הישראלי, אשר מקנה מעמד מרכזי למשפחה. פוגל-ביד'אוי מסבירה כי חלק נרחב מהאוכלוסייה הישראלית נחשבת חברה משפחתית (פמיליסטית), המאופיינת על-ידי מרכזיות המשפחה בחיי הפרט והכלל. לדבריה, רק מיעוט מקרב המשפחות בישראל ניתן להגדיר כפוסט-מודרניות, קרי, כמשפחות שבמרכזן עומדים רצונותיו וצרכיו של הפרט.⁹² נראה אם כן כי המודל הליברלי אינו תואם את מאפייניה אלו של החברה הישראלית, ועל-כן אין זה מפתיע שמעמדם האוטונומי של המטופלים יידחה לעיתים מפני מעמדם של קרוביהם. אכן, שורה של מחקרים אמפיריים שנעשו בארץ מצביעים על נטייה של החברה הישראלית להביע תמיכה בשיתוף של קרובי המטופלים בהיבטים שונים של הטיפול הרפואי בהם. כך, למשל, ממצאי מחקר שבחן עמדות של מטופלים, של קרוביהם ושל צוותים רפואיים בנוגע לנוכחות של קרובי המטופלים בעת "ביקור רופאים" במהלך אשפוז במוסד רפואי מלמדים על גישה אוהדת בקרב ציבור הנבדקים כלפי נוכחות כאמור.⁹³ ממצאי מחקר נוסף שבחן עמדות של סטודנטים ישראלים לסייעוד ולפסיכולוגיה לגבי שיתוף קרובי המטופלים בתהליך קבלת ההחלטות הרפואיות של המטופלים מצביעים אף הם על תמיכה בגישה המערבת את קרובי המטופלים בטיפול הרפואי.⁹⁴ כך עולה גם ממצאי מחקר שבחן גישות בקרב רופאים לגבי מעמדם של קרובי המטופלים בקבלת ההחלטות בנוגע לטיפול הרפואי בסוף החיים. הגם שבמחקר זה נמצאה גישה הרואה את המטופלים בלבד כמי שאמורים להיות מעורבים בקבלת ההחלטות עצמן, ואת קרוביהם כמי שאך תומכים בהם ומייעצים להם, המחקר מצביע גם על קיומה של גישה אחרת, אשר מכירה במעמד

92 סילביה פוגל-ביד'אוי "משפחות בישראל: בין משפחתיות לפוסט-מודרניות" דפנה יורעאלי ואח' מין מיגדר פוליטיקה 107 (1999). ראו גם גילבר 2021, לעיל ה"ש 3, בעמ' 187–190.

93 ראו Pnina Rotman-Pikielny et al., *Participation of Family Members in Ward Rounds: Attitude of Medical Staff, Patients and Relatives*, 65 PATIENT EDUC. & COUNSELING 166 (2007).

94 Michal Itzhaki et al., *Family Involvement in Medical Decision-Making: Perceptions of Nursing and Psychology Students*, 40 NURSE EDUC. TODAY 181 (2016).

עצמאי של הקרובים בתהליך קבלת ההחלטות.⁹⁵ כל אלה מחזקים אם כן את הצורך בהשתתפות המודל הביואתי על גישה רעיונית חלופית לזו של המודל הליברלי, אשר תתאם את מאפייני החברה הישראלית, ואשר יישומה ביחס לסוגיה שבנדון יהיה קוהרנטי ונטול סתירות פנימיות.

ג. חלופה רעיונית מוצעת: הגישה הקישורית

1. קולו של הצדק וקולה של הדאגה

כחלופה אפשרית לשיח הליברלי אבקש להציע את הגישה הקישורית. שורשיה של גישה זו נטועים בכתיבה הפמיניסטית המושתתת על האתיקה של הדאגה לזולת. מקורה במחקריה רחבי-השפעה של קרול גיליגן, המציגים השקפת-עולם מוסרית "נשית" המושתתת על הכרה בערכן של מערכות יחסים. מחקריה מציגים קול מוסרי "נשי" שנגזר מדאגה ומאכפתיות כלפי אחרים,⁹⁶ שמכיר בצורך בחמלה ובדאגה,⁹⁷ ואשר רואה ביחסים בין-אישיים מקור לעוצמה מוסרית.⁹⁸ עם זאת, גיליגן מסבירה כי הגם שמדובר בהשקפת-עולם מוסרית המזוהה כ"נשית", אין היא מאפיינת בהכרח נשים דווקא,⁹⁹ וגם גברים

95 ראו קרקו-אייל, גילבר ופלדר-רוז, לעיל ה"ש 3, בעמ' 236.

96 CAROL GILLIGAN, IN A DIFFERENT VOICE: PSYCHOLOGICAL THEORY AND WOMEN'S DEVELOPMENT 149, 149 (1982) (להלן: גיליגן). הספר זכה בהדפסה מחדש פעמים מספר, לאחרונה בשנת 2016.

97 שם, בעמ' 98.

98 שם, בעמ' 149. על מאפייניה של ההשקפה המוסרית ה"נשית" ניתן ללמוד גם מכתיבתה של נל נודינגס. לדבריה, הגישה ה"נשית" לפתרון דילמה מוסרית היא גישה קונקרטיית אינטואיטיבית, ואין בה חשיבה אינטלקטואלית מופשטת. נשים מציבות את עצמן בסטואציה הקונקרטיית העומדת לדיון, תוך קבלת אחריות לתוצאות ההחלטה המתקבלת. ראו NEL NODDINGS, CARING: A FEMININE APPROACH TO ETHICS AND MORAL EDUCATION 7-8, 36, 96 (1984) (להלן: נודינגס). את מהותה ומאפייניה של גישה זו היטיב לסכם פול סמירס. לדבריו, הבסיס למוסר הדאגה אינו היפותטי ואינו תיאורטי, אלא מתבסס על התנסויות מהחיים, וההחלטות מתקבלות על-פי הקשרן הקונקרטי, ולא על-פי מערכת עקרונות מובנית. התפיסה המוסרית נבנית על-ידי היחסים האישיים שאנשים מקיימים ומתוך תחושת האחריות שהם מפתחים. ראו Paul Smeyers, 'Care' and Wider Ethical Issues, 33 J. PHIL. EDUC. 233, 243-44 (1999).

99 כבר בפתיח של ספרה מסבירה גיליגן כי קולה של הדאגה אינו מאופיין על-ידי מגדר, אלא על-ידי רעיון כללי אשר התברר לה באמצעות חקר קולן של נשים, ואין בו כדי להציג הכללה בנוגע למין זה או אחר. ראו גיליגן, לעיל ה"ש 96, בעמ' 2. ראו גם נודינגס, לעיל ה"ש 98, בעמ' 8. במקום אחר מסבירה גיליגן כי יש להבחין בין מה שהיא מכנה "feminine ethics of care" (אתיקה "נשית" של דאגה) לבין "feminist ethics of care" (אתיקה "פמיניסטית" של דאגה). האתיקה ה"נשית" מושתתת על הקרבה עצמית ועל קישוריות, אשר הוכתבו לנשים על-ידי הקול הפטריארכלי השולט בחברה. מקבילתה ה"פמיניסטית", לעומתה, מבקשת להדגיש את הקול הנשי הקישורי, הקורא לאנשים לא להיפרד מהכלל, כי אם להיות חלק בלתי-נפרד מהכלל, ומהמשפחה בפרט. קול נשי-קישורי זה הושתק על-ידי הקול

כשירים לאמצה.¹⁰⁰ על-פי האתיקה של הדאגה לזולת, דילמה מוסרית תוכרע לאור שיקולים של דאגה לאחר, מתוך הבנה שאנשים הם "קישוריים", והאינטרסים שלהם שלובים באופן שאינו מאפשר לקדם אינטרסים אישיים מבלי להתחשב באינטרסים של האחרים.¹⁰¹ על-כן כל מה שיקדם ויטפח קשרים עם אחרים ייחשב נכון וראוי מבחינה מוסרית.¹⁰²

האתיקה של הצדק, לעומת זאת, משקפת קול "גברי" (אם כי בהכללה, כאמור),¹⁰³ ומציבה במרכז השיח המוסרי את האדם האוטונומי הבלתי-מסוים.¹⁰⁴ את ההבדלים בין שתי הגישות הללו מקובל להמחיש באמצעות מטפורות ה"סולם" וה"רשת". גישת האתיקה של הצדק לפתרון בעיות מוסריות פועלת באמצעות מדרג של כללים המסודרים כ"סולם", ואילו גישת האתיקה של הדאגה לזולת מתייחסת ליחסים בין-אישיים השלובים אלה באלה כבמעין "רשת".¹⁰⁵ הגדרת המוסריות על-פי האתיקה של הצדק תיעשה באמצעות שיח מדרגי ויריבני (אדוורסרי) של זכויות, ואילו האתיקה של הדאגה לזולת תבחן פתרונות לשאלה מוסרית במונחים של חיבור, אחריות ומניעת נזק לאחרים.¹⁰⁶

הפטריארכלי השולט. ראו Carol Gilligan, *Hearing the Difference: Theorizing Connection*, 10(2) HYPATIA 120 (1995). השוו גם עם דבריה של רוזמרי טונג, הגורסת כי יש להבחין בין גישה "נשית", המתייחסת לקול הנשי, לבין גישה פמיניסטית, הקוראת לשוויון מגדרי ולמיגור הפטריארכליות. ראו Rosemarie Tong, *Feminist Approaches to Bioethics*, in FEMINISM & BIOETHICS BEYOND REPRODUCTION 67, 71 (Susan M. Wolf ed., 1996).

100 קנת קרסט מסביר כי לכל-היותר קיימת נטייה בקרב המינים לפתח קול שונה, אשר מושפעת מן האופן שבו אנשים לומדים לשמר את זהותם המגדרית. ראו Kenneth L. Karst, *Woman's Constitution*, 1984 DUKE L.J. 447, 483 (להלן: קרסט). ראו גם הרינג 2019, לעיל ה"ש 6, בעמ' 62. טענה דומה משמיעה נדלסקי, הגורסת כי כלל האנשים הם קישוריים, ולא דווקא נשים. ראו נדלסקי, לעיל ה"ש 6, בעמ' 32.

101 ראו JONATHAN HERRING, *Caring and the Law* 4, 59 (2013) (להלן: הרינג 2013).

102 קרסט, לעיל ה"ש 100, בעמ' 484.

103 קרסט מסביר כי כשם שמדובר בנטייה נשית להביע קול של דאגה, כך מדובר בנטייה גברית להביע קול של צדק. עם זאת, הוא מדגיש כי מדובר בנטייה ותו לא. שם.

104 Lawrence A. Blum, *Gilligan and Kohlberg: Implications for Moral Theory*, 98 ETHICS 472 (1988).

105 ראו גיליגן, לעיל ה"ש 96, בעמ' 24–63. ראו גם קרסט, לעיל ה"ש 100, בעמ' 462 ו-483.

106 שם, בעמ' 483–484. כך, ממאמרה של רות הלפרין-קדרי בעניין שימוש בסמים על-ידי נשים הרות ניתן ללמוד על עדיפותה של האתיקה של הדאגה לזולת על מודל יריבני של זכויות לצורך ניתוח השאלה בדבר יחסי אם-עובר. לדבריה, השימוש ברטוריקת הזכויות מציג את האם והעובר כיריבים. לעומת זאת, האתיקה של הדאגה לזולת מציעה הבנה מחודשת של מערכת היחסים בין האם לעובר, בדרך המכילה את כל ההיבטים המוסריים והרגשיים של הקשר ביניהם. מודל המדגיש את הקשר שבין האם לעובר מלמד על זהות בין האינטרסים שלהם, על התלות ההדדית שביניהם ועל שכיחותם הנמוכה של מצבי קונפליקט. ראו רות הלפרין-קדרי "שניים שהם אחת, אחת שהיא שניים: יחסי אם-עובר ושימוש בסמים על-ידי נשים הרות" פלילים 261 (1997).

האתיקה של הצדק היא שעומדת אם כן ביסוד עיקריה של התפיסה הליברלית,¹⁰⁷ ביניהם שיח הזכויות ומרכזיותו של עקרון האוטונומיה.

עם זאת, יותר משמדובר בגישות נוגדות, האתיקה של הצדק והאתיקה של הדאגה לזולת הן גישות משלימות. כפי שמסבירה גיליגן, ככל שאנו מחוברים לאחרים, אנו מכירים את עצמנו כנפרדים, וככל שאנו מבדילים את עצמנו מאחרים, אנו חווים מערכות יחסים.¹⁰⁸ לפיכך אימוץ ערכים של אתיקה של דאגה לזולת אין משמעו בהכרח זניחת עקרון האוטונומיה. הרלוונטיות של האוטונומיה נשמרת, אך לא במסגרת הפרטנית הנפרדת, כי אם במסגרתן של מערכות יחסים של תמיכה והדדיות. אשר על-כן יש לבחון את מהותם של היחסים האישיים. אמות המידה של האתיקה של הדאגה לזולת רלוונטיות רק לגבי קשרים אישיים ששוררים במסגרתם דאגה, הגינות וכבוד הדדי, אשר בהם האוטונומיה יכולה להתפתח ולא להיפגע, ומערכת יחסים שאינה מאופיינת ככזו לא תוכר כמערכת יחסים שהאתיקה של הדאגה לזולת רלוונטית לגביה.¹⁰⁹ זהו אם כן הבסיס לגישה הקישורית לאוטונומיה, שלפיה האוטונומיה מתקיימת במסגרתן של מערכות יחסים תומכות.¹¹⁰ גישה זו זכתה בספרות הישראלית בכינוי "אוטונומיה תלוית-יחסים".¹¹¹

מאז הוצגה לראשונה, קנתה לה האתיקה של הדאגה לזולת אחיזה במגוון רחב של דיסציפלינות, ובכלל זה גם בתחום המשפט.¹¹² אימוץ גישה של דאגה יחייב את הצבתן של מערכות יחסים של דאגה בליבת המשפט, באופן המוכוון לאפשרון, לטיפוחן, לעידודן

107 פרנסס אולסן מסבירה כי את החשיבה הליברלית ניתן לאפיין כחשיבה דואלית, שבמסגרתה מונחים כגון "רציונלי", "אובייקטיבי", "עקרוני" ו"מופשט" עומדים כנגד מונחים כגון "אי-רציונלי", "סובייקטיבי" ו"קונטקסטואלי". ראו Frances Olsen, *The Sex of Law, in THE POLITICS OF LAW: A PROGRESSIVE CRITIQUE* 691 (David Kairys ed., 3d ed. 1998).

108 גיליגן מציגה זאת כ"אמת הפרדוקסלית של החוויה האנושית". ראו גיליגן, לעיל ה"ש 96, בעמ' 63. עוד טוענת גיליגן כי חתירה לאינטגרציה בין צדק לדאגה משמעה בגרות. ראו שם, בעמ' 174. באופן דומה טוענת רובין וסט כי כל אחת מהגישות – גישת הצדק וגישת הדאגה – מהווה תנאי הכרחי לקיומה של האחרת, ולפיכך יש לשאוף ל"צדק דואג" ("caring justice") ול"דאגה צודקת" ("just caring"). ראו – ROBIN WEST, *CARING FOR JUSTICE* 9, 22–93 (1997).

109 **הרינג** 2013, לעיל ה"ש 101, בעמ' 72–73. באופן דומה טוענת נדלסקי כי הערכים החשובים לאינדיווידואליזם, כגון חירות ואוטונומיה, אינם יכולים לשגשג בלא תמיכה של מערכות יחסים, וכי האוטונומיה האישית נוצרת למעשה באמצעות יחסים בין-אישיים. ראו **נדלסקי**, לעיל ה"ש 6, למשל בעמ' 19, 33 ו-118–124.

110 **הרינג** 2019, לעיל ה"ש 6, בעמ' 18. הרינג מסביר עוד כי המטרה האתית העיקרית של גישה זו צריכה להיות, אם כן, קידומן של מערכות יחסים של תמיכה ודאגה. ראו שם, בעמ' 59.

111 ראו, למשל, קרקו-אייל, גילבר ופלדר-רו, לעיל ה"ש 3; גילבר 2021, לעיל ה"ש 3.

112 Petr Urban & Lizzie Ward, *Introducing the Contexts of a Moral and Political Theory of Care*, in *CARE ETHICS, DEMOCRATIC CITIZENSHIP AND THE STATE* 1, 15–16 (Petr Urban & Lizzie Ward, eds. 2020). הטמעת ערכי האתיקה של הדאגה לזולת בעולם המשפט מחייבת חשיבה מחודשת על תפקידו של המשפט ועל מהותן של הזכויות המשפטיות. הרינג מסביר כי המשפט בעיקרו שם דגש מרכזי ברציונליות ובאינטלקט, ולכן הגישות המשפטיות המסורתיות נופלות למלכודת של בידוד האינטרסים של הצדדים המעורבים. ראו **הרינג** 2013, לעיל ה"ש 101, בעמ' 47–60.

ולשימורן של מערכות יחסים תומכות המקיימות ערכים של דאגה, והזכויות המשפטיות יעוצבו באופן המאפשר נטילת אחריות של טיפול ודאגה.¹¹³ בספרות הישראלית קיימת כתיבה העוסקת ביישומיה המשפטיים של האתיקה של הדאגה לזולת במספר מצומצם של נושאים, כגון בהקשר של דיני המשפחה¹¹⁴ או דיני העבודה.¹¹⁵ כעת אבקש לבחון את המשפט הרפואי הישראלי ואת זה האמריקאי בראי האתיקה של הזולת בהתייחס לשאלת מסירתו או אי-מסירתו של מידע רפואי על-אודות מטופלים לקרוביהם.

2. קולה של הביואתיקה

המודל הביואתי הליברלי משמיע אפוא את קולה של האתיקה של הצדק. כאמור, מודל זה מושתת על גישת העקרונות, והפתרון לסוגיה ביואתית ייעשה באמצעות איזון בין האינטרסים שהעקרונות השונים מבטאים, אשר יונחה על-ידי המדרג הפנימי שביניהם. שיח הזכויות הביואתיות בנוי אפוא על-פי מודל ה"סולם". הזכויות המרכזיות בביואתיקה – זכות המטופלים להסכמה מדעת לטיפול רפואי וזכותם לבעלות על המידע הרפואי בעניינם – משקפות את עקרון האוטונומיה, הזוכה כאמור במעמד מרכזי במודל הביואתי הליברלי. לגישת האתיקה של הצדק יש השלכות ישירות על שאלת מעמד הביואתי של קרובי המטופלים, ובפרט על השאלה שבה עסקינן בדבר מסירת המידע הרפואי לקרובי המטופלים. גישת האתיקה של הצדק רואה את המטופלים כפרטים נפרדים, ואין היא מייחסת חשיבות אתית מספקת למערכות היחסים שהם מקיימים. תפיסה תיאורטית זו מותירה את קרובי המטופלים מחוץ לתמונה הביואתית, ואינה מקנה להם זכויות העומדות להם כשלעצמם. בין היתר, המתכונת הנוכחית של הביואתיקה מאפשרת למטופלים בנסיבות מסוימות לקבל החלטות שעלולות להכביד על קרוביהם, וזאת מבלי שהללו יהיו שותפים לתהליך קבלת ההחלטה.¹¹⁶ נוסף על כך, ראיית המטופלים וקרוביהם כפרטים

113 שם, בעמ' 322–323. למשל, החוק יכול לחייב את המדינה להתערב באופן המאפשר יחסים של דאגה והמונע יחסים שאינם עונים על אמות-המידה של הדאגה. ראו הרינג 2019, לעיל ה"ש 6, בעמ' 67.

114 ראו, למשל, רות זפרן "שיח היחסים כתשתית להכרעה בסוגיות מתחום המשפחה" **משפטים על אהבה** 605 (ארנה בן-נפתלי וחנה נוה עורכות 2005). במאמר זה מציעה זפרן ליישם את שיח היחסים בדיני המשפחה, הן במישור המהותי והן במישור הדיוני, באמצעות הליכי גישור.

115 נויה רימלט **הפמיניזם המשפטי מתאוריה למעשה: המאבק לשוויון בין המינים בישראל ובארצות הברית** 59–89 (2010). בפרק השני לספר, שכותרתו "צמיחתו של הפמיניזם התרבותי – מפמיניזם של דומות לפמיניזם של שונות", מנתחת רימלט את יישומה של האתיקה של הדאגה לזולת במשפט האמריקאי בהקשר של שוויון ההזדמנויות בעבודה.

116 ראו, למשל, גילבר 2021, לעיל ה"ש 3. התמקדות זו בזכויות המטופלים תוך התעלמות מההשלכות שיש לטיפול הרפואי על אחרים מכונה בספרות "קוצר-הרואי של הביואתיקה". מרי מהואלד מצביעה על קיומה של נטייה בקרב חוקרי הביואתיקה להתמקד אך ורק בנושאים שנמצאים בטווח ראייתם המיידית. דברים שנמצאים מחוץ לטווח זה, כגון השפעה של החלטות רפואיות על אחרים או השלכות שיש להבדלי מעמד, גזע ומגדר, אינם זוכים בדיון מספק. ראו Mary B. Mahowald, *On Treatment of Myopia: Feminist Standpoint*

נפרדים, אשר כל מטרתם היא קידום האינטרסים האישיים שלהם, היא המקור להתייחסות המקובלת בביואתיקה לקרובים כאל מקור אפשרי לדיכוי המטופלים¹¹⁷ וכאל מי שיש להגן על המטופלים מפניהם, ולא כאל מי שחולקים עם המטופלים אינטרסים וערכים משותפים.

אלא שיש באפשרותה של הביואתיקה להשמיע גם את קולה החלופי של האתיקה של הדאגה לזולת. קול זה יעמיד ביסודה של הביואתיקה את הערך של שימור וטיפוח של מערכות יחסים בכלל ושל מערכות היחסים של המטופלים עם קרוביהם בפרט. האתיקה של הדאגה לזולת תתייחס לדילמה ביואתית על-פי מודל ה"רשת": היא תראה את המטופלים כמי ששלובים במערכות יחסים הן עם מטפליהם והן עם קרוביהם; ויותר משהיא תתפוס אותם כזקוקים להגנה מפני קרוביהם, היא תכיר בכך שפרטים המקיימים ביניהם קשרים בין-אישיים אינם עוינים זה את זה אלא במקרים חריגים בלבד, ולא אחת יחסיהם מתאפיינים בטיפול, בדאגה, בהתחשבות ובתחושת אחריות הדדית. גישה קישורית תבחר לטפח מערכות יחסים תומכות, ותבחן שאלות כגון מה השלכותיהן של החלטות רפואיות של מטופלים על קרוביהם או מה הרלוונטיות של מידע רפואי אישי של מטופלים לגבי קרוביהם.

מכתבתם של חוקרים שונים העוסקים בשאלת מעמדם הביואתי של קרובי המטופלים משתקפים (לפחות במידת-מה) גישה קישורית וערכים של ביואתיקה של דאגה לזולת. גישה זו עולה, למשל, מטענתן של הילדה לינדמן וג'יימי נלסון לגבי אופן קבלתה של החלטה רפואית. לדעתן, אם עומדות לפני מטופלים כמה חלופות טיפוליות אפשריות, שכולן מתאימות במידה דומה לצורכיהם הטיפוליים, עליהם לבחור בחלופה ההולמת ביותר את צורכי קרוביהם. כך גם מתפרשת לדעתן הזכות לפרטיות. לדבריהן, עצם מהותם של יחסים בין-אישיים מחייבת מידה מסוימת של חשיפת מידע בין כל החולקים מערכת יחסים זו, שכן מטרתם היא לבנות יחדיו חיי שיתוף.¹¹⁸ גישתן מלמדת על החשיבות של נטילת אחריות כלפי מי שנמצאים עימם במערכות יחסים, כפי שמלמדת האתיקה של הדאגה לזולת.

דוגמה נוספת היא עמדתו של מרק קוצ'בסקי, הסבור כי ברוב המקרים ההנחה שקיימת אוטונומיה למטופלים היא שגויה, ויש צורך בתהליך של בירור ערכים ויצירת אוטונומיה, המתקיים תוך שיתוף הקרובים.¹¹⁹ תהליך זה מושתת למעשה על הגישה הקישורית.

Theory and Bioethics, in FEMINISM & BIOETHICS BEYOND REPRODUCTION 95, 96 (Susan M. Wolf ed., 1996).

117 על הטענה כי קרובי המטופלים הם גורמים חיצוניים המשפיעים על מידת האוטונומיה של המטופלים ראו **ברג ואח'**, לעיל ה"ש 82, בעמ' 25–26.

118 LINDEMANN NELSON & LINDEMANN NELSON, לעיל ה"ש 3, בעמ' 111–116.

119 Mark G. Kuczewski, *Reconceiving the Family: The Process of Consent in Medical Decisionmaking*, 26 HASTINGS CENTER REP. 30 (1996) (להלן: קוצ'בסקי). יודגש כי רק באותם מקרים שבהם קיימת למטופלים מערכת ערכים ברורה ויציבה שמאפשרת אוטונומיה, ואשר ניתן לקבל על בסיסה החלטה רפואית, אכן מתקיים לדעתו התהליך המשפטי של הסכמה מדעת לטיפול רפואי אשר הקרובים אינם שותפים לו. אולם לדבריו, ברוב המקרים אין זה המצב, ויש צורך בתהליך של יצירת אוטונומיה, אשר קרובי המטופלים

המטופלים נחזים כמי ששלובים במערכות יחסים עם קרוביהם, ואלה מסייעים להם בבניית האוטונומיה האישית, המהווה אוטונומיה תלוית-יחסים.¹²⁰ הגישה הקישורית מקבלת ביטוי אצל הרינג גם לגבי מטופלים בלתי-כשירים. לדבריו, כמי שהיו מצויים במערכות יחסים תומכות כאשר היו כשירים, יש למטופלים אינטרס לשמר את תמיכתן של מערכות היחסים הללו אף לאחר אובדן כשירותם. על-כן יש להבין את האינטרסים שלהם כשזורים עם האינטרסים של קרוביהם, ולנתח אותם באופן המקדם את האינטרסים של כל הצדדים המעורבים גם-יחד.¹²¹ ניתן לסכם, אם כן, כי על-מנת להשמיע במערכת הבריאות את קולה של הדאגה, על הביאותיקה (כמו-גם המשפט הרפואי) לאמץ גישה המדגישה את ההקשבה ואת ההתחשבות בחיי היומיום של המטופלים, תוך ראייתם כשלובים במערכות יחסים עם קרוביהם. ככל שמדובר במערכות יחסים תומכות המושתתות על ערכים של דאגה, יש לטפחן ולשמרן. לכך יש השלכות מעשיות בתחום שיתוף המידע הרפואי על-אודות המטופלים עם קרוביהם.

3. קולו של ההסדר המשפטי הישראלי וקולות העולים מן השטח

הפרשנות המקובלת להסדר המשפטי הישראלי, האוסרת מסירת מידע רפואי לקרובי המטופלים, משמיעה אם כן את קולה של האתיקה של הצדק. המטופלים וקרוביהם נתפסים על-פי גישה זו כפרטים נפרדים בעלי זכויות נוגדות. הרטוריקה היריבנית שבין המטופלים לקרוביהם מוכרעת לטובת האוטונומיה האישית של המטופלים, שממנה נגזרת חובת הסודיות הרפואית של המטופלים כלפי המטופלים, אשר מונעת את מסירת המידע הרפואי בעניינם לקרוביהם. בהעדר הסכמתם יימסר המידע אך בכפוף לפרוצדורות משפטיות ובירוקרטיות,¹²² אשר חודרות למרקם היחסים הבין-אישיים שבין המטופלים לקרוביהם, חרף היותן זרות לאינטימיות ולחיבור האנושי.¹²³

שותפים לו באופן טבעי. התהליך שקוצ'בסקי מתאר משקף גישה קישורית, ומהווה תהליך של יצירת אוטונומיה תלוית-יחסים.

120 ראו גם את טענתה של אניטה הו כי מטופלים המאושפזים במוסדותיה של הרפואה המערבית חווים שינוי דרמטי בזהותם. הם כפופים לסטנדרטים ולנהלים של המוסד, והטיפול בהם מרוחק ומנותק, באופן המבטל את הזהות הקישורית שלהם. במצב דברים זה מעורבותם של קרובי המטופלים חשובה מתמיד, דווקא על-מנת לשמר את האוטונומיה שלהם. ראו הו, לעיל ה"ש 91, בעמ' 130–131.

121 הרינג 2013, לעיל ה"ש 101, בעמ' 163–168.

122 כגון אישור של ועדת אתיקה או חתימה של המטופלים על טופס ויתור סודיות רפואית בנוכחות "עד מהימן". ראו לעיל ה"ש 20–21 ו-42 והטקסטים שלידן.

123 השוו לדברי זפרן שלפיהם שיח הזכויות יוצר משפטיזציה ועלול להוביל לריבוי תביעות. ראו זפרן, לעיל ה"ש 114, בעמ' 609. על כך יש להוסיף את העומס הבירוקרטי, אשר עלול אף הוא להביא לידי ריבוי תביעות, מעבר להכבדה שהוא יוצר.

עם זאת, במידת-מה ובמבט ראשון ניתן לכאורה לזהות מעט מקולה של הדאגה בעצם ההכרה הקיימת בחוזר המנכ"ל בעניין אמות-המידה לניהול רשומת מטופל באפשרות למסור מידע רפואי לקרובים מדרגה ראשונה.¹²⁴ חוזר המנכ"ל אכן מרחיב במידת-מה את מעמדם של קרובי המטופלים, ובלבד שהם קרובים מדרגה ראשונה. לכאורה נראה כי לפחות לגבי קרובים אלו ההסדר הישראלי מכיר בקשר שהם מקיימים עם המטופלים, ומקנה להם מכוח קשר זה מעמד משפטי. אלא שבמבט מעמיק יותר סברה זו מוטלת בספק. ההתייחסות הממוקדת לקרובים מדרגה ראשונה בלבד היא שרירותית למעשה, באשר היא מקנה מעמד לקרובים אך מתוקף זיקתם המשפחתית הפורמלית למטופלים. אתיקה של דאגה לזולת מייחסת חשיבות מוסרית למערכות יחסים תומכות, ולא לקשרים בין-אישיים באשר הם. את ערכיה אין ליישם אם כן באופן שרירותי, כי אם באמצעות בחינה קונקרטיית של מהותה של מערכת היחסים העומדת לדיון. אם היא מתגלה כמערכת יחסים של תמיכה, היא תזכה בקידום ובטיפוח, ולקרובים תוקנה גישה למידע הרפואי על-אודות יקיריהם. חוזר המנכ"ל, לעומת זאת, מקנה מעמד לכל קרובי-המשפחה אשר מזוהים כבעלי קרבה מדרגה ראשונה, מבלי לבחון את טיב היחסים שלהם עם המטופלים. הסדר זה אינו מביא בחשבון שייתכנו מצבים שבהם דווקא מי שנמצאים עם המטופלים בקשרי משפחה רחוקים יותר, או אף בקשרי חברות שאין בהם קשר-דם כלל, יקיימו עימם יחסי דאגה תומכים הרבה יותר מאשר הקרובים מדרגה ראשונה, כמאמר הפסוק בספר משלי: "טוב שכן קרוב מאח רחוק".¹²⁵

אלא שמן השטח עולים קולות אחרים. קולה של האתיקה של הדאגה לזולת מושמע באופן ברור וצלול על-ידי מטפלים במערכת הבריאות במצבים כגון אירוע חדר הניתוח. על-פירוב, כאשר רופאה פוגשת בחדר ההמתנה של חדר הניתוח קרובים מודאגים אשר נחזים באופן סביר כמי שדאגתם למטופל כנה, היא מייחסת חשיבות מוסרית לקשר הבין-אישי שבינם לבין המטופל. התעניינותם של הקרובים במצבו הרפואי של המטופל מתפרשת על-ידיה כדרישה כנה בשלומו, ולא כניסיון לחדור לפרטיותו, ועל-כן היא נענית לבקשת הקרובים לקבל פרטים על-אודות מצבו. היא נמנעת מהצבת מחסומים בירוקרטיים ופורמליים, כגון טופסי ויתור על סודיות וזיהוי רשמי של הקרובים באמצעות תעודה מזהה, הנתפסים כזרים ליחסי הדאגה שבינם לבין המטופל וכפוגעים ביחסים אלו, ולא כמטפחים אותם. היא אינה מבחינה בין קרובים מדרגה ראשונה לבין קרובים ורחוקים אחרים, ואם שכנו הקרוב או כלתו של המטופל יהיו בין הנוכחים בחדר ההמתנה, מעמדם לא ייגרע ביחס למעמד שבו יזכה בנו של המטופל. הנה כי כן, הגישה שהמטפלים נוקטים הלכה למעשה היא הגישה הקישורית, והערכים שהם מיישמים הם ערכי האתיקה של הדאגה לזולת. יובהר כי התנהלות זו תיחשב כמשמיעה את קולה של הדאגה רק כאשר היחסים הבין-אישיים נחזים כיחסי דאגה. כאשר המצב אינו כזה, יש להחיל סטנדרטים

124 חוזר "אמות מידה לניהול רשומת מטופל", לעיל ה"ש 31. חוזר זה מאמץ כאמור את ההוראה בעניין זה מחוזר "מתן מידע רפואי לקרובי החולה", לעיל ה"ש 37, שהוא מבטלו.

125 משלי כז 10.

של האתיקה של הצדק. לנוכח זאת ייתכן בהחלט שיהיו מקרים של סיווג שגוי של מערכות יחסים תומכות. להשלכותיהן של טעויות מסוג זה אדרש בהמשך.

דוגמה נוספת שבה נשמע מן השטח באופן מובהק קולה של הדאגה היא הפרקטיקה המקובלת במוסדות רפואיים בישראל במקרים של אירועים רבי נפגעים, כגון פיגועים או אסונות אחרים, כאשר המוסדות הרפואיים שאליהם פונו הנפגעים מקימים מרכזי מידע שבאמצעותם קרובים יכולים לקבל מידע ראשוני בדבר מצבם של יקיריהם.¹²⁶ לכאורה, המודל הביאותי הליברלי, המושתת על האתיקה של הצדק, ידרוש את הסכמתם של המטופלים למסירת כל מידע רפואי בעניינם, לרבות עצם עובדת פגיעתם והזדקקותם לטיפול רפואי. עם זאת, וחרף הפרשנות הפורמליסטית להוראות ההסדר המשפטי הישראלי, המוסדות הרפואיים אינם מניחים שקיומם של מרכזי מידע פוגע בזכויות מטופליהם. תוך אימוץ אמות-מידה ערכיות של האתיקה של הדאגה לזולת, הם מסייעים לקרובים מודאגים להתמודד עם אחד הרגעים הקשים בתולדות הקשר שלהם עם יקיריהם הנפגעים. המידע שנמסר לקרובים מאפשר להם להיערך לקראת התמיכה במטופלים והדאגה להם. כמו-כן הם מקבלים מידע בדבר התמיכה שאף הם עצמם זקוקים לה כדי להתמודד עם המצב הקשה שנוצר.¹²⁷ מסירת המידע מסייעת בטיפול הקשר שבין הקרובים למטופלים, בהציבה אותם לא כבעלי זכויות נוגדות, אלא כבעלי אינטרס משותף שנובע מעצם הקשר הבין-אישי שביניהם: לקרובים יש אינטרס לקבל את המידע על-אודות יקיריהם, כשם שלמטופלים יש אינטרס שעובדת פגיעתם תובא לידיעת קרוביהם.¹²⁸

4. קולו של ההסדר המשפטי האמריקאי וקולות העולים מן השטח

- 126 ראו, לדוגמה, פרטים בדבר קווי סיוע מיוחדים וקווים למציאת קרובים שנפתחו בתי-החולים ובמרכזים שונים ברחבי הארץ בעקבות האסון במירון: יובל בגנו, אליאב בטיטו ואלון חכמון "בעקבות האסון הקשה במירון: כל קווי הסיוע שנפתחו ברחבי הארץ" **מעריב אונליין** (30.4.2021) <https://www.maariv.co.il/news/israel/Article-837371>. האסון התרחש בליל ל"ג בעומר של שנת תשפ"א (כ-30 באפריל 2021), במסגרת הילולת רבי שמעון בר יוחאי בהר מירון, שבמהלכה עקב הידחקות של הקהל נספו באופן טרגי ארבעים וחמישה בני-אדם, ויותר ממאה בני-אדם נפצעו.
- 127 להרחבה ראו מרגלית דרורי ואח' "מודל להפעלת מרכז מידע לציבור באירוע רב-נפגעים במרכז הרפואי תל-אביב" **חברה ורווחה** יט 245 (1999). במאמר מתואר המודל שפותח במרכז הרפואי תל-אביב על-שם סוראסקי (בית-חולים איכילוב) בעקבות רצף הפיגועים שהתרחשו בתל-אביב בשנות התשעים של המאה העשרים.
- 128 על-מנת להגדיל אף יותר את הסיוע למשפחות, הוציא משרד הבריאות הנחיה לבתי-החולים להעביר פרטים בדבר נפגעים באירועים רבי נפגעים גם לרשויות המקומיות, לצבא ולמשטרה. ראו חוזר מנהל הרפואה 28/2002 "העברת מידע על נפגעים בארץ (אירוע רב נפגעים) לרשויות מקומיות, משטרת ישראל וצה"ל" (7.4.2002).

מן ההסדר המשפטי שנקבע על-ידי דברי החקיקה הפדרלית שנסקרו בהרחבה לעיל¹²⁹ עולה שילוב חשוב של קולו של הצדק עם קולה של הדאגה. הסדר זה מקנה אומנם עליונות לרצונם של המטופלים, ומאפשר להם – כמתחייב מעקרונות האתיקה של הצדק – להביע באופן אוטונומי התנגדות למסירת מידע בעניינם לכל גורם שהוא, לרבות לקרוביהם. אולם בהעדר מידע מוקדם לגבי סירוב לכך מצד המטופלים, הוא מאפשר למטופלים ולגורמי הבריאות להפעיל את שיקול-דעתם המקצועי, ולמסור מידע בסיסי לקרובי המטופלים בנסיבות שבהן לעניות דעתם המקצועית – ובהתאם לאמות-המידה של האתיקה של הדאגה לזולת – מסירת המידע משרתת את טובת המטופלים. להבדיל מהמודל השירותי של ההסדר הישראלי, המודל האמריקאי גמיש, ומותר למטופלים מרחב תמרון המאפשר מסירת מידע המותאמת לנסיבות ולאופייה של מערכת היחסים שבין המטופלים לקרוביהם. הוא מושתת על הבנת המושג "טובת המטופלים" כמושג המחזק את קשריהם הבין-אישיים, ולא את נפרדותם מאחרים.¹³⁰ עוד להבדיל מן ההסדר הישראלי, ההסדר האמריקאי מגביל את כמות המידע הנמסר לקרובים למידע הרלוונטי להם בלבד. לעומת זאת, אין המודל האמריקאי מגביל את סוג הקרבה של הקרובים למטופלים, ומאפשר מסירת מידע לא רק למי שהם בני משפחה מדרגה ראשונה, אלא גם לקרובי-משפחה אחרים, וכן לחברים אישיים של המטופלים, אף אם אין ביניהם קרבת-דם.¹³¹ עובר למסירת המידע על המטופלים לעמוד אך על טיב מערכת היחסים שבין הקרובים לבין המטופלים, ולא על הזיקה הפורמלית שביניהם. נוסף על כך, ההסדר האמריקאי קובע במפורש כי לא מוטלת על המטופלים החובה לזהות באופן רשמי את קרובי המטופלים כאשר הם מוסרים מידע לקרובים בנסיבות שמאמר זה מתייחס אליהן.¹³² בכך נחסך מן המטופלים הנטל הבירוקרטי הכרוך בהצגתם של מסמכי זיהוי ובבדיקתם, ודי בכך שהמטופלים יתרשמו, על-פי שיקול-דעתם המקצועי, כי הטוענים להיותם קרובי המטופלים הם אכן כאלה. בהסדר האמריקאי קיימת גם התייחסות מפורשת למצבי חירום ולמצבי אסון, בהתירו כאמור לגורמי הבריאות נקיטת פעולות כגון איתור קרובים של מטופלים, מסירת מידע לקרובים בדבר מצבם הרפואי ומסירת כל מידע אשר נחוץ לשם ניהול מצבי אסון. כל אלה, במצטבר, מעידים כי הלכה למעשה ההסדר האמריקאי מנחה את המטופלים לנהוג על-פי הגישה הקישורית ולהשמיע את קולה של הדאגה, וזאת בכפוף לשיקולי צדק, כגון כאשר המטופלים מורים להם לנהוג אחרת או כאשר היחסים אינם נחזים כיחסי דאגה.

אלא שמטופלים וגורמי בריאות נרתעים לא אחת, כאמור, מיישום הסמכויות המוקנות להם, ובוחרים לפרשן בצמצום ולהימנע ממסירת המידע כפי שההסדר המשפטי מתיר להם. בכך הם דוחים למעשה את קולה של הדאגה ומשמיעים תחתיה את קולו של הצדק.

129 במיוחד הוראות ס' 164.510 ל-Privacy Rule, לעיל ה"ש 49.

130 על ראיית טובת המטופלים ורווחתם האישית בהקשר של קשריהם הבין-אישיים ראו הרינג 2013, לעיל ה"ש 101, בעמ' 155–168, וכן הרינג 2019, לעיל ה"ש 6, בעמ' 123–138.

131 45 C.F.R. § 164.510(b)(1)(i)

132 45 C.F.R. § 164.514(h)(2)(iv)

הבחירה בסטנדרטים של צדק מלמדת כאמור על הדומיננטיות שלהם בהלך-הרוח הביאותי. אולם מעבר לכך, ניתן להבין את רתיעתם גם לנוכח החובה המוטלת עליהם בהסדר הנוכחי להפעיל "שיקול-דעת מקצועי" עובר למסירת המידע. דרישה זו מתפרשת כחובה ליישם ידע, ניסיון וכישורים מקצועיים, אשר אם לא יישמו על-ידיהם כראוי, הם יימצאו מפרים דברי חקיקה פדרליים וייחשפו לתביעות רשלנות.¹³³ חשש זה של המטופלים מפני השלכות משפטיות זורע אור על היבט נוסף של השלכות האתיקה של הצדק. בעוד שעד כה הושם הדגש בחסרונות שבהחלת עקרונות הצדק ביחסים שבין המטופלים לקרוביהם, כעת ניכרים חסרונותיו של שיח הזכויות הליברלי גם במישור היחסים שבין המטופלים למטופלים. כאשר במסגרת טיפול רפואי מעורבים שיקולים כגון חשש מפני היחשפות לענישה פדרלית או מפני תביעות בגין רשלנות מקצועית, יחסייהם של המטופלים עם מטופליהם נהפכים ליחסים יריבניים המאפיינים אתיקה של צדק, ולא יחסים של אחריות, טיפול ודאגה, המאפיינים אתיקה של דאגה לזולת.¹³⁴ הצעת ה-HHS לתיקון ה-Privacy Rule, שנדונה לעיל לקראת סוף פרק א, מבקשת כאמור להחליף את מבחן "שיקול-הדעת המקצועי" במבחן "תום-הלב", ולקבוע חזקה הניתנת לסתירה שלפיה מטופלים המוסרים מידע לקרובי המטופלים עושים זאת כאשר הם סבורים בתום-לב כי הדבר אכן משרת את טובת המטופלים.¹³⁵ אם הצעה זו אכן תתקבל, יהיה בכך חיזוק נוסף לקולה של הדאגה בהסדר המשפטי האמריקאי, והגישה הקישורית תקבל ביטוי גם במישור היחסים שבין המטופלים למטופליהם ותפחית את החשש מפני היגרוות להליכים משפטיים. חזקת תום-הלב מניחה כי על-פירוב היחסים הטיפוליים מושתתים לא על עוינות, כי אם על שיתוף-פעולה, דאגה ואחריות. עם זאת, אם הנחה זו תתברר כשגויה, ויתברר כי המטופלים פעלו לא בתום-לב (למשל, מסרו לקרובים מידע מתוך ידיעה ברורה שהם אינם מקיימים עם המטופלים מערכת יחסים תומכת, ושהדבר יפעל לרעת המטופלים), אזי עקרונות האתיקה של הצדק והמודל הביאותי הליברלי ייכנסו לתמונה מחדש, והמטופלים יישאו בהשלכות המשפטיות הנובעות מכך – למשל, תושת עליהם ענישה פדרלית או תוגש נגדם תביעה נזיקית.

133 ראו הצעת ה-HHS לתיקון ה-Privacy Rule, לעיל ה"ש 68, בעמ' 6481.

134 לדיון בהשלכותיה של החלת האתיקה של הצדק על מערכת היחסים שבין מטופלים למטופלים, וביחסים היריבניים שהיא יוצרת ביניהם, ראו Sagit Mor & Orna Rabinovich Einy, *Quality of Health Care and the Role of Relationships: Bridging the Medico-legal Divide*, 22 HEALTH MATRIX 123 (2012). המאמר עוסק בתחולתם של דיני הנזיקין על יחסי מטופלים-מטופלים, ומציע לאמץ מודל של פיצויים ללא אשם בתביעות רשלנות רפואית, אשר ישקף לדעת המחברות ערכים של אתיקה של דאגה לזולת וישרת טוב יותר את מרקם היחסים הטיפוליים ואת איכות הטיפול הרפואי.

135 הצעת ה-HHS לתיקון ה-Privacy Rule, לעיל ה"ש 68, בעמ' 6525. הצעה זו מתייחסת גם לעניין זיהוים של קרובי המטופלים, וקובעת כי הזיהוי ייעשה על-פי מבחן תום-הלב של המטופלים, ולא על-פי מבחן שיקול-הדעת המקצועי שלהם. ראו שם, בעמ' 6478 ו-6482.

ד. שיעורים למשפט הישראלי: גישור על הפער בין "הלכה" ל"מעשה"

1. דאגה מהולה בצדק

הטמעת ערכי הדאגה במסגרת עקרונות המשפט הרפואי תוביל לכך שזכויותיהם הרפואיות של המטופלים יקוימו בהקשר הקישורי של המטופלים, ולא באופן הרואה אותם במנותק ממערכות היחסים שהם מקיימים. הערכת האינטרסים של המטופלים תיעשה אף היא בהקשרם הקישורי, והמשפט הרפואי יכוון להעצמת רשתות של מערכות יחסים תומכות.¹³⁶ יישומו של קו חשיבה זה בסוגיית המידע הרפואי יוביל למסקנה כי המידע על-אודות המטופלים עשוי להיות רלוונטי גם למי שנמצאים עימם במערכת יחסים של דאגה, ומסירתו לידיהם עשויה לשרת את טיפוחן של מערכות היחסים שהם מקיימים עם המטופלים. אכן, המצב השכיח הוא שאנשים החולקים מערכות יחסים של דאגה חולקים ביניהם גם מידע רפואי.¹³⁷

עם זאת, כאמור, קליטת קולה של האתיקה של הדאגה לזולת אינה יכולה להיעשות במנותק משיקולי צדק. לפיכך, כפי שמסביר הרינג, על המשפט לפתח זכויות וחובות שמשמרות מערכות יחסים אך ורק כאשר מדובר ביחסי דאגה. לעומת זאת, כאשר היחסים אינם מתאפיינים על-ידי ערכי הדאגה, אין לייחס להם חשיבות מוסרית, ובמקרים אלו על המשפט לאפשר לצדדים להתנתק מאותן מערכות יחסים ולפתח תחתם קשרים בין-אישיים חלופיים.¹³⁸

בכך בא לידי ביטוי מאפיין נוסף של האתיקה של הדאגה לזולת. בדחותה את הרעיון של יישום העקרונות המופשטים כבסיס לפתרון כולל של דילמה מוסרית, כפי שעושה האתיקה של הצדק, האתיקה של הדאגה לזולת בוחרת בראייה קונקרטיה, אשר בוחנת כל מקרה לגופו בהתאם לנסיבותיו הייחודיות. כתוצאה מכך אין זה הכרחי שדילמה מוסרית תקבל פתרון אחיד, שכן מה שיהווה פתרון ראוי במקרים מסוימים עשוי להיחשב שגוי במקרים אחרים.¹³⁹ האתיקה של הדאגה לזולת אינה מנמיכה אם כן מרשם מוגדר להתנהגות ראויה, המוכתב על-ידי אמות-מידה עקיבות,¹⁴⁰ אולם אין לראות בכך סימן לחולשתה, כי בדיוק בכך טמון חלק ניכר מעוצמתה, כפי שמסבירה רות הלפרין-קדרי.¹⁴¹ דווקא אי-הבהירות של האתיקה של הדאגה לזולת והמורכבות שהיא יוצרת מאפשרות

136 הרינג 2013, לעיל ה"ש 101, בעמ' 86 ו-155–156.

137 שם, בעמ' 182.

138 הרינג 2019, לעיל ה"ש 6, בעמ' 139. באופן דומה טוענת נדלסקי כי אין לשמר יחסים באשר הם, אלא יש להבחין בין יחסים שמקדמים אוטונומיה לבין כאלה שפוגעים בה. ראו נדלסקי, לעיל ה"ש 6, בעמ' 122–123.

139 הרינג 2013, לעיל ה"ש 101, בעמ' 62.

140 נל נודינגס מגדירה אותה על-כך "a loosely defined ethic". ראו נודינגס, לעיל ה"ש 98, בעמ' 11 ו-25.

141 רות הלפרין-קדרי "להשאיר חיים אחרים": יילוד העובר מגוף הנפטרת – האומנם בכל מקרה? "דילמות באתיקה רפואית" 107 (רפאל כהן-אלמגור עורך 2002).

הצגת תכנים וזוויות-הסתכלות אשר ללא ההכרה באתיקה של הדאגה לזולת לא היו מקבלים מקום כלל.¹⁴² אשר על-כן, מסירת מידע לקרובים תיעשה אך ורק כאשר מתקיימות מערכות יחסים תומכות שביסודן יחסי דאגה. בכך טמון ללא ספק קושי מעשי נכבד, שכן איתרון וזיהוי של מערכות יחסים של דאגה, והבחנתן ממערכות יחסים אחרות המתאפיינות בניצול ובדיכוי, היא משימה מורכבת, אשר אין דרך ברורה ומובנית לעשותה בהצלחה.¹⁴³

יש להביא כמובן בחשבון שיישומו של כל פתרון בהקשר זה לעולם אינו חף מטעויות, וייתכנו מצבים שבהם מערכת יחסים שנחזית כתומכת תתגלה בדיעבד דווקא כפוגענית. אולם גם המודל המשפטי המושתת על האתיקה של הצדק אינו חף מטעויות. כאמור, החלת עקרונות האתיקה של הצדק תוביל במקרים רבים לתוצאה של מניעת גישה של הקרובים למידע הרפואי. תוצאה זו פוגעת במרקם היחסים שבין המטופלים לקרוביהם, ועלולה להוליד תוצאות קשות. כך, למשל, אם נמנע מקרובים מידע בדבר היות המטופל במצב סופני, תימנע מהם באופן בלתי-הפיך האפשרות לבקר את המטופל, לתמוך בו ולומר לו מילות פרדה. יתר על כן, ייתכן שהיא אף פוגעת בזכות המטופלים לאוטונומיה, שכן בהסתמכו על מעין חזקה שלפיה המטופלים אינם מעוניינים במסירת מידע רפואי לקרוביהם, המודל המשפטי קובע זאת באופן פטרנליסטי בשמם, ובכך יוצר למעשה תוצאה המשקפת כשל רעיוני, אשר הגדרתי אותו לעיל כפטרנליזם במסווה של אוטונומיה. ברי כי גם מסירת המידע לקרובים מבלי לדעת מהו רצון המטופלים עלולה לשאת אופי פטרנליסטי, אלא שההנחה היא, כאמור, שרוב המקרים לא ישקפו פעולה פטרנליסטית משום שמסירת המידע לקרובים לא תעמוד בניגוד לרצון המטופלים. יתר על כן, כאשר מסירת המידע מושתתת על אתיקה של דאגה לזולת, אין היא מתיימרת בהכרח לשקף את האוטונומיה של המטופלים, כי אם את טיפוח הקשרים האישיים שלהם במסגרת מערכות יחסים תומכות, כך שגם אם ההחלטה על מסירת המידע מתקבלת באופן פטרנליסטי, אין הדבר מעיד על כשל רעיוני.

עולה אפוא כי הן גישת האתיקה של הדאגה לזולת והן גישת האתיקה של הצדק עלולות להוביל לתוצאות שגויות, ואף לשאת אופי פטרנליסטי. במצב דברים זה, כאשר הסיכון לטעות הוא בלתי-נמנע, נשאלת השאלה באיזה מהמצבים ההשלכות של סיכוני הטעות יהיו חמורות יותר – במקרה שבו תיפגע זכות המטופלים לאוטונומיה או במקרה שבו ייפגע מרקם היחסים הבין-אישיים שבין המטופלים לקרוביהם. לאור מאפייניהם של הצדק והדאגה, כפי שנדונו בהרחבה לעיל, נראה לי כי עדיף לטעות לכיוון שימורם של ערכי הדאגה. יפים לעניין זה דברי הרינג:

142 ש.ם.

143 על קשיים מסוג זה ועל הקושי לאמוד הדדיות במסגרתן של מערכות יחסים טיפוליות ראו Hilde Lindemann Nelson & Alisa L. Carse, *Rehabilitating Care*, 6 KENNEDY INST. ETHICS J. 19 (1996).

We need to support and enable care, so that justice can be considered.
To be blunt we could survive in a society which was not just, but we
could not survive in a society in which there was no care.¹⁴⁴

שיקולים נוספים המטים את הכף לטובת אימוץ ערכים של דאגה ומסירת מידע לקרובים המקיימים עם המטופלים מערכות יחסים תומכות נעוצים בתועלת שתיווצר עקב כך למטופלים, למהלך הטיפולי בהם ואף לקרובים עצמם.¹⁴⁵ ראשית, כאשר מדובר במערכת יחסים תומכת, לעיתים מצוי בידי הקרובים מידע חשוב שיש בו כדי לתרום לשיפור הטיפול הרפואי במטופלים. מסירת מידע לקרובים על-אודות יקיריהם יכולה להוביל לכך שגם הקרובים ימסרו מידע מועיל שבידיעתם למטופלים.¹⁴⁶ כמו-כן, מסירת המידע לקרובים יכולה לסייע בהעצמת המטופלים, המצויים במערכת יחסים לא-שוויונית עם מטפליהם. עם היוודע דבר מצבם של המטופלים, יאפשר הדבר לקרובים לייצג באופן ראוי יותר את האינטרסים של המטופלים מול המטפלים, וממילא האוטונומיה של המטופלים תצא נשכרת. יתר על כן, מסירת המידע לקרובים תאפשר להם להושיט סיוע למטופלים במגוון היבטים הקשורים לטיפול הרפואי בהם. כך, למשל, הם יוכלו לספק למטופלים תמיכה רגשית ולסייע להם בקבלת החלטותיהם הרפואיות.¹⁴⁷ הדבר מקבל משנה חשיבות כאשר הקרובים ממלאים תפקיד פעיל בהענקת הטיפול למטופלים, כגון במסגרת של טיפול רפואי ביתי.¹⁴⁸ נוסף על כך, גם לקרובים עצמם עשויה לצמוח תועלת לא-מבוטלת מהיחשפותם למידע על-אודות יקיריהם, שכן זו עשויה לתרום להפחתת החרדה שיתכן שהם חשים, ולאפשר להם לפנות במידת הצורך לקבלת סיוע רגשי ותמיכה. הדבר אף יאפשר להם להיערך כראות לקראת הצפוי להם – אם זה במישור של הטיפול ארוך-הטווח שהם יצטרכו אולי לספק למטופלים; אם זה במישור הכלכלי, במקרה שיהיה עליהם לממן תרופות או טיפולים שעלותם גבוהה; אם זה בהיערכות לקראת מותם הצפוי של יקיריהם; ואם זה בכל מישור אחר. ניתוח זה מחזק את כן את הבנת היתרונות הגלומים ביישומה של הגישה הקישורית בהקשר של מסירת מידע רפואי לקרובים המקיימים עם המטופלים

144 **הרינג** 2013, לעיל ה"ש 101, בעמ' 67. באופן דומה טוענת גם זפרן כי באימוץ שיח הדאגה תיתכן פגיעה מסוימת בוודאות ובאובייקטיביות של המשפט, אולם פגיעה מסוימת באינטרסים הללו היא מחיר שראוי לשלמו, כל עוד הדבר אינו עולה כדי משוא-פנים. ראו זפרן, לעיל ה"ש 114, בעמ' 627.

145 תודתי נתונה לסוקר/ת האנונימי/ת שהציע/ה טענה זו במסגרת השיפוט החיצוני של המאמר.

146 על החשיבות של תקשורת בין המטפלים לקרובים והשגת המידע המצוי בידי הקרובים אפשר ללמוד מפסק-הדין בע"א 6649/96 **הסתדרות מדיצינית הרסה נ' גלעד**, פ"ד נג(3) 529 (1999). במקרה זה, אילו הגיע המידע שהיה ברשות הקרובים לידיעת צוות המטפלים, ייתכן שהיה אפשר למנוע את התאבדותו הטרגית של המטופל, שעמדה במרכזה של פרשה זו.

147 על תפקידם החשוב של הקרובים בסיוע בקבלת החלטות רפואיות ראו קוצ'בסקי, לעיל ה"ש 119.

148 **הרינג** 2013, לעיל ה"ש 101, בעמ' 181.

מערכת יחסים תומכת. הוא מצביע על היתרונות הן לקרובים והן למטופלים, אך חשוב לא פחות מכך – גם לטיפוח הקשר הבין-אישי שהם מקיימים והדאגה השוררת במסגרתו. אשר על-כן, בחישוב כללי של הפסד הגישה הקישורית כנגד שכרה נראה שיד שכרה על העליונה. אלא שאין להתעלם, כאמור, מכך שהחלטה שגויה ליישם את הגישה הקישורית עלולה לגרום נזק משמעותי. אשר על-כן, ועל-מנת למזער את פוטנציאל הנזק, אין להפעיל את הגישה הקישורית באופן גורף בכל מקרה שבו מערכת יחסים נחזית כמושתת על דאגה. לצד בחינת טיבה של מערכת היחסים ראוי להציב אם כן תנאי נוסף, הנוגע בסוג המידע הרפואי שהמטופלים מבקשים למסור. ככל שמדובר במסירת מידע רפואי שאינו בעל מאפיינים רגישים (כגון מידע בדבר עניינים אינטימיים, מחלות נפש וכדומה), ואשר רלוונטי להביאו לידיעת הקרובים בנקודת הזמן המסוימת שבו הם מבקשים לקבלו, ניתן למסור אותו לקרובים הנחזים כמצויים עם המטופלים בקשרי דאגה. אולם כאשר מדובר במידע רפואי שמאופיין כרגיש לפי טיבו, יש לפעול בהתאם לעקרונות האתיקה של הצדק. הדוגמאות שלהלן ימחישו טענה זו היטב.

במקרה אחד, שפרטיו פורסמו בתקשורת, אישה מן המגזר החרדי הגיעה לטיפול פוריות בליווי חמותה. בעודה נבדקת שאלה החמות ישירות את המטופלים אם קיים סיכוי כלשהו שהאישה תהרה. כתוצאה מתשובתם השלילית של המטופלים קיבלה האישה גט מבעלה, וסיכוייה להינשא מחדש במגזר החרדי נותרו קלושים ביותר, עקב היוודע דבר עקרותה (מקרה זה יכונה להלן "מקרה העקרות").¹⁴⁹ מקרה נוסף הוא זה שנדון בבית-המשפט המחוזי בפרשת וינר.¹⁵⁰ במקרה זה מטופלת שהייתה תלמידת תיכון פנתה לבדיקת היריון אצל רופאה שהייתה גם חברתה של אמו של אבי העובר, והרופאה סיפרה לאם על דבר הריונה, וזאת אף בטרם יידעה בכך את המטופלת עצמה. כתוצאה מכך הופץ המידע הפרטי על-אודות הריונה בקרב בני המשפחה המורחבת. השופט יוסף שפירא פסק שהרופאה הפרה את חובת הסודיות הרפואית, והייתב אותה בפיצויים בסך 180,000 ש"ח לטובת המטופלת מגישת התביעה.¹⁵¹

מסירת המידע לקרובים במקרים המתוארים לעיל הולידה תוצאות קשות, וטענתי היא כי באותם מקרים מסירת המידע על-ידי המטופלים הייתה פסולה הן על-פי עקרונות האתיקה של הצדק והן על-פי אמות-המידה של האתיקה של הדאגה לזולת. כאמור, השופט שפירא קובע בפרשת וינר כי חובת הסודיות הרפואית מתקיימת אף כלפי קרובים

149 משה רונן "הניתוח הצליח, הצוות רץ לספר לחבר'ה" ידיעות אחרונות 20.1.2000. במקרה זה הוגשה תלונה נגד המטופלים לאגודה לזכויות החולה בישראל. במקרה נוסף, תוצאתה השלילית של בדיקת מעבדה לגילוי היריון שעשתה אישה – מן המגזר החרדי אף היא – הגיעה ישירות לידי חמותה. משהגיע לידי החמות המידע בדבר קשייה של האישה להרות, נסללה הדרך לגירושיה. פרטיו של מקרה מצער זה נמסרו לי באופן אישי על-ידי משפחתה של האישה הנפגעת.

150 פרשת וינר, לעיל ה"ש 25.

151 ראו שם. יצוין כי רכיב התביעה בגין "הולדה בעוולה" נדחה בתקוה, והתקבלה רק התביעה בגין הפרת הסודיות הרפואית.

במסגרת הפנים-משפחתית.¹⁵² עוד הוא מוסיף כי "ברי שאין לקבל את טענת הנתבעות כי בתחום הרפואי הוכרה הזכות לאוטונומיה רק באשר לזכות לקבל החלטה מדעת – קבלת מלוא המידע הרפואי והחלטת החולה לגבי הטיפול שיקבל. המקרה דנן אינו עוסק בהפרת זכות הפרט על גופו כי אם הפרת זכות הפרט על פרטיותו וההשלכות אשר היו לכך".¹⁵³ מדבריו ניתן ללמוד על הנפרדות של המטופלים מקרוביהם ועל מעמדו הרם של עקרון האוטונומיה, והם משקפים אם כן תפיסת-עולם מובהקת של האתיקה של הצדק. לפי גישה זו, הן בפרשת וינר והן במקרה העקרות הופרו עקרונות האתיקה של הצדק. אלא שהאירועים שתוארו מפריס כאמור גם את ערכי האתיקה של הדאגה לזולת. במקרים הללו הוענקו הכרה ומעמד למערכות יחסים בנסיבות שבהן היה ראוי לא לעשות כן. המידע הרפואי נמסר לקרובות-משפחתן של המטופלות רק על-סמך זיקתן המשפחתית הפורמלית אליהן, וזאת מבלי לתת את הדעת לטיב היחסים שהן קיימו עימן. בשני המקרים נראה כי המטופלות היו מצויות ביחסים לא-שוויוניים עם הנשים שלידיהן נמסר המידע בעניינן. מסירתן בנסיבות אלו אינה משרתת את קיומן של מערכות היחסים שהמטופלות מקיימות, כי אם דווקא חותרת תחתיהן. מסקנה זו עולה גם מבחינת אופי המידע שנמסר באותם מקרים. מידע העוסק בהיריון ובפוריות הוא מידע אינטימי בעל מאפיינים רגישים ופוטנציאל נפיץ. כאמור, בנסיבות שבהן מדובר במסירת מידע מסוג זה יש לפעול על-פי האתיקה של הצדק.

ניתן לסכם, אם כן, כי ההחלטה למסור מידע רפואי לקרובי מטופלים תהלום את הגישה הקישורית בנסיבות שבהן מערכות היחסים נחזות על-ידי המטופלים בתום-לב כתומכות והמידע הנמסר אינו מידע רגיש. ההחלטה לפעול בהתאם לגישה הקישורית לא תתקבל אם כן בהתאם לנוסחה מופשטת ואחידה, כי אם באמצעות בחינה קונקרטיית של כל מקרה לגופו. במקרים שהגישה הקישורית אינה הולמת אותם יש לפעול על-פי האתיקה של הצדק.

2. קריאה חלופית של ההסדר המשפטי הישראלי לאור הגישה הקישורית

אימוץ גישה קישורית מעלה קושי נוסף, והוא העדר כלים משפטיים שיעגנו כיאות שילוב ערכים של אתיקה של דאגה לזולת עם עקרונות של אתיקה של צדק.¹⁵⁴ השיח המקובל

152 ראו לעיל ליד ה"ש 25.

153 פרשת וינר, לעיל ה"ש 25, בפס' 38.

154 השוו Leslie Bender, *From Gender Difference to Feminist Solidarity: Using Carol Gilligan and an Ethic of Care in Law*, in SOURCEBOOK ON FEMINIST JURISPRUDENCE (Hilaire Barnett ed., 1997) 203. ניתן להמחיש זאת באמצעות אמירתו של בית-המשפט העליון בע"א 2034/98 **אמין נ' אמין**, פ"ד נג' (5) 69 (1999). במקרה זה נדונה תביעת נזיקין שהגישו ילדים נגד אביהם בגין הזנחתם הרגשית כתוצאה מאי-הכרתו בהם לאורך השנים. למעשה, הילדים תבעו כאן את אביהם בגין חריגתו מערכי האתיקה של הדאגה לזולת. בהקשר זה ראוי לציין את דבריו של השופט אנגלרד, שלפיהם "ברי כי אין מקום להפוך את כל המידות הראויות לאדם לחובות משפטיות, שסימן ההיכר שלהן הוא איום בכפייה פיזית על העובר עליהן" (ראו שם, בעמ' 79). בית-המשפט נדרש באמירה זו למגבלות השיח

של המשפט הרפואי מושגת כאמור על עקרונות של אתיקה של צדק, ובכך יוצר מגבלות אובייקטיביות המהוות מחסום בפני יצירה של כלים משפטיים נוספים, שיהיה אפשר לעגן באמצעותם גם אתיקה של דאגה לזולת.¹⁵⁵ עקב המגבלות הללו יש לחתור לקידום רעיונות המשלבים צדק ודאגה על-ידי שימוש בכלים המשפטיים הקיימים. בגישה זו אפעל להלן, ובאמצעות פרשנות הדין הקיים אציג הבנה של הדין הישראלי שתאפשר לגשר על הפער שבין הפרשנות המקובלת להסדר המשפטי הישראלי, המשמיעה את קולו של הצדק, לבין הפרקטיקה הנוהגת, המשמיעה את קולה של הדאגה. טענתי היא כי ניתן לייחס להסדר המשפטי הקיים פרשנות הממזגת את עקרונות הצדק עם ערכי הדאגה.

את ערכי הדאגה ניתן לקרוא לתוך עקרונות המשפט הקיים באמצעות המושגים "הסכמה מכללא" ו"חזקת ההסכמה", באופן שישקף הבנה של הזכות לפרטיות במובנה הקישורי. כאמור, מושגים אלו יושמו בעבר ביחס למסירת מידע לקרובי מטופלים בחוזר המנכ"ל בעניין הסודיות הרפואית,¹⁵⁶ אולם ההכרה בהסכמה מכללא בוטלה באופן רשמי בחוזר המנכ"ל בעניין אמות-המידה לניהול רשומת מטופל, וההכרה בחזקת ההסכמה צומצמה.¹⁵⁷ טענתי היא כי ראוי לתת לגישה זו תוקף מחודש, ובלבד שהיא תיושם בהתאם לערכי הגישה הקישורית.

כפי שהסברתי בהרחבה לעיל, ההסדר המשפטי הישראלי יכול לשאת פרשנות שלפיה הסכמה למסירת מידע רפואי יכול שתיעשה גם בדרך של התנהגות.¹⁵⁸ לפיכך, בהעדר יסוד סביר להניח אחרת, אם מטופלים אינם מביעים את התנגדותם לנוכחות קרוביהם בעת קבלת טיפול רפואי או במהלך כל אינטראקציה אחרת עם מטפליהם, אזי ניתן לראותם כמי שמסכימים בדרך של התנהגות לוותר על זכותם לפרטיות ועל חובת הסודיות הרפואית כלפיהם בכל הנוגע במסירת מידע רפואי לקרוביהם.¹⁵⁹ אלא שמסקנה זו כפופה לכך

המשפטי הקיים, בהדגישו כי הצלחתה של תביעה משפטית מעין זו תלויה בהוראות החוק, וכי קשה לחרוג במסגרתה מעבר למגבלותיהם של הכלים המשפטיים הקיימים. מסקנתו היא כי אי-אפשר לכפות אב להפגין יחס רגשי כלפי ילדיו, כי אם רק לספק להם צרכים חומריים.

155 טענה דומה טוען קרסט בהקשר של המשפט החוקתי. לדבריו, עיצוב מחודש של המשפט החוקתי באופן שיכלול גם השקפה של דאגה יצריך חריגה מהשיח המשפטי המקובל, שכן השיח הקיים אינו כולל מונחים המבטאים השקפה מוסרית זו. ראו קרסט, לעיל ה"ש 100, למשל בעמ' 486-487 ו-496-508.

156 חוזר "הסודיות הרפואית", לעיל ה"ש 30.

157 חוזר "אמות מידה לניהול רשומת מטופל", לעיל ה"ש 31.

158 ראו לעיל ה"ש 26-28 והטקסט שלידן.

159 מסקנה זו נכונה במיוחד לגבי מי שהגיע יחד עם המטופל לטיפול כמלווה על-פי ס' 6א לחוק זכויות החולה. סעיף זה מאמץ גישה קישורית, בהכירו בזכותו של מטופל לקבל טיפול רפואי בנוכחות מלווה. מכך ניתן ללמוד על הכרה בהסכמתו בהתנהגות של המטופל לחשיפת המלווה למידע הרפואי בעניינו (ראו גם ה"ש 29 לעיל). אחד החריגים לזכות שבסעיף זה הוא במצבים שבהם יש חשש שנוכחות המלווה תפגע באיכות הטיפול הרפואי או תגרום הפרעה ממשית לעבודת הצוות המטפל (ס' 6א(ב)). במקרים כאלה הצוות המטפל רשאי להגביל את נוכחות המלווה ולטפל במטופל ללא ליווי, ובלבד שחידוש נוכחותו של המלווה יתאפשר סמוך לאחר מתן אותו טיפול רפואי שלצורך העניקה נמנעה נוכחותו (ס' 6א(ג)). אם ניישם סעיף זה לגבי אירוע חדר הניתוח, נגיע למסקנה כי אם המטופל הגיע בליווי מלווה,

שמערכת היחסים שהם מקיימים עם קרוביהם נחזית כמערכת יחסים תומכת המושתתת על דאגה. אם לא כן – למשל, כאשר נראה כי מערכת היחסים מתאפיינת ביחסי כוח לא-שוויוניים או מושתתת על דיכוי – גם התנהגות כגון הגעה לטיפול בליווי קרובים לא תתפרש כהסכמה בהתנהגות למסירת מידע רפואי לידיהם. כך גם לעניין ההכרה בחזקת הסכמה למסירת המידע לקרובים. כאשר היחסים שבין המטופלים לקרוביהם נחזים כיחסי דאגה, וכאשר עולה מן הנסיבות כי מסירת המידע משרתת את טובתם של כל הצדדים המעורבים ואת טיפוחה של מערכת היחסים שהם מקיימים, ניתן לקבוע חזקה שלפיה הן מטופלים כשירים והן מטופלים בלתי-כשירים מעוניינים שהמידע בעניינם יימסר לקרוביהם. כך, לגבי אירוע חדר הניתוח, אם מדובר במטופל כשיר שהגיע לטיפול בליווי קרוביו הנחזים כמקיימים עימו קשרי דאגה, הוא ייחשב כמסכים בהתנהגות למסירת המידע הרפואי לידיהם. אך גם אם הוא הגיע בגפו ובעת שהייתו בחדר הניתוח הוא מצוי במצב של העדר כשירות, תקום חזקה שלפיה הוא מעוניין שהרופאה תמסור פרטים על-אודות מהלך הניתוח לקרוביו הדואגים אשר התקבצו ובאו במהלך הניתוח וממתינים בדריכות לקבלת המידע, וכי אין הוא מעוניין להותירם במתח עד אשר יהיה אפשר לקבל ממנו את הסכמתו הרשמית לכך.

אלא שיישום מושג ההסכמה מכללא ומושג חזקת ההסכמה לא יחול כאמור לגבי מידע רפואי רגיש. לשם יישום סייג זה ניתן להיעזר בשימוש שנעשה במושג "מידע חסוי ביותר" בנוהל של משרד הבריאות בעניין סיווג מידע. הנוהל מפרט תחת קטגוריה זו רשימה של נושאים בעלי מאפיינים רגישים ופוטנציאל נפיץ, כגון מידע בדבר מחלות מין, פוריות, גנטיקה, מחלות נפש וכדומה. לפי הנוהל, כל מידע פרטני בנושאים אלו, לרבות מידע בדבר זימון תורים, ייחשב "חסוי ביותר".¹⁶⁰ עם זאת, מוצע להרחיב הגדרה זו, ולקבוע כי רשימת הנושאים הכלולה בה אינה רשימה סגורה. יש לבחון אם כן כל מקרה בהתאם למהותו ולנסיבותיו על-מנת לאפיין את המידע כ"רגיש".¹⁶¹ לנוכח זאת, במקרה העקרוני,¹⁶² הגם שהמטופלת הגיעה לטיפול בליווי חמותה, היא לא תיחשב כמי

יש לטפל בו בנוכחות אותו מלווה, וממילא ייחשף המלווה למידע הרפואי בעניינו. בזמן הניתוח עצמו מתקיים החריג לזכות לטיפול בנוכחות מלווה, ולכן המלווה לא יורשה להיכנס לחדר הניתוח, אולם ניתן עדיין לראות את המטופל כמי שהסכים בהתנהגות שהמידע על-אודות הניתוח יימסר למלווה.

עם זאת, יודגש כי קריאה זו של ס' 6 מצמצמת למגבלות הסעיף, ובכלל זה הגבלת הזכות לנוכחותו של מלווה יחיד. לגבי שאר קרוביו המתקבצים בחדר ההמתנה של חדר הניתוח ניתן להחיל את חזקת ההסכמה, כפי שארחיב לגביה מיד.

160 נוהל "סיווג מידע", לעיל ה"ש 44, בעמ' 11. הרשימה המלאה כוללת איידס, פסיכיאטריה, התמכרויות וסמים, הפסקות היריון, בדיקות גנטיות ונתונים גנטיים, בדיקות קשרי משפחה, תרומות זרע, תרומת ביציות, טיפולי פוריות, אימוץ, מקרי אונס או תקיפה מינית, מחלות מין ואלומות במשפחה. הנוהל מגדיר "מידע חסוי / חסוי ביותר" כ"מידע אשר חשיפתו לגורם בלתי מוסמך עלולה לגרום למשרד הבריאות נזק או שעצם חשיפתו מהווה עבירה על החוק". ראו שם, ס' 2.4.

161 כך, למשל, מידע רפואי שעלול לחשוף נטייה מינית או מידע החושף חשד לרמנציה ייחשבו מידע רגיש, הגם שאין הם נמנים עם הרשימה דלעיל.

162 ראו לעיל ליד ה"ש 149.

שהסכימה בהתנהגות למסירת המידע לידי החמות; ובפרשת וינר¹⁶³ לא תיחשב המטופלת כמי שמתקיימת לגביה חזקת הסכמה למסירת המידע הרפואי בעניינה לידי אמו של אבי העובר. בשני המקרים הללו מדובר במידע הנוגע בפוריות ועל-כן הוא בגדר מידע "חסוי ביותר". סייג זה רלוונטי גם לגבי אירוע חדר הניתוח. אם עניינו של הניתוח נופל בגדר מידע "חסוי ביותר" (על-פי ההגדרה הרחבה שהצעת), אזי אין למסור מידע לגביו לקרובים, אף אם הם נחזים כמי שמקיימים עם המטופל קשרי דאגה, ואף אם מדובר במידע רפואי בסיסי בלבד.

לסיכום טענתי עד כה, את הוראות המשפט הישראלי ניתן לקרוא בהתאם לגישה הקישורית, ודי בפרשנות זו של המצב המשפטי הקיים לצורך הקביעה כי באירועים דוגמת אירוע חדר הניתוח המטופלים אינם מפרים הוראות חוק. אלא שלשם הפגת החשש מפני חשיפה משפטית, אשר הובע בעבר הן על-ידי מבקר המדינה¹⁶⁴ והן על-ידי משרד הבריאות,¹⁶⁵ ניתן לחזק מסקנה זו עוד יותר ולעגנה באמצעות כמה כלים משפטיים: באופן פסיקתי – באמצעות קביעת הלכה תקדימית במערכת המשפט; באופן חוזי – באמצעות טופסי קבלה לאשפוז או הסכמה לטיפול; באופן מנהלי – באמצעות תיקון ההנחיות המנהליות הקיימות; ובאופן חקיקתי – באמצעות תיקון דברי חקיקה קיימים.

אפתח בעיגון הפסיקתי. טענתי היא כי יש בכוחה של הפסיקה הישראלית למלא תפקיד באימוץ חשיבה קישורית במשפט הישראלי בכלל, ובהקשר של הזכות לפרטיות ומסירת מידע רפואי לקרובים בפרט. כך, למשל, באמצעות פסיקה עתידית ניתן לצמצם הלכות שנקבעו בפסקי-דין כגון אלה שניתנו בפרשת פלונית¹⁶⁶ או בפרשת וינר¹⁶⁷ לנסיבות המאפיינות את הפרשות האלה, שבהן קשרי המשפחה אינם נחזים כמושתתים על ערכי הדאגה ו/או כאשר מדובר במידע פרטי הנחשב מידע רגיש. כאמור, בפסקי-הדין הללו נפסק כי הזכות לפרטיות חלה גם במסגרת התא המשפחתי, וכך למעשה ניתן תוקף לאתיקה של הצדק. אלא שבפרשת פלונית דובר בפגיעה בפרטיות באמצעות צילום של אישה במצב אינטימי עם גבר זר, אשר הושג על-ידי בעלה לשם ניהול הליך גירושים, וברי כי אין מדובר במערכת יחסים תומכת. גם בפרשת וינר דובר בחשיפת מידע אינטימי בדבר הריונה של המטופלת לא במסגרת נישואים. הגישה הקישורית אינה תקפה במצבים הללו, ולכן אין בפסקי-הדין הללו כדי לשלול אימוץ גישה קישורית במקרים שבהם היא הולמת את הנסיבות. הנשיא ברק קובע בדבריו בעניין פלונית כי "איסור הפגיעה בפרטיות אינו קיים במקום שבו יש הסכמה לפגיעה זו... הסכמה זו יכולה להיות מפורשת ויכולה להיות משתמעת... מעצם הנישואין אין הסכמה משתמעת לפגיעה בפרטיות. את ההסכמה המשתמעת יש לבחון בכל מקרה ומקרה בו נטען כי בן זוג פגע בפרטיות של בן זוגו".¹⁶⁸

163 פרשת וינר, לעיל ה"ש 25.

164 ראו לעיל ה"ש 33 והטקסט שלידה.

165 ראו לעיל ה"ש 37 והטקסט שלידה.

166 פרשת פלונית, לעיל ה"ש 24.

167 פרשת וינר, לעיל ה"ש 25.

168 פרשת פלונית, לעיל ה"ש 24, בפס' 20.

טוב תעשה פסיקה עתידית אם תשרה על דברים כגון אלה של הנשיא ברק הבנה קישורית של הזכות לפרטיות. פסיקה מעין זו תצמצם את הלכות פלוני ווינר לנסיבותיהן, ותקבע כי במצבים שבהם הצדדים מקיימים קשרים המשותפים על תמיכה ודאגה תוכר הסכמה משתמעת למסירת מידע שאינו רגיש במסגרת פנים-משפחתית.

אלא שיש להביא בחשבון כי הסבירות להגיע לתוצאה הרצויה באמצעות עיגון פסיקתי אינה גבוהה במיוחד. סכסוכים משפטיים הנוגעים בעניינים פנים-משפחתיים יגיעו לדיון משפטי בשל קיומה של עוינות פנים-משפחתית, אי-שוויון או דיכוי, כאשר הפתרון ההולם להם ממילא נשען על האתיקה של הצדק. מצבים שביסודם קשרים מיטיבים ותומכים בין קרובים לא יתגלגלו על-פירוב, מעצם טיבם, לפתחו של בית-המשפט. סביר יותר, אם כן, שקביעה פסיקתית הנותנת תוקף לחשיבה קישורית תשתלב בפסיקה אך כאמרת-אגב בפסק-דין שיוכרע על-פי עקרונות של צדק, ולא במסגרת חלקו המרכזי של פסק-הדין. נראה אם כן כי לכלים משפטיים אחרים יכולה להיות תרומה משמעותית יותר בהקשר זה. העיגון החוזי של הגישה הקישורית יכול לקבל ביטוי באמצעות טפסים שנעשה בהם שימוש תדיר במערכת הבריאות. כך, למשל, באמצעות טופס הקבלה של מטופלים לאשפוז ניתן לעגן את הסכמתם למדיניותו של המוסד הרפואי בדבר מסירת מידע רפואי לקרוביהם. בטופס זה יובהר למטופלים כי מידע בעניינם יועבר לקרוביהם, וכי יש באפשרותם לבקש מראש מהמוסד הרפואי להימנע מכך – בין באופן גורף ובין באופן פרטני לגבי אנשים מסוימים שאותם יציינו המטופלים בשמם.¹⁶⁹ להבדיל מטופס הוויתור על סודיות רפואית, אשר מנוסח על-דרך החיוב, הצעתי היא שטופס זה ינוסח על-דרך השלילה. כמפורט לעיל, על-פי הנוסח הערכני של טופס הוויתור על סודיות רפואית יש לציין באופן מפורש מיהם האנשים שהמטופל מתיר למסור להם את המידע.¹⁷⁰ ניסוח מסוג זה מגביל את האפשרות למסור מידע רק למי ששמם צוין במפורש, ואינו מותר בידי המטופלים כל שיקול-דעת מעבר לכך. לעומת זאת, יתרונו של ניסוח על-דרך השלילה, שבו המטופלים מציינים במפורש רק מיהם האנשים שהם מתנגדים למסירת המידע לידיהם, טמון בכך שהוא מאפשר למטופלים גמישות רבה יותר ואפשרות רחבה יותר להתאים את דרך פעולתם לנסיבות המקרה.¹⁷¹ שיקול-דעת זה יאפשר למטופלים לפעול על-פי הגישה הקישורית ולתת ביטוי לערכי הדאגה לזולת. הבחירה ליישם את האפשרות לנסח על-דרך השלילה למי המטופלים מסרבים למסור את המידע תתקיים בשני מצבים עיקריים. האחד הוא כאשר המטופלים מקיימים מערכות יחסים שאינן מושתתות על תמיכה ואמון. במצבים כאלה יוכלו המטופלים לוודא שהמידע הרפואי בעניינם לא יגיע

169 ראו, לדוגמה, מסמך של מרכז רפואי רבין (בית-חולים בילינסון) "מידע למתאשפז – מאשפוז ועד שחרור" https://hospitals.clalit.co.il/rabin/he/patient-information/hospitalazation-info/Pages/rmc_hospitalazation_info.aspx, שבו מופיעה הפסקה הבאה: "באישור המטופל, יינתן מידע רפואי על מצבו הבריאותי לבני משפחתו. אם הינך מתנגד למסירת מידע לקרוביך, אנא מסור זאת לרופאים".

170 ראו לעיל ה"ש 42 והטקסט שלידה.

171 רעיון זה משקף גם את רוחו של ההסדר האמריקאי, אשר מתיר כאמור את מסירת המידע לקרובי המטופלים רק לאחר שניתנה למטופלים אפשרות סבירה לסרב לכך.

לידיים לא-רצויות, ולהחיל עקרונות של צדק מקום שהם נחוצים. מובן שחובת הסודיות הרפואית תחול גם ביחס לעצם דרישתם להימנע ממסירת המידע למאן דהו. המצב האחר הוא כאשר המטופלים מבקשים למנוע עוגמת-נפש מאנשים שיקרים לליבם – למשל, כאשר הם אינם מעוניינים שמידע בדבר מחלה סופנית או סבל שצפוי להם יגיע (לפחות באותו שלב) לידי הוריהם המבוגרים ויסב להם צער מיותר. במקרים כאלה בחירתם של המטופלים תיתן ביטוי לערכים של דאגה לזולת.

עולה אפוא כי שיטת העיגון החוזי משקפת שילוב של אתיקה של דאגה לזולת עם אתיקה של צדק. משמעו עיגון רשמי של ערכי הדאגה במסגרת הכלים של האתיקה של הצדק, באופן שכרוכה בו הכבדה בירוקרטית מזערית בלבד. חסרונה של שיטת העיגון החוזי טמון בכך שהיא רלוונטית רק למצבים שבהם נעשה שימוש בטפסים רשמיים, כגון בקבלה לאשפוז או בהסכמה מדעת שנעשית בכתב. שיטה זו לא תיתן מענה למקרים שבהם מטופלים מגיעים לטיפול שגרתי שההסכמה מדעת לגבי נעשית בעל-פה.

הכרה בגישה הקישורית יכולה כאמור לקבל תוקף גם בכלים מנהליים. למעשה, הכרה מנהלית זו התקיימה בעבר בחוזר המנכ"ל בעניין הסודיות הרפואית, שתוקפו בוטל כאמור,¹⁷² וטוב יעשה משרד הבריאות אם יחזיר לתוקפן את הוראותיו, אשר הקנו למטופלים אפשרות לנקוט אמות-מידה של דאגה בהקשר של מסירת מידע רפואי לקרובים, וזאת באמצעות תיקון הוראותיו של חוזר המנכ"ל בעניין אמות-המידה לניהול רשומת מטופל.¹⁷³ בתיקון חוזר זה ניתן לכלול גם טופס מיוחד לזיתור על סודיות רפואית כלפי קרובים, אשר ינוסח אף הוא על-דרך השלילה במקום על-דרך החיוב. כמו-כן, באפשרותו של משרד הבריאות לקבוע נוסח אחיד לטופס בקשה להתקבל לאשפוז. נכון להיום משרד הבריאות מותיר לכל בית-החולים את המלאכה לקבוע נהלים בעניין על-פי שיקול-דעתו.¹⁷⁴ באמצעות קביעת נוסח אחיד לטופס כאמור, יש באפשרותו של משרד הבריאות לכלול בו התייחסות גם לנושא מסירת המידע לקרובים, אשר תנוסח, כמוצע, על-דרך השלילה.¹⁷⁵

לבסוף, את העיגון המשמעותי ביותר של הגישה הקישורית ניתן לעשות באמצעות תיקון החקיקה הקיימת. לשם כך אני מציעה שבמסגרת החריגים לחובת הסודיות הרפואית המפורטים בסעיף 20 לחוק זכויות החולה ייכלל חריג נוסף, אשר יאפשר למטופלים למסור מידע רפואי לקרובי המטופלים, ובלבד שמדובר במידע בסיסי שאינו בגדר מידע "חסוי ביותר", כפי שהגדרתי לעיל. החריג יחול בנסיבות שבהן המטופלים סבורים בתום-לב כי

172 ראו לעיל ה"ש 30–32 והטקסט שלידן.

173 חוזר "אמות מידה לניהול רשומת מטופל", לעיל ה"ש 31.

174 ראו חוזר "נהלי קבלה ושחרור בבתי חולים כלליים", לעיל ה"ש 43, בס' 2.1.7 ו-3.3.2.

175 יודגש כי יש להקפיד שהניסוח על-דרך השלילה לא יהיה גורף יתר על המידה, באופן שעלול לאיין את תוקפה של ההסכמה למסירת המידע. לכן ראוי כי תוכן הטופס יכלול הצהרה ולפיה המטופל מודע לזכותו לסודיות רפואית, וכי הוא בוחר לוותר עליה כלפי קרוביו ומאפשר למטופלים למסור לקרוביו מידע על-פי שיקול-דעתם, אולם ויתור זה לא יחול ביחס לאותם אנשים אשר יפורטו בשמותיהם על-גבי הטופס, שלגביהם זכות הגישה למידע נשללת על-ידי המטופל.

מסירתו משרתת את טובת המטופלים, וכי אין התנגדות מצד המטופלים למסירתו. חריג מוצע זה מאמץ למעשה את ההצעה שהוצעה לאחרונה לתיקון האסדרה האמריקאית.¹⁷⁶ הצעה זו מעניקה כאמור סמכות למטפלים ולגורמי הבריאות לבחון את מהותו ואת טיבו של הקשר בין המטפלים לקרוביהם, ולהכריע בהתאם בשאלת מסירתו של מידע רפואי בסיסי על-אודות מטופלים לקרוביהם, ואף קובעת חזקה שלפיה כאשר המטפלים עושים כן הם פועלים בתום-לב. דעתי היא כי הפתרון האמריקאי המוצע מהווה מודל ראוי, ויהיה נכון לאמצו גם בהסדר המשפטי הישראלי, וזאת מארבע סיבות: ראשית, פתרון זה מושתת על השכל הישר, על האינטואיציה ועל נסיון החיים של עובדי מערכת הבריאות, אשר עיסוקם היומיומי הוא בעבודה עם מטופלים ועם קרוביהם; שנית, פתרון זה מושתת על ההנחה שקרובים אשר מתעניינים בשלומם של יקיריהם ומגלים כלפיהם דאגה כנה אינם עונים אותם אלא במקרים חריגים בלבד; שלישית, פתרון זה משקף את אשר מתרחש ממילא הלכה למעשה בין כותלי המוסדות הרפואיים בארץ, והופך אותו מבלתי-חוקי לחוקי;¹⁷⁷ רביעית, פתרון זה הולם את התרבות הישראלית, המאופיינת כפמיליסטית.¹⁷⁸ מובן שהגנת תום-הלב לא תחול כאשר עולה מן הנסיבות שהקרובים אינם מקיימים עם המטופלים קשרי דאגה – למשל, כאשר ידוע למטפלים שמדובר בבני משפחה שמצויים בסכסוך משפטי או בבני-זוג בהליכי גירושים – או כאשר המידע הרפואי שנמסר הוא בגדר מידע רפואי "חסוי ביותר".¹⁷⁹

הצעתי אם כן כמה דרכים לעגן מבחינה משפטית את ההכרה בתוקפה של הגישה הקישורית במשפט הישראלי בכל הנוגע במסירת מידע רפואי לקרובי המטופלים. עם זאת, יודגש כי אף בהעדר עיגון רשמי ניתן לטענתו לקרוא את ההסדר המשפטי הקיים באופן שעולה בקנה אחד עם הגישה הקישורית ומאפשר בנסיבות המתאימות למסור מידע רפואי לקרובי המטופלים.

ה. סיכום

מאמר זה, העוסק במסירת מידע רפואי לקרוביהם של מטופלים, עוסק למעשה בפערים: בפער שבין החיבור האנושי שאנשים מקיימים בחייהם האישיים לבין הניתוק וההיפרדות שהם חווים בעת טיפול רפואי, בפער שבין ההסדר המשפטי בישראל להסדר המשפטי בארצות-הברית, בפער שבין ההסדרים המשפטיים הן בישראל והן בארצות-הברית לבין אופן יישומם על-ידי מטפלים בשטח, ובפער שבין עקרונות האתיקה של הצדק לערכי האתיקה של הדאגה לזולת. הטענה המרכזית השזורה לכל אורכו של המאמר היא כי המפתח לגישור על הפערים הללו נעוץ בשילוב הראוי של קולה של הדאגה עם קולו של

176 ראו לעיל ה"ש 68 והטקסט שלידה.

177 ראו הלוי, לעיל ה"ש 36, בעמ' 42–43.

178 ראו פוגל-ביז'אווי, לעיל ה"ש 92, וכן הטקסט שליד ה"ש 92.

179 ראו לעיל ה"ש 160 והטקסט שלידה.

הצדק. הסדר משפטי אשר ימזג כראוי את הקולות הללו ישאף לקדם ולטפח יחסים בין-אישיים אשר מושתתים על דאגה כנה והדדיות, מחד גיסא, ומקדמים הן את האוטונומיה של המטופלים והן את האוטונומיה של קרוביהם, מאידך גיסא.

לאורך המאמר נדונה שאלת מעמדם של קרובי המטופלים לאור גישות תיאורטיות שונות ולאור הסדרים משפטיים בארץ ובעולם, תוך בחינת יישומיהם הלכה למעשה. אלה נבחנו באמצעות מקרה-המבחן המנחה שכונה במאמר "אירוע חדר הניתוח", שבו רופאה מנתחת מוסרת פרטים על-אודות ניתוח שעבר המטופל לקרוביו הדואגים שבחדר ההמתנה, וזאת מבלי לקבל באופן ישיר את אישורו של המטופל לכך. בסיכומו של דבר מוצעת קריאה קישורית של ההסדר המשפטי הקיים בארץ, המובילה למסקנה כי בנסיבות של אירוע חדר הניתוח אין מניעה שהרופאה תמסור לקרובים את המידע המבוקש. מסקנה זו אינה גורפת, ויש ליישמה באופן זהיר המותאם לנסיבותיו של כל מקרה. במיוחד יש לשים לב לאופייה של מערכת היחסים שבין המטופל לקרוביו וכן למהותו של המידע הרפואי המבוקש. על הרופאה למסור לקרובים מידע על-אודות הניתוח שעבר המטופל כאשר יחסיהם עם המטופל נחזים על-ידיה בתום-לב כיחסים המושתתים על ערכי הדאגה, וכאשר המידע הנמסר אינו בעל מאפיינים רגישים.

עצם השימוש במונח "דאגה" מלמד על התאמתה המיוחדת של המסגרת הרעיונית של האתיקה של הדאגה לזולת לנושא המאמר. המונח "דאגה" טומן בחובו כפל משמעות, שכן הוא מתייחס הן לטיפול פיזי שמוענק לאתגר והן למצב הרגשי ביחס לאתגר.¹⁸⁰ המצב הרגשי טומן בחובו אף הוא כפל מובנים, ומתייחס הן לחשש לשלומו של האחר והן לאכפתיות כלפיו.¹⁸¹ המונח הלועזי "care", אשר מקובל לתרגמו בהקשר זה למונח העברי "דאגה", כולל גם משמעות נוספת, שיש לה חשיבות רבה לענייננו, והיא אהבה.¹⁸² שאלת מעמד הביאותי של קרובי המטופלים נדונה בהקשר של מאפייניה של מערכת היחסים שהם מקיימים עם המטופלים. ככל שמאפיינים אלו עולים בקנה אחד עם הגדרות המושגים "דאגה" ו-"care", כן הרלוונטיות של האתיקה של הדאגה לזולת וההלימות של אימוץ ערכיה גוברות. אולם ככל שמערכת היחסים מאבדת את מאפייניה כאמור, גם

180 מילון אבן-שושן, לעיל ה"ש 7, בעמ' 385 (כרך א), מגדיר את הפועל "דאג", בין היתר, כ"חרד לשלומו של" וכ"טרח וטיפל ב-".

181 כפל משמעויות זה בא לידי ביטוי בעיקר במשמעויותיו השונות של המונח "care" – מקבילו הלועזי של המונח העברי "דאגה". המילה "care" משמשת הן כשם-עצם והן כפועל. מילון "אוקספורד" מתרגם את שם-העצם care ל"תשומת לב; זהירות; השגחה; טיפול; דאגה". הפועל care מתורגם ל"אכפת לו; לדאוג; לרצות; לאהוב". הפועל care מתורגם ל"לאהוב; לרצות; לדאוג ל-; לטפל ב-". ראו HEBREW/HEBREW-ENGLISH DICTIONARY 59 (Ya'acov Levy ed., 1994). בכך מתבטאת התאמתו הרבה יותר של המונח הלועזי "care" לתיאור אתיקה זו ביחס למקבילו העברי, שכן המונח העברי "דאגה" כולל גם מובנים נוספים, אשר הקשרם שלילי יותר, כגון רוגזה, חרדה או חשש מפני רעה שתבוא (ראו את הגדרתו המילונית של שם-העצם "דאגה" על-פי מילון אבן-שושן, לעיל ה"ש 7, בעמ' 385 (כרך א)).

182 ראו בהערה הקודמת את התרגום המילוני לעברית של המונח הלועזי "care".

הרלוונטיות של האתיקה של הדאגה לזולת אובדת, ועקרונות האתיקה של הצדק נכנסים לתמונה ביתר שאת. את שילוב קולם של הצדק והדאגה יש ליישם אפוא על-פי מנגנון של "סרגל נייד". שילוב נכון של שתי הגישות הללו יוביל למצב האידיאלי שמאמר זה מכוון אליו: הענקת חשיבות מוסרית לקיומם של יחסים בין-אישיים המושתתים על דאגה כנה, באופן שיאפשר לכלל הגורמים המעורבים – למטופלים ולקרוביהם כאחד – ליהנות מאוטונומיה אותנטית ומיטבית.

במאמר זה הצעתי קריאה של ההסדר המשפטי הישראלי בנוגע למסירת מידע לקרובי המטופלים לאור הגישה הקישורית. קריאה זו משנה מן הפרשנות המקובלת להסדר הקיים, המקובלת על-ידי גופים רשמיים דוגמת מבקר המדינה ומשרד הבריאות. טענתי היא כי בניגוד להנחות המקובלות, במצבים ובהקשרים מסוימים ניתן למצוא הצדקה מוסרית דווקא למסירת מידע רפואי לקרובים, ולא להימנעות ממסירתו. אלא שהצדקה מוסרית זו מחייבת שינוי בתפיסה המקובלת בביואתיקה ובמשפט הרפואי, אשר ישקף את האיזון הראוי בין קולו של הצדק לבין קולה של הדאגה.