

הקדמה

תהליך האבחון והטיפול הרפואי מורכב מכמה שלבים. תחילה מגיע המטופל ומספר לרופא בשפתו שלו על התסמינים שאותם הוא תופס כבעיה רפואית, והגורמים לו לסבל. על סמך המידע שמסר המטופל (אנמנזה – תולדות החולה), על סמך הבדיקה הגופנית ובדיקות עזר נוספות ועל פי הידע המקצועי שלו הרופא מנסח את האבחנה, את האופן שבו הפתולוגיה המשוערת אחראית לתסמינים שמהם סובל החולה (הפתוגנזה) ובעקבותיהם את הטיפול.

על אף שאיפה שבשלב הבא יירפא החולה ריפוי מוחלט, שאיפה המשותפת לחולה ולרופא, במקרים רבים נוסף שלב בלתי נמנע והוא ההתמודדות עם הופעתן של תופעות לוואי הנובעות מהטיפול. על פי עצמת תופעות הלוואי וטיבן מעריך הרופא כיצד לפעול – אם נכון יהיה להמשיך באותו הטיפול חרף תופעות הלוואי (מתוך ציפייה שהן יחלפו עם הזמן או משום שמידת התועלת שבטיפול עולה על הנזק), אם יש להפסיק כליל את הטיפול ולעבור לטיפול שונה, או אם כדאי להמשיך בטיפול הנוכחי במינון נמוך יותר או לשלב בו טיפול נוסף שמכוון להפיג את תופעות הלוואי. טיפול רפואי שמתמקד באופן בלעדי בתסמינים הראשוניים של החולה אך מתעלם מתופעות הלוואי שגורם הטיפול עצמו עשוי להוביל לתוצאות עגומות, בבחינת "הניתוח הצליח אך החולה מת".

בעשורים האחרונים חל מפנה ביחסי רופא-חולה. בעבר שלטה בכיפה גישת הרפואה הפטרונית (פטרנליסטית), אשר תפסה את הרופא כבעל הידע ולפיכך כבעל מעמד דומיננטי וחזק יותר מזה של החולה, ואפשרה לו לקבוע באופן חד-צדדי את הטיפול שנתפס בעיניו כטוב ביותר עבור החולה. לעומתה הגישה הנוכחית, המכונה לעתים בשם "רפואה 'חוזית'", גורסת כי הרופא הוא ספק של ידע ושל טכנולוגיה המציע את שירותיו המקצועיים לחולה בהתאם לדרישותיו של החולה.¹

במאמר זה אעסוק בסוגיית חלקו של המשפט בעיצוב פרקטיקה רפואית זו ובהשפעתו עליה, בהשראת מודל האבחון והטיפול הרפואי ששורטט לעיל – המשפט יוצג כטיפול, כתרופה שניתנה למערכת הרפואה לאחר שזו הוערכה כחולה. נושאו המרכזי של המאמר הוא בחינת השפעתו של המשפט – כתרופה – על הפרקטיקה הרפואית, בהיבטי היעילות ותופעות הלוואי. הטיעון העיקרי שאציג במאמר הוא שלצד התועלת שצומחת לחברה עקב

* עוזג גולד (MD, PhD) הוא עמית בתר־דוקטורט ביחידה למשפט, אתיקה ופסיכיאטריה, המחלקה לפסיכיאטריה, אוניברסיטת קולומביה, ניו יורק.

1 ההגדרות למושגים "רפואה פטרונית" ו"רפואה 'חוזית'" הוצגו לעיל באופן כללי ופשטני, כמתבקש מדברי הקדמה. בהמשך המאמר תוצג התייחסות מעמיקה יותר למושגים אלה. בהיעדר כינוי מוסכם למודל הרפואי המנוגד למודל הפטרוני אעשה שימוש במסגרת המאמר במספר כינויים, כגון: "רפואה 'חוזית'", "מודל חוזי", "מודל חוזי-אינפורמטיבי", המתייחסים כולם לאותו מודל, השונה מהמודל הפטרוני.

התערבותה הגוברת של מערכת המשפט בפרקטיקה הרפואית, נובעות ממנה גם השפעות מזיקות משמעותיות שיש להיות מודעים אליהן ואף לפעול באופן אקטיבי למזעורן. בשונה ממאמרים אחרים שעסקו בנושא והדגישו את ההשפעות השליליות הממשיות של התערבות זו (כגון עלייתה של רפואה מתגוננת), במאמר זה אבקש להצביע על השפעה מופשטת וחמקמקה יותר, אשר בדרך כלל אינה זוכה לתשומת לב אולם היא הרסנית לא פחות, והיא כרסום הדרגתי במרחב האתי של הפרקטיקה הרפואית.

אם נמשיך בהקבלה לתחום הרפואה, הרי מבחינה מתודולוגית, הדרך הטובה ביותר להצדיק טיעון הקשור לשינוי במציאות עקב התערבות חיצונית היא באמצעות השוואה אמפירית בין נתונים על אודות המצב שלפני ההתערבות לבין נתונים על אודות המצב שלאחר ההתערבות. בהקשר הנוכחי, לו ניתן היה להשוות נתונים אמפיריים מדידים בדבר אופי היחסים בין הרופא לחולה בתקופה שלפני התערבותה של מערכת המשפט בעיצוב יחסים אלה עם נתונים אמפיריים מקבילים מהתקופה שלאחר ההתערבות המשפטית, אפשר היה לקבל תמונה שמבוססת על עובדות מוצקות ולא על הערכות בלבד. אולם, מאמר זה יוגבל בדרך כלל לרמה התאורטית, מסיבות מתודולוגיות הקשורות לאופי של מדעי הטבע – השונה מזה של מדעי החברה, ומסיבות נקודתיות הקשורות לנושא הנחקר, כגון היעדר גבולות זמן מובהקים בין תקופה לתקופה (הואיל ומדובר בתהליך הדרגתי) והיעדר נתונים אמפיריים הניתנים להשוואה ישירה. אמנם במהלך הדברים אציג נתונים אמפיריים שלעניות דעתי עולים היטב בקנה אחד עם הטעון המרכזי המוצג במאמר זה, אך ברור שלא מדובר בנתונים שבכוחם לבסס את הטעון באופן מוחלט.

התהליכים שקשורים לאינטרקציה שבין המשפט לבין החברה והתרבות הם רב־ממדיים. לא יהיה זה נכון להציע הסבר לשינוי חברתי־תרבותי רק על סמך בחינתו של היבט יחיד (היסטורי, סוציולוגי, פילוסופי וכדומה). אף על פי כן, מבחינה מתודולוגית נראה שאין מנוס מלקיים דיונים מקבילים על אודות תהליך מסוים – כל דיון יתמקד בהיבט אחר של התופעה וכביכול יתעלם לרגע מההיבטים האחרים שנוגעים לסוגיה. כאשר לנושא הנידון במאמר זה, השינויים שחלו באופי הקשר שבין הרופא לחולה בעשורים האחרונים הם רב־ממדיים, וקשורים בחלקם לחידושים בטכנולוגיה ולתמורות סוציולוגיות והיסטוריות שעברו על החברה המערבית בכלל ועל הפרקטיקה הרפואית בפרט. לכן, בחינת השינויים באופי היחסים שבין הרופא לחולה מן התקופה שבה הייתה העמדה הפטרונית דומיננטית עד לתקופה הנוכחית שבה שיח זכויות החולה מעצב את אופי ההתקשרות בין החולה לרופא, יכולה להיעשות גם מבלי להתעכב על ההיבט המשפטי כלל ועיקר.² תרומתו של המאמר הנוכחי היא בהסבת תשומת הלב להקשר המשפטי ובחידוד מושגי של ההשפעה שיש להתערבות המשפט על עיצוב יחסי רופא־חולה. מובן שהתיאור שיוצג להלן הוא חלקי בלבד והוא חלק נוסף בפסיפס הכולל, ואינו מתכחש להשפעתם של גורמים נוספים על תהליך השינוי שעבר על מערכת הרפואה ועל יחסי רופא־חולה.

2 לדוגמה טובה לסקירה כזו, הבוחנת את השינויים בעיקר בהקשר הפילוסופי, ראו: ALFRED I. TAUBER, PATIENT AUTONOMY AND THE ETHICS OF RESPONSIBILITY 57–82 (2005).

כמו כן, מנקודת מבט של הפילוסופיה של המשפט ניתן לראות במאמר זה דוגמה אחת מני רבות לתופעה רחבה יותר, הקשורה להשפעה של התערבות מערכת המשפט בהסדרת יחסים שקודם לכן היו מושגים על האתיקה של הפרופסיה המקצועית. הגישה שבה נקטתי במאמר זה היא ניסיון לאחד בין נקודת מבט מופשטת, שמתאפיינת ברפלקטיביות ומתייחסת לתהליך הגלובלי שנידון, לבין נקודת מבט אישית, קיומית, שמקורה בחוויה היום-יומית של העוסק ברפואה.

א. התסמינים

העיסוק ברפואה כרוך בלמידה מתישה לאורך שנים רבות. בסיומו של תהליך הלמידה, פער המידע שנוצר בין הרופא למטופל הוא עצום, עד כדי כך שלעתים השפה שבה מתאר החולה את מכאוביו שונה לחלוטין מהשפה שבה משתמש הרופא לאבחון החולה ולטיפול בו.

לאורך ההיסטוריה העצימה עובדה זו את פער המעמדות שבין הרופא לחולה. בעבר, ראה הרופא את עצמו כבעל ידע עצום וכמקצוען בעל כוחות שהם כמעט מאגיים, ואף נתפס ככזה על ידי החולה. כשם שלאליים יוחסו כוחות ריפוי כך יוחסו לרופא, במידה מסוימת, כוחות על-אנושיים. הרופא נתפס על ידי החולה כמי שיודע טוב יותר ממנו ממה הוא סובל ומהם האמצעים שיש לנקוט כדי להביא מזוור לתחלואיו. לכן, כשפנה חולה לרופא היה ברור לשניהם שחווה הטיפול הבלתי כתוב ביניהם מושתת על התמסרות מוחלטת של החולה לרופא, וכי הרופא יעשה בחולה כטוב בעיניו. במערכת היחסים שבין הרופא לחולה היה החולה פסיבי לחלוטין: לא אחת קרה שעד תום תהליך הטיפול לא ידע החולה מאיזו מחלה הוא סובל, מה הטיפול שיקבל, מהן תופעות הלוואי הצפויות בעקבות הטיפול, מהי הפרוגנוזה הצפויה וכדומה. בורותו המוחלטת של החולה באשר לתהליך הטיפול אפשרה לעתים, כאשר נעשתה טעות במהלך הטיפול, להסתיר את המידע מהחולה או להשתיקו.

בהשפעת הריכוזומיה בין מדעי הטבע למדעי הרוח בסוף המאה התשע-עשרה ובראשית המאה העשרים ובעקבות ההתפתחות ההדרגתית של מדעי הטבע והחיים במאה השנים האחרונות, הלכה והתעצמה תפיסת החולה כאובייקט ביולוגי. תרמה למגמה זו גם טכנולוגיה חדשנית, שהובילה לשיפור ניכר באפשרויות ההדמיה של גוף החולה ובטיפול הספציפי. החדשנות הולידה התמחויות ותתי-התמחויות ברפואה, ואלה העמיקו את תפיסת החולה כאובייקט ביולוגי ו"פירקו" אותו מאורגניזם ביולוגי שלם למערכות, לאברים ואף לתאים בודדים שנתפסו כ"חולים". עקב מגמות אלה נתפסה המקצוענות הרפואית יותר ויותר כבעלת זיקה לפן הביולוגי של החולה, לגופו ולאבריו ה"חולים", והרופא הטוב נתפס כרופא שמגיע במהירות וביעילות לאבחנה הנכונה ומציע את הטיפול הנכון באופן המושלם ביותר. תפיסת החולה כסובייקט, על רגשותיו ועל ההתמודדות הקיומית שלו עם המחלה, הלכה ונזנחה.³

ככל שהחולה נתפס כאובייקט ביולוגי כך התעצמה ההומוניזציה שלו, ונוצרה אצל הרופא תשתית קוגניטיבית (לא מודעת בחלקה) שחיוקה את המאפיינים הפטרוניים של הפרקטיקה הרפואית. מצב זה השפיע באופן בלתי נמנע על אופי התקשורת הבין-אישית בין הרופא לחולה: לעתים הרופא לא שוחח עם החולה על מחלתו כלל או שדיבר עם החולה בשפה מקצועית המובנת לרופא בלבד. בשל כך נתפס הרופא בעיני רבים כמתנשא, כמנוכר וכאדיש לסבלו של החולה. לעתים, התייחס החולה לחוויה הבלתי נעימה הכרוכה במפגש עם רופא כזה כחלק מהסבל ההכרחי הכרוך במחלה הגופנית עצמה (כפי שבלע החולה תרופה שטעמה מר, כך "בלע" את עמדתו המתנשאת של הרופא בדרך אל ההחלמה). החולה קיבל את דפוס הקשר הזה עם הרופא כמובן מאליו, כחלק בלתי נפרד מפער הידע שבינו לבין הרופא, ולא חווה אותו כבעיה.

אולם החל משנות השישים של המאה העשרים הגיע הרגע שבו הוגדשה הסאה, וגרם לשינוי הגישה; מאותו רגע, נתפס היחס המזלזל והמתנשא מצד הרופא בעולם המערבי כמחלה שיש לטפל בה ואף ניתן לעשות זאת. בד בבד, הועלו ספקות באשר להנחות היסוד שעליהן הושתתה הפרקטיקה הרפואית דאז, כגון האם אכן על הרופא לעשות בחולה כטוב בעיניו ולא כטוב בעיני החולה עצמו? האם אין לחולה זכות לדעת ממה הוא סובל, באמצעות הסבר מניח את הדעת בשפתו שלו, ולהכריע באופן עצמאי בדבר אופן הטיפול? אם כן, הקערה התהפכה על פיה, והחברה החלה לראות במערכת הרפואה כחולה בעצמה.⁴ אולם מה עושים כאשר הרופא חולה? למי ניתן לפנות כדי להביא מזור למחלה? אמרו חז"ל: "אין חבוש מתיר עצמו מבית האסורים";⁵ לכן היה הכרח לפנות לגורם אחר, חיצוני לממסד הרפואי, כדי למגר את התופעה, ומערכת המשפט תפסה באופן טבעי את מקום "הרופא" שאמור לטפל ב"מחלתה" של מערכת הרפואה. כעת היה על מערכת המשפט – כמתווכת וכנציגת החברה כלפי הממסד הרפואי – לאבחן את שורש הבעיה ולאחר את הדרכים לטפל בה.

ב. האבחנה

בדומה לתהליך האבחון הרפואי, שבו מוגדרת המחלה בשפה שונה מהגדרתו של החולה את תסמיניה, גם ל"מחלתה" של מערכת הרפואה ניתן שם – "רפואה פטרונית". הפתוגנה שהוצעה הושתתה על המבנה הפטרוני, שלפיו הרופא רואה את עצמו כאחראי הבלעדי למצבו של החולה, החל מתהליך האבחון וכלה בטיפול. החולה נתפס בעיני הרופא כאובייקט ביולוגי, ובשל כך נעשתה דה-הומוניזציה ודה-פרסונליזציה שלו. טיעון שכיח היה שהרופא הפטרוני התייחס למחלה אך לא לחולה. לפיכך, התעלמו רופאים מרצונותיהם של חולים, הסתירו מהם מידע, פגעו בכבודם, קבעו עבורם מה טוב להם ולא נתנו להם את הזכות הבסיסית לאוטונומיה על גופם.

4 נראה שהסלידה מן העמדה הפטרונית עומדת ביסוד מגמות של ביקורת רדיקלית על הממסד הרפואי בכללו, שהופיעו בשנות השבעים ובאו לידי ביטוי בעבודותיהם של איבן איליץ' (נקמת הרפואה) ושל מישל פוקו (The Birth of the Clinic). לסקירה של עבודותיהם ראו דוד הד אתיקה ורפואה 22–31 (1989).

5 בבלי, ברכות ה, ע"א ונדרים ז, ע"ב.

העמדה הפטרונית נתפסה כאויב החברה וכמחלה שיש למגרה. עדות לכך ניתן למצוא, בין השאר, בדבריה של שופטת בית המשפט העליון, דליה דורנר: "החולה אינו אובייקט. הוא הסובייקט הנושא בתוצאות הסיכון והסיכוי שנוטל הרופא בבוחרו בדרך הטיפול. על כן עומדת לו זכות יסוד הנובעת מן האוטונומיה של הפרט להחליט מדעת".⁶

ג. הטיפול

מטרת הטיפול הוגדרה כחיסול הרפואה הפטרונית וכמעבר לרפואה "חוזית" או אינפורמטיבית, לפיה החולה נתפס כלקוח של הרופא, והרופא אמור לספק לחולה שירות לשיעור רצונו המרבית. רפואה כזו, כך הוערך, תביא מזוור לרוב תחלואיה של הרפואה הפטרונית, ותעביר את מוקד הכוח לידי של החולה.

אחד האמצעים המרכזיים שסייעו למעבר מרפואה פטרונית לרפואה "חוזית" הוא מערכת המשפט. זאת בהתאם לרוח התקופה, שבה התפתח שיח תרבותי ומשפטי בנוגע לזכויותיו האינדיבידואליות של הפרט ולראגה מפני פגיעת מוקדי כוח באוטונומיה שלו. חקיקת חוקים המסדירים את מעמדו של החולה ואת זכויותיו, לצד אכיפתם האינטנסיבית בבתי המשפט באמצעות תביעות בגין הפרת זכויות אלה, כוננו בהדרגה את המעבר מרפואה פטרונית לרפואה "חוזית". ידו האיתנה של החוק חייבה את הרופאים לשמור על כבודו של החולה, לא להסתיר ממנו מידע הנוגע למצבו, להעניק לו אוטונומיה מלאה באשר להחלטות הנוגעות למצבו הגופני וכדומה.⁷ התקווה הייתה שבאמצעות החוקים יהפוך החולה בעיני הרופא מאובייקט לסובייקט, וכי הרופא יראה בחולה בן אדם אוטונומי בעל אישיות, שאיפות ורצונות שאין להתעלם מהם בתהליך הטיפול בו. תכלית המהלך הייתה להבהיר כי הרופא והחולה הם שותפים בתהליך ההתמודדות עם המחלה, אולם החולה הוא השותף הבכיר, בעל זכות ההכרעה, ואילו הרופא משמש כספק של מידע ושל טכנולוגיית טיפול.⁸

6 ע"א 434/94 שי ברמן ותומר גל נ' מור המכון למידע רפואי בע"מ, פ"ד נא(4) 205 (1997).
7 לסקירה על אודות ההשפעה ההדרגתית של מערכת המשפט על כינון יחסי רופא-חולה, בעיקר בנוגע לעליית הדוקטרינה של ההסכמה מדעת (Informed Consent) בארצות הברית, ראו: JESSICA W. BERG, INFORMED CONSENT 41-74 (2001). ראו שם, בעמ' 48, הפְּנִיָה לפסיקה הממחישה את הקריאה להשתית את הפרקטיקה הרפואית על נורמה משפטית, כדלקמן: "[R] espect for the patient's right of self-determination on particular therapy demands a standard set by law for physicians rather than one which physicians may or may not impose upon themselves", *Canterbury v. Spence*, 464 F.2d 772, 784 (D.C. Cir. 1972).

8 רבות נכתב על המודלים השונים של יחסי רופא-חולה ועל מגמת ההיחלשות של המודל הפטרוני. ראו למשל הר, לעיל ה"ש 4, בעמ' 71-90; כרמל שלו "זכויות בריאות" דילמות באתיקה רפואית 37, 40 (רפאל כהן-אלמגור עורך, 2001); E.J Emanuel & L.L Emanuel, *Four Models of the Physician-Patient Relationship*, 267(16) JAMA 2221 (1992). לדין נוסף על אודות סוגים שונים של פטרונות (פטרנליזם) ראו: TOM L. BEAUCHAMP & JAMES F. CHILDRESS, *PRINCIPLES OF BIOMEDICAL ETHICS* 176-194 (2001).

ד. יעילות

התערבות מערכת המשפט בעיצוב מערכת היחסים שבין הרופא לחולה הובילה, ככל הנראה, לשינוי משמעותי ומבורך בכל הקשור לאופן הטיפול בחולה. נראה שנהלי עבודה קלוקלים, שהיו נחלת הרפואה במשך שנים רבות, החלו להיעלם בהדרגה ממסדרונות בתי החולים והמרפאות. בהשפעת החקיקה והפסיקה בתחום התפתח בהדרגה דפוס עבודה מובנה שכלל מערכת בקרה בירוקרטית, מערכת שנועדה לצמצם עד כמה שניתן את המצבים שבהם מופרות זכויותיו של החולה. באופן עקרוני תרמה מערכת המשפט תרומה חיובית ומכרעת לקידום איכות הרפואה. בהקשר הישראלי, ניתן לראות בחוק זכויות החולה,⁹ הצעת תרופה יעילה לרבים מתחלואיה של הרפואה המערבית הישנה, הפטרונית. בחוק הוגדרו הסטנדרטים שעל פיהם יש לכוון את הקשר בין הרופא לחולה, בעיקר בנוגע לאופן שבו יש לשמר את האוטונומיה של החולה ולכבדה, גם במסגרת מדרגית כמו בית חולים.

אם כן, הטיפול ב"מחלת הפטרנליזם" של הרפואה הוכתר בהצלחה – הניתוח הצליח. אולם עם הזמן ובשל העלייה במינון ההתערבות המשפטית החלו להופיע באופן בלתי נמנע "תופעות לוואי".

ה. תופעות לוואי

כיוון שהדיון על אודות תופעות הלוואי הוא הנושא המרכזי של מאמר זה, בטרם אתייחס לשימוש המטפורי במונח זה במקרה הספציפי הנוגע לנושא הדיון, אציג בקצרה ובאופן כללי את המונח עצמו.

תופעת לוואי היא השפעה של התערבות רפואית (בדרך כלל תרופה) על המטופל באופן שאינו הכרחי להשגת תכלית הטיפול. המנגנון של הופעת תופעת הלוואי משתנה, וברוך כלל קשור להשפעה ישירה או עקיפה של הטיפול על אתר פעולה פיזיולוגי בגוף. לעתים דווקא אותה השפעה בלתי צפויה ובלתי רצויה על המטופל היא הדומיננטית ויש להפסיק את הטיפול בגללה. עיתוי הופעתה של תופעת הלוואי אינו קבוע: ישנן תופעות לוואי מיידיות, המופיעות סמוך להשפעה התרפויטית הרצויה; ישנן תופעות לוואי מאוחרות, שמופיעות רק לאחר תקופה מסוימת; ישנן תופעות לוואי שמופיעות בהדרגה רק לאחר טיפול ממושך ורצוף.¹⁰

מקובל כי לצורך הערכה של תופעות לוואי אין להסתפק בבחינת ההשפעה של תרופה על תא, על מסגף (סינפסה) או על רקמה מבודדת בתנאי מעבדה, אלא יש לבחון את השפעת התרופה על האורגניזם הביולוגי כולו ("in vivo"). כפי שטענתי במקום אחר,¹¹ באותה המידה אין להעריך את יעילותה של התערבות רפואית רק לפי ההשפעה הביולוגית על הגוף, אלא יש לבחון את השפעתו הכוללת של הטיפול הרפואי בפועל –

9 חוק זכויות החולה, התשנ"ו-1996 (להלן: "חוק זכויות החולה").

10 ראו ערנה אופנהיימר הטיפול התרופתי: דרכי פעולה ועקרונות השמוש 11–12 (1999).

11 עזגד גולד "הצד האפל של תרופות יעילות – על ההשפעה של תרופות יעילות במישורים חוץ פרמקולוגיים", לא פורסם.

להתייחס למרכיבים פסיכולוגיים, סוציולוגיים וכדומה. לעתים, אף שתרופה עשויה להיות יעילה מבחינת השפעתה הפיזיולוגית הרי שימוש בלתי הולם בתרופה, שנובע מגורמים פסיכולוגיים, סוציולוגיים וכדומה, עשוי בסופו של דבר להגביר תחלואה.¹² בדומה לכך, יש מקום לבחון את ההשפעה של התגברות ההתערבות המשפטית בפרקטיקה הרפואית באופן נרחב, לרבות "תופעות לוואי" שאינן תוצר ישיר של התערבות זו אלא שנגרמו באופן עקיף בתיווכן של השפעות פסיכולוגיות וסוציולוגיות, ומופיעות כתופעות לוואי מאוחרות. כפי שצוין לעיל, בחינה זו היא קריטית ובלעדיה לא ניתן להעריך אל נכון את ההשפעה הכוללת של התערבות מערכת המשפט על עולם הרפואה. חשוב להדגיש כי השפעות לוואי רחבות אלה אינן הכרחיות לטיפול, ובאופן תאורטי בהחלט ניתן להעלות על הדעת טיפול שאינו נתון להשפעות כאלה, אך בחינה ראלית של המציאות חושפת את קיומן.

בספרות תוארו היטב שתי תופעות הקשורות למפנה שחל עם חדירתה ההדרגתית של מערכת המשפט לפרקטיקה הרפואית.¹³ התופעה הראשונה עניינה בהשלכות כלכליות עקיפות של התהליך הנזכר לעיל, בשל ריבוי תביעות בגין רשלנות רפואית והשלכותיהן על הביטוח (בעיקר בארצות הברית).¹⁴ עניינה של התופעה השנייה בשינוי שחל באופי הפרקטיקה הרפואית לאור צמיחתה של "רפואה מתגוננת".¹⁵

12 למשל, לפני כמה שנים נמצא שדווקא עם הופעתם של תכשירים מסנני קרינת שמש יעילים ביותר ועם העלייה בהיענות הציבור להשתמש בהם, נצפתה עלייה במקרי סרטן העור הנגרמים מקרינה. אחד ההסברים לתופעה היה השימוש בתכשירים הללו גרם למשתמשים לתחושות של ביטחון ושל הגנה, ובשל כך הם נמנעו מנקיטת פעולות מניעה אחרות, כגון הימנעות מחשיפה לשמש ולבישת לבוש מגן. הימנעות זו הובילה בסיכומו של דבר לעלייה בשכיחות מקרי הסרטן, למרות ההשפעה הפיזיולוגית המיטבית של התכשירים מסנני הקרינה. ראו: Martin A. Weinstock, *Do Sunscreens Increase or Decrease Melanoma Risk: an Epidemiologic Evaluation*, 4(1) J. INVESTIG. DERMATOL SYMP. PROC. 97 (1999). על פי השערה זו, המקרה הנזכר לעיל הוא דוגמה למצב שבו עקב "תופעת לוואי" פסיכולוגית – תחושתו של המשתמש כי הוא מוגן לחלוטין – ההשפעה הסופית של ההתערבות הרפואית הייתה פחותה משניתן היה לצפות על פי תכונותיה הפרמקולוגיות בלבד.

13 תופעות אלה נדונו בהרחבה במסגרות שונות, ועל כן הסתפקתי באזכורן בלבד.

14 עובדה זו תרמה לשינוי בקרב הקהילה הרפואית בשני מישורים: בהתחזקות מגמת הפרישה מעיסוק ברפואה באופן כללי, ובדלדול כמות העוסקים בענפי הרפואה הנחשבים כחשופים יותר לתביעות בגין רשלנות רפואית (כגון מיילדות). ראו: Michelle M. Mello, David M. Studdert, Catherine M. DesRoches, Jordon Peugh, Kinga Zapert, Troyen A. Brennan & William M. Sage, *Effects of a Malpractice Crisis on Specialist Supply and Patient Access to Care*, 242 (5) ANNALS OF SURGERY 621 (2005).

15 כינוי זה מתייחס לפרקטיקה רפואית שבמהלכה הרופא מפנה את החולה לביצוע פרוצדורות שמבחינת שיקול הדעת הרפואי כשלעצמו הן מיותרות, מתוך מטרה להימנע מתביעה עתידית (רפואה מתגוננת חיובית), או לחילופין, כאשר הרופא נמנע מלבצע התערבות רפואית נדרשת מחשש לתביעה משפטית בגינה במקרה של הסתבכות (רפואה מתגוננת שלילית). המדיניות של רפואה מתגוננת אינה תוצר של פעילות מודעת בלבד, ואף נראה שפרקטיקות רפואיות שגרתיות ניתנות להסבר כביטוי לרפואה מתגוננת תת-הכרתית. ראו: Asher Elad, Yoav

להלן אתאר בהרחבה השפעה נוספת שיש להתערבות המשפט על העמדה שנוקט הרופא כלפי החולה, אשר כמדומני לא זכתה לביטוי הולם עד כה. אף שהשפעה זו קשורה בחלקה לשתי התופעות המצוינות לעיל, מכל מקום היא חמקמקה, נסתרת, ואינה בולטת באופן מיידי למתבונן מהצד. כדי לחוש בה ולהתייחס אליה יש לבחון את הקשר שבין הרופא לחולה מבחינה קוגניטיבית וחוייתית. היא קשורה ברובה לשינוי ביחסו המנטלי של הרופא אל החולה, ולפיכך אינה יכולה להיות מיוצגת על נקלה באופן אמפירי. בהמשך אציג טיעון עקרוני לפיו המעבר מרפואה פטרונית לפרקטיקה רפואית שבה מערכת היחסים שבין הרופא לחולה מושתתת על חוק, גרם באופן בלתי מודע לאבדן המרחב האתי באותה מערכת יחסים. טענתי היא כי השינוי בהבנת הרופא את תפקידו ובהגדרתו העצמית הוביל, בסופו של דבר, לפגיעה בחולה ובאיכות הטיפול.

1. הצד האחר של הרפואה הפטרונית

כאמור לעיל, בשלושת העשורים האחרונים אנו עדים לשינוי משמעותי באופיו של הקשר שבין הרופא לחולה. בעבר, בהתאם למודל הפטרוני, הקשר שבין הרופא לחולה התאפיין בדומיננטיות כמעט מוחלטת של הרופא בכל הקשור למדיניות הטיפול בחולה. לעומת זאת כיום, פרט למצבים חריגים (כדוגמת מצבי חירום, שבהם החולה אינו מסוגל לקבל החלטות בנוגע לאופן הטיפול בו) היחס לחולה הוא כאל יצור אוטונומי בעל השקפת עולם ערכית עצמאית, הזכאי לקבל מידע רפואי כדי שיוכל לקבל בעצמו את ההחלטה בעניין אופן הטיפול בו.¹⁶

Parag, Lior Zeller, Ronit Yerushalmi & Haim Reuveni, *Unconscious Defensive Medicine: The case of Erythrocyte Sedimentation Rate*, 18(1) EUR. J. OF INTERNAL MED. 35 (2007). מלבד העלויות הגבוהות הכרוכות בנקיטת רפואה מתגוננת, ביצוע התערבויות רפואיות מסוימות (כגון בדיקות הרמיה פולשניות) כרוך בסיכון פיזי של ממש לחולה. בראייה כוללת, מדיניות הרפואה המתגוננת גרמה לא רק לאיבוד כספים שלא לצורך, אלא גרוע מכך – גם גבתה מחיר של חיי אדם. ראו: Daniel Kessler, Nicholas Summerton, & Johan R. Graham, *Effects of the Medical Liability System in Australia, the UK, and the USA*, 368 (9531) LANCET 240 (2006); David M. Studdert, Michelle M. Mello, William M. Sage, Catherine M. DesRoches, Kinga Zapert & Ttoyen A. Brennan, *Defensive Medicine Among High-Risk Specialist Physicians in a Volatile Malpractice Environment*, 293(21) JAMA 2609 (2005); Robert J. Rubin & Daniel M. Mendelson, *How much Does Defensive Medicine Cost?* 4(4) J. AM HEALTH POL' 7 (1994) אשר למצב בישראל, ראו בנימין מוזס אדם חסר פנים: משבר הזהות של הרפואה המודרנית 14–15 (התשס"ו); טלי בר אשר "האם התנהגות הרופאים פוזלת לעבר 'רפואה הגנתית' רפואה ומשפט כג 28 (2000).

16 ניסוח זה הוא הפשטה בסיסית ביותר של התהליך לצרכיו של מאמר זה. אין זה המקום להרחיב בנושא התשתית הרעיונית והתרבותית שהיותה מצע לדעיכת המודל הפטרוני ולהיעלמותו בהדרגה מעולם הרפואה המודרני, או לחלופין, לאמוד את השלכותיו העתידיות של דעיכת המודל. אני מקווה להרחיב על כך את הדיבור במקום אחר.

ההתנתקות ההדרגתית מהמודל הפטרוני ברפואה הייתה תהליך מבורך מבחינות רבות. עם זאת, כאמור, גם לתרופה יעילה יש תופעות לוואי. המעבר ממודל פטרוני למודל חוזי או אינפורמטיבי אינו פועל רק לטובתו של המטופל. ניתוח מעמיק יותר של תהליך מורכב זה מצביע על היבט מסוים, בלתי נמנע, הכרוך בתהליך ואשר בנסיבות מסוימות עשוי להיות מנוגד לאינטרס של המטופל. היבט זה נוגע לעמדה המנטלית שנוקט הרופא כלפי המטופל, ולעמדה המוסרית הקושרת בין הרופא לבין המטופל.

מקובלת הקביעה שההבדל בין הגישה הפטרונית לגישה האינפורמטיבית או החוזית אינו מוגבל רק לפן המעשי של מידת האוטונומיה המוענקת לחולה. קיים שוני עקרוני בין שתי הגישות באשר למקור התוקף של החובות המנחות את התנהגותו של הרופא: "במודל הפטרוני נגזרות החובות מעקרונות ומאידאליים על אישיים, כמו קדושת החיים, החובה לסייע לזולת, טוהר מידותיו של הרופא עצמו... במודל החוזי, לעומת זאת, נגזרות החובות מעצם ההתקשרות הרצונית בין שני הצדדים, הרופא והחולה"¹⁷. הבדל זה מכריח את הרופא לנקוט עמדה מנטלית שונה כלפי המטופל במישור הפסיכולוגי, כפי שיוסבר להלן.

המושג פטרוניות (פטרנליזם) נגזר מהמילה "Pater", שמשמעותה בלטינית "אב". עובדה זו ממחישה באופן אותנטי את מערכת היחסים האידאלית שבין הרופא לחולה, הנגזרת ממודל זה. כשם שאב מחויב לפעול לטובת בנו מעצם מעמדו הטבעי, כך מחויב הרופא לפעול לטובת מטופלו מעצם מעמדו המקצועי. המטופל, כמו הבן, נתפס כחלש יותר ולפיכך כזקוק להגנתו ולתמיכתו של הרופא. הרופא נתפס כחזק הן בשל ידיעותיו הן בשל חוסנו הפיזי, העולים על אלה של החולה. לכן, על פי המודל הפטרוני יש לאישיותו של המטופל חשיבות משנית בלבד, כיוון שהחוויה המכוננת של ההתקשרות בין הרופא לחולה היא בראש ובראשונה בין החזק, התומך – האב, לבין החלש, הנתמך – הבן.

לעומת זאת, על פי המודל החוזי-אינפורמטיבי הרופא והחולה הם שני צדדים בעלי מעמד שווה, הנכנסים מרצונם להתקשרות משותפת. בדומה להתקשרות עסקית, לכל אחד מהצדדים יש ציפיות מהמפגש ואינטרסים משלו. הרופא מודע לכך שעליו ללמוד מהן הציפיות של החולה, הנגזרות מאישיותו, ולתת להן מענה. על פי מודל זה החולה אינו נתפס בעיני הרופא כחלש כלל ועיקר אלא כלקוח שותף לתהליך ואף כשותף בכיר בעל זכויות נרחבות המעוגנות בחוק.

מתנגדי המודל הפטרוני הדגישו, בצדק, את ההשלכות השליליות על האינטרסים של החולה הנגזרות מעמדה זו. אולם דומני שלא ניתנה תשומת לב מספקת לצדדים החיוביים בקשר שבין הרופא לחולה, הייחודיים למודל הפטרוני. לא הרי רופא המתייחס למטופליו כאל בנינים כהרי רופא המתייחס למטופליו כלקוחות.

לאורך ההיסטוריה נתפסה דמותו המיתית של הרופא כדמות מופתית, הרואית, המתאפיינת בנאמנות ובמסירות אין קץ לחולים אפילו במחיר של סיכון עצמי רב. דוגמה מפורסמת המבטאת תפיסה תרבותית כזו של הרופא ניתן למצוא בדמותו של ד"ר ברנאר

17 הד, לעיל ה"ש 4, בעמ' 74–75. כמונחים מתחום הפילוסופיה של המוסר, על-פי המודל הפטרוני מדובר בחובה (Duty) של הרופא, ואילו על פי המודל החוזי המונח המתאים הוא התחייבות (Obligation).

רייך, גיבור סיפורו של אלבר קאמי "הדבר". ספר זה נכתב בשלהי שנות הארבעים, ולעניות דעתי הוא מתאר נכוחה את רוח התקופה באשר למעמדו של הרופא בחברה ולמאפייניה של הפרקטיקה הרפואית באותם ימים. בספר מתוארות קורותיה של העיירה אוראן שבאלג'יריה, שפורצת בה לפתע מגפת דבר קטלנית. גיבור הספר, ד"ר רייך, נשאר לצד החולים בעיר ומטפל בהם במסירות אין קץ למרות הקושי, למרות הסיכון ולמרות המחיר האישי הכבד שהוא נאלץ לשלם – פרידה לנצח מאשתו האהובה שנאלצה לעזוב את העיר כדי לטפל במחלתה הסופנית.

כבר בתחילת הספר ניתן לעמוד על אישיותו המיוחדת של הרופא, כאשר הוא מוזעק לסייע לשכן של אחד ממטופליו, שניסה להתאבד. המטופל שהזעיק את הרופא, גראן, מתואר כמי שזכה לטיפול הרופא בחינם בשל עוניו. לא זו בלבד שרייך מעניק לגראן טיפול בחינם, הוא גם נעתר מִדִּית לבקשתו של גראן לסייע לשכנו, קוטאר, שאפילו גראן עצמו "כמעט אינו מכיר" ושמתואר כ"איש מוזר"¹⁸.

בהמשך הספר ניתן ללמוד על עמדת המחבר באשר למחויבותו של הרופא כלפי החולה כאשר זו עומדת בקונפליקט למחויבותו לחוק. באותה התקופה ניסיון אבדני היה אסור על פי חוק, ומי שניסה להתאבד היה צפוי לעונש. רייך מגיע לביתו של קוטאר שניסה להתאבד. כזכור, רייך אינו מכיר את קוטאר, אך מרגע שנכנס לביתו ניכר כי רייך רואה עצמו כמחויב לפעול לרווחתו של המטופל החדש בכל דרך שיוכל. קוטאר מגלה סימני חרדה בשל החקירה המשטרית הצפויה לו, ופונה אל רייך בשאלה: "לאדם חולה, לאחר שתלה את עצמו, אי-אפשר לעשות כלום, נכון, דוקטור?" רייך מבטיח לקוטאר שדבר כזה בכלל לא עומד על הפרק, וכי הוא נמצא במקום כדי להגן על החולה שלו. הלה, כך נראה, נרגע ורייך מכניס את הקצין.

קוטאר מכנה את רייך "דוקטור". הוא, החולה, מבקש את אישורו ואת חוות דעתו של הרופא "היודע", ביטוי הולם למצב הפטרוני. אולם דווקא עמדה נואשת ותלותית זו של החולה גורמת לרייך [ול'התבונן בו רגע]. נראה שברגע הזה הפעיל המטופל אצל הרופא את רגש החמלה של אב לבנו; הרופא זיהה את סבלו של החולה האבדני והיה מסוגל לראותו כסובייקט. ההתבוננות הזו הובילה את רייך לנקוט עמדה מגוננת כלפי המטופל. הוא שידר למטופל שהוא אֶתו ולצדו, ושיגן עליו גם מפני המשטרה ומפני החוק. דווקא עמדה זו משרה רוגע על החולה.

אם כן, העמדה הפטרונית מובילה להתנהגות המושתתת על אתיקה, ותוצאתה היא הגנה על החולה מפני החוק. לעומתה, העמדה חוזית מושתתת על החוק, רואה בחולה אובייקט משפטי ויוצרת עמדה מתגוננת של הרופא מפני החולה.

ביטוי נוסף ליחס רופא-חולה בעלי אופי פטרוני ניתן למצוא במקום אחר בספר, שבו מוזכר ויכוח של רייך עם החולים ובני משפחותיהם: "מעולם עד כה לא נראתה לו לרופא מלאכתו קשה כל-כך. עד אז הקלו עליו החולים את עבודתו, הם הפקידו את עצמם בידי. עכשיו, בפעם הראשונה הרגיש הרופא שהם משתמטים ממנו, מבקשים להם מקלט בעמקי מחלתם במין פליאה חשדנית."¹⁹

18 אלבר קאמי הַדְבֵר 33 (אילנה המרמן מתרגמת, 2001).

19 שם, בעמ' 57.

בדו־שיח שלהלן מציג המחבר עד כמה נכונותו של הרופא לטפל בחולים הלוקים בַּדְּבָרַיִן אינה מובנת מאליה:

- שמעתי שהממשל מתכוון להקים סוג של שירות אזרחי כדי לאלץ את התושבים הבריאים להשתתף בפעולות ההצלה הכללית.
- נכון שמעת. אבל גם בלי זה כבר יש מרירות גדולה והמושל מתלבט.
- למה לא פונים למתנדבים?
- פנו, אבל ההיענות היתה מעטה.²⁰

ד"ר רייה אינו נמנע מלסכן את חייו בטפלו בכל אחד מבני עירו, באלו שהכיר בעבר אך גם באלו שנתקל בהם לראשונה בעת המגפה. בשונה ממעשי גבורה אחרים (כדוגמת פעולת הצלה הרואית בשדה הקרב שנעשית בדרך כלל בשם הרעות כלפי המוכר והאהוב – אח לנשק), רופאים כדוגמת ברנאר רייה מסכנים את חייהם בעת הטיפול באדם אף שלעתים הוא זר לחלוטין. אין זאת אלא משום שהרופא תופס התנהגות זו כנורמה, כחלק בלתי נפרד מהתרבות המקצועית שלו. כשנשאל רייה על אודות מקור המוטיבציה הבלתי נלאה שלו לטיפול המסור בחולים למרות הסכנה, הוא משיב: "האמן לי. אינני יודע מה צפוי לי ומה יבוא אחרי כל זה. לפי שעה יש חולים וצריך לרפא אותם. אחר כך הם יחשבו, וגם אני אחשוב. אבל הרבר הדחוף מכול הוא לרפא אותם. אני מגן עליהם כמיטב יכולתי, זה הכול",²¹ וכן: "שום דבר בעולם לא שווה שאדם יפנה עורף בגללו למה שהוא אוהב. ובכל זאת, גם אני עצמי עושה את זה, בלי לדעת למה".²²

הטיפול בחולה במצב של סכנה אינו נובע מידיעה או מחובה חיצונית כמו הטיפול בחולה מכוח חוק. לרייה אין תפיסה מודעת אודות המניע לפעולותיו ההרואיות, והוא מבצע אותן כחובה אינטואיטיבית המוטלת עליו מעצם תפקידו כרופא, ממש כפי שפועל אב כלפי בנו – "אני מגן עליהם כמיטב יכולתי, זה הכול". זהו צדה האחר, היפה והאצילי של הפטרונות.

אף שמדובר ביצירה ספרותית, במיתוס, קשה להניח שמיתוס זה יכול היה לצמוח אלמלא הייתה לו אחיזה במציאות.²³ ביטוי לעמדה כזו של רופא, התופס את המחויבות לסייע למטופל אפילו במחיר של סיכון עצמי כחלק מהתרבות הארגונית של המקצוע, אפשר למצוא בדבריו של סרן ד"ר אלכס קלגנוב, שקיבל את עיתור המופת על התנהגותו במהלך מלחמת לבנון השנייה בעת שהמשיך לטפל בפצועים תחת אש גם לאחר שנפצע

20 שם, בעמ' 110–111.

21 שם, בעמ' 113.

22 שם, בעמ' 185.

23 על הפער שהתקיים לעתים בין הנורמה המוסרית של הרופא לבין הנורמה המקובלת בקרב הציבור שאותו שירת הרופא ניתן להתרשם מעדות המופיעה במשפט העברי, בספרות השאלות והתשובות. ראו שו"ת נשמת כל חי, סימן מט, שם נדרש הרב להתייחס לבעיה שהעלו בפניו מתפללים בבית הכנסת. המתפללים תבעו למנוע את כניסתו של רופא מסוים לבית הכנסת בשעת התפילה. "חטאו" של אותו רופא היה שבעת מגפה הוא טיפל במסירות בחולים שבשכונתו, וחששם של המתפללים היה שהוא עשוי להרביקם במגפה אם יוכל להיכנס לבית הכנסת ללא הגבלה בשעת התפילה.

בעצמו. בריאיון שנערך עמו לאחר האירוע אמר ד"ר קלגנוב את הדברים האלה: "אני לא חושב על מה שקורה בקרב סביבי, אלא רק איך להציל את חיי הפצועים. אני לא מתנהג כמו גיבור, אני מתנהג קודם כל כמו רופא שמרגיש מחויב להעניק את המרב על מנת להציל חיים (והדגשה שלי, ע"ג) ולטפל בפצועים".²⁴ המוטיבציה לפעילותו של ד"ר קלגנוב אינה קשורה לערך הרעות הצה"לי, אלא לדבקות בנורמה שמכתיבה התרבות המקצועית. לעניות דעתי, אפשרות קיומה של דמות מופת כזו של רופא, דוגמת ד"ר ברנאר רייה, היא תולדתה ההיסטורית של תפיסה פטרונית באשר לתפקידו של הרופא. לפיכך, בהתרחקה מהמודל הפטרוני מנעה מעצמה הרפואה המערבית לא רק את צדדיו השליליים, אלא גם את הצדדים החיוביים.

תפיסה של החולה כלקוח מעצימה את כוחו כפרט, כאינדיבידואל שווה מעמד ובעל זכויות לגיטימיות על פי חוק. כתוצאה מכך, זוכה החולה לאוטונומיה רבה יותר ביחסיו עם הרופא. אולם לאוטונומיה זו יש מחיר. מבחינה פסיכולוגית, ככל שהרופא תופס את החולה כ"חזק" יותר²⁵ כך פוחתות בהדרגה תחושות הראגה וכובד האחריות המוסרית שמרגיש הרופא כלפי המטופל. הנופך הייחודי של הקשר בין הרופא לחולה, שהיה לאורך ההיסטוריה סמל למסירות הרואית, הולך ומתפוגג, שכן מערכת היחסים הזו נתפסת יותר ויותר כדומה למערכות יחסים אחרות בחברה, כגון מערכת יחסים עסקית או מערכת יחסים של שותפות. לכן אין לצפות מהרופא כי מצד אחד יתייחס לחולה כישות "חזקה", באופן שוויוני, אך מן הצד האחר ימשיך להתנהג כלפיו באותן חמלה ומסירות אינ-סופית המאפיינות יחסים שבהם מגונן החזק על החלש כאב המגונן על בנו. נראה שנטישת המודל הפטרוני גוררת בעקבותיה בהכרח היפרדות לנצח מדמותו של הרופא המיתולוגי, המעמיד את טובת מטופליו בראש מעייניו כחלק מהותי מתפקודו המקצועי.

2. בין רפואה המושתתת על אתיקה לרפואה המושתתת על חוק

כאמור, תיווכה של מערכת המשפט סייע רבות למעבר מרפואה פטרונית לרפואה "חזית". להלן אבחן את ההשפעה של החוק על עיצוב הפרקטיקה הרפואית שבין הרופא לחולה, ואמקד את תשומת הלב ב"מרחב הפנימי" של הרופא, היינו באופן שבו הוא תופס את תפקידו לנוכח קיומה של נורמה משפטית. בהקשר רחב יותר אעמוד על תפקידו של המשפט כמכונן תרבות.

בעקבות רוברט גורדון ואחרים, מציג מנחם מאוטנר את ההשפעה ההדית המתקיימת בין מערכת המשפט לבין התרבות שבתוכה היא פועלת.²⁶ תכני המשפט מושפעים אמנם מהסביבה התרבותית, אך עם זאת המשפט פועל גם כמערכת שמכוננת תרבות:

24 גגי עינב "אתה עוסק בהצלת חיים ופתאום אתה נפצע" Ynet 14.8.2006 www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-3291072,00.html

25 ואפילו לעתים כמאיים ככוחו על הרופא באמצעות הזכויות המוקנות לו מכוח החוק.

26 מנחם מאוטנר "המשפט כתרבות: לקראת פרדיגמה מחקרית חדשה" רב תרבותיות במדינה דמוקרטית ויהודית: ספר הזכרון לאריאל רוזן-צבי 574-586 (מנחם מאוטנר, אבי שגיא ורוזן שמיר עורכים, 1997).

המשפט מתבנת את הפרקטיקות שבני האדם מצויים בהן ואת תודעותיהם של בני האדם, בכך שהוא מכונן קטגוריות שונות של יחסים חברתיים ומקצה לבני האדם הנתונים ביחסים אלה אגדים שונים של כוחות וזכויות... המשפט ממלא אפוא תפקיד חשוב בקביעת התכנים ביצירת המשמעות המתקיימת בחייהם של בני האדם, בקביעת זהותם ובקביעת מעמדם ביחס לבני אדם אחרים.

למשל, כשמדובר בחקיקה הקשורה לביצוע הפלות, ברור שמובאים בחשבון ערכים שמחוץ לתחום המשפט. עם זאת, הקטגוריות המשפטיות הנוגעות לביצוע הפלות אשר הציבור נחשף אליהן ופועל במסגרתן מכוננות אצלו ברמה הקוגניטיבית נורמות בדבר רצונה של האם ובדבר מעמדה בנוגע לעובר המצוי ברחמה, בדבר הגדרת זמן תחילת החיים, בדבר תפקידה החברתי של מערכת הרפואה המבצעת את ההפלה וכדומה. במדינת ישראל, גם עבודת הרופא מוגבלת במסגרת משפטית, מסגרת אשר צברה בעשורים האחרונים תאוצה בשל ההתערבות הערה של בית המשפט בסוגיות רפואיות, בייחוד לאחר הופעת חוק זכויות החולה.²⁷ מסגרת משפטית זו מגדירה באופן מעשי את האסור והמותר במסגרת היחסים בין הרופא והחולה. אולם מלבד תפקידה זה היא אף מכוננת באופן בלתי מודע את תודעת הרופא ליחסו למטופליו ולחובותיו האתיים כלפיהם.²⁸

27 תופעה זו קשורה כמובן גם למדיניות "האקטיביזם השיפוטי" המונהגת בישראל בשנים האחרונות, בהמשך למדיניותו של השופט אהרן ברק. ראו אהרן ברק שיקול דעת שיפוטי (1987). לעניין השלכותיה של מדיניות זו על השדה הרפואי ראו ד"ר סמדר קניון, ד"ר מיכאל הריסון וד"ר אילנה סילבר "מחלוק לבן לצווארון לבן: ניתוח סוציו-היסטורי של יחסי הפרופסיה הרפואית ובית המשפט כפי שהם משתקפים בפסיקה בעניין חבות-רפואית" רפואה ומשפט לד' 52 (2006).

28 היחס בין החוק לבין נורמות מוסריות מעורר דיונים ארוכים בפילוסופיה של המשפט ושל ההלכה, ואין זה המקום להרחיב בנושא. אסתפק בהערה קצרה, שלדעתי תורמת לנושא הנידון בכך שהיא מדגימה את הזיקה שבין פילוסופיית משפט מסוימת לבין היבטים היסטוריים-חברתיים רחבים יותר שקשורים בה. לעניות דעתי, ניתן למצוא קשר בין תפיסת משפט פוזיטיבית לבין מודל פטרוני ביחסי רופא-חולה – שניהם שלטו בעבר במשפט וברפואה במשך אותה התקופה; כמו כן יש קשר בין תפיסה משפטית נון-פוזיטיבית, קרי "משפט טבעי", לבין מודל רפואה אינפורמטיבי או חווי הדומיננטיים בתקופתנו. כאשר במערכת משפט (על פי המודל הפוזיטיבי) יש הפרדה בין החוק לבין המוסר, ברור שחלק מתפקידו של הרופא הוא לנהוג לפי קוד אתי במקביל לציות לחוק וכהשלמה לו. אם כן, מבחינה היסטורית-חברתית, תפיסת משפט פוזיטיביסטית הייתה גורם מאזן חלקי של תפיסת מדע פוזיטיביסטית (התופסת את החולה כאובייקט ביולוגי), שחלחלה לפרקטיקה הרפואית והייתה בעלת השפעות דה-הומניזציות פוטנציאליות כמתואר לעיל. אולם כאשר המשפט נתפס כמושתת על ערכים וכמבטא ערכים, אזי גם הרופא (כחלק מהחברה) מזהה את החובה המשפטית עם החובה המוסרית ואין בתודעתו מקום למערכת אתית העומדת לצד המערכת המשפטית. לתיאור מאפייניהן של תאוריות משפט פוזיטיביות ונון-פוזיטיביות והקשר בינן לבין היחס בין ערכים לחוק, ראו מנחם מאוטנר ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי 13–23 (1993); לעניין היחס בין הלכה למוסר ראו אבי שגיא יהדות: בין דת למוסר (1998) 157–104.

בתקופה שבה שלטה הרפואה הפטרונית בכינון יחסי רופא-חולה, הושתתה הפרקטיקה הרפואית כמעט באופן בלעדי על שיקול הדעת הרפואי ועל הנורמה האתית שהוכתבה כחלק בלתי נפרד מהפרופסיה המקצועית. אבן הבוחן להערכת התנהגותו של הרופא הייתה, לטוב ולרע, בידיהם של הרופא ושל עמיתיו למקצוע. היא הועברה כתורה שבעל-פה, באופן בלתי מודע ואינטואיטיבי, כחלק מהתרבות המקצועית. ברם, בד בבד עם דעיכתה של הרפואה הפטרונית ועלייתה של הרפואה החוזית המושתתת על החוק, מצא הרופא את עצמו פועל יותר ויותר בסביבת עבודה שבה אבן הבוחן לטיב החלטותיו ופעולותיו במערכת היחסים עם החולה היא מערכת המשפט. בתודעת הרופא עליו לשאוף לקבל החלטות שאינן חורגות מהחלטותיו של "הרופא הסביר", כפי שמגדיר החוק. וכך, בתיווכו של החוק, חל כרסום בתרבות הארגונית שהייתה מנת חלקה של הרפואה במשך שנים רבות.

שינוי זה גרם לשני תהליכים שנראה כי הושפעו בחלקם מדחפים תת-הכרתיים. תהליכים אלה עיצבו את תפיסתו של הרופא באשר לתפקידו ובאשר למצופה ממנו מבחינה מקצועית.

התהליך הראשון קשור להתנהגות הרופא במקרים של חוסר וודאות (בדרך כלל בלחץ של זמן), מקרים שבהם הוא נדרש להכריע בדבר הדרך להמשיך ולנהל מקרה. לעתים קרובות, רופא הנמצא במצב כזה חש שעליו לקבל החלטה לא על פי אמות המידה המקצועיות שהוכשר על פיהן, אלא על פי נורמות משפטיות ופרמטרים משפטיים שכמעט אינם ידועים לו כלל. זאת, כיוון ש"ברגע האמת" – היינו במצב שבו ייתבע הרופא בגין רשלנות רפואית – יהיה זה השופט שיקבע רטרואקטיבית מה היה הצעד הנכון והמתבקש. מנקודת ראותו של הרופא, הצעד הנכון מבחינה מקצועית-רפואית אינו חופף בהכרח לצעד שיעריך בית המשפט כנכון. זאת, בפרט כשמדובר במערכת המשפט הישראלית אשר תופסת את עצמה כ"אקטיביסטית", היינו נותנת תוקף לעירוב שיקולים נורמטיביים בהליך הפסיקה, אינה מסתפקת ביישום פורמלי של החוק וגורסת כי "מלוא כל הארץ משפט". לכן, אין זה מופרך ששופט יראה עצמו כמי שמסוגל להגדיר טוב יותר מהרופא מה היה הצעד הנכון מבחינה מקצועית במקרה מסוים.

במצב כזה הרופא מוצא את עצמו במבוכה גדולה. מקצועו תובע ממנו לקבל החלטות בשדה פעולה דינמי ואינטנסיבי, אך הוא חש כי כדי לקבל החלטה על אודות הטיפול בחולה הוא אינו יכול לסמוך רק על הידע המקצועי שלו אלא זקוק לידע משפטי משלים שאינו נמצא ברשותו בזמן אמת. ברגעי מצוקה אלה המרכיב הפסיכולוגי נותן את אותותיו, והרופא נוטה באופן טבעי להפנות את מחשבתו מטובת החולה אל טובתו שלו (כמאמר חז"ל: "אדם קרוב אצל עצמו"). הוא מפסיק לשאול את עצמו "מה אני סבור שיהיה הצעד הנכון מבחינה רפואית והמיטיב עם החולה", ומנסה במקום זאת לענות על השאלה "מה תהיה עמדת בית המשפט בדבר הצעד הלגיטימי". זהו המנגנון הפסיכולוגי שבבסיס הרפואה המתגוננת.

נראה שבעבר זכה הרופא לאמון רב יותר מצד מערכת המשפט, במקרים שבהם עלתה לדיון סוגיית הרשלנות הרפואית.²⁹ גם במקרים שבהם נגרם לחולה נזק עקב הטיפול

29 ראו אצל ד"ר קניון, ד"ר הריסון וד"ר סילבר, לעיל ה"ש 27.

הרפואי, ההכרעה המשפטית באשר לרופא הייתה מקלה כיוון שהוא נתפס כמי שפועל ממניעים זולתניים (אלטרואיסטיים) וכיוון שהנזק למטופל נתפס כתופעת לוואי אפשרית של הטיפול. העמדה המשפטית כלפי הרופא נסבה יותר על כוונתו בעת מתן הטיפול ופחות על התוצאה הסופית. עם הזמן פחת האמון שנתנה מערכת המשפט ברופא, חלה בהדרגה התעלמות ממניעיו ומכוונתו, נבחנו תוצאות מעשיו בלבד ולהתנהגותו נקבעה אמת מידה תובענית בדמות "הרופא הסביר".³⁰

באופן פרדוקסלי רווקא התערבות המשפט, שנועדה "להציל" את החולה מעמדה של אובייקט ביולוגי ולהובילו לעמדה של סובייקט אוטונומי, היא שעמדה לו לרועץ, כיוון שהחזירה את החולה לעמדה של אובייקט – אמנם לא אובייקט ביולוגי אך אובייקט משפטי. הרופא אינו רואה את החולה כ"אתה", בלשונו של בוכר, הוא אפילו לא רואה אותו כ"הלז" – הוא פשוט לא רואה אותו כלל. ברגעים מעין אלה, בשל יראת החוק, רואה הרופא רק את עצמו.

התפתחותה של הפרקטיקה הרפואית המושתתת על החוק כוננה תהליך תת-הכרתי נוסף. מבחינה קוגניטיבית, רופא שמתרגל בהדרגה לפעול כ"רופא סביר" כמצופה ממנו על-פי חוק, אינו מבחין בין המרחב הנורמטיבי לבין המרחב האתי וסבור שהגורם המגדיר את הפעולה הנכונה בשני התחומים הוא מערכת המשפט. תפיסה כזו, שכמדומני מבטאת לאשורה את השקפתו של "הרופא הסביר", היא בעייתית ביותר כיוון שהיא אינה מודעת די הצורך לגמבלות הפנימיות של כל מערכת משפט באשר להבחנה בין המעשה הקביל מבחינה משפטית לבין המעשה הראוי מבחינה אתית. נראה כי מתפתחת תרבות רפואית המעצבת קוד התנהגות אתי אשר נשען על האסור והמוותר על פי החוק בלבד, ואינה מודעת לצורך לעמוד בנורמות של מערכת אתית המתקיימת לצד החוק.

הרופא חש שהוא מעביר בהדרגה את האחריות האתית, שבעידן הפטרונאי רבצה באופן מסורתי על כתפיו, אל כף המאזנים של השופט. הוא אינו מונע על ידי מצפונו אלא מבקש לצאת ידי חובת השופט. אך מסיבות הטבעיות במערכת המשפט, טווח פעולתו של השופט צר מלהכיל את הנפח הרב של הפן האתי במפגש רופא-מטופל. כך נפער חלל ריק באינטרקציה בין הרופא למטופל, המשקף את המשא שהוסר מאחריותו של הרופא ושלעולם לא יועבר לאחריותו של השופט. אמנם לעתים נוסחו של החוק הוא מופשט

30 כפי שהוזכר בהקדמה, תופעת ה"משפטיזציה" אינה ייחודית ליחסי מערכת המשפט עם מערכת הרפואה, והיא באה לידי ביטוי גם במקומות אחרים שבהם התרחשה התערבות הדרגתית של מערכת המשפט בשנים האחרונות. דוגמה טובה ומאירת עיניים לדילמה מקבילה על אודות מידת ההתערבות "הנכונה" של מערכת המשפט בתרבות הארגונית של מערכת אחרת היא יחסי צבא ומשפט. גם הצבא התנהל בעבר על פי קוד תרבותי פנים-ארגוני שהסדיר באופן כמעט מלא את ההתנהגות הנורמטיבית. בעשורים האחרונים התערערה סמכותו של הצבא לקבוע את הנורמות שלפיהן ינהיג את עצמו, ובתוך כך הפכה מערכת המשפט לדומיננטית יותר ויותר בשיח הנורמטיבי של ההתנהלות הצבאית הראויה. להרחבה בנושא זה ראו צבא חברה ומשפט (דפנה ברק-ארוז עורכת, תשס"ב). בהקשר של הנידון במאמר זה, ראו עוד מודריק "אחריות מפקדים – היבט דיוני", שם, בעמ' 285–368. ראו גם: גרעון דורון ואודי לבל "ארגון מתגונן – מערכת הביטחון נגד הורים שכולים", שם, בעמ' 369–412. בסיועו המאמר אתיחס שוב לזיקה שבין מערכת הרפואה לבין הצבא.

וכוללני, כביטוי לשאיפתו של המחוקק להרחיב את תחומה של החובה המשפטית. אולם גם במקרים אלה, הלכה למעשה, יהיה החוק בעל משמעות קונקרטית רק באותה מידה מצומצמת הניתנת לשיפוט. הפרשנות המחייבת אשר נותן בית המשפט לחוק נוגעת רק במעשים בעלי אופי פלילי. על חובות מוסריות המשתמעות מרוח החוק אפשר בדרך כלל לדבר רק באופן מופשט ובלתי מחייב. כך, גם תהליך זה מוביל בעקיפין לפגיעה בטובתו וברוחתו של החולה, שזוכה מן הרופא ליחס מקצועי המוגבל למרחב שמאפשר החוק. סיכום קצר של הטיעון עד כה הוא שדעיכת הרפואה הפטרונית לצד עלייתה של הרפואה החזוית המושתתת על החוק הייתה כרוכה בהופעה של תופעות לוואי לא מבוטלות. בין תופעות הלוואי נכללות הפיכת החולה לאובייקט משפטי משולל פנים ומאפיינים ייחודיים, ופגיעה קשה במרחב האתי בעקבות התגברותה של הנורמה המשפטית על החובה האתית. אמחיש את האמור לעיל באמצעות כמה דוגמאות. כאמור, חשוב להדגיש שאין לראות בדוגמאות אלה ראיות אמפיריות לטיעון, ותכלית הצגתן היא לתת לקורא תחושה ממשית יותר ופרטנית יותר של טיעון מופשט וכללי.

א) צנעת הפרט במהלך הבדיקה הגופנית

כבר בעת העתיקה הוכרו הבעיה האתית הכרוכה בבדיקה רפואית והרגישות המיוחדת הנדרשת מהרופא בעת ביצוע בדיקה כזו. עדות לכך נמצאת בשבועת היפוקרטס: "אבוא כדי לעזור לחולה ואמנע מכל מעשה רע ומושחת, ובייחוד אמנע מניצול גופם של גברים או נשים, משועבדים או חופשיים".³¹ כיוון שעד לפני כמאה שנים היה מספרן של הנשים שעסקו ברפואה מוגבל ביותר,³² הבעיה באה לידי ביטוי בעיקר כאשר רופא ממין זכר בדק את גופה של חולה ממין נקבה.³³

31 שבועת היפוקרטס נכתבה בסביבות שנת 400 לפנה"ס; לתרגום של נוסח השבועה ראו הד, לעיל ה"ש 4.

32 לחלקן של נשים במקצוע הרפואה מבחינה היסטורית, ראו: Iona Heath, *Women in Medicine*, 329(7463) *Bmj* 412 (2004); Rhoda Wynn, *Saints and Sinners: Women and the Practice of Medicine Throughout the Ages*, 283(5) *JAMA* 668 (2000); Consuelo Miqueo, *Women and Doctors in Medicine*, 354 *LANCET* SIV65 (1999).

33 יש לציין כי העיסוק הגובר בספרות הרפואית בשאלות של מגדר (המתבצע ברובו על ידי נשים), מתרכז מסיבות מובנות בנשים כרופאות ולא בנשים כמטופלות. זו כנראה הסיבה לכך שלא הצלחתי למצוא ספרות מחקר הדנה בנשים שטיפלו בהן רופאים גברים, פרט לספרו של הרב יעקובוביץ' (ה"ש 36 להלן). לאור נתון היסטורי זה ומשיקולי נוחות לשונית וסגנונית אדון להלן במצב שבו הרופא הוא גבר והמטופלת היא אישה.

הבעיה הגיעה לשיאה בתחום הגינקולוגיה. מן המקרא אנו למדים כי כבר במצרים הקדומה היו רופאים,³⁴ ולמרות זאת דווקא נשים תפסו את תפקיד המיילדות.³⁵ חלק מן ההסבר לתופעה זו, ככל הנראה, נעוץ באי-נוחות הדרית שנגרמה כאשר מילאו גברים את התפקיד.³⁶

פרט להתמודדות במישור האתי, גילו הרופאים יצירתיות טכנולוגית שנועדה לצמצם את תחושת האי-נעימות בעת בדיקה אינטימית של נשים. הדוגמה המפורסמת ביותר בהקשר זה היא המצאה של רופא צרפתי בשם רנה לאנק (Rene Laennec) משנת 1816, כאשר הלה נדרש להאזין לקולות הלב של מטופלת. מחמת תחושת אי-נוחות לבצע את הבדיקה באמצעות הנחה ישירה של אוזנו על חזה של המטופלת, כמקובל באותה תקופה, לקח הרופא חבילת דפים, גלגל אותם והניחם בתוך גוף גלילי; את קצה האחד של הגליל הניח על חזה של המטופלת, ולקצה האחר הצמיד את אוזנו. למעשה היה זה הסטטוסקופ הראשון.³⁷

אולם על אף המודעות ארוכת השנים לבעיה והמאמץ למזער אותה ככל שניתן, בשטף העיסוק הרפואי אנו נתקלים לעתים תכופות במצבים שבהם אין הקפדה על צנעת גופם של מטופלים. ביטוי למציאות זו אפשר למצוא במכתבה של ד"ר חנה קטן, גינקולוגית במקצועה, לראש שירותי הרפואה במשרד הבריאות:³⁸

נראה לי דוחה ופוגע שהאשה הנבדקת מסירה את בגדיה מול עיניו של הרופא המטפל, ואחר כך ממתינה זמן-מה על מיטת הבדיקה כאשר אין לה במה לכסות את עצמה (וברגעים אלה כל שניה אורכת לפעמים כנצח!), הבדיקה עצמה נעשית בחשיפה מוחלטת, ואחר כך גם הירידה מן המיטה וההתלבשות נעשים ללא שמץ פרטיות. כדי למנוע אי הבנה אני רוצה להדגיש, שאיני רומזת כלל שראיתי מישהו מעמיתי שמנצל לרעה רגעים אלו; חס ושלום! אך ורק צינעת הפרט וההרגשה הטובה של הפציינטיות לנגד עיני...

אומר בזהירות, כי התרשמותי היא שתמונה מעין זו אינה מחוזה נדיר בפרקטיקה הרפואית כולה, ולא רק בשטח הגינקולוגיה.³⁹ מה עומד ביסוד תופעה זו? מדוע אנו עדים למספר

34 בראשית נ, 2. אף שלא מדובר ברפואה במובנים של ימינו, יש להניח שהרופאים לא עסקו רק בחניטת המתים אלא גם בטיפול בחיים. ראו מוסר הרב קוק דעת מקרא (תש"ל–תשס"ג). על מצב התחלואה והרפואה במצרים העתיקה ראו ביתר הרחבה אצל פרופ' מאיר בר אילן "פרשת עקב: מדוי מצרים" הדר השבועי 354 (התש"ס) [www.biu.ac.il/JH/Parasha/ekav/](http://www.biu.ac.il/JH/Parasha/ekav/bar.html)

35 שמות א, 15.

36 הרב עמנואל יעקובוביץ הרפואה והיהדות 137–143 (תשכ"ו).

37 Judith Rapoport, *Laennec and the discovery of auscultation*, 22(7–8) *ISR J MED SCI* 597 (1986).

38 אסיא סא–סב 199–200 (התשנ"ח).

39 אכן, יש להורות שגם אני נתקלתי לא אחת, במהלך הכשרתי ועבודתי כרופא, בחוסר תשומת לב מספקת מצד רופאים ואנשי צוות אחרים לצנעת הפרט של מטופלים. יש להדגיש שלא מדובר כמובן על מעשים בעלי אופי מגונה, אלא על אותו סוג של מצבים שאותם תיארה ד"ר

לא מבוטל של מצבים מעין אלה? האם קיומם של וילונות או הפצתם של נהלי בדיקה⁴⁰ הם המפתח לפתרון הבעיה, או שמא מדובר בתופעה המעידה על בעיה עקרונית שיש לטפל בה בדרכים אחרות, נוספות?

אימתן תשומת לב מספקת לצנעת הפרט של מטופלת אינו יכול להיות מוסבר באופן מספק בטיעונים של עומס עבודה רב, של אינטנסיביות הכרוכה בפרקטיקה הרפואית, של אילוצים טכניים הכרוכים במגבלות של משאבים חומריים וכדומה. אלה ודאי משפיעים לרעה על יכולתו של הרופא למקד את תשומת הלב באופן מיטבי בסוגיות של אתיקה; אך לעניות דעתי יש להסב את תשומת הלב לסיבה נוספת, הקשורה לפער העמוק בין האופן שבו תופס הרופא את סיטואציית הבדיקה לבין האופן שבו תופסת אותה המטופלת, ולכשל הקוגניטיבי של הרופא לגשר על פני פער זה.

עבור הרופא, באופן בלתי מודע, הבעיה האתית העיקרית בסיטואציית הבדיקה היא המיניות שבה. הרופא מביט במטופלת באופן אינטואיטיבי כבאישה; עבורו המטופלת היא אובייקט, מושא למשיכה מינית ולא סובייקט אנושי. התפיסה של המטופלת כאובייקט מועצמת בהשפעת נקודת המבט המשפטית.

בחוק זכויות החולה נקבעה זכות החולה ל"טיפול רפואי נאות": "מטופל זכאי לקבל טיפול רפואי נאות, הן מבחינת הרמה המקצועית והאיכות הרפואית, והן מבחינת יחסי האנוש".⁴¹ כמו כן, נכללו הוראות בדבר "שמירה על כבודו ופרטיותו של המטופל":

- א. מטפל, כל מי שעובד בפיקוחו של המטפל וכן כל עובד אחר של המוסד הרפואי ישמרו על כבודו ועל פרטיותו של המטופל בכל שלבי הטיפול הרפואי.
- ב. מנהל מוסד רפואי יקבע הוראות בדבר שמירה על כבודו ועל פרטיותו של המטופל הנמצא במוסד הרפואי.⁴²

אפשר לטעון כי ניסיונו של המחוקק להתנסח בצורה מופשטת נבע מרצונו להרחיב את מידת מחויבותו של הרופא לשמירה על "כבודו ועל פרטיותו של המטופל". אך המחוקק עצמו מודע לכך שבנוסח סעיף 10(א) לחוק אין הגדרה של מהי "שמירה על כבודו ועל פרטיותו של המטופל", ולפיכך מדובר בחוק עמום ונתון לפרשנות מבחינה מעשית. לפי האמור בסעיף 10(ב) לחוק, קביעת הנהלים המפורטים היא בסמכותו של מנהל המוסד הרפואי. ואמנם, בניגוד ללשונו המופשטת והכוללנית של המחוקק בעניין השמירה על כבודו ועל פרטיותו של המטופל, כאשר המוסד הרפואי נשמע לדרישת המחוקק ויוצק תוכן קונקרטי לחוק, הוא מצמצם הרבה יותר מן הניסוח המופשט, הראשוני.

להלן מובאת דוגמה לצמצום משמעותו המעשית של החוק בעניין צנעת הפרט בבדיקה הרפואית, מתוך חוזר מנכ"ל משרד הבריאות שכותרתו "הנחיות ביצוע בדיקה גופנית בתחום צנעת פרט":

אל: מנהלי בתי החולים הכלליים, רופאים מחוזיים, לשכות בריאות

קטן, שבהם המטופלים (לרוב מדובר במטופלות) מצויים בסיטואציה בלתי נעימה מבחינה סובייקטיבית.

40 כפי שמשמע ממכתבה של ד"ר קטן, לעיל ה"ש 38.

41 ס' 5 לחוק.

42 חוק זכויות החולה, ס' 10.

- לאור תלונות על חשד לניצול לרעה ופגיעה בתחום צנעת הפרט על ידי אנשי צוות רפואי (אח/ות רופא/ה) במהלך בדיקה גופנית (לרבות טיפול רפואי), הנני להביא בזאת לידיעתכם הנחיות לביצוע בדיקות גופניות וטיפולים רפואיים תוך שימת לב מיוחדת לשמירה על פרטיותו של הנבדק (לרבות מטופל):
1. כל נבדק זכאי לנוכחות אדם נוסף (איש צוות רפואי או אדם אחר על פי בחירתו) בעת ביצוע בדיקה גופנית.
 2. יש להודיע לנבדק על זכאותו כמפורט בסעיף 1 באמצעות שילוט שיוצב בסמוך למקומות בהם מתבצעות בדיקות גופניות בצורה ברורה וגלויה לעין.
 3. במידה והנבדק דורש נוכחות אדם נוסף בבדיקתו יש להיענות לו.
 4. בכל בדיקה גופנית של אברי מין של קטינים, חסרי ישע, מחוסרי הכרה או חולי נפש חייב להיות נוכח אפוטרופסו של הנבדק או איש צוות רפואי, בן מינו, בנוסף לבודק.
 5. כשקיים חשד לאלימות או להתעללות מינית, בדיקת אברי המין תעשה על ידי רופא מומחה בתחום הרלוונטי בנוכחות איש צוות רפואי נוסף בן מינו של הנבדק.
 6. במקרים כמפורט בסעיף 4 או 5 לעיל הרופא ירשום ברשומה הרפואית של הנבדק את פרטיו המזהים של הנוכח בבדיקה.
- הואילו להביא תוכן חוזר זה לידיעת הנוגעים בדבר במוסדכם ולוודא כי יפעלו בהתאם.⁴³

ניתן בנקל להבחין בהבדל העקרוני בין המשתמע בכלליות מחוק זכויות החולה לבין התוכן הקונקרטי שנותן לו חוזר המנכ"ל. חוק זכויות החולה מנוסח כך שבאופן תאורטי ניתן לטעון כי הוא דורש מהרופא עשייה אקטיבית כדי לשמור על צנעת המטופל במהלך הבדיקה הגופנית – בבחינת "קום ועשה", לראות את המטופל כסובייקט ולהתחשב בתחושת הבושה שלו. אולם בחוזר מנכ"ל משרד הבריאות, התוכן הקונקרטי והלגליסטי שניתן לזכות החולה לשמור על צנעתו קשור להימנעות מפעילות פלילית שתגרום לפגיעה נוספת במטופל. בחוזר מוצגת דרישה להימנע מפעילות הרואה את המטופל כאובייקט ומניצולו באופן בלתי הולם על ידי הרופא.⁴⁴ באופן בלתי נמנע, התביעה הלגליסטית המנוסחת בחוזר המנכ"ל מצמצמת בתודעת הרופא את המשמעות של שמירה על כבודו ועל פרטיותו של המטופל ומכרסמת בה.

43 "הנחיות ביצוע בדיקה גופנית בתחום צנעת פרט" חוזר מנכ"ל משרד הבריאות 39/94 (התשנ"ד). מדובר בחוזר שהופץ לפני פרסום חוק זכויות החולה, ולפיכך מבחינה כרונולוגית ודאי שלא נועד לשמש כפרשנות לחוק. עם זאת אני סבור שאפשר להשתמש במסמך זה כדי להדגים את הטענות המבחיין בין חוק המנוסח באופן כללי, שמטרתו לבטא את שאיפת המחוקק, לבין נהלים נקודתיים, המעניקים משמעות מעשית לחוק. תודעתו של "הרופא הסביר" מעוצבת ודאי בהשפעת הנהלים המעשיים, הרלוונטיים לעבודתו היום-יומית.

44 כאן המקום לקרוא פעם נוספת את דבריה של ד"ר קטן, לעיל ה"ש 38, ולהיווכח בפער שקיים בין הצגת הבעיה של צנעת הפרט על ידה כבעיה אתית – כצורך בהתחשבות בתחושותיה של המטופלת, ובין הבנת הבעיה של צנעת הפרט העולה מתוך חוזר המנכ"ל כבעיה משפטית-פלילית, המצריכה פתרון בהתאם. האם "נוכחות של אדם נוסף בעת ביצוע בדיקה גופנית" תענה במשהו על הבעיה שאותה מעלה ד"ר קטן, או רק תחריף אותה?

ההשפעה המכוננת של מערכת המשפט על תרבות הרפואה וזיהויה של חובה משפטית עם חובה אתית, הופכות את בעיית צנעת הפרט בעיני "הרופא הסביר" לבעיה משפטית גרדא. בשל מגבלותיה של מערכת המשפט, הנדרשת לתת הגדרה "שפיטה" לפגיעה בצנעת הפרט, הרופא מבין כי החובה האתית הנדרשת ממנו במהלך הבדיקה הגופנית היא להימנע מניצול לרעה של המטופל בשל מצבו בעת הבדיקה. לפיכך, תודעתו של הרופא אינה יכולה להכיל את קיומו של המטופל כסובייקט בעל תחושת בושה ולא את ציפיית המטופל ממנו לפעול כיצור אנושי בהתאם לקוד אתי, החורג מגבולות המשפט.

נוסף לכך, ההתרחקות מהמודל הפטרוני גורמת לכינון עמדה פסיכולוגית חדשה של הרופא כלפי החולה; במידה מסוימת הרופא חש פחות אכפתיות, ואינו חש חרדה כנה לטובתו של החולה. כחלק ממגמה זו גוברים הסיכויים לכך שהרופא לא יהיה קשוב דיו לצרכיו של המטופל, ובתוך כך לא ימקד את תשומת לבו באופן מספק בשמירה על צנעת פרטיותו של המטופל במהלך הבדיקה הגופנית.

לסיכומו של סעיף זה, מבחינתו של הרופא בסיטואציית הבדיקה החובה האתית והמשפטית כאחת היא לנטרל את משיכתו המינית כלפי המטופלת ולא להתייחס אליה כאל אובייקט מיני. כאמור, חובה זו מועצמת ומקבלת משנה תוקף כאמת המידה המשפטית המגדירה את ההתנהגות ההולמת בסיטואציית הבדיקה האינטימית, וזו אכן החובה העיקרית. לעומת זאת, המטופלת תופסת את סיטואציית הבדיקה באופן שונה. מנקודת מבטה, היא נאלצת לוותר על צנעת גופה. התחושה המרכזית המלווה אותה במהלך הבדיקה אינה בעלת אופי של משיכה מינית, אלא של בושה. הציפייה האתית שלה מהרופא היא שיהיה רגיש ואמפתי למצבה ושיראה אותה כסובייקט אנושי, ובכך ימזער את תחושת הבושה שהיא חשה. לכן, גם אם הרופא יצליח לעמוד בחובה המשפטית-אתית מנקודת מבטו – היינו ננטרל את המשיכה המינית בעת הבדיקה ולא יתייחס אל המטופלת כאל אובייקט מיני – הוא עדיין לא יראה את המטופלת כפי שהיא רואה את עצמה, כסובייקט בעל תחושת בושה. התנהגות מעין זו אינה בגדר "חובה" אלא היא בגדר התנהגות ראויה על פי "המידה הטובה" (Virtue), רגישות לזולת במידה המתאימה לאסכולת "האתיקה של טיפול" (Ethics of Care). אם כן, הסיבה לתופעה של אי-נוחות בעת הבדיקה הגופנית ולמידת היקפה נעוצה בכשל הקוגניטיבי של הרופא לזהות מהי החובה האתית המצופה ממנו מנקודת מבטה של המטופלת.⁴⁵

כשל זה אינו בא לידי פתרון באמצעות חקיקה בנושא אלא להפך; החקיקה בנושא ודעיכתה של הרפואה הפטרונית תרמו לחיזוק של ראיית המטופלת כאובייקט מיני וכאובייקט משפטי, והערימו על הרופא קושי נוסף לפתח עמדה אמפתית כלפי החולה, עמדה הרואה בה סובייקט בעל תחושת בושה. לכן המעבר מהתנהגות נורמטיבית שנבעה

45 אין זה מפליא, לפיכך, שדווקא רופאה אישה היא זו שקובלת על חוסר ההתחשבות ברגשותיהם של המטופלות, כפי שמצאנו בדבריה של ד"ר קטן. אישה יכולה לסגל לעצמה ביתר קלות ובאופן אינטואיטיבי ראייה אמפתית, מנקודת מבטה של המטופלת, ולתאר בצורה חיה את הפגיעה ב"צנעת הפרט וההרגשה הטובה של הפציינטיות". להשפעת ההבדל במגדר על היכולת לפתח אמפתיה ראו בהרחבה אצל סיימון ברון-כהן ההבדל המהותי: גברים, נשים והמוח הגברי הקיצוני (יוסי מילוא מתרגם, 2006).

מהתרבות הארגונית להתנהגות שהיא תוצר של חוק פגע באופן מסוים ברווחתו של החולה.

ב) החולה האבדני

התייחסותה של מערכת המשפט לחולה האבדני יכולה לשמש דוגמה נוספת לעיקרון לפיו התערבות שמערכת המשפט תופסת אותה כמיטיבה עם החולה וכמכבדת את זכותו לאוטונומיה, עשויה לפעול נגדו.

בשנים האחרונות גיבשו חלק ממוסדות ההשכלה הגבוהה בארצות הברית מדיניות לפיה תלמידים שסבלו מדיכאון קשה ותלמידים שדיווחו על מחשבות אבדניות מצאו עצמם מושעים מהמוסד האקדמי. הטענה היא כי תלמידים אלה הפרו את הקוד המשמעי של האוניברסיטה השולל התנהגות מסוכנת, קרי – ניסיון אבדני. סוגיה זו העסיקה רבות את העיתונות בארצות הברית. במאמר המתייחס לתופעה⁴⁶ ממחיש המחבר עד כמה מתמיהה מדיניות זו, שכן בקרב תלמידי קולג', היחס בין המדווחים על מחשבות אבדניות לבין המתאבדים הוא 1000:1. משמעות הדבר היא שמדיניות זו תביא להשעייתם של 999 סטודנטים משורות ההשכלה הגבוהה, ללא צידוק.

מחבר המאמר מציע הסבר לתופעה בדמות שני פסקי דין של בתי משפט אמריקנים, שהטילו חבות מסוימת על מוסדות האוניברסיטה כיוון שאלה לא עשו די כדי למנוע שני מקרי התאבדות. לטענתו של המחבר גרמו פסקי הדין לפחד בקרב גורמים אדמיניסטרטיביים, ואלה נקטו כתגובה עמדה המתגוננת מפני תביעות אפשריות במקרי התאבדות. סביר להניח שהלך המחשבה שעבר בראשם של אותם מנהלנים היה כי גם אם התלמידים המושעים יגישו תביעה לבתי המשפט בגין הליך ההשעיה, מכל מקום, במקרה של ניסיון אבדני יהיה הנזק למוסד האקדמי חמור יותר לאין ערוך, הן מבחינה כלכלית הן מבחינת המוניטין.

החלטת בתי המשפט היא דוגמה נוספת להתערבות משפטית ששאפה להיטיב את מצבם של הסובלים ממצב אבדני ולרתום ביתר שאת את המוסדות האקדמיים לשיפור מצבו של החולה. אולם בפועל, כתופעת לוואי עקיפה, הובילה ההחלטה להרעה במצבו של החולה האבדני – זה עשוי למצוא את עצמו מתמודד בחשאי עם מצוקתו ונמנע מלקבל עזרה מחשש לסילוקו מהאקדמיה, או לחלופין פונה לקבל עזרה אך מוסיף על צרותיו בידוד חברתי וקטיעת דרכו האקדמית.

להלן תובא דוגמה נוספת, הקשורה גם היא לאבדנות, לתופעה לפיה התערבות שנתפסה כמשרתת את החולה פעלה בעקיפין לרעתו בסופו של חשבון. מדובר בסוגיה המעוררת בשנים האחרונות מחלוקת בין פסיכיאטרים – שאלת ההשפעה האפשרית של טיפול בתרופות מסוג מעכבי סרוטונין סלקטיביים (SSRI), התרופות המקובלות כקו ראשון

Paul S. Appelbaum, "Depressed? Get Out!": Dealing With Suicidal Students on 46
College Campuses, 57(7) PSYCHIATR SERV. 914 (2006)

בטיפול בהפרעות דיכאוניות, במחשבות אבדניות ובהתנהגות אבדנית, בייחוד בקרב בני נוער.⁴⁷

בעקבות דיווחים נקודתיים שהעלו חשד לקשר אפשרי בין שימוש בתרופות מסוג SSRI לבין הגברת אבדנות בקרב נוער, החל משנת 2003 פרסמו הגופים האחראים על בריאות הציבור במקומות שונים בעולם הנחיות המסכות את תשומת לבם של אנשי מקצוע לקשר אפשרי בין השניים, וקראו להימנע משימוש בחלק ניכר מתרופות אלה בעת טיפול בבני נוער. באוקטובר 2004 הורה מנהל המזון והתרופות האמריקני (ה-FDA) לחברות המייצרות תרופות מסוג SSRI לצרף אליהן אזהרה מוקפת במסגרת שחורה (Black Box) בנוגע לאפשרות הגברת האבדנות. במחקר אפידמיולוגי שערכו גיבונס ושותפיו⁴⁸ נמצא כי מעת שהחלו להופיע הנחיות המורות להימנע לשימוש בתרופות אלה בשנת 2003, הלך ופחת שיעור מתן המרשמים לתרופות מסוג SSRI לנוער בארצות הברית ובהולנד, עד לשיעור כולל של 22 אחוזים. בד בבד נרשמה עלייה חדה במקרי התאבדות בקרב בני הנוער בשנים אלה: בהולנד עלה שיעור מקרי ההתאבדות ב-49 אחוזים בשנים 2003–2005; בארצות הברית, שיעור מקרי ההתאבדות בשנים 2003–2004 עלה ב-14 אחוזים – שיעור העלייה החד ביותר שנרשם משנה לשנה בארצות הברית מאז 1979, השנה שבה החלו הרשויות ברישום מסודר של נתונים אפידמיולוגיים אלה. הקשר בין שני נתונים אלה מעלה את האפשרות שדווקא המדיניות האקטיביסטית של הרשויות היא שגרמה בעקיפין לעלייה במקרי ההתאבדות.

הטיעון שהוצע לעיל עשוי להבהיר את הקשר בין שני הנתונים. הדיווחים על העלייה במקרי התאבדות עקב השימוש בתרופות מסוג SSRI לא היו רבים, ולא הצביעו על קשר סיבתי דרמטי בין נטילת התרופות לבין אבדנות. אם מדובר היה בתופעת לוואי שהוכחה למעלה מכל ספק, הרי השימוש בתרופות מסוג SSRI היה נאסר כליל באופן מיידי, כפי שמקובל בנוגע לתרופות אחרות. אולם בכל זאת לא ניתן היה להתעלם מהדיווחים הבודדים שהעלו את האפשרות כי קיים קשר בין השימוש בתרופות מסוג SSRI לבין אבדנות. ייתכן שניתן היה להסתפק בידוע אנשי המקצוע הרלוונטיים על אודות הממצאים ולהשאיר בידם את ההחלטה אם לנפק מרשם לתרופות מסוג SSRI, בהתאם לשיקול הדעת הקליני בכל מקרה לגופו. אולם הרשויות המפקחות נקטו גישה אקטיביסטית יותר – לא הסתפקו בהסבת תשומת לבם של אנשי המקצוע אלא אף חייבו, כאמור לעיל, לצרף לתרופות אזהרה חריפה על אודות סכנת האבדנות הטמונה בתרופה עצמה. ככל הנראה, מדיניות מחמירה זו והצגת האזהרה על התרופה נבעו בחלקן מרצון של הרשויות ושל החברה המייצרת את התרופות להימנע מתיעות עתידיות בגין מקרי

47 לסקירה על אודות הנושא הנזכר ראו: Robert D. Gibbons, C. Hendricks Brown, Kwan Hur, Sue M. Marcus, Dulal K. Bhaumik, Joelle A. Erkens, Ron M.C. Herings & Joseph John Mann, *Early Evidence on the Effects of Regulator's Suicidality Warning On SSRI Prescriptions and Suicide in Children and Adolescents*, 164(9) Am. J. PSYCHIATRY 1356 (2007). במאמר זה אטען (להלן) כי דווקא הפעולות שנקטו כדי למנוע אובדנות, גרמו בפועל להגברת של שכיחות האובדנות.

48 Gibbons, לעיל ה"ש 47.

התאבדות בשל שימוש בתרופות מסוג SSRI. במציאות זו לא קשה לדמיין כיצד יפעל הרופא הבודד אשר פוגש בקליניקה נער דיכאוני, המציב לפניו הלכה למעשה את הדילמה של שימוש בתרופות אנטי-דיכאוניות מסוג SSRI. מבחינה פסיכולוגית, ואולי אפילו באופן בלתי מודע, צפוי כי הרופא יימנע מלהסתכן ולהציע שימוש בתרופות מסוג SSRI, בשל האפשרות (הנדירה ביותר) שהנער יתאבד; הרי במקרה של תביעה נגד הרופא, עלול בית המשפט לקבוע כי מעשה זה נבע מן השימוש בתרופה. הדרך "הבטוחה" מבחינתו של הרופא היא להימנע משימוש בתרופה מסוג SSRI, על אף יעילותה המוכחת כתרופה נוגדת דיכאון. הפחד מהתערבות מערכת המשפט במקרה הספציפי, שלא ניתן לצפותה מראש, מביא לכך שהרופא יחשוב על עצמו, ויימנע ממתן טיפול שעשוי "לסכך" אותו בעתיד מבחינה משפטית. זהו, ככל הנראה, המנגנון הפסיכולוגי הקונקרטי העומד בבסיס הקשר בין הנתונים האפידימיולוגיים שצוינו לעיל: המדיניות הרגולטורית האקטיביסטית והמחמירה של רשויות הבריאות, הירידה במתן מרשמים לתרופות מסוג SSRI בקרב המטפלים בבני נוער, והעלייה החדה בשיעור מקרי ההתאבדות בשנים 2003–2005.

על פי התזה המוצגת במאמר, לא החשש מהאבדנות עצמה כי אם החשש מהתערבות מערכת המשפט ומהשלכותיה במקרה של אבדנות הוא הגורם בעקיפין, כתופעת לוואי מאוחרת, למדיניות המחמירה של הרשויות המפקחות על בריאות הציבור ולמדיניות הרופאים באשר למתן מרשמים לתרופות מסוג SSRI. לא מן הנמנע שבמקרה זה דווקא ההתערבות העקרונית של מערכת המשפט בסוגיות של מדיניות קלינית, שנתפסת כמיטיבה עם החולה ופועלת בשמו, פעלה בעקיפין לרעתו.

בעבודתו היום-יומית של הפסיכיאטר, ובייחוד במצבים של רפואה רחופה, מתעוררת בעיית ההתמודדות עם החולה האבדני גם בהקשר של אבדנות שהרקע לה אינו מצב פסיכוטי.⁴⁹

במדינת ישראל, על פי חוק טיפול בחולי נפש⁵⁰ ניתן לאשפו בכפייה אדם שמוצף בדחפים אבדניים רק אם הוא נמצא במצב פסיכוטי, היינו אם "כתוצאה ממחלתו פגום במידה ניכרת כושר שיפוטו או כושרו לביקורת המציאות".⁵¹ הגדרה זו מתייחסת בדרך כלל לחולים הסובלים מסכיזופרניה או מדיכאון בעל מאפיינים פסיכויטיים. אולם פסיכיאטרים רבים נתקלים בשאלה כיצד יש להתמודד עם מצבים של אבדנות כאשר המטופל הוא אדם שכושר שיפוטו תקין והוא אינו נמצא במצב פסיכוטי. זהו המצב אצל מטופלים רבים הסובלים מדיכאון קשה מלווה במחשבות אבדניות או מהפרעות אישיות מסוימות שאינן כוללות ליקוי בביקורת המציאות.

לשם ההמחשה נציג מקרה היפותטי שאינו רחוק ממצאות די שגרתית בחדרי המיון הפסיכיאטריים: דליה היא בחורה בת 26, סטודנטית לספרות העובדת כמלצרית. היא פונה

49 לסיכום של יום עיון שנערך בנושא ראו יעל דליה ויובל מלמד "התמודדות עם אבדנות שלא על רקע מחלת נפש" רפואה ומשפט כז 179–183 (2002).

50 חוק טיפול בחולי נפש, התשנ"א-1991 (להלן: "חוק טיפול בחולי נפש" או "החוק החדש").

51 ס' 6(א)(1) לחוק טיפול בחולי נפש. כך על-פי לשונו הברורה של החוק. מבחינה מעשית ייתכן שקיימים אנשי מקצוע הפועלים על סמך פרשנות רחבה יותר של החוק. על אשפוז כפוי של חולה נפש ראו אמנון כרמי בריאות ומשפט 876–883 (2003).

למיון הפסיכיאטרי לראשונה בחייה. היא נראית כפי גילה, נאה והופעתה מסודרת, אך עיניה דומעות והיא מתקשה לפתוח בשיחה עם הרופא. לאחר כמה דקות של שתיקה היא אומרת בקול חלוש שהגיעה למסקנה שאין יותר טעם לחייה. חייה רוויים בסבל ואין לה כוח להתמודד. בהמשך עולה מהשיחה כי מזה כחודש היא אינה ישנה ואינה אוכלת, היא הפסיקה ללמוד ולעבוד, אין לה חשק לכלום, היא מרגישה אפיסת כוחות והיא שוכבת כל היום במיטה ובוכה. לשאלת הבודק היא מאשרת שהיא אכן חושבת על התאבדות, וכי בשבוע שחלף התגברה מחשבה זו באופן משמעותי. היא אינה רואה פתרון אחר למצב. היא אף הכינה מלאי של תרופות "שיוכל לגמור את הסיפור". בהמשך היא מגוללת את סיפור חייה: בגיל ההתבגרות התייתמה מאמה שמתה ממחלה סופנית; היא חשה כי "אימא נטשה אותי והשאירה אותי לבד להתמודד עם כל העולם". בעקבות חיכוכים מתמידים עם אשתו השנייה של אביה נותק הקשר עמו כמעט לחלוטין. כחודשיים לפני שפנתה למיון, נפרדה מחבר לאחר מערכת יחסים שנמשכה כשנתיים. "אני בודדה ותמיד אשאר בודדה", היא מסכמת. "זהו, החלטתי. אין לי כוח לעולם הזה יותר. כשאגיע הביתה אקח את הכדורים ודי".

למרות ההקשבה והאמפתיה ולמרות ניסיונות חוזרים ונשנים מצדו של הרופא לשכנע את דליה לקבל טיפול ולהפנותה לאשפוז בשל מצבה הדיכאוני והאבדני הקשה, דליה מתנגדת בתוקף. חשיבתה קוהרנטית, יכולת השיפוט שלה אינה פגועה ובוודאי שהיא אינה נמצאת במצב פסיכוטי. אך "תחושת הבטן" של הפסיכיאטר, הנובעת ממצאי הבדיקה, אינה טובה – הוא מרגיש שיש חשש ממשי לכך שדליה תשים קץ לחייה כמה שעות לאחר שתשוב לדירתה.

באופן עקרוני הדיון במקרה זה אינו פשוט, ונראה שניתן למצוא פנים לכאן ולכאן בשאלה מהם הצעדים הנכונים מבחינה משפטית ומבחינה אתית. למעשה, עשויה אף להתעורר מחלוקת עקרונית יותר על אודות הסמכות שאמורה להכריע בשאלה זו – מערכת המשפט, ועדת אתיקה, ועדה פסיכיאטרית מקצועית וכדומה. אולם בישראל, מערכת המשפט הכריעה מבעוד מועד בדילמה של הפסיכיאטר כיצד להמשיך ולנהל את המקרה – ידיו כבולות. התערבות בכפייה במקרה מעין זה נתפסת כפטרונית וכמפירה את האוטונומיה של המטופלת על גופה, גם אם המחיר עשוי להיות אבדן חייה. סיכוייה הטובים להתגבר על הדיכאון ששולט באופן זמני בתפיסת העולם שלה, בעזרת טיפולים שונים, אינם שיקול מכריע עבור מערכת המשפט, לכל הפחות במקרה הישראלי.⁵²

חשוב לציין שלא כך היו פני הדברים מאז ומעולם – בעבר, המענה החוקי שניתן לסוגיה זו היה אחר. על פי החוק הישן, חוק לטיפול בחולי נפש, התשט"ו-1955,⁵³ לא היה צורך שהמטופל הדיכאוני-אבדני ימצא במצב פסיכוטי כדי לאשפוז בניגוד לרצונו. הסיכון האבדני הממשי של החולה הדיכאוני היה עילה מספקת לאשפוזו בכפייה לצורך

52 במישור התאורטי, לא ברור מדוע לא נעשה ניסיון להשתמש בס' 15(2) לחוק זכויות החולה לצורך מתן טיפול בניגוד לרצונו של החולה הדיכאוני-אבדני. על כך ארחיב במאמר נפרד. עוד לעניין סעיף 15(2) ראו כרמי, שם, בעמ' 1084-1095.

53 חוק לטיפול בחולי נפש, התשט"ו-1955, ס"ח התשט"ו 121 (להלן: "החוק הישן").

מתן טיפול. בסעיף 5 לחוק הישן נקבע: "נוכח פסיכיאטר מחוזי כי חולה עלול לסכן את עצמו או את הזולת, חייב הוא להורות בכתב, שהחולה יאושפז בבית חולים". יש לשים לב לשני הבדלים קטנים אך רבי משמעות בין לשון החוק החדש ללשון החוק הישן. בניגוד ללשון החוק החדש שלפיה רשאי הפסיכיאטר המחוזי להורות על אשפוז בכפייה רק במקרה של מסוכנות הנובעת ממצב פסיכוטי, החוק הישן מטיל חובה על הפסיכיאטר המחוזי לאשפוז בכפייה. שני ההבדלים הללו, היינו הוספת אמת מידה של מצב פסיכוטי לצורך מתן ההוראה לאשפוז בכפייה והניסוח שמורה על רשות לאשפוז ולא על חובה לאשפוז, מבטאים היטב את המעבר מרפואה פטרונית לרפואה "חוזית" המושתתת על זכויות החולה.

בעבר, במודל הפטרוני, תפס המחוקק את הרופא כמשרת את טובתו של החולה גם במחיר פגיעה זמנית בחירותו של החולה, ולא הטיל ספק בלגיטימיות של מתן טיפול רפואי שעשוי להועיל למצבו של החולה. הרופא נתפס כמי שידוע יותר טוב מהחולה מהו הצעד הנכון ביותר עבורו. לעומת זאת, החוק החדש, תוצר המפנה והמעבר לשיח זכויות משפטי, מבטא את זכותו של החולה לאוטונומיה על גופו ומציג אותה כזכות בסיסית שאין לפגוע בה.

ההחלטה להגביל את חירותו של החולה אינה רפואית גרדא, אלא משפטית. לפיכך היא נתקבלה רק במצב קיצוני הרבה יותר (מצב פסיכוטי), וגם אז היא תהיה בגדר אפשרות אך לא חובה. השימוש במילה "רשאי" בניגוד ל"חייב" מדגיש כי מעשה זה מפר את המצב הנורמטיבי, לפיו אין להגביל בשום אופן את חירותו של הפרט.⁵⁴

ראוי לציין כי מבחינת אפשרויות הטיפול במצב של דיכאון ויעילותו, המצב הנוכחי עדיף על המצב בשנות החמישים,⁵⁵ אז הוטלה חובה על הפסיכיאטר המחוזי לטפל בכפייה בחולה הדיכאוני-אבדני. כך, מנקודת מבט מקצועית גרדא, נוצר מצב אבסורדי לפיו דווקא בתקופה שבה יכולתו של הפסיכיאטר להתערב בטיפול הייתה רבה יותר, החופש להתערב לטובת המטופל, הסובל מדיכאון קשה, היה מצומצם בהרבה.

אם כן, מהן ההשלכות האפשריות של העמדה המשפטית האמורה ושל השינוי שחל בחקיקה בעשורים האחרונים על אופי העבודה בפועל של הפסיכיאטר? כיצד יתמודד הפסיכיאטר בשיח הפנימי שלו עם עצמו כאשר הוא נתקל בעבודתו היומיומית בחולה דיכאוני-אבדני?

החקיקה החדשה גרמה לכך ששאלת האבדנות הפכה למשנית ביחס לשאלת כושר השיפוט של החולה. גם אם מדובר בחולה המוערך כבעל סיכון אבדני גבוה, הרי אם הוא

54 סיבה נוספת לדרישה כי מצב פסיכוטי יוגדר כעילה לאשפוז כפוי היא הזיקה שבין החוק הנזכר לעיל, העוסק באשפוז כפוי, לבין הגנה של העדר שפיות בחוק הפלילי (סעיף 19 וסעיף 34 לחוק העונשין, התשל"ז-1977). ליחס שבין שתי הסוגיות ראו בהרחבה אסף טויב משפט, פסיכיאטריה ומערכת בריאות הנפש בישראל: נושאים נבחרים (התשס"ז). על המפנה ביחס לאשפוז הכפוי בין "התקופה הפטרונית" למצב הנוכחי ועל זיקתו לשינויים בחקיקה הישראלית ראו שם, בעמ' 113-169.

55 זאת, לאור עלייתה של דוקטרינת הטיפול המושתתת על ראיות (Evidence Based Medicine), וכן לאור השימוש בתרופות יעילות הגורמות פחות תופעות לוואי.

אינו במצב פסיכוטי – לא ניתן לטפל בו בעל כורחו; המשמעות המעשית היא שלא ניתן – ואף אסור על פי חוק – לטפל בו כלל.

כתופעת לוואי מאוחרת של מדיניות זו ניתן לצפות כי עם הזמן יראה עצמו הפסיכיאטר, באופן בלתי מודע, פטור מעשייה אקטיבית כלשהי במצבים מסוג זה. החובה המשפטית התפוך לגורם הבלעדי שמכונן את החלטותיו של הפסיכיאטר, שכן בכל סטייה שלו מעמדה זו הוא עובר על החוק. אם יחליט הפסיכיאטר לאשפז את החולה האבדני בעל כורחו גם כשהוא אינו נמצא במצב פסיכוטי הוא עלול להיתבע על כך בעתיד. לפיכך, גם מתוך אינטרסים אישיים ומתוך הצורך להגן על עצמו מפני תביעה משפטית, יתמקד הפסיכיאטר בראש ובראשונה בשאלת הערכת כושר השיפוט של החולה. כך עלול החולה האובדני להפוך בהדרגה, בתודעת הפסיכיאטר, מסובייקט הסובל מכאב קשה מנשוא – אולי הקשה מכול, לאובייקט משפטי שיש להעריך אם הוא נמצא במצב פסיכוטי אם לאו, וכל זאת בתיווכו של החוק. עמדה זו מנוגדת לאינטואיציה הטבעית של החברה בעת היתקלה במצב חמור של סכנת חיים מעין זו – להירתם באופן מידי ולהושיט יד לעזרה, כפי שמתחייב מן הנורמה האתית.⁵⁶

לסיכום, התמודדות מערכת המשפט עם החולה האבדני שאינו פסיכוטי היא דוגמה נוספת לעיקרון לפיו החוק, שפועל כאמצעי לחימה של החברה בכל סממן של הרפואה הפטרונית, גורם בעקיפין וכתופעת לוואי לחיזוק תפיסתו של הרופא את החולה כאובייקט משפטי ולסילוק חובת הפעולה על פי הנורמה האתית, ובסופו של דבר אף עשוי לגרום לפגיעה בחולה עצמו.

ו. הערכת הסיכון שגורמת תופעת הלוואי

כפי שהוזכר לעיל, כדי לתכנן את שיטת הטיפול המתאימה לתופעות לוואי יש להעריך את מידת הסיכון המדויקת שנשקפת מהן. ייתכן שהקורא את הדברים עד כה יתרשם שהתופעה המתוארת במאמר היא "מעניינת" או "מעוררת סקרנות", אך שעם זאת מדובר בתופעה "פילוסופית" שאין לה השלכה משמעותית או מעשית על בריאות הציבור. להלן אמחיש כי עשויות להיות לתופעה המתוארת השלכות כבדות משקל על בריאות הציבור, ועד כמה הן ממשיכות.

הטיפול בחולה הסובל ממחלה מידבקת

לפני כשלושה עשורים, בעקבות הופעת מחלת האיידס, התעורר דיון על אודות גבולות חובתו של הרופא לטפל בחולה לאור הסיכון הקיים כי הצוות הרפואי יידבק במחלה.⁵⁷

56 ראו בהקשר זה את דבריו של אסא כשר (ביום העיון שהוזכר לעיל בה"ש 49, בעמ' 181), שנאמרו מנקודת מבט אתית של פילוסוף: "נחוצה יוזמת חקיקה על-פי אמת המידה האתית ולא המשפטית הנוכחית... מוטב לפגוע 100 פעמים באוטונומיה מאשר פעם אחת בחיים. זהו מחיר שראוי לשלם".

57 לדיון בנושא ראו למשל כרמל שלו בריאות, משפט וזכויות אדם 141–125 (התשס"ג); John D. Arras, *The Fragile Web of Responsibility: AIDS and the Duty to Treat*, 18 (2) *The HASTING CENTER REPORT* 10 (1988). על רמת הסיכון הכרוך בטיפול במחלות מדבקות

סוגיה זו עלתה לדיון פעם נוספת בהקשר של "שפעת העופות" (avianin fluza).⁵⁸ הסיכון הכרוך בטיפול בחולים הסובלים ממחלה מידבקת ברור לכול, ולאורך ההיסטוריה נאלצו רופאים להתמודד עם דילמה זו בעיקר כאשר התפרצו מגפות. החל מימי קדם ועד ימינו היו אנשי צוות רפואי שפסקו מלהגיש טיפול לחולים מחשש להידבקות: כך, בשנת 166 לספירה, כשפרצה ברומא מגפת אבעבועות שחורות נמלט הרופא הנודע קלאודיוס גאלן מהעיר; בשנת 1665, בעת שפרצה מגפת הדבר בלונדון נטש את העיר רופא נודע אחר בשם תומס סידנהם; גם בשנת 2003 היו דיווחים על אנשי צוות רפואי שסירבו לטפל בחולים שנדבקו בתסמונת נשימתית חריפה חמורה (SARS).

קשה לאמוד את ההיקף הממשי של התופעה, אך ככל הנראה לא מדובר במקרים בודדים שכן כבר בשנת 1382 נתקבלה בעיר ונציה חקיקה שאסרה על רופאים לברוח בעת מגפה.⁵⁹ יש להניח שהצורך בהעברת חקיקה נבע מחשש או ממציאות לפיה רופאים עשויים לברוח בעת מגפה. האם באמת יש לצפות מרופא אשר נשקפת סכנה לחייו כי יטפל בחולה? שאלה זו תלויה במספר משתנים, כגון מידת הסכנה הצפויה לרופא, הסיכויים להצלת החולה עקב הטיפול, אופי הקשר בין הרופא לבין החולה וכדומה.

השאלה שבה אגע בקצרה היא אם מוטלת על הרופא חובה משפטית לטפל בחולה במצב זה. בטרם אבחן שאלה זו, עליי לברר אם מוטלת על הרופא חובה לטפל בחולה הנזקק לו כאשר הטיפול אינו כרוך בסיכון לרופא. כבר בנוגע לשאלה זו נראה שיש הבדל בין פרקטיקה רפואית המושתתת על חוק לבין פרקטיקה רפואית המושתתת על אתיקה, כפי שעמד על כך אמנון כרמי:

כמשפטנים, נחפש את התשובה בתורת המשפט, ולא בתורת המידות. ההבחנה בין שתי התורות ברורה: האתיקה עוסקת בכללי הטוב, שיש למלאם משום שהם "טובים"; המשפט עוסק במה שנראה לו הכרחי בעתו ובמקומו [...] האתיקה מסתייעת אך בדעת הקהל, בעוד שהמשפט נתמך על ידי סנקציה כפויה.⁶⁰

לאחר הקדמה זו הוא ממשיך וכותב:

רופא אינו חייב לספק שירות לכל הפונים אליו מכוה לימודיו במקצוע הרפואה. דרישה זו נראית כבלתי רצויה, ולו רק משום שהיא גוררת דרישות ללא גבול לגבי זמנו של הרופא ומרצו. רופא רשאי לסרב להציע שירות מקצועי לחולה, אף אם הוא הרופא היחיד שניתן להשיגו. תורת המידות, או

-
- שונו, ראו: Kent A Sepkowitz, *Occupationally Acquired Infections in Health Care Workers*, 125 (10) ANNALS OF INTERNAL MEDICINE 826 (1996).
- 58 ראו: Daniel K. Sokol, *Virulent Epidemics and Scope of Healthcare Workers' Duty of Care*, 12 (8) EMERGING INFECTIOUS DISEASE 1238 (2006).
- 59 לנתונים אלה ראו: Daniel K. Sokol, *Doctors' First Duty: Professional or Personal?*, HERALD TRIBUNE, October 21, 2005, available at www.iht.com/articles/2005/10/21/opinion/edsokol.php.
- 60 אמנון כרמי רפואה ומשפט 22 (התשל"א). יש מקום לדון בעמדתו של כרמי בהתייחס לסוגיה המרכזית בפילוסופיה של המשפט על אודות היחס שבין החוק לבין המוסר, אך קצרה יריעה זו מלהכיל דיון זה.

דעת הקהלה, יראו באי שביעות רצון רופא הנמנע מהושטת עזרה לחולה. תורת המשפט תתעלם מן האספקט האתי, ותופעל אך ורק אם – ולאחר – שנוצר יחס משפטי בין הרופא והחולה. יחס משפטי כזה קיים רק לאחר שנערך הסכם בין שני הצדדים.⁶¹

למשפט העברי גישה שונה לעניין חובת הטיפול המוטלת על הרופא. מתן עזרה רפואית היא מצווה שיוחסה לחובת הצלה או לחובת השבת אברת הגוף (שתי חובות הלכתיות עצמאיות), ונראה כי במצב נורמטיבי רופא אינו רשאי להימנע ממתן טיפול. אולם גם במשפט העברי קיימת מחלוקת אם חובת ההצלה – ובתוך כך, גם זו החלה על הרופא – עומדת בעינה כאשר נשקפת למציל סכנה ממעשה ההצלה.⁶² חוק לא תעמוד על דם רעך,⁶³ שנחקק בהשראת המשפט העברי, מדגיש את העובדה לפיה החובה להגיש עזרה חלה רק אם ההצלה היא "מבלי להסתכן או לסכן את זולתו".⁶⁴ גם בחוק זכויות החולה לא מוטלת על הרופא, כאישיות עצמאית ושלא במסגרת מוסד רפואי, החובה לטפל בחולה.

מהאמור לעיל עולה כי מבחינה משפטית טהורה לא ניתן לחייב רופא להגיש טיפול לחולה, אלא אם הרופא עובד במוסד שבו נמצא החולה.⁶⁵ קל וחומר שלא ניתן לחייב רופא לטפל בחולה כאשר הדבר כרוך בסיכון חייו של הרופא. גם אם תקבע תקנה משפטית כזו בשעת חירום, מבחינה מעשית אי-אפשר יהיה לאכוף אותה על רופא שיסרב בתוקף לטפל במצב שהוא מגדיר כמסוכן; בשעת חירום יהיה קשה למצוא את המשאבים הדרושים לכך ואף אפשר שהרופא יעדיף מאסר על פני חשיפה לסכנה.

לאור הבעיה המשפטית הכרוכה בהטלת חובה על רופא לטפל בחולה שעשוי לחשוף אותו לסכנה, כדוגמת חולה הסובל ממחלה מידבקת, מתמיה שהמחוקק לא התייחס כלל לבעיה זו בפקודת בריאות העם.⁶⁶ בחלק ד של הפקודה, העוסק בטיפול במחלות מידבקות, נקבעה הסמכות לבודד את החולה, לבדוק, להעבירו למתקן מיוחד וכדומה אך לא מוזכרת חובה מצד הרופא לטפל בחולה כזה. נראה שהמחוקק לא העלה בדעתו שמדובר בבעיה – בשנות הארבעים, דווקא בעת שבה הרפואה הפטרונית שלטה בכיפה, איש לא העלה בדעתו שרופאים יסרבו לטפל בחולים מחמת סיכון. זוהי דוגמה שמבליטה היטב את "הצד האחר" של הפטרוניות. גם בתקופה שבה באו לידי ביטוי הצדדים השליליים ביותר של העמדה הפטרונית, בדמות רופאים שהיו מונעים באידאולוגיה אאווגנית ופעלו בשירות

61 להתייחסות נוספת של כרמי להבדל בין העמדה האתית לעמדה המשפטית בסוגיה זו ראו כרמי, לעיל ה"ש 51, בעמ' 124–125.

62 רבות נכתב על אודות עמדת ההלכה בנידון, ראו למשל יוסי גרין משפט ורפואה 59–70 (התשס"ג). לדיון ספציפי בטיפול בחולה במחלה מדבקת, ראו שו"ת נשמת כל חי, לעיל ה"ש 23, וכן שו"ת ציץ אליעזר, חלק ט.

63 חוק לא תעמוד על דם רעך, התשנ"ח–1998.

64 לעניין הרלוונטיות של חוק זה להקשר של הטיפול בחולה, ראו כרמי, לעיל ה"ש 51, בעמ' 129–133.

65 ראו פרק ג לחוק.

66 פקודת בריאות העם, 1940, ע"ר תוס' 1, 191.

מכונת ההשמדה הנאצית,⁶⁷ היה ברור לחברה שרופאים לא ינטשו את חולייהם בשעת מגפה. לא היה צורך בחוק שיקפה על רופאים לטפל בחולים במצב של סכנה, כיוון שהפרקטיקה הרפואית הושתתה על אתיקה של התרבות הארגונית.

כאמור לעיל, הזיקה בין גישה פטרונית המושתתת על אתיקה לבין הטיפול בחולה תוך סיכון חיי הרופא מובלטת בספרו של אלבר קאמי "הדֶבֶר". ספר זה מציג לקורא מקרה מבחן שעשוי ללמד אותו עד כמה פרקטיקה רפואית המושתתת על אתיקה היא חיונית והכרחית ואינה בגדר מותרות. בטווח הארוך עשויה רפואה "חוזית" המושתתת רק על החוק להיות סכנה ממשית לבריאות הציבור – למשל במקרה קיצוני של פריצת מגפה. במקרה מעין זה לא תועיל כל הטכנולוגיה הרפואית, מתקדמת ככל שתהיה, אם לא יהיה מי שיהפוך אותה לנגישה לציבור.

המשאב החשוב ביותר של מערכת הבריאות הוא לא אחר מאשר הרוח של רופאיה. עובדה זו נשכחת לעתים בצלם של מכשירים מרשימים כגון מכשירי הסריקה הממוחשבת (CT) וההדמיה בעזרת תהודה מגנטית (MRI). בטווח הארוך, הנזק הנגרם משחיקה הדרגתית של המרחב האתי ביחסי רופא-חולה, כתופעת לוואי של המלחמה בפטרונות באמצעות מערכת המשפט, הוא מכריע ובלתי הפיך. החברה עלולה שלא להרגיש בכך בימים שבשגרה, אך היא עלולה למצוא את עצמה עומדת בפני שוקת שבורה ביום סגריר; היא עלולה לגלות שהניתוח הצליח אבל החולה עומד למות.⁶⁸

ניצנים ראשונים של תהליך שחיקת המרחב האתי כבר עולים מעל לפני השטח. מחקרים שנעשו בארצות הברית בעשור האחרון, למשל, מצביעים על מגמה מתמשכת של ירידה באחוז הרופאים המספקים שירות רפואי בהתנדבות לאנשים שידם אינה משגת לרכוש ביטוח רפואי. על פי אחד המחקרים,⁶⁹ שיעור ההתנדבות של הרופאים ירד מ-76 אחוזים בשנים 1996–1997 ל-68 אחוזים בשנים 2004–2005. נתונים אלה עולים בקנה אחד עם הטיעון שהצטעני לעיל, לפיו דלדולו היחס של המרחב האתי בפרקטיקה הרפואית

67 אאוגניקה הוא ענף במדע שהיה נפוץ בשנות השלושים ובשנות הארבעים של המאה העשרים, ואשר דן באפשרות להשביח את תכונותיו של המין האנושי באמצעים גנטיים. לעניין הקשר שבין האידאולוגיה האאוגנית לבין השלטון הנאצי ראו דן ומינה גראור אאוגניקה: השבחת האיכות התורשתית של האדם 138–148 (1992).

68 חשוב לציין ש"תופעת הלוואי" הקשה של איבוד המרחב האתי כתוצאה מהדומיננטיות של מערכת המשפט אינה נחלת שדה הרפואה בלבד – מדובר בנגע שפשה בחברה הישראלית. לתופעה זו כמה גורמים שדיון מפורט לגביהם חורג ממסגרת מאמר זה. הביטוי הבולט ביותר לתופעה הוא שאישי ציבור הנחשדים בביצוע עבירה ממשיכים לשאת בתפקידם כל עוד לא הוכח החשד בבית משפט. בחברה מתוקנת מבחינה מוסרית שיש בה מרחב אתי ברור ומוצק, די בחריגה מהמצופה במישור האתי כדי שהחברה תבחר לאישי ציבור כאלה שאין מקומם בהנהגה.

69 Peter J. Cunningham & Jessica H. May, *A Growing Hole in the Safety Net: Physician Charity Care Declines Again*, 13 CENTER FOR STUDYING HEALTH SYSTEM CHANGE 1 (2006).

מביא לכך שפרקטיקה רפואית שאינה נתפסת כמחויבת על פי חוק, אלא מבוססת על אתיקה בלבד, הולכת ונעלמת.⁷⁰

ז. הטיפול בתופעות הלוואי

כאמור, כאשר רופא נאלץ להתמודד עם תופעת לוואי מטרידה, עליו להכריע בין שלוש אפשרויות עיקריות: האחת, להפסיק את הטיפול ולנסות טיפול אחר; השנייה, להפחית את מינון התרופה מתוך תקווה שתופעת הלוואי תיעלם אך יעילות הטיפול לא תיפגע; והשלישית – לטפל בתופעת הלוואי באופן ממוקד, באמצעות הוספת תרופה נוספת.

בהקשר של הנושא הנידון, האפשרות הראשונה אינה ממשית ואף אינה רצויה. כפי שציינתי, אין לערער על כך שמעורבות החוק בפרקטיקה הרפואית תרמה לצמצום תופעות שליליות שהיו מנת חלקה של הרפואה הפטרונית. לכן נראה שראוי לפעול לצמצום הנזקים שנובעים משליטת המשפט בפרקטיקה הרפואית בשני האופנים הנותרים. האופן הראשון נמצא באחריותה של מערכת המשפט, ואילו האופן השני נתון לפתחו של הממסד הרפואי.

ראשית, יש להקטין את מינון ה"תרופה", היינו להפחית את התערבות מערכת המשפט בפרקטיקה הרפואית. מגמה זו צריכה לנבוע מתוך הבנה של הסכנות הרובצות לפתחם של החברה ושל בריאות הציבור אם לא ייערך השינוי המתבקש. השינוי אמור להתרחש בכמה רמות: על הציבור להכיר את ההשלכות ההרסניות של מעורבות יתר של מערכת המשפט בפרקטיקה הרפואית, ולהבין שיש לשאוף שלא "להכניס" את מערכת הרפואה לבתי המשפט אלא אם נגרם נזק משמעותי וברור; על עורכי הדין לווסת תביעות מצד מטופלים בגין רשלנות רפואית; על מערכת המשפט ועל המחוקק להבין כי נקיטת גישה רחבה ומחמירה בסוגיות של רשלנות רפואית תגרום נזק לחברה כולה, ולהעניק לרופא "בשטח" חופש פעולה רחב יותר וגיבוי רב יותר לפעולות שנעשות בתום לב ומתוך רצון להיטיב (להוציא מקרים חריגים). כל זאת, כמובן, מתוך תקווה שלא יצא שכרנו בהפסדנו, ושיראת החוק בקרב הרופאים לא תיעלם כליל.

שנית, על מערכת הרפואה לטפל באופן פעיל, מכוון ומדויק בתופעה של היעלמות המרחב האתי. דיון אודות האופן שבו ניתן לפעול כדי להרחיב את המרחב האתי בפרקטיקה הרפואית מצריך התייחסות מעמיקה ונפרדת, שאין זה מקומה; נסתפק בציון כמה נקודות הנוגעות לשינויים פנים-ארגוניים בממסד הרפואי. תחילה, יש לפתח כלים להערכת כישורי אמפתיה ורגישות מוסרית, כדי שאלה ישמשו כאמצעי להערכתם של מועמדים לבתי הספר לרפואה, ולתת משקל רב יותר לכישורים אלה בשקלול אמות המידה שעל פיהם מתקבל המועמד לבתי הספר לרפואה. כמו כן, במהלך ההכשרה הרפואית – הן בלימודים לתואר דוקטור לרפואה הן בהתמחות – יש להשקיע משאבים בפיתוח מיומנויות אלה ולהקצות להן זמן. נוסף לכך, יש לקבל החלטה אמיצה ומרחיקת לכת, לפיה יינתן תגמול – הן אקדמי והן כלכלי – לרופא שיגלה מצוינות מוסרית. שינוי זה חייב להגיע מן החברה

70 יש התולים את מגמת הירידה המתמדת בבחירת התמחויות שנתפסות כתובעניות יותר (כגון הרדמה וכירורגיה) בקרב בוגרי בתי הספר לרפואה בארץ כחלק מתופעה זו.

— על הציבור להפעיל לחץ על הממסד הרפואי מתוך ההבנה שהתועלת שתופק מרופא המגלה מסירות ורגישות למטופליו אינה פחותה מזו שתופק מרופא שפרסם כמה מאמרים בכתבי עת או מרופא שמגלה כישורים פוליטיים וניהוליים.

סיכום

במאמר זה בחנתי באופן תאורטי את השפעתה — הישירה והעקיפה — של ההתערבות הגוברת של מערכת המשפט בפרקטיקה הרפואית. דיון בין-תחומי זה עומד בזיקה לשני דיונים אחרים: האחד קשור למפנה שחל באופייה של הרפואה המערבית ולמעבר מרפואה פטרונית לרפואה "חוזית", המושתתת על שיח זכויות החולה; ואילו האחר הוא דיון על אודות חדירת המשפט למערכת תרבותית, והפיכתו לחלופה נורמטיבית לקודר ההתנהגות שקדם לו.

נראה שתהליך ה"משפטיזציה" שעברה מערכת הרפואה הוא מרכיב מרכזי במעבר מרפואה פטרונית לרפואה "חוזית". על אף הצדדים המבורכים שבמפנה זה, לשימוש במערכת המשפט כמתווכת לצורך ביצוע שינוי זה יש גם תופעות לוואי שאין להתעלם מהן.

ראשית, דווקא שיח הזכויות המשפטי שנועד ברוחו להעלות על נס את האינדיבידואל, הסובייקט, על אישיותו הייחודית והחד-פעמית, הוא שגורם בעקיפין להפיכתו של המטופל לאובייקט משפטי נטול פנים. האובייקט זוכה להתייחסות אחידה על פי נורמה משפטית אשר לפעמים עומדת בניגוד לשיקול דעת קליני המותאם לצרכיו האינדיבידואליים של הפרט. שנית, כתופעת לוואי מאוחרת ועקיפה, הרתיעה מהתערבות אפשרית של מערכת המשפט בעתיד גורמת לעיצוב נורמות התנהגות העשויות בסופו של דבר לפעול לרעת המטופל ולא לטובתו. שלישיית, השתתה מסיבית של הפרקטיקה הרפואית על החוק עשויה להוביל בהדרגה להיעלמות של הפן האתי, אשר מאז ומעולם הייתה מרכיב חיוני והכרחי בכל פרקטיקה רפואית.

בנוגע לדיון על אודות מעמדו של בית המשפט העליון כתבה רות גביוון: "יש לחזק בשיח הציבורי בישראל לא רק את התחושה של חשיבות המשפט ושלטון החוק, אלא גם את המרכיב המשלים — את גבולותיו. הדגשת גבולות המשפט תיתן מקום ראוי ורחב יותר לסוגיות החורגות מאלה של חוקיות, ותחזרנה למרכז במה לא רק משפטנים ושופטים אלא גם מנהיגים מדיניים, אינטלקטואליים, רוחניים ודתיים"⁷¹.

כאמור, ההתערבות הגוברת של מערכת המשפט אינה מיוחדת למערכת הרפואה. בקשר לדיון העקרוני על אודות המידה הרצויה של התערבות מערכת המשפט בפעולת הצבא, התבטא שופט בית המשפט העליון מישאל חשין כדלקמן:

הפעילות הצבאית מתאפיינת בכך שבאופן טיפוסי אין איש צבא פועל לקידום צרכיו הפרטיים אלא לקיום משימותיו הצבאיות, אשר לעיתים כרוכות בנטילת סיכונים... מפקד טוב הוא לעיתים זה אשר נוטל סיכונים מושכלים, סיכונים

71 ראו רות גביוון, מרכזי קרמניצר ויואב דותן אקטיביזם שיפוטי: בעד ונגד: מקומו של בג"ץ בחברה הישראלית 69 (התש"ס).

אשר ייתכן כי בראייה לאחור יתברר כי היו בלתי מוצדקים, ולפיכך, נטילתם נעשתה ברשלנות.

[...]

לפני נקיטה בהליך פלילי נגד מפקד קרבי בגין התרשלות במהלך פעילות מבצעית, יש לשקול את המשמעות הכללית הנודעת לצעד מסוג זה. יש חשש אמיתי, כי הנקיטה בהליך פלילי, בגין טעות בשיקול דעת או רשלנות קלה במהלך מבצע, תביא דווקא לפגיעה בצבא [...]. אם על כל הסיכונים והאחריות המוטלים ממילא על המפקד, נוסף גם את הסיכון להעמדה לדין פלילי בשל טעות, לא חמורה, בשיקול דעת במהלך פעילות צבאית, בה רב הסיכוי לטעות כזו, יש חשש כי מספרם של כאלה המוכנים לשאת בנטל יצטמצם [...]. מפקד, אשר בשל אופי המשימה חייב לקחת סיכונים, יימנע מלקחתם, מחשש כי בדיעבד יתברר, כי טעה וימצא עצמו עבריין פלילי.⁷²

נראה כי דבריו של השופט חשין, העולים בקנה אחד עם האמור במאמר זה בהקשר של מערכת הרפואה, משרטטים בקווים כלליים את גבולות ההתערבות הרצויה של מערכת המשפט בפרקטיקה הרפואית.

התרחקות הרפואה מהעין הפטרוני כרוכה בטשטוש זהות הרופא כדמות מיתולוגית הנושאת בדבקות את האחריות לרווחתו של החולה. הדגש הוסט בהדרגה מהאתיקה של "המידה הטובה", המבליטה את תכונותיו האציליות של הרופא ואת מחויבותו כלפי החולה הכרוכה בגילוי רגישות, אמפתיה וחמלה כלפיו, אל פרקטיקה המושתתת על זכויותיו של החולה ועל חקיקה הנשענת על הסנקציות הנשקפות לרופא אם יתרשל במשמרתו. שינוי אווירה זה יצר חשיבות הדדית וריחוק בין החולה לרופא. לא מקרה הוא שבד כבד עם עליית קרנה של הרפואה "החוזית" נשמעים קולות גוברים הקוראים לבסס את הפרקטיקה הרפואית על עקרונותיה של אסכולת ה"אתיקה של טיפול"; אסכולה זו מדגישה את חשיבות הקשר עם המטופל, את האחריות, את המחויבות הבין-אישית, את הסימפתיה והחמלה כלפיו ואת ההזדהות הרגשית עמו.⁷³ הערכים הללו, שהיו חלק בלתי נפרד מהפרקטיקה הרפואית, נדחקו בהדרגה מפניו של החוק. כש"מלוא כל הארץ משפט" נראה שלא נותר לציבור מקום לפרקטיקה המושתתת על ערכים.

ייתכן שבלב המחלוקת על אודות מידת ההתערבות הראויה של מערכת המשפט בהסדרת הסדר החברתי, עומדת באופן מובלע או גלוי השאלה העקרונית, חובקת העולם, באשר לטבעו של האדם – אם "יצר לב האדם רע מנעוריו"⁷⁴ או שמא "עשה האלקים את האדם ישר".⁷⁵ למחלוקת זו נודעות השלכות מרחיקות לכת בכל תחומי התרבות, וכיניהם

72 בג"צ 4550/94 אישה נ' היועמ"ש, פ"ד מט(5) 859 (1995). התייחסות נוספת ראו במאמרו של עודד מורדיק, לעיל ה"ש 30, בעמ' 361–362.

73 על אסכולת "האתיקה של טיפול", ראו קרול גיליגן בקול שונה (נעמי בן חיים מתרגמת, התשנ"ו). על היישום של אסכולה זו בפרקטיקה הרפואית ועל ההבדלים בין אתיקה של טיפול לבין אתיקה המושתתת על זכויות, ראו: BEAUCHAMP & CHILDRESS, לעיל ה"ש 8, בעמ' 355–362; וכן שם, בעמ' 369–376.

74 בראשית ח 21.

75 קהלת ז 29.

פילוסופיה פוליטית, פסיכולוגיה ועוד.⁷⁶ בהקשר זה, השאלה שעומדת על הפרק היא האם התקשורת הבינ-אישית מועשרת תמיד מכיוון מערכת היחסים על בסיסם של חוקים מכוונים, או שמא היא עשויה להיפגע בשל התערבות יתר? האם בלעדי החוק "איש את רעהו חיים בלעו"⁷⁷ כי "אדם לאדם זאב", או שאינטרקציה אנושית חיובית היא טבעית לאדם ותתרחש טוב יותר בלי מתווכים?

מקרה מבחן מעניין אשר במסגרתו נבדקה שאלה זו, ואשר הוא ככל הנראה הניסוי האמפירי הגדול ביותר שנעשה בנידון, הוא "המרחב המשותף" (shared space); מדובר בגישת עיצוב וניהול של המרחב הציבורי השואפת לצמצם את השפעות הלוואי של הנדסת תנועה קונבנציונלית. גישה זו מבוססת על ההנחה לפיה ההתנהגות האנושית בעת נהיגה מושפעת לטובה באמצעות "אווירת הפנייה" יותר מאשר באמצעות רגולציות המכוונות על ידי אמצעים קונבנציונליים, כגון: תמרורים, סימון כבישים, סמלים וכדומה. לפיכך, מאפיין מרכזי של פילוסופית עיצוב זו הוא היעדר מרכיבים קונבנציונליים המוכרים לנו בעת נהיגה, כגון תמרורים ורמזורים, ואף היעדרו של גבול ברור בין המדרכה לבין הכביש. במצב זה, האינטרקציה האנושית הטבעית היא שקובעת את תרבות השימוש בתשתיות התחבורה, ולא הכוונה מלאכותית.

אף שגישה זו עשויה להיראות במבט ראשון כמוזרה וכמנותקת מהמציאות, היא כבר מיושמת הלכה למעשה בשנים האחרונות באופן ניסיוני במספר ערים בעולם. התוצאות הראשוניות מבטיחות ביותר. למשל, בדראכטן (Drachten) שבהולנד מצביעים הנתונים על ירידה דרמטית של נפגעי תאונת דרכים בצומת מסוים ששונה בהתאם לרוח ה"מרחב המשותף" – משלושים ושישה נפגעים בארבע השנים שקדמו לשינוי לשני נפגעים בלבד בשנתיים שלאחר השינוי.⁷⁸

את הרציונל שבבסיס השיטה ואת המנגנון הפסיכולוגי שעליו היא מושתתת הציג מייסד השיטה, האנס מונדרמן:

אנו מאבדים את היכולת שלנו להתנהגות בעלת אחריות חברתית [...] ככל שעולה המספר של הנחיות מוכתבות מראש כך פוחתת התחושה של אחריות אישית בקרב האנשים [...] כשאתה בכביש ולא יודע בדיוק למי יש זכות קדימה, אתה נוטה לחפש קשר עין עם משתמשים אחרים בכביש [...] כך באופן

76 רוגמאות להשלכות הפוליטיות של המחלוקת בנוגע לטבע האדם באות לידי ביטוי בפסילוסופיה – במחלוקת שבין הובס לבין רוסו, ובפסיכולוגיה – בהבדלים שבין גישות הטיפול של פרויד לאלו של קוהוט. חשוב גם להעיר על מרכיב האישיות שעשוי לעמוד בבסיס כל אחת מהעמדות העקרוניות בנוגע למידת הצורך במעורבות של החוק בתרבות; למשל, אנשים בעלי קווים אובססיביים באישיותם יתקשו להשלים עם מערכת חברתית שלא ניתן לצפותה מראש באמצעות חוקים מכוונים. אולם אין זה המקום להרחיב בנושא זה.

77 משנה, אבות ג ב.

78 Ben Webster, 'Naked' streets are safer, Say Tories: Traffic lights and Signs Could Vanish Accidents Will fall, Study Claims, THE TIMES, January 22, 2007, available at www.timesonline.co.uk/tol/news/article1295120.ece

אוטומטי אתה מנמיך את מהירות הנסיעה, אתה יוצר קשר עם אנשים אחרים, ואתה נוטל על עצמך יותר אחריות.⁷⁹

דבריו של מונדרמן מסכמים באופן מדויק את הנטען במאמר זה. תופעות לוואי של חקיקה ושל הכוונה "מלמעלה" של היחסים הבין-אישיים עשויות לפגום ביכולת לבנות קשר המבוסס על אחריות ועל התחשבות.

לסיום, אחזור לשאלה המרכזית שבה עוסק ספר זה. האם המשפט חשוב? אין ספק שכן. כבר למדנו ר' שמעון בן גמליאל⁸⁰ שהמשפט הוא אחד משלושה דברים שעליהם העולם עומד. לצד זאת סבור ר' יוחנן כי "לא חרבה ירושלים אלא על שדנו בה דין תורה".⁸¹ התלמוד מבאר כי הבעיה שעליה מצביע ר' יוחנן היא שהחברה העמידה את דיניה על דין תורה בלבד ולא נהגה לפנים משורת הדין. על פי הפרשנות המקובלת לדברי התלמוד הללו, החברה היהודית הכירה את החלופה לדרך המשפטית הנוקשה, הלא היא ההנהגה של "לפנים משורת הדין", אולם אף על פי כן בחרה באופן מודע לנהל את ענייניה בהתאם לדין היבש והנוקשה, אף שלעתים היו כרוכות בכך עוולות מוסריות. ר' יוחנן מלמדנו שהמשפט חשוב אך הוא לא מספק, שכן משפט ללא מוסר עלול להוביל לחורבן התשתית החברתית.

במאמר זה נעשה ניסיון להדגים, בהקשר של הפרקטיקה הרפואית, כיצד על אף חשיבותו ותרומו החשובה לחברה, המשפט אינו כלי מספיק מבלי שיהיה בצדו מרחב אתי. חברה המשתיתה את דרכיה על המשפט בלבד, סופה שבאופן אינהרנטי לא תוכל לנהוג לפנים משורת הדין כיוון שתאבד את היכולת הקוגניטיבית להבחין במעשה המוסרי. חברה כזו תהפוך לעיוורת מבחינה מוסרית בשל עצמתה המסנוורת של מערכת המשפט. לדברי ר' יוחנן, בירושלים של טרום החורבן ידעו אנשים מהו המעשה האתי אך בחרו במודע בדרך המשפט הקרה; לעומת זאת, בפרקטיקה הרפואית בימינו יכולתם של הרופאים להבחין בין המוסרי למשפטי הולכת ואובדת. מבלי שנרגיש, הדרך של "לפנים משורת הדין" נעלמת וכך כולנו – גם הרופאים וגם החולים – עלולים "ללכת לאיבוד". או אז, נדע כולנו לומר לאחר מעשה: "הניתוח הצליח אך החולה מת".

79 תרגום חופשי לעברית של דבריו Hans Monderman שנאמרו במסגרת ראיונות עיתונאיים שונים: Matthias Schulz, *European Cities Do Away With Traffic Signs*, SPIEGEL ONLINE, November 16, 2006, available at www.spiegel.de/international/spiegel/0,1518,448747,00.html; *European Towns Remove Traffic Signs to Make Streets Safer*, DEUTSCHE WELLE, August 27, 2006, available at www.dw-world.de/dw/article/0,2144,2143663,00.html.

80 משנה, אבות א, יח.

81 בבלי, בבא מציעא ל, ע"ב.