

"פחדרון בארון" למבוגרים: על המיתוס של רפואה מתגוננת*

אסף פוזנר**

תקציר

המאמר בוחן את טענת ה"רפואה המתגוננת" – התפיסה לפיה החשש מתביעות רשלנות רפואית ומפסקי דין מחמירים מאלץ רופאים לבצע פעולות רפואיות מיותרות ("רפואת יתר") או להימנע מטיפולים חיוניים בעלי סיכון. בניגוד לעמדה המקובלת במוסדות רפואיים ובפסיקה, המאמר טוען כי מדובר במיתוס שאינו נתמך בעובדות.

במסגרת הדיון, המאמר מציע הבחנה מושגית בין "רפואה במובן הצר" (שיקול דעת מקצועי רפואי טהור) לבין "רפואה במובן הרחב" (כללי ניהול, אתיקה וזכויות חוקתיות כגון הסכמה מדעת ורישום רפואי). המאמר מנתח את ההבדל בין "רפואה מתגוננת רעה", הפוגעת במטופל, לבין "רפואה מתגוננת טובה", המשפרת את סטנדרט הזהירות ואת זכויות המטופלים.

באמצעות סקירה של מחקרים אמפיריים מהארץ ומהעולם (Meta-analysis) המאמר חושף פער דרמטי בין תחושות הרופאים לבין המציאות העובדתית: בעוד ששאלונים הנענים על ידי רופאים מעידים על פחד רב מתביעות, בחינת הפרקטיקה הרפואית בפועל מלמדת על קשר חלש, אם בכלל, בין הדין הנזיקי לבין שינוי בהתנהגות הרופאים. יתרה מזאת, הנתונים מלמדים כי אין "תביעות יתר" אלא דווקא "תביעות חסר", המובילות לתת-הרתעה ולפגיעה ביכולת למנוע רשלנות עתידית. המאמר מסכם בניתוח המניעים להתפתחות המיתוס כ"פחדרון בארון" שנועד להרתיע את המחוקק ובתי המשפט, ומסיים בנימה אופטימית על כך שרופאים פועלים, בסופו של דבר, לטובת חולים.

מילות מפתח: רפואה מתגוננת; רפואת יתר; תביעות חסר; הרתעת חסר; הרתעת יתר; רפואה במובן הצר; רפואה במובן הרחב; ממצאים אמפיריים; פסיכולוגיה של רופאים; הסכמה מדעת; רשלנות רפואית; אוטונומיה מטופל; סטנדרט זהירות;

* מרסר מאייר **פחדרון בארון** (אסתר סופר מתרגמת 1976) (תרגום הספר *There's a Nightmare in my Closet* משנת 1976). הסיפור הוא על חששו של ילד ממפלצת המצויה, כביכול, בארון בחדרו. בסוף הסיפור הילד מתיידד עם המפלצת ומגלה שהיא נחמדה. בחרתי בשם זה במקום אפשרות אחרת והיא *Bogeyman*, ייצור מיתי שנועד להפחיד ילדים על מנת שיתנהגו יפה.

** עו"ד וד"ר למשפטים מהאוניברסיטה העברית. הרצה במשך עשרות שנים בפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית את הקורסים על רשלנות רפואית ודיני פיצויים.

מיתוס לעומת מציאות; אפקט מצנן; רפואה מבוססת עובדות; ניהול סיכונים; הפלות; תאונות דרכים.

א. מבוא

טענה הנטענת, דרך שיגרה, כנגד תובעים בתביעות רשלנות רפואית, היא שמוגשות תביעות סרק רבות שאינן מוצדקות מבחינה רפואית הרי נפסקים פיצויים לתובעים שזכו לטיפול רפואי ראוי.¹ לכך מתלווה טענה נוספת, על פיה ריבוי התביעות (גם אם חלק מהן נדחות) ופסקי הדין מביא לתופעה של "רפואה מתגוננת", היינו מצב שבו הרופאים מטפלים לא על

1 לכאורה, העובדה שנפסקים סכומי פיצוי מלמדת שלא מדובר בתביעה סרק, אך הטענה מבוססת על שלוש טענות משנה: הראשונה, שבשל העובדה שהמוסדות הרפואיים הם "כיס עמוק" בתי המשפט הולכים כבדת דרך לכיוון הניזוק המסכן, ופוסקים לטובתו גם כאשר לא מגיעים לו פיצויים (ראו לטיעון בעניין כיס עמוק, פס' יז לפסק הדין של השופט רובינשטיין בדנ"א 4693/05 בית חולים כרמל-חיפה נ' מלול, פ"ד סד (1) 533 (2010), ולכך שכים עמוק הוא סיבה לגיטימית להרחבת אחריות, ראו ת"א (מחוזי ב"ש) 1190-07 א' ש' נ' מדינת ישראל משרד הבריאות ("איכילוב") (נבו 1.2.2015); וראו גם לדברי בית המשפט בע"א 8146/13 ג'ושה נ' בית החולים אלדג'אני (בפירוק) (נבו 21.7.2016) שלמטופל ציפייה לגיטימית שביטח החולים יהא "כיס עמוק". השנייה, שמוסדות רפואיים העומדים בפני תביעה, ממהרים "לקנות סיכון" ולהגיע להסכם פשרה שבמסגרתו הם משלמים פיצויים גם אם אלה אינם מגיעים. במסגרת זו, מביאים הנתבעים בחשבון לא רק את סיכוני ההליך אלא גם את עלויות ההתדיינות. במסגרת טענה זו אף נטענות טענות כנגד חברות ביטוח המגיעות לפשרה שאינה מוצדקת מבחינה רפואית, בכך שיוצרים הם "כדור שלג" או "מעגל קסמים" המעורר את התובעים הבאים (שתביעתם מוטלת בספק) להגיש תביעות (לטיעון זה ראו דעת הרוב בדו"ח הוועדה הציבורית על הולדה בעוולה (ועדת מצא) 2012: "נוהג זה מעורר מעגל קסמים, בכך שהוא מעורר הורים לילוד במוגבלות לנסות את מזלם בהגשת תביעה גם כשיסודות העילה להגשת תביעה אינם מתקיימים". השלישית, היא שמאחר ובתי משפט פוסקים על פי כללים משפטיים, הרי שהם מתעלמים מה"אמת הרפואית". בשולי הדברים, קשה בעיני הטענה שמי שגורם לתופעה הן חברות הביטוח ה"ממהרות" להתפשר: לא זו בלבד שחברות הביטוח הן עסק כלכלי, וככל שהן סבורות שיש סיכוי טוב לזכייה בתיק, הרי שהם היו עוזרות את "מעגל הקסמים", ומנהלות הליך מלא עד לפסק דין (בפועל הן מעריכות את הסיכון הנובע מהפסקה ו"קונות סיכון" כאשר הוא שווה להם ולא בגלל ה"עיניים היפות" של התובע או בא כוחו. שמעבר לכך כיום חלק ניכר מהמוסדות הרפואיים הם מבטחים עצמיים (עם ביטוח קלסי למקרי קטסטרופות בלבד): דו"ח מבקר המדינה בפרק "תביעות רשלנות רפואית, ביטוח, ניהול סיכונים והדין המשמעתי במערכת הבריאות" דוח ביקורת שנתי 62 לשנת 2011 ולחשבונות שנת הכספים 2010 (2012). תופעה זו מלמדת שמי ששולט על ההחלטה האם להגיע לפשרה או לא, הוא המוסד הרפואי (ובמקרים רבים אף נדרש אישור של הרופא עצמו, גם אם אינו משלם את עלות הפשרה). ואם לא די בכך, נציין שככל שמדובר במוסדות המדינה, הרי שהמדינה נושאת בעלות הפשרה (ואם מדובר בסכומים משמעותיים, אף יש צורך באישור של החשכ"ל), ואין אנו מכירים נתונים המלמדים על כך שהמדינה מתפשרת פחות מחברות ביטוח. וראו גם חוזר המנהל הכללי של משרד הבריאות, מס' 5/13 "תנאים וכללים לניהול קרן עצמית לביטוח אחריות מקצועית".

פי רפואה "נכונה" (היינו הרפואה הנלמדת בספרי הרפואה ובבתי הספר לרפואה) אלא מבצעים פעולות עקרות ומיותרות מפחד של תביעות, הליכים משפטיים, תשלום פיצויים ופסקי דין. טענה שלישית היא, שה"רפואה המתגוננת" אינה מצמיחה תועלת רפואית למטופלים כלל. שילוב של שלוש הטענות מוביל לטענה הרביעית: טיפול היתר גורם לנזקים למטופלים ולמערכת הבריאות, בשל הפניית משאבי זמן וכסף לטובת פעולות מיותרות ולפיצויים חסרי בסיס, ובא על חשבון המטופלים באופן כללי. תוצאת הטענות היא אזהרה המופנית כלפי בתי המשפט ולמחוקקים: אל לכם לקבל תביעות או לחוקק חוקים שיביאו להגדלת שיעור הפיצויים או העלאת רף הזהירות, שכן בסופו של דבר הנזק למטופלים יהיה על ראשכם. הטענה האחרונה משולבת בטענה אמפירית, כביכול, על עלייה גדולה ביותר בסכומי הפיצויים המשולמים, כמובן, איך לא, "על חשבון" המוסדות הרפואיים וממילא על חשבון ציבור המטופלים. טענות אלה אף הוזכרו-אומצו בפסיקת בתי המשפט וברפורמות – המגבילות תביעות כנגד רופאים – שמאומצות במדינות שונות. במקרים שונים, השופטים מזהירים את עצמם מפני החשש שפסקי הדין שלהם יביאו לרפואה מתגוננת, ועל כן לוקחים צעד אחד אחורה ונמנעים מקביעת אחריות, והמחוקקים אף הם נוקטים בפעולות שאמורות, כביכול, להפחית את התופעה באמצעות הגבלת התביעות וסכומיהן (או נמנעים מהעלאת רף הזהירות כדי למנוע את העמקת התופעה). המאמר הנוכחי, בא להתמודד עם הטענות הנזכרות, ולטעון כנגדן: בפועל אין תביעות סרק מרובות, למעשה רופאים לא פועלים מתוך חשש מפסקי דין ומתביעות, וממילא אף אין עליה בסכומי התביעות ובמספר התביעות. בסופו של הדיון ובמיוחד בשים לב לכך שעובדות חסרות-בסיס נטענות ביחס למקצוע שהוא מבוסס עובדות, אף ננסה לשער מדוע התפתח המיתוס.

במאמר נבחין בין סוגי תגובות לפסקי דין ולחקיקה המטילה אחריות, ולחדד את המונחים: הבחנה בין רפואה רעה ("רפואה מתגוננת רעה") לבין תגובה טובה וראויה לפסקי דין ולחקיקה ("רפואה מתגוננת טובה") המשפרת את המצב הרפואי של המטופלים ומעצימה את זכויותיהם החוקתיות. נחדד במסגרת המאמר גם את השאלה, מה המקורות לרפואת יתר – במקומות שבהן היא קיימת, והאם היא נובעת מפסקי דין וחקיקה, או שמא ממקורות אחרים, שאין להם דבר וחצי דבר עם הדין (ובמקרה כזה, כמובן, אין מקום לטפל בתופעה על ידי שינוי של רף ההתרשלות והפיצויים, שכן הם אינם הגורם לה, משל נותנים טיפול אנטיביוטי על מנת לטפל באירוע וירלי). כמו כן, נבדוק את השאלות האמפיריות: האם יש אכן יותר מידי תביעות ("תביעות יתר") והטלת פיצויים, באופן שהיה יכול להסביר רפואה מתגוננת רעה (כזאת שפוגעת במטופלים) או שמדובר, אולי בתופעה ההפוכה ("תביעות חסר") הפוגעת בהרתעה היעילה ובנקיטה בפעולות מניעה אופטימליות שהיו מטיבות את מצב המטופלים? ומעבר לכך: האם בפועל התנהגות הרופאים בפעולות היומיום, מושפעת מרף ההתרשלות והפיצויים?

דרך הדיון שלנו יהא כדלקמן: בפרקים ב–ז נדון במשמעות של "רפואה מתגוננת רעה", ובתוך כך נתייחס להבחנה בין רפואת יתר ורפואה מתגוננת, ביתרונות של רפואת יתר, האם הגורמים מהם "מתגוננים" הרופאים קשורים למערכת המשפטית, ואם כן, האם מדובר בתגובה רצויה מבחינה ציבורית וטובה מבחינה רפואית. בפרקים ח–ט, נדון בשאלה האם בפועל קיימות יותר מידי תביעות (ביחס למקרי הרשלנות הרפואית), והאם אכן הרופאים אכן נוקטים רפואה מתגוננת בשל התביעות, ובפרקים י–יא, ננסה לראות האם המצב בישראל שונה מזה הקיים במדינות אחרות. בפרק יב, ננסה לשער מה מקור המיתוס של רפואה מתגוננת רעה, ובפרק יג, המסיים, נסכם ונצייד את הקורא במחשבה אופטימית בנושא.

ב. חידוד מושגים: מהי רפואה מתגוננת רעה?

"סוד גלוי הוא, שהרחבת האחריות בתביעות רשלנות רפואית, הביאו לצד העלאת סטנדרט הזהירות גם לתופעה של "רפואה מתגוננת" על היבטיה השליליים".²

"נוסף על העלויות הישירות המאמירות של גידול בתביעות רשלנות רפואית, הפכה הרפואה להיות "רפואה מתגוננת", כלומר נפוצות יותר תופעות דוגמת הפננה למפגשי ייעוץ רפואיים רבים וביצוע יתר של בדיקות ותצלומים. כך גדלות ההוצאות על בדיקות רפואיות, גדלים תקציבי מערכת הבריאות, הנמצאים ממילא במחסור, גדלה ההוצאה הלאומית וגם הפרטית לבריאות וגדלה אי-השוויוניות".³

פעולות מורכבות בעלות סיכון לסיבוכים וטיפול בחולים מורכבים עלולות מטבען להיכשל ולגרור אחריהן תביעות בגין רשלנות רפואית, בין מוצדקות ובין לאו. שיקול זה עלול לגרום למוסדות רפואיים לחשוש מלבצע פעולות אלה, ובכך לפגוע בטיפול הרפואי המוענק לחולים, בקידום הרפואה ובהתפתחותה".⁴

על מנת לבחון דברים אלה דומה שצריך לבחון ולחדד מונחים שונים, ולהבדיל אותם ממושג הדיון שלנו. יש צורך להגדיר מהי רפואה מתגוננת רעה. ללא אבחון "המחלה" לא ניתן לדעת האם יש צורך ב"תרופה". רק לאחר שנדע מהי רפואה מתגוננת "רעה" נוכל לדעת האם אכן קיימת תופעה שכזו. לכך אנו ניגשים עתה.

2 ת"א (מחוזי חי') 995-05 פלוני נ' מיקוד אבטחה שמירה שירותים ונקיון בע"מ (נבו 9.6.2009), מפי השופט עמית, לימים נשיא בית המשפט העליון. למען הסר ספק: אין אני טוען – כפי שיתבאר בהמשך – שמדובר בנתונים עובדתיים אמפיריים, אלא ב"הרגשה" הנובעת מריבוי הטענות של מוסדות רפואיים, דבר שבהמשך יוצר מציאות ומביא להטיה קוגניטיבית כנגד העלאת רף הרשלנות והגדלת פיצויים. ו"אם בארזים נפלה שלהבת, מה יעשו אזובי הקיר" (בבלי, מועד קטן, דף כה, ע"ב).

3 דו"ח מבקר המדינה, לעיל ה"ש 1.

4 שם.

ג. רפואת יתר ורפואה מתגוננת

הטוענים לרפואה מתגוננת טוענים לרפואת יתר. אך מן הראוי לחדד שרפואת יתר אינה, כשלעצמה, רפואה מתגוננת, שכן רפואה מתגוננת מיוחדת למקרה בו רפואת היתר (או רפואה שאינה תואמת את הסטנדרטים הרפואיים הראויים) היא כתוצאה מהחשש מהליכים משפטיים ומפסקי דין. רפואת יתר יכולה לנבוע מטעמים רבים: היא יכולה לנבוע מהמטופלים, למשל מטופלות המעוניינות ב"ילד מושלם", ושהמערכת הרפואית ממליצה להן או מיידעת אותן על בדיקות מרובות, גם למחלות קלות בהסתברות לא גבוהה.⁵ לכך, מתלווים גם הרווחים הכלכליים הגבוהים של המטופלים ועורכי הבדיקות, אשר מרוויחים סכומים ניכרים מאותן בדיקות שלא נמצאות בסל הבריאות, עד כדי שהתופעה נחשבת כתופעה חמדנית מצד המטופלים.⁶ רפואת יתר יכולה לנבוע גם מסיבות אחרות, אנושיות ביותר. כך למשל, פורסם במחקר ישראלי עדכני שכאשר אצל אחד ממטופליו של רופא מתגלה סרטן המעי הגס, בחודשים לאחר מכן אותו רופא ישלח הרבה יותר מטופלים (אחרים) לבדיקות קולונוסקופיה.⁷ בדומה, כאשר פורסמו פוסטים במדיה החברתית על בדיקות רפואיות פופולריות, הרי שמיד עלתה כמות הבדיקות.⁸ כמובן שבעניינים אלה, הדרישה לטיפול או הצעת הטיפול, גם אם היא בגדר רפואת יתר, אך אינה קשורה להליכים משפטיים צפויים. מן הראוי לציין, שלעיתים גם בשל חוסר ידע⁹ או אי-שימוש בכלים

- 5 יעל השילוני דולב מהפכת הפיריון 83 ואילך (2013).
- 6 ראו דברי יעל השילוני דולב בעמ' 82 ואילך: "הבדיקות המגוונות לאיתור מומים בעוברים הן חלק מתעשייה משגשגת. יש הטוענים כי מספרן הרב של הבדיקות בעייתיות לא רק מכיוון שהוא מעורר את הנשים, את קופות החולים ואת המדינה לבזבז כסף על בדיקות שחלקן שנויות במחלוקת, אלא גם מכיוון שההשקעה בבדיקות אלה באה על חשבון השקעה בתחומים אחרים שתורמתם לבריאות הציבור גדולה יותר. במילים אחרות, תעשיית הבדיקות הגנטיות רווחית וזו הסיבה לשגשוגה..." ראו Michael J. Saks & Stephan Landsman, *The Paradoxes of Defensive Medicine*, 30 HEALTH MATRIX 25, 43–44 (2020). בנוסף, ראו לכך שבמקרים רבים הפרסומים בעיתונות אינם מדויקים והם מוכנסים על ידי גורמי רפואה בעלי עניין בבדיקות: רוג'ה הראל "רפואת רייטינג" זמן הרפואה 30 (יוני-יולי 2005). כן ראו בהקשר לתחרות בין רופאים ופרסומים שונים של רופאים, אבינעם רכס "את זה כבר אסור לפרסם" זמן הרפואה 42 (נובמבר-דצמבר 2008).
- 7 Ity Shurz, Yoav Goldstein & Gabriel Chodick, *Realization of Low-Probability Clinical Risks and Physician Behavior Evidence from Primary Care Physicians*, 10 AM. J. HEALTH ECON. 132 (2024).
- 8 Brooke Nickel et al., *Social Media Posts About Medical Tests With Potential for Overdiagnosis*, 8 JAMA Network Open 2025 e2461940 (2025).
- 9 במאמר מעניין, הפנו החוקרים לכך שכאשר רופאים משתמשים בכלי בינה מלאכותית, הרי שגם במקרים שבהם כלי הבינה המלאכותית מגיע לתוצאות מסכנות חיים, רוב הרופאים אינם מבחינים בכך, וממשיכים לפעול על פי התוצאה של כלי הבינה המלאכותית: Joshua M. Biro et al., *Opportunities and risks of artificial intelligence in patient portal messaging in primary care*, 8 NPJ DIGITAL MED. 222 (2025). כמובן שהגם שכלי הבינה המלאכותית לא תמיד

טכנולוגיים¹⁰ קיימת רפואת יתר. כל אלו אולי מקרים של רפואת יתר, אך אין להם קשר להליכים משפטיים כלשהם או לרפואה מתגוננת.

ד. יתרונות רפואת היתר

ככל שקיימת רפואת יתר, ואין זה משנה כלל מה הגורם לה, הרי שמול חסרונותיה (לרבות העלות שלה, וסיכוייה הרפואיים) יש למדוד גם את יתרונותיה, ולו כדי לקבוע מה העלות האמיתית (במונחי עלות-תועלת) של הפעולה. הגדרת הפעולה כ"רפואת יתר", יש בה משום הבעת עמדה התחלתית שלילית.¹¹ עם זאת, היא עשויה לגלות מצבים רפואיים בלתי צפויים (או צפויים במידה נמוכה באופן שלא היה מצדיק את הפעולה מלכתחילה), אשר מחייבים טיפול. נניח שבגילים מסוימים אין צורך לבצע בדיקות מסוימות (כגון קולונוסקופיה לצורך גילוי סרטן המעי הגס, בדיקת PSA כדי לבדוק אפשרות של גילוי מוקדם של סרטן הערמונית או מי שפיר לצורך גילוי תסמונת דאון בעובר). הרי שגם אם לפעולות אלה יש עלות (שלדעת העוסקים ברפואה, היא מיותרת), מעלות זו יש להפחית את המקדים (בודדים ככל שיהיו) שבהם מתגלה סרטן המעי הגס (ומטופל במועד מוקדם עם סיכויי החלמה טובים יותר), או מתגלה סרטן הערמונית (ומטופל במועד מוקדם עם סיכויי החלמה טובים יותר), או מתגלה שלעובר יש תסמונת דאון או מחלה גנטית "בלתי צפויים" שמביאים להפסקת היריון (לפי רצון האישה ההרה). אכן, אולי לא מדובר בשכיחות

מביאים לרפואת יתר (אלא יכולים גם להביא לרפואת חסר או לרפואה לא נכונה, הרי שברור שככל שמדובר ברפואת יתר, אין לכך קשר כלשהו עם רפואה מתגוננת.

10 ראו למשל Ofir Ben Assuli et al., *The impact of electronic health records on the ordering of medical tests*, 14 ISRAEL J. HEALTH POL'Y RSCH. 14, 18 (2025). במאמר זה מראים הכותבים שכאשר יש שימוש במערכת אופק, נשלחות פחות בדיקות, בשל העובדה שהמערכת מתקנת את הרופא ממשלוח בדיקות כפולות.

11 המצב שבו הביטוי יוצר מציאות, אינו, לדעתי, מצב ייחודי. השימוש במונח "חיים בעוולה" (wrongful life) הביא לתגובת נגד שחיים, כדבר רצוי במהותו, אינם יכולים להיות עוולה. לו היה נעשה שימוש במונחים אחרים, ניתן היה להגיע לאותה תוצאה ללא השימוש במונח "הקליט": ראו אסף פוזנר "על הדילמה שבין תוצאה להנמקה וריבוע המעגל: על תביעתו הישירה-הנגזרת של היילוד בגין הולדה בעוולה" ספר שטרסברג כהן 495 (אהרן ברק, יצחק זמיר, אבנר כהן, מורן סבוראי ואלעד עפארי עורכים 2017). דברים דומים נכונים ביחס לעוולת ה"תקיפה" בה נעשה שימוש לצורך פיתוח דיני הסכמה מדעת. המונח נתפס כפוגעני כלפי רופאים, תוך שהדיון האמיתי (היינו, האם מן הראוי להטיל אחריות חמורה בגין אי-מתן הסברים) לא זכה לדיון ממצה: אסף פוזנר עוולות טרום לידתיות: הילד הרצוי והילד הבלתי רצוי 96 ה"ש 253 (2019). וראו ע"א 2781/93 עלי דעקה נ' בית החולים "כרמל" חיפה, פ"ד נג(4) 526, פס' 6 ואילך לפסק הדין של השופטת, לימים הנשיאה, ביניש (1999).

"פחדרון בארון" למבוגרים: על המיתוס של רפואה מתגוננת

ובתועלת המצדיקים את הבדיקה מלכתחילה, אך יש בגילוי (האקראי, אולי) להביא למסקנה שעלותה החברתית של רפואת היתר היא נמוכה יותר, ולו בדיעבד.^{12,13} ובמילים אחרות: יש למקד את שאלת הרפואה המתגוננת "הרעה", למקרים שבהם התגובה הרפואית תהא כזו שעלולה לגרום נזק למטופל: בין אם ניתוח מיותר, או הימנעות מביצוע ניתוח חיוני.

ה. רפואה מתגוננת – הנובעת אך ורק מחשש מפני המערכת המשפטית

המונח "רפואה מתגוננת", בהקשר שלנו, היא רפואה לא נכונה כתוצאה מפסקי דין או מסנקציות משפטיות. הפגיעה במקרה כזה ברופא, כפרט, היא בעיקר במוניטין ובזמן מבוזבז לצורך ההליכים המשפטיים, שכן ברוב המקרים של המקרים יש לרופא ביטוח, בין אם באופן פרטי ובין אם באופן מוסדי.¹⁴ אך דומה שככל שהרופא פועל ממניע של הגנה

12 Saks & Landsman, לעיל ה"ש 6, בעמ' 78. לטענת המחברים, ממילא ברור שרפואת היתר היא החלטה של המטופל (ראו שם, בעמ' 83).

13 בתור דוגמה נפנה לע"א 612/78 פאר נ' קופר, פ"ד לה' (1) 720 (1980). באותו עניין, השופט שלמה לויין ציין כי "פלוגי הוא בעל סוג דם נדיר ביותר, תת-קבוצה של תת-קבוצת דם; בית החולים אינו עורך בדיקות של תת-קבוצות כאלה בגלל נדירותן, ובשעת הניתוח ניזק פלוגי בשל עירוי-דם מתת-קבוצה אחרת. בית החולים יהא אחראי. החולה סמך עליו שתיערכנה כל הבדיקות הנחוצות. קיימת ספרות בנושא שלאנשי המקצוע יש גישה אליה. התופעה היא אומנם נדירה, אך פלוגי היה רשאי לצפות, שבית החולים יביא בחשבון גם אפשרות של מקרה נדיר. הבסיס לקביעת החובה יכול שיהא חוזי ויכול שיהיה בנזיקין; במקרה הראשון מהווה היעדר הבדיקה הפרת חובה חוזית שמכללא; במקרה השני – קיימת התרשלות מצד בית החולים". אף שספק לנו האם פסיקה זו ראויה בעולם של רפואה מתקדמת (וייתכן והפתרון הוא ביידוע המטופל בלבד, תוך השתת העלות עליו), הרי שאם אכן מדובר בעלויות נכבדות (ואולי מיותרות), הרי שיש לשים כנגדם את מספר המקרים – הקטן – שבהם נמצא שפלוגי אכן צריך לקבל טיפול מיוחד. בדומה לכך, ע"א 7756/07 גרסטל נ' דן (נבו 21.12.2010). באותו עניין קבע בית המשפט העליון (בדעת רוב) שאין מקום לביצוע בדיקת CMV בכל אישה הרה. אך אם נניח שמוסד רפואי היה מבצע בדיקה כזו (בעלות, שלפחות על פי קביעת בית המשפט העליון היא "מיותרת"), הרי שצריך לבדוק כמה נשים היו אכן מגלות כי העובר סובל מבעיה, ולהפחית יתרון זה מהעלות של הבדיקות. והשוו לביקורת של אריאל פורת "תנאי 'הסיכונים העולותיים' בדיני נזיקין" ספר אור – קובץ מאמרים לכבודו של השופט תיאודור אור 119 (אהרן ברק, רון סוקול ועוד שחם עורכים 2013) על ע"א 2714/02 פלונית נ' מרכז רפואי בני ציון חיפה, פ"ד נח(1) 516 (2003). על פי הביקורת, בקביעת אחריות, יש להביא בחשבון לא רק את הסיכונים הישירים שנקיטת הפעולה הייתה אמור למנוע, אלא גם את סיכוני רקע. כמובא בסוף המאמר, בית המשפט העליון התייחס לעמדת פרוף פורת בחיוב בע"א 10094/07 פלונית נ' בית החולים האנגלי אי.מ.מ.ס (נבו 24.11.2010).

14 בהתייחסות ל"ביטוח" אין הכוונה בהכרח לביטוח על ידי חברת ביטוח, אלא במקרים רבים מדובר ב"ביטוח עצמי" של המוסד הרפואי: ראו חוזר מנכ"ל משרד הבריאות 05/2013

על המוניטין שלו, הרי שהמדיה החברתית ותחקירים בכלי התקשורת, הם בעלי משמעות גדולה פי כמה.¹⁵ אלה, באים באופן מידי ובצמוד לאירוע הרפואי, ומופצים לקהל הרחב. נתאר לעצמנו מצב בו מטופל סבור כי הוא נפגע במהלך טיפול רפואי או כי אינו מרוצה מהטיפול הרפואי. תיאור הסיפור במדיה חברתית, יכול להיות קשה ביותר.¹⁶ 17 כמובן

- 15 "תנאים וכללים לניהול קרן עצמית לביטוח אחריות מקצועית" (24.1.2023) ניתן לצפייה <https://www.gov.il/he/pages/mk05>. 2013
- ההסתדרות הרפואית בישראל "השלכות הרפואה המתגוננת: פסיקות משפטיות" מציינת היא "בהערת אגב, ברצוננו להזכיר כי גם לתקשורת תרומה לא מבוטלת בהתפשטות הרפואה המתגוננת. הרצון לדווח על סנסציות עיתונאיות, אשר אינן בהכרח מבוססות דיין, דוחק את הרופא לעמדת מגננה, המפתחת בהכרח רפואה מתגוננת. צורת הפרסום גורמת מידית פגיעה במוניטין של הרופא". ניתן לצפייה: <https://www.ima.org.il/main/ViewContent.aspx?CategoryId=890>. לביקורת על התקשורת בטענה שהיא, בנושאים רפואיים, לא מקצועית, ראו אבינעם רכס "רצים אחרי הכותרות" **זמן הרפואה** 50 (יוני-יולי 2005).
- 16 ראו אליעזר ריבלין "הנפקות הנזיקית של 'נימוסי אשפוז' גרועים" **ספר שלמה לוי** 299, 305 (אשר גרוניס, אליעזר ריבלין ומיכאל קרייני עורכים 2013): "...מטופלים שאינם שבעי רצון ממצבם הבריאותי עשויים לפרוק את כעסם על זולתם; רופאים שאין הם אוהבים ואשר גילו כלפיהם יחס רע עשויים לשמש מטרה טבעית לכך – אפילו לא חטאו ברשלנות". בשל כך לוקים אף חלק מהמחקרים בנושא, ולמשל, במאמר רוחב בישראל Elad Asher et al., *Defensive Medicine in Israel – A Nationwide Survey*, 7 PLOS ONE e42613 (2012) שקבע שהגורם המרכזי לרפואה מתגוננת הוא חשיפה של הרופא בעבר לתביעות או תלונות, נשאלו המשתתפים, האם הם היו מעורבים בתביעה או תלונה בעבר, ענו רבע מהמשתתפים כי הם היו מעורבים בתביעה פעם בקריירה הרפואית שלהם, ושליש טענו שהוגשה כלפיהם תלונה בשנתיים שקדמו למתן התשובה. דומה שכריכת שני הנושאים ביחד, מעוררת קושי, שכן שאם פעולות הרופא מונעות מחשש לתלונה הרי שאין קשר אמיתי לפסיקה ולחקיקה, שכן ברור שאין כוונה למנוע הגשת תלונות (וכמובן ייתכן שהגבלת תביעות, תביא להרחבת מספר התלונות, בהיעדר "שסתום" להוצאת התסכול כתוצאה מתוצאה רפואית בעייתית). מעבר לכך: כריכת עניינים אלה ביחד בעייתית עוד יותר, אם ניקח בחשבון שביחס לתלונות, דובר על תלונות זה מקרוב, ואילו ביחס לתביעות דובר על תביעות שיתכן והיו לפני זמן רב, ולאור העובדה שהשפעת עניינים מהזמן האחרון היא רבה יותר: הטיית הזמינות – Availability Heuristic Tversky & A. Kahneman, *Availability: A Heuristic for Judging Frequency and Probability*, 5 COGNITIVE PSYCH. 207 (1973); דניאל כהנמן **לחשוב מהר לחשוב לאט** 482–488 (2013). להטיית ערכנות (Recency Bias) ראו Robert B. Durand, Fernando Patterson & Corey A. Shank, *Behavioral Biases in the NFL Gambling Market: Overreaction to News and the Recency Bias*, SOC. SCI. RSCH. NETWORK (2021). וראו ג'רום גרופמן **רופאים – איך הם חושבים** 179–178 (המהדורה בעברית 2014), המתייחס ל"אירוע השלילי האחרון".
- 17 ניתן לשער שבמקרים רבים הפרסום כלל לא יגיע להליך משפטי, בין אם מאחר והוא נובע מרגש סובייקטיבי, לעיתים מיידי, שלאחר בירור לא מצליח להביא לתביעה (שכן כדי להגיש תביעה קיימת חובה לצרף חוות דעת רפואית: תק' 15 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשע"ט–2018). צורך זה מהווה גורם מצנן הן מבחינת תוכנה, שכן ייתכן שמומחים אליו יפנה הנפגע יבהירו לו שאין עילה, ומכל מקום עלותה רב ומהווה גורם מצנן (לנושא העלות ראו גם רע"א 1358/12 **מרכז רפואי רבין בית החולים בילינסון נ' עובדן אייזנבך** (נבו 8.5.2012)), ובין אם מאחר והוא נובע מהרגשה ראשונית של פגיעה קשה ביותר, אשר משתפרת לאחר זמן מבחינה

שאם הרופא נוקט בצעדים כלשהם כדי למנוע פרסומים שכאלה, למשל, בנקיטה בצעדים רפואיים אחרים ממה שהוא מאמין בהם (למשל, לאור דרישת המטופל, רושם אנטיבייטיקה למרות שהדעה הרפואית הרגילה היא שלא לתת אנטיבייטיקה),¹⁸ הרי שמדובר בפעולות "מתגוננות" בפני פרסום רע¹⁹ (כגון פרסום שהרופא מנסה לחסוך כספים לקופת החולים). ובמילים אחרות: ככל שטענת ה"רפואה המתגוננת" מופנית כנגד פסיקות מחמירות של בתי המשפט והדין (היינו, שמביאות לפעולות לא רצויות של רופאים), הרי שיש להפחית

- רפואית, או שהכעס הראשוני מתעמעם. וראו לעניין זה JENNIFER K. ROBBENNOLT & VALERIE P. HANS, THE PSYCHOLOGY OF TORT LAW 5–24 (2016); William L. F. Felstiner, Richard L. Abel & Austin Sarat, *The Emergence and Transformation of Disputes: Naming, Blaming, Claiming...*, 15 LAW & SOC'Y REV. 631 (1980/1981). דוגמא קיצונית לפוסט שקיבל תהודה רבה, למרות שהיה ברור (או צריך היה להיות ברור) שלא יוביל לתביעה כלשהי, הוא סטורי שפרסמה המנחה קורין גדעון, על כך שהיא לא קיבלה חדר עם חלון בבית החולים, בעת שהיא ילדה: <https://www.israelhayom.co.il/article/844771>.
- 18 Saks & Landsman, לעיל ה"ש 6, בעמ' 42, מתארים מקרה בו המחבר, שביתו נחבלה בראשה, התעקש שהילדה תישאר להשגחה למרות שעשו לה בדיקת CT. הרופא, בלחץ ההורה, נעתר, ולמחרת חזרו על בדיקת ה-CT, שנמצאה תקינה, ואז הילדה שוחררה לביתה. סביר שהבדיקה השנייה (וההשארה להשגחה) הייתה מיותרת, אך היא נבעה לא מחשש לתביעה אלא מלחץ של ההורה. זו אולי רפואת יתר, ואולי אף רפואה לא נכונה, אך אין היא רפואה מתגוננת. על מנת להרגיע את הקוראים, יצוין שמחבר המאמר הנוכחי, לפני עשרות שנים, הגיע לבית חולים בשעות הלילה, עם סימנים של בטן חריפה. התורן בדק את הח"מ ואמר שמדובר בדלקת של התוספתן, אך שלא אדאג, ינתחו אותי ואהיה בסדר. או אז הוא שאל (בנימוס אך אולי בטעות) למקצועו של הח"מ, והובהר לו כי הוא עורך דין ועוסק בתביעות רשלנות רפואית. התורן "נטש" את הזירה, ולאחר זמן קצר הגיע עם הרופא הבכיר שבדק ומצא שלא מדובר בדלקת תוספתן (למתעניינים: התוספתן שלי עדיין מצוי בגופי). כשאמרתי שמזל שאני עורך דין, אמר שהוא ממילא היה רואה אותי לפני הניתוח. כששאלתי באיזה מצב, הוא גירד את ראשו, ואישר שהיה רואה אותי לאחר הכנה לניתוח וכשאני על שולחן הניתוחים. מאחר וחלק ניכר של ניתוחי התוספתן לא גילו – לאחר מעשה – דלקת, לא היה צריך להיות חשש מתביעת רשלנות. זו לא רפואה מתגוננת, וגם אם כן – זו רפואה נכונה. וראו למשל בספר רפואה מוביל, Vincenzo Berghelia et al., *Cesarean Delivery*, in GABBE'S OBSTETRICS, 375, 378 (8th ed., Mark B. Landon et al., eds., 2021). שאחד האינדיקציות לביצוע ניתוח קיסרי (תוך שהם מדגישים שמדובר בהליך בטוח) הוא בקשת היולדת.
- 19 בפרסומים אלה יש עניין לציבור, וממילא לא ניתן למנוע אותם על דרך של צו מניעה זמני: רע"א 10771/04 רשת תקשורת והפקות (1992) בע"מ נ' אטינגר, פ"ד נט(3) 308 (2004). בשולי הדברים יצויין שהדברים נכונים גם ביחס להליכים משפטיים: בש"פ 1262/19 פלוני נ' מדינת ישראל (נבו 27.2.2019). מן הראוי לציין: הוועדה הציבורית לבחינת שאלות הנוגעות לפרסום פרטים מזהים בפסקי דין ובהחלטות של בתי המשפט ולעיון בתיקי בתי המשפט (מרץ 2023) בראשות השופט אנגלרד, דנה בשאלה האם מן הראוי לפרסם שמות של בעלי דין ועדים, והמליצה שבכל מקרה לא יאסרו פרסום שמות עדים מומחים (בעמ' 49 לדו"ח), וכן צדדים שהם בעלי רישיונות כגון רופאים, כאשר "הטעם לכך הוא במחויבותם של בתי המשפט להזהיר את הציבור מקום שאדם נחזה כפועל באופן תקין במסגרת הרישיון שניתן לו. בנוסף, פרסום השם עשוי להוביל להגשת תלונות נוספות ולחשיפת דפוס התנהלות, ככל שזו קיים" (בעמ' 51).

מהטענה פעולות הנעשות ממניעים אחרים. טענה שצריך להפחית מרף ההתרשלות והפיצויים, כדי למנוע מרופאים מלבצע פעולות לא רצויות, צריכה לבור את הפעולות המושפעות מפסקי הדין, מהתבן של הפעולות המונעות מגורמים אחרים. טענה כגון "יש להוריד את רף ההתרשלות" בשל העובדה שנעשות פעולות לא ראויות בשל תוכניות תחקירים (ועל כן, ינקטו גם אם רף ההתרשלות ירד), היא טענה חסרת היגיון. אמור מעתה: ככל שהמונח "רפואה מתגוננת" מועלה בהקשר המשפטי, הרי שחובה לצמצם את השימוש בה לתגובות לפסקי דין וחקיקה: כך נעשה גם אנחנו במאמר זה.

1. רפואה מתגוננת "טובה" ורפואה מתגוננת "רעה": הבחנה בין רפואה במובן הרחב לרפואה במובן הצר

קיימות פעולות רבות הנכפות על הרופא על ידי הכללים המשפטיים, ואשר אם יסטה מהם הוא עלול להיתקל בסנקציה משפטית. האם פעולות אלה, כאשר הן ננקטות, הן בהכרח בגדר "רפואה מתגוננת" פסולה? דומה שמן הראוי לבחון את טיב הפעולות. נמחיש זאת בדוגמאות מתחומים אחרים. נניח שנהג הוא בעל מכונית, אשר ללא קושי יכולה לנסוע במהירות של 150 קמ"ש. הנהג מבקש לנהוג במהירות זו, אך הוא נמנע מכך, מהחשש שייתפס על ידי המשטרה וישללו לו את הרישיון. בדומה, נניח שמרצה באוניברסיטה, משאיר על השולחן את הארנק שלו, וסטודנט נמנע מלקחתו מחשש שיראו אותו סטודנטים אחרים או שהוא ייתפס מצולם במצלמות אבטחה, וינקטו כנגדו אמצעים קשים. האם במקרים אלה מדובר ב"נהיגה מתגוננת" או ב"המנעות מגניבה מתגוננת"? דומה שהתשובה תהא בשלילה, אנחנו לא מתייחסים להימנעויות אלה כשליליות בשל העובדה שמדובר בכללים משפטיים, שהחברה מבקשת לאכוף, על אפם וחמתם של הכפופים לה. אם הסטודנט ימנע מלקחת את הארנק והנהג ימנע מנהיגה פרועה, אנו נראה עניין זה בחיוב ולא נדביק לכך "מילות גנאי" של פעולות מתגוננות.

לפני כרבע מאה, בהרצאה (שלאחר מכן פורסמה בכתב העת **רפואה ומשפט**)²⁰ הצענו הבחנה בין "רפואה במובן הצר", היינו הכללים והפעולות שהן באופן מובהק רפואיות ובהן יש לעוסקים ברפואה ידע עדיף, לבין "רפואה במובן הרחב" היינו כללים הנוגעים לניהול הרפואה (ושבפועל נעשים ביומיום על ידי רופאים), אך שבהם אין לעוסקים ברפואה ידע עדיף ושהכללים נובעים מרעיונות ומהסדרים שמחוץ לעולם הרפואה. דוגמאות לרפואה במובן הצר, הן השאלה האם יש מקום לביצוע ניתוח מצד ימין או מצד שמאל, והאם יש מקום לכריתה מלאה של איבר או כריתה חלקית. דוגמה לרפואה במובן הרחב היא השאלה האם מה הוא היקף ההסבר שיש לתת למטופל, על מנת לקבל את הסכמתו/סירובו מדעת לביצוע הפעולה הרפואית ותיעוד הסבר זה. העמדה שמן הראוי לקבל את הסכמת המטופל

20 אסף פוזנר "סטנדרט רפואי וסטנדרט משפטי" **רפואה ומשפט** 26, 48 (2002).

לביצוע הפעולה, אולי יש לה (גם) תועלת רפואית²¹ אבל היא בראש ובראשונה מתבססת על אוטונומיית הרצון, והקביעה היסודית-החוקתית שאדם הוא אדון לעצמו והוא צריך להיות זה שיכריע בענייני גורלו. רעיון זה – כרעיונות האחרים שהם בגדר "רפואה במובן הרחב" – אינו ייחודי למקצוע הרפואה. כך, לקוח של עורך דין, צריך להכריע בשאלה מה הוא יתבע ואת מי הוא יתבע. אכן, בשני המקצועות, הלקוח והמטופל סובלים מידע חסר, ועל כן הרופא, כמו גם עורך הדין, צריכים להסביר למי שעומד בפניהם את היתרונות והחסרונות. בשני המקרים, ההכרעה תהא של הלקוח והמטופל. דוגמה אחרת היא שאלת יצירה ושימור הרשומות הרפואיות: אכן, בתי המשפט מחייבים את בעלי המקצועות השונים לרשום ולשמור את הרשומות הרפואיות.²² בעניינים אלה, לבתי המשפט יש עדיפות על פני בעלי המקצועות השונים (ולאו דווקא רופאים). דוגמה שלישית, היא לעניין צורך בקיום הנחיות ונהלים.²³ הבחנה זו, בין רפואה "במובן הרחב" ורפואה "במובן הצר" נעשתה במקור לצורך קביעה מתי בתי משפט יטו יותר להתערב במקצוע הרפואה ולהטיל חיוב, אף שהרופאים אולי סבורים שלא מדובר ברשלנות (רפואה במובן הרחב) לעומת מקרים שבהם בתי המשפט מוסמכים להתערב במקצוע הרפואה, ואולם ייטו פחות להתערב ולהטיל אחריות מקצועית. ההבחנה הזאת יכולה להיות מודגמת ומודגשת במספר דוגמאות:

- (1) ע"א 4384/90 ואתורי נ' בית החולים לניאדו²⁴ – באותו עניין היה מדובר באישה הרה, שעברה אירוע של ירידת מים בשבוע ה-25 להיריונה. אם נפשט את הדילמה, נציין כי סיום ההיריון וילוד העובר, יביא, בסבירות גבוהה, לפגיעה בעובר, ואילו ניסיון להמשיך את ההיריון עלול להביא לזיהום ולפגיעה בעובר ובאישה. בפועל לא יילדו את העובר, המשיכו בהיריון, ובסופם של דברים הן האישה והן העובר נפטרו בשל זיהום. בבית

- 21 אברהם שטינברג "השתלת אברים" אנציקלופדיה הלכתית רפואית כרך ב 633, 640–641 (מהדורה חדשה, מורחבת מעודכנת ומתוקנת 2006)
- 22 גם כאן, יכולה להיות תועלת רפואית ברישום, שיאפשר לרופא עתידי להסתכל גרף ההתדרדרות, או לפסול צורך בבירור שכבר נעשה. עם זאת, רישום "רפואי" שכזה, הוא שונה במהותו מרישום ותיעוד של פעולות הנדרש על ידי בתי המשפט (הדוחים גם את הניסיון לרישום "תמציתי" ביותר). תקופות השימור נקבעות על ידי בתי המשפט (והתקנות השונות), ומטעמים שאין להם קשר לשמירה "הרפואית". עניין זה מודגש, למשל, בחובה לשמור מסמכים גם לאחר מותו של המטופל (אם כי גם כאן, במקרים חריגים, יכולה להיות לכך תועלת רפואית, למשל להערכה של מחלות גנטיות המשפיעות על שאר המשפחה).
- 23 ב"ש 2215/91 עזבון פלוני נ' קופת חולים של ההסתדרות הכללית של העובדים בארץ ישראל (נבו 22.5.1996). ודוק: בית המשפט אינו קובע איזה נהלים צריך (ואלה יהיו, במקרים שונים, בתחום הרפואה במובן הצר), אלא עצם הצורך לקבוע נהלים.
- 24 ע"א 4384/90 ואתורי נ' בית החולים לניאדו, פ"ד נא(2) 171 (1997). בבית המשפט המחוזי: ת"א (מחוזי י-ם) 931/87 ואתורי נ' בית החולים לניאדו (לא פורסם 5.8.1990); ת"א (מחוזי י-ם) 931/87 ואתורי נ' בית החולים לניאדו (נבו 27.10.1997).

המשפט המחוזי, המומחים מטעם הצדדים הודו ששתי האפשרויות קיימות, אם כי כל מומחה הדגיש שהוא היה נוקט בשיטה אחרת: המומחה מטעם התובעים טען שהוא היה ממליץ על סיום ההיריון, ואילו המומחה מטעם הנתבעים ציין שהוא מעדיף את האפשרות שננקטה. בהחלטה המקורית בבית המשפט המחוזי דחתה השופטת מרים נאור את התביעה, כשהיא קובעת ששתי הדרכים אינן רשלניות, ואף הוסיפה דברים על החשש שמא קביעות משפטיות יכתיבו את התוצאה הרפואית. בבית המשפט העליון, נתקבל הערעור תוך קביעה שההחלטה האם לנקוט בדרך אחת או אחרת היא של האישה, לאחר שתקבל הסברים ותגבש הסכמה מודעת. בבית המשפט המחוזי, אליו הוחזר הדיון, קבעה השופטת נאור כי סביר יותר שהמונחה הייתה מחליטה להפסיק את ההיריון.²⁵ מדובר בדוגמה מובהקת המבדילה בין הרפואה במובן הצר (שהשאלה לגביה היא האם מן הראוי לסיים את ההיריון או להמשיכו), לבין הרפואה במובן הרחב (מי בוחר את הפתרונות שמעניקה הרפואה במובן הצר).²⁶

25 השופטת נאור העריכה את הסיכוי ב-60% וקבעה שזה יהא שיעור הנזק. כיום, לאחר התפתחויות פסיקתיות, דומה שהמסקנה הייתה מתן פיצוי מלא: עניין **מלול**, לעיל ה"ש 1; ע"א 10766/05 מוחסן נ' מדינת ישראל (נבו 9.12.2010); ע"א 3900/14 ל.ד. נ' המרכז הרפואי הלל יפה (נבו 2.12.2015).

26 דוגמת ההסברים שצריכים לתת למטופל הוא נושא מובהק שבתחום הרפואה במובן הרחב. וראו בהסתדרות הרפואית בישראל "השלכות הרפואה המתגוננת: פסיקות משפטיות" ניתן לצפייה: <https://www.ima.org.il/main/ViewContent.aspx?CategoryId=890> מוזכר במפורש פסק הדין בעניין ע"א 2245/91 **ברנשטיין נ' עטיה**, פ"ד מט(3) 709 (1995) שם לא הודגש בפני המטופל כי עישון יוביל, במצבו המיוחד, לאבדן איברים (דבר שנקבע על ידי המומחים הרפואיים, ולא כקביעה משפטית), אלא שהרופא, אמר כדרך אגב, שכדאי לא לעשן (הסבר שניתן כדרך שיגרה על ידי רופאים כמו הוראות "סטנדרטיות" אחרות, כגון לא לשתות אלכוהול, לישון שנת לילה ארוכה, לבצע פעילות גופנית וכיו"ב, ואשר – דווקא לאור זאת – מטופלים מדחיקים אותו). אם אכן, כתוצאה מפסק דין זה, רופאים דואגים לתת הסברים המתייחסים למצב ספציפי וסיכונים ספציפיים, למטופלים, אזי מדובר בשינוי מבורך ביותר. בשולי הדברים אציין, שלדעתי, רופא שבעקבות פסיקות בתי המשפט, יתן הסברים ארוכים מידי, עם סיכונים רחוקים עד מאוד, אף הוא יחטא לחובת ההסבר, שכן הסיכונים הרחוקים מאוד יעמעמו את הסיכונים הקרובים ויחשבו – למטופל – כ"רעש לבן", ויהוו עומס יתר של אינפורמציה. והשוו: Sheena S. Iyengar & Mark R. Lepper, *When Choice is Demotivating: Can One Desire Too Much of a Good Thing?*, J. PERSONALITY & SOC. PSYCH. 995 (2000). במובן זה ייתכן ויש מקום לתביעה בהקשר זה, במיוחד אם אכן ניתנים הסברים ארוכים מדי כפי שרופאים עו. Elad Asher et al., *Defensive Medicine among Obstetricians and Gynecologists in Tertiary Hospitals*, 8 PLoS ONE 3 (2013). למען הסר ספק הרי שהפתרון של הטלת אחריות בגין שלילת האוטונומיה בשל הסברים מפורטים מדי (או מעצימים סיכונים באופן מוטע) עשוי לפתור את הבעיה.

(2) מוות מוחי נשימתי – במקרה של מוות מוחי נשימתי, נחקק חוק מוות מוחי נשימתי, התשס"ח–2008, הקובע את דרך קביעת המוות. עם זאת, ועל אף קביעת החוק, מציין הוא בסעיף 8(ד) כי "נקבע מוות מוחי נשימתי וקביעה זו מנוגדת לדתו או להשקפת עולמו של המטופל לפי מידע שהתקבל מבני משפחתו, לא ינותק המטופל ממכשיר ההנשמה ולא יופסק הטיפול התומך ישירות בטיפול הנשימתי בו, עד להפסקת פעולת הלב". במילים אחרות, גם אם רופא משוכנע – מבחינה רפואית – כי מדובר במטופל שנפטר אזי, על פי קביעת החוק, יש להמשיך ולתת לו טיפול מסוים²⁷. בכל מקרה, ההכרעה אינה של הרפואה במובן הצר, אלא של קביעת הדין.

(3) הרפואה התקציבית וטיפוליים שאינם מצויים בסל הבריאות – כאשר יש טיפולים שהרפואה "במובן הצר" הייתה רוצה ליתן, אך קיימות מגבלות תקציביות. בתחילת הדרך ניתן פסק דין, שמחייב את בתי החולים לערוך את מלוא הבדיקות, ללא קשר לנדירות התופעה²⁸. מצב דברים שכזה הוא בלתי אפשרי בעידן של רפואה מתקדמת, אשר אינה מסוגלת לעמוד במלוא הבדיקות ללא התחשבות בעלותן ובתוחלת הנזק.²⁹ האיזון הפסיקטי, הוא

27 והשוו חוק החולה הנוטה למות, התשס"ו–2005, הקובע בס' 55 כי "חולה הנוטה למות זכאי, במידת האפשר, שיכובד רצונו לענין פעולות נוספות שלדעת החולה או משפחתו הוא נדרש להן, ביזמתו ובמימונו; ואולם רשאי מנהל מחלקה שלא לאפשר ביצוע פעולות כאמור בתחומי המוסד הרפואי, אם, לפי שיקול דעתו, הוא סבור שהפעולות עלולות לסכן את החולה או לגרום הפרעה למטופלים אחרים או לצוות המטפל". כן ראו ס' 13–14 לחוק זה, המסדירים את אפשרות החולה לבקש קבלת טיפול חריג לצורך הארכת חייו.

28 עניין פאר, לעיל ה"ש 13: "פלוני הוא בעל סוג דם נדיר ביותר, תת-קבוצה של תת-קבוצת דם; בית החולים אינו עורך בדיקות של תת-קבוצות כאלה בגלל נדירותן, ובשעת הניתוח ניזק פלוני בשל עירוי-דם מתת-קבוצה אחרת. בית החולים יהא אחראי. החולה סמך עליו שתיערכנה כל הבדיקות הנחוצות. קיימת ספרות בנושא שלאנשי המקצוע יש גישה אליה. התופעה היא אמנם נדירה, אך פלוני היה רשאי לצפות, שבית החולים יביא בחשבון גם אפשרות של מקרה נדיר. הבסיס לקביעת החובה יכול שיהא חוזי ויכול שיהיה בנוזקין; במקרה הראשון מהווה היעדר הבדיקה הפרת חובה חוזית שמכללא; במקרה השני – קיימת התרשלות מצד בית החולים".

29 דומה שמסקנה זו נכונה גם ברפואה שאינה מתקדמת, שכן הטלת חובה לבצע כל בדיקה, עלולה להביא לאמצעי זהירות לא אופטימליים. ברפואה לא מתקדמת, בדומה לעריכת דין, עניין זה מודגש פחות. בתור דוגמה, הטלת חובה נוספת, בפסיקה או בחקיקה, על עורך דין (למשל, לערוך עוד בדיקות), ייתכן ותיתקל בתגובה של העלאת המחיר לטיפול. לחלופין, אם עורך הדין יטען שאין הוא מסוגל להעלות את שכר הטרחה, בשל העובדה שהשוק אינו מאפשר לו זאת, התשובה תהא שאם שאר עורכי הדין מסוגלים לבצע את הפעולות ללא העלאת המחיר, אזי הוא עורך דין לא יעיל, ובמידת הצורך עליו לסגור את עסקו. עניין זה, בלתי אפשרי ברפואה או בשירות מתקדמים: כך, למשל, על קופות החולים נאסר לגבות סכומים נוספים, ואף עלות יום אישפוז נקבעת על ידי גורם חיצוני, משרד הבריאות. לא ניתן

על דרך של חובת יידוע על טיפולים אפשריים נוספים, ותוך הדגשה שמדובר על חשבוננו של המטופל.³⁰ אם לא יידע הרופא את המטופל על הבדיקות הנוספות, הוא עלול להימצא אחראי.^{31,32} הערכה ושיקולים אלה,

- לומר לקופת החולים כי "אם את לא מסוגלת לעמוד בדרישות, אז תסגרי את הקופה", שכן יהיה מדובר באסון בריאותי ציבורי.
- 30 ע"א 434/94 ברמן נ' מור – המכון למידע רפואי בע"מ, פ"ד נא(4) 205 (1997).
- 31 ע"א 2124/12 שירותי בריאות כללית נ' פלונית (נבו) 30.10.2014. עם זאת, עדיין יצטרך המטופל להוכיח שאם היו האפשרויות הנוספות מובאות בפניו, הוא היה אכן נוקט בהם: ע"א 119/05 חליפה נ' מדינת ישראל (נבו) 10.9.2006; ע"א 8426/10 פלונית נ' מלאך (נבו) 5.6.2013, אם כי דומה שחובה אחרונה זו נוגעת לגובה הפיצוי וסביר שגם אם ייקבע שהמטופל לא היה נוקט באפשרויות אלו ייתכן שהוא יזכה, לכל הפחות, לפיצוי בגין פגיעה באוטונומיה.
- 32 לדעתי זה ההסבר נכון להלכת ע"א 3056/99 שטרן נ' המרכז הרפואי על שם חיים שיבא, פ"ד נ(2) 936 (2002). בהלכה זו קבע בית המשפט העליון שבמידה ומוסד רפואי נוקט בשיטות מחמירות יותר (או בשיטת טיפול מתקדמת יותר), ומעבר ל"רופא הסביר", הוא יימצא אחראי אם הוא סטה מהן. בית המשפט העליון עומד על כך שצריכים להגן על חיי אדם, ולכן להטיל רף זהירות גבוה, ואולם הטלת רף זהירות גבוה מדי עלול להביא להכבדה לא ראויה על הרופא ושיקול דעתו. דומה, שכאשר המוסד הרפואי עצמו, על פי הנחיותיו, נוקט בשיטת הטיפול המתקדמת יותר, הוא מעיד על עצמו שהוא מסוגל לעשות כן ללא בעיות תקציב וללא הכבדה לא ראויה. מן הראוי לציין שבע"א 8710/17 פלונית נ' שירותי בריאות כללית (נבו) 6.8.2019, פס' 51, הביעה השופטת וילנר, בהערת אגב, ספק בדבר הלכת שטרן, כאשר היא מציינת כי הלכה זו עלולה "להעניש" רופאים הפועלים בזהירות יתירה וליצור תמריצים שליליים מפני אימוץ פרקטיקות או מיומנויות חדשניות. הסתייגות זו, לדעתי, עם כל הכבוד, אין לה מקום. היא מתעלמת מהיתרונות המשמעותיים בשוק, שיש לרופאים הנוקטים בפרקטיקות חדשניות. היא גם יוצאת מתוך נקודת הנחה של רפואה המגיבה ישירות לכללים משפטיים; כמוכנה בהמשך המאמר, אין לעמדה זו בסיס אמפירי. מעבר לכך: דומה שדווקא המקרה של הלכת שטרן יוכיח. מדובר בפסק דין שניתן כנגד המרכז הרפואי על שם חיים שיבא. האם בעקבות זאת, חדל מרכז זה מלנקוט ברפואה מתקדמת? דומה שעניין זה מופרך לחלוטין מאתר בית החולים שיבא. באתר זה (ניתן לצפיה <https://www.sheba.co.il/249167>) בית החולים מצייין בהרחבה כי "הישג בינלאומי חסר תקדים לישראל: שיבא מזנק למקום ה-8 ברשימת בתי החולים הטובים בעולם" ומנהל בית החולים מצוטט כאומר: "כסמל הישראות וספינת הדגל של מערכת הבריאות הציבורית, מוטלת עלינו החובה לתת מענה לאתגרי הבריאות והחברה הלאומיים, להתייבץ לצד כל מי שזקוק ותמיד להציב את הרף גבוה יותר. פנינו קדימה, להמשיך ולהוביל את המשק הישראלי באמצעות הנעת גלגלי הכלכלה, טיפוח החדשנות והיזמות והשקעה ארוכת טווח במחקר ופיתוח. בריאות היא חלק בלתי נפרד ממנועו הצמיחה של המשק הישראלי ושחקן משמעותי ביצירת שיתופי פעולה ושגשוג אזורי". ובהמשך מפרט האתר כיצד נקבע הדירוג: "דירוג בתי החולים הטובים בעולם של Newsweek מתבסס על נתונים השוואתיים מליבת העשייה של ארגוני בריאות, מדדי איכות ובטיחות הטיפול, סקרי חווית מטופל פרסומים מדעיים וחדשנות רפואית, המייצרים סטנדרט בינלאומי של מצוינות". דברים דומים נכתבים על ידי בתי חולים אחרים (למשל, בית חולים הדסה בירושלים: <https://he.hadassah.org.il/about-hadassah/>).

"פחדרון בארון" למבוגרים: על המיתוס של רפואה מתגוננת

תוך איזונים כלכליים, היא לחם חוקו של בית המשפט, והיא בגדר "רפואה במובן הרחב".³³

ההבחנה בין סוגי הפעילות השונים שבהם רופאים עוסקים, זכתה לשמות שונים. כך השופט שטיין, בפסק הדין של מעלה הכרמל,³⁴ מציין שבית המשפט יטה יותר להתערב בעניינים "לוגיסטיים" לעומת "רפואה מקצועית" (המקבילה ל"רפואה במובן הצר"). השופטת אגמון גונן בבית המשפט המחוזי,³⁵ התייחסה לרשלנות רפואית "מינהלית".

ההבחנה הנזכרת – בשמותיה השונות – ניתנה לגבי השאלה מתי בתי משפט יטו יותר להתערב בפעולות רופאים: אך הבסיס לה הוא האם מדובר בשאלה רפואית מקצועית, שלגביה הרופא מפעיל שיקול דעת רפואי "טהור", או שמא בכללים אחרים, חיצוניים שבסיס הידע הוא במקום אחר. הבחנה זו, צריכה לשרת אותנו בהבחנה בין "רפואה מתגוננת" רעה, או "רפואה מתגוננת" טובה (או אולי בין רפואה מתגוננת, לפעולות "מתגוננות" אחרות). אם, למשל, רופא יאמר שהוא אינו מסביר למטופל את האפשרויות השונות לטיפול³⁶ כי מדובר ב"בזבוז זמן", כי המטופל "מבין הרבה פחות" את האפשרויות, וכי הרופא "למד רפואה ועל כן הוא יודע טוב יותר מה טוב למטופל",³⁷ וכי

33 והשווה ת"א (מחוזי י-ם) 668/92 שטראוס נ' יובל (נבו 4.5.1997).

34 ע"א 7276/18 עזובן פלוגית נ' מדינת ישראל המרכז לבריאות הנפש "מעלה הכרמל" (נבו 2.3.2021). השופט שטיין היה אומנם בדעת מיעוט במקרה הספציפי, אך דומה שההבחנה העקרונית היא על דעת כל ההרכב.

35 ע"ש (מחוזי ת"א) 1199/07 רביב נ' משרד הבריאות (נבו 25.6.2008). השופטת אגמון גונן ציינה כי הרשלנות ברפואה מינהלית היא ה"רשלנות הרפואית המודרנית", והדוגמאות שניתנו על ידה הן "כאשר מסתפקים בצוות רפואי מצומצם; כך כאשר רופא מורה על ביצוע בדיקה מסוימת וקופת החולים לא מאשרת את ביצוע הבדיקה וכך כאשר ניתנות תרופות המתאימות פחות לטיפול בחולה בשל שיקולי תקציב. בכל המקרים האלה מדובר ברשלנות רפואית מנהלית". מן הראוי לציין כי פסק הדין של השופטת אגמון גונן, היא דוגמה בולטת לכך שביקורת על בתי המשפט והתוצאות שפסקי דין מובילים אליהם, מופנים למקום הלא נכון. ראו לטיעון כנגד פסק הדין אצל אבינעם רכס "הרופאים – בין הפטיש והסדן" **זמן הרפואה** 64 (אוגוסט–ספטמבר 2008). פרופ' רכס מציין כי הרופא הבודד, עומד בין דרישת המערכת הרפואית שיביא בחשבון עלויות תקציביות של הטיפול לבין המערכת המשפטית המציינת שטיפול חסר מבחינה רפואית ייחשב לרשלנות. באותו עניין שוחרר מטופל בטרם התקבלו תוצאות בדיקת דם. ודוק: המשך האשפוז עד לקבלת תוצאות הבדיקות, היה בגדר "רפואה נכונה", וממילא אם הרופא היה מחליט להשאיר באשפוז, לא היה מדובר ב"רפואה מתגוננת" אלא בדבר שמן הראוי היה לעשות. במילים אחרות, לא זו בלבד שהיה מדובר ב"רפואה במובן הרחב" (ולמשל פרופ' רכס בדעה שיש להביא בחשבון "צדק חלוקתי", ללא התייחסות לשאלה האם זה תפקידו של הרופא הבודד), אלא מעבר לכך הטיית המוסד הרפואי לרפואה טובה.

36 כפי הנדרש לצורך גיבוש "הסכמה מדעת", ס' 13 לחוק זכויות החולה.

37 ל"תלונה" מעין זו, על הצורך במתן הסברים על מנת שהמטופל יכריע אם לבצע ניתוח, ותוך ציון כי מתן ההסברים הנדרשים מביא למצב שמתקבלות – על ידי המטופלים – החלטות "לא נכונות" ראו דני געתון **"רפואת עיניים – בעידן הרפואה המתגוננת" רפואה ומשפט** 16, 47.

הוא רק מסביר למטופל את האפשרויות בגלל שהוא חושש שהוא ייתבע, הרי שאולי זו פעולה "מתגוננת" אך היא פעולה מתגוננת "טובה".³⁸ בדומה, אם הרופא יאמר, שחבל לרשום בגיליון את הפעולות שנעשו או את ההסברים שניתנו, כי הוא "סומך על זכרונו",³⁹ וכי הוא רושם רק ככפוי מהחשש מתביעה משפטית, הרי שאף אם נצטער על כך שהוא לא הפנים את התועלת ברישום, הרי שנשמח שהכללים המשפטיים, והפסיקה, השיגו את מטרם, מתחום "הרפואה במובן הרחב".

ז. רפואה במובן הצר: רפואה טובה ורפואה רעה

גם במסגרת הרפואה "במובן הצר" (היינו עניינים שהם בליבת מקצוע הרפואה ובשיקול הדעת הרפואי), יש לבדוק, האם התגובה לפסיקה⁴⁰ (ככל שיש שכזאת) תואמת את הרפואה "האמיתית" האם היא "טובה" מבחינה רפואית או "רעה", ומה יתרונותיה, בכלל, ולשקללם כנגד הפסד בעניינים אחרים. נדגים זאת בדוגמה של תסביב אשך. הדוגמה של תסביב אשך (torsion), היא של השפעה אפשרית שהייתה לסנקציות משפטיות, ואשר הובילה לתוצאה טובה מבחינה רפואית. מדובר בתופעה בו האשך מסתובב ועל כן נחסם כלי הדם המוביל אליו. אם לא מסירים פיתול זה בתוך זמן קצר יחסית, של מספר שעות, האשך שאינו זוכה לאספקת דם, נמק. כיוון שכך, הכלל הרפואי הוא שכאשר יש ספק בדבר המקור לכאבים באשכים אזי יש לנתח,⁴¹ גם אם בדיעבד יתברר שהניתוח היה מיותר, והכאבים נובעים

(1997). למעשה מדובר בהפקעת האוטונומיה של המטופל כדי להגיע למה שהרופא חושב שהוא יודע טוב יותר. דומה שהכותב חזר בו, מהעמדה הנשקפת במאמר, במאמר מאוחר יותר: דני געתון "קטרקטה והשלכותיה המשפטיות" רפואה ומשפט 53, 26 (2002), שם מציין הכותב כי "מחקר גדול בגרמניה הראה כי 'חינוך' נכון, הבהרת סיכונים ניתוח הירוד ובעיקר עמידה מדויקת יותר על ציפיות החולה מהפעולה הניתוחית, משפרים מאוד את ההבנה של החולה ומונעים באופן משמעותי הגשת תביעות משפטיות. באותם מרכזים רפואיים בהם מקובל לדון עם החולה בפירוט על מהלך הפעולה ותוצאותיה האפשריות ובנוסף להסתייע גם בחוברת הסברה והדרכה – הייתה הבנה טובה יותר של התהליך וציפיות מתאימות יותר". לעומת זאת, אם הרופא לא הסביר למטופל על הסיכונים והסיכויים, מאחר וההסבר היה יכול לגרום לנזק חמור לבריאותו הנפשית או הגופנית, הוא יכול לפנות לגוף שבמהותו הוא רפואי, ועדת האתיקה, ולקבל פטור ממתן ההסבר: ס' 13(ד) לחוק זכויות החולה. הסיבה לכך היא שכאן ההסבר אינו רק מתחום הרפואה "במובן הרחב", אלא נוגעת לשאלה רפואית-מקצועית, מתחום הרפואה "במובן הצר".

ראו מחקרים אמפיריים בתחום הרפואי המתייחסים לזיכרון של המטופלים ושל הרופאים בהיעדר רישומים בכתב: אסף פוזנר "דוקטרינות ישנות, סוגיות חדשות: סברים שבכתב – האם אתה רשאי לומר בעל פה?" ספר גבריאל בן 539, 564–565 (דוד האן, דנה כהן-לקח ומיכאל בך עורכים 2011).

מדובר הן בתגובה "נכונה", היינו כזאת שמיישמת את פסקי הדין, והן לתגובת יתר, הנובעת מחשש מפסיקות עתידיות, ומבלי יכולת לצפות עד היכן הפסיקה תגיע.

ראו למשל באתר מכבי שירותי בריאות https://www.maccabi4u.co.il/healthguide/emergencies/emergency_situations/sos_situations/testicular_torsion, וכן דוד בן מאיר

ממקור אחר. עיון בפסיקה יגלה שהיו מקרים לא מועטים בהם לא בוצע ניתוח במועד (למרות שהמטופל הגיע במועד לטיפול רפואי), דבר שהביא לאבדן אשך. עיון באירועים אלה, מגלה שהאירועים עצמם היו בשנות השמונים של המאה הקודמת עד תחילת שנות האלפיים, ולאחר מכן, "נעלמו" מהפסיקה.⁴² דומה שבעניין זה, הפסיקה היא שדחפה את ההתנהלות הרפואית הנכונה. דומה שדוגמה זו מבהירה, כי גם כאשר המערכת המשפטית מתנהלת בתוך "רפואה במובן הצר", הרי שגם אם התוצאה היא שהיא גורמת לכך שרופאים יפנימו דרך התנהלות מסוימת, הרי שאין הדבר, בהכרח, בלתי ראוי.

במילים אחרות, וכסיכום ביניים ניתן לקבוע: רפואה מתגוננת בה אנו עוסקים, היא אך ורק פעולות שעורך הרופא (או נמנע מלערוך) בתחומי הרפואה "במובן הצר", וזאת אך ורק מחשש מתגובת הדין (להבדיל מחשש מפני תחקירים או פוסטים). רק רפואה שכזו, במידה והיא מביאה לתוצאה רפואית לא ראויה או בזבוז משאבים, צריכה להטריד את מערכת בתי המשפט. כל שאר הפעולות, הרי שהן אינן תגובה לדין ולפסקי דין (ולכן, אינן צריכות להיות גורם מצנן כלשהו להטלת חובות משפטיות על מקצוע הרפואה), או שהן תגובה ראויה וטובה לדין ולפסקי הדין (ועל כן צריכה לעודד את הטלת החבות).

⁴² תסביב האשך: מצב חירום שמחייב טיפול מהיר" אתר מרכז שניידר לרפואת ילדים <https://www.schneider.org.il/?CategoryID=860&ArticleID=2505>, 15.6.2014), ניתן לצפיה
ראו למשל ת"א (שלום ת"א) 18754-07 פלוני נ' מדינת ישראל – משרד הבריאות (נבו 16.1.2017) (אירוע משנת 1985); ת"א (מחוזי י-ם) 799/94 שירוני נ' יוריס (נבו 20.11.1996) (אירוע משנת 1988); ת"א (שלום י-ם) 16029/95 פלוני נ' מדינת ישראל משרד הבריאות (נבו 8.1.2007) (אירוע משנת 1990); ת"א (שלום טב') 1327/02 אימן נ' קופ"ח כללית שירותי בריאות כללית (נבו 8.6.2006) (אירוע משנת 1992, תביעה נדחתה בגלל שיהוי שלו בהגעה לטיפול); ת"א (מחוזי ת"א) 373/94 סלמן נ' סבירסקי (נבו 15.10.1996) (אירוע משנת 1993); ת"א (מחוזי י-ם) 1044/94 מזרחי נ' קופת חולים לאומית (נבו 15.2.1996) (אירוע משנת 1993); ת"א (שלום י-ם) 18585/95 יתח נ' שמוק (נבו 28.8.2003) (אירוע משנת 1993); ת"א (מחוזי י-ם) 1335/98 פלוני נ' מדינת ישראל – משרד הבריאות (נבו 4.3.2004) (אירוע משנת 1995); ת"א (שלום ת"א) 13990/06 רוניקובסקי נ' מדינת ישראל – משרד הבריאות (נבו 14.11.2006) (אירוע משנת 1996, תביעה נדחתה); ת"א (שלום י-ם) 10968/05 א' ג' נ' הסתדרות מדיצינית הרסה (נבו 12.10.2008) (אירוע משנת 1997); ת"א (שלום י-ם) 1440/06 אלגרבלי נ' המרכז הרפואי שערי צדק (נבו 22.7.2009) (אירוע משנת 1999, תביעה נדחתה); ת"א (שלום ת"א) 45795-04 מור נ' בית חולים מאיר (נבו 27.1.2010) (אירוע משנת 1999); ת"א (מחוזי י-ם) 1414/98 לוי נ' מדינת ישראל (נבו 19.11.2002) (אירוע משנת 2001); ת"א (שלום י-ם) 6218-05 ש' א' נ' מתר-מרפאות בע"מ (נבו 27.3.2012) (אירוע משנת 2003); ת"א (שלום ת"א) 61117-07 פלוני נ' מדינת ישראל (נבו 14.4.2013) (אירוע משנת 2004); ת"א (שלום י-ם) 3847/06 ב' ב' (קטיין) נ' קופת חולים מאוחדת (נבו 29.3.2009) (אירוע משנת 2005, התביעה נדחתה); ת"א (שלום חי') 48683-12-12 ח.ס. נ' שירותי בריאות כללית (נבו 5.3.2017) (אירוע משנת 2008, תביעה נדחתה); ת"א (מחוזי י-ם) 41666-12-13 ודוביצ'נקו נ' מכבי שירותי בריאות (נבו 11.8.2020) (אירוע משנת 2013, התביעה נדחתה).

לאחר שצמצמנו את המונח "רפואה מתגוננת" (לצורך דיון בהקשר של רף ההתרשלות הנקבע בפסיקה), נוכל לעבור לדיון בשאלה האמפירית: האם אכן יש סיבה לרפואה מתגוננת שכזו (היינו, האם קיימות תביעות, ופסקי דין ופיצויים רבים מידי היכולים להסביר תגובת נגד של רופאים), ומעבר לכך, שאלת השאלות: האם אכן קיימת תופעה של תגובת נגד שכזו?

ח. האם קיימת תופעה של "תביעות יתר"

היסוד בטיעון של "רפואה מתגוננת רעה" היא שקיימת תופעה של תביעות יתר.⁴³ טענה זו היא הכוללת שני מרכיבים מצטברים: תחילה מספר התביעות שמן הראוי היה להגישן (היינו אירועים של רשלנות רפואית)⁴⁴ ולאחר מכן, התביעות שהוגשו בפועל.⁴⁵ מכל מקום ספק רב אם טענה זו מבוססת באופן עובדתי. בעניין זה נעשתה בדיקה בארצות הברית בסוף המאה הקודמת, פורסמו בכתבי העת היוקרתיים ביותר בארצות הברית, מאמרים שמלמדים ההיפך. הטכניקה של החוקרים⁴⁶ (צוות משולב של אנשי רפואה ומשפט) הייתה בדיקה של יותר מ-30,000 גיליונות חולים באיזור ניו יורק. החוקרים בדקו בכמה מהם הייתה רשלנות שגרמה לנזק צמית משמעותי. במקרים אלה היה "צפוי" שתוגש תביעה. לאחר מכן, הם השוו את מספר האירועים הרשלניים למספר התביעות שהוגשו. באופן מדהים ובניגוד לאינטואיציה, התברר שמספר מקרי הרשלנות הרפואית היה גדול פי 7.6 ממספר התביעות שהוגשו בפועל.⁴⁷ אכן, ייתכן שחלק מהתביעות שהוגשו בפועל היו תביעות סרק. אך אם

43 כאשר, בראש ובראשונה, החשש הוא מ"תביעות רעות". והשוו לכך שאחד הנימוקים המרכזיים בדיני ההתיישנות הוא לחסום תביעות רעות, כאשר ההנחה היא שלאחר זמן רב יתקבלו יותר תביעות רעות שכן הנתבע לא שמר לעצמו את הראיות ואינו יכול להתגונן כרבעי: ישראל גלעד התיישנות בדין האזרחי 104 ואילך (2022).

44 כמובן, שיתכן ורופא כלשהו יטען שגם תביעות מוצדקות אין להגיש. אף שעמדה זו היא "מובנת" (שכן אף אחד – ואין זה משנה באיזה מקצוע הוא עוסק – אינו מקבל בברכה תביעות המוגשות כנגדו גם אם התרשל), הרי שאין לקבלה. משמעותה, למעשה, היא שרופא יוכל להתרשל, והמטופל שנפגע ומשפחתו (שהם מפזרי נזק רעים) "ישאו על גבם" את הנזק ללא סעד (וזאת מעבר לתפקיד החשוב של פסקי הדין בהתוויה של נורמת התנהגות).

45 הטיעון של תביעות יתר, הוא למעשה מקביל לטיעון של תביעות סרק. גם טיעון זה מופרך. ראו David M. Studdert et al., *Claims, Errors, and Compensation Payment in Medical Malpractice Litigation*, 354 NEW ENGLAND J. MED. 2024 (2006) המראים שהתביעות נובעות מטעויות ורשלנות.

46 Troyen A. Brennan et al., *Incidence of Adverse Events and Negligence in Hospitalized Patients: Results of the Harvard Medical Practice Study I*, 324 NEW ENGLAND J. MED 370 (1991).

47 Localio AR et al., *Relation between malpractice claims and adverse events due to negligence. Results of the Harvard Medical Practice Study III*, 325 NEW ENGLAND J. MED. 245 (1991).

כך, אזי המספר של התביעות המוצדקות שהוגשו לעומת מקרי הרשלנות, קטן עוד יותר. התוצאה הייתה מפתיעה כל כך, עד כדי שהתעורר צורך לבדוק את הנתונים באיזורים אחרים. על כן, חוקרים אחרים בדקו את אותם הדברים ביוטה וקולורדו. התוצאות היו זהות.⁴⁸ פערים אלה,⁴⁹ בעייתיים. על פי התורה הכלכלית למשפט, מן הרצוי שיהיה מתאם בין מספר התביעות והפיצויים הנפסקים לבין מספר מקרי הרשלנות (כדי ליצור הרתעה אופטימלית, מניעת החצנות של פעולות הרשלנות לגופים אחרים, ועל מנת שיהיו תמריצים שיביאו לנקיטת אמצעים אופטימליים כדי למנוע מקרים עתידיים). ממילא תביעות חסר מביאות לתת הרתעה, והביאו הן למאמרים שטענו שהמשבר האמיתי של דיני הרשלנות הרפואית הוא שלא מוגשות די תביעות (היינו תביעות חסר),⁵⁰ הן לדעות המצדיקות פיצויים עונשיים (כדי ליצור תמריצים נכונים)⁵¹ ואף להצעה רדיקלית של מחברים ישראלים לאפשר לצדדים שלישיים (היינו, כאלה שלא נפגעו בשל עוולות) שלמדו על עוולות, להגיש תביעות ולזכות בחלק מהפיצוי.⁵² מכל מקום, דומה שמחקרים אלה עולה שאין בעיה של תביעות יתר, וממילא ניסיון לטעון שאלה מביאים לרפואה מתגוננת, אינו סביר.

-
- Eric J. Thomas et al., *Incidence and Types of Adverse Events and Negligent Care in Utah and Colorado*, 38 MED. CARE 261 (2000) 48
- Rajkumar Cheluvappa & Selwyn Selvendran, *תוצאות דומות נמצאו למשל באוסטרליה: Medical negligence – Key cases and application of legislation*, 17 ANN. MED. SURG. 205 (2020). 49
- Richard L. Abel, *The Real Tort Crisis – Too Few Claims*, 48 OHIO STATE L.J. 443, למשל, 446–452 (1987); Deborah Jones, Kathryn Merritt & Ann Barry, *Is the Tort System in Crisis? New Empirical Evidence*, 60 OHIO STATE L.J. 315 (1999) 50
- ע"א 2144/13 *עזבון מנטין נ' הרשות הפלסטינאית פס'* 115–118 לפסק הדין של השופט סולברג (נבו 6.12.2017). באותו עניין נדונו פיצויים עונשיים ביחס למעשי טרור, ואולם השופט, לימים המשנה לנשיא, סולברג שוטח את כלל ההנמקות לפיצויים עונשיים, ובהם תת הרתעה ותביעות חסר. וראו גם Ellen M. Bublick, *Mathias v. Accor Economy Lodging, Inc* (2003): *Judge Richard A Posner's Message and Method on Punitive Damages*, in LANDMARK CASES IN THE LAW OF PUNITIVE DAMAGES 281 (James Goudkamp & Eleni Katsampouka eds., 2023) 51
- Ehud Guttel, Alon Harel & Shay Lavie, *Torts for Non-Victims: The Case for Third-Party Litigation*, 2018 U. ILL. L. REV. 1049 (2018) לדעתיות, לעיל ה"ש 11, בעמ' 332–331. עוולות טרור 52

האם ייתכן ובישראל הנתונים שונים? לדעתי, התשובה לכך היא שאכן זה אפשרי,⁵³ אבל בלתי סביר.⁵⁴ מעבר לכך, אם יש מאן דהוא המעוניין לטעון כי הנתונים בישראל שונים, דומה שעליו מוטל לבצע מחקר אמפירי.⁵⁵ מעבר לכך, לאור הטענות על עלייה דרמטית במספר התביעות, הוקמה מכוח החלטת ממשלה ועדה ציבורית בראשות השופט ד"ר גבריאל קלינג, לבחינת האחריות לפגיעה בטיפול רפואי. כרקע למינוי הוועדה, צוינו פרסומים בעיתונות על תביעות בסכומים גבוהים, שיצרו תחושה שהמצב בישראל מתפתח למצב דומה לזה שבארצות הברית, ואף שהביאו לחשש בקרב העוסקים ברפואה שמספר התביעות כמו גם סכום התביעות, גדלים.⁵⁶ לאחר קבלת הנתונים מגופי הביטוח השונים, צוין בעמ' 11 לדו"ח כי

מבדיקת הנתונים שהיו בפני הוועדה עולה שאין בסיס לחשש שגל התביעות נגד רופאים גואה, או כי סכומי הפיצויים המשולמים הולכים ועולים בצורה משמעותית. יחד עם זאת, אין ספק שבציבור קיימת תחושה אחרת, שלפיה הולך ורב מספר התביעות של רשלנות רפואית, והולכים וגדלים הסכומים המשולמים כפיצויים.

53 אין בישראל מעקב מסודר אחר תקלות רפואיות ומקרי רשלנות שגרמו לנזק משמעותי. קיימת אומנם חקיקה בדבר חובת דיווח על אירועים מיוחדים (למשל, תקנות בריאות העם (הגשת מידע מיוחד), התשל"ה-1974; תקנות בריאות העם (הודעה על פטירות ואירועים מיוחדים), התש"ם-1980; תקנות בריאות העם (הודעה על אי-התאוששות לאחר הרדמה), התשמ"א-1980; תקנות בריאות העם (דיווח ומידע מיוחד על מחלת הסרטן), התשמ"ב-1982; תקנות בריאות העם (דיווח על לידת תינוקות עם מומים), התשמ"ב-1982; תקנות בריאות העם (דיווח על מטופלים באירוע נפגעים מורכב), התשפ"ה-2025, ועוד), ומכל מקום לא מקפידים על כך ומשרד הבריאות לא מפרסם דו"ח מסודר על אירועים אלה ומשמעותם. גם לא נעשתה בדיקה מסודרת על ידי בדיקת כמות משמעותית של גליונות (כפי שנעשה בארה"ב), כדי להשוות את מספר התביעות למספר מקרי הרשלנות הרפואית. מן הראוי לציין שלא מדובר במניעה של הדין, וככל שיושחרו או יוסתרו הפרטים המזהים של המטופלים, הרי שאין בכך משום פגיעה בפרטיות או בחיסיון רופא-מטופל: ראו לאחרונה רע"א 43063-10-25 **בית החולים המשפחה הקדושה נ' פלונית** (נבו) 16.12.2025.

54 לדחיית הטענה של תביעות יתר, ראו למשל רונן אברהם ועומר פלד "המיתוס של תביעות סרק נגד רופאים מתנגש במציאות" **גלובס** (9.5.2018) www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1001235055.

55 אודה על האמת: הייתי שמח אם היה נעשה מחקר שכזה, ואולם, למרבה הצער, ספק לי אם הוא צפוי להיערך. המוסדות הרפואיים בישראל ומבטחיהם (כשיש חריג אחד בולט, והוא המדינה), מנסים למנוע אפילו פרסום של פסקי דין. זאת, הן על דרך של בקשות למנוע פרסום, אך מעבר לכך, במקרה והצדדים הגיעו להסכם פשרה, לדרוש את דחיית התביעה (כתנאי לתשלום) ובמקרה ו"אין מנוס" אלא מלהביא לידיעת בית המשפט את פרטי ההסכם (כגון שמדובר בתובע שהוא קטין או חסוי, ואז יש צורך באישור של בית המשפט להסכם הפשרה וקביעה שמדובר בהסכם שהוא לטובת הקטין או החסוי), על ניסיון לדרוש הסכמה מהתובע להוראה שיהיה איסור פרסום של פסק הדין.

56 **דין וחשבון הוועדה לבדיקת האחריות לפגיעה בטיפול רפואי** 10 (1999).

עם העובדות – של היעדר עלייה משמעותית במספר התביעות ותשלום הסכומים – קשה להתווכח. אשר לסיבות ל"תחושה" בציבור על העלייה, דומה שהסיבה היא ריבוי אמצעי התקשורת (כולל מקומונים), המביאים לפרסומים רבים על תביעות המוגשות⁵⁷ (לאחר מכן, ובין היתר בשל התעקשות של המוסדות הרפואיים, לא מפורסמות התוצאות של התביעות).

בשנת 2019, פרסמה חברת ענבל, המטפלת בתביעות הרשלנות הרפואית כנגד המדינה, פרסום "מפחיד" על עלייה – שכל שניתן הוא לכנותה דרמטית – בתשלומים עבור התביעות משנת 2009 ועד שנת 2019. לפי הפרסום,⁵⁸ בעוד שבשנת 2009 שולמו 200 מיליון ₪ בשנה, הרי בשנת 2019, שולמו 300 מיליון ₪ בשנה. אלא, שנתונים אלה לא מלמדים על עליה כלשהי. צריך לזכור: צפוי שמספר התביעות בגין רשלנות רפואית יעלה באופן יחסי לגודל האוכלוסייה. באותה תקופה הייתה עליה של כ-21% באוכלוסייה.⁵⁹ מעבר לכך, צפוי שסכומי הפיצוי יעלו באופן יחסי עם עליה בעלות הטיפולים והשירות הרפואי (שכן ניזוקים תובעים פיצוי בגין טיפולים רפואיים להם הם יזדקקו) והשכר הממוצע במשק (המשפיע באופן ישיר על פיצוי בגין אבדן השתכרות ועזרת צד שלישי).⁶⁰ השכר הממוצע

57 דומה שגם למערכת המשפטית הייתה "תרומה" לפרסומים אלה, משני כיוונים. הראשון הוא כיוון של סדרי הדין האזרחי והאגרות. בעוד שכיום (וגם בעבר הרחוק) הכלל הוא שהתובע צריך לפרט בכתב התביעה את הנזק המיוחד (היינו, הנזק הממוני עד למועד התביעה) ואינו צריך לפרט את הנזק הכללי (היינו נזק שאינו נזק ממון – כאב וסבל, קיצור תוחלת חיים, אבדן הנאות חיים ופגיעה באוטונומיה, וכן נזקים ממוניים לאחר מועד הגשת התביעה), והוא רק היה צריך לציין האם הוא תובע נזק (היינו, הן נזק מיוחד והן נזק כללי) שבסמכות בית משפט השלום (היום, עד 2,500,000 ₪) או בסמכות בית משפט מחוזי (היינו מעל הסכומים הנזכרים), הרי שלזמן לא ארוך (מתוך מחשבה הקשורה לאגרות בתי המשפט) היה צריך לפרט גם את הנזק הכללי. צורך בפירוט זה גרם להגדלה ניכרת של הסכומים הנזכרים בכתב התביעה, גם אם הם סותרים זה את זה (למשל, תובעים ציינו שהם יזדקקו למטפל במשך שנים ארוכות, אך בד בבד, ומחשש בית המשפט יקבע שתוחלת החיים קוצרה, הם תבעו סכומים ניכרים, לחלופין, בראש הנזק של קיצור תוחלת חיים). פרסום סכומי עתק, הביאו להתעניינות ופרסום של כלי התקשורת, ומכאן נוצר "כדור שלג" שכן עורכי דין הגדילו את הסכומים כדי "לזכות" בפרסום בעיתון (ובשים לב למגבלות אחרות החלות על פרסום של עורכי דין). כדור שלג זה, לא נעצר, גם כאשר התקנות חזרו להיות כשהיו.

58 ענבר טויוז "זינוק בסכומי הפיצויים בתביעות על רשלנות רפואית בעשור" Ynet (17.12.2019) www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-5643834,00.html.

59 על פי לוח 2.1 של השנתון הסטטיסטי, הרי בשנת 2009, כלל האוכלוסייה בישראל הייתה 7,552,000, ואילו בשנת 2019 הייתה 9,140,500.

60 מדובר בהתייחסות על דרך המעטה. בפועל דומה שעזרת צד שלישי (מטפלים) קשור יותר לשכר מינימום או לשכר פועלים זרים, שעלה יותר בתקופה האמורה.

עלה בתקופה זו ב-31.5%⁶¹ ואילו מדד תשומות הבריאות עלה ב-29.7%⁶². צירוף נתונים אלה מביא למסקנה שהיינו מצפים לעלייה של כ-59% (אם נתייחס לשכר הממוצע) או כ-57% (אם נתייחס למדד תשומות הבריאות). ממילא, אם הסכומים עלו רק ב-50%, הרי שמדובר בפועל על ירידה דווקא בסכומים המשולמים.

אך האמת היא שהמספרים הנ"ל מסתירים אפילו ירידה מהותית, אם לא דרמטית, בתביעות הרשלנות הרפואית. בוועדה בראשות השופט מצא, שדנה בנושא ההולדה בעוולה⁶³, נמסרו נתונים מטעם חברת ענבל שלימדו שבאותו זמן (2011), חלקן של תביעות המיילדות והגניקולוגיה (הכוללות תביעות הולדה בעוולה) היה כ-30% מכלל התביעות בגין רשלנות רפואית. והנה, במחקר שפורסם בכנס המכון הלאומי לחקר שירותי הבריאות (2019)⁶⁴, דווח שמהשנים 2013 ואילך חלקן של התביעות בגין מיילדות וגניקולוגיה היה 46% מכלל התביעות, והסכומים ששולמו בגינם היו 57.4% מכלל הסכומים המשולמים. האם לפתע כל הרופאים הגניקולוגיים הפכו רשלנים? או שמא כל הרופאים במקצועות האחרים הפכו לזהירים, עד כדי שלא תובעים אותם? אף שתשובות מעין אלה הן אפשריות באופן תיאורטי, הרי שעל פניהן הן מופרכות. נציע איפה תשובה אחרת: ביום 28.5.2012, ניתן בבית המשפט העליון פסק דין מהפכני⁶⁵, שקבע שהיילוד לא יכול להגיש תביעה של "חיים בעוולה" (היינו, תביעה שבה הוא קובל על כך שהוא נולד), אלא כל התביעות האלה הועברו לתביעות ההורים של "הולדה בעוולה". עד אז, גם היילוד היה יכול להגיש את התביעה⁶⁶. הסכומים אומנם לא השתנו⁶⁷, אבל חל שינוי דרמטי בתקופת ההתיישנות⁶⁸. אם לפני פסק הדין, היילוד היה יכול לתבוע לפחות עד הגיעו לגיל 25 (שכן ההתיישנות מתחילה לרוץ רק מיום הגיעו לגיל 18), הרי שממועד זה צריכים ההורים להגיש את אותה התביעה עד הגיע היילוד לגיל 7. בית המשפט העליון אומנם קבע, בסדרה של פסקי דין,

61 על פי לוח 9.34 של השנתון הסטטיסטי שכר ממוצע למשרת שכיר הייתה 7,974 ₪ בשנת 2009, ואילו בשנת 2019 היה 10,482 ₪ <https://www.cbs.gov.il/he/publications/>.
62 https://www.doclib.org/2021/9/ShnatonLabourMarket/st09_34.pdf. שכר המינימום אשר משפיע בצורה משמעותית על ראש הנזק של עזרת הזולת (מקום שיש מטפלים בשכר) עלה יותר בתקופה זו, מ-3,850 ₪ ל-5,300 ₪.

62 מקור משרד הבריאות, חוזר סמנכ"ל לפיקוח על קופות החולים ושירותי בריאות נוספים, 33-
<https://www.nevo.co.il/shorturl/8E095C>.

63 כותב מאמר זה היה חבר בוועדת מצא. הדו"ח המלא הוגש במרץ 2012.

64 צוות 1 (בראשות שלמה מור יוסף ורחלי ניסנהולץ גנות "סטנדרט הטיפול הרפואי: האם עברנו מרופא סביר לרופא נדיר?" **כנס ים המלח ה-18: אחריות מקצועית – עת לרפורמה**, 15, 25 (המכון הלאומי לחקר שירותי הבריאות ומדיניות הבריאות 2018).

65 ע"א 1326/07 **המר נ' עמית** (נבו 28.5.2012).

66 ע"א 518/82 **זייצוב נ' כץ**, פ"ד מ(2) 85 (1986).

67 ע"א 2600/09 **מכבי שירותי בריאות נ' ס'** (נבו 10.11.2013).

68 אסף פוזנר "מזייצוב על המר: חלק ב' – בין חיים בעוולה להולדה בעוולה: היבטים מעשיים של הוראות המעבר שבפסק דין המר" **ספר שלמה לויין** 489 (אשר גרוניס, אליעזר ריבלין ומיכאל קרייני עורכים 2013); פוזנר **עוולות טרום לידתיות**, לעיל ה"ש 11, בעמ' 166–167.

הוראות מעבר לגבי תביעות ישנות, אך עיקרו של דבר שכל התביעות הישנות, שהיו יכולות להיות מוגשות במשך 25 שנים, היו צריכות "להידחס" עד אוגוסט 2015 (וחלקם עד סוף 2017),⁶⁹ כאשר מי שלא הגיש את תביעתו, הוא לא יוכל להגיש את התביעה לאחר זמן. אם נניח שהחלק ברשלנות של העוסקים במיילדות וגניקולוגיה, נשאר יציב, הרי שהמשמעות היא שה-42.6% בשנת 2018 (היינו כל הרשלנות בהפחתת הרשלנות בגין מיילדות וגניקולוגיה), משקפים למעשה 70% של תביעות הרשלנות הרפואית (חלקם על פי נתוני 2011, ועל פי מה שצפוי לאחר ש"המירון אל התביעה" אחרי פסק הדין מב-2012 יסתיים), ומשקפים ירידה דרמטית בכמות התביעות.⁷⁰

ולסיכום נקודה זו: דומה שאין נתונים אמפיריים על עלייה (יחסית לאוכלוסייה ולטיפולים הרפואיים), של התביעות בגין הרשלנות הרפואית. ה"הרגשה" הוכחה כלא נכונה בחור"ל, הוכחה כלא נכונה על פי נתוני אמת שניתנו לוועדת קלינג, ואם בכלל, אז הנתונים המפורסמים מגלים על ירידה (ואפילו דרמטית) במספר וסכומי התביעות המתקבלות.

ט. האם אכן רופאים מגיבים להליכים משפטיים בתחום הרפואה המתגוננת הרעה

דומה שמהאמור לעיל, עולה שאין סיבה אמיתית שרופאים יעסקו ברפואה מתגוננת רעה, בשל תביעות רשלנות רפואית ובשל פסיקות בתי המשפט. עם זאת, לא ניתן להתעלם מכך שפחד אינו בהכרח עניין רציונלי. האם בפועל רופאים עוסקים ברפואה מתגוננת רעה? הטוענים לקיומה של רפואה מתגוננת מפנים למחקרים שונים, המלמדים, לכאורה, על רפואה מתגוננת. אך למעשה, הדברים אינם כה פשוטים. במאמר שפרסם פרופ' van Dijk⁷¹ הוא בדק את מאות המאמרים האמפיריים לאותו מועד (meta-analysis), תוך חלוקתם למאמרים מבוססי שאלונים שנשלחו לרופאים, ולמאמרים מבוססי עובדות. במאמרים מבוססי שאלונים (או שמא תחושות), נשאלו רופאים שאלות על רפואה מתגוננת, כגון: האם הם בפועל פועלים על פי "רפואה מתגוננת",⁷² האם חבריהם פועלים על פי רפואה

69 ראו לדחיות תביעות בגין הולדה בעוולה שהוגשו לאחר שבע שנים, ולאחר מיצוי הוראות המעבר שבפסק הדין: רע"א 398/18 מדינת ישראל משרד הבריאות נ' פלוני (נבו 15.3.2018).

70 למען הסר ספק: חישוב זה יצא מתוך נקודת הנחה שהעלייה במספר התביעות בגין מיילדות וגניקולוגיה, לא עלה (או לא עלה מעבר לשיעור הכללי של העליה בתיקי רשלנות רפואית) בשל הגברת המודעות לנושא "הולדה בעוולה", באופן כללי, בשל מתן פסק הדין בעניין המר.

71 Gijs van Dijk, *Should Physicians be Afraid of Tort Claims? Reviewing the Empirical Evidence*, 6 JETL 282 (2015).

72 ההתייחסות במאמר זה היא לכל פעולה שעושים הרופאים בגלל הפסיקה והחקיקה, ואין זה משנה אם פעולה זו רצויה (כגון בטיחות רבה יותר ובריאות רבה יותר) או לא רצויה. במילים אחרות ולפי הגדרתנו לעיל, המחבר בודק בצוותא רפואה מתגוננת טובה ורפואה מתגוננת

מתגוננת, האם הם הפסיקו לראות מטופלים מסוג מסוים (היינו שהסיכונים לגביהם, ולמצער, הסיכונים המשפטיים, גדולים יותר), האם הרופאים שוקלים פרישה מוקדמת, האם הם מגבילים את היקף הפרקטיקה שלהם, לא מרוצים מהמקצוע שבחרו, סובלים ממתח בעבודה, כמה זמן הם מקדישים לבדיקות שגרתיות, האם הם ממליצים לילדיהם שלא לבחור במקצוע הרפואה וכיו"ב והכל בהקשר של הסיכון לתביעות בגין רשלנות רפואית. שאלונים אלה גילו במידה רבה שהאפשרות של תביעות בגין רשלנות רפואית משפיעה על התנהגות רופאים.

לעומת זאת, מחקרים המבוססים על עובדות, בודקים האם מבחינה **עובדתית** יש רפואה מתגוננת. הנתונים העובדתיים שנבדקו, בחלק מהמחקרים היו מספר הרופאים בכל אזור ומספר הרופאים שהחליפו את מקום עיסוקם (מתוך הנחה שרופאים יטו יותר לעבוד ב"מדינות ידידותיות"). מחקרים אחרים בדקו את מספר הפעולות הנעשות על ידי הרופאים (למשל, בדיקות הדמיה, בדיקות דם, אשפוזים וכיו"ב) והאם קיימת עליה במספר הפעולות לאחר שהרופא נחשף לתביעה (והכל מתוך הנחה שאם הרופא נחשף לתביעה או מצוי במדינה "מחמירה", הוא ייטה לשלוח ליותר בדיקות). מחקרים נוספים בדקו את מספר הניתוחים הקיסריים, הבדיקות בזמן ההיריון וכיו"ב. בדומה אף נבדקו מספר הפעולות בעלות סיכון שננקטו (מתוך הנחה שהרפואה המתגוננת תדחוף רופא להימנע מהם). מרכיב נוסף שנבדק בחלק מהמחקרים כדי לבחון אותו מול המרכיבים האחרים, ומתוך הנחה שהוא משקף את הסיכון הנובע מעיסוק במקצוע הרפואי, הם פרמיות הביטוח, מתוך הנחה שפרמיית ביטוח גבוהה, משקפת סיכון שאמור להשפיע על שאר הפעולות כרפואה הגנתית. השוואות מחקריות ביחס לנתונים העובדתיים נעשו תוך השוואה באותה מדינה לפני או אחרי רפורמה חקיקתית או פסיקתית (כגון קביעת גבולות פיצוי מקסימליים או שינוי ביחס לאחריות "ביחד ולחוד"), מחמירה או מקלה. שיטה אחרת נעשתה מתוך השוואה בין מדינות דומות (בעיקר בארצות הברית) עם אוכלוסייה דומה, אך השונות בדין הנזיקי. ההבדל בין סוגי המחקרים השונים, מרתק. המחקרים המבוססים על שאלונים שענו רופאים, גילו חשש גדול מתביעה ועמדה, שקיימת רפואה הגנתית. אלא שהפחדים והנתונים שהביעו הרופאים שענו על השאלונים, לא תאמו את המציאות. למשל, באחד

רעה. מעבר לכך, המחבר מציין כי מרבית המחקרים האמפיריים הנוגעים לרפואה מתגוננת, מקורם בארצות הברית. מסקנה זו ללא ספק נכונה. עם זאת, יש בה כדי להשליך על בחינת הסקירה במאמר ביחס למצב בישראל: כפי שצויין בספרות Asher et al., לעיל ה"ש Error! Bookmark not defined. בעמ' 6, הרי שבעוד שבארצות הברית, העוסקים ברפואה יכולים לחשוש לא רק מפגיעה במוניטין עקב תביעות אלא גם מהמשמעות הכלכלית של התביעות (ולרבות עליית פרמיות המשפיעה על כיסם הפרטי), הרי שבישראל מצב זה, באופן רגיל, לא קיים: הרוב המכריע של הרופאים מבוטחים (או זוכים להגנה) במסגרת המוסד שבו הם עובדים (קופת חולים, בית חולים וכיו"ב), ולכן אין להם חשש לפגיעה כלכלית. כמובן, ששילוב של שתי נקודות אלה, מלמד שמסקנות המחקר הם בעלות משמעות רבה יותר בישראל.

המחקרים, שבו ענו 43% מהעונים כי הם הגבילו את הפרקטיקה שלהם, התברר – לאחר בדיקה מול חברות ביטוח – שרק 3% מהרופאים עשו כן.⁷³ יתירה מזו. מחקר הראה שההערכה הכוללת של המשיבים על השאלונים, בדבר הסיכון שייתבעו בשנה מסוימת, היתה גדולה פי שלוש מהסיכון בפועל. מעבר לכך, התברר גם שרופאים שטענו לכך שהם פועלים בפועל בצורה הגנתית בשל תביעה, לא הראו שינויים לטווח ארוך בפרקטיקה שלהם.⁷⁴

לעומת זאת, המחקרים האמפיריים המבוססים על העובדות ובחינת הפרקטיקות, הראו קשר חלש, אם בכלל, בין הדין והאפשרות לתביעה, לבין דרך ההתנהלות של רופאים. וכדברי פרופ' van Dijk, הרי שהמחקרים האמפיריים מלמדים על היעדר רפואה הגנתית, ואם זו קיימת, היא קיימת רק במחשבתם של הרופאים.⁷⁵

הבחנה זו בין סוגי המחקרים ותוצאותיהם, תוך הגעה למסקנה דומה, נעשתה במאמר מקיף בשנת 2020 על ידי פרופ' Saks ו-Landsman.⁷⁶ המחקרים מציינים שלמעשה ה"רפואה המתגוננת" היא פולקלור בלבד,⁷⁷ ומצביעים על מספר פרדוקסים: העובדה שמי שטוענים שרופאים פועלים על פי רפואה שאינה נכונה הם דווקא המוסדות הרפואיים, והמחברים טוענים שהמשמעות של הטענה היא לא פחות ממרמה כלפי המטופלים; פרדוקס נוסף הוא שהטוענים לרפואה מתגוננת, מרוויחים (לטענתם) סכומים גדולים בשל פעולות לא ראויות אלה.⁷⁸ אף מחברים אלה, לאחר ניתוח מקיף, מראים את ההבדל הדרמטי בין מאמרים המסתמכים על שאלונים של רופאים לעומת אלה המסתמכים על עובדות ביחס לפרקטיקה. ביחס לראשונים, אף מצביעים המחברים על תופעה מעניינת, על

73 Michelle M. Mello et al., *Changes in Physician Supply And Scope Of Practice During A Malpractice Crisis: Evidence From Pennsylvania*, 26 HEALTH AFFAIRS (2007).

74 כמוכר שם, בין המגבלות על המחקרים הנסמכים על שאלונים, יש להביא בחשבון שרופאים שנתבעו נוטים יותר לענות על השאלונים, ובמקרים רבים התשובות גם צפויות להיות politically correct, או לנסות להשפיע על התוצאות של המחקר. וראו גם לכך שרופאים שנתבעו נוטים יותר לענות על השאלונים, דבר שעלול לעוות את התשובות, במגבלות המצויינות ב I Reuveni et al., *Cross-sectional survey on defensive practices and defensive behaviours among Israeli psychiatrists*, 7 BMJ OPEN e014153 (2017).

75 דומה שההבדל בין האמונות של רופאים לבין המציאות, עולה גם ממחקר ישראלי: אחד מהמחקרים הישראליים על רפואה מתגוננת (שאף הוא בוצע על דרך של שאלונים), שאל את הרופאים מדוע הם עוסקים ברפואה מתגוננת. אחת התשובות המכריעות הייתה משום התרבות התביעות: Asher et al., לעיל ה"ש, Error! Bookmark not defined. בעמ' 3–4. אלא, שכפי שהראינו לעיל, מצב דברים זה אולי תואם את האמונה אצל העוסקים ברפואה, אך אין לו סימוכין עובדתי.

76 Saks & Landsman, לעיל ה"ש 6.

77 בעמ' 42.

78 בעמ' 43–44.

פיה גם כאשר נערכות רפורמות-מגבילות-תביעות, ונערך מחקר שאלונים מאוחר יותר, מתברר כי הרפורמות אינן משפיעות, ודעות הרופאים אינן משתנות.⁷⁹ תופעה חשובה שעליה מצביעים המחקרים, היא שלאחר ביצוע רפורמה, המגבילה את גובה התביעות ושמה על ראשי נזק מסוימים מגבלה (caps), אף שהיינו מצפים שההוצאות (הנובעות, לפי הטענה, מרפואה מתגוננת) תפחתנה, הרי שבפועל העלויות עלו.⁸⁰ תופעה דומה אוששה במחקר אמפירי שבדק את ההוצאות והפעולות בשלוש מדינות (טקסס, דרום קרוליינה וג'ורג'יה) שבהן נעשתה רפורמה משפטית בתחום הרפואה הדחופה (על מנת להפחית, כביכול, את הפעולות שאינן נדרשות מבחינה רפואית). בניגוד לאינטואיציה הרי שהרפורמה לא הפחיתה את הפעולות.⁸¹ המסקנה של עורכי המאמר, תואמת את זו של van Dijk, ומדגישה את ההבחנה בין דעות רופאים למה שקורה בפועל: "[o]ur findings suggest that physicians are less motivated by legal risk than they believe themselves to be". חשוב לציין כי בד בבד עם ההבנה כי הרפורמות לא הביאו לירידת העלות, הרי שמחקר הראה שהרפורמות המגבילות את הפיצוי הביאו לכך שמספר האירועים הבעייתיים⁸² כגון פצעי לחץ בחולים (תופעה שאין חולק על כך שרפואה סבירה צריכה למנוע), עלה.⁸³ ולא נוכל שלא לציין את המסקנה מדברי Saks ו-Landsman, שלדידי היא אופטימית ביותר: רופאים, בסופו של דבר, פועלים לטובת המטופלים ולטובת רפואה טובה. אין מקום לייחס זאת לרפואה מתגוננת.⁸⁴

י. האם המצב בישראל שונה?

- 79 בעמ' 80.
- 80 בעמ' 76.
- 81 Daniel A. Waxman et al., *The Effect of Malpractice Reform on Emergency Department Care*, 371 NEW ENGLAND J. MED. 1518 (2014).
- 82 אין אנו מתייחסים בהכרח לאירועים שניתן למנוע אותם באופן מוחלט. להוראות בישראל ביחס לאירועים שהרפואה הסבירה צריכה למנוע באופן מוחלט ראו חוזר המנהל הכללי של משרד הבריאות מס' 9/11 "אירועי בל יקרו".
- 83 גם מחקר זה נעשה תוך השוואת מקרים, לפני ואחרי רפורמות הקובעות תקרות נזק, ותוך השוואה למדינות אחרות בארצות הברית שבהן לא נעשתה רפורמה: Zenon Zabinski & Bernard S. Black, *The Deterrent Effect of Tort Law: Evidence from Medical Malpractice Reform* (Northwestern Law & Econ Research Paper No. 13-09, 2021) Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2161362>. כמוכך שהשילוב בין המחקרים (היינו, מצד אחד אי-קישור בהוצאות, ומצד שני עלייה בפגיעות בחולים) מראה על הפסד בכל המישורים. בישראל ראו חוזר מנכ"ל משרד הבריאות 9/11 "אירועי בל יקרו" (22.2.2011), ניתן לצפייה: <https://www.gov.il/he/pages/mk09-2011>.
- 84 Saks & Landsman, לעיל ה"ש 6, בעמ' 82.

בישראל, פורסמו מספר מחקרים על הרפואה המתגוננת, המתבססים אף הם על שאלונים שנשלחו לרופאים, ועל כן, מטבע הדברים, ההתייחסות בספרות למחקרים מסוג זה, יפה גם להם. נזכיר מחקרים אלה:

(1) בשנת 2012 פורסם מאמר⁸⁵ סקירה ארצית על נושא הרפואה המתגוננת. המסקנה שקיימת רפואה מתגוננת, מוטלת בספק. עם זאת, מן הראוי להעיר מספר הערות מצומצם: ראשית, מעבר לכך שמדובר בשאלונים, על מגבלותיהם, הרי שהנשאלים נשאלו האם הם נוקטים בפעולות הנובעות בשל חשש מתביעות או תלונות (complaints)⁸⁶ ונועדו למנוע אותם. מאחר וההתייחסות הנכונה ברפואה מתגוננת היא לפעולות הנעשות בשל ההליכים המשפטיים (קביעות החוק והפסיקה), הרי שמדובר בשאלה שמונעת אפשרות של התייחסות אמיתית לשאלות של פעולות או הימנעות בשל כך. ניתן להעמיד זאת בצורה אחרת: דומה שאין חולק שגם אם היו עורכים רפורמות חקיקתיות או פסיקתיות שהיו מגבילות את אפשרות התביעה, הרי ש"זכות התלונה" (לגופים ממונים, במדיה חברתית או לכלי התקשורת) הייתה נותרת, על כל תוצאותיה. מעבר לכך: דומה שהייתה דווקא העצמה של נושא התלונות, שכן בעוד שההתייחסות לתביעה הייתה לתביעה שהוגשה במועד כלשהו לאורך הקריירה, הרי שביחס לתלונות, החוקרים הגבילו את התלונות שהוגשו בשנתיים שקדמו למענה על השאלון, דהיינו כאשר היה מדובר בתלונה יחסית טרייה.⁸⁷ מעבר לכך. כאשר 86% מהעונים⁸⁸ לעליה הגבוהה בתביעות בישראל ו-81%⁸⁹ היו בדעה שהתרבות תביעת גבוהות ופיצויים גבוהים, משפיעה על המדיניות הרפואית. כפי שהראינו לעיל, מדובר בתפיסת מציאות שאינה נכונה. מכל מקום, לו זו הייתה אכן הסיבה לרפואה מתגוננת, אזי הדרך להכחידה (אם הייתה כלל) היה בקמפיין שיבהיר את הנתונים האמיתיים, ולא יתן לאנשי רפואה להישען על מיתוסים שאינם קיימים. שנית, החוקרים מציינים שכמעט כל הרופאים העונים (93%) הפנו לכך שחולים ובני משפחותיהם נהפכו ליותר "תובעניים" (demanding) בשנים האחרונות. מעבר לשאלה, מה

85 Asher et al., לעיל ה"ש. Error! Bookmark not defined.

86 בעמ' 2.

87 לפי המחקר, אחד מתוך ארבעה רופאים שענו נתבע במהלך הקריירה, ואילו אחד מתוך שלושה מהרופאים שענו, טענו כי התלוננו כלפיהם בשנתיים לפני מתן התשובות. בעוד שאין נתונים ביחס למספר התלונות המוגשות בישראל כנגד רופאים (ולא ברור למי מוגשת התלונה: למנהל המחלקה, למנהל המוסד, למשרד הבריאות או לגוף חיצוני כלשהו), הרי שדומה שהתייחסות כאילו אחד מארבעה רופאים נתבע במהלך הקריירה, לא תואמת את מספרי התביעות בגין רשלנות רפואית. מעבר לכך, נציין שבמרבית התביעות הרופאים כלל אינם נתבעים אלא נתבע המוסד (בית חולים או קופת חולים) בלבד. לא ברור, על כן, מה הבינו העונים ולמה התייחסו. מכל מקום, התייחסות למספר שכזה אף מחזקת את ההסתייגות שנעשתה במקומות אחרים מהשאלונים, לפיה מי שנתבע או היה מעורב בתביעות, נוטה יותר לענות על השאלונים.

88 Asher et al., לעיל ה"ש. Error! Bookmark not defined., בעמ' 3.

89 שם, בעמ' 3-4.

הייתה התפלגות הותק של הרופאים שענו (שכן קשה לקבל התייחסות לעלייה ב"שנים האחרונות" מצד רופאים צעירים), הרי שאף שסביר שאכן חולים כיום, הם יותר תובעניים מאשר לפני 30 שנים,⁹⁰ אך אם אכן תופעה זו מביאה לשינוי התנהגות של הרופאים, הרי שאין לה דבר וחצי דבר עם הליכים משפטיים.⁹¹

המחברים מציינים, כי יש קושי להבדיל בין רפואה נכונה ולא נכונה, היינו, למעשה הם אינם מבדילים בין "רפואה מתגוננת טובה", ל"רפואה מתגוננת רעה".

שלישית, בעניין אחד, המחברים מצביעים על נקודה משמעותית ונכונה:⁹² בעוד שבמדינות שונות, התביעות בגין רשלנות רפואית, מטילים מעמסה כלכלית על הרופא עצמו (דבר שיכול – ולו באופן תיאורטי – להיות תמריץ משמעותי לשינוי התנהגות על ידי הרופא), הרי שאין הדברים כך בישראל. ברוב המכריע של המקרים, מאחורי הרופא הנתבע, עומדת חברת ביטוח או גוף מוסדי (קופת חולים או בית חולים), שבסופו של יום הוא יהא זה שישלם את הסכום שייפסק, והוא זה שיתמודד עם עליית גובה הפרמיה, על כן הנזק הכלכלי אינו יכול להסביר שינוי התנהגותי.⁹³ אף שהעונים לשאלונים הפנו לגובה הסכומים של פסקי הדין (כאשר הפנייה זו אינה מגובה במציאות כשהסכומים הנפסקים דרך קבע נמוכים בצורה ניכרת) הרי שמבחינתו של הרופא אין זה משנה האם ייפסקו מאות אלפי ₪, מיליוני ₪ או עשרות מיליונים ₪. דווקא עניין זה מעצים את השפעת הנושאים האחרים על החלטות הרופאים, כגון: התלונות המוגשות כנגד הרופא, או התובעניות של החולים ובני משפחותיהם.

90 דברים אלה לא נכונים רק לגבי רופאים אלא באופן כללי. אם לפני שנים רבות לקוחות קיבלו, ככלל, ללא היסוס ופקפוק מה שנאמר להם על ידי נותני שירותים (כבנקים, חברות ביטוח, קופות חולים, עורכי דין וכיו"ב) הרי שכיום עמדת כל אלה מועמדת בפני בדיקה ובחינה של הלקוחות. ייתכן גם שהדברים נכונים יותר ביחס לרופאים: בעבר לא היה למטופלים דרך כלשהי לבחון את דברי הרופא, וכיום, באמצעות אתרי החיפוש השונים באינטרנט, הם מצליחים לבדוק את מה שניתן להם ולהעביר את הטיפול הרפואי תחת בחינה. דומה שדברים אלה צפויים להיות, לטוב ולרע, נכונים פי כמה בעתיד בעולם של בינה מלאכותית, בו כל מטופל יכול לשאול את אתרי הבינה המלאכותית (כולל החינמיים) על הטיפול שנעשה בו ומה צריך להיעשות, ולאחר מכן לחקור את הרופא (בין אם בצדק ובין אם לא בצדק) על הטיפול.

91 והמחברים עצמם, במגבלות המחקר, מציינים כי קיים קושי להבדיל בין הסיבות השונות לשינוי התנהגות הרופאים, ככל שקיימת כזו.

92 Asher et al., לעיל ה"ש. Error! Bookmark not defined., בעמ' 6.

93 אדרבא: אם בנושא הכלכלי עסקינן, הרי שהעובדה שהרופא מרוויח ממספר הבדיקות הנעשות במסגרת הרפואה הפרטית, הרי שהרווח יכול להניע אותו לשינוי התנהגות, אך לא ההפסד הצפוי מהליכים משפטיים.

(2) מחקרים נוספים ביחס למיילדות וגניקולוגיה, פורסמו בשנים 2000⁹⁴ ו-2013⁹⁵. אף מאמרים אלה מבוססים על שאלונים שנשלחו לרופאים, ולכן על פי הסקירה הבינלאומית, אין להתפלא על התוצאה. עניין הרשימה הנוכחית אינו בשאלה, האם הסקירה המשפטית של מחברי המאמרים, (לרבות הסקירה המשפטית שהוצגה למשיבים על השאלונים) היא נכונה⁹⁶. נציין, שהרופאים שענו, טעו לחשוב שיש "עליה תלולה" במספר התביעות⁹⁷. דבר שכמבואר לעיל אינו נכון. מכל מקום, כפי שהתייחסו בחלקו הראשון של המאמר, הרי ההשפעה של התקשורת, וכן גישות הציבור, משפיעים על הסתייגותו של הציבור מנטילת סיכונים, ומשפיעים על כן על הטיפול הרפואיים. כאשר המחקר מציין במפורש שהסיבה המרכזית לניתוחים קיסריים הם העדפת היולדת, וכאשר הרופאים נעתרים לה; ככל שזו אכן המגמה, קשה לראות בה תגובה להליכים משפטיים. ולבסוף נציין, שכאשר 80% מהעונים סבורים שניירות העמדה (guidelines) של הגופים המקצועיים, בישראל ובארצות הברית מושפעים מפסקי הדין; אם "נתרגם" זאת, נגיע למסקנה שהמחשבה (ולא אוכל להתייחס אליה אלא כמוזרה) היא שהרופאים סבורים שאם יפעלו על פי ניירות העמדה של הגופים המקצועיים, הרי שהם חוטאים ברפואה מתגוננת.

- 94 טלי בר אשר "האם התנהגות רופאים פוזלת לעבר 'רפואה הגנתית'?" **רפואה ומשפט** 23, 28 (2000).
- 95 Asher et al., לעיל ה"ש 26.
- 96 כדוגמה בלבד, לשאלות בעניין זה, היא ההנחה של המאמר הראשון בדבר העברת נטל הראייה, בהתאם לכלל "הדבר מדבר בעדו" תוך התעלמות מכך שבתי המשפט עשו בכלל זה (שמצוין בס' 41 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש]) שימוש מוגבל בלבד (ולכן, לפחות לטעמי, התשובה שהכותבים זיהו כ"נכונה", אינה נכונה). בדומה לכך, במאמר השני הביאו בפני הנשאלים אירוע שבו עובר הוא במשקל של 4.2 ק"ג, בהקשר של ניתוח קיסרי (שאלה דומה נשאלה גם במחקר הראשון), כאשר פסק הדין המוביל בעניין זה, ע"א 2694/90 מימון נ' הסתדרות מדיצינית הדסה (נבו 31.12.1992), קובע בית המשפט שבמקרה כזה יש רק לקיים התייעצות ולשקול ניתוח קיסרי, ללא חיוב בביצוע ניתוח קיסרי והתייחסות למבחן התוצאה. מעבר לכך, דומה שאין כלל מחלוקת שמשקל של עובר מעל ל-4 ק"ג מגדיל באופן רפואי את הסיכוי לתקיעת כתפיים: ראו למשל Robert Gherman et. al., *Shoulder Dystocia*, in GABBE'S (8th ed., Mark B. Landon et al, ed. 2021). OBSTETRICS 258 (38 בעמ' 94, לעיל ה"ש 38).

(3) מאמר נוסף ביחס למרדימים ולכירורגים פלסטיים בישראל,⁹⁸ פורסם בשנת 2016.⁹⁹ מאמר זה, בדומה למחקרים האחרים בישראל, מבוסס אף הוא על שאלונים. מעבר לכך שהממצאים (הטוענים לרפואה מתגוננת),¹⁰⁰ הרי שמפרט הוא מהם הפעולות ה"הגנתיות" עליהם מדובר. בין ובתוך כך נציין לשתיים מרכזיות:

א. מתן הסבר מדוקדק למטופלים על הטיפולים שהם אמורים לעבור, ואף החתמה (פעמיים) על מסמך של הסכמה מדעת. זו בעליל רפואה "במובן הרחב", ואם אכן הפסיקה מביאה לתוצאות שכאלה, אזי מדובר בתוצאה טובה ורצויה.¹⁰¹

ב. השאלונים התייחסו, אומנם, גם לבדיקות שהם בתחום הרפואה ב"מובן הצר", כגון שליחה לבדיקות קרישיות דם, ומתן אנטיביוטיקה לאחר ניתוח, כאשר בקרב אלה שטענו שהם נוקטים ברפואה מתגוננת, האחוזים למתן אנטיביוטיקה מעבר ל-24 שעות היו גדולים מעט מהקבוצה של אלה שטענו שאין הם נוקטים ברפואה מתגוננת. עם זאת, ואף שמדובר ברפואה ב"מובן הצר" נעדרת התייחסות לשאלה מתבקשת: כמה זיהומים היו, ואיך הם מתחלקים בין אלה שנותנים אנטיביוטיקה לתקופה קצרה לבין אלה שנותנים אנטיביוטיקה לתקופה ארוכה יותר. כמובן, שעמדה שכזו, הייתה יכולה ללמד מהי הרפואה ה"נכונה", ומה היתרונות של מתן האנטיביוטיקה לזמן רב.

98 האיגוד לכירורגיה פלסטית ואסתטית נקט בצעדים קשים כדי לנסות ולמנוע תביעות כנגד כירורגים פלסטיים. במסגרת פעולות אלה, פורסמו לחברי האיגוד הנחיות מגבילות למתן חוות דעת כנגד כירורגים פלסטיים אחרים, תוך חיובו לפרט "גילוי נאות" לכל חוות דעת הניתנת בהליך שכזה. בעניין זה פנה הח"מ ביום 6.10.2016 במכתב תלונה ליועץ המשפטי לממשלה, וביום 10.10.2016, לממונה על ההגבלים העסקיים (כיום הממונה על התחרות). ביום 4.12.2016, נשלח מכתב התראה על ידי עו"ד ירון מזרחי, מהמחלקה המשפטית ברשות ההגבלים העסקיים, לאיגוד וליו"ר האיגוד על פגיעה בתחרות ועל כך שהסדר כאמור עלול להיחשב כהסדר כובל, וביום 21.7.2017 נשלח מכתב מטעם עו"ד לירון בנית-ששון, ממחלקת ייעוץ וחקיקה (ציבורי-חוקתי) במשרד המשפטים המתריע בפני הגבלות על הגשת חוות הדעת וזכות הניזוקים (המעוניינים להגיש תביעה, אך חייבים לצרף, על פי התקנות, חוות דעת מומחה לכתב התביעה) לגישה לערכאות, וחוזר ומפנה למכתב רשות ההגבלים העסקיים דלעיל.

99 Eldad Silberstein et al., *Defensive Medicine Among Plastic and Aesthetic Surgeons in Israel*, 36 PMID 299 (2016).

100 40 מהעונים טענו שהם נוקטים בפעולות של רפואה מתגוננת, לעומת 33 שטענו שאין הם נוקטים ברפואה מתגוננת.

101 דברים אלה נכונים במיוחד ברפואה של כירורגיה פלסטית שהפעולות בה, במקרים רבים, הן פעולות אלקטיביות (ועל כן האוטונומיה של המטופל שלא לעבור אותן היא בעלת משמעות גדולה יותר). הפסיקה עמדה בפירוש על כך בפסקי דין רבים ולמשל ע"א (מחוזי חי')-27327-11-02 פלוגית נ' קלדרון (נבו 29.2.2012); ת"א (מחוזי חי') 920/99 יצחק נ' עמותת בית חולים שערי צדק ירושלים (נבו 3.10.2006); ת"א (מחוזי מרכז) 31368-12-15 פלוגית נ' שירותי בריאות כללית (נבו 27.4.2021); ת"א (מחוזי ת"א) 46174-06-19 ב.נ' וינקלר (נבו 6.5.2025); ת"א (שלום י-ם) 17040/00 פלוגי נ' בנט (נבו 24.1.2005); ת"א (שלום ת"א) 16790/04 שלום נ' שפלן (נבו 21.8.2006) ופסיקה רבה נוספת.

נקודה מעניינת שיש לציין היא שבמאמר זה לא נמצא מתאם בין מספר התביעות שבהם היו מעורבים הרופאים לבין השאלה האם הם עוסקים ברפואה מתגוננת (לדעתם), בניגוד למאמר הראשון.

(4) מחקר נוסף, גם הוא מבוסס על שאלונים, והמתייחס לפעולות הגנתיות של פסיכיאטרים בישראל, פורסם בשנת 2017.¹⁰² הדברים שציינו לעיל נכונים גם כאן,¹⁰³ ואולם מן הראוי להצביע על נתון מאזן: אחד הנושאים שנדון הוא אשפוז יתר של מטופלים, למרות שניתן לטפל בהם בקהילה. מעבר לכך שעולה שאלה האם מדובר בפעולה מתגוננת של הרופא (להבדיל, אולי, מלחץ של בני המשפחה שאינם מרגישים כשירים לפקח על המטופל או לשמור עליו באופן צמוד, ואולי אף חוששים מהמטופל ככל שהוא יהיה בבית, ובמקרה כזה ההכרעה של האשפוז אינה נובעת מחשש מפסיקה בתי המשפט), הרי שבעניין זה מול המצב בו מטופל ישוחרר לביתו, ינקוט בפעולה אובדנית או בפגיעה באדם אחר שתוביל, לאחר מכן להגשת תביעה,¹⁰⁴ הרי שקיימת האפשרות שדווקא אשפוז פסיכיאטרי בכפיה יביא לתביעה כנגד הפסיכיאטר¹⁰⁵ או לנקיטת הליכים ביחס לאשפוז.¹⁰⁶ ממילא, ספק אם מטפל יכול לטעון שהוא מאשפז או משחרר בגלל חשש מהמערכת השיפוטית, אלא עליו להפעיל שיקול דעת בכל מקרה (כאשר אם מדובר בשיקול דעת סביר, הרי שהתביעות נדחות).

יא. המצב האמפירי בישראל – האם שונה מהעולם?

האם יש עדויות – שלא על בסיס שאלונים, אלא על פי בחינת הפרקטיקה – לרפואה מתגוננת בישראל? קיים קושי לבצע מחקר בישראל, לעומת מדינות "דומות" אחרות שיש

102 Reuveni et al., לעיל ה"ש 74. וראו גם נייר עמדה בעניין התמודדות עם מטופלים עם סיכון להתאבדות: *Management of the Suicidal Patient in the Era of Defensive Medicine: Focus on Suicide Risk Assessment and Boundaries of Responsibility – Position Paper of the Israel Psychiatric Association*, 13 IMAJ 653 (2011).

103 ולמשל המחברים עצמם מציינים שבין הפעולות נמנו הפחתת מינון תרופות לנשים בהיריון ולקשישים, אם כי מציינים שפעולות "הגנתיות" אלה, תואמות את המלצות ה-FDA בדבר מתן תרופות, ושלא ניתן להתעלם מכך שיתכן וזו דווקא הרפואה הנכונה.

104 למשל ת"א (שלום י-ם) 12238/04 פלוני נ' מדינת ישראל (נבו 23.3.2011) (תביעה על ידי המטופל עצמו); או ת"א (שלום י-ם) 11418-09 חאמו נ' מדינת ישראל (נבו 15.3.2017) (תביעה על ידי צד שלישי שנפגע מהמטפל).

105 השוו ת"א (שלום חי') 47026-09-13 א. א. נ' מדינת ישראל – משטרת ישראל (נבו 5.4.2017) (תביעה נגד המשטרה שהעבירה מטופל לבית חולים לחולי נפש ללא התייעצות עם פסיכיאטר); ת"א (שלום חי') 21261-05-21 פלונית נ' מדינת ישראל (נבו 11.9.2024) (תביעה שנדחתה בגין אשפוז בכפיה); ע"א 558/84 כרמלי נ' מדינת ישראל, פ"ד מא(3) 757 (1987); ע"א 219/79 ירמלוביץ נ' חובב, פ"ד לה(3) 766 (1980). יובהר שתביעות שכאלה יכולות להיות גם על פי חוק איסור לשון הרע: ע"א 211/82 ננס נ' פלורו, פ"ד מ(1) 210 (1986).

106 למשל ע"ש (מחוזי ת"א) 512/88 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"מ תשמ"ט(1) 126 (1988).

להם משטר נזיקי אחר (בניגוד, למשל, למצב בארצות הברית). עם זאת, מן הראוי להפנות לשלוש דוגמאות, שיש להן פוטנציאל ברור להשפעה על הרפואה המתגוננת, אך למעשה הן מעלות ספק בדבר פרקטיקה שכזו:

(1) טיפול בנפגעי תאונות דרכים – בפסיקת בתי המשפט המחוזיים, הייתה מחלוקת בדבר האפשרות להגיש תביעת רשלנות רפואית בגין טיפול בנפגעי תאונות דרכים.¹⁰⁷ לבסוף, הכריע בית המשפט העליון בשנת 1996,¹⁰⁸ כי לא ניתן להגיש תביעה בגין רשלנות רפואית בטיפול בנפגעי תאונות דרכים (אלא שחברת הביטוח של המכונית, תישא בכל הנזק, גם אם הוא כתוצאה מרשלנות רפואית, וחברת הביטוח לא תוכל לחזור אל הרופאים), ותוך שבית המשפט העליון מבהיר שהגם שתוצאה זו פוגעת בהרתעה מפני רשלנות, הרי שההרתעה בדיני נזיקין אינה חזות הכל.¹⁰⁹ הלכה זו אף הורחבה, בשלב מאוחר יותר, גם לקביעה שלא ניתן להגיש תביעה בגין "פגיעה באוטונומיה" כאשר זו נעשתה ביחס לטיפול בנפגע מתאונת דרכים.¹¹⁰ לכאורה, מהסרת "חרב התביעה" מהרופאים, היינו מצפים שהטיפול בנפגעי תאונות דרכים יהיה שונה (דהיינו המנעות מרפואה מתגוננת), בשונה מטיפולים אחרים. אין נתונים אמפיריים כלשהם, שיכולים ללמד על הבדל בטיפול בנפגעי תאונות דרכים לבין נפגעים רגילים.

(2) טיפולים בבתי חולים ציבוריים – בעוד שמזיק חשוף לתביעת שיבוב של המוסד לביטוח לאומי, הרי שבשנת 2008, נחקק תיקון 102 לחוק הביטוח הלאומי, אשר קבע שמוסדות רפואיים ציבוריים, והרופאים העובדים בהם, אינם חשופים לתביעת שיבוב פרטנית.¹¹¹

107 ת"א (מחוזי חי') 933/86 **שוקיר נ' צור שמיר חברה לביטוח בע"מ**, פ"מ תשנ"א (3) 45 (1991); ת"א (מחוזי ב"ש) 38/92 (המר') 489/92 **הכשרת הישוב חברה לביטוח בע"מ נ' פודגייצקי**, פ"מ תשנ"ג (2) 373 (1993); ת"א (שלום ת"א) 5213/90 **עזבון מלמד נ' רותם חברה לביטוח בע"מ**, פ"מ תשנ"ה (4) 322 (1995); ת"א (מחוזי י-ם) 736/95 (המר') 736/95 **עדרי נ' קרנית – קרן לפיצוי נפגעי תאונות דרכים** (1996); ת"א (מחוזי ב"ש) 38/92 **מדינת ישראל נ' הכשרת הישוב**, פ"מ תשנ"ה (1) 377 (1994).

108 ע"א 3765/95 **חוסין נ' טורם**, פ"ד נ(5) 573 (1996).
109 בכפוף למקרה בו הטיפול הרשלני היה לאחר שכבר ניתן פסק דין סופי בתיק תאונת הדרכים: ע"א 8535/01 **ליפשיץ נ' מדינת ישראל, משרד הבריאות**, פ"ד נז(6) 656 (2003). לביקורת על היעדר הרתעה בטיפול בנפגעי תאונות דרכים ראו דניאל מור "גורם ההרתעה במלחמה בתאונות דרכים" **ספר לובנברג** 257, 272–273 (דניאל פרידמן ויצחק שילה עורכים) (1987).

110 רע"א 1519/20 **פלונית נ' רעות-שרות נשים סוציאליות** (נבו) 11.8.2020.

111 למען הסר ספק: מדובר בתביעת שיבוב פרטנית. בפועל המדינה מעבירה למוסד לביטוח לאומי סכום אשר אמור היה לכסות את כל הקצבאות שהמוסד לביטוח לאומי משלם בגין רשלנות במוסדות רפואיים ציבוריים. עם זאת, לא רק שסכום זה נקבע מראש (היינו, מבחינת המוסד הציבורי, הרי שהסכום המועבר על ידי המדינה לא יעלה, הרי שאין הוא מחושב ביחס למוסד רפואי או רופא ספציפי. במילים אחרות, הרופא או המוסד הציבורי יודעים שגם אם הם יתרשלו, הרי שהם לא יצטרכו לשלם

(3) בנושא ההולדה בעוולה, קו בולט בטענות ההסתדרות הרפואית בהליך בע"א 1326/07 **המר נ' עמית**, היה נושא ה"רפואה המתגוננת".¹¹² הטיעון הבסיסי היה שהרחבת העילה של הולדה בעוולה, תביא לרפואה מתגוננת, ותוך שהיא טוענת שמספר ההפלות יעלה כיוון שבכל מקרה של ספק ולו הקטן ביותר הרופא ימליץ על הפסקת היריון.¹¹³ אלא שפרסומים בדבר מספר הפסקות ההיריון בישראל מפורסמים באופן רשמי,¹¹⁴ ומספר הפסקות ההיריון, בין אם לאחר פסק הדין המכונן **בעניין זייצוב** (שקבע את עילת החיים בעוולה והולדה בעוולה), ובין אם לאחר פסק הדין **בעניין המר** (שהבהיר שכל אירוע שבו וועדה להפסקת היריון הייתה נותנת היתר להפסקת היריון,¹¹⁵ עלול להקים עילה), לא נצפתה עליה במספר הפסקות ההיריון.¹¹⁶

בשולי הדברים אציין: בחנו בשני הפרקים את שאלת ההשוואה בין מדינת ישראל לבין העולם. עם זאת, דומה שמי שרוצה לטעון שבעוד שבועלם אין תביעות יתר ואין – באופן אמפירי – רפואה מתגוננת, אך שתופעות אלה קיימות (או ביתר שאת) דווקא בישראל, עליו ההוכחה. לא זו בלבד שמקובל לחשוב שארצות הברית היא מדינה בה התביעות והסכומים הנפסקים רבים וגדולים יותר, מאשר במקומות אחרים (דבר שאף הוביל למשבר הרשלנות הרפואית – the medical malpractice crisis),¹¹⁷ ולא רק שהשימוש במכשיר של פיצויים עונשיים במקרי רשלנות רפואית הוא רווח שם, אלא שמעבר לכך בישראל הביטוח – ברוב המכריע של המקרים – הוא מוסדי, כלומר הרופא הפרטני לא נושא בעלות כלכלית בשל התביעה הנזיקית. במילים אחרות, הנטייה הטבעית היא שתופעות אלה, גם אם היו קיימות בארצות הברית, היו מועטות יותר בישראל, ולא להיפך.

יב. בסיס המיתוס של רפואה מתגוננת

- 112 ע"א 1326/07 **ההסתדרות הרפואית בישראל נ' פרופ' עמית** (נבו 7.6.2012).
- 113 שם, בפס' 89.
- 114 דו"ח **משרד הבריאות הפסקות היריון על פי החוק 1990–2010** (2011).
- 115 ובשלב טרום חיות, כמעט כל בקשה המבוססת על אפשרות למום, מתקבלת.
- 116 מגמה זו נמשכת: הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה, הודעה לתקשורת, "פניות לוועדות להפסקת היריון בשנת 2024 (23.6.2026)". כמובן שאין לנו נתונים בכמה מקרים המליץ הרופא על הפסקת היריון והמטופלת החליטה להתעלם מהמלצה זו, אך דומה שמספר הפסקות ההיריון יכול להיות גם אינדיקציה לעניין מספר ההמלצות. וראו לכך שמספר הפניות לוועדות הפסקות היריון הוא בירידה: הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה, הודעה לתקשורת: פניות לוועדות להפסקת היריון בשנת 2023 (הודעה מיום 7.4.2025), ניתן לצפייה: https://www.cbs.gov.il/he/mediarelease/DocLib/2025/111/05_25_111b.pdf.
- 117 ראו למשל Eli Engel & Edward H. Livingstone, *Solving the medical malpractice crisis: use a clear and convincing evidence standard*, 145 ARCH SURG. 296 (2010).

בתקופת יוון העתיקה, האמינו ב"יצירה ספונטנית" (spontaneous generation). על פי אמונה זו, תולעים וזבובים נוצרים מבשר שנרקב, זבובים מפירות מקולקלים, ועכברים נוצרים, מאליהם, מחיטה. במהלך השנים עמדות אלה הופרכו, תוך שנקבע שהחיים באים רק מחיים. ההפרכה נעשתה, בין היתר על ידי ניסוי שערך Francesco Redi בשנת 1668 (שהראה שאם מכסים בשר הרי שגם אם הוא נרקב, לא "נוצרים" זבובים), כשאת מכת המוות לאמונה נתן **לואי פסטר** (Louis Pasteur) (1859–1864) שעיצב ניסויים כגון עם צוואר ברבור מעוקל שאיפשר כניסת אוויר אך מנע כניסת חיידקים, והראה שלא נוצרו חיים יש מאין. כיום, הרפואה נמנעת מלהסתמך על "אמונות" ו"אינטואיציות", אלא מתבססת על עובדות: רפואה מבוססת עובדות, evidence based medicine. דווקא לאור הכרה זו, ניתן להתפלל על העלאת המיתוס של "רפואה מתגוננת" (תוך הבחנה בין רפואת יתר, פעולות רפואיות הנעשות עקב נימוקים אחרים, ופעולות רפואיות הנעשות כתוצאה מרגולציה חקיקתית או פסיקתית ראויה), ללא תימוכין אובייקטיביים מדעיים, ודווקא על ידי אנשי רפואה.

מדוע מועלות הטענות של רפואה מתגוננת? כאן אפשר רק לשער: ראשית, ייתכן שזה תלוי בהרגשה הבסיסית שהעולם מתנכל לך. תמיד נוח להאשים אחרים ולא את עצמך. תופעה זו אינה מיוחדת לרופאים דווקא.¹¹⁸ שנית, זה גורם גם ל"ליכוד השורות". מפלגה או גילדה הסבורה שבית המשפט או התקשורת מתנכלים לה, מצליחה "ללכד שורות" במובן ש"כולם נגדנו".¹¹⁹ שלישית, ייתכן ואף יש לכך תועלת ממשית: ה"איום" של רפואה

118 ההרגשה שיש יותר תביעות היא נכונה, ולו מהסיבה שהאוכלוסייה וכמות הפעולות הרפואיות גדלות, ועל כן מחויב המציאות שיהיו יותר תביעות. אך יותר תביעות באופן מספרי, אינו תומך, כפי שצינו בגוף הטקסט, בריבוי יחסי של תביעות. מעבר לכך, ההרגשה שקיימת עליה בתביעות, ייתכן ונובעת היא משינוי במספר כלי התקשורת ובפרסומים על תביעות רשלנות רפואית (שהסיפור האנושי בהם הוא בדרך כלל מעניין יותר מתביעה בגין תאונת דרכים). ניתן לייחס, עליה בפרסומים על תביעות גם לפעולות אקטיביות שעורכי דין עושים כדי לפרסם תביעות שהגישו, במדיה החברתית ובכלי התקשורת, כדי להגביר את המוניטין שלהם ולהמריץ לקוחות פוטנציאליים לפנות אליהם (כאשר, אין צריך לומר, שהם מנעים מלדאוג לפרסום של כישלונות, או תביעות שהסתיימו בסכומים הנמוכים עשרות מונים מאלה שפורסמו בעת הגשת התביעה). אין צריך לומר שפרסום של תביעות בוסר או מספרים שאינם קשורים למציאות, אינה "באחריות" המערכת המשפטית. מכל מקום, הטיפול בהרגשה הסובייקטיבית מוטעית הוא בהבאת הנתונים האמיתיים לידיעת הרופאים והציבור בכלל, ובמתן פרשנות אמיתית להם.

119 ראו למשל סמדר קניון **בין התנשאות פרופסיונלית לקורבנות כרונית: פרשנות והתמודדות של רופאים בישראל עם תביעות של חבות רפואית** 190, 203 ואילך (עבודה לתואר דוקטור, אוניברסיטת בר אילן 2005). סמדר קניון מציגה "מספר קווים של הספרות הרפואית בישראל, הכוללים בין היתר "הצגת התביעות כאיום", "הרופאים כגיבורים סובלים", "קריאה להתלכדות קהילתית", תוך דיונים ב"מכתב לחבר" שיצאו במשך השנים. אין בדעתנו להתייחס ל"מכתבים" אלה, ואולם כאשר הח"מ כבר נתקל בהם (בין היתר על ידי כך ש"נזוף" על ידי רופאו האישי, "כיצד אתם (הקהילה המשפטית) מעיזים") הרי שלאחר שהצליח בין

מתגוננת, הוא בגדר חרב דמוקלס מעל למערכת החקיקתית והפסיקתית. יש לו אפקט מצנן, הן בקביעת אחריות, והן בקביעת גובה הסכומים. מחוקקים ושופטים הסבורים כי פסיקת אחריות תביא לקריסת המערכת הרפואית ולטיפול לא ראוי, ימנעו מהעלאת רף הזהירות או יצמצמו אותה.¹²⁰

במובן של ההרגשה הבסיסית, מדובר בפחדרון בארון. במובן האחרון מדובר ב־Bogeyman, אותו יצור מיתי שנועד לגרום להתנהגות טובה של ילדים. אך ההשוואה היא מוגזמת: בעוד שביחס ל־Bogeyman או פיית השיניים אין מחקרים אמפיריים השוללים את קיומו. לעומת זאת, ביחס לרפואה מתגוננת רעה (כתוצאה מאימת הדין דווקא), דומה שהמצב הפוך. ורק ניתן לקוות, שכפי שסוף הסיפור של פחדרון בארון הוא שהילד מחבק את המפלצת, שמקצוע הרפואה יכיר ויחבק את פסיקת בתי המשפט, כמשרים את הטיפול הרפואי ומביאים לתוצאות טובות יותר.¹²¹

יג. סיכום ומחשבה אופטימית

במאמר זה דנו ברפואה המתגוננת. מדובר בטענה על פיה פסקי דין המטילים אחריות (שבעיני חלק מהרופאים נראית מופרזת), מביאה להתנהגות בעייתית של הרופאים. אלה, לפי הטענה, חוששים שמא פעולותיהם ישפטו, בדיעבד, בחומרה ותוך הטלת אחריות, ועל כן – ובניגוד למה שנדרש על מנת לרפא מטופלים ולשמור על בריאותם – ננקטים פעולות יתר או נמנעים מפעולות רצויות מבחינה רפואית תוך גרימת נזק למטופלים. מעבר לכך, ושוב, לפי הטענה, מבוזבזים משאבי זמן וכסף, אשר היו יכולים להגיל את הרווחה החברתית ולהביא לכלל המטופלים בריאות וטיפול טובים יותר. כפי שהראינו אין בסיס לטענות אלה: ככל שרופאים פועלים בשל תכתיב של המערכת המשפטית, ומחשש מתגובתה, הרי שפעולות אלה, במקרים רבים רצויות מבחינה חברתית. הרפואה אינה חזות הכל, וקיימים שיקולים חיצוניים לרפואה, הצריכים להכתיב התנהגות של רופאים ("רפואה

השורות להבין באיזה פסק דין מדובר, והסביר זאת לשומעים, התפלאו הרופאים השומעים כיצד היה ניתן כלל להגיע לתוצאה אחרת.

120 לכך שמבחינה זו מדובר במעשייה עם הצלחה מסחררת: Saks & Landsman, לעיל ה"ש 6, בעמ' 76. מן הראוי לציין: נתבעים טוענים, תדיר, לכך שאם ייקבע רף רשלנות משמעותי, עניין זה יגרום לרפואה מתגוננת, כאשר במקרים רבים מדובר ב"סיסמה" לא ברורה. כך למשל, בע"א 9788/07 עיזבון מרמש נ' הסתדרות מדיצינית הדסה (נבו 15.6.2010) טענה הדסה שאם אכן ישאירו את קביעת בית המשפט המחוזי שניקור מותני צריך להיעשות על ידי רופאים מומחים, יגרום הדבר לרפואה מתגוננת. טיעון זה, כשלעצמו, כלל אינו ברור: האם הטענה היא שבמקרה כזה לא ייעשה כבר דיקור מותני? דומה שהכוונה הייתה שאין מספיק רופאים מומחים היכולים לבצע בדיקה זו. אך זו אינה רפואה מתגוננת כל עיקר, דבר הממחיש שהביטוי נהפך למילים נרדפות של "אל תטילו עלינו אחריות".

121 וגם אם חלק מהפעולות נעשות מתוך התייחסות לפסיקת בתי המשפט, הרי שמתוך שלא לשמה בא לשמה.

"פחדרון בארון" למבוגרים: על המיתוס של רפואה מתגוננת

במובן הרחב). מעבר לכך: במקרים רבים, לרפואת יתר, יש תוצאות חיוביות למטופלים אשר יש להביאן בחשבון. במאמר זה גם הראינו שהטענות גם אינן נתמכות באופן אמפירי: אכן, אף אדם לא יאהב שיתבעו אותו, אך התביעות ופסיקת בתי המשפט – ככלל – אינן ביתר אלא בחסר. מחקרים אמפיריים מראים שמקצוע הרפואה נתבע בתביעות חסר, דבר המביא להרתעת חסר והעלול להביא לאי-נקיטה בפעולות אופטימליות על מנת להפחית נזקים למטופלים. במילים אחרות, הבעייתיות היא הפוכה בעליל. זאת ועוד אחרת. גם הטענה שהפעולות הרפואיות ("רפואה במובן הצר") מושפעות מפסיקת בתי המשפט, הוכחה אמפירית כלא נכונה.

ולא נוכל שלא לסיים בנימה אופטימית: העובדה שאין רפואה מתגוננת, היא עובדה מעודדת. רופאים פועלים לטובת החולים. אך, ככל בעל מקצוע הכוונה הטובה אינה שוללת קיומה של רשלנות ואחריות מקצועית במקרים שונים, ואינה פוסלת חיוב בפיצויים במקרים מתאימים. אף שחלק גדול מהנתבעים (בכל מקצוע) סבורים שהצדק עמם ובוודאי שאינם רוצים שתיקבע אחריותם, הרי שאין בכך כדי להפוך את המקצוע לנרדף.