

רשלנות רפואית - המדריך המלא

נכתב על ידי: עוה"ד דניאל סרור, שותף מייסד - כספי סרור ושות', עורכי דין - רשלנות רפואית.

נערך על ידי: עוה"ד דניאלה אביבי נחום, שותפה בכירה - כספי סרור ושות', עורכי דין - רשלנות רפואית.

מבוא

פתח דבר (1)

האמירה "רשלנות רפואית" נשמעת לא אחת סביב אירועים של טיפול רפואי כושל או שאינו עומד בציפיותיו של המטופל. במאמר זה נמסור מידע כולל המיועד לציבור הרחב שיאפשר לקורא שאינו בקיא ברפואה או במשפט להכיר טוב יותר את עולם התביעות בעילה של רשלנות רפואית ומורכבותו.

מהן עילות התביעה ברשלנות רפואית? (2)

תביעות בעילה של רשלנות רפואית עוסקות באירועים בהם נגרם למטופל נזק במהלך או כתוצאה מטיפול רפואי רשלני והן מבוססות, על פי רוב, על שלוש עילות עיקריות: "עוולת הרשלנות" (סעיפים 6-35 לפקודת הנזיקין); "העדר הסכמה מדעת" (סעיף 13 לחוק זכויות החולה) ו"פגיעה באוטונומיה". פעמים רבות יכלול כתב התביעה בגין טיפול רפואי רשלני יותר מעילה אחת. יחד עם זאת, לגישת בתי המשפט כיום, למעט מקרים חריגים, לא ניתן לקבל כפל פיצוי, כלומר לא ניתן לקבל פיצוי בגין פגיעה באוטונומיה במקרים בהם זכאי התובע לפיצוי על נזקיו מכח עוולת הרשלנות.

במאמר זה נתמקד בעוולת הרשלנות, ובהמשך נתייחס בקצרה גם לשתי העוולות האחרות - העדר הסכמה מדעת לטיפול והפגיעה באוטונומיה.

רשלנות

מהי רשלנות? (1)

השימוש במונח "רשלנות" שכיח למדי ואנו מרבים להשתמש בו כדבר שבשגרה ובהקשרים שונים. על פי רוב, הכוונה "בשפת היום-יום" הינה למעשה או למחדל כלשהם שלדעת הדובר בוצעו בחוסר אחריות או זהירות, אי אכפתיות או חוסר תשומת לב, אי הקפדה או הזנחה ויצרו סיכון כלשהו, בין אם אותו סיכון התממש ונגרם נזק ובין אם לאו.

מהי רשלנות משפטית? (2)

רשלנות מבחינה משפטית, בקליפת אגוז, מתרחשת עת נגרם לאדם נזק ע"י מי שחב כלפיו חובת זהירות ולמרות זאת נהג כלפיו בחוסר זהירות או חוסר מיומנות, ובכך הפר את אותה חובה.

המקור המשפטי לעוולת הרשלנות מצוי, כאמור, בסעיפים 35-36 לפקודת הנזיקין והוא כולל את היסודות הבאים:

יסודות עוולת הרשלנות: (3)

א. קיומה של חובת זהירות בין המזיק לניזוק.

ב. הפרתה של חובת הזהירות.

ג. נזק שנגרם לניזוק.

ד. קשר סיבתי (עובדתי ומשפטי) בין המעשה או המחדל בהם הופרה חובת הזהירות לבין הנזק.

עולת הרשלנות מתרחשת רק אם מתקיימים כל ארבעת היסודות הנ"ל יחדיו. משמעות הדבר היא כי גם במקרה בו חובת זהירות הופרה ומדובר בהתרשלות אך לא נגרם נזק - לא קיימת עילת תביעה כנגד מי שהתרשל. אמנם ניתן לכנותו רשולן אך לא מזיק.

פקודת הרשלנות חלה גם על בעלי משלח יד, והכוונה היא לכל בעלי המקצועות החופשיים, והרופאים ואנשי רפואה בכללם. מעבר לחובת הזהירות, מוטלת על בעלי מקצוע חובה נוספת והיא לפעול במיומנות מקצועית. על משמעות חובה זו בטיפול רפואי נרחיב בהמשך.

רשלנות רפואית

מהי רשלנות רפואית?

בהיבט המשפטי "רשלנות רפואית" מתרחשת כאשר נגרם למטופל נזק כתוצאה מטיפול רפואי רשלני, כזה שאינו עומד ברמת הזהירות והמיומנות הסבירים שנדרשו לאותו טיפול ובהתנהלות אחרת, ניתן היה למנוע את הנזק.

מבוא - המפגש בין עולם המשפט לעולם הרפואה

ההתמודדות עם תביעות המוגשות בעילה של רשלנות רפואית היא מורכבת ומאתגרת יותר מתביעות נזקי גוף אחרות, הן עבור עורכי הדין המייצגים את המטופל, הן עבור אנשי הרפואה המעורבים בהליך והן עבור בתי המשפט, משום שהן מפגישות שני עולמות שונים האחד מהשני. כך למשל, בעוד שההליך המשפטי מתנהל בפורמט די דיכטומי, בסופו בתי המשפט פוסקים: נכון-לא נכון, עשה-לא עשה, אשם-לא אשם, התרשל-לא התרשל, הרי עולם הרפואה מתנהל לעיתים קרובות על בסיס של אי וודאות, הערכה, שיקול דעת, ניסוי וטעייה, בחירה בין אסכולות שונות, שיטות טיפול שונות ועוד. המפגש או נקודת החיכוך בין התחומים הכה שונים מעורר לא אחת ביטויים של אמוציות מצד כל הגורמים המעורבים בתביעות רשלנות רפואית.

השוני הזה מחד, ומאיך חובת בתי המשפט לפסוק לטובת אחד הצדדים, בבחינת "הכל או לא כלום", מחייב מיומנות וזהירות רבה מצד כל המעורבים בהליכים של תביעות בעילת רשלנות רפואית.

יישום יסודות עולת הרשלנות בתביעות רשלנות רפואית

רשלנות רפואית עלולה להתרחש בכל תחומי הרפואה ובכל מסגרת רפואית, וכל מקרה נבחן בהתאם לנסיבותיו. להלן נראה כיצד מיושמים ארבעת יסודות עולת הרשלנות כאשר מדובר בתביעה בעילה של רשלנות רפואית:

א. חובת זהירות ומיומנות בטיפול רפואי

הוראת החוק בפקודת הנזיקין על פיה מוגשות כל התביעות בעילה של רשלנות כנגד בעלי משלח יד ותביעות בעילה של רשלנות רפואית בכללם, קובעת כי מי ש"לא השתמש במיומנות, או לא נקט מידת זהירות, שאדם סביר, נבון וכשיר לפעול באותו משלח יד היה משתמש או נוקט באותן נסיבות - הרי זו התרשלות".

הן בהיבט המוסרי והן בהיבט המשפטי, כל מטפל או מוסד רפואי חבים חובת זהירות כלפי מטופליהם ועליהם לפעול בזהירות ובמיומנות מקצועית. לכן, מטפל שלא פעל בזהירות ובמיומנות מקצועית שמטפל סביר היה נוקט באותו טיפול - התרשל.

ככלל, חובת הזהירות עולה ככל שהנזק העלול להיגרם ממעשה לא זהיר חמור יותר, ולכן חובת הזהירות המוטלת על אנשי הרפואה כלפי מטופליהם הינה ברמה הגבוהה ביותר, שכן טיפול רפואי רשלני עלול במקרים רבים לחולל נזקים חמורים ובלתי הפיכים.

מהי החובה ל"השתמש במיומנות"?

חובת הזהירות בתחום הטיפול הרפואי מחייבת את אנשי הרפואה לפעול בהתאם להנחיות, לנהלים ולספרות מקצועית עדכנית, ובהתאם לטיפול המקובל והעדכני ביותר בתחום הטיפול הספציפי. טיפול רפואי הסוטה מדרך זו, ייחשב פעמים רבות כהתרשלות.

תחום הרפואה הוא תחום דינמי המתפתח בקצב מהיר, המואץ באופן אקספוננציאלי (מעריכי) נוכח ההתפתחות הטכנולוגית המהירה. לכן, החובה לפעול במיומנות מקצועית מחייבת את אנשי הרפואה להתעדכן באופן סדיר בהתפתחויות הרפואיות העדכניות, לרבות במחקרים, בפרסומים רפואיים ובהנחיות מתחדשות או משתנות מדי פעם, ומילוי חובה זו הינה מלאכה לא קלה בעידן בו קצב הפרסומים והעדכונים בתחום הרפואה מציפים את רשת האינטרנט במידע עצום.

מכל מקום, מטפל שלא פעל במיומנות ובהתאם לידע הרפואי העדכני, וכתוצאה גרם למטופל לסבל או נזק ברי מניעה, ייחשב כמי שהתרשל בטיפול.

ב. הפרת חובת הזהירות בטיפול רפואי

נושא הפרת חובת הזהירות של אנשי הרפואה הוא מורכב ומערב היבטים שונים - עובדתי, מקצועי וערכי גם יחד. אמת מידת הזהירות הנדרשת מגורמי הרפואה הינה של "האדם הסביר" או "המטפל-הרופא הסביר". הגדרה זו, הקובעת את רמת הזהירות על פי מבחן של "סבירות", מותירה בידי בית המשפט שיקול דעת רחב לפסוק לכאן או לכאן במקרה נתון בו הוא דן.

ההיבט העובדתי - מה בדיוק אירע במהלך הטיפול?

כאשר קיימת מחלוקת עובדתית באשר לנסיבות הטיפול, על ביהמ"ש לקבוע ראשית את העובדות, כלומר מהן נסיבות הטיפול הרפואי שעל בסיסן ייבדק האם הטיפול היה רשלני, אם לאו.

קביעה זו לגבי נסיבות טיפול רפואי פעמים רבות אינה פשוטה כלל וכלל. ככל שהטיפול הרפואי התרחש לפני זמן רב יותר, ככל שמדובר בטיפול מורכב או ממושך יותר, או מערב כמה תחומי רפואה, או ככל שהיו מעורבים בטיפול יותר אנשי או מוסדות רפואה, או ככל שהרשומה הרפואית דלה או חסרה יותר - כך, בהתאם, יגבר הקושי להוכיח או לקבוע במדויק את נסיבות הטיפול.

בכל מקרה של מחלוקת בסופו של ההליך - על בסיס העדויות והראיות שהוגשו - בית המשפט קובע מהן נסיבות הטיפול.

מה קורה כשהרשומה הרפואית חסרה או לקויה?

חוק זכויות החולה מחייב את המטפלים לתעד באופן סדיר את כל שלבי הטיפול הרפואי, והפרת חובה זו תחשב כהתרשלות. במקרים של רישום חסר, לקוי או קלוקל שאינם משקפים נאמנה את שלבי או מהלך הטיפול הרפואי, רשאי ביהמ"ש לקבוע:

א. כי מחדל זה גרם למטופל ל"נזק ראייתי", שמשמעו פגיעה ביכולתו להוכיח כי הטיפול היה רשלני או כי קיים קשר סיבתי בין הטיפול לבין הנזק;

ב. לחילופין או בנוסף - להעביר את נטל הראיה מהניזוק למזיק ובמקרה זה, על המטפל או המוסד הרפואי להוכיח כי לא התרשלו.

בתי המשפט ממעטים לעשות שימוש בדוקטרינות אלו, ובפרט בנזק ראייתי וביישום מצומצם ככל שנעשה שימוש. מכל מקום שתי הקביעות - כי נגרם נזק ראייתי או העברת נטל הראייה - באותם מקרים בהם תתקבל הטענה, יכריעו פעמים רבות את התוצאה לטובת המטופל שניזוק.

ההיבט המקצועי - האם הטיפול היה סביר או רשלני?

משקבע ביהמ"ש מהן העובדות הקשורות לטיפול הרפואי, עליו לפסוק האם הטיפול היה ראוי ועמד בסטנדרט הרפואי המקובל והסביר או לא. השאלה מהו הטיפול הראוי נקבעת על ידי בית המשפט, על פי רוב, על בסיס חוות דעת רפואיות המוגשות ע"י הצדדים לדיון, עדויות המומחים, הנחיות, ניירות עמדה ונהלים מקצועיים בכתב המוגשים אף הם כראיות על מנת להוכיח מהו

הטיפול הסביר, ומדוע במקרה שנדון הטיפול היה סביר או לא סביר, כאשר כל צד מנסה לשכנע באמצעות ראיות אלו כי הצדק עמו.

במהלך הדיון נחקרים המומחים הרפואיים בחקירה נגדית במהלכה ינסה עורך הדין המייצג את הצד הנגדי להטיל ספק במיומנותם, להפריך או להחליש את טענותיהם. מדובר בחקירה המחייבת מיומנות רבה מצד עורך הדין והכרת כלל הנהלים הרפואיים והספרות הרפואית הרלוונטית בנושא.

ההיבט המוסרי ערכי

במרבית המקרים ביהמ"ש יקבל כטיפול סביר או כטיפול המקובל, טיפול התואם את קביעות נהלי משרד הבריאות או ניירות העמדה של האיגודים המקצועיים, וכן את ההנחיות והנהלים במוסדות הרפואה או את עדות המומחים שהעידו בפניו לגבי סבירות טיפול כלשהו.

בתי המשפט אינם כפופים לטיפול המקובל והם רשאים לפסוק כי הטיפול היה רשלני למרות שתאם את הטיפול המקובל. אולם, בפועל, לעתים נדירות ביותר פסקו בתי המשפט - על בסיס טיעון ערכי - התרשלות, למרות שהטיפול תאם את הנהוג הרפואי.

בארצות הברית נהגו בתי המשפט לקבל ללא עוררין את הנהוג המקובל על ידי מרבית הרופאים כטיפול הסביר. אולם, לאחרונה, חל שינוי והמכון המשפטי האמריקאי קבע כללים בנושא רשלנות רפואית על פיהם בנושא סבירות הטיפול על בתי המשפט לבחון יותר את איכותו והתאמתו לידע הרפואי העדכני ולא להסתמך רק על הנהוג המקובל.

[מקורות](#)

המורכבות בהוכחת טיפול רפואי כרשלני

על מנת להבין את מורכבת הוכחת הטענה כי טיפול רפואי במהלכו נגרם נזק אכן היה רשלני חשוב להבין כמה דברים בסיסיים:

* **עצם גרימת נזק** - ואפילו חמור - כתוצאה מטיפול רפואי, בפני עצמה, **אין די בה** כדי לקבוע כי הטיפול בהכרח היה רשלני; תחילה חובה להוכיח כי הטיפול היה רשלני ורק לאחר מכן כי הנזק נגרם בגללו.

* **רמת הזהירות** הנדרשת ממטפל, בין בטיפול ובין בהפעלת שיקול דעת, הינה של "**הרופא הסביר**" בלבד ובמילים אחרות - הרופא הממוצע;

* ככלל, **לרופא**, כמו כל בעל משלח יד, **מותר לטעות** ובלבד שמדובר ב"**טעות סבירה**" העלולה להתרחש במהלך הטיפול, טעות שגם רופא סביר עלול ליפול בה;

* עצם העובדה שמטפל בחר בשיטה או דרך טיפול מסוימים שחוללו נזק אינה הופכת אותו לרשלן גם במקרה בו יתברר, בדיעבד, כי שיטת או דרך טיפול אחרים היו עשויים למנוע את הנזק, ובלבד ששיטת או דרך הטיפול שנבחרו היו סבירים ומקובלים בעת קבלת ההחלטה והטיפול.

* יש להבדיל בין ארוע רשלני או חסר זהירות לבין תקלה שאין למטפל שליטה עליה ולא ניתן היה למונעה גם בטיפול זהיר ומיומן, מקרים שלא יחשבו כהתרשלות גם אם נגרם נזק במהלכם או כתוצאה מהם.

ג. הנזק

כאמור נזק הינו אחד ממרכיבי עילת הרשלנות ולכן, רק במקרה בו טיפול רשלני גרם לנזק, תקום לניזוק עילת תביעה כלפי מי שטיפל בו.

היקף הנזק שנגרם בשל רשלנות רפואית בטיפול והשלכותיו על הניזוק נקבעים על ידי בתי המשפט על בסיס עדויות וחוות דעת רפואיות. קביעת היקף הנזק שנגרם כתוצאה מטיפול רפואי מחייבת בחינה של הקשר הסיבתי בין הטיפול הרשלני לנזק הנטען.

סכום הנזק נקבע בכל מקרה לנסיבותיו ועל פי רוב הוא תלוי בגילו של המטופל וחומרת הנזק הרפואי והשלכותיו התפקודיות והכלכליות עליו ועל בני משפחתו התלויים בו.

אבות הנזק המקובלים הינם: כאב וסבל; פגיעה בכושר ההשתכרות; עלות עזרת צד ג'; עלות טיפולים רפואיים; הוצאות שונות שהמטופל שילם או ישלם עבורן עקב הנזק הרפואי.

סכום הפיצוי שישולם בסופו של ההליך למטופל שניזוק - בפסק דין או בהסכם פשרה - אינו "סכום קבוע" והוא תלוי בגורמים שונים כפי שפורט לעיל, ובמידה רבה גם בניסיונו ובמיומנותו של עורך הדין המנהל את ההליך.

ד. הקשר הסיבתי בין הנזק להתרשלות

לעתים, הקשר הסיבתי בין הנזק לטיפול הרפואי מובהק ואינו שנוי במחלוקת, אך פעמים רבות חולקים הגורמים הרפואיים על טענות התובע גם בנושא זה.

חשוב להבין כי על המטופל שניזוק הנטל להוכיח, ראשית, כי הטיפול הרפואי היה רשלני, ובנוסף הן את היקף נזקיו והן את הקשר הסיבתי בין הנזקים הנטענים על ידו לבין הטיפול הרשלני. נושא הקשר הסיבתי בין טיפול רפואי לנזק מורכב למדי ומבלי להיכנס לפירוט יתר משפטי נציין רק כי הוא כולל שני מרכיבים - עובדתי ומשפטי.

ההיבט העובדתי

כאן על בתי המשפט לקבוע למעשה האם הנזק הנטען - כולו או חלקו - היה מתרחש אלמלא הטיפול הרפואי הרשלני. בני אדם ככלל עלולים לסבול ממספר מחלות או בעיות, בין אם היו ידועות להם ובין אם לאו, עוד טרם הטיפול הרשלני. ואכן פעמים רבות המטפל שהתרשל אינו אחראי לגרימת המחלה או אי מניעתה (שאז היה עליו לשאת במלוא הנזק) אלא בטיפול לקוי או באיחור בטיפול במחלה, שאז עליו לשאת רק בחלק מהנזק - אותו חלק תוצאת החמרת המחלה שנגרם באשמתו.

ההכרעה בסוגייה זו (על בסיס חוות דעת ועדויות של מומחים רפואיים ובעלי הדין) מורכבת למדי שכן פעמים רבות קיימת מחלוקת של ממש בין מומחי הצדדים בנושא הקשר הסיבתי, בין אם ביחס לנזק בכללו ובין אם לגבי גודל חלקו של הגורם המטפל מכלל הנזק.

ההיבט המשפטי - הצפיות להתרחשות הנזק

מבחינה משפטית, מטפל ייחשב כרשולן רק אם יכול היה או צריך היה, באופן סביר, לצפות מראש את הנזק העלול להיגרם מהמעשה (הטיפול) הרשלני, ולכן ככל שהמטפל לא יכול ולא צריך היה לצפות מראש, בעת מתן הטיפול הרפואי, את הנזק שהתרחש בפועל - התביעה נגדו בעילה של רשלנות רפואית לגבי אותו נזק בלתי ניתן לצפייה מראש תידחה, גם במקרה בו יוכח כי פעל ברשלנות (והיה עלול לגרום נזק אחר שלא התממש).

מקרים בהם ייפסק פיצוי חלקי בלבד

כאמור, הגורם הרפואי שהתרשל נדרש לפצות את המטופל שניזוק רק בגין הנזק שיש לו קשר סיבתי להתרשלות. לשם המחשת הרעיון נפרט להלן כמה דוגמאות:

מקרים של איחור בגילוי מחלה - במקרה של איחור בגילוי מחלה, כמו גידול ממאיר או מחלת לב או ריאות, הגורם הרפואי אינו אחראי ואינו צריך לשאת בנזקים שמקורם במחלה עצמה, אלא אך ורק בגין ההידרדרות או ההחמרה שחלו במצבו הרפואי של המטופל עקב האיחור באבחנה. הכוונה לנזק שהתווסף לנזקי המחלה עצמה, החל מהמועד בו מטפל סביר היה מגלה ומטפל במחלה ועד לגילוייה בפועל. בית המשפט בוחן מה היה שיעור הפגיעה בסיכויי ההחלמה של המטופל תוצאת ההתרשלות ופוסק את סכומי הפיצויים בהתאם.

מקרים שהנזק או חלקו נובע מסיבה שאינה קשורה בטיפול - ניקח מקרה בו הייתה התרשלות בניהול לידה והיילוד סובל מנזקים מסויימים. ככל שיתברר, כי נזקי היילוד - כולם או חלקם - נובעים מבעייה שאינה קשורה לתהליך הרשלני של הלידה (כגון מחלה גנטית מולדת או גורם אחר) אזי הניזוק לא יהיה זכאי לפיצוי בגין נזק זה אלא רק בגין הנזק שניתן לייחס להתרשלות.

מקרים של אי צפיות הנזק או חלקו - ניקח מקרה בו עקב רשלנות לא אובחנו מומים מסויימים במהלך ההיריון, אלא שלאחר הלידה התברר כי בנוסף לאותם מומים היילוד סובל גם ממחלה או בעיה כלשהי שלא ניתן לגלותה באותן בדיקות גם אלמלא ההתרשלות, ולכן הבודק לא יכול היה לצפות. במקרה כאמור - למרות שאלמלא הרשלנות ההיריון היה מופסק וכל הנזק היה נמנע, בפועל היילוד יהיה זכאי לפיצוי אך ורק על הנזק הקשורים למומים שלא גולו בשל ההתרשלות אך לא על נזק שמקורו במחלה שלא ניתן היה לצפותה מראש.

דוגמאות מתי ייחשב טיפול רפואי כרשלני או לא רשלני

האירועים בגינם מוגשות תביעות בעילה של רשלנות רפואית רבים ומגוונים מאוד וכוללים כמעט את כל תחומי הרפואה ואת כל מגוון מוסדותיה השונים, כאשר כל מקרה נבחן על פי נסיבותיו.

הקורא המעוניין להעמיק בנושא ההתרשלות במגוון תחומי הרפואה השונים מוזמן לעיין בפרק תחומי הרשלנות ברפואה באתר משרדנו:

[תחומי רשלנות רפואית](#)

ישנן תביעות עם אירועים רשלניים מובהקים וישנן תביעות מורכבות יותר בהן הכשלים מובהקים פחות.

פעמים מדובר ברשלנות של הרופא המטפל, במישרין או בעקיפין, ולעתים הכשל הנטען מתרחש במסגרות אחרות של המוסד הרפואי, במעבדה או במכון הדימות לדוגמא, על רקע העדר נהלים או תקשורת לקויה בין הגורמים השונים.

תקצר היריעה מלפרט את כל מגוון האירועים, להמחשה נפרט מספר דוגמאות, מאוד כלליות, למקרים מובהקים אשר עשויים להיחשב כטיפול רשלני ומקרים ספק רשלניים.

דוגמאות לטיפול רשלני

* אי זיהוי/התעלמות ממצא פתולוגי (המחשיד למחלה או מחייב המשך בירור) בבדיקת דימות או בדיקה גנטית או בדיקת מעבדה.

* התעלמות מניטור פתולוגי (המחשיד למצוקה או בעיה אקוטית או שחייב המשך בירור) - לדוגמא ניטור במהלך לידה המצביע על מצוקה עוברית או ניטור המצביע על חשד לכשל לבבי או ריאתי.

* אי הפניה לבדיקות (דימות או מעבדה או לרופא מומחה) למרות תלונות או תסמינים המחייבים העמקת הבירור.

* התעלמות מרגישות לתרופה מסוימת - מתן טיפול תרופתי למטופל שהיה ידוע כי הוא אלרגי לסוג זה של תרופה או המשך מתן תרופה למרות סימפטומים המחייבים הפסקה מיידית של נטילת התרופה.

* אי ביצוע או איחור בביצוע בדיקה או טיפול שחובה לבצעם - כגון בדיקת אק"ג, לחץ דם, טרופונין למרות סימנים מחשידים לאירוע לבבי או אי מתן או איחור במתן טיפול (Tpa או צנתור) למרות ממצאים המחשידים לאירוע מוחי.

* אי הפניה או היוועצות עם מומחה למרות שהטיפול הנדרש אינו בתחום מומחיותו של הרופא המטפל.

דוגמאות למקרים עם נזק קשה אך אינם בהכרח רשלניים

* פרפורציה (חירור) או פגיעה אחרת באיבר במהלך טיפול פולשני (כגון: קולונוסקופיה, גסטרוסקופיה, ברונכוסקופיה, צנתור לבבי או מוחי ועוד) - מדובר בסיכון מובנה בפרוצדורה עצמה העלול להתרחש גם בידיים זהירות ומיומנות ולא תמיד ייחשב כאירוע רשלני.

* תסחיף ריאתי או מוחי במהלך פרוצדורה פולשנית - אירועים שפעמים רבות כלל אינם בשליטת המטפל ועלולים להתרחש באופן פתאומי ובלתי צפוי.

במקרים כאמור, פעמים רבות אכן אין מדובר בהתרשלות. יחד עם זאת, כאשר מטופל נותר עם נזק קשה וצמית, ראוי לבחון את נסיבות המקרה, ובפרט את ההתנהלות לאחר שהאירוע התרחש. ישנם אירועים שלאחר בדיקה מעמיקה בהם יתברר כי חל איחור בזיהוי הסיבוך וכי זיהוי מוקדם יותר היה אפשרי ויכול היה למנוע את הנזק או חלקו, או שיתברר כי ניתן היה להימנע מהטיפול באותן נסיבות, שאז קיימת עילת תביעה למטופל שניזוק.

שלבי הטיפול בתביעות רשלנות רפואית

לתביעות בעילה של רשלנות רפואית מאפיינים ייחודיים ביחס לתביעות נזקי גוף אחרות, כמו תאונות עבודה, תאונות דרכים או נזקי נפילה או החלקה במקומות מסוכנים ולחלקם התייחסנו בפרקים הקודמים. דרך תיאור שלבי הטיפול בתביעות רשלנות רפואית נרחיב מעט בנושא זה:

מבוא - אי ידיעת העובדות (כולן או חלקן)

לא פעם כאשר מטופל פונה לעו"ד לביורור קיומה של עילת תביעה ברשלנות רפואית הוא יודע מה הנזק שנגרם לו (גם אם לא תמיד את מלוא היקפו או חומרתו), אך לא תמיד הוא יודע איך ארע הנזק והאם מדובר בנזק בר מניעה בטיפול זהיר והאם גורם רפואי כלשהו אשם בנזקו.

להבדיל מתביעות נזקי גוף אחרות (תאונות דרכים או עבודה או מכשול במקום ציבורי) שם הנפגע יודע מה ארע ומה חולל את הנזק (שנגרם עקב מכונית שפגעה בו, מכונה לא מגודרת לבטח, מדרכה משובשת, התמוטטות פיגום וכו'), המטופל שפונה לייעוץ משפטי לעיתים אינו מודע לכל הנסיבות שהובילו לנזקו.

הסיבות למצב זה רבות: לעתים המטופל היה מורדם עת התרחש הנזק, פעמים אחרות שפת הרופאים כלל לא מובנת לו, סיכום הטיפול/אשפוז שנמסר לו עם שחרורו מאשפוז או סיום הטיפול מנוסח באופן כוללני ובשפה מקצועית שלא תמיד מובנת למטופל הדיוט ברפואה. ישנן סיבות נוספות, אלא שבעיה זו כלל לא הייתה מתעוררת לו המערכת הרפואית הייתה מגלה באופן וולונטרי למטופל על כל תקלה שארעה במהלך הטיפול.

למעט מקרים נדירים, המציאות הפוכה, במערכת הבריאות אין תרבות של גילוי יזום וולונטרי מצד גורמי הרפואה, ובמקרים רבים הם אינם נוהגים למסור למטופל שנפגע במדויק, אם בכלל, מה אירע לו ומדוע אירע הנזק. המציאות מלמדת כי במרבית המקרים מתכחשת המערכת הרפואית לאחרייתה ולעתים אף מקשה על חשיפת העובדות המלמדות על הכשל.

1. תחקור המטופל ומלוויו

בהעדר גילוי וולונטרי כאמור, ישנה חשיבות רבה לתחקור מדוקדק ביותר של המטופל וכל מי שליווה אותו במהלך הטיפול אודות נסיבות האירוע וכל המידע שנמסר להם במהלכו, כדי לחלץ את אותו מידע שכן בידיעתם, אף שלעיתים הם אינם מבינים את משמעותו, מידע שעשוי להיות חיוני ומטבע הדברים לא יהיה מצוי ברשומה הרפואית.

2. איסוף התיעוד הרפואי

לאחר תחקור המטופל מתחיל איסוף התיעוד הרפואי מכל מוסדות הרפואה הרלוונטיים למקרה הנבדק. גם בנושא זה קיים שוני מהותי בין תביעות בגין נזק גוף בעילה של רשלנות רפואית לבין תביעות נזקי גוף אחרות. בתביעות נזקי גוף שעילתן אינה רשלנות רפואית, כל שעל התובע להוכיח הוא מהי דרגת נכותו ומהן מגבלותיו הרפואיות כתוצאה מהאירוע בו ניזוק. בתביעות רשלנות

רפואית על התובע להוכיח, בנוסף לשיעור נכותו ומגבלותיו, גם מהו התהליך הרפואי שגרם לנזקיו וכי זה בוצע באופן רשלני. שוני זה מהותי, שכן הוא מחייב בדיקה מעמיקה של נאותות כל אחד ואחד משלבי הטיפול שבמהלכו או כתוצאה ממנו התרחש הנזק, וזאת בכדי לדעת כיצד והיכן בדיוק אירע הכשל והאם הטיפול הרפואי שחולל את הנזק היה רשלני.

איסוף מלוא המסמכים הרפואיים אינו מלאכה פשוטה. פעמים רבות התיקים הרפואיים המתקבלים ממוסדות הרפואה או הרופאים חסרים חלק מהרשומות, לעתים עקב רשלנות ולעתים בזדון, או שאינם מסודרים ואף מבולגנים, עם רשומות החוזרות על עצמן שוב ושוב, ונדרשת מיומנות כדי לוודא כי אכן כל הרשומות נאספו ולהבין את תוכן.

איסוף ועיון מוקפדים ברשומות הרפואיות והכרה בסיסית של המטריה הרפואית חיוניים להבנת האירוע הרפואי הנבדק ומחייבים ניסיון רב וידע מקצועי, שכן גורמי הרפואה פעמים רבות אינם נוהגים לפרט אודות כשלים שארעו במהלך הטיפול, ודאי לא את הגורמים להם. נדרשים ניסיון ומיומנות רבה לדלות את המידע הנחוץ מתוך הרשומה הדלה או דווקא מתוך החסר ברשומה.

3. היוועצות עם מומחה/ים רפואיים

לאחר לימוד התיק הרפואי מגיע שלב היוועצות עם מומחה/ים רפואיים. לחוות דעת רפואיות חשיבות עליונה להוכחת כל טענה שברפואה בבית המשפט, שכן לא ניתן להעלות טענה בנושא רפואי ללא חוות דעת אשר תתמוך בה. בשונה מכל תביעות נזק גוף אחרות, בהן אין קושי לקבל חוות דעת ממגוון מומחים לגבי דרגת נכות או תפקוד, בתביעות בעילה של רשלנות רפואית פעמים רבות יש קושי לא מבוטל למצוא מומחה רפואי ראוי שיאות לבחון את המקרה, ובמקרה המתאים ליתן חוות דעת הקובעת כי הטיפול הרפואי היה רשלני.

הקשיים באיתור מומחה/ים רפואיים

הסיבות לקשיים העומדים בפני נפגע רשלנות רפואית למצוא מומחה שיאות ליתן חוות דעת מטעמו רבות:

* רופאי מדינה אינם רשאים ליתן חוות דעת כנגד מוסדות רפואיים של המדינה;

* כך גם רופאי מוסדות הרפואה האחרים אינם רשאים ליתן חוות דעת כנגד מעסיקיהם מכח הסכמי עבודה;

* לרופאים רבים תפיסת עולם לפיה אין הצדקה לתביעות בעילה של רשלנות בטיפול רפואי או כי תביעות אלו מזיקות למערכת הרפואית.

* ככל שמדובר במטפל בכיר יותר במערכת הרפואית כך יקטן הסיכוי שרופא אחר יסכים לטעון לרשלנותו.

* האווירה הכללית במערכת הרפואית אינה מעודדת, ואולי אף מרתיעה, רופאים מומחים לתת חוות דעת כנגד קולגות ומוסדות הרפואה.

לגורמי הרפואה אין בעיה

מנגד, לגורמי הרפואה אין קושי, מגבלות או איסורים ומרבית הרופאים הבכירים ביותר יאותו לתת חוות דעת המגנות על הרופאים וגורמי הרפואה האחרים, למרבה הצער לעתים גם במקרים מובהקים של רשלנות ואפילו בוטה.

די אם נציין כי, למעט מקרים חריגים, בכל התביעות מוגשות חוות דעת נגדיות אף שבחלק ניכר מהן ישלם הגורם הנתבע סכום פיצוי המשקף תביעה מוצדקת והכרה באחריות לנזק, ולעתים אף את מלוא הנזק.

4. שלב קבלת החלטה/ות

עם סיום היוועצות עם המומחים הרפואיים מגיע שלב קבלת החלטה. על עורך הדין להמליץ למטופל האם להגיש תביעה או לא. כפי שנפרט בהמשך הדברים, ככל שתוגש תביעה, מדובר בתביעה כספית למרות האמוציות הנלוות לה, ולכן על עורך הדין

המטפל לשקול את הנושא גם מנקודת מבט של "עלות אל מול תועלת": מחד, הן מהם סיכויי ההצלחה והן מהו הסכום שניתן באופן סביר לקבל במקרה של זכייה אם תוגש תביעה, ומנגד, מהם העלויות והסיכונים של ניהול ההליך המשפטי.

מדובר בתביעה כספית

חשוב להבין כי בסופו של דבר, למרות האמוציות המובנות במקרים בהם ארע נזק במהלך טיפול רפואי, בפרט אם מדובר בנזק משמעותי ולא צפוי, התובענה המוגשת לבית המשפט מנוהלת למעשה כמו כל תובענה כספית אזרחית אחרת. בית המשפט דן ומכריע אמנם תחילה בנושאים רפואיים וטיעונים משפטיים עת עליו לפסוק אם מדובר בהתרשלות אם לאו, ובנושא הקשר הסיבתי. יחד עם זאת, חלקו המעשי של פסק הדין הקובע התרשלות בטיפול מכיל אך ורק הוראה לנתבעים לשלם למטופל שניזוק ותבע סכום כספי כזה או אחר, סכום המגלם את הנזק שאירע עקב הטיפול הרשלני.

ההחלטה/ות של המטופל

תפקידו של עורך הדין לפרט בפני המטופל את כל השיקולים בעד ונגד הגשת תביעה, ובפרט את העלויות, הקשיים והסיכונים הצפויים ומה סכום הפיצוי הסביר (בחישוב זהיר) שניתן לקבל. לאחר מסירת מידע זה, יציין עורך הדין מהי המלצתו ואת נימוקיה.

ההחלטה על הגשת תביעה, כמו כל החלטה משמעותית בעת ניהול ההליך המשפטי, היא של המטופל. קיבל המטופל את המלצת עורך הדין להתקדם להגשת תביעה - פונה עורך הדין למומחים עמם נועץ על מנת שיערכו חוות רפואיות שעל בסיסן ניתן יהיה לערוך את כתב התביעה, ומבצע את כל הפעולות הנדרשות לשם הצלחת ההליך.

בכל מקרה בו החליט המטופל שלא להגיש תביעה - תם הטיפול המשפטי; ככל שהמטופל מעוניין ומחליט להגיש תביעה, בניגוד להמלצה נחרצת של עורך הדין - על עורך דין להחליט אם הוא ממשיך בייצוג המשפטי או מתפטר מייצוג והמטופל רשאי כמובן לפנות לעורך דין אחר אשר יאות לייצג אותו.

5. הגשת תביעה וניהולה

א. הגשת כתבי הטענות וחוות דעת רפואיות

כתב התביעה המוגש לבית המשפט מפרט את העובדות הקשורות לטיפול הרפואי והטענות לגבי היות הטיפול רשלני והנזקים שגרם כשהן מגובות בחוות דעת רפואיות. כתב תביעה מוגש לבית המשפט לו סמכות מקומית ועניינית לדון בתביעה לפי כללי סדרי הדין הנהוגים בבתי המשפט. בחלוף כמה חודשים מוגשת/ים כתב/י הגנה וחוות דעת מטעם הנתבע/ים ובשלב זה מתחדדים חילוקי הדעות. עורכי דין מנוסים ומיומנים יודעים להעריך על בסיסן (ולאחר היוועצות חוזרת עם מומחה/י התביעה) מהו שיעור הסיכוי או הסיכון המגולם בתיק.

ב. הליכים מקדמיים

לאחר הגשת כתבי הטענות וחוות הדעת, פונה כל צד למשנהו בדרישה לגילוי מסמכים ומציג שאלות לגורמים המעורבים בטיפול הרפואי מחד ולמטופל שתובע מאידך. ככל שיש מחלוקות או אי היענות לדרישות הנ"ל, ניתן לפנות לבית המשפט בבקשה שיורה לצד הסרבן למלא את חובתו.

לכן, טרם שלב ההוכחות מתקיימות ישיבות קדמי משפט, בהן מוודאים השלמת ההליכים המקדמיים, מחדדים את חילוקי הדעות וקובעים את סדר שמיעת הראיות.

ג. שלב ההוכחות

ככלל, תביעות אזרחיות נדונות בפני דין יחיד גם בשלב ההוכחות. ככל שהתביעה מתנהלת עד לפסק דין כל צד מגיש את ראיותיו, תצהירי עדויות, חוות דעת ומסמכים שונים, מרביתם רפואיים כמובן.

בשלב הראשון, נחקרים התובע ועדיו העובדתיים על תצהיריהם והמומחים מטעמו על חוות הדעת שהוגשו בחתימתם. החקירה מתנהלת על ידי עורכי הדין מטעם ההגנה. בשלב הבא, חוקר עורך הדין מטעם התביעה את גורמי הרפואה שהיו מעורבים בהליך על תצהיריהם ואת מומחיהם על חוות הדעת הנגדיות.

ד. שלב הסיכומים

לאחר שמיעת הראיות בבית המשפט וחקירת העדים והמומחים הרפואיים, מגיע שלב הסיכומים המוגשים על ידי כל אחד מהצדדים בהם ינסה כל צד להצביע ולהדגיש את הראיות התומכות בטענותיו או הסותרות את טענות הצד שכנגד, ולאחר מכן ניתן פסק הדין.

משך שלב ההוכחות מראשיתו ועד לשלב הסיכומים וקבלת פסק דין אינו קבוע ועשוי להימשך חודשים רבים.

ד. פסק הדין

בפסק הדין קובע בית המשפט אם לקבל את התביעה או לדחותה. אם פסק בית המשפט שהטיפול הרפואי לא היה רשלני - התביעה נדחית, ואם הוא פוסק כי הטיפול היה רשלני - התביעה מתקבלת ובית המשפט קובע מהו סכום הנזק שעל הגורם הרפואי הנתבע לשלם למטופל.

כדבר שבשגרה פוסק בית המשפט לתובע, בנוסף על סכום הנזק, גם תשלום עבור הוצאות ניהול המשפט (בהתאם לקבלות המוגשות) ורכיב השתתפות בשכר טרחת עורך דין.

העלויות בניהול תביעה ברשלנות רפואית

א. עד הגשת התביעה

עבור איסוף מסמכים רפואיים - הסכום תלוי בהיקף המסמכים וכמות המוסדות הרפואיים, בדרך כלל מדובר בטווח שבין 500-1,000 ש"ח.

עבור היוועצות עם מומחה - אין תעריף קבוע וכל מומחה גובה סכום שונה, אולם העלות הממוצעת עבור היוועצות עם מומחה רפואי היא 5,000-8,000 ש"ח לערך.

עבור חוות דעת רפואיות - כל מומחה קובע לעצמו מה הסכום שהוא גובה עבור חוות דעת. חוות דעת בתביעות רשלנות רפואית יקרות באופן משמעותי מחוות דעת רפואיות אחרות ועלות חוות דעת אחת הינה בממוצע 15,000-20,000 ש"ח לערך.

לרוב, התשלום כולל את עלות ההיוועצות הראשונית, ולכן הסכום שישולם עבור כתיבת חוות הדעת יהיה ההפרש בין הסכומים.

מספר חוות הדעת שנדרש לצרף לכתב התביעה משתנה בין תביעה לתביעה ותלוי בתחומי הרפואה הנוגעים לתביעה.

עבור חוות דעת משלימה - לא אחת תוגש גם חוות דעת משלימה במענה לטענות מומחי ההגנה. עלות 5,000-8,000 ש"ח לערך.

עבור אגרת בית משפט - מאחר ומדובר בנזק גוף האגרה הינה בסכום קבוע של כ-1,000 ש"ח כאשר הסכום בבית המשפט המחוזי מעט גבוה יותר מבית משפט שלום.

ב. בשלב ניהול ההוכחות

עבור חוות דעת לא רפואיות - לא אחת יש להגיש חוות דעת נוספות, בעלות של כ-5,000-8,000 ש"ח לערך עבור חוות דעת אחת, להוכחת עלויות עבור הוצאות שונות, כגון אופן התאמת דיור ועלותו, שכר מטפלים, אביזרים רפואיים ועוד או עבור חוות דעת כלכלית כאשר חישוב הנזק הכלכלי תוצאת הפגיעה בכושר ההשתכרות מורכב.

עבור הכנת המומחה לעדות - גם כאן אין תעריף אחיד, והעלות הממוצעת רלוונטית לזהות המומחה וכן להיקף ההכנה הנדרש ונעה בין תעריף נמוך של 2,000-3,000 ש"ח, לבין תעריף גבוה יותר של 5,000-10,000 ש"ח.

עבור שכר עדות המומחה בבית המשפט - בדרך כלל מדובר בכמה אלפי ש"ח.

ג. תעצומות נפש

מעבר לעלות הכספית המשמעותית, נדרשות לא מעט תעצומות נפש להתמודדות עם הליך ממושך.

ד. חברות מימון

נוכח העלות הכספית הגבוהה נציין כי כיום ישנן כמה חברות מימון המוכנות במקרים ראויים לממן את עלות חוות הדעת בתמורה לריבית גבוהה (ביחס לריבית הבנקאית) אך לא מוגזמת נוכח הסיכון במקרה שהתביעה לא תקבל.

6. הסכמי פשרה בתביעות רשלנות רפואית

א. מדוע מתפשרים

בהחלטה על ניהול תובענה עד לקבלת פסק דין יש סיכונים מובנים ומהותיים לכל הצדדים המעורבים:

מחד - התובע שניזוק במהלך הטיפול הרפואי ולא אחת אינו משופע באמצעים כלכליים מסתכן בדחיית התביעה או בפסיקת סכום נמוך משמעותית מהיקף הנזק הנטען על ידו;

ומאידך - המטפל או המוסד הרפואי הנתבעים והמערכת הרפואית בכללה מסתכנים בפסיקת סכום פיצוי גבוה במקרה נתון, אך בפרט חוששים מפסקי דין שעלולים מבחינתם להיות עם השלכות רחב ויכללו קביעות אשר יחולו על מקרים נוספים.

בל נשכח כי שיקול הדעת של בית המשפט רחב ביותר וכי מקרה נתון עשוי להיות עם תוצאות שונות בין שופטים שונים - הן בנושא ההתרשלות והן לגבי היקף הנזק שיפסק. לכן, פעמים רבות אי הוודאות בתוצאת ההליך משמעותית, ודאי טרם שלב ההוכחות, ולעתים נמשכת גם לאחר שמיעת הראיות ועד לקבלת פסק הדין.

ב. איך מתפשרים

מהסיבות שפורטו, מורכבות ההליך והסיכון המובנה כאמור בניהולו עד להכרעה בפסק דין, השכילו כל הצדדים המעורבים בתביעות בעילה של רשלנות רפואית - הן מוסדות הרפואה, הן חברות הביטוח המבטחות אותם והן עורכי הדין המייצגים נפגעי רשלנות רפואית - להתגבר על החשדנות ההדדית ולמצוא מגוון של דרכים חלופיות לסיום התובענה, הן במו"מ ישיר בין הצדדים, בפרט עת מדובר בעורכי דין ותיקים ומנוסים משני הצדדים, הן בהליכי גישור המתנהלים בפני שופטים בדימוס או עו"ד ותיקים עם ניסיון רב בתחום שחדלו לייצג את בעלי הדין והן ע"י קבלת הצעת פשרה מבית המשפט לאחר הגשת תחשיבי נזק ללא שמיעת ראיות.

ג. הייצוג המשפטי

אין ספק כי המורכבות והסיכון האמורים לעיל בניהול תובענה בעילה של רשלנות רפואית מחייבים ייצוג וניהול ההליך המשפטי של מי שניזוק, בפרט במקרים מורכבים או אלו בהם נזק משמעותי, בידי עורך עם ידע רב, ניסיון ארוך שנים בניהול תובענות בעילה של רשלנות רפואית והיכרות מעמיקה של עולם הרפואה (על מוסדותיו ודרכי התנהלותו) והנושאים הרפואיים בגינם הוגשה התובענה.

מהו הליך גישור?

הליך גישור הוא הליך המתקיים מחוץ לכותלי בית המשפט ואכן, יתרונו כמו גם חסרונו הם בכך שהוא אינו פורמלי, אינו חשוף בפני בית המשפט ואינו מחייב את הצדדים. עובדה זו מאפשרת יתר גמישות וניהול משא ומתן בסיוע גורם מקצועי נוסף - המגשר/ת בפניו/ה מתנהל ההליך.

א. כיצד מתנהל ההליך?

א. גיבוש הסכמה על ההליך - במרבית התביעות, לאחר השלמת הגשת כל כתבי הטענות וחוות הדעת, פונים עורכי הדין ללקוחותיהם (המטופל מחד והגורם הרפואי הנתבע ומבטחיו מנגד) לבחון את הסכמתם הן לגישור והן לזהות המגשר/ת המקובלת/ת עליהם.

ב. פנייה משותפת למגשר שהוסכם - הגיעו הצדדים להסכמה, הם פונים במשותף למגשר/ת לתיאום מועד לגישור.

ג. אין נוהל קבוע לניהול הגישור - משלב הסכמה על זהות המגשר/ת אין צורה אחידה בה מתנהל ההליך. כל מקרה לגופו ותלוי בנסיבותיו, בצדדים להליך ובהרגלי המגשר/ת. לעתים די בפגישה אחת ולעתים נדרשות מספר פגישות או המשך המו"מ בדרכים אחרות, האפשרויות רבות ומגוונות.

ג. משך ההליך - ההליך יכול להיות מהיר ולעתים ממושך מאוד, אך ככלל הוא מהיר יותר מניהול התיק בבית המשפט.

ד. קבלת הצעת פשרה מהמגשר/ת - על פי רוב בשלב כזה או אחר מוסר/ת המגשר/ת את עמדתו/ה ומהי הצעת הפשרה שלו/ה (סכום הפיצוי) שלמיטב הבנתו/ה מגלמת את הסיכוי והסיכון של הצדדים בניהול ההליך בבית המשפט עד לפסק דין.

ה. תשובה להצעת הפשרה של המגשר/ת - עורכי הדין פונים ללקוחותיהם לקבלת עמדתם להצעת המגשר/ת וגם משלב זה ואילך אין כללים קבועים. לעתים תתקבל ההסכמה, לעתים ידחו אותה שני הצדדים ולעתים הצדדים ימשיכו לנהל מו"מ על בסיס ההצעה.

ו. סיום הגישור - כך או כך, ההליך מסתיים באחת משתי האפשרויות - הגשת הסכם פשרה לבית המשפט או הודעה לבית המשפט על כישלון הגישור וקביעת התיק להוכחות.

ב. היתרונות של הליך הגישור

א. ההליך חסוי - הגישור מתנהל בסודיות וכל מה שנאמר או הוצג במסגרתו חסוי ואסור למסור פרטים אודותיו לבית המשפט ללא הסכמה משותפת.

ב. גמישות - בבית המשפט מתנהל ההליך על פי כללים נוקשים וזמנים מוגדרים ואילו במסגרת הליך הגישור אין כללים מחייבים, מה שמאפשר לצדדים לבחור מגשר/ת שהם סומכים על מיומנותו/ה ומאפשר למגשר/ת לנהל את ההליך בהתאם לאופיים ונוחות הצדדים שבפניו.

ג. רק הסכמה משותפת מחייבת - הצעת המגשר אינה מחייבת את הצדדים והסכמה כלשהי של מי מהצדדים במסגרת הגישור חסויה ואינה מחייבת אותו בבית המשפט.

ד. מהירות - מדובר בהליך קצר משמעותית מהאפשרות של ניהול ההליך בבית המשפט.

ג. החסרונות של הליך הגישור

א. שימוש לרעה - לעתים (רחוקות אמנם) נעשה שימוש לרעה בהליך, למשל כשצד כלשהו מסכים להליך, מתנהל בו פרק זמן ארוך אך בשלב כלשהו מודיע שאינו מוכן לפשרה כלל.

ב. חשיפת מידע - מטבע הדברים במהלך הגישור נחשפים מידעים. לעתים עלול מידע שחשף אחד הצדדים במהלך הגישור ולא היה בידיעת הצד השני לסייע לצד השני בעת ניהול ההוכחות בבית המשפט במקרה שההליך הגישור יכשל.

עוולות "העדר הסכמה מדעת" ו"פגיעה באוטונומיה"

במה המדובר?

בשתי העוולות - העדר הסכמה מדעת ופגיעה באוטונומיה - המדובר במקרים בהם ניתן טיפול רפואי ללא "הסכמה מדעת" של המטופל, כלומר מבלי שנמסר לו מידע מלא אודות הטיפול לרבות ההתוויה הרפואית, דרכי הטיפול החלופיות, הסיכויים והסיכונים הכרוכים בטיפול אל מול החלופות, תופעות הלוואי וכל מידע חיוני אחר הנחוץ למטופל סביר להבין למה הוא נותן את הסכמתו.

ברור כי ככל שרמת הסיכון גבוהה יותר, מצופה מהמטפל למסור מידע מפורט יותר. החובה לקבל את הסכמת המטופל המוטלת על המטפלים מעוגנת בסעיף 13 לחוק זכויות החולה ובמקרים של הפרת החובה, קבעו בתי המשפט, שוב ושוב, כי מבחינה משפטית המטופל לא הסכים לטיפול, זאת גם אם חתם על טופס הסכמה לאותו טיפול.

השוני בין שתי העוולות

השוני בין שתי העילות - העדר הסכמה מדעת והפגיעה באוטונומיה - הוא שבמקרה בו יוכיח המטופל כי לו היה ניתן לו המידע המלא אזי כלל לא היה מסכים לטיפול (שאז גם לא היה מתרחש הנזק) - הוא יהיה זכאי לפיצוי בגין כל הנזק שנגרם עקב הטיפול; ואילו במקרה בו יתברר כי המטופל היה מסכים לטיפול גם לו נמסר לו כל המידע - אזי הוא יהיה זכאי לפיצוי בגין עצם הפגיעה באוטונומיה בלבד ולא על כל נזקיו.

הקושי בהוכחת העוולות

לעיתים קיים קושי של ממש להוכיח כי בפועל לא נמסר המידע הדרוש והחיוני למתן הסכמה מדעת, בפרט נוכח טפסי ההסכמה הייעודיים והמפורטים שחוברו ע"י מוסדות הרפואה, ועליהם נדרש המטופל לחתום, לעתים אף בסמוך לביצוע הטיפול, גם אם לא ניתן לו המידע הראוי טרם החתימה.

הוכחת הטענה הנ"ל קשה בפרט במקרים בהם חתם המטופל על טופס ההסכמה ללא נוכחות אדם נוסף עמו, ואין בידו ראיה אחרת שתטה את הכף לטובתו במחלוקת אודות היקף המידע שנמסר לו, אם בכלל. במקרה כאמור בבית המשפט זו סיטואציה המכונה "מילה כנגד מילה" בינו לבין המטפל, כאשר בפני בית בית המשפט מוצג מסמך בחתימת ידו של המטופל המעיד לכאורה על הסכמתו.

כיצד מתנהל ההליך בבית המשפט

שלב ראשון - האם ניתנה הסכמה מדעת

בשלב ראשון קובע בית המשפט, כעניין שבעובדה, האם אכן לא ניתנה הסכמה מדעת לטיפול כטענת המטופל התובע. בפני בית המשפט מעידים התובע ועדים מטעמו, ככל שיש עדים, הגורם הרפואי אשר החתים את המטופל על טופס ההסכמה או מי שטוען כי מסר למטופל את המידע הנחוץ לקבלת הסכמתו המודעת. במהלך העדויות, בית המשפט מתרשם ממידת מהימנות בעלי הדין והעדים ולאחר עיון במסמכים שונים (כולל טופס הסכמה חתום ככל שקיים) שהוגשו על ידי מי מבעלי הדין שהגישם כראיות התומכות בטענותיו הוא פוסק את דינו.

שלב שני - הקשר הסיבתי - האם המטופל היה מסרב לטיפול

במקרה בו פסק בית המשפט כי לא ניתנה הסכמה מדעת הוא עובר לשלב הבא ופוסק האם יש קשר סיבתי בין אי מסירת המידע לבין הנזק, כלומר האם המטופל היה או לא היה נותן את הסכמתו לטיפול גם לו נמסר לו המידע הנחוץ לקבלת הסכמתו.

בחלק מהמקרים פוסק בית המשפט על סמך ראיות שהוגשו לו, בפרט לגבי התנהלות המטופל במקרים אחרים בהם נדרשה הסכמתו לטיפול רפואי, מהם ניתן להסיק גם על המקרה הנתון, או על פי התרשמותו ממידת מהימנותו של המטופל עת העיד בפניו. אך פעמים רבות פוסק בית המשפט בנושא זה גם (ולעתים רק) על פי הגיון הדברים, כלומר מה היה עושה האדם או המטופל הסביר והנורמטיבי באותן נסיבות, כאשר כל מקרה נבחן לנסיבותיו ותלוי באיזה טיפול ובאיזה גורם רפואי מדובר, מהי מידת הדחיפות, מהי רמת הסיכון והמורכבות, מהי מידת מיומנותו ומומחיותו של מבצע הטיפול, האם ישנן דרכי טיפול אחרות ועוד.

הייצוג המשפטי

נדרשים מיומנות רבה, ידע וניסיון רב מצד עורך הדין המייצג את המטופל שניזוק על מנת להוכיח ולשכנע את בית המשפט הן כי במקרה נתון לא ניתנה הסכמה מדעת, גם אם לכאורה משתקפת הסכמה בעצם ההתנהלות או החתימה על טפסי ההסכמה, והן כי המטופל לא היה מסכים לטיפול.

מאמר זה, מקיף ככל שהוא, אינו תחליף לייעוץ משפטי ועל כן מומלץ בכל מקרה להיוועץ עם עו"ד מומחה בייצוג נפגעי רשלנות רפואית.