

סיכונים ברפואה ורשלנות רפואית

חוק ההתיישנות ותקנות בריאות העם (שמירת רשומות)

הדין המצוי למול הדין הרצוי

עו"ד אנה אונגר

| | |
|---|-------|
| 1. מבוא..... | 3 |
| 2. רקע..... | 4-9 |
| 2.1 דיני הנזיקין ועולת הרשלנות..... | 4 |
| 2.2 רשלנות רפואית..... | 5 |
| 2.3 התיישנות במשפט האזרחי..... | 5-6 |
| 2.4 הרשומה הרפואית..... | 6-8 |
| 2.4.1 הגדרה..... | 6 |
| 2.4.2 החובה לנהל רשומה רפואית..... | 6 |
| 2.4.3 החובה לרשום את הרשומה הרפואית..... | 6 |
| 2.4.4 מעמדה של הרשומה הרפואית..... | 7 |
| 2.4.5 ליקויים ברשומה הרפואית..... | 8 |
| 2.5 העברת הנטל..... | 8-9 |
| 2.5.1 העברת נטל בדיני נזיקין..... | 8 |
| 2.5.2 העברת הנטל בשל ליקוי/היעדר רשומה רפואית..... | 9 |
| 3. הוראות חוק ההתיישנות למול תקנות בריאות העם – האם יש להעביר את הנטל כאשר הנתבע ביער את המסמכים כחוק?..... | 10-18 |
| 3.1 המגמה בפסיקה..... | 10-13 |
| 3.2 מגמות בחקיקה..... | 13-16 |
| 3.2.1 קיצור תקופת חוק ההתיישנות..... | 14-15 |
| 3.2.2 רשומה רפואית לאומית..... | 15-16 |
| 3.3 משפט משווה..... | 16-18 |
| 3.3.1 תקופת ההתיישנות..... | 16-17 |
| 3.3.2 שמירת רשומות רפואיות..... | 17-18 |
| 4. סיכום..... | 19 |

1. מבוא

בישראל מוגדרת תקופת ההתיישנות בכל הקשור לתביעות נזיקין בגין רשלנות רפואית בטווח שבין 7 שנים מיום קרות העילה ועד 25 שנה במקרים בהם התביעה מתייחסת ליום לידת התובע.¹ למול תקופת ההתיישנות קיימת החובה לשמור על רשומות רפואיות כמפורט בתקנות בריאות העם (שמירת רשומות)² (להלן: "תקנות בריאות העם") לטווחי זמן אשר לעיתים אינם עולים בקנה אחד עם תקופת ההתיישנות.

עבודה זו עוסקת בשאלה כיצד מתמודדת הפסיקה באותם המקרים בהם נגרם נזק ראייתי לתובע, בתביעה כנגד רופא או מוסד רפואי, אך הוא אינו יכול לקבל את המסמכים הרפואיים, שכן אלו הושמדו ע"י הנתבע מכוח תקנות בריאות העם.

העבודה סוקרת את דיני הנזיקין הרלבנטיים לנושא זה ואת המגמות בפסיקה, בחקיקה אל מול המשפט המשווה.

¹ חוק ההתיישנות, התשי"ח – 1958.

² תקנות בריאות העם (שמירת רשומות), תשל"ז – 1976.

2. רקע

2.1. דיני הנזיקין ועולת הרשלנות

דיני הנזיקין המעוגנים בפקודת הנזיקין,³ הם חלק מן המשפט האזרחי העוסקים בחיובים לא רצוניים, בעקבות נזק שנגרם. ישנה שורה של מצבים שבהם נגרם נזק לאדם, בין לגופו ובין לרכושו ובגין הנזק מבקש אותו אדם פיצוי מהמזיק: תאונות (כגון: תאונות דרכים ותאונות עבודה), רשלנות (כגון: רשלנות רפואית), תקיפה, לשון הרע, מטרד (כגון: רעש, זיהום אוויר), גניבת עין עוד.

המונח רשלנות משמש כדי להצביע על התנהגות המתבטאת באי שמירה על רמה אובייקטיבית של זהירות וקובעים אותה על פי תבונתו ואורח התנהגותו של אדם בר דעת רגיל. כמו כן, בשם רשלנות קרויה גם העוולה האזרחית המתוארת בסעיף 35 לפקודת הנזיקין.⁴ הרשלנות, במובן זה, הינה הימנעות מן השימוש בזהירות שהחוק מחייב להשתמש בה כלפי מישהו. ההתרשלנות הינה התנהגות הנופלת מן הסטנדרט הנדרש להגנה על הזולת בפני סיכון של נזק בלתי סביר.

עולת הרשלנות אינה מוחלטת וסגורה, אלא עשויה להשתנות בהתאם לתחושת המוסר, הצדק החברתי ושינויים בצרכים הסוציאליים. בתי המשפט חותרים ללא לאות למציאת פשרה בין שני אינטרסים נוגדים: דרישת התובע להגנה בפני נזק מחד גיסא, והאינטרס של הנתבע שלא להיות מוגבל במימוש שאיפותיו מאידך גיסא. ההחלה הנכונה של החוק מחייבת את שקילת האינטרסים המנוגדים במאזניים של ערך חברתי, בדרך שתצמצם את ההתנגשות בין הפרטים ותגביר את טובת הציבור.

העיקרון הבסיסי עליו מושתתת עולת הרשלנות הוא קיומה של "חובה" של מזיק כלפי הניזוק. חובה זו הינה "חובה המוטלת על כל אדם וכלפי כל בעל נכס, כל אימת שאדם סביר צריך היה באותן הנסיבות לראות מראש שהם עלולים במהלכם הרגיל של הדברים להיפגע ממעשה או ממחדלי".⁵

החובה המדוברת מתחלקת לשני סוגים:

- חובת הזהירות המושגית – עניינה הוא האם בין המזיק לניזוק מתקיים קשר כלשהו המחייב את המזיק לנהוג בזהירות בפעילותו כלפי הניזוק.
- חובת הזהירות הקונקרטית – עניינה הוא האם בין המזיק הספציפי בנסיבות המקרה הספציפיות קיימת חובה לנהוג בזהירות כלפי הניזוק הספציפי.

³ פקודת הנזיקין (נוסח חדש)

⁴ שם, סעיף 35.

⁵ שם, סעיף 36.

2.2. רשלנות רפואית

אחת מעולות הרשלנות, הינה הרשלנות הרפואית. אמת המידה לבחינת הרשלנות תהיה זו של הרופא הסביר בנסיבות המקרה, כפי שאמר השופט כהן: "המבחן אשר על בית המשפט לבחון בו מעשה או מחדל איננו מבחן של חכמים לאחר מעשה אלא של הרופא הממוצע בשעת מעשה; רופא בשר ודם עשוי לטעות ולא כל טעות מהווה רשלנות".⁶

לב ליבה של עוולת הרשלנות הרפואית היא הפרת חובת הזהירות או בלשון המדוברת-ההתרשלות. ההתרשלות הינה, התנהגות המהווה עילה לתביעת פיצויים של הניזוק את הרופא. השאלה, מתי מדובר בהתנהגות רשלנית, לעיתים היא שאלה קשה מאוד, שכן יכול להיות גבול דק בין התנהגות רשלנית לבין התנהגות סבירה. שאלה זו נשאלת בדרי"כ כאשר בעקבות טיפול רפואי לא הושגה מטרת הטיפול ו/או אף הוחמר מצבו של החולה. יצוין, כי לא כל נזק הוא בר תביעה ולא כל טיפול רפואי כושל מוליד אחריות. כמובן שלא את כל המקרים ניתן לצפות ולכן אין בנמצא מבחן מדויק לקביעת רשלנות רפואית. עם זאת, ניתן להצביע על קווים מנחים, שהתפתחו עם השנים בפסיקה, שמקלים על פתרון שאלה קשה זו. סטייה מרמת הזהירות יכולה להתרחש למשל כאשר רופא לא ערך בדיקה שגרתית ולא אבחן את מחלתו של החולה בשלב הבא תשאל השאלה האם הנזק הרפואי נגרם בעקבות אי האבחון או בעקבות סיבה רפואית אחרת. כפי שנאמר בפסיקה: "לא כל טעות מהווה רשלנות. אי הצלחתו של ניתוח או נזק שנגרם בעטיו אינם כשלעצמם, מקיימים חזקה או מסקנה של רשלנות רפואית".⁷

2.3. התיישנות במשפט האזרחי

דיני ההתיישנות הם מהמסובכים במשפט האזרחי ומשום כך מוצע לערוך שינוי מהותי בחוקי ההתיישנות אם וכאשר ייחקק רשמית קודקס של המשפט האזרחי הישראלי.⁸ המטרות המרכזיות של דיני ההתיישנות במשפט האזרחי הן כדלקמן:⁹

- הגנה על הנתבעים מפני אי הוודאות וההכבדה הכספית והראייתית הכרוכות בחשיפה ממושכת לתביעות משפטיות.
- צמצום מספרן של תובענות שבשל עיכוב בהגשתן יש בהן כדי לפגוע בצפיות הראיות של נתבעים וביכולתם להתגונן מפניהן.
- מניעת התדיינות במחלוקות, אשר בשל התקופה הארוכה שבה לא הובאו לדיון, אין עניין לציבור בבירורן או שהבירור סבוך ביותר או שקיים חשש שבשל חלוף הזמן, תתקבל הכרעה מוטעית.

⁶ ע"א 280/60 פרדו נ' ד"ר חפץ ואחרים, פ"ד טו (172-173) 1974, 1977 (1961).

⁷ רע"א 3264/96 קופת חולים כללית נ' יפה פלד, פ"ד נב(4) 849, 872 (1998).

⁸ מתוך המבוא לפרק ההתיישנות בהצעה לקודקס של המשפט האזרחי הישראלי, משרד המשפטים.

⁹ יי זוסמן, סדרי הדין האזרחי (מהדורה שביעית, 1995) עמוד 365-370.

- עידוד זכאים לתבוע את קיום זכותם ללא עיכוב והכול תוך התחשבות ראויה בזכותו של התובע לממש תביעה העומדת לו, לרבות בגורמים המונעים ממנו לעשות כן.

על פי החוק הקיים, חוק ההתיישנות¹⁰, התקופה שבה מתיישנת תביעה (שאינה במקרקעין) שלא הוגשה עליה תובענה היא שבע שנים. ולקטינים, בחישוב תקופת ההתיישנות לא יבוא במניין הזמן שבו עדיין לא מלאו לתובע 18, קרי, עד גיל 25 שנה.¹¹

2.4 הרשומה הרפואית

2.4.1 הגדרה

תקנות בריאות העם כוללות ההגדרה ל"רשומה"¹². ההגדרה הינה רחבה ביותר וזו לשונה:

"רשומה" – כל כתב על גבי נייר או על גבי חומר אחר, כל תרשים, דיאגרמה, ציור, תו, תיק, צילום, תצלום, סרט, תקליט וכיוצא באלה שנעשו עקב קבלת אדם לבית חולים, הטיפול בו ושחרורו ממנו, לרבות שחרור עקב פטירה, ומסמכים אחרים שנעשו בבית חולים, או שנעשו לשם קבלת אדם לבית חולים, כמפורט בטור א' של התוספת".

2.4.2 החובה לנהל רשומה רפואית

החובה לנהל רשומות רפואיות ולשומרן וזכותו של החולה למידע רפואי האצור ברשומות רפואיות הנוגעות לו, מוסדרות כיום בפרק ה' לחוק זכויות החולה.¹³ חובה זו מטילה על המטפל בחולה ועל מנהל המוסד הרפואי את החובה לנהל רשומות רפואיות באופן הקבוע בחוק. החוק קובע, כי על הרשומה לכלול בין היתר, פרטים מזהים של המטופל והמטפל, פרטים בדבר הטיפול הרפואי שקיבל המטופל, עברו הרפואי כפי שמסר, אבחון מצבו הרפואי בעת הבדיקה והוראות הטיפול. עוד נקבע שתרשומות אישיות של המטפל אינה חלק מהרשומה הרפואית.

2.4.3 החובה לשמור את הרשומה הרפואית

תקנת בריאות העם קובעת כי בכל בית חולים יוקצה אגף מיוחד שבו יוחזקו הרשומות שנעשו בבית החולים או הגיעו אליו. בית המשפט הרחיב הוראה זו בעניין ינון שבודי¹⁴ וקבע, כי כל בית

¹⁰ ה"ש 1 לעיל, ס' 5.

¹¹ שם, ס' 10.

¹² ה"ש 2 לעיל, תקנה 1.

¹³ חוק זכויות החולה, התשנ"ו 1996, ס' 17, 18.

¹⁴ ע"א 3263/96 קופת חולים כללית נ' ינון שבודי ואח', פ"ד נב (3) 817, 824-823 (1998).

חולים אחראי לשמור את הרשומות שנעשו בבית החולים או שהגיעו אליו באופן שיאפשר את איתורן בתוך זמן סביר. כמו כן, התקנות קובעות מהו משך התקופה שבה חייב בית החולים לשמור על הרשומות שבהחזקתו, אלא אם צילם בית החולים את הרשומה במיקרופילם ושמר על המיקרופילם.¹⁵

חובת שמירת הרשומה הרפואית מעוגנת כיום גם בחקיקה ראשית. על המטפל מוטלת החובה לתיק ולשמור את המסמכים הרפואיים.¹⁶ אם מדובר במרפאה פרטית, הרופא חייב לתיק, להחזיק ולשמור כל מסמך רפואי שכתב אודות המטופל ואת הרישומים הרפואיים שערך קרוב למועד הבדיקה.

2.4.4 מעמדה של הרשומה הרפואית

בית המשפט העליון התבטא פעמים רבות בדבר חשיבותה של הרשומה הרפואית לטיפול בחולה. כבר בעניין קנטור נ' מוסייב¹⁷ הודגש כי נודעת חשיבות ממדרגה ראשונה לרישומים הרפואיים הנעשים על ידי רופאים המטפלים במטופליהם, בעת הטיפול או סמוך לאחריו, בכך שהם מציגים בפני הרופא המטפל או בפני כל מי שיתבקש להושיט לו סעד רפואי עם הזמן, תמונת מצב על המחלה או על מצב בריאותו של החולה בדרך כלל, בכל שלב של התפתחות המחלה והשתלשלות הדברים. על פי הרישומים ובהסתמך עליהם ניתן לקיים מעקב שוטף, ראוי ואחראי אחר התפתחות הדברים ולקבל את ההחלטות הנאותות. חשיבותם רבה גם כראיה אותנטית ובעלת משקל באשר לאירועים שקרו ולהתפתחויות שהתרחשו במועד כלשהו בעבר. טעמים אלה הודגשו גם בעניין בנגר:¹⁸

“במקרה הנדון בפנינו לא נכשלו בית החולים ורופאיו באי-רישום של רשומה רפואית כנדרש, אלא באי-שמירתם של רישומים רפואיים אשר נערכו על-ידיהם בזמן אמת, רישומים אשר היה עליהם לשומרם בתיק הרפואי של החולה. הצורך בשמירתם של אלה ברור. רישומים אלה מהווים תיעוד על מצבו הרפואי של החולה ועל טיפולים שקיבל בתאריכים הנזכרים ברישומים. חשיבותם הרבה של רישומים רפואיים היא בכך, שניתן יהיה לעיין בהם ולהשתמש במידע האצור בהם, הן לצורך המשך טיפול בחולה בעתיד, והן כראיה למצבו ולטיפול רפואי שקיבל. לפיכך, אין די בקיום רישום מסודר כנדרש. ללא שמירה על הרישומים, נעקרת כל התועלת שניתן להפיק מהם”
(הדגשה שלי).

¹⁵ הי"ש 2 לעיל, תקנה 4(ב).

¹⁶ הי"ש 14 לעיל, סי' 17(ב).

¹⁷ ע"א 58/82 קנטור נ' ד"ר מוסייב, פ"ד לט(3) 253, פסק דינו של השופט ד' לוי (1985).

¹⁸ ע"א 6330/96 בנגר נ' בית חולים הילל יפה, פ"ד נב(1) 145, 157 (1998).

2.4.5. ליקויים ברשומה הרפואית

ההלכה היא, כי העדר רישום או רישום לקוי פועל לרעת הנתבע, במקרה זה המוסד או הצוות הרפואי. ברבות השנים התפתח השימוש שנעשה בכלל זה לצרכים שונים, החל מהוכחת עובדה כלשהי מן העובדות המרכיבות את עילת התביעה ועד הוכחת עילת התביעה כולה. בעניין רחמן¹⁹ נפסק כי העדר רישום הוא רשלנות כשלעצמה ושם נאמר:

"רואה אני לחזור ולהדגיש כי רשלנות רפואית מתגבשת כבר בעצם אי ניהול תקין של הרישומים הרפואיים שחייבים בהם הרופאים המטפלים במוסדות הרפואיים השונים".

2.5. העברת הנטל

2.5.1. העברת נטל בדיני נזיקין

הכלל בדיני הראיות הוא, "**המוציא מחברו עליו הראיה**" ומשמעותו כי צד, שעובדה מסוימת הרלבנטית לתביעה נמצאת בידיעתו המיוחדת, נושא בנטל להוכיח עובדה זו. כלל זה חל בדין האזרחי לרבות בתביעות נזיקין. קיימים מספר עקרונות כלליים בדיני הראיות, אשר תכליתם להעביר את נטל ההוכחה של עובדה מסוימת אל הצד שכנגד מטעמים שונים. גם בתביעות רשלנות רפואית נעשה שימוש בכלל ואין הן יוצאות דופן במובן זה.

סעיף 41 לפקודת הנזיקין²⁰, שבו קבוע הכלל "הדבר מדבר בעדו" משמש מכשיר להעברת נטל השכנוע אל הנתבע בנזיקין, כך שיהיה עליו להוכיח שלא התרשל. סעיף זה קובע, כי בתובענה שהוגשה על נזק והוכח בה כי לתובע לא הייתה ידיעה או לא הייתה לו יכולת לדעת מה היו למעשה הנסיבות; שהנזק נגרם כתוצאה מנכס שלנתבע הייתה שליטה מלאה עליו; ונראה לבית המשפט שאירוע המקרה מתיישב יותר עם המסקנה שהנתבע לא נקט זהירות סבירה, מאשר שנקט זהירות סבירה, אזי, על הנתבע הראיה, שלא התרשל. כלומר, שלושת היסודות עליהם עומד הכלל הם ידיעה, שליטה והסתברות.

2.5.2. העברת הנטל בשל ליקוי/העדר רשומה רפואית

בראשית הדרך שימש העדר הרישום הרפואי כמכשיר להעברת **נטל ההוכחה** לעניין עובדה שנויה במחלוקת, שהתובע לא יכול היה להוכיח אותה בגלל העדר הרישום. בעניין פאר²¹ פסק בית המפשט כי מקום שצריך לעשות רישום רפואי אך הרישום הרפואי לא נעשה ולמחדל זה אין הסבר

¹⁹ ע"א 5049/91 קופת חולים כללית נ' יעקב רחמן, פ"ד מט(2) 376, 369 (1995).

²⁰ ה"ש 3 לעיל, ס' 41.

²¹ ע"א 612/78 פאר נ' קופר, פ"ד לה(1) 720, פסק דינו של כבוד השופט שי לוי (1980).

המניח את הדעת, יועבר נטל ההוכחה בדבר העובדות השנויות במחלוקת ושיכלו להתבהר מתוך הרישום, אל כתפי איש הצוות הרפואי או המוסד המטפל.

בשלב הבא, בית המשפט העליון קבע בעניין עמר,²² לשאלת סוג הנטל המועבר אל הנתבע, כי להבדיל מסעיף 41 לפקודת הנזיקין, העדר רישום רפואי מעביר את נטל **חובת הראייה** ולא את נטל השכנוע. הטעם לכך הוא שהעובדות הקשורות בביצוע הטיפול הרפואי נמצאות בידי צוות הרופאים והאחיות ושהרישומים שנעשו לוקים בחסר ואינם מגלים את העובדות הדרושות לבירור שאלת הרשלנות. במצב זה של שלילת ראייה חשובה מהתובע, עוברת החובה על הנתבעים להוכיח את העובדות שיכולות היו להתבהר מתוך הרישומים הרפואיים ובכך לספק הסבר שיסיר מהם את האחריות.

בהמשך התעוררה מחלוקת בבית המשפט העליון בשאלה זו, כאשר השופט קדמי סבר בעניין ברנשטיין נ' עטיה²³ כי יש להעביר את **נטל השכנוע** במצבים כגון דא. ואכן בפסקי דין מאוחרים יותר השתנתה ההלכה ונקבע כי במצב של העדר רישום או ליקוי ברישום תעביר את נטל השכנוע. כך למשל נקבע בעניין דרוקמן²⁴ כי העברת נטל השכנוע במקרה של העדר רישומים רפואיים מוצדקת מן הטעם שהעברת נטל הבאת הראיות לבדו אינה מספקת תרופה נאותה לתובע שניזוק נזק ראייתי. כאשר מדובר בהעדר רישומים רפואיים, הרי שבני התובע קיים קושי אמיתי להביא ראיות שיוכיחו את תביעתו בהסתברות הדרושה במשפט האזרחי מעל 50%. במצב דברים זה, העברת נטל הבאת הראיות בלבד אל הנתבע והותרת נטל השכנוע על התובע תכביד על התובע יתר על המידה, בהעדר רישומים רפואיים שנעשו בזמן אמת, שאינם בשליטתו מלכתחילה.

כיום האחריות הורחבה בפסיקה ומועבר הנטל גם לצורך **הוכחת הקשר הסיבתי**, כך נקבע למשל בעניין בנגר²⁵ ובעניין פינטו²⁶ בהם נקבע כי היעדר הרישום רלבנטי לשאלה השנויה במחלוקת, בין אם זו שאלת התרשלנות ובין אם זו שאלת הקשר הסיבתי.

²² ע"א 789/89 עמר נ' קופת חולים כללית, פ"ד מו(1) 712, פסק דינה של כבוד השופטת נתניהו (1992).

²³ ע"א 2245/91 ד"ר ברנשטיין נ' עטייה, פ"ד מט(3) 725, 709 (1995).

²⁴ ע"א 6160/99 דרוקמן נ' בית חולים לניאדו, פ"ד נה(3) 117, 125-127 (2001).

²⁵ הי"ש 18 לעיל, לפסק דינו של השופט אור.

²⁶ ע"א 6696/00 בית החולים המרכזי עפולה נ' פינטו, תק-על 2002(3) ס' 13-14 לפסק דינו של השופט ריבלין (2002).

3. הוראות חוק ההתיישנות למול תקנות בריאות העם – האם יש להעביר את הנטל כאשר הנתבע ביער את המסמכים כחוק?

כאמור לעיל תקנת בריאות העם קובעת, את משך הזמן אשר יש לשמור רשומה רפואית על סוגיה השונים וכן מצוין כי ניתן לבער מסמכים רפואיים בתום התקופה הנקובה בתקנות לכל סוג של חומר או עניין. למול תקנות בריאות העם קיימת הוראת חוק ההתיישנות אשר קובעת בין היתר את מועדי התיישנות תביעות, 7 שנים מקרות העילה ובמקרים של קטינים עד גיל 25.

מקרה אשר מתנהל כיום בכותלי בית המשפט ועיקרו תביעה נזיקית של יולדת ובתה, אשר נולדה עם מום נוירולוגי קשה, בתואנה כי הנזק נגרם כתוצאה מרשלנותם של צוות חדר המיון בבית חולים אליו פנתה בעודה הרה בחודש 9 להריונה וכי אין בידיה להוכיח רשלנות זו בשל העדר רשומות רפואיות מפניותיה החוזרות לבית החולים. המוסד הרפואי מצידו טוען כי אין בידו להמציא את הרשומות הרפואיות הנדרשות היות והוא פעל בהתאם לתקנות בריאות העם וביערן ועל כן הנטל להוכחה אינו רובץ על כתפיו ולפיכך לא הוא גרם לנזק הראייתי בהעדר הרשומות.

מכאן עולה השאלה האם אכן יש להעביר את נטל ההוכחה לכתפי נתבעים במקרים בהם ביער את הרשומות הרפואיות כדין, דהיינו פעלו בהתאם לתקנות בריאות העם הקובע את פרק הזמן בו על המוסד הרפואי לשמור על רשומות רפואיות על סוגיהן.

השאלה תידון באמצעות סיקרה של נקודה זו כפי שבאה לידי ביטוי בפסיקה, בחקיקה ובמשפט המשווה.

3.1 המגמה בפסיקה

בפסיקה ענפה של בית המשפט בישראל, נקבעה חובתם של רופאים לדאוג לתיעוד של ממצאים וטיפולים רפואיים מזמן אמת המתייחסים לטיפול בחולים ולשמירתו. חשיבותם של עריכת רישומים ושמירתם אינם רק לצורך קיום מעקב שוטף, ראוי ואחראי אחר התפתחות הדברים לשם קבלת החלטות נאותות, אלא גם על מנת שישמשו כראיה אותנטית ובעלת משקל באשר לאירועים שאירעו ולהתפתחויות שהתרחשו במועד כלשהו בעבר.

תשובה לשאלה מה הדין כאשר המסמכים והרישומים הרפואיים אינם קיימים עוד ללא אשמה מצד המוסד הרפואי או רופאיו, שערכו אותם והחזיקו בהם, כגון: חלוף התקופה בה קיימת חובה לשמור על חומר זה או היעלמות החומר בדרך שאינה נשלטת על-ידי המוסד הרפואי ורופאיו ניתנה על ידי כבוד השופטת ט. שטרסברג-כהן בעניין דרוקמן נ' לניאדו²⁷ :

²⁷ הי"ש 24 לעיל, בעמ' 129.

”נוטה אני לחשוב שראוי לקבוע - כעניין של מדיניות - שבהעדרם של רישומים רפואיים, מכל סיבה, יעבור נטל השכנוע לרופאים. בידם של אלה נתון החולה ובו הם מבצעים את הפעולות הרפואיות. עליהם רובצת חובת הרישום התקין והמסמכים הם במשמורתם. בידם כל המידע הרפואי הרלבנטי, שאיננו מצוי בידי החולה.”

דהיינו, כי בכל מקרה בו חסרה רשומה רפואית, ישמש הדבר נגד הנתבע.

עמדת השופטת שטרסברג – כהן אשר לא דרשה הכרעה בנסיבות עניין דרוקמן, אומצה על ידי בית המשפט המחוזי בבאר שבע בעניין רועי גזית.²⁸

כבוד השופטת רות אבידע, סגנית נשיא בית המשפט המחוזי בבאר שבע, קבעה בעניין זה, כי ככלל, עם חלוף התקופה שבית החולים נדרש לשמור על הרשומות הרפואיות משוחרר הוא משמירתם ואין עליו חובה להוכיח שהרשומות בווערו כדי להצדיק את אי ימצאם. קביעה זו ראויה לסייג בכך שהיא לא תחול מקום שמתעורר חשד שהרשומות קיימות ברשות בית החולים, אך מסיבות השמורות עימו אינו מעוניין בהצגתן.

השופטת אבידע מזכירה כי ההכרעה בשאלה מה הדין כאשר המסמכים והרישומים הרפואיים אינם קיימים עוד ללא אשמה מצד המוסד הרפואי או רופאו, הושארה בעניין דרוקמן בצריך עיון וכי מדובר במדיניות משפטית עם השלכות על מערכת הבריאות במדינה, וחלוקת משאבים.

ובהמשך מתייחסת השופטת אבידע להשלכה של חוסר התייעוד על הנטלים²⁹:

”אכן העדר המסמכים שבהם תועדה לידת התובע מונעת מהנתבעים להרים את נטל השכנוע בדבר אי התרשלותם. לטענתם מצב שכזה מאפשר לתובע לצאת נשכר מכך שהשהה את הגשת תביעתו, ובכך להסב להם נזק ראייתי. תשובה לטענתם זו של הנתבעים הינה כי בבואנו לאזן בין עניינם של הצדדים נראה כי הכף נוטה לטובת התובע – ואסביר דברי: משנקבע שתקופת ההתיישנות היא שבע שנים מיום הגיע התובע לבגרות, אין לפגוע בזכות זו – גם אם פועל יוצא מכך – כפי שנטען שקרה בענייננו, נפגעת זכות ההגנה של הנתבעים. לתובע, מיותר לציין, אין מידע ישיר אודות לידתו. עדות אימו, לא רק שהיא עדות יחידה ושל עדה מעוניינת, אלא שבדרך כלל ספק אם ניתן להסתמך עליה בשים לב למעבר הזמן מאז הלידה. היחידים שיכול להיות בידיהם המידע על מהלך לידתו של התובע הם הנתבעים. כשם שייתכן שלו נמצא התייעוד הרפואי היו הנתבעים באמצעותו מנקים עצמם מכל חשד של רשלנות –

²⁸ ת”א (בי”ש) 3165/98 גזית נגד מרכז רפואי סורוקה (ניתן ביום 24/06/01, פורסם בנבו).
²⁹ שם, סי 36-37 לפסק דינה של כבוד השופט אבידע.

כך גם ייתכן שלו נמצא התיעוד הרפואי הייתה גם נמצאת ההוכחה לרשלנות שבעטיה נגרמו לתובע הנזקים להם הוא טוען. לו נותר נטל השכנוע על כתפי התובע – בשל העדר התיעוד הרפואי – הייתה נשללת ממנו למעשה זכות התביעה.

ובהמשך :

”משניתנה האפשרות להגיש תביעה תוך 25 שנה מיום לידתו של אדם, בגין נזקים שנטען שנגרמו לו בלידה, ראוי לשקול שינוי תקנות בריאות העם (שמירת רשומות), התשל”ז – 1976, באופן שהתיעוד המתייחס ללידה ישמר תקופה ארוכה יותר מעשרים שנה, כך שיהיה זמין למקרה שתוגש תביעה סמוך לתקופת ההתיישנות. הנימוקים שבעטיים הוטל על הצוות הרפואי נטל השכנוע בהעדר רישום מלא בתיעוד הרפואי, יפים גם לענייננו. כמו במקרה של העדר רישום מלא, כך גם במקרה זה, השליטה היא בידי הצוות הרפואי. בשני המקרים – כאשר הרישום בתיעוד הרפואי חסר, וכאשר התיעוד הרפואי אינו בנמצא – אפילו בוער כדין אך במהלך התקופה שלתובע הזכות להגיש תביעה – זכאי הוא לקבל הסבר מהצוות הרפואי לגורמי נזק שנגרם לו.” (הדגשה שלי)

כנגד החלטה זו של כב' השופטת אבידע, הוגש רשות ערעור לבית המשפט העליון.³⁰ השופט ריבלין דחה את הבקשה מהטעם שאין להתיר הגשת ערעור בשאלת האחוריות טרם פסקה הערכאה הראשונה בעניין גובה הפיצוי.

מגמה הפוכה בפסיקה ניתן למצוא בעניין נבון,³¹ בו המערערים טענו לנזק ראייתי והעברת נטל השכנוע בשל חוסר בצילום רנטגן. בעניין זה קבע השופט גיוראן³² כי,

”על כל בית חולים מוטלת החובה לשמור את הרשומות הרפואיות שנעשו במסגרתו (ראה: סעיף 17 לחוק זכויות החולה, תשנ”ו-1996, תקנה 4(א) לתקנות בריאות העם (שמירת רשומות), תשל”ז-1976 (להלן – התקנות)). חשיבות רבה יש בשמירת הרשומות הרפואיות, שכן הללו הן תיעוד של מצבו הרפואי של החולה, הטיפולים שקיבל והמועדים שבהם ניתנו, וניתן ללמוד מהן הן לצורך המשך הטיפול בעתיד בחולה הן כראיה למצבו ולטיפול רפואי שקיבל (ראה עניין בנגר [5], בעמ’ 157). עם זאת אין קיימת חובה על המוסד הרפואי לשמור את הרשומות הרפואיות לעד. בתוספת לתקנות מפורטות רשומות רפואיות שונות, ולצדן מצוין פרק הזמן שבמסגרתו יש לשמור אותה רשומה. כך לדוגמה תיק רפואי של חולה בבית חולים כללי יש לשמור עשרים

³⁰ רע”א 6905/01 בית חולים סורוקה נ’ רועי גזית (ניתן ביום 14/10/01, פורסם בנבו).

³¹ 5373/02 גיא נבון נ’ קופת חולים כללית, פ”ד נו(5) 35, פסק דינו של השופט גיוראן (2003).

³² שם, בע”מ 48.

שנה לאחר האשפוז או הטיפול האחרון. גיליון סיכום מחלה יש לשמור כמאה שנה. זו הסיבה, שאף שהתביעה הוגשה זמן רב לאחר האשפוז, עדיין נשמר התיק הרפואי כמעט במלואו. לעומת זאת צילום רנטגן יש חובה לשמור בתיק הרפואי רק כעשר שנים מתום הטיפול האחרון (ראה פרט 13 לתוספת לתקנות). זו הסיבה כנראה לנפקדותו של הצילום מהתיק הרפואי. משלא הפרה המשיבה את חובותיה על-פי הדין, אין מקום להכיר בקיומו של נזק ראייתי למערער, שכן תנאי הכרחי להכרה בנזק ראייתי כמניב זכויות דינויות ומהותיות הינו יסוד האשם של הצד האחר כאחראי ליצירת הנזק (ראה מאמרם של פורת ושטיין [10], בעמ' 197-203, 246-248). (הדגשה שלי)

בית המשפט העליון חזר על מגמה זו גם בע"א בעניין טווינה³³:

לעניין נטל השכנוע, טוענים המערערים כי שמרו את צילומי הרנטגן משך כל התקופה שהדין חייב אותם לעשות כן. בהתאם לתוספת לתקנות שמירת רשומות, צילומי רנטגן יש לשמור 10 שנים מתום הטיפול האחרון בתיק הצילומים. לטענת המערערים, בין אם מחשבים את מירוץ התקופה מיום הטיפול האחרון בצילום - 1.5.79, או מיום סיום הטיפול בבית החולים ברזילי - 20.9.82, הרי בעת הגשת התביעה כבר הסתיימו עשר שנים ובית החולים היה פטור מלהמשיך ולשמור את הצילום. לפיכך, לא היה מקום להעביר אליהם את נטל השכנוע, כיוון שפעלו כדין.....המערערים מפנים גם להוראת סעיף 17(ב) לחוק זכויות החולה, התשנ"ו-1996, המטילה חובה לשמור על רישומים רפואיים בהתאם לכל דין, ולהוראת תקנה 4 לתקנות שמירת רשומות, המפנה להוראת התוספת הנ"ל. (הדגשה שלי)

מסקירת פסקי הדין עולה, כי הדעות חלוקות בשאלת העברת נטל השכנוע במקרים בהם בוערה הרשומה הרפואית כדין. מחד, מסתמנת בפסיקה הרחבת אחריותם של בעלי מקצועות הרפואה והמוסדות הרפואיים בסוגיות המשפטיות השונות. כמו כן, מסתמנת מגמה להרחיב את היצע הכלים הראייתיים שבאמצעותם מועבר נטל ההוכחה לנתבעים בתביעות אלו. מאידך, ניתן למצוא פסקי דין אשר אינם מעבירים את הנטל לכתפי הנתבעים באופן גורף והתובעים עומדים בפני שוקת שבורה היות ולא יהיו בידיהם הפתרונים לנזק הראייתי הנוצר. לפיכך, אין מנוס מלטפל בלקונה זו במסגרת החקיקתית.

3.2 מגמות בחקיקה

מחיפוש על דפי המרשתת לא נמצאה כל עדות למגמה המנסה למלא את החלל אשר נוצר כתוצאה מאותו פער בין תקופת ההתיישנות הקבועה בחוק לבין המועדים לביעור המסמכים כפי שנמנים

³³ ע"א 1483/66 מדינת ישראל נגד מרים טווינה, פסק דינו של כבוד השופט מ' נאור (ניתן ביום 21/01/04, פורסם בתקדין).

בתקנות בריאות העם. כל שניתן היה למצוא במגמת החקיקה בנושאי ההתיישנות ובנושא הרשומות הרפואיות הינן כדלקמן:

3.2.1. קיצור תקופת חוק ההתיישנות

חוק ההתיישנות הנוכחי נחקק לפני 50 שנים, ב-1958, כאשר תורת המשפט האזרחי הישראלי הייתה בחיתוליה. לאור הסברה כי החוק הקיים "סובל" מלקונות ביחס לנושאים חשובים מסוימים הטעונים הסדר, הוקמה ועדה ציבורית במאמץ לאיגוד כל הכללים בחקיקה ובפסיקה, על ידי עריכת הסדר התיישנות אחיד, קוהרנטי ומלא. המלצותיה של הועדה סוכמו בהצעת החוק הצעת חוק ההתיישנות התשס"ד-2004,³⁴ שעברה בכנסת בקריאה ראשונה.

מטרת הצעת החוק הייתה לקצר את תקופת ההתיישנות. על-פי המוצע, התקופה תהיה ארבע שנים לאחר יום צמיחת העילה, להבדיל משבע שנים כיום.

הסיבות בגינן הועלה הצורך בקיצור תקופת ההתיישנות: ראשית, חלוף הזמן יוצר הנחה בדבר ויתור הזכאי על זכותו, עליה מסתמך הצד שכנגד; שנית, חלוף הזמן מקשה על הגנת הנתבע. כעבור שנים מיום צמיחת העילה, הדעת נותנת כי הנתבע שוב לא ימשיך להחזיק מסמכים רלוונטיים, יטושטש זכרונו לגבי האירוע, ותיפגע יכולתו לגייס עדים. המשמעות היא כי יתכן שתובענה אשר הייתה נכשלת אילו הוגשה בתוך מועד סביר תצליח עתה, וזאת כתוצאה ממחדלו של הזכאי. שלישית, קיים אינטרס ציבורי למניעת הדיון הסבוך ב"תובענות חלודות", אשר בא על חשבון זמן הדיון בתובענות הנשענות על אירועים "טריים" וראיות מהימנות יותר. דיני ההתיישנות מאזנים בין אינטרס התובע לבין האינטרסים האמורים לעיל. תקופת ההתיישנות ארוכה של שבע שנים מאפשרת לתובע "לישון על זכויותיו" באופן בלתי סביר, ואינה מעניקה משקל הולם לנימוקי ההתיישנות ולאיינטרסים הנגדיים, הנזכרים לעיל.

כמו כן, לקיצור תקופת ההתיישנות שיקול כלכלי, ירידה במספר התביעות אשר תוגשנה בטווח זמן זה, תביא לירידה משמעותית בסכומים המשולמים כפיצוי בגין הרשלנות הרפואית ובכך יקטן הנטל על כספי הציבור.

ביום 16/09/08, דחתה ועדת חוקה חוק ומשפט של הכנסת את הצעת החוק הממשלתי לקיצור תקופת ההתיישנות.³⁵ בכך התקבלה עמדת לשכת עו"ד אשר התנגדה להצעה בטענה שההצעה פוגעת בשכבות החלשות ומחזקת את הגופים החזקים, הממשלה ואת חברות הביטוח.

קבלת ההצעה לקיצור תקופת ההתיישנות יכלה מחד, לתת מענה לפער הקיים בין הזמנים המוגדרים בתקנות בריאות העם לשמירת הרשומות הרפואיות. אך מנגד, קיצור התקופה לא

³⁴ הצעת חוק ההתיישנות, התשס"ד-2004.
³⁵ <http://www.knesset.gov.il>

תטפל בבעיות פרוצדוראליות באמצעות פגיעות מהותיות בזכויות יסוד של נגישות למשפט של הציבור בישראל.

3.2.2. רשומה רפואית לאומית

משרד הבריאות בשיתוף משרד האוצר החליטו על הקמת רשומה רפואית לאומית בישראל, בשנת 2004. מטרתה "איגום (הקבצה) של המידע הרפואי שנוצר אודות החולה באתרי הטיפול השונים (מרפאות, בתי"ח, מעבדות ומכונים) והצגתו למטפל בנקודת הטיפול".³⁶ מדובר ברשומת בריאות "וירטואלית", קרי: כלי לייבוא והצגה של מידע, ע"פ דרישה ולצורך מפגש רפואי נתון, ללא יכולת שמירה ואחסון של המידע באופן מקומי או ריכוזי במאגר נתונים מרכזי כלומר- התמונה הרפואית אינטגרטיבית ממקורות שונים, תתפוגג לאחר השימוש שיעשה בה ע"י המטפל ולא תישמר ככזו, בשום מקום.

מטרתה העיקרית של הרשומה הרפואית הלאומית כפי שהיא מוצגת על ידי הסתדרות הרופאים הינה³⁷ הטבת הטיפול במטופל הבודד. לפיכך ניתן לצפות כי אם יתקבל מידע רפואי אמין, מלא ומעודכן בצורה מהירה ומדויקת לנקודת זמן הטיפול, תושג רציפות בטיפול, יתחזק הקשר הטיפולי בין רופא המשפחה לרופאים יועצים ובין בתי החולים למרפאות הקהילה וייתכן שיפור באיכות הטיפול הרפואי.

מטרות אלו תלויות כמעט לחלוטין בפתרונות טכנולוגיים הכוללים חומרה מתקדמת שתאפשר העברת המידע בצורה יעילה. ספק רב אם המערכות המצויות היום בשוק מסוגלות לענות על הדרישות, מה גם שרבים מהמוסדות הרפואיים עדיין אינם מחוברים מבחינה מחשובית למערכות המסוגלות לתת מענה ראוי בזמן אמת. לרשומה יתרונות נוספים כגון: מניעת בדיקות כפולות ומיותרות שמסוגלת להביא לחסכון בזמן, בבירוקרטיה ובמשאבים. יחד עם זאת קיים סיכון להשגת מטרה הפוכה בגלל הגברת "הרפואה המתגוננת".

אל מול היתרונות שנמנו לעיל לשימוש ברשומה סכנות לא פשוטות שיש לתת עליהן את הדעת. הסכנות כוללות בין היתר פגיעה ביחסי רופא ומטופל, העדר המתאם בין המהפך הטכנולוגי לסביבת תנאי העבודה, חשש לשימוש ברשומה למטרות זרות והרחבת האחריות המשפטית על כתפי המטפל.

שאל האחריות המשפטית הינה אחת השאלות המרכזיות שיש לתת עליהן את הדעת, שכן הגדלת כמות הנתונים שהרופא יכול טכנית (גם אם לא מעשית) לראות במסגרת הרשומה הלאומית, תביא להגברת האחריות המשפטית על כתפיו, עד כדי אחריות מוחלטת. ניתן לראות בעייתיות

³⁶ <http://www.health.gov.il/subjects>
³⁷ <http://www.ima.org.il>

רבה הן בהגנה על הרופא מפני הרחבת התביעות בגין רשלנות רפואית, מה שסביר כי יעלה את עלות הפרמיות וידרוש השקעה מרובה בתחום ניהול הסיכונים, והן בהגנה על הרופא מאחריות הנובעת מעצם קיום הרפורמה, כגון האשמתו בחשיפת הסוד הרפואי לצד ג', באי-הקלדת נתונים וכיו"ב.

לאור האמור לעיל קיים החשש כי יגבר השימוש ברפואה מתגוננת. רופא שיקבל נתונים רפואיים רבים ומגוונים אודות המטופל ושידע כי מצופה ממנו לפעול על-פי כלל הנתונים וכי יש לו אחריות מוחלטת בנוגע למה שהוא מסוגל לראות, סביר כי יקפיד שלא להשאיר אבן בלתי הפוכה וישלח את המטופל לבדיקות מרובות ולאזן דווקא מחויבות המציאות על-מנת להגן על עצמו. מגמה דומה של המעבר לרשומה רפואת לאומית מתקיימת גם במדינות ארה"ב, אנגליה, קנדה ואוסטרליה.

3.3 משפט משווה

3.3.1 תקופת ההתיישנות³⁸

בארה"ב: תקופת ההתיישנות שונות ממדינה למדינה ונקבעות בכל מדינה לפי נושאי התביעה. בתביעות נזיקין רוב תקופות ההתיישנות הן בין שנה לשלוש שנים. במדינות אריזונה וניו-ג'רסי נתונה לבתי-המשפט הסמכות להאריך תקופת התיישנות לפי שיקול דעתם. במדינת קליפורניה, תביעות שעניינן רשלנות מקצועית מוגבלות אף הן בתקופת התיישנות שונות. רשלנות מקצועית משפטית מוגבלת בתקופת התיישנות של שנה מיום גילוי הרשלנות עד ארבע שנים מיום ביצוע הפעולה הרשלנית; רשלנות רפואית מוגבלת בתקופת התיישנות של שלוש שנים – אם הנזק ידוע. אם אין הנזק ידוע, תקופת ההתיישנות תהא שנה מיום שהתובע גילה או היה צריך לגלות את הנזק. תקופת ההתיישנות בתביעות של קטינים בשל רשלנות רפואית מתחילות ביום שמלאו לקטין שש שנים.

בבריטניה: רוב נושאי ההתיישנות מצויים ב Limitation Act 1980. תקופת ההתיישנות בבריטניה נקבעות לפי נושאי התביעה. תביעות בנושאי נזקי גוף, נזקי רכוש והפסד ממון שנגרמו ברשלנות מוגבלות בתקופת התיישנות של שלוש שנים, אך, בית-המשפט מוסמך להאריך את תקופת ההתיישנות של תביעות בנושא נזקי גוף שנגרמו ברשלנות.

תקופת ההתיישנות בתביעות שעניינן נזקי גוף שנגרמו ברשלנות מתחילה ביום שהניזוק גילה או היה צריך לגלות את הנזק. במקרים שבהם הנזק גרם למוות, תקופת ההתיישנות מתחילה ביום המוות או ביום היוודע הנזק לבא-כוחו של הניזוק, לפי המאוחר. תקופת ההתיישנות של תביעות קטינים מתחילות רק עם הגיעם לבגרות (גיל 18).

השוואה בין מדינות נוספות עלולות המסקנות הבאות:

- תקופת ההתיישנות שונות ממדינה למדינה ומנושא תביעה אחד למשנהו.

³⁸ פישמן אורלי (2005) התיישנות תביעות אזרחיות- השוואה למדינות אחרות.

- ברוב המדינות שנבחנו תביעות בנושא חוזים ונזיקין מוגבלות בתקופת ההתיישנות שבין שנתיים לשש שנים.
- ברוב המדינות שנבחנו תקופת ההתיישנות בתביעות בנושא שטרות ומקרקעין היא ארוכה יותר מתקופות ההתיישנות בנושאים אחרים.
- ברוב המדינות תקופת ההתיישנות מתחילות ביום קרות הנזק או בעת התגבשות עילת התביעה, ובחלק מהמדינות בתביעות המבוססות על תרמית והונאה תקופת ההתיישנות מתחילות רק בעת שהתובע גילה או שהיה עליו לגלות את המרמה.
- ברוב המדינות שנבחנו, תקופת ההתיישנות בתביעות של קטינים מתחילות ביום שבגרו.
- בחלק מן המדינות שנבחנו ניתן לבית-המשפט שיקול דעת להאריך את תקופת ההתיישנות שנקבעו בחוק.

3.3.2. שמירת רשומות רפואיות

בריטניה³⁹: הנחיות משרד הבריאות הבריטי מציגות את הזמן המינימלי שבו קיימת חובה לשמירת רשומה רפואית הן לשם הפן המשפטי והן לשם העניין הטיפולי. במסמכי משרד הבריאות הבריטי מונים את תקופת המינימום שלאחריהן מושמדות הרשומות הרפואיות. קיים סייג בו ניתן לשמור רשומות לפרק זמן ארוך יותר אם המוסד הרפואי, אשר יצר את אותן הרשומות, רואה בשמירת הרשומות ערך היסטורי או מחקרי ובתנאי כי עומד הוא ב – Data Protection Act (1998).

- פרק הזמן המינימאלי שלאחריו לא ישמור הרשומות הרפואיות הינו כדלקמן (רשימה חלקית):
- מסמכים כלליים – 10 שנים לאחר מות המטופל או לאחר שהמטופל עזב לצמיתות את המידנה (אלא אם המטופל שוהה באחת ממדינות האיחוד האירופי).
 - מסמכים כלליים של ילדים וצעירים (לרבות תינוקות וולדים) – עד הגעתם לגיל 25 או 26 אם עילת התביעה התגבשה כשהתובע היה בן 17 או 10 שנים לאחר מות התובע.
 - מסמכים מטיפולי שיניים – 11 שנים למבוגר, לילדים 11 שנים או עד הגעתו לגיל 25 (המאוחר מביניהם).
 - כל סוגי המסמכים של ילדים וצעירים ישמרו עד הגעתם לגיל 25 או 26 אם עילת התביעה התגבשה כשהתובע היה בן 17 או 10 שנים לאחר מות התובע.
 - מסמכי מעקב הריון – 25 שנה מיום הלידה האחרון.
 - מסמכי טיפול בבעיות נפשיות – 20 שנה מיום המפגש האחרון בין המטופל לבין המטפל, או 8 שנים לאחר מותו של המטופל הקרוב מביניהם.

לאור האמור לעיל ומהשוואת הנתונים בבריטניה למול הנתונים בישראל עולה כי תקופת ההתיישנות קצרה באופן משמעותי מהתקופה שבה נדרש לשמור רשומה רפואית על סוגיה השונים, לפיכך הסיכוי כי תעלה הטענה כי נטל ההוכחה יועבר לכתפי הנתבעים עקב "נזק

³⁹ <http://www.nhs.uk>

ראייתי" אשר נגרם כתוצאה מחסר ברשומה רפואית הינו נמוך ביותר אם בכלל. נקודה נוספת, שלא ניתן להתעלם ממנה היא שמצויין באופן מפורש כי אחת הסיבות לשמירת המידע הרפואי הינו כראיה משפטית.

בשל גיבוש הפרויקט לשמירת רשומה רפואית לאומית אלקטרונית בארצות הברית היה קושי של ממש לאתר מידע אודות שמירת רשומות רפואיות שאינן באופן אלקטרוני.

4. סיכום

נושא הרשומה הרפואית, ליקוי בה או היעדרה, הוא בעל השלכות מרכזיות בתחום תביעות הרשלנות הרפואית, היכול לעיתים להשפיע באופן מהותי על תוצאת הדיון בתביעה. בדיקת הנושא העלה כי ההוראות בדבר הרשומה הרפואית ביחס להגדרתה, לניהולה ולשמירתה, אינן שיטתיות, לעיתים אינן מעודכנות ולעיתים אינן עולות בקנה אחד עם תקופות ההתיישנות. הפער הקיים בין תקנות בריאות העם (שמירת רשומות) לבין חוק ההתיישנות יוצר לכאורה נזק ראייתי בגינו מועבר נטל ההוכחה לכתפי הנתבעים, בעל כורחם. להעברת הנטל לנתבעים השלכות על מערכת הבריאות במדינה וחלוקת המשאבים. לתובעים מנגד, קיים הקושי הממשי להוכיח את תביעתם במידה ולא יעשה כן, דהיינו, בהנחה כי הנטל לא יועבר לכתפי הנתבעים בהעדרה של רשומה רפואית.

לאור הלקונה בחקיקה בפער שבין חוק ההתיישנות לבין תקנת בריאות העם (שמירת רשומות) ובשל חוסר גיבוש העמדה בפסיקה של בית המשפט במדינת ישראל בעניין זה, ניתן לסמן כיום שני כיווני פתרון אפשריים.

האחד, טיפול מבחינה חוקתית באמצעות יצירת מסגרת הקושרת את חוק ההתיישנות, לרבות קיצורו, עם פרקי הזמן לשמירת המסמכים או ביעורם, זאת בהסתמך על הניסיון המצטבר ועל מקרים פרטניים ומיוחדים כגון: פירוט דקדקני של נושא משך שמירת מסמכי מעקב הריון לרבות תיעוד ביקורים בחדר מיון, הדמיות על סוגיהן וכיו"ב. תוך ההבנה כי רשומה רפואית מעבר להיותה אמצעי לתיעוד הטיפול, שיפורו והמעקב אחריו, משמשת גם כראיה לצורכי הכרעה משפטית כפי שמוצג בחוק בבריטניה.

השני, מימוש צעדים ליישום החלטת הממשלה ליצירת רשומה רפואית לאומית. מעבר לעובדה כי רשומה רפואית לאומית תשפר ותייעל את הטיפול הניתן לאזרח (שזאת המטרה המרכזית ליצירתה) הרשומה תאפשר התמודדות עם הפער הקיים בעניין שמירת הרשומות הרפואיות כפי שהועלתה בעבודה זו, ובעצם תייתר את הצורך בשאלת העברת נטל ההוכחה בגין העדרה. הימצאותה של הרשומה, באופן אוטומטי, מטילה את נטל ההוכחה על המטפלים (מוסדות רפואיים, צוותים רפואיים וכיו"ב).

עליה וקוץ בה, קיימים לא מעט סיכונים במימוש פרויקט הרשומה הלאומית, שכן לא ניתן להתעלם מהשאלות האתיות, המשפטיות והטכנולוגיות לצידו וככל הנראה הם אלה אשר מעכבים את ביצועו בארץ ובעולם. **אין ספק כי גם פתרון זה מצריך חקיקה ראשית ספציפית** שתחייב את כלל המוסדות ותתמודד עם שלל הסוגיות וסימני השאלה לרבות נושאים של זליגת מידע וניצולו למטרות זרות, אחריות מוגברת של המטפלים, הגבלות על סוגי מידע שונים והסכמה מדעת.