



בבית המשפט העליון

רע"א 7828/17

לפני : כבוד השופטת י' וילנר

המבקשות : 1. הסתדרות מדיצינית הדסה
2. פלונית

נ ג ד

המשיבים : 1. פלוני
2. פלונית
3. פלוני
4. שירותי בריאות כללית
5. ההסתדרות הרפואית בישראל

בקשת רשות ערעור על החלטת בית המשפט המחוזי מרכז-
לוד בת"א 22232-07-16 מיום 5.9.2017 שניתנה על-ידי
השופטת ב' טולקובסקי

בשם המבקשות : עו"ד יעקב עוזיאל

בשם המשיבים 1-3 : עו"ד אסף פוזנר ; עו"ד אריה גרוסמן

בשם המשיבה 4 : עו"ד איתן האזרחי ; עו"ד שון הלין גרינבום

בשם המשיבה 5 : עו"ד אבשלום אלרום

החלטה

1. בקשת רשות ערעור על החלטתו של בית המשפט המחוזי מרכז-לוד (כב' השופטת ב' טולקובסקי) בת"א 22232-07-16 שניתנה ביום 5.9.2017, בגדרה הורה בית המשפט המחוזי על הוצאת נספח שצורף לחוות דעת המומחה מטעם המבקשת 1 מתיק בית המשפט.

רקע

2. המשיבים 1-2 הם הוריו של המשיב 3 (להלן ביחד : התובעים), אשר נולד ביום 21.7.2009 כשהוא חולה במחלת סיסטיק פיברוזיס (להלן : CF). ביום 11.7.2016

הגישו התובעים תביעה בעילת "הולדה בעוולה" לבית המשפט המחוזי נגד המבקשות, הסתדרות מדיצינית הדסה (להלן: הדסה) והיועצת הגנטית אשר טיפלה במשיבים, ונגד המשיבים 4-5, שירותי בריאות כללית וההסתדרות הרפואית בישראל, בהתאמה.

3. בהמשך לכך, הגישו הצדדים חוות דעת של מומחים מטעמם בתחום הגנטיקה. התובעים הגישו את חוות דעתה של ד"ר סלביה נוימן (להלן: ד"ר נוימן), והדסה הגישה את חוות דעתו של פרופ' משה פרידמן (להלן: פרופ' פרידמן). בחוות דעתה טענה ד"ר נוימן, בין היתר, כי במסגרת הייעוץ הגנטי שניתן למשיבה 2 היה צריך ליידע אותה על האפשרות לבצע בדיקות משניות לבדיקות הסקר הראשוניות, על-מנת למצוא מוטציות או וריאציות העלולות לגרום למחלת ה-CF בעובר, וכן להפנותה לביצוע בדיקת נשאות לוריאנט 5T.

פרופ' פרידמן, לעומת זאת, טען בחוות דעתו כי הייעוץ הגנטי שניתן על-ידי המבקשות שיקף את הידע שהיה קיים באותה עת וכי סטנדרט הבדיקה עליה הצביעה ד"ר נוימן בחוות דעתה, לא משקף פרקטיקה נהוגת במועד הרלוונטי לתביעה. כתמיכה בטענה זו, צירף פרופ' פרידמן לחוות דעתו מסמך רפואי של מטופל שפרטיו המזהים הושחרו (להלן: המטופל האלמוני), בו הוצגו תוצאות בדיקה למוטציות בגן למחלת ה-CF מאותה תקופה, ושעליו חתומה ד"ר נוימן, המומחית מטעם התובעים (נספח ג' לחוות הדעת של פרופ' פרידמן (להלן: נספח ג')). לטענת פרופ' פרידמן כפי שבאה לידי ביטוי בחוות דעתו, מנספח ג' עולה כי אף ד"ר נוימן עצמה לא נהגה במועד האמור בפרקטיקה הנטענת על ידה ולא עמדה בסטנדרט המקצועי הנדרש לטענתה, כפי שהוצג בחוות הדעת מטעמה.

ביום 4.6.2014 הגישו התובעים בקשה לבית המשפט המחוזי בה טענו כי יש לחייב את הדסה לגלות בתצהיר אם מצוי בידה כתב ויתור סודיות רפואית מטעם המטופל האלמוני.

החלטת בית המשפט המחוזי

4. בית המשפט המחוזי קבע כי אין לקבל את נספח ג' כראיה, והורה על הגשת חוות דעת מתוקנת מטעמו של פרופ' פרידמן, ממנה יושמטו נספח ג' וההתייחסות לתוכנו. בית המשפט המחוזי ציין כי תוצאות בדיקה גנטית שבוצעה במוסד רפואי שונה מהמוסד הנתבע ובעניינו של מטופל אחר, אינה בגדר "אסמכתאות רפואיות" אותן יש לצרף לחוות הדעת של מומחה בהתאם לתקנה 134א לתקנות סדר הדין

האזרחי, התשמ"ד-1984 (להלן: תקנות טדר הדין האזרחי). בנוסף לכך, הודגש כי מסמכים רפואיים נהנים מחיסיון הנובע מיחסי רופא-חולה, ואין די בכך שפרטי המטופל הושחרו כדי להתיר את הגשת המסמך כראיה במקום בו לא הובהר כי המטופל אליו מתייחס המסמך ויתר על החיסיון הרפואי. בית המשפט המחוזי הוסיף כי מסמך רפואי שנערך בעניינו של מטופל אחר אף אינו יכול לשמש אסמכתא לטיפול רפואי נאות, לסטנדרט הטיפול הנדרש או לפרקטיקה נוהגת. בהקשר זה צוין כי ככל שתותר הגשת מסמכים רפואיים מתיק של מטופל אחר כראיה בתביעת רשלנות רפואית, יהיה זכאי הצד שכנגד לבחון את המסמכים לגופם ואת מכלול נסיבות עריכתם, עניין שיחייב קבלת ויתור על סודיות רפואית מצד המטופל אליו מתייחס המסמך. בית המשפט המחוזי קבע כי לא ניתן להעלות על הדעת שלצורך ניהול תביעה כאמור יתבקשו מטופלים שונים שטופלו במוסד רפואי אחר ושאלו להם כל קשר לתביעה הנדונה לוותר על חיסיון רפואי ולהתיר עיון בתיקיהם הרפואיים.

המבקשות הגישו בקשת רשות ערעור על החלטה זו, היא הבקשה שלפניי.

טענות הצדדים

5. המבקשות טוענות כי בית המשפט המחוזי לא היה רשאי לפסול את הגשת נספח ג' כראיה מבלי שמי מהצדדים ביקש כי יעשה כן. לגופו של עניין נטען, כי משעה שהושחרו פרטיו המזהים של המטופל האלמוני, לא היה מקום לאסור הגשתו בתמיכה לאמור בחוות הדעת הרפואית מטעמן. לטענת המבקשות, בעל דין בתביעה נזיקית רשאי להגיש מסמך הבא לקעקע את חוות דעתו של מומחה הצד השני, כפי שעולה בענייננו מנספח ג' המלמד כי ד"ר נוימן פעלה בסוגיה שעומדת במחלוקת בניגוד לעמדתה היא כפי שבאה לידי ביטוי בחוות דעתה. המבקשות מציינות כי מסמכים כאלה מוגשים כדבר שבשגרה בחקירה נגדית של מומחים, ואין כל מקום לאבחנה בין הגשת המסמך כנספח לחוות-דעת לבין הגשתו במהלך חקירה נגדית. עוד נטען, כי במקרה הנדון אין חשש להיעדר מידע מספק על נסיבות המקרה בהן ניתן נספח ג', שכן החתומה על המסמך היא המומחית מטעם התובעים, שיכולה לבוא ולהסביר, ככל שתהיה חפצה בכך, את השוני או הדמיון שבין שני המקרים. מכל מקום, כך נטען, טענות באשר לרלוונטיות המסמך ולמשקלו יובאו בחשבון על-ידי הערכאה הדיונית, אך אין בהן כדי להביא לפסילתו כראיה מטעמי חיסיון.

המבקשות מוסיפות כי שימוש במידע על מטופלים בלתי מזהים אינו מפר את חובת הסודיות ואינו פוגע בפרטיותם, וטוענות כי הותרת החלטתו של בית המשפט המחוזי על כנה תוביל לפגיעה משמעותית במחקר המבוסס על מידע כאמור ואף לפגיעה בחקר האמת בתיק הנדון. לטענת המבקשות, הסוגיה שלפנינו טרם נדונה והוכרעה במשפט הישראלי באופן ישיר, אך בשיטות המשפט האנגלוסקסיות נקבע כי מקום בו הפרטים המזהים אינם חשופים ניתן לעשות שימוש במידע רפואי הנוגע לצד שלישי.

6. המשיבים הגישו תשובותיהם לבקשה בהתאם להחלטתי מיום 9.11.2017.

בתשובת התובעים נטען כי יש לדחות את הבקשה הן מטעמים פרוצדורליים והן מטעמים מהותיים. לטענתם, המבקשות השתהו בהגשת הבקשה, ומכל מקום, משהוגשה חוות הדעת המתוקנת של פרופ' פרידמן על-פי החלטת בית המשפט המחוזי נוצר מעשה עשוי. התובעים מוסיפים כי החלטת בית המשפט המחוזי היא החלטה העוסקת בניהול ההליך, וכי ערכאת הערעור אינה נוטה להתערב בהחלטות מסוג זה הנתונות לשיקול דעתה של הערכאה הדיונית. עוד נטען כי הגשת הבקשה נגועה בחוסר תום-לב ונועדה להכשיר בדיעבד את הפגיעה בפרטיותו של המטופל האלמוני.

7. לגופו של עניין, התובעים טוענים כי קבלת עמדת המבקשות תוביל להרחבת הגדרת הרלוונטיות של מסמכים, וכי הדבר יוביל להצפת בתי המשפט בבקשות לגילוי מסמכים בהיקפים גדולים מאוד. התובעים מוסיפים כי אין לתת "הכשר" לפגיעה בפרטיות מטופלים אשר נובעת, בין היתר, מהליכי איתור המסמכים ולא רק מהצגתם בהליך השיפוטי תוך השחרת הפרטים המזהים. בהקשר זה נטען כי אין לאפשר לגופים המחזיקים במאגרי רשומות רפואיות לנהוג במאגרים אלה מנהג בעלים, שעה שהמסמכים הרפואיים שייכים למטופלים עצמם.

עוד נטען כי רשימת המקרים בהם ניתן להעביר מידע רפואי הנזכרת בסעיף 20 לחוק זכויות החולה, התשנ"ו-1996 (להלן: חוק זכויות החולה) היא רשימה סגורה, וכי העברת המידע הרפואי של המטופל האלמוני והצגתו על-ידי המבקשות נעשו בניגוד לחוק.

8. אשר לאסמכתאות משיטות משפט זרות שהציגו המבקשות, התובעים טוענים כי לא ניתן ללמוד מהן לענייננו. נטען כי במקרים שהוצגו לא נפגעה פרטיות

המטופלים בהליך איתור והעברת המסמכים המתייחסים אליהם, שכן הליך זה בוצע באמצעות מערך סדור ושיטתי להעברת הנתונים הגולמיים תוך הסתרת פרטי המטופלים. זאת, בשונה מענייננו בו המסמך הנדון אותר תוך פגיעה בפרטיות המטופל. התובעים אבחנו גם בין האסמכתאות הישראליות שהוצגו בטיעוני המבקשות לבין ענייננו וטענו כי חלק מהן עוסקות במקרים בהם ניתנה מראש הסכמת המטופל להצגת המסמך, ובחלק אחר הוכח כי קיים קשר בין המטופל שענייננו הוצג לבין המקרה הנדון לפני בית המשפט, בשונה מענייננו.

9. בתשובת המשיבה 4, שירותי בריאות כללית, נטען כי יש לקבל את הבקשה ולאפשר את הגשת המסמך. נטען כי המבקשות נהגו בהגינות יתרה שעה שצרפו את נספח ג' לחוות דעתו של פרופ' פרידמן, ולא חיכו להציג מסמך זה "בהפתעה" במהלך חקירתה הנגדית של ד"ר נוימן. עוד נטען כי השחרת פרטי מטופל שאינו צד לתביעה המתנהלת אינה פוגעת בפרטיותו מחד, ומאפשרת לנתבעים להתגונן כראוי מאידך.

10. המשיבה 5, ההסתדרות הרפואית בישראל, סבורה אף היא כי לא היה מקום להורות על הוצאת נספח ג' מחוות דעתו של פרופ' פרידמן, ואף לשיטתה אין בהגשת מסמך בו הפרטים המזוהים הושחרו כדי לפגוע בפרטיות המטופל או בחיסיון הרפואי.

דיון והכרעה

11. לאחר שעיינתי בבקשת רשות הערעור ובתשובות לה, ולאחר שנתתי לצדדים הזדמנות לטעון בעניין החלת תקנת 410 לתקנות סדר הדין האזרחי ושוכנעתי שלא ייפגעו זכויותיהם כבעלי דין אם אנהג בהתאם לתקנה זו, וזאת חרף התנגדותם של התובעים, החלטתי לדון בבקשה כאילו ניתנה רשות לערער והוגש הערעור על פיה. אקדים את המאוחר ואציין כבר עתה כי דין הערעור להתקבל, בכפוף לאמור בפסקה 28.

12. ביסוד החלטת בית המשפט המחוזי להורות על הוצאת נספח ג' מתיק בית המשפט עומדת קביעתו לפיה אין די בכך שפרטי המטופל האלמוני הושחרו כדי להתיר את הגשת המסמך כראיה, כל עוד לא הובהר כי הוא ויתר על החיסיון הרפואי. במילים אחרות, בית המשפט המחוזי קבע כי המסמך אינו קביל כראיה משום שהצגתו פוגעת בחיסיון הרפואי של המטופל האלמוני ובפרטיותו. כפי שיובהר להלן, דעתי בעניין זה שונה. אני סבורה כי מבחינה עקרונית, הצגת מסמך רפואי של מטופל שפרטיו המזוהים מושחרים אינה פוגעת בפרטיותו ואינה מפירה את החיסיון הרפואי ממנו הוא נהנה.

הזכות לפרטיות וחיסיון רפואי

13. נקודת המוצא לדיוננו היא בחינת התכליות העומדות בבסיס האיסור לפגיעה בפרטיות והחיסיון הרפואי. כפי שנקבע בעבר, הזכות לפרטיות המעוגנת בסעיף 7(א) לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ובחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981 (להלן: חוק הגנת הפרטיות) "משרטטת מתחם אשר בו מניחים את הפרט לנפשו, לפיתוח ה'אני' שלו, בלא מעורבות הזולת וככזו ראויה היא להגנה חוקתית" (ראו: בג"ץ 2481/93 דיין נ' מפקד מחוז ירושלים, פ"ד מח(2) 456, 471 וההפניות שם (1994)). מובן מאליו כי מצבו הרפואי של אדם ועובדות הקשורות לגופו, לתחלואיו או למכאוביו, מצויים בליבת אותו מתחם בו ראוי להניח לו לנהל את חייו ללא מעורבות הזולת. משכך ולנוכח החשיבות הרבה של שמירה על פרטיותו של אדם בהקשר הרפואי, נוסף על הזכות הכללית לפרטיות המעוגנת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, הוטל בסעיף 49 לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"ה-1971 חיסיון על מידע רפואי שקיבל רופא במסגרת הטיפול במטופליו. בדומה לכך, סעיף 20 לחוק זכויות החולה מעגן אף הוא את הזכות לפרטיות ולחיסיון מידע רפואי, ובמסגרתו נקבעה רשימת המקרים בהם יהיה רשאי מטפל או מוסד רפואי למסור מידע רפואי לאחר. הוראות מיוחדות אלה נועדו להגן על פרטיותם של מטופלים ולנסוך בהם ביטחון שפנייתם לקבלת עזרה רפואית לא תוביל לחשיפת מצבם ברבים (ראו: בג"ץ 447/72 ישמחוביץ נ' ברוך, פ"ד כז(2) 253, 264 (1973)).

14. ההסדרים החוקתיים והחוקיים שנקבעו כדי להגן על פרטיותו של מטופל מעידים כי המדובר באינטרס ציבורי ראשון במעלה ויש להעניק לו מעמד מיוחד ככל שמתנגש הוא עם אינטרסים לגיטימיים אחרים. בתוך כך, כשתכליות הזכות לפרטיות והחיסיון הרפואי ומעמדם עומדים לנגד עינינו, נפנה אפוא לבחון את השאלה שלפנינו – האם חשיפת מסמך או מידע רפואי של מטופל כשפרטיו המזהים הושחרו עלולה לפגוע בזכותו לפרטיות ובחיסיון הרפואי בעניינו?

אני סבורה כי יש להשיב על שאלה זו בשלילה. במקרה כזה, בו הציבור שנחשף למידע הרפואי אינו יכול לקשור בין המידע המוצג לבין אדם ספציפי, פרטיותו של אותו אדם אינה נפגעת, שכן ללא האפשרות להצביע על זהות המטופל, איש לא חודר למרחב האישי שלו. המידע הרפואי נותר תלוש מהקשר ובלתי-קונקרטי, ומשכך הצגתו אינה מפירה את החיסיון הרפואי או את זכותו של המטופל לפרטיות.

15. בהקשר זה יודגש כי כל מסקנה אחרת תוביל לתוצאות מרחיקות לכת. כך לדוגמא, לא ניתן יהיה להסתפק בהוראה לפיה פסקי-דין והחלטות בהם מופיעים פרטיו הרפואיים של אחד מהמעורבים בתיק יפורסמו ללא פרטיו המזהים (ראו למשל: סעיף 70(ג1) לחוק בתי המשפט, התשמ"ד-1984) (להלן: חוק בתי המשפט), אלא יהיה צורך למנוע את פרסומם של פסקי-דין והחלטות אלה באופן מוחלט. הוראת סעיף 70(ג1) לחוק בתי המשפט, הדנה בפומביות הדיון המשפטי, היא ראייה לכך שהמחוקק מתיר לפרסם מידע רפואי של הניזוק ובלבד שפרטיו נשמרים חסויים, זאת מתוך הנחה ברורה כי נוכח הסתרת זהותו אין כל חשש לפגיעה בפרטיותו או בזכות החיסיון העומדת לו. ואכן, כדבר שבשגרה מפורסמים פסקי דין והחלטות בתיקי נזיקין בלא פרטים מזהים של הניזוק, אף שענייניו הרפואיים נסקרים בהרחבה במסגרת פסקי הדין, ולרבות תוכן חוות דעת רפואיות שניתנו בעניינו ותוצאות בדיקות רפואיות. יתר על כן, פסקי דין רבים מגוללים סקירה נרחבת של פרטים רפואיים המתייחסים גם למי שלא בחר לפתוח בהליך המשפטי, כמו לדוגמא מצבו הרפואי של קורבן עבירה בתיקי עבירת מין, תיקי אימוץ הכוללים מידע רפואי על מי מהמעורבים, וכן הלאה. כמו כן, פרסום מידע רפואי אנונימי נעשה כדבר שבשגרה באמצעי התקשורת ובתחקירים עיתונאיים.

איסור גורף על פרסומים אלו גם באופן אנונימי ומבלי שניתן לקשור את המידע המפורסם למושאו יוביל להשלכות חמורות ולנזק ציבורי רחב היקף. מובן כי לו מן העבר השני היה מונח על הכף אינטרס בעל משקל, היה מקום לאזן בין השניים, אך כאמור, איני סבורה שחשיפת מסמך רפואי בפני ציבור שאינו יכול ליחסו למטופל ספציפי פוגעת במטופל עצמו, בפרטיותו או בחיסיון הרפואי.

16. מהאמור לעיל עולה כי הצגת מסמך רפואי של מטופל שפרטיו המזהים מושחרים אינה עולה כדי פגיעה בזכותו לפרטיות, שהיא כאמור זכות יסודית ורמת מעלה בשיטתנו המשפטית.

התובעים העלו בתשובותיהם טענות נוספות ביחס לשאלה זו, ולהלן אדון בעיקרן.

חוק זכויות החולה

17. התובעים טענו כי הגשת מסמך רפואי שפרטיו מושחרים בהליך משפטי אינה אפשרית נוכח לשונו הברורה של סעיף 20 לחוק זכויות החולה הקובע לשם אילו תכליות ובאילו דרכים רשאים מוסד רפואי או מטפל למסור מידע רפואי לאחר. לטענת

התובעים, רשימת המקרים המופיעה בסעיף 20 היא רשימה סגורה, והעברת מידע רפואי למטרה שאינה נזכרת בסעיף או באופן שאינו נזכר בו אינה חוקית. משכך, נטען כי המוסד הרפואי בו טופל המטופל האלמוני לא היה רשאי למסור את המידע הרפואי שלו למבקשות, וממילא אין להגישו כראיה בהליך הנדון.

אין בידי לקבל טענה זו. נראה כי סעיף 20(א) עוסק במקרים בהם המידע הרפואי המועבר עלול לכלול פרטים מזהים מסוימים, ומשכך אף מופיעה ההוראה בסעיף 20(ב) לפיה "מסירת מידע כאמור בסעיף קטן (א) לא תיעשה אלא במידה הנדרשת לצורך הענין, ותוך הימנעות מרבית מחשיפת זהותו של המטופל". בענייננו, המסמך הנדון הוגש לבית המשפט כשהפרטים המזהים בו מושחרים, ומשכך הוא אינו נכלל בגדרי המקרים שסעיף 20 לחוק זכויות החולה עוסק בהם.

18. בהקשר זה יוער כי לא נעלמה מעיני הוראת סעיף 20(א)(7) הקובעת כי העברת מידע רפואי לצורך פרסום בבטאון מדעי היא אפשרית ובלבד שלא נחשפו פרטים מזהים של המטופל. ואולם איני סבורה כי המחוקק התכוון ליצור בכך הסדר שלילי לפיו העברת מסמכים בהם לא נחשפים פרטים המזהים של המטופל לצרכים אחרים היא אסורה. כאמור, הסעיף כולו עוסק בהעברת מידע רפואי בגדרה עלולים להיחשף פרטיו המזהים של המטופל, ולפיכך המחוקק מצא להדגיש כי לצורך פרסום בבטאון מדעי יש להימנע מחשיפת הפרטים המזהים. איני סבורה כי בכך הוציא המחוקק מכלל אפשרות העברת מסמכים לצרכים אחרים כשפרטיו המזהים של המטופל מושחרים, באופן שאינו פוגע בפרטיותו בשום היבט, כבענייננו.

בעלות במסמך רפואי

19. התובעים טענו בשולי טענותיהם כי מסמך רפואי שנערך בעניינו של מטופל הוא רכושו הפרטי ולא ניתן לסחור בו ללא הסכמתו. לפיכך, אין לטענתם להתיר הצגתו כראיה בהליך משפטי ללא הסכמתו. נראה כי שאלת הבעלות במסמכים רפואיים לא הוכרעה בשיטתנו המשפטית. ראשית, חוק זכויות החולה לא קובע כל הסדר בעניין הבעלות במסמכים רפואיים. בהקשר זה יוער כי בהצעת החוק הופיע סעיף 19(ג) בגדרו נקבע כי "הבעלות על הרשומות הרפואיות היא של המוסד הרפואי או של המטפל, לפי העניין" (ראו: הצעת חוק זכויות החולה, התשנ"ב-1992, ה"ח 2132, 359, 363 (16.3.1992)), אך בסופו של דבר סעיף זה לא נכלל בחוק זכויות החולה, ולמעשה החוק שותק ביחס לסוגיה זו. גם הפסיקה לא הציגה עמדה חד משמעית ביחס לסוגיה זו. כך למשל בעניין זכותו של חולה נפש לקבל מידע הנוגע למצבו הרפואי, נקבע כי

"המידע על-אודות מצבו הרפואי של מטופל אין הוא רכוש הפרטי, של הרופא או של המוסד (בית חולים וכיו"ב) בו עובד הרופא. הרופא מחזיק במידע בנאמנות ובעל הזכות העיקרי הוא החולה. אלא שזכותו זו של החולה אין היא זכות מוחלטת. ככל זכות אחרת במשפט, מסויגת זכותו של החולה בסייגים הנדרשים מן הנושא, ומישקלם של אותם סייגים ישתנה ממקרה למקרה ובנסיבותיו של כל עניין ועניין" ע"ם 6219/03 פלונית נ' משרד הבריאות, פסקה 16 (16.6.2004). בהקשר זה יוער כי האסמכתאות שהציגו התובעים אינן רלוונטיות לענייננו שכן הן עוסקות במסמכים משפטיים או מסחריים ולא במסמכים רפואיים.

בספרות הוצעה האבחנה בין בעלות בידע רפואי שניתן להפיק ממסמכים רפואיים בהם פרטי המטופל מושחרים השייכת לציבור כולו, לבין בעלותו של המטופל במידע רפואי הנוגע אליו באופן קונקרטי:

"נקודת המוצא היא, שיש להבחין בין המידע הרפואי ובין הידע הרפואי שאפשר להפיק מהמידע. ידע זה כולל בין השאר גם מידע הנוגע למצבו הבריאותי של אדם שאי-אפשר לזהותו. המידע עצמו, לרבות זהותו של המטופל, אינם חשובים לצרכי המחקר, אלא רק הידע שאפשר להפיק ממנו. מכאן, שיש להפריד בין שאלת הבעלות במידע הרפואי ובין שאלת הבעלות בידע המופק ממנו. ככל שמדובר במקרה האחרון, יש לראות בידע זה כרכוש משותף לאנושות כולה (common property), ובמקרים מסוימים – אף קניינו של החוקר שהפיק ידע זה. במובן זה יש לגרוע מהבעלות על המידע הרפואי את הזכות לשלוט בידע הרפואי שאפשר להפיק ממנו. לתוצאה דומה אפשר להגיע גם על פי ערך האישיות. ערך האישיות מלמד, כי יש להקנות לפרט בעלות על משאבים מכווננים-אישיים. ידע רפואי, להבדיל מהמידע הרפואי, איננו משאב מכוון. ערך האישיות תומך בקידומו של המחקר הרפואי לצורך ההגנה על שלמותם האישית של בני אדם אחרים. מכאן, שניסיונו של הפרט למנוע מאחרים שימוש בידע רפואי שהופק מהמידע הרפואי על אודותיו עלול דווקא לפגוע בערך האישיות" (אמל ג'אברין "בעלות ומסחר במידע רפואי: בין מצוי ובין ראוי" משפט רפואי וביו אתיקה 3, 211, 248-249 (2010)).

20. ככלל, אבחנה זו נראית לי נכונה בנסיבות המקרה הנדון, אם כי לעתים הגבול בין "המידע" לבין "הידע" עלול להיות דק. הגשת מסמך רפואי של מטופל שפרטיו המזהים הושחרו כראיה בהליך משפטי אינה פוגעת בפרטיותו של המטופל או ב"ערך האישיות" שלו. מנגד, מניעת השימוש במסמך זה במסגרת הליך משפטי עלולה לפגוע

בחקר האמת המשפטית ובעשיית משפט צדק. משכך, ומבלי לקבוע מסמרות לעניין סוגיית הבעלות במסמכים רפואיים, אני סבורה כי יש לראות את הידע הרפואי הגלום במסמך בו פרטי המטופל מושחרים ככזה שאינו בבעלות בלעדית של המטופל האנונימי.

הליכי גילוי והרחבת מושג הרלוונטיות

21. התובעים הוסיפו וטענו כי קבלת מסמכים רפואיים של מטופלים אחרים כראיות בתיק שהם לא צד לו תרחיב באופן משמעותי את מושג הרלוונטיות בהקשר של הליכי גילוי המסמכים, ואף תוביל לבקשות לגילוי נרחב של נסיבות עריכת המסמך. על כך גם עמד בית המשפט המחוזי בהחלטתו. אין בידי לקבל טענה זו. קביעתי כי מסמך רפואי בו הושחרו פרטיו המזהים של המטופל אינו פוגע בחסיונו או בפרטיותו, אינה משליכה על מידת הרלוונטיות של המסמך. מדובר בשתי שאלות שונות ונפרדות – שאלת הפגיעה בפרטיות, בה דנתי לעיל, ושאלת הרלוונטיות של המסמך להליך הנדון, אשר משליכה, בדרך כלל, על המשקל שיש לייחס למסמך ופחות על קבילותו, וזאת לנוכח המגמה הפסיקתית המקלה בדיני קבילות הראיות ושימת הדגש על משקלן (ראו: ד"נ 23/85 מדינת ישראל נ' טובול, פ"ד מב(4) 340, 309 (1988); ע"פ 5121/98 יששכרוב נ' התובע הצבאי, פ"ד סא(1) 461, 527-529 (2006); רע"א 4269/05 ו.די.אי ווסטרן דיבלופמנט אנטרפרייז בע"מ נ' בנק דיסקונט למשכנתאות בע"מ, פסקה ג(4) (2.5.2006); ע"פ 7915/15 גזבאן נ' מדינת ישראל, פסקה 17 (9.7.2017); רע"א 1586/17 אבי נ' חגית ואדם חברה להשקעה ופתוח בע"מ, פסקה 11 (8.10.2017)).

22. בנוסף, אין לקבל גם את הטענה לפיה קבלת המסמך תרחיב את מושג הרלוונטיות בהליכי הגילוי, שכן הכללים החלים על הליכים אלו עומדים בתוקפם אף בנסיבות המקרה הנדון (על דרישת הרלוונטיות בהליכי גילוי ראו: יצחק עמית "קבילות, סודיות, חיסיון ואינטרסים מוגנים בהליכי גילוי במשפט האזרחי – ניסיון להשלטת סדר" ספר אורי קיטאי 247, 250-252 (התשס"ח)). בהתאם לכך, ככל שייקבע כי המסמכים המבוקשים אינם רלוונטיים להליך הנדון לא יינתן צו גילוי.

23. סיכום ביניים: יישום העקרונות שהוצגו עד כה על נסיבות המקרה הנדון מוביל למסקנה כי הגשת נספח ג' לתמיכה באמור בחוות דעת המומחה מטעם המבקשות, פרופ' פרידמן, אינה פוגעת בפרטיות המטופל האלמוני או בחסיון הרפואי בעניינו. בנוסף לכך, הגשתו אינה סותרת את האמור בסעיף 20 לחוק זכויות החולה או את דיני

הקניין והבעלות, והיא אף אינה משנה את כללי הרלוונטיות ואת הכללים החלים על הליכי גילוי מסמכים.

24. עתה, משהסרנו מדרכנו את טענות התובעים כנגד עצם הגשת נספח ג' עקב הפגיעה הנטענת בפרטיותו ובזכות החיסיון העומדת למטופל האלמוני, נותר לבחון את טענתם הנוספת המתייחסת להליך איתור המסמכים הרפואיים.

פגיעה בפרטיות בהליכי חיפוש ואיתור המסמך הרפואי

25. לטענת התובעים, הפגיעה בפרטיות המטופל האלמוני חלה גם בשלב המקדים להגשת המסמך הרפואי כראייה, היינו בהליכי האיתור והשגת המסמך על-ידי המבקשות וגם בשל כך יש להורות על פסילת הראייה. בטענה זו אדון להלן.

26. טענת התובעים היא כי אף אם במסגרת הגשת המסמך המושחר לבית המשפט לא נפגעת זכותו של המטופל האלמוני (שזהותו נשמרת חסויה בשלב זה), הרי שבמסעו של המסמך מתיקו הרפואי של המטופל השמור במאגרי המידע של המוסד הרפואי אל עבר הגשתו כראייה בבית המשפט, הוא התגלגל בין גורמים שונים, שחלקם וודאי נחשפו לפרטי המטופל טרם הושחרו באופן הפוגע בפרטיותו. אני סבורה כי יש ממש בטענה זו, בעיקר לנוכח הנגישות הרבה של מוסדות רפואיים למידע רפואי בהיקף עצום השמור אצלם.

27. מוסדות רפואיים, שהם שחקנים חוזרים בתביעות נזיקין, עלולים לפעול לאיתור מסמכים רפואיים בעלי רלוונטיות זו או אחרת להליך משפטי נתון, תוך פגיעה, בתום לב, בפרטיותם של המטופלים שמסמכיהם נסקרים במהלך החיפוש כמו גם במטופל הספציפי שבסופו של דבר פרטיו יושחרו בטרם יוגש המסמך לבית המשפט. פגיעה זו היא בעלת חומרה יתרה, שכן לעתים קרובות המטופלים שפרטיותם נפגעה כלל לא יידעו על כך, וממילא לא יוכלו לתבוע את נזקם.

28. משכך, וכדי למנוע מסעות חיפוש ואיתור מעין אלו בידי מי שאינם מוסמכים ורשאים להיחשף לפרטי המטופלים ולמסמכיהם הרפואיים, אני סבורה כי ראוי לחזור על מושכלות ראשונים ולהבהיר כי האמור לעיל כפוף לסעיף 32 לחוק הגנת הפרטיות הקובע כי:

"חומר שהושג תוך פגיעה בפרטיות יהיה פסול לשמש ראייה בבית משפט, ללא הסכמת הנפגע, זולת אם בית המשפט התיר מטעמים שיירשמו להשתמש בחומר, או אם היו לפוגע, שהיה צד להליך, הגנה או פטור לפי חוק זה".

מסעיף זה עולה כי על בית המשפט הדין בהליך בו הוגשה ראייה שלגביה נטען כי היא הושגה תוך פגיעה בפרטיות לקיים דיון על-פי השלבים הבאים: (1) לברר האם אכן הראייה הושגה תוך פגיעה בפרטיות. אם התשובה על השאלה הראשונה שלילית, כלומר – הפרטים הושחרו על-ידי מי שהחזיק כדין במסמך, יהיה ניתן להגיש את המסמך כראייה. (2) לעומת זאת, אם המסמך הועבר תוך פגיעה בפרטיות, יש לעבור לשלב הבא ולבחון האם לבעל הדין שהגיש את הראייה עומדות אחת ההגנות או אחד הפטורים שחוק הגנת הפרטיות מכיר בהם (סעיפים 18-19 לחוק הגנת הפרטיות). (3) ככל שהתשובה על השאלה השנייה שלילית, על בית המשפט לבחון האם על-פי שיקול הדעת שהסעיף מעניק לו ראוי להתיר את השימוש בראייה שהושגה תוך פגיעה בפרטיות (בג"ץ 6650/04 פלוני נ' בית הדין הרבני האזורי בנתניה, פ"ד סא(1) 581, 599-600 (2006) (להלן: עניין פלוני)). דיון שכזה נערך באופן שגרתי כל אימת שמוגשת לבית המשפט ראייה לגביה נטען כי הושגה תוך פגיעה בפרטיות, ואני סבורה כי אף בענייננו הוא מאזן כראוי בין האינטרסים המתנגשים: מחד גיסא נלקחים בחשבון שיקולים של מדיניות ציבורית ובהם הגנה עקרונית על פרטיותם של מטופלים וניהול תקין של הרשומים השמורים במוסדות הרפואיים. מאידך גיסא, הסדר זה אינו שולל באופן מוחלט את האפשרות להגיש מסמך רפואי בו פרטי המטופל מושחרים חרף הפגיעה בפרטיות בהליך השגתו, וזאת כאשר לבעל הדין המגיש את המסמך עומדת אחת ההגנות בחוק הגנת הפרטיות או כאשר בית המשפט מוצא כי חרף הפגיעה בפרטיות השימוש בראייה מותר, וזאת בהתאם לעקרונות שנקבעו בפסיקה (ראו: עניין פלוני, עמודים 609-616).

29. בהקשר זה יוער כי המבקשות הפנו לפסקי דין משיטות משפט זרות שלטענתן תומכים בעמדתן, בהם נקבע כי ניתן לעשות שימוש במסמכים רפואיים כשפרטי המטופלים הושחרו מבלי שהדבר ייחשב כהפרת החיסיון הרפואי או פגיעה בפרטיות המטופלים האנונימיים. התובעים טענו כי אין להקיש מפסקי הדין האלו לענייננו, שכן באותם מקרים הסרת פרטי המטופלים בוצעה באמצעות מערך שיטתי וממוחשב, ומשכך לא נפגעה פרטיות המטופלים במהלך הליך החיפוש והאיתור, וזאת בשונה מענייננו. אני סבורה כי אבחנה זו היא נכונה, ומשנדרשנו לשאלת הפגיעה בפרטיות

בהליך איתור המסמך ובאפשרות להגישו כראייה לנוכח הפגיעה הנטענת לעיל, לא ראיתי צורך לדון בפסקי דין אלה.

מן הכלל אל הפרט

30. יישום העקרונות שנותחו לעיל על ענייננו מוליך למסקנה כאמור כי יש לקבל את הערעור. נספח ג' צורף לחוות דעתו של פרופ' פרידמן כשפרטיו של המטופל האלמוני הושחרו. לפיכך, יש לקבוע כי צירוף נספח זה לחוות דעתו של פרופ' פרידמן אינו פוגע בפרטיותו של המטופל האלמוני או בחיסיון הרפואי. כמו כן, נוכח הרלוונטיות הברורה של המסמך לשאלות שבמחלוקת (ובעיקר לאמור בחוות דעתה של ד"ר נוימן) יש להורות על קבלתו כראייה. עם זאת, לנוכח הטענה שטרם התבררה בדבר הפגיעה בפרטיות בהליך השגת נספח ג', על בית המשפט המחוזי לערוך דיון בהתאם לסעיף 32 לחוק הגנת הפרטיות, וכאמור בפסקה 28 לעיל, כמו גם ביתר הטענות שעלו במסגרת בקשת התובעים מיום 4.6.2017 לאור הדברים האמורים לעיל.

בשולי הדברים יוער כי יש ממש בטענת המבקשות לפיה בית המשפט המחוזי הורה על הוצאת נספח ג' מתיק בית המשפט וזאת מבלי שהתבקש לעשות כן על-ידי מי מהצדדים. ואולם, נדמה כי בית המשפט המחוזי הקדים את המאוחר, וממילא בשלב מסוים היו מועלות הטענות בדבר קבילות המסמכים והפגיעה בפרטיות. לנוכח האמור והתוצאה אליה הגעתי, ומשהגענו עד הלום, לא ראיתי לייחס לנתון זה משקל מכריע בנדון.

31. סוף דבר: הערעור מתקבל בכפוף לאמור בפסקה 28. בנסיבות העניין, אין צו להוצאות.

ניתנה היום, כ"ב בטבת התשע"ח, (9.1.2018).

ש ו פ ט ת