

גילוי נאות והסכמה מדעת

מאת
אסף יעקב*

תקציר

מאמר זה בוחן את גבולות ההגנה על האוטונומיה של החולה בתביעות שעילתן העדר הסכמה מדעת. בשנים האחרונות מסתמנת בפסיקת בית-המשפט העליון נטייה להדגשת האוטונומיה של החולה. במקביל מסתמנת בפסיקת בית-המשפט העליון מגמה שלפיה יש להגן על האוטונומיה של החולה באמצעות עזרת הרשלנות (ולא באמצעות עזרת התקיפה, כפי שנעשה בעבר), תוך יצירת ראש-נוק חדש של פגיעה באוטונומיה. תקנה המוצעת במאמר זה היא כי הדגשת האוטונומיה של החולה, כפי שזו באה לידי ביטוי בשיח המתקיים בבית-המשפט, מהייבת דווקא חזרה לשימוש נרחב יותר בעזרת התקיפה, המאמר מנגיד בין הגישות השונות: לבחון את האכסניה הראויה לדוקטרינת ההסכמה מדעת באספקלריה של הדגשת האוטונומיה של החולה.

נוסף על כך המאמר מבקש לבחון את תהום חלוקתה של דוקטרינת ההסכמה מדעת, תוך עמידה על גבולותיה והיקפה הראוי של חובת הגילוי. אגב כך המאמר בוחן את הולדתו, התפתחותו והתרחבותו של ראש-נוק העצמאי של פגיעה באוטונומיה. טענתי במאמר זה היא כי הכרה בנוק עצמאי של פגיעה באוטונומיה במסגרת עזרת הרשלנות, נעבר לפן האקספרסיבי-הרסורי שבה, הינה ברוב המקרים מיותרת, ועל-כן, פרט למקרים חריגים, אין בה צורך. יצירת ראש-נוק חדש זה יש מאין עלולה להטיל על המערכת מחיר חברתי כבד, אשר בסופו של דבר יפגע בחולה עצמו, וכך יצא שכרו בהפסדו.

א. מבוא

ב. הצבת הפגיעה באוטונומיה במרכז של שיח הטיפול הרפואי – פרשת דעקה

ג. הרחבת הלכת דעקה

1. פרשת סידי

2. פרשת וינשטיין

* מרצה בכיר, בית-הספר רדוינר למשפטים, המרכז הבינתחומי הרצליה. ברצוני להודות לאלעד אורג, לאיסר בירגר, לרייב וויל, להלל סוגר ולאריאל פורת על הערותיהם החשובות והמועילות לטיוטה קודמת של מאמר זה. מרצוני להודות גם לעוזרי-המחקר רוני אבישר ורענן בן-ישי בעבור עזרה מצוינת במחקר. כמו-כן אני מודה לחברי המערכת של כתבי-העת עיוני משפט ארו בוקאי, תמר חידניק ועמית מייטום, ולעורך ארדי ונגוב, על עבודת עריכה מעולה.

- ד. בין תקיפה לרשלנות – שיבוצה של דוקטרינת ההסכמה מדעת כדיני הנויקין
1. הצורך בקיומה של עוולה לשם קבלת פיצוי
 2. הדין האנגלו-אמריקאי
 3. עמדת המשפט הישראלי
- ה. אכסניות לקליטתה של דוקטרינת ההסכמה מדעת
- ו. על חשיבותה של האכסניה
 - ז. הסכמה מדעת במסגרת עוולת התקיפה
 - ח. ניתוח של דוקטרינת ההסכמה מדעת במסגרת עוולת הרשלנות
 - ט. הרחבת חובת הגילוי והגדלת רכיב הניק של פגיעה באוטונומיה – השפעה על תמריצי הרופאים
- י. היקפה של חובת הגילוי ורמת הגילוי הנאותה – החשש מפני העלויות של גילויייתר
1. מידע והאינטרס של החולה לדעת
 2. חובת הגילוי והפגיעה בפרטיותו של הצוות המטפל
 3. חובת הגילוי והפגיעה בחופש העיסוק
- יא. בדרך לפתרון – שאלת היקף הגילוי, אופיו של הנוק וגודלו
- יב. סיכום

א. מבוא

סוגיית ההסכמה מדעת היא אחת השאלות הסבוכות והמרתקות בתחום דיני הנויקין. שאלה זו מתעוררת בהקשרים רבים, אך היא מעניינת במיוחד בהקשר של טיפול רפואי. בהקשר זה לוח הדין הוא כמה מידע רופא צריך לספק לחולה, ובאיוה אופן, על-מנת שתאחרון יוכל להסכים מדעת לטיפול, ומה תחשב מצד החולה הסכמה מדעת. פסק-הדין בפרשת דעקה,¹ שמהווה פסק-דין תקדימי בנושא ההסכמה מדעת בהקשר של טיפול רפואי ואשר התיימר להסדיר את הסוגיה, הותיר כמה וכמה שאלות משפטיות פתוחות שלא קיבלו מענה במסגרת פסק-הדין, ובכלל זה שאלות בדבר היקפה של חובת הגילוי של הרופאים, בדבר הפרתה של חובה זו ובדבר אופן ההערכה של טובה הנוק. כמו-כן נותרה פתוחה השאלה באיזו עוולה ייעשה שימוש לשם קבלת סעד משפטי. מובן ששאלות אלה קשורות זו לזו

1 ע"א 2781/93 דעקה נ' בית החולים "כרמל" חיפה, פ"ד כג(4) 526 (1999) (להלן: פרשת דעקה). במקרה זה אושפזה המערערת לשם ניתוח ברגלה, וכאשר הייתה על שולחן-הניתוחים, לאחר שקיבלה תרופות מטשטשות. היא והתמה על טופס הסכמה לעריכת ביופטייה בכתפה. עקב החלשת רופאיה כי ניתוח זה דחוף מביתנות הרגל, בעקבות הניתוח נותרה כתפה קפואה. המערערת תבעה פיצויים הן על נזקי הגוף והן על הנוק הלא-מוחשי שנגרם לה בעקבות הפגיעה באוטונומיה על גופה, שכן לא התקבלה הסכמתה מדעת. בהעדר ראיות לנזק אחר, פסקה לה דעת הרכיב. גפי השופט אור, פיצוי רק על רכיב הנוק של הפגיעה באוטונומיה, והיינו, על הנוק שנגרם לה בשל הפגיעה בזכותה לשלוט באשר ייעשה בגופה.

ומקיימות יחסי-גומלין ביניהן, ומן כה רב לאחר פרסום פסקי-הדין,² ולנוכח ההתפתחויות הרבות שהלו בתחומים אחרים בדיני הנויקן בכלל ובידי האחריות המקצועית הרפואית בפרט, היה אפשר לצפות שהנושאים הללו יובאו לדיון לפני בית-המשפט, ויינתנו הנחיות ברורות יותר לגבי היקפה של חובת הגילוי ולגבי השימוש בעוולות הרלוונטיות.³ היה גם ראוי שייקבעו קווים מנחים לאומרו של ראש-הנוק החדש שנקבע על-ידי בית-המשפט בגין הפגיעה באוטונומיה. הנחיות כאלה לא ניתנו.⁴

במסגרת מאמר זה אתייחס לשתי סוגיות משמעותיות מתוך המכלול שצוין לעיל. הסוגיה הראשונה היא זו: בהנחה שמאמצים את גישתו של בית-המשפט בפרשת דעקה, שלפיה יש לשים במרכז הדיון את הפגיעה באוטונומיה של החולה, באיזו עוולה נויקת יש לעשות שימוש כדי לעגן את זכותו של החולה? שאלה זו עשויה להיראות תמונה, שכן ברגע שניתן פיצוי אין לכאורה חשיבות לאכסניה שמטוחה התקבל פיצוי זה אולם, כפי שאסביר בהמשך, בחירת העוולה משפיעה באופן משמעותי על מהות הזכות. טענתי היא כי המגמה של המשפט הישראלי לעבור משימוש בעוולת התקיפה לשימוש בעוולת הרשלנות – ובעתיד, לנוכח חוק זכויות החולה,⁵ אולי גם בהפרת חובה הקוקה – אינה עולה בקנה אחד עם הרצון לעודד את ההגנה על האוטונומיה. עוולות אלה יגנו על אינטרס זה בצורה טובה פחות מעוולת התקיפה, גם אם ייווצר במסגרתן ראש-נוק עצמאי להגנה על אינטרס זה. נקודה זו מובילה אותי לסוגיה השנייה, והיא אם כדאי להכיר בנוק של פגיעה באוטונומיה בנוק עצמאי לענין עוולת הרשלנות, ומהו היקפה הראוי של חובת הגילוי. בעוד הסוגיה הראשונה מקבלת כנתון את עצם ההגנה על הפגיעה באוטונומיה, ועל-כן מתסקדת בשאלה באיזו עוולה יש להשתמש על-מנת להכיר באינטרס זה, בסוגיה

2 פסקי-הדין ניתן בתאריך 29.8.1999. מאז חלפו כעשר שנים.
 3 ראו, למשל, את דבריו של בית-המשפט בע"א 3108/91 רייבי ג' וייגל, פ"ד (2) 497, 507 (1993): "בבית משפט זה טרם נפסקה הלכה המגדירה את הנסיבות בהן תוסק הסכמה מכללא לביצוע טיפול רפואי. מטבע הדברים, סוגי המקרים בהם ניתן יהיה לבסס מסקנה כאמור אינם נתונים לקביעה מראש: נסיבותיו של הטיפול הרפואי והרקע לנתינתו הם מגוונים ורבי פנים. לא ניתן לצפותם מראש באופן שיאפשר קביעה ממצה של כללים בתחום מורכב זה. ראוי, איפוא, לאפשר לדינים בסוגיה זו לצמוח ולהתפתח לכלל מערכת נורמטיבית מגובשת בדרך הדרגתית ותוך התקדמות ממקרה למקרה."
 4 ריגמה לגישה אחרת של בית-המשפט, שבה הוא יורד לפרטי-פרטיה של הדרך להשב את הבטיחות, ניתן למצוא בפסקי-הדין שעוקבים אחר הלכת אטינגר (ע"א 140/00 עיזבון אטינגר ג' והחברה לשיקום ושיחזור הרובע היהודי בעיר העתיקה, פ"ד (4) 486 (2004)), הדנה בפניו בגין אובדן יכולת ההשתכרות ב"שנים האבודות". ראו, למשל, ע"א 2739/06 עובדון לוביצקי ג' ריקאללה, תק-על (2) 2008 2803 (2008); ע"א 4641/06 מנורה חברה לביטוח ג' עיזבון כרכבי, תק-על (4) 2007 3607 (2007); ע"א 5368/06 הדר חברה לביטוח ג' עובדון הוסאם, תק-על (2) 2007 1218 (2007).
 5 חוק זכויות החולה, התשנ"ו-1996 (להלן: חוק זכויות החולה או החוק). החוק נכנס לתוקף ב-12.8.1996, והל על מקיים שאירצו מאז.

השנייה נשאלת השאלה אם כעניין של שיקולי מדיניות צריך להכיר בראש-גוף הרש כזה ולהרחיב את השימוש בו. סוגיה זו משליכה על רמת הגילוי הנאותה במערכת היחסים שבין הרופא והחולה. טענתי במאמר זה היא כי הכרה בגוף עצמאי של פגיעה באוטונומיה במסגרת עזלת הרשלנות, מצבר לפן האקספרטיבי-הרסורי שבה, הינה ברוב המקרים מיותרת, ועליכן, פרט למקרים חריגים, אין להכיר בה. הדברים חמורים במיוחד באותם מצבים שבהם הפיצוי בגין ראש-גוף זה הוא משמעותי. ברוב המקרים די במערכת הרגילה של דיני הנוזקין ובראש-הגוף הישגתיים לספק לרופאים תמריץ ראוי לגלות למטופל את הסיכונים הכרוכים בטיפול מסוים, יצירת ראש-גוף חדשים יש מאין עלולה להטיל טחור חברתי כבד, אשר בסופו של דבר יפגע בחולת עצמו, וכך יצא שכרו בהפסדו. לכך מצטרפת העובדה שראש-גוף זה, משעה שניציר, אינו מוגבל לתחום הרשלנות הרפואית, ועלול להיות מיושם, לא בצדק, גם בתחומים אחרים. משעה שבחרנו להגדיר את ההתנהגות כרשלנית – מדוע להבדיל בין מקרה הרופא לבין הפרדיגמה הרגילה של אדם אשר מעמיד אדם אחר בסיכון באופן רשלני?

לצורך הדיון במאמר זה אאמץ את נקודת המוצא של רוב ההחלטות של בתי-המשפט, שלפיה עסקינן בהתנהגויות אשר אין בהן כשלעצמן כל פסול פרט לרכיב אי-הגילוי.⁶ במילים אחרות, הרופא שטיפל בחולה לא סטה מסטנדרט הוזהרות הסביר ככל שהדברים שקורים לעצם הטיפול הפיזי.⁷ משום כך, בחינה אובייקטיבית של הפעילות, במנותק

6 על חריג אחד, המהווה דוגמה לעניין זה, ראו להלן היש 128.

7 שאלת הרשלנות בטיפול בפרדת משאלת הגילוי, ואף גבנה בתחיתם לנקודת-זמן שונה. בעניין זה ראו את הדברים הבאים:

"Unlike the traditional action of negligence, a claim for lack of informed consent focuses not on the level of skill exercised in the performance of the procedure itself but on the adequacy of the explanation given by the physician in obtaining the patient's consent." *Dingle v. Belin*, 358 Md. 354 (App. 2000). "The distinction between a duty to exercise due care in the performance of requisite medical procedures and a duty to exercise due care in informing a patient of medical risks is not merely linguistic. It reflects, instead, the fundamental difference between the appropriate performance of professional skills and the proper engagement of a patient in decision making about his or her professional care." *Pekera v. Purpora*, 80 Conn. 685, 691 (App. 2003). "A claim against a physician for negligence based on lack of informed consent is separate from a claim based on negligence in medical treatment, because it is based on information communicated by the physician to the patient before the procedure or treatment." 61 Am. Jur. 2d Physicians, Surgeons, Etc., § 152 (2002).

8 לעיתים אי-הגילוי משפיע על עצם הטיפול, הופך את הטיפול עצמו לרשלני, כך הדבר, למשל, אם הגילוי לא היה אומנם מונע את הטיפול אך היה משפיע על פעולתו של המטופל בהמשך. לדוגמה, אם ניתוח עיקור צופן סיכון של 0.1% עד 0.3% להיכנס להריון, אז ניתן לטעון כי על המכופלת לדעת זאת. ייתכן אומנם שגם אילו ידעה זאת המטופלת, היא הייתה

משאלת הגילוי, הייתה מוליכה למסקנה כי התועלת בה רבה מן הנוק ולכן הרופא אינו רשאי.⁹

ב. הצבת הפגיעה באוטונומיה במרכזו של שיח הטיפול הרפואי – פרשת דעקה

האוטונומיה של החולה נמצאת כבר זמן רב בליבתו של שיח הטיפול הרפואי, ובתי המשפט מתחבטים לא אחת בדבר האופן הראוי להגן על המטופל מפני פגיעה בה. נראה שבפסקי הדין בפרשת דעקה ניסה בית המשפט, אף יותר מקודמיו, למקד את הדיון בסוגיה זו ולהגדיר את מהותה של הפגיעה.

דעת הרוב בפרשת דעקה גרסה כי הזכות לכבוד ולאוטונומיה היא זכות מסגרת שממנה נגזרות זכויות ספציפיות רבות, אחת מהן היא הזכות לכבוד ולאוטונומיה במסגרת ההליך הרפואי.¹⁰ בית המשפט הדגיש לא אחת כי ניתוח מהווה פגיעה בגופו של אדם, וכי יש לתת לאדם אוטונומיה על גופו וזכות להחליט אם הוא הפך בפגיעה זו. לפיכך שמורה לחולה הזכות לטרב לטיפול, גם אם יתרונותיו עולים על חסרונותיו או אם סיכוייו גוברים על סיכוייו. מרכזי הכובד בהחלטה על ביצוע הטיפול הוא כיבוד זכויות החולה כאדם. לגישתו של השופט אור, הזכות לאוטונומיה מהווה את הבסיס העיקרי לתורת ההסכמה מדעת, ונגזר ממנה כי התחלטה על ביצוע טיפול רפואי חייבת להיות החלטה פרטנית, המביאה בחשבון בראש ובראשונה את רצונו ואת בחירותיו של החולה עצמו.

אתר החידושים המשמעותיים של דעת הרוב בפסקי הדין בפרשת דעקה הוא כי יש לדאוג בפגיעה בזכות משום נזק ברי-פיצוי.¹¹ יש לדאוג בה פגיעה ב"נזחותו" של אדם או

9 עדיין עוברת את הטיפול, אך ייתכן גם שהיא הייתה נוהרת יותר בהמשך. זוהי חובת גילוי שחלה על הרופא לא במסגרת הרוקסרינה של הסכמה מדעת, אלא כחלק מן הטיפול. דיגמה נוספת שבה אי-הידוע בשלעצמו משמש בסיס לתביעה היא של רופא שיינים אשר אינו מידע את החולה כי אמור לו לאכול שתיים אחרי סתימה. אי-הידוע משפיע על הטיפול עצמו, והופך אותו לרשלני.

9 אי באונחים של ניסחת LII, הוסקעו מספיק אמצעי זהירות (B) כך שההוצאות על מניעת הנוק אינן קטנות מת'הלת' (PL).

10 הרגשת הפגיעה באוטונומיה אינה באה לכלל ביטוי רק בפסקי דינו של השופט אור, שכתב את הוות'רעת הרוב, אלא גם בפסקי הדין של יתר השופטים. השופט שטרסברג-כהן, למשל, גורסת כי "בעשורים האחרונים החל מטתמן כידסום בגישה המסורתית - שטעמים פטרנליסטיים בבסיסה - לטובת הגנה המתאפיינת בהענקת מרכז הכובד מן הרופא המטפל לעבר החולה, שהוכר כבעל מעמד הבכורה בתהליך גיבוש החלטה על ביצוע טיפול רפואי בגופו... מקורה של הגנה המציבה את החולה במרכז החוויה הרפואית, במודעות הולכת וגדלה לזכויות היסוד של האדם ולצורך בהגנה עליהן בכל תחומי החיים". פרשת דעקה, לעיל הי"ש 1, בעמ' 610-611.

11 אפיון הפגיעה כנוק, ולא כפגיעה בזכות, אינו נקי מקשיים. ניתן לנרס כי הפגיעה בזכות

"אבדן או היסור" על-פי סעיף 2 לפקודה, וככזו היא מזכה את הנפגע בסעד.¹² בית-המשפט סבור כי הריפא חב חובת זהירות כלפי החולה, וכי שיקולי מדיניות תומכים במסקנה שיש להכיר בזכותו של החולה לפיצוי הולם על נזק לא-ממוני שנגרם לו. זאת, בין היתר, לנוכח הצוברה שבמסגרת היהסים רופא-חולה הרופא נמצא בעמדה טובה יותר למנוע את הנזק, שכן לרופא יש יתרון מוחלט על החולה בידע, ולחולה אין בדרך-כלל כלים המאפשרים לו לעמוד בבוזות עצמו על ההיבטים השונים הנוגעים בטיפול. לגישת בית-המשפט, יש לראות בפגיעה באוטונומיה ראש-נוק נפרד אשר יבוא נוסף על נזק הגוף או כהשלמה לו, ולא במקומו. אם מאמצים גישה זו, יוצא כי אין למעשה צורך בביסוס הקשר הסיבתי בין אי-הגילוי לבין הנזק הממשי שנגרם, ואף יותר מכך – בקיומו של נזק מותשי בכלל. גישה זו אימצה, למשל, על-ידי השופטת שטרסברג-כהן, שקבעה כי הפגיעה בזכות לקבל מידע הינה אינהרנטית להתנהגות העוללתית, ומתרחשת באופן מיידי עם הפרת החובה, ובשל כך מייצרת את הוכחת הקשר הסיבתי.¹³

בית-המשפט דחה בפסק-דינו את הטענות בדבר ההשש מפני רפואה מתגוננת בשל ההכרה בראש-נוק של פגיעה באוטונומיה. לדבריו, אין בטענות אלה ממש, שכן החובה מטילה קיימת, והכרה בראש-הנוק אינה משנה את טיב החובה או את היקפה – אין מבקשים מהרופאים לספק מידע רב יותר מכפי שהתבקש קודם לכן, יתר על כן, דעת הרוב מודגישה כי אין מדובר בפיצוי עונשי, ועל-כן פסיקת הפיצוי בגין ראש-הנוק ה"חריש" תהיה מוגבלת יחסית, והפיצוי יהיה קטן. כך לא יגרור הפיצוי הגדלה של החבות הפוטנציאלית של רופאים באופן שייצור השש ממשי כי בשל חבית זו תאומץ פרקטיקה גרחה של מסירת מידע עורף לחולה. וכיצד יוערך גובה הנזק בשל הפגיעה באוטונומיה שבגינה יפוגה הניזוק? כאן בית-המשפט גורס כי גודל הנזק יתבטא בעיקר בתגובתו הנפשית והרגשית

¹² לאוטונומיה מולידה נזקים אך אינה מהווה נזק כשלעצמה. ראו, למשל: GERALD DWORWIN, *THE THEORY AND PRACTICE OF AUTONOMY* (1988).

¹³ ס' 2 לפקודת הניזוקין (נוסח חריש) (להלן: פקודת הניזוקין או הפקודה), מגריר: "נוק" – אבדן חיים, אבדן נכס, נזכות, דוחה גופנית או שס-טוב, או היסור מהם, וכל אבדן או היסור כיוצאים באלה". גם השופט אור אינו מכריע אם מדובר בפגיעה בנזכות או באובדן או היסור כיוצאים באלה. ראו פרשת דעקה, לעיל הי"ש 1, בעמ' 574.

¹³ השופטת שטרסברג-כהן נציגת כי אחד המכשולים בדרך להכרה בזכות לפיצוי עקב הפגיעה בזכות לאוטונומיה היה שטישות משפט שונות ררשו להוכיח קשר סיבתי בין הפרת החובה למסור מידע בדבר הסיכונים הכרוכים בפצוע הטיפול הרפואי לבין הנזק הממשי שנגרם בעקבותיו. על התובע היה להוכיח כי הסיכונים הכרוכים בטיפול – שעל-אודותם לא נמסר לו מידע – התממשו בפועל והסבו לו נזק, גישה זו אפשרת פיצוי רק על נזק ממשי (גיפני או נפשי). אולם, לדעת שטרסברג-כהן, ראש-הנוק של פגיעה באוטונומיה אינו ממשי, יעל-כן אינו מצריך הוכחה של קשר סיבתי. לדבריה, "הפגיעה בזכות לקבל מידע מתרחשת באופן מיידי עם הפרת החובה על ידי הרופא... הקשר הסיבתי... בין הפרת החובה לבין הפגיעה באוטונומיה, טבוע, מניה זביה, בהפרת החובה על ידי הרופא", שם, בעמ' 615 (וההרגשות במקרה).

של התובע על כך שבגופו נעשה טיפול רפואי ללא הסכמתו מדעת, ועל התממשותם של סיכונים שלא הובאו כלל לידיעתו בטרם הסכים לביצוע הטיפול. לגישת השופט אור, "ככל שהסיכון אשר לא נמסר לחולה על דבר קיומו הוא המור יותר מבהיגת הפגיעה האפשרית בחילה, וככל שהסתברות התרחשותו גבוהה יותר, הרי שעוצמת הפגיעה באוטונומיה של החולה חמורה יותר. לשון אחר, ככל שהשיבותה של החלטה בה מדובר מבחינת החולה גדולה יותר, נישולו ממעורבות אפקטיבית בתהליך קבלת ההחלטה פוגע במידה רבה יותר בזכותו לאוטונומיה".¹⁴ אולם לגישתו של השופט אור, אלה הנחיות כלליות בלבד, ובסופו של דבר יעריך בית-המשפט את הפיצוי בכל מקרה לגופו על-פי מכלול נסיבותיו.

ניתוח הגישת של בית-המשפט מוביל למסקנה כי הפגיעה באוטונומיה מדגישה את החשיבות של חוסר האפשרות להחליט – הפגיעה קיימת גם אם לא נגרם למטופל נזק מוחשי והוא רק הועמד בסיטואציה שבה לא אפשרו לו להחליט החלטה "מודעת". סל, למשל, את הרוגמה הבאה: הניתוח הצליח, דהיינו, הסיכון שהיה טמון בו לא התממש. המטופל הבריא, לא נגרם לו נזק מוחשי, ובכל-זאת הוא מבקש פיצוי בגין הפגיעה באוטונומיה בשל אי-גילוי הסיכון. במקרה זה, לנוכח הלכת דעקה, בית-המשפט יכול לפסוק לו פיצוי. היוזק לגישה זו ניתן למצוא בדברי השופט ריבלין בפרשת מרכז לייזר לניתוחי קרניה בע"מ נ' דיראווי,¹⁵

ג. הרחבת הלכת דעקה

בעת האחרונה הורחבה הלכת דעקה בשני מובנים לפחות – בעניין היקפה של חובת הגילוי ובעניין הסעד שניתן בשל הפרתה. על-מנת להמחיש את הדברים, אציין שניים מפסקי-הדין שניתנו בבית-המשפט העליון בעניינים אלה, אשר ממציים כמעט את הדין המהותי שנערך בסוגיית ההסכמה מדעת למן פרשת דעקה.

14 שם, בעמ' 583.

15 ע"א 522/04 מרכז לייזר לניתוחי קרניה בע"מ נ' דיראווי, דינים עליון עג 383 (2005). באותו מקרה אומר השופט ריבלין, בפס' 16 לפסק-דינו, את הדברים הבאים: "המערערת ביצעה את ניתוח הלייזר בעינו של המשיב בלא שהקיימה לכך גילוי הולם וקבלת הסכמה מדעת. בכך בלבר די כדי להקים זכאות לפיצוי בגין עצם הפגיעה בכבודו של המטופל באוטונומיה שלו – פגיעה הנובעת מכך שבוצע בגופו טיפול בלא קבלת הסכמתו המושכלת...". עם זאת, ראוי לציין כי גישתו של השופט ריבלין אינה חלק מהרציו של פסק-הדין, שכן באותו מקרה התקיים הקשר הסיבתי המסורתי בין העדר הגילוי לבין הנזק המוחשי, דבר שייתר את הערכה הנזק הלא-מחשי של פגיעה באוטונומיה.

7. פרשת סידו

פסק-הדין הראשון שאדון בו הוא פסק-הדין שניתן בעניין סידו.¹⁴ תשיבותו של פסק-דין טמונה בהרחבת היקפה של חובת הגילוי ההלה על הרופא. באותו מקרה הוגשה תביעה נזיקת בגין הולדה בעוולה. אחת הטענות המרכזיות הייתה כי בתקופה הרלוונטית היו בדיקות מדויקות יותר לגילוי פגמים בעובר מאלה שנעשו בפועל.¹⁵ אייחסת תשומת-ליבם של ההורים לבדיקות אלה היוותה, על-פי הסענה, הפרה של חובת הגילוי של הרופא כלפי החולה.¹⁶ אם להפדה זו מצטרפים קשר סיבתי וגוף,¹⁷ אזי ניתן לחייב את-הנתבעים בגין הולדה בעוולה. בטילים אחרות, אייגילוי העובדה שניתן לערוך בדיקות גוספות, יסוריות יותר, צריך לעמוד בעוכרי הריפא המטפל במקרה שבו מתברר כי הבדיקות האחרות היו מגלות פגם מולד והאם הייתה מחליטה, בשל תוצאות הבדיקות, על הפסקת ההיריון. בית-המשפט העליון, נפיי השופט ריבלין, מקבל בעיקרון טענה זו. הוא מדגיש בפסק-דינו את העובדה שהחולה, ככלל, אינו מחויב לעבור הליך רפואי מסוים, וכי קנויה לו הזכות לבחור אם לעבור את הטיפול ואיזה טיפול יינתן לו. לשם גימוש זכותו זו הוא זקוק למידע. כמות המידע הנסטר יטיבו נבחנים מנקודת-ראות אובייקטיבית של החולה – המטופל הסביר – ולא של הרופא הסביר.¹⁸ תפיסה זו מדגישה את זכותו של החולה לאוטונומיה ולקבלת החלטה מושכלת לגבי הטיפול בו.¹⁹ בכך מרחיב בית-המשפט את הדוקטרינה של הסכמה מדעת, ומחיל את חובת הגילוי לא רק על הטיפול שנעשה, אלא גם על טיפול שלא נעשה ואשר היה אפשר לעשותו במסגרת אחרת.²⁰

- 16 ע"א 4960/04 סידו נ' קופת חולים של האספקה הכללית (סים פורסם, 19.12.2005) (להלן: פרשת סידו).
- 17 בדיקות על-שמע (אילטרה-סאונד) שבחנות את כל האיברים איי בדיקות תוך-נרתיקות.
- 18 כדיון לפני בית-המשפט קמא עלתה גם טענה בדבר רשלנות בעצם הטיפול, שלא כלל את האבחון המדויק יותר, אולם טענה זו נדחתה לנוכח המנג: ההתקדמות הטכנולוגית באותו זמן, הוכח כי רופא סביר לא היה מבצע בדיקות מקיפות יותר בגסינית המקרה. לדברי השופט ריבלין, "בזמן ההיריון עם המערער לא היה זה בבהינת הירשלנות שלא לתור, במסגרת בדיקה שגרתית הנעשית במערכת הרפואה הציבורית, אחר פגם של חטר גבה". פרשת סידו, לעיל הי"ש 16, פס' 7 לפסק-דינו.
- 19 העניין הוחזר לבית-המשפט קמא על-מנת לבחון סוגיות אלה.
- 20 במסגרת בחינת ציפיותו הסבירה של המטופל, מציע השופט ריבלין לבחון גם את עמדת הרופאים וגם את משאביה המוצנלים של המערכת הרפואית. דאו פרשת סידו, לעיל הי"ש 16, פס' 12 לפסק-דינו. נשים לב כי מעבר זה – סאטת-מידה הבוזנת את פעולות הרופא הסביר לכוו הבוזנת את היקף המידע הגורש על-פי המטופל הסביר – מעמיד אומנם את ערך האוטונומיה של החולה במרכז הדיון, אך עושה מהלך שהינו כבוזנת חצי תדרך בלבד, שכן האוטונומיה המוכנת אינה של החולה הסובייקטיבי.
- 21 כפי שאראה בהמשך, תפיסה זו אובייקטיבית כמותה, ואינה שקולה להגנת סובייקטיבית על האוטונומיה, כפי שבאה לידי ביטוי במסגרת עוולת התקיפה.
- 22 דאו פרשת סידו, לעיל הי"ש 16, פס' 13 לפסק-הדין: "איני סבור כי יש להבריל – מבוזנת

בטבת ראשון ישאל בוודאי הקורא מה הרבותא – מדוע יש להבדיל בין מידע המתייהס לבדיקה שעבר החולה לבין מידע המתייהס לבדיקה נוספת שלא עברו המשמעות של אי-הבחנה בין שני סוגי המידע היא שבהטלת חובת גילוי גם במקרים מן הסוג השני, בית-המשפט מתנתק למעשה מן הדוקטרינה של הסכמה מדעת, המתייהסת אך למידע שהחולה מקבל בקשר לטיפול שאותו הוא שוקל לעבור, ועובר לבהון את מערכת היחסים רופא-חולה במובנים כלליים יותר של חובת גילוי. פסק-דין זה הוא חדשני בגין העובדה שהמטופלת לא הייתה משנה את דעתה לעניין עצם הטיפול שעברה, אף אם הייתה יודעת על הטיפול האחר. לכל-היותר היא הייתה מהליטה לקבל בדיקה נוספת.²³ אם עד מתן פסק-הדין הוגדרה הסכמה מדעת כחובה למסור את כל המידע הדרוש לאדם סביר עלי-מנת לגבש החלטה אם להסכים לטיפול המוצע, ובקיומה של חובה זו עלי-ידי הרופא היה די,²⁴ בפסק-דין זה הדרתבה חובת הרופא אל מעבר לגבולות ההסכמה מדעת, אל חובה כללית לידע את החולה בדבר אפשרויות הטיפול, וזאת אף מעבר לקבוע בתוקן זכויות החולת.²⁵ במקרה מושא הדין הייתה המנופלת מבקשת, לכל-היותר, לעבור גם את הבדיקה הנוספת, אך קיים בדיקה זו לא היה משפיע על הסכמתה לקבלת הטיפול הראשון. נדגיש: מקרה זה ייחודי במובן זה שאין מדובר בטיפולים חלופיים, אשר כוללים רכיב שונה של סיכון או של סיכויי הצלחה. מקרה של טיפולים חלופיים, להבדיל מהמקרה מושא הדין, נופל לגדר ר' אמותיה של דוקטרינת ההסכמה מדעת, משום שעל החולה להתליט, על-סמך המידע הנמסר לו, אם לתעדיף טיפול אחד על טיפול אחר. על-כן מסירת המידע על הטיפול האחר (למשל, שהוא מסוכן פחות או בעל סיכויי הצלחה טובים יותר) הייתה משפיעה על ההלסת החולה אם לקבל את הטיפול הראשון, לעומת זאת, במקרה מושא הדין, הבדיקה היו מצטברות. בית-המשפט הטיל על הרופאים חובת גילוי כללית ביחס לטיפולים רפואיים אפשריים, אשר תוכנה ייקבע עלי-ידי בית-המשפט.²⁶

הגדרת המבחן – בין מידע הקשור בהתערבות פעילה לבין מידע לגבי מגבלות הבדיקה המתבצעת ולגבי אפשרויות בדיקה ואבחון נוספות. אכן, ניתן לומר כי המידע מן הסוג הראשון מתוחם יותר, באשר הוא נוגע לפעולה מסוימת, ואילו המידע מן הסוג השני הוא 'פתוח' ועשוי להתפרש על תהום רחב. אך שוני זה, לכל היותר, יש לו השפעה על יישום המבחן, ולא על מהותו. מבחינה עקרונית, אותם שיקולים העומדים ביסוד הבחירה במבחן החולה הסביר ביחס להתערבות פעילה, יפים גם לגבי גילוי מידע ביחס למגבלות הבדיקה הנעשית והאפשרויות הנוספות הפתוחות בפני החולה." (ההדגשות הוספו).

23 ראו שם, פס' 17 לפסק-הדין.
 24 בעניין זה ראו, למשל, ע"א 434/94 ברמן נ' מור, פ"ד נא(4) 205, 214 (1997) וזהלן; פרשת ברמין, שם אומר בית-המשפט את הדברים הבאים: "המבחן למידע שהוגבה לבטור למטהפל אינו אפוא הגנה המקביל בקרב הרופאים אלא צרכיו של המטופל למידע כדי להחליט אם לקבל את הצעת רופאו. צרכים אלה נקבעים על פי קנה מידה אובייקטיבי. על הרופא מוטל לבטור למטהפל את כל האינפורמציה שאדם סביר היה נדרש לה כדי לגבש החלטה אם להסכים לטיפול המוצע."
 25 הש"י בעניין זה ס' 13(ד) לחוק.
 26 השיפוט היית מצטרפת לדעתו של השופט ריבלין, תוך הדגשת חובת הגילוי המוטלת על

2. פרשת וינשטיין

פסק-הדין השני הוא פסק-הדין בעניין וינשטיין ב' ברגמן.²⁷ חשיבותו של פסק-הדין זה נעוצה בסכום הפיצויים הגבוה שנפסק בשל הפגיעה באוטונומיה, באותו נקרה דובר בעתות לשיפור הראייה. בעקבות כישלון של כמה טיפולים בלייזר בוצע במטופל ניתוח להשתלת קרנית, והמטופל נותר עם גבות בעיניו ברמה של 55%. מענתו של המטופל הייתה כי לא קיבל הסברים נאותים על הטיפול בלייזר, במיוחד לנוכח חדשנותו של הניתוח והבעייתיות שבשיטוש במכשירי לייזר. בית-המשפט העליון אימץ את קביעת המהווי שלפיה אין קשר סיבתי בין הטיפול הרפואי בלייזר לבין הנוק העיקרי שנגרם למזער - הפגיעה בדישהית (שכן הטיפול בלייזר בוצע על הקרנית)²⁸ - וקבע כי הסיכון שהתממש בהקשר של הנוק העיקרי לא היה כתוצאה מהוסר ההסכמה. בית-המשפט העליון קיבל גם את קביעת המהווי שלפיה הרופאים לא התרשלו בעצם הטיפול. עם זאת, אימץ בית-המשפט את מסקנת המהווי כי התובע לא קיבל הסבר באשר לטיפול בעיניו ולסיכונים הכרוכים בכך באופן

הרופא, מבלי לדרת למקורותיה או לבסיסה העיוני. לגישתה, בבדיקות לאיתור מומים "קיימת אצל כל הורה צפייה סבירה לקבל בעניין זה את מלוא האינפורמציה האפשרית מן הרופא, על מנת שיוכל לכלכל את צעדיו ולהחליט אלו בדיקות ברצונו לבצע" (פרשת סדי, לעיל ה"ש 16, פסק-דינה של השופטת חיות). לעינת השופטים ריבלין וחיזק, דומה כי השופטת נאור מדגישה את גבולות המעטפת החיצונית של דוקטרינת ההסכמה מדעת, ואינה מוכנה לפרוץ אותם בצורה גורפת. היא מוכנה לדרוש גילוי לגבי טיפול חלופי רק כאשר זה ישפיע על עצם ההסכמה לטיפול מושא הריח, על כך היא אימרה כי "כשחולח אובחן כטובל ממחלה מטויימת, יישנה תרופה שאינה מצויה ביסל' הבריאות, תרופה שהרופא המטפל סבור כי תוכל להועיל למטופל יותר מאשר התרופה שבסל' - מקיבל עלי שעל הרופא לידע את החולה בדבר קיומה של התרופה. עליו להשאיר להחלטתו של החולה את השאלה אם לרכוש את התרופה מכספו אם לאו. שאלה זו כרוכה לא אחת... בפער בין ההספעה של התרופה שבסל' לזו שאינה נמצאת בו" (שם, פס' 3 לפסק-דינה של השופטת נאור; ההדגשה הוספה). לגישתה של השופטת נאור, במקרים רבים קיימות בדיקות נוספות ויקרות שביתן לערוך, אך העדר ההתרשלות בטיפול "אוצל גם על סוגיית הצורך במתן הסבר נוסף(?!)... כשם שאין... [בעניין מושא הדיון] התרשלות בטיפול, כך אין התרשלות באי הפניה לבדיקה נוספת. שאלת ההתרשלות והשאלה אם נמסר מידע שאינו מספיק כרוכות ושלובות זו בזו. המסקנה בשתי הסוגיות היא... בשלילה: לא היתה התרשלות ולא היתה סיבה למסירת מידע נוסף" (שם, פס' 6 לפסק-דינה של השופטת נאור). עם זאת, כסופו של דבר מרגישה השופטת נאור כי מבהינה רעיונית היא אינה מטהיינת מגישת הרוב, וכי המהלוקת בינה לבין הרוב היא אם במקרה דגן הקיימו נסיבות מתאימות לשם הקמת חובת גילוי. על-כן, גם לדעתה יש מקום להפניה לבדיקות נוספות כאשר ידוע, על-מי הסכמדרטים הרפאיים המקובלים, כי הבדיקות הנעשות במסגרת הרפואה הציבורית אינן מספקות וכי יש צורך בבדיקות משלימות.

27 ע"א 9817/02 וינשטיין ב' ברגמן, דינים עליון עג 504 (2005) (להלן: פרשת וינשטיין).

28 בית-המשפט מציע כי הנוק ברשתות נגרם כתוצאה מתהליך גיווני אשר נבע מקוצר-ראייה המור, טיעון זה נתמך בעובדה שהנוק ברשתות התגלה רק כשנה לאחר הטיפול בלייזר.

שאפשר לו לקבל החלטה מושכלת, ופסק לו פיצויים בסך 150,000 ש"ח בשל הפגיעה באוטונומיה.²⁹ סכום זה גבוה, ובאופן משמעותי, מכלל הסכומים שנפסקו בבתי-המשפט בשל פגיעה באוטונומיה עד אותו מקרה,³⁰ ויש בו משום הרחבת של גישת דעקה שלפיה הפיצוי בגין ראשונות זה יהיה תחום ומוגבל. כאמור, שני פסקי-הדין מרחיבים את הלכת דעקה, ובשניהם נעשתה הרחבה זו במסגרת עוללת הרשלנות.

ד. בין תקיפה לרשלנות – שיבוצה של דוקטרינת ההסכמה מדעת בידי הנוזיקן

1. הצורך בקיומה של עוולה לשם קבלת פיצוי

כידוע, בהצבעה על אינטרס מוגן אין כדי לזכות בפיצוי נזיקי או בסעד נזיקי אחר. התרופה תינתן רק אם יצליח החובע להוכיח כי נעשתה כלפיו עוולה.³¹ הגישה הנקובלת היא כי רשימת העוולות סגורה, וכי אין להוסיף על רשימה זו באמצעות הפסיקה.³² עליכן דוקטרינת ה"הסכמה מדעת" – או ביהודי דיוק, העדר הסכמה מדעת לפני מתן טיפול רפואי – אינה מוכה בתרופה נזיקית כשלעצמה. הדוקטרינה צריכה להשתבץ לאחת או יותר מבין מסגרות העילות המוכרות או למסגרת עוולה חדשה שאותה ייצור המחוקק. היה אם הדוקטרינה, הלקים ממנה או מקרים מסוימים שהיא משתרעת עליהם אינם משתבצים במסגרת העוולות הקיימות – לא יינתן בגינם פיצוי. מתן העוולות העיקריות שיכולות לספק אכסניה לקליטת הדוקטרינה של העדר הסכמה

29 על-מנת לדייק, השופט נאור פוסקת אומנם 150,000 ש"ח בגין הפגיעה באוטונומיה, אולם נראה כי יש עיבוד מסוים בין הנזק המהשי לבין הפגיעה באוטונומיה. בעניין זה נאמרים הדברים הבאים: "בענייננו, כמבואר, לא היה צורך או אפשרות להתריע בפני המערער על פי הידע באותה עת על סיכון אפשרי מניזוח כשקיימת מיפיה גבוהה. בנסיבות אלה מתאים יהיה לרעתי לנקוט בדרך בה נקט בית המשפט בפרשת דעקה ולקבוע סכום מסוים בגין הפגיעה באוטונומיה ואי מתן הסבר בענין העכירות. אציע לחברי להעמיד את הסכום על 150,000 ש"ח." פרשת וינשטיין, לעיל ה"ש 27, פ"י 18 לדברי השופט נאור.

30 ראו את דבריו של השופט אור בפרשת דעקה, לעיל ה"ש 1, בעמ' 589: "על בית המשפט לנקוט, בהקשר זה, גישה מאוזנת. עליו ליתן את המשקל הראוי לכך שמרובר בפגיעה בזכות יסוד, אשר מחייבת קביעת פיצוי הולם, להבדיל מפיצוי סמלי. לצד זה, בשל הקשיים הסבירים בתהליך הערכת הנזק, על בית המשפט לרסן עצמו, ולא לפסוק פיצויים בשיעורים מופרזים...".

31 ראו ס' 3 לפקודת הנוזיקן.

32 גישה זו התבססה כבר בראשית ימיה של המדינה (ראו ע"א 153/54 וידר נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד י 1248 (1954)), ועודה מקובלת – ראו ע"א 732/80 ארנס נ' בית-אל – זכרון-יעקב, פ"ד לח(2) 645, 654 (1984).

מדעת? לטעמי, קיימות לפחות ארבע אפשרויות רלוונטיות: תקיפה, רשלנות, הפרת חובה חקוקה והפרת הוזה. כפי שאראה מאוחר יותר במאמר זה, השיבוץ למסגרת אחת מן העוולות, או לכמה מהן בז'אנר, הוא מהותי, ולא טכני גרידא. העוולה תוחמת את גבולותיה של הדוקטרינה ואת המקרים שעליהם היא תשתרע/תחול. היא גם תשפיע על היסודות שאותם יצטרך התובע להוכיח על-מנת לזכות בפיצוי.

2. הדין האנגלו-אמריקאי

השאלה של סיווג הדוקטרינה אינה חדשה. היא עלתה פעמים רבות במסגרת המשפט האנגלו-אמריקאי. באופן מסורתי סיווג המשפט המקיבל את הדוקטרינה של אי-מתן הסכמה לטיפול רפואי למסגרת עוולת התקיפה.³³ התפיסה הייתה כי לכל אדם בוגר קיימת הזכות לקבל החלטות אשר משפיעות על חייו, ככל שהחלטה הייתה קרובה יותר לליבה של הזכות – קרי, קשורה ליושרה (integrity) של איתו אדם, לבעלותו על גופו ולפרטיותו – וככל שהיא השפיעה פחות על צדדים שלישיים, כן נטה המשפט לחת לה הגנה חזקה יותר.³⁴ קשה למצוא מקרה טוב יותר להגנה על זכות זו מאשר מקרה של הגנה על גופו של אדם במובנו הרחב. החברה מספקת עלי-כן הגנה לאנשים כדי ששלטות גופם לא תיפגע עלידי מעשה מכוון, אלא אם כן בעשי הדברים בידיעתם ובהסכמתם. זו מהותה של עוולת התקיפה, תפיסת דאונטולוגית זו דחפה את התפתחות הדוקטרינה במשפט האנגלו-אמריקאי במשך שנים רבות.³⁵ אולם לא חלף זמן רב, ימצרכות המשפט הבינו כי אי-אפשר ליישם תפיסה זו ללא חריגים, וכי יש להיות מודעים למחיר הכבד אשר משולם לעיתים בגינה. עלי-כן, במסגרת קידום תפיסה זו בהקשר הרפואי, הגביל בית-המשפט, למשל, את היקפה ומהותה של חובת הגילוי, בקובעו כי על הרופאים לא חלה חובת גילוי מלאה.³⁶ כך, נקבע כי הרופא חייב רק בגילויים של דברים מהותיים להחלטת החולה, וכי בית-המשפט הוא

33 ראו, למשל, את דברי: של המשפט קרונוז בעניין Schloendorff v. Soc'y of N.Y. Hosp., 105 N.E. 92, 93 (N.Y. 1914) "Every human being of adult years and sound mind has a right to determine what shall be done with his own body; and a surgeon who performs an operation without his patient's consent commits an assault, for which he is liable in damages"

34 עמ"ס שמירא "הסכמה מדעת לטיפול רפואי – הדין המצוי והרצוי" עיוני משפט יד 225 (1989).

35 Peter H. Schuck, *Rethinking Informed Consent*, 103 YALE L.J. 899 (1994).

36 ראו, למשל: Getchell v. Mansfield, 260 Or. 174, 180 (1971) (להלן: עניין *Getchell*). לדוגמות נוספות לדין בהגבלת תיבת הגילוי ראו: Canterbury v. Spence, 464 F.2d 772 (1969); Wilkinson v. Vesey, 110 R.I. 606, 627 (1972); Hamish v. Children's Hospital Medical Center, 387 Mass. 152, 156 (1982) (להלן: עניין *Hamish*).

אשר מופקר על הקביעה, בדעבד, מהו מידע מהותי.³⁷ מכיוון שרוב המקרים שמגיעים לבית-המשפט מגיעים לאחר מעשה, הפחיתת הגבלה זו את המהיר החברתי ששולם בגין הגילוי, ואפשרה, כפי שאראה בהמשך, להביא בחשבון סטנדרטים חברתיים שהיו רגישים יותר לאיוון הציבורי הכולל.

עם הזמן נוצרה במשפט האמריקאי,³⁸ ואף במשפט האנגלי,³⁹ נטייה לנטוש את המסגרת הנוקשה של עוולת התקיפה – אשר לא אחת נטען כלפיה כי היא מטביעה ברופא אות-קלון של תוקף – לטובת עוולת הרשלנות.⁴⁰ כך נקבע באדצות-הברית, עוד בשנת 1967,⁴¹ כי אי-מסירת מידע ראוי ואזהרות ברבר הסיכונים ותופעות-הלוואי הטמונים בטיפול מסוים⁴² אינה שוללת את תוקפה של הסכמת החולה, אלא יש בה משום הפרת חובותיו של הרופא לתת לטיפול עצה וטיפול הולמים, והפרה זו תיבחן תחת אמות-המידה של עוולת הרשלנות, ולא של עוולת התקיפה.⁴³ נטייה זו הייתה חלק ממגמה כללית יותר לעבור לאובייקטיביות

37 ראו עניין *Getchell*, שם, המפנה ל-233 Or. 515, 524 (1963).

38 דאן ב. דובס, 'The Law of Torts (Minn. 2000) כן השווה: *Ben Sones. A Tale of Two Countries: Parallel Visions for Informed Consent in the United States and the United Kingdom*, 39 *VAND. J. TRANSNAT'L L.* 253 (2006).

39 ראו בעניין זה: *Percy H. Winfield, Winfield and Jolowicz on Tort* (W.V.H. Rogers ed., 16th ed. 2002).

40 Kenneth W. Simons, *Symposium: Dan B. Dobbs Conference on Economic Tort Law: A Restatement (Third) of Intentional Torts*, 48 *Ariz. L. Rev.* 1061 (2006): "Apparently only two states, Pennsylvania and Tennessee, currently analyze all informed consent claims as claims of battery rather than as negligence (or as either negligence or battery, depending on the way in which the consent was deficient). See *Valles v. Albert Einstein Med. Ctr.*, 805 A.2d 1232, 1237 (Pa. 2002); *Blanchard v. Kellum*, 975 S.W.2d 522, 524 (Tenn. 1998)"; Bryan J. Warren, *Comment, Pennsylvania Medical Informed Consent Law: A Call to Protect Patient Autonomy Rights by Abandoning the Battery Approach*, 38 *Duc. L. Rev.* 917, 933 n.138 (2000): "All but two states have abandoned the battery approach to informed consent".

41 ראו את פסק-הדין: *Salgo v. Leland Stanford Jr. University Board of Trustees*, 154 Cal. App. 2d 560 (1957) (להלן: עניין *Salgo*).

42 על-פי המשפט האמריקאי, המידע הנמסר צריך לכלול לכל-הפחות את הנורכיבים הבאים: "(1) the nature of the procedure; (2) the risks and hazards of the procedure; (3) the alternatives to the procedure; and (4) the anticipated benefits of the procedure." *Duffy v. Flagg*, 279 Conn. 682 (2006) (להלן: עניין *Duffy*).

43 פסק-הדין הראשון שטבע את המונח "הסכמה מרעת" באדצות-הברית היה פסק-הדין בעניין *Salgo*, לעיל הש 41.

של החובות,⁴⁴ במובן זה שהחבות הרופא ביחס לחולה תיבחן לאורם של פרמטרים חברתיים אינדיקטיביים, להבדיל משיקולים אישיים של מטופל מסוים.⁴⁵ עולות הרשלנות, לבוכה אופיייה האובייקטיבי, התאימה למגמה זו הרבה יותר מאשר עולות התקיפה, הסובייקטיבית באופייה. מצד אחד, המטופל הוא שונוף להליך הרפואי, ועלי-כן יש לתת ביטוי לכך שלא ניתן לו המידע הדרוש לקבלת החלטה מושכלת, אך מצד אחר, החלטת המטופל אינה יכולה לעמוד במנותק משיקולים חברתיים המוטלים על המערכת הרפואית.

לשינוי זה משימוש בעולות התקיפה לשימוש בעולות הרשלנות היו כמה השלכות ראשית, מנקודת-ראותו של הרופא, הוסר מעליו אות-הקלון המאיים, שכן כעת אי-קבלת ההסכמה מרעת אינה הופכת אותו לתוקף. שנית, מנקודת-ראותו של החולה, מכיוון שעולות הרשלנות נבחנת באופן אובייקטיבי, הפגיעה באוטונומיה, עד כמה שהדבר נשמע מונח, תיבחן לפי הסגן של האדם הסביר.⁴⁶ כלומר, מהגנה על האוטונומיה של החולה המסוים, עבר המשפט להגנה כללית הרבה יותר, המאפשרת לקבוע את תחום השתרעותה של אותה זכות לאוטונומיה בבפוף לשיקולים חברתיים נתונים.⁴⁷ תפיסת דאונטולוגית

44 על מגמה כללית זו במשפט הישראלי, המוצאת את ביטויה במעבר משימוש בעולות "פרסיקוליות", כגון עולות התקיפה בענייניו, לעולות "מסורת", כגון עולות הרשלנות, ראו את דבריו של השיפוט ביק בע"א 243/83 עזריית ירושלים נ' גורדין, פ"ד (סנו) 113, 123-124, פ"ד 9 לפסק-דינו (1985) (להלן: פרשת גורדין).

45 ראו גם עניין *Harnish*, לעיל ה"ש 36, בעמ' 155-156:
 "[A] physician owes to his patient the duty to disclose in a reasonable manner all significant medical information that the physician possesses or reasonably should possess that is material to an intelligent decision by the patient whether to undergo a proposed procedure. The information a physician reasonably should possess is that information possessed by the average qualified physician or, in the case of a specialty, by the average qualified physician practicing that specialty... However, the extent to which he must share that information with his patient depends upon what information he should reasonably recognize is material to the plaintiff's decision... 'Materiality may be said to be the significance a reasonable person, in what the physician knows or should know is his patient's position, would attach to the disclosed risk or risks in deciding whether to submit or not to submit to surgery or treatment... The materiality determination is one that lay persons are qualified to make without the aid of an expert.'"

46 לצורך בחינת חובת הגילוי, אימצו מחצית המדינות בארצות-הברית את הסטנדרט של הרופא הסביר, ומחציתן אימצו את הסטנדרט של החולה הסביר.

47 מבחן זה מתרחק מהאוטונומיה של החולה. להמחשת נקודה זו ניתן להביא את פסק-הדין בעניין *Duffy*, לעיל ה"ש 42, באותו מקרה אומר בית-המשפט את הדברים הבאים:
 "[The court's] standard of disclosure for informed consent in this state is an objective standard that does not vary from patient to patient based on what the patient asks or what the patient would do with the information if it were disclosed..."

תשלול כמוכן ניתוח כזה מכל וכל, ותראה אותו ככופר בעיקר. עם זאת, ראוי לראות את התמונה הכוללת, ולהרגיש כי המשפט האנגלו-אמריקאי, למעט הריגים מספר, לא ויתר לתלושין על עוולת התקיפה בתקשר של הסכמה מדעת לטיפול רפואי. המסגרת הנוקשה של עוולת התקיפה נותרה דלונטית מקום שלא ניתנה הסכמה לטיפול כלל או באותם מצבים קיצוניים שבהם הטיפול שנעשה היה שונה מהטיפול שעליו הוסכם. הדוגמה המובאת בספרות בארצות-הברית היא שלאדם אשר הסכים לניתוח בבוהני השמאלית אך עבר ניתוח בבוהני הימנית עיולה בגין עוולת התקיפה בגד המנתח. עם זאת, לאדם שעובר ניתוח בבוהני מבלי שהוסבר לו כי הניתוח טימן בחובו סיכון משמעותי לכריתת רגלו, לא תעמוד עילת תביעה בגין תקיפה, והוא יצטרך להוכיח טענה בדבר אי-גילוי רשלני.⁴⁸ לצורך כך הוא יצטרך להוכיח את המרכיבים הבאים: כי לא נעשה גילוי נאות של מידע נדרש;⁴⁹ כי נגרם לו נזק; כי הנזק נגרם כתוצאה מהתממשות סיכון שלגביו לא נאמר לו דבר; כי הוא היה דוחה את הטיפול אילו היה מודע לסיכון; ולבסוף, כי החולה הסביר, אילו ידע על הסיכון בזכות הסבר ראוי, היה מסרב לקבל את הטיפול המתבקש.⁵⁰

3. עמדת המשפט הישראלי

בתי-המשפט בארץ הושפעו רבות מהמתח האנגלו-אמריקאי שבין עוולת התקיפה לבין עוולת הרשלנות. כך, בתחילת הדרך אוטצה בישראל הגישה שלפיה אם לא הוכרו לחולה כל הסיכונים, כיואו ההסכמה חסרת נפקות, ועצם הטיפול הרפואי ייחשב טעשה תקיפה

48 לואיזיאנה היא המדינה היחידה, ככל הידוע לי, שקיבלה את התפיסה הרשלנית של הסכמה מדעת כהפיסה יחידה וככוח חקיקה טפזיפית בעניין, אך גם היא מאפשרת לתובע להיפרע מהמויק פיצויים ברוטה לעוולת התקיפה – דהיינו, גם בגין הפגיעה באוטונומיה – ללא התקיימותו של נוק מחשי. ראו: 452–453 So. 2d 447, 701 So. 2d 447, 1997) Lugenbuhl v. Dowling, וכן את טעף החוק הרלוונטי:

Medical Malpractice Act, La. Rev. Stat. 40:1299.40: "(2) (a) In a suit against a physician or other health care provider involving a health care liability or medical malpractice claim which is based on the failure of the physician or other health care provider to disclose or adequately to disclose the risks and hazards involved in the medical care or surgical procedure rendered by the physician or other health care provider, the only theory on which recovery may be obtained is that of negligence in failing to disclose the risks or hazards that could have influenced a reasonable person in making a decision to give or withhold consent."

49 ראו Dobbs, לעיל ה"ש 38, בעמ' 654.

50 וכאן יש ויכוח לגבי סטנדרט הגילוי הנאות – אם הגילוי ייבחן מנקודת-ראיתו של הרופא הסביר או של החולה הסביר.

51 Dobbs, לעיל ה"ש 38, בעמ' 654. בעוד המרכיב הקודם מהווה למעשה חלק מהסיבות העובדתיות ומבחן האלמלא, המרכיב האחרון מהווה חלק מהסיבות המשפטיות.

המהווה עוולה בניזקין.⁵² בית-המשפט ביכר גישה זו על גישות אחרות, תוך שימת דגש באוטונומיה של החולה וזכות החולה על גופו.⁵³ מאוחר יותר, בעקבות פסיקותיהם של בתי-המשפט באנגליה ובארצות-הברית, נוצרה בארץ תחושה דומה של חוסר נוחות מייחוס התנהגות אנטי-חברתית מכוונת לרופאים אשר כל מטרתם לכייע לחולה.⁵⁴ על-כן אימצו חלק גדול מן השופטים גישה דומה לזו שנקטת במשפט האמריקאי, שלפיה את עוולת התקיפה בגין מתן טיפול רפואי יש להשאיר לאותם מקרים קיצוניים שבהם הטיפול הרפואי ניתן לחולה בעל-בורחו או למקרים שבהם הטיפול היה שונה במהותו מהטיפול אשר לו הסכים החולה או כאשר לא נמסר לחולה כל מידע על מהות הטיפול או על תוצאות הבלתי-נמנעת. בכל יתר המקרים, הריון בסוגיית ההסכמה מדעת ייערך במסגרת עוולת הרשלנות⁵⁵ או במסגרת הוק זכויות החולה. זו גם הייתה גישתה של השופטת ביניש בפרשת רעקה.⁵⁶ רונה שאת חוסר הרצון להכריע בין העילות השונות היטיבה לבטא השופטת דורנר בפרשת שטנדל.⁵⁷ לתפיסתה, היחס בין עוולת התקיפה לבין עוולת הרשלנות טרם הוכרע אומנם בארץ, אך בספרות המשפטית הוצבע על צורך בהחלפת עוולת התקיפה בעוולת רשלנות רפואית, שכן עוולת התקיפה משקפת התנהגות אנטי-חברתית, שאין מקום לייחסה לרופאים.⁵⁸ לעומת עוולת התקיפה, סברה השופטת דורנר, עוולת הרשלנות משקפת טוב יותר את מעשה הנוזקין של הפרת חיבת הגילוי על-ידי הרופא המטפל. דבריה נסמכה השופטת דורנר על המגמות שהוכרו במשפט האמריקאי.

מהפסיקה מסתמן אם כן חוסר רצון להכריע בדבר העוולה שלתוכה יש לשבץ את דוקטרינת ההסכמה מדעת, עם נטייה חזקה לכיוון עוולת הרשלנות. ובעוד הלק טן השיפטים מתלבטים לאיזון מסגרת יש להבניס את הדוקטרינה, אנו עדים לשופטים רבים, בעיקר בקרב הערכאות הנמוכות, אשר גישתם בדוקטרינה כמקור לזכות, מבלי להזדקק כלל לשאלת הסיווג. זאת, חרף משמעותה הרבה של השאלה, אשר משפיעה ומעצבת את גבולותיה של הדוקטרינה.⁵⁹

- 52 דאו, למשל, ע"א 560/84 נחמן נ' קופת החולים של הסדרות העובדים בארץ ישראל, פ"ד (מ)2) 384 (1986) (להלן: פרשת נחמן).
- 53 ע"א 67/66 בריה נ' שטיינר, פ"ד כ(3) 230, 232 (1966) (להלן: פרשת בריה).
- 54 דאו, למשל, את דבריה של השופטת ביניש בפרשת רעקה, לעיל ה"ש 1, בעמ' 543.
- 55 דאו את דבריו של השופט מצא בע"א 4384/90 ואתריו נ' בית החולים לניאדו, פ"ד נא(2) 171, 182 (1997), וכן את דבריו של הנשיא ברק בע"א 1412/94 הסדרות מדיצינית הרסה עין-כרם נ' גלעד, פ"ד מט(2) 516, 524 (1995).
- 56 שם, בעמ' 547.
- 57 ע"א 6153/97 שטנדל נ' עדה, פ"ד נו(4) 746, 762 (2002) (להלן: פרשת שטנדל).
- 58 שם, בעמ' 759.
- 59 דאו, לדוגמה, ת"א (מחוז חי') 124/98 כהן נ' נקים, פ"מ תשס"ב(1) 433 (2002).

ה. אכסניות לקליטתה של דוקטרינת ההסכמה מדעת

שתיים מן העולות האפשריות לקליטתה של דוקטרינת ההסכמה מדעת כבר הוזכרו לעיל – עולת התקיפה ועולת הרשלנות. באשר לעולת התקיפה, סעיף 23(א) לפקודת הנויקין קובע כי "תקיפה היא שימוש בכוח מכל סוג שהוא, ובמתכוון, נגד גופו של אדם על ידי הכאה, נגיעה, הוזה או בכל דרך אחרת, בין במישרין ובין בעקיפין, שלא בהסכמת האדם או בהסכמתו שהושגה בתרמית...". מלשון הסעיף עולה, כמעט בצורת ישירה, כי היא יכול לשמש אכסניה לדוקטרינת ההסכמה מדעת. מכיוון שעניינה של הדוקטרינה היא במהות ההסכמה, חיבור בין הסכמה מדעת לבין העדר הסכמה הוא מתבקש. הטעון הוא כי הסכמה לא מדעת שקילה להעדר הסכמה, ועל-כן היא נכנסת למסגרת עולת התקיפה. אכן, גישה זו אימצה בפסקי-דין רבים.⁶⁰ נקודה נוספת שחשוב להדגיש היא כי סעיף 23 אינו מגדיר את מרכיב הנזק כחלק מייסודות העוילה, ועל-כן יכולה להתרחש תקיפה גם אם לא נגרם כל נזק.

האפשרות השנייה, כאמור, היא עולת הרשלנות. זו קבועה בסעיפים 35 ו-36 לפקודה, ועל-פי הפרשנות שניתנה לה מכוח הפסיקה, היא מחייבת את התובע להראות כי על הנתבע חלה חובת זהירות שתוכנה גילוי פרטים רלוונטיים לחולה על המיפול הרפואי שהוא עומד לבצע בו.⁶¹ כמובן, התובע צריך להראות כי המטפל הפר חובת גילוי זו בכך שלא מסר את כל הפרטים שהיה ראוי למסור, כי נגרם לו נזק בעקבות זאת, וכי הנזק קשור בקשר סיבתי לאי-הגילוי. היה אם מקבל המיפול הרפואי לא הצליח להוכיח קיומו של כל אחד מן היסודות, הוא לא יוכל לזכות בפיצוי.

אולם עולת התקיפה ועולת הרשלנות אינן ממצות את אפשרויות התביעה. בעקבות התלבטויותיהם של השופטים ועל-פנת להדגיש את זכויות החולה, חוקק בשנת 1996 חוק זכויות החולה. חוק זה עוסק, בין היתר, בחובות הגילוי הראוי בין רופא ומטפל, כותרתו של פרק ד לחוק היא "הסכמה מדעת לטיפול רפואי". הפרק מגדיר, בסעיפים 13 ו-14, את התנאים שהרופא צריך לעמוד בהם על-מנת שייקבע כי ההסכמה שנתן המטופל הייתה הסכמה מדעת. סעיף 15 מגדיר את התריגים, דהיינו, את המקרים שבהם מותר לתת טיפול רפואי ללא הסכמה.

כותרתו של סעיף 13 היא "הסכמה מדעת לטיפול רפואי". הסעיף קובע את העיקרון שלפיו לא יינתן טיפול רפואי למטופל אלא אם כן נתן לכך המטופל הסכמה מדעת לפי הנדאות החוק.⁶² כמובן הוא קובע מהו המידע שיש למסור לחולה. על-פי הסעיף, "לשם קבלת הסכמה מדעת, ימסור המטפל למטופל מידע רפואי הדרוש לו, באורח סביר, כדי

60 ראו ע"א 323/89 קוהרי נ' מדינת ישראל – משרד הבריאות, פ"ד מה(2) 142 (1991), דוגמות נוספות, שכבר אוזכרו, הן פרשת נהמן, לעיל ה"ש 52, ופרשת ברחמי, לעיל ה"ש 53.

61 ניתן להפריד חובה זו לחובת זהירות מושגת ולחובת זהירות קונקרטית. דאו לעניין זה פרשת גורדין, לעיל ה"ש 44, בעמ' 128.

62 ס' 13(א) לחוק.

לאפשר לו להחליט אם להסכים לטיפול המוצע.⁶³ מייד לאחר-מכן החוק מגדיר מהו אותו "מידע רפואי" על-דרך של "לרבית"⁶⁴ כך, במסגרת המידע הרפואי שעל הרופא לטסור כלולים, בין היתר, האבחנה והריאגנוזה והסכנת (הפרוגנוזה) של מצבו הרפואי של המטופל; תיאור המהות, ההליך, המטרה, התועלת הצפויה והסיכויים של הטיפול המוצע; הסיכויים הכרוכים בטיפול המוצע, לרבות תופעות-לוואי, כאב ואי-נוחות; הסיכויים והסיכונים של טיפולים רפואיים אלופיים או של הימנעות מטיפול רפואי; וכן עובדה היות הטיפול בעל אופי חדשני, החוק מציין גם כי על הניידע להימנע בשלב מוקדם ככל האפשר, ובאופן שיאפשר למטופל מידה קרבית של הבנת המידע לשם קבלת ההחלטה בדרך של בחירה מרצון ואי-תלות.⁶⁵ באשר להיבטים הפורמליים של ההסכמה, סעיף 14 קובע כי הסכמה מדעת יכולה להיות בכתב, בעל-פה או בדרך של התנהגות, אולם לגבי חלק מן הטיפולים – ביניהם ניתוחים וטיפולים המערבים מידה רבה יותר של סיכון או פעולות פולשניות – תינתן ההסכמה מדעת במסגך בכתב, אשר יכלול את תמצית ההסבר שניתן למטופל.⁶⁶

על פני הדברים נראה כי חוק זה, אשר נועד לשרת את האינטרסים של החולה ולאן בין צורכי החולה לבין צורכי החברה, הוא המקום שעלינו להתחיל בו בבואנו ליישם את דוקטרינת ההסכמה מדעת. הבעיה היא שהחוק אינו יכול לשמש אכסניה לדוקטרינה, לפחות לא באופן ישיר, מפני שהוא אינו קובע שום הוראה אופרטיבית למקרה של הפרת חובת הגילוי – לא סנקציה פלילית ואף לא עוולה אזרחית.⁶⁷ ואת, אגב, בניגוד למקרה של הפרת חובת התייעוד, שלגביו נקבעה סנקציה פלילית, ולמקרה של הפרת החובה לא להפלות, שלגביו נקבעו סנקציה פלילית ועוולה נזיקית.⁶⁸

רוב בתי-המשפט טרם נדרשו מפורשות לתחולתו של חוק זה בהקשר של דוקטרינת ההסכמה מדעת, זאת, משום שתחולתו של החוק, לגבי רוב המקרים שעלו לדיון, לא הייתה בתוקף. עם זאת, בשנים האחרונות בית-המשפט מפנה לסעיף 13 הנ"ל, בצינו כי חוק זכויות החולה משקף בהקשרים אלה עקרונות שהתגבשו במסיקה.⁶⁹ על-כן הסעיף משמש מעין ריקע שלאורו תישפט התנהגות הרופא. ריקע זה חשוב בשני מובנים: האחד הוא שביכולתו לעזור בביסוסה של חובת ההחלטה במסגרת עולת הרשלנות – המתוקק הביע בחוק את

63 ס' 13(ג) לחוק (הההגשות הוספו).

64 שם. החוק נונה רשימה שניתן להוסיף עליה מצבים נוספים, הכל לפי נסיבות המקרה.

65 ס' 13(ג) לחוק.

66 טיפולים אלה מגויים בתוספת לחוק.

67 בעניין זה ראו, למשל, גילי קרקור אייל "דוקטרינת ההסכמה מדעת" – עילת התביעה הראויה מקום שבו הופרה זכות המטופל לאוטונומיה" הפרקליט מט' 181 (2006).

68 לעניין חובת התייעוד ראו ס' 17(א) לחוק. לעניין איסור הפליה ראו ס' 28(א) לחוק.

69 ראו, למשל, את דבריה של השיפוט דורנר בפרשת שטנדל, לעיל ה"ש 57, בעמ' 756, פס' 10, וכן את דבריו של השופט ריבלין בפרשת סירי, לעיל ה"ש 16, בפס' 11; "בפטיקתנו נקבע סטנדרט גילוי... המבוסס על צרכיו של המטופל הנדרש לגבש הסכמה לטיפול רפואי יצוין, כי מבחן זה משתקף גם בחוק זכויות החולה... הקובע, בסעיף 13 שבו, כהאי לישנא...".

הסטנדרטים הראויים שהרופא צריך לעמוד בהם, ואי-עמידה בסטנדרטים אלה יכולה לעלות כדי התרשלות; המובן האחר הוא שהפרתי של החוק יכולה לעלות כדי הפרת חובה הקוקה מכוח סעיף 63 לפקודת הנויקין.⁷⁰ סעיף 63 יכול גם לשמש אכסביה עצמאית לתחולתה של דוקטרינת ההסכמה מדעת בגין הפרת הוראות חוק שוגיות,⁷¹ אולם דומה כי עיקר השיבותו בהקשר זה היא באפשרות שילובו עם חוק זכויות החולה. היה אם יצליח התביע להוכיח כי יסודות סעיף 63 מתקיימים, וכי המחוקק לא ביקש לשלול תרופה אודנית בגין הפרת חוק זכויות החולה, הוא יזכה בפיצוי בגין הנזק שנגרם לו. במקרים כאלה אך סביר הוא להחזיק לגורמות הקבועות בהיק זכויות החולה על-מנת ליצור חבויות קונקרטיים.⁷²

עילה נוספת שניתן לשבץ במסגרתה את דוקטרינת ההסכמה מדעת היא העילה החוזית, שלפיה אי-מסירת מלוא המידע והימנעות ממתן הסברים נאותים מהוות הפרה של נורמות מתחום דיני החוזים, בין נכוח ההלכות מדבר קיום משא-ימתן בתום-לב וכין מכוח קיומו של חוזה, בעניין זה ניתן להצביע, למשל, על גישתו של השופט אור בפרשת דעקה,⁷³ שלפיה קיים ברדף-כלל קשר חוזי בין החולה לבין הרופא שמעניק לו את הטיפול והמוסד שהטיפול ניתן במסגרתו. החוזה כולל תנאי מכללא שלפיו הטיפול שיינתן לחולה יעמוד באמות-המידה הנדרשות של מיומנות וסבירות. לגישת השופט אור, מתן טיפול ללא קבלת הסכמתו המודעת של החולה לטיפול מהווה הפרה של תנאי זה, המוכה את החולה, לגובה סעיף 13 לחוק ההזויים (תרופות),⁷⁴ בפיצויים גם בגין נזק שאינו בבחינת נזק ממון. דיון בעילת תביעה זו חורג מהדיון הנויקי, ועליכן ארחיב עליה במקום אחר.⁷⁵

70 ראו את דבריה של השופטת דודגד בפרשת ברמן, לעיל ה"ש 24, בעמ' 215, טול האות ה.

71 ראו, למשל, ס' 316 לחוק העונשין, התשל"ז-1977; ס' 23 לחוק ביטוח בריאות ממלכתי, התשנ"ד-1994; ס' 5 לחוק השימוש בהיפנוזה, התשמ"ד-1984; ס' 18 לחוק הסכמים לגישות עובדים (אישור הסכם ומעמד היילוד), התשנ"ו-1996; וכן תקנות שונות מכוח פקודת בריאות העם.

72 ניתן לטעון כי המחוקק, בקובעו סעיפים קונקרטיים אשר מקנים סעד נויקי ומטילים כגזקה עונשית, התכוון למצות בכך את כלל העילות הנויקיות ולשלול עילות תביעה נוספות באמצעות הפרת חובה הקוקה. מאחר שהיה באפשרותו של המחוקק לקבוע סעד נויקי באופן מפורש גם בשל הפרת החובות הקבועות בס' 13 ו-14, והוא לא עשה כן, ניתן לטעון כי הוא התכוון ליצור הסדר שלילי אשר ימנע קבלת תרופה מן הנתבע. אולם נראה שבתי-המשפט לא ייטי לביוון זה של פרשנות. זאת, הן לנוכח העקרונות שהותו בפרשנותו של ס' 63 ביחס להפרת דברי חקיקה אחרים (ראו בעניין זה ע"א 245/81 טולטאן נ' סולטאן, פ"ד לחנ" 169 (1984)) והן לנוכח הריח המנשבת מן הפסיקה שכבר עסקה בפרשנותו של חוק זכויות החולה על הקע ס' 63.

73 לעיל ה"ש 1, בעמ' 580.

74 חוק ההזויים (תרופות) בשל הפרת חוזה, התשל"א-1970.

75 ראו אסף יעקב ורענן בן-ישי "הסכמה מדעת או הסכם גילוי" (מאמר בעבודה).

ג. על חשיבותה של האכסניה

על רקע העילות השונות שניתן להשתמש בהן בהקשר זה, עולה השאלה אם לזכור נטייתו של בית-המשפט להדגיש את האוטונומיה של החולה, כפי שעולה מפרשת דעקה, היה נכון למקד את עיקר הדיון בעוולת הרשלנות, ולהותיר את עוולת התקיפה למקרים קיצוניים בלבד. לטעמי, נטייתו של בית-המשפט מצדיקה דיוקא שימוש דב יותר בעוולת התקיפה בהקשר הרפואי, ולא ההחבת הובות הגילוי והגדלת סכום הפיצוי במסגרת ראש-הנוק של פגיעה באוטונומיה תחת עוולת הרשלנות.

יובהר, איני טוען כי השימוש בעוולת התקיפה במקרים של הסכמה מדעת עדיף באופן מוחלט על השימוש בעוולת הרשלנות, אלא שאם מבקשים לשים את האוטונומיה של החולה במרכז, אזי הכלי המתאים לכך יותר הוא עוולת התקיפה. עוולה זו מגינה על אינטרס הפרט, הסיבייקטיבי, בעוד עוולת הרשלנות בוחנת את התייחסות-הגומלין בין הרופא לבין החולה (או בין המזיק לבין הניזוק) מנקודת-מבט חברתית-אובייקטיבית. יתר על כן, השימוש בעוולת הרשלנות חייב את בית-המשפט בפרשת דעקה לשנות את דרך הניתוח של העוולה, ולהכיר, באופן ייחודי, בראש-נוק חרש של פגיעה באוטונומיה.⁷⁶ בדרך זו יצר בית-המשפט הגנה על אינטרס סיבייקטיבי – האוטונומיה – תוך שימוש במודים אובייקטיביים (בין היתר, של המטופל הסביר), בעוד שימוש בעוולת התקיפה היה מספק לאינטרס הפרטי הגנה ישירה, שכן זה אופייה של העוולה.

כפי שיפורט להלן, יתרונותיה וחסרונותיה של עוולת התקיפה, מבחינת ההגנה על האוטונומיה, נעוצים בכך שהיא מספקת הגנה חזקה יותר לאוטונומיה בתחומי הליבה של העוולה. בעוד עוולת הרשלנות עוסקת בשיקולים חברתיים של עלות/תועלת, עוולת התקיפה מעמידה את הטיפול במרכז, ואינה ששה ליותר על זכויותיו גם במקרים שבהם ניתן למצוא להתנהגות הצדקה חברתית חיצונית.⁷⁷ לעומת זאת, תחומי פרישתה של עוולת התקיפה צרים מאלה של עוולת הרשלנות, כך שיייתכנו בהחלט מקרים שבהם התנהגות לא תוגדר כתקיפה רפואית אך יכולה להיתפס כרשלנות באי-גילוי. במקרים אלה, צמצום עילת התביעה לתקיפה יותיר את הניזוק ללא סעד.

ז. הסכמה מדעת במסגרת עוולת התקיפה

כזכור, ראשית פיתוחה של שאלת ההסכמה לטיפול הרפואי נעשה במסגרתה של עוולת התקיפה – הן בארץ והן בתוך-לארץ. המעבר מצוולת התקיפה לעוולת הרשלנות נבע בעיקר מהחשש מפני אות-הקלון שעוולת התקיפה מטביעה ברופאים. כאשר רופאים, הבאים לסייע

76 למיטב ידיעתי, אין עוד שיטת משפט המכירה באופן גורף, תחת עוולת הרשלנות, בראש-הנוק של פגיעה באוטונומיה כמזכה כשלעצמו בפיצוי.

77 אם כי לבית המשפט, כפי שאראה בהמשך, יש אפשרות מסוימת לשלב שיקולים חברתיים גם במסגרת עוולת התקיפה, וזאת במקרים שבהם ניתנה הסכמה אך תוקפה עומד למבחן.

לחולים, מתויגים כתוקפים, יש לכך קונוטציה חברתית שלילית.⁷⁸ ועל-כן, כך נטען, יש להעדיף את עולת הרשלנות, אשר הקונוטציה השלילית שלה פחותה. נשאלת השאלה אם אי-אפשר "לחנך" את הציבור ש"תקיפה רפואית" אינה "תקיפה" במובן היומיומי, אלא סוג של עולה בויקית אשר מביאה לידי ביטוי את העובדה שרצונו של החולה לא מומש, וכך להמשיך להשתמש בעולת התקיפה דווקא.⁷⁹ טיעון זה אינו ברמת המיננה, אלא נובע ממהות ההגנה שניתנת לחולה. עולת התקיפה נותנת ביטוי טוב יותר לפגיעה ברצונו של החולה, ועל-כן מאפשרת מרחב אמיתי לאוטונומיית הרצון שלו, גם במקרים שבהם הוא אינו מסכים לטיפול מטעמים גחמתיים – כאלה שלא יעמדו במבחן החולה הסביר. בטסגרת עולת התקיפה, ההגנה שמרעננת לגופו של החולה ולא ינוטרס הרצון החופשי שלו היא הגנה קניינית, במובן שקלברזי ומלמר נודברים עליו במאמרם הסמינלי.⁸⁰ כלומר, לחולה שמורה זכות הווסו לסרב לטיפול, ואם הוא מממש אותה, אי-אפשר לכפות עליו את הטיפול. לעומת זאת, כלל של רשלנות מכתוב כי בהזנה אם נפגעה האוטונומיה של החולה תיעשה לפי אמות-מידה אוניקטיביות, כפי שקובעים סעיפים 35 ו-36 לפקודת הנתיקין, ושולל למעשה מהחולה את אפשרות הווסו. כל שהחילה זכאי לו הוא פיצויים, אשר ייקבעו על-ידי בית-המשפט במקרה שבו נגרם לו נזק – מוחשי או לאוטונומיה. גם אם בית-המשפט מכיר בראש-נזק חדש של פגיעה באוטונומיה תחת עולת הרשלנות, הקביעה אם נגרם לחולה נזק ברשלנות כפופה, מעצם טיבה של עולת הרשלנות, לסטנדרטים של סבירות – של הרופא או של החולה.⁸¹ גישה כזו מדגישה פחות, אם בכלל, את האוטונומיה של הנפגע הספציפי.

מתן ביטוי לאוטונומיה חשוב במיוחד באותם מקרים הריגים שבהם רצונו של הפרט שונה מהרצון החברתי, החולים מכירים את העדפותיהם באופן הטוב ביותר, אולם הם זקוקים למידע על-מנת לממש העדפות אלה ולבחור בטיפול המתאים להם ביותר מבין מספר רב של חלופות.⁸² העדפות אלה אינן יכולות להיות ממומשות על-ידי הרופא, שכן

78 קונוטציה שלילית זו יכולה אף להיות מתורגמת לכבדות מתחום המשפט הפלילי, שהרי תן העולה וזן העברה נקראות באותו שם ("תקיפה"), והגדרתן קרובה משפטית ומתייבת קיומם של מרכיבים דומים. ראו, למשל, ע"א 506/88 שפר נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(1) 87, 179-180 (1993).

79 על כונו של החוק מוצר וכמעט של גורמות חברתיות מכוונות-התנהגות באמצעות "הצהרת הצהרות", להכדיל סכונו של החוק לשלוט בהתנהגות באמצעות איסורים ועונשים, ראו: Cass R. Sunstein, *Expressive Function of Law*, 144 U. Pa. L. Rev. 2021, 2024-2025 (1996).

80 Guido Calabresi & A. Douglas Melamed, *Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral*, 85 Harv. L. Rev. 1089 (1971-1972)

81 ראו, למשל, בדבריו של השופט אור בפרשת דעקה, לעיל ה"ש 1. בעמ' 568: "ככל אדם בר דעת, היתה גם היא מסכימה לכך". ראו לציון כי השופטת ביניש מגיעה למסקנה הפוכה מזו של השופט אור באשר לשאלה אם המטופלת הייתה מסכימה לטיפול. ראו שם, בעמ' 455.

82 השוו בעניין זה לדבריו של השופט חיים בקן בהקדמה לספרו של יצחק חושן החופש למות

הן אינן קשורות אך ורק לסיכויים ולסיכונים של הטיפול.⁸³ במקרים שבהם השיקולים מסתכמים בהיבטים הרפואיים של הטיפול, כלומר בסיכויים מול הסיכונים הרפואיים, הפער בין הרופא לבין החולה יהיה יחסית קטן, שהרי שני הצדדים מעוניינים למקסם את הצלחת הטיפול. הפער יהיה גדול יותר במקרים שבהם שיקוליו של החולה אינם רק שיקולים רפואיים, או אולי אף לא בעיקר שיקולים רפואיים, אלא דווקא שיקולים אשר תורגמו ממסגרת הטיפול.⁸⁴ על הרופא, אשר בידי המידע על סוגי הטיפול ועל הסיכויים, הסיכונים ותופעות-הלוואי הכרוכים בכל אחד מהם, לדאוג להעברת המידע לחולה.⁸⁵ עוולת התקיפה

בכבוד (יוסי קיסטר עורך, 1998). לגישתי, "מן הבחינה המשפטית האדם הוא אדון על חייו ועל גופו, ואין לרופא שום אפוסטרופסת עליו – לא לזכות ולא לתובת... כיל עוד מטוגל החולה להבין את המצב ולהביע הסכמתו או סירובו – דעת החולה מכריעה, ואין נפקא מנה שפסילה היא בעיני הרופא." שם, בעמ' 9–10.

83 בית המשפט העליון מדגיש לרוב את ההיבטים הרפואיים של סיכויי ההצלחה מול הסיכונים הטמונים בטיפול, ואת אי-הידיעה של הרופא לגבי העדפותיו הרפואיות של החולה ולגבי מירת שגאת הסיכון שלו. כך, בפרשת שטנדל, לעיל ה"ש 57, בעמ' 757, נקבע כי "הסכמה מרעה לטיפול מבוססת על שקלול של היוניות הטיפול וסיכויי הצלחתו... עם תדירות הסיכון האפשרי ומידת חומרתו... סביר שמטופל יסכים לטיפול הרפואי היחיד האפשרי להצלחת חייו גם אם הסיכון האפשרי עקב הטיפול הוא חמור ואף תדיר. כן סביר הוא כי המטופל יתגמד לקבלת טיפול רפואי לצורך ריפוי ליקוי שאפשר להמשיך ולחיות עמו כאשר סיכויי הצלחת הטיפול אינם ודאיים, גם אם הסיכון האפשרי אינו שכיח ודרגת חומרתו גבוהה. הניקה בין פרטי המידע הרלוונטיים מגדירה את הניקה הגילוי הנדרש... ככל שהטיפול אינו חיוני, כך כוללת חובת הגילוי מתן מידע מפורט יותר".

84 כך, למשל, אישה אשר חפצה מאיד להביא לעולם ילד, ואשר עברה בעבר טיפולי הפריה רבים שנכשלו, הסכים, במקרים מסוימים, ליטיל סיכונים גדולים הרבה יותר לבריאותה מאשר אישה אחרת. העדפת זו שלה אינה "ציונלית" אם נביאים בחשבון אך ורק את מערך הסיכונים הטיפולים (סיכוי מול סיכון), אך היא "אפשרית" בהחלט בהתחשב במערך הרצונות הכולל של המטופלת ובשיקולים ה"לא-טיפולים" שהיא מביאה בחשבון. שיקולים אלה, נכוחה הגדרתם, יכולים להיות טובאים בחשבון רק על-ידיה, והרופא אינו יכול לכמתם ברובם המכריע של המקרים – לא מבחינת המידע הרליינטי ולא מבחינת העדפותיה האישיות של המטופלת. הדגשת האוטונומיה של הפרט מהייבת הגנה על העדפותיה של המטופלת, גם אם הן אינן סבירות או רציונליות, ואת זאת ניתן לעשות רק במסגרת עוולת התקיפה.

85 ראי, למשל: (Cobbs v. Grant, 8 Cal. 3d 229 (1972), שם נאמר (כפס' 152):
 "A medical doctor, being the expert, appreciates the risks inherent in the procedure he is prescribing, the risks of a decision not to undergo the treatment, and the probability of a successful outcome of the treatment. But once this information has been disclosed, that aspect of the doctor's expert function has been performed. The weighing of these risks against the individual subjective fears and hopes of the patient is not an expert skill. Such evaluation and decision is a nonmedical judgment reserved to the patient alone."

ניתנת ביסוּי טוב יותר לרצונו האישי של החולה מאשר עוולת הרשלנות, כגון במקרה שבו החולה, אילו נמסר לו מלוא המידע, היה מסרב. מסעמים אישיים ולא-רציונליים,⁸⁶ לעבור את הטיפול. במקרה כזה, אם הדין מתקיים במסגרת עוולת הרשלנות, או רצונו של החולה, שאינו רצונו של החולה הסביר, אינו מובא בחשבון,⁸⁷ ואילו תחת עוולת התקיפה ניתן להתחשב בו.⁸⁸ גישתו של השופט אור – שלפיה ככל שהסיכון שהוסתר מן החולה

86 למשל, פחד מפני הדימוקת כמחלה בעקבית עירו דם, הגם שביצוע הטיפול ללא העירו מסוכן הרבה יותר במונחים אובייקטיביים. אמריה דומה ניתן למצוא בעניין *McPherson v. Ellis*, 305 N.C. 266 (1982), שם נאמר (בעמ' 273): "In determining liability by whether a reasonable person would have submitted to treatment had he known of the risk that the defendant failed to relate, no consideration is given to the peculiar quirks and idiosyncrasies of the individual. His supposedly inviolable right to decide for himself what is to be done with his body is made subject to a standard set by others. The right to base one's consent on proper information is effectively vitiated for those with fears, apprehensions, religious beliefs, or superstitions outside the mainstream of society" (ההדגשה הוספה).

87 דומה שהשופט ריבלין בפרשת סירי, לעיל ה"ש 16, כרגיש נקודה זו של סבדרם גילוי אובייקטיבי אף יותר משהדבר נעשה בפרשת דעקה, לעיל ה"ש 1, אשר קדמה לה. המבחן הרווח בשיטה הישראלית הוא הצורך של המטופל במידע כדי להחליט אם לקבל את הצעת רופאו. אולם צורך זה נקבע על-פי קנה-מידה אובייקטיבי. על הרופא מוטל למסור למטופל את כל המידע שהיה נדרש לאדם סביר כדי לגבש החלטה אם להסכים לטיפול המוצע. הרצון הסובייקטיבי של החולה, כפי שהוא מובע במשפט, אינו סוף-פסוק בשאלת הגילוי, ויש לבדוק את הציפייה הסבירה של החולה הנדרש לקבל החלטה מיישכלת עובר לביצוע הטיפול. בגבשו את חובת הגילוי באופן זה, בית-המשפט נסתמך גם על חוק וכויות החולה, הקובע בסי 13(ב) כי "לשם קבלת הסכמה מרעה, ימסור המספל למטופל מידע רפואי הדרוש לו, באותה סביר, כדי לאפשר לו להחליט אם להסכים לטיפול המוצע" (ההדגשה הוספה). קביעה דומה בעניין חיבת הגילוי ניתן למצוא בפרשת שטנדל, לעיל ה"ש 57.

88 בעניין זה ניתן להקשות ולשאול אם אי-אפשר להתאים את עוולת הרשלנות כך שתביא בחשבון את האינטרסים הסובייקטיביים של החולה המסוים (ואולי לכך מכוון השופט אור בפרשת דעקה, לעיל ה"ש 1, בעמ' 565, פס' 7 לפסק-דינו; אם כי בפס' 9 הוא קובע כי משלא נימקה המערערת את עדותה, יבחן בית-המשפט על-פי כלל הנסיבות אם המערערת, כאדם סביר, הייתה מסרבת לביצוע הטיפול (שם, בעמ' 567-568)). סבורני כי פתרון זה, של התאמת עוולת הרשלנות, אינו נכון. ראשית, מבחינת תיאור המשפט הרווח, אינו מכיר שיטת משפט שבמסגרתה מביאים בחשבון במסגרת עוולת הרשלנות את האינטרס של המטופל הסובייקטיבי, במובן שמחייב את הרופא לתהות על קנקנו של כל מטופל ומטופל. אולם בנימוק זה אין די, שכן ייתכן שראוי לשנות את הכללים. עם זאת, נראה שגם מבחינת הטבנה של עוולת הרשלנות אין היא מתאימה להביא בחשבון שיקולים אישיים סובייקטיביים. העוולה מרברת על חובתו של האדם הסביר לנוחג בדרך מסוימת – במקרה דנן, על חובתו של

תמור יותר, וככל שהסתברות התרחשותו גבוהה יותר, כך הפגיעה באוטונומיה תמורה יותר, במיוחד ככל שאינן מתייחסת לסיכונים הפיזיים שנובעים מן הטיפול – היא פשטנית⁸⁹ משהו, שכן היא אינה כוללת מצבים רבים של פגיעה משמעותית באוטונומיה.⁹⁰ אולם מעבר לכך, היא מתייחסת להכרה בנוק של פגיעה באוטונומיה ולהערכת גדליה, אך לא לצמצם גריעתו ברשלנות.⁹¹ פעמים רבות אין זיקה ישירה בין מהות הסיכון לבין הפגיעה באוטונומיה. טיפול הכרוך בסיכון קטן יחסית עלול להביא לידי פגיעה משמעותית באוטונומיה, גראה שזו הייתה אחת הסיבות, מבחינה היסטורית, לכך שעולות התקיפה מילאה תפקיד כה חשוב במסגרת קיום רצונו של החולה.⁹²

זאת ועוד, בניגוד לעולות הרשלנות, עולות התקיפה מהגישה את רצון הפרט גם אל מול צורכיהם ורצונותיהם של צדדים שלישיים. היא אינה מאפשרת לפגוע ברצון זה בשל שיקולים חברתיים אשר אינם נוגעים בפרט עצמו (אלא אם כן הם נופלים למסגרת אחת מהגנות, ואלה מצומצמות מאוד⁹³) – למשל, כאשר לרופא אין זמן להסביר לחולה בפירוט את אופי הטיפול שכן עליו לטפל בחולים נוספים ברוגע. במקרים כאלה תרגיש עולות התקיפה את אי-היירוע, בעוד שעולות הרשלנות תרגיש את מערך התמריצים הכללי. תחת עולות התקיפה לא יהווה מהסור בזמן צידוק לטיפול ללא הסכמה.

המטפל הסביר למסור מידע לצורך הסכמתו מרעת של המטופל, טענה כי מטפל סביר צריך לתקור ברצונו של כל אחד מהחולים ולוודא את רצונו הסובייקטיבי תורגת מגדה של עולות הרשלנות גם בניסיון הפורמלי, שכן פעמים רבות תהיה עלותו של כירור כזה גדולה מהנוק, לעולות הרשלנות יש טאפיינים כלליים החלים על תחומים רבים, זה סיבה. אינן רואה כל סיבה להתאימה לתחום הרפואה באופן שיוביל, הלכה למעשה, לקיומם של פרמטרים שונים לבחינתם בתחום זה, שאלה אחרת היא אם יש בכלל משמעות לבחינה אובייקטיבית של הגילוי, נוסחת 1.11 בוחנת את הפרמטרים הראויים לבקשת אמצעי זהירות אל מול הנוק, ובהנחה שהכל היו פועלים באופן רציונלי, חוקה עליהם שהיו פועלים על-פי פרמטרים אלה. דווקא הסטייה מהפרמטרים של האדם הרציונלי הם המשמעותיים לבחינת ההסכמה.

89 סוגיה זו של הזיקה בין הפגיעה באוטונומיה לבין תוחלת הנוק מעיררת פעמים רבות תהיות. שופטים רבים יוצרים קשר, או מעין משוואה, בין הפגיעה באוטונומיה לבין רמת הסיכון שאליה נחשף המטופל. ככל שרמת הסיכון אי תוחלת הנוק גבוהה יותר, והמטופל לא קיבל את החלטתו בעצמו, הפגיעה באוטונומיה תמורה יותר. אולם לא ברור כלל שזה המצב. הפגיעה באוטונומיה מערבת במקרים רבים שיקולים שאינם רפואיים כלל. במקרים אלה הדרך היחידה לתת ביטוי מלא לאוטונומיה של הרצון היא באמצעות הדגשת תחולה הסובייקטיבי, אי במילים אחרות – באמצעות השימוש בעולות התקיפה.

90 יסוד הגרימה בהתשלול הוא חלק מן הצוללה, ואי אפשר לוותר עליו.

91 אגב, שבניקרת כזה לרצון החולה חייבת אף להיות השלכת על סטנדרט ההתנגות של הרופא ועל מהות הטיפול, אי אפשר לחייב את הרופא להישמע לרצון החולה, ולאחר-מכן לבוא אל הרופא בטענות כי לא בקט את הסטנדרטים הראויים.

92 עם זאת, לעיתים יאפשרו ההגנות לבתי המשפט להצדיק את הפעילות בשל צורך חברתי היצוני. בעניין זה ראו, למשל, ס' 24(1) לפקודת הגניקין.

עולת התקיפה היא עולת כוונה.⁹³ אם נבחן את הסיבה המהותית שבעטייה עולות הכוונה נבהנות בצורה שונה מעולת הרשלנות, לפחות ככל שהדברים קשורים לביתרוח הכלכלי של עולות הכוונה, תצטייר התמינה הבאה: עולות הכוונה באה למנוע התנהגות שאינה יעילה – התנהגות אשר מפרה את העיקרון שלפיו בהינתן הוצאות עסקה נמוכות וקיומו של "שוק", יירשו הצדדים להגיע להסכמה לצורך ביצוע עסקה, ובהעדר יכולת להגיע להסכמה כזו, יתא עליהם להימנע מן הפעילות.⁹⁴ כך, למשל, גם אם אני מעריך נכס שנמצא בידיי של אחר יותר ממנו,⁹⁵ כפיית עסקה אינה יעילה, שכן האחר ישקיע רבות בהגנה מפני גטילה זו, ויהא עליי להשקיע רבות על-מנת להתגבר על הוצאות הגנה אלה.⁹⁶ התוצאה היא כמובן בזבוז משאבים, אשר אין הצדקה אמיתית לקיומו. על-כן יש למתן את הצדדים לביצוע עסקה רצונית דרך מנגנון השוק, במקרה זה גם יביא השוק לידי ביטוי את הערכים האמיתיים שהצדדים מייחסים לנכס, ולא את הערכים ה"מיוחסים" להם. במבט לאחור, בעסקה כפייה אי-אפשר לדעת מהו הערך האמיתי שכל אחד מהצדדים מפיך מביצוע העסקה, אנו רוצים להבטיח באופן תר-נושמי כי ראובן, המעוול, לא יהיה אדיש לשאלה אם הוא יגנוב או יקנה את מכוניתו של שמעון. את זאת ניתן להשיג באמצעות תשלום פיצוי גבוה משווי המכונית במקרה של גול (רכיב צונשי), כך שגול המכונית לא ייחשב תחליף אמיתי לרכישתה בעסקה רצונית.⁹⁷ כמובן אין מקום להכיר בהגנת אָשָם תורם, שכן עלות ההימנעות מגול למויק גמובה מעלות המניעה לביזוק, דהיינו, המויק הינו מונע הנוק הול יותר, ויש להשית עליו את גלוא הנזק.⁹⁸

במסגרת עולות התקיפה, חוסר הסכמה מהווה מקרה קל. למטופל/מוחקף ניתנת הגנה מלאה, שכן הוא הביע באופן פעיל את חוסר הסכמתו, הצדדים לא הגיעו להסכמה במסגרת

93 בעניין זה חשוב להבהיר את המשמעות של "עילת כוונה" (intentional tort) דוד קרצמר אומר בעניין זה כי "יש להבחין הבחן היטב בין יסוד 'הכוונה' ובין יסוד 'הודון', כוונה פירושה, שאדם צופה תוצאה ידועה מפעולתו וחפץ בהתרחשותה; לעומת זאת, 'הודון' פירושי שהמניע מאחורי המעשה של הפועל הוא 'פסיל'. סי' 23 לפקידת הנויקין קובע במפורש, כי בעולות התקיפה דרוש יסוד הכוונה. בירוש הדבר, שתהיה אהויות אם התוקף צפה שמעשהו יביא למגע פיזי בטופו של הנתקף ושרצה בתוצאה זו. יסוד זה יתקיים גם אם המניע למעשהו של התוקף היה טהור, ואפילו אם פעל לטיבתו של הנתקף." הדוגמה שקרצמר מביא היא של רופא שניתן זריקה להולה בלא הסכמתו – גם אם הדבר נכון מבחינה רפואית, עדיין יש לרופא כוונה לנגוע בגוף החולה ללא הסכמתו, ודי בכך למילוי יסודות הסעיף. ראו דוד קרצמר דיני הנויקין – העולות השונות: תקיפה וכליאת שווא 8–9 (גד טרסקי עורך, התשמ"ה).

94 ראו: (Richard A. Posner, Economic Analysis of Law 205 (6th ed. 2003).

95 ייתכן כמובן שאני טועה, וערכו של הנכס לצד האחר גבוה מערכו של הנכס לגביי. אהר היעדים של עולות הכוונה הוא לצמצם עד למינימום טעויות אלה. אולם לצורך הדיון נניח כי הטענה נכונה.

96 Posner, לעיל ה"ש 94, בעמ' 205.

97 שם, בעמ' 206.

98 שם, בעמ' 207.

ה"שוק", ומשהובע חוסר הסכמה זה, לא ידקק בית-המשפט לשום תחליף או פרוקסי, כגון רצונו של האדם הסביר בטקרים דומים, שכן לחולה יש זכות וטו על גופו במיזבן של מימוש האוטונומיה גם במחיר של סיכון עצמי. הדרך שבה עוולת התקיפה מטפלת במקרים כגון אלה היא להעניק עילת תביעה גם אם לא נגרם נזק. מימוש האוטונומיה הוא הערך המובן, וגם אם לא נגרם נזק גוף או רכוש, היא ראוי עדיין להגנה. בגינו יוצא צו מניעה שיגבה את החולה *ex ante*, ויוענק פיצוי כאשר הרופא התעלם טרצון וה"ל לעומת זאת, בעולות הרשלנות או בהפרת חובה חקוקה ללא נזק לא מתגבשת עילת תביעה, ועל-כן ממילא לא קמה זכות לפיצוי.⁹⁹

99 יורגש: היה אם גרים לחולה גם נזק גוף או נזק רכוש, יש לחזור לכללים הרגילים של סיבתיות, ולתראות כי קיים קשר סיבתי בין התקיפה לבין הנזק שנגרם לגוף או לרכוש. בהקשר של טיפול רפואי החלק העוברת אינו בעייתי, שכן החולה הכיע את חוסר רצונו לעבור את הטיפול, ועל-כן ממילא לא היה עובר אותו אילו לא נכפה זה עליו. אך בכך אין דה. הקשר הסיבתי המשפטי ידרוש כי הסיכון שהתממש הוא מסוג הסיכונים שבגינם רצת החולה להימנע מהטיפול. אם מדובר בסיכון אחר שהתממש, אזי ניתן לטעון כי למרות קיומו של קשר סיבתי עיבדתי, אין קשר סיבתי משפטי. כך, למשל, אם החולה הפך בטיפול הלופי שבו הסיכון לנזק מהסוג שבסיפוי של דבר התממש גדול מהסיכון המקביל בטיפול שעבר בפועל, אך הוא היה מוכן לטול על עצמו סיכון זה משום שחשט מפני סיכון אחר הכרוך בטיפול שעבר ללא הכחמתו (ואשר בפועל לא התממש), או מהסיכון שהתממש משותף לשני הטיפולים, לא התקיים דרישת הקשר הסיבתי המשפטי. שלו, לדוגמה, חולה חתר מקבלת עירוי דם שכן הוא חושש מהדיבקות במחלת זיהומית בעקבות העירוי. בשל כך הוא הפך לעבור טיפול של השתלת כלית בהליך ללא עירוי – הליך אשר מגביר את הסיכון לאירוע מוחי. בסופו של דבר הרופא אינו פועל על-פי ההליך המוסכם, וניתן לחולה עירוי דם. החולה לוקה באירוע מוחי. במצב כזה לא מתקיים היסוד של קשר סיבתי משפטי, שכן הסיכון לאירוע מוחי בטיפול שניתן בפועל, אף שהתממש, קטן מן הסיכון שאילוי היה המטופל נחשף אילו עבר את הטיפול שבו הפך. לעומת זאת, אילו נדבק החולה במחלה זיהומית, הייתה מתקיימת גם דרישת הקשר הסיבתי המשפטי. שאלה מעניינת נוספת היא לענין הקיזוז – קיזוזו של נזק או תוחלת נזק שהיו נגרמים אילו עבר החולה (או נמנע מלעבור) טיפול חלופי. כזכור, המטרה היא לא לשפר את מצב החיזוק, אלא להשיבו למצב שבו היה אלמלא המעשה העולתי. לכן, כנגד הנזקים שנגרמו, צריך להביא בחשבון נזקים אחרים שהיו נגרמים לו בטיפול החלופי אי בהעדר טיפול כלל. ראי' בעניין זה אריאל פורת "אחריות מופרות, קיזוז סיכונים ורפיאה מגנותית" עיוני משפט ל' 9 (2006).

100 עד פסק-הדין בפרשת דעקה, לעיל ה"ש 1, לא הוכרה הפגיעה באוטונומיה כראש-נזק עצמאי. הוכר אוטנום הצורך בפיצוי בעבור נזק לא-מיהשי בשל פגיעה ב"אינטרס של החיזוק בנפשו, בנוחותו ובאשרור" (פרשת גורדין, לעיל ה"ש 44, בעמ' 141), כפי שבציין השופט אור בפרשת דעקה (לעיל ה"ש 1, בעמ' 1574), יכן הצורך בפיצוי בשל "כאב וסבל", כבמקרה של רצ"א 444/87 אלסוהה נ' עיזבון דהאן, ס"ד מדין 397 (1990). אך לא היצר הצורך בפיצוי בשל הפגיעה באוטונומיה גרידא. החידוש בפרשת דעקה הוא ביצירת ראש-נזק עצמאי חדש, אשר אין לו אח והע בשיטות המשפט המקובל.

מקרה קשה יותר הוא זה שבו ניתנה הסכמה, אך יש ניסיון לקעקע את תקפה בדיעבד. כאן, למרות הסובייקטיביות של עוולת התקיפה, נכנסת לעיתים האובייקטיביות בדלת האתורית, במובן של כמות המידע ואיכות המידע שהיה על הרופא לספק. מדוע? סיטואציה זו שונה מהמקרה הרגיל של תקיפה שכן מראש ניתנה הסכמה לטיפול, והשאלה שעומדת לפני בית-המשפט היא אם הסכמה זו תקפה בדיעבד.¹⁰¹ תוקף ההסכמה במדד, מבחינה היסטורית, באמצעות מתן מענה לשתי שאלות: הראשונה – איזה מידע היה ראוי שיוצג לחולה, ובאיזה אופן; והשנייה – אם התילה היה מענה את דעתו על-סמך אותו מידע.¹⁰² בדומה למקרה של חוסר הסכמה, גם כאן עוולת התקיפה מדגישה את אינטרס הפרט. אולם להבדיל מאותו מקרה, הפעם הבהיגה היא היפותטית – האם הפרט היה משנה את דעתו על-סמך מידע נוסף שהיה מובא לפניו. הגישה היא עדיין סובייקטיבית, כמובן זה שבית-המשפט יצטרך לבחון את הפרט הספציפי, אולם הבהיגה הינה ספקולטיבית בעיקרון. בחינה ספקולטיבית כזו מאפשרת לבית-המשפט להכניס למסגרת עוולת התקיפה שיקולים חיצוניים במסגרת השליטה בסוג המידע שאותו היה המטפל צריך למסור. כך, מטירה של

101 שאלה נפרדת, וחשיבה ימעניינת לא פחות, היא שאלת החזמון – מתי כותנים את רצונו/הסכמתו של המטופל. זאת, משום שבמקרים רבים יבחן המטופל את הדברים בדיעבד בצורה שונה מכפי שבחן אותם ex ante, סמוך לקבלת הטיפול. במנותק מנסיבות המקרה ולפני הטיפול ולאחריו) היה התולה מעדיף דרך טיפול מסוימת – כזו שתתאם לרוב את שיקולי-דעתו של הרופא (בהנחה שהוא פועל על-סמך שיקולי LH). אולם מייד לפני הטיפול הוא עשוי לשנות את החלטתו מפאת פחד מפני הכאב או מסיבות אחרות. אם המבחן הוא של הסכמה ex ante, אזי זכותו של החולה לקבל פיצוי כתגבשת עם קבלת הסכמתו לא מדעת או עם שינוי דעתו ותחילת ההליך הרפואי. חששו של הרופא מפני תביעה משפטית בדיעבד נחזקה אומנם אינו חייב לממש את זכותו לתבוע את הרופא, אולם אם נגרם לו נזק, הוא יכול לנצל את הפרצה המשפטית על-מנת לזכות בפיצוי, וחולים רבים לא יעמדו בפיתוי זה יניע אותו לציית לרצונו של החולה מייד לפני הניתוח – רצון אשר אינו משקף את העדפותיו ה"אמיתיות" של החולה ואשר מוטא לניכח הנסיבות. ייתכן שהחולה היה מעדיף שתברק דווקא הסכמתו בדיעבד, אך בשיווי-המשקל שנוצר לא יוכל הרופא למלא את רצונו זה. זאת, מכיוון שכלל המאפשר תביעה בדיעבד לא יאפשר לחולה לקבל על עצמו מראש מחייבות אמיתית ואמינה לא לתבוע, ועל-כן הרופא לא יהיה מוכן ליטול את הסיכון, לפני המחלה וכן לאחר הטיפול החולה מתנהג באופן רציונלי ומעדיף את הטיפול הנכון, אולם בעת המבחן היא עלול להעדיף את הטיפול הלא-מיטבי, וזאת בשל בחינה לא-מאוזנת של הסיכון והסיכוי שהוא יצב בפניהם. הרופא במקרה זה אמור לגשר על פער זמנים זה, שהרי אם החולים כולם יממשו את העדפותיהם ה"לא-מיטביות" סמוך לניתוח, התוצאה הסופית תהיה שאנשים מעטים יותר יירפאו, וברור שזו אינה התוצאה הרפואית המיטבית – לא במובנים של התברר כולה (LH) ואף לא במובנים של המטופלים עצמם. אולם ההבנת עילת התביעה נגד הרופא מקשה עליו את מילוי תפקידו כמגשר בין רצון החולה מראש לבין רצון החולה בדיעבד, שכן הרופא לא ירצה לחשוף את עצמו לסיכון של תביעה משפטית.

102 ראו: Richard A. Epstein, Torts 144-145 (1999).

מידע מסוג מסוים ייתכן שהייתה משנה את דעתו של החולה לעניין עצם קבלת הטיפול, אך אם יהלים בית-המשפט שמסירת מידע זה לא התחייבה כנסיבות המקרה, לא תישלל תוקף ההסכמה בדיעבד. כלומר, לבית-המשפט יש אפשרות לשלוט בהיקף הגילוי, וכך בהתכנת הספקולציה בדבר שינוי הדעה. גישה זו מאזנת בין הצורך בהגנה על האוטונומיה, שהינה אישית במהותה ואינה נגזרת מתכונותיו של האדם הפביר, לבין שמירה על האינטרסים של הרופאים, קופות-החולים, המדינה וצדדים שלישיים נוספים. בדרך זו ייטיב בית-המשפט להתחשב בשיקולים חברתיים-אובייקטיביים, תוך שמירה על מסגרת דיון סובייקטיבית המגינה על זכויות החולה הספציפי, להבדיל מדיון במסגרת עוללת הרשלנות, שמקורה בנקודת-מבט אובייקטיבית, תוך ניסיון להתחשב בשיקולים סובייקטיביים באמצעות מדדים של מטופל פביר.

במסגרת טוגיה זו של הסכמה מדעת ועוללת התקיפה ניתן להקשית ולשאל מה יהיה הדין באותם מצבים שבהם לא נערך גילוי מלא אך החולה ממילא לא היה משנה את דעתו גם אילו נעשה גילוי כזה.¹⁰³ טלו, לדוגמה, מקרה שבו לא גילו לחולה סרטן סיכון מהותי בניתוח להוצאת הגידול, אלא שמתברר שגם אילו נעשה גילוי מלא, היה החולה מקבל אותה ההלטה, אך אם לאחר לבטים רבים ייתר, האם במקרה כזה אין להכיר בפגיעה באוטונומיה? האין לקבוע כי הייתה פגיעה באוטונומיה בכך שלא ניתנה לחולה האפשרות לשקול את כל השיקולים הרלוונטיים בטרם קיבל את החלטתו? טיעון זה מבסס את הפגיעה באוטונומיה על רכיב המידע בלבד, עצם העובדה שלא הובא לפני החולה המידע לשם קבלת החלטה מושכלת די בה לבסס את עוללת התקיפה. עליפי גישה זו, רכיב ההסכמה אינו רק תלוי-תוצאה, אלא גם תלוי-דרך, ככל שהכרים קשורים להגנה על האוטונומיה, ההסכמה שניתנה הייתה על בסיס מסוים, והעובדה שעל בסיס מידע אחר הייתה מתקבלת אותה החלטה אינה שקולה למתן ההסכמה מדעת. אם להיות עקביים בגישה זו, הרי שגם בסיטואציה של טיפול ללא נזק כלל צריכה לקום עילת תביעה בגין עוללת התקיפה, שכן האוטונומיה של חולה אשר לא קיבל את מלוא המידע שבו היה מעוניין נפגעה ללא קשר לתוצאת הטיפול. מובן שגם לפי גישה זו יש משמעות לעובדה שהמטופל לא היה משנה את דעתו, אלא שלשאלה זו תהיה השפעה על חומרת הפגיעה בלבד, ולא על עצם קיומה.¹⁰⁴

האם הכרה בפגיעה באוטונומיה גם כאשר החולה לא היה משנה את דעתו פועלת לסובתו? במבט ראשון נראה שלא. מן החולה נחסך מידע מדאיג אשר ממילא לא היה מניע אותו לשנות את החלטתו, ונוסף על כך נגרם גם רווח חברתי, שכן בחסכה העלות של חיפוש המידע עליידי הרופאים והסברתו לחולה. אולם בחינה נוספת של העניין עשויה להוביל למסקנה שונה, ראשית, חולה שרוצה לחסוך מעצמו מידע יכול לעשות זאת ללא כל קושי. זכות החולה לא לקבל מידע – בכלל או באופן תלקי – הינה חלק חשוב מהזכות לאוטונומיה, ואם זו הייתה בהירת החוללת, מובן שעל הרופא ועל בית-המשפט לכבדה. כמובן ברור שהחולה אינו הייב לממש את זכות התביעה אם הוא אינו חושב שהרופא פגע

103 זהו, למעשה, המקרה של פרשת דעקה, לעיל ח"ט 1, כפי שבא לידי ביטוי בגישת הרוב.

104 השוה לדעתו של השופט אורי. שם, בפ"ט 29 לבסקיריגו, בעמ' 584-585.

בו,¹⁰¹ הבעיה היא ביתס לאותם חולים שאכן חפצים במידע, אי-הכרה בפגיעה באוטונומיה במקרים שבהם לא נגרם להם נזק לא תאפשר להם לממש את הערפתם.¹⁰² שנית, הטיעון ברוב אי-שינוי הדעה בעייתי מכיוון שהנחת-היסוד בו אינה מעשית על-פירוב, ברוב המקרים בית-המשפט אינו יודע באופן ודאי שהתלסט המסופל לא הייתה משתנה, והנחה זו היא בגדר ניחוש, אשר טומן בחובו סיכויים לטעות. מה הרבותא? הרי קיימים מקרים רבים שבהם בית-המשפט יכול לטעות, מה הופך דווקא סוג זה של מקרים לשונה? ניתן להסביר את השיבות הנקודה באמצעות הדוגמה הבאה. התובע מגיש תביעה בגין העדר הסכמה מדעת. הנתבע יטען כי התובע לא היה משנה את דעתו גם אילו נמסר לו מלוא המידע, והוא אף יוכיח זאת בהסתברות של 51%. בעקבות זאת, בהינתן הכלל שלפיו אי-שינוי הדעה שולל קיומו של קשר סיבתי ועל-כן מוביל לפטור מוחלט, הוא יזכה במשפט, אף שבמקרה זה יש סיכוי גדול לטעות (הנובע מ-49% שלא הוכחו). מי שיצר את הסיכוי לטעות הוא הנתבע, אשר לא סיפק לחולה את המידע מלכתחילה, ועל-כן מנע ממנו אפשרות לקבל את החלטתו האמיתית ברנע הקובע, אילו סיפק הנתבע את המידע מראש, לא הייתה נוצרת בעיה של חוסר ודאות ועמימות סיבתית. באנלוגיה למקרים של נזק ראייתי,¹⁰³ ניתן לומר כי הנתבע מנע מהתובע את האפשרות להוכיח את טענתו בכך שלא סיפק לו את המידע לפני צריכת הטיפול,¹⁰⁴ ובמקרה שלנו הטענה הזקה אף יותר, שכן הספקת המידע לא הייתה מונעת רק את הנזק הראיתי, אלא אף את עצם העילה.

מהדיון לעיל עולה כי במקרים שבהם הסכים המטופל לטיפול אך תוקף הסכמתו נבחן בדעיבד, בוינת ההסכמה מדעת במסגרת עוללת התקיפה משקפת את האינטרס של הפגיעה באוטונומיה ומדגישה אותו, תוך התחשבות מסוימת כאינטרסים חברתיים היצוינים לנפגע.

105 שאלה מעניינת היא מה הרין כאשר דעתו של החילה ונילוויה הוציגו אינם נשאים קבועים לאורך זמן. כך, ייתכן שבעת הטיפול לא הפץ החולה לקבל את המידע, אך לאחר-מכן שינה את דעתו או שהוא מצוייך להרוויח מכך שהמידע לא נחשף לפניו לפני הניתוח, אף-על-פי שזו הייתה העדפתו הראשונית.

106 כפי שאראה בהמשך, אם הכלל המשפטי הוא שבמקרה של אי-גילוי ישלם הרופא ביצוי בכך הנזקים הממשיים גם אם לא התרשל, אזי בכל-זאת יהיו לרופא תמריצים לספק מידע נאות. הבעיה היא באותם מקרים שבהם הטיפול, בעניין שבשגרה, אינו גורר נזקים ממשיים, שכן במקרים אלה לא יהיה "איזום" של ממש על הרופא.

107 אריאל פורת "פיצוי בגין יצירת סיכון ופגיעה בסיכוי" עיוני משפט כב 605, 632 (2000); אריאל פורת ואלכס שטיין "דוקטרינת הנזק הראיתי: ההצדקות לאימיה ויישומה במצבים סיפוסיים של אי-ודאות בנרימת נזקים" עיוני משפט כא 191 (התשנ"ח); A. Porat & A. Stein, Tort Liability Under Uncertainty (2001).

108 לעניין זה השוו גישתו של השופט ריבלין בפרשת סירי, לעיל ה"ש 16, בפס" 17 לפסק-דינו. שבה הוא אימר את הדברים הבאים: "יצוין כי על-פי נסיבות המקרה ניתן היה אולי לטעון כי נגרם למצד-שנים 'נזק ראייתי' משלא נתאפשר בירור עמדתם לגבי ביצוע הבדיקה הנוספת. אלא שטענה זו התשיכה לה אינה פשוטה בנסיבות היפותטיות שכאלה, ומכל מקום, גם היא צריכה בירור בערכאה המברות תוך שמיעת טענית הצדדים."

על-יכן הגשת מרכיזותה של עוולה זו היא צעד נחמקש לנוכח המטרות שבית-המשפט רוצה לקדם.¹⁰⁹

ח. ניתוח של דוקטרינת ההסכמה מדעת במסגרת עוולת הרשלנות

כזכור, בחר בית-המשפט בפרשת דעקה, ובפסקי-הדין שהרחיבו אותה, לא לפסוע בנתיב שצוין לעיל, אלא לצעוד דווקא במשעול של עוולת הרשלנות.¹¹⁰ מעבר לעוולת הרשלנות, באופן שבו בחר בית-המשפט ליישמה, אינו מצמצם בהכרח את היקף החובה, אך משנה את טיבה. החובה מצטמצמת ביחס להגנה על אינטרסים אישיים של החולה, אך מתרחבת מבהינת היקף האינטרסים המוגנים. השאלה היא אם צמצום זה ורחבה זו, בהתאמה, ראויים.

בטרם אעבור לעצם הניתוח של עוולת הרשלנות בהקשר של הסכמה מדעת לטיפול רפואי, ברצוני להתעכב על הדינמה הבאה:

בעל מועדון צלילה "א" משכיר ציוד צלילה. הציוד המושכר הוא מדגם כזה שבממוצע אחת לכל 1,000 צלילות מתרחשת תאונה. גירל הנוק, אם התאונה מתרחשת, עומד על 100,000 ש"ח. עלות הציוד היא 100 ש"ח. הציוד המושכר הוא מהסטנדרט הקיים ברוב מועדוני הצלילה בארץ. ענו זאת, בשוק יש ציוד טוב יותר, המושכר במועדון "ב". ציוד זה מקטין את הסיכון ל-100,000 ש"ח אחת לכל 5,000 צלילות. עלותו של ציוד כזה עומדת על 300 ש"ח. מלבד שני סוגי ציודים אלה אין סוגי ציוד נוספים אשר יכולים להפחית את הסתברות הנוק – כולם יודעים שצלילה היא ספורט מסוכן. אדם שובר ציוד במועדון "א" ונגרם לו נזק,

האם בדוגמה זו יפסוק בית-המשפט כי בעל מועדון "א" התרשל? ניתן במקרה זה לחלק את הדיון לשניים, השאלה הראשונה היא אם הייתה התרשלנות לגופו של עניין, דהיינו, ביחס

109 מעניין שהשופט אור בפרשת דעקה, לעיל ה"ש 1, נוטה, לענין הקשר הסיבתי, להחיל מבחן סובייקטיבי בהתייחס לשאלה מה היה קורה אילו הוצג לפני החולה מירע מלא, ואם היה החולה משנה את התלשטו. המבחן האובייקטיבי יכול לסייע, אך לא יבוא כהחליף. נקודה זו מעניינת שכן השופט רוצה להת בייסוד לרצון האמיתי של החולה. אלא שעוולת הרשלנות, כעניין שבשגרה, אינה מביאה בחשבון מרכיבים סובייקטיביים. זאת, לעומת עוולת התקיפה, אשר משקפת טוב יותר את רצונו של הפרט.

110 למעשה, דעת הריב בפרשת דעקה, שם, לא דנה כלל בשאלה אם ראוי להעדיף את עוולת התקיפה על עוולת הרשלנות בהקשר של דוקטרינת ההסכמה מדעת. השופט אור, ברעת רוב, קובע כי "הדיון בבית המשפט המחוזי התנהל על פסים, על פיהם יוחסה למשיבים או לרופאים שעבדו בשירותם את-דיות בנייקן בעוולת רשלנות, ולא בעוולת תקיפה. ממצע זה עילה זו היא היתירה בה עלינו להכריע בערעור זה" (שם, בעמ' 560, פס' 2 לפסקי-דינו של השופט אור).

לטיב הצייד שהושכר. נראה כי התשובה במקרה זה היא שלילית. בהשכרת הציוד לא הייתה התרשלות, שכן במעבר לשימוש בסוג הציוד שמושכר כמועדון "ב" לא היה אפשר להפחית את תוחלת הנוק בעלות הגמוכה מעלות ההשקעה באמצעי זהירות.¹¹¹ השאלה השנייה היא אם ניתן לראות בעובדה שלא דווח לצולל על קיומה של מערכת הלופית במועדון המתחרה משום רשלנות בגין אי-גילוי, שכן נמנעה הסכמתו מרעת. זאת ועוד, במקרה שבו יקבע בית-המשפט כי מדובר בהתרשלות, האם יהיה על התובע. על-מנת לזכות בפיצוי, להראות כי אילו נמסר לו מידע זה הוא היה משנה את החלטתו, אי שמו יקבל בית-המשפט טענה שלפיה עצם שלילת האפשרות להחליט מקנה זכות לקבלת פיצוי בגין הפגיעה באוטונומיה של הצוללן לקבל החלטה מושכלת?

קבלת טענת התרשלות והטלת אחריות גם במקרה שבו הצוללן לא היה משנה את דעתו יצמידו מקרה זה בשורה אחת עם החלטות בית-המשפט בסוגיית ההסכמה מדעת, כפי שהיא מניתחת במסגרת עוולת הרשלנות בהקשר הרפואי. עם זאת, נראה כי רוב ציבור המשפטנים יסכים כי במקרה זה יש לקבוע שבעל המועדון לא התרשל – לא לעניין עצם השכרת הציוד ולא לעניין אי-הגילוי.¹¹²

דוגמה זו, הגם שהיא עוסקת בתחום אחר, משקפת את הבעייתיות הקיימת בשימוש בעולות הרשלנות בהקשר של טיפול רפואי והסכמה מדעת. בעוד האינטואיציות פועלות בצורה אחת לגבי הטיפול הרפואי, הן פועלות בצורה אחרת לגבי הצוללן. אולם עולות הרשלנות אינה משתנה בין שני המקרים. האם יישום שונה כל-כך בכל אחד מהם מוצדק? – מסופקני. דוגמת הצוללן שונה אומנם מהתחום הרפואי, בכך שאין מדובר בסיכון גופני ישיר ובלתי-נמנע, אולם קיימים תחומים רבים במסגרת הטיפול הרפואי – כגון הטיפולים האלקטיביים – שבהם המסופל יכול להחליט אם לעבור את הטיפול אם לאו, ועל-כן הסיכון לפגיעה בגוף אינו בלתי-נמנע. מעבר לכך, בעובדה שמדובר בסיכון בלתי-נמנע יש רק כדי להקטין את נטל הגילוי, שכן במצב זה ללא התערבות רפואית ייגרם הנוק, ופעמים רבות הוא יהיה גדול יותר. על-כן, דווקא במסגרת הסיכונים הנמנעים נטל הגילוי צריך להיות רחב יותר.

כאמצעות דוגמת הצוללן ברצוני להמחיש מדוע בפרשת דעקה השימוש בעולות הרשלנות לשם החיוב המשפטי הינו בעייתי. קשה להצביע על סיבה אמיתית מדוע דווקא בהקשר של רופאים צריך למעשה לייצר זן אחר של עוולת רשלנות. האם העובדה שהמשפט אינו מחייב דים – אשר באופן קבוע אינם פועלים לקידום האינטרסים של הצד הנפגע

111 תוחלת הנוק בהינתן הצייד המושכר היא $100,000 * 1/1,000$, כלומר, 100 ש"ח. מצד שני, לאפשרות ההלופית יפחית את תוחלת הנוק ל- $100,000 * 1/5000$, דהיינו, 20 ש"ח. כלומר, השקעה של 200 ש"ח נוספים באמצעי זהירות תפחית את תוחלת הנוק ב-80 ש"ח. על-כן השקעה זו אינה יעילה מבחינה כלכלית.

112 השיי, לדוגמה, ת"א (מחוזי ת"א) 2563/99 שלומיכין נ' סקאל דיוטי פרי בע"מ, תקימת 2002(1) 23 (2002) (להלן: פרשת שלומיכין), שבו הופסת תיות פיסרת בתי-עסק לממבר התחובה לייצק ללקוחות באשר לאמצעי התשלום המועדפים ולדרכי החיוב הכדאיות להם מול חברת האשראי. כן השוו בעניין זה Dobbs, לעיל ה"ש 38, בעמ' 1006.

– בגין פגיעה באוטונומיה אינה צריכה להשליך על הטיפול הרפואי במובן של צמצום האחריות. מדוע הדין שחל על בעל מיעדון הצלילה שונה מהדין שחל על רופא אשר העניק לאדם טיפול שתועלתו גדולה מגזקו אך לא סיפק לו מספיק פרטים על הטיפול הרפואי? האם מצבו של הרופא – שמחויב בהגשת עזרה גם ללא התמריץ המשפטי, ואשר לפחות על פני הדברים פועל לטובת החולה¹¹³ – צריך להיות רע ממצבו של בעל מועדון הצלילה? ומה ביחס למקרה הכללי יותר של פגיעה א' העיף אבן אשר פגעה בבי, בית המשפט קובע כי לא הייתה התרשלות בהעפת האבן. היעלה על דעת השופטים להעניק לבי פיצוי בגין הפגיעה באוטונומיה שלו? ומדוע בעצם לא? אף אחד לא שאל את בי אם הוא מיכן שהאבן תפגע בראשו, וסביר להניח שאילו שאלו אותו הוא היה מוותר ברצון על התענוג – האין זה בריוק מקרה שבו שלילת ההחלטה שהנפגע משמעה פגיעה באוטונומיה? הטיעון הוא שהיצמדות להלכת דעקה ולראשי הנזק של פגיעה באוטונומיה שאומץ בה מחייבת, כמעט בכל מקרה נזיקי, לפסוק פיצוי בגין ראשי הנזק זה, והשאלה היחידה היא מה יהיה גודלו של הפיצוי, עם זאת, רומה שהדין במקרים אלה הוא שהפיצוי יינתן בגין נזקים "ממשיים" בלבד.

השאלה היא מה הופך מקרים אלה, שבהם הפוגע אינו מוחזק כבוה שרוצה לשפר את מצבו של הנפגע, לשונים מהמקרה של הרופא? אין זה סוד שעוולת הרשלנות נבחנת במבחנים אוניווקסיביים. השופטים מדגישים חוזר והדגש את נוסחת L.H, קרי, מהו הדבר שנכון לעשות מבחינה חברתית?¹¹⁴ בשם היעילות הכלכלית¹¹⁵ אנו מאפשרים לאנשים לסכן אנשים אחרים אם ההוצאות הכרוכות במניעת התאונה גדולות מתוחלת הנזק. במובן זה אנו חורצים את גורל הנפגע מבלי לבחון את נקודת-מבטו, ובהיננים אך את שיקולי המזיק או את שיקולי החברה. כל זאת, דווקא במצב שבו הפוגע והנפגע זרים. הפוגע רוצה לקדם את האינטרסים שלו, ולא את אלה של הנפגע. מדוע במקרה של רופאים יש לסטות מכלל זה?

113 ייתכנו כמובן מצבים שבהם לא זה מצב הדברים. ראו למשל, אריאל פורת "רשלנות ואינטרסים" עיוני משפט כד 275 (2001). אולם גם במקרים אלה נראה כי לפחות חלק מהסעיפים שמביעים את הרופא קשורים לטובת החולה. לכל-היותר יהיה הרופא במצב רומה לאיש זה, אשר מעדיף לקדם אינטרסים אישיים שלו על קידום אינטרסים של אנשים אחרים.

114 בעוד הנשיא ברק סבור כי נוסחה זו היא שימושית אך אין בכוחה לתת פתרון כולל לכל בעיות הסבירות בעוולת הרשלנות – בעיקר מכיוון שהאדם הסביר אינו רק האדם היעיל, כי אם גם האדם הצדיק, ההוגן והמוסרי (ראו ע"א 5604/94 חמד נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(2) 498, 511 (2004)) – דעת השופט דיבלין היא שאפשר להביא גורמים אלה בחשבון במסגרת הנוסחה עצמה, ואין הכרח לצמצם איתה להישוטים מתמטיים של יעילות כלכלית בלבד. ניתן לדעתו להשתמש בנוסחה כמסגרת רעיונית, שאליה ייצוק בית-המשפט את התכנים של הצדק, הנגינות והמיסר, כך שפגיעה בצדק תחשב כעלות, נמש כפי שצדק מתקן ייחשב כתועלת (שם, בעמ' 519).

115 לצורך הטיעון אני מסתפק בציון העובדה בלבד, ואינו מתיימר להביע עמדה ערכית בכל הקשור לעצם השאלה.

סבורני שההבדל העיקרי בין המקרה של רופא לבין המקרים האחרים שתיארתי נעוץ בהסתמכות החולה על הרופא, המטופל מסתמך על הרופא הן בעצם הטיפול והן בקבלת ההחלטה על הטיפול וסוגו, שכן הרופא משמש לו מקור מידע עיקרי. השאלה היא עד כמה החברה רוצה לצודד הסתמכות מעין זו, שכן הסתמכות כזו יכולה להיות מקור שניתן לגזור ממנו חובות גילוי אשר אינן קיימות במערכות יחסים אחרות. מרכיב ההסתמכות יכול להשפיע הן על היקף המידע והן על סוג המידע אשר על הרופא למסור לחולה, ככל שההסתמכות על הרופא כוללת יותר, עלולות לחול על הרופא חובות רחבות יותר. אכן, מרכיב ההסתמכות במשפט מנביע פעמים רבות חובות גילוי. כך, למשל, במערכות היחסים שבין בנק ולקוח,¹¹⁶ יועץ השקעות ולקוח,¹¹⁷ עורך דין ילקוח,¹¹⁸ פסיכולוג ומטופל,¹¹⁹ ועוד כהנה וכהנה דוגמות.¹²⁰ אומנם, בהסתמכות כשלעצמה אין די, שכן במקרים רבים עצם ההסתמכות על אדם אחר או היקף ההסתמכות אינם מוצדקים, ועל-כן המשפט אינו מעודד אותם. עידוד ההסתמכות על-ידי בית-המשפט נעשה בדרך-כלל במקרים שבהם קיים חוסר שוויון במערכת היחסים. חוסר שוויון זה בין הצדדים יכול לבוא לידי ביטוי במידת יכולתו של כל צד לנקוט אמצעי זהירות על-מנת למנוע נזקים, במידת נגישותו של המידע לכל אחד מהצדדים ובמידת יכולתו של כל צד לפרשו ולעברו בצורה הולמת.¹²¹ דומה כי רק כאשר להסתמכות גלויה חוסר שוויון כזה, המשפט מטיל חובות גילוי.

מערכת היחסים רופא-חולה הינה בוודאי כזו שמצדיקה הטלת חובות גילוי, ואולי אפילו חובות גילוי מוגברות בהשוואת לתחומים אחרים.¹²² אכן, הפסיקה המאוחרת מרחיבה

116 ראו, למשל, ע"א 5893/91 טפחות בנק משכנתאות לישראל בע"מ נ' צבאח, פ"ד נח(2) 573, 595-598 (1994) (להלן: עניין טפחות נ' צבאח).

117 ע"פ 5052/92 ואקנין נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(2) 642, 655 (1995).

118 ע"א 37/86 לוי נ' שרמון, פ"ד מ(4) 446, פ"ס 21 לפסקה דין ואילך (1990).

119 ע"מ 6219/03 פלונית נ' משרד הבריאות, פ"ד נח(6) 145 (2004).

120 דומה שהמקרה של יחסי רופא-מטופל חזק אך יותר מכל הדוגמות מצוינו לעיל, שכן מה שעובד על כפות המאזניים הוא טיפול רפואי אשר עלול להסתיים בנזק גוף, ולא בנזק כלכלי גרידא.

121 מקרה מעניין בהקשר זה הוא דווקא חוק חוזה ביטוח, התשמ"א-1981. החוק גועד בעיקרון להגן על אינטרסים של הלקוח, אולם הוא מטיל עליו חובות גילוי מקום שיש לו עדיפות טבוהנית המידע. ראו ס' 4-7 לחוק. באותם מקרים שבהם המידע אינו נסתר, יעמוד הדבר לכבוסה לרועץ. ראו בעניין זה ע"א 1530/02 מטרה חברה לביטוח בע"מ נ' יובלים אגודה שיתופית, פ"ד נח(6) 822 (2004).

122 "בין החילה לבין האחראי לטיפול בו יש זיקה הדוקה ביותר", נוכח ההשלכות מרחיקות הלכת שעשויות להיות לטיפול על חיו ורווחתו של החולה. על רקע זה כבר נפסק, כי ביסוד מערכת היחסים שבין החולה לבין הרופא קיימים יחסי אנוך, עליהם "...נשענת נכונותו של החולה להפקיד את חייו, בריאותו ורווחתו בידיו של הרופא" (דברי הנשיא שמגר בע"א 50/91 סבין נ' שר הבריאות, פ"ד מ(1) 27, בפסקה 9 לפסק הדין). החולה, אשר בגופו שלו בוצעה הפרוצדורה הרפואית, נמצא במעגל הסיכון הראשוני להיפגע אם עובר לטיפול לא ימט" לו כל המידע הרלוונטי. דברי השופט אור' במרשת דעקה, לעיל הי"ש 1, בעמ' 576.

עד-מאוד את חובות הגילוי הללו. ניתן למצוא לכך דוגמות בפרשות ברמן ושטנדל.¹²³ גם חוק זכויות החולה תרם לכך. אולם כל אימת שבית-המשפט דן בחובות גילוי כזו, שומה עליו לשאול מה עומד בבסיסה של חובת הגילוי ומה צריך להיות היקפה. זאת, משום שקיימת סכנה, שעליה אעמוד להלן, של הרחבת-יתר של חובות הגילוי. כך, למשל, הקביעה בפרשת סידי כי גם האפשרות לטיפול על-שמע (ואולטרדה-סאונד) נוסף – אשר לא היה תחליפי לטיפול שניתן – נכללת במסגרת חובת הגילוי היא אולי מוצדקת, אך יש להבין שהיא הודגת מגדר הדוקטרינה של גילוי לשם מתן הסכמה מדעת. גם אם חובת הגילוי מכוח עוולת הרשלנות מביסכת על חוק זכויות החולה, כל שהחוק קובע הוא שהמידע המתבקש לשם קבלת הסכמה מדעת הוא המידע הרפואי הדרוש למטופל, באורח סביר, כדי לאפשר לו להחליט אם להסכים לטיפול המוצע.¹²⁴ על-כן, כדי לקבוע מהו היקפה הראוי של חובת הגילוי, יש לשאול, בין היתר, מהם התמריצים שרוצים לספק לרופאים באמצעות הרחבתה, ואם היא צריכה להשפיע רק על סטנדרט הגילוי או גם על אופי הנזק, אומנם, במסגרת עוולת הרשלנות קיימים מצבים רבים שבהם קיימת חובת גילוי, אולם לא נראה לי שניתן למצוא תחום אחד, פרט לתחום הרשלנות הרפואית, שבו היקפה של חובת הגילוי וטיבה כה רחבים.

יתר על כן, גם אם נמצא כי במקרים מסוימים מערכת היחסים רופא-חולה מצדיקה חיבות גילוי מוגברות, עדיין אין להסיק מכך כי אי-הגילוי גורר בהכרח תוצאה משפטית של פגיעה באוטונומיה, דהיינו, כי מדובר בחובות גילוי אשר הפרתן כרוכה בנזק, בין במקרה שבו החולה היה מסרב לקבל את הטיפול אילו קיבל את המידע עליו ובין במקרה שבו הוא לא היה משנה את דעתו. עלינו לשוב ולהזכיר לעצמנו כי הניתוח המשפטי מעשה במסגרת עוולת הרשלנות, קיים בנח פסיקה רב העוסק בהפרת של חובות גילוי בעניינים שונים.¹²⁵ במרבית הפסיקה נצמד בית-המשפט לעקרונות המוקיים של קשר סיבתי ונזק מוכר.¹²⁶ בהעדרם לא ניתן פיצוי בשל

123 פרשת ברמן, לעיל ה"ש 24, בעמ' 214; פרשת שטנדל, לעיל ה"ש 57, בעמ' 765.
 124 בדיקות חלופיות אכן נכללות במסגרת הגדוה זו, שכן החלטה אם לקבל את הטיפול המוצע אם לא תלויה בחלופה הטיפולית העומדת לפני החולה. קיומה והצגתה של חלופה שיפולית טובה יותר עשויות להשפיע בכיוון של דחיית הטיפול המוצע.
 125 ראי, לדוגמה, בעניין הפרת חובות הגילוי של בנקים, את עניין טסחות נ"י צבאח, לעיל ה"ש 116, וכן ע"א 1570/92 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ"י ציגלר, פ"ד מט(1) 269 (1995); ת"א (מתוז' ת"א) 1794/95 חייק נ"י בנק הפרעלים בע"מ, פ"מ תשס"ב(1) 529 (2002); ע"א 6899/97 פייברשביץ נ"י בנק לאומי לישראל, פ"ד נו(1) 364 (2002); ע"א 6799/02 יולחרי נ"י בנק המזרחי בע"מ – סניף בורסת היהלומים, פ"ד נו(2) 145 (2003). בעניין הפרת חובות הגילוי של חברת ביטוח "או, לדוגמה, ע"א 846/70 עטיה נ"י "אררט" חברה לביטוח בע"מ, פ"ד לא(2) 780 (1972); ע"א 4819/92 אליהו חברה לביטוח בע"מ נ"י מנשה, פ"ד מט(2) 749 (1995).

126 "חייב שיתקיים קשר סיבתי בין מעשהו או מחולו של אדם – מעשה או מחול שהם עוולת – לבין נזק שבגרים לנפגע, ואשר בגינו תובע היא פיצוי". דניא 5712/01 ברזני נ"י בנק – חברה ישראלית לתקשורת בע"מ, פ"ד נו(6) 385, 411, פ"ס 35 לפסק-דינו של השופט חשין

הפגיעה,¹²⁷ אף שהיה אפשר להצביע, ברומה לפרשת דעקה, על נזק של פגיעה באוטונומיה הנובע באופן ישיר מהפרת החובה.¹²⁸

(2003) (להלן: עניין ברזני). בהמשך קובע השופט השני כי "תובענה בנויקין הנסבה על נזק שנגרם לאדם תחילתה היא באותו נזק. משנגרם לי לאדם נזק בשל מעשהו או מתדלו של פלוני, מבקשים אנו למצוא אם נגרם אותו נזק בשל עוולה שעוול פלוני לניזוק, או אם הפר פלוני חובה שהוא חב בלפי הנפגע... אם יימצא כי אכן נעוולה עוולה או כי תופרה חובה, וכי אותה עוולה או אותה הפרת חובה הן שגרמי נזק לנפגע, כי אז יהויב פלוני בפיצויים. ואילו אם יימצא כי אין קשר בין מעשהו או מתדלו של פלוני לבין הנזק שנגרם לנפגע, כ"אז לא יזכה הנפגע בפיצויים, ונזק שנשא בו נראה בו ונכנהו *damnum sine iniuria* – נזק ללא הפרת חוק" ושם, פס"ד 37 לפסק-דינו של השופט השני). רוגמה לעניין זה ניתן למצוא בפרשת שלומצוביץ, לעיל ה"ש 112, שבה הייתה השופטת מוכנה להניח כי אי-גילוי שער חליפין בעמרת המכירה עלול להטעות לקוחות, אך ציינה כי בכך אין כדי לבסס תביעה לסעד כספי על יסוד הפרת חובת הגילוי כלפי התובע בעניין זה, שכן על התובע כוח להראות כי מתקיים קשר סיבתי בין המטעיה הנטענת לבין הנזק הנתבע, וזאת לא היכה.

127 וזאת אם מוכנים להניח בכלל שהייתה פגיעה כזו. רוגמה טיבה לכך היא עניין ברזני, שם, שבו נעשתה המציה אולם התובע לא נחשף אליה. בית-המשפט לא התפק כדרישת הפרת החובה, אלא דרש כי יהיה קשר סיבתי בין המעשה העוולתי לבין הנזק. אם עצם הפרת החובה גוררת נזק, אזי גם בעניין ברזני היו צריכים לפסוק פיצוי בגין הפגיעה באוטונומיה בשל המציה והפרת חובת הגילוי, אולם בעניין ברזני הייתה התעקשות על מרכיב ההסתמכות ומרכיב הקשר הסיבתי כדרישות מקדמיות לקבלת פיצוי.

128 לדוגמה, בפסק-דין שניתנו בגין רשלנות של בעלי-מקצוע אחרים, דוגמת עורכי-דין, היה אפשר לקבוע כי הייתה פגיעה באוטונומיה כתוצאה מאי-שיתוף הלקוח, אולם בית-המשפט בחר לא ללכת בדרך זו, והתעקש על הוכחת רכיב הנזק. לכאורה, התריג היחיד לעניין זה הוא פסק-הדין בעניין תנוכה (ע"א 1338/97 תנוכה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל נ"ד ר"ב, פ"ד 4111 673 (2003)). באותו מקרה קבעה השופטת נאור כי אף אם לא הוכח שבקבות המציה בדבר הסיליקון בחלב נגרם נזק ממשי, נגרם בכל-זאת נזק של פגיעה באוטונומיה המצדיק פיצוי. אולם מקריאת פסק-הדין עולה כי למעשה נגרם במקרה זה נזק ממשי, שהתבטא בתחושת גועל-הנפש שהשו הצרכנים. כמובן עולה מפסק-הדין כי מתקיים רכיב הקשר הסיבתי, על-סמך העובדות ותדוגמות המוצגות על-ידי בית-המשפט ניתן לשער כי אילו נבסר המידע על הסיליקון בחלב, היו הלקוחות משנים את דעתם ומפסיקים לצרוך אותו. במובן זה הפגיעה באוטונומיה קשורה בקשר סיבתי למרכיב ההסתמכות על המצג שהוצג על-ידי חברת תנוכה. יתר על כן, מקרה זה שונה מהמקרה הקלסי של טיפול רפואי מבחינת התמריצים: בפרשת תנוכה, ללא תשלום פיצויים בגין "פגיעה באוטונומיה", היצרן היה יכול רק להרוויח מאי-גילוי המידע, שכן הסיליקון בחלב לא יצר סיכון לנזק בוף. לעומת זאת, הרופא, באי-חשיפת המידע, מספק גם "ביטוח" לתולה לעניין הנזק המהותי שייגרם לא ברשלנות במקרים שבהם ההולה לא היה עובר את הטיפול הרפואי אילו נמשך לפני המידע.

מהדיון עד כאן עולה כי שילובה של דיקטרינת ההסכמה מדעת במסגרת עוללת התקיפה או עוללת הרשלנות מוביל לתוצאות שונות. עוללת התקיפה "סוגרת את העדשה", שכן היא ממקדת את הדיון באוטונומיה ומחזקת את אופיית הסובייקטיבי של ההגנה. בר בכך עוללת התקיפה מוגבלת לגילוי הנגזע בטיפול שניתן. היצמדות לעוללת התקיפה הייתה מאפשרת הגנה חזקה יותר על האוטונומיה מבלי להרחיבה, יתר על המידה, למקרי רשלנות אמריס. לעומתה, עוללת הרשלנות מעניקה הגנה הלשה יותר, אך היא גם "פותחת את הערשה" ומאפשרת להכליל במסגרתה חובות גילוי רחבות יותר, גם אם הן אינן קשורות בקשר ישיר לטיפול שניתן. עליכן, מעבר לפן הדסקריפטיבי, עולה השאלה אם ראוי, כעניין של מריניות, לפתוח את השער ולהכיר במסגרת עוללת הרשלנות בתחום הטיפול הרפואי בהיבנות גילוי נרחבות, המגובות בפיצוי משמעותי בניין פגיעה באוטונומיה גם ללא הוכחת נזק וקשר סיבתי.¹²⁹ במילים אחרות, מה – אם בכלל – הופך סיטואציה זו של טיפול לשונה מכל היתר? בשאלה זו אדון עתה.

ט. הרחבת חובת הגילוי והגדלת רכיב הנזק של פגיעה באוטונומיה – השמעה על תמריצי הרופאים

הבה נבדוק, תחת משטר מסודתי של רשלנות, מה יהיה מערך התמריצים של הרופא לעניין חובת הגילוי. במשטר מסודתי כוונתי למשטר שאינו מוותר על דרישת הקשר הסיבתי והנזק. יש לזכור כי הנחת היסוד היא שאין התרשלנות בעצם ביצוע הטיפול, אלא רק לעניין מסירת המידע. במצב כזה הרופא יודע שאם מבהינה מקצועית הוא יקיים את הסטנדרטים הראויים לעניין הטיפול הרפואי, הוא לא יתוב באחריות. אולם אי-גילוי מידע מקום שמוטלת עליו חובה לגלותו עלול להפוך אותו לחייב בנזק על-אף העובדה שנקט את הסטנדרטים הראויים לעניין עצנו הטיפול. אי-הגילוי הופך את משטר האחריות לגבי הרופא, ביחס לנזק הנמשי, נמשטר של רשלנות למשטר של אחריות מוחלטת.¹³⁰ הרופא

129 אם עוללת הרשלנות נבחנת במונחים אובייקטיביים, ואם השיקולים העומדים בבסיסה הם השאת היעילות, אזי מדוע לחרוג מהם כאן?

130 בעניין זה עולה שאלה בדבר רחבה או היקפה של "פוליטת הביטוח", ומתי היא תיכנס לפעולה, קרי, אם היא תיכנס לתוקף בכל מקרה שבו יוכח כי החולה לא היה מסכים לטיפול או רק במקרה של אי-הסכמה שקשורה לסיכון שהתמשש. עלי-גנת להמחיש נקודה זו, ניתן לחשוב על הדוגמה הבאה: ריפא מטפל בחולה העומר לעביר ניתוח להחלפת מפרק הכרך. הוא מפר את חובת הגילוי ואינו מגלה להילה על עירוי דם שאותו הוא עומד לקבל. הסיכון כתוצאה מעירוי דם זה היא שהחילה יידבק במחלה ויהומית. החולה עובר את הניתוח. כעת יש כמה אפשרויות. אפשרות אמת היא שהחולה נרבק במחלה הדוהומית, ובמשפט מתברר כי אילו היה מודע למידע, הוא לא היה עובר את הניתוח בגלל חששו ממחלה זיהומית זו. במקרה זה לא תהיה מחלוקת ש"פוליטת הביטוח" בתיק, והרופא יהיה חייב כלפי החולה. אולם ניתן לחשוב גם על מקרים נוספים. אפשרות שנייה היא שהחולה נפגע כתוצאה מסיכון לא-רשלני

ישלם על כל נזק שנגרם לחולה, ובלבד שהחולה יוכיח כי אילו התודע לסוג כזה של סיכון, הוא היה בוחר לא לעבור את הטיפול.¹³¹ היוב כזה ישפיע על אופן פעילותו של הרופא

מהניתוח, הקשור לתגובת-נגד שפיתח גופי על עירוי הדם. במשפט מתברר כי החולה לא היה מסכים לקבל עירוי דם אילו ידע על כך, ועליכן הוא לא היה עובר את הניתוח, אולם הסיבה שבגינה הוא לא היה מסכים לקבל את עירוי הדם היא חששו מפני מחלה זיהומית. במקרה כזה מתקיים מבחן האלמלא. עם זאת, הסיכון שהתמשש שונה מהסיכון שבעטיו הרופא הב בחובת גילוי, אם כי הוא קשור אליו עדיין. אפשרות שלישית – והפוכה – היא שהחולה נדבק במחלה זיהומית, ובמהלך המשפט מתגלה כי החולה היה מסרב לקבל עירוי, אך לא כתוצאה מחששו מפני הירבקות במחלה זיהומית, אלא כתוצאה מהשתייכותו לכת האוסרת קבלת עירוי דם. אפשרות רביעית היא שהחולה מפתח תגובת-נגד על עירוי הדם, ומתברר כי הוא לא היה מסכים לעבור את הניתוח, אך בשל השתייכותו לכת דתית. אפשרות חמישית היא שהניתוח אינו מצליח והחולה לא היה עובר את הניתוח בשל חשש מויהום, אך למעשה הוא לא נדבק במחלה זיהומית כלשהי. אפשרות שישית היא שהניתוח לא הצליח החולה מוכיח כי הוא לא היה עובר את הניתוח בגין השתייכותו לכת דתית. ניתן כמובן לחשוב על דיגמות אחרות ואפשרויות נוספות, אך בראה שדי באלה להמחיש את דבריי. האפשרויות נבדלות זו מזו במידת הקרבה בין הסיכון שאותו לא גילה הרופא לבין הסיכון שבכופו של דבר התמשש וכן במניע לאי-ההסכמה.

ביחס למקרים דומים לאלה שפורסו לעיל ניתן למצוא פסקי-דין חלוקים בדבר אמריותו של הרופא – חלקם מחייבים וחלקם פיסרים. למעשה, השאלה צריכה להיות מוגדרת (אף שבמקרים רבים היא אינה מוגדרת כך) כשאלה של קשר סיבתי משפטי בין אי-הגילוי לבין התוצאה הנזיקית. גישה מרחיבה ל"ביטוח" תגרוס כי הוכחה שהחולה לא היה מסכים לניתוח די בה לחייב את הרופא בגין הנזקים שנגרמו, גישה זו, בקיצוניותה, תסתפק במבחן האלמלא לעניין אי-ההסכמה. דומה שבך ניתן אולי לפרש את גישתה של סטרסברג-בהן בפרשת דעקה, לעיל ח"ס 1, בפס' 7 למסקר-דנה. באופן דומה אפשר לפרש את תוות-דעתה של השופטת ביניש בפרשת דעקה, שם, בפס' 8 לפסק-דינה. אין ספק שהגישה הרחבה תחזק את תמריצי הרופא למסור מידע, שכן היא תגדיל את הנזקים שבנינם היא עלול לתוב. גישה מרסנת יותר, אשר מצמצמת את "פוליסת הביטוח" רק לסיכונים ממוקרים, ניתן למצוא, למשל, בפרשת אשר מצמצמת את "פוליסת הביטוח" רק לסיכונים ממוקרים, ניתן למצוא, למשל, בפרשת אשר מצמצמת את "פוליסת הביטוח" גם ביחס למבחן האלמלא, כך שבגם במצבים שבהם לא הצליח התובע להראות, במידת ההוכחה הדרושה כמשפט אחר, כי אילו גמסר לו המידע הוא היה משנה את דעתו, ייפסק לו פיצוי על-פי הסיכוי שהיא היה עושה כן. השופט אור, אף שהוא אינו מכריע בעניין, אינו שולל אפשרות זו על הסף.

131 אם יוכח כי החולה היה בוחר בכל-זאת לעבור את הטיפול, אזי לא תתקיים דרישת הקשר הסיבתי לעניין הנזק שנגרם.

מכיוון ש"ex ante", ללא מסירת המידע, הוא אינו יודע מזה תהיה החלטת ההולה. אי-מסירת המידע הופכת אותו למעין מבטח של ההולה,¹³² כדי להימנע מכך, ומכיוון שבדרך-כלל עלות הגילוי זולה יחסית לעלות של מניעת הנוק כתוצאה מהטיפול, הוא יגביר את כמות המידע שיספק להולה, שכן הספקת מידע כזה תפטור אותו מאחריות.¹³³ כאשר הטיפול הרפואי מערב פוסטנציאל לנזקי גוף חמורים, יעדיף הרופא על-פני-רוב לאתר מידע נוסף ולגלותו להולה, שכן אי-גילוי פיסת מידע אחת עליל לחייב אותו בנין הוצאות הטיפול כולו.¹³⁴ לחלופין הוא עלול לצמצם את רמת פעילותו.¹³⁵ לנוכח עלויות הטיפול ועלויות הגילוי, הרופא אף עלול לסבור כי בנקרים מסוימים הפעילות אינה משתלמת ועל-כן הוא אינו מוכן ליטול בה חלק כלל.¹³⁶

השתתפות עלות נוספת על הרופא באמצעות הרחבת חובת הגילוי אי הגולה משמעותית של ראש-הנוק בגין פגיעה באוטונומיה, המשמשת במקרה זה מעין פיצוי עינשי,¹³⁷ רק

132 באותם מקרים שבהם נגרם לחולה נזק והוא לא היה עובר את הטיפול אילו נמסר לו מידע זה. גם מבחינה ראייתית הגילוי משפר את מצבו של הרופא. זאת, משום שבדיעבד יסענו חולים רבים כי הרכיב העובדתי החסר היה משנה את דעתם, ייתכן שבית-המשפט יוקוף את חוסר הוודאות לחובת הרופא, שכן היה ביכולתו לדחות אוד על הסוגיה או למנוע את התקלת המשפטית מלכתחילה (ראו לעיל ה"ש 107-108 והסקטת הצמיד אליהן בדבר נוק ראייתית).

133 בהינתן שהן הרופא והן בית-המשפט עלולים לסעות בפרשנותו של סטנדרט הגילוי. בעולם מיטבי, שבי אין כעויות, היה הרופא מוכר אך ורק את המידע הנחוץ על-מנת לעמוד בחובה המוסלת עליו, שכן למסירת מידע מעבר למועד זה יש עלות אשר אינה מניבה כל תועלת.

134 מבחינה זו, המקרים הבעייתיים יותר הם דיוקא אלה שבהם הנוקים שעלולים להיגרם אנב הטיפול אינם חמורים. במקרים אלה תמריציו של הרופא לגילוי נאות פחותים, שכן גם אם לא יעמוד בחובת הגילוי הנאות, היחשפותו לסיכון תוא קטנה יותר. הדוגמה הקיצונית היא טיפול רפואי ללא סיכונים רפואיים כלשהם. במצב כזה אי-הגילוי, מעצם ההגדרה, אינו חוקף את הרופא להשלום בנין נוק עינשי כלשהו. ועל-כן תמריציו לגלות, כאשר הוא אינו חשוף לתשלום נוק בנין פגיעה באוטונומיה, יהיו מעטים, אם בכלל.

135 STEVEN SHAVELL, FOUNDATION OF ECONOMIC ANALYSIS OF LAW 193 (2004).

136 ייתכנו מקרים שבהם, בשל השילוב של עלות החשקה באמצעי זהירות ושל עלית החשקה באמצעי הגילוי, יסרב הרופא ליטול על עצמו את הטיפול מלכתחילה. בנקודה זו אני מניח שהרופא לא יוכל "לגלגל" את מלוא העלית הכרוכה בעליית מחיר הטיפול על החולים (באמצעות המנגנון של העלאת מחיר הטיפול). הפיקטיקה המנגנתית תעלה את מחיר הטיפול ובאותה עת תוריד את תועלתו ללקוח. על-כן צריכת הטיפול תהיה מתחת לרמה המיטבית.

137 למעשה, מדובר כאן בפיצוי שהוא מעין פיצוי עינשי, שכן המזיק נענש על כך שלא גילה מידע להולה, אף שלא נגרם להולה נזק מנשי כלשהו. זאת, אולי, על-מנת לעודד את הרופא למסור מידע רב יותר. במקרים אחרים בית-המשפט ממעט לפסוק פיצוי בנין פגיעה באוטונומיה. הרושם המתקבל מהפסיקה בתחום ההסכמה מדעת הוא שפסיקת הפיצוי בנין ראש-נוק זה מהווה מעין "תיקון" למעבר משימוש בעולת התקיפה לשימוש בעולת הרשלנות. התיקון בא

תחזק תופעות אלה. אם נוסף על כך את הוויתור על דרישת הקשר הסיבתי, או תוקצן התופעה עוד יותר. זאת, משום שרכיב גזק זה, של פגיעה באוטונומיה, ייתוסף על העלות כפי שהיא נתפסת בעיני המזיק, וזאת בין אם המטופל היה משנה את החלטתו אילו נמסר לו המידע ובין אם לאו.¹³⁸ ככל שהפיעו בגין גזק לא-נמשי זה יהיה גדול יותר כן גדל החשש של הרופא מפני גודל התבות, ועל-כן תגבר דריגת המידע או שהרופאים יפסיקו לספל.¹³⁹ כפי שצינתי לעיל, השופט אור בפרשת דעקה סבור כי אין להשיש מפני הרתעת-יתר, שכן מה שישתנה הוא לא תוכנה של תובת הגילוי, אלא רק היקף האחריות.¹⁴⁰ אולם זו ראייה פשטנית.¹⁴¹ תוכן החובה והיקף האחריות קשורים זה לזה ומקיימים ויקת הדדית. לשם המחשה אתאר שני מצבים קיצוניים: האחד שבו הפרת החובה כרוכה בעונש מאסר של עשר שנים, והאחר שבו הפרת החובה כרוכה בקנס של מאה שקלים. גם אם תוכן החובה זהה, האופן שבו יפעל הרופא בשני המצבים יהיה שונה. גם במצב הרגיל, ללא התקצנה, הרופא ניצב מול שני מצבי-עולם שאינם סימטריים – עמידה בחובה פוסדת אותו מתשלום כלשהו, בעוד אי-עמידה בה מחייבת אותו בוודאות.¹⁴² בגין הנזק של פגיעה באוטונומיה, ובהסתברות כלשהי גם בגין הנזקים הפיזיים. כל סיכוי לסעות ולא-ודאות ייפתר על-ידי

¹³⁸ "לפצות" על הרכיבים השונים של כל אחת מן העוולות ועל דרישת הנזק שכוללה בעולת הרשלנות ואשר אינה כלולה בעולת התקיפה. כפי שאראה בהמשך, תיקון זה הוא בעייתי.

¹³⁹ הרופא אולי אינו מסוגל לפצות כיצד היה החולה נהליש, אך הוא יודע שבהסתברות מטיימת הוא לא היה מסכים, ואז היא יישא בנוק. צידוף המרכיב של נזק בשל פגיעה באוטונומיה מעלה את המחיר, שכן הוא ישלם בין אם החולה היה משנה את דעתו ובין אם לאו, וזאת אף שלא נגרם בהכרח כל נזק ממשי לחולה.

¹³⁹ Sullivan, לעיל ה"ש 135.

¹⁴⁰ בית-המשפט קובע כי אין לייחס למיעון של הרתעת-יתר משקל משמעותי, שהרי הרופא חייב ממילא לגלות לחולה את כל המידע המהותי, ולכן ההכרה בוכות החילה לפיעו בגין הפגיעה באוטונומיה אינה מחוללת שינוי כלשהו בסיבה של חוגה זו או בהיקפה. כמו-כן, "בדרך כלל, הפיעו לו יהיה זכאי הנזוק בגין עצם הפגיעה בזכותו לאוטונומיה יהיה קטן באופן יחסי לפיעו בגין נזק הגוף. נוכח, כי אין אנו עוסקים בפיעוים עונשיים או פיעוים לדוגמא, אלא בפיעו בגין פגיעה בערך בלתי מוחשי, אשר גורך כלל, ומטבע הדברים, היקפו מוגבל" (פרשת דעקה, לעיל ה"ש 1, בעמ' 577, פס' 23 לפסק-דינו של השופט אור). דחינו, השופט אור אינו חושש מהרתעת-יתר, שתבוא לידי ביטוי בפרקטיקה של נסידת מידע מורחבת, גם מפני שהגדלה זו של התבות בגין הפגיעה באוטונומיה אינה ניכרת.

¹⁴¹ כך, למשל, השופט שטרסברג-כהן סבורה כי החשש מרפואה מתגוננת אינו חשש בעלמא ושם, בעמ' 629, פס' 50 לפסק-דינה. עם זאת, היא קובעת כי חזקה על בית-המשפט שרדע לאון בין האינטרסים המתעמתים בבחינת כל מקרה לגופו, וידע להבחין בין מידע רלוונטי להחלסת החולה לבין מידע שאין באי-מסירתו כדי פגיעה כלשהי, תוך הגנה על עבודתם החשובה של הרופאים.

¹⁴² לצורך הדיון אני מניח כי החולה מגיש תביעה ובית-המשפט אינו טועה. ברור שבמציאות הנחה זו אינה עומדת, אך מריכר בכל-זאת בתוספת עלות לרופא.

מסירת מידע רב יותר למטופל, לפחות ככל שההשקעה בגילוי ובמסירתו תהא נמוכה מגובה התשלומים הצפויים לרופא.¹⁴³ נקודה זו נכונה במיוחד כל עוד מסירת עודף מידע אינה חושפת את הרופאים לאחריות משפטית. אינני מכיר עדיין פסיקה בתחום הרשלנות הרפואית אשר קובעת כי מסירת מידע רב מדי עלולה לגרום להפרת חובת החרות. פסיקה כזו הייתה יכולה לאזן את המגמה שצויינה לעיל, אך בהעדרה מדובר בנתיב חדיסמרי.¹⁴⁴ דיון זה מעביר אותנו לשאלה הבאה, והיא מהו היקפה הנכון של חובת הגילוי, וכיצד יש להעריך את הנזקים בגין הפגיעה באוטונומיה.

7. היקפה של חובת הגילוי ורמת הגילוי הנאותה – החשש מפני העלויות של גילוי-יתר

ישאל הקורא – וטה רע בהרחבת חובת הגילוי? האין מדובר בתמרוץ נכון? הרי בתי-המשפט מדברים רבות בשבתו של המידע – האם התלטה מידע על-סמך מידע מלא אינה האופטימום שאנו שואפים אליו? התשובה לשאלה זו אינה פשוטה כלל, שכן לעודף מידע יש מחיר. מסיבה זו על בתי-המשפט לערוך מאזן בין התועלת הצופחת למטופל מקבלת המידע לבין העלויות הנובעות ממנה. גיתן אף למציא עיגון לכך בחוק זכויות החולה, אשר מתנה את מסירת המידע בכך שיהיה לשם קבלת הסכמה מדעת. החוק עצמו קובע¹⁴⁵ כי המידע שיימסר יהיה מידע רפואי שדרוש למטופל באורח סביר כדי לאפשר לו להחליט אם הוא מסכים לטיפול המוצע. לא פחות מכך, אך גם לא יותר.

העלויות הכרוכות בהספקת המידע אינן קשורות רק לחולה המטופל, אלא משפיעות גם

143 למעשה, זהו תסריט דומה לתסריט מרגיל של רפואה מגוננתית, אלא שהוא מוחל לגבי רכיב הגילוי – אי-מסירת מידע, כהינתן האפשרות לטעות מצידו או מצד בית-המשפט בדבר תוכן החובה ומילוייה, חושפת את הרופא לסיכון של אחריות משפטית. תסריט זה מוקצן ביחס למקרה הרגיל, שכן מסירת המידע וזלה הרבה יותר, ותעניק לו פטור מאחריות.

144 השור בעניין זה לע"א 5320/90 א.א. ברנזביץ נכסים והשכרה בע"מ נ' רשות לניירות ערך, פ"ד מ(2) 818 (1992), שם נאמר כי גילוי מוגבר/עודף עלול להיות בעייתו: "הפועל היוצא של אלה היא, כי הרשות רשאית, ולעתים אף הייבת, לדרוש גילוי של מידע מהותי כהגדרתו לעיל, כאשר אין מגבלה היקית או מגבלה שבסבירות הצדקנות מניעת גילוי. יחד עם זאת, יש להימנע מקביעת אמת מידה רחבת מדי של 'מהותיות', שכן השכר עלול או לצאת בהפסד במובן זה שהמשקיע עלול להיות מיצף בפרטים חסרי הטיבות, שבינם לבין קבלת החלטות על בסיס מידע מוצק אין ולא כלום". מובן שהבעיות שיווצרו חתת גילוי מוגבר בתחום של ניירות-ערך יתו שונות במנותן מהבעיות שיווצרו בתחום הטיפול הרפואי.

145 ס' 13 לחוק קובע כי "לשם קבלת הסכמה מדעת, ימסור המטפל למטופל מידע רפואי הדרוש לו, באורח סביר, כדי לאפשר לו להחליט אם להסכים לטיפול המוצע". ס' 13(ג) לחוק קובע כי על המטפל לעשות כן "בשלב מיקדם ככל האפשר, ובאופן שיאפשר למטופל מידה מרבית של הבנת המידע לשם קבלת החלטה בדרך של בחירת מרצון ואי תלות".

על גורמים נוספים: הולים אחרים, רופאים והציבור בכללותו. מהו, אם כן, מודרו ההבדלים של עורך גילוי?

1. מידע והאינטרס של החולה לדעת

הדבר הראשון שיש לבדוק הוא אם מכוונת החולה עצמו עורך מידע הוא דבר חיובי בהכרח. כזכור, הפרדיגמה שממנת התחלנו הייתה שלרופאים יש אפשרויות גישה טובות יותר למידע ועל-כן צריך להטיל עליהם נטל מוגבר. אולם בעולם של היום נראה שהבעיה היא לא רק כמות המידע, אלא בעיקר טיב המידע, איכותו והיכולת לסנן ממנו את הפרטים הרלוונטיים לטטופל.¹⁴⁶ כל אלה ישפיעו על יכולתו של החולה להבין את המידע ולעכלו.¹⁴⁷ במובן זה עורך מידע אינו דבר חיובי בהכרח. טלו, למשל, את דוגמת האינטרנט. ביום, בחיפוש הפשוט ביותר ברשת, ניתן להשיג כמעט כל פריט מידע על מחלה כלשהי, גידה ככל שתהיה, ועל דרכי הטיפול בה.¹⁴⁸ זאת, אף מבלי להביא בהשקון דרכי היפוש מתוחכמות יותר, הצטרפות לקבוצות דיון, רשימות דיוור ועוד.¹⁴⁹ לשם קבלת מידע עדכני, אין עוד צורך בנישה לאנציקלופדיות, לספרי רפואה וכיוצא באלה. המידע, בדומו המכריע, ובכלל זה המחקרים החדשים ביותר בתחומי הרפואה השונים, מצוי על-גבי הרשת, כאשר כל האפשרויות הללו פתוחות לפני החולה או לפני בני משפחתו.¹⁵⁰ הפרדיגמה של גישה למידע מאבדת מחשיבותה, ונוצרת פרדיגמה חדשה של טיב המידע, אמינות המידע והשמתו של המידע בהקשר. בואת, עדיין, יתרונו של הרופא על החולה, הרופא יכול לפרש את המידע בעבור החולה, ולשמש כמסנן למידע לא-רלוונטי לטקרה הספציפי.¹⁵¹ במילים אחרות,

146 מחקרים מראים כי יש חשיבות רבה אפילו לסדר הצגת הדברים. הצגת טיפול אחד לפני טיפול אחר או סיכוי לפני סיכון עשויה לשנות את החלטת החולה. בעניין זה ראו, למשל: George R. Bergus et al., *Presenting Risks and Benefits to Patients: The Effect of Information Order on Decision Making*, 17 J. GEN. INTERN. MED. 612 (2002)

147 בעניין זה השוו: Edward Etchells et al., *Assessment of Patient Capacity to Consent to Treatment*, 14 J. GEN. INTERN. MED. 27 (1999)

148 לדוגמה, חיפוש הערך "מחלת גושה" באתר www.google.co.il מעלה 725 אוברים ומחלת גושה הינה מחלה מטבולית תורשתית שרק בארבעת אלפים בני-אדם בכל העולם חולים בה, ולפיכך היא מוגדרת כמחלה נדירה.

149 ראו דוגמות ופירוט במכתבה של קרן אזילאי "הנכס היקר ביותר לאדם הוא בריאותו" www.israelisabroad.com/article_read.asp?id=209&cat_id=130&parent_id=17

150 ייתכן שהחולה עצמו אינו יודע להפש ברשת, אולם הנחה זו תולכת: נהיית אוטודית מיום ליום. מעבר לכך, גם חולים שאין בריהם אפשרות חיפוש יכולים להיעזר לצורך העניין בבני משפחתם.

151 טלו, לדוגמה, את האזהרות המופיעות על-גבי תרופה. כמות האזהרות על-גבי כל תרופה גדולה מאוד, וללא הילצת הרופא והפרסונליזציה של אזהרות אלה למקרה של החולה, היחס אליהן יהיה פעמים רבות לא-מאוזן – החל בשלילת תוקפן של כל האזהרות שכן הן לעולם

תפקידו של הרופא הוא לעמוד בסף ולשמש כ־gatekeeper, אשר יעביר לחולה רק מידע רלוונטי בהסתברות הרלוונטית.¹⁵² מעצבי המדיניות יהמעיכת המשפטית אינם הפצים שהמערכת הרפואית תשקף את המידע הקיים, ושלחולה יוצג כל המידע המצוי ברשת האינטרנט, למשל. את המידע הזה החולה יכול להשיג בעצמו.

בהעדר גורם מאון, הסיכון הוא שהחלטה נטל משפטי כבד מדי על הרופא יוביל בריוק לתופעה זו – הספקת מידע עודף, אשר ימנע מהחולה את האפשרות לקבל את החלטות החשובות בצורה שקולה. "הנטל המשפטי העודף" עלול לפגוע במערך של יחסי האמון שבין הרופא לחולה. הרופא עלול לפעיל על-מנת להבטיח את עצמו מפני תביעה משפטית, ולחשוף – גם במקרה של ספק קל – סיכונים רחוקים ומסתברים פחות, אשר יאלצו את החולה להתמודד עם מידע רב מדי, אשר יקשה עליו לקבל החלטה נכונה.¹⁵³ אכן, כתי-המשפט מציינים לא אחת כי זכותי של החולה להתנער ממידע אם הוא אינו חפץ בו.¹⁵⁴

אינן מתגשמות (שוב, ביסודי לכך שיש עודף של מידע שאינו רלוונטי), מצד אחד, וזכה בתגובה הפוכה של סירוב כולל ליטול את התרופה כתוצאה מחרדות מפני התקיימותן של תופעות-הלייאי, מן הצד האחר.

152 לעיתים מדובר במקרים קיצוניים אף יותר. ראו, למשל, מנחם פרידמן "מי רוצה לדעת" זמן היסודות 61(34-39) (2002), שם נאמר כי פרופ' יוסף קלאוונר, מנהל האגף הכירורגי בבית-החולים "איכילוב" ויושב-ראש איגוד הכירורגים בישראל, מדיית כי "רוב החולים שמאיים עליהם מוות ממהלה, מפעילים מנגנון של הרהקה ואין הם מצונינים לדעת את המידע הזה; הם כן מצונינים לשמוע מידע הנושא עמו תקווה. לשיחתי, ואני חושב שאין זו רק שיחתי, אני נוטה, גם אם המידע מאוד קשה, להשאיר פתח של תקווה. למשל, למסור לחולה שהמהלה היא כרונית, שהיא תימשך זמן רב, שהוא לא יבריא ממנה – אבל היא ארוכה ויחיה בה עליות ימורדית, ובכל פעם שתהיה ירידה, שיצפה לעליה שתבוא אחריה. כשהחולה שומע מידע כזה, הרבה פעמים קל לו יותר להתמודד עם המסברים הצפויים". במילים אחרות, הרופא משקר לחולה. הוא עושה זאת אומנם מלעמים חיוביים, אך השאלה היא אם העובדה שטניעיו החיוביים די בה לפסול את האפשרות שהוא יחויב בניחוק.

153 ראו פרידמן, שם, המביא את דבריו של פרופ' בני חבוט, מנהל בית-החולים "שמיראל הרופאי": "הסעיף בהוק זכויות החולה בעניין מסירת המידע הוא סעיף פופוליסטי, המסבך את מערכת יחסי רופא חולה. אין זה נכון ונכון לחייב אותי להסיל את האחריות המקצועית שלי על החולה, כפי שטחייב הזוק, לחולה אין ידע או ניסיון היכולים להפוך אותו לפרטנר שלי בעניין המידע. לי העניין הזה קל – אני זורק מעלי את האחריות, ושישכיר החולה את הראש, מדובר בסעיף חוק שאינו גיוני ואינו אנושי. אני מרגיש רע מאוד עם הסעיף הזה, המחייב אותי לדברים המנוגדים לחינוך שלי, להבנה שלי ולמצפן שלי."

154 ראו, למשל, את דבריה של השופטת שטרסברג-כהן בפרשת דעקה, לפיל הי"ש 1, פס" 47 לפסק-דינה, שם היא אומרת את הדברים הבאים: "אכן, יהיו מקרים בהם החולה יעדיף שלא לקבל את המידע הרפואי לידי ולהפקיד את קבלת החלטה הרפואית בידי של הרופא, וזאת, מתוך חשש מפני קבלת המידע כדבר המצב הרפואי לאמיתו והחשש לחלטים בעצמו החלטות שמשקלן רב."

זכות זו נכללת אף היא במסגרת ההגנה על האוטונומיה של החולה, אשר יכול להעביר מסר בנידון לרופא, אולם נראה כי הדברים אינם פועלים באופן בינרי, רוב החולים לא ירצו להתפרק לחלוטין מכל שביב של מידע.¹⁵⁵ הם ירצו לקבל מידע כללי על הצפוי להם, אך לא רשימה ארוכה – שלא לומר אינסופית – של סיכונים שעלולים להתממש, במובן זה, הצפתם במידע עלולה לגרום להם נזק יותר מתועלת.¹⁵⁶

בנקודה זו צריך להבהיר ולהדגיש כי המקרה של פרשת סידי, אשר עסק בבדיקות על-שמע, או מקרים דומים, כגון בדיקות לאיתור מחלות גנטיות לפני הלידה, אינם מהווים דוגמות מייצגות, בבדיקות מעין אלה אין – או כמעט אין – סיכונים, לכן גילוי מלא לא יפגע בחולה, שיכול רק להוסיף בדיקות. לעומת זאת, במקרים רבים גילוי מוגבר עלול להכניס את החולה להתלבטויות מיותרות בנוגע לטיפול חיוני שיש בו סיכונים חמורים אך הסתברות התממשותם קטנה ביותר. גילוי-יתר עלול להוביל גם לקבלת טיפולים בעלי השפעות-לוואי המורות ורבות, אשר אינם נהוצים כלל ואשר השפעתם על החולה או על סביבתו עלולה אף להיות מזיקה.¹⁵⁷ לעיתים, השיפת מידע מיותרת בדבר הטיפול עלולה גם לפגוע במהותו של הטיפול עצמו. כך, למשל, שימוש בתרופות-דמה (פלצבו) לצורך ריפוי כרוך, מצמצם הגדרתו, ב"הובאת" החולה. גילוי טיבה האמיתי של התרופה יבוא על-השבון אפקט הריפוי, ובכך תאבד דרך טיפול רפואית נוספת אשר אינה כרוכה בתופעות-לוואי.¹⁵⁸

נוסף על קשיי ההחלטה מצידו של המטופל, יש עלויות נוספות לגילוי הקשורות לזמן הנדרש לשם קיום דיאלוג אמיתי עימו. במובן זה, הנטל החוקי שמוטל על הרופא הוא להסביר למטופל את הפרטים באופן שיאפשר למטופל להפנים אותם בצורה הטובה ביותר. לצורך מתן הסבר כזה יש צורך ביצירת גרטיבים שהרופאים אינם אמונים בהם,¹⁵⁹ אשר

155 ראו פרידמן, לעיל ח"ש 152, המביא את דבריו של פרופ' מנחם פיינרו, דקן בית-הספר לרפואה באוניברסיטת תל-אביב: "לעיתים, ובכך אני יודע שאני עובר על חוק, במקרים שבהם אני מזהה שהחולה אינו רוצה לדעת, אני מוסר לו מידע כמעט מדויק, אני ניפה את המידע... מנסיגה הרב למדתי שזו טעות להסל את התקרה בקרב החולים. תמיד צריך לומר להם שמשו יכול להשתנות...".

156 בעמ'ין זה השורי: W. Kip Viscusi & Richard J. Zeckhauser, *Hazard Communication: Warnings and Risk*, 545 THE ANNALS OF THE AMERICAN ACADEMY OF POLITICAL AND SOCIAL SCIENCE 106 (1996).

157 דוגמה טיבה לכך היא האנטיביוטיקה. הוצגת אנטיביוטיקה כאפשרות טיפולית במקרה קונקרטי עלולה לדרבן את החולה לצורך אנטיביוטיקה רק על-מנת להיות "על הצד הבטוח", זאת, על-אף תופעות-הלוואי הכרוכות בטיפול, ואף ששימוש גרחה באנטיביוטיקה גורם להתפתחות עמידות של התיידקים בפניה והופך את האנטיביוטיקה לבלתי-יעילה.

158 בעמ'ין זה ראוי: Adam J. Kolber, *A Limited Defense of Clinical Placebo Deception*, San Diego Legal Studies Paper No. 07-87 (2007), available at papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=967563.

159 כך, למשל, אפשר לפרט לפני המטופל את הסיכונים באופן השוואתי, ולא באחוזים מוחלטים.

יאפשרו העברה מהותית של מידע רלוונטי, הבעיה היא שבמצב שבו משאביה של המערכת הרפואית מוגבלים, ייאלץ הרופא להשקיע זמן רב בגילוי, במקום לספק בזמן זה טיפולים נוספים לחולים אחרים. החשש הוא שהגילוי יבוא על-חשבון הטיפול המהותי, בין במובן של הורדת הסטנדרט¹⁶⁰ ובין במובן של טיפול בהולים מעטים יותר. לא ברור שבבחירה בין גילוי מלא לבין טיפול טוב יותר בחולה עדיף הראשון על האחרון.

הרחבת חובת הגילוי מייקרת גם את פעולת היפוש המידע¹⁶¹ הרופא – בניגוד ליצרן הרופות, למשל, אשר מציין את כל הסיכונים בעלמא – צריך להתייחס לכל מקרה לגופו וללמוד את הסיכונים לחולה המסוים. הדבר כרוך בהשקעה של זמן ומשאבים. לכאורה, הפגיעה אינה כה גדולה, שכן העדכון מתחייב גם מפעילותו השוטפת של הרופא, שהרי אי-פגיעה בסטנדרטים עלולה להפוך את התנהגותו לרשלנית, אלא שהגטל המוטל על הרופא ככל שמרחיבים את חובת הגילוי הולך וגדל. זאת, במיוחד כאשר מיטל עליו לספק מידע אמוקר בדבר טיפולים אפשריים הנחוגים במקומות אחרים, לרבות טיפולים המתווים אך תוספת לטיפול שניתן, ואינם בגדר תחליפים לו.¹⁶²

בעולם שבו תחולה משלם על הטיפול הרפואי, העלות של ליטוד התומר על-ידי הרופאים תשוקלל לתוך עלות הטיפול, ותגולגל, לפחות בחלקה הנדול, לפתחם של החולים. אכן, גם במצב זה ייתכנו חולים שירצו לקבל את מלוא המידע, אולם ייתכנו בהחלט חולים רבים אחרים שהיו מסכימים לזותר מראש על חלק גדול מן המידע במקרים שבהם מתן

פירוט כזה יקל על המטופל לאמוד את גודל הסיכון האמיתי שהוא ניצב בפניו. אמירה כגון "הסיכון לסיבוך היא כגודל הסיכון להיות ניצורב בתאונת-דרכים" או "הסיכון דומה לסיכון הנובע מעישון סיגריות" מציבה לפני החולה עולם מושגים מוכר, שעיטו יוכל להתמודד ביתר קלות. ראו בעניין זה Schuck, לעיל ח"ש 35, בעמ' 949; Jaime Staples King & Benjamin W. Moulton, *Rethinking Informed Consent: The Case for Shared Medical Decision-Making*, 32 Am. J. L. & Med. 429, 464-466 (2006).

160 אם כי הרף התהתיך של הטיפול יוכתב עדיין על-ידי עוולה הרשלנות, ומטנו לא ירצת הרופא לדרת.

161 ניתן אומנם להניח שרופא מקצוען יאסוף מידע, ילמד ויתעדכן באפשרויות טיפול שונות לצורך הטיפול עצמו. במנותק משאלת ססיית המידע למטופל. עם זאת, רופא, ככל בעל מקצוע מנוסה המבצע את מלאכתו במיומנות, אינו מתומדן, במסגרת התמריצים הקשורים לתוכו המקצועית, להתעדכן בשיטות טיפול חדשות אם הוא נוהל הצלחה בשיטתו שלו (ולדאיה, חלק ניכר מהרופאים אכן אינם מתעדכנים – ראו רינג לינד-נגן "40% מהרופאים לא מתעדכנים" הארץ – *The Marker*, 2.7.2008, 40). לפיכך המלת חובת הגילוי על הרופאים תחייב אותם להשקיע משאבים במחקר ובלימוד של שיטות וטיפולים אשר הסיכויים שהם ישתמשו בהם או אפילו יידרכו בהם באופן מקצועי קלושים ביותר. תוצאת-לוואי של תהליך זה עלולה להיות שהלימוד ייעשה, בחלק מן המקרים, באופן שטחי, רק כדי לצאת ידי חובה, וזה טיב המידע שהרחבת חובת הגילוי תביא לפתחם של המטופלים במצאם לשקול איהו טיפול לעבור.

162 בעניין זה ראו פרשת סירי, לעיל ח"ש 16.

המידע מייקף בעבורם את הטיפול וכאשר יש סיכוי קטן שבעקבות מידע זה הם ישנו את החלטתם,¹⁶³ מה הסעם לשלם בגין מידע אשר ירוע מראש כי "לא ייעשה בו שימוש?"¹⁶⁴ עלויות אלה מייקרות את הטיפול, ואף שרוב החולים אינם הפצים במידע כה מפורט, יספק אותו הרופא רק על-מנת לא להיות מחויב בנוק, אם יתרחש. קיים אומנם סיכון שהרופא "יפספס", ושבמקרה מסוים היה החולה עושה שימוש במידע שלא נחשף לפניו. עם זאת, סיכון זה מוטל לפתחו של הרופא, ועל-כן ממילא יהיה לו תמריץ להשוף מידע אשר גילוי עולל להשפיע על החלטת החולה. מאחר שאי-אפשר להבחין ex ante בין סוגים שונים של חולים, המסקנה המתבקשת היא שאם הטיפול עצמו אינו רשלני במהותו והגילוי הוא של אפשרות טיפול אשר סביר להניח שרוב החולים לא יגמשו, אין מקום להשית את עלות הגילוי על כל החולים.¹⁶⁵ חולים הרוצים מידע מקיף יותר וכאים אומנם לקבלו, אך לשם כך עליהם לדרוש זאת באופן ספציפי ולשאת בעלותו.¹⁶⁶ מידע כזה יכול להיות מסופק על-ידי הרופא בתפקידו כמטפל או על-ידי רופא "מייצג" אשר כל תפקידו הוא לסקור לפני החולה את אפשרויות הטיפול הפתוחות לפניו.

אחת הבעיות בשיטה כיום היא שבמקרים רבים החולים עצמם אינם נושאים באופן ישיר בעלויות הגילוי. כאשר חולה מגיע לטיפול רפואי שאינו פרטי, המערכת הציבורית היא שנושאת בעלות הטיפול, או במילים אחרות – שאר החולים, באמצעות קופות-החולים. כך, חולה "טרדן" אחד בבית-החולים, המתעקש על זכותו לקבל את מלוא המידע ואת "זמן הרופא" המגיע לו, מחצין למעשה את העלות על החולים האחרים – אלה אשר אינם פועלים באופן דומה.¹⁶⁷ בהינתן העובדה שבמערכת הציבורית תשלום הביטוח הרפואי אינו משקף את הצריכה האמיתית של השירות ואף לא נגזר ממנה, נוצרת בעיה של סבסוד צולב. אילו נשא החולה בעלות האמיתית של הטיפול, ייתכן שהוא היה מסתפק בגילוי

163 אם בשל עליות, אם בשל מיקומו וכולי.

164 השוו בעניין זה דעת המיעוט בפרשת סירי, לעיל ה"ש 16. כך, למשל, במקרים שבהם קיים סיכון יקר מאוד בחוץ-לארץ המגיש סוג מסוים של טיפולים שהעלות היכולת שלהם יקרה מאוד ואשר הסיכוי שהחולה היה עובר אותם קטן מאוד.

165 טיעון זה דומה לטיעון ברבר הגבלת תקיפת הפיצוי בגין נזק כלכלי בשל הפסד עסקה חשובה עקב איתור בטיסה, למשל. מספר הטסים אשר יפסידו עסקה חשובה בשל האיחור היא נמוך, ומתן פיצוי אמיתי בגובה זה על-חשבון הטסים האחרים, אשר יצטרכי לסבסד את הפסד העסקה באמצעות עליית מחירי הכרטיסים.

166 באמצעות דיני החוזים ניתן להגביר את רמת הגילוי בתמורה לתשלום נוסף בעבור גילוי זה.

167 ראו פרידמן, לעיל ה"ש 152, המביא את דבריו של פרופ' מנחם פיינרו, דקן בית-הספר לרפואה באוניברסיטת תל-אביב: "המציאות היא שבמהלך שעות הקבלה של הרופאים במתלהק משתרך תור ארוך של חולים ובני משפחותיהם, המבקשים להיעזר על מצבם של החולים...". ראו גם ד' שטיינמן וחי' טבנקין "דעתם של הרופאים על תזק זכויות החולה – ניתוח איכותי" הרפואה 139 ג'ד (2000), המדווחים כי רופאים רבים התלוננו על הזמן הרב שהם נדרשים להקדיש לכל חולה בעקבות המוק. "הרופא צריך זמן רב מאוד לכל חולה, זמן שאין לו כי המערכת טאור לחוצה."

ממוקד יותר, כאשר על כפות המאונניים עומדת חובת הגילוי אל מול חובת הטיפול החולם בכמות רבה ככל האפשר של חולים, וכאשר א-פריורי אנו דנים בטיפולים רפואיים שאינם רשלניים, ייתכן שיש מקום להגביל את חובת הגילוי לגיבוי העלויות הכרוכות בה. גישה שתדרבן את הרופאים למסור מידע מרבי לכל חולה וחולה, מחשש לחיוב משפטי, תפגע במערכת כמכלול. זאת, מכיוון שהריפאים יעדיפו לטפל בחולים מעטים יותר על-מנת שיוכלו לספק לכל אחד מהם את מלוא המידע הנדרש, שהרי די בחולה אחד שטופל לא ברשלנות, אך מבלי שניתן לו מלוא המידע, להביא לידי חיובו של הרופא.

נראה שהדים לגישה זו ניתן למצוא בהבחנה שבית-המשפט נוקט בין טיפולים אלקטיביים לבין טיפולים שאינם אלקטיביים, בקובעו נטל גילוי גבוה יותר בכל הקשור לטיפולים אלקטיביים.¹⁶⁸ דרך אחת להסביר את רמת המחויבות הגבוהה יותר למסירת מידע בטיפולים אלקטיביים היא שטיפולים אלקטיביים, מכוח הגדרתם, אינם חיוניים. החולה יכול לוותר על הניתוח או לרחות אותו, ולכן מתחם שיקול-הדעת שלו רחב יותר מלכתחילה, ויש לשמר אותו באמצעות יידועו בדבר כל האפשרויות הפתוחות לפניו. דרך אחרת להסביר את החיוב המוגבר היא שבחיוב הטיפולים האלקטיביים החולה הוא שנושא בעלות האמיתית של הטיפול, ומכיוון שכך, עלות הגילוי מיטלת אף היא עליו, ואינה מותנת על גורמים אחרים.

עד כאן נסב הדיון סביב עלויות הגילוי שבהן בושאים, בסיפוי של יום, החולים או המערכת הציבורית. אולם פן אחר של חובת הגילוי, שממנו נוטים להתעלם, הוא העלויות שהיא מטילה על הרופא. המיוחד סוג עלויות זה הוא שהרופא אינו יכול לגלגלן על החולה או על מערכת הבריאות, בין משום שמדובר בעלויות שקשה לתרגמן למונחים כספיים ובין משום שמדובר בעלויות הנובעות מפגיעה באינטרסים עסקיים-כלכליים של הרופא, אפשר להצביע לפחות על שני סוגי עלויות: כאלה הפוגעות בפרטיות של הרופא או של הצוות הרפואי המטפל, וכאלה שפוגעות בחופש העיסוק שלהם.

2. חובת הגילוי והפגיעה בפרטיותו של הצוות המטפל

נבית כי רופא כירורג הוא נשא אירס. הוא מטפל בחולה עם כפפות-מגן, כך שסיכויי

168 "ההסבר הנדרש לקבלת הסכמה מדעת לניתוח אלקטיבי – שאף בלעדיו ניתן לנהל אורח-חיים רגיל – בכלל ברף העליון של חובת הגילוי, והוא כולל, בנוסף להתייחסות לסיכויי ההצלחה, גם מתן אזהרה מפני הסיכויים האפשריים. זאת, גם אם סיכויים אלו נדירים, דרישה נרחבת זאת מתחייבת במיוחד בתקיפתני, שבה מתפתחת רפואה פרטית המציעה לציבור הרחב – אם בדרך ישירה באמצעות פרסומים, ואם בעקיפין, בהסתמך על מינישין של רופא המקיים מרפאה פרטית – ניתוחים אלקטיביים למיניהם, כגון ניתוחים לשיפור הראייה באמצעות ליזור, ניתוחים אלו מיועדים לשפר את איכות החיים של הנוספים, אך מסבב הדרים יש בהם אף סיכונים, שאותם יש לגלות לחולים." ראי פישת שטנרל, לעיל ח"ש 57, בעמ' 757.

ההדבקה אינם הופכים את הטיפול לרשלני.¹⁶⁹ האם נדרש מן הרופא, כחלק מחובות הגילוי ההולות עליו, לגלות עובדה זו להולה?¹⁷⁰ נביח, לצורך הדיון, כי המבחן הוא מבחנו של התולה הסביר – האם התולה הסביר לפני טיפול היה מתייחס למידע זה ברבר המחלה כמידע רלוונטי אשר יכול להשפיע על החלטתו אם לעבור את הטיפול אצל אותו רופא אם לא? נראה כי על-אף העובדה שאין מדובר בטיפול רשלני, חולים רבים היו מסרבים להיות מטופלים על-ידי רופא כזה, האם מתפסיתם זו של החולים נזרת חובת גילוי של

169 מצב מעניין נוסף הוא זה שבו מצר אחד קיימים סיכויי היריבות אך מצד אחד המנתה מנוסה ביותר ועל-כן סיכויי ההצלחה בניחוח רבים יותר אם הוא ייערך על-ידי, כך, למשל, אם אצל מנתה מן השורה הסיכוי לסיבוך קטלני עומד על 10%. ואילו אצל המנתה התולה הסיכון לסיבוך קטלני עומד על 5% בלבד אך יש גם סיכוי של 1% להדיבק בנגיף האיידס. בעניין זה הציגו עולה על כל דמיון, כמו במקרה של המנתה ממחלקת הלב ב"איכילוב" שלבני המליטה הוועדה של משרד הבריאות לאפשר את המשך פעילותו בתחום הכירורגי. הוועדה אף קבעה כי באופן כללי, ובהתאם למקובל במדינות אחרות, לא חלה על הרופא החובה ליידע את מטופליו ברבר היותו נשא. ראו אלה הר"ני "מי מטפל בכס" nrg 21.5.2007 www.nrg.co.il/online/43/ART1/584/458.html

170 פסקי-הדין בארצות-הברית חלוקים בכל הקשור לגילוי תכונות אישיות ופרטים אישיים של הרופא אשר אינם קשורים באופן ישיר לטיפול הרפואי, ובכלל זה מצבו הבריאותי. מן הצד האחד ניתן למצוא פסקי-דין תומכים בחובת גילוי רחבה, כגון פסקי-הדין בעניין Faya (1993) 329 Md. 435, v. Almaraz, שם נקבע כי הרופא חב כלפי התולה בחובה גילוי על העובדה שהוא נגוע בנגיף האיידס, ועל-כן אי-גילוי במצבים מסוימים יביא לירי הפרדה, וכן פסקי-הדין בעניין, Estate of Behringer v. Med. Ctr. at Princeton, 592 A.2d 1251, (1991) 1278–1283. לעומת פסקי-דין אלה קיימת פסיקה נוגדת אשר קובעת כי אי-גילוי על-ידי רופא שהיה נגוע בנגיף אינו מהייה הפרה של דוקטרינת ההסכמה מדעת. ראו בעניין זה את פרשת Korins v. Hartley, 17 השו"1 (1995) 668 A.2d 1355. Brzoska v. Olson, כן השו"1 (1993) 630 N.W. 713, Cal. App. 4th 713, מקרה נוסף הראוי לציון הוא פרשת May v. Cusick, (2001) 2d, 277, באותו עניין התעוררה השאלה אם רופא מנתח צריך לגלות למנתה את העובדה שהוא עבר בעברו שני התקפי שבץ. בית-המשפט לערעורים של מדינת ויסקונסין השיב על כך בשלילה, בקובעו כי מכיוון שהרופא החלים ולא נשאר בו סמנים כתוצאה מהשבץ, ההיסטוריה הרפואית של הרופא אינה מהותית להחלטת התולה, והחילה הסביר לא ייחס לה משמעות. באשר לסענה כי גילוי זה נחוץ לנוכח האפשרות ללקות בשבץ בעתיד, ובהתייחס לשאלה עד כמה התולה הסביר יהיה מעוניין לדעת פרטים על התקפי העבר כדרך "לחיות" אפשרות עתידית זו, אומר בית-המשפט כי אפשרות זו מרוחקת ועל-כן גם נימוק זה אינו עומד. התולה הסביר אינו מעוניין לדעת על התקפי העבר כדי "לנבא" התקפים בעתיד. המעניין בפסקי-הדין הוא שבית-המשפט אינו משאיר שאלה זו למושבעים כשאלה עובדתית ברבר רצונו של האדם הסביר, אלא בוחר להכריע בה כשאלה משפטית, באומרו כי לא סיפקו די ראיות לכך שההיסטוריה הרפואית של המנתח העמידה את המטופל בסיכון.

הרופא?¹⁷¹ עוד יש לשאול, בהנחה שקיימת חובת גילוי כזו, מה היקפה? האם הרופא צריך לגלות לחולה גם פרטים על אודת חייו אשר יכולים להשפיע על החלטת החולה? כך, למשל, מה יהיה הדין במקרים שבהם הרופא אינו מגלה כי הוא מקיים יחסי מין מהזדמנים שאינם מוגנים, כי הוא צורך סמים או אלכוהול במידה מוגזמת¹⁷² או כי בלילה שלפני

171 שאלה מעניינת נוגעת במקרה החמור – האם החולה חייב לגלות לרופא לפני הטיפול כי הוא נגוע במחלה מידבקת, ואת על-מנת למנוע סיכונים לצוות המטפל, והאם במקרה שהוא אינו עושה כן ניתן להאשים אותו בתקיפה? מקרים אלה אינם כה נדירים – ראו, על-פי הפרסומים, פרשת עיפרה וזה. משאלה זו נגזרת שאלה נוספת, והיא אם לרופא עומדת הזכות לא להסתמך אך ורק על דברי החולה, אלא לבחון אותם באופן עצמאי, כך, האם הצוות המטפל רשאי לבדוק את מצבו של החולה מבחינת מחלות מידבקות מבלי לספר לו על דבר הבדיקה? מצד אחד, יש כאן הפרת חובת הגילוי ביחס לחולה, אם הדברים נעשו ללא ידיעתו, ניתן להאשים את הרופא אמילו בתקיפה. מן הצד האחר, כנגד האינטרסים של החולה עומדים האינטרסים של הרופא. הרופא יכול אומנם ליידע את החולה על עריכת הבדיקה, אולם מה אם הלק גדול מהחולים לא יסכימו לשתף פעולה? כיצד ישמיע הדובר על מסגרת הטיפול הכוללת? בגרמניה, על-פי אלבין אסר "הסכמת מדעת בחוק הגרמני" משפטים (לא) 251 (2000), אין חובת יידוע במקרה כגון זה.

172 בעניין זה ראו, למשל, את פסק-הדין בעניין *Albany Urology Clinic v. Cleveland*, 528 S.E. 2d 777 (2000) (להלן: פרשת *Albany Urology Clinic*). באותו מקרה טופל התובע על-ידי רופא אשר השתמש בכמים (קוקאין) מחוץ למסגרת עבודתו וכאשר לא היה בתודעת קריאתו. טענת התובע הייתה כי אי-גילוי פיש זה שולל את תוקף ההסכמה שניתנה לטיפול הרפואי. בית-המשפט דחה עמדה זו, בקובעו כי בהעדר תקירה ספציפית של המטופל אין מוטלה על הרופא (אי על בעל מקצוע אחר) חובה, מכוח המשפט המקובל או מכוח חיק, להשוף לפניו "unspecified life factors which might be subjectively considered to adversely affect the professional's performance". על-כן בהרבה של רופא לא לתשוף באופן וולונטרי פרטים בדבר דרך חיי אינה יכולה לשמש בסיס לתביעה כגון תרמית, ואף אינה יכולה לפגוע ברעבר בתוקף ההסכמה, באופן שתעמוד נגד הרופא המטפל עילת תביעה כגון תקיפה. בקובעו כן מדגיש בית-המשפט גם את האינטרס הציבורי הכללי, אשר פועל נגד יצירת עילת תביעה כגון תקיפה בטל אי-גילוי כזה. זאת, בין היתר, בשל העובדה שיהיה זה בלתי אפשרי לקבוע אילו פרטים מחיו של הרופא חייבים בגילוי, ובשל כך שחשיבותם של הפרטים והצורך לגלותם משתנים ממטופל למטופל בשל השוני בהצטרפות האישיות. בסק"דן נוסף בהקשר זה הוא פסק-הדין בעניין *Kaskie v. Wright*, 589 A.2d 213 (1991). באותו מקרה נטען כי העובדה שהרופא לא גילה למטופל כי הוא אלכוהוליסט שוללת את תוקפה של הסכמת החולה, גם כאן בית-המשפט מתמודד עם השאלה אם ניתן להרחיב את דיקטרינת ההסכמה מדעת כך שתכלול מידע מעבר לזה הקשיר לעצם הטיפול הרפואי, וגם כאן הוא משיב על כך בשלילה, באומרו את הדברים הבאים:

"We too refuse to expand the informed consent doctrine to include matters not specifically germane to surgical or operative treatment. To do so, where the absent

הגיתוח הוא ישן רק ארבע שעות?¹⁷³ עלינו לזכור כי אל מול האוטונומיה של החולה עומדת זכותו של הרופא לאוטונומיה ולהגנה על פרטיותו. השאלה היא כיצור יש לאזן בין השניים. ברור שככל שתורחב חובת הגילוי המוטלת על הרופא כן תהיה הפגיעה באוטונומיה שלו ובפרטיותו עמוקה יותר, אחת הדרכים להתמודד עם קושי זה היא באמצעות התגדרה של מידע רפואי, כפי שהדבר אכן נעשה בחוק זכויות החולה. כך ניתן לסעוץ כי המידע שפורט לעיל אינו מהווה מידע רפואי כלל, ועל-כן לא מוטלת על הרופא חובה למוסרו. אולם, כפי שראינו בפרשות סרדי ווינשטיין, בית-המשפט יכול להרחיב את חובת הגילוי מעבר לקבוע בחוק, והוא אף עושה כן בפועל. ייתכן שלעיתים תוצאה זו ראויה וצודקת, עם זאת, הרהבה כזו ראוי שתיעשה רק לאחר שקילה דקדקנית לא רק של האוטונומיה של החולה, אלא אף של זו של הרופא.

3. חובת הגילוי והפגיעה בחופש העיסוק

סעיף 3 לחוק-יסודי: חופש העיסוק קובע כי "כל אורח או תושב של המדינה זכאי לעסוק בכל עיסוק, מקצוע או משלח יד". על חופש זה נאמר לא אחת כי מהותו כזכות חוקתית נגזרת מהאוטונומיה של הרצון הפרטי, וכי הוא מהווה ביטוי להגדרתו העצמית של האדם. זאת, משום שבאמצעות חופש העיסוק האדם מעצב את אישיותו ואת מעמדו, ואף תורם למרקם החברתי.¹⁷⁴ רבים סבורים כי השיבותו הרבה של חופש העיסוק נובעת מהשלכותיו על תחומי חיים רבים של האדם – קיומו הפיזי, מעמדו החברתי ואפשרויותיו לשקוד על הגשמת סגולותיו הרומנטיות.¹⁷⁵ "עיסוקו של אדם מאפשר לו להגשים את אישיותו ומביא

information consists of facts personal to the treating physician, extends the doctrine into realms well beyond its original boundaries. Nor are limitations easily definable. Are patients to be informed of every fact which might conceivably affect performance in the surgical suite?... Matters such as personal weaknesses and professional credentials of those who provide health care are the responsibility of the hospitals employing them, the professional corporations who offer their services, or the associations which are charged with oversight. Their failure to fulfill their obligations in this regard becomes a matter of negligence, and it is from them that recovery must be sought."

173 ברשת *Albany Urology Clinic*, שם, נותן בית-המשפט דוגמה טובה לקושי שבסוגיית הגילוי. בניח שלרופאה פנימאית נידע ערב הניתוח כי בעלה מעוניין להתגרש או כי הוריה לקו במחלה קשה. על-אף עובדה זו היא סבורה כי היא כשירה לנתח, האם חלה עליה חובה ליידע את החולה ברבר מצבה הנפשי ובדבר המידע אשר לו נחשפה, ללא קשר לשאלה אם היא מפרה את סטנדרט הזהירות הסביר?

174 כג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 367 (1997).

175 אמנון רובינשטיין וברק נדינה המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל 1135 (מהדורה המיטית, התשנ"ז).

לידי ביטוי את האוטונומיה של רצונו.¹⁷⁶ מסיבה זו נקבע בהוק"יסוד: חופש העיסוק כי אסור לפגוע בחופש העיסוק אלא אם כן פגיעה זו עומדת בתנאי פסקת ההגבלה הקבועה בסעיף 4 לחוק"יסוד: חופש העיסוק עצמו, שלפיה "אין פוגעים בחופש העיסוק אלא בחוק החולם את עריכתה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש, או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו".¹⁷⁷

במשפט הישראלי קיימת מחלוקת בדבר אופן תחולתו של חוק"היסוד על המשפט הפרטי. הגישה המרהיבה גורסת כי תחולתו של חוק"היסוד ישירה, ועל-כן תוקפה של הזכות היא ביחס לכל אדם, ללא צורך ב"מתווכים" משפטיים כלשהם.¹⁷⁸ על-פי הגישה המצמצמת, תוקפה של הזכות בין פרטים היא עקיפה, ויש להפעילה במסגרת דוקטרינות מן המשפט הפרטי, אשר יושפעו מקיומה של הזכות אך גם ירסנו את תוקפה.¹⁷⁹ בין שמקבלים את הגישה המרהיבה ובין שמקבלים את הגישה המצמצמת, במערכת היהסוס רופא-חולה יש לחגן גם על זכויותיו של הרופא, ככל שהן נובעות מחופש העיסוק. הגנה זו אוסגם תאונן איפקית אל מול זכויותיו של החולה לשלמות גופו ולקבלת שיפיל רפואי הולם, אך יש לחת בכל זאת משקל גם לזכויות הרופא, ועל-פי פסקת ההגבלה, אסור שהפגיעה בהן תעלה על הנדרש.¹⁸⁰

האם ניתן לראות בחובת הגילוי פגיעה בחופש העיסוק, והאם פגיעה זו אינה עולה על הנדרש? דעות היא כי קביעת חובות גילוי רחבות מדי (בין בחוק ובין על-ידי בתי-המשפט,

176 שם.

177 אפשרות נוספת לפגוע בחופש העיסוק קיימת מכוח פסקת ההתגברות שבס' 8 להיק"יסוד: חופש העיסוק, הקבועת כי "הוראת חוק הפוגעת בחופש העיסוק תהיה תקפה אף כשאינה בהתאם לסעיף 4, אם נכללה בחוק שנתקבל ברוב של חברי הכנסת ונאמר בו במפורש, שהוא תקף על אף האמיר בחוק יסוד זה". בסעיף זה נעשה שימוש אך פעם אחת בהמש-עשרה שנותיו, וזאת לצורך הקיקתו של חוק בשר יוצריו, התשנ"ד-1994, אשר ס' 5 ב' קובע כי "תוקפו של חוק זה הוא על אף האמור בחוק"יסוד: חופש העיסוק", בבג"ץ 4676/94 מיטרדאל בע"מ נ' כנסת ישראל, פ"ד (51) 15 (1996), כפסק כי מבחני ההתגברות התקיימו בחקיקת החוק, ולכן הוא חוסה תחת הגנתה של פסקת ההתגברות.

178 גישת התחולה הישירה עוגנת בחוקה השוויונית, שקבעה כי זכויות האדם מיגנות לא רק כלפי השלטון, אלא גם כלפי פרטים.

179 ראו ע"א 294/91 חברה קדישא נ' קסטנבאום, פ"ד (2) 464, 530 (1992). עוד לעניין זה ראו אהרן ברק פרשנות במשפט כרף ג 653-665 (1992); אהרן ברק "זכויות מוגנות המשפט הפרטי" ספר קלינגרופר על המשפט הציבורי 162 (יצחק זמיר עורך, התשנ"ג); רובינשטיין ומדינה, לעיל ח"ש 176, בעני 1142. כאמיר, שאלת אופן התחולה סרם הוכרעה סופית בכית-המשפט העליון, אך בית-הדין הארצי לעבודה, בפרשת טועמה, קבע כי תחולתה עקיפה. ראו דב"ע נג/17-3 (ארצי) טועמה - טכנו גומי ליסיצקי בע"מ, פד"ע כה 227, 239 (1992).

180 חשוו בעניין זה לדברים שנאמרו על-ידי הנשיא ברק ברע"א 4740/00 אמר ג' יוסף, פ"ד (נה) 510, 523 (2001), כאשר לאיוון שבין חופש הביטוי לבין הזכות לשם טוב.

אשר אינה מתחשבת דייה בזכויות הרופא ואינה מאזנת נכונה בין לבין זכויות החולה, יכולה לעלות כדי פגיעה בחופש העיסוק.¹⁸¹ אין ספק שהגנה על שלום החולה ושלמות גופו הינה תכלית ראויה לפגיעה בחופש העיסוק. עם זאת, קביעת חובת גילוי רחבה מדי, המשתרעת על תחומים רבים, תטיל הגבלות חמורות על חופש העיסוק של הרופא, והשאלה היא עד כמה הגבלות אלה מוצדקות. במילים אחרות, השאלה היא אם פגיעה זו היא מידתית. הרחבה בעניין זה הורגת מגדרו של המאמר, אולם להמחשת דבריי אביא דוגמה אחת. כבר נפסק לא אחת כי "חומש העיסוק כולל לא רק את זכותו של אדם לעסוק במקצוע שבו יבחר, אלא גם את זכותו של אדם להתחרות בעוסקים האחרים באותו ענף".¹⁸² בית המשפט קבע כי פגיעה בחופש התחרות על ידי התערבות שלטונית מהווה פגיעה בחופש העיסוק.¹⁸³ שכן "חופש העיסוק משמיע מעצמו זכות לתחרות בלא התערבות שלטונית".¹⁸⁴ האם הטלת חובת גילוי רחבה מדי תפגע בחופש התחרות?

אם להיות קונקרטיים יותר, אפשר להציג את השאלה באופן הבא: המידע שהחולה מעוניין בו בדרך כלל הוא זה המתיחס לסיכויי ההצלחה בניתוח. גיבוי משפטי לכך מצוי בחוק זכויות החולה, שלפיו המידע הרפואי שיש למסור לחולה כולל את הסיכונים הכרוכים בניפול המוצע, לרבות תופעות לוואי, כאב ואי-נוחות, וכן סיכויים וסיכונים של טיפולים רפואיים תלופיים ושל העדר טיפול. כך, דרך קבע, נמסרים לחולה נתונים בדבר הסיכויים הסטטיסטיים להצלחת טיפול מסוים ובדבר הסיכונים הסמוגים בו. השאלה היא אם פרט לסיכויים וסיכונים כלליים אלה הרופא צריך למסור לחולה גם מידע ספציפי בנוגע לשאלה כיצד הוא עצמו עומד ביחס לסטטיסטיקה זו?¹⁸⁵ ובנוגע לשאלה מה רמת נסיונו

181 ניתן אומנם לגרוס לכאורה כי אין פגיעה בחופש העיסוק שכן מדובר בהפרד בין שני פרטים אשר מסכימים ביניהם על גילוי נאות לפני הטיפול הרפואי, ולמדינה אין יד בדבר, אולם למעשה אין זה כך. המדינה ובתי המשפט הם שמכתיבים את סטנדרט הגילוי באמצעות מבגנוגים מיצוגיים, יהיו אלה חוק זכויות החולה, עולות הפרת החובה החקוקה, עולות הרשלנות, עולות התקיפה או אף דיגי החוים. בהקשר זה הקביעה המשפטית כי לא ניתנה הסכמה מדעת הינה בבחינת התערבות מאוחרת ששיללת את תוקף ההסכמה בגין העדר גילוי נאות. השאלה מהו גילוי נאות היא שאלה פרשנית, ובתי המשפט הם שמופקדים עליה בהסתמכם על החוק.

182 בג"ץ 4915/00 רשת חברת תקשורת והפקות (1992) בע"מ ב' ממשלת ישראל, פ"ד נד(5) 451, 463-464 (2000).

183 במקרה הנ"ל נידונה ההלטת הממשלה לאסור על זכייניות הערוץ השני להשתתף במכרז להפעלת הערוץ השלישי. בית המשפט קבע כי אומנם נפגע חופש העיסוק והתחרות שלהן, אולם פגיעה זו הינה מידתית ראויה בשל האינטרס הכפול – הן בפתחת שוק התקשורת לתחרות והן במתן שהות מספקת ליצירת תשתית לשידורי הפקת מקור איכותיות ולשידורי חדשות.

184 בג"ץ 1703/92 ק.א.ל קוי אויר למטען בע"מ נגד ראש-הממשלה, פ"ד נב(4) 193, 219 (1998).

185 בארצות-הברית קיימים פסקי-דין רבים שלפיהם רופא אינו מחויב לגלות פרטים בדבר

נסיובו האישי או בזכר העדר ניסיון כזה. פרשה מעניינת בהקשר זה היא פרשת *Whiteside v. Lukson*, 947 P.2d 1263, 1265 (Wash. Ct. App. 1997). באותו מקרה גרם רופא נזק אנג ניתוח, הרופא לא היה מנוסה בהליך הניתוח המסוים שנעשה, והכשרתו הסכמה בלימודים בני יומיים על האופן שבו יש לבצע ניתוח מסוים זה. טענת החובעים הייתה כי במצב כזה חובה על הרופא לחשוף לפני המטופל את חוסר נסיונו. בית המשפט דחה גישה זו, אף שהמטופל מנוהג באותה מדינה, על-פי דין המדינה, הוא שההסכמה מדעת נבחנת על-סמך מידע מהותי שנתון לחולה הסביר על-מנת לקבל החלטה מושכלת. באופן תיאורטי, אומר בית המשפט, גם בריאותו של הרופא, מצבו הפיננסי ואפילו ציינו בבית הספר לרפואה יכולים להיחשב כעובדות מהותיות אשר המטופל ירצה להביאן בחשבון כאשר הוא מקבל החלטה על הטיפול הרפואי, אלא שאין להחייב את הרופא להגילוי באופן כזה קיצוני.

מקרה קיצוני אף יותר הוא זה שנידון בפרשת *Dutty v. Patterson*, 771 A.2d 1255, 1259 (Pa. 2001) (להלן: פרשת *Dutty*). באותו מקרה נטען כי החולה פנה אל הרופא בבקשה לקבל פרטים על נסיונו, ואלה לא ניתנו באופן מדויק ולאעשה, החולה טען כי הרופא הונה אותו בכך שאמר לו כי ביצע את הניתוח מספר רב של פעמים, ולא כך היה, אולם טענה זו לא התקבלה. בעוד שבית המשפט לצדדים קבע כי באותו עניין הלה על הרופא חובת גילוי בנוגע לנסיונו, שכן המידע המוטעה ניתן בתשובה לשאלת המטופל, בית המשפט העליין המדינתו קבע כי להבחנה זו אין משמעות. ראיות על נסיונו של הרופא המטפל ותכונותיו אינן רלוונטיות לנושא ההסכמה מדעת, ולעניין זה אין זה משנה אם המטופל חוקר ברבר נסיונו של המטפל ואינו מקבל תשובה או אם הרופא המטפל אינו חושף את המידע מיוזמתו. עם זאת, בית המשפט מבהיר כי בתוצאה זו אין בהכרח כדי לשלול מן התובע סעד נזיקי, זה יעמוד לו במקרים שבהם יצליח, למשל, לבסס את עוולת הדשלונו כאשר לעצם הטיפול או לבסס טענה בזכר מצטיינות רשלני, ואולי אפילו תרמית, כאשר למידע שנמסר לו. השוו גם: *Foard v. Jarman*, 387 S.E.2d 162, 167 (N.C. 1990); *Abram by Abram v. Children's Hospital of Buffalo*, 542 N.Y.S.2d 418, 419 (N.Y. App. Div. 1989); *Ditto v. McCurdy*, P.2d 952, 958 (Haw. 1997).

כלל זה, שלפיו נסיונו של הרופא אינו נכלל במסגרת המידע הנדרש בגילוי לשם קבלת הסכמה מדעת, הוא הכלל הרווח ברוב המדינות בארצות הברית. ראו: *Ashley H. Wiltbank, Informed Consent and Physician Inexperience: A Prescription for Liability?* 42 *WILLAMETTE L. REV.* 563, 573 (2006). עם זאת, ניתן למצוא גם פסקי דין סותרים הקובעים כי על הרופא לגלות נתונים אישיים כאלה, ראו, למשל: *Johnson v. Kokemoor*, 545 N.W.2d 495 (Wis. 1996). באותה פרשה טענה התביעה להעדר הסכמה מדעת מהסיבה שהמטפל הפריז בתיפוח הניתוח וכן הפריז בנסיונו המקצועי בכיצוע ההליך הרפואי. בתשיבה לשאלת המטופל כמה פעמים ביצע המטפל את ההליך הרפואי שאותו נדרשה לעבור, ענה הרופא "כמה פעמים". משנטאל לפשר התשיבה "כמה פעמים", הוא ענה "פעמים רבות". במהלך המשפט התברר כי נסיונו בניתוח הספציפי היה למעשה מוגבל מאוד. הוא ערך כמה ניתוחים מאותו סוג, אך מעולם לא ערך ניתוח מסוגך דוגמת זה שנדרש במקרה מ"שא הדיון. טענת התובעת הייתה כי מנתת סביר היה מגלה לה את חוסר נסיונו, כמו גם את העובדה שקיימים מנתחים מנוסים

ומומחיותו.¹⁶⁶ חשבו על הדוגמה הבאה: הסטטיסטיקה הכללית גורסת כי בדיקת מי שפיר טומנת בחובה סיכון של הפלה באחד מכל מאתיים מקרים. על-כן בדיקה זו נחשבת מסוכנת, ואינה מומלצת לנשים צעירות, אשר הסיכוי לפגמים במהלך התהליך שלהן גמוך יחסית. אלא שסטטיסטיקה זו מורכבת מרופאים מסוגים שונים. לגבי חלק מן הרופאים הנתונים האישיים טובים מן הסטטיסטיקה, ולגבי חלק אחר הנתונים נחותים ממנה. משופלת מגיעה לרופא אשר נתוניו האישיים טובים פחות מהסטטיסטיקה. האם במערכת היחסים רופא-חולה חלה על הרופא חובה לדיוח – ללא הקירה ספציפית מצד החולה?¹⁶⁷ – כי אף שהסטטיסטיקה קובעת

יותר, מנתח כזה היה אף מפנה אותה אליהם על-מנת לעבור את הניתוח, בית-המשפט קיבל טענה זו, באימרו כי יש להניח שאדם סביר בנעלי המטופלת, בידעו שקבלת הטיפול הרפואי מידי הרופא הספציפי מעלה באופן משמעותי את הסיכון בהשוואה למנתח חליפי מניסה יותר, היה בידר לעבור את הניתוח אצל רופא אחר או אולי מוותר עליו לגמרי. בית-המשפט קובע הלכה כללית שלפיה במקרה שבו יש הבדלים משמעותיים באחוזי הצלחתם של רופאים שונים (כדוגמה לכך בית-המשפט מציג מצב שבו אצל מנתח אחד הסיכון לנכות או למוות עומד על 10%, בעוד אצל מנתח אחר הוא עומד על 40%), השאלה אם הניתוח נערך על-ידי רופא אחד או על-ידי רופא אחר היא שאלה נהותית, אשר נכנסת להגדרה של טיפולים חלופיים, ועל-כן יש לחשוף עובדה זו לפני החולה. עם זאת, בית-המשפט מרגיש כי פסק-הדין אינו יוצר חובה כללית של גילוי יתרונות וחסרונות יחסיים, אלא זו נוצרת על-סמך נסיבותיו הספציפיות של המקרה. ראו גם את בררו של בית-המשפט בפרשת *Dingle v. Belin*, 749 A.2d 157, 165 (Md. 2000).

166 שאלה היא אם איר-גילוי הניסיון האישי גובע מן העובדה שהחולה, ברוב המקרים, אינו מעוניין בטידע זה אי שמא מתוך רצון להגן על אינטרסים של הרופא, או אולי אף משיקולים חברתיים החורגים מגדר רצון הצדדים. אם ההימנעות מהטלת חובת הגילוי נטמכת על הנימוק הראשון, אזי מתקד מרש שולל את תקפות ההנחה העובדתית העומדת בבסיסו. מחקר זה נועד לבחון אם מטופלים אשר נמסר להם מידע על חוסר נסיונו של הרופא המטפל בהגשת טיפולים קלים ייתנו בבלי-זאת את הסכמתם לטיפול. תוצאת המחקר מעניינת, שכן בניגוד לעמדה הירוחת ולמחקרים קודמים, שלפיהם גילוי מוקדם של חוסר הניסיון ישלול את הסכמת המטופל לטיפול, התברר כי בטיפולים קלים 90% היו מסכימים לקבל את הטיפול גם מידי רופא חסר ניסיון. לכאורה, תוצאה זו מצדיקה דווקא את הגישה שלפיה נסיון המטפל אינו במחינת מידע רלוונטי, אלא שמהקד זה העלה גם כי רוב המטופלים (66%) סברו כי יש ליידע אותם מראש על כך שמדובר בניסיון ראשון של הרופא, וכי נתון זה רלוונטי לכביהם, גם אם בכל מקרה היו ניתנים את הסכמתם. אם זו דעתם של מטופלים לגבי טיפולים קלים, סביר שבטיפולים מסוכנים יותר תהיה דעה זו גורמת שמצדדים. דהיינו, לפחות ככל שהכבדים אמורים ברצון המטופל (להבדיל מהשאלה הנדרשטיבית), אין מחלוקת על כך שהחולה רואה בנסיון הריפא נתון רלוונטי. לעניין זה ראו: Sally A. Santon et al., *Sorry, It's My First Time!* 39 Med. Educ. J. 365 (2005).

167 בעניין זה ברצוני להוציא מגדר הריון מקרים של הכעיה טכונת, שבהם הרופא מציע לחולה מיצג שקרי. אולם השוו בעניין זה פרשת *Duty*, לעיל ת"ש 185.

סיכון מטוים, הנתונים שלו טובים קצת פחות? ואם הוא עומד בנתונים הסטטיסטיים, האם עליו לגלות כי נתוניו של הרופא ברחוב הסמוך טובים מהסטטיסטיקה הכללית? יש לזכור כי ההנחה היא שאיש מן הרופאים אינו מחרשל, וכי כולם עומדים בסטנדרט הנהירות שנקבע עליידי בית המשפט. אם נקודת הראות היא החולה הסביר, אזי הוא ימצא במידע זה הסיבות רבה, ויוכל בהחלט להיעזר בו עלימנת לקבל החלטה מושכלת - לא רק אם לעבור את הטיפול הרפואי, אלא גם אם לעבור אותו אצל אותו רופא.¹⁸⁸

ניתן להצדיק את הרחבת חובת הגילוי גם לעובדות אלה בטענה שהטלת חובת גילוי לגבי הנתונים האישיים של הרופא אינה קשורה לחופש התחרות או לפגיעה בה. נתפך הוא, חופש התחרות נשמר, שכן הרופא הטוב פחות יכול לשפר את השירות שהוא נותן ולזכות בהולים רבים יותר. למעשה, אם נמשיך בקו זה, חובת הגילוי רק תשכלל את התחרות, שכן לצרכן יהיה מידע רב יותר על טיב השירותים הניתנים לו, והחלטתו תהיה מושכלת. על-פי גישה זו, התחרות המהותית בדבר טיב הטיפול והשירות אינה נפגעת, ועל-כן אין פגיעה אמיתית בחופש העיסוק.

לדעתי, גישה כזו היא בעייתית. לפני שניתפו להייב את הרופא למסור גם מידע מסוג זה, יש לדאוג אם קיימים מקרים אחרים שבהם המשפט מטיל חובת גילוי כה רחבה. אם חובת גילוי כזו אינה פוגעת בתחרות, מדוע לא ליישמה בכלל הענפים במשק? כך, למשל, קונה יוכל לבוא בטענות אל מוכר בשוק הכרמל על כך שלא אגור לו כי ברוכז הסמוך מוכרים עגבניות טובות יותר במהיר זול מן המחיר שבו הוא מוכר. אם היגמה זו נראית מרוחקת מדי, אזי מה בדבר הטלת חובת גילוי על עורך-דין? האם נרצה להחייב עורך-דין העוסק בליטיגציה לידע לקוח הפוגה אלו כי הוא יודע אימנם לטעון בלהט ובכישרון אך עמיתו המלומד טוען טוב ממנו ועל-כן סיכוייו לזכות במשפט טובים משלו ובאופן משמעותי? לתלופין, האם היא צריכה לציין לפני לקוחה כי המשרד השכן מדורג גבוה יותר ממשרדו של? גישה זו, המעודדת מעבר מידע, יכולה לעודד ולשפר את התחרות, אולם לא זה הכלל הקיים ביחס למוקצעות אחרים, והשאלה היא מידע. כיצד נסביר את השוני בין המקרים? ייתכן אומנם שניתן להצדיק חובת גילוי רחבה ביחס האמין הקיימים בין הרופא לבין המטופל, אולם יחסים כאלה קיימים גם בין עורך-דין לבין לקוח, ואף-על-פי-כן אין

188 סוגיה דומה עולה בכל הקשור לחובת הגילוי ביחס למכשירים ולציוד שהרופא משתמש בהם אגב הטיפול. לצורך המחשת הנקודה הניחו כי מדובר בטיפול בקליניקה פרטית. כך, למשל, עילה השאלה אם רופא שמבצע כריכת CT לחולה צריך לציין לפניו כי קיים ציוד חדש יותר - MRI או מכשיר דומה לו - שניתן להשיג באמצעות אבחון מדויק יותר. מקרה זה דומה למקרה של פרשת סירי, לעיל הי"ש 16, אם כי הוא חמור ממנו במידן זה שניתן להציג את הבדיקות באופן תלופי, שאו החובה יכולה להשתלב במסגרת ד' אמותיו של חוק זכויות החולה. היכן קו הגבול עובד? הבעיה היא שבמקום ככל מקרה שבו אנו מקבלים טיפול רפואי, אפילו טיפול שיניים, קיימים אמצעי אבחון ואמצעי טיפול טובים יותר. האם כל אימת שנישמה ניגש לרופא השיניים נבקש שהרופא לסקור את הטכנולוגיה הקיימת ולהציג לפני החולה את האפשרות לצילום פגורמי של חלל הפה במקום צילום רנטגן פשוט או את האפשרות להשתלת שן במקום "כתר"?

בהם חובת גילוי רחבה כזו. הגישה היא כי הגטל הוא על הצרכן/הלקוח להקור ולבחון את טיב המוצר או השירות, ולא על מספק הסחורה. סטייה ממודל תחרותי זה מחייבת מתן הסבר מגיח את הדעת, ובהינח אם חובת הגילוי אינה פוגעת בתופש העיסוק באופן שאינו מירתי.

יא. בדרך לפתרון – שאלת היקף הגילוי, אופיו של הנזק וגודלו

השאלות בדבר היקף הגילוי וכדבר אופיו וגודלו של הנזק בשל הפרת חובת הגילוי מקיימות ביניהן זיקה הרוקה, לפחות ככל שהדברים קשורים להכוונת התנהגותו של הרופא באשר לכמות המידע ולסוג המידע שעליו למסור לחולה. כפי שהוסבר לעיל, מנקודת־ראות ex ante, הגדרת הפגיעה באוטונומיה כנזק שנגרם באופן אינהרנטי כתוצאה מהפרת חובת הגילוי של הרופא, והגדלתו של נזק זה, לעיתים בצורת מלאכותית, יובילו להרחבת היקף הגילוי ולזרימה רבה יותר של מידע. הגברת זרימת המידע יכולה להיעשות אף באופן ישיר, באמצעות הרחבת היקף הגילוי הנדרש על־ידי בתי־המשפט. השאלה היא אם הרחבת כזו ראויה, ומה המחיר שנשלם בנינה.

פתרונות משפטיים למצבים כגון אלה נעים. מעצם טבעם, בתנועת מסוטלת. במשך שנים נטו הרופאים לקנץ במידע ולהתייחס אל החולים באדנות, תוך שיתופם באופן מינימלי בתהליך הטיפול הרפואי. הרגל מגונה זה יצר תזובות־נגד משפטיות, אשר נועדו להתמודד עם התופעה. התפתחו הלכות משפטיות ואומצו הוקים על־מנת לשנות התנהגות זו של הרופאים. השאלה היא מתי תגיע המוטלת לקצה האחר של המשרעת ותשנה כיוון. שינוי זה יבוא בעקבות להץ נגדי שיפוע על המערכת כתוצאה מתיקון־יתר, אשר יביא לידי עודף גילוי. מגמה זו תתחוק ככל שעלויות השיתוף והגילוי יאמידו. קשה לנבא את מקומה המדויק של נקודת המפנה, אולם מטרתו במאמר זה היא, בין היתר, להצביע על כך שגם לגילוי מוגבר יש עלויות, אשר יש להביאן בחשבון כאשר קובעים את היקפה של חובת הגילוי, את גודל הנזק ואת אופיו.

בהקשר זה יש משמעות רבה לשאלת שיבוצה של דוקטרינת ההסכמה מדעת במסגרת העולות השונות. שילובה של הדוקטרינה במסגרת עולות התקיפה מאפשר הגנה חזקה יותר על ליבת האוטונומיה של המטופל, תוך הבאה בחשבון של אינטרסים סובייקטיביים שלו. דומה שהמקום הטבעי לשיבוצה של הדוקטרינה לנוכח השית שבו בחר בית־המשפט, המדגיש את האוטונומיה של החולה, הוא במסגרת עולות זו. העולה נותנת "כוח" רב יותר לחולה מבחינת השליטה בגופו. נוסף על כך, ה"מונתקה" אינו צריך להוכיח כל נזק על־מנת לזכות בתביעה. כמו־כן, וכפי שצוין לעיל, עולות התקיפה יכולה לתת ביטוי לכך שהוסר הוודאות לעניין אופן פעולתו של המטופל, שגוצר בעקבות אי־הגילוי, צריך לפעול לרעתו של הרופא, שכן הוא זה שמנע מהמטופל את האפשרות להביע את רצונו האמיתי בזמן־אמת ועל־כן הגדיל את הסיכוי לטעות. בד בבד, אף שעולות התקיפה יוצאת מנקודת מוצא של הגנה אישית־סובייקטיבית, היא תאפשר לבית־המשפט, במקרים רבים, לצקת לתוכה אינטרסים חברתיים. זאת, בעיקר במצבים של הסכמה לא מדעת. במצבים אלה בית־המשפט

בוהן מחדש את תוקף ההסכמה שניתנה. בסיפוי של יום הוא זה שאמון על השאלה "מה היה קורה אילו", תוך הבניית התכנים שאיתם היה ראוי לגלות לחולה והערכה אם תכנים אלה היו משגים את דעתו, שליטתו בתכנים מאפשרת לו לעצבם בהתחשב במרכיבים חברתיים. תסדונה הגדול של עוולת התקיפה הוא בכך שהיא מגבילה את פרישתה של ההגנה לטיפול שניתן, ותו לא.¹⁸⁹

שיבוץ הדוקטרינה במסגרת עוולת הרשלנות ויצירת חובות גילוי חדשות מעניקים לדוקטרינת ההסכמה מדעת צביון אחר, חובות הגילוי יכולות להתפרש על תחומים רבים, גם כאלה שאינם כרוכים באופן ישיר לעצם הטיפול שניתן. בדרך זו ניתן, למשל, להיזיב את הרופא ליידע את החולה גם בדבר קיומם של טיפולים אחרים שאינם חלופיים לטיפול, אלא מיתוספים עליו. מאידך גיסא, שיבוץ הדוקטרינה במסגרת עוולת הרשלנות גורר התעלמות מן המרכיבים הסיבייקטיביים של המטופל.¹⁹⁰ עוולת הרשלנות, מעצם טבעה, בוחנת את סבירותן של התנהגויות. היא נביאה בחשבון אינטרסים כללי-חברתיים, ובוחנת לאורם התנהגות נתונה. בתשוואה לאדם הסביר ולצורך הדיון אין זה משנה באיזה אופן נגדיר אדם סביר (זה אובדים המרכיבים הסובייקטיביים המצויים באופן אינהרנטי בעוולת התקיפה. זאת ועוד, עוולת הרשלנות יורשת גם הוכחתו של נזק כחלק מ"עסקת החכילה". ללא הוכחת נזק, לפחות על-פי הגישה המסורתית, לא יינתן פיצוי.

בשיטה משפטית שמדגישה פחות את האוטונומיה של החולה ואשר מעניקה משנה חשיבות לאינטרסים חברתיים אחרים אכן היה ראוי לעשות שימוש בעוולת הרשלנות, אשר יתרוגה גם בכך שאין מתלווה אליה אות-הקלון הדבק ברופא בגין עוולת התקיפה.¹⁹¹ אולם בתי-המשפט בישראל, מתוך מחויבות למטופל, לא רצו לזוותר על היתרונות הסמונים

189 אי-יודע החולה בדבר טיפולים חלופיים יובא בחשבון רק ככל שהיה ביודע כזה כדי להשפיע על הבחירה בטיפול שניתן.

190 השוו בעניין זה לדעתו של הלירר דיפלוק בפרשת Sidaway v. Bethlem Royal Hospital Governors and others, [1985] 1 AC 871, [1985] 1 All ER 643 שם הוא אומר את הדברים הבאים:

"Consent to battery is a state of personal to the victim of the battery and any information required to make his consent qualify as informed must be relevant information either actually possessed by him or which he is estopped from denying he possessed... There is no room in the concept of informed consent for the 'Objective' patient... to whom the doctor is entitled, without making any inquiry whether it is the fact or not, to attribute knowledge of some risks but not of others... On what logical or juristic basis can the need for informed consent be confined to some risks and not extended to others that are also real, and who decides which risk falls into which class?"

191 השאלה אם תודת אות-הקלון מהווה יתרון צריכה להיבחן גם לאור הפחתת רמת ההרתעה. אות-הקלון ייצר הרתעה מעבר לתשלום הפיצויים, "השאלה היא אם יש צורך ברכיב נוסף זה של הרתעה. בעניין זה ראו, לדוגמה: *Note: Shame, Stigma, and Crime: Evaluating the Efficacy of Shaming Sanctions in Criminal Law*, 116 HARV. L. REV. 2186 (2003)

בשימוש בעוולת התקיפה. נראה שלשם כך הומצא, במסגרת עוללת הרשלנות, ראשית נזק הדש של פגיעה באוטונומיה. זאת, מתוך מחשבה שעל-ידי יצירת ראש-הנזק החדש יצליח בית-המשפט לגשר על הבדל האופי בין העוולות, ולא לוותר, גם במסגרת עוללת הרשלנות, על ההגנה על האינטרסים הסובייקטיביים של המטופל. על-פי גישה זו, בחומה לעוללת התקיפה, די באי-הגילוי הרשלני לקיים את יסודות העוולה. במקביל, שוב מתוך מחשבה על הגנת החולה, גם הרחיב בית-המשפט את היבת הגילוי.

כפי שהראיתי במאמר, גישה זו בעייתית. היא בעייתית מכיוון שעוללת הרשלנות מורכבת מתפיסת-עולם שונה, אובייקטיבית בעיקרה, אשר מביאה בחשבון אינטרסים חברתיים כלליים, ולא פרטניים. ניסיון לצקת לתוכה תכנים שונים יקשה את הפעלתה – הן בתחום הטיפולים הרפואיים והן בתחומים אחרים. כפי שראינו, ברוב הנקרים עוללת הרשלנות מספקת לרופא תמריצים ראויים לגילוי סביר גם ללא הרחבתה. מתיחתה – הן מבחינת סוג הנזק והיקפו והן מבחינת היקף הגילוי – עוללת להביא לידי גילוי מוגבר, אשר יעמוד בעוכרי המטופלים ויהיה לנטל כבד שלא לצורך על המטפל.

האם המבחן השיטתי לגילוי נאות צריך להיות מבחן סובייקטיבי שמביא בחשבון את רצונותיו הייחודיים של החולה המטופל? אני חושב שניסוח כזה של חובת הגילוי הוא רחב מדי, אם כי אין לשלול את השימוש בו במקרים מסוימים. כך, למשל, היה אם מדובר בחולה אשר מבחיר כי רצונו לדעת את כל האפשרויות הקיימות לטיפול בו, על הסיכונים והסיכויים הממונים בהם, ואם הוא גם מוכן לשאת בעלויות הגילוי, אזי נראה שאין סיבה לשלול ממנו זכות זו¹⁹² ואף שיהיו עדיין דברים אשר גם אם ישפיעו על החלטת החולה, לא נחייב את הרופא לגלותם, בשל הגנה על אינטרסים אישיים וכלכליים של הרופא ועל פרטיותו¹⁹³. אולם גישה רחבה זו, אשר ניתנת ליישום במערכת שבה כל הילה נושא בכל עלויות הטיפול בו, אינה ישימה במערכת כריאות כללית ציבורית. למערכת הציבורית יש אילוצים תקציביים רבים, והחולה אינו נושא בכל עלויות הטיפול. במצב דברים זה יש להטיל הגבלות על חובת הגילוי. כשם שבית-המשפט מבין ומסכים לכך שבמערכת הציבורית הטיפול אינו חייב להיות זהה בטיבו לטיפול במערכת הפרטית וכלל-זאת לא ייחשב רשלני, כך ישכיל בית-המשפט להבין כי גם חובת הגילוי אינה חייבת להיות זהה לחולה במערכת הבריאות הכללית אין זכות קנויה להיות מנותח על-ידי מנהל המחלקה מכיוון שהמטטיטיקה שלו טובה יותר, או שבמסגרת הטיפול בו ייעשה שימוש במכשיר הטוב ביותר שנמצא בשוק. באופן דומה אין לו זכות קנויה לקבל ייעוץ מקיף על כל מגוון האפשרויות הטיפוליות הפתוחות לפניו. הרופא צריך לחשוף לפניו את אפשרויות הטיפול הסבירות, ולא מעבר לכך. מבחינת סדר העדיפויות, יש לתת עדיפות לגילוי הסיכויים והסיכונים שגובעים מהטיפול שעומדים לתת לחולה ומהטיפולים החלופיים לטיפול זה. רק

192 לעיתים, במקרים כאלה, לא יוכלו הרופאים לספק לו את המידע כולו, והיה עליהם להפנות ליועץ או לרופא אחר, אשר יסקרו לפניו אפשרויות נוספות.

193 ראו לעיל תת-פרק 2 – "חובת הגילוי והפגיעה בפרטיות של הצוות המטפל". בעוד המידע על סיכויי ההצלחה בניתוח יכול להתפס כמידע רפואי, לא בידר שאפשר לתפוס כך גם מידע לגבי אורח חייו של הרופא.

לאחר-מכן יש להקצות משאבים לגילוי הברייקות והטיפולים הנוספים הקיימים במערכת הפרטית. סקירה מקפת יותר של האפשרויות יכולה וצריכה להיעשות מחוץ למערכת הציבורית, ולא על-חשבון הציבור. הסבר ארוך וממצה לתולת אחד יבוא לרוב על-חשבון הטיפול הרפואי בחולים אחרים, ובכך יצא שכרנו בהפסדנו.

ימה באשר ליוזמה לקבלת מידע נוסף – האם זו צריכה להיות של הרופא או של החולה? כאן, לדעתי, אין לקבוע מסטרות. וכל מקרה ונסיבותיו-הוא. לעיתים יהיה זה מחובתי של הרופא ליוזם הפניה כזו למערכת הפרטית, ולעיתים החולה הוא שיצטרך ליוזם את הפנייה. עם זאת, היה אם החולה יזם וביקש מידע נוסף, מחובתו של הרופא להפנותו לגורם המתאים.¹⁹⁴

יב. סיכום

סיווגה של דוקטרינת ההסכמה מדעת למסגרת העולות הנוקיות השונות אינו טריוויאלי. לסיווג זה יש השפעה מכרעת על אפיון זכויותיו של המסופל ומהותן, ועל-כן יש לתקשר לו מחשבה ולבחון אותו בקפידה. בעולם אידיאלי היה אפשר לעצב את דוקטרינת ההסכמה מרעת באופן מיטבי באמצעות חקיקה פרענית. חקיקה כזו הייתה יכולה לתת טענה הולם לבעיות שעליהן הצבעתי במאמר, תוך עיצוב מדויק ומדוקדק של זכויות המטופל, אשר ייתן משמעות לאופייה הסובייקטיבי של האוטונומיה, מצד אחד, ויהיה קשוב לאילוצים ההכרתיים המגבילים את יישומה, מן הצד האחר.¹⁹⁵ חיק זכויות החולה התיימר לתת פתרון כזה, אולם מהסיבות המנויות במאמר זה הוא אינו מספק את הסחורה.

194 בהקשר זה נראה שבפרשת ארזי, לעיל ה"ש 16, הגיע בית-המשפט לתיצאה צודקת. זאת, לנוכח העובדה שהאם העידה על עצמה יבין בדברים ובין במעשים) כי היא אינה מעוניינת להסתפק בטיפול במסגרת הרפואה הציבורית, ועל-כן היה זה מחובתו של הרופא לרוות לה על האפשרויות הקיימות במסגרת הרפואה הפרטית או לכל-הפחות להפנותה לגורם פרטי אשר יעריך סקירה זו בעבורה.

195 ראו גם את מאמרה של קרקו-אייל, לעיל ה"ש 67, שבו אף היא מבקרת את הניצב המשפטי הנוהג בסוגיית ההסכמה מדעת. לגישתה, ההסדר המשפטי הגרמני, שבו קיימות לגופע כמה עילות תביעה (תקיפה, רשלנות ואף הפרת הובה תקוקה), אינו ראוי ויש לשנותו. במאמרה זה מקדמת קרקו-אייל את התפיסה שלפיה שימוש בעולות התקיפה צריך להישמר למקרים חריגים בלבד, אולם גם בעולות הרשלנות היא מוצאת פגמים – בעיקר הדרישה כי לצורך קבלת פיצוי על הנפגע להראות שנגרם לו נזק ממשי, להבריה, על-מנת לפתור את הסכך המשפטי. ראוי לאמץ באמצעות חקיקה עילת תביעה חדשה ועצמאית אשר תשקף את הנקודות המיוחדות של החתום. פתרון זה הוא בבחינת האופטימוס. גם אני מסכים לכך שעילה חדשה אשר תשקף את דקויות התחום רצויה, אם כי כביר להניח שעל תוכן ההסדרים שתציע אותה עילה יקומו מהלוקות רבות. עם זאת, נראה שעד שתחיקק עילה חדשה כזו, יש לנסות להפיק את המירב מן הדין המצוי, תוך התאמתו לעקריו של הכמה מדעת בהקשר הרפואי ותוך התחשבות בשיקולים שבתי-המשפט רוצים לקדם.

במצב כזה עיצובה של הרוקטרינה מוטל לפתחו של בית-המשפט. עוולת התקיפה – הדרך שבה בהר החילה בית-המשפט – מדגישה את האוטונומיה על גווייה הפרטניים. המטופל נמצא במרכז התמונה, ויש להנן על בחירותיו, על כל המשתמע מכך. לעומת זאת, השימוש בעוולת הרשלנות מסיט את מוקד הדיון לשיקולים החברתיים. בתי-המשפט אינם מוותרים אומנם על מתן ביטוי לרצונו של המטופל, אך מכפיפים אותו לסטנדרטים הייצוגיים שנובעים מאילוצי החיים בחברה המודרנית. שתי הבחירות לגיטימיות, וכך גם שילובן במינונים שונים. עם זאת, הדגשת הנישה האחת על האחרת מהווה בחירה אשר משקפת את הלך-הרוח של החברה בתקופה נתונה – חברה הטרגישה את הפרט ואת בחירותיו האישיות אל מול חברה המדגישה את צורכי הכלל.

אין זה סוד שבהכרה הישראלית עוולות-המטגרת, ובמיוחד עוולת הרשלנות, ממלאות תפקיד משמעותי יותר ויותר במסגרת דיני הניזוקין. שימוש בעוולת הרשלנות מאפשר לבית-המשפט שיקול-דעת נרחב במסגרת מתחם "האדם הסביר", ועל-כן תפקידן של העוולות הפרטיקולריות, שבהן שיקול-הרעת מוגבל יותר, מצטמצם, והן נהפכות למשניות בחשיבותן. במובן זה הסטת מרכז-הכובד בניתוחה של דוקטרינת ההסכמה מדעת מעוולת התקיפה לעוולת הרשלנות הינה חלק ממגמה כללית שמאפיינת את המשפט הישראלי הפריטי כיום, ואין לראות בה מקרה חריג. אולם המעניין בתחום מיוחד זה הוא שבתי-המשפט נוטים לכיוון עוולת הרשלנות אך אינם חשים בנוח עם הבחירה. בניגוד לתחומים אחרים, שבהם הדיון אינו מתעורר כלל אף שניתן להצביע, לפחות באופן עקרוני, על פגיעה באוטונומיה של הניזוק, "נטישת" עוולת התקיפה בתחום ההסכמה מדעת יוצרת קושי. עוולת הרשלנות המסורתית אינה מספקת את ההגנה שהעניקה עוולת התקיפה. היא אינה מגינה על הפרט באופן שטביא לידי ביטוי את רצונו האיש, כי אם רק כנגד מעשה שלא היה נעשה על-ידי האדם הסביר. היא גם דורשת נזק וקשר סיבתי, ומאונת בין הועלת לנזק. בתי-המשפט, אשר אינם חשים בנוח עם דרישות אלה, "מתקנים" את עוולת הרשלנות על-מנת "לפצות" על כך. בין היתר הם מרחיבים את חובות הגילוי, יוצרים ראש-נזק של פגיעה באוטונומיה ואף מרחיבים אותו עדי-מאוד. תיקונים אלה, כפי שהצבעתי במאמר, הינם בעייתיים מסיבות רבות: הם מייצרים, במסגרת עוולת הרשלנות, מערך תמריצים לקוי, ואף פוגעים בזכויות הרופאים ובהגלים עצמם. כמו-כן הם יוצרים זן מיוחד של עוולת רשלנות במסגרת הסכמה מדעת, אשר לא ברור הצידוק לו ולא ברור כיצד יהיה אפשר למנוע את התפשטותו גם לתחומים אחרים של המשפט הפרטי.

השיח המשפטי הרווח כיום בבתי-המשפט מונחה על-ידי הרצון להדגיש את האוטונומיה ואת הבחירה האישית. קידום שיח זה מצדיק שימוש נרחב יותר בעוולת התקיפה. לשם כך אין "להתאים" ו"להטיל" את עוולת הרשלנות בעוד ועוד סלאים משפטיים, אלא לצעוד בדרך-המלך. אם בתי-המשפט רוצים, לעומת זאת, לשלב את דוקטרינת ההסכמה מדעת במסגרת המגמה הכללית יותר של הרחבת עוולת הרשלנות והדגשת האינטרסים החברתיים, אזי עליהם לחדול מכל אותם תיקונים בעייתיים, וליישם את עוולת הרשלנות באופן שבו היא מיושמת בכל תחומי המשפט הפרטי האחרים.
