



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 1303/09

בפני: כבוד המשנה לנשיא א' ריבלין
כבוד השופט א' רובינשטיין
כבוד השופט י' עמית

המערערת: מרגלית קדוש

נגד

המשיבים: 1. בית החולים ביקור חולים
2. ד"ר חיים יפה
3. ד"ר אולגה מוגלובסקי

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בירושלים
בת"א 7085/05 שניתן ביום 17.12.2008 על ידי כבוד השופט
עונוי חבש

תאריך הישיבה: י' באדר א התשע"א (14.02.11)

בשם המערערת: עו"ד עמוס גבעון
בשם המשיבים: עו"ד יואב דור

פסק-דין

השופט י' עמית:

תביעת רשלנות רפואית המעוררת את הסוגיה של היקף חובת הגילוי.

העובדות הצריכות לעניין

1. המערערת, ילידת 1952 ואם לארבעה, החלה לסבול מדימומים תכופים ובלתי סדירים בזמן הווסת עוד מתחילת שנות התשעים של המאה הקודמת. המערערת טופלה על ידי ד"ר חיים יפה (המשיב 2), גניקולוג בבית החולים "ביקור חולים", ועברה כריתת שחלה וגרידה של תוכן הרחם. אלא שהדימומים לא פסקו, ובמהלך שנת 1997 נתווספה בעיה של הפרעות במתן שתן ובריחת שתן במאמץ. נוכח מצבה הרפואי המליץ ד"ר יפה למערערת לבצע ניתוח משולב של כריתת הרחם וכן הרמת שלפוחית השתן בהליך המכונה MMK (מרשל מרקטי) (להלן: הניתוח המשולב).

2. לגרסתו של ד"ר יפה, הוא הסביר למערערת על ההליך והסיכויים והסיכונים שבניתוח, ושלושה שבועות לפני ביצוע הניתוח אף ניתן למערערת יעוץ אורוגניקולוגי במסגרתו הוסבר לה על מהות הניתוח והסיכונים הכרוכים בו. בטרם ביצע הניתוח חתמה המערערת על טופס הסכמה כללי, שהיה ערוך לפי פקודת בריאות העם (טופסי הסכמה), התשמ"ד-1984, בו הצהירה כי הוסברו לה הסיכונים והסיכויים שבטיפול. על טופס ההסכמה חתמה גם משיבה 3, שהיתה באותה העת רופאה מתמחה. אין חולק כי בשום שלב עובר לניתוח לא הוזהרה המערערת כי קיימת סכנה להידבקויות במעי ולחסימת מעיים.

3. הניתוח המשולב נערך ביום 8.3.98, וביום 16.3.98 שוחררה המערערת לביתה. כעבור מספר ימים החלה המערערת לחוש בכאבים בבטן מלווים בהקאות ובשלשולים בגינם נטלה תכשיר נגד שלשול על פי המלצתו הטלפונית של ד"ר יפה. ביום 29.3.98, בעקבות החמרה בכאבים המליץ ד"ר יפה למערערת לפנות לחדר מיון, שם אובחנה אצלה חסימת מעיים. הצוות הרפואי המליץ להעביר את המערערת למחלקה הכירורגית אולם הדבר לא נעשה בסופו של דבר בשל התנגדותו של ראש המחלקה. ביום 31.3.98 נותחה המערערת ונמצאו אצלה הידבקויות ניכרות של המעי הדק שגרמו לחסימת מעיים. הניתוח לא היטיב את מצבה של המערערת, ועד היום היא סובלת מכאבים ומחסימות מעיים. מאז התאשפזה המערערת עוד מספר פעמים, עזבה את עבודתה בבנק ונקבעה לה נכות צמיתה.

אחר הדברים האלה הגישה המערערת תביעה כנגד המשיבים, בגדרה נטען כי המשיבים התרשלו באופן הטיפול בה, מאחר שהניתוח בוצע ללא נוכחות רופא אורולוג או כירורג. בנוסף הלינה המערערת על כך שהניתוח בוצע ללא הסכמה מדעת כנדרש על פי חוק זכויות החולה, התשנ"ו-1996 (להלן: חוק זכויות החולה או החוק). לטענתה של המערערת, לא הוצג בפניה, בטרם עריכת הניתוח, הסיכון להידבקויות איברים פנימיים ולחסימת מעיים, וטופס ההסכמה לניתוח עליו הוחתמה לא מקיים את חובת הגילוי כנדרש בחוק זכויות החולה.

4. המערערת תמכה יתדותיה בחוות דעתו של ד"ר א' אמסטרדם ז"ל, מומחה בכירורגיה כללית ובכלי דם. ד"ר אמסטרדם קבע כי הסיכון להידבקויות בחלל הבטן, במיוחד לאחר ניתוח בטן שני, הוא סיכון מוכר המחייב הסבר לפני ביצוע הניתוח. במקרה דנן הוחתמה המערערת על טופס הסכמה כללי שלא כלולים בו הסיכונים שעלולים להיגרם מכל אחד מהניתוחים שעברה במסגרת הניתוח המשולב, ובפרט הסיכון להידבקויות וחסימת מעיים. לשיטתו של ד"ר אמסטרדם, כדי לעמוד בנטל של

חובת הגילוי, היה צריך להחתים את המערערת על שלושה טפסים נפרדים: טופס הסכמה לניתוח כריתת רחם וטפלות, טופס הסכמה לניתוח תיקון אי נקיטת שתן במאמץ וכן טופס הסכמה לפתיחת בטן, על פי הטפסים שהונפקו על ידי ההסתדרות הרפואית והיחידה לניהול סיכונים ברפואה, בהם מפורטים מכלול הסיכונים.

המשיבים הסתמכו על חוות דעתו של פרופ' צ' גימון, אף הוא מומחה בתחום הכירורגיה, ולפיה הידבקויות במעי אינן בגדר סיבוך של ניתוח אלא חלק מהתגובה הטבעית לניתוח. במקרה של המערערת קיים הסבר נוסף ליצירת ההידבקויות והוא מחלה שהתגלתה מספר שנים לאחר הניתוח הקרויה בשם FIBROGENESIS, מחלה המאיצה את ההידבקויות. עוד הצביע פרופ' גימון בחוות דעתו, כי טופס הסכמה לניתוח כריתת רחם וטפלות עליו מסתמך ד"ר אמסטרדם, התפרסם רק בשנת 2002, כ-4 שנים לאחר הניתוח, וגם בו לא מצויין הסיכון הספציפי להידבקויות.

פסק דינו של בית המשפט המחוזי

5. בית משפט קמא דחה את טענת המערערת לטיפול רשלני, בנימוק שהטענה לא גובתה בחוות דעת מומחה ונטענה בעלמא ללא ביסוס עובדתי. מכאן פנה בית המשפט לדון בשאלה האם המשיבים התרשלו בכך שלא הציגו בפני המערערת את הסיכון לחסימת מעיים כתוצאה מהניתוח, והאם בוצע הניתוח שלא בהסכמה מדעת.

נקבע, כי למרות שטופס ההסכמה לניתוח עליו הוחתמה המערערת לוקה בחסר, אין בכך כדי לקבוע כי לא ניתנה הסכמה מדעת לניתוח. בית המשפט לא הכריע בשאלה האם קיימת "דרישת כתב" המחייבת פירוט הסיכונים עלי טופס ההסכמה, אך הגיע למסקנה כי הוסבר למערערת בעל-פה על ההליך והסיכונים הכרוכים בו טרם ביצוע הניתוח. עוד נקבע כי המערערת לא עמדה בנטל להוכיח כי רמת הסיכון של חסימת מעיים בניתוח מעין זה, חייבה את המשיבים להציג בפני המערערת את הסיכון טרם בוצע הניתוח. בהקשר זה, הצביע בית המשפט על כך שבטופסי ההסכמה בניתוחים מסוג זה, לא מופיע סיכון של הידבקויות או חסימת מעיים.

6. בפני בית המשפט עמדו עדויותיהם של ד"ר יפה ושני המומחים מטעם הצדדים. בעוד שהמומחים העמידו את שיעור הסיכון ללקות בחסימת מעיים כתוצאה מניתוחי בטן בכ-5%, טען ד"ר יפה כי לאורך חמש עשרה השנים האחרונות נתקל אך ב-2% של מקרי הדבקויות, ועל פי הספרות הרפואית הסיכון לחסימת מעיים אף נמוך מכך ועומד על 1.5% בלבד. בית המשפט עמד על כך שהמומחים מטעם הצדדים הם

כירורגים ולא גניקולוגים, והנתונים עליהם הסתמכו מתייחסים לכלל ניתוחי הבטן ולא לסוג הניתוח אותו עברה המערערת. העדות "הרלוונטית היחידה", לדברי בית המשפט, היא זו של ד"ר יפה שתחום מומחיותו בניתוחים מעין אלו שביצעה המערערת, ומבלי שנעלם מעיני בית המשפט כי ד"ר יפה נוגע בדבר בהיותו נתבע בתיק. בהקשר לשיעור הסיכון בניתוח הספציפי שעברה המערערת הסיק בית משפט קמא כלהלן:

"חיבור גס (וייתכן מאוד שאף שגוי) של ההערכות שנתנו הנתבע (כ- 2% סיכוי להידבקויות לאחר כריתת רחם) ופרופ' גימון (כ 5% סיכוי לחסימת מעיים במקרה של הדבקות לאחר ניתוחי פתיחת בטן) יוביל למסקנה שסדר הגודל של הסיכוי לחסימת מעיים בעקבות הדבקות הינו כ 0.1% (5% מתוך 2%) (פסקה 17 לפסק הדין).

7. עוד נקבע בפסק הדין, כי לא מתקיים קשר סיבתי בין אי מסירת המידע האמור לבין נזקיה של המערערת, וגם אם הייתה מודעת לסיכון הייתה סומכת על המלצתו של ד"ר יפה ועוברת את הניתוח.

לאור שיעור הסיכון הנמוך והיעדר קשר סיבתי בין אי גילוי הסיכונים לבין הנזק, נקבע אפוא כי אין לייחס למשיבים רשלנות בכך שלא הציגו בפני המערערת את הסיכון של הידבקויות או חסימת מעיים כתוצאה מהניתוח המשולב.

על כך נסב הערעור שבפנינו.

טענות הצדדים בערעור

8. המערערת מלינה על מסקנת בית המשפט כי המשיבים לא הפרו את חובתם ליידע אותה בדבר הסיכונים הכרוכים בניתוח כפי שנדרש לשם קבלת הסכמה מדעת. לטענתה של המערערת, המשיבים לא עמדו בנטל להוכיח כי שיעור הסיכון להידבקויות ולחסימת מעיים אינו מחייב ליידע אותה לגבי סיכונים אלה. לטענתה, בית המשפט שגה בהערכתו את הסיכון בשיעור של 0.1%, ומעדויות המומחים נלמד כי הסיכון עומד לכל הפחות על 5%, שהוא סיכון גבוה לכל הדעות. בנוסף, מדובר בניתוח אלקטיבי המחייב גילוי רחב של מכלול הסיכונים והמשיבים לא עמדו בחובה זו. המערערת הוחתמה על טופס הסכמה כללי שלא פורטו בו כלל הסיכונים הכרוכים בניתוח, בניגוד לחובה החקוקה בחוק זכויות החולה, ואף לא הוסבר לה בעל פה על סיכונים אפשריים. לשיטתה של המערערת, היה על המשיבים להחתימה על טפסי

הסכמה נפרדים לכל אחד מהניתוחים שעברה. בנוסף, הלינה המערערת על כך שבית משפט קמא נתן אמון בעדותו של ד"ר יפה, למרות שלא זכר את שיחותיו עם המערערת, ומנגד, לא נתן משקל לכך שמשיבה 3 לא העידה בפניו, למרות שהיא אשר החתימה את המערערת על טופס ההסכמה.

המערערת חזרה על טענותיה בדבר התרשלות המשיבים בביצוע הניתוח, שנערך על ידי רופא גניקולוג בלבד מבלי שהשתתף בו רופא אורולוג או כירורג. לטענתה, אף לא ברור אם ד"ר יפה הוא שניתח את המערערת, על אף ששילמה לו באופן פרטי, לאור העובדה שעל טופס ההסכמה חתומה משיבה 3 ולא ד"ר יפה.

9. המשיבים תמכו בפסק דינו של בית משפט קמא. הטענות בדבר ההתרשלות בטיפול לא הוכחו ולכן בדין נדחו. הטענה כי משיבה 3 ערכה את הניתוח ולא ד"ר יפה הועלתה לראשונה רק בשלב הערעור ולא הוכחה. אשר להסכמה מדעת, הרי שהניתוח אותו עברה המערערת איננו ניתוח אלקטיבי המחייב גילוי רחב מהרגיל, הואיל ומדובר בניתוח נצרך וחיוני למערערת, כפי שהעיד ד"ר יפה. שיעור הסיכון לחסימת מעיים עליו הצביעה המערערת מתייחס לכלל ניתוחי הבטן ואין להסיק ממנו לגבי הניתוח המשולב אותו עברה המערערת.

דיון והכרעה

טבירות הטיפול במערערת

10. הטענה כי המשיבים התרשלו באופן ביצוע הניתוח היא טענה שבעובדה, אשר נדחתה בבית משפט קמא מן הטעם שלא הוכחה ואף לא גובתה בחוות דעת מומחה. ד"ר אמסטרדם ז"ל, המומחה מטעמה של המערערת, לא ביקר בחוות דעתו את האופן שבו טיפלו המשיבים במערערת, והתמקד בחוות דעתו אך ורק בכך שלא פרשו בפניה את מכלול הסיכונים הכרוכים בניתוח. גם הטענה לפיה הניתוח צריך היה להיות מבוצע על ידי אורולוג או כירורג נדחתה, לאחר שהמומחים מטעם הצדדים העידו כי ניתוח מסוג זה שעברה המערערת מבוצע על ידי רופאים גניקולוגים.

מן המפורסמות כי ערכאת הערעור לא תיטה להתערב בממצאי עובדה ומהימנות שנקבעו על ידי הערכאה הדיונית, אלא אם מדובר במסקנות שאינן עולות בקנה אחד עם השכל הישר או ההיגיון (ע"א 11485/05 מ' ג' ש' (קטין) נ' קופת חולים של ההסתדרות הכללית (לא פורסם, 2.12.2007)). כוחו של הכלל יפה במיוחד כאשר

עסקינן בתשתית עובדתית המתבססת על חוות דעת רפואיות (ע"א 9936/07 בן דוד נ' ד"ר אייל ענטבי (לא פורסם, 22.2.2011), בפסקה 5 והאסמכתאות שם (להלן: עניין בן דוד). במקרה דנן לא מצאתי טעם להתערב במסקנותיה של הערכאה הדיונית, ואציין כי גם במסגרת הערעור טענה המערערת במישור הרשלנות בשפה רפה. גם הטענה כי הניתוח לא בוצע כלל על ידי ד"ר יפה, לא הוכחה והועלתה לראשונה במרומז ובחצי פה בסיכומי המערערת בערכאה הדיונית.

11. לאחר שדחינו את טענות המערערת בנוגע לרשלנות בטיפול, נמקד את הדיון בטענתה המרכזית כי לא נפרשו בפניה מכלול הסיכונים הכרוכים בניתוח, ובשל כך לא ניתנה הסכמתה מדעת לביצועו. המערערת זנחה בערעור דנן את טענתה כי לא הוסבר לה דבר וחצי דבר באשר להליך הניתוחי והסיכונים הכרוכים בו, והתמקדה בכך שלא יידעו אותה לגבי הסיכון להידבקויות ולחסימת מעיים כתוצאה מהניתוח המשולב.

נתחיל את הילוכנו בסקירה משפטית אודות הסוגיה של הסכמה מדעת ולאחר מכן ניישם את הדברים על עובדות המקרה שבפנינו.

מיפוי העילה של הסכמה מדעת במסגרת עילות תביעה בגין רשלנות רפואית

12. כתב תביעה הנסב על רשלנות רפואית כולל לרוב שלושה ראשי תביעה והם: רשלנות בטיפול, היעדר הסכמה מדעת עקב הפרה של חובת הגילוי ופגיעה באוטונומיה (לסקירה נרחבת ראו: אסף יעקב "גילוי נאות והסכמה מדעת" עיוני משפט לא 609 (2009) (להלן: יעקב, גילוי נאות)). רשלנות, היעדר הסכמה מדעת ופגיעה באוטונומיה לא חד-הם, אך בפרקטיקה, שלוש העילות מוציאות זו את זו. כאשר מוכחת רשלנות בטיפול הרפואי (על רכיבי הנזק והקשר הסיבתי) ממילא אין טעם לדון בהפרת חובת הגילוי והיעדר הסכמה מדעת. אם לא הוכחה רשלנות בטיפול הרפואי עובר בית המשפט לבחון את העילה של הפרת חובת הגילוי והיעדר הסכמה מדעת (על רכיב הנזק והקשר הסיבתי). משלא הוכחה עילה של היעדר הסכמה מדעת, או-אז נדרש בית המשפט לבחון קיומה של פגיעה באוטונומיה (ע"א 7952/08 חכם נ' קופת חולים כללית (לא פורסם, 24.2.2010), בפסקה 6 לפסק דיני (להלן: עניין חכם)).

אציין כי פגיעה באוטונומיה מוכרת כיום כראש נזק בלבד. לדעה הגורסת כי יש לראותה כעוולה העומדת בפני עצמה, ראו הערתו של המשנה לנשיאה השופט ריבלין בע"א 8126/07 עזבון המנוחה ברוריה צבי נ' בית החולים ביקור חולים (לא פורסם, 3.1.2010) (להלן: עניין ברוריה צבי), וכן הערתה של השופטת דורנר בע"א

6153/97 שטנדל נ' פרופ' שדה, פ"ד נ"ו(4) 759,746 מול אותיות ה-ו (2002) (להלן: עניין שטנדל), כי הפגיעה באוטונומיה "הוכרה כמעשה רשלני המזכה בפיצויים בשל עוגמת נפש". כשלעצמי, אותיר את שאלת סיווג הפגיעה באוטונומיה – אם כראש נזק ואם כעילה או עוולה נפרדת - בצריך עיון.

במאמר מוסגר: ככלל, בתי המשפט אינם פוסקים פיצויים בגין ראש הנזק של פגיעה באוטונומיה בנוסף לפיצויים בגין נזק גוף או נזק לא ממוני שנגרמו עקב התרשלות בטיפול או עקב אי הסכמה מדעת (לדעה אחרת ראו המחלוקת ביני לבין המשנה לנשיאה השופט ריבלין בע"א 4576/08 בן צבי נ' היס (לא פורסם, 7.7.2011) (להלן: עניין היס)). אף לא נפסקים פיצויים בגין פגיעה באוטונומיה כאשר לא נגרם כל נזק, קרי, כאשר הטיפול הצליח. זאת, למרות שתיאורטית אין מניעה לפסוק פיצוי זה בנפרד או בנוסף לפיצוי על נזק ממשי שנגרם לתובע, כפי שעולה מפסק הדין בע"א 2781/93 עלי דעקה נ' בית החולים כרמל, פ"ד נג(4) 526 (1999) (להלן: עניין דעקה). דומה כי הסיבה המוצדקת לכך היא, שהפיצוי בגין פגיעה בראש הנזק של פגיעה באוטונומיה נחשב כזניח ולכן אין בתי המשפט נוהגים לפסוק פיצוי זה בנוסף לפיצוי עבור נזק גוף (לפיצוי משמעותי בגין פגיעה באוטונומיה ראו עניין בן דוד, שם נפסק פיצוי בסך 250,000 ₪), או כאשר הטיפול הצליח ולא נגרם נזק, שאז ברגיל ממילא אין מקום להגיש תביעת נזיקין.

במקרה דנן, לאחר שדחינו את עילת התביעה בגין רשלנות בביצוע הניתוח, עומדות רגלינו במשבצת הדוקטרינה של היעדר הסכמה מדעת. בפסקאות הבאות נעמוד על טיבה של דוקטרינה זו ועל עילות התביעה שהיא מקימה.

הסכמה מדעת - כללי

13. הסכמה מדעת, כשמה כן היא, כוללת אלמנט של הסכמה מצד המטופל וחובת גילוי מצד הרופא. על מנת לקבל את הסכמתו האמיתית של המטופל לטיפול המוצע, חובה על הרופא למסור לו מידע על היבטים שונים של הטיפול, ואי גילוי מידע רלוונטי לגבי הטיפול מקעקע את ההסכמה שניתנה לטיפול. לכן, אנו נוהגים לדבר בנשימה אחת על הסכמה מדעת ועל חובת הגילוי.

יש הגורסים כי השימוש בדוקטרינה של הסכמה מדעת נעשה על מנת להרחיב את אחריותם של הרופאים גם למקרים בהם לא הוכחה רשלנות בטיפול הרפואי. זאת, כחלק מתופעה כללית של הבטחת פיצוי למספר רב יותר של ניזוקים עקב טיפול רפואי,

מתוך מגמה להטיל אחריות מוגברת על מפזרי נזק טובים ונוכח מגמה - שתחילתה בראשית שנות העשרים - של דאגה מוגברת לזכויות הפרט שקראה תיגר על הפטרונות של הרופאים (נילי קרקו-אייל דוקטרינת ההסכמה מדעת בחוק זכויות החולה, תשנ"ו-1996 198-197 (להלן: קרקו אייל, דוקטרינת ההסכמה מדעת); נילי קרקו-אייל "המשפט כאמצעי לשינוי חברתי - המקרה של דוקטרינת 'ההסכמה מדעת'" האם המשפט חשוב? 417, 424-425 (דפנה הקר ונטע זיו עורכות, 2010) (להלן: קרקו אייל, המשפט כאמצעי לשינוי חברתי)).

הדרישה לקבל "הסכמה מדעת" של המטופל, היא אפוא פועל יוצא של קיום חובת הגילוי, נושא שהלך והתפתח במרוצת השנים, שהרי:

"לא כימים משכבר הימים האלה. משכבר הימים היה המטופל שם מבטחו ברופא המטפל ב'עיניים עצומות' - כל אשר יאמר אליך הרופא שמע בקולו, וכדברי חכמים (בבלי ברכות ס', א') על הפסוק בשמות 'ורפא ירפא', 'מכאן שניתנה רשות לרופא לרפאות'. הרשות ניתנה, והרופא מרפא, ויש לסמוך עליו. אף היום כך במרבית המקרים, אך חלו עם זאת שינויים חברתיים מפליגים ועמם באו דברי חקיקה ודברי פסיקה, שיצרו מסגרת חוקית לאישוש זכויות החולה... פטרונות רפואית - ולו גם מתוך מלוא הכוונות הטובות - מקומה לא יכירנה עוד... אך אין צריך לחזור כאן על כל שנאמר בפרשת דעקה, ועיקרו באמירה העקרונית, כי 'הטיפול הרפואי מצוי בגרעין הקשה של זכותו של כל אדם לשלוט בחייו, עשויה להיות לו השפעה ישירה, ולא פעם בלתי הפיכה, בין על אורך חייו והן על איכות חייו. בהתאם לכך, נגזרה מזכותו של אדם לאוטונומיה זכותו לקבל מידע על טיפול רפואי שאותו קיבל בבית חולים' (השופט אור בעמ' 572), דברים אלה כרוכים לדידי אינהרנטית בכבוד האדם של החולה" (עניין ברוריה צבי, בפסקה ז' לפסק דינו של השופט רובינשטיין).

בשורות הבאות נצביע על מספר מקורות או עילות תביעה במסגרתם ניתן לעגן את הדוקטרינה של הסכמה מדעת.

הסכמה מדעת במסגרת עוולת התקיפה

14. הדוקטרינה של הסכמה מדעת נגזרה עד לשנות התשעים מעוולת התקיפה לפי סעיף 23(א) לפקודת הנזיקין. נוכח הדרישה ל"שימוש בכוח" בעוולת התקיפה, הוחלה הדוקטרינה בעיקר במצבים של ניתוחים וטיפולים פולשניים, מקום בו לא הוסברו

למנותח הסיכונים בביצוע הניתוח. כך, בע"א 67/66 בר-חי נ' שטיינר, פ"ד כ(3) 230 (1966) (להלן: עניין בר-חי), הוריה של קטינה הסכימו לניתוח של הרחבת צוואר שלפוחית השתן, מבלי שהוסבר להם כי הניתוח כרוך בסיכון, שלמרבה הצער התממש, של ניקוב דופן שלפוחית השתן. נקבע כי היה על הרופא להעמיד את ההורים על הסיכון הממשי בביצוע הניתוח היות ונשאל אודות הסיכון בניתוח (וראו ד"נ 25/66 בר-חי נ' שטיינר, פ"ד כ(4) 327 (1966)). בע"א 560/84 נחמן נ' קופת החולים של ההסתדרות העובדים בארץ ישראל, פ"ד מ(2) 384 (1996) היה מדובר בבדיקה פולשנית לצורך מיפוי העורקים שגרמה לשיתוק ולבסוף למותו של המנותח. בע"א 3108/91 רייבי נ' ד"ר וייגל, פ"ד מז(2) 497 (1993) (להלן: עניין רייבי) היה מדובר בניתוח בחוליות עמוד השדרה שהביא לשיתוק ולאי שליטה על הסוגרים. בכל המקרים דלעיל, בחן בית המשפט את הפרת חובת הגילוי במסגרת עוולת התקיפה (עוד להחלת עוולת התקיפה בהיעדר הסכמה מדעת ראו דוד קרצ'מר "תקיפה וכליאת שווא" דיני הנזיקין - העוולות השונות (ג' טדסקי עורך, 1981); עמוס שפירא "הסכמה מדעת לטיפול רפואי – הדין המצוי והרצוי" עיוני משפט יד 225, 227 (1989) (להלן: שפירא)).

15. בסוף שנות השמונים ותחילת שנות התשעים, ועוד לפני חקיקת חוק זכויות החולה בשנת 1996, החלה להסתמן המגמה לראות בעוולת הרשלנות את הבסיס העיקרי לחובת הגילוי (ע"א 470/87 אלטורי נ' מדינת ישראל, פ"ד מז(4) 146 (1993) שם היה מדובר בנוק בעקבות חיסון).

בעניין דעקה, עמדה השופטת ביניש (כתוארה אז) בהרחבה, על כך שראוי להגביל את השימוש בעוולת התקיפה למקרים קיצוניים בלבד, כמו טיפול שניתן בעל כורחו של המטופל או טיפול השונה מהותית מהטיפול לו הסכים המטופל. זאת, מאחר שעוולת התקיפה נתפסת כעולה בקנה אחד עם התנהגות אלימה ואנטי-חברתית, וככזו, אינה מהווה אכסניה מתאימה ליחסי רופא-מטופל. דומה כי גישה זו הלכה והשתרשה בפסיקה, אך אדגיש כי אין פסיקה מפורשת השוללת את השימוש בעוולת התקיפה והיא עדיין משמשת כבסיס לתביעה בגין היעדר הסכמה מדעת (וראו עניין שטנדל, בעמ' 759, שם הביעה השופטת דורנר את הדעה כי מתן טיפול רפואי תוך הפרה של חובת הגילוי, מהווה הן עוולה של תקיפה והן עוולה של התרשלנות). אף יש הגורסים כי דווקא הדגשת האוטונומיה של המטופל מחייבת חזרה לשימוש נרחב יותר בעוולת התקיפה, בהיותה עוולה המציבה את המטופל במרכז התמונה (ראו אצל יעקב, גילוי נאות).

סיכומו של דבר, שכיום, לאחר חקיקת חוק זכויות החולה ועל רקע הפסיקה העניפה שדנה בחובת הגילוי במסגרת עוולת הרשלנות, הלך והועם זוהרה של עוולת התקיפה, אם כי אין מקום להספידה כבסיס לעילת תביעה (נילי קרקו-אייל "דוקטרינת 'ההסכמה מדעת' – עילת התביעה הראויה מקום שבו הופרה זכות המטופל לאוטונומיה" הפרקליט מט 181 (2006) (להלן: קרקו-אייל, עילת התביעה הראויה))

הסכמה מדעת במסגרת עוולת הרשלנות

16. חובת הגילוי מהווה אחד הרכיבים של חובת הזהירות. לחובת הזהירות של הרופא כלפי המטופל יש אפוא שני פנים: האחד – מתן טיפול על פי הסטנדרט הרפואי הסביר, והשני – לגלות למטופל את המידע שבאופן סביר דרוש לו לגיבוש החלטה מושכלת ("הסכמה מדעת") לגבי הטיפול המוצע (ע"א 4384/90 ואתורני נ' בית החולים לניאדו, פ"ד נא(2) 171, 182 (1997) (להלן: עניין ואתורני)). שני פנים אלה נדונים במסגרת עוולת הרשלנות ולכן נדרש התובע להוכיח קיומו של נזק ושל קשר סיבתי, מקום בו נטען להתרשלות בטיפול או להפרה של חובת הגילוי.

ודוק: לא כל אי גילוי נכנס למשבצת של העדר הסכמה מדעת והפרת חובת הגילוי. יש ואי הגילוי או אי מתן הסבר כדבעי, ייחשב כהתרשלות בטיפול על פי דיני הרשלנות הכלליים. כך, בע"א 2245/91 ד"ר ברנשטיין נ' עטיה, פ"ד מט(3) 709 (1995) (להלן: עניין ברנשטיין) היה מדובר בבחור צעיר שחלה במחלת בירגר, המוחמרת על ידי עישון והעלולה להביא לקטיעת גפיים. הרופא המליץ לתובע להפסיק לעשן, אך נקבע כי לאור הקשר ההדוק בין העישון לבין החמרת המחלה, היה על הרופא להסביר לתובע את הסיבה להמלצה זו, שכן צפוי כי המטופל, שלא הבין את טעמה של אותה המלצה, לא יתאמץ במיוחד לציית לה. פסק הדין הושתת אפוא על דין הרשלנות הכללי, מבלי להידרש כלל לנושא של הסכמה מדעת וחובת הגילוי.

17. את ההבחנה בין מישור ההתרשלות בטיפול למישור של רשלנות עקב אי גילוי, ניתן להדגים בסוגיית האסכולות. ככלל, מקום בו הרופא נקט בטיפול מוכר ומקובל בפרקטיקה הרפואית, הוא לא ייחשב כמי שהתרשל בטיפול, גם אם הוכח כי יש אסכולה רפואית נוספת המקובלת אף היא בקהילת הרופאים. אולם הרופא עלול להימצא כמי שהתרשל בהפרת חובת הגילוי, אם לא גילה את אוזנו של המטופל אודות האסכולה הנוספת.

הבדל נוסף בין שני המישורים הוא שסוגיית הרשלנות בטיפול הרפואי נבחנת במשקפי המטופל הסביר, על פי סטיה מהפרקטיקה הרפואית המקובלת והמבחן הוא אובייקטיבי בעיקרו. ואילו הסוגיה של הפרת חובת הגילוי נבחנת במשקפיו של המטופל הסביר, כאשר סטנדרט זה עשוי לכלול אלמנטים סובייקטיביים, ועל כך נרחיב בהמשך (ראו גם יעקב, גילוי נאות, בעמ' 640).

18. כאשר הפרת חובת הגילוי נבחנת במסגרת עוולת הרשלנות, נדרש קיומו של נזק וקיומו של קשר סיבתי במובן של "סיבתיות ההחלטה". דהיינו, יש להראות כי אילו היה המטופל מקבל את המידע הנדרש לצורך הסכמה מדעת, הוא היה בוחר שלא לקבל את הטיפול המוצע (על נטל ההוכחה והמבחנים להוכחת סיבתיות החלטה נעמוד בהמשך). לעומת זאת, במסגרת עוולת התקיפה, לא נדרש התובע להוכיח קיומו של נזק ולא קיומו של קשר סיבתי, כך שאין עליו להראות כי היה משנה את החלטתו אילו היה מקבל את המידע הנדרש (על הקשיים בהערכת "סיבתיות ההחלטה" ראו הדיון בעניין דעקה; על נפקויות והבדלים נוספים בין עוולת התקיפה לבין עוולת הרשלנות בהקשר של הסכמה מדעת ראו קרקו אייל, דוקטרינת ההסכמה מדעת, בעמ' 232–243 וקרקו-אייל, עילת התביעה הראויה, בעמ' 198 - 208).

19. למרות שהבסיס העיוני של עוולת הרשלנות הוא סטיה מסטנדרט סביר של התנהגות, הרי שנוכח השפעת חוקי היסוד, החלה הפסיקה לעגן את זכותו של המטופל למידע בזכותו לאוטונומיה, שנתפסת בתורה כחלק מהזכות לכבוד, והזכות לשלמות הגוף ולפרטיות. הזכות לאוטונומיה היא שעמדה בבסיסו של חוק זכויות החולה. אך טרם נעמוד על קנקנו של חוק זה, נזכיר עילה נוספת היכולה לשמש אכסניה לדוקטרינה של הסכמה מדעת.

הסכמה מדעת במסגרת דיני החוזים

20. מערכת היחסים מטופל-רופא נדונה בפסיקה באספקלריה נזיקית, אך הקשר בין מטופל לרופא הוא גם קשר חוזי שבבסיסו יחסי אמון בין הצדדים (עניין דעקה, בעמ' 580). ברגיל, אין מדובר בחוזה להשגת תוצאה אלא בחוזה השתדלות, עליו חולשים חוקי החוזים הרגילים. כאשר הרופא מקבל שכרו מהמטופל, ניתן להחיל על היחסים ביניהם גם את חוק חוזה קבלנות, התשל"ד-1974. בעתיד, לכשייכנס לתוקפו חוק דיני ממונות, יחול על רופא המקבל את שכרו מהמטופל הפרק של "חוזה שירות" אשר מטיל על נותן השירות "לנקוט את כל האמצעים הסבירים כדי להשיג את התוצאה שחוזה השירות נתכוון להשיגה" (ראו סעיף 214 להצעת חוק דיני ממונות).

במסגרת היחסים החוזיים שבין הרופא למטופל, יכולים הצדדים לקבוע, אם במפורש ואם במשתמע, את זכותו של המטופל לקבל מידע מהרופא לצורך קבלת הסכמתו מדעת לטיפול המוצע. כאשר הדברים לא נקבעו במפורש, כפי שאכן קורה במציאות היום-יומית, על בית המשפט לרדת לאומד דעת הצדדים ולבחון אם עמד הרופא בחובת הגילוי המשתמעת ביחסים החוזיים בין הצדדים. החלת המודל החוזי יכולה להיות משמעותית בעיקר בתחום הרפואה הפרטית או כאשר בניתוחים אלקטיביים עסקינן.

ניתן למנות שורה של הבדלים בין הפרדיגמה הנזיקית לפרדיגמה החוזית, וניתן להצביע על שורה של נימוקים בעד ונגד החלת המודל החוזי ביחסי רופא-מטופל, במקום או לצד דיני הנזיקין. מאחר שהטענה החוזית לא הועלתה על ידי המערערת, איני רואה להידרש לשאלות אלה, ואפנה את הקורא למאמרם של אסף יעקב ורענן בן ישי "הסכמה מדעת או הסכם גילוי" משפט ועסקים יא 43 (תשס"ט) (להלן: יעקב ובן ישי, הסכמה מדעת)) שם עומדים המחברים על השיקולים השונים הצריכים לעניין (כן ראו: Richard A. Epstein, *Medical Malpractice: The Case for Contract*, 1976(1) Am. B. Found. Res J. 87, 94 (1976))

הסכמה מדעת בחוק זכויות החולה והפרת חובה חקוקה

21. בשנת 1996 נחקק חוק זכויות החולה, חוק משפטי-רפואי מובהק, שנתפס כמגילת זכויות החולה. משפטנים, רופאים, פילוסופים ואנשי דת היו מעורבים בהליכי חקיקת החוק, שקבלתו עוררה סערה ומחלוקות, ואשר נועד לעגן בחקיקה את העקרון של אוטונומיית החולה ולשנות את התנהגות הרופאים בנושא זה. אין זה סוד כי החוק זכה לעוינות מצד חלק מהרופאים, שראו בו התערבות בוטה ביחסי רופא-חולה (ראו, לדוגמה, משה לוטם "הרהורים על חוק זכויות החולה" רפואה ומשפט 16 118 (אפריל 1997) (להלן: לוטם); "חוק זכויות החולה - שנה אחרי" רפואה ומשפט 17 22 (1997) (להלן: חוק זכויות החולה - שנה אחרי); מחקר מדגמי שנערך בקרב רופאים כארבע שנים לאחר חקיקת החוק (בתחילת שנות האלפיים), הראה יחס שלילי כלפי החוק. כחמישית מהנשאלים סברו כי החוק ויישומו עלול לגרום נזק לחולה וכרבע מהנשאלים טענו כי החוק מקשה עליהם בעבודתם הרפואית - קרקו אייל, המשפט כאמצעי לשינוי חברתי, בעמ' 434).

פרק ד' לחוק זכויות החולה, שכותרתו "הסכמה מדעת לטיפול רפואי", מעגן את החובה לקבל הסכמה מדעת לטיפול רפואי. הוראת המסגרת קבועה בסעיף 13 לחוק וזו לשונה:

(א) לא יינתן טיפול רפואי למטופל אלא אם כן נתן לכך המטופל הסכמה מדעת לפי הוראות פרק זה.
 (ב) לשם קבלת הסכמה מדעת, ימסור המטפל למטופל מידע רפואי הדרוש לו, באורח סביר, כדי לאפשר לו להחליט אם להסכים לטיפול המוצע; לעניין זה, "מידע רפואי", לרבות...

יש הגורסים כי הביטוי "הסכמה מדעת" בסעיף 13 לחוק, מרמז על כך שהתגובה המתבקשת מהמטופל היא לקבל את המלצתו של הרופא, ולכן עדיף להשתמש בביטוי "החלטה מדעת" (קרקו אייל, דוקטרינת ההסכמה מדעת, עמ' 285). עוד אציין כי הביטוי הסכמה מדעת מופיע בחוקים שונים כמו חוק אימוץ ילדים, התשמ"א-1981 וחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981 וכן בשורה של חוקים הקשורים ישירות לעולם הרפואה, כמו חוק מרשם תורמי מח עצם, התשע"א-2011; חוק מידע גנטי, התשס"א-2000; חוק השתלת איברים התשס"ח-2008; חוק החולה הנוטה למות, התשס"ו-2005; וחוק דם טבורי, התשס"ז-2007.

סעיף 14(א) לחוק קובע כי הסכמתו של המטופל יכולה להינתן בכתב, בעל-פה או על דרך של התנהגות, אך סעיף 14(ב) לחוק מסייג עקרון כללי זה וקובע כי הסכמת המטופל לטיפולים מסויימים, הקבועים בתוספת לחוק, צריכה להינתן במסמך בכתב (ניתוחים, צינתורים, דיאליזה, טיפול בקרינה מייננת, טיפולי הפריה חוץ-גופית וכימותרפיה). ראוי להזכיר כי לצד הוראות חוק זכויות החולה יש הוראות חוק נוספות המחייבות קבלת הסכמה בכתב (ראו תקנה 5(ג) לתקנות בריאות העם (בדיקת מי שפיר), התש"ם-1980; תקנה 14(ג)(2) לתקנות בריאות העם (הפריה חוץ גופית) התשמ"ז-1987. ליחס בין הוראת סעיף 14 לחוק להוראות תקנות בריאות העם (טופסי הסכמה), התשמ"ד-1984 ראו קרקו אייל, דוקטרינת ההסכמה מדעת, בעמ' 322-334).

22. מאחר שחוק זכויות החולה לא קבע הסדר אופרטיבי-תרופתי למקרה של הפרת חובת הגילוי, ולא ניתן לתבוע ישירות מכוחו, הרי שההיזקקות לו תיעשה באמצעות העוולה של הפרת חובה חקוקה לפי סעיף 63 לפקודת הנזיקין (ראו ע"א 434/94 ברמן נ' מוד-המכון למידע רפואי בע"מ, פ"ד נא(4) 205, 215 (1997) (להלן: עניין ברמן)). גם במסגרת עוולה זו אנו נדרשים לשאלת הנזק והקשר הסיבתי, דהיינו, על המטופל

להראות כי נגרם לו נזק ולהראות קשר סיבתי בדמות "סיבתיות ההחלטה", בדומה לעוולת הרשלנות ועל פי המבחנים שפותחו במסגרתה (עליהם נעמוד בהמשך).

הפרת חובת הגילוי הקבועה בחוק זכויות החולה יכולה אפוא לבוא לידי ביטוי במסגרת העוולה של הפרת חובה חקוקה. לכך עשויה להיות השפעה על הדיון בהפרת חובת הגילוי במסגרת עוולת הרשלנות. כידוע, סטנדרט ההתנהגות הקבוע בחיקוק מהווה אינדיקציה לרמת ההתנהגות בעוולת הרשלנות (ע"א 4597/91 קיבוץ אפיקים נ' כהן, פ"ד נ(2) 111, 123 (1996); ע"א 145/80 ועקנין נ' מועצה מקומית בית שמש, פ"ד לו(1) 113 (1982)). לכן, הפרה של חובת הגילוי על פי חוק זכויות החולה יכולה להוות אינדיקציה לסטייה מרמת הגילוי הנדרשת במסגרת עוולת הרשלנות.

ולבסוף, כפי שפגיעה באוטונומיה יכולה להיחשב כראש נזק במסגרת עוולת הרשלנות, איני רואה מניעה כי תהווה ראש נזק במסגרת העוולה של הפרת חובה חקוקה, קרי, הפרה של חובת הגילוי על פי חוק זכויות החולה (ראו קרקו אייל, דוקטרינת ההסכמה מדעת, בעמ' 483).

הסכמה מדעת במסגרת קודים אתיים

23. ראוי להזכיר כי לצד עיגון דוקטרינת ההסכמה מדעת בחקיקה, הוכרה דוקטרינה זו בקודים אתיים של ארגונים רפואיים-מקצועיים לאומיים ובין-לאומיים (קרקו אייל, דוקטרינת ההסכמה מדעת, בעמ' 192-195). בישראל, עוגנו ההסכמה מדעת וחובת הגילוי בכללי האתיקה של ההסתדרות הרפואית בישראל (אמנון כרמי בריאות ומשפט חלק א' 971 (2003) (להלן: כרמי)), שניתן למצוא אותם באתר: <http://www.ima.org.il/Ima/FormStorage/Type7/ethics.pdf>. הכללים נפתחים בהגדרה הבאה:

"אוטונומיה" – משמעותה כי למטופל יש זכות מלאה לקבל החלטות באופן חופשי ועצמאי, בדבר הטיפול הרפואי שיינתן לו ובדבר מתן הרשאה והסכמה מדעת קודם לתחילת הטיפול הרפואי בו. הסכמה זו תינתן על בסיס מידע רפואי מלא שיימסר למטופל על ידי הרופא ביושר, בשקיפות, באופן סביר ומאוזן..."

וסעיפים ו, ז ו-ט לפרק ד של כללי האתיקה קובעים כלהלן:

ו. מסירת מידע רפואי למטופל

1. הרופא יהיה קשור למטופל, יכבד את האוטונומיה שלו ואת זכותו לבחור את הטיפול הרפואי ואת אופן ביצועו.
2. הרופא יסביר למטופל, בשפה ברורה ועל פי יכולתו להבינה, את מצבו הרפואי ואת אמצעי הטיפול האפשריים במצבו. הרופא יודא כי הסבריו אכן הובנו כהלכה על ידי המטופל.
3. הרופא יפרט בפני המטופל גם את אמצעי הטיפול הנדרשים לו, אשר אינם נכללים בסל הבריאות, אף אם הרופא מנוע, מסיבות מנהלתיות, מלתת אותם למטופל.
4. הרופא יסייע למטופל בבחירת ההליך הרפואי המתאים לו, תוך שימוש בידע המקצועי הנמצא בידו.
5. הרופא יכבד את זכותו של המטופל לעיין ולקבל, על פי הצורך, את העתק הרשומה הרפואית שלו.
6. הרופא רשאי שלא למסור מידע רפואי למטופל, אם לדעתו מידע זה עלול להזיק למטופל. החלטה בדבר אי מסירת מידע רפואי למטופל מחייבת אישור הוועדה האתית של המוסד הרפואי המטפל.

ז. הסכמה מדעת

1. הרופא ימסור למטופל, בשפה ברורה ומובנת, פרטים על האבחנה הרפואית שלו ועל המהלך הצפוי של מחלתו, לרבות מהות הטיפול המוצע, הסיכויים, הסיכונים ותופעות הלוואי האפשריות. הרופא יציג למטופל את הטיפולים החלופיים האפשריים, על מנת לאפשר לו לקבל החלטה מושכלת בדבר המשך הטיפול שיינתן לו.
2. הרופא ימסור למטופל את המידע הרפואי בשלב מוקדם ככל האפשר ובאופן שיאפשר לו מידה מרבית של הבנת המידע, לשם קבלת החלטה בדרך של בחירה מרצון חופשי ועצמאי.
3. הרופא ייתן טיפול רפואי למטופל רק לאחר שהתקבלה הסכמה מדעת של המטופל לכך. הסכמה מדעת עשויה להינתן, על פי נסיבות הטיפול הרפואי, בדרך של התנהגות, בעל פה, או בכתב.
4. הרופא יקבל הסכמה מדעת ייחודית ומפורשת, בכתב, בכל מקרה של ניתוח, טיפול או פעולה פולשנית, ובכל מקרה אחר המחייב על פי חוק.
5. הרופא יכבד את סירוב המטופל לקבל טיפול רפואי, ובלבד שהמטופל מודע לסיכונים שהוא נוטל על עצמו.

[...]

ט. מסירת מידע בדבר טכנולוגיות רפואיות חדשות

1. הרופא ימסור למטופל בשקיפות מלאה פרטים בדבר הטכנולוגיות הרפואיות הקיימות, הרלוונטיות למצבו, גם אם אינן כלולות בסל שירותי הבריאות.

הרופא ימסור מידע זה למטופל מוקדם ככל האפשר, על מנת לאפשר לו לקבל החלטה מושכלת בדבר הטיפול הרפואי שיינתן לו.

2. הרופא יחשוף בפני המטופל, בשקיפות מלאה, אינטרסים כלכליים שלו או של המוסד המטפל הקשורים בטכנולוגיה רפואית מסוימת חדישה, ככל שאלו קיימים.

3. הרופא המטפל לא יפעל כסוכן או מתווך של חברה מסחרית בשיווק טכנולוגיה רפואית חדשה ולא יקבל כל תמורה מהחברה המסחרית בשל עצם השימוש בטכנולוגיה רפואית מסוימת המומלצת על ידו, אלא אם היה שותף לפיתוח אותה טכנולוגיה."

אציין, כי כללי האתיקה של הרופאים מרחיבים במספר מישורים אף יותר מחוק זכויות החולה ומהפסיקה. כך, לדוגמה, כללי האתיקה דורשים במפורש כי הרופא יודא כי המטופל הבין את ההסבר שניתן לו.

היחס בין העילות השונות המהוות אכסניה לדוקטרינת ההסכמה מדעת

24. חוק זכויות החולה מעגן אפוא את דוקטרינת ההסכמה מדעת בחקיקה, אך הוא לא בא לגרוע מהמקורות הנורמטיביים האחרים עליהם עמדנו, קרי, דיני הנזיקין (העוולות של תקיפה ורשלנות) או דיני החוזים. לטעמי, כך עולה מסעיף 29 לחוק זכויות החולה שכותרתו "שמירת דינים" הקובע בס"ק (1) כי "אין בהוראות חוק זה כדי לגרוע מהוראות כל דין" (לאפשרויות פרשנות נוספות של הסעיף, לביקורת על נוסחו ולהמלצה כי החוק יבטל במפורש את ההסדר שאומץ מכוח העוולות הנזיקיות, ראו קרקו-אייל, דוקטרינת ההסכמה מדעת, בעמ' 273-279).

לכך יש משמעות כפולה: מחד גיסא, קיימת חפיפה רבתי בין ההלכות שהתפתחו בפסיקה במסגרת העילות הנזיקיות, לבין ההסדר החקיקתי בחוק זכויות החולה. מאידך גיסא, במקרה של חוסר באחד מההסדרים או במקרה של סתירה בין ההסדרים השונים, אין לראות בחוק זכויות החולה כמקור קונקלוסיבי לחובת הגילוי, ורשאי בית המשפט להידרש גם למקור חובה נזיקי (תקיפה או רשלנות) או חוזי. אדגים את הדברים במספר דוגמאות.

חוק זכויות החולה מונה בין דרכי ההסכמה לטיפול, גם הסכמה על דרך התנהגות, אך לא מונה גם את ההסכמה מכללא שהוכרה בפסיקה בהקשר של עוולת התקיפה או רשלנות (עניין רייבי, עמ' 506-508).

חוק זכויות החולה לא מונה בין פרטי המידע שיש למסור לחולה את אורכו המשוער של הטיפול הרפואי, למרות שייכתנו מקרים בהם מדובר בפריט מידע מהותי ביותר עבור המטופל.

חוק זכויות החולה לא קובע במפורש כי על הרופא המטפל לומר לחולה כי זכותו לסרב לטיפול הרפואי המוצע או שזכותו לבחור בטיפול רפואי אחר ולא קובע כי עליו לוודא שהחולה הבין את שהוסבר לו.

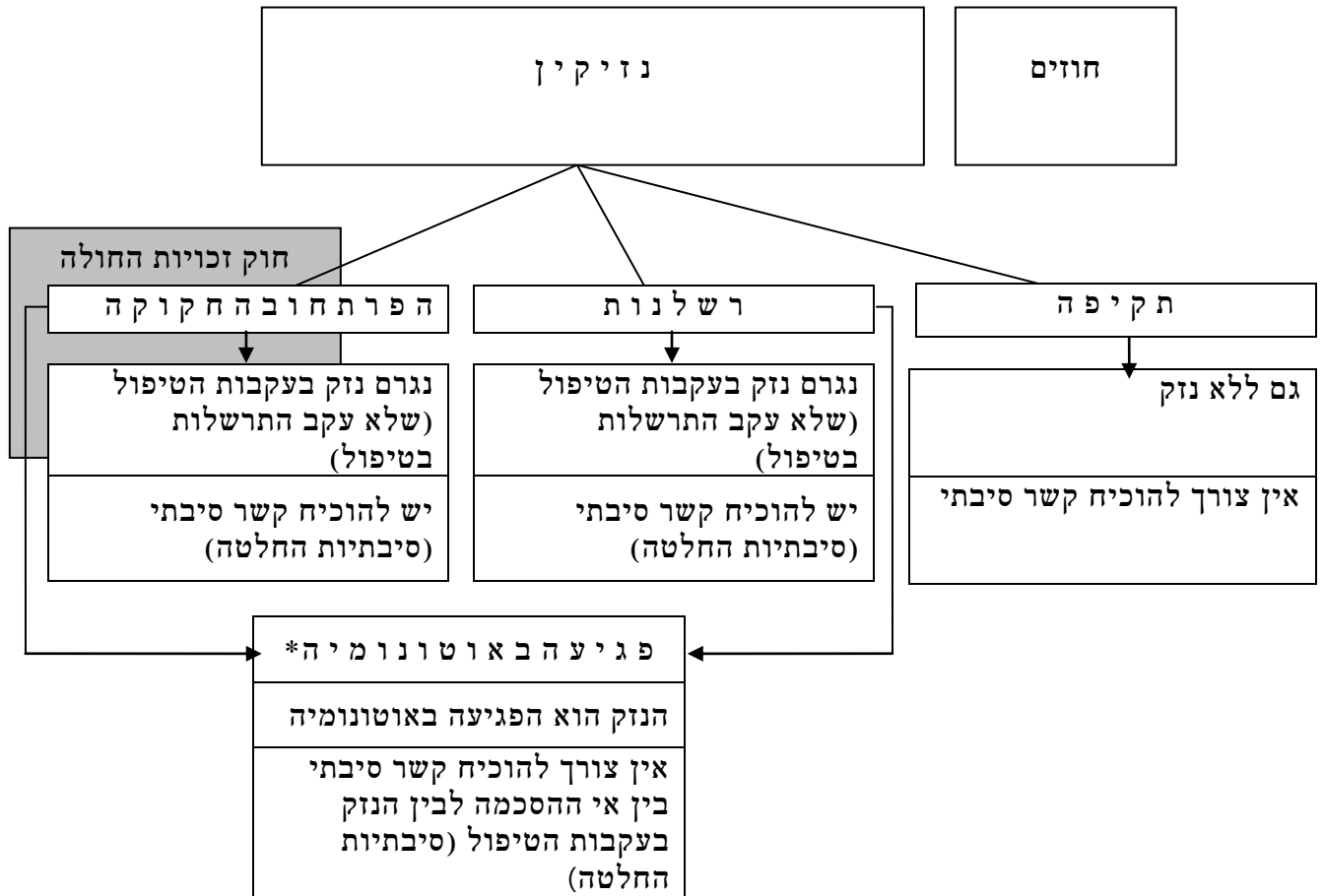
חוק זכויות החולה לא מחייב את הרופא למסור מידע הנוגע לו עצמו (כאמור, "מידע רפואי" מוגדר בחוק כמידע המתייחס ישירות למטופל ולטיפול הרפואי בו). האם זכאי החולה לדעת כי הרופא המטפל בו חולה באיידס או בהפטיטיס B? האם זכאי המטופל לקבל מידע הנוגע לניסיונו של המנתח בביצוע הניתוח המוצע למטופל? ושאל זכאי המטופל לדעת אודות שיעורי ההצלחה בטיפול המוצע בבית החולים בהשוואה לבית חולים אחר בישראל או בחו"ל?

התשובה לשאלות דלעיל יכולה להימצא בפרשנות רחבה או מצמצמת של חוק זכויות החולה, הכל לפי העניין, או על פי המבחנים שפיתחה הפסיקה במסגרת עוולת הרשלנות, ועליהם נעמוד בהמשך.

25. סיכום ביניים: דוקטרינת ההסכמה מדעת יכולה כיום למצוא אכסניה במספר עילות, שביניהן יש הבדלים שונים, ומכאן, שעל תובע לפרט בכתב התביעה על איזו עילה של היעדר הסכמה מדעת הוא נסמך בתביעתו (לביקורת על היעדר הסדר חקיקתי מקיף ואחיד בנושא ההסכמה מדעת, ולהצעה להסדרת הנושא באופן שייקבע בחוק זכויות החולה כי הפרת חובת הגילוי תהווה עוולה אזרחית תוך אימוץ בחוק של כלל ייחוד העילה, ראו קרקו-אייל, עילת התביעה הראויה, בעמ' 212 ואילך).

לסיכום, נציג את הדברים בתרשים הבא:

הסכמה מדעת:



* כאמור, פגיעה באוטונומיה מוכרת כיום כראש נזק בלבד אך ראו הערתנו בסעיף 12 לעיל ובסעיף 72 להלן.

26. טרם אעמוד על הסוגיה של היקף חובת הגילוי, אצביע על השיקולים העיקריים להרחבתה של החובה או לצמצומה. אפתח בנימוקים להרחבת חובת הגילוי.

א. זכות האדם לאוטונומיה: הסכמה מדעת משקפת את זכותו של אדם לאוטונומיה, אם כי אינה זהה למושג "אוטונומיה" ולא חופפת את כל ההיבטים של הזכות לאוטונומיה (מאיה פלד-רז "מסירת מידע על קיומן של בדיקות סקר ואי תחולת דוקטרינת ההסכמה מדעת" רפואה ומשפט 41 2 (2009) (להלן: פלד-רז)). ההסכמה

מדעת מתמקדת בראש ובראשונה בזכות להגדרה עצמית ולאוטונומיה של היחיד, כחלק מתפישת זכויות האדם וחירויות היחיד בחברה דמוקרטית-ליברלית (שפירא, בעמ' 226). היא נובעת מזכותו של המטופל לבחור ולקבל החלטות הנוגעות לו; מזכותו של האדם שלא יתערבו בגופו ללא הסכמתו; ומעצם חובתו של המטפל לנהוג במידת זהירות במטופל שלפניו. ההסכמה מדעת היא אנטי-תזה לפטרנליזם, ולגישה האנכרוניסטית לפיה המטופל ממילא לא יבין מה שיוסבר לו וכי הרופא יודע יותר טוב מהמטופל מה טובתו האמיתית של המטופל.

ב. הנחיות המובנית של מטופל מול הרופא: החובה המוטלת על הרופא למסור מידע למטופל, בבחינת "את פתח לו", נובעת מכך שפעמים רבות המטופל הוא בחזקת מי שאינו יודע לשאול, כמי שאינו בקי בעולם הרפואה ובטרמינולוגיה המשמשת את הרופאים על שלל המונחים המקצועיים שאינם מובנים להדיוטות. לכך יש להוסיף את החשש של המטופל להטריד את הרופא או לבזוז את זמנו; את "ההיררכיה" המובנית ואת התלות הקיימת ביחסי רופא-מטופל, תלות חזקה במיוחד בתנאים של מתח, חרדה, חולשה ומכאוב הכרוכים בטיפול הרפואי ובמצבו הרפואי של החולה. על רקע יחסי התלות וההיררכיה, המטופל אינו רוצה להצטייר כמי שמטיל ספק במקצועיותו של הרופא, או שהוא חושש מלגלות את בורותו בפני הרופא.

ג. תרומה לשיפור הטיפול: ההנחה היא, כי מסירת המידע למטופל מאפשרת לו לקבל את ההחלטה הטובה ביותר בנוגע לגופו ולבריאותו. חובת הגילוי המוטלת על הרופא משפרת את הדיאלוג עם המטופל, ובכך עשויה להועיל לא רק למטופל אלא גם למטפל, שבכך יכול לקבל מהמטופל את הנתונים הרלוונטיים לצורך הטיפול הרפואי. שיפור השיח הטיפולי עשוי להכניס אל תוך מערכת השיקולים המקצועיים גם שיקולים ערכיים-אנושיים שמקורם במטופל עצמו. ובכלל, ככל שמעורבותו של החולה בתהליך הטיפול גדולה יותר, יש בכך כדי לתמרץ את הרופא לנהוג במיומנות ובאחריות גם במישור הטיפולי עצמו, "רופא הנדרש להסביר את מהות הטיפול המוצע, את הסיכונים הכרוכים בו ואת האלטרנטיבות לו... חזקה שישאל עצמו שאלות שאולי לא היה ער להן קודם לכן" (שפירא, עמ' 226-227).

ד. נגישות למידע: בעבר, הרופא היה הצינור הבלעדי דרכו קיבל המטופל את המידע. כיום, בעידן האינטרנט, יכול המטופל בהקשת מקלדת לקבל הסבר מפורט וקל להבנה לגבי מחלתו או הניתוח או הטיפול בפניו הוא עומד. הנגישות לידע מחייבת את הרופא לגלות מידע רב יותר, על מנת שיתאפשר למטופל לבחון ולבדוק בעצמו את הטיפול המוצע.

27. מול השיקולים והנימוקים המפורטים לעיל, ניתן להעלות מספר טיעונים נגד הרחבת היקפה של חובת הגילוי.

א. גזירה שאין ציבור הרופאים יכול לעמוד בה, רפואה מתגוננת ופגיעה באינטראקציה בין הרופא למטופל: רופא סביר אינו יכול לזכור או לדעת אודות כל הסיכונים הפוטנציאליים הנובעים מטיפול מסוים ואת שיעור הסיכון, כמו גם את כל האלטרנטיביות הטיפוליות האפשריות. הרחבת חובת הגילוי מחייבת את הרופא בהשקעת זמן ומשאבים לשם חיפוש מידע אודות טיפולים אפשריים אחרים ומידת הסיכון בכל אחת מהאלטרנטיבות הטיפוליות. חובת הגילוי אך מייצרת "טופסולוגיה" מיותרת של כתבי הסכמה שנועדו להוכחת הסכמה מדעת, טפסים שיש לעדכנם כל הזמן על פי שיעור הסיכונים המשתנים חדשות לבקרים. בכך מוסט הדגש מהאינטראקציה החיונית ביחסי רופא-מטופל להליכים טכניים של החתמה על טפסים.

ב. מגבלות זמן ועלות במיוחד ברפואה הציבורית: היקף חובת הגילוי נגזר גם מאילוצים של חוסר זמן ומשאבים, בעיקר ברפואה הציבורית. לא הזמן העומד לרשות רופא במסגרת הרפואה הפרטית, כאילוצי הזמן במערכת הרפואית הציבורית בישראל (ראו ע"א 2813/06 קופת חולים לאומית נ' זליג (לא פורסם, 11.7.2010), בפסקה 33 (להלן: עניין זליג)). השקעת זמן רב בגילוי מייקרת את עלות הטיפול. היא אף עלולה לבוא על חשבון הזמן המוקדש לטיפול בחולים אחרים, ובכך להוריד את סטנדרט הטיפול באותם חולים או להקטין את מספר החולים המקבלים טיפול. במסגרת הרפואה המתגוננת, יעדיף הרופא לטפל בחולים מעטים יותר ולספק להם את מלוא המידע, באשר די במטופל אחד שלא קיבל הסבר מלא כדי לחייב את הרופא בניזיקין (יעקב, גילוי נאות, בעמ' 652, 654).

ג. פגיעה בשיקול הדעת של הרופא: השאלה אם ועד כמה למסור מידע למטופל, טומנת בחובה שיקול מקצועי מובהק הקשור לטיפול ולמטופל. כגון, עד כמה יוכל המטופל הספציפי להבין את ההסבר והמידע שיימסר לו, האם מתן הסבר למטופל עלול להרע את מצבו, וכיו"ב שיקולים. הרפואה איננה מדע מדויק ודרכי הטיפול והאבחון רבות ומגוונות (ראו: זאב וייל ודנה גרובר "תורת שתי האסכולות – מגן או חרב?" רפואה ומשפט 21, 63, 64 (1999) (להלן: וייל וגרובר)). לניסיון הפרקטי של הרופאים יש משקל חשוב בקבלת החלטות בנוגע לדרכי טיפול ואבחון, ולא ניתן בכל רגע נתון ליתן דין וחשבון בפני המטופל ולנמק בפניו מדוע נקטו עברו בשיטה רפואית זו ולא

אחרת (ראו גם רונן פרי "הכול צפוי והרשלנות נתונה, עוד על דנ"א 7794/98 משה נ' קליפורד" משפטים לה 359, 393 (תשס"ה) (להלן: פרי)).

ד. המבחנים הם כלליים ואמורפיים: יש הגורסים – ואף מגבים זאת בסקרים – כי דוקטרינת ההסכמה מדעת גורמת ללחץ ולחוסר בטחון בקרב הרופאים בשל התחושה שהוראות הדין בנושא זה אינן ברורות (יעקב ובן ישי, הסכמה מדעת, בעמ' 71). הרופא לא מצוייד בכלים המשפטיים על פיהם קובע בית המשפט כדיעבד את היקף הגילוי הראוי, והוא לא יכול להעריך בזמן אמת מה המידע שראוי למסור למטופל. לדוגמה, האם עליו להציג בפני החולה אלטרנטיבה של טיפול בחו"ל? (ראו יוסי גרין משפט ורפואה: יחסי רופא-חולה 251-252 (2003) (להלן: גרין)). האם עליו לגלות אוזנו של המטופל כי אחוזי ההצלחה של ניתוח מסויים, גבוה יותר במרכז רפואי אחר או בידיו של מנתח פלוני?

ה. היכולת של החולה להבין, לזכור, לעכל את המידע, ולקבל החלטה: יש הגורסים כי המטופל הלא-משכיל עשוי להיכנס לחרדות מיותרות ואילו המטופל המשכיל עשוי להתבלבל למשמע דעות סותרות שיובאו בפניו (לוטס, לעיל). במצב הדברים הרגיל, אין למטופל ההדיוט בנושאי רפואה את הידע והמידע הנדרש לבור את הבר (המידע הדרוש לו באורח סביר) מהתבן (כלל המידע הרפואי), אשר לעתים עשוי להיות רחב מני ים. הזכרנו את שיקול הרפואה המתגוננת, כאשר על מנת להבטיח את עצמו מפני תביעה משפטית, יעדיף הרופא לחשוף בפני המטופל סיכונים רחוקים ומסתברים פחות, בעוד העמסת מידע על המטופל עלולה להביא לתוצאה הפוכה ולפגוע ביכולתו לקבל החלטה מושכלת (יעקב, גילוי נאות, בעמ' 650). ניסוי שנערך בארה"ב גילה כי בקרב חולים שהוסבר להם על מחלתם בכתב ובעל-פה, רק 60% הבינו את מהות ההסבר ו-55% בלבד ידעו לחזור על ההסבר בדבר סיבוכים אפשריים (עופר קפלן "הסכמה מדעת בטיפול רפואי - היבטים מעשיים" רפואה ומשפט 28, 118, 121 (2003) (להלן: קפלן)). הליך קליטת המידע וקבלת ההחלטות אצל החולה, אשר מושפע מהמצב העכשווי בו הוא שרוי (כמו חרדה לפני ניתוח או טיפול), אינו תמיד רציונלי, כך שלעיתים גילוי המידע כלל לא אפקטיבי.

ו. פגיעה ביחסי מטופל-מטופל: הרחבת חובת הגילוי גורמת לפגיעה במערכת היחסים האינטימית בין רופא למטופל ומערערת את סמכותו של המטפל כמי שמבין בתחמו.

ז. פגיעה במטופל עצמו: הרחבת חובת הגילוי מביאה להרחבת "סמכות ההחלטה" של החולה ומכאן החשש שהדבר יביא לסירוב לקבל טיפול רפואי שבסופו של דבר הוא לטובת המטופל. בנוסף, חשיפת מידע מיותרת לגבי הטיפול, עלולה גם לפגוע בטיפול עצמו, כמו שימוש בתרופות-דמה (פלצבו), הכרוך מטבעו ב"הונאת" המטופל (יעקב, גילוי נאות, בעמ' 651).

ח. חובת הגילוי מיותרת: מרבית החולים ממילא סומכים על הרופא, אם בדלית ברירה כמי שגורלם מופקד בידי המקצועיות, ואם בשל יחסי אמון אישי שבין החולה לרופא. משכך, מרבית החולים ממילא לא מעוניינים בקבלת המידע וממילא מעדיפים כי הרופא יחליט עבורם (השופט שטרסברג-כהן בעניין דעקה בפסקה 47 לפסק דינה). חובת הגילוי מיותרת גם נוכח הנגישות הרבה שיש כיום למידע. המטופל יכול לבדוק ולאסוף חומר אודות המחלה או הטיפול המוצע, ובכך יש כדי לפטור את הרופא ממתן הסברים מ"בראשית".

הנה כי כן, שיקולים שונים מושכים לכיוונים מנוגדים, אם להרחבה ואם לצמצום של היקף חובת הגילוי. בנקודה זו אנו מגיעים לסוגיה המרכזית שהעסיקה ועודנה מעסיקה את הפסיקה בארץ ובמדינות הים.

היקף חובת הגילוי והמבחנים לקביעתו

28. הסוגיה של הסכמה מדעת היא סוגיה סבוכה בשל היעדר גבולות ברורים לגבי היקף חובת הגילוי. חוק זכויות החולה, שענין בחקיקה את החובה לקבל הסכמה מדעת לטיפול רפואי, לא הציב כללים ברורים ליישומה של חובת הגילוי. נחזור ונעמיד לפנינו את הוראת סעיף 13 לחוק, והפעם בשלמותה:

13. (א) לא יינתן טיפול רפואי למטופל אלא אם כן נתן לכך המטופל הסכמה מדעת לפי הוראות פרק זה.
- (ב) לשם קבלת הסכמה מדעת, ימסור המטפל למטופל מידע רפואי הדרוש לו, באורח סביר, כדי לאפשר לו להחליט אם להסכים לטיפול המוצע; לעניין זה, "מידע רפואי", לרבות –
- (1) האבחנה (הדיאגנוזה) והסכנות (הפרוגנוזה) של מצבו הרפואי של המטופל;
 - (2) תיאור המהות, ההליך, המטרה, התועלת הצפויה והסיכויים של הטיפול המוצע;
 - (3) הסיכונים הכרוכים בטיפול המוצע, לרבות תופעות לוואי, כאב ואי נוחות;
 - (4) סיכויים וסיכונים של טיפולים רפואיים חלופיים או של העדר טיפול רפואי;

(5) עובדת היות הטיפול בעל אופי חדשני.
 (ג) המטפל ימסור למטופל את המידע הרפואי, בשלב מוקדם ככל האפשר, ובאופן שיאפשר למטופל מידה מרבית של הבנת המידע לשם קבלת החלטה בדרך של בחירה מרצון ואי תלות.
 (ד) על אף הוראות סעיף קטן (ב), רשאי המטפל להימנע ממסירת מידע רפואי מסויים למטופל, הנוגע למצבו הרפואי, אם אישרה ועדת אתיקה כי מסירתו עלולה לגרום נזק חמור לבריאותו הגופנית או הנפשית של המטופל.

טיפול רפואי מוגדר בסעיף 2 לחוק "לרבות איבחון רפואי וטיפול מונע", ומידע רפואי מוגדר בסעיף 2 לחוק כ"מידע המתייחס באופן ישיר למצב בריאותו הגופני או הנפשי של מטופל או לטיפול הרפואי בו".

29. השאלה המתעוררת חדשות לבקרים בתביעות הנסבות על הפרת חובת הגילוי, נוגעת להיקפו של המידע הרפואי הדרוש למטופל באופן סביר כמשמעו בסעיף 13(ב) לחוק, מידע הנדרש לשם קבלת הסכמה מדעת של המטופל.

לכאורה, החוק מפרט מהו אותו "מידע רפואי" שיש למסור למטופל, על מנת לאפשר לו לקבל החלטה מושכלת ("הסכמה מדעת") אם להסכים לטיפול המוצע. אך לא סגי בכך כדי לפתור את הקושי הפרשני-יישומי בשאלת היקף חובת הגילוי. סתם המחוקק ולא פירש באילו משקפיים יש לבחון מהו "מידע רפואי הדרוש לו באורח סביר". ניתן לפרש כי מדובר במידע הדרוש מנקודת מבטו של החולה, וניתן לפרש כי מדובר במידע הדרוש לחולה מנקודת מבטו של הרופא. האם המבחן הקבוע בחוק הוא מבחן סובייקטיבי, המבוסס על צרכי החולה והמקרה הספציפי, או מבחן אובייקטיבי המבוסס בעיקרו על הסטנדרט של "החולה הסביר", ואם כן, האם מדובר בצרכים או בציפייה של אותו חולה סביר? (פלד-רז, בעמ' 5; קרקו אייל, דוקטרינת ההסכמה מדעת).

30. קיימים קשיים מעשיים ועיוניים ביישומה של חובת הגילוי והיידוע. אלו נשמעים בעיקר מפיהם של "קציני השטח", הרופאים הנדרשים ליישם חובה זו מדי יום ביומו (ראו בהרחבה בעניין זה: קפלן, לעיל; חוק זכויות החולה - שנה אחרי; לוטם, לעיל; עפרה גולן הסכמה מדעת לטיפול רפואי 41-53 (2008)).

הרופאים עומדים מדי יום ביומו בדילמות הקשורות להיקף חובת הגילוי. עד כמה, אם בכלל, יש ליתן משקל להשכלתו של המטופל ולמידת הבנתו או כושרו להבין

את המידע שיימסר לו? האם היקף הגילוי כלפי מטופל בעל אמצעים כספיים שונה מהיקף הגילוי כלפי מטופל חסר אמצעים כספיים? שמא יחליט הרופא לא לגלות אוזנו של המטופל העני אודות טיפול או תרופה יקרים, על מנת שלא להכניס אותו לדילמה קשה אם להוציא הוצאה כספית נכבדה עבור טיפול או בדיקה שיעילותם מוטלת בספק? שאלות כגון אלה מתעוררות "בשטח" מעשה של יום ביומו.

31. בשל הקושי לתחם את גבולות חובת הגילוי, נמנע בית המשפט, עוד לפני חקיקת חוק זכויות החולה, לקבוע מסמרות לגבי היקף חובת הגילוי, ונקבע כי כל מקרה יידון לגופו בהתאם לנסיבות המיוחדות לו:

"נכון הדבר שהבעיה, באיזו מידה חייב הרופא חובת גילוי עובדות וגילוי-לב לחולה העומד בפני ניתוח הנה מסובכת למדי. אולם משום כך דוקא אין זה רצוי לקבוע בה מסמרות מראש, בצורת הלכות כלליות. לפי שיטת המשפט שלנו בתי-המשפט אינם עוסקים בפסיקת הלכות לשמן, והלכת בית-המשפט יונקת את כל חיותה מן העובדות של המקרה שנדון, ולעולם יש לראותה על רקע אותן עובדות" (עניין בר-חי, בעמ' 330).

אולם לא כימים הראשונים ימינו אנו. בד בבד עם השינויים החברתיים עליהם עמד השופט רובינשטיין בעניין ברודיה צבי, שהמטופל כבר אינו שם מבטחו ברופא המטפל, תביעות הרשלנות הולכות ומתרבות. נוכח אי הוודאות בשאלת היקף חובת הגילוי, החלה הפסיקה לגבש מספר כללים מנחים, שהמשותף להם הוא דחיית הגישה הפטרנליסטית. גישה זו הייתה נהוגה בחלק מבתי המשפט בארצות הברית, ולפיה סטנדרט הגילוי נקבע על פי מבחן הרופא הסביר, כאשר לפרקטיקה המקובלת משקל מכריע בסוגית היקף הגילוי (ראו: עדי אזור ואילנה נירנברג רשלנות רפואית 245-248 (מהדורה שנייה, 2000); על מגמת השינוי גם בפסיקה האמריקאית ראו כרמי, בעמ' 950-952; וכן שפירא, בעמ' 236-237; ראו גם: וייל וגרובר, בעמ' 71). בפסיקה נקבע כי סטנדרט הגילוי והיקפו ייקבע בהתאם למידע שהחולה הסביר נזקק לו או מייחס לו חשיבות בהחלטתו לגבי הטיפול המוצע. בניגוד לבחינת ההתרשלות באופן הטיפול, הרי בבחינת חובת הגילוי, אין לפרקטיקה הרפואית הנוהגת לפי מבחן הרופא הסביר, משקל לקביעת אחריות (עניין רייבי, בעמ' 509; עניין ברמן בעמ' 214; אבחנה דומה מצויה גם בפסיקה האוסטרלית, ראו אצל פרי, בעמ' 385).

מכאן, שעל פי הגישה שנתקבלה במשפט הישראלי, רופא לא יצא ידי חובתו אם מסר למטופל מידע על פי הסטנדרט הנוהג על-פי הפרקטיקה הרפואית המקובלת,

ומילוי החובה ייבחן על-פי צרכיו של החולה הסביר (עניין רייבי; עניין שטנדל). הצד השווה בפסקי הדין הוא הנימוקים וההצדקות לחובת הגילוי והיידוע לצורך קבלת הסכמה מדעת. אך כפי שנראה להלן, אין בפסיקה מבחן אחיד בסוגית היקף חובת הגילוי. ברצותה, הפסיקה מרחיבה את החובה וברצותה מצמצמת, הכול על פי נסיבות המקרה.

היקפה של חובת הגילוי – מגמות בפסיקה

32. בסמוך לאחר חקיקת חוק זכויות החולה ניתן פסק הדין בעניין ואתורי, שם הותיר בית המשפט על כנו את מבחן החולה הסביר, כמבחן הקובע את גדרה של חובת היידוע והיקף הגילוי. באותו מקרה החליט הצוות הרפואי לשמר הריון במצב של פקיעת מי שפיר בשבוע ה-25 להריון, האשה לקתה בזיהום ומצבה הלך והחמיר עד לפטירתה. נטען כי הרופאים לא הסבירו למנוחה את הסיכונים הכרוכים בטיפול וכי היה על הרופאים לפעול להפסקת ההריון. נקבע, כי אמנם חובת היידוע אינה מוחלטת והיא לא משתרעת על כל פרטי המידע ועל כל סיכון נידח, אולם "מקום שהבחירה במסלול רפואי, או קבלת טיפול רפואי, כרוכים בסיכונים מהותיים, חלה על הרופאים חובה (הכפופה אמנם לחריגים) לספק למטופל את המידע שבאופן סביר דרוש לו לגיבוש החלטה אישית מושכלת בשאלה, אם לבחור במסלול הרפואי המסוים תוך נטילת הסיכונים הכרוכים בכך אם לאו" (שם, בעמ' 182). הערעור התקבל במוכח זה שהדין הוחזר לבית המשפט המחוזי על מנת שיבחן אם הסבירו הרופאים למנוחה את מהות הסיכון והיקפו.

מגמת צמצום של חובת הגילוי והחלתה במקרים של התערבות רפואית פעילה בלבד נקבעה בדעת הרוב בעניין ברמן. פסק הדין ניתן זמן קצר לאחר חקיקת חוק זכויות החולה, אך החוק לא הוחל עליו. בפסק הדין נדונו במיוחד שני מקרים בהם לא התגלה בבדיקת אולטרא-סאונד חוסר של גפה בעובר. נטען כי היה על מבצע הבדיקה ליידע את הנשים בדבר מגבלות הבדיקה השגרתית ועל כך שניתן לערוך בדיקה מקיפה יותר במסגרת פרטית. השופטת דורנר צידדה גם כאן במבחן של צרכי החולה הסביר לפיו "המבחן למידע שחובה למסור למטופל אינו אפוא הנוהג המקובל בקרב הרופאים אלא צרכיו של המטופל למידע כדי להחליט אם לקבל את הצעת רופאו" (שם, בעמ' 214 לפסק הדין). דעת הרוב (מפיה של השופטת (כתארה אז) ביניש ובהסכמת השופט ש' לוי) הותירה בצריך עיון את שאלת היקף חובת הגילוי בבדיקות לגילוי ואבחון. לדעתה של השופטת ביניש, מבחן החולה הסביר לקביעת היקף הגילוי נכון למקרים בהם אי הגילוי מתייחס לסיכון שנוצר כתוצאה "מהתערבות רפואית פעילה". מבחן זה

אינו מתאים בהכרח לבדיקות האבחון, בשל ההתפתחויות הטכנולוגיות בתחום זה והשלכות ערכיות-כלכליות באם יקבעו מסמרות באשר לחובה זו (ראו בהקשר זה: רפאל בולדס וכרמי מוסק "אולטרה סאונד מיילדותי-סוגיות משפטיות באבחון מומים" רפואה ומשפט 30 21 (2004). לדעתם של המחברים, סעיף 13(ב) לחוק מעגן את החובה למסור מידע על קיומן של בדיקות נוספות לצורך אבחון, ושלב האבחון הווהוה בחוק לשלב של התערבות רפואית פעילה (שם, בעמ' 34). מנגד, גורסת פלד-ד-17 כי דוקטרינת ההסכמה מדעת לא חלה כלל על בדיקות סקר מעין אלה, אך בנסיבות המקרה עולה כי סקירת המערכות היוותה חלופה טיפולית ולכן היה מקום להחילה לצד חובת הזהירות הכללית).

בעניין דעקה, נדונה תביעת רשלנות רפואית בשל מצב של "כתף קפואה" בעקבות ביופסיה שבוצעה בלי שניתנה הסכמה מדעת. סוגית היקף חובת מסירת המידע לא נדונה בהרחבה, אולם השופט אור אימץ באמרת אגב את המבחן שנקבע בעניין ואתורי, לפיו יש לספק למטפל את המידע הדרוש לו באופן סביר כדי לבחור את המסלול הרפואי שמתאים לו (שם, בעמ' 573). השופטת ביניש, אף היא באמרת אגב, עמדה על מגמת המחוקק להרחיב את היקף מסירת המידע כך שיכלול פרטים שונים על אופן ההליך, מטרתו, סיכויים וסיכונים וטיפולים חלופיים (שם, בעמ' 548) (לדיון נרחב בהלכת דעקה ראו נילי קרקן-אייל "אופן הערכת הפיצוי בגדר ראש הנזק של פגיעה באוטונומיה – ע"א 2781/93 עלי דעקה נ' בית החולים כרמל חיפה" המשפט 21, 37 (2006)).

מגמה של צמצום היקף חובת הגילוי אנו מוצאים בע"א 6948/02 אדנה נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 12.1.2004), שם נדחתה תביעת רשלנות בגין ניתוח קיסרי שבוצע לאחר שהתברר כי העובר במצג עכוז. במהלך הניתוח, נכנסה המערערת למצב של דום לב ושל הפסקת הנשימה ובסופו של יום נגרם למוחה נזק בלתי הפיך. בית המשפט מזכיר את הכלל לפיו מוטלת על הרופא החובה "לספק למטופל את המידע הדרוש לו לביצוע החלטה מושכלת האם לבחור בהליך רפואי זה או אחר". נקבע כי אמנם לא הוסברו למערערת מכלול הסיכונים הנובעים מהניתוח, אולם היקפו של ההסבר שניתן למטופל אינו מוחלט, אין לצפות כי יכלול גם סיכונים רחוקים ובלתי משמעותיים ויש להתמקד בסיכונים ממשיים ומהותיים בנסיבות העניין. בסופו של יום, בית המשפט לא נדרש לשאלה אם הוסברו למערערת כל הסיכונים האפשריים, נוכח מסקנתו בדבר היעדר קשר סיבתי, באשר לאור נחיצות הניתוח ודחיפותו, ונוכח ההסתברות הנמוכה לאירוע, אין להניח שהמערערת הייתה בוחרת לוותר על הניתוח הקיסרי.

33. מגמה של שינוי והרחבה של היקף חובת הגילוי אנו מוצאים בע"א 4960/04 טידי נ' קופת חולים של ההסתדרות הכללית (לא פורסם, 19.12.2005) (להלן: עניין טידי). בפסק הדין נקבע מבחן "צפיות סבירה של החולה", מבחן שיש בו כדי להרחיב את חובת הגילוי. באותו מקרה נדונה תביעה בעילה של "הולדה בעוולה", לאחר שבבדיקת אולטרא-סאונד שנערכה לאימו של המערער, שהייתה בהריון בסיכון גבוה, לא נתגלה כי העובר חסר כף יד ימין. דעת הרוב קבעה, כי מבחן החולה הסביר חל גם על בדיקות אבחון, וכי קופת חולים התרשלה בכך שלא מילאה את חובתה ליידע את האם בדבר מגבלות הבדיקה ואפשרויות אבחון טובות יותר. נראה כי בכך אימץ בית המשפט את דעת המיעוט של השופטת דורנר בעניין ברמן והרחיב לראשונה את חובת הגילוי גם לחובת גילוי כללית ליידע את המטופל בדבר אפשרויות טיפול אחרות (יעקב, גילוי נאות, בעמ' 617).

השופט ריבלין קבע בפסק דינו, כי סטנדרט הגילוי ייקבע בהתאם לצפיותיו של החולה הסביר, להבדיל ממבחן צורכי החולה שהיה מקובל עד אז, באומרו:

"אין לחדר, מבחן ציפיותו הסבירה של החולה איננו תמיד קל ליישום. החולים עצמם אינם עשויים מקשה אחת – יש בהם המעוניינים במידע רב, אחרים מעדיפים להתנחם באי-הידיעה ושמים מבטחם ברופאים. לא כל מידע ניתן להסביר לכל חולה, ולא כל חולה מסוגל לקבל החלטות מושכלות לגבי עצמו. היקף המידע הטעון גילוי נגזר, בין היתר, מתוחלת הסיכון הכרוך בטיפול (מכפלת הסתברותו ושיעורו) ומהסיכוי הצומח ממנו..."

ובהמשך:

"הרצון הסובייקטיבי של החולה, כפי שהוא מובע במשפט, אינו סוף פסוק בשאלת הגילוי. יש לבדוק את הציפייה הסבירה של החולה הנדרש לקבל החלטה מושכלת עובר לביצוע הטיפול. בעת שבא בית המשפט להעריך את אותה ציפייה סבירה יש לדבר-הרופאים, אנשי המקצוע, חשיבות רבה, וגם ממשאביה המוגבלים של המערכת הרפואית, הנדרשת ליתן מענה לציבור חולים גדול, אין להתעלם. מטעם זה, בין היתר, נקבע כי '...אין לדרוש מן הרופאים שהיקף ההסברים שניתנים למטופל יהיה מוחלט ויכלול סיכונים רחוקים ובלתי משמעותיים. ניתן לצמצם היקף זה לגדרם של סיכונים ממשיים בלבד, שהינם מהותיים בנסיבות העניין' (ע"א 6948/02 אדנה נ' מדינת ישראל, בעמ' 546). אלא שכל השיקולים הללו צריכים להיות מובאים בחשבון ההכרעה בשאלת הציפייה הסבירה של החולה, ואין להמיר את המבחן הזה במבחן

הפרקטיקה המקובלת" (פסקה 12 לפסק דינו; ההדגשות הוספו - י.ע.).

בגישה מרחיבה אף יותר נוקטת השופטת חיות:

"כאשר מדובר בבדיקות המבוצעות במהלך ההיריון והמיועדות לאתר מומים בעובר, מותר להניח כי קיימת אצל כל הורה ציפייה סבירה לקבל בעניין זה את מלוא האינפורמציה האפשרית מן הרופא כדי שיוכל לכלכל את צעדיו ולהחליט אילו בדיקות ברצונו לבצע מלבד הבדיקות שמעמידה לרשותו הרפואה הציבורית. זאת, תוך שקלול כל הנתונים הרלוונטיים לעניין, ובהם עלויות הבדיקה, הסיכון הכרוך בבדיקה ומידת ההסתברות להימצאות אותו הפגם בעובר הספציפי" (ההדגשה הוספה - י.ע.).

השופטת נאור אמנם לא חלקה על מבחן הציפייה הסבירה, אך גישה ממצמצת יותר. לדעתה, אין להחיל את חובת היידוע בבדיקות אבחון, אלא מקום בו קיימת אינדיקציה לקיומו של צורך בבדיקה נוספת, כגון חשד למחלה מסוימת, מה שלא התקיים בנסיבות המקרה (לביקורת על פסק הדין בעניין סידי ראו פלד-רז, בעמודים 14-12, שם גורסת המחברת כי השאלה אם צריך היה ליידע את המטופלת על האפשרות לבצע סקירת מערכות נגזרת ממטרת הבדיקה, אם המדובר בבדיקת סקר לאפיון ההריון או שהבדיקה נועדה לגילוי מומים).

אף שהדברים לא נאמרו במפורש בפסק הדין, דומה כי השופטים ריבלין וחיות הכניסו אל תוך המבחן האובייקטיבי של החולה הסביר, אלמנטים סובייקטיביים של צפיות ורצונות, להבדיל מצרכים אובייקטיביים "טהורים" (ראו גם רות ערן שמיר "המידע הדרוש לצורך מתן הסכמה מדעת לטיפול רפואי זכות המטופל מול חובת המטפל" רפואה ומשפט 36, 51, 67-68, 77-78 (2007)).

34. בעניין ברוריה צבי נדון מקרה בו נעשה שימוש בפיטוצין לזירוז לידה מבלי שהתקבלה הסכמה פוזיטיבית להליך ומבלי שהוסבר ליולדת אודות הסיכונים הכרוכים בטיפול, כמו קריעת הרחם, כפי שאכן אירע ליולדת. על פי נייר עמדה של "האגודה הישראלית למיילדות וגניקולוגיה", עליה סמך בית המשפט המחוזי קביעתו, שימוש בפיטוצין דורש הסכמה, אולם אם היולדת אינה מסכימה לטיפול, עליה להביע בכתב את דרישתה לעבור ניתוח בניגוד להמלצה הרפואית. בית המשפט המחוזי קבע כי ניתנה הסכמה שבשתיקה להליך הרפואי, אולם לא הוסברו למערערת הסיכונים העלולים להיגרם כתוצאה ממנו, ולכן נפסק פיצוי בגין פגיעה באוטונומיה. בבית

משפט זה נחלקו הדעות: דעת המיעוט (השופט י' דנציגר) סברה כי בנסיבות לא הייתה פגיעה באוטונומיה של היולדת, מאחר שהסיכון היה נמוך לאור המינון הנמוך של פיטוצין שניתן ליולדת, ומאחר שהיולדת ידעה באופן כללי על הסיכונים האפשריים (זו היתה לידתה העשירית של האם). דעת הרוב (מפיו של השופט א' רובינשטיין ובהסכמתו של המשנה לנשיאה א' ריבלין) גרסה כי ידיעה כללית של מטופל לגבי הסיכונים שבהליך הרפואי אינה פוטרת את הרופא מלחזור ולהציג בפני המטופל את מכלול הסיכונים. השופט רובינשטיין ציין בפסק דינו כי אין בחוק זכויות החולה סייג הפוטר רופא מלמסור מידע רפואי בהנחה שהמטופל יודע את הסיכונים. לדעתו, "החוק הוא גורף לכאורה ואין בו הבחנה בין מטופל למטופל או בין מינונים שונים של הטיפול" (פסקה י'). אמנם המידע אינו צריך לכלול סיכונים רחוקים או נדירים, אולם בנסיבות העניין, החשש מפני קריעת הרחם לא היה רחוק ובית החולים לא נהג על פי אמות המידה שהותוו בחוק. כאמור, מאחר שמכלול הנסיבות עלה כי אילו היו מגלים את המידע ליולדת ההסכמה הייתה ניתנת, נפסק פיצוי בסך 100,000 ₪ בגין ראש הנזק של פגיעה באוטונומיה, להבדיל מהעילה של הפרת חובת הגילוי שהיא מושא דיונו.

35. להבדיל מהמקרים בעניין סידי ו-ברמן, בע"א 10306/08 שמאלי נ' מור המכון למידע רפואי בע"מ (לא פורסם, 16.3.2011) (להלן: עניין שמאלי), נדון מקרה בו נערכה לאם בדיקת אולטרא-סאונד במסגרת הרפואה הציבורית. עובר לבדיקה חתמה האם על "טופס הצהרה" בו נאמר כי הבדיקה היא בסיסית והיא מוגבלת ביכולתה לאתר מומים. לאור האמור בתצהיר, ומאחר שהיה מדובר בהריון הרביעי של המערערת ולא היה ספק באשר לידיעתה על מגבלות הבדיקה, נקבע כי הצוות הרפואי עמד בסטנדרט הראוי של חובת הגילוי, ודי היה במידע שנמסר לה כדי לגבש הסכמה מדעת.

36. דומה כי הרחבת חובת הגילוי על פי מבחן צפיות החולה הסביר, כפי שנקבע בעניין סידי, לא התקבלה על ידי דעת הרוב בע"א 7756/07 גרטל נ' ד"ר דן (לא פורסם, 21.12.2010). שם נקבע כי לא קיימת חובת יידוע כלפי מטופלת בהריון בדבר קיומה של בדיקת הידבקות בנגיף ה-CMF. אמנם, זכותו של מטופל לקבל מידע על מצבו הרפואי היא זכות ראשונה במעלה, וחובת היידוע מקבלת משנה תוקף כשמדובר במטופל הניצב לפני ביצועה של פרוצדורה רפואית, אולם חובה זו אינה מתפרשת עד כדי "עוקצי תאנים" של סיכונים רחוקים ובלתי רלוונטים. בהקשר זה קבע השופט רובינשטיין:

"הצדקות שונות לדבר, ביניהן ניתן למנות את הרעיון כי הצפה במידע רב יתר על המידה תביא למצב שבו באנו

לתקן ונמצאנו מקלקלים, שכן מחמת עומס המידע לא יוכל המטופל לקבל החלטה מושכלת; הצדקה נוספת היא, כי כל מטופל עלול להיות נתון לעשרות, אם לא למעלה מכך, של סיכונים וסיכונים נלווים, חלקם נדירים שבנדירים, ואם נטיל חובת יידוע על כל אחד מהם אין לדבר סוף... אמנם, אחרי שאמרנו כל אלה, גבולות החובה אינם מדויקים עד תום, והם נתונים לבחינה בכל מקרה לגופו. מורה הדרך ה'כללי' הוא הניסיון המקצועי המצטבר ועמו השכל הישר" (פסקה כ"ב).

השופטת פרוקצ'יה, אשר הצטרפה לדעתו של השופט רובינשטיין, קבעה כי חובת היידוע היא חובה הנגזרת ממבחן האדם הסביר, ובגיבושה יש להתחשב בין היתר בעוצמת הסיכון הקיים ובתועלת הסגולית בגילוי.

השופטת ארבל סברה, בדעת מיעוט – בדומה לדעתה של השופטת חיות בעניין טידי – כי ציפייתן של נשים בהריון היא, שגם אם הסכנה נדירה והבדיקה איננה מדויקת, צריך ליידע אותן בדבר הבדיקה ולהותיר בידיהן את ההחלטה אם לבצע אותה. אציין כי עתירה לדיון נוסף בפרשה נדחתה ביום 5.12.11 בהחלטתו של המשנה לנשיאה כב' השופט ריבלין (דנ"א 121/11).

37. בעניין בן טידי בית המשפט לא קבע מסמרות באשר למבחן הראוי בסוגיה של חובת הגילוי, אך מאמירות שונות בפסק הדין משתמעת חובת גילוי רחבה. באותו מקרה היה מדובר בהריון בסיכון, לאחר שבעקבות טיפולי הפריה נקלטו אצל האם שלושה עוברים. בסקירת מערכות מורחבת נמצא אצל המערערת, בהיותה עובר ברחם אמה, נקודה היפראקוגנית בלב, אולם הרופא המטפל אמר לאם כי מדובר בממצא חסר חשיבות. לאחר לידתה, אובחנה המערערת כסובלת מתסמונת דאון. נקבע כי הרופא המטפל התרשל בכך שלא הסביר להורים את משמעות הממצא שנתגלה בבדיקת סקירת המערכות ובכך שלא הפנה אותם לייעוץ גנטי. השופט הנדל קבע, כי לא די לרופא בהצגת השורה התחתונה מבלי לנמק ולהסביר כיצד הגיע למסקנה זו, אלא מחובתו של הרופא היה לפרוש בפני ההורים "את כל אפשרויות הבדיקה והטיפול הקיימות במצב הנתון" גם אם לדידו של הרופא היה מדובר ב"רעש רקע" ותו לא (פסקה 6 לפסק הדין). המשנה לנשיאה השופט ריבלין הוסיף את הדברים הבאים:

"רופא אינו רשאי לשקלל עבור המטופל, ללא ידיעתו וללא שיתופו, את התועלות ואת הסיכונים של פרוצדורה רלוונטית, ולהחליט עבור המטופל כי הפרוצדורה אינה כדאית. אמנם, לא ניתן להפריז בחשיבות הידע והניסיון הרפואיים, ואלה באים לידי ביטוי באינספור דרכים

במהלך הטיפול, וביניהן גם מתן ייעוץ והדרכה למטופל בדבר דרך הטיפול הרצויה. אלא שהבחירה בדרך הטיפול היא בסופו של דבר החלטתו של המטופל, אשר בריאותו, איכות חייו ולעיתים חייו ממש, הם המונחים על הכף... ראוי לזכור כי הפער ההולך ומצטמצם היום, בכל הנוגע לרמות הידע המקצועי, לרבות הידע הרפואי, שוב אינו מאפשר לרופא לשמור לעצמו את ההתלבטות בקשר לאפשרויות הטיפול ובוודאי לא את הנתונים שעשויים להישקל על-ידי החולה – לעתים במידה רבה של שיקול דעת מושכל" (פסקה 6 לחוות דעתו).

בדומה לעניין ברוריה צבי, גם באותו מקרה נקבע כי לא הוכח קשר סיבתי בין ההתרשלות באי הגילוי לבין הנזק, ובית המשפט פסק סכום חריג של 250,000 ₪ בגין הפגיעה הקשה באוטונומיה.

38. אמירות דומות, המשקפות רף גבוה של חובת גילוי ואימוץ המבחן של צרכי החולה לעומת המבחן של הפרקטיקה הנוהגת, אנו מוצאים בפסק דינו של השופט הנדל בע"א 2342/09 ג'ובראן נ' בית החולים משגב לדך (לא פורסם, 6.4.2011). שם נדונה חובת הגילוי מקום בו קיימת פרקטיקה רפואית נהגת (בהקשר זה של פרקטיקה נהגת ואסכולות רפואיות שונות, הרחבתי בע"א 6936/09 יהודה נ' קופת חולים כללית (לא פורסם, 5.3.2012) (להלן: עניין יהודה) והקורא מוזמן לעיין שם). באותו מקרה ילדה המערערת בשבוע ה-36 להריונה תאומים בלידה נרתקית רגילה, למרות שאחד מהעוברים היה מצוי במנח רוחבי, מבלי שהרופא יידע אותה לגבי האפשרות ללדת בניתוח קיסרי. הלידה של אותו עובר היתה כרוכה בביצוע היפוך, ובסופו של יום נולד כשהוא סובל מפיגור שכלי. בית החולים טען להגנתו כי התנהלות הצוות הרפואי תאמה את הפרקטיקה הנוהגת ולא היה צריך ליידע את היולדת בדבר אפשרויות אחרות שאינן נהגות במצב זה. בית המשפט דחה את הטענה, לאור היקפה הרחב של חובת הגילוי הנגזרת מצרכי החולה, המורה כי עצם קיומן של פרקטיקות נוספות – גם אם לא נהגות על ידי חלק מהקהילה הרפואית – חייבו את הצוות הרפואי ליידע את המערערת עליהן. וכלשונו של בית המשפט: "סבירות הגילוי נגזרת מראייתם של צורכי החולה ולא ממנהגיה של הקהילה הרפואית". עם זאת, גם במקרה זה נדחתה התביעה לגופה בהיעדר קשר סיבתי בין הפרת חובת הגילוי לבין הנזק ובין אירועי הלידה לבין הפיגור של היילוד, ונותר על כנו פיצוי בסך 40,000 ₪ בגין פגיעה באוטונומיה.

39. בע"א 8075/08 היימברג נ' הסתדרות מדיצינית הדסה (לא פורסם, 10.3.2011) (להלן: עניין היימברג), נדחה ערעור על פסק דין של בית המשפט המחוזי בו נדחתה תביעת רשלנות רפואית בגין אי גילוי של מום ביד העובר. באותו מקרה עברה האם

סקירת מערכות פרטית, ולא נמצא כי העובר חסר שלוש אצבעות ואצבע אחת איננה תקינה. לפני ביצוע הבדיקה חתמה האם על טופס הסכמה, בו צוין במפורש שהבדיקה לא כוללת ספירת אצבעות. עיקרה של המחלוקת בין הצדדים הסתכמה בשאלה האם בנוסף לאמור בטופס ההסכמה היה על הרופא המטפל להסביר לאם בעל-פה את מגבלות הבדיקה. בפסק דינו קבע השופט הנדל, כי לאור הפירוט בטופס ההסכמה, לא הייתה מוטלת על הרופא המטפל חובה "לחזור כהד על מידע שנמסר לאם בכתב". הוכח כי האם הבינה שהבדיקה לא מאפשרת גילוי של מלוא הפגמים האפשריים, ונקבע כי אין לחייב את הרופא להודיע למטופלת על מלוא הסיכונים האפשריים. כן נדחתה טענת המערערים כי טופס ההסכמה עליו חתמה האם הוא בגדר חוזה אחיד הכולל תניות מקפחות, כמובן בסעיף 3 לחוק החוזים האחידים, התשמ"ג-1982.

בדומה למקרה בעניין היימברג, גם בע"א 8693/08 הרמן נ' ד"ר עמוס שטרנברג (לא פורסם, 24.3.2011) (להלן: עניין הרמן) נדון מקרה בו המטופל הוחתם על טופס הסכמה לפני ביצועה של בדיקת קולונוסקופיה, אך נטען כי לא ניתן לו הסבר בעל פה באשר לאופן הטיפול והסיכונים הכרוכים בו. בית המשפט חזר על המבחן לפיו על הרופא למסור למטופל את כל המידע המהותי שאדם סביר היה נדרש לו כדי לגבש החלטה מושכלת, וכי המבחן אינו הנוהג המקובל בקרב הרופאים אלא צרכי המטופל למידע. לגופו של עניין, הוכח כי ניתן למטופל מידע מספיק לגבי הסיכונים המהותיים הנובעים מהבדיקה. נקבע, כי במידע שנמסר למטופל היה כדי לאזן בין הצורך של המטופל לקבל החלטה מודעת לטיפול, לבין הרצון שלא להציף את המטופל במידע שיקשה עליו לקבל החלטה. לא הייתה זו הבדיקה הראשונה שעבר המטופל, שהכיר באופן כללי את הפרוצדורה, וגם בכך יש כדי להשליך על היקף המידע שנדרש הרופא לגלות למטופל.

40. הפסיקה הרחיבה את חובת הגילוי לגבי ניתוחים אלקטיביים (ניתוח אלקטיבי משמעו ניתוח שאינו דחוף, אך ראו הגדרה מדויקת יותר בעניין שטנדל בעמ' 766), הן במסגרת עוולת התקיפה והן במסגרת עוולת הרשלנות. כך, בעניין שטנדל ניתנה הסכמה מצידו של המטופל לניתוח יישור מחיצות האף וסינוסים, אולם במהלך הניתוח בוצע גם ניתוח של כריתת קונכיות האף, למרות שלא ניתנה הסכמה להליך זה. באותו מקרה טרם נכנס לתוקפו חוק זכויות החולה, אולם השופט דורנר עמדה בפסק דינה על הוראת סעיף 13 לחוק, וקבעה כי חובת הגילוי בניתוחים אלקטיביים גבוהה מזו הנדרשת בטיפולים חיוניים, באשר ניתוחים אלו אינם מחויבי המציאות, הגם שהם תופסים תאוצה בקרב הציבור הרחב.

השופט טירקל בדעת מיעוט, חלק על ההבחנה בין ניתוחים אלקטיביים לניתוחים אחרים. לשיטתו, השיקול המכריע לעניין חובת הגילוי הוא מידת הסיכון וטיב הסיכון שבניתוח. עם זאת, בהמשך הדברים, נאמר כי המבחן להיקף הגילוי יושפע בעיקרו משיעור הנזק שעלול להיגרם למטופל והשינוי באורח חייו, ולכן, גם כאשר מדובר בניתוח "קל" יש להסביר את השלכותיו למטופל, ככל שתוצאות הניתוח עלולות להשפיע על אורח חייו או עבודתו של המטופל המסויים, כולל "אי נוחות" גרידא (עמ' 776-777 לפסק הדין).

דוגמה נוספת לרף הגילוי הגבוה הנדרש בניתוחים אלקטיביים משפרי איכות חיים, אנו מוצאים בע"א 522/04 מרכז לייזר לנתוחי קרנית בע"מ נ' דיראוי (לא פורסם, 28.6.2005) (להלן: עניין מרכז לייזר). באותו מקרה התעורר המשיב בעינו השמאלית כתוצאה מניתוח לייזר לתיקון קוצר ראייה, מבלי שהוסבר לו לפני הניתוח כי השימוש במכשיר לייזר לטיפול בקוצר ראייה בנתוניו האישיים אינו מקובל. נקבע, כי מאחר שהניתוח היה אלקטיבי ובעל אופי חדשני, היקפה של חובת הגילוי רחב במיוחד והמערער כשלה בחובה זו.

41. את נטל הגילוי המוגבר לגבי טיפולים אלקטיביים, ניתן להסביר בכך שטיפולים אלה, מטיבם ומטבעם, אינם חיוניים או דחופים, כך שהמטופל יכול לוותר עליהם או לדחותם, ולכן מתחם שיקול הדעת שלו רחב יותר מלכתחילה ויש ליידע אותו על כל האפשרויות העומדות בפניו. סיבה נוספת היא, שבחלק נכבד מהמקרים, המטופל הוא הנושא בעלות הטיפול האלקטיבי, כך שעלות הגילוי אינה באה על חשבון אחרים (יעקב, גילוי נאות, בעמ' 654. על החלת המודל החוזי במיוחד על טיפולים וניתוחים אלקטיביים בפסיקה בארצות הברית ראו יעקב ובן ישי, הסכמה מדעת, בעמ' 59).

עם זאת, לא כל ניתוח אלקטיבי יצמיח בהכרח חובת גילוי מוגברת, וכפי שציינו לעיל, כל מקרה נבחן לגופו לפי מידת הסיכון שבטיפול. בע"א 718/06 סתחי נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 6.6.2007) עבר המערער ניתוח שנועד להקל על כאביו בכף היד בגין תסמונת התעלה הקרפלית, אך בעקבות הניתוח לקה בתסמונת RSD המתאפיינת, בין היתר, בכאבים עזים. נקבע כי "גם כאשר מדובר בביצוע הליך אלקטיבי, חובת היידוע, הגם שהיא רחבה, איננה מוחלטת" כאשר לא ניתן לדרוש מרופא לשטוח בפני החולה את מכלול הסיכונים הכרוכים בניתוח, מה עוד שחובת היידוע רחבה מידי אף לא תיטיב עם החולה (ראו בהקשר זה גם בעניין זליג, בפסקה 33, שם נקבע כי מסירת הסבר מפורט יתר על המידה עלול לפגוע גם בטיב השירות

הרפואי). גם בפסק דין זה מאמץ בית המשפט את מבחן החולה הסביר ודוחה את מבחן הפרקטיקה הרפואית הנוהגת. היקף חובת הגילוי נקבע, בין היתר, על פי שכיחות הסיכונים מול אופי ההליך הטיפולי, ולכן "אין להתמקד בפרקטיקה הרפואית הנוהגת ביחס ליידוע המטופל, אלא בשאלה האם מטופל סביר היה רואה בסיכונים אלו מידע רלוונטי ביחס להכרעה בדבר ביצוע ההליך". בית המשפט עומד על כך כי באותו מקרה היה מדובר במידע בדבר אפשרות רחוקה להתפתחות מצב שאיננו חמור, ולמצער, לא חמור יותר מהמצב ממנו סבל המערער מלכתחילה, בעוד שסיכויי ההצלחה של ההליך היו גבוהים ביותר.

42. לסיכום, גם לאחר חקיקת חוק זכויות החולה לא נתגבשו כללים ברורים לבחינת גבולותיה של חובת הגילוי והיקפה. ניתן להבחין בפסיקה בין טיפול אלקטיבי לטיפול דחוף, בין טיפול חיוני לבין טיפול שנועד לשפר איכות חיים, בין בדיקות אבחון וסקר הקשורות בהריון לבין בדיקות אחרות, בין רפואה פרטית לבין רפואה ציבורית. עם זאת, קשה להצביע על מגמה ברורה של הרחבת החובה או צמצומה בפסיקה. מבחן "החולה הסביר" שוליו רחבים, והוא מוצג לעיתים כמבחן אובייקטיבי טהור, ולעיתים כמבחן משולב בעל יסודות סובייקטיביים. הלכה למעשה, הותירו בתי המשפט לרופאים כר נרחב להתגדר בו לגבי היקף החובה על פי נסיבותיו של כל מקרה (ראו גרין, בעמ' 253).

43. כאמור, נוכח הפסיקה העניפה בנושא, קשה לחלץ הלכה ברורה ועקבית. עם זאת, מתוך הפסיקה ניתן לחלץ מספר כללים לבחינת היקף חובת הגילוי לשם קבלת הסכמה מדעת כנדרש בחוק:

- א. מידע רלוונטי לעומת מידע מירבי: חובת הגילוי איננה מוחלטת ואינה משתרעת על כל פרטי המידע האפשריים בנוגע לטיפול או הסיכונים והסיכויים.
- ב. המידע שעל הרופא לספק למטופל הוא זה הדרוש לו על מנת לקבל החלטה מושכלת לגבי הטיפול.
- ג. כפועל יוצא מכך, יש לערוך איזון בין מידע מספק לצורך קבלת החלטה מודעת לבין מידע אשר "יציף" את המטופל באופן שיקשה עליו לקבל החלטה.

- ד. חובת הגילוי אינה כוללת סיכונים רחוקים ובלתי משמעותיים. המשוואה היא שיעור הסיכון וחומרתו או שיעור הסיכוי מול התועלת הסגולית בגילוי.
- ה. ידיעה כללית של מטופל בדבר סיכונים הכרוכים בטיפול אינה פוטרת את הרופא המטפל מלחזור ולהציג בפני המטופל. עם זאת, לידיעת המטופל עשויה להיות השלכה לגבי היקף החובה.
- ו. לא די להציג בפני המטופל את "השורה התחתונה" מבלי לנמק ולהסביר את השיקולים שהביאו אליה. זאת, בסייג הנזכר לעיל ולפיו אין להציף את המטופל במידע שלא יוכל להתמודד עימו.
- ז. חובת הגילוי נועדה להשיג הסכמה מדעת של המטופל, ולכן המידע הנמסר צריך להיות כזה שנדרש לצורך גיבוש ההסכמה. המבחן בדיעבד הוא אם אי הגילוי אכן פגע בהסכמה מדעת של המטופל.

44. ברי כי הכללים דלעיל אינם מהווים מצפן של ממש, שעל-פיו ניתן לתחם ולקבוע את היקף חובת הגילוי בכל מקרה ומקרה, אם בזמן אמת ואם בדיעבד, ומכאן חוסר הוודאות שהוא נחלתם של הרופאים והמטופלים, כמו גם של ציבור המשפטנים. ההתמודדות עם סוגיה מורכבת זו אינה ייחודית למשפט בישראל בלבד. עיון בפסיקה בארצות הברית מעיד על הקושי הטמון בניסיון להגדיר כללים חדים וגבולות ברורים בסוגיה של היקף חובת הגילוי. גם בארצות הברית ניכרת המגמה לבכר את הגישה הבוחנת כל מקרה לגופו על פני הניסיון להציב קריטריונים נחרצים, וכלשונו של בית המשפט לערעורים במדינת קליפורניה: "informed consent cases are not ordinarily governed by 'bright line' rules" (*Schiff v. Prados* 92 Cal. App. 4th 692 (2001)). עם זאת, במספר מדינות הוגדרו כללים ונחקקו חוקים הנוגעים לסטנדרט הגילוי, ועל כך אעמוד להלן.

היקף חובת הגילוי בדין האמריקאי

45. כפי שציינו לעיל, גם במשפט האמריקאי ניכר קושי לקבוע את גבולות חובת הגילוי, ובמספר מדינות בארצות הברית קיימים מבחנים שונים, שחלקם עומדים על קטבים שונים במנעד של היקף חובת הגילוי.

אציג להלן מספר הוראות חוק במדינות שונות בארצות הברית, המתייחסות לסוגית ההסכמה מדעת, מהן נשקפות גישות שונות ביחס לשאלת היקף חובת הגילוי

והתנאים הנדרשים לביסוסה. אין האמור להלן מתיימר ליתן תמונה מלאה אודות הדין בארצות הברית בסוגיה זו.

ניו יורק - במדינת ניו יורק נקבע ב-PUBLIC HEALTH LAW כי הפרת חובת הגילוי תיבחן בעיניו של הרופא הסביר בנסיבות המקרה, והאם גילה למטופל את האלטרנטיבות והסיכונים אשר ניתן לצפות באופן סביר, באופן המאפשר לחולה לקבל החלטה מושכלת:

NY CLS Pub Health § 2805-d (2011)

§ 2805-d. Limitation of medical, dental or podiatric malpractice action based on lack of informed consent

1. Lack of informed consent means the failure of the person providing the professional treatment or diagnosis to disclose to the patient such alternatives thereto and the reasonably foreseeable risks and benefits involved *as a reasonable medical, dental or podiatric practitioner under similar circumstances would have disclosed, in a manner permitting the patient to make a knowledgeable evaluation.*

בנוסף, החוק מגביל את זכות התביעה בגין הפרת חובת הגילוי למקרים הבאים: טיפול שאינו טיפול חירום והליך דיאגנוסטי חודרני או הפוגע בשלמות הגוף, ובסעיף קטן 4 לחוק מפורטת רשימת הגנות העומדות לזכות הרופא.

פנסילבניה - לעומת הוראת החוק בניו יורק, המחוקק של מדינת פנסילבניה, קבע ב-PENNSYLVANIA STATUTES רשימת טיפולים מצומצמת לגביהם נדרשת הסכמה מדעת מצד החולה, כגון ניתוח והרדמה, הקרנות וכימותרפיה, עירווי דם ומתן תרופה נסיונית. כאשר למבחן הגילוי, נראה כי החוק קובע מעין מבחן "מרוכך" של החולה הסביר:

40 P.S. § 1303.504 (2010)

§ 1303.504. Informed consent

(a) DUTY OF PHYSICIANS.-- Except in emergencies, a physician owes a duty to a patient to obtain the informed consent of the patient or the patient's authorized representative prior to conducting the following procedures:

(1) Performing surgery, including the related administration of anesthesia.

- (2) Administering radiation or chemotherapy.
- (3) Administering a blood transfusion.
- (4) Inserting a surgical device or appliance.
- (5) Administering an experimental medication, using an experimental device or using an approved medication or device in an experimental manner.

החוק קובע כי הסכמה פירושה שהחולה קיבל תיאור של ההליך המדובר, כולל הסיכונים והאלטרנטיבות אשר חולה שקול באופן סביר בנסיבות העניין יידרש להם לשם קבלת החלטה מודעת ביחס להליך הרלוונטי. עם זאת, החוק מוסיף שהרופא רשאי להציג ראיות בנוגע לתיאור ההליך ולסיכונים והאלטרנטיבות שרופא הנוהג על פי אמות מידה רפואיות מקובלות היה מוסר לחולה.

(b) DESCRIPTION OF PROCEDURE.-- Consent is informed if the patient has been given a description of a procedure set forth in subsection (a) and the risks and alternatives that a reasonably prudent patient would require to make an informed decision as to that procedure. The physician shall be entitled to present evidence of the description of that procedure and those risks and alternatives *that a physician acting in accordance with accepted medical standards of medical practice would provide.*

פלוורידה - בפלוורידה החוק מנוסח באופן שלילי ("לא ייפסק סעד נגד רופא בשל תביעה אשר הוגשה בגין טיפול/בדיקה/ניתוח שהתבצע ללא הסכמה מדעת, כאשר..."). החוק קובע מפורשות שני מצבים בהם לא ייפסק סעד בתביעה המבוססת על אי גילוי.

הראשון - כאשר הרופא פעל לקבלת הסכמתו המודעת של החולה בהתאם לסטנדרט המקובל מקרב עמיתיו למקצוע בעלי הכשרה דומה ונסיון באותה קהילה רפואית.

§ 766.103. Florida Medical Consent Law

[...]

(a) 1. The action of the physician, osteopathic physician, chiropractic physician, podiatric physician, dentist, advanced registered nurse practitioner, or physician assistant in obtaining the consent of the patient or another person authorized to give consent for the patient *was in accordance with an accepted standard of medical practice among members of the medical profession with similar training and experience in the same or similar medical community as that of the person treating, examining, or operating on the patient for whom the consent is obtained.*

השני (מצטבר לראשון, ונכללות בו שתי חלופות), הינו כאשר החולה הסביר יקבל מהמידע שניתן לו על ידי הרופא, בנסיבות העניין, הבנה כללית בנוגע להליך המוצע, לדרכי הטיפול החלופיות המקובלות, ולסיכונים המהותיים הטמונים בטיפול המוצע, המוכרים על ידי רופאים אחרים בקהילה הרפואית או בקהילה דומה לה המבצעים הליכים דומים, או שהחולה הסביר בנסיבות העניין היה עובר את הטיפול המוצע אילו היה מקבל את מלוא המידע.

2. A reasonable individual, from the information provided by the physician, osteopathic physician, chiropractic physician, podiatric physician, dentist, advanced registered nurse practitioner, or physician assistant, under the circumstances, would have a general understanding of the procedure, the medically acceptable alternative procedures or treatments, and the substantial risks and hazards inherent in the proposed treatment or procedures, *which are recognized among other physicians, osteopathic physicians, chiropractic physicians, podiatric physicians, or dentists in the same or similar community who perform similar treatments or procedures*; or

(b) The patient would reasonably, under all the surrounding circumstances, have undergone such treatment or procedure had he or she been advised by the physician, osteopathic physician, chiropractic physician, podiatric physician, dentist, advanced registered nurse practitioner, or physician assistant in accordance with the provisions of paragraph (a).

קליפורניה - על הרופא מוטלת חובה עקרונית לגלות לחולה את "כל המידע המהותי" על מנת לאפשר לחולה לקבל החלטה מודעת בנוגע לטיפול המוצע, כאשר "מידע מהותי" הינו מידע שהרופא יודע או צריך לדעת שייתפש כחשוב בעיני האדם הסביר במצבו של החולה בבואו להחליט אם לקבל את הטיפול המוצע או לדחותו (ראה בעניין יהודה).

46. עינינו הרואות כי גם במדינות ארצות הברית קיימות גישות שונות בנוגע לסטנדרט הגילוי והיקפו. מבחן הרופא הסביר או הפרקטיקה המקובלת מיושמים בחלק מן המדינות, בחלק מן המדינות קיימת חובה רחבה יותר על פי הסטנדרט של מבחן החולה הסביר, ויש מדינות בהן קיימת חובה מצומצמת לסוג טיפולים מסויים. עוד בעניין זה, ראו, לדוגמה, פסקי הדין *Mathis v. Morrissey*, 11 Cal. App. 4th 332 (Ct.

Bubb v. Brusky, 2009 WI 1 (Mathis פרשת: להלן: App. 1992) במדינת קליפורניה (להלן: פרשת Mathis) 91;321 Wis. 2d 1 (2009) 768 N.W.2d 903 במדינת ויסקונסין, עליהם עמדתי בעניין יהודה.

וכעת, לאחר שטעמנו במקצת מהנעשה במדינות הים, נחזור למשפטנו וננסה לבחון מה המבחן הראוי שיש ליישם במשפטנו.

המבחן הראוי להיקף חובת הגילוי

47. למבחן "החולה הסביר", שהוא המבחן המקובל כיום בפסיקה, מספר יתרונות בולטים: טמון בו פוטנציאל הרתעתי לאור הסטנדרט שנקבע על ידי בית המשפט; הוא יעיל מבחינת ניהול הזמן של הרופא, שאינו נדרש להכיר לעומק את צרכיו של החולה, אורח חייו, תחום עיסוקו, ערכיו והעדפותיו של המטופל הספציפי; והוא חוסך זמן שיפוטי בהעדת המטופל וקביעת ממצאי עובדה ומהימנות.

אך לצד היתרונות קיימים גם קשיים לא מבוטלים ביישום המבחן, כפי שעולה מסקירת הפסיקה לעיל. ראשית, לא בנקל ניתן לקבוע מראש פרמטרים לסטנדרט הגילוי ולהיקפו. עולם הרפואה מתפתח במהירות, המקרים אינם דומים אחד לשני ותחום הרפואה אינו מדע מדויק. היקפו של מבחן החולה הסביר אינו ברור, כגון, האם מדובר בצרכים של החולה או בציפייה שלו, מיהו אותו "חולה סביר" בשים לב לחוסר האחידות באוכלוסיית החולים בהקשרים של השכלה ומשכל, מצב נפשי וכיוצא באלה. ולבסוף, יישום של מבחן אובייקטיבי אינו ממש באופן מיטבי את הזכות של האדם לאוטונומיה על גופו, הואיל ואין בו התייחסות פרטנית למצבו של החולה המסויים – לרבות אורח חייו, עיסוקו, העדפותיו האישיות, חששותיו וערכיו – אלא למודל אבסטרקטי של "חולה סביר" (קרקו אייל, דוקטרינת ההסכמה מדעת, בעמ' 201, 371-370; קפלן, בעמ' 119).

48. לצד "מבחן החולה הסביר" שאומץ בפסיקה, ניתן להציע שישה מבחנים נוספים לגבי היקף חובת הגילוי, שחלקם מתמקדים במטופל וחלקם מתמקדים ברופא:

א. מבחן החולה הספציפי: להבדיל ממבחן החולה הסביר, המדובר במבחן סובייקטיבי טהור, המבוסס על העובדה שפרטים שונים זה מזה בצרכיהם ובהעדפותיהם. מבחן זה שומר באופן מיטבי על העיקרון של זכות החולה לאוטונומיה, אך מנגד, מטיל מעמסה כבדה על הרופאים הנדרשים על פיו להיכרות מעמיקה עם

החולה כדי לעמוד על צרכיו, אישיותו, עיסוקו, אורחות חייו וכדומה. העלויות ביישומו של המבחן עלולות להיות גבוהות, הוא עלול ליצור הרתעת יתר בקרב הרופאים ויישומו יקשה על בית המשפט לקבוע אחריות ויגדיל את מספר התביעות (קרקו אייל, דוקטרינת ההסכמה מדעת, בעמ' 367-369).

ב. מבחן מעורב אובייקטיבי-סובייקטיבי: מבחן החולה הסביר מעורפל למדי ולא נותן מענה הולם למקרים בהם המצב הרפואי או האישיותי של המטופל מורכבים יותר. גם המבחן הסובייקטיבי לבדו עלול לגרום עוול למטפלים ולהטיל עליהם מעמסה כבדה. לכן, מוצע מבחן משולב, לפיו חובת הגילוי תיקבע על פי אמת המידה של החולה הסביר בהתאם לנסיבות הרפואיות ואישיותו של המטופל (ראו אצל קפלן, בעמ' 119). למבחן זה קיימת אחיזה בלשונו של סעיף 13(ב) הקובע כי המידע שיימסר למטופל הוא זה "הדרוש לו, באורח סביר כדי לאפשר לו להחליט אם להסכים לטיפול המוצע" (ראו גם בעניין טידי).

ג. סטנדרט מקצועי טהור: בניגוד למבחן החולה הסביר, מבחן זה הוא על פי משקפיו של הרופא הסביר בהתאם לפרקטיקה הרפואית הנוהגת. מבחן זה מיטיב עם הרופאים במובן זה שהם הקובעים את היקף הגילוי של המידע שיש למסור למטופל. על פי מבחן זה, היקף הגילוי נתחם על פי הפרקטיקה הרפואית המקובלת, מאחר שמדובר בשאלה מקצועית מובהקת הצריכה להיקבע על ידי הרופאים עצמם.

מנגד, עלול מבחן זה לגרום ל"ריכוך" הרתעתי ולהקשות על המטופל בהוכחת התרשלות בעניין הגילוי (קרקו אייל, דוקטרינת ההסכמה מדעת, בעמ' 362-366). בנוסף, סטנדרט הגילוי מתקיים במישור אחר מסטנדרט הזהירות לצורך קביעת התרשלות, באשר הוא מבוסס בעיקרו על זכות המטופל לאוטונומיה, מה שאינו עולה בקנה אחד עם מבחן הסטנדרט המקצועי הטהור.

ד. סטנדרט מקצועי "מרוכך": על פי מבחן זה, על הרופא למסור למטופל מידע שרופא סביר היה מוסר בנסיבות העניין. אולם, בבוא בית המשפט להכריע בשאלת היקף הגילוי עליו להתחשב במכלול נסיבות המקרה ובכלל זה אופי הטיפול, מצבו של המטופל, שאלות ואמירות מצידו של המטופל, סיכויים וסיכונים. כמו כן על בית המשפט להתחשב בשיקולים של מדיניות משפטית ובכלל זה זכותו של המטופל לאוטונומיה, הקשיים העומדים בפני המטפלים ליישום חובת הגילוי, עלות מול תועלת, מצב הרפואה הציבורית, היקף הנזק וכיוצא באלה.

מבחן זה מתחשב בזכות לאוטונומיה של המטופל וגם נושא עימו פוטנציאל הרתעתי, ובוד בוד מתחשב במגבלות של המטפל בסיטואציה נתונה ובשיקולי מדיניות. מבחן זה מטיל חובה גם על המטופל לנהוג באחריות ולספק מידע לרופא על מנת שזה יוכל למלא את חובתו בצורה ראויה. במבחן זה יש כדי להגדיל יעילות ולחסוך עלויות, כאשר שני הצדדים, הן המטפל והן המטופל מחויבים לנקוט באמצעי זהירות למניעת הנזק, ויש בו מניע ליצירתה של תקשורת טובה בין האחד לשני.

לדעתה של קרקו-אייל, זה המבחן הראוי לאימוץ במשפט הישראלי. אמנם, יישומו של המבחן אינו פשוט, מאחר שלא תמיד ידועים למטפל שיקולי מדיניות ולעיתים גם יקשה עליו לתהות על קנקנו של המטופל. עם זאת, המחברת גורסת כי יתרונותיו של המבחן "מחפים" על חששות אלו, ויש לפרש את סעיף 13(ב) לחוק באופן המאמץ מבחן זה (קרקו אייל, דוקטרינת ההסכמה מדעת, בעמ' 374-379).

ה. מבחן סטנדרט הזהירות הכללי: מבחן זה הוצע לגבי אי מסירת מידע ב"בדיקות סקר", קרי, אבחונן של בעיות רפואיות כדי לטפל בהן בשלב המוקדם ביותר (כגון בדיקות גנטיות טרום הריון וגילוי מומים אצל עוברים). בדיקת סקר מתאפיינת בכך שהיא מוצעת באופן שגיתי וגורף לקבוצה מסוימת באוכלוסיה, להבדיל מבדיקה שהוצעה למטופל באופן פרטני בעקבות תסמין או סיכון אישי ספציפי. נטען, כי דוקטרינת ההסכמה מדעת בחוק זכויות החולה חלה רק מקום בו המטופל נדרש לקבל או לדחות טיפול מסויים, וכאשר מטרת מסירת המידע היא לסייע למטופל לבחור בטיפול. זאת, להבדיל מבדיקות סקר, שאינן תלויות בחלופת טיפול זו או אחרת. לכן, לדוגמה, אין בדוקטרינה של ההסכמה מדעת לחייב ליידע אשה בת 30 שאינה נכללת בקבוצת סיכון מוגברת לסרטן השד, אודות קיומה של בדיקת ממוגרפיה (אלא אם קיים חשד ספציפי לגבי אותה אשה, כמו גוש בשד). בנוסף, קיים הבדל מהותי בין טיפול רפואי לבין בדיקות סקר. בעוד שטיפול רפואי נתון בדרך כלל לשיקול דעתו של רופא זה או אחר, הרי שבדיקות סקר נתונות בדרך כלל לאילוצים ולשיקולים כלל-מערכתיים בהתייחס לסיכונים, סיכויים ועלויות. משכך, יש הגורסים כי חובת היידוע בקשר לאותן בדיקות תיבחן במסגרת סטנדרט הזהירות הכללי הנהוג בתביעות רשלנות רפואית (97-16-ד-17, בעמ' 6-9; 15-16).

כשלעצמי, איני סבור כי יש מקום לצמצם את דוקטרינת ההסכמה מדעת רק לצורך אישור או דחיית טיפול מסויים. סעיף 2 לחוק זכויות החולה אינו מתיימר ליתן הגדרה ממצה למונח טיפול (המוגדר "לדבות פעולות איבחון רפואי..."), ולטעמי, איתור מומים מולדים במסגרת בדיקות סקר כלליות נכלל בגדר טיפול.

ו. חינוך רופאים לכבד את האוטונומיה שלא במסגרת כלל משפטי: יש הגורסים כי היקף חובת הגילוי, השאלה מה החולה צריך לדעת ומה הוא לא צריך לדעת, היא שאלה מקצועית מובהקת ויישום החובה צריך להיעשות באמצעות חינוך הרופאים לכיבוד האוטונומיה של הפרט ולא דרך הרתעה משפטית. המצדדים בכך טוענים כי הסדרת הנושא בחוק זכויות החולה, פגעה ופוגעת במרקם היחסים שבין הרופא והחולה, שהוא כלי חשוב לטיפול יעיל וטוב, והרתעה המשפטית עלולה לגרום לכך שהמפגש בין השניים ייפך לזירת התגוששות בין המטופל למטפל (קפלן, בעמ' 118; לוטס; חוק זכויות החולה-שנה אחר, בעמ' 37 (עו"ד ויסגלס)). זאת, מעבר לשאלת יעילותה, המוטלת בספק, של ההרתעה המשפטית כאמצעי לשינוי הפרקטיקה הרפואית הנוהגת ולשינוי הגישה של פטרנליזם רפואי (קרקו אייל, המשפט כאמצעי לשינוי חברתי). לשיטתם של אלו, יש להותיר את נושא חובת הגילוי וההסכמה מדעת במסגרת כללית האתיקה של הרופאים כפי שנעשה בפועל (ראו כרמי, בעמ' 971).

49. כאמור, המבחן שאומץ בפסיקה הישראלית לקביעת סטנדרט הגילוי והיקפו הוא מבחן החולה הסביר, תוך איזון ממקרה למקרה בין צרכיו וציפיותיו של המטופל לבין מניעת הרתעת יתר של הרופאים והבטחת העבודה הרפואית השוטפת.

המגרעת העיקרית של מבחן "החולה הסביר" היא ההתעלמות מנסיבותיו האישיות והייחודיות של המטופל המסוים, כאשר המבחן בפסיקה הוא מבחן אובייקטיבי בדמותו של החולה הסביר (אם כי, למרות הרטוריקה בה משתמש בית המשפט, במקרים מסוימים קיימת "פזילה" לנסיבותיו של המטופל הספציפי). לצד מגרעת זו, ניתן להצביע על מספר "חוסרים" בפסיקה ואצביע על שניים מהם.

הפסיקה התמקדה בעיקר בשאלת מסירת המידע לחולה, מבלי להתייחס לשאלה של הבנת החולה את המידע שנמסר לו, קרי, אם אכן ניתנה ההסכמה מתוך רצון חופשי שבבסיסו הבנה של המידע. יש הטוענים כי בכך נוצר מודל של הליך חד-צדדי המתמקד בריטואל של מסירת המידע לחולה (קרקו-אייל, דוקטרינת ההסכמה מדעת, בעמ' 212), מה שמביא בתורו ל"תעשייה" של יצירת טפסים שכול כולה מכוונת למטרה של הגנה משפטית. בהקשר זה ראוי לציין את כלל ו-2 בפרק ד' לכללי האתיקה של הרופאים, שמרחיב אף יותר מהפסיקה, בכך שקובע כי "הרופא יוודא כי הסבריו הובנו כהלכה על ידי המטופל" (וראו על דרך ההיקש בדיני ביטוח את ההבחנה בין חובת הגילוי החוזית הרגילה לחובת הוידוא, קרי, החובה לוודא כי הצד השני הבין את ההסבר - דודי שורץ וריבי שלינגר דיני ביטוח 243-244 (תשס"ה)).

הפסיקה התייחסה לסוגית ההסכמה כאקט חד-פעמי, בעוד שפעמים רבות הטיפול הרפואי מורכב ממספר שלבים או הליכים (אך ראו בעניין ריבוי שם נקבע כי חל על הרופא איסור להרחיב את תוכנית הטיפול המקורית ללא הסכמת החולה). אציין כי בדומה, גם סעיף 13(א) לחוק זכויות החולה מציג את הסכמת המטופל כאקט חד-פעמי.

המבחן המוצע

50. כשלעצמי, אני נוטה לדעה כי ראוי להרחיב את היקף הגילוי מצד אחד ולצמצמו מצד שני ולנקוט במבחן החולה המעורב/המשולב בעיני הרופא הסביר. ההרחבה היא בכך שאין מדובר במבחן אובייקטיבי טהור של החולה הסביר, אלא החולה הסביר בנתונו של החולה המסוים. הצמצום הוא בכך שאנו מכניסים למשוואה גם את הרופא הסביר, בדומה למבחן שנקבע בפסק הדין בפרשת *Mathis* (ראו בעניין יהודה שם נדונה הסוגיה של היקף חובת הגילוי לגבי אסכולות ברפואה). במשרעת המבחנים השונים שנסקרו לעיל, ניתן למקם מבחן זה סמוך ל"סטנדרט המקצועי המרוכך" שהוצע על ידי קרקו-אייל בספרה, ובניסוח המוצע על ידה כתיקון לחוק זכויות החולה כלהלן: "מידע, אשר לידיעת המטפל, המטופל מייחס לו חשיבות בקבלת ההחלטה ומידע אשר מטפל סביר היה מוסר למטופל בנסיבות המקרה" (שם), (בעמ' 571).

על פי המבחן המוצע, מוטלת על הרופא חובה לגלות למטופל מידע שהרופא יודע או צריך לדעת שייתפש כחשוב בעיני האדם הסביר במצבו של המטופל (המטופל "המשולב" או "המעורב") על מנת לקבל החלטה מושכלת לגבי הטיפול המוצע. מבחן זה מאזן בין צרכיו של החולה מחד לבין עבודתו של הרופא מאידך, וניתן ליישבו עם לשונו של סעיף 13(ב) לחוק זכויות החולה, הקובע כי "לשם קבלת הסכמה מדעת, ימסור המטפל למטופל מידע רפואי הדרוש לו, באורח סביר, כדי לאפשר לו להחליט אם להסכים לטיפול המוצע...". אמור מעתה: "הדרוש לו" – למטופל במצבו, "באורח סביר" – במשקפי הרופא הסביר.

51. האם יש הבדל של ממש בין מבחן "החולה הסביר" הנוהג כיום בפסיקה, לבין המבחן של "המטופל המעורב/משולב בעיני הרופא הסביר", או שמא ההבדל הוא סמנטי גרידא? שהרי גם על פי מבחן זה, נדרש הרופא לבחון את המידע בעיניו של המטופל.

איני סבור כי המדובר בהבדל סמנטי בלבד. ראשית, יש נפקות לפער הרעיוני בין שני המבחנים, מקום בו הרופא הסביר סבור כי מידע מסוים אינו נחוץ למטופל, בעוד שמנקודת מבטו של המטופל הסביר המסקנה עשויה להיות אחרת. שנית, המבחן המוצע נותן משקל נוסף למקצועיות המיוחסת לרופא, כמי שיכול לנתח ולהעריך בזמן אמת מה המידע הנדרש לחולה. ואילו על פי מבחן החולה הסביר, המידע הרפואי נבחן בדיעבד על ידי בית המשפט בעיניו של המטופל ההדיוט, אשר לרוב אין לו את הידע הנדרש לשקלל ולאזן בין ים הנתונים והמידע הרפואי. בכך אנו מעתיקים את מרכז הכובד של המבחן ממשקפיו של המטופל הסביר אל נקודת האמצע, בין משקפיו של מטופל במצבו הנתון לבין משקפיו של הרופא. כך ניתן גם משקל-מה לפרקטיקה הרפואית המקובלת, וכפי שהראינו, בחלק מהמדינות בארה"ב ניתן משקל לפרקטיקה הנוהגת גם בסוגיה של היקף הגילוי. ולבסוף, בכך נמצאנו מצמצמים במידת מה את הפער בין מישור ההתרשלות בטיפול, לגביו מחילים את מבחן הפרקטיקה הרפואית לצורך קביעת סטנדרט הזהירות, לבין מישור חובת הגילוי.

ודוק: הפרקטיקה הנוהגת יכולה לשמש את בית המשפט הן במישרין והן בעקיפין. במישרין - בית המשפט עשוי לבחון את הפרקטיקה הנוהגת בקרב הרופאים לגבי היקף הגילוי עצמו. בעקיפין - הפרקטיקה הנוהגת במישור הטיפולי, עשויה להשליך על היקף חובת הגילוי. עמדנו על כך שהתרשלות והפרה של חובת הגילוי הן שני העמודים המרכזיים בתביעות רשלנות רפואית, ושתיהן נדונות בפסיקה במסגרת עולת הרשלנות. קשה להלום כי הפרקטיקה הנוהגת לגבי הטיפול, המשמשת את בית המשפט תדיר בשאלת קיומה של התרשלות בטיפול, לא תשליך כלל על היקף חובת הגילוי לגבי הטיפול. אכן, חובת הגילוי רחבה מחובת הטיפול, אך מקום בו הפרקטיקה הרפואית שוללת טיפול מסוים, יש בכך כדי להשליך על השאלה עד כמה מוטלת חובה לגלות אוזנו של המטופל לגבי אותו טיפול (השוו בפסק דינה של השופטת וילנר בת.א. (מחוזי חיפה) 869/06 אסתר כהן נ' שירותי בריאות כללית (לא פורסם, 20.10.2009), בפסקה 65).

52. במאמר מוסגר: אותיר בצריך עיון אם יש להחיל את המבחן של "המטופל המעורב בעיני הרופא הסביר" גם לגבי בדיקות הריון למיניהן. דומה כי נושא זה הוא בבחינת *sui generis* בפסיקה, שמא לאור החשיבות שמייחס הציבור לאיבחון מומים מולדים נוכח השפעתם על חייהם של היילוד ושל בני משפחתו, ומאחר שנושא זה מערב גם שיקולים אישיים, רגשיים וערכיים (עניין בן TIT, פסקה 6 לפסק דינו של השופט ריבלין). הנושא של בדיקות הריון מעורר שרשרת של סוגיות: האם צריך ליידע

אשה הרה על קיומה של בדיקה כלשהי או בדבר קיומו של ממצא שעשוי לרמז על מום בעובר? בהנחה שכן, האם הייתה מבצעת את הבדיקה? ואם הייתה מבצעת את הבדיקה, האם ניתן היה לגלות את המום בעובר? ובהנחה שהמום היה מתגלה, האם ניתן היה להפסיק את ההריון? ומשנולד הילד במצבו, האם קמה עילה של הולדה בעוולה? שאלות סבוכות אלה מערבות גם את השאלה אם להידרש לדוקטרינת הנזק הראייתי מקום בו נקבע כי הרופא המטפל התרשל באי גילוי או באי הפנייה לייעוץ גנטי (אך ראה התוצאה בעניין בן דוד, שם נדחתה הדוקטרינה למרות הפרת חובת הגילוי).

ניתן להצביע על שני זרמים בפסיקה לגבי היקף הגילוי בסוג זה של מקרים. השופטים ריבלין וחיות בעניין סידי והשופטת ארבל בעניין גרסטל, נוקטים בגישה מרחיבה על פי מבחן הצפיות. על פי גישה זו, בשלב ההריון, כל הורה סביר מצפה לקבל מהרופא המטפל את מלוא האינפורמציה בנוגע לבדיקות לאבחון מומים אצל העובר, כולל בדיקות שאינן מצויות במסגרת הרפואה הציבורית. מנגד, ניתן להצביע על דעתה של השופטת נאור בפרשת סידי, בה היא מסייגת את חובת הידוע למקרה בו קיימת אינדקציה לבדיקה נוספת, ואת דעתם של השופטים פרוקצ'יה ורובינשטיין בעניין גרסטל, לפיה חובת הידוע נגזרת ממבחן האדם הסביר ולא מתפרשת עד כדי סיכונים רחוקים ונדירים.

אותיר את הדברים בצריך עיון.

53. וחזרה לדרך המלך. ברי כי מבחן "המטופל המעורב בעיני הרופא הסביר", כשלעצמו, אין בו כדי לתחום את גבולות חובת הגילוי ועל בית המשפט לבחון כל מקרה לגופו, באשר עולם הרפואה מורכב, המקרים רבים ומגוונים ומטופל אחד אינו דומה למשנהו. בכפוף להערה זו, אציע להלן מספר כללי עזר ושיקולים נוספים לשם יישומו של המבחן.

א. פרקטיקה או רוטינה טיפולית: יש להבחין בין פעולה "רוטינית" הנוהגת בפרקטיקה הרפואית, אשר לדוב אינה מצריכה לשטוח בפני המטופל את מערכת השיקולים והנתונים שבבסיס אותה פרקטיקה, לבין גישה טיפולית המשקפת אסכולה רפואית ומצריכה שיקול דעת אד-הוק. על הבחנה זו עמדתי בעניין יהודה ולא אחזור על הדברים.

ב. תוחלת הסיכון והסיכוי של הטיפול: כאשר במישור ההתרשלות עסקינן, בית המשפט נדרש לעיתים לניתוח כלכלי של הסוגיה על פי המבחן הידוע של עלות מניעת

הנזק מול תוחלת הנזק (תוחלת הנזק = אחוז הסיכון X גובה הנזק אם יתממש הסיכון). יכול הטוען לטעון כי החלת מבחן זה גם לגבי חובת הגילוי תביא מיניה וביה להרחבה רבתי של חובת הגילוי, שהרי עלות מניעת הנזק היא לכאורה אפסית. כל שנדרש מהרופא הוא להקדיש עוד מספר דקות למטופל לצורך מתן הסבר רחב ומקיף. אלא שהצגת הדברים בדרך זו לוקה בפשטנות, מאחר שמתן הסבר מקיף לחולה כרוך בעלויות עקיפות שאינן מסתכמות אך ורק בדקות הספורות הנדרשות לצורך מתן ההסבר למטופל. כפי שהזכרנו לעיל, מערכת הרפואה, בעיקר הרפואה הציבורית, עומדת ועובדת תחת אילוצי זמן ומקום, כך שלא ניתן לבחון את "עלות" חובת הגילוי אך ורק במשקפי המטופל הספציפי. לכך יש להוסיף את "עלות" חובת הגילוי במסגרת מערך השיקולים שנסקר לעיל (כגון החשש שהמידע יניא את המטופל מקבלת הטיפול, הפגיעה במרקם היחסים רופא-מטופל ועוד).

עם זאת, וכפי שנזכר בפסיקה דלעיל, קיימת סימטריה בין תוחלת הנזק לבין היקף חובת הגילוי, בין "עוצמת הסיכון והתועלת הסגולית בגילוי" (כלשונה של השופטת פרוקצ'יה בעניין גרסטל). ככל שהסיכון הטמון במצבו של החולה גדול יותר וככל שתוצאותיו של הטיפול המוצע עלולות להיות חמורות יותר – היקפה של חובת הגילוי רחב יותר, ולהיפך. בדומה, ככל שהסיכוי כי טיפול או בדיקה חלופיים יניבו תוצאה חיובית או וודאית גדול יותר, כך נדרוש חובת גילוי רחבה יותר לגביהם, ולהיפך (לדעה אחרת ולפיה חובת הגילוי צריכה לכלול גם "סיכון נידח" וקלוש ראו וייל וגרובר).

ג. חיוניות הטיפול ודחיפותו: בדומה, קיימת סימטריה בין נחיצות הטיפול ודחיפותו לבין היקף חובת הגילוי. ככל שמדובר בטיפול אלקטיבי או בטיפול שאינו חיוני, היקפה של חובת הגילוי רחב יותר, ולהיפך.

ד. יכולתו של המטופל לקבל החלטה מושכלת, התגובה המשוערת של המטופל, ויתור של המטופל, ידיעה קודמת של המטופל והתנהגותו בעבר: בבואנו לתחם את גבולות חובת הגילוי במקרה קונקרטי, יש לקחת בחשבון את מידת יכולתו של המטופל להבין את המידע הנמסר לו ולקבל החלטה מושכלת; האם המטופל הבהיר באופן חד משמעי כי אינו מעוניין בהסברים באשר הוא סומך על רופאיו וממילא יעשה כהמלצתם (ודוק: יש להבחין בין ויתור על הזכות לקבל מידע לבין ויתור על הזכות להחליט); האם כך נהג המטופל גם בעבר; האם מדובר בסיכונים שהם בגדר נחלת הכלל או שהמטופל הספציפי כבר יודע אודותם (לדעה אחרת ראו דעתו של השופט רובינשטיין בעניין

ברוריה צבי, לפיה אין להבחין בין מטופל למטופל וכי ידיעה כללית של מטופל לגבי הסיכונים אינה פוטרת את הרופא מלחזור ולהציג בפניו את מכלול הסיכונים).

חובת הגילוי תורחב באותם מקרים בהם יוכח כי המטופל ביקש מהרופא לקבל מידע רב ככל הניתן. החובה המוטלת על הרופא המטפל להשיב לשאלה מפורשת של המטופל אינה נגזרת אך מחובת הגילוי, ובמקרה כזה ייתכן ואי גילוי מידע רלוונטי – הכל בגבולות הסבירות – אף ייחשב כהפרת חוזה במסגרת היחסים החוזיים בין הצדדים. מכל מקום, ברור כי שאלות של המטופל או אמירות שלו כי הוא מעוניין לקבל מידע מסויים או כי הוא מייחס חשיבות מיוחדת למידע כזה או אחר, מרחיבות את היקף חובת הגילוי גם במסגרת עוולת הרשלנות (וראו פלד-17 בעמ' 8 הגורסת כי כאשר אשה בהריון מבקשת במפורש מידע על כל הבדיקות הקיימות לאיתור פגמים בעובר, על המטפל ליידע אותה לגבי כל מגוון הבדיקות).

מבחני הקשר הסיבתי – סיבתיות ההחלטה

54. עמדנו על כך שבמסגרת עוולת הרשלנות והעוולה של הפרת חובה חקוקה (עקב הפרת חובת הגילוי על פי חוק זכויות החולה), לא סגי לבחון את הפרת חובת הגילוי כשלעצמה, אלא יש צורך בבחינת הקשר הסיבתי של "סיבתיות ההחלטה". סוגית הקשר הסיבתי אינה פשוטה להכרעה, היות ובית המשפט צריך "להעריך באורח היפותטי כיצד היה נוהג חולה פלוני אילו העמידוהו הרופאים מראש על הסיכון והסיכוי הטמונים בטיפול רפואי מסויים" (עניין ואתורי, בעמ' 191; וכן ראו בעניין דעקה).

55. מה המבחן לאורו תוכרע שאלת הקשר הסיבתי?

דומה כי הפסיקה לא נתנה דעתה לנושא זה, ולכאורה ניתן להשתמש באותם מבחנים ששימשו אותנו לצורך הקביעה אם הופרה חובת הגילוי. עם זאת, מטבע הדברים כי סיבתיות ההחלטה צריכה להיבחן במשקפיו של המטופל ולא במשקפיו של הרופא, כך שהמבחן הראוי צריך להיות מבחן "המטופל הסביר" או "המטופל הספציפי" או "המטופל המעורב/המשולב". כשלעצמי, אני סבור כי המבחן הראוי הוא המטופל הספציפי, באשר על בית המשפט לבחון כיצד היה נוהג התובע שבפניו אילו קיבל את המידע המלא. עם זאת, יש מקום לדעה כי גם בסוגית הקשר הסיבתי יש לנקוט במבחן המשולב, קרי, המטופל הסביר בנתונו של המקרה, ולו כדי לשמור על קורלציה בין מבחני הפרת חובת הגילוי למבחני סיבתיות ההחלטה.

56. שאלה נוספת בנוגע לקשר הסיבתי היא על מי נטל השכנוע ומה נטל השכנוע לגבי סיבתיות ההחלטה. שאלה זו זכתה להתייחסות בפסיקה. בעניין טידי ובעניין ג'ובראן נקבע כי על המטופל-התובע להוכיח מה היה בוחר אילו היה מקבל את מלוא המידע הנדרש לו. בעניין דעקה סברה השופטת שטרסברג-כהן כי המבחן הראוי הוא "הערכת הסיכויים" ואילו השופט אור סבר כי ניתן להכריע על פי כללי ההוכחה הרגילים (וראו בהרחבה קרקו אייל, דוקטרינת ההסכמה מדעת, בעמ' 241 ה"ש 60).

ראוי לציין כי הפסיקה לא עשתה שימוש בדוקטרינת הנזק הראייתי על מנת להעביר את הנטל על הרופא להוכיח מה היה מצב הדברים אילו לא הופרה חובת הגילוי (למקרים בהם נמנע בית המשפט מלהחיל את הדוקטרינה ראו, לדוגמה, עניין טידי בפסקה 18 לפסק דינו של השופט ריבלין, עניין בן דוד ועניין ג'ובראן). זאת, למרות שדוקטרינת הנזק הראייתי משמשת את בתי המשפט תדיר במקרים של התרשלות בטיפול, שאז מעביר בית המשפט את הנטל אל הרופא להראות מה היה מצב הדברים אילו לא ההתרשלות בטיפול (ראו, לדוגמה, ע"א 9328/02 מאיר נ' לאור, פ"ד נח(5) 54, 64 (2004); גיא שני חזקות רשלנות- העברת נטל ההוכחה בדיני נזיקין 342 (2011)). דוקטרינת הנזק הראייתי משמשת את בתי המשפט גם במקרים של התרשלות בכלל, במסגרת עוולת הרשלנות, כדרך "לעקוף" את שאלת הקשר הסיבתי. ראו, לדוגמה, ע"א 1068/05 עיריית ירושלים נ' מימוני (לא פורסם, 14.12.2006), בפסקה 25. ייתכן כי הסיבה לכך היא, שהחלת הדוקטרינה גם בתביעה בגין הפרת חובת הגילוי הייתה מביאה כמעט "אוטומטית" לקבלת התביעה, באשר מטבע הדברים יקשה על הרופא להוכיח מה היה המטופל מחליט אילו כל המידע היה בפניו.

סיכום ביניים:

57. טרם נחזור לבחינת המקרה שבפנינו, נערוך סיכום ביניים של התחנות אותן עברנו בדרכנו.

(-) הדרישה להסכמה מדעת כוללת בחובה את חובת הגילוי והיידוע, על מנת שההסכמה תינתן מדעת.

(-) לפני חקיקת חוק זכויות החולה, הפרת חובת הגילוי נדונה במסגרת דיני הנוזיקין בעוולת התקיפה ובעוולת הרשלנות, וניתן לבחון אותה גם במסגרת דיני

החוזים. השימוש בעוולת התקיפה הלך ופחת במהלך השנים אך היא עדיין יכולה לשמש כעילת תביעה.

(-) בעקבות חקיקת חוק זכויות החולה, נוספה לארסנל העילות הנזיקיות גם העילה של הפרת חובה חקוקה.

(-) על מנת לפסוק לתובע פיצוי בגין הפרת חובת הגילוי במסגרת עוולת הרשלנות או העוולה של הפרת חובה חקוקה, יש להוכיח נזק וקשר סיבתי בדמות סיבתיות ההחלטה.

(-) המבחן הנוהג כיום לבחינת היקף חובת הגילוי הוא מבחן החולה הסביר, שהוא מבחן אובייקטיבי במהותו.

(-) המבחן המוצע על ידי לבחינת היקף חובת הגילוי הוא מבחן המטופל המעורב/המשולב בעיני הרופא הסביר, מבחן שיש בו, הן כדי להרחיב את חובת הגילוי והן כדי לצמצמה, תוך התחשבות בנקודת מבטו של הרופא והתחשבות בפרקטיקה הנוהגת.

(-) המבחן המוצע לבחינת סיבתיות ההחלטה נותר בצריך עיון, ומבלי לקבוע מסמרות, דומה שיש מקום למבחן המטופל הספציפי.

על רקע דברים אלה, נבחן את המקרה שבפנינו.

האם הופרה חובת הגילוי במקרה דנן?

58. המערערת עברה ניתוח משולב שכלל כריתת רחם והרמת שלפוחית השתן. הניתוח להרמת שלפוחית השתן, כשלעצמו, אינו מצריך בדרך כלל פתיחת הבטן, מאחר שהוא ניתוח גניקולוגי באזור שמחוץ לצפק (עדותו של ד"ר אמסטרדם בעמ' 12 לפרוטוקול ועדותו של ד"ר יפה בעמ' 149). העובדה שניתוח זה שולב גם עם הניתוח העיקרי של כריתת הרחם, אינה רלוונטית לענייננו ויש בה כדי לטשטש את התמונה, באשר אין חולק כי בניתוח להרמת שלפוחית השתן אין סיכון של הידבקויות וחסמימת מעיים. לכן, אתמקד בניתוח של כריתת הרחם והטפולות, שהוא הניתוח העיקרי המצריך פתיחת בטן.

59. ממכלול הראיות עולה כי הניתוח היה חיוני, בהתחשב בסבלה של המערערת בשנים שקדמו לניתוח עקב דימומים שהלכו והחריפו בעוצמתם ובתדירותם, ולכך יש להוסיף את הרקע המשפחתי של המערערת (סבתה סבלה מסרטן ברחם וגם אצל אמה היה חשד לסרטן צוואר הרחם). עם זאת, לא הייתה דחיפות מיוחדת בביצוע הניתוח, ועמדנו על כך, שסטנדרט הגילוי בניתוח אלקטיבי הוא גבוה יותר. אך גם במקרה של ניתוח אלקטיבי אין חובת גילוי מוחלטת, והיקף הגילוי נגזר מנסיבות המקרה ואינו משתרע על מלוא הסיכונים האפשריים.

על רקע זה, חוזרת השאלה למקומה: האם היה על ד"ר יפה לגלות אוזנה של המערערת כי ניתוח כריתת רחם טומן בחובו סיכון לחסימת מעיים?

60. אין חולק כי המערערת חתמה על טופס הסכמה כללי לביצוע הניתוח, שבו נכתב כי קיבלה הסבר מפורט על הצורך בביצוע הניתוח "לרבות על התוצאות המקוות, על הסיכונים הסבירים ועל דרכי הטיפול החלופיות האפשריות". בית משפט קמא אף קבע כי ניתן למערערת הסבר על ההליך והיא נפגשה עם מספר רופאים בקשר לכך מספר שבועות לפני הניתוח (ראה גם בחוות דעתו של פרופ' גימון).

עוד נקבע, כי ד"ר יפה הציג בפני המערערת שיקולים בעד ונגד ביצוע הניתוח. לדבריו של ד"ר יפה, הסיכונים המוסברים בניתוח מעין זה נוגעים לאפשרות שהניתוח יכשל, זיהומים אפשריים, שטפי דם או פגיעה במעיים או באברי העיכול (עמ' 124). עם זאת, אין חולק כי לא הוסבר למערערת אודות הסיכון של הידבקויות והסיכוי ללקות בחסימת מעיים, וד"ר יפה אישר בעדותו כי אינו נוהג לציין הידבקויות מהטעם ש"התופעה היא כל כך נדירה" (עמ' 124-125 לפרוטוקול). לטענת המערערת, מאחר שכל ניתוח של פתיחת בטן כרוך בסיכון של הידבקויות, ומאחר שבכל הידבקויות יש סיכון של חסימת מעיים, צריך היה לגלות אוזנה אודות סיכון זה, גם אם מדובר בסיכון נדיר.

61. עמדנו על כך, שחובת הגילוי אינה מגעת כדי כל סיכון רחוק ונדיר, ועל המערערת כתובעת הנטל להוכיח את שכיחות הסיכון לחסימת מעיים כתוצאה מכריתת רחם. כפי שנראה להלן, לא רק שהמערערת לא עמדה בנטל זה, אלא שמחוות דעת המומחה מטעמה, אף ניתן להסיק כי הסיכון של חסימת מעיים עקב ניתוח של כריתת רחם הוא נדיר. אסביר להלן את מסקנתי.

המערערת הסתמכה על חוות דעתו של ד"ר אמסטרדם ז"ל, מומחה בתחום הכירורגיה, שהעיד על עצמו כי השתתף בהרבה ניתוחים גניקולוגיים לאור מומחיותו בתחום הכירורגיה וכלי דם (עמ' 39 לפרוטוקול). בחוות הדעת נכתב כי הסיכון של הידבקות בחלל הבטן הוא סיכון מוכר לאחר ניתוח בטן, והסיכון גובר לאחר כל ניתוח. על כך אין מחלוקת. גם בחוות דעתו של פרופ' גימון מטעם המשיבים נכתב כי הידבקות היא תופעה שכיחה לאחר כל ניתוח והיא נוצרת כמעט אצל כל מנותח, הגם שלא מחויב כי כתוצאה ממנה ייגרם סיבוך קליני. מעדותו של פרופ' גימון אף עולה כי הידבקות כשלעצמן אינן בגדר סיכון אלא בגדר תופעה בתר-ניתוח, וכדבריו: "כל פתיחת בטן גורמת להידבקות, וההידבקות עלולות לגרום לאחר הניתוח בין בשלב מידי ובין עד 120 לגרום לחסימת מעיים" (עמ' 69).

אלא שיש סוגים שונים של ניתוחים הכרוכים בפתיחת בטן, ולא ניתוח של כריתת רחם כניתוח להסרת גידול סרטני במעי הדק. בעדותו בבית המשפט הסביר פרופ' גימון כי "בניתוחים שבהם עוסקים במערכת העיכול והמניפולציה של המעיים היא יותר גדולה, בהם יש יותר הידבקות" וכי ניתוחים גניקולוגיים הם בדרגה שניה אחרי ניתוחים של מערכת העיכול, בשל שכיחותם. ואכן, הגיונם של דברים כי לא שיעור ההידבקות בעקבות ניתוח להסרת גידול ממושט במעי, כשיעור ההידבקות בניתוח כריתת רחם, שהאחרון מצריך אך הסטת המעי ואינו כרוך ב"התעסקות" עם המעי עצמו.

62. ד"ר אמסטרדם ז"ל לא טרח לציין בחוות דעתו נתונים כלשהם לגבי שיעור ההידבקות הכללי או לגבי שיעור ההידבקות עקב ניתוח של כריתת רחם או לגבי שיעור חסימות המעיים עקב הידבקות בעקבות כריתת רחם. בחוות הדעת נכתב כי היה צריך להחתים את המערערת על שלושה טפסי הסכמה לניתוח שהוצאו על ידי ההסתדרות הרפואית בישראל בשיתוף עם החברה לניהול סיכונים ברפואה והם: טופס הסכמה לניתוח כריתת רחם וטפולות; טופס הסכמה לניתוח תיקון אי נקיטת שתן במאמץ; וטופס הסכמה לפתיחת בטן חוקרת. דא עקא, שדווקא טפסים אלה עליהם נסמכת המערערת – טפסים שנועדו מלכתחילה להסדיר את נושא הגילוי ויש הטוענים כי נוסחו באופן רחב מתוך גישה של "רפואה מתגוננת" – פועלים לחובתה של המערערת (על "יחסי הגומלין" בין ההסבר שניתן לחולה בעל פה לבין הכתוב עלי טופס ההסכמה ראו בעניין הייחברג, שם נאמר כי ככל שהפרטים הרלוונטים מצויים בטופס ההסכמה אין לחייב את הצוות הרפואי "לחזור כהד על מידע שנמסר").

הטופס היחיד בו נזכר סיבוך של חסימת מעיים הוא הטופס של פתיחת בטן חוקרת, שאינו רלוונטי לענייננו. המדובר בניתוח כירורגי מובהק (ולא בכדי טופס ההסכמה נכתב בשיתוף עם איגוד הכירורגים בישראל), וכשמו כן הוא, נועד לאתר ולטפל בבעיה תוך בטנית, כאשר במהלך הניתוח עשוי המנתח אף לכרות איברים פנימיים.

אך המערערת לא עברה ניתוח כירורגי של פתיחת בטן חוקרת, אלא שני ניתוחים גניקולוגיים שנעשו בעת ובעונה אחת: כריתת רחם וטפולות והרמת שלפוחית השתן. בטופס ההסכמה לניתוח לתיקון אי נקיטת שתן במאמץ אנו מוצאים שורה ארוכה של סיבוכים וסיכונים אפשריים, לרבות דימום, זיהום בשתן, פגיעה בשלפוחית השתן ובנרתיק ובמקרים נדירים חסימת השופכנים, ואין זכר להידבקויות ולחסימת מעיים (הטופס נכתב בשיתוף פעולה עם האיגוד הישראלי למיילדות וגניקולוגיה ואיגוד האורולוגים בישראל). בטופס ההסכמה לניתוח כריתת רחם וטפולות אנו מוצאים כי הסיבוכים האפשריים כוללים "זיהום, דימום, פגיעה באיברי מערכת השתן, פגיעה באיברי מערכת העיכול, פגיעה בכלי דם ופגיעה עצבית" ואין זכר להידבקויות ולחסימת מעיים (הטופס נכתב בשיתוף פעולה עם האיגוד הישראלי למיילדות וגניקולוגיה). טפסים אלה אך מחזקים את התזה של המשיבים, כי שיעור ההידבקויות עקב ניתוח כריתת רחם, וממילא שיעור חסימות המעיים עקב הידבקויות, הוא נמוך ונדיר ביותר. יש בכך גם לחזק את עדותו של ד"ר יפה, שהייתה מהימנה על בית משפט קמא, ולפיה ניתח מאות נשים ולאורך חמש עשרה השנים האחרונות נתקל אך בשני מקרים של הידבקויות. על אחת כמה וכמה מקרים של חסימות מעיים.

בית משפט קמא חישב ומצא, תוך הסתייגות כי ייתכן שמדובר בממצא שגוי, כי שיעור הסיכון ללקות בחסימת מעיים עומד לכל היותר על 0.1%, שהוא סיכון זניח. איני משוכנע כי מעדויות המומחים ניתן להסיק כי כך הדבר, באשר מתוך החקירות הנגדיות קשה "לחלץ" נתון לגבי שיעור הסיכון של חסימת מעיים כתוצאה מהידבקויות עקב ניתוח של כריתת רחם. מכל מקום, המומחה מטעם המערערת כלל לא התייחס בחוות דעתו לנתונים אלה, ומשכך, לא עמדה המערערת בנטל לסתור טענת המשיבים כי המדובר בסיכון נדיר וזניח, שלא היה מקום להציגו בפני המערערת.

63. משהגענו למסקנה כי המשיבים לא הפרו את חובת הגילוי, איננו נדרשים לשאלת הקשר הסיבתי. כאמור, סוגית הקשר הסיבתי אינה פשוטה להכרעה, וההכרעה בשאלת הקשר הסיבתי נעשית, בדרך כלל, על יסוד מכלול נסיבותיו של המקרה והיא כרוכה בקביעות מהימנות העדויות של המומחים ובעלי הדין (עניין טידי, בפסקה 17 ;

עניין בן דוד, בפסקה 10). מכל מקום, אזכיר כי בית משפט קמא קבע כי שום סיכון לא היה מניא את המערערת מלעבור את הניתוח נוכח מצבה הרפואי, הדימומים התכופים והמעיקים, ורקע משפחתי של סרטן ברחם (קביעה המשתלבת עם מבחן המטופל הסביר). עוד נקבע כי המערערת שמה מבטחה בד"ר יפה, רופא הנשים שלה, וגם אם היה מוצג בפניה הסיכון של חסימת מעיים, מן הסתם היתה מסתמכת על הערכתו המקצועית של ד"ר יפה ולא היתה נמנעת מן הניתוח (קביעה המשתלבת עם מבחן המטופל הספציפי).

סוף דבר

64. לא הוכחה התרשלות של המשיבים בביצוע הניתוח, לא הוכח כי המשיבים הפרו את חובת הגילוי כלפי המערערת בכך שלא העמידו אותה על הסיכון של חסימת מעיים כתוצאה מהניתוח, ולא הוכח כי המערערת הייתה מקבלת החלטה אחרת גם אם היו מעמידים אותה על הסיכון.

אשר על כן דין הערעור להידחות, ולפנים משורת הדין, ללא צו להוצאות.

65. לאחר שהונחה בפני חוות דעתם של חברי, המשנה לנשיא השופט ריבלין והשופט רובינשטיין, אתיחס בקצרה למספר סוגיות.

המבחן לחובת הגילוי

66. חברי השופט רובינשטיין הרהר באפשרות להגדיר את סטנדרט חובת הגילוי כ"מבחן החולה הסביר בעיני הרופא הסביר בנתוני המקרה". (פסקה י"ג לחוות דעתו). אני מקבל בהכנעה מבחן זה, אשר אינו שונה לטעמי ממבחן החולה המעורב בעיני הרופא הסביר שהוצע על ידי, ומדובר למעשה באותו מבחן בשינוי אדרת.

דעתו של חברי אינה נוחה מייחוס עוולת התקיפה לרופאים שתפקידם להציל חיים. אני מסכים עם הדברים, אשר אף מבטאים את הלך הרוח בדין האנגלו-אמריקאי (יעקב, גילוי נאות, בעמ' 621 ובה"ש 40), אך עם זאת, לא ניתן להתעלם מכך שעדיין לא נס ליחה של עוולת התקיפה כבסיס לתביעה בגין הפרת חובת הגילוי, וכאמור, אף יש הגורסים כי זו האכסניה המתאימה יותר להגנה על האוטונומיה של המטופל (יעקב, גילוי נאות, בעמ' 628-638).

67. חברי, המשנה לנשיא השופט ריבלין, חולק על המבחן שהוצע ולדעתו יש לדבוק במבחן החולה הסביר. חברי הגדיר את המחלוקות בינינו במיקומה הגיאומטרי של הנקודה על הסקאלה בין זכות החולה לחובת הרופא. בעוד אני סבור שיש להזיז את הנקודה חזרה לכיוון נקודת האמצע, חברי סבור שיש להותירה במקום קרוב יותר לזכויות החולה (ראו בפסקה 8 לחוות דעתו של המשנה לנשיא).

ברי כי מול זכותו הבלתי מעורערת של החולה לקבל מידע מהותי הנחוץ לגיבוש החלטתו, עומדת חובתו של הרופא לספק את המידע. אלא שהסקאלה בה עסקינן, עניינה בהיקפה של אותה חובת הגילוי, וכאן הצעתי להרכיב על משקפיו של החולה המעורב (אובייקטיבי-סובייקטיבי) גם את משקפיו של הרופא הסביר, ובאספקלריה זו, אכן הזזתי את המבחן לכיוון האמצע.

חברי עומד על כך שהפסיקה הלכה כברת דרך ארוכה מאז ימי התפישה המסורתית-הפטרנליסטית ואין עוד לשוב לאחור. לדברים נכוחים אלא אין לי אלא להצטרף. אולם לאחר מספר עשורים בהם החלה הכף לנטות עד מאוד לכיוון השני, דומני כי הגיעה העת להחזיר ולו במעט את המטוטלת לאחור, ולחשוב מחדש על האיזון הראוי והאפשרי בחיי המעשה ביחסי מטופל-רופא. לדעתי, יש במבחן שהצעתי כדי לענות על דרישת המחוקק ולאזן בין חובתו של הרופא לבין זכויותיו וצרכיו של המטופל.

68. חברי הזכיר את "מבחן ההחלטה המשותפת", המחמיר יותר מסטנדרט החולה הסביר, ואף מצא ניצנים ראשונים בפסיקה הישראלית לבחירה ב"סטנדרט ההחלטה המשותפת". לדעתו של חברי (בפסקה 19) חובת הגילוי על פי מודל שיתוף הפעולה "משתרעת כמעט על פני כל נתון שאוכלוסיית החולים כולה או מקצתה רואה בו חשיבות... בעקבות הגילוי ההדדי, מקיימים הרופא והחולה הליך של קבלת החלטה משותפת, בסופו מאשר החולה כי אכן נטל חלק בהליך כזה וכי ההחלטה היתה משותפת".

דומני כי יש בכך הרחבת יתר של חובת הגילוי. על פי מודל זה, יידרש הרופא להוכיח כי התנהל דיאלוג והתקיים דיון בינו לבין המטופל, מהן האפשרויות שהוצגו בפני המטופל ומהם הנתונים שהוצגו לגבי כל אחת מהאפשרויות, ומובן כי אף יהא צורך בתייעוד המוכיח את הדברים. דומני כי יש בכך כדי להגביר עוד יותר את ה'טופסולוגיה' ואת מגמת המשפטיזציה שכבר חדרה ליחסי רופא-מטופל.

69. יש להבחין בין מודל של מערכת יחסים, לבין מבחן משפטי בסוגיה האם הרופא עמד בחובת הגילוי. אסביר את דברי.

מודל שיתוף הפעולה (Collaborative Model) גורס כי מערכת היחסים בין רופא לחולה היא של שיתוף הדדי במהלכו מסייע הרופא למטופל לממש את זכותו לאוטונומיה. על פי מודל זה, החולה והרופא שותפים לתהליך קבלת ההחלטות באופן של "חיפוש משותף אחר תכנית טיפול שתעלה בקנה אחד לא רק עם צרכיו הפיזיים של החולה, אלא גם עם ערכיו, עם העדפותיו, עם תוכניותיו לעתיד ועם מטרותיו האישיות... תפקידו של הרופא הוא לסייע לחולה לברר מהם ערכיו ורצונותיו, ולסייע לו לבחור את הטיפול הרפואי המגשים אותם בצורה הטובה ביותר" (קרקו-אייל, דוקטרינת ההסכמה מדעת, בעמ' 215).

אף אני סבור כי יש לשתף את החולה בהליך גיבוש ההחלטה ולערב אותו במכלול השיקולים הרלוונטים, אך ספק אם ניתן לגזור ממודל שיתוף הפעולה מבחן לקביעת סטנדרט הגילוי הראוי. מודל שיתוף הפעולה הוא מודל אידיאלי-אוטופי ליחסי רופא-חולה. זה המודל אליו ראוי לשאוף, אך במישור המעשי קשה עד מאוד ליישמו מסיבות שונות, בין היתר, מאחר שהוא דורש משאבי כסף וזמן שאינם זמינים למערכת הרפואה, ועמדנו לעיל על כך שהשקעת משאבי זמן יכולה לבוא על חשבון איכות הטיפול במטופלים אחרים והפחתת מספר המטופלים. לא בכדי, מודל זה לא אומץ בכללי האתיקה המערבית או על ידי המשפט האנגלו-אמריקאי. גם הדו"ח של ה- President's Commission for the Study of Ethical Problems in Medicine אליו הפנה חברי, אינו מאמץ את המודל אלא קובע שהוא מודל ראוי ואליו יש לשאוף (קרקו אייל, שם, בעמ' 216).

גם בעניין *Matthies v. Masromonaco*, 160 N.J. 26, 36, 733 A.2d 456, (N.J. Sup. Ct. 1999) 461 אליו הפנה חברי, בית המשפט לא קבע סטנדרט של שיתוף פעולה, אלא הסתייע במבחן החולה הסביר. אמנם, כך נאמר, הבחירה מבין אפשרויות הטיפול היא באחריות שני הצדדים, אך בסופו של יום על הרופא מוטל שיקול הדעת להעריך מהו המידע הרלוונטי וליידע את המטופל בדבר אפשרויות הטיפול הסבירות השונות באותן נסיבות: "Physicians, in turn, have a duty to evaluate the relevant information and disclose all courses of treatment that are medically reasonable under the circumstances"

70. לטעמי, דווקא מודל שיתוף הפעולה מחזק את הדעה כי לצורך קביעת סטנדרט הגילוי, יש להחזיר גם את הרופא לתמונה. חובת הגילוי היא משוואה של שני נעלמים - המטופל וגם הרופא הסביר, ועל בית המשפט לפצח את המשוואה תוך התחשבות בשני נתונים אלה.

בפסקה 50 לעיל ציינתי, כי המבחן של החולה הסביר בעיני הרופא הסביר בנתוני המקרה, קרוב וסמוך למבחן ה"סטנדרט המקצועי המרוכך" שהוצע בספרה של קרקו-אייל. הרציונל בבסיס מבחן זה, דומה לרציונל העומד בבסיסו של מודל שיתוף הפעולה. בבוא בית המשפט לבחון אם הופרה חובת הגילוי, עליו להתחשב במכלול השיקולים הקשורים לעבודת הרופא ולמצבו של החולה וצרכיו. כמו כן, יתרונותיו של אותו מבחן והשלכותיו חופפים במידה רבה ליתרונות שבהליך קבלת ההחלטה המשותפת עליהם עמד חברי (בפסקה 20), שהם בין היתר, יצירת תמריץ לשני הצדדים למניעת הנזק, הטבת התקשורת והדיאלוג בין הרופא לבין החולה, מניעת עלויות גבוהות וכיו"ב (ראו קרקו אייל, בעמ' 366-367).

הפגיעה בזכות לאוטונומיה

71. חברי המשנה לנשיא הרחיב את הדיבור בסוגיית הפגיעה באוטונומיה והתייחס לפרטיה ודקדוקיה של הדוקטרינה. מאחר שמרבית הדברים נאמרו מעבר לצורך ללא נגיעה לענייננו, ומאחר שנושא זה נדון בהרחבה זה לא מכבר אוסיף רק כמה הערות בקצרה (ראו עניין היס והחלטתה של הנשיאה ד' ביניש בדנ"א 5636/11 היס נ' בן צבי (לא פורסם, 26.2.2012); ע"א 10085/08 תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ נ' עזבון (לא פורסם, 5.12.2011) (להלן: תנובה)).

72. סיווגה של הפגיעה באוטונומיה: הותרתי בצריך עיון את שאלת סיווגה של הפגיעה באוטונומיה – אם כראש נזק ואם כעוולה בפני עצמה. גם לשיטתם של האחרונים, שאלה נכבדה היא אם הזכות לאוטונומיה אכן חופפת את הזכות החוקתית לכבוד (אסף יעקב "דא עקא דעקא – גלגוליה של פגיעה באוטונומיה" (עתיד להתפרסם בכתב העת משפטים מב טכסט לה"ש 171, 185 (2012) (להלן: יעקב, פגיעה באוטונומיה)). הפסיקה לאורך השנים ראתה את הפגיעה באוטונומיה כראש נזק, אולם נאמרו אמירות שונות, ביניהן מפיו של חברי המשנה לנשיא, כי יש לראותה כעוולה בפני עצמה (עניין ברוריה צבי המוזכר לעיל; עניין היס, בפסקאות 21-22 לפסק דיני). חברי הקיף את הסוגיה ולסופו של יום הגיע למסקנה כי לעת הזו יש לדבוק בגישה המסורתית הרואה בפגיעה באוטונומיה ראש נזק.

למרות הקשיים העיוניים-מושגיים הכרוכים בכך, אף אני מצטרף למסקנה זו, ולו בשל החשש כי הכרה בפגיעה באוטונומיה כעוולה חוקתית, תביא לפריצת גבולות רבתי בין דיני הנזיקין לדיני המשפט החוקתי (ראו בהרחבה יצחק עמית "על טשטוש תחומים, טשטוש גבולות ואי-ודאות במשפט" דין ודברים ו 17, 24-27 (2011)); עניין היס בפסקה 21 לחוות דעתי; יעקב, פגיעה באוטונומיה, טכסט לה"ש (101-114). כך, למשל, אני אף סבור שאין לבחון את הרחבת סטנדרט חובת הגילוי במבט של פגיעה בחופש העיסוק של הרופא כפי שהוצע על-ידי מלומדים (ראו אצל יעקב, גילוי נאות, בעמ' 657-663). כמו כן אציין כי למרות שהביטוי עוולה חוקתית הפך כבר למטבע לשון בפסיקה, הרי שבית משפט זה טרם הכיר בעוולה חוקתית.

73. תיחום הזכאות: כחברי גם אני סבור שלא כל פגיעה באוטונומיה תזכה את הנפגע בפיצוי. אלא שלשיטתו של חברי, הפגיעה באוטונומיה, כשלעצמה, מהווה נזק גם אם לא התלווה אליה נזק תוצאתי של ממש, ובכך ממשיך חברי את הקו בו נקט בעניין היס.

בנקודה זו אחזור ואפנה לעניין היס, שם חלקתי על חברי. ביני לביני ניתן פסק הדין בעניין תנובה, שם נשלל הפיצוי מחברי הקבוצה שאמנם סבלו אף הם מפגיעה באוטונומיה, אך זו לא באה לידי ביטוי בנזק תוצאתי כמו רגשות שליליים של גועל, כעס, תסכול, אי נוחות וכיו"ב. פסק הדין בעניין תנובה תואם אפוא את גישתי בעניין היס וכך ציינתי שם.

לטעמי, סיווג הפגיעה באוטונומיה כראש נזק, ולא כעוולה חוקתית, משליך מיניה וביה על תיחום הזכאות. הפיצוי בגין פגיעה באוטונומיה אינו ניתן בגין הפגיעה בזכות כשלעצמה, אלא בגין הנזק שנגרם עקב הפגיעה בזכות. לכן, בעניין תנובה ניתן הפיצוי רק לחברי הקבוצה שסבלו מנזק לא ממוני בדמות רגשות שליליים שחוו עקב הפגיעה באוטונומיה. מאותה סיבה סברתי בעניין היס כי אין לפסוק בנוסף לנזק הלא ממוני, גם פיצוי בגין הפגיעה באוטונומיה.

ומזוית אחרת: חברי מצטט בהסכמה (פסקה 42) את פרופ' דפנה ברק-ארז בספרה עוולות חוקתיות (1993) הגורסת כי ההצדקה למתן פיצוי בגין פגיעה באוטונומיה "נובעת ממשקלה הסגולי הגבוה של הזכות החוקתית ומן הערך שמייחס לה הפרט הנפגע, ולא מן ההיבטים התוצאתיים של הפרתה". אלא שהדברים אינם מתיישבים עם הדברים שנאמרו בעניין דעקה, שחברי מזכיר שורות ספורות לפני כן, כי

הצלחת הטיפול עשויה להפוך את הנזק לתיאורטי או לזניח. מדוע? אם הפיצוי ניתן בגין עצם הפגיעה באוטונומיה, בגין עצם שלילת זכותו של התובע לבחור בקו הפעולה שבו היה בוחר לו ניתן לו המידע החסר, מה לי אם הניתוח הצליח ומה לי אם נגרם נזק בעקבות הניתוח, הרי בשני המקרים נפגעה האוטונומיה של המטופל.

74. היחס בין הפיצוי בגין פגיעה באוטונומיה לפיצוי בגין נזקים אחרים: בנקודה זו, אני מגיע לטבלה שערך חברי, הממחישה את המצבים האפשריים. עמדתי בעניין זה שונה מעמדתו של חברי ועל כך כבר עמדתי בעניין היס. בעוד שחברי סבור שניתן לפצות בגין פגיעה באוטונומיה בנוסף לפיצוי בגין נזק לא ממוני, לדעתי מדובר בכפל פיצוי, באשר הכרה בעילה של היעדר הסכמה מדעת כוללת מיניה וביה הכרה בפגיעה באוטונומיה. לכן, ובהתייחס לטבלה בפסקה 45 לחוות דעתו של חברי, כאשר התובע מקבל פיצוי בגין הנזק הממוני והלא ממוני שנגרם לו עקב רשלנות בטיפול או עקב הפרה של ההסכמה מדעת (הפרת חובת הגילוי), אין מקום לפסוק, בנוסף, פיצוי גם בגין פגיעה באוטונומיה. זו גם הפרקטיקה הנוהגת כיום, וגם אם במישור העיוני הטהור ניתן להסכים עם הטבלה שערך חברי, הרי שבתי המשפט אינם פוסקים פיצוי נוסף בגין פגיעה באוטונומיה ש"נבלע" בתוך התביעה בגין נזקי גוף (עניין חכס, בפסקה 6 לחוות דעתי; עניין היס בפסקה 25 לחוות דעתי).

ובכלל, הכרה בראש הנזק של פגיעה באוטונומיה, כנזק נפרד הנוסף לנזק ממוני ולא ממוני, מעוררת את השאלה מדוע הפגיעה באוטונומיה נפוצה דווקא ביחסי רופא-חולה. מדוע לא להכיר בפגיעה באוטונומיה בכל מקרה בו אדם מעמיד אדם אחר בסיכון באופן רשלני (יעקב, גילוי נאות, בעמ' 612). מדוע לא נכיר בפגיעה באוטונומיה גם בתביעת רשלנות נגד מהנדס אשר לא גילה ללקוחו כי היו מספר אלטרנטיבות לבניית הקיר התומך, או נגד עורך דין שלא גילה ללקוחו כי עומדות בפניו מספר דרכים לניהול המשפט? ואם תאמר כי הפגיעה באוטונומיה מוגבלת לנזקי גוף בלבד, מדוע לא להכיר בראש נזק זה בכל עוולה של תקיפה, כאשר ראובן תוקף וחובל בשמעון וגורם לו נזק גוף משמעותי. שהרי מעבר לנזק הממוני והלא ממוני שנגרם לשמעון עקב חבלת הגוף אשר שינתה את סיפור חייו, אף נגרמה פגיעה לאוטונומיה שלו. או, מדוע לא תוכר פגיעה באוטונומיה במקרה של תאונות דרכים החוסה תחת משטר של אחריות מוחלטת, או בתאונות עבודה וכיו"ב (ראו אצל יעקב, פגיעה באוטונומיה, טכסט ליד ה"ש 248, ובה"ש שם).

75. גובה הפיצוי בגין פגיעה באוטונומיה: הדברים שאמרתי לעיל, מתחברים לשאלת גובה הפיצוי.

הזכרנו, כי יש הגורסים שהשימוש בדוקטרינה של היעדר הסכמה מדעת נעשה על מנת להרחיב את אחריותם של הרופאים גם למקרים בהם לא הוכחה התרשלות בטיפול. הדוקטרינה של פגיעה באוטונומיה מרחיבה את אחריותם של הרופאים גם למקרים בהם לא הוכחה התרשלות בטיפול ולא הוכחו יסודות העילה של היעדר הסכמה מדעת. לטעמי, יש להישמר מהרחבת יתר של האחריות הנזיקית, ולא אכחד כי אני חושש שהטבלה שערך חברי בצירוף המגמה לפסוק פיצוי משמעותי בגין פגיעה באוטונומיה, עלולה להגדיל ולסרב עוד יותר את ההתדיינות המשפטית בתביעות רשלנות רפואית ושמא אף בכל תביעות הנזיקין למיניהן וסוגיהן.

76. כאמור, תביעה שכיחה של רשלנות רפואית כוללת על פי רוב שלוש עילות מן הכבד אל הקל: רשלנות עקב התרשלות בטיפול, היעדר הסכמה מדעת ופגיעה באוטונומיה, כאשר הדיון באחד מייתר את הדיון באחר וכאשר הפגיעה באוטונומיה הינה אך ספיח לשני ראשי התביעה האחרים. שיטתו של חברי, עלולה לעודד התדיינות מצטברת בכל אחד משלושת ראשי התביעה הנ"ל, ואף התדיינות נפרדת המתמקדת אך ורק בפגיעה באוטונומיה, אשר במקורה היא נזק נגזר ומשני, ספיח לנזק העיקרי. בכך מגיעים אנו למחוזות שלא שיערו ראשונים. ראש הנזק של פגיעה באוטונומיה הוא יצירה ישראלית מקורית, ומסופקני אם בית המשפט בעניין דעקה צפה כי ההכרה בראש נזק צנוע זה תהפוך כה נפוצה ותשמש כר נרחב להתדיינויות רבות בעתיד. מאחר שהעילה של פגיעה באוטונומיה היא חריגה כשלעצמה, אני סבור כי על דרך הכלל ומשיקולים של מדיניות שיפוטית יש לצמצם את תחולת הפיצוי בגינה, הן בגובה הפיצוי והן בהיקף המקרים שנכנסים לגדרו (ראו בדומה אצל יעקב, פגיעה באוטונומיה, טכסט לה"ש 195 ולה"ש 227-229).

77. לסיכום, אני מסכים בלב שלם עם חברי (בפסקה 49) שאין להירתע משינויים ומיישומן של דוקטרינות חדשות. כשופטים, אנו פורצים לעיתים דרכים חדשות, אך "בתוך הדפים של הזמן שאבד" (מתוך שירו של מאיר גולדברג "אימפריות נופלות לאט") חלים מסביבנו שינויים ותמורות בשטח. שומה עלינו להיות קשובים לכל הקולות, הן של החולים והן של הרופאים, ולבחון מעת לעת האם נשמר האיזון הראוי בין הלכות רפואה והלכות משפט.

1. שותף אני למסקנתו של חברי השופט י' עמית לפיה במקרה דנן לא הוכחה התרשלות של המשיבים בביצוע הניתוח. מצטרף אני אף למסקנה לפיה לא הפרו המשיבים את חובת הגילוי כלפי המערערת בכך שלא העמידו אותה על הסיכון של חסימת מעיים כתוצאה מן הניתוח, ואף לא הוכח כי המערערת היתה מקבלת החלטה אחרת אם היו מעמידים אותה על הסיכון. בנסיבות אלה, דין הערעור להידחות. יחד עם זאת, ולאור דיונו המקיף של חברי בסוגיות העדר ההסכמה מדעת והפגיעה באוטונומיה, ברצוני להוסיף מלים מספר בנוגע לסוגיות אלה.

דוקטרינת ההסכמה מדעת

2. הסכמה מדעת (informed consent) משמעה "הסכמה חופשית ורצונית ככל האפשר, שניתנה על-יסוד כל המידע שהיה דרוש למטופל בסבירות כדי להחליט אם להסכים לטיפול המוצע" (עמוס שפירא "הסכמה מדעת" לטיפול רפואי – הדין המצוי והרצוי", עיוני משפט יד(2) 225, 228 (1989). להלן: שפירא). דוקטרינת ההסכמה מדעת מחייבת את הרופא "לקבל את הסכמת המטופל לטיפול, תוך שהרופא נדרש למסור למטופל מידע רפואי בדבר הסיכונים והסיכויים של הטיפול. המטופל זכאי שלא יינתן לו טיפול רפואי ללא הסמכתו מדעת, כלומר לאחר קבלת המידע הרפואי הדרוש מן הרופא" (ע"א 6153/97 שטנדל נ' פרופ' שדה, פ"ד נו (4) 746, 753-754 (2002). להלן: הלכת שטנדל). חובת הגילוי אינה מוחלטת: במקרים קיצוניים אין דרישה לקבל הסכמה מן המטופל נוכח מצבו הנפשי או הפיזי או אם הגילוי עשוי לגרום לו לנזק של ממש. חריג נוסף, המשחרר את הרופא מחובת גילוי המידע בעניין טיפול נוסף, על בסיס הסכמת המטופל לטיפול המקורי, מותנה בכך שהטיפול הנוסף לא היה צפוי באופן סביר, ואף זאת "רק אם הטיפול הנוסף דרוש למניעת סכנה חמורה למטופל או למצער אינו מעמיד את המטופל בסיכונים נוספים על הסיכונים שעליהם נמסר לו" (שם, בעמ' 754).

3. הדרישה ל"הסכמה מדעת" מקפלת בתוכה, אפוא, שני יסודות עיקריים: האחד, הגלום בתיבה "מדעת", נוגע לחובת גילוי המידע למטופל, חובה המוטלת על הרופא. על הרופא המטפל מוטלת החובה לשתף את המטופל בכל האינפורמציה שאדם סביר היה נדרש לה כדי לגבש החלטה אם להסכים לטיפול המוצע (decisive information); היסוד השני, הגלום בתיבת ה"הסכמה", נוגע לרצוניות ולחופשיות מתן ההסכמה על-ידי המטופל. יסוד זה נשען על זכותו של המטופל לאוטונומיה ולקבלת החלטות עצמאיות

באשר לטיפול לו הוא זקוק (ע"א 9936/07 בן דוד נ' ד"ר ענטבי (טרם פורסם, 22.2.11)). להלן: הלכת בן דוד; שפירא, בעמ' 227-228). הגם שהביטוי "הסכמה מדעת" על פי לשונו הפשוטה שם את הדגש על שני היסודות האמורים, הרי שבפועל, זכתה דוקטרינת ההסכמה מדעת לפרשנות רחבה יותר, ומקובל לראותה ככוללת יסודות נוספים על דרישת ההסכמה ועל דרישת הגילוי. כך, הוצגו גם דרישת ההבנה של מקבל ההחלטה את הפעולה ואת תוצאותיה וכן דרישת חופשיות הרצון, לאמור: כי ההחלטה ניתנה מרצונו החופשי של המטופל (נילי קרקו-אייל דוקטרינת ההסכמה מדעת בחוק זכויות החולה 282 (2008)). להלן: קרקו-אייל).

היקף חובת הגילוי

4. חוק זכויות החולה, התשנ"ו-1996 (להלן: חוק זכויות החולה או החוק) נועד – כלשון סעיף 1 – "לקבוע את זכויות האדם המבקש טיפול רפואי או המקבל טיפול רפואי ולהגן על כבודו ועל פרטיותו". החוק מעגן בפרק ד' שבו את דוקטרינת ההסכמה מדעת, תוך שנקבע, בסעיף 13(א), כי "לא יינתן טיפול רפואי למטופל אלא אם כן נתן לכך המטופל הסכמה מדעת לפי הוראות פרק זה". סעיף 13(ב) לחוק מפרט את היקפה של חובת הגילוי, בקובעו כי:

- (ב) לשם קבלת הסכמה מדעת, ימסור המטפל למטופל מידע רפואי הדרוש לו, באורח סביר, כדי לאפשר לו להחליט אם להסכים לטיפול המוצע; לעניין זה, "מידע רפואי", לרבות –
- (1) האבחנה (הדיאגנוזה) והסכות (הפרוגנוזה) של מצבו הרפואי של המטופל;
 - (2) תיאור המהות, ההליך, המטרה, התועלת הצפויה והסיכויים של הטיפול המוצע;
 - (3) הסיכונים הכרוכים בטיפול המוצע, לרבות תופעות לוואי, כאב ואי נוחות;
 - (4) סיכויים וסיכונים של טיפולים רפואיים חלופיים או של העדר טיפול רפואי;
 - (5) עובדת היות הטיפול בעל אופי חדשני.

המטפל נדרש, בסעיף 13(ג) לחוק, למסור למטופל את המידע הרפואי "בשלב מוקדם ככל האפשר, ובאופן שיאפשר למטופל מידה מרבית של הבנת המידע לשם קבלת החלטה בדרך של בחירה מרצון ואי תלות". בכך זוכות גם דרישות ההבנה וחופשיות הרצון לעיגון נורמטיבי. יחד עם זאת, רשאי המטפל להימנע ממסירת מידע רפואי מסוים למטופל, הנוגע למצבו הרפואי, וזאת בכפוף לאישורה של ועדת האתיקה

שהוקמה על-פי החוק, כי מסירתו של המידע עלולה לגרום "נזק חמור לבריאותו הגופנית או הנפשית של המטופל" (סעיף 13(ד) לחוק).

5. חוק זכויות החולה תוחם, אפוא, את היקפה של חובת הגילוי ב"מידע רפואי הדרוש לו [למטופל] באורח סביר, כדי לאפשר לו להחליט אם להסכים לטיפול המוצע". ואולם, ברי כי ההחלטה אם ליתן הסכמה לטיפול רפואי אם לאו היא "פועל יוצא של השפעות רבות ושל שיקולים מגוונים הנוטלים חלק בגיבוש ההחלטה, כגון: סוג הניתוח שעל החולה לעבור; מידת נחיצותם של הניתוח או של הטיפול הרפואי; יחסו של החולה לסיכון – חשש וסלידה, אדישות או אהדה; חומרת מצבו הרפואי של החולה; האפשרות לבחור בטיפול אחר השונה באיכותו ובסיכונים הכרוכים בכיצועו; מידת אמונו של החולה ברופא ובמידע שנמסר לו על-ידי הרופא; נכונותו לסמוך על הרופא וכיצא באלה שיקולים נוספים. לא ניתן לקבוע איזה מן השיקולים מצוי במרכז הכובד של תהליך גיבוש ההחלטה. משקלם של שיקולים אלה וחשיבותם בגיבוש ההחלטה אינם קבועים; הם עשויים להשתנות על-פי אופיו ונטיותיו של כל אדם השוקל אם להסכים או לסרב לביצוע ניתוח בגופו. שיקולים רבים, שאין לדעת כיצד היו נשקלים ואיזו חשיבות הייתה מיוחסת להם, נוטלים חלק בגיבוש ההסכמה או הסירוב לביצוע הניתוח..." (השופט שטרסברג-כהן בע"א 2781/93 דעקה נ' בית החולים "כרמל", חיפה, פ"ד נגד (4) 526, 600-601 (1999). להלן: הלכת דעקה).

זאת ועוד. בספרות המשפטית ובמשפט המשווה הועלו שורה של דילמות בנוגע להיקפה של חובת הגילוי תוך שהודגש כי יש להימנע מהרחבה יתרה של החובה תוך פגיעה באוטונומיה של הרופא. כך למשל, האם חובה לגלות למטופל את שיעורי ההצלחה של רופא או של בית חולים מסוים בהשוואה לאלה של רופא או בית חולים אחר? מה צריך לגלות רופא חסר ניסיון למטופל? האם רופא חייב לשתף את המטופל במידע שאינו קשור באופן ישיר לטיפול, למשל: היותו של הרופא נשא HIV, גם אם מומחיותו גבוהה יותר משל רופאים אחרים? האם עליו לגלות כמה שעות ישן הוא בלילה? או האם רב עם זוגתו בבוקרו של יום הניתוח? (הדוגמאות האחרונות לקוחות ממאמרו של אסף יעקב "דא עקא דעקה – גלגוליה של פגיעה באוטונומיה" (צפוי להתפרסם במשפטים מב (2012)). להלן: יעקב). וראו גם: Marc A. Franklin, Robert I. Rabin & Michael D. Green, Tort Law and Alternatives: Cases and Materials 119-128 (9th ed. 2011). על רקע האמור, עמד חברי, השופט עמית, בהרחבה על הבעיות העולות מן הצורך לתחום את חובת הגילוי ולהגדיר את היקפה.

6. מהו, אם כן, אותו מידע רפואי הדרוש למטופל "באורח סביר" כדי לאפשר לו להחליט אם להסכים לטיפול המוצע? ככלל, "החובה למסור לחולה מידע חלה... רק על אותו מידע אשר חשוב כי יובא בפני החולה כדי שיוכל להחליט אם הוא מסכים לביצוע הטיפול... היקפו וטיבו של המידע אשר יהיה על הרופאים למסור לחולים ימשיכו להיגזר מזכותו של החולה להחליט, על בסיס מלוא המידע הנוגע לעניין, אם להסכים לטיפול המוצע" (השופט אור בפרשת דעקה, 577-578). "על מנת שהסכמתו של חולה לטיפול רפואי שעתיד להיעשות בגופו תהא 'הסכמה מדעת', יש לספק לו מידע הולם על מצבו, על מהות הטיפול המומלץ ומטרתו, על הסיכונים והסיכויים הטמונים בו ועל אלטרנטיבות טיפוליות סבירות לטיפול האמור" (הנשיאה [אז השופטת] ביניש בהלכת דעקה, 548). מדובר במידע החיוני לקבלת ההחלטה, הכולל את הסיכונים, הסיכויים, ההשלכות של הטיפול שהחולה עומד לעבור, קיומן של חלופות טיפוליות והשלכותיהן וכיוצא באלה פרטים (השופטת שטרסברג-כהן בהלכת דעקה, 612). הפרת החובה – באי-מסירת מידע למטופל או במסירת מידע חלקי או חסר – פוגעת ביכולתו של המטופל לגבש החלטה בדבר קבלת טיפול רפואי באופן מושכל ומודע.

המבחן לקביעת היקף חובת הגילוי: מבחן החולה הסביר

7. חברי, השופט עמית, מציע "להרחיב את היקף הגילוי מצד אחד ולצמצמו מצד שני" ולנקוט במבחן "החולה המשולב בעיני הרופא הסביר". ההרחבה לשיטתו היא בכך שאין מדובר במבחן אובייקטיבי טהור של החולה הסביר, אלא החולה הסביר בנתוניו של החולה המסוים; הצמצום הוא בכך "שאנו מכניסים למשוואה גם את הרופא הסביר...". וזאת "תוך התחשבות בנקודת מבטו של הרופא והתחשבות בפרקטיקה הנוהגת".

8. ככל שמדובר בהתחשבות בנסיבותיו הפרטיות של "החולה הסביר", הדברים מקובלים עלי. האדם הסביר, הן במשפט הפלילי הן במשפט האזרחי, הוא תמיד האדם הסביר בנסיבות המקרה. אף חברי, השופט א' רובינשטיין, מציין כי אליבא דידו, אין לראות בשום מקרה את "מבחן החולה הסביר" כמנותק מן החולה הספציפי.

מקובל עלי גם כי בבוא בית המשפט להעריך את אותה ציפייה סבירה של החולה, עליו להביא בחשבון את עמדתם של אנשי המקצוע, הרופאים, כמו גם את דבר קיומם של אילוצים מערכתיים. כבר ציינו בהקשר זה בע"א 4960/04 טידי נ' קופת חולים של ההסתדרות הכללית, פ"ד (3) 590, 595 (2005) (להלן: הלכת טידי), כי אין

להתעלם ממשאביה המוגבלים של המערכת הרפואית, הנדרשת ליתן מענה לציבור חולים גדול וכי מטעם זה נקבע כי "...אין לדרוש מן הרופאים שהיקף ההסברים שניתנים למטופל יהיה מוחלט ויכלול סיכונים רחוקים ובלתי משמעותיים. ניתן לצמצם היקף זה לגדרם של סיכונים ממשיים בלבד, שהינם מהותיים בנסיבות העניין" (ע"א 6948/02 אדנה נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(2) 535, 546 (2004)). בכל אלה, מקובלים עלי דבריו של חברי.

ואולם, ככל שבכוונתו של חברי לשנות מן האיזון שנקבע בחקיקה ובפסיקה בין זכות החולה לבין חובת הרופא – אין בידי לקבל עמדה זו. ודוק: בסקאלה המשתרעת בין הרופא לבין החולה, נעה הפסיקה בארץ ובשיטות אחרות באופן עקבי לעבר הנקודה המבטאת את זכות החולה. זו גם עמדת המחוקק, כפי שמצאה ביטויה, כאמור, בסעיף 13 לחוק זכויות החולה. דומה כי חברי סבור כי יש לחזור לכיוון נקודת האמצע ("בעיני הרופא הסביר"), אולם לשיטתי אין לסטות מן ההלכה הנוהגת לפיה המבחן לקביעת חובת הגילוי והיקפה הוא מבחן החולה הסביר.

פער הידע

9. הדיון בשאלת היקפה של חובת הגילוי מחייב איזון בין זכותו של החולה לקבל את המידע הדרוש לו, המצוי ברגיל בידיו של הרופא, לבין החובה המוטלת על הרופא למסור לחולה מידע זה. איזון זה, צריך שיעשה מתוך מודעות ורגישות ל"מערכת היחסים המורכבת והעדינה שבין הרופא והחולה" (הלכת טידי, 595).

10. התפישה המסורתית הניחה קיומו של פער ביחסי החולה והרופא, שנובע מריכוז הידע המקצועי כולו בידי הרופא ומהיעדרו של ידע בידי החולה. כך למשל, ציין השופט אור בהקשר זה כי:

לרופא יתרון מוחלט בידע על פני החולה. בדרך-כלל, לחולה אין כלים המאפשרים לו לעמוד בכוחות עצמו על ההיבטים השונים הנוגעים לטיפול. בדרך-כלל, אין לחולה תשתית הידע הנדרשת על מנת שיוכל, בדרך של הפניית שאלות למי שמטפל בו, לעמוד על מכלול היבטיה של הפרוצדורה הרפואית אשר עומדת על הפרק (הלכת דעקה, עמ' 576-577).

תפישה זו מצאה ביטויה בהנסגה (deference) של רצון החולה מפני רצונו המוסמך והפטרנליסטי של הרופא. הנסגה זו יכלה לבוא לכלל ביטוי בכל שלב משלבי

הטיפול הרפואי – מן השלב הקודם לתחילת הטיפול, השלב בו מתבקשת הסכמת החולה לעצם הטיפול, דרך הבעת דעתו של החולה לגבי אופן יישום הטיפול, השמעת תלונות ובקשת תשומת לב, ועד לסיום הטיפול כולו. במאמר מוסגר יש לציין כי הצורך להתגבר על חוסר השוויון הנחזה בין הרופא לבין החולה, הביא להפעלת "אמצעים ראייתיים" לחובת הרופא, דוגמת פיתוחן של מקצת מן החזקות הראייתיות (כגון הכלל של הדבר מדבר בעדו); הגמשת כללי הסיבתיות תוך הסרת קווים מנחים ומחייבים בקביעת קיומו של קשר סיבתי; והשימוש בדוקטרינת הנזק הראייתי לשם העברת נטל השכנוע. מקורם של פיתוחים אלה בתפישה המסורתית בדבר הפער האמור שביחסי החולה והרופא, והם באו לסייע בידי החולה ולגשר על פני הפער בהיבט הראייתי.

11. ואולם, בעשורים האחרונים חל כרסום בגישה המסורתית-הפטרנליסטית לטובת מגמה המתאפיינת "בהעתקת מרכז הכובד מן הרופא המטפל לעבר החולה, שהוכר כבעל מעמד הבכורה בתהליך גיבוש החלטה על ביצוע טיפול רפואי בגופו..." (השופטת שטרסברג-כהן בהלכת דעקה, 610-611). היטיב לבטא זאת חברי, השופט א' רובינשטיין, בקובעו כי:

...לא כימים משכבר הימים האלה. משכבר הימים היה המטופל שם מבטחו ברופא המטפל ב'עיניים עצומות' – כל אשר יאמר אליך הרופא שמע בקולו וכדברי חכמים (בבלי ברכות ס', א') על הפסוק בשמות 'ורפא ירפא', 'מכאן שניתנה רשות לרופא לרפאות'. הרשות ניתנה, והרופא מרפא, ויש לסמוך עליו. אף היום כך במרבית המקרים, אך חלו עם זאת שינויים חברתיים מפליגים ועמם באו דברי חקיקה ודברי פסיקה, שיצרו מסגרת חוקית לאישוש זכויות החולה (כגון חוק זכויות החולה, תשנ"ו-1996) ולכיבוד האוטונומיה שלו (פרשת דעקה)... פטרוניות רפואית – ולא גם מתוך מלוא הכוונות הטובות – מקומה לא יכירנה עוד" (ע"א 8126/07 עזבון ברוריה צבי נ' בית החולים ביקור חולים (טרם פורסם, 3.1.2010), פסקה ז' לפסק דינו. להלן: הלכת ברוריה צבי).

12. עוד קודם לכן, על רקע זה, בחר בית המשפט העליון, מפי הנשיא שמגר, להציב את נקודת האיזון הראויה – בסקאלה שבצידה האחד הרופא ובצידה האחר החולה – קרוב יותר לצידו של החולה ובשום פנים לא במרכזה של הסקאלה (ראו את ע"א 3108/91 רייבי נ' וייגל, פ"ד מז (2) 497 (1993) (להלן: הלכת רייבי)). הנשיא שמגר הסיט את נקודת האיזון אל עבר זכותו של החולה "להגדרה עצמית ולשליטה בגורלו, זכות העומדת ביסוד הדרישה לכך שלא יבוצע בו טיפול ללא הסכמתו" (שם, בעמ' 509), תוך שהוא מבהיר באותו עניין כי:

ככל שהדברים נוגעים לדרישה, כי עובר לביצוע של מהלך רפואי תינתן לכך הסכמה של החולה, לא אומץ במשפטנו כלל, הנותן מעמד בכורה לקיום פראקטיקה רפואית מוכחת. בפסיקה אשר עסקה בדרישה, הקרובה לענייננו, כי הסכמתו של חולה לטיפול רפואי תהא הסכמה מדעת, עוצב סטנדרט הגילוי הנדרש מרופא תוך התחשבות, בראש ובראשונה, בזכות היסוד של הפרט לאוטונומיה. לאור זאת נקבע, כי יש לגלות לחולה את כל הסיכונים אשר אדם סביר היה מייחס להם חשיבות בהחלטתו להסכים לביצוע הטיפול... באימוץ אמת מידה זו נדחתה אמת המידה הרווחת בפסיקה האמריקנית, שבה ניתן משקל מכריע לפראקטיקה הרפואית המקובלת ... והאינטרסים של הפרט המקבל את הטיפול הועמדו במרכז...." [שם, בעמ' 509. הדגשה הוספה – א' ר'].

הנה כי כן, עוד קודם שהשיטה האמריקאית פנתה אף היא לכיוון החולה הסביר, הקדים בית המשפט העליון בישראל ונקט בנקודת איזון זו. בהתאם לכך, פסק הנשיא שמגר בפרשת רייבי כי גם אם חתם החולה על טופס הסכמה "לכל ניתוח, או טיפול רפואי אחר, או נוסף, שהרופא ימצא לנחוץ לבצעו תוך כדי הניתוח", הרי שיש לפרש מסמך זה באופן המתיישב עם עקרון היסוד בדבר זכות החולה על גופו. "אין לפרש את ההוראה הנדונה כפשוטה" – כך נקבע – "היינו כמקנה לרופא כוח לבצע כל טיפול שהוא אשר ימצא לנכון, ועל פי גישתי יש לראותה כמקנה לרופא – לכל היותר – כוח לפעול לפי שיקול דעתו המקצועי ולבצע פעולות חיוניות או פעולות הדומות במהותן לטיפול המתוכנן, מבלי להזדקק להסכמתו המפורשת של החולה. מן הצורך לאזן בין שיקול הדעת הרפואי לבין זכויותיו הבסיסיות של החולה נובע, כי אין להתיר הרחבת הרצועה מעבר לכך, שכן הדבר יוביל לריקון הדרישה, לקבל הסכמתו של החולה לפני ביצוע טיפול בגופו, מכל תוכן של ממש ויהפוך את טופס ההסכמה לרישיון בלתי מוגבל לביצוע כל פעולה שהרופא ימצא לנכון לעשות" (שם, בעמ' 513).

13. המגמה האמורה – הקובעת סטנדרט גילוי גבוה בכל הנוגע לחובתו של הרופא כלפי החולה, שוללת את הגישה הפטרנליסטית כלפי המטופל ומכירה בזכותו לאוטונומיה ולקבלת החלטות עצמאיות מושכלות – הוטמעה היטב בפסיקת בית משפט זה. הובהר כי מקורה של מגמה זו, המציבה את החולה במרכז ההווה הרפואית:

...במודעות הולכת וגדלה לזכויות היסוד של האדם ולצורך בהגנה עליהן בכל תחומי החיים. כמו כן יונקת מגמה זו את כוחה מן המעבר לדפוסי רפואה מודרנית ומתפתחת. המידע הרפואי זמין לכל דורש והאלטרנטיבות הטיפוליות העומדות בפני כל חולה, שאותם הביאה בכנפיה התפתחות הרפואה, תרמה גם

היא לכך שהרופא המטפל איננו המייעץ הבלעדי בבחירת הטיפול הרפואי המתאים... העדפה של דרך טיפולית אחת תוך דחייתה של אחרת עשויה להיות כרוכה בשקילת שיקולים שונים ומורכבים שאותם ראוי שהחולה ישקול על פי רצונותיו, עמדותיו, חששותיו או תקוותיו... התפיסה הרווחת לאחרונה גורסת, כי מסירת המידע הרפואי לחולה בטרם ביצוע טיפול רפואי בגופו, אינה נחשבת עוד לפעולה המצויה במומחיותו הבלעדית של הרופא, כמו קביעת הדיאגנוזה והפרוגנוזה, ולפיכך אין הצדקה להעדיף את נקודת המבט המקצועית-הרפואית על פני זו האינדיווידואלית של החולה (השופט שטרסברג-כהן בהלכת דעקה, 611).

עוד הודגש כי "החולה אינו אובייקט, הוא הסובייקט הנושא בתוצאות הסיכון והסיכוי שנוטל הרופא בבחירתו בדרך הטיפול" (ע"א 434/94 ברמן נ' מור – המכון למידע רפואי בע"מ, פ"ד נא(4) 205, 212 (1997)). להלן: הלכת ברמן; ובמקום אחר הובהר כי:

אי מתן למטופל בחירה חופשית של הטיפול בו משול לטשטוש עד כדי מחיקת ההבדל בין הרופא לבין המטופל. השניים הינם גורמים עצמאיים ונפרדים. המטפל הוא בעל הידע והניסיון ואילו המטופל, כמושא הטיפול, הינו בעל הדעה הסופית. טיפול באחרון בלא שמירה על זכויותיו עלול להפוך אותו, שלא במכוון, לחפץ – לאובייקט, במקום סובייקט (הלכת בן דוד, פסקה 11 לפסק-דינו של השופט הנדל).

לאור כל אלה, נקבע בהלכת ברמן כי:

המבחן למידע שחובה למסור למטופל אינו אפוא הנוהג המקובל 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 למסור למטופל את כל האינפורמציה שאדם סביר היה נדרש לה כדי לגבש החלטה אם להסכים לטיפול המוצע (שם, בעמ' 214).

14. בית המשפט חזר על הדברים בפרשת שטנדל בקובעו כי "פסיקתנו אף לא קיבלה את הגישה האמריקנית, הגורסת כי רופא יוצא ידי חובתו אם הוא מוסר למטופל מידע על-פי הפרקטיקה הרפואית המקובלת, אלא נקבע סטנדרט גילוי גבוה יותר, המבוסס על צורכי המטופל כאדם סביר (שם, בעמ' 755). באופן דומה, נדחתה בפרשת

טידי "הגישה האדנותית הגורסת כי הרופא יוצא ידי חובתו כלפי המטופל לעניין מסירת מידע אם הוא נוהג על פי הפרקטיקה הרפואית המקובלת..." (שם, בעמ' 600). "אין ספק" – כך הובהר שם – "להיבטים המקצועיים-רפואיים משקל רב בכגון דא. בידי הרופאים מונח הידע הנוגע לטיפולים השונים ולבדיקות האפשריות, והם גם מי שעומדים מול החולה הבודד, לעתים ברגעיו הקשים, ונדרשים להעביר לו את המידע ולקבל עמו יחדיו את ההחלטות הנדרשות. זוהי משימה קשה. היא מערבת שיקולים מקצועיים-רפואיים, שיקולים אנושיים ולא אחת גם שיקולים תקציביים-מנהלתיים. היא מחייבת מתן משקל למכלול האינטרסים הרלוונטיים, ובראש ובראשונה – לאינטרס של החולה ולזכויותיו, שהרי בסופו של יום הוא החש ונושא על גופו את תוצאות ההחלטה המתקבלת. על כן נקבע בפסיקתנו סטנדרט גילוי, המצוי גם בפסיקה אמריקנית והמקובל בקנדה ובאוסטרליה, המבוסס על צרכיו של המטופל הנדרש לגבש הסכמה לטיפול רפואי" (שם, בעמ' 600). סטנדרט גילוי זה, מחייב רופא סביר להביא בחשבון הגילוי צרכים אלה, כמו גם את ציפיותיו של החולה הסביר.

חוק זכויות החולה אימץ את מבחן "החולה הסביר" ונדרש בסעיף 13 שבו למידע מפורט אותו יש להציע למטופלים. החוק נותן ביטוי להגנה המוגברת על האוטונומיה והכבוד של הפרט, והוא מעגן את זכותו של החולה שלא להיות נתון לטיפול רפואי כפוי ופטרונני (דפנה ברק-ארז וישראל גלעד "זכויות אדם בדיני החוזים ובדיני הנזיקין: המהפכה השקטה" קרית המשפט ח 11, 32 (2009)).

15. הנה כי כן, המבחן הנוהג לקביעת היקף חובת הגילוי הוא מבחן ציפיותו הסבירה של החולה. מבחן זה אינו תמיד קל ליישום; כבר ציינו בהקשר זה כי "החולים עצמם אינם עשויים מקשה אחת – יש בהם המעוניינים במידע רב, אחרים מעדיפים להתנחם באי-הידיעה ושמים מבטחם ברופאים. לא כל מידע ניתן להסביר לכל חולה, ולא כל חולה מסוגל לקבל החלטות מושכלות לגבי עצמו. היקף המידע הטעון גילוי נגזר, בין היתר, מתוחלת הסיכון הכרוך בטיפול (מכפלת הסתברותו ושיעורו) ומהסיכוי הצומח ממנו" (שם, בעמ' 601). זאת ועוד: "הרצון הסובייקטיבי של החולה, כפי שהוא מובע במשפט, אינו סוף פסוק בשאלת הגילוי. יש לבדוק את הציפייה הסבירה של החולה הנדרש לקבל החלטה מושכלת עובר לביצוע הטיפול" (שם, בעמ' 602). לצורך כך יובאו בחשבון גם חוות דעתם של אנשי מקצוע, וכן יובאו בחשבון מגבלותיה של המערכת הרפואית. אך מכל מקום – שיקולים אלה כולם "צריכים להיות מובאים בחשבון ההכרעה בשאלת הציפייה הסבירה של החולה, ואין להמיר את המבחן הזה במבחן הפרקטיקה המקובלת" (שם, בעמ' 602. הדגשות הוספו – א' ר').

16. יש לציין כי כיום, קיים קושי בהנחה המסורתית בדבר פער הידע בין הרופא לבין החולה. דומה כי אין לדבר עוד על חולה הדיוט שרצונו נסוג לחלוטין מפני דעתו של הרופא, שכן רבים מן החולים היום נהנים מנגישות למקורות מידע שווים לכל נפש. זאת ועוד. בעוד שהרופא חייב לחקור ולדרוש בעניינם של חולים רבים, ממוקד החולה בענייניו-שלו; הוא חוקר את מחלתו הספציפית וידיעותיו ובקיאותו עשויים במקרים מסוימים אף לעלות על אלה של הרופא. ודוק: יש להבחין בין פער הידע, שהולך ומצטמצם, לבין פער המידע, שנותר ברוב המקרים בעינו. כך למשל, חולה שעבר ניתוח, אינו יודע, מטבע הדברים, את שהתרחש במהלך הניתוח שבוצע בו, בעוד שהרופא הוא בעל המידע. פער המידע יכול שיצדיק את השימוש בכלים הראייתיים עליהם עמדנו לעיל במתחם הרלבנטי.

עם זאת, צמצומו של פער הידע אינו מביא להצרת היקפה של חובת הגילוי, אלא היפוכם של דברים הוא הנכון. על כן נפסק לאחרונה כי:

רופא אינו רשאי לשקלל עבור המטופל, ללא ידיעתו וללא שיתופו, את התועלות ואת הסיכונים של פרוצדורה רלוונטית, ולהחליט עבור המטופל כי הפרוצדורה אינה כדאית. אמנם, לא ניתן להפריז בחשיבות הידע והניסיון הרפואיים, ואלה באים לידי ביטוי באינספור דרכים במהלך הטיפול, וביניהן גם מתן ייעוץ והדרכה למטופל בדבר דרך הטיפול הרצויה. אלא שהבחירה בדרך הטיפול היא בסופו של דבר החלטתו של המטופל, אשר בריאותו, איכות חייו ולעיתים חייו ממש, הם המונחים על הכף... מקום בו נתון לרופא יתרון מובהק על-פני המטופל בשל הידע המקצועי שלו, עליו לנסות להקטין את הפער ככל האפשר על-ידי מתן הסבר שיאפשר למטופל לקבל החלטה מושכלת באשר לדרך הטיפול הרצויה. קל וחומר שאם מעורבים בהחלטה גם שיקולים אישיים, רגשיים וערכיים, אסור לרופא למנוע מן המטופל את אפשרות הבחירה. ראוי לזכור כי הפער ההולך ומצטמצם היום, בכל הנוגע לרמות הידע המקצועי, לרבות הידע הרפואי, שוב אינו מאפשר לרופא לשמור לעצמו את ההתלבטות בקשר לאפשרויות הטיפול ובוודאי לא את הנתונים שעשויים להישקל על-ידי החולה – לעתים במידה רבה של שיקול דעת מושכל (הלכת בן-דוד).

17. קיימים מודלים שונים לתיאור מערכת היחסים המשפטית המורכבת של הרופא והמטופל (על המודלים השונים ראו בהרחבה בספרה של קרקו-אייל, עמ' 171-218). כל אחד מן המודלים מאזן באופן שונה בין חובת הגילוי המוטלת על הרופא לבין זכותו של המטופל לקבל את המידע הדרוש לו לקבלת ההחלטה בעניינו. מדברינו עד כה עולה, כי נקודת האיזון השתנתה במרוצת השנים: תחילה, רווחה ההנחה הפטרנליסטית כי סמכות קבלת ההחלטות בעניינו של המטופל מסורה באופן בלעדי לרופא (מודל המכונה על-ידי קרקו-אייל "מודל האמון" – Confidential Model); בהמשך ניתנה הכרה לזכותו של המטופל להסכים או לסרב לטיפול המוצע לו בהתבסס על מידע בדבר מהות הטיפול (מודל המכונה על-ידי קרקו-אייל "מודל ההסכמה" – Consensual Model); פיתוח נוסף נעשה משניתנה פרשנות רחבה לזכות המטופל לאוטונומיה, תוך שנקבע כי למטופל עומדת לא רק הזכות להסכים לטיפול או לסרב לו בהתבסס על מידע באשר למהות הטיפול, כי אם גם הזכות לקבל מידע נוסף באשר לטיפול המוצע, שיאפשר לו לבצע החלטה מושכלת בהתבסס על מידע זה. על פי מודל זה (המכונה על-ידי קרקו-אייל "מודל ההשתתפות" – Autonomy Model, Participatory Model) "לחולה תפקיד אקטיבי ומהותי בתהליך קבלת ההחלטות: עליו לבחון את המידע שנמסר לו, את ערכיו ומטרותיו, לשקול את יתרונות הטיפול המוצע וחסרונותיו, לבחון את יתרונותיהן וחסרונותיהן של דרכי טיפול חלופיות ולהכריע, בהתבסס על מידע זה, בשאלה מהו הטיפול הרפואי המתאים לו ביותר. לעומת זאת על הרופא מוטלת החובה לנדב לחולה מידע, בהיקף זה או אחר, נוסף על המידע בדבר מהות הטיפול המוצע" (קרקו-אייל, בעמ' 190-191). מודל זה, כך לשיטת קרקו-אייל, תופס את הרופא והמטופל כשני צדדים מנותקים זה מזה בשלב קבלת ההחלטה, לאמור: ההחלטה הסופית בדבר הטיפול המתאים, נעשית בסופו של דבר על ידי המטופל עצמו, בלא שחלה על הרופא החובה לסייע לו או להשתתף בתהליך זה.

המודל המפותח ביותר (המכונה על-ידי קרקו-אייל "מודל שיתוף הפעולה" – Collaborative Model) רואה את הרופא והמטופל כשותפים לתהליך קבלת ההחלטות. המדובר בתהליך "הדדי, דו-כיווני, של החלפת ערכים, רעיונות וגישות". היחסים בין הצדדים אינם יחסי היררכיה כי אם יחסי שיתוף, במהלכם מסייע הרופא למטופל לממש את זכותו לאוטונומיה (שם, בעמ' 215). המחברת מציינת כי ה- President's Commission for the Study of Ethical Problems in Medicine קבעה בדו"ח

שהגישה בשנת 1982 כי מודל שיתוף הפעולה הוא המודל הראוי ליחסי רופא-חולה אשר להשגתו יש לשאוף. שס, בעמ' 216, ה"ש 153).

18. בארצות הברית, נחלקו המדינות השונות בין שני סטנדרטים אפשריים בהם צריכה להיבחן ההסכמה המודעת של החולה לטיפול הרפואי: הסטנדרט "מבוטט הרופא" (physician based), המכונה "professional standard" או "reasonable (physician standard)", הדורש כי הרופא יידע את החולה על סיכונים, יתרונות וחלופות באותה מידה ש"רופא סביר וזהיר" היה נוהג בה; ומאידך – סטנדרט "מבוטט החולה" (patient based), המכונה "materiality standard" או "reasonable patient (standard)", הדורש כי הרופא יגלה את כל מה שדרוש ל"חולה הסביר" לצורך קבלת החלטה רפואית.

כבר בשנת 1972 קבע בית המשפט בפרשת *Canterbury v. Spence*, 464 F.2d 772 (D.C. Cir. 1972) כי זכותו של המטופל לקבל את החלטה בעניינו היא שתוחמת את גבולותיה של חובת הגילוי. המטופל, כך נקבע, יוכל לממש את זכותו רק אם יהיה בידיו את מלוא המידע הדרוש לו כדי לקבל החלטה מושכלת. היקפה של חובת הגילוי המוטלת על הרופא, נגזר אפוא, מן המידע המהותי הדרוש למטופל על מנת לקבל את החלטה בעניינו. המבחן הוא אם מדובר במידע שהוא חיוני לצורך קבלת החלטה על-ידי המטופל:

In our view, the patient's right of self-decision shapes the boundaries of the duty to reveal. That right can be effectively exercised only if the patient possesses enough information to enable an intelligent choice. The scope of the physician's communications to the patient, then, must be measured by the patient's need, and that need is the information material to the decision. Thus the test for determining whether a particular peril must be divulged is its materiality to the patient's decision: all risks potentially affecting the decision must be unmasked. And to safeguard the patient's interest in achieving his own determination on treatment, the law must itself set the standard for adequate disclosure.

Canterbury, 464 F.2d 772 at 786 - 87.

בפרשה נוספת – *Largey v. Rothman*, 110 N.J. 204, 540 A.2d 504 (N.J. 1988) – מנה בית המשפט שורה של טעמים להעדפת מבחן "החולה הסביר". בית המשפט סיכם, בסופו של דבר, כי הטעם העיקרי להעדפת מבחן "החולה הסביר" נשען

על זכות הפרט לאוטונומיה. חובתו של הרופא לגלות את המידע למטופל נשענת על הרעיון שמדובר בזכות של המטופל, ולא של הרופא, לקבוע את העדפותיו. הטעמים התומכים בגישה הנשענת על סטנדרט "הרופא הסביר" – כך נקבע שם – משקפים גישה פטרנליסטית ואנכרוניסטית, העומדת בסתירה לזכות לאוטונומיה, גישה שהגיעה העת לזנוח אותה:

Perhaps the strongest consideration that influences our decision in favor of the "prudent patient" standard lies in the notion that the physician's duty of disclosure "arises from phenomena apart from medical custom and practice": the patient's right of self-determination. The foundation for the physician's duty to disclose in the first place is found in the idea that "it is the prerogative of the patient, not the physician, to determine for himself the direction in which his interests seem to lie." In contrast the arguments for the "professional" standard smack of an anachronistic paternalism that is at odds with any strong conception of a patient's right of self-determination. Taken together, the reasons supporting adoption of the "prudent patient" standard persuade us that the time has come for us to abandon so much of the decision by which this Court embraced the doctrine of informed consent as accepts the "professional" standard." *Largey*, 110 N.J. at 214, citing, *Canterbury v. Spence*, 464 F.2d 772, 781, 784, 786 - 87, 789 (D.C. 1972).

בפסק הדין המנחה בעניין *Matthies v. Masromonaco*, 160 N.J. 26, 36, 733 A.2d 456, 461 (N.J. Sup. Ct. 1999) (להלן: הלכת *Matthies*) נקבע כי חובת הגילוי משתרעת על המידע הנחוץ לחולה הסביר כדי לקבל החלטה מודעת:

The standard obligates the physician to disclose only that information material to a *reasonable patient's informed decision*. Physicians thus remain obligated to inform patients of medically reasonable treatment alternatives and their attendant probable risks and outcomes. Otherwise, the patient, in selecting one alternative rather than another, cannot make a decision that is informed.
(הדגשות הוספו – א' ר')

הסטנדרט האחרון, המבוסס על החולה, נתפס כסטנדרט המעניק יותר אוטונומיה לחולה, והוא שאומץ, כאמור, על ידי הפסיקה הישראלית מפרשת רייבי ואילך.

19. כיום, מתרחבת בארצות הברית המגמה לעבור למודל אחר – של קבלת ההחלטה במשותף (The Shared Decision Making Model), המהווה פיתוח של הסטנדרט מבוסס החולה. כך, בפרשת *Matthies* האמורה, נקבע כי הבחירה מבין כמה אלטרנטיבות מסורה לאחריותם המשותפת של הרופא והחולה (אם כי את ההחלטה הסופית צריך החולה לקבל):

Choosing among medically reasonable treatment alternatives is a *shared responsibility* of physicians and patients. To discharge their responsibilities, patients should provide their physicians with the information necessary for them to make diagnoses and determine courses of treatment. Physicians, in turn, have a duty to evaluate the relevant information and disclose all courses of treatment that are medically reasonable under the circumstances. Generally, a physician will recommend a course of treatment. As a practical matter, a patient often decides to adopt the physician's recommendation. Still, the ultimate decision is for the patient. (*Matthies*, 160 N.J. at 34, 733 A.2d at 460) (הדגשה הוספה – א' ר')

המודל של "קבלת ההחלטה המשותפת" מאפשר לשלב בין חובת הגילוי של הרופא בדבר סיכונים וסיכויים של הטיפול, לבין גילוי של המטופל בדבר העדפותיו ומטרותיו. חובת הגילוי מטעם הרופא על פי סטנדרט זה, משתרעת כמעט על פני כל נתון שאוכלוסיית החולים כולה או מקצתה רואה בו חשיבות, ולצורך כך וכדי להקל על הרופא, מוצעים מאגרי נתונים מוכנים מראש. בעקבות הגילוי ההדדי, מקיימים הרופא והחולה הליך של קבלת ההחלטה משותפת, בסופו מאשר החולה כי אכן נטל חלק בהליך כזה וכי ההחלטה היתה משותפת. כך למשל, מחליטים הרופא והחולה במשותף אם החולה יעבור ניתוח אלקטיבי או ימשיך בטיפול שמרני.

20. ניתן למנות יתרונות רבים להליך "קבלת ההחלטה המשותפת": ראשית, הליך זה מעצים את האוטונומיה של המטופל, תחת הנסגת רצונו מפני רצון הרופאים (ד"ר קרקו-אייל מפנה בספרה למחקרים המלמדים כי בשני העשורים האחרונים, גדל רצונם של חולים במידע "על מצבם הרפואי ועל הטיפול הרפואי המוצע" והם "מעוניינים להשתתף בתהליך קבלת ההחלטות באשר לטיפול הרפואי שיינתן להם". שם, בעמ' 38, ה"ש 73 ו-74); דווקא העצמת האוטונומיה מטילה חובות עם על החולה. זאת ועוד, הליך קבלת ההחלטה המשותפת עשוי להיטיב את תוצאות הטיפול הרפואי, שכן חולה הנוטל חלק פעיל בהחלטה בדבר טיפול, נוטה יותר להקפיד על ביצוע המשטר

הטיפול, ומאידך – רופא היודע טוב יותר על העדפותיו של החולה, יכול "לתפור" הצעה טיפולית המתאימה למידותיו של החולה. החולה, כמי שמכיר את עצמו היטב, יכול גם למנוע עלויות הנובעות מסף כאב נמוך או תופעות לוואי בלתי נסבלות, באמצעות בחירה בטיפול המתאים לו ביותר; לא זאת אף זאת, להליך קבלת ההחלטה המשותפת יתרונות רבים גם מבחינה מערכתית. כך, יביא ההליך לחיזוק הקשר בין הרופא לחולה ויקטין את הסיכוי שהחולה יתבע את הרופא בגין רשלנות רפואית. ההנחה היא שמסירת מלוא המידע לחולה ושיתופו בהליך קבלת ההחלטות, יביאו להתאמה רבה יותר בין ציפיות החולה לבין ההתרחשויות שלאחר הטיפול, ויפחיתו תחושות של תסכול, כעס ואכזבה, המהוות, לא אחת, מניע להגשתן של תביעות; בנוסף, מסירת סמכות קבלת ההחלטות למטופלים תשחרר את הרופא מהכרעה בשאלות מוסריות ואישיות קשות; ויתור על טיפולים רפואיים על ידי חולים המיודעים באשר ליתרונות הטיפול המוצע ולחסרונותיו, יביא לחיסכון בעלויות הכרוך בכך. גם רופאים עשויים להימנע מלהמליץ למטופליהם לעבור הליכים טיפוליים לא נחוצים רק בשל הרצון להימנע מתביעות בגין רשלנות רפואית; נוסף על האמור, ניתן יהיה לשפר את סיכויי הריפוי של חולים ואת שיתוף הפעולה שלהם עם תכנית הטיפול; לשפר את יכולתם של חולים להתמודד עם כאבים ועם חוסר נוחות לאחר קבלת הטיפול הרפואי, ובהמשך לכך להפחית את היזקקותם לתרופות ולסיוע מצד הצוות הרפואי ואף להפחית את עיסוקה של המערכת בתלונות של חולים (ראו בהרחבה: קרקו-אייל, בעמ' 53-54, ובעמ' 134-136. הדברים נאמרו ביחס להגשמת עקרון אוטונומיית החולה ודוקטרינת ההסכמה מדעת בכלל, אך יפים לענייננו).

21. בפסיקת בית משפט זה ניכרים ניצנים ראשונים של הבחירה בסטנדרט ההחלטה המשותפת. עוד בפרשת דעקה ציינה השופטת שטרסברג-כהן כי: "הזכות לאוטונומיה של החולה בקבלת החלטה על ביצוע טיפול רפואי, כמבטאת את זכותו של אדם לכבוד, ניצבת כערך הראוי להגנה, ומשמעה – הכרה במעמדו העצמאי של החולה והיותו שותף בתהליך גיבוש ההחלטה" (שם, בעמ' 613. הדגשה הוספה – א' ר'). לאחרונה, עמד השופט הנדל על יתרונות השיח הדינאמי המתנהל בין הרופא לבין החולה, בציינו כי הוא "מסייע לא רק למטופל להבין את מצבו ולהגיע להחלטות מושכלות, אלא גם למטפל, העשוי להיחשף כך למלוא הנתונים הרלבנטיים" (הלכת בן טי, סעיף 6 לפסק-דינו). ובהמשך הוסיף השופט הנדל בעניין השיח שצריך שיתקיים בין הצדדים:

אכן, במאזן הכוחות רופא-מטופל נהנה הראשון מיתרון מובהק מכוח היותו הגורם המקצועי. הידע הרפואי מצוי באמתחתו. מומחיותו הרפואית וניסיונו עשויים להקנות

לו כלים לקבלת ההחלטה האם לבצע פרוצדורה רפואית או להימנע מביצועה. ברם, הגורם המקצועי מאבד את יתרונו על פני המטופל ברגע בו הועברה ההחלטה לידי האחרון. או אז, המטופל הוא המחליט בשאלת הטיפול הרפואי אותו יקבל. עליו להסכים מדעת ליישומן של החלטות הרפואיות המתקבלות בעניינו – מהטעם הפשוט שמדובר בעניינו. אומנם, ייתכן שאף בשלב זה על הרופא לפעול ולברר האם המטופל מבין את אפשרויות הבחירה המונחות בפניו ולהמשיך לייעץ לו. השיח אינו מצטמצם בנקודת זמן מדויקת שניתן להצביע עליה מראש. אל לרופא ליצור חיץ ולהותיר את החולה "מאחורי הפרגוד" עם מספר פתקי הצבעה, שההכרעה בהם מסורה לידי האחרון. ברם, בה בעת, הרופא אינו מחליט עבור מטופלו ואל לו להחליף את שיקול דעתו, אף אם הוא סבור שהוא מודע למכלול השיקולים הרפואיים והאישיים הרלוונטיים גם יחד (שם, שם).

הנה כי כן, הנטייה אל סטנדרט ההחלטה המשותפת רק מאירה מחדש את הכיוון שסומן על ידי הנשיא שמגר בעניין רייבי. אין בכך כדי להביע עמדה המציעה מודל זה כסטנדרט הגילוי הרצוי.

סיווג העילה של הסכמה מדעת

עוולת התקיפה

22. בראשית הדרך, בחרה הפסיקה הישראלית להכליל טיפול רפואי, שניתן ללא קבלת הסכמה מדעת ותוך הפרת חובת הגילוי המוטלת על הרופא, בגדרה של עוולת התקיפה (battery), הקבועה בסעיף 24 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש]. "עילת התקיפה הלזו" - כך מצא השופט ב' כהן לנכון להבהיר – "אינה כמשמעותה בלשון הדיוטות, כי איש אינו טוען שהרופאים התנפלו [על הילדה]". עם זאת, הוסיף הוא וקבע כי "מבחינת הדין ניתוח המכוון לטובת החולה גם הוא עשוי להיות בכלל תקיפה, כאשר החולה או הממונה עליו יכול להישאל להסכמתו ולא נשאל" (ע"א 67/66 בר-חי נ' שטיינר, פ"ד כ(3) 230, 232 (1966). להלן: הלכת בר-חי). באופן דומה פסק השופט ד' לוין כי "אם לא הוסברו ל[מטופל] כל הסיכונים, כי אז ההסכמה חסרת נפקות, והבדיקה תחשב כמעשה תקיפה המהווה עוולה בנזיקין..." (ע"א 560/84 נחמן נ' קופת חולים של הסתדרות העובדים בארץ ישראל, פ"ד מ(2) 384, 387 (1986)).

23. לא בכדי נטתה האינטואיציה השיפוטית מלכתחילה לעברה של עוולת התקיפה. עוולה זו, המעוגנת בסעיף 24 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש], מנוסחת באופן רחב בקובעה כי:

(א) תקיפה היא שימוש בכוח מכל סוג שהוא, ובמתכוון, נגד גופו של אדם על ידי הכאה, נגיעה, הזזה או בכל דרך אחרת, בין במישרין ובין בעקיפין, שלא בהסכמת האדם או בהסכמתו שהושגה בתרמית, וכן נסיון או איום, על ידי מעשה או על ידי תנועה, להשתמש בכוח כאמור נגד גופו של אדם, כשהמנסה או המאיים גורם שהאדם יניח, מטעמים סבירים, שאכן יש לו אותה שעה הכוונה והיכולת לבצע את זממו.

הנה כי כן, בעוולת התקיפה יכול שתתגבש אחריות אף ללא צורך בנזק (מדובר בעוולה שהיא *actionable per se*. ראו: אהרון ברק "פיצויים" דיני הנזיקין: תורת הנזיקין הכללית 566, 577 (מהדורה שנייה, ג' טדסקי עורך, 1976)). ממילא יכול התובע בעוולה זו לזכות בפיצוי גם בהעדר קשר סיבתי, לאמור: גם אם לא הוכיח כי לא היה נותן את הסכמתו לו הוזהר מפני הסיכונים שבטיפול (הלכת רייבי, בעמ' 510; הלכת שטנדל, בעמ' 758).

עוולת הרשלנות

24. במרוצת השנים חל שינוי בנכונותם של בתי-המשפט להביא מקרים בהם הפרו רופאים את חובת הגילוי בגדרה של עוולת התקיפה. הנשיאה [אז השופטת] ביניש עמדה על כך ש"השימוש שנעשה בעוולת התקיפה בקשר לטיפול רפואי מעורר הסתייגות לא מעטה, בין היתר, בשל חוסר הנוחות הנובע מייחוס התנהגות אנטי-חברתית אשר מודבקת עליה תווית של מעשה זדון, לטיפול רפואי שכל כולו מיועד לסייע לזולת" (הלכת דעקה, בעמ' 543). לעמדה זו נמצאו תימוכין גם בספרות המשפטית (ראו, בין השאר: עמוס שפירא "'הסכמה מדעת' לטיפול רפואי – הדין המצוי והרצוי" עיוני משפט יד(2) 225, 231 (1989); *England, The Philosophy of Tort Law* 162 (1993)). בהתאם למגמה זו, שמצאה ביטויה גם במשפט האמריקאי, צומצם השימוש בעוולת התקיפה רק לאותם מקרים קיצוניים שבהם ניתן הטיפול הרפואי בלי שנתקבלה כלל הסכמת החולה לטיפול או כשלא נמסר לו על תוצאתו הבלתי נמנעת (הלכת שטנדל, בעמ' 759). בשאר המקרים הועדף השימוש בעוולת הרשלנות בנסיבות של היעדר הסכמה מדעת לטיפול רפואי. כך למשל, ציין השופט מצא כי על הרופאים חלה החובה, הכפופה לחריגים, "לספק למטופל את המידע שבאופן סביר דרוש לו לגיבוש החלטה אישית מושכלת בשאלה, אם לבחור במסלול הרפואי

המסוים תוך נטילת הסיכונים הכרוכים בכך אם לאו...". חובה זו – כך נפסק – "מהווה חלק מחובת הזהירות המוטלת על הרופא כלפי החולה המטופל על-ידי. אם הופרה החובה, ועקב כך נגרם לחולה נזק, עשויה ההפרה להעמיד לחולה זכות לפיצויים בעילה של רשלנות" (ע"א 4384/90 ואתורי נ' בית החולים לניאדו, פ"ד נא(2) 171, 182 (2002)). להלן: הלכת ואתורי).

25. התפתחות דומה חלה גם במשפט האמריקאי. כך, בפסק הדין בעניין *Matthies* נדחתה הטענה לפיה דוקטרינת ההסכמה מדעת חלה רק על הליכים פולשניים. הובהר שם כי דרישת ההסכמה חלה גם על הליך שאינו פולשני, שכן בעוד שבעבר נהוג היה לראות בהעדר הסכמה עוולה של תקיפה, כיום האכסניה לעילה זו היא הזכות לאוטונומיה במסגרת עוולת הרשלנות:

Historically, the failure to obtain a patient's informed consent to an invasive procedure, such as surgery, was treated as battery. The physician's need to obtain the consent of the patient to surgery derived from the patient's right to reject a nonconsensual touching. Eventually, courts recognized that the need for the patient's consent is better understood as deriving from the right to self-determination...The rationale for basing an informed consent action on negligence rather than battery principles is that the physician's failure is better viewed as a breach of a professional responsibility than as a nonconsensual touching..." (*Matthies*, 160 N.J. at 34, 733 A.2d at 460)

26. אלא שהשימוש בעוולת הרשלנות בהקשר הנדון מעורר קשיים לא מבוטלים. כידוע, מושתתת עוולת הרשלנות על שלושה יסודות: קיומה של חובת זהירות של המזיק כלפי הניזוק, הפרתה של החובה ונזק הנוצר כתוצאה מן ההפרה. אלא שבמקרים הטיפוסיים מתעורר קושי בנוגע ליסוד הקשר הסיבתי. על פי מבחן הקשר הסיבתי, צריך בית המשפט להכריע אם היה החולה מקבל על עצמו מרצון את הטיפול המוצע, אילו ידע את העובדות הצריכות להכרעה לאשורן. ואולם, בסיטואציה הנדונה מתעורר קושי ליישם את המבחן, בשל הצורך להעריך בדיעבד התרחשות משוערת: "...מבחני הסיבתיות המקובלים..." – כך צוין – "אינם יאים למקרים בהם ניצב בית המשפט בפני הצורך להעריך באורח היפותטי כיצד היה נוהג חולה פלוני אילו העמידוהו הרופאים מראש על הסיכון והסיכוי הטמונים בטיפול רפואי מסוים" (ואתורי, בעמ' 191). באופן

דומה פסק בית המשפט האמריקאי בפרשת Canterbury v. Spence, 464 F.2d 772, :790 (D.C. Cir. 1972), 790

We think a technique which ties the factual conclusion on causation simply to the assessment of the patient's credibility is unsatisfactory...[W]hen causality is explored at a post injury trial with a professedly uninformed patient, the question whether he actually would have turned the treatment down if he had known the risks is purely hypothetical... And the answer which the patient supplies hardly represents more than a guess...

שאלה מוקשית אחרת נוגעת למבחן המתאים להוכחת הקשר הסיבתי. בחירה במבחן טובייקטיבי, המתמקד בחולה הספציפי, מעוררת קושי שכן ברי כי בשלב בו החולה כבר יודע את התוצאות הנזיקיות, הדבר משפיע על התובנה שלו: "אין ספק כי קיים קושי מעשי לגלות את עמדתו של החולה במועד הרלוונטי כיוון שתמיד הוא נדרש להתייחס לשאלה במבט לאחור, שעה שהוא סובל מתוצאות הטיפול. בפסקי דין רבים עמדו בתי המשפט על כך כי אין זה אנושי להטיל על אדם המתייסר מטיפול רפואי שניתן לו, להעיד ולהציג באופן אמין את התשובה לשאלה מה היה עושה בעת קבלת ההחלטה על הטיפול לו ידע על כל התוצאות האפשריות" (הנשיאה (אז השופטת) ביניש בעניין דעקה, בעמ' 553). גם בחירה במבחן החולה הסביר (מבחן אובייקטיבי) מעוררת קושי, שכן מבחן כזה מספק הגנה פחותה לאינטרס בדבר אדנות החולה על גופו, "מתרחק מרצונו של החולה הספציפי וסומך עצמו על רצונו ועל שיקוליו של החולה הסביר" (השופטת שטרסברג כהן בעניין דעקה, בעמ' 606). מבחן זה מקל עם הרופא ומתעלם מן המגמה הרווחת – עליה עמדנו לעיל – להתמקד בחולה האינדיבידואלי. מבחן אפשרי נוסף שהוצע בפסיקה הוא מבחן מעורב או משולב, הבוחן כיצד היה נוהג חולה סביר במצבו של החולה (לקשיים שמעוררים המבחנים השונים ולדעותיהם השונות של השופטים בנושא ראו בפרשת דעקה: השופט אור – בעמ' 553-554; הנשיאה (אז השופטת) ביניש – בעמ' 565; והשופטת שטרסברג כהן – בעמ' 605-606). קושי אחר נוגע לזיהוי הנזק הנגרם כתוצאה משלילת כושר הבחירה של הנפגע.

27. עם חקיקתו של חוק זכויות החולה, נוצרה עילת תביעה נוספת במקרי העדר הסכמה מדעת – בעוולה הנזיקית של הפרת חובה חקוקה. חוק זכויות החולה עיגן, כאמור, בפרק ד' שבו את דוקטרינת ההסכמה מדעת. החוק כולל אמנם "מגילת זכויות חולה", אולם לא נקבע בו הסדר תרופתי למטופלים שזכויותיהם הופרו (קרקו-אייל, 477-558). יחד עם זאת, לאור חובת הגילוי המוטלת על הרופא המטפל בסעיף 13(ב) לחוק, עומדת למטופל האפשרות לתבוע בעוולה של הפרת חובה חקוקה, בגין הפרת חובת הגילוי האמורה. אכן, "לצד חובת גילוי שמקורה בחובת הזהירות הכללית המעוגנת בעוולת הרשלנות, אפשר כיום לבסס את חובת הגילוי על חובה חקוקה כמשמעותה בסעיף 63 לפקודת הנזיקין" (הלכת ברמן, בעמ' 215). עם זאת, אף הסדר זה מעורר חלק מן הקשיים שפורטו לעיל, שהרי גם במסגרתה של העוולה של הפרת חובה חקוקה, נדרש התובע להוכיח גרם נזק וקיומו של קשר סיבתי בין הפרת חובת הגילוי לבין נזק זה.

דוקטרינת הפגיעה בזכות לאוטונומיה

28. על רקע הקשיים המתוארים – שהתעוררו בעיקר במקרים בהם ניתן טיפול רפואי ללא הסכמה מדעת אך התעורר קושי בקביעת קיומו של קשר סיבתי בין הפרת חובת הגילוי לבין נזק הגוף שנגרם למטופל – החלו בתי המשפט לעשות שימוש בדוקטרינת הפגיעה בזכות לאוטונומיה. בפרשת דעקה, נמנע בית המשפט מלדחות תביעה, אף שלא הוכח קשר סיבתי בין ההתנהגות הרשלנית (מחדלו של בית החולים לקבל את הסכמתה המודעת של המערערת) לבין נזק הגוף שנגרם לה. תחת זאת, הוכרה לראשונה, בפסיקת השופט אור, הזכות לפיצוי בגין הפגיעה באוטונומיה של החולה, תוך שנקבע כי:

...יש לראות גם בפגיעה בכבודו של אדם ובזכותו לאוטונומיה, הטבועה בביצוע פרוצדורה רפואית בגופו שלא בהסכמתו המודעת, משום נזק בר-פיצוי בדיני הנזיקין. הפגיעה, שלא כדין, ברגשותיו של אדם כתוצאה מאי-כיבוד זכותו היסודית לעצב את חייו כרצונו, מהווה פגיעה ברווחתו של אותו אדם, והיא נכנסת לגדר הגדרת 'נזק' האמורה [הגדרת 'נזק' בסעיף 2 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש] – א' ר' (שס, בעמ' 574)].

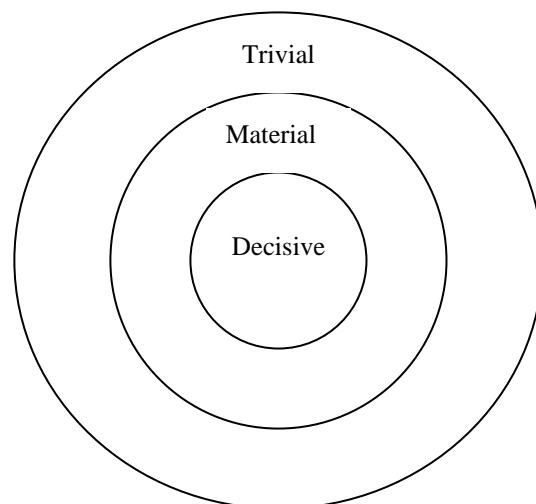
בית המשפט עמד על כך שההכרה בזכותו של החולה לפיצוי על הפגיעה באוטונומיה שלו, מקום שבו הופרה חובה זו, תתרום לכך שחובה זו תקוים הלכה למעשה ותסייע במניעת מצבים בהם הרופאים מייחסים משקל נמוך, אם בכלל, לעמדתו של החולה ביחס לפרוצדורה אשר לדעתם יש לבצע בגופו (שם, בעמ' 577).

לעניין הקשר הסיבתי קבעה השופטת שטרסברג-כהן כי:

ולפיכך אין הצדקה לכרוך הלכה למעשה את ההגנה על זכותו של החולה לאוטונומיה בהוכחת קיומו של קשר סיבתי בין הפרת החובה לבין הנזק הממשי שנגרם על-ידי הטיפול הרפואי. (שם, בעמ' 615. הדגשות במקור).

עוד נקבע, כי בעובדה שלא הובאו ראיות מפורטות לנזק שנגרם למערערת, אין כדי לשלול את זכותה לפיצוי בגין "הנזק הכללי של פגיעה באוטונומיה. זאת הואיל וכאשר מדובר בנזק כללי, להבדיל מנזק ממון, עשוי בית המשפט לפסוק, בנסיבות המתאימות, פיצוי כספי מסוים גם בהיעדר הוכחה מפורטת של נזק ממשי..." (שם, בעמ' 584). השופט אור נסמך לעניין זה על "העיקרון הכללי, שלפיו במקרים רבים אין צורך בראיה על הנזק הכללי והיקפו, שכן קיומו של הנזק והיקפו עולים מעצם הפרת החובה על ידי המזיק" (שם, בעמ' 585).

29. המלומד האמריקני, פרופ' Steven Sugarman היטיב ליתן ביטוי תרשימי ליחס בין עילת העדר ההסכמה לבין עילת הפגיעה באוטונומיה:



אם הפר הרופא את חובת הגילוי ביחס לעובדות שהן Decisive, לאמור: עובדות שהיו משפיעות על החלטתו של החולה וגורמות לו להימנע מן הטיפול – כי אז

מתקיים קשר סיבתי בין הפרת החובה לבין הנזק שנגרם כתוצאה מן הטיפול וקמה עילת תביעה בגין העדר הסכמה מדעת;

אם הופרה חובת הגילוי ביחס לעובדות מהותיות (Material) אך שלא היה בהן בהכרח כדי להשפיע על החלטת המטופל, כי אז לא ניתן אמנם להוכיח קשר סיבתי לנזק שנגרם כתוצאה מהטיפול, אולם קמה העילה של פגיעה באוטונומיה;

לעומת זאת, במקרים בהם לא גילה הרופא למטופל עובדות שהן טריוויאליות (Trivial) – הרי שלא קמה עילת תביעה כלל. במקרים אלה גם לא תחשב הפגיעה לכוז המזכה בפיצוי (וראו להלן את הדיון בשאלת תיחום הזכאות).

30. ההכרה בפיצוי בגין עצם הפגיעה בזכות לאוטונומיה משיבה אותנו במובן מסוים אל "נקודת המוצא". כזכור, בראשית הדרך נפלו מקרים של העדר הסכמה מדעת בגדרה של עוולת התקיפה, שאז לא נדרשה בחינתם של יסודות הקשר הסיבתי והנזק. והנה, באופן דומה, נפסק בפרשת דעקה פיצוי בשל הפגיעה באוטונומיה תוך שבית המשפט נמנע מדיון מפורט בקשר הסיבתי ובנזק, ואף מציין כי "הקשר הסיבתי טבוע מניה וביה בהפרת החובה" (השופט ט' שטרסברג כהן בעלי דעקה, בעמ' 615). וכי "קיומו של הנזק והיקפו עולים מעצם הפרת החובה" (השופט ת' אור, שם בעמ' 585). דומה, אפוא, שחוזרים אנו למושכלות ראשונים: עוולת התקיפה נסבה אודות שימוש בכוח נגד גופו של אדם שלא בהסכמת אותו אדם (או בהסכמה שהושגה בתרמית), כשההנחה היא שהנזק נגרם מעצם ביצוע העוולה; ההתפתחות ההדרגתית הביאה לפרישת ההגנה גם על מקרים בהם נגרמה פגיעה ל"ערך מוגן" – הזכות לאוטונומיה – כשאף כאן מניחים אנו כי קיומו של הנזק עולה "מעצם הפרת החובה על ידי המזיק" (הלכת דעקה, בעמ' 585).

פגיעה בזכות לאוטונומיה – ראש נזק או עוולה חוקתית?

31. הזכות לאוטונומיה הוגדרה כ"זכותו של כל פרט להחליט על מעשיו ומאווייו בהתאם לבחירותיו, ולפעול בהתאם לבחירות אלה" (הלכת דעקה, בעמ' 570). זוהי זכותו של האדם "לכתוב את סיפור חייו" (ע"א 10064/02 "מגדל" חברה לביטוח בע"מ נ' אבו חנא, פ"ד ס(3) 13 (2005). להלן: הלכת אבו חנא). נוסף על אפשרות הבחירה, כוללת הזכות לאוטונומיה גם את חירותו של האדם מפני התערבות בגופו ללא הסכמתו. האוטונומיה של היחיד ניצבת בליבת כבוד האדם. מדובר בזכות המהווה ערך יסודי בשיטת המשפט הישראלית, ו"מהווה את אחד הביטויים המרכזיים לזכותו

החוקתית של כל אדם בישראל לכבוד, המעוגנת בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו" (הלכת דעקה, בעמ' 571; בג"ץ 4330/93 גאנס נ' ועד מחוז תל-אביב של לשכת עורכי הדין, פ"ד נ(4) 221, 233-234 (1996)). זוהי "זכות מסגרת" או "זכות אם" – כלשונו של הנשיא ברק – המהווה קְעִיין נובע למכלול של זכויות שונות (אהרון ברק פרשנות במשפט (כרך שלישי – פרשנות חוקתית) 361-357 (1994); בג"ץ 7052/03 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים, פ"ד סא(2) 202, פסקה 31 (2006)). לביקורת על הגישה התולה את ההכרה בראש הנזק של פגיעה באוטונומיה בזכות החוקתית לכבוד ראו את מאמרו הנ"ל של יעקב).

32. לזכותו של אדם לכבוד ולאוטונומיה יש חשיבות רבה בכל הקשור לטיפול הרפואי. "אכן, הטיפול הרפואי מצוי בגרעין הקשה של זכותו זו של כל אדם לשלוט בחייו. עשויה להיות לו השפעה ישירה, ולא פעם בלתי הפיכה, הן על אורך חייו והן על איכות חייו" (הלכת דעקה, בעמ' 532). מזכותו של האדם לאוטונומיה, נגזרת זכותו לקבל מידע על טיפול רפואי שהוא עומד לקבל כמו גם על טיפול שכבר קיבל בבית החולים (רע"א 1412/94 הסתדרות מדיצינית הדסה עין-כרם נ' גלעד, פ"ד מט(2) 516 (1995)). הזכות לאוטונומיה היא העומדת בבסיסה של דוקטרינת ההסכמה מדעת, המחייבת את קבלת הסכמתו של המטופל כתנאי לביצוע פרוצדורה רפואית בגופו (הלכת רייבי). באופן דומה נגזרת "זכותו של החולה לסרב לטיפול, גם אם יתרונותיו עולים על חסרונותיו, וסיכוייו גוברים על סיכוניו. מרכז הכובד בהחלטה על ביצוע טיפול רפואי טמון בכיבוד זכויותיו של החולה כאדם... ופחות בתוצאה הרפואית של החלטתו" (הלכת דעקה, בעמ' 532. הדגשה הוספה – א' ר').

33. בפרשת דעקה קבע השופט אור כי ראוי להכיר בפגיעה באוטונומיה כ"ראש נזק עצמאי, אשר עומדת בגינו זכות לפיצוי לחולה אשר הופרה החובה למסור לו את המידע הנדרש" (שם, בעמ' 582). "כאשר לא נמסר למטופל המידע הדרוש" – כך קבע השופט דנציגר בעניין אחר – "יכול מחדל זה כשלעצמו להוות עילה להכרה בראש נזק של פגיעה באוטונומיה, וזאת ללא קשר לשאלת הנזק שנגרם מאותו טיפול" (הלכת ברודיה צבי, פסקה 43). ההכרה בראש הנזק של פגיעה באוטונומיה, זאת יש לציין, לא נצטמצמה למקרים של פגיעה באוטונומיה של הגוף בלבד, והפסיקה הרחיבה את תחולת ההלכה גם לאותם מקרים "שבהם נפגעת האוטונומיה של הניזוק בהיבטים מרכזיים אחרים של חייו, כתוצאה משלילת חופש הבחירה שלו ומהפרת חובת הגילוי כלפיו..." (ע"א 10085/08 תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ נ' עזבון ראבי פסקה 33 לחוות דעתה של השופטת חיות (טרם פורסם, 4.12.11)). (להלן: עניין תנובה). לביקורת על הרחבת תחולת ההלכה גם לסוגיות החורגות מהקשר הטיפול

הרפואי ראו: צחי קרן-פז "פיצוי בשל פגיעה באוטונומיה: הערכה נורמטיבית, התפתחויות עכשוויות ומגמות עתידיות" המשפט 187 (התשס"ז). להלן: קרן-19; מאמרו הנ"ל של יעקב).

34. שיבוצה של הפגיעה באוטונומיה כראש נזק במסגרת עוולה קיימת – עוולת הרשלנות – נראה לעתים מלאכותי ומאולץ, וממילא מותר את הקשיים עליהם עמדנו בעינם. כשלעצמי, סבורני כי ההגנה החוקית והחוקתית על זכויות היסוד של האדם מאפשרת להטיל אחריות נזיקית גם בגין פגיעה באוטונומיה של האדם. יתכן, לפיכך, כי מוטב היה להגן על הזכות לאוטונומיה בגדרה של עוולה עצמאית ונפרדת – עוולת חוקתית, שכן מרגע שמכירים אנו בפגיעה באוטונומיה כעוולה העומדת בפני עצמה, אין אנו נדרשים עוד, באופן מלאכותי, לדיון ביסודות הקשר הסיבתי והנזק, שכן הבחינה אינה נערכת בדלת אמות עוולת הרשלנות. הנזק טבוע בהתנהגות העוולתית, ונגרם מעצם הפגיעה בזכות הבחירה של המטופל.

35. התשתית הרעיונית להכרה בעוולה החוקתית הונחה בספרות המשפטית ובפסיקת בית משפט זה. בספרות המשפטית, הועלו של שורה של טעמים עקרוניים התומכים בהכרה בתביעות פיצויים חוקתיות. נקודת המוצא לדיון היא כי "שדרוג" מעמדן של זכויות האדם במשפט הישראלי מצדיק את הרחבת ההגנה עליהן, כך שתסתייע גם בסעד כספי, בנסיבות מתאימות" (דפנה ברק-ארז "עוולות חוקתיות בעידן חוקי היסוד" משפט וממשל ט 103, 106 (2005)). להלן: ברק-ארז, עוולות חוקתיות בעידן חוקי היסוד). ההנחה היא שדיני הנזיקין מגנים על רבות מזכויותיו של היחיד, ואולם לא כל הזכויות מוגנות בגדרם, שכן ההכרה המלאה בזכויות הפרט התפתחה במועד מאוחר להתגבשותן של העוולות המסורתיות. מן הבחינה המהותית, דיני הנזיקין יכולים לשמש כלי משפטי מתאים להגנה על זכויות הפרט [כלפי השלטון], לא פחות משהם משמשים להגנתם של האינטרסים המוגנים באמצעות העוולות המסורתיות (דפנה ברק-ארז עוולות חוקתיות 157 (1993)). להלן: ברק-ארז). ההכרה באפשרות של פסיקת פיצויים בגין הפרה של זכויות יסוד, כך על פי גישה זו, נתמכת בטעמים עקרוניים נוספים, המשקפים את ההצדקות המקובלות להכרה באחריות בנזיקין באופן כללי: שיקולים של צדק מתקן, של הרתעה ושל הכוונת התנהגויות (ברק-ארז, עוולות חוקתיות בעידן חוקי היסוד, בעמ' 107). הדיון באפשרות לפסוק פיצוי נזיקי בגין הפרה של זכויות יסוד הועלה תחילה בהקשר של חיובן של רשויות שהפרו זכויות אדם, ואולם בהמשך הובהר כי "במישור העקרוני שאלות דומות עשויות להתעורר גם במערכות יחסים פרטיות, כאשר פרט מפר זכות אדם של פרט אחר" (שם, בעמ' 119), שכן "הגישה העדכנית של המשפט החוקתי בישראל היא שזכויות האדם 'מחלחלות' אל

המשפט הפרטי, גם אם תחולתן בו היא מצומצמת יותר. 'חלחול' זה נעשה בעיקר באמצעות 'מושגי השסתום' של המשפט – תום לב, תקנת הציבור, סבירות ועוד. התוצאה היא שלפחות חלק מן הזכויות מחייבות במצבים מסוימים גם במערכות יחסים פרטיות" (שם, בעמ' 120). ראו גם את הצעתה של ד"ר נילי קרקו-אייל להתמודד עם הבעייתיות הטמונה בעולת הרשלנות ובעולת הפרת חובה חקוקה, באמצעות אימוצו של הסדר משפטי ייחודי למקרה שבו הופרה זכותו של המטופל לאוטונומיה, על-ידי תיקון חוק זכויות החולה באופן שיקבע בו שהפרת זכות הנתונה למטופל בפרק ד' לחוק מהווה עוולה אזרחית, שמכוחה עומדת לו הזכות לפיצוי על עצם הפגיעה בזכותו לאוטונומיה ולפיצוי על נזקים ממשיים אחרים שסבל עקב הפרת זכות זו (נילי קרקו-אייל "דוקטרינת 'ההסכמה מדעת' – עילת התביעה הראויה במקום שבו הופרה זכות המטופל לאוטונומיה" הפרקליט מט 181, 222-223 (2006). להלן: קרקו-אייל, עילת התביעה הראויה).

36. בפרשת דעקה נדרשו חלק משופטי ההרכב לסוגית ההכרה בעולות החוקתיות, אך בסופו של דבר, נמנעו הם מלהכריע בה. כך, עמד השופט אור על "שאלה חשובה זו, הנוגעת להכרה השיפוטית בקיומן של 'עולות חוקתיות'" (שם, בעמ' 584), אך לא נקט עמדה בנושא; השופטת שטרסברג-כהן ציינה את האפשרות "להגן על זכותו של אדם לאוטונומיה בכלל, ולקבלת מידע רפואי בפרט, גם בגדרה של עילת תביעה בגין פגיעה בזכות יסוד בעלת חשיבות עליונה, שכמוה כעולה חוקתית" (שם, בעמ' 617), אולם גם היא הותירה את ההכרעה בשאלה לעת מצוא. יחד עם זאת צוין – בצדק – כי הלכת דעקה מבוססת "על הנחות רעיוניות התומכות בהתפתחות בכיוון זה, בעיקר מבחינת התפיסה העקרונית שיש לפצות גם את מי שהפגיעה בזכויותיו אינה מוחשית" (ברק-ארו, עולות חוקתיות בעידן חוקי היסוד, בעמ' 129).

37. מגמה זו נמשכה בפסיקת בית המשפט העליון: כך, נקבע בעניין ברוריה צבי כי "הפגיעה באוטונומיה, המקימה עילת תביעה בשל שנתקימה עולה חוקתית צריך שתיגע ב'גרעין הקשה' של זכות האדם המקדשת את האוטונומיה... הפגיעה באוטונומיה נתייחדה לא רק בשל שיש לסווגה כעולה חוקתית, כי אם גם בשל שבלבושה הקיים מאפשרת היא להתגבר על קשיים בקביעת הקשר הסיבתי שבין ההתנהגות הפסולה לבין הנזק שבא בשלה". בית משפט זה חזר על הדברים גם במסגרת הלכת בן דוד (פסקה 11 לחוות דעתו של השופט הנדל. וראו גם: ע"א 4576/08 בן-צבי נ' פרופ' היט, פסקה 54 לחוות-דעתי (טרם פורסם, 7.7.2011). להלן: הלכת היט).

38. ער אני לכך שהכרה בפגיעה באוטונומיה כעוולה חוקתית מעוררת אף היא קשיים לא מבוטלים. הביקורת העיקרית הנשמעת בהקשר זה נוגעת לחשש מפני הרחבה יתרה של האחריות הנזיקית, ונשענת על ההנחה שרשימת העוולות הנזיקיות בפקודת הנזיקין היא רשימה סגורה, ולא ניתן להכיר בעוולות חדשות שהן יציר הפסיקה (פרשת היס, סעיף 21 לפסק-דינו של השופט י' עמית). בנוסף, מועלה הקושי להכיר במשפט הפרטי בעילה, שמקורה בזכות חוקתית, שהוענקה לפרט כלפי השלטון (ראו ביקורתו של יעקב במאמרו הנ"ל לעניין ההכרה בראש נזק הנובע מזכות חוקתית). ומעל כל אלה – קיים קושי להכיר בעוולה חוקתית, בהתחשב בכך שטרם פותחו מנגנוני איזון דוגמת אלה שקיימים במסגרת דיני הנזיקין המסורתיים (דוגמת ההגנות השונות), ואילו מנגנוני האיזון שקיימים בחוקי היסוד (פסקת ההגבלה) אינם רלבנטיים.

ביחסים שבין הפרטים בינם לבין עצמם יש יתרון ביישום העוולות המסורתיות שבדיני הנזיקין – דוגמת עוולת הרשלנות. התכלית המתבקשת היא הגנת הזכות החוקתית והענקת סעד בגין הפרתה. הענקה זו מחייבת קריאה רחבה מבחינה נורמטיבית של עוולת הרשלנות ואין לשלול את הסעד בדרך של קריאה ארכאית של גדרי העוולה – קריאה שאינה מתיישבת עם הגישה המודרנית המוצאת לה ביטוי גם בהצעת הקודיפיקציה האזרחית. אין להלום שלילה מוחלטת של הסעד המתבקש בגין פגיעה בזכות חוקתית על-ידי שלילת קיומה של עוולה עצמאית, ובד בבד קיצוץ כנפיה של עוולת הרשלנות.

לאור האמור, איני רואה מניעה לדבוק בגישה המסורתית הרואה בפגיעה באוטונומיה ראש נזק במסגרת עוולת הרשלנות. הייתי מותיר את האפשרות של פיתוח העוולות החוקתיות בכל אותם מקרים בהם אין בדיני הנזיקין הגנה מספקת על הזכות החוקתית.

הפגיעה המזכה בפיצוי (תיחום הזכאות)

39. ההכרה בחשיבותה של הזכות לאוטונומיה ובזכותו של הפרט לתבוע פיצוי בגין פגיעה בזכות זו, אין משמעה כי כל פגיעה תזכה בפיצוי. בכך שותף אני לעמדתה של השופטת א' חיות, כפי שבאה לידי ביטוי בפרשת תנובה הנ"ל. אני סבור, עם זאת, כי התיחום הנדרש צריך שיעשה לא באמצעות תיחום חומרתו וממשותו של הנזק כי אם בדרך של תיחום הפגיעה. שומה על בתי המשפט לפתח מערכת של איזונים, המיוחדים ומותאמים לראש הנזק של פגיעה באוטונומיה, שהראשון שבהם הוא תיחום הפגיעה המזכה בפיצוי; רק פגיעה בליבה של זכות הבחירה, "ב'גרעין הקשה' של זכות האדם

המקדשת את האוטונומיה" (כאמור בהלכת ברוריה צבי) ובעניין מהותי תזכה את התובע בפיצוי משמעותי. דוגמא לפגיעה כזו ניתן למצוא, כאמור, בטיפול הרפואי, ה"מצוי בגרעין הקשה של זכותו זו של כל אדם לשלוט בחייו", שכן "עשויה להיות לו השפעה ישירה, ולא פעם בלתי הפיכה, הן על אורך חייו והן על איכות חייו" (הלכת דעקה, בעמ' 532). דוגמא נוספת היא פגיעה ביכולתו של אדם לטוות את סיפור חייו (הלכת אבו חנא). הגדרה מתוחמת של הפגיעה המזכה בפיצוי תסייע לבתי המשפט לבצר את מעמדה של הזכות לאוטונומיה, אך זאת תוך פסיקת פיצוי במקרים המתאימים בלבד.

40. אכן, תיחום נוסף נעשה באמצעות יסוד הנזק, אשר קיומו חיוני כשמצויים אנו בגדרה של עוולת הרשלנות. על כן, הקביעה לפיה הנזק הנגרם כתוצאה מן הפגיעה באוטונומיה יכול שיעמוד בפני עצמו (ולא כנזק משני), אינה מאיינת את הדרישה כי הפיצוי יינתן רק מקום בו נגרם נזק. עם זאת, במקרים של פגיעה בליבת הזכות – הנזק נגרם מניה וביה, כלשונה של השופטת ט' שטרסברג-כהן:

הפגיעה בזכות לקבל מידע מתרחשת באופן מיידי עם הפרת החובה על-ידי הרופא. זו היא פגיעה אינהרנטית להתנהגות העוולתית. נראה אפוא, כי הקשר הסיבתי – המהווה יסוד לאחריות ברשלנות – בין הפרת החובה לבין הפגיעה באוטונומיה, טבוע, מניה וביה, בהפרת החובה על-ידי הרופא

41. על מהותו של הנזק וכפועל יוצא מכך – על אופיו של הפיצוי – נחלקו הדעות בספרות המשפטית. כך, הודגש כי לפגיעה באוטונומיה ערך עצמאי משל עצמה, ובהתאם לכך, הוצעה הבחנה בין נזק תוצאתי לא ממוני שנגרם למטופל כתוצאה מן הפגיעה באוטונומיה, לבין הנזק של פגיעה באוטונומיה, הנגרם בשל עצם שלילת כוח הבחירה של התובע. בהקשר זה צוין כי "מן הראוי לפסוק סכום המשקף את השווי החברתי של שלילת כוח הבחירה וכי סכום זה צריך שיפסק גם אם לא הוכח נזק תוצאתי סובייקטיבי (רגשות הלא וקעס) בשל שלילת כוח הבחירה" (קרן-19, בעמ' 198-199). וראו גם את קרקו-אייל, עילת התביעה הראויה, הסבורה כי הפיצוי עבור הפגיעה בזכות המטופל לאוטונומיה, צריך שתיעשה על פי ערכה האובייקטיבי של זכות זו, ולא על פי מידת הפגיעה ברגשות המטופל). מעניינת בהקשר זה עמדתה של ד"ר יפעת ביטון במאמרה "כאבים באזור הכבוד" משפט וממשל ט 137 (2005) (להלן: ביטון). ד"ר ביטון מבקרת את השיח בדבר הפיצוי הנזיקי שניתן בגין פגיעה באינטרס חוקתי, שיח ש"ייצג התחבטות בשאלה אם יש לפצות על עצם הפגיעה באינטרס החוקתי, או שמא יש לצמצם את הפיצוי ולהעניקו רק בגין נזק תוצאתי שנבע ממנה". לשיטתה, ניתוח זה מייצג תפיסה מוטעית של מהות הפגיעה באינטרס החוקתי, שכן ברוב המקרים, הפיצוי

אינו ניתן לניזוק "על עצם הפגיעה בזכותו החוקתית באופן ערטילאי ועקרוני", אלא על "נזקים תוצאתיים אמיתיים" שנגרמו לו (שס, בעמ' 145-146). נזקים אלה – שניתן לזהותם כ"פגיעה ברגשות" – כוללים לשיטתה תחושות שעניינן "פגיעה בכבוד, סבל נפשי, השפלה, בושה, צער, עלבון, תסכול, ערעור האמונה בזולת, ערעור תפיסת העצמי ופגיעה בהערכה העצמית של הפרט או ביכולת המימוש העצמי, הן כאינדיבידואל והן כחלק מקבוצה ועוד" (שס, בעמ' 184). המחברת מפנה לשיטות הקונטיננטאליות בהן יש כיום הכרה מלאה בזכות לפיצוי בגין פגיעות באינטרסים אישיותיים, "מתוך הבנה שדיני הנזיקין הם כלי מרכזי להגנה על זכויות שהחברה רואה אותן כמשמעותיות" (שס, בעמ' 148-149). לשיטתה של ד"ר ביטון, בתי המשפט החשיבו בטעות נזק זה כ"פגיעה בזכות החוקתית" ולא כנזק תוצאתי, ובכך העניקו, אמנם, לפגיעה ערך נורמטיבי גבוה, בהציגם אותה כראויה לפיצוי כשהיא לעצמה, אך מנעו, בה בעת, את הפיצוי הראוי על הנזק שנגרם בגינה, בפוסקם פיצויים סמליים (שס, בעמ' 144-145).

42. הגישה האובייקטיבית להערכת גובה הפיצוי בגין פגיעה באוטונומיה נדחתה על-ידי השופטת חיות בעניין תנובה, בסעיף 40 לחוות דעתה. זוהי גם גישתי. אף אני סבור כי אין לפסוק פיצוי סטנדרטי בגין פגיעה זו. הפיצוי צריך שיהיה אינדיבידואלי, בהתחשב בהפרה הקונקרטית ובנסיבותיה. עם זאת, מאחר שמדובר בהערכה של נזק בלתי-מוחשי, יזקקו בתי-המשפט להערכה שתתבסס על נסיבות העניין ועל ניסיון חייהם. ככלל ניתן לקבוע, כי ככל שהמידע שלא נמסר חשוב יותר וככל שהאינטרס הנפגע קרוב יותר לליבת הזכות ומשפיע עליה בצורה משמעותית יותר – כך יגדל הפיצוי בגין הפגיעה באוטונומיה (וראו לעניין זה את המדדים שהציעה השופטת שטרסברג-כהן בהלכת דעקה להערכת הנזק הלא-מוחשי שנגרם למי שזכותו לאוטונומיה נפגעה בעת קבלת טיפול רפואי, בהם: סוג המידע שנמנע מן החולה; היקפו, טיבו ומשקלו הסגולי של המידע שלא נמסר לחולה לעומת זה שנמסר לו; עמדתו ויחסו של החולה למסירת המידע הרפואי הקשור בו; ותוצאות הטיפול שבוצע. הצלחת הטיפול עשויה להפוך את הנזק לתיאורטי או לזניח (שס, בעמ' 619-621)). זו גם עמדתה של פרופ' ברק-ארז המציינת כי "ההצדקה לאחריות החוקתית נובעת, קודם כל, ממשקלה הסגולי הגבוה של הזכות החוקתית ומן הערך שמייחס לה הפרט הנפגע, ולא מן ההיבטים התוצאתיים של הפרתה", אך סבורה כי הפיצוי צריך להתבסס על "הערכת מידתה של הפגיעה ברגשותיו של היחיד, על רקע נסיבות העניין". המחברת מציינת כי "נוכח מהותה של הפגיעה בזכויות מסוג זה, לא ניתן לצפות להוכחה מדויקת של הנזק כדוגמת ההוכחה שנדרשת בהתייחס לנזקים התוצאתיים...". עם זאת היא מציינת כי "הפיצויים לא יהיו סמליים. הם יהיו מושתתים על ההנחה שנגרם נזק, הנחה הפוכה לזו

שמונחת ביסוד פסיקתם של הפיצויים הנומינליים. מצד שני, אין לחרוג מן העקרונות הנזיקיים ולפסוק פיצויים שמנותקים מההפרה הקונקרטית ומנסיבותיה" (שם, בעמ' 273, 276-277). דברים אלה יפים גם לנזקים תוצאתיים מן הסוג עליו מצביעה ד"ר יפעת ביטון, הפיצוי בגין הפגיעה באוטונומיה הוא, איפוא, פיצוי אינדיבידואלי בגין נזק תוצאתי, פיצוי בגין פגיעה באינטרסים אישיותיים שחזקה עליו, על הנזק, שנגרם ושהוסב בעת שנגרמה פגיעה בליבת הזכות לאוטונומיה ובעניין מהותי.

43. בהקשר זה ראו גם את מאמרם של המלומדים טברסקי וכהן (Aaron D. Twerski & Neil B. Cohen, *Informed Decision Making and The Law of Torts: The Myth of Justiciable Causation*, 1988 U. ILL. L. REV. 607 (1988) (להלן: טברסקי וכהן)), אשר בחנו את דרך הטיפול של המשפט האמריקאי במקרים של פגיעה באוטונומיה. לשיטתם, השימוש הרווח בעוללת הרשלנות במשפט האמריקאי, במקרים של היעדר הסכמה מודעת לטיפול רפואי, אינו משכנע, שכן לא ניתן להוכיח קשר סיבתי בין אי-גילוי המידע לבין הנזק שנגרם לחולה. אמנם, פסקי-דין אמריקאיים רבים מבססים את רשלנות הרופא על הקביעה כי החולה היה מסרב לביצוע הטיפול אילו היה יודע את המידע שהוסתר ממנו; ברם, מנגד טוענים טברסקי וכהן כי לא ניתן להעריך מה החולה היה עושה במקרה ההיפותטי שבו היה יודע מידע נוסף, שכן אפשרות הבחינה בדרך של תובנה שבדיעבד (hindsight) חשופה לכשלים קוגניטיביים רבים. תחת זאת, מציעים טברסקי וכהן ללמוד אנלוגיה מהפיצוי המקובל בארצות הברית בגין פגיעה בזכות החוקתית להליך הוגן. לטענתם, כשם שהפסיקה האמריקאית הכירה במקרים שבהם נפגעו זכויותיהם של תובעים לשימוע, לטיעון או לחופש ביטוי במסגרת הליך מנהלי, או משמעת, כבמקרים המזכים בפיצוי, אף אם ההחלטה שנתקבלה בעניינם מוצדקת לכשעצמה, כך יש לנהוג גם במקרה זה. טברסקי וכהן רואים את הפגיעה הנגרמת כתוצאה מטיפול רפואי בהיעדר הסכמה מודעת, כפגיעה דומה לפגיעות החוקתיות הללו: מדובר בפגיעה בזכות הבחירה של החולה, לאמור: בזכותו לכך שהליך קבלת ההחלטה שלו יהיה נאות ומיודע; זכות זו קיימת לחולה גם אם היה מקבל בסופו של דבר את אותה החלטה בנוגע לטיפול (לאמור: גם אם לא נגרם לו נזק הקשור סיבתית להפרת חובת הגילוי).

44. יש ומי שנפגע בזכותו לאוטונומיה ימחל על תביעתו וממילא לא יביא את עניינו בפני בית משפט, והוא לא יזכה בפיצוי. עניינו עשוי, אם בכלל, להידון בבית משפט, חרף המחילה שמחל, במסגרת תביעה ייצוגית (ראו את המקרה שנדון בפסק דינה של השופטת חיות בעניין תנובה הנ"ל).

היחס בין הפיצוי בגין פגיעה באוטונומיה לבין הפיצוי בגין נזקים אחרים

45. ככלל, ניתן לזהות ארבעה סוגי מקרים בהם עשויה להתעורר שאלת הפיצוי בגין נזקים שנגרמו.

במקרה הראשון – נגרמה פגיעה באוטונומיה בלבד ולא נתקיימה עילה אחרת לתביעה. במקרה זה אין קושי לפסוק פיצוי בגין הפגיעה באוטונומיה, כשפיצוי זה "...משקף אך ורק את הפגיעה באוטונומיה – ואינו חופף לנזק שייתכן כי נגרם בעקבות הטיפול עצמו" (הלכת היס). ממילא אין מתעוררת במקרה זה שאלה של פיצוי כפול.

במקרה השני – מתקיימים כל יסודות עילת העדר ההסכמה מדעת, לאמור: הוכחה הפרת חובת הגילוי והוכח קשר סיבתי בין הפרת החובה לבין הנזק שארע למטופל כתוצאה מהטיפול שלגביו לא ניתנה הסכמה אלא שהוא, הטיפול עצמו, לא היה רשלני; נזק גוף זה יכול שיכלול גם נזק לא ממוני בנוסף לנזק ממוני. ממילא נגרמת אז גם פגיעה באוטונומיה של המטופל, כשהנזק בגין פגיעה זו האחרונה הוא נזק לא ממוני. אותה התרשלות הסבה איפוא מספר ראשי נזק נפרדים: הנזק הממוני והנזק הלא ממוני שנגרמו בטיפול הרפואי שלגביו לא ניתנה הסכמה מודעת והנזק הלא ממוני שנגרם כתוצאה מעצם הפגיעה באוטונומיה. ייתכנו מקרים בהם הנזק הלא ממוני בשתי העילות יתמזג לאחד אך ייתכנו מקרים בהם מדובר למשל בכאב וסבל וייסורים כתוצאה מנכות שנשארה בעקבות הטיפול הלא רשלני (אך לא מוסכם), ובצידה גם נזק לא ממוני – הפגיעה ברגשות (כהגדרתה של ד"ר ביטון) שנגרם מעצם הפגיעה באוטונומיה.

דוגמה נוספת לכך ניתן למצוא בפרשת היס, במסגרתה נדונה תביעתם של בני משפחה לפיצוי בגין עריכת נתיחה שלאחר המוות בגופת יקירם ללא קבלת הסכמה "אמיתית" לביצוע הפרוצדורה ובאופן שפגע קשות ברגשותיהם. על הפגיעה באוטונומיה נוסף נזק לא ממוני שנכרך בעצם הנתיחה ובהתרחשויות שנתקיימו לאחר מכן. השופט דנציגר קבע שם כי בנסיבותיה המיוחדות של הפרשה, ניתן היה להבחין בין עוגמת הנפש לבין הפגיעה באוטונומיה שנגרמה לאשת המנוח, שכן "מחדליהם של המשיבים גיבשו רכיב איכותי ממשי ונבדל של פגיעה באוטונומיה ולא אך עוגמת נפש..." (סעיף 5 לחוות דעתו). ואמנם, עובדותיה של פרשת היס מדגימות היטב, כי במקרים מסוימים, הנזק בגין הפגיעה באוטונומיה (באותו עניין – אי קבלת הסכמה "אמיתית" של בני המשפחה לנתיחת הגופה של יקירם) נבדל מן הנזק הלא ממוני הנוסף שנגרם בשל העדר ההסכמה מדעת (נזק שנבע שם מן ההלם והזעזוע שנלוו

לגילוי הפתאומי ובדיעבד בדבר עריכת הנתיחה תוך לקיחת דגימות מן הגופה ושמירתן במרכז לרפואה משפטית).

במקרה השלישי – נגרמת פגיעה בשל רשלנות בעצם הטיפול הרפואי שניתן, להבדיל מרשלנות המתבטאת בעצם הפרת החובה לקבלת הסכמה מודעת, ואף נגרמת פגיעה באוטונומיה של המטופל. במקרה זה, הפיצוי בגין הפגיעה באוטונומיה יכול להתווסף על הפיצוי בגין נזק גוף (שיכול מצידו לכלול נזק ממוני ונזק לא ממוני), שנגרם לחולה, או להשלים אותו. כך, נפסק בהלכת דעקה כי: "במישור העקרוני ראשי הנזק בגין פגיעה באוטונומיה ונזק הגוף שנגרם לחולה הם ראשי נזק מובחנים, הבאים האחד בנוסף או בהשלמה לשני, ולא האחד במקום השני. אכן, הפיצוי בגין הפגיעה באוטונומיה אינו בא לשמש תחליף לפיצוי בגין נזק גוף. הוא בא להשלים את הפיצוי האמור, ולהשיב את מצבו של הנפגע לקדמותו, במידה הטובה ביותר שאותה ניתן להשיג באמצעות פיצוי כספי" (שס, בעמ' 581-582. הדגשות במקור – א' ר'). בעוד שהפיצוי בגין הנזקים הפיזיים שנגרמו על ידי הטיפול הרפואי מעניק הגנה לאינטרס בדבר שמירה על שלמות גופו של האדם, מבטא הפיצוי בגין הפגיעה באוטונומיה את הנזק הלא-מוחשי שנגרם למעמדו האוטונומי של החולה בתהליך קבלת ההחלטה.

המקרה הרביעי הוא המקרה בו בנוסף לפגיעה באוטונומיה הוכחו גם כל יסודות הרשלנות של עוולת היעדר ההסכמה המודעת ונקבע גם שהייתה התרשלות בעצם הטיפול, לאמור, נתקיימו כל שלושת מופעי הפגיעה. גם כאן, המבחן הוא, כפי שמציעה חברתי השופטת א' חיות, מבחן שהייתי מכנה מבחן המציאות, לאמור הבדיקה אם נתקיימו בפועל נזקים נפרדים או שמא כולם או מקצתם נתמזגו.

הטבלה הבאה ממחישה את המצבים האפשריים:

הנזק הנתבע	רשלנות בטיפול	הפרת הסכמה מדעת	פגיעה באוטונומיה	
נזק לא ממוני			X	.1
נזק לא ממוני + נזק גוף כתוצאה מהטיפול שלא הוסכם עליו (ממוני ו/או לא ממוני)		X	X	.2
נזק לא ממוני + נזק גוף כתוצאה מרשלנות	X		X	.3
נזק לא ממוני כתוצאה מהפגיעה באוטונומיה + נזק גוף ממוני ו/או לא ממוני כתוצאה מהטיפול שלא הוסכם עליו + נזק גוף כתוצאה מהטיפול הרשלני	X	X	X	.4

הנה כי כן, הנזק בגין הפגיעה באוטונומיה יכול, אפוא, שיעמוד בפני עצמו. על כן, ניתן לתבוע פיצוי בגין פגיעה באוטונומיה גם בהיעדר נזק אחר; במקרים אחרים ניתן לתבוע פיצוי זה בנוסף או במצטבר לנזק גוף שנגרם ובכלל זה בנוסף ובמצטבר לנזק לא ממוני אחר, מקום בו מדובר בשני נזקים נפרדים. בכך אין כדי לחדש דבר, שהרי על המעוול לפצות על כלל הנזקים שגרם, ואם גרם ליותר מאשר נזק אחד, יפצה על שגרם. במוכן זה המדובר בשאלה עובדתית ולא משפטית.

גובה הפיצוי בגין פגיעה באוטונומיה

46. כיוון שתחמנו את הפגיעה המזכה בפיצוי לפגיעה בליבת הזכות לאוטונומיה ובעניין מהותי, ממילא הפועל היוצא ברוב המקרים יצביע על קיומו של נזק ממשי, שפיצוי ממשי בצידו. כבר בפרשת דנקא הדגיש השופט אור כי "אם אנו מקבלים ברצינות כי לחולה זכות לבחור אם יקבל טיפול רפואי ואיזה טיפול יינתן לו, עלינו לקבוע כי יש 'מחיר' לעצם הפגיעה בכבודו, אשר מתבטאת בביצוע טיפול רפואי בגופו בלי שניתנה לכך הסכמה מדעת על-ידי" (שם, בעמ' 581). באותו עניין, הציג השופט אור מתווה להערכת גובה הפיצוי בגין הנזק הנדון, תוך שהוא שם את הדגש על חומרת ההפרה של החובה לקבל את הסכמתו המודעת של החולה בטרם ביצוע הטיפול בו:

...הסוגיות הנוגעות להוכחת הנזק ושיעורו נחתכות על-פי נתוניו של המקרה האינדיווידואלי ומן הראיות שבפני בית המשפט. אמת המידה המהותית הקובעת ברגיל את היקף הפיצויים להם זכאי הניזוק היא אמת המידה של השבת המצב לקדמותו. אמת מידה זו היא אינדיווידואלית. היא מחייבת להידרש לעוצמת הפגיעה שנגרמה לניזוק הספציפי... בהערכת גובה הפיצוי בגין נזק זה, עשויה להיות חשיבות לחומרת ההפרה של החובה לקבל את הסכמתו המודעת של החולה בטרם ביצוע הטיפול בו. הימנעות ממסירת מידע משמעותי כלשהו על הפרוצדורה אותה מבקשים לבצע בחולה חמורה יותר, בדרך כלל, מאי מסירה של חלק מן האינפורמציה המהותית. באופן דומה, ככל שהסיכון אשר לא נמסר לחולה על דבר קיומו הוא חמור יותר מבחינת הפגיעה האפשרית בחולה, וככל שהסתברות התרחשותו גבוהה יותר, הרי שעוצמת הפגיעה באוטונומיה של החולה חמורה יותר. לשון אחר, ככל שחשיבותה של ההחלטה בה מדובר מבחינת החולה גדולה יותר, נישולו ממעורבות אפקטיבית בתהליך קבלת ההחלטה פוגע במידה רבה יותר בזכותו לאוטונומיה (שם, בעמ' 582-583).

עם זאת הדגיש השופט אור כי מדובר בהנחיות כלליות בלבד, שכן מדובר בנזק אשר מעצם טיבו קיים בו היבט סובייקטיבי דומיננטי, המעורר קשיים בלתי נמנעים בהערכתו. בסופו של יום ובדומה לפיצוי בגין נזקים לא ממוניים אחרים, כך נפסק, נתון גובה הפיצוי לשיקול דעתו של בית המשפט, וייקבע בדרך של אומדנה המבוססת על הערכה של מכלול נסיבות העניין ועל התרשמותו של בית המשפט:

על בית המשפט לנקוט, בהקשר זה, גישה מאוזנת. עליו ליתן את המשקל הראוי לכך שמדובר בפגיעה בזכות יסוד, אשר מחייבת קביעת פיצוי הולם, להבדיל מפיצוי סמלי. לצד זה, בשל הקשיים הטבועים בתהליך הערכת הנזק, על בית המשפט לרסן עצמו, ולא לפסוק פיצויים בשיעורים מופרזים (שם, בעמ' 583).

47. בפרשת דעקה נפסקו למעוררת 15,000 ש"ח כפיצוי על הפגיעה באוטונומיה שלה. בד בבד עם ההכרה בזכות לפיצוי בגין פגיעה זו, הועלה (מפי הנשיאה – אז השופטת – ד' ביניש – שופטת המיעוט) החשש כי דווקא ההכרה בראש הנזק החדש תחליש באופן פרדוקסאלי את הזכות לאוטונומיה: "החשש הוא כי גישה זו תוביל לצמצום הפיצוי שניתן למי שנפגע מהטיפול שניתן לו ללא גילוי מידע, ואפשר כי יש בה גם כדי לעודד בתי-משפט להימנע מלהתמודד עם הקביעה המסובכת של הקשר הסיבתי בין אי-ה'הסכמה מדעת' של המטופל לבין תוצאות הטיפול שניתן לו" (שם, בעמ' 558). אכן, בהנחה שגובה הפיצוי הנפסק על-ידי בתי המשפט משקף את הערך היחסי של האינטרס המוגן על-ידי החברה, פסיקת פיצוי סמלי בגין הפגיעה באוטונומיה, עלולה היתה לשקף זלזול בחשיבותו של הערך המוגן (לדיון נרחב בסוגיה ראו: קרן-19, בעמ' 243-245. גם ביטון מעלה במאמרה חשש דומה ומציינת כי "פסיקה סמלית נתפסת לרוב כהגנה סמלית על האינטרס הנפגע. הגנה סמלית שכזו מונעת אפקט של הרתעה מפני פגיעה באותו אינטרס להבא, ומרתיעה מפני הגשת תביעה בגין פגיעה שכזו". ביטון, בעמ' 144).

48. ואולם, החשש כי בתי המשפט יסתפקו בפיצוי סמלי בגין הפגיעה בזכות לאוטונומיה נתבדה. הפיצוי בגין הפגיעה באוטונומיה – בין אם ניתן במסגרת ראש נזק עצמאי ובין אם במסגרת עילה נפרדת – הוטמע בהדרגה בדין הפוזיטיבי (לסקירה מקיפה של פסיקת בתי משפט השלום והמחוזי בשנים שחלפו מאז שנפסקה הלכת דעקה ועד לשנת 2007 ראו קרן-19, בעמ' 192, ה"ש 13 ו-14). כיום אין עוד עוררין על כך שהפיצוי צריך שיהא משמעותי וישקף את החשיבות שמעניקה שיטת המשפט לאינטרס שנפגע.

כך, נפסק בע"א 9817/02 וינשטיין נ' ד"ר ברגמן (טרם פורסם, 16.6.2005), מפי השופטת מ' נאור, פיצוי בגובה של 150,000 ש"ח ובפרשת ברוריה צבי אישר בית המשפט, ברוב דעות, פיצוי בגין פגיעה באוטונומיה בגובה של 100,000 ש"ח. בהלכת בן דוד עמד השופט נ' הנדל על כך שבשנים שחלפו מאז ההכרה בעילת התביעה נפסקו במשורה סכומי כסף נמוכים כפיצוי בגין הפגיעה באוטונומיה של מטופל, אך

עתה, משראש הנזק נקלט בשיטתנו והושרש, בשלה העת לפסוק סכום פיצויים שאינו בהכרח 'סמלי'. כך דרכו של פיצוי כספי בגין רכיב נזק חדש. תחילה, די בפיצוי סמלי. ברם, בחלוף הזמן... יש ליתן פיצוי הראוי מבחינה נורמטיבית על פי נסיבות המקרה (שס, בפסקה 11).

בהתאם לכך, נפסקו בהלכת בן דוד פיצויים משמעותיים – בגובה 250,000 ש"ח – בגין הפגיעה באוטונומיה של האם. הנה כי כן, באותם מקרים בהם משוכנע בית המשפט כי נגרמה פגיעה לאוטונומיה של התובע – כזו, הנוגעת לליבת הזכות ובעניין מהותי – שומה עליו לפסוק פיצוי הולם, שישקף את מלוא חומרת הפגיעה.

49. לא למותר לציין, בשולי דיון זה, כי בחינה היסטורית של שיטות משפט שונות מעלה כי כל חידוש או פיתוח של דיני הנזיקין (כמו גם של ענפי משפט אחרים) לוו בתגובה כמעט-אינסטינקטיבית של רתיעה והסתייגות. תדיר הועלה בהקשר זה החשש מפני פריצת הסכרים, החשש מפני הרחבה בלתי מבוקרת של חוג הזכאים לפיצוי והחשש מפני קושי לעמוד על שיעור הנזקים. כך היה, בין השאר, במקרים בהם הכירה שיטת המשפט בראש נזק חדש או כשהורחב מעגל הניזוקים. בפועל ובמרוצת הזמן – כך נתברר במבט לאחור – נתקבל החידוש והוטמע באופן הדרגתי והחששות הכבדים נתבררו (ראו למשל את ההלכות שנפסקו בע"א 243/83 עיריית ירושלים נ' גורדון, פ"ד לט(1) 113 (1985) וברע"א 444/87 אלסוחה נ' עזבון דהאן, פ"ד מד(3) 397 (1990) והפסיקה שבאה בעקבותיהם. ראו גם: אליעזר ריבלין "פיצויים בגין נזק לא מוחשי ובגין נזק לא ממוני – מגמות הרחבה" ספר שמגר חלק ג' 21 (2003)). על רקע זה מן הראוי לשקול בפתיחות את יישומן של דוקטרינות חדשות, ולשקוד על פיתוחן ועל התאמתם של דיני הנזיקין המסורתיים לערכים עליהם חפצה שיטת המשפט להגן בהווה.

המשנה לנשיא

על הגילוי הנאות

א. אפתח בגילוי נאות באשר לגילוי הנאות. חוות דעתי זו נתעכבה במידה מסוימת כיון שהתלבטתי מאוד בשאלה שבמחלוקת חבריי, שאינה באשר לתיק הנוכחי לגופו, בו מסכים אני עם התוצאה אליה הגיעו, אלא באשר לפסיקה הרחבה. אודה כי נטיתי תחילה, בשינויים מסוימים, לדעתו של חברי השופט עמית, המבקש לשנות את נקודת האיזון בהלכות הגילוי הרפואי, קרי, בשאלה מה על הרופא לגלות לחולה, וללכת כברת מה לכיוון הפרקטיקה הרפואית (תוך שהותיר בצריך עיון את החלתו של השינוי המוצע על בדיקות הריון). מנגד סבור חברי המשנה לנשיא השופט ריבלין כי יש לדבוק במבחנים שנהגו עד הנה. חבריי כידם הטובה וכמומחיותם המוכחת בחנו את הדברים מכל זווית אפשרית. בחלקים ניכרים, למעט המחלוקת האמורה, ישנה ביניהם הסכמה, ואולי הפער ביניהם קטן מכפי שהוא נראה. מכל מקום, בסופו של יום הגעתי למסקנה כי לעת הזאת אכריע לכיוון הישארותו של המצב הנוכחי על כנו, אמנם ראוי אף בעיניי הניסיון מצד חברי השופט עמית להגיע לתובנה שתקל על בעלי הדין ועל בתי המשפט לטפל במקרי רשלנות רפואית. ריבוי הפסיקה שסקרו חבריי המלומדים היא כעצים הצומחים ליד זה, והאתגר הוא לחלץ מתוך קיבוצם את תמונת היער, ככל שהדבר אפשרי. ואולם, דומה שדבר זה אינו אפשרי אלא חלקית, ובסופו של יום שבים אנו מתוך היער אל העץ הבודד, החולה שבפנינו, במידה רבה.

ב. ועוד אוסיף: לזמן מה הנחתי מידי את ספרי החוק, פסקי הדין וכתבי בית הדין, ושאלתי עצמי שאלה של בעל נסיון חיים - מזה, של עובד ציבור ושופט וגם של מי שנזקק, ככל האדם, מדי פעם לרופא - מזה, וגם השכל הישר לא נשכח מן הלבבות. שאלתי, למה מצפה החולה מן היישוב מן הרופא, שבעבר היה נותן בו ככלל מבטחו, כמעט בלא מצרים ("ורפא ירפא" (שמחות כ"א, י"ט), וכדברי חז"ל (בבלי בבא קמא פ"ה, א') - מכאן שניתנה רשות לרופא לרפאות), וכיום במקרים רבים קיימת משאלה, מעבר להסבר, לדעה שניה? דומה כי החולה היושב אל מול הרופא "בגובה העיניים" מצפה תחילה שיאמר הרופא-ורופאה כמובן אף היא במשמע - מהי מחלתו; קרי, שישקיע את כל המאמץ הנחוץ לשם האבחנה, על-ידי בדיקות פיסיולוגיות, מעבדתיות ושל הדמיה (איני נכנס לשאלת הגילוי לחולה כי לוקה הוא במחלה סופנית; ראו לעניין האחרון הרב שאר ישוב כהן "שליחותו של הרופא לחולה אנוש" חקרי הלכה (תשנ"ג, קע"ה)). לעניין האבחנה על הרופא להיות מעודכן מקצועית. ואם אינו בקי או מעודכן בתחום שבו הוא

חושד - או עליו לחשוד - בקיום מחלה, עליו להפנות למומחה ולבדיקות מתאימות. אם כן הציפיה הראשונה היא למיומנות באבחון. ומשנעשה האבחון באה שאלת הטיפול. ציפיית החולה, כל חולה, היא כי יאמר לו הרופא מה הטיפול הנכון למחלתו לדעתו, מה סיכוייו ומה סיכוניו. מובן כי ככל שמדובר במחלה חמורה יותר, שסיכוניה ככזאת גבוהים יותר, יש חשיבות רבה יותר לטיפול הנכון, ולעתים פירוש הדבר חיים או מוות. גם אם "השורה התחתונה" של הדברים, הן באשר לאבחנה הן באשר לטיפול, למשכיל ולחסר השכלה, זהה - על הרופא ליתן את ההסבר הבטיחי ה"שוה לכל נפש", ואחר כך להתאים את הסבריו לחולה ולמשפחה היושבים מולו, בהתאם לנסיבותיהם, במובן של פירוט, לרבות של דעות שונות ברפואה. אם מדובר באנשים משכילים, יוכל גם במקרים מתאימים להפנותם לספרות זמינה, וכיום הדבר קל יותר בהינתן האינטרנט; וכמובן בידיהם לפנות לדעה שניה. הדברים שנאמרו עד כה אינם יכולים להיות שנויים במחלוקת. הם מוצאים ביטויים גם בחקיקה - חוק זכויות החולה, תשנ"ו-1996 - ובפסיקה. על אלה נבנו תלים של הלכות, כולל סוגיות האוטונומיה. והשלב הבא הוא כמובן הטיפול עצמו, שעליו להיות מיומן, וככל שיש בו התרשלות, יש מקום לפצות עליה אם גרמה לנזק, כלומר, אם הוכר קשר סיבתי. כיצד מתרגמים כל אלה לפרקטיקה רפואית ראויה?

ג. דומני כי מאז חקיקתו של חוק זכויות החולה, "האורים והתומים" של ראיית המחוקק באשר לחובות הגילוי הם סעיפים 13 ו-14 לחוק. הצירוף "הסכמה מדעת" הוא מועט המחזיק את המרובה, שכן הסכמה איננה הנהון גרידא במנוד ראש החולה, אלא כרוכה היא בהבנה. מובן כי לא הרי המטופל הבא לדרוש ברופא בשל שפעת קלה כהרי מי שלקה, לא עלינו, במחלה ממארת חמורה ומסכנת חיים. סיכוני לידה מייחדים מקום לעצמם. ואולם, הצד השווה לכל הוא כי הסכמת החולה לטיפול תהא מודעת, פשוטה כמשמעה. אכן, השופט עמית ציין (פסקה 24) כי אין הסעיפים שבחוק "מכסים" כל סיטואציה אפשרית, וכמובן דבר זה גם אינו בגדר היכולת, שכן החיים מזמנים קשת מצבים שאי אפשר להעלות את כולם על הדעת. מכאן החיפוש אחר "האדם הסביר", כלומר, אותו אדם וירטואלי מן היישוב, ברף נדרש של הסבר.

ד. אשוב ואביא כאן סעיפים אלה:

"13. הסכמה מדעת לטיפול רפואי
 (א) לא יינתן טיפול רפואי למטופל אלא אם כן נתן לכך המטופל הסכמה מדעת לפי הוראות פרק זה.
 (ב) לשם קבלת הסכמה מדעת, ימסור המטפל למטופל מידע רפואי הדרוש לו, באורח סביר, כדי לאפשר לו

- להחליט אם להסכים לטיפול המוצע; לענין זה, "מידע רפואי", לרבות -
- (1) האבחנה (הדיאגנוזה) והסכות (הפרוגנוזה) של מצבו הרפואי של המטופל;
 - (2) תיאור המהות, ההליך, המטרה, התועלת הצפויה והסיכויים של הטיפול המוצע;
 - (3) הסיכונים הכרוכים בטיפול המוצע, לרבות תופעות לוואי, כאב ואי נוחות;
 - (4) סיכויים וסיכונים של טיפולים רפואיים חלופיים או של העדר טיפול רפואי;
 - (5) עובדת היות הטיפול בעל אופי חדשני.
- (ג) המטפל ימסור למטופל את המידע הרפואי, בשלב מוקדם ככל האפשר, ובאופן שיאפשר למטופל מידה מרבית של הבנת המידע לשם קבלת החלטה בדרך של בחירה מרצון ואי תלות.
- (ד) על אף הוראות סעיף קטן (ב), רשאי המטפל להימנע ממסירת מידע רפואי מסויים למטופל, הנוגע למצבו הרפואי, אם אישרה ועדת אתיקה כי מסירתו עלולה לגרום נזק חמור לבריאותו הגופנית או הנפשית של המטופל.

14. אופן מתן הסכמה מדעת

- (א) הסכמה מדעת יכול שתהיה בכתב, בעל פה או בדרך של התנהגות.
- (ב) הסכמה מדעת לטיפול רפואי המנוי בתוספת תינתן במסמך בכתב, שיכלול את תמצית ההסבר שניתן למטופל.
- (ג) נזקק מטופל לטיפול רפואי המנוי בתוספת ונמנע ממנו לתת את הסכמתו מדעת בכתב, תינתן ההסכמה בפני שני עדים, ובלבד שדבר ההסכמה והעדויות יתועדו בכתב סמוך ככל האפשר לאחר מכן.
- (ד) במצב חירום רפואי, הסכמה מדעת לטיפול רפואי המנוי בתוספת יכול שתינתן בעל פה ובלבד שדבר ההסכמה יתועד בכתב סמוך ככל האפשר לאחר מכן."

ה. הסעיפים הללו הם "כל התורה כולה... על רגל אחת" (בבלי שבת ל"א, א'), וקריאה בהם מלמדת, כי המחוקק ניסה במלים קצרות לכלול את ראשי הפרקים ההכרחיים לעניין הסכמתו של החולה לטיפול. כפי שנראה, חברי השופט עמית פרס אמות מידה מורחבות, הבאות לבאר את קביעות המחוקק, וברובן אין עליהן מחלוקת. אך אל נשכח את העיקרים שהמחוקק הוא שקבעם; ושעל כן צריכה לטעמי העילה של הפרת חובה חקוקה לתפוס מקום כבוד בנידון דידן, יותר מבעבר, במטוטלת הנעה בינה לבין הרשלנות (דעתי המסתייגת מן השימוש בעילת התקיפה תוזכר בהמשך), וזאת אף שלא ננעלו, גם על-ידי המחוקק, דלתי עילות שאינן הפרת חובה חקוקה (ראו סעיף 29(א) לחוק זכויות החולה). הדבר אפשרי וראוי.

ו. נושא ההסכמה מדעת והגילוי הוא מן התחומים הדינמיים ברפואה. בשכבר הימים נודמן לי לכתוב:

"אבי אבות האתיקה הרפואית, היפוקרטס, הנחה את תלמידיו הצעירים להסתיר מחוליהם את האמת על מצבם. גישה זו, הידועה בשם 'האסכולה הפטרנליסטית', שהשלכות לה בתחומים שונים, אינה מקובלת עוד. התפיסה הפתוחה מחייבת אותנו בהענקת המידע הדרוש לחולה כדי שיוכל לקבל החלטות על גורל גופו, ובכך יממש את זכויותיו כאדם.

גישה קיצונית בכיוון ההפוך היא גישת 'האסכולה האינפורמטיבית', על-פיה הרופא מוסר את כל המידע לחולה וזה מקבל בעצמו את ההחלטה, ובתוך כך מקבל עליו את האחריות כולה. הגישה המקובלת כיום הוא 'אסכולת שיתוף הפעולה', מעין שביל זהב בין השתיים הללו. אסכולה זו רואה במערכת היחסים שבין רופא לחולה הסדר מעין-חוזי. הרופא אמור לספק מידע לצורך קבלת החלטה, ושני הצדדים אמורים לדון יחדיו באמצעי הריפוי הטוב ביותר.

מבחינה זו גברה, לעומת העבר, ההידברות בין הרופא לחולה; החולה אינו נתפס כיום כשותף פסיבי לתהליך הטיפול. כיום מודע החולה יותר ויותר לזכויותיו, ומבקש להיות שותף אקטיבי בקביעת סוג הטיפול ואופן הטיפול בו" ("על הרפואה ועולם המשפט בישראל" ספרי נתיבי ממשל ומשפט (תשס"ג-2003), 305, 308, פורסם לפני כן ב- המשפט ח' (תשס"ג) 279).

לכגון דא נדרש חברי המשנה לנשיא, ואף אם ישנה משרעת של גישות לגבי היחסים בין חולה לרופא, מקובל על הכל כי חלו שינויים באלה, לכיוון החולה; חבריי הביאו מדברי בע"א 8126/07 עזבון המנוחה ברוריה צבי נ' בית החולים ביקור חולים (לא פורסם) פסקה ז', ולא אחזור על כך.

ז. בנידון דידן הונחה לפני בראשונה חוות דעתו המאלפת של חברי השופט עמית. כפי שתיאר בה בהרחבה, המקורות המשפטיים לחובת הגילוי התפתחו והתגונו כחלוף השנים, לרבות בפסיקה ענפה בטרם חוק זכויות החולה ולאחריו. ביסודם של כל אלה מצוי לטעמי

"מיצויו של הכלל, 'דעלך סני לחברך לא תעביד', - 'מה שעליך שנוא אל תעשה לחברך', או במלים אחרות מיצויה של הגינות אנושית בסיסית. כפי שכל אחד מאתנו היה רוצה שינהגו בו, כך מתבקש הוא לנהוג בזולתו. אנו מצווים על כיבוד החולה וזכויותיו, ולא על ראייתו כאובייקט למדע הרפואה. שיחות עם החולה,

רגישות כלפיו, הבנת בעיותיו, הסברת הטיפול בו – מה מובן יותר מזה” (נתיבי ממשל ומשפט, 309).

ח. חברי השופט עמית, כידו הטובה, טרח והכין “מורה נבוכי הגילוי”, המתומצת בסיכומים שבחוות דעתו, בפסקאות 43, 53, ו-57, במבט כללי לשאלת חובת הגילוי, מעבר לתיק הספציפי שלפנינו. כפי שמציין הוא עצמו (פסקה 44), אף הכללים שניסח כעולים מן הפסיקה עד הנה - הגם שלדעתי הם מהוים מורה דרך ומצפן בעל חשיבות - אינם נותנים מענה ברור, ונותר חוסר ודאות בנושא היישומי. ואולם, כאמור, יתכן שזהו המירב האפשרי טרם בחינה קונקרטית של תיק פלוני. כשלעצמי סבורני, גם אם אין ניתן להרחיק לכת עד ל”פתרון בית ספר” של “כזה ראה וקדש” בכל רזולוציה בניסוח כללי הגילוי, כי “הרופא הסביר” - ודמות זו קיימת במישור המשפטי, בין אם היא משתקללת למשוואת הגילוי כפי שהציע חברי השופט עמית, בין אם לאו כגישת חברי המשנה לנשיא, ואדרש לכך להלן - צריך לשוות לנגד עיניו רשימת כללים מעין זו שהעלה חברי, ולבחון את דרכו על פיהם. זאת - בהיפגשו ב”חולה הסביר”, מושא הפסיקה. אך כיצד מפשטים את הדברים, כדי שהרופא הסביר לא יאבד את דרכו והחולה הסביר יוכל להבינה, וכיצד מכריעים בין העמדות בנושא “המבחן המרכזי”, ועל כולנה איפוא - הניתן להציג תמונת יער תחת מצבור של עצים?

ט. בע”א 2728/06 פלונית נ’ מרכז רפואי סורוקה (לא פורסם) נאמר בחוות דעתי, בהמשך לפסיקות שונות בעבר, כי בין גישות שונות לנושא הגילוי - שם אמנם בקשר לטענת גילוי מאוחר בגדרי התיישנות, אך בשינויים המחויבים תואמים הדברים גם לענייננו - הקו המחבר

“הוא, לדעתי, הצורך לבחון את נסיבותיו המיוחדות של המקרה. קו זה מתחייב במציאות אנושית מורכבת, מתוך ההנחה כי, מחד גיסא, אין אנו מבקשים ליצור יד איש ברעהו’ וחפצים אנו להותיר על כנו אמון בסיסי ברופא ובעשיית מלאכתו נאמנה; ומאידך גיסא בבני אדם עסקינן, בעומס ובשאר חולשות אנוש ומערכת, ומתוכן מקרי רשלנות. על כן נטל הגילוי על תובע פוטנציאלי ביחס לכלל הגילוי המאוחר ייבדק בכל מקרה לגופו, בגדרי העקרונות הכלליים ואין לטעת מסמרות... מלפני כעשוריים, זרמו מים רבים, וחזינו בתמורות שונות, מהן הנגישות המוגברת למידע... ומהן הגידול במספר תביעות הרשלנות הרפואית ושינוי היחס כלפיהן... לצד אלה, כך נדמה, עלתה גם נכונותם של רופאים לספק ‘חוות דעת נוספות’ ואף להעיד כנגד עמיתיהם בשאלות מקצועיות, ונצטמצמה התופעה שכונתה ‘קשר השתיקה’ בין רופאים, שהיתה נפוצה בעבר... מנגד, יצר לב’ האדם והמוסד, ויהא רופא או מוסד רפואי, שלא למחר

להודות בטעויות, לא השתנה. לכל אלה משמעות באשר לנטל המוטל על התובע הפוטנציאלי הרוצה להשעות את מירוץ ההתיישנות ולהוכיח כי לא ידע, ולא יכול היה לדעת בזהירות סבירה, על טיב הטיפול שניתן לו; הנטל תלוי בראש וראשונה בנסיבותיו המיוחדות."

דברים אלה אינם חדשים עמנו, אך חשוב להטעימם: בסופו של דבר לפנינו המקרה הספציפי. השקפתי כי זו ראשית ואחרית לא נשתנתה, ודומה כי גם חברי המשנה לנשיא מסכים לכך; הקטלוג שערך חברי השופט עמית עשוי בהחלט לסייע, תוך הסייגים שהציע הוא עצמו, אך בסופו של יום עומד הרופא מול החולה במקרה הספציפי.

על עילת התקיפה

י. בטרם אמשיך, אציין כי מקדמת דנא חשתי אי נוחות בייחוס עוולת התקיפה שבסעיף 23 בפקודת הנזיקין (נוסח חדש) לרופאים, ומעדיף אני בהחלט את הבסיסים העיוניים האחרים. עוד בשכבר הימים כתב השופט בנימין כהן בע"א 67/66 בר-חי נ' שטיינר, פ"ד כ(3) 230,232, כי

"עילת התקיפה הלזו אינה כמשמעה בלשון הדיוטות, כי איש אינו טוען שהרופאים התנפלו... אולם מבחינת הדין, ניתוח המכוון לטובת החולה גם הוא עשוי להיות בכלל תקיפה, כאשר החולה או הממונה עליו יכול להישאל להסכמתו ולא נשאל".

בהקדמה לספרם של השופט המנוח ד"ר עדי אזור ע"ה וד"ר אילנה נירנברג תבל"א רשלנות רפואית (מה' 2, תש"ס-2000) ציינתי (עמ' 9-10) מעבר למישור המשפטי:

"הנחת היסוד היא – דומה – כי רופא עושה מלאכתו אמונה; פשיטא שכוונתו היא לטפל בחולה כראוי ולא לפגוע בו. מונחי התקיפה המשמשים בחלק מן התביעות, ככל שהמדובר בהסכמה המודעת, הם לשון משפטית שאינה, לענייננו, לשון בני אדם. אדם מן היישוב, גם אם יקבול על כך שלחולה לא ניתנו הסברים ראויים או מלאים, לא יראה את הרופא כ'תוקף' את החולה".

ער אני להצעתו של המלומד אסף יעקב במאמרו "גילוי נאות והסכמה מדעת", עיוני משפט לא(3) (2209), 609 לשוב לשימוש נרחב יותר בעוולת התקיפה, וטעמיו עמו. אכן, דברים שובי לב, שהרי ניסוח סעיף 23(א) לפקודת הנזיקין (נוסח חדש) על פניו כמו "נתפר" למקרים רבים של רשלנות רפואית: "תקיפה היא שימוש בכוח מכל סוג שהוא, ובמתכוון, נגד גופו של אדם על-ידי אחר, בין במישרין ובין בעקיפין שלא

בהסכמת האדם או בהסכמתו שהושגה בתרמית". ואולם, דעת לנבון נקל כי לא לכך נוצר סעיף התקיפה בפקודת הנזיקין (עליו ראו בין השאר ג' טדסקי (עורך) דיני הנזיקין - תורת הנזיקין הכללית (מה' 2, תשל"ז) עמ' 128, שם נדרש פרופ' י' אנגלרד בין השאר למניעים השונים שיתכנו בעוולת תקיפה; הוא אינו מזכיר את הרופא - אך מזכיר "מפגן ידידות"). בעיני מוקשה מאוד הטלת כתם התקיפה ברופא, וכבר נדרשה לכך הפסיקה כפי שציין חברי; ראו דברי השופטת (כתארה אז) ביניש בע"א 2781/93 דעקה נ' בית החולים "כרמל", פ"ד נג(4) 526, 543-545; דברי ברע"א 1272/05 כרמי נ' סבג (לא פורסם) פסקה כ"ה (4); כן ראו מ' דויטש, פרשנות הקודכס האזרחי (2005), 110-111.

על המבחן לעניין הגילוי

יא. חברי השופט עמית מציע מבחן מחודש לעניין הגילוי, תחת "מבחן החולה הסביר" שנהג עד הנה, ואשר הוא רואה בו את הקושי של "ההתעלמות מנסיבותיו האישיות הייחודיות של המטופל המסוים, כאשר המבחן בפסיקה הוא מבחן אובייקטיבי בדמותו של החולה הסביר (אם כי, למרות הרטוריקה בה משתמש בית המשפט, במקרים מסוימים קיימת 'פזילה' לנסיבותיו של המטופל הספציפי)" (פסקה 49). קושי נוסף שרואה חברי קשור בפרקטיקה הרפואית, שגם לה יש לשיטתו ליתן ביטוי (פסקה 51). חברי מחדש איפוא מבחן המכונה בפיו "מבחן החולה המשולב בעיני הרופא הסביר", ולפיו (פסקה 50) "חובה לגלות למטופל מידע שהרופא יודע או צריך לדעת שייתפש כחשוב בעיני האדם הסביר במצבו של המטופל (המטופל 'המשולב' או 'המעורב') על מנת לקבל החלטה מושכלת לגבי הטיפול המוצע". ועדיין, גם לשיטתו, בסופו של יום (פסקה 53) יש כמובן לבחון כל מקרה לגופו, תוך כללי עזר מסוימים. חברי סבור, כי במבחן המוצע על ידיו יש - מחד גיסא - התחשבות בנתוני החולה המסוים, ומאידך גיסא - הכנסת הרופא הסביר למשוואה; והמבחן איפוא מרחיב ומצמצם כאחת את מבחן "החולה הסביר".

יב. בטרם אומר מה בעניין זה אציין - כהערה אישית - כי בדיכוטומיה המסוימת שמציג חברי השופט עמית בקרב דעות השופטים בעניין הגילוי הציבני חברי השופט עמית במידת מה בקוטב המצמצם, בעקבות ע"א 7756/07 גרטל נ' דן (לא פורסם). איני סבור כי כך ניתן לומר. אציין כי דעתי הבסיסית, כפי שהובעה שם, נוסחה כך (פסקה כ"ב):

"זכותו של מטופל לקבל מידע על מצבו הרפואי, שכאמור זכות ראשונה במעלה היא, מקימה למטופל זכות לקבל מידע רפואי מדויק ומלא על מצבו הרפואי ועל הסיכונים הרלבנטיים למצבו. לדידי, חובת היידוע

חזקה ביתר שאת עת מדובר במטופל אשר ניצב בפני פרוצדורה רפואית שעליו לעבור; או אז, על הרופא ליתן לו מידע מלא ומקיף על כל אחת מהאפשרויות העומדות בפניו על כל פרטיה ודקדוקיה, סיכוייה וסיכוייה. חובת היידוע בדבר סיכונים קיימת גם כאשר מדובר במטופל אשר מגיע לרופא במסגרת רפואה שגרתית (במובחן מטיפול במסגרת תהליך טיפולי, כאמור), כגון בעת בדיקות שגרתיות בהריון רגיל, שאז חובת היידוע קיימת כאשר לסיכונים רפואיים העשויים להיות רלבנטיים למצבו של המטופל; אך היא אינה מתפרסת עד כדי "עוקצי תאנים" של סיכונים רחוקים ובלתי רלבנטיים לו. יפים לעניין דברי השופט ג'ובראן בע"א 718/06 סתחי נ' מדינת ישראל (לא פורסם):

'לא ניתן לדרוש, לא כעניין של מדיניות ולא מתוך ההיגיון הסביר, כי בטרם יבוצע כל הליך רפואי שהוא יידרש הרופא המטפל לשטוח בפני המטופל את איך-ספור ההשלכות והתוצאות שעשויות להיות להליך, נדירות ככל שיהיו'."

ולהלן נאמר בעניין גרסטל:

"אחרי שאמרנו כל אלה, גבולות החובה אינם מדויקים עד תום והם נתונים לבחינה בכל מקרה לגופו. מורה הדרך הכללי הוא הניסיון המקצועי המצטבר והשכל הישר"

עוד אזכיר, כי גם בענין ברוריה צבי נאמר בחוות דעתי, בין השאר, "פטרוניות רפואית, ולוא גם מתוך מלוא הכוונות הטובות, מקומה לא יכירנה עוד". על כך ראוי לדידי לחזור שוב ושוב.

יג. אטעים, כי כשלעצמי לא ראיתי בשום מקרה את "מבחן החולה הסביר" כמנותק מן החולה הספציפי. למשל, בפרשת גרסטל עוגנה דעתי בכך, שעל פי ההתוויה הרפואית – ההמלצות המקצועיות – באותו מקרה לא היתה חובה לערוך בדיקה. לכן סברתי תחילה בנידון דידן, כי אולי ראוי לתמוך בדעתי של חברי, המציע את מבחן "החולה המשולב" (דומני שנכון היה יותר לכנותו – כחלופתו של חברי, אילו הלכנו לשיטתו, בשם ה"חולה המעורב", והוא היה נכון לכך). ואולם, לא תמיד החולה הוא "מעורב" או "משולב", וכמובן מקום שהמדובר בחולה "סביר" פירוש הדבר "סביר במצבו של החולה", קרי, אין כל חולה דומה למשנהו, ועל כן חשיבות הבחינה בכל מקרה לגופו. למשל, ברי כי במערך ההסבר לא הרי חולה נעדר השכלה כהרי חולה משכיל, לגבי כובד האחריות ההסברית המוטלת על הרופא, שהרי יש גם - כאמור - חולה שאינו מעורב או משולב. לשיטתי, ישנו בסיס "אוניברסלי" של הסברים שעל

רופא לתתם, והם ענייני היסוד הקשורים אם באבחנה ואם בטיפול, ואלה יינתנו לכל חולה באשר הוא בכל דרגת ידע והשכלה, בין מי שדברי הרופא בעיניו דברי אלהים חיים ובין מי שיריץ מייד לאינטרנט לבדוק אחרי הרופא. המשך מערך ההסברים תלוי בחולה הספציפי. היריהרתי תחילה ברעיון לקרוא למבחן הראוי "מבחן החולה הסביר והרופא הסביר, בנתוני המקרה". קרי, המידע שחולה סביר בנתוני המקרה מצפה לו, ושעל רופא סביר באותם נתונים ליתן אותו, לדעתי יש גם חשיבות רבה בהוריה שבכלל ו'2' בפרק ד' לכללי האתיקה של הרופאים שציטט השופט עמית, קרי, ש"הרופא יודא כי הסבריו הובנו כהלכה על-ידי המטופל", שראוי, ובחפץ לב, לצרף אותה לפסיקתנו הנורמטיבית; ואכן, בחלק שבו כווננו דבריו לצורך להביט אל החולה הספציפי גם בגדרי "החולה הסביר", הייתי מצטרף אליו, ודומני שכך גם המשנה לנשיא. אלא שהקושי הוא בתוספת, והיא במוקד המחלוקת, של הזזת נקודת הכובד אל עבר הפרקטיקה הרפואית. לכך יש כמובן סימוכין, מקום שרופא נוהג לפי הוריות משרד הבריאות, למשל; אך האם יש מקום לשרר מסר "אוניברסלי" ברוח זו? לא נעלתי את דלתי מחשבתי.

יד. אלא שאחר ההרהורים, שנטו בשינויים מסוימים לנוסחה רחבה יותר בכיוון זה, קראתי את חוות דעתו המקיפה של חברי המשנה לנשיא השופט ריבלין. אף היא כוללת סקירה רחבה של נושאי ההסכמה מדעת והגילוי וכן הפגיעה באוטונומיה. חוט השני בדברי המשנה לנשיא, והוא חלק ממורשתו בנושאי הנזיקין למיניהם בבית משפט זה, הוא ההדגשה כי בעולמנו דהיום המגמה היא לכיוון הפיכת החולה לשותף בקבלת ההחלטות הנוגעות לו, וכי ראוי שלא לקבוע הלכות המסיטות את המטוטלת הפסיקתית לכיוון הפחתת אחריותו של הרופא. לכך נתן ביטוי בשעתו בחוות דעתו בע"א 4960/04 טידי נ' קופת חולים (לא פורסם). המחלוקת המסוימת שבין חבריי, שרבה ההסכמה ביניהם, נוגעת איפוא כאמור, לשאלה האם יש לשקלל את רכיב "הרופא הסביר" לתוך נוסחת הגילוי, שהשופט עמית תומך בכך יחד עם הרחבת הגילוי לכיוון נתוני החולה הספציפי, ואילו המשנה לנשיא סבור, כי יש להסתפק במבחן הנוהג של החולה הסביר, וחושש הוא פן יש בשינוי כדי להפוך את המגמה המרחיבה את חובת הגילוי.

טו. לטעמי ישנם בכגון דא שני רבדים – רובד עקרוני עיוני ורובד קונקרטי מעשי. בגדר שני אלה ניתן לעניות דעתי לשלב בין העמדות שביטאו שני חברי. אכן, מעבר לנוסחאות הכלליות העקרוניות ישנה המציאות המעשית של המקרה הספציפי, שהשתדלתי בחוות דעתי כאן ובמקומות אחרים להטעים ולהדגיש אותו בכל לשון, והיא מקובלת על שניהם; שניהם סבורים כי יש להתחשב בספציפיות החולה. יש להניח גם, כי שניהם לא יבואו חשבון עם רופא הפועל לפי הוראות החוק ככתבן, כללי

האתיקה וחוזרי משרד הבריאות. דומני כי ההבדל העיוני בין גישותיהם הוא בשאלה, עד כמה מדובר ב"צדדים קרובים" (החולה והרופא) בצורת ההתייחסות המשפטית (גישת השופט עמית) או שישנו פער ביניהם והחולה הוא ה"חלש" (כגישת המשנה לנשיא). בסופו של יום בהקשר זה, עם שאיני מקל ראש בצורך לבחון את התנהגות הרופא על פי הסטנדרטים המקצועיים, בנושא הגילוי הוא מצוי בצד ה"יודע", ועל כן משקל הכובד עדיין מוטה כלפיו. זאת, עם שאיני סבור כי בעולם המעשה ההבדל גדול.

טז. ככל שהפכתי בדעתי נתעורר בי איפוא החשש, שמא אין זה רצוי, למצער לעת הזאת, לערוך שינויים בהגדרות העיוניות המחייבות, כדי שלא להטיל בלבול בעולם המשפט ובעולם הרפואה הנזקקת לו, בהחלטה בהרכב שלושה (ולא מורחב) וברוב דעות. דומני כי עדיף, בגדרי מדיניות משפטית, להישאר במבחן הקיים, בחינת "המוציא ממבחנו עליו הראיה". ולחששו של חברי השופט עמית שמא הרחיקה המטוטלת יתר על המידה לעבר זכויות החולים ורחקה מן הפרקטיקה הרפואית, אף אני אשיב, כי לשם כך הרי ייבחן כל מקרה לגופו, לרבות לעניין הפרקטיקה הרפואית, ומכל מקום - כאמור - החולה עודו "הצד החלש" במובן הידע, גם אם משתפים אותו בהכרעות על-ידי גילוי וביוצא בו; ראו לעניין מדיניות משפטית ויציבות בג"ץ 671/10 מקורות נ' טיברמן (לא פורסם) והאסמכתאות שם. איני יכול שלא להוסיף, כי גם איננו יודעים אל נכון מהי הפרקטיקה הרפואית הקיימת, והאם היא ראויה כדבעי מבחינה נורמטיבית, על פי משרד הבריאות כרגולטור או אף על פי גישת הממסד הרפואי; ראו גם נ' קרקו-אייל, דוקטרינת ההסכמה מדעת בחוק זכויות החולה, תשנ"ו-1996 (2008). 366-362. לא תמיד ולא בהכרח משקפת פרקטיקה את הנורמה, והדברים טעונים בירור.

יז. אכן, במישור הפרשנות לטכסט הנורמטיבי, הקורא את סעיף 13(ב) לחוק זכויות החולה, תשנ"ו-1996 אינו יכול לקבוע בבירור לאן מתייחסות המלים "מידע רפואי הדרוש באורח סביר" שבדיבור "לשם קבלת הסכמה מדעת ימסור המטפל למטופל מידע הרפואי הדרוש לו, באורח סביר, כדי לאפשר לו להחליט אם להסכים לטיפול המוצע". הצעת החוק (הצעות חוק תשנ"ב, 359, 362) היתה בנוסח "ימסור המטפל למטופל מידע רפואי באורח סביר כדי לאפשר למטופל להחליט", ולא היו דברי הסבר. אך ברי לטעמי מכל מקום כי הנוסח "הדרוש לו, באורח סביר" כוללות מרכיב אובייקטיבי ומרכיב סובייקטיבי גם יחד: "הדרוש לו" מפנה את אלומת האור אל החולה, קרי, "מה דרוש לחולה", ולדעתי בחולה הספציפי עסקינן, ובנוסף לו כמשאלתו, אך המלים "באורח סביר" מעמידות את התמונה גם באור אובייקטיבי, כלומר, לא באופן שגבולותיו פרוצים, אלא יש לבחון אובייקטיבית איזה מידע דרוש.

בדיון בכנסת בהצעת חוק זכויות החולה (י"ב באדר ב' תשנ"ב-17.3.92), אמרה חברת הכנסת שושנה ארבל-אלמוזלינו דברי הכנסת השתים עשרה, מושב רביעי, עמ' 3838):

"בחוק הזה אנחנו רוצים לחייב, שימסרו לו את המידע הדרוש על מחלתו וגם על דרכי הטיפול שצריכות להינקט. כל הליך כזה וכל הוצאה כזאת צריכים להתגבש יחד עם החולה. עד עכשיו סמכו על חוות-דעתם של הרופאים ואמרו: מה שהרופא יגיד, מה שהרופא יחליט, אני מוכן לקבל. מסתבר שאנחנו חיים בעידן אחר לגמרי, שאנשים יודעים יותר, שאנשים מבינים יותר, שאנשים קוראים ומתעניינים במחלה שהם חולים בה. לכן, התייעצות עם החולה על מחלתו ועל דרכי הטיפול שצריכות להינקט להחלטתו חייבת להיות מעוגנת בחוק."

יח. סוף דבר לעניין זה, יש להוקיר את חברי השופט עמית על המאמץ שעשה, ודומני כי הפרי שייצא מתחת ידינו צריך להיות "רשימת בחינה" (checklist) שתהא לנגד עיני כל רופא, ותכלול ביסודה את המבחנים והכללים שמנה חברי בסעיפים המסכמים 43, 53 ו-57, ולרבות "וידוא ההבנה" כאמור; אך המבחן של "החולה הסביר" יוותר לעת הזאת בעינו. הרופא הסביר ילמד רשימה זו ויישם אותה בנסיבות כל מקרה, וכמובן גם לשכל הישר מקום בינותינו, ובבוא הרופא הסביר לבדוק חולה סביר, יהיה הבסיס לגילוי הסבר בסיסי "אוניברסלי" ולצדו תוספות ספציפיות לפי החולה, רצונו ויכולותיו. וכאן נאמר, לא בלבד "לא הרי חולה שאינו משכיל כחולה משכיל בלבד", אלא גם לא הרי עניין רפואי בעל חשיבות פחותה לעומת פרוצדורה מסובכת שיש בה "סכנה", ולא הרי מצב שבו יש אפשרות טיפולית אחת למצב שבו יש מספר אפשרויות כאלה, הכללים ומבחני העזר ראויים ויפים, אך יישומם הקונקרטי למקרה נתון הוא האתגר, ולדידי החשוב הוא הדיאלוג בין הרופא לחולה, גם אם טרם הגענו למודל של "החלטה משותפת" - הקשב, האוזן הכרויה, בחינת מידותיו של שוכן שחקים "הרופא לשבורי לב ומחבש לעצבותם" (תהלים קמ"ז, ג'). בע"א 9656/03 עזבון מרציאנו נ' זינגר (לא פורסם), נזדמן לי לומר "... כשלעצמי סבורני שרופא משפחה, ואיני מדבר במקרה ספציפי זה דווקא - צריך שיקדיש זמן לשיחה עם החולה, כדי להגיע לתמונה כוללת של מצב בריאותו ומחושיו, זאת במיוחד במקרים של חולה שתלונותיו אינן חדלות" (פסקה כה(1)).

יט. חבריי - עם שיש ביניהם חילוקי דעות שונים באשר לנושא - הגיעו בשורה התחתונה לכלל מסקנה כי לעת הזאת תיראה האוטונומיה בראש וראשונה כראש נזק ואצטרף אליהם; כך גם סברתי בפרשת ברוריה צבי, וראו סיפת פסקה ח' לחוות דעתי. אך אוסיף, כי לטעמי כרוכה זכות החולה לקבל מידע ראוי באוטונומיה שלו,

ו"אינהרנטית בכבוד האדם של החולה" (שם, סיפת פסקה ז'). דיון מעבר לכך בתיק זה הוא מעבר לצורך.

הגילוי והמשפט העברי

כ. טרם חתימה, אדרש בתמצית לעמדת המשפט העברי בכגון דא. תפיסת ההסכמה מדעת אינה מצויה במשפט העברי הקלאסי, וכדברי פרופ' אברהם שטינברג, אנציקלופדיה הלכתית רפואית כרך ב' בערך "הסכמה מדעת" (עמ' 1, 22 ואילך), עסקינן במושג חדש, שאיננו תואם את השקפת ההלכה מיסודה - שכן ערך האוטונומיה עצמו מוגבל בה. כדבריו (עמ' 23), "לפי תפיסת ההלכה יש חיוב על הרופא לרפא ויש חיוב על החולה להתרפא. ועל כן כמעט שבטל כל היסוד הערכי שעליו מושתת עקרון ההסכמה מדעת. לפי ההלכה, דרך הטיפול, לעתים קרובות, איננה נקבעת על פי רצונו של החולה ובהסכמתו, אלא על פי המצב האובייקטיבי", וגם עקרון בעלות האדם על גופו אינו מקובל בהלכה באורח פשוטני; על כן כופים אותו לקבל תרופה משום "ונשמרתם לנפשותיכם" (דברים ד', ט"ו), ואחרת ברי כי זו "חסידות של שטות" (עמ' 25 והמקורות שם). לשיטת ההלכה, רק במקרים בודדים קובעת עמדת החולה לגבי סוג הטיפול, אף שניתן לה משקל לגבי אבחון המצב, כגון לעניין אכילה ביום כיפור (ואם החולה אומר צריך אני (לאכול) אפילו מאה רופאים אומרים אינו צריך שומעים לחולה" – שלחון ערוך אורח חיים תרי"ח, א', וזאת על יסוד דברי הפסוק "לב יודע מרת נפשו" (משלי י"ד, י') (עמ' 27); ואזכיר כשלעצמי את הפתגם היידי "אל תשאל את הרופא, שאל את החולה". עם זאת, ישנם מקרים שבהם נחוצה גם לפי עמדת ההלכה הסכמה, כגון אם יש ספק באשר ליעילות הטיפול או לסיבוכיו; "אך גם במקרים אלו אל לחולה לסמוך על דעתו אלא על דעת הרופאים וההלכה (עמ' 31); ראו גם שו"ת בנין אב מאת הראשון לציון הרב אליהו בקשי דורון, כרך א' סימן נ' (עמ' ר"כ-רכ"א), שלפיו לא דעת החולה קובעת, אף כי הרופאים ראוי שיזהרו שלא להיכנס לסיכונים שלא לצורך; וכן - מקדם - דברי הרב יעקב עמדין (גרמניה, המאה הי"ח) בספר מור וקציעה סימן שכ"ח. פרופ' שטינברג מסכם (עמ' 32) "שבעניינים רפואיים שאינם נוגדים את ההלכה, ואף אינם נוגעים לספק פיקוח נפש, יש מקום להתחשב בדעת החולה וליידע אותו לפי רצונו, שכן כך הוא המנהג כיום ויש בכך משום ואהבת לרעך כמוך ומשום ועשית הישר והטוב". רואים אנו איפוא התפתחות מסוימת גם בהקשר של עמדת ההלכה.

כא. בהמשך לכך וכפיתוח הדברים כותבת ד"ר עפרה גולן בספרה הסכמה מדעת לטיפול רפואי – חובת הגילוי באספקלריה של טובת החולה (תשס"ח-2008 בעמ' 203), כי הסכמה מדעת מחויבת במשפט העברי, אמנם במגבלות מסוימות לעומת התפיסה

המקובלת, והדברים מוצאים ביטוי כבר בדברי המשנה לנשיא אלון בפרשת ע"א 506/88 שפר נ' מדינת ישראל, פ"ד מ"ח(1) 87, המסכם התפתחויות בדורותינו:

"וכן הוא לענין הסכמת החולה לטיפול הרפואי. באופן עקרוני הטיפול הרפואי חובה הוא על הרופא ועל החולה, וחובה זו קיימת בראש ובראשונה כאשר הטיפול הרפואי בא להציל מסכנת מוות. פרט למקרים מיוחדים אלה של הצלה מסכנת מוות מיידית, נוספו לעקרון זה סייגים במקרים שונים, שהלכו ורכו בדורנו, שבהם דרושה הסכמת החולה, ואין לבצע טיפול רפואי בניגוד לרצונו. האוטונומיה של הפרט, מצויה היא במשפט העברי, במקרים רבים ומגוונים שעמדנו עליהם, שבהם דרושה הסכמתו של החולה לטיפול הרפואי ושבהם נתונה לו הסמכות לסרב לקבלת הטיפול הרפואי. כפי שראינו, מושג זה התפתח במידה רבה, בעולמה של הלכה דרך פסיקתם של פוסקים, עקב ומתוך ההתפתחות העצומה שחלה בדורותינו באמצעים העומדים לרשות מלאכת הרופא והרפואה, והתמודדותם של חכמי ההלכה עמהם. לעתים מזומנות יש שלא דעתו של הרופא קובעת בענין יסוריו של החולה אלא דעתו של החולה המטופל, שאסור 'לצערו בידים', וחשיבות רבה נודעת להשפעה שיש על החולה בעצם הטיפול שנעשה שלא בהסכמתו: 'שעצם מה שכך מכריחים אותו, יגרום לו סכנה'. כך דרכה של הלכה, שמתפתחת ויוצרת היא תוך כדי ובמהלך פסיקתה."

ניתן לעמוד על נושא ההסכמה גם בגדרי כבוד האדם (ראו גולן שם, 204), כדברי הרב עמנואל יעקובוביץ "The doctor's duty to heal and the patient's consent in the Jewish tradition" *in* Consent in Medicine (בעריכת Seller ו-Dunsten, 1983). מקור אפשרי אחר לעניין הסכמה מדעת הוא החובה של "ונשמרתם מאוד לנפשותיכם" (דברים ד', ט"ו) (גולן, עמ' 206-207, וראו המקורות שם ובמיוחד ספרו של B. Friedman, Duty and Healing. המחברת גולן מסכמת את גישתה בדברים אלה (עמ' 208):

"נראה אפוא, כי ברמה הקונספטואלית, ההבדל בין גישת המשפט העברי להסכמה מדעת לבין גישת הדין הישראלי הוא בכך שהמשפט העברי נותן משקל בהליך קבלת ההחלטה הטיפולית לא רק לכבוד המטופל אלא גם, ובמיוחד, לתוצאה הרפואית של ההחלטה. לעומת זאת, לפי הדין הישראלי "מרכז הכובד בהחלטה על ביצוע טיפול רפואי טמון בכיבוד זכויותיו של החולה כאדם – ובמיוחד הזכות לכבוד ולאוטונומיה, עליה עמדתי – ופחות בתוצאה הרפואית של החלטתו" (דברי השופט (כתארו אז) אור בעניין דעקה, עמ' 572).

כב. כללם של דברים: הגם שהמשפט העברי במתכונתו הקלאסית לא ראה ליתן מעמד לאוטונומיה של החולה והבליט את חובת הרופא לטפל ואת חובת החולה לקבל טיפול, בעידנים אלה הוצגו מקורות הלכתיים לגישה המרימה על נס, אם בשל האוטונומיה של הפרט, אם בשל כבוד הבריות ואם בשל חובת "ונשמרתם מאוד לנפשותיכם" - את הגילוי; ראו גם חוות דעת השופט דרורי בת"א (ירושלים) 3161/01 תלמסקי נ' מדינת ישראל (לא פורסם). סוף דבר, גישת ההסכמה קונה לה שביתה - כך נראה - בין פוסקי הלכה, ולא נאמרה מן הסתם מלה אחרונה.

סוף דבר

כג. סוף דבר, בתוצאת התיק דנא אין בינינו מחלוקת. גם הפערים שנפלו בין חברי אינם גדולים. באופן מעשי, לא צריך להתקיים פער בין מידע שעל רופא סביר למסור לזה שחולה סביר מבקש, והדבר מקרב בין עמדות חברי, שאינם חלוקים בנושא הדרישה הסובייקטיבית, וגישותיהם - הנעות בין רופא סביר לחולה סביר - קרובות מאוד זו לזו. מכל מקום, במחלוקת שנפלה באשר להגדרת הגילוי הנאות, אצטרף לעת הזאת לדעת המשנה לנשיא שלא לערוך שינויים, אך אף כאן לא נאמרה המלה האחרונה. ובעיקר אטעים: לאחר שלמד הרופא את "יער" העקרונות, ייבחן כדבעי "עץ" המקרה הספציפי.

ש ו פ ט

אשר על כן, הוחלט לדחות את הערעור ללא צו להוצאות.

ניתן היום, י"א באדר התשע"ב (5.3.2012).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

המשנה לנשיא