

בבית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 6153/97

בפני: כבוד השופט ד' דורנר
כבוד השופט י' טירקל
כבוד השופטת מ' נאור

המערער: יובל שטנדל

נ ג ד

המשיב: פרופ' יעקב שדה

ערעור על פסק-דין בית-המשפט המחוזי בתל-
אביב-יפו מיום 16.6.97 בת.א. 46/94 שניתן על-
ידי כבוד השופט י' זפט

תאריך הישיבה: כ"ט בתשרי תשס"ב (16.10.01)

בשם המערער: בעצמו

בשם המשיב: עו"ד יעל ארניה; עו"ד אסא לביא

פסק-דין

השופטת ד' דורנר:

העובדות, ההליכים והטענות

1. המערער סובל מאז נערותו מגידולי פוליפים באפו (Nasal Polyposis), הגורמים להצרת חללי האוויר במערות האף. הגם שליקוי זה לא הפריע למערער להשתתף בפעילות גופנית נמרצת בבית-הספר ובמהלך השירות הצבאי, עדיין גרמו הגידולים למערער אי-נוחות ולעיתים אף סבל של ממש. בשנת 1981, והוא אז כבן 23, פנה המערער למחלקת אף-אוזן-גרונ בבית-החולים הדסה עין-כרם. תחילה טופל המערער בטיפול שמרני שכלל נטילת סטרואידים ונוסידקס, ולאחר שלושה חודשי טיפול נעלמו הפוליפים. אך משהגידולים שבו

וגדלו מחדש, המליצו רופאיו של המערער על כריתת הפוליפים. בחודש פברואר 1982 נותח המערער בבית-החולים, אך כעבור מספר חודשים שבו הפוליפים וצמחו.

בסוף שנת 1986 פנה המערער למשיב, שיצא לו שם של מומחה בתחום מחלות אף-אוזן-גרון, והגיע למרפאתו הפרטית ברמת-השרון. המשיב המליץ למערער על ניתוח. המערער קיבל את ההמלצה, וזאת לאחר שהמשיב, ששמע מפי המערער כי הניתוח בבית-החולים הדסה גרם לו לסבל רב, עד כי היה עבורו סיוט, הניח את דעת המערער, כי בהיותו מומחה רב-מוניטין ינתח אותו ברמה אחרת לחלוטין וגבוהה בהרבה מזו שהמערער התנסה בה בבית-החולים הציבורי, ובאופן שהניתוח לא ייכשל כפי שאירע בפעם הקודמת.

המערער הוחתם על טופס הסכמה לניתוח של יישור מחיצת האף (ניתוח ספטום) ולניתוח הסינוסים האתמואידים (ניתוח אתמואידקטומי), שעליהם צומחים הפוליפים. ניתוח כריתת הפוליפים עצמם (פוליפקטומי) לא הוזכר בטופס.

2. בפועל, ביצע המשיב בנוסף לשלושת הניתוחים המוזכרים לעיל ניתוח של כריתת קונכיות האף (ניתוח מוקוטומי). לאחר ביקורת, שנערכה כעבור עשרה ימים, התיר המשיב למערער לחזור לפעילות גופנית. המערער חזר איפוא לשגרת חייו, שכללה פעילות ספורטיבית.

אלא שאז סבל משלושה התקפים של דימומים. בהתקף הראשון הדימום לא היה מאסיבי. המערער טופל בחדר-המיון של בית-החולים שערי-צדק בירושלים בתחבושות, וכן קיבל עירוי נוזלים. הדימום פסק, ולמחרת היום המערער שוחרר לביתו. כעבור שבוע סבל המערער בשנית מדימום, שהפעם היה כבד. המערער שב ופנה לבית-חולים שערי-צדק. אלא ששם לא הצליחו לעצור את הדימום, והמערער הופנה לבית-חולים הדסה בירושלים, שבו אושפז למשך שבעה ימים, שבמהלכם נזקק לעירוי של שתי מנות דם. הדימום נעצר באמצעות תחבושת פתילים, והמערער טופל באנטיביוטיקה בשל זיהום שנתגלה סביב התחבושת. לאחר-מכן שוחרר המערער לביתו, תוך שנצטווה לנוח במשך עשרה ימים. ברם, מייד לאחר ששוחרר לביתו, סבל המערער מהתקף שלישי של דימום כבד. הוא הובהל לבית-החולים הדסה והפעם אושפז למשך 13 ימים. שוב נזקק המערער לעירוי דם - הפעם של ארבע מנות - והדימום נעצר באמצעות תחבושות פתילים. המערער טופל באנטיביוטיקה, ואילו הפוליפים חזרו וצמחו.

בשנת 1990 נעלמו הפוליפים לאחר טיפול שמרני בסטרואידים, אך לאחר זמן שבו הפוליפים וצמחו. המערער, בסופה של הדרך, נותר איפוא עם הפוליפים באפו.

3. בשנת 1994 הגיש המערער לבית-המשפט המחוזי בירושלים תביעת פיצויים נגד המשיב. בגדר התביעה דרש המערער מן המשיב לפצותו, בטענה כי הדימומים הם תוצאה של טיפול רשלני, וכי, על-כל-פנים, בוצעה כלפי המערער עוולה של תקיפה, וזאת מכיוון שהמערער לא נתן את הסכמתו לניתוח שבוצע. לחלופין נטען בכתב-התביעה, כי הסכמת המערער לא ניתנה מדעת, שכן המשיב לא הסביר למערער כי הניתוח, גם אם מבוצע הוא כהלכה, עשוי לגרום לדימומים.

המשיב התגונן בטענה, כי לא סטה מן הניתוח שעליו הוסכם, כי הניתוח בוצע כהלכה, וכי המערער קיבל את ההסבר הדרוש. הסבר זה אומנם לא התייחס לאפשרות הדימום שממנו סבל המערער - שלדעת המשיב לא היה קשור כלל לניתוח - אלא שדימום המתרחש עשרה ימים לאחר ניתוח הוא כה נדיר עד שלא היה מקום להזכירו.

4. במשפט העידו המערער והמשיב, וכל אחד מהם מסר את הגירסה שפורטה בכתב טענותיו. המערער מסר בתצהיר עדות ראשית - ועל עניין זה לא נשאל בחקירה-שכנגד - כי אילו היה המשיב מסביר לו את הסיכונים והסיבוכים הכרוכים בניתוח, לא היה מסכים לעבור את הניתוח, בעיקר על רקע הניתוח הקודם.

כן העידו במשפט ד"ר איתן יניב מטעם המערער וד"ר שמואל סגל מטעם המשיב. ד"ר יניב, הגם שהביע דעה כי סביר היה יותר לטפל במערער בטיפול שמרני וכי טיפול כזה לא הצליח בשנת 1990 משום הצלקות שהותיר הניתוח שביצע המשיב, הסכים כי הניתוח בוצע בשיטות שהיו מקובלות בשנת 1987. עם זאת הסביר ד"ר יניב, כי סיכויי ההצלחה של ניתוחים להסרת פוליפים הינם נמוכים יחסית, ועומדים על כ-40% אחוזים, ואילו סיכויי ניתוח המערער היו אף נמוכים מן הממוצע, לאור ההיסטוריה הרפואית שלו. באשר לאפשרות הדימום ציין ד"ר יניב, כי מדובר בסיבוך מקובל בניתוחי פוליפים, שאף עולה כאשר מבוצע ניתוח לכריתת קונכיות האף. אלא, שדימום מאוחר הוא נדיר יותר והסיכון להתרחשותו עומד על 0.5%.

אף ד"ר סגל עמד על סיכויי ההצלחה הנמוכים של ניתוח הפוליפים, וכינה פרוצדורה זו "ניתוח של ניסיון לסילוק הפוליפים". אלא שד"ר סגל טען, כי הוא עצמו בפרקטיקה שלו מעולם לא נתקל בדימום מאוחר, ולכן מאמין הוא כי התקפי הדימום שמהם סבל המערער לא היו קשורים לניתוח.

5. בית-המשפט המחוזי (השופט יהודה זפט), הגם שלא דחה את עדותו של ד"ר סגל, הסתמך על עדותו של ד"ר יניב, ועל-פיה קבע, כי טענת ההתרשלות לא הוכחה. בית-המשפט המחוזי הסביר, כי אף לפי

עדות ד"ר יניב בוצע הניתוח כהלכה, ומכיוון שדימום מאוחר הוא אף לדעת ד"ר יניב סיבוך נדיר, לא היה מקום להזהיר את המערער מפניו. כן קבע בית-המשפט, על-יסוד אמון שנתן במשיב, כי תוכנית הניתוח הוסברה למערער בכל הנוגע לכריתת הפוליפים והסינוסים שעליהם הם צומחים. לעומת זאת, דחה בית-המשפט המחוזי את עדות המשיב, כי המערער קיבל הסבר מלא הן על ניתוח זה והן על ניתוח יישור מחיצת האף. המשיב העיד כך למרות שלא זכר מדוע החליט לבצע גם ניתוח של כריתת קונכיות האף. בהסתמכו בעניין זה על עדות המערער קבע בית-המשפט המחוזי, כי המערער לא ידע שהניתוח יכלול גם כריתה של קונכיות האף, המגדילה את הסיכוי לדימום, ואילו על הניתוח ליישור מחיצת האף נודע למערער רק מפי אשת המשיב, ששימשה כמזכירתו, כאשר הגיע למרפאה על-מנת למסור תוצאות של בדיקות שעבר לקראת הניתוח. כך שגם על ניתוח זה לא קיבל הסבר. בית-המשפט אף הוסיף וקבע, כי סביר להניח שהתקפי הדימום קשורים לניתוח.

תשתית עובדתית זו בחן בית-המשפט באספקלריה של עוולות התקיפה וההתרשלות, ומצא כי אין היא מבססת אף אחת מעוולות אלו. לעוולת התקיפה לא מצא בית-המשפט המחוזי יסוד, לאחר שקבע, כי הואיל והמערער הסכים לניתוח שמטרתו הרחבת מערות האף, הרי שמכללא הסכים לכריתת קונכיות האף, שנדרשה להשגת מטרה זו, ולא-כל-שכן, לניתוח יישור מחיצת האף, שעליו נמסר לו מפי אשת המשיב, מבלי שדרש הסבר נוסף. בית-המשפט אף קבע, כי אי-מתן הסבר באשר לדימומים אפשריים לא היווה התרשלות, שכן בהיות הדימום סיבוך נדיר, המשיב לא היה חייב לצפות אפשרות של דימומים ולהזהיר את המערער מפניה. התביעה נדחתה איפוא.

6. בערעור חזר המערער על הטענות אשר נדחו על-ידי בית-המשפט המחוזי בדבר טיפולו הרשלני של המשיב בביצוע הניתוח. ברם, טענתו המרכזית של המערער הייתה, כי בית-המשפט המחוזי טעה בקביעתו כי הוכחה הסכמה מכללא לניתוח כריתת קונכיות האף, ובמסקנתו כי לנוכח הנדירות שבדימום המאוחר אין בליקויים במסירת המידע באשר לניתוח יישור מחיצת האף, ובמיוחד באשר לניתוח כריתת קונכיות האף, כדי להקים אחריות בניזקין. המערער הטעים בטיעונו, כי אילו היה מוזהר על אפשרות דימום אף בשיעור של 0.5%, לא היה מסכים לניתוח.

המשיב, מצידו, תמך את יתדותיו בנימוקי פסק-דינו של בית-המשפט המחוזי, בהדגישו שהוא לא היה חייב להזהיר את המערער בדבר אפשרות של דימום שיתרחש עשרה ימים לאחר הניתוח, שהוא סיבוך נדיר ביותר, שאף חלף מבלי לגרום כל נזק.

7. לנוכח ממצאיו העובדתיים של בית-המשפט המחוזי, המעוגנים בחוות-דעתו של ד"ר יניב, יש לדחות את טענת המערער בדבר טיפול רשלני של המשיב, בין בעת הניתוח ובין לאחריו. שונה דינה של טענת המערער, הנסמכת על קביעת בית-המשפט המחוזי, שלפיה לא הוזהר מפני אפשרות דימום, ולא ידע ואף לא קיבל הסבר כלשהו על ניתוח כריתת קונכיית האף, המגדיל את הסיכון לדימום.

טענה זו מעוררת ארבע שאלות. ראשית, מהי ההסכמה מדעת שעל רופא לקבל ממוטפל לצורך ביצוע טיפול רפואי. שנית, מהו היקפה של חובת הגילוי של רופא כלפי מטופל. שלישית, מהו הסיווג הנכון של הפרת חובת הגילוי. ורביעית, מהו טיבו של הקשר הסיבתי הדרוש בין הפרת חובת הגילוי לבין הסכמת המטופל לקבל את הטיפול. אדון בשאלות אלה כסידרן.

הסכמה מדעת

8. אין חולקים על כך שרופא חייב 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 הסכמתו מדעת, כלומר, לאחר קבלת המידע הרפואי הדרוש מן הרופא. חובה זו אינה מוחלטת, ובמקרים קיצוניים אין דרישה לקבל הסכמה מן המטופל נוכח מצבו הנפשי או הפיזי או אם הגילוי עשוי לגרום לו לנזק של ממש. אף אין דרישה לקבלת הסכמת המטופל לטיפול מסוים, אם תוך כדי טיפול מוסכם אחר מתעורר צורך, שלא היה סביר לצפותו מראש, בטיפול המסוים כטיפול נוסף. אך זאת, רק אם הטיפול הנוסף דרוש למניעת סכנה חמורה למטופל, או, למצער, אינו מעמיד את המטופל בסיכונים נוספים על הסיכונים שעליהם נמסר לו.

אך אלו המקרים היוצאים מן הכלל. שכן, מטבע הדברים, טיפול נוסף משנה את המאזן של סיכויים כנגד סיכונים, שאותו שוקל כל מטופל לצורך קבלת החלטה על הסכמה לקבל את הטיפול שהוצע לו. גישה מרחיבה, הגוזרת הסכמה מכללל של המטופל לכל טיפול שלדעת הרופא דרוש להשגת מטרת הריפוי, תשלול למעשה את חובת גילוי המידע המוטלת על הרופא. יתרה מזו: זכותו של המטופל לאוטונומיה על גופו מזכה אותו לקבל מידע על הסיכויים והסיכונים של הטיפול הנוסף גם אם הסיכונים שבטיפול זה אינם שונים במהותם מאלו שבטיפול שלגביו כבר נתן המטופל את הסכמתו.

החריג המשחרר את הרופא מחובת גילוי המידע בעניין הטיפול הנוסף - על בסיס הסכמת המטופל לטיפול המקורי - מותנה איפוא בכך שהטיפול הנוסף לא היה צפוי באופן סביר. עמד על-כך הנשיא מאיר שמגר:

ההנמקה ... שבית המשפט קמא נשען עליה, מושתתת על התיזה, שלפיה, אם ניתנה הסכמה לטיפול רפואי אשר נועד למטרה מסוימת ... מקופלת בהסכמה זו גם הסכמה לשלב בטיפול המתוכנן טיפולים דומים לו, מבחינת מטרתם ומהותם. בהנחה שהסכמת החולה לטיפול המקורי התבססה על מידע מלא בדבר הפרמטרים המהותיים הכרוכים בטיפול, כגון הסיכונים והסיכויים הכרוכים בו, ניתן להניח, לפי קו מחשבה זה, כי החולה היה מסכים גם לטיפול הנוסף, אשר אינו שונה במהותו מן הטיפול המוצע.

...
הלכה למעשה יש בגישה האמורה כדי להוביל למצב בו הרופא יחליט עבור החולה אילו טיפולים יבוצעו בו, מבלי ליידע את החולה על דבר ביצועם, למרות שאין כל מניעה, טיפולית או אחרת, למסור לחולה מידע על אותם טיפולים. מצב כזה אינו רצוי, בהיעדר נסיבות מיוחדות (כגון, סכנה הנשקפת לחולה אם יתעכבו למסור לו המידע המלא).

[ע"א 3108/91 רייבי נ' וייגל, פ"ד מז(2) 497 (להלן: ע"א רייבי), בע' 510]

ואכן, הכרה בהסכמה מכללא של מטופל להפעלת שיקול-דעת על-ידי רופא הסוטה מתוכנית הטיפול המוסכמת, שהתקבלה בהשראת המשפט האמריקני, מושתתת על ההנחה, כי המטופל לא היה מסוגל לתת הסכמה בפועל. ראו *Millard v. Nagle*, 587 A.2d 10, 16 (Pa. Super. 1991); *Kennedy v. Parrot*, 90 S.E.2d 754 (N.C. 1956). פסיקתנו אף החמירה עם המבקשים להסיק הסכמה מכללא שכזו, בקובעה כי חריג זה יחול רק לגבי טיפול שהיה בלתי צפוי, ואשר אינו מגדיל את הסיכון לסיבוכים, אלא אם הטיפול חיוני להצלת חיים. ראו דברי הנשיא שמגר בע"א רייבי, שם בע' 509. כדברי השופטת דורית ביניש:

ככל שהניתוח או הטיפול אינו מיועד למנוע סכנה מיידית, וככל שניתן לדחות את הטיפול בלי להחמיר את המצב, כדי שהחולה יוכל לגבש את הסכמתו כשהמידע הרלוונטי בידיעתו, כך חובת הגילוי של הרופא רחבה יותר.

[ע"א 2781/93 דעקה נ' בית-החולים "כרמל", חיפה, פ"ד נג(4) 526 (להלן: ע"א דעקה), בע' 548-549].

על-כן נפסק, כי על מנתח שהחליט תוך כדי הניתוח לשנות את התוכנית בדרך המגדילה את הסיכונים מוטל היה "להפסיק את הניתוח" כדי לשקול דרך טיפול אלטרנטיבית אפשרית, ואף להזהיר את המטופל מפני הסיכונים של הניתוח הנוסף. ראו ע"א 253/85 קופת חולים של ההסתדרות הכללית של העובדים בארץ ישראל נ' עמיאל (לא פורסם; ניתן בתאריך 20.9.87).

9. 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 צרכי המטופל כאדם סביר. עמדתי על כך באחת הפרשות:

המבחן למידע שחובה למסור למטופל אינו איפוא 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.
 [ע"א 434/94 ברמן נ' מור - המכון למידע רפואי בע"מ, פ"ד נא(4) 205 (להלן: ע"א ברמן), בע' 214]

בעניין זה הוסיפה השופטת ביניש:

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. החתמת המטופל על טופס ההסכמה אינה כשלעצמה תנאי מספיק לקיומה של "הסכמה מדעת".
 [ע"א דעקה, שם בע' 548].

אכן, הכלל הוא, כדברי הנשיא שמגר, כי "יש לגלות לחולה את כל הסיכונים אשר אדם סביר היה מייחס להם חשיבות בהחלטתו להסכים לביצוע הטיפול (ע"א רייבי, שם בע' 509).

10. כיום, חובת הגילוי, לרבות היקף החובה והחריגים לה, מעוגנים בחוק זכויות החולה, תשנ"ו 1996- (להלן: חוק זכויות החולה). חוק זה, הגם שאינו חל על הניתוח בענייננו שבוצע לפני שנחקק החוק משקף עקרונות שהתגבשו בפסיקה עוד קודם לכן. בחוק זכויות החולה, בכפיפות לחריגים המפורטים בו, נאסר על מתן טיפול רפואי ללא הסכמה מפורשת - ככלל, בכתב, ובמקרי חירום בעל-פה או בהתנהגות, ואף זאת בתנאי שדבר ההסכמה יתועד, ככל האפשר, בסמוך לאחר מעשה. ראו סעיפים 13(א), 14, ו-15 לחוק זכויות החולה.

עולה מן המקובץ, כי להוציא מקרים חריגים המתייחסים לטיפול דרוש בלתי-צפוי, נדרשת הסכמה מפורשת ומדעת של החולה לכל טיפול וטיפול.

היקף חובת הגילוי

11. מהם פרטי המידע הנדרשים על-ידי מטופל לגיבוש הסכמה מדעת? סעיף 13(ב) לחוק זכויות החולה מפרט פרטי מידע המהווים אינדיקציה לתוכנו של מבחן צרכי המטופל שנקבע בפסיקה. וכך נקבע בסעיף:

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.

ואכן, הסכמה מדעת לטיפול מבוססת על שקלול של חיוניות הטיפול וסיכויי הצלחתו, מצד אחד, עם תדירות הסיבוך האפשרי ומידת חומרתו, מצד שני. זהו מאזן הסיכויים והסיכונים. לדוגמה, סביר שמטופל יסכים לטיפול הרפואי היחיד האפשרי להצלת חייו, גם אם הסיבוך האפשרי עקב הטיפול הוא חמור ואף תדיר. כן סביר הוא, כי המטופל יתנגד לקבלת טיפול רפואי לצורך רפיון ליקוי שאפשר להמשיך ולחיות עימו כאשר סיכויי הצלחת הטיפול אינם ודאיים, גם אם הסיבוך האפשרי אינו שכיח ודרגת חומרתו נמוכה. הזיקה בין פרטי המידע הרלוואנטיים מגדירה את היקף הגילוי הנדרש, ומחייבת מתן מידע מלא על סיכויי ההצלחה. ככל שהטיפול אינו חיוני, כך כוללת חובת הגילוי מתן מידע מפורט יותר. ראו והשוו דוד קרצ'מר, "תקיפה וכליאת שוא", **דיני הנזיקין - העוולות השונות** (בעריכת גד טדסקי, תשמ"א), 13-14.

12. ההסבר הנדרש לקבלת הסכמה מדעת לניתוח אלקטיבי - שאף בלעדיו ניתן לנהל אורח-חיים רגיל - נכלל ברף העליון של חובת הגילוי, והוא כולל, בנוסף להתייחסות לסיכויי ההצלחה, גם מתן אזהרה מפני הסיבוכים האפשריים. זאת, גם אם סיבוכים אלו נדירים.

דרישה נרחבת זאת מתחייבת במיוחד בתקופתנו, שבה מתפתחת רפואה פרטית המציעה לציבור הרחב - אם בדרך ישירה באמצעות פרסומים, ואם בעקיפין, בהסתמך על מוניטין של רופא המקיים מרפאה פרטית - ניתוחים אלקטיביים למיניהם, כגון ניתוחים לשיפור הראייה באמצעות לייזר. ניתוחים אלו מיועדים לשפר את איכות החיים של המטופלים, אך מטבע הדברים יש בהם אף סיכונים, שאותם יש לגלות לחולים.

הסיווג של הפרת חובת הגילוי

13. מתן טיפול רפואי ללא קבלת הסכמה כלל, או ללא קבלת הסכמה מדעת, הכרוך בהפרה של הרופא את חובת הגילוי המוטלת עליו, מהווה הן עוולה של תקיפה והן עוולה של התרשלות. זאת גם אם לא מוכח הקשר הסיבתי בין הפרת החובה לבין מתן ההסכמה.

בפסיקתנו הוכרה, בהשראת המשפט המקובל האנגלי, עוולה של תקיפה בשל טיפול רפואי שניתן ללא הסכמה מדעת. עוולה זו מזכה את המטופל בפיצויים בגין נזק שנגרם לו כתוצאה מן הטיפול הרפואי. כדברי השופט בנימין כהן, "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, בע' 232). הסביר השופט דב לוין:

אם לא הוסברו ל[מטופל] הסיכונים, כי אז ההסכמה חסרת נפקות והבדיקה תיחשב כמעשה תקיפה המהווה עוולה בנזיקין.
[ע"א 560/84 נחמן נ' קופת החולים של הסתדרות העובדים בארץ ישראל, פ"ד מ(2) 384, בע' 387]

עוולת תקיפה, המבוצעת בדרך הנ"ל, מזכה בפיצויים גם אם לא הוכח כי המטופל לא היה נותן את הסכמתו לו הוזרה מפני הסיכונים. ראו ע"א רייבי, שם בע' 509-510.

14. חובת הגילוי היא אף רכיב של חובת הזהירות שחב רופא למטופלו. מכאן, שהפרת חובה זו מהווה גם עוולה של התרשלות. כדברי השופט אליהו מצא:

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 ... [חובה זו] 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, בע' 182]

ראו גם עמוס שפירא, "הסכמה מדעת לטיפול רפואי - הדין המצוי והרצוי", עיוני משפט יד (תשמ"ט) 225, בע' 231.

15. במהלך השנים חל שינוי, בעיקר במשפט האמריקני, בהתייחסות לעוולה של תקיפה בשל הפרת רופא את חובת הגילוי המוטלת עליו. חיוב על-פי עוולת התקיפה צומצם רק למקרים קיצוניים שבהם לא הייתה הסכמה כלל מצד המטופל לקבלת הטיפול הרפואי. ואילו במקרים שבהם הופרה חובת הגילוי, כלומר, לא נמסר לחולה מידע מספיק, החליפה עוולת הרשלנות את עוולת התקיפה. ראו *Scott v. Bradford*, 606 P.2d 554, וראו *557 (Ok. 1979); Trogun v. Fruchtman*, 58 Wis. 2d 569, 596-98 (1973); Prosser & Keeton, *The Law of Torts* § 32 (5th ed. 1984).

בפסיקתנו, היחס בין עוולת התקיפה לבין עוולת הרשלנות טרם הוכרע, אך בספרות המשפטית הוצבע על הצורך בהחלפת עוולת התקיפה - המשקפת התנהגות אנטי-חברתית - בעוולת רשלנות, שנטען כי היא המבטאת נכונה את מעשה הנזיקין של הפרת חובת הגילוי על-ידי הרופא המטפל. ראו למשל, Izhak Englard, *The Philosophy of Tort Law* (1993), 162; שפירא, שם בע' 235-236. בע"א דעקה, שם בע' 547, אף הביעה השופטת ביניש את הדעה, כי מן הראוי שעוולת התקיפה תיוחד רק לאותם מקרים שבהם ניתן הטיפול הרפואי בניגוד לרצונו המפורש של המטופל.

16. יהיה דבר זה אשר יהיה, בע"א דעקה, עצם הפגיעה באוטונומיה של האדם, בשל הפרת חובת הגילוי, הוכרה כמעשה רשלני המזכה בפיצויים בשל עוגמת-נפש. הסביר זאת השופט תאודור אור:

יש לראות גם בפגיעה בכבודו של אדם ובזכותו לאוטונומיה, הטבועה בביצוע פרוצדורה רפואית בגופו שלא בהסכמתו המודעת, משום נזק בר-פיצוי בדיני הנזיקין.

...

השיקולים במקרים מן הסוג שבפנינו תומכים במסקנה כי יש להכיר בזכותו של הנזוק לפיצוי על נזק לא ממוני שנגרם לו. אין חולק, כי המזיק - מי שאחראי למתן טיפול - יכול לצפות, כעניין שבעובדה, את הנזקים הכרוכים בעצם הפגיעה בזכותו היסודית של החולה לאוטונומיה אם לא יינתן לו המידע הנחוץ לו לצורך הכרעה אם לקבל טיפול.

...

יש מקום להכיר בחובה לפצות את החולה על פגיעה זו. אכן, 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.

[ע"א דעקה, שם בע' 574, 576 ו-581].

הפיצוי בגין פגיעה בזכות לאוטונומיה בלבד, במקום שלא הוכח קשר סיבתי בין הפרת חובת הגילוי לבין מתן ההסכמה לטיפול הרפואי, הוא נמוך יחסית. שכן, הוא ניתן אך בשל עוגמת-הנפש שנגרמה למטופל, ועל-יסוד אומדנה המתבססת על חומרת הפגיעה באוטונומיה שלו. כך, בע"א דעקה, שבו נמסר לחולה על ניתוח שבכוונת הרופאים לבצע בה רק כאשר הייתה בחדר-הניתוח לצורך ניתוח ברגלה וכשהיא נתונה תחת השפעת תרופות מטשטשות - נפסקו פיצויים בסך 15,000 ש"ח בלבד.

מנגד, במקום שמוכח כי המטופל לא היה נותן את הסכמתו לקבלת הטיפול שגרם לו לנזק אילו קיבל את המידע הדרוש, זכאי הוא לפיצוי בגין כל רכיבי הנזק שנגרמו לו כתוצאה מאותו טיפול. ראו ע"א ברמן, שם בע' 215; ע"א דעקה, שם בע' 582.

הקשר הסיבתי

17. הקשר הסיבתי בהתרשלות הינו אך קשר סיבתי עובדתי. שכן, כידוע, אחריותו של מזיק בעוולה של התרשלות, שגרמת הנזק בעטייה היא אחת מיסודות העוולה, מותנית בהיות הנזק צפוי. ראו סעיף 36 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש]; יצחק אנגלרד, "יסודות האחריות בנזיקין", **דיני הנזיקין - תורת הנזיקין הכללית** (בעריכת גד טדסקי, מהדורה שניה, תשל"ז) 119, בע' 160.

בענייננו, היקף חובת הגילוי משקף את ההנחה, כי המזיק, הרופא המטפל, חייב היה לצפות כי המטופל עשוי היה שלא לתת את הסכמתו לטיפול הרפואי המוצע אילו קיבל המטופל את המידע הדרוש לגיבוש החלטתו. על-כן, הרופא עצמו יהיה אחראי לנזק שייגרם כתוצאה מאותו טיפול שבוצע ללא הסכמה מדעת של המטופל. ואילו הקשר הסיבתי המשפטי בין האשם לבין הנזק מתקיים כאשר המעוול יכול היה לצפות כי כתוצאה ממעשהו ייגרם נזק. קיימת איפוא חפיפה בין הציפיות לנזק בה מותנית עצם האחריות לבין הציפיות שבה מותנה קיומו של הקשר הסיבתי המשפטי.

18. הקשר הסיבתי העובדתי מתמצה בדרישה להוכחה על-פי מאזן ההסתברויות, כי התובע המטופל לא היה מסכים לטיפול אילו נמסר לו המידע הדרוש. זהו מצב היפותטי, שהוכחתו אינה פשוטה. בפסיקה הובעה דעה, כי כאשר לא ניתן להכריע בשאלה זו על-יסוד מאזן ההסתברויות, תיקבע מידת האחריות, ובעקבות זאת ייפסק שיעור הנזק היחסי, על-יסוד הערכת שיעור הסיכוי לקיומו של הקשר הסיבתי. ראו דעת השופטות ביניש וטובה שטרסברג-כהן בע"א **דעקה**, שם בע' 552 ו-597. דעה זו הושארה בצריך-עיון על-ידי שופטי הרוב בע"א **דעקה**, שבו ניתן היה להכריע על-פי מאזן ההסתברויות. אף במקרה שלפנינו לא נדרשת הכרעה בשאלה זו.

מן הכלל אל הפרט

19. כאמור, בית-המשפט המחוזי קבע שהמשיב לא סיפר למערער על כוונתו לבצע ניתוח לכריתת קונכיות האף, וממילא לא קיבל הסכמה לניתוח זה. המשיב אף הודה, כאשר טען כי סיפר למערער על ניתוח זה, כי מלכתחילה החליט לבצעו. כלומר, ניתוח כריתת קונכיות האף היה צפוי. מכאן, שבית-המשפט המחוזי טעה בהחילו על המקרה את דוקטרינת ההסכמה מכללא. אף ממצאו של בית-המשפט המחוזי בדבר אי-מתן הסבר לניתוח יישור מחיצת האף, שעליו נודע למערער באקראי מפי אשת המשיב, מוביל למסקנה כי גם לגבי רכיב זה של הניתוח לא ניתנה הסכמה מדעת.

על רקע זה, הודאת המשיב כי לא הזהיר את המערער מפני התקפי דימום בשל נדירותו של סיבוך זה, התומכת בעדות המערער שסיפר כי אומנם לא הזהר מפני הסיבוך, מובילה למסקנה שהמשיב הפר את חובת הגילוי. שכן, הניתוח שהציע המשיב למערער לא היה חיוני. כאמור, הפולטיפים לא הפריעו למערער בתפקודו היומיומי, ואף לא מנעו ממנו לעסוק בפעילות גופנית. הימצאות הפולטיפים גרמה למערער אך לאי-נחות. מטרת הניתוח הייתה איפוא לשפר את איכות חייו של המערער בלבד. אם אוסיף לכך את סיכויי ההצלחה הנמוכים של הניתוח, שהוגדר על-ידי ד"ר סגל, המומחה מטעם המשיב, כ"ניסיון" לסילוק הפולטיפים, הרי שעל המשיב הייתה מוטלת חובה להזהיר את המערער לא רק על אפשרות בשיעור של 0.5% של דימום כבד שיתרחש כעשרה ימים לאחר הניתוח, אלא גם על עצם הסיכון לדימום כבד מייד לאחר הניתוח. כאמור, הדימום שהתרחש עשרה ימים לאחר הניתוח חייב אשפוז ומתן עירוי של שש מנות דם, שכשלעצמו חשף את המטופל לסיכונים.

נמצא, כי המשיב הפר את חובת הגילוי שהייתה מוטלת עליו. הפרה זו מהווה, כאמור, הן עוולה של תקיפה והן עוולה של רשלנות.

20. משהוכח הקשר הסיבתי גם על-פי מאזן ההסתברויות, המשיב חייב במלוא נזקיו של המערער על-פי שתי העוולות כאחת. ממילא אין לי צורך להכריע ביחס שבין עוולת התקיפה לבין עוולת הרשלנות, ובנפקותה של דוקטרינת הערכת הסיכויים לקיום הקשר הסיבתי, וניתן להשאיר שאלות אלו בצריך עיון.

כאמור, במקרה שבפנינו נקבע היקף חובת הגילוי על-פי מכלול השיקולים שאדם סביר היה נזקק לו כדי לגבש את הסכמתו. מכלול זה מוביל למסקנה, כי המערער, כאדם סביר, לא היה מסכים לניתוח המורחב, שכאמור סיכויי הצלחתו נמוכים, אילו הזהר מפני הדימומים הכבדים. גם בחינת התשתית הראייתית מנקודת מבטו של המערער מובילה לאותה מסקנה. המערער, שהתנסה בניתוח פולטיפים, חשש מניתוח נוסף. הוא הסכים לניתוח שהציע המשיב בהסתמך על עמדתו האופטימית של המשיב, שהצביע בפני המערער על מומחיותו, והבטיח למערער ניתוח ברמה אחרת לגמרי מרמת הניתוח הקודם, שאינו צפוי להיכשל ושימנע על-כן את צמיחת הפולטיפים מחדש. זאת, מבלי לספר למערער כי החליט על ניתוח נוסף - כריתת קונכיות האף - המגדיל את סיכויי הדימום, ומבלי להזהירו מפני התקפי הדימום.

מנגד, כאמור, המערער מסר בתצהיר עדות ראשית, ועל כך לא נשאל בחקירה שכנגד, שאילו היה המשיב מסביר לו את הסיכונים והסיבוכים, לא היה מסכים לניתוח. ואכן, לו ידע המערער שבנוסף לסיכונים הרגילים שבכל ניתוח, המבוצע בהרדמה כללית, קיימת גם אפשרות של 0.5% לדימום כבד, וזאת בניתוח

שסיכויי הצלחתו נמוכים ושקיימת לו חלופה של טיפול שמרני - הדעת נותנת שהן על-פי ניסיונו שלו והן כאדם סביר, היה מעדיף לשוב ולנסות טיפול שמרני, למצער בטרם הסתכנות בניתוח שני.

אני מציעה איפוא לקבל את הערעור, לבטל את פסק-דינו של בית-המשפט המחוזי, ולקבוע כי הדימום שנגרם למערער נגרם עקב הפרת המשיב את חובת הגילוי שהייתה מוטלת עליו. הדיון יוחזר לבית-המשפט המחוזי לקביעת שיעור הנזק.

כן אני מציעה כי הוצאות המשפט ייקבעו בסופו של ההליך.

שׁוֹפֵט

השופט י' טירקל:

רקע

1. המערער סובל מאז מלאו לו 14 שנים מצמיחת פוליפים באפו שגרמו להצרת חללי האויר במערות האף ולעיתים אף הביאו לסתימתם. בשנת 1981 טופל המערער על ידי תרופות, אך הטיפול לא עלה יפה. הומלץ למערער לעבור ניתוח להוצאת פוליפים (פוליפקטומי). הניתוח הצליח אך אחרי זמן לא רב חזרו הפוליפים וצמחו. המערער פנה למשיב - שהוא רופא מנתח מומחה בתחום זה - שהסכים לנתחו במטרה לפתור את הבעיות. במהלך הניתוח נעשו הפעולות הבאות: כריתת פוליפים (פוליפקטומי), ניתוח הסינוסים האתמואידים (אתמואידקטומי), יישור מחיצת האף (ספטום) וכן כריתה של קונכיות האף (מוקוטומי). אחרי הניתוח סבל המערער מדימום מסיבי שהצריך שני אשפוזים שנמשכו שמונה-עשר ימים וכן עירווי דם (שש מנות דם בסך הכל). גם אחרי ניתוח זה חזרו הפוליפים וצמחו.

פסק דינו של בית המשפט המחוזי

2. עיקרי הממצאים שבעובדה שקבע בית המשפט המחוזי, הצריכים לשאלות שבענינו, היו כי המערער הסכים לניתוח כריתת הפוליפים, לניתוח בסינוסים האתמואידים וליישור מחיצת האף. עוד קבע בית המשפט

המחוזי כי המערער "קיבל מידע מלא בענין ניתוח הפוליפקטומי וניתוח האתמואידיקטומי", אולם לא קיבל הסבר מפורט על ניתוח יישור מחיצת האף. עם זאת קבע כי, הואיל ויישור מחיצת האף הכרחי לצורך ניתוח כריתת הפוליפים "ראוי לראותו כמי שנתן לכך אישור מכללא". לפיכך קבע, כי "ההסכמה שניתנה לגבי הניתוחים פוליפקטומי, אתמואידיקטומי, וספטום היתה 'הסכמה מדעת'". אשר לניתוח כריתת קונכיות האף קבע כי "לא ידע על ניתוח המוקוטומי שנזכר, לראשונה, רק בגליון הניתוח"; וממילא "לא נתן הסכמה מפורשת לניתוח זה", אולם סבר כי "הסכים מכללא לניתוח זה". על פי כל אלה קבע בית המשפט המחוזי שלא נתקיימו יסודות עוולת התקיפה והרשלנות ודחה את התביעה.

דין

ניתוח יישור מחיצת האף

3. אקדים ואומר כי לדעתי ראוי היה שהמשיב יסביר למערער במפורש את הצורך בניתוח ליישור מחיצת האף - דבר שלא עשה - ולא יסתפק בציון הניתוח בטופס ההסכמה לניתוח ובמידע שמסרה למערער אשתו של המשיב. אכן, לדעתו של ד"ר יניב - שהגיש חוות דעת מומחה מטעם המערער - ניתוח זה הוא חלק בלתי נפרד מניתוח כריתת הפוליפים, אולם, לדעתי, לא היה בכך כדי לפטור את המערער מחובת ההסבר. סבורני כי כאשר דברים אמורים במהלך רפואי חשוב כניתוח - ואפילו הוא חלק בלתי נפרד מטיפול שהוסבר למטופל באופן כללי, או שהוא המשך ישיר ו"טבעי" שלו - חייב הרופא להסבירו למטופל. אולם, משקבע בית המשפט המחוזי, על סמך חוות הדעת הרפואיות והעדויות שהיו לפניו, כי הדבר הובא לידיעתו של המערער וכי הניתוח היה "הכרחי" שכן "יישור המחיצה לא היה אלא סלילת דרך גישה למנתח למען יוכל לכרות את כל הפוליפים", אין מקום להתערב בממצאיו ובמסקנותיו בענין זה.

ניתוח כריתת קונכיות האף

4. כאמור, לא נאמר למערער כי ייעשה בו גם ניתוח לכריתת קונכיות האף וממילא לא יכול היה להסכים לכך. מטעם זה אינני רואה צורך לעסוק בסוגיית ההסכמה מדעת שעליה עמדה חברתי הנכבדה, השופטת ד' דורנר, בהרחבה. הלכה פסוקה היא כי - למעט מצבים מיוחדים, שהמקרה הנדון אינו נמנה עליהם - חייב הרופא לקבל מראש את הסכמתו המודעת של המטופל לטיפול (ראו, בין היתר, ע"א 560/84 נחמן ואח' נ' קופת חולים של ההסתדרות בארץ ישראל, פ"ד מ(2) 384; ע"א 323/89 קוהרי ואח' נ' מדינת ישראל - משרד הבריאות, פ"ד מה(2) 142; ע"א 3108/91 רייבי נ' וייגל, פ"ד מז(2) 497 (להלן - "פרשת רייבי"); ע"א

2781/93 **מיאסה עלי דעקה נ' בית חולים הכרמל חיפה ואח'**, פ"ד נג(4) 526 (להלן - "פרשת דעקה"); ע' שפירא "הסכמה מדעת לטיפול רפואי - הדין המצוי והרצוי" **עינוי משפט** יד (תשמ"ט) 225, 230. עוד נאמר כי טיפול רפואי שלא בהסכמתו של המטופל פוגע בזכותו לאוטונומיה - הזכות להחליט על מעשיו לפי בחירתו - שהיא עקרון בסיסי בשיטת משפט של מדינה דמוקרטית (ראו פרשת **דעקה** בעמ' 570 - 571 והאסמכתאות שם). יתר על כן, לזכות זאת משנה תוקף כאשר דברים אמורים בטיפול רפואי, שתוצאותיו עלולות להשפיע על אורח חייו ואיכות חייו של המטופל. מכאן זכותו של המטופל לקבל מידע מלא על הטיפול הרפואי שיעשה בגופו (ראו רע"א 1412/94 **ההסתדרות המדיצינית הדסה נ' גלעד**, פ"ד מט(2) 519; פרשת **דעקה** לעיל בעמ' 572). קל וחומר בביתוח, שמטבעו הוא פעולה פולשנית שיש עמה סיכונים לא מבוטלים. לפיכך, "יש להשאיר לאדם אוטונומיה על גופו להחליט אם הוא חפץ בפגיעה זו" (ע"א 4837/92 **אליהו חברה לבטוח נ' בורבה**, פ"ד מט(2) 257, 261). כך עולה גם מהוראות סעיפים 13 ו-14 לחוק זכויות החולה, תשנ"ו - 1996, ומרוחו של החוק, שאינו חל אמנם בעניינו, אך משקף עקרונות שהתגבשו בפסיקה במהלך השנים.

5. אכן, יש וטיפול רפואי אינו מצריך הסכמה מיוחדת מראש ויש וניתן להסיק לגבי הסכמה מכללא; בין היתר, כאשר הטיפול הוא המשכו הישיר וה"טבעי" של טיפול שלגביו ניתנה הסכמה. בכל מקרה, הדרך אל המסקנה כי במקרה מסוים היתה הסכמה מכללא, צריכה בדיקה זהירה ומדוקדקת של העובדות וניתוח שקול ומחושב של משמעויותיהן. כך נאמר:

" - - טרם נפסקה הלכה המגדירה את הנסיבות שבהן תוסק הסכמה מכללא לביצוע טיפול רפואי. מטבע הדברים, סוגי המקרים שבהם ניתן יהיה לבסס מסקנה כאמור אינם ניתנים לקביעה מראש: נסיבותיו של הטיפול הרפואי והרקע לנתינתו הם מגוונים ורבי פנים - - - לצורך כך רצויה התחשבות בשיקולים העיקריים הבאים: טיבו המשתנה של מדע הרפואה; הערכים הרלוואנטיים על הבכורה בהקשר העומד לדיון, לרבות זכות החולה לשליטה על גופו, הרצון המשותף לחולה ולרופא בהצלחת הטיפול - - - ההקשר הטיפולי הכולל שבמסגרתו בוצע הטיפול שבמחלוקת, טיב הטיפול מבחינת הסיכויים והסיכונים הטמונים בו ומבחינת הפגיעה אשר ביצעו עשוי להסב לכבודו של החולה ולצנעת הפרט שלו, טיב הטיפולים אשר לביצועם ניתנה הסכמה מפורשת, קיומה של אפשרות מעשית לקבלת הסכמה מפורשת לטיפול ושיקולים כיוצא באלה (דברי הנשיא מ' שמגר בפרשת **רייבי** לעיל בעמ' 507 - 508; כמן כן השוו ע"פ 480,527/85 **קורטאם נ' מדינת ישראל**, פ"ד מט(3) 673, 682 - 683; ע"א 253,254/85 **קופת חולים של ההסתדרות הכללית נ' רות עמיאל** (טרם פורסם)).

6. בעניינו, קבע בית המשפט המחוזי, כי ניתוח כריתת קונכיות האף "אינו חלק אינטגרלי מניתוח הפוליפים" וכי "ניתן היה לצפות את הצורך בניתוח". אולם אפילו היה ניתוח זה חלק אינטגרלי מניתוח הפוליפים, ואפילו לא ניתן היה לצפות את הצורך בו, לא היה בכך כדי לפטור את המשיב מחובתו להביא לידיעתו של המערער את פרטיו של הניתוח ומלהסביר לו את הסיכונים הכרוכים בו. מחוות הדעת הרפואיות וכן מפסק דינו

של בית המשפט המחוזי עולה בבירור שניתוח זה לא בא בעקבות התפתחות בלתי צפויה שהולידה את הצורך בו וכי לא היה דרוש לשם הצלת חייו של המערער, לשם מניעת סכנה חמורה או עקב צורך חיוני אחר. יתר על כן, כפי שנאמר בחוות הדעת של ד"ר יניב, שהיתה מהימנה על בית המשפט המחוזי, "ניתוח המוקוטומי מגדיל את הסיכון לדימום"; גם מטעם זה חרג הניתוח מגדר הסיכונים שהמערער היה מודע להם לפני הניתוח. מכאן שאין להסיק מהסכמתו של המערער לניתוח כריתת הפוליפים הסכמה מכללא לניתוח כריתת קונכיית האף. במצב דברים זה היה, אפוא, על המשיב להימנע מניתוח זה (השוו ע"א 67/66 בר-חי נ' שטיינר, פ"ד כ(3) 230; ע"א 323/89 קוהרי נ' מדינת ישראל - משרד הבריאות, פ"ד מה(2) 142).

הערת שוליים

7. ראינו שלא נאמר למערער כי ייעשה בו גם ניתוח לכריתת קונכיית האף, וממילא לא יכול היה להסכים לכך. לפיכך אינני רואה צורך לדון בסוגיית ההסכמה מדעת, למעט הערה בשולי פסק דינה של חברתי הנכבדה, השופטת ד' דורנר.

לדעתי, אין ללמוד מהגדרתו של ניתוח כ"אלקטיבי" כי מדובר בניתוח קל, או בניתוח שאינו הכרחי, ואין בהגדרתו בתור שכזה כדי להטיל על הרופא חובת הסבר "מוגברת". לפי המשמעות המקובלת ניתוח "אלקטיבי" הוא "ניתוח שאינו דחוף, הנתון לבחירתו או החלטתו של הרופא המטפל או של המטופל" (תרגום חופשי להגדרה - "Not urgent. Subject to the choice or decision of the patient or physician" Dorland, **Dorland's Illustrated Medical dictionary**, 24th ed. 1965; R. Sloane, **The sLoane-Dorland Annotated Medical-Legal Dictionary**, 1987), או "ניתוח שאינו דחוף שנעשה במועד שנבחר על ידי המנתח או החולה" (תרגום חופשי להגדרה - "A non-emergency operation performed at a time selected by the surgeon and/or the patient" J.E Schmidt, **Schmidt's Attorney's Dictionary of Medicine**, 1988 - ; כמו כן ראו **Riedinger v. Colburn**, 361 F.Supp, 1073, 1075-1076 (1973). סבורני כי השיקול המכריע לענין חובת ההסבר הוא מידת הסיכון שיש בניתוח וטיב הסיכון. כך, למשל, אם עלול הניתוח לסכן את חייו של המנותח או לפגוע פגיעה חמורה באבר מאברי גופו, או לגרום לתוצאות חמורות דומות, הרי אפילו קטן או מזערי הסיכוי שהסיכון יתממש, יש להסבירו למטופל. אולם, גם כאשר מדובר בניתוח "קל" שתוצאותיו עלולות להשפיע על אורח חייו, עבודתו, או משפחתו של המטופל המסוים, ואפילו על ידי גרימת "אי נוחות גרידא", יש להסביר למטופל את התוצאות האפשריות. אינו דומה, לדוגמא, "טינטון" באזנו של מסגר או נפח, העובד בסביבה

רועשת, ל"טינטון" באזנו של אדם שעבודתו מצריכה ריכוז ומחשבה (השוו מעשה היתוש "שנכנס בתוך חוטמו [של טיטוס] והיה נוקר את מוחו והולך - - -" (בראשית רבה, י', ה; בבלי גיטין, נ"ו, ע"ב). על הרופא להביא, אפוא, לידיעתו של המטופל את הסיכונים הכרוכים בטיפול הרפואי, מקטון ועד גדול, על מנת לאפשר לו לבחור בין החלופות האפשריות, ואל לו לשים את עצמו במקום המטופל; אלא אם כן מצדיקות הנסיבות המיוחדות של המקרה או של המטופל הימנעות מהסבר כזה (השוו סעיף 15 לחוק זכויות החולה, תשנ"ו - 1996). יש לזכור כי בשקילת הסיכויים והסיכונים יש משקל שונה לאישיותו, לאורח חייו ולעיסוקיו של כל מטופל ומטופל. וכמו שנאמר "כשם שאין פרצופיהן דומין זה לזה, כך אין דעתן דומה זה לזה" (ירושלמי ברכות, ט', עמ' י"ג). יש לתת, אפוא, בידי המטופל את המידע הדרוש להחלטתו ולהניח בידיו את הבחירה ובדרך כלל אין להשאיר בידיו של הרופא. כך נאמר:

"חובת הרופא לספק לחולה את המידע שבידו, באשר לטיפול הניתן לו ולתוצאותיו האפשריות נגזרת מחובת הזהירות הכללית אשר הרופא ובית החולים חייבים לחולה. היא נגזרת מזכותנו לדעת על עצמנו, המהווה ביטוי לאוטונומיה של הרצון הפרטי של אדם והמבטאת את כבודנו כאדם (רא"ע 1412/94 **הסתדרות המדיצינית הדסה נ' גלעד**, פ"ד מט(2) 519). אכן, חובת הגילוי המוטלת על רופא אינה מוחלטת ולא תמיד היא משתרעת על כל פרטי המידע הרפואי - - - אך 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 - - - (דברי השופט א' מצא בע"א 4384 **ואתורי נ' בית החולים לניאדו**, פ"ד נא(2) 171, 182)

סיכום

8. עולה מן המקובץ כי משלא אמר המשיב למערער מראש כי ייעשה בו גם ניתוח לכריתת קונכיית האף ולא קיבל את הסכמתו לניתוח זה, פגע באוטונומיה של המערער. כך בא הדבר בגדר עוולות של תקיפה ושל רשלנות, כאמור בפסק דינה של השופטת ד' דורנר, ובשל כך זכאי המערער לפיצויים.

התוצאה היא שיש לבטל את מסקנתו של בית המשפט המחוזי, ככל שענינה הניתוח לכריתת קונכיית האף, ואת החלטתו לדחות את תביעתו של המערער ולהחזיר את הדיון אליו לצורך שומת הפיצויים שיש לפסוק למערער.

שׁוֹפֵט

השופטת מ' נאור:

1. אני מסכימה לחוות דעתה של חברתי, השופטת ד' דורנר.
2. נוכח קביעתה של הערכאה הראשונה כי היתה, בענייננו, הסכמה מכללא - אין מנוס מלהיכנס לדיני ההסכמה מדעת; דעתי כדעת חברי היא שלא היתה בענייננו הסכמה כזו.
3. אשר לגישות השונות של חברי, בעניין "הניתוח האלקטיבי": גם אני סבורה שככל שהניתוח פחות דחוף כך נקפיד יותר עם הרופא ונדרוש ממנו מתן מלוא המידע, לרבות אזהרה בעניין סיבוכים אפשריים, גם אם נדירים הם. כן נדרוש ממנו להציע למטופל אלטרנטיבות לניתוח - ככל שהן קיימות, ונאפשר למטופל לשקול את האלטרנטיבות בשובה ונחת. הקפדה יתרה נקפיד, גם לדעתי, עם הרפואה הפרטית. ברפואה הפרטית קיים, לעיתים, ניגוד עניינים מובנה בין השאיפה המסחרית להרבות בניתוחים לבין האינטרס של המטופל. השאיפה להרבות בניתוחים נלמדת, לעיתים, מעצם הפרסום המציע לציבור הרחב לעבור ניתוחים שונים. כדי להקחות את עוקצו של ניגוד העניינים יש להעמיד את המטופל על הסיכונים והסיכויים שבניתוח המוצע, לרבות החלופה שלא לבצע כלל ניתוח על סיכוייה וסיכוניה.

שופט

הוחלט כאמור בפסק-דינה של השופטת דורנר.

ניתן היום, א' בתמוז תשס"ב (11.6.02).

שופט

שופט

שופט

העתק מתאים למקור L05.97061530
נוסח זה כפוף לשינויי עריכה וניסוח.
רשם

בבית המשפט העליון פועל מרכז מידע, טל' 02-6750444
בית המשפט פתוח להערות והצעות: pniot@supreme.court.gov.il
לבתי המשפט אתר באינטרנט: www.court.gov.il