

דוקטרינת "ההסכמה מרעת" – עילת התביעה הראויה מקום שבו הופרה זכות המטופל לאוטונומיה

נילי קרקו-אייל*

- א. מבוא
- ב. ההסדר המשפטי שאומץ על ידי הפסיקה – גישת הפסיקה מאז שנות החמישים ועד היום
1. משנות החמישים ועד לפסק הדין בעניין ברחי (1966)
 2. מפסק הדין בעניין ברחי (1966) ועד לתחילת שנות השמונים
 3. מתחילת שנות השמונים ועד לתחילת שנות התשעים
 4. שנות התשעים ואילך
 - 4.1 דרישת הגילוי
 - 4.2 דרישת ההסכמה
 - 4.3 הגורמים להגבלת השימוש בעוולת התקיפה
 5. סיכום
- ג. נפקות ההבחנה בין עוולת התקיפה לבין עוולת הרשלנות
1. נטל השכנוע
 2. הדרישה ל"שימוש בכוח נגד גופו של אדם" כתנאי להטלת אחריות
 3. סטייה מסטנדרט ההתנהגות של "האדם הסביר"
 4. הדרישה לקיומו של "נזק" כתנאי להטלת אחריות
 5. שיעור הפיצוי שהמטופל זכאי לו
 6. הדרישה לקיומו של קשר סיבתי
 7. ההקשר החברתי של העוולות
 8. סיכום
- ד. ההסדר המשפטי שאומץ בחוק זכויות החולה, התשנ"ו-1996 או שנוצר עם חקיקתו
1. כללי
 2. עוולת הפרת חובה חקוקה
 3. היחס בין ההסדר המשפטי שנוצר עם חקיקת החוק לבין ההסדר המשפטי העומד למטופל מחוץ לגדרי החוק
 - 3.1 תוקפן של התרופות שעמדו לרשות המטופל מכוח הפסיקה טרם חקיקת החוק
 - 3.2 היחס בין התרופות העומדות למטופל מחוץ לגדרי החוק לבין עוולת הפרת חובה חקוקה בטענה של הפרת חוק זכויות החולה
- ה. בחינה ביקורתית של ההסדר המשפטי הקיים
1. אופי ההסדר כהסדר מרובה עילות ובלתי אחיד
 2. עוולת התקיפה
 3. עוולת הרשלנות ועוולת הפרת חובה חקוקה
1. ההסדר המשפטי המוצע
 2. סיכום

* דוקטור למשפטים, מרצה בסגל הקבוע של בית הספר למשפטים, המסלול האקדמי המכללה למינהל.

א. מבוא

זכותו של מטופל לאוטונומיה, ובקשר הדוק לה – החובה לקבל הסכמה חופשית ומדעת מהמטופל טרם מתן טיפול רפואי, מגולמות בדוקטרינת "ההסכמה מדעת" ומעוגנות היטב במשפט הישראלי.¹ בהתאמה, למטופל הטוען להפרת זכותו לאוטונומיה עומדת עילת תביעה נגד המטפל והמוסד הרפואי. השאלה מהי עילת התביעה הראויה מקום שבו הופרה זכותו של המטופל לאוטונומיה, וזתה לתשובות שונות במהלך שנות קיומה של דוקטרינת "ההסכמה מדעת". הגישות המשתנות שאומצו בעניין זה על ידי בתי המשפט, היו תולדה של שיקולי מדיניות משפטית ועוצבו בהשראת המשפט האנגלו-אמריקני. כפי שנראה, אימוצה של גישה זו או אחרת בשאלה מהי עילת התביעה הראויה אינה עניין דיוני גרידא, אלא בעלת השלכות מהותיות על היקף זכותו של המטופל לאוטונומיה, על הכללים המשפטיים המהווים כמכלול את דוקטרינת "ההסכמה מדעת" ועל סיכויי ההצלחה של תביעת המטופל.

עניינו של מאמר זה הוא בחינת השאלה מהי עילת התביעה הראויה מקום שבו הופרה זכותו של המטופל לאוטונומיה. התזה המוצעת במאמר זה היא שמן הראוי לדרות את ההסדר המשפטי הקיים, שלפיו עומדות למטופל שלוש עילות תביעה נזיקיות:² עוולת התקיפה, עוולת הרשלנות או עוולת הפרת חובה חקוקה,³ ולאמץ באמצעות חקיקה עילת תביעה חדשה ועצמאית.

שבעה חלקים למאמר זה מלבד המבוא. בחלק השני אסקור את התפתחות גישת הפסיקה בסוגיה מאז שנות החמישים ועד היום. במסגרת זו אנסה גם לעמוד על הגורמים שהניעו את בתי המשפט לאמץ הסדר משפטי זה או אחר. חלקו השלישי של המאמר יוקדש לבחינת הנפקות שיש לאימוצו של הסדר משפטי זה או אחר. בחלק הרביעי של המאמר אבחן מהו ההסדר המשפטי שאומץ בחוק זכויות החולה. בחלק החמישי למאמר אציג את הסרונותיו של ההסדר המשפטי שאומץ על ידי המשפט הישראלי. לבסוף, בחלק השישי של המאמר יוצג ההסדר המשפטי המוצע על ידי המאמר יסתיים בסיכום התזה המוצעת.

1 ראו ס' 13 לחוק זכויות החולה, התשנ"ו-1996 (להלן: "החוק"); ע"א 67/66 בריחי נ' שטיינר, פ"ד (3) 230, 232 (1966); ע"א 3108/91 רייבי נ' וייגל, פ"ד מז(2) 497, 509 (1993); ע"א 434/94 ברמן, קטינה נ' מור המכון למידע רפואי בע"מ, פ"ד נא(4) 205, 212 (1997); ע"א 2781/93 עלי דעקה נ' בית החולים "ברמל", חיפה, פ"ד נג(4) 526, 573-572 (1999).

2 כפי שקבעה הפסיקה, בצד עילות תביעה נזיקיות אלה, עומדת למטופל גם עילה חונית. ראו שם, בעמ' 580. אף על פי כן המאמר אינו דן בשאלה אם העילה החונית היא העילה הראויה, זאת בשל היותה מוגבלת בהיקפה למקרים שבהם מתקיים קשר חוני בין המטפל למטופל, קשר הנעדר במקרים שבהם ניתן הטיפול במסגרת ציבורית.

3 מטעמי נוחות ייעשה שימוש במהלך המאמר במונח "הסדר משפטי", ויש לראותו כמי שמתייחס להסדר המשפטי הקיים שלפיו למטופל הטוען להפרת זכותו לאוטונומיה עומדות שלוש העילות הנזיקיות המוזכרות.

ב. ההסדר המשפטי שאומץ על ידי הפסיקה – גישת הפסיקה מאז שנות החמישים ועד היום

1. משנות החמישים ועד לפסק הדין בעניין בריחי (1966)

על אף מיעוט פסקי הדין שבהם נדונה דוקטרינת "ההסכמה מדעת" משנות החמישים ועד לעניין בריחי, ניתן לגזור שתי מסקנות באשר להסדר המשפטי שאומץ על ידי הפסיקה בתקופה זו:

ראשית, הפרת החובה לקבל את הסכמתו החופשית של אדם לטיפול רפואי העמידה לזה עילת תביעה בעוולת התקיפה.^{4,5} הדבר אינו מפתיע בהינתן העובדות הבאות: האחת, עוולת התקיפה שימשה באופן מסורתי אמצעי להגנה על אינטרס שלמות הגוף מפני התערבות לא רצויה.⁶ השנייה, שימוש מכוון בכוח נגד גופו של אדם, ובכלל זה טיפול רפואי הכרוך במגע מכוון בגופו של אדם, ללא הסכמתו, עשוי היה לגבש את יסודותיה של עוולת התקיפה,⁷ שעוגנה כבר בשלב זה בסעיף 24 לפקודת הנוזקים האזרחיים, 1944.⁸

שנית, משהופרה החובה למסור למטופל מידע על הטיפול המוצע, שימשה עוולת הרשלנות כאכסניה המשפטית לבירור תביעתו.⁹

נראה כי נטייתם של תובעים ושל בתי המשפט לקשור את חובת הגילוי לעוולת הרשלנות, מקורה במשפט האנגלואמריקני. אף שבשיטת משפט זו נדונה

4 ע"א 322/63 גרטי קטינה נ' מדינת ישראל, פ"ד יח(2) 449 (1964).
5 חשוב להדגיש כי במהלך המאמר תיעשה הפרדה בין שלוש דרישות שונות המהוות כמכלול את דוקטרינת "ההסכמה מדעת": דרישת ההסכמה – החובה לקבל את הסכמת המטופל; דרישת חופשיות הרצון – החובה לקבל את הסכמת המטופל בנסיבות המאפשרות לזה מתן הסכמה מרצון חופשי; ודרישת הגילוי – החובה למסור למטופל מידע מסוים. מכאן, אף שהפסיקה העניקה פרשנות מרחיבה לחובה לקבל את הסכמת המטופל, ופירשה אותה כמי שטומנת בחובה גם את דרישת חופשיות הרצון וגם את דרישת הגילוי, אין הדין במאמר נוהג בדרישת ההסכמה בדרך זו, אלא מעניק לה משמעות נפרדת משתי הדרישות האחרות.

6 ראו: Danuta Mendelson, *Historical Evolution and Modern Implication of Concepts of Consent to, and Refusal of, Medical Treatment in the Law of Trespass*, 17 J. LEG. MED. 1, 7–11 (1996); דוד קרצמר דיני הנוזקים – העוולות השונות – תקיפה וכליאת שווא 1–2 (גר טרסקי עורך, 1985).
7 טיפולים רפואיים הכרוכים במגע מכוון בגופו של המטופל עשויים להיחשב לתקיפה אם לא ניתנה להם הסכמה, על אף שברגיל הם נעשים בכוונה להיטיב עם המטופל, וזאת מאחר שכוונה רעה מצד הנתבע אינה תנאי להטלת אחריות בעוולת התקיפה. הכוונה הנדרשת היא למגע עם גופו של התובע. ראו ע"א (מחזוי חי') 2174/04 ברמי נ' סבג, תקימח (4)04 6167, פס' 26 לפסק דינו של השופט עמית (2004); קרצמר, שם, בעמ' 9–7; W. PAGE KEETON, DAN B. DOBBS, ROBERT E. KEETON & DAVID G. OWEN, PROSSER AND KEETON ON THE LAW OF TORTS 36–37 (W. Page Keeton ed., 5th ed. 1984).

8 ע"ר תוס' 1, 93.
9 ראו ת"א (מחזוי חי') 152/58 ליכטנשטרן נ' ברנדשטר, פ"מ לח 50, 54–57 (1963); ת"א (מחזוי חי') 1047/64 ויטנר נ' בתר, פ"מ נב 383, 383–394 (1966).

בכמה מקרים חובת הגילוי במסגרת עוולת התקיפה,¹⁰ הנטייה שרווחה בתקופה זו במשפט האנגלו-אמריקני הייתה לראות בעוולת הרשלנות את האכסניה המשפטית לדרישת הגילוי.¹¹ היה זה אך טבעי אפוא כי התובעים ובתי המשפט ששאבו את חובת הגילוי מהמשפט האנגלו-אמריקני,¹² יקשרו חובה זו לעוולת הרשלנות.

עם זאת, חשוב לציין שהשאלה מהו ההסדר המשפטי הראוי מקום שבו הופרה חובת הגילוי, לא נדונה מפורשות על ידי בתי המשפט. כמו כן חשוב לזכור שפסקי הדין שבהם נדונה דוקטרינת "ההסכמה מדעת" בתקופה זו ניתנו על ידי בתי משפט מחוזיים. יתרה מכך, בתי המשפט לא הציגו כל נימוק עקרוני להכרעת התביעה על פי עוולת הרשלנות.

כפי שעולה מהספרות ומהפסיקה, העדפת עוולת הרשלנות על פני עוולת התקיפה במשפט האנגלו-אמריקני, לא הייתה אקראית ומקורה בכמה גורמים: חשש מפני הטלת אחריות רחבה על רופאים; רתיעה מפני שימוש במונח "תקיפה" נגד מי שפועלים לטובת המטופל; תקופת התיישנות קצרה בעוולת התקיפה בחלק מהמדינות; חשש מפני היעדר כיסוי ביטוחי לאחירות המבוססת על עוולת התקיפה והאפשרות לחייב רופאים בפיצויים עונשיים במסגרת עוולת התקיפה.¹³ כאמור, שיקולים אלה לא הוזכרו בפסיקת בתי המשפט המחוזיים שהובאה לעיל. לא ברור אפוא אם אותם טעמים שעמדו ביסוד העדפת עוולת הרשלנות במשפט האנגלו-אמריקני, ובעיקר החשש מפני הרחבת אחריותם של רופאים, הם שעמדו לנגד עיני בתי המשפט בפסקי דין אלה. סביר יותר להניח שהעדפת עוולת הרשלנות על פני עוולת התקיפה הייתה תולדה של אימוץ דוקטרינת "ההסכמה מדעת" שהתגבשה במשפט האנגלו-אמריקני, על עילת התביעה שבה, כלשונה, ולא תולדה של שיקולי מדיניות ובהירה מודעת בהסדר המשפטי הראוי. טענה זו

-
- 10 ראו, למשל, Halushka v. University of Saskatchewan, [1966] 53 D.L.R. (2d) 436, 442-45; Bang v. Charles T. Miller Hospital, 88 N.W.2d 186, 187 (Minn. 1958); Scott v. Wilson, 396 S.W.2d 532, 533 (Tex. Civ. App. 1965)
- 11 ראו, למשל, Natanson v. Kline, 354 P.2d 670, 672-73 (Kan. 1960); Williams v. Menahan, 379 P.2d 292, 294-95 (Kan. 1963); Aiken v. Clary, 396 S.W.2d 668, 670 (Mo. 1965); Watson v. Clutts, 136 S.E.2d 617, 618 (N.C. 1964); Kenny v. Lockwood, [1932] 1 D.L.R. 507, 526; Male v. Hopmans, [1966] 54 D.L.R. 592, 594; Smith v. Auckland Hospital Board, [1965] N.Z.L.R. 191, 192; Bolam v. Friern Hospital Management Committee, [1957] 2 All E.R. 118, 122 (Q.B.); Wayne D. Landsverk, *Informed Consent as a Theory of Medical Liability*, (1970) WIS. L. REV. 879, 885; JAY .KATZ, THE SILENT WORLD OF DOCTOR AND PATIENT, 69 (1984)
- 12 ראו עניין ליכטנשטרן, לעיל ה"ש 9, בעמ' 55-57.
- 13 לדיון בגורמים שהובילו להעדפת עוולת הרשלנות על פני עוולת התקיפה במשפט האנגלו-אמריקני, ראו, למשל, KATZ, לעיל ה"ש 11, בעמ' 69-70; IZHAK ENGLARD, THE PHILOSOPHY OF TORTS LAW 162 (1993); PAUL S. APPELBAUM, CHARLES W. LIDZ & ALAN MIESEL, INFORMED CONSENT: LEGAL THEORY AND CLINICAL PRACTICE 118 (1987); Leonard L. Riskin, *Informed Consent: Looking for the Action*, 1975 U.I.L.L.F. 580, 592-94, לעיל ה"ש 11, בעמ' 1100.

נתמכת בעובדה כי מספר התביעות שהוגשו נגד רופאים בישראל בתקופה זו היה נמוך,¹⁴ וכך גם מספר המקרים שבהם הכירו בתי המשפט בקיומה של חובת גילוי והטילו אחריות בגין הפרתה. ניתן אפוא להניח שבתי המשפט בישראל לא הוטרדו מהתוצאות שעשויות להיות להטלת אחריות בעולת התקיפה על רופאים, כפי שהוטרדו מכך בתי המשפט במשפט האנגלו-אמריקני, והתמקדו בעולת הרשלנות הייתה, במידה רבה, תולדה של אופן ניסוח כתב התביעה על ידי התובעים. עולה מכאן כי אף שחובת הגילוי נדונה בתקופה זו במשפט הישראלי במסגרת עולת הרשלנות, לא זכתה השאלה מהי המסגרת המשפטית הראויה לחובת הגילוי לכיסוס משפטי ורעיוני מוצק.

2. מפסק הדין בעניין בריחי (1966) ועד לתחילת שנות השמונים

את תחילת התקופה השנייה סימן פסק הדין בעניינה של הקטינה גבריאלה שטיינר. באותו מקרה המליץ הנתבע להוריה של התובעת על ניתוח להרחבת צוואר כיס השתן. את מטרת הניתוח ניתן היה להשיג באמצעות שתי שיטות: הראשונה אינה כרוכה בביצוע חתך בבטן, והשנייה מבוצעת בגישה דרך הבטן. בתובעת בוצע ניתוח מהסוג הראשון, ובמהלכו נוקב דופן שלפוחית השתן. מהראיות שהוצגו עלה כי הסיכון להיווצרות נקב כאמור הוא סיכון מוכר בניתוח מסוג זה, וכי סבירות התרחשותו עולה על סבירות התרחשותו בניתוח מהסוג השני. כמו כן התברר כי טרם הניתוח שאלה אמה של התובעת מפורשות בדבר הסיכון הכרוך בניתוח ונענתה כי בתובעת יבוצע "ניתוח קטן" שאינו כרוך בכל סכנה. התובעת הגישה תביעה לפיצוי על נזקיה שהתבססה, בין השאר, על הטענה כי יש להטיל אחריות על הנתבעים בעולת התקיפה, מאחר שלהוריה לא נמסר מידע על הסיכון הכרוך בניתוח.

פסק הדין הראשון בעניינה של התובעת – ת"א (מהוזי חי') 838/64 שטיינר נ' בריחי –¹⁵ ניתן על ידי בית המשפט המחוזי. זה אימץ את הגישה שעילת התביעה העומדת לתובעת במקרה זה היא עולת התקיפה. היעדר הסבר על הסיכונים הטמונים בטיפול המוצע או על טיפולים חלופיים, כך קבע בית המשפט, מבטל את הסכמת הורי התובעת לטיפול, כך שהדבר מהווה תקיפה.¹⁶ מדברים אלה ניתן להסיק כי בית המשפט בעניין שטיינר סבר שהאכסניה המשפטית הראויה לדרישת הגילוי היא עולת התקיפה. אף על פי כן, מאחר שבית המשפט הסתפק בדברים אלה, ולאור נסיבותיו המיוחדות של פסק הדין, יש שלוש דרכים אפשריות להבנתו:

לפי הראשונה, בית המשפט סבר כי בכל מקרה שבו טוען המטופל להפרת

14 מנתונים שהוצגו בפני הוועדה לבדיקת האחריות לפגיעה בטיפול רפואי עולה, כי רק בסוף שנות השמונים חל גידול במספר התביעות שהוגשו נגד רופאים, וכי עד לשלב זה היה מספר התביעות שהוגשו נגד רופאים נמוך. ראו הוועדה לרשלנות רפואית דין וחשבון הוועדה לבדיקת האחריות לפגיעה בטיפול רפואי (1999), עמ' 164–165 (להלן: "ועדת קלינג").

15 פ"מ נ 300 (1966).

16 שם, בעמ' 315, 317–318.

חובת הגילוי, עילת התביעה הראויה היא עוולת התקיפה. על פי פרשנות זו סטה בית המשפט בעניין שטיינר מהגישה שאומצה על ידי בית המשפט בעניין ליבטנשטרן.¹⁷

לפי השנייה, את הכלל שאומץ על ידי בית המשפט בעניין שטיינר יש לקרוא על רקע נסיבותיו המיוחדות, שבהן הוצגה שאלה מפורשת על ידי המטופל בדבר הסיכון הטמון בטיפול, וניתנה תשובה מוטעית על ידי המטפל. לפיכך המסקנה היחידה שניתן לגזור מפסק הדין, היא כי בנסיבות שבהן הוצגה שאלה מפורשת על ידי המטופל וזה זכה לתשובה מוטעית, עומדת לו עילה בעוולת התקיפה. על פי פרשנות זו, אין סתירה הכרחית בין הכלל שאומץ בעניין שטיינר ובין הכלל שאומץ בעניין ליבטנשטרן, שהרי האחרון עסק בחובה לנדב למטופל מידע.

לפי השלישית, הפרת חובת הגילוי מעמידה למטופל עילה בעוולת התקיפה, כאשר הסיכונים הטמונים בטיפול המורים, דהיינו, כאשר עסקינן בטיפול "הרה תוצאות", כך שאידיעות התוצאות כמוה כאידיעות מהות המעשה עצמו.¹⁸ אם זו אכן הפרשנות לכלל שאומץ בעניין שטיינר, הרי שניתן לראותו כאבחון של פסק הדין בעניין ליבטנשטרן, שבו לא נערכה הבחנה בין סוגי מידע שונים ככל שהדבר נוגע לעילת התביעה.

עניינה של התובעת נדון בשנית בבית המשפט העליון בע"א בריחי. עיון בפסק הדין מעלה כי בית המשפט העליון אימץ את הכרעת הערכאה הראשונה משקבע כי משהפרו הנתבעים את חובת הגילוי המוטלת עליהם, הם נושאים באחריות בעוולת התקיפה.¹⁹ עם זאת, עיון בפסק הדין מעורר תהייה אם לגישת בית המשפט עוולת התקיפה מהווה עילת התביעה הראויה בכל מקרה של הפרת חובת הגילוי, או שמא רק במקרה שבו הציג המטופל שאלה בדבר הטיפול המוצע. כך אף שמחד, קבע בית המשפט כי ניתוח שנעשה ללא הסכמת המטופל מהווה תקיפה,²⁰ הקפיד בית המשפט מאידך, לנסח את חובת הגילוי כמי שקמה מקום שבו נשאל הרופא על משמעות הטיפול²¹ ונמנע מלהצהיר על קיומה של חובה לנדב למטופל מידע.

עניינה של התובעת הובא בפני בית המשפט העליון פעם נוספת, בדיון נוסף.²² בית המשפט חזר על הכלל כי ניתוח מהווה תקיפה אלא אם כן ניתנה לו הסכמת המטופל,²³ אך בהתייחסו לתוצאות הפרת חובת הגילוי, הוסיף והדגיש כי חוסר ידיעת תוצאות המעשה כמוה כחוסר ידיעת מהותו, ובהמשך לכך – כי הסכמה הניתנת מחוסר ידיעה כזו אינה הסכמה תקפה.²⁴

17 לעיל ה"ש 9.

18 במסקנה זו תומכים דבריו של השופט לנדוי בע"א 360/64 אבוטבול נ' קלינגר, פ"ד יט (1) 429, 475 (1965), שצוטטו בהסכמה על ידי בית המשפט בעניין שטיינר, לעיל ה"ש 15, בעמ' 318.

19 ע"א בריחי, לעיל ה"ש 1, בעמ' 233.

20 שם, בעמ' 232.

21 שם, בעמ' 233.

22 ד"נ 25/66 בריחי נ' שטיינר, פ"ד כ(4) 327 (1966).

23 שם, בעמ' 329.

24 שם, בעמ' 329.

אף שאפשר ללמוד מדברים אלה כי לגישת בית המשפט הפרת חובת הגילוי מעמידה למטופל עילה בעוולת התקיפה בכל מקרה, אי אפשר להתעלם מדברים אחרים שאמר בית המשפט בפסק הדין, שמהם עולה מסקנה שונה. ראשית, בית המשפט חזר והגדיר את היקפה של חובת הגילוי באופן מצומצם ודווקני, והציגה כמי שחלה במקרה שבו נשאל המטפל על מידת הסיכון שבטיפול ומסר מידע מוטעה.²⁵ שנית, בית המשפט הדגיש בפתח פסק דינו כי את ההלכה שפסק יש להבין ולפרש על רקע עובדות המקרה הנדון.²⁶ שלישית, בית המשפט שהעדיף להימנע מהכרעה בשאלות החורגות מנסיבות המקרה, לא דן בשאלה מהי עילת התביעה הראויה במקרה הכללי שבו הופרה החובה לנדב למטופל מידע.

מדברים אלה עולה כי יש לפרש את פסק הדין בריון הנוסף, כמי שהגביל את ההכרעה בערכאות הקודמות – ובכלל זה ההכרעה באשר לעילת התביעה העומדת למטופל – לנסיבות המיוחדות שבהן הציג המטופל שאלה בדבר הסיכון הטמון בטיפול וזכה לתשובה מוטעית. ממילא עולה מכאן שהגישה שאומצה על ידי בית המשפט בעניין ליכטנשטרן ובעניין ויטנר,²⁷ שלפיה הפרת החובה לנדב למטופל מידע, מעמידה לזה עילת תביעה בעוולת הרשלנות, נותרה על כנה.

עשר שנים חלפו עד אשר דוקטרינת "ההסכמה מדעת" שבה ונדונה על ידי בית המשפט בת"א (מחוזי ת"א) 906/73 צברי נ' ברונר.²⁸ באותו מקרה בוצעה בתובע בדיקת ניקור כבד, לשם בירור הגורם למחלתו, אלא שהבדיקה גרמה לדימום ולנזק. מהראיות עלה כי בבדיקה היה טמון סיכון של 1%-2% לדימום, אשר עלול היה לגרום לנזק או למוות, וכי חלופות אחרות היו ביצוע ניתוח או הימנעות מנקיטת פעולה כלשהי – חלופות שאף הן נשאו בחובן סכנת מוות. התובע הגיש תביעה לפיצוי, בין השאר בהתבסס על עוולת התקיפה. מפסק הדין עולה כי טענת התובע הייתה שלא נתן הסכמה מפורשת לביצוע הבדיקה בעקבות הסבר על מצבו ועל הסיכונים הכרוכים בבדיקה.

ככל שהדבר נוגע לתוצאותיה המשפטיות של הפרת דרישת ההסכמה, שב וחזר בית המשפט על הכלל כי ביצוע ניתוח או בדיקה גופנית ללא הסכמת המטופל מהווה תקיפה.²⁹ לעומת זאת, השאלה מה הגישה שאימץ בית המשפט באשר לתוצאותיה המשפטיות של הפרת דרישת הגילוי, אינה נקייה מספקות. מחד, הדיון בטענת התובע כי לא נמסר לו מידע על הסיכון הטמון בבדיקה התקיים במסגרת עוולת התקיפה, אף שפסק הדין עסק בחובה לנדב למטופל מידע.³⁰ לא רק זאת, אלא שמשקבע בית המשפט כי לא חלה חובה על הנתבע למסור לתובע מידע על הסיכונים הכרוכים בבדיקה, סיים את פסק דינו במסקנה כי הסכמת התובע לבדיקה הייתה הסכמה תקפה, ולפיכך רחה את תביעתו בעוולת התקיפה.³¹ לבסוף, בית המשפט לא קבע מפורשות ולא רמוז כי

25 שם, בעמ' 329.

26 שם, בעמ' 330.

27 לעיל ה"ש 9.

28 פ"מ התשל"ו(2) 465 (1976).

29 שם, בעמ' 473.

30 שם, בעמ' 473.

31 שם, בעמ' 475.

עוולת התקיפה אינה המסגרת המשפטית המתאימה לדיון בדרישת הגילוי. דברים אלה עשויים ללמד שבית המשפט סבר כי עילת התביעה העומדת למטופל, הטוען להפרת דרישת הגילוי, היא בכל מקרה עוולת התקיפה. אם זו הגישה שאימץ בית המשפט, הרי שיש בה סטייה מהגישה שאימצו בתי המשפט בעניין ליכטנשטרן ובעניין ויטנר, ומגישת המשפט האנגלו-אמריקני בתקופה זו.³² אם חל שינוי בגישת בית המשפט, כמתואר, ניתן להסבירו בהרחבתה, מבלי משים, של הלכת בריחי לנסיבות המקרה הנדון, ובמיעוט התביעות שהוגשו בטענה של הפרת חובת הגילוי שבגינן נפסק פיצוי.³³

מאידך, לא ניתן להתעלם מהעובדה שבהתייחסו לע"א בריחי, הציג בית המשפט, בעניין צברי, את הכלל שנקבע בו באופן צר, דהיינו – כמי שקובע שאם מטופל הציג שאלה מפורשת באשר לסיכון שבטיפול וזכה לתשובה מוטעית, הטיפול בו מהווה תקיפה.³⁴ לא רק זאת, אלא שלגופו של מקרה דחה בית המשפט את תביעת התובע. לא ברור אפוא אם גישתו הייתה שונה לו היה פוסק שהנתבע הפר את חובת הגילוי המוטלת עליו.

ישנו אפוא קושי לגזור מסקנה חד-משמעית מפסק הדין באשר לגישת בית המשפט בעניין עילת התביעה העומדת למטופל הטוען להפרת דרישת הגילוי. הדיון בחלק זה מלמד כי השאלה מהו ההסדר המשפטי העומד למטופל הטוען להפרת זכותו לאוטונומיה, לא זכתה לתשומת לב של ממש בתקופה זו, ואם בתי המשפט עסקו בשאלה, לקתה גישתם בעמימות. אמנם ניתן להבחין בנטייה מסוימת של בתי המשפט לגישה שלפיה עוולת התקיפה היא עילת התביעה הראויה, בין במקרים שבהם טוען המטופל להיעדר הסכמה, ובין במקרים שבהם טוען המטופל להפרת חובת הגילוי. עם זאת, נוכח נוסחן הדווקני של ההלכות שנקבעו בע"א בריחי ובדיון הנוסף וחוסר הבהירות בעניין צברי, קשה להסיק שהפסיקה העדיפה את עוולת התקיפה על פני עוולת הרשלנות בתקופה זו. אף על פי כן, נראה כי בפסקי הדין שניתנו בתקופה זו טמונים הזרעים למעבר לעוולת התקיפה, שהתרחש בתקופה השלישית.

32 ראו: *Cobbs v. Grant*, 502 P.2d 1, 7-8 (Cal. 1972); *Ilkinson v. Vesey*, 295 A.2d 676, 686 (R.I. 1972); *Canterbury v. Spence*, 464 F.2d 772, 793 (D.C. Cir. 1972); *Trogun v. Fruchtman*, 207 N.W.2d 297, 313 (Wis. 1973); *Marcus L. Plant, The Decline of "Informed Consent"*, 35 WASH. & LEE L. REV. 91, 92 (1978); *Ruth R. Faden & Tom L. Beauchamp, A History and Theory of Informed Consent* 135 (1968); *Alexander Morgan Capron, Informed Consent in Catastrophic Disease: Research and Treatment*, 123 U. PA. L. REV. 340, 348 (1974); *Gerald Robertson, Informed Consent to Medical Treatment*, 97 L. Q. REV. 102, 105 (1981); השיקולים להעדפת עוולת הרשלנות על פני עוולת התקיפה, במשפט האמריקני בתקופה זו, היו בעיקרם אותם שיקולים שהובילו להעדפתה בתקופה הראשונה. ראו, למשל: עניין *Cobbs*, שם, בעמ' 8; עניין *Canterbury*, שם, בעמ' 794; עניין *Trogun*, שם, בעמ' 313-314; *Riskin*, שם, בעמ' 592-594.

33 ראו ועדת קלינג, לעיל ה"ש 14.

34 עניין צברי, לעיל ה"ש 28, בעמ' 473.

3. מתחילת שנות השמונים ועד לתחילת שנות התשעים

אם היה חוסר ודאות בתקופה השנייה כאשר לעילת התביעה העומדת למטופל הטוען להפרת דרישת הגילוי, באה זו לסיומה בתקופה השלישית להתפתחות הדוקטרינה. הגישה כי הפרת חובת הגילוי, כמו גם הפרת החובה לקבל את הסכמת המטופל לטיפול רפואי, המעמידה למטופל עילה בעוולת התקיפה, התבססה בפסיקת בתי המשפט בתקופה זו. פסקי הדין המעטים שעסקו בדרישת הגילוי הרחיבו את הכלל שאומץ בע"א בריחי ובריון הנוסף וקבעו כי יש בהפרת חובת הגילוי כדי לבטל את תוקף הסכמת המטופל ולעשות את הטיפול לתקיפה, זאת מבלי להבחין בין מקרים שבהם הציג המטופל שאלה בדבר הטיפול המוצע ובין מקרים שבהם חלה על המטפל חובה לנרדב למטופל מידע.³⁵

גישה זו עמדה בניגוד מוחלט לגישת המשפט האנגלו-אמריקני בתקופה זו. הכלל כי עם הפרת חובת הגילוי עומדת למטופל עילה בעוולת הרשלנות ולא בעוולת התקיפה, לא רק שאומץ בתקופה זו על ידי מרבית המדינות בארצות-הברית,³⁶ אלא שאומץ, נוסף לכך, גם על ידי המשפט האנגלי,³⁷ הקנדי³⁸ והאוסטרלי.³⁹ אלה הבחינו בין הפרת החובה למסור למטופל מידע על טבעו של

35 ראו ע"א 560/84 נחמן נ' קופת חולים של הסתדרות העובדים בארץ ישראל, פ"ד מ(2) 384, 387 (1986); ע"א 323/89 קוהרי נ' מדינת ישראל – משרד הבריאות, פ"ד מה(2) 142, 166, 175 (1991); ת"א (מחוזי ב"ש) 88/84 אסא נ' קופת חולים של ההסתדרות הכללית של העובדים, פ"מ התשמ"ז(3) 32, 42 (1986); ת"א (מחוזי ב"ש) 360/85 אמר נ' קופת חולים של ההסתדרות הכללית של העובדים בארץ ישראל, פסקי דין רפואה ומשפט 177, 179, 181 (שלמה שחר עורך, 1987).

36 ראו את הדו"ח של ה-PRESIDENT'S COMMISSION FOR THE STUDY OF ETHICAL AND BEHAVIORAL RESEARCH, MAKING HEALTH CARE DECISIONS, 3 THE ETHICAL AND LEGAL IMPLICATIONS OF INFORMED CONSENT IN THE PATIENT-PRACTITIONER RELATIONSHIP 204 (1982); FAY A. ROZOVSKY, CONSENT TO TREATMENT: A PRACTICAL GUIDE 8-11 (2d ed. 1990).

37 ראו: Chatterton v. Gerson, [1980] 3 W.L.R. 1003, 1012-13 (Q.B.); Hills v. Potter, [1984] 1 W.L.R. 641, 653 (Q.B.); Sidaway v. Board of Governors of the Bethlem Royal Hospital, [1985] 1 A.C. 871, 883, 885, 894 (H.L.) (להלן: Sidaway [1985]); Royal Hospital, [1984] Q.B. 493, 511, 514-15, 518-19; SHEILA MCLEAN, A PATIENT'S RIGHT TO KNOW: INFORMATION DISCLOSURE, THE DOCTOR AND THE LAW 111 (1989).

38 Reibl v. Hughes, [1981] 114 D.L.R. (3d) 1, 10-11; Ellen Picard, ראו: *Consent to Medical Treatment in Canada*, 19 O.H.L.J. 140, 141-44 (1981); MARGARET A. SOMERVILLE, CONSENT TO MEDICAL CARE: A STUDY PAPER. PREPARED FOR THE LAW REFORM COMMISSION OF CANADA 17-18 (1980).

39 במשפט האוסטרלי, בשנות השמונים לא נידונה במפורש השאלה מהי עילת התביעה העומדת למטופל הטוען להפרת חובת הגילוי. עם זאת, בתקופה זו מרבית התביעות שבחן טענו מטופלים להפרת חובת הגילוי התבססו על עוולת הרשלנות, מבלי שבתי המשפט דחו גישה זו. ראו: F v. R, (1983) 33 S.A.S.R. 189, 190; Gover v. State of South Australia, (1985) 39 S.A.S.R. 543, 564; Battersby v. Tottman, (1985) 37 S.A.S.R. 524, 526; LAW REFORM COMMISSION OF VICTORIA, THE

הטיפול ועל מהותו, המקימה לזה עילה בעוולת התקיפה, ובין הפרת החובה למסור למטופל מידע אחר על הטיפול המוצע, המקימה לזה עילה בעוולת הרשלנות.

קיים יסוד סביר להניח כי בתי המשפט בישראל היו מודעים כבר בתקופה זו להשלכות העשויות להיות לשימוש בעוולת התקיפה, ולגישת המשפט האנגלר-אמריקני בסוגיה זו.⁴⁰ על כן נראה כי הטעם העיקרי להעדפת עוולת התקיפה על פני עוולת הרשלנות, היה גם עתה מיעוט התביעות שהוגשו נגד רופאים עד לסוף שנות השמונים, ומיעוט פסקי הדין שבהם הכירו בתי המשפט בקיומה של חובת גילוי והטילו אחריות בגין הפרתה. עקב כך לא היה שימוש בעוולת התקיפה על חסרונותיה, ובעיקר החשש מהטלת אחריות רחבה על רופאים – אשר הניעו את המשפט האנגלר-אמריקני להעדיף את עוולת הרשלנות –⁴¹ כדי ליצור קושי או איום של ממש בעיני הפסיקה הישראלית. משמתוספת לכך נטיית בתי המשפט בע"א בריחי ובעניין צברי לעוולת התקיפה,⁴² קל להבין כיצד התבססה בתקופה זו הגישה כי עוולת התקיפה היא עילת התביעה הראויה בכלל המקרים שבהם טוען המטופל להפרת זכותו לאוטונומיה.

4. שנות התשעים ואילך

את התקופה הרביעית והאחרונה, שתחילתה בראשית שנות התשעים, ניתן לאפיין בהגבלת היקפה של עוולת התקיפה כעילת התביעה העומדת למטופל, בין במקרים שבהם זה טוען להפרת דרישת ההסכמה ובין במקרים שבהם זה טוען להפרת דרישת הגילוי.

AUSTRALIAN LAW REFORM COMMISSION AND THE NEW SOUTH WALES LAW REFORM COMMISSION, REPORT 62 (1989) – INFORMED DECISIONS ABOUT MEDICAL PROCEDURES (MELBOURNE AND SYDNEY), CH. 4, APPENDIX 1 – THE LAW RELATING TO CONSENT TO MEDICAL PROCEDURE (www.lawlink.nsw.gov.au/irc.nsf/pages/R62APPENDIX1); Colin J.H. Thomson, *Conditions for Judicial Emergence of the Doctrine of Informed Consent: An American-Australian Comparison*, 7 MED. & L. 15 (1988) ואכן בתחילת שנות התשעים אומצה מפורשות במשפט האוסטרלי הגישה כי עילת התביעה הראויה במקרי איגילוי היא עוולת הרשלנות. ראו: Rogers v. Whitaker (1993) 67 A.L.J.R. 47, 48, 53.

40 ראו אוכור הפרסומים השונים, למשל, בעניין נחמן, לעיל ה"ש 35, בעמ' 384; בעניין קוהרי, לעיל ה"ש 35, בעמ' 145; בעניין אסא, לעיל ה"ש 35, בעמ' 42–43.

41 ROZOVSKY, לעיל ה"ש 36, בעמ' 8–11; Kelly v. Hazlett [1977] 75 D.L.R. (3d); 9; עניין Chatterton, לעיל ה"ש 37, בעמ' 536, 558–1012–1013.

42 ייתכן גם שבתי המשפט ראו בע"א בריחי, לעיל ה"ש 1 ובר"נ בריחי, לעיל ה"ש 22, שם הובילה הפרת חובת הגילוי להטלת אחריות על הנתבעים בעוולת התקיפה, תקדים מחייב. עם זאת, יש לזכור שאילו רצו בתי המשפט לאמץ כלל שונה מזה שאומץ בע"א בריחי ובריון הנוסח, יכלו לעשות כן בטענה שזה מוגבל לנסיבותיו המיוחדות, שבהן הציג המטופל שאלה מפורשת בדבר הטיפול המוצע.

4.1 דרישת הגילוי

אף שבחלק לא מבוטל מפסקי הדין המשיכו בתי המשפט להציג את עוולת התקיפה כעילת התביעה העומדת למטופל הטוען להפרת חובת הגילוי,⁴³ החל מראשית שנות התשעים, הוצגה עוולת הרשלנות, במספר לא מבוטל של פסקי דין, כאכסניה המשפטית הראויה לתביעות אלה.⁴⁴ בחלק מפסקי דין אלה הוצגו עוולת התקיפה ועוולת הרשלנות גם יחד כעילות התביעה העומדות למטופל הטוען להפרת חובת הגילוי.⁴⁵ לעומת זאת, בפסקי דין אחרים הוצגה עוולת הרשלנות כעילת התביעה היחידה. אף על פי כן,

- 43 ראו, למשל, עניין רייבי, לעיל ה"ש 1, בעמ' 506; ע"א 5681/93 קופת חולים של ההסתדרות הכללית של העובדים בארץ ישראל נ' יריד, תקעל 1302 (3) 1995, פס' 18 לפסק דינו של השופט לוי (1995); ת"א (מחוזי י"ם) 653/94 ארבל נ' המרכז הרפואי שערי צדק, תקימח 405 (4) 1996; ת"א (מחוזי ת"א) 348/92 שנבר נ' קופת חולים של ההסתדרות הכללית, פ"מ התשנ"ו(1) 89, 103 (1996); ה"פ (מחוזי ב"ש) 1030/95 גלעד נ' מרכז רפואי סורוקה, תקימח 195 (3) 1995, פס' 4 (1995); ע"א (מחוזי ת"א) 1323/96 טפירו נ' קופת חולים של ההסתדרות הכללית, פס' 5 (ב) (לא פורסם, 13.9.1998); ת"א (מחוזי י"ם) 97/1184 גיטל נ' מרכז רפואי "שערי צדק", תקימח 299 (2) 1999, פס' 20 (1999); ת"א (מחוזי ב"ש) 298/93 אויטה נ' זינגר פס' 20.1 (לא פורסם, 27.2.1997); ת"א (שלום רמלה) 5565/94 שוורי נ' זגורי פס' 5 (לא פורסם, 22.8.1996); ת"א (מחוזי ת"א) 65/90 ביתן נ' קופת חולים של ההסתדרות הכללית בארץ ישראל פס' ד(1) (לא פורסם, 15.7.1996); ת"א (מחוזי י"ם) 832/93 מרוזק נ' בית החולים אוגוסטה ויקטוריה, תקימח 296 (2) 1996, פס' 9 (1996); ת"א (שלום ת"א) 65635/96 חימתן נ' גרבר, פס' 11 (לא פורסם, 15.12.1997); ת"א (מחוזי ת"א) 969/93 גולדברג (סמרט) נ' מדינת ישראל – משרד הבריאות, פס' ג (לא פורסם, 17.3.1999); ת"א (מחוזי י"ם) 973/91 ביסטריצר נ' מדינת ישראל, פס' 23 (לא פורסם, 15.2.1993); ת"א (מחוזי י"ם) 99/94 ספרדג' נ' בית חולים ביקור חולים, תקימח 197 (1) 1993, פס' 5 (1997); ת"א (מחוזי ת"א) 1467/91 כהן נ' מלר, פס' 3.1 (לא פורסם, 3.11.1999); ת"א (מחוזי ב"ש) 2074/95 רוזנולד נ' מדינת ישראל משרד הבריאות, תקימח 499 (4) 1997, פס' 12.4 (1999); ת"א (שלום י"ם) 4687/97 קוטן נ' גולן, פ"מ נט(3) 289 פס' 13 (1999).
- 44 לנטייה זו ראו יונתן דייזיס דין ופסיקה במשפט הרפואי – בתופסת היבטים רפואיים ומשפטיים בבנייקולוגיה ומיילדות 309 (1999).
- 45 ראו ע"א 6153/97 שטנרל נ' שדה, פ"ד נו(4) 746, 758-759, 762 (2002); ע"א 1146/99 קופת חולים כללית נ' סולן, פ"ד נה(4) 898, 902 (2001); ע"א (מחוזי ת"א) 3585/98 פלוגית נ' קופת חולים כללית, פס' 16, 23-24 (לא פורסם, 23.1.2000); ת"א (מחוזי ת"א) 88/23605 אביב נ' גלעד, פ"מ התשנ"ד(4) 397, 403, 412 (1994); ת"א (מחוזי חי') 1567/94 גיגי נ' קופת חולים של ההסתדרות הכללית של העובדים בא"י, תקימח 102 (1) 1994, פס' 44 (2002); ת"א (מחוזי י"ם) 1662/97 עזובון נרונסקי נ' פומרניץ, דינים מחוזי לג(7) 26, פס' 14 (2002); ת"א (מחוזי י"ם) 597/94 דוידוביץ נ' מאוריצי, תקימח 197 (1) 1997, פס' 14 (1997); ת"א (מחוזי י"ם) 298/94 גל נ' הסתדרות מדיצינית הדסה בית החולים האוניברסיטאי של הדסה, קרית הדסה, ירושלים, תקימח 197 (1) 1997, פס' ד(7), (10) (1997); ת"א (מחוזי י"ם) 475/95 אמיל נ' בית החולים האוניברסיטאי הדסה, תקימח 196 (1) 1996, פס' 7 (1996); ת"א (מחוזי י"ם) 117/91 מזרחי נ' הסתדרות רפואית מדיצינית הדסה עין כרם ירושלים, תקימח 296 (2) 1980, פס' 6 (1996); ת"א (מחוזי ת"א) 1827/90 קולוס נ' קופת חולים של ההסתדרות הכללית של העובדים בארץ ישראל, פס' ח (לא פורסם, 3.5.1998); ת"א (מחוזי י"ם) 328/94 אלחיני, קטינה נ' הסתדרות מדיצינית הדסה, פס' 12-13 (לא פורסם, 6.4.1997); ת"א (שלום חי') 2923/98 אפרתי נ' ביי"ח כרמל חיפה ע"ש לירידי דיוויס, דינים שלום כד 495, פס' 8, 13 (2003).

לא נקבע מפורשות באיזה מפסקי דין אלה, אין לראות עוד בעוולת התקיפה עילת התביעה הראויה.⁴⁶

נראה אפוא שעל אף העובדה שבפסיקה של שנות התשעים הסתמנה מגמה להעדיף את עוולת הרשלנות כאכסניה המשפטית הראויה לדרישת הגילוי, לא נסגר בתקופה זו הגולל על עוולת התקיפה.

מצב דברים זה לא השתנה גם משניתן פסק הדין בעניין עלי דעקה.⁴⁷ במקרה זה אושפזה התובעת לצורך ניתוח ברגלה השמאלית אך נותחה בסופו של דבר בכתפה הימנית. ההחלטה לבצע את הניתוח בכתף התקבלה על ידי הרופאים שטיפלו בתובעת בסמוך לכביצועו. לפיכך אף שביום האשפוז הוחתמה התובעת על טופס הסכמה לניתוח ברגל, נמסר לה ביום הניתוח על הצורך בכביצוע הניתוח בכתף. היא הוחתמה על טופס הסכמה לניתוח זה כשהיא שכובה על שולחן הניתוחים, מצויה תחת השפעת תרופות מטשטשות ומבלי שנמסר לה מידע על הסיכונים הטמונים בניתוח. עקב הניתוח סבלה התובעת נכות בכתפה והיא הגישה תביעה נגד הנתבעים לפיצוי על נזקי הגוף שנגרמו לה.

השאלה מהי האכסניה המשפטית הראויה לתביעות שעניינן הפרת דרישת הגילוי, זכתה לדין מעמיק בפסק דינה של השופטת דורית ביניש. מושפעת מחוסר הנוחות הכרוכה בייחוס התנהגות אנטי-חברתית לרופאים, ממגמת המשפט האנגלו-אמריקני להעדיף את עוולת הרשלנות במקרי אי-גילוי ומהסתמנותה של גישה דומה במשפט הישראלי, קבעה כי יש להגביל את השימוש בעוולת התקיפה למקרים קיצוניים בלבד.⁴⁸ עם אלה נמנים, כך קבעה, מקרים שבהם הטיפול הרפואי ניתן בעל כורחו של המטופל, מקרים שבהם הטיפול הרפואי שניתן היה שונה במהותו מהטיפול שהמטופל הסכים לו או מקרים שבהם לא נמסר למטופל כל מידע על מהות הטיפול או על תוצאתו הבלתי נמנעת.⁴⁹ מדברים אלה עולה כי לגישתה, אף שהפרת החובה למסור למטופל מידע על מהות הטיפול או על תוצאתו הבלתי נמנעת, מעמידה לזה עילה בעוולת התקיפה, צפויה הפרת החובה למסור למטופל מידע אחר על הטיפול המוצע להעמיד לזה עילה בעוולת הרשלנות.⁵⁰ משסברה השופטת כי המקרה שבפניה אינו בא בגדר המקרים הקיצוניים שמנתה, קבעה כי לתובעת עומדת עילה בעוולת הרשלנות.⁵¹ גם השופט תיאודור אור, אשר לפסק דינו הצטרפו רוב חברי ההרכב, סבר כי

46 ראו ע"א 4384/90 ואתורי נ' בית החולים לניאדו, פ"ד נא(2) 171, 182 (1997); ע"א 87/470 אלטורי נ' מדינת ישראל – משרד הבריאות, פ"ד מז(4) 146, 153 (1993); עניין ברמן, לעיל ה"ש 1, בעמ' 215, 218; ע"א 6948/02 אדנה נ' מדינת ישראל, משרד הבריאות, פ"ד נח(2) 535, פס' 18 לפסק דינו של השופט אור (2004); ת"א (מחוזי ת"א) 92/1116 ברטין נ' פישלביץ, דינים מחוזי כו(2) 842, פס' 16 (1994); ת"א (מחוזי ים) 1468/96 ויקרמן נ' מדינת ישראל – משרד הבריאות, תקימה (301) 4290, פס' 7 (2001); ת"א (מחוזי ת"א) 1180/97 עזבון בויוס נ' מור, דינים מחוזי לג(10) 691, פס' 9 (2003); ת"א (מחוזי ים) 1277/98 בית חולים ביקור חולים נ' בן, דינים מחוזי לג(10) 589, פס' 54 (2003).

לעיל ה"ש 1.

47 עניין עלי דעקה, לעיל ה"ש 1, בעמ' 547.

48 ש.ם.

49 ש.ם.

50 ש.ם.

הפרת החובה למסור לתובעת מידע על הטיפול המוצע מעמידה לזו עילה בעוולת הרשלנות.⁵² אף על פי כן, אין לראות לרעתה את פסק הדין כמי שקובע כי בכלל עוולת הרשלנות היא האכסניה המשפטית הראויה למקרי אייגילוי, ולא עוולת התקיפה. שני טעמים תומכים בגישתי: ראשית, רוב חברי ההרכב לא קבעו מפורשות כי אין לראות עוד בעוולת התקיפה עילת התביעה הראויה למקרים שבהם טוען המטופל להפרת דרישת הגילוי. שנית, השופט אור ניהל את הדיון במסגרת עוולת הרשלנות מטעמים דיוניים בלבד.

על אף העובדה שטענתה העיקרית של התובעת בערכאה הראשונה הייתה כי לא ידעה כלל על כוונת הרופאים לנתח בכתף ועל כן לא נתנה הסכמה לניתוח זה, השתיתה התובעת את תביעתה על עוולת הרשלנות ולא על עוולת התקיפה. בהתאם לכך בחן בית המשפט בערכאה הראשונה את שאלת אחריותם של הנתבעים באספקלריה של עוולת הרשלנות. בערעור נקטה התובעת גישה שונה וטענה כי אף שעוולת התקיפה לא נטענה מפורשות בכתב התביעה, טעה בית המשפט כשלא דן בעוולה זו מאחר שהעובדות העומדות ביסוד עוולת התקיפה תוארו במלואן בכתב התביעה. התובעת הוסיפה וטענה כי יסודות עוולת התקיפה הוכחו, ועל כן יש להטיל אחריות על הנתבעים בעוולה זו.

טענות התובעת בערעור, ובנוסף לכך העובדה שכל שופטי ההרכב סברו שהבעייתיות המתעוררת בתביעתה טמונה לא רק באופן שבו נתקבלה הסכמתה לניתוח, אלא גם בהפרת החובה למסור לה מידע על הסיכונים הטמונים בו,⁵³ פתחו בפני בית המשפט פתח לקיומו של דיון מהותי בשאלה מהי עילת התביעה הראויה בתביעות שעניינן הפרת דרישת הגילוי. אף על פי כן, נמנע השופט אור מלדון בשאלה זו, וניהל, כאמור, את הדיון במסגרת עוולת הרשלנות מטעמים דיוניים, ובעיקרם העובדה שהתובעת ביססה וניהלה את תביעתה במסגרת עוולת הרשלנות.⁵⁴ מדברים אלה עולה כי אף שמסקנותיה של השופטת ביניש בדבר התרשלנות הנתבעים בהפרת חובת הגילוי התקבלו על דעת רוב חברי ההרכב, נמנעו אלה מלאמץ את גישתה העקרונית באשר לעילת התביעה כהלכה כללית.

המסקנה היא כי גם בפסק הדין בעניין עלי דעקה לא נקבעה הלכה עקרונית באשר לשאלה אם עילת התביעה הראויה, מקום שבו טוען המטופל להפרת דרישת הגילוי, היא עוולת התקיפה, עוולת הרשלנות או שתיהן גם יחד.⁵⁵ ואכן, בפסקי דין שניתנו לאחריו המשיכו בתי המשפט להציג את עוולת התקיפה כעילת תביעה אפשרית במקרי אייגילוי, בין כעילת התביעה היחידה ובין בנוסף לעוולת הרשלנות.⁵⁶ עולה מכאן שאף לאחר פסק הדין בעניין עלי דעקה, לא

52 שם, בעמ' 563. לגישתו הצטרפה השופטת שטרסברג-כהן שדנה בתביעה באריכות. שם, בעמ' 622-623.

53 שם, בעמ' 547, 550, 561, 563 ו-588.

54 שם, בעמ' 560. גישה דומה נקטה גם השופטת שטרסברג-כהן, שם, בעמ' 587.

55 על כך ראו עניין שטנדל, לעיל ה"ש 45, בעמ' 759.

56 שם, בעמ' 758-759, 762; עניין סולן, לעיל ה"ש 45, בעמ' 902; עניין גיגי, לעיל ה"ש 45, פס' 44; עניין עזובן נרונסקי, לעיל ה"ש 45, פס' 14; עניין פלונית, לעיל ה"ש 45, פס' 16, 23-24; עניין רוזנבלד, לעיל ה"ש 43, פס' 12.4; עניין קוטן, לעיל ה"ש 43, פס' 13; עניין אפרתי, לעיל ה"ש 45, פס' 8, 13; ת"א (שלום חי) 24587/01 אורן נ' רוזן דינים שלום עו 58, פס' 27 (2006).

נסתם הגולל על עוולת התקיפה כעילת התביעה האפשרית העומדת למטופל הטוען להפרת דרישת הגילוי.

עם זאת, לא ניתן להתעלם מהנטייה העולה מפסק דין עקרוני זה להעדפת עוולת הרשלנות על פני עוולת התקיפה, ומהגישה שאומצה על ידי השופטת ביניש. פסק הדין מהווה אפוא נדבך נוסף וחשוב לנטיית הפסיקה להעדיף את עוולת הרשלנות במקרי אי-גילוי, ולאחר שניתן, גברה נטיית בתי המשפט לדון בתביעות שעניינן הפרת דרישת הגילוי במסגרת עוולת הרשלנות.⁵⁷

4.2 דרישת ההסכמה

גם בתקופה זו אומצה הגישה כי הפרת החובה לקבל את הסכמת המטופל מעמידה לזה עילה בעוולת התקיפה.⁵⁸ עם זאת, לראשונה התגלו בקיעים בהלכה בצורה זו. פסק הדין הראשון שבו באה לידי ביטוי מגמה זו הוא פסק הדין בעניין ואתורי.⁵⁹ באותו מקרה אושפזה המנוחה שהייתה הרה בבית החולים עקב ירידת מי שפיר. עם אשפוזו הוחלט לשמר את הריונה. זמן מה לאחר שילדה המנוחה עובר מת, התגלו בה סימנים של זיהום כללי ומקץ מספר ימים היא נפטרה. הוגשה תביעה לפיצויים נגד בית החולים ובה נטען, בין השאר, לרשלנות הרופאים בקבלת ההחלטה להמשיך את הריונה של המנוחה על דעת עצמם, ומבלי לשמוע את עמדת האחרונה. בפני בית המשפט עמדה אפוא השאלה אם על המטפל חלה חובה לקבל את הסכמת המטופל למסלול רפואי, אף שזה אינו כרוך בשימוש בכוח נגד גופו. מאחר שבנסיבות אלה היה השימוש בעוולת התקיפה

57 ראו עניין אדנה, לעיל ה"ש 46, פס' 18; ע"א 9817/02 וינשטיין נ' ברנמן; תקעל (2005) 4450, פס' 18-19 (2005); ע"א 522/04 מרבו לייזר לניתוחי קרנית בע"מ נ' דיראוי, תקעל (2005) 4023, פס' 16 (2005); ת"א (מחוזי חי') 10754/97 ימין נ' אריעב, תקימה (2000) 1462, פס' לו (2000); ת"א (מחוזי חי') 10282/97 ברמלה נ' וילנסקי, תקימה (2001) 7561, פס' טו (2001); ת"א (מחוזי ים) 1578/98 מור נ' שגיב, תקימה (2001) 301, 285 (2001); ת"א (מחוזי חי') 926/92 שוורץ נ' מדינת ישראל, תקימה (2001) 4390, פס' כד (2001); ת"א (מחוזי חי') 391/98 ג'בארין נ' קופת חולים כללית, תקימה (1005) 2235, פס' ו (2005); ת"א (שלום ת"א) 86178/99 יחיאל נ' אגסי, דינים שלום ע 489, פס' 51 (2006); ת"א (מחוזי ב"ש) 1018/00 חליבה נ' מדינת ישראל, דינים מחוזי לה (9) 55, פס' ד (2) (2005); ת"א (מחוזי חי') 559/01 סתאחי נ' מדינת ישראל, דינים מחוזי לה (10) 807, פס' ו (2005); ת"א (שלום כ"ס) 3470/99 קפואנו נ' אשכול, דינים שלום לא 691, פס' 36 (2004); עניין ויקרמן, לעיל ה"ש 46, פס' 7; עניין עזבון בויום, לעיל ה"ש 46, פס' 9; עניין בן, לעיל ה"ש 46, פס' 54; ת"א (שלום חי') 23042/00 שוורץ נ' קליניקה אריאל בע"מ, פדאור (7) 248, פס' 17 (2004); ת"א (שלום ת"א) 103233/97 נעים נ' אנטל, דינים שלום יז 218 (2000).

58 ראו עניין רייבי, לעיל ה"ש 1, בעמ' 505-506; ע"א 506/88 שפר, קטינה נ' מדינת ישראל, פ"ד מח (1) 87, 179-180 (1993); עניין גלעד, לעיל ה"ש 43, פס' 4; עניין שנבר, לעיל ה"ש 43, בעמ' 103; עניין אביב, לעיל ה"ש 45, בעמ' 403; ה"פ (מחוזי ת"א) 2242/95 א.א. נ' קופת החולים הכללית, פ"מ התשנ"ה (2) 253, 258 (1996); ת"א (ים) 1109/97 פרננדס נ' הסתדרות מדיציניית הדסה, תקימה (2000) 9253, פס' 7 (2000); עניין הימתן, לעיל ה"ש 43, פס' 11; עניין איטח, לעיל ה"ש 43, פס' 20.1; עניין ביתן, לעיל ה"ש 43, פס' ד (1); עניין ביסטריצבר, לעיל ה"ש 43, פס' 23; עניין ארבל, לעיל ה"ש 43, פס' ז (4) (א).

59 לעיל ה"ש 46.

בלתי אפשרי, או לפחות מאולץ ביותר, נבחנה שאלת האחריות באספקלריה של עוולת הרשלנות.⁶⁰

פסק הדין השני שבו באה לידי ביטוי מגמה זו הוא פסק הדין בעניין עלי דעקה. הגישה המקובלת בפסיקה עד לפסק דין זה הייתה שהסכמה שנתן המטופל שלא מרצונו החופשי אינה הסכמה תקפה. לפיכך אם הופרה דרישת חופשיות הרצון עמדה למטופל עילת תביעה בעוולת התקיפה, ובלבד שהטיפול היה כרוך בשימוש בכוח נגד גופו של המטופל.⁶¹ על פי גישה זו, כך נראה, לא היה מקום להבחין בין מקרה למקרה על פי מידת חומרת ההפרה של דרישת חופשיות הרצון. מסקנה שונה עולה מפסק דינה של השופטת ביניש בעניין עלי דעקה. כאמור, בפסק דינה הגבילה השופטת את השימוש בעוולת התקיפה לשלושה מקרים, ביניהם מנתה מקרה שבו ניתן הטיפול למטופל בעל כורחו. לעומת זאת, כך סברה, כאשר התבקשה הסכמת המטופל והוא העניקה לאחר שנמסר לו מידע על מהות הטיפול ועל תוצאתו הבלתי נמנעת, אך אופן קבלת הסכמתו לקה בחסר, למשל, זו התבקשה כשהחולה נמצא תחת השפעת תרופות מטשטשות – אז עילת התביעה הראויה היא עוולת הרשלנות.⁶²

מדברים אלה עולה כי לגישת השופטת ביניש יש להבחין בין פגיעה חמורה בחופש הרצון של המטופל בדמות טיפול בכפייה, שמעמידה לזה עילת תביעה בעוולת התקיפה, ובין מקרים שבהם נפלו פגמים קלים יותר באופן קבלת הסכמת המטופל שעשויים להשפיע על חופשיות רצונו ומעמידים לו עילת תביעה בעוולת הרשלנות. משמע כי לגישתה תוצאות הפרת דרישת חופשיות הרצון עשויות להשתנות לפי מידת חומרת ההפרה.

כאמור, גישתה העקרונית של השופטת ביניש לא אומצה על ידי שופטי ההרכב האחרים כהלכה מחייבת. עם זאת, אלה דנו בפועל בטענות התובעת באשר לאופן קבלת הסכמתה במסגרת עוולת הרשלנות.⁶³ יתרה מכך, ניתן להניח שאף חלק זה של פסק דינה של השופטת יהווה חיזוק לנטיית הפסיקה להעדיף את עוולת הרשלנות על פני עוולת התקיפה.

4.3 הגורמים להגבלת השימוש בעוולת התקיפה

קודם שננסה לענות על השאלה מהם הגורמים להגבלת השימוש בעוולת התקיפה, כדאי להעיר שמספר פסקי הדין שעוסקים עניינית בשאלה מהם הטעמים שבשלם יש להעדיף את עוולת הרשלנות על פני עוולת התקיפה, ושבמסגרתם נערך דיון מעמיק בשאלה זו, אינו רב.⁶⁴ מצב דברים זה מעלה את

60 שם, בעמ' 181–182. אותה גישה אומצה על ידי בית המשפט העליון בע"א 4960/04 סרדי נ' קופת חולים של ההסתדרות הכללית, פדאור (29)05, 462, פס' 13 (2005).

61 ראו, למשל, עניין רייבי, לעיל ה"ש 1, בעמ' 505; עניין קוהרי, לעיל ה"ש 35, בעמ' 166–167; עניין אפא, לעיל ה"ש 35, בעמ' 42.

62 עניין עלי דעקה, לעיל ה"ש 1, בעמ' 547, 550.

63 שם, בעמ' 563, 587.

64 בארבעה פסקי דין בלבד מצאתי התייחסות לשאלה זו. ראו עניין עלי דעקה, ה"ש 1, בעמ' 543; עניין אלחייני, לעיל ה"ש 45, פס' 13; עניין בית חולים ביקור חולים, לעיל ה"ש 46, פס' 54; עניין קוטן, לעיל ה"ש 43, פס' 27.

הסברה שלפחות בחלק מפסקי הדין, במיוחד אלה שניתנו על ידי הערכאות הנמוכות, אומצה עוולת הרשלנות כאכסניה משפטית לתביעה, שלא בהתבסס על מודעות מעמיקה להבדלים בין עוולה זו ובין עוולת התקיפה ולהשלכותיהם. ניתן להניח שמגמה זו הנה תולדה של תופעה "אופנתית" גרידא של עורכי הדין ובתי המשפט גם יחד או של תחושת מחויבותן של הערכאות הנמוכות לרוח שעלתה מפסקיו של בית המשפט העליון. סברה זו יכולה גם להסביר מדוע בחלק מפסקי הדין המשיכו בתי המשפט להציג את שתי העוולות – עוולת התקיפה ועוולת הרשלנות גם יחד – כעילות התביעה האפשריות. עם זאת, לא ניתן להתעלם מהעובדה שבפסקי הדין הבולטים שהתוו את השינוי בגישת הפסיקה באשר לעילת התביעה הראויה, נתן בית המשפט את דעתו להבדלים בין העוולות ולשאלה איזו מהעוולות ראויה. עיון בפסקי דין אלה מלמד אפוא כי נטיית בתי המשפט להגביל את השימוש בעוולת התקיפה ולהעדיף על פניה את עוולת הרשלנות, אינה אקראית. בהמשך לכך נראה כי ניתן להצביע על כמה גורמים העומדים ביסוד נטייה זו:

ראשית, המעבר לעוולת הרשלנות כמשפט האנגלו-אמריקני שראשיתו בשנות השישים ושיאו בשנות השבעים והשמונים.⁶⁵ עיון בפסקי הדין שבהם הוצגה עוולת הרשלנות כעילת התביעה הראויה, בין לבדה ובין בנוסף לעוולת התקיפה, מגלה כי בתי המשפט אימצו לא אחת גישה זו בהשראת המשפט האנגלו-אמריקני.⁶⁶

שנית, עלייה חדה במספר התביעות שהוגשו נגד רופאים בסוף שנות השמונים, עלייה בשיעור פרמיות הביטוח והתפשטות תופעת "הרפואה המתגוננת", כמו גם גידול בהוצאה הציבורית בגין תביעות רשלנות רפואית במהלך שנות התשעים ואילך.⁶⁷ אף שבתי המשפט לא הצביעו מפורשות על גורם זה כנימוק להעדפת עוולת הרשלנות על פני עוולת התקיפה, ניתן לשער כי תופעות אלה,

65 ראו לעיל בעמ' 6-7.

66 עניין עלי דעקה, לעיל ה"ש 1, בעמ' 543-546.

67 ראו ועדת קלינג, לעיל ה"ש 14, בעמ' 12-15, 74 ו-164; עדי אור ואילנה נירנברג רשלנות רפואית 41-43 (מהדורה שנייה מורחבת ומעודכנת, 2000). אין מחלוקת כי בסוף שנות השמונים ובשנות התשעים חלה עלייה במספר התביעות שהוגשו נגד רופאים, בשיעור פרמיות הביטוח ובתופעת "הרפואה המתגוננת", אך הדעות חלוקות באשר להיקפן של תופעות אלה. הוועדה מצאה כי אין בסיס לחשש שגל התביעות נגד רופאים גואה (ראו ועדת קלינג, שם, בעמ' 12). כמו כן, מהנתונים שהובאו בפני הוועדה עלה כי אף שחלה עלייה חדה במספר התביעות שהוגשו נגד רופאים, בסוף שנות השמונים, חלה מאז התייצבות במספרן ואף ירידה קלה (שם, בעמ' 164). בהתאם לכך קבעה הוועדה, כי אף שקיימת תחושה בציבור ואצל העוסקים ברפואה כי מספר התביעות המוגשות נגד רופאים הולך וגואה, תחושה זו חסרת ביסוס עובדתי, והנה, בעיקרה, פועל יוצא של פרסומים בתקשורת (שם, בעמ' 11-12, 164-165). בדומה לכך, אף שהוועדה סברה כי במשך השנים חלה עלייה בשיעור פרמיות הביטוח, וכי התופעה של "רפואה מתגוננת" קיימת במדינת ישראל, היא לא סברה שתופעות אלה והות בממדיהן לאלה שבארצות-הברית, ושהמצב מגיע לכדי משבר (שם, בעמ' 12, 14-15, 74 ו-165). כדאי לשים לב גם למסקנותיה של הוועדה הבין-משרדית לבחינת הרכיבים להקטנת ההוצאה הציבורית בגין תביעות רשלנות רפואית, שפרסמה את מסקנותיה כשש שנים לאחר ועדת קלינג. בעקבות הנתונים שהוצגו בפני הוועדה המאוחרת, קבעה זו כי בעשור הנבדק (1993-2002) ניכרת מגמה עקבית של עלייה

או לפחות הפרסומים על אודותיהן, יצרו תמריץ לאיתור אמצעים להגבלת היקף האחריותם של רופאים וכך להעדפת עוולת הרשלנות.

שלישית, עוולת התקיפה אינה עומדת למטופל במקרים שבהם הטיפול הרפואי לא היה כרוך בשימוש בכוח נגד גופו כמובנו המקובל של הביטוי. זה היה מצב הדברים כפי שראינו בעניין ואתורי⁶⁸ ובעניין סדי.י⁶⁹ כך למעשה ניתן למצוא את שורשיה של הנטייה להעדפת עוולת הרשלנות על פני עוולת התקיפה, בין השאר, במאפייניה המיוחדים והמגבילים של עוולת התקיפה, ובקשר הדוק לכך בשאיפה לתת הגנה מלאה ואחידה לזכותם של חולים לאוטונומיה.

רביעית, עליית קרנן של עוולות המסגרת, ובראשן עוולת הרשלנות, וירידת קרנן של העוולות הפרטיקולריות. גורם נוסף שתמך בוודאי בהעדפת עוולת הרשלנות על פני עוולת התקיפה, גם אם לא היה הגורם העיקרי שעמד ביסוד מגמה זו, היה התחזקות עוולת הרשלנות לכדי עקרון האחריות המרכזי בדיני הניזקין הישראליים ובליעתן של העוולות הפרטיקולריות בעיקרון זה.⁷⁰

5. סיכום

במהלך התפתחות דוקטרינת "ההסכמה מדעת" המשפט הישראלי לא אימץ גישה אחידה באשר לשאלה מהי עילת התביעה העומדת למטופל שטוען להפרת זכותו לאוטונומיה. אמנם משך כל שנות התפתחות הדוקטרינה הייתה מקובלת על הפסיקה הגישה שטיפול שניתן ללא הסכמת המטופל וטיפול שניתן לו בעל כורחו או מבלי שנמסר לו מידע על מהות הטיפול מהווה תקיפה, אך בכך התמצתה היציבות שגילתה הפסיקה.

את ההסדר המשפטי שאומץ בפסיקה ניתן לתאר כהסדר מרובה עילות ובלתי אחיד, אשר במסגרתו עומדות למטופל הטוען להפרת איזו מהזכויות הנתונות לו מכוח דוקטרינת "ההסכמה מדעת", כמה עילות תביעה נזיקיות, לעתים עילות שזהותן שונה בגין הפרתה של אותה זכות: עוולת התקיפה – הטיפול שניתן ללא הסכמת המטופל או בעל כורחו; הטיפול שניתן היה שונה במהותו מזה לו נתן המטופל את הסכמתו; ולבסוף הטיפול שניתן מבלי שנמסר למטופל מידע על מהות הטיפול. כל זאת בתנאי שהטיפול היה כרוך בשימוש בכוח נגד גופו של המטופל. עוולת הרשלנות – המטופל טוען להפרת דרישת ההסכמה, או לחלופין להפרת

במספר תיקי הרשלנות הרפואית שנפתחו מדי שנה בכל הערכאות. עם זאת, הוועדה הוסיפה וקבעה כי מגמת העלייה במספר התביעות שהוגשו, שעניינן רשלנות רפואית, בדרך כלל מתונה וכי מספרן הכולל של תביעות אלה קטן בהרבה ממספרן הכולל של תביעות הניזקין בבתי המשפט ושל תביעות לפי חוק הפיצויים לנפגעי תאונות דרכים. דין וחשבון הוועדה הבין משרדית לבחינת הדרכים להקמת ההוצאה הציבורית בגין תביעות רשלנות רפואית 15–16 (2005) (להלן: "ועדת קלינג הבין משרדית"). דברים אלה מחזקים את מסקנתה של הוועדה, שלפיה אף שחל גידול במספר התביעות שעניינן רשלנות רפואית, אין עסקינן בתופעה המגיעה לכדי "משבר".

68 לעיל ה"ש 46.

69 לעיל ה"ש 60.

70 ראו דניאל מור "פקודת הניזקין בראי ארבעים שנות פסיקה" הפרקליט לט 344, 364–365, 368, 383, 413 (1990); יצחק אנגלרד "תרומת הפסיקה להתפתחויות בדיני הניזקין – דימויה העצמי ומציאות" עיוני משפט יא 67, 69–73 (1985).

דרישת הגילוי, או לחלופי חלופין להפרת דרישת חופשיות הרצון, והטיפול לא היה כרוך בשימוש בכוח נגד גופו. ולבסוף, עוולת הרשלנות ועוולת התקיפה – במקרים שבהם היה הטיפול כרוך בשימוש בכוח נגד גופו של המטופל, וזה טוען להפרת דרישת ההסכמה, או לחלופין להפרת דרישת הגילוי או לחלופי חלופין להפרת דרישת חופשיות הרצון, שאז עומדת לו האפשרות לבחור בין עוולת התקיפה ובין עוולת הרשלנות.

ממילא עולה השאלה אם יש נפקות להבחנה בין עוולת התקיפה ובין עוולת הרשלנות. כפי שנראה מיד, בין עוולות אלה ישנם כמה הבדלים בעלי נפקות מהותית וממשית המדגישים את אופיו הבלתי אחיד של ההסדר המשפטי שאומץ בפסיקה.

ג. נפקות ההבחנה בין עוולת התקיפה לבין עוולת הרשלנות

עיון ביסודותיהן של עוולות אלה מעלה כי ישנם כמה הבדלים מהותיים ביניהן העושים את ההבחנה ביניהן לחשובה. נעמוד על הבדלים אלה בפירוט.⁷¹

1. נטל השכנוע

אין חולק כי ברגיל על התובע בעוולת הרשלנות להוכיח, על פי מאזן ההסתברויות, כי התקיימו כל יסודות העוולה, ובכלל זה יסוד ההתרשלנות.⁷² מכאן עולה שאם עילת התביעה העומדת למטופל היא עוולת הרשלנות, עליו להוכיח כי לא נתן הסכמתו לטיפול הרפואי או כי לא נמסר לו המידע הדרוש על הטיפול או כי נתקיימו נסיבות שפגעו בחופשיות רצונו – הכול על פי מאזן ההסתברויות.⁷³ אם בתום הדיון לא יעלה בידו לשכנע את בית המשפט כי הגרסה העובדתית המוצגת על ידו סבירה יותר, יפסיד בתביעה. בהתחשב בעובדה שעל פי רוב על השופט להכריע בשאלות עובדתיות אלה כשלפניו עדות התובע לעומת עדות הנתבע ותו לא, ובהתחשב בעובדה כי לעתים קרובות הצדדים אינם זוכרים את כל פרטי האירוע לאחר חלוף הזמן,⁷⁴ נושא התובע בסיכון לא מבוטל לכישלון התביעה.⁷⁵

71 כדאי לציין כי עד לתיקון תשס"ה לפקודת הנוזיקין (חוק לתיקון פקודת הנוזיקין (מס' 10), התשס"ה-2005, ס"ח 950), היה קיים הבדל נוסף בין העוולות, והוא האפשרות להטיל אחריות שילוחית בעוולת הרשלנות, והיעדר אפשרות זו בעוולת התקיפה. (ראו ס' 25 לפקודת הנוזיקין כנוסחה טרם התיקון). ס' 25 לפקודה בוטל בתיקון האמור, ועמו התבטל אף הבדל זה בין העוולות. הבדל נוסף שלא נעטק בו הוא סוגיית ההתיישנות, זאת מפאת מגבלת המקום שבשלה התמקדתי בהבדלים המרכזיים בין העוולות.

72 ראו, למשל, עניין עלי דעקה, ה"ש 1, בעמ' 594; ע"א 243/83 עיריית ירושלים נ' גורדון, פ"ד לט(1) 113, 128 (1985).

73 ראו, למשל, עניין פלזנית, לעיל ה"ש 45, פס' 19.

74 על הקושי בהוכחת טענות עובדתיות אלה ראו ועדת קלינג הבין משרדית, לעיל ה"ש 67, בעמ' 62.

75 מן הראוי להעיר כי האפשרות להעביר את נטל השכנוע אל הנתבע בעוולת הרשלנות מכוח ס' 41 לפקודת הנוזיקין או מכוח דוקטרינת "הנוק הראיית", אינה צפויה לשנות את מצב הדברים המתואר. ראשית, העברת נטל השכנוע אל הנתבע מכוח ס' 41 לפקודה אינה אפשרית במקרים שבהם טוען התובע להפרת זכותו לאוטונומיה, מאחר שאף שנכס מעורב

לעומת זאת, השאלה על מי מוטל נטל השכנוע באשר ליסוד ההסכמה בעוולת התקיפה, לא הוכרעה במשפט הישראלי. בספרות אומצה הגישה כי היעדר הסכמה הוא יסוד מיסודות האחריות בעוולת התקיפה, ולפיכך על התובע בעוולת התקיפה לטעון ולהוכיח שהטיפול הרפואי נעשה ללא הסכמתו.⁷⁶ אלא שהשאלה על מי מוטל נטל השכנוע באשר ליסוד ההסכמה בעוולת התקיפה לא נדונה על ידי בית המשפט העליון, והערכאות האחרות לא אימצו גישה אחידה בסוגיה.⁷⁷ לא רק זאת, אלא ששאלה זו שנויה במחלוקת גם במשפט האנגלו-אמריקני.⁷⁸ מכאן עולה שאם עילת התביעה העומדת למטופל היא עוולת התקיפה, עשוי נטל השכנוע באשר ליסוד ההסכמה להיות מוטל על הנתבע. דהיינו עתה יוטל על הנתבע הנטל להוכיח על פי מאזן ההסתברויות, כי המטופל נתן הסכמתו לטיפול או כי המידע הדרוש נמסר לו או כי לא נתקיימו נסיבות השוללות את חופשיות רצונו של המטופל – הכול בהתאם לטענת התובע. יוצא שבמקרה כזה יישא הנתבע בעיקר הסיכון להפסד בתביעה.

2. הדרישה ל"שימוש בכוח נגד גופו של אדם" כתנאי להטלת אחריות

תנאי להטלת אחריות בעוולת התקיפה הוא שימוש בכוח נגד גופו של אדם. לפיכך על מטופל התובע בעוולת התקיפה מוטל הנטל להוכיח כי הטיפול הרפואי היה כרוך בשימוש בכוח נגד גופו. תנאי דומה אינו קיים בעוולת הרשלנות, ולמטופל עשויה לעמוד עילת תביעה בעוולה זו גם אם הטיפול הרפואי לא היה כרוך בכל שימוש בכוח נגד גופו.⁷⁹ ממילא לשאלה אם הטיפול הרפואי כרוך בשימוש בכוח נגד גופו של המטופל – חשיבות רבה כאשר עילת התביעה העומדת לרשותו היא עוולת התקיפה. אין חולק כי מקום שבו כרוך הטיפול הרפואי במגע של ידי המטפל עם

באירוע (כלי ניתוח, מתקני בית החולים) לא הוא שגרם לנזק הנטען – פגיעה בזכותו של המטופל לאוטונומיה. שנית, ההתמתם התדירה של מטופלים על טופסי הסכמה לטיפול רפואי, שבהם מצהיר המטופל על הסכמתו לטיפול ומפורט המידע שנמסר לו, פוגעת באופן לא מבוטל באפשרות לעשות שימוש בדוקטרינת "הנזק הראייתי". עיון בפסקי הדין הרבים שהובאו במאמר זה יעלה שבמקרים בודדים בלבד הועבר נטל השכנוע אל הנתבע להוכיח כי לא התרשל בתהליך קבלת הסכמתו מדעת של התובע.

76 קרצמר, לעיל ה"ש 6, בעמ' 12.

77 עניין ארבל, לעיל ה"ש 43, פס' 3; עניין גל, לעיל ה"ש 45, פס' 8; עניין איטה, לעיל ה"ש 43, פס' 20.2; עניין אפא, לעיל ה"ש 35, בעמ' 43.

78 ראו, למשל, עניין *Reibl*, לעיל ה"ש 38, בעמ' 9; PHILIP H. OSBORNE, THE LAW OF TORTS 227 (2d ed. 2003); Secretary, Department of Health and Community Services v. J.W.B. (1992) 175 C.L.R. 218, 310–11; ROSALIE P. BALKIN & JAMES L.R. DAVIS, THE LAW OF TORTS 3839 (3d ed. 2004); Freeman v. Home Office [1984] Q.B. 524, 539; Collins v. Wilcock [1984] 3 All E. R. 374, 378; FOWLER V. HARPER, FLEMING JAMES & OSCAR S. GRAY, THE LAW OF TORTS §§ 3:2–3:16 (2d ed. 1986); FAY A. ROZOVSKY, CONSENT TO TREATMENT: A PRACTICAL GUIDE, 7 (2d ed. Supp. 1998).

79 עניין ואתורי, לעיל ה"ש 46, בעמ' 181–182.

גופו של המטופל למשל לצורך חבישת איבר, נעשה שימוש בכוח נגד גופו.⁸⁰ אלא שסעיף 23 לפקודת הנזיקין קובע ששימוש בכוח יכול שיהיה במישרין או בעקיפין. לפיכך יסוד זה מתקיים גם אם לא התרחש מגע פיזי ישיר עם גופו של המטופל, ונעשה שימוש באמצעי אחר.⁸¹ מכאן עולה כי בגדר עוולת התקיפה באים גם מקרים שבהם נעשה שימוש במכשור רפואי כלשהו, למשל, מחט או סכין מנתחים.⁸² לא רק זאת, אלא שסעיף 23(ב) לפקודת הנזיקין קובע כי שימוש בכוח כולל גם שימוש בחום, באור, בחשמל, בגז, בריח או בכל חומר אחר, אם השתמשו בהם במידה שיש בה להזיק. לפיכך באים בגדר עוולת התקיפה גם טיפול בהלם חשמלי,⁸³ טיפול בקרני לייזר,⁸⁴ צילום רנטגן, טיפולים באור או בחום, טיפולים בגז והחדרת נוזל⁸⁵ או ג'ל⁸⁶ לגופו של המטופל.

לעומת זאת, קיימים לפחות כמה מקרים שבהם הטיפול הרפואי אינו כרוך בשימוש בכוח נגד גופו של המטופל שבהם לא תעמוד למטופל עילה בעוולת התקיפה. עם טיפולים אלה נמנים המקרים הבאים: הימנעות ממתן טיפול רפואי אקטיבי – כפי שאירע, למשל, בעניין ואתורי;⁸⁷ אי-ביצוע בדיקה לגילוי מחלה או מום – כפי שאירע, למשל, בעניין סירי;⁸⁸ טיפול פסיכולוגי; תכנית דיאטה וכושר גופני.

3. סטייה מסטנדרט ההתנהגות של "הארם הסביר"

כאמור, עוולת התקיפה מתגבשת משהוכח כי נעשה שימוש בכוח נגד גופו של התובע ללא הסכמתו. לפיכך השאלה העיקרית הדורשת הכרעה בתביעה המבוססת על עוולת התקיפה, היא אם המטופל נתן הסכמה תקפה לטיפול הרפואי, להבדיל מהשאלה אם המטפל סטה מסטנדרט ההתנהגות של "הרופא הסביר".⁸⁹ ממילא לא יכול מטפל שנתבע בעוולת התקיפה להתגונן בטענה כי התנהגותו לא סתתה מסטנדרט ההתנהגות של "הרופא הסביר".⁹⁰ לעומת זאת, על התובע בעוולת הרשלנות להוכיח כי הנתבע סטה מסטנדרט ההתנהגות של "הארם הסביר".⁹¹ מכאן שמטופל המבסס את תביעתו על עוולת

80 אמנון כרמי הרופא, החולה והחוק 25-26 (1997).

81 קרצמר, לעיל ה"ש 6, בעמ' 6.

82 כרמי, לעיל ה"ש 80, בעמ' 27; וראו, למשל, בנושא של ניתוחים פלסטיים, עניין אביב, לעיל ה"ש 45.

83 ת"א 1425/57 קאירה נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"מ יח 73 (1959).

84 ת"א (מחוזי י"ם) 26/95 בהן נ' קופת חולים הכללית של ההסתדרות הכללית של העובדים בישראל, דינים מחוזי כו(4) 430 (1996).

85 עניין ירד, לעיל ה"ש 43.

86 עניין שנבר, לעיל ה"ש 43.

87 לעיל ה"ש 46.

88 לעיל ה"ש 60.

89 Marcus L. Plante, *An Analysis of "Informed Consent"*, 36 FO. L. R. 639, 89

Riskin, 657-58 (1968); לעיל ה"ש 13, בעמ' 584.

90 ע"א בריחי, לעיל ה"ש 1, בעמ' 232; עניין רייבי, לעיל ה"ש 1, בעמ' 509; עניין אסא, לעיל ה"ש 35, בעמ' 43-42.

91 עניין גורדון, לעיל ה"ש 72, בעמ' 137.

הרשלנות, לא יצא ידי חובתו אם הוכיח כי לא נתן הסכמה חופשית ומדעת לטיפול, אלא עליו להוכיח, בנוסף לכך, כי במחדל זה סטה המטפל מסטנדרט הזהירות של "הרופא הסביר". ממילא יכול מטפל, הנתבע בעוולת הרשלנות, להתגונן בטענה כי התנהגותו לא סתתה מזו של "הרופא הסביר", על אף הפרת החובה הנטענת.

מאחר שמהפסיקה עולה כי היקף חובת הגילוי נקבע על פי מבחן "החולה הסביר", בין שדרישת הגילוי נגזרת מעוולת התקיפה ובין שמעוולת הרשלנות,⁹² להבדל זה בין העוולות נפקות תאורטית בלבד כאשר המטופל טוען להפרת דרישת הגילוי. לעומת זאת, כאשר המטופל טוען להפרת דרישת ההסכמה או להפרת דרישת חופשיות הרצון, להבדל זה בין העוולות נפקות של ממש, בשני היבטים:

הראשון, מאחר שעל מטופל התובע בעוולת התקיפה לא מוטל הנטל להוכיח שהנתבע סטה מסטנדרט ההתנהגות של "הרופא הסביר", הוא אינו נדרש לתמוך את תביעתו בעדויות מומחים באשר לפרקטיקה הרפואית המקובלת, ויכול להסתפק בעדותו או בעדותם של מי שאינם מומחים.⁹³ בהמשך לכך, בהכרעה בשאלת החובה לקבל את הסכמת המטופל והיקפה, לא ייתן בית המשפט כל משקל לפרקטיקה הרפואית המקובלת.⁹⁴

מצב הדברים שונה כאשר לעוולת הרשלנות. אף שבתי המשפט שבו והדגישו כי השאלה אם הנתבע סטה מסטנדרט הזהירות של "הרופא הסביר" נתונה להכרעתם ולא להכרעת המומחים הרפואיים,⁹⁵ ואף שכלל זה נכון במיוחד באשר למחלוקות שאינן דורשות מומחיות רפואית,⁹⁶ אין חולק כי לעדויותיהם של מומחים רפואיים באשר לפרקטיקה הרפואית המקובלת משקל ניכר בהכרעה בשאלה זו.⁹⁷ על כן טוב יעשה מטופל שטוען להפרת דרישת ההסכמה או להפרת דרישת חופשיות הרצון, אם יתמוך את תביעתו בעדויותיהם של מומחים רפואיים, ובית המשפט צפוי לתת משקל לעדויותיהם באשר לפרקטיקה הרפואית המקובלת בהכרעה בשאלת ההתרשלות.⁹⁸

92 ראו, למשל, עניין קוהרי, לעיל ה"ש 35, בעמ' 166; עניין ואתורי, לעיל ה"ש 46, בעמ' 182; עניין ברמן, לעיל ה"ש 1, בעמ' 214, 218; עניין אפא, לעיל ה"ש 35, בעמ' 42.

93 Landsverk, לעיל ה"ש 11, בעמ' 884; Allan H. McCoid, *A Reappraisal of Liability for Unauthorized Medical Treatment*, 41 MINN. L. REV. 381, 383-84 (1957).

94 עניין רייבי, לעיל ה"ש 1, בעמ' 509.

95 ראו, למשל, ע"א 935/95 משה, קטינה נ' קליפורד, פ"ד נב(4) 736, 747, 751-752, 765 (1998); ע"א 1884/93 דינבר נ' עוזבון יערי, פ"ד נ(2) 605, 609 (1996); ע"א 854/87 מירניץ נ' הופמן, תקיעל (2)91, 956, פס' 6 (1991).

96 עניין קליפורד, שם, בעמ' 751; עניין מירניץ, שם, פס' 6.

97 עניין קליפורד, שם, בעמ' 747, 751 ו-765; עניין מירניץ, שם, פס' 6.

98 לכך ניתן ביטוי בעניין ואתורי, לעיל ה"ש 46. באותו מקרה ייחס בית המשפט חשיבות רבה לעדויות המומחים הרפואיים, במסגרת ההכרעה בשאלה אם הנתבעים התרשלו משלא קיבלו את הסכמת המנוחה לשימור ההיריון. מעדויות אלה עלה כי על הנתבעים הייתה מוטלת החובה, בנסיבות המקרה, לשמוע את עמדת החולה ולייחס לה משקל מכריע בגיבוש עמדתם, ראו שם, בעמ' 181-182.

השני, השאלה מהי רמת ההתנהגות הנדרשת מ"רופא סביר" היא שאלה נורמטיבית המוכרעת, בין השאר, על פי שיקולים של מדיניות משפטית.⁹⁹ על בית המשפט להכריע בשאלה זו בהתחשב, בין היתר, בסוג הסיכון, בהסתברות להתממשותו, בעלות האמצעים הדרושים למניעתו, בערך החברתי של שלילת ההתנהגות שגרמה לנזק וביכולתו היחסית של הנתבע למנוע את הנזק.¹⁰⁰ עולה מכאן כי מטופל המבסס את תביעתו על עוולת הרשלנות, נדרש לשכנע את בית המשפט כי הטלת החובות, שלהן הוא טוען, על הנתבע עולה בקנה אחד עם שיקולי מדיניות משפטית. כך, למשל, מטופל הטוען להפרת דרישת ההסכמה, אינו יכול להסתפק בטענה כי זכותו לאוטונומיה הופרה, אלא עליו לשכנע את בית המשפט, בנוסף לכך, כי העלויות הכרוכות בקבלת הסכמה ממטופלים בנסיבות אלה, פחותות מתוחלת הנזק הצפויה עקב הפגיעה בזכותם לאוטונומיה.¹⁰¹

לעומת זאת, מאחר שבעוולת התקיפה השאלה הדורשת הכרעה היא אם המטופל נתן הסכמה תקפה לטיפול המוצע, ומאחר שהחובה לקבל את הסכמת המטופל קמה כל אימת שהטיפול כרוך בשימוש בכוח נגד גופו של המטופל, קיים מקום מוגבל בלבד לשיקולי מדיניות משפטיים בהכרעה בשאלה אם המטפל-הנתבע הפר את דרישת ההסכמה או את דרישת חופשיות הרצון המוטלות עליו.¹⁰²

4. הדרישה לקיומו של "נזק" כתנאי להטלת אחריות

עוולת התקיפה שייכת למין העוולות שאינן דורשות קיומו של נזק כתנאי להטלת אחריות, דהיינו עוולות שהנן actionable per se. עצם השימוש בכוח נגד גופו של אדם, ללא הסכמתו, מהווה תנאי מספיק להטלת אחריות.¹⁰³ לפיכך מטופל התובע בעוולת התקיפה יכול להצליח בתביעתו גם אם הטיפול הרפואי לא גרם לו לנזק גוף או לנזק ממשי אחר.¹⁰⁴ לעומת זאת, קיומו של נזק הוא יסוד מיסודותיה של עוולת הרשלנות,

99 עניין קליפורד, לעיל ה"ש 95, בעמ' 747.

100 ע"א 4025/91 צבי נ' קרול, פ"ד (3) 784, 790 (1996); עניין קליפורד, שם, בעמ' 747, 751-752.

101 לשקילת שיקול זה על ידי בית המשפט במקרה שבו טענו התובעים להפרת חובת הגילוי, בתביעה שהתבססה על עוולת הרשלנות, ראו עניין אלטורי, לעיל ה"ש 46, בעמ' 153.

102 מאחר שבעוולת התקיפה עומדות לנתבע הגנות אשר בהתקיימן הוא פטור מקבלת הסכמת התובע, ניתן לתת ביטוי לשיקולי מדיניות משפטיים גם בגדר עוולה זו. עם זאת, אלה יושפעו ויהיו מוגבלים בהתאם להגנות הקבועות בחוק. בעוולת הרשלנות לא קיימת הגבלה דומה על שיקולי המדיניות שבהם ניתן להתחשב.

103 ראו יצחק אנגלרד, אהרן ברק ומישאל חשין דיני הנזיקין – תורת הנזיקין הכללית 173 (מהדורה שנייה מתוקנת ומעורכנת, גר טרסקי עורך, 1976); MICHAEL A. JONES, MEDICAL NEGLIGENCE 449 (3d ed. 2003).

104 ראו עמוס שפירא "הסכמה מדעת" לטיפול רפואי – הדין המצוי והרצוי" עיוני משפט יד Alan Meisel, *The Expansion of Liability for medical Accidents*: (1989) 225 *From Negligence to Strict Liability by Informed Consent*, 56 NEB. L. REV. (1977) 51, 75; כלל זה בא לידי ביטוי בעניין אמר, לעיל ה"ש 35, בעמ' 181-183.

ולפיכך הוא תנאי להטלת אחריות על הנתבע.¹⁰⁵ על כן על מטופל התובע בעוולת הרשלנות מוטלת החובה להוכיח כי נזקו מהווה "נזק" כהגדרתו בסעיף 2 לפקודת הנזיקין.¹⁰⁶ יתרה מכך, גם אם עלה בידו להוכיח כי יסוד ה"נזק" התקיים, עדיין מוטל עליו לשכנע את בית המשפט כי הכרה בנזק זה כבר פיצוי עולה בקנה אחד עם שיקולים של מדיניות משפטית.¹⁰⁷

אין חולק כי מקום שבו סבל התובע נזק גוף, מתקיימת הדרישה לקיומו של "נזק" כהגדרתו בפקודת הנזיקין, וכי אין בטיבו של הנזק, כעיקרון, כדי למנוע הכרה בקיומה של חובת זהירות.¹⁰⁸ לפיכך אם המטופל סבל נזק גוף עקב הפרת זכותו לאוטונומיה אין נפקות, ככל שהדבר נוגע לדרישה לקיומו של נזק או להיעדרה, לשאלה אם לזה עומדת עילת תביעה בעוולת התקיפה או בעוולת הרשלנות.

לעומת זאת, מצב הדברים שונה, אם למטופל לא נגרם נזק גוף עקב הפרת זכותו לאוטונומיה. עד לסוף שנות התשעים, לא דנו בתי המשפט בשאלה אם מן הראוי להכיר בפגיעה בזכותו של אדם לאוטונומיה כנזק בר פיצוי, ועוולת הרשלנות שימשה לפיצוי מטופלים על נזקי גוף שסבלו עקב הטיפול הרפואי. אם כך, השאלה מהי עילת התביעה העומדת למטופל שטוען להפרת זכותו לאוטונומיה הייתה בעלת נפקות רבה אם זה לא סבל נזק גוף.¹⁰⁹

מצב דברים זה השתנה משניתן על ידי בית המשפט העליון פסק הדין בעניין עלי דעקה. במקרה זה קבע השופט אור, בהסכמת רוב חברי ההרכב ונגד דעתה החולקת של השופטת ביניש, כי פגיעה בזכותו של החולה לאוטונומיה מהווה "נזק" כהגדרתו בפקודת הנזיקין, וכי שיקולי מדיניות משפטית תומכים בהכרה בנזק זה כבר פיצוי. בהמשך לכך קבע השופט כי ניתן לפסוק למטופל פיצוי בגין תוצאותיה הלא-גופניות של הפגיעה בזכותו לאוטונומיה, בדמות הפגיעה ברגשותיו, אף אם לא עלה בידו להוכיח כי סבל נזק גוף עקב הפרת זכותו

105 אנגלרד, ברק וחשין, לעיל ה"ש 103, בעמ' 174; עניין גורדון, לעיל ה"ש 72, בעמ' 128.

106 עניין עלי דעקה, לעיל ה"ש 1, בעמ' 573; עניין גורדון, שם, בעמ' 138-140.

107 שם, בעמ' 140.

108 שם, בעמ' 138-142.

109 חשוב לציין כי אינני מתעלמת מהטענה האפשרית שלהבדל זה בין העוולות הייתה נפקות תאורטית בלבד, בהתחשב בעובדה שמטופל שלא סבל נזק גוף עקב הפרת זכותו לאוטונומיה, ואשר ביסס את תביעתו על עוולת התקיפה, זכאי היה לפיצוי נומינלי בלבד. עם זאת, אין בכך, לדעתי, כדי לעשות הבדל זה לחסר משמעות. ראשית, גם אם להבדל המתואר הייתה נפקות תאורטית בלבד, אין להמעיט בחשיבותה, מאחר שאף ככזאת היא טומנת בחובה מסר חברתי חשוב למטופלים ולמטופלים, והכרה חברתית או היעדרה בזכותו של המטופל לאוטונומיה. שנית, הטענה כאילו להבדל זה בין העוולות הייתה נפקות תאורטית בלבד בשל מיעוט התביעות שהוגשו במקרים שבהם לא סבל המטופל נזק גוף עקב הפרת זכותו לאוטונומיה, אינה מדויקת. קיימים מקרים שבהם השאלה אם המטופל סבל נזק גוף עקב הפגיעה בזכותו לאוטונומיה עשויה לעורר קושי (ראו למשל עניין אמר, לעיל ה"ש 35; עניין עלי דעקה, לעיל ה"ש 1). במקרים אלה תוגש תביעה שעיקרה קבלת פיצוי על נזק הגוף שסבל המטופל. אם הגיע בית המשפט למסקנה שהמטופל לא סבל נזק גוף עקב הפרת זכותו לאוטונומיה, יהיה להבדל המתואר בין העוולות נפקות, כפי שאירע בעניין עלי דעקה.

לאוטונומיה.¹¹⁰ משנקבע כי הפגיעה בזכותו של החולה לאוטונומיה מהווה נזק בר פיצוי, אין עוד נפקות להיעדרה של דרישת הנזק בעוולת התקיפה ולקיומה בעוולת הרשלנות.

5. שיעור הפיצוי שהמטופל זכאי לו

על אף העוברה שפסק הדין בעניין עלי דעקה צמצם במידה ניכרת את ההבדלים בין עוולת התקיפה לעוולת הרשלנות, ככל שהדבר נוגע ליסוד הנזק, נראה כי גם לאחריו נותר הבדל-מה בין העוולות, ככל שהדבר נוגע לשיעור הפיצוי שהמטופל זכאי לו.

בעוולת התקיפה קיומו של נזק לא רק שאינו מהווה תנאי להטלת אחריות, אלא אף אינו מהווה תנאי לפסיקת פיצוי.¹¹¹ לפיכך מטופל שהוכיח כי התקיימו כל יסודות עוולת התקיפה, זכאי לפיצוי נומינלי גם אם לא סבל נזק ממשי.¹¹² ייחודו של הפיצוי הנומינלי הוא שאין לו כל קיום מבחינה כמותית, והוא אינו מייצג נזק ממשי, אלא את הפרת זכותו המשפטית של התובע.¹¹³

לעומת זאת, בעוולת הרשלנות נזק אינו רק יסוד מיסודות העוולה, אלא, אף תנאי לפסיקת פיצוי.¹¹⁴ יתרה מכך, בשל טיבו של הפיצוי הנומינלי, לא יכול התובע בעוולת הרשלנות לקבל פיצוי ממין זה.¹¹⁵ דברים אלה נכונים גם כאשר המטופל תובע פיצוי בשל הפרת זכותו לאוטונומיה מכוח עוולת הרשלנות. על כן גם במקרה זה מבטא הפיצוי שנפסק למטופל, נזק ממשי שסבל עקב הפרת זכותו לאוטונומיה.

מכאן עולה שקיים הבדל רעיוני בסיסי בין הפיצוי שנפסק למטופל בעוולת התקיפה לבין זה שנפסק למטופל בעוולת הרשלנות בגדר ראש הנזק של פגיעה בזכות לאוטונומיה. בניגוד למקרה הראשון שבו הפיצוי אינו מבטא נזק ממשי שנגרם למטופל, במקרה השני מבטא הפיצוי נזק ממשי שזה סבל.

הבדל רעיוני זה בין העוולות קיבל ביטוי מוחשי בפסק הדין בעניין עלי דעקה. כפי שראינו במקום אחר, השופט אור, שאליו הצטרפו רוב חברי ההרכב, אימץ את הגישה כי הערכת הפיצוי שנפסק למטופל שטוען להפרת זכותו לאוטונומיה, תיעשה על פי מידת הפגיעה ברגשותיו, ולא על פי מידת הפגיעה בזכותו לאוטונומיה כערכה האובייקטיבי או הסובייקטיבי.¹¹⁶ תוצאתה של גישה זו היא שאם עילת התביעה העומדת למטופל היא עוולת הרשלנות ולא הוכח שזה סבל פגיעה ברגשותיו, בין באמצעות ראיות ישירות ובין בהתבסס על ההנחה

110 ראו שם, בעמ' 581; לדיון מפורט בפסק הדין, ובהלכה שנפסקה בו בעניין זה, ראו נילי קרקו-אייל "אופן הערכת הפיצוי בגדר ראש הנזק של פגיעה בזכות לאוטונומיה – בעקבות ע"א 2781/93 עלי דעקה נ' בית החולים כרמל, חיפה" המשפט 21, 37 (2006).

111 ראו אנגלרד, ברק וחשין, לעיל ה"ש 103, בעמ' 176.

112 ראו HARVEY MCGREGOR, MCGREGOR ON DAMEGES 360 (17th ed. 2003).

113 ראו שם, בעמ' 359-360; אנגלרד, ברק וחשין, לעיל ה"ש 103, בעמ' 575-577.

114 שם, בעמ' 577.

115 שם, בעמ' 577.

116 ראו שם, בעמ' 574, 583, 618, 621; ר"מ 623; לדיון נרחב בהיבט זה של פסק הדין, ראו קרקו-

אייל, לעיל ה"ש 110, בעמ' 38, 40.

הכללית כי נגרם לו נזק מסוג זה – לא יהיה המטופל זכאי לפיצוי.¹¹⁷ לעומת זאת, בעוולת התקיפה המטופל יהיה זכאי לפיצוי נומינלי גם אם לא הוכיח כי הפגיעה בזכותו לאוטונומיה גרמה לו לסבל נפשי.¹¹⁸ מאחר שבמרבית המקרים אפשר יהיה לפסוק למטופל התובע בעוולת הרשלנות, ואשר לא סבל נזק גוף, פיצוי עבור הפגיעה ברגשותיו, נראה כי להבדל זה בין העוולות נפקות בשני מישורים בלבד: הראשון, שיעור הפיצוי שייפסק למטופל. פיצוי נומינלי שנפסק למטופל בעוולת התקיפה, הוא פיצוי בסכום פעוט וסמלי.¹¹⁹ לעומת זאת, הפיצוי שנפסק למטופל בעוולת הרשלנות עבור הפגיעה ברגשותיו, אינו חייב להיות פיצוי בסכום פעוט. אולם בית המשפט הדגיש בעניין עלי דעקה, כי יש ליתן משקל ראוי לכך שעסקינן בפגיעה בזכות יסוד, אשר מחייבת קביעת פיצוי הולם להבדיל מפיצוי סמלי.¹²⁰

השני, עצם הזכאות לפיצוי. הפיצוי עבור הפגיעה בזכות לאוטונומיה ניתן עבור תוצאותיה הלא ממוניות-ממשיות של פגיעה זו, בדמות הפגיעה ברגשות המטופל. לפיכך מטופלים, שמסיבה זו או אחרת אינם מסוגלים לחוש תוצאות אלה, לא יהיו זכאים לפיצוי בגדרה של עוולת הרשלנות. זה עשוי להיות, למשל, המצב בכל אחד מהמקרים הבאים: המטופל מת מיד לאחר הטיפול; המטופל נותר חסר הכרה לאחר הטיפול; המטופל נותר בעל ליקוי קוגניטיבי אחר שמונע ממנו מודעות למתרחש עמו. כפי שכבר ראינו בהרחבה במקום אחר,¹²¹ במקרים מסוג זה מטופל שמבסס את תביעתו על עוולת הרשלנות לא יהיה זכאי לכל פיצוי, על ההשלכות השליליות שיש לכך. לעומת זאת, אם לאחד ממטופלים אלה עומדת עילת תביעה בעוולת התקיפה, יהיה זה זכאי לפיצוי נומינלי, מאחר שזה מבטא את הפרת זכותו המשפטית לאוטונומיה, המתרחשת אף בהיעדר מודעות לתוצאותיה הלא ממוניות-ממשיות.

6. הדרישה לקיומו של קשר סיבתי

כאמור, האחריות בעוולת התקיפה מתגבשת משהוכח כי נעשה שימוש בכוח נגד גופו של התובע ללא הסכמתו, והוכחת נזק אינה יסוד מיסודות העוולה. משכך, גם הוכחת קיומו של קשר סיבתי אינה מהווה תנאי להטלת אחריות.¹²² לפיכך אם עילת התביעה שעומדת למטופל היא עוולת התקיפה, די אם בית המשפט השתכנע כי זכותו לאוטונומיה הופרה. המטופל אינו נדרש להוכיח כי היה משנה

117 שם, בעמ' 39.

118 אמנם יש הטוענים כי אף הרציונל לפסיקת פיצוי נומינלי הוא הנחת המשפט בדבר קיומו של נזק כללי כלשהו, אך לטענה זו אין תומכים. ראו MCGREGOR, לעיל ה"ש 112, בעמ' 360-361. אף על פי כן אין חולק כי אם יוכיח המטופל שסבל סבל נפשי, יהיה זכאי לפיצוי על הפגיעה ברגשותיו, גם אם ביסס את תביעתו על עוולת התקיפה. ראו שם, בעמ' 1289.

119 ראו אנגלרד, ברק וחשין, לעיל ה"ש 112, בעמ' 575.

120 שם, בעמ' 583.

121 ראו קרקוריאיל, לעיל ה"ש 110, בעמ' 39.

122 ראו אנגלרד, ברק וחשין, לעיל ה"ש 103, בעמ' 188; יצחק אנגלרד "על היקף האחריות והקשר הסיבתי בנויקין" מחקרי משפט לזכר אברהם רוזנטל 55, 55 (גד טדסקי עורך, התשכ"ד).

את החלטתו באשר לטיפול המוצע לולא ההפרה הנטענת, בין שהנוק שהוא טוען לו הוא פגיעה בזכותו לאוטונומיה ותו לא, ובין שהנוק שהוא טוען לו הוא נזק גוף. במילים אחרות, המטופל אינו נדרש להוכיח קיומה של "סיבתיות החלטה", ואם הוא טוען כי נגרם לו נזק גוף, די אם יוכיח כי נזק זה לא היה נגרם אלמלא הטיפול הרפואי – דהיינו "סיבתיות פגיעה".¹²³

בניגוד למצב דברים זה, הוכחת קיומו של קשר סיבתי מהווה יסוד מיסודות עוולת הרשלנות.¹²⁴ לפיכך אם עילת התביעה שעומדת למטופל שטוען להפרת זכותו לאוטונומיה היא עוולת הרשלנות, מוטל עליו הנטל להוכיח קיומו של קשר סיבתי בין ההפרה שהוא טוען לה לבין הנזק שבגיננו הוא מבקש פיצוי.

להבדל זה בין העוולות משמעות תאורטית בלבד כאשר הנזק שהמטופל טוען לו הוא פגיעה בזכותו לאוטונומיה. כך, בעניין עלי דעקה הסכימו שופטי הרוב כי אחריותו של הנתבע בעוולת הרשלנות לפגיעה בזכות המטופל לאוטונומיה, אינה מותנית בהוכחת "סיבתיות החלטה".¹²⁵ מכאן עולה, כי במקרים שבהם הנזק שהמטופל טוען לו הוא פגיעה בזכותו לאוטונומיה, אין נפקות של ממש לשאלה מהי עילת התביעה העומדת למטופל, ככל שהדבר נוגע לדרישת הקשר הסיבתי. מצב הדברים שונה, אם המטופל טוען כי סבל נזק גוף עקב הפרת זכותו לאוטונומיה. אם הנזק שבגיננו תובע המטופל פיצוי בעוולת הרשלנות הוא נזק גוף, עליו להוכיח כי נזק זה לא היה נגרם אלמלא הטיפול הרפואי, וכן כי החלטתו הייתה שונה לו היה הנתבע מקיים את החובה המוטלת עליו. דהיינו עליו להוכיח הן את קיומה של "סיבתיות פגיעה" והן את קיומה של "סיבתיות החלטה".¹²⁶ מכאן עולה שאם המטופל טוען כי סבל נזק גוף עקב הפרת זכותו לאוטונומיה, השאלה מהי עילת התביעה הנתונה לו, היא בעלת חשיבות רבה. אם העילה היא עוולת הרשלנות, נדרש המטופל להוכיח כי החלטתו באשר לטיפול הרפואי הייתה שונה אלמלא הופרה זכותו לאוטונומיה. לעומת זאת, אם לרשות המטופל עומדת עילה בעוולת התקיפה, השאלה מה הייתה החלטתו אלמלא הפרת זכותו לאוטונומיה, אינה רלוונטית.

עוולת הרשלנות מטילה אפוא נטל משמעותי נוסף על המטופל, ועושה את סיכויי להצליח בתביעתו לנמוכים מאלה של מטופל בעל עילה בעוולת התקיפה.¹²⁷ מקורו של נטל זה, בראש ובראשונה, בקושי שעומד לפתחו של

123 ראו: JONES, לעיל ה"ש 103, בעמ' 554; Gerald. Robertson, *Informed Consent to Medical Treatment*, 97 LAW QUAR. REV. 12, 124 (1981); Margaret A. Somerville, *Structuring the Issues in Informed Consent*, 26 MCGILL L.J. 741, 794 (1981); עניין רייבי, לעיל ה"ש 1, בעמ' 510; עניין עלי דעקה, לעיל ה"ש 1, בעמ' 557.

124 ראו, למשל, ע"א 576/81 בן שמעון נ' ברדה, פ"ד (לח) 3, 1, 7 (1984).

125 ראו עניין עלי דעקה, לעיל ה"ש 1, בעמ' 570, 615.

126 ראו: Kenneth Mck. Norrie, *Medical Malpractice: The Scope of Informed Consent*, 32 INT. & COMPL. L. Q. 229, 23-31 (1983); Robertson, לעיל ה"ש 103, בעמ' 556; לעיל ה"ש 123, בעמ' 107; עניין עלי דעקה, לעיל ה"ש 1, בעמ' 550-551, 564, 590-591; עניין ואתורי, לעיל ה"ש 46, בעמ' 182, 190-191; עניין אלטורי, לעיל ה"ש 46, בעמ' 153; עניין סירי, לעיל ה"ש 60, פס' 16.

127 לטענה זו, ראו: J.K. MASON & G.T. LAURIE, *MASON & MCCALL SMITH'S: LAW AND MEDICAL ETHICS* 393, 395 (7th ed. 2006).

מטופל המבקש להוכיח את החלטתו הלכאורית אלמלא הפרת זכותו, הוכחה שעניינה התרחשות היפותטית.¹²⁸ לקושי זה מתווסף קושי ראייתי שני שעניינו ללות הראיות החיצוניות העומדות לרשות התובע ומהימנותן המוטלת בספק.¹²⁹

7. ההקשר החברתי של העוולות

עוולת התקיפה מקושרת, בדרך כלל, עם פעולות מכוונות, עוינות ואנטי-חברתיות. על כן ההשוואה בינה ובין עברת התקיפה היא בלתי נמנעת. הטלת אחריות בעוולת התקיפה מעמידה אפוא מטפלים בשורה אחת עם פושעים אלימים ומפרי חוק, ובשל כך עשויה להביא לגינוי חברתי ולפגיעה במוניטין המקצועי של המטפל. עוולת הרשלנות, לעומת זאת, נעדרת הקשר חברתי דומה. על כן אף שהטלת אחריות על מטפל בעוולת הרשלנות עלולה לפגוע במוניטין המקצועי שלו ולהביא לו גינוי חברתי, נראה כי הפגיעה הכרוכה בהטלת אחריות על מטפל בעוולת התקיפה קשה יותר.¹³⁰

8. סיכום

הדיון שנערך בחלק זה מלמד כי סיווגה של עילת התביעה העומדת למטופל הטוען להפרת זכותו לאוטונומיה, אינה עניין צורני או דיוני גרידא, כי אם עניין בעל חשיבות עניינית והשפעה מהותית על סיכויי הצלחת המטופל בתביעתו ועל תוצאותיה. מבט כללי על ההבדלים שהוצגו מלמד כי מצבו של מטופל שעומדת לו עילת תביעה בעוולת התקיפה, טוב מזה של מטופל שעומדת לו עילה בעוולת

128 ראו עניין סירי, לעיל ה"ש 60, פס' 16; עניין עלי דעקה, לעיל ה"ש 1, בעמ' 565, 592-590, ENGLARD; לעיל, ה"ש 13, בעמ' 167; Aaron D. Twerski & Neil B. Cohen, *Informed Decision Making and the Law of Torts: The Myth of Justiciable Causation*, 1988 ILLR 607, 626-43 (1988).

129 דברים אלה נכונים במיוחד כאשר המבחן באמצעותו מוכרעת שאלת קיומה של "סיבתיות החלטה" הוא מבחן "החולה הספציפי". ראו עניין עלי דעקה, לעיל ה"ש 1, בעמ' 593; JESSICA W. BERG, PAUL S. APPELBAUM, CHARLS W. LIDZ & LISA S. PARKER, *INFORMED CONSENT: LEGAL THEORY AND CLINICAL PRACTICE*, MASON & 34; בעמ' 139; FADEN & BEAUCHAMP לעיל ה"ש 30, בעמ' 34; Berrie Sones, *A Tale of Two Countries*; 408; בעמ' 119, Laurie, *Parallel Visions for Informed Consent in the United States and the United Kingdom*, 39(1) VANDERBILT J. TRANSNAT'L L. 253, 262 (2006) בהקשר זה יש לזכור שעל אף נטיית הפסיקה להעדיף מבחן אובייקטיבי לשם הכרעה בשאלה זו (ראו, למשל, עניין עלי דעקה, לעיל ה"ש 1, בעמ' 553-556, 605-607), קיים מספר לא מבוטל של פסקי דין שבהם נעשה שימוש במבחן "החולה הספציפי". ראו, למשל, עניין אלטורי, לעיל ה"ש 46, בעמ' 153; ע"א 6160/99 דרוקמן נ' בית החולים לניאדו, פ"ד (נה) 3, 117, 132 (2001); ע"א 8151/98 שטרנברג נ' ד"ר צ'צ'יק, פ"ד (נו) 1, 539, 565-566 (2001); עניין אדנה, לעיל ה"ש 46, פס' 18; עניין סירי, לעיל ה"ש 60, פס' 17.

130 ראו Robertson, לעיל ה"ש 123, בעמ' 124; Margaret Brazier, *Patient Autonomy and Consent to Treatment: The Role of the Law?*, 7 LEGAL STUD. 169, 180 (1987); לפגיעה במוניטין של מטפלים עקב הגשת תביעות נגדם, ראו ועדת קלינג, לעיל ה"ש 14, בעמ' 15, פס' 7.

הרשלנות. אף על פי כן, על פי גישת הפסיקה, תוצאותיהן של הפרת דרישת ההסכמה, דרישת חופשיות הרצון או דרישת הגילוי תלויות, במידה רבה, בטיב הטיפול הרפואי שניתן למטופל, בחומרת ההפרה או בכחירת המטופל בעילת התביעה. נבחן עתה אם חוק זכויות החולה אימץ גישה שונה ככל שהדבר נוגע להסדר המשפטי העומד לרשות מטופל הטוען להפרת זכותו לאוטונומיה.

ד. ההסדר המשפטי שאומץ בחוק זכויות החולה, התשנ"ו-1996 או שנוצר עם חקיקתו

1. כללי

חוק זכויות החולה לא קבע הסדר למקרה שבו הופרה החובה לקבל את הסכמתו החופשית ומדעת של מטופל, הקבועה בסעיף 13 לחוק. עניינו העיקרי של החוק היה ניסוח מגילות זכויות חולה ולא קביעת כללים לאחריותו הנזיקית של פלוני ולזכאותו של אלמוני לפיצוי. הרבר בא לידי ביטוי, בין השאר, בעובדה שהן פרק ד' לחוק, אשר בגדרו בא סעיף 13, והן החוק עצמו אינם קובעים הסדר למטופלים שזכויותיהם החוקיות הופרו.

לא רק זאת, אלא שהחוק אינו דן מפורשות בהסדר המשפטי שעמד לרשות מטופלים טרם חקיקת החוק. החוק אינו מבטל מפורשות את ההסדר האמור ואף אינו קובע הוראות מיוחדות אחרות המשנות את הדין הקודם בסוגיה. סוגיית תוקפו של ההסדר המשפטי שעמד לרשות מטופלים מכוח הדין הקודם, והיחס בינו ובין ההסדר שנוצר עם חקיקת החוק, כפופה אפוא לסוגיית פרשנותו של סעיף 129(1) לחוק, שעניינו שמירת דינים.

2. עולת הפרת חובה חקוקה

אף שחוק זכויות החולה אינו קובע הסדר משפטי שעניינו עילות התביעה העומדות למטופל שזכויותיו הופרו, משנחקק החוק, עומדת למטופל הטוען להפרת איוז מהוראות החוק, ובכלל זה סעיף 13, עילת תביעה בעולת הפרת חובה חקוקה.¹³¹

טרם חקיקת החוק נקבעו דרישת ההסכמה ודרישת הגילוי במספר קטן של הוראות חוק, אשר עסקו בטיפולים מסוימים או במטופלים מסוימים.¹³² למטופלים

131 ראו עניין ברמן, לעיל ה"ש 1, בעמ' 215; עניין עזבוני נרונסקי, לעיל ה"ש 45, פס' 14; עניין בית חולים ביקור חולים, לעיל ה"ש 46, פס' 54; ת"א (שלום י"ם) 17040/00 פלוני נ' ד"ר אלכס בנט, פדאור (4)05 344, פס' 37-38 (2005); ע"א (מחוזי י"ם) 6299/05 צורף נ' ד"ר שחור, פדאור (29)05 588, פס' 15 (2005).

132 ראו, למשל, ס' 316 לחוק העונשין, התשל"ז-1977; ס' 18 לחוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), התשנ"ו-1996; ס' 5 לחוק השימוש בהיפנוזה, התשמ"ד-1984; ס' 23 לחוק ביטוח בריאות ממלכתי, התשנ"ד-1994; תקנות בריאות העם (טופסי הסכמה), התשמ"ד-1984, ק"ת 2189; תק' 5 לתקנות בריאות העם (בדיקת מי שפיר), התש"ם-1980, ק"ת 1160; תק' 14 לתקנות בריאות העם (הפריה חוץ-גופית), התשמ"ז-1987, ק"ת 798; ס' 20 לחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955.

עמדה אפוא עילת תביעה בהפרת חובה חקוקה במספר מוגבל של מקרים. לעומת זאת, פרק ד' לחוק קובע הסדר חקיקתי רחב היקף החל על מרבית הטיפולים והמטופלים. חקיקת החוק הביאה אפוא לשינוי ניכר ככל שהדבר נוגע לעילת התביעה העומדת למטופלים בעוולת הפרת חובה חקוקה, בהרחיבה את תחולתה האפשרית באופן ניכר.

על התובע בעוולת הפרת חובה חקוקה להוכיח כי התקיימו היסודות הבאים: על הנתבע מוטלת חובה מכוח חיקוק; החיקוק נועד לטובת התובע; הנתבע הפר את החובה המוטלת עליו; ההפרה גרמה לתובע לנזק; והנזק שנגרם הוא מסוג הנזק שאליו התכוון החיקוק.¹³³ לבסוף, על התובע להוכיח כי החיקוק, על פי פירושו הנכון, לא התכוון לשלול תרופה מכוח עוולת הפרת חובה חקוקה.

מאחר שאין חולק שחוק זכויות החולה בא בגדר חיקוק המטיל חובות משפטיות מחייבות על מטפלים וכי החוק נועד לטובתם של מטופלים,¹³⁴ נראה שאם מטופל יוכיח כי מטפל הפר חובה מהחובות המוטלות עליו בסעיף 13 לחוק, יעלה בידו להוכיח כי התקיימו שלושת התנאים הראשונים לקיומה של אחריות בעוולת הפרת חובה חקוקה. כמו כן, מאחר שהחוק אינו קובע כל הסדר משפטי, ניתן להניח כי התובע לא יתקל בקושי להוכיח שהחיקוק לא התכוון, על פי פירושו הנכון, לשלול תרופה מהמטופל מכוח עוולת הפרתה של חובה חקוקה.¹³⁵ לעומת זאת, התנאים האחרים, דהיינו ההפרה גרמה נזק לניזוק, והנזק שנגרם הוא מסוג הנזק שאליו התכוון החיקוק, ראויים לדיון מיוחד.

אין חולק כי אם סבל המטופל נזק גוף או נזק ממשי אחר, יעלה בידו להוכיח קיומו של "נזק" כמשמעו בסעיף 2 לפקודת הנזיקין וכך יסוד ה"נזק" הנדרש כתנאי להטלת אחריות בעוולת הפרת חובה חקוקה. עם זאת, מאחר שעל התובע בעוולת הפרת חובה חקוקה להוכיח קיומו של קשר סיבתי בין הפרת החיקוק לנזק שלו הוא טוען,¹³⁶ הרי שעל מטופל המבקש לקבל פיצוי על נזק גוף שסבל עקב הפרת זכותו לאוטונומיה להוכיח, ברומה למטופל התובע פיצוי על נזק גוף מכוח עוולת הרשלנות, קיומה של "סיבתיות פגיעה" וקיומה של "סיבתיות החלטה". ממילא צפויים להתעורר בגדרה של עוולת הפרת חובה חקוקה, אותם קשיים ושאלות שמעוררת סוגיית "סיבתיות ההחלטה" בגדרה של עוולת הרשלנות, ואשר עליהם עמדת.

הדרישה להיגרמותו של "נזק" עקב הפרת החובה הקבועה בחיקוק, והדרישה שהנזק שנגרם יהיה מהסוג שאליו התכוון החיקוק, מעוררות את השאלה מה דינו של מטופל שאין בידו להוכיח כי סבל נזק גוף או נזק ממשי אחר עקב הפרת איוו מהחובות הקבועות בסעיף 13 לחוק, ושכל נזקו מתמצה בפגיעה בזכותו לאוטונומיה.

133 ראו ע"א 145/80 ועקנין נ' המועצה המקומית, בית שמש, פ"ד לז(1) 113, 139 (1982).

134 ראו ס' 1 לחוק.

135 לגישה דומה, ראו יונתן דייויס "היעדר הסכמה מדעת לטיפול רפואי – התוצאות המשפטיות" רפואה ומשפט 16, 30, 37 (1997).

136 ראו עניין ועקנין, לעיל ה"ש 133, בעמ' 144.

כפי שראינו בסעיף הקודם, טרם חקיקת חוק זכויות החולה, ועד מתן פסק הדין בעניין עלי דעקה,¹³⁷ לא הכיר המשפט הישראלי בפגיעה בזכותו של החולה לאוטונומיה כנזק בר פיצוי. מצב דברים זה השתנה, כאמור, לאחר חקיקת החוק, משניתן פסק הדין בעניין עלי דעקה. כפי שעולה מעיון בפסק דין עלי דעקה, הדיון בשאלת זכאותו של מטופל לפיצוי בגין הפגיעה בזכותו לאוטונומיה, נערך במסגרת עוולת הרשלנות. עם זאת, משקבע בית המשפט כי פגיעה בזכותו של החולה לאוטונומיה מהווה נזק בר פיצוי במסגרת עוולת הרשלנות, הונח הבסיס להכרה בנזק זה כבר פיצוי גם במסגרת עוולת הפרת חובה חקוקה, כשזו מבוססת על הפרת חוק זכויות החולה. למסקנה זו תימוכין הן בהיעדר הוראה בחוק שממנה ניתן ללמוד על שלילת זכותו של מטופל לפיצוי בגין פגיעה בזכותו לאוטונומיה, והן בסעיף 1 לחוק, הוא סעיף המטרה.¹³⁸

מכאן עולה, כי מטופל הטוען להפרת איזו מהזכויות הנתונות לו בסעיף 13 לחוק, שאינו יכול להצביע כי סבל נזק גוף או נזק ממשי אחר עקב הפרת איזו מזכויותיו, יהיה זכאי לפיצוי על תוצאותיה הלא-ממוניות של הפגיעה בזכותו לאוטונומיה. וזאת בדומה למטופל המבסס את תביעתו על עוולת הרשלנות, על השלכות שיש לכך שעליהן עמדתו.

3. היחס בין ההסדר המשפטי שנוצר עם חקיקת החוק לבין ההסדר המשפטי העומד למטופל מחוץ לגרדי החוק

3.1 תוקפן של התרופות שעמדו לרשות המטופל מכוח הפסיקה, טרם חקיקת החוק

חוק זכויות החולה לא ביטל מפורשות את ההסדר המשפטי שעמד לרשות המטופל בדין הקודם מכוח הפסיקה, ולא קבע הוראות מפורשות אחרות העוסקות בעילות התביעה העומדות למטופל מכוח דין זה. מכאן עולה, כי ההסדר המשפטי שעמד לרשות המטופל טרם חקיקת החוק, ממשיך לעמוד בתוקפו מחוץ לגרדי החוק אף לאחר חקיקתו, בצד עילת התביעה בעוולת הפרת חובה חקוקה בטענה של הפרת חוק זכויות החולה.¹³⁹

מצב הדברים המתואר מוביל ממילא לשאלה מה היחס בין התרופות העומדות למטופל מחוץ לגרדי החוק, מכוח הפסיקה, לבין עוולת הפרת חובה חקוקה בטענה של הפרת חוק זכויות החולה.

137 לעיל ה"ש 1.

138 ראו יוסי גרין משפט ורפואה [יחסי חולה-רופא] 147-148 (2003).

139 ראו עניין ברמן, לעיל ה"ש 1, בעמ' 215; ת"א (מחוזי ים) 38/94 אליהו נ' ד"ר רוזן, דינים מחוזי (לב) 362, פס' 11 (1998); יונתן דייזיס דין ופסיקה במשפט הרפואי - בתוספת היבטים רפואיים ומשפטיים בגינקולוגיה ומיילדות 39, 151 (1999); אור ונירנברג, לעיל ה"ש 67, בעמ' 231; טליה חלמישישני "הסכמה מרעת בעידן חוק זכויות החולה - שיקוף מצב או מציאות חדשה" כתב העת לניהול סיכונים ברפואה 5, 7 (1996).

3.2 היחס בין התרופות העומדות למטופל מחוץ לגדרי החוק לבין עוולת הפרת חובה חקוקה בטענה של הפרת חוק זכויות החולה

שאלת היחס בין התרופות העומדות למטופל עשויה להתעורר במקרים שבהם עומדת למטופל עילת תביעה אחת לפחות מחוץ לגדרי החוק, ובנוסף לכך עילת תביעה בהפרת חובה חקוקה בטענה של הפרת איזו מהחובות הקבועות בסעיף 13 לחוק. כך, למשל, כאשר המטופל טוען להפרת החובה לקבל את הסכמתו לטיפול או להפרת החובה למסור לו מידע באשר לסיכונים הטמונים בטיפול, הקבועות הן בדין הקודם והן בחוק.

כפי שעולה מעיון בפרק ד' לחוק, אומצו כמה הסדרים הסותרים הסדרים שנגזרו מעוולת התקיפה, מעוולת הרשלנות ומהוראות חוק אחרות, טרם חקיקת החוק. בחלק מהמקרים קובע ההסדר, שאומץ בחוק, כללים מחמירים מאלה שנקבעו בדין הקודם ולהפך. הדבר נכון במיוחד כאשר לחריגים לחובה לקבל את הסכמתו מדעת של המטופל.¹⁴⁰

מכאן עולה כי במקרים מסוימים שבהם עומדת למטופל עילת תביעה בהפרת חובה חקוקה בהתבסס על החוק ובנוסף לכך עילת תביעה מחוץ לגדרי החוק, הבחירה בעילת התביעה עשויה להיות בעלת השפעה מכרעת על סיכויי הצלחת התביעה. בעקבות זאת מתעוררת השאלה מה היחס בין התרופות העומדות לרשות המטופל במקרים אלה. דהיינו, האם המטופל רשאי לבסס את תביעתו על כל אחת מעילות התביעה העומדות לרשותו ולכן לבחור בעילת התביעה המקנה לו את סיכויי הצלחה הגבוהים ביותר, ומה היחס בין ההסדרים השונים הקיימים במסגרתן של עילות תביעה אלה.

הגישה העקרונית שאומצה בפסיקה באשר לתופעת החפיפה בין עוולות, היא שאין מניעה שאותו אירוע נזיקי יעמיד לתובע כמה עילות תביעה, ובלבד שלא ניתן להסיק על קיומו של הסדר שלילי במסגרתה של עוולה אחת המונע פנייה לעוולה האחרת.¹⁴¹ כאמור, פרק ד' לחוק קובע שורה של הסדרים מחמירים מאלה שנקבעו בדין טרם חקיקת החוק. ממילא עולה השאלה אם יש בהסדרים אלה כדי ליצור הסדר שלילי המונע פנייה לעוולת התקיפה או לעוולת הרשלנות.

התשובה לשאלה זו מושפעת מהכלל הקבוע בסעיף 129(1) לחוק. כלל זה קובע כי אין בהוראות החוק כדי לגרוע מזכויות הנתונות למטופל על פי הוראות כל דין, אך מותר על כנם את כללי התנגשות הדינים במקרים אחרים.¹⁴² על פי כלל זה, במקרים שבהם מוקנות למטופל זכויות מכוח הדין הקודם ומכוח החוק גם יחד, כך שלרשותו עומדות עילות תביעה על פי כל אחד מדינים אלה, יהולו כללי התנגשות הדינים הרגילים, והדין שיחול הוא זה שידו על העליונה על פי כללים

140 כך, למשל, מתנה ס' 15(3) לחוק את תחולת חריג "מצב חירום רפואי" הקבוע בו בהסכמת שלושה רופאים. תנאי דומה אינו קיים בס' 24(8) לפקודת הנזיקין, ממנו נגזר חריג "מצב חירום רפואי" טרם חקיקת החוק.

141 עניין גורדון, לעיל ה"ש 72, בעמ' 125-126; ע"א 558/84 ברמלי נ' מדינת ישראל, פ"ד מא(3) 757, 773-775, 789-788 (1987).

142 ס' 129(1) לחוק נתון לפרשנויות שונות נוכח לשונו הררישמעית. עם זאת, השאלה מהי פרשנותו הראויה של הסעיף חורגת מגדרו של מאמר זה, ואני אבסס את המשך הדיון על ההנחה כי הפרשנות המוצגת היא הפרשנות הראויה, מבלי לבסס עמדה זו.

אלה. לפיכך לא יוכל המטופל לבסס את תביעתו על עילת תביעה מסוימת, אם ההסדר הרלוונטי הנגזר מעילת תביעה זו, נסוג מפני ההסדר הסותר שנגזר מעילת התביעה האחרת, על פי כללי התנגשות הדינים הרגילים. בדומה לכך, לא יוכל הנתבע לטעון שעל המטופל היה לתבוע אותו בהתבסס על עילת תביעה אחרת שמכוחה עומדת לו טענת הגנה טובה יותר, אם ההסדר הקבוע בהגנה זו נסוג מפני ההסדר הסותר על פי כללי התנגשות הדינים הרגילים. כך, למשל, לא יוכל הנתבע לטעון שעל התובע (המטופל) היה לתבוע אותו בעוולת התקיפה – שמכוחה עומדת לו ההגנה הקבועה בסעיף 24(8) לפקודת הנזיקין – במקרים של מצב חירום רפואי וכאשר לא מתקיימים התנאים לתחולת החרג שבסעיף 15(3) לחוק. למשל – לא ניתנה הסכמתם של שלושה רופאים לכיצוע טיפול רפואי המנוי בתוספת לחוק. הטעם לכך הוא שסעיף 15(3) לחוק קובע נורמה מיוחדת או מאוחרת הגוברת על זו הקבועה בסעיף 24(8) לפקודת הנזיקין.

כפי שעולה מדברים אלה, מכוח כלל זה צפויה, במקרה של סתירה, אחת מעילות התביעה לאבד את תוקפה בהתאם לכללי התנגשות הדינים הרגילים, ועקב כך למטופל ממילא לא תינתן החירות לבחור על איזו מהעילות לבסס את תביעתו.

לעומת זאת, ככל שאר המקרים שבהם אין סתירה בין ההסדר הקבוע בדיון הקודם לבין זה הקבוע בחוק, תעמוד למטופל החירות לבסס את תביעתו על איזו מהעוולות הבאות, או על כולן גם יחד: עוולת התקיפה, עוולת הרשלנות ועוולת הפרת חובה חקוקה.

ה. בחינה ביקורתית של ההסדר המשפטי הקיים

1. אופי ההסדר כהסדר מרובה עילות ובלתי אחיד

אף שהתופעה של ריבוי עילות תביעה בשל אותו אירוע נזיקי אפשרית וטבעית לדיני הנזיקין בכלל, ולפקודת הנזיקין בפרט,¹⁴³ אופיו של ההסדר המשפטי העומד למטופל הטוען להפרת זכותו לאוטונומיה, כהסדר מרובה עילות ובלתי אחיד, מעורר קושי בשלושה מישורים:

ראשית, מצב דברים זה יוצר חוסר קוהרנטיות אופקית. כפי שראינו, אחד מיסודותיה של עוולת התקיפה הוא שימוש בכוח נגד גופו של אדם. ממילא עולה מכאן שאם הטיפול הרפואי היה כרוך בשימוש בכוח נגד גופו של המטופל, עומדת לזה עילת תביעה בעוולת התקיפה. לעומת זאת, במקרים שבהם לא היה כרוך הטיפול הרפואי בשימוש בכוח נגד גופו של המטופל, עומדת לזה עילת תביעה בעוולת הרשלנות ובעוולת הפרת חובה חקוקה. מצב דברים זה מעניק יתרון ברור למטופלים שקיבלו טיפול רפואי הכרוך בשימוש בכוח, זאת נוכח ההבדלים הקיימים בין עוולת התקיפה מחד, לעוולת הרשלנות ועוולת הפרת חובה חקוקה, מאידך. כך על מטופל שלרשותו עומדת עילת תביעה בעוולת

143 ראו עניין גורדון, לעיל ה"ש 72, בעמ' 124-125; עניין ברמלי, לעיל ה"ש 132, בעמ' 757, 775-773.

התקיפה, המבקש לקבל פיצוי על נזק גוף שסבל עקב הפרת זכותו לאוטונומיה, לא מוטל הנטל להוכיח קיומה של "סיבתיות החלטה"; לא מוטלת עליו החובה להוכיח קיומו של נזק ממשי, בדמות הפגיעה ברגשותיו כתנאי לקבלת פיצוי עבור הפגיעה בזכותו לאוטונומיה; ולא מוטלת עליו החובה להוכיח כי הנתבע סטה מסטנדרט ההתנהגות של "הרופא הסביר", על כל הכרוך בכך. בנוסף, מטופל זה עשוי לזכות ביתרון ככל שהדבר נוגע לנטל השכנוע. ממילא עולה מכאן כי מטופל שלרשותו עומדת עילת תביעה בעוולת התקיפה, עשוי לזכות להגנה רחבה יותר על זכותו לאוטונומיה, ממטופל שלרשותו עומדת איוו מהעילות האחרות. מצב דברים זה יוצר חוסר קוהרנטיות אופקית שאינה ניתנת להצדקה עניינית, בהתחשב בעובדה שהפרה בעלת אופי זהה של הזכות לאוטונומיה, עשויה להעמיד למטופל אחד עילת תביעה בעוולת התקיפה, ולשני עילת תביעה בעוולת הרשלנות או בעוולת הפרת חובה חקוקה. ואכן, עצם העובדה שהטיפול הרפואי כרוך בשימוש בכוח נגד גופו של המטופל, אינה מעידה בהכרח על מידת הפגיעה בזכותו לאוטונומיה. על כן לא קיימת הצדקה עניינית להבחנה המהותית שיוצר ההסדר המשפטי הקיים בין סוגים אלה של ניזוקים.

שנית, אופיו של ההסדר המשפטי הקיים יוצר חוסר ודאות ומכביד על מלאכתם השיפוטית של בתי המשפט והצדדים לדיון, שתוצאתו היא עלייה בעלויות המנהליות.¹⁴⁴ כפי שראינו, הפסיקה וחוק זכויות החולה אימצו הסדרים הסותרים זה את זה בכמה סוגיות, באופן המשפיע על סיכויי הצלחת התביעה. במקרים מסוג זה נדרשת הכרעה בשאלה איזה מההסדרים גובר, טרם הכרעה בשאלה על אילו מעילות התביעה יכול התובע לבסס את תביעתו. ממילא יש בהסדר משפטי זה להכביד על ההליך השיפוטי, ולהגדיל את העלויות המנהליות הכרוכות בו.

שלישית, על פי ההסדר המשפטי הקיים מסורה הבחירה בעילת התביעה, לא אחת, לתובע. כפי שנראה מיד, הבחירה בעילת תביעה זו או אחרת, עשויה להיות בעלת השלכות חברתיות בלתי רצויות. עולה מכאן שהותרת הבחירה בידי התובע, בחירה המונעת, יש להניח, על ידי אינטרסים אישיים שיש לזה בהצלחת התביעה, ואשר אינה מתחשבת בהשפעות החברתיות שיש לבחירה בעילה זו או אחרת – אינה ראויה.

טעמי ביקורת אלה מובילים למסקנה שיש לשאוף לאימוצו של הסדר אחיד וקוהרנטי מזה הקיים, אשר בגדרו תושג קוהרנטיות אופקית בין הניזוקים השונים, תוגבלנה עילות התביעה העומדות למטופל בהתבסס על שיקולי מדיניות משפטית ותושג ודאות רבה יותר באשר לעילות התביעה העומדות למטופל. ממילא מובילה מסקנה זו לדיון ביקורתי בעילות התביעה השונות העומדות למטופלים על פי ההסדר המשפטי הקיים.

144 על פי תאוריות כלכליות הפחתת עלויות מנהליות מהווה את אחת הדרכים להפחתת סך עלויות התאונה, וכך למקסום רווחה החברתית המצרפית. לפיכך, טוענים המחזיקים בתאוריות אלה, כי יש לאמץ כללים משפטיים הצפויים להפחית את העלויות המנהליות. ראו: GUIDO CALABRESI, THE COSTS OF ACCIDENTS: A LEGAL AND ECONOMIC ANALYSIS 286-87 (1970); ROBERT COOTER & THOMAS ULEN, LAW AND ECONOMICS, 342 (4th ed. 2004).

2. עוולת התקיפה

בחינת מאפייניה של עוולת התקיפה, שעליהם עמדתי בפרק ג', מובילה למסקנה כי לעוולה זו כמה חסרונות:

1. זכותו של החולה לאוטונומיה מוגנת בגדרי עוולה זו רק אם הטיפול הרפואי היה כרוך בשימוש בכוח נגד גופו. במקרים אחרים המטופל אינו זכאי לפיצוי בגין הפגיעה בזכותו לאוטונומיה מכוח עוולה זו. מאפיין זה של עוולת התקיפה יוצר קושי משלושה טעמים הכרוכים זה בזה:

הראשון – מאפיין זה אינו עולה בקנה אחד עם זכותם של מטופלים לאוטונומיה. זו קיימת וראויה להגנה במנותק מהשאלה אם הטיפול הרפואי היה כרוך בשימוש בכוח נגד גופו של המטופל, אם לאו.¹⁴⁵ אימוצה של עוולת התקיפה כעילת התביעה הראויה (והיחידה) לכלל המקרים שבהם הופרה זכותו של החולה לאוטונומיה, אינו עולה אפוא בקנה אחד עם הזכות לאוטונומיה, ויש בו כדי ליצור הסדר משפטי שאינו קוהרנטי.

השני – בקשר הדוק לעובדה ששימוש בכוח נגד גופו של המטופל הוא אחד מיסודותיה של עוולת התקיפה, גילתה הפסיקה נטייה לנסח את דרישת ההסכמה ואת דרישת הגילוי, כמי שחלות במקרים שבהם הטיפול הרפואי כרוך בשימוש בכוח נגד גופו של המטופל.^{146,147} מצב דברים זה אינו עולה בקנה אחד עם זכותו של המטופל לאוטונומיה, שממנה נגזרת זכותו לקבל החלטה חופשית ומושכלת באשר לטיפול הרפואי באופן שאינו תלוי במהות הטיפול.

145 ראו BRAZIER, לעיל ה"ש 130; ראו: Marjourie Maguire Shultz, *From Informed Consent to Patient Choice: A New Protected interest*, 95 YALE L. J. 219, Grant H. 139-138; בעמ' 139-138; FADEN & BEAUCHAMP, לעיל ה"ש 30, בעמ' 229-32 (1985); MORRIS, *Dishing Disclosure: Just What the Doctor Ordered*, 44 ARIZ. L. REV. 313, 336 (2002).

146 ראו עניין שפר, לעיל ה"ש 58, בעמ' 180; בג"ץ 355/79 קמלן נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד לר(3) 294, 298 (1980); עע"א 4/82 מדינת ישראל נ' תמיר, פ"ד לז(3) 201, 204 (1983); עניין רייבי, לעיל ה"ש 1, בעמ' 505; ע"פ 480/85 קורטאם נ' מדינת ישראל, פ"ד מ(3) 673, 685 (1986); עניין קוהרני, לעיל ה"ש 35, בעמ' 166; ד"נ בריחי, לעיל ה"ש 22, בעמ' 314, 329; ע"א בריחי, לעיל ה"ש 1, בעמ' 232; עניין גלעד, לעיל ה"ש 43, פס' 4; עניין אפא, לעיל ה"ש 35, בעמ' 42; עניין אביב, לעיל ה"ש 45, בעמ' 403; עניין שנבר, לעיל ה"ש 43, בעמ' 103; עניין צברי לעיל ה"ש 28, בעמ' 473; עניין אמילאל, לעיל ה"ש 45, פס' 7; עניין ברטון, לעיל ה"ש 46, פס' 15; עניין ביתן, לעיל ה"ש 43, פס' 1; עניין ארבל, לעיל ה"ש 43, פס' 4, (ז) 12-13; עניין בהן, לעיל ה"ש 84, פס' 3(ה); עניין איטח, לעיל ה"ש 43, פס' 20; עניין הימתן, לעיל ה"ש 43, פס' 11 ו-13; עניין מזרחי, לעיל ה"ש 45, פס' 6; עניין גל, לעיל ה"ש 45, פס' 6(7); נטייה דומה התגלתה גם בספרות, ראו שפירא, לעיל ה"ש 104, בעמ' 230-231; אמנון כרמי "הלכת שטיינר – בחלוף דור" ספר לנדוי – מאמרים כרך ג 1323, 1326-1327 (אהרן ברק ואליונער מוזו עורכים, 1995); גרין, לעיל ה"ש 138, בעמ' 32-33.

147 ודוק, אין ספק שמרבית הטיפולים הרפואיים אכן כרוכים בפועל בשימוש בכוח נגד גופו של המטופל. עם זאת, נוסחה של עוולת התקיפה המתנה את הטלת האחריות, בשימוש בכוח נגד גופו של אדם הוא שהוביל, לטענתי, את הפסיקה לנסח באופן חוזר ונשנה את דרישת ההסכמה ודרישת הגילוי כמי שקשורות קשר הדוק למאפיין זה של הטיפול הרפואי.

השלישי – מאפיין זה אינו עולה בקנה אחד עם הכלל הקבוע בסעיף 13(א) לחוק. סעיף זה מטיל חובה לקבל את הסכמתו מדעת של המטופל לכל טיפול רפואי, באופן שאינו תלוי בשאלה אם הטיפול כרוך בשימוש בכוח נגד גופו של המטופל, אם לאו. ממילא עולה מכאן שאימוץ עוולת התקיפה כעילת התביעה הראויה (והיחידה) לכלל המקרים שבהם טוען המטופל להפרת זכותו לאוטונומיה, ובכלל זה אימוצה כעילת התביעה העומדת למטופל על פי החוק, צפוי ליצור חוסר קוהרנטיות.

2. בגדר עוולה זו וכאי מטופל הטוען להפרת זכותו לאוטונומיה, לפי צוי על נזק גוף שסבל עקב הטיפול הרפואי, גם אם לא הוכיח קיומה של "סיבתיות החלטה". לפיכך מכוח עוולה זו צפויים מטפלים, מוסדות רפואיים ומערכת הבריאות, לשאת באחריות לנזקי גוף שנגרמו עקב טיפולים רפואיים, גם במקרים שבהם לא היה בהפרת החובה על ידם, כנטען, להוביל למתן הסכמה לטיפול על ידי המטופל וכך לנזקים שבגינם נתבע פיצוי.¹⁴⁸ ממילא עולה מכאן שיש בעוולת התקיפה להביא לחיובם של נתבעים אלה באחריות בגין נזקים שלא נגרמו עקב אשם. כלל משפטי זה אינו רצוי בשל שלושה טעמים:

ראשית, הוא אינו עולה בקנה אחד עם שיקולי צדק מתקן. אלה מחייבים קיומה של קורלטיביות בין הטלת אחריות על הנתבע לנזקיו של התובע, לבין גרימת נזק לתובע על ידי פעולתו העוולתית של הנתבע.¹⁴⁹

שנית, חיוב המזיק בפיצוי עבור נזק שלא נגרם עקב אשמו, צפוי לגרום להרתעת יתר. עם חיובו של המזיק בפיצוי עבור נזק מסוג זה, יראה המזיק לנגד עיניו עלות פרטית גבוהה מזו שלה גרמה פעילותו המזיקה. התוצאה צפויה להיות השקעה יתרה באמצעי זהירות לשם מניעת פגיעה בזכותו של החולה לאוטונומיה, העולה על הרמה האופטימלית. דהיינו, הרתעת יתר.¹⁵⁰

148 לטענה ברוח דומה נגר עוולת התקיפה, ראו ועדת קלינג, לעיל ה"ש 14, בעמ' 47-48, פס' 65.
149 לדיון מפורט בעקרון הצדק המתקן, ראו קרויאיל, לעיל ה"ש 110, בעמ' 42-43. וכן, ראו: Jules L. Coleman, *The Practice of Corrective Justice*, 37 ARIZ. L. REV. 15, 26-27 (1995); Ernest J. Weinrib, *Correlativity, Personality, and the Emerging Consensus on Corrective Justice*, 2 THEORETICAL INQ. L. 107, 110, 116 (2001).

150 לתנאים להרתעה יעילה, ראו: Israel Gilad, *Reconstructing American Law By* COOTER & ULEN; Bruce A. Ackerman 20 ISR. L. REV. 581, 589-90 (1985) לעיל ה"ש 135, בעמ' 310-311; ישראל גלעד "על גבולות ההרתעה היעילה בדיני נזיקין" משפטים כב 421, 429-431, 454-456 (1992). בהקשר זה מן הראוי להעיר הערה חשובה. במסגרת כלל של אחריות חמורה, אשר בגדרו לא תלויה אחריות הנתבע בעמידתו בסטנדרט ההתנהגות של "האדם הסביר", צפויה התופעה המתוארת לגרום למזיק להגיב, ככל שהדבר נוגע לאמצעי הזהירות שינקוט, בהתאם לכיוון הסטייה. (לטענה זו בהקשר של טעויות הצדדים או בית המשפט באשר לשיעור הפיצוי, ראו COOTER & ULEN לעיל ה"ש 144, בעמ' 337-339; Guido Calabresi & Alvin K. Klevorick, *Four Tests for Liability in Torts*, 14 J. LEG. STUD. 585, 617 (1985). דברים אלה נכונים גם באשר לדרישת הגילוי, אף שהיקפה נקבע על ידי אמת המידה של "החולה הסביר", וזאת בשל הקושי לגזור סטנדרט זהירות ברור מאמת מידה זו. לטענה כי לרופאים קשה להעריך מהו המידע שבמסירתו הם מחויבים מכוח מבחן "החולה הסביר", ראו BERG, APPELBAUM,

אין צורך לומר שתופעת הרתעת היתר שלילית ובלתי רצויה. תופעה זו תבוא לידי ביטוי בהקשר הנדון, במסירת מידע למטופלים והשקעה כוללת בתהליך קבלת ההסכמה מדעת בהיקפים גדולים, שעלותם עולה על ההטבות הטמונות בקיומו של תהליך זה וזאת מבלי שהדבר ניתן להצדקה על ידי שיקול דעת רפואי או טובת החולה, ונעוץ רק בחששם של רופאים מפני אחריות משפטית.¹⁵¹ יתרה מכך, לבד מחוסר היעילות הישירה הטמונה בתופעה של הרתעת היתר, צפויה תופעה זו להביא לעלויות חברתיות נוספות. הראשונה – העמסת מידע על מטופלים שתוצאתה יצירת חרדה מוגברת אצל האחרונים ופגיעה ביכולתם להבין את המידע הדרוש לשם קבלת החלטה.¹⁵² השנייה – הנאת מטופלים מקבלת טיפול רפואי שלו הם זקוקים, וגרימת נזק שניתן למנעו באמצעות טיפול השלישית – גידול בפרק הזמן המוקדש לתהליך ההסכמה מדעת והעלויות הכרוכות בכך. תופעה זו אינה רצויה נוכח מגבלות הזמן והעלות הקיימות במערכת הבריאות, ותוצאתה עלולה להיות אחת מהשלוש או כל השלוש גם יחד: הסטת מקורות כספיים שנועדו לצורכי ריפוי, להשקעה מוגזמת ומיותרת בתהליכי הסכמה מדעת, הפוגעת באיכות הטיפול הרפואי ובהיקפו;¹⁵³ העלאת מחירי השירות הרפואי, המגבילה את זמינות השירות לאוכלוסיות מסוימות;¹⁵⁴ הגבלת מספר המטופלים שבהם יכול מטפל לטפל, המצמצמת את זמינות השירות לכלל האוכלוסייה.¹⁵⁵

שלישית, כלל שלפיו זכאים מטופלים לפיצוי על נזקי גוף שסבלו עקב טיפול רפואי, גם אם אלה לא נגרמו עקב הפרת זכותם לאוטונומיה, צפוי ליצור תמריצים להגשת תביעות שאינן ראויות, וכך לעלייה שאינה ראויה בעלויות מנהליות.

3. כפי שראינו, מאחר שבעוולת התקיפה השאלה הדורשת הכרעה היא אם המטופל נתן הסכמה לטיפול המוצע, ומאחר שהחובה לקבל הסכמה קמה כל אימת שהטיפול כרוך בשימוש בכוח נגד גופו של המטופל, קיים מקום מוגבל בלבד

LIDZ & PARKER, לעיל ה"ש 129, בעמ' 49; FADEN & BEAUCHAMP, לעיל ה"ש 30, בעמ' 32-33; August Piper jr., *Truce on the Battlefield: A Proposal for A Different Approach to Medical Informed Consent*, 22 JOURNAL OF LAW, MEDICINE & ETHICS 301, 304 (1994).

ראו: Amanda Craig, *Third Annual Health Law Colloquium: A Physician's Perspective on the Medical Malpractice Crisis*, 13 ANNALS HEALTH L. 623, 626-27 (2004).

ראו FADEN & BEAUCHAMP, לעיל ה"ש 32, בעמ' 323.

ראו ועדת קלינג, לעיל ה"ש 14, בעמ' 14, פס' 6; Daniel P. Kessler & Mark B. McClellan, *Medical Malpractice External Influences and Controls: The Effects of Malpractice Pressure and Liability Reforms on Physicians Perceptions of Medical Care*, 60 LAW & CONTEMP. PROBS. 81, 83 (1997); James E. Morton, *Informed Consent and the Material Risk Standard: A Modest Proposal*, 12 PAC. L. J. 915, 916 (1980-1981).

154 ראו שם, בעמ' 916.

155 ראו שם, בעמ' 929.

לשיקולי מדיניות בהכרעה בשאלה אם על המטפל חלה חובה לקבל את הסכמת המטופל. מכאן עולה שמכוחה של עילת תביעה זו עשויה להיות מוטלת על המטפל חובה לקבל את הסכמת המטופל, גם אם הדבר אינו עולה בקנה אחד עם שיקולי מדיניות משפטית, למשל, עלויות גבוהות הכרוכות בקבלת ההסכמה ולהפך.¹⁵⁶

4. כפי שראינו, עוולת התקיפה מקושרת, בדרך כלל, עם פעולות מכוונות, עוינות ואנטי-חברתיות, והשוואה בינה ובין עברת התקיפה הנה בלתי נמנעת. הטלת אחריות בעוולת התקיפה על מטפלים מעמידה אותם אפוא בשורה אחת עם פושעים אלימים ועם מפרי חוק, על אף העובדה שרופא המטפל בחולה עושה כן, בדרך כלל, בכוונה להיטיב עמו.¹⁵⁷

מצב דברים זה אינו רצוי מכמה טעמים. ראשית, הדבר צפוי להחמיר את הפגיעה במוניטין המקצועי של המטפל, המתרחשת ממילא עם הגשת התביעה נגדו.¹⁵⁸ שנית, הדבר צפוי להחמיר את תחושת הגינוי החברתי שחשים מטפלים הנתבעים בנוזיקין. תביעה נזיקית נגד מטפל נושאת עמה, בדרך כלל, "אות קין" של איימוסריות, הזנחה מקצועית והיעדר מיומנות. כך, נאלץ מטפל אשר נתבע בנוזיקין, להתמודד עם תחושת הגינוי מצד מטופלים, עמיתים למקצוע והציבור בכללותו, על עגמת הנפש הכרוכה בכך. אלה לא רק שעשויים לגרום למטפל לתחושות אישיות קשות, אלא עשויים לפגוע בביטחונו המקצועי, להסיח את דעתו מפני הטיפול בחוליו ולהביא למתח שעלול לגרום לטעויות בטיפול בחולים.¹⁵⁹ תופעות אלה, על העלויות החברתיות הכרוכות בהן עשויות, כאמור, להחמיר אם עילת התביעה שבגינה נתבע המטפל היא עוולת התקיפה, על ההקשר האנטי-חברתי שהיא טומנת בחובה. שלישיית, הדבר צפוי להחריף את תחושת העוינות שחשים רופאים כלפי המשפט בכלל,¹⁶⁰ וכלפי עקרון אוטונומיית החולה, בפרט.¹⁶¹ תוצאת הדברים עלולה להיות פגיעה בהשפעתה ההרתעתית של דוקטרינת ההסכמה מדעת שהרי ככל שגישתם של רופאים כלפי עקרון

156 לטענה ברוח דומה נגד עוולת התקיפה, ראו ועדת קלינג, לעיל ה"ש 14, עמ' 47-48, פס' 65.

157 ראו עניין Trogon, לעיל ה"ש 32, בעמ' 197, 313; Jones, לעיל ה"ש 102, בעמ' 448.

158 לטענה ברוח דומה נגד עוולת התקיפה, ראו ועדת קלינג, לעיל ה"ש 14, בעמ' 86, פס' 107, המלצות ב' ריג'.

159 ראו: *The Medical Malpractice Threat: A Study of Defensive Medicine*, לעיל ה"ש 153, בעמ' 951; Eduard A. Dauer, *When the Law Gets in the Way: The Dissonant Link of Deterrence and Compensation in the Law of Medical Practice*, 28 CAP. U.L. REV. 293, 298-99 (2000); דן פלג וראול אורביטו "תגובות פסיכולוגיות של רופאים לתביעות בגין רשלנות רפואית" הרפואה 133, 635 (1997).

160 ראו: HRVEY TEFF, REASONABLE CARE – LEGAL PERCEPTION ON THE DOCTOR-PATIENT RELATIONSHIP 3-4, 29, 57 (1994).

161 ראו למשל: CAREL E. SCHNIEDER, THE PRACTICE OF AUTONOMY – PATIENTS, FADEN & BEAUCHAMP; DOCTORS, AND MEDICAL DECISIONS 144-45 (1998), לעיל ה"ש 32, בעמ' 100.

אוטונומיית החולה עוינת יותר, כך יתקשו כללים משפטיים לשנותה.¹⁶² יתרה מכך, יחסם העוין של רופאים כלפי המשפט, מקשה על הטמעת מסרים משפטיים כקווים מנחים להתנהגות ראויה. דברים אלה נכונים, כמובן, ככל שגישתם של רופאים למשפט עוינת יותר.

5. השימוש בעוולת התקיפה, על תוצאותיה הקשות, הן במקרים שבהם הפר המטפל את דרישת ההסכמה והן במקרים שבהם הפר המטפל את דרישת הגילוי, אינו עולה בקנה אחד עם שיקולי קוהרנטיות. אין חולק כי במצב רגיל תהיה הפגיעה בזכותו של המטופל לאוטונומיה גדולה יותר במקרים שבהם לא התבקשה כלל הסכמתו לטיפול הרפואי, מזו המתרחשת במקרים שבהם לא נמסר למטופל מידע. אף על פי כן, צפויה עוולת התקיפה לנהוג במקרים אלה באופן זהה, וכך ליצור השוואה בין שאינם ניתנים להשוואה – מי שמבצע טיפול רפואי באדם, ללא כל הסכמה ומי שמבצע טיפול רפואי באדם בהסכמתו – אך מבלי שנמסר לו מידע מתאים.¹⁶³

מדברים אלה עולות שתי מסקנות: ראשית, עוולת התקיפה אינה ראויה להיות עילת התביעה העומדת למטופל הטוען להפרת זכותו לאוטונומיה בכלל המקרים שבהם עולה טענה זו. שנית, הותרת עוולת התקיפה על כנה, כך שלמטופל הטוען להפרת זכותו לאוטונומיה עומדת עילה בעוולה זו ללא הגבלה, אינה ראויה, ויש להגביל את היקף תחולתה למקרים קיצוניים בלבד.

3. עולת הרשלנות ועולת הפרת חובה חקוקה

עולת הרשלנות, הנעדרת את מאפייניה הייחודיים של עולת התקיפה, אינה לוקה בחסרונותיה, ומכאן יתרונה. עם זאת, לאימוצה של עולת הרשלנות כעילת התביעה במקרים שבהם טוען המטופל להפרת זכותו לאוטונומיה, שתי תוצאות שליליות עיקריות, שמן הראוי ליתן עליהן את הדעת:

ראשית, אף ששימוש בכוח נגד גופו של המטופל אינו מהווה תנאי להטלת אחריות בעולת הרשלנות, התפתחות עולת הרשלנות כמקור משפטי נוסף לזכות החולה לאוטונומיה, במקביל לעולת התקיפה ועל רקע עולה זו, הביאה לכך שדרישת ההסכמה ודרישת הגילוי נוסחו כמי שקשורות קשר הדוק להיות הטיפול הרפואי כרוך בשימוש בכוח נגד גופו של המטופל, גם כשאלה נגזרו מעולת הרשלנות.¹⁶⁴ אמנם משניתן פסק הדין בעניין **ואתורי**, הבהיר בית המשפט כי החובה לקבל את הסכמתו מדעת של המטופל, חלה כל אימת שנבחר מסלול רפואי מסוים, ובכך נותק באופן סופי הקשר בין חובה זו והיות הטיפול כרוך בשימוש בכוח נגד גופו של המטופל.¹⁶⁵ אולם בפועל המשיכה הפסיקה ליתן

162 לטענה שהמסורת הפטרנליסטית נמנית על הגורמים להשפעתה ההרתעתית המוגבלת של דוקטרינת ההסכמה מדעת, ראו: Izhak England, *Informed Consent-The Double-Faced Doctrine*, in *TORTS TOMORROW – A TRIBUTE TO JOHN FLEMING* 152, 159 (Nicholas J. Mullany & Allen M. Linden eds., 1998).

163 לטענה ברוח דומה נגד עולת התקיפה, ראו עניין *Trogan*, לעיל ה"ש 32, בעמ' 313.

164 ראו Shultz, לעיל ה"ש 145, בעמ' 229-241.

165 עניין *ואתורי*, לעיל ה"ש 46, בעמ' 182.

ביטוי לקשר זה גם בעוולת הרשלנות.¹⁶⁶ מצב דברים זה אינו עולה, כמובן, בקנה אחד עם זכותו של החולה לאוטונומיה, וצפוי, בנוסף לכך, לפגוע בהשפעתה ההרתעתית של דוקטרינת ההסכמה מדעת.

שנית, מאפייניה של עוולת הרשלנות, ובעיקר הדרישה לקיומו של "נזק", והשימוש שנעשה בה בהקשר של טיפולים רפואיים כאמצעי לפסיקת פיצוי על נזקי גוף, הביאו לכך שמטופל הטוען להתרשלות המטפל, המתבטאת בהפרת איזו מהחובות המוטלות על האחרון מכוח דוקטרינת ההסכמה מדעת, יהיה זכאי לפיצוי תרופתי רק אם הוכיח כי סבל נזק ממשי ממין כלשהו.¹⁶⁷

כפי שראינו, עד שניתן פסק הדין בעניין עלי דעקה יכול היה מטופל לזכות בפיצוי תרופתי¹⁶⁸ רק אם הוכיח כי סבל נזק גוף או נזק ממשי אחר עקב הפרת זכותו לאוטונומיה. כאמור, בעניין עלי דעקה, שם שימשה עוולת הרשלנות כאכסניה המשפטית לתביעה, הכיר בית המשפט בפגיעה בזכותו של החולה לאוטונומיה כנזק בר פיצוי. אם כך, נראה לכאורה, כי משניתן פסק הדין בעניין עלי דעקה אין עוד בדרישה להוכחת נזק כתנאי להטלת אחריות בעוולת הרשלנות כדי ליצור קושי בדמות הדרישה לקיומו של נזק ממשי.

אלא שעיון מדוקדק בפסק הדין מגלה שאין זה מצב הדברים, וכי גם הלכת עלי דעקה עצמה ניתנה בהשפעת הגישה שאת המטופל ניתן לפצות רק על נזק ממשי שסבל. עיון זהיר בפסק הדין מלמד כי אף שבית המשפט הכיר בפגיעה בזכות לאוטונומיה כנזק בר פיצוי, הוא אימץ את הגישה שלפיה יש להעריך את הפיצוי הנפסק למטופל על פי תוצאותיה הלא ממוניות-מוחשיות של פגיעה זו, דהיינו – על פי מידת הפגיעה ברגשות המטופל. יוצא מכאן, כי לגישת בית

166 ראו למשל עניין ברטין, לעיל ה"ש 46, פס' 15; עניין דוידוביץ, לעיל ה"ש 45, פס' 12; עניין בהן, לעיל ה"ש 84, פס' 3(ה); עניין מזרחי, לעיל ה"ש 45, פס' 6; מן הראוי להודות כי בכל המקרים המוזכרים היה הטיפול הרפואי כרוך בשימוש בכוח נגד גופו של המטופל, כך שסוגיה זו ממילא לא עוררה קושי. לא רק זאת, אלא שכאמור הפסיקה לא נמנעה מלהטיל אחריות על מטפלים בעוולת הרשלנות, במקרים שבהם לא היה הטיפול הרפואי כרוך בשימוש בכוח נגד גופו של המטופל, כפי שארע בעניין ואתורוי, לעיל ה"ש 46 ובעניין סירי, לעיל ה"ש 60. במידה רבה עניין לנו אפוא ברטוריקה, גרידא, שייכתן שאף אינה מלווה בכל כוונה להצר את היקף תחולתה של עוולת הרשלנות. אלא שאנו סבורים שלרטוריקה זו חשיבות רבה, מאחר שיש בה להתוות, גם אם מבלי משים, את כללי ההתנהגות הנדרשים ממטפלים.

167 שורה של מלומדים טענו כי אחת מחולשותיה העיקריות של עוולת הרשלנות היא הדרישה לנזק ממשי כתנאי לפסיקת פיצוי, והתמקדותה, עקב כך, בנזק הגוף שנגרם למטופל, תוך התעלמות מהעובדה שהפגיעה האמיתית שנגרמה היא פגיעה בזכותו לאוטונומיה. ראו Shultz, לעיל ה"ש 145, בעמ' 253-251; Peter H. Schuck, *Rethinking Informed*; 253-251, 11 בעמ' KATZ; *Consent*, 103 YALE L. J. 899, 925, 936 (1994) Alan Meisel, *The Expansion of Liability for Medical Accidents: From Negligence to Strict Liability by Informed Consent*, 56 NEB. L. REV. 51, 132-33 (1977); Joseph Goldstien, *For Harold Lasswell: Some Reflections on Human Dignity, Entrapment, Informed Consent, and the Plea Bargain* 84 YALE L. J. 683, 691 (1975); Twerski & Cohen, לעיל ה"ש 128, בעמ' 607, 616 Roger Crisp, *Medical Negligence, Assault, Informed Consent*, and *Autonomy*, 17 J. of Law and Society 77, 80-81 (1990).

168 להבדיל מפיצוי נומינלי שניתן לפסוק לתובע בעוולת התקיפה.

המשפט בעניין עלי דעקה, המטופל אינו זכאי לפיצוי על עצם הפגיעה בזכותו לאוטונומיה, על פי ערכה האובייקטיבי או הסובייקטיבי, וכי זכאותו לפיצוי תרופתי מותנית בהוכחת נזק ממשי בדמות תוצאותיה הלא ממוניות-מוחשיות של הפגיעה בזכותו לאוטונומיה על תוצאותיה השליליות של גישה זו עמדתי בהרחבה במקום אחר.¹⁶⁹

גישה זו, דהיינו פסיקת פיצוי תרופתי למטופל רק אם סבל נזק ממשי, אשר שלטה במשפט הישראלי טרם שניתן פסק הדין בעניין עלי דעקה ואף במסגרתו, הנה במידה לא מבוטלת תולדה של אימוץ עוולת הרשלנות כאכסניה משפטית נוספת לדוקטרינת ההסכמה מדעת.

קיומו של "נזק", כמשמעו בסעיף 2 לפקודת הנזיקין, מהווה תנאי להטלת אחריות ברשלנות על הנתבע. אמנם עם חלוף השנים הורחב היקפה של עוולת הרשלנות אל מעבר להגנה על אינטרס שלמות הגוף,¹⁷⁰ והוכרה זכאותו של הניזוק לפיצוי בגין הטרדה ועגמת נפש שאינן מלוות בנזק גוף,¹⁷¹ אלא שכל אלה היו עדיין בגדר נזקים ממשיים. לא רק זאת, אלא שבהקשר של תאונות רפואיות התמקדה עוולת הרשלנות, באופן היסטורי, בפיצוי מטופלים על נזקי גוף שסבלו עקב הטיפול הרפואי, דהיינו בנזקים הממשיים.¹⁷² אין זה מפתיע אפוא שגישה דומה אומצה על ידי המשפט הישראלי בגדרי עוולת הרשלנות, אף באשר להגנה על זכותו של החולה לאוטונומיה, על ההשלכות השליליות שיש לכך. חסרונותיה אלה של עוולת הרשלנות מובילים למסקנה שאף עילה זו אינה עילת התביעה הראויה.

אם כך, נותרנו לבסוף עם עוולת הפרת חובה חקוקה. אף שעוולה זו טרם חלקה עם עוולת הרשלנות את תחלואיו של החיסרון הראשון שעמדתי עליו, היא חולקת עמה את החיסרון השני. כפי שראינו, בדומה לעוולת הרשלנות, אף בגדרי עוולה זו מתעוררת השאלה אם פגיעה בזכותו של החולה לאוטונומיה מהווה נזק כמשמעו בסעיף 2 לפקודה, ואם הכרה בנזק זה כבר פיצוי עולה בקנה אחד עם שיקולי מדיניות משפטית. ראינו גם כי ניתן להניח שמשנבקע בפסק הדין בעניין עלי דעקה כי הפגיעה בזכותו של החולה לאוטונומיה מהווה נזק בר פיצוי במסגרת עוולת הרשלנות, תעמוד למטופל הזכות לפיצוי עבור ראש נזק זה גם בגדר עוולת הפרת חובה חקוקה. לא רק זאת, אלא שדרישת ה"נזק" המופיעה בשתי העוולות וקשרי הגומלין הקיימים ביניהן, תומכים במסקנה שלכשתידון תביעה בעוולת הפרת חובה חקוקה שעניינה פיצוי עבור פגיעה בזכותו של חולה לאוטונומיה, יעריך בית המשפט את הפיצוי על פי הגישה שאומצה בעניין עלי דעקה. דהיינו הערכת הפיצוי תיעשה על פי תוצאותיה הלא ממוניות-מוחשיות של הפגיעה בזכות לאוטונומיה. ממילא לוקה גישה זו בחסרונה השני של עוולת הרשלנות, שעליו עמדתי.

169 ראו קרקו־אייל, לעיל ה"ש 110, בעמ' 41-46.

170 ראו למשל רע"א 80/88 אלסוחה נ' עיזבון דהאן, פ"ד מר(3) 397 (1990) (נזק נפשי טהור); המ' 106/54 דיינשטיין נ' קרימה אגודה שיתופית להספקת מים בע"מ, פ"ד ח(2) 1317 (1954) (נזק כלכלי).

171 ראו עניין גורדון, לעיל ה"ש 72, בעמ' 138-142.

172 ראו ENGLARD, לעיל ה"ש 13, בעמ' 163.

1. ההסדר המשפטי המוצע

כפי שראינו, בחינתה הביקורתית של עוולת התקיפה מובילה למסקנה שיש לצמצם את היקפה, כך שלמטופל תעמוד עילה בעוולה זו במקרים קיצוניים בלבד. ממילא עולה השאלה באילו מקרים מן הראוי שלמטופל תעמוד עילה בעוולת התקיפה. דעתי היא שעם המקרים הקיצוניים שאליהם יש להגביל את עוולת התקיפה, נמנים המקרים הבאים: הטיפול הרפואי ניתן למטופל על אף היעדר כל הסכמה מצדו, כלומר מבלי שהסכמתו התבקשה או בכפייה; לחולה לא נמסר מידע על מהות הטיפול המוצע או על תוצאתו הבלתי נמנעת; החולה נתן את הסכמתו לטיפול המוצע אך הטיפול שניתן לו בפועל שונה במהותו מזה שלו נתן את הסכמתו; ולבסוף, המטפל גרם למטופל ליתן את הסכמתו לטיפול המוצע, במתכוון ובזדון, באמצעות הסתרה או עיוות של מידע, שימוש במניפולציה, או פגיעה בחופשיות רצונו של המטופל.

לגישה המוצעת תימוכין בשורה ארוכה של טעמים: ראשית, גישה זו עולה בקנה אחד עם גישתה של השופטת ביניש בעניין עלי דעקה, אשר סברה כי יש להגביל את השימוש בעוולת התקיפה למקרים קיצוניים בלבד עמם מנתה את המקרים שהובאו לעיל.¹⁷³ בנוסף לכך, גישה זו עולה בקנה אחד עם גישת הוועדה לבדיקת האחריות לפגיעה בטיפול רפואי, אשר סברה כי יש להוציא את סוגיית הסכמתו מדעת של המטופל מגדר עוולת התקיפה.¹⁷⁴ יתרה מכך, גישה זו עולה בקנה אחד עם הנטייה שהתגלתה במשפט הישראלי טרם חקיקת החוק, ושהתחזקה לאחר חקיקתו, לצמצם את היקפה של עוולת התקיפה, ולהעמיד למטופל הטוען להפרת דרישת הגילוי, עילת תביעה בעוולת הרשלנות. כמו כן גישה זו עולה בקנה אחד עם הגישה שאומצה במשפט האנגלו-אמריקני, עוד בשנות החמישים, שלפיה יש לצמצם את היקפה של עוולת התקיפה ולהעדיף על פניה את עוולת הרשלנות במקרים שבהם טוען המטופל להפרת דרישת הגילוי. לא רק זאת, אלא שלגישה זו, המקנה למטופל עילה בעוולת התקיפה במקרים שבהם הביא המטפל להסכמת המטופל באמצעים פסולים, במתכוון ובזדון, למשל, בתרמית או במצג שוא, ניתן למצוא תימוכין במשפט האנגלי ובמשפט הקנדי.¹⁷⁵

לבסוף, גישה זו מתמודדת היטב עם חסרונותיה של עוולת התקיפה שעליהם עמדת. ראשית, במקרים המתוארים המתאפיינים בהתנהגות בוטה מצד המטפל או במניעים פסולים להתנהגותו – ניתן להצדיק את הטלת האחריות על המטפל לנוקי הגוף של המטופל, על אף היעדר חובה להוכיח "סיבתיות החלטה", כמי שעולה בקנה אחד עם מטרות עונשיות, להבדיל משיקולי צדק מתקן או משיקולי חלוקה ותועלת. שנית, במקרים המתוארים אין פסול בשימוש בעוולת התקיפה בעלת ההקשר האנטי-חברתי, על הפגיעה הקשה במוניטין וברוחות המטפל הכרוכה בכך, זאת נוכח אופייה הבוטה של התנהגות המטפל או המניעים לה. לא רק זאת, אלא

173 ראו עניין עלי דעקה, לעיל ה"ש 1, בעמ' 547.

174 ראו ועדת קלינג, לעיל ה"ש 14, בעמ' 86, פס' 107, המלצות ב' ר"ג' ובעמ' 47, פס' 65.

175 ראו MASON & LAURIE, לעיל ה"ש 127, עמ' 393-394; עניין Chatterton, לעיל ה"ש

37, בעמ' 1013; עניין Sidaway [1985], לעיל ה"ש 37, בעמ' 1026; עניין Reibl, לעיל

ה"ש 38, בעמ' 11.

שבנסיבות המתוארות צפויות העלויות החברתיות הכרוכות בפגיעה בזכותו של החולה לאוטונומיה לעלות או להיות שוות לעלויות החברתיות הנגרמות בשל עגמת הנפש שחש מטפל הנתבע בעוולת התקיפה. לכן אימוצה של עוולת התקיפה כעילת תביעה הראויה במקרים המתוארים, עולה בקנה אחד גם עם שיקולים חלוקתיים-תועלתניים. לבסוף, ניתן להניח שבנסיבות המתוארות למטפל ממילא גישה עוינת או אדישה כלפי עקרון אוטונומיית החולה. לכן אין בהטלת אחריות על המטפל בעוולת התקיפה כדי ליצור אצל זה תחושת עוינות שלא הייתה מנת חלקו קודם לכן, וכך לפגוע בפוטנציאל ההרתעתי של דוקטרינת ההסכמה מדעת. שלישית, מאחר שעל פי גישה זו מצומצם היקף תחולתה של עוולת התקיפה במקרים קיצוניים בלבד, מאבדים ממשקלם שניים מהקשיים הטמונים בעוולה זו: הראשון – התניית האחריות בהיות הטיפול הרפואי כרוך בשימוש בכוח נגד גופו של המטופל; השני – מתן מקום מוגבל לשיקולי מדיניות בהכרעה בשאלת קיומה של חובה לקבל את הסכמת המטופל.

נותרנו עתה עם השאלה מהי עילת תביעה הראויה במקרים שלא יפלו לגדר עוולת התקיפה, כמוצע, שבהם טוען המטופל להפרת זכותו לאוטונומיה. אין חולק כי הבעייתיות שתוארה הטמונה בעוולת הרשלנות ובעוולת הפרת חובה חקוקה, ניתנת לפתרון באמצעות פרשנות ופיתוח משפטי ראוי של עוולות אלה, ושל ההלכות שנקבעו מכוחן. אף על פי כן נראה כי נכון להתמודד עם בעייתיות זו באמצעות אימוצו של הסדר משפטי ייחודי למקרה שבו הופרה זכותו של המטופל לאוטונומיה. הסדר כאמור יכול להיקבע בחוק זכויות החולה, הקובע הסדר חקיקתי מקיף וחדש לדוקטרינת ההסכמה מדעת. כך, ניתן לתקן את החוק, באופן שייקבע בו שהפרת איוו מהזכויות הנתונות 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.¹⁷⁶ בהמשך לכך, מן הראוי לאמץ בחוק כלל ייחוד עילה, שלפיו מי שהפרת זכויותיו על פי פרק ד' לחוק מקנה לו עילת תביעה על פי החוק, אינו בעל עילת תביעה על פי פקודת הנוזיקין, וזולת המקרים הקיצוניים שפורטו לעיל, שבהם תעמוד למטופל עילת תביעה בעוולת התקיפה.¹⁷⁷

176 בכך יצטרך חוק זכויות החולה אחר כמה חוקים אחרים שבהם אומצה גישה זו, ראו, למשל, ס' 7 לחוק איסור לשון הרע, התשכ"ה-1965; ס' 4 לחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981; ס' 11 לחוק עוולות מסחריות, התשנ"ט-1999. בדרך זו תתאפשר גם החלה סלקטיבית של הוראות פקודת הנוזיקין על עוולה זו. על הוראות פקודת הנוזיקין, אותן מן הראוי להחיל על עוולה זו, ניתן למנות את הס' הבאים: 6, 11, 13-16, 19-22, 64, 68-69 ופרק ה'.

177 וזה נוסח ההסדר המוצע על ידי: א. הפרת איוו מהזכויות הנתונות למטופל בפרק ד' לחוק ועל נזק ממשי אחר שסבל עקב כך, לרבות נזק גוף ונזק נפשי; ב. בכפוף להוראות חוק זה יחולו על עוולה זו הוראות ס' 6, 11-16, 19-22, 64, 68-69, ופרק ה' לפקודת הנוזיקין; ג. היה המטופל בעל עילת תביעה לפי חוק זה, לא תהיה לו עילת תביעה על פי פקודת הנוזיקין, אלא אם כן מתקיימות הנסיבות המנויות להלן בס' ד; ד. למטופל תעמוד עילת תביעה נגד המטפל האחראי לטיפול, מכוח ס' 23 לפקודת הנוזיקין, בהתקיים איוו מהנסיבות שלהלן: 1. הסכמת המטופל לטיפול לא התבקשה; 2. הטיפול ניתן למטופל בכפייה; 3. לא נמסר למטופל מידע באשר למהות הטיפול שבוצע או על תוצאתו הבלתי נמנעת; 4. הטיפול שניתן למטופל שונה במהותו מהטיפול שלו נתן המטופל את הסכמתו; 5. המטפל הפר איוו מהזכויות הנתונות למטופל על פי פרק ד' במתכוון ובודוין.

אימוצו של הסדר משפטי עצמאי, כמוצע, הנו בעל כמה יתרונות: ראשית, הסדר זה לא ישא עמו מטען דומה לזה שנושאות עמן עוולת הרשלנות ועוולת הפרת חובה חקוקה, בדמות הדרישה להוכחת נזק ממשי מצד המטופל, או בדמות הדרישה שהטיפול הרפואי יהיה כרוך בשימוש בכוח. שנית, יצירת הסדר חדש וייחודי לחוק זכויות החולה צפוי להוביל להתאמה מלאה בין הזכויות הנתונות למטופלים מכוח החוק, מחד, ועילות התביעה העומדות לרשותם, מאידך. באופן זה ייפתר גם הקושי שנגרם עקב הצורך להכריע בשאלה איזו מעילות התביעה גוברת, במקרים של סתירה בין ההסדרים. שלישית, יש בהסדר זה כדי לפטור במידה רבה את בעיית חוסר הקוהרנטיות האופקית הנוצרת מכוח ההסדר המשפטי הקיים, אשר במסגרתו עומדות למטופל הטוען להפרת זכותו לאוטונומיה, עילות תביעה שהשלכותיהן שונות, באופן התלוי בשאלה אם הטיפול הרפואי שניתן למטופל כרוך בשימוש בכוח נגד גופו אם לאו. מצב דברים זה יבוא על תיקונו במסגרת ההסדר המשפטי המוצע על ידינו, שהרי מכוחו תוגבל עוולת התקיפה למקרים קיצוניים בלבד, אשר מאפייניהם מצדיקים, כפי שראינו, מתן הגנה רחבה יותר למטופלים, מחד, והרחבת אחריותם של רופאים, מאידך.

חשוב לציין שאף שלגישתי דורש ההסדר המשפטי המוצע תיקון בחקיקה, יכולה הפסיקה להביא לשיפור במצב המשפטי הקיים, עד לתיקון החוק, באמצעות אימוצן של שלוש הלכות: הראשונה – הגבלת היקפה של עוולת התקיפה באופן מפורש וברור למקרים הקיצוניים שמנינו ושלילת תחולתה במקרים האחרים; השנייה – הערכת שיעור הפיצוי עבור הפגיעה בזכות המטופל לאוטונומיה על פי ערכה האובייקטיבי של זכות זו, ולא על פי מידת הפגיעה ברגשות המטופל; השלישית, הקפדה על ניסוחן של דרישת ההסכמה ודרישת הגילוי באופן שאינו קשור, ולו רטורית, להיות הטיפול הרפואי כרוך בשימוש בכוח נגד גופו של המטופל.

ז. סיכום

כמעט מפתיע לגלות שאף שדוקטרינת ההסכמה מדעת מקובלת במשפט הישראלי מזה כמה עשורים, טרם התבהרה סופית השאלה מהי עילת התביעה העומדת למטופל הטוען כי איזו מזכויותיו על פי הדוקטרינה הופרו. הפסיקה פסעה, במהלך השנים, בדרך לא אחידה, לעתים ללא כל נימוק ענייני, ולעתים בתגובה לנתונים עובדתיים משתנים, בין אמיתיים ובין לכאוריים. דרך זו טרם הגיעה לסופה, ונראה כי אף עתה ממשיכה הפסיקה להתלבט בשאלה מהי עילת התביעה הראויה למטופל הטוען להפרת זכותו לאוטונומיה. תוצאתו של מסע הפכפך זה היא קיומו של הסדר מרובה עילות ובלתי אחיד, שהשלכותיו אינן רצויות. מן הראוי אפוא כי מסע זה יגיע לקיצו, בין באמצעות אימוץ הסדר עצמאי בחוק זכויות החולה ובין באמצעות אימוצה של הלכה חדשה וברורה בפסיקה.