

דא עקא דעקה – גלגוליה של פגיעה באוטונומיה

מאת

אסף יעקב*

Autonomy – the ability to control one's own life¹

ראש הנזק של פגיעה באוטונומיה הוא פיתוח מקורי של המשפט הישראלי, אשר הציב בפני מערכת המשפט אתגר לא קטן – ביסוסה של הזכות לאוטונומיה במסגרת המשפט הקיים והגנה עליה ללא יכולת ללמוד מניסיונם של אחרים. במאמר זה אני מבקש לנתח ראש נזק זה אגב שרטוט גבולותיו ודיון בשיקולי המדיניות המצדיקים את קיומו אך גם את הגבלתו. ניתוח זה נדרש בשל העמימות המשפטית האופפת את פסקי הדין הדנים בראש הנזק של פגיעה באוטונומיה והשימוש התדיר שנעשה בו על ידי תובעים בתביעות נזיקין, פרטיות ואף ייצוגיות. עמימות זאת משתרעת על שאלות רבות, ובהן מהם מאפייניו של ראש הנזק, מהם תחומי תחולתו, מתי קמה זכות לפיצוי בגינו, מה גובהו של הפיצוי הראוי ועוד.

המאמר פותח בהגדרה כללית של המושג אוטונומיה ומסביר מה ייחשב פגיעה בה. לאחר מכן המאמר מבחין בין הזכות לאוטונומיה לבין הזכות החוקתית לכבוד תוך בידול כל אחת מהן והתמקדות באינטרסים המוגנים השונים. המאמר מציע תזה שלפיה השימוש הרווח בראש הנזק של פגיעה באוטונומיה הוא מוגזם הן מבחינת המקרים שבהם נפסק פיצוי והן מבחינת גובהו של הפיצוי. הוא בוחן כמה מקרים פרדיגמטיים שבהם אפשר לטעון לפגיעה באוטונומיה ומבהיר מדוע מתן פיצוי בחלקם הוא מוצדק ובאחרים לא. אגב השימוש בדוגמאות אלו מומחש השוני שבין הפגיעה באוטונומיה לפגיעה בזכות החוקתית לכבוד. בנוסף מציע המאמר דרכים להגבלתו של ראש הנזק במסגרת המשפט המסורתי תוך הצגת שיקולי מדיניות לקביעתה של חובת זהירות בגין ראש הנזק ודיון בשאלות של הפרת החובה, קשר סיבתי, ריחוק הנזק ועוד. אגב כך מנסה המאמר גם לנתק את הקשר בין חומרת המעשה הנזיקי לבין חומרת הפגיעה באוטונומיה, אשר צריכה להיבחן, ככל נזק, מבעד למשקפי הנפגע.

* מרצה בכיר, בית הספר רדזינר למשפטים, המרכז הבינתחומי הרצליה. ברצוני להודות לאלעד אורג, דוד אנוך, גיא זיידמן, יוני לבני ואריאל פורת על שיחות והערות חשובות ומועילות לטיוטה קודמת של מאמר זה. ברצוני להודות גם לעוזרי המחקר דסי אנדרמן-שחר, אלעד גיל ושחר פרידמן על עזרה מצוינת במחקר. כמו כן מודה אני לחברי מערכת כתב העת משפטים, משה אוסטרובסקי, צליל סלומון, יעל קריב ולעורכת נגה בליקשטיין על עבודת עריכה מעולה.

1 Andrew Benton, *Personal Autonomy and Physician-Assisted Suicide: The Appropriate Response to a Modern Ethical Dilemma*, 20 OHIO N.U.L. REV. 769 (1994); Meir Dan-Cohen, *Basic Values and the Victim's State of Mind*, 88 CAL. L. REV. 759 (2000).

מבוא. א. האוטונומיה והפגיעה בה. ב. "החטא הקדמון" בהגדרת ראש הנזק: אוטונומיה, כבוד ומה שביניהם. 1. מבוא: "מושכלות יסוד" בדיני נזיקין; 2. פרשת דעקה: בריאתו של ראש נזק חדש "פגיעה באוטונומיה"; 3. ביקורת על עמדת בית המשפט בהגדרת ראש הנזק; 4. אפיון הנזק: קטגוריזציה של פגיעה באוטונומיה; 5. סיווג המקרים לקטגוריות; ג. בעקבות פרשת דעקה: התפתחות ראש הנזק "פגיעה באוטונומיה" בדין הפוזיטיבי. ד. דיון נורמטיבי: תחימת גבולותיו של ראש הנזק. 1. מבוא; 2. הצורך בהגבלת האוטונומיה; 3. יצירת קווים מנחים לתחימת הנזק בגין פגיעה באוטונומיה; ה. פגיעה באוטונומיה: שיקולי מדיניות. 1. פגיעה באוטונומיה: ראש נזק ועוולה בצדו; 2. הרחבה או צמצום של ראש הנזק?; 3. שיקולים לביסוסה של חובת זהירות עצמאית בגין פגיעה באוטונומיה; סיכום.

מבוא

אישה בת 37, בשבוע ה-40 להריונה, מגיעה לבית החולים ללידת בנה העשירי. נציין כאן שאת בנה הראשון ילדה בניתוח קיסרי. בדיקות שנעשות בבית החולים מגלות כי העובר מצוי בסיכון, ולכן נשארת האישה בבית החולים, מחוברת למוניטור. באין התקדמות בלידה ממליצה הרופאה המטפלת לאישה לזרז הלידה באמצעות תרופה מסוג פיטוצין. היולדת נועצת בבעלה, שמצדו מתייעץ עם הרב. בשל העיכוב במתן התשובה מחליטים הרופאים לתת ליולדת פיטוצין במינון נמוך. אולם הלידה מסתבכת ונדרש ניתוח חירום לשם יילוד התינוקת. התינוקת נולדת במצב רפואי קשה וסובלת מבעיות בריאותיות. בעת הניתוח הקיסרי מתגלה גם כי ליולדת נגרם נזק – קרע ברחם. ניסיונות לתפור את הקרע אינם מועילים, ובאין מוצא אחר – מוחלט לבצע כריתת רחם. התינוקת נפטרת בטרם הגיעה לגיל שנתיים.

העובדות שתוארו לעיל הן תיאור מקוצר של נסיבות פסק הדין בע"א 8126/07 עזבון צבי נ' בית-החולים ביקור חולים.² באותו מקרה קבע בית המשפט המחוזי כי לא הייתה רשלנות במהלך הטיפול הרפואי. כמו כן נקבע כי אין מדובר במצב שבו לא ניתנה הסכמת היולדת לטיפול, ועל כן אין זה מקרה של תקיפה רפואית.³ ואולם, בית המשפט המחוזי קבע כי למרות ההסכמה פגע בית החולים באוטונומיה של היולדת. אי-מסירת

2 ע"א 8126/07 עזבון צבי נ' בית החולים ביקור חולים, פס' 1–14 לפסק דינו של השופט דנציגר (פורסם בנבו, 3.1.2010).

3 היולדת ובעלה לא הביעו התנגדות למתן הזירוז, והיה אפשר לראות בשתיקתה של היולדת הסכמה לטיפול. הסכמה שממנה יכלה לחזור בשל מספר השעות שחלפו בין מתן הזירוז, שניתן באופן מתמשך (שתי טיפות לדקה), להתהוות מצב החירום. כמו כן חתמה היולדת על טופס הסכמה לאשפוז לצורך לידה כאשר לא נצפתה אצלה התקדמות מספקת. על כן יש לראות בהסכמתה ללידה גם הסכמה לתהליך של הזירוז ללידה. שם, פס' 39 לפסק דינו של השופט דנציגר.

מידע על הסכנות שבשימוש בפיטוצין טרם נתינת התרופה פגיעה בזכותה של היולדת להחליט החלטה מושכלת בעניין הטיפול ולשקול, באופן עצמאי, איזה טיפול לקבל ומאיזה להימנע. קביעת המחוזי הייתה כי חובה על הצוות הרפואי למסור מידע מלא על אודות הטיפול, לרבות הסיכונים הכרוכים בו, גם אם הדבר יביא לידי כך ש"אף אחת לא תהיה מוכנה לקבל פיטוצין".⁴

בערעור בבית המשפט העליון אושרה הקביעה שלא הייתה רשלנות במהלך הטיפול. בית המשפט העליון גם אימץ את העמדה שלפיה היולדת לא הביעה התנגדות לקבלת הפיטוצין, וכי לו רצו, יכלו ההורים לבקש להפסיק הטיפול. בכך וכן בהסכמתם לאשפוז לצורכי לידה יש לראות משום הסכמה לטיפול, אשר מוציאה את המקרה מגדר עוולת התקיפה. בית המשפט לא הסתפק בכך והוסיף וברק אם ההסכמה שניתנה הייתה מדעת, בין היתר בהסתמך על חוק זכויות החולה,⁵ המחייב למסור מידע על סיכונים אפשריים הכרוכים בטיפול.⁶ על עצם קיומה של חובת הגילוי לא הייתה מחלוקת. השופטים גם הסכימו ש"הפיצוי במקרה זה נובע מן ההכרה כי בביצוע פרוצדורה רפואית בגופו של אדם שלא בהסכמתו המודעת ישנה פגיעה בכבודו ובזכותו לאוטונומיה. לחולה זכות לבחור אם לקבל טיפול רפואי ואיזה טיפול יינתן לו".⁷ אולם השופטים נחלקו בשאלה אם בנסיבות מקרה זה זכאית היולדת לפיצוי.

השופט דנציגר סבר, בדעת מיעוט, שגם אם הייתה מוטלת על בית החולים חובה למסור ליולדת מידע בדבר הסיכונים שבשימוש בפיטוצין, אי אפשר לומר שנפגעה האוטונומיה שלה, שכן היא ידעה כי הטיפול בפיטוצין כרוך בסיכונים. לפיכך אי אפשר לטעון כי נפגעה יכולתה להחליט החלטה מושכלת העולה כדי פגיעה באוטונומיה. היולדת "ידעה על הסיכונים שבשימוש בפיטוצין ולפיכך לא ניתן לומר שהסכמתה הייתה הסכמה שלא מדעת".⁸ השופט דנציגר הפנה לפרשת דעקה,⁹ שם קבע השופט אור כי גם כאשר הופרה החובה החוקית לקבל הסכמה מדעת, אך החולה, בשל העדפותיו הסובייקטיביות, לא נפגע – אין מקום להעניק לו פיצוי בגין הפגיעה בזכות. השופט רובינשטיין, בדעת רוב, החזיק בעמדה שונה, ולפיה "ידיעה כללית של המטופל על סיכונים אפשריים כתוצאה מהטיפול אינה פוטרת את הרופא מלחזור ולהציג

4 שם, פס' 13 לפסק דינו של השופט דנציגר.

5 פרק ד' לחוק זכויות החולה, התשנ"ו-1996, ס"ח 1591.

6 אומר בית המשפט בעניין זה כי "כאשר לא נמסר למטופל המידע הדרוש, יכול מחדל זה כשלעצמו להוות עילה להכרה בראש נזק של פגיעה באוטונומיה, וזאת ללא קשר לשאלת הנזק שנגרם מאותו טיפול" (עניין עזבון צבי, לעיל ה"ש 2, פס' 43 לפסק דינו של השופט דנציגר); ס' 13(ב)(3) לחוק זכויות החולה.

7 עניין עזבון צבי, לעיל ה"ש 2, פס' 43 לפסק דינו של השופט דנציגר (ההדגשה הוספה – א").

8 שם, פס' 49 לפסק דינו של השופט דנציגר.

9 ע"א 2781/93 דעקה נ' בית החולים "כרמל" חיפה, פ"ד נג(4) 526 (1999).

בפניו את מכלול הסיכונים.¹⁰ לגישתו, אין בחוק סייג הפוטר את הרופא ממסירת מידע רפואי כאשר המטופל יודע על הסיכונים. עוד הוסיף: "בית החולים לא פעל בהקשר זה על-פי אמות המידה שהותוו בחוק", ועל כן מחדלו "פגע באוטונומיה של המערערת, ובכלל זה ביכולת הבחירה שלה".¹¹ השופט רובינשטיין ציין כי המחלוקת בין השופטים אינה רק מהותית אלא גם עובדתית, וכי גם נסיבות המקרה אינן מעידות שרמת הידיעה של היולדת כאשר לסיכונים הייתה מספקת, ולכן אין בה כדי לפטור את בית החולים מאחריות.¹² אשר על כן פסק השופט רובינשטיין כי באי-מסירת המידע נפגעה יכולתה של היולדת לקבל החלטה מושכלת, ועמה נפגעה האוטונומיה שלה, ובשל כך זכאית היא לפיצוי.

השופט ריבלין הגיע לאותה מסקנה מטעמים קצת שונים. הוא הצטרף לדעתו של השופט רובינשטיין וקבע כי מאחר שלא הוסברו ליולדת הסיכונים, נשללה ממנה הזכות לבחור, הכוללת את הזכות לסרב לטיפול גם במקרה שסיכוייו גוברים על סיכוייו. כאשר לעצם הפגיעה פסק השופט ריבלין:

הפגיעה באוטונומיה נתייחדה לא רק בשל שיש לסווגה כעולה חוקתית, כי אם גם בשל שבלבושה הקיים מאפשרת היא להתגבר על קשיים בקביעת הקשר הסיבתי שבין ההתנהגות הפסולה לבין הנזק שבא בשלה.¹³

פסק הדין בעניין עזבון צבי הוא בעל חשיבות משום שהמחלוקת בין השופטים יורדת למהותו של הנזק בגין הפגיעה באוטונומיה, להגדרתו, ולאפיונו במשפט הישראלי. בחלוף כעשור ממתן פסק הדין התקדימי בעניין דעקה מעורר פסק הדין בעניין עזבון צבי את השאלה מדוע נדרש ראש נזק זה, מהם היקפו ומגבולותיו, כיצד יש לפצות בגינו ומתי. כמו כן בעקבות פסק הדין מתעוררת השאלה עד כמה רחוק מוכן בית המשפט ללכת בנכונותו לוותר על דרישת הקשר הסיבתי – האם יש בפגיעה באוטונומיה משום חריג לתפיסה הנויקית של קשר סיבתי או שמא אפשר למקם את ההגנה בגין ראש נזק זה במסגרת הפרדיגמה הנויקית הכללית? הוא גם מציב על השולחן את השאלה כיצד לנהוג במקרים שבהם הפגיעה באוטונומיה אינה משמשת תחליף לקשר הסיבתי אלא תחליף לנזק ממשי.

במאמר זה אנתח את ראש הנזק בגין פגיעה באוטונומיה – פיתוח מקורי של המשפט הישראלי – ואנסה לשרטט את גבולותיו ואת שיקולי המדיניות הראויים בעיצובו. אפתח בהגדרת מושג האוטונומיה תוך מתן הסבר מתי ובאילו נסיבות היא נפגעת; הפרק השני

10 עניין עזבון צבי, לעיל ה"ש 2, פס' י' לפסק דינו של השופט רובינשטיין.

11 שם, פס' י"א לפסק דינו של השופט רובינשטיין.

12 זאת בין היתר בשל התצהיר שהוגש על ידיה ולפיו לא קיבלה זירו אף לא באחת מהלידות בעבר.

13 שם, פס' י"ב לפסק דינו של השופט רובינשטיין.

13 שם, פסק דינו של השופט ריבלין.

יעסוק בחשיבות ההבחנה המושגית בין הזכות לאוטונומיה לבין הזכות החוקתית לכבוד האדם, זכויות שהגם שיש ביניהן מתאם ותחומי חפיפה נרחבים, אין הן זהות. כפי שיודגם במאמר, הבחנה זו לא חודדה, לטעמי, מספיק בפסק הדין המנחה בעניין דעקה, ועל כן הוא משמש מקור השראה בלתי מדויק לפסקי דין רבים שנשמכו על קביעותיו. בפרק זה גם אצביע על שיקולים יוריספרודנטליים השוללים את הזהות המושגית בין הזכויות; הפרק השלישי יתמקד בסקירה תמציתית של התפתחות הדין הפוזיטיבי באשר לראש הנזק של פגיעה באוטונומיה מאז ניתנה הכרעת הדין בעניין דעקה, לרבות השימוש בו במקרים שאינם קשורים למתן טיפול רפואי. סקירה זו תראה כי בהגדירם את ראש הנזק החדש כנגזר מהזכות לכבוד ולאוטונומיה גם יחד ייצרו בתי המשפט עמימות משפטית של ממש באפיון כל אחת מן הזכויות ובתוצאות המשפטיות הנגזרות מאפיון זה; הפרקים הרביעי והחמישי יעסקו בביסוס התזה המוצעת על ידי לעיצובו ולתחיתו של ראש הנזק בגין פגיעה באוטונומיה. תחילה אנסה לשרטט את גבולותיו של ראש נזק זה ואת השיקולים המצדיקים את הגבלתו. בהמשך אדון בשיקולי המדיניות הרלוונטיים, שיש בהם כדי לעצב את חובת הזהירות הנדרשת באשר לפגיעה באוטונומיה.

אומר כבר עתה כי לגישתי פגיעה באוטונומיה צריכה להיבחן לאור התנאים הנזיקיים המוכרים – לא די להוכיח כי המעוול לא כיבד את האוטונומיה של הניזוק אלא יש להוכיח גם כי נגרם נזק, כי למעוול הייתה חובת זהירות בנוגע לפגיעה באוטונומיה של הניזוק, כי חובה זו הופרה, וכן כי מתקיים קשר סיבתי בין הפרת החובה לבין הנזק. ואולם, בשל ייחודיותו של ראש נזק "חמקמק" זה והיקפו הנרחב יש להיזהר בקביעת קריטריונים חדים לתחולתה ולעיצובה של חובת הזהירות, כמו גם בקביעת התנאים להפרתה. גם שאלת הקשר הסיבתי עלולה להציב אתגרים לא פשוטים. על כל אלה אפרט בחלקו האחרון של המאמר, שבו גם אסביר מדוע בחינה זו של הפגיעה באוטונומיה אינה כפופה לבחינתו של הנזק הפיזי שנגרם לניזוק, שכן שיקולים שונים עשויים להצביע על תוצאות שונות באשר לחובת הזהירות של המעוול בקשר לכל אחד מסוגי הנזק, ובאשר להפרתה.

א. האוטונומיה והפגיעה בה

גם אם קיימות מחלוקות בשאלת מהותו המדויקת של המושג "אוטונומיה" וכיצד ראוי להגן עליה, הרוב יסכימו כי לבה של האוטונומיה הוא הדרישה לרגולציה או שליטה עצמית. במובן זה הדגש הוא בצורך של אדם לחיות את חייו על פי החלטותיו שלו, שלא בכפיפות לכוחות חיצוניים. שני רכיבים בסיסיים דרושים לקיומה של אוטונומיה: חירות (liberty), במובן של עצמאות ההחלטה וניתוקה מהשפעות חיצוניות מכריעות, ו-"agency,

במובן של פעולה מכוונת שמביאה לידי ביטוי את רצונו האוטונומי של הפועל.¹⁴ ישעיה ברלין היטיב לבטא זאת בהדגישו את רצונו של אדם לפעול כמכשיר בידי עצמו ולא בידי אחרים, להיות סובייקט ולא אובייקט, לפעול על יסוד מניעים פנימיים תוך קידומן של מטרות מצפוניות אינדיווידואליות, ולא מתוך השפעה חיצונית.¹⁵

גישה זו עולה בקנה אחד עם עמדתו הרעיונית של עמנואל קאנט בנוגע לזכותו המולדת של האדם. קאנט תופס את זכות הבחירה החופשית של האדם כביטוי להיותו ערך מוחלט ולא אמצעי להגשמת מטרותיהם של אחרים. הוא מסביר את האוטונומיה כזכות שלילית.¹⁶ אין בה כדי לשמש ערובה שיינתנו לאדם הזדמנויות נאותות במהלך חייו, ואין היא זכות חיובית לקבל דבר מה מהחברה. היות האדם ערך מוחלט מקנה לו זכות להיות אדון יחיד לחייו והגורם היחיד שיקבע כיצד ישתמש באמצעים שברשותו לצורך הגשמת מטרות שיקבע.¹⁷

האוטונומיה מזכה את האדם בכך שאחרים לא ישתמשו בו למטרותיהם כאילו היה חפץ.¹⁸ כיבוד האוטונומיה משמעותו כיבוד הרצונות הייחודיים לכל פרט ופרט תוך מתן

14 בהקשר זה של הפְּוּנָה יש מחלוקת: מה ייחשב לעובר את רף המינימום של הדרישה. הדוגמה שנותנים היא של נהג שרוצה לפנות ביום גשם, ופנסי האיתות שלו אינם עובדים. הוא מוציא את ידו החוצה מבעד לחלון ומאותת. אגב כך ידו נרטבת. האם הנהג התכוון שידו תירטב? יש הסוברים שלא, שכן הצפייה שידו תירטב אינה שקולה לכוונה. אולם אחרים סוברים שבמקרה זה המונח "כוונה" אינו בהכרח מתכוון להשיג תוצאה מסוימת במונחים של רוצה (want) אלא במונחים של ידיעה מה יקרה (will). הוא רצה לאותת, אך לא התכוון שידו תירטב, אולם בסופו של דבר הבחירה הייתה בקומבינציה, על כל השלכותיה, ועל כן הוצאת היד והירטבותה אינה מכוונת פחות או אוטונומית פחות מעצם הרצון לאותת. בעניין זה ראו Tom L. Beauchamp, *Autonomy and Consent*, in THE ETHICS OF CONSENT 55, 65–68 (Franklin G. Miller & Alan Wertheimer eds., 2010).

15 Isaiah Berlin, *Two Concepts of Liberty*, in ISAIAH BERLIN, FOUR ESSAYS ON LIBERTY 131 (1969). ראו גם בגרסה עברית ישעיהו ברלין *ארבע מסות על חירות* (יעקב שרת מתרגם, התשל"א).

16 ARTHUR RIPSTEIN, FORCE AND FREEDOM: KANT'S LEGAL AND POLITICAL PHILOSOPHY 36 (2009): "[...] to be your own master is to have no *other* master. It is not a claim about your relation to yourself, only about your relation to others" IMMANUEL KANT, THE METAPHYSICS OF MORALS 36 (Mary Gregor ed., 1996).

17 KANT, שם, בעמ' 36–37. קאנט משתמש בדוגמת העבד כדי להמחיש את גישתו. אדם המשמש עבד של אחר הופך להיות אמצעי להגשמת המטרות של אדונו ומאבד את היכולת להיות אדון לגורלו שלו וליכולת לקבוע את מטרותיו. לעבד עשויות להיות בעיות רבות – הכנסה נמוכה, אפשרויות מוגבלות וכיו"ב, ואת כולן יכול לפתור אדון הומניסטי שייטיב עמו. ברם גם תחת האדון המיטיב ביותר תמיד ייוותר העבד אמצעי בידו של אדם אחר להשגת מטרותיו שלו, ולכן העבדות אינה מוסרית.

18 Berlin, לעיל ה"ש 15, בעמ' 131: "I wish my life and decisions to depend on myself, not on external forces of whatever kind. I wish to be the instrument of my own, not of other men's, acts of will. I wish to be a subject, not an object; to be moved by reasons, by conscious

ביטוי לשוני ולנבדלות שביניהם ולחופש הנתון להם לקדם את מה שלתפיסתם הם "חיים טובים".¹⁹ חשוב עוד לזכור כי לא בכל פעם שפעולה של אדם אחד משפיעה על בחירתו האוטונומית של אחר, משמעות הדבר הוא כי פעולה זו פגעה בזכותו של האחרון לאוטונומיה. כנגזרת של העמדה הקאנטיאנית שתוארה לעיל, כאשר פלוני שינה בבחירתו את תנאי העולם החיצוני, הוא לא פגע בזכות הבחירה של האחר אלא השפיע על האמצעים העומדים לרשותו. לאור האמצעים החדשים שנותרו לאחר פעולתו של פלוני יכול האחר לבחור את דרך חייו ולממש את רצונותיו העצמאיים.²⁰ אם כן, ליצורים אוטונומיים יש יכולת לתכנן את חייהם ולהיות אותם בצורה מסוימת.²¹ התכניות נועדו לקדם את המטרות ולממש את דרך החיים שבה הם בוחרים

purposes, which are my own, not by causes which affect me, as it were, from outside. I wish to be somebody, not nobody; a doer – deciding, not being decided for, self-directed and not acted upon by external nature or by other men as if I were a thing, or an animal, or a slave incapable of playing a human role, that is, of conceiving goals and policies of my own and realizing them. This is at least part of what I mean when I say that I am rational, and that it is my reason that distinguishes me as a human being from the rest of the world. I wish, above all, to be conscious of myself as a thinking, willing, active being, bearing responsibility for my choices and able to explain them by references to my own ideas and purposes"

Kim Treiger-Bar-Am, *In Defense of Autonomy: An Ethic of Care*, 3 N.Y.U. J.L. & LIBERTY 19

Kim Atkins, *Autonomy and the Subjective Character of* ראו בנוסף, 548, 554 (2008)

Experience, 17 J.A. PHIL. 71, 74 (2000): "It is the particularity of our points of view that we respect when we respect autonomy. Autonomy, in the liberal tradition, is generally understood as self-determination: the freedom to pursue one's own conception of the good

life, just as long as it does not impinge upon another's identical freedom" זה לכתיבתו של מיל: John Stuart Mill, *On Liberty*, in THREE ESSAYS: ON LIBERTY, REPRESENTATIVE GOVERNMENT, THE SUBJECTION OF WOMEN 1 (1975)

דוגמה הננקטת בהקשר זה היא זו: אדם בוחר לרכוש חלב, אולם אדם אחר מגיע לפניו ונוטל מהמדרך את קרטון החלב האחרון שנותר. בעשותו כך פגע האחרון ביכולתו של הראשון לממש את מטרותיו, אולם אין זו פגיעה בזכותו העצמאית לכתוב את סיפור חייו אלא שינוי של נסיבות העולם החיצוני, דהיינו האמצעים שעמדו לרשותו של האדם למימוש מטרותיו. בהקשר זה עורך קאנט הבחנה בין רצון (wish) לבין בחירה (choice) בכך שבחירה היא רק כאשר יש לאדם אמצעים לממש את רצונו. ראו RIPSTEIN, לעיל ה"ש 16, בעמ' 40, 41.

אולם חשוב לציין כי גם ללא מגבלות "חיצוניות" כלשהן יש לאוטונומיה מגבלות "פנימיות". ראו

Alfred D. Beasley & Glenn C. Graber, *The Range of Autonomy: Informed Consent in Medicine*, 5 THEORETICAL MED. & BIOETHICS 31, 33 (1984): "To be one hundred percent autonomous [...] would require one to have a fully articulated set of life goals that is totally coherent and comprehensive and to make all life-decisions on the basis of deliberation by reference to these goals. This leaves no room at all, for example, for action on the basis of

לחיות. החברה בכלל ואף מערכת המשפט תשתדלנה להעניק גיבוי לבחירות אלו. אולם תפקידן של החברה ושל מערכת המשפט הוא גם להציב לאוטונומיה גבולות,²² למצער, ועל פי התפיסה הליברטיאנית, במקום שבו התכניות של האחד פוגעות באוטונומיה של האחר ומגבילות את בחירותיו בהפרזה.²³ גישות אחרות, מרסנות יותר, גורסות כי אפשר להגביל את האוטונומיה לא רק משיקולים של פגיעה באוטונומיה של האחר אלא גם כשהיא פוגעת פגיעה של ממש בסדר הציבורי, נוגדת שיקולי צדק, מטילה עלויות גבוהות על המערכת ועוד.²⁴ נקל לשער שהמשפט יגביל את בחירתו של מי שבשם האוטונומיה יבקש לרוץ עירום ברחבי העיר.²⁵ על כן ההגנה על האוטונומיה היא פעמים רבות בבחינת פשרה אשר החברה והמשפט עושים בין הרצונות של הפרטים החיים בה תוך נטילת מגבלות הדדיות על מימוש רצון הפרט ובחירותיו האוטונומיות.²⁶

the whims of the moment. It is clear that this is an impossible goal in practice – and indeed, there might be questions about whether so fully rational an approach to life is really .desirable, in the final analysis”

Jaime Staples King & Benjamin Moulton, *Rethinking Informed Consent: The Case for Shared Medical Decision-Making*, 32 AM. J.L. & MED. 429, 436 (2006): “In the same way that beneficence must be constrained by autonomy, so must autonomy be constrained by beneficence [...]”; ALASDAIR MACLEAN, AUTONOMY, INFORMED CONSENT AND MEDICAL LAW 29 (2009): “if autonomy were to be seen as an absolute right to decide for oneself the consequence would be the risk of chaos with the vulnerable left to the mercy of .the strong [...]”

Lawrence C. Becker, *Crimes Against Autonomy: Gerald Dworkin on the Enforcement of Morality*, 40 WM. & MARY L. REV. 959, 967 (1999): “[...] the only admissible justifications for limiting autonomy in a given case will have to do with what is necessary NEIL C. MANSON & ראו גם .for seeking, cultivating, or protecting autonomy in other cases” ONORA O’NEILL, RETHINKING INFORMED CONSENT IN BIOETHICS 20 (2007): “If individual autonomy is seen as fundamental to ethics, but merely as a matter of choice, then the only permissible restrictions on choice will be those required to protect others’ individual autonomy. All choices that leave other’s autonomy intact – however degrading – will be permissible and restrictions on them will be unacceptable. Nothing will be .prohibited or unacceptable between consulting adults”

“The extent of a man’s, or a people’s, : בעמ’ 170, Berlin, לעיל ה”ש 15, בעניין זה ראו למשל .liberty to choose to live as they desire must be weighed against the claims of many other values, of which equality, or justice, or happiness, or security, or public order are perhaps .the most obvious examples. For this reason, it cannot be unlimited”

.SHELLY KAGAN, NORMATIVE ETHICS 292 (1998) 25

שם. 26

הסכמה מדעת היא ביטוי מובהק לאוטונומיה האישית. משמעותה של ההסכמה מדעת היא כי הובאו בפני החולה אפשרויות הטיפול השונות, על סיכוייהן וסיכוייהן, הוא קלט והבין אפשרויות אלו, ומתוך רצון חופשי בחר באחת מהן, בשילוב שלהן, או לחלופין בחר שלא לקבל טיפול כלשהו.²⁷ הסכמה שאינה מדעת מתרחשת במקרים שבהם הוצגה לפני החולה אינפורמציה חסרה או שהוצגה לפניו באופן שאינו מסוגל להבינה.²⁸ לא במקרה עלתה ההסכמה מדעת לדיון משפטי בהקשר של טיפול רפואי. הדרישה להסכמה לא רק נותנת בידי המטופל אפשרות לממש את האוטונומיה שלו באשר להחלטות שעליו להחליט ולבחירות שעליו לבחור, אלא גם ממצבת אותו בעמדת כוח חזקה יותר במערכת היחסים רופא-חולה.²⁹ עם זאת עלינו לזכור כי הסכמה מדעת אינה מוגבלת רק לתחום הטיפול הרפואי ויכולה להשתרע, ואף משתרעת, על תחומים אחרים גם כן.³⁰

על היחס בין תפיסת האוטונומיה לבין פגיעה בה באמצעות החסרת מידע רלוונטי, הצגת מידע מטעה או אמירת שקרים נכתב רבות בספרות.³¹ הרחבה בעניין זה חורגת מגדרו של המאמר, לפיכך אביא רק דעה מקובלת אחת אשר הובעה בספרה Normative Ethics של Shelly Kagan.³² לפי גישה זו, משמעותה של האוטונומיה היא שליטתו של אדם על היבטים רבים של חייו. באופן עקרוני כשאדם הוא בעל שליטה על היבט כזה או אחר של חייו הוא יכול להתלבט ולבחור מבין כמה אפשרויות הפתוחות בפניו את זו שתקדם את אותו היבט בדרך הנראית בעיניו ראויה. בחירה זו נעשית מבין כמה דרכים, אשר כל אחת מהן עשויה להוביל לסיפור חיים אחר. וכיצד שקרים ואינפורמציה מטעה או חלקית יכולים לפגוע באוטונומיה? שקרים יכולים להטעות את הפרט בנוגע לאפשרויות הפתוחות בפניו – להחסיר אפשרויות, להוסיף אפשרויות או להציג

27 עניין דעקה, לעיל ה"ש 9, בעמ' 548.

28 MACLEAN, לעיל ה"ש 22, בעמ' 134–135.

29 ראו SHEILA A.M. MCLEAN, AUTONOMY, CONSENT AND THE LAW 57 (2010); Peter H. Schuck, *Rethinking Informed Consent*, 103 YALE L.J. 899 (1994); עמוס שפירא "הסכמה מדעת לטיפול רפואי – הדין המצוי והרצוי" עיוני משפט יד 225 (1989); אסף יעקב "גילוי נאות והסכמה מדעת" עיוני משפט לא 609, 647 (2009).

30 רע"א 6854/00 היועץ המשפטי לממשלה נ' זמר, פ"ד נו(5) 491, 503 (2003) (הסכמה מדעת ומרצון חופשי ביחס להסכמי ממון בין בני זוג); ע"פ 241/03 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 28.12.2005) (הסכמה מדעת ביחס לעבירות מין); בג"ץ 10843/04 מוקד סיוע לעובדים זרים נ' ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 19.9.2007) (הסכמה מדעת ביחס להסכמי עבודה).

31 בעניין זה אפשר למצוא הרחבה ופיתוח, המסתמכת על גישתו של קאנט בספרו של RIPSTEIN, לעיל ה"ש 16, בעמ' 204–205, ה"ש 38. וכן, ראו Christine M. Korsgaard, *The Right to Lie: Kant on Dealing with Evil*, 15 PHIL. & PUB. AFFAIRS 325 (1986); GERALD DWORKIN, *THE THEORY AND PRACTICE OF AUTONOMY* (1988); Christine M. Korsgaard, *Two Arguments Against Lying*, 2 ARGUMENTATION 27 (1988).

32 KAGAN, לעיל ה"ש 25.

אפשרויות מסוימות כקורצות יותר מאחרות. למשל, מציג המצג השקרי יכול לעוות את בחירתו של הפרט האוטונומי באשר לדרך שבה הוא רוצה לילך. שקר עלול לפגוע באוטונומיה, שכן הוא עלול להפחית את שליטתו של אדם על מהלך חייו.³³ חשוב לציין כי גישה זו אינה הגישה הבלעדית. קיימים זרמים שאינם רואים בשקר ובמסירת מידע מטעה ביטוי לפגיעה באוטונומיה כל עוד האדם מקבל את ההחלטה באופן עצמאי על יסוד מיטב שיקול הדעת שלו. עצם קבלת ההחלטה ללא כפייה ומתוך שליטה על החיים באופן שבו אדם יכול לקדם אותם לכיוונים שונים הופכת אותה להחלטה אוטונומית.³⁴ למותר לציין שהפגיעה באוטונומיה היא עניין סובייקטיבי, במובן זה שלכל אדם סיפור חיים שונה, בחירות שונות והעדפות שונות. על כן האוטונומיה מניבה פעמים רבות בחירות שאינן עולות בקנה אחד עם סטנדרטים אובייקטיביים כלשהם. לעתים הסטייה מהם מזערית ולעתים גדולה, לעתים רציונלית ולעתים לא. האיסור הקאנטיאני על נטילת זכות הבחירה העצמאית מהאדם והפקעתה לטובת אחר הוא מוחלט, ואין נפקא מנה אם האחר יוכל לבחור בשבילו בחירה שתטיב עמו בקריטריונים אובייקטיביים.³⁵ הגם שאין חולק בדבר מקומה המרכזי של זכות הפרט לאוטונומיה בחברות הליברליות המודרניות, נראה כי ההגנה המשפטית עליה, במיוחד במשפט הפרטי, בהירה וקוהרנטית פחות. בהמשך אטען כי בדיני הנזיקין הפגיעה באוטונומיה היא ראש נזק עצמאי, וקיימים שיקולים נזיקיים להכרה בראש נזק זה ולהטלת אחריות בגינו כשמקור הנזק בפעילות עוולתית. אולם בשלב ראשון אבקש לערוך הבחנה מתודולוגית, שלא חודדה לטעמי דייה במשפט הישראלי הפוזיטיבי, בין הזכות לאוטונומיה לבין הזכות החוקתית לכבוד. כפי שאפרט בפרק הבא, קיימים שני שיקולים מרכזיים לעריכת הבחנה כזו בדרך לעיצובו של ראש נזק בגין פגיעה באוטונומיה.

ב. "החטא הקדמון" בהגדרת ראש הנזק: אוטונומיה, כבוד ומה שביניהם

1. מבוא: "מושכלות יסוד" בדיני נזיקין

מושכלות יסוד בדיני נזיקין הם כי כדי לקבל פיצוי בגין נזק שנגרם על התובע להראות כי הנזק נגרם בעוולה וכי מתקיים קשר סיבתי בין העוולה לבין הנזק. תפיסה נזיקית זו, שעברה אל המשפט הישראלי בירושה מהמשפט המקובל, ואשר מעוגנת בפקודת

33 ש.ש.

34 ש.ש.

35 RIPSTEIN, לעיל ה"ש 16, בעמ' 37: "Another person is not entitled to decide for you even if he knows better than you what would make your life go well, or has a pressing need that only you can satisfy"

הנזיקין,³⁶ נשמרת במשפט הישראלי בקפידה, למעט מספר מצומצם מאוד של חריגים.³⁷ עם זאת הן האקדמיה והן בתי המשפט הפגינו מידה רבה של מקוריות ויצירתיות כשפעלו במסגרת מושכלות יסוד אלו. למשל, במקרים שבהם התקשו בתי המשפט להעניק לתובע פיצוי במקום שלדעתם היה ראוי לעשות כן, הוגמשו כללי הסיבתיות ואומצו מנגנונים ההופכים את נטלי הראיה.³⁸ בדומה, במקרים שבהם סבר בית המשפט כי ראוי להעניק פיצוי הגם שאי אפשר היה להוכיח נזק, הוגדר הנזק באופן חדש, למשל כיצירת סיכון או הגברת הסיכון לקרות הנזק או הפחתת סיכויי להחלים, אשר היו קשורים בקשר סיבתי למעשה העוולתי.³⁹ הפיצוי ניתן בגין נזק חדש זה, שהיה קשור סיבתית למעשה הנזיקין,

36 פקודת הנזיקין [נוסח חדש], נ"ח התשכ"ח 266; ג' טדסקי דיני נזיקין 1 (רוני רב-אילן ופנחס וולובלסקי עורכים, 1960).

37 חוק איסור לשון הרע (תיקון מס' 6), התשנ"ט–1998, ס"ח 1691, הסמיך את בתי המשפט לפסוק לתובעים בתביעות לשון הרע פיצוי של עד 50,000 ש"ח ללא הוכחת נזק; חוק הגנת הצרכן (תיקון מס' 21), התשס"ח–2007, ס"ח 14, מאפשר לצרכן לתבוע עסק בשל הפרת הוראות החוק המנויות בסעיף 31 ומאפשר לתבוע פיצוי ללא הוכחת נזק של עד 10,000 ש"ח, ועד 50,000 ש"ח אם מדובר בהפרה חוזרת או נמשכת; ס' 56 (א) לחוק זכויות יוצרים, התשס"ח–2007, ס"ח 38, קובע כי: "הופרה זכות יוצרים או זכות מוסרית, רשאי בית-המשפט, על-פי בקשת התובע, לפסוק לתובע, בשל כל הפרה, פיצויים ללא הוכחת נזק בסכום שלא יעלה על 100,000 שקלים חדשים". דוגמה נוספת המגינה על היבטים שונים של כבוד האדם ניתן למצוא בחוק איסור הפליה במוצרים, בשיירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשס"א–2000, ס"ח 58, וכן בחוק למניעת הטרדה מינית, התשנ"ח–1998, ס"ח 166. ראוי לציין כי הקושי להעריך את הנזק הנגרם כתוצאה מפגיעה באינטרסים בלתי-מוחשיים עלול לעורר קשיים הנוגעים לחשש מפני פיצוי חסר. ראו לעניין זה את מאמרה של יפעת ביטון "כאבים באזור הכבוד": פיצוי בגין פגיעה בזכויות חוקתיות" משפט וממשל ט 137, 141–150 (2005).

38 גיא שני "הנזק הראייתי ועונשו": בשבחי מעבר מהמודל הקיים של העברת הנטל למודלים של מידתיות ואינדוקטיביות" משפטים מא 315 (2011); אריאל פורת ואלכס שטיין "דוקטרינת הנזק הראייתי: ההצדקות לאימוצה ויישומה במצבים טיפוסיים של אי-ודאות בגרימת נזקים" עיוני משפט כא 191 (1998); ד"ר 15/88 מלך נ' קורנהויזר, פ"ד מד(2) 89 (1990); ע"א 285/86 נגר נ' וילנסקי, פ"ד מג(3) 284 (1989); ע"א 9328/02 מאיר נ' לאור, פ"ד נח(5) 54 (2004). והשוו: ישראל גלעד "דוקטרינת הנזק הראייתי: האם הורם נטל השיכנוע?" משפטים ל 317 (1999); Joseph H. King, Jr., *Causation, Valuation, and Chance in Personal Injury Torts Involving Preexisting Conditions and Future Consequences*, 90 YALE L.J. 1353 (1981); Glen O. Robinson, *Probabilistic Causation and Compensation for Tortious Risk*, 14 J. LEGAL STUD. 779 (1985).

39 ע"א 231/84 קופת חולים של ההסתדרות נ' פאתח, פ"ד מב(3) 312 (1988); ע"א 4975/05 לוי נ' מור (פורסם בנבו, 20.3.2008); ע"א 7469/03 המרכז הרפואי שערי צדק נ' כהן (פורסם בנבו, 17.4.2005).

תוך עקיפת הקושי להוכיח כי נגרם נזק בפועל. על רקע זה יש לבחון גם את הנזק בגין פגיעה באוטונומיה.

2. פרשת דעקה: בריאתו של ראש נזק חדש "פגיעה באוטונומיה"

פסק דין דעקה הוא פסק הדין המכונן בעניין הפגיעה באוטונומיה. קריאתו מבהירה את הדילמה הקשה שבפניה ניצב בית המשפט. על פי עקרונות המשפט המסורתי, כפי שהובנו ופורשו עד אותה עת, לא הייתה התובעת זכאית לפיצוי, שכן לא נתקיים קשר סיבתי בין מעשה הרשלנות של בית החולים באי־הגילוי לבין נזק הגוף שנגרם לה. ההנחה של דעת הרוב הייתה כי גם אם הרופאים היו עומדים בחובת הגילוי והיו נמסרים לחולה הנתונים והסיכונים כולם, הרי שבחירתה לא הייתה משתנה. במצב דברים זה היצמדות לעקרונות המסורתיים של דיני הנזיקין חייבה תוצאה שלפיה לא יינתן פיצוי. ואכן, זו הייתה הקביעה של דעת המיעוט שהובילו בין היתר השופטת (כתוארה אז) ביניש והשופטת שטרסברג־כהן.⁴⁰ על פי דעת המיעוט, פיצוי יינתן רק לאחר שיימצא קשר סיבתי בין התרשלנות של בית החולים לבין הנזק הפיזי שממנו סבלה התובעת. לצורך כך הוצע לאמץ את מבחן הערכת הסיכויים, שלפיו ייקבע הפיצוי בשיעור ההסתברות כי התובעת אכן היתה מסכימה לטיפול לו נמסר לה המידע הרלוונטי קודם למתן הטיפול.⁴¹ לעומת דעת המיעוט מיאנו שופטי הרוב לקבל את התוצאה המשפטית האמורה. בית המשפט העליון היה יכול להתגבר על מכשלה זו באחד משני אופנים – יצירת עוולה חדשה או יצירת ראש נזק חדש. מכיוון שהתפיסה השלטת הייתה (ועודנה) שרשימת העולות הקבועות בפקודת הנזיקין היא רשימה סגורה,⁴² פנה בית המשפט, בדעת רוב, לאפשרות השנייה וכך יצר למעשה ראש נזק חדש, גם הוא חריג לדיני הנזיקין המסורתיים, שלפיו הפגיעה באוטונומיה של המטופל היא ראש נזק עצמאי, הראוי להגנה גם במקרים שבהם אי־הגילוי לחולה אינו קשור, או לפחות אי אפשר להוכיח שהוא קשור, לנזק הגוף שנגרם אגב הטיפול. בדרך זו התגבר בית המשפט על בעיית הסיבתיות, שכן לפי ההלכה החדשה, זכאית החולה לפיצוי כאשר לא קיבלה מידע על הסכנות שבטיפול, אפילו אם ידוע שאילו גילו לה את הסכנות, עדיין הייתה בוחרת לעבור את הטיפול. ראש נזק חדש זה, אשר לפחות בעת כתיבת פסק הדין לא היה לו אח ורע

40 עניין דעקה, לעיל ה"ש 9, פסק דינה של השופטת (כתוארה אז) ביניש ופסק דינה של השופטת שטרסברג־כהן.

41 לתיאור המבחן והנימוקים להצדקתו ראו שם, בפסק דינה של השופטת (כתוארה אז) ביניש, בעמ' 597–606.

42 ע"א 153/54 וידר נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד י 1246 (1956); ע"א 358/56 דגני נ' סולל בונה בע"מ, פ"ד יא 875, 871 (1957).

בפסיקת בתי המשפט ברחבי המשפט המקובל ואף מחוצה לו,⁴³ הוא יצירה עצמאית ומקורית של המשפט הישראלי. ביצירתו זו הדגיש בית המשפט את הצורך להגן על יכולת הבחירה של החולה, כחלק מן האוטונומיה הבסיסית של כל אדם, כמצדיק מתן פיצוי גם במקרים שבהם הרופא לא התרשל בטיפול הפיזי, וכאשר החולה היה מסכים לקבל את הטיפול.

וכך בית המשפט מגדיר, בדעת רוב, את הזכות לאוטונומיה כזכותו של הפרט להחליט על מעשיו ומאוייו על פי בחירותיו ולפעול על סמך בחירות אלה. זוהי זכות מסגרת שבהקשר של הטיפול הרפואי מקנה למטופל את האפשרות לסרב לטיפול גם באופן לא רציונלי. הפרט הוא המחליט על טובתו שלו ונתונה לו החירות מפני התערבות בגופו ללא הסכמתו. המסקנה שאליה מגיעים שופטי הרוב היא כי לא קוימה החובה לקבל הסכמה מדעת מצד החולה, ובכך נפגעה זכותה היסודית כאדם לכבוד ולאוטונומיה. ואומר בעניין זה בית המשפט:

אני סבור, על רקע זה, כי יש לראות גם בפגיעה בכבודו של אדם ובזכותו לאוטונומיה, הטבועה בביצוע פרוצדורה רפואית בגופו שלא בהסכמתו המודעת, משום נזק ברי-פיצויי בדיני הנזיקין. הפגיעה, שלא כדין, ברגשותיו של אדם כתוצאה מאי-כיבוד זכותו היסודית לעצב את חייו כרצונו, מהווה פגיעה ברווחתו של אותו אדם, והיא נכנסת לגדר הגדרת "נזק" האמורה.⁴⁴

הזרעים לבעיה הפרשנית שתיווצר לאחר מכן כאשר לראש הנזק של פגיעה באוטונומיה נזרעו עוד בהגדרה ראשונית זו, אשר מערכת שני אלמנטים שאינם זהים – הפגיעה בכבוד והפגיעה באוטונומיה. מדובר למעשה בפגיעה בשני אינטרסים שאינם חופפים, אשר בית המשפט מחבר ביניהם וממקם אותם במסגרת אותו ראש נזק. הבעיה שנוצרה בעקבות פרשת דעקה נובעת מאי-הדגשתה ומאי-יישומה של ההבחנה בפסק הדין בין האינטרסים השונים, או אם תרצו בין שני ראשי הנזק. התימוכין שמביא בית המשפט לשם הכרה בפיצוי יכולים להצביע גם על פגיעה בכבוד וגם על פגיעה באוטונומיה, והוא

43 "מן הראוי לציין כי הגישה שלפיה ניתן לפצות בגין פגיעה באוטונומיה, בהקשר של אי-גילוי מידע רפואי, במנותק מתוצאות הטיפול הרפואי, איננה מקובלת כיום בשיטות המשפט המוכרות לנו. לא עלה בידי למצוא באף אחד מפסקי-הדין כי בתי-המשפט פסקו פיצוי בגין הפגיעה באוטונומיה בלבד, להבדיל מפיצוי בגין הנזק שנגרם כתוצאה מהטיפול" (עניין דעקה, לעיל ה"ש 9, בעמ' 559). עם זאת מלומדים באקדמיה הציעו הצעות ברוח דומה. ראו למשל Aaron.D. Twerski & Neil.B. Cohen, *Informed Decision Making and the Law of Torts: The Myth of Justiciable Causation*, 1988 U. ILL. L. REV. 607, 665.

44 עניין דעקה, לעיל ה"ש 9, פס' 21 לפסק דינו של השופט אור.

אכן יוצר מתאם בין השתיים באופן המלמד על עיגונה של הזכות לאוטונומיה כחלק מהזכות החוקתית לכבוד:

ההכרה בזכותו של אדם לאוטונומיה היא רכיב בסיסי בשיטת המשפט שלנו, כשיטת משפט של מדינה דמוקרטית [...] היא מהווה את אחד הביטויים המרכזיים לזכותו החוקתית של כל אדם בישראל לכבוד, המעוגנת בחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו. אכן, כבר נפסק כי אחד מן הביטויים של הזכות לכבוד הוא "... חופש הבחירה של כל אדם כיצור חופשי", וכי בכך משתקפת התפיסה שלפיה "כל אדם... הוא עולם בפני עצמו, ומטרה בפני עצמה" [...] כפי שציין הנשיא ברק, "אוטונומיה זו של הרצון הפרטי מהווה ערך יסוד במשפטנו. היא מעוגנת כיום בהגנה החוקתית על כבוד האדם".⁴⁵

לאור הכרה זו המשיך בית המשפט בפרשה זו להגדיר את ראש הנזק בגין פגיעה באוטונומיה בהתייחסו לשני היבטים עיקריים אפשריים, מבלי להכריע ביניהם: מרכיב הבחירה הסובייקטיבית של החולה, המגדיר את גודל הנזק הנגרם מקיפוח זכות הבחירה כנגזרת של חשיבות מימוש הבחירה הסובייקטיבית, ומרכיב הבחירה האובייקטיבית, שעליו רמז בית המשפט בהמשך כשהביע עמדה שלפיה יש לקבוע מחיר לעצם הפגיעה בזכות הבחירה.

בהתייחס להיבט הראשון קובע בית המשפט:

באותם מקרים שבהם עולה מן הראיות כי חרף אי־מילוייה של החובה החוקתית לקבל את הסכמתו המודעת של חולה מסוים לטיפול רפואי, לא נפגעה זכותו לאוטונומיה – למשל, בשל העדרפותיו הסובייקטיביות של החולה – יוכל בית־המשפט להגיע למסקנה כי אין מקום להעניק לו פיצוי בגין פגיעה בזכות האמורה. מובן, כי בכך אין כדי לשלול, מן הבחינה המושגית, את קיומה של תרופה מוכרת בדיון באותם מקרים שבהם עולה מן הראיות כי נפגעה זכותו של החולה לאוטונומיה.⁴⁶

ציטוט זה מדגיש לכאורה את אלמנט הבחירה הסובייקטיבית של החולה והשפעתו על התנהלותו. מנקודת מבט זו יכולנו לומר שבמקרה של היעדר רצון מצד החולה לקבל מידע אין כלל הפרה של החובה.⁴⁷

45 שם, פס' 17 לפסק דינו של השופט אור; בג"ץ 4330/93 גאנם נ' ועד מחוז תל-אביב של לשכת עורכי הדין, פ"ד נ(4) 221, 231 (1996).

46 עניין דעקה, לעיל ה"ש 9, פס' 23 לפסק דינו של השופט אור.

47 אפשר לומר כי כאשר החולה מוותר – במודע – על זכותו להסכים לטיפול בצורה מודעת, גם פעולה זו היא מבצע באופן אוטונומי, ראו McLEAN, לעיל ה"ש 29, בעמ' 138: "as long as patients are

עוד אפשר ללמוד על אלמנט הבחירה הסובייקטיבית מהתייחסותו של בית המשפט לסוג ההחלטה שמחליט המטופל – כאשר היא מערכת סיכונים חמורים בהסתברות גבוהה או סיכונים קטנים בהסתברות נמוכה:

ככל שהסיכון אשר לא נמסר לחולה על דבר קיומו הוא חמור יותר מבחינת הפגיעה האפשרית בחולה, וככל שהסתברות התרחשותו גבוהה יותר, הרי שעוצמת הפגיעה באוטונומיה של החולה חמורה יותר. לשון אחר, ככל שחשיבותה של ההחלטה שמדובר בה, מבחינת החולה, גדולה יותר, נישולו ממעורבות אפקטיבית בתהליך קבלת ההחלטה פוגע במידה רבה יותר בזכותו לאוטונומיה.⁴⁸

אמנם אפשר להתווכח אם גודל הסיכון לנזק הפיזי שצפוי לנפגע הוא אינדיקציה טובה מספיק לחשיבות ההחלטה מבחינת הפגיעה באוטונומיה,⁴⁹ אך הרציונל שעליו עמד בית המשפט ברור – ככל שההחלטה חשובה יותר וקרובה יותר לליבה של סיפור החיים, צריך להעניק לה משנה חשיבות.

ואולם, כאמור, במקום אחר רומז בית המשפט על אימוץ קנה מידה אחד ואובייקטיבי להערכת הנזק בקביעתו כי –

אם אנו מקבלים ברצינות כי לחולה זכות לבחור אם יקבל טיפול רפואי ואיזה טיפול יינתן לו, עלינו לקבוע כי יש "מחיר" לעצם הפגיעה בכבודו, אשר מתבטאת בכיצוע טיפול רפואי בגופו בלי שניתנה לכך הסכמה מדעת על-ידיו.⁵⁰

ציטוט זה מדגיש את מרכיב ההליך – הפגיעה אינה נגזרת מהטיפול הרפואי או מהעובדה שהחולה לא מימשה את הזכות לבחור אלא מעצם העובדה שטיפלו בה מבלי שנתנה את הסכמתה מדעת. לפי עמדה זו, הנזק מתגבש בהתנהגותו של המעוול שלקח מהניזוק את אפשרות הבחירה, ואין נפקא מנה מה הייתה בחירתו הסובייקטיבית של החולה לו היה מקבל את האפשרות לבחור.

aware of the implications of refusing information and it is reasonable for them to trust the healthcare professional's advice then they are acting autonomously". מנגד אפשר לומר כי אף אם נכונה הטענה שחולים רבים אינם מעוניינים שההחלטה תהיה על כתפיהם, בכל זאת יש מקום לפצותם עבור עצם הפגיעה בכוח הבחירה אף על פי שהם אינם חפצים להשתמש בכוח זה. ראו צחי קרן-פז "פיצוי בשל פגיעה באוטונומיה: הערכה נורמטיבית, התפתחויות עכשוויות ומגמות עתידיות" המשפט יא 187, 221, ה"ש 115 (2007), ועניין ברששת המאוזכר שם.

48 עניין דעקה, לעיל ה"ש 9, פס' 28 לפסק דינו של השופט אור.

49 יעקב, לעיל ה"ש 29, בעמ' 647.

50 עניין דעקה, לעיל ה"ש 9, פס' 26 לפסק דינו של השופט אור.

גם בשיח של "פגיעה בזכות לכבוד" נתן בית המשפט בעניין דעקה ביטוי לבחינת מהות הנזק והיקפו בחלוקה לשני היבטים: הראשון, סובייקטיבי, המשקף את עקרונות המשפט המקובל של הרעת מצב הניזוק. לפיכך ייתכן שהנזק יוכר כנזק בר-פיצוי וייתכן שלא, וזאת מטעמי מדיניות שונים,⁵¹ אך בהנחה שכבודו של הסובייקט עצמו נפגע, נגרם לו נזק.⁵² לפי גישה זו, במקרים שבהם אין פגיעה סובייקטיבית שכזו לא יינתן פיצוי. ההיבט השני מדגיש את הפגיעה בכבוד בעיני המתבונן מן הצד או בעיני החברה.⁵³ הבחנה זו שאולה מההבחנה שעורך דני סטטמן במאמרו בעניין שני מושגים שונים של השפלה.⁵⁴ על פי פרשנות אחת, האוחזת בעמדה של כבוד עצמי כמובן האובייקטיבי-מוסרי, השפלת אדם משמעותה להתנהג כלפי אדם בניגוד למה שמתחייב ממעמדו המיוחד כאדם, בלא תלות בשאלה אם הוא אכן מרגיש מושפל. הדוגמה שנותן סטטמן היא של בעל שמשפיל את אשתו, אשר מצדה – אינה מרגישה מושפלת כלל. על פי

51 זאב וייל ותהילה מיארה "הזכות לאוטונומיה כראש נזק חדש" רפואה ומשפט 61, 63 (2000). לשיקולי מדיניות משפטית באופן כללי ראו ע"א 243/83 עיריית ירושלים נ' גורדון, פ"ד לט(1) 113 (1985); ע"א 145/80 ועקנין נ' המועצה המקומית, בית שמש, פ"ד לז(1) 113 (1982).

52 בית המשפט מצטט בהסכמה בפס' 28 לפסק דינו של השופט אור בעניין דעקה, לעיל ה"ש 9, כתיבה של דפנה ברק-ארו שלפיה "הפיצוי נקבע בהתאם לניזוקו של התובע עצמו, ולא בהתאם לערכה של זכותו מנקודת ראותו של הזולת". עם זאת הדברים נאמרו בנוגע לרשות, ובית המשפט אינו מכריע בעניין זה באשר למשפט הפרטי.

53 ראו למשל את הדיון שנערך שם, פס' 29 לפסק הדין. אפשר לסבור כי הדגשה שכזו סוטה במידה רבה מן העקרונות של המשפט המקובל בדבר הערכת נזק אינדיווידואלית, ואפשר שיש בה משום לחלול של נורמות מן המשפט הציבורי במונחים של "חינוך" המערכת. כאמור, תפיסה זו וזה בהקשר הנויקי. היא מתאימה אולי למקרים של בתי חולים אשר נתפסים כגופים דואליים, אך אינה מתאימה בהקשר של נזקים שבהם מעורבים גורמים פרטיים, שאינם בעלי מאפיינים ציבוריים. בתפיסה הקלסית של דיני נזיקין, החינוך – כל עוד לא נגרם לנפגע נזק – צריך להישמר להליכים חוץ-נוזיקיים באמצעות מערכת המשפט הפלילי, המשפט המנהלי, הדין המשמעתי וכו'. לעומת זאת אפשר להסביר את ההערכה החיצונית האובייקטיבית של הנזק כסוג של פיצויים עונשיים, משום שמערכת האכיפה הפרטית אינה אופטימלית. חולים רבים אינם תובעים את כבודם, ואם הם כבר תובעים אותו, קשיים ראייתיים מונעים מהם לקבל פיצוי מלא על נזקם האמתי. לפיכך כדי לייצר מערכת תמריצים הולמת, יש להכיר בסוג של פגיעה "אובייקטיבית" בכבוד גם אם זו איננה ניתנת להוכחה באופן סובייקטיבי, כדי לייצר הרתעה יעילה. הבעיה שפסעה בקו זה מסוכנת, שכן היא עלולה ליצור במקרים רבים דווקא תופעה הפוכה של הרתעת-יתר, שתהיה כמשקולת נוספת על זו הרובצת על הרופאים בכל הקשור לתשלום בגין נזקים פיזיים, ועל כן עלולה לחזק את התופעה של רפואה מגנתית. לפיכך מבהיר בית המשפט בעניין דעקה, שם, פס' 23 לפסק דינו של השופט אור, כי אינו מעוניין ללכת בדרך זו, לפחות לא באופן שבו הפיצוי שייפסק יהיה גדול, ועל כן יש להגביל את היקפו: "בדרך כלל, הפיצוי שהניזוק יהיה זכאי לו בגין עצם הפגיעה בזכותו לאוטונומיה יהיה קטן באופן יחסי לפיצוי בגין נזק הגוף. נזכור, כי אין אנו עוסקים בפיצויים עונשיים או פיצויים דדוגמה, אלא בפיצוי בגין פגיעה בערך בלתי מוחשי, אשר בדרך כלל, מטבע הדברים, היקפו מוגבל".

54 דני סטטמן "שני מושגים של כבוד" עיוני משפט כד 541, 558 (2001).

פרשנות אחרת, השפלה צריכה להיבחן במונחים של התנהגות הגורמת לאדם לחוש פגיעה בכבודו העצמי במונח הסובייקטיבי, דהיינו לפי הערכתו שלו את עצמו.⁵⁵ כך או כך, בית המשפט איננו עורך הבחנה מהותית בין הפגיעה באוטונומיה לבין הפגיעה בכבוד, ומזהה את שורשי ההכרה בראש הנזק בגין הפגיעה באוטונומיה בקיומה של הזכות החוקתית לכבוד. כפי שאציג להלן, החיבור שעשה בית המשפט בין הזכות החוקתית לכבוד האדם לבין ההכרה בראש נזק בגין פגיעה באוטונומיה אינו מדויק ועלול לגרום תוצאות שליליות בנוגע להיקפו של ראש נזק זה, כמו גם בנוגע להתמודדות עתידית עם תביעות נוספות שמקורן בפגיעה בכבוד (שאינן בגדר פגיעה באוטונומיה). הדבר נובע משני טעמים עיקריים: הטעם הראשון הוא טעם מהותי-מושגי. לדעתי, חרף מאפיינים משותפים רבים ו"תחום חפיפה רחב" אין זהות בין פגיעה באוטונומיה לבין פגיעה בכבוד. לא כל פגיעה בכבוד היא פגיעה באוטונומיה ולא כל פגיעה באוטונומיה פירושה פגיעה בכבוד. הכרת הדומה והשונה בין הזכויות ואופי הפגיעה בהן תאפשר הגדרה מדויקת יותר של ראש הנזק בגין פגיעה באוטונומיה; הטעם השני לחשש מפני זריעת בלבול על ידי יצירת זהות בין הנזק בגין פגיעה באוטונומיה לבין הפגיעה בזכות החוקתית לכבוד הוא טעם תורת-משפטי, שעניינו היעדר התחולה הישירה של הזכות החוקתית הסובייקטיבית לכבוד כמקור לזכות משפטית לסעד שמקומו במשפט הפרטי, במיוחד כאשר הצדדים לדיון המשפטי הם פרטים בחברה ולא רשות מרשויות השלטון. במקרים אלה, גם אם תהיה תחולה לזכות לכבוד, הרי שזו מצומצמת מזו החלה ברמה החוקתית. להלן יוצגו בהרחבה שני הטעמים, ואחריהם אמשיך בניתוח היקפו וטיבו של ראש הנזק בגין פגיעה באוטונומיה.

3. ביקורת על עמדת בית המשפט בהגדרת ראש הנזק

לתפיסת בית המשפט, הפגיעה באוטונומיה היא הפגיעה בסיפור החיים של הנפגע.⁵⁶ כלומר, היעדר היכולת שלו לממש את רצונותיו באופן שיביא לידי ביטוי את העדפותיו. במילים אחרות, בהקשר של הטיפול הרפואי, העובדה שנחסכה מהמטופלת אינפורמציה מנעה ממנה להחליט החלטה מושכלת או לבחור מבין אפשרויות. בחירה זו שנשללה ממנה היא שיוצרת את הפגיעה באוטונומיה. בהקשר לכך ראוי כמובן להדגיש כי הנזק של פגיעה באוטונומיה אינו מוגבל רק למקרים שבהם נשללת אפשרות הבחירה ותו לא, אף על פי שדי בשלילה שכזו כדי לבסס אותה. הפגיעה באוטונומיה חמורה אף יותר כאשר מוכח שסיפור החיים של הנפגע אכן היה משתנה. במקרה כזה האוטונומיה נפגעת לא רק לעניין עצם יכולת הבחירה שנשללה אלא גם לעניין הנתיב שבו הנפגע היה פוסע.

55 שם, בעמ' 559–563.

56 לשימוש בטרימינולוגיה זו ראו למשל את פסק דינו של השופט ריבלין בע"א 10064/02 "מגדל" חברה לביטוח בע"מ נ' אבו חנא, פ"ד ס' 13 (3) (2005) (להלן: עניין מגדל חברה לביטוח), ובפרט פס' 33 לפסק דינו: "לכל אדם עומדת הזכות לכתוב את סיפור חייו. זוהי האוטונומיה של הפרט [...]".

משכך, עניין לנו בפגיעה חמורה יותר, שכן נכפה על אדם ללכת בדרך שבה לא היה בוחר ללכת.

לעומת זאת את הפגיעה בכבוד יש לנתח כמרכיב נפרד, הנבדל מן הפגיעה באוטונומיה. העובדה שאין מתייחסים אליי בכבוד אינה שוללת ממני בהכרח את היכולת לבחור, ועל כן אינה משפיעה בהכרח על סיפור חיי במונחים של פגיעה באוטונומיה.⁵⁷ במאמר זה ברצוני אמנם להתמקד בפגיעה באוטונומיה, אולם בשל מערכת יחסי הגומלין בין זכות זו לבין הזכות לכבוד והצורך להבחין ביניהן, ברצוני לייחד מילים אחדות לזכות לכבוד ולהבחנה הנדרשת בין הזכויות, הנשענת כאמור על שני טעמים עיקריים.

(א) זכות לאוטונומיה לחוד וזכות לכבוד לחוד – על המשותף והמפריד בין כבוד לאוטונומיה

המטען הנורמטיבי והמוסרי הכבד המצוי במונח "כבוד האדם" במובנו המשפטי מספק הסבר להתלבטות המתמשכת של בתי המשפט, המחוקק והאקדמיה באשר להיקף התפרסותה של הזכות לכבוד. נדמה לי כי היעדר ההבחנה בין זכותה של המטופלת לכבוד לבין זכותה לאוטונומיה כפי שעולה מעניין דעקה,⁵⁸ אינו אלא דוגמה נוספת המעידה על הקושי בהגדרת טיבה וגבולותיה של הזכות לכבוד כפי שהיא משתקפת בפסיקה הישראלית. אומר מיד כי אינני סבור שפגיעה עוולתית בזכות לכבוד, על כלל היבטיה החוקתיים, ראויה להסדרה נזיקית והיא בת-פיצוי, ועל כן כשלב ראשון בדרך להגדרה ולעיצוב של ראש הנזק בגין פגיעה באוטונומיה חשוב לבצע ניתוח אשר יסייע לעמוד על היחס שבין כבוד האדם לבין האוטונומיה שלו כשתי זכויות משפטיות נבדלות. לאחר עליית הזכות לכבוד למעמד של זכות חוקתית המוכרת עלי ספר בחוק יסוד, החל בשיח המשפטי בישראל דיון על אודות היקפה של הזכות לכבוד וטיבו של המונח

57 אפשר להעליב אדם ולפגוע בכבודו, ועדיין האוטונומיה שלו לא תיפגע, למשל: אם הרופא היה מלגלג על חולה טרדן, הוא לא היה פוגע באוטונומיה שלו אך כן היה פוגע בכבודו. או אם הרופא היה מספר פרטים על תיק רפואי של החולה הוא לא היה פוגע בהכרח באוטונומיה של החולה אלא בפרטיותו. אשר לפגיעות שונות בכבוד – ראו דיון בספרה של אורית קמיר שאלה של כבוד: ישראליות וכבוד האדם 19–27 (2004).

58 לעיל ה"ש 9. פעמים מספר חזר בית המשפט על ההכרה כי הפגיעה בזכות לכבוד והפגיעה בזכות לאוטונומיה כרוכות זו בזו (למשל, שם, בעמ' 573: "בכך, נפגעה זכותה היסודית של המערערת כאדם לכבוד ולאוטונומיה"; שם, בעמ' 574: "אני סבור, על רקע זה, כי יש לראות גם בפגיעה בכבודו של אדם ובזכותו לאוטונומיה, הטבועה בביצוע פרוצדורה רפואית בגופו שלא בהסכמתו המודעת, משום נזק בר-פיצוי בדיני הנזיקין"). אפשר אף לטעון כי השופט אור רואה בהכרה החוקתית בכבוד האדם את המקור הפוזיטיבי לזכות לאוטונומיה, ראו שם, בעמ' 571. ניתוח זה אינו מדויק, אם כי כפי שאבהיר מיד, יש בו מידה מסוימת של אמת.

"כבוד האדם" כמושג בעל משמעות נורמטיבית.⁵⁹ בתי המשפט בישראל הכירו בזכות האדם לכבוד כ"זכות-אם" או "זכות מסגרת",⁶⁰ שהיקפה ותחום התפרסותה על פני זכויות משנה שונות טעונים פרשנות.⁶¹ במהלך הדיון השיפוטי והאקדמי על הזכויות המנויות במסגרת הזכות לכבוד הוכרה גם הזכות לאוטונומיה.⁶² הכותבים עמדו על כך שהאוטונומיה היא היבט של כבוד האדם, אולם אין תחום חפיפה מושלם בין שתי הזכויות.⁶³

59 תחילת המחלוקת באשר להיקף הזכויות הכלולות בחוק היסוד מקורה כבר בדיונים בכנסת. ראו יהודית קרפ "חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו – ביוגרפיה של מאבקי כוח" משפט וממשל א 323 (1993).

60 ראו למשל בג"ץ 7052/03 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים, פ"ד סא(2) 202, פס' 31 לפסק דינו של הנשיא ברק (2006) (להלן: עניין עדאלה).

61 במסגרת זו התמודד בית המשפט עם שאלת תחולתו של כבוד האדם על זכויות נגזרות רבות ובהן הזכות לקיום מינימלי בכבוד ולזכויות סוציאליות (בג"ץ 5578/02 מנור נ' שר האוצר, פ"ד נט(1) 729 (2004)); הזכות לשוויון (בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פ"ד סא(1) 612 (2006) (להלן: עניין התנועה לאיכות השלטון); הזכות לאיכות סביבה נאותה (בג"ץ 4128/02 אדם טבע ודין נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד נח(3) 503 (2004)); הזכות לחיי משפחה (עניין עדאלה, לעיל ה"ש 60, פס' 31 לפסק דינו של הנשיא ברק); הזכות לאמץ (ע"א 7155/96 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נא(1) 160 (1997)).

62 לדוגמה ראו כתיבתו בעניין זה של אהרן ברק, אשר הציע כי "כבוד האדם הוא עקרון מורכב. בגיבושו יש להתרחק מהנסיון לאמץ השקפות מוסריות של פלוני או תפיסות פילוסופיות של אלמוני". לגישתו "אין להפוך את כבוד האדם למושג קנטיאני, ואין לראות בו ביטוי לתפיסות אלו ואחרות של המשפט הטבעי" (ראו בג"ץ 5688/92 ויכסלבאום נ' שר הביטחון, פ"ד מז(2) 812, 827 (1993)). ברק גורס כי בעיצובה של הזכות לכבוד אפשר להציע שלושה מודלים פרשניים בנוגע להיקפה של הזכות (ראו אהרן ברק פרשנות במשפט כרך שלישי – פרשנות חוקתית 411–421 (1994) (להלן: ברק – פרשנות חוקתית)): אפשרות ראשונה היא המודל המצמצם, הקובע כי הזכות לכבוד האדם משתרעת על הפגיעות המובהקות בכבוד הנוגעות לאנושיותו של האדם, וככזו מבקשת למנוע את השפלתו, השמצתו וכן פגיעה נפשית או גופנית בו. לפי מודל זה, אין לתלות בזכות לכבוד זכויות אדם נוספות אשר ייגזרו ממנה. מודל פרשני אפשרי שני הוא המודל המרחיב, המושתת על ההכרה כי כל זכויות האדם מושתתות על ההכרה בכבודו וחירותו של האדם. בשל כך אפשר לעגן את כל זכויות האדם (האזרחיות, החברתיות, הפוליטיות והכלכליות) בזכות לכבוד. מודל שלישי הוא מודל הביניים, ובו תומך ברק. לפי מודל זה "כבודו" של האדם וחירותו משתרע על כל אותן זכויות אדם אשר על-פי תפיסתו של הציבור הנאור בישראל קשורות לכבוד האדם ולחירותו בקשר ענייני הדוק, ואשר בלעדיהן אין משמעות להגנה על כבוד האדם וחירותו" (שם, בעמ' 416). לפי פרשנות זו כולל "כבוד האדם" את הזכות לאוטונומיה של הרצון הפרטי, שכן בבסיסו של כבוד האדם נטועה ההכרה באדם כישות בעלת חופש בחירה הנהנית מהחופש לפתח את עצמה לפי רצונה הסובייקטיבי (שם, בעמ' 426). עוד ראו בג"ץ 7357/95 ברקי פטה המפריס (ישראל) בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(2) 769 (1996).

63 ראו יהודית קרפ "מקצת שאלות על כבוד האדם לפי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" משפטים כה 129, 136 (1995) (להלן: קרפ "מקצת שאלות על כבוד האדם"). לשיטתה, אפשר לראות את כבוד

אכן, "כבוד" היא מילה הטעונה במשמעויות אחדות. אפשר להבחין למשל בין "כבוד" במשמעות של דיגניטי (Dignity) ל"כבוד" במונחים של הונור (Honor).⁶⁴ יש המוסיפים משמעויות ל"כבוד" במובנים של רספקט (Respect) וגלורי (Glory).⁶⁵ חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, שאליו מפנה בית המשפט בפרשת דעקה, ואשר על פרשנותו עמד בפרשות רבות אחרות, מתייחס כאמור למונח "כבוד האדם" בגישה אשר יכולה להכיל משמעויות שונות אלו ואוסרת על הפגיעה בהן.⁶⁶ נעמוד על שלוש הצורות הראשונות של כבוד שהוזכרו לעיל:⁶⁷ הונור, או "הדרת כבוד" כתרגומה של אורית קמיר, נגזר מהמעמד החברתי של האדם. לאדם בעל הדרת כבוד יש גאווה וחשיבות עצמית, והוא זוכה ליחס חברתי מכבד. הוא תובע משאר בני החברה כי "לא ידרכו עליו". פגיעה בכבוד בהיבט זה תכתים את כבודו של הנפגע ותגרום לו לבושה.⁶⁸ מכיוון

האדם כמוקף מעגלי תכנים, "כאילו השליך המחוקק את אבן 'כבוד האדם' לחלקת מימי אגם חוק-היסוד, ומגעה במימיו יצר מעגלים מתרחבים והולכים, המכים זה בזה בשוליהם ומתמלאים זה מזה. כל מעגל הוא תולדה של מעגל אחר, והם זורמים זה אל זה והולכים ומתרחקים ממקורם עד לעמעום". בגרעין הזכות לכבוד (המעגל הפנימי) מצויה המשמעות הטבעית והמידית של הכבוד, ליבת הזכות הכוללת את מניעת הרע והשלילי הפוגע בצלם האדם. את הזכות לאוטונומיה משייכת קרפ למעגל השלישי הנגזר משילובו של כבוד האדם עם החירות. לפיה, האוטונומיה היא החירות לפיתוח הפוטנציאל האישי, או כהגדרתי כאן, הזכות לכתוב את סיפור החיים. היא ביטוי לעצמאות האדם, עצמאות שהיא תמצית הכבוד האנושי. גישה זו רואה בערך הדמוקרטי של החירות מחייב את החיבור בין הכבוד האנושי לבין האוטונומיה, חופש הבחירה של האדם. חיבור זה הוכר בכתביה הליברלית גם במשפט המשווה (ראו Stephen Gardbaum, *Liberalism, Autonomy, and Moral* Conflict, 48 STAN. L. REV. 385, 393 (1996)). קרפ מכירה בחשיבותה של האוטונומיה של הרצון הפרטי כחלק חשוב מכבוד האדם, אולם מיקומה המושגי במעגל השלישי מצביע על נקודה חשובה לדעתי, הנובעת גם מגישתו של מודל הביניים של ברק (ברק – פרשנות חוקתית, לעיל ה"ש 62, בעמ' 416–421), והיא כי האוטונומיה היא היבט של הכבוד, אולם אין תחום חפיפה מושלם בין הכבוד האנושי ובין הזכות לאוטונומיה.

64 לעניין זה ראו למשל קמיר, לעיל ה"ש 57.

65 שם.

66 הפניה לפרשנות החוק כמרחיב וכחל לא רק על דיגניטי מופיעה למשל בבג"ץ 6824/07 מנאע נ' רשות המסים, פס' 31 לפסק הדין (פורסם בנבו, 20.12.2010); Izhak Englard, *Human Dignity: From Antiquity To Modern Israel's Constitutional Framework*, 21 CARDOZO L. REV. 1903 (2000).

67 בחרתי שלא להרחיב בעניין גלורי – "הילת כבוד" בשל המשמעויות ההלכתיות שנגזרות ממנה אף על פי שגם זו יכולה בוודאי לחסות בהגדרת המונח כבוד. הילת הכבוד נגזרת מכך שהאדם נולד בצלם אלוהים. מקורו של כבוד האדם הוא כבוד הבורא, ועל כן החובות הן לא בהכרח חובות כלפי האדם אלא חובות כלפי האל, דמות צלמו וכל בבואותיה. עוד בעניין זה ראו קמיר, לעיל ה"ש 57, בעמ' 38–41.

68 ראו קמיר, שם, בעמ' 19–22.

שהכבוד כהונור הוא ביחס לציבור, אשר רוחש אותו לאדם מסוים, הכתמתו צריכה להיות פומבית. הפוגע למעשה מנכס לעצמו חלק מהכבוד של הנפגע, או מוריד מערכו כנכס.⁶⁹ מאפיינים בסיסיים הנקשרים בפגיעה בזכות זו כוללים פיוש והשפלה בעיני הציבור תוך פגיעה במעמד החברתי. דוגמה להיבטים אלו של הכבוד אפשר למצוא למשל בהגנה הנזיקית והפלילית הניתנת מכוח חוק איסור לשון הרע – שמו הטוב של אדם מוגן כלפי העולם, וכדי שתתרחש פגיעה צריכה האמירה המשפילה להיאמר בנוכחותו של לפחות אדם אחד חוץ מהנפגע, ולשם קבלת סעד אזרחי – לפחות שניים.⁷⁰ פיוש אדם ללא עדים, אפילו יהיה חמור ומזלזל, לא ייחשב להוצאת לשון הרע או לפגיעה בכבוד במובן זה, שכן הפגיעה אינה פומבית.

ההגנה על הדיגניטי ("כבוד סגולי" כתרגומו אצל קמיר) היא פן אחר של ההגנה על הכבוד. בעניין זה רבות ההגדרות, ורבים עוד יותר ההוגים אשר עסקו בהן בתקופות שונות בהיסטוריה.⁷¹ לעומתם, יש היוצאים נגד הגדרה מדויקת של הזכות. אורית קמיר למשל מנסה בספרה להתרחק מהמחלוקות בדבר התוכן המדויק של הזכות, ותחת זו גורסת כי מדובר בערך ליברלי, מודרני ו"רזה" שעוצב באספקלריה של זוועות אנושיות שנגרמו במהלך ההיסטוריה.⁷² לפי גישה זו, כבוד האדם במובן של דיגניטי הוא מונח אוניברסלי ואחיד ביחס לכל אדם באשר הוא, בלא הבדל של מין, גזע, גיל, השתייכות מעמדית או קבוצתית. הפגיעה בו גם אינה דורשת עדים – השפלתו של אדם, למשל על ידי כליאתו בחדר ללא מתן אפשרות לעשות את צרכיו או תוך הכאתו, תיחשב בהחלט לפגיעה בכבודו כדיגניטי. ואולם, למרות תכונותיו האוניברסליות, ואולי בגללן, מסתפק היבט זה של כבוד במשמעות מצומצמת אשר פונה למכנה משותף רחב. מטרתו לסמן קו אדום שאותו אין לעבור ביחסי אנוש בשום נסיבה.⁷³ נוכח פרשנותו של בית המשפט

69 בחברות לא מפותחות מעשה שכזה יוצר חוב שצריך להיפרע כדי להחזיר את הכבוד האבוד למקומו.

70 ראו ס' 6 ו-7 לחוק איסור לשון הרע, התשכ"ה-1965, ס"ח 240.

71 אינני מתיימר להציג את כולם בגדריו של מאמר זה, לא כל שכן להכריע ביניהם. עם ההוגים אפשר למנות את קאנט ולוק, אך גם את פופנדרוף, פיקו ואחרים, אשר כל אחד מהם מציע הגדרה שונה למושג דיגניטי, תוך תיחום שונה של הזכות ושימת דגשים שונים במאפייניה. לסקירה היסטורית של התפתחות תפיסת הדיגניטי ראו Englard, לעיל ה"ש 66.

72 ראו קמיר, לעיל ה"ש 57, בעמ' 27.

73 "הזכות הספציפית לכבוד היא, אם כן, קבוצת הזכויות המגינה עלינו מפני פגיעות שאין בהן באופן ישיר פגיעה בערכים אחרים. למשל, הזכות לא להיחשף לטיפול משפיל או מעליב, או הזכות לשם טוב או הזכות לפרטיות. כל הזכויות האלו הן חלקים של הזכות לכבוד. אנחנו עוסקים בהן לא מפני שהפגיעות האלה פוגעות באופן בולט ברכוש או בחירות או בשוויון, אלא מפני שיש פה איזשהו מקרה מובהק של פגיעה בכבוד, שהוא מספיק מובהק, מספיק מסוים, כדי שאנחנו נרצה לגייס את המערכת שלנו על-מנת להגן על אנשים מפניו" [ההדרגות הוספו – א"]. רות גביון "הזכות לכבוד, לשם טוב ולפרטיות" זכויות האדם והאזרח בישראל: מקראה כרך ג 263, 265 (1992).

העליון לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו כמתואר לעיל,⁷⁴ אפשר לומר כי הדיגיטי אינו ממצה את סך ההגנה על הזכות לכבוד במסגרת חוק זה. פועל יוצא מדברים אלה הוא שערך הדיגיטי של הכבוד בוחן את הסובייקט מנקודת מבט חיצונית-חברתית, שלפיה אין ראוי להתייחס אל אדם באופן מסוים אפילו זה רצונו. הוא דורש התייחסות אנושית בסיסית לכול. העיסוק בכבוד האדם מזוית הדיגיטי חושף לטעמי ביטוי ראשון לפער והיעדר החפיפה המלאה בין מושג הכבוד לבין זה של האוטונומיה של הרצון הפרטי. הדיגיטי של האדם נובע מהכרה בו כנברא בצלם אלוהים, או מנקודת מבט קנטיאנית – מהיותו בעל ערך מוחלט, מטרה ולא אמצעי. במידה מסוימת הדיגיטי של האדם הוא לא רק של האדם עצמו אלא ערך חברתי מרכזי בחברה הליברלית ההומניסטית. האינטרס למנוע פגיעה בדיגיטי אינו נובע רק מזכות אישית של הפרט אלא מערך חברתי כללי. עובדה זו עשויה לעמוד לעתים בסתירה לאוטונומיה של הרצון הפרטי. למשל, החברה מגבילה אדם המבקש למכור את איבריו או להפוך לעבד ומבטאת בכך העדפה של היבט אחד של כבוד האדם – הדיגיטי – על היבט אחר שהוא הבחירה העצמאית שלו – האוטונומיה שלו.⁷⁵ מעשה עוולתי יכול לפגוע בדיגיטי של אדם באשר הוא אדם ללא קשר לאופיו, העדפותיו ורצונותיו הסובייקטיביים. החברה תוקיע פגיעה שכזו, שכן היא סותרת את הפרמטרים החברתיים המקובלים בחברת בני אנוש. כאמור, לא תמיד הוקעה זו מתיישבת עם האוטונומיה של האדם.⁷⁶

כאמור, יש המוסיפים על הכבוד כדיגיטי עוד שכבה של הגנה, היא ההגנה על כבוד כרספקט ("כבוד מחיה"). גם היא משתיתה הגנה על הסובייקט מפני יחס שאינו הולם, ואולם בניגוד לשכבה הבסיסית הדיגיטית, שכבה זו אינה אוניברסלית.⁷⁷ בדומה להונור מבטא הרספקט כבוד כפי שהוא נתפס בעיני החברה, ולכן הגדרת הזכות היא תלוית מקום, זמן ותרבות. חרף זאת אין היא מבטאת תביעה אישית של הפרט להדרת כבוד אלא יחס של אמפתיה, קבלה, היעדר שיפוט והתחשבות בתכונותיו ובצרכיו המיוחדים של האדם. על כן יחס מזלזל – גם אם אינו עולה כדי פגיעה בדיגיטי של אדם – יכול להיתפס בחברה נתונה כדיסרספקט. הפגנת יחס שכזה באותה חברה היא פגיעה בזכותו של אדם לכבוד, המוגנת מכוח חוק. עם זאת להגנה המשפטית על שכבה נוספת זו של כבוד יש מגבלות, ומכיוון שהיא מתרחקת מהליבה המוסכמת על הכול, תהיה

74 ראו למשל דברי השופט ברק בעניין ויכסלבאום, לעיל ה"ש 62.

75 ויודגש, איני סבור כי האוטונומיה של הרצון לעולם אינה חלק מהדיגיטי. המקרים המובאים נועדו להראות כי לא תמיד הכרה בדיגיטי תתיישב עם האוטונומיה של הרצון הפרטי.

76 גם לתפיסתו של קאנט, ההכרה בעיקרון האוניברסלי של הזכות תומכת בהגבלת החופש של האדם לתת לאחרים זכות לעשות בו שימוש כאמצעי ולא כמטרה, דבר הנובע בין היתר מהחובה העצמית

לחיות בכבוד. ראו RIPSTEIN, לעיל ה"ש 16, בעמ' 18.

77 קמיר, לעיל ה"ש 57, בעמ' 34–37.

ההגנה עליה חלשה יותר, אם בכלל, ותצטרך להיות קשובה יותר לאינטרסים אחרים, אשר גם עליהם יש להגן.

על הקשר שבין הזכות לכבוד, על היבטיה השונים, לבין הציווי הקאנטיאני⁷⁸ עומד המלומד סטטמן במאמרו "שני מושגים של כבוד"⁷⁹. לדבריו, "בבואנו לפרש את המושג כבוד האדם, אנו ניצבים לפני הדילמה הבאה: או שאנו מפרשים אותו ברוח קאנטיאנית, ואז יש לו ערך מוסרי מוחלט, אבל אין לו משמעות נורמטיבית-מעשית; או שאנו מפרשים אותו כמבטא היעדר השפלה, ואז יש לו משמעות נורמטיבית-מעשית, אבל אין לו ערך מוסרי מוחלט"⁸⁰. עוד מוסיף סטטמן כי "ניתן להבחין בין שני מושגים של כבוד: כבוד כיחס מוסרי וכבוד כיחס לא משפיל. הראשון מפרש פגיעה בכבוד כפגיעה בערך המיוחד והמרומם של האדם (ב-dignity שלו), ומזהה פגיעה זו עם כל התנהגות בלתי-מוסרית; ואילו השני מזהה פגיעה בכבוד עם השפלה"⁸¹. טענתו של סטטמן היא שכאשר עוסקים בחשיבה נורמטיבית מעשית, מוסרית או משפטית, המושג כבוד שיש להעדיפו הוא כבוד כיחס לא משפיל.⁸² לגישתו, במקום להגדיר השפלה במונחים של פגיעה בכבוד, מוטב – לצרכים נורמטיביים מעשיים – שנגדיר פגיעה בכבוד במונחים של השפלה. והואיל והשפלה במובן שהוסבר כאן כרוכה בפגיעה פסיכולוגית בקורבן, הרי שבהתאם לכך, פגיעה בכבוד כרוכה אף היא בפגיעה בפועל בקורבן; לא ניתן לדבר על פגיעה בכבוד בלא להתייחס למצב הנפשי של הקורבן.⁸³ בעניין זה הוא גורס כי בבחירה בין הגדרה רחבה של כבוד (במובן של יחס מוסרי) לבין פרשנות צרה של כבוד (במובן של יחס לא משפיל), דווקא השימוש במובן הצר של כבוד מאפשר הגנה מוצלחת יותר.⁸⁴ בחירתו המצמצמת של סטטמן מאפשרת לו ליצור חיץ בין האוטונומיה לבין הכבוד.⁸⁵ לסיכום דבריו אומר סטטמן את הדברים האלה, המבחינים באופן ברור בין

78 הציווי הקאנטיאני קובע כדלקמן: "עשה מעשיך רק על-פי אותו הכלל המעשי אשר, בקבלך אותו, תוכל לרצות גם כן כי יהיה לחוק כללי", עמנואל קאנט הנחות יסוד למטאפיזיקה של המידות 77–78 (התשס"ג).

79 סטטמן, לעיל ה"ש 54.

80 שם, בעמ' 552.

81 שם, בעמ' 544.

82 שם, בעמ' 552.

83 שם, בעמ' 602.

84 שם, בעמ' 550.

85 טענה זו מודגמת היטב על ידי סטטמן, שם, באמצעות תיאור האיסור על לשון הרע: כאשר אדם נוקט לשון הרע נגד אחר אפשר להציע כי כבוד האדם יגן הן על הפוגע והן על הנפגע: חופש הביטוי של הפוגע הוא ביטוי לאוטונומיה שלו – לחירות הביטוי שלו – ועל כן אין הוא כבוד במובן של אי-השפלה, אלא רק במובן הראשון – כבוד כיחס מוסרי. אין חולק כי הגבלת הביטוי לא תשפיל את הפוגע, אולם בראיית הכבוד כיחס מוסרי אפשר לזהות את האוטונומיה להתבטא בביטוי פוגעני כחלק מן הכבוד. לעומת זאת כבודו של הנפגע לשמו הטוב הוא זכותו שלא להיות מושפל, זהו ביטוי

הכבוד לבין האוטונומיה: "כבוד הוא כבוד, ולא חירות, או אוטונומיה, או שוויון. עלינו להשתדל להגן עליו במידת האפשר, תוך מציאת האיזון הראוי בינו ובין ערכים אחרים. להגנה זו סיכוי טוב יותר דווקא אם נתפוס את הכבוד במובנו המצומצם, כהיעדר השפלה, מאשר אם נתפוס אותו כ'כל-בו' המכיל את כל הערכים המוסריים".⁸⁶

אף על פי כן הנשיא ברק לא קיבל פרשנות זו כמחייבת וכממצה את הזכות המשפטית לכבוד.⁸⁷ גם מבין אלה שסמכו ידם על הזיקה ההדוקה שבין הזכות לכבוד לבין הציווי הקאנטיאני, כמו למשל השופט אנגלרד,⁸⁸ יש האומרים שהחוקות המודרניות וההגנה על כבוד האדם הכלולה בהן אינן נסמכות, לפחות באופן ישיר או בלעדי, על ציווי זה. לדוגמה, אנגלרד סבור כי חיבוריו של קאנט מציבים בפני הפועל (actor) ציווי מוסרי (להבדיל מחוקי) שלא להשתמש באנשים אחרים כאמצעי אלא לראות בהם, כמו גם בו עצמו, תכלית. הדיגיטי במובן הקאנטיאני לא היה זכות שיש להגן עליה באמצעות המשפט, אלא הישג מוסרי. על כן אפשר לומר על תפיסת הכבוד המודרנית, כפי שהיא באה לידי ביטוי במשפט, כי היא לכל היותר בבחינת הרחבה של התפיסה הקאנטיאנית של דיגיטי ותרגומה לידי זכויות אדם בסיסיות.⁸⁹ אולם בתרגום זה של "דיגיטי קאנטיאני" ל"דיגיטי חוקתי" נוספו לה אלמנטים אחרים ממקורות אידאולוגיים שונים בתכלית,⁹⁰ שכולם הם כיום חלק מן הזכות לכבוד, במובן שאליו מתייחס חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

מן התיאור של מושג הכבוד שפורט לעיל אפשר ללמוד כי היבטים שונים שלו יכולים להיפגע כתוצאה מהתנהגויות שונות של המזיק, ולעתים התנהגות עוולתית אחת תפגע בכמה מהם. חשבו למשל על חולה שמקבל טיפול, ורופא שמפגין כלפיו יחס מזלזל מתוך מחשבה שאין הוא ראוי להסברים כי ממילא לא יבין אותם. בכך הוא פוגע בהיבטים שונים של הכבוד. הוא מפגין כלפי החולה יחס מזלזל ולא אמפתי, ועל כן

לדיגיטי שלו, ובלשונו של סטטמן: זכותו לכבוד במובן של אי-השפלה. רק המובן השני – הזכות לכבוד במובן של אי-השפלה – הוא המובן אשר מבקש סטטמן ליתן לביטוי "כבוד" כמשמעו בחוק היסוד.

86 שם, בעמ' 603.

87 ראו ברק – פרשנות חוקתית, לעיל ה"ש 62, בעמ' 411–421.

88 Englard, לעיל ה"ש 66.

89 בעניין זה אומר Englard, שם, בעמ' 1920, כי: "The shift to a notion of dignity as a fundamental human right could be achieved only by renouncing the actuality of moral freedom in persons, and replacing it with its general and equal potentiality in human beings. Thus the idea of humanity's intrinsic worth was maintained, though it became attributed universally to the empirical human person as such".

90 שם, בעמ' 1922. לפי גישתו, מקורם של כמה ערכים חברתיים שנגזרים מתפיסת הדיגיטי החוקתית הוא בדת, בתפיסה תועלתנית או באידאולוגיות קומוניטריות שאינן מתיישבות עם תפיסתו המוסרית של קאנט. בעניין זה הוא מביא כדוגמה את ההגנה על הדיגיטי של המת או על גוף האדם ככזה.

אפשר לראות בהתנהגותו פגיעה בכבוד במונחים של דיסרספקט. הוא גם פוגע בדיגיטי של המטופל, שכן הוא מזלזל בזכותו הבסיסית לקבל בעצמו החלטות על הטיפול הרפואי, וכך מתייחס אליו כאמצעי ולא כמטרה בעלת ערך. אם עדים ליחס הזה גם אנשים אחרים, למשל בני משפחתו של החולה, חברים או אנשי סגל רפואי, ייתכן שהוא פוגע אף בכבודו במונחים של הונור. זאת ועוד, במצבים כגון אלה היחס של הרופא יפגע לרוב גם במימוש האוטונומיה של החולה. עם זאת לא כל פגיעה בכבוד היא פגיעה בכל היבטיו. כמו כן לא כל פגיעה בכבוד שקולה לפגיעה באוטונומיה – השתיים אינן זהות ובוודאי אין ביניהן חפיפה מלאה. למשל, אם הרופא ימסור פרטים על הטיפול הרפואי לאנשים זרים, לא ברור שמדובר בפגיעה באוטונומיה של החולה אף על פי שברור שמדובר בפגיעה בכבוד.

להבדיל מהפגיעה בכבוד, אשר משתקפת ביחס הפוגע שניתן לנפגע, עניינה של הפגיעה באוטונומיה הוא שלילת השליטה בסיפור חייו של אדם. מניעת יכולתו לקבל את ההחלטה שבה הוא חפץ. מימוש האוטונומיה של אדם הוא עניין אינדיווידואלי שנגזר מהעדפותיו ומיכולתו לממש אותן. מכיוון שלכל אדם העדפות שונות ודרך מימוש שונה, לשלילת היכולת לקבל החלטות יכולות להיות השלכות שונות על סיפור חייו של אדם – חמורות יותר או חמורות פחות. אולם בהיעדר שלילה או הגבלה של יכולת הבחירה לא תתקיים כלל פגיעה באוטונומיה. פגיעה באוטונומיה יכולה להיות גם פגיעה בכבוד, ואולי כך יהיה בחלק גדול מן המקרים, שכן חלק ממיכבוד כבוד האדם פירושו לתת לו האפשרות לממש את בחירותיו. אולם תחום חפיפה זה הוא חלקי. ייתכנו מצבים שבהם לא תיפגע האוטונומיה וכן ייפגע כבודו של אותו אדם, או לחלופין מצבים שבהם דווקא מימוש האוטונומיה של אדם מסוים יעמוד בניגוד לתפיסה החברתית של כבוד האדם. כך למשל אדם המוכר איבריו או אישה המוכרת את גופה בעבור כסף שכן היא מעדיפה זאת על פני עבודה פיזית קשה. ייתכן שיש במעשים אלו משום מימוש האוטונומיה,⁹¹ אך החברה יכולה לאסור אותם בהסתמך על עקרון פגיעה בכבוד האדם.⁹²

91 הגם שלפי חלק מן הגישות הפמיניסטיות במצבים שכאלו אין מדובר בבחירה חופשית. לסקירת הספרות בתחום ולהרחבה ראו Elizabeth Bernstein, *What's Wrong with Prostitution? What's Right with Sex Work? Comparing Markets in Female Sexual Labor*, 10 HASTINGS WOMEN'S L.J. 91 (1999).

92 בעניין זה מעניין להפנות לפסיקה בה דן מאיר דן-כהן בספרו: MEIR DAN-COHEN, HARMFUL THOUGHTS: ESSAYS ON LAW, SELF, AND MORALITY 154 (2002). פסק הדין הראשון הוא בעניין *State v. Braxton*, 326 S.E. 2d 410 (N.C. 2000). באותו מקרה הציעה הערכאה הדיונית לנאשמים שהורשעו בעבירות מין ונידונו ל-30 שנות מאסר להמיר עונש זה בסירוס. הם היו בוחרים באופציה זו, אולם ערכאת הערעור שללה מהם אפשרות זו. מכיוון שהם היו בוחרים באופציה זו הרי ששלילתה למעשה מהווה פגיעה באוטונומיה של הנאשמים תוך הגנה על אינטרסים אחרים. דוגמה זו יכולה להיות דוגמה טובה לכך שהסירוס היה פוגע בכבודם כאדם אף על פי שזו הייתה בחירתם המועדפת. דוגמה אחרת היא פסק הדין בעניין *State v. Brown*, 364 A.2d 27 (N.J. 1976).

המלומד מאיר דן־כהן עומד יפה על ההבחנה בין אוטונומיה לדיגיטי באמצעות הדוגמה של אדם המוכר עצמו לעבודות מרצון. גם אם נניח שהעבד מודע לכל פרטי העסקה ומשמעותיה, ועדיין בוחר בה מרצונו ועל כן לא נוכל לומר שנפגעה האוטונומיה שלו, יש בעסקה זו משום עשיית אי־צדק. מוסד העבודות ככזה מעורר תחושה של סלידה חברתית ופגיעה בכבוד. פגיעה זו היא עצמאית, והיא נגרמת אף אם אין כרוכה בה פגיעה באוטונומיה. הפגיעה בכבוד רחבה מן הפגיעה באוטונומיה ומכילה רבדים שונים, אשר חלקם כאמור יכולים לעמוד בסתירה לאוטונומיה. בהקשר זה מצביע דן־כהן על שתי נקודות מעניינות: האחת היא שקאנט עצמו ראה במרומו התנגשות בין האוטונומיה לבין כבוד כדיגיטי, אשר באה למשל לכלל ביטוי במצבים שבהם החובה היא כלפי הפועל (actor). כך למשל החובה שלא להתאבד מציבה קונפליקט אינהרנטי בין האוטונומיה לבין הדיגיטי. הציווי המוסרי אוסר על אדם להתאבד ובכך שולל ממנו את בחירתו האוטונומית שכן זו אינה עולה בקנה אחד עם כבוד האדם.⁹³ השנייה היא שיש להבחין בין הגנה על האוטונומיה של האדם לבין הגנה על כבוד האדם משום שאדם הוא יצור אוטונומי. המקרה הראשון מכוון לבחירותיו של האדם, ואילו השני מכוון לכך שהמושא להגנה הוא האדם האוטונומי, ולא בהכרח האוטונומיה שאותה הוא מבקש לממש.⁹⁴ הוא מסכם נקודה זו באמרו:

באותו מקרה הכה בעל את אשתו בכל פעם ששתתה אלכוהול. הטענה של הבעל הייתה שהדבר נעשה בהסכמה כדי לעזור לאישה להיגמל. בית המשפט דחה הגנה זו. גם כאן נראה כי אף על פי שבחירתה של האישה הייתה לפעול בדרך מסוימת, דרך זו נתפסה בעיני החברה כלא לגיטימית וכפוגעת בכבודה כאדם.

93 באותו ניתוח רעיוני שולל קאנט את הבחירה של אדם לשעבד את רצונותיו למטרותיו של אדם אחר, למשל במסגרת של עבודות. ראו RIPSTEIN, לעיל ה"ש 16, בעמ' 36–37.

94 לפי מאיר דן־כהן (DAN-COHEN), לעיל ה"ש 92, השאלה אם פעולה מסוימת תפגע בכבוד במובן של דיגיטי נגזרת מהמשמעות שלשמה נעשתה הפעולה שנחזית להיות פוגעת. משמעות זו יכולה להילמד מאופיים של המעשים. כבוד האדם כדיגיטי דורש כי מעשים, פעולות ומוסדות יפגינו מסר של כבוד במונחים של רספקט לאנשים אחרים. עם זאת, לדעת דן־כהן, יש מצבים שבהם פעולה מסוימת רוכשת לעצמה ערך סימבולי, ועל כן ביצועה של אותה פעולה, גם אם המבצע לא התכוון להפגין חוסר כבוד, ילמד כשלעצמו על חוסר כבוד בגלל האופי הסימבולי שאותה היא רכשה. כל עוד פעולות מסוימות נחשבות על ידי הכלל להפגנת דיסרספקט, אדם אינו יכול לבצע אותן מבלי לפגוע בדיגיטי של הנפגע, ואין זה משנה מה המוטיבציה שהביאה אותו לידי פעולה זו. מוסד העבודות בהקשר זה הוא דוגמה פרדיגמטית.

One must recognize that there is more to persons than moral autonomy, and correspondingly more to the idea of respecting a person than respecting her autonomy.⁹⁵

הדברים האמורים עד כה בנוגע להיקפו של מושג כבוד האדם כזכות משפטית ויחס לזכות לאוטונומיה מבהירים מדוע בהגדרת ראש הנזק אין להתייחס למושגים אלה כאילו חד הם. אמת, קיים תחום חפיפה רחב בין כבוד לבין אוטונומיה, הנובע בין היתר מהזיהוי של הציווי הקאניטאני כמקור פילוסופי לשני המושגים הללו, שהרי האוטונומיה והכבוד מושגים על קבלת האדם כמטרה ולא כאמצעי. לפי קאנט, אף ייתכן כי האוטונומיה היא המקור להכרה בכבוד האדם ולא ההפך, שכן כדבריו "אוטונומיה היא יסוד כבודו של הטבע האנושי".⁹⁶ אולם לכבוד האדם היבטים רבים, אשר כפי שראינו חלקם (ואף זה המצוי בגרעין של כבוד האדם) אינם מתיישבים בהכרח עם הזכות לאוטונומיה. מנגד, בחירה פרשנית שאינה מרחיבה את כבוד האדם על פני כל זכויות האדם באשר הן⁹⁷ תוביל למסקנת ה"ראי" שלפיה היקף התפרסותה של הזכות לאוטונומיה חל על פעולות אשר אינן מצויות במסגרת הזכות לכבוד. לטעמי, אין לומר שכל אימת שנפגעת זכות הבחירה של האדם, במיוחד כאשר ענייננו בבחירות זניחות, מדובר בפגיעה "אשר על-פי תפיסתו של הציבור הנאור בישראל קשורות לכבוד האדם ולחירותו בקשר ענייני הדוק".⁹⁸ כלומר, לא כל פגיעה בכבוד היא פגיעה באוטונומיה, ולא כל פגיעה באוטונומיה היא פגיעה בכבוד.⁹⁹ ואכן, בפרשת עדאלה ציין בית המשפט כי היקפן של הזכויות הנגזרות מזכות האדם לכבוד לא תחפוף תמיד את היקפה של

95 שם, בעמ' 159. ובמקום אחר הוא אומר: "It does not follow, however, that respecting people's dignity is just a matter of respecting their autonomy in the way the dominant liberal tradition came to maintain" (שם, בעמ' 158).

96 ראו חיים ה' כהן "ערכיה של מדינה יהודית ודימוקרטית – עיונים בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" הפרקליט – ספר היובל 9 (1993). כמו כן, קאנט ראה בשמירה של האדם על כבודו שלו כחובה פנימית הנובעת מהאיסור להפוך אדם לאמצעי. כפי שהאיסור הזה חל על אחרים, כך הוא אוסר על האדם לשעבד את עצמו לרצונותיו של אחר. ראו RIPSTEIN, לעיל ה"ש 16, בעמ' 37.

97 וזו הבחירה אשר בה נקט המשפט הישראלי. ראו עניין התנועה לאיכות השלטון, לעיל ה"ש 61.

98 ראו ברק – פרשנות חוקתית, לעיל ה"ש 62.

99 ואולם, שוב אדגיש כי במקרים רבים אותה פעולה תהווה פגיעה באוטונומיה ובכבוד. כאשר פוגעים באוטונומיה של האדם, באפשרות שלו להשתמש בשיקול דעתו, להציב לעצמו מטרות שהוא יבחר ולקבוע את הדרכים להשגתן, מתייחסים אליו כאמצעי ולא כערך. דבר זה שולל ממנו את אפשרות הבחירה ואגב כך מבטא כלפיו יחס רכושני ומשפיל, אשר רומס את הדיגיטי שלו. ראו אליעזר וינריב "כבוד האדם – שני מובנים" שאלה של כבוד – כבוד האדם כערך מוסרי עליון בחברה המודרנית 71, 74 (יוסף דוד עורך, 2006).

זכות הבת אילו נקבעה כזכות מפורשת ועצמאית.¹⁰⁰ לפי היגיון זה אפשר לקבוע כי הזכות החוקתית לכבוד אינה מקיפה את הזכות לאוטונומיה על כל היבטיה. לענייננו, בפרשת דעקה השתית בית המשפט את החלטתו להכיר בהגנה על האוטונומיה כראש נזק באמצעות הזכות לכבוד, אשר מעוגנת בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. בעניין זה אומר השופט אור כי "ההכרה בזכותו של אדם לאוטונומיה היא רכיב בסיסי בשיטת המשפט שלנו [...] היא מהווה את אחד הביטויים המרכזיים לזכותו החוקתית של כל אדם בישראל לכבוד, המעוגנת בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו".¹⁰¹ על תפיסה זו ועל הזיקה שבין כבוד האדם לבין האוטונומיה נמתחה ביקורת אשר התמקדה גם ביחס של סיבה ומסובב וגם ברוחבה או היקפה של הזכות. בכל הכבוד, גישה זו, אשר תולה את ההכרה בראש הנזק של פגיעה באוטונומיה בזכות החוקתית לכבוד, אינה מדויקת, אינה מצליחה להסביר מדוע חלק מהיבטי הכבוד אינם בבחינת נזק בר-פיצוי ועלולה להוביל למצב שבו בתי המשפט ירחיבו את האחריות הנזיקית או יצמצמו אותה יתר על המידה.

זיהוי הזכות החוקתית לכבוד כמקור להכרה בראש נזק של פגיעה באוטונומיה עלול להעיד על הסדרה נזיקית כללית של פגיעות עוולתיות נוספות בכבוד, ולא היא. מערכת המשפט בישראל אמנם הכירה, אם במסגרת חקיקה ואם באמצעות קביעות פסיקתיות, בהיבטים שונים של הכבוד כמוגנים על ידי דיני הנזיקין, למשל הזכות לשם טוב (באמצעות עוולת איסור לשון הרע),¹⁰² הזכות לפרטיות (באמצעות העוולה המוסדרת בחוק הגנת הפרטיות),¹⁰³ הזכות לשלמות הגוף (באמצעות עוולת התקיפה ועוולות המסגרת רשלנות והפרת חובה חקוקה),¹⁰⁴ הזכות לקניין (באמצעות עוולות הגזול והסגת הגבול) וגם הזכות לאוטונומיה, על ידי ההכרה בראש נזק של פגיעה באוטונומיה (באמצעות עוולת הרשלנות. אם כי מבחינה רעיונית אין מניעה להגן על ראש נזק זה באמצעות עוולה אחרת). אולם לא כל היבטי הזכות החוקתית לכבוד מוגנים על ידי דיני הנזיקין. למשל, לפחות עד לנקודת הזמן הנוכחית לא התקבלה בפסיקה טענה כי בכל מקרה שבו הפלה אדם את זולתו באופן העולה כדי פגיעה בכבודו, יישא הפרט המפלה באחריות נזיקית כלפי הנפגע בשל כך.¹⁰⁵ לדעתי, הישענות על הזיהוי בין האוטונומיה

100 ראו עניין עדאלה, לעיל ה"ש 60, פס' 31 לפסק דינו של הנשיא ברק.

101 דברי השופט אור בעניין דעקה, לעיל ה"ש 9, בעמ' 571.

102 ראו חוק איסור לשון הרע וכן ע"א 214/89 אבנרי נ' שפירא, פ"ד מג(3) 840 (1989).

103 ראו חוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981, ס"ח 128.

104 ראו עניין דעקה, לעיל ה"ש 9, וכן ס' 23 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש], נ"ח התשכ"ח 266. עוד ראו

ע"א 6153/97 שטנדל נ' שדה, פ"ד נו(4) 746 (2002).

105 אם כי מקרים קונקרטיים של הפליה הוכרו כבני-פיצוי בחוק ובפסיקה. ראו ס' 5(ב) לחוק איסור

הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים; ס' 6(ב) לחוק למניעת

הטרדה מינית; ת"א 11258/93 (שלום י-ם) נעאמנה נ' קיבוץ קליה (פורסם בנבו, 1.9.1996).

לבין הזכות החוקתית לכבוד מעוררת את השאלה מדוע היבט זה של הכבוד הוא בר-פיצוי, ואילו היבטים אחרים אינם מקבלים מענה באמצעות דיני הנזיקין. זאת ועוד, זיהוי בין הזכות החוקתית לכבוד לבין הזכות לאוטונומיה כנזק בר-פיצוי עלול להוביל למסקנה כי מקרים של פגיעה באוטונומיה שאינם עולים כדי פגיעה בזכות החוקתית לכבוד אינם בני-פיצוי. מסקנה כזו אינה מתחייבת בעיניי, וכפי שיובהר בהמשך, ייתכן שאף אינה מתיישבת עם מטרות דיני הנזיקין. מטרות הרתעתיות המבקשות לכוון התנהגות מצדיקות לעתים כי גם פגיעה באוטונומיה שספק אם עקב חומרתה עולה כדי פגיעה בכבוד האדם במובנו החוקתי, ראויה להיות בת-פיצוי.

(ב) הקושי להכיר בראש נזק הנובע מזכות חוקתית

עד כה התייחסתי להיעדר הזהות או אי-החפיפה המלאה בין הזכות לכבוד לבין הזכות לאוטונומיה כנימוק המצדיק להשתית את ראש הנזק של פגיעה באוטונומיה במנותק מהזכות החוקתית לכבוד. ואולם, דומה כי בכך אין מתמצים הקשיים העולים מגישת בית המשפט בפרשת דעקה. נימוק נוסף, ולא פחות כבד משקל, נעוץ לדעתי בבעייתיות הנובעת מהשתתת ראש נזק שמקומו במשפט הפרטי על ידי זכות שמקורה במשפט החוקתי. במאמר זה אני מבקש לעסוק בשאלת ההכרה בתרופה נזיקית על פגיעה בזכות חוקתית ("עוולה חוקתית"),¹⁰⁶ אולם גם אם לצורך הדיון נניח כי הכרה כזו אפשרית, הבעייתיות נעוצה בתחולה המוגבלת של הזכות החוקתית על הפרט הפוגע בזכות.

בגרעין מוסכם על הכול כי הזכויות החוקתיות שהוענקו לפרט הוענקו לו כלפי השלטון (השלטון הוא המצוי בחובה הנגזרת מהזכות החוקתית של הפרט), ואין זה מובן מאליו כי זכות זו תחול כלפי פרט אחר בחברה. שאלת תחולתן של זכויות האדם החוקתיות וערכים ציבוריים בכלל במשפט הפרטי היא שאלה סבוכה אשר חורגת מגדריו

106 ראו דפנה ברק-ארז "עוולות חוקתיות בעידן חוקי היסוד" משפט וממשל ט 103 (2005), וכן ברק – פרשנות חוקתית, לעיל ה"ש 62, בעמ' 785–787. עוד ראו בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2) 481, 589–590 (2005), וכן ביטון, לעיל ה"ש 37. רעיון זה של עוולה חוקתית, הגם שכבר קיים זמן רב, עדיין איננו חלק מהותי מן המשפט הרווח. בתי המשפט מעלים אותו כאפשרות (האפשרות של עוולה חוקתית מועלית למשל על ידי השופטת ביניש בעניין דעקה, לעיל ה"ש 9. וראו גם ניתוח השופטים ריבלין ונאור בדנ"א 4693/05 ב"ח כרמל – חיפה נ' מלול (פורסם בנבו, 29.8.2010). עוד לעניין סיווג הפגיעה באוטונומיה כעוולה חוקתית ראו ת"א (מחוזי חי') 195/01 גיל אימפורט בע"מ נ' מדינת ישראל – אגף המכס (פורסם בנבו, 23.10.2008) (להלן: עניין גיל אימפורט), וכן ע"א 1081/00 אבנעל חברה להפצה בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(5) 193 (2005), אולם ככל הידוע לי, הוא טרם אומץ על ידי בית המשפט העליון כהלכה מחייבת ונשאר בבחינת אוביטר דיקטום. מכל מקום, אבקש להדגיש כי במאמר זה אני מבקש להימנע מלהביע דעה בנוגע לאפשרות להטיל פיצויים נזיקיים בגין פגיעה בזכויות חוקתיות, אולם כאמור גם קבלת גישה רעיונית התומכת בכך אינה מייטרת את הצורך להבחין בין הזכות החוקתית לכבוד ובין ראש הנזק של פגיעה באוטונומיה, מהטעמים שיפורטו להלן.

של מאמר זה.¹⁰⁷ בקליפת אגוז אציין כי הפער נובע מכך שעיצובן של הזכויות החוקתיות נעשה לאור פערי הכוחות בין הפרט לבין השלטון, וכדי להתאימן למסגרת היחסים שבין פרט לפרט יש להביא בחשבון כי פער זה אינו קיים, או לפחות בא לידי ביטוי שונה כאשר מדובר ביחסים בין פרטים.¹⁰⁸ בישראל מקובלת העמדה הגורסת כי לזכויות החוקתיות תחולה עקיפה על הנורמות הקבועות במשפט הפרטי, שבמסגרתה "חובתו של השלטון לקיים זכויות אדם אינה זהה בתוכנה לחובתו של הפרט לקיים זכויות אדם".¹⁰⁹ לפי גישה זו, זכויות האדם ועקרונות היסוד של השיטה מחלחלים למשפט הפרטי באמצעות הסדרים חקיקתיים ספציפיים והמשפט המקובל ובאמצעות פרשנות הוראות החוק, במיוחד דרך מושגי השסתום שקבע המחוקק. התוצאה של מודל זה היא כי חלק מהזכויות החוקתיות ומערכי השיטה מחייבים בנסיבות מסוימות גם

107 ברק טוען כי אפשר להציע ארבעה מודלים אפשריים להיקף תחולתן של זכויות האדם החוקתיות במשפט הפרטי. ראו ברק – פרשנות חוקתית, לעיל ה"ש 62, בעמ' 653–656. לגישתו, המודל הראוי הוא של תחולה עקיפה, שבמסגרתה הזכויות אינן חודרות ישירות למשפט הפרטי אלא דרך דוקטרינות של המשפט הפרטי (תום לב, תקנת הציבור וכו'). המשמעות: ההכרה בזכויות חוקתיות כלפי הפרט חייבת "לחלחל" דרך ה"מסננות" של המשפט הפרטי, והסעדים בגין הפרת הזכויות ינבעו מהמשפט הפרטי. ברק איננו מסתפק בכך ומציע מודל של תחולה עקיפה מחוזקת ומוגברת, שלפיו כשאין סעדים במשפט הפרטי, על האחרון לשנות עצמו ולהעניק סעדים. התחולה העקיפה המחוזקת מציבה בפני המשפט הפרטי דרישה להכין כלים לקליטת זכויות האדם החוקתיות. לצורך כך ראו בין היתר את פסק דינו של השופט (כתוארו אז) ברק בע"א 294/91 חברת קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום, פ"ד מו(2) 464, 516 (1992); אהרן ברק "זכויות אדם מוגנות והמשפט הפרטי" ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי 163 (יצחק זמיר עורך, 1993); ברק – פרשנות חוקתית, לעיל ה"ש 62, בעמ' 649–697; משה כהן-אליה "החירות והשוויון בראי החוק לאיסור הפליה במוצרים ובשירותים" עלי משפט ג 15 (1993); ברק מדינה "איסור הפליה במגזר הפרטי מנקודת מבט של תיאוריה כלכלית" עלי משפט ג 37 (1993); אלון הראל ואהרון שנוך "ההפרדה בין המינים בתחבורה הציבורית" עלי משפט ג 71 (1993); נויא רימלט "הפרדה בין גברים לנשים כהפליה בין המינים" עלי משפט ג 99 (1993); צחי קרן-פו "לי זה עולה יותר": דחיית הטענות בדבר חוסר לגיטימיות ועלות מוגזמת כלפי קידום השוויון במשפט הפרטי" משפט וממשל ז 541 (2005); הלל סומר "מילדות לבגרות: סוגיות פתוחות ביישומה של המהפכה החוקתית" משפט ועסקים א 59, 72–75 (2004). בנוגע לשיקולים בעד ונגד החלת זכויות האדם במשפט הפרטי (או "הפרטת זכויות האדם" בלשונה של המחברת) ראו פרנסיס רדאי "הפרטת זכויות האדם והשימוש לרעה בכוח" משפטים כג 21, 23, 47–48 (1994).

108 ראו רדאי, שם, בעמ' 24–26.

109 ראו עניין קסטנבאום, לעיל ה"ש 107. עוד ראו דנג"ן 4191/97 רקנט נ' בית-הדין הארצי לעבודה, פ"ד נד(5) 362, 330 (2000).

במערכות יחסים פרטיות.¹¹⁰ עם זאת, לפחות במישורין, אין לפרט אחד עילת תביעה כלפי פרט אחר בחברה על פגיעה בזכותו החוקתית. עובדה זו עשויה לעורר קושי מושגי כאשר קושרים בין ההכרה באוטונומיה כראש נזק ובין הזכות החוקתית (הסובייקטיבית) לכבוד, כמתואר להלן.

טלו מקרה שבו לוי מגיע לטיפול רפואי במרפאה פרטית. הרופא המטפל, ד"ר שמעון, נוהג ברשלנות ואינו מקבל הסכמה מדעת לפרוצדורה שביצע בלוי. בעשותו כן הוא פוגע באוטונומיה של לוי, אשר לצורך הדיון נניח כי לו היה מקבל את המידע בנוגע לסכנות הצפויות לו עובר לקבלת הטיפול, היה בוחר שלא לעבור אותו, ובכך היה משתנה סיפור חייו. הכול יסכימו כי פעולה זו פגעה באוטונומיה של לוי, אולם אם נבקש לזהות פגיעה זו עם הפרת זכותו החוקתית של לוי, יוכל ד"ר שמעון לטעון, בצדק רב, כי מבחינה עיונית הוא לא היה מצוי בעמדת חובה כלפי לוי שלא לפגוע בזכותו החוקתית לכבוד האדם. ודוק, זיהויו של ראש הנזק של פגיעה באוטונומיה כפגיעה בזכות חוקתית סובייקטיבית, בשיטה שאין בה תחולה ישירה של זכויות האדם על הפרטים בחברה, עשוי ליצור ראש נזק אשר יחייב רק בתביעות המכוונות נגד רשויות המדינה, ולכל היותר נגד גופים דרמהוטיים. פיצול מעין זה, המייחד את ראש הנזק של פגיעה באוטונומיה לתביעות מסוג זה בלבד, אינו מתיישב עם הרצון להגן ברצינות על זכותו של הפרט לאוטונומיה.

תחת זאת המהלך שנעשה בפרשת דעקה, שלפיו קבע בית המשפט כי הזכות לאוטונומיה היא "אחד הביטויים המרכזיים לזכותו החוקתית של כל אדם בישראל לכבוד, המעוגנת בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו",¹¹¹ עשוי לעורר קשיים רבים בהחלת ראש נזק זה כלפי כול. ראוי יותר לטעון כי ההכרה בראש נזק של פגיעה באוטונומיה נעשתה כחלק מתהליך פרשני של יצירת משפט מקובל, שבמסגרתו פירש בית המשפט את סעיף 2 לפקודת הנזיקין המגדיר נזק כחל גם על פגיעה באוטונומיה. מסקנה זו גם עולה בקנה אחד עם ההתפתחות ההיסטורית שלפיה ההגנה על האוטונומיה נולדה עוד טרם כניסתם לתוקף של חוקי היסוד.¹¹² ודוק, לפי גישה זו, כאשר נפגעת הזכות

110 ראו ברק-ארז "עוללות חוקתיות בעידן חוקי היסוד", לעיל ה"ש 106, בעמ' 120. עוד ראו דפנה ברק-ארז "משפט ציבורי ומשפט פרטי – תחומי גבול והשפעות-גומלין" משפט וממשל ה' 95, 110–113 (1999).

111 עניין דעקה, לעיל ה"ש 9, פס' 17 לפסק דינו של השופט אור.

112 בעניין זה יפים דבריה של השופטת (כתוארה אז) ביניש בע"פ 5121/98 יששכרוב נ' התובע הצבאי, פ"ד סא(1) 461, פס' 34 לפסק דינה (2006), ולפיהם: "הזכות לאוטונומיה של הרצון החופשי הוכרה בפסיקתו של בית-משפט זה כזכות-יסוד רבת חשיבות עוד בטרם קבלתם של חוקי-היסוד בשנת 1992 [ההדגשה הוספה – א"י]. ואולם השופטת (כתוארה אז) ביניש סבורה כי מעמד זה התחזק עם חקיקת חוקי היסוד. בעניין זה היא אומרת כי "[...] דומה כי לאחר חקיקתו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו התחזק מעמדה של הזכות האמורה, בהיותה נגזרת באופן ישיר מתפיסת האדם כמטרה ולא

לאוטונומיה של האדם מפעולה עולתית של המזיק, מדובר בעוולה שגרמה לנזק כמובנו בפקודת הנזיקין. תהליך פרשני זה בוודאי אינו מנותק מהרעיון של כבוד האדם כמובנו החוקתי כפי שהוכר במסגרת חוק היסוד, אולם אינו נקבע רק על ידיו ואינו מתוחם בגבולותיו. עיצובו של ראש נזק בגין פגיעה באוטונומיה אינו מוגבל על ידי הזכות החוקתית (הסובייקטיבית) לכבוד האדם; יש להשיגו על ידי פרשנות תכליתית של מושג הנזק הקבוע בסעיף 2 לפקודה, פרשנות שתיגזר מערכים חוקתיים אובייקטיביים, ובהם כבוד האדם.¹¹³ עם זאת תהליך פרשני זה יושפע מגורמים נוספים, ובהם התכליות הייחודיות לדיני הנזיקין בדבר השבת המצב לקדמותו¹¹⁴ והשגת הרתעה כדי למנוע התנהגות בלתי רצויה.¹¹⁵ פרשנות זו ראויה לטעמי ועשויה להביא לידי יצירת ראש נזק בגין פגיעה באוטונומיה אשר חל גם כאשר הלכה למעשה לא גרמה פעולתו של המזיק לפגיעה בזכות החוקתית לכבוד, וגם כאשר המזיק אינו מצוי בעמדת חובה במישורין כלפי בעל הזכות החוקתית לכבוד. על יסוד פרשנות זו אדון להלן בהגדרת גבולותיו של ראש הנזק בגין פגיעה באוטונומיה והבחנתו מהפגיעה בכבוד.

4. אפיון הנזק: קטגוריזציה של פגיעה באוטונומיה

פגיעה באוטונומיה יכולה לבוא לכלל ביטוי בכמה אופנים. לפישוט התמונה אציג להלן דוגמאות שיעזרו לחדד את ההבחנה בין הניואנסים השונים כמו גם בין פגיעה באוטונומיה לבין פגיעה בכבוד.

דוגמה ראשונה – רעלת ההיריון

אצל אישה בהיריון מתפתח חום והיא מגיעה לבדיקה אצל הרופא. הרופא מזהה אצלה חשש לרעלת היריון. הוא אומר לה כי יש נחיצות בנטילת תרופה אנטיביוטית, שכן בלעדיה קיים סיכון כלשהו לחייה. הוא איננו מספר לה כי לתרופה זו יש תופעת לוואי ידועה והיא שבחלק מן המקרים נטילתה מסתיימת בהפלה. האישה נוטלת את התרופה, מחלימה, אך מפילה את הוולד.¹¹⁶

כאמצי, ובהתחשב בהיכללותה האפשרית של הזכות האמורה במעגל הפנימי של הזכות החוקתית לכבוד ולחירות" [ההדגשות הוספו – א"].

113 על היותו של כבוד האדם ערך פרשני רחב ראו קרפ "מקצת שאלות על כבוד האדם", לעיל ה"ש 63, בעמ' 136.

114 ראו עניין מלך, לעיל ה"ש 38.

115 ראו GUIDO CALABRESI, THE COSTS OF ACCIDENTS (1970) וכן RICHARD A. POSNER, ECONOMIC ANALYSIS OF LAW 167-177 (7th ed. 2007).

116 השוו בעניין זה את הנסיבות בע"א 4384/90 ואתורי נ' בית החולים לניאדו, פ"ד נא(2) 171 (1997).

אין חולק שבמקרה זה הטיפול היה סביר וראוי, לפחות ככל שהדברים קשורים להערכתו האובייקטיבית של הרופא. אולם סבירותו של הטיפול אינה מעידה כי לא נגרמה פגיעה באוטונומיה של המטופל או בכבודו.¹¹⁷ הניחו לצורך הדוגמה כי מדובר באישה שניסתה להרות שנים רבות ללא הצלחה, ומהשצליחה סוף סוף היה זה מבחינתה "היריון יקר", ולכן היא הייתה מוכנה לסכן את חייה, ובלבד שתלד. במקרה שכזה לילדת נגרמה פגיעה משמעותית באוטונומיה. אי-מסירת המידע גרמה שסיפור חייה נפגע באופן משמעותי. לו נמסר המידע, היא הייתה מחליטה חד-משמעית שלא לקבל את התרופה.¹¹⁸ מבחינתה בחירה זו גם הייתה רציונלית (אך דרישה זו אינה הכרחית, שכן הזכות לקבוע את סיפור החיים אינה מותנית בבחירות רציונליות). סבירותו של הטיפול יכולה אולי במקרים מסוימים לשמש אינדיקציה לבחינת הפגיעה באוטונומיה, אך מכיוון שסיפור החיים של כל פרט ייחודי לו, גם הפגיעה באוטונומיה תיבחן באופן אינדיווידואלי.¹¹⁹ כפי שנראה בהמשך, כפי שטיפול סביר אינו ערוכה לכך שלא תהיה פגיעה באוטונומיה, כך גם טיפול שאינו סביר אינו מבטיח פיצוי בראש נזק זה – בין שנגרם נזק גוף ובין שלא נגרם.¹²⁰

117 וראו לעניין זה, שם, פס' 10 לפסק דינו של השופט מצא: "והלכה היא, כידוע, כי פעולת רופא לא תיחשב כרשלנית אם עשייתה התבססה על העדפת תפיסתה של אחת מבין האסכולות הרפואיות המוכרות [...] עם זאת אבקש להעיר: השאלה אם בהחלטתם שלא להפסיק את ההריון נהגו רופאי בית-החולים לניאדו כרופאים סבירים, אינה עומדת לעצמה. שני המומחים הלוא הסכימו, שעל הרופאים היתה מוטלת חובה להסביר למנוחה את מהות הסיכונים הכרוכים בשימור ההריון לאחר פקיעת מי השפיר, לשמוע את עמדתה ולייחס לעמדתה משקל מכריע בגיבוש החלטתם. הווי אומר: ההנחה, שמבחינה מקצועית החלטה שלא להפסיק את ההריון היתה החלטה אפשרית – ומכאן שלא בהכרח החלטה רשלנית – אינה אלא הנחה מותנית. התנאי הגלום ביסודה הוא, שקודם לגיבוש החלטתם הסבירו הרופאים למנוחה את כל הטענות הסבר אודות מצבה, שאלו את פיה ונהגו כפי שנהגו, לא רק על-פי הבנתם ובחירתם שלהם, אלא גם על-פי רצונה והסכמתה שלה [...] ההחלטה בעניינה של המנוחה לא יכלה להתבסס רק (או בעיקר) על הערכה סטטיסטית, אלא היתה חייבת להיות החלטה אינדיווידואלית, המביאה בחשבון, בראש ובראשונה, את רצונה ובחירתה של המנוחה עצמה".

118 דוגמת מי השפיר, שם, יכולה לשמש הדגמה נוספת למקרים שבהם השיקול שינחה את המטופל הוא לא בהכרח השיקול הרפואי, לפחות לא באופן בלעדי. על כן מה שסביר מבחינה רפואית יכול להיות לחלוטין לא סביר מבחינת רצונו של המטופל.

119 מובן שגם במקרים שבהם הטיפול אינו סביר אפשר לנתח ניתוח דומה. במקרים כאלו אולי נוכל ללמוד מהטיפול הרשלני שיש סיכויים רבים יותר לפגיעה באוטונומיה, שכן אם האדם הסביר לא היה מוכן לקבלו, יש להניח זאת גם באשר לאדם המסויים.

120 אם נמנע בכל זאת נזק גוף, אפשר להעלות טיעון שלפיו יש לקזז את הנזק בגין נזק הגוף שנמנע מגובה הנזק בשל הפגיעה באוטונומיה. ראו אריאל פורת "אחריות מופרזת, קיזוז סיכונים ורפואה מגנתית" עיוני משפט ל 9 (2006).

ומה באשר לפגיעה בכבוד? כאן אפשר לבחון את הפגיעה בכבוד על מובניו השונים¹²¹ ולהראות כי לפחות על פי חלק מהם נתקיימה פגיעה. הסתרת המידע, בהנחה שהייתה מכוונת או מודעת, היא פעולה מזלזלת. גישה שלפיה הפגיעה בכבוד נבחנת על פי מעשי המזיק תייחס לו במקרים אלו זלזול. הזלזול איננו חייב להיות במובן היום-יומי, ופעולה תיחשב זלזול גם אם הרופא ביקש לסייע לחולה, משום שגם במצב זה פעל הרופא כמי שיודע טוב יותר מן החולה מה נכון לה ומתוך הנחה שאין היא כשירה לקבל החלטה מושכלת. פגיעה בכבוד יכולה להתרחש גם במונחים של פגיעה בזכויות ה"רזות" של כל אדם לקבל אינפורמציה בדבר טיפול שהוא עומד לעבור. ייתכן שגם אם החסרת המידע נעשתה ברשלנות, נאמר כי נגרמה פגיעה בכבוד, לפחות ככל שהדברים קשורים למשמעות האחרונה.¹²² לפיכך בהנחה שרוצים להגן על "כבוד המטופל" בראש נזק נפרד, יהיה אפשר להעניק לו פיצוי.

דוגמה שנייה – חולה הצהבת

אדם החולה בצהבת מקבל טיפול רפואי מציל חיים אשר גורם לעקרות. קיימות אפשרויות טיפול אחרות במחלה, אפקטיביות פחות, אשר להן תופעות לוואי אחרות. לא נמסר למטופל מידע על הסיכון. עם זאת מתברר במהלך המשפט כי גם לו נמסר לו המידע, הוא היה מסכים לטיפול.

מקרה זה דומה למקרה שנדון בפרשת דעקה. גם במקרה זה על בית המשפט להתמודד עם השאלה אם להגן על האוטונומיה של המטופל. על פני הדברים סיפור חייו של המטופל לא השתנה שינוי ניכר, שכן בסופו של דבר, גם לו היה מקבל את המידע, הוא היה מגיע לאותה החלטה.¹²³ ואולם, גם במקרים שבהם הנפגע לא היה משנה את

121 הכוונה היא בעיקר למובנים רספקט והונור ולא לדיגניטי.

122 זאת במונחים של פגיעה בדיגניטי, כפי שהדברים באים לידי ביטוי למשל בספרה של קמיר, לעיל ה"ש 57.

123 ואכן חלק מפסקי הדין שעסקו בתחום גרסו כי במצבים שבהם התובע – במקרה של גילוי מלא – לא היה משנה את דעתו, אי-הגילוי המלא אינו גורם לפגיעה באוטונומיה. למשל, בעניין סתחי (ע"א 718/06 סתחי נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 30.10.2007)), שבו נאמר שמנותח סביר היה בוחר לעבור את הניתוח בכל מקרה ולכן אין פגיעה באוטונומיה; בעניין דרוקמן (ע"א 6160/99 דרוקמן נ' בית החולים לניאדו, פ"ד נה(3) 117, פס' 16 לפסק דינה של השופטת שטרסברג-כהן (2001)), שבו נאמר שבמקרים שבהם היה הניזוק מסכים לו ידע את המידע, אין פגיעה באוטונומיה; בעניין אדנה (ע"א 6948/02 אדנה נ' מדינת ישראל, משרד הבריאות, פ"ד נח(2) 535, פס' 18 לפסק דינו של השופט אור (2004)), שבו נאמר שהתובעת הייתה מסכימה לטיפול בכל מקרה ולכן אין פגיעה באוטונומיה; ובעניין מרמש (ע"א 9788/07 עזבון מרמש נ' הסתדרות מדיצינית הדסה (פורסם בנבו,

החלטתו עדיין אפשר לחשוב על סיבות מדוע שלילת יכולת הבחירה תהיה נזק בפני עצמה:

ראשית, הבחירה באחת האפשרויות היא חלק ממימוש האוטונומיה של הנפגע. לעצם קבלת ההחלטה יש ערך עצמאי, שמבטא את העצמאיות והעצמיות של אדם בוגר.¹²⁴ צורך זה הוא אחד הביטויים המובהקים של האוטונומיה של הפרט, ולא סתם נטבע המונח I did it my way.¹²⁵ דומה שבנקודה זו אין צורך להרחיב. שנית, יש להביא בחשבון את העובדה שבית המשפט בוחן את קבלת ההחלטות בדיעבד, והוא עלול לטעות. אין לשלול את האפשרות שבמקרה מסוים יגיע בית המשפט למסקנה שהנפגע לא היה משנה את החלטתו (למשל, בשל תוצאת הטיפול המוצלחת) אף על פי שבזמן אמת היה הנפגע מקבל החלטה שונה דווקא, ולכן בפועל השתנה סיפור חייו.¹²⁶ מצב דברים כזה מיוצג, למעשה, בדוגמה הראשונה (רעלת ההיריון) ולא בשנייה.

שלישית, בשל הקושי האינהרנטי של בית המשפט לדעת באיזו קבוצה נופל המקרה שלפניו, ראוי לתמרץ את המזיק לגלות מידע רב יותר ולאפשר את הבחירה המודעת מראש. יצירת תמריץ ראוי מחייבת מתן פיצוי בגין אבדן הבחירה גם כאשר לכאורה לא היה המטופל משנה את החלטתו. שאם לא כן ידע המזיק שבכל המקרים שבהם קיים סיכוי טוב שהחולה לא ישנה את החלטתו, אין לו סיבה אמיתית (לפחות ככל שהדברים תלויים בפנימי הגזיקי) לגלות אינפורמציה בדבר הטיפול. הדברים שנאמרו עד כה מקבלים משנה תוקף אם מוסיפים להם את העובדה ששנייה זו של המזיק – לחסוך במידע – מתחזקת ככל שהנטלים שקשורים במילוי חובתו גדולים יותר, מכבידים יותר

124 30.5.2010), שבו נמנע בית המשפט מראש מבחינת הפגיעה באוטונומיה בשל הנחה שהסכומים יהיו זניחים ביחס לפיצויים שעתידיים להתקבל בגין נזקי הגוף.

124 נקל לראות זאת אצל ילדים – עד כמה חשובה להם האפשרות לקבל את ההחלטה באופן עצמאי וללא התערבות חיצונית של ההורים או גורם אחר, גם אם החלטתם זהה לזו של ההורים.

125 Hilary Madder, *Existential Autonomy: Why Patients Should Make Their Own Choices*, 23 J. MED. ETHICS 221 (1997). בהקשר אחר ראו Susan Dibley & Levan Lim, *Providing Choice Making Opportunities Within and Between Daily School Routines*, 9 J. BEHAV. EDUC. 117 (1999).

126 טעויות אלו יכולות לנבוע מכמה סיבות: אפשר שלבית המשפט יש מחסור בראיות או בעדים, ועל כן השופט צריך לגשר על הפער שבין האמת העובדתית לאמת המשפטית באמצעות "ניחוש מושכל". בהיעדר אינפורמציה מלאה עלול בית המשפט להגיע למסקנה לא נכונה. סיבה אחרת נגזרת מהטיות קוגניטיביות שלהן חשופ השופט. הטיות אלו, מהסוג של חכמה שלאחר מעשה, עלולות להביא אותו לידי מסקנה כי החולה לא היה משנה את דעתו במצב של ניתוח מוצלח או כי היה משנה את דעתו במצב של ניתוח לא מוצלח. בעניין זה ראו כתיבתם של טברסקי וכהן בנושא ה"הינסיטי ביאס", Twerski & Cohen, לעיל ה"ש 43. כמו כן השוו נילי קרקו-אייל דוקטרינת ההסכמה מדעת בחוק זכויות החולה, תשנ"ו-1996 516-509 (2008).

ויקרים יותר (לא רק במונחים כספיים אלא גם במונחים של זמן, אבדן חלופות וכו'). במקרים אלו אי-הגילוי חוסך למזיק משאבים, וממילא יש לו תמריץ שלא לגלות, במיוחד אם הוא מעריך שהחלטת הנפגע לא תשתנה. על כן הדרך לגרום לו לשנות את התנהגותו היא לפסוק פיצוי בגין אי-מסירת המידע גם אם החלטת החולה אכן לא הייתה משתנה.¹²⁷

יש שסיברו שבמקרים אלו הפיצוי יכול לקבל גם גוון עונשי, כדי להרתיע התנהגות אופורטוניסטית. כלומר, מרכיבים עונשיים במתן פיצוי יכולים להיות מוצדקים גם מן הטעם שרבים מהתובעים אינם מגישים תביעות בגין פגיעה באוטונומיה במקרים שבהם החלטתם לא הייתה משתנה. במקרים אלו הנזק שנגרם להם הוא בדרך כלל קטן יחסית, והיות שהעלות הכרוכה בהגשת התביעה גדולה והקושי הראייתי הכרוך בה רב, הם יעדיפו שלא להגישה. על פי גישה זו, פיצוי עונשי לא רק יבטיח פיצוי בדיעבד בגין הנזק שנגרם לתובעים בשלילת האפשרות לקבל החלטה מושכלת, אלא גם יגרום למזיקים לחשוב פעמיים אם לנשל אותם בעתיד, כעניין של אסטרטגיה, מזכותם זו. פתרון חלופי או נוסף למקרים אלה הוא השימוש במוסד התובענה הייצוגית ככלי לפתרון בעיית תוחלת התביעה הנמוכה הניצבת בפני כל תובע שהפגיעה באוטונומיה שלו אינה כרוכה בשינוי בפועל של סיפור החיים.¹²⁸

רביעית, שימו לב שיש להיזהר בסיווג המקרה לדוגמאות השונות. ייתכן למשל שחולה הצהבת היה נערך לטיפול בצורה אחרת. כך הוא היה יכול להפקיד טרם הטיפול תרומה בבנק הזרע כדי לממש את יכולתו להיות הורה.¹²⁹ במובן זה סיפור חייו של המטופל השתנה מאוד אף על פי שבסופו של דבר הוא היה מקבל את אותה החלטה. הסיפור השתנה לא ביחס לאקט הטיפולי אלא ביחס לדרך החיים שאינה קשורה לטיפול הרפואי עצמו ולאופן שבו הוא היה נערך לקראת שינוי זה.¹³⁰ תת-קטגוריה זו של מקרים מיוצגת למעשה על ידי הדוגמה הראשונה (רעלת ההיריון), שבה נאמר כי השתנה סיפור החיים בצורה משמעותית.

127 שם, בעמ' 499 ("הגבלת זכותם של מטופלים לפיצוי במקרים שבהם הוכיחו כי סבלו נזק גוף עקב הפרת איזון מהחובות המוטלות על המטפל, משמעה אימוצו של כלל הפוטר מטפלים מאחריות בשני מקרים: הראשון – המטופל לא סבל נזק גוף עקב הטיפול הרפואי, השני – המטופל סבל נזק גוף, אך לא הוכיח קיומה של 'סיבתיות החלטה' [...] כלל הפוטר את המזיק מאחריות במקרים שבהם פעילותו המזיקה גרמה לעלות חברתית, צפוי להוביל להרתעת חסר [...] כלל [מסוג זה] צפוי לפגוע בהשפעה ההרתעתית [...]").

128 שם. מובן שמקרים רבים של רשלנות רפואית לא יתאימו למימוש במסגרת המנגנון של תביעה ייצוגית.

129 קרן-פז, לעיל ה"ש 47, בעמ' 196, ה"ש 20.

130 בחירת הטיפול במונחים של זמן, מקום, רופא מטפל ועוד.

פסיקת פיצוי במקרה שבו הנפגע לא היה משנה את החלטתו יכולה להיות מוצדקת גם משיקולים של פגיעה בכבוד.¹³¹ אכן, דוגמה זו מסבירה היטב כי הפגיעה בכבוד שונה מהפגיעה באוטונומיה ונפרדת ממנה. היא אינה קשורה להחלטה שהיה מקבל החולה ולהליך קבלתה, אלא בדומה לדוגמה הקודמת, נובעת מאי-מתן משקל הולם לזכותו לקבל מידע ולהחליט החלטות בעצמו ואולי אף מזלזול בה. משכך, ככל שהיא מתקיימת, הפגיעה בכבוד במקרה זה אינה תלויה תוצאה אלא תלויה הליך. פעמים רבות הרופא אינו יודע כיצד חולים ינהגו ובאיזה אופן יחליטו, אך אל לו לזלזל בהם. בנוסף אפשר לטעון כי זכות המטופלים לכבוד נפגעה משום שהיו זכאים לקבל מידע רפואי הנוגע לטיפול בהם כחלק מאותן זכויות "רזות" אוניברסליות. המשפט יכול לקבוע שבגין הפגיעה בכבוד לא יינתן פיצוי מטעמים שונים, אך החלטה זו עומדת במנותק מהשאלה אם נפגעה האוטונומיה של המטופל.

דוגמה שלישית – זירוז הלידה

יולדת נכנסת ללידה שביעית. בשש הלידות הקודמות קיבלה פיצוי זירוז הלידה, והוסברו לה בפירוט הסכנות הטמונות בהליך זירוז הלידה. היולדת מסכימה גם הפעם לקבלת הפיצוי, אולם הרופא מפר את חובתו לספר לה על כל הסיכונים הרלוונטיים הכרוכים בכך. הלידה מסתבכת, ובסופו של דבר נגרם ליולדת נזק. היא מגישה תביעת פיצוי על פגיעה באוטונומיה.¹³²

דוגמה זו מעניינת שכן נפרם בה לחלוטין התפר שבין הפגיעה באוטונומיה לבין הפגיעה בכבוד. במצב הדברים המפורט הפעילה היולדת את שיקול דעתה על סמך מידע מלא שהיה ברשותה. סיפור חייה נמשך בדיוק כפי שרצתה שיימשך, שכן לא נשללו ממנה אפשרויות או בחירות. המשמעות של הפעלת האוטונומיה אינה תלויה תוצאה אלא נמדדת במונחים של קבלת החלטה עצמאית, ברגע נתון, על סמך המידע הקיים. השאלה היא – באותה נקודת זמן שבה נדרשת ההחלטה (ex ante) – מהן החלופות וכיצד הן נתפסו בעיני הניזוק. לעתים הפעלת האוטונומיה כרוכה בבחירות כואבות, ולא אופטימליות, אך המטופל יכול להתנחם לפחות בעובדה שהוא שבחור. כאמור, המעניין בדוגמה השלישית הוא שהחלטתה של היולדת לא נפגעה, שכן בשל הרקע הספציפי

131 אולם כפי שתואר לעיל בפרק ב.2, על פי הפרשנות שקיבלה הזכות החוקתית לכבוד, ספק אם פגיעה זו מוגנת באופן עצמאי על ידי ערך כבוד האדם בדין הישראלי, כפי שהוא מיושם בין שני פרטים.

132 דוגמה זו מושתתת על העובדות בעניין עזרון צבי, לעיל ה"ש 2.

וניסיון העבר היא הייתה מודעת לחלוטין לתוצאות האפשריות של בחירתה הגם שהרופא הפר את חובתו ליידע אותה בדבר סיכונים אלן.¹³³

אף שאין במקרה זה פגיעה באוטונומיה, עדיין אפשר לדבר על פגיעה בכבוד שכן די בזלזול של הרופא שהתבטא באי-מסירת המידע כדי להוות פגיעה בכבוד במובנים שתוארו לעיל. שאלה אחרת היא אם בגין פגיעה זו נרצה להעניק פיצוי. ייתכן מאוד שהפגיעה בכבוד בדוגמה זו – גם אם נגרמה בעוולה – איננה עומדת בקריטריונים של נזק הראוי לפיצוי, שכן היא למשל קלת ערך. אם זה המצב, הרי שהדרך להתמודד עם מקרים כגון אלה תהיה באמצעות המשפט הפלילי או הדין המשמעתי. לחלופין אפשר לפעול באמצעות המנגנון של דיני הנזיקין באמצעות יצירת מנגנון נזיקי עונשי, אך זאת מתוך הבנה שהפיצוי אינו בגין הנזק שנגרם לניזוק אלא כדי לספק למדינה מנגנון אכיפה מעין פלילי.¹³⁴

דוגמה זו ממחישה שההבחנה בין פגיעה באוטונומיה לבין פגיעה בכבוד חשובה שכן קיימים מקרים רבים שבהם המזיק אינו ממלא את חובתו, אך למחדליו אין השלכה על האוטונומיה של הניזוק. דיני הנזיקין נכנסים לפעולה, לפחות על פי הגישה המסורתית, רק כאשר נגרם נזק. על כן במצבים שבהם לא נפגעה האוטונומיה, אין די בהתנהגות העוולתית כדי לתת פיצוי, ואת הפיצוי יש להצדיק, אם בכלל, רק במונחים של נזק בשל פגיעה בכבוד. בעניין זה כדאי לבחון את הדוגמה הרביעית.

133 נדמה שאין מקום לפתח, בדומה לדוגמה הבאה, את סוגיית הפיצוי העונשי בעניין זה, שכן להבדיל מהמקרה של הסיגריות שבו היצרן יודע שהצרכן יודע, כאן הרופא איננו יודע כי היולדת יודעת, ועל כן הוא חושף עצמו, במקרים שהיא לא יודעת, לתביעה נזיקית. ראו פירוט נוסף, להלן, בה"ש 134 ובה"ש 229–239 והטקסט הצמוד להן.

134 מהלך שכזה, אשר יעניק פיצוי עונשי, עלול להיתפס בעיני רבים כבעייתי. ראשית, מבחינה הרתעתית לא ברור שקיימת כאן בעיה אמיתית שדורשת תיקון, שכן הרופא, אשר ברוב המקרים אינו יודע את מצב ידיעותיו של המטופל, מסתכן בחיוב נזיקי בגין פגיעה באוטונומיה שתתרחש אם לא ידע החולה על הסיכונים. מסיבה זו הוא יעדיף למסור לו את המידע. כשל הרתעתי עלול להתרחש באותם מצבים שבהם הרופא יודע שהחולה יודע על הסיכונים, ועל כן גם אם לא יגלה לו אותם, לא יצטרך לחוב בשל הפגיעה באוטונומיה. במצבים אחרונים אלו אפשר לסבור כי פיצוי עונשי ישפר את דרכיו של הרופא. אולם האם בכך די כדי להטיל פיצוי עונשי בקטגוריה זו? האם הרופא שונה לעניין זה מנותני שירותים אחרים? צריך להבין שלחיוב הנזיקי העודף עלולה להיות משמעות לעניין המחיר המשולם על ידי החולה, ועל כן ייתכן שהחולה עצמו, ex ante, יעדיף "לסכול" פגיעה קטנה בכבוד ולא לשאת בעליית התמחור בעלות הטיפול. מלבד זאת, שוק תחרותי גם יביא ברוב המקרים לשיפור בשירות וביחס שניתן למטופלים גם מבלי שתהיינה מעורבות בפעילות תביעות נזיקיות על פיצוי בגין פגיעה בכבוד.

דוגמה רביעית – חברת הסיגריות

חברת סיגריות נדרשת על פי חוק לפרסם על אריזות הסיגריות כי העישון מזיק לבריאות. בעקבות תקלה חד-פעמית היא שוכחת להדפיס את האזהרה. שמעון, עורך דין, מגיש תביעה ייצוגית בשם הצרכנים שצרכו חפיסות סיגריות אלה בטענה של פגיעה באוטונומיה.¹³⁵

מקרה זה מעניין, שכן אין מדובר בנפגע אינדיווידואלי אלא בקבוצה גדולה של צרכנים אשר בעניינם לא קיימה חובת הגילוי. הוא גם חורג מגדר מערכת יחסים פרטנית של רופא-חולה. לצורך הדוגמה נניח כי השמטת האזהרה נעשתה ברשלנות. האם אפשר לקבוע כי נפגעה האוטונומיה של החברים בקבוצת המעשנים? ייתכן שיש מספר מועט של מעשנים חדשים אשר קנו סיגריה בפעם הראשונה בחייהם, החמיצו את האזהרה על גב האריזה, ועל כן חשבו שהעישון אינו מזיק. אין ספק שאלה ייחשבו נפגעים. ייתכן גם שיש תמהונים שחשבו שההשמטה נבעה ממחקר חדש שלפיו העישון אינו מזיק. אולם רוב ציבור המעשנים, אשר צורך את הסיגריות מדי יום, מודע לסיכונים הבריאותיים הכרוכים בעישון, ובכל זאת בחר את שבחר. ייתכן שבחירה זו אינה רציונלית ואף אינה בריאה, אך זו בחירה מודעת. על כן ההשמטה הרשלנית של האזהרה אולי מפרה חוק באופן המצדיק נקיטת צעדים מנהליים ופוליטיים. אולם אי אפשר לראות בה פגיעה באוטונומיה של קבוצת המעשנים, שכן בדומה לדוגמה הקודמת, לכל אחד מהם היה ידוע, בעת שצרך את הסיגריות, על הסיכונים הבריאותיים הכרוכים בתהליך העישון. סיפור חייהם לא השתנה, אפילו לא במעט, בשל אי-הפרסום.¹³⁶ פיצוי בגין פגיעה

135 אני מודה לאורי ווינטר על דוגמה זו.

136 את הנאמר בטקסט אפשר לסייג מטעמים פטרנליסטיים הקשורים להחלטת הצרכן – מחקרים פסיכולוגיים מראים כי האופן שבו הציבור מפנים את האזהרות תלוי בכמה משתנים. כמו כן יש צורך בתזכורות מגוונות, שיישנו מדי פעם, ואולי אף בשינויים, כדי לקבל החלטה "נכונה". על כן בטווח הארוך הורדת האזהרות עלולה בכל זאת להביא לשינוי הרגלי הצריכה של הצרכנים. אשר לשינוי שכזה אפשר לבסס "סוג של" פגיעה באוטונומיה, שכן לפחות חלק מן הצרכנים היו משנים את החלטתם בהינתן האזהרה. על האופן שבו מתפרשות האזהרות ודרך פעולתן ראו לדוגמה: Michael S. Wogalter & Kenneth R. Laughery, *WARNING! Sign and Label Effectiveness*, 5 CURRENT DIRECTIONS IN PSYCHOLOGICAL SCIENCE 33 (1996); Gaurav Bhalla & John L. Lastovicka, *The Impact of Changing Cigarette Warning Message Content and Format*, 11 ADVANCES IN CONSUMER RESEARCH 305 (1984); Roger L. McCarthy et al., *Product Information Presentation, User Behavior, and Safety*, 28 HUMAN FACTORS AND ERGONOMICS SOCIETY ANNUAL MEETING PROCEEDINGS 81 (1984); Donna M. Riley et al., *Evaluating the Effectiveness of Risk-Reduction Strategies for Consumer Chemical Products*, 21 RISK ANALYSIS 357 (2001); Jill Annette Strawbridge, *The Influence of Position, Highlighting, and Imbedding on Warning Effectiveness*, 30 HUMAN FACTORS AND ERGONOMICS SOCIETY ANNUAL MEETING PROCEEDINGS 716 (1986); David M.

באוטונומיה במקרים אלו, אם ייפסק, יהיה בעל גוון עונשי ויעמוד, לפחות ברוב המקרים, בניגוד לקביעתו של פסק הדין בעניין דעקה, שלפיו הפגיעה באוטונומיה משקפת נזק אמתי, הגם שלא מוחשי, ואין לראות בה פיצוי עונשי.

האם במקרה זה אפשר להצביע על פגיעה בכבודם של המעשנים כקבוצה או כאינדיווידואלים בתוך הקבוצה? ייתכן שכן, אך נראה שמקרה זה מתאים פחות להכרה שכזו בפגיעה בכבוד. בדוגמה זו חסר האלמנט ה"אישי" שאפיין את הדוגמאות הקודמות. אמנם על פי ההגדרות של כבוד האדם כדיגיטי אפטר לטעון כי אין בהכרח צורך באלמנט האישי, וכי נישול האנשים בקבוצה מזכויותיהם מהווה פגיעה בכבוד גם אם אינו מתייחס לכל אחד מהם בנפרד. אולם לדעתי בית המשפט יתקשה לומר שדוגמה זו מייצגת פגיעה באותן זכויות בסיסיות "רזות". התוצאה עלולה להיות שונה במקרים שבהם ההשמטה נעשתה במכוון, אולם כל עוד מדובר בהשמטה שמקורה בתקלה, יהיה קשה לשכנע כי במקרים אלו מדובר בפגיעה בכבוד המצדיקה פיצוי. לכל היותר מדובר בפגיעה בערך כבוד האדם כפי שמתפרש בדין הישראלי.

דוגמה חמישית – עירוי הדם

אישה מאושפזת בבית חולים לצורך ניתוח ברגלה. הרופאים יודעים כי המטופלת חברה בכת המתנגדת לקבלת עירוי דם מטעמים דתיים, והיא אף מביעה את דעתה בעניין זה באופן ברור. לאחר תחילת הניתוח מתדרדר מצבה של המטופלת, והיא נקלעת לסכנת חיים. בשלב זה בוחרים הרופאים לתת לה עירוי דם. לאחר גמר הטיפול הסתבר כי פעולה זו הצילה את חייה.

בדוגמה זו הפגיעה באוטונומיה ברורה למדי. הרופאים הפקיעו מהמטופלת את היכולת לכתוב את סיפור חייה ונקטו טיפול אשר ידעו כי הוא מנוגד לרצונה. אמנם בעת התדרדרות מצבה לא היה ביכולתם לברר עד כמה היא מחויבת לאמונתיה ומעוניינת לדבוק בהן כשהסתברות כי הדבר יביא למותה גבוהה, אולם אין בכך כדי להפחית מעצם הפגיעה בזכות הבחירה שלה.

האם עולה הדבר כדי פגיעה בכבודה? אפשר לטעון כי הרופאים זלזלו באמונתיה הדתיות וביטלו את ערכן אל מול מה שהם תופסים כראוי ונכון. בהיבט זה דומה דוגמה זו לדוגמה הראשונה שבה ראינו חפיפה בין הכבוד לבין האוטונומיה. אכן, לכאורה, הפגיעה ביכולת לממש את אמונתיה הדתיות, אשר יש להניח שיש להן מקום מרכזי בהווייתה האישית, היא משום זלזול העולה כדי פגיעה בגרעינו הקשה של הכבוד האנושי. אולם דוגמה זו ממחישה עד כמה כבוד האדם הוא מושג רב פנים: הגם שאותו

DeJoy, *Consumer Product Warnings: Review and Analysis of Effectiveness Research*, 46 HUMAN FACTORS AND ERGONOMICS SOCIETY ANNUAL MEETING PROCEEDINGS, SAFETY .936 (2006).

מעשה פוגע פגיעה קשה בהיבט אחד שלו (האוטונומיה), היבטים אחרים שלו דווקא זוכים להגנה על ידי אותו מעשה. הפגיעה באוטונומיה במקרה זה נעשתה לא משום זלזול בכבודה של המטופלת כאדם, אלא מתוך תפיסה הרואה בחייה מטרה ראויה.¹³⁷ ספק בעיניי אם פעולה זו הייתה נתפסת בעיני הציבור הנאור בישראל כפגיעה בכבודה כאדם. לפי גישה זו, התפיסה השוללת מאדם לעתים את הבחירה נובעת מהכרת כבודו כאדם, כיצור שלחיי יש ערך והוא עצמו מטרה ולא אמצעי להגשמת ערכים. דוגמה זו מלמדת כי קיפוח האוטונומיה יבטא לעתים מימוש של כבוד האדם והכרה בכך שנולד בצלם אלוהים. לפיכך נוצר כאן מצב שבו האוטונומיה נפגעת פגיעה בוטה, אך הכבוד, לפחות בהיבטים שאינם חופפים לפגיעה באוטונומיה, אינו נפגע. ההפך הוא הנכון – המעשה נעשה בשם קידום כבוד האדם.¹³⁸ כיצד מתמודדת מערכת המשפט עם מצבים כגון אלו? היה אפשר לגרוס כי במקרים אלו יש מקום להגנה על האוטונומיה בשל הפגיעה החמורה בה, ועל כן אף על פי שלא היתה פגיעה בכבוד, תקום חבות נזיקית וינתן פיצוי בראש נזק זה.¹³⁹ אולם במקרים כגון דא קיימים טעמים חברתיים חזקים נגד מתן פיצוי שכזה, שכן ברצון החברה לעודד הצלת חיים גם על חשבון הפגיעה באוטונומיה. לפיכך קבע המחוקק הגנות מפני החיוב הנזיקי.¹⁴⁰ במילים אחרות, חרף הפגיעה באוטונומיה לא ינתן פיצוי. הדין הפוזיטיבי אכן מכיר בסכנת חיים חמורה כטעם המצדיק לעתים את קיפוח זכות הבחירה של האדם.¹⁴¹ כמו כן אפשר לגרוס כי במקרים כגון אלו גרימתו של הנזק אינה תוצאה של הפרת חובת הזהירות, שכן נוכח קידום המטרות הנזיקיות והשיקולים החברתיים המעורבים, זו לא הופרה.¹⁴²

5. סיווג המקרים לקטגוריות

עד כאן יצא הדיון מהנחה שבית המשפט יודע איזו דוגמה מייצגת כל מקרה.¹⁴³ ואולם, פעמים רבות בית המשפט אינו יכול לדעת בוודאות הראויה במשפט אזרחי איזו דוגמה מייצגת את המקרה שלפניו. במילים אחרות, אי אפשר לקבל אינדיקציה חד-משמעית

137 וראו בעניין זה את גישתם של קאנט ומאיר דן-כהן, כפי שזו מובאת לעיל בה"ש 93–96, ובטקסט הצמוד להן.

138 דוגמה נוספת בעניין זה היא של אדם שמבקש מאדם אחר שיסייע לו להתאבד. אי-כיבוד רצונו מהווה פגיעה באוטונומיה, אך הדברים נעשים בשל הגנה על כבוד האדם. במקרים אלו המשפט נוקט עמדה נוקשה עוד יותר ולפיה עצם ה"כניעה" לרצון האוטונומי והערפתו על פני כבוד האדם בהיבטיו הכלליים יותר, היא עבירה פלילית. המקרה החרוג לעניין זה הוא חוקי המתת החסד, שמעניקים משמעות גדולה יותר לאוטונומיה של החולה כאשר הוא במצב סופני, ללא אפשרות החלמה.

139 ואכן במקרים שאינם כרוכים בסיכון חיים מיד, זה יהיה המצב.

140 ראו למשל ס' 24(8) לפקודת הנזיקין.

141 ראו למשל ס' 15(2) לחוק זכויות החולה.

142 ראו ס' 15 לחוק זכויות החולה, וכן ע"פ 480/85 קורטאם נ' מדינת ישראל, פ"ד מ(3) 673 (1986).

143 חשש סיסטמטי לטעות זו, כפי שראינו, יכול להצדיק מתן פיצוי בעל גוון עונשי.

באשר למה היה מחליט המטופל לו קיבל את האינפורמציה, ואם הוא היה משנה את דעתו. סיווג המקרים לדוגמאות השונות מעלה שאלות משמעותיות של סיבתיות אשר עמן נדרש המשפט להתמודד. שאלות אלו משפיעות למעשה על אופן הסיווג. לעתים ניסוח השאלה בדבר ההעדפות יכול להשפיע על סיווג המקרה לדוגמה הראשונה (רעלת ההיריון) או לשנייה (חולה הצהבת).¹⁴⁴ קחו למשל את המקרה של הסיליקון בחלב שהתעורר בפסיקה.¹⁴⁵ נניח ששואלים צרכן מסוים את השאלה הזאת: "לו היו אומרים לך שבבבוק חלב אחד יש סיליקון ובאחר אין, מה היית מעדיף?" התשובה בוודאי תהיה כי הוא מעדיף את החלב ללא הסיליקון, ועל כן מתן מידע בדבר הסיליקון היה גורם לו לשנות את החלטתו. לעומת זאת אם הצרכן היה בא לביתו של חבר ונשאל: "האם אתה רוצה קפה בחלב שיש בו סיליקון או בלי חלב?" ייתכן שהצרכן היה מעדיף קפה בחלב אף על פי שיש בו סיליקון, ועל כן במצב שבו נמסר לו מידע מלא, החלטתו לא הייתה משתנה.¹⁴⁶

שאלת הסיווג אינה רלוונטית כמובן רק לנפגע האינדיווידואלי אלא גם לכל הקשור להגדרת קבוצת הנפגעים במקרים של תובענה ייצוגית. כך, מבחינה סיבתית אפשר להבחין בין קבוצות שונות של נפגעים אשר לכל אחת תיגרם פגיעה שונה באוטונומיה, אם בכלל. במסגרת תביעה אחת תיתכן קבוצה של נפגעים שהיו משנים את בחירתם (ועל כן הם נכללים בדוגמת רעלת ההיריון); קבוצה של אנשים אשר לא היו משנים את החלטתם בהינתן המידע שהוחסר מהם, שכן היה ברשותם מידע שהשיגו בדרך אחרת (דוגמת חברת הסיגריות), וקבוצה אחרת, אשר לא הייתה משנה את החלטתה, אך לא הייתה מודעת לאפשרויות הבחירה שעמדו בפניה (דוגמת חולה הצהבת). ואולם, טענתי היא שבכך אין מסתכמות כל הקבוצות. לא כל שלילה, ואפילו עולתית, של אפשרות בחירה צריכה להשתבץ באחת משלוש קבוצות אלו. לעתים קיימת עוד קבוצת אנשים אשר בעניינם ההחלטה, הגם שלא נעשתה, אינה רלוונטית אף על פי שעל פני הדברים הם חלק מהקבוצה הנפגעת. על כן אי אפשר לומר עליהם כי מבחינה משפטית בחירתם נפגעה, וממילא לא נגרם להם נזק של פגיעה באוטונומיה.

כדי להמחיש דברים אלו ראו את הדוגמה הזאת: חברת "אל על", שידוע כי היא נוהגת להגיש מזון כשר בטיסותיה, מגישה באחת מהטיסות מזון שאינו כשר ואינה

144 ראו Twerski & Cohen, לעיל ה"ש 43.

145 ע"א 1338/97 תנובה מרכז שיתופי לשווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ נ' ראבי, פ"ד נז(4) 673 (2003) (להלן: עניין תנובה). ארחיב בנושא זה להלן, וראו להלן ה"ש 159-168 והטקסט הצמוד להן.

146 Twerski & Cohen, לעיל ה"ש 43. בנוסף ראו עפרה גולן הסכמה מדעת לטיפול רפואי 55-60 (2008).

מדווחת על כך ללקוחותיה.¹⁴⁷ מיהי קבוצת הנפגעים הרלוונטית? ברור כי קבוצה אחת – שומרי הכשרות – נופלת בגדר הדוגמה הראשונה (רעלת ההיריון). לו נמסרה להם האינפורמציה, הם היו משנים את החלטתם. אשר לקבוצה זו אין מתעורר כל קושי – סיפור חייהם של חבריה השתנה שינוי מהותי.¹⁴⁸ פגיעה זו ראויה לפיצוי, במובחן מהנזק שנגרם לאותם נוסעים עקב תחושות גועל או קבס, שאותן נכון יותר לסווג כנזק בגין כאב וסבל.

האם יש להגן גם על הקבוצה אשר לא הייתה משנה את החלטתה? למשל, אנשים שמעדיפים לאכול מזון כשר, אך לו נמסר להם כי מדובר במזון שאינו כשר היו מעדיפים "לאכול את מה שיש" מהאפשרות לא לאכול כלל.¹⁴⁹ על פי פרשת דעקה נראה שהתשובה חיובית, שכן אנשים אלו ישתבצו במסגרת הדוגמה השנייה (חולה הצהבת). שאלה נפרדת היא מהו גודלה של הקבוצה – האם מדובר בכלל הקבוצה השירית של הנוסעים שמהם נמנעה הבחירה? אפשר לסבור כך, אך לדעתי הגדרה זו רחבה מדי ותעניק לפיצוי ממד עונשי. בקרב אותה קבוצה שירית של נוסעים קיימת תת-קבוצה של אנשים אשר עניין הכשרות זר להם לחלוטין, ואולי אפילו פוגם בהנאתם הקולינרית. השאלה אם מדובר במזון כשר או לא אינה רלוונטית לגביהם. לדעתי, קשה לומר לגבי קבוצה זו שהיא בגדר קבוצה נפגעת שנשללה ממנה יכולתה לבחור ולהחליט איזה מזון לאכול – כשר או שאינו כשר. העובדה שאנשים בקבוצה זו צורכים בדרך כלל מזון כשר בטיסות היא תוצר לוואי של הטיסה ב"אל על", והבחירה האמורה איננה נכנסת כלל לעולם ההעדפות שלהם.

לעומת זאת בניגוד לפגיעה באוטונומיה, אם יכיר המשפט בפיצוי בשל פגיעה בכבוד, יהיה אפשר לומר כי הנוסעים כולם זכאים לפיצוי, שכן הפגיעה והזלזול בזכויותיהם אינם נגזרים מהעדפתם, שלה המזיק ממילא אינו מודע.¹⁵⁰

147 בשלב זה אינני רוצה להיכנס לשאלה אם הדבר נעשה ברשלנות או במכוון אף על פי שלכך יכולה להיות השפעה מכרעת על התוצאה המשפטית.

148 לכאורה היה אפשר לטעון שבמקרה זה אין כלל אפשרות בחירה, שכן לא היו במטוס ארוחות כשרות, וממילא אין פגיעה באוטונומיה. אולם ברור שאין זה כך. תמיד אפשר לוותר על הארוחה או להצטייד באוכל מהבית. גם בחירה באופצייה אחת משמעותה פעמים רבות – להחליט. טיעון זה נכון גם במצבים קיצוניים יותר, למשל כאשר קיימת דרך טיפול אחת במחלה. לכאורה, אפשר לטעון כי מכיוון שאין דרך אחרת לטיפול, אי-הגילוי אינו פוגע באוטונומיה. בהיעדר חלופה לא נשללה יכולת הבחירה של החולה, ולכן לא נפגעה האוטונומיה שלו. אולם לא כך הוא. גם כשזו המצב, החולה יכול לבחור באופצייה שלא לקבל טיפול, על הסיכון הכרוך בה, מתוך אמונה שזו הדרך הנכונה.

149 אגב, ייתכן שבמקרים אלו אפשר לדבר על פגיעה באוטונומיה במובן של הדוגמה הראשונה ולא השנייה. בעת שנתנו להם את המנה ודיווחו כי היא איננה כשרה, לא היו משנים את התנהגותם, אך לו דיווחו להם על כך לפני העלייה למטוס, ייתכן שהיו קונים מזון אחר כשר או מגיעים להסדר אחר.

150 אם הפגיעה נגזרת מהעובדה שזלזלו בכבודי, הרי שבמקרה זה הפגיעה היא בכלל הלקוחות – גם בבעלי ההעדפה למזון כשר וגם באלו שלהם אין העדפה כזאת. אם הפגיעה נגזרת משלילת האפשרות

מקרה מסובך יותר הוא מקרה שבו אדם שנוסע בחברה זרה שאינה מגישה מזון כשר, מבקש מזון כשר, ונאמר לו שהמזון שהוא מקבל אכן כשר, ובדיעבד התברר שהמזון אינו כשר.¹⁵¹ מקרה זה שונה מהמקרה הקודם, שכן בבקשו מזון כשר ביטא הנוסע את העדפותיו באופן אקטיבי, שלא במסגרת בררת המחל. הוא למעשה ביקש להקפיד במיוחד על אי-הכנסת מזון לא כשר לגופו, ושליטת זכות הבחירה ממנו פגעה בזכותו לאוטונומיה.¹⁵² לפיכך קיים סיכוי גדול שהוא נופל בגדר אחת משתי הדוגמאות הראשונות שתוארו לעיל (רעלת ההיריון או חולה הצהבת), ולכן זכאי לפיצוי. לעומת זאת אם יוכח כי אותו אדם הזמין אוכל כשר רק כדי לקבל את המנה מוקדם יותר, נראה שאי אפשר יהיה לבסס חבות בשל פגיעה באוטונומיה.¹⁵³ במונחים של קשר סיבתי משפטי אפשר לטעון כי אדם זה נופל מחוץ למתחם הסיכון שיצרה ההתנהגות העוולתית.¹⁵⁴ גם כאן ייתכן שאפשר לדבר על פגיעה בכבוד, שכן המזיק אינו יודע מראש לאיזו קבוצה פרט מסוים משתייך.

סיווג בעייתי נוסף הוא של מקרים שבהם חולה מוותר לחלוטין על האפשרות להחליט בעצמו ומשאיר את שיקול הדעת המלא בידי הרופא – האם במקרים אלו אפשר לדבר על פגיעה באוטונומיה או בכבוד? נראה שלא. זהו מצב של מימוש האוטונומיה – החולה מממש את סיפור חייו באופן מסוים. הוא בוחר בנקודת זמן מסוימת להעביר את ההחלטה בנוגע לטיפול בו לרופא מבלי לדעת פרטים, ועל כן אין לראות בכך פגיעה בסיפור חייו. המטופל בחר לשתף את הרופא בכתיבת פרק זה של סיפור חייו, ובכך פעל בצורה אוטונומית.¹⁵⁵ במקרים אלו ספק גם אם אפשר לדבר על פגיעה בכבוד, שכן גם

ההחליט, השאלה היא אם קיימת תת-קבוצה שלגביה הדבר אינו משנה, ולכן אין פגיעה באוטונומיה, למשל כשהקבוצה (של אלו שאינם שומרי כשרות) אינה רואה חשיבות בעניין. שוני נוסף מתקיים גם במקרים שבהם יש מידע חיצוני כי האוכל שמסופק אינו כשר אף על פי שנאמר שהוא כשר. אי-הגילוי או השקר הוא בבחינת זלזול בכבודי מעצם אי-כיבוד רצוני, ועל כן יש פגיעה, בלי שום קשר למקור האינפורמציה. לעומת זאת אם ידעתי ממקור חיצוני כי מדובר במזון שאינו כשר, לא נפגעה זכותי להחליט החלטה מושכלת בעניין.

151 מקרה כזה אירע באחרונה בטיסה של חברת Easy Jet מתל-אביב ללונדון, שבמהלכה הוגשו בטעות ללקוחות שומרי כשרות כריכים שכללו בשר חזיר. ראו "איזי ג'ט הגישה ליהודים כריכי בשר חזיר בטיסה – והתנצלה" גלובס 23.2.2011 www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1000625833.

152 ראו RIPSTEIN, לעיל ה"ש 16, בעמ' 44.

153 ברור שזה חריג לכלל, וברוב המקרים הבחירה הנגלית כן תעיד על ההערפה. עם זאת רציתי להראות שגם בעניין זה ייתכנו חריגים.

154 דוגמה אחרת היא כאשר אני רוכש מזון בסופרמרקט אורגני, אך אני עושה כן לא מהסיבה שאני חסיד של אוכל אורגני אלא מכיוון שזהו הסופרמרקט הקרוב ביותר לביתי. במקרים אלו אין נשללת ההחלטה או סיפור החיים בגין הצגת המצג המטעה או אי-הגילוי.

155 עמדה זו הולמת את גישתו של קאנט לאוטונומיה של אדם על גופו: "Kant makes the different claim that you are independent if your body is subject to your choice rather than anyone

אם הרופא אולי עובר על החוק, אין הוא פוגע בכבודו של החולה אלא להפך: הוא מקיים את רצונו במלואו. ייתכן שדווקא פעולה פטרנליסטית שאינה שועה לבקשת החולה הייתה יכולה לפגוע בכבודו, ואולי במקרים מסוימים – באוטונומיה של החולה אשר בחר לא לדעת ובחירה זו נשללה ממנו.

ומה כאשר ניסיונו של השופט לסווג את המקרה שבפניו על פי אחת מהדוגמאות השונות אינו מצליח? למשל, הוא אינו מצליח להגיע למסקנה אם התובע היה משנה את דעתו אם לאו. במקרים אלו אפשר להשתמש במונח שכבר נקלט בדיני הנזיקין – סיכון לגרימת נזק – תוך יישומו על דרך של הרחבה גם במקרים של פגיעה באוטונומיה (היינו סיכון לפגיעה באוטונומיה). הבעיה בגישה זו היא שיש בה משום צעד אחד נוסף, אולי אחד יותר מדי, במורד הרחבת האחריות הנזיקית. גישה זו תוביל להרחבה נוספת של ליבת האחריות, שלא ברור אם היא מוצדקת. בתחילת הדרך השימוש באחריות בשל גרימת סיכון נשמר למצבים שבהם הסיכון עדיין לא התממש, ואף לא היה ידוע אם יתממש בעתיד. בהמשך הורחב השימוש באחריות בשל גרימת סיכון למצבים שבהם נגרם נזק ואין יודעים איזה מהסיכונים התממש – הרשלני או הלא רשלני – הרחבה שהיא ייחודית למשפט הישראלי. השלב הבא – החלת הדוקטרינה של סיכון לפגיעה על ראש הנזק של פגיעה באוטונומיה – עלול לקחת אותנו למחוזות רחוקים מדי. מלבד זאת בעקבות הדיון הנוסף בפרשת מלול¹⁵⁶ ספק אם בית המשפט יסכים לילך בנתיב זה.

לסיום תת-פרק זה ברצוני לומר כמה מילים על הסיווג על פי הדוגמאות ועל הפגיעה בכבוד. ייתכן שכאשר המזיק יודע שהמטופל היה משנה את החלטתו בעקבות אינפורמציה שהיה מספק לו, ובכל זאת אינו מוסר לו אותה, הוא פוגע פגיעה בוטה בכבוד המטופל, שראוי כי תוכר כבת-פיצוי (בכפוף לכך שלעתים פגיעה זו נועדה לקדם היבטים אחרים של כבוד האדם – בדומה לדוגמה החמישית). שאלה רלוונטית אחרת בעניין הפיצוי יכולה להיות בדבר ידיעתו של הנפגע על עצם הפגיעה בכבוד. לפחות על פי חלק מן המשמעויות של הפגיעה בכבוד, אי-הידיעה הסובייקטיבית של הנפגע בדבר הזלזול או ההשפלה משמעותה היעדר פגיעה או פגיעה חלשה מבמקרה של ידיעה על הפגיעה, ואילו על פי משמעויות אחרות ידיעתו של הנפגע אינה מעלה ואינה מורידה.¹⁵⁷ אולם

else's, so that you, alone or *in voluntary cooperation with others*, are entitled to decide what purposes you will pursue" [ההדגשות הוספו – א"ן], ראו RIPSTEIN, לעיל ה"ש 16, בעמ'

.14

156 לעיל ה"ש 106.

157 דיון דומה נערך בכל הקשור להבדלים בין ראשי נזק אובייקטיביים לסובייקטיביים: בראש נזק סובייקטיבי (דוגמת כאב וסבל) על הניזוק לחוות את הנזק באופן סובייקטיבי כדי לזכות בפיצוי, ולעומת זאת בראשי נזק אובייקטיביים (דוגמת קיצור תוחלת חיים) אין דרישה שכזו. באותם מקרים התפיסה היא של "נכס", ועל כן גם אם הניזוק לא חווה את הנזק באופן אישי, עדיין יהיה זכאי לפיצוי. להרחבה ראו דוד קציר פיצויים בשל נזק גוף שער רביעי: כאב וסבל 887 (מהדורה חמישית, 2003).

דומה שבמקרים רבים שאלה זו היא תאורטית, שכן ללא ידיעת הנפגע ממילא לא תוגש תביעה נזיקית.¹⁵⁸

ג. בעקבות פרשת דעקה: התפתחות ראש הנזק "פגיעה באוטונומיה" בדין הפוזיטיבי

בפרק הקודם ביקשתי להבהיר את עמדתי שלפיה אין מקום להגדיר את ראש הנזק של פגיעה באוטונומיה באמצעות השיח החוקתי של הזכות לכבוד. מובן כי הערך האובייקטיבי של כבוד האדם יסייע בגיבוש הפרשנות הראויה של ראש הנזק, אולם הפגיעה באוטונומיה אינה חופפת במלואה לפגיעה בזכות החוקתית לכבוד. כמו כן כפי שהערת בפרק הקודם, הישענות על הזכות לכבוד במסגרת הדיון בפגיעה באוטונומיה צריכה להעלות את השאלה מדוע היבט זה של הכבוד ראוי לפיצוי, ואילו היבטים אחרים לא. יתרה מכך, וכפי שכבר הוסבר לעיל, יצירת זהות של פגיעה באוטונומיה עם פגיעה בכבוד עלולה להביא מחד גיסא להרחבה יתרה של האחריות הנזיקית במקומות מסוימים, ומאידך גיסא לצמצומה במקומות שבהם קיימים שיקולים נזיקיים להכרה באחריות (למשל במקרים שבהם יש פגיעה קלה באוטונומיה שאינה עולה כדי פגיעה בזכות החוקתית לכבוד, אולם שיקולים הרתעתיים מצדיקים הטלת אחריות נזיקית בגינה).

בפרק הנוכחי תוצג סקירה קצרה של התפתחות הדין הפוזיטיבי ביחס לראש הנזק של פגיעה באוטונומיה, אשר כפי שניווכח, לא עמדה על ההבחנות המודגמות לעיל בין פגיעה באוטונומיה לבין פגיעה בכבוד. לאחר השלמת הסקירה אפנה בפרקים הבאים להגדרת ראש הנזק ולדיון בשיקולי המדיניות שראוי כי ינחו את בית המשפט בעיצובו. למעלה מעשור חלף מאז ניתן פסק הדין בעניין דעקה, ובתי המשפט מצאו עצמם מתמודדים פעמים נוספות עם הצורך לתחום את גבולותיו של ראש הנזק בגין פגיעה באוטונומיה. פרק זה יעסוק בעיצובו של ראש הנזק כפי שהוא משתקף מכמה פרשות מובילות שעסקו בשאלה במשך הזמן שחלף מאז ניתן פסק הדין בעניין דעקה. יש לזכור כי הלכת דעקה עמדה ברקע ההלכות שבאו בעקבותיה ובמידה רבה תחמה את הדיון שפותח בהן. נראה שלא במקרה שב בית המשפט ועמד על קיומו של קשר כל יינתק בין

¹⁵⁸ שאלה זו יכולה להיות רלוונטית בתביעות ייצוגיות, שכן באלו קבוצה גדולה מן הנפגעים אינה מודעת כלל לעצם הפגיעה בכבודם. בנוסף, השאלה רלוונטית במקרים של ידיעה נרכשת על הפגיעה בדיעבד. העובדה שבדיעבד אדם לומד כי זלזלו בזכויותיו בזמן הווה יכולה לדרבן אותו להגיש תביעה. שאלה היא כיצד יש להתייחס לאותה ידיעה מאוחרת על הפגיעה בכבוד אשר נרכשת ממקורות משניים, ואם יש לבחון אותה באותם משקפיים של פגיעה ישירה בהווה, שאליה נחשף הנפגע באופן בלתי אמצעי.

זכותו החוקתית של האדם לכבוד לבין הזכות לאוטונומיה. הטשטוש המושגי שהחל בפרשת דעקה הכה שורשים והפך לנחלתם של מרבית פסקי הדין. דומה שבמידה רבה הפסיקה מגבילה את ההגנה על האוטונומיה למצבים שבהם הפגיעה בה חופפת לפגיעה בזכות החוקתית לכבוד תוך התעלמות משיקולי מדיניות פנים-נוזיקיים שהיו עשויים להשפיע השפעה ניכרת על עיצוב ההגנה.

הפרשה הראשונה שאליה אבקש להתייחס ניתנה בבית המשפט העליון כארבע שנים לאחר ההכרעה בעניין דעקה, ועניינה בפרשת תנובה.¹⁵⁹ פסק הדין שניתן בעניין זה הוא מרכיב חשוב נוסף בשרשרת פסקי הדין שעיצבו וגיבשו את ראש הנוק של פגיעה באוטונומיה. באותו מקרה שיווקה חברת תנובה ללקוחותיה חלב המכיל סיליקון. תנובה הסתירה עובדה זו, התכחשה לה לאורך זמן רב והטעתה את הצרכנים. טענת ההגנה של תנובה הייתה כי לתובע לא נגרם נזק ממשי עקב צריכת החלב ובו הסיליקון, ולא הוכח שצריכת סיליקון, בריכוז הנמוך המצוי בחלב, מזיקה או עלולה להזיק. בית המשפט הכיר באותו מקרה בפגיעה באוטונומיה בגין הטעיה בדבר תכולת החלב, והדגיש את תחושות הגועל של הנפגע כאשר נודע לו על קיומו של הסיליקון בחלב. על פי דעת הרוב, הטעיה בדבר תכולת החלב היא לכאורה (כך בלשונו של בית המשפט) בגדר פגיעה באוטונומיה של הפרט.

ההנמקה בפרשת תנובה והדגש בה שונים במקצת מההנמקה בפרשת דעקה. ראשית, פסק הדין מוציא את הפגיעה באוטונומיה מההקשר של יחסי רופא-חולה והופך את הדיון לכללי יותר.¹⁶⁰ שנית, בפרשת דעקה דיברו על הפגיעה בזכות החולה לבחור אף על פי שהוכח שהחולה לא הייתה משנה את החלטתה, ואילו הרציונל בפרשת תנובה היה שלצרכן זכות להחליט מה יאכל. לו ידע הצרכן מהי תכולת החלב, הוא היה בוחר שלא לשתות אותו.¹⁶¹ בעניין זה אומר בית המשפט:

159 לעיל ה"ש 145.

160 הדיון בנוגע לנזק הנגרם בשל הפגיעה באוטונומיה הוכר מאז בהקשרים נוספים, ביניהם: סירוב למתן גט (ראו למשל, בג"ץ 2123/08 פלוני נ' פלונית, פס' 17 לפסק דינה של השופטת ארבל (פורסם בנבו, 6.7.2008)); תקיפה מינית (ראו למשל, ת"א (מחוזי חי') 206/07 פלוני נ' אלמוני, פס' 33 לפסק דינה של השופטת בר-זיו (פורסם בנבו, 9.3.2010)); סחר בבני אדם (ת"א (מחוזי ת"א) 2191/02 ק' א' נ' איגור, פס' 9 לפסק דינה של השופטת לבהר שרון (פורסם בנבו, 8.3.2006)); וניהול הליך משפטי בדרך של פשרה ללא הסכמת הלקוח (ת"א (מחוזי חי') 907-05 מרקו נ' איילון חברה לבטוח בע"מ (פורסם בנבו, 5.9.2010)).

161 ייתכן שהדגש השונה בפסק הדין מתקשר לעניין הסיבתיות, שכן ההנחה היא שאם היו אומרים ללקוחות, לפני שצרכו את החלב שמכיל סיליקון, ולמרות שלא הוכח שסיליקון גורם נזק, כי הוא מכיל אותו, היו הם נמנעים מצריכת החלב ועל כן, משנים את החלטתם. בית המשפט מדגיש את תחושת הגועל של הצרכנים מכך שצרכו חלב שמכיל סיליקון, ממנה לכאורה ניתן להבין שגילוי מוקדם היה מביא לאי-צריכת החלב.

הטעיה בדבר תכולת החלב במקרה זה היא לכאורה בגדר פגיעה באוטונומיה של הפרט. אנו עוסקים במוצר מזון. זכותם של צרכנים היא לקבוע מה יכניסו לפיהם ולגופם וממה יימנעו. מי שרוצה למשל לצרוך רק מזון כשר, ויסתבר לו בדיעבד שהמזון שהוצג תוך הטעיה איננו כזה, יחוש תחושת גועל ופגיעה באוטונומיה שלו. כך יחוש גם מי שצורך רק מזון אורגני, והתברר לו בדיעבד שמזון שפורסם כמזון אורגני איננו כזה. מי שמבקש לקנות חלב דל שומן דווקא לא יסכין עם כך שימכרו לו תוך הטעיה חלב שבו שיעור השומן גבוה, ולהפך. בכל המקרים הללו ובמקרים רבים אחרים שניתן להעלות על הדעת, ישנה פגיעה באוטונומיה של הפרט, אף שאין עמה נזק גוף או סכנה ממשית לנזק גוף. לכל צרכן וצרכן העדפות בנוגע למזונותיו, העדפות המבטאות לעתים את האידאולוגיה שהוא מאמין בה כדרך לחיים נכונים או בריאים. אכן, זה שאינו שומר כשרות יוכל לומר לשומר הכשרות: מה קרה אם אכלת מזון שאינו כשר; לא נגרם לך כל נזק. לא זו השקפתו של מי שמבקש לשמור על כשרות או לאכול רק מזון אורגני או מזון דל שומן¹⁶² [ההדגשה הוספה – א"י].

בקטע זה אפשר לראות כי בית המשפט מערבב בין נזק של פגיעה באוטונומיה לבין נזקים שאפשר לסווגם ככאב וסבל או אבדן הנאות חיים, המתבטאים בתחושת הגועל עקב צריכת הסיליקון. אמנם בית המשפט מדגיש את הפן של יכולת הבחירה של הצרכן וחיבתו¹⁶³ אך מנגד במקום אחר¹⁶⁴ הוא מדגיש גם את הסטייה מהתקן של היצרן ואת העובדה שתנובה ידעה שהציבור מתנגד להוספת הסיליקון, דהיינו מדגיש את ההליך

162 עניין תנובה, לעיל ה"ש 145, פס' 10 לפסק דינה של השופטת נאור.

163 שאלה חשובה היא באיזה אופן יש לבדוק את הפגיעה באוטונומיה. בעוד שהפגיעה באוטונומיה נעשית ברגע הבחירה, הרי שלפי בית המשפט עצמתה תיבחן רק בדיעבד. עם זאת בעייתי להביא בחשבון אירועים מאוחרים והתרחשויות שלא היה ידוע עליהם בשעת ההחלטה, שכן אלו לא הובאו בחשבון במסגרת הבחירה ולא נכללו במסגרת השיקולים שהניזוק היה מביא בחשבון. לכן אפשר לומר כי גם אם נגרמו נזקים שכאלו, הרי שפעמים רבות אין קשר סיבתי ביניהם לבין המעשה העולתי.

164 וראו לעניין זה את עניין תנובה, לעיל ה"ש 145, פס' 11 לפסק דינה של השופטת נאור ("החדרת סיליקון לחלב בניגוד לתקן היא פגיעה באוטונומיה של הפרט, עם זאת אין להבין מדבריי שכל מקרה של סטייה מהוראות תקן או דיווח לא נכון על תכולתו של מזון יצדיקו תביעה. עשויים להיות מקרים לא מעטים שבהם סטייה קלה מהוראות תקן זה או אחר, גם כשהדברים נוגעים למזון, לא יהיה בה כדי להצדיק תביעה אישית וממילא גם לא תביעה ייצוגית. אין הצדקה לתביעה כאשר הפגיעה היא בגדר de minimis [...] תנובה עצמה הבינה שישנה התנגדות רחבה בציבור להוספתו של סיליקון לחלב. תנובה לא הייתה נכנסת למסע ההכחשות כשהכחישה את התלונה בדבר החדרת הסיליקון אלמלא הבינה בעצמה שאין מדובר בעניין של מה בכך").

ואת הפגיעה והזלזול בזכות ולא רק את שלילת האפשרות לממש את האוטונומיה.¹⁶⁵ זאת ועוד, אם הדגש היה מושם בקיפוח זכות הבחירה ובכפייה של סיפור חיים על ידי תנובה, לא הייתה "תחושת הגועל" של הצרכן פרט חיוני בשאלת אחריותה של הנתבעת. לעומת גישת הרוב מדגישה השופטת פרוקציה בדעת מיעוט את מרכיב הנזק שכרוך בשינוי סיפור החיים. השופטת מסכימה כי פגיעה שכזו יכולה להיות פגיעה בת-פיצוי, אולם היא מגבילה זאת למקרים שבהם סיפור החיים משתנה שינוי ניכר.¹⁶⁶ גישתה, המצמצמת יותר מגישת הרוב, מתמקדת לא במזיק אלא בצרכן. בעניין זה היא אומרת:

סטיות מתקן אמנם מהוות הפרה של חוק שאין להקל בה ראש, ועל אכיפתם של נהלים בעניין גילוי מלא של מרכיבי מוצרים יש להקפיד. עם זאת אין להניח כי כל הפרת תקן – ותקן מזון בכלל זה – תצמיח מעצמה, ובהכרח, עילה לפיצוי בלתי ממוני לצרכן גם מקום שלא נגרם לו מכך נזק בריאותי כלשהו, וכאשר לא ביסס העדפה מוגדרת למוצר בעל מאפיינים

165 ייתכן שיש לראות באמירות אלו התייחסות לעצם המעשה העוולתי שגרם לנזק, להבדיל מהתייחסות לנזק עצמו, שכן הן נאמרות אגב הפניה לפגיעה באוטונומיה – ראו עניין תנובה, שם, בעמ' 684. לניתוח שונה של פסק הדין בהקשר של ההגנה על האוטונומיה ראו קרן-פז, לעיל ה"ש 47, בעמ' 205–208. לגישתו של קרן-פז, הן בעמדת הרוב והן בעמדת המיעוט היה ערוב בין הנזק התוצאתי, הנובע מהפגיעה באוטונומיה, לבין הנזק של שלילת כוח הבחירה. לדבריו, לא נעשתה הבחנה בין עצם הפגיעה באוטונומיה של התובע בשלילת המידע לגבי הסליקון לבין תחושות הגועל. עם זאת הוא גורס כי למרות ערוב זה אפשר לפרש את פסק הדין כמושתת על פיצוי בשל פגיעה באוטונומיה. הוא סומך את דעתו בין היתר על פסיקה מאוחרת יותר באותה פרשה, של בית המשפט המחוזי, שם הוא מזהה מגמה מרחיבה בעניין דרכי ההוכחה של התביעה הייצוגית. כמו כן קרן-פז גורס כי מידע מאוחר שנודע לצרכן לאחר הצריכה של החלב יכול להשפיע על גודל הפגיעה באוטונומיה ולהפוך אותה למשמעותית יותר.

166 אכן עשויים להיות מצבים קיצוניים שבהם הטעיה באשר למרכיבו של מוצר אכילה, גם כשאין בהם נזק בריאותי, עשויה להיות בעלת חשיבות מיוחדת לצרכן מהיבטים שונים, למשל מבחינה ערכית, מבחינת השקפת עולמו או בשל קיומה של העדפה מוגדרת למוצר בעל מרכיבים מסוימים לצורך השגת תכלית מסוימת. למשל, הצגת מוצר אכילה ככשר אף שאינו כשר, הצגת מזון כמזון אורגני אף שאינו כזה, או הצגת מוצר כדל-שומן אף על פי שלמעשה הוא רב-שומן – אלה עשויות במקרים מסוימים להוליד נזק לא ממוני, שאפשר לומר במידה גבוהה של ודאות כי הוא נגרם באורח טבעי ובמהלכם הרגיל של הדברים ישירות מעולת הנתבע. בסוג מקרים אלו מצויה בלב הצרכן העדפה ברורה ומוגדרת למוצר בעל אפיון מסוים – בין העדפה שמקורה בערכי דת והשקפת עולם, בין העדפה הנובעת מערכי טבעונות ובין העדפה שתכליתה לשלוט בהיקף הקלוריות הנצרכות מהמזון, וכיוצא באלה עניינים. פגיעה בהקשרים אלו בזכותו של הצרכן לבחור את המוצר הראוי בעיניו היא פגיעה ממשית בתחום העדפותיו כפרט, ונזקו הכללי מפגיעה זו אינו קשה להוכחה.

מסוימים דווקא. על הצרכן מוטל נטל לבסס קיומו של נזק כזה, ואין הדברים ברורים מאליהם.¹⁶⁷

השופטת פרוקצ'יה מגיעה למסקנה שהמקרה אינו נופל בגדר המקרים שבהם "הטעיה או טעות לגבי מרכיביו של מוצר עלולים לגרום לצרכן פגיעה רגשית ממשית שמקורה במחויבות לערכים, להשקפות או בהעדפה מיוחדת למטרה מוגדרת".¹⁶⁸ כמה שנים לאחר מכן דן בית המשפט העליון בערעור בעניין עזבון צבי.¹⁶⁹ כפי שתואר במבוא, פרשה זו עסקה באישה אשר הגיעה לבית החולים בשבוע ה-37 להריונה העשירי וקיבלה – ללא מתן הסכמה מדעת וללא קבלת הסבר על הסיכונים הכרוכים בכך – תרופה לזירוז הלידה מסוג פיטוצין. בית המשפט נחלק בדעתו לעניין ערעורו של בית החולים בגין הטלת האחראיות עליו בשל פגיעה באוטונומיה של המטופלת, אולם כזכור דעת הרוב ודעת המיעוט כאחד פעלו על פי החיבור שעשה בית המשפט בפרשת דעקה של זכות המטופלת לאוטונומיה עם כבוד האדם שלה. השופט דנציגר ציין בהקשר זה כי "הפיצוי במקרה זה נובע מן ההכרה כי בביצוע פרוצדורה רפואית בגופו של אדם שלא בהסכמתו המודעת ישנה פגיעה בכבודו ובזכותו לאוטונומיה";¹⁷⁰ השופט רובינשטיין המשיך וקבע כי "בהתאם לכך, נגזרה מזכותו של אדם לאוטונומיה זכותו לקבל מידע על טיפול רפואי שאותו קיבל בבית חולים [...] דברים אלה כרוכים לדידי אינהרנטית בכבוד האדם של החולה";¹⁷¹ המשנה לנשיאה ריבלין הגדיל וקבע כי מדובר בעילת תביעה שנתקיימה בשל היותה עוולה חוקתית.¹⁷² איש מהשופטים לא ערך הבחנה בין הזכות לאוטונומיה לבין הזכות החוקתית לכבוד האדם.

כעבור שנה נוספת דן בית המשפט בעניין בן דוד נ' ד"ר ענטבי.¹⁷³ תחילתה של פרשה זו בשנת 2004, אולם פסק הדין ניתן בבית המשפט העליון בתחילת שנת 2011. המערערת, צביה בן-דוד, הרתה היריון חמישי, מרובה עוברים, שהושג הודות להפריה מסוג ICSI שעברה עקב קשיי פרייון. סריקה על-קולית שנעשתה במערערת במהלך ההיריון הצביעה על ממצא חשוד בחדר הלב של אחד העוברים, אולם הרופא המטפל הרגיע את חששותיה באמרו כי מדובר בממצא חסר חשיבות. כעבור זמן מה התברר כי שניים מהתינוקות נולדו בריאים, אולם העובר בעל הממצא החשוד, שבאותה העת כבר היה התינוקת מאיה, סובל מתסמונת דאון. בית המשפט המחוזי קבע כממצא עובדתי כי

167 עניין תנובה, לעיל ה"ש 145, פס' 14 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.

168 שם, פס' 15 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.

169 לעיל ה"ש 2.

170 שם, פס' 43 לפסק דינו של השופט דנציגר.

171 שם, פס' ז' לפסק דינו של השופט רובינשטיין.

172 שם, פסק דינו של השופט ריבלין.

173 ע"א 9936/07 בן דוד נ' ענטבי (פורסם בנבו, 22.2.2011).

הרופא נמנע מלהסביר להורים את הקשר בין הממצא החשוד לבין התגברות הסיכוי לתסמונת דאון, ולא פירט לפנייהם מהן האפשרויות העומדות בפניהם.¹⁷⁴ הוא קייב את הרופא ושקלל לסכום הפיצויים שקבע פיצוי בגין הפגיעה בזכות ההורים לאוטונומיה. בית המשפט העליון קיבל את הערעור בחלקו והורה על הגדלת סכום הפיצויים בגין הפגיעה באוטונומיה. מעל לעשר שנים מאז ניתן פסק הדין בעניין דעקה קבע השופט הנדל כי "בשלה העת לפסוק סכום פיצויים שאינו בהכרח 'סמלי'".¹⁷⁵ פסקה זו מלמדת על השורשים שהצמיח ראש נזק זה ועל הטמעתו בדין הפוזיטיבי. עם זאת גם בפסק דין זה לא נערכה הבחנה בין הזכות לאוטונומיה לבין הזכות לכבוד, ונקבע כי "האדנים עליהם הושתתה ההלכה בדבר פיצוי נפרד בגין פגיעה באוטונומיה הינם חוקתיים – זכויות היסוד של האדם לכבוד ולחירות".¹⁷⁶ עוד העיר השופט הנדל כי "אין לשכוח כי האוטונומיה של היחיד ניצבת בליבת כבוד האדם".¹⁷⁷ נראה לי כי בפרשה זו אכן נפגעה האוטונומיה של המטופלת באופן העולה כדי פגיעה בכבוד, ולכן הזיהוי בין הזכויות לא גרע מהתוצאה הסופית של פסק הדין. עם זאת, וכפי שאפרט בהמשך, הסכנה במגמה המוסיפה לזהות את האוטונומיה עם הזכות החוקתית לכבוד האדם תצוץ אל פני השטח במקרים הקשים, שלא יפלו בתחום החפיפה שבין האוטונומיה לבין הכבוד, כפי שתוארו בפרק הקודם.

מבלי להרחיב את היריעה יתר על המידה אציין כי מגמת החיבור בין האוטונומיה לבין הכבוד באה לידי ביטוי בעוד פסקי דין באופן המלמד על עקביות בהכרה זו.¹⁷⁸ הכרעת בית המשפט בעניין דעקה – כמו גם בפרשות שבאו אחריו – משאירה אותנו בערפל באשר למטרה שביקש בית המשפט להשיג באמצעות הדוקטרינה שעליה עמד. האם ראש הנזק החדש שנוצר נועד להגן על זכותו של הנפגע לכבוד או שההגנה היא על מימוש הזכות לאוטונומיה ויישום בחירתו האינדיווידואלית של הנפגע? ייתכן שהשופטים ביקשו לקדם את שתי המטרות גם יחד, והדבר התאפשר בשל הנסיבות שבהן קידום כל אחת מן המטרות הוביל לאותה תוצאה. בפרשת דעקה נפגעה זכותה של המטופלת לקבל

174 ת"א (מחוזי ים) 7183/05 בן דוד נ' ענטבי (פורסם בנבו, 15.11.2007).

175 עניין ענטבי, לעיל ה"ש 173, פס' 11 לפסק דינו של השופט הנדל.

176 שם.

177 שם.

178 ראו עוד עניין מגדל חברה לביטוח, לעיל ה"ש 56 ("לכל אדם עומדת הזכות לכתוב את סיפור חייו. זוהי האוטונומיה של הפרט, הנגזרת מכבוד האדם שלו ומחירותו"); רע"א 1412/94 הסתדרות מדיצינית הדסה עין-כרם נ' גלעד, פ"ד מט(2) 516 (1995) ("כנגד זכות זו עומדת חובת הרופא ובית החולים למסור לחולה את המידע שבידם באשר לטיפול שקיבל, תוצאותיו ועלילותיו [...] זכות זו נגזרת מחובת הזהירות הכללית אשר הרופא ובית החולים חבים לחולה. היא נגזרת מזכותנו לדעת על עצמנו, המהווה ביטוי לאוטונומיה של הרצון הפרטי של האדם והמבטאת את כבודנו כאדם (ראו סעיפים 2 ו-4 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו)"); עניין שטנדל, לעיל ה"ש 104, בעמ' 767.

מידע – הן במוכן של זלזול או פגיעה בכבודה והן במוכן של פגיעה ביכולתה לממש את זכות הבחירה – שכן ללא המידע היא לא הייתה יכולה לקבל החלטות מושכלות. גם בפרשת תנובה אפשר לטעון כי הפגיעה בכבוד והפגיעה באוטונומיה התלכדו אף על פי שהזלזול לא היה באדם מסוים, ובית המשפט לא נדרש לשאלה אם זלזול בקבוצה מקים פגיעה בכבוד של כל אחד מחבריה.¹⁷⁹ אך השאלה הקשה יותר היא מה יהיה הדין במקרים שבהם הפגיעה באוטונומיה והפגיעה בכבוד יובילו לתוצאות שונות. במילים אחרות, האם הדגש הוא בפגיעה בכבוד – בין שמדובר בתהליך עצמו (המשפט מגן על הצורך לכבד אותי, ללא קשר לשאלה אם נפגעת באופן סובייקטיבי) ובין שמדובר באופן שבו נפגע כבודו הסובייקטיבי של אדם – או שמא הדגש הוא בפגיעה באוטונומיה ובאופן הבחירה האישי, שבעקבות העוולה נמנע מהנפגע לממשו. במקרה אחרון זה יינתן פיצוי רק אם נמנע מהנפגע לממש את זכות הבחירה שלו.

ד. דיון נורמטיבי: תחימת גבולותיו של ראש הנזק

1. מבוא

מהדיון שנערך לעיל עולה כי יש לערוך הבחנה ברורה בין הפגיעה באוטונומיה לבין הפגיעה בכבוד בהקשרים השונים, ואל לנו להניח כי אחת הן.¹⁸⁰ בפסיקה נערך דיון אמתי על הכרה בפגיעה באוטונומיה, אך לא נערך דיון דומה בהקשר של פגיעה בכבוד, וזו נכרכה שלא בצדק בדיון בפגיעה באוטונומיה. כלומר, הפיצוי במקרה כזה חורג מגדר ההגנה על האוטונומיה אשר הוכרה ככת-פיצוי בפרשת דעקה אף על פי שההגנה עליה עוגנה כחלק מכבוד האדם.

ומה אם במקרים אלו, אף על פי שלא נפגעה האוטונומיה, אפשר לבסס פגיעה בכבוד באחד ממובניו?¹⁸¹ שאלת הפגיעה בכבוד כראש נזק מצדיקה דיון נפרד ועצמאי, שחורג מגדרו של מאמר זה. על כן אגע בה רק בקצירת האומר. אמנם ייתכן שהמשפט ירצה להכיר בפגיעה בכבוד כנזק ב-פיצוי. כאמור, כבר עתה קיימים בשיטת המשפט הישראלי חוקים אשר מגנים על אלמנטים של כבוד הנפגע במונחים של אינטרסים

179 בנוסף, ייתכן כי הפגיעה באוטונומיה משתנה מחבר קבוצה אחד לחברו ולגבי חלקם בכלל איננה קיימת. ראו לעיל ה"ש 144–146 והדיון בטקסט הצמוד לה, וכן הדיון בדוגמה הרביעית.

180 ראו למשל סטטמן, לעיל ה"ש 54, בעמ' 575: "הצורך להראות שכל פגיעה בחירות שאנו רוצים להגן מפניה היא באחת גם פגיעה בכבוד, ולכן פגיעה באוטונומיה אישית, מוביל לתוצאות שהשכל הישר מתקשה לקבלן".

181 על הקונספט של הכבוד לזולת ותפיסתו הנפרדת כערך שיכול להיות מוגן ראו, Stephen L. Darwall, *Two kinds of Respect*, 88 ETHICS 36 (1977).

ספציפיים כגון שמירה על פרטיותו או על שמו הטוב. אולם הרחבתם לכלל גישה מרחיבה וכוללת של פיצוי בגין פגיעה בכבוד ללא הגבלה לאינטרסים ספציפיים תהיה לדעת מרחיקת לכת ובלתי מעוגנת מבחינה יוריספרודנטלית.¹⁸²

חשוב להדגיש כי ראש הנזק של פגיעה באוטונומיה, אף על פי שהוא מצומצם מהפגיעה בכבוד על כלל היבטיו, כשלעצמו הוא פיתוח ישראלי שאין לו אח ורע בעולם. הרחבתו של מונח הכבוד והכרה בכך שפגיעה בו, ללא מאפיינים ספציפיים, היא ראש נזק, תחרוג עוד יותר ממשפט העמים. על כך כבר נאמר כי בהיעדר אמת מידה מוסרית או פילוסופית כדי לקבוע מהי פגיעה בכבוד, השימוש הרטורי והרגשי במושג זה במשפט הישראלי הולך ורב, והיכולת לערוך דיון רציונלי בטענות המועלות בהקשר של פגיעה בכבוד הולכת ונחלשת.¹⁸³ כבר היום נטען נגד המערכת המשפטית כי "בשל החשיבות של המושג כבוד ובשל המעמד החוקתי שלו, בתי-המשפט [...] מנסים לאחוז את החבל בשני קצותיו: בקצה האחד לאחוז במעמד המיוחד והמרומם של הכבוד האנושי בנוסח קאנט, ובקצה האחר לאחוז באפשרות לגזור ממעמד זה מסקנות הלכה למעשה. ברם, דרך זו סופה לזרוע עמימות ומבוכה לגבי משמעותו והשלכותיו של המושג כבוד".¹⁸⁴

כל זאת כמובן טעון דיון רחב ונפרד, שקצרה היריעה מלדון בו ברשימה זו.¹⁸⁵

לפיכך לדעתי ראוי שהפגיעה בכבוד והפיצוי בגינה יטופלו בזהירות. למשל, ראוי כי הכרה בהיבטים נוספים של כבוד האדם כבני-פיצוי לא תיגזר ישירות מהזכות החוקתית הסובייקטיבית לכבוד האדם. יהיה אפשר להשיגה באמצעות פרשנות מושג הנזק בפקודת הנזיקין, פרשנות אשר תשאב היבטים נוספים מתוך הערך החוקתי (האובייקטיבי) של כבוד האדם. כך גם המשפט המקובל נוהג בפגיעה בכבוד במשורה, במיוחד בהקשרים

182 וראו בעניין זה את דברי השופט זמיר: "בפסיקה שלאחר חוק היסוד: כבוד האדם וחירותו מפורזות אימרות אגב המוצאות פנים הרבה בחוקי היסוד. בעיקר כך בזכות לכבוד [...] אני מבקש להזהיר עצמי בהקשר זה, מפני אמרות אגב המוצאות דרכן בין השורות של פסקי הדין, בנושא עקרוני ויסודי כל כך, ללא דיון עמוק לגופו של עניין כחלק מתחייב של הפסק" (בג"ץ 453/94 שדולת הנשים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד מח(5) 501, 536 (1994)).

183 שם, בעמ' 548. אמנם דיני הנזיקין שלל אמצעים להגבלת היקף החבות גם במקרים שבהם פגיעה באינטרס מסוים מוכרת כראש נזק. עם זאת דיני הנזיקין הססניים מאוד בהרחבת האחריות הנזיקית בכיוונים של יצירת ראשי נזק חדשים והם עושים זאת במשורה ולאורך זמן. דוגמה טובה לכך היא הנזק הנפשי הלא ממוני שנגרם לצדדים שלישיים ללא שהוא מלווה בנזק גוף. על פיצוי מכוח ראש נזק זה הוטלו מגבלות רבות לאחר ששנים לא הוכרה בעניינו כל חובת זהירות. דומה שהמקרה של הכבוד בעייתי עוד יותר – הן בהגדרה מהו הנזק, הן באשר לגודלו ובאילו מקרים הוא מתרחש והן ביכולת "לזייף" נזק.

184 סטטמן, לעיל ה"ש 54, בעמ' 551.

185 ייתכן שלצד המערכת הנזיקית אפשר להשתמש במערכת הפלילית או המשמעטית כדי להשיג תוצאות רצויות.

הנזיקיים, ואפשר פיצוי בגינה רק במקרים מוגדרים וברורים ולאחר ששקל את ההשלכות של החלטתו במגוון רחב של שיקולים.¹⁸⁶ לענייננו, בדומה לפגיעה בכבוד, גם כאשר עסקינן בפגיעה באוטונומיה ראוי להטיל מגבלות על החבות הנזיקית. בהנמקות לכך אגע להלן בפרק זה, ולאחר מכן אטפל בכלים השונים לתחימת ראש הנזק.

2. הצורך בהגבלת האוטונומיה

למרות חשיבותה הגדולה של האוטונומיה קיומם של חיי חברה תקינים מחייב, בצורה כזו או אחרת, את הגבלתה.¹⁸⁷ אחרי הכול, פגיעה באוטונומיה, במונחים של הגבלת אפשרויות הבחירה של פרטים בחברה, נעשית בכל יום – בין על ידי המדינה ובין על ידי הפרטים עצמם.¹⁸⁸ לדוגמה, אף על פי שראובן רוצה לנסוע במהירות של 150 קמ"ש, המדינה מגבילה את יכולת הבחירה שלו ושוללת ממנו דרך חיים מסוימת – אולי מלאת ריגושים – אך היא עושה זאת מטעמים טובים. דוגמה נוספת של פגיעה חמורה יותר אפשר לראות בחובה לשרת בצבא. בדומה, כאשר על עובד מוטלות מגבלות מסוימות הקשורות למקום העבודה מצד מעבידו, כגון האיסור לצאת להפסקת צהריים ארוכה משעה או החיוב לחבוש כובע מגן, נשללות ממנו אפשרויות רבות.¹⁸⁹ אמנם זכויות

186 המקרה המובהק ביותר להגנה על פגיעה בכבוד הוא חוק איסור לשון הרע, אולם קיימים מקרים נוספים שנוגעים בנקודה זו. ראו למשל את הדוגמאות שהובאו בעניין דעקה, לעיל ה"ש 9: ע"א 558/84 כרמלי נ' מדינת ישראל, פ"ד מא(3) 757 (1987) – שם דנו בפגיעה בכבודו ובחירותו של אדם, הטבועה בעצם אשפוזו בכפייה ושלא כדין בבית חולים לחולי נפש; ע"א 1730/92 מצראווה נ' מצראווה (פורסם בנבו, 29.3.1995) – שם נקבע כי הסבל שנגרם לאישה לאחר שבעלה גירש אותה בעל כורחה הוא נזק בר-פיצוי. דוגמאות נוספות אפשר למצוא למשל בע"מ (מחוזי י-ם) 595/04 פלוני נ' אלמונית (פורסם בנבו, 24.2.2005) – שם נקבע כי אין מניעה להכיר בהתנהגות מבוזה, משפילה ומתעללת של בן זוג בזוגתו כמעשה עוולה של רשלנות; כן בתמ"ש (משפחה י-ם) 18551/00 ק' ס' נ' ק' מ', פ"מ התשס"ד(3) 201 (2004).

187 ראו RIPSTEIN, לעיל ה"ש 16, בעמ' 5–6.

188 Atkins, לעיל ה"ש 19, בעמ' 74: "So, respect for autonomy as freedom to pursue one's own conception of the good life is not as simple as Mill's liberalism seems to put it. It does not mean leaving people alone to make of their lives what they may; it means making a place within our collaborative existences for each other's specific values and differences"

189 Richard Norman, 'I Did It My Way': *Some Thoughts on Autonomy*, 28 J. PHIL. & EDUC. 25 (1994): "Respect for each person's autonomy, understood as their capacity to live their own life, debars us from depriving them of their life, or from trying to live it for them. As I have indicated, this does not mean that we are debarred from acting against a person's particular desires, but our doing so is limited by the requirement that he or she should remain the author of his or her own life"

רבות של העובד מוגנות בחוק, אך אפשר להטיל עליו מגבלות רבות אשר לפחות לכאורה פוגעות בסיפור חייו. מגבלות כאלו קיימות גם בנוגע למכלול האינפורמציה והמידע הניתן לפרטים בחברה. אמנם קיימים מצבים, כדוגמת ההסכמה מדעת בהקשר הרפואי, שבהם, על פי המשפט הנוהג, זכאי מטופל לקבל מידע מן המטפל לשם בחירת הטיפול הראוי בו, אך מגבלות דומות אינן חלות במקרים אחרים. למשל, אין חובה על רוכל בשוק לדווח לקונה כי בדוכן שלידו הירקות נמכרים במחירים זולים יותר או באיכות טובה יותר. היעדר אינפורמציה זו אולי פוגעת ביכולת הבחירה של הקונה, אך המשפט איננו מגן עליו מפני פגיעה זו.¹⁹⁰

המשפט המקובל לא הכיר בראש נזק נפרד של פגיעה באוטונומיה כחלק מן הנזקים ה"קלאסיים" שבגינם זכאי הניזוק לפיצוי. יש להניח שהדבר נבע משיקולי מדיניות,¹⁹¹ כגון קשיים ראייתיים,¹⁹² חשש לתרמית,¹⁹³ הגבלת-יתר של פעילות המזיק¹⁹⁴ או הרחבת-יתר של חביותיו.¹⁹⁵ למעשה, גם במשפט הישראלי של היום עולם שלם ומגוון של "תאונות"

190 יעקב, לעיל ה"ש 29, בעמ' 639.

191 Marjorie Maguire Shultz, *From Informed Consent to Patient Choice: A New Protected Interest*, 95 YALE L.J. 219, 291–299 (1985).

192 קרן-פז, לעיל ה"ש 47, בעמ' 216, ה"ש 94: "בפרשת עלי דעקה, מתעוררת שאלה ראייתית [...]". מעניין שבית המשפט סבר בעניין זה שפסיקת הפיצוי אינה מותנית בהצגת ראיות מפורטות מצד החולה באשר לשיעור הנזק שסבל. במקרים מסוג זה כאשר אנו עוסקים בנוק כללי, כך קבע בית המשפט, עשוי בית המשפט לפסוק בנסיבות מתאימות פיצוי כספי מסוים אף בהיעדר הוכחה מפורטת של נזק ממשי (ראו עניין דעקה, לעיל ה"ש 9, בעמ' 584–586).

193 קרקר-אייל, לעיל ה"ש 126, בעמ' 531 ("אי-אפשר להתעלם מקושי מרכזי [...] הקושי להעריך את הפיצוי לו זכאי הניזוק [...] קיים חשש בלתי מבוטל שעדויותיהם של הניזוק ושל הקרובים לו תושפעה על-ידי האינטרס האישי שיש לזה בהצלחת התביעה ובסכום הפיצוי [...]").

194 אשר לחשש מפני הרעת-יתר ומפני רפואה מתגוננת ראו שם, בעמ' 501.

195 בעניין זה אפשר ללמוד על דרך האנלוגיה מהחשש להרחבת האחריות בתחומים אחרים כגון במקרים של נזק נפשי, נזק כלכלי ועוד. ראו רע"א 444/87 אלסוחה נ' עזובן דהאן, פ"ד מר(3) 397, 421 (1990) – שם היה החשש להרחבת חוג התובעים וגובה התביעות גם יחד: "[...] ראינו, כי על מבחן הצפיות הטהור מולבשים שיקולי מדיניות במגמה לצמצם את גבולות האחריות ולהוציא מכלל הזכאים לפיצוי את אלה אשר על אף שזקם צפוי בנסיבות העניין נמצא, כי אינם ראויים לפיצוי מטעמים שונים (ובהם החשש להכבדת יתר על נתבעים, החשש מהצפת בתי המשפט בתביעות, בחלקן תביעות סרק, וכדומה). רק כך ניתן להסביר, למשל, את העיקרון [...] בדבר היעדר פיצוי בגין נזקים נפשיים שנגרמו כתוצאה מתאונה עצמית רשלנית". בנוסף, ראו בעניין זה תמר גדרון "חובת הזהירות בעולות הרשלנות ונזק כלכלי טהור" הפרקליט מב 126 (1995); דוד רונן "נזק כלכלי טהור במבט השוואתי" הפרקליט מד 504 (1999); ישראל גלעד "על 'הנחות עבודה', אינטואיציה שיפוטית ורציונליות בקביעת גודל האחריות ברשלנות" משפטים כו 295 (1995). וכן רונן פרי אופקים חדשים במשפט: ריקושיטים כלכליים 548–533 (2002) (חשש לריבוי תובעים והצפה בתביעות, חשש

(שלו חריגים בודדים בלבד) אינו נחשב פגיעה באוטונומיה. אם ראובן פגע בשמעון שלא ברשלנות, הוא אינו אחראי גם אם ברור שלו נשאל שמעון, היה מסרב לפגיעה, וגם אם ברור שהפגיעה השפיעה באופן משמעותי על סיפור חייו. נכון להיום, המשפט בארץ, ואף מחוצה לה, בחר במקרים שכאלה לא להעניק פיצוי – לא בגין הנזק הפיזי ולא בגין הפגיעה באוטונומיה. גם במקרים שבהם הפגיעה הפיזית נגרמה ברשלנות לא יינתן ברוב המקרים פיצוי בגין עצם הפגיעה באוטונומיה אף על פי שלפחות ככל שהדברים קשורים להשפעה על סיפור חייו של הנפגע, גם זו נפגעה.¹⁹⁶ אלמלא זה היה המצב, היינו מוצאים בכל פסק דין נזיקי שעוסק בפגיעת גוף כלשהי דיון, ואף פסיקת פיצויים, בשל נזקי הפגיעה באוטונומיה. זאת משום שאך סביר הוא שכל אדם מן היישוב, לו היה נשאל, היה מסרב להיפגע.

על כן אותם מקרים שבהם יינתן בכל זאת פיצוי בגין פגיעה באוטונומיה דורשים הסבר. במילים אחרות, השאלה איננה אם האוטונומיה נפגעה אלא אם קיימות או לא קיימות סיבות טובות לפגיעה זו, אם הפגיעה עוולתית, ואם צריך להעניק בגינה פיצוי. גם אם במקרים מסוימים יש לתת פיצוי, עדיין יש לבחון עד כמה נכון להרחיב את הפיצוי בגין הפגיעה באוטונומיה – הן מבחינת אפיונם של המקרים השונים שבהם נזק והן מבחינת היקפו – מתוך הבנה שעצם הפיצוי בעילה זו הוא בבחינת חריג למשפט המקובל.

3. יצירת קווים מנחים לתחימת הנזק בגין פגיעה באוטונומיה

שאלות אלו מחזירות אותנו לקביעה כי הפגיעה באוטונומיה כפי שהובנתה במשפט הישראלי היא בבחינת ראש נזק בלבד.¹⁹⁷ מכיוון שהגדרנו את הפגיעה באוטונומיה כפגיעה ברגולציה העצמית של הנפגע, בשליטתו בגופו ובסיפור החיים שהוא רוצה לקדם, הרי שבכל מקרה נתון יש להראות כי נזק שכזה אכן נגרם. מכוח ההגדרה, במקרים שבהם לא נפגע סיפור החיים או השליטה עליו, אי אפשר לדבר על פגיעה באוטונומיה גם אם אפשר לומר שהזכות לא כובדה. בדומה להבחנה שבין הזכות לשלמות הגוף לבין פגיעה בגוף, כך גם יש לשמר את ההבחנה בין הזכות לאוטונומיה לבין הפגיעה באוטונומיה. ייתכן שלא כיבדתי את זכותו של אדם לשלמות גופו במובן זה שעשיתי מעשה שמסכן את שלמות גופו אך לא נגרם נזק בעוולה, ולכן לא יינתן פיצוי. כך גם אשר לאוטונומיה – ייתכן שעשיתי מעשה שאיננו מכבד את האוטונומיה אך אם לא פגעתי

להטעיית בית המשפט, חשש לעלויות אדמיניסטרטיביות, חשש מתביעות מנופחות או בדויות, קשיים בהערכת הנזק וכו'.

196 ויובהר מיד, הפגיעה באוטונומיה נפרדת מן הנזקים הפיזיים שנגרמים לניזוק, ומתוספת אליהם. העובדה שנגרם גם נזק פיזי אינה שוללת את העובדה שהשתנה סיפור חייו של הנפגע שלא מרצונו, ואולי רק מחזקת אותה.

197 ואולם, ראו דעתו של השופט ריבלין בעניין עזבון צבי, לעיל ה"ש 2, אשר מעלה את האפשרות של פגיעה באוטונומיה כעוולה חוקתית.

פגיעה עוולתית באוטונומיה, אין מקום להעניק פיצוי. על כן במצב הדברים שתיאר השופט דנציגר בפרשת עזבון צבי, היה והיולדת ידעה על הסיכונים שהיו כרוכים בקבלת פיצוין, אזי באי-מסירת מלוא המידע אולי זלזלו בזכותה לאוטונומיה ואולי אף פגעו בכבודה, אך לא פגעו באוטונומיה שלה. בחירותיה נעשו על סמך מלוא הנתונים הרלוונטיים להחלטתה. כזכור, לא זו הייתה דעת הרוב, אך זאת בין היתר בשל מחלוקת אם המצב שתואר לעיל, כפי שהובא על ידי השופט דנציגר, שיקף נכונה את עובדות המקרה.¹⁹⁸

מתי אפוא נפגעת האוטונומיה ומהי חומרת הפגיעה בה?

ראו את ארבעת המקרים האלה: במקרה הראשון רופא מטפל בחולה. הוא מבקש לקטוע את רגלו בגין זיהום ואומר כי אם לא יעשה כן יש חשש לבריאות החולה. החולה מסרב, אך הרופא מחליט בכל זאת לכרות את רגלו; במקרה השני העובדות דומות אלא שהרופא איננו טורח לשאול לדעת החולה וכורת את רגלו לצורך הטיפול אף על פי שבפועל לו נשאל החולה לרצונו, היה מתנגד לטיפול; מקרה שלישי הוא מקרה שבו רגלו של אדם נכרתת אגב תאונה במקום עבודתו על ידי אחד העובדים; המקרה הרביעי והאחרון הוא מקרה שבו במריבה בין שני אנשים כרת האחד את רגלו של האחר בחרב. האם אפשר לדבר בדוגמאות אלו על מדרג של חומרת הפגיעה באוטונומיה?

אין ספק שחומרת המעשה במקרים הראשון והרביעי היא הגדולה מכולן, אך אין לבלבל בין חומרת המעשה לבין גודל הנזק.¹⁹⁹ האפשר בכלל לדרג את המקרים על פי גודל הנזק, או במילים אחרות: האם אפשר לטעון כי יש ביניהם שוני מבחינת הפגיעה באוטונומיה? השאלה כזכור היא אם השתנה סיפור חייו של הנפגע ובאיזה אופן. אפשר לומר שסיפור חייו של הנפגע בכל אחד מן המקרים "הופקע" ממנו והשתנה באותו אופן – הוא איבד את רגלו אף על פי שלא רצה בכך. מכאן שהפגיעה באוטונומיה בכל המקרים, למרות חומרת המעשים השונה, דומה. ייתכן שאפשר לדבר על הבדלים בין המקרים מבחינת מידת השליטה על החיים, אך יש לבחון את אלו מנקודת ראותו של הנפגע. אם נשווה את הפגיעה באוטונומיה לנזק גוף, נראה שגם שם מתקבלת תוצאה דומה. העובדה שכרתו את רגלי ברשלנות או במכוון אינה משפיעה על מידת הנזק שנגרם לי. עם זאת ברור שהמעשה המכוון ייתפס כחמור בהרבה מזה הרשלני.²⁰⁰ בכל מקרה, גם אם אפשר להתווכח על השאלה אם הפגיעה באוטונומיה בכל אחד מן המקרים

198 זאת ועוד, גם אם המנוחה קיבלה הסברים מלאים בלידות קודמות, ייתכן שמאז ההסבר האחרון שניתן לה חלו התפתחויות שהיה ראוי לדווח עליהן (כגון טיפולים חדשים/נוספים ועוד) או שהיולדת שכחה חלק מן הסיכונים שנחשפו בפניה. במקרה שכזה אפשר לומר שסיפור חייה השתנה, שכן בחירתה, שוב, לא נעשתה על סמך מידע מלא.

199 חומרת המעשה תשפיע כמובן על העוולה הנזיקית שיהיה אפשר להשתמש בה, ובמסגרת עוולת הרשלנות – על פרשנותה של חובת הזהירות.

200 מסיבה זו ייכנסו לתמונה גם המשפט הפלילי, המשפט המנהלי, צעדים משמעתיים וכו'.

שצוינו לעיל גדולה יותר או פחות, הוויכוח צריך להיעשות מבעד לפרזימה של שליטת הניזוק על גופו ושינוי סיפור חייו, ולא דרך חומרת מעשיו של המזיק או חומרת הפגיעה הפיזית.²⁰¹ נעמוד על המבחנים האלו להלן.

על פי ההגדרה המוצגת במאמר זה אפשר לנסות ולתאר מדרג של חומרת הפגיעה באוטונומיה.²⁰² המקרים החמורים ביותר הם אלו שבהם סיפור חייו של הניזוק שונה באופן שלא היה בוחר בו בעצמו. זוהי קבוצת המקרים שאפיינתי בדוגמה הראשונה של רעלת ההיריון. בקטגוריה זו נכללים גם כל ארבעת המצבים שבהם דנתי בשתי הפסקאות הקודמות. חמורים פחות הם המקרים שמשתייכים לקבוצה שאפיינתי בדוגמה השנייה של חולה הצהבת. בקבוצה זו נשללה מהניזוק יכולת הבחירה, אך לו ניתנה לו האפשרות לבחור – היה בוחר באותה אופציה, ולכן סיפור חייו לא השתנה. הנזק לאוטונומיה נגרם מהיות הבחירה עצמה מייצגת חלק מסיפור החיים. מקרים שבהם לא נשללה כלל מהניזוק יכולת הבחירה, תהיה הסיבה לכך אשר תהיה, יסווגו לקבוצה המתוארת בדוגמה השלישית של זירוז הלידה. בקבוצה זו ייתכנו סיטואציות שבהן המזיק התרשל כלפי הנפגע ולא כיבד את זכותו לכתוב את סיפור חייו ולהיות אדון למטרות אשר יפעל להגשימן, אולם בפועל האוטונומיה שלו לא נפגעה. מצב זה יתרחש כאשר ההתרשלות לא פגעה בעצמאותו של הנפגע וביכולתו לקבל החלטה מושכלת לעניינו, ובסופו של דבר הנתיב שנבחר, שבו קידם המזיק את מטרותיו באמצעות הנפגע, היה זהה לנתיב שבו בחר הנפגע לכתוב את סיפור חייו.²⁰³

כאמור לעיל, הבעיה בסיווג המתואר נובעת מכך שלא בקלות נוכל לדעת אילו הם המצבים הנכללים בדוגמת רעלת ההיריון ואילו בדוגמת חולה הצהבת.²⁰⁴ מבחינה ראייתית יהיה לבית המשפט קל יותר להתמודד עם מקרים שבהם סירב הניזוק בפועל לפעולתו של המזיק. זו אולי הסיבה שבסיטואציות אלה, שבהן הניזוק הביע את אי-הסכמתו במפורש, המשפט המקובל הכיר בקיום עילת תביעה עצמאית – היא עוולת התקיפה (אשר כוללת בתוכה למעשה, במרומז, את רכיב הנזק או חלק ממנו). זאת, גם כשהטיפול נועד להיטיב עם הניזוק, אך המזיק לא שעה לרצונותיו המפורשים.²⁰⁵ במצבים אלו אין בעיה ראייתית, שכן העדפתו הברורה של הניזוק גלויה ונשמעת ולמרות

201 ראו לעיל ה"ש 49 והדיון בטקסט הצמוד לה.

202 ליצירת מדרג של פגיעות באוטונומיה והבחנה בין מקרים שבהם השתנה סיפור החיים למקרים שבהם לא השתנה, ראו גם קרן-פז, לעיל ה"ש 47, בעמ' 194–197, 217: "הבחנה בין שלילת כוח הבחירה ובין 'נזק תוצאתי'".

203 ראו Ripstein, לעיל ה"ש 16, בעמ' 44–45.

204 על הבעייתיות בסיווג המקרים השונים למדרג הפגיעה ראו Twerski & Cohen, לעיל ה"ש 43, בעמ' 665. כמו כן ראו קרן-פז, לעיל ה"ש 47, החל מעמ' 174.

205 על אחת כמה וכמה כאשר הפעולה לא נעשתה לטובתו של הניזוק, למשל במקרים של תקיפה מינית. מובן שלכך חריגים – ראו למשל את הדין השונה לגבי קטינים: ס' 22 ו-57 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"ב–1962, ס"ח 120 וכו'.

זאת מונע ממנו המזיק לממשה. זאת ועוד, ייתכן שגם מעבר לפן הראיתי קיימת פגיעה חמורה יותר באוטונומיה של הניזוק נוכח דחיית רצונותיו הברורים והמפורשים שעצם גיבושם והשמעתם בקול מחדדת את רצונו כי מימושם יהיה חלק מסיפור חייו. במובן זה הופעל "מנגנון" על ידי הנפגע שייצר בחירה מסוימת אך מימושה לא בא לכלל ביטוי.²⁰⁶ מקרים מסובכים יותר למערכת המשפט הם אלו שבהם הניזוק לא גילה את הסתייגותו מהמעשה מפורשות, אך אפשר לשער כי לו נשאל לרצונו, היה מתנגד. אסביר: כאמור, במקרים אלו יש פגיעה קשה בסיפור החיים של הנפגע. עם זאת בשל אי-הבעת רצונו בגלוי נוצרת בעיה ראייתית ובית המשפט נדרש לספקולציות באשר לרצון המקורי (ex ante) של הניזוק. על כן לא יהיה מנוס מלהיכנס להערכה מה היה רצון הניזוק מלכתחילה – הערכה זו תביא בחשבון שיקולים סובייקטיביים, אך מן הסתם גם שיקולים אובייקטיביים.²⁰⁷ בית המשפט ישאל את עצמו אם המקרה נופל בגדר פגיעה קשה בסיפור החיים כאשר סביר יותר להניח כי הניזוק היה מתנגד למעשה, או בגדר פגיעה קלה יותר שנוגעת רק לעצם עצמאות קבלת ההחלטה.

גם בקרב המקרים המסובכים יותר ייתכנו מצבים קלים באופן יחסי, כמו זה שבו א' תוקף את ב' ללא הסכמתו. כאן הסקת המסקנות תהיה בדרך כלל קלה. מצבים קשים יותר יהיו למשל של רופא אשר מטפל בחולה ללא רשות אך גם ללא התנגדות. יש לשים לב שהערכתו של הרופא אם החולה יתנגד לטיפול או לא אינה קשורה לחומרת הפגיעה באוטונומיה. יכול להיות שמעשה בדיעה יהיה חמור ממעשה באי-ידיעה, אך לא מבחינת חומרת הנזק שנגרם לאוטונומיה. גם בעובדה המניחה בסבירות גבוהה שמטרת פעולתו של הרופא היא להיטיב עם החולה אין כדי לשלול את עצם הפגיעה בסיפור חייו אם לא היה מסכים לה. המשפט נעזר בשיקול זה כמדד אובייקטיבי לסיכוי שהחולה היה מסכים לטיפול או מסרב לו, אולם בהחלט אפשר שיהיו מצבים שבהם אף על פי שהטיפול סביר, יסרב החולה לקבלו.²⁰⁸ דוגמת רעלת ההיריון, ואולי אף יותר ממנה, דוגמת עירוי הדם, יכולות לשמש המחשה טובה לנאמר.

206 ודוק, השאלה אם הפגיעה חמורה יותר נבחנת מנקודת ראותו של הניזוק ולא מבחינת חומרת המעשה של המזיק. הטענה כאן היא כי אולי עצם העובדה שנשאלתי, סירבתי, ועשו בניגוד לדעתי, פוגעת בסיפור חיי יותר ממקרים אחרים שבהם לא שאלו את רצוני בכלל.

207 שאלה מעניינת אחרת היא מה קורה במצבים שבהם למשל מטופל אינו מודע לפגיעה בשל מגבלות גופניות או שכליות, או מה קורה כאשר אין אופציות טיפול אחרות. באשר למקרה האחרון אפשר לטעון כי תמיד קיימת אופציה לא לקבל טיפול כלל. להרחבה חלקית בנושא ראו קרקו-אייל, לעיל ה"ש 126, בעמ' 44–45.

208 "Individuals have a common law right to determine for themselves whether to allow a physical invasion of their bodies. A person has a strong interest in being free from nonconsensual invasion of his bodily integrity. Individuals also have a penumbral constitutional right of privacy to reject medical treatment" (Norwood Kristin M. Lomond, *An* : מטעמים של דת; (Hosp. v. Munoz, 564 N.E.2d 1017 (Mass. 1991)

לדוגמה אחרונה ניקח מצב שבו החולה הסכים לטיפול מסוים לאחר שנשאל להסכמתו, ולאחר מכן ובדיעבד הוא רצה לחזור בו ממנה. דוגמה זו היא תמונת הראי של המקרים שבהם החולה סירב לטיפול. לכאורה, אין פגיעה באוטונומיה שכן הבחירה נעשתה על ידיו.²⁰⁹ עם זאת אם לא נמסר לו מלוא המידע שהיה בו כדי לאפשר החלטה מושכלת, תיכנס לתוקף טענת ההסכמה מדעת. לפי טענה זו, בשם האוטונומיה מנסים לשלול את תוקף ההסכמה שניתנה על ידי החולה בפועל. גם כאן, כדי לסווג את מידת החומרה של הפגיעה, השאלה צריכה להיות אם באמת שונה סיפור החיים למרות ההעדפה הנחזית של החולה. שוב, בית המשפט יאלץ להעלות ספקולציות באשר לאופן שבו היה משתנה סיפור החיים לו נמסר לחולה מלוא המידע. אם סיפור החיים היה משתנה במובן של שינוי הבחירה (דוגמת רעלת ההיריון), הרי שאפשר לדבר על פגיעה חמורה באוטונומיה יותר מאשר במצבים שבהם סיפור החיים היה משתנה במובן של קבלת החלטה עצמאית ומודעת בלבד (דוגמת חולה הצהבת). לסיכום, גם כאן ככל שהדברים קשורים לפגיעה באוטונומיה, השיקול הרלוונטי הוא השיקול הסובייקטיבי. וכמו במקרים הקודמים, פעמים רבות בהיעדר גישה לראיות סובייקטיביות יאלץ בית המשפט לפנות לראיות אובייקטיביות.²¹⁰

ה. פגיעה באוטונומיה: שיקולי מדיניות

הדיון שנערך לעיל עסק בשאלת הפגיעה באוטונומיה במונחים של נזק. אך כלל ידוע הוא בדיני הנזיקין שאין די בנזק כדי לבסס חבות נזיקית. לשם כך יש לעבור את "מחסום" העוולה, אשר בהיעדרה לא יינתן פיצוי. כלומר, ולפחות מבחינה תאורטית, בדומה לנזק גוף ייתכנו מצבים שבהם נגרם נזק, ואפילו ניכר, לאוטונומיה, אך מערכת המשפט תגיע למסקנה שהנזק לא נגרם בעוולה ועל כן אין להעניק בגינו פיצוי.²¹¹ ויסות המקרים

Adult Patient's Right to Refuse Medical Treatment for Religious Reasons: The Limitations Imposed by Parenthood, 31 U. LOUISVILLE J. FAM. L. 665 (1992)

209 ואכן, יש פילוסופים שיגידו שכאן יש לעצור, ושבמקרים אלו לא נגרמה פגיעה כלל. ראו "As Gorovitz states, 'The right to choose is not limited to the right to choose rightly. Even when a patient's judgment fails to achieve his or her own goals, or a patient later regrets the decision he or she made, it does not follow that the patient should not have been allowed to make such a choice. Furthermore, especially in health care, there is no guarantee as to what is the 'right' choice in any given situation'" (Janet A. Coy, *Autonomy-Based Informed Consent: Ethical Implications for Patient Noncompliance*, 69 *PHYSICAL THERAPY* 826, 829 (1989)).

210 וראו בהקשר זה את עניין דעקה, לעיל ה"ש 9, פס' 28 לפסק דינו של השופט אור.

211 בעניין זה ראו למשל את הדוגמה החמישית (עירוני הרם), לעיל.

שבהם יינתן פיצוי, באמצעות העוולות הנזיקיות בכלל ועולות הרשלנות בפרט, הוא מנגנון בסיסי בדיני הנזיקין המאפשר חיים תקינים בחברה אשר בה נגרמים נזקים מדי יום – הן לגוף, הן לרכוש והן לאוטונומיה.²¹² הטלת אחריות מוחלטת בגין פגיעה באוטונומיה היא בבחינת מעשה שאינו מתקבל על הדעת ואינו מתיישב עם יסודות שיטת המשפט בישראל. על כן הדרך המרכזית לווסת את השימוש בראש נזק זה, ובכך למנוע שימוש גורף בו, היא באמצעות הגדרה מדויקת של חובת הזהירות שתוטל (או לא תוטל) על המזיק ושל המקרים שבהם ייקבע כי החובה הופרה. בפרק זה אדון בשיקולי המדיניות הראויים בדרך להגדרתה של חובת הזהירות ובאשר לנסיבות הפרתה. אדון במסגרתו גם באופן שבו הוגדר הנזק עצמו במשפט הישראלי.

1. פגיעה באוטונומיה: ראש נזק ועולה בצדו

כאמור, לצורך מתן פיצוי בגין הפגיעה באוטונומיה יש להראות כי אכן נגרם נזק, אך גם כי הנזק נגרם בעוולה. מבחינה פרקטית ברוב המקרים העולה הרלוונטית היא עולות הרשלנות.²¹³ את ניתוח עולות הרשלנות יש לעשות מטבע הדברים בדרך הרגילה, היינו בחינתה במונחים של חובת זהירות של המזיק כלפי הנזוק, ביחס לסוג הנזק, הפרת החובה וקיומו של קשר סיבתי בין הפרת החובה לבין הנזק.²¹⁴

212 האוטונומיה של כל אחד מאתנו נפגעת מדי יום, ואין מדובר בהכרח בפגיעות שהן בגדר זוטי דברים. אפשר, במידה רבה של צדק, להקצין הנחה זו ולטעון כי בעצם החיים במשטר דמוקרטי, במנגנון כפייה של מוסדות שלטוניים ושל שלטון החוק, קיימת פגיעה באוטונומיה של האדם במובנים רבים, לפחות מזווית קאנטיאנית. ראו RIPSTEIN, לעיל ה"ש 16, בעמ' 4–5.

213 אך בהחלט תיחכנה גם עולות אחרות. במאמר ביססתי את הדיון על עולות הרשלנות, אולם אפשר להעלות גם עולות אחרות ופגיעה מכוונת באוטונומיה שתיכנס לגדרן. למשל, עולות התקיפה, הגול, המטרד ועולות הפרת חובה חקוקה. ניתוח הפגיעה באמצעות עולות הרשלנות חיוני מאחר שהוא מאפשר דיון בסוגיית האוטונומיה בהקשרים רחבים יותר ואינו מצמצם אותה למקרים הקונקרטיים המתוארים בעולות האחרות, או להקשרים של יחסי רופא-חולה ואחריות מקצועית של רופאים. על היחס שבין עולות הרשלנות, התקיפה, הפרת חובה חקוקה וחוק זכויות החולה בהקשר של טיפול רפואי, ועל הקשר שבין התביעה החוזית לנזיקית ראו אסף יעקב ורענן בן ישי "הסכמה מדעת או הסכם גילוי" משפט ועסקים יא 43 (2009); ראו גם יעקב, לעיל ה"ש 29.

214 יצוין כי ניתוח זה נעשה על ידי השופט אור בעניין דעקה, לעיל ה"ש 9 (פס' 21–27 לפסק דינו), אולם מעבר לביקורת המובאת לעיל לעניין אבחון סוג הנזק על ידי בית המשפט, נראה כי ניתוח חובת הזהירות היה כללי ולא ערך את ההבחנה הנחוצה בין נזקים פיזיים ובלתי מוחשיים אחרים לבין הפגיעה באוטונומיה: "בין החולה לבין האחראי לטיפול בו יש זיקה הדוקה ביותר, נוכח ההשלכות מרחיקות הלכת שעשויות להיות לטיפול על חייו ועל רווחתו של החולה [...] זאת ועוד, נוכח טיבם של היחסים בין החולה לבין הרופא, הרופא הוא זה שמצוי בעמדה הטובה ביותר למנוע את הנזקים שבהם אנו עוסקים" (ההדגשה הוספה – א"). פסקה זו אוזכרה גם בניתוח העולה בעניין תנוכה, לעיל ה"ש 145.

צורת ניתוח זו פותרת בעיות פוטנציאליות רבות הנובעות מן האופן שבו ניתח בית המשפט את הפגיעה באוטונומיה עד היום, ומסבירה מדוע במקרים רבים לא יינתן בגין פגיעה זו פיצוי. ניקח לדוגמה את המקרה הרגיל של נזק גוף. א' גורם לב' נזק גוף. במונחים של פגיעה באוטונומיה, ברור שנגרם כאן נזק. לו שאלו את הנפגע אם הוא מסכים לפגיעה, ברוב המוחלט של המקרים תשובתו הייתה שלילית, ומכאן שהפגיעה גרמה לשינוי ניכר בסיפור חייו. השאלה היא אם קמה חובת זהירות בגין הפגיעה באוטונומיה, ואם היא הופרה. חובת הזהירות באשר לנזק זה עומדת בנפרד מחובת הזהירות בהתייחס לנזקים הפיזיים, ועליה להיקבע לפי שיקולים שאפרט בהמשך פרק זה. השאלה ששומה על בית המשפט לשאול היא אם ראוי להטיל חיוב בגין הפגיעה באוטונומיה, בנפרד מהשאלה אם ראוי להטיל פיצוי בגין הנזק הפיזי. ייתכן שקיים קשר בין שתי השאלות, אך יש לענות על כל אחת מהן לחוד. בית המשפט אינו פועל בדרך זו כיום.²¹⁵ למשל, במקרים שבהם מדובר בפעולה שאינה רשלנית באשר לנזק הפיזי שנגרם, אך רשלנית באשר לאוטונומיה, מערכת המשפט יכולה לפסוק פיצוי (דוגמת הרופא אשר טיפל כהלכה אך לא שאל). מקרה הפוך אך אפשרי הוא זה שבו הפעולה רשלנית באשר לנזק הפיזי אך אינה רשלנית באשר לפגיעה באוטונומיה. ייתכנו מצבים שבהם היכולת לקבל את הסכמתו של הניזוק לפגיעה איננה קיימת כלל, ועל כן לא קמה חובת זהירות קונקרטיית. ייתכן אף שבחלק מהמצבים ישלול בית המשפט את החבות בגין היעדרה של חובת זהירות מושגית.²¹⁶ במקרים אחרים תקום הן חובה מושגית והן חובה קונקרטיית אך שתיהן לא תופרנה.²¹⁷ מקרה שלישי הוא זה שהייתה בו רשלנות גם באשר לנזק הפיזי וגם באשר לפגיעה באוטונומיה. דוגמה למצב שכזה היא מקרה שבו הרופא לא שאל את החולה אם הוא חפץ בטיפול אף על פי שבקלות היה יכול לעשות כן,

215 גם במקרים שבהם בית המשפט מבחין בין הנזקים הנגרמים מהפגיעה באוטונומיה ובין הנזק הפיזי לא נעשתה הפרדה בין חובת הזהירות החלה על המזיק באשר לשני ראשי הנזק. ראו לדוגמה בעניין ענטבי, לעיל ה"ש 173, פס' 11 לפסק דינו של השופט הנדל. לא זו אף זו, לעתים אף פסק בית המשפט כי עם הטלת האחריות על המזיק בגין הנזק הפיזי שנגרם לניזוק מתייתר הדיון בנוק שנגרם עקב הפגיעה באוטונומיה. ראו לעניין זה בעניין מרמש, לעיל ה"ש 123, פס' 57 לפסק דינו של השופט ג'ובראן.

216 אף כי ייתכן שחובת זהירות מושגית כן תהיה קיימת ביחס לנזקים הפיזיים.
217 המחשה חשובה למצב זה אפשר למצוא למשל במקרים האלה: רופא מסר לחולה מידע בדבר הטיפול הרפואי שהוא עומד לעבור אך היה יכול למסור לו מידע נוסף, למשל על סוג מסוים של טיפולים רפואיים נוספים/אחרים שאינם מתבצעים בארץ. החולה מגיש תביעה בעוולת הרשלנות. בית המשפט יכול להגיע למסקנה שאין חיוב בנוגע למידע שלא נמסר. אמנם יש חובת זהירות מושגית וקונקרטיית למסירת מידע, אך הרופא עמד בה במסרו את הפרטים הרלוונטיים לצורך הטיפול. אלו הפרטים שהרופא הסביר צריך למסור, ומשעשה כן, הגם שהחסיר מהחולה אינפורמציה בגין טיפולים נוספים/אחרים שאינם מתבצעים בישראל, הוא עמד בחובת הזהירות ועל כן לא התרשל.

ובנוסף התרשל בטיפול עצמו. במצב דברים זה קמה חובת זהירות שהופרה, הן לעניין הנזק הפיזי והן לעניין עצם הפגיעה באוטונומיה. על כן יהיה אפשר לחייב את המזיק לפצות על הנזק שנגרם בגין ההפרה של כל אחת מהן.²¹⁸

ניתוח סוגיית ההסכמה מדעת צריך להיות דומה. קיימים מצבים שבהם הרופא גורם לחולה פגיעה באוטונומיה – בכך שהוא מחסיר ממנו פרטים חשובים הנוגעים לטיפול – אולם הפגיעה באוטונומיה לא נגרמה ברשלנות, שכן מבחינה חוקית לא הייתה מוטלת על הרופא חובה למסור פרטים אלו לחולה, או שחובה זו לא הופרה כלל.²¹⁹ במקרים אלו אין מדובר במצב של היעדר פגיעה או היעדר נזק אלא במצב שבו האוטונומיה נפגעה אך הפגיעה בה לא נעשתה ברשלנות. זאת, בדומה לדוגמה של הרוכל בשוק שהובאה לעיל, אשר באי-הגילוי על אודות מוצרי שכניו לרוכן אולי שולל מהקונה את האפשרות להחליט החלטה מושכלת יותר, אך אין זה מחובתו המשפטית לעשות כן. גישה זו עולה בקנה אחד עם תוצאותיהם של פסקי דין רבים בהקשר של הסכמה מדעת, אלא שבמקום לומר שבמקרים שבהם היה גילוי נאות לא הייתה פגיעה באוטונומיה, היא מדגישה את הפן של היעדר החבות המשפטית, אשר תצדיק תוצאה דומה גם במקרים שבהם הייתה בה פגיעה.

2. הרחבה או צמצום של ראש הנזק?

בעקבות הדיון שנערך לעיל בדבר דרגות החומרה השונות של פגיעה באוטונומיה עולה השאלה עד כמה, אם בכלל, מוכן המשפט להרחיב את חובת הזהירות בגין גרימת נזקים לאוטונומיה, ובאילו מצבים רצוי, כעניין שבמדיניות, לעשות כן.

218 זאת בניגוד לדעת חלק מפסקי הדין שסברו שכאשר ניתן פיצוי על נזק פיזי הרי שהנזק בגין הפגיעה באוטונומיה נטמע בו ועל כן אין לתת פיצוי בגין שניהם. ראו ע"א 7952/08 חכ"מ נ' קופת חולים כללית, פס' 6 לפסק דינו של השופט עמית (פורסם בנבו, 17.2.2010): "[...] משנתקבלה תביעתה של המערערת בעילה של רשלנות בטיפול הרפואי כשלעצמו, התייתר הדיון בסוגיה של פגיעה באוטונומיה"; עניין גיל אימפורט, לעיל ה"ש 106, פס' 48 לפסק דינו של השופט עמית: "[...] אלא שהפגיעה באוטונומיה אינה עולה עצמאית חדשה יציר הפסיקה, אלא מהווה ראש נזק במסגרת עוולת הרשלנות" [ההדגשות במקור – א"י]; ת"א (שלום חי') 10394-07 בוגן נ' קלדרון (פורסם בנבו, 31.12.2010): "[...] ראוי להבהיר, כי מדובר בעילות תביעה חלופיות ולא מצטברות"; ת"א (שלום י-ם) 6864/06 ג' מ' נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 31.12.2010); ת"צ (מחוזי חי') 11781-05-09 להט נ' כרמל כימיקלים בע"מ, פס' לט לפסק דינו של סגן הנשיא גריל (פורסם בנבו, 2.12.2010): "[...] הרי שאין מקום לדון בשאלת קיומה של 'פגיעה באוטונומיה', שכן 'פגיעה באוטונומיה' אינה עוולה נפרדת, אלא מהווה ראש נזק במסגרת עוולת הרשלנות".

219 השוו למשל לע"א 4960/04 סידי נ' קופת חולים של ההסתדרות הכללית, פ"ד ס (3) 590 (2005). למשל, ייתכן שאין זה מתפקידו של רופא מומחה בתחום מסוים להאיר את עיני הלקוח בכל הקשור לאפשרויות הטיפול הכלליות בו הגם שהוא יודע על קיומן. במקרה שכזה אפשר לסבור שאין לו חובת גילוי באשר לטיפולים שמחוץ לגדר תחום מומחיותו.

נקודת המוצא לדין יכולה להיות חוות דעתו של השופט אור בדעת הרוב בפרשת דעקה. השופט אור פסק, ראשית, כי לשם מתן פיצוי יש צורך להראות פגיעה באוטונומיה כראש נזק, ועל כן באין פגיעה שכזו אין לתת פיצוי. שנית, הוא הדגיש כי תכלית הפיצוי אינה עונשית אלא נועדה לפצות בגין נזק אמתי שנגרם.²²⁰ יתר על כן, לדבריו, לשם הענקת הפיצוי אין להסתפק רק בעצם גרימתו של נזק אלא יש לעסוק גם בהקצאתו²²¹ תוך התייחסות לעוולת הרשלנות, ליכולת מניעת הנזק ולפערי הכוחות והאינפורמציה שבין הצדדים. באותו מקרה החליט השופט אור להטיל על הרופא את חובת הגילוי בשל מערך היחסים הבלתי שוויוני בין הרופא למטופל:

נוכח טיבם של היחסים בין החולה לבין הרופא, הרופא הוא זה שמצוי בעמדה הטובה ביותר למנוע את הנזקים שבהם אנו עוסקים. נזכור, כי לרופא יתרון מוחלט בידע על פני החולה. בדרך-כלל, לחולה אין כלים המאפשרים לו לעמוד בכוחות עצמו על ההיבטים השונים הנוגעים לטיפול. בדרך-כלל, אין לחולה תשתית הידע הנדרשת על-מנת שיוכל, בדרך של הפניית שאלות למי שמטפל בו, לעמוד על מכלול היבטיה של הפרוצדורה הרפואית אשר עומדת על הפרק. במילים אחרות, האחראי לטיפול בחולה הוא זה אשר בכוחו לנקוט את האמצעים הנדרשים כדי למנוע את הפגיעה שעלולה להיגרם לחולה עקב אי-מסירת המידע החשוב לעניין עובר לביצוע הטיפול. ההכרה בזכותו של החולה לפיצוי על הפגיעה באוטונומיה שלו מקום שבו הופרה חובה זו, עשויה לתרום לכך שחובה זו תקיים הלכה למעשה. היא עשויה לסייע במניעת מצבים, כמו זה שנתקלנו בו במקרה שבפנינו, שבו הרופאים מייחסים משקל נמוך, אם בכלל, לעמדתו של החולה ביחס לפרוצדורה אשר לדעתם יש לבצע בגופו.²²²

השופט אור מתייחס למנגנון הפנמת הנזקים ולשיקולי הרתעה. אכן, לפחות ככל שהדברים אמורים בשיקולים של הרתעה, מתעל המנגנון הנזיקי את התנהגות המזיק

220 בעניין דעקה, לעיל ה"ש 9, פס' 28 לפסק דינו, קובע השופט אור כי: "מטבע הדברים, הסוגיות הנוגעות להוכחת הנזק ושיעורו נחתכות על-פי נתוניו של המקרה האינדיבידואלי ומן הראיות שבפני בית-המשפט. אמת המידה המהותית הקובעת ברגיל את היקף הפיצויים להם זכאי הניזוק היא אמת המידה של השבת המצב לקדמותו. אמת מידה זו היא אינדיבידואלית. היא מחייבת להידרש לעוצמת הפגיעה שנגרמה לניזוק הספציפי". כמו כן ראו גם את דברי השופטת שטרסברג-כהן, שם, פס' 48 לפסק דינה: "אין מטרתו של הפיצוי לשמש פיצוי עונשי או פיצוי אידאי בלבד".

221 במילים אחרות, בהנחה שקיים נזק – מי מהצדדים צריך לשאת בו לאור השיקולים המצויים בבסיס דיני הנזיקין.

222 עניין דעקה, לעיל ה"ש 9, בעמ' 576–577 (ההדגשות הוספו – א").

לפסים זהירים יותר בהנחה שהוא הגורם שאת התנהגותו רוצים לתעל. במקרים שבהם נדרש כי המזיק ישנה את התנהגותו – למשל כדרך להילחם בתופעה של רופאים המזלזלים ברצון החולים – ראוי להטיל עליו חבות נזיקת בשל הפגיעה באוטונומיה. ואולם, נקודת המוצא המדודה של השופט אור מיטשטש בפסיקה מאוחרת יותר. בראש ובראשונה היא מיטשטש לעניין אפיון הנזק. למשל, בפרשת תנוכה חל טשטוש בין הפגיעה באוטונומיה כראש נזק לבין נזק גוף שאינו ממוני, מהסוג של כאב וסבל או תחושת גועל.²²³ בדומה, בפרשת עזבון צבי חל טשטוש בין הזלזול בזכות לאוטונומיה לבין הפגיעה באוטונומיה עצמה. נראה שפסק הדין באותו מקרה מכוון לכך שהפגיעה באוטונומיה אינה תלויה תוצאה אלא תלויה דרך. אי-מסירת המידע כשלעצמה מהווה את הפגיעה, ולכן ידיעתו של המטופל אינה רלוונטית.²²⁴ במובן זה יש לפסיקה זו מאפיינים של פיצוי עונשי.

223 ראו לעיל ה"ש 159 והטקסט הצמוד לה. בהערת אגב אוסיף כי כפי שאפשר ללמוד מעניין תנוכה, לעיל ה"ש 145, במקרים רבים עשוי מוסד התובענה הייצוגית לשמש כמסגרת דיונית יעילה להגנה על הזכות לאוטונומיה, במיוחד כאשר הנזק מצטמצם לפגיעה בזכות הבחירה של קבוצת התובעים ואין לצדו נזק פיזי חמור. הפנייה לראש נזק זה במסגרת התובענה הייצוגית פותרת במקרים המתאימים בעיות שברך כלל היו עשויות להכשיל את אישור התביעה, כגון בעיית קשר סיבתי או הוכחה כי אכן כל קבוצת התובעים סבלה מהנזק (ראו למשל ת"א (מחוזי ת"א) 2150/07 פרנקל נ' הנקל סוד בע"מ (פורסם בנבו, 9.1.2011), שם נדונה בקשה לאישור התובענה כייצוגית בעניין שבו נטען נגד המשיבה כי פרסמה על גבי מוצריה כי הם פותחו ויוצרו ללא שימוש בניסויים בבעלי חיים חרף השתייכותה לקונצרן שאין מחלוקת שהוא מבצע ניסויים בבעלי חיים. לפי קביעת בית המשפט, אשר אישר את הבקשה, הוטעו הצרכנים לרכוש מוצר שיוצר בניגוד לתפיסת עולמם, ובכך נפגעה זכותם לאוטונומיה). אולם הנחה זו אפשרית רק כאשר נעשית ההפרדה הראויה בין תחושות הנגרמות מכאב וסבל (תחושת גועל בפרשה זו) ואשר הן סובייקטיביות ומשתנות מאדם לאדם, ובין הפגיעה הממשית באוטונומיה, היא הפגיעה בזכות הבחירה. עם זאת בהקשר זה ברצוני להוסיף הערת אזהרה: פעמים רבות קל מאוד, שלא לומר מפתה, להשתמש במכשיר זה של פגיעה באוטונומיה כראש נזק באופן גורף שיחטא למטרות שאותן רוצים לקדם. מכך יש להיזהר. יש להימנע מהשימוש המופרז בראש הנזק של פגיעה באוטונומיה בתביעות ייצוגיות, שכן שימוש נרחב שכזה הוא לדעתי מוטעה. שימוש בנזק זה משמש פעמים רבות תחליף לא ראוי לדיון בנזקים האמתיים שנגרמים בעקבות הפעילות המזיקה ומסיט את הדיון לפסים צדדיים רק כדי לקדם פשרה. שימוש בנזק זה באופן מלאכותי עלול להביא גם להרתעת-יתר או הרתעת-חסר של מזיקים – שני מצבים שמהם יש להימנע. עלינו לזכור כי סדר הדברים הנכון הוא לא כזה שבו הפגיעה באוטונומיה מקדמת את ה"אינטרסים" של התביעה הייצוגית, אלא התביעה הייצוגית משמשת מכשיר לקידום ההגנה על האוטונומיה. על כן ראוי להשתמש בתביעה הייצוגית רק במקרים שאכן ראוי להכיר בפגיעה באוטונומיה כפגיעה בת-פיצוי – הן במונחים של נזק, הן במונחים של חובה וקשר סיבתי והן במונחים של הקבוצה הנפגעת.

224 בעניין זה ראו את דברי השופט רובינשטיין, בדעת רוב, בעניין עזבון צבי, לעיל ה"ש 2, בעמ' 29, ולפיהם "ידיעה כללית של המטופל על סיכונים אפשריים כתוצאה מהטיפול אינה פותרת את הרופא

כפי שהוזכר לעיל,²²⁵ המשפט המקובל צמצם עד מאוד מתן פיצויים בשל הפגיעה באוטונומיה, וזאת כחלק ממגמה כללית יותר של ריסון ביצירה ובהכרה בנזקים חדשים. נזק זה לא הוכר כנזק בר-פיצוי, בין שהדבר נעשה באמצעות אי-הכרה בנזק ובין באמצעות שלילת חובת הזהירות או יחסי השכנות בין המזיק לניזוק. לכך היו סיבות רבות וטובות.²²⁶

בניגוד למשפט המקובל בחר המשפט הישראלי להרחיב הרחבה ניכרת את אפשרויות התביעה של הניזוק ולהעניק פיצוי גם בגין נזקים נוספים אשר לא הוכרו במסגרת המשפט המקובל.²²⁷ בנוסף, הרחיב המשפט הישראלי את חובות הזהירות והוריד במצבים שונים את דרישות הסף לקבלת פיצוי.²²⁸ במובן זה הרחבת השימוש בראש הנזק של פגיעה באוטונומיה היא בבחינת המשך ישיר של מגמת ההרחבה. לטעמי יש בפסיקה מאוחרת זו משום הרחבה יתרה ובלתי ראויה של ראש הנזק של פגיעה באוטונומיה. יתר על כן, הטלת פיצוי עונשי וויתור על דרישת הנזק אינם עולים בקנה אחד גם עם המשפט המצוי הרווח בישראל, ודומה שהוא מנוגד לעקרונות דיני הנזיקין. לעומת עמדתו המרחיבה של המשפט הישראלי באשר להרחבת החבות, העמדה שהוא גילה באשר להגדלת הפיצוי הנזיקי וצביעתו בגוון עונשי מאופקת וזהירה הרבה יותר. מנגנון הפיצוי העונשי – היינו, פסיקת פיצוי גבוה מגובה הנזק או אפילו מתן פיצוי במקרים שבהם לא נגרם נזק כלל, כדי לתעל את המזיק לפעול בצורה זהירה יותר – אמנם היה מאפשר לבית המשפט להעניק פיצוי בגין הפרת החובה ללא קשר לשאלה אם האוטונומיה נפגעה או לא. אולם לעניין זה המשפט הישראלי דווקא גילה זהירות. בחינת הפסיקה בהקשר זה מלמדת כי קיימות אמירות בודדות כי אפשר לפסוק פיצוי שכזה, אך

מלחזור ולהציג בפניו את מכלול הסיכונים, וכי "אין בחוק סייג הפוטר את הרופא ממסירת מידע רפואי גם בהנחה שהמטופל יודע את הסיכונים". דברים אלו נאמרו באוביטר, שכן דעת הרוב לא הסכימה עם דעת המיעוט באשר לעובדות. כמו כן אפשר להבין את דבריו של רובינשטיין כי ידיעה כללית אינה מספיקה, אך לו הייתה ידיעה קונקרטית, לא היו רואים במקרה זה פגיעה באוטונומיה. לדעתי, לא זו הייתה הכוונה, אך בהחלט מדובר בפרשנות אפשרית.

- 225 ראו לעיל ה"ש 191–195 והטקסט הצמוד להן.
- 226 לעיל ה"ש 195, וכן ראו בעניין דעקה, לעיל ה"ש 9, פס' 23 לפסק דינו של השופט אור.
- 227 הרתיעה שנתגלתה לא פעם בעבר אצל שופטים אנגלים מטיפול בשאלות הנזק והפיצוי לא הייתה מעולם מנת חלקם של השופטים בישראל, אשר העניקו מקום נכבד בפסיקתם לדיני הפיצויים (ראו אהרן ברק "הערכת הפיצויים בנזקי גוף: דין הנזיקין המצוי והרצוי" עיוני משפט ט 243 (1983)).
- 228 "אנו מצויים בעיצומה של פעילות שיפוטית שמטרתה להרחיב, תוך שימוש בעוולת הרשלנות, את האחריות בנוזיקין על מצבי-נזק נוספים" (יצחק אנגלרד "תרומת הפסיקה להתפתחויות בדיני נזיקין – דימויה העצמי ומציאות" עיוני משפט יא 67, 76 (1985)); מנחם מאוטנר ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי 107 (התשנ"ג).

מימושן עדיין ממתין לביצוע. ²²⁹ לפיכך אפשר להקשות ולשאול אם דווקא בתחום של פגיעה באוטונומיה יבחר המשפט לאמץ מנגנון של פיצוי עונשי, ואם הדבר רצוי. ²³⁰ אל לנו לשכוח כי הכלל הרגיל בדיני הנזיקין דורש קיומו של נזק. היצמדות לכלל זה משמעה כי גם כאשר רוצים לתעל את מעשי המזיק להתנהגויות זהירות יותר, אי אפשר להעניק לניזוק פיצוי באין נזק. דיני הנזיקין מוגבלים בעניין זה, ובמקרים שבהם חפץ המשפט לייצר מנגנון הרתעה ללא הוכחת נזק, בדרך כלל יצטרפו לדיני הנזיקין תחומי משפט אחרים כגון המשפט הפלילי, הדין המשמעתי ועוד. ²³¹ אלו יוסיפו ממד של

- 229 ראו ע"א 140/00 עזבון אטינגר נ' החברה לשיקום ופיתוח הרובע היהודי בעיר העתיקה בירושלים בע"מ, פ"ד נח(4) 486, 562–563 (2004), וכן ע"א 9656/03 עזבון מרציאנו נ' זינגר (פורסם בנבו, 11.4.2005) ("רציונל [עונשי – א"י] זה אינו פשוט ואינו מובן מאליו במשפט האזרחי, אך יוצדק במקרים חמורים במיוחד או של פגיעה קשה בזכויות חוקתיות, ויש בו כדי לחזק הרתעה יעילה בשעה שאין המשפט הפלילי חל [...] כעולה מכל אלה, החלטה על פיצויים עונשיים בתיק אזרחי היא עניין חריג, במקרים מקוממים ומסלידים במיוחד, ובפרט כאלה שיש עמם מעין כוונה"). לצד פרשות אלה, יש הטוענים כי דוקטרינה זו כלל אינה חלה בדין הישראלי. ראו ע"א 3654/97 קרטיין נ' עתרת ניירות ערך (2000) בע"מ, פ"ד נג(3) 385, 407 (1999) ("בניגוד למקובל בארצות-הברית, אין בתי-המשפט בישראל נוהגים לפסוק פיצויים עונשיים"); רע"פ 2976/01 אסף נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(3) 418, 432 (2002) ("כדוגמא ל'משפט אזרחי-עונשי-פרטי' מביא מן את האפשרות, שאינה קיימת בארץ, לקבל פיצויים עונשיים כתביעות אזרחיות שיוזם הפרט"). תחום שבו ניתן למצוא מקרים רבים יותר ופחות רחיעה ממתן פיצויים עונשיים בפסיקה הינו דיני לשון הרע. ראו, למשל, ע"א 30/72 פרידמן נ' סגל, פ"ד כז(2) 225, 237 (1973); ע"א 670/79 הוצאת עיתון הארץ בע"מ נ' מזרחי, פ"ד מא(2) 169, 205 (1987); ע"א 354/76 עזבון שרף נ' שרותי יעוץ כלכלי בע"מ, פ"ד לה(4) 169 (1981); ע"א 259/89 הוצאת מודיעין בע"מ נ' ספירו, פ"ד מו(3) 48, 57 (1992).
- 230 לכאורה בית המשפט העליון, בע"א 9670/07 פלונית נ' פלוני (פורסם בנבו, 6.7.2009), קבע שפיצוי עונשי ניתן רק במקרים חריגים ואולם הכרה בפיצוי עונשי מבלי לנקוב בכך ניתן אולי למצוא בעניין ענטבי, לעיל ה"ש 173. בעוד שהשופט אור בעניין דעקה, לעיל ה"ש 9, מגביל את גובה הפיצוי לפיצוי צנוע שלא יקבל גוון עונשי הרי שבעניין ענטבי הפיצוי גבוה הרבה יותר. ההנמקה של בית המשפט בעניין זה היתה כי "עתה, משראש הנזק נקלט בשיטתנו והושרש, בשלה העת לפסוק סכום פיצויים שאינו בהכרח 'סמלי' (פס' 11 לפסק דינו של השופט הנדל).
- 231 בעניין זה ניתן ללמוד, למשל, מתחום תאונות הדרכים. אמנם פיצוי ניתן לנפגע בתאונה ואולם, מכיוון שבהרתעה הנזיקית אין די, במיוחד לאור מנגנון הביטוח, אין מסתפקים בה ומצרפים את המנגנון הפלילי, ולעיתים, בארגונים מסויימים, אף את המשמעתי, כדי להגדיל את עוצמת ההרתעה. על כן, במקרים בהם אדם סיכן אחרים, גם אם לא גרם נזק, הוא ישלם קנס (אשר אינו בבחינת פיצוי, שכן אינו משתלם בגין נזק שנגרם, ואף לא בגין תוחלת נזק) ובמקרים חמורים אף ישללו ממנו את רישיון הנהיגה.

הרתעה מבלי לזכות את הנפגע בפיצוי. לפיכך לדעתי מגמת ההרחבה של ראש הנזק של הפגיעה באוטונומיה באופן גורף אינה ראויה.²³² דברים אלו נכונים לפגיעה באוטונומיה בכלל ולטיפול הרפואי בחולה בפרט. אין מחלוקת כי טיפול בחולה בניגוד לרצונו הוא מעשה עוולתי (בין שמדובר בתקיפה ובין שמדובר ברשלנות) אשר השפעתו על סיפור חייו רבה. עם זאת אין להעניק פיצוי אלא אם הוכח נזק. למשל, אי-מסירת מידע היא אולי זלזול בזכויותיו של החולה ואף פגיעה בכבודו, אך לא נראה שמגיע לו בשל כך פיצוי במקרים שבהם לא השתנה סיפור חייו.²³³ קשה להבין מדוע זלזול באוטונומיה של החולה מצדיק מתן פיצוי גם כאשר לא נגרם לו נזק, ואילו זלזול בשלמות גופו, במקרה הרגיל של נזק גוף, אינו מנביע פיצוי דומה.²³⁴

3. שיקולים לביסוסה של חובת זהירות עצמאית בגין פגיעה באוטונומיה

מהם המקרים שבהם שיקולי מדיניות יקבעו הכרה בחובת זהירות עצמאית בגין הפגיעה באוטונומיה? אפשר לבחון שאלה זו מכמה זוויות ולנסות להצביע על שיקולים שיש להביאם בחשבון לשם ביסוסה של החובה ולשם קביעת פרמטרים בדבר הפרתה.²³⁵ עם זאת וכפי שאראה להלן, שיקולים אלו יכולים להסביר רק חלק מן המקרים שבהם ניתן פיצוי בגין הפגיעה באוטונומיה על ידי בתי המשפט, וודאי שהם אינם נותנים תמונה מלאה – לא של המצב המצוי ולא של זה הרצוי.²³⁶

232 כמובן שלכל כלל יש יוצא מן הכלל, ובמקרים מסוימים פיצוי עונשי יכול להיות ראוי לאור הכשל במנגנון ההרתעה הנויקי והצורך ברתמת המכשיר של התביעה האזרחית לשם קידום של אינטרסים ציבוריים ראויים.

233 שינוי סיפור החיים כאמור יכול לכלול גם את עצם האפשרות לקבל החלטה מושכלת אף אם החלטה זו לא הייתה משתנית.

234 אולם יש לשים לב שלא כל החסרת מידע היא פגיעה בת-פיצוי. שלילת מידע במקרים שבהם לא הייתה חובה למסרו, במקרים שבהם המידע הגיע לחולה בדרך אחרת, או מקרים שבהם רצונו של החולה הוא לא לקבל מידע, לא תקנה ברוב המצבים זכות לפיצוי.

235 לשיקולים נוספים ראו עניין דעקה, לעיל ה"ש 9, פס' 28 לפסק דינו של השופט אור: (א) תגובתו הרגשית או הנפשית של המטופל לידיעה על הטיפול; (ב) התממשות בפועל של סיכונים שלא הובאו לידיעת הניזוק; (ג) חומרת הפרת חובת הגילוי – באיזו הסתרה מדובר, האם זו הסתרה של חלק גדול מהמידע, האם יש הסתרה של סיכונים אימננטיים בטיפול או להבדיל סיכון נדיר מאוד; (ד) מידת צפי התערבות החולה בהחלטה; (ה) מידת הצלחתו או אי-הצלחתו של הטיפול הרפואי.

236 במילים אחרות ייתכנו שיקולים נוספים, שאינם מובאים כאן בחשבון, אשר ישפיעו על ההחלטה אם להעניק פיצוי ומה יהיה גודלו. זאת ועוד, גם השיקולים שמנויים להלן לא יבואו לכלל ביטוי בכל המקרים, ואף משקלם היחסי ישתנה ממקרה למקרה.

זווית אחת היא זווית התמריצים והכוונת ההתנהגות. הטלת אחריות נזיקת נדרשת במקרים שבהם אין די בתמריצים אחרים לנהוג באופן זהיר.²³⁷ על כן נרצה להכיר בחובת זהירות עצמאית בגין הפגיעה באוטונומיה כאשר הטלת אחריות שכזו תביא לשינוי התנהגות המזיק, וכאשר שינוי זה רצוי מבחינה חברתית.²³⁸ הנה למשל הדוגמה של עובד ומעביד. נניח שמדובר במפעל שבו חשופים עובדים לסיכונים, כגון קרינה רדיואקטיבית, אך הם אינם מודעים להם. המעביד יודע כי קיים סיכון אך איננו מגלה זאת לעובד. המעביד משתמש בכל אמצעי הזהירות הראויים למנוע את התממשות הסיכון, ועל כן התנהגותו אינה נחשבת רשלנית. יום אחד הסיכון מתממש ואחד העובדים נפגע. ברי כי גילוי הסיכון לעובדים היה משפיע על סיפור חייהם. חלק מן העובדים היה מסרב להסתכן בעבודה זו למרות אמצעי הזהירות שננקטו,²³⁹ אחרים היו נוהגים משנה זהירות בעבודתם, ובכל מקרה מרבית העובדים היו רוצים לקבל החלטה מושכלת בדבר המשך עבודתם במקום. האם למעביד יש תמריצים מספיק לגלות לעובדיו על הסיכון? סביר להניח שלא, שכן הדבר יקשה עליו לגייס עובדים.²⁴⁰ לפיכך ייתכן שראוי להעניק למעביד תמריץ לחשוף את האינפורמציה מבעוד מועד באמצעות הטלת חובת זהירות עליו ביחסיו עם עובדיו.²⁴¹ לעומת זאת במקרים שבהם הסיכון ידוע לכולם, אין צורך

237 זווית ראייה זו כמובן מביאה בחשבון את העובדה שיצירת עודף תמריצים גם היא בעייתית ויכולה לגרום לתופעות לוואי רבות.

238 אם קיימים תמריצים אחרים לגילוי, אין זה ברור שיש להכיר בחובת זהירות באשר לראש נזק נפרד זה. קחו למשל את התחום של טיפולים רפואיים: אי-גילוי אשר מתברר שהיה מביא לשינוי התנהגות החולה מחייב את הרופא על הנזקים הפיזיים גם במקרים שבהם לא התרשל לגביהם. במצבים אלו יש שיגידו שקיימים די תמריצים לגילוי ואין להוסיף עליהם באמצעות יצירת ראשי נזק נוספים. בעניין זה ראו יעקב, לעיל ה"ש 29, בעמ' 646–647. ובמקרה שלנו, להלן, לו היה המעביד משלם לעובד פיצוי על נזקי הגוף שנגרמו לו – גם אם לא התרשל בנקיטה באמצעי זהירות – במקרים שבהם לא גילה לו על הסיכון ושבהם היה העובד משנה את דעתו, ייתכן שהיה די בכך ליצירת תמריץ הולם לגילוי גם ללא הכרה בראש נזק נפרד של פגיעה באוטונומיה.

239 או לפחות היו דורשים בגין המשך עבודתם במקום פרמיית סיכון מוגברת.

240 ככל שלמזיק אינטרס חזק יותר באי-הגילוי: רווח שנוצר ממנו או עלות הכרוכה בתהליך הגילוי, כך יגדל התמריץ שלא לשתף את הצד השני באינפורמציה רלוונטית. יש אפוא לבחון הסתרתה של זו במונחים של חובת זהירות והפרתה.

241 יש שיטענו כי הדוגמה מתחום יחסי העבודה היא דוגמה קלה משום שגם בה, בדומה למערכת היחסים בין רופאים וחולים, חלים אינטרסים שונים שמשמשים בערבוביה, ובהם שיקולים הקשורים לאופי מערכת היחסים, יחסי תלות-מרות וכו'. דוגמאות "קשות יותר" ליישום יכולות להיות במצבים שבהם קיומה או אי-קיומה של חובת זהירות ייבחן במישור של יחסים שאינם יחסי תלות-מרות. למשל בין מוכר לקונה, יחסי משפחה וכו'. אכן דוגמה זו של עובד-מעביד קלה להצדקת התערבות, אולם ככל שידיעתי מגעת המשפט אינו פוסק בנסיבות כגון אלו פיצוי בגין פגיעה באוטונומיה. אכן הרחבתה של החובה והפיצוי למקרים רחוקים יותר מציבה בפני בית המשפט אתגר לא פשוט – אם להרחיב ובאילו מקרים.

במתן תמריץ למעביד, ואף אין לו עדיפות בעניין הגילוי, ולכן לא תקום חובת זהירות. אפשר אף לטעון כי כאשר הסיכון ידוע לכולם, לא נגרמה כלל פגיעה באוטונומיה, שכן העובד ידע על הסיכונים. ההבדל בין שתי הגישות הוא שהיעדר חובה יפטור את המעביד גם כאשר העובד המסוים לא ידע על הסיכון, ולעומת זאת אם קיימת חובה, עובד שלא ידע על הסיכון יוכל לטעון לפגיעה באוטונומיה, והשאלה אם היה יכול וצריך לגלות זאת ממקורות אחרים תהיה שיקול במסגרת הבחינה אם החובה כלפיו הופרה אם לאו. מצב אחר הוא זה שבו הסיכון אינו גלוי לכול, המעביד יודע עליו ואינו מיידע את העובד אך העובד יודע עליו ממקור אחר, נניח מחבר לעבודה. באותם מקרים, למרות הפרת החובה, לא נגרם נזק במונח של פגיעה באוטונומיה, שכן דה פקטו לא נשללה מהעובד האפשרות לכוון את צעדיו.²⁴²

זווית שנייה תבחן את חובת הזהירות מהכיוון של הכרה באינטרס הנפגע (שיקול סובייקטיבי).²⁴³ דומה שלכך כיוון השופט אור בפרשת דעקה באמרו כי ככל שהסיכון אשר לא נמסר עליו לחולה חמור יותר, והסתברות התרחשותו גבוהה יותר, עצמת הפגיעה באוטונומיה גדולה יותר.²⁴⁴ על פי גישה זו, ככל שהאינטרס הנפגע קרוב יותר לליבת סיפור החיים והשפעתו גדולה הרבה יותר, כך הצורך בהגנה על האוטונומיה גדל, ומכאן הדרישה להכרה בחובת זהירות ובהפרתה. ואמנם אנו נוטים לזהות את נזק הגוף כקרוב לליבה, ועל כן כשנגרם נזק גוף, במיוחד אם הוא חמור, ייטה בית המשפט לפסוק

242 בהקשר זה גם אפשר להעלות את הביקורת של נילי קרקר-אייל, לעיל ה"ש 126, בעמ' 276, שסבורה שגישתו של בית המשפט, באמצע גישה סובייקטיבית לפיצוי, דווקא אינה אופטימלית בהקשר של הכוונת התנהגות, בין היתר משום שלפי גישת בית המשפט, ניוזק שאינו מודע לפגיעה באוטונומיה או לא חווה תוצאות בלתי ממוניות לא יזכה לפיצוי. לדעתה, הדבר עשוי להביא להתעת-חסר, ומעבר לכך יוצר חוסר קוהרנטיות עם דוקטרינת ההסכמה מדעת (משום שדווקא במקרים של ניוזקים כאלו הפגיעה חמורה יותר). דעתי היא כי אין בביקורת זו כדי לשכנע. הכלל הרגיל בדיני נזיקין הוא שיש צורך בנזק לשם הענקת פיצוי והנזק נבחן באופן סובייקטיבי. יש צורך בטעמים משמעותיים כדי לשכנע מדוע על הפיצוי להיות אובייקטיבי, ועל הטוען לסיטייה מן הכלל המקובל הנטל להראות מדוע הכלל המקובל אינו יעיל או ראוי. הפיצוי האובייקטיבי לא רק שאינו משקף את הנזק האמתי לניזוק ועל כן עלול להביא לפיצוי בחסר או ביתר אלא לעתים, בשל הניתוק מהנזק הסובייקטיבי, הוא עלול אף לקבל צביון של פיצוי עונשי. דומה שזו התופעה שמתרחשת בימים אלו בכל הקשור לפגיעה באוטונומיה. בעניין זה ראו למשל את הערתו של השופט הנדל בעניין ענטבי, לעיל ה"ש 173, שלפיה הגיע העת להגדיל את גובה הפיצוי.

243 זווית זו אינה סותרת בהכרח את האינטרס ההרתעתי, שכן אפשר לסבור שבמקרים שמעורבים בהם נזקי גוף, נגרמים נזקים חמורים יותר, והרתעה ראויה תדרוש החמרה והגדלת הפיצוי.

244 עניין דעקה, לעיל ה"ש 9, בעמ' 583.

כי קיימת חובת זהירות גם כאשר לפגיעה באוטונומיה.²⁴⁵ מזווית זו אפשר להבין למשל מדוע ראש הנזק של פגיעה באוטונומיה החל להתפתח דווקא בתחום הטיפול הרפואי – בתחום זה קיים חשש לפגיעה בגוף גם כאשר הטיפול עצמו אינו רשלני, ועל כן יש להגן על הנפגע לא רק מפני טיפול רשלני אלא גם מפני קבלת החלטה לא מושכלת ומודעת טרם הטיפול. מזווית זו אפשר להבין גם מדוע במקרים של טיפול רפואי קיימת חובת זהירות כאשר לפגיעה באוטונומיה לעומת מקרים דוגמת הרוכל בשוק, שם איננה קיימת.²⁴⁶ השפעתה של פגיעה גופנית על סיפור החיים גדולה מהשפעתה של הפגיעה

באדם על שלא קנה פירות וירקות במקום הזול ביותר ובאיכות הטובה ביותר.²⁴⁷ ואולם, לא די בחשש מפני פגיעה גופנית כדי להסביר את קיומה של חובת הזהירות כאשר לפגיעה באוטונומיה. במקרים רבים חובה שכזו אינה קיימת אף על פי שקיים פוטנציאל לנזק גוף, ומנגד קיימים מקרים שבהם החובה קיימת גם כאשר אין חשש כלל לנזק שכזה. קחו למשל את דוגמת הצוללן ומועדון הצלילה:²⁴⁸ מועדון שמשכיר ציוד צלילה העומד בקריטריונים של הסבירות הנזיקית אינו מגלה לצוללן כי במועדון הצלילה הסמוך מושכר ציוד טוב יותר. במקרה כזה אי-הגילוי יכול להשפיע על בריאותם של הצוללים ועל סיפור חייהם, שכן ייתכן שבעקבות הגילוי היו שוכרים את הציוד הבטוח יותר אצל המתחרה. ובכל זאת המשפט אינו מכיר בחובת גילוי שכזו.

לא זאת אף זאת – במצבים רבים שבהם נגרם נזק גוף ב"תאונה" המשפט אינו מכיר בנזק בשל פגיעה באוטונומיה.²⁴⁹ כך בוודאי במקרים שבהם התאונה הייתה שלא ברשלנות, אך גם במקרים שבהם נגרמה ברשלנות. אינני עוסק כרגע בשאלה אם אי-פסיקת פיצוי שכזה במקרים שברור שנפגע סיפור החיים של הנפגע היא תוצאה של שלילת החובה או של היעדר התרשלות. התוצאה היא שאין פיצוי בגין הפגיעה באוטונומיה במקרים רבים שבהם נגרם נזק גוף בפועל. אם במקרים שבהם נגרם נזק גוף

245 בעניין זה השוו למאמרה של ביטון, לעיל ה"ש 37, המבקרת את ההתייחסות המסורתית לנזק הגוף שהביא להזנחת הנזקים הבלתי מוחשיים ה"טהורים" (החשובים לא פחות לדעתה) וקוראת להנחת תשתית מחודשת לפסיקת פיצוי במקרים כאלו.

246 ראו לעיל בתת-פרק ד.2.

247 דוגמה זו קלה יחסית. דוגמאות קשות יותר אפשר למצוא למשל בנוגע ליחס שבין פגיעה גופנית ובין הפגיעה הנפשית באישה שבעלה לא נתן לה גט (גם זו הוכרה בבית המשפט כפגיעה באוטונומיה), ואפילו דוגמת הכשרות, ועל כך להלן.

248 לפירוט ודין בדוגמה ראו יעקב, לעיל ה"ש 29.

249 ומה כאשר למצבים שכיחים שבהם נגרם נזק גוף, דוגמת תאונות דרכים? פסקי הדין אינם מעניקים במקרים אלו פיצויים בגין פגיעה באוטונומיה אף על פי שמדובר במשטר של אחריות מוחלטת, ואף על פי שאם היו שואלים את הנפגע אם היה מסכים לה, הוא היה מתנגד. ואם יטען הטוען כי נזקים אלו אינם באים במסגרת נזקי גוף, ועל כן מוחרגים מגדר החוק, אפשר לחשוב על דוגמאות אחרות, דוגמת רשלנות מקצועית של קבלנים, מהנדסים, יועצי השקעות ועוד רבים אחרים אשר גם בהם הנזק בגין הפגיעה באוטונומיה, גם אם קיים תאורטית, אינו מקנה זכות לפיצוי.

בפועל אין הכרה בפגיעה באוטונומיה, על אחת כמה וכמה במצבים שבהם היה רק סיכון לגרימת נזק גוף אשר לא התממש.

תחום נוסף שבו אין מוכרת, לפחות עד מועד כתיבת מאמר זה, חובת זהירות כללית כאשר לפגיעה באוטונומיה אף על פי שמדובר בסיכון לנזק גוף, הוא התחום של מוצרים פגומים בכלל ושל היעדר אזהרה על גבי מוצרים בפרט. המוצר הפגום והיעדר האזהרה אמנם חושפים את היצרן לאחריות בגין נזקי גוף אם ייגרמו, אך לא בגין פגיעה באוטונומיה, אפילו שהנזק שנגרם לצרכן הוא נזק גוף.²⁵⁰

לעומת מקרים אלו, שבהם אין קיימת חובת זהירות אף על פי שנגרם או עלול להיגרם נזק גוף, קיימים מצבים רבים אחרים שבהם תוכר חובת זהירות בגין פגיעה באוטונומיה הגם שאין מדובר בנזק גוף או אף בחשש לפגיעה בו. כזהו למשל המקרה של הכשרות. מדברי השופטים בפרשת תנובה עולה כי מקובל עליהם שמתן אוכל לא כשר לאדם שומר כשרות יפגע באופן עוולתי בסיפור חייו אף על פי שהוא אינו כרוך בשום סיכון לגוף או לנזק פיזי.²⁵¹ הנה לנו מקרה שבו כאשר ההשפעה על סיפור החיים היא גדולה, מוטלת על האחראי לה חובת זהירות. מדברים אלו אפשר ללמוד כי שלמות הגוף והעובדה שמדובר בנזק גוף או בחשש לנזק שכזה הם רק פרמטר אחד במדד ההשפעה על סיפור החיים, ולא תמיד הפרמטר המכריע.²⁵²

זווית שלישית לבחינת הדברים היא במישור מערכת היחסים שבין הפוגע לנפגע.²⁵³ אפשר לטעון כי בהתקיים מערכת יחסים מוקדמת בין המזיק לניזוק עומדת למזיק האפשרות ליידע את הניזוק בדבר הנזק שעלול להיגרם לו – בין שזה נגרם ברשלנות ובין שלא. מובן שבמסגרת בחינה זו היעדרה של מערכת יחסים מוקדמת או אפשרות לאינטראקציה בין הצדדים ישפיעו בכיוון של שלילת החובה. לפיכך במצבים שבהם

250 ייתכן שבעתיד תורחב חובת הזהירות גם למקרים אלו, אך יש לשקול היטב אם אין בהרחבה שכזו משום הרחבת-יתר שתגרום לגלגול עלויותיה על ציבור הצרכנים. במקרים אלו יש אולי להבחין בין מקרים טיפוסיים שבהם הפגיעה באוטונומיה נוספת על נזק גוף או רכוש (להלן נזק פיזי) ובין מקרים שבהם היא עומדת בפני עצמה. ראו יעקב, לעיל ה"ש 29. באותם מקרים שבהם הפגיעה באוטונומיה מיתוספת לנזק הפיזי, יש בה פחות צורך משיקולי הרתעה, שכן המזיק, בגלל הסיכון לנזק הפיזי, יביא בחשבון את גובה הנזק ועל כן ינקוט צעדי זהירות, ואילו במקרים שבהם מדובר בפגיעה באוטונומיה בלבד ללא תשלום פיזי, לא ייווצר תמריץ הולם לנקיטת אמצעי זהירות.

251 עניין תנובה, לעיל ה"ש 145, פס' 10 לפסק דינה של השופטת נאור.

252 מקרים אלו ראויים להכרה בגין הפגיעה באוטונומיה גם מבחינת התמריצים שיש לתת למזיק. מכיוון שאין מדובר במצב שבו נגרם נזק גוף או רכוש, הרי שאימתן פיזי בגין אוכל שאינו כשר, במיוחד במקרים שעלות האוכל שאינו כשר זולה יותר, תביא לידי כך שהמזיק, ללא אכיפה פרטית, ינסה את מזלו בשיטת "מצליח". פרט לשמו הטוב לא יהיה מנגנון ראוי לאכיפת המצג. פיזי בגין הפגיעה באוטונומיה יכול לתקן מצב זה. לחלופין העניין יכול להיות מוסדר בצורה חוזית תוך מתן פיזי חוזי על עצם ההפרה של תנאי הכשרות.

253 ראו בהקשר זה ע"א 915/91 מדינת ישראל נ' לוי, פ"ד מח(3) 45 (1994).

הייתה אפשרות לשאול את הנפגע בדבר העדפותיו וזו לא מומשה, יכיר המשפט בפגיעה באוטונומיה. גם מזווית זו אפשר להבין מדוע מערכת היחסים שבין רופא לחולה משמשת כר נרחב לפיתוח הלכות בתחום הפגיעה באוטונומיה. דוגמה טובה נוספת היא דוגמת העובד והמעביד שצוינה לעיל, אשר גם בה יש לצדדים אפשרות להעביר ביניהם מידע ולקבל החלטות באופן מושכל. ולמרות זאת אם אמנם זה השיקול המכריע, אי אפשר להבין מדוע במקרים אחרים המשפט אינו מכיר בפגיעה באוטונומיה על אף קיומה של מערכת יחסים מוקדמת להתרחשות הנזק. הדוגמאות לכך הן רבות: עורך דין אשר איננו מגלה ללקוחותיו את הסיכונים באסטרטגיה לניהול משפט; בנקאי שאיננו חושף את מלוא הסיכונים בתיק השקעות ועוד.

הדוגמאות לאימתן פיצוי למרות קיומה של מערכת יחסים קודמת אינן מצויות אך ורק במסגרת עוולת הרשלנות. הנה למשל עוולת המטרד: המטרד מעצם טבעו משנה את סיפור חייו של המוטריד. לפיכך עצם ההכרה במטרד מבליעה בתוכה את הפגיעה באוטונומיה. אולם סקירה של הפסיקה בתחום זה מלמדת כי בתי המשפט אינם פוסקים בגין עוולת המטרד פיצוי נפרד בשל הפגיעה באוטונומיה. אמנם ייתכן כי היעדר הצורך להוכיח נזק לשם קבלת צו מניעה בעוולת המטרד מקפל בתוכו את הרעיון של הפגיעה המובנית באוטונומיה. אולם גם אם זה המצב, אין דין צו מניעה כדין פיצוי כספי. מעבר לכך, במקרים שבהם ההפרעה אינה עולה כדי מטרד מאפשר המשפט את שינוי סיפור החיים של הנפגע בלי להעניק לו על כך כל פיצוי – לא על חוסר הנוחות ולא על הפגיעה באוטונומיה.²⁵⁴

זווית רביעית, אשר קשורה לדיון הקודם, היא זו שמנתחת את המקרים מבדל לפריזמה של פערי מידע א-סימטריים בין הצדדים.²⁵⁵ לפי גישה זו, שמכסה בעיקר מצבים של פגיעה באוטונומיה בגין אי-גילוי, קיימת חובת גילוי בהתקיים פער מידע בין הצדדים, וזאת כדי לבסס זרימה חופשית של מידע. זרימה זו מאפשרת לכל צד לקבל את ההחלטות הרצויות לו באופן אינדיווידואלי, ופעמים רבות החלטתו אינה נסמכת רק על הפעילות המצומצמת שבין המזיק לניזוק אלא על מערך שיקולים רחב הרבה יותר. הדוגמאות בעניין זה רבות ועל חלקן כבר עמדתי לעיל. גם לפי גישה זו נקל להבין מדוע ראש הנזק של פגיעה באוטונומיה צמח ואף שגשג בהקשר של הטיפול הרפואי. פערי המידע בין מטפל למטופל גדולים. הרופא הוא בעל האינפורמציה הטובה ביותר על הטיפול הרפואי, ועל כן העברת המידע ממנו אל המטופל חיונית, בין היתר משום שהחולה מקבל החלטות לא רק על סמך שיקולים רפואיים אלא על סמך מערך שיקולים רחב ומגוון שידוע פעמים רבות רק לו. על פי מערך שיקולים זה, החלטה שיכולה להיות

254 למעשה, כל הספרות הנויקית בדבר מצג שווא רשלני, אשר בעניינה נדרש קשר סיבתי במוכן של נפגע שהיה פועל אחרת, מנביעה מתוכה פגיעה באוטונומיה שלא ניתן בגינה כל פיצוי.

255 נגיעה בנקודה זו אפשר למצוא גם בשיקולים המועלים בפסק דינו של השופט אור בעניין דעקה, לעיל ה"ש 9, המובאים לעיל בה"ש 235, שיקול (ג).

נכונה מבחינה רפואית עלולה להיחשב בלתי רצויה לחולה. לכאורה, החולה היה יכול לשאת את הרופא במערך העדפותיו, שאז היה האחרון מביא שיקולים אלו בחשבון במסגרת החלטתו ומבצע את הטיפול האופטימלי, אולם גישה זו אינה ישימה – הן מהבחינה הפרקטית והן מבחינת שיקולי מדיניות. שיקוליו של החולה רחבים עד מאוד ואינם ניתנים להעברה לרופא בדרך קלה.²⁵⁶ כמו כן יש בחשיפה שכזו פגיעה חמורה בפרטיותו של החולה.²⁵⁷ מכאן שאין זה רצוי להותיר לרופא את הפררוגטיבה להחליט איזה מידע להעביר לחולה, שכן אף אם הוא סבור שמידע מסוים אינו רלוונטי לעניין הטיפול בחולה, עשוי מידע זה להיות בעל חשיבות לעניינו של חולה ספציפי.

זווית המישית וחשובה לביסוס החובה היא זו המאירה את האינטרסים החיצוניים לצדדים עצמם. במסגרת זו יובאו בחשבון שיקולים של טובת הציבור – בין שהמזיק והניזוק נמנים עמו ובין שלא. דוגמה לשיקול שכזה היא עידוד התחרות במשק. למשל, אם בשל החשש מפני הפגיעה באוטונומיה יצטרך כל סוחר לדווח לקונה על הסוחרים האחרים הקיימים בשוק ועל המחירים שבהם הם מוכרים את סחורותיהם, סביר להניח שהדבר יפגע בתחרות ובמגוון המוצרים המוצע בשוק. כך ייתכנו גם מצבים אחרים שבהם מניעת הפגיעה באוטונומיה של הניזוק תביא להפחתת התחרות במשק או אף להפחתת ההיצע של מוצרים ושירותים. באותם מקרים ייתכן ששיקולים אלו יגברו על השיקול של הפגיעה באוטונומיה, ולכן תצומצם, או אפילו לא תיקבע כלל, חובת זהירות. מקרים נוספים כרוכים בהסדרה ציבורית, באכיפת החוק וכיוצא באלה. גם כאן הגשמת אינטרסים ציבוריים עשויה לעתים להיות כרוכה בפגיעה באוטונומיה, ולכן במקרים מסוימים תישלל חובת הזהירות, או למצער בעת בחינתה יובאו אינטרסים נוספים אלו בחשבון.

מזווית שישית ייבחן אופיו הציבורי של התחום המוסדר.²⁵⁸ באותם מקרים שבהם התחום הניזקי משיק לתחום הציבורי, השימוש בראש הנזק של פגיעה באוטונומיה גורם למעשה להכוונת התנהגות הגם שלא נגרם נזק במשמעותו המסורתית במשפט המקובל, והוא בבחינת תחליף לרגולציה הנאכפת באופן פרטי. בהקשרים אלו בדין המצוי נראה את בית המשפט מחדיר חובות מן המשפט הציבורי-מנהלי אל תוך המערכת הניזקית

256 כיצד יש למדוד את הצלחת הטיפול במקרה שבו לא ניתנה הסכמה? ייתכן מצב שבו הטיפול הצליח על פי קריטריונים רפואיים אך לא לפי הקריטריונים של המטופל.

257 שיקוליו של החולה רבים, מגוונים, ואינם נוגעים בטיפול הרפואי ישירות. למשל, העובדה שאישה עברה טיפולי פוריות במשך זמן רב עלולה להשפיע על החלטתה אם להסכים לניתוח קיסרי או לחלופין להפלה. בדומה, העובדה שאדם סבל בעבר מהצקות חברתיות בשל היבטים אסתטיים כאלה או אחרים עלולה להשפיע על מידת הסתכנותו בניתוח פלסטי.

258 לעיל בפרק ב.3. (ב) דנתי בקושי להכיר בראש נזק הנובע מזכות חוקתית. כאשר מדובר במצבים שבהם המזיק הוא בעל אופי ציבורי, ובעיקר רשויות ציבוריות, המעבר מהזכות החוקתית למישור הניזקי פשוט יותר, שכן עדיין מעורבים בסכסוך אינטרסים של המדינה מול אינטרסים של הפרט. עם זאת גם במקרים אלה יש צורך בנקיטת צעדי זהירות, שכן מהות המטריה הניזקית וההסדרים שהיא מקדמת שונים בכל זאת מזו החוקתית.

ומשתמש בהן לחינוך הגוף הציבורי להתנהגות זהירה. ייתכן שקרבה זו למשפט הציבורי אפשרה את התפתחות ראש הנזק של פגיעה באוטונומיה בהקשר הרפואי. מכיוון שרובה המכריע של המערכת הרפואית בארץ הוא ציבורי, הטלת חובות עליה ו"חינוכה", בדומה לתהליכים שנהוגים במשפט המנהלי, היו אך בבחינת צעד קטן נוסף. עם זאת הרחבה שכזו, בנסיבות אלו, אינה נטולת קשיים. ראשית, גם בתחום המשפט המנהלי הנטייה היא לעבור משיטה של בטלות מוחלטת לבטלות יחסית. נטייה זו – אשר מכשירה את המעשה המנהלי לצרכים ספציפיים, ובמידה מסוימת מוותרת על "חינוך" הרשות – אינה עולה בקנה אחד עם תפיסה נוקשה של חינוך. אפשר לטעון כי נטייה זו – לעבור לשיטה של בטלות יחסית במשפט המנהלי תוך "התפשרות" על חינוך הרשות – לא רק שאינה עולה בקנה אחד עם הרחבת החובות בתחום הנזיקי, אלא מבססת עוד יותר את הצורך בנזק. גם אם בתחום הרפואי אנו מוכנים לקבל את ה"חינוך" ללא נזק כחלק מתפיסת העולם של המשפט הציבורי,²⁵⁹ הרי שזליגת ראש הנזק של פגיעה באוטונומיה לתחומים נזיקיים אחרים, פרטיים באופיים, ללא הסבר מניח את הדעת היא בעייתית ומנוגדת לשיקול המדיניות המוצע כאן.

זווית שביעית קשורה להגבלת חובת הזהירות משיקולים של פגיעה באוטונומיה של המזיק, פגיעה בפרטיותו או באינטרסים אחרים שעליהם רוצה המשפט להגן. אל לנו לשכוח כי פעילות מערכת ברוב המקרים יותר מגורם אחד. על כן הגנה על האוטונומיה של הניזוק משמעותה פעמים רבות פגיעה באוטונומיה של המזיק, במובן של שינוי סיפור חייו. אמנם לשם שמירה על האינטרסים של הנפגע עשויה פגיעה זו להיחשב לעתים מוצדקת, אך במקרים אחרים עשויה היא להתגלות כבלתי מידתית, ובכל מקרה על המשפט להציב לה גבולות. מצבים אלו יכולים לעורר מחלוקת חריפה – בצד אחד של כפות המאזניים תעמוד האוטונומיה של הניזוק, ובצד האחר – האוטונומיה של המזיק.²⁶⁰ הנה לדוגמה רופא מנתח הנושא בגופו את נגיף ה-HIV. ידוע לכול כי הרופא מוכשר והוא יכול לבצע את מלאכתו נאמנה אם ינקוט את כל אמצעי הזהירות הראויים, שהוא אכן נוקטם.²⁶¹ למעשה, בשל מומחיות הרופא, אם הוא שיתח את החולה, סיכויי של החולה להחלים טובים בהרבה מאלה שבטיפולו אצל רופא אחר.²⁶² השאלה היא אם

259 תימוכין לכך הוא קיומו של חוק מסדיר מיוחד – חוק זכויות החולה – שמפרט בדיוק מה נדרש מהרופא כדי לעמוד בדרישות של גילוי נאות.

260 ההתנגשות יכולה להיות בין אינטרסים מסוגים שונים, אשר אולי יהפכו את האיזון לקל יותר. למשל, אולי פגיעה בשלמות הגוף של הניזוק תאוזן באופן אחר ותצדיק הטלת מגבלות חמורות יותר על האוטונומיה של המזיק.

261 אם לא יעשה כן הוא כמובן יישא בתוצאות רשלנותו. בהחלט ייתכן גם שבגלל הנגיף שהוא נושא אמצעי הזהירות שיהיה עליו לנקוט יהיו חמורים מאלו שרופא בריא צריך לנקוט.

262 דוגמה זו מבוססת על מקרה אמיתי שהתרחש בישראל – ראו נורית רוט "זכויות חולה או זכויות מנתח?" הארץ Online 13.6.2007 www.haaretz.co.il/hasite/spages/870386.html. ראו בעניין זה דניאלה קוטקיס ונילי טבק "כאשר הרופא נשא HIV – שני צדדים למטבע" רפואה ומשפט 184, 27 (2002).

על הרופא לגלות לחולה כי הוא נשא בכל זאת. ברור כי רבים מן החולים היו מעוניינים לדעת נתון זה ולהביאו בחשבון במסגרת החלטתם גם אם לא היו משנים אותה בסופו של דבר (ועל כן משתייכים לדוגמת חולה הצהבת). אחרים היו משנים את החלטתם ובוחרים לעבור את הטיפול אצל רופא אחר (ועל כן משתייכים לדוגמת רעלת ההיריון). אף על פי כן בהחלט תיתכן עמדה שלפיה אין חובה על הרופא לגלות מידע שכזה, וזאת בשל הפגיעה באינטרסים שלו – פרטיותו, צנעת חייו, ואולי אפילו הפגיעה באוטונומיה שלו. ומה באשר להעדפותיו המיניות של הרופא, או העובדה שהוא מקיים יחסי מין שאינם מוגנים? כמה שעות הוא ישן בלילה? האם הוא צורך אלכוהול בקביעות? האם רב עם אשתו בבוקרו של היום שבו הוא מבצע ניתוח חשוב? ועוד.²⁶³ במובן מסוים, כל דרישה לנקיטת אמצעי זהירות מצד המזיק מהווה פגיעה בסיפור חייו, שכן ללא האיום בחבות משפטית הוא היה פועל אחרת.²⁶⁴

מזווית שמינית אעסוק בקושי הראייתי של הוכחת ראש הנזק של פגיעה באוטונומיה וכימותו. קשיים ראייתיים שימשו במשפט המקובל חסם להכרה בראשי נזק חדשים.

Rebecca Sara Feinberg, *The Impaired Physician: Medical, Legal, and Ethical Analysis with a Policy Recommendation*, 34 NOVA L. REV. 595, 621, 624 (2010): "There is no clear consensus in the courts or in the medical literature about physician disclosure and the informed consent process. These opposing interests, the patient's interest in information and the physician's interest in privacy, are not calculable to an exact science. Just as each patient is treated individually, each physician and each informed consent process must be taken individually [...] In the framework of physician impairment, the patient's autonomy and the physician's autonomy come into conflict. It must be clear in the policy that patient autonomy takes priority over physician autonomy. The physician may have the autonomy to self-destruct, namely to leave addiction untreated, but this right cannot be extended to be a right to damage a patient".²⁶³ ראו, גם יעקב, לעיל ה"ש 29, בעמ' 654–657.

264 מקרה נוסף שראוי להביאו הוא זה שעלה לדיון בעניין אלקובי (ת"פ (מחוזי חי') 389/02 מדינת ישראל נ' אלקובי (פורסם בנבו, 7.9.2003). באותו מקרה טרנסג'נדר התחזה לגבר בקיימו יחסי מין עם כמה נשים. הוא נאשם, לאחר עסקת טיעון, בהתחזות לאדם אחר (ס' 441 לחוק העונשין, התשל"ז–1977, ס"ח 226) ובעבירה של מעשה מגונה שהסכמה לו הושגה במרמה באשר למיחות העושה (ס' 348(א) לחוק העונשין). בית המשפט הרשיע את הנאשם, ופסק הדין מתמקד, מטבע הדברים, באוטונומיה של הנפגעים. אייל גרוס, שמנתח את פסק הדין (ראו אייל גרוס "התחזות כאדם אחר": חיקוי ומרי מגדרי במשפט של חן אלקובי" משפטים על אהבה 365 (ארנה בן-נפתלי וחנה נוה עורכות, 2005)), מתאר את הקביעה באופן שבו כל הסכמה של בן או בת זוג שהושגה ללא ידיעה על עובדה מהותית זו מושתתת על פגיעה באוטונומיה של בן הזוג ואינה הסכמה חופשית בעיני החוק (שם, בעמ' 383, ה"ש 84–85 והטקסט הסמוך להן). אולם הדיון מעניין בשל הנטל שמוטל על התנהגות ה"פוגע". האין בחובת גילוי שכזו לפגוע בפרטיותו ובאוטונומיה שלו גם כן? ומה בדבר מקרה שבו אדם נשא איידס מקיים יחסים ומשתמש בקונדום – האם גם במקרה שכזה קמה חובת גילוי? ייתכן שכן, אך צריך להבין שגם אם המשפט יחייב גילוי, הדבר נעשה אגב פגיעה באינטרסים (פרטיות, אוטונומיה ועוד) של הצד הפוגע, אשר גם אותם יש להביא בחשבון.

למשל, לגבי נזקים נפשיים, נזקים כלכליים ועוד. נטיית המשפט הישראלי היא אמנם להסיר, או לפחות לצמצם, חסמים "פרוצדורליים",²⁶⁵ אולם המשפט עדיין נדרש להתמודד עם השאלה כיצד יש לכמת נזקים בגין פגיעה באוטונומיה, ואם אין מדובר בנזק ספקולטיבי מדי, אשר אינו ניתן לכימות ואף אפשר להטותו בקלות. לא זה המקום להרחיב על החשש לבידוי ולהטיית נזקים. אומר רק כי הסיכון הוא שראש נזק זה יהפוך לבלתי ניתן לצפייה, והשימוש בו לא יהיה סיסטמתי ויאפשר לנפגע לקבל תוספת פיצוי גם במקרים שלא באמת נגרם לו נזק. אם מחברים נקודה זו עם הגישה הרווחת כיום שלפיה בסוג נזק זה אין צורך להוכיח קשר סיבתי,²⁶⁶ נקבל מצב שבו המזיק משלם ביתר על נזקים שלא גרם, דבר שעלול להביא לידי הרתעת-יתר. ככל ששכיחותו של ראש הנזק תהיה גדולה יותר, ובתחומים רבים יותר, כך תחריף התופעה. לטענה זו יש לתת משקל, אך גם יש לזכור כי זווית זו בוחנת את הדברים בדיעבד ומדגישה את הסיכון לטעות בחיוב המאוחר. דרך אחרת תדגיש את בחינתם של המעשים מראש. מכיוון שקשיי ההוכחה רבים – הן לעניין קיומו של נזק והן לעניין אי-קיומו, החשש מפני החיוב המאוחר ביא לידי גילוי מוקדם, וכך בית המשפט לא יהיה נתון בדילמה, וייחסכו עלויות של ניהול המשפט והטעויות שעלולות להיגרם אגב הבחינה בדיעבד. חיסכון זה ראוי שיובא אף הוא בחשבון בעיצוב החובה.

סיכום

ראש הנזק של פגיעה באוטונומיה ייחודי למשפט הישראלי. אין לו אח ורע בפסיקת בתי המשפט בשיטות המשפט האנגליות-אמריקאיות²⁶⁷ והוא תוצר של משפט מקובל

265 לעיל ה"ש 195, באשר להסרת החסמים הפרוצדורליים בפני הגשת תביעות בנזקים נפשיים וכלכליים. בעניין זה אפשר גם ללמוד למשל ממגמת הפסיקה בישראל להעניק שיקול דעת נרחב יותר בפסילת ראיות שהושגו שלא כדין על ידי מעבר ממונחים של קבילות הראיות לעקרונות של משקל הראיות. ראו למשל עניין יששכרוב, לעיל ה"ש 112, פס' 74 לפסק הדין; ע"פ 645/05 זליגר נ' מדינת ישראל, פס' 25 לפסק דינו של השופט לוי (פורסם בנבו, 5.12.2006); ע"פ 4988/08 פרחי נ' מדינת ישראל, פס' 18 לפסק דינו של השופט לוי (פורסם בנבו, 1.8.2011).

266 ראו פסק דינו של השופט ריבלין בעניין עזבון צבי, לעיל ה"ש 2.

267 יש שיגידו כי קיימים ניצנים של התפתחות בכיוון זה במשפט האנגלו-אמריקאי. בעניין זה ניתן להפנות לפסקי-הדין בפרשות *Chappel v. Hart* (1998) 195 C.L.R. 232 (Austl) האוסטרלית; *Chester v. Afshar* [2004] U.K.H.L. 41, [2005] 1 A.C. 134 (U.K.) כמו כן ראו ניתוחה של נילי קרקו-אייל במאמרה: *Nily Karako-Eyal, Has Non-U.S. Case Law Recognized a Legally Protected Autonomy Right?*, 10 MINN. J.L. SCI. & TECH. 671 (2009). יחד עם זאת, עד היום וככל שדיעתי מגעת, ראש נזק אינו חלק מן המשפט הרווח, ואין לא אח ורע, בוודאי שלא בהיקפים שבהם נעשה בו שימוש בארץ. הכתיבה האקדמית, אמנם עסקה חלקית בראש נזק זה, ראו, למשל, Twerski & Cohen, לעיל ה"ש 43, בעמ' 665, וכן: JAY KATZ, THE SILENT WORLD

מקומי.²⁶⁸ במילים אחרות, הוא נברא, יש מאין, על ידי בית המשפט העליון. ואולם, בניגוד למשפט המקובל המסורתי, שבו הייתה לבתי המשפט הסמכות ליצור עוולות חדשות, בית המשפט העליון הונחה על ידי ההלכה שלפיה בישראל אי אפשר ליצור עוולות חדשות שהן פרי פסיקה, וכי רשימת העוולות הנזיקיות המופיעה בפקודת הנזיקין סגורה. אילוץ זה התווה למעשה נתיב עקלקל שלפיו הפגיעה באוטונומיה הוגדרה

OF DOCTOR AND PATIENT 616, 649, 651–652, 665 (1984); Nancy Levit, *Ethereal Torts*, 61 GEO. WASH. L. REV. 136, 174, 188–190 (1992); Emily Jackson, 'Informed Consent' to Medical Treatment and the Impotence of Tort, in *FIRST DO NO HARM: LAW, ETHICS AND HEALTHCARE* 273, 284 (Sheila A.M. McLean ed., 2006); Jay Katz, *Informed Consent – A Fairy Tale? Law's Vision*, 39 U. PITT. L. REV. 137, 160 (1977); Alan Meisel, A 'Dignitary Tort' as a Bridge Between the Idea of Informed Consent and the Law of Informed Consent, 16 L. MED. & HEALTH CARE 210 (1988); Joseph Goldstein, *For Harold Lasswell: Some Reflections on Human Dignity, Entrapment, Informed Consent, and the Plea Bargain*, 84 YALE L.J. 683, 691 (1975); G. H. Morris, *Dishing Disclosure: Just What the Doctor Ordered*, 44 ARIZ. L. REV. 313, 330 (2002). ואולם דיונים אלו נעשו בשוליים וההכרה בפגיעה זו כפגיעה בת-פיצוי שנויה במחלוקת.

268 בעניין זה מעניין להשוות לגישה הפוכה שנוהגת בארצות הברית בעניין *U.S. v. Farinella*, 558 F.3d. 695 (2009). באותו מקרה חברה אחת רכשה מחברה יצרנית, באמצעות חברה שלישית, 1.6 מיליון בקבוקי רוטב לסלט. על הבקבוקים הופיע הכיתוב "best when purchased by" ולצידו תאריך. החברה היצרנית שינתה את התאריך מינואר 2003 ליוני 2003 (תוספת של חמישה חודשים). לאחר מכן, החברה שרכשה את הבקבוקים ומכרה אותם לציבור, שינתה את התאריך בשנית למאי או ליולי 2004 (תוספת של כשנה). בשל כך היא הועמדה לדין פלילי על הטעיית צרכנים. בפסק דין מרתק מוכה השופט פוזנר את הנתבעת מאחריות פלילית, בטענה שהמדינה לא הוכיחה במקרה זה הטעיה. זאת, בין היתר, משום שלא היו טענות לפיהן מכירת המוצר לאחר תאריך התפוגה סיכנה את בריאות הצרכנים, ומשום שהיה מדובר במוצר "יציב" (שאינו מתקלקל), ואף לא היו ראיות על כך שהצרכנים התלוננו על הטעם. בית המשפט נסמך בין היתר על העובדה שלמשפט "best when purchased by" אין משמעות אחת, ואין מדובר במונח ששקול ל-"expires on". בעניין זה אומר בית המשפט את הדברים הבאים: "best when purchased by" is that it is a guarantee by the seller that if purchased by then (and, presumably, eaten within a reasonable time afterward) it will taste as good as when it was first sold; if this is the meaning that consumers attach to the phrase, there was no misrepresentation". אגב כך נוזף בית-המשפט במדינה על שלא ערכה, לפני הגשת האישום, בדיקות מקיפות באשר לטירתו של המוצר. אינני מביא פסק דין זה על מנת להצדיקו כגישה הראויה. מעבר לכך, פסק דין זה ניתן במסגרת הליך פלילי. יחד עם זאת, פסק הדין ממחיש את הגישה המצמצמת הנהוגה בבתי המשפט בארצות הברית בעניין "נוק" אשר אצלנו היה נתפש באופן כמעט וודאי כפגיעה באוטונומיה. למרות שמדובר בהליך פלילי, קל לשער כי תוצאה דומה הייתה מושגת גם בהליך אזרחי, בטענה לפיה למצער לא נגרם כל נזק, וככל הנראה כלל לא הייתה הטעיה. אינני נביא, אך לא יהיה זה הימור גדול לומר כי בארץ בית המשפט היה מגיע למסקנה שונה בתכלית.

מלכתחילה כראש נזק ולא כעוולה עצמאית. נתיב זה, שהותווה עוד בפרשת דעקה, קבע את שיבוצה של הפגיעה באוטונומיה כראש נזק במסגרת העוולות הקיימות. על כן לצורך קבלת פיצוי בגין פגיעה באוטונומיה אין די להראות כי נגרם נזק אלא יש להראות כי הנזק נגרם בעוולה מוכרת.

העובדה שראש הנזק של פגיעה באוטונומיה הוא המצאה ישראלית הציבה את בתי המשפט בפני אתגר לא קטן. בשל ייחודיותו לא היה אפשר לפנות לפסיקה זרה או למאמרים אקדמיים כדי להיעזר בהם וללמוד מניסיונם של אחרים מהו היישום הנכון של ראש נזק זה, מהם גבולותיו, מהן מגבלות השימוש בו ועוד. דיני הנזיקין בישראל הפכו למעשה למגרש משחקים ניסיוני שבו בודקים, על דרך של ניסוי וטעייה, כיצד יש לפתח ראש נזק זה.

דומה שבשלב זה ברור לרבים כי הניסוי "הצליח" מעל המשוער. נשמעות יותר ויותר ביקורות על השימוש הרב שנעשה בראש הנזק של פגיעה באוטונומיה – הן על ידי התובעים והן על ידי בתי המשפט; על המלאכותיות הטמונה בשימוש זה; על העובדה שעיקר השימוש בו נעשה בתחומים שלא עמדו כלל לנגד עיני בית המשפט עת נוצר.²⁶⁹ כל אלו יוצרים תחושה שהניסוי יצא מכלל שליטה. ככל שהדברים עולים מפרשת דעקה, ראש הנזק של פגיעה באוטונומיה נוצר על רקע מצב מיוחד ומוגבל, במערכת יחסים אינטימית שבין רופא וחולה, שבה צריך להגן על האינטרסים המיוחדים של המטופל. בית המשפט אמנם התלבט לא אחת באשר לאופן פיתוחו של ראש הנזק – למשל, באיזו עוולה יעשה שימוש עיקרי כדי לקבל את הפיצוי בגינו – תקיפה מול רשלנות – וכן באשר לתחומים שבהם יוכר – אולם קשה להאמין שהשופטים בעניין דעקה צפו את התפשטותו של ראש נזק זה כאש בשדה קוצים תוך אימוצו למשל כראש נזק שגרתי בתביעות ייצוגיות.²⁷⁰

269 נורית רוט "המגמה של אישור תביעות ייצוגיות משתקת את התאגידים" *TheMarker* 20.4.2009; אמנם יש הסוברים, כמו המלומד קרן-פז, לעיל ה"ש 47, כי הרחבת השימוש באוטונומיה רצויה מבחינת שיקולי מדיניות. אולם גם גישה מרחיבה זו גורסת כי שיקולי מדיניות מגבילים את הפיצוי בגין פגיעה באוטונומיה לפיצוי צנוע בלבד. כמו כן המאמר שמדבר בשבח הרחבת השימוש פורסם בשנת 2007. באותה תקופה לא היה השימוש בראש נזק זה גורף, ושלא כמו היום, אז שולב בתובענות ייצוגיות ספורות בלבד.

270 זאת, לא בשל השיקולים שעמדו בבסיסו של עניין דעקה, לעיל ה"ש 9, אלא בשל נוחות השימוש בראש נזק זה והיעדר הצורך להראות נזק פיזי משותף לקבוצות של תובעים, כמו גם ההקלות במישור הוכחת הקשר הסיבתי. להלן החלטות בענייני תובענות ייצוגיות בעת האחרונה. החלטות אלה תמחשנה את שכיחות השימוש בראש הנזק של פגיעה באוטונומיה על ידי התובעים. מהחלטות אלו אפשר גם ללמוד כי בית המשפט לא ייעתר בקלות לפסוק פיצוי בגין ראש נזק זה: עניין להט, לעיל ה"ש 218; ב"ש"א (מחוזי חי') 6666/01 קלנר נ' "תנובה" מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית (פורסם בנבו, 27.3.2005); ב"ש"א (מחוזי נצ') 1528/05 ברזילי נ' פריניר (הדס 1987) בע"מ (פורסם בנבו, 27.7.2006); ת"צ (מחוזי מר') 164-12-07 שרייר נ' מהדרין בע"מ (פורסם בנבו, 24.2.2009);

דומה שהגיעה העת לחשיבה מחודשת בדבר האופן וההיקף של השימוש בראש הנזק של הפגיעה באוטונומיה. במאמר זה הצעתי כמה "תיקונים" הנדרשים לצמצום הנזק

ת"א (מחוזי חי') 761/03 שרמן נ' בנק לאומי לישראל בע"מ (פורסם בנבו, 1.3.2009); ת"צ (מחוזי מר') 5567-06-08 תמי בר נ' עטרת תעשיות בע"מ (פורסם בנבו, 20.12.2000); בש"א (מחוזי ת"א) 8767/07 חובה נ' מילקו תעשיות בע"מ (פורסם בנבו, 27.1.2010); ת"צ (מחוזי חי') 4535-10-09 לזרב נ' בית יצחק – משק יצחק אזרד בע"מ (פורסם בנבו, 18.4.2010); ת"צ (מחוזי חי') 837-07 בריוטי נ' פרוטרום תעשיות בע"מ (פורסם בנבו, 26.4.2010); בש"א 1877-06 טל נ' מרכז רפואי רבין (קמפוס בילינסון) (פורסם בנבו, 31.5.2010); ת"צ (מחוזי ים) 9177-07 ברון נ' "אגוד" אגודה שיתופית לתחבורה בישראל בע"מ (פורסם בנבו, 18.7.2010); ת"א (מחוזי ת"א) 1545/08 אלפסי נ' סופר פארם ישראל בע"מ (פורסם בנבו, 22.8.2010); ת"צ (מחוזי ת"א) 2071/09 אלוש נ' דלק חברת הדלק הישראלית בע"מ (פורסם בנבו, 14.6.2011); ת"צ (מחוזי מר') 48-02-09 נוי נ' סנפרוסט בע"מ (פורסם בנבו, 19.6.2011); ת"צ (מחוזי ת"א) 1424/09 גוטמן נ' נביעות-טבע הגליל בע"מ (פורסם בנבו, 17.7.2011). בהנגדה לשימוש המסיבי בפגיעה באוטונומיה כיום מעניין להביא נתונים על השימוש בה בעבר. מחקר אמפירי צנוע שביצעתי מלמד על השימוש האינפלציוני בראש הנזק של "פגיעה באוטונומיה" מאז ניתן פסק הדין בעניין דעקה, לעיל ה"ש 9. חיפוש המונח "פגיעה באוטונומיה" במאגר המשפטי "תקדין" הניב 154 החלטות ופסקי דין (הן של בתי המשפט המחוזיים והן של בית המשפט העליון), ומתוכם 145 ניתנו לאחר פסק הדין בעניין דעקה, ואילו רק 9 לפניו. בנוסף, ראו את הנתונים שמציג אברהם סהר "על פרוספקטיביות ורטרוספקטיביות ועל עיקרי מוסר, צדק, הגינות וביטחון משפטי" רפואה ומשפט 34, 140, 151 (2006): "במכלול הפסיקה הישראלית שפורסמה עד שנת 1988 ועד בכלל, ונמצאת במאגרי הפסיקה, הופיע המונח אוטונומיה בחמישה-עשר פסקי-דין בלבד, מהם שלושה בלבד בהקשר שאינו פוליטי (בשלושת אלה דובר על אוטונומיה של התא המשפחתי). המושג אוטונומיה של הפרט לא נמצא בפסיקת בית-המשפט בישראל עד לשנת 1998 [...] עד שנת 1988 – עלה מושג זה פעמיים בלבד, ובאף לא אחד מהם בעניין הקרוב לנזיקין"; בנוסף ראו ירון רייטר ואריאלה אבולוב "חלב חמוץ" משפט הארץ 36 (2008): "דיני הנזיקין והחוזים מעמידים בראש התור נזקים ישירים ומחשיים. נזקים אלו קשה 'לנפח'. נזקים מסוג פגיעה באוטונומיה הם נזקים נגזרים, משניים, ותמיד ניתן להגזים בהם. אכן, חדשים לבקרים אנו נתקלים בתביעות בהן הנזק הישיר הוא מאות שקלים, ואילו הנזק המשני מסוג עוגמת נפש עומד על אלפי שקלים. אלו תביעות שמכבדות על המערכת השיפוטית המוצפת לעייפה. החלטת בית-המשפט בעניין תנובה עלולה לגרום להיפוך היוצרות. היא מעניקה לראש הנזק מסוג פגיעה באוטונומיה את מעמד הבכורה. נזק זה כזכור אינו טעון הוכחה וממילא לא ניתן להוכיחו. זאת, לעומת נזקים להם היה בעבר מעמד הבכורה, נזקים ממשיים, הדורשים את הוכחת עצם הנזק וקיומו של קשר סיבתי – שאינם נתבעים בעניין תנובה וסביר שבעקבותיו גם לא ייתבעו. מדוע שתובעים ייצוגיים יתאמצו בהוכחת נזקים כאלה, כאשר נפתח להם מסלול עקיף ונוח יותר לזכייה? קושי נוסף הוא השילוב שבין הפיצוי בגין נזק ערטילאי מסוג 'פגיעה באוטונומיה' לבין הפיצוי לטובת הקבוצה. האחרון משמעו, כי מי שיהנה מהסעד איננו בהכרח מי שנפגע מהעוולה; ומי שנפגע, לא בהכרח יפוצה. שילוב זה גורר את דיני התובענות הייצוגיות מתחומי המשפט האזרחי אל תחומי המשפט הפלילי. אם אכן זוהי המגמה, ראוי לאזן את מצבם העגום של נתבעים בתביעות ייצוגיות על-ידי ייבוא היבטים נוספים מהמשפט הפלילי, כגון העלאת רף ההוכחה, זכויות הנאשם, הגנה לנתבע אם הוא נעדר מחשבה פלילית וכיוצא באלה. אלו לא יובאו כמובן למשפט האזרחי. יש בכך אפוא פגיעה קשה בנתבעים".

שנגרם בגין יישום לא מדויק שלו. תיקון אחד שנדרש מתייחס לפגם אשר אולי מלווה את הפגיעה באוטונומיה מיום לידתה – "החטא הקדמון" של הצמדת הפגיעה בכבוד לפגיעה באוטונומיה. הנתיב שהותווה עוד בפרשת דעקה שלפיו אין הבחנה ברורה בין הפגיעה בכבוד לבין הפגיעה באוטונומיה הוא בעייתי. הוא יוצר עמימות באשר לאפיון הנזק, ולמרות תחומי החפיפה בין הפגיעה בכבוד לפגיעה באוטונומיה יש בו משום ערוב של מין בשאינו מינו. דומה שהגיע הזמן לנתק קשר גורדיאני זה ולבחון כל אחת מן הפגיעות כראש נזק עצמאי.

במאמר סקרתי בקצרה את נושא הפגיעה בכבוד ועמדתי על הטעמים מדוע יש להיזהר בהכרח בה כראש נזק עצמאי, אך ביקשתי להתמקד דווקא בפגיעה באוטונומיה ובאפיונה כראש נזק. ההגנה על האוטונומיה נגזרת משליטתו של אדם על גופו ועל מעשיו ומן הרצון לתת הגנה על בחירותיו. כשאלו אינם נפגעים, גם האוטונומיה אינה נפגעת. הבאתי דוגמאות שמהן עולה שייתכן שיהיו מצבים של זלזול באוטונומיה אך ללא פגיעה בה כמו שאפשר למשל לזלזל באינטרס של הגנה על גוף הניזוק מבלי לפגוע בו. מובן שאין פירושו של דבר כי התנהגות מזלזלת שכזו רצויה, אלא רק כי אין מתקיים נזק, ובהקשר הנזיקי – ללא נזק אין להעניק פיצוי. זאת ועוד, במאמר ביקשתי להראות כי גם אם נפגעת האוטונומיה – אין בהכרח מקום להטיל אחריות. אפילו בחברה דמוקרטית האוטונומיה של כל אדם נפגעת פעמים רבות, בין על ידי המדינה ובין על ידי פרטים בה, ולא בכל פעם שנגרם נזק בשל פגיעה זו יכיר בו המשפט כנזק בר-פיצוי. השאלה, כמו בכל נזק אחר, היא אם יש להכיר בחובת זהירות באשר לנזקים מסוג זה, ואם הייתה הפרה של אותה חובה. כמו כן אין לוותר על דרישות הסיבתיות העובדתית והמשפטית במובן שבו הפרת החובה היא שהביאה לפגיעה באוטונומיה. מכל מקום, השיקולים להכרה בקיומה של חובה באשר לנזק של פגיעה באוטונומיה שונים ונבדלים מן השיקולים שיובאו בחשבון בנוגע לראשי הנזק האחרים.

אם כן, נשאלת השאלה מתי להכיר בקיומה של חובת זהירות בנוגע לפגיעה באוטונומיה ומתי פגיעה שכזו תהיה במסגרת הסיכונים העולתיים שהתנהגות מסוימת גורמת? אין פתרון קסם לשאלה זו. במאמר ניסיתי לבחון אם יש להרחיב את החבות בגין הפגיעה באוטונומיה או לצמצמה וכן להתוות דרך לבחינת קיומה של חובת הזהירות מתוך הנחה שמדובר בנזק שהוא חריג לעולם המשפט המקובל, ותוך בחינת המטרות שאותן מבקש המשפט לקדם. אגב כך הבאתי רשימת שיקולים שיעזרו במתן מענה לשאלה באילו מקרים יש להכיר בחובת הזהירות ובהפרתה. שיקולים אלו רלוונטיים לא רק לתחום הליבה של רשלנות רפואית – הם רלוונטיים לא פחות לתחומים כגון תביעות ייצוגיות, דיני הגנת הצרכן, מוצרים פגומים, דיני משפחה ועוד. מובן שאין מדובר ברשימה סגורה של שיקולים אלא רק ברשימה ראשונית. על פרמטרים אלו אפשר להוסיף שיקולים רבים, והם בבחינת צעד קטן בדרך ארוכה ומתמשכת.