
האגודה לרפואה ולמשפט בישראל

רפואה ומשפט

תדפיס מתוך: גיליון 48 – אוקטובר 2015

עמ' 225–237

פיצויים בגין הפגיעה בזכות לאוטונומיה – גלגולה של הלכה

מאת

יונתן דייזיס



הסדרה הבינלאומי לבריאות, משפט ואתיקה



מדור חידושי פסיקה

פיצויים בגין הפגיעה בזכות לאוטונומיה – גלגולה של הלכה

יונתן דייזיס*

כללי

הדוקטרינה של הסכמה מדעת מוסדרת בחוק זכויות החולה, התשנ"ו-1996 ומשקפת את הזכות לאוטונומיה של האדם על גופו, במיוחד במצבים של טיפול רפואי שבהם נזקק המטופל למידע רפואי על מנת להחליט אם להסכים לטיפול המוצע. כנגד זכותו של המטופל לקבל מידע עומדת חובת הרופא למסור למטופל מידע על ההיבטים השונים של הטיפול.

המונח "הסכמה מדעת" מגבש שני נדבכים המשלימים זה את זה: חובת גילוי המידע מצד הרופא המטפל והסכמת המטופל לעבור את הפרוצדורה הרפואית המוצעת.¹

הסכמת המטופל לטיפול הרפואי יכול שתיעשה בעל פה או בכתב,² אך כיום רובן של הפרוצדורות הרפואיות מתבצעות לאחר שהמטופל חותם על טופס הסכמה לטיפול רפואי. ככל שהפרוצדורה הרפואית מורכבת יותר, כך חובת הגילוי וההסבר הנדרשת רחבה יותר.

חוק זכויות החולה תוחם את היקפה של חובת הגילוי ב"מידע רפואי הדרוש לו (למטופל) באורח סביר כדי לאפשר לו להחליט אם להסכים לטיפול המוצע", אולם ההחלטה אם להסכים מושפעת משיקולים רבים ומגוונים כגון מהות הפרוצדורה הרפואית (מציל חיים או שיפור איכות החיים), סוג הניתוח המוצע, זהות המטופל, מידת הנחיצות או הדחיפות של הטיפול הרפואי, קיומם של טיפולים רפואיים חלופיים, סיכויי הצלחת הטיפול הרפואי לעומת הסיכונים הטמונים בו, הפרוגנוזה הצפויה בעקבות הטיפול הרפואי ועלות הטיפול. כשמדובר בטיפול שאינו מוסדר בסל הבריאות או מכוסה בביטוחים המשלימים, הרי חובת הגילוי מתרחבת והופכת לחלק ממערך השיקולים הצריכים להחלטת המטופל אם להסכים לטיפול או לאו.

עיון בפסיקה שקדמה לחוק זכויות החולה מגלה שהדיון בשאלת ההסכמה מדעת נדון במסגרת עולות הרשלנות מאחר שבתי המשפט נרתעו מלדון בה במסגרת עולות התקיפה. לעומת זאת כיום כשהארסנל שעומד לרשות בתי המשפט מכיל שלוש עילות התביעה (רשלנות, הפרת חובה חקוקה ופגיעה באוטונומיה), נרתעים בתי המשפט מלהשתמש בחזקות הראייתיות המעבירות את נטל השכנוע (סעיף 41 לפקודת הנזיקין בעניין "הכלל של הדבר מדבר בעדו" ודוקטרינת "הנזק הראייתי המובנה"), ולעומת זאת עושים שימוש נרחב בעילה של פגיעה באוטונומיה.

בסקירת הפסיקה שלהלן נשווה בין הפסיקה שקדמה לחוק זכויות החולה, התשנ"ו-1996, ונראה שדווקא הקושי בהוכחת שאלת הקשר הסיבתי בעולות הרשלנות במסירת מידע והפרת חובה חקוקה של "הסכמה מדעת" הביא לשימוש מוגבר בעילה של "פגיעה באוטונומיה" תוך פסיקת פיצויים מועטים בכל מקרה שבו נמצא שחובת הגילוי כלפי המטופל הופרה, אך גם זאת בסייגים.

* עורך ראשי של כתב העת "רפואה ומשפט".

1 סעי' 13 לחוק זכויות החולה, התשנ"ו-1996.

2 סעי' 14 לחוק.

התוצאות המשפטיות של הפרת חובת הגילוי

חובת הגילוי היא נדבך מרכזי בכל תביעה העוסקת ברשלנות רפואית. נוסף על הטענה כי מתן הטיפול הרפואי צריך להיעשות על פי סטנדרט הזהירות המקובל, נטען גם שקיימת חובת זהירות לגלות למטופל את המידע הדרוש לו לגיבוש החלטה מושכלת, ושהפרת הגילוי מגיעה לכדי רשלנות במסירת המידע.

הזכות לאוטונומיה על הגוף הוכרה בפסיקה עוד בטרם חקיקת חוק זכויות החולה ונדונה במסגרת עוולת הרשלנות³ ועוולת התקיפה⁴. הפסיקה שדנה בהפרת חובת הגילוי לפני חוק זכויות החולה מיעטה לתת ביטוי לעוולת התקיפה בהקשר של טיפול רפואי ללא הסכמה⁵. המגמה הייתה להכיר בזכות למידע באמצעות עוולת הרשלנות⁶. עד חקיקת חוק זכויות החולה הייתה שאלת הרשלנות במסירת מידע משנית לבחינתה של הפרת חובת הזהירות בטיפול הרפואי כפי שנקבע בפרשת **רייבי**,⁷ וממילא לא נזקקו בתי המשפט לשאלת הקשר הסיבתי הנדרש בין הפרת חובת הגילוי לנזק שנגרם מהפרה זו מקום שבתי המשפט ראו את הקשר הסיבתי מקופל בעצם הפרת חובת הגילוי והזכות למידע.

בעקבות חוק זכויות החולה וגם על פי כללי האתיקה של הרופאים⁸, אין עוד מחלוקת כי על המטפל לגלות למטופל כל מידע מהותי על מנת שהסכמתו תיחשב להסכמה מדעת. "מידע מהותי" כולל קיומם של אמצעי טיפול חלופיים. בפרשת **שטנדל**⁹ דן בית המשפט העליון בהיקף חובת הגילוי בניתוח אלקטיבי (מתוכנן) בקבעו כי ההסבר הנדרש לקבלת הסכמה מדעת לניתוח אלקטיבי – שאף בלעדיו ניתן לנהל אורח חיים רגיל – נכלל ברף העליון של חובת הגילוי, והוא כולל, נוסף על התייחסות לסיכויי ההצלחה, גם הזהרת המטופל מפני הסיבוכים האפשריים, גם אם סיבוכים אלו נדירים.

בפרשת **עלי דעקא**¹⁰ הכיר בית המשפט העליון בפגיעה באוטונומיה כזכות המקימה עילת תביעה עצמאית ללא צורך בהוכחת נזק גוף, ובכך ביטל הלכה למעשה את השימוש בעוולת התקיפה.

בפרשת **מרגלית קדוש**¹¹ נחלקו דעות השופטים בשאלת היקף חובת הגילוי והמבחנים הראויים לבחינת גבולותיה של חובת הגילוי על התוצאות המשפטיות הנובעות מהפרתה. נקבע ברוב דעות כי **חוק זכויות החולה** אימץ את מבחן "החולה הסביר". החוק נותן ביטוי להגנה המוגברת על האוטונומיה ועל הכבוד של הפרט, והוא מעגן את זכותו של החולה שלא להיות נתון לטיפול רפואי כפוי ופטרונני¹². המבחן הנוהג לקביעת היקפה של חובת הגילוי הוא מבחן ציפיותו הסבירה של החולה. מבחן זה אינו תמיד קל ליישום, כי "החולים עצמם אינם עשויים מקשה אחת – יש בהם המעוניינים במידע רב, אחרים מעדיפים להתנחם באי-הידעה ושמים מבטחם ברופאים. לא כל מידע ניתן

3 סעי' 35 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש].

4 סעי' 23(א) לפקודת הנזיקין.

5 ד"נ 25/66 בר חי נ' שטיינר, פ"ד כ(4) 327 (1996).

ע"א 560/84 נחמן נ' קופת חולים, פ"ד מ(2) 384 (1996).

6 ע"א 470/81 אלטורי נ' מדינת ישראל, פ"ד מז(4) 146 (1993).

7 ע"א 3108/91 רייבי נ' ד"ר וייגל, פ"ד מז(2) 497 (1993).

8 ראו גם את כללי האתיקה של ההסתדרות הרפואית בישראל הקובעים כי "הרופא יהיה קשוב למטופל, יכבד את האוטונומיה שלו ואת זכותו לבחור את הטיפול הרפואי ואת אופן ביצועו" (פרק ד', סעיף ו(1)); כי "הרופא יסביר למטופל, בשפה ברורה ועל פי יכולתו להבין, את מצבו הרפואי ואת אמצעי הטיפול האפשריים במצבו..." (פרק ד', סעיף ו(2)); כי "הרופא יסייע למטופל בבחירת ההליך הרפואי המתאים לו, תוך שימוש בידע המקצועי הנמצא בידו" (פרק ד', סעיף ו(4)); וכי "הרופא ימסור למטופל, בשפה ברורה ומובנת, פרטים על האבחנה הרפואית שלו ועל המהלך הצפוי של מחלתו, לרבות מהות הטיפול המוצע, הסיכויים, הסיכונים ותופעות הלוואי האפשריות. הרופא יציג למטופל את הטיפול החלופיים האפשריים, על מנת לאפשר לו לקבל החלטה מושכלת בדבר המשך הטיפול שיינתן לו" (פרק ד', סעיף ז(1)).

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

10 רע"א 2781/93 מיאסה עלי דעקה נ' בי"ח הכרמל, פ"ד נג(4) 526 (1997) (להלן – פרשת דעקה).

11 ע"א 1303/03 מרגלית קדוש נ' בי"ח בביקור חולים (פורסם בנבו 5.3.2012) (להלן – עניין קדוש).

12 דפנה ברק-ארז וישראל גלעד "זכויות אדם בדיני החוזים ובדיני הנזיקין: המהפכה השקטה" קריית המשפט ח 11, 32 (2009).

להסביר לכל חולה, ולא כל חולה מסוגל לקבל החלטות מושכלות לגבי עצמו. היקף המידע הטעון גילוי נגזר, בין היתר מתוחלת הסיכון הכרוך בטיפול (מכפלת הסתברותו ושיעורו) ומהסיכוי הצומח ממנו.¹³

השופט עמית, בדעת מיעוט, הציע לבחון את היקפה של חובת הגילוי על פי מבחן המטופל המעורב/המשולב בעיני הרופא הסביר, מבחן המצמצם את היקף חובת הגילוי תוך התחשבות בנקודת מבטו של הרופא והתחשבות בפרקטיקה הנוהגת. על פי המבחן המוצע, מוטלת על הרופא חובה לגלות למטופל מידע שהרופא יודע, או צריך לדעת, שייתפס כחשוב בעיני האדם הסביר במצבו של המטופל על מנת לקבל החלטה מושכלת בדבר הטיפול המוצע. השופט עמית השאיר בצריך עיון את השאלה אם ראוי להחיל המבחן המוצע במעקב היריון, אך עד מהרה מצאנו שחובת הגילוי המשתקפת על פי הפרקטיקה הנוהגת חלה בכל טיפול רפואי לרבות במעקב היריון.

בפרשת **טל יוחאי**¹⁴ הרחיב בית המשפט העליון את חובת הגילוי גם לקיומן של אסכולות שונות. נקבע כי מקום שקיימות בו שתי אסכולות טיפוליות עיקריות חלופיות (וייתכנו אף יותר) והרופא המטפל נוהג על פי אחת מהן, חלה על הרופא המטפל חובה לגלות למטופל את דבר קיומן של שתי האסכולות. יתרה מזאת, במקרים מסוימים תחול על הצוות הרפואי החובה לשקול – במידת האפשר – איזו מן האסכולות מתאימה לעניינו של המטופל הספציפי שלפניו. הפרתה של חובת הגילוי יכול שתגיע כדי התרשלות בטיפול.

המגמה המסתמנת בפסיקה בעקבות פרישתו של השופט ריבלין, שהוביל את הגישה הליברלית הרואה במבחן "החולה הסביר" משקפת את הזכות לאוטונומיה,¹⁵ היא שדעת המיעוט של השופט עמית **בעניין קדוש**, שלפיה יש לבחון את חובת הגילוי באספקלריה של הפרקטיקה הרפואית הנוהגת, תהפוך עד מהרה לדעת הרוב. כמו כן יש להבחין בין היקפה של חובת הגילוי בפרוצדורה רפואית בודדת לעומת חובת הגילוי הנדרשת במעקב רפואי הנמשך לאורך זמן כגון מעקב היריון.

העוולה הנזיקית המיוחסת למזיק בשל הפרת חובת הגילוי היא עוולת הרשלנות והפרת חובה חקוקה. ראשי הנזק הפוטנציאליים – הממוניים והלא ממוניים – לפיצוי בגין הפרת חובה זו הם בעיקרם אובדן סיכויי החלמה, כאב וסבל ופגיעה באוטונומיה.

בפרשת **המר** נקבעה הלכה על דעת 7 שופטים פה אחד שהזכות לפיצויים בגין פגיעה בזכות לאוטונומיה מצטברת לנזק הלא ממוני הנפסק בגין כאב וסבל. לעומת זאת השופט עמית מוביל כיום גישה מצמצמת לפיה אין להוסיף פיצוי בגין פגיעה באוטונומיה לצד פיצוי בגין כאב וסבל.¹⁶

בחינת הפסיקה הלכה למעשה לפני חוק זכויות החולה ואחריו

בחינת הפסיקה לפני **חוק זכויות החולה, התשנ"ו-1996** מגלה שבתי המשפט הכירו בעצם הפרתה של חובת הגילוי כממלאת אחר יסודות עוולת הרשלנות במסירת מידע המזכה בפיצויים.

בפרשת **רייבי נ' וייגל**¹⁷ נדון מקרה שהתברר זמן רב לפני חקיקת חוק זכויות החולה, ובו קבע בית המשפט העליון כי חתימה על טופס הסכמה לניתוח אינה מתירה למנתח להרחיב את תכנית הפעולה המקורית או לסטות ממנה

13 הלכה זו אומצה בפסקי דין מאוחרים יותר (ראו למשל: ע"א 9936/07 **בן דוד נ' ענטבי**, פס' 6 (פורסם בנבו, 22.2.2011); ע"א 8693/08 **הרמן נ' שטרנברג**, פס' 24 (פורסם בנבו, 24.3.2011); ע"א 2342/09 **ג' נ' שירותי בריאות כללית**, פס' 6 (פורסם בנבו, 6.4.2011); עניין **קדוש**, לעיל ה"ש 11, פס' 7-15 לפסק דינו של המשנה לנשיא א' ריבלין, והיא שמה את כובד המשקל על צרכיו וציפיותיו של המטופל ומציבה סטנדרט גילוי גבוה בפני הרופא המטפל. זאת, מתוך הכרה בחשיבות זכותו של המטופל לאוטונומיה ולקבלת החלטות מושכלות הנוגעות לבריאותו ולחיייו וכן מתוך הכרה כי רק בהינתן המידע הרפואי הרלוונטי יוכל המטופל לקבל החלטה מושכלת באשר לאפיק הטיפול הנכון לו ולהגשים את זכותו לאוטונומיה (דנ"א 121/11 **גרסטל נ' ד"ר דן**, פס' 8 (פורסם בנבו, 5.12.2011).

14 ע"א 6936/09 **טל יוחאי יהודה נ' כללית שירותי בריאות** (פורסם בנבו, 5.3.2012).

15 ע"א 1326/07 **המר נ' פרופ' עמית** (פורסם בנבו, 28.5.2012) (להלן – פרשת **המר**).

16 ע"א 1535/13 **מדינת ישראל נ' איבי** (פורסם בנבו, 3.9.2015).

17 ע"א 3108/91 **נועם רייבי נ' ד"ר קורט וייגל**, פ"ד מז(2) 497 (1993).

ללא הסכמה מפורשת מצד המטופל. מאחר שהמטופל לא נתן הסכמתו להסרת הצלקת, תיחשב ההתנהגות להתרשלות בשל הגדלת הסיכון שלא נמנה עם סיכוני הניתוח המקורי.

הנשיא שמגר קובע כי זכותו של החולה להגדרה עצמית ולשליטה בגורלו, זכות העומדת ביסוד הדרישה שלא יבוצע בו טיפול ללא הסכמתו, חייבה את הרופא להימנע מלבצע טיפול מהסוג האמור, שכרוכים בו סיכונים לפגיעה עצבית. לכן נקבע כי יש לגלות לחולה את כל הסיכונים אשר אדם סביר היה מייחס להם חשיבות בהחלטתו להסכים לביצוע הטיפול. באימוץ אמת מידה זו נדחתה אמת המידה הרווחת בפסיקה האמריקנית, שבה ניתן שיקול מכריע לפרקטיקה הרפואית המקובלת, ותחתיה הועמדו במרכז האינטרסים של הפרט המקבל את הטיפול. הלכה זו שימשה נר לרגלי המחוקק שאימץ את גישתו של הנשיא שמגר בחוק זכויות החולה.

בפרשת **ואתורי**¹⁸ נקבע כי הסכמה מודעת של המטופל לבחירת רופאיו במסלול רפואי הכרוך בסיכונים מיוחדים היא תנאי בסיסי לכשרות ההחלטה הרפואית. חובת הרופא לספק לחולה את המידע שבידו באשר לטיפול הניתן לו ולתוצאותיו האפשריות, "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 כבודו כאדם".¹⁹ מכאן ש"גדרה המינימליסטית של החובה. קיומה בידי הרופאים מיועדת לשרת תכלית מעשית. היא מהווה חלק מחובת הזהירות המוטלת על הרופא כלפי החולה המטופל על־ידיו. אם הופרה החובה, ועקב כך נגרם לחולה נזק, עשויה ההפרה להעמיד לחולה זכות לפיצויים בעילה של רשלנות".

בפרשת **שטנדל**²⁰ נקבע כי עצם הפגיעה באוטונומיה של האדם בשל הפרת חובת הגילוי הוכרה בפסיקה כמעשה רשלני המזכה בפיצויים בשל עגמת נפש. הפיצוי בגין פגיעה בזכות לאוטונומיה בלבד במקום שלא הוכח קשר סיבתי בין הפרת חובת הגילוי לבין מתן ההסכמה לטיפול הרפואי הוא נמוך יחסית, שכן הוא ניתן אך בשל עגמת הנפש שנגרמה למטופל ועל יסוד אומדנה המתבססת על חומרת הפגיעה באוטונומיה שלו. מנגד, במקום שמוכח כי המטופל לא היה נותן את הסכמתו לקבלת הטיפול שגרם לו לנזק אילו קיבל את המידע הדרוש, זכאי הוא לפיצוי בגין כל רכיבי הנזק שנגרמו לו מהפרת חובת הגילוי.

הלכה זו נוהגת כיום בשינויים המחויבים גם אחרי חוק זכויות החולה, התשנ"ו–1996, אולם בחינת הפסיקה מלמדת שאינה מיושמת הלכה למעשה. בטרם חוק זכויות החולה נדחתה הגישה שיש לבחון את הפרת חובת הגילוי על פי מבחן הפרקטיקה הרפואית המקובלת, אולם כיום בעקבות בפרשת ה־X²¹ השביר נקבע כי עקרונית, וכך גם באשר לבדיקות היריון, יש להתחשב בפרקטיקה הרפואית לצורך השאלה אם הרופא הפר את חובת הגילוי כלפי המטופל. את שנאמר בעניין **סידי**²² על חובת הרופא למסור את מלוא האינפורמציה האפשרית יש לבחון על רקע מערכת שיקולים זו, המאפשרת לבית המשפט ולרופא "לסנן" מידע הנוגע לתופעות נדירות ולבדיקות לא שכיחות. בפרשת ה־X²³ השביר נקבע כי כאשר מדובר בבדיקה זמינה שעלותה נמוכה, שנעשית פעם אחת בחיי האישה, תוצאותיה מדויקות, והיא עשויה להתריע ברמת ודאות גבוהה על מוטציה גנטית שכיחה, על השלכותיה החמורות. הרי אי־גילוי המידע מגיע לכדי התרשלות בהפרת סטנדרט הזהירות לפי הפרקטיקה שנתגבשה במועד הטיפול הרפואי.²⁴

ראוי להצביע על מגמה המסתמנת בפסיקה שלפיה בתי המשפט הרחיבו את מבחן החולה הסביר גם על מעקב היריון, שבו נדרשת חובת גילוי מוגברת. עמדה על כך השופטת א' חיות בפרשת **סידי**²⁴: "כאשר מדובר בבדיקות המבוצעות במהלך ההיריון והמיועדות לאתר מומים בעובר, מותר להניח כי קיימת אצל כל הורה ציפייה סבירה לקבל בעניין זה את מלוא האינפורמציה האפשרית מן הרופא כדי שיוכל לכלכל את צעדיו ולהחליט אילו בדיקות ברצונו לבצע מלבד הבדיקות שמעמידה לרשותו הרפואה הציבורית".

18 ע"א 4384/90 **ואתורי נ' בית החולים לניאדו**, פ"ד נא(2) 171 (1997).

19 לשון הנשיא ברק ברע"א 1412/94 **הסתדרות מדיצינית הדסה עין כרם נ' גלעד**, פ"ד מט(2) 516, 525 (1995).

20 ע"א 6153/97 **שטנדל**, לעיל ה"ש 9.

21 ע"א 2124/12 **שירוהי בריאות כללית נ' פלוני** (פורסם בנבו, 30.10.2014).

22 ע"א 4960/04 **סידי נ' קופ"ח של ההסתדרות**, פ"ד ס(3) 590 (2005).

23 ראו גם ע"א 1355/11 **ההסתדרות מדיצינית הדסה נ' קופ"ח מאוחדת** (פורסם בנבו, 9.2.2015).

24 ע"א 4960/04 **סידי**, לעיל ה"ש 22, בעמ' 610.

בפרשת **הדסה נ' קופ"ח מאוחדת**²⁵ קובע השופט זילברטל כי החובה המוטלת על הרופא להסביר למטופל את מצבו הרפואי ואת אפשרויות הטיפול בו ולוודא כי הסבריו הובנו, היא חלק מחובת הגילוי אשר היקפה וחשיבותה בהקשר של בדיקות היריון הוזכרו לא אחת בפסיקה.

בית המשפט העליון קובע מעין חובת גילוי מוגברת של הרופא המטפל בעניין בדיקות המוכוונות לגילוי מומים אצל עוברים: מתן הסבר ברור, בשפה מובנת ומידע על כלל האפשרויות והסיכונים העומדים בפני ההורים – אלה הכרחיים על מנת שידעו לכלכל את צעדיהם.

בפרשת **הגזזת**²⁶ נקבע כי על המדינה חלה חובה ליידע את האוכלוסייה שעברה טיפול בהקרנות נגד מחלת הגזזת במחצית המאה הקודמת על הסיכון המוגבר שלהם לתחלואה בשל ההקרנות שעברו בילדותם. נקבע שהמדינה הפרה את חובת היידוע לפי דיני הנזיקין במסגרת עוולת הרשלנות, אך רק הנפגעים שהוכיחו שלא ידעו בזמן אמת אודות האפשרות לקבל טיפול מונע זכו לפיצויים בגין פגיעה באוטונומיה בנוסף לנזק לא ממוני בגין כאב וסבל.

כמו כן נקבע שראשי הנזק הרלוונטיים שיש לבחון בעילת רשלנות בגין אי-יידוע הם אובדן סיכויי החלמה. על המטופל להוכיח קיומו של קשר סיבתי בין הפרת חובת היידוע ובין אובדן הסיכויים, אלא אם כן יימצא כי יש מקום להיפוך נטל הראיה באשר לאיזה ממרכיבי הקשר הסיבתי בנסיבות הקונקרטיות שתוכנה.

היחס בין העוולות השונות – שאלת הקשר הסיבתי

מאז חקיקת חוק זכויות החולה, התשנ"ו–1996 עומדות לניזוק שתי עילות תביעה חלופיות בגין הפרת חובת גילוי: האחת, התרשלות על פי סעיפים 35–36 לפקודת הנזיקין, והשנייה הפרת חובה חקוקה, עולה לפי סעיף 63 לפקודת הנזיקין. החיקוק שאליו מתייחסת העוולה של הפרת חובה חקוקה הוא סעיפים 13–14 לחוק זכויות החולה המגבשים את דוקטרינת ההסכמה מדעת.²⁷ סעיף 13 לחוק זכויות החולה דן בפרטי המידע הנכללים בחובת הגילוי, ואילו סעיף 14 באופן קבלת ההסכמה מדעת – בכתב, בעל פה או בהתנהגות. בשתי העוולות נדרש התובע להוכיח כי נגרם לו נזק וקשר סיבתי בדמות סיבתיות ההחלטה.²⁸

הפרת חובת הגילוי יכולה להצמיח עילות תביעה שונות מצטברות וחלופיות. בעבר הושתתה עילת התביעה של הפרת הזכות למידע בעיקר על עוולת הרשלנות בטיפול רפואי, אך כיום מושתתת עילת התביעה על שלושה ראשי תביעה: **רשלנות בטיפול, היעדר הסכמה מדעת** עקב הפרה של חובת הגילוי לפי סעיף 63 לפקודת הנזיקין ו**פגיעה באוטונומיה**.

המציאות מלמדת שהעילות מוציאות זו את זו. כאשר בית המשפט דוחה את התביעה בעילת הרשלנות הוא אינו נזקק לדון בעילה של הסכמה מדעת אלא לעתים רחוקות, ובמקרה הטוב דין התביעה להיכשל בשל הקושי להוכיח את סיבתיות ההחלטה המשקפת את דרישת הקשר הסיבתי.

בפרשת **ואתורי**,²⁹ שדנה במקרה שנדון לפני חוק זכויות החולה, קבע השופט מצא שהקשר הסיבתי בתביעות רשלנות במסירת מידע "אינו טעון קביעה על-פי מבחני הסיבתיות המקובלים; כמבחן 'הסיבה המכרעת' וכמבחן ה'צפיות'... מבחנים אלה, המיועדים לאפשר הכרעה על-פי מבחן עודף ההסתברויות, אינם יאים למקרים בהם ניצב בית-המשפט בפני הצורך להעריך באורח היפותטי כיצד היה נוהג חולה פלוני אילו העמידוהו הרופאים מראש על הסיכון והסיכוי הטמונים בטיפול רפואי מסוים... לצורך קביעה זו רשאי בית-המשפט להיזקק לדרך האומדן השיפוטי ולבסס את הערכתו על ההתנהגות שבנסיבות העניין ניתן היה לצפותה מחולה סביר"

25 ע"א 1355/11 **הסתדרות מדיצינית הדסה נ' קופ"ח מאוחדת** (פורסם בנבו, 21.7.2014).

26 ע"א 1535/13 **מדינת ישראל נ' ציפורה איבי**, לעיל ה"ש 16.

27 ע"א 434/94 **ברמן נ' מור המכון למידע רפואי בע"מ**, פ"ד נא(4) 205, 215 (1997).

28 בפסק דין בעניין **קדוש**, לעיל ה"ש 11, עומד השופט עמית על עילות תביעה בתחום דיני החוזים שם בסעיף 20 לפסק הדין, אולם בפועל עילת התביעה החוזית כמעט שאינה מיושמת הלכה למעשה.

29 ע"א 4384/90 **ואתורי**, לעיל ה"ש 18.

לפי הלכת קדוש, הפרת חובת הגילוי נבחנת במסגרת עוולת הרשלנות או הפרת חובה חקוקה, ובמקרים אלה התובע נדרש להוכיח את הקשר הסיבתי העובדתי בין הפרת חובת הזהירות לנזק התוצאתי במובן של "סיבתיות ההחלטה", דהיינו יש להראות כי אילו היה המטופל מקבל את המידע הנדרש לצורך הסכמה מדעת, הוא היה בוחר שלא לבצע את הטיפול המוצע. לעומת זאת בעוולת התקיפה או בטענה לפגיעה באוטונומיה אין צורך להוכיח קיומו של נזק, וממילא אף לא את הקשר הסיבתי.³⁰ עם זאת הפיצוי שיהיה זכאי לו בגין תקיפה ללא נזק או פגיעה בזכות לאוטונומיה הוא נמוך בהרבה ממצב שבו נטען כי קיים קשר סיבתי בין הפרת חובת הגילוי לנזק.

שאלת "סיבתיות ההחלטה" קשה להוכחה, מאחר ש"על התובע להוכיח על דרך השלילה שלא היה מבצע את הפרוצדורה הרפואית אילו העמידוהו הרופאים מראש על הסיכון ועל הסיכוי הטמונים בטיפול הרפואי מסוים" הלכה זו סותרת את החזקה הראייתית שנקבעה בפרשת **המר**,³¹ שם נקבע שלצורך הוכחת הקשר הסיבתי בתביעה שעילתה "הולדה בעוולה" על ההורים להראות כי אלמלא ההתרשלות הם היו פונים לוועדה להפסקת היריון לשם קבלת האישור, אך בשל הקשיים בהוכחת עמדת ההורים בדיעבד ראוי כי החלטת הוועדה להפסקת היריון תשמש מעין חזקה הניתנת לסתירה בדבר עמדתם של ההורים כלפי ביצוע הפלה. עוד נקבע כי גם אם לא עלה בידי ההורים להוכיח כי הם עצמם היו בוחרים להפסיק את ההיריון – אין בכך כדי לגרוע מאפשרותם לתבוע בגין הנזק שנגרם להם בגין הפגיעה באוטונומיה שלהם, לאמור בזכותם לקבל החלטה כה מכרעת בחייהם בשום שכל. בגין נזק זה זכאים הם לפיצוי נפרד.

הלכה זו, שנתקבלה פה אחד על דעת שבעה משופטי בית המשפט העליון, נשארה יתומה. העלאת הרף של בחינת הקשר הסיבתי במובן של "סיבתיות ההחלטה" מקשה מאוד על תובע המבקש להסתמך על עילה של הפרת חובת גילוי המגיעה כדי רשלנות או הסכמה מדעת, ומותירה אותו ברוב המקרים עם פיצויים בשל הפגיעה באוטונומיה בלבד.

דוגמה לכך מצאנו בפרשת **ש.כ. נ' מדינת ישראל**.³² מדובר בנסיבות דומות להפליא לאלה שבפרשת **רייבי**, אך התוצאה המשפטית שונה לחלוטין. בשני המקרים נקבע שהרופא הפר את חובת הגילוי בבצעו ניתוח שלא ניתנה עליו הסכמה מדעת, אך לעומת פרשת **רייבי**, שבה נקבע שהרופא התרשל במסירת מידע בהיעדר הסכמה לניתוח שבוצע בפועל, בפרשת **ש.כ.** נקבע שהטעות באבחנה אינה מגיעה לכדי רשלנות, והפרת חובת הגילוי מזכה בפיצויים אך בשל פגיעה באוטונומיה.³³

התובעת, בת 47 שנים, סבלה מאז נערוטה מכאבי גב אשר החמירו בשנת 2004, פנתה לנתבוע לצורך ביצוע ניתוח אלקטיבי במסגרת רפואה פרטית ואובחנה כסובלת מספונדילוליסטזיס מולדת המצריכה קיבוע של עמוד השדרה. היא הופנתה לניתוח אלקטיבי והמנתח ביצע קיבוע חד-צדדי. לאחר הניתוח, בשל אי-יציבות של עמוד השדרה נגרם שבר בבורג הקיבוע ולא הושג איחוי גרמי. המנתח המליץ על ביצוע ניתוח נוסף. הניתוח בוצע בשיטה דו-צדדית, אלא שגם לאחר הניתוח השני נגרמו שברים בשני ברגי הקיבוע, ולא הושג איחוי גרמי. בעקבות זאת שב והמליץ המנתח למטופלת על ניתוח נוסף להוצאת הקיבועים, אלא שלפי המלצת רופאים נוספים שעמם התייעצה המערערת לא בוצע הניתוח. המטופלת לא קיבלה הסברים כלשהם על סיכוני הניתוח הנובעים משיטת הקיבוע שנקט המנתח ואשר התממשו לאחר כל אחד מהניתוחים. התובעת נותרה נכה.

בית המשפט דחה את תביעת התובעת בעילה של רשלנות והפרת חובה חקוקה בקבעו שהגם שהרופא טעה באבחנת מחלתה של התובעת, אין לראות בביצוע הניתוח משום התרשלות. הניתוח התאים למצבה הנכון, ולא הוכחה סטייה מרמת זהירות סבירה של מנתח בעצם ההחלטה על ביצוע הניתוח או באופן ביצועו. עם זאת מהטעות עצמה באבחנה עולה בהכרח הפרתה של חובת הגילוי של הרופא, שהיא פגיעה באוטונומיה של המטופל, שכן הטיפול נעשה ללא שנמסרה לתובעת אבחנה נכונה. הדרישה לגלות קיומן של חלופות טיפוליות מחייבת רופא לשתף את המטופל בקיומן של אסכולות רפואיות שונות ובשיקולים לבחירה באחת על פני האחרת, אולם חובה זו אינה כוללת גם את

30 ראו נילי קרקו אייל "דוקטרינת הסכמה מדעת – עילת התביעה הראויה מקום שבו הופרה זכות המטופל לאוטונומיה" **הפרקליט** מט 181 (2006).

31 פרשת **המר**, לעיל ה"ש 15.

32 ת"א (מרכז) 25012-02-12 **ש.כ. נ' פולמן** (פורסם בנבו, 20.11.2014). הערעור תלוי ועומד להכרעה בבית המשפט העליון.

33 בית המשפט המחוזי פסק פיצויים בשל פגיעה באוטונומיה בשיעור 100,000 ₪ בלבד.

שיטת הניתוח ופרטי ביצועו – כשאננם שנויים במחלוקת בקהילה הרפואית. במקרה זה לא היה צורך בפירוט שיטת הניתוח, והתובעת קיבלה את ההסברים הנדרשים בדבר הסיכונים הכרוכים בניתוח. בית המשפט פסק לתובעת פיצויים בגין הפגיעה בזכות לאוטונומיה בסך 100,000 ש"ח בלבד.

פסק הדין בעניין **ש.כ.** הרחיק לכת מ"מבחן החולה הסביר", והוא מנוגד אף למבחן "המטופל המעורב בעיני הרופא הסביר" (מבחן שהציע השופט עמית בפרשת **קדוש**), שהעלה את רף ההוכחה של סיבתיות ההחלטה, אך לא ביטל את הלכת **שטנדל**,³⁴ שבה נקבע כי הקשר הסיבתי הנדרש להוכחת התרשליות או הפרת חובה חקוקה הוא פועל יוצא מהיכולת לצפות את הנזק.

היקף חובת הגילוי משקף את ההנחה כי המזיק, הרופא המטפל, היה חייב לצפות את האפשרות שהמטופל לא ייתן הסכמתו לטיפול הרפואי המוצע אילו קיבל המטופל את המידע הדרוש לגיבוש החלטתו. על כן הקשר הסיבתי המשפטי בין האשם לבין הנזק מתקיים כאשר המעוול היה יכול לצפות כי מעשהו יגרום נזק. ברור שמעצם קביעתו העובדתית של פסק הדין שהופרה חובת הגילוי, הוא שגוי, אך יותר מכך הוא מלמד על מגמה של צמצום ההכרה בזכויות הדיוניות של התובע ושל הסתפקות בפיצויים זעומים בגין הפגיעה באוטונומיה.

ראוי לציין כי הפסיקה קבעה כי אין להחיל את דוקטרינת הנזק הראייתי המובנה מקום בו ההתרשליות באה לידי ביטוי בהפרה של חובת גילוי. בתביעה שעניינה הפרת חובת הגילוי על הרופא להוכיח מה היה מצב הדברים אילולא הופרה חובת הגילוי.³⁵ דוקטרינת הנזק הראייתי משמשת חזקה ראייתית במסגרת עוולת הרשלנות כדרך "לעקוף" את שאלת הקשר הסיבתי.³⁶ ייתכן כי הסיבה לכך היא, כפי שמציין השופט עמית בפרשת **קדוש**, שהחלת הדוקטרינה גם בתביעה בגין הפרתה של חובת הגילוי הייתה מביאה כמעט "אוטומטית" לקבלת התביעה, באשר מטבע הדברים יקשה על הרופא להוכיח מה היה המטופל מחליט אילו היה כל המידע לפניו, ומשום כך מהססים בתי המשפט בהחלת דוקטרינת הנזק הראייתי, ובכך מעלים את רף ההוכחה שהתובע צריך לעמוד בו ומצמצם את יכולתו להשתמש בחזקות הראייתיות שנקבעו בדין להוכחת שאלת האחריות במקום של חוסר ודאות.

הדברים קיבלו ביטוי בפסיקה מאוחרת יותר. בפרשת **מנחם ששון**³⁷ קובע השופט עמית כי אין מקום להחיל את דוקטרינת הנזק הראייתי בעילה של אי-קבלת הסכמה מדעת, תוך העלאת הרף של סיבתיות ההחלטה. נקבע שם שאף שהמדינה חדלה בכך שלא העמידה את המערער בפני ועדת אבחון לפי חוק הסעד (טיפול במפגרים), ובכך הפרה חובה חקוקה, וגם בהנחה כי יש בהפרה זו כדי להעביר את הנטל אל המדינה מכוח דוקטרינת הנזק הראייתי המובנה, הוכיחה המדינה כי גם אילו היה המערער מתייצב בפני ועדת אבחון כדן, הוא לא היה מאובחן כמתאים ליציאה מהמוסד למפגרים שבו שהה, ולכן נשלל הקשר הסיבתי בין הפרת החובה החקוקה לנזק הנטען.

בפרשת הגזזת³⁸ הפכה הביקורת להלכה מחייבת. השופט עמית קובע כי החלת דוקטרינת הנזק הראייתי המובנה משמעה שעל הנתבע להוכיח מה היה מצב הדברים ההיפותטי אילולא התרשלותו. מטבע הדברים, נטל זה הוא כבד ועשוי להביא לתוצאה המייתרת בפועל את הצורך להוכיח את רכיב הקשר הסיבתי. מכאן שאין להחיל את דוקטרינת הנזק הראייתי המובנה בשאלת הקשר הסיבתי.³⁹

המסקנה המתבקשת מהפסיקה היא שחוק זכויות החולה לא היטיב את מצבם של המטופלים שזכותם לאוטונומיה נפגעה, ובית המשפט העליון העלה את הרף של הוכחת "סיבתיות ההחלטה" במקרים שחובת הגילוי הופרה באופן המקשה על הוכחת יסוד הקשר הסיבתי הנדרש.

34 ע"א 6153/97 **שטנדל**, לעיל ה"ש 9.

35 ע"א 9328/02 **מאיר נ' לאור**, פ"ד נח(5) 54, 64 (2004); גיא שני **חזקות רשלנות – העברת נטל ההוכחה בדיני נזיקין** 342 (2011).

36 ע"א 1068/05 **עיריית ירושלים נ' מימוני**, פס' 25 (פורסם בנבו, 14.12.2006).

37 ע"א 3114/12 **מנחם ששון נ' משרד הרווחה** (פורסם בנבו, 13.4.2014).

38 ע"א 1535/13 **מדינת ישראל נ' איבי**, לעיל ה"ש 16.

39 ראו ע"א 4584/10 **מדינת ישראל נ' שובר**, פס' 113 (פורסם בנבו, 4.12.2012) וע"א 3114/12 **ששון נ' משרד הרווחה**, פס' 30 (פורסם בנבו, 13.4.2014) (להלן – עניין **ששון**); ישראל גלעד **דיני נזיקין – גבולות האחריות** 1355–1372 (2012).

פגיעה באוטונומיה – ראש נזק או עוולה חוקתית

בפרשת **עלי דעקא**⁴⁰ הכיר בית המשפט העליון, בהרכב מורחב של שבעה שופטים, בעילה של פגיעה באוטונומיה כראש נזק עצמאי ונפרד המתגבש מיד עם הפרת חובת הגילוי. להבדיל מעילות התביעה של רשלנות והפרת חובה חקוקה, בעילה של "פגיעה באוטונומיה" אין צורך להוכיח קשר סיבתי בין הפרת החובה לבין הנזק הממשי שנגרם מאי-גילוי המידע. ההלכה בדבר פגיעה באוטונומיה כחלק מהזכות לקבלת מידע אומצה בשורה של פסקי דין אם כי עדיין קיימת מחלוקת באשר לאופן הערכת הפיצוי בגדר ראש הנזק של פגיעה בזכות לאוטונומיה כאשר היא מצטרפת לעילות אחרות שהוכחו.⁴¹ ההכרה בעילה של פגיעה באוטונומיה כחלק מהזכות לקבלת מידע במהלך ההיריון אומצה עד הלכת המר בהקשר של מעקב היריון במקרים בודדים בלבד.⁴²

בהלכת **קדוש** עמד בית המשפט העליון בהרחבה על חשיבותה של הזכות לאוטונומיה ועל זכותו של הפרט לתבוע פיצוי בגין הפגיעה בזכות זו. בית המשפט הבהיר כי הזכות לאוטונומיה היא "זכותו של כל פרט להחליט על מעשיו ומאוויו בהתאם לבחירותיו, ולפעול בהתאם לבחירות אלה". זוהי זכותו של האדם "לכתוב את סיפור חייו".⁴³

תפיסה זו נגזרת מן ההכרה שלפיה הפגיעה באוטונומיה (כאשר היא בליבת הזכות ובעניין מהותי) משקפת נזק ממשי ואמתי. נזק זה עשוי לבוא בנפרד ובמובחן מנזקים אחרים – ממוניים ולא ממוניים – שאז הימנעות מפסיקת פיצוי בגינו תחטא לעיקרון של השבת המצב לקדמותו.

בפרשת **הגזזת**⁴⁴ קובעת השופטת חיות כי "ככל שההגנה על הזכות לאוטונומיה מתבטאת בהענקת פיצוי בשדה הנזיקי של המשפט, תחמה הפסיקה את זכות הפיצוי בשני היבטים. ראשית, נפסק כי רק פגיעה בליבת הזכות ובעניין מהותי תזכה את התובע בפיצוי משמעותי.⁴⁵ שנית, נפסק כי פיצוי בגין פגיעה באוטונומיה לא יינתן כפיצוי אובייקטיבי בגין עצם הפגיעה וכי "הפיצוי בגין פגיעה באוטונומיה ניתן בשל נזק תוצאתי סובייקטיבי המתבטא בתחושות של כעס, תסכול, ועוד כיוצא באלה תחושות שליליות שמעוררת התנהגותו של המזיק".⁴⁶

בפרשת **קדוש** נתגלעה מחלוקת פוסקים בין המשנה לנשיאה ריבלין לשופט עמית באשר להיקף עילת התביעה של הפגיעה באוטונומיה – אם ראש נזק או עוולה חוקתית. בפרשת **קדוש** אמנם נקבע על דעת כל חברי ההרכב כי יש לראות בפגיעה בזכות לאוטונומיה ראש נזק במסגרת עוולה קיימת – עוולת הרשלנות – ולא עוולה עצמאית ונפרדת – עוולה חוקתית. אולם בפסיקה המאוחרת הופחת משקלה של הפגיעה באוטונומיה כעילת תביעה עצמאית שיכולה להצטרף לעוולת התביעה העיקרית (רשלנות בטיפול או היעדר הסכמה מדעת).

לדעת השופט ריבלין, המשקפת את דעת הרוב בפרשת **קדוש**, כאשר נגרמת פגיעה בשל רשלנות בעצם הטיפול הרפואי שניתן, להבדיל מרשלנות המתבטאת בעצם הפרת החובה לקבלת הסכמה מודעת, ואף נגרמת פגיעה

40 פרשת **דעקה**, לעיל ה"ש 10.

41 בע"א 9817/02 **וינשטיין נ' ד"ר ברגמן** (פורסם בנבו, 16.6.2005) נפסק פיצוי של 150,000 ש"ח בעטייה של הפגיעה באוטונומיה של המערער לאחר שנקבע כי המערער לא קיבל הסבר בנוגע לסיכויי ניתוח לייזר בעיניו ולסיכויים באופן שהיה יכול לקבל החלטה נכונה. התביעה בעוולת הרשלנות נדחתה משלא הוכח הקשר הסיבתי בין מצב עיניו של המערער לבין הניתוח. לביקורת על אופן הערכת הפיצוי בשל פגיעה באוטונומיה, ראו נילי קרקו-אייל "אופן הערכת הפיצוי בגדר ראש נזק של פגיעה באוטונומיה" **המשפט** 21, 37 (פברואר 2006).

42 בת"א 577/95 (מחוזי י-ם) **שושני נ' פרופ' יגל** (פורסם בנבו, 20.3.2003) נקבע בסעיף 37 לפסק הדין: "הפסקת הריון אינה ענין של ניחוש או הימור על ידי המומחים אם אמנם יש הצדקה להפסקת הריון, ואם זה רצון ההורים שהם אוטונומיים להחליט בעניין זה – תיעשה הפניה לוועדה להפסקת הריון אף בשלב מתקדם של ההריון וזו תחליט אשר תחליט".

43 פרשת **דעקה**, לעיל ה"ש 10, בעמ' 570.

44 ע"א 1535/13 **מדינת ישראל נ' איבי**, לעיל ה"ש 16.

45 עניין **קדוש**, לעיל ה"ש 11, פס' 39 לפסק דינו של המשנה לנשיא א' ריבלין; ע"א 4576/08 **בן צבי נ' פרופ' היס** (פורסם בנבו, 26.2.2012).

46 ע"א 10085/08 **תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ נ' עזבון ראבי** (פורסם בנבו, 4.12.2011).

באוטונומיה של המטופל. במקרה זה, הפיצוי בגין הפגיעה באוטונומיה יכול להתווסף על הפיצוי בגין נזק גוף (שיכול לכלול נזק ממוני ונזק לא ממוני), שנגרם לחולה, או להשלים אותו.⁴⁷

בפרשת **המר** הרחיב המשנה לנשיאה השופט ריבלין את הדיון בשאלת היחס שבין העילה של הולדה בעוולה לבין העילה של פגיעה באוטונומיה, במסגרת תביעת ההורים. במקרים שבהם ניתן לבצע הפרדה בין הנזק על הפגיעה בזכותם האוטונומית של ההורים, להחליט אם להמשיך בהיריון או להפסיקו, לבין הנזקים האחרים, והפגיעה באוטונומיה היא פגיעה נוספת מהותית הנוגעת בלבה של הזכות, יש לפסוק פיצוי נפרד בגין פגיעה באוטונומיה נוסף על זכותם לתבוע פיצויים גם בגין כל נזק ישיר אחר שנגרם להם.

בעקבות הלכת **המר** ההלכה היא שיש להבחין בין מקרים שעילתם הולדה בעוולה, שבהם ההורים זכאים לפיצוי בשל הנזק הלא ממוני עקב הפגיעה באוטונומיה שלהם להחליט על המשך ההיריון, נוסף על פיצוי בגין נזק לא ממוני עקב הצורך לגידול ילדם במומו, ובמצטבר לו,⁴⁸ ובין מקרים המבוססים על עוולת הרשלנות או הפרת חובה חקוקה שבהם הלכה למעשה ההלכה שונה לחלוטין, כפי שלמדנו מפרשת **חכם**,⁴⁹ שם שולל השופט עמית, בהסכמת יתר חברי ההרכב, את הפיצוי המצטבר, וכדבריו: "בתביעה דנן, וכפי שנפוץ במקומותינו, טענה המערערת לרשלנות רפואית, ובנוסף, טענה להיעדר הסכמה מדעת עקב הפרה של חובת הגילוי וכן לפגיעה באוטונומיה. רשלנות, היעדר הסכמה מדעת ופגיעה באוטונומיה אכן לא חד-הם, אך שלוש העילות מוציאות זו את זו. מקום בו לא הוכחה רשלנות בטיפול הרפואי, מקום בו לא הוכחה הפרה של חובת הגילוי או לא הוכח קשר סיבתי בין הפרת חובת הגילוי לבין הנזק, אוראז נדרש בית המשפט לבחון קיומה של פגיעה באוטונומיה במקרה דנן, משנתקבלה תביעתה של המערערת בעילה של רשלנות בטיפול הרפואי כשלעצמו, התייתר הדיון בסוגיה של פגיעה באוטונומיה".⁵⁰

בפרשת **מרפאת עין טל**⁵¹ קבע השופט עמית כי פסק הדין בעניין **המר** לא הכריע במחלוקת העקרונית בשאלה אם הפיצוי בגין פגיעה באוטונומיה מצטבר לפיצוי בגין נזק לא ממוני עקב התרשלנות בטיפול או היעדר הסכמה מדעת. שאלה זו נותרה בצריך עיון בהחלטת הנשיאה ביניים בפרשת **היס**.⁵²

בפרשת **מכבי נ' ס.ג.**⁵³ קבע השופט עמית כי הלכה למעשה, הלכת **המר** לא שינתה את שיעור הפיצוי שהיה נפסק לקטין בגין "חיים בעוולה", אלא הסבה את הפיצוי להורים בגין "הולדה בעוולה". זאת, למעט בראש הנזק של כאב וסבל, באשר ניתן לטעון כי אין להשוות כאב וסבל של ההורים ואת תוחלת החיים שלהם לכאב, לסבל ולתוחלת החיים של הקטין. לדעתו אין טעם ואין צורך להבחין בין נזק לא ממוני בדמות נזק נפשי לבין "תחושות שליליות" הנובעות מפגיעה באוטונומיה. "עם זאת, כאשר בסוגיה של הולדה בעוולה עסקינן, איני רואה אלא לכוף ראשי ולקבל עלי את הכרעת ההרכב המורחב בעניין המר, שם נקבע כי יש לפסוק פיצוי להורים הן בגין נזק נפשי והן בגין פגיעה באוטונומיה".

השופטת חיות קבעה בפסק דין **ס.ג.** הנ"ל שאמנם בפרשת **תנובה**⁵⁴ ציינה כי "אין מקום לפצל את הפיצוי בגין פגיעה באוטונומיה מן הפיצוי בגין עוגמת נפש ותחושות שליליות שנגרמו לנפגע בגין אותה פגיעה (להבדיל מראש נזק לא

47 כך נפסק בפרשת **דעקא**: "במישור העקרוני ראשי הנזק בגין פגיעה באוטונומיה ונזק הגוף שנגרם לחולה הם ראשי נזק מובחנים, הבאים האחד בנוסף או בהשלמה לשני, ולא האחד במקום השני. אכן, הפיצוי בגין הפגיעה באוטונומיה אינו בא לשמש תחליף לפיצוי בגין נזק גוף. הוא בא להשלים את הפיצוי האמור, ולהשיב את מצבו של הנפגע לקדמותו, במידה הטובה ביותר שאותה ניתן להשיג באמצעות פיצוי כספי".

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

49 ע"א 7952/08 **חכם נ' קופת חולים כללית** (פורסם בנבו, 24.2.2010).

50 ראו גם ת"א 869/06 **כהן נ' שירותי בריאות כללית** (פורסם בנבו, 20.10.2009).

51 ע"א 1615/11 **מרפאת עין טל מרכז לרפואת עיניים נ' פינקלשטיין**, פס' 17 (פורסם בנבו, 6.8.2013).

52 בד"א 5636/11 **היס נ' בן צבי** (פורסם בנבו, 26.2.2012).

53 ע"א 2600/09 **מכבי שירותי בריאות נ' ס.ג.** (פורסם בנבו, 10.11.2013).

54 ע"א 10085/08 **תנובה**, לעיל ה"ש 46.

ממוני המסב עצמו על פגיעות אחרות באותה תביעה), אך כשמדובר במקרים הנוגעים להולדה בעוולה יש להבחין בין הנזק הממוני להורים לבין הפגיעה באוטונומיה.⁵⁵

בחינת הפסיקה שניתנה בשנים האחרונות מלמדת שברוב התביעות שהוגשו בעילות תביעה חלופיות (רשלנות והפרת חובה חקוקה) בתי המשפט אינם דנים כלל ביסודות העוולה של הפרת חובה חקוקה. ברוב המקרים התביעה נדחית כיוון שלא הוכחה הרשלנות,⁵⁶ ובית המשפט לא נזקקו כלל לבחון אם הופרה חובת הגילוי במסגרת העילה של הסכמה מדעת או פגיעה באוטונומיה.

לעומת זאת במקרים שבהם מצא בית המשפט כי הופרה חובת הגילוי רק במיעוט המקרים, ראה בית המשפט לפסוק פיצויים מצטברים בגין רשלנות ופגיעה באוטונומיה.⁵⁷ ברוב המקרים מסתפקים בתי המשפט לפסוק רק נזק לא ממוני בגין פגיעה באוטונומיה על מנת שלא לפסוק את מלוא הנזק.⁵⁸

ביטוי נאמן לבלבול שנגרם בעקבות המחלוקת בפסיקה בנוגע למקומה הגאומטרי של זכות הפגיעה באוטונומיה מביעה המלומדת ד"ר בלהה כהנא:⁵⁹

"חוששת אני שמישמת בית המשפט להכריע בסוגיית הפגיעה באוטונומיה על השאלות הנגזרות ממנה לא צלחה. אינני סבורה שהיום יודעים אנו לומר האם מדובר בעילה או בראש נזק, אינני סבורה שהיום יודעים אנו מהי פגיעה באוטונומיה, האם מדובר בפגיעה פיסית, או נפשית? האם יודעים אנו מהו 'תחום הנזק'? ... והאם פיצוי בגין הפגיעה באוטונומיה ייתן בנוסף לפיצוי בגין רשלנות או שמא רק כאשר אין (או לא נתקבלה) תביעה בגין רשלנות?"

שיעור הפיצוי בגין פגיעה באוטונומיה

בפרשת המר⁶⁰ ביטל בית המשפט העליון את הלכת זייצוב, אשר הכירה בעילת התביעה של הקטין בגין "חיים בעוולה" אך הותירה ואף הרחיבה את עילת ההורים בגין "הולדה בעוולה".

55 השופטת חיות מבחינה בנזק הלא ממוני שנגרם מהפגיעה בזכות לאוטונומיה ובין כאב וסבל שנגרם עקב גידול ילד במום, וכדבריה בעניין ס.ג.: "הפגיעה הראשונה הנגרמת במקרים אלה היא הפגיעה החדה והברורה באוטונומיה של ההורים ובזכות היסוד החוקתית שלהם כבני אדם לשקול, לבחון ולהחליט האם יש ברצונם להוליד ילד בעל מום אם לאו והאם הם מוכנים ליטול על עצמם את כל הכרוך בגידולו ובטיפול בו לאורך כל חייהם וחייו. פגיעה מהותית כזו בליבת חירותם הבסיסית של ההורים המיועדים לקבל החלטות המעצבות את תמונת חייהם, היא פגיעה המסבה להם נזק לא ממוני שניתן לאפיין אותו בעיקר ברגשות של כעס, עלבון ותסכול בשל שלילת החירות לבחור אם רצונם להוליד ילד בעל מום. פגיעה זו מועצמת מאוד בהינתן העובדה שבמקרים אלה של הולדה בעוולה נדרש כיסוד מיסודות העוולה קשר סיבתי סובייקטיבי. היינו – מדובר במקרים שבהם הוכח כי ההורים היו מפסיקים את ההיריון אילו היו יודעים על המום.

הפגיעה הנוספת הנגרמת להורים במצבים של הולדה בעוולה מגולמת בכאב ובסבל אשר ילוו אותם לאורך כל חייהם כמי שייאלצו להתמודד יום יום ושעה שעה עם קשייו ומגבלותיו של הילד, עם העובדה שהוא איננו ככל הילדים וכן עם החרדה המתמדת מה יעלה בגורלו אם חלילה לא יוכלו לדאוג לצרכיו המיוחדים. נזק זה אף הוא נזק שאיננו ממוני אך הוא שונה באופיו ובקווי המתאר שלו מן הנזק הלא ממוני הנובע מן הפגיעה באוטונומיה" (להבחנה בין השניים ראו גם דברי המשנה לנשיא ריבלין בפס' 70 לפסק דינו בפרשת המר).

56 ראו ע"א 10306/08 שמואלי נ' מכון מור (פורסם בנבו, 16.3.2011) אי-גילוי מום בבדיקות US; ע"א 8075/08 הילה היימברג נ' הדסה (פורסם בנבו, 10.3.2011) אי-גילוי מום בסקירה מורחבת; ע"א 10218/08 אברמובסקי נ' ד"ר סיגל (פורסם בנבו, 23.8.2012) אי-גילוי תסמונת דאון; ע"א 8693/08 הרמן נ' ד"ר שטיינברג (פורסם בנבו, 24.3.2011) נזק במהלך קולונוסקופייה; ע"א 4486/11 פלוני נ' פלוני (פורסם בנבו, 15.7.2013) אי אבחון מומים מולדים; ע"א 8384/10 טהא מרינה נ' ד"ר ורדימון (פורסם בנבו, 2.11.2012) אי אבחון תסמונת גנטית במעקב היריון.

57 ע"א 1615/11 מרפאת עין טל נ' פינקלשטיין (פורסם בנבו, 6.8.2013).

58 ע"א 8126/87 עזבון המנוחה ברוריה צבי ז"ל נ' ביקור חולים (פורסם בנבו, 3.1.2010); ע"א 9936/07 בן דוד נ' ענתבי (פורסם בנבו, 22.2.2011); ע"א 9639/10 ניסנבאום נ' ד"ר יצחק (פורסם בנבו, 2.4.2012); ע"א 980/09 פלונית נ' פרוץ' משיח (פורסם בנבו, 15.3.2012); ע"א 26571-06-11 קופליס נ' ד"ר מרמור (פורסם בנבו, 27.11.2012).

59 בלהה כהנא "היבטים קונספטואליים של הלכת המר בראי דיני הנזיקין" רפואה ומשפט, חוברת מיוחדת – הולדה בעוולה, ינואר 2015.

60 פרשת המר, לעיל ה"ש 15.

בעקבות הלכת המר, שהכירה בזכות לפיצויים בשל הפגיעה באוטונומיה בעילות התביעה הנגזרות על פי דין להורים לפי עוולת המסגרת "הולדה בעוולה", ההורים זכאים לפיצוי בגין כאב וסבל עד תוחלת חייהם⁶¹ וכן לפיצוי בגין "פגיעה באוטונומיה".

בהלכת המר נקבע באשר לשיעור הפיצוי כי צריך שיהיה אינדיווידואלי, בהתחשב בהפרה הקונקרטית ובנסיבותיה. נקבע עוד כי ככל שהמידע שלא נמסר חשוב יותר, וככל שהאינטרס הנפגע קרוב יותר לליבת הזכות ומשפיע עליה – כך יגדל הפיצוי בגין הפגיעה באוטונומיה. באותם מקרים שבהם בית המשפט משוכנע כי נגרמה פגיעה לאוטונומיה של התובע – כזו הנוגעת לליבת הזכות ובעניין מהותי – שומה עליו לפסוק פיצוי הולם, שישקף את מלוא חומרת הפגיעה.

אשר לשיעור הפיצוי נקבע כי אין לפסוק פיצוי סטנדרטי בגין הפגיעה באוטונומיה, אלא צריך שהפיצוי יהיה אינדיווידואלי, בהתחשב בהפרה הקונקרטית ובנסיבותיה.⁶² עם זאת כבר הובהר כי "מאחר שמדובר בהערכה של נזק בלתי-מוחשי, יזקקו בתי-המשפט להערכה שתתבסס על נסיבות העניין ועל ניסיון חייהם. ככלל ניתן לקבוע, כי ככל שהמידע שלא נמסר חשוב יותר וככל שהאינטרס הנפגע קרוב יותר לליבת הזכות ומשפיע עליה בצורה משמעותית יותר – כך יגדל הפיצוי בגין הפגיעה באוטונומיה".

כמו כן קיים שוני בין התביעות שעילתן "הולדה בעוולה" ובין התביעות המבוססות על עילה של היעדר הסכמה מדעת או הפרת חובת הגילוי. בתביעות שעילתן הולדה בעוולה בדרך כלל הפיצוי גבוה יותר ונפסק במצטבר לשני ההורים, ואילו בתביעות שעילתן הפרת חובת הגילוי הפיצוי בדרך כלל נמוך יותר.

באותם מקרים שבהם בית המשפט משוכנע כי נגרמה פגיעה לאוטונומיה של התובע – כזו הנוגעת לליבת הזכות ובעניין מהותי – שומה עליו לפסוק פיצוי הולם, שישקף את מלוא חומרת הפגיעה.⁶³

לעומת ההלכה הפסוקה שנקבעה בהרכב מורחב של שבעה שופטי בית המשפט העליון, אנו עדים למגמת צמצום בשיעור הפיצויים שנפסקו בגין פגיעה באוטונומיה ללא יד מכוונת. סכומי הפיצויים הנפסקים בתביעות שעילתן הולדה בעוולה גבוהים בהרבה. כך למשל בפרשת **עזבון המנוחה ברוריה צבי**⁶⁴ פסק בית המשפט העליון פיצוי בגין פגיעה באוטונומיה בסך 100,000 ש"ח. בפרשת **בו דוד**⁶⁵ קבע בית המשפט המחוזי כי הנתבעים התרשלו, אך בית המשפט העליון הפך את התוצאה והסתפק בפיצוי בגין פגיעה באוטונומיה בסך 250,000 ש"ח לשני ההורים. בפרשת ה-**X השביר**⁶⁶ פסק בית המשפט המחוזי פיצוי בגין נזק לא ממוני בסך 400,000 ש"ח לכל הורה, ובית המשפט העליון העלה את הפיצוי לסך 500,000 ש"ח לכל הורה בגין כאב וסבל ופגיעה באוטונומיה (בסה"כ 1,000,000 ש"ח). בפרשת ה-**דסה נ' קופ"ח מאוחדת** פסק בית המשפט העליון סכום כולל לשני ההורים של 1,900,000 ש"ח, אולם שם היה מדובר בשני ילדים פגועים קשה עם קיצור תוחלת חיים ניכר.

עיון בפסיקה שהכירה בפיצויים בגין פגיעה באוטונומיה בלבד מגלה שנפסקו פיצויים נמוכים בהרבה במקרים שעניינם פרוצדורות כירורגיות. בעניין **וינשטיין**⁶⁷ למשל נפסק סך של 150,000 ש"ח, ובפרשת **ניסנבאום**⁶⁸ ובפרשת **קופליס**⁶⁹ נפסק פיצוי כולל של 140,000 ש"ח מהם 100,000 ש"ח על חשבון פגיעה באוטונומיה.

61 ראו פסק דין המר, לעיל ה"ש 15, סעיף 70 לפסק דינו של כבוד השופט א' ריבלין.

62 ע"א 10085/08 **תנובה**, לעיל ה"ש 46.

63 ע"א 9187/02 **וינשטיין נ' ברגמן** (פורסם בנבו, 16.6.2005). נפסק פיצוי בסך 150,000 ש"ח.

64 ע"א 8126/07 **עזבון המנוחה ברוריה צבי נ' ביי"ח ביקור חולים** (פורסם בנבו, 4.1.2010). נפסק פיצוי של 100,000 ש"ח.

65 ע"א 9936/07 **בן דוד נ' ד"ר ענתבי** (פורסם בנבו, 22.2.2011). נפסק פיצוי של 250,000 ש"ח.

66 ע"א 212412 **שירותי בריאות כללית נ' פלונית** (פורסם בנבו, 30.10.2014).

67 ע"א 1358/11 **הסתדרות מדיצינית הדסה נ' קופ"ח מאוחד** (9.2.2015).

68 ע"א 9636/10 **ניסנבאום נ' ד"ר יצחק** (2.4.2012).

69 ע"א 26571/06 **קופליס נ' ד"ר מרמור** (27.11.2012).

בפרשת הגזזת אוחדו מספר ערעורים שנושאם המשותף הוא הפרת חובת הגילוי ואי יידוע של המדינה את נפגעי הגזזת לקבל טיפולי הקרנות שיש בהם להגדיל את סיכויי ההחלמה.

בית המשפט העליון (השופטת חיות) דן בתביעות הפרטניות של כל אחד מהנפגעים ובחלקן מצא לפסוק כאב וסבל ופגיעה בזכות לאוטונומיה במצטבר ובחלקן פסק סכומים זעומים בגין פגיעה באוטונומיה בלבד. השופט עמית בדעת מיעוט, לעניין הנזק קבע בחוות דעתו כדלקמן:

"עמדתי היא כי יש לנקוט בגישה מצמצמת, ואין להוסיף פיצוי בגין פגיעה באוטונומיה לצד פיצוי בגין כאב וסבל. כפי שציננה חברתי השופטת חיות, הפיצוי בגין פגיעה באוטונומיה הוא סובייקטיבי-תוצאתי, ובא לידי ביטוי במגוון של תחושות שליליות הנגרמות עקב הפגיעה באוטונומיה, כך שאין לפסוק פיצוי בגין שלילת כוח הבחירה כשלעצמו.

לכן, בעניין איבי, הייתי מפחית הפיצוי בסך של 50,000 ₪, שנפסק על ידי בית משפט קמא בגין פגיעה באוטונומיה בנוסף לפיצוי בגין כאב וסבל.

הפיצוי בגין פגיעה באוטונומיה הוא יצירה ישראלית מקורית, ובהשוואה למדינות הים, דומה כי גם הסכומים שנפסקים כיום בראש נזק זה על ידי בתי משפט בערכאותיהם השונות, הם יצירה ישראלית מקורית."

סיכום

חוק זכויות החולה הוכתר כמגן החוקתי של הזכות לאוטונומיה ופורש בפסיקה כזכות המטופל לכתוב את "סיפור חייו". עם זאת המציאות מלמדת שעל אף ההכרה בזכות כזכות חוקתית הוכחת הפרת הגילוי כרוכה בקשיים ניכרים בדמות הוכחת הקשר הסיבתי, באופן הפוגע מאוד בהיקף הפיצויים שלהם זכאי הנפגע בסופו של דבר.

בעבר העילה הדומיננטית בתביעות הולדה בעולה הייתה עוולת הרשלנות בטיפול, אך כיום מקובל להשתמש בעילה של היעדר הסכמה מדעת. המעבר לעילה זו נובע בעיקר בשל השתכללות אמצעי ההוכחה, והכוונה במיוחד לחוות דעת המומחים מטעם ההגנה המבוססות על פרשנות יצירתית של הפרקטיקה הרפואית הנוהגת. המציאות מלמדת כי משנדחית טענת הרשלנות מחמת היעדר קשר סיבתי, לא יבחנו בתי המשפט קיומה של הפרת חובה חקוקה בעילה של היעדר הסכמה מדעת.

המגמה המסתמנת בפסיקה של העת האחרונה היא שתובע שהופרה כלפיו חובת הגילוי לא יוכל להיפרע פיצויים מלאים בגין עוולת הרשלנות או בגין הפרת חובה חקוקה אלא לכל היותר בגין נזק לא ממוני בשל פגיעה באוטונומיה.

עיון בפסיקה שפורסמה מאז פסק דין **דעקה** מגלה מגמה של צמצום בהחלת עוולות הרשלנות והפרת חובה חקוקה ושימוש נרחב במכשיר הפיצוי של פגיעה באוטונומיה, המאפשר לבתי המשפט להתגבר על הקושי בקביעות הקשר הסיבתי בין הפרת חובת הגילוי לבין נזק הגוף שנגרם למטופל. וגם כאן הפיצוי בגין פגיעה באוטונומיה נפסק רק כשהפרת חובת הגילוי מתייחסת לעובדות מהותיות (material), שלא היה בהן בהכרח להשפיע על החלטת המטופל לעבור את הטיפול המוצע, וממילא היה מתקשה להוכיח נזק תוצאתי שנגרם מהטיפול.

כפי שקבע בית המשפט העליון בפרשת **חכם**, שלוש העילות מוציאות זו את זו, ומקום שלא הוכחה בו רשלנות בטיפול הרפואי, או לא הוכחה הפרה של חובת הגילוי, רק אז נדרש בית המשפט לבחון קיומה של פגיעה באוטונומיה, שלא כבהלכת **המר**, שהכירה בזכות לפסיקת פיצויים במצטבר.

בשל הקושי לבחון את שאלת "סיבתיות ההחלטה", לאמור כיצד היה נוהג המטופל אילו נמסר לו המידע המהותי, ובשל הקושי להוכיח אם הנזק התוצאתי היה מתרחש אלמלא היה המטופל מסכים לטיפול שבוצע בו בפועל,

נרתעים בתי המשפט מלהתמודד עם שאלות אלה ומוצאים לעצמם "דרך קלה" לפטור את הסכסוך בפסיקת פיצויים בגין פגיעה באוטונומיה.

המצב המשפטי לפני חוק זכויות החולה היה שבמקרה של הפרת חובת הגילוי היו בתי המשפט מכירים בה כמזכה בפיצויים מלאים במסגרת עוולת הרשלנות, ואילו כיום הפרת חובת הגילוי מזכה בפיצויים רק אם הוכחה "סיבתיות ההחלטה", רף שברוב המקרים המטופל מתקשה לעמוד בו. כך יצא שבתי המשפט הכירו בזכות מחד גיסא וצמצמו את הזכות לפיצויים מאידך גיסא, בבחינת "בא לברך ויצא מקלל".

המגמה המסתמנת איפוא בפסיקת בית המשפט העליון שלאחר הלכת המר שניתנה כאמור בהרכב של שבעה שופטים, היא לצמצם הן את שיעור הפיצויים בגין הפגיעה בזכות לאוטונומיה, אך למקרים שבהם נגרם נזק תוצאתי עקב פגיעה בליבת הזכות.