

הסכמה מדעת בחוק הגרמני *

מאת

אלבין אסר **

א. שיקולים כלליים. 1. הסכמה מדעת כסוגיה משפטית; (א) גילוי מסיבות רפואיות; (ב) גילוי כדי לשמור על זכות ההחלטה העצמית של המטופל; 2. העדר הסדר בחקיקה; 3. הנחיות מקצועיות והקוד האתי לרופאים; ב. התנאים המוקדמים להסכמת המטופל. 1. הזכות והיכולת להחליט; (א) כשרות וכשירות; (ב) הסכמה משתמעת; 2. הצהרת הסכמה לפני התערבות רפואית; 3. הסכמה רצונית ומודעת; ג. דרישות הגילוי. 1. מידת הגילוי; 2. הסבר על טבעה של ההתערבות הרפואית ועל חלופות אפשריות; 3. גילוי סיכונים; 4. גילוי הדיאגנוזה; 5. הגבלות על חובת היידוע; (א) התובה לדאוג למטופל; (ב) הגבלת חובת הגילוי בגלל מומחיות המטופל; (ג) ויתור של המטופל על זכותו להחליט בדבר הטיפול בו; 6. מי צריך לגלות ולמי; 7. אופן הגילוי; (א) דרך ושיטה; (ב) הזמן המתאים לשיתת הגילוי; (ג) תיעוד של שיתת הגילוי; ד. סיום טיפול נמרץ: בהסכמה או בלעדיה?

א. שיקולים כלליים

1. הסכמה מדעת כסוגיה משפטית

הסכמת המטופל לטיפול וחובתו של הרופא המטפל בו לגלות לו את הנתונים על מצבו הן סוגיות השנויות במחלוקת זה זמן רב בין רופאים למשפטנים. בכדי להבין את המחלוקת, יש להיות ערים לכך שקיימות שתי סיבות שונות במהותן בבסיס דרישת הגילוי: גילוי הנובע מסיבות רפואיות, וגילוי הנובע מסיבות הקשורות באוטונומיה של המטופל וזכותו להחליט בעצמו על הטיפול בו הוא מעוניין.¹

* מאמר זה מהווה גרסה ערכנית למאמר שהתפרסם ב־Lotta Westerhall (2003) *Patient's Rights* 235 & Charles Philipps eds., (1994).

** Professor Dr., Dres.h.c., M.C.J. מנהל המכון על שם Max Planck למשפט פלילי זר ובינלאומי, פרייבורג, גרמניה.

1 E. Bachmann, "Ärztliche Aufklärungspflicht und Wahrheitspflicht" ב־*Texten 57* (2nd. ed., 1991) aus juristischer Sicht," 72 *Medizinische Klinik* 1550, 1550; Erwin Deutsch, *Arztrecht und Arzneimittelrecht: Eine zusammenfassende Darstellung mit Fallbeispielen und*

(א) גילוי מסיבות רפואיות

גילוי מסוג זה נחוץ לעתים כדי לצמצם את חששותיו ופחדיו של המטופל, להגביר אצלו את המוכנות וההסכמה לשתף פעולה במהלך הטיפול, או להזהיר אותו מהנזק שעלול להיגרם מהתנהגויות שהן מפריעות או פוגעות בטיפול. סוג זה של גילוי הוא אינטגרלי להגדרה של מקצוע הרפואה: חלק בלתי נפרד מתפקידו של הרופא הוא יצירת שיתוף הפעולה הנחוץ עם המטופל לשם ריפוי מוצלח ולצורך מניעת פגיעה של המטופל בעצמו.²

טעם זה הוא הסיבה לכך שכאשר דן בית המשפט העליון הגרמני (Bundesgerichtshof) במקרה בו דרזטולוג נתן מרשם לתרופה המכילה ארסן, מבלי לציין לחולה שצריכת מינון מעבר לסף מסוים עלולה לגרום להרעלה,³ נפסק כי אין מדובר רק בפגם בהסכמה אלא ברשלנות רפואית. באורח דומה, כאשר מטופל עובר טיפול ארוך טווח ואינטנסיבי, אזי מטעמים רפויים הוא צריך ליידע אותו על משך הטיפול ולסבל הכרוך בו. כך, למשל, יש לברר עמו באיזו מידה הוא מסוגל להתמודד פסיכולוגית עם טיפולים קשים במיוחד, כגון בידוד לתקופה של שלושה חודשים במה שמכונה Life-Island (בועה אטומה המאפשרת תנאי חיים סטריליים ללא חידקים) – שלב שהוא כמעט בלתי נמנע לאחר טיפול בלוקמיה באמצעות השתלת מח עצמות. בעיקרון, סוג זה של גילוי אינו נתון כיום לוויכוח בין רופאים למשפטנים.

(ב) גילוי כדי לשמור על זכות ההחלטה העצמית של המטופל

מחלוקת נסבה סביב הסוג השני של הגילוי – גילוי מידע כדי לאפשר למטופל לקבל החלטות באשר להמשך הטיפול.⁴ גילוי זה נועד לאפשר למטופל לקבל החלטה שקולה מבחינתו בנוגע לסוג ומשך הטיפול שייעשה בו. החלטה זו יכולה לעתים להראות בלתי הגיונית מנקודת מבטו של הרוכא המטפל.⁵

2 Albin Eser, "Ärztliche Heilbehandlung," in Adolf Schönke & Horst Schröder, השו 2
Kommentar zum StGB § 223, at ¶¶ 35, 40 (25th. ed., 1997) והאסמכתאות שם.

3 BGH (Federal Supreme Court), 1970 *Neue Juristische Wochenschrift* (hereinafter: 3
NJW) 511.

4 להתייחסות לסוג זה של גילוי התערבות (intervention disclosure), במובן של מתן לגיטימציה 4
לחזירה לשלמותו של מטופל בכלל, ראו Gerd Geilen, *Einwilligung und ärztliche Aufklärungspflicht* 50 (1963); Adolf Laufs, ראו גם, Eser, supra note 2, § 223 at ¶ 40; B. Eisner, *Die Arztrecht* ¶ 114 (4th ed., 1988). לבחינה משפטית השוואתית ראו *Aufklärungspflicht des Arztes. Die Rechtslage in Deutschland, der Schweiz und den USA* (1992).

5 BGH, 1956 NJW 1106; 29 BGHZ (Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in השו 5
Zivilsachen) 46 (1958). להתפתחות המצב המשפטי בפסיקה ראו גם Dieter Giesen & Katrin Walter, "Ärztliche Aufklärungspflicht und Selbstbestimmungsrecht des Patienten,"

ההנחה שבבסיס הגישה המשפטית, הדבקה גם בסוג הזה של גילוי, היא שבכל החלטה בעניין טיפול רפואי יש תמיד שני אינטרסים מתחרים או מתנגשים: בריאותו של המטופל והאוטונומיה שלו. מכיוון שמטרתו של הרופא המטפל, מעצם הגדרתו, היא לפעול לטובת המטופל, זכות המטופל להחלטה עצמית יכולה להיחשב בעיני ברופא למטרד שניתן להתעלם ממנו ללא קושי. התערבותו של החוק לטובת זכות ההחלטה של המטופל באה לנטרל מגמה זו ולהוות איוון הכרחי לפיתוי העומד בפני הרופא לבצע את הטיפול שהוא מוצא לנכון לבצע ללא ביקורת. כמובן מסוים משרתת התערבות זו גם את הרופא, שכן מטופל יבטח יותר ברופא שמתייחס אליו כשותף אנושי ואחראי ולא כאל אובייקט רפואי.

ייתכן כי הקושי של הרופאים בגרמניה עם תיאוריית הבחירה העצמית נובע, בין השאר, מהמבנה הדוגמטי של המשפט הפלילי הגרמני, הסותר לכאורה את הדימוי העצמי של הממסד הרפואי.⁶ בתי המשפט בגרמניה קבעו לא פעם כי יש בטיפול הרפואי חלק מיסודות ההגדרה של גרימת חבלה, ולכן כדי להצדיקו נדרשת הסכמת המטופל – המותנית כשלעצמה בגילוי מתאים.⁷ ואף אם עמדה שדיברה על "הזנות שבין רופא לדוקר",⁸ נראית מוגזמת, אך גם המלומדים אינם כולם מקבלים את עמדת בתי המשפט לפיה טיפול ללא הסכמה מהווה תקיפה.⁹ ואולם עדיין, מעבר לדיון התיאורטי במעמדו של הרופא כלפי המטופל, המטרה האמיתית העומדת מול עיניו של בית המשפט היא השמירה על האוטונומיה של המטופל. בית המשפט העליון של גרמניה תיאר מטרה זו בפסק הדין המפורסם בפרשת מיום (Myom):¹⁰

1991 *Jura* 182; Hans-Ludwig Schreiber, "Aktuelle Tendenzen in der Rechtsprechung zum Problem der Aufklärung," 50 *Geburtshilfe und Frauenheilkunde* 1 (1990)

Hans-Ulrich Gallwas, "Zur Legitimation des ärztlichen Handelns," 1976 *NJW* השו 6 1134.

7 תוות הדעת המשפטית והכאה ב־RGSt 25 Fußwurzelknochen-Fall (Ankbone-case), 375 (1894) (Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen). מאז פסיקה זו של בית המשפט של הרייך הגרמני ראו כל ניתוח, למטרת אבחון, ריפוי, קוסמטיקה או למטרת מחקר, כממלא לפחות בכוח את יסודות ההגדרה של גרימת חבלה שבעסיה יכול רופא להתחייב בדין, כאשר במקרה של נזק חייב הרופא בפיצויים בהתאם להוראות החוק האזרחי (ה־BGB) (ראו סעיף 823 ל־BGB), ומחויב לשלם גם פיצויים בגין כאב וסבל (ראו סעיף 847 ל־BGB), ובמקרה של התנהגות ראויה לגנאי יכול הרופא להיות אשם גם בפלילים בגין הפרת סעיף 223 לחוק העונשין הגרמני. לניתוח מפורט יותר של פסיקה זו, ובכלל זה גם פירוש של דעה מנוגדת בספרות, ראו Eser, *supra* note 2, § 223, at ¶ 27.

8 השו 8 Paul Bockelmann, *Strafrecht des Arztes* 62 (1968).

9 השו 9 Eser, *supra* note 2, § 223, at ¶ 30.

10 ב־11 BGHSt (Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen) 11 (1958), רופא הורשע בגרימת חבלה ברשלנות משום שביצע הסרה מוחלטת של רחמה של מטופלת בת 46 מבלי להבהיר לה מראש, כי ייתכן שהסרת גידול שרירי (myom) יחייב תוצאה קיצונית זו.

הזכות לשלמות גופנית, המובטחת בסעיף 2(2) רישא לחוק היסוד, חייבת גם להישמר במקרה שבו האדם עצמו מתנגד לפגוע בשלמותו הגופנית, אפילו אם ויתור זה יאפשר לו לצאת ממצב של סכנת חיים. איש אינו יכול לשים עצמו שופט למצב בו אדם אחר צריך לוותר על שלמותו הגופנית כדי לשמור על בריאותו. עקרון מנחה זה תופס גם לגבי הרופא. זוהי אכן זכותו הבסיסית וחובתו החשובה ביותר של הרופא לרפא את החולה ממחלתו, אך זכות וחובה אלה מוגבלות על ידי הזכות הבסיסית ביותר של המטופל בנוגע לאוטונומיה שלו על גופו. מצב שבו רופא, מתוקף סמכותו הבלתי מעורערת, ואפילו מסיבות רפואיות מוצדקות, מבצע ללא קבלת הסכמה מראש ניתוח שיש לו תוצאות בעלות משמעות באדם, שאת דעתו ניתן היה לקבל טרם הניתוח – מצב כזה מהווה התערבות בלתי חוקית בחירותו ובכבוד האדם של המטופל. גם לחולה המצוי בסכנת חיים יכולה להיות סיבה אנושית ומוסרית תקפה לסרב לניתוח, ואפילו אם ניתוח זה הוא הדרך היחידה לפטור אותו ממחלתו.¹¹

יש לזכור מושכל ראשון זה, המקובל בדרך כלל לפחות בצורתו העקרונית,¹² כאשר מחליטים לגבי טבעה והיקפה של חובת הגילוי.

2. העדר הסדר בחקיקה

כפי שכבר ראינו, קיים בסיס חוקתי לדרישת ההסכמה, אבל העדר הסדרה מפורטת של הסוגיה מעורר כמה שאלות ביחס לדרישות להתקיימותה של הסכמה תקפה. גם כאשר קיימת התייחסות ספציפית לדרישה ההסכמה, היא נוגעת למקרים מיוחדים כגון הסכמה מדעת בנוגע לבדיקות סמים או סירוס,¹³ ובמקרים אלה ההסדר בחוק מניח את קיומה של הסכמה מדעת ולא מבסס ומפרט את הדרישה עצמה. למעט חוק ההשתלות החדש משנת

11 BGHSt 113.

12 בפסיקה מאוחרת יותר (1983 NJW 350) סטה ה-BGH מעיקרון זה במידה מסוימת, כשהסביר ש"רצונה של חולה, אשר התנגדה [לסיוע]... [היתה] וניחה, משום שחיה היו בסכנה ולא היתה לה שליטה עליהם"; יש לקוות כמובן שרצונו של החולה, שדורש כיבוד באופן בלתי תלוי ואוטונומי, לא ייפגע בעתיד על ידי פסיקה זו, אשר היא מוגבלת לנסיבותיה. חשוב לציין, כי זמן קצר אחרי פסיקה זו, הרכב אחר של ה-BGH טלל כל "חובה משפטית לעכב אחר שרצונו התופשי הוא למות", אפילו במקרה של אדם שהוא ערב לשלומו של אחר, אם האדם הנדון "מחליט באופן עצמאי להפסיק להלחם במותו אותו הוא רואה מתקרב, ורוצה לתת לאירועים המובילים לכך להתרחש כדרכם"; 1983 BGH NSZ 117; לדיון כללי בנושא ראו גם Albin Eser, "Strebewille und ärztliche Verantwortung," 1985 *Medizinrecht* (hereinafter: *MedR*) 6.

13 § 40 section 1 No. 2, 41 No. 5 Arzneimittelgesetz [Pharmaceutical Law Act] (בדיקות סמים); § 3 section 1 KastrG [Castration Law Act] (סירוס).

1997, כל הניסיונות להסדיר במסגרת החוק הפלילי את נושא ההתערבות הרפואית וההסכמה מדעת לא נשאו פרי.¹⁴

כתוצאה מהעדר חקיקה מסודרת בעניין זה התפתחו דרישות ההסכמה בפסיקה. תהליך מורכב זה התאפיין בעיקר בטשטוש בין שאלת ההסכמה מדעת לשאלת הרשלנות הרפואית, שכן את האחרונה קשה להוכיח.¹⁵ בעוד שבתביעת רשלנות נטל ההוכחה הוא על המטופל, הרי שבתביעות בגין העדר הסכמה מדעת מוטל נטל ההוכחה, שההסכמה שניתנה לטיפול היתה מספקת, על הרופא המטפל. לפיכך, מכיוון שקשה להוכיח רשלנות רפואית – בין השאר משום שקשה למצוא רופא שיעיד נגד עמיתו – מצבו של המטופל יהיה בדרך כלל טוב יותר אם יטען להעדר הסכמה מדעת מטעמים של גילוי חלקי או לקוי מצד הרופא, ובכך יעביר אליו את נטל ההוכחה. ואכן, הדיון בדרישות ההסכמה מדעת הפך לזירת המאבק העיקרית בין רופאים למטופלים.

3. הנחיות מקצועיות והקוד האתי לרופאים

בחוק הגרמני אמנם חסר הסדר בדבר גילוי למטופלים, אולם הקוד האתי-רפואי ברור הרבה יותר בנקודה זו: סעיף 3a(1) לקוד המקצועי של הרופאים הגרמנים¹⁷ מגדיר את חובת יידוע המטופל ודורש הסכמה לביצוע פעולות שיכולות להשפיע על שלמותו הגופנית, אפילו אם פעולות אלו דרושות מבחינה רפואית. בהתאם לתקדימים המשפטיים, חובה זו נובעת מזכויותיו של המטופל לפיתוח אישיותו ולאוטונומיה. כפי שמראה פסיקה רבה של בתי המשפט בנוגע למסירת מידע והסכמה,¹⁸ אין לפרש את

¹⁴ Transplantationsgesetz, [1997] I Bundesgesetzblatt 2531.

¹⁵ השווה Regierung-Entwurf eines Strafgesetzbuches (E 1962), Bundestags-Drucksache IV/650, 38, 291, respectively §§ 29, 230 Entwurf des Bundesjustizministeriums eines Strafrechtsreformgesetzes. לדיון מפורט יותר ראו Albin Eser, "Zur Regelung der Heilbehandlung in rechtsvergleichender Perspektive," in *Festschrift für Hans Joachim Hirsch* 465 (Thomas Weigend ed., 1999).

¹⁶ השווה Hugo Schmid, "Die Grundlagen der ärztlichen Aufklärungspflicht," 1984 *NJW* 2601; Hans-Ludwig Schreiber, *supra* note 5, at 2.

¹⁷ ראו §1a:

"Der Arzt hat das Selbstbestimmungsrecht des Patienten zu achten. Zur Behandlung bedarf er der Einwilligung des Patienten. Der Einwilligung hat grundsätzlich eine Aufklärung im persönlichen Gespräch voranzugehen."

בתרגום לעברית: "הרופא חייב לכבד את זכות המטופל להחלטה עצמית. הסכמת המטופל מחויבת לשם טיפול. בעיקרון, הסבר בשיחה אישית הינו תנאי מוקדם להסכמה."

¹⁸ מקרים אלו מופיעים ב-§ 47, § 223, Eser, *supra* note 2, וכן בפסקי דין Aufklärung und Einwilligung im Arztrecht (ESA). *Entscheidungssammlung – Deutsche Urteile seit 1894* (Erwin Deutsch, Monika Hartl & Thomas Carstenesen eds., 1987); Bernhard Giese, *Medizinschaden und Arzthaftpflicht* (1988); Klaus Ulsenheimer, *Rechtliche*

החוק בעניין זה בצמצום: גסיבותיו הייחודיות של כל מקרה לגופו קובעות את סוג הגילוי הרפואי הנדרש לשם ההסכמה, את צורתו, אופיו, היקפו וכמותו. למרות הערפול שבהגדרה זו, המידע המנחה שמפיצים כיום ארגונים רפואיים שונים בגרמניה,¹⁹ יכול לסייע בהגדרת המסגרת המשפטית הקונקרטית של הנושא.

בהמשך המאמר תערך הבחנה בין התנאים המוקדמים להסכמת המטופל, שיידונו בפרק ב, לבין הדרישות של הגילוי הרפואי, שיידונו בפרק ג. בפרק ד נדון בתמצית בבעיה המיוחדת של סיום טיפול נמרץ.

ב. התנאים המוקדמים להסכמת המטופל

1. הזכות והיכולת להחליט

(א) כשרות וכשירות

באופן עקרוני, למטופל יש זכות אישית להסכים לטיפול או להימנע ממנו. מאחר שהסכמת המטופל נוגעת לשלמותו הגופנית, זכות זו אינה תלויה בכשרותו המשפטית כמשמעותה בדין האזרחי או הפלילי, אלא ביכולתו של המטופל להבין ולשפוט את מצבו. תפיסת המציאות עלולה להיפגע גם אצל בוגר נורמלי, למשל כאשר הוא מרוכז בכאביו במידה כזו שיכולתו להבין את מצבו פוחתת משמעותית. מצד שני, קטין או חולה נפש מסוגלים לבטא הסכמה תקפה, אם ביכולתם לשקול את היתרונות והחסרונות של

Dieter Giesen, *Probleme in Geburtshilfe und Gynäkologie* (1990).

כן ראו, "Arzt Haftungsrecht. Die zivilrechtliche Haftung aus medizinischer Behandlung in der Bundesrepublik Deutschland," in *Österreich und der Schweiz* (1990); Dieter Giesen, "Zwischen Patientwohl und Patientwille. Aufklarungsrechtliche Entwicklungen in der höchstgerichtlichen Rechtsprechung Deutschlands, Österreichs und der Schweiz in rechtsvergleichender Sicht. Eine Bestandsaufnahme," 1987 *Juristenzeitung* 282; Bernd-Rüdiger Kern & Adolf Laufs, *Die Ärztliche Aufklärungspflicht unter besonderer Berücksichtigung der richterlichen Spruchpraxis* (1983).

19 לדוגמה ראו את החלטת הגוף המנהל של ההסתדרות הרפואית הפדרלית (Bundesärztekammer), "Empfehlungen zur Patientenaufklärung," 87 *Deutsches Ärzteblatt* C-807 (1990); "Hinweise und Empfehlungen zur HIV-infektion" של ה"Deutsche Krankenhausgesellschaft"; "Hinweise und Empfehlungen zur HIV-infektion" 1988 *Der Bundes Frauenarzt* 272; ההמלצה המשותפת של ההסתדרות הרפואית הפדרלית וה"Deutsche Krankenhausgesellschaft" מה"12 באוקטובר 1984, "Richtlinien zur Aufklärung der Krankenhauspatienten über vorgesehene Maßnahmen," 82 *Deutsches Ärzteblatt* 1272 (1985). ראו גם Bernd-Rüdiger Kern & Adolf Laufs, "Grundregeln zur Aufklärungspflicht des Arztes," 53 *Der Chirurg* 807 (1982).

הטיפול המוצע ולהעריך את השפעותיו. בעניינים שגורתיים כגון בדיקת דם²⁰ או טיפול בהצטננות נהוג לקבל את הסכמתם של קטינים מעל גיל 16.²¹ לעומת זאת, אין מצפים מקטינים להבין את משמעותם של ניתוחים גדולים ואת ההשפעות ארוכות הטווח של עיקור.²² יש מקרים שלגביהם מכירים ביכולת ההסכמה של קטין, ואז אין צורך בקבלת רשות מאת האפוטרופוס, אולם בשאר המקרים נדרשת הסכמתם של שני ההורים לטיפול בקטין. מן העבר השני, אם המטופל איננו בר דעת מפאת גילו המופלג או מפאת מחלה, נדרשת הסכמתו של מי שאחראי עליו מבחינה משפטית.

(ב) הסכמה משתמעת

לעתים אין אפשרות לקבל את הסכמת ההורים או אפוטרופוס אחר, בין משום שאין אפשרות רפואית להמתין לקבלתה – למשל במקרה של איבוד הכרה – ובין משום שלא ניתן ליצור עמם קשר. במקרים כאלה ניתן לטעון להסכמה משתמעת, רק אם מי שהסכמתו נדרשת לא התבטא בעבר באופן ספציפי נגד הטיפול המוצע. בהקשר זה חשוב להדגיש שתי נקודות: ראשית, הסכמה משתמעת זו אינה מוגבלת לשאלות של חיים ומוות; ושנית, שדעתם של קרובים יכולה להיות רלבנטית לבירור רצונו של המטופל, אבל אין בה כדי להוות תחליף להסכמתו של האחראי על פי דין (הורה או אפוטרופוס אחר).²³ גם בקריטריונים אובייקטיביים – כגון האינטרסים של האדם הסביר והכנתו את הניתוח המתוכנן – אין לראות גילויים של הסכמה, וניתן רק להסתייע בהם לקביעת רצונו המשווער של המטופל. אם אין עדויות סותרות, ניתן לקבוע שקיימת התאמה בין דעתו של האדם הסביר לבין רצונו המשווער של המטופל.²⁴ הסכמה משתמעת זו היא חשובה במקרים של גילוי מצומצם והתמשכות ההתערבות הרפואית.

- 20 Heiko H. Lesch, "Die strafrechtliche HIV- und Antikörper-Testung an Minderjährigen," 1989 *NJW* 2309.
- 21 Ursula Grönmig, "Die Verordnung der Anti-Baby-Pille durch den Arzt, insbesondere an Minderjährige," 1791 *NJW* 233.
- 22 Kerstin Reiserer, "Schwangerschaftsabbruch durch Minderjährige im Deutschland," 1991 *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht* 1136.
- 23 כשם שצוואה בחיים (living wills) של המטופל היא רק אינדיקציה לבירור מצבו האמיתי בזמן ההתערבות. לדיון מפורט יותר ראו Hans-Dieter Hiersche, "Das Recht des Menschen auf seinen würdigen Tod," 1987 *MedR* 83; Arthur Kaufmann, "Euthanasie – Selbsttötung – Tötung auf Verlangen," 1983 *MedR* 123; Detlev Sternberg-Lieben, "Strafbarkeit des Arztes bei Verstoß gegen einen Patienten Testament," 1985 *NJW* 2734.
- 24 Günter Heine, *supra* note 2, § 211 at ¶ 28.
- 24 35 BGHSt 250.

2. הצהרת הסכמה לפני התערבות רפואית

כדי להצדיק טיפול רפואי חודרני נדרשת הסכמה מראש שהיא בת-תוקף בזמן הטיפול. הסכמה זו צריכה להינתן מפורשות או להשתמע מהתנהגות חד-משמעית. במקרים שבהם המטופל מתחיל את הטיפול לאחר מתן הסכמה מפורשת, ניתן להסיק את הסכמתו לפעולת המשך, דהיינו התערבות רפואית נוספת, גם אם לא נתן הצהרת הסכמה אבל הוא משתתף בטיפול באופן פעיל. הצהרת הסכמה ניתנת מטבעה לביטול,²⁵ אבל ביטול כזה יהא תקף, רק אם לא נגרם כתוצאה מזעזוע פתאומי או מפתח חולף, ורק אם אפשר לפרש אותה כרצונו הכן והסופי של המטופל. התערבות רפואית, המתבצעת למרות ביטול אמיתי כזה של ההסכמה, מהווה גרימת חבלה, אם כי ניתן להצדיקה בהתאם לעקרונות המשך הטיפול אם אי-ביצועה, כלומר אם הפסקת הטיפול, יגרור סכנה ממשית למות המטופל.

3. הסכמה רצונית ומודעת

על ההסכמה להעשות באופן תופשי וללא כל פגם ברצון, ולכן הסכמה שהושגה כתוצאה מלחץ, משידול, מהצגה מוטעית של הדברים או על בסיס טעות – בטלה. לא כל טעות תשפיע על ההסכמה, אלא רק טעויות הקשורות בגוף, שהוא האינטרס המשפטי המוגן בעבירת התקיפה, למשל כאשר יש מחסור באינדיקציות ביחס למצב הרפואי הנטען. לעומת זאת, כאשר ההסכמה נובעת מטעות במניע, כגון אי הבנה בנוגע למחיר הטיפול או כיסוי הביטוח הרפואי, הסבר בלתי מספיק של העלות או צדדים כספיים אחרים של הטיפול, ניתן אולי לטעון להפרה אורחית של החוזה,²⁶ אבל אין בכך כדי לבסס הרשעה בגרימת חבלה, אלא אם ההסכמה התקבלה במירמה.

גם הכישורים של מבצע הטיפול אינם משפיעים בדרך כלל על טיב ההסכמה. אם ההסכמה ניתנה מתוך תפיסה מוטעית שהטיפול יתבצע על ידי רופא, אך טיפול כזה המתבצע ברגיל על ידי אסיסטנטים רפואיים, הטעות לא תשפיע על ההסכמה (וזאת בניגוד למצב שבו מדובר בטיפול השמור לרופאים בלבד). תוקף ההסכמה גם אינו מושפע מטעות ביחס לניסיונו של הרופא המטפל או אי-הודעה למטופל שהרופא מבצע את הטיפול בפעם הראשונה, אלא אם עובדה זו מהווה גורם סיכון.²⁷ ולעומת זאת, אם הגביל המטופל את הטיפול בו לרופא ספציפי, התעלמות מדרישה זו תאיין את ההסכמה.

25 ראו גם § 40 sec. 2 Arzneimittelgesetz [Pharmaceutical Act].

26 ראו Michael Fehse, "Der Behandlungsvertrag und die wirtschaftliche Aufklärung," 1986 *MedR* 115; Lutz Füllgraf, "Zur wirtschaftlichen Aufklärungspflicht des Arztes," 1984 *NJW* 2619; Günter Solbach, "'Aufklärung' des Patienten über wirtschaftliche Aspekte der Behandlung?," 1986 *Juristische Arbeitsblätter* 419.

27 ראו Erwin Deutsch, "Die Anfängeroperation: Aufklärung, Organisation, Haftung und Beweislastumkehr", 1984 *NJW* 65.

כשם שהמטופל רשאי להחליט, אם לבצע את הניתוח, כך חובה לתת לו את האפשרות לבחור, במסגרת המגבלות של חופש החושים, מי יעניק לו את הטיפול.

ג. דרישות הגילוי

1. מידת הגילוי

כדי שהסכמת המטופל תהיה נקיה מכל פגם נדרש הסבר הולם מאת הרופא. ואכן, ההסבר – הגילוי – נועד לוודא שלפחות המהות הבסיסית, המשמעויות והתוצאות של הטיפול יהיו בהירים במידה כזו שהמטופל יוכל לשקול את יתרונותיו ואת חסרונותיו של הטיפול.²⁸ אם המטופל אינו מבין בעצמו את חשיבותו של נסיבות מסוימות או שאינו מייחס להן חשיבות,²⁹ תהא זו תמיד חובתו של הרופא להאיר בפניו את הנסיבות שמטופל "סביר" יראה כחשובות.³¹

יודגש, כי ממדי הגילוי אינם מופשטים אלא נקבעים על פי המקרה הקונקרטי. באופן כללי ניתן לומר, שמידת הפירוט צריכה לעלות ככל שיוודת דרגת הדחיפות של הטיפול, וככל שהטיפול הרפואי בו מדובר הוא בר־דחיה ופחות דוחק, כך גדל היקפה של חובת הגילוי.³² אמירה כללית זו נכונה במיוחד לטיפולים שנעשים למניעת הריון, לטיפולים שמטרתם אבחון או לטיפולים קוסמטיים בלבד. מצד שני, די יהיה בהסבר כללי בלבד כאשר מדובר בפעולה שאין לדחותה או שהיא מצילת חיים;³³ אולם גם במקרים אלה – כמו גם במקרים שבהם אין דרך טיפול חלופית – עדיין יש צורך בגילוי. מטופל סביר אף יצטרך לשקול סיכונים מסוימים ביתר שאת ככל שמצבו חמור יותר וההתערבות הרפואית מורכבת יותר.

הגם שמידת המידע הנדרש לצורך מתן הסבר מספק יכול להיות מושפע מהערכה סובייקטיבית של המטופל ומדעתו של הרופא, היקף הגילוי נקבע בעיקרו על פי הידע הרפואי הקיים בעת הגילוי, כפי שהוא מתואר בספרות הרפואית הרלוונטית. בכל מקרה, כאשר גילוי מפורט וממושך יהווה עבור המטופל סיכון גדול יותר מהטיפול עצמו, יש לצמצם את ההסבר.

מעבר לעקרונות המקובלים שפורטו לעיל קיימים, ישנם כמה עניינים ספציפיים שהמטופל צריך להיות מודע אליהם, ואלה יפורטו להלן.

28 BVerfG, 1979 NJW 1929.

29 ראו לדוגמה § 3 sec. 1 KastrG (חוק הסירוס).

30 ראו 1983 Erich Steffen, "Der 'verständige Patient' aus der Sicht des Juristen," MedR 88.

31 BVerfG, 1979 NJW 1925, 1929.

32 12 BGHSi 379, 382.

33 Ibid.

2. הסבר על טבעה של ההתערבות הרפואית ועל חלופות אפשריות

ראשית על המטופל להיות מודע למהות הטיפול ולדחיפותו. במסגרת זו יש ליידע את המטופל אם הטיפול כרוך בנטילת דם, בכריתת איבר או בהקרנה, ואם ההתערבות נועדה לשם אבחון, סטטיסטיקה, ניסוי או ריפוי. כך, למשל, בדיקות HIV ו-AIDS מכוסות על ידי ההסכמה הכללית לטיכול ובדיקה ואינן טעונות הסכמה נפרדת, בהנחה שהן נזכרות לפחות כחלק מהבדיקה או הטיפול הראויים מבחינה מקצועית עבור הבעיה בגינה ביקש המטופל טיפול:³⁴ לפיכך, לא תימצא בדרך-כלל הסכמה, מקום שניתלה ממטופל דגימת דם ונבדקה, רק לשם הגנת הרופא והצוות הרפואי, וכך גם במקרים של בדיקות כפויים.

עניין שני שהמטופל צריך להיות מודע אליו הוא קיומן של דרכי טיפול חלופיות. לרופא יש שיקול דעת בבחירת הטיפול, כל עוד דרכי הטיפול השונות הן שכיחות ובעלות סיכויי הצלחה שווים. לעומת זאת, כאשר לכל שיטה יש אופי, תוצאות וסיכונים משלה, יש ליידע את המטופל לגבי דרכי טיפול חלופיות. כך יהיה, למשל, בבחירה בין מתן תרופות באופן אוראלי לבין מתן תרופות בזריקה תוך-שרירית, בין הרדמה כללית לבין הרדמה מקומית, בין סוגים שונים של עיקור שלכל אחד מהם סיכויי כשל משלו, אך בין שיטות לידה שונות שלכל אחת אופייה וסיכונה. במקרים כגון אלה מוצב המטופל בפני חלופות אמיתיות שעליו לבחור ביניהן.

נושא שלישי שהכרחי ליידע לגביו את המטופל נוגע להשפעה של ההתערבות הרפואית. הכוונה היא לכאבים הנלווים לטיפול או לתוצאותיו, למצבו וליכולותיו של המטופל לאחר הטיפול, לתוצאות בלתי נמנעות או שכיחות של הטיפול וכדומה. חשוב לציין, כי אם הטיפול בוצע בהעדר אינדיקציה רפואית לגחיצתו, אזי ההסבר שניתן אודות מהותו, דרכי הטיפול החלופיות, התוצאות והסיכונים הכרוכים בו – אינו תקף.

3. גילוי סיכונים

שאלה היא, באיזו מידה יש ליידע את המטופל בנוגע לסיכונים ולתופעות לוואי בלתי רצויות. גם בעניין זה קיימת מחלוקת בין הגישה הרפואית לגישה המשפטית. על פי הגישה הרפואית, מטופל המפקיד את עצמו בידי רופא יסכים לרוב עם החלטותיו של הרופא, כל עוד הן נובעות מסיבה רפואית, ויהיה מוכן לשתף פעולה עם שיטת הטיפול שיבחר הרופא. על פי הגישה המשפטית, יש לגלות למטופל את כל התוצאות הטיפוסיות

34 כפי שמפורט אצל Eberhard Buchborn, "Ärztliche Erfahrungen und rechtliche Fragen bei AIDS," 1987 *MedR* 260; Heiko H. Lesch, "Die strafrechtliche Einwilligung beim HIV-Antikörpertest an Minderjährigen," 1989 *NJW* 2309; Detlev Sternberg-Lieben, "Strafbarkeit eigenmächtiger Genomanalyse," 1990 *Goldammer's Archiv für Strafrecht* 289; בנוגע לנושא זה ראו גם Wolfram H. Eberbach, "AIDS und Strafrecht," 1987 *MedR* 267.

של הטיפול, כפי שהן עולות מהניסיון ומהידע הרפואי, כדי שיוכל לשקול ולבחור את שיטת הטיפול.

עד לא מזמן הדעה הרווחת הייתה כי תוצאות "טיפוסיות" הן התוצאות והסיכונים הספציפיים של הטיפול, המופיעים בתדירות סטטיסטית מסוימת. לאחרונה נסוגו בתי המשפט מעמדה זו, ובצדק. נקבע, כי לא די במובהקות הסטטיסטית או בהסתברות הספציפית לכשעצמן, אלא – בהתחשב בדחיפות הטיפול ובסיכונים שבהימנעות ממנו – יש לבדוק, אם הסיכונים השנויים במחלוקת יכולים באמת להשפיע על החלטתו של האדם הסביר, ואם כן – באיזו מידה. התוצאה של עמדה זו היא שיש לגלות למטופל אפילו סיכונים נדירים, אם התממשותם תפגע בבריאותו או באורח חייו, והרופא סבור שאלמלא הגילוי המטופל לא היה מתחשב בהם.

לעומת זאת, אין צורך לכלול בהסבר הקדם-טיפולי תוצאות וסיכונים שהניסיון הכללי מייחס לכל ניתוח, או שבמידת הצורך ניתן לטפל בהם באמצעים מקובלים רפואיים. כמו כן מיותר להתייחס לסיכונים שעלולים להיגרם עקב משגה בטיפול, משום שממילא הסכמת המטופל אינה כוללת מקרים כאלה.³⁵ באופן כללי אין צורך להסביר את הסיכונים עד הפרט האחרון, ודי לציין אותם באופן כללי ("in groben Zügen"). בניתוחים שכיחים, שמהלכם ומורכבותם ידועים היטב לציבור, הרופא יכול להסתפק בהסברים קצרים, ובמקרים מסוימים תספיק השוואה פשוטה לסיכונים בהליך דומה.

למרות כל האמור, העיקרון הבסיסי קובע שההסבר צריך להיות רחב יותר ככל שקטנה דחיפות הטיפול, כאשר יש אפשרות לבחור בין שיטות שונות שסיכוניהן שווים, או אם שיטה בדוקה עומדת להתחלף בשיטה ניסויית.

בנוסף, כמובן שיש לציין את הסיכונים בסוגי המקרים הבאים: (א) כאשר הסיכונים יכולים להיות בעלי חשיבות מיוחדת למטופל מסיבות אישיות, כגון השפעה על הקול או על יכולת הדיבור של שחקן, מורה לפיתוח קול או איש מכירות של חברה; (ב) כאשר חדשנותה שיטת הטיפול מקשה על הערכת הסיכונים; (ג) כאשר כבר נמתחה ביקורת רצינית על סוג טיפול מסוים; (ד) כאשר הצוות המטפל חסר ניסיון; (ה) כאשר קיימים סיכונים ספציפיים הנלווים למכלול תוכנית הריפוי (למשל: משך עבודה קצר יותר בהשתלת קוצבי לב משופצים להבדיל מקוצבי לב חדשים).

לסיכום, על פי ההשקפה המקובלת על המשפטנים, הסבר הסיכונים יהיה מושלם כאשר האדם הסביר במצב הנתון אינו יכול לצפות למידע נוסף. לכן המטופל לא צריך להיות מידע לכל סכנה

אשר מתרחשת לעתים נדירות ביותר ואשר התרחשותה במקרה הספציפי שלו היא כל כך בלתי סבירה, שלגבי אדם סביר בסיטואציה הזאת, הדבר לא ישפיע ברצינות על ההחלטה להסכים לטיפול... בדומה, הסבר יכול להיות מיותר, כאשר תופעות הלוואי שעלולות להתרחש כתוצאה מהטיפול הן פתות חמורות מהמצב

35 ראו גם Jochen Taupitz, "Aufklärung über Behandlungsfehler: Rechtspflicht gegen über dem Patienten oder ärztliche Ehrenpflicht?", 1992 NJW 713.

ללא הטיפול במידה כזו, שעבור האדם הסביר במצבו של המטופל הן לא תיראנה כשיקולים חשובים בבחירה, אם לעבור את הטיפול, אם לאו.³⁶

4. גילוי הדיאגנוזה

על פי הדעה הרווחת, בדרך כלל צריך הרופא לתת הסבר על האבחון,³⁷ והחריג לחובה זו הוא מצב שבו ההלם של המטופל עקב גילוי הדיאגנוזה יגרור נזק חמור ובלתי הפיך. לדעתי, אמנם, בהעדר הסכם מפורש בדבר יידוע המטופל, גילוי הדיאגנוזה יכול להתבסס על הנחת היסוד של האתיקה הרפואית בדבר "יותר אמת ליד מיטת החולה" ("more truth at the bedside"), וכך גילוי זה יתפקד כסוג של "גילוי לשם ההכרה העצמית" ("self-realization disclosure") של המטופל, אך גילוי זה לא יחשב מחוייב מבחינה משפטית כחלק מ"מידע לשם החלטה עצמית של המטופל" ("self-determination information")³⁸ במובן, המונע מן המטופל להחליט החלטה אחראית.³⁹ גילוי האבחון, כמו גם מסירת ממצאים, נדרש כתנאי מוקדם להסכמה תקפה, רק מקום שהאבחון הוא חשוב לצורך שקילת היתרונות והחסרונות של הניתוח, כפי שנדרש בעניין הספציפי מטיבו של הטיפול או מעניינו המיוחד של המטופל.⁴⁰

בכל מקרה נדרש רופא שמחויב למסור את האבחון למטופל שמצבו חמור, לעשות זאת באופן מתחשב. דרך מסירת המידע יכולה להיות חשובה להחלטה בדבר המשך הטיפול, למשל כאשר האבחון אינו ודאי. במקרים כאלה על הרופא ליידע את המטופל בנוגע לרמת אמינותם של הממצאים.

בשני מקרים תוגבל זכותו של המטופל לגילוי האבחון: כאשר האבחון אינו ודאי אך תוצאותיו הן כביכול סופניות, וכאשר הגילוי עצמו עלול להזיק לו.

5. הגבלות על חובת היידוע

חובת הגילוי עלולה להרתיע רופאים, בין השאר משום שהיא מטילה נטל כבד הן על הרופא והן על המטופל. אולם, מה שבתחילה נראה כעומס יתר מתגלה כסביר כאשר

36 BGH, 1963 NJW 393, 394.

37 ראו גם StGB, in Eduard Dreher & Herbert Trondle, § 223, at ¶ 9k (45th ed., 1991); Hans-Joachim Hirsch, in *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, (10th. ed., Hans-Heinrich Jescheck, Wolfgang Rub & Gunter Wilms eds., 1980), 226a, at ¶ 24; Eckhard Horn, in *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, § 226a, at ¶ 14 (Hans-Joachim Rudolphi, Eckhard Horn & Erich Samson eds., 1990).

38 ראו חלק א.1. (ב) לעיל.

39 Albin Eser, "Medizin und Strafrecht: Eine schutzgutorientierte Problemübersicht," 97 *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 1, 17 (1985).

40 Wilhelm Bamikel, "Die Aufklärungspflicht des Arztes," 1058 *Versicherungsrecht* 1986, über die Diagnose des Patienten.

נחשפים הסייגים לחובת הגילוי. קיימות שלוש סיבות, שיפורטו להלן, שבעטיין תוגבל או אף תישלל החובה ליידע: (א) החובה לדאוג למטופל; (ב) חובת המטופל לשאול; (ג) ויתור של המטופל על זכותו להיות מיועד.

(א) החובה לדאוג למטופל

במקרים מיוחדים המחויבות ליידע מטופל תצומצם או תבוטל עקב החובה לדאוג לו: כאשר קיים חשש שתגובת המטופל תהיה חמורה יותר מהפגיעה בזכותו לבחירה עצמית.⁴¹ סייג זה לחובת הגילוי מבוסס על אותו רציונל המכונה "הפריבילגיה הטיפולית" או "החירות הטיפולית" (therapeutic privilege). מונח שגוי זה מעורר את ההתרשמות כאילו הגבלת חובתו של הרופא ליידע את החולה נובעת מאיזו "פריבילגיה" שנתונה לו. למעשה זכות זו נובעת מהתייחסות לחובה הייחודית לדאוג לכל חולה.

קיימת מחלוקת לגבי הגדרתה של תגובת המטופל שתצדיק הגבלה של הגילוי. בעוד ההשקפה המקובלת על בתי המשפט היא, כי ניתן להשעות את החובה ליידע את המטופל רק כאשר השעיה כזו יכולה להביא לנזק חמור ובלתי ניתן לתיקון לבריאותו, וסתם "הרעה במצב הרוח או במצב הכללי" אינם מצדיקים המנעות מגילוי, הדעה המקובלת בקרב כותבים היא, כי ניתן להגביל את הגילוי גם כאשר הוא עלול לגרום דיכאון חמור ולא חולף, פגיעה חמורה בבריאות או סכנה ממשית לפגיעה בהצלחת הטיפול. אני מסכים לגישה זו, ובלבד שהנחות כלליות ומעורפלות לא יספיקו כדי להניח קיומן של סכנות המונעות גילוי; הנחות אלה חייבות להיות מבוססות על ראיות ברורות וחד משמעיות, וזאת כדי שחובת הגילוי לא תשאר חובה בעלמא גרידא.

(ב) הגבלת חובת הגילוי בגלל מומחיות המטופל

אין צורך בהסבר מעמיק כאשר המטופל מיועד ממקור אחר דוגמת מומחיות עצמית, התייעצויות קודמות עם רופאים אחרים או התנסות במקרים דומים בהיסטוריה הרפואית שלו.⁴² מובן, למשל, כי לרופא שמבצע את הניתוח אסור לסמוך ולהניח, כי הרופא שהפנה אליו את המטופל כבר יידע אותו. הוא יוכל לוותר על ההסבר, רק אם קיים בסיס עובדתי לכך שהמטופל כבר מיועד, וכדי להגיע לבסיס עובדתי זה יש לתחקר את המטופל ולברר עד כמה הוא מיועד. מצד שני, בהתחשב ברמת ההשכלה והאינטליגנציה של המטופל, אפשר לצפות ממטופל שברשותו מידע חלקי בלבד לשאול שאלות ולברר פרטים כדי להשלים את המידע החסר לו.

41 Erwin Deutsch, "Das therapeutische Privileg des Arztes: Nichtaufklärung zugunsten des Patienten," 1980 *NJW* 1305.

42 Bernd-Rüdiger Kern, "Aufklärungspflicht und wissender Patient," 1986 *MedR* השו 176.

(ג) ויתור של המטופל על זכותו להחליט בדבר הטיפול בו

כאשר המטופל באופן מוחלט בוחר לוותר על זכותו לגילוי, ניתן לוותר על ההסבר. ניתן להעלות על הדעת אף ויתור שבשתיקה, במיוחד כאשר טיפולים ממושכים מהווים בסיס ליחסי אמון בין הרופא למטופל, ומאפשרים לרופא להניח שהבחירה והיישום של הטיפול מופקדים בידי. עם זאת, אין להניח כי המטופל ויתר על זכותו, כאשר מתוך ביישנות או התנהגות המביעה אמון הוא נמנע מחקירה ובירור: ייתכן כי התנהגויות אלה מסתירות אי ודאות או ניסיון להדחיק פחדים ללא רצון אמיתי לוותר על זכות ההחלטה. הדברים נכונים גם לגבי אנשים מרקע "פשוט", שעבורם ממלא הרופא תפקיד "אבהי". בהתחשב בכך שויתור על זכות ההחלטה הוא חריג, יש לבחון בזהירות ובקפדנות רבים ויתור כזה, ובכל מקרה של ספק על הרופא לבצע את התשאול המתאים כדי לוודא אם המטופל רוצה לוותר על זכותו לגילוי ולהחלטה, ובאיו מידה הוא רוצה לוותר עליהן. ויתור על זכויות אלה כתנאי מוקדם שקבע הרופא לטיפול אינו אתי ולכן חסר-תוקף.⁴³

6. מי צריך לגלות ולמי?

המטופל הוא שצריך להסכים לטיפול, ולכן הוא גם בעל הזכות להסכים. משום כך, בן זוג או קרוב אחר איננו יכול באופן אוטומטי לתפוס את מקומו של המטופל כמקבל המידע.⁴⁴ אם מסיבה כלשהי המטופל איננו מסוגל לתת הסכמתו, אזי האפוטרופוס – המשגיח, ההורה או כל מי שמבחינה משפטית מוסמך להסכים בשמו – חייב לקבל את המידע הרפואי. מטופל שאינו כשיר להסכמה אבל רוצה להיות מעורב בנגוע לטיפול המיועד צריך להיות נוכח בעת ההתייעצות והגילוי, וזאת בשל זכותו לשלמות גופנית. כאשר ניתן להעריך שקטין הוא בוגר דיו כדי להבין את מהות הטיפול ותוצאותיו, ולכן גם מוסמך להסכים, הוא זכאי לגילוי ההולם את גילו ואת רמתו.⁴⁵ יצוין, כי קיים תקדים משפטי הקובע, שבמקרים קשים ולא דחופים, יש לעדכן גם את ההורים ולבקש את הסכמתם.⁴⁶

חובת הגילוי מונחת לפתחו של הרופא האחראי על ביצוע הטיפול או הניתוח, והוא יכול להאציל חובה זו על אישיות רפואית אחרת ובמקרים מסוימים גם על אישיות לא רפואית. עם זאת, יש להקפיד על כך שמוסר המידע יהיה גם בעל ידע ומומחיות מספיקים אודות הניתוח והמטופל. בגילוי מואצל כזה האחריות על הפיקוח מוטלת על הרופא

43 Erwin Deutsch, "Haftungsfreistellung von Arzt oder Klinik und Verzicht auf Aufklärung durch Unterschrift des Patienten," 1983 *NJW* 1351; Hand-Jürgen Roßner, "Verzicht des Patienten auf eine Aufklärung durch den Arzt," 1990 *NJW* 2291.

44 ראו לדוגמה Bertram Koch, "Aufklärung (nur) der Angehörigen des Patienten reicht nicht aus," 1990 *Westfälisches Ärzteblatt* 154.

45 Wofram H. Eberbach, "Grundsätze zur Aufklärungspflicht bei nicht voll Geschäftsfähigen," 1986 *MedR* 14.

46 BGH, 1972 *NJW* 335.

האחראי או על מנהל המוסד הרפואי. מקום שקיימת חלוקת תפקידים לצוות הרפואי, הרופא המנתח יכול לסמוך ללא עוררין על רופא מן הצוות, דוגמת הרופא המרדים, כאשר מדובר בצוות מתואם המתפקד היטב.

חשוב להדגיש, שאפילו הוכחה של גילוי חלקי יכולה להוביל להרשעה פלילית בתקיפה, אם המטופל לא היה מסכים לטיפול במקרה שהגילוי היה מתנהל כמו שצריך. אי אפשר לבטל דרישת קשר סיבתי זו בטענות שמטופל סביר היה מסכים לאחר הגילוי המלא לטיפול, שהמטופל היה חייב לעבור את הניתוח בכל מקרה, או שהמטופל לא היה מתעקש על טיפול אך ורק במרפאה נודעת, אם היה יודע מראש את הסיכונים: המבחן הסיבתי מושפע פחות משיקולים כלליים ויותר מהחלטתו הממשית של המטופל הספציפי.⁴⁷

7. אופן הגילוי

(א) דרך ושיטה

יידוע המטופל הוא חלק בסיסי מהטיפול ולכן עליו להתבצע בשיחה אישית בין הרופא למטופל ולא, למשל, במסירת עלון מידע. אין להוציא מכלל אפשרות גילוי סטנדרטי דרך דפי הסבר וטפסים, כל עוד הם מובנים להדיוט, ולא יבואו במקום ההוועצות ברופא, אלא אך כדי ללוות אותה ולתמוך בה. יש לבחון את ביצוע הגילוי מנקודת המבט של מקבל המידע, ויש להתחשב בשיקולים אישיים: לא כל המטופלים רוצים להיות מיוודעים על כל הסיכונים הנדירים; מצד שני, יש להעניק לרופא המיידע חופש מסוים בהחלטה איך להציג את האינפורמציה. חוקים קשיחים ותקנות מקצועיות בנושא זה קרוב לוודאי שיפריעו לחירותו הבסיסית של הרופא, ולכן אינם רצויים.

(ב) הזמן המתאים לשיחת הגילוי

הגילוי צריך להתבצע בזמן שבו המטופל עדיין יכול להבין ולקבל החלטה מבוססת, מוקדם ככל הניתן לפני הטיפול, כדי שלמטופל תהיה שהות לבחור ולהחליט. לפיכך, אין לגלות תוצאות פוטנציאליות קשות של ניתוח רק על שולחן הניתוחים או מעט לפני כן; לעומת זאת, במועד זה ניתן להסביר על אופיו של טיפול קטן.⁴⁸

(ג) תיעוד של שיחת הגילוי

למרות שהגילוי וההסכמה אינם מוגבלים לאופן מסוים, יש צורך בתיעוד כלשהו שלהם

47 Erwin Deutch, "Aufklärungspflicht und Zurechnungs-
zusammenhang," 1989 *NJW* 2313

48 Erwin Deutch, "Der Zeitpunkt der ärztlichen Aufklärung und die antizipierte
Einwilligung des Patienten," 1979 *NJW* 1905
BGH, 1993 *NJW* 312 לפסיקה עדכנית ראו
וכן ניתוח של פסק הדין מאת Dieter Giesen, שם.

בתיק הרפואי. יחד עם זאת, השימוש בטפסים, שהמטופל חותם עליהם מעורר קושי, משום שככלל טפסים אלו אינם ממלאים את דרישות הגילוי עבור מטופלים ספציפיים, והם אינם תקפים משפטית, אם כל מה שיש בהם הוא הצהרה כללית בדבר הסכמת המטופל; כדי שיהיו תקפים עליהם להיות מותאים אישית למטופל ספציפי ולסיכונים של טיפול מסוים. מאחר שטופס הגילוי הסטנדרטי רק מציין שנמסר מידע, הרי שכאשר רופא רוצה לתעד גילוי בעל-פה, באופן ברור ובהיקף מספיק, עדיף שיבקש מרופא עמית או מעוזר לא רפואית להיות עד להתייעצות ולחתום על תצהיר הכולל את תוכן ההתייעצות – ואת התצהיר לצרף לתיקו הרפואי של המטופל.

ד. סיום טיפול נמרץ: בהסכמה או בלעדיה?

לסיום יש להעלות נושא בעייתי שנזנח לעתים בזמן התייעצות הגילוי, למרות משמעותו הרבה – במיוחד לטיפול נמרץ – והוא גילוי והסכמה בנוגע להפסקת טיפול נמרץ. בעוד לרופא המנתח ולעמיתיו המרדמים נחוץ לרוב לקבל את הסכמת המטופל לפני תחילת הטיפול, רופא המעניק טיפול נמרץ יידרש לעתים לסוגיה האם להיזקק להסכמת המטופל להפסקת הטיפול הנמרץ ובאיזו מידה. בעיה זו מחריפה עם התקדמות המדע בתחום זה. כעיקרון התשובה לשאלה זו פשוטה: מכיוון שמלכתחילה הרופא מוצב כ"ערב" לחולה, הוא אינו יכול פשוט להפסיק את הטיפול על דעת עצמו אלא כאשר המטופל מסכים לכך, ממש כפי שנעשה בתחילת הטיפול, וגם אז תנאי מוקדם לכך הוא גילוי מתאים של הסכנות והמשמעות של הפסקת הטיפול. אם המטופל מעוניין באופן רציני וברור בהפסקת הטיפול, הרופא יכול לראות את עצמו משוחרר מהחובה להעניק את הטיפול, וזאת רק אם הפסקת הטיפול תוביל, במקרה הגרוע ביותר, להחמרה במצב אך לא תגרור בהכרח מוות.

קשה הרבה יותר לתת תשובה כאשר הפסקת הטיפול הנמרץ תגרור למוות ודאי של המטופל. בעיקרון נושא זה כבר שייך לנושא של המתת חסד פסיבית (passive euthanasia), ולכן אתייחס לנושא בתכלית הקיצור.

כאשר הפסקת הטיפול במקרים כאלה מתבצעת לאחר קבלת הסכמה ברורה או על פי בקשתו המפורשת של המטופל – למשל, דרישתו להשתחרר מבית החולים – קיימת הסכמה כללית שהסכמה או בקשה כאלו משחררות את הרופא מחובתו לטפל בחולה. מצב זה אפשרי רק כאשר המטופל כשיר להבין ולבחור, ועל בסיס גילוי מתאים וממקורות שונים, הוא מודע היטב לכך שדרישתו להפסקת הטיפול פירושה מוות. במקרה כזה רופא, המאפשר למטופל למוות באמצעות הפסקת טיפול, לא יועמד לדין פלילי.⁴⁹

49 ראו עוד בנושא זה אצל Albin Eser, "Lebenserhaltungspflicht und Behandlungsabbruch in rechtlicher Sicht," in Alfons Auer, Hartmut Menzel & Albin Eser, *Zwischen Heilaufrag und Sterbehilfe* 87, 99 (1977); ראו גם Albin Eser, "Behandlungspflicht aus juristischer

חמור ושכיח הרבה יותר הוא סיום חד-צדדי של טיפול, שבו רופא רוצה לתת לחולה סופני למות גם מבלי להיות בטוח בהסכמתו (האמיתית או אפילו ההיפותטית). למשל, כאשר מצבו של חולה הסובל מ-"Appallic Syndrome" או מטופל בדיאליזה שמצבו מדרדר, והוא אינו מסוגל להתמודד עם השאלה האם להמשיך את הטיפול או שמא להפסיקו. האם ראוי שהרופא יוכל לפעול על דעת עצמו במקרה כזה או שמא הוא יחויב להמשיך את הטיפול הנמרץ "עד הנשימה האחרונה" ו"בכל מחיר"? כל אלה הן שאלות כבדות משקל, שבמסגרת מאמר זה לא ניתן לדון בהן, אלא רק להעלותן.^{50,51}

עלי לסיים כאן בידיעה שכיסיתי רק חלק מהנושא. בכל מקרה, אני מקווה שרופאים ומשפטנים יוכלו להגיע להבנה בדרך שהותוותה במאמר זה: דאגה כפולה לרווחתו ולרצונו של המטופל.

Sicht," in *Grenzen der ärztlichen Aufklärungs- und Behandlungspflicht* 77 (Peter Lawin & Hanno Huth eds., 1982).

50 בנושא זה אני לרוב מפנה לסקירתי שפורסמה אצל Auer, Menzel & Eser, *supra* note 49, at 119. ראו גם J. Schara, "Die Grenzen der Behandlungspflicht in der Intensivmedizin," 507 *Deutsches Ärzteblatt* 1966, וכמו כן ב-"Die Behandlungspflicht des Arztes in der Intensivmedizin," in *Strebehilfe oder Wie weit reicht die Ärztliche Behandlungspflicht?* 97 (Volker Eid & Rudolf Frey eds. 1978).

51 יש לשים לב במיוחד לשני מקרים שנידונו לאחרונה, שהחלטות שניתנו בהם, למרות שהיו מבוססות מהחינת לשונן על המושכ של הסכמה (אמיתית או משוערת), למעשה אפשרו ויצגו גישה אובייקטיבית יותר, בכך שאפשרו התחשבות ב"פרופוזיציות בעלות ערך כללי" ("general value propositions"): OLG Frankfurt of July 40 BGHSt 257, 263 (1995) וכן 5, 1998.

