

הסכמה מהדת? על חובת גילוי, כשירות תרבותית וקואורדינציה**(בעקבות ע"א 8710/17 פלונית נ' שירותי בריאות כללית)¹****מאת****חגי יעקובי***

האם נכון לראות בטיפול רפואי שלא הותאם למאפייניו האישיים והלבר-רפואיים של המטופל רשלנות רפואית? שאלה זו, שנדונה בע"א 8710/17 פלונית נ' שירותי בריאות כללית, נענתה בידי בית המשפט העליון בלאו גורף. ברשימה נבחנת הפסיקה בעניין פלונית, במספר רבדים. **ברובד הראשון**, שבו רמת ההכללה הגבוהה ביותר, נטען בדבר הצורך בהתאמה תרבותית של טיפולים רפואיים, וכן בדבר הצורך לראות באי-התאמה שלהם רשלנות רפואית. שני עניינים אלה יכללו במסגרת מה שאכנה חובת התאמה תרבותית, והם יפותחו ביתר הרחבה ברשימה. הטיעון בדבר חובת ההתאמה התרבותית נסמך על ספרות חוץ-משפטית ענפה שעוסקת בכשירות תרבותית (Cultural Competency), וכן על מאפיינים של הטיפול הרפואי שמצריכים סנקציות נזיקיות שתגבינה את חובות המטפלים. **ברובד השני**, ומתוך תפיסה לפיה את ההתאמה התרבותית יש לבחון ביחס לכל מקרה ומקרה באופן ספציפי, נדון האספקט הטיפולי שבו עסק פסק הדין בעניין פלונית – חובת הגילוי הרפואית, חובה שנועדה לשרת את הסכמתו מדעת של המטופל. במסגרת זאת, נבחנים שיקולים לכאן ולכאן ביחס להטלת חובת ההתאמה התרבותית, לרבות בחינה ביקורתית של השיקולים שעמדו בבסיס הכרעתו של בית המשפט העליון בעניין פלונית. ברשימה נטען כי הן תכליות דיני הגילוי וההסכמה מדעת, הן שיקולי מדיניות שונים, מטים לעבר ההכרה בחובת התאמה תרבותית של חובת הגילוי. **לבסוף**, יורדת הרשימה לפסים מעשיים יותר ומשורטטת בה בקווים ראשוניים ההתאמה התרבותית של חובת הגילוי הרפואית – מוצגים מספר שיקולים ופרמטרים שאותם יש לבחון עת נדונה השאלה אם קמה חובת התאמה תרבותית והאם הפרתה מהווה רשלנות רפואית.

מבוא. א. עובדות המקרה בעניין פלונית והשאלות אותן הוא מעורר. ב. כשירות תרבותית: חובת התאמה תרבותית של שירותים רפואיים. 1. הזכויות לחיים, לבריאות ולטיפול רפואי. 2. כשירות תרבותית: הרעיון, המאמצים והמצב בשטח. 3. אי-כשירות תרבותית כעוולה נזיקית. 4. חובת ההתאמה בפועל: אי כשירות תרבותית כחובה המרחיבה חובות הקיימות. ג. **חובת ההתאמה התרבותית בהקשר הספציפי של ההסכמה מדעת וחובת הגילוי.** 1. חובת הגילוי וההסכמה מדעת: כללי ותכליות. 2. האם צריך הגילוי להתייחס גם לשיקולים לבר-רפואיים? טעמים בעד ההרחבה. 3. טעמי נגד לגישתי: הנמקות פסק הדין בעניין פלונית והתמודדות עימן. (א) האמנם נטל כבד מדי על כתפי הרופאים? (ב) על הפגיעה בפרטיות ועל יחסה לסיכון ולתוחלתו. (ג) טעמים נוספים. ד. **עיצובה בפועל של העוולה הנזיקית שבגין אי-התאמה הגילוי.** 1. שיקולים ביחס לחובת ההתאמה. 2. הקיפו של הגילוי. 3. יישום הקריטריונים על עובדות עניין פלונית. ה. **סיכום**

* בעת הגשת המאמר לפרסום היה הכותב תלמיד שנה ג בפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית. אני מבקש להודות ליהונתן גבעתי, אהוד גוטל ואסף פוזנר על שיחות מועילות, ולרעות אושפיזאי ואיל זמיר על הערות טובות וחשובות לגרסאות מוקדמות. תודה גם לדוד הד, שהמאמר מתבסס על עבודה שנכתבה במסגרת סמינר בהנחייתו, וכן לשאר משתתפי הסמינר על הערותיהם הטובות. עוד ברצוני להודות למערכת משפטים ולעורכי כתב העת, על עבודתם המסורה ועל תרומתם לגרסתו הסופית של המאמר.

¹ ע"א 8710/17 פלונית נ' שירותי בריאות כללית (נבו 6.8.2019). (להלן: "עניין פלונית").

מבוא

זכותו של אדם לאוטונומיה על גופו ועל החלטותיו היא מאבני היסוד של שיטת המשפט הישראלית. הזכות נובעת מחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ובאה לידי ביטוי בהסדרים רבים ומגוונים.² כנגזרת מזכות זו, נקבע שדרושה הסכמתו של אדם לכל הליך רפואי אותו הוא יעבור, ושעל הסכמה זו להיות "הסכמה מדעת".³ קרי, עליה לבוא לאחר קבלת מידע מקיף וממצה אודות הפרוצדורה הצפויה, סיכונים וסיכוייה.⁴ כחלק מכך, אף נקבע כי מחובתו של רופא להציג בפני המטופל אפשרויות טיפול אלטרנטיביות שעומדות בפניו, ככל שישנן, וביניהן גם כאלה המוצעות במסגרת הרפואה הפרטית ואף מעבר לים.⁵

כך, אם כן, לגורם המטפל אחריות מסוימת לאספקת המידע שיהיה דרוש למטופל עבור גיבושה של ההסכמה מדעת לפרוצדורה שאותה הוא יעבור. כיוון שכך, מתעוררות שאלות מספר בדבר אופיו והיקפו של המידע שאותו נדרש הרופא לספק למטופל מדרישת גילוי זו. פסק הדין בעניין **פלונית נ' שירותי בריאות כללית**⁶ (להלן: עניין **פלונית**), שלעיון בו ובסוגיות שאותן הוא מעורר תוקדש הרשימה, עוסק בכמה משאלות אלה, הנוגעות ספציפית למצב בו מדובר במטופל דתי: (1) האם כחלק מחובת הגילוי נדרש רופא להציג בפני מטופל מידע **דתי** הנוגע למגבלות שישנן בדתו של המטופל ביחס לטיפולים; (2) האם על הרופא להתאים את המידע ה**רפואי** אותו הוא מספק להשתייכותו הדתית של המטופל; וככל שתענינה שתי השאלות הקודמות בשלילה, (3) האם יהיה דין שונה לרופא שנוהג בפועל להציג פרטי מידע אלה בפני מטופליו, כך שאותו רופא יהיה מחויב בכך עד כי הימנעות מהצגת המידע תיחשב לרשלנות מצידו (גם אם אלמלא אותו נוהג מוקדם מצידו לא הייתה באי הגילוי משום רשלנות). בית המשפט העליון (השופטים וילנר, הנדל ומינץ)⁷ השיב על שלוש שאלות אלו בשלילה, וקבע כי חובותיו של הרופא מתוחמות הן אך לתחום הרפואי.

ברמות הפשטה והכללה גבוהות יותר, ניתן לתאר את השאלות שזכרו כסבות סביב שאלת מידת ההתאמה שנדרש הרופא לבצע ביחס למידע אותו הוא מוסר למטופל, כאשר ההתאמה בה עסקין היא התאמה הנוגעת למאפייניו התרבותיים והלבר-רפואיים של המטופל. כזכר, בהכרעתו הגביל בית המשפט את חובות הגילוי שמוטלות על הרופא להקשרים רפואיים בלבד, ובכך בעצם שלל את הצורך בהתאמת הגילוי לאותם מאפיינים תרבותיים ולבר-רפואיים. ברשימה זו אביע עמדה שונה, ואטען לזכותה של חובה כאמור: חובת התאמה תרבותית של שירותים רפואיים לאוכלוסיות היעד השונות, התאמה המכונה בספרות המקצועית "כשירות תרבותית".⁸ אטען כי חובה זו מתאימה לתכליותיהם של דיני הנזיקין, ובהתאם לכך, כי נכון יהיה לתת לה משקל ומעמד גם במסגרתם של דינים אלה. בהתייחס ספציפית לחובת הגילוי שנדונה בעניין **פלונית**, ביטויה של חובת ההתאמה שלו יוקדש עיון מיוחד ברשימה, אטען שנגזרת מחובת ההתאמה הכללית שביחס

² בעיקר ס' 1-2 ו-4-5 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. ראו גם: ע"א 2781/93 **דעקה נ' בית החולים "כרמל"**, פ"ד נג(4) 526, 570-571 (1999) (להלן: עניין **דעקה**); אהרן ברק **כבוד האדם – הזכות החוקתית ובנותיה** 245-254 (2014).
³ שם, בעמ' 590; ע"א 4384/90 **ואתורי נ' בית החולים לניאדו**, נא(2) 171, 183 (1997); ע"א 6153/97 **סטנדל נ' שדה**, פ"ד נו(4) 746, 765 (2002); ע"א 2124/12 **שירותי בריאות כללית נ' פלונית**, פס" 1 לפסק-דינה של השופטת (כתוארה אז) חיות (נבו 30.10.14); נילי קרקו-אייל "דוקטרינת ההסכמה מדעת" – עילת התביעה הראויה מקום שבו הופרה זכות המטופל לאוטונומיה" **הפרקליט** מט 181 (2007) (להלן קרקו-אייל "דוקטרינת ההסכמה מדעת").
⁴ פרק ד' לחוק זכויות החולה, התשנ"ו-1996. ראו גם למשל: ע"א 3108/91 **רייבי נ' וייגל**, פ"ד מז(2) 497, 505-509 (1993) (להלן: עניין **רייבי**); עניין **דעקה**, לעיל ה"ש 2, בעמ' 548.
⁵ ע"א 4960/04 **סידי נ' קופת חולים של ההסתדרות הכללית**, פ"ד ס(3) 590, 603 (2005) (להלן: עניין **סידי**).
⁶ לעיל ה"ש 1.
⁷ השופט הנדל הסכים לתוצאה האופרטיבית ולמרבית הקביעות, אך הסתייג מכמה מדבריה של השופטת וילנר. עוד על גישתו ראו להלן בה"ש 152.
⁸ ראו בפרק 2 להלן, ובפרט במקורות שבה"ש 23.

לשירותים הרפואיים צריכה להיות התאמתם של הגילויים והמידע המסופקים למטופלים אל תרבותם ואל אורח חייהם של המטופלים. אם נשוב לעובדות המקרה בעניין **פלונית**, ולביטוייה הספציפי של ההתאמה שנדון בו – גילוי הנוגע באמונתה הדתית של המטופלת, אטען כי חובת ההתאמה מנביעה, בין היתר, את חובת גילוי המידע הדתי וכן את התאמתו של המידע הרפואי שנמסר למטופלת אל מאפייניה הדתיים.

ניתן למעשה לתאר את מהלך הרשימה כמורכב משלושה מעגלים קונצנטריים. במעגל החיצוני והרחב ביותר מצויה דרישת ההתאמה התרבותית במובנה הכללי ביותר שחולש על כלל היבטי הטיפול. במעגל האמצעי מצוי הדיון באופן תחולתה של דרישת ההתאמה ביחס לחובת הגילוי הרפואית. במעגל הפנימי והספציפי ביותר, ישנה שאלת התאמת הגילוי למאפייניו הדתיים של המטופל, הסיטואציה הספציפית שהיא שהתעוררה בעניין **פלונית**. שלושת המעגלים יידונו ברשימה. **בפרק הראשון** אתאר את עובדות המקרה בעניין **פלונית**, את השאלות שהתעוררו בו ואת ההכרעות אודותיהן. לאחר מכן, **בפרק השני**, אציג את חובת ההתאמה התרבותית לה אני טוען. אעשה כן בהתייחס למובנה הרחב ביותר של חובת ההתאמה, מובן השייך בכלל היבטי הטיפול. חובה זו, כך אטען, נכון שיכוננו בתי המשפט, וזאת מכוחם של שיקולי מאקרו חברתיים הנוגעים בחשיבותם של שירותי הבריאות ושל התאמתם לאוכלוסיות השונות, וכן בגין ניסיונותיו של משרד הבריאות להכווין את נותני השירותים הרפואיים אל עבר יעדים אלה. נוסף על כך, אטען גם מדוע חיוני שהחובה תקבל אופי נזיקי ו"תג מחיר" בדמות פיצוי במקרי הפרתה. **בפרק השלישי** אפנה לביטוייה הספציפי של חובת ההתאמה הכללית במקרה הפרטי של חובת הגילוי. אטען כי חובת-בת של חובת ההתאמה הכללית היא החובה להתאים למטופל את הגילוי הרפואי, וכן כי חובת-בת ספציפית זו נראית כמי שתהווה את אחד מביטוייה המרכזיים של חובת ההתאמה הכללית. בפרק זה גם אערוך דיון בשיקולים השונים בכל הנוגע לחובה נזיקית להתאמתם של הגילויים הרפואיים. **הפרק הרביעי** יוקדש לשרטוט המקרים בהם נכון יהיה לטעמי לדרוש את התאמתו של הגילוי הרפואי, כמו גם לשרטוט היקפה של חובה זו, והוא יתבסס על התובנות מהדיון שקדם לו. לבסוף, סיכום קצר יאסוף את הדיון.

א. עובדות המקרה בעניין פלונית והשאלות אותן הוא מעורר

מפני שעובדותיו של עניין **פלונית** ממחישות היטב את הסוגיות שבהן תעסוק הרשימה, וכן מפני שפסק הדין מהווה הידרשות משמעותית ומעמיקה של בית המשפט העליון לסוגיות אלה, מקרה זה וההכרעות אודותיו ילוו את הרשימה. על כן, אפתח בהצגה של עובדות המקרה ושל השאלות שהתעוררו בדיון בו, ולאחר מכן אתאר בקיצור גם את שפסק בית המשפט העליון בנוגע לכל אחת מאותן השאלות.⁹

בעניין **פלונית** נדון מקרה של אישה מוסלמית מאמינה בת ארבעים ואחת (להלן: התובעת), שהייתה בהריונה השישי, לאחר ארבע לידות של ילדים בריאים והפלה מוקדמת אחת. נוכח רקע זה, הריונה של התובעת נחשב להיריון בסיכון, והרופאים שליוו אותה המליצו לה על בדיקות מעקב היריון שונות, שכל אחת מהן מבוצעת בשלבים מעט שונים של ההיריון. התובעת ובן זוגה בחנו את האפשרויות שהוצעו להם, ואת המידע שסופק להם אודותיהן, וביכרו את בדיקת מי השפיר –

⁹ התיאור נסמך על הצגת העובדות שבפסיקות המחוזי והעליון בעניין **פלונית**. ת"א (חי') 54431-06-14 ל.ז. נ' **שירותי בריאות כללית** פס' 1-14 לפסק הדין (נבו 26.10.2017) (להלן: פסיקת המחוזי); עניין **פלונית**, לעיל ה"ש 1, בפס' 9-2 לפסק דינה של השופטת וילנר.

המבוצעת בשלב מאוחר יותר של ההיריון – על פני בדיקת סיסי השלייה, נוכח האמינות הרבה יותר שמיוחסת לממצאיה של הראשונה. זאת, כפי שנקבע במשפט, בלא כל ידיעה על כך שלזמן עשוי להיות תפקיד מרכזי ומכריע ביחס להכרעתם האפשרית אודות הפסקת ההיריון. חשיבותו זו של רכיב הזמן נובעת מכך שעל פי ההלכה המוסלמית הפלה מותרת רק עד ליום המאה ועשרים שמרגע הכניסה להריון, אך לא לאחריו.

מבלי להיכנס במסגרת זו לפרטיהן של הבדיקות השונות ושל ההמלצות שהתקבלו בכל אחת מהן, ניתן לומר בתמצית כי עולה מתיאורי העובדות – הן של העליון הן של המחוזי – שלא היה מי מהגורמים המטפלים אשר הסב את תשומת לב התובעת ובן זוגה להשפעתו זו של הזמן. כמו כן, לא היה מי מגורמים אלה שלאור סוגיית הזמן הציע לתובעת בדיקה נוספת הניתנת לביצוע בשלב מוקדם יותר של ההיריון, בדיקת FISH, שבאמצעותה ניתן היה להקדים אף יותר את שלב זיהוי לקותו של העובר. כל זאת, הגם שדובר במרפאה בעיר נצרת, ברופא מטפל שהתפרסם כמומחה להפסקות היריון בקרב נשים מוסלמיות, נושא בו הוא גם עסק בכתיבתו האקדמית, ושאף העיד על עצמו במשפט כי הוא נוהג להציג בפני מטופלות את מגבלת מאה ועשרים הימים.¹⁰ וכך, לאחר מפגשי ייעוץ רבים, ועל אף קיומם, כשקבלו בני הזוג את תוצאת בדיקת מי השפיר שהעידה על לקות העובר, כבר היה מאוחר מדי עבורם. השניים פנו אל איש דת מוסלמי, אלא שהלה הציג בפניהם את מגבלת מאה ועשרים הימים, ולכן פסק לבני הזוג כי לפי הדת המוסלמית אסורה עליהם הפסקת ההיריון. בני הזוג קבלו את דבריו, וכעבור זמן לא רב, בניתוח קיסרי בהול, נולדה להם בת עם תסמונת דאון.

אלה הן עובדות המקרה בעניין **פלונית**. לאורך של עובדות אלה הגישו בני הזוג תביעה, בטענה להפרתה של חובת הגילוי, כנגד הרופאים אשר לא הציגו את בעיית הזמן ואשר נמנעו מלהציע את בדיקת ה-FISH נוכח מאפייניהם הדתיים של בני הזוג. כנזכר, בית המשפט תלה את ההכרעה בתביעות אלה במענה לכמה שאלות עקרוניות הנוגעות בחובת הגילוי. **הראשונה**, האם כחלק מחובת הגילוי נדרש רופא להציג בפני מטופל מידע **דתי** הנוגע למגבלות שישן בדתו של המטופל ביחס לטיפולים (ובמקרה הנוכחי, ליידע את בני הזוג על מגבלת מאה ועשרים הימים). **השנייה**, האם על הרופא להתאים את המידע **הרפואי** אותו הוא מספק להשתייכותו הדתית של המטופל (ובמקרה הנוכחי, להציע לבני הזוג את בדיקת ה-FISH בכדי לאפשר גילוי מוקדם של המומים). **השלישית**, האם בהינתן שדרכו של רופא להציג פרטי מידע חוץ-רפואיים אלה, יהיה הרופא מחויב בכך, עד כי הימנעות מהצגת המידע תיחשב לרשלנות מצידו.

כאמור, הן בית המשפט המחוזי הן בית המשפט העליון השיבו על שלוש השאלות בשלילה. זאת, מתוך קביעה לפיה חובותיו של הרופא מתחמות הן להקשר הרפואי בלבד.¹¹ משמעותה של קביעה זו היא כי הרופא אינו נדרש לגלות למטופל מידע חוץ-רפואי שהוא בעל רלוונטיות לטיפול מכוח השתייכותו הדתית של המטופל, ויתירה מכך: שהרופא אף אינו צריך להתאים את המידע

¹⁰ פסיקת המחוזי, לעיל ה"ש 9, פס" 20 ו-28. ודוק, המומחיות והמאמרים אינם מתוארים כמי שעוסקים בהפסקות היריון באופן כללי, אלא בביצועה של פרקטיקה זו בקרב האוכלוסייה המוסלמית. משכך, דומה שמומחיותו של הרופא לא נותרה סגורה בתחום הרפואי אלא גלשה זה מכבר גם להיבטיו התרבותיים של המצב. נראה שגם בכך, כמו גם בעצם קיומם של המאמרים ממוקדי התרבויות השונות, יש כדי להצדיק את הדרישה מהרופאים להתאים לעניינים אלה את הגילוי שאותו הם מוסרים ואת הטיפול שאותו הם נותנים. עוד על כך להלן בפרק 2ג.

¹¹ עניין **פלונית**, לעיל ה"ש 1, למשל בפס" 25; פסיקת המחוזי, לעיל ה"ש 9, בפס" 45–55.

הרפואי אותו הוא מוסר למטופל למאפייניו הייחודיים של המטופל.¹² לטעמי, נכון דווקא להטיל חובת התאמה כאמור על הצוותים הרפואיים, ולביסוסה של טענה זו אפנה עתה. בשלב ראשון אציג טענה בדבר חובת התאמה כללית של הטיפול הרפואי למאפייניו התרבותיים של המטופל, ולאחר מכן אתאר את אופן יישומה הספציפי של חובת ההתאמה הכללית על המקרה הפרטי של חובת הגילוי.

ב. כשירות תרבותית: חובת התאמה תרבותית של שירותים רפואיים

פרק זה יוקדש לביסוס טענה כללית בדבר הצורך לאמץ אל חיקם של דיני הנזיקין חובה של התאמה תרבותית במסגרת מתן שירותים רפואיים. הטענה תהיה כזו: במסגרת יחסי הרופא והמטופל, ישנם מעשים שברי כי יהוו הפרות של חובת הרופא, כשעל כן הפרתם תקים אחריות נזיקית, בעוד שלעניינים אחרים הרופא איננו נדרש ועל כן ההימנעות מעשייתם, מטבע הדברים, אין בה כדי לגבש אחריות נזיקית. כך למשל, בעוד שברור שאי-הקפדה על היגיינה, בחירת טיפול רפואי לא מתאים ועוד כיוצא באלה פעולות, מהוות רשלנות רפואית בת חבות, שונים הדברים בכל הנוגע לרופאה שתמנע מהפעלת לחצים חוזרים על מטופל כדי שיבצע טיפול שבו הוא הצהיר כי הוא איננו מעוניין.¹³ ניתן אפוא לראות בכך שני קצוות של ספקטרום, ועתה בבואנו להתייחס לפעולה ספציפית – ההתאמה התרבותית, שלה מוקדש הדיון הנוכחי ושאודותיה ארחיב להלן – עלינו לשאול לאיזה משני הקצוות היא קרובה יותר.¹⁴ הכרעה זו יש לקבל לאור שיקולי מדיניות שונים: תפיסות בדבר היקף חובותיהם של גורמים מטפלים, הכוללות הכרעות בדבר הראוי והצודק, שיקולי מניעה זולה, פיזור נזק יעיל וכדומה. בשורות הבאות אטען כי שיקולי מדיניות אלה, הנוגעים בענייננו גם באינטרסים ציבוריים כבדי משקל, מטים אל ההכרעה לפיה אי-התאמה תרבותית מצידם של הגורמים הרפואיים תיתפס כהפרת חובתם כלפי המטופלים, ועל כן תקים להם חבות נזיקית.

בשלב ראשון אציג ביחס לכך את הטעמים שעשויים להיות יפים למערכת יחסי הרופא והמטופל בכללותה, שם אתייחס לאינטרס הציבורי בהנגשת שירותי הרפואה לאוכלוסיות מיעוטים, לזכויות החשובות שמממשים שירותים אלה וכן למאמצי משרד הבריאות לפעול בכיוון זה. מאמצים אלה, כך אטען, מלמדים הן על הכיוון אותו מנסה המדינה לאמץ בנדון, והן על יכולתם של הצוותים הרפואיים לעמוד בדרישה שאותה אני קורא להציב בפניהם. עוד אטען כי עבור מימושן של מטרות אלה, חיוני יהיה לגבותן בפיצוי נזיקי שייפסק במקרי אי-התאמה שתביא לנזקים. מטבע הדברים, ישנן גם הנמקות רבות שלא בהכרח תהיינה יפות לכלל היבטי העשייה הרפואית כלפי המטופל, ולכן יהיה צורך לדון בהתאמה באופן ספציפי ביחס לכל פעולה ופעולה. במאמר הנוכחי אעשה כן ביחס לחובת הגילוי הרפואית, וביחס אליה אציג – בפרק הבא – עוד מספר טעמים לדרישה כי ביצוע הגילוי יעשה תוך התאמה תרבותית.

¹² עם זאת, יש לומר כי במקרה אחד, די ספציפי, נכונה השופטת וילנר לדרוש מהרופא את התאמת המידע הרפואי אותו הוא מוסר למגבלות הדתיות. לדבריה, "במקרים בהם המטופל מבקש, מיוזמתו ובאופן מפורש, להתאים את המידע הרפואי למגבלותיו הדתיות שהוא מוסר לרופא, אז ורק אז יידרש הרופא לעשות כן – והכול בראי מבחני הסבירות החלים ביחס לחובת הגילוי." (עניין פלונית, לעיל הי"ש 1, פס' 22 לפסק דינה של השופטת וילנר; ההדגשות הוספו כאן ולהלן, אלא אם יאמר אחרת). הגם שאני כמובן מברך על כך שלפחות במקרה זה נכון בית המשפט לדרוש מהגורמים המטפלים את ההתאמה התרבותית, לשיטתי בהחלט לא די בכך. כפי שאטען להלן, באופן שהוא אולי מפתיע ולא לגמרי אינטואיטיבי, לא אחת מידע חוץ-רפואי – ככל שהוא קשור לטיפול הרפואי – יהיה זמין הרבה יותר דווקא לרופא. כיוון שכך, הטלת דרישה להצגת המידע החוץ-רפואי על המטופל עשויה להביא למצב בו מידע זה ייעדר כליל מקבלת ההחלטות הטיפוליות. על כך, ביתר הרחבה, בפרק 21 להלן.

¹³ ע"א 119/05 חליפה נ' מדינת ישראל, פס' 36 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) ריבלין (נבו 10.9.2006).

¹⁴ עוד על כך להלן בתת הפרק 33.

1. הזכויות לחיים, לבריאות ולטיפול רפואי

דומה שאין טעם וצורך להרחיב על חשיבותן של הזכויות לחיים ולבריאות. חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו משמיע, בין היתר, כי אין פוגעים בחייו ובגופו של אדם, וכן כי כל אדם זכאי להגנה על חייו ועל גופו.¹⁵ מבלי להיכנס לפרטים, נראה שמוסכם כי זכויות אלה – באופן שהוא הכרחי עבור מימושן האפקטיבי ושמש נובע מהן – כוללות גם רמה מסוימת של זכאות לטיפולים רפואיים.¹⁶ אמנם הזכות לטיפול רפואי אינה מעוגנת בחוקי-היסוד (וכמותה גם שאר הזכויות המסווגות ככלכליות-חברתיות),¹⁷ אולם חוק ביטוח בריאות ממלכתי, התשנ"ד-1994 קובע כי "כל תושב זכאי לשירותי בריאות",¹⁸ ובכך קיבלה הזכות עיגון משמעותי בחקיקה.

הזכות לטיפול רפואי היא גם בעלת מעמד איתן במסמכים ובאמנות בין-לאומיים רבים.¹⁹ ראשית ההכרה בזכות לטיפול רפואי כבר במאה התשע עשרה, כאשר בהמשך, ובהשראת ארגון הבריאות העולמי, הלכה והתרחבה הגדרתו של המונח "בריאות" גם אל מעבר לזכות הטיפול לבדה.²⁰ אף האמנה הבינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות, שאותה אישרה ישראל, מכירה בזכות האדם לקבלת סטנדרט הבריאות הגבוה ביותר האפשרי.²¹ עבור מימושה של זכות זו, קובעת האמנה כי על המדינות להבטיח את התנאים שיאפשרו את זמינותם של השירותים הרפואיים לכל.²²

אולם עבור מימושן של מטרות אלה הלכה למעשה, דומה שלא די בעצם קיומם וזמינותם התיאורטית של השירותים הרפואיים. לא אחת, גם כאשר קיימים המוסדות הרפואיים, עשויים מחסומי לשון, תרבות וגישה לעמוד בדרכן של אוכלוסיות מסוימות אל שירותי הרפואה. מחסומים אלה מביאים אותנו אל ניסיון ההתמודדות עימם: הכשירות התרבותית.

2. כשירות תרבותית: הרעיון, המאמצים והמצב בשטח

כשירות תרבותית (*Cultural Competence*) היא כיום מושג מפתח בכל הנוגע לאספקת שירותים רפואיים.²³ מדובר על מארג של ידע, גישות, התנהגויות ושיפור נגישות המוטמעים במערכות הבריאות עבור התאמתן למצבי מפגש בין-תרבותי, מפגש המתרחש תדיר במסגרת שירותי הרפואה הציבוריים. עניינה של הכשירות התרבותית הוא, בין היתר, הבנת ההשפעות החברתיות

¹⁵ ס' 4-ו-1 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. קביעה דומה ישנה למשל בהצהרה האוניברסלית על זכויות האדם. UN General Assembly, Universal Declaration of Human Rights: Resolution, Art. 3 / Adopted by the General Assembly, A/RES/3/217 A (10 Dec. 1948).

¹⁶ אמנון כרמי **בריאות ומשפט** כרך א 843-845 (מהדורה שנייה, מוחמד ס. ותד עורך, 2013) (להלן: כרמי **בריאות ומשפט**); Patricia A. Brandin, *The right of access of the medically underserved to health care services*, 2, JOUR. OF LEG. MED. 297 (1981).

¹⁷ רות גביזון "על היחסים בין זכויות אזרחיות-פוליטיות ובין זכויות חברתיות-כלכליות" **זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל** (יורם רבין ויובל שני עורכים, 2004).

¹⁸ ס' 1 לחוק ביטוח בריאות ממלכתי, התשנ"ד-1994.

¹⁹ מובאים למשל אצל כרמי **בריאות ומשפט**, לעיל ה"ש 16, בעמ' 843-845.

²⁰ במבוא לחוקת ארגון הבריאות העולמי נקבע כי: "The enjoyment of the highest attainable standard of health is one of the fundamental rights of every human being without distinction of race, religion, political belief, economic or social condition." CONSTITUTION OF THE WORLD HEALTH ORGANIZATION, 1946.

²¹ ס' 12 לאמנה בינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות, כ"א 31, 205, 211-212 (נחתמה ב-1966 ואושררה ב-1991).

²² שם, ס' 12(2).

²³ ניבי דיין ואיה בידרמן "כשירות תרבותית בשירותי בריאות: חקיקה ומדיניות בארה"ב, אוסטרליה, אנגליה וישראל – מבט משווה" **קידום בריאות בישראל** 35 (2014) (להלן: דיין ובידרמן); **הנגשה לשונית והתאמה תרבותית במערכת הבריאות – יישום חוזר מנכ"ל משרד הבריאות 7/11** (חוות דעת של מכון המחקר והמידע של הכנסת, 6.3.2018); אירית אלרועי, מיכל שוסטר ועידו אלמקייס **כשירות תרבותית של בני חולים כלליים בישראל** (מרכז סמוקלר לחקר מדיניות הבריאות, 2016); מרכז טנבאום **כשירות דתית ותרבותית בטיפול רפואי בישראל** (2014).

והתרבותיות של מטופל על התנהלותו הבריאותית, תוך ניסיון לשיפור השירותים הרפואיים לאורה של הבנה זו.²⁴ הכשירות התרבותית מתוארת גם כחלק מיישומיה של גישת "המטופל במרכז" (*Patient Centered Care*), ואחד מיעדיה המרכזיים הוא צמצום פערים בבריאות והבאה לשימוש שוויוני בשירותים אלה.²⁵

מבחינה היסטורית, מדובר על מהלך שאת נקודת ראשיתו ניתן למקם בארצות הברית של סוף המאה ה-20.²⁶ לאורם של ממצאים בדבר פערי שימוש ניכרים בכל הנוגע לפנייה אל שירותי בריאות, הסמך ב-1999 הקונגרס האמריקני את המכון לרפואה (IOM – Institute of Medicine), זרוע של האקדמיה האמריקנית למדעים, להקים ועדה לניתוח המצב ולהצעת המלצות להתמודדות עימו.²⁷ הוועדה מצאה כי אכן ישנם פערים בפנייה לשירותי בריאות, וזאת על רקעים של מוצא גזעי או אתני.²⁸ בין השאר, המליצה הוועדה על שינויי מדיניות, לרבות שינויים חקיקתיים; על פיתוח ואימוץ של גישות טיפוליות רגישות תרבותית; וכן על שילוב תכנים תרבותיים בהכשרותיהם של נותני השירותים הרפואיים.²⁹

ואכן, ארצות הברית היא במידה רבה גם כיום המדינה המובילה בכל הנוגע לקידום כשירות תרבותית בשירותי בריאות.³⁰ מבלי להאריך בדברים, אציין כי לאחר מספר שלבים מקדימים והליך חקיקה ארוך, חתם הנשיא אובמה בשנת 2010 על חוק המאמץ את הרפורמה בשירותי הבריאות – Joint Center for - ה- The Patient Protection and Affordable Care Act. באותה השנה, ה- Joint Center for Political and Economic Studies (JPES) פרסם מסמך הנחיות הכולל פירוט והדרכה בדבר יישום החקיקה,³¹ וב-2013 המשרד לבריאות מיעוטים הוסיף ועדכן את מסמך הסטנדרטים שהוציא ביחס למתן שירותים רפואיים.³² מדינות נוספות שניתן לאפיין כנוקטות במדיניות של קידום כשירות תרבותית הן, למשל, אוסטרליה ובריטניה.³³

מבחינת תכני הכשירות התרבותית, באטנקורט (Betancourt) ואחרים הציעו מסגרת בעלת שלוש רמות עבור קידום הכשירות התרבותית בשירותי הבריאות: הרמה הארגונית, הרמה המערכתית והרמה הקלינית.³⁴ מבין אלה, רלוונטיות במיוחד לדיון הנוכחי שתי האחרונות.³⁵ הרמה המערכתית, שכן היא כוללת את הצורך בחקיקה, בקביעת סטנדרטים ואף בפעולות אכיפה

²⁴ דיין ובידרמן, לעיל ה"ש 23, בעמ' 36.

²⁵ שם, שם; Somnath Saha, Mary C. Beach & Lisa A. Cooper, *Patient Centeredness, Cultural Competence, and Healthcare Quality*, 100 J. NAT. MED. ASSOC. 1275 (2008).

²⁶ דיין ובידרמן, לעיל ה"ש 23, בעמ' 36.

²⁷ *Institute of Medicine (US) Committee on Understanding and Eliminating Racial and Ethnic Disparities in Health Care*, in: UNEQUAL TREATMENT: CONFRONTING RACIAL AND ETHNIC DISPARITIES IN HEALTH CARE (Brian D. Smedley, Adrienne Y. Stith & Alan R. Nelson eds., 2003).

²⁸ שם, בעמ' 80–179.

²⁹ שם, בעמ' 180–234.

³⁰ דיין ובידרמן, לעיל ה"ש 23, בעמ' 37.

³¹ DENNIS P. ANDRULIS ET AL., PATIENT PROTECTION AND AFFORDABLE CARE ACT: ADVANCING HEALTH EQUITY FOR RACIALLY AND ETHNICALLY DIVERSE POPULATIONS (2010).

³² U.S. DEPARTMENT OF HEALTH & HUMAN SERVICES, NATIONAL STANDARDS FOR CULTURALLY AND LINGUISTICALLY APPROPRIATE SERVICES (CLAS) IN HEALTH AND HEALTH CARE (2013).

³³ דיין ובידרמן, לעיל ה"ש 23, בעמ' 37–38. אשר לביטוי נזיקי ספציפית ביחס לגילוי רפואי שאינו מותאם אישית, ראו להלן בה"ש 107. גם אם לא בהכרח תחת הכותרת של כשירות תרבותית, אני מתאר שם מדינות שבהן נדרשת התאמה של הגילוי הרפואי לצרכי המטופל. מטבע הדברים, ביצוע גילוי שלא בהתאם לדרישה זו להתאמת הגילוי, משמעו הפרתה של חובת הגילוי ולכן עוולה נזיקית.

³⁴ Joseph R. Betancourt et al., *Defining cultural competence: a practical framework for addressing racial/ethnic disparities in health and health care*, 118 PUB. HEALTH REP. 293 (2003).

³⁵ הרמה הארגונית עניינה מאמצים לגיוון כוח העבודה הרפואי ולייצוג הולם בו של בני קבוצות אוכלוסיה שונות. הגם שמדובר לטעמי בעניין חשוב, שעשוי לתרום גם להתמודדות עם חלק ניכר מהבעיות שעומן מתמודד המאמר, הצעתי שלקמן איננה חופפת אליו במישרין ולכן לא ארחיב לגביו.

כאמצעים שיביאו ליישום ההתאמה התרבותית; והרמה הקלינית, שכן עניינה "הגברת הידע הרפואי בקרב נותני שירות בכל הנוגע לקשרים שבין מרכיבים סוציו-תרבותיים לבין אמונות והתנהגויות בריאות, והקניית כלים ומיומנויות במטרה לשלב מרכיבים אלה במתן שירות תקני".³⁶ מבלי להקדים את המאוחר, אציין כבר עתה כי הגישה שאותה אציע בהמשך, ואשר לפיה יש לדרוש מרופאים התאמה תרבותית של הטיפול הרפואי ולגבות דרישה זו בסנקציה נזיקית, ניתן לתלות בשתי רמות אלה של יישום ההתאמה התרבותית – הצורך בהתאמת הטיפול הרפואי הוא חלק מההתאמה הקלינית, והצורך בגיבוי הנזיקי ובקביעות השיפוטיות הוא חלק מהרמה המערכתית. הצורך בהתאמה הקלינית אף עולה בקנה אחד עם המלצות הוועדות האמריקניות, כמו גם עם מהלכי החקיקה שם.

גם מדינת ישראל הצטרפה למגמה זו של אימוץ הכשירות התרבותית, לכל הפחות להלכה. בחוזר מנכ"ל משמעותי ובולט משנת 2011, שנכנס לתוקף בשנת 2013, עמד מנכ"ל משרד הבריאות על הטרוגניות האוכלוסייה בישראל, וכן על כך ש"ההתמודדות עם שונות תרבותית וגיוון לשוני הינם (כך במקור – ח.י.) בין האתגרים המשמעותיים העומדים כיום בפני ספקי שירותי הבריאות בישראל".³⁷ עוד נאמר כי עבור ההתמודדות עם אתגרים אלה "נדרשת מארגוני הבריאות השקעה בהנגשה תרבותית של שירותי הבריאות המסופקים על ידם לאוכלוסיות ממוצא תרבותי שונה, לשם מתן מענה לכלל אזרחי המדינה".³⁸ החוזר אף כולל סטנדרטים שונים ליצירת ההנגשה התרבותית, שביניהם פיתוח תשתית ארגונית במוסדות הרפואיים למתן תמיכה שוטפת בנושאי ההנגשה התרבותית, הדרכת צוותי הרפואה בתחומי ההנגשה התרבותית ועוד.³⁹ כל זאת, תוך מיפוי קהל היעד של כל אחד ממוסדות הרפואה, "וזאת לשם התאמת השירות לקהל היעד באופן מיטבי".⁴⁰

ואכן, משרד הבריאות וקופות החולים מבצעים ניסיונות לא מבוטלים ליצירת הכשירות התרבותית. כך למשל, משרד הבריאות הכין והפיץ ערכות הדרכה בנושא הנגשה תרבותית ולשונית המועברת לנותני השירותים הרפואיים השונים;⁴¹ משרד הבריאות מעסיק "מגשרים תרבותיים" לעבודה מול אוכלוסיות מסוימות הסובלות מפערים תרבותיים בולטים במיוחד;⁴² הוטמעו תכנים אודות אי-שוויון, כשירות תרבותית ומניעת אפליה והדרה בתוכניות הלימודים של בתי הספר למקצועות הרפואה;⁴³ ועוד כיוצא באלו פעולות ומאמצים.⁴⁴ חשוב להבהיר כי מאמצים אלה כוללים מהלכים המתייחסים גם לסוג הכשירות התרבותית אליו אני קורא במאמר. כך, לשם הדוגמה, במסגרת ערכות ההדרכה העוסקות בהדרכת הצוותים הרפואיים למפגש הרב תרבותי,

³⁶ דיין ובידרמן, לעיל ח"ש 23, בעמ' 37.

³⁷ משרד הבריאות "התאמה והנגשה תרבותית ולשונית במערכת הבריאות" חוזר המנהל הכללי 7/11 (3.2.2011) http://www.health.gov.il/hozer/mk07_2011.pdf (להלן: חוזר המנהל הכללי).

³⁸ שם.

³⁹ שם.

⁴⁰ שם.

⁴¹ לעיון בסדנה ובתכניה, ראו: "ערכת הדרכה בנושא הנגשה תרבותית ולשונית במערכת הבריאות" משרד הבריאות https://www.health.gov.il/Subjects/Equality_in_Health/cultural_accessibility/Pages/TrainingKit.aspx (להלן: "ערכת הדרכה").

⁴² "נגישות תרבותית לבריאות – תכניות ופרויקטים" משרד הבריאות https://www.health.gov.il/Subjects/Equality_in_Health/cultural_accessibility/Pages/cultural-activities.aspx

⁴³ משרד הבריאות מינהל תכנון אסטרטגי וכלכלי אי-שוויון בבריאות וההתמודדות עימו 92 (2018) (להלן: משרד הבריאות אי-שוויון בבריאות).

⁴⁴ על כך ראו: "צמצום אי-השוויון בבריאות" משרד הבריאות https://www.health.gov.il/Subjects/Equality_in_Health/Pages/default.aspx; משרד הבריאות אי-שוויון בבריאות, לעיל ח"ש 41, בעמ' 108.

ישנה התייחסות לצרכיהן של אוכלוסיות דתיות להיוועץ בגורמים הלכתיים; וכן ישנה התייחסות מפורשת ל"הלכות דתיות" במסגרת יחידה המתייחסת למרפאות פוריות.⁴⁵

כפי שתואר לעיל, אחת ממטרותיה המרכזיות של הכשירות התרבותית היא צמצום פערים בפנייה לשירותי בריאות, וזו גם אחת ממטרות משרד הבריאות ביחס לאימוצה.⁴⁶ ואכן, ישנם תיעוד לכך שמהלכי כשירות תרבותית אכן מסוגלים לכך.⁴⁷ ברם, בכל הנוגע למצב בישראל, חרף קריאת הכיוון החיובית והניסיונות ליישמה – המצב בשטח עודנו רחוק מלהשביע רצון. בדו"ח מהעת האחרונה עומד משרד הבריאות על פערים משמעותיים ביותר שישנם עדיין בכל הנוגע למידות השימוש בשירותי הבריאות בין קבוצות אוכלוסייה שונות בישראל.⁴⁸ כך למשל, מתואר כי בשנת 2017 "אחוז המתחסנים [נגד שפעת עונתית] יורד עם העלייה במידת הדתיות", כאשר אחוז כפול של חילונים דיווח על התחסנות מאשר אחוז החרדים שדיווחו על כך.⁴⁹ (ואחוז המתחסנים עולה גם עם העלייה ברמת ההכנסה).⁵⁰ מבין אוכלוסיית בני הארבעים ומעלה, 41% מהיהודים בצעו בדיקת קולונוסקופיה לגילוי מוקדם סרטן המעי הגס לעומת 26% מהערבים, ו-20% מהחרדים לעומת 43% מהחילונים.⁵¹ כך גם לגבי בדיקות ממוגרפיה לגילוי מוקדם של סרטן השד, בדיקה אותה דווח שביצעו 77% מהנשים היהודיות למול 54% מהערביות, ו-49% מהנשים החרדיות למול 74% מהנשים הדתיות ו-79% מהנשים המסורתיות והחילוניות.⁵² גם שלל נתונים הקשורים במחלת הקורונה מהעת האחרונה, ובפרט ביחס להתחסנות כנגדה, מציינים תמונה דומה.⁵³ נראה אפוא שאין צורך להלאות בעוד נתונים, ומצטיירת תמונה במסגרתה קבוצות האוכלוסייה החרדית והערבית הן קבוצות האוכלוסייה שמידת השימוש שהן עורכות במערכות הבריאות הוא הנמוך ביותר.⁵⁴ בהינתן שכך הוא, אמנם גישתו של משרד הבריאות וניסיונו להתמודד עם הבעיה נראים מבורכים, אך נראה גם שעוד ארוכה הדרך לפתרונה. דבר זה מובילני אל הנקודה הבאה – הטענה שכחלק מהניסיון לקידומה של הכשירות התרבותית בפועל נכון יהיה לאמצה אל חיקם של דיני הנזיקין, אך לפני כן אסכם בקיצור את האמור בחלק זה.⁵⁵

⁴⁵ "הנגשה תרבותית במערכת הבריאות: ערכת הדרכה" משרד הבריאות 4 (2017) https://www.health.gov.il/Subjects/Equality_in_Health/cultural_accessibility/Documents/TrainingKit_PP.pdf. קטעים מסרטוני ההדרכה ניתן לראות גם ב"ערכת הדרכה", לעיל ה"ש 41.

⁴⁶ דיין ובידרמן, לעיל ה"ש 23, בעמ' 36; Saha, Beach & Cooper, לעיל ה"ש 25; חוזר המנהל הכללי, לעיל ה"ש 37, בעמ' 2.

⁴⁷ למשל, Mellisa Ludeke et al., *Access to General Practice for Pacific Peoples: A Place for Cultural Competency*, 4 J. PRIM HLTH CARE 123 (2012). לסקירה מקיפה של מחקרים בנושא ראו: Saras Henderson & Elizabeth Kendell, *The Effectiveness of Culturally Appropriate Interventions to Manage or Prevent Chronic Disease in Culturally and Linguistically Diverse Communities: A Systematic Literature Review*, 19 HEALTH & SOC. CARE IN COM. 359 (2011).

⁴⁸ ודוק, הנתונים שבגוף הטקסט אינם מתייחסים לנתונים "תוצאתיים" שונים הקשורים במצבם הבריאותי של חברי הקבוצות השונות, הגם שמדובר בנתונים שעשויים בהחלט לנבוע גם ממידות השימוש והנגישות לשירותי הרפואה, אלא הם עוסקים במידות השימוש והפנייה אל השירותים הרפואיים. להיבטים תוצאתיים אלה ראו: משרד הבריאות **איו-שויון בבריאות**, לעיל ה"ש 43, בעמ' 1-12.

⁴⁹ שם, בעמ' 29-30.

⁵⁰ שם, שם.

⁵¹ שם, בעמ' 30-31. ניתן אף לראות שם כי הפערים מחריפים אם בוחנים את המצב בחמש השנים שקדמו ל-2017.

⁵² שם, בעמ' 32.

⁵³ ראו, למשל, עמנואל בר, יהודה לרמן וח'יתאם מוחסן "הצורך בצמצום פערים בחיסונים נגד נגיף הקורונה החדש (SARS-CoV-2): האוכלוסייה החרדית והערבית" **הרפואה** 160, 285 (2021).

⁵⁴ נתונים רבים נוספים ימצא הקורא שם, בעמ' 33-48.

⁵⁵ חשוב לומר כי אפילו יטען הטוען כי סיבות מיעוט השימוש בשירותי הרפואה מצידן של האוכלוסיות החרדית והערבית אינן טמונות באי-כשירות תרבותית, עדיין אין בכך כדי לפגוע בטיעון. סוף סוף הטענה היא כי משרד הבריאות קבע את ההתאמה התרבותית כיעד של המערכת ולכן גם כדרישה ביחס לנותני השירותים הרפואיים. כיוון שכך, זו צריכה להיות נקודת המוצא לדיון נזיקי ביחס לרופאים שלא ביצעו התאמה זו. דא עקא, שזו בהחלט לא הייתה נקודת המוצא בעניין **פלוגית** בו נשללה באופן קטגורי ההתאמה התרבותית של הגילוי, ועל כך ארחיב מיד להלן.

אם כן, בדברים שעד כה ניתן היה לעמוד הן על חשיבות ההתאמה התרבותית של השירותים הרפואיים, והן על כך שמשרד הבריאות מנסה לפעול בכיוון זה. בשורות הבאות אצמד צעד נוסף, ואטען כי עבור ההצלחה בהנגשת השירותים הרפואיים, וכדי שמאמציו המתוארים של משרד הבריאות ישאו פרי, נדרשת רתימתם של דיני הנזיקין לעניין – רתימה שתיעשה באמצעות קביעה שיפוטית על כך שאי-התאמה תרבותית משמעה רשלנות רפואית, וכי רשלנות זו מקימה חובת פיצוי. חשיבותה זו של הכשירות התרבותית, כמו גם ניסיונותיו של משרד הבריאות להטמעתה, הם למעשה שיקולי המדיניות הכלליים שלשטיטי מטים לעבר העמדה שיש למקם את אי-ההתאמה התרבותית בחלקו של הספקטרום בו מדובר בפעולות שמקימות חבות נזיקית.

3. אי-כשירות תרבותית כעוולה נזיקית

מהאמור לעיל דומה שניתן היה להבין את הכיוון החיובי שלעברו מנסה משרד הבריאות להתקדם, בדומה לנעשה במדינות רבות נוספות במערב, ושעליו גם מדברת הספרות העוסקת בבעיית חוסר הנגישות התרבותית של שירותי הרפואה לאוכלוסיות הסובלות מפערים תרבותיים. נראה כי אין צורך לומר שכיוון זה, ועימו הדרישה מגופי הבריאות להתאים עצמם מבחינה תרבותית, משמעם מיניה וביה תפיסה הדוגלת בהרחבת משימותיהם ותפקידיהם של גופי הבריאות גם אל עבר היבטים וצרכים תרבותיים שאינם שייכים באופן ישיר ומלא להיבטיו הרפואיים של הטיפול. דהיינו, משמעות הדבר היא שלפחות מבחינתו של משרד הבריאות, הדרישות מגופי הבריאות אינן מצטמצמות למתן טיפול מקצועי ואיכותי רפואית, אלא הן משתרעות גם על תחומים לבר-רפואיים הקשורים בתרבות המטופלים ובאורחות חייהם.⁵⁶ משכך, אף ביחס לעניינים אלה מציב משרד הבריאות סטנדרט טיפולי אליו נדרשים גופי הבריאות להתאים עצמם.

יחד עם זאת, כמובן שאין בעצם העובדה שמשרד ממשלתי החל לפעול לשם השגתו של יעד מסוים כדי ללמד אוטומטית כי על נותני השירותים באותו התחום חלות חובות נזיקיות לפעול אף הם באותו הכיוון. עניין זה – ככל שלא תתבצע ביחס אליו קביעה כבר בחקיקה נזיקית ראשית – נתון להכרעתם של בתי המשפט, ואלה בהחלט יכולים גם להכריע כי מדובר בדרישות וביעדים ממשלתיים נטולי ביטוי ומשמעות נזיקיים. הדברים קשורים במבנה המורכב של הדרך בה נקבעים גבולות האחריות הנזיקית, וארחיב על כך מעט.

דיני הנזיקין, כידוע, עוסקים בהשתת חובות פיצוי על מי שהפרו חובות מסוימות שבהן הם חבו כלפי אחרים.⁵⁷ ישנם כמובן מקרים פשוטים, בהם חקיקה נזיקית קובעת במפורש אילו מעשים מהווים עוולות נזיקיות שמקימות חובת פיצוי, ומהם היסודות שנדרש שיתמלאו עבור תביעת הפיצוי. בהיעדר קביעות חקוקות שכאלה ביחס למעשה מסוים, ניתן יהיה להשית בגינו אחריות אך מכוחן של "עוולות הסל": עוולת הרשלנות ועוולת הפרת חקוקה.⁵⁸ כעת, ברי שלא כל פעולה שגרמה לנזק תבוא בגדרן של עוולות הסל, ולכן מלאכת ההכרעה ביחס לפעילויות השונות מוטלת על בית המשפט – הוא שיקבע אם מדובר בנזק עוולתי בר פיצוי. עוולות הסל אמנם כוללות מספר יסודות שיש למלאם לשם תביעת הפיצוי, אולם הלכה למעשה אלה יסודות רחבים ומופשטים מאוד, ולכן

⁵⁶ ראו לעיל בה"ש 41–45 ובטקסט הסמוך להן.

⁵⁷ לעיסוק מבואי כללי בדיני הנזיקין, ראו: ישראל גלעד דיני נזיקין – גבולות האחריות 31–50 (2012) (להלן: גלעד דיני נזיקין).

⁵⁸ ס' 35 ו-63 לפקודת הנזיקין (בהתאמה).

נותר שיקול דעת נרחב לבתי המשפט. כפועל יוצא מכך, ההכרעה ביחס אליהן מערבת מיניה וביה הכרעות ערכיות ושיקולי מדיניות נרחבים.⁵⁹

לאחר ההבנה כי לא אחת ההכרעה אם פעילות מסוימת מהווה עוולה נזיקית נובעת מהכרעה ערכית שתלויה בשיקולי מדיניות, חשוב גם לשוב ולהבהיר כי אף העובדה שמשרד הבריאות מנחה את נותני השירות שכפופים לו לפעולה מסוימת (במקרה הנוכחי, התאמה תרבותית), עדיין אין בה כשלעצמה כדי ללמד שאי-עמידה באותה הדרשה משמעה חבות נזיקית. דבר זה נכון הן ביחס לרשלנות הן ביחס להפרת החובה החקוקה, והוא נובע מכך שאף התנהגות המנוגדת לחקיקה ראשית, ואשר הסבה נזקים, לא בהכרח תיתפס כעוולה נזיקית המזכה בפיצוי.⁶⁰ זאת, מעבר לעצם השאלה הפרשנית אילו פעילויות בדיוק נכללות במסגרת הנחיתו של משרד הבריאות.

לסיכום האמור עד כאן. עמדנו עתה על החשיבות שבכשירות התרבותית, כמו גם על כך שמשרד הבריאות מנחה את נותני השירותים הרפואיים לפעול לשם השגתה של כשירות זו. עם זאת, ראינו גם כי אין בעצם עובדות אלה כדי ללמד כי פעולה המנוגדת ליעדים אלה ולמטרות משרד הבריאות תהווה בהכרח רשלנות נזיקית – ביחס לכך הדברים נתונים להכרעתם של בתי המשפט. אנו שבים אפוא לטענה לפיה שיקולי המדיניות השונים הם שיביאו לשרטוט חובותיהם הנזיקיות של הגורמים הרפואיים, כאשר פעילויותיו של משרד הבריאות תהווה אף שיקול ביחס לכך. בהתאם, טענתי בחלק זה תהיה כי הגם שההכרעה לפיה אין מדובר בעוולה נזיקית היא הכרעה אפשרית, במקרה הנוכחי היא איננה רצויה, וזאת לאור שיקולי המדיניות והמטרות החברתיות שדונו בהרחבה לעיל. אטען עתה כי עבור מימוש המטרות החברתיות החשובות במציאות, לא יהיה די בתובנות האקדמיות ביחס לכשירות התרבותית או בהנחיותיו של משרד הבריאות, אלא דרושה גם מעורבותם של בית המשפט, מעורבות שתבטא בקביעת "תג המחיר" הנזיקי למקרי אי-ההתאמה.

לאור כל זאת, מצטייר כי בית המשפט העליון, בפסק דינו בעניין **פלונית**, בחר בכיוון התקדמות שונה בתכלית מזה שאליו קוראת הספרות שעוסקת בכשירות תרבותית ושאליו מכוון משרד הבריאות. כנזכר, בית המשפט העמיד את חובותיו של נותן השירות הרפואי על התחומים הרפואיים בלבד, ושלל כמעט לחלוטין⁶¹ כל דרישה להתאמה שלהם למאפיינה התרבותי הבולט של המטופלת – השתייכותה לדת המוסלמית.⁶² משמעות הפסיקה ב**פלונית** היא, אפוא, כי חרף חשיבות ההתאמה

⁵⁹ אין בכוונתי להרחיב בדברים ידועים, ולכן אסתפק בהדגמה קצרה מהנושא בו עסקינן – תביעות בגין רשלנות רפואית. שתי העילות הקלאסיות ביחס לכך הן, כיום, הרשלנות והפרת החובה החקוקה (מכוח הוראות חוק זכויות חולה). תביעות אלה דורשות הכרעות כגון מהו סטנדרט ההתנהגות הסביר שמצופה מרופא, או פרשנות של הוראות חוק זכויות החולה (למשל, האם הגילוי שבו כולל רק מידע רפואי או שמא הוא מתפרש גם על מידע חוץ-רפואי). אין צריך לומר שאשאלות אלה והדומות להן מעוררות מורכבויות רבות, וההכרעה בהן כוללת הכרעות ערכיות משמעותיות. ראו ביחס לכך: ע"א 243/83 **עיריית ירושלים נ' גורדון**, פ"ד לט(1) 113 (1985) ("יתוכן זה [הקביעה בדבר חובת הזהירות – ח.י.] נקבע על-פי שיקולים של מדיניות משפטית.")

לצד עילות התביעה שנוכרו (רשלנות והפרת חובה חקוקה) ישנה גם עוולת התקיפה, שכיום נדיר מאוד השימוש בה, וכן אפשרות לתביעות חוזיות. ראו: ע"א 1303/09 **קדוש נ' בית החולים ביקור חולים**, פס' 14–22 לפסק דינו של השופט עמית (נבו 5.3.2012) (להלן: עניין **קדוש**). לתיאור המעבר מעוולת התקיפה לעוולת הרשלנות, במשפט הישראלי ובמשפט האנגלו-אמריקאי, ראו אסף יעקב "גילוי נאות והסכמה מדעת" **עיוני משפט** לא 609, 619–624 (2009) (להלן: יעקב "גילוי נאות"); קרקו-אייל "דוקטרינת ההסכמה מדעת", לעיל ה"ש 3, בעמ' 183–198. להרחבה בדבר האפשרות שאותה יצר חוק זכויות החולה, אפשרות לתביעה בגין הפרת חובה חקוקה, ראו שם, בעמ' 210–212.

⁶⁰ לעניין היחס בין הפרת חוק לבין קביעת התרשלנות, ראו אצל גלעד **דיני נזיקין**, לעיל ה"ש 57, בעמ' 521–532. והשוו לגישת הריסטייטמנט: "[i]t would be awkward for a court in a tort case to commend as reasonable that behavior that the legislator has already condemned as unlawful" RESTATEMENT OF THE LAW THIRD: TORTS – LIABILITY FOR PHYSICAL AND EMOTIONAL HARM § 14, cmt. c (vol. 1, 2010).

⁶¹ למקרה היחיד והמאוד ספציפי בו נכון היה בית המשפט לדרוש התאמה של המידע הרפואי, ראו לעיל בה"ש 12.

⁶² אחת ההנמקות שניתנו ביחס לכך בפסק הדין, הנוגעת ספציפית להקשרה של ההסכמה מדעת, נשענת על היקף הגילוי שמצוי בחוק זכויות החולה, תשנ"ו-1996, באשר ס' 13 בו קובע כי "לשם קבלת ההסכמה מדעת, ימסור המטפל למטופל

התרבותית וניסיונו של משרד הבריאות להתקדם לעבר אימוצה, המדובר הוא בדרישה שלא תעמוד כל סנקציה נזיקית לצידה. בכך למעשה יצר בית המשפט בעניין **פלונית** פער בין מה שטוב שיעשו נותני השירותים הרפואיים, כפי שעולה מהספרות אודות הכשירות התרבותית, ובין מה שמורה לנותני שירותים אלו הרשות הממשלתית המופקדת על התחום, משרד הבריאות, לבין חובותיהם המשפטיות והנזיקיות של נותני השירותים הרפואיים. הגם שפער שכזה עשוי אולי להיות מוצדק ולגיטימי בתחומים מסוימים, בשורות הבאות אטען כי הוא בעייתי בהקשר הנוכחי בו עסקינן – עיצוב תפקידם וחובותיהם של נותני שירותים רפואיים. אבקש לעשות כן באמצעות השוואה בין פסק הדין בעניין **פלונית** לבין פסק הדין הנודע בעניין **דעקה**, והתבוננות במהלכים השונים ובהשלכות השונות של שני פסקי הדין.⁶³

העמידה על משמעותו של פסק הדין בעניין **פלונית** כמי שניתק בין דרישות רפואיות כלליות שמוטלות על הגורמים הרפואיים (במקרה הנוכחי, מכוח הנחיות מנכ"ל משרד הבריאות) לבין אלה שלהן משמעות משפטית-נזיקית, ניתנת לחידוד באמצעות השוואתו לפסק הדין בעניין **דעקה**, בו עיצב בית המשפט חובה רפואית-נזיקית מכוחה של חקיקה חוץ-נזיקית.⁶⁴ בעניין **דעקה** נדון מקרה של מטופלת שבוצע בגופה טיפול בלא הסכמתה, טיפול שכתוצאה ממנו נגרם לה נזק. נקבע, כעניין עובדתי, שאפילו היו פונים הרופאים אל המטופלת עבור קבלת הסכמתה לטיפול, זו הייתה נותנת את הסכמתה. לפיכך, נפסק שההימנעות מהפנייה אל המטופלת לא קיימה קשר סיבתי עם נזק הגוף שנגרם במהלך הטיפול.⁶⁵ כך, עשויה הייתה התובעת לצאת כאשר חרף הפגיעה בזכויותיה, פגיעה שהסתיימה גם בנזק גוף משמעותי, לא יעמוד לה כל פיצוי. ומצידו השני של המטבע: הנתבעים, למרות שהפרו את חובותיהם, עשויים היו לצאת כאשר הם פטורים מכל תשלום ופיצוי. אך מובן הוא שתוצאה כזו עשויה הייתה לפגוע באופן משמעותי הן במידת ההרתעה של הדרישה מרופאים לקבל את הסכמתו מדעת של המטופל הן בהשגתו של צדק מתקן עבור המטופל שהופרו זכויותיו – יוצא היה שבכל מקרה בו מדובר בטיפול סביר, שלביצועו יתקשה המטופל להוכיח שהוא היה מסרב, לא יחובו הגורמים שהפרו כלפיו את החובה. כדי למנוע זאת, הטילה דעת הרוב על הרופאים חובה לפצות את התובעת בגין הפגיעה שנגרמה לאוטונומיה שלה (אף בהיעדר נזק פיזי), בכך שעברה טיפול בלא בחירתה. נפנה לטעמי הכרעה זו. אשר להרתעה, דעת הרוב עמדה, בין היתר, על כך שהטלת חובת פיצוי על פגיעה באוטונומיה, להבדיל מהותרתה של חובת כיבוד האוטונומיה כחובה נטולת שינויים, "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

מידע **רפואי** הדרוש לו, באורח סביר, כדי לאפשר לו להחליט אם להסכים לטיפול המוצע" (ההדגשה הוספה). בין היתר מכך הסיק בית המשפט כי אי-הגילוי לא היווה רשלנות בגינה תחוב הנתבעת (עניין **פלונית**, לעיל ה"ש 1, פס' 16 לפסק דינה של השופטת וילנר). לעיל הצבעתי על כך בהחלט ייתכנו מקרים בהם הפרת חוק, תקנות או הנחיות שונות לא תהווה עוולה נזיקית, ועתה אני נדרש לתמונת המראה של עניין זה – השאלה אם קיום הוראות בעניין מסוים משמעו **שלא** התבצעה עוולה נזיקית. ביחס לכך יש לומר, ראשית, כי הגם שהוראות החוק מהוות אינדיקציה בכל הנוגע לשאלת קיומה של רשלנות, אין בהן כדי להכריע בנושא ולא אחת נקבעת רשלנות חרף העמידה בדרישות החוק. על כך ראו: ע"א 84/67 **פירוז נ' הבונה חברה קבלנית בע"מ**, פ"ד כ(2) 199, 2020 (1967); ע"א 335/80 **בריגה נ' מוסטפה**, פ"ד לו(3) 32, 41 (1982); ע"א 315/83 **עגור נ' איזנברג**, פ"ד לו(1) 197, 202–203 (1985); גלעד **דיני נזיקין** לעיל ה"ש 57, בעמ' 521–532. כפי שעולה מדבריי שבגוף הטקסט, בהחלט ניתן היה לבסס דרישה להתאמת המידע, גם בלא קביעה מפורשת של החוק על כך. ביחס ליכולתו של בית המשפט להרחיב את חובת הגילוי מעבר לקבוע בחוק, לרבות עבור ההכרה באי-הגילוי כעוולה נזיקית, ראו: יעקב "גילוי נאות", לעיל ה"ש 59, בעמ' 657.

⁶³ עניין **דעקה**, לעיל ה"ש 2.

⁶⁴ לניתוח של פסק הדין בעניין **דעקה** ראו, למשל, יעקב, לעיל ה"ש 62; צחי קרן-פז "פיצוי בשל פגיעה באוטונומיה: הערכה נורמטיבית, התפתחויות עכשוויות ומגמות לעתיד" **המשפט** י"א 187 (2007).

⁶⁵ ראו למשל בחוות הדעת המרכזית של עמדת הרוב, חוות דעתו של השופט אור. עניין **דעקה**, לעיל ה"ש 2, בעמ' 567–568.

בגופו.⁶⁶ כך גם ביחס לתכליות הצדק המתקן: נקבע שבהינתן שמוכרת חובה רפואית לכבד את אוטונומיית המטופלים, כי אז שעה שחובה זו מופרת, המדובר הוא בהתרשלות מצידו של הרופא.⁶⁷ אם כתוצאה מכך נגרם למטופל נזק, לרבות כזה המתמצה בפגיעה באוטונומיית המטופל, כי אז נכון וצודק יהיה שמי שיישא בעלויותיו יהיה המזיק האשם.⁶⁸ על כן, כשהכניסה דעת הרוב את חובת כיבוד האוטונומיה כראש נזק עצמאי, דובר הן בהקניית שיניים לחובה זו, שיניים שתיצורנה המצע להתרעת הגורמים המטפלים מפני הפרתה, והן במימושו של צדק מתקן – הגורם בן האשם אכן יישא בעלויות הפגיעה שהסבה התנהגותו לאוטונומיית המטופל.

בשונה מכך, ההתאמה התרבותית שנדונה בעניין **פלונית**, התאמה שהצורך בה עולה מהספרות שנזכרה לעיל ושמשדד הבריאות דורש את ביצועה, הושארה מחוץ לגדרם של דיני הנזיקין, כמתואר.⁶⁹ בכך, ראשית, נותר ניסיונו החשוב של משרד הבריאות לקדם התאמה תרבותית נטול שיניים משמעותיות ונפגעה באורח ניכר היכולת להרתיע את הגורמים המטפלים מפני פעולה שתהיה מנוגדת לו. תחת מצבה של מערכת יחסי הרופא והמטופל כיום, הכפופה באופן משמעותי ביותר לדיני הנזיקין ולתביעות שמכוחם, מסתבר שיהיה בכך כדי לפגוע באורח משמעותי במידת הנכונות לפעול לשם כך ולכן ביכולת לקדם יעד זה בפועל.⁷⁰ כמו כן, נפגעה בכך גם תכלית הצדק המתקן – ככל שתתקבל הטענה שברשימה, לפיה נכון לראות בהתאמה התרבותית כחלק מחובותיהם של הגורמים המטפלים, בין היתר גם בשל הכוונתו של משרד הבריאות לכך, כי אז חרף העובדה שהגורמים הרפואיים לא מילאו תפקיד זה, ושכתוצאה מכך סבלו המטופלות ובן זוגה מתוצאות שנתפסו בעיניהם כשליליות, הגורמים שבמעשיהם נפל הפגם לא פיצו אותם על כך. אם חפצה מערכת הבריאות לעבור הליך משמעותי של התאמת והנגשת שירותים רפואיים, דומה שאף בתי המשפט ודיני הנזיקין צריכים היו להירתם לתהליך מורכב זה ולתרום לו את חלקם – קביעת "תג מחיר" להפרותיהן של חובות ההתאמה. דיני הנזיקין יכולים היו להשיא תרומה חברתית חשובה עבור הנגשתם של שירותי הבריאות והגברת זמינותם כלפי אוכלוסיות מוחלשות וקבוצות מיעוט תרבותיות, אך דומה כי אפשרות זו הוחמצה בעניין **פלונית**, ועל כך יש להצר.

⁶⁶ שם, בעמ' 575–577.

⁶⁷ שם, בעמ' 547–548, המצויים בפסק דינה של השופטת ביניש ושאליהם הצטרפו כלל שופטי ההרכב. למשל, שם, בעמ' 563, 622.

⁶⁸ טענה זו נשענת על הגדרתו האריסטוטלית של ארנסט וינריב ביחס לצדק המתקן. ראו, למשל, Ernest J. Weinrib, *Understanding Tort Law*, 23 VAL. U.L. REV. 485, 514–23 (1989); Ernest J. Weinrib, *Corrective Justice in a Nutshell*, 52 TORONTO L.J. 349 (2002); George Fletcher, *Fairness and Utility in Tort Law*, 85 HARV. L. REV. 537, 540 (1972); Jules Coleman, *The Practice of Corrective Justice*, ARIZ. L. REV. 16 (1995).

⁶⁹ כמובן, ההשוואה בין שני פסקי הדין איננה מושלמת וישנם גם הבדלים בין המקרים. בעניין **זעקה** דובר בחובה רפואית שהייתה קבועה בחקיקה ראשית, חקיקה שעניינה בדיוק העיסוק בזכויותיו של החולה, ובהתאם – בחובות הגורמים המטפלים כלפיו. כמו כן, דובר שם על מי שהייתה חובה משפטית-נזיקית מוכרת, ושברירור הייתה יכולה להביא לפיצוי שעה שהפרתה קיימה קשר סיבתי עם נזקי גוף. החידוש בפסק הדין טמון היה בנכונות לזכות בפיצוי אף במצב בו לא נגרם כל נזק גוף בגין הפרת אותה החובה. מנגד, ביחס לעניין **פלונית** טענותי עוסקות, במידה רבה, ביצירתה של חובה חדשה, חובה אשר ככל שיש לה מקור המדובר הוא רק בהנחיותיו של מנכ"ל משרד הבריאות. יחד עם זאת, לצורך הדיון שבגוף הטקסט דומני שדי בראיית המאחד והמשותף לשני המקרים – סוף סוף בשני פסקי הדין דובר בהתנהגות לא רצויה מצידם של הגורמים המטפלים, אשר לא היוותה עוולה נזקית בהתאם לדין שבמועד ביצועה (שכן אז היעדר הסכמה מדעת דרשה לצידה נזק גוף עבור הפיצוי הנזיקי), ובית המשפט נדרש לקבוע את היחס הנזיקי לכך. בעוד שבעניין **זעקה** נכון היה בית המשפט ליטול את החובה שמשית חוק זכויות החולה על הרופאים ולהטעין אותה גם בסנקציה נזיקית שתיפסק בגין הפרתה, אף בהיעדר נזק המקושר אליה סיבתית, וזאת נוכח המשקל הרב שייחס בית המשפט לחובה וההבנה שבלא סנקציה עשויה להיחלש משמעותית יכולתה להשפיע על המצב בשטח, בעניין **פלונית** נמנע בית המשפט ממהלך דומה והותיר את יעדי ההתאמה התרבותית ואת ניסיונותיו של משרד הבריאות בלא גיבוי נזיקי הולם.

⁷⁰ למחקר אמפירי המצביע על השפעתם של דיני הנזיקין על התנהלותם של נותני שירותים רפואיים ראו: Michael Frakes, *The Impact of Medical Liability Standards on Regional Variations in Physician Behavior: Evidence from the Adoption of National-Standard Rules*, 103 AM. ECON. REV. 257 (2013).

4. חובת ההתאמה בפועל: אי-כשירות תרבותית כחובה המרחיבה חובות קיימות

אם כן, כיצד לדעתי צריך להיראות בפועל אימוצה של חובת ההתאמה תרבותית אל תוך חיקם של דיני הנזיקין? כאן דומני שיש לעמוד על הבדל משמעותי בין הדרך אותה אני מציע בהקשר זה לבין הדרך בה פסעה דעת הרוב בעניין **דעקה** בכל הנוגע לפגיעה באוטונומיה. בעוד שב**דעקה** הפתרון בא בדמותו של יצירת ראש נזק בר-פיצוי חדש,⁷¹ אני בדבריי אינני טוען למהלך שכזה. חלף זאת, בכונתי להציע מהלך שהוא במידה מסוימת מהלך צנוע יותר: הכרה בכך שחלק אינטגרלי מטיפול ראוי ולא רשלני הוא ביצועו תוך עריכת ההתאמה תרבותית סבירה למאפייניו של המטופל. דהיינו, המדובר הוא בחובה המרחיבה את חובות הרופא הקיימות ומוסיפה אליהם פן נוסף, את פן ההתאמה התרבותית.

דומני שניתן יהיה להבהיר זאת באמצעות עיון בפסק הדין בעניין **פלונית**. כפי שנקבע, למעט עניין התאמת הטיפול למאפיינייה של המטופלת, הרופאים אכן בצעו את חובותיהם באופן מלא. אי-ההתאמה התרבותית באה לידי ביטוי בגילוי שניתן למטופלת אך שלא הכיל את כלל המידע לו הייתה המטופלת זקוקה עבור קבלת ההחלטה שתהיה האופטימלית עבורה. תחת הכרה בחובת ההתאמה התרבותית כחובה החלה אף היא על הרופאים, התנהלות זו משמעה יהיה שהגילוי שאותו מסרו הרופאים אינו עומד בתנאים שבהם על הגילוי לעמוד. על כן, בכך תהיה התרשלותם. שלבה הבא של הבדיקה יהיה העמידה על תוצאותיו של גילוי רשלני זה. בעניין **פלונית**, תוצאתו של הגילוי הרשלני הייתה הבאת המטופלת למצב בו נמנעה ממנה הפסקתו של ההיריון, חרף המום של ביתה. על כן, זה יהיה הנזק בגינו יחובו הרופאים, שכן הוא שמקיים קשר סיבתי לרשלנותם שבאי-ההתאמה התרבותית.⁷²

חשוב לומר כי ההתאמה התרבותית עשויה להרחיב גם חובות נוספות שאינם נוגעים לענייני הגילוי. דוגמה מעניינת לכך היא למשל טיפול במטופל המשתייך לכת עדי ה'. חבריה של קבוצה זו נמנעים, בשל אמונתם, מקבלת עירווי דם.⁷³ על כן, מצב של חתך ניתוחי שיוביל לדימום עשוי להסתיים עבורם בתוצאה טרגית. ניטול עתה מקרה בו רופא מקבל לידי מטופל שכזה, אך נוהג בו כבכל מטופל אחר ואינו נזהר במיוחד נוכח מאפייניו התרבותיים של מטופלו. על פי דבריי, אף בכך עשויה לקום לרופא רשלנות שבגין אי-ההתאמה תרבותית של הטיפול אותו הוא נותן: אם חפצה שיטת המשפט בכך שידעו גם חברי קבוצת עדי ה' כי ביכולתם לפנות לטיפולים רפואיים, במסגרתם יינתן כבוד לאמונותיהם, כי אז עליה לדרוש מהרופא לעשות מאמצים לעמוד בכך. היה והלה כלל לא ינסה לעשות כן, אף כאן מדובר יהיה ברשלנות בגינה יהיה עליו לחוב. גם במקרה זה הנזק המקושר סיבתית למעשיו של הרופא יהיה נזק הגוף שייגרם כתוצאה מהחתך שלא טופל בעירווי דם.

לאחר שעמדנו על חובת ההתאמה התרבותית הכללית של הטיפול הרפואי, עתה ארצה לפנות אל יישומה במקרה הספציפי של חובת הגילוי, הוא המקרה אשר נדון בעניין **פלונית** ואשר מעורר מורכבויות לא מעטות שהן ייחודיות לו. יהיה בכך כדי לפסוע צעד ראשון של יציקת קונקרטיזציה

⁷¹ עניין **דעקה**, לעיל ה"ש 2, בעמ' 573-575. לדיון האם הפגיעה באוטונומיה צריכה להיתפס ממש כעוולה או שמא רק כראש נזק נוסף ראו בדברי המשנה לנשיאה ריבלין בע"א 8126/07 **עזבון המנוחה ברוריה צבי נ' בית החולים ביקור חולים** (נבו 3.1.2010); וכן בעניין **קדוש**, לעיל ה"ש 59, בפס' 12 לפסק דינו של השופט עמית.

⁷² כמובן שאין בכך כדי לסתור חיוב נוסף בגין הפגיעה באוטונומיה, ככל שגם נזק זה נגרם למטופל כתוצאה מתנהלות הגורמים המטפלים. כאשר יקבע היעדרו של קשר סיבתי בין אי-ההתאמה הגילוי לבין הנזק הפיזי, עשוי הפיצוי להסתכם בפיצוי בגין ראש הנזק הלא ממוני של הפגיעה באוטונומיה.

⁷³ *Osamu Muramoto, Bioethical aspects of the recent changes in the policy of refusal of blood by Jehovah's Witnesses*, 322 BMJ 37 (2001).

מסוימת לחובת ההתאמה, קונקרטיזציה שתיעשה ביחס לאחת מחובות הרופא אשר דומני שיהיה בה משקל משמעותי במיוחד להתאמה התרבותית. עניין זה הוא בעל חשיבות גם מפני שחובת ההתאמה לא תוכל "לנחות" באורח אוטומטי על כל פעולה רפואית, אלא יהיה צורך לבחון את תחולתה בכל אחד מסוגי המקרים השונים, ובהתאם לכך לקבוע האם וכיצד היא תחול בהם. בהחלט ייתכנו גם סוגי מקרים בהם שיקולים שונים יביאו לכך שחרף קיומם של שיקולים התומכים בהטלת חובת ההתאמה, בכל זאת לא נכון יהיה להחיל את החובה. לכן, המבנה אותו אני מציע הוא כזה שמכיר עקרונית בצורך להתאים תרבותית שירותים רפואיים, אך שאינו עושה כן בכל מחיר ושבמסגרתו יש לבחון את היתכנות ההתאמה ואת מחיריה בכל מקרה ומקרה. ביחס להקשר הנוכחי של חובת הגילוי, בכוונתי לטעון כי מעבר לטענה הכללית לגבי חובת ההתאמה, אשר לכן צריכה להרחיב גם את דיני ההסכמה מדעת וחובת הגילוי, אף תכליותיהם של דינים אלה, ושל דיני הניזקין בכלל, מנביעות את הצורך בהתאמת התרבותית של הגילוי. לכך אעבור עתה.

ג. חובת ההתאמה התרבותית בהקשר הספציפי של ההסכמה מדעת וחובת הגילוי

כנזכר, השאלה המעשית שנדונה בעניין פלונית, ואשר מהווה אחד ממוקדיה של רשימה זו, היא שאלת תכניה של חובת הגילוי במסגרת הטיפול הרפואי. עבור הדיון בשאלה יש לעמוד, ראשית, על מקומה המדויק של חובת הגילוי במסגרת הטיפול הרפואי. נקודת המוצא היא רצוננו בכך שהמטופל הוא שיחליט על טיפולו וייתן להם הסכמה מדעת, וזאת מכוחם של ערכי יסוד של החברה ושל השיטה המשפטית.⁷⁴ עבור זאת, זקוק המטופל למצע תודעתי אשר עליו ובאמצעותו יוכל הוא לגבש את הכרעתו האוטונומית, הכרעה הדורשת ידע והבנה. חובת הגילוי מהווה את אחד מהכלים המעשיים המרכזיים שבאמצעותם מנסה שיטת המשפט להעמיד לרשות המטופל את המצע התודעתי הדרוש לו עבור ההסכמה מדעת – מכוח חובת הגילוי נצרכים הגורמים המטפלים למסור למטופל את המידע שהידיעה אודותיו וההכרה בו הן חיוניות עבור החלטתו.⁷⁵

בהתאם למיקומה זה של שאלת תוכן הגילוי אארגן את הפרק הנוכחי. תחילה, אנסה לחלץ את האינטרסים שעליהם נועדה להגן דרישת ההסכמה מדעת ואנסה לעמוד על תכליותיה. לאור זאת, אשרטט את סוגי המידע שלהם זקוק המטופל עבור גיבושה של ההסכמה מדעת. רק לאחר עניין זה, ומתוך העמידה על התכנים להם זקוק המטופל עבור החלטתו, אפנה אל האמצעי שנועד לספק לו תכנים אלה – חובת הגילוי, כאמור. ביחס אליה אציג מספר טעמים בגינם אני סבור שנכון יהיה לכלול גם סוגי מידע חוץ-רפואי מסוימים, ולאחר מכן אנסה להתמודד עם טעמי נגד ביחס לעמדה זו. ראשון ראשון ואחרון אחרון.

1. חובת הגילוי וההסכמה מדעת: כללי ותכליות

חובת הגילוי הרפואי ודרישת ההסכמה מדעת הן חובות שמקורן הבסיסי מצוי מחוץ לדיני הניזקין. כפי שנזכר לעיל, שורשיהן של החובות נטועים בעקרונות יסוד של השיטה הישראלית, של המדינה הליברלית ושל התרבות המערבית בכלל, ובערך שמיוחס במסגרות אלה לזכויותיו של האדם

⁷⁴ ראו לעיל בפרק המבוא, וכן עמוס שפירא "ההסכמה מדעת" לטיפול רפואי – הדין המצוי והרצוי "עיוני משפט יד 225, 226 (1989) (להלן: שפירא "ההסכמה"); RUTH R. FADEN & TOM L. BEAUCHAMP, A HISTORY AND THEORY OF INFORMED CONSENT (1986); JAY KATZ, THE SILENT WORLD OF DOCTOR AND PATIENT (2002).

⁷⁵ שפירא "ההסכמה", לעיל הי"ש 74, בעמ' 227; יעקב "גילוי נאות", לעיל הי"ש 62, בעמ' 641–642; עדי ניב-יגודה "עקרונות ההדדיות במפגש הרפואי – בין חובת הגילוי (מטפל) לאחריות המטופל ויחובת היידוע" עלי משפט יג 183, 191–193 (2016) (להלן: ניב-יגודה "עקרונות ההדדיות").

לאוטונומיה ולשליטה על גופו.⁷⁶ החובות נקבעו ונפרטו קמעא בפרק ד' לחוק זכויות החולה, התשנ"ו-1996, העוסק בציוויים הפוזיטיביים שאותם משיתים דיני הגילוי וההסכמה מדעת על הגורמים המטפלים.⁷⁷ בעבר שימש בפסיקה ביחס לחובת הגילוי מבחן "הרופא הסביר" הדומה לרגיל ולשגור בהקשרי חובות הרופא: בחינה האם התנהל הרופא בהתאם לפרקטיקה הרפואית המקובלת.⁷⁸ אולם בהמשך, מתוך עמידה על ייחודיות המקרה של חובת הגילוי וכן מתוך תפיסה שמבחן "הרופא הסביר" משמעו פטרנליזם והתעלמות מצרכי הייחודיים של המטופל הספציפי, הוחלף מבחן "הרופא הסביר" במבחן "החולה הסביר".⁷⁹ במסגרתו של האחרון מוטלת על הרופא החובה לגלות אל כלל המידע הדרוש למטופל באופן סביר עבור קבלת החלטה מושכלת בנוגע להליכי הטיפול בו.⁸⁰ בהמשך אף תואר מעבר מבחינת "צרכי החולה הסביר" אל בחינת "הצפייה הסבירה של החולה", מעבר שהרחיב אף הוא את היקפה של חובת הגילוי.⁸¹

על כל פנים, חוק זכויות החולה, וכמותו גם דברי חיקוק אחרים, אינם עוסקים במקרי הפרתן של החובות ובתוצאותיהן של הפרות.⁸² עניינים אלה, בדומה להיזקים ולהפרות חובה נוספות בהקשרים הרפואיים ובכלל, מוצאים מקומם במסגרתם של דיני הנזיקין, גם אם לא בחקיקה המפורשת שעוסקת בהם.⁸³ בכדי להבין את משמעויותיה הנזיקיות האפשריות של חובת הגילוי ושל הפרותיה, אתייחס, ראשית, לראשי הנזק השונים בגינם עשוי התובע לתבוע בעת הפרתה של חובת הגילוי. לאחר מכן, ומתוך הדיון בראשי הנזק, אפנה אל תכליותיה של חובת הגילוי ואל האינטרסים השונים שעליהם היא נועדה להגן.⁸⁴

תביעת רשלנות רפואית טיפוסית המוגשת בעקבות הפרתה של חובת הגילוי תתאים, לרוב, למערך עובדתי שניתן להדגימו על פי עובדות המקרה בעניין **דעקה**, שעובדותיו נזכרו בתמצית לעיל.⁸⁵ עבור הדיון שכאן, אשוב עליהן בקיצור ובמעט פירוט נוסף.⁸⁶ בעניין **דעקה** דובר על מטופלת שנכנסה לניתוח ברגלה, ניתוח שאליו היא נתנה את הסכמתה כנדרש. במהלך ההכנות לניתוח, ולאחר שניתנו למטופלת תרופות מטשטשות, קבלו הרופאים מידע על ממצא חשוד בכתפה של המטופלת המצריך ביצוע ביופסיה. בשלב זה כבר שרויה הייתה המטופלת תחת השפעתן של התרופות, ולכן נמנע ממנה לתת הסכמה מדעת לטיפול הביופסיה, אולם הרופאים ביצעו אותו בכל זאת. הסיכון שכרוך בטיפול הביופסיה התממש, והמטופלת סבלה בעקבותיו מנזק גוף בכתפה.

בדין כיום, עשויה המטופלת לתבוע את הרופאים מכוחם של שני ראשי נזק שונים. **ראש הנזק האחד** מכוחו יכולה המטופלת לתבוע נוגע לפגיעה שנגרמה לאוטונומיה שלה. כאן הטענה תהיה כי

⁷⁶ ראו לעיל בפרק המבוא.

⁷⁷ הנושא מוסדר בפירוט נוסף גם בפרק 1 לכללי האתיקה הרפואית. הלשכה לאתיקה של הסתדרות הרופאים בישראל **אתיקה רפואית – כללים וניירות עמדה** (תמי קרני עורכת, 2018).

⁷⁸ ראו, למשל, ע"א 280/60 פרדו נ' חפץ-פלדמן, פ"ד טו 1974 (1961).

⁷⁹ ראו, למשל, עניין **רייבי**, לעיל ה"ש 4, בעמ' 511; עניין **סידי**, לעיל ה"ש 5, בעמ' 599-600; עניין **פלונית**, לעיל ה"ש 1, פס' 18 לפסק דינה של השופטת וילנר; כרמי **בריאות ומשפט**, לעיל ה"ש 16, בעמ' 1116.

⁸⁰ שם, בעמ' 1116-1117.

⁸¹ גישה זו ראשיתה בדעת המיעוט של השופט דורנר בע"א 434/94 ברמן נ' מור המכון למידע רפואי בע"מ, פ"ד נא(4) 205 (1997), והיא אומצה בהמשך. עניין **סידי**, לעיל ה"ש 5, בעמ' 601-602, 610; עניין **קדוש**, לעיל ה"ש 59, פס' 33 לפסק דינו של השופט עמית.

⁸² עניין **פלונית**, לעיל ה"ש 1, בפס' 15 לפסק דינה של השופטת וילנר; קרקו-אייל "דוקטרינת ההסכמה מדעת", לעיל ה"ש 3.

⁸³ שם. ראו גם בפרק 3 לעיל.

⁸⁴ דבריי אלה נסמכים על הניתוח שאותו עורכים מיטל גלבוה ועומר פלד "הסכמה מדעת וסירוב מדעת בהעדר חלופה רפואית סבירה" (טרם פורסם) (להלן: גלבוה ופלד).

⁸⁵ גם על כך ראו בפרק 3 לעיל.

⁸⁶ עובדות המקרה מתוארת בפסק דינה של השופטת (כתוארה אז) ביניש בעניין **דעקה**, לעיל ה"ש 2, בעמ' 538-539.

בכך שביצעו הרופאים טיפול בגופה של המטופלת בלא אישורה, הם פגעו באוטונומיה שלה על גופה ועל חייה. הם נטלו ממנה את הגה השליטה על עצמה ואת יכולתה לעצב את גורלה ואת סיפור חייה.⁸⁷ נזק זה נובע מינייה וביה מכך שבוצע בגופה של המטופלת טיפול בלא הסכמתה המודעת והמושכלת, ומשכך ברי שהוא מקיים עם מעשה העוולה קשר סיבתי. לעניינים אלה חשיבות רבה ביותר, ונראה לכן שבצדק מכירה הפסיקה בפגיעה זו כעילה נזיקית המזכה בפיצוי,⁸⁸ הגם שנדירות המקבילות לכך במשפט המשווה.⁸⁹

ראש הנזק השני הוא נזק הגוף שנגרם לכתפה של התובעת. כאן, מכוח דרישת הסיבתיות שבין מעשה העוולה לבין הנזק, העמידה הפסיקה שתי דרישות מצטברות: (1) דרישת "סיבתיות ההחלטה",⁹⁰ במסגרתה תידרש התובעת להוכיח כי אילו אכן עמד בפניה המידע שאותו צריכים היו להביא בפניה הרופאים היא הייתה נמנעת מקבלת הטיפול הביופסיה; ו-(2) דרישת "סיבתיות פגיעה",⁹¹ אשר משמעה כי על התובעת להוכיח שאילו היא אכן הייתה נמנעת מהטיפול אותו היא קיבלה, נזק הגוף שנגרם לה בטיפול היה נמנע. שתי דרישות אלה מטילות נטל כבד ומשמעותי על התובעת, ובגינן בהחלט סביר שתביעתה זו לא תצלח.⁹²

עמדנו עתה על כך שהימנעותו של גורם מטפל מגילוי מידע למטופל מקימה לאחרון שני ראשי נזק בגינם יכול הוא לתבוע. יחד עם זאת, ניתן היה לראות גם את הקושי שבתביעה בגין נזק הגוף, קושי שבגישת הפסיקה כיום נובע בעיקר מדרישת הסיבתיות הראשונה:⁹³ ככל שעסקינן במקרה בו בחרו הרופאים למטופלת את הטיפול הסביר והמומלץ, כי אז סביר שגם תחת גילוי מלא היה מתבצע אותו הטיפול בדיוק, כפי שנפסק למשל בעניין **דעקה**. לכן, לא מתקיים קשר סיבתי בין אי-הגילוי לבין ביצוע הטיפול. ומנגד, במקרה בו בחרו הרופאים למטופל טיפול שאינו זה הסביר והמומלץ במצבו, כי אז תעמוד ממילא למטופל עילת תביעה בגין נזק הגוף, אשר בה העוולה שתיוחס לרופאים היא עצם הבחירה בטיפול השגוי. כך, אם כן, נראה שבמצב אי-הגילוי הטיפוסי תביעה בגין נזק הגוף שתתייחס להפרתה של חובת הגילוי או שלא תצלח או שלא יהיה בה כל צורך.

⁸⁷ שם, בעמ' 570–573.

⁸⁸ לעמדה לפיה אוטונומיה היא רכיב חשוב בזכויות רבות, וכי יש להכיר בפגיעה בה כראש נזק בר פיצוי אף בהיעדר פגיעות נוספות, ראו Gideon Parchomovsky & Alex Stein, *Autonomy*, 71 U. TORONTO L. REV. 61 (2020). לגישות המבקרות את השימוש ההולך וגובר בפגיעה באוטונומיה ראו יעקב "גילוי נאות", לעיל ה"ש 62; יצחק עמית "סוס הפרא של הפגיעה באוטונומיה" **ספר שטרסברג-כהן** 465 (אהרן ברק ואחי' עורכים, 2017). ראו על כך גם בפסק דינו של השופט עמית בע"א 2278/16 **פלונית נ' מדינת ישראל** (נבו 12.3.2018); ובפסק דינו בעניין **קדוש**, לעיל ה"ש 59, כנגד דעתו החולקת של השופט ריבלין שם. הסתייגותו של השופט עמית מהפגיעה באוטונומיה עולה גם, למשל, מפסיקתו בע"א 4333/11 **סולומון נ' גורי יבוא והפצה בע"מ** (נבו 12.3.2014).

⁸⁹ ביקורת זו מתחה על דעת הרוב בעניין **דעקה** השופטת (כתוארה אז) ביניש. שם, בעמ' 558–559; אריאל פורת **נזיקין** כרך א 268 (2013) (להלן פורת **נזיקין**).

⁹⁰ ראו, למשל, עניין **סידי**, לעיל ה"ש 5, בעמ' 605–607.

⁹¹ שם.

⁹² ואכן, בעניין **דעקה** נדחתה תביעתה זו של הניזוקה.

⁹³ יצוין כי לאריאל פורת גישה שתקשה עוד יותר על קבלת הפיצוי שבגין נזק הגוף במקרים אלו. פורת טוען, בתמצית, כי כל נזק שבגין טיפול יש לחשב למול חלופתו – ההימנעות מביצוע הטיפול. הרופא יחוב רק ככל שבמעשיו הוא הגביר את הסיכון, ורק בשיעור הגברת הסיכון. נניח מטופל שעומד בפני נזק בשיעור של 100 שיקרה לו בהסתברות של 50% היה והוא ימנע מקבלת הטיפול (תוחלת נזק של 50). נניח עתה כי הטיפול בו נוקט הרופא הוא כזה הטומן בחובו סיכון לנזק אחר שגם גובהו הוא 100, אלא שהסתברות גרימתו היא 60% (תוחלת נזק של 60). במצב זה, כך טוען פורת, הנזק שגרם הרופא במעשיו הוא בעצם רק 10 – הטיפול הרשלני בו הוא בחר הגדיל את הסיכון שלפניו ניצב המטופל ב-10 בלבד. לפיכך, הרופא יחוב בתשלום של 10 בלבד. אם ניישם זאת למקרה כגון **דעקה**, במסגרתו בחר הרופא בטיפול שתוחלת נזקו **קטנה** מזו של הנזק שהיה נגרם אלמלא הטיפול, כי אז אפילו יעמוד המטופל בדרישה הראשונה ויוכיח כי אילו הוא היה מקבל גילוי מלא הוא היה בוחר להימנע מהטיפול, כי אז עדיין יהיה הרופא פטור מתשלום בגינו של נזק הגוף, שכן בקיזוז הסיכונים יוצא שהנזק שהיה נגרם למטופל אלמלא הטיפול הוא רב מזה שנגרם למטופל בפועל. (2007) 243 MICH. L. REV. 106 Ariel Porat, *Offsetting Risks*, פורת **נזיקין**, לעיל ה"ש 89, בעמ' 497–510. ראו גם גלבוש ופלד, לעיל ה"ש 84.

אולם ישנה בכל זאת קבוצת מקרים בה אי-הגילוי ואי-ההסכמה נראים כמי שעשויים לקיים קשר סיבתי אל נזק הגוף, וכאן נכנסים לתמונה השיקולים הלב-רפואיים, שיקולים אשר לא אחת עשויים להיות בעלי משקל מרכזי ומכריע בעבור מטופלים.⁹⁴ מקרה שבו – בדומה לעניין פלונית ובשונה מעניין דעקה – ייקחו שיקולים אלה מקום משמעותי בכל הנוגע לרצונותיו של המטופל, הוא המקרה בו יוכל תובע לטעון כי חרף העובדה שנבחר לו הטיפול שהוא האופטימלי עבורו מבחינה רפואית, עדיין מדובר בטיפול שממנו הוא היה בוחר להימנע.⁹⁵ כך למשל, אם עסקינן בכנר או בפסל, כי אז הלה עשוי לייחס משקל רב במיוחד לפגיעות שתגרמנה לאצבעות ידיו, ומכוח זאת לבכר טיפול שהסיכון בו נוגע לרגלי המטופל. במצב שכזה, אם יבחר הרופא שלא להיוועץ במטופל, עשוי הרופא לבחור בטיפול שתוחלת נזקו עבור המטופל הספציפי היא רבה מזו של הטיפול האלטרנטיבי. דוגמאות נוספות לשיקולים חוץ-רפואיים הם, למשל, שיקולים הקשורים באמונתו הדתית של מטופל (כבעניין פלונית), רצונו של מטופל שלא להיות לנטל על סובביו, ועוד כיוצא באלה שיקולים. עם סכנה זו של טיפול שאינו מתאים למקרה הקונקרטי יוכלו להתמודד הגילוי המלא וההסכמה מדעת – ככלל, מי שיהיה בעל האינטרס החזק ביותר לבחור עבור עצמו את הטיפול האופטימלי, ומי שידע לתת לכל אחד מהשיקולים את המשקל הראוי לו במקרה הספציפי, הוא המטופל עצמו.⁹⁶ ככל שהלה יהיה זה שלו תוקנה המילה האחרונה בנוגע לטיפוליו, כי אז אכן תובטח במידה הגבוהה ביותר ההתחשבות בכלל השיקולים, רפואיים כחוץ-רפואיים, מתן המשקל הראוי לכל אחד מהם, ולבסוף תתקבל החלטה שתהיה האופטימלית במקרה הספציפי. כך למשל, הגם שעבור מטופלות רבות עדיפה הייתה בדיקת מי השפיר על פני הבדיקות האחרות, בשל יתרונותיה הרפואיים (תוצאות יותר מדויקות וסיכון פחות), למטופלת הספציפית שעניינה נדון בפסק דין פלונית, עדיפות היו הבדיקות האחרות, וזאת בשל מאפייניה החוץ-רפואיים. לשם כך, כמובן, נצרכה המטופלת גם למידע הנוגע בהיבטים חוץ-רפואיים שהם חשובים עבורה. אילו היה מידע זה מסופק לה, היה ביכולתה לבחור את הבדיקה שתהיה הטובה ביותר עבורה, וכך התוצאה שבגינה היא תבעה יכולה הייתה להימנע.

למותר לציין כי אף עבור מימוש אוטונומיית המטופל על גופו ועל חייו זקוק הוא למידע לבר-רפואי. ככל שעסקינן בשליטת המטופל על חייו ועל גורלו, חלק בלתי נפרד מכך הוא היכולת לקבל את החלטה על סמך כלל השיקולים שהם בעלי משמעות עבור המטופל. כמובא לעיל, למטופל עשויים להיות חשובים הן עניינים רפואיים הן עניינים לבר-רפואיים. לכן, בכדי שיוכל המטופל לנווט את חייו כרצונו, עליו להיות מידע בנוגע לכלל עניינים אלה. רק לאחר גיבושו ואיסופו של מידע זה, יוכל המטופל גם לגבש את בחירותיו באורח מושכל ובצורה בה יבוא לידי ביטוי ערכיו ותפיסותיו. בדרך זו יוכל המטופל בבחירותיו גם לבטא את השקפת עולמו ואת אמונותיו, ולעשות כן בדרך של בחירה.⁹⁷

⁹⁴ על כך, ראו, למשל: עניין ואתורי, לעיל ה"ש 2, בעמ' 180; דני"א 121/11 גרסטל נ' דן, פס' 8 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין (נבו 5.12.2011) (להלן: עניין גרסטל).

⁹⁵ לדיון במצבים אלה ראו אצל גלבווע ופלד, לעיל ה"ש 84. ביחס לתפיסה הכללית ראו: Lawrence Haworth, *Autonomy and Utility*, 95 ETHICS 5, 5-6 (1984).

⁹⁶ שם.
⁹⁷ פלד וגלבווע, לעיל ה"ש 93; JURRIT BERGSMAN & DAVID C. THOMASMA, *AUTONOMY AND CLINICAL MEDICINE* 85 (2000).

לאור האמור דומה שניתן לצייר שני סוג אינטרסים שונים שעליהם יכולים להגן דיני הגילוי וההסכמה מדעת.⁹⁸ סוג האינטרסים הראשון הוא האינטרסים שהם אינהרנטיים לידיעת המטופל ולהסכמתו. כאן עסקינן ביכולתו של המטופל לשלוט על חייו, על בחירותיו ועל גופו. על סוג אינטרסים זה מגנה התביעה שבגין הפגיעה באוטונומיה. סוג האינטרסים השני הוא האינטרס התוצאתי לכך שיקבל המטופל את הטיפול שהוא האופטימלי **עבורו**. במקרים רבים, כגון זה שנדון בעניין **דעקה**, אינטרס זה לא יבוא לידי ביטוי, אולם כאשר מעורבים בתמונה גם שיקולים חוץ-רפואיים, כמו בעניין **פלונית**, זה בהחלט עשוי להיות המצב. על אינטרס זה תוכל להגן התביעה שבגין נזק הגוף. הנקודה שהיא משמעותית במיוחד לדיוננו שלנו היא שעבור מימושם של שני אינטרסים אלה צריכה הסכמתו מדעת של המטופל להתבסס הן על שיקולים רפואיים הן על שיקולים לבר-רפואיים.⁹⁹ תובנה זו תנחה את הדיון אליו אעבור עתה, הדיון אודות האופי שנוון יהיה להקנות לדיני הגילוי וההסכמה מדעת עבור מימוש תכליותיהם ועבור התאמתם התרבותית.

2. האם צריך הגילוי להתייחס גם לשיקולים לבר-רפואיים? טעמים בעד ההרחבה

את הפרק הנוכחי פתחתי במיקומה האנליטי של חובת הגילוי במסגרתו של הטיפול הרפואי. אשוב לכך עתה לאור דבריי על ההסכמה מדעת, על האינטרסים שעליהם היא נועדה להגן ועל תכליותיה. אם כן, דרישת ההסכמה מדעת תוארה עתה כמי שנועדה להגן על שני אינטרסים חשובים של המטופל: שימור שליטתו על חייו וחתירה תוצאתית לבחירות שתהיינה האופטימליות עבורו. עוד עמדתי על כך שבמסגרת המידע הדרוש עבור מימושן של מטרות אלה משמשים בערבוביה שני סוגי מידע: מידע רפואי ומידע חוץ-רפואי, כאשר העניין שהוא בעל משמעות לדיוננו הוא צורכו של המטופל גם במידע חוץ-רפואי. כנזכר, חובת הגילוי היא כלי שנועד לשרת את הצורך של המטופל במידע שהוא חיוני להסכמתו מדעת.¹⁰⁰ לאור כל זאת, דומני שניתן לזקק את השאלה הבאה בנוגע לחובת הגילוי: בהינתן שעבור מימוש יעדיה של דרישת ההסכמה מדעת זקוק המטופל למידע רפואי כמו גם למידע חוץ-רפואי, ובהינתן גם שחובת הגילוי היא כלי עבור קבלת המידע הדרוש למטופל עבור החלטתו, האם נכון יהיה לצמצם את חובת הגילוי אך לאספקט אחד הדרוש עבור הסכמתו מדעת של המטופל, ההיבט הרפואי (כפי שנקבע בעניין **פלונית**), או שמא מוטב יהיה לקשרה, עקרונית, לכל סוג מידע לו יהיה זקוק המטופל? בהינתן שברור ומוסכם כי על הגילוי לכלול את המידע הרפואי, השאלה היא למעשה ביחס לכלילתו של מידע חוץ-רפואי במסגרת הגילוי. במענה לכך, ובניגוד לקביעת בית המשפט העליון בעניין **פלונית**, אני סבור כי ייתכנו בהחלט סוגי מידע חוץ-רפואיים שנוון לדרוש מהגורמים הרפואיים את גילויים. בחלקה הרביעי של הרשימה אציע קווים מנחים לאפיונם של מקרים אלה, אולם לפני כן אציג כמה טעמים ביחס לעמדתי זו. לאחר מכן אנסה להתמודד עם טעמי נגד לה, בפרט כאלה שהוצגו בעניין **פלונית**.

ראשית, חובת ההתאמה התרבותית, שלצורך בהכרה בה טענתי לעיל, משמיעה כי גם הגילוי שאותו מוסרים הרופאים צריך לעבור התאמה ושינוי בהתאם ל"התלבשותה" של חובת ההתאמה עליו. ככל שאכן תוכר חובה שכזו המושתת על הגורמים הרפואיים, כחלק מאיכות ומטיב השירות הרפואי שאותו מחובתם לתת, כי אז אופן תחולתה בכל הנוגע לחובת הגילוי יהיה בכך שיידרש

⁹⁸ פלד וגלבווע, לעיל ה"ש 93. בהתאם לחלוקה זו מארגנת נילי קרקו-אייל בספרה את שני פרקי ההצדקות לדוקטרינת ההסכמה מדעת: פרק אחד עוסק בהצדקות דיאונטולוגיות, ואחר עוסק בהצדקות תוצאתיות. נילי קרקו-אייל **דוקטרינת ההסכמה מדעת בחוק זכויות החולה, תשנ"ו-1996** 160-19 (2008).

⁹⁹ לגישה המניחה כי אכן נצרך הרופא לגלות גם על היבטים חוץ-רפואיים, תוך עמידה גם על מחירה של חובה זו, ראו יעקב "חובת הגילוי", לעיל ה"ש 62, בעמ' 656-657.
¹⁰⁰ ראו לעיל בה"ש 74-75 ובטקסט הסמוך להן.

הרופא למסור למטופל גם מידע שאליו זקוק המטופל בשל מאפייניו האישיים. משמעות הדבר תהיה כי אי-התאמתו של הגילוי משמעה הפרת חובת הגילוי, הפרה שבגינה ייפול אשם במעשי המפר. וכך, בהינתן שלפנינו גורם שנפל אשם במעשיו, ולצידו גורם שחוה נזק הנובע סיבתית מאותו האשם, כי אז בהתאם לתפיסות של צדק מתקן נכון יהיה שהאשם-המזיק יפצה את הניזוק.¹⁰¹ נוסף על כך, ההכרה בחובת ההתאמה משמעה גם הניסיון להביא לכיבודה ולציות לה בפועל. כפי שטענתי לעיל, לשם כך דרושה הרתעה מפני הפרתה של החובה.¹⁰² במצב כיום, בו אי-התאמה אינה מקנה למי שניזוק הימנה כל עילת תביעה, נפגע משמעותית התמריץ של הגורמים הרפואיים להתאים את המידע למאפייני המטופל. בשונה מכך, תמיכתה של הדרישה להתאמה תרבותית בסנקציה נזיקית שתבוא בגין הפרתה, משמעה יהיה הקניית "שינויים" לדרישה ויצירת הרתעה הולמת.

שנית, נראה שגישתי עולה בקנה אחד עם הגישה הרווחת בפסיקה בכל הנוגע לחובת הגילוי, ולקריטריונים שנקבע כי בהתאם להם יש להכריע אילו פריטי מידע יכללו בה ואילו לא. כפי שזכר לעיל, הפסיקה כיום אימצה ביחס לעניין זה את מבחן "הציפייה הסבירה של החולה" או מבחן "צרכי החולה הסביר".¹⁰³ גישה זו מסיטה את המבט מהרופא אל עבר התמקדות במטופל ובצרכיו. בכך מצטיירת גישה שיפוטית שמבקשת להרחיב את אוטונומיית המטופל, ולהביא לכך שהלה יקבל את הכרעותיו מתוך מודעות למידע שעשוי להיות בעל חשיבות בעיניו.¹⁰⁴ נוכח האמור עד כה, ברי כי לא אחת המידע החוץ-רפואי עשוי להיות בעל משמעות ניכרת למטופל, וכפי שזכר – אף הפסיקה בהחלט מכירה בכך.¹⁰⁵ קישור זה שבין ההתמקדות בצורכי החולה הספציפי לבין העובדה שהלה עשוי להיות מושפע משיקולים לבר-רפואיים – תוך קביעה שיש בכך כדי להשפיע על היקף המידע שיידרש הרופא למסור למטופל – מצוי, למשל, בדברי המשנה לנשיאה ריבלין:¹⁰⁶

"הבחנה זו שבין החובה לבצע טיפול או בדיקה, לבין החובה ליתן מידע לגביהם, נותנת ביטוי לאפשרות שהדרך הטיפולית הנכונה ביותר עבור הכלל או עבור הרוב, אינה בהכרח נכונה עבור כל אחד מן הפרטים. משכך, ראוי כי ההמלצה הרפואית תינתן לפי שיקולים כלליים, ואולם היקף חובת היידוע נקבע בהתחשב גם בקיומם של מטופלים שהשיקולים הרלוונטיים לגביהם הם שונים ונבדלים. ודוק: בהחלטה רפואית כרוכים לעיתים קרובות גם שיקולים לבר-רפואיים, "מהם שיקולים ערכיים, שיסודם בהשקפת עולם, בתפיסות אתיות ובאמונה דתית, ומהם שיקולים הכרוכים בנסיבותיו המיוחדות של המקרה הנתון" [...] אלה עשויים להשתנות מאדם לאדם, ורק יידוע המטופל ושיתופו בהחלטה הסופית יאפשרו לו לבחור באפשרות הטיפולית המתאימה לו ביותר – מבחינה רפואית ואנושית גם יחד."

לטעמי, עמידה מלאה על שיקולים אלה, כמו גם הניסיון לאפשר למטופל לבחור באפשרות הטיפולית שתאים לו ביותר "רפואית ואנושית גם יחד", עשויה בהחלט להביא לדרישה שחובת

¹⁰¹ על הצדק המתקן וביטוי בו נעשה שימוש בדברים שכאן ראו לעיל בה"ש 68 ובמקורות המובאים שם.

¹⁰² ראו לעיל בפרק 3.

¹⁰³ ראו לעיל בה"ש 79 ובטקסט הסמוך לה.

¹⁰⁴ ראו, למשל, עניין רייבי, לעיל ה"ש 4, בעמ' 511.

¹⁰⁵ ראו לעיל בה"ש 94.

¹⁰⁶ עניין גרסטל, לעיל ה"ש 94, בפס' 8 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין.

הגילוי תכלול מידע חוץ-רפואי או מידע רפואי המותאם לשיקולים חוץ-רפואיים. ואכן, בהתאם לאמור, ישנן כיום בהחלט מגמות סובייקטיביזציה של הגילוי הרפואי, המביאות לצורך בהתאמתו לחולה הספציפי על צרכיו ועל מאפייניו החוץ-רפואיים.¹⁰⁷ הצעתי בהחלט עולה בקנה אחד עם גישות ומגמות אלה.

שלישית, לא אחת המידע החוץ-רפואי לו זקוק החולה יהיה נגיש יותר לרופא. בהתאם לאופן מסגור השאלה בדבר חובת הגילוי, מסגור המכיר בכך שחובת הגילוי היא אך כלי עבור אספקתו למטופלים של מידע שהוא חיוני עבור הכרעתם, דומני שעיצוב הגילוי צריך להיות כזה הנעשה מתוך שאיפה להגשתו בפועל של המידע המבוקש. כפי שנטען לעיל, עבור ההחלטה זקוק המטופל לא רק למידע רפואי, אלא גם למידע חוץ-רפואי. כפועל יוצא מכך, אני סבור שהבחנה ביחס לחובת הגילוי אינה צריכה להיות הבחנה עקרונית העוסקת באופי המידע (כמו למשל הבחנה בין מידע רפואי למול מידע חוץ-רפואי), אלא בין מידע שהוא נגיש יותר למטופל, ככלל, לבין מידע שבמצב הטיפוסי יהיה נגיש יותר לרופא. דהיינו, ככל שהמטרה הסופית היא הבאתו של המידע לו זקוק המטופל לידיעתו, כאשר חובת הגילוי משמשת אך כאמצעי לשם כך, כי אז ביחס לכל סוג מידע יש לבחון מי מהצדדים הוא שמידע זה יהיה יותר נגיש לו, ועליו להטיל עליו את האחריות לנזקי אי-קבלת המידע. זאת, שכן בכך אותו גורם הוא שיתומרץ להשיג את המידע. פרמטר נגישות המידע הוא זה שלו משמעות אמיתית עבור החתירה לתוצאה בה אוהז המטופל בכלל המידע הדרוש לו. על כן, ככל שמדובר במידע אשר נגיש וזול יותר עבור הרופא, כי אז נכון יהיה לכלול אותו במסגרת המידע שמסירתו נדרשת מכוח חובת הגילוי הרפואית.

בהחלט סביר כי במקרים רבים ההבחנה אותה אני מציע תתלכד עם ההבחנה בין מידע רפואי לבין מידע חוץ-רפואי, ההבחנה בה נעשה שימוש בפסק הדין בעניין **פלונית**:¹⁰⁸ פעמים רבות אכן המידע שנגיש לרופא יהיה המידע הרפואי, בעוד שהמידע שיהיה נגיש למטופל הוא המידע החוץ-רפואי, כגון העדפותיו של המטופל הכנר בבחירה בין רגלו לבין ידו. אולם בהחלט ייתכנו גם מקרים לא מעטים בהם שתי ההבחנות לא תתכנסנה לתוצאה אחת – מקרים בהם הגם שמדובר במידע שהוא חוץ-רפואי, הוא עדיין יהיה נגיש יותר דווקא לגורם המטפל.¹⁰⁹ זהו סוג המקרים שבו הדרך אותה אני מציע תנביע תוצאה שהיא שונה מזו שהתקבלה בעניין **פלונית**, ודומני שעובדות עניין **פלונית** מהוות המחשה נאה לסוג מקרים זה. אכן, נראה שאין חולק על כך שמגבלת מאה ועשרים הימים אינה מהווה מידע רפואי במובנו הצר של המונח. אין בה כל עניין ביולוגי או פיזיולוגי. יחד עם זאת, בהחלט ברור גם כי מדובר במידע שהוא בעל חשיבות רבה ביותר למטופל. כאמור, השאלה המשמעותית בענייני היא מי הוא הגורם שהמידע על המגבלה הוא שיהיה יותר נגיש לו. כאן דומני שמקרה **פלונית** יוכיח כי המדובר הוא במידע שלא בהכרח ייוודע למטופל, חרף היותו אדם מאמין.

¹⁰⁷ מעבר לכך שניתן לראות בדברים כהתחשבות בנסיבות שהיא מקובלת ביותר ואף חיונית בדיון ברשלנות (לגביה ראו גם: עניין **קדוש**, לעיל ה"ש 59, פסי 50–51 לפסק דינו של השופט עמית), גישה זו של סובייקטיביזציה הגילוי מתאימה למגמות מודרניות ועשויה להיתמך גם במשפט המשווה. כך, בכמה ממדינות ארצות הברית ישנה סובייקטיביזציה של המבחן, בגרמניה נוהג מבחן סובייקטיבי מלא ואף באוסטריה נדרשים הרופאים לברר עם המטופל אודות הדברים שהם בעלי משמעות עבורו. כלומר, במדינות אלה תכני הגילוי שאותם נדרשים הרופאים למסור משתנים בין מטופל למטופל, וזאת בהתאם למאפיינים אישיים שונים של אותם המטופלים. על כך ראו: Jaime S. King & Benjamin W. Moulton, *Rethinking Informed Consent: The Case for Shared Medical Decision-Making*, 32 AM. J.L. & MED. 429, 445–46 (2006); Josephine Shaw, *Informed Consent: a German Lesson*, 35 INT'L & COMP. L.Q. 864 (1986); כרמי **בריאות ומשפט**, לעיל ה"ש 16, בעמ' 1014–1015, 1116; Robert Gatter, *Informed Consent Law*; and the Forgotten Duty of Physician Inquiry, 31 LOY. U. CHI. L.J. 557 (2000).

¹⁰⁸ עניין **פלונית**, לעיל ה"ש 1, פסי 23–25 לפסק דינה של השופטת וילנר.

¹⁰⁹ אני מתקשה לחשוב על מקרה משמעותי שבו מידע רפואי יהיה נגיש יותר למטופל, ועל כן איני רואה צורך לדון בסוג מקרים זה. מיד להלן אתייחס גם למקרים בהם נקודת המוצא היא של מידע שלא יתוודע לא לרופאים ולא למטופלים באופן טבעי.

לעומת זאת, בכל הנוגע לגורם המטפל, ובלא קשר הכרחי למאפייניו האישיים, המידע בהחלט עשוי להיות לו נגיש וידוע. זאת, שכן הגם שמדובר במידע דתי, מדובר במידע דתי הקשור באופן הדוק לטיפול הרפואי שבו עוסק הרופא. כך למשל, בעניין **פלונית** דובר ברופא נשים שלו קליניקה בעיר נצרת ושרבות ממטופלותיו הן מוסלמיות. מידע דתי הקשור בהיבטים תרבותיים של הפסקות היריון בדת המוסלמית הוא מידע שבהחלט סביר יהיה שיאחז בו רופא שכזה, ואף יהיה זה לגיטימי לדרוש זאת ממנו.¹¹⁰ זהו מידע שרופא שכזה עשוי פשוט לצבור כחלק מניסיונו המקצועי וחוויותיו היום-יומיות במרפאה. זהו גם מידע שקופת החולים, מעסיקתו של הרופא, בהחלט עשויה להכיר וללמוד עם הזמן, ולכן גם ביכולתה לדאוג שעובדיה שהמידע רלוונטי עבורם יהיו מודעים לו. עם זאת, חשוב להבהיר כי נוכח העמידה על כך שזמינות המידע לרופא עשויה לנבוע פשוט מהשקתו ההדוקה לעניינים הרפואיים, כזה עשוי להיות המצב אף במקרים פחות קיצוניים בהם אוכלוסיית המטופלים איננה כה הומוגנית. כמו כן, מאמצי משרד הבריאות וקופות החולים לבצע את ההתאמה התרבותית ולהקצות משאבים לשם כך, אשר תוארו לעיל,¹¹¹ רק מעצימים את הוגנות הדרישה ואת יכולתם של הגורמים המטפלים לעמוד בה.

מנגד, מדובר במידע שבהחלט סביר לחשוב כיצד האדם הדתי – שאינו חכם הלכה או איש דת שבכך עיסוקו – לא יחשף אליו. היריונות הם אירוע תחום בזמן ויחסית נדיר בחייו של אדם, ולא כל שכן היריונות בסיכון שאפשרות הפסקתם עולה על הפרק באופן משמעותי. אם כן, ככל שמדובר במידע שהוא אמנם דתי אך שקשור באופן מהותי לטיפול הרפואי, וככל שאין מדובר במידע שהוא אכן נחלת הכלל בציבור המטופלים בו עסקינן, דומה שמדובר במידע שבהחלט יהיה נגיש יותר לרופא, הגם שהוא איננו מידע רפואי טהור. ככל שהקריטריון המנחה להטלתה של חובת הגילוי הוא זמינות המידע, כפי שאני מבקש להציע, משמעות הדבר תהיה שנכון יהיה לדרוש מהרופא את גילוי של מידע זה.

רביעית, הגורמים הרפואיים הם שאת התנהגותם ייקל בהרבה לתמרץ ולהכווין. ככל שאכן רוצים למנוע את הישנותם של מצבים כגון זה שקרה בעניין **פלונית**, דומה שיש לחשוב כיצד ניתן לוודא שידעו המטופלים את שחיוני עבור החלטותיהם. זה עתה טענתי כי באופן שהוא אולי לא אינטואיטיבי, במקרים רבים דווקא הגורמים המטפלים הם שידעו על צרכים אישיים של מטופלים, וזאת ככל שמדובר בצרכים אישיים שקשורים לטיפול הרפואי (וכאמור, מדגימות זאת עובדות המקרה בעניין **פלונית**). אולם אפילו במקרים בהם עסקינן במידע שלא בהכרח יגיע לידיעת הרופאים באופן טבעי ומעצם עיסוקם הרפואי, ולכן מדובר יהיה במידע שנקודת המוצא לגביו היא שהוא אינו ידוע לא לרופאים ולא למטופלים, עדיין נכון יהיה לכלול את המידע החוץ-רפואי בחובת הגילוי. זאת, מפני שתחת נקודת פתיחה שכזו, בה המידע אינו נגיש אף לא לאחד מהצדדים, את התנהגותם של הגורמים המטפלים יהיה קל וזול הרבה יותר להכווין ולשנות.¹¹² בעוד שמקבלי השירותים הרפואיים הם אנשים פרטיים ומבוזרים מאוד, שאין דרך – בטח לא כזו שתהיה יחסית זולה ופשוטה – להגיע אל כל אחת ואחד מהם, שונה הדבר ביחס לנותני השירותים הרפואיים. בכל הנוגע לאחרונים, עסקינן בגופים ממוסדים, היררכיים ובעלי משאבים ניכרים (אם כי כמובן לא

¹¹⁰ בחלק ד להלן ארחיב יותר על סוגי המקרים בהם נכון יהיה לדרוש מהרופא את ההתאמה התרבותית בכל הנוגע לחובת הגילוי.

¹¹¹ ראו בפרק 2 לעיל.

¹¹² מבין השורות מתחילים לבצבץ גם המקרים בהם אטען כי לא נכון לכלול את סוג המידע במסגרתה של חובת הגילוי – המקרים בהם מדובר במידע שבאופן טיפוסי יהיה נגיש יותר למטופלים. להשלמת המטריצה אציין כי כאשר מדובר במידע שידוע הן למטופלים הן למטפלים, אין כל צורך בהשתתפות גילוי לגביו. ארחיב עוד בנושא בחלק ד להלן.

בלתי מוגבלים), ולכן נראה שיהיה פשוט ויעיל בהרבה להטיל על המשתייכים לגופים אלה את החובה לאסוף ולהכיר את המידע הדרוש למטופלים.¹¹³ אף מחקרים אמפיריים שהראו כי סטנדרט ההתנהגות הנזיקי משפיע בפועל על הפרקטיקות הרפואיות תומכים בטענה זו.¹¹⁴

כמו כן, המאמץ ליידוע הרופאים הוא מאמץ יעיל בהרבה – המדובר הוא ביידועה של קבוצה קטנה יחסית שעוסקת באופן יום-יומי בעניינים שעבורם חשוב המידע. מנגד, יידוע הציבור כולו משמעו הכוונת התנהגותה של אוכלוסייה גדולה בהרבה שרובה המוחלט לכל היותר יעשה במידע שימוש פעמים ספורות בלבד. חובת התאמה, המגובה בסנקציה נזיקית שתבוא בגין הפרתה, תוכל בהחלט לתמרץ את נותני השירותים הרפואיים להשגת המידע ולהבאתו לידיעתם של המטופלים, ונראה שמדובר יהיה בתמרוץ הפשוט, הזול והמוצלח יותר.¹¹⁵

חמישית, נראה שמטים לעמדתי גם שיקולי יעילות והגדלת הרווחה המצרפית.¹¹⁶ הגם שעשויות להיות עלויות להתאמתן של חובות הגילוי לאוכלוסיות השונות, אני סבור כי עלויות אלה צפויות להיות קטנות באופן די ניכר מהעלויות החברתיות שתהיינה לקבלת החלטה לא מיודעת בשל היעדר התאמה תרבותית. אמנם אין בידי נתונים עבור עריכת תחשיבים או בחינת עלויות, אולם קשה לחשוב על מחירים גדולים יותר מאלה שישנם למצבים בהם נשללת מהורים היכולת להחליט באופן מלא בעניינים שהם בעלי משמעות כה רבה עבורם ועבור יתר בני משפחתם. למותר לציין כי צפויות גם עלויות חברתיות ניכרות כתוצאה ממצבים אלה. ואכן, לא בכדי אלו התביעות בהן בארצות הברית נפסקים הפיצויים הגבוהים ביותר, והפרמיות שאותן גובות חברות הביטוח מרופאים החשופים אליהן הן הפרמיות היקרות ביותר.¹¹⁷ ומן העבר השני, אמצעי הזהירות שאותם צפויים לנקוט נותני השירותים הרפואיים ככל שתוטל עליהם האחריות במקרי אי-הגילוי נראים אמצעים שאינם יקרים כלל. אין מדובר באמצעים טכנולוגיים יקרים או בבדיקות חדשניות. לכל היותר מדובר בהגברת מודעותם של רופאים ספציפיים ביחס למטופלים ספציפיים. כפי שאטען להלן, אין בדבריי קריאה לחיובו של כל רופא להכיר את כלל מאפייניהם האישיים של המטופלים שעשויים להגיע למרפאתו, וגם אין בדבריי קריאה לכך שהרופא יספק למטופלו את כלל המידע החוץ-רפואי שלו המטופל זקוק. הטענה היא כי הרופא צריך להיות מודע לצרכי מטופלים טיפוסיים שנמצאים באוכלוסיית היעד שאליה הוא פונה, וכי לא אחת המידע שעליו יהיה לספק להם יהיה

¹¹³ ניתן לטעון כנגד גישתי כי הגם שהרופא הוא שעשוי לדעת טוב מהמטופל את המשמעויות הקשורות לטיפול שישן להשתייכויות תרבותיות מסוימות, עדיין לא יהיה ביכולתו לדעת על עצם השיוך התרבותי. לכן, כך תמשיך הטענה, יש להטיל על המטופל את החובה להציג בפני הרופא את עצם שיוכו התרבותי (גישה זו קרובה במידה מסוימת, אך בהחלט לא זהה, להתאמה המצומצמת שהציעה השופטת וילנר בפסק דינה, אשר נדונה לעיל בה"ש 12. ההבדל הוא בכך שבגישת וילנר על המטופל לגלות לא רק על עצם שיוכו התרבותי, אלא עליו להוסיף לכך הצגה גם של משמעויות טיפוליות אפשריות שתהיינה לשיוך זה). לטעמי, הביזור שעליו הצבעתי ביחס למטופלים, ומכוחו הקושי בהכוונת התנהגותם, יש בהם כדי לעורר ספקות של ממש ביחס לעדיפותה של הצעה זו על פני ההצעה שתדרוש את ההתאמה מהגורמים הטיפולים – כמובא בהרחבה בגוף הטקסט, את התנהגותם של אלה ייקל להכווין. עוד על הדרך בה יעשה הדבר בפועל, הרחבה אשר יש בה גם כדי להתמודד עם מספר טיעוני נגד בדבר ישימות גישתי, ראו להלן בפרק ד.

¹¹⁴ Frakes, לעיל ה"ש 70.

¹¹⁵ עוד יש לציין כי לפחות בכל הנוגע לבתי החולים, רבים מהם מעסיקים גם אנשי דת בהתאם לאוכלוסיות היעד שאליהן הם פונים. בקשר לאוכלוסייה היהודית, אנשי דת אלה עוסקים למשל בסוגיות של שמירת שבת, כשרות מזון ועוד כיוצא בזה. בהחלט לא נראה שיהיה זה מופרך לערובם גם בסוגיות של התאמת הטיפולים הרפואיים ולדאוג להדרכת הצוותים על סוגיות בהן עשויות להתעורר מורכבויות דתיות.

¹¹⁶ ביחס לשיקולים אלה כמטרות של דיני הנזיקין, ראו, למשל, GUIDO CALABRESI, THE COSTS OF ACCIDENTS, (1970); Richard A. Posner, *A Theory of Negligence*, 1 J. LEGAL STUD. 29 (1972); לעיל ה"ש 62, בעמ' 109-156; ישראל גלעד "על גבולות ההרתעה היעילה בדיני הנזיקין" **משפטים** כב 421, 424-427 (1993).

¹¹⁷ Frakes, *available at* MEDSCAPE, 2019 Premium Report Malpractice Medscape, <https://www.medscape.com/slideshow/2019-malprac-prem-rep-6012332>.

מידע בסיסי וראשוני ביותר.¹¹⁸ משכך, דומה שעלויות אמצעי הזהירות תהיינה קטנות – אולי אף באופן משמעותי – מהנזקים שאותם הן ימנעו.

לבסוף, החשיבה על עלויות הצעדים עשויה להצדיק את הצעתי גם מטעמי פיזור הנוק.¹¹⁹ הטלת אחריות על נותני שירותים רפואיים משמעה למעשה השתת עלויות על גורמים מדינתיים וכן על קופות החולים. גורמים אלה ממומנים מכיסים רבים ושונים. לפיכך, ככל שאכן תהיינה בשל כך עלויות (בין אם עבור אמצעי הזהירות ובין אם עבור פיצויים במקרי הפרות ואי-התאמה), הן תתפזרנה על פני כיסים רבים שיסבלו כל אחד מעלות קטנה. בניגוד לכך, השתת העלויות על הוריהם של הילדים עם המוגבלויות משמעה השתת עלויות על כיס אחד, שלא אחת יתקשה מאוד לעמוד באותן העלויות, חרף סיוע מדינתי מסוים שישנו.¹²⁰ זאת, בייחוד מתוך המודעות לסוג האוכלוסיות שהן שזקוקות להתאמה התרבותית: במקרים רבים מדובר יהיה באוכלוסיות ממעמד סוציו-אקונומי נמוך.

מכוח האמור בדבר הטעמים להטלת הגילוי על הגורמים המטפלים, ניתן לארגן באופן הבא את המקרים השונים ואת ההכרעה שאותה אני רואה כראויה לגביהם.

טבלה 1: ארבעת מצבי זמינות המידע

לא ידוע לרופאים	ידוע לרופאים	
אין צורך בגילוי	אין צורך בגילוי	ידוע למטופלים
חובת גילוי (בייחוד מהטעם הרביעי – הכוונת התנהגות עדיפה)	חובת גילוי (בייחוד מהטעם השלישי – הגורם לו המידע זמין)	לא ידוע למטופלים

זהו כמובן ארגון סכמטי וכללי, אך המשמעותי הוא שהפרמטר העקרוני לגילוי אינו סוג המידע, אלא שאלת זמינותו.¹²¹

אם כן, עד כה הצגתי מספר טעמים בגינם אני סבור שנכון יהיה לכלול סוגי מידע חוץ-רפואי מסוימים תחת חובת הגילוי הרפואית. בהמשך אנסה לשרטט קווים ראשוניים לאפיונם של סוגי מידע אלה, וכפועל יוצא מכך – גם של סוגי המידע החוץ-רפואי שאינם צריכים להיכלל במסגרת חובת הגילוי. אולם עוד קודם לכן, אפנה להתמודדות עם מספר טיעוני נגד להטלת חובת גילוי ביחס למידע החוץ-רפואי.

3. טעמי נגד לגישתי: הנמקות פסק הדין בעניין פלונית והתמודדות עימן

כנזכר, בפסק הדין בעניין פלונית נדונה סוגיית ההתאמה התרבותית של חובת הגילוי, והתקבלה ביחס אליה הכרעה שהיא הפוכה לגמרי מזו שאותה אני מנסה לקדם ברשימה זו. בחלק זה אדרש

¹¹⁸ ראו על כך ביתר הרחבה להלן בחלק ד.

¹¹⁹ CALABRESI, לעיל ה"ש 116, בעמ' 39–67, 226, 258–295; אריאל פורת "דיני נזיקין" הגישה הכלכלית למשפט, 272, 294–296 (אוריאל פרוקציה עורך, 2012).

¹²⁰ לפירוט ראו, למשל, "קצבאות, הטבות מס והנחות להורי ילדים עם צרכים מיוחדים" קול הזכויות <https://tinyurl.com/4fpfe3xr>.

¹²¹ סוג המידע עשוי כמובן להיות אינדיקציה לשאלת הזמינות, אך לשיטתי הפרמטר הקובע הוא הזמינות. עוד על כך ראו להלן בפרק ד.1.

למרכזיות שבהנמקותיו של פסק הדין. מפני שהמדובר הוא בטעמים שהניעו את בית המשפט העליון לעברה של עמדה הפוכה בנוגע להתאמה התרבותית, יהיה בכך כמובן כדי להציג התמודדות גם עם כמה מטיעוני הנגד המשמעותיים ביותר שניתן לעורר כנגד גישתי.¹²²

(א) האמנם נטל כבד מדי על כתפי הרופאים?

אחת ההנמקות המרכזיות והמשמעותיות בפסק הדין היא הטענה לפיה חיובם של רופאים למסור מידע דתי או מידע המותאם לצרכים דתיים משמעותו דרישה קשה מדי – ושלא אף בלתי אפשרית – שתוטל על הרופאים, אשר במסגרתה יידרשו להכיר את כל פרטיהן ודקדוקיהן של מצוות הדתות השונות על הזרמים ותתי הזרמים שבתוכן.¹²³ מטענה זו אף נגזר כי משמעות החובה תהיה רפואה מתגוננת ויקרה, שתפגע באיכות הטיפול הרפואי ושעלויותיה תתגלגלנה לבסוף אל המטופלים.¹²⁴

על פניו, מדובר בטיעון שהוא בהחלט כבד משקל. ברם, דומני שבכל זאת ניתן להסתפק לגביו. ראשית, אני מסופק האם ועד כמה קשה תהיה הדרישה שתוטל על הרופאים. כך, שכן לאור דבריי שלעיל על אופי הגילוי לו יהיה זקוק המטופל במקרים רבים, המידע הדרוש בהקשרים הדתיים עשוי להיות כה מופשט וכללי, עד כי הוא כלל אינו דורש כניסה לפרטי הדתות השונות ולדקויות שביניהן. בהחלט עשוי להיות די בכך שהרופא יבהיר למטופל כי עשויה להתעורר סוגיה דתית, כי הזמן עשוי לשחק בה תפקיד משמעותי, וכי אם ירצה בכך המטופל עליו לפנות בעניין אל מי שמהווה סמכות דתית עבורו. ואכן, פרקטיקה שכזו נהוגה זה מכבר במצב קרוב ודומה – מצב של מוות מוחי, לגביו משמיע החוק כי "נקבע מוות מוחי-נשימתי ... יידע הרופא המטפל את בני המשפחה כי באפשרותם

¹²² בגוף הטקסט התייחסתי להנמקות פסק הדין הנוגעות במישרין לעמדה ההפוכה לזו שאותה ניסיתי אני לקדם ברשימה. אציג כאן עתה, בתמצית, הנמקה נוספת של בית המשפט להכרעתו ואדון בה. בית המשפט בחר שלא להחיל על המקרה את הלכת **שטרן**, שלפיה מי שהחל בהנהגת סטנדרט מסוים – הגם שמדובר בסטנדרט שהונהג מבחירה – יהיה מחויב לסטנדרט זה בהמשך (ע"א 3056/99 **שטרן נ' המרכז הרפואי שיבא**, פ"ד נו(2) 936 (2002)). זאת, בשל ביקורות שמתח בית המשפט בעניין **פלוגית** על הלכת **שטרן**, וכן בשל קביעה שהיא איננה מתאימה להקשר זה. מעבר לקושי שבבחירה לא להחיל על מקרה קיים הלכה נוהגת בשל טענות כנגדה אך מבלי להתעמת עימה ישירות ולנסות להפוכה, אני סבור שהלכת **שטרן** דווקא בהחלט התאימה למקרה ומהווה טעם כבד משקל עבור חיוב הנתבעים. הלכת **שטרן** מבוססת במידה רבה על כך שבהינתן מערכת יחסים חוזית בין המזיק לניזוק, בדומה לזו שמתקיימת בין רופא לבין מטופל שבוחר דווקא בו, יהיה הרופא מחויב לסטנדרט שבגיניו בחר המטופל דווקא בו. בשל כך, החשש אותו מציגה השופטת וילנר (בפס' 52) שלפיו הלכת **שטרן** תביא להענשת רופאים שנקטו משנה זהירות הוא בעייתי ביותר הן מטעמי צדק הן מטעמי יעילות. טעמי צדק שכן עובר לרשלנותם ולאירוע הנזק רופאים אלה גם נהנו מפירות זהירותם, וייתכן שבגינה אף בחר בהם הניזוק-התובע. טעמי יעילות שכן נוכח מערכת היחסים החוזית אין מקום לחשש על תמריצי הרופאים לנקוט בזהירות, מפני שמדובר במי שפרנסתם ומעמדם המקצועי עשויים להיות תלויים במידות זהירותם. על כן, עומד להם (כמו גם למתחרים בשוק) תמריץ משמעותי לנקוט בזהירות, הגם שזהירות זו שוברה בצידה, בדמות החשיפה לתביעות.

באופן ספציפי ייתכן שיש מקום לדון ביחס לכך במסרי התאמה תרבותית ובטרגטינג השיווקי בו נוקטים לא אחת נותני שירותים רפואיים, בפרט ביחס לציבורים דתיים, ולאפשרות השפעתם של אלה על היקף חובותיהם של נותני השירותים אכן להתאים עצמם לצרכי האוכלוסיות שאליהן הם פונים. מבלי להאריך בעניין זה, דומה שיש להבחין ביחס לכך בין שני סוגי מסרים: **הראשון**, מסר כללי של התאמה תרבותית, כמו למשל מתן אפשרות לקבלת שירותים בהפרדה מגדרית ועוד כיוצא באלה היבטים (כמובן מבלי להיכנס למורכבות שמעוררת פרקטיקה שכזו). ביחס לכך ראו, למשל, רוני לינדר ודן אבן "משרד הבריאות הורה: להפסיק ההפרדה בין גברים לבין נשים במרפאות של קופות החולים" **TheMarker** (18.6.2013). <https://www.themarker.com/consumer/health/1.2049486>. **השני**, מסר מפורש המתייחס לכך שהטיפול הרפואי עצמו יותאם תרבותית. בעוד ששני המקרים עשויים להוות שיקול לדרישת התאמה בפועל, גם דרך המשקפיים החוזיות של הלכת **שטרן**, ברי כי במקרה השני הדברים חזקים ביתר שאת. לפסיקה שעסקה במקרה מהסוג השני, ממנה גם ניתן ללמוד על עצם קיום הפרקטיקה, ראו: ת"א (מח' ת"א) 57625-01-13 **ש.ו. נ' בית החולים ביקור חולים**, פס' 31 לפסק הדין (נבו 1.8.2017). במקרה זה אף ייחס בית המשפט משקל – אמנם, כנראה, למעלה מן הצורך – ל"התייחסות בית החולים עצמו ליולדות חרדיות והזמנתן ללדת בין כתליו בשל כך".

¹²³ עניין **פלוגית**, לעיל ה"ש 1, פס' 35 לפסק דינה של השופטת וילנר. עוד הרחיבו בנושא השופט מינץ (שם, פס' 1–3 לפסק דינו), וכן השופט טובי בבית המשפט המחוזי. פסיקת המחוזי, לעיל ה"ש 9, בפס' 47. להנמקה דומה ראו: ת"א (מחוזי י-ם) 19055-12-13 **אבו דאהש נ' שירותי בריאות כללית** (10.2.16); ת"א (מחוזי ת"א) 39999-05-13 **פ' א' נ' רפאלוב**, פס' 16–17 (נבו 25.12.2014) (להלן: עניין **רפאלוב**); ת"א (מחוזי חי') 16010-02-16 **פ' א' נ' עודה**, פס' 49–55 (נבו 20.6.2019) (להלן: עניין **עודה**).

¹²⁴ עניין **פלוגית**, לעיל ה"ש 1, פס' 21 לפסק דינה של השופטת וילנר. עוד ביחס לכך, כמו גם ביחס לאפשרות שרפואה מתגוננת זו תפגע ביתר שאת דווקא באוכלוסיות מוחלשות, ראו להלן בפרק ג.3(ג).

להתייעץ עם עובד סוציאלי, עם פסיכולוג וכן עם איש דת בהתאם לדתו של המטופל.¹²⁵ מה שם הדבר אינו מעורר קשיים מסוג אלה שתוארו בפסק-הדין בעניין **פלונית**, דומה שכך יהיה אף בענייננו. מכאן נובע גם כי פסק הדין בעניין **פלונית** למעשה מתווה התייחסויות שונות של הדין בכל הנוגע ליידוע אודות הסוגיות הדתיות מצד צוותי הרפואה במקרים השונים, וזאת הגם שבהחלט ניתן להסתפק האם ועד כמה שונים הם המקרים. עם זאת, להלן אתייחס גם למקרים לגביהם אטען שבהם יידרש "עיבוי" של הגילוי העוסק בפרטים חוץ-רפואיים.¹²⁶ אולם, כפי שאטען שם, ככל שיגודרו באופן ראוי מקרים אלה, מדובר יהיה אך במקרים בהם המידע החוץ-רפואי אכן יהיה נגיש ומוכר לצוותים הרפואיים, כך ששוב מוקהה בעייתיות זו לה נטען בפסק הדין.

מעבר לכך, דומני שהמדובר הוא בראייה בינארית ומקצינה של הדברים, וזאת מבלי להידרש למצבים מורכבים יותר ואף לא לעובדותיו המקרה הספציפי שעמד לפני בית המשפט. ובמילים אחרות: האם אכן אלה שתי האפשרויות היחידות – או הדרת רגליהם של רופאים מכל מידע הנוגע בעניינים שבדת או חיובם להתמחות בעניינים אלה כאילו היו חכמי דת? לטעמי, התשובה על כך בהחלט בשלילה. ראשית, כנזכר, אין מדובר במידע דתי כללי ונרחב, אלא אך בכזה שיש לו קשר מהותי לסוגיות הרפואיות. בהינתן עיסוקו של הרופא בסוגיות אלה ובטיפולו באוכלוסיות מסוימות, בהחלט סביר שהוא יתוודע אל הסוגיות ויכירן. יתירה מכך, להלן אציג שורת קריטריונים שאותם נכון יהיה לבחון עבור ההגעה לאיזון במסגרתו, מחד, יוכל המטופל להיחשף לפרטים שהם כה משמעותיים עבורו, ומאידך, לא תוצב בפני הרופאים דרישה בה הם לא יוכלו לעמוד.¹²⁷ דומני כי ככל שאכן יאומצו הקריטריונים ולאורם ייקבע האם קמה חובת התאמה תרבותית בכל מקרה ומקרה, מוקהה משמעותית החשש מהיקפה הרחב מדי של חובה זו.

(ב) על הפגיעה בפרטיות ועל יחסה לסיכון ולתוחלתו

הנמקה נוספת ומשמעותית בפסק הדין היא החשש מפגיעה אפשרית בפרטיות המטופלים ובכבודם.¹²⁸ בתמצית, נאמר כי דרישה מרופא להתאים את הצעותיו הטיפוליות להשתייכות דתית ולמאפיינים חוץ-רפואיים נוספים של מטופלים, ניתן יהיה למלא אך באחת משתי דרכים: תשאול המטופל בדבר אמונותיו הדתיות או הנחה מוקדמת (לא אחת מבוססת סטריאוטיפים) כי המטופל משתייך לקבוצה דתית מסוימת. בפסק הדין נטען כי כל אחת מדרכים אלה בעייתית היא, ושעל כן אין זה ראוי לדרוש מרופאים את ההתאמה האמורה. בהינתן שמדובר בטיעון שמתבסס על כך שכל אחת משתי הדרכים לביצוע ההתאמה היא בעייתית, נראה שדי אם אראה שאחת מהדרכים אינה כה בעייתית כדי שניתן יהיה לטעון להיתכנותה המעשית של דרישת ההתאמה. אנסה לעשות כן ביחס לדרך התשאול.¹²⁹

לטעמי, ההנמקה בדבר בעייתיות התשאול והפגיעה בפרטיות היא הנמקה מוקשה, ושתי סיבות מרכזיות לכך. **ראשית**, בשל דבריי שלעיל, לפיהם במקרים רבים המידע שיידרש יהיה ברמת הפשטה כה גבוהה עד כי הוא כלל לא יצריך ירידה לפרטי מצוות הדת השונות, נראה שניתן לספק מידע זה תוך הימנעות מפגיעה בפרטיות – ככל שאכן יסתכם המידע הדרוש אך בהצבעה על

¹²⁵ ס' 8 (ג) לחוק מוות מוחי-נשימתי, התשס"ח-2008.

¹²⁶ ראו בפרק 2 להלן.

¹²⁷ ראו בחלק ד להלן.

¹²⁸ עניין **פלונית**, לעיל ה"ש 1, פס' 32 לפסק דינה של השופטת וילנר. כך גם בפסיקת המחוזי, לעיל ה"ש 9, פס' 47.

¹²⁹ הדרך מבוססת התייג נראית מוקשית גם לטעמי, וזאת הן בשל הפגיעה בכבוד המטופל אשר נלווית לה, והן, במישור המעשי, בשל החשש מתיוגים לא נכונים שאחריתם גילויים לא מדויקים ואף מוזיקים.

מורכבות דתית שעשויה להתעורר, תוך אמירה שאם ירצה בכך המטופל נכון יהיה לו לפנות אל הגורם הדתי המוסמך מבחינתו, שוב לא יהיה כל צורך בהתאמה ייחודית לזרם דתי זה או אחר. על כן, יוכל הרופא להציג את המידע אף בלא כל בירור או חקירה בדבר השתייכותם הדתית הייחודית של העומדים בפניו.¹³⁰ גם טענה זו נתמכת בהליך אותו מתווה חוק מוות מוחי-נשימתי אשר אופי הגילוי שבמסגרתו אף הוא איננו מצריך תחקורים פולשניים ופוגעניים ביחס למטופלים.

שנית, הטענה בעייתית בעיניי מפני שמיוחס בה משקל לא פרופורציונלי לפרטיות, וזאת אף תוך התעלמות מהקשר הדברים הייחודי – יחסי רופא-מטופל. בית המשפט חרד מאוד לפגיעה בפרטיות המטופלים שתיגרם עקב תחקורם אודות דתם ואודות ואמונותיהם. ברם, לדעתי, שימת הדברים בהקשרם מציירת תמונה שונה – עסקינן ביחסי רופא-מטופל, יחסים בהם המטופל חשוף ביותר כלפי רופאו, ולא כל שכן שכך הוא בהתייחס לסיטואציה הספציפית שנדונה בעניין **פלונית** – היחסים שבין אישה לבין רופא הנשים שלה. בהינתן קיומה של חשיפה משמעותית זו ביחסים זה מכבר, לא ברור לי החשש הגדול מפני חשיפה נוספת, ככל שהיא אכן עשויה להיות הכרחית ולהועיל. ביחס לכך ניתן להוסיף ולטעון באנלוגיה כי כשם שבשל הצורך מטופלים ומטופלות נכונים לחשיפה הגופנית שבפני רופאים, והם בהחלט לא היו רוצים שהללו יקבלו הכרעותיהם מבלעדיה, כך נכון יהיה שיעשה אף ביחס לחשיפת המידע החוץ-רפואי הדרוש.¹³¹ הדברים מתחדדים אף יותר בבחינת הסיכון שעל הכף – לידתו של תינוק עם מוגבלות, דבר בו הורים עשויים שלא לרצות ושעבור מניעתו נדמה שנספגות פגיעות חמורות הרבה יותר, גם בפרטיות, כשכך אכן ראוי שיהיה.¹³²

ביחס לכך חשוב גם לציין כי עצם הצורך בשיג ושיח בין הרופא לבין המטופל הוכר זה מכבר בפסיקה כתנאי לקיומה של הסכמתו מדעת של החולה, כאשר שיח זה נועד גם לשם כך שהרופא יקבל את כלל המידע הדרוש לו.¹³³ עוד חשוב לציין כי שיח זה עשוי לכלול לא אחת שאלות שיכולות להיתפס כשאלות פולשניות ביותר, כמו למשל שאלות על קיום יחסי מין, שאלות על אורחות חיים ועל הרגלי התנהלות, וכן שאלות על מוצא משפחתי ואישי. על כן, טענתי היא בעצם שעל השיח – שקיים זה מכבר ושבהחלט עשוי להיות פולשני – לכלול, בין היתר, גם בירור בדבר צרכים חוץ-רפואיים של המטופל שעשויים להשפיע על הטיפול.

(ג) טעמים נוספים

טעם משמעותי נוסף ושיקול מרכזי התומך בהצרתה של חובת הגילוי, המובא לא אחת בפסיקה ובספרות, נוגע בחשש מפני הצפתם של מטופלים במידע שעומו הם לא ידעו להתמודד ושדווקא יקשה עליהם לקבל החלטה בנוגע לטיפול בהם.¹³⁴ בתמצית, הטענה היא כי החל מנקודה מסוימת ריבוי מידע לא רק שאינו תורם למטופל עבור החלטתו, אלא שהוא אף מונע ממנו לשקול את

¹³⁰ וכנזכר, המקרים בהם אטען כי יש להרחיב את היקף הגילוי הם כאלה שמדובר יהיה בהם במידע שיהיה, בסבירות גבוהה, נגיש ומוכר לנוחני השירותים הרפואיים. ראו על כך להלן בפרק ד.

¹³¹ מעבר לחשיפה הגופנית אשר מתבצעת בקליניקה הרפואית מעשים שבכל יום, דוגמאות אפשריות נוספות למצבי חדירה לפרטיות משמעותיים ביותר בתשאולים רפואיים הם, למשל, מצבים שונים בהם נשים שבבואן לוועדות הפסקת היריון נדרשות לספר כי הן הרו מחוץ לנישואין, רופא הנדרש לברר עם מטופל על עניינים שונים הנוגעים בחיי המין של המטופל, ועוד כיוצא באלה עניינים.

¹³² ביחס לחשיבותו של הגילוי בהקשרים אלה, ראו בדבריה של השופטת (כתוארה אז) חיות בעניין **סידי**, לעיל ה"ש 4, בעמ' 610.

¹³³ ראו, למשל, ע"א 9936/07 **בן דוד נ' ד"ר ענטבי**, פס' 6 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין (נבו 22.2.11); ע"א 1997/10 **צורף נ' רוזנבאום**, פס' 8 לפסק דינו של השופט הנדל (נבו 13.2.2012).

¹³⁴ על כך, למשל, עניין **פלונית**, לעיל ה"ש 1, פס' 21 לפסק דינה של השופטת וילנר; Maytal Gilboa & Omer Pelled, *The Costs of having (Too) Many Choices: Reshaping the Doctrine of Informed Consent*, 84 BROOK. L. REV. 367 (2019).

הדברים כדבעי. זאת, מפני שהחל מכמות מסוימת של מידע המוח נעשה "מוצף" והוא שוב איננו יכול לעבד את המידע שמוגש לו ולהתמודד עימו.¹³⁵ הגם שמדובר בחשש משמעותי, דומני שכוחו אינו חזק במיוחד בענייננו. מהלכי עיבוד מורכבים עשויים להידרש דווקא ביחס לסוגי מידע מסוימים – למשל מידע שדורש ידע מקצועי נרחב, מידע רב במיוחד וכדומה. כזה הוא באמת מידע מקצועי-רפואי. אולם בשונה מכך, בכל הנוגע למידע הקשור בשיקולים חוץ-רפואיים, אותם עשוי המטופל להבין היטב, דומה שהחשש מכך פוחת באופן משמעותי – כאן מורכבות העיבוד שאליה יידרש המטופל קטנה בהרבה, שכן המדובר הוא במידע שאינו זר לו. בשל כך פוחת באורח ניכר החשש מעניין זה.

טיעון נוסף קשור בעלויותיה של הרחבת היקף הגילוי.¹³⁶ להרחבה זו עלויות הן בכך שהיא דורשת איסוף יותר מידע, תיווכו לגורמים המטפלים והצגתו למטופלים, והן בכך שהיא עשויה להרבות את המקרים בהם יחובו הרופאים בתביעות נזיקין – ריבוי דרישות רפואיות שעשוי להתרגם לריבוי הפרות שסופן בריבוי פיצויים. כבכל מקרה של ריבוי עלויות, עולות טענות כי העלויות הן בעייתיות ומביאות להקטנת הרווחה המצרפית, כשעל כן מוטב להימנע מהן עבור הוזלת השירותים והעלויות, בפרט מפני שעלויות אלה תתגלגלנה לבסוף אל הלוקחות שיאלצו לשלם מחירים יקרים.¹³⁷ ביחס לכך, דומני שהמענות מצויים בשניים מהטיעונים שאותם הצגתי לעיל.¹³⁸ ראשית, כאמור, להצעתי אין רק משמעויות חלוקתיות מיטיבות, אלא ככל שיהיה בה כדי לתמרץ את מי שאכן עשוי להיות מתומרץ לנקיטת אמצעי זהירות, היא גם תגדיל את העוגה. זאת, שכן אמצעי הזהירות עלותם פחותה בהשוואה לעלויות הנזקים. כמו כן, הגם שעשויות להיות מושגות עלויות מסוימות על נותני השירותים הרפואיים, ולכן גם על כלל לקוחותיהם ואף על משלמי המיסים כולם, אלה עלויות שעשויות בהחלט להיות מוצדקות מטעמי פיזור נזק.¹³⁹

ת-טיעון ספציפי יותר הקשור בכך, כמו גם בחשש מפני רפואה מתגוננת,¹⁴⁰ נוגע בעובדה שההתאמה התרבותית שאותה אני מקדם בדבריי נוגעת דווקא באוכלוסיות חלשות. בשל כך, ניתן לטעון כי גלגול העלויות המתואר יהיה בעייתי במיוחד שכן העלויות תתגלגלנה דווקא כלפי אוכלוסיות אלה, דבר שנוזקו ירבה על תועלתו ביחס למאמצי הנגשת הרפואה עבורן. ביחס לכך אטען, ראשית, כי עסקינן במערכות ארציות שמחירן אחיד, כשלכן אני מסופק האם מדובר בחשש ממשי. כאמור, בהחלט סביר הרבה יותר שהמשמעות תהיה פיזור נזקים בין כלל האוכלוסייה, כשלכן לכל היותר תתעוררנה שאלות של סבסוד צולב בין אוכלוסיות. אולם ביחס לכך דומני שהטיעונים שלעיל ביחס לפיזור הנזק מצדיקים את הסבסוד הצולב. כמו כן, בהינתן נכונותו הנוכחית של משרד הבריאות להשקעה באוכלוסיות שזקוקות להתאמה,¹⁴¹ קיימות בין כה וכה עלויות יתירות ביחס אליהן, מה גם שהעלות שאני מקדם בדבריי היא נכונה וכדאית היא הן משיקולים מוסריים של שוויון הן משיקולים כלכליים, כאמור. זאת ועוד, נוכח העובדה שהצורך בהתאמה תרבותית של שירותים רפואיים הוא צורך שיאפיין באופן טיפוסי אוכלוסיות חלשות, כי אז מדובר בסבסוד צולב שבמסגרתו אוכלוסיות חזקות יסבסדו אוכלוסיות חלשות מהן. מעבר לכך

¹³⁵ שם.

¹³⁶ עניין פלונית, לעיל ה"ש 1, פס' 21 לפסק דינה של השופטת וילנר.

¹³⁷ שם.

¹³⁸ ראו לעיל בפרק ג.

¹³⁹ ראו במקורות שבה"ש 119 לעיל.

¹⁴⁰ ביחס לחשש זה ראוי לעיל בתת הפרק ג.3(א).

¹⁴¹ ראו לעיל בפרק ב.

שלפי מרבית הגישות מדובר בצעד חלוקה מחדש שהוא בהחלט לגיטימי ואף ראוי, הוא אינו מאוד שונה מהמיסוי הפרוגרסיבי שמאוד מקובל כיום. מפני שאין מדובר כאן בצעד חלוקתי שמשמעותו היא הקטנת העוגה הכוללת, ואף להפך, כפי שטענתי לעיל, דומה שלא מתעוררות במקרה זה ההתנגדויות הרגילות לשימוש במשפט הפרטי גם למהלכים חלוקתיים שמבוצעים באמצעות המשפט הפרטי.¹⁴²

כפי שעלה מהדיון בשיקולים השונים בנוגע להתאמתה של חובת הגילוי, גם תחת האפשרות של התאמת הגילוי ישנה משמעות ניכרת לשאלת אופי ההתאמה והיקפה. חלק משמעותי מהטיעונים בעד ההתאמה, כמו גם חלק מהמענות לטעמים הנגדיים, נבע מהדרך בה אני סבור שיש לעצב את חובת ההתאמה, וזאת הן ביחס להיקף המקרים עליהם היא תחול והן ביחס להיקף החובה עצמה. עתה אפנה להצגה מסודרת של עניינים אלה, ואציג כמה מהשיקולים המרכזיים שאותם יש לשקול בכל מקרה ומקרה בכדי להכריע האם מדובר במידע שחוסה תחת חובת ההתאמה, ובאיזו מידה.

ד. עיצובה בפועל של העוולה הנזיקית שבגין אי-התאמת הגילוי

לאחר הדיון הנורמטיבי ביחס להתאמתה התרבותית של חובת הגילוי, ארד עתה לפסים יותר מעשיים ואנסה לשרטט ולתחם את היקפה בפועל של התאמה זו. כפי שעלה זה מכבר, אינני טוען כי הרופא צריך להיות אחראי על הצגת כלל המידע שלו יהיה זקוק המטופל. חלף זאת, טענתי היא כי הפרמטר שאותו יש לבחון הוא השאלה מי הוא הגורם שלו הנגישות הרבה יותר למידע הנדון, ולכן: מי הגורם שהטלת האחריות עליו ביחס לחוסר המידע היא שתמנע את מירב מקרי הנוק. בהתאם לרציונל זה, בשורות הבאות אציג מספר פרמטרים שאותם לטעמי יש לקחת בחשבון שעה שנבחנת השאלה אם קם הצורך בהתאמה תרבותית במקרה ספציפי, פרמטרים המתמקדים בשאלה האם מדובר במידע שאותו נכון היה לצפות מהרופא להכיר וליידע אודותיו, או שמא אין מדובר במידע שכזה. לאחר מכן אתייחס גם לתוכנו ולאופיו של הגילוי כאשר אכן נדרשת התאמתו למאפייני המטופל. כך, אם כן, לפרמטרים שיוצגו משמעות בשני רבדים שונים: בשלב ראשון יהיה בהם כדי ללמד אם קמה חובה להתאמה תרבותית של הגילוי. בשלב שני, ככל שייקבע כי אכן קמה חובת להתאמת הגילוי, יעשה בהם שימוש לשם קביעת היקפו של גילוי זה.

במסגרת הדיון שלהלן אעשה שימוש בעיקר בסוגיית המידע הדתי, הסוגייה שנדונה בעניין **פלונית** ושמעתוררת לא מעט בבתי המשפט,¹⁴³ אולם דומני שהעקרונות שיעמדו בבסיס הדיון

¹⁴² להתנגדות הכללית ראו, למשל, Louis Kaplow & Steven Shavell, *Why the Legal System is Less Efficient than the Income Tax in Redistributing Income*, 23 J. LEGAL STUD. 667 (1994). גישה יותר אוהדת לחלוקה מחדש באמצעות המשפט הפרטי, ראו, Chris William Sanchirico, *Taxes Versus Legal Rules as Instruments for Equity: A More Equitable View*, 29 J. LEGAL STUD. 797 (2000); Daphna Lewinsohn-Zamir, *In Defense of Redistribution through Private Law*, 91 MINN. L. REV. 327 (2006).

¹⁴³ מעבר לעניין פלונית על גלגוליו השונים, ניתן למנות גם את המקרים הקרובים הבאים מהשנים האחרונות: עניין **אבו דאהש**, לעיל ה"ש 123 (בני זוג מוסלמים דתיים שבחרו ללדת ילד פגוע חרף אינדיקציות אבחנתיות ביחס לכך, ודחיית טענתם על כך שלא יודעו על בדיקת סקר טרום השרשה [PGS] שיכולה הייתה לאפשר להם להימנע מלידה זו גם תחת מגבלות אמונתם); עניין **רפאלוב**, לעיל ה"ש 123 (בני זוג מוסלמים דתיים שבחרו ללדת ילד פגוע חרף אינדיקציות אבחנתיות ביחס לכך, ודחיית טענתם בנוגע להתרשלות בראשית ההיריון שיכולה הייתה לאפשר להם את הפסקתו גם תחת מגבלות אמונתם); ועניין **עודה**, לעיל ה"ש 123 (בני זוג מוסלמים דתיים שבחרו ללדת ילד פגוע חרף אינדיקציות אבחנתיות ביחס לכך, ודחיית תביעתם על שרשלנות בבדיקות מוקדמות שנערכו מהם להפסיק את ההיריון תחת מגבלות דתם, בטענה שהבחירה המאוחרת שלא להפסיק את ההיריון מטעמים דתיים מנתקת את הקשר הסיבתי). ודוק: אלה אך המקרים שמצאו דרכם לבית המשפט ושאלו הסתיימו בפסק דין, כשסביר לכן שעל רבים אחרים לא ניתן לדעת באמצעות עיון בפסקי הדין. ועדיין, כמובן שפסיקה שתכווין אחרת את התנהגות הרופאים צפויה להשפיע גם במקרים אלה. עוד יש לציין ביחס לכך כי פסקי דין מסוג זה עוסקים לרוב באוכלוסיות הערביות והחרדיות, האוכלוסיות שהן בעלות שיעורי הילודה הגבוהים בישראל, וגם בכך יש כדי ללמד על ריבוי המקרים.

ושיעלו מבין שיטיו עשויים בהחלט להיות יפים גם להקשרי מידע חוץ-רפואי נוספים. כך למשל, לעתים יתעורר הצורך להציג בפני מטופלים משמעויות שעשויות להיות לטיפול מבחינת הצורך להסתייע בבני משפחה; מבחינת השפעות שעשויות להיות לטיפול ביחס לאפשרויות עיסוק מסוימות (כמו למשל בדוגמת הכנר שלעיל); מבחינת הצורך להשתמש בתרופות שנוסו על בעלי חיים, ועוד כיוצא באלו שיקולים חוץ-רפואיים.¹⁴⁴

1. שיקולים ביחס לחובת ההתאמה

כנזכר, הקריטריון המרכזי לשיטתי עבור ההכרעה בדבר הצורך בהתאמה תרבותית הוא קריטריון זמינות המידע. ביחס לקריטריון זה שרטטתי לעיל, בטבלה 1, את ההכרעות הרצויות לדעת בארבעת סוגי המצבים האפשריים.¹⁴⁵ עתה אפנה לשיקולים הספציפיים, אשר ביכולתם לסייע הן לזיהוי המשבצת המתאימה בטבלת המקרים, והן להכרעה – מטעמים החורגים משאלת זמינות המידע – במקרים שאותם לא ברור היכן יש למקם בטבלה.

שיקול ראשון הוא אופי המידע החוץ-רפואי. כנזכר, אינו דומה מידע חוץ-רפואי "טהור" למידע חוץ-רפואי הקשור בקשר הדוק להיבטים רפואיים וטיפולים. כך למשל, בפקס הדין בעניין **פלוגית** דובר על מגבלה דתית על משך הזמן בו ניתן לבצע הפסקת היריון. מידע שכזה בהחלט אינו מידע דתי "טהור", אלא הוא מידע הקשור אינהרנטית לשאלת הטיפול שהתאים למטופלת. למעשה, המידע החוץ-רפואי שהצורך בגילוי עשוי להתעורר כחלק מהגילוי שבמסגרת הטיפול הוא מעצם טבעו מידע שאיננו מידע חוץ-רפואי "טהור" אלא כזה הקשור בטיפול הרפואי. אולם דומני כי בכל זאת חשוב להציג זאת כקריטריון לגילוי, וזאת בשל שתי סיבות. ראשית, הגם שהמידע לא יהיה מידע חוץ-רפואי "טהור", עדיין מידת קשרו וזיקתו לטיפול הרפואי נראית כעניין של מידה, כך שעשויות להיות עוצמות קשרים שונות במצבים שונים. בהתאם לעוצמת הקשר נכון יהיה לקבוע האם אכן מדובר במידע שהרופא חב היה בגילוי אם לאו, כמו גם מהו היקף הגילוי הנצרך. שנית, הבחנה זו נועדה להתמודד עם טיעון נגדי מרכזי לעמדותי שלפיו אין זה נכון לחייב את הרופא בגילוי של מידע שאינו נוגע לתחומי מומחיותו. עסקתי בטיעון זה וניסיתי להשיב לו בהרחבה לעיל,¹⁴⁶ וחלקה הארי של התמודדותי היה האמירה לפיה באמת לא יידרש כל רופא להכיר ולגלות כל מידע חוץ-רפואי, אלא רק כזה שקשור בטיפול. זאת, שכן ככל שהמידע מקושר יותר לטיפול הרופא צפוי להיחשף אליו באורח יותר משמעותי, כשלכן המידע המבוקש יהיה יותר נגיש לו ואף יהיה קל יותר להעביר תכנים מסוג זה לרופאים במסגרת הכשרתם או כחלק מהשתלמויות. דומני שהעמידה על כך מחלישה באורח משמעותי את כוחו של הטיעון הנגדי המתואר.

שיקול שני הוא קהל היעד שאליו פונה נותן השירות הרפואי וחשיבות המידע הנדון עבור קהל יעד זה. אינו דומה המידע שאותו תידרש להכיר ולמסור רופאה בבית"ר עילית, לזה שאותו תמסור רופאה אחרת באום אל פאחם לזה שאותו תמסור רופאה שלישית בגבעתיים. הטיעון בדבר התאמה תרבותית אין משמעו כי באורח אוטומטי על כל נותן שירות רפואי לדעת מה ששייב לכל מטופל שעשוי לבוא בשערי מרפאתו. חלף זאת, הטענה היא שעליו להתאים לאוכלוסיות הספציפיות שאכן מקבלות ממנו שירות באורח טיפוסי ושכיח. לפיכך, יש לבחון אם המידע שמתנהל דיון בחובת גילוי

¹⁴⁴ להתייחסות להיבטי הסובייקטיביזציה שבהצעת ראו לעיל, בה"ש 107.

¹⁴⁵ ראו לעיל בפרק 2, בטקסט הסמוך לה"ש 121. בכך הגישה המוצעת במאמר נובעת מהדיון התיאורטי ביחס למקרים בהם מתאימה חובת גילוי.

¹⁴⁶ ראו בפרק 3 לעיל.

הוא כזה הנוגע לאוכלוסייה שמהווה את עיקר קהל היעד של נותן השירות הרפואי, או שמא אין הדבר כן. למותר לציין כי קריטריון זה עשוי להגביל באורח משמעותי את היקף הדרישה להתאמה התרבותית, ולכן גם את הקושי לעמוד בה: שוב אין מדובר בהתאמה נרחבת ומקיפה לכלל האוכלוסיות בישראל, אלא המדובר הוא בהתאמה לקבוצות הספציפיות שאכן מקבלות שירות רפואי באורח שגרתי במוסד שבו עסקינן.

שיקול שלישי הוא מידת מרכזיותו של המידע החוץ-רפואי. אף כאן מדובר בסיוג משמעותי להיקף חובתו של נותן השירות הרפואי, סיוג שגם בו יהיה כדי להקל בעוצמת הדרישה. הרופא אינו נדרש להכיר כל היבט חוץ-רפואי שעשוי להתקשר באורח כלשהו לטיפול שאותו הוא מספק. הוא כן נדרש להכיר את המידע ולספק אותו ככל שמדובר במידע שהוא יותר משמעותי ומרכזי. משמעותיות ומרכזיות אלה יבואו לידי בחשיבות שמייחסת למידע זה אוכלוסיית היעד של הגורם הרפואי באופן טיפוסי, בשכיחות היקרותם של המקרים בהם משחק מידע חוץ-רפואי זה תפקיד משמעותי, ובעוד כיוצא באלה שיקולים.

שיקול רביעי הוא האם ועד כמה היו ברורים מאפייניו של המטופל שבגינם יהיה נחוץ לו המידע החוץ-רפואי הנדון.¹⁴⁷ ישנם בהחלט מקרים בהם השתייכותו של המטופל לקבוצת אוכלוסייה מסוימת עשויה להיות ניכרת בלא מאמץ ובירור. כמובן, השתייכות נחזית זו לא יהיה די בה עבור החלטתו של הרופא אם ובאיזה אופן להתאים את הטיפול הרפואי. כנזכר, לעיל הצטרפתי גם אני לראייתו השלילית של בית המשפט את אפשרות ההתאמה הרפואית הסטיגמטית.¹⁴⁸ הכוונה היא שבמקרים בהם מתעורר יסוד סביר להניח השתייכות מסוימת של המטופל, כי אז עשויה להתגבר הדרישה מהרופא לשאול את המטופל ביחס לכך ולברר את הדברים מראש. יתירה מכך, עשויים להיות גם מקרים בהם יספר המטופל מיוזמתו לרופא המטפל על השתייכותו לקבוצה פלוגית או על ערכים מסוימים שהם בעלי משמעות עבורו.¹⁴⁹ בתי המשפט יצטרכו לתת דעתם על השאלה האם מובנת וברורה הייתה החשיבות שייחס המטופל למידע חוץ-רפואי מסוים, או שמא לא יכול היה הרופא לצפות זאת ולכן גם היה מקום פחות מצידו של הרופא לברר עם המטופל בדבר אפשרות הצורך שלו בהתאמות מסוימות. למותר לציין כי אף שיקול זה איננו בלעדי, כך שגם בהיעדר מאפיינים חיצוניים המטים לטובת בירור מצידו של הרופא, עדיין עשוי לקום צורך בבירור מסוג זה. זאת, בכפוף לשאלה אם ובאילו מידה מתקיימים ארבעת השיקולים הנוספים.

שיקול חמישי, הנוגע בהקשרים שהם רחבים מסוגיית ההתאמה התרבותית, נוגע למצבים בהם מתגברת דרישת הגילוי. כך למשל, נקבע בפסיקה כי אופי הגילוי ותוכנו מושפעים גם מחומרת הסכנה לחיי המטופל ומהנזק שעשוי להיגרם לו. ככל שהאחרונים מתגברים, כך עולה רמתו ופירוטו של הגילוי הנדרש.¹⁵⁰ באופן דומה, נקבע שהיקף הגילוי גדל כאשר מדובר על טיפול חדשני או על טיפול אלקטיבי, וכן כאשר הטיפול מבוצע במסגרת פרטית.¹⁵¹ דומה שאחד מהיבטיה של

¹⁴⁷ שיקול זה קרוב לגישתו הכללית של השופט עמית שקרא לבחון את הגילוי הדרוש על פי מצבו של החולה הסביר בנעלי החולה המסוים, אך בהתאם למה שיכול היה להבין ביחס לכך הרופא הסביר. עניין קדוש, לעיל ה"ש 71, פס' 50–51 לפסק דינו של השופט עמית.

¹⁴⁸ ראו לעיל בתת הפרק ג(ב).

¹⁴⁹ דוגמה כזו מתאר השופט הנדל בפסק דינו בעניין פלוגית, לעיל ה"ש 1.

¹⁵⁰ ע"א 2245/91 ברנשטיין נ' עטיה, פ"ד מט(3) 709 (1995); כרמי בריאות ומשפט, לעיל ה"ש 16, בעמ' 1119.

¹⁵¹ ראו, למשל, ע"א 522/04 מרכז לייזר לנתוחי קרנית בע"מ נ' דיראוי, פס' 15–16 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) ריבלין (נבו 28.6.2005); ע"א 1615/11 מרפאת עין טל – מרכז לרפואת עיניים נ' פינקלשטיין, פס' 8 לפסק דינו של השופט עמית (נבו 6.8.2013).

ההתגברות המתוארת של חובת הגילוי עשוי להיות מידת ההתאמה התרבותית שאליה יידרשו הגורמים המטפלים – במקרים אלה יהיה נכון להגביר את הדרישה מהצוות הרפואי ולוודא ביתר זהירות כי המטופל אכן מודע לכלל העניינים שהם בעלי משמעות עבורו.

למותר לציין כי אין מדובר ברשימת שיקולים סגורה, אלא אך כזו שנועדה למקד את הדיון במספר סוגיות קונקרטיות שהן בעלות משמעות עיקרית ביחס להתאמת הגילוי. האמירה המשמעותית היא שלא כל התאמה אכן נחוצה היא, ושלא בכל מקרה ומקרה אכן תקום חובת התאמה לרופא, אלא שיש לבחון כל מקרה לאור נסיבותיו. ניתן אפוא לראות בכך חלק אינטגרלי מדרישת הסבירות הכללית של דיני הנזיקין: הרופא אינו נדרש לכל התאמה ובכל המצב, אלא אך להתאמה סבירה. בהקשר הנוכחי של חובת הגילוי השיקולים שנמנו לעיל הם שעשויים להיות בעלי משקל עיקרי עבור בחינתה של סבירות זו, כך שהיא לא תישאר כמילה ריקה שאינה אומרת הרבה.

2. היקפו של הגילוי

לאחר העיסוק בשיקולים לקביעה האם אכן נדרשה התאמה של המידע למאפייניו של המטופל, יש לעסוק גם באופיו ובתוכנו של הגילוי שצריך להימסר במצבים אלה. אף כאן אני סבור כי הרציונל המנחה צריך להיות זמינותו של המידע הנדון. בהתאם לכך, השאלה המרכזית תהיה כיצד ניתן יהיה להבטיח את הנכחתו של המידע במסגרת קבלת ההחלטות בכל מקרה ומקרה, תוך איזון עם משאביה המוגבלים של המערכת הרפואית ותוך הימנעות מדרישה לא הגיונית ולא הוגנת שתוצב בפני הגורמים המטפלים. דברים אלה קשורים לנקודת המוצא שמצויה בבסיס כלל העיסוק בסוגייה: ככל שיעובה הגילוי שאותו יידרשו הרופאים למסור, כן יכבד הנטל עליהם מחד, וכן יעמוד לרשות המטופלים מידע רב יותר, מאידך. לאורה של הבנה זו ארצה להציע את נקודת האיזון הבאה: במרבית המקרים בהם עשויות להתעורר סוגיות חוץ-רפואיות יידרשו הגורמים המטפלים לגילוי כללי ביותר, שבהקשר הדתי עשוי להתמצות בהפניית המטופל לייעוץ אצל איש דת שבו הוא נותן אמון.¹⁵² זאת, בצורה שהיא דומה לגילוי שאותו מתווה חוק מוות מוחי-נשימתי שנזכר לעיל.¹⁵³ לצד זאת, ייתכנו גם מקרים, בהם מתמלאים מספר רב יחסית של פרמטרים מאלה שלעיל ובצורה ניכרת, כאשר אז תעובה חובת הגילוי והצוותים הרפואיים יידרשו למסירת מידע שיהיה אף יותר קונקרטי ומשמעותי מההצבעה על הסוגייה הדתית וממתן ההמלצה לקבלת ייעוץ.

ביחס למקרים אלה, תהיה משמעותית במיוחד בחינתם של שלושת הראשונים מבין הפרמטרים: מידת זיקתו של המידע החוץ-רפואי לטיפול הרפואי; אופיו של קהל היעד הטיפוסי של נותן השירותים הרפואיים; ומידת מרכזיותו של המידע החוץ-רפואי. כך, כאשר מדובר במידע הקשור הדוקות לטיפולים הרפואיים, כאשר חשיבותו של המידע רבה עבור קהל לקוחות של הגורם המטפל, וכאשר מדובר במידע חוץ רפואי מרכזי ובלוט, בהחלט גוברת ההצדקה לוודא שהמידע יגיע אל המטופל, ומן הצד השני – נחלש משמעותית החשש מכך שמדובר בדרישה לא הגיונית וקשה מדי כלפי הרופאים. זאת, שכן במצבים אלה לא אחת מדובר יהיה גם במידע שהוא בעל חשיבות רבה למטופלים, כאשר גם בסבירות רבה יותר הוא יגיע אל הגורמים הרפואיים ממילא ואף בלא

¹⁵² כזה הוא הגילוי שמשרטט בקווים ראשוניים השופט הנדל בפסק דינו. עם זאת, יש לומר שדבריי ברשימה נבדלים מגישתו של השופט הנדל בעניין מרכזי: מעבר לכך שהשופט הנדל צירף עצמו לדעת הרוב, חרף הסתייגותו, בעוד שאני טוען להכרעה אלטרנטיבית, השופט הנדל גם תיאר את גילוי המידע הדתי כעניין שיהיה לגיטימי וטוב מצידו של הרופא, אך לא כחובה שתוטל עליו (וזאת בשונה מגישתם של השופטים וילנר ומינץ שממש תיארו את כניסתו של הרופא לתחומי הדת ככניסה מסוכנת ומזיקה). לעומת זאת, אני טוען שמדובר ממש בחובה המושתת על הרופאים בהקשרים מסוימים.

¹⁵³ ראו בפרק 3 לעיל, בטקסט הסמוך לה"ש 125–126.

מאמצים ניכרים. דוגמה בולטת לסוג מקרים זה היא סוגיות של פיריון ושל מעקבי היריון, ואשוב אליה מיד להלן כשאעסוק ביישום הקריטריונים על עובדות המקרה בעניין **פלונית**.¹⁵⁴

עתה אשוב למצב הטיפוסי, בו יידרשו הגורמים המטפלים להתאמה מצומצמת, וביחס לכך אבקש לטעון כי במצב זה יידרשו הצוותים הרפואיים לגילוי רחב של המידע הרפואי. כפי שנוכר לעיל, בעניין **פלונית** הבחין בית המשפט, עקרונית, בין מסירת מידע דתי לבין התאמת מידע רפואי לצרכים דתיים, אך לבסוף קבע כי הצוותים הרפואיים אינם נדרשים לא לכך ולא לכך.¹⁵⁵ גם אם בסוג מצבים זה אף אני סבור כי המידע הדתי שאותו ידרשו למסור הצוותים הרפואיים הוא כה מצומצם עד כי הלכה למעשה מדובר כמעט על מצב בו לא יימסר מידע **דתי**, כן יהיה צורך במסירת מידע **רפואי** שאולי תהיה נרחבת מהרגיל. זאת, עבור מניעת מצב בו ימצא עצמו המטופל נופל בין הכיסאות. ההפניה לייעוץ אכן תביא לכך שאת המידע החוץ-רפואי יקבל המטופל ממי שעיסוקו בכך. ברם, ככל שהרופא כלל איננו מתאים את המידע הרפואי למאפייניו החוץ-רפואיים של המטופל, עשוי להיווצר מצב בו חרף ההיוועצות באיש המקצוע הרלוונטי לסוגייה החוץ-רפואית עדיין לא יקבל המטופל את ההחלטה הטיפולית האופטימלית עבורו. זאת, מפני שאיש הדת צפוי שלא לדעת על כלל אפשרויות הטיפול שעומדות למטופל, ולכן סוג מידע זה לא ניתן יהיה לקבל ממנו. על כן, אם להשתמש בהבחנה האמורה ששורטטה בעניין **פלונית**, התאמת המידע הרפואי לצרכים החוץ-רפואיים תיוותר בעינה, והיא תיעשה באופן הבא: לצד הפניית המטופל לייעוץ אצל גורם בר-סמכא עבורו בכל הנוגע למידע החוץ-רפואי, גם יפרשו בפניו האפשרויות הטיפוליות השונות. משמעות הדברים תהיה כי הרופאים יידרשו להצגה רחבה של אפשרויות הטיפול השונות בפני המטופל, דרישה שאותה למעשה הציבה הפסיקה בפניהם זה מכבר, ואף תוך עמידה על כך שהדברים נובעים מהאפשרות הסבירה לכך ששיקולים חוץ-רפואיים ישחקו תפקיד מרכזי בשיקוליהם של המטופלים.¹⁵⁶ כמובן שהמידע אודות אפשרויות הטיפול השונות הוא מידע שמצוי ממילא בידיהם של הרופאים, ולכן דומה שהטלת החובה האמורה לא יהיה בה משום נטל כבד מדי על כתפי הרופאים.

כפי שנטען לעיל, חשיבה על אופיו זה של הגילוי הדרוש עשויה להקנות משמעותית את החששות מחובה שתהיה נרחבת מדי ולכן לא הוגנת או בלתי אפשרית כלפי הרופאים. במקרים רבים הגילוי אליו יידרש הרופא – כמו גם הידע שיעמוד בבסיסו של גילוי זה – יהיו מינימליים ביותר. לצד זאת, במצבים בהם יידרש הרופא למסירת מידע משמעותית יותר, מדובר יהיה במקרה בו שלל טעמים מטים לכך שהמידע אכן יהיה זמין לו, גם באופן יחסית מפורט ומבורר, ובצורה שלא תצריך ממנו התעמקות נרחבת בעניינים שמצויים מחוץ לתחומי עיסוקו.

3. יישום הקריטריונים על עובדות עניין פלונית

עתה איישם את הקריטריונים ואת אופן הגילוי המוצעים על עובדות המקרה בעניין **פלונית**. המידע אודות המורכבות הדתית שבהפסקת ההיריון הוא בהחלט איננו מידע חוץ-רפואי "טהור", אלא מדובר במידע המקיים קשר הדוק לטיפול הרפואי. כנוכר, דובר במרפאה שפעלה בעיר נצרת ושקהל היעד אליו היא פנתה היה קהל יעד מוסלמי. המידע בו עסקינן הוא מידע שהוא בעל חשיבות בדיוק עבור קבוצה זו. אשר למרכזיות המידע, עיסוקן של הדתות השונות, וביניהן גם הדת המוסלמית,

¹⁵⁴ פרק ד3 להלן.

¹⁵⁵ ראו לעיל בפרק א.

¹⁵⁶ עניין **גריסטל**, לעיל ה"ש 94, בפס' 8 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין.

בענייני הפסקת היריון הוא בהחלט נודע ומוכר. כאמור, מדובר אף בעניין המתעורר באורח תדיר,¹⁵⁷ ושכעולה אף ממחקריו של הרופא שעניינו נדון בפסק הדין – מדובר בנושא שישנה ממש ספרות רפואית מקצועית המוקדשת לו.¹⁵⁸ בכל הנוגע למאפייניה של המטופלת, מטבע הדברים פרטי המקרה הספציפיים אינם ידועים לי. עם זאת, דומה שניתן לומר כי לכל הפחות במקרים רבים הדומים לעניין **פלונית** יכולים היו להתקיים מספר מאפיינים שהיה בהם כדי להביא למודעות הרופא את מאפייניה של המטופלת שבגינם יהיה חשוב לה המידע בו עסקין: שמה ושמו של בן זוגה; מקום מגוריה; שפתה; פריטי לבוש שעשויים להיות אופייניים להשתייכותה הדתית ועוד כיוצא באלו פרטים.¹⁵⁹ לבסוף, אם עסקין בחשיבותו של הטיפול ובתוצאותיו, כי אז הגם שאין מדובר בסכנת חיים ישירה למטופלת האם, עדיין נראה שמעקבי היריון שמשמעותם עשויה להיות לידתו של ילד עם מוגבלות הם טיפולים שלהם משמעות רבה ביותר ביחס לחיי מטופלים.¹⁶⁰ אם כן, דומה שבחינת הקריטריונים שזכרו לעיל מטה לכך שעמדה לרופא חובה להתאים את הגילוי אותו מסר למטופלת למאפייניה הייחודיים.

קעת לשאלה הבאה: מהו אופי הגילוי שאותו נדרש הרופא למסור בפני המטופלת? כאן דומני שמדובר במובהק על סוג המקרים בהם יידרש הגילוי המוגבר: עסקין במידע שקשור הדוקות בטיפול הרפואי, הוא מאפיין את קהל לקוחות המרפאה, והוא בהחלט מידע חוץ-רפואי מרכזי ובוטל. ואכן, עובדות מקרה זה מבהירות היטב כי המידע היה נגיש וידוע לצוותים הרפואיים, ואף ברור כמה שהוא היה בעל משמעות לחייהם של בני הזוג. על כן, דרישה מהרופאים להצגת הסוגייה בפני המטופלת ובן זוגה, וברמת פירוט שתנסה להבטיח ככל הניתן כי הדברים אכן ברורים וידועים לשניים, בהחלט הייתה יכולה להביא להחלטה רפואית טובה בהרבה, וזאת בלא דרישה מוגזמת או קשה במיוחד מהצוותים הרפואיים.

באופן ספציפי, נראה שבמקרה זה השוני המשמעותי ביותר בין הגילוי שנמסר למטופלת בפועל – ושזכה לגיבוי של בית המשפט – לבין זה שאליו היה מכווין מאמר זה, נוגע לבדיקת ה-FISH.¹⁶¹ אילו היו נשקלים השיקולים שעליהם מצביע המאמר, ובהתאם לכך היו מתאימים הרופאים את הגילוי ואת הצגת האפשרויות הטיפוליות למאפייניה הייחודיים של המטופלת, הגילוי שהיה מוצג בפניה היה בהחלט שונה – הוא היה כולל יידוע גם בדבר בדיקת ה-FISH, וזאת במועד בו עוד ניתן היה לקיימה בצורה שתהיה אפקטיבית גם בהתחשב באורח חייה ובאמונתה של המטופלת. דומה שאילו גילוי קצר זה היה מתבצע בזמן, חייהם של המטופלת ושל בן זוגה עשויים היו להיות שונים כיום באורח ניכר.¹⁶²

¹⁵⁷ ראו לעיל בה"ש 123.

¹⁵⁸ פסיקת המחוזי, לעיל ה"ש 9, פסי' 20.

¹⁵⁹ כפי שזכר לעיל, מאפיינים אלה צריכים היו להביא את הרופא לביורר עם המטופלת בדבר רצון אפשרי שלה בהתאמת הטיפול, אך כמובן לא להסקה ישירה של מסקנות סטיגמטיות וניהול הטיפול על פיהן.

¹⁶⁰ ביחס לחשיבותו של הגילוי בהקשרים אלה, מן הראוי להביא את דבריה של השופטת (כתוארה אז) חיות בעניין **סידי**, בהם תואר רצונם של הורים לקבל כל פיסת מידע אפשרית שעה שמדובר על בדיקות עובריים בהיריון: "נראה לי כי כאשר מדובר בבדיקות המבוצעות במהלך ההיריון והמיועדות לאתר מומים בעובר, מותר להניח כי קיימת אצל כל הורה ציפיה 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. זאת, תוך שקלול כל הנתונים הרלוונטיים לעניין, ובהם עלויות הבדיקה, הסיכון הכרוך בבדיקה ומידת ההסתברות להימצאות אותו הפגם בעובר הספציפי." עניין **סידי**, לעיל ה"ש 4, בעמ' 610.

¹⁶¹ ראו על כך לעיל בפרק א.

¹⁶² חשוב לומר כי אפילו היו בני הזוג בוחרים להימנע מהפסקת ההיריון, עדיין עשוי היה להיות בכך הבדל גדול מבחינתם. אינו דומה מי שמקבל הכרעה מבחירה ומתוך מידע מלא למי שמוצא עצמו "עבד" לנסיבות החיים ולהחלטות שהתקבלו עקב חוסר במידע. בכך היה מוגן באורח משמעותי אינטרס האוטונומיה של בני הזוג שאף בחירה אפשרית שלהם להמשיך בהיריון הייתה נצבעת בצבעים שונים בתכלית.

ה. סיכום

ברשימה דנתי בשאלות הנוגעות בהיקף התפרשותה של חובת הגילוי הרפואית ביחס למידע שהוא אמנם חוץ-רפואי אך כזה שניתן לתארו כמצוי בפריפריה הרפואית – מידע שהוא אינו רפואי-מקצועי באופן בלעדי, אולם קשור בעניינים חוץ-רפואיים המשקים להליכים הרפואיים ושלובים בהם. הדיון התנהל לאורו של פסק הדין בעניין **פלונית**, שבו הוצפו שאלות אלה בהקשר של מעקב הריון, ושבו הן נענו בשלילה כמעט גורפת.¹⁶³ טענתי למספר בעיות וקשיים שמעוררות הפסיקה ב**פלונית** והנמקותיה, ובעיקר לצורך באימוצה של חובת התאמה תרבותית שתוכר כדיני הנזיקין. זאת, עבור רתימתם של דיני הנזיקין למהלך חברתי חשוב ומשמעותי של הנגשת שירותי הרפואה למיעוטים ולאוכלוסיות חלשות, יעד שאלי מנסה משרד הבריאות להתקדם זה מכבר. לאחר מכן עברתי לבחינת יישומה של חובת ההתאמה בהקשר הספציפי של חובת הגילוי הרפואית, שם טענתי כי תכליות הגילוי ושיקולי מדיניות שונים מנביעים אף הם את הצורך בהתאמתו התרבותית. לבסוף, שרטטתי בקווים ראשוניים שיקולים שבאמצעותם ניתן יהיה לקבוע בכל מקרה ומקרה האם קמה בו חובת ההתאמה ומהו היקפה.

מטבע הדברים, חובת ההתאמה התרבותית עשויה לבוא לידי ביטוי בהיבטים נוספים שהם מעבר לסוגיות של גילוי ומעבר להקשרים דתיים בלבד, וכן בסוגיות רפואיות נוספות על סוגיות מעקבי ההיריון.¹⁶⁴ אמנם נגעתי בכך והתייחסתי לחובה גם באופן כללי, אולם דומה שנתרה עוד עבודה ניכרת בשדות אלה. תקוותי היא שרשימה זו תהווה פתח לחשיבה נוספת גם ביחס לכך. זאת, ראשית, באמצעות יצירת התיווך והקישור בין הספרות והגישות הטיפוליות אודות חיוניות ההתאמה לקידומן של אוכלוסיות מוחלשות, לצמצום פערים בריאותיים ולהנגשת שירותי הרפואה לבין הספרות המשפטית, תיווך ושיח שהיעדרם בלט לטעמי בפסיקה בעניין **פלונית**; ושנית, באמצעות יצירת המצע העיוני והתיאורטי לקליטתה של ההתאמה התרבותית לתוך דיני הגילוי בפרט, ולתוך דיני הנזיקין והרשלנות הרפואית בכלל.

¹⁶³ זאת, כנראה, למעט החרוג המצומצם שהציגה השופטת וילנר, וכן למעט עמדתו של השופט הנדל אשר נכון היה במידה רבה בהרבה להרחבה זו של חובת הגילוי, אך קיבל את הכרעתם האופרטיבית של השופטים וילנר ומינץ במקרה הנוכחי. על אלו ראו לעיל בה"ש 12 ו-152 (בהתאמה).

¹⁶⁴ דוגמאות אפשריות בולטות הן למשל מצבי מוות מוחי ותרומת איברים.