

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 בבית המשפט העליון בלאו גורף. ברשימה נבחנת הפסיקה בעניין פלונית בכמה 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 ייכללו 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 competence) וכן על מאפיינים של הטיפול הרפואי שמצריכים סנקציות נזיקיות שתגבינה את חובות המטפלים. ברובד השני, ומתוך תפיסה שלפיה את ההתאמה התרבותית יש לבחון בכל 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 בנוגע 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 ומסורטטת בה בקווים ראשוניים ההתאמה התרבותית של חובת הגילוי הרפואית – מוצגים מספר שיקולים ופרמטרים שאותם יש לבחון עת נדונה השאלה אם קמה חובת התאמה תרבותית ואם הפרתה היא רשלנות רפואית.

מבוא. א. עובדות המקרה בעניין פלונית והשאלות שהוא 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 קיימות.

* בעת הגשת המאמר לפרסום היה הכותב תלמיד שנה ג בפקולטה למשפטים שבאוניברסיטה העברית בירושלים. 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, הדס פירר-אש ותאיר אטיאס, על עבודתם המסורה ועל תרומתם הניכרת לגרסתו הסופית של המאמר.
1 ע"א 8710/17 פלונית נ' שירותי בריאות כללית (נבו 6.8.2019).

ג. חובת ההתאמה התרבותית בהקשר הספציפי של ההסכמה מדעת ושל חובת הגילוי.
 1. חובת הגילוי והסכמה מדעת: תיאור כללי. 2. האם על הגילוי להתייחס גם לשיקולים לבר-רפואיים? טעמים בעד ההרחבה. 3. טעמי נגד לגישתי: הנמקות פסק הדין בעניין פלונית והתמודדות עימן. ד. עיצובה בפועל של העולה הנויקית שבגין אי-התאמת הגילוי.
 1. שיקולים בנוגע לחובת ההתאמה. 2. היקפו של הגילוי. 3. יישום הקריטריונים בעבודות עניין פלונית. סיכום.

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 של זכות זו נקבע שדרושה הסכמתו של אדם לכל הליך רפואי שאותו יעבור, ושעל הסכמה זו להיות "הסכמה מדעת".³ קרי, עליה לבוא לאחר קבלת מידע מקיף וממצה על הפרוצדורה הצפויה, על סיכונים ועל סיכוייה.⁴ כחלק מכך אף נקבע כי מחובתו של רופא להציג לפני המטופל אפשרויות טיפול חלופיות, אם ישנן, ובהן גם כאלה המוצעות במסגרת הרפואה הפרטית ואף מעבר לים.⁵

אם כן, לגורם המטפל אחריות מסוימת להספקת המידע שיהיה דרוש למטופל לצורך גיבושה של ההסכמה מדעת לפרוצדורה שאותה יעבור. כיוון שכך, מתעוררות כמה שאלות בדבר אופיו והיקפו של המידע שאותו נדרש הרופא לספק למטופל לפי דרישת גילוי זו. פסק הדין בעניין פלונית,⁶ שלעיון בו ובסוגיות שאותן הוא מעורר תוקדש הרשימה, עוסק בכמה משאלות אלה, הנוגעות ספציפית למצב שמדובר בו במטופל דתי: (1) האם כחלק מחובת הגילוי נדרש רופא להציג לפני מטופל מידע דתי הנוגע למגבלות שיש בדתו של המטופל על הטיפולים? (2) האם על הרופא להתאים את המידע הרפואי שהוא מספק לדתו של המטופל? ואם שתי השאלות הקודמות תענינה בשלילה, (3) האם יהיה דין שונה לרופא שנוהג להציג לפני מטופליו פרטי מידע אלה, כך שאותו רופא יהיה מחויב לנהוג באופן זה כלפי כלל מטופליו והימנעות מהצגת המידע תיחשב לרשלנות מצידו (גם אם אלמלא אותו נוהג מוקדם שלו לא הייתה באי-הגילוי משום רשלנות)? בית המשפט העליון (השופטים

2 בעיקר ס' 1–2, 4–5 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. ראו גם אהרן ברק כבוד האדם – הזכות החוקתית ובנותיה כרך א 245–254 (2014); ע"א 2781/93 דעקה נ' בית החולים "כרמל" חיפה, פ"ד נג(4) 526, 573–570 (1999).

3 ראו שם, בעמ' 590; ע"א 4384/90 ואתורי נ' בית החולים לניאדו, פ"ד נא(2) 171, 181–182 (1997); ע"א 6153/97 שטנדל נ' שדה, פ"ד נו(4) 746, 753–758 (2002); ע"א 2124/12 שירותי בריאות כללית נ' פלונית, פס' 1 לפסק דינה של השופטת חיות (נבו 30.10.2014). כן ראו נילי קרקר-אייל "דוקטרינת ההסכמה מדעת" – עילת התביעה הראויה מקום שבו הופרה זכות המטופל לאוטונומיה" הפרקליט מט 181, 182 (2007) (להלן: קרקר-אייל "ההסכמה מדעת").

4 פרק ד לחוק זכויות החולה, התשנ"ו–1996. ראו גם למשל ע"א 3108/91 רייבי נ' ויגל, פ"ד מז(2) 497, 505–509 (1993); 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).
 6 עניין פלונית, לעיל ה"ש 1.

וילנר, הנדל ומינץ) השיב על שלוש שאלות אלו בשלילה וקבע כי חובותיו של הרופא מתחממות אך לתחום הרפואי.⁷

ברמות הפשטה והכללה גבוהות יותר, ניתן לתאר את השאלות שנזכרו כנסבות על שאלת מידת ההתאמה שנדרש הרופא לבצע במידע שהוא מוסר למטופל, כאשר ההתאמה בה עסקינן היא התאמה הנוגעת למאפייניו התרבותיים והלבר-רפואיים של המטופל. כנזכר, בית המשפט הגביל בהכרעתו את חובות הגילוי שמוטלות על הרופא להקשרים רפואיים בלבד, ובכך למעשה 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 לקבוצות אוכלוסיית היעד השונות, התאמה המכונה בספרות המקצועית "כשירות תרבותית".⁸ אטען כי חובה זו מתאימה לתכליותיהם של דיני הנזיקין, ולפיכך יהיה נכון 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 של חובת ההתאמה הכללית של השירותים הרפואיים צריכה להיות התאמתם של הגילויים ושל המידע המסופקים למטופלים לתרבותם ולאורח חייהם. אם נשוב לעובדות המקרה בעניין **פלונית** ולביטויה הספציפי של ההתאמה שנדון בו – גילוי הנוגע לאמונתה הדתית של המטופלת, אטען כי חובת ההתאמה מנביעה בין היתר את חובת גילוי המידע הדתי וכן את התאמתו של המידע הרפואי שנמסר למטופלת למאפייניה הדתיים.

ניתן 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 על חובת הגילוי הרפואית; ובמעגל הפנימי והספציפי ביותר מצויה שאלת התאמת הגילוי למאפייניו הדתיים של המטופל, הסיטואציה הספציפית שהתעוררה בעניין **פלונית**. שלושת המעגלים יידונו ברשימה. **בפרק הראשון** אתאר את עובדות המקרה בעניין **פלונית**, את השאלות שהתעוררו בו ואת ההכרעות בעניינן. לאחר מכן, **בפרק השני**, אציג את חובת ההתאמה התרבותית שלה אני טוען. אעשה כן בזיקה למובנה הרחב ביותר של חובת ההתאמה, מובן השייך לכלל היבטי הטיפול. חובה זו, כך אטען, נכון שתכונן בידי בתי המשפט, וזאת מכוחם של שיקולי מקרו חברתיים הנוגעים לחשיבותם של שירותי הבריאות ושל התאמתם לקבוצות האוכלוסייה השונות, וכן בשל ניסיונותיו של משרד הבריאות להכווין את נותני השירותים הרפואיים אל עבר יעדים אלה. נוסף על כך, אטען גם כי חיוני שהחובה תקבל אופי נזיקי ו"תג מחיר" בדמות פיצוי במקרי הפרתה. **בפרק השלישי** אפנה לביטויה 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 נראה שחובת בת ספציפית זו תהיה אחד מביטוייה המרכזיים של חובת ההתאמה הכללית. בפרק זה גם אדון בשיקולים השונים בכל הנוגע לחובה נזיקית להתאמתם של הגילויים הרפואיים. **הפרק**

7 השופט הנדל הסכים לתוצאה האופרטיבית ולמרבית הקביעות, אך הסתייג מכמה מדבריה של השופטת וילנר. עוד על גישתו של השופט הנדל ראו להלן בה"ש 152.

8 ראו תת-פרק ב.2 להלן, ובייחוד במקורות המוזכרים להלן בה"ש 23.

הרביעי יוקדש לסרטוט המקרים שבהם יהיה נכון לטעמי לדרוש את התאמתו של הגילוי הרפואי וכן לסרטוט היקפה של חובה זו, והוא יתבסס על התובנות מהדיון שקדם לו. לבסוף, סיכום קצר יאסוף את הדיון.

א. עובדות המקרה בעניין פלונית והשאלות שהוא מעורר

היות שעובדותיו של עניין פלונית ממחישות היטב את הסוגיות שבהן תעסוק הרשימה, וכן היות שפסק הדין הוא הידרשות נרחבת ומעמיקה של בית המשפט העליון לסוגיות אלה, מקרה זה וההכרעות בו ילוו את הרשימה. על כן, אפתח בהצגתן 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. בשל רקע זה נחשב הריונה של התובעת להיריון בסיכון, והרופאים שליוו אותה המליצו לה על בדיקות מעקב היריון שונות, שכל אחת מהן מבוצעת בשלב אחר של ההיריון. התובעת ובן זוגה בחנו את האפשרויות שהוצעו להם ואת המידע שסופק להם עליהן, וביכרו את בדיקת מי השפיר – המבוצעת בשלב מאוחר יותר של ההיריון – על פני בדיקת סיסי השלייה, בשל האמינות הרבה יותר שמיוחסת לממצאיה של הראשונה. זאת, כפי שנקבע במשפט, בלא כל ידיעה על כך שלזמן עשוי להיות תפקיד מרכזי ומכריע בהכרעתם האפשרית על הפסקת ההיריון. חשיבותו של רכיב הזמן נובעת מכך שעל פי ההלכה המוסלמית, הפלה מותרת רק עד ליום המאה ועשרים מאז ההתעברות, אך לא אחריו.

מבלי להיכנס כאן 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 לחשיבותו זו של הזמן. כמו כן, לא היה מי ממטפלים אלה שבשל סוגיית הזמן הציע לתובעת בדיקה נוספת הניתנת לביצוע בשלב מוקדם יותר של ההיריון, בדיקת FISH, שבאמצעותה אפשר 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, תחום שהוא עסק בו גם בכתיבתו האקדמית, ושאף העיד על עצמו במשפט כי הוא נוהג להציג לפני מטופלות את מגבלת מאה ועשרים הימים.¹⁰ וכך, לאחר מפגשי ייעוץ רבים, ועל אף קיומם, כשקיבלו

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

10 שם, פס' 20, 28. ודוק, המומחיות והמאמרים אינם מתוארים כעוסקים 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

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 לפנייהם את מגבלת מאה ועשרים הימים, ולכן פסק לבני הזוג כי לפי הדת המוסלמית אסורה עליהם הפסקת ההיריון. בני הזוג קיבלו את דבריו, וכעבור זמן לא רב, בנייתוח קיסרי בהול, נולדה להם בת הלוקה בתסמונת דאון.

אלה הן עובדות המקרה בעניין **פלונית**. על סמך עובדות אלה הגישו בני הזוג תביעה, בטענה להפרתה של חובת הגילוי, נגד הרופאים אשר לא הציגו לפנייהם את בעיית הזמן ואשר נמנעו מלהציע את בדיקת ה-FISH למרות מאפייניהם הדתיים של בני הזוג. כנזכר, בית המשפט תלה את ההכרעה בתביעות אלה במענה לכמה שאלות עקרוניות הנוגעות לחובת הגילוי: **הראשונה**, האם כחלק מחובת הגילוי נדרש רופא להציג לפני מטופל מידע דתי הנוגע למגבלות שיש בדתו של המטופל על הטיפולים (ובמקרה הנוכחי, ליידע את בני הזוג על מגבלת מאה ועשרים הימים)? **השנייה**, האם על הרופא להתאים את המידע הרפואי שהוא מספק להשתייכותו הדתית של המטופל (ובמקרה הנוכחי, להציע לבני הזוג את בדיקת ה-FISH כדי לאפשר גילוי מוקדם של המומים)? **השלישית**, במקרה בו דרכו הידועה של רופא היא להציג פרטי מידע לבר-רפואיים אלה, האם יהיה הרופא מחויב בהצגת המידע עד כי הימנעות מכך תיחשב לרשלנות מצידו?

כאמור, הן בית המשפט המחוזי הן בית המשפט העליון השיבו על שלוש השאלות בשלילה, בקובעם שחובותיו של הרופא מתחממות 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, ויתרה מזאת, שהרופא אף אינו צריך להתאים את המידע הרפואי שהוא מוסר למאפייניו הייחודיים של המטופל.¹² לטעמי, דווקא נכון 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 במקרה הפרטי של חובת הגילוי.

להתאים לעניינים אלה את הגילוי שאותו הם מוסרים ואת הטיפול שאותו הם נותנים. עוד על כך ראו תת-פרק ג.2.0 להלן.

11 עניין **פלונית**, לעיל ה"ש 1, פס' 25 לפסק דינה של השופטת וילנר; פסיקת המחוזי, לעיל ה"ש 9, פס' 45–55.

12 עם זאת יש לומר כי במקרה אחד, די ספציפי, נכונה השופטת וילנר לדרוש מהרופא את התאמת המידע הרפואי שהוא 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 ה"ש 1, פס' 22 לפסק דינה של השופטת וילנר) (ההדגשות הוספו כאן ולהלן, אלא אם יצוין אחרת). הגם שאני כמובן מברך על כך שלפחות במקרה זה נכון בית המשפט לדרוש מהגורמים המטפלים את ההתאמה התרבותית, לשיטתי לא די בכך. כפי שאטען להלן, טענה שהיא אולי מפתיעה ולא אינטואיטיבי לגמרי, לא אחת מידע חוץ-רפואי – כשהוא קשור לטיפול הרפואי – יהיה זמין דווקא לרופא יותר מלאחרים. כיוון שכך, הטלת דרישה להצגת המידע החוץ-רפואי על המטופל עשויה להביא למצב שבו מידע זה ייעדר כליל מקבלת ההחלטות הטיפוליות. על כך ביתר הרחבה ראו תת-פרק ג.2. להלן.

ב. כשירות תרבותית: חובת התאמה תרבותית של שירותים רפואיים

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

בשלב ראשון אציג את הטעמים שעשויים להיות יפים למערכת יחסי הרופא והמטופל בכללותה, ואתיחס לאינטרס הציבורי בהנגשת שירותי הרפואה לקבוצות מיעוטים באוכלוסייה, לזכויות החשובות שמממשים שירותים אלה וכן למאמצי משרד הבריאות לפעול בכיוון זה. מאמצים אלה, כך אטען, מלמדים הן על הכיוון שהמדינה מנסה לאמץ בנדון והן על יכולתם של הצוותים הרפואיים לעמוד בדרישה שאותה אני קורא להציב בפניהם. עוד אטען כי כדי לממש מטרות אלה יהיה חיוני לגבותן בפיצוי נזיקי שייפסק במקרים של אי-התאמה שתביא לנזקים. מטבע הדברים הנמקות רבות לא בהכרח תהיינה יפות לכלל היבטי העשייה הרפואית, ולכן יהיה צורך לדון בהתאמה ספציפית בנוגע לכל פעולה ופעולה. במאמר הנוכחי אעשה כן בנוגע לחובת הגילוי הרפואית, ולגביה אציג – בפרק הבא – עוד כמה טעמים לדרישה כי ביצוע הגילוי יעשה בהתאמה תרבותית.

1. הזכויות לחיים, לבריאות ולטיפול רפואי

דומה שאין טעם ואין צורך 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

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

14 עוד על כך ראו תת-פרק ב.3. להלן.

זכאי להגנה על חייו ועל גופו.¹⁵ בלי להיכנס לפרטים, נראה שמוסכם כי זכויות אלה – באופן שהוא הכרחי למימושן האפקטיבי ושממש נובע מהן – כוללות גם רמה מסוימת של זכאות לטיפולים רפואיים.¹⁶ אומנם הזכות לטיפול רפואי אינה מעוגנת בחוקי-היסוד (וכמותה גם שאר הזכויות המסוגלות ככלכליות-חברתיות),¹⁷ אולם חוק ביטוח בריאות ממלכתי, התשנ"ד-1994 קובע כי "כל תושב זכאי לשירותי בריאות",¹⁸ ובכך קיבלה הזכות עיגון מוצק בחקיקה.

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

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

- 15 ס' 2, 4 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. קביעה דומה קיימת למשל בהצהרה האוניברסלית על זכויות האדם. ראו G.A. Res. 217 (III) A, Universal Declaration of Human Rights (Dec. 10, 1948).
- 16 אמנון כרמי **בריאות ומשפט** כרך א 843-845 (מהדורה שנייה, מוחמד ס' ותד עורך 2013). ראו גם Patricia A. Brandin, *The Right of Access of the Medically Underserved to Health Care Services*, 2 J. LEGAL MED. 297, 297-298 (1981).
- 17 ראו למשל ענת מאור "חור פער בספר החוקים: הצעת חוק-יסוד: זכויות חברתיות-כלכליות – כרוניקה של כשלון החקיקה" **זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל** 195 (יורם רבין ויובל שני עורכים 2004). על כך שזכויות אלה אינן כלולות במסגרת המונח "כבוד האדם" ראו בג"ץ 366/03 **עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי נ' שר האוצר**, פ"ד ס(3) 464, 481 (2005); אהרן ברק "כבוד האדם כזכות חוקתית" **הפרקליט** מא 271, 285 (1993).
- 18 ס' 1 לחוק ביטוח בריאות ממלכתי, התשנ"ד-1994.
- 19 מובאים למשל אצל כרמי, 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 (Jul. 22, 1946) 14 U.N.T.S, preamble).
- 21 ס' 12 לאמנה בין-לאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות, כ"א 31, 205, 211-212 (נחתמה ב-1966 ואושררה ב-1991).
- 22 שם, ס' 12(2).

2. כשירות תרבותית: הרעיון, המאמצים והמצב בשטח

כשירות תרבותית (cultural competence) היא כיום מושג מפתח בכל הנוגע להספקת שירותים רפואיים.²³ מדובר במארג שלם של ידע, גישות, התנהגויות ושיפור נגישות המוטמעים במערכות הבריאות כדי להתאימן למצבים של מפגש בין-תרבותי, מפגש המתרחש תדיר במסגרת שירותי הרפואה הציבוריים. עניינה של הכשירות התרבותית הוא בין היתר הבנת ההשפעות החברתיות והתרבותיות של מטופל על התנהלותו הבריאותית לצד ניסיון לשיפור השירותים הרפואיים לאורה של הבנה זו.²⁴ הכשירות התרבותית מתוארת גם כחלק מיישומיה של גישת "המטופל במרכז" (patient centered care), ואחד מיעדיה העיקריים הוא צמצום פערים בבריאות והבאה לשימוש שוויוני בשירותים אלה.²⁵ מבחינה היסטורית מדובר במהלך שאת נקודת ראשיתו ניתן למקם בארצות הברית של סוף המאה העשרים.²⁶ נוכח ממצאים בדבר פערי שימוש ניכרים בכל הנוגע לפנייה אל שירותי בריאות, הסמיך הקונגרס האמריקני ב־1999 את המכון לרפואה (IOM – Institute of Medicine), רוע של האקדמיה האמריקנית למדעים, להקים ועדה לניתוח המצב ולהצעת המלצות להתמודדות עימו.²⁷ הוועדה מצאה כי אכן יש פערים בפנייה לשירותי בריאות על הרקע 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 בלי להאריך בדברים אציין כי לאחר כמה שלבים מקדימים והליך חקיקה ארוך חתם הנשיא אובמה בשנת 2010 על חוק המאמץ את הרפורמה בשירותי הבריאות – The Patient Protection and Affordable Care Act. באותה השנה פרסם ה־Joint Center for Political and Economic Studies (JCPEs) מסמך הנחיות הכולל פירוט

23 ראו ניבי דיין ואיה בידרמן "כשירות תרבותית בשירותי בריאות: חקיקה ומדיניות בארה"ב, אוסטרליה, אנגליה וישראל – מבט משווה" **קידום בריאות בישראל** 5, 36 (2014); נורית יכימוביץ־כהן **הנגשה לשונית והתאמה תרבותית במערכת הבריאות – יישום חוזר מנכ"ל משרד הבריאות 7/11** (הכנסת, מרכז מחקר ומידע 2008) <https://bit.ly/3JP4tQq>; אירית אלרועי, מיכל שוסטר ועידו אלמקיס **כשירות תרבותית של בתי חולים כלליים בישראל** (2016); מרכז טננבאום **כשירות דתית ותרבותית בטיפול רפואי בישראל** (2014) <https://bit.ly/3HhEWxx>.

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

25 שם. ראו גם Somnath Saha, Mary Catherine Beach & Lisa A. Cooper, *Patient Centeredness, Cultural Competence and Healthcare Quality*, 100 J. NAT'L MED. ASS'N 1275 (2008).

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

27 Alan R. Nelson et al., *Committee on Understanding and Eliminating Racial and Ethnic Disparities in Health Care*, in *UNEQUAL TREATMENT: CONFRONTING RACIAL AND ETHNIC DISPARITIES IN HEALTH CARE I* (Brian D. Smedley et al. eds., 2003).

28 שם, בעמ' 80–179.

29 שם, בעמ' 180–234.

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

והדרכה בדבר יישום החקיקה,³¹ וב-2013 הוסיף המשרד לבריאות מיעוטים ועדכן את מסמך הסטנדרטים שהוציא בנוגע למתן שירותים רפואיים.³² מדינות נוספות שניתן לאפיין כנוקטות מדיניות של קידום כשירות תרבותית הן למשל אוסטרליה ובריטניה – מדינות המאופיינות, בדומה לישראל, באוכלוסיות מיעוטים ומהגרים משמעותיות.³³ מבחינת תוכני הכשירות התרבותית, באטנקורט (Betancourt) ואחרים הציעו מסגרת בעלת שלוש רמות לקידום הכשירות התרבותית בשירותי הבריאות: הרמה הארגונית, הרמה המערכתית והרמה הקלינית.³⁴ מתוך אלה רלוונטיות במיוחד לדיון הנוכחי שתי האחרונות:³⁵ הרמה המערכתית, שכן היא כוללת את הצורך בחקיקה, בקביעת סטנדרטים ואף בפעולות אכיפה 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 תקיני".³⁶ בלי להקדים את המאוחר, אציין כבר עתה כי את 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 חשוב ובולט משנת 2011, שנכנס לתוקף בשנת 2013, עמד מנכ"ל משרד הבריאות על הטרוגניות האוכלוסייה בישראל, וכן על כך שההתמודדות עם שונות תרבותית וגיוון לשוני הינם בין האתגרים המשמעותיים העומדים כיום בפני ספקי שירותי

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

U.S. DEP'T OF HEALTH & HUMAN SERVS., NATIONAL STANDARDS FOR CULTURALLY AND 32
LINGUISTICALLY APPROPRIATE SERVICES IN HEALTH AND HEALTH CARE (2013),
<https://bit.ly/3pghOJF>

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

Joseph R. Betancourt et al., *Defining Cultural Competence: A Practical Framework for* 34
Addressing Racial/Ethnic Disparities in Health and Health Care, 118 PUB. HEALTH REP. 293,
295–297 (2003).

הרמה הארגונית עניינה מאמצים לגיוון כוח העבודה הרפואי ולייצוג הולם בו של בני קבוצות אוכלוסיה 35
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.

דיין ובידרמן, לעיל ה"ש 23, בעמ' 37.

הבריאות בישראל".³⁷ עוד נאמר כי לצורך 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, ובהם פיתוח תשתית ארגונית במוסדות הרפואיים למתן תמיכה שוטפת בנושאי ההנגשה התרבותית, הדרכת צוותי הרפואה בתחומי ההנגשה התרבותית ועוד.³⁹ כל זאת אגב 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. למשל, משרד הבריאות הכין והפיץ ערכות הדרכה בנושא הנגשה תרבותית ולשונית המועברת לנותני השירותים הרפואיים השונים;⁴¹ משרד הבריאות מעסיק "מגשרים תרבותיים" לעבודה עם קבוצות אוכלוסייה מסוימות הסובלות מפערים תרבותיים בולטים במיוחד;⁴² הוטמעו תכנים על 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 שאליה אני קורא במאמר. לשם הדוגמה, במסגרת ערכות ההדרכה העוסקות בהדרכת הצוותים הרפואיים למפגש הרב-תרבותי יש התייחסות לצורכיהן של קבוצות דתיות באוכלוסייה להיוועץ בגופים הלכתיים; וכן יש התייחסות מפורשת ל"הלכות דתיות" במסגרת יחידה המתייחסת למרפאות פוריות.⁴⁵

כפי שתואר לעיל, אחת ממטרותיה העיקריות של הכשירות התרבותית היא צמצום פערים בפנייה לשירותי בריאות, וזו גם אחת ממטרות משרד הבריאות במסגרת אימוצה.⁴⁶ ואכן, יש עדויות לכך שמהלכי כשירות תרבותית מסוגלים לקדם מטרות אלה.⁴⁷ ברם בכל הנוגע למצב בישראל, חרף קריאת הכיוון החיובית והניסיונות ליישמה המצב בשטח עודנו

37 חוזר מנכ"ל משרד הבריאות 7/11 "התאמה והנגשה תרבותית ולשונית במערכת הבריאות" (3.2.2011) <https://bit.ly/3LWqNcI> (להלן: חוזר המנהל הכללי).

38 ש.ם.

39 ש.ם.

40 ש.ם.

41 לעיון בסדנה ובתכניה ראו "ערכת הדרכה בנושא הנגשה תרבותית ולשונית במערכת הבריאות" משרד הבריאות <https://bit.ly/3BPq9cc> (להלן: ערכת הדרכה).

42 "נגישות תרבותית לבריאות – תכניות ופרויקטים" משרד הבריאות <https://bit.ly/3BLv5Pm>.

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

44 על כך ראו שם, בעמ' 108; "צמצום אי-שוויון בבריאות" משרד הבריאות <https://bit.ly/35rqqG8>.

45 ראו משרד הבריאות הנגשה תרבותית במערכת הבריאות: ערכת הדרכה (2.2.2017) <https://bit.ly/3pcz56K>. קטעים מסרטוני ההדרכה ניתן לראות גם ב"ערכת הדרכה", לעיל ה"ש 41.

46 ראו 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 סקירה 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 CMTY. 225 (2011).

רחוק מלהשביע רצון. בדוח מהעת האחרונה עומד משרד הבריאות על פערים רחבים ביותר שעדיין ישנם בכל הנוגע למידות השימוש בשירותי הבריאות בין קבוצות אוכלוסייה שונות בישראל.⁴⁸ למשל, מתואר כי בשנת 2017 "אחוז המתחסנים [נגד שפעת עונתית] יורד עם העלייה במידת הדתיות", כאשר בקרב החילונים דווח על שיעור כפול של מתחסנים בהשוואה לבני אוכלוסיות דתיות.⁴⁹ (שיעור המתחסנים עולה גם עם העלייה ברמת ההכנסה).⁵⁰ מקרב אוכלוסיית בני הארבעים ומעלה, 41% מהיהודים עברו בדיקת קולנוסקופייה לגילוי מוקדם של סרטן המעי הגס לעומת 26% מהערבים שנבדקו, ו-20% מהחרדים לעומת 43% מהחילונים.⁵¹ כך גם כאשר לבדיקות ממוגרפיה לגילוי מוקדם של סרטן השד – דווח ש-77% מהנשים היהודיות נבדקו לעומת 54% מהערביות שנבדקו, ו-49% מהנשים החרדיות לעומת 74% מהנשים הדתיות ו-79% מהנשים המסורתיות והחילוניות.⁵² גם שלל הנתונים הקשורים במחלת הקורונה מהעת האחרונה, ובייחוד בנוגע להתחסנות נגדה, מציגים תמונה דומה.⁵³ נראה אפוא שאין צורך להלאות בעוד נתונים כדי להראות שבתמונה שמצטיירת קבוצות האוכלוסייה החרדית והערבית משתמשות במערכות הבריאות פחות משאר קבוצות האוכלוסייה.⁵⁴

אם כן, בדברים שעד כה היה אפשר לעמוד הן על חשיבות ההתאמה התרבותית של השירותים הרפואיים והן על ניסיונו של משרד הבריאות לפעול בכיוון זה. יחד עם זאת, והגם שמאמצי משרד הבריאות שתוארו מבורכים בעיניי, נראה גם שעוד ארוכה הדרך לפתרונה של הבעיה. דבר זה מובילני אל הנקודה הבאה – הטענה שכחלק מהניסיון לקידומה של הכשירות התרבותית בפועל יהיה נכון להביאה אל חיקם של דיני הנזיקין.⁵⁵ בשורות הבאות אטען שכדי להצליח בהנגשת השירותים הרפואיים וכדי שמאמציו המתוארים של משרד הבריאות יישאו פרי, נדרשת רתימתם של דיני הנזיקין לעניין – רתימה שתיעשה באמצעות קביעה שיפוטית שאי-התאמה תרבותית משמעה רשלנות רפואית, וכי

48 ודוק, הנתונים שבגוף הטקסט אינם מתייחסים לנתונים "תוצאתיים" שונים הקשורים במצבם הבריאותי של חברי הקבוצות השונות, הגם שמדובר בנתונים שעשויים לנבוע גם ממידת השימוש בשירותי הרפואה וממידת נגישותם, אלא הם עוסקים במידות הפנייה אל השירותים הרפואיים והשימוש בהם. להיבטים התוצאתיים ראו משרד הבריאות **אישויון בבריאות**, לעיל ה"ש 43, בעמ' 1–12.

49 שם, בעמ' 29–30.

50 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 ניתן למצוא במשרד הבריאות **אישויון בבריאות**, לעיל ה"ש 43, בעמ' 33–48.

55 חשוב לומר כי אפילו ייטען שסיבות מיעוט השימוש בשירותי הרפואה מצידן של הקבוצות החרדית והערבית באוכלוסייה 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 הנוגעת לנתוני השירותים הרפואיים. כיוון שכך, זו צריכה להיות נקודת המוצא לדיון נזיקי כאשר לרופאים שלא ביצעו התאמה זו. ואולם, לא זו הייתה נקודת המוצא בעניין **פלונית**, שבו נשללה קטגוריית ההתאמה התרבותית של הגילוי, ועל כך ארחיב מייד להלן.

רשלנות זו מקימה חובת פיצוי. חשיבותה זו של הכשירות התרבותית, כמו גם ניסיונותיו של משרד הבריאות להטמעתה, הם למעשה שיקולי המדיניות הכלליים שלשיטתי מטים לעבר העמדה שיש למקם את אי-ההתאמה התרבותית בחלקו של הספקטרום שבו מדובר בפעולות שמקימות חבות נזיקית.

3. אי-כשירות תרבותית כעוולה נזיקית

דומה שמהאמור לעיל היה אפשר להבין את הכיוון החיובי שלעברו מנסה משרד הבריאות להתקדם, בדומה לנעשה במדינות רבות אחרות במערב, ושעליו גם מדברת הספרות העוסקת בבעיית חוסר הנגישות התרבותית של שירותי הרפואה לקבוצות אוכלוסייה 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 ישירות באופן מלא להיבטיו הרפואיים של הטיפול. דהיינו, משמעות הדבר היא שלפחות מבחינתו של משרד הבריאות, הדרישות מגופי הבריאות אינן מצמצמות למתן טיפול מקצועי ואיכותי רפואי, אלא הן משתרעות גם על תחומים לבר-רפואיים הקשורים בתרבות המטופלים ובאורחות חייהם.⁵⁶ משכך, אף באשר לעניינים אלה מציב משרד הבריאות סטנדרט טיפולי שאליו נדרשים גופי הבריאות להתאים עצמם.

עם זאת מובן שאין בעצם העובדה שמשרד ממשלתי החל לפעול לשם השגתו של יעד מסוים כדי ללמד אוטומטית שעל נותני השירותים באותו התחום חלות חובות נזיקיות לפעול אף הם באותו הכיוון. עניין זה – אם לא תתבצע באשר אליו קביעה כבר בחקיקה נזיקית ראשית – נתון להכרעתם של בתי המשפט, ואלה יכולים בהחלט להכריע גם שמדובר בדרישות וביעדים ממשלתיים נטולי ביטוי ומשמעות נזיקיים. הדברים קשורים במבנה המורכב של הדרך שבה 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 יש כמובן מקרים פשוטים, שבהם חקיקה נזיקית קובעת במפורש אילו מעשים מהווים עוולות נזיקיות שמקימות חובת פיצוי, ומהם היסודות שנדרש שיתמלאו לצורך תביעת הפיצוי. בהיעדר קביעות חקוקות שכאלה בנוגע למעשה מסוים יהיה אפשר להשית בגינו אחריות אך מכוחן של "עוולות הסל": עוולת הרשלנות ועוולת הפרת חקוקה.⁵⁸ ברי שלא כל פעולה שגרמה לנזק תבוא בגדרן של עוולות הסל, ולכן מלאכת ההכרעה באשר לפעילויות השונות מוטלת על בית המשפט – הוא שיקבע אם מדובר בנזק עוולתי בר-פיצוי. אומנם עוולות הסל כוללות כמה יסודות שיש למלאם לשם תביעת הפיצוי, אולם הלכה למעשה אלה יסודות רחבים ומופשטים מאוד, ולכן נותר שיקול

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

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

58 ס' 35, 63 לפקודת הנזיקין (בהתאמה).

דעת נרחב לבתי המשפט. כפועל יוצא מכך, ההכרעה בעניינן מערכת 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 לשוב ולהבהיר כי אף העובדה שמשרד הבריאות מנחה את נותני השירות שכפופים לו לפעולה מסוימת (במקרה הנוכחי, התאמה תרבותית) אין בה כשלעצמה כדי ללמד שאי-עמידה באותה הדרישה משמעה חבות נזיקית. דבר זה נכון הן לרשלנות הן להפרת החובה החקוקה, והוא נובע מכך שאף התנהגות המנוגדת לחקיקה ראשית ואשר הסבה נזקים לא בהכרח תיתפס כעוולה נזיקית המזכה בפיצוי.⁶⁰ זאת, נוסף על עצם השאלה הפרשנית אילו פעילויות בדיוק נכללות במסגרת הנחייתו של משרד הבריאות.

לסיכום האמור עד כאן, עמדתי עתה על החשיבות שבכשירות התרבותית כמו גם על כך שמשרד הבריאות מנחה את נותני השירותים הרפואיים לפעול לשם השגתה של כשירות זו. עם זאת הצבעתי גם על כך שאין בעובדות אלה כשלעצמן כדי ללמד כי פעולה המנוגדת ליעדים אלה ולמטרות משרד הבריאות תהיה בהכרח רשלנות נזיקית – בעניין זה הדברים נתונים להכרעתם של בתי המשפט. אנו שבים אפוא לטענה שלפיה שיקולי המדיניות השונים הם שיביאו לסרטוט חובותיהם הנזיקיות של הגורמים הרפואיים, ופעילויותיו של משרד הבריאות תהיינה אך שיקול בעניין זה. בהתאם לכך, טענתי עתה תהיה כי הגם שההכרעה שאין מדובר בעוולה נזיקית היא אפשרית, במקרה הנוכחי היא איננה רצויה, בשל שיקולי המדיניות והמטרות החברתיות שנדונו בהרחבה לעיל. אטען כי לשם מימוש המטרות החברתיות החשובות במציאות, לא יהיה די בתוכנות האקדמיות בנוגע לכשירות התרבותית או בהנחיותיו של משרד הבריאות, אלא דרושה גם מעורבותם של בית המשפט, מעורבות שתתבטא בקביעת "תג המחיר" הנזיקי למקרי אי-ההתאמה.

59 אין בכוונתי להרחיב בדברים ידועים, ולכן אסתפק בהדגמה קצרה מהנושא שבו עסקינן – תביעות בגין רשלנות רפואית. שתי העילות הקלאסיות בעניין זה 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 אם הגילוי שבו כולל רק מידע רפואי או שמא הוא מתפרס גם על מידע חוץ-רפואי). אין צורך לומר ששאלות אלה והדומות להן מעוררות מורכבויות רבות, וההכרעה בהן כוללת הכרעות ערכיות מורכבות. בעניין זה ראו ע"א 243/83 **עיריית ירושלים נ' גורדון**, פ"ד לט(1) 113, 131 (1985) ("תוכן זה [הקביעה בדבר חובת הזהירות] נקבע על-פי שיקולים של מדיניות משפטית"). לצד עילות התביעה שנזכרו (רשלנות והפרת חובה חקוקה) קיימת גם עולת התקיפה, שכיום השימוש בה נדיר מאוד, וכן אפשרות לתביעות חוזיות. ראו ע"א 1303/09 **קדוש נ' בית החולים ביקור חולים**, פ"ד סה(3) 164, פס' 14–22 לפסק דינו של השופט עמית (2012). לחיזור המעבר מעולת התקיפה לעולת הרשלנות במשפט הישראלי ובמשפט האנגלו-אמריקאי ראו אסף יעקב "גילוי נאות והסכמה מדעת" **עיוני משפט** לא 609, 619–624 (2009); קרקו-אייל "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 גלעד **דיני נזיקין**, לעיל ה"ש 57, בעמ' 521–532. והשוו **RESTATEMENT (THIRD) OF TORTS § 14 cmt. c (Am. L. Inst. 2010)**: "[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".

לאור כל זאת, מצטייר כי בית המשפט העליון בחר בפסק דינו בעניין פלונית 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 למאפייניה התרבותי הבולט של המטופלת – השתייכותה לדת המוסלמית.⁶² משמעות הפסיקה בפלונית היא אפוא כי חרף חשיבות ההתאמה התרבותית וניסיונו של משרד הבריאות להתקדם לעבר אימוצה, מדובר בדרישה שלא תעמוד כל סנקציה נזיקתית לצידה. בכך למעשה יצר בית המשפט בעניין פלונית פער בין מה שטוב שיעשו נותני השירותים הרפואיים, כפי שעולה מהספרות בנושא 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 בעיית בהקשר הנוכחי שבו עסקינן – עיצוב תפקידם וחובותיהם של נותני שירותים רפואיים. אבקש לעשות כן באמצעות השוואת פסק הדין בעניין פלונית לפסק 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, שבו עיצב בית המשפט חובה רפואית-נזיקית מכוחה של חקיקה חוץ-נזיקית.⁶⁴ בעניין דעקה נדון מקרה של מטופלת שבוצע בגופה טיפול בלא פנייה אליה לקבלת הסכמתה. בעקבות הטיפול נגרם לה נזק. נקבע, כעניין עובדתי, שאפילו היו פונים

61 למקרה היחיד והספציפי מאוד שבו היה בית המשפט נכון לדרוש התאמה של המידע הרפואי ראו לעיל ה"ש 12.

62 אחת ההנמקות שניתנו לכך בפסק הדין, הנוגעת ספציפית להקשרה של ההסכמה מדעת, נשענת על היקף הגילוי שמצוי בחוק זכויות החולה, כאשר סעיף 13 קובע כי "לשם קבלת הסכמה מדעת, ימסור המטפל למטופל מידע רפואי הדרוש לו, באורח סביר, כדי לאפשר לו להחליט אם להסכים לטיפול המוצע". בין היתר מכך הסיק בית המשפט כי אי-הגילוי לא היה רשלנות שבגינה תחוב הנחבעת (עניין פלונית, לעיל ה"ש 1, פס' 16 לפסק דינה של השופטת וילנר). לעיל ציינתי שיתכנו מקרים שבהם 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. בעניין זה יש לומר, ראשית, כי הגם שהוראות החוק הן 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 פירוני נ' "הכונה" חברה קבלנית בע"מ, פ"ד כא(2) 199, 202 (1967); ע"א 335/80 בריגה נ' מוסטפה, פ"ד לו(3) 32, 41 (1982); ע"א 515/83 עגור נ' איזנברג, פ"ד לט(1) 197, 202–203 (1985); גלעד דיני נזיקין, לעיל ה"ש 57, בעמ' 521–532. כפי שעולה מדבריי שבגוף הטקסט, היה אפשר בהחלט לבסס דרישה להתאמת המידע גם בלא קביעה מפורשת של החוק בעניין. אשר ליכולתו של בית המשפט להרחיב את חובת הגילוי אל מעבר לקבוע בחוק, לרבות לצורך ההכרה באי-הגילוי כעוולה נזיקית, ראו יעקב, 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 59; צחי קרן-פז "פיצוי בשל פגיעה באוטונומיה: הערכה נורמטיבית, התפתחויות עכשוויות ומגמות עתידיות" המשפט יא 187 (2007).

הרופאים אל המטופלת לקבלת הסכמתה לטיפול, ההסכמה הייתה ניתנת. לפיכך נפסק שההימנעות מהפנייה אל המטופלת לא קיימה קשר סיבתי עם נזק הגוף שנגרם במהלך הטיפול.⁶⁵ כך, הייתה התובעת עשויה לצאת כאשר חרף הפגיעה בזכויותיה, פגיעה שהסתיימה גם בנזק גוף חמור, לא יעמוד לה כל פיצוי. מנגד, הנתבעים, אף שהפרו את חובותיהם, היו עשויים לצאת כאשר הם פטורים מכל תשלום ופיצוי. אך מובן הוא שתוצאה כזו היא בה כדי לפגוע פגיעה קשה הן במידת ההרתעה של הדרישה מרופאים לקבל את הסכמתו מדעת של המטופל הן בהשגתו של צדק מתקן עבור המטופל שהופרו זכויותיו – היה יוצא שבכל מקרה שמדובר בו בטיפול סביר, שהמטופל יתקשה להוכיח שהוא היה מסרב לביצועו, 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 אפשרות בחירה. נפנה לטעמי הכרעה זו. אשר להרתעה, דעת הרוב עמדה בין היתר על כך שהטלת חובת פיצוי על פגיעה באוטונומיה, בשונה מהותרתה של חובת כיבוד האוטונומיה כחובה נטולת שיניים, "עשויה לסייע במניעת מצבים, כמו זה שנתקלנו בו במקרה שבפנינו, שבו הרופאים מייחסים משקל נמוך, אם בכלל, לעמדתו של החולה ביחס לפרוצדורה אשר לדעתם יש לבצע בגופו".⁶⁶ כך גם באשר לתכליות הצדק המתקן: נקבע שכיוון שמוכרת חובה רפואית לכבד את אוטונומיית המטופלים, אזי כאשר חובה זו מופרת, מדובר בהתרשלות מצידו של הרופא.⁶⁷ אם בעקבות זאת נגרם למטופל נזק, לרבות כזה המתמצה בפגיעה באוטונומיית המטופל, כי אז יהיה נכון וצודק 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 את המצע להרתעת 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 ושמשדר הבריאות דורש את ביצועה, הושארה בעניין **פלונית** מחוץ לגדרם של דיני הנזיקין, כמתואר.⁶⁹ בכך, ראשית, נותר ניסיונו החשוב של משרד הבריאות

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

66 שם, בעמ' 575–577.

67 שם, בעמ' 547–548. דברים אלה מצויים בפסק דינה של השופטת ביניש והצטרפו אליהם כלל שופטי ההרכב. ראו למשל שם, בעמ' 563, 622.

68 טענה זו נשענת על הגדרתו האריסטוטלית של ארנסט וינריב בנוגע לצדק המתקן. ראו למשל Ernest J. Weinrib, *Legal Formalism: On the Immanent Rationality of Law*, 97 YALE L.J. 949, 977–985 (1988); Ernest J. Weinrib, *Corrective Justice in a Nutshell*, 52 U. TORONTO L.J. 349 (2002). לגישות שונות ביחס לצדק המתקן ראו George P. Fletcher, *Fairness and Utility in Tort Theory*, 85 HARV. L. REV. 537, 540–541 (1972); Jules L. Coleman, *The Practice of Corrective Justice*, 37 ARIZ. L. REV. 15 (1995).

69 כמובן, ההשוואה בין שני פסקי הדין איננה מושלמת ויש גם הבדלים בין המקרים. בעניין **דעקה** דובר בחובה רפואית שהייתה קבועה בחקיקה ראשית, חקיקה שעניינה בדיוק העיסוק בזכויותיו של החולה, ומכאן – בחובות הגורמים המטפלים כלפיו. כמו כן, נדונה שם חובה משפטית-נזיקית מוכרת שבבירור הייתה יכולה להביא לפיצוי שעה שהפרתה קיימה קשר סיבתי עם נזקי גוף. החידוש בפסק הדין היה

לקדם התאמה תרבותית נטול שיניים, ונפגעה במידה ניכרת היכולת להרתיע את הגורמים המטפלים מפני פעולה שתהיה מנוגדת לו. לפי מצבה של מערכת היחסים שבין הרופא למטופל כיום, הכפופה במידה רבה מאוד לדיני הנזיקין ולתביעות שמכוחם, נראה סביר שיהיה בכך כדי לפגוע פגיעה קשה במידת הנכונות לפעול לשם כך, ולכן ביכולת לקדם יעד זה בפועל.⁷⁰ לצד זאת, נפגעה בכך גם תכלית הצדק המתקן – אם תתקבל הטענה שברשימה, שלפיה נכון לראות בהתאמה התרבותית חלק מחובותיהם של הגורמים המטפלים, בין היתר גם בשל הכוונתו של משרד הבריאות לכך, כי אז חרף העובדה שהגורמים הרפואיים לא מילאו תפקיד זה, ושבעקבות זאת סבלו המטופלת ובן זוגה מתוצאות שנתפסו בעיניהם כשליליות, הגורמים שבמעשיהם נפל הפגם לא פיצו אותם על כך. אם חפצה מערכת הבריאות לעבור הליך נרחב של התאמתם והנגשתם של שירותים רפואיים, דומה שאף בתי המשפט ודיני הנזיקין היו צריכים להירתם לתהליך מורכב זה ולתרום לו את חלקם – קביעת "תג מחיר" להפרותיהן של חובות ההתאמה. דיני הנזיקין היו יכולים להרים תרומה חברתית חשובה להנגשתם של שירותי הבריאות ולהגברת זמינותם לקבוצות אוכלוסייה מוחלשות ולקבוצות מיעוט תרבותיות, אך דומה כי אפשרות זו הוחמזה בעניין פלונית, ועל כך יש להצר.

4. אי-כשירות תרבותית כחובה המרחיבה חובות קיימות

אם כן, כיצד לדעתי צריכה להיראות בפועל הבאתה של חובת התאמה תרבותית אל תוך חיקם של דיני הנזיקין? כאן דומני שיש לעמוד על הבדל ניכר בין הדרך שאני מציע בהקשר זה לבין הדרך שבה פסעה דעת הרוב בעניין דעקה בכל הנוגע לפגיעה באוטונומיה. בעניין דעקה הפתרון בא בדמותה של יצירת ראש נזק בר-פיצוי חדש,⁷¹ ואילו אני אינני טוען בדבריי למהלך כזה. חלף זאת בכוונתי להציע מהלך שהוא במידה מסוימת צנוע יותר: הכרה

טמון בנכונות לזכות בפיצוי אף במצב שבו לא נגרם כל נזק גוף בגין הפרת אותה החובה. מנגד, בנוגע לעניין פלונית טענותי עוסקות, במידה רבה, ביצירתה של חובה חדשה, שאף אם יש לה מקור – הרי שהוא רק בהנחיותיו של מנכ"ל משרד הבריאות. 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 נזיקית לפי הדין שבמועד ביצועה (שכן אז כדי שיהיה פיצוי נזיקי בגין היעדר הסכמה מדעת הדין דרש שיתקיים גם נזק גוף), ובית המשפט נדרש לקבוע את היחס הנזיקי לכך. בעניין דעקה היה בית המשפט נכון ליטול את החובה שמשית חוק זכויות החולה על הרופאים ולהטעין אותה גם בסנקצייה נזיקית שתיפסק בגין הפרתה, אף בהיעדר נזק המקושר אליה סיבתית, וזאת בשל המשקל הרב שייחס בית המשפט לחובה ובשל ההבנה שבלא סנקצייה עשויה יכולתה להשפיע על המצב בשטח להיחלש מאוד. לעומת זאת 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).

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

בכך שחלק אינטגרלי מטיפול ראוי ולא רשלני הוא ביצועו בהתאמה תרבותית סבירה למאפייניו של המטופל. דהיינו, מדובר בחובה המרחיבה את חובות הרופא הקיימות ומוסיפה להן פן – פן ההתאמה התרבותית.

דומני שיהיה אפשר להבהיר זאת באמצעות עיון בפסק הדין בעניין פלונית. כפי שנקבע, למעט עניין התאמת הטיפול למאפייניה של המטופלת, הרופאים אכן ביצעו את חובותיהם במלואן. אי-ההתאמה התרבותית באה לידי ביטוי בגילוי שניתן למטופלת שלא הכילה את כלל המידע שהיא הייתה זקוקה לו כדי לקבל את ההחלטה האופטימלית עבורה. לפי הכרה בחובת ההתאמה התרבותית כחובה החלה אף היא על הרופאים, יהיה משמעה של התנהלות זו שהגילוי שאותו מסרו הרופאים אינו עומד בתנאים שבהם היה עליו לעמוד. על כן, בכך תהיה התרשלותם. שלבה הבא של הבדיקה יהיה העמידה על תוצאותיו של גילוי רשלני זה. בעניין פלונית הייתה תוצאתו של הגילוי החסר (והרשלני, לשיטתי) הבאת המטופלת למצב שבו נמנעה ממנה הפסקתו של ההיריון, חרף המום של בתה. לפיכך, זה יהיה הנזק שבגיניו יחובו הרופאים, שכן הוא שמקיים קשר סיבתי לרשלנותם שבאי-ההתאמה התרבותית.⁷² חשוב לומר כי ההתאמה התרבותית עשויה להרחיב חובות נוספות שאינן נוגעות לענייני הגילוי. דוגמה מעניינת לכך היא 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 שבו רופא מקבל לידיו מטופל כזה, אך נוהג בו ככל מטופל אחר ואינו נזהר במיוחד ואינו מתחשב במאפייניו התרבותיים של מטופלו. על פי דבריי, אף בכך עשויה לקום לרופא רשלנות שבגיני אי-ההתאמה תרבותית של הטיפול שהוא נותן: אם חפצה שיטת המשפט שידעו גם חברי קבוצת עדי ה' כי ביכולתם לפנות לטיפולים רפואיים שבהם יינתן כבוד לאמונותיהם, כי אז עליה לדרוש מהרופא לעשות מאמצים לעמוד בכך. היה והלה לא ינסה כלל לעשות כן, אף כאן יהיה מדובר ברשלנות שבגינה יהיה עליו לחוב. גם במקרה זה הנזק המקושר סיבתי למעשיו של הרופא יהיה נזק הגוף שייגרם מהחתך שלא טופל בעירווי דם.

לאחר שעמדתי על חובת ההתאמה התרבותית הכללית של הטיפול הרפואי, ארצה עתה 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 ביציקת קונקרטיזציה מסוימת לחובת ההתאמה, קונקרטיזציה שתיעשה בנוגע לאחת מחובות הרופא אשר דומני שיהיה בה משקל גדול במיוחד להתאמה התרבותית. עניין זה הוא בעל חשיבות גם מפני שחובת ההתאמה לא תוכל "לנחות" אוטומטית על כל פעולה רפואית, אלא יהיה צורך לבחון את תחולתה בכל אחד מסוגי המקרים השונים, ועל פי זה לקבוע אם וכיצד היא תחול בהם. ייתכנו גם סוגי מקרים שבהם שיקולים שונים יביאו לכך שחרף קיומם של שיקולים התומכים בהטלת חובת התאמה, לא יהיה נכון להחיל את החובה. לכן המבנה שאני מציע הוא כזה שמכיר עקרונית בצורך להתאים תרבותית שירותים

72 מובן שאין בכך כדי לסתור חיוב נוסף בגין הפגיעה באוטונומיה אם גם נזק זה נגרם למטופל מתנהלות הגורמים המטפלים. כאשר ייקבע היעדרו של קשר סיבתי בין אי-התאמת הגילוי לבין הנזק הפיזי, עשוי הפיזיו להסתכם בפיצוי בגין ראש הנזק הלא ממוני של הפגיעה באוטונומיה.

73 J. Lowell Dixon & M. Gene Smalley, *Jehova's Witnesses: The Surgical/Ethical Challenge*, 246 JAMA 2471, 2471 (1981).

רפואיים, אך אינו עושה כן בכל מחיר, ושבמסגרתו יש לבחון את היתכנות ההתאמה ואת מחיריה בכל מקרה ומקרה. בהקשר הנוכחי של חובת הגילוי בכוונתי לטעון כי נוסף על הטענה הכללית בדבר חובת ההתאמה, אשר צריכה להרחיב גם את דיני ההסכמה מדעת וחובת הגילוי, אף תכליותיהם של דינים אלה, ושל דיני הנזיקין בכלל, מנביעות את הצורך בהתאמתו התרבותית של הגילוי. לכך אעבור עתה.

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

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

לפי מיקומה זה של שאלת תוכן הגילוי אבנה את הפרק הנוכחי. תחילה, אנסה לחלץ את האינטרסים שעליהם נועדה להגן דרישת ההסכמה מדעת ואנסה לעמוד על תכליותיה. לאור זאת, אסרטט את סוגי המידע שלהם זקוק המטופל כדי לגבש את ההסכמה מדעת. רק לאחר עניין זה, ומתוך העמידה על התכנים שלהם זקוק המטופל לצורך החלטתו, אפנה אל האמצעי שנועד לספק לו תכנים אלה – חובת הגילוי, כאמור. ביחס אליה אציג כמה טעמים שבגינם אני סבור שיהיה נכון לכלול בה גם סוגי מידע חוץ־רפואי מסוימים, ולאחר מכן אנסה להתמודד עם טעמים וטיעונים המטים אל ההכרעה ההפוכה. ראשון ראשון ואחרון אחרון.

1. חובת הגילוי והסכמה מדעת: תיאור כללי

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

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

75 ראו שם, בעמ' 227; יעקב, לעיל ה"ש 59, בעמ' 641–642; עדי ניב־יגודה "עקרון ההדדיות במפגש הרפואי – בין חובת הגילוי (מטפל) לאחריות המטופל ו'חובת הידוע' "עלי משפט" יג 183, 191–193 (2016).

אלה לזכויותיו של האדם 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 בעניין חובת הגילוי מבחן "הרופא הסביר", הדומה לרגיל ולשגור בהקשרי חובות הרופא: בחינה אם התנהל הרופא לפי הפרקטיקה הרפואית המקובלת.⁷⁸ אולם בהמשך, מתוך עמידה על ייחודיות המקרה של חובת הגילוי וכן מתוך תפיסה שמבחן "הרופא הסביר" משמעו פטרנליזם והתעלמות מצרכיו הייחודיים של המטופל הספציפי, הוחלף מבחן "הרופא הסביר" במבחן "החולה הסביר".⁷⁹ במסגרת מבחן "החולה הסביר" מוטלת על הרופא החובה לגלות את כלל המידע הדרוש למטופל באופן סביר לצורך קבלת החלטה מושכלת בנוגע להליכי הטיפול בו.⁸⁰ בהמשך אף תואר מעבר מבחינת "צורכי החולה הסביר" אל בחינת "הציפייה 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 בדיני הנזיקין, גם אם לא בחקיקה המפורשת שעוסקת בהם.⁸³ כדי להבין את משמעויותיה הנזיקיות האפשריות של חובת הגילוי ושל הפרותיה אתיחס, ראשית, לראשי הנזק השונים שבגינם עשוי התובע לתבוע במקרה בו הופרה 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**, שנזכרו בתמצית לעיל.⁸⁵ לצורך הדיון שכאן אשוב ואדבר עליהן בקיצור ובמעט פירוט נוסף.⁸⁶ בעניין **דעקה** דובר על מטופלת שנכנסה לניתוח ברגלה, ונתנה לכך את הסכמתה כנדרש. במהלך ההכנות לניתוח, ולאחר שניתנו למטופלת תרופות מטשטשות, קיבלו הרופאים מידע על ממצא

76 ראו פרק המבוא לעיל.

77 הנושא מוסדר בפירוט נוסף גם בפרק ד' לכללי האתיקה הרפואית. ראו הלשכה לאתיקה של הסתדרות הרופאים בישראל **אתיקה רפואית – כללים וניירות עמדה** (תמי קרני עורכת 2018).78 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, לעיל ה"ש 16, בעמ' 1116.

80 שם, בעמ' 1116–1117.

81 גישה זו ראשיתה ברעת המיעוט של השופטת דורנר בע"א 434/94 **ברמן נ' מור** – **המכון למידע רפואי בע"מ**, פ"ד נא(4) 205 (1997), והיא אומצה בהמשך. ראו 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, פס' 15 לפסק דינה של השופטת וילנר. ראו גם קרקר-אייל "ההסכמה מדעת", לעיל ה"ש 3, בעמ' 208.

83 שם. ראו גם תת-פרק ב.3 לעיל.

84 דבריי אלה נסמכים על הניתוח שעורכים מיטל גלבוע ועומר פלד "הסכמה מדעת וסירוב מדעת בהעדר חלופה רפואית סבירה" (טרם פורסם).

85 גם על כך ראו תת-פרק ב.3 לעיל.

86 עובדות המקרה מתוארות בפסק דינה של השופטת ביניש בעניין **דעקה**, לעיל ה"ש 2, בעמ' 538–539.

חשוד בכתפה של המטופלת שהצריך ביצוע ביופסייה. בשלב זה כבר הייתה המטופלת שרויה בהשפעתן של התרופות, ולכן נמנע ממנה לתת הסכמה מדעת לטיפול הביופסייה, אולם הרופאים ביצעו אותו בכל זאת. הסיכון שרוי בטיפול הביופסייה התממש, והמטופלת סבלה בעקבותיו מנזק גוף בכתפה.

בדין כיום עשויה המטופלת לתבוע את הרופאים מכוחם של שני ראשי נזק שונים: **ראש הנזק האחד** שמכוחו יכולה המטופלת לתבוע נוגע לפגיעה שנגרמה לאוטונומיה שלה. כאן הטענה תהיה כי כשביצעו 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 מיניה 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 שבמסגרתה תידרש התובעת להוכיח כי אילו היה לה המידע שהיה על הרופאים להביא בפניה היא הייתה נמנעת מקבלת טיפול הביופסייה; (2) דרישת "סיבתיות פגיעה",⁹¹ אשר משמעה כי על התובעת להוכיח שאילו היא אכן הייתה נמנעת מהטיפול שהיא קיבלה, נזק הגוף שנגרם לה בטיפול היה נמנע. שתי דרישות אלה מטילות נטל כבד על התובעת, ובגינן סביר מאוד שתביעתה זו לא תצלח.⁹²

עמדת עתה על כך שהימנעותו של גורם מטפל מגילוי מידע למטופל מקימה למטופל שני ראשי נזק שבגינם הוא יכול לתבוע. עם זאת היה אפשר לראות גם את הקושי שבתביעה בגין נזק הגוף, קושי שבגישת הפסיקה כיום נובע בעיקר מדרישת הסיבתיות הראשונה:⁹³

87 שם, בעמ' 570–573.

88 לעמדה שלפיה 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, לעיל ה"ש 59; יצחק עמית "סוס הפרא של הפגיעה באוטונומיה" **ספר שטרסברג-כהן** 465 (אהרן ברק ואח' עורכים 2017). כן ראו בפסק דינו של השופט עמית בע"א 2278/16 **פלונת נ' מדינת ישראל** (נבו 12.3.2018), וכן בפסק 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 השופטת ביניש על דעת הרוב בעניין **דעקה**, לעיל ה"ש 2, בעמ' 558–559. ראו גם אריאל פורת **נזיקין** כרך א 268 (2013).

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 כשבמעשיו הוא הגביר את הסיכון, ורק בשיעור הגברת הסיכון. נניח מטופל שעומד בפני נזק בשיעור של 100 שיקרה לו בהסתברות של 50% היה ויימנע מקבלת הטיפול (תוחלת נזק של 50). נניח עתה כי הטיפול שנוקט הרופא הוא כזה הטומן בחובו סיכון לנזק אחר שגם שיעורו הוא 100, אלא

כשעסקינן במקרה שבו בחרו הרופאים למטופלת את הטיפול הסביר והמומלץ, כי אז סביר שגם לאחר גילוי מלא היה מתבצע אותו הטיפול בדיוק, כפי שנפסק למשל בעניין **דעקה**. לכן אין מתקיים קשר סיבתי בין אי-הגילוי לבין ביצוע הטיפול. ומנגד, במקרה שבו בחרו הרופאים למטופל טיפול שאינו זה הסביר והמומלץ במצבו, כי אז תעמוד ממילא למטופל עילת תביעה בגין נזק הגוף, אשר בה העולה שתיוחס לרופאים היא עצם הבחירה בטיפול השגוי. 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.

אולם בכל זאת קיימת קבוצת מקרים שבה אי-הגילוי ואי-ההסכמה נראים ככאלה 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** – יתפסו שיקולים אלה מקום נכבד בכל הנוגע לרצונותיו של המטופל, הוא המקרה שבו יוכל תובע לטעון כי חרף העובדה שנבחר לו הטיפול שהוא האופטימלי עבורו מבחינה רפואית, מדובר בטיפול שהוא היה בוחר להימנע ממנו.⁹⁵ למשל, אם עסקינן בכנר או בפסל, כי אז הלה עשוי לייחס משקל רב במיוחד לפגיעות שתיגרמנה לאצבעות ידיו, ומכוח זאת לבכר טיפול שהסיכון בו נוגע לרגליו. במצב כזה, אם יבחר הרופא שלא להיוועץ במטופל, עשוי הרופא לבחור בטיפול שתוחלת נזקו למטופל הספציפי 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 לעצמו את הטיפול האופטימלי, ומי שידע לתת לכל אחד מהשיקולים את המשקל הראוי לו במקרה הספציפי, הוא המטופל עצמו.⁹⁶ אם למטופל תוקנה המילה האחרונה בנוגע לטיפולו, כי אז אכן תובטח במידה הגבוהה ביותר ההתחשבות בכלל השיקולים, רפואיים כחוץ-רפואיים, מתן המשקל הראוי לכל אחד מהם, ולבסוף תקבל ההחלטה שתהיה האופטימלית במקרה הספציפי. למשל, הגם שמטופלות רבות היו מעדיפות את בדיקת מי השפיר על פני הבדיקות

שהסתברות גרימתו היא 60% (תוחלת נזק של 60). במצב זה, כך טוען פורת, הנזק שגרם הרופא במעשיו הוא למעשה רק 10 – הטיפול הרשלני שבו הוא בחר הגדיל את הסיכון שלפניו ניצב המטופל ב-10 בלבד. לפיכך הרופא יחוב בתשלום של 10 בלבד. אם ניישם זאת במקרה כגון **דעקה**, שבמסגרתו 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, עדיין יהיה הרופא פטור מתשלום בגינו של נזק הגוף, שכן בקיוויו הסיכונים יוצא שהנזק שהיה נגרם למטופל אלמלא הטיפול הוא רב מזה שנגרם למטופל בפועל. לגישה זו של פורת ראו, Ariel Porat, *Offsetting Risks*, 106 MICH. L. REV. 243 (2007); פורת **נזיקין**, לעיל ה"ש 89, בעמ' 497–510. ראו גם גלבווע ופלד, לעיל ה"ש 84.

94 על כך ראו למשל עניין **ואחורי**, לעיל ה"ש 3, בעמ' 180; דנ"א 121/11 **גרסטל נ' דן**, פס' 8 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין (נבו 5.12.2011).

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

96 שם.

האחרות בשל יתרונוֹתיה הרפואיים (תוצאות מדויקות יותר וסיכון קטן יותר), למטופלת הספציפית שעניינה נדון בפסק דין פלונית היו עדיפות הבדיקות האחרות בשל מאפייניה החוץ־רפואיים. לשם כך, כמובן, נצרכה המטופלת גם למידע הנוגע להיבטים חוץ־רפואיים שהם חשובים עבורה. אילו היה מידע זה מסופק לה, היה ביכולתה לבחור את הבדיקה שתהיה הטובה ביותר עבורה, והתוצאה שבגינה היא תבעה הייתה יכולה להימנע.

למותר לציין כי אף לצורך מימוש אוטונומיית המטופל להחליט על גופו ועל חייו הוא זקוק למידע לבר־רפואי. כשעסקין בשליטת המטופל על חייו ועל גורלו, חלק בלתי נפרד מכך הוא היכולת לקבל את ההחלטה על סמך כלל השיקולים שהם בעלי משמעות מבחינתו. כמובא לעיל, למטופל עשויים להיות חשובים הן עניינים רפואיים הן עניינים לבר־רפואיים. לכן כדי שיוכל המטופל לנווט את חייו כרצונו, יש ליידע אותו בנוגע לכלל עניינים אלה. רק לאחר גיבושו ואיסופו של מידע זה יוכל המטופל לגבש את בחירותיו באורח מושכל שיבואו בו לידי ביטוי ערכיו ותפיסותיו. בדרך זו יוכל המטופל לבטא בבחירותיו גם את השקפת עולמו ואת אמונותיו, ולעשות כן בדרך של בחירה.⁹⁷

לאור האמור דומה שניתן לצייר שני סוג אינטרסים שונים שעליהם יכולים להגן דיני הגילוי וההסכמה מדעת.⁹⁸ הסוג הראשון הוא אינטרסים שקשורים בידעת המטופל ובהסכמתו. כאן עסקין ביכולתו של המטופל לשלוט על חייו, על בחירותיו ועל גופו. על סוג אינטרסים זה מגינה התביעה שבגין הפגיעה באוטונומיה. הסוג השני הוא האינטרס התוצאתי לכך שהמטופל יקבל 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 החשובה במיוחד לדיון שכאן היא שלצורך 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 שאליו אעבור עתה – על האופי שיהיה נכון להקנות לדיני הגילוי וההסכמה מדעת לצורך מימוש תכליותיהם והתאמתם התרבותית.

2. האם על 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 ככזו שנועדה להגן על שני

97 ראו גלבוץ ופלד, לעיל ה"ש 84; JURRIT BERGSMAN & DAVID C. THOMASMA, AUTONOMY AND CLINICAL MEDICINE 85 (2000).

98 גלבוץ ופלד, לעיל ה"ש 84. לפי חלוקה זו בנתה נילי קרקר־אייל בספרה את שני פרקי ההצדקות לדוקטרינת ההסכמה מדעת: פרק אחד עוסק בהצדקות דאונטולוגיות, ואחר עוסק בהצדקות תוצאתיות. ראו נילי קרקר־אייל דוקטרינת ההסכמה מדעת בחוק זכויות החולה, תשנ"ו-1996 160-19 (2008).

99 לגישה המניחה כי אכן על הרופא לגלות גם על היבטים חוץ־רפואיים, אגב עמידה גם על מחירה של חובה זו ראו יעקב, לעיל ה"ש 59, בעמ' 656-657.

אינטרסים חשובים של המטופל: שימור שליטתו על חייו וחתימה תוצאתית לבחירות שתהיינה האופטימליות עבורו. עוד עמדתי על כך שבמסגרת המידע הדרוש למימושן 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: כיוון שלצורך מימוש יעדיה של דרישת ההסכמה מדעת זקוק המטופל למידע רפואי כמו גם למידע חוץ-רפואי, וכיוון גם שחובת הגילוי היא כלי המשמש לקבלת המידע הדרוש למטופל לצורך החלטתו, האם יהיה נכון לצמצם את חובת הגילוי אך לאספקט אחד הדרוש להסכמתו מדעת של המטופל, ההיבט הרפואי (כפי שנקבע בעניין פלונית), או שמא יהיה מוטב לקשרה, עקרונית, לכל סוג מידע שלו יהיה המטופל זקוק? בהתחשב בכך שברור ומוסכם כי על הגילוי לכלול את המידע הרפואי, השאלה היא למעשה בנוגע לכלילתו של מידע חוץ-רפואי במסגרת הגילוי. במענה לכך, ובניגוד לקביעת בית המשפט העליון בעניין פלונית, אני סבור כי ייתכנו סוגי מידע חוץ-רפואיים שנכון לדרוש מהגורמים הרפואיים את גילויים. בחלקה הרביעי של הרשימה אציע קווים מנחים לאפיונם של מקרים אלה, אולם לפני כן אציג כמה טעמים לעמדתי זו. לאחר מכן אנסה להתמודד עם טעמי נגד לה, בייחוד כאלה שהוצגו בעניין פלונית.

ראשית, חובת ההתאמה התרבותית, שלצורך בהכרה בה טענתי לעיל, מנביעה – כנקודת מוצא – כי גם הגילוי שאותו מוסרים הרופאים צריך לעבור שינוי והתאמה לפי צרכי המטופל. אם אכן תוכר חובה כזאת, המושגת על הגורמים הרפואיים כחלק מאיכותו ומטיבו של השירות הרפואי שאותו מחובתם לתת, כי אז אופן תחולתה בכל הנוגע לחובת הגילוי יהיה דרישה מהרופא למסור למטופל גם מידע שהמטופל זקוק לו בשל מאפייניו האישיים. משמעות הדבר תהיה כי אי-התאמתו של הגילוי תיחשב להפרה של חובת הגילוי, הפרה שבגינה יימצא אשם במעשי המפר. וכך, כאשר לפנינו גורם שנפל אשם במעשיו, ולצידו גורם שחוה נזק הנובע סיבתית מאותו האשם, לפי תפיסות של צדק מתקן יהיה נכון שהאשם-המזיק יפצה את הניזוק.¹⁰¹ נוסף על כך, ההכרה בחובת ההתאמה משמעה גם הניסיון להביא לכיבוד ולציות לה בפועל. כפי שטענתי לעיל, לשם כך דרושה הרתעה מפני הפרתה של החובה.¹⁰² במצב כיום, שבו אי-התאמה אינה מקנה למי שניזוק הימנה כל עילת תביעה, נפגע מאוד התמריץ של הגורמים הרפואיים להתאים את המידע למאפייני המטופל. בשונה מכך, תמיכתה של הדרישה להתאמה תרבותית בסנקצייה נזיקית שתבוא בגין הפרתה, משמעה יהיה הקניית "שיניים" לדרישה ויצירת הרתעה הולמת.

שנית, נראה שגישתי עולה בקנה אחד עם הגישה הרווחת בפסיקה בכל הנוגע לחובת הגילוי ולקריטריונים שנקבע כי לפיהם יש להכריע אילו פריטי מידע ייכללו בה ואילו לא. כפי שזכר לעיל, הפסיקה כיום אימצה בעניין זה את מבחן "הציפייה הסבירה של החולה"

100 ראו לעיל ה"ש 74–75 ובטקסט הסמוך להן.

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

102 ראו תת-פרק ב.3 לעיל.

או מבחן "צורכי החולה הסביר".¹⁰³ גישה זו מסיטה את המבט מהרופא אל עבר המטופל וצרכיו. 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 שנזכר – אף הפסיקה מכירה בכך.¹⁰⁵ קישור זה שבין ההתמקדות בצורכי החולה הספציפי לבין העובדה שהלה עשוי להיות מושפע משיקולים לבר-רפואיים – לרבות 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 שתתאים לו ביותר "רפואית ואנושית גם יחד", עשויים בהחלט להביא לדרישה שחובת הגילוי תכלול מידע חוץ-רפואי או מידע רפואי המותאם לשיקולים חוץ-רפואיים. ואכן, לפי האמור, יש כיום מגמות של סובייקטיביזציה של הגילוי הרפואי, המביאות לצורך בהתאמתו לחולה הספציפי על צרכיו הייחודיים ועל מאפייניו החוץ-רפואיים.¹⁰⁷ הצעת עולה בקנה אחד עם גישות ומגמות אלה.

103 ראו לעיל ה"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, פס' 8 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין.

107 לבד העובדה שניתן לראות בדברים התחשבות בנסיבות שהיא מקובלת ביותר ואף חיונית בדיון ברשלנות (ראו בעניינה גם עניין קדוש, לעיל ה"ש 59, פס' 50–51 לפסק דינו של השופט עמית), גישה זו של סובייקטיביזציה הגילוי מתאימה למגמות מודרניות ועשויה להתמך גם במשפט המשווה. כך למשל בכמה ממדינות ארצות הברית יש סובייקטיביזציה של המבחן, בגרמניה נוהג מבחן סובייקטיבי מלא, ואף באוסטריה נדרשים הרופאים לברר אצל המטופל מהם הדברים שהם בעלי משמעות עבורו. כלומר, במדינות אלה תוכני הגילוי שאותם נדרשים הרופאים למסור משתנים ממטופל למטופל, לפי מאפיינים אישיים שונים של אותם המטופלים. על כך ראו Jaime Staples King & Benjamin W. Moulton, *Rethinking Informed Consent: The Case for Shared Medical Decision-Making*, 32 AM. J. L. & MED. 429, 445–446 (2006); Josephine Shaw, *Informed Consent: A German Lesson*, 35 INT'L COMP. L.Q. 864 (1986); כרמי, לעיל ה"ש 16, בעמ' 1014–1015, 1116. ראו גם

שלישית, לא אחת המידע החוץ-רפואי שהחולה זקוק לו יהיה נגיש לרופא יותר משהיה נגיש למטופל. לפי מסגור השאלה בדבר חובת הגילוי, המכיר בכך שחובת הגילוי היא אך כלי למסירת מידע למטופלים שהוא חיוני להכרעתם, דומני שעיצוב הגילוי צריך להיעשות מתוך שאיפה להנגשתו בפועל של המידע המבוקש. כפי שנטען לעיל, לצורך ההחלטה זקוק המטופל לא רק למידע רפואי אלא גם למידע חוץ-רפואי. כפועל יוצא מכך אני סבור שהבחנה בנוגע לחובת הגילוי אינה צריכה להיות הבחנה עקרונית העוסקת באופי המידע (כמו למשל הבחנה בין מידע רפואי למידע חוץ-רפואי), אלא בין מידע שהוא נגיש יותר למטופל, ככלל, לבין כזה שבמצב הטיפוסי יהיה נגיש יותר לרופא. דהיינו, מפני שהמטרה הסופית היא הבאתו של המידע שלו זקוק המטופל לידיעתו, כאשר חובת הגילוי משמשת אך אמצעי לשם כך, כי אז בנוגע לכל סוג מידע יש לבחון מי מהצדדים הוא זה שאותו המידע יהיה יותר נגיש לו, ועליו להטיל את האחריות לנזקי אי-קבלת המידע. זאת, שכן בכך יתומרץ אותו גורם להשיג את המידע. פרמטר נגישות המידע הוא זה שלו משמעות הרבה ביותר בחתירה לתוצאה שבה אוהז המטופל בכלל המידע הדרוש לו. על כן כשמדובר במידע אשר נגיש וזול יותר לרופא, כי אז יהיה נכון לכלול אותו במידע שמסירתו נדרשת מכוח חובת הגילוי הרפואית.

סביר מאוד כי במקרים רבים ההבחנה שאני מציע תתלכד עם ההבחנה בין מידע רפואי לבין מידע חוץ-רפואי, ההבחנה ששימשה בפסק הדין בעניין **פלונית**:¹⁰⁸ פעמים רבות אכן המידע שיהיה נגיש לרופא הוא המידע הרפואי, והמידע שיהיה נגיש למטופל הוא המידע החוץ-רפואי, כגון העדפותיו של המטופל הכנר בבחירה בין רגלו לבין ידו. אולם ייתכנו גם מקרים לא מעטים שבהם שתי ההבחנות לא תתכנסנה לתוצאה אחת – מקרים שבהם הגם שמדובר במידע שהוא חוץ-רפואי, הוא יהיה נגיש יותר דווקא לגורם המטפל.¹⁰⁹ זהו סוג המקרים שבו הדרך שאני מציע תנביע תוצאה שהיא שונה מזו שהתקבלה בעניין **פלונית**, ודומני שעובדות עניין **פלונית** הן המחשה נאה לסוג מקרים זה. אכן, נראה כי אין חולק שמגבלת מאה ועשרים הימים אינה מידע רפואי במובנו הצר של המונח. אין בה כל עניין ביולוגי או פיזיולוגי. עם זאת ברור גם כי מדובר במידע שהוא בעל חשיבות רבה ביותר למטופל. כאמור, השאלה החשובה בעיניי היא למי מהגורמים המידע על המגבלה יהיה נגיש יותר. כאן דומני שמקרה **פלונית** יוכיח כי מדובר במידע שלא בהכרח ייוודע למטופל גם אם הוא אדם דתי. לעומת זאת בכל הנוגע לגורם המטפל, ובלא קשר הכרחי למאפייניו האישיים, המידע עשוי בהחלט להיות לו נגיש וידוע, שכן הגם שמדובר במידע דתי, זהו מידע הקשור קשר 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 שסביר בהחלט

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, פס' 23–25 לפסק דינה של השופטת וילנר.

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

שרופא כזה יאחז בו, ואף יהיה לגיטימי לדרוש זאת ממנו.¹¹⁰ זהו מידע שאך הגיוני שרופא כזה ילמד אותו מניסיונו המקצועי ומחוויותיו היום-יומיות במרפאה. זהו גם מידע שקופת החולים, מעסיקתו של הרופא, עשויה להכיר וללמוד עם הזמן, ולכן ביכולתה לדאוג שעובדיה שהמידע רלוונטי להם יהיו מודעים לו. חשוב להבהיר כי העמידה על כך שזמינות המידע לרופא עשויה לנבוע פשוט מקרבתו הגדולה לעניינים הרפואיים, משמעה כי כזה עשוי להיות המצב אף במקרים קיצוניים פחות שבהם אוכלוסיית המטופלים איננה כה הומוגנית. כמו כן, מאמצי משרד הבריאות וקופות החולים לבצע את ההתאמה התרבותית ולהקצות משאבים לשם כך, כפי שתואר לעיל,¹¹¹ רק מעצימים את הוגנות הדרישה ואת יכולתם של הגורמים המטפלים לעמוד בה.

מנגד, מדובר במידע שסביר בהחלט לחשוב שהאדם הדתי – אשר איננו חכם הלכה או איש דת שבכך עיסוקו – לא ייחשף אליו. הריונות הם אירוע תחום בזמן שקורה מעט פעמים בחייו של אדם, ולא כל שכן הריונות בסיכון שאפשרות הפסקתם עולה על הפרק באופן ממש. אם כן, כשמדובר במידע שאומנם הוא בענייני דת אך קשור מהותית לטיפול הרפואי, וכשאין מדובר במידע שהוא אכן נחלת כלל ציבור המטופלים שבו עסקינן, דומה שזהו מידע שיהיה נגיש יותר לרופא, הגם שהוא איננו מידע רפואי טהור. כאשר הקריטריון המנחה להטלתה של חובת הגילוי הוא זמינות המידע, כפי שאני מבקש להציע, משמעות הדבר היא שיהיה נכון לדרוש מהרופא את גילוי של מידע זה.

רביעית, מי שיותר קל ופשוט לתמרצם ולהכוויןם הם הגורמים הרפואיים. אם אכן רוצים למנוע את הישנותם של מצבים כגון זה שקרה בעניין פלונית, דומה שיש לחשוב כיצד ניתן לוודא שהמטופלים ידעו את שחיוני לצורך החלטותיהם. זה עתה טענתי כי באופן שהוא אולי לא אינטואיטיבי, במקרים רבים דווקא הגורמים המטפלים הם שיהיו מודעים למידע חוץ-רפואי של מטופלים שיש לו קשר לטיפול הרפואי (וכאמור, מדגימות זאת עובדות המקרה בעניין פלונית). אולם אפילו במקרים שבהם עסקינן במידע שלא בהכרח יגיע לידיעת הרופאים מתוקף עיסוקם הרפואי, כלומר מידע שנקודת המוצא בעניינו היא שהוא אינו ידוע לא לרופאים ולא למטופלים, עדיין יהיה נכון לכלול את המידע החוץ-רפואי בחובת הגילוי. זאת, מפני שבנקודת פתיחה כזאת, שבה 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 – ודאי לא זולה ופשוטה יחסית – להגיע אל כל אחת ואחד מהם, שונים הם פני הדברים כשמדובר בנותני השירותים הרפואיים. האחרונים הם גופים ממוסדים, הייררכיים ובעלי משאבים ניכרים (אם כי כמובן לא בלתי מוגבלים), ולכן נראה שיהיה פשוט ויעיל בהרבה להטיל על המשתייכים לגופים אלה את החובה לאסוף ולהכיר את המידע הדרוש

110 בפרק ד להלן, ארחיב יותר על סוגי המקרים שבהם יהיה נכון לדעת לדרוש מהרופא את ההתאמה התרבותית בכל הנוגע לחובת הגילוי.

111 ראו תת-פרק ב.2 לעיל.

112 מבין השורות מתחילים לבצבץ המקרים שבהם אטען כי לא נכון לכלול את סוג המידע בחובת הגילוי – המקרים שבהם מדובר במידע שברגיל יהיה נגיש יותר למטופלים. להשלמת המטריצה אציין כי כאשר מדובר במידע שידוע הן למטופלים הן למטפלים, אין כל צורך בהשתתפות גילוי בעניינו. ארחיב עוד בנושא בפרק ד להלן.

למטופלים.¹¹³ אף מחקרים אמפיריים שהראו כי סטנדרט ההתנהגות הנזיקי משפיע בפועל על הפרקטיקות הרפואיות תומכים בטענה זו.¹¹⁴ כמו כן למאמץ ליידוע הרופאים סיכוי רב יותר לשאת פרי – מדובר ביידועה של קבוצה קטנה יחסית שעוסקת יום-יום בעניינים שהמידע חשוב להם. מנגד, יידוע הציבור כולו משמעו הכוונת התנהגותה של אוכלוסייה גדולה בהרבה שרובה המוחלט ישתמש במידע לכל היותר פעמים ספורות. חובת התאמה, המגובה בסנקציה נזיקית שתבוא בגין הפרתה, תוכל בהחלט לתמרץ את נותני השירותים הרפואיים להשגת המידע ולהבאתו לידיעתם של המטופלים, ונראה שדרך תמרוץ זו היא הפשוטה, הזולה והמוצלחת יותר.¹¹⁵ **חמישית**, נראה שמטים לעמדותי גם שיקולי יעילות והגדלת הרווחה המצרפית.¹¹⁶ הגם שאפשר שתהיינה עלויות להתאמתן של חובות הגילוי לקבוצות האוכלוסייה השונות, סביר שעלויות אלה תהיינה קטנות במידה ניכרת מהעלויות החברתיות שתהיינה לקבלת החלטה לא מיודעת בשל היעדר התאמה תרבותית. אומנם אין בידי נתונים לצורך עריכת תחשיבים או בחינת עלויות, אולם קשה לחשוב על מחירים גבוהים מאלה שיש למצבים שבהם נשללת מהורים היכולת להחליט באופן מלא בעניינים שהם בעלי משמעות כה רבה עבורם ועבור יתר בני משפחתם. למותר לציין כי צפויים גם עלויות חברתיות ניכרות ממצבים אלה. ואכן, לא בכדי אלו התביעות שבארצות הברית נפסקים בהן הפיצויים הגבוהים ביותר, והפרמיות שאותן גובות חברות הביטוח מרופאים החשופים אליהן הן הפרמיות היקרות ביותר.¹¹⁷ מן העבר השני, נראה שאמצעי הזהירות שנותני השירותים הרפואיים צפויים לנקוט אם תוטל עליהם האחריות במקרי אי-הגילוי אינם יקרים באופן יחסי. אין מדובר באמצעים

113 ניתן לטעון נגד גישתי כי הגם שהרופא עשוי לדעת טוב מהמטופל את המשמעות הקשורות לטיפול שיש להשתייכויות תרבותיות מסוימות, עדיין לא יהיה ביכולתו לדעת על עצם השיוך התרבותי. לכן, כך תמשיך הטענה, יש להטיל על המטופל את החובה להציג לפני הרופא את עצם שיוכו התרבותי (גישא זו קרובה במידה מסוימת, אך לא זהה, להתאמה המצומצמת שהציעה השופטת וילנר בפסק דינה, אשר נדונה לעיל בה"ש 12. ההבדל הוא בכך שלפי גישת השופטת וילנר על המטופל לגלות לא רק על עצם שיוכו התרבותי, אלא עליו גם להציג משמעות טיפוליות אפשריות שתהיינה לשיוך זה). לטעמי, הביזור שעליו הצבעתי בנוגע למטופלים, ושמוחו הקושי בהכוונת התנהגותם, יש בו כדי לעורר ספקות של ממש בנוגע לעדיפותה של הצעה זו על פני ההצעה שתדרוש את התאמה מהגורמים הטיפולים – כמובא בהרחבה בגוף הטקסט, את התנהגותם של אלה יקל להכווין. עוד על הדרך שבה ייעשה הדבר בפועל, הרחבה אשר יש בה גם כדי להתמודד עם כמה טיעוני נגד בדבר ישימות גישתי, ראו פרק ד להלן.

114 Frakes, לעיל ה"ש 70.

115 עוד יש לציין כי לפחות בכל הנוגע לבתי החולים, רבים מהם מעסיקים גם אנשי דת מדתות שונות לשירות קבוצות היעד השונות באוכלוסייה שאליהן הם פונים. בקשר לאוכלוסייה היהודית, אנשי הדת עוסקים למשל בסוגיות של שמירת שבת, כשרות מזון ועוד כיוצא בזה. לא נראה שיהיה מופרך לערבם גם בסוגיות של התאמת הטיפולים הרפואיים ולדאוג להדרכת הצוותים בסוגיות שבהן עשויות להתעורר מורכבויות דתיות.

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

117 Gallagher Healthcare, *Highest Malpractice Insurance by Specialty*, GALLAGHER (Nov. 21, 2018) <https://bit.ly/3ImK8BG>.

טכנולוגיים יקרים או בבדיקות חדשניות. לכל היותר מדובר בהגברת מודעותם של רופאים ספציפיים בנוגע 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 לצורכי מטופלים טיפוסיים שנמצאים באוכלוסיית היעד שאליה הוא פונה, וכי לא אחת המידע שעליו יהיה לספק להם יהיה מידע בסיסי וראשוני ביותר.¹¹⁸ משכך, דומה שעלויות אמצעי הזהירות תהיינה קטנות – אולי אף במידה רבה – מהנזקים שאותם הן ימנעו.

לבסוף, החשיבה על עלויות הצעדים עשויה להצדיק את הצעתי גם מטעמי פיזור הנזק.¹¹⁹ הטלת אחריות על נותני שירותים רפואיים משמעה למעשה השתת עלויות על גופים מדינתיים וכן על קופות החולים. גופים אלה ממומנים מכיסים רבים ושונים, והם אף פועלים בהיקפים שמאפשרים להם לנקוט "ביטוח עצמי". לפיכך, אם אכן תידרשנה עלויות (עבור אמצעי הזהירות או עבור פיצויים במקרי הפרות ואי-התאמה), הן תתפורנה על פני כיסים רבים שייסבלו כל אחד מעלות קטנה. בניגוד לכך, השתת העלויות על הוריהם של הילדים בעלי המוגבלות משמעה השתת עלויות על כיס אחד, שלא אחת יתקשה מאוד לעמוד בהן חרף סיוע מסוים שיתקבל מהמדינה.¹²⁰ זאת, בייחוד מתוך מודעות לקבוצות האוכלוסייה הזקוקות להתאמה התרבותית: במקרים רבים מדובר בקבוצות ממעמד חברתי-כלכלי נמוך.

מכוח האמור בדבר הטעמים להטלת הגילוי על הגורמים המטפלים, ניתן לארגן את המקרים השונים ואת ההכרעה שאותה אני רואה כראויה בעניינם כך:

טבלה 1. ארבעת המצבים של זמינות המידע

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

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

עד כה הצגתי כמה טעמים שבגינם אני סבור שיהיה נכון לכלול סוגי מידע חוץ-רפואי מסוימים בחובת הגילוי הרפואית. בהמשך אנסה לסרטט קווים ראשוניים לאפיונם של סוגי מידע אלה, וכפועל יוצא מכך – גם של סוגי המידע החוץ-רפואי שאין צורך לכלול אותם

118 ראו על כך ביתר הרחבה בפרק ד להלן.

119 ראו CALABRESI, לעיל ה"ש 116, בעמ' 39–67, 226, 258–295; אריאל פורת "דיני נזיקין" **הגישה הכלכלית למשפט** 271, 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 תת-פרק ד.1 להלן.

בחובת הגילוי. אולם עוד קודם לכן אפנה להתמודדות עם כמה טיעוני נגד להטלת חובת גילוי בנוגע 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 בעניינה הכרעה שהיא הפוכה לגמרי מזו שאותה אני מנסה לקדם ברשימה זו. בחלק זה אידרש להנמקות העיקריות של פסק הדין. היות שמדובר בטעמים שהניעו את בית המשפט העליון לעברה של עמדה מנוגדת לזו שלי בנוגע להתאמה התרבותית, יהיה בכך כמובן כדי להציג התמודדות גם עם כמה מטיעוני הנגד החזקים ביותר שניתן לעורר נגד גישתי.¹²²

122 בגוף הטקסט התייחסתי להנמקות פסק הדין הנוגעות במישור לעמדה המנוגדת 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 על שם חיים שיבא, פ"ד נו(2) 936 (2002)). זאת, בשל ביקורת שמתח בית המשפט בעניין פלונית על הלכת שטרן, וכן בשל קביעה שהיא איננה מתאימה להקשר הדיון בעניין פלונית. מלבד הקושי שבבחירה לא להחיל על מקרה קיים הלכה נוהגת בשל טענות נגדה אך בלי להתעמת עימה ישירות ולנסות להופכה, אני סבור שהלכת שטרן דווקא התאימה בהחלט למקרה והיא טעם כבד משקל לחיוב הנתבעים. הלכת שטרן מבוססת במידה רבה על כך שכשקיימת מערכת יחסים חוזית בין המזיק לניזוק, בדומה לזו שמתקיימת בין רופא לבין מטופל שבוחר דווקא בו, יהיה הרופא מחויב לסטנדרט שבגינה בחר בו המטופל. בשל כך, החשש שמציגה השופטת וילנר בעניין פלונית (פס' 52), שהלכת 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 בשל מערכת היחסים החוזית אין מקום לחשש על תמריצי הרופאים לנקוט זהירות מפני שמדובר במי שפרנסתם ומעמדם המקצועי עשויים להיות תלויים במידת זהירותם. על כן עומד להם (כמו גם למתחריהם בשוק) תמריץ חזק לנקוט זהירות, הגם שזהירות זו שוכרה בצידה, בדמות החשיפה לתביעות. ספציפית ייתכן שיש מקום לדון בעניין זה במסרי התאמה תרבותית ובטרגטינג השיווקי שנוקטים לא אחת נותני שירותים רפואיים, ביחוד כשמדובר בציבורים דתיים, ולאפשרות השפעתם של אלה על היקף חובותיהם של נותני השירותים להתאים עצמם לצורכי קבוצות האוכלוסייה שאליהן הם פונים. בלי להאריך בעניין זה, דומה שיש להבחין בנוגע לו בין שני סוגי מסרים: הראשון, מסר כללי של התאמה תרבותית, כמו למשל מתן אפשרות לקבלת שירותים בהפרדה מגדרית ועוד כיוצא באלה היבטים (כמובן בלי להיכנס למורכבות שמעוררת פרקטיקה כזאת). בעניין זה ראו למשל רוני לינדר ודן אבן "משרד הבריאות הורה: להפסיק ההפרדה בין גברים לבין נשים במרפאות של קופות החולים" TheMarker (18.6.2013) <https://bit.ly/3sfyu5U>. השני, מסר מפורש המתייחס לכך שהטיפול הרפואי עצמו יותאם תרבותית. שני המקרים עשויים להיות שיקול לדרישת התאמה בפועל, גם דרך המשקפיים החוזיים של הלכת שטרן, אך ברי כי במקרה השני הדברים חזקים ביתר שאת. לפסיקה שעסקה במקרה מהסוג השני, שממנה גם ניתן ללמוד על עצם קיום הפרקטיקה, ראו ת"א (מחוזי ת"א) 57625-01-13 ש"י נ' בית החולים ביקור חולים, פס' 31 (נבו 1.8.2017). במקרה זה אף ייחס בית המשפט משקל – אומנם למעלה מן הצורך – ל"התייחסות בית החולים עצמו ליולדות חרדיות והזמנתן ללדת בין כתליו בשל כך" (שם).

(א) האומנם נטל כבד מדי על כתפי הרופאים?

אחת ההנמקות העיקריות בפסק הדין היא הטענה שלפיה חיובם של רופאים למסור מידע דתי או מידע המותאם לצרכים דתיים משמעותו דרישה קשה מדי – ושמה 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 תגולגלנה לבסוף על המטופלים.¹²⁴

על פני הדברים מדובר בטיעון כבד משקל. ברם, דומני שבכל זאת ניתן להסתפק בעניינו. ראשית, אני מסופק אם ועד כמה קשה תהיה הדרישה שתוטל על הרופאים. כך, שכן לפי דבריי שלעיל על אופי הגילוי שהמטופל יהיה זקוק לו במקרים רבים, המידע הדרוש בהקשרים הדתיים עשוי להיות כה מופשט וכללי, עד כי הוא אינו דורש כלל כניסה לפרטי הדתות השונות ולדקויות שביניהן. אפשר שיהיה די בכך שהרופא יבהיר למטופל כי עשויה להתעורר סוגיה דתית שלזמן יהיה בה תפקיד חשוב, וכי אם ירצה בכך המטופל עליו לפנות בעניין אל מי שהוא סמכות דתית עבורו. ואכן, פרקטיקה כזאת נהוגה זה מכבר במצב קרוב ודומה – מצב של מוות מוחי, שבעניינו משמיע החוק כי "נקבע מוות מוחי-נשימתי [...] יידע הרופא המטפל את בני המשפחה כי באפשרותם להתייעץ עם עובד סוציאלי, עם פסיכולוג וכן עם איש דת בהתאם לדתו של המטופל".¹²⁵ דומה שכשם שבעניין זה ההוראה אינה מעוררת קשיים מסוג אלה שתוארו בפסק הדין בעניין פלונית, כך יהיה אף בעניינו. מכאן נובע גם כי פסק הדין בעניין פלונית למעשה מתווה התייחסויות שונות של הדין בכל הנוגע ליידוע בדבר הסוגיות הדתיות מצד צוותי הרפואה במקרים השונים, הגם שניתן להסתפק אם ועד כמה המקרים שונים. עם זאת, להלן אתייחס גם למקרים שבעניינם אטען שיידרש בהם "עיבוי" של הגילוי העוסק בפרטים חוץ-רפואיים.¹²⁶ אולם כפי שאטען שם, אם יגודרו מקרים אלה כראוי, מדובר יהיה אך במקרים שבהם המידע החוץ-רפואי אכן נגיש ומוכר לצוותים הרפואיים, ובכך שוב מוקהה הבעייתיות שלה נטען בפסק הדין.

כמו כן, דומני שמדובר בראייה בינארית ומקצינה של הדברים, בלא הידרשות למצבים מורכבים יותר ואף לא לעובדותיו של 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 היא בשלילה. ראשית, כנזכר, אין מדובר במידע דתי כללי ונרחב, אלא אך

123 עניין פלונית, 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, פס' 47). להנמקה דומה ראו ת"א (מחוזי י-ם) 19055-12-13 אבו דאהש נ' שירותי בריאות כללית (נבו 10.2.2019); ת"א (מחוזי ת"א) 39999-05-13 פ"א נ' רפאלוב, פס' 16–17 (נבו 25.12.2014); ת"א (מחוזי חי') 16010-02-16 א"פ נ' עודה, פס' 49–55 (נבו 20.6.2019).

124 עניין פלונית, לעיל ה"ש 1, פס' 21 לפסק דינה של השופטת וילנר. עוד בעניין זה, כמו גם באשר לאפשרות שרפואה מתגוננת זו תפגע ביתר שאת דווקא בקבוצות אוכלוסייה מוחלשות, ראו תת-פרק ג.ג(ג) להלן.

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

126 ראו תת-פרק ד.2 להלן.

בכזה שיש לו קשר מהותי לסוגיות הרפואיות. בהתחשב בעיסוקו של הרופא בסוגיות אלה ובטיפולו בקבוצות אוכלוסייה מסוימות, סביר בהחלט שהוא יתוודע אל הסוגיות ויכירן. יתרה מזאת, להלן אציג כמה וכמה קריטריונים שיהיה נכון לבחון לצורך ההגעה לאיזון, שבו מחד יוכל המטופל להיחשף לפרטים שהם כה חשובים עבורו, ומאידך לא תוצב בפני הרופאים דרישה שהם לא יוכלו לעמוד בה.¹²⁷ דומני כי אם אכן יאומצו הקריטריונים ולאורם ייקבע אם קמה חובת התאמה תרבותית בכל מקרה ומקרה, יפחת מאוד החשש מהיקפה הרחב מדי של חובה זו.

(ב) על הפגיעה בפרטיות ועל יחסה לסיכון ולתוחלת

הנמקה נוספת ועיקרית בפסק הדין היא החשש מפגיעה אפשרית בפרטיות המטופלים ובכבודם.¹²⁸ בתמצית, נאמר כי יהיה אפשר למלא דרישה מרופא להתאים את הצעותיו הטיפוליות להשתייכות דתית ולמאפיינים חוץ-רפואיים נוספים של מטופלים אך באחת משתי דרכים: תשאול המטופל בדבר אמונותיו הדתיות או הנחה מוקדמת (לא אחת מבוססת-סטראטיפים) כי המטופל משתייך לקבוצה דתית מסוימת. בפסק הדין נטען כי כל אחת מדרכים אלה בעייתית היא, ושעל כן לא ראוי לדרוש מרופאים את ההתאמה האמורה. מאחר שמדובר בטיעון שמתבסס על כך שכל אחת משתי הדרכים לביצוע ההתאמה היא בעייתית, נראה שדי אם אראה שאחת מהדרכים אינה כה בעייתית כדי שיהיה אפשר לטעון להיתכנותה המעשית של דרישת ההתאמה. אנסה לעשות כן באשר לדרך התשאול.¹²⁹ לטעמי, ההנמקה בדבר בעייתיות התשאול והפגיעה בפרטיות היא הנמקה מוקשה, ושתי סיבות עיקריות לכך. ראשית, בשל דבריי שלעיל, שלפיהם במקרים רבים המידע שיידרש יהיה ברמת הפשטה כה גבוהה עד כי הוא לא יצריך כלל ירידה לפרטי מצוות הדת השונות, נראה שניתן לספק מידע זה בלא לפגוע בפרטיות. אם אכן יסתכם המידע הדרוש אך בהצבעה על מורכבות דתית שעשויה להתעורר ובאמירה שאם ירצה בכך המטופל הוא יוכל 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 לפניו.¹³⁰ גם טענה זו נתמכת בהליך שמתווה חוק מוות מוחי-נשימתי, אשר אופי הגילוי שבמסגרתו אף הוא איננו מצריך תחקורים פולשניים ופוגעניים של המטופלים.

שנית, הטענה בעייתית בעיניי מפני שמיוחס בה משקל לא פרופורציונלי לפרטיות, וזאת אף לצד התעלמות מהקשר הדברים הייחודי – יחסי רופא-מטופל. בית המשפט חרד מאוד לפגיעה בפרטיות המטופלים שתיגרם כתוצאה מתחקורם בעניין דתם ובעניין אמונותיהם. ברם, לדעתי, שימת הדברים בהקשרם מציירת תמונה שונה – עסקינן ביחסי רופא-מטופל,

127 ראו פרק 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-התיוג נראית מוקשת גם לטעמי, וזאת הן בשל הפגיעה בכבוד המטופל אשר נלווית לה, והן, במישור המעשי, בשל החשש מתיוגים לא נכונים שאחריתם גילויים לא מדויקים ואף מזיקים.

130 וכנזכר, המקרים שבהם אטען כי יש להרחיב את היקף הגילוי הם כאלה שהמידע יהיה בהם, בסבירות גבוהה, נגיש ומוכר לנוטני השירותים הרפואיים. ראו על כך תת-פרק ד.2 להלן.

יחסים שבהם המטופל חשוף ביותר בפני רופאו, ולא כל שכן כשמדובר בסיטואציה הספציפית שנדונה בעניין פלונית – היחסים שבין אישה לבין רופא הנשים שלה. בהתחשב בעובדה שכבר קיימת חשיפה גדולה ביחסים אלה, לא ברור לי החשש הגדול מפני חשיפה נוספת, אם היא אכן תהיה הכרחית ומועילה. בעניין זה ניתן להוסיף ולטעון באנלוגיה כי כשם שמטופלים ומטופלות נכונים לחשיפה הגופנית בפני רופאים בעת הצורך, והם לא היו רוצים שהללו יקבלו הכרעותיהם בלעדיה, כך נכון שיעשה אף בנוגע לחשיפת המידע החוץ-רפואי הדרוש.¹³¹ הדברים מתחדדים אף יותר בבחינת הסיכון שעל הכף – לידתו של תינוק עם מוגבלות, דבר שאפשר שהורים לא ירצו בו, ושלצורך מניעתו נספגות פגיעות חמורות הרבה יותר, גם בפרטיות.¹³²

בעניין זה חשוב לציין גם 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 כדי לספק לרופא 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 למעשה שעל השיח – שקיים זה מכבר ושעשוי להיות פולשני – לכלול בין היתר גם ברור בדבר צרכים חוץ-רפואיים של המטופל שעשויים להשפיע על הטיפול.

(ג) טעמים נוספים

טעם חשוב נוסף ושיקול מרכזי התומך בהצרתה של חובת הגילוי, המובא לא אחת בפסיקה ובספרות, הוא החשש מפני הצפתם של מטופלים במידע שעמיו הם לא ידעו להתמודד ושווקא יקשה עליהם לקבל החלטה בנוגע לטיפול בהם.¹³⁴ בתמצית, הטענה היא כי מנקודה מסוימת ריבוי מידע לא רק שאינו תורם למטופל לצורך החלטתו, אלא שהוא אף מונע ממנו לשקול את הדברים כדבעי, מפני שאחרי כמות מסוימת של מידע המוח "מוצף", והוא איננו יכול לעבד את המידע שהוא מקבל ולהתמודד עימו.¹³⁵ הגם שמדובר בחשש לא מבוסס, דומני שכוחו אינו חזק במיוחד בענייננו. מהלכי עיבוד מורכבים עשויים להידרש דווקא לסוגי מידע מסוימים, כגון מידע שדורש ידע מקצועי נרחב, מידע רב במיוחד וכדומה. כזה הוא באמת מידע מקצועי-רפואי. אולם בשונה מכך, בכל הנוגע למידע הקשור

131 מלבד החשיפה הגופנית אשר מתבצעת בקליניקה הרפואית מעשים שבכל יום, דוגמאות אפשריות נוספות למצבי חדירה לא פשוטים לפרטיות בתשאולים רפואיים הם למשל מצבים שבהם נשים המזומנות לוועדות הפסקת היריון נדרשות לספר כי הן הרו מחוץ לנישואין, רופא הנדרש לברר אצל מטופל על עניינים שונים הנוגעים בחיי המין של המטופל ועוד כיוצא באלה עניינים. עוד על כך מייד להלן בגוף הטקסט.

132 אשר לחשיבותו של הגילוי בהקשרים אלה ראו את דברי השופטת חיות בעניין סדי, לעיל ה"ש 5, בעמ' 610.

133 ראו למשל ע"א 9936/07 בן דוד נ' ענטבי, פס' 6 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין (נבו) 22.2.2011; ע"א 1997/10 צורף נ' רונבאום, פס' 8 לפסק דינו של השופט הנדל (נבו) 13.2.2012.

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

135 שם.

בשיקולים חוץ-רפואיים, שאותם עשוי המטופל להבין היטב, דומה שהחשש פוחת במידה ניכרת – כאן מורכבות העיבוד שאליה יידרש המטופל קטנה בהרבה, שכן מדובר במידע שאינו זר לו.

טיעון נוסף קשור בעלויותיה של הרחבת היקף הגילוי.¹³⁶ להרחבה זו עלויות הן משום שהיא דורשת איסוף מידע רב יותר, תיווכו לגורמים המטפלים והצגתו למטופלים, והן משום שהיא עשויה להרבות את המקרים שבהם 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, ועל כן מוטב להימנע מהן עבור הוזלת השירותים, בייחוד מפני שעלויות אלה תגולגלנה בסופו של דבר על הלקוחות והם יאלצו לשלם מחירים גבוהים.¹³⁷ בעניין זה דומני שהמענות מצויים בשניים מהטיעונים שאותם הצגתי לעיל.¹³⁸ ראשית, כאמור, להצעת איך רק משמעויות חלוקתיות מיטיבות, אלא יש בה גם כדי לתמרץ את מי שאכן עשוי להיות מתמרץ לנקיטת אמצעי זהירות, ולכן היא צפויה להגדיל את העוגה. זאת, שכן אמצעי הזהירות עלותם פחותה מהנזקים. כמו כן, הגם שעשויות להיות מושתות עלויות מסוימות על נותני השירותים הרפואיים, ולכן גם על כלל לקוחותיהם ואף על משלמי המיסים כולם, אלה עלויות שיהיה אפשר להצדיקן מטעמי פיזור נזק.¹³⁹

תטיעון ספציפי יותר הקשור בכך, כמו גם בחשש מפני רפואה מתגוננת,¹⁴⁰ נוגע בעובדה שההתאמה התרבותית שאותה אני מקדם בדבריי נוגעת דווקא בקבוצות אוכלוסייה מוחלשות. בשל כך ניתן לטעון כי גלגול העלויות המתואר יהיה בעייתי במיוחד, שכן העלויות תגולגלנה דווקא על קבוצות אלה, דבר שנוקו ירבה על התועלת שבמאמצי הנגשת הרפואה עבורן. בעניין זה אטען, ראשית, כי עסקינן במערכות ארציות שמחירן אחיד, ולכן אני מסופק אם מדובר בחשש ממשי. כאמור, סביר הרבה יותר שהמשמעות תהיה פיזור נזקים בין כלל האוכלוסייה, ולכן לכל היותר תתעוררנה שאלות של סיבסוד צולב בין קבוצות. בהתייחס לכך, דומני שהטיעונים שלעיל בדבר פיזור הנזק מצדיקים את הסיבסוד הצולב. כמו כן בשל נכונותו הנוכחית של משרד הבריאות להשקיע בקבוצות אוכלוסייה שזקוקות להתאמה,¹⁴¹ קיימות בין כה וכה עלויות יתרות בעניינן, מה גם שהעלות שאני מקדם בדבריי היא נכונה וכדאית הן משיקולים מוסריים של שוויון הן משיקולים כלכליים, כאמור. זאת ועוד, בשל העובדה שהצורך בהתאמה תרבותית של שירותים רפואיים הוא צורך שיאפיין בדרך כלל קבוצות אוכלוסייה מוחלשות, כי אז מדובר בסיבסוד צולב שבמסגרתו קבוצות חזקות יסבסדו קבוצות מוחלשות מהן. מלבד זאת שלפי מרבית הגישות מדובר בצעד חלוקה מחדש שהוא לגיטימי לחלוטין ואף ראוי, הוא אינו שונה מאוד מהמיסוי הפרוגרסיבי המקובל כיום. היות שאין מדובר כאן בצעד חלוקתי שמשמעותו היא

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

137 שם.

138 ראו תת-פרק ג.2 לעיל.

139 ראו במקורות המוזכרים לעיל בה"ש 119.

140 ביחס לחשש זה ראו תת-הפרק ג.3(א) לעיל.

141 ראו תת-פרק ב.2 לעיל.

הקטנת העוגה הכוללת, ואף להפך, כפי שטענתי לעיל, דומה שאין 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 לפי האפשרות של התאמת הגילוי יש חשיבות ניכרת לשאלת אופי ההתאמה והיקפה. חלק ניכר מהטיעונים בעד ההתאמה, כמו גם חלק מהמענות לטעמים הנגדיים, נבע מהדרך שבה אני סבור שיש לעצב את חובת ההתאמה, וזאת הן באשר להיקף המקרים שעליהם היא תחול והן באשר להיקף החובה עצמה. עתה אפנה להצגה מסודרת של עניינים אלה ואציג כמה מהשיקולים העיקריים שאותם יש לשקול בכל מקרה ומקרה כדי להכריע אם מדובר במידע שקמה בנוגע לו חובת ההתאמה, ואם כן – באיזו מידה.

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

לאחר הדיון הנורמטיבי בהתאמתה התרבותית של חובת הגילוי אעבור עתה לפסים מעשיים יותר ואנסה לסרטט ולתחם את היקפה בפועל של התאמה זו. כפי שעלה זה מכבר, אינני טוען כי הרופא צריך להיות אחראי להצגת כלל המידע שלו יהיה המטופל זקוק. חלף זאת, טענתי היא כי הפרמטר שאותו יש לבחון הוא השאלה מי הוא הגורם שלו המידע הנדון נגיש יותר, ולכן מי הגורם שהטלת האחריות עליו באשר לחוסר המידע היא שתמנע את מרב מקרי הנזק. לפי רציונל זה, בשורות הבאות אציג כמה פרמטרים שאותם לטעמי יש להביא בחשבון שעה שנבחנת השאלה אם קם הצורך בהתאמה תרבותית במקרה ספציפי, פרמטרים המתמקדים בשאלה אם מדובר במידע שהיה נכון לצפות מהרופא שיכירו ויידע עליו, או שמא אין מדובר במידע כזה. לאחר מכן אתייחס גם לתוכנו ולאופיו של הגילוי כאשר אכן נדרשת התאמתו למאפייני המטופל. אם כן, לפרמטרים שיוצגו חשיבות בשני רבדים שונים: בשלב הראשון יהיה בהם כדי ללמד אם קמה חובה להתאמה תרבותית של הגילוי; בשלב השני, אם אכן ייקבע כי קמה חובת להתאמת הגילוי, הם ישמשו לשם קביעת היקפה של התאמה זו.

במסגרת הדיון שלהלן אשתמש בעיקר בסוגיית המידע הדתי, הסוגיה שנדונה בעניין **פלונית** ושמתעוררת לא מעט בבתי המשפט,¹⁴³ אולם דומני שהעקרונות שבבסיס 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) להתייחסות לסוגיה מתוך גישה אוהדת יותר 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. 326 (2006).

143 לצד עניין **פלונית**, על גלגוליו השונים, ניתן למנות מקרים דומים נוספים מהשנים האחרונות. ראו למשל עניין **אבו דאהש**, לעיל ה"ש 123 (בני זוג מוסלמים דתיים שבחרו ללדת ילד פגוע חרף אינדיקציות אבחנתיות בנוגע לכך, ודחיית טענתם שלא יודעו על בדיקת סקר טרום-השרשה (PGS) שהייתה יכולה לאפשר להם להימנע מלידה זו גם במגבלות אמונתם); עניין **רפאלוב**, לעיל ה"ש 123 (בני זוג מוסלמים דתיים שבחרו ללדת ילד פגוע חרף אינדיקציות אבחנתיות בנוגע לכך, ודחיית טענתם להתרשלות

ושיעלו מבין שיטיו עשויים להיות יפים גם להקשרי מידע חוץ-רפואי נוספים. למשל, לעיתים יתעורר הצורך להציג לפני מטופלים השלכות שעשויות להיות לטיפול מבחינת הצורך להסתייע בבני משפחה; מבחינת אפשרויות עיסוק מסוימות (כמו בדוגמת הכנר שלעיל); מבחינת הצורך להשתמש בתרופות שנוסו על בעלי חיים ועוד כיוצא באלו שיקולים חוץ-רפואיים.¹⁴⁴

1. שיקולים בנוגע לחובת ההתאמה

כנזכר, הקריטריון המרכזי לשיטתי להכרעה בדבר הצורך בהתאמה תרבותית הוא זמינות המידע. בנוגע לקריטריון זה ציינתי לעיל, בטבלה 1, את ההכרעות הרצויות לדעתי 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 שלא ברור היכן יש למקמם בטבלה.

שיקול ראשון הוא אופי המידע החוץ-רפואי. כנזכר, אינו דומה מידע חוץ-רפואי "טהור" למידע חוץ-רפואי הקשור בקשר הדוק להיבטים רפואיים וטיפולים. למשל, בפסק הדין בעניין פלונית דובר במגבלה דתית על משך הזמן שבו ניתן לבצע הפסקת היריון. מידע כזה אינו מידע דתי "טהור" אלא זהו מידע הקשור אינהרנטית לשאלת הטיפול שהתאים למטופלת. למעשה, המידע החוץ-רפואי שהצורך בגילוי עשוי להתעורר כחלק מהגילוי שבמסגרת הטיפול הוא מעצם טבעו מידע שאיננו חוץ-רפואי "טהור" אלא כזה הקשור בטיפול הרפואי. אולם דומני כי בכל זאת חשוב להציג זאת כקריטריון לגילוי, בשל שתי סיבות: ראשית, הגם שהמידע לא יהיה מידע חוץ-רפואי "טהור", עדיין שיעור זיקתו לטיפול הרפואי נראה כעניין של מידה, ועשויות אפוא להיות עוצמות קשרים שונות במצבים שונים. לפי עוצמת הקשר יהיה נכון לקבוע אם אכן מדובר במידע שהרופא חב בגילוי או לא, כמו גם מהו היקף הגילוי הנצרך; שנית, הבחנה זו נועדה להתמודד עם טיעון נגדי מרכזי לעמדתי שלפיו לא נכון לחייב את הרופא בגילוי מידע שאינו נוגע לתחומי מומחיותו. עסקתי בטיעון זה וניסיתי להשיב לו בהרחבה לעיל,¹⁴⁶ וחלק הארי של התמודדתי היה האמירה שרופא לא יידרש להכיר ולגלות כל מידע חוץ-רפואי אלא רק כזה

בראשית ההיריון שהייתה יכולה לאפשר להם את הפסקתו גם במגבלות אמונתם); עניין עודה, לעיל ה"ש 123 (בני זוג מוסלמים דתיים שבחרו ללדת ילד פגוע חרף אינדיקציות אבחנתיות בנוגע לכך, ודחיית תביעתם על רשלנות בבדיקות מוקדמות שנערכו שמנעה מהם להפסיק את ההיריון לפי מגבלות דתם, בטענה שהבחירה המאוחרת שלא להפסיק את ההיריון מטעמים דתיים מנתקת את הקשר הסיבתי). חשוב להדגיש כי אלה אך המקרים שמצאו דרכם לבית המשפט ושאר הסתיימו בפסק דין, כשסביר שעל רבים אחרים לא ניתן לדעת באמצעות עיון בפסקי הדין. ועדיין, מובן שפסיקה שתכווין אחרת את התנהגות הרופאים צפויה להשפיע גם במקרים אלה. עוד יש לציין בעניין זה כי פסקי דין מסוג אלה שתוארו עוסקים לרוב בקבוצות הערבית והחרדית באוכלוסייה, קבוצות שהן בעלות שיעורי הילודה הגבוהים בישראל, וגם בכך יש כדי ללמד על ריבוי המקרים.

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

145 ראו תת-פרק 2. לעיל, בטקסט הסמוך לה"ש 121. בכך הגישה המוצעת במאמר נובעת מהדיון התאורטי במקרים שבהם מתאימה חובת גילוי.

146 ראו תת-פרק 3. לעיל.

שקשור בטיפול. זאת, שכן ככל שהמידע מקושר יותר לטיפול, כן צפוי הרופא להיחשף אליו יותר, ולכן המידע המבוקש יהיה נגיש לו יותר ואף יהיה קל יותר להעביר תכנים מסוג זה לרופאים במסגרת הכשרתם או כחלק מהשתלמויות. דומני שהעמידה על כך מחלישה במידה ניכרת 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-פחם ולזה שאותו תמסור רופאה שלישית בגבעתיים. הטיעון בדבר התאמה תרבותית אין משמעו כי אוטומטית על כל נותן שירות רפואי לדעת מה ששייב לכל מטופל שעשוי לבוא בשערי מרפאתו. חלף זאת, הטענה היא שעל הטיפול להתאים לקבוצות האוכלוסייה הספציפיות שאכן מקבלות ממנו שירות כעניין שגורתי. לפיכך יש לבחון אם המידע שחובת גיליו היא מושא הדיון נוגע לאוכלוסייה שהיא עיקר קהל היעד של נותן השירות הרפואי, או שמא אין הדבר כן. למותר לציין כי קריטריון זה עשוי להגביל במידה ניכרת את היקף הדרישה להתאמה התרבותית, ולכן גם את הקושי לעמוד בה: שוב אין מדובר בהתאמה נרחבת ומקיפה לכלל קבוצות האוכלוסייה בישראל, אלא בהתאמה לקבוצות הספציפיות שאכן מקבלות ברגיל שירות רפואי במוסד שבו עסקינן. **שיקול שלישי** הוא מידת חשיבותו של המידע החוץ-רפואי. אף כאן מדובר בסיוג ניכר של היקף 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 אם מדובר במידע חשוב ומרכזי. חשיבותו ומרכזיותו של המידע יבואו לידי ביטוי בחשיבות שמייחסת לו אוכלוסיית היעד של הגורם הרפואי, בשכיחות היקרותם של המקרים שבהם מידע חוץ-רפואי זה משחק תפקיד חשוב ובעוד כיוצא באלה שיקולים.

שיקול רביעי הוא אם ועד כמה היו ברורים מאפייניו של המטופל שבגינם יהיה נחוץ לו המידע החוץ-רפואי הנדון.¹⁴⁷ יש מקרים שבהם השתייכותו של המטופל לקבוצת אוכלוסייה מסוימת תהיה ניכרת בלא מאמץ ובירור. כמוכן, השתייכות נחזית זו לא יהיה די בה לצורך 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 שבהם מתעורר יסוד סביר להניח השתייכות מסוימת של המטופל עשויה להתגבר הדרישה מהרופא לשאול את המטופל בעניין זה ולברר את הדברים מראש. יתרה מזאת, ייתכנו גם מקרים שבהם יספר המטופל מיוזמתו לרופא המטפל על השתייכותו לקבוצה פלוגית או על ערכים מסוימים שהם בעלי משמעות עבורו.¹⁴⁹ על בתי המשפט יהיה לתת דעתם על השאלה אם החשיבות שייחס המטופל למידע חוץ-רפואי מסוים הייתה מובנת וברורה, או שמא לא היה הרופא יכול לצפות זאת, ולכן גם הרופא לא נדרש לברר

147 שיקול זה קרוב לגישתו הכללית של השופט עמית בעניין **קדוש** (לעיל ה"ש 59), שקרא לבחון את הגילוי הדרוש על פי מצבו של החולה הסביר בנעלי החולה המסוים, אך לפי מה שהיה יכול להבין בעניין זה הרופא הסביר (שם, פס' 50-51).

148 ראו תת-פרק 3.ג(ב) לעיל.

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

אצל המטופל בדבר אפשרות הצורך שלו בהתאמות מסוימות. חשוב לציין כי אף שיקול זה איננו בלעדי, ולכן גם בהיעדר מאפיינים חיצוניים המטים את הכף לטובת בירור מצידו של הרופא, עדיין עשוי לקום צורך בבירור מסוג זה, כפוף לשאלה אם ובאיזו מידה מתקיימים ארבעת השיקולים הנוספים.

שיקול חמישי, הנוגע בהקשרים שהם רחבים מסוגיית ההתאמה התרבותית, עניינו במצבים שבהם מתגברת דרישת הגילוי. כך למשל, נקבע בפסיקה כי אופי הגילוי ותוכנו מושפעים גם מחומרת הסכנה לחיי המטופל ומהנזק שעשוי להיגרם לו. ככל שהאחרונים מתגברים, כן עולה רמתו ופירוטו של הגילוי הנדרש.¹⁵⁰ בדומה לזה נקבע שהיקף הגילוי גדל כאשר מדובר בטיפול חדשני או בטיפול אלקטיבי, וכן כאשר הטיפול מבוצע במסגרת פרטית.¹⁵¹ דומה שאחד מהיבטיה של 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 בכמה סוגיות קונקרטיות שהן בעלות חשיבות עיקרית בדבר התאמת הגילוי. האמירה החשובה היא שלא כל התאמה אכן נחוצה, ושלא בכל מקרה ומקרה אכן תקום חובת התאמה לרופא, אלא שיש לבחון כל מקרה לפי נסיבותיו. ניתן אפוא לראות בכך חלק אינטגרלי מדרישת הסבירות הכללית של דיני הנזיקין: הרופא אינו נדרש לכל התאמה ובכל מצב, אלא אך להתאמה סבירה. בהקשר הנוכחי של חובת הגילוי השיקולים שנמנו לעיל הם שעשויים להיות בעלי משקל עיקרי לצורך בחינתה של סבירות זו, וכך היא לא תישאר כמילה ריקה שאינה אומרת הרבה.

2. היקפו של הגילוי

לאחר העיסוק בשיקולים לקביעה אם 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. לפיכך השאלה המרכזית תהיה כיצד יהיה אפשר להבטיח את הנכחתו של המידע במסגרת קבלת ההחלטות בכל מקרה ומקרה, אגב איזון עם משאביה המוגבלים של המערכת הרפואית והימנעות מדרישה לא הגיונית ולא הוגנת שתוצב בפני הגורמים המטפלים. דברים אלה קשורים לנקודת המוצא שמצויה בבסיס כלל העיסוק בסוגיה: 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 שבהם עשויות להתעורר סוגיות חוץ-רפואיות יידרשו הגורמים המטפלים לגילוי כללי ביותר, שבהקשר הדתי עשוי

150 ע"א 2245/91 ברנשטיין נ' עטיה, פ"ד מט(3) 719, 709 (1995); כרמי, לעיל ה"ש 16, בעמ' 1119.
151 ראו למשל ע"א 522/04 מרכז לייזור 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).

להתמצות בהפניית המטופל לייעוץ אצל איש דת שבו הוא נותן אמון,¹⁵² בדומה לגילוי שאותו מתווה חוק מוות מוחי-נשימתי שנזכר לעיל.¹⁵³ לצד זאת, ייתכנו גם מקרים שבהם מתמלא מספר פרמטרים רב מאלה שנמנו לעיל ובמידה ניכרת, כאשר אז תעובה חובת הגילוי והצוותים הרפואיים יידרשו למסירת מידע שיהיה אף קונקרטי ונרחב מההצבעה על הסוגיה הדתית וממתן ההמלצה לקבלת ייעוץ.

אשר למקרים אלה, תהיה חשובה במיוחד בחינתם של שלושת הפרמטרים הראשונים: 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 לקהל לקוחותיו של הגורם המטפל, וכאשר מדובר במידע חוץ-רפואי מרכזי וכולט, גוברת ההצדקה לוודא שהמידע יגיע אל המטופל, ומנגד – פוחת מאוד החשש שמדובר בדרישה לא הגיונית וקשה מדי מן הרופאים. זאת, שכן במצבים אלה לא אחת מדובר גם במידע שהוא בעל חשיבות רבה למטופלים, ושכסבירות רבה הרבה יותר הוא יגיע אל הגורמים הרפואיים ממילא ואף בלא מאמצים ניכרים. דוגמה בולטת לסוג מקרים זה היא סוגיות של פרויקט ושל מעקבי היריון, ואשוב אליה מייד להלן כשאעסוק ביישום הקריטריונים בעובדות המקרה בעניין פלונית.¹⁵⁴

עתה אשוב למצב הטיפוסי שבו יידרשו הגורמים המטפלים להתאמה מצומצמת, ובעניין זה אבקש לטעון כי הצוותים הרפואיים יידרשו לגילוי רחב של המידע הרפואי. כפי שנזכר 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 אף שגם אני סבור שבסוג מצבים זה המידע הדתי שאותו ידרשו הצוותים הרפואיים למסור הוא כה מצומצם עד כי הלכה למעשה מדובר על מצב שבו כמעט לא יימסר מידע דתי, כן יהיה לדעתי צורך במסירת מידע רפואי שאולי תהיה נרחבת מהרגיל, לצורך מניעת מצב שבו ימצא עצמו המטופל נופל בין הכיסאות. ההפניה לייעוץ אכן תביא לכך שאת המידע החוץ-רפואי יקבל המטופל ממי שעיסוקו בכך. ברם, אם הרופא איננו מתאים כלל את המידע הרפואי למאפייניו החוץ-רפואיים של המטופל, עשוי להיווצר מצב שבו חרף ההיוועצות באיש המקצוע הרלוונטי לסוגיה 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 לא יהיה אפשר לקבל ממנו סוג מידע זה. על כן,

152 כזה הוא הגילוי שמסרטט בקווים ראשוניים השופט הנדל בפסק דינו בעניין פלונית, לעיל ה"ש 1. עם זאת יש לומר שדבריי ברשימה נבדלים מגישתו של השופט הנדל בעניין מרכזי: מלבד העובדה שהשופט הנדל צירף עצמו לדעת הרוב, חרף הסתייגותיו, ואילו אני טוען להכרעה אלטרנטיבית, השופט הנדל גם תיאר את גילוי המידע הדתי כעניין שיהיה לגיטימי וטוב מצידו של הרופא, אך לא כחובה שתוטל עליו (בשונה כמובן מגישתם של השופטים וילנר ומינץ שממש תיארו את כניסתו של הרופא לתחומי הדת ככניסה מסוכנת ומזיקה). לעומת זאת, אני טוען שמדובר ממש בחובה שאותה יש להשית על הרופאים בהקשרים מסוימים.

153 ראו תת-פרק 3.ג לעיל, בטקסט הסמוך לה"ש 125–126.

154 ראו תת-פרק 3.ד להלן.

155 ראו פרק א לעיל.

אם להשתמש בהבחנה האמורה שסורטטה בעניין **פלונית**, התאמת המידע הרפואי לצרכים החוץ-רפואיים תיוותר בעינה, והיא תיעשה כך: לצד הפניית המטופל לייעוץ אצל גורם שהוא רואה בו בר-סמכא בכל הנוגע למידע החוץ-רפואי, גם ייפרסו לפניו האפשרויות הטיפוליות השונות. משמעות הדברים תהיה כי הרופאים יידרשו להצגה רחבה של אפשרויות הטיפול השונות לפני המטופל, דרישה שאותה למעשה הציבה הפסיקה בפניהם זה מכבר, ואף בשל עמידה על כך שהדברים נובעים מהאפשרות הסבירה לכך ששיקולים חוץ-רפואיים ישחקו תפקיד מרכזי בשיקוליהם של המטופלים.¹⁵⁶ מובן שהמידע על אפשרויות הטיפול השונות מצוי ממילא בידיהם של הרופאים, ולכן דומה שהטלת החובה האמורה לא יהיה בה משום נטל כבד מדי על כתפיהם.

כפי שנטען לעיל, חשיבה על אופיו זה של הגילוי הדרוש עשויה להקטין מאוד את החששות מחובה שתהיה נרחבת מדי, ולכן לא הוגנת כלפי הרופאים או בלתי אפשרית. במקרים רבים הגילוי שאליו יידרש הרופא והידע שיהיה בבסיסו של גילוי זה יהיו מינימליים. לצד זאת, במצבים שבהם יידרש הרופא למסירת מידע רב יותר, יהיו שלל סיבות לכך שהמידע אכן יהיה זמין לו, וזאת באופן מפורט ומבורר יחסית ובצורה שלא תצריך ממנו התעמקות נרחבת בעניינים שמצויים מחוץ לתחומי עיסוקו.

3. יישום הקריטריונים בעובדות עניין פלונית

עתה אישם את הקריטריונים ואת אופן הגילוי המוצעים בעובדות המקרה בעניין **פלונית**. המידע על המורכבות הדתית שבהפסקת ההיריון איננו מידע חוץ-רפואי "טהור", אלא מדובר במידע המקיים קשר הדוק לטיפול הרפואי. כנזכר, דובר במרפאה שפעלה בעיר נצרת ושקהל היעד שאליו היא פנתה היה מוסלמי. המידע שבו עסקינן הוא בעל חשיבות בדיוק עבור קבוצה זו. אשר למרכזיות המידע, עיסוקן של הדתות השונות, ובהן גם הדת המוסלמית, בענייני הפסקת היריון נודע ומוכר. כאמור, מדובר אף בעניין המתעורר תדיר,¹⁵⁷ ושכעולה אף ממחקריו של הרופא שעניינו נדון בפסק הדין – מדובר בנושא שמוקדשת לו ספרות רפואית מקצועית ייעודית.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** היו יכולים להתקיים כמה מאפיינים שהיה בהם כדי להביא למודעות הרופא את מאפייניה של המטופלת שבגינם יהיה חשוב לה המידע שבו עסקינן: שמה ושמו של בן זוגה; מקום מגוריה; שפתה; פריטי לבוש שעשויים להיות אופייניים להשתייכותה הדתית ועוד כיוצא באלו פרטים.¹⁵⁹ לבסוף, אם עסקינן 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

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

¹⁵⁷ ראו לעיל ה"ש 123.

¹⁵⁸ פסיקת המחוזי, לעיל ה"ש 9, פס' 20.

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

שלהם חשיבות רבה ביותר לחיי מטופלים.¹⁶⁰ אם כן, דומה שבחינת הקריטריונים שנזכרו לעיל מטה את הכף לעבר הקביעה שעמדה לרופא חובה להתאים את הגילוי שאותו מסר למטופלת למאפייניה הייחודיים.

כעת לשאלה הבאה: מהו אופי הגילוי שאותו נדרש הרופא למסור למטופלת? כאן דומני שמדובר במובהק בסוג המקרים שבהם יידרש הגילוי המוגבר: עסקינן במידע שקשור הדוקות בטיפול הרפואי, הוא מאפיין את קהל לקוחות המרפאה, והוא ללא ספק מידע חוץ-רפואי מרכזי ובוולט. ואכן, עובדות מקרה זה מבהירות היטב כי המידע היה נגיש וידוע לצוותים הרפואיים, ואף ברור עד כמה המידע היה חשוב לחייהם של בני הזוג. על כן דרישה מהרופאים להצגת הסוגיה לפני המטופלת ובן זוגה, וברמת פירוט שיהיה בה להבטיח ככל הניתן כי הדברים אכן ברורים וידועים לשניים, הייתה יכולה בהחלט להביא להחלטה רפואית טובה בהרבה, בלא דרישה מוגזמת או קשה במיוחד מהצוותים הרפואיים.

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

סיכום

ברשימה דנתי בשאלות הנוגעות בהיקף התפרסותה של חובת הגילוי הרפואית בנוגע למידע שאומנם הוא חוץ-רפואי, אך שניתן לתארו כמצוי בפרופריה הרפואית – מידע שהוא אינו אך רפואי-מקצועי, אלא קשור בעניינים חוץ-רפואיים המשקים להליכים הרפואיים והשלובים בהם. הדיון התנהל לאורו של פסק הדין בעניין פלונית, שבו הוצפו שאלות אלה

160 אשר לחשיבותו של הגילוי בהקשרים אלה ראוי להביא את דבריה של השופטת חיות בעניין סיד, שבהם 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 ציפייה סבירה לקבל בעניין זה את מלוא האינפורמציה האפשרית מן הרופא כדי שיוכל לכלכל את צעדיו ולהחליט אילו בדיקות ברצונו לבצע מלבד הבדיקות שמעמידה לרשותו הרפואה הציבורית. זאת, תוך שקלול כל הנתונים הרלוונטיים לעניין, ובהם עלויות הבדיקה, הסיכון הכרוך בבדיקה ומידת ההסתברות להמצאות אותו הפגם בעובר הספציפי". עניין סיד, לעיל ה"ש 5, בעמ' 610.

161 ראו על כך פרק א לעיל.

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

בהקשר של מעקב היריון, ושבו הן נענו בשלילה כמעט גורפת.¹⁶³ טענתי לכמה בעיות וקשיים שמעוררות הפסיקה בפלונית והנמקותיה, ובעיקר לצורך באימוצה של חובת התאמה תרבותית שתוכר בדיני הנזיקין. זאת, לצורך רתימתם של דיני הנזיקין למהלך חברתי חשוב של הנגשת שירותי הרפואה למיעוטים ולקבוצות אוכלוסייה מוחלשות, יעד שאליו מנסה משרד הבריאות להתקדם כבר זמן מה. 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 סרטטתי בקווים ראשוניים שיקולים שבאמצעותם יהיה אפשר לקבוע בכל מקרה ומקרה אם קמה בו חובת ההתאמה ומהו היקפה.

מטבע הדברים, חובת ההתאמה התרבותית עשויה לבוא לידי ביטוי בהיבטים נוספים מלבד סוגיות של גילוי ומלבד הקשרים דתיים, וכן בסוגיות רפואיות נוספות על סוגיות מעקבי ההיריון.¹⁶⁴ אומנם נגעתי בכך והתייחסתי לחובה גם בכללותה, אולם דומה שנותרה עוד עבודה רבה בשדות אלה. תקוותי היא שרשימה זו תהווה פתח לחשיבה נוספת גם בעניין זה. זאת, ראשית, באמצעות יצירת התיווך והקישור בין הספרות והגישות הטיפוליות בעניין חיוניות ההתאמה לקידומן של קבוצות אוכלוסייה מוחלשות, לצמצום פערים בריאותיים ולהנגשת שירותי הרפואה לבין הספרות המשפטית, תיווך ושיח שהיעדרם בלט לטעמי בפסיקה בעניין פלונית; ושנית, באמצעות יצירת המצע העיוני והתאורטי לקליטתה של ההתאמה התרבותית לתוך דיני הגילוי בפרט, ולתוך דיני הנזיקין והרשלנות הרפואית בכלל.

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

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