

הסכמה מדעת או הסכם גילוי

אסף יעקב* ורענן בן-ישי**

חבותם המקצועית של רופאים, בדומה לרוב תחומי האחריות המקצועית, מוסדרת באמצעות דיני הנוזיקין, בעוד דיני החוזים ממלאים בה תפקיד זניח בלבד. כך גם בהקשר של ההסכמה מדעת, המהווה תת-קטגוריה של דיני האחריות המקצועית. במאמר זה נסקור את הסיבות שהניעו את בתי המשפט לבחור בדיני הנוזיקין כדרך-המלך בהקשר של חבותם המקצועית של הרופאים, ועם זאת נציע כי תחום ההסכמה מדעת ניהן במאפיינים ייחודיים אשר מצדיקים, במקרים הראויים, תחולה רחבה יותר של דיני החוזים. במסגרת המאמר נצביע על יתרונותיו וחסרונותיו של המכשיר החוזי, ונבהיר מדוע דיני החוזים יכולים לתת ביטוי טוב יותר לאוטונומיה של הפרט ולרצון הסובייקטיבי שלו – הם האינטרסים המוגנים על-ידי ההסכמה מדעת – להבדיל מהפרמטרים האובייקטיביים שעוולת הרשלנות נוקטת. על-דרך הפררזה, דיני החוזים משקפים את רצונו של האדם בשר-ודם, להבדיל מרצונו של "האדם הסביר" המשתקף בדיני הנוזיקין.

אין להבין ממאמר זה כי אנו קוראים לנטישה מוחלטת של דיני הנוזיקין ולהחלפתם בדין החוזי. יש מקומות שבהם הדין הנוזיקי יהיה הדין היחיד שיוכל לספק תרופה הולמת לנוק שנגרם לניזוק. עם זאת, אנו מצפים לראות בעתיד את דיני החוזים ממלאים תפקיד מרכזי יותר בפיתוח ההלכות המשפטיות בתחום ההסכמה מדעת. פיתוחם של דיני החוזים בהקשר זה עשוי להפוך אותם מ"קישוט" לפסקי-הדין לכלל דוקטרינות משפטיות משמעותיות שיקנו לבתי-המשפט מגוון רחב יותר של סעדים והגנה על אינטרסים אשר אינם זוכים בהכרח בביטוי במסגרת דיני הנוזיקין. דיני החוזים יאפשרו גם לתפור בכל מקרה נתון חבילה ייחודית לצדדים על-פי ציפיותיהם האישיות. זאת, להבדיל מהאופן שבו בתי-המשפט "מכופפים" את עוולת הרשלנות כך שתתאים, באופן מלאכותי, להגנה על אינטרסים שהיא אינה מיועדת להגן עליהם. דיני הנוזיקין הקלטיים באים להגן על מערכות יחסים בין זרים אשר אינם יכולים לתקשר ביניהם. בהינתן קיומה של מערכת יחסים

* מרצה בכיר, בית-ספר רדוינר למשפטים, המרכז הבינתחומי הרצליה.

** תלמיד לתואר ראשון ושני, בית-ספר רדוינר למשפטים, המרכז הבינתחומי הרצליה.

חוזית מוקדמת בין הרופא לחולה, ניתן לעצב על-פיה דין ספציפי לצדדים במערכת היחסים על-סמך רצונם האישי. במקרים רבים הסדרת מערכת יחסים זו בכלי הנויקי הינה בבחינת פיל בחנות חרסינה.

מבוא

- פרק א: אי-קבלת הסכמה מדעת – המצב כיום: עוולה נזיקית מקושטת בהפרת חוזה
- פרק ב: רשלנות רפואית או הפרת חוזה?
1. התפיסה השלטת – העדפת ההסדרה הנזיקית על ההסדרה החוזית
 2. בזכות ההסדרה החוזית
 3. ביקורת על הגישה החוזית
 4. השפעתם של הארגונים הגדולים על הסדרת מערכת היחסים מטפל-מטופל
 5. סיכום-ביניים
- פרק ג: הסכמה מדעת או קיום חוזה גילוי?
1. בין הדין הנזיקי לדין החוזי – הבדלים ומשמעויותיהם
 2. התאמת הטיעונים מהדיון הכללי לדיון בהסכמה מדעת
 3. טיעונים נוספים אשר ייחודיים להסכמה מדעת
- פרק ד: הדיון במסגרת החוזית
1. שאלות מקדמיות
 2. בעיות ביישום החוזה
 3. העילה החוזית
- פרק ה: סיכום

מבוא

הסכמה מדעת הינה דוקטרינה חדשה יחסית שצמחה בעידן המודרני מתוך עוולת התקיפה לצורך הטיפול המשפטי בשאלות הייחודיות העולות ממערכת היחסים רופא-חולה.¹ זאת, במקביל להסדרה הכללית יותר הדנה ביחסים אלה – היא הרשלנות הרפואית. בעוד ההסדרה הכללית והוותיקה יותר מגינה על הזכות השלילית לא להינזק מפעולות רשלניות שמקורן

1 מערכת היחסים רופא-חולה עשויה לייצג במאמר זה מערכת יחסים בין כל ספק של שירותי בריאות (רופא/מטפל/בית-חולים/קופת-חולים וכיוצא בהם) לבין לקוח (חולה/מטופל, בפועל או בכוח).

ברופא המטפל, דוקטרינת ההסכמה מדעת נועדה להגן על נגזרת מצומצמת של אותה זכות – לא להיות מושא לפעולות שהמטופל לא נתן את הסכמתו להן. הדיון ברשלנות הרפואית וההסכמה מדעת נראה לעיתים חופף, בעיקר בשל העובדה שבשני המקרים מדובר באותה מערכת יחסים בין אותם צדדים, אך דוקטרינת ההסכמה מדעת מבוססת כיום עד כדי כך שהדיון בה נהפך מזמן לעצמאי, והשאלות הנידונות בכל אחד מן התחומים שונות במהותן אלה מאלה.

עם זאת, קיימים עדיין נושאים אחדים שבהם טרם נערכה ההפרדה בין שני התחומים כראוי. אחד מנושאים אלה הוא שאלת שיבוצן של הרשלנות הרפואית וההסכמה מדעת לתחום משפטי, ובאופן מדויק יותר – אם הדיון בהן מקומו בדיני הנוזיקין או בדיני החוזים. דומה שהדיון בשיבוצה של דוקטרינת ההסכמה מדעת מושפע מהשיח הדין בסיווג יחסי רופא-חולה באופן כללי, ונראה שההכרעה שנפלה בדיון הרחב יותר לטובת הרשלנות הנוזיקית (הכרעה שהתבטאה אפילו בדרך שבה תורגם המונח הלועזי "malpractice" למונח העברי "רשלנות רפואית") הפכה את שאלת שיבוצה של הדוקטרינה המצומצמת של ההסכמה מדעת למעין דיון פנים-נוזיקי.² הדיון החוזי בשאלות של ההסכמה מדעת נדחק לשוליים, לעיתים אף נעדר כליל, ומשמש אך כקישוט לדיון העיקרי – הנוזיקי.

במאמר זה נבחן את משמעויותיה של גישה זו, ונבדוק אם היא משרתת בצורה המיטיבית את מטרתיה של דוקטרינת ההסכמה מדעת. בפרק א נסקור את הפסיקה והכתיבה בנושא, ונציג דוגמות לשימוש בעוולה הנוזיקית כאכסניה לדוקטרינת ההסכמה מדעת ולכך שהדיון החוזי מוצג, אם בכלל, רק לצורך תמיכה במסקנותיו של הניתוח הנוזיקי. בפרק ב נבחן את הגורמים שהניעו את המחוקק ואת בתי-המשפט להקנות למטופלים הגנה נוזיקית בשאלה הרחבה יותר של הטיפול הרפואי, וכן את הטיעונים אשר מבקרים בחירה זו ומצדדים בניתוח חוזי של מערכת היחסים מטפל-מטופל. כמו-כן נבדוק מה מייחד אותם מקרים שבהם היו בתי-המשפט מוכנים לאמץ ניתוח חוזי ליחסים אלה. בפרק ג נבחן את מידת התאמתם של הטיעונים מהשיח הנוזיקי הכללי לשאלת שיבוצה של דוקטרינת ההסכמה מדעת, לנוכח ההבדלים הקיימים בין השאלות המשפטיות העולות בהקשר של הסדרת הטיפול לבין השאלות שבהן עוסקת הסדרת ההסכמה לטיפול. כמו-כן נבחן טיעונים להחלפת ההסדרה הנוזיקית בהסדרה חוזית שהינם ייחודיים לתחום ההסכמה מדעת. כפי שנראה, רוב הנימוקים להסדרה הנוזיקית של הטיפול אינם תקפים באותה מידה ביחס להסכמה לטיפול, ולעומתם הנימוקים להסדרה חוזית מתחזקים דווקא במסגרת המצומצמת של ההסכמה. לפיכך נבדוק במסגרת פרק ד מהן ההשלכות של שינוי המצב, ונתמקד בדוגמות אחדות אשר ימחישו את המשמעות של מעבר לניתוח שאלת ההסכמה מדעת מבעד למשקפיים חוזיים.

טענתנו היא שבמסגרת הדיון במערכת היחסים רופא-חולה, שהינו דיון נוזיקי מעיקרו, דווקא בשאלת ההסכמה מדעת ייתכן ששימוש מוגבר במרכיבים של הניתוח החוזי, נוסף על הבסיס הנוזיקי, ישרת טוב יותר את המטרות שלשמן נועדה הדוקטרינה מלכתחילה,

2 אשר האפשרויות בו מצטמצמות לרשלנות, תקיפה או הפרת חובה חקוקה. ראו אסף יעקב "גילוי נאות והסכמה מדעת" עיוני משפט לא 609 (2009).

ובראשן כיבוד האוטונומיה של החולה.³ אין לומר כי החלפת ההסדר אינה טומנת בחובה סיכונים, אשר חשוב להיות מודעים להם ולהכירם, אך לדעתנו, היתרונות שבהסדרה החוזית עולים על החסרונות שבה, וטוב יעשו בתי-המשפט אם יתנו לחוזים אלה מקום מרכזי יותר במסגרת השיח המשפטי בנושא של הסכמה מדעת. יודגש: במאמר זה איננו מכוונים לנטישה מוחלטת של ההסדרה הנויקית ולהחלפתה בהסדרה חוזית, אלא לחיזוק ההסדרה החוזית במקרים שבהם יש בה ערך מוסף. לחוזה בין הצדדים עשויה להיות חשיבות רבה במצבים שבהם הצדדים מסכימים לסטות מסטנדרט הטיפול הנוהג באופן שיתאם את העדפותיהם האישיות, אשר לא היו ממומשות אילו ניתן הטיפול לפי הסטנדרט הרווח. כך, למשל, הצדדים עשויים לקבוע התחייבויות למטפל שייטוספו על חובותיו על-פי הנוהג, ובכך להעלות את סטנדרט הטיפול בתחומים כגון היקף הגילוי, אופן מתן הטיפול ואף נסיבותיו. אי-עמידה בהתחייבויות אלה, אף שאין בה כדי להוות התנהגות רשלנית לפי הסטנדרטים הנויקיים הנוהגים, עשויה לשמש עילה לתביעה חוזית מצד המטופל.

פרק א: אי-קבלת הסכמה מדעת – המצב כיום: עוולה נזיקית מקושטת בהפרת חוזה

ההשקפה הרווחת במשפט הישראלי היא שמתן טיפול רפואי מבלי שמקבל הטיפול הסכים לכך מהווה עוולה רשלנית.⁴ בעבר אומנם הוגדרה העוולה כמעשה תקיפה, כחלק מהירושה מהמשפט האנגלי,⁵ אך כיום השימוש בעוולה זו נשמר למקרים קיצוניים שבהם

3 במאמר קודם טען אחד הכותבים של מאמר זה (ראו יעקב, שם) כי האכסניה הנכונה לדיון בשאלת ההסכמה מדעת – אם מאמצים את עמדת בית-המשפט, המעמיד במרכז הדיון את האוטונומיה של החולה – היא עוולת התקיפה. לכאורה, טענה זו סותרת את הטענה הנוכחית, אולם ברצוננו להבהיר כי הדיון במאמר הקודם התייחס אך לדיון הפנים-נזיקי, כלומר, לבחירה בין שלוש האפשרויות הנויקיות (כאמור – רשלנות, תקיפה והפרת חובה חקוקה – ראו לעיל ה"ש 2). במאמר זה אנו בוחנים את שאלת ההסכמה מדעת מנקודת-מבט רחבה יותר, הכוללת אף את דיני החוזים. טענתנו היא כי שילוב של הגנת-הבסיס הנויקית עם התניות ותוספות חוזיות מספק מענה טוב יותר למטרות ולאיינטרסים שאותם נועדה הדוקטרינה לקדם, ובראשם הגשמת רצונו של המטופל והגנה על האוטונומיה שלו.

4 תקדימים: ע"א 2781/93 מיאסה עלי דעקה נ' בית החולים "כרמל" חיפה, פ"ד נג(4) 526 (1999) (להלן: פרשת דעקה); ע"א 6153/97 שטנדל נ' שדה, פ"ד נו(4) 746 (2002) (להלן: פרשת שטנדל); ע"א 434/94 ברמן נ' מור – המכון למידע רפואי בע"מ, פ"ד נא(4) 205 (1997).

5 דוגמות: ד"נ 25/66 בר חי נ' שטיינר, פ"ד כ(4) 327 (1966); ע"א 3108/91 רייבי נ' וייגל, פ"ד מז(2) 497 (1993); ע"א 506/88 שפר, קטינה נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(1) 87 (1993). להרחבה ראו גילי קרקו-אייל דוקטרינת ההסכמה מדעת בחוק זכויות החולה, תשנ"ד-1996 232 (2008).

ניתן, לדוגמה, טיפול בניגוד לרצונו המפורש של המטופל.⁶ ההתרשלות, לעומת זאת, טמונה בהפרת החובה המוטלת על הרופא המטפל לספק את כל המידע הנחוץ למטופל לשם קבלת החלטה מושכלת בנוגע לטיפול.⁷ האופן שבו דוקטרינת ההסכמה מדעת נתפסת תחת עוולת הרשלנות הינו מיוחד. להבדיל ממקרי רשלנות אחרים, בתחום ההסכמה מדעת נקבע כי הפרת החובה טומנת בחובה אף את גרימת הנזק – קרי, את הפגיעה באוטונומיה של הפרט – ולא נדרשת הוכחת נזק ממשי או קשר סיבתי בין הפרת החובה לבין גרימת הנזק.⁸ לפיכך עצם מתן הטיפול בלי קבלת ההסכמה מהווה התנהגות מעוולת-רשלנית.⁹

הגדרת הנזק כפגיעה באוטונומיה נקבעה בפרשת דעקה,¹⁰ אשר מהווה, למיטב ידיעתנו, גם את פסק-הדין היחיד של בית-המשפט העליון המתייחס – במקביל לדיון בעוולה הרשלנית – גם לקשר החווי שבין רופא לחולה.¹¹ ואלה דבריו של השופט אור בפרשה זו:

6 ראו את דבריה של השופטת ביניש בפרשת דעקה, לעיל ה"ש 4, בעמ' 1544-545א: "מקובלת כיום הגישה כי עוולת התקיפה תוכר רק כאשר לחולה לא נמסר כלל מידע על סוג הטיפול הצפוי לו, או כאשר לא נמסר לו על התוצאה הבלתי נמנעת של אותו טיפול, או כאשר הטיפול שניתן בפועל שונה באופן מהותי מהטיפול שנמסר לחולה על אודותיו. מובן שניתן יהיה לייחס עוולה של תקיפה כאשר ההסכמה הושגה במצג כוזב." כן ראו בעניין זה קרקר-אייל, לעיל ה"ש 5, בעמ' 235-236.

7 חובת הגילוי קבועה כיום אף בס' 13 לחוק זכויות החולה, התשנ"ו-1996, ס"ח 327 (להלן: חוק זכויות החולה), ובשל כך הפרתה כרוכה גם בהפרת חובה חקוקה. עם זאת, סטנדרט הגילוי הקבוע בס' 13 משקף את הסטנדרט שנקבע בפסיקה שקדמה לחוק. סטנדרט זה שימש את בית-המשפט בקביעת מאפייני ההתנהגות הראויה של רופא, אשר אי-עמידה בהם הוגדרה כהתרשלות. ראו פרשת שטנדל, לעיל ה"ש 4, פס' 11 לפסק-דינה של השופטת דורנר.

8 ראו את דבריה של השופטת שטרסברג-כהן בפרשת דעקה, לעיל ה"ש 4. מצב זה שונה מהחלוקה הרווחת בין מרכיביה של עוולת הרשלנות: קיום חובה, הפרת החובה, קיום נזק וקשר סיבתי בין ההפרה לנזק (ראו, למשל, ע"א 231/84 קופת חולים של ההסתדרות נ' פאתה, פ"ד מב(3) 312, 319 (1988)). ראוי לציין כי העוולה שבגרימת הנזק לאוטונומיה אינה סותרת גרימת נזק ממשי-פיזי. עם זאת, תביעה בגין עוולה כזו תידרש להוכיח את המרכיבים הרגילים שבעוולת הרשלנות.

9 ע"א 522/04 מרכז לייזר לניתוחי קרנית בע"מ נ' דיראווי, פס' 16 לדברי השופט ריבלין (פורסם בנבו, 28.6.2005).

10 "במסגרת... החובה לפצות את המטופל בגין נזקי גוף שנגרמו למטופל עקב הפרת החובה לקבל את הסכמתו המודעת לטיפול... על האחראים למתן הטיפול הרפואי מוטלת... גם החובה לפצות את המטופל בגין נזק לא גופני שנגרם לו עקב הפגיעה בזכותו לאוטונומיה בכך שבוצע בגופו טיפול רפואי בלא הסכמתו המודעת" – דבריו של השופט אור בפרשת דעקה, לעיל ה"ש 4, בעמ' 560. לדיון מעמיק במשמעות האוטונומיה ובקשר בינה לבין הסכמה לטיפול ראו: ALASDAIR MACLEAN, AUTONOMY, INFORMED CONSENT AND MEDICAL LAW: A RELATIONAL CHALLENGE 9-47 (2009).

11 עם זאת, הדברים מצוטטים בכמה פסקי-דין של בתי-משפט שלום ובתי-משפט מחוזיים. דוגמות: ת"א (שלום ב"ש) 2030/05 סדי נ' מדנט מרפאת שיניים בע"מ (פורסם בנבו,

"...בדרך-כלל, קיים קשר חוזי בין החולה לבין הרופא שמעניק לו טיפול והמוסד שבמסגרתו ניתן טיפול כזה. חוזה זה כולל תנאי מכללא, שלפיו הטיפול שיינתן לחולה יעמוד באמות-המידה הנדרשות של מיומנות וסבירות. מתן טיפול ללא קבלת הסכמתו המודעת של החולה לטיפול מהווה הפרה של חובה זו, ומכאן - הפרה של חובה חוזית כלפי החולה..."¹²

השופט אור מתייחס אם כן לקשר החוזי, אך מסייג את קיומו ("בדרך-כלל") ומשתמש בו רק כטיעון תומך למסקנה שאליה הגיע בניתוח הנויקי.¹³ בסיפא של דבריו אלה מפנה השופט לקו מחשבה דומה מתוך פרשת לוי נ' שרמן,¹⁴ שם דובר במערכת היחסים שבין עורך-דין ללקוח:

"הבסיס העיקרי לחבותו של עורך-דין כלפי לקוחו הוא בסיס חוזי. בין עורך הדין לבין הלקוח קיים הסכם, לפיו מתחייב עורך הדין להגיש ללקוח שירותים של עריכת-דין, בתמורה לשכר-טרחה המשולם לו. יש שהסכם זה מועלה על הכתב, ויש והוא מוצא ביטוי רק בדברים שבעל-פה. הבנה והתנאה מכללא בכל הסכם כזה הן, כי לעורך הדין... יש המידה הנדרשת של ידע, מאומנות ומיומנות הנדרשים במקצוע עריכת הדין, וכי מתחייב הוא להפעיל כישורים אלה לטובת עניינו של הלקוח. התרשלות בייצוג עניינו של הלקוח או בהפעלת מידה סבירה של מיומנות ומאומנות, הגורמת נזק ללקוח... עשויות לשמש עילה לתביעה בגין הפרת חוזה... בסיס אחר לחבות עורך הדין יכול שיהיה במעשה עוולה, כגון רשלנות מקצועית של עורך דין, המקים לטובת הנפגע עילת תביעה נזיקית על-פי עוולת הרשלנות או אחרת, אשר בפקודת הנויקין [נוסח חדש]."¹⁵

השוואה זו בין מערכת היחסים רופא-חולה לבין מערכת היחסים עורך-דין-לקוח מצביעה על הבדל עיקרי ומשמעותי: בעוד חבותו של עורך-הדין כלפי לקוחו מושתתת על בסיס חוזי, הקובע את היקף החבות ואת תוכנה, והעוולה הנזיקית מוגדרת רק כ"בסיס אחר" לחבות זו, חבותו המקצועית של הרופא טמונה בחובתו לא להתרשל במתן הטיפול, ובכלל זה בקבלת ההסכמה לאותו טיפול. מעצם האמירה כי רק "בדרך-כלל, קיים קשר חוזי בין

30.4.2007; ת"א (שלום ת"א) 16790/04 שלום נ' שפלן (פורסם בנבו, 21.8.2006); ת"א (חי') 10359/97 גבע נ' שירותי בריאות כללית (פורסם בנבו, 31.10.2001).

12 פרשת דעקה, לעיל ה"ש 4, בעמ' 580.

13 במקרה זה מסקנתו של השופט היא שיש להעניק פיצוי בגין נזק לא-ממוני הנגרם בשל רשלנות, הוא הנזק של פגיעה באוטונומיה, ממש כפי שמכיר בו ס' 13 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970, ס"ח 610 (להלן: חוק החוזים (תרופות)), שכן אין הצדקה להבחין בין עילה חוזית לבין עילה נזיקית כאשר שתיהן נטועות באותה מערכת יחסים עצמה. ראו את דבריו של השופט אור בהמשך אותה פסקה.

14 ע"א 37/86 לוי נ' שרמן, פ"ד מד(4) 446 (1990) (להלן: פרשת לוי נ' שרמן).

15 שם, פס' 22 לפסק-דינו של השופט ד' לוי (ההדגשות הוספו).

החולה לבין הרופא" ניתן ללמוד כי בית-המשפט אינו מוצא בקיומו של קשר חוזי, אפילו במשתמע, תנאי בסיסי והכרחי להיווצרות יחסים המקימים חובה משפטית. בפרשת דעקה לא נדרש כלל בית-המשפט לשאלת קיומו של חוזה בין הרופא לחולה, לא כל שכן לתוכנו של חוזה כזה, אם היה קיים.

מצב זה אינו ייחודי למשפט הישראלי. גם המשפט האמריקאי מגדיר בדרך-כלל מתן טיפול בלי קבלת הסכמה מושכלת כפעולה רשלנית, ובאופן דומה מגדיר מתן טיפול בניגוד לרצונו של המטופל כפעולת תקיפה.¹⁶ כמו-כן, גם בתי-המשפט האמריקאיים סירבו כעיקרון להכיר בהסכמים שנערכו בין מטפלים למטופלים כבסיס לפטור של המטפל מאחריות (או אף לצמצום חובותיו) ולהגבלת זכויות המטופל, בטענה שהסכמים אלה נוגדים את תקנת הציבור.¹⁷ זאת, בניגוד לביסוס יחסים מקצועיים אחרים בין ספק ללקוח,¹⁸ המבוססים פעמים רבות על קשר חוזי.¹⁹

דברים אלה מעלים שתי תהיות: ראשית, מדוע קיים הבדל כה מהותי בין הבסיס ליחסים

16 הדוגמה הקלסית בספרות האמריקאית היא כי לאדם שהסכים לניתוח בבוהנו השמאלית אך עבר ניתוח בבוהנו הימנית עומדת עילה בגין עוולת התקיפה נגד המנתח. לעומת זאת, לאדם שעובר ניתוח בבוהנו מבלי שהוסבר לו כי הניתוח טומן בחובו סיכון משמעותי לכריתת רגלו לא תעמוד עילת תביעה בגין תקיפה, והוא יצטרך להוכיח טענה בדבר אי-גילוי רשלני. ראו: DAN B. DOBBS, THE LAW OF TORTS 654 (2000).

17 מקור ההלכה הוא: Tunkl v. Regents of the University of California, 60 Cal. 2d 92 (1963), שאותו מצטטים בתביעות מסוג זה עד היום. כן ראו: Olson v. Molzen, 558 S.W.2d 429 (Tenn. 1979); Cudnik v. Beaumont Hospital, 207 Mich. App. 378 (1994); Henderson v. Quest Expeditions, Inc., 174 S.W.3d 730 (2005); Thrasher v. Riverbend Stables, LLC, 2009 Tenn. App. Lexis 50 (2008). לסקירת הנימוקים לדחיית ההסדרה החוזית ולפירוט פסקי-הדין שבהם הופיעו ראו: William H. Ginsburg, Steven J. Kahn, Michael C. Thornhill & Steven C. Gambardella, *Contractual Revisions to Medical Malpractice Liability*, 49(2) L. & CONTEMP. PROBS. 253, 253-254 (1986). לעיקרון זה נמצא חריג כאשר המשפט האמריקאי הכיר בתוקפו של חוזה בין רופא לחולה במקרים של ניתוחי-בחירה קוסמטיים, וביסס את החבויות המקצועיות של הרופא כלפי החולה על הבטחותיו של הרופא לתוצאות הניתוח - ראו להלן ה"ש 58 והטקסט הסמוך אליה.

18 ראוי להדגיש כי באופן דומה להתייחסותה לחוזה בתחום עריכת-הדין, הכירה הפסיקה בחוזה כמקור החובות המקצועיות גם ביחסים מקצועיים אחרים, דוגמת היחסים בין בנק ללקוח - ראו ע"א 5893/91 טפחות בנק משכנתאות לישראל בע"מ נ' צבאח, פ"ד מח(2) 573 (1994). דומה שרציונל זה, הקובע כי מקור החובות המקצועיות הוא החוזה, הוא שעומד מאחורי ההסדרה החקיקתית, לדוגמה, של היחסים בין קבלן לבין מזמין עבודה שאינו מעסיקו (בחוק חוזה קבלנות, התשל"ד-1974, ס"ח 110); של היחסים בין מבטח למבוטח (בחוק חוזה ביטוח, התשמ"א-1981, ס"ח 94); ושל היחסים בין צדדים לעסקת מכר (בחוק המכר, התשכ"ח-1968, ס"ח 98).

19 ראו, למשל, DOBBS, לעיל ה"ש 16, בעמ' 1385. בעניין זה חשוב להבהיר כי גם בתחומים אחרים, כגון אחריות עורך-דין, צד לחוזה אינו יכול לפטור את עצמו לחלוטין מאחריות, אך יש בחוזה כדי לעצב באופן נרחב את גבולות האחריות. ראו DOBBS, שם.

של בעל-מקצוע אחד עם לקוחו לבין הבסיס ליהסיו של בעל-מקצוע אחר עם לקוחו שלו, והאם יש הצדקה לקיומו של הבדל זה? שנית, גם אם קיימת הצדקה לכך שיחסי רופא-חולה מושתתים על החובה לא להתרשל, אין בכך כדי להצדיק את ההתעלמות הכמעט-מוחלטת מהפרת החובה החוזית שהשופט אור מדבר עליה. רוצה לומר, מדוע, אף שבית-המשפט מכיר בקיומה של חובה זו, אין הוא אוכף אותה או משתמש בה כעילה עצמאית לתביעה בשל הפרתה?

הנה כי כן, הבחירה נעשתה, והדיון הן במערכת היחסים מטפל-מטופל בכלל והן בשאלת ההסכמה מדעת בפרט הינו דיון נזיקי. בפרק הבא נסקור את הרציונלים שהניעו את מערכת המשפט לבחור בהסדרה נזיקית ליחסים אלה, כמו-גם את טיעוני הביקורת מפי המצדדים בהסדרה חוזית.

פרק ב: רשלנות רפואית או הפרת חוזה?

ייתכן שאת ההסבר לשאלה מדוע בתחום הרשלנות הרפואית, להבדיל מתחומים אחרים של אחריות מקצועית, דיני הנזיקין ממלאים תפקיד-מפתח בעוד דיני החוזים מקבלים רק תפקיד משני ניתן למצוא בהתפתחות ההיסטורית של דיני הרשלנות הרפואית ובנתיב ההתפתחות השונה שנבחר בעבורם על-ידי המשפט.

לצורך המחשת נקודה זו ניתן להשוות בין אחריותו המקצועית של עורך-דין לבין אחריותו המקצועית של רופא. האחריות המקצועית של עורך-דין מייצרת פעמים רבות – ואולי בעיקר – נזקים כלכליים. כך כאשר עורך-הדין מחמיץ תנאי חשוב בחוזה שהוא עורך, כך כאשר הוא שוכח להגיש תביעה לפני תום תקופת ההתיישנות ועוד. נזקים אלה מוגדרים לא סתם "נזקים כלכליים", אלא "נזקים כלכליים טהורים" – כאלה שאינם מתלווים לנזק פיזי.²⁰ הפגיעה היא באינטרס עתידי של הנפגע לקבל סכום כספי כלשהו, אשר מסוכל בעקבות התנהגותו הלא-זהירה של עורך-הדין. זאת, בניגוד לאחריותו המקצועית של הרופא, אשר תוצאותיה, מטבע הדברים, באות לידי ביטוי בנזקי גוף שנגרמים למטופלים. כך, בטיפול לא-זהיר הרופא עלול לפגוע בסיכויי ההחלמה של החולה או אף לגרום לו, פעמים רבות, נזק פיזי עצמאי.

דיני הנזיקין קימצו מאז ומעולם בהכרה בנזקים כלכליים, ובמיוחד בנזקים כלכליים טהורים, כנזקים בני-פיצוי. מכיוון שכך, האכסניה הרגילה ל"נזקים" כלכליים מצאה את מקומה בתחום דיני החוזים. על-כן, כאשר התרחשה "תקלה" בתחום עריכת-הדין, המקום הראשון שאליו פנו היה החוזה שבין עורך-הדין ללקוחו.

20 ראו דוד רונן "נזק כלכלי טהור במבט השוואתי" הפרקליט מד 504 (1999); תמר גדרון "חובת הזהירות בעוולת הרשלנות ונזק כלכלי טהור" הפרקליט מב 126, 128-130 (1995).

דיני החוזים שימשו מקור טוב ונוח להטלת אחריות בגין הנזקים הכלכליים שנגרמו: עורך-הדין הפר את החוזה עם הלקוח; אילו קיים את החוזה כיאות, היה הלקוח זוכה באינטרס הכלכלי שנפגע. פנייה לקבלת סעד במסגרת דיני הנוזקין הינה בעייתית יותר שכן בתחילת הדרך התייחסו דינים אלה בחשדנות מופגנת לנזקים הכלכליים, ועל-כן לא נתנו בגינם פיצוי. רק בשלב מאוחר יותר חל פיוס בדיני הנוזקין ביחס לנזקים כלכליים – קודם ביחס לנזקים כלכליים שאינם טהורים ולאחר-מכן ביחס לנזקים כלכליים טהורים.²¹ אולם גם לאחר פיוס זה, הנטייה הנוזקית היא לקמץ ביחס לסוג זה של נזקים.

אין זה מקרה שחלק מפסקי-הדין המשמעותיים בתהליך ההתפתחות וההכרה בנוזק כלכלי טהור כנוזק בר-פיצוי הגיעו מתחום האחריות של עורכי-דין. זאת, בעיקר באותם מקרים שבהם לא היה אפשר להיעזר בחוזה שכן לא היה חוזה. במובן זה, דיני הנוזקין "נמשכו לזירה בניגוד לרצונם", ואגב כך נוצרו הלכות חדשות שהכירו בנוזק כלכלי טהור באותם מקרים שבהם אפשרו זאת הנסיבות (נוזק מוגדר, העדר ריבוי תובעים או חשש להצפה בתביעות וכדומה).²² כך נעשה, לדוגמה, במקרים שבהם לא היה קיים חוזה בין בעל-מקצוע לבין צד שלישי שניזוק מרשלנותו של בעל-המקצוע. בתי-המשפט קבעו כי העדר החוזה אינו מונע את האפשרות לתבוע בעילה נוזקית, כל עוד הוכיח הצד השלישי שהתקיימה כלפיו חובת זהירות מצד בעל-המקצוע.²³ בד בבד נוצרו גם תקדימים במקרים שבהם היה קיים חוזה בין עורך-דין ללקוח. באותם מקרים הסכימו בתי-המשפט להכיר באחריותו של עורך-הדין לנזקי לקוחותיו אם אלה נבעו מרשלנותו.²⁴ בתחום הרשלנות הרפואית לא התקיימו מגבלות אלה מראשית הדרך, ועל-כן לא נוצר אילוץ לנטוש את דיני הנוזקין

- 21 במשפט הישראלי ראו המ' 106/54 וינשטיין נ' קדימה אגודה שיתופית בע"מ, פ"ד ח 1317, 1332-1334, 1342-1340 (1954); ע"א 451/66 קורנפלד נ' שמואלוב, פ"ד כא (1) 310, 322-323 (1967). על הדין האמריקאי ראו: Ray Ryden Anderson & Walter W. Steele, Jr., *Fiduciary Duty, Tort and Contract: A Primer on the Legal Malpractice Puzzle*, 47 S.M.U. L. REV. 235, 257-259 (1994). בעניין התרחבותם של דיני הנוזקין ו"פלישתם" לתחום דיני החוזים ראו גם דניאל פרידמן ונילי כהן חוזים כרך א 78-87 (1991).
- 22 ראו פס' 7 לפסק-דינו של השופט ריבלין בע"א 3464/05 פז חברת נפט בע"מ נ' מדינת ישראל, משרד התחבורה, מחלקת עבודות ציבוריות (פורסם בנבו, 12.7.2006).
- 23 כך נקבע בפסיקה האנגלית במקרה של מצווה שנושל מהירושה בגין רשלנות של עורכי-הדין – בינו לבין עורך-הדין לא היה חוזה, ועל-כן הדרך היחידה להעניק לו פיצוי הייתה באמצעות דיני הנוזקין. ראו: *White v. Jones*, 2 A.C. 207 (1995). כך נפסק גם במקרים שבהם התביעה הוגשה נגד הבריסטר, אשר בינו לבין הצד שאותו ייצג לא הייתה מערכת יחסים – ראו: *WINFIELD & JOLOWICZ ON TORT* 171-176 (W.V.H. Rogers ed., 16th ed. 2002). בעקבות הפסיקה האנגלית הוכרה גם בפסיקה הישראלית האפשרות לחייב גם את הפרקליט של הצד שכנגד באחריות לנזק – ראו ע"א 751/89 מוסהפור נ' שוחט, פ"ד מו(4) 529, 538 (1992) (להלן: עניין מוסהפור נ' שוחט).
- 24 ראו רע"א 196/88 טומשבסקי נ' אופנהיימר, פ"ד מב(4) 365, 371-372 (1988); עניין מוסהפור נ' שוחט, לעיל ה"ש 23.

על-מנת לקבל פיצוי.²⁵ מאז ומעולם, נתפסה רשלנות של רופא שגרמה לנזק פיזי כאירוע שמצדיק מתן פיצוי בגין הנזקים הגופניים שנגרמו. דברים אלה מסבירים את הנתים השונה שנבחר בכל אחד מן התחומים, ומדוע האיזון בתחום האחריות של עורך-הדין הוביל לאימוץ המנגנון החוזי כדרך-המלך. אולם אין בהם כדי להסביר מדוע לא התרחשה תנועה הפוכה בתחום הרשלנות הרפואית – תנועה שתזכה את החולים בהטבות מתחום דיני החוזים. לפיכך את התשובה למיעוט השימוש בדיני החוזים יש לחפש במקום אחר, וייתכן שמקורה בחשש שהמנגנון החוזי ינוצל לצורך פטור מאחריות.

1. התפיסה השלטת – העדפת ההסדרה הנזיקית על ההסדרה החוזית

העמדה המקובלת זה יותר ממאה וחמישים שנה אינה מכירה בכתבי ויתור של מטופלים על אחריותם של מטפלים לפעולותיהם.²⁶ השקפה זו מעניקה משמעות גדולה יותר למעמדו

25 ראו פרידמן וכהן, לעיל ה"ש 21, כרך ג, בעמ' 390–391.

26 ראו: Gary T. Schwartz, *Symposium: Medical Malpractice, Tort, Contract, and Managed Care*, 1998 U. Ill. L. Rev. 885, 889 (1998) available at 28.1.1855, שבו התחייבה אישה כלפי הרופא-המנתח שהיה מציג מסמך היסטורי, מתאריך 28.1.1855, שבו התחייבה אישה כלפי הרופא-המנתח שהיה עתיד לטפל בבנה, אשר שבר את מרפקו, כי אם היא או משהו בשמה יתבע אותו לאחריות בגין הטיפול הנידון, היא תשלם לו פיצויים בכל סכום שייפסק נגדו, ועוד תוסיף פיצויים בעבור הטרדת הרופא. אולם כבר בשנות השישים של המאה התשע-עשרה נקבע כי יש לדחות מסמכי ויתור מין זה. ראו שם, בעמ' 888–889.

לאחרונה יצא לאור ספר המציע דווקא לאפשר לחולים לוותר על זכותם לתבוע רופאים בגין רשלנות רפואית – ראו: RICHARD H. THALER & CASS R. SUNSTEIN, *NUDGE: IMPROVING DECISIONS ABOUT HEALTH, WEALTH AND HAPPINESS* (2008). לשיטת הכותבים, העדר יכולת לוותר על זכות התביעה כמוה ככפיית ביטוח-חובה לא-יעיל. לטענתם, ההיחשפות לתביעות מניעה את הרופאים לבטח את עצמם מפני תביעות בשל רשלנות בטיפול, ואת עלות הביטוח הם מעבירים למטופלים באמצעות העלאת תעריפי הטיפול. לפיכך מתן אפשרות למטופל לוותר על זכותו לתבוע תביא לידי הוזלת הטיפול הרפואי, כמו-גם להוזלת העלויות במערכת הבריאות בכלל.

אולם נראה כי הדרך עד לקבלת השינוי המוצע עודנה ארוכה – ראו ביקורת על ספר זה במאמר: Tom Baker & Timothy D. Lytton, *Allowing Patients to Waive the Right to Sue for Medical Malpractice: A Response to Thaler and Sunstein* (University of Pennsylvania Law School, Working Paper No. 09–06, 2009), ssrn.com/abstract=1349836. לשיטת המבקרים, העדפת ההטבה המיידית, המתבטאת בהנחה במתן הטיפול, תגיע רבים לוותר על האחריות ולחשוף את עצמם לסיכון שבטיפול רשלני ללא אפשרות לפיצוי. יתר על כן, המערכת הנוכחית עודדה את נותני השירותים הרפואיים להשקיע רבות באמצעי מניעה ובשיפור השירותים, ויתור על האחריות יוביל בסופו של דבר להידרדרות באיכות הטיפולים.

של הרופא כמקצוען מאשר למעמדו כצד לחוזה, ולפיכך אינה מכירה בהתכחשות מצידו לאחריותו לפעולות הקשורות לתפקודו המקצועי. זו הדעה המקובלת לגבי אחריות מקצועית בכלל, אך היא מתחדדת כאשר מדובר במערכת היחסים הייחודית רופא-חולה.²⁷ גישה זו רואה בטיפול הרפואי צורך בסיסי שאינו ניתן למיקוח ולמשא-ומתן, והמשפט אינו מאפשר לרופאים לנצל לרעה את כוח המיקוח העדיף שלהם מול הנוזקים לשירותיהם, ולהפר סטנדרטים רווחים של טיפול באמצעות יצירת חסינות או הפחתה מחובותיהם – החוקיות או המוסריות.²⁸ הטענה היא שבמקרים רבים של טיפול רפואי, ובמיוחד במקרים שבהם הטיפול ניתן מתוך הכרח ודחיפות, ההבדלים בכוח המיקוח בין הצדדים הינם משמעותיים וגדולים עד כדי כך שאי-אפשר להקנות משקל גורמטיבי כלשהו לתוצאות המיקוח והמשא-ומתן ביניהם. יתר על כן, אי-אפשר להבטיח שרופאים אחרים לא יפעלו באותו אופן ויכפו הגבלות דומות על אחריותם שלהם, וכך, לגבי הרופאים כקבוצה, ינמיכו כוחות השוק את סטנדרט האחריות ביחס לסטנדרט הרשלנות הקיים (טענת "המדרון החלקלק").²⁹

נוסף על הטענה בדבר נחיתותו של החולה בעמדת המיקוח, יש המדגישים את נחיתותו האינפורמטיבית של החולה כחיסרון הבסיסי של החוזה. חולים חסרי מידע לא יהיו מודעים דיים לסיכונים בטיפול הרפואי ולאמצעי הזהירות הנדרשים, ועל-כן לא ייכנסו לחוזה מתאים שמחייב את הצד המטפל בנקיטת צעדי זהירות המשקפים את רמת הסיכון האמיתית ואשר קובע רמת אחריות מיטבית.³⁰ הכותבים המדגישים נקודה זו מבהירים כי על-מנת לאפשר שימוש מושכל ויעיל במנגנון החוזי, על המטופלים להבין (או לפחות להיות מתוממצים ללמוד) את תנאי האחריות שהחוזים של ספקי השירותים הרפואיים שלהם כוללים, להעריך נכונה את העלויות והתועלות של תנאים אלה, ולדעת מספיק על התנאים שספקי השירות האחרים מציעים, על-מנת שיוכלו להשוות ולבחור ביניהם בצורה המיטבית.³¹ המצב בפועל הוא שמטופלים אינם מדווחים דיים על היתרונות שבהתקשרות החוזית, אינם מסוגלים להשוות בין מטפלים שונים (לערוך סקר שוק) ואינם בקיאים כמובן כמו הרופא בהליכים הרפואיים, ולפיכך אינם מסוגלים להעריך בעצמם את הסיכויים והסיכונים, את מידת

27 בהיבט הכללי ניתן ללמוד על גישתו של בית-המשפט מפסק-דינו בפרשת לוי נ' שרמן, לעיל ה"ש 14. באותו מקרה נקבע כי אחריותו של עורך-הדין אומנם מתבססת על חוזה, אך נתמכת בחובות נזיקיות, שמהן יהיה קשה להתנתק. גם בחוזה, ההסכמה הבסיסית היא לאחריותו של המקצוען לא להתרשל.

28 ראו Ginsburg et al., לעיל ה"ש 17, בעמ' 253. בעניין הזכויות המוסריות הכוונה לזכויות הבלתי-סחירות - ראו: Guido Calabresi & A. Douglas Melamed, *Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral*, 85 HARV. L. REV. 1089 (1972).

29 Frederick Schauer, *Slippery Slopes*, 99 HARV. L. REV. 361 (1985). כן ראו, למשל, בג"ץ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה, פ"ד נא(4) 1, פס' 94 (1997).

30 Jennifer Arlen, *Private Contractual Alternatives to Malpractice Liability, in MEDICAL MALPRACTICE AND THE U.S. HEALTH CARE SYSTEM* 245, 263-264 (William M. Sage & Rogan Kersh eds., 2006) (להלן: Arlen 2006).

31 שם, בעמ' 263.

האחריות הרצויה להם ואת משמעויותיה של האחריות.³² הסכנה בהתנהלות החוזית במקרים אלה היא שזו תביא לידי כך שהרופאים יפטרו את עצמם מאחריות באופן גורף ובצורה שיטתית. לכאורה, שוק חופשי אמור לפתור את הבעיה, שכן הרופאים, אשר יתחרו על החולים, ינסו לשפר את הטיפול, ובכלל זה את תנאי האחריות המשפטית במקרה של כשל טיפולי.³³ אולם גם לשם כך יש צורך במודעות מצד החולים. אם החולים אינם מודעים לסיכונים הרפואיים ואינם מתמרצים דיים להיות מודעים להם, הם לא ידרשו שיפור בטיפול או בחלוקת האחריות.³⁴

בעיית המידע מחריפה בהתקשרויות ישירות בין מטפלים למטופלים שנעשות במרפאת הרופא בלחץ לוח-הזמנים שלו ובהינתן צורך דחוף בטיפול. זאת, מכיוון שבמציאות הנוכחית החולה מחפש רופא במשך זמן רב, וכאשר מגיע הזמן לקבלת הטיפול הרפואי, ולקבלת המידע מייד בסמוך לו, כבר עבר המטופל כברת-דרך ארוכה. בנקודה זו העלויות של החלפת הרופא הן גבוהות, וחולים רבים יעדיפו להימנע מהן.³⁵ תהליך החיפוש החדש עלול גם הוא להימשך זמן רב, אשר לא תמיד קיים בידי החולה. על-כן יישאר החולה עם הרופא המטפל גם אם הטיפול שהלה יעניק לו אינו היעיל ביותר. הטענה היא, אם כן, שסיטואציה זו של קשר חוזי ישיר מחריפה את בעיית המידע, שכן החולה אינו יכול, בתנאים המפורטים בפסקה זו, לערוך השוואה אמיתית בין תנאים חוזיים המוצעים לו על-ידי רופאים שונים. הדחיפות שבטיפול ועלות החיפוש מחדש מביאות לידי התקשרות

32 שם.

33 השוו Thaler & Sunstein, לעיל ה"ש 26, בעמ' 209-216. בעניין זה קיימת חשיבות רבה לבררת-המחדל. Thaler & Sunstein מציגים גישה של מנגנון Opt-In, משמע, שלמטופל נתונה אומנם האפשרות לרכוש ביטוח אחריות, אך בררת-המחדל – אם לא רכש – תהיה שהוא לא יוכל לתבוע בגין רשלנותו של המטפל אם הלה גרם לו נזק. לעומת זאת, ניתן לעצב את הדין (כמובן, רק אם תתאפשר התניה על האחריות, בניגוד למצב המשפטי כיום) כך שבררת-המחדל תכלול אחריות של הרופא, אך יהיה אפשר להתנות על אחריות זו באמצעות חוזה (תפיסת ה-Opt-Out).

34 Arlen 2006, לעיל ה"ש 30, בעמ' 263. כנגד טענות אלה עולות טענות אחרות ה"מאזנות" במקצת את הטענות בדבר הסטנדרט הנמוך או הפטור. טיעון אחד הוא שלרופאים יש תמריץ להמחיש את יתרונותיהם על אחרים, ולכן קיים מנגנון של הספקת מידע. טיעון אחר הוא שמכיוון שהלקוחות אינם משלמים באופן ישיר את מחיר הטיפול, אך הם אלה שכורתים את החווה, הרופא אינו יכול להציע להם מספיק בגין הפחתת הסטנדרט. חברת הביטוח היא שמשלמת על הטיפול, וגם אם קיימת השתתפות עצמית, היא רק לגבי חלק קטן מעלות הטיפול. על-כן הפחתה במחיר לא תביא באופן מיידי לידי הסכמה של הלקוח להפחתה באחריות. כן ראו בעניין זה: Patricia M. Danzon, *Liability for Medical Malpractice*, in: 1 HANDBOOK OF HEALTH ECONOMICS 1339 (A.J. Culyer & J.P. Newhouse eds., 2000).

35 Arlen 2006, לעיל ה"ש 30, בעמ' 254. כן ראו Schwartz, לעיל ה"ש 26, בעמ' 897, אשר טוען – בתשובה לטענתו של אפשטיין (Epstein, להלן ה"ש 41) כי ניתן למנוע את הסיכון באמצעות בחירת הרופא הנכון מלכתחילה – כי הרפואה המתגוננת פגעה בחופש הבחירה של המטופלים.

חוזית שהינה תת-מיטבית. לפיכך ההסדרה החוזית פוגעת בחולים יותר מזו הנוזיקית, שכן האחרונה מציבה רף מינימלי של סבירות שהרופאים כולם חייבים לעמוד בו.³⁶

2. בזכות ההסדרה החוזית

כנגד ההשקפה השלטת שתוארה לעיל התפתחה פרדיגמה אחרת התומכת בניחות מערכת היחסים רופא-חולה דווקא באמצעות כלים חוזיים. ראשית, נטען כי הרציונלים שעמדו מאחורי דחיית ההסדרים החוזיים בתי-המשפט נבעו מהעובדה שבחוזים שהגיעו לפתחו של בית-המשפט נעשו מאמצים חד-צדדיים של רופאים לפטור את עצמם באופן מלא מאחריות נזיקית, ולא נסיונות אמיתיים להחליף את הסטנדרטים הנוזיקיים בתנאים חוזיים מפותחים והוגנים לשני הצדדים.³⁷ הרציונלים התבססו כולם על תקנת הציבור המופשטת, ובתי-המשפט לא התייחסו או לא שקלו את היחסים וההסדרים הייחודיים שהוצעו, אלא קיבלו מראש את ההנחה של מטופלים חסרי כוח מול מטפלים כל-יכולים. לפיכך נטען כי בעקבות השינוי בנסיבות הספקתם של שירותי הבריאות,³⁸ והודות לעובדה ש"תקנת הציבור" הינה מושג דינמי וסתגלני, בתי-המשפט יכולים כיום לקבל הסדרים חוזיים אם הם מייצגים תוצאה אובייקטיבית של שיתוף במשא-ומתן, אם ההסדר מציע פיצוי הולם לניזוק, ואם בית-המשפט השתכנע כי ניתן לצרכן חופש בחירה להתקשר בהסכם, בהתבסס על יחסי הכוחות בין הצדדים להתקשרות ועל החלופות שהשוק מציע.³⁹

יתר על כן, מן המפורסמות הוא כי דיני הנוזיקין משמשים פעמים רבות תחליף לדיני החוזים מקום שעלותה של כריתת החוזה וההוצאות האדמיניסטרטיביות הכרוכות בה גבוהות מאוד ולא-כדאיות, או במקרים שבהם כריתת חוזה אינה אפשרית כלל מבחינה מעשית.⁴⁰ סכסוכים ביחסים כאלה נפתרים על-פי עקרונות המשפט המקובל, הידועים כסטנדרטים של זהירות, ובמקרה של יחסי רופא-חולה מדובר בסטנדרטים של טיפול. לעומת זאת, כאשר קיימים יחסים מוסכמים, מחלוקות נפתרות במקרים רבים על-פי ציפיותיהם של הצדדים,

36 חשוב לציין שגם בקביעת הרף המינימלי הנוזיקי יש להביא בחשבון שיקולים ואילווצים מערכתיים, כגון שיקולי תקציב, היקף הטיפולים הניתנים בסל הבריאות, החלופות הקיימות בשוק ועוד. בעניין זה השוו, למשל, רבקה ווייל "בריאות התקציב או תקציב הבריאות – מה עדיף בראייה חוקתית?" משפט ועסקים ו 157 (2007).

37 Ginsburg et al., לעיל ה"ש 17, בעמ' 254-255.

38 הכוונה לכניסתם של הארגונים הגדולים לשוק הספקת השירותים הרפואיים, כגון חברות הביטוח הרפואי וקופות-החולים, וכן לרכישת הביטוח הרפואי על-ידי מעסיקים בעבור עובדיהם – תהליך שאיזן את יחסי הכוחות בין הצדדים למשא-ומתן. ראו גם להלן ה"ש 72.

39 Ginsburg et al., לעיל ה"ש 17, בעמ' 254-255. כאן ניתן משקל רב לגילוי המידע על-ידי ספק שירותי הבריאות. נבחן זאת בהרחבה להלן בפרק ג, העוסק בהסכמה מדעת.

40 הדוגמה הטיפוסית לכך היא תאונה בין נהג לבין הולך-רגל. הנהג והולך-הרגל ייפגשו (תרתי משמע) בפעם הראשונה במועד התרחשות התאונה, ועל-כן חוזה ביניהם – אשר יקבע אילו אמצעי זהירות כל אחד מהם צריך לנקוט על-מנת למנוע את הנוק – אינו אפשרי כלל.

אפילו כאשר אלה צריכות להיות מורכבות מחדש באמצעות הערכות לגבי ההסכמים המשוערים או באמצעות שימוש בתקנת הציבור. מכיוון שמערכת היחסים רופא-חולה, שבמסגרתה ניתן הטיפול הרפואי, הינה בדרך-כלל מערכת יחסים חוזית או לכל-הפחות בהסכמה, נטען כי מתאים יותר לפתור סכסוכים ביניהם באמצעות המנגנונים החוזיים. במסגרת חופש ההתקשרות הצדדים יכולים להסכים ביניהם על סוג הטיפול שיינתן, אופיו, היקפו ותנאיו. הטענה על-כן היא כי במקרה שהרופא מפר חוזה כזה, יש בהפרת החוזה כדי לזכות את החולה בפיצוי חוזי, ואין צורך לעשות שימוש בדיני הנוזקין.⁴¹

לדיון החוזי בהקשר זה יש שני היבטים – היבט כללי והיבט ספציפי. ההיבט הכללי מתייחס לסוג של חוזה "סטנדרטי" אשר מוסכם על הרופא והחולה. אל חוזה סטנדרטי זה נקראות נורמות מקובלות מתחום הטיפול הרפואי, אשר לאורן על הרופא לנהוג.⁴² סטייה מנורמות התנהגות אלה תהווה הפרת חוזה. בפרשת דעקה התייחס בית-המשפט להיבט כללי זה של החוזה. לדברי השופט אור בפרשה זו,⁴³ אל תוך הקשר החוזי שמתקיים בדרך-כלל בין רופא לחולה, לשם הענקת הטיפול, ניתן לקרוא תנאי מכללא שלפיו הטיפול שיינתן יעמוד באמות-המידה הנדרשות של מיומנות וסבירות.⁴⁴ אמות-מידה אלה עושות למעשה הטמעה (אינקורפורציה) של הסטנדרטים הנוזקיים, ומהוות תחליף למנגנון ההגנה הנוזקי הנובע מהם, ועל-כן בהקשר זה השוני בין החוזה לבין דיני הנוזקין אינו גדול.⁴⁵

ההיבט הספציפי של הדיון החוזי מתייחס לרצונותיהם של הצדדים המסוימים לחוזה. היתרון הלכאורי בשיבוצה של מערכת היחסים רופא-חולה להקשר החוזי טמון בכך שהצדדים יכולים לעשות סובייקטיביזציה של רצונותיהם המיוחדים. הם יכולים להסכים

ראו: Jerry A. Green, *Minimizing Malpractice Risks by Role Clarification: The Confusing Transition from Tort to Contract*, 109(3) ANNALS OF INTERNAL MEDICINE 234, 235–236 (1988).
 כן ראו: Richard A. Epstein, *Medical Malpractice: The Case for Contract*, 1976(1) AM. B. FOUND. RES. J. 87, 94 (1976).

42 כלי-עזר אחד לפרשנותו של חוזה זה יכולה להיות "שבועת היפוקרטס", שאותה כל רופא מקבל על עצמו לפני קבלת רשיונו.

43 ראו את דבריו של השופט אור המובאים לעיל בטקסט הסמוך לה"ש 12.

44 ראו בעניין זה גם את דבריו של השופט חיים כהן "זכות משפטית לסרוב רפואי", מתוך ההקדמה לספרו של עו"ד יצחק חושן החופש למות בכבוד 12–13 (יוסי קיסטר עורך, 1990): "כל טיפול רפואי נובע מחוזה, מפורש או משתמע, בין החולה לבין הרופא (או בית החולים או קופת-חולים המעסיקים אותו). בדרך כלל, החוזה הוא, שהרופא יתן לחולה את אותו הטיפול הרפואי אשר החולה זקוק לו, אם לריפוי ממחלה מסויימת ואם מזמן לזמן; והחולה משלם לו שכרו (במישרין או בעקיפין)... התנייה היסודית המשתמעת מכל חוזה כזה והנובעת ממטרתו, היא שעל הרופא לרפא – כלומר, לנקוט אותם אמצעים סבירים המועילים, לדעת הרופא, לריפוי החולה, אם מזמן לזמן ואם ממחלה אקוטית פלוגית."

45 זו הסיבה לכך שמבחינת השופט אור בפרשת דעקה, לעיל ה"ש 4, אזכור החוזה מכללא הינו אך קישוט לדיון הנוזקי. שימוש במונח "חוזה מכללא" עשוי לשאת תועלת רק במקרים שבהם העדפותיהם של הצדדים וההסכמות מכללא ביניהם שונות מהסטנדרטים הנוזקיים הרגילים. להרחבה ראו את הדיון להלן בפרק ד.

ביניהם, למשל, כי רופא מסוים הוא שייתן את הטיפול או יערוך את הניתוח, או כי הרופא ינקוט פרקטיקת טיפול מסוימת במהלך ההליך הרפואי. סטייה מפרקטיקה זו, למעט במקרה של סכנה לחיי החולה,⁴⁶ תהווה הפרה של החוזה.⁴⁷ זאת, גם אם הרופא המטפל טוב לא פחות מהרופא שעליו הוסכם בחוזה או אם הפרקטיקה שנבחרה על-ידי החולה טובה פחות או מסוכנת יותר מזו שנקטה בסופו של דבר.⁴⁸ יתר על כן, באמצעות החוזה ניתן אף להשיג סובייקטיביזציה של התרופות בשל ההפרה ולהדגיש את העדפותיו של הניזוק-בכות. כך, אם ייקבע כי בשל הפרת התנאי האמור – כי רק רופא מסוים הוא שימלא את תפקיד המטפל – ייאלץ המפר לשלם פיצוי גבוה, תקבל העדפתו של המטופל לרופא ספציפי זה משנה תוקף.

טענה זו בדבר שימוש במנגנון החוזי לשם הסדרת מערכת היחסים רופא-חולה שובה את הלב, מכיוון שעל-פיה, הסכם שיכובד על-ידי בית-המשפט יביא לידי ביטוי את העדפותיהם האישיות של הצדדים, אף אם הן שונות מההעדפות הרווחות. לפי טענה זו, אין מקום להטלת אחריות נזיקית בהקשרים של רופא-חולה, שכן דיני הנזיקין – טובים ומדויקים ככל שיהיו – יהיו אך בבחינת קירוב טוב לרצון הצדדים. זאת ועוד, אם במקרה מסוים יסברו הצדדים כי המערכת הנזיקית משקפת את העדפותיהם הסובייקטיביות, הם יוכלו לחקות את משטר האחריות הנזיקי באמצעות החוזה, וכך להשיג תוצאה זהה מבחינת הקצאת הסיכונים והטלת האחריות. המנגנון החוזי יאפשר אם כן למטופלים מסוימים לשפר את עמדתם, וזאת מבלי להרע את מצבם של מטופלים אחרים, שכן אלה יוכלו תמיד לבחור באפשרות הקודמת – הנזיקית. לפיכך המערכת החוזית תשקף תמיד באופן הטוב ביותר את הסטנדרט הנזיקי ה"נכון".⁴⁹ לפי השקפה זו ניתן לראות בהסדר הנזיקי מעין נקודת מוצא לחוזה בין הצדדים או הזמנה למשא-ומתן על חוזה כזה.⁵⁰ דרך אחרת לפרש השקפה זו היא להציב את ההגנה הנזיקית כברת-מחדל המקנה "רצפת הגנה" שניתן להתנות עליה. לטענה זו יש משמעות כלכלית נרחבת. הטיעון הכלכלי המרכזי הוא שיש לאפשר

46 במצבי חירום כאלה ניתן להעניק פטור לרופא לנוכח כורח הנסיבות. בעניין זה ראו הוראות ס' 14 ו-15 לחוק זכויות החולה וכן ס' 24(8) לפקודת הנזיקין [נוסח חדש], נ"ח התשכ"ח 266 (הגנה מפני עוולת התקיפה) (להלן: פקודת הנזיקין).

47 ראו, למשל: *Lenox v. Belin*, 358 Md. 370–371 (2000) (להלן: פרשת *Lenox v. Belin*).

48 קיים חשש שהחולה, באמצעות החוזה, יוכל "לביים" את הניתוח באופן שישלול מן הרופא שיקול-דעת ויכולת החלטה, ויעמיד את הרופא במצב בלתי-אפשרי, שכן מצד אחד הוא ירצה לעשות את המירב בשביל החולה, אך מצד אחר סטייה מהחוזה תטיל עליו אחריות. התשובה לכך היא שהרופא אינו חייב לקבל על עצמו סוג כזה של מחויבות. אכן, רוב הרופאים לא יסכימו לכבול את שיקול-דעתם יתר על המידה ולא לצורך. היה אם קיבל רופא על עצמו תניות חוזיות מעין אלה, יהא עליו לקיימן ככתבן וכלשונו. ראו בעניין זה פרשת *Lenox v. Belin*, שם, בעמ' 371.

49 ראו, למשל, Arlen 2006, לעיל ה"ש 30, בעמ' 246.

50 ראו: Clark C. Havighurst, *Private Reform of Tort-Law Dogma: Market Opportunities and Legal Obstacles*, 49(2) L. & CONTEMP. PROBS. 143, 160 (1986).

לרופאים ולחולים להתקשר בחוזים המתנים אחריות מכיוון שהם נמצאים בעמדה הטובה ביותר לדעת ולהעריך אילו כללים ישרתו את האינטרסים שלהם בצורה המיטבית: מטופלים נבדלים זה מזה בהעדפותיהם ובנכונותם לשלם על אחריות, ומטפלים נבדלים ביניהם בנכונותם ליטול סיכונים ולהתנסות בטכניקות טיפול מקובלות פחות. הניתוח המשפטי החוזי מגן באופן מסורתי על בחירות אישיות, ולעומתו הראייה הנזיקית המסורתית מעדיפה את טובת הכלל, לעיתים גם על-חשבון העדפותיו האישיות של החולה.⁵¹ לפיכך חולים רבים אשר מעדיפים טיפול מצומצם אך זול לא יוכלו לזכות בו תחת הגבלותיה של ההסדרה הנזיקית, המציבה סטנדרטים המונעים מתן טיפול כזה.⁵²

טענה כלכלית נוספת שהתומכים בדיון החוזי מעלים היא שההסדר הנזיקי מוביל לרפואה מתגוננת, אשר עליוותיה הגבוהות (הכוללות בדיקות מיותרות והליכים שונים שנועדו להגן על ספקי השירותים הרפואיים מפני תביעות, ולא דווקא להועיל ללקוחות, ולפיכך מבחינת המטופלים הם מיותרים ובלתי-מוצדקים) מגולגלות על הלקוחות על-ידי העלאת מחירי השירותים הרפואיים.⁵³ עלויות נוספות אלה הינן בבחינת בזבוז מדאיג לגבי הצרכנים.⁵⁴ לעומת זאת, עלויות נוספות אלה של הרפואה המתגוננת מהוות בפועל תמריצים לארגונים הרפואיים להמשיך בדרך זו, בלי קשר לרשלנות רפואית, שכן הכספים הנוספים שהוזרמו למערכת בשל הבדיקות החדשות והנוספות משמשים מקור הכנסה מצוין להם ולספקיהם. כמו-כן, הירידה בתפוסה בתי-החולים ובמספר החולים לכל מטפל מאפשרת אומנם טיפול טוב ונרחב יותר בכל מטופל, אך מהווה גם תמריץ לספקי השירותים הרפואיים למצוא בדיקות וטיפולים חדשים שניתן לבצע בכל מטופל.⁵⁵

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

52 השוו THALER & SUNSTEIN, לעיל ה"ש 26. לטענתם, אין זה רצוי שחולים ישלמו יותר מכפי שהיו משלמים אילו ניתנה להם האפשרות לבחור. נוסף על כך קיימים מקרים שבהם הטיפול המצומצם והזול הוא החלופה היחידה לטיפול, אשר בכל אפשרות אחרת לא יינתן כלל. ראו, לדוגמה, דנ"א 7794/98 משה נ' קליפורד, פ"ד נו(4) 721 (2003) (להלן: פרשת משה נ' קליפורד). לדעתנו, במקרים כאלה רצוי לאפשר את הורדת הסטנדרט – ראו להלן ה"ש 130 והטקסט הסמוך אליה.

53 ראו: Max W. Fine & Jonathan H. Sunshine, *Malpractice Reform Through Consumer Choice and Consumer Education: Are New Concepts Marketable?* 49(2) L. & CONTEMP. PROBS. 213, 215–216 (1986).

54 זאת, נוסף על היחשפותם לבדיקות ולטיפולים מיותרים, שיש בהם אף כדי להזיק – ראו דין וחשבון הוועדה לבדיקת האחריות לפגיעה בטיפול רפואי, פס' 6 (1999) (להלן: דוח קלינג).

55 ראו Fine & Sunshine, לעיל ה"ש 53, בעמ' 215–216. כנגד זה ניתן לטעון כי גם הסדרה חוזית עלולה לתמרץ רופאים להפנות לבדיקות ולטיפולים שאין בהם צורך ממשי לחולה, וזאת בשל התגמול הכספי החוזי שיקבלו הרופאים בעבור כל חולה שיעבור את הבדיקה או הטיפול. בדרך זו ההסדרה החוזית עלולה ליצור מנגנון מנופח של בדיקות וטיפולים מיותרים, ממש כפי שאירע בעקבות הרפואה המתגוננת.

דוגמה לשימוש שנעשה בפועל על-ידי בתי-המשפט האמריקאיים במונחים מתחום דיני החוזים ביחסים בין רופא לחולה היא הניתוחים האלקטיביים.⁵⁶ במקרים אלה בתי-המשפט מוכנים לדון במערכת היחסים מנתח-מנותח במסגרת ההסכמה החוזית, תוך הדגשת החלטיותה ומוגדרותה של ההבטחה של המטפל. אף שבתי-המשפט נוטים לרוב לפרש הערכות חיוביות של התוצאות האפשריות של הטיפולים כתיאורים בלתי-מזיקים הבאים לעודד את המטופל ואת בטחונו,⁵⁷ במקרים של ניתוחים אלקטיביים, בשל חופש הבחירה של המטופל והעדר הדחיפות וההכרחיות לעבור את הטיפול, השופטים מוכנים יותר להאמין כי הרופא לא רק הבטיח, אלא אף שידל את המטופל להסכים, ולכן הם מוכנים לראות בו אחראי לתוצאות המובטחות, ולא רק למימנות מאמציו.⁵⁸ גישה זו עולה בקנה אחד גם עם פסיקת בית-המשפט העליון בישראל, אשר קבע חובת גילוי מוגברת במקרים של ניתוחים אלקטיביים.⁵⁹

3. ביקורת על הגישה החוזית

כנגד הרציונלים המנויים לעיל קיימת כתיבה ענפה שלפיה משטר האחיות החוזי, על-אף יתרונותיו, לא ישקף את האופטימום החברתי.⁶⁰ כתיבה זו מנסה להסביר באופן תיאורטי

56 כינוי כולל לניתוחי-בחירה, שהינם בעיקרם ניתוחים קוסמטיים שאינם נובעים מצורך רפואי, אלא ממניעים אסתטיים או מטעמי נוחות.

57 דוגמות: בפרשת *Marty v. Somers*, 35 Cal. App. 182 (1917), נקבע כי הבטחה לרפא מבעיות בשלפוחית אינה מספקת לצורך ביסוס עילת תביעה חוזית. כך גם הבטחה לרפא את כף-היד ב"100%" נדחתה כעילת תביעה חוזית בפרשת *Wilson v. Blair*, 65 Mont. 155 (1922). כמו-כן, הצהרה לפני אישה שאם תעבור ניתוח לקשירת החצוצרות היא לא תיכנס להיריון הוכרה כהבעת דעה, ולא כהבטחה חוזית, בפרשת *Herrera v. Roessing*, 533 P.2d 60 (Colo. Ct. App. 1975) (להלן: פרשת *Herrera v. Roessing*). בעניין זה נאמר כי בית-המשפט יחפש להיאחז באמירות ספציפיות, כגון "אני מבטיח" או "אני ערב לכך", כדי להטיל אחריות חוזית מכוח ההבטחה – ראו *Shultz*, לעיל ה"ש 51, בעמ' 264, הערה 190.

58 לדוגמה, בפרשת *Depenbrok v. Kaiser Foundation Health Plan*, 79 Cal. App. 3d 167 (1978), הוכרה הבטחה לאישה שאם תעבור ניתוח לקשירת החצוצרות היא לעולם לא תיכנס שוב להיריון כעילה לתביעה חוזית (בניגוד לפרשת *Herrera v. Roessing*, הנזכרת לעיל בה"ש 57). דוגמות לניתוחים קוסמטיים: *Sullivan v. O'Connor*, 363 Mass. 579 (1973); *Hawkings v. McGee*, 84 N.H. 114 (1929). ראו *Shultz*, לעיל ה"ש 51, בעמ' 264-265.

59 המשנה לנשיאה ריבלין אימץ את קביעתו של בית-המשפט המחוזי כי בשל העובדה שמדובר בניתוח אלקטיבי ובסיכון חמור – אף אם נדיר – היה על הרופא לדווח על הסיכון למטופל. ראו ע"א 8904/06 עמותת בית החולים שערי צדק נ' יצחק, פס' 4 (פורסם בנבו, 8.7.2009).

60 ראו, למשל, *Arlen 2006*, לעיל ה"ש 30, בעמ' 258; *Jennifer Arlen, Contracting Over Liability: Medical Malpractice and the Cost of Choice* (NYU Law & Economics Research Paper 09-32, 2009), *ssrn.com/abstract=1448846* (להלן: *Arlen 2009*). כן

מדוע, מבחינת המשפט הרווח, השיח המשפטי בנושא ה־malpractice נערך בכל־זאת במסגרת דיני הנזיקין, והדיון החוזי נשאר בשוליים ובמידה רבה רק "מקשט" את פסקי־הדין. על־פי גישה זו, בהטלת אחריות בשל טיפול רפואי שאינו סביר יש מרכיבים של טובין ציבוריים אשר הצדדים לחוזה אינם מפנימים, ועל־כן הם לא יביאו אותם בחשבון בעת כריתת החוזה.⁶¹ קיים חשש שהתקשרות פרטית לא תתמרץ ולא תעודד השקעות ושיפור, שכן הרווח הפרטי לכל מתקשר קטן מכדי לא לוותר עליו בעבור הטבות אישיות.⁶² מסיבה זו הצדדים עלולים להסכים על סטנדרט אחריות פחות מזה המיטבי, שכן חלק מאמצעי הזהירות שינקוט הרופא לא ישרתו את החולה המסוים, ועל־כן יהיה החולה מוכן לוותר עליהם בחוזה האישי.⁶³ כך הדבר, לדוגמה, כאשר נדרשת השקעה בפיתוח אמצעי אבחון חדשניים אשר יאפשרו בעתיד גילוי מוקדם יותר של מחלות וישרתו את כלל החולים: החולה – אשר יידרש לשלם מחיר חוזי גבוה יותר בגין השקעה באמצעי אבחון אלה, שמהם לא בהכרח ייחנה – עשוי לוותר על ההשקעה בתמורה להפחתת עלות הטיפול.⁶⁴

הביקורת אינה מסתכמת אך ורק בהיבט של הטובין הציבורי. קיימות השקעות טרום־חוזיות ובת־חוזיות אשר אינן בבחינת טובין ציבוריים (דהיינו, החולה ייחנה מהן באופן ישיר – למשל, מומחיות המנתח), ואשר אף רצויות מבחינה כלכלית, אך שימוש בלעדי במנגנון החוזי, בשל מוגבלותו והעובדה שהוא חל רק על מסגרת־זמן מצומצמת, יוביל את הצדדים ל"עסקה" שבמסגרתה הם יוותרו עליהן.⁶⁵ בעיות אלה מקבלות מענה טוב

ראו Schwartz, לעיל ה"ש 26; *Medical Malpractice and the Contract/Tort*; P.S. Atiyah, *Boundary*, 49 L. & CONTEMP. PROBS. 287 (1986). בעניין זה השוו גם: Peter D. Jacobson & Neena M. Patil, *Managed Care Litigation: Legal Doctrine at the Boundary of Tort and Contract*, 57(4) MED. CARE RES. & REV. 440 (2000).

61 Arlen 2006, לעיל ה"ש 30, בעמ' 258-259; Arlen 2009, לעיל ה"ש 60, בעמ' 27-30.

62 במאמרה משנת 2009 מציגה Arlen את בעיית התמריצים מהצד האחר, כלומר, שבהעדר תמריצים כלכליים, לא ישקיעו ספקי השירותים הרפואיים בבטיחותם של המטופלים. לטענתה, ההסדרה הנזיקית הקיימת מספקת תמריצים כאלה, בעוד הסדרה חוזית אינה מצליחה לעשות כן. ראו Arlen 2009, לעיל ה"ש 60, בעמ' 1-2.

63 גם אם הוא ייחנה משירותים אלה, הוא עלול לנסות להיות טרמפיסט על חושים של אחרים, ואם כולם ינקטו טקטיקה זו, תיווצר השקעת־חסר.

64 טענה הפוכה שניתן להעלות היא כי המטופל עצמו אינו נושא בעלויות הטיפול, כי אם חברת הביטוח, ולפיכך הצדדים לחוזה עלולים לקבוע סטנדרט גבוה מזה הנדרש. ראו Arlen 2006, לעיל ה"ש 30. בכל מקרה מדובר בבעיית הטרמפיסט הידועה – ראו Calabresi & Melamed, לעיל ה"ש 28.

65 Arlen 2006, לעיל ה"ש 30, בעמ' 259-263. יש להבחין בין מחקר, שהינו דוגמה לטובין ציבורי קלסי אשר ציבור המטופלים כולו נהנה ממנו, לבין מומחיותו של הרופא, אשר רק מטופליו נהנים ממנה, ולכן השקעה בה תיחשב לענייננו השקעה טרום/בת־חוזית. כך, אם רופא יוצא להשתלמות שעלותה 100, ואחריה מקבל 10 חולים כשהוא רופא טוב יותר כתוצאה מההשתלמות, אזי תשלום של 10 מכל חולה ייחשב לגביהם תשלום בעבור השקעה טרום־חוזית, שכבר הושקעה על־ידי הרופא. הרופא אינו יכול להציע את שירותיו ללא תוספת המקצועיות שרכש בהשתלמות, ולכן סביר להניח שהחולים יסרבו לשלם את תוספת

יותר במסגרת ההסדר הנוזקי, שבו המטופלים מרוויחים מנטל האחריות המוטל על ספקי השירותים הרפואיים לגבי נזקים הנגרמים גם למטופלים אחרים, שכן כל ספק קובע כמה להשקיע באמצעים שישפרו את התוצאות לגבי כל לקוחותיו, בהתבסס על אחריותו לגבי כל המטופלים.⁶⁶ באופן דומה, כל מטופל מרוויח מהנזקים העתידיים (הצפויים להיגרם למטופלים עתידיים), שכן לכל ספק יש תמריצים להשקיע באמצעי טיפול משופרים – כאלה שיבטיחו כי הטיפול יושלם בהצלחה שתמשך לאורך זמן – בהתבסס על אחריותו לנזקיהם של כלל מטופליו, עכשיו ובעתיד.⁶⁷ נראה שההסדר הנוזקי מבטיח לא רק את הגדלת העוגה הכוללת, אלא גם את הגדלת הנתח הפרטי של כל מטופל, בכך שהוא מספק תמריצים משמעותיים ויציבים לספקי השירותים הרפואיים לאורך זמן ומול כל המטופלים.⁶⁸

לשימוש במערכת הנוזקית יש יתרון נוסף – פסיכולוגי במהותו – שעיקרו נעוץ במרכיב ההרתעה. אין ספק, בקרב רופאים וחולים כאחד, שמערכת הכללים הנוזקית מייצרת גורם הרתעה משמעותי לאין ערוך מאשר המנגנון החוזי.⁶⁹ להרתעה זו יש השפעה ישירה על מערכת היחסים רופא-חולה, והיא מניעה מטפלים לא רק להימנע מרשלנות (ככל שאין מדובר ב"מעידות רגעיות"⁷⁰), אלא גם לפתח יחסים קרובים עם המטופל, כדי שלא כל נזק יסתיים בתביעה.⁷¹

4. השפעתם של הארגונים הגדולים על הסדרת מערכת היחסים מטפל-מטופל

טיעונים מעין אלה שמנינו לעיל בעד ונגד החוזה הוצגו על-ידי הדור הראשון של הטוענים להחלפת ההסדרים הנוזקיים בחוזיים (או להוספת ההסדרים החוזיים באופן משלים להסדרים הנוזקיים), אשר התמקד ביחסים הישירים שבין מטפל ומטופל. לעומתם, הדור השני של הטוענים מתייחס לשינויים המשמעותיים שהתרחשו לקראת סוף המאה שעברה

המחיר, ולרופא לא תהא בררה אלא לוותר על דרישתו לגביית החזר ההשקעה. מצב דומה יתרחש גם בהשקעות בתר-חוזיות, כגון השתלמות שאותה יסיים הרופא לאחר מתן הטיפול, ואשר ממנה יוכל החולה ליהנות רק בפעם הבאה שבה יודק לטיפול, אם יבחר לחזור אל אותו רופא. במקרה זה יעדיפו המטופלים לא לשלם באופן מיידי בעבור הנאתם העתידית, שכן היא אינה ודאית.

66 שם, בעמ' 259.

67 שם, בעמ' 257, 262.

68 שם, בעמ' 257.

69 ראו Havighurst, לעיל ה"ש 50, בעמ' 158.

70 ראו לעניין זה: Robert Cooter & Ariel Porat, *Liability for Lapses: First or Second Order Negligence* (University of Chicago Law & Economics, Olin Working Paper .No. 435, 2008), available at papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1279705

71 שם. כן ראו דוח קלינג, לעיל ה"ש 54, פס' 5.

בשוק הספקת השירותים הרפואיים, שעיקרם כניסתם של הארגונים הגדולים – הן בצד הספקים, דוגמת חברות הביטוח הרפואי וקופות-החולים, והן בצד הצרכנים, כאשר המעסיקים הגדולים נהפכו לספקי הביטוח הרפואי של עובדיהם, ומשמשים למעשה צינור מקשר בין חברות הביטוח הרפואי לבין העובדים השכירים.⁷² אנשי הדור השני טוענים כי הסדרת האחריות החוזית באמצעות ארגונים גדולים, המסוגלים לקבוע את דרכי הספקתם של שירותי הבריאות או לפחות להשפיע עליהן, מתגברת על בעיות רבות המתעוררות בהתקשרויות ישירות של מטופלים עם מטפלים. מטופלים אשר מתקשרים מדי שנה עם הארגונים נוטים פחות לקבל על עצמם ויתורים לא-יעילים כתוצאה ממצוקה, להבדיל מהמצב שנוצר כאשר מתעורר צורך בשירותי רפואה דחופים.⁷³ הצרכנים עצמם יכולים לערוך סקר שוק בין הצעותיהם של הארגונים השונים בעוד מועד, לפני תום החוזה הנוכחי, ולבחור בהצעה הטובה ביותר בעבורם. עלויותיו של סקר כזה נמוכות בהרבה מהעלויות במצבים של צורך בטיפול דחוף או של קשר ישיר מול מטפל פרטי – הן במישור הכספי והן במישור הרגשי. העלויות של סקר השוק והמשא-ומתן נמוכות במיוחד כאשר מדובר בהתקשרויות בין גופים גדולים, אשר מעסיקים עובדים רבים ומספקים להם ביטוח רפואי דרך מקום העבודה. במצב דברים זה נוצר גם שוויון ביחסי הכוחות בין הצדדים, והמעסיקים יכולים להכתיב את תנאי חלוקת האחריות הרצויים להם. ארגונים גדולים יכולים לספק תמריצים כספיים לשינוי תנאי האחריות טוב יותר מכל מטפל פרטי. נוסף על כך, ובדומה לאחריות בגין מוצרים פגומים, אם תתאפשר התקשרות מול ארגונים, ובתנאי שוק פתוחים, יהיה אפשר לאפיין את איכות השירותים המסופקים על-ידי ארגון על-פי מידת האחריות שיספק הארגון לשירותיו, ויהיה אפשר להבדיל בדרך זו בין ארגון המספק שירותים נאותים לבין ארגון המספק שירותים זולים יותר אך טובים פחות.⁷⁴

לכניסתן של חברות הביטוח לשוק הספקת השירותים הרפואיים נלוו כמה השלכות נוספות. אחד השיקולים החשובים בקביעת משטר האחריות הוא העלות המושתתת על

72 ראו Arlen 2006, לעיל ה"ש 30, בעמ' 255. חשוב לציין כי בארצות-הברית הגוף המעביד מייצג את המטופלים במשא-ומתן מול ספקי השירותים הרפואיים לצורך קביעת תנאי הביטוח והסדרת הטיפולים והשירותים השונים. בישראל ההסדרה שונה, והמדינה היא שמייצגת את המטופלים מול קופות-החולים, למעט חריגים. לפיכך חלק מהטיעונים המתייחסים לארגונים הגדולים תקפים באופן ובמידה שונים בשיטה הישראלית בהשוואה לשיטה האמריקאית.

73 ראו Arlen 2006, לעיל ה"ש 30, בעמ' 255, ו-Arlen 2009, לעיל ה"ש 60, בעמ' 36-37, אשר מפנים ל-Danzon, לעיל ה"ש 34.

74 ראו Arlen 2006, לעיל ה"ש 30, בעמ' 260. נגד ההשוואה לאחריות למוצרים נטען כי הספקת שירותי רפואה הינה שונה, שכן הצרכן רוכש כאן את המוצר ישירות מהיצרן. אפילו יינתן מידע מספיק לצרכן, אין מדובר בהצעה של "קח או ותר" (שהיא הנחת-הבסיס בעסקה הכוללת אחריות), אלא רק בהזמנה למשא-ומתן, שאחריה הלקוח-בכוח יכול להציב תנאים נוספים. במצב כזה לא יהיה אפשר להבדיל בין הארגונים על-פי הצעת האחריות שלהם, מכיוון שארגונים "זולים" יציגו הזמנה הכוללת אחריות דומה לזו שציעו הארגונים ה"יקרים", ובמסגרת המשא-ומתן ידרשו לוותר על אחריות זו בתמורה לשירותים זולים יותר. ראו שם, בעמ' 260-261. להרחבה ראו Arlen 2009, לעיל ה"ש 60, בעמ' 30-33.

המערכת.⁷⁵ בעניין זה נטען כי מטופל יכול לבחור להגן על עצמו בביטוח רפואי, ואז ההסדר הנוזקי הינו בבחינת הגנה כפולה ומיותרת. מטופל יבחר בביטוח, ולא בהגנה הנוזקית, מכיוון שההסדר הנוזקי מפצה בפועל נזיקים מעטים יחסית, ומגן רק מפני נזקים שנגרמו ברשלנות מוכחת. נוסף על כך, לשם קבלת הפיצוי הנוזקי נדרש לתהליך הכולל מתן מבטחו בעורך־דין, הגשת תביעה נגד האדם שטיפל בו, והמתנה במשך תקופה ארוכה עד לקביעה אם הוא זכאי לפיצוי. תהליך זה נחסך מהניזוק המבוטח.⁷⁶ באופן דומה, גם תניה חוזית שתאפשר פנייה לבוררות או לגישור במקרה של סכסוך, במקום פנייה לבתי־המשפט, תזרז את תהליך הפיצוי. הליך כזה טומן בחובו אף יתרון נוסף. אחת הבעיות העיקריות במערכת הפיצוי הנוכחית היא שרק כשליש מהכספים שארגוני הבריאות מקצים לטיפול ברשלנות הרפואית מופנים לפיצוי הנוזקים.⁷⁷ עלותו הפחותה של הליך הבוררות, כמו־גם קיצור משך ההליך, עשויים להביא לידי הפניית עיקר המשאבים למטרות העיקריות – פיצוי הנוזקים.⁷⁸ על־פי אסכולה זו, ממילא ההרתעה שבתהליך הנוזקי נפגעה מאוד בעקבות הסדרי הביטוח של הרופאים, אשר חוסכים מהרופא המזיק את תוצאות גרימת הנזק – הן הכספיות והן האחרות (פגיעה במוניטין, תיוג שלילי, מפחי־נפש) – מכיוון שהוא אינו עומד למשפט.⁷⁹ כמו־כן נטען כי התמריצים שבהסדר הנוזקי אינם הכרחיים, שכן מטפלים חשופים לביקורת מקצועית של עמיתיהם, הן בבתי־החולים והן במרפאות של קופות־החולים או כיוצא באלה מוסדות רפואיים, וביקורת זו מסייעת לתקן שגיאות ומתמרצת מתן שירותים הולמים. ככלל, נטען על־ידי רבים כי מערכת הפיצוי הנוכחית הינה מסורבלת ויקרה, ומשרתת בעיקר את עורכי־הדין וחברות הביטוח העוסקים בתחום.⁸⁰

דומה שכניסתם של הגופים הגדולים לשוק הספקת שירותי הבריאות העניקה חיים חדשים לטענותיהם של המצדדים בהסדרה חוזית, שכן כאשר לחולה יש חוזה מול חברת ביטוח או מול קופת־חולים, רוב הבעיות שעליהן עמדנו בחוזה ישיר מול רופא נפתרות. הדברים נכונים בעיקר לנוכח העובדה שכאשר מדובר בהסדרה חוזית בין גופים גדולים, האינטרס המשותף של שני הצדדים עשוי לכלול בהסדר גם את ההשקעות הטרום־חוזיות והבתר־חוזיות, אשר מתקשרים פרטיים יחידים היו מוותרים עליהן. כמו־כן, בהתקשרות

75 ראו Havighurst, לעיל ה"ש 50, בעמ' 157–158.

76 ראו Fine & Sunshine, לעיל ה"ש 53, בעמ' 216.

77 ראו שם. מקור הנתונים מופיע שם, בה"ש 11.

78 ראו שם, בעמ' 216.

79 כנגד זה נטען כי ניתן לראות בתשלום הפרמיות הביטוחיות של הרופאים גורם מרסן המתמרץ רופאים לנקוט צעדי זהירות, שכן גרימת נזקים תביא לידי הגדלת הפרמיה. כמו־כן נטען כי הקלות שבה ניתן לתבוע והפרסום הרב שכל תביעה מקבלת, בין היתר בשל הסכומים הגבוהים הנתבעים, גורמים לתיוג שלילי של הרופא ולפגיעה במוניטין שלו לא פחות מאשר במצב שבו החבות הכלכלית מוטלת על הרופא, ולא על חברת הביטוח. השוו דוח קלינג, לעיל ה"ש 54, פס' 7–14. אולם לדברי Thaler & Sunstein, לעיל ה"ש 26, בעמ' 212, הניסיון מוכיח כי רופאים משלמים אותה פרמיה, ללא תלות במספר הפעמים שבהן נתבעו בשל רשלנות רפואית.

80 ראו Green, לעיל ה"ש 41, בעמ' 235–236.

בין גופים גדולים קיימים תמריצים מספיקים להשקעה ולפיתוח, כמו גם לשמירה על סטנדרט הטיפול ואף לשיפורו.

אולם יש הטוענים כי גם במקרים של ייצוג משותף של חולים רבים באמצעות ארגונים פרטיים גדולים קיימים תמריצים רבים לצדדים לאמץ סטנדרטים של טיפול שיתאימו להעדפותיהם האישיות, אשר לא ייצגו בהכרח את האינטרס הציבורי הכולל.⁸¹ יתר על כן, ייצוג באמצעות הארגונים הגדולים אינו פותר גם את בעיית "המוצר הציבורי", אלא אם כן יידרש כל ארגון לקבל את התנאים שסוכמו עם שאר הארגונים. אם לא יקום תנאי זה, ידמה המצב להתקשרות מול פרטים, שכן כל ארגון יוכל "לרכוב חופשי" על התנאים שמחייבים את ספקי שירותי הבריאות מכוח הסכמיהם עם ארגונים אחרים. אולם קיום תנאי פוגע באופן משמעותי ביתרון ההטרוגניות הגלום בהתקשרות באמצעות חוים מול הסטנדרט האחד שבהסדרה הנויקית.⁸² במובן זה ניתן לטעון גם כי עצם ההסדרה באמצעות ארגונים פוגעת בהטרוגניות בתוך הארגון, שכן כל ארגון מסדיר תנאים זהים בעבור כל חבריו, ויכולתו של חבר מסוים לקבוע תנאים שונים – באמצעות חוזה שונה – הינה מצומצמת מאוד. למעשה, עצם קיומה של אפשרות לקבוע תנאים ייחודיים לכל חבר בארגון נוגדת את הרציונל הבסיסי שבהסדרה באמצעות הארגונים כדרך להשוואת יחסי הכוחות בין המתקשרים. לפיכך ניתן לומר כי הסדרה באמצעות ארגונים מונעת סובייקטיביזציה והגשמה של הרצון האישי, ולפיכך מעקרת במידה רבה את הרציונל של החלפת ההסדרה הנויקית בהסדרה חוזית.⁸³

טענה נוספת נגד התקשרות באמצעות ארגונים היא שהתקשרות בדרך זו מובילה לבעיית ה-"Adverse Selection",⁸⁴ אשר תביא לידי כך שהחולה הממוצע יוותר על אחריות לטיפול אפילו במקרים שבהם היה מרוויח מהטלת האחריות על הרופא במסגרת ההסדר הנויקי. על-פי הטיעון, הסדרת אחריות באמצעות חוזה תהיה מיטבית מבחינת החולה רק אם ישלם במסגרת חוזה זה את עלות ההשקעה בשיפור איכות הטיפול הנובע מהטלת האחריות ואת תוחלת הפיצוי בגין הנזקים שעלולים להיגרם לו. כל תשלום מעבר לכך יהווה תשלום-יתר, אשר יביא לידי עיוות בחירתו של המטופל.⁸⁵ התקשרות דרך ארגונים אינה מובילה לתוצאה מיטבית זו. הארגונים אינם יכולים לחייב כל חבר וחבר בארגון בעלות השווה להשקעה בשיפור איכות הטיפול ולתוחלת הפיצויים הצפויים לו במקרה של נזק, מכיוון שידוע לארגונים שהחברים שבריאותם טובה פחות מוכנים לשלם יותר בעבור שיפור השירות. זאת, משום שאיכות הטיפול רלוונטית במיוחד להם, וסיכוייהם ליהנות ממנה רבים יותר.⁸⁶

81 דוגמה לכך היא ייצוג באמצעות ארגוני עבודה או ארגונים מקומיים, אשר ידאגו לאינטרסים של חברי הארגון הספציפי ויעדיפו אותם על האינטרס הציבורי הכללי. ראו Arlen 2009, לעיל ה"ש 60, בעמ' 40-41.

82 שם, בעמ' 40.

83 על בעיית הנציג כתוצאה מפערי המידע בין החברים בארגון לבין נציגיהם ראו Arlen 2006, לעיל ה"ש 30, בעמ' 264.

84 ראו Arlen 2009, לעיל ה"ש 60, בעמ' 41-48.

85 שם, בעמ' 42.

86 בהתאם לכך, החברים שבריאותם פחותה יהיו מוכנים לשלם יותר בעבור חברות בארגון שיבטיח להם כיסוי לאשפוז בבת-חולים, לבדיקות באמצעות ציוד מתוחכם ועוד.

לפיכך העלות שבה יחייבו הארגונים את חבריהם תהיה שווה לעלות הטיפול הממוצעת בעבור האחריות, בתוספת העלות שהינה תוצאה של הספקת שירותי בריאות לחברים אשר בריאותם טובה פחות מהממוצע. כתוצאה מכך, בעבור חבר ארגון בריא יחסית, עלותה של תוכנית הכיסוי תעלה יותר מעלותה האמיתית לגביו, ולכן הוא ייטה לבחור בתוכנית זולה יותר, שתשקף את בריאותו העדיפה, תוך ויתור על תנאים של כיסוי ואחריות. משמעות הדבר היא שהתקשרות דרך ארגונים עלולה להרע את מצבם של לפחות חלק מן החולים ביחס למצבם תחת ההסדר הנוזקי.⁸⁷

5. סיכום-ביניים

סיכום הטענות העקרוניות בעד ונגד החוזה, חשוב ככל שיהיה, אינו משנה את העובדה שבהקשר הכללי של טיפול רפואי הפרדיגמה הנוזקית מובילה. המצדדים בהשאת המנגנון הנוזקי על כנו יאמרו כי עד שלא יוכח באופן חד-משמעי שמעבר למנגנון חוזי ישפר את מצבם של כל המטופלים (וכאמור, לא כך הדבר, לטענתם), אין לשנות מההסדר הקיים.⁸⁸ לדבריהם, עד כה טרם ניתנה הוכחה ניצחת כזו. אי-אפשר להסכים לאמירה שהסדר חוזי יכול רק לשפר את מצבם של כלל המטופלים שכן במקרה הצורך יהיה אפשר תמיד להעתיק את ההסדר הנוזקי לתוך ההסדר החוזי, מכיוון שכפי שנטען לעיל, מצבם של חלק מהמטופלים יורע, בעיקר בשל בעיות הנובעות מהתלות ברופא בהעברת המידע.⁸⁹ עצם הענקת האפשרות לא לאמץ את אמות-המידה הנוזקיות יאפשר לרופאים לנצל את המשא-ומתן החוזי כדי להקל בחובותיהם המקצועיות, החוקיות והמוסריות.⁹⁰ דוגמה קיצונית ובלתי לכך היא זו שממנה התחלנו את הדיון בפרק זה – הסכמי הוויתור על אחריות. דיון נוזקי-חוזי זה נערך עד כה בשאלת האחריות המקצועית של הרופא כלפי החולה. כפי שראינו, בהקשר זה לא הובילו טיעוני הצדדים לשינוי משמעותי בדרך החשיבה הנוזקית, למעט במקרים חריגים (בעיקר, כאמור, ניתוחים אלקטיביים). אולם אי-ההכרעה בדיון בשאלת הרשלנות הרפואית והזנחתה של הפרדיגמה החוזית בהקשר זה אינן מחייבות תוצאה דומה במסגרת הדיון בשאלת ההסכמה מדעת. שאלה נפרדת היא אם הטיעונים שהובאו לעיל חלים גם על דוקטרינת ההסכמה מדעת בהקשר של גילוי מידע לחולה וקבלת הסכמתו לטיפול, כשם שהם חלים על הסדרת הסטנדרטים לטיפול הרפואי עצמו. לדיון בשאלה זו נעבור כעת.

87 אף אם נפשט את הבעייתיות ונגדיר שעלותה של תוכנית הכיסוי תהיה שווה לעלות הטיפול הממוצעת בלבד, עלות זו תהיה עדיין גבוהה יחסית בעבור חברי הארגון שאינם נוזקים תכופות לשירותים רפואיים. השוו Arlen 2009, לעיל ה"ש 60, בעמ' 42.

88 Arlen 2006, לעיל ה"ש 30, בעמ' 266; Arlen 2009, לעיל ה"ש 60, בעמ' 17.

89 Arlen 2006, לעיל ה"ש 30, בעמ' 266.

90 במאמרה משנת 2009 מציינת Arlen כי מטופלים יתקשו מאוד לקבל באמצעות חוזה אותם תנאים שהיו מקבלים באמצעות ההסדרה המדינתית ובאותו מחיר. Arlen מצביעה גם על חוסר התועלת בהסדרה מדינתית שניתן להתנות עליה באמצעות חוזה. ראו Arlen 2009, לעיל ה"ש 60, בעמ' 17-25.

פרק ג: הסכמה מדעת או קיום חוזה גילוי?

בדיון הכללי בפרק הקודם ראינו שהטעמים להשארת המנגנון הנזיקי חזקים. בפרק זה נבחן אם טעמים אלה חזקים גם בשאלות של הסכמה מדעת. נקדים ונאמר כי בהינתן מספר מוגבל של אפשרויות טיפול לגיטימיות (שחריגה מהן תיחשב בלתי-סבירה), כאשר בוחנים את אפשרויות הטיפול השונות במשקפיים או בייקטיביים – הכוללים את השיקולים והאינטרסים הציבוריים – אין הבדל גדול בין חולה אחד לחולה אחר. אולם הפערים בין החולים השונים מתחדדים לנוכח העדפותיהם הסובייקטיביות, כאשר אלה נבדלות מהטיפול המיטבי מהבחינה האובייקטיבית.⁹¹ במקרים מעין אלה ראוי לדעתנו לאפשר לחולה לממש את העדפותיו.

1. בין הדין הנזיקי לדין החוזי – הבדלים ומשמעויותיהם

בטרם ניכנס לדיון בהסכמה מדעת, כאן המקום להזכיר כי לבחירה בין הדין הנזיקי לבין הדין החוזי יש משמעויות נרחבות, הנוגעות בהיקפה של חובת הגילוי, בסוג הפיצויים שניתן לתבוע בגין נזק ובהיקפם, ואף ברמת האחריות המוטלת במקרה של נזק – הן על המזיק והן על הניזוק. בהתאם לכך, בחירה בדין מסוים גוררת עימה "עסקת חבילה", המשפיעה על אופן הדיון ועל תוצאותיו.

חובת הגילוי החוזית נגזרת, בין היתר, מהיקף הפיצויים שניתן לתבוע במקרה של הפרה. זאת, מכיוון שפיצויים ניתנים רק בעבור נזקים הנובעים באופן טבעי מההפרה או שניתן לומר באופן סביר כי הם הובאו בחשבון על-ידי הצדדים בעת כריתת החוזה.⁹² בהתאם לכך, צד לחוזה שהופר על-ידי הצד האחר זכאי לפיצוי בגין אותם פרטים וסיכונים שהתממשו ואשר אותם גילה לצד המפר במסגרת המשא-ומתן שהתנהל לפני כריתת החוזה. צד אשר אינו מגלה פרטים מסוימים בשלב טרום-חוזי זה נוטל על עצמו את הסיכון לא להיות מפוצה במקרה של התממשות סיכונים שאותם לא גילה. לעומת זאת, במסגרת הדין

91 דוגמה: נניח שיש רק טיפול אחד לבעיה מסוימת, ותוחלת הנזק ללא טיפול גדולה לאין שיעור מהנזק שצפוי אם יינתן הטיפול. במונחי רשלנות ברור שגם רופא סביר וגם חולה סביר היו בוחרים בטיפול. נשאלת השאלה מהי החשיבות הגדולה במקרים מעין אלה לגילוי ולהסכמה? אולם גם במקרה קיצוני כזה יהיו אנשים רציונליים שיבחרו לא לעבור את הטיפול מטעמים סובייקטיביים שלהם.

92 השוו ללשון ס' 10 לחוק החוזים (תרופות): "הנפגע זכאי לפיצויים בעד הנזק שנגרם לו עקב ההפרה ותוצאותיה ושהמפר ראה אותו או שהיה עליו לראותו מראש, בעת כריתת החוזה, כתוצאה מסתברת של ההפרה." במשפט האנגלי הלכה זו לקוחה מפסק-הדין: *Hadley v. Baxendale*, 9 Exch. 341 (1854). ראו: JOHN EDWARD MURRAY JR., MURRAY ON CONTRACTS (2nd rev. ed. of Grismore on Contracts, 1974); HUGH G. BEALE, W.D. BISHOP & MICHAEL P. FURMSTON, CONTRACT: CASES & MATERIALS 619–623, 637–641 (2001).

הנוזיקי, גם אם ניוזק לא גילה למזיק מידע מסוים, כגון רגישות חריגה, ייתכן שנטל הפיצוי יוטל בכל-זאת על המזיק, אף שלא ידע על הסיכון. זאת, במסגרת דוקטרינת "הגולגולת הדקה", שלפיה האחריות תוטל על המזיק אף אם צפה את סוג הנזק בקווים כלליים בלבד, ואף אם לא צפה את היקף הנזק.⁹³

הדינים נבדלים גם בשאלת הפיצויים עצמם, שכן תורת הפיצויים רואה באופן שונה את הפיצוי החוזי ואת הפיצוי הנוזיקי. התיאוריה החוזית היא שההבטחה שניתנה הייתה צריכה להתממש, או שההפרה לא הייתה צריכה להתרחש, ולפיכך הכלל הבסיסי הוא שהפיצוי צריך להעמיד את הצד הניזוק (שנגדו הופר החוזה) בעמדה שבה היה אילו לא הופר החוזה ואילו מומשה ההבטחה. לעומת זאת, התיאוריה הנוזיקית מבוססת על התפיסה שההתנהגות העוולתית לא הייתה צריכה להינקט, ולפיכך הפיצוי צריך להעמיד את הניזוק במצב שבו היה אילו לא התרחש מעשה העוולה שגרם לנזק. בהתאם לכך, פיצויים חוזיים כוללים הפסדים שנגרמו ישירות מההפרה, כל עוד הצדדים צפו אותם או היו יכולים לצפות אותם בעת כריתת החוזה (ככפוף למבחני הסבירות של הצדדים וציפיותיהם), ואילו פיצויים נוזיקיים מוענקים בעבור ההפסדים שהפרת חובת הזהירות גרמה, ובמקרים מסוימים – גם פיצויים עונשיים.⁹⁴

ניתן לומר, אם כן, כי מנקודת-מבט של החולה (כניזוק-כוח), למסגרת הדיון החוזית יש עדיפות ביחס למסגרת הדיון הנוזיקית ככל שמדובר בהיקף הפיצויים שניתן לתבוע, שכן פיצויים בעבור ציפייה שהתבדתה יהיו גבוהים בדרך-כלל מפיצויים בשל הסתמכות. מאידך גיסא, לדיון הנוזיקי יש עדיפות בנושא הגילוי, שכן במסגרת הדיון הנוזיקי ניתן לקבל פיצוי גם בעבור סיכונים שהחולה לא גילה, בעוד דיני החוזים יגבילו הרבה יותר את האפשרות לקבל פיצוי בגין סיכונים אלה.

הבדל מהותי נוסף בין הדינים נוגע במשטר האחריות. במסגרת הדיון הנוזיקי, משטר האחריות הנוהג הוא זה של רשלנות, הכולל התחשבות בהגנות שונות, ביניהן הגנת "האשם התורם".⁹⁵ לעומת זאת, משטר האחריות החוזי, באופן עקרוני ומסורתי, הוא של אחריות

93 ראו, למשל, ע"א 630/68 כהן נ' עלי טבק בע"מ, פ"ד כג(1) 709 (1969). ראוי להשוות את הוראת ס' 10 לחוק החוזים (תרופות), המובאת לעיל בה"ש 92, עם ס' 176(1) לפקודת הנוזיקין, שבו נקבע הקשר בין הנזק לבין הזכאות לפיצוי ללא קשר לחובת הגילוי, אלא כתלות בדרך התהוות הנזק בלבד: "סבל התובע נזק, יינתנו פיצויים רק בשל אותו נזק שעלול לבוא באורח טבעי במהלכם הרגיל של הדברים ושכא במישרין מעוולת הנתבע". הפרדיגמה הנוזיקית מטילה את הסיכון ל"גולגולת הדקה" על המזיק, ומתבססת על כך שהניזוק אינו יכול להעביר למזיק את המידע על הרגישות היתרה. לעומת זאת, הפרדיגמה החוזית מתבססת על העברה של מידע, וכל מידע רלוונטי שאינו מועבר גורם להטלת האחריות לסיכונים ולתוצאותיה של אי-העברת המידע על מי שבידו היה המידע, קרי, הניזוק.

94 בעניין זה ראו Anderson & Steele, לעיל ה"ש 21, בעמ' 255.

95 ראו ע"א 316/75 שור נ' מדינת ישראל, משרד העבודה, מחלקת עבודות ציבוריות, נצרת, פ"ד לא(1) 299 (1976); ע"א 417/81 מלון רמדה שלום נ' אמסלם, פ"ד לה(1) 72 (1984); ע"א 73/86 שטרנברג נ' עיריית בני ברק, פ"ד מג(3) 343 (1989).

מוחלטת.⁹⁶ הפסיקה והספרות אומנם הכירו בחריגים לאחריית מוחלטת זו, שבהם חולקה האחריות לנזק בין הניזוק למזיק בשל העובדה ששניהם גרמו להתרחשות הנזק,⁹⁷ אך הכלל הוא שצד שהפר חווה נושא באחריות מלאה להפרה ולפיצויים בגינה. לפיכך לדין שיחול על שאלת ההסכמה לטיפול רפואי יש השפעה רבה גם על היקף האחריות לנזק ועל האפשרות לחלוקת האחריות בין המטפל למטופל.

2. התאמת הטיעונים מהדיון הכללי לדיון בהסכמה מדעת

שתי שאלות מהותיות נשאלות בנוגע לדוקטרינת ההסכמה מדעת: האחת נוגעת בסיכונים שיש לגלותם, כלומר, בהיקף המידע הנדרש; והאחרת נוגעת במידת הפירוט שיש לכלול בגילוי ביחס לכל אחד מהסיכונים.⁹⁸ שאלות אלה שונות מהשאלות שעולות בהקשר של הטיפול הרפואי עצמו, ומשום כך נרצה לבדוק בפרק זה אם ייתכן, כתוצאה מכך, שתניות חוזיות יוכלו לתת מענה טוב יותר לשאלות אלה. לשון אחר, אף שבהקשר של הטיפול הכללי עולים קשיים בשימוש בחוזה לצורך הסדרת מערכת היחסים רופא-חולה, נראה לנו שיש מקום להכרה רחבה יותר בחוזה כמסדיר יחסים אלה בנוגע לשאלת ההסכמה לטיפול. אל לנו לשכוח כי תחת הדיון בפרדיגמת ההסכמה מדעת ההנחה היא שהטיפול שניתן אינו רשלני, ואם יוגדר ככזה, יהיה אפשר תמיד לפנות לדיני הרשלנות על-מנת לקבל פיצוי. דומה כי חלק מן הטענות החלות על עצם הטיפול אינן חלות באותה מידה או באותו אופן על גילוי מידע. כך, בנוגע לטענות בדבר הטיפול הרפואי כטובין ציבורי, במקרה הצר של גילוי מידע, המידע שמתבקש מתייחס לטיפול ספציפי בנקודת-זמן ספציפית, ולכן יש לו השפעה מוגבלת על חולים אחרים. אולם בעניין זה יש להבחין בין איסוף המידע על-ידי הרופא לבין הספקת המידע למטופל. אם נניח שכל מטופל משלם בעבור הטיפול שלו, כפי שאכן קורה במערכת הפרטית, אזי מחד גיסא, המידע הוא "מוצר ציבורי" מכיוון שאיסופו הראשוני יקר והחולה הראשון לא יהיה מוכן בהכרח לשלם עליו, אולם מאידך גיסא, מרגע שנאסף המידע, הרופא יכול לספקו לכולם ובעלות מוערית. לפיכך רכיב המידע הוא רכיב ציבורי, בעוד רכיב ההספקה הוא רכיב פרטי.⁹⁹ החשש הנובע מכך הוא שמכיוון ששום חולה

96 ע"א 3912/90 EXIMIN S.A. תאגיד בלגי נ' טקסטיל איטל סטייל פראררי בע"מ, פ"ד מז(4) 64, 81 (1993) (להלן: פרשת EXIMIN). כן ראו פרידמן וכהן, לעיל ה"ש 21, בעמ' 387.

97 ראו פרשת EXIMIN, שם, בעמ' 85, וכן אריאל פורת הגנת אשם תורם בדיני חוזים (1997). ראו גם פרידמן וכהן, לעיל ה"ש 21, בעמ' 405.

98 מובן שבין השניים קיימת זיקה הדוקה: ככל שהסיכון ממשי יותר וסיכויי התממשותו גבוהים יותר כן נצפה שהרופא יפרט לגביו יותר, גם אם הסיכון שבהתממשותו אינו מאיים על חי המטופל או על בריאותו בצורה משמעותית; ולהפך – ככל שהסיכון רחוק יותר מליבת הטיפול, במונחים של היתכנות סיבתית להתרחשותו, כן נצפה שהרופא יידרש לספר עליו פחות, אם יחויב להזכירו בכלל.

99 ניתן אומנם לדמיין מצב שבו תינתן הנחה כספית (כדוגמה לאינטרס של המטופל) בעבור

לא יהיה מוכן לשאת במחיר הגבוה של איסוף המידע, המידע לא ייאסף, אף שהיה ראוי לאוספו ביחס לכל קבוצת החולים. נראה שהשיטה שהמערכת הציבורית מבוססת עליה פותרת את בעיית איסוף המידע כמוצר ציבורי, שכן בשיטה זו המטופלים אינם משלמים ישירות בעבור הטיפול בהם ועלויותיו, אלא כל מטופל משלם חלק מהעלות הכללית, הכוללת גם את העלות של איסוף המידע שהרופא נדרש לגלות. לעומת זאת, השיטה הציבורית יוצרת בעיה דווקא ברכיב של הספקת המידע, שכן כאשר החולה אינו משלם ישירות את עלות הטיפול בו, קיימת נטייה "לתפוס טרמפ" על אחרים ולדרוש, לדוגמה, הסבר מפורט וארוך על-חשבון זמנו המוגבל של הרופא.¹⁰⁰

גם הטענות בדבר ההשקעות הטרומ-חוזיות והבתר-חוזיות אינן חלות בשאלת הגילוי כפי שעלו בדיון ביחס לטיפול. אומנם, דרישת הגילוי מחייבת את הרופא לדווח לחולה על טיפולים חלופיים, אך רכישת מידע ודיווח על טיפולים אחרים אינם שקולים, הן מבחינה מהותית והן מבחינת עלותם, להתמחות בדרכי טיפול חדשות, לדוגמה, אשר חייבת להיעשות לפני שהטיפול ניתן ובמנותק מהחווה בין הרופא לחולה.

לעומת זאת, יהיו שיטענו כי ניתן עדיין להיתלות בטיעונים בדבר פערי מידע ועלויות עסקה כדי להסביר את העובדה שפעמים רבות החווה שנכרת אינו החווה המיטיבי המייצג נכונה את האינטרסים של הצדדים, ושקונסטרוקציה חוזית אשר מבוססת על העברת מידע היא בעייתית שכן הצדדים, מעצם ההגדרה, אינם מגיעים מעמדה שווה. אולם אל מול ההנחה שחולים אינם מצויים במעמד המאפשר להם להתמקח עם הספקים של שירותי הרפואה, נטען כי חולים אינם יכולים אומנם לפקח על איכות הטיפול ויישומו, אך יש להם יכולת ייחודית לעשות שניים: מחד גיסא, לערוך מאזן עלות-תועלת לגבי החלטות בנוגע לטיפול; ומאידך גיסא, לקבוע באיזו מידה הם מאצילים את זכות הבחירה ושיקול-הדעת לרופא המטפל. לפיכך הרציונל שבהסדרה הנויקית בשל העליונות האינפורמטיבית של הרופא על החולה אינו מגיע לתחום קבלת ההחלטות ואצילת סמכויות ההחלטה. למעשה, ניתן אף לטעון שאם קיימים פערי מידע, דווקא הרופא הוא שמגיע בנחיתות אינפורמטיבית ביחס לחולה.¹⁰¹

חלק אחר מהטענות שמנינו ביחס להסדרת מערכת היחסים מטפל-מטופל באופן כללי באמצעות חווה רלוונטיות גם לשאלת ההסכמה, בשינויים המתחייבים. כך, בנוגע לסובייקטיביות של רצונות הצדדים והעדפותיהם האישיות ניתן לטעון כי דווקא בשאלת

השתתפות בהסבר קבוצתי לכמה מטופלים, אך בדרך-כלל מטופלים מעדיפים לקבל את ההסבר באופן אישי, הן לשם שמירה על פרטיותם והן משום שכך ההסבר מותאם באופן ייחודי להם, למצבם ולשאלותיהם.

100 בעיה זו הינה בבחינת פן הופכי לבעיית ייצור הטובין הציבורי, העוסקת במוצר שכולם נהנים ממנו אך אין מי שמוכן לשלם בעבורו, שכן כאן מדובר במצב שבו כל אחד משלם סכום קבוע מראש, והשאיפה של כל אחד היא לצרוך מהמוצר כמה שיותר, מבלי שהדבר ייקר בעבורו את מחיר השימוש במוצר. במובן זה מדובר ב-"Tragedy of the Commons". ראו: Garrett Hardin, *The Tragedy of the Commons*, 162 SCIENCE 1243 (1968).

101 ראו Shultz, לעיל ה"ש 51, בעמ' 281.

ההסכמה, כאשר האינטרס המוגן הוא האוטונומיה של הפרט,¹⁰² דיני החוזים הם המתאימים ביותר לכך, שכן הם מייצגים טוב יותר את ההעדפות האישיות הסובייקטיביות של הצדדים.¹⁰³

גם הטיעון בדבר ההכרה בזכות הצדדים לקיים משא-ומתן ולקבוע את תנאי הטיפול במסגרת חופש החוזים רלוונטי לשאלת ההסכמה. יתר על כן, כפי שנבהיר בהמשך, בשאלת ההסכמה קיימת לגיטימציה רבה יותר למשא-ומתן, שכן הכרה בזכות לוותר על קבלת המידע, לדוגמה, עשויה להביא לידי הוזלת הטיפול, וזאת מבלי לשלם את מחיר הירידה בסטנדרט הטיפול עצמו, שכן הוויתור על קבלת המידע אינו כולל ויתור על אפשרות התביעה בשל טיפול רשלני.¹⁰⁴

סדרה של טיעונים אשר לקוחים מהדיון הכללי בשאלת הסדרת הטיפול ואשר רלוונטיים גם לשאלת ההסכמה היא זו העוסקת בהסדרה באמצעות הארגונים הגדולים. עיקרי הדברים – איזון הכוחות בין הצדדים והסדרת תנאי ההתקשרות באופן כולל, במנותק מלחצי הזמן והצורך הנלווים לקשר הישיר בין חולה לרופא במצב של צורך דחוף במתן טיפול מיידי, מתאימים גם לדיון כאן. עם זאת, בשאלת ההסכמה, שבה האינטרס המוגן הוא כאמור האוטונומיה של המטופל, בולטת ביתר שאת ההבחנה שהסדרה באמצעות ארגונים פוגעת בהטרונגניות של הבחירה ומונעת סובייקטיביזציה והגשמה של הרצון האישי – אינטרסים המרכיבים את הבסיס לרציונל של החלפת ההסדרה הנויקית בהסדרה חוזית. לפיכך נראה כי הסדרה של ההסכמה באמצעות הארגונים חייבת להותיר מקום לבחירה אישית, ולהוות מעין תשתית להסכמה, שפרטיה יושלמו על-ידי כל מטופל בהתאם להעדפותיו.¹⁰⁵

3. טיעונים נוספים אשר ייחודיים להסכמה מדעת

נוסף על הטיעונים בעד ההסדר החוזי הלקוחים מהדיון בדוקטרינת הרשלנות הרפואית, קיימים טיעונים אחדים המצדדים בהחלפת ההסדר הנויקי בהסדר חוזי אשר נוגעים באופן ייחודי בשאלת ההסכמה מדעת: ראשית, נטען כי הניתוח הנויקי אינו מדגיש מספיק את האינטרס הפרטי של המטופל בבחירה עצמית ובאוטונומיה, אלא עושה זאת דרך כללי התקיפה או ההסכמה מדעת, קרי, מתוך אינטרס ההגנה על שלמות הגוף. כך, במסגרת מבחני העוללות הנויקיות, הדגש אינו במטופל ובאוטונומיה שלו, ומרכיב הבחירה אינו הכרחי. ההגנה על האוטונומיה היא עקיפה בלבד. לעומת זאת, אם הדגש הוא בבחירה

102 ראו Maclean, לעיל ה"ש 10.

103 קוד נפוליאון, למשל, קובע שחווה הינו החוק בין הצדדים. Code Civil de Francais (Code Napoleon) Book III, Title III, Chapter III, Section I, 134.

104 ראו את הדיון להלן בתת-פרק ד' למאמר.

105 באנלוגיה לתפריט של מסעדה, נציע שחווה הסכמה יכול מידע כללי על הסיכונים והסיכויים של כל הטיפולים הלגיטימיים הרלוונטיים למקרה, ואת כל אפשרויות הטיפול, ומתוך תופס ההסכמה יוכל המטופל לבחור באפשרות הטיפול המועדפת. הבחירה באפשרות הטיפול המועדפת תהווה למעשה אישור של קבלת המידע ומתן הסכמה לטיפול.

עצמה, אזי הניתוח החוזי מגן עליה ישירות.¹⁰⁶ ניתוח חוזי יביא לידי כך שהפגיעה בציפייה תיבחן מנקודת-מבטו של הניזוק, וזאת מבלי שתעבור דרך בחינה של נזק.¹⁰⁷ לפיכך נטען כי היות שציפיותיו של החולה לקבל החלטות הינן גדולות מאלה של הרופא, ומכיוון שיש לו מניעים ואינטרסים חזקים יותר בקבלת ההחלטות מאשר לרופא, במסגרת בחינת מערכת היחסים באמצעות המנגנון החוזי יש לקרוא אל תוך החוזה בין הצדדים תנאי מכללא שיקבע את שליטת החולה בקבלת ההחלטות.¹⁰⁸

שנית, יש המצביעים דווקא על ההשפעות הפסיכולוגיות-החברתיות של ההסדר הניזוקי, ועל סקרים התומכים בקביעה שדוקטרינת ההסכמה מדעת מובילה – בצד ההרתעה שבה – ללחץ ולחוסר ביטחון בקרב רופאים,¹⁰⁹ הנובעים בעיקרם מהתחושה שדרישות החוק אינן ברורות וחד-משמעיות. תחושה זו היא תולדה, בין היתר, של ההשקפה הרווחת בבתי-המשפט, הרואה במסמכי קבלת ההסכמה רק ראייה אחת להוכחת הסכמה, ובשל כך משקלם ומעמדם בהכרעת הדין הוא כשל כל הראיות האחרות.¹¹⁰ זאת, בניגוד לציפיותיהם של הרופאים, אשר רוצים לראות במסמך ראייה מכרעת לקבלת הסכמת המטופל לטיפול, כמו-גם להקניית שיקול-הדעת והחופש הדרוש למטפל כדי לפעול כהבנתו במהלך הטיפול. בשל ציפיות אלה סבורים רוב המטפלים, כמו-גם רוב המטופלים, כי ייעודם של מסמכי ההסכמה הוא להגן באופן החלטי וחד-משמעי על המטפל מפני תביעת המטופל. לעומת זאת, אילו נחשבו מסמכי ההסכמה בעיני בית-המשפט כחוזים, היו ציפיות אלה מתמלאות, ולרופאים היה ניתן החופש לפעול לפי שיקול-דעתם המקצועי. ניתן אף למצוא

106 ראו, למשל: CHARLES FRIED, CONTRACT AS PROMISE: A THEORY OF CONTRACTUAL OBLIGATION (1981).

107 ראו Shultz, לעיל ה"ש 51, בעמ' 265.

108 ראו שם, בעמ' 281-282. לשיטתה של שולץ, חולים מניחים כיום ומסתמכים על כך שתינתן להם האפשרות – אם ירצו בכך – לקבל החלטות. לדבריה, על-פי דיווחי חולים, עיקר אכזבתם מהרופאים נוגעת בכשלונם של האחרונים לספק מידע מספיק לצורך קיום דיאלוג וקבלת החלטות מושכלות. מקרה לדוגמה הממחיש את ההבדלים בין הגישות הוא שערוריית הבדיקות שנעשו בנשים מורדמות – ראו יובל אוולאי ותמרה טראובמן "איגוד הרופאים ידון בבדיקות חודרניות בחולים מורדמים" הארץ – חדשות 4.1.2008. עוולת הרשלנות הנוהגת כוללת התחשבות בשיקולים ציבוריים, כגון הצורך בהכשרת מתמחים ורופאים צעירים, ולפיכך ניתן לחשוב על מצבים שבהם היא תאפשר ביצוע בדיקות בנשים מורדמות גם ללא קבלת הסכמתן. זאת, לעומת מסגרת הדיון החוזית, אשר מעמידה בראש את זכות הבחירה של אותן נשים. מסגרת דיון חוזית לא הייתה מאפשרת ביצוע בדיקות ללא קבלת הסכמה להן. עם זאת, יצוין כי שימוש בעוולת התקיפה היה עשוי להוביל לפתרון דומה – ראו יעקב, לעיל ה"ש 2.

109 ראו Green, לעיל ה"ש 41, בעמ' 234-235. הסקרים נערכו, מטבע הדברים, בארצות-הברית.

110 כפי שנקבע בפרשת דעקה, לעיל ה"ש 4, בעמ' 548: "החתמת המטופל על טופס ההסכמה אינה כשלעצמה תנאי מספיק לקיומה של 'הסכמה מדעת'" (ההדגשה הוספה). עצם ההתייחסות למסמכי ההסכמה כאל "טופס" מורידה את מעמדם מדרגה של "חוזה" לדרגת ראייה.

לכך צידוק של כדאיות: אם רופאים יוגבלו רק להליכים שנידונו עם המטופלים, יצאו כל הצדדים מופסדים – המטפלים לא יוכלו להשלים את מלאכתם לשביעות רצונם המקצועי, והמטופלים לא יקבלו את הטיפול המיטבי בשל הגבלות אשר יצטמצמו לעיתים להגבלות בירורקרטיות בלבד. נוסף על כך ניתן לשאול: איזו תקווה יש לאפשרות שהמטפל יצליח לפרט את כל הסיכונים והסיבוכים של הטיפול המוצע ואת כל החלופות לו עוד לפני שניגש לניתוח עצמו, בטרם פתח וראה במה מדובר, וזאת תוך כדי וידוא חסינותו מפני תביעות?¹¹¹ תחושת אי-הוודאות מתחזקת גם לנוכח העובדה שאין דוקטרינה אחת בלבד של קבלת הסכמה מדעת, ושקיימים סטנדרטים רבים לגילוי נאות, המשתנים בין מה שמטופל ספציפי יחשב כמהותי, מה שהאדם הסביר ירצה לדעת והסטנדרט הרפואי הנוהג בין מטפלים.¹¹² אפשטיין, במאמרו המכונן,¹¹³ מצביע דווקא על הקשיים ביישומה של דוקטרינת ההסכמה מדעת הנויקית.¹¹⁴ לדעת אפשטיין, לדוקטרינת ההסכמה מדעת אין גבולות

111 Epstein, לעיל ה"ש 41, בעמ' 124. לדבריו, היתרון העיקרי במתן משקל משמעותי למסמכי ההסכמה עשוי לבוא לידי ביטוי באפשרות של הרופאים לפעול על-פי שיקול-דעתם המקצועי באופן חופשי, ללא מגבלות בירורקרטיות-משפטיות שנובעות מדוקטרינת ההסכמה מדעת הנויקית הנוהגת כיום.

112 אם בכך לא די, ניתן למצוא ביישומה של ההסכמה מדעת גם מחלוקות לגבי האופן שבו יש לבחון את הקשר סיבתי, לגבי הצורך בהסכמה בכתב, לגבי הריגים לתחולתה ועוד. ראו Green, לעיל ה"ש 41, בעמ' 235.

113 Epstein, לעיל ה"ש 41. מאמר זה נחשב אבן-היסוד לאסכולת המצדדים בהחלפת דוקטרינת ההסכמה מדעת הנויקית בהסדר חוזי.

114 אפשטיין מציג שלוש שאלות שגרתיות העולות, לדבריו, מכל תביעה המתבססת על רשלנות בקבלת הסכמה מדעת. ראשית, על התובע להראות שהוא – או לפחות אדם סביר בנעליו – היה נרתע מהטיפול המוצע אילו קיבל את המידע המתאים. נקודה זו קשה להוכחה, במיוחד בדיעבד, ואין זה משנה באיזה מדד משתמשים – אובייקטיבי או סובייקטיבי. אף אם הסיכונים הכרוכים בטיפול גדולים, לחולה יש מושג מסוים לגבי החלופות, אשר כוללות לרוב הידרדרות במצבו, כאבים, מוגבלויות ואפילו מוות. כמה חולים היו מעדיפים את הוודאות של נזק גופני על האפשרות לעזרה רפואית? וכמה חולים היו מסרבים ומבטלים עצה וחוות-דעת רפואית שניתנו להם לפני הטיפול פשוט כי הם חושבים שהם יודעים טוב יותר? שאלות אלה אינן דומות לבחינת המצב לאחר מעשה, כאשר החלופה שנבחרה התבררה כלא-מוצלחת.

השאלה השגרתית השנייה היא מה היה קורה לחולה אילו גילוי נאות שהיה ניתן לו היה מניע אותו לסרב לטיפול. בעוד קל לראות את המטפל כאחראי לנזק שנגרם, הנזק שהיה מתרחש בכל מקרה אינו מובא בחשבון. בתביעות נוזיקיות שבהן היה לניזוק פגם לפני התרחשות האירוע הנידון מקובל לראות במזיק אחראי רק לנזק הנוסף שנגרם (כלומר, לנזק הכולל פחות הנזק מלפני האירוע), ולחשב את הפיצויים בהתאם לנזק יחסי זה. לפיכך, בעבור אותם חולים שלא היו בריאים לחלוטין בטרם החל הטיפול קיימים סיכונים נוספים, לעיתים גבוהים בהרבה.

שאלה שלישית שעולה במקרים של העדר הסכמה מדעת היא אם קיימת לרופא "זכות-יתר של מטפל" (Therapeutic Privilege) אשר מאפשרת לו לא למסור מידע כאשר יש לו יסוד

מוגדרים, ותמיד ניתן לטעון שדווקא הסיכון שלא אוזכר הוא המהותי, שכן הבחינה במסגרת ההסדר הנוזקי הינה תמיד בדיעבד (להבדיל מהסדר חוזי, שבו את ההסכמה לפני האירוע). יישום דוקטרינת ההסכמה מדעת הינו יקר וקשה מדי, הן במובן האדמיניסטרטיבי והן במובן הפסיכולוגי, מכיוון שמורכב ומסובך מאוד לבודד אותם מקרים שבהם הדוקטרינה באמת תסייע לתובע שמגיעים לו פיצויים. הסיכוכים שביישום גדולים ובלתי-נמנעים. אפשטיין ממליץ לפיכך לזנוח את המאמץ התיאורטי להחרים את ההסדרים החוזיים. ניתן לקבל את חשיבות העיקרון של אוטונומיית הפרט ועדיין לשאול איך היא מקודמת ומשופרת באמצעות מערכת כללים שמגבילה את יכולת הפרט לקבל שירותים על בסיס הסכמה; אחרי הכל, גם חופש החוזים הינו חלק מאוטונומיית הפרט.

לנוכח טענות אלה של אפשטיין בדבר הקשיים שביישום הדוקטרינה הנוזקית, נבחן עתה אם המצב יהיה שונה כאשר נבוא ליישם מנגנון חוזי במקומה או כהשלמה להסדרה הנוזקית. עד כה עמדנו על ההבדלים במהות הדיון בין שאלת ההסכמה לטיפול לבין השאלות העולות בהקשר של הטיפול עצמו. כעת נעבור לבחון אם ניתן לספק מענה לשאלות אלה באמצעות דיני החוזים.

פרק ד: הדיון במסגרת החוזית

1. שאלות מקדמיות

בטרם נדון ביישומו של חוזה להסדרת ההסכמה מדעת, השאלה הבסיסית המתבקשת היא מה יהיה הדין במקרים שבהם הצדדים לא כרתו "חוזה הסכמה מדעת". כיצד ייקבעו גבולות המותר והאסור מבחינת הטיפול? בחברה המודרנית קיימים גופים רבים שמעורבים במתן הטיפול הרפואי, וברור שאי-אפשר לערוך חוזה עם כל אחד מהם.¹¹⁵ נראה על-כן כי בהעדר

להאמין, בהינתן מצבו של המטופל, כי המידע יזיק למטופל יותר מאשר יועיל לו? האם הוא רשאי לגלות רק את "השורה התחתונה", מבלי להתעכב ולהתלבט ב"שאלות הקטנות" יחד עם המטופל? בפועל בתי-המשפט מקנים מידה מסוימת של זכות-יתר זו, אך כורכים זאת בחובה להוכיח את נכונות המצב. אפשטיין טוען כי זוהי העברה של כוח ההכרעה בשאלות רגישות מהמטפלים לבית-המשפט, וכי במצב זה היה עדיף לא לאפשר חריג כלל מאשר לסייגו ולצמצמו כל-כך. ראו Epstein, לעיל ה"ש 41, בעמ' 121-122.

115 גם אם ייערך חוזה עם חלקם, ייתכנו עדיין אנשים רבים שישארו מחוץ למעגל החוזי, והשאלה היא מה יהיה הכלל המשפטי שיחייב אותם. ניטול, לדוגמה, מקרה שבו החולה הסכים כי רופא מסוים ינתחו אך לבסוף ניתחו רופא אחר במחלקה: הרופא שלא ניתח אכן מחויב בניתוח מבחינה חוזית, ועל-כן ייחשב כמפר חוזה בשל כך שלא ביצע את הניתוח; אך מה לגבי המנתח שאינו חתום על החוזה? לגביו יש צורך בכלל שיסדיר את איסור הטיפול

חוזה, ההסדר הקיים – שלפיו הדין הכללי המסדיר את היחסים הוא הדין הנוזקי – הינו ההסדר הראוי. דיני הנוזקין קובעים את בררת-המחדל שלפיה במצבים של העדר הסכמה אין לגעת בגוף האדם, שכן מדובר בפגיעה באוטונומיה. הזכות הבסיסית – כאשר הצדדים לא הגיעו לכלל הסכמה חוזה אחרת – מוגדרת על-ידי דיני הנוזקין, שלפיהם נגיעה ללא הסכמה היא בבחינת עוולה המעניקה פיצוי. כך, מכוחם של דיני הנוזקין בית-המשפט יכול להיכנס לנעליו של החולה ולקבוע כי הסכמתו הייתה לא מדעת או לא ניתנה כלל. שיבוץ עוולת ההסכמה מדעת במסגרת עוולות התקיפה או הרשלנות מאפשר לבית-המשפט שיקול-דעת נרחב מאוד.¹¹⁶ דיני החוזים מאפשרים אומנם התערבות משפטית, בין היתר באמצעות "חוזה מכללא",¹¹⁷ אך דומה שחופש החוזים דורש שהתערבות זו תהיה מצומצמת.¹¹⁸ הצעתנו

ללא הסכמה. ניתן אומנם להחיל על מצבים אלה מנגנונים מהסוג של חוזים מכללא, אך גם להרחבה זו יש מגבלות.

116 שיקול-הדעת הרחב שניתן לבית-המשפט במסגרת הדיון הנוזקי נובע מכך שהעוולות הנוזקיות, דוגמת הרשלנות והתקיפה, עוסקות באיסורים, ומקיפות את כל המצבים שהדין אוסר, עד להותרת מסגרת מצומצמת של מצבים שאותם אין הדין אוסר, ואלה המותרים. לעומת זאת, מסגרת הדיון החוזית כוללת מספר מצומצם יחסית של מצבים שעליהם הסכימו הצדדים, ועוסקת רק בהם. לפיכך ראוי שמסגרת הדיון החוזית תעסוק רק באותם מצבים שלגביהם הושגה הסכמה. במצבים אחרים, החורגים מגדר ההסכמה החוזית, יש לדון במסגרת העוולות הנוזקיות.

117 ראו את דבריו של השופט אור בפרשת דעקה, לעיל ה"ש 4, המובאים לעיל בטקסט הסמוך לה"ש 12. חשוב להבחין כי שימוש במונח "חוזה מכללא" אך לשם אימוץ סטנדרטים מהדין הנוזקי הינו חסר ערך ומיותר. זו הסיבה לכך שמבחינת השופט אור, אזכור החוזה מכללא הינו אך קישוט לדיון הנוזקי. שימוש במונח "חוזה מכללא" נושא תועלת רק במקרים שבהם העדפותיהם של הצדדים וההסכמות מכללא ביניהם שונות מהסטנדרטים הנוזקיים הרגילים. דוגמה למקרים שבהם כבר הכירו בתי-המשפט בחוזה מכללא הם הניתוחים האלקטיביים – ראו לעיל ה"ש 56 והטקסט הסמוך אליה. כמו-כן נטען כי שליטת המטופל בקבלת ההחלטות צריכה להוות תנאי בסיסי בכל חוזה מכללא בין רופא לחולה, וכי סטייה מכלל זה צריכה להיעשות רק בהסכמה מפורשת וכתוצאה ממשא-ומתן – ראו Shultz, לעיל ה"ש 51, בעמ' 282.

118 ראו ע"א 294/91 חברת קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום, פ"ד מו(2) 464 (1992), שם קובע השופט ברק, בפס' 25 לפסק-דינו, כי חופש החוזים הינו חלק מהזכות החוקתית לכבוד האדם, וכי פגיעה בו תצומצם רק למקרים שבהם משקלו של חופש החוזים קטן מהערך ומהאינטרס החוקתיים שבהם הוא פוגע. כן ראו גבריאלה שלו "מה נותר מחופש החוזים" משפטים יז 465, 474 (1988), המדגישה כי בכל גזרות ההתערבות השיפוטית באוטונומיה של צדדים לחוזה ביטא בית-המשפט העליון גישה זהירה של ריסון שיפוטי, תוך כיבוד עקרון חופש החוזים. להשקפת הכתבת, עקרון חופש החוזים נותר העיקרון החשוב ביותר גם לאחר חקיקת חוקי-היסוד בדבר זכויות האדם. בשל כך עקרון חופש החוזים – המייצג שיקולים של צדק (בין הצדדים), הגינות, תועלת, ודאות משפטית והגנה על ציפיות הצדדים – גובר על ערכי-היסוד של המשפט הציבורי, הבאים לידי ביטוי בחוקי-היסוד, ומגבילים מאוד את יכולת ההתערבות השיפוטית בחוזה. ראו גבריאלה שלו דיני חוזים – החלק

היא כי רק במקרים שבהם ההסכמה מכללא כוללת סטייה מהסטנדרטים הנזיקיים ישקול בית-המשפט לקבוע את תנאי ההסכמה בהתאם להסכמות מכללא בין הצדדים, אף שאלה לא הסתיימו בחוזה מפורש.¹¹⁹

יוצא מכך שדיני החוזים אינם יכולים לספק מענה מתאים, כמודל יחיד, לשאלת ההסכמה מדעת. תחולתם של דיני החוזים תהיה תלויה, ראשית, בקיומו של חוזה "ממשי" (להבדיל מ"חוזה מכללא"). למעט חריגים, כפי שפירטנו לעיל, רק כאשר קיים חוזה כזה יהיה אפשר להחיל את הדינים והדוקטרינות החוזיות.

שאלה מהותית נוספת נוגעת בלגיטימציה של חוזה הסכמה לטיפול, ובמידה שבה נאפשר לחוזה כזה להטות את סטנדרט הטיפול כלפי מטה, כלומר, לרדת מהרף של סטנדרט הטיפול הנוהג. בעניין זה קיימת זיקה בין ההסכמה לבין סטנדרט הטיפול שניתן על-ידי הרופא. החשש הוא שבאמתלה של מתן ביטוי, באמצעות חוזה, לאוטונומיה הסובייקטיבית של המטופל, ישתחרר הרופא מדרישות שקובע סטנדרט הטיפול המקובל והמחייב על-פי הדין הקיים. חשש זה שונה במהותו מהחשש מהתנערות כוללת מאחריות לטיפול שניתן לעיל,¹²⁰ שכן גם אם במסגרת חוזה הסכמה ייקבע סטנדרט טיפול נמוך מהנוהג, תחול עדיין על הרופא החובה לא להתרשל, כמו-גם אחריותו בגין רשלנות במתן הטיפול, אך רשלנות זו תתפרש לאור החוזה שהשתכלל בין הצדדים.

בעניין זה יש להבחין בין שתי פרדיגמות – האחת עוסקת בגילוי והאחרת עוסקת במימוש ההעדפות האישיות של המטופל. הפרדיגמה הראשונה, בעניין הגילוי, כוללת מצבים של אי-גילוי מצד הרופא בשל "שכחה" או מתוך אינטרס עצמי.¹²¹ במצבים אלה נרצה להגן על החולה, ולכן נבחן את ההסכם בין הצדדים בצורה חשדנית כלפי הרופא, מחשש שינסה להקל על עצמו בדרישות החוזה.¹²²

הכללי: לקראת קודיפיקציה של המשפט האזרחי 82-84 (2005) (להלן: שלו דיני חוזים – החלק הכללי). ראו גם ה"ש 148 להלן.

119 ניטול, לדוגמה, אדם דתי אשר עומד לפני ניתוח לב פתוח ומיידע את הרופא בדבר היותו שומר מצוות. ייתכן שהחוזה מכללא בינו לבין הרופא יכלול גם את התנאי שבגופו לא יושלח מסתם מן החי ללא הסכמתו המפורשת, שכן בנייתו כאלה נהוג להשתמש במסתם של חזיר. הסיבה לכך היא העדפותיו הספציפיות של שומר מסורת – יהודי או מוסלמי לצורך העניין – אשר רואה בחזיר חיה טמאה ועשוי להעדיף השתלת מסתם מלאכותי אף שסיכויי ההיקלטות של מסתם מן החי טובים יותר. בכך העדפותיו של החולה הספציפי שונות מאלה של "החולה הסביר". ראוי להדגיש כי דוגמה זו עוסקת בסיכון חיים, אך ניתן בנקל לחשוב על דוגמות אחרות, כגון תרופות שאינן כשרות, אשר יש ליידע את החולה בדבר מרכיביהן. חובת הגילוי תוטל לפיכך על הרופא אם ידע על נסיבותיו הייחודיות של החולה אשר מבדילות אותו מהחולה הממוצע או ה"סביר".

120 ראו לעיל ה"ש 26 והטקסט הסמוך אליה.

121 לדוגמה, כי אי-הגילוי חוסך לרופא זמן, או כי כתוצאה מהגילוי יידרש הרופא לשאת בעלות כספית הכרוכה במתן טיפול אשר אלמלא הגילוי לא היה החולה יוזם אותו. לעניין זה ראו אריאל פורת "רשלנות ואינטרסים" עיוני משפט כד 275 (2000).

122 אין באמירה זו כדי לקבוע שאי-אפשר לסחור בגילוי. הדרישה היא שלא ייווצר מצב שבו

המצב שונה בפרדיגמת ההעדפות האישיות, שכן במסגרת זו אין בהכרח קשר בין הבחירה בדרך טיפול מסוימת לבין רמת הגילוי או טיב הטיפול. העדפת החולה הינה אישית וסובייקטיבית, והבחירה בין דרך טיפול אחת לאחרת עשויה לנבוע אצל כל חולה ממניעים ייחודיים ושונים. לפיכך, במסגרת פרדיגמה זו היחס להורדת סטנדרט הטיפול באמצעות חוזה הינו שונה, ובמקום החשדנות כלפי הרופא לנוכח הורדת הסטנדרט באה השאיפה לסייע לחולה לממש את העדפותיו.

בהתאם להבחנה זו ניתן לחלק את המקרים שבהם הסטנדרט מוסט כלפי מטה לשלושה סוגים. בסוג הראשון של המקרים המטופל בוחר לוותר על זכותו לקבלת מידע לגבי הטיפול שאותו הוא מסכים לקבל.¹²³ סוג זה של מקרים מזכיר את הבעייתיות שבכתבי הוויתור על אחריות,¹²⁴ אך דומה שהפגיעה במטופל במקרים אלה, אם קיימת פגיעה כזו, הינה מצומצמת מאוד בהשוואה למצב שבו המטופל "מוותר" על אחריות המטפל לפעולותיו ועל האפשרות לתבוע אותו בשל טיפול רשלני. ויתור על הסכמה מדעת אין משמעותו ויתור על איכות הטיפול, אלא ויתור על קבלת מידע. כמו־כן אין בויתור על הסכמה מדעת משום ויתור על האפשרות לתבוע בשל טיפול רשלני. מכאן שהפגיעה במטופל, אם זה בוחר לוותר על קבלת המידע, מצטמצמת לכך שהוא לא יקבל מידע על הטיפול עצמו, על השלכותיו והשפעותיו, כמו־גם על טיפולים חלופיים. מידע זה עשוי אומנם לשמש למטופל קנה־מידה לטיפול, שמולו יוכל ללמוד אם הטיפול שקיבל היה רשלני אם לא, אך את המידע הזה הוא יוכל להשלים באופן עצמאי אם יראה בכך צורך.¹²⁵ לפיכך נראה כי במקרים מסוג זה, הכרה בזכות לוותר על קבלת המידע תביא לידי הוזלת הטיפול מבלי לשלם את מחיר הירידה בסטנדרט הטיפול עצמו, שכן הוויתור על קבלת המידע אינו כולל ויתור על אפשרות התביעה בשל טיפול רשלני.¹²⁶

באמצעות אי־הגילוי ימצא לעצמו הרופא דרך להתחמק ממתן טיפול אשר נוהג ומקובל במצבים דומים, וזאת משיקולים אישיים הזרים למקרה. לדוגמה, אי־גילוי האפשרות של בדיקת MRI שאליה נוהג להפנות במקרים דומים הינו מחשיד, בשל העלות הגבוהה של הבדיקה והסיכוי שהרופא מנסה לחמוק מעלות זו. אף אם הוסכם בין הצדדים לוותר על הגילוי, אי־הפניה לבדיקה היקרה תוביל לבחינה חשדנית יותר של ההסכם בין הצדדים.

123 מקרה לדוגמה: רופא מציע לחולה שתי אפשרויות התקשרות – האחת יקרה, וכוללת גילוי מלא לגבי הטיפול המוצע, והאחרת זולה יותר, וכוללת אותו טיפול מוצע אך בלי גילוי מלא לגביו. האפשרות השנייה עשויה להיטיב עם החולה, שכן נחסכת ממנו עלות (ומהרופא נחסך הליך העברת המידע לחולה) תוך שמירה על זכותו לתבוע את הרופא בשל מתן טיפול רשלני.

124 ראו ה"ש 26 לעיל.

125 מובן שאין בויתור על קבלת המידע כדי לפטור את המטפל מחובת התיעוד של הטיפול שניתן, וכך יוכל גם חולה שוויתר על קבלת המידע לפני הטיפול ללמוד בדיעבד על הטיפול שניתן לו. הימנעות מתיעוד כמוה כגרימת נזק ראייתי. ראו לעניין זה ע"א 285/86 נגר נ' וילנסקי, פ"ד מג(3) 284 (1989).

126 השוו לדיון בכתבי הוויתור בה"ש 26 לעיל. מחד גיסא, Thaler & Sunstein עשויים לראות בדוקטרינת ההסכמה מדעת מעין הרחבה של "פוליסת הביטוח", שכן דוקטרינה זו פותחת

בסוג השני של המקרים המטופל מעדיף לוותר על הטיפול הנוהג, מטעמים אישיים שאינם תוצאה של משא-ומתן, ולבחור תחתיו טיפול אחר, אף שזה נופל באיכותו מהסטנדרט הנוהג. מדובר בשיקולי העדפה אפריוריים – כאלה שהחולה "בא עימם מהבית".¹²⁷ לנו נראה כי במקרים מסוג זה הזכות לבחור נקיטת פעולה מסוימת במסגרת הטיפול – כמו גם אי-נקיטת פעולה – הינה חלק מזכותו של המטופל לבחור את פרקטיקת הטיפול בו באופן כללי. לפיכך, למעט במקרי חירום שבהם קיימת סכנת חיים למטופל,¹²⁸ נראה שמטופל רשאי להתנות על דרכי הטיפול בו – כל עוד ברור שבחירתו נובעת מהעדפותיו האישיות ומרצונו החופשי, ולא מהשפעות חיצוניות שעלולות להיחשב כפגמים במשא-ומתן¹²⁹ – שכן אם לא נאפשר התניה כזו, החולה עלול להימנע מלקבל טיפול. יש להבחין בין סיטואציה שבה החולה הוא שמתעקש, מטעמיו האישיים, על טיפול בסטנדרט נמוך/שונה מהמקובל, לאחר שהוסברו לו הסיכויים והסיכונים בטיפול זה ובטיפולים חלופיים לו, לבין סיטואציה אחרת שבה הרופא הוא שמציע את הטיפול, מבלי לגלות במידה מספקת את היתרונות הגלומים בבחירה בטיפול בסטנדרט הנוהג (הגבוה יותר), והמטופל מסכים להצעתו. הסיבה לכך קשורה לאינטרס העומד בבסיס ההסכמה מדעת – האוטונומיה של המטופל – ולצורך בהגנה על אינטרס זה באמצעות הגשמת העדפותיו האישיות. הסיטואציה הראשונה מתארת הגשמה של בחירת המטופל, ואילו בסיטואציה השנייה נמנעת למעשה מהמטופל יכולת הבחירה.

הסוג השלישי של חווי הסכמה לטיפול אשר מורידים את סטנדרט הטיפול אל מתחת לסטנדרט הנוהג מתאפיין בכך שהסטנדרט הנמוך הינו תוצאה של הצעה מוגבלת לטיפול מצד הרופא, או באופן כללי יותר – של משא-ומתן בין המטפל למטופל. בכך סוג זה של מקרים נבדל מהסוג השני, שכן משא-ומתן הינו כלי בידי מטפלים להפעלת לחץ וליצירת תמריצים למטופלים לוותר על רמת הטיפול לטובת תועלות קצרות-מועד, כגון הקטנת התשלום. דומה כי החשש שהוזה ההסכמה ישמש מסווה לשחרור הרופא מהדרישות של סטנדרט הטיפול המקובל והמחייב מקורו בסוג זה של חוויים. ההסכמה להורדת הסטנדרט

עילות תביעה נוספות בגין מתן הטיפול, אפילו במקרה שבו הטיפול עצמו לא היה רשלני. אולם במקרה שבו נעשה שימוש בהסכמה מדעת כדי לצמצם את עילות התביעה, כמו במקרה של חוזה ויתור על קבלת מידע, יברכו על כך Thaler & Sunstein כצמצום הפוליסה. מאידך גיסא, Baker & Lytton, המבקרים את Thaler & Sunstein, יראו חוזה כזה כחמור הרבה פחות מכתב ויתור על אחריות הרופא לפעולותיו, שכן החוזה אינו כולל ויתור על אפשרות התביעה ואינו גורם לירידה באיכות הטיפול.

127 דוגמות: אי-מתן עירווי דם בעת טיפול באדם מכת עדי יהוה, לידה וגינלית של עובר גדול וכיוצא באלה.

128 במקרים כאלה ייחשב החוזה כבטל מכוח ס' 30 לחוק החוויים (חלק כללי), התשל"ג-1973, ס"ח 118 (להלן: חוק החוויים). ניתן להשוות זאת לסייגים בעוללת התקיפה – ראו ס' 24(1) לפקודת הנוזיקין.

129 הכוונה לפגמים שבהם עוסקים ס' 12-18 לחוק החוויים, ביניהם חוסר תום-לב, טעות והטעיה, כפייה ועושק. פגמים אלה עשויים לנבוע מאי-הגילוי של הרופא כתוצאה מאינטרס עצמי או "שכחה", כאמור לעיל בה"ש 121 ובטקסט הסמוך אליה.

במקרים אלה אינה נובעת מהעדפותיו האישיות של החולה, אלא משיקולי עלות-תועלת ביחס למגוון האפשרויות שהרופא מציע.

דוגמה להצעה מוגבלת מצד הרופא עשויה להיות במקרה שבו מטפל מתנדב מציע טיפול בחינם אך בסטנדרט נמוך מהנהוג, כאשר ידוע שאין ביכולתו של הנוק לטיפול לממן כל טיפול אחר.¹³⁰ המיוחד במקרה כזה הוא שמחד גיסא, ההצעה לרדת מהסטנדרט הנהוג באה מצד המטפל, ומאידך גיסא, אין מדובר במשא-ומתן בין המטפל והמטופל, אלא בהצעה מוגבלת המוצעת לחולה שאפשרויות הטיפול הפתוחות לפניו מוגבלות.

לדעתנו, בהנחה שהדברים נעשים אגב גילוי מלא מצד המטפל, ובהנחה שהתועלת הצפויה ממתן הטיפול גדולה מהנוק הצפוי מאי-הטיפול,¹³¹ רצוי שבית-המשפט יאפשר את ההתניה על הסטנדרטים הרפואיים הנהוגים, ולא יטיל אחריות על המטפל אף אם נגרם נזק כתוצאה ממתן הטיפול ה"רשלני לכאורה".¹³² השיקול המנחה הוא העדר החלופה, שהרי במקרים שבהם פתוחה לפני המטופל האפשרות לקבל טיפול בסטנדרט גבוה יותר, נרצה שהוא יעבור טיפול בסטנדרט זה. אולם במקרים שבהם הטיפול המוצע הינו הדרך היחידה למנוע את הנוק, הן למטופל והן לחברה, נרצה לאפשר לו לעבור את הטיפול.¹³³

דוגמה אחרת לסוג זה של מקרים היא הצעה לטיפול הכוללת מדרג של טיפולים חלופיים, החל בטיפול זול בסטנדרט נמוך וכלה בטיפול יקר בסטנדרט גבוה. הבעיה בסוג כזה של הסדר היא שלגבי חולים מסוימים, מחסור באמצעים יאפשר להם לבחור רק בטיפולים המוצעים בעלות נמוכה, ובהתאם לכך גם בסטנדרט נמוך. לגבי חולים אלה, הצעה זו כמוה כהצעה המוגבלת בדוגמה הקודמת. אולם גם חולים אחרים, אשר יכולים לשלם בעבור טיפול בסטנדרט גבוה יותר, עשויים להעדיף טיפול בסטנדרט נמוך יותר עקב שיקולי עלות-תועלת והעדפתם לשלם פחות. מובן שהצעה כזו מהווה גם פתח למשא-ומתן בין החולה לרופא.

לדעתנו, ותחת אותה הנחה שהדברים נעשים אגב גילוי מלא מצד המטפל ושהתועלת הגלומה ממתן טיפול גדולה מהנוק הצפוי מאי-טיפול, יש לאפשר לחולים להתחשב גם בשיקולי עלות-תועלת מעין אלה. דומה כי אין במדרג כזה של טיפולים כדי להבדיל אותו, למשל, מהמצב הנהוג בארץ במקרים אחרים ומהפערים שבין הרפואה הציבורית והרפואה הפרטית.¹³⁴ אין מניעה להכיר בלגיטימיות של סוג זה של מקרים שבהם סטנדרט

130 מקרה זה דומה למקרה שעלה לדיון בפרשת משה נ' קליפורד, לעיל ה"ש 52.

131 דוגמה: נביח שתוחלת הנוק מאי-טיפול היא 100, ושניתן להשקיע 30 כדי למנוע את הנוק לחלוטין ובאופן מיטבי או להשקיע 20 ולהוריד את תוחלת הנוק ל-50. במקרה זה האפשרות השנייה עדיפה עדיין מבחינה חברתית על אי-מתן טיפול לחלוטין, ונרצה לעודד את הפעילות, כלומר, את מתן הטיפול.

132 הכוונה לנזק שנגרם כתוצאה מהירידה מהסטנדרט הנהוג – היא ה"רשלנות לכאורה". מובן שהמטפל יהיה אחראי לנזק אם זה נגרם כתוצאה מהתרשלותו במתן הטיפול עצמו.

133 ניתן לטעון כנגד כי השקפה זו צופה לטווח קצר בלבד, ואילו בהסתכלות לטווח הארוך עדיף לא לאפשר טיפול בסטנדרט נמוך, ובכך ליצור לחץ ציבורי להכללת טיפול בסטנדרט גבוה יותר בסל הציבורי.

134 בעוד הרפואה הציבורית מציעה טיפול מצומצם יחסית, בזמן ובאמצעים, הרפואה הפרטית

הטיפול מורד כתוצאה ממשא-ומתן, שכן גם במקרים אלה אין בהורדת הסטנדרט כדי להסיר מהרופא את האחריות לא להתרשל במתן הטיפול.¹³⁵

כפי שראינו, ההנחה המאפשרת את הורדת סטנדרט הטיפול¹³⁶ היא שהתועלת במתן הטיפול גבוהה מתוחלת הנוק הצפוי מאי-מתן טיפול כלל, ושאין אפשרות מעשית לטיפול חלופי. במצב דברים שונה לא יהיה אפשר להכיר בתוקפו של החוזה בין הצדדים, שכן על בית-המשפט יהיה לפוסלו כנוגד את תקנת הציבור.¹³⁷ לדעתנו, בבוא בית-המשפט לבחון אם לאשר את הירידה מהסטנדרט הנוהג, עליו להתחשב בתועלת החברתית שבפעילות – ובמיוחד בתועלת הגלומה בה לגבי המטופל – כשיקול מכריע.¹³⁸

לעניין זה חשוב לעמוד על שתי הבחנות. ראשית, ברוב המקרים קיים פער בין הסטנדרט הנוהג לבין הרף המינימלי לטיפול הנקבע על-ידי הרשויות המוסמכות במשרד הבריאות.¹³⁹ לפיכך אין מניעה לאפשר לחולים לרדת מסטנדרט הטיפול הנוהג כל עוד הם עומדים מעל הסטנדרט המינימלי, כפי שהרשויות מאפשרות בתחומים אחרים.¹⁴⁰ שנית, ההליך המנהלי

- מציעה מגוון של טיפולים נוספים, ובהתאם לכך גם המחיר עולה. מדרג כזה אינו בלעדי לתחום הטיפולים הרפואיים. בחירות כאלה נעשות כל יום ומשפיעות על כל תחומי החיים. לדוגמה, מזון אורגני יקר יותר אך גם בריא יותר. בהתפשרות על ה"אורגניות", הצרכן בוחר לקבל מוצר בריא פחות בעלות זולה יותר. כך, בתחתית מדרג המזון ניתן להעמיד, לדוגמה, את דוכני המזון המהיר, אשר מספקים מוצרים לא-בריאים אך במחירים נמוכים ביותר. במקרים אלה שלילת האפשרות לבחור בדרך הזולה יותר (קרי, מתן אפשרות לבחור רק טיפול מתקדם או רק אוכל אורגני או רק "מרצדס" חדשה בעלת אמצעי בטיחות מיטביים, חדישים ויקרים) פוגעת בצרכן ועלולה להניעו, בסופו של דבר, לוותר על השירות כליל. כך, בהעדר אפשרות לרכוש מכונית אחרת מלבד "מרצדס", יבחרו אנשים רבים ללכת ברגל.
- 135 גם כאן, כמו בדיון לעיל בה"ש 126, המקרה שונה מוויתור על אחריות (ראו לעיל ה"ש 26). לטענת Baker & Lytton, המבקרים את Thaler & Sunstein, הכרה בזכות לסחור באחריות תביא לידי הורדת הסטנדרט. אולם מתן אפשרות לכלול גם שיקולים כלכליים במסגרת הבחירה בסטנדרט הטיפול אינה טומנת בחובה סכנה דומה, שכן תנאי מקדמי לכל הטיפולים המוצעים הוא אחריותו של הרופא למתן הטיפול ולתוצאותיו. חלקן של הרופא בהסכם בין הצדדים הוא מתן הטיפול בסטנדרט הנמוך יחסית, אך אין בכך כדי להסיר מעליו את נטל האחריות.
- 136 הכוונה להורדת סטנדרט הטיפול בסוגי המקרים השני והשלישי, להבדיל מהוויתור על סטנדרט הגילוי שנידון בסוג המקרים הראשון.
- 137 לפי ס' 30 לחוק החוזים.
- 138 קיימים כמובן מקרים קיצוניים שבהם הורדת הסטנדרט הינה פסולה בברור, כגון ביצוע הפלה באמצעות מסרגות. אולם התנאי שהתועלת הגלומה במתן הטיפול גדולה מהנוק הצפוי בגין אי-הטיפול משמש חסם טבעי מפני מקרים אלה.
- 139 הכוונה להוראות המנהליות של משרד הבריאות לגבי טיפולים מאושרים, הכוללות גם אישור טיפולים נסיוניים במסגרת הוראות ועדת הלסינקי.
- 140 משרד הרישוי, לדוגמה, קובע סטנדרטים בסיסיים של בטיחות, דוגמת החובה להתקין חגורות-בטיחות ומספר מינימלי של כריות-אוויר, אך אינו מחייב את התקנתם של כל אמצעי הבטיחות הנוספים הקיימים כמעט בכל הרכבים החדשים, ואינו קובע חובה לעבור מבחני

של קביעת סטנדרט הטיפול המינימלי עשוי אומנם לשמש שיקול מנחה, ופעמים רבות הוא אף משכלל בתוכו את התועלת החברתית הנובעת מהפעילות, אך אין בהנחיות אלה כדי לחייב את בית-המשפט.¹⁴¹ עם זאת, אישור הטיפול על-ידי הרשויות עשוי לשמש ראיה לכך שהתועלת בטיפול בדרך המאושרת גדולה מהנזק שבהימנעות מוחלטת מטיפול. לדעתנו, על תקנת הציבור להיקבע על-פי התועלת החברתית הצפויה מהפעילות, ובהתאם לכך תיקבע החוקיות והלגיטימיות של החוזה בין הצדדים.¹⁴²

לפיכך, וכפי שנראה בהמשך הפרק, ניתן לדעתנו להכיר בהסכמה חוזית הקובעת סטנדרט טיפול נמוך מהמקובל, כל עוד הסכמה זו נובעת מהעדפותיו האישיות של המטופל, וכל עוד סטנדרט הטיפול שנבחר מוגדר לגיטימי. אולם אי-עמידה בתנאים אלה עשויה להוביל לאחת משתי אפשרויות: האפשרות האחת היא שהתניה הלא-לגיטימית – שבה הוסכם, לדוגמה, על הורדת הסטנדרט או על הענקת פטור מאחריות – תיפסל, ואילו שאר החוזה יעמוד בתוקפו; והאפשרות האחרת היא שהחוזה כולו ייפסל בשל הגדרתו כנוגד את תקנת הציבור. נראה כי האפשרות האחרונה שמורה ל"מקרי-קצה" בלבד,¹⁴³ כגון עושק או כפייה, או למקרים שבהם לאחר פסילת התניות הלא-לגיטימיות לא נותר בחוזה כל ערך מוסף ביחס להסדרה הנויקית הנוהגת.¹⁴⁴

2. בעיות ביישום החוזה

דברים אלה מובילים אותנו לשאלה נוספת: אם תקבל האפשרות להסדיר את שאלת ההסכמה מדעת באמצעות חוזה, האם יהיה אפשר להתמודד עם הקשיים המועלים בהקשר

ריסוק בציון מינימלי כלשהו. לפיכך, אף שרוב הרכבים עומדים בסטנדרט בטיחות גבוה מדרישת המחוקק, ניתן, מבחינה חוקית, לנהוג ברכב שאמצעי הבטיחות שלו נמוכים מהנהוג, ובלבד שהם עומדים בדרישות-הסף. במובן זה ניתן לומר, בהשאלה, שהמטפל המתנדב אינו מחויב לספק מערכת בטיחות של "מרצדס" חדשה, אלא מספיק שיעמוד בסטנדרטים של "חיפושית" שעברה "טסט".

141 באופן דומה נקבע כי "הוראות הפתיחה באש" הצבאיות ומידת הציות להן אינן מחייבות את בית-המשפט בבואו לקבוע את היקפה של חובת הזהירות החלה על החיילים כלפי אלה שנורו על-ידיהם. ראו ע"א 3889/00 לרנר נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(4) 304 (2002). המיוחד במקרה זה הוא שבית-המשפט בחר להוריד את סטנדרט האחריות ביחס להוראות הצבאיות, ולא להעלותו.

142 פתח זה, של המושג "תקנת הציבור", עשוי לשמש את בית-המשפט לשם החדרת שיקולים ציבוריים-חברתיים לתוך הדיון החוזי. ראו, למשל, אהרן ברק שופט בחברה דמוקרטית 261-259 (2004).

143 בהתאם לעמדה שהציג השופט חשין בע"א 1569/93 מאיה נ' פנפורד (ישראל) בע"מ, פ"ד מח(5) 705, 737-738 (1994), שלפיה השימוש בתקנת הציבור לשם פסילת חוזה צריך להישמר אך ורק ל"מקרי-קצה".

144 מקרה אחר שבו ייפסל החוזה כולו הוא כאשר פסילת התנאי תוך הותרת החוזה על כנו תשנה באופן קיצוני את הקצאת הסיכונים שאליה התכוונו הצדדים.

החוזי במסגרת דיני החוזים עצמם? לשון אחר – גם אם אנו מאמינים ביתרונותיו של ההסדר החוזי מהבחינה התיאורטית, כפי שעמדנו עליהם בפרק הקודם, השאלה היא מהן הבעיות הצפויות לנו בבואנו ליישם את התיאוריה, ואם ניתן לפתור אותן.

מחד גיסא, ניתן לטעון כי קשיים ביישום המנגנון החוזי אינם סיבה לנטוש מנגנון זה, שכן במסגרת דיני החוזים עצמם מצויים האמצעים להתמודד לפחות עם חלק מהבעיות שהועלו. כך, ניתן להשתמש בחוק החוזים האחדים, התשמ"ג-1982, ולהכיר בתנאים מסוימים בחוזה כתנאים מקפחים. זאת, לנוכח ההנחה שהצדדים אינם נמצאים בעמדת כוח שווה בעת החתימה על החוזה, ושאינן בידי החולה אפשרות אמיתית להתנות על תוכנו.¹⁴⁵ ניתן לעשות שימוש בדוקטרינות חוזיות נוספות – בעיקר בדוקטרינות של ביטול חוזה מחמת פגם ברצון, כגון הטעיה וטעות, כפייה ועושה, הבטחה שלא קוימה, חוסר תום-לב וחוזים שנוגדים את תקנת הציבור – על-מנת לפסול את תוקפן של הסכמות שניתנו ואשר בדיעבד נרצה לשנותן. על כל אלה ניתן להוסיף חוקים דוגמת חוק הגנת הצרכן, אשר מרחיב עוד יותר את ההגנה הצרכנית-החוזית ונותן בידי הצרכן כלים נוספים לאכוף את זכויותיו,¹⁴⁶ או את חוק זכויות החולה כמקור לביסוסה של חובת הגילוי.¹⁴⁷

מאידך גיסא, ניתן לסבור כי אפילו בהינתן כל אלה, המהות החוזית בכל-זאת אינה מתאימה להסדרה גורפת של דוקטרינת ההסכמה מדעת. על-פי גישה זו, מהותם של דיני החוזים היא בהסכמה ברגע כריתת החוזה ובגמירות-הדעת ביחס לאותה הסכמה. מרגע כריתת החוזה שני הצדדים כבולים בו, והפרתו כרוכה בפיצוי, ופעמים רבות באכיפה. באופן פרדיגמטי בית-המשפט ממעט להתערב בהסכמה החוזית ולתהות על קנקנה.¹⁴⁸ יש

145 זהו למעשה המצב בכל הקשור לטופסי ההסכמה מדעת לניתוחים השונים, אשר מנוסחים באופן אחיד ואשר החולה חותם עליהם לפני ביצוע ההליך הרפואי. בהתאם לכך, אף אם תוכר האפשרות להתנות על סטנדרט הטיפול, מירב הסיכויים שהדבר ייעשה באמצעות חוזה אחיד. בדרך זו הרופא עשוי ליהנות "הנאה כפולה" – הן מהורדת הסטנדרט והן מהעדר משא-ומתן טרום-חוזי. החלת חוק החוזים האחדים על הסכמים אלה, ובעיקר הפעלת מנגנוני הפיקוח הקבועים בחוק, אמורות למנוע שימוש לרעה בחוזי ההסכמה מדעת האחדים.

146 חוק הגנת הצרכן חל על טיפולים רפואיים. בעניין זה ראו הגדרת "עוסק" ו"צרכן" בחוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981, ס"ח 1023, וכן את פסק-הדין בעניין ת"א (י"ם) 1279/96 המ' 4005/96 גבעון נ' המרכז הרפואי שערי צדק, דינים-מחוזי לב(1) 711. בהקשר זה עולה שאלה מעניינת בדבר היחס בין עילת ההטעיה מכוח ס' 2 לחוק הגנת הצרכן לבין אי-גילוי מכוח חובת הגילוי לצרכן הקבועה בס' 4 לחוק, ובדבר היקף תחולתם של כל אחד מן הסעיפים.

147 חובת הגילוי על-פי ס' 15 לחוק החוזים כוללת דין, נוהג או נסיבות. ס' 13 לחוק זכויות החולה מהווה דין המקים חובת גילוי.

148 דומה כי הגישה הרווחת בתי-המשפט היא שהתערבות בהסכם שנכרת בין צדדים על-דרך שינויו בדיעבד או הוספת תנאים שאינם מצויים בו הינה בכחינת פגיעה בעקרון חופש החוזים, ועל-כן היא נעשית במשורה ובמקרים נדירים בלבד. בעניין זה, וכתאור המצב הנורמטיבי, ניתן להביא, למשל, את דבריה של פרופ' גבריאלה שלו שלפיהם "מבחינה מהותית קובע אפוא עקרון חופש החוזים את חירותם של פרטים להתקשר בחוזים ואת חירותם לעצב את

לכך סיבות טובות, ביניהן החשש מפני החלפת אומד דעתם של הצדדים באומד דעתו של בית-המשפט. לכן, למשל, אם צד לחוזה יטען לאי-גילוי של פרט אשר הופך את העסקה לכדאית פחות או ללא-כדאית מבחינתו, ייטה בית-המשפט, כברת-מחדל, לא להתערב.¹⁴⁹ לעומת זאת, בהקשר הרפואי של הסכמה מדעת, אם מסתבר בדיעבד שהחולה היה משנה את דעתו אילו נמסר לו מידע מסוים, המשפט מאפשר לו לשנות את הסכמתו ולהסדיר מחדש את מערכת היחסים בינו לבין הצד שכנגד באופן חד-צדדי.¹⁵⁰ מעבר לכך, במקרה של טיפול רפואי נרצה לאפשר למטופל יתר גמישות, אשר סותרת במהותה את המסגרת הפורמלית של דיני החוזים.¹⁵¹ גם אם המטופל ירצה באופן שרירותי לשנות את דעתו לאחר "כריתת החוזה", וכל עוד לא הסתיים הטיפול, נרצה לאפשר לו לעשות כן.¹⁵² קושי אחרון זה יכול לבוא על פתרונו בקלות יחסית. כך, ניתן לקבוע בחוזה (במפורש

תוכנם של חוזים אלה... אולם בכך לא מתמצה עיקרון זה. פירושו של עקרון חופש החוזים הוא גם, ואולי בעיקר, כי הסכמים שעשו פרטים, תוך הגשמת חופש החוזים – ייאכפו... על פי העיקרון הצרוף של חופש החוזים מוקנה אפוא לאנשים בגירים החופש לעשות הסכמים כאוות נפשם. הסכמים אלה ייאכפו על ידי בתי המשפט, בלא התערבות בתכנם". שלו דיני חוזים – החלק הכללי, לעיל ה"ש 118, בעמ' 46. לעניין זה יפים אף דבריו של השופט לנדוי שלפיהם "כאשר מנהלים צדדים לעסקה מסחרית משא-ומתן ביניהם ואף מחליפים ביניהם טיוטות לעריכת הסכם סופי וחותמים על הסכמים חלקיים וזמניים עד לעריכת ההסכם הסופי, אין עוד לחזור אל מה שנאמר או נכתב במשך המשא ומתן אלא ההסכם הסופי הוא המגבש את רצונם, רק הוא הקובע מכאן ואילך את היחסים המשפטיים ביניהם..." ע"א 101/74 חירם לנדאו עבודות עפר כבישים ופתוח בע"מ נ' פיתוח מקורות מים (ארצות הוצ'ן) בע"מ, פ"ד (3) 661 (1976).

149 ראו, למשל, ע"א 2444/90 ארואסטי נ' קאשי, פ"ד מח(2) 513 (1994), וכן דניאל פרידמן "הסיכון החוזי וטעות והטעיה בכדאיות" עיוני משפט יד 459 (1990).

150 ראו את דבריה של השופטת ביניש בפרשת דעקה, לעיל ה"ש 4, בעמ' 566.
151 השוו בעניין זה את הניתוח החוזי שערך חיים כהן ב"זכות משפטית לסרוב רפואי", לעיל ה"ש 44, בעמ' 13-14, שם עמד על הבעייתיות בהתאמתו של הדין החוזי לתחום של הסכמה מדעת ועל הסרבול המשפטי הכרוך בכך לא לצורך.

152 בעניין זה ניתן לערוך אנלוגיה לדיני צוואות. ס' 8 לחוק הירושה, התשכ"ה-1965, ס"ח 63, קובע בס"ק (א) כי "הסכם בדבר ירושתו של אדם וויתור על ירושתו שנעשו בחייו של אותו אדם – בטלים". ס"ק (ב) מוסיף וקובע את הדין לגבי מתנה שניתנה על-מנת שתוקנה למקבל לאחר מות הנותן. על-פי הסעיף, גם זו אינה בת-תוקף אלא אם כן נעשתה בצוואה על-פי הוראות חוק הירושה. מטרתם של סעיפים אלה היא לאפשר למצווה את החופש להתחרט ולשנות את דעתו באופן חד-צדדי, מבלי שיהיה כבול באופן פורמלי למגבלות חוזיות כלשהן. גם במקרה דנן, כאשר מדובר בהסכמה מדעת לטיפול רפואי, המשפט אינו רוצה לכבול את רצונו של המטופל באופן שיפגע בזכותו לשנות את דעתו ולהתחרט. במובן זה, אם דוקטרינת ההסכמה מדעת תסתמך על המכשיר החוזי, היא תכבול שיקול-דעת זה למעלה מן הנדרש. צירופם של חוקי הגנת הצרכן לתמונה יאפשר אומנם יתר גמישות והגנה על האינטרסים של מקבל השירות, אך ההתייחסות תהיה לזמן עריכת העסקה, ולא יתאפשר שינוי מאוחר של ההסכמה אלא בנסיבות מסוימות.

או מכללא) תניה שמאפשרת לחולה לחזור בו מהסכמתו עד לרגע תחילת מתן הטיפול או אף לאחר-מכן. כמו-כן, על-מנת להגן על האינטרסים של הצד המטפל, ניתן לקבוע באותה תניה כי שינוי ההסכמה יזכה את הרופא – או את המוסד שבו היה הטיפול אמור להינתן – בפיצוי (לפחות פיצויי הסתמכות בעבור הזמן וההכנה לטיפול, כמו-גם בעבור הוצאות המוסד, ולעיתים אף בעבור הפסדי רווחים מטיפולים אחרים שהיה יכול לספק).¹⁵³ תוצאה זו אפשרית להשגה הן בדרך של קביעת פיצויים מוסכמים המחלקים את הסיכון מראש והן באמצעות קביעה של בית-המשפט בדיעבד, המתבססת על הערכת הנוק או ההפסד שנגרמו לרופא בעקבות שינוי דעתו של החולה.

פתרון זה פשוט במובן שהחווה עצמו מגדיר את ההסדר לחזרה מההסכמה. עם זאת, גם במקרים שבהם החווה עצמו אינו מאפשר גמישות כזו ניתן לכלול אותה תניה באמצעות מנגנונים אחרים המקובלים במסגרת הדיון החוזי. דוגמה אחת היא באמצעות פרשנות. ההלכה במשפטנו בנוגע לפרשנות של חווה מחייבת עריכת איזון בין תכלית ההסכמה לבין לשון ההסכם.¹⁵⁴ אולם כאשר לשון החווה אינה מתייחסת לאפשרות מסוימת,¹⁵⁵ ניתן לשאול מה היו הצדדים קובעים אילו ניהלו משא-ומתן לגבי האפשרות שהמטופל יחזור בו מהסכמתו לטיפול.¹⁵⁶

דוגמה אחרת למנגנון שיאפשר לכלול אותה תניה בחווה מצויה במושג "חווה יחס" (relational contract). על-פי הנשיא ברק,¹⁵⁷ "חוזים אלה רגישים לקיומן של נסיבות עתידיות שלא הוסדרו במפורש בחווה. הם מנסים ליצור במסגרתם שלהם איזון בין הצורך בוודאות וצפיית לבין הצורך בגמישות ויכולת הסתגלות לתנאים משתנים. איזון זה מושג על-ידי אמצעים מגוונים, ובהם קביעת מנגנונים לשינוי תנאי החווה והשלמתם, קביעת אמות-מידה לחלוקה הדדית של סיכונים וקביעת דרכים לפתרון מוסכם של מחלוקות תוך

153 השוו לדבריו של השופט אור בע"א 5610/93 זלסקי נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה, ראשון לציון, פ"ד נא(1) 68, פס' 9 (1997).

154 ע"א 4628/93 מדינת ישראל נ' אפרופים שיכון וייזום (1991) בע"מ, פ"ד מט(2) 265 (1995); דנ"א 2045/05 ארגון מגדלי ירקות – אגודה חקלאית שתופית בע"מ נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 11.5.2006).

155 אם לשון החווה מתייחסת לאפשרות מסוימת, אזי לשון החווה גוברת. ראו ע"א 5856/06 אמנון לוי נ' נורקייט בע"מ (פורסם בנבו, 28.1.2008); ע"א 5925/06 אלי בלום נ' אנגלו סכסוך – סוכנות לנכסים (ישראל 1992) בע"מ (פורסם בנבו, 13.2.2008).

156 במקרים אלה ניתן גם להשתמש בדוקטרינת ה"תנאי מכללא", "במסגרתה משחזר בית המשפט את כוונתם ההיפותטית של הצדדים בעת כריתת החווה ומשלים את החסר הקיים בו על פי הגיונה של העסקה, כפי שהוא עולה מן החווה עצמו ומנסיבות כריתתו... ניתן להשלים את החסר... על פי ההבנות המיוחסות לצדדים עצמם ולא על פי ההבנות שמייחס להם בית המשפט" (דבריו של השופט דנציגר בע"מ 4870/06 פלונית נ' עזבון פלוני (פורסם בנבו, 24.3.2008).

157 ראו רע"א 1185/97 יורשי ומנהלי עיזבון מילגרום נ' מרכז משען, פ"ד נב(4) 145, 160, פס' 17 (1998).

המשך קיום היחסים החוזיים¹⁵⁸. בהתאם לכך, במסגרת היחסים המורכבים שבין הרופא לחולה ניתן לראות את חוזה ההסכמה מדעת כחוזה אשר מחייב את הצדדים לתום-לב מוגבר,¹⁵⁹ עד כדי אלטרואיזם וסולידריות,¹⁶⁰ ולפיכך על הצדדים להתגמש בהתאם לנסיבות המשתנות ובהתאם לשינויים בציפיותיו של הצד האחר כמו-גם ברצונותיהם שלהם. משמעות הדבר היא כי במקרה שבו המטופל בוחר לחזור בו מהסכמתו, חובת תום-לב המוגברת תחייב אותו להתחשב גם בציפיותיו של המטפל ולפצותו על אי-עמידתו בהן. קביעה כזו מאזנת, מחד גיסא, את השאיפה לאפשר לחולה את מירב הגמישות להגיע להסכמה כנה, ומאידך גיסא, את מחויבותו להסכם מול הרופא כמו-גם את ציפיותיו של הרופא הנובעות מהסכם זה.¹⁶¹

שאלה שונה היא שאלת תקפותו של תנאי מפורש בחוזה האוסר על המטופל להתחרט במהלך הטיפול. נראה שבמקרים רבים לא ירצה המשפט לתת תוקף משפטי לקביעות כאלה (שניתן לטעון לפסלותן בשל ניגוד לתקנת הציבור, כמו-גם באמצעות סעיף 3(2) לחוק החוזים (תרופות), האוסר אכיפת מתן או קבלה של עבודה או שירות אישי). עם זאת, קיימים מקרים רבים שבהם אכיפת החוזה תהיה לטובת המטופל, הן מראש (ex ante) והן בדיעבד (ex post), על-אף התנגדותו וסירובו בשעת מתן הטיפול או לקראתו.¹⁶² דוגמה למקרה כזה היא מטופל שמסכים לניתוח שהוא זקוק לו מבחינה רפואית, אולם עם תחילתו הוא מסרב להמשיך

158 ברק מפנה בסוף דבריו לכתביו של מקניל: Ian Roderick Macneil, *Contract: Adjustment of Long-Term Economic Relations under Classical, Neoclassical and Relational Contract Law*, 72 Nw. U. L. REV. 854 (1978); Ian Roderick Macneil, *The Many Futures of Contracts*, 47 S. CAL. L. REV. 691 (1974).

159 ראו שלו דיני חוזים – החלק הכללי, לעיל ה"ש 118, בעמ' 104: "המודל של חווי יחס מתאפיין בגמישות ובדינמיות של הקשר החווי ובנכונות מוגברת של הצדדים לחוזה לנהוג בתום-לב. לפיכך, כאשר מזהה בית-המשפט חוזה יחס, משמעות הזיהוי היא גם החלה אינטנסיבית וברמה גבוהה של עקרון תום-הלב."

160 ראו פרידמן וכהן, לעיל ה"ש 21, חלק ג, בעמ' 349: "צדדים לחוזים כאלו מצפים לרמה גבוהה יחסית של תום לב – קרי: אלטרואיזם וסולידריות – ביחסיהם החוזיים, ומכיוון שחובת תום הלב מכוונת להביא להגשמת הצפיות הסבירות של כל צד מהעיסקה שלו, יש להביא להגשמתן של צפיות אלו גם בנוגע למידת האלטרואיזם והסולידריות שכל צד לחוזה כזה יכול להניח בסבירות כי יזכה להן מהצד האחר."

161 בעניין זה מציג Maclean, לעיל ה"ש 10, את גישת השותפות (partnership approach), הרואה הסכם בין רופא לחולה כמייצר מחויבויות הדדיות, ביניהן החובה לכבד את ההסכם. משמעות הדבר היא ששום צד אינו יכול לפרוש באופן חד-צדדי מההסכם. ראו שם, בעמ' 112. ראו גם את הדיון ב"מודל שיתוף הפעולה (Collaborative Model)" אצל קרקן-אייל, לעיל ה"ש 5, בעמ' 214-218.

162 על היתרונות שבמניעת שינויים במהלך קיומו של חוזה ראו: Christine Jolls, *Contracts as Bilateral Commitments: A New Perspective on Contract Modification*, 26 J. LEGAL STUD. 203 (1997). מאמר זה מצביע על הפסד הרווחה הנגרם לצדדים לחוזה כתוצאה מעצם האפשרות לשנות את תנאיו במהלך ביצועו, אפילו כאשר שינויים אלה כדאיים לשני הצדדים בנקודת-הזמן שבה הם מוצעים.

בניתוח בשל הכאב או אי-הנוחות שנגרמים לו. המטפל, מצידו, מקיים את רצונו המקורי של המטופל וממשיך בטיפול. במקרה כזה, על-פי הדוקטרינה הנויקית, ייחשב המטפל כתוקף.¹⁶³ לעומת זאת, אם היחסים מוסדרים בחוזה המגביל את אפשרות החרטה של המטופל, נרצה להגן על המטפל, אשר לא רק קיים את החוזה כלשונו, אלא אף פעל בכך לטובת האינטרס של המטופל. ניתן להבחין לעניין זה בין טיפולים שהם תוצאה של צורך רפואי, כלומר שהם חדר-משמיע לטובת החולה, לבין ניתוחים אלקטיביים, לדוגמה, שאז שאלת טובתו של המטופל אינה חדר-משמיע ולפיכך נרצה לאפשר לו להתחרט בכל שלב.¹⁶⁴ במקרים האחרונים, תניה הקובעת אי-יכולת חרטה עלולה להיחשב כנוגדת את תקנת הציבור.

טענה אחרת נגד שימוש במנגנון החוזי היא שהוא אינו מפותח דיו לכמת את הנוק הנגרם כתוצאה מן ההפרה. הזכות לפיצויים מוסדרת מכוח סימן ג לחוק החוזים (תרופות). זכות זו מותנית בראש ובראשונה בהפרת החוזה.¹⁶⁵ מבחינה מילולית ניתן לצקת תוכן מרחיב לסעיפי חוק החוזים (תרופות),¹⁶⁶ אולם הפסיקה סייגה את היקף הפיצוי החוזי.¹⁶⁷

163 אלא אם כן יש החרגה בשל אחת מהעילות שבסעיפים הקטנים לס' 24 לפקודת הנויקין, אשר מיועדות בדרך-כלל למצבי חירום בלבד.

164 דוגמה אחרת, מרחיקת-לכת, שאינה מתחום הניתוחים האלקטיביים: חולה סופני נקשר בחוזה עם רופא לצורך המתו (בהנחה שהעניין לגיטימי וחוקי). החולה הסופני מסכים כמובן מראש להמתתו, אולם במהלך ביצועו של תהליך ההמתה, כאשר הוא מטושטש בהשפעת חומרי ההרדמה, הוא מתחרט ומתחנן על חייו. לבסוף, לאחר ששב להכרתו המלאה, הוא תובע את הרופא בשל הפרת החוזה עימו. במסגרת דיון חוזי אפשרות זו נפתחת לשיקול-דעתו של הפוסק לו פיצויים. לעומת זאת, במסגרת דיון חוזי אפשרות זו נפתחת לשיקול-דעתו של בית-המשפט, שכן לכאורה זו הפרת חוזה. עם זאת, נראה כי דוגמה זו ממחישה את הצורך בהגנת בית-המשפט על המטפל למרות המוסכם בחוזה.

165 ראו בעניין זה את הרישא לס' 10 ו-13 לחוק החוזים (תרופות), אם כי הפרת חובת תום-הלב יכולה להקנות עילה לפיצוי גם בהעדר חוזה, וזאת על-פי הקבוע בס' 12 לחוק החוזים.

166 נוסחו של ס' 10 לחוק החוזים (תרופות), אשר קובע את הזכות לפיצויים, מבהיר כי הנפגע זכאי לפיצויים בעד נזק שנגרם לו עקב ההפרה ותוצאותיה ואשר המפר ראה אותו או היה עליו לראותו מראש, בעת כריתת החוזה, כתוצאה מסתברת של ההפרה. לשון הסעיף רחבה, אינה מבחינה בין נזק ממוני לבין נזק שאינו ממוני (השוו ע"א 348/79 גולדמן נ' מיכאלי, פ"ד לח(4) 31, 41 (1981)), והייתה יכולה להכיל את מרבית הנוקים שנגרמים למטופל עקב מתן הטיפול ללא הסכמתו, אם זו נחשבת כהפרה. המחוקק הוסיף וקבע (בס' 13) את סמכותו של בית-המשפט להעניק פיצויים גם בגין נזקים לא-ממוניים, וכן הכיר בזכאות לפיצויים בלא הוכחת נזק (בס' 11). בכך יש לכאורה דמיון לדרך שבה דוקטרינת ההסכמה מדעת נתפסת תחת עוולת הרשלנות (כזכור, בתחום ההסכמה מדעת נקבע כי הפרת החובה טומנת בחובה אף את גרימת הנזק - קרי, את הפגיעה באוטונומיה - ולא נדרשת הוכחת נזק ממשי או קשר סיבתי בין הפרת החובה לבין גרימת הנזק; ראו לעיל בטקסט הצמוד לה"ש 8). עם זאת, כפי שנראה להלן, הפסיקה פירשה את הוראות חוק החוזים (תרופות) באופן מצמצם יותר.

167 בהגשמת הזכות לפיצויים על-פי ס' 10 לחוק החוזים (תרופות) נוהגים להבחין בין שני שלבים. בשלב הראשון, המכונה "תיחום הנזק", נקבעים היקפו ומידתו של הנזק, אולם

אומנם, במובנים מסוימים הפיצוי החוזי מרחיק־לכת מהפיצוי הנוזקי, שכן הוא מגן לא רק על אינטרס ההסתמכות, אלא אף על אינטרס הציפייה.¹⁶⁸ אולם במובנים אחרים הדין החוזי מצמצם הרבה יותר בעניין האופן שבו נפסקים הנוזקים במסגרת דיני הנוזקין. כך, למשל, במסגרת הסעדים החוזיים סוגיה עד־מאוד זכותו של הנפגע לקבל פיצוי בגין "הגולגולת הדקה". ההלכה היא שנוזקים אלה, מעצם הגדרתם, אינם באים בגדר הצפוי, ועל־כן אין על המפר לצפותם מראש "כתוצאה מסתברת של ההפרה".¹⁶⁹ באופן דומה צמצמה הפסיקה

אחריות לפיצוי בגין גרימת הנוק מוטלת על המפר רק אם מוכח כי הוא שגרם להתרחשות הנוק (מבחן הסיבתיות) וכי הנוק היה צפוי (מבחן הצפיות). בשלב השני, שעניינו קביעת שיעור הפיצויים, הנוק מתורגם לסכומי כסף שיש בהם כדי לפצות את הנפגע. לשם כך הניזוק נדרש להציג נתונים עובדתיים שעל בסיסם יאמוד בית־המשפט את הנוק, ובהעדרם נשללת מהניזוק זכותו לפיצוי (ראו ע"א 355/80 נתן אניסימוב בע"מ נ' מלון טירת בת שבע בע"מ, פ"ד לח(2) 800, 807-809 (1981)). כתוצאה מסייגים אלה צומצמו עד־מאוד הן היקף הנוזקים שבגינם ניתן פיצוי במסגרת הסעיף והן שיעור הפיצויים המוענקים מכוחו (יש המונים ארבע דרישות מצטברות: נזק, סיבתיות, צפיות והוכחת שיעור הנוק – ראו גבריאילה שלו ויהודה אדר דיני חוזים – התרופות: לקראת קודיפיקציה של המשפט האזרחי 295 (2009)). כמו־כן צומצמה תחולתו של ס' 10 – מסעיף העוסק בזכות לפיצויים באופן כללי לסעיף העוסק בזכות לפיצויים בגין נזק ממוני, כלומר, נזק שניתן לכמתו על בסיס נתונים עובדתיים (ראו שם, בעמ' 300; זאת, להבדיל מס' 13, שיוחד לנזק שאינו ממוני). נראה כי במקרה של נזק לאוטונומיה (או הפרה של מתן טיפול בלא הסכמה) עמידה במבחנים אלה עלולה להיות קשה מאוד לניזוק, אף אם תימצא הדרך לראות בנזק לאוטונומיה נזק ממוני. כמו־כן, לעניין פיצויים בגין נזק שאינו ממוני (שהינו לכאורה האכסניה הטבעית בעבור נזק לאוטונומיה), ס' 13 קובע כי בית־המשפט רשאי לפסוק פיצויים כפי שיראה לנכון בנסיבות העניין. מנוסח הסעיף עולה כי זכותו של הנפגע לפיצוי בגין נזק שאינו ממוני אינה מבוססת באותו אופן שבו היא מבוססת ביחס לנזק ממוני (ביחס לנזק ממוני קובע ס' 10 כי "הנפגע זכאי לפיצויים", בעוד ביחס לנזק שאינו ממוני הנפגע אינו זכאי לפיצויים, אלא בית־המשפט רשאי לקבוע לו פיצויים – ראו שם, בעמ' 302). מעבר לכך, בכל הקשור לפיצוי ללא הוכחת נזק, ס' 11 לחוק החוזים (תרופות) מגביל את הפיצוי לסכום ההפרש שבין התמורה בעד השירות לבין שוויו ביום ביטול החוזה. מיקוד הפיצוי בהפרש זה מפספס את העיקר בענייננו, שכן הוא מתעלם מהפגיעה באוטונומיה. נמצא, אם כן, כי האופן שבו מוענק פיצוי בגין הפרת חוזה שונה מאוד מהאופן שבו מוענק פיצוי על־פי דוקטרינת ההסכמה מדעת הנוזקית.

168 במילים אחרות, הפיצוי ייגור מן המענה לשאלה מה היה קורה אילו קיים החוזה. הרחבה זו מאפשרת למטופל לקבל פיצוי על־פי מה שהיה מגיע לו אילו קיים החוזה ככתבו וכלשונו. השוו לדיון בהבדלים בין הפיצויים החוזיים לבין הפיצויים הנוזקיים לעיל בתת־פרק ג1.

169 כלשון ס' 10 לחוק החוזים (תרופות). מאחורי סייג זה עומד הסבר כלכלי שלפיו במסגרת היחסים החוזיים המשפט רוצה לדרבן את בעל "הגולגולת הדקה" למסור מידע על תכונותיו המיוחדות ולהפוך אותן לצפויות מבחינת הצד שכנגד. על גישה זו ראו: Lucian A. Bebchuk & Steven Shavell, *Information and the Scope of Liability for Breach of Contract: The Rule of Hadley v. Baxendale* (National Bureau of Economic Research, Working Paper No. 3696, 1991).

את תחולתו של סעיף 13, שעניינו פיצוי בגין נזק שאינו נזק ממון, בקובעה כי יש לצמצם הן את מגוון המקרים שבגינם נעשה שימוש בסעיף והן את גובה הפיצוי שנפסק מכוחו.¹⁷⁰ הכלל המשפטי הוא כי סעיף 13 אכן מקנה לבית-המשפט סמכות להורות על פיצויים בעד נזק שאינו נזק ממון בגין הפרת החוזה, אולם פיצויים אלה אינם דבר שבשגרה, ופסיקת פיצוי בגינם שמורה למקרים מיוחדים.¹⁷¹ זאת ועוד, הגישה הרווחת היא כי "קודם שיעמוד בית המשפט בפני הצורך להחליט אם המקרה שלפניו מצדיק פסיקת פיצוי כזה, מוטל על הנפגע מהפרת החוזה להוכיח בראיות הן את עצם הנזק הלא-ממוני והן את הקשר הסיבתי בין הפרת החוזה לבין נזק זה".¹⁷² גישה זו אינה עולה בקנה אחד עם פסיקתם של לפחות חלק משופטי העליון, שלפיה אין בהכרח צורך להראות קשר סיבתי בין אי-הגילוי לבין הפגיעה באוטונומיה, שכן קשר זה מצוי באופן אינהרנטי באקט של אי-הגילוי.¹⁷³ אולם כנגד טענות אלה ניתן לומר, ראשית, כי בשאלה הצרה של ההסכמה מדעת, במקרים שבהם ניתן טיפול מבלי שהתקבלה לכך הסכמתו של המטופל, וכאשר הנזק הנובע מכך הוא לאוטונומיה בלבד, משמעותה של "הגולגולת הדקה" היא רגישות-יתר המובילה לזעזוע עמוק יותר מעצם הפגיעה באוטונומיה, אך לא במובן הרגיל של נזק ממשי נוסף עקב רגישות-היתר. בהתאם לכך, אין כל הצדקה לפיצוי נוסף עקב "הגולגולת הדקה", אך אין בכך כדי למנוע פיצוי בעבור הנזק לאוטונומיה. משמעות אחרת של "הגולגולת הדקה" היא שלמטופל ייגרם נזק ממשי רב מן הרגיל עקב רגישות-יתר לטיפול שאותו הסכים לקבל, אך במקרה כזה, אם הרגישות הייתה ידועה למטופל מראש, היה עליו לידע את המטפל לגביה כחלק מחובת הגילוי במשא-ומתן חוזי.¹⁷⁴ לפיכך, להבדיל מהפרדיגמה הנוזיקית ובהתאם להלכה החוזית,¹⁷⁵ ניתן להטיל את האחריות לפגיעה הנוספת הנובעת

- 170 בעניין זה השוו לדבריו של פרופ' אייל זמיר בספרו חוק המכר (דירות), תשל"ג-1973 493 (2002), שם הוא אומר כי "כאשר מדובר בעילה של הפרת חוזה, הנטייה הרווחת היא שלא להרבות בפסיקת פיצויים על נזקים שאינם רכושיים...".
- 171 ראו בעניין זה את דבריו של השופט מצא בע"א 3437/93 אגד, אגודה שיתופית לתחבורה בישראל בע"מ נ' אדלר, פ"ד נד(1) 817, 835 (1994) (להלן: עניין אגד נ' אדלר), וכן ת"א (מחוזי י"ם) 1651/97 אלי נ' פסגת חנה (נכסים דירות והשקעות) בע"מ, תק"מ 2006(4) 11277 (2006).
- 172 ראו עניין אגד נ' אדלר, שם, בעמ' 835.
- 173 השוו בעניין זה לגישתה של השופטת שטרסברג-כהן בפרשת דעקה, לעיל ה"ש 4, בעמ' 615, הנזכרים גם לעיל בה"ש 8.
- 174 מקורה של חובת הגילוי טמון בהוראת ס' 12(א) לחוק החוזים ובהובנה לנהוג בדרך מקובלת ובתום-לב במהלך המשא-ומתן לקראת כריתת חוזה. ראו ע"א 7/81 פנידר, חברה להשקעות פתוח ובנין בע"מ נ' קסטרו, פ"ד לו(4) 673, 696-697 (1983). במסגרת הדין החוזי, אי-גילוי נכלל בגדר הפרת החובה לנהוג בתום-לב. זאת, להבדיל מהנטייה לא לחייב בנוזיקין בשל אי-גילוי, אלא בשל הפעולה הפוזיטיבית של הצגת מצג-שווא. על כך ראו פרידמן וכהן, לעיל ה"ש 21, בעמ' 576-585.
- 175 ראו את ההשוואה בין הפרדיגמה הנוזיקית לפרדיגמה החוזית בעניין "הגולגולת הדקה" לעיל בה"ש 93. ראוי לציין כי להבדיל מהמקרה הנוזיקי הקלסי, שבו המזיק והניזוק אינם נפגשים

מ"הגולגולת הדקה" דווקא על בעליה, כלומר על המטופל, אשר יכול בתורו להעביר אחריות זו אל המטפל באמצעות גילוי הרגישות המיוחדת.¹⁷⁶ שנית, יש הטוענים גם כיום כי יש להרחיב את הנסיבות שבהן מוענק פיצוי מכוח סעיף 13, כמו גם את הסעדים הניתנים מכוחו,¹⁷⁷ כך שגם פגיעה בציפייה (במקרה שלנו – הציפייה לגילוי מלא) תהווה בסיס מספק להענקת פיצוי. שלישית, בעניין הקשר הסיבתי ניתן להעתיק את החוקה הנוזיקית שנקבעה במקרים של פגיעה באוטונומיה, שהרי עצם אי-הגילוי כולל באופן אינהרנטי גם את הפגיעה באוטונומיה, ולקבוע שגם במסגרת הניתוח של אותה פגיעה באמצעות סעיף 13 אי-הגילוי מייתר את הוכחת הקשר הסיבתי, שכן הוא מהווה כשלעצמו נזק לא-ממוני המעניק זכות לפיצוי.

דומה, אם כן, כי ניתן ליישב את הקשיים שביישום החוזה ולעגן את הדיון בשאלת ההסכמה מדעת באמצעים חוזיים. לפיכך, בתת-פרק הבא נניח קיומו של חוזה להסדרת ההסכמה, ונבחן מצבים שונים שבהם חוזים אלה עשויים להגיע לפתחו של בית-המשפט, תוך שימת דגש באותם מצבים שבהם נראה כי להסדרה החוזית עשויים להיות יתרונות בהשוואה להסדרה הנוזיקית הקיימת.

3. העילה החוזית

מחלוקות בנוגע לחוזים המסדירים הסכמה לטיפול עשויות להתחלק לשני סוגים: הסוג האחד נוגע בהסכמה עצמה – אם ניתנה הסכמה מדעת אם לא; והסוג האחר נוגע בתניות ובהסכמות ספציפיות בין הצדדים. בהתאם לכך עשויות להתחלק גם עילות התביעה: בסוג

לפני קרות הנוק, ולכן אין ביכולתו של הניזוק להעביר את המידע על רגישותו היתרה אל המזיק, בסיטואציה של רופא-חולה קיימת אפשרות להעביר מידע, ולכן ניתן להבדילו מהכלל הנוזיקי הכללי של "הגולגולת הדקה". נראה כי על הדין הרצוי לתמרץ את המטופל הרגיש לגלות למטפל את דבר רגישותו וכך למנוע את הנוק. ניתן לעשות זאת באמצעות הכרה בתחולת הדוקטרינה של אשם תורם בהקשר זה (עד כדי אשם תורם של 100%). לחלופין, דומה כי הדוקטרינה החוזית, שממילא מקצה את הסיכון באופן שמתמרץ גילוי (ראו לעיל ה"ש 92-93 והטקסט הסמוך אליהן), מתקרבת לדין הרצוי באופן טבעי יותר מאשר קביעת התריג לכלל הנוזיקי המתואר לעיל.

176 כך, לדוגמה, באירוע שבו אדם מכת עדי יהוה עובר טיפול שבמסגרתו הרופא נאלץ לבצע בו עירוי דם, כנגד אמונתו של החולה. במקרה כזה נטיל את האחריות לנזק/לזעזוע על המטופל, אשר לא גילה למטפל את דבר רגישותו הייחודית. ראו Bebachuk & Shavell, לעיל ה"ש 169.

177 ראו שלו ואדר, לעיל ה"ש 167, בעמ' 305. כן ראו עלי בוקשפן המהפכה החברתית במשפט העסקי 366-377 (2007), המצביע על הצורך בהרחבת הסעדים המוענקים מכוח ס' 13 לחוק החוזים (תרופות). ראו גם את דבריה של השופטת ברק בדב"ע (ארצי) נו/129 פלוטקין – אחים אייזנברג בע"מ, פד"ע לג 481, 501 (1997), אשר מצדדת בהרחבת הסעדים מכוח הסעיף בפיצוי עובדים שנפגעו מהפליה, וסוקרת בפסיקתה את ההלכות הדומות במשפט האמריקאי והאירופי – ראו שם, בעמ' 502-503.

המחלוקות הראשון יתרכזו הדיון בשאלת תוקפם של ההסכמה והחווה בכלל, והתובע יטען לבטלותה של ההסכמה; ואילו בסוג המחלוקות השני תהיה עילת התביעה הפרת חוזה שאין עוררין על תוקפו.

מהי, אם כן, הטענה החוזית שיציג החולה במקרים של מחלוקת בשאלת ההסכמה מדעת (אם ייחתם הסכם שיוכר כתקף על-ידי בית-המשפט)? יש לזכור שהדיון נערך בדרך-כלל בדיעבד, אחרי מתן הטיפול שאליו הסכים כביכול החולה. נראה שהטענה הכללית תהיה כי חלה טעות (או הטעיה) בעקבות אי-גילוי מידע מצד הרופא, וכי אילו ידע החולה את המידע קודם לחתימת החווה, הוא היה פועל אחרת מכפי פעל. משמעותה של הטענה, ברוב המקרים, היא שהחולה לא היה נותן את הסכמתו לטיפול, כלומר, לא היה מתקשר בחוזה. מקרה זה מתאים להגדרת "הטעיה" בסעיף 15 לחוק החוזים,¹⁷⁸ המעניקה סעד של זכאות לביטול החווה ותרופות של פיצויים נלווים. לפיכך, במקרה של נזק בעקבות טיפול אשר שאלת ההסכמה לו נתונה במחלוקת ייתכן שיהיה על הרופא לשלם את נזקו של החולה (פיצויי הסתמכות), ואולי אף לשאת בהוצאות נוספות, כגון עלות הטיפול שיתקן את נזקו של החולה ויביאו למצב שאליו היה הטיפול אמור להביאו (פיצויי קיום).

מה באשר למקרים שבהם גילוי המידע לא היה משנה את עובדת ההתקשרות עצמה, כלומר את ביצוע הטיפול המדובר, אך היה מניע את החולה לנקוט פעולות נוספות, כגון ביצוע במקביל של בדיקות אחרות? מקרה כזה אירע בפרשת סידי.¹⁷⁹ השאלה היא אם נזק שאירע עקב אי-ביצוע הפעולות הנוספות הוא באחריות הרופא. האם חובת הגילוי שלו כוללת גם את החובה לספק מידע על טיפולים נוספים, שאינם מהווים חלופה לטיפול המוצע, אלא בדיקות וטיפולים משלימים? במסגרת הדיון הנוזקי בפרשת סידי נקבע כי התשובה לשאלה זו חיובית. לנו נראה כי דיון חוזי במקרה זה היה מדגיש את כוונותיהם וציפיותיהם של הצדדים, ובמיוחד את ציפייתם של משפחת סידי לקבל מידע על כל בדיקה אפשרית (תוך פנייה לרופא הן דרך קופת-החולים והן באופן פרטי),¹⁸⁰ ולכן גם במסגרת דיון חוזי היה בית-המשפט מגיע לאותה תוצאה. אולם בעוד הדרך להשגת תוצאה זו באמצעות דיני הנוזקים כללה הרחבה יוצאת-דופן של הדוקטרינה, המהווה חריג לכללים ולהלכה שקדמו לפסק-הדין, שימוש במנגנון החוזי היה מאפשר להגיע לאותה תוצאה בדרך שהיא רגילה ושגרתית לדיון החוזי, תוך התחשבות בכוונת הצדדים והדגשת ציפיותיהם. לדעתנו, בית-המשפט היה נותן במקרה זה עדיפות לנסיבות המיוחדות על הנוהג באותה תקופה לא להפנות לבדיקות על-שמע (אולטרסאונד), וקובע כי מכיוון שהרופא ידע על

178 או להגדרה המופיעה בס' 14(א) לחוק החוזים, המדברת על טעות של צד לחוזה אשר הצד האחר ידע עליה או היה צריך לדעת עליה. יש הרואים את ס' 14(א) כמקרה פרטי של ס' 15 – ראו פרידמן וכהן, לעיל ה"ש 21, חלק ג, בעמ' 815.

179 ע"א 4960/04 סידי נ' קופת חולים של ההסתדרות הכללית (פורסם בנבו, 19.12.2005) (להלן: פרשת סידי). מדובר בתביעה על הולדה בעוולה, והטענה המרכזית של הורי התובע הייתה שבזמן ההיריון – בתחילת שנות השמונים – היו בדיקות מדויקות יותר לגילוי פגמים בעובר מאלה שנעשו בפועל. הדגש במקרה זה היה בבדיקות נוספות, ולא חלופיות, כלומר, לא במקום הטיפול שניתן בפועל, אלא נוסף עליו.

180 השוו פרשת סידי, שם, פס' 15 לפסק-דינו של השופט ריבלין.

רצונם של התובעים לדעת על כל הבדיקות הקיימות, היה עליו ליידע אותם בדבר קיומה של בדיקה זו. אי-הידוע במקרה זה משמעו הפרת חובת הגילוי החוזית, וכתוצאה מכך – הפרה של החוזה בין הצדדים.

אולם במקרים אחרים התוצאה יכולה להיות הפוכה – למשל, כאשר מדובר בטיפול נקודתי המתרחש במפגש חד-פעמי בין הרופא לחולה, להבדיל מטיפול מתמשך אצל רופא פרטי או רופא משפחה, לדוגמה, אשר מלווים את החולה לאורך תקופה, שבמהלכה הם יכולים ללמוד על ציפיותיו והעדפותיו. הדיון החוזי מאפשר לבית-המשפט לווסת את חבויות הרופא בהתאם לקשר בינו לחולה – קרי, להרחיב את המסגרת לגבי רופא "קרוב ומוכר" ולצמצם אותה לגבי רופא מומחה שמתקשר עם החולה רק לעניין ספציפי – כך שישקפו את ציפיותיהם האישיות של הצדדים.

בהשלכה מפרשת סידי וכמבט רחב יותר, נראה שלחוזה בין הצדדים עשויה להיות חשיבות רבה במקרה שבו הצדדים מסכימים לסטות מסטנדרט הטיפול הנוהג באופן שיתאם את העדפותיהם האישיות, אשר לא היו ממומשות אילו ניתן הטיפול לפי הסטנדרט הנוהג. נתבונן, לדוגמה, על מצב שבו הסכימו הצדדים על טיפול מיוחד, הגם ש"אין בו צורך" על-פי הפרמטרים הנויזיים,¹⁸¹ ובסופו של דבר לא נעשה הטיפול. במקרה כזה לא תמיד יוכל החולה לתבוע את הרופא בנויזין, אך תיתכן בהחלט תביעה בגין הפרת החוזה.¹⁸² דין דומה יחול במקרה שבו התחייב רופא במפורש בחוזה (להבדיל במקרה סידי) לגלות מידע ואף-על-פי-כן לא גילה אותו לבסוף.¹⁸³

המשותף לדוגמות אלה הוא "העלאת הרף" מבחינת סטנדרט הטיפול, כלומר, הסכמה על התניות נוספות מעבר לנורמה הנוהגת (והמחייבת במסגרת ההסדרה הנויזית הקיימת). אולם מעניינים לא פחות המקרים ההפוכים שבהם ההסכמה החוזית הופכת פעולה אשר אלמלא החוזה, ותחת ההסדר הנויזי הנוהג, הייתה מוגדרת כרשלנית לפעולה לגיטימית ולא-רשלנית. מקרים מעין אלה מעוררים, כאמור, את החשש כי מדובר למעשה במקרה פרטי של ויתור על אחריות לרשלנות במתן הטיפול באמצעות חוזה הסכמה מדעת. לפיכך

181 במונחים של נוסחת Learned Hand מדובר בהשקעה ב-B אשר תהיה גדולה מתוחלת הנוק PL. השקעה כזו אינה מתחייבת על-פי הפרמטרים של האדם הסביר, אך הצדדים רשאים להסכים עליה ביניהם באופן חוזי.

182 חשבו על המקרה הבא: אישה מבקשת, לפני כניסתה להיריון, לעבור בדיקות גנטיות על-מנת לאמוד את הסיכון למום מולד. בשוק קיימות עשרים בדיקות גנטיות, והאישה מבקשת מהרופא לבצע את כולן. הרופא מפעיל את שיקול-דעתו, ולבסוף מבצע רק עשר מהן. לאחר הלידה מתברר כי התינוק נולד עם מום מולד, אשר היה אפשר לגלותו באחת מן הבדיקות שלא נעשו. עם זאת, מתגלה גם כי הסיכויים למום כזה בקבוצת-הייחוס של האם הם קטנים מאוד, שלא לומר זניחים. לנוכח נתונים אלה תשלול נוסחת Learned Hand את ההשקעה באמצעי זהירות, דהיינו, את עריכת הבדיקה. אין ספק שבמקרה זה, גם אם לא יהיה אפשר להפעיל את המנגנון הנויזי, יעמוד המנגנון החוזי לטובת האם, אשר תוכל לתבוע את הרופא על הפרת החוזה ביניהם.

183 אם הרופא נטל על עצמו התחייבות חוזית לגילוי, הוא ייחשב מפר חוזה גם אם הגילוי אינו יעיל כלכלית ולא יעמוד בנוסחת הרשלנות.

יש לבחון את הלגיטימיות של ההסכמה החוזית לאור חשש זה, תוך התחשבות בתועלת שבמתן הטיפול, בחלופות העומדות לפני החולה ובהעדפותיו הסובייקטיביות, כפי שהראינו לעיל,¹⁸⁴

ומה באשר למקרים שבהם אין נזק? דוגמה אחת, שבה דנו לעיל, היא מקרה שבו הטיפול ניתן בהסכמה ועבר בהצלחה, אך לאחר הטיפול נודע לחולה מידע אשר אילו ידע אותו מראש לא היה גותן את הסכמתו לטיפול.¹⁸⁵ מקרה כזה יוגדר כאמור כנזק לאוטונומיה, שמאפשר פיצוי אף באמצעות המנגנון החוזי. אולם דומה שהחשיבות בדיון החוזי באה לידי ביטוי בעיקר במקרים שבהם הטיפול עבר בהצלחה אך בדרך שונה מכפי שסוכם בין הצדדים. דוגמה אפשרית היא מקרה שבו הצדדים מסכימים כי רופא ספציפי הוא שיבצע את הטיפול, והטיפול מבוצע בהצלחה (כך שלא נגרם כל נזק) אך על-ידי רופא אחר.¹⁸⁶ אכן, מקרה כזה מהווה הפרה של החוזה. אך מהם הסעדים שניתן לבקש, שהרי הטיפול אכן ניתן, כך שאין מקום לפיצוי קיום, ואף הושלם בהצלחה, כך שאין נזק המחייב פיצויי הסתמכות והשבה? תשובה קלה תינתן במקרה שבו קבעו הצדדים פיצויים מוסכמים בגין הפרה של תנאי זה. אולם נראה שגם במקרה שבו לא נקבעו פיצויים כאלה, בית-המשפט יכול להעריך את הפגיעה ברצון ובציפייתו של החולה, כמו במקרה של פגיעה באוטונומיה, ולפסוק פיצויים בהתאם.¹⁸⁷

פרק ה: סיכום

במאמר זה עמדנו על התפקיד הזניח שדיני החוזים ממלאים בתחום חבותם המקצועית של רופאים בכלל ובסוגיית ההסכמה מדעת בפרט. עמדנו גם על הסיבות שהניעו את בתי-המשפט לבחור דיני הנויקין כבדרך-המלך בהקשר של חבותם המקצועית של הרופאים. עם זאת, הראינו גם כי תחום ההסכמה מדעת, כתת-קטגוריה של דיני האחריות המקצועית, נבחן במאפיינים ייחודיים אשר מצדיקים, במקרים הראויים, תחולה רחבה יותר של דיני החוזים. הצבענו על היתרונות והחסרונות של המכשיר החוזי, והבהרנו מדוע דיני החוזים יכולים לתת ביטוי טוב יותר לאוטונומיה של הפרט ולרצון הסובייקטיבי שלו מאשר הפרמטרים

184 ראו לעניין זה את הדיון לעיל בתת-פרק ד1.

185 כמו בדוגמה של האדם מכת עדי יהוה, לעיל ה"ש 176, אשר עובר טיפול שבמסגרתו הוא מקבל עירוני דם, כנגד אמונתו ובעודו בתרדמת, וכאשר הוא מתעורר הוא נבעת מן הידיעה על שאירע לו.

186 כאן אין מדובר ברגישות-יתר של המטופל, שאותה יש לגלות במסגרת הדיון הטרומ-חוזי, אלא בתניה שסוכמה בין הצדדים.

187 מטבע הדברים יהיו פיצויים אלה נמוכים מפיצויים בגין נזק ממשי, שכן מדובר בפגיעה בערך לא-מוחשי, אשר היקפו מוגבל. השוו לדבריו של השופט אור בפרשת דעקה, לעיל ה"ש 4, בעמ' 578ב-ג.

האובייקטיביים שעוללת הרשלנות נוקטת. על-דרך הפרפרזה, דיני החוזים משקפים את רצונו של האדם בשר-ודם, להבדיל מרצונו של "האדם הסביר" המשתקף בדיני הנוזיקין. אין להבין ממאמר זה כי אנו קוראים לנטישה מוחלטת של דיני הנוזיקין ולהחלפתם בדין החוזי. יש מקומות שבהם הדין הנוזיקי יהיה הדין היחיד שיוכל לספק תרופה הולמת לנזק שנגרם לניזוק. עם זאת, אנו מצפים לראות בעתיד את דיני החוזים ממלאים תפקיד מרכזי יותר בפיתוח ההלכות המשפטיות בתחום ההסכמה מדעת. פיתוחם של דיני החוזים בהקשר זה עשוי להפוך אותם מ"קישוט" לפסקי-הדין לכלל דוקטרינות משפטיות משמעותיות שיקנו לבתי-המשפט מגוון רחב יותר של סעדים והגנה על אינטרסים אשר אינם זוכים בהכרח בביטוי במסגרת דיני הנוזיקין.¹⁸⁸ דיני החוזים יאפשרו גם לתפור בכל מקרה נתון חבילה ייחודית לצדדים על-פי ציפיותיהם האישיות. זאת, להבדיל מהאופן שבו בתי-המשפט "מכופפים" את עוולת הרשלנות כך שתתאים, באופן מלאכותי, להגנה על אינטרסים שהיא אינה מיועדת להגן עליהם. דיני הנוזיקין הקלסיים באים להגן על מערכות יחסים בין זרים אשר אינם יכולים לתקשר ביניהם. בהינתן קיומה של מערכת יחסים חוזית מוקדמת בין הרופא לחולה, ניתן לעצב על-פיה דין ספציפי לצדדים במערכת היחסים על-סמך רצונם האישי. במקרים רבים הסדרת מערכת יחסים זו בכלי הנוזיקי הינה בבחינת פיל בחנות חרסינה.

188 דברים אלה נכונים במיוחד במקרים של פנייה לרפואה הפרטית, שם ניתן לראות את ההתקשרות ככריתת חוזה ביתר קלות, בשל הפעולות הרצוניות, מתוך בררה ובחירה, אשר עומדות בבסיס ההתקשרות. זאת, לעומת המקרים הקלסיים שדיני הנוזיקין עוסקים בהם, שעיקרם תאונות משפטיות.