

אופן הערכת הפיצוי בגדר ראש הנזק של פגיעה בזכות לאוטונומיה בעקבות ע"א 2781/93 עלי דעקה נ' בית החולים כרמל, חיפה¹

נילי קרקו-אייל*

- א. מבוא
- ב. אופן הערכת הפיצוי בגדר ראש הנזק של פגיעה בזכות לאוטונומיה – הגישה שאומצה בעניין עלי דעקה
- ג. הגישה הראויה כאשר לאופן הערכת הפיצוי בגדר ראש הנזק של פגיעה בזכות לאוטונומיה – בחינה ביקורתית של ההלכה שנפסקה בעניין עלי דעקה
- ד. הגישה הראויה כאשר לאופן הערכת הפיצוי בגדר ראש הנזק של פגיעה בזכות לאוטונומיה – בחינה ביקורתית של הגישות האפשריות האחרות
- ה. סיכום

א. מבוא

זכותו של החולה לקבל החלטה חופשית ומדעת כאשר לטיפול רפואי, הוכרה במשפט הישראלי עוד בשנות השישים². עם זאת, עד שניתן פסק הדין בעניין עלי דעקה בסוף שנות התשעים, לא הכיר המשפט הישראלי בזכותם של חולים לפיצוי ממשי על עצם הפגיעה בזכות לאוטונומיה. חולה שזכותו לאוטונומיה הופרה זכאי היה לפיצוי ממשי רק אם הוכיח שנגרם נזק גוף או נזק ממשי אחר עקב הטיפול הרפואי³.

* דוקטור למשפטים, בית הספר למשפטים המסלול האקדמי, המכללה למינהל.

1 ע"א 2781/93 עלי דעקה נ' בית החולים כרמל, חיפה, פ"ד נג(4) 526 (להלן: עניין עלי דעקה).

2 ע"א 67/66 בריחי נ' שטיינר, פ"ד כ(3) 230, 232.

3 לכלל זה ראו למשל ע"א 4384/90 ואתורי נ' בית החולים לניאדו, פ"ד נא(2) 171, 182; ת"א (ת"א) 23605/88 אביב נ' גלעדי, פ"מ תשנ"ד(4) 397, 403, 411. אמנם במסגרת עוללת התקיפה ניתן היה לפסוק לחולה הטוען להפרת זכותו לאוטונומיה פיצוי נומינלי, גם אם לא סבל נזק גוף עקב הפרת זכותו, אך פיצוי זה הנו פיצוי בסכום פערט שאינו מבטא נזק ממשי שנגרם לחולה. להגדרת נזק נומינלי, ראו: Rest. Torts 2d § 907; "אנגלרד, א' ברק ומ' חשין דיני הנוזיקין – תורת הנוזיקין הכללית (מהדורה שנייה, ג' טרסקי עורך, תשל"ז) 575.

משניתן פסק הדין בעניין עלי דעקה כא מצב דברים זה על תיקונו. בפסק דין רחב יריעה קבע בית המשפט העליון כי פגיעה בזכותו של החולה לאוטונומיה מהווה נזק בר-פיצויי כשלעצמו ואנו נסמוך ידינו על פסק דין זה.⁴ משכך, זכאי החולה לפיצויי ממשי על עצם הפגיעה בזכותו לאוטונומיה, גם אם לא הוכיח שנגרם לו נזק גוף עקב הפגיעה בזכותו לאוטונומיה.

השאלה אם בית המשפט נהג כשורה משקבע כי פגיעה בזכותו של החולה לאוטונומיה מהווה נזק בר-פיצויי, אינה ממין עניינו של מאמר זה. במאמר זה אעסוק באופן הערכת הפיצויי בגדר ראש הנזק של פגיעה בזכות לאוטונומיה. משהכיר בית המשפט בראש הנזק של פגיעה בזכות לאוטונומיה, עולה השאלה כיצד יוערך הפיצויי בגדרו. מטרתו של מאמר זה היא לבחון את הגישה שאומצה באשר לסוגיה זו בפסק הדין ואת הגישות האפשריות האחרות באשר לסוגיה, וכן לבחון, בחינה ביקורתית, את השאלה מהי הגישה הראויה באשר לאופן הערכת הפיצויי בגדר ראש נזק זה.⁵

4 עניין עלי דעקה, לעיל הערה 1, בע' 581.

5 שאלה זו, מן הראוי להקדים ולציין, כמעט שלא זכתה להתייחסות בספרות. על כך ראו: A.D. Twerski & N.B. Cohen "Informed Decision Making and the Law of Torts: The Myth of Justifiable Causation" *U. Ill. L. Rev.* (1988) 607, 620. ממאמרם של Twerski ו-Cohen עולות שתי מסקנות באשר לגישה שאומצה על ידם לעניין שאלה זו. ראשית, לשם הערכת שיעור הפיצויי בראש נזק זה יש להעריך הן את הזכות לקבל החלטה אוטונומית כשלעצמה, והן את תוצאותיה של הפגיעה בזכות זו, בדמות הנזק הנפשי וההלם הנגרמים למטופל הנוכח כי סבל נזק עקב הטיפול הרפואי, ובדמות הכעס והפגיעה ברגשותיו של מי שנשללה ממנו ההזדמנות לתת ביטוי לערכיו ולהעדפותיו (Twerski & Cohen, at pp. 654–661). מכאן עולה כי Twerski ו-Cohen אימצו במאמרם גישה המשלבת אמת מידה אובייקטיבית עם אמת מידה סובייקטיבית להערכת הפיצויי הנפסק לניזוק. שנית, הפיצויי הנפסק למטופלים שהוכיחו פגיעה בזכותם לאוטונומיה צריך להיות פיצויי בסכום משמעותי, ולא פיצויי בסכום סמלי (Ibid, at pp. 609, 652). התייחסות מסוימת לסוגיה זו ניתן למצוא במאמרו של Katz "Informed Consent — A Fairy Tale? Law's Vision" 39 *U. Pitt. L. Rev.* (1977) 137. אף על פי כן, הותיר סוגיה זו לדין נוסף במקום אחר. המסקנה היחידה העולה מדבריו היא, שלגישתו, על מנת שלהכרה בראש הנזק של פגיעה בזכות לאוטונומיה תהיה משמעות פרקטית, יש לפסוק לחולים התובעים פיצויי בגין נזק זה פיצויי בסכום משמעותי, ולא בסכום סמלי (Katz, at p. 161 n. 76). גם Shultz שדנה בסוגיית הפיצויי לו זכאי ניזוק שזכותו לאוטונומיה הופרה, לא דנה בשאלה מהי הגישה הראויה לחישוב הפיצויי בגין ראש נזק זה, והסתפקה בהצגת שתי גישות אפשריות באשר לפיצויי שאותו מן הראוי לפסוק לתובע. הראשונה, פסיקת פיצויי נומינלי. השנייה, פסיקת פיצויי כללי לניזוק בסכום גבוה יותר (ראו: M.M. Shultz "From Informed Consent to Patient Choice: A New Protected interest" 95 *Yale L.J.* (1985) 219, 290–291). התייחסות עקיפה לסוגיה ניתן למצוא אצל Meisel. זה העלה את הרעיון להכיר בזכאותו של התובע לפיצויי בגין פגיעה בזכותו לאוטונומיה במסגרת עילת התביעה של גרימת נזק נפשי מכוח או רשלני לאדם. ממילא עולה מרעיון זה כי הניזוק יהיה זכאי לפיצויי רק אם יוכיח קיומו של נזק נפשי חמור עקב הפרת זכותו לאוטונומיה, וכי הערכת הפיצויי תעשה בהתחשב בתוצאותיו של נזק נפשי זה (ראו: A. Meisel "A 'Dignitary Tort' as a Bridge Between the Idea of Informed Consent and the Law of Informed Consent" *Medicine and the Law* (New York, B.M. Dickens ed., 1993) 157, 160).

הדין הביקורתי בסוגיה של אופן הערכת הפיצוי בגדר ראש הנזק של פגיעה בזכות לאוטונומיה ייערך בהתבסס על כמה שיקולים, חלקם דיאנוטולוגיים וחלקם תוצאתיים: עקרון האוטונומיה, שיקולי צדק מתקן, שיקולי יעילות כלכלית ושיקולי קוהרנטיות. השאלה אם שיקולים אלה ראויים אם לאו, כמו גם שאלת ההצדקה העומדת בבסיסם, אינן ממין עניינו של מאמר זה, ואנו נניח שלכל אחד מהם בסיס תאורטי מוצק העושה את השימוש בהם לראוי. עניינו של הדיון הוא איזו מהגישות האפשריות עולה בקנה אחד עם שיקולים אלה.

ב. אופן הערכת הפיצוי בגדר ראש הנזק של פגיעה בזכות לאוטונומיה – הגישה שאומצה בעניין עלי דעקה

מפאת החשיבות שיש לכלל נסיבות פסק הדין בעניין עלי דעקה ולכלל המסקנות שאליהן הגיע בית המשפט, נקדים ונציג בקצרה את עיקריו של פסק הדין, ככל שהם קשורים לסוגיה הנדונה. פסק הדין עסק בתובעת שאושפזה לצורך ביצוע ניתוח ברגלה, אך נותחה, בסופו של דבר, בכתפה הימנית. הסכמת התובעת לניתוח בכתף ניתנה ביום הניתוח, בהיותה בחדר הניתוח, ותחת השפעת תרופות מטשטשות. לא רק זאת, אלא שלתובעת לא נמסר מידע על הסיכונים הטמונים בניתוח. לתובעת נגרמה נכות עקב הניתוח, והיא הגישה תביעה נגד הרופאים שטיפלו בה בהתבסס על עוולת הרשלנות. בית המשפט קבע כי קבלת הסכמתה של התובעת בנסיבות אלה, ומבלי שנמסר לה מידע על הסיכונים הטמונים בניתוח, מהווה התרשלנות מצד הנתבעים.⁶ אף על פי כן, סבר השופט אור, אשר לפסק דינו הצטרפו רוב חברי ההרכב, כי התובעת לא הוכיחה קיומו של קשר סיבתי בין התרשלנות הנתבעים לנזק הגוף שטענה לו. לפיכך נמצא כי התובעת אינה זכאית לפיצוי על נזק הגוף שנגרם לה.⁷ משכך נקבע, עלתה לדיון השאלה אם יש מקום לפסוק לתובעת פיצוי על הנזק הלא-ממוני שנגרם לה עקב הפגיעה בזכותה לאוטונומיה. לאחר דיון מפורט ומעמיק, השיב השופט אור בחיוב על שאלה זו.⁸

בהמשך למסקנתו כי פגיעה בזכות לאוטונומיה מהווה נזק ברי-פיצוי, הבהיר השופט אור כי פיצוי זה אינו בא לשמש תחליף לפיצוי בגין נזק הגוף שנגרם לחולה עקב הפרת זכותו לאוטונומיה. השופט קבע כי ראש הנזק בגין הפגיעה באוטונומיה החולה הנו ראש נזק מובחן ונפרד מראש הנזק הפיזי, והפיצוי בגינו בא להוסיף על הפיצוי הניתן לחולה בגין הנזק הפיזי שנגרם לו, ולא להחליפו.⁹ כאמור, שיקולים אלה הובילו את השופט למסקנה כי התובעת זכאית לפיצוי על תוצאותיה הלא-ממוניות של הפגיעה בזכותה לאוטונומיה. לאחר שהעריך את שיעור הנזק שסבלה, פסק לה פיצוי בסך 15,000 ש"ח בגין הפגיעה האמורה.

6 עניין עלי דעקה, לעיל הערה 1, בע' 587, 563, 550.

7 שם, בע' 564–570.

8 שם, בע' 581. לנימוקי של השופט אור, ראו שם, בע' 574–581.

9 שם, בע' 581–582.

כנגד דעתה החולקת של השופטת ביניש¹⁰, זכתה מסקנתו של השופט אור לתמיכת רוב חברי ההרכב, ובכלל זה השופטת שטרסברג-כהן, אשר דנה בסוגיה זו בפירוט בפסק דינה¹¹.

עיון זהיר בפסק דינם של השופט אור והשופטת שטרסברג-כהן מלמד כי ככל שהדבר נוגע לשאלת אופן הערכת הפיצוי, אימצו אלה את הגישה כי את הפיצוי הנפסק לחולה יש להעריך על פי תוצאותיה הלא-ממוניות-סובייקטיביות-ממשיות של פגיעה זו, דהיינו על פי מידת הפגיעה ברגשותיו ובתחושותיו של החולה¹². כפי שעולה מפסק דינו של השופט אור ומפסק דינה של השופטת שטרסברג-כהן, בהערכת הפיצוי בגין הפגיעה ברגשות ובתחושות החולה עקב הפרת זכותו לאוטונומיה, יובאו בחשבון כמה שיקולים: (1) חומרת ההפרה של החובה לקבל את הסכמתו המודעת של החולה¹³. למשל, ככל שהמידע שלא נמסר לחולה משמעותי יותר, באופן שעצמת הפגיעה בזכותו של החולה לאוטונומיה חמורה

10 שם, בע' 559–560. השופטת ביניש חלקה על פסק דינו של השופט אור בשני עניינים. ראשית, היא סברה כי התובעת עמדה בנטל ההוכיח קיומו של קשר סיבתי בין התרשלות הנתבעים לנזק הגוף שסבלה (שם, בע' 550–556). שנית, אף שסברה כי כעיקרון ראוי להכיר באפשרות של פיצוי בגין פגיעה בזכות לאוטונומיה במקרים מסוימים, לא מצאה לנכון לכלול בגדר קבוצת מקרים זו התרחשויות שבהם נפגעה זכותו של החולה לאוטונומיה בעקבות אי-מסירת מידע. לנימוקים שעמדו ביסוד גישתה כי אין זה מן הראוי להכיר בפגיעה בזכותם של חולים לאוטונומיה כנוק בר-פיצוי ראו שם, בע' 556–559.

11 שם, בע' 607–618. בניגוד לשופט אור, סברה השופטת שטרסברג-כהן כי התובעת עמדה בנטל ההוכיח קיומו של קשר סיבתי בין התרשלות הנתבעים לנזק הגוף שסבלה, על פי מבחן "הערכת הסיכויים". בהתאם לכך, פסקה כי זו זכאית לפיצוי על מחצית שיעור הנזק שנגרם לה (שם, בע' 607). אף על פי כן, הוסיפה השופטת שטרסברג-כהן ודנה בשאלה אם מן הראוי לפצותה, בנוסף לכך, בגין הפגיעה בזכותה לאוטונומיה, וענתה על שאלה זו בחיוב. לנימוקים שעמדו ביסוד גישתה כי מן הראוי להכיר בפגיעה בזכותם של חולים לאוטונומיה כנוק בר-פיצוי ראו שם, בע' 608–616, 618–619. בדומה לשופט אור, הוסיפה וקבעה השופטת שטרסברג-כהן כי ראש הנזק בגין פגיעה בזכות לאוטונומיה הוא ראש נזק עצמאי, אשר הפיצוי בגינו מתווסף לפיצוי בגין נזק הגוף שנגרם למטופל, ואינו משמש לו תחליף. שם, בע' 617–618.

12 לגישתו של השופט אור בסוגיה, ראו שם, בע' 574, 583. המסקנה העולה מפסק דינו של השופט אור אינה משתנה נוכח העובדה שלגישתו זכאי החולה לפיצוי עבור הפגיעה בזכותו לאוטונומיה גם אם לא הביא ראיות מפורטות על הנזק הלא-ממוני שנגרם לו (שם, בע' 584). ברור מדבריו, מפסקי הדין ומהמובאות המוצגות על ידו, כי אין להסיק מכך שגישתו היא שאת הפיצוי יש להעריך על פי ערכה האובייקטיבי או הסובייקטיבי של זכותו של החולה לאוטונומיה, או על פי ערכה האובייקטיבי של הפגיעה בזכות זו. המסקנה העולה מפסק דינו היא כי בכונתו היה לקבוע כלל שמכוחו ניתן יהיה להניח קיומו של נזק לא-ממוני, בדמות הפגיעה ברגשות החולה, אף בהיעדר ראיות מפורטות על קיומו. לגישתה של השופטת שטרסברג-כהן בסוגיה, ראו שם, בע' 618, 621, 623. השופטת הנכבדה סברה אמנם שיש לאמץ מבחן משולב, שלפיו ייבחן הנזק שנגרם מנקודת מבטו של החולה הסביר תוך שימת לב לנסיבותיו המיוחדות של החולה המסוים, אך אין חולק שאף לגישתה יש להעריך את שיעור הפיצוי על פי תוצאותיה הלא-ממוניות-סובייקטיביות-ממשיות של הפגיעה בזכות לאוטונומיה. שם, בע' 619.

13 שם, בע' 583, 620.

יותר, כך מן הראוי לפסוק לחולה פיצוי גבוה יותר¹⁴; (2) מידת חשיבות ההחלטה מבחינת החולה. באופן זה, ככל שחשיבות ההחלטה מבחינת החולה גדולה יותר, כך שנישולו ממעורבות בתהליך קבלת ההחלטות פוגע במידה רבה יותר בזכותו לאוטונומיה, הוא עשוי להיות זכאי לפיצוי גדול יותר¹⁵; (3) השפעת ההפרה על החלטת החולה. לפיכך אם המידע שלא נמסר לחולה עשוי היה לשנות את עמדתו כאשר לביצוע הטיפול הרפואי, כך שניתן להניח שנוזק גדול יותר, הוא יהיה זכאי לפיצוי גבוה יותר¹⁶; (4) עמדתו ויחסו של החולה למסירת המידע הרפואי הקשור בו. כך, למשל, אם הותיר החולה את קבלת ההחלטה לרופא בלבד, ואף ביקש שלא לדעת דבר על מצבו הרפואי, ניתן להניח שלא סבל כל נזק¹⁷; (5) תוצאות הטיפול שבוצע. בהתאם לכך, למשל, העובדה שהטיפול הרפואי הצליח אף שבוצע ללא הסכמתו מדעת של החולה, עשוי להפוך את הנזק בגין הפגיעה בזכותו של החולה לאוטונומיה לנזק זניח שהפיצוי עבורו נמוך במיוחד¹⁸.

לשיקולים אלה, שאינם מהווים רשימה סגורה¹⁹, הוסיף בית המשפט הנחיה כללית באשר להערכת הפיצוי בגדר ראש נזק זה, שלפיה על בית המשפט לנקוט גישה מאוזנת. מחד גיסא, עליו ליתן את המשקל הראוי לכך שמדובר בפגיעה בזכות יסוד, אשר מחייבת קביעת פיצוי הולם, להבדיל מפיצוי סמלי. מאידך גיסא, על בית המשפט לרסן עצמו ולא לפסוק פיצוי בשיעור מופרז²⁰.

לבסוף, מעניין לשים לב, כי אף שבית המשפט אימץ את הגישה שאת הפיצוי הנפסק לחולה יש להעריך על פי תוצאותיה הלא-ממוניות-סובייקטיביות-ממשיות של הפגיעה בזכותו לאוטונומיה, הוא סבר שפסיקת הפיצוי אינה מותנית בהצגת ראיות מפורטות מצד החולה באשר לשיעור הנזק שסבל. במקרים מסוג זה, כאשר עסקינן בנזק כללי, כך קבע בית המשפט, עשוי בית המשפט לפסוק, כנסיבות מתאימות, פיצוי כספי מסוים אף בהיעדר הוכחה מפורטת של נזק ממשי. הטעם לכך הוא שבמקרים אלה קיומו של הנזק ושיעורו עולים מעצם הפגיעה בזכותו של החולה לאוטונומיה, ולכן יכול בית המשפט להעריך את הפיצוי בהתחשב בכלל נסיבות המקרה הידועות לו²¹.

המסקנה העולה מפסק הדין היא שבית המשפט אימץ גישה אישית-סובייקטיבית באשר לאופן הערכת הפיצוי (להלן: "הגישה הראשונה"). על פי גישה זו, הנזק הלא-ממוני שסבל הנזוק הוא נזק לאושרו עקב הפגיעה הנוזקית, ובמקרה זה עקב הפגיעה בזכותו לאוטונומיה. על כן הפיצוי מבוסס על הפגיעה כתחושה

14 שם, בע' 583.

15 שם, שם.

16 שם, בע' 620.

17 שם, בע' 620, 621.

18 שם, בע' 621.

19 על כך עמד בית המשפט מפורשות. ראו שם, בע' 583.

20 שם, שם.

21 שם, בע' 584–586.

הסובייקטיבית של אושר והנאה שחוזה הניזוק, עקב תוצאות הפגיעה, למשל, כאב וסבל ואבדן הנאות חיים, ובמקרה שלנו – פגיעה ברגשות החולה שגילה כי זכותו לאוטונומיה הופרה. לפיכך על בית המשפט להעריך את מידת האושר שאיבד הניזוק עקב הפגיעה הניזוקית, ולכמתה לכדי ערך כספי.²²

לגישה זו שתי השלכות עיקריות, אשר הן בעלות חשיבות לדיון זה:²³

ראשית, מאחר שעל פי גישה זו הפיצוי ניתן על תוצאותיה הלא-ממוניות של הפגיעה בזכות לאוטונומיה, יש קשר הדוק בין תוצאות הטיפול הרפואי לזכאותו של החולה לפיצוי. אם הצליח הטיפול הרפואי ולחולה לא נגרם כל נזק גוף, ממילא יניח בית המשפט, בהיעדר ראיות אחרות, כי הנזק הלא-ממוני שסבל הניזוק הוא נזק זניח, אשר אינו מזכה אותו בפיצוי, או לחלופין, מזכה אותו בפיצוי בסכום סמלי בלבד.²⁴

שנית, גישה זו שוללת את הזכות לפיצוי עבור הפגיעה בזכות לאוטונומיה מניזוקים שמסיבה זו או אחרת אינם מודעים לפגיעה בזכותם לאוטונומיה, ואינם מסוגלים לחוש את תוצאותיה הרגשיות של פגיעה זו. עם אלה נמנים: ניזוקים שמצאו את מותם במהלך הטיפול הרפואי או מיד לאחריו מבלי שלמדו כי זכותם לאוטונומיה נפגעה; ניזוקים שנותרו חסרי הכרה לאחר הטיפול, שאינם צפויים

22 לתיאור גישה זו, ראו ע"א 773/81 עובד המנוח פרייליך נ' מ"י, פ"ד לו(4) 828, 816 (להלן: עניין פרייליך); D.J. Gabler "Conscious Pain and Suffering is Not A Matter of Degree" 74 *Marquette Law Rev.* (1991) 289, 293; A.I. Ogas "Damages for Lost of Amenities: For a Foot, a Feeling or a Function?" 35 *Modern L. Rev.* (1972) 1, 3; D. Benedek "Non-Pecuniary Damages: Defined, Assessed and Capped" 32 *R.J.T.* (1998) 607, 619, 622.

23 אחר גישתו האישית-סובייקטיבית של בית המשפט בעניין עלי דעקה עקבו שורה של פסקי דין, ונראה שזו הגישה המקובלת כיום בפסיקה. ראו למשל ת"א (שלום חי') 6467/97 חרבאוי נ' חרבאוי (לא פורסם), (עותק שמור במערכת) בפסקה 3 לפסק הדין (להלן: עניין חרבאוי); ת"א (ת"א) 1180/97 עובדן סולי בויום ז"ל נ' מור (טרם פורסם), תקדין מחוזי 2003(3) 169, בפסקה 11 לפסק הדין (להלן: עניין בויום); ת"א (י"ם) 1578/98 מור נ' שגיב, פ"מ תשס"א(1) 865, 920, בפסקה 86 לפסק הדין; ת"א (שלום ת"א) 52686/94 שמיע נ' חייט (לא פורסם), דינים שלום טז 958, בפסקה 8 לפסק הדין (להלן: עניין שמיע); ת"א (י"ם) 7126/95 בן שימול נ' שנקר (לא פורסם), דינים שלום יח 143, בפסקה 89 לפסק הדין (להלן: עניין בן שימול); ת"א (כ"ס) 5604/98 זוליאט נ' בי"ח שיבא תל השומר (לא פורסם), דינים שלום יט 903, בפסקה 30 לפסק הדין; ת"א (שלום ת"א) 56831/01 שיינברום נ' כירורגיה אסטטיקה וליזר בע"מ (טרם פורסם), דינים שלום כג 416, בפסקה 18 לפסק הדין (להלן: עניין שיינברום). לעומת זאת, בפסקי דין אחרים לא ברור לגמרי מהי הגישה שאומצה על ידי בית המשפט ככל שהדבר נוגע לאופן הערכת הפיצוי בגין הפגיעה בזכות לאוטונומיה. ראו למשל ע"א 9817/02 וינשטיין נ' ברגמן (טרם פורסם), פדאור 05 (16) 662; ת"א (שלום י"ם) 4687/97 קוטן נ' גולן, תשנ"ט(3) 289, 306 בפסקה 29 לפסק הדין (להלן: עניין קוטן); ת"א (שלום חי') 23042/00 שוורץ נ' קליניקה אריאל בע"מ (טרם פורסם), (עותק שמור במערכת), בפסקאות 19–21 לפסק הדין (להלן: עניין שוורץ); ת"א (חי') 10447/97 בן שושן נ' אייבשיץ (טרם פורסם), דינים מחוזי לד(4) 68, בפסקאות ל"ב, ל"ד ול"ח לפסק הדין (להלן: עניין בן שושן).

24 עניין עלי דעקה, לעיל הערה 1, בע' 621.

אופן הערכת הפיצוי בגדר ראש הנזק של פגיעה בזכות לאוטונומיה

לשוב להכרה וללמוד כי זכותם לאוטונומיה נפגעה, ושאינם מסוגלים לחוש תחושות רגשיות כגון צער ועגמת נפש; וניזוקים שעקב הטיפול הרפואי סובלים ליקוי קוגניטיבי שבשלו הם אינם מודעים למתרחש עמם²⁵.

כאמור, על פי הגישה שאומצה בעניין עלי דעקה, לא יהיו ניזוקים אלה זכאים לפיצוי על הפגיעה בזכותם לאוטונומיה, זאת מאחר שבהיותם בלתי מודעים לפגיעה ובלתי מסוגלים לחוש את תוצאותיה הרגשיות, לא תהיה לפגיעה בזכותם לאוטונומיה ביטוי בצורת פגיעה ברגשותיהם.

עם אימוצה של הגישה האישית-סובייקטיבית, רחה בית המשפט העליון כמה גישות אפשריות אחרות להערכת הפיצוי עבור הפגיעה בזכותו של החולה לאוטונומיה²⁶:

א. גישה אובייקטיבית-קניינית. על פי גישה זו, חיי הנפגע, שלמות גופו, יכולתו ליהנות מחייו, חירותו מכאב ומסבל, וכך גם זכותו לאוטונומיה, כל אלה הם נכסים אישיים, בעלי ערך, בדומה לביתו ולמיטלטליו. לשלול ממנו "נכס" ממין זה, משמע, לשלול ממנו משהו שיש לו בו "זכות קניינית". לכל "נכס" כזה יש "ערך" שניתן לפצות בגינו במקרה של אבדן או היזק, אפילו אם אין הנפגע ער באופן סובייקטיבי לפגיעה ולתוצאותיה, ואפילו אם אין הוא חש סבל או כאב עקב הפגיעה²⁷.

הערכת הפיצוי, במסגרת גישה זו, יכולה להיעשות באחת משתי השיטות הבאות:

1. קביעת ערכה של הזכות לאוטונומיה בסכום המבטא את ערכה האובייקטיבי של הזכות בעיני החברה מחד גיסא, ומידת הפגיעה בזכות, מאידך גיסא (להלן: "הגישה השנייה")²⁸.

2. קביעת ערכה של הזכות לאוטונומיה בסכום המבטא את ערכה הסובייקטיבי של הזכות לאוטונומיה עבור הפרט שניזוק מחד, והערכת מידת הפגיעה בזכות, מאידך גיסא (להלן: "הגישה השלישית"). מידת הפגיעה בזכות תוערך בשתי השיטות על פי כלל נסיבות המקרה, ובכלל זה – סוג המידע שהוסתר מהמטופל

25 עניין פרייליך, לעיל הערה 23, בע' 828–829; G. Mew "Damages Personal Injuries ; 829–828 pecuniary Damages Unaware Plaintiff and the Functional Approach" 64 *The Canadian Bar Rev.* (1986) 562, 564; Benedek, *supra* note 23, at p. 622.

26 הגישות האפשריות מוצגות בצורתן הטהורה. מובן שייתכן שילוב מסוים בין חלק מהגישות, באופן שייצור גישות נוספות. לגישה אפשרית נוספת המשלבת בין הגישה האישית-סובייקטיבית לגישה האובייקטיבית-קניינית, ראו דיון בסוף המאמר, להלן.

27 לחיזור הגישה האובייקטיבית-קניינית, עניין פרייליך, לעיל הערה 23, בע' 829; "Nonpecuniary Damages for Comatose Tort Victims" (1973) 61 *Georget. L.J.* 1547–1549 (להלן: *Comatose Tort Victims*). O'gus, *supra* note 23, at p. 563; Mew, *supra* note 26, at p. 619–620. Benedek, *supra* note 23, at pp. 2; 2.

28 לגישה זו, ראו: O'gus, *supra* note 23, at pp. 2–3. ערך זה יהיה זהה, מטבע הדברים, ככל המקרים שיובאו בפני בית המשפט. ההבדל בסכומי הפיצוי בין מקרה למקרה יהיה אפוא נגזרת של נסיבות הפגיעה המיוחדות של כל מקרה.

והיקפו²⁹, חשיבות ההחלטה למטופל³⁰, מספר חלופות הטיפול האפשריות ואופיין³¹ וכלל נסיבות ההפרה. על פי גישה זו, עם זאת, מידת הפגיעה ברגשות המטופל עקב הפגיעה בזכותו לאוטונומיה, אינה גורם שיש להתחשב בו בהערכת הפיצוי.

ממילא עולות מכאן שתי מסקנות חשובות:

ראשית, מאחר שהערכת הפיצוי אינה מושפעת ממידת הפגיעה ברגשותיו ובתחושותיו של הניזוק, הצלחת הטיפול הרפואי והיעדרו של נזק גוף אינם צפויים להביא להפחתה בסכום הפיצוי שייפסק.

שנית, על פי אף אחת מגישות אלה לא מותנית זכאותו של הניזוק לפיצוי במודעותו הסובייקטיבית לפגיעה בזכותו לאוטונומיה או ביכולתו לחוש תחושות צער, עלבון, פגיעה ברגשות, ואבדן אושר עקב הפגיעה בזכותו³². מכאן שעל פי כל אחת מגישות אלה יהיה הניזוק זכאי לפיצוי גם אם מצא את מותו מיד לאחר הטיפול הרפואי, גם אם נותר חסר הכרה לאחר הטיפול וגם אם עקב הטיפול הרפואי נותר עם ליקוי קוגניטיבי שבשלו הוא אינו מודע למתרחש עמו.

ב. גישה אובייקטיבית-תעריפית. להבדיל מהגישות האחרות המבקשות ליתן ערך כספי לאבדנו של הניזוק בכל מקרה לגופו, מעניקה גישה זו ערך כספי אחד וקבוע לכל ההפרות של זכותם של חולים לאוטונומיה. לפיכך, על פי גישה זו, מחירה של הפעילות למזיק והפיצוי שלו זכאי הניזוק אינם תלויים בערכה האובייקטיבי או הסובייקטיבי של זכות זו, בחומרת הפגיעה בזכות או בתוצאותיה הלא-ממוניות. במילים אחרות, על פי גישה זו, נקבע "מחיר" קבוע להפרת הזכות לאוטונומיה בסכום מסוים וידוע מראש, באופן שאינו דורש הערכה של הזכות שנפגעה או של תוצאותיה על ידי בית המשפט בכל מקרה (להלן: "הגישה הרביעית")³³. מדברים אלה עולה המסקנה שתוצאותיה של גישה זו זהות לתוצאותיה של הגישות השנייה והשלישית שהוצגו לעיל. דהיינו להצלחת הטיפול הרפואי או למודעותו של הניזוק אין כל השפעה על שיעור הפיצוי שייפסק לו.

29 כך, ככל שהמידע שהוסתר מהמטופל רב יותר ומהותי יותר לקבלת החלטה, חמורה יותר הפגיעה בזכותו של החולה לאוטונומיה.

30 כך, ככל שההחלטה בעלת חשיבות רבה יותר למטופל וצפויה להיות בעלת השלכות מהותיות יותר על חייו, חמורה יותר הפגיעה בזכותו לאוטונומיה.

31 לגישה שלפיה ככל שמספר חלופות הטיפול הנתונות לחולה רבות יותר, וככל שקיימים הבדלים רבים יותר בין חלופות אלה, כך גדלה הפגיעה בזכותו של החולה לאוטונומיה, ראו: Twerski & Cohen, *supra* note 6, at pp. 658–659. איננו מתעלמים מהטענה שריבוי אפשרויות הבחירה עשוי להגביר את תחושת החרטה של החולה במקרה שבו הטיפול כשל, ומכאן שדווקא שלילתה או צמצומה של זכות הבחירה במקרים אלו מהמטופל צפויים לחסוך ממנו סבל מיותר. עם זאת, לטענה זו חשיבות במסגרת הגישה האישית-סובייקטיבית, ולא במסגרת הגישה האובייקטיבית-קניינית, שהרי זו האחרונה אינה נותנת כל משקל לתוצאות הרגשיות של הפגיעה בזכותו של החולה לאוטונומיה.

32 עניין פרייליך, לעיל הערה 23, בע' 830 ; Mew, *supra* note 26, at p. 564.

33 לגישה זו, ראו: A.J. Weisbard "Informed Consent: The Law's Uneasy Compromise With Ethical Theory" 65 *Neb. L. Rev.* (1986) 749, 763.

אופן הערכת הפיצוי בגדר ראש הנזק של פגיעה בזכות לאוטונומיה

ג. גישה פונקציונלית. גישה זו מאמצת את הנחת היסוד של הגישה האישית-סובייקטיבית, שלפיה עניינו היחיד של בית המשפט הוא אושרו של הניזוק או הנאתו. עם זאת, הגישה הפונקציונלית מאמצת אמת מידה שונה להערכת הפיצוי. על פי גישה זו, יש להעמיד לרשות הניזוק סכום כסף אשר באמצעותו יוכל לרכוש הנאות חלופיות לאלה שאיבד עקב הפגיעה, או אמצעים שיקלו באופן זה או אחר על סבלו³⁴ (להלן: "הגישה החמישית"). במקרה של פגיעה בזכותו של החולה לאוטונומיה, משמעותה של גישה זו היא שיש לפסוק לניזוק סכום כסף שיאפשר לו לרכוש הנאות חלופיות, שמהן יפיק אושר חלופי לזה שאבד עם שלילת זכותו לקבל החלטה חופשית ומודעת.

תוצאותיה של הגישה הפונקציונלית זהות לתוצאותיה של הגישה הראשונה, קרי הגישה האישית-סובייקטיבית. ראשית, גם במסגרתה תוביל הצלחת הטיפול הרפואי לפסיקת פיצוי בשיעור נמוך לניזוק. הטעם לכך נעוץ בעובדה שגם על פי הגישה הפונקציונלית מבוססת הערכת הפיצוי על מידת האושר שאיבד הניזוק. לכן מאחר שההנחה היא כי משהצליח הטיפול הרפואי צפוי החולה לחוות תחושות מופחתות של אבדן אושר עקב הפרת זכותו לאוטונומיה, צפוי הפיצוי להיות נמוך גם על פי גישה זו.

שנית, בדומה לגישה האישית-סובייקטיבית, תוביל גם הגישה הפונקציונלית לשלילת הפיצוי מניזוקים שמצאו את מותם מיד לאחר הטיפול הרפואי ומניזוקים חסרי הכרה. הטעם לכך הוא שעל פי גישה זו זכאי הניזוק לפיצוי עבור נזק לא-ממוני שסבל, מקום שבו ניתן לרכוש בכספי הפיצוי הנאות חלופיות. לכן, אם אין כל אפשרות להעניק לניזוק הנאות חלופיות, אין כל מקום לפסוק לו פיצוי עבור הנזק הלא-ממוני שסבל³⁵.

ג. הגישה הראויה באשר לאופן הערכת הפיצוי בגדר ראש הנזק של פגיעה בזכות לאוטונומיה — בחינה ביקורתית של ההלכה שנפסקה בעניין עלי דעקה אף שהגישה האישית-סובייקטיבית היא שאומצה על ידי בית המשפט בעניין עלי דעקה, אין היא, לדעתנו, הגישה הראויה. חמישה טעמים תומכים בטענה זו.

טעם ראשון

גישה זו צפויה להותיר ללא פיצוי ניזוקים שמסיבה זו או אחרת, אינם מודעים

34 לגישה זו, ראו עניין פרייליך, לעיל הערה 23, בע' 827; Mew, *supra* note 26, at p. 563; Gabler, *supra* note 23, at pp. 292–293; Ogus, *supra* note 23, at p. 3; Benedek, *supra* note 23, at p. 622.

35 עניין פרייליך, לעיל הערה 23, בע' 828; Mew, *supra* note 26, at p. 563; Benedek, *supra* note 23, at p. 631.

להפרת זכותם לאוטונומיה, ואינם מסוגלים לחוש את תוצאותיה הלא-ממוניות של הפגיעה. ככזו לוקה הגישה האישית-סובייקטיבית בכמה חסרונות:

א. יש בה כדי ליצור חוסר קוהרנטיות. חוסר הקוהרנטיות צפוי לבוא לידי ביטוי בשני מישורים. הראשון, חוסר קוהרנטיות בין דוקטרינת ההסכמה מדעת לבסיס התאורטי לדוקטרינה, דהיינו זכותו של החולה לאוטונומיה³⁶. דומה שלא ניתן להתכחש לעובדה שפסיקת פיצוי לניזוק משקפת את החשיבות שמייחסת החברה לאינטרס הנפגע³⁷. שלילת הזכות לפיצוי מניזוקים מסוימים שסבלו פגיעה בזכותם לאוטונומיה אינה עולה אפוא בקנה אחד עם הבסיס התאורטי העומד ביסוד דוקטרינת ההסכמה מדעת. דברים אלה מקבלים משנה תוקף בהתחשב באפשרות שדווקא במקרים שבהם עסקינן בניזוק שאינו מודע להפרת זכותו לאוטונומיה ושאינו חש פגיעה ברגשותיו עקב כך, עלולה הפגיעה בזכות לאוטונומיה להיות החמורה ביותר.

השני, חוסר קוהרנטיות בין הכללים המשפטיים ובין עצמם, שביטוייה ביצירת הבחנה שאינה ראויה, בין ניזוקים המסוגלים לחוש את תוצאותיה הלא-ממוניות של הפגיעה בזכותם לאוטונומיה — הזכאים לפיצוי, לאלה החסרים יכולת זו — שאינם זכאים לפיצוי. הבחנה זו אינה ראויה בהתחשב באפשרות שניזוקים אלה סבלו פגיעה זהה באופייה ובחומרתה בזכותם לאוטונומיה. למעשה, ניתן לתאר מצב שניזוק אשר זכותו לאוטונומיה סבלה פגיעה בינונית, אך היכול לחוש את תוצאותיה הלא-ממוניות יזכה לפיצוי, ואילו ניזוק שזכותו לאוטונומיה סבלה פגיעה קשה לא יזכה לכל פיצוי^{38,39}.

ב. יש בגישה זו להביא להרתעת חסר. לשם הבהרת הטיעון נקדים כמה מילים על הרתעה יעילה. הרתעה הנעשית באמצעות דיני הנזיקין לובשת את הצורה של הטלת אחריות נזיקית על אלה העוסקים בפעילויות מזיקות העונים לתנאים מסוימים. הטלת האחריות פועלת כמכניזם להפנמת השפעות חיצוניות שליליות (להלן: "החצנות מזיקות"), ובאופן זה מיועדת להשיג יעילות כלכלית מצרפית.

36 לפסקי דין שהציגו את החובה לקבל את הסכמתו מדעת של החולה כמי שמבוססת על זכותו לאוטונומיה, ראו למשל רע"א 1412/94 הסתדרות מדיצינית הדסה עין-כרם נ' גלעד, פ"ד מט(2) 516, 525-526; ע"א 506/88 שפר נ' מ"י, פ"ד מח(1) 87, 180; ע"א 3108/91 רייבי נ' וייגל, פ"ד מז(2) 497, 509.

37 ראו: Benedek, *supra* note 23, at p. 615.

38 לטיעון ברוח דומה נגד הגישה האישית-סובייקטיבית, ראו: K.R. Crowe "The Semantical Bifurcation of Noneconomic Loss: Should Hedonic Damage Be Recognized Independently of Pain and Suffering Damage?" 75 *Iowa L. Rev.* (1990) 1275, 1290-1291.

39 במקביל לכך תיווצר הבחנה שאינה ראויה בין מזיקים שקרבנותיהם מסוגלים לחוש את תוצאותיה הלא-ממוניות של הפגיעה בזכותם לאוטונומיה, החייבים בפיצוי, ואלה שקרבנותיהם חסרים יכולת זו, שיהיו פטורים מחובת הפיצוי. הבחנה זו אינה ראויה בהתחשב באפשרות שמזיקים אלה גרמו לפגיעה זהה באופייה ובחומרתה בזכותם של חולים לאוטונומיה, עשו אותם מעשים וחדלו אותם מחדלים. עולה מכאן שהגישה הראשונה צפויה לגרום לחוסר קוהרנטיות כפולה.

החצנות מזיקות מתרחשות כל אימת שמזיקים אינם מתחשבים בנזק שפעילותם גורמת לאחרים. בהיעדר צורך להתחשב בנזק שפעילותם גורמת לאחרים, רואים מזיקים לנגד עיניהם, טרם ביצוע הפעולה, עלות פרטית נמוכה מהעלות החברתית של פעילותם. התוצאה צפויה להיות ביצוע הפעילות באופן ובהיקף שאינם יעילים כלכלית, זאת בשל העלות החברתית הגבוהה שהפעילות גורמת לה, לעומת התועלת החברתית המופקת ממנה.

אחריות נזיקית המוטלת על מזיקים מיועדת לסגור את הפער בין העלות הפרטית של הפעילות למזיק ובין עלותה החברתית. זאת, באמצעות גילום במחירה של הפעולה את הנזק שהיא גורמת לו. העלייה הצפויה בעלות הפרטית של הפעילות למזיק, צפויה לעודד מזיקים לשקול את אפשרות מניעת הנזק, בין שעל ידי שינוי אופן ביצוע הפעולה ובין שעל ידי שינוי היקף ביצועה. התוצאה צפויה להיות השגת יעילות כלכלית מצרפית, פועל יוצא של מניעת נזקים שעלות מניעתם קטנה מעלותם החברתית⁴⁰.

משעמדנו על התנאים להרתעה יעילה, קל לראות כיצד הגישה הראשונה, קרי הגישה האישית-סובייקטיבית, צפויה להביא להרתעת חסר. הגבלת זכאותם של ניזוקים לפיצוי למקרים שבהם הוכיחו כי סבלו תוצאות לא-ממוניות עקב הפרת זכותם לאוטונומיה, משמעה אימוצו של כלל הפוסט מטפלים מאחריות במקרים שבהם לא סבל הניזוק נזק לא-ממוני, על אף הפרת זכותו לאוטונומיה. ממילא עולה מכאן שתוצאתו של כלל זה היא שמחירה של הפעילות המזיקה לא ישקף את עלותה, דהיינו את הפרת זכותו של החולה לאוטונומיה. מאחר שלשם השגת הרתעה יעילה, על המזיק בכוח לראות לנגד עיניו את העלות החברתית המדויקת של פעילותו, צפוי כלל מעין זה להוביל להרתעת חסר.

החשש להרתעת חסר נתמך גם על ידי האפשרות שניזוק שהיה חסר הכרה במועד מתן פסק הדין יתאושש וישוב להכרתו, כך שיהיה מודע לפגיעה בזכותו לאוטונומיה, ויכול לחוש את תחושות הצער והעלבון הכרוכות בכך. אפשרות זו, יחד עם העובדה שבמרבית המקרים ניתן הפיצוי בסכום חד-פעמי, עשויה להביא לכך שהניזוק לא יפוצה על נזקו הלא-ממוני בדמות הפגיעה ברגשותיו, ושהמזיק לא יחויב בפיצוי בגין נזק זה, על אף הפרת זכותו של הניזוק לאוטונומיה, ועל אף שלזו היו תוצאות ממשיות. התוצאה צפויה להיות גם כאן הרתעת חסר. ממילא עולה מכאן המסקנה שאף לגישת אלה הטוענים כי בהיעדר מודעות סובייקטיבית לא סבל הניזוק כל נזק, והמזיק לא גרם לו לכל נזק⁴¹, גישה זו לוקה בחסר. ג. גישה זו אינה עולה בקנה אחד עם שיקולי צדק מתקן. גם כאן מן הראוי

40 רא"ו: I. Gilad "Reconstructing American Law — Bruce A. Ackerman" 20 *Isr. L. Rev.* (1985) 581, 589–590; R. Cooter & T. Ulen *Law and Economics* (Reading, Mass, 2nd ed., 1997) 262 ; י' גלעד "על גבולות ההרתעה היעילה בדיני נזיקין" משפטים כב (תשנ"ג) 421, 431–429, 456.

41 לטעון ברוח דומה, רא"ו: Mew, *supra* note 26, at pp. 570, 573.

שנקדים כמה מילים באשר לעקרון הצדק המתקן. על פי עקרון הצדק המתקן, כפי שהוצג על ידי אריסטו, אישיותו של המזיק אינה מעלה או מורידה. על החוק לשוות לנגד עיניו רק את העוול והנזק שנגרם, ואם אחד עשה עוול ולאחר נעשה עוול, ואם אחד גרם נזק ולאחר נגרם נזק, ועל כן השוויון בין הצדדים הופר, על השופט להשיב את השוויון על כנו. אריסטו קבע כי השבת המצב לקדמותו נעשית על ידי שלילת ה"רווח" מהמעוול, והחזרת ה"הפסד" לזה שסבל נזק. מונחים אלה משמשים, כפי שהסביר אריסטו, לתיאור תוצאות הפרת השוויון גם במקרים שבהם הכינויים "רווח" ו"הפסד" אינם מתאימים, למשל, כאשר אדם אחד פצע אדם אחר⁴².

כמה קורים מאפיינים את התפיסה של צדק מתקן המוצגת על ידי אריסטו: ראשית, הנחת קיומו של שוויון מוחלט בין הצדדים כנקודת מוצא; שנית, ביסוס החובה להשיב את השוויון על כנו על הצירוף של מעשה עוול ונזק. המעוול חייב לבצע מעשה עוול כמו גם נזק, והקרבן חייב להיות כזה שסבל עוול כמו גם נזק; שלישית, תיקון השוויון שהופר, משמעו שלילת ה"רווח" מהמעוול והשבת ה"הפסד" לניזוק; רביעית, התבוננות באופי הייחודי של הפגיעה והתעלמות מתכונות הצדדים, לשם הכרעה בשאלת קיומה של חובה להשיב את השוויון על כנו; ולבסוף, קיומו של רכיב מרכזי של קורלטיביות בין העוול שנעשה לבין זה שנסבל, בין הנזק שנגרם לבין זה שנסבל, ובין שלילת הרווח מהמעוול לבין השבת ההפסד לניזוק. התבוננות בקווים מאפיינים אלה עוררה אצל מלומדים בני זמננו כמה שאלות. האחת מתייחסת להנחת קיומו של שוויון מוחלט בין הצדדים, ועניינה — באיזה מובן הצדדים שווים.

על פי השקפה אחת, לעומת צדק מתקן, שעניינו עסקאות בין צדדים, השוויון שאליו הוא מכוון הוא השוויון היחסי של צדק מחלק. לפיכך, על פי השקפה זו, הפונקציה של צדק מתקן היא לשמור על חלוקה נתונה של עושר⁴³. על פי השקפה אחרת, מקובלת יותר, השוויון שאליו מכוון עקרון הצדק המתקן מקבל את תוכנו מהתאוריה המוסרית של קאנט. על פי השקפה זו, השוויון המוחלט של הצדדים שאליו מתכוון אריסטו בדברו על צדק מתקן, הוא השוויון הערכי המוסרי המוחלט של הצדדים, המבוסס על ההיבט הפנימי של הרצון החופשי, שאליו מתכוון קאנט⁴⁴.

בקשר קרוב לתפיסה של צדק מתקן שהוצגה על ידי אריסטו, מסכימים, כיום,

42 אריסטו — אתיקה — מהדורת ניקומאכוס (תרגום מיוונית: י' ג' ליבס, תשמ"ה) 118–121.

43 להצגת השקפה זו ולביקורת עליה, ראו: E.J. Weinrib *The Idea of Private Law* (Cambridge, Mass., 1995) 78–79; R.W. Wright "Substantive Corrective Justice" 77 *Iowa L. Rev.* (1992) 625, 705–706.

44 לאימץ התפיסה הקאנטיאנית, ולדיון מקיף בקשר בינה ובין תאוריית הצדק המתקן, ראו: R.W. Wright "Right, Justice and Tort Law" *Philosophical Foundation of Tort Law* (Sydney, D. Owen ed., 1995) 159, 162–167; Weinrib, *supra* note 44, at pp. 80–83, 88–92, 94–98, 104.

תאורטיקנים של צדק מתקן כי מאפיין מרכזי של דיני הנזיקין ושל צדק מתקן הוא תכונת הקורלטיביות. כבר מדבריו של אריסטו עלתה תכונת הקורלטיביות כמאפיין מרכזי של צדק מתקן. רעיון זה מופיע, באופן מפורש או משתמע, בתאוריות עכשוויות של צדק מתקן. מלומדים בני זמננו טוענים לקיומה של קורלטיביות, הבאה לידי ביטוי בכמה מישורים: האחריות המוטלת על הנתבע היא תמיד אחריות כלפי התובע; מציאת בית המשפט את הנתבע אחראי לנזקיו של התובע כרוכה במבנה הקורלטיבי של גרימת נזק לניזוק על ידי פעולתו העוולתית של המזיק; ולבסוף, הנזק שגרם התובע, ושסבל הנתבע, מתוקן על ידי פסיקת פיצוי לנתבע כשיעור נזק, וחיובו של המזיק בסכום זה.⁴⁵

נחזור עתה לטיעון המוצג על ידינו. כאמור, על פי הגישה הראשונה פטור המזיק מאחריות, על אף הפרת זכותו של החולה לאוטונומיה, אם זה אינו מודע לכך ואינו מסוגל לחוש את תוצאותיה הלא-ממוניות. תוצאה זו אינה עולה בקנה אחד עם עקרון הצדק המתקן. עם הפרת זכותו של החולה לאוטונומיה, הופר השוויון הערכי-מוסרי בין הצדדים, גם אם החולה אינו מודע לכך ואינו סובל פגיעה ברגשותיו. כאמור, השוויון המוחלט של הצדדים שבו עוסק עקרון הצדק המתקן הוא השוויון הערכי-מוסרי של פרטים, המבוסס על ההיבט הפנימי של הרצון החופשי שבו עוסק קאנט. יכולתו של הפרט לחוקק חוקים כלליים לעצמו, דהיינו לפעול על פי עקרון האוטונומיה של הרצון, היא שמעניקה לפרט את הערך המוסרי המוחלט.⁴⁶ הפרת זכותו של החולה לאוטונומיה, גם אם היא מתרחשת במתחם צר של חייו, פוגעת בעצם ערכו המוסרי המוחלט ומפרה את השוויון בין הצדדים, גם אם זה לא חש פגיעה ברגשותיו או בתחושותיו עקב כך. משהופר השוויון בין הצדדים, מחייב עקרון הצדק המתקן, על מאפיין הקורלטיביות שבו, כי המזיק ימצא אחראי לנזקו של החולה, בדמות הפגיעה בזכותו לאוטונומיה, ויישא בחובה לשלם לו פיצוי כשיעור נזקו. ממילא מתבקשת מכאן המסקנה כי אימוצה של הגישה הראשונה הצפויה לפטור מזיקים מאחריות ולהותיר ניזוקים ללא פיצוי, בהיעדר תוצאות מוחשיות, אינה עולה בקנה אחד עם עקרון הצדק המתקן.

טעם שני

כפי שעולה מפסק דינו של בית המשפט בעניין עלי דעקה, הערכת הפיצוי שלו זכאי הניזוק בגין הפגיעה בזכותו לאוטונומיה על פי תוצאותיה הלא-ממוניות, צפויה להוביל לפסיקת פיצוי נמוך במיוחד בשני מקרים: מקרים שבהם הצליח

45 ראו: J.L. Coleman "The Practice of Corrective Justice" 37 *Ariz. L. Rev.* (1995) 15, 26–27; E.J. Weinrib "Correlativity, Personality, and the Emerging Consensus on Corrective Justice" 2 *Theoretical Inq. L.* (2001) 107, 110, 116.

46 ע' קאנט הנחת יסוד למטפיסיקה של המידות (מהדורה שנייה, ש' שטיין עורך, מ' שפי תרגום, תש"י) 107–111.

הטיפול הרפואי ולא נגרם לחולה נזק גוף⁴⁷ ומקרים שבהם לא הוכחה "סיבתיות החלטה"⁴⁸. בשני המקרים ניתן יהיה להניח שהפגיעה ברגשותיו של הניזוק קלה, בין משום שהטיפול הצליח והחולה לא סבל כל נזק גוף, ובין משום שהחולה לא היה מבצע החלטה שונה גם אלמלא הופרה זכותו.

עולה מכאן שהגישה האישית-סובייקטיבית צפויה להוביל לפסיקת פיצוי בסכום נמוך לחולים, בדיוק כאותם מקרים שבהם קיימת חשיבות לזכאותם לקבל פיצוי בגין הפגיעה בזכותם לאוטונומיה, נוכח חוסר יכולתם להוכיח נזק גוף או "סיבתיות החלטה". לכך כמה השלכות שליליות: (א) פגיעה דה פקטו בכלל כי חולים זכאים לפיצוי על הפגיעה בזכותם לאוטונומיה; (ב) פגיעה בתמריצים של חולים להגיש תביעות בשל הפרת זכותם לאוטונומיה, שתיצור הרתעת חסר של רופאים. תמריצים של ניזוקים להגשת תביעות מושפעים, בין השאר, משיעור הפיצוי הצפוי אם יזכו בתביעתם. פיצוי בשיעור נמוך במקרים האמורים צפוי אפוא לפגוע בתמריצים להגיש תביעות⁴⁹. מאחר שדיני הניזוקין מהווים אחד האמצעים להפנמת העלות החיצונית של הפעילות המזיקה, צפוי הדבר לגרום להרתעת חסר; (ג) פגיעה בתמריצים של ניזוקים להגיש תביעות נגד רופאים, תעניק פטור דה פקטו לרופאים מהחובה לפצות חולים על הפגיעה בזכותם לאוטונומיה, והדבר אינו עולה בקנה אחד עם שיקולי צדק מתקן. אלה מחייבים, כפי שראינו, חיובו של המזיק בפיצוי בגין הנזק שנגרם לניזוק עקב פעולתו העוולתית.

טעם שלישי

כפי שעולה מהדיון במאפייניה של הגישה האישית-סובייקטיבית, על פי גישה זו, על בית המשפט להעריך את מידת האושר שאיבד הניזוק עקב הפגיעה הניזוקית ולכמתה לכדי ערך כספי. במקרה של פגיעה בזכותו של החולה לאוטונומיה משמעות הדבר שעל בית המשפט להעריך את תוצאותיה הלא-ממוניות-סובייקטיביות של הפגיעה בזכות לאוטונומיה, בדמות הפגיעה ברגשות החולה, וליתן ערך כספי לתוצאות אלה. משימה זו קשה בשל היעדרו של קנה מידה אובייקטיבי שבאמצעותו ניתן למדוד את נזקו של המטופל, דהיינו את מידת האושר שאיבד, ולכמתו לכדי ערך כספי⁵⁰.

47 למשל עניין עלי דעקה, לעיל הערה 1, בע' 621.

48 שם, בע' 620.

49 אמנם אין להתעלם מהאפשרות שחולים שסבלו נזק ממשי עקב הטיפול הרפואי יגישו אף במקרים אלה תביעה בניסיון להוכיח קיומה של "סיבתיות החלטה", אך אנו יוצאים מנקודת הנחה שבמקרים שבהם קיים קושי ממשי להוכיח קיומה של "סיבתיות החלטה" יהיה עורך דינו של הניזוק מודע לכך ויעץ לו בהתאם על סיכוייו הנמוכים לזכות בפיצוי גבוה. ההנחה היא שעם קבלת מידע זה, ובהתחשב בעלויות, בטרחה ובזמן הכרוכים בהגשת תביעה ובניהולה, יימנע הניזוק מהגשת התביעה.

50 לקושי זה הטמון בגישה האישית-סובייקטיבית, ראו עניין פרייליך, לעיל הערה 23, בע' 163-179. לקושי זה הטמון בגישה האישית-סובייקטיבית, ראו עניין פרייליך, לעיל הערה 23, בע' 163-179. *Comatose Tort Victims, supra note 28, at p. 1553; J.H. King "Pain and Suffering, Noneconomic Damages, and the Goals of Tort Law" 57 SMU L. Rev. (2004) 163, 178-179.* ראו לציין כי השופט אור, אשר לפסק דינו הצטרפו חברי ההרכב האחרים,

לכך צפויות להיות כמה השלכות שליליות: (א) עלויות מנהליות גבוהות. מקורן של אלה בצורך לשמוע עדויות בדבר התוצאות הלא-ממוניות אותן סבל המטופל עקב הפגיעה בזכותו לאוטונומיה, בצורך להעריך את הנזק לאור עדויות אלה, ובצורך לכמתו לכדי ערך כספי. ממילא עולה מכאן שגישה זו אינה עולה בקנה אחד עם השאיפה למקסם את הרווחה החברתית המצרפית⁵¹; (ב) הרתעה שאינה יעילה. מקורה של זו צפוי להיות בשניים: ראשית, כפי שראינו, כללי אחריות יוצרים תמריצים יעילים כאשר מבוצעת הפנמה של עלויות התאונה לגורם העוסק בפעילות המזיקה. קושי של בית המשפט בהערכת הפיצוי, הבא לידי ביטוי במיוחד בגדר נזקים שאינם ממוניים, צפוי להוביל, מטבע הדברים, לפסיקת פיצוי שאינו משקף את עלותה המוחצנת האמיתית של הפעילות המזיקה. עקב כך צפוי המזיק לראות לנגד עיניו עלות פרטית גבוהה או נמוכה מהעלות החברתית המוחצנת של פעילותו. התוצאה צפויה להיות הרתעה שאינה יעילה. דהיינו הרתעת יתר או הרתעת חסר, בהתאם לכיוון הסטייה מעלותה האמיתית של הפעילות המזיקה⁵².

שנית, קושי בהערכת הפיצוי צפוי לגרום לחוסר ודאות אצל מזיקים בכוח באשר לסכומי הפיצוי העתידיים להיפסק על ידי בית המשפט. ואכן, עיון בפסקי הדין שניתנו לאחר פסק הדין בעניין עלי דעקה מגלה כי אמנם סכומי הפיצוי

היה מודע לקושי זה הטמון בגישה האישית-סובייקטיבית, אך על אף זאת העדיפה, תוך שהוא מותיר את קביעת גובה הפיצוי לשיקול דעת בית המשפט (עניין עלי דעקה, לעיל הערה 1, בע' 583). מעיון בפסק דינו ניתן להסיק כי העובדה שבית המשפט נתקל בקושי זה גם בהערכת הפיצוי בגדר ראשי נזק לא-ממוניים אחרים, היא שהניעה את השופט לאמץ גישה זו על אף הקשיים הטמונים בה (שם, שם). עם זאת, הקושי הטמון בתהליך הערכת הנזק הניע את השופט הנכבד לקבוע שעל בית המשפט לרסן עצמו בהערכת הפיצוי בגדר ראש נזק זה (שם, שם).

51 על פי תאוריות כלכליות, הפחתת עלויות מנהליות מהווה אחת הדרכים להפחתת סך עלויות התאונה, וכך למקסום הרווחה החברתית המצרפית. ראו: G. Calabresi *The Costs of Accidents: A Legal and Economic Perspective* (New Haven, 1970) 286–287; Cooter & Ulen, *supra* note 41, at p. 289.

52 לטענה ברוח דומה נגד פסיקת פיצוי עבור כאב וסבל, ראו: King, *supra* note 51, at p. 192. ראוי לציין כי ההשפעה שיש לתופעה זו תלויה במהות כלל האחריות המאומץ, דהיינו כלל של אחריות חמורה או כלל של רשלנות. במסגרת כלל של אחריות חמורה, צפויה תופעה זו לגרום למזיק להגיב, כלל שהדבר נוגע לאמצעי הזהירות שנקט, בהתאם לכיוון הסטייה. כך, אם המזיק בכוח רואה לנגד עיניו עלות פרטית גבוהה מהעלות החברתית שלה גרמה פעילותו, יהיה המזיק בעל תמריץ לנקוט אמצעי זהירות מוגברים (הרתעת יתר), ולהפך. מצב הדברים שונה, לעומת זאת, תחת כלל של רשלנות. כעיקרון, אמצעי הזהירות שנקטו הצדדים תחת כלל של רשלנות, אינם מושפעים מסטיות צנועות באשר לעלויות שהם רואים לנגד עיניהם. הטעם לכך הוא שתחת כלל של רשלנות, עמידה בסטנדרט הזהירות המשפטי פוטרת את הצדדים מאחריות. הצדדים יסתפקו אפוא במקרים של סטיות צנועות, בהתאמת אמצעי הזהירות לסטנדרט הזהירות המשפטי, ללא קשר לקיומה של סטייה. עם זאת, כאשר הסטייה מהעלות החברתית המוחצנת של הפעילות המזיקה גדולה במיוחד, יגיבו הצדדים בהגברת אמצעי הזהירות או בהפחתתם, בהתאם לכיוון הסטייה. ראו: G. Calabresi & A.K. Klevorick "Four Tests for Liability in Torts" 14 *J. Leg. Stud.* (1985) 585, 617; Cooter & Ulen, *supra* note 41, at pp. 284–285.

נעים בין 15,000 ש"ח ל-35,000 ש"ח⁵³, אך יש שוני בסכומי הפיצוי בין מקרים שנסיעותיהם דומות, ולהפך, דמיון בסכומי הפיצוי בין מקרים שנסיעותיהם שונות⁵⁴. מאחר שהמזיק בכוח שוקל את דרך הפעולה הרצויה בהתחשב בשיעור הפיצוי שבו הוא עלול לשאת, צפוי חוסר ודאות באשר לסכומי הפיצוי האפשריים להביא להרתעה שאינה יעילה. זו תשתנה בהתאם להערכת המזיק את שיעור הפיצוי שבו הוא עלול לשאת, ובהתאם לכיוון הסטייה מעלותה האמיתית של הפעילות המזיקה. (ג) תוצאות שאינן עולות בקנה אחד עם שיקולי צדק מתקן. כאמור, קושי של בית המשפט בהערכת הפיצוי צפוי להוביל לפסיקת פיצוי לניזוק באופן המשקף בקירוב בלבד את נזקו. הפיצוי, במרבית המקרים, יהיה אפוא גבוה או נמוך מכפי נזקו האמיתי של הניזוק. כפי שעולה מהדיון בעקרון הצדק המתקן, פיצוי הניזוק בסכום גבוה או נמוך מכפי הנזק שנגרם לו על ידי המזיק אינו עולה בקנה אחד עם שיקולים של צדק מתקן, המחייבים, כפי שראינו, את חיובו של המזיק בפיצוי בשיעור הנזק שנגרם לניזוק.

טעם רביעי

כפי שעולה מהדיון במאפייניה של הגישה האישית-סובייקטיבית, בגדרה של גישה זו מעריך בית המשפט את הפיצוי על פי קנה המידה של הנזק הפרטי שנגרם לניזוק עקב הפרת זכותו לאוטונומיה, בדמות הפגיעה ברגשותיו ובתחושותיו. מאפיין זה עשוי אף הוא לגרום להרתעה שאינה יעילה.

כאמור, השגת הרתעה יעילה מחייבת הטלת נטל כלכלי על המזיק, המשקף את העלות החברתית המוחצנת של פעילותו המזיקה. מאחר שהפנמת הנזק הפרטי שנגרם לניזוק אינה זהה להפנמת העלות החברתית המוחצנת של הפעילות המזיקה, עלולה הגישה האישית-סובייקטיבית, העושה שימוש בקנה המידה של הנזק הפרטי שנגרם לניזוק, לגרום להרתעה שאינה יעילה⁵⁵.

אתגר הגורמים לקיומו של פער בין הנזק הפרטי שסבל הניזוק ובין העלות

53 מכלל פסקי הדין יוצאים שני פסקי דין שבהם נפסק לניזוק פיצוי בסכום גבוה יותר. עם זאת, הפיצוי שנפסק לניזוקים במקרים אלה היה פיצוי עבור כלל הנזק הלא-ממוני שסבלו, כך שלא ניתן לאמוד באופן מדויק את שיעור הנזק שנפסק עבור ראש הנזק של פגיעה בזכות לאוטונומיה. ראו ת"א (ראשל"צ) 8139/01 נסימה נ' ג'ורג (טרם פורסם), דינים שלום כד 307, בפסקה 5.3 לפסק הדין; עניין בן שושן, לעיל הערה 24, בפסקה ל"ח לפסק הדין.

54 להשוואה בין נסיבותיהם של פסקי הדין ובין סכומי הפיצוי שנקבעו בהם ראו עניין שוורץ, עניין שיינברום, עניין חרבאי, עניין בן שימול, עניין שמיע, עניין בוים ועניין קוטן, לעיל הערה 24. כפי שעולה מעיון בפסקי דין אלה, הפיצוי שנפסק אינו נותן תמיד ביטוי לשוני בין המקרים, כגון: חשיבות ההחלטה מבחינת התובע, חומרת ההפרה, והשאלה אם הוכיח התובע קיומו של קשר סיבתי אם לאו.

55 לדיון מפורט באופן שבו קיומו של פער בין הנזק הפרטי המופנם והעלות החברתית המוחצנת של הפעילות המזיקה, מביא להרתעת יתר של מזיקים, ולהרתעת חסר של ניזוקים, ראו: Gilad, *supra* note 41, at pp. 596–599.

החברתית המוחצנת של פעילות המזיק, הוא היות הפעילות המזיקה בעלת החצנת חיוביות, בנוסף לאלה השליליות הנגרמות על ידה.⁵⁶

העלות החברתית הנגרמת על ידי הפעילות המזיקה הנה תוצר של השפעותיה המוחצנות השליליות בקיזוז השפעותיה המוחצנות החיוביות. הפנמת נזקו הפרטי של הניזוק, מבלי להתחשב בהחצנות החיוביות של הפעילות המזיקה, גורמת להפנמת עלות העולה בשיעורה על העלות החברתית המוחצנת של הפעילות המזיקה. התוצאה צפויה להיות הרתעת יתר.⁵⁷

אף שקיומו של פער בין הנזק הפרטי המופנם לעלות החברתית המוחצנת של הפעילות המזיקה הנו מאפיין של מערכת ההפנמה הניזקית הקיימת⁵⁸, השפעתו על היעילות המושגת באמצעות דיני הניזקין אינה זהה בכל מקרה, והיא משתנה בהתאם לשלושה גורמים: שיעור הפער בין הנזק הפרטי המופנם ובין העלות החברתית המוחצנת של הפעילות המזיקה; השיעור שלו כללים נזקיים מגבילים את הפנמת הפער האמור; ולבסוף קיזוז הרתעת יתר של מזיקים, הנגרמת עקב קיומו של הפער, על ידי הרתעת חסר של מזיקים, הנגרמת עקב גורמים שונים.⁵⁹ גורמים אלה משתנים בין תחום פעילות ואחריות אחד למשנהו, וניתנים לשינוי, לפחות באופן חלקי, לשם השגת יעילות כלכלית רבה יותר. קביעתם של כללי אחריות נזקיים מחייבת אפוא זהירות והתחשבות בקיומו של פער זה ובדרכים האפשריות לצמצומו.⁶⁰

הקושי הטמון בגישה האישית-סובייקטיבית הוא שזו אינה מאפשרת מתן ביטוי להשפעות החיצוניות החיוביות של הפעילות המזיקה, ובמקרה זה, הפרת זכותו של החולה לאוטונומיה. אין להתעלם מהאפשרות שייתכנו מקרים שבהם להפרת זכותו של החולה לאוטונומיה הטבות, המפחיתות את העלויות הכרוכות בכך. זה, למשל, עשוי להיות המצב כאשר יש בהפרת הזכות לאוטונומיה כדי לחסוך עלויות ישירות למערכת הרפואית, בדמות הזמן הכרוך במסירת מידע לחולה⁶¹, או כאשר יש בהפרת הזכות לאוטונומיה כדי למנוע עלויות שמקורן בהשלכות השליליות

56 השפעות חיצוניות חיוביות של הפעילות המזיקה על צדדים שלישיים לובשות את אחת משתי הצורות הבאות: רווחים של צדדים שלישיים הקשורים באופן שאינו ישיר לנזקים שסבל הניזוק, והטבות ישירות שמפיקים צדדים שלישיים מהפעילות המזיקה. לדין מקיף בסוגיה זו, ראו: *Ibid.*, at pp. 595–593.

57 *Ibid.*, at p. 592.

58 גלעד, לעיל הערה 41, בע' 460–461.

59 הפנמה של נזק פרטי קטן מהעלות החברתית המוחצנת של הפעילות המזיקה, יכולה להתרחש פועל יוצא מכמה גורמים: הגבלת מתחם האחריות הניזקית על ידי שלילת זכאותם של ניזוקים לקבל פיצוי עבור נזקים מסוימים, הערכה כחסר של נזקים פרטיים מסוימים (למשל נזקים לא-ממוניים), אי-הגשת תביעות משפטיות על ידי ניזוקים וכו'. ראו: Gilad, *supra* note 41, at p. 607.

60 ראו: 607–608 *Ibid.*

61 זה, למשל, עשוי להיות המצב כאשר המידע שהוטל היה מידע מורכב וקשה להבנה.

שיש למסירת מידע על חולים, כגון חרדה, בלבול ותחושת חוסר אונים⁶². התוצאה עלולה להיות במקרים אלה עלות חברתית נמוכה מכפי נזקו הפרטי של הניזוק, הבא לידי ביטוי בתוצאותיה הלא-ממוניות של הפגיעה בזכותו. מכאן עולה ממילא המסקנה שהגישה האישית-סובייקטיבית צפויה לגרום במקרים מסוג זה להרתעת יתר.

מובן שגם מצב הדברים ההפוך אפשרי. דהיינו קיומו של פער בין נזקו הפרטי של הניזוק לעלות החברתית שלה גורמת פעילות המזיק, כך ששיעורו של הראשון נמוך משיעורה של האחרונה. זה עשוי להיות, למשל, המצב במקרים שבהם בית המשפט מעריך את תוצאותיה הלא-ממוניות של הפגיעה בזכותו של החולה לאוטונומיה כנמוכות, ואילו הפרת זכותו של החולה לאוטונומיה גרמה לעלויות חברתיות גבוהות, שמקורן באבדן הטבות שיש לקיום דרישותיה של דוקטרינת ההסכמה מדעת, כגון שיפור ביחסי חולה-רופא, הפחתה במספר התביעות המוגשות נגד רופאים, שיפור ביכולתם של חולים להסתגל למצבם וכו'⁶³. כאן עלולה הגישה האישית-סובייקטיבית, שאינה מאפשרת מתן ביטוי להטבות חברתיות אלה, לגרום להרתעת חסר.

טעם חמישי

גישה זו אינה עולה בקנה אחד עם עקרון האוטונומיה, שממנו נגזרת זכותו של החולה לבצע החלטות אוטונומיות. כאמור, פסיקת פיצוי לניזוק משקפת את החשיבות שמעניקה החברה לאינטרס שנפגע. גישה שלפיה הפיצוי ניתן על הפגיעה ברגשות ובתחושות החולה, טומנת בחובה מסר כי האינטרס המוגן במקרים מסוג זה הוא שלמות נפשו של הניזוק, להבדיל מזכותו לאוטונומיה. הכרה בזכותו של החולה לאוטונומיה כאינטרס המוגן מחייבת אימוצה של גישה שתאפשר פסיקת פיצוי בגין עצם הפגיעה בזכות זו. אמנם עיון בפסק דינו של בית המשפט בעניין עלי דעקה מלמד כי זו הייתה עמדתו המקורית, אך אימוצה של הגישה האישית-סובייקטיבית מהווה, למעשה, נסיגה מעמדה זו וחזרה לגישה השמרנית שממנה ביקש בית המשפט לסטות, שלפיה הפיצוי ניתן על נזק ממשי שסבל הניזוק.

טענה זו מקבלת משנה תוקף כאשר מובאת בחשבון העובדה שהגישה האישית-סובייקטיבית צפויה לשלול את הזכות לפיצוי מניזוקים שאינם מודעים להפרת זכותם לאוטונומיה, ולהוביל לפסיקת פיצוי נמוך מקום שבו הצליח הטיפול הרפואי או שהניזוק כשל מלהוכיח "סיבתיות החלטה". גישה הקושרת את שיעור הפיצוי שלו זכאי הניזוק בגין הפגיעה בזכותו לאוטונומיה למודעותו

62 זה, למשל, עשוי להיות המצב כאשר המידע שהוסתר כלל תחזית קשה באשר לפרוגנוזה של החולה.

63 זה, למשל, עשוי להיות המצב כשהטיפול הרפואי הצליח, כך שניזוק הלא-ממוני של החולה זניח, אך למסירת המידע לחולה היו שורה של הטבות חברתיות במנותק מתוצאות הטיפול.

לפגיעה, לתוצאות הטיפול הרפואי או להוכחת "סיבתיות החלטה", אינה עולה בקנה אחד עם זכותו של החולה לאוטונומיה. עצם קיומה וחומרתה של הפגיעה בזכות לאוטונומיה הנה נגזרת של התנהגות המזיק, סוג ההפרה והיקפה, ולא של מצבו הקוגניטיבי של החולה, תוצאות הטיפול הרפואי או קיומה של "סיבתיות החלטה". כך, למשל, במקרים שבהם לא נמסר לחולה מידע בדבר סיכון משמעותי לשיתוק הטמון בניתוח, חומרת הפגיעה בזכות לאוטונומיה זהה בין שהחולה נותר חסר הכרה לאחר הטיפול הרפואי, בין שלא, בין שהניתוח הסתיים בשיתוק, בין שלא⁶⁴, ובין שהחולה היה מגיע להחלטה שונה ובין שלא. ההבדל האפשרי היחיד בין מקרים אלה הוא תחושותיו של הניזוק לאחר היוודע דבר ההפרה. אף שהבדל זה עשוי להצדיק פסיקת פיצוי גבוה יותר לניזוקים שסבלו תוצאות רגשיות חמורות עקב הפרת זכותם לאוטונומיה, אין בו כדי להצדיק את שלילת הפיצוי או פסיקת פיצוי בסכום נמוך במיוחד לניזוקים שלא סבלו תוצאות מעין אלה. המסקנה המתבקשת, לדעתנו, מדיון זה היא שהגישה האישית-סובייקטיבית שאומצה על ידי בית המשפט בעניין עלי דעקה לעניין אופן הערכת הפיצוי אינה הגישה הראויה, ויש לדחותה.

ד. הגישה הראויה באשר לאופן הערכת הפיצוי בגדר ראש הנזק של פגיעה בזכות לאוטונומיה — בחינה ביקורתית של הגישות האפשריות האחרות

משהגענו למסקנה כי הגישה האישית-סובייקטיבית אינה ראויה וכי יש לדחותה, נעבור עתה לבחון בחינה ביקורתית את הגישות האפשריות האחרות. נפתח דווקא בגישה החמישית, היא הגישה הפונקציונלית. הדמיון הרב בין הגישה האישית-סובייקטיבית לגישה הפונקציונלית מוביל למסקנה שכשם שיש לדחות את הגישה האישית-סובייקטיבית, כך יש לדחות את הגישה הפונקציונלית, ומאותם טעמים.

א. בדומה לגישה האישית-סובייקטיבית צפויה גישה זו לשלול את הפיצוי מניזוקים שמצאו את מותם לאחר הטיפול הרפואי, מניזוקים חסרי הכרה, או מניזוקים שאינם מודעים לסובב אותם מטעם זה או אחר, זאת בשל חוסר האפשרות לספק להם הנאות חלופיות⁶⁵.

ב. מאחר שעל פי גישה זו מבוסס הפיצוי על האושר שאבד לניזוק, צפויה גם גישה זו להוביל לפסיקת פיצוי בסכום נמוך במקרים שבהם הצליח הטיפול הרפואי או במקרים שבהם כשל התובע מלהוכיח "סיבתיות החלטה".

ג. בדומה לגישה האישית-סובייקטיבית לוקה הגישה הפונקציונלית בקושי להעריך את הפיצוי. גם במסגרתה על בית המשפט להעריך את האושר שאיבד

64 לטענה זו, ראו: Twerski & Cohen, *supra* note 6, at p. 621.

65 ראו: Benedek, *supra* note 23, at p. 628.

הניזוק, משימה קשה כפי שכבר ראינו⁶⁶. אמנם עתה על בית המשפט לא מוטלת המלאכה של כימות האושר שאבד לכדי ערך כספי, אך עתה עומדת בפניו משימה קשה לא פחות, והיא הערכה מהו סכום הכסף שבאמצעותו יוכל הניזוק לרכוש הנאות חלופיות לאלה שאבד. גישה זו צפויה אפוא להביא לעלויות מנהליות גבוהות, בדומה לגישה האישית-סובייקטיבית⁶⁷.

ד. מאחר שהערכת הפיצוי על פי הגישה הפונקציונלית מבוססת על מידת האושר שאיבד הניזוק, מחד גיסא, וההנאות החלופיות שיוכל לרכוש, מאידך גיסא, לא מאפשרת גם גישה זו את סגירת הפער בין נזקו הפרטי של הניזוק ובין העלות החברתית המוחצנת של הפעילות המזיקה.

ה. בדומה לגישה הראשונה, קרי הגישה האישית-סובייקטיבית, לא עולה הגישה הפונקציונלית בקנה אחד עם עקרון האוטונומיה, בשימה דגש על האושר שאיבד הניזוק ועל זה החלופי שיוכל לרכוש, ולא על זכותו לאוטונומיה.

כאמור, שתי גישות אפשריות אחרות – הגישה השנייה והגישה השלישית – הן הערכת הפיצוי בגדר ראש הנזק של פגיעה בזכות לאוטונומיה על פי ערכה האובייקטיבי או הסובייקטיבי של זכות זו, מחד גיסא, וחומרת הפגיעה בה, מאידך גיסא.

יתרונותיה של הגישה השלישית, שלפיה מוערך הפיצוי על פי ערכה הסובייקטיבי של הזכות לאוטונומיה, מחד גיסא, וחומרת הפגיעה בה, מאידך גיסא, ברורים. ראשית, מאחר שבמסגרתה לא מוערך הפיצוי על פי מידת הפגיעה ברגשות החולה, אין בה כדי לשלול את הזכות לפיצוי מניזוקים שמסיבה זו או אחרת אינם מסוגלים לחוש את תוצאותיה הלא-ממוניות של הפגיעה בזכות לאוטונומיה, על החסרונות שיש לכך, שעליהם עמדנו. שנית, מאחר שבגדר גישה זו הפיצוי אינו מוערך על פי תוצאותיה הלא-ממוניות של הפגיעה בזכות לאוטונומיה, אלא על פי ערכה הסובייקטיבי של הזכות, מחד גיסא, וחומרת הפגיעה בה, מאידך גיסא, צפוי להינתן משקל נמוך יותר במסגרתה לשאלה אם תוצאות הטיפול היו מוצלחות, ואם התובע עמד בנטל להוכיח "סיבתיות החלטה". מכאן שאימוצה של גישה זו צפוי למנוע פסיקת פיצוי נמוך לניזוק רק מהטעם שהטיפול הצליח או שיש להניח שהיה מסכים לטיפול המוצע. שלישית, מאחר שעל פי גישה זו מוערך הפיצוי על פי מידת הפגיעה בזכות לאוטונומיה כערכה הסובייקטיבי, ולא על פי מידת הפגיעה ברגשות החולה, יש בה להבטיח כי האינטרס המוגן שבגיניו ניתן פיצוי הוא זכותו של החולה לאוטונומיה. ככזאת עולה גישה זו בקנה אחד עם עקרון האוטונומיה.

עם זאת, לא ניתן להתעלם מקושי מרכזי הטמון בגישה השלישית, והוא הקושי להעריך את הפיצוי שהניזוק זכאי לו. אין חולק כי הערכת הפיצוי בגין הפגיעה בזכותו של החולה לאוטונומיה באופן התלוי בערכה הסובייקטיבי של זכות

66 לטענה זו נגד הגישה הפונקציונלית, ראו: Oguş, *supra* note 23, at pp. 16–17.

67 ראו: Benedek, *supra* note 23, at p. 628.

עבור הניזוק הנה בעייתית, וזאת נוכח הקושי הניכר לקבוע את ערכה של הזכות לאוטונומיה עבור הניזוק המסוים. קביעת ערכה של הזכות לאוטונומיה עבור הפרט שניזוק דורשת הצגת עדויות של הניזוק ושל הקרובים לו בדבר אורח חייו טרם הטיפול הרפואי, עדויות אשר עשויות ללמד על השיעור שזה מוקיר ונותן ביטוי לעקרון האוטונומיה בחייו ובדבר דעותיו וגישותיו בסוגיה.

הצגת עדויות אלה לא רק שצפויה להיות כרוכה בעלויות מנהליות גבוהות, אלא שבית המשפט צפוי להתקל בקושי לגזור מהן מסקנות בדבר ערכה הסובייקטיבי של הזכות לאוטונומיה עבור הניזוק. לא רק זאת, אלא שנוכח קיומו של חשש בלתי מבוטל שעדויותיהם של הניזוק ושל הקרובים לו תושפענה על ידי האינטרס האישי שיש לזה בהצלחת התביעה ובסכום הפיצוי, קיים קושי לבסס עליהן את הערכת הנזק שנגרם לניזוק.

ממילא עולה מכאן שגישה זו לוקה בשלוש מחסרונותיה של הגישה הראשונה. ראשית, היא כרוכה בעלויות מנהליות גבוהות. שנית, הקושי בהערכת הפיצוי כמתואר לעיל צפוי להוביל את בית המשפט לפסוק פיצוי שאינו משקף את עלותה האמיתית של הפעילות המזיקה ולחוסר ודאות מצד מזיקים, דבר אשר יוביל לתוצאה של הרתעת יתר או הרתעת חסר. שלישית, הקושי בהערכת הפיצוי צפוי להוביל לפסיקת פיצוי באופן המשקף בקירוב בלבד את נזקו של התובע, תוצאה שאינה עולה בקנה אחד עם שיקולי צדק מתקן.

לשלושת חסרונות אלה שמקורם בקושי בהערכת הפיצוי, מתווסף חסרון נוסף שמקורו באופן הערכת הפיצוי. מאחר שבגדרה של גישה זו מוערך הפיצוי על פי ערכה הסובייקטיבי של הזכות לאוטונומיה עבור הפרט הניזוק ועל פי חומרת הפגיעה בה, היא אינה מאפשרת לבית המשפט להקטין את הפער בין הנזק הפרטי שנגרם לניזוק ובין העלות החברתית של הפעילות המזיקה, ומשכך מתקבלת תוצאה של הרתעת יתר או הרתעת חסר, כפי שתואר לעיל. ממילא עולה מכאן שבדומה לגישה הראשונה צפויה גם הגישה השלישית להוביל להרתעה שאינה יעילה מטעם זה.

נראה אפוא כי מן הראוי לדחות גם את הגישה השלישית.

כאמור, גישה אפשרית אחרת היא הגישה השנייה, שלפיה יש להעריך את הפיצוי בגדר ראש הנזק של פגיעה בזכות לאוטונומיה על פי ערכה האובייקטיבי של זכות זו, מחד גיסא, וחומרת הפגיעה בה, מאידך גיסא.

בדומה לגישה השלישית מונעת גישה זו שלילת פיצוי מניזוקים שאינם מודעים לפגיעה ולתוצאותיה. בנוסף לכך, בגדרה של גישה זו לא צפוי להינתן משקל מכריע לעובדת הצלחת הטיפול או לחוסר יכולתו של הניזוק להוכיח "סיבתיות החלטה". יתרה מכך, בדומה לקודמתה מבססת גישה זו את הערכת הפיצוי על מידת הפגיעה בזכות לאוטונומיה ולא על מידת הפגיעה ברגשות החולה, וכך יש בה להבטיח שהאינטרס המוגן יהיה זכותו של החולה לאוטונומיה.

לא רק זאת, אלא שבהיותה מבוססת על מבחנים אובייקטיביים, לא לוקה הגישה השנייה, בניגוד לקודמותיה, בקושי להעריך את הפיצוי שמקורו בצורך להעריך את מידת הפגיעה באושרו של הניזוק, או בצורך לקבוע את ערכה הסובייקטיבי של הזכות לאוטונומיה עבור הפרט הניזוק, על ההשלכות שיש לכך. בנוסף לכך, מאחר שעל פי גישה זו נקבע ערכה של הזכות לאוטונומיה באופן המשקף את ערכה בעיני החברה, מאפשרת גישה זו לבתי המשפט להתחשב בעלויותיה ובהטבותיה של דוקטרינת ההסכמה מדעת, וכך להקטין את הפער בין נזקו הפרטי של הניזוק ובין העלות החברתית שלה גרמה פעילות המזיק.

עם זאת, לא ניתן להתעלם מכמה טענות אפשריות נגד הגישה השנייה. הטענה האפשרית הראשונה נגד גישה זו היא שזו עומדת בניגוד לגישה המקובלת בדיני הנזיקין, אשר במסגרתם ניתן הפיצוי על תוצאות הפגיעה, למשל, אבדן כושר השתכרות, הוצאות רפואיות וכאב וסבל, ולא על עצם הפגיעה, למשל, כריתת רגל. הגישה השנייה מאפשרת, כך ניתן לטעון, פסיקת פיצוי על עצם הפגיעה בזכות לאוטונומיה, להבדיל מאשר על תוצאותיה, בדמות הפגיעה ברגשות ובתחושות החולה. באופן זה לא נותנת גישה זו ביטוי להבחנה התאורטית והמעשית הקיימת בין הפגיעה שנגרמה לתובע, שעבורה אחראי המזיק לנזקים שסבל הניזוק בעקבותיה לפיהם מוערך הפיצוי. על מנת לבסס קיומה של עילת תביעה, על התובע להוכיח קיומה של פגיעה. פיצויים, לעומת זאת, נפסקים על בסיס הנזקים התוצאתיים שהניזוק סבל עקב הפגיעה. הגישה השנייה, כך ניתן לטעון, מבססת את הפיצוי על הפגיעה עצמה להבדיל מאשר על תוצאותיה⁶⁸.

גם אם יש ממש בטיעון זה, אין בו, לדעתנו, כדי להצדיק את דחיית הגישה השנייה. הטעם לכך הוא שגישה המעריכה באופן אובייקטיבי את האינטרס שנפגע, ופוסקת לניזוק פיצוי בהתאם לחומרת הפגיעה באינטרס זה כך שנוצרת זהות בין נשוא האחריות לנשוא הפיצוי, אינה זרה למשפט הישראלי. לגישה זו ניתן למצוא תקדים בראש הנזק של קיצור תוחלת חיים. בגדר ראש נזק זה אומצה הגישה האובייקטיבית-קניינית, שלפיה החיים הנם בעלי ערך אובייקטיבי, שפגיעה בהם מזכה את התובע בפיצוי בהתאם לאורך החיים שאבדו, באופן שאינו תלוי בשאלה אם התובע מודע לקיצור תוחלת חייו, או חש בתוצאות לא-ממוניות אחרות עקב כך⁶⁹. הלכה זו מפריכה את הטענה שדיני הנזיקין מכירים בזכותו של הניזוק לפיצוי עבור תוצאות הפגיעה באינטרס המוגן, אך לא בזכותו של הניזוק לפיצוי עבור עצם הפגיעה באינטרס המוגן. הרי במקרים שבהם באה לידי ביטוי הפגיעה בניזוק במותו עקב מעשה העוולה, קיימת זהות מוחלטת בין הפגיעה באינטרס המוגן שבגינה מוטלת אחריות על המזיק – נטילת חייו של הניזוק, לנזק שבגינה נפסק הפיצוי –

68 לטענה זו, ראו: Ogus, *supra* note 23, at p. 11.

69 ראו ע"א 15/66 שנגר נ' פריד, פ"ד כ(2) 455, 460, 464; עניין פרייליך, לעיל הערה 23, בע' 832; ד' קציר פיצויים בשל נזק גוף (מהדורה חמישית, תשס"ג) 1060, 1068.

אבדן החיים. מצב דברים זה זהה, למעשה, לגישה השנייה, ומשכך יש בו לתמוך באימוצה.

טענה אפשרית נוספת נגד הגישה השנייה היא שמאחר שיש בה לאפשר פסיקת פיצוי לניזוק גם במקרים שבהם ברור כי זה לא חווה כל תחושה של אבדן אושר עקב הפגיעה בזכותו לאוטונומיה, וגם במקרים שבהם ברור כי זה לא יוכל לעשות כל שימוש בפיצוי שייפסק לו, הנה בעלת גוון עונשי ולא תרופתי. בהיעדר פגיעה באושרו של אדם, ובהיעדר אפשרות לספק לו הנאה חלופית, על מה יפוצה הניזוק?⁷⁰

פסיקת פיצוי לניזוק בנסיבות אלה, כך ממשיכים וטוענים המתנגדים לגישה זו, אינה אפוא אלא בעלת מטרות עונשיות שאין מקומן בדיני הנזיקין. אף שטענה זו נראית מושכת בתחילה, אין בה כדי להצדיק, לדעתנו, את דחיית הגישה השנייה. ההנחה כי בהיעדר תחושה של אבדן אושר לא נגרם נזק, מוטעית. שלילת ההזדמנות מהחולה לבצע החלטה חופשית ומרדעת באשר לטיפול הרפואי שיינתן לו היא הנזק שסבל. אמנם גישה זו נותנת דגש לפעילותו העוולתית של המזיק, אך בכך נעוץ יתרונה ולא חסרונו. התמקדות בפעילותו העוולתית של המזיק ולא רק בנזקו של הניזוק היא המאפשרת מתן ביטוי לרעיון כי לפסיקת פיצוי לניזוק בפרט ולדיני הנזיקין בכלל לא רק מטרה תרופתית, כי אם גם מטרה הרתעתית.⁷¹

טענה אפשרית שלישית נגד הגישה השנייה היא שאף במסגרתה קיים קושי להעריך את הפיצוי. הטעם לכך הוא שה"נכס" הנקרא "זכותו של החולה לאוטונומיה" נעדר ערך שוק. על כן ובהיעדר כל אמת מידה אחרת שלפיה ניתן לקבוע את ערכו של נכס זה ואת שיעור הפגיעה בו,⁷² צפוי הפיצוי שייפסק לניזוק להיות שרירותי, על ההשלכות השליליות שיש לכך. אף שיש בטענה זו ממש, אין בה כדי להצדיק, לדעתנו, את דחיית גישה זו. הטעם לכך הוא שקושי דומה בהערכת הפיצוי קיים גם במסגרת הגישה הראשונה, קרי הגישה האישית-הסובייקטיבית. היעדרו של קנה מידה להערכת נזקו הסובייקטיבי של הניזוק, בדמות אבדן האושר שסבל, והיעדרו של קנה מידה לכימותו של נזק זה, בולט גם כאן. בהיעדר קנה מידה, קיימת מידה רבה של שרירותיות בקביעת הפיצוי גם במסגרת הגישה הראשונה.⁷³ מן הראוי להוסיף כי טיעון זה מקבל משנה תוקף נוכח הנחייתו של בית המשפט בעניין עלי דעקה, שלפיה ניתן לפסוק פיצוי לניזוק גם אם לא הביא ראיות להוכחת נזקו. הנחייה זו המאפשרת לבית המשפט פסיקת פיצוי בסכום גלובלי לניזוק, צפויה להביא לפסיקת סכומי פיצוי שרירותיים, אף

70 לטענה זו, ראו עניין פרייליך, לעיל הערה 23, בע' 829, 830–831; C.J.J.M. Stolker "The Unconscious Plaintiff: Consciousness as a Prerequisite for Compensation for Non-Pecuniary Loss" 39 *Int. Comp. Law Q.* (1990) 82, 88.

71 לטיעון ברוח דומה בזכות הגישה האובייקטיבית, ראו: Crowe, *supra* note 39, at p. 1292.

72 לטענה ברוח דומה, ראו עניין פרייליך, לעיל הערה 23, בע' 830.

73 לשרירותיות הטמונה באופן אינהרנטי בהערכת הפיצוי עבור נזק לא-ממוני שסבל הניזוק, ראו: P. Cane *Atiyah's Accidents, Compensation and the Law* (1993), 5th ed. (139; King, *supra* note 51, at pp. 179–180).

במסגרת הגישה הראשונה. ואכן, עיון בפסקי הדין שניתנו לאחר פסק הדין בעניין עלי דעקה, בהם נפסק לניזוק פיצוי עבור הפגיעה בזכותו לאוטונומיה, מגלה כי בתי המשפט אינם נוטים להעריך את הפיצוי בהתאם לשיעור הפגיעה באושרו של הניזוק עקב הפרת זכותו לאוטונומיה, אלא מסתפקים בקביעת סכום הפיצוי באופן שרירותי למדי.

הגישה השנייה נראית אפוא כגישה הרצויה. עם זאת, עולה השאלה האם אין להעדיף על פניה את הגישה הרביעית, קרי הגישה האובייקטיבית-תעריפית. כאמור, לפי גישה זו נקבע סכום פיצוי קבוע בגין כל הפרה של הזכות לאוטונומיה, באופן שאינו תלוי בערכה הסובייקטיבי או האובייקטיבי של זכות זו, בחומרת הפגיעה בזכות, או בתוצאותיה הלא-ממוניות של הפגיעה בה.

יתרונה של הגישה הרביעית ברור, והוא טמון בפשטותה. בגדרה לא נדרש בית המשפט לקבוע את ערכה של הזכות לאוטונומיה, את חומרת הפגיעה בזכות לאוטונומיה, או להעריך את תוצאותיה הלא-ממוניות של פגיעה זו. תהליך הערכת הנזק מתמצה, בגדר גישה זו, בפסיקת פיצוי בסכום ששיעורו נקבע בחוק. מכאן עולה כי לגישה הרביעית שני יתרונות חשובים: ראשית, חסכון בעלויות מנהליות עקב חסכון בזמן ובהוצאות הכרוכים בהוכחת ובהערכת הנזק והפיצוי⁷⁴. שנית, יצירת וודאות באשר לסכומי הפיצוי הצפויים. התוצאה צפויה להיות גם כאן חסכון בעלויות מנהליות, שמקורו בפשרות רבות יותר, וכך בהפחתת מספר התביעות⁷⁵. על אף יתרונות אלה נראה כי אין להעדיף גישה זו על פני הגישה השנייה. הטעם לכך הוא שעל פי הגישה הרביעית כל הפרה של זכותו של החולה לאוטונומיה תזכה אותו בפיצוי בסכום הקבוע בחוק, ללא הבחנה בין ניזוקים ומזיקים שונים, על פי חומרת הפגיעה בזכות לאוטונומיה. מצב דברים זה אינו רצוי, בשל כמה טעמים: ראשית, הדבר צפוי להטיל על מזיקים עלויות גבוהות או נמוכות מכפי שגרמו בפועל, בתוצאה של הרתעת יתר או הרתעת חסר. שנית, בקשר הדוק לעובדה שגישה זו עשויה לזכות חלק מהניזוקים בפיצוי גבוה מכפי נזקם, ואחרים בפיצוי נמוך מכפי נזקם, צפויה גישה זו לעוות את תמריצייהם של חולים להגשת תביעות נזיקיות, על ההשלכות שיש לכך, דהיינו הרתעת חסר או הרתעת יתר, ועליה בעלויות מנהליות. שלישית, גישה זו אינה עולה בקנה אחד עם שיקולי צדק מתקן, המחייבים, כפי שראינו, חיובו של המזיק, בפיצוי המשקף את הנזק שגרם לניזוק. רביעית, גישה זו אינה עולה בקנה אחד עם הכלל המקובל בדיני הנזיקין, שלפיו שיעור הפיצוי שלו זכאי הניזוק מוערך על פי נזקו האינדיבידואלי של כל ניזוק⁷⁶. לעומת הגישות האחרות שהוצגו, המאפשרות מתן ביטוי לנסיבותיו

74 ראו: Ogas, *supra* note 23, at pp. 12–13.

75 ראו: Cane, *supra* note 74, at p. 141; King, *supra* note 51, at pp. 196–197.

76 ע"א 357/80 נעים נ' ברדה, פ"ד לו(3) 762, 775. ואכן, שיקול זה עמד ביסוד אימוצה של הגישה הסובייקטיבית. ראו עניין עלי דעקה, לעיל הערה 1, בע' 583 Benedek, *supra* note 23, at p. 630.

אופן הערכת הפיצוי בגדר ראש הנזק של פגיעה בזכות לאוטונומיה

האינדיבידואליות של כל מקרה, בהיקף זה או אחר, הגישה הרביעית אינה מאפשרת מתן ביטוי לנסיבות אלה. עולה מכאן שגישה זו אינה עולה בקנה אחד עם שיקולי קוהרנטיות. המסקנה המתבקשת היא שאין להעדיף את הגישה הרביעית על פני הגישה השנייה.

ה. סיכום

פסק הדין בעניין עלי דעקה התווה דרך חדשה במשפט הישראלי, בקבעו כי פגיעה בזכותו של החולה לאוטונומיה מהווה נזק בר-פיצוי. עם זאת, באותה נשימה ממש שב בית המשפט על עקבותיו, משאימץ גישה אישית-סובייקטיבית להערכת הפיצוי בגדר ראש נזק זה. גישה זו אשר במסגרתה מוערך הפיצוי על פי נזקו הממשי של הניזוק, בדמות הפגיעה ברגשותיו ובתחושותיו, מהווה, במידה רבה, משום חזרה לגישה השמרנית ששררה במשפט הישראלי טרם שניתן פסק הדין, שלפיה החולה זכאי לפיצוי רק אם יוכיח כי סבל נזק ממשי עקב הפרת זכותו לאוטונומיה. ככזאת לא עולה גישה זו בקנה אחד עם עקרון האוטונומיה, עם שיקולי יעילות כלכלית, עם שיקולי צדק מתקן ועם שיקולי קוהרנטיות, ועל כן יש לדחותה.

על פני הגישה שאומצה בעניין עלי דעקה יש להעדיף את הגישה השנייה, שהוצגה לעיל, שלפיה מוערך הפיצוי על פי ערכה האובייקטיבי של הזכות לאוטונומיה, מחד, וחומרת הפגיעה בה, מאידך. גישה זו נותנת ביטוי לרעיון שהאינטרס המוגן במקרים מסוג זה הוא זכותו של החולה לאוטונומיה, וככזאת היא עולה בקנה אחד עם עקרון האוטונומיה, עם שיקולי יעילות כלכלית, עם שיקולי צדק מתקן ועם שיקולי קוהרנטיות.

לסיים, מן הראוי להדגיש שאנו לא שוללים את האפשרות שלפיה בצד הפיצוי עבור הפגיעה בזכות לאוטונומיה כערכה האובייקטיבי, ייפסק לניזוק פיצוי עבור נזק ממשי-סובייקטיבי שסבל עקב כך. אלא שמן הראוי שזכותו של הניזוק לפיצוי עבור נזקים ממין זה, תוגבל למקרים שבהם יעלה בידו להוכיח נזק נפשי ממשי עקב הפרת זכותו לאוטונומיה. בדרך זו ימוזערו החסרונות הטמונים בגישה הראשונה, קרי הגישה האישית – סובייקטיבית, מחד, ויובטח פיצוי ראוי לניזוקים על הנזק הממשי שסבלו, מאידך. עם זאת, על המשפט להכיר, בראש ובראשונה, בזכאותו של הניזוק לקבל פיצוי עבור הפגיעה בזכותו לאוטונומיה כערכה האובייקטיבי.