

## אוטונומיה יחסית (Relational Autonomy): עיון מחודש בפסיקת בתי המשפט

### בתביעות שבהן טענה של היעדר הסכמה מדעת\*

נילי קרקראייל\*\*

דוקטרינת ההסכמה מדעת מבוססת היטב במשפט הישראלי, ועיקרה זכות המטופל לקבל החלטות אוטונומיות בעניינים הקשורים לטיפול הרפואי בו. השאלות מהי החלטה אוטונומית ומהם התנאים הנדרשים על מנת שהחלטה תיחשב לאוטונומית העסיקו כותבים רבים. עיון בספרות מגלה כי לתפיסה הליברלית-אינדיווידואלית, הרואה בפרט יצור רציונלי, הנפרד מסביבתו ובעל יכולת עצמית לקבל החלטות רצוניות, הייתה השפעה חשובה על השיח התאורטי והביראטי בשאלה זו.

בצד גישה זו התפתחה בעשורים האחרונים הגישה של אוטונומיה יחסית, המדגישה את ההשפעות שיש להקשר החברתי והתרבותי הכולל שבו מתקבלות החלטות ולמארג היחסים של הפרט עם אחרים על יכולתו לקבל החלטות אוטונומיות.

על אף חשיבותה של הגישה של אוטונומיה יחסית, זו לא הוזכרה על ידי בתי המשפט בישראל בדיון בדוקטרינת ההסכמה מדעת ובעקרון האוטונומיה העומד ביסודה. למעשה, עיון בפסיקה מלמד כי בתי המשפט מושפעים בעיקר מהתפיסה הדמוקרטית-ליברלית של זכויות האדם וחירויות הפרט. על רקע דברים אלה, למאמר זה שתי מטרות עיקריות: הראשונה – להציג את עיקריה של הגישה של אוטונומיה יחסית. בדרך זו מבקש המאמר להעשיר את הדיון התאורטי בעקרון האוטונומיה ולהציע נקודת מבט תאורטית רחבה יותר לדיון בשאלה מהי החלטה אוטונומית. השנייה – לבחון כיצד עשויה הגישה של אוטונומיה יחסית להשפיע על הכרעות בתי המשפט בתביעות המבוססות על הטענה של היעדר הסכמה מדעת. לשם השגת מטרה זו נבחרו שלושה פסקי דין שניתנו על ידי בית המשפט העליון: עניין מרפאת עין-טל, עניין פלונית ועניין עלי דעקה. המאמר מציע קריאה מחודשת של פסקי הדין מפרספקטיבה של תאוריה של אוטונומיה יחסית, תוך בחינת יתרונותיה וחסרונותיה של גישה זו.

א. מבוא. ב. עקרון האוטונומיה – אינדיווידואליזם ליברלי ואוטונומיה יחסית. ג. עניין מרפאת עין טל: ניתוחים קוסמטיים-אלקטיביים, תפיסות חברתיות בדבר "דימוי הגוף" וההכרעה בדבר היקפה של חובת הגילוי. ד. עניין פלונית: תפיסות חברתיות בדבר הורות ונשיות וההכרעה בשאלת סיבתיות החלטה. ה. עניין עלי דעקה: פערי כוח והכרעה בנוגע לחופשיות רצונו של המטופל. ו. חסרונותיה של הגישה של אוטונומיה יחסית לדוקטרינת ההסכמה מדעת: בחינה ביקורתית. ז. סיכום.

\* המאמר נכתב לכבודו של המשנה לנשיא בית המשפט העליון (בדימוס) אליעזר ריבלין ועתיד להתפרסם גם בספר אליעזר ריבלין (בהוצאת המשפט ונבו).  
\*\*ד"ר נילי קרקראייל, מרצה בכירה, הפקולטה למשפטים ע"ש שטריקס, המסלול האקדמי המכללה למנהל.

## א. מבוא

הכלל שלפיו טרם טיפול רפואי יש לקבל את הסכמתו החופשית והמודעת של המטופל מבוסס היטב במשפט הישראלי.<sup>1</sup> כלל זה, הידוע כדוקטרינת ההסכמה מדעת, שואב את כוחו התאורטי מעקרון האוטונומיה ומבוסס על זכותו של המטופל לקבל החלטות הנוגעות לו.<sup>2</sup>

השאלות מהי החלטה אוטונומית ומהם התנאים הנדרשים על מנת שהחלטה תיחשב לאוטונומית העסיקו כותבים רבים. עיון בספרות מגלה כי לתפיסה הליברלית-אינדיווידואלית, הרואה בפרט יצור תבוני ורציונלי, הנפרד מסביבתו ובעל יכולת עצמית לקבל החלטות רצוניות בנוגע לחייו, הייתה השפעה חשובה על השיח התאורטי והביוראטי בשאלה זו.<sup>3</sup>

בצד גישה זו התפתחה בעשורים האחרונים הגישה של אוטונומיה יחסית, שביקרה את התאוריה הליברלית-אינדיווידואלית. על פי גישה זו, שהשפעתה על השיח הביוראטי גברה בשנים האחרונות, בפרשנות עקרון האוטונומיה יש לתת ביטוי לכך שמאפיינים מרכזיים של הטבע האנושי הם תלות, תקשורת ויחסים עם אנשים אחרים.<sup>4</sup> בהמשך לכך מדגישה גישה זו את ההשפעות שיש להקשר החברתי והתרבותי הכולל שבו מתקבלות החלטות ולמארג היחסים של הפרט עם אחרים על יכולתו לקבל החלטות אוטונומיות.<sup>5</sup>

על אף חשיבותה של הגישה של אוטונומיה יחסית לדיון הביוראטי בשאלה מהי החלטה אוטונומית, זו לא הוזכרה על ידי בתי המשפט בדיון בדוקטרינת ההסכמה מדעת ובעקרון האוטונומיה העומד ביסודה. למעשה, עיון בפסיקה מלמד כי בדיון בעקרון האוטונומיה מושפעים בתי המשפט בעיקר מהתפיסה הדמוקרטית-ליברלית של זכויות האדם וחירויות הפרט.<sup>6</sup> הפרט נתפס ומוצג כ"עולם בפני עצמו, ומטרה בפני עצמה", והודגשה "יכולתו של יצור אנוש בתור שכזה לגבש את אישיותו באופן חופשי, כרצונו, לבטא את שאיפותיו ולבחור בדרכים להגשמתן, לבחור בחירותיו הרצוניות, לא להיות משועבד לכפייה שרירותית".<sup>7</sup> בנוסף לכך, במרבית המקרים נבחנת שאלת האוטונומיה של המטופל בהקשר הצר של היחסים בין המטפל למטופל, והדיון בה מתאפיין בשיח שעניינו חובות הצדדים וזכויותיהם. במרכזו של שיח זה עומדות חובת הגילוי והחובה לקבל

<sup>1</sup> ראו למשל: ע"א 4384/90 ואתורי נ' בית החולים לניאדו, פ"ד נא(2) 171, 183 (1997); ע"א 6153/97 שטנדל נ' שדה, פ"ד נו(4) 746, 754–757 (2002); ע"א 4960/04 סידי נ' קופת חולים של ההסתדרות הכללית, פ"ד ס(3) 590, 598–590 (2005); ס' 13 לחוק זכויות החולה, התשנ"ו–1996. לסקירה מקיפה של המשפט הישראלי, ראו: נילי קרקוראייל דוקטרינת ההסכמה מדעת בחוק זכויות החולה 186–188, 198–214 (2008) (להלן: קרקוראייל דוקטרינת ההסכמה מדעת).

<sup>2</sup> ראו למשל: ע"א 434/94 ברמן נ' מור – המכון למידע רפואי בע"מ, פ"ד נא(4) 205, 212 (1997); עניין ואתורי, לעיל ה"ש 1, בעמ' 182; ע"א 2781/93 עלי דעקה נ' בית חולים "כרמל" חיפה, פ"ד נג(4) 526, 572–573 (1999); עניין שטנדל, לעיל ה"ש 1, בעמ' 764; עניין סידי, לעיל ה"ש 1, בעמ' 598.

<sup>3</sup> ראו למשל: קרקוראייל דוקטרינת ההסכמה מדעת, לעיל ה"ש 1, 20–29; אסף יעקב "דא עקא דעקה – גלגוליה של פגיעה באוטונומיה" משפטים מב 5, 9–13 (2012).

<sup>4</sup> JENNIFER NEDELSKY, LAW'S RELATIONS: A RELATIONAL THEORY OF SELF, AUTONOMY, AND LAW 3, 55 (2011).

<sup>5</sup> John Christman, *Autonomy in Moral and Political Philosophy*, STAN. ENCYCLOPEDIA OF PHIL. (2020); Carolyn McLeod & Susan Sherwin, *Relational Autonomy, Self-Trust, and Health Care for Patients Who Are Oppressed*, in RELATIONAL AUTONOMY: FEMINIST PERSPECTIVES ON AUTONOMY, AGENCY, AND THE SOCIAL SELF 259 (Catriona Mackenzie & Natalie Stoljar eds., 2000); Mark Kuczewski & Patrick J. McCrudden, *Informed Consent: Does It Take a Village? The Problem of Culture and Truth Telling*, 10 CAMBRIDGE QUARTERLY HEALTHCARE ETHICS 34 (2001).

<sup>6</sup> ראו למשל: עניין עלי דעקה, לעיל ה"ש 2, בעמ' 570–571; ע"א 1303/09 קדוש נ' בית החולים ביקור חולים, פ"ד סה(3) 164, 26 אפסד הדין של השופט עמית, פס' 31–32 לפסק הדין של השופט ריבלין (2012); עניין שטנדל, לעיל ה"ש 1, בעמ' 764.

<sup>7</sup> ראו למשל: עניין עלי דעקה, לעיל ה"ש 2, בעמ' 571.

את הסכמתו החופשית של החולה, המוטלות על הרופא, והזכויות לקבלת מידע ולבחירה בטיפול הרצוי מרצון חופשי, הנתונות לחולה.<sup>8</sup>

על רקע דברים אלה, למאמר זה שתי מטרות עיקריות:

הראשונה – להציג את עיקריה של הגישה של אוטונומיה יחסית. בדרך זו מבקש המאמר להעשיר את הדיון התאורטי בעקרון האוטונומיה ולהציע נקודת מבט תאורטית רחבה יותר לדיון בשאלה מהי החלטה אוטונומית.

השנייה – לבחון כיצד עשויה הגישה של אוטונומיה יחסית להשפיע על הכרעות בתי המשפט בתביעות המבוססות על הטענה של היעדר הסכמה מדעת.

לשם השגת מטרה זו נבחרו שלושה פסקי דין שניתנו על ידי בית המשפט העליון: עניין מרפאת עירטל,<sup>9</sup> עניין פלונית<sup>10</sup> ועניין עלי דעקה. הבחירה בפסקי הדין לא הייתה אקראית והושפעה ממטרות המחקר. בהתאמה נבחרו פסקי דין שבהם ההקשר החברתי, התרבותי או הרפואי שבו התבקשה והתקבלה הסכמת המטופל היה דומיננטי. שיקול נוסף שהנחה את הבחירה בפסקי הדין היה הרצון לבחון את השפעתה האפשרית של הגישה של אוטונומיה יחסית על היבטים שונים של דוקטרינת ההסכמה מדעת. בהתאמה, כל אחד מפסקי הדין שנבחר מייצג היבט אחר של ההכרעות שלהן נדרשים בתי המשפט בתביעות בטענה של היעדר הסכמה מדעת: קיומה והיקפה של חובת גילוי; הוכחת סיבתיות החלטה<sup>11</sup> ושאלת חופשיות הרצון של המטופל. בכל אחד מהמקרים תוצג הכרעת בית המשפט כפי שניתנה, ולאחר מכן תוצע קריאה מחודשת של פסק הדין מנקודת המבט של הגישה של אוטונומיה יחסית. באופן ספציפי יותר תבקש הקריאה המחודשת של פסקי דין לבחון כיצד עשויה הגישה של אוטונומיה יחסית להשפיע על הנמקת בתי המשפט ועל היקף החובות המוטלות על המטפל.

אף שהדיון מתמקד בנסיבות המקרים המסוימים שנבחרו, חשיבותו חורגת מנסיבות ספציפיות אלה. הוא צפוי להעשיר את הדיון התאורטי בדוקטרינת ההסכמה מדעת ולשפוך אור על ההשפעות האפשריות של הגישה של אוטונומיה יחסית על דוקטרינת ההסכמה מדעת, ובכלל זה על החובות המוטלות על הרופא ועל כללי האחריות. ככזה, המאמר מהווה את תחילתו של דיון בדוקטרינת ההסכמה מדעת מנקודת המבט של הגישה של אוטונומיה יחסית, ויש לראות בו הזמנה לקיומו של דיון דומה במקרים אחרים.

למאמר שישה חלקים לבד מפרק המבוא. בחלק הראשון תוצג המסגרת התאורטית לדיון. חלק זה יעסוק בגישה הליברלית-אינדיווידואלית ובגישה היחסית לעקרון האוטונומיה. מטרתו העיקרית היא להציג את עיקרי הגישה היחסית והשלכותיה על הבנת והבניית עקרון אוטונומיית החולה. בחלקים השני, השלישי והרביעי יידונו, בהתאמה, פסק הדין בעניין מרפאת טל, פסק הדין בעניין פלונית ופסק הדין בעניין עלי דעקה. חלקו החמישי של המאמר יתמודד עם הטענות האפשריות נגד הגישה היחסית לאוטונומיה, ועיקרו בחינה ביקורתית של גישה זו. החלק השישי והאחרון של המאמר יסכם את הדיון ויצג את התובנות העולות ממנו.

<sup>8</sup> ראו למשל: שם, בעמ' 572–573; עניין ברמן, לעיל ה"ש 2, בעמ' 212; עניין קדוש, לעיל ה"ש 6, בפס' 3 לפסק הדין של השופט ריבלין.

<sup>9</sup> ע"א 1615/11 מרפאת עין טל – מרכז לרפואת עיניים נ' פינקלשטיין (נבו 6.8.2013).

<sup>10</sup> ע"א 980/09 פלונית נ' משיח (נבו 15.3.2012).

<sup>11</sup> תובע המבקש לקבל פיצוי על נזק פיזי שסבל עקב טיפול רפואי בטענה של הפרת חובת הגילוי חייב להוכיח, בנוסף לקיומה של חובה, את קיומו של קשר סיבתי עובדתי ומשפטי בין הפרת חובת הגילוי לבין הנזק הפיזי שלו הוא טוען. כדי להוכיח קשר סיבתי עובדתי כאמור עליו להוכיח לא רק שהטיפול הרפואי הוא שגרם לנזק הגוף שלו הוא טוען, אלא גם סיבתיות החלטה. כלומר, שאילו היה נמסר לו המידע כנדרש, לא היה נותן את הסכמתו לטיפול הרפואי. ראו: עניין קדוש, לעיל ה"ש 6, בפס' 13 ו-22 לפסק הדין של השופט עמית, בפס' 26 ו-27 לפסק הדין של השופט ריבלין.

## **ב. עקרון האוטונומיה – אינדיווידואליזם ליברלי ואוטונומיה יחסית**

עיקרון מרכזי באתיקה הרפואית הוא עקרון האוטונומיה. בבסיס העיקרון עומדת התפיסה שאדם הוא אוטונומי כאשר יש לו את היכולת והרצון החופשי לזהות ולנסח את רצונותיו ומטרותיו ולפעול על פיהם במתכוון. כעיקרון אתי משמעו החופש של הפרט לנהל את חייו על פי ערכיו והעדפותיו כפי שאלה הוגדרו על ידו והחופש מפני התערבויות חיצוניות.<sup>12</sup>

את הפרשנות הרווחת לעקרון האוטונומיה באתיקה הרפואית המערבית ניתן לאפיין ככזו שמבוססת על תפיסה של אינדיווידואליזם ליברלי. על פי גישה זו, הפרט האוטונומי הוא מי שיש לו ריבונות על חייו ויכולת לבחון ולנסח באופן רציונלי את מטרותיו. הוא נתפס כיחידה חברתית עצמאית, נפרד מהסובבים אותו ומההקשר החברתי וההיסטורי של חייו, וכמי שאינו נתון להשפעות חיצוניות.<sup>13</sup>

בהתאמה מציבה גישה זו שלוש דרישות להיות החלטת המטופל החלטה אוטונומית: ראשית, למטופל היכולת לקבל החלטות ולפעול על פיהן. במילים אחרות, החולה כשיר. שנית, ההחלטה התקבלה על ידי החולה מרצון חופשי, ושלא עקב השפעה חיצונית כופה, בין כזאת שמקורה ברופא ובין כזאת שמקורה בצדדים שלישיים (למשל, בני משפחה). שלישית, ברשות החולה נמצא המידע הרלוונטי לקבלת ההחלטה.<sup>14</sup>

כאשר מיושמת במלואה, לגישה זו שתי תוצאות חשובות. ראשית, הדיון בחובות המוטלות על המטפל מתמקד, בדרך כלל, בחובה שלא להתערב בתהליך קבלת ההחלטות של המטופל באופן הפוגע בחופשיות רצונו ובחובת הרופא למסור למטופל, מיוזמתו, את המידע הרלוונטי לשם קבלת החלטה. שנית, תהליך קבלת ההחלטות נתפס כהליך דו-שלבי, שבו הרופא והחולה נפרדים זה מזה. בשלב הראשון על הרופא להציג את הנתונים הרפואיים ואת אפשרויות הטיפול השונות בפני המטופל, ואילו בשלב השני על החולה להחליט, לבדו, כשהוא חופשי מהתערבויות חיצוניות, מהו הטיפול הרפואי שבו הוא מעוניין.<sup>15</sup>

כפי שעולה מדברים אלה, גישה זו אינה מתעלמת מפערי הכוח המאפיינים את יחסי המטפל-מטופל<sup>16</sup> ומהשפעתם על יכולתו של המטופל לקבל החלטות אוטונומיות. היא גם אינה מתעלמת מהשפעות כופות שמקורן בצדדים שלישיים. לפיכך, היא מטילה על המטפל את החובה לנדב למטופל מידע ומדגישה את חובתו להימנע מהשפעות חיצוניות כופות ולמנוע אותן. בה בעת, היא מתעלמת מהמארג החברתי המורכב שבו פרטים מקבלים החלטות וממגוון היחסים וההקשרים המשפיעים על יכולתם של פרטים לקבל החלטות אוטונומיות.

MARILYN FRIEDMAN, AUTONOMY, GENDER, POLITICS 3 (2003); John Christman, *Relational Autonomy*<sup>12</sup> and the Social Dynamics of Paternalism, 17 ETHIC THEORY & MORAL PRAC. 369, 374 (2014)

<sup>13</sup> LORRAINE CODE, WHAT CAN SHE KNOW? FEMINIST THEORY AND ; בעמ' 3, 4, NEDELSKY, לעיל ה"ש 4, בעמ' 3; THE CONSTRUCTION OF KNOWLEDGE 77-78 (1991); Peter I. Osuji, *Relational Autonomy in Informed Consent (RAIC) as an Ethics of Care Approach to the Concept of Informed Consent*, 21(1) MED. HEALTH CARE & PHIL. 101 (2018); Jocelyn Downie & Jennifer Llewellyn, *Relational Theory and Health Law and Policy*, HEALTH L. J. 193, 196 (2008); Edward S. Dove et al., *Beyond Individualism: Is there a Place for Relational Autonomy in Clinical Practice and Research?*, 12 CLINICAL ETHICS 150, 150-151 (2017); Anita Ho, *Relational Autonomy or Undue Pressure? Family's Role in Medical Decision-Making*, 22(1) SCANDINAVIAN J. OF CARING SCI. 128, 131 (2008)

<sup>14</sup> Susan Sherwin, *A Relational Approach to Autonomy in Health Care*, in THE ; בעמ' 128 ו-130; POLITICS OF WOMEN HEALTH: EXPLORING AGENCY AND AUTONOMY 19, 26 (1998)

<sup>15</sup> Timothy E. Quill, *Autonomy in a Relational Context: Balancing Individual, Family, Cultural and Medical Interests*, 20 FAM. SYS. & HEALTH 229, 230 (2002); Jennifer K. Walter & Lainie Friedman Ross, *Relational Autonomy: Moving Beyond the Limits of Isolated Individualism*, 133 PEDIATRICS 16, 17-18 (2014).

<sup>16</sup> Natalie Joseph-Williams et al., *Power Imbalance Prevents Shared Decision Making*, 348 BMJ (2014)

אף שהגישה של אינדיווידואליזם ליברלי נותרה מרכזית בכתיבה הביוראטית, היא עוררה ביקורת שאינה מבוטלת. ביקורת זו, ששורשיה נעוצים בעיקר בכתיבה פמיניסטית, הטילה ספק בתפיסת הפרט כאינדיווידואל, נפרד מסביבתו, עצמאי לחלוטין ובלתי תלוי.<sup>17</sup> תפיסה זו, כך נטען, אינה משקפת את האופן שבו פרטים מקבלים החלטות בפועל ומתעלמת מכך שהחלטות מתקבלות, בדרך כלל, בהקשר של יחסים בין-אישיים וחברתיים, המבוססים על דאגה, תלות ותמיכה הדדית.<sup>18</sup> החלטה בקשר לטיפול רפואי זכתה לביקורת נוספת בטענה שהיא עלולה לגרום לחולים לחוש מבודדים, מנותקים מסביבתם התומכת וכמי שנזנחו על ידי הרופא שהעביר לכתפיהם את האחריות על קבלת החלטות.<sup>19</sup>

על רקע ביקורת זו צמחה הגישה של "אוטונומיה יחסית" (Relational Autonomy) שהציעה פרשנות שונה לעקרון האוטונומיה. על פי גישה זו, בפרשנות מונחים מרכזיים לחוויה האנושית, ובכלל זה אוטונומיה, יש להתחשב בכך שמאפיינים מרכזיים של הטבע האנושי הם תלות, אינטראקציה וקשר עם פרטים אחרים.<sup>20</sup> בהתאמה ממשיכה גישה זו וטוענת שבפרשנות עקרון האוטונומיה יש לתת ביטוי לכך שפרטים הם חלק ממארג של יחסים וקשרים חברתיים המעצבים את זהותם, משפיעים על החלטותיהם ובה בעת מושפעים מהן.<sup>21</sup>

עיון בספרות העוסקת באוטונומיה יחסית מגלה שלוש תמות עיקריות הכרוכות זו בזו:<sup>22</sup> ראשית, למארג היחסים שיש לפרט עם בני משפחה, חברים, שכנים, קולגות, חברי הקהילה ופרטים אחרים תפקיד מרכזי בכינון הזהות והעצמיות של הפרט. האינטרסים, המטרות, הערכים והאמונות שלהם מייחס הפרט חשיבות הם תוצר משתנה של דיאלוג מתמשך שיש לפרט עם פרטים אחרים, עם מוסדות חברתיים ועם התרבות, ההיסטוריה והמסורת שלו.<sup>23</sup>

שנית, היכולת לקבל החלטות באופן אוטונומי אינה נתונה מראש. זו יכולת המתפתחת במהלך חייו של אדם. מאחר שזהות הפרט נוצרת במארג היחסים שיש לו עם פרטים אחרים, עם הקהילה ועם החברה בכללותה, פיתוח היכולת לקבל החלטות אוטונומיות, שימורה וחיזוקה אפשריים רק על רקע וכחלק מיחסים וקשרים חברתיים התומכים בכך. על כן, אם הפרט הוא חלק מקהילה שבמסגרתה לא ניתנה ההזדמנות לפתח את הכישורים הנדרשים לשם קבלת החלטות אוטונומיות, הוא יחסר את היכולת לפעול באופן אוטונומי. קושי לפעול באופן אוטונומי עשוי להתעורר גם במקרה של פרטים המשתייכים לקבוצות מוחלשות באוכלוסייה. אלה עלולים להפנים את התפיסה

<sup>17</sup> Walter & Ross, לעיל ה"ש 15, בעמ' 18.

<sup>18</sup> John Christman, *Relational Autonomy, Liberal Individualism, and the Social Constitution of Selves*, 117 *Phil. Stud.* 143, 143 (2004); ALASDAIR MACLEAN, *AUTONOMY, INFORMED CONSENT AND MEDICAL LAW: A RELATIONAL CHALLENGE* 29–30 (2009).

<sup>19</sup> ראו: Ho, לעיל ה"ש 13, בעמ' 134–133; Janet Delgado, *Re-Thinking Relational Autonomy: Challenging the Triumph of Autonomy Through Vulnerability*, 5 *BIOETHICS UPDATE* 50, 57 (2019).

<sup>20</sup> NEDELSKY, לעיל ה"ש 4, בעמ' 55.

<sup>21</sup> Catriona Mackenzie & Natalie Stoljar, *Introduction: Autonomy Refigured*, in *RELATIONAL AUTONOMY: FEMINIST PERSPECTIVES ON AUTONOMY, AGENCY AND SOCIAL SELF* 3, 4 (Catriona Mackenzie & Natalie Stoljar eds., 2000). Delgado; Mackenzie & Natalie Stoljar (eds.), לעיל ה"ש 19, בעמ' 8.

<sup>22</sup> ודוק, איני מתעלמת מהבדלי הגישות שבין המלומדים השונים שדנו במונח "אוטונומיה יחסית". עם זאת, אני סבורה שלמרות הבדלים אלה ניתן להבחין בכמה תמות מרכזיות הרלוונטיות לדיון במאמר.

<sup>23</sup> Jennifer Nedelsky, *Reconceiving Autonomy: Source, Thoughts and Possibilities*, 1 *YALE J. L. & FEMINISM* 7 (1989); Linda Barclay, *Autonomy and the Social Self*, in *RELATIONAL AUTONOMY: FEMINIST PERSPECTIVES ON AUTONOMY, AGENCY AND SOCIAL SELF* 52, 53–54, 61–62 (Catriona Mackenzie & Natalie Stoljar eds., 2000). Walter & Ross; NEDELSKY, לעיל ה"ש 15, בעמ' 19; NEDELSKY, לעיל ה"ש 4, בעמ' 3–4; Christman, לעיל ה"ש 18, בעמ' 144, 147.

החברתית שלהם כחסרי ערך חברתי ומסוגלות, לפקפק ביכולתם לקבל החלטות אוטונומיות ועל כן להימנע מכך לחלוטין.<sup>24</sup>

תוצאה חשובה של תפיסה זו היא הרחבת גבולות הדיון בהשפעות שיש לצדדים שלישיים על האוטונומיה של הפרט. בעוד שהגישה הליברלית-אינדיווידואלית מתמקדת בחשש מפני השפעות חיצוניות כופות (למשל, כפייה, השפעה או מניפולציה), וכך מדגישה היבט אחד בלבד של היחסים של הפרט עם הסובבים אותו,<sup>25</sup> הגישה של אוטונומיה יחסית אינה מסתפקת בכך. היא מדגישה, בנוסף לכך, את החשיבות שיש לקיומם של יחסים תומכים, המאפשרים ויוצרים את התנאים הנדרשים לפיתוח, חיזוק ושגשוג יכולתו של הפרט לקבל החלטות אוטונומיות.<sup>26</sup> בהתאמה, היא מתייחסת לא רק להשפעות השליליות האפשריות של צדדים שלישיים על זהותו האוטונומית של הפרט, כי אם גם להשפעות המיטיבות שעשויות להיות לצדדים אלה על יכולתו לקבל החלטות אוטונומיות.<sup>27</sup>

שלישית, יכולתו של הפרט לקבל החלטות אוטונומיות צריכה להיבחן בהתחשב בהקשר החברתי הרחב שבו הוא מקבל את החלטותיו. כך, בניגוד לגישה המסורתית הבוחנת אם החלטה מסוימת שקיבל הפרט עומדת בתנאים להיות החלטה אוטונומית, הגישה היחסית מבוססת על התפיסה שהזהות האוטונומית של הפרט נוצרת בתוך ההקשר הרחב של יחסים חברתיים ומעוצבת על ידי משתנים חברתיים (למשל, גזע, מעמד, מגדר, מוצא אתני ולאומיות).<sup>28</sup> לכן, יש להיות ערים לאופן שבו השתייכות לקבוצות מוחלשות באוכלוסייה וכן דעות קדומות והטיות כלפי חבריהן של קבוצות אלה עלולות לפגוע ביכולתם של פרטים לפתח זהות אוטונומית ולקבל החלטות אוטונומיות.<sup>29</sup> בהמשך לכך, הגישה של אוטונומיה יחסית מוסיפה ממד נוסף לדיון בשאלת האוטונומיה: דיכוי (oppression). ייחודו של ממד זה כפול – ראשית, בניגוד לכפייה או להיעדר מידע, שהשפעתם על יכולתו של הפרט לקבל החלטות אוטונומיות ברורה וגלויה, לדיכוי השפעה מורכבת ולעיתים קרובות בלתי נראית על הפרט. שנית, דיכוי אינו מתמקד בגורמים המשפיעים על יכולתו של הפרט המסוים לקבל החלטות אוטונומיות, כי אם בגורמים המשפיעים על האוטונומיה של פרטים המשתייכים לקבוצות חברתיות מסוימות.<sup>30</sup>

הגישה היחסית לעקרון האוטונומיה השפיעה לא רק על האופן שבו הובן עיקרון זה כמונח תאורטי. החלטה בהקשר של טיפול רפואי הייתה בעלת השפעה על האופן שבו נוסחו החובות המוטלות על המטפל ועל הבנת תהליך קבלת ההחלטות והבנייתו.

התפיסה שהאינטרסים, הערכים והרצונות של הפרט הם תוצר של דיאלוג עם פרטים אחרים, עם מוסדות חברתיים, עם התרבות ועם המסורת שלו הדגישה את חובת הרופא לייחס חשיבות להעדפות החולה המסוים, לצורכי המידע המיוחדים לו ולמארג הקשרים החברתיים

---

Marilyn Friedman, *Autonomy, Social Disruption and Women*, in RELATIONAL AUTONOMY: FEMINIST PERSPECTIVES ON AUTONOMY, AGENCY AND THE SOCIAL SELF 35, 40–41 (Catriona Mackenzie & Natalie Delgado, eds., 2000); לעיל הי"ש 5, בעמ' 262, Nedelsky; לעיל הי"ש 23, Delgado; לעיל הי"ש 19, בעמ' 7; Christman; לעיל הי"ש 18, בעמ' 143, 148; Barclay; לעיל הי"ש 23, בעמ' 57–58.  
<sup>25</sup> היבט זה זכה בספרות לכינוי 'negative freedom'. ראו: Dove et al.; לעיל הי"ש 13, בעמ' 152.  
<sup>26</sup> ראו: Nedelsky; לעיל הי"ש 23; Christman; לעיל הי"ש 18, בעמ' 148; Delgado; לעיל הי"ש 19, בעמ' 12.  
<sup>27</sup> Laura Specker Sullivan & Fay Niker, *Relational Autonomy, Paternalism, and Maternalism*, 21 ETHICAL THEORY & MORAL PRAC. 649, 654 (2018).  
<sup>28</sup> Sherwin; לעיל הי"ש 14, בעמ' 26; Mackenzie & Stoljar; לעיל הי"ש 21, בעמ' 4; Natalie Stoljar, *Informed Consent and Relational Conceptions of Autonomy*, 36 J. OF MED. & PHIL. 375, 376 (2011).  
<sup>29</sup> Sherwin; לעיל הי"ש 14, בעמ' 25; Christman; לעיל הי"ש 12, בעמ' 377–378; ודוק, הגישה היחסית אינה טוענת שכל מי שמשתייך לקבוצה מוחלשת אינו יכול לקבל החלטות אוטונומיות או שכל מי שמעמדו החברתי איתן יכול לקבל תמיד החלטות אוטונומיות. גישה זו קוראת לתת את הדעת לאופן שבו שיוך חברתי משפיע על יכולתו של הפרט לקבל החלטות אוטונומיות. על כך, ראו: McLeod & Sherwin; לעיל הי"ש 5, בעמ' 259–260. שם.  
<sup>30</sup>

שבהם העדפות וצרכים אלה נטועים.<sup>31</sup> על פי תפיסה זו, על הרופא להימנע מתהליך הסכמה מדעת אחיד ופורמלי. עליו להתמקד בחולה המסוים, להתבונן בהקשר החברתי הכולל שבו הוא ממוקם, להכיר את הנסיבות שעיצבו את העדפותיו ולבחון מה בעל משמעות עבורו.<sup>32</sup>

הכרה כי יכולתו של הפרט לקבל החלטות אוטונומיות אינה יכולת נתונה וקבועה, כי אם כזאת היכולה להתפתח ולשגשג בהתקיים קשרים חברתיים תומכים, הדגישה את חובת הרופא ליצור תנאים שיאפשרו לחולה קבלת החלטות אוטונומיות המשקפת את ערכיו ורצונותיו.<sup>33</sup> על פי תפיסה זו, תפקיד הרופא אינו מתמצה במסירת מידע לחולה ובהימנעות מהתנהגויות שיש בהן בפועל השפעה כופה. בהיותו חלק מהמארג החברתי היוצר את זהותו האוטונומית של הפרט, עליו לקדם את יכולתו של הפרט לקבל החלטות אוטונומיות, לתמוך בה ולחזק אותה.<sup>34</sup>

הבנה של צדדים שלישיים עשויה להיות לא רק השפעה שלילית על יכולתם של חולים לקבל החלטה אוטונומית, כי אם גם השפעה חיובית, הדגישה את החשיבות שיש לבני משפחה בפיתוח יכולתו של הפרט לקבל החלטות אוטונומיות ואת התפקיד התומך שיש להם בתהליך קבלת ההחלטות. בצד זאת, הוזכרה הפגיעה האפשרית ביכולת הפרט לקבל החלטות אוטונומיות הכרוכה בנייתו ממערך תומך זה. בהמשך לכך, נטען שעל רופאים לאפשר לבני משפחה לקחת חלק בתהליך קבלת ההחלטות, אם רצונו של החולה בכך.<sup>35</sup>

לבסוף, ההבנה שיכולתם של פרטים לקבל החלטות אוטונומיות מושפעת מההקשר החברתי הרחב ומעוצבת על ידי משתנים חברתיים הובילה את הגישה היחסית לטענה שעל רופאים להכיר בהשפעתם של גורמים אלה על יכולתו של הפרט לקבל החלטות אוטונומיות בהקשר של טיפול רפואי. בהמשך לכך, רופאים נקראו שלא להסתפק בבחינת התנאים הצרים להיות החלטה אוטונומית, במנותק מההקשר החברתי הרחב שבו ההחלטה התקבלה. עליהם להיות מודעים, כך נטען, לקשר שבין משתנים חברתיים לבין יכולתו של הפרט לקבל החלטות אוטונומיות ולהחלטות המתקבלות על ידו. בנוסף לכך, עליהם להיות ערים להשפעה האפשרית של דעות קדומות והטיות על האופן שבו שני הצדדים לתהליך קבלת ההחלטות – הרופא והחולה – מבנים את תהליך קבלת ההחלטות.<sup>36</sup> במישור המעשי, משמעות הדבר כפולה. ראשית, על הרופא ליצור תנאים שיאפשרו למטופל לבחון את העדפותיו, לזהות את הגורמים שתרמו לעיצובן ולהתבונן על החלטותיו באופן ביקורתי. שנית, על הרופא לנסות לנטרל, במידת האפשר, את אותן דעות קדומות והטיות המובילות אותו לאמץ התנהגויות הפוגעות ביכולתו של הפרט לקבל החלטות אוטונומיות.<sup>37</sup>

תוצאה חשובה של תובנות אלה היא דחיית התפיסה שלפיה תהליך קבלת ההחלטות הוא תהליך שבו מעורבים שני צדדים, הרופא והחולה, שהם נפרדים זה מזה ומנותקים מהמארג החברתי שבמסגרתו מתקבלות ההחלטות.<sup>38</sup> על פי הגישה של אוטונומיה יחסית, תהליך קבלת ההחלטות הוא תהליך משותף, שבו מעורבים המטופל, בני המשפחה והמטפל, המתרחש על רקע ההקשר

<sup>31</sup> שם, בעמ' 267–268, Delgado; לעיל ה"ש 19, בעמ' 7–8.  
<sup>32</sup> Carolyn Ells et al., *Relational Autonomy as a Component of Patient-Centered Care*, 4 IJFAB 79, 89–90 (2011).

<sup>33</sup> Delgado, לעיל ה"ש 19, בעמ' 7, 9.  
<sup>34</sup> שם, בעמ' 12; Christman, לעיל ה"ש 12, בעמ' 379–380; Ells et al., לעיל ה"ש 32, בעמ' 87, 91; McLeod & Sherwin, לעיל ה"ש 5, בעמ' 268.

<sup>35</sup> Ho, לעיל ה"ש 13, בעמ' 133–134.  
<sup>36</sup> Sherwin, לעיל ה"ש 14, בעמ' 26, 36, 38; Stoljar, לעיל ה"ש 28, בעמ' 380–381.  
<sup>37</sup> שם, בעמ' 381; McLeod & Sherwin, לעיל ה"ש 5, בעמ' 270.

<sup>38</sup> פרשנות זו מקבילה למודל אותו כיניתי בכתיבה קודמת "מודל השתתפות". ראו: קרקוראייל **דוקטרינת ההסכמה מדעת**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 190.

החברתי הכולל שבו מתקבלות ההחלטות. זהו תהליך המבוסס על יחסים של דאגה ותמיכה, ועיקרו דיאלוג שמטרתו לאפשר לחולה לממש את זכותו לאוטונומיה.<sup>39</sup> לסיום הדיון בגישה היחסית לאוטונומיה חשוב להעיר שתי הערות:

ראשית, הגישה היחסית אינה שוללת את רעיון האוטונומיה, ובכלל זה את זכותם של פרטים לקבל החלטות אוטונומיות. היא מציעה הבנה שונה של העיקרון – רחבה יותר – מזו של הגישה הליברלית-אינדיווידואלית.<sup>40</sup> האחרונה רואה את הפרט כמקבל החלטות עצמאי ונפרד מאחרים, מציעה תפיסה צרה של החובות המוטלות על הרופא ומתמקדת ביחס הדיאדי של המטפל והמטופל ובשאלת האוטונומיות של החלטות מסוימות. לעומת זאת, הגישה היחסית קוראת לבחון, בנוסף לכך, את המארג החברתי הרחב שבמסגרתו מקבל החולה החלטות, מדגישה את התפקיד התומך שיש לקשרים חברתיים בפיתוח יכולתו של הפרט לקבל החלטות אוטונומיות ומטילה על הרופא את החובה לתמוך בחולה באופן שיאפשר לו לממש את זכותו לאוטונומיה.<sup>41</sup>

שנית, אף שהגישה של אוטונומיה יחסית מדגישה את החשיבות שיש לקשרים חברתיים בפיתוח זהותו האוטונומית של הפרט, היא אינה מתעלמת מההשפעות החיצוניות השליליות שעשויות להיות לאותם קשרים על יכולתם של פרטים לקבל החלטות אוטונומיות. כך, למשל, כותבים שסברו שיש לערב בני משפחה בתהליך קבלת ההחלטות, בשל השפעתם החיובית על יכולתו של הפרט לקבל החלטות אוטונומיות, היו ערים לכך שבקהילות מסוימות (למשל, בקהילות פטריארכליות) או במשפחות מסוימות, קשרי משפחה עלולים להתאפיין בכפייה ושליטה עד כדי שלילת יכולתו של הפרט להפעיל רצון חופשי.<sup>42</sup> בהמשך לכך, כמה כותבים הדגישו שהכרה בחשיבות שיש לקשרים חברתיים, מסורת, תרבות והיסטוריה בפיתוח זהותו האוטונומית של הפרט, אין משמעה התעלמות מקיומן של פרקטיקות מדכאות וכופות בקהילות מסוימות.<sup>43</sup> לכן, אתגר מרכזי הניצב בפני הגישה היחסית לאוטונומיה הוא הצורך להבחין בין יחסים המקדמים את יכולתו של החולה לקבל החלטות אוטונומיות לבין יחסים הפוגמים ביכולת זו.<sup>44</sup> עתה, משהוצגו עיקריה של הגישה של אוטונומיה יחסית, ייבחנו בחלקו הבאים של המאמר השפעותיה האפשריות של גישה זו על הפסיקה העוסקת בדוקטרינת ההסכמה מדעת.

### ג. עניין מרפאת עין טל: ניתוחים קוסמטיים-אלקטיביים, תפיסות חברתיות בדבר "דימוי הגוף" וההכרעה בדבר היקפה של חובת הגילוי

כאמור, פסק הדין הראשון שנבחר הוא פסק הדין בעניין מרפאת טל. פסק הדין נבחר לא רק משום שענה לקריטריונים הכלליים שלפיהם נבחרו פסקי הדין, אלא גם משום שהוא אחד מפסקי הדין היחידים שניתנו על ידי בית המשפט העליון ושהתפרסמו במאגרי המידע העוסקים בסוגיה של הסכמה מדעת לניתוחים קוסמטיים-אלקטיביים. למעשה, שני פסקי הדין הנוספים שאיתרתי עסקו אף הם בניתוחים להסרת משקפיים.<sup>45</sup>

<sup>39</sup> Delgado, לעיל ה"ש 19, בעמ' 13. מודל זה מקביל למודל אותו כיניתי בכתיבה קודמת מודל שיתוף הפעולה. ראו: קרקראייל דוקטרינת ההסכמה מדעת, שם, בעמ' 214.

<sup>40</sup> Christman, לעיל ה"ש 18, בעמ' 143, 146; Sherwin, לעיל ה"ש 14, בעמ' 32, 34.

<sup>41</sup> שם, בעמ' 32, 34.

<sup>42</sup> Ho, לעיל ה"ש 13, בעמ' 139, 141.

<sup>43</sup> Fabrizio Turolto, *Relational Autonomy and Multiculturalism*, 19 CAMBRIDGE Q. OF HEALTHCARE ETHICS 542, 547-548 (2010).

<sup>44</sup> Delgado, לעיל ה"ש 19, בעמ' 13.

<sup>45</sup> ע"א 1997/10 צורף נ' רוזנבאום (נב) 13.2.2012; רע"א 3581/13 בראל נ' מכון הלייזר בבית החולים אסף הרופא (נב) 6.6.2013.



הבחירה לשייך ניתוחים להסרת משקפיים לקטגוריה של הליכים קוסמטיים אינה מובנת מאליה ודורשת הסבר. מאחר שביסוד ניתוחים להסרת משקפיים עומדת, לעיתים קרובות, המטרה של שיפור איכות החיים של המטופל, יש הנוטים להבחין בינם לבין הליכים קוסמטיים בטענה שמטרת האחרונים היא שינוי המראה החיצוני של המטופל. למרות זאת, אני סבורה שניתוחים להסרת משקפיים שייכים לקטגוריה של הליכים קוסמטיים. ראשית, בדומה להליכים קוסמטיים "קלסיים" (למשל, ניתוחי אף, ניתוחים להגדלת חזה), מדובר בהליך המבוצע שלא מטעמים רפואיים ושלא למטרת רפואית. במילים אחרות, בדומה להליכים קוסמטיים "קלסיים", מדובר בהליך אלקטיבי. שנית, גם אם שיפור איכות החיים של המטופל מהווה מניע מרכזי בביצוע ניתוחים להסרת משקפיים, לא ניתן להתעלם מההשפעה שיש לניתוחים אלה על המראה החיצוני של המטופל. בה בעת, המטרה של שיפור איכות החיים של המטופל אינה ייחודית לניתוחים להסרת משקפיים. להליכים קוסמטיים "קלסיים" רבים יש השפעה מיטיבה על איכות החיים של המטופל. זה, למשל, המצב במקרה של מטופלת שנמנעה מללכת לחוף הים בשל עודפי עור שנתרו על גופה לאחר כמה לידות המבקשת לבצע ניתוח למתיחת בטן ולהסרת עודפי עור, שלאחריו תרגיש בנוח ללכת לים. שלישית, בדומה להליכים קוסמטיים "קלסיים", ניתוחים להסרת משקפיים אינם נכללים בסל שירותי הבריאות וככאלה הם מבוצעים באופן פרטי. מכאן עולה שבשני המקרים לרופא המבצע את ההליך יש אינטרס כלכלי בביצועו, דבר העשוי להשפיע על היקף המידע הנמסר למטופל ועל עוצמת המאמצים לשכנעו לבצע את ההליך.

משהקדמתי דברי הסבר לבחירה בפסק הדין בעניין מרפאת עין טל, אפנה לתיאור עובדות פסק הדין. במקרה זה נדונה תביעתה של אישה שעברה ניתוח לייזר בעיניה להסרת משקפיים. כשבעה חודשים לאחר הניתוח, ראייתה של התובעת החלה להדרדר, ובדיקות שביצעה העלו כי היא לקתה במחלת עיניים הגורמת לעיוות בראייה. התובעת טענה, בין השאר, שהניתוח בוצע בה מבלי שנמסר לה מידע על אודות הסיכונים הכרוכים בניתוח.<sup>46</sup> טענתה התקבלה על ידי בית המשפט העליון.<sup>47</sup> בית המשפט סבר שעל המטפל חלה חובת גילוי בנסיבות המקרה, וכי חובה זו הופרה על ידו משלא יידע את התובעת שהקרניות שלה מוגדרות כדקות מלכתחילה וכי ביצוע הניתוח במצבה עומד בניגוד להמלצות ה-FDA. את החלטתו להשית על המטפל את החובה למסור לתובעת מידע זה נימק בית המשפט בשלושה: ראשית, היות הניתוח אלקטיבי ורף הגילוי הגבוה במיוחד שהוטל בפסיקה קודמת על רופאים במקרים מסוג זה. שנית, העובדה שמדובר בניתוח חדשני שבוצע במסגרת פרטית. שלישית, העובדה שהתובעת הרבתה להציג שאלות בדבר הטיפול המוצע וכך גילתה דעתה כי היא מעוניינת לקבל מידע מפורט על אודות הטיפול.<sup>48</sup> מאחר שהנימוק השלישי אינו ייחודי לתביעות שעניינן ניתוחים קוסמטיים-אלקטיביים,<sup>49</sup> אתמקד בשני הנימוקים הראשונים.

כאמור, את החלטתו להשית חובת גילוי על המטפל נימק בית המשפט, בראש ובראשונה, בהלכה שהתגבשה בפסיקה קודמת. עיון בפסיקה קודמת זו מגלה שאת קביעתו של רף גילוי גבוה במקרה של טיפולים קוסמטיים-אלקטיביים הסביר בית המשפט בהיעדר צורך רפואי בביצוע הטיפול וביכולת המטופל לנהל אורח חיים רגיל אף בלעדיו.<sup>50</sup> במקרים מסוג זה ניתן להניח שהמטופל יסרב

<sup>46</sup> עניין **מרפאת עין טל**, לעיל ה"ש 9, בפס' 1 לפסק הדין של השופט עמית.

<sup>47</sup> שם, בפס' 2 לפסק הדין של השופט עמית.

<sup>48</sup> שם, בפס' 8 לפסק הדין של השופט עמית.

<sup>49</sup> ראו: ע"א 67/66 **בר'חי נ' שטיינר**, פ"ד כ(3) 230, 233 (1966); עניין **קדוש**, לעיל ה"ש 6, בפס' 53 לפסק הדין של השופט עמית.

<sup>50</sup> עניין **צורף**, לעיל ה"ש 45, בפס' 8.

לטיפול הרפואי אם יהיה מודע לסיכונים הכרוכים בו, גם אם הסיכון אינו שכיח ודרגת חומרתו נמוכה. לפיכך, יש חשיבות יתרה למסירת מידע מסוג זה.<sup>51</sup>

הנימוק השני להטלת חובת גילוי על המטפל – ביצוע הטיפול במסגרת פרטית – לא זכה להסבר של ממש בפסק הדין. עם זאת, בית המשפט הזכיר את אופייה החוזי של ההתקשרות בין הצדדים ואת ההיצע הרחב של ניתוחים פרטיים המוצע לציבור בפרסומים שונים.<sup>52</sup> מכאן ניתן ללמוד שביסוד נימוק זה עומדים מאפייניהם המסחריים של טיפולים קוסמטיים-אלקטיביים והחשש שמא האינטרסים הכלכליים של המטפל בביצוע הטיפול יניעו אותו להמעיט בחומרת הסיכונים הכרוכים בהליך.<sup>53</sup>

אף שההלכה שהתגבשה בפסיקה ושיושמה בעניין מרפאת עין טל ראווה, בחינת הסוגיה מנקודת המבט של אוטונומיה יחסית מציעה הסבר מעמיק יותר לחובת הגילוי הרחבה המוטלת על מטפלים במקרה של טיפולים קוסמטיים. כפי שנראה, לאימוץ נקודת מבט זו עשויה להיות השפעה לא רק על ההצדקה להטלת חובת גילוי רחבה על מטפלים, אלא גם על אופיו של תהליך ההסכמה מדעת.

כפי שראינו, הגישה של אוטונומיה יחסית מזמנת בחינה של ההקשר החברתי הרחב שבו פרטים מקבלים את החלטותיהם ושבמסגרתו הם מעצבים את העדפותיהם וערכיהם. על פי גישה זו, ההכרעה בשאלת היקפה ומהותה של חובת הגילוי במקרה של טיפולים קוסמטיים צריכה להיעשות בהתחשב במשתנים החברתיים, בהשפעות החברתיות ובמניעים הפסיכולוגיים הקשורים לנכונות לבצע הליכים קוסמטיים.

ואכן, מחקרים אמפיריים שבחנו את נכונותם של פרטים לבצע הליכים קוסמטיים מצאו כי למגדר, למאפיינים פסיכולוגיים והתנהגותיים של הפרט ולתפיסות חברתיות בדבר מראה חיצוני יש השפעה מכרעת על החלטתם של פרטים אם לבצע ניתוחים אלה.

בראש ובראשונה בולט הקשר בין מגדר לבין נכונות לבצע ניתוחים קוסמטיים. אף שמספר הגברים המבצעים ניתוחים קוסמטיים גדל באופן דרמטי בשנים האחרונות, נכונותן של נשים לבצע הליכים רפואיים לשם שיפור המראה החיצוני נותרה גבוהה יותר מזו של גברים.<sup>54</sup>

עוד נמצא קשר חיובי בין הנכונות לבצע הליכים קוסמטיים לבין המאפיינים הפסיכולוגיים וההתנהגותיים הבאים: דימוי גוף שלילי והערכה עצמית נמוכה;<sup>55</sup> אימוץ גישות סקסיסטיות כלפי נשיות וגבריות (למשל, בעניין תפקידים מגדריים וזכויות נשים);<sup>56</sup> תדירות גבוהה של חשיפה לתקשורת (במיוחד לתוכניות בידור, ריאליטי ויופי);<sup>57</sup> היכרות קרובה עם מי שביצעו ניתוחים קוסמטיים;<sup>58</sup> ולבסוף, תדירות גבוהה של שיח עם בני משפחה וחברים על אודות ההשפעה של מראה חיצוני על מידת הפופולריות של הפרט.<sup>59</sup>

<sup>51</sup> עניין **שטנדל**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 757.

<sup>52</sup> שם, בעמ' 757-758; עניין **מרפאת עין טל**, לעיל ה"ש 9, בפס' 8 לפסק הדין של השופט עמית.

<sup>53</sup> למאפיין זה של ניתוחים קוסמטיים התומך בהטלת חובת גילוי רחבה, ראו: Melanie Latham, *The Shape of Things to Come: Feminism, Regulation and Cosmetic Surgery*, 16 MED. L. REV. 437, 439 (2008).

<sup>54</sup> Viren Swami et al., *Blame It on Patriarchy: More Sexist Attitudes are Associated With Stronger Consideration of Cosmetic Surgery for Oneself and One's Partner*, 48 INT'L. J. OF PSYCH. 1221, 1222 (2013); Tiffany N. Boulton & Claudia Malacrida, *Women and Cosmetic Breast Surgery: Weighting the Medical, Social and Lifestyle Risks*, 22 QUALITATIVE HEALTH RES. 511, 511 (2012).

<sup>55</sup> Shelly Erikson & Sara Goering, *A Test of the Agency Hypothesis*; בעמ' 1-2; Swami et al., לעיל ה"ש 54, בעמ' 1227-1226.

<sup>56</sup> Erikson & Goering, שם; Swami et al., לעיל ה"ש 54, בעמ' 1227-1226.

<sup>57</sup> שם, בעמ' 1222; Erikson & Goering, לעיל ה"ש 55, בעמ' 897-896.

<sup>58</sup> שם.

<sup>59</sup> Amanda Nerini et al., *Psychological Predictors in Consideration of Cosmetic Surgery Among Women*, 38 AESTHETIC PLASTIC SURGERY 461 (2014).

לא לה מצטרפות תפיסות תרבותיות מערביות בדבר נשיות וגבריות, ובאופן ספציפי יותר בדבר אידיאל היופי שאליו יש לשאוף. אידיאל זה – שלתקשורת, לתרבות הפופ ולאינטראקציה אנושית תפקיד מרכזי ביצירתו<sup>60</sup> – אחראי ליצירת מראה אחיד הנחשב לנורמטיבי ולמקובל.

עוד עולה ממחקרים כי התאמה לאידיאל היופי המקובל אינה רק עניין פיזי, וכי להחלטה של הפרט להתאים את הגוף לאידיאל זה באמצעות ניתוח קוסמטי השלכות החורגות מההיבט הפיזי של ההליך. כך, למשל, כמה מחקרים מצאו שאנשים הנתפסים כמושכים, מקובלים יותר חברתית וככלל פחות בודדים, בעלי מיומנויות חברתיות מפותחות יותר, בעלי הצלחה רבה יותר עם המין השני, משתכרים שכר גבוה יותר ונתפסים כעובדים טובים יותר.<sup>61</sup> לעומת זאת, אנשים המסרבים לציית לסטנדרטים מקובלים של יופי חשופים לגינוי ולהדרה חברתיים. דברים אלה נכונים במיוחד לגבי נשים, שיינתפסו במקרה כזה כלא מושכות, לא חברתיות ובלתי נגישות ויאלצו לשאת בהתאמה בסנקציות חברתיות משמעותיות.<sup>62</sup>

על רקע ממצאים אלה, אין זה מפתיע שמדיווחיהן של נשים שביצעו הליכים קוסמטיים עולה שבקבלת ההחלטה אם לבצע את ההליך הן שקלו בעיקר את ההשפעות החברתיות החיוביות הצפויות מהניתוח (למשל, שיפור בביטחון העצמי, הגדלת סיכויי ההצלחה בשוק העבודה וביחסים רומנטיים), ובאופן זה הצדיקו את נטילת הסיכונים הכרוכים בניתוח. הסיכונים הכרוכים בניתוח נתפסו על ידן כמשניים לרווח החברתי הצפוי מהניתוח, ועל כן כ"מחיר" ראוי להשגת מראה צעיר יותר ורזה יותר.<sup>63</sup>

הגישה של אוטונומיה יחסית, שהפנתה את תשומת הלב לאופן שבו החלטותיהם של פרטים ויכולתם לקבל החלטות אוטונומיות מושפעות מההקשר החברתי ומעוצבות על ידי משתנים ותפיסות חברתיות, צפויה לייחס משקל רב לממצאיהם של מחקרים אלה. כלומר, להשפעה שיש למגדר, למאפיינים פסיכולוגיים והתנהגותיים של הפרט ולתפיסות חברתיות בדבר מראה חיצוני על יכולתם של פרטים לקבל החלטות אוטונומיות בקשר להליכים קוסמטיים. לכך, כך אני סבורה, צפויה להיות השפעה על הדיון בשאלת ההסכמה מדעת לטיפולים אלה.

במישור התאורטי מציעה הגישה של אוטונומיה יחסית הצדקה נוספת לרף הגבוה של חובת הגילוי המוטלת על רופאים במקרה של הליכים קוסמטיים, רף שאותו הזכיר בית המשפט בעניין מרפאת עין טל. כפי שראינו, לאידיאל היופי המקובל בחברה המערבית וליתרונות החברתיים המובטחים למי שמתאים לאידיאל זה השפעה על ההחלטה אם לבצע הליך קוסמטי. כפי שעולה מהממצאים שהובאו, לפרטים יש נטייה להתמקד ביתרונות הצפויים מביצוע ההליך ולהתעלם מהסיכונים הכרוכים בו, או לפחות להמעיט מחומרתם. ממצאים אלה מדגישים את החשיבות שיש למסירת מידע רפואי, מדויק ומלא, לאלה השוקלים אם לבצע הליך קוסמטי, אם לאו. גם אם בסופו של דבר לא יהיה במידע זה כדי לשנות את ההחלטה, הוא צפוי לספק למטופל נקודת מבט "מדעית" על אודות תוצאותיו האפשריות של ההליך, שתהווה משקל נגד לתפיסות החברתיות ולמשתנים המשפיעים עליו. מנקודת מבט זו, קביעת רף גילוי גבוה במקרה של הליכים קוסמטיים מוצדקת,

Marcene Goodman, *Culture, Cohort, and Cosmetic Surgery*, 8 J. OF WOMEN & AGING 55, 67 (1996); Cara<sup>60</sup> L. Okopny, *Reconstructing Women's Identities: The Phenomenon of Cosmetic Surgery In The United States* 34 (28.2.2005) (B.A. thesis, University of South Florida).

שם, בעמ' 8.

Meredith Jones, *Mutton Cut Up as Lamp*; 512 בעמ' 54, לעיל ה"ש 54, Boulton & Malacrida; 3 בעמ' 3; 526 (2004) *Mothers, Daughters and Cosmetic Surgery*, 18 CONTINUUM 525, 526.

Goodman<sup>63</sup>, לעיל ה"ש 60, בעמ' 67; Boulton & Malacrida, לעיל ה"ש 54, בעמ' 519.

מאחר שהיא צפויה לשפר, לפחות באופן עקרוני, את יכולתם של מטופלים לקבל החלטות אוטונומיות.

בצד העשרת הבסיס התאורטי לקביעת רף גילוי גבוה במקרה של הליכים קוסמטיים, לתאוריה של אוטונומיה יחסית עשויה להיות השפעה מעשית על אופיו של תהליך ההסכמה מדעת. כפי שעולה מעיון בפסק הדין בעניין מרפאת טל, הדיון בטענת התובעת שלפיה לא נתנה היא הסכמה מדעת לניתוח שבוצע בה התמקד בחובת הגילוי ובחובת הרופא להימנע מהתנהגות שיש בה פגיעה בחופשיות רצונו של החולה. לעומת זאת, גישה של אוטונומיה יחסית דורשת בחינה רחבה יותר של תהליך ההסכמה מדעת. כאמור, על פי גישה זו, תהליך ההסכמה מדעת אינו מתמצה בקיום התנאים הצרים להיות החלטה אוטונומית ובחובות הצרות הנגזרות מהם, כלומר, חובת הגילוי והחובה להימנע מהתערבויות כופות ולמנוע אותן. בנוסף לחובות אלה, צפויה גישה של אוטונומיה של יחסים להטיל על המטפל את החובה ליצור תנאים שיאפשרו למטופל לקבל החלטה המשקפת את העדפותיו האמיתיות. באופן ספציפי יותר, משמעות הדבר היא שעל הרופא מוטלת החובה לקיים דיאלוג שבמסגרתו יוזמן המטופל לזהות את הגורמים העומדים ביסוד החלטתו לבצע הליך קוסמטי, להכיר בהשפעתן האפשרית של תפיסות חברתיות על נכונותו לשקול את ביצוע ההליך ולבחון באופן ביקורתי גורמים והשפעות אלה.<sup>64</sup>

לאימוצה של גישה של אוטונומיה יחסית צפויה להיות השפעה גם על האופן שבו יש לנסח את המידע הנמסר למטופלות. בעיקר, ניתן לגזור מגישה זו את החובה להציג למטופלים את הסיכונים הכרוכים בניתוח, את סיכויי הצלחתו ואת תוצאותיו באופן מאוזן. כאמור, הרצון להתאים לאידיאל היופי המקובל גורם למטופלות רבות להפחית מהסיכונים הכרוכים בהליכים קוסמטיים או להעריכם כמשניים לרווח החברתי הצפוי מהניתוח. מניע זה לביצוע הליכים קוסמטיים, כמו גם השפעתו על האופן שבו מטופלים שוקלים את הסיכונים וההטבות הכרוכים בהליך, ראוי שישפיע על האופן שבו מנוסח המידע הנמסר למטופלות. מכאן, למשל, נובע שעל מטפלים להימנע מלהציג ניתוחים קוסמטיים כהליכים שגרתיים, פשוטים וקלים. עליהם להדגיש כי עסקינן בהליך רפואי הכרוך בסיכונים ולהימנע מלתת את עיקר הדגש בדיון לסיכויי הצלחת הניתוח.<sup>65</sup>

לבסוף, גישה של אוטונומיה יחסית עשויה להשפיע גם על סוג המידע שעל המטפל למסור למטופל. כאמור, על פי גישה זו יש לייחס חשיבות להשפעה שיש לאידיאל היופי על נכונותם של פרטים לבצע הליכים קוסמטיים ולתפיסה החברתית כי ניתוח קוסמטי הוא אמצעי ראוי להשגת אושר והצלחה. לפיכך, יש בגישה של אוטונומיה יחסית כדי לתמוך בהרחבת היקפה של חובת הגילוי מעבר למידע רפואי על אודות ההליך המוצע (למשל, הסיכונים הכרוכים בניתוח, שיעורי הצלחת הניתוח והשלכותיו על המראה הפיזי של המטופל). היא צפויה להדגיש את החשיבות שיש לקיומו של דיאלוג שבמסגרתו יבחנו המטפל והמטופל את ציפיות המטופל ומטרותיו בביצוע הניתוח, יוצגו

<sup>64</sup> לטענה זו, ראו: Swami et al., לעיל ה"ש 54, בעמ' 317; Latham, לעיל ה"ש 53, בעמ' 446–447. ודוק, אין בדברים אלה לחייב חולה שאינו רוצה בכך להשתתף בדיאלוג המתואר, ממש כפי שחולה אינו חייב לקבל מידע אם אינו חפץ בכך.

<sup>65</sup> ראו: Boulton & Malacrida, לעיל ה"ש 60, בעמ' 521. ודוק, הטלת חובה על המטפל להציג את הסיכונים הכרוכים בהליך והסיכויים להצלחתו באופן מאוזן מוצאת הצדקה גם בעובדה שלמטפלים יש אינטרס כלכלי בביצוע ההליך. הליכים קוסמטיים-אלקטיביים אינם נכללים בסל שירותי הבריאות. הם "נרכשים" בשוק הפרטי תמורת תשלום שאינו מבוטל. מכאן עולה שלרופא המנתח יש מניע כלכלי להדגיש את יתרונות ההליך וסיכויי הצלחתו, ולא את הסיכונים הכרוכים בו. על רקע דברים אלה, החובה להקפיד על אופן ניסוח המידע הנמסר למטופלות טרם ניתוח קוסמטי מקבלת משנה תוקף.

מגבלות ההליך בהשגת מטרות אלה ויידון הפער שבין ציפיות המטופל לבין התוצאות הצפויות בפועל.<sup>66</sup>

אכן, קיומו של דיאלוג ומסירת מידע בהיקף רחב כפי שתוארו לעיל צפויים לארוך זמן וככאלה להיות כרוכים בעלויות גבוהות. למרות זאת, אין בכך למנוע הטלת חובות מסוג זה על רופאים. על אף שלעלויות הכרוכות בתהליך ההסכמה מדעת ראוי לתת משקל בקביעת היקפו ומהותו,<sup>67</sup> כוחו של שיקול זה הוא במערכת הבריאות הציבורית. ניתוחים קוסמטיים אלקטיביים מוצעים למטופלים במסגרת פרטית. במסגרת זו לרופא זמן רב יותר להקדיש לכל מטופל. כמו כן, מאחר שמדובר בהליך שאין בו הכרח רפואי, הרי שככל שהחובות המוצעות יגדילו את העלויות הכרוכות בטיפול, אין מניעה לגלם אותן במחיר הטיפול המוצע.

#### **ד. עניין פלוני: תפיסות חברתיות בדבר הורות ונשיות וההכרעה בשאלת סיבתיות החלטה**

המקרה השני שבו בחרתי לדון – פס"ד פלונית – עוסק בתביעה שהגישו בני זוג בהמשך לטיפול פוריות שעברו. פסק הדין נבחר לא רק משום שענה לקריטריונים שנקבעו לבחירה בפסקי דין, אלא גם משום שהוא היחיד שעסק בנושא של הסכמה מדעת לטיפול פוריות שניתן על ידי בית המשפט העליון ושפורסם במאגרי המידע.

במקרה זה פנו בני הזוג שהתקשו להרות אל הנתבע לקבלת סיוע רפואי. לאור תוצאותיהן של בדיקות רפואיות שבוצעו בהם, הנתבע המליץ על הליך של הפריה חוץ-גופית. במסגרת ההליך הוחזרו לרחמה של האישה שבע ביציות מופרות. טיפול זה הצליח, והאישה הרתה עם שלישייה. בהמשך, ביצעה האישה "דלול" של אחד העוברים. כשהיא בשבוע ה-25 להריונה ילדה האישה תאומות. מבין השתיים, אחת מהן נותרה עם מגבלות קשות בשל הלידה המוקדמת.<sup>68</sup> בין השאר טענו התובעים שהרופא הפר את חובת הגילוי שהוטלה עליו, ולכן ההסכמה שנתנו לטיפול ההפריה לא הייתה הסכמה מדעת. בית המשפט העליון קיבל את טענת התובעים וקבע שהנתבע הפר את חובת הגילוי שהוטלה עליו משלא מסר להם מידע על אודות החלופות שהיו קיימות בעניינם לטיפול הפוריות ולא ציין מהו המספר המדויק של העוברים שהוחזרו לרחמה של האישה.<sup>69</sup> למרות זאת, אימץ בית המשפט את מסקנת בית המשפט המחוזי שלפיה לא עלה בידי התובעים להוכיח את קיומה של סיבתיות החלטה בין הפרת חובת הגילוי לבין ההחלטה לבצע את טיפולי ההפריה.<sup>70</sup> בהמשך לכך, נקבע כי התובעים זכאים לפיצוי על הפגיעה בזכותם לאוטונומיה, אך לא על הנזקים הקשורים למוגבלויות הילדה. עם זאת, סכום הפיצוי שנפסק לתובעים בראש הנזק של פגיעה בזכות לאוטונומיה הוגדל בהתחשב בחומרת הפגיעה.<sup>71</sup>

עיון בפסק דינו של בית המשפט המחוזי מלמד כי את מסקנתו בדבר היעדר סיבתיות החלטה ביסס בית המשפט על שלושה נימוקים: הסיכויים והסיכונים הכרוכים בהחזרת שלושה עוברים לרחמה של התובעת לעומת אלה הכרוכים בהחזרת שבעה עוברים; רצונם העז של בני הזוג להרות; וההתרשמות שהתובעים סמכו באופן מלא על שיקול הדעת של הנתבע. כל אלה הביאו את

<sup>66</sup> שם.

<sup>67</sup> לגישה זו, עימה אני מסכימה, ראו: עניין קדוש, לעיל ה"ש 6, בפס' 53 לפסק הדין של השופט עמית, בפס' 8 לפסק הדין של השופט ריבלין; קרקראייל דוקטרינת ההסכמה מדעת, לעיל ה"ש 1, בעמ' 160.

<sup>68</sup> עניין פלונית, לעיל ה"ש 10, בפס' 1–4.

<sup>69</sup> שם, בפס' 23.

<sup>70</sup> שם, בפס' 24.

<sup>71</sup> שם, בפס' 25.

בית המשפט המחוזי למסקנה שאף אם היה נמסר להורים מידע כנדרש, הם היו נותנים את הסכמתם להליך של הפריה חוץ-גופית.<sup>72</sup>

מבין שלושת הנימוקים שהציג בית המשפט כתימוכין להכרעה בסוגיית הסיבתיות, ראויים הנימוק השני – רצונם העז של בני הזוג להרות – והנימוק השלישי – האמון הרב שנתנו התובעים בנתבע – לבחינה מחודשת מנקודת המבט של תאוריות של יחסים.

אפתח בנימוק השני, שלפיו רצונם העז של בני הזוג להרות מעיד שאלה היו נותנים את הסכמתם לטיפול גם אם היה נמסר להם מלוא המידע כנדרש. כאשר בוחנים את ההקשר החברתי, הרפואי והאישי שבו מתקבלות החלטות בנושא טיפולי פוריות, הנחה זו אינה נראית מפתיעה.

פריון והולדה תופסים מקום מרכזי בחברה הישראלית, המעניקה ערך רב למשפחתיות ולילדים.<sup>73</sup> ביסוד גישה זו עומדת אידאולוגיה פרו-נטיסטי, קרי, אידאולוגיה הרואה יתרונות אישיים וחברתיים בהולדת ילדים ובגידולם, שתוצאתה אימוץ עמדות, אמונות ופרקטיקות המעודדות ילודה.<sup>74</sup> אכן, אידאולוגיה זו אינה ייחודית לחברה הישראלית והיא חלק מנרטיב אוניברסלי שלפיו הורות היא צורך ביולוגי ומקור לאושר ולרווחה נפשית.<sup>75</sup> למרות זאת, יש לה מקום מיוחד בחברה הישראלית – ובעיקר בקבוצות מסוימות באוכלוסייה (למשל, החרדית או הערבית) – המייחסת חשיבות דתית, לאומית, היסטורית או ציונית לילודה.<sup>76</sup> לכך מצטרפת הגישה כי המהות הנשית כרוכה בפוריות ובהבאת ילדים, ומכאן שאישה חסרת ילדים ביולוגיים אינה שלמה.<sup>77</sup>

מדברים אלה עולה שנכונותם של בני זוג לבצע טיפולי פוריות מבטאת לא רק צורך ביולוגי או רצון אישי ואותנטי להתרבות. לעיתים קרובות, היא תוצר של אידאולוגיה חברתית פרו-נטיסטי ונטיסטי ותפיסות בקשר לנשיות. בחלק מהמקרים, תפיסות אלה מופנמות על ידי פרטים עד כדי הפיכתן לערך אישי. במקרים אחרים, עלולים פרטים לחוש עצמם מחויבים לנהוג על פי תפיסות וציפיות חברתיות אלה, גם אם הם אינם מזדהים עם האידאולוגיה הפרו-נטיסטי.<sup>78</sup> אין זה מפתיע, אם כך, שזוגות רבים נכונים לבצע טיפולים מורכבים, הכרוכים, לעיתים קרובות, בסיכונים שאינם מבוטלים לאישה ולעובר, מספר רב של פעמים.<sup>79</sup>

נכונותם של בני זוג לבצע טיפולי פוריות מושפעת גם מההגדרה הרפואית של אי-פריון כ"מחלה". מאחר שבמחלה יש לטפל באמצעים רפואיים, הציפייה של הצוות הרפואי, של המקורבים לבני הזוג ושל החברה בכללותה היא שבני הזוג יתנו את הסכמתם לטיפול אי-הפריון המוצעים להם ויעשו כל אשר ביכולתם על מנת ל"תקן" את מצב החולי שבו הם שרויים. הטיפול כולו ממוקד במטרה אחת, והצלחתו, כמו גם הצלחת הרופא המטפל והצלחת בני הזוג, נמדדים באמצעות קריטריון אחד – השגת היריון שסיומו בלידת ילד חי.<sup>80</sup> מודעים לציפיות אלה וחוששים

<sup>72</sup> ת"א (מחוזי ת"א) 1499/02 פלוני נ' משיח, פס' 96–101 (נבו 2008.12.17).

<sup>73</sup> ראו: נילי קרקראייל "אתוס ההולדה בתביעות מיילדות וגניקולוגיה" ספר אליהו מצא 847, 855 (2015) (להלן: קרקראייל "אתוס ההולדה").

<sup>74</sup> שם, בעמ' 847–848.

<sup>75</sup> שם, בעמ' 853–854.

<sup>76</sup> שם, בעמ' 853–859.

ALEXIS HANNAHSON & COLLINS PATON, AUTONOMY AND THE FERTILITY PATIENT: EXPLORING THE LIMITS OF THE CRITERIA THAT IDENTIFY AUTONOMOUS DECISION MAKING WITH REGARD TO THE FEMALE INFERTILITY PATIENT 21 (2010).

<sup>78</sup> מעניין לשים לב לטענה שלנשים שהפנימו ערך זה, הלוקחות חלק פעיל כמטופלות בתעשיית הפריון, תפקיד בהעמקת התפיסה שנשיות שקולה ליכולת להרות וללדת ילדים. על פי טענה זו, נכונותן של נשים רבות "לעשות הכול" לשם הולדת ילד ביולוגי מעמיקה את הציפייה החברתית מנשים אחרות לנהוג באופן זהה. ראו: McLeod & Sherwin, לעיל ה"ש 5, בעמ' 261–262.

<sup>79</sup> לטענה ברוח דומה, ראו: HANNAHSON & PATON, לעיל ה"ש 77, בעמ' 48.

<sup>80</sup> לטענה ברוח דומה, ראו: שם, בעמ' 16–17, 40.

לאכזב את הסובבים אותם או להיתפס כמטופלים "כפויי טובה" ו"חסרי היגיון", עלולים בני הזוג להתקשות לסרב להליכים רפואיים מסוימים או להפסיק את טיפולי הפוריות.<sup>81</sup>

לקושי לסרב לטיפול פוריות או להפסיקם אחראים גורמים נוספים. ראשית, טיפולי פוריות דורשים מבני הזוג השקעה שאינה מבוטלת של זמן והתאמה של אורח החיים לדרישות הטיפול. בנוסף לכך, זהו הליך הכרוך, לא אחת, בהשקעה כספית גדולה.<sup>82</sup> הרצון למנוע מהשקעה זו "לרדת לטמיון" עלול אף הוא לגרום לבני זוג להמשיך בטיפול פוריות על אף סיכויי ההצלחה הנמוכים. שנית, מחקרים מצאו שהחלטה להמשיך בטיפול פוריות על אף כישלונות חוזרים ונשנים, תופעה שאף תוארה כ"התמכרות", נעוצה בתחושת התקווה שהטיפולים מעניקים לבני הזוג. במקרים מסוג זה, החלטה להפסיק את הטיפולים מסמלת עבור בני הזוג את אובדן התקווה והויתור על חלום ההורות הביולוגית, ועל כן קשה לקבלה.<sup>83</sup>

גם הנימוק השני להחלטת בית המשפט – האמון הרב שרחשו התובעים לנתבע – מבוסס היטב בהקשר החברתי, הרפואי והאישי של טיפולי פוריות. טיפולי פוריות הם טיפולים מתמשכים, הכרוכים, לא אחת, בתופעות לוואי שאינן מבוטלות. בצד זאת, השפעתם על מצבם הנפשי של בני הזוג ניכרת והם מלווים בתחושות עזות של תקווה, אכזבה, ייאוש, דיכאון וקשיים בזוגיות.<sup>84</sup> לכך מתווספת העובדה שפערי הכוחות הקיימים, ברגיל, בין המטפל למטופל מתעצמים במקרה של טיפולי פוריות. המטפל מחזיק ברשותו את הידע והמימונות הנדרשים להשגת התוצאה המקווה – היריון שסיומו בלידת ילד חי, ובני הזוג נושאים אליו את עיניהם כמי שברשותו מצויה התרופה למצבם.<sup>85</sup> לכל אלה השפעה על אופי הקשר שבין המטפל לבין בני הזוג. לעיתים קרובות, הקשר יהיה קשר אישי וקרוב, המבוסס על אמון של בני הזוג במטפל, המתאפיין בתלות של בני הזוג במטפל ובתחושה של הכרת תודה על מאמציו לסייע להם.<sup>86</sup> בנסיבות אלה, רצונם ויכולתם של בני זוג לסרב להמלצות המטפל מוגבלים, ובמקרים רבים הם יתנו את הסכמתם לטיפול המוצע גם לאחר שיימסר להם מידע מלא על אודות חלופות טיפוליות והסיכונים הכרוכים בטיפול.<sup>87</sup>

כפי שעולה מפסק הדין בעניין פלונית, לתובנות אלה בדבר ההקשר החברתי, הרפואי והאישי שבו מתקבלות החלטות בעניין טיפולי פוריות יש חשיבות רבה מנקודת מבט משפטית. הן

<sup>81</sup> בספרות מתוארת מציאות זו כנתיב חד-כיווני או נתיב חסום, שבמסגרתו מתקשות נשים להתנגד לפרקטיקה הרפואית – טכנולוגית של פרויקט שמטרתה השגת היריון. ראו: הילה העליון "סיפורו של הגוף: חוויות גוף-זיהות של נשים מטופלות פוריות" *סוציולוגיה ישראלית* יא 13, 21 (2009); לילית עשבי ויסבורד "טיפול פרויקט בחברה הישראלית יהודית: דרך חד-סטריית המציגה קונפליקט ערכי" *בטיפולנט* (28.4.2015) <https://katr.net/501e47>.

<sup>82</sup> ראו: קרקראייל "אתוס ההולדה", לעיל ה"ש 73, בעמ' 855–856.

<sup>83</sup> לתיאור תופעה זו ותוצאותיה, ראו: HANNAHSON & PATON, לעיל ה"ש 77, בעמ' 26–27.

<sup>84</sup> ראו למשל: Katherine Péloquin et al., *Whose Fault is It? Blame Predicting Psychological Adjustment and Couple Satisfaction in Couples Seeking Fertility Treatment*, 39 J. OF PSYCHOSOMATIC OBSTETRICS & GYNECOLOGY 64 (2018); Katerina Lykeridou et al., *The Impact of Infertility Diagnosis on Psychological Status of Women Undergoing Fertility Treatment*, 27 J. OF REPROD. & INFANT PSYCH. 223 (2009); Christina L. Wichman et al., *Comparison of Multiple Psychological Distress Measures Between Men and Women Preparing for In Vitro Fertilization*, 95 FERTILITY & STERILITY 717 (2011); Chris M. Verhaak et al., *A Longitudinal, Prospective Study on Emotional Adjustment Before, During and After Consecutive Fertility Treatment Cycles*, 20 HUM. REPROD. 2253 (2005).

<sup>85</sup> על עמדת החולשה שבה מצויים בני זוג הנוקקים לטיפול פוריות ביחס לרופא המטפל ניתן ללמוד מהספרות המוזכרת במאמר הבא: Jody L. Madeira, *Woman Scorned?: Resurrecting Infertile Women's Decision-Making*; *Autonomy*, 71 MD. L. REV. 339, 348–349 (2012). כמו כן, ראו: Veronica English, *Autonomy Versus Protection—Who Benefits from the Regulation of IVF?*, 21 HUM. REPROD. 3044, 3045 (2006).

<sup>86</sup> לאופי המיוחד של יחסי מטפל-מטופל במקרה של טיפולי פוריות, ראו: Jose Luis Turabian, *Doctor-Patient Relationship in the Case of Infertility: A Vision from General Medicine*, 1 ADVANCES IN REPROD. SCI. REPROD. HEALTH & INFERTILITY 104 (2019).

<sup>87</sup> לטענה שבני זוג בטיפול פוריות מוכנים "לעשות הכול" כדי להרות, ובכלל זה להסכים לביצוע טיפולים נוספים על אף הסיכונים, הכאב והעלויות הכרוכים בכך, ראו: Madeira, לעיל ה"ש 85, בעמ' 348–349; English, לעיל ה"ש 85, בעמ' 3045. להשפעת אופי הקשר שבין המטפל למטופל על יכולת המטופל לקבל החלטות אוטונומיות, ראו: Lydia Spruit et al., *Informed Consent in Asymmetrical Relationships: An Investigation Into Relational Factors that Influence Room for Reflection*, 10 NANOETHICS 123, 129 (2016).

מלמדות שבתביעות שעניינן היעדר הסכמה מדעת לטיפול פוריות, צפויים תובעים להתקשות להוכיח סיבתיות החלטה. הטעם לכך כפול. ראשית, כפי שעולה מתיאור ההקשר החברתי, הרפואי והאישי של טיפולי פוריות, בני זוג רבים אכן נכונים בפועל לבצע טיפולי פוריות על אף הסיכונים והקשיים הכרוכים בכך. בהתאמה, ההכרעה המשפטית שלפיה תובעים לא היו מסרבים לטיפול שהוצע להם אף אם היה נמסר להם מלוא המידע, מהווה, פעמים רבות, הערכה נכונה של המציאות ההיפותטית שהייתה מתרחשת אלמלא הפרת חובת הגילוי. שנית, אף במקרים שבהם יש חוסר ודאות לגבי המסלול הטיפולי שבו היו בוחרים בני הזוג אילו היה נמסר להם המידע הנדרש, הסבירות שבתי המשפט יקבעו שלא הוכחה סיבתיות החלטה היא גבוהה. כפי שטענתי במאמר אחר, לאידאולוגיה הפרונטליסטית השפעה על החקיקה ועל הפסיקה.<sup>88</sup> מודעים לאידיאל זה ובה בעת מושפעים ממנו, צפויים בתי המשפט להניח, בין אם נכונה ובין אם לאו, שבני זוג המתקשים להרות היו נותנים את הסכמתם לטיפול הרפואי שהוצע להם אף אם היה נמסר להם המידע הנדרש.<sup>89</sup>

אף שלהקשר החברתי, הרפואי והאישי שבו מתקבלות החלטות בנוגע לטיפול פוריות יש השפעה על ההכרעה המשפטית בשאלת קיומה של סיבתיות החלטה, גישה ליברלית-אינדיווידואלית לעקרון האוטונומיה צפויה לייחס לכך חשיבות מוגבלת. כאמור, גישה זו מתמקדת בשאלה אם למטופל נמסר המידע הנדרש ואם הסכמתו ניתנה מרצון חופשי, כלומר, שלא עקב התערבות חיצונית כופה או בנסיבות שבהן אינו יכול לתת הסכמה מרצון חופשי. עיון בפסיקה מגלה שבדיון בשאלת סיבתיות ההחלטה התייחסו בתי המשפט להקשר שבו מתקבלות החלטות בנוגע לטיפול המוצע רק במקרים שבהם הנסיבות שבהן ניתנה ההסכמה עוררו חשש ממשי בדבר יכולתו של החולה להפעיל רצון חופשי.<sup>90</sup> ההקשר החברתי, הרפואי והאישי הרחב שבו מתקבלות החלטותיהם של מטופלים אינו מקבל ביטוי בפסיקת בתי המשפט.

זה היה גם מצב הדברים בעניין פלונית. מעיון בפסק הדין עולה שבהכרעה בשאלת סיבתיות ההחלטה התעלם בית המשפט מהקושי האינהרנטי של תובעים להוכיח בתביעות שעניינן היעדר הסכמה מדעת לטיפול פוריות. בהמשך לכך, בית המשפט התעלם אף ממקורו של קושי זה. כלומר, מההקשר החברתי, הרפואי והאישי שבו מתקבלות החלטות בנוגע לטיפול פוריות. עיון בפסק דינו של בית המשפט המחוזי מגלה שהכרעתו בשאלת סיבתיות ההחלטה התבססה על נסיבות המקרה המסוים, ובכלל זה הסיכונים הכרוכים בטיפול שבוצע בתובעים, רצונם העז בילד והאמון הרב שרחשו לנתבע. התמקדות בנסיבות אלה הובילה את בית המשפט לקבוע שהתובעים לא עמדו בנטל שהוטל עליכם להוכיח סיבתיות החלטה.

אני סבורה שבחינה מחודשת של המקרה מנקודת המבט של התאוריה של אוטונומיה יחסית עשויה להוביל לתוצאה שונה. כפי שראינו, על פי התאוריה של אוטונומיה יחסית, הדיון בסוגיה של הסכמה מדעת לטיפול פוריות צריך להיעשות מתוך ערנות להקשר החברתי, הרפואי והאישי שבו מתקבלות החלטות בנוגע לטיפול הרפואי. מכאן שעל בתי המשפט להיות ערים לגורמים ולכוחות הפועלים על בני זוג הנזקקים לטיפול פוריות, למעמד המיוחד שניתן לילודה

<sup>88</sup> קרקראייל "אתוס ההולדה", לעיל ה"ש 73, בעמ' 857–858.

<sup>89</sup> לטענה כי בני זוג הנזקקים לטיפול פוריות נתפסים בדרך כלל על ידי החברה כמי שמוכנים "לעשות הכול" כדי להרות ולכן כמי שצפויים להסכים לטיפולים המוצעים להם, ראו: Madeira, לעיל ה"ש 85, בעמ' 348–349. להשפעת האידאולוגיה הפרונטליסטית על פסיקת בתי המשפט בתביעות מיילדות וגניקולוגיה, ובכלל זה על ההכרעה בשאלת סיבתיות החלטה, ראו: קרקראייל "אתוס ההולדה", שם, בעמ' 864–881.

<sup>90</sup> זה היה, למשל, המצב בפסק דין עלי דעקה, שיידון בהמשך, שם נקבע כי קבלת הסכמה מהמטופלת בסמוך לביצוע הניתוח, כשהיא על מיטת הטיפולים ותחת השפעת תרופות מטשטשות – כלומר קבלת ההסכמה בהקשר המעמיק את תלות המטופלת בצוות הרפואי – עולה לכדי הפרת החובה לקבל את הסכמתה החופשית והמודעת. ראו: עניין עלי דעקה, לעיל ה"ש 2, בעמ' 548–550.



בחברה הישראלית ולהשפעתה של האידאולוגיה הפרונטליסטית על המדיניות המשפטית ובכלל זה על בתי המשפט.

במבחינה מעשית עשויה גישה זו להשפיע על ההכרעה בסוגיה של סיבתיות החלטה בשלושה מישורים. בראש ובראשונה, היא צפויה לעודד את בתי המשפט לבחון במשנה זהירות את הכרעתם בסוגיה של סיבתיות החלטה. בעיקר, היא צפויה להניע את בית המשפט לבחון אם להכרעתו יש בסיס בראיות שהובאו לפניו, או שמא אין היא משקפת אלא הנחות חברתיות, ששורשיהן באידאולוגיה הפרונטליסטית, בנוגע לאופן שבו מתנהלים בני זוג הנזקקים לטיפול פוריות.

אלא שלתאוריה של אוטונומיה יחסית עשויה להיות השפעה דרמטית יותר על האופן שבו בתי המשפט מכריעים בשאלת סיבתיות החלטה – היא עשויה לספק הצדקה לשינוי הכללים המשפטיים. כידוע, ברגיל מוטל הנטל להוכחת סיבתיות החלטה על התובע. אלא שבמקרה של תביעות שעניינן היעדר הסכמה מדעת לטיפול פוריות, צפוי ההקשר החברתי, הרפואי והאישי שבו מתקבלות החלטות בעניין הטיפול להקשות על התובעים להוכיח סיבתיות החלטה. התאוריה של אוטונומיה יחסית חושפת קושי זה, ממש כפי שהיא חושפת את הכוחות והגורמים הפועלים על בני זוג המתקשים להרות. בנוסף לכך, היא מאירה את העובדה שבשל אופיו של הטיפול הרפואי שאליו מתייחסת התביעה, הקושי של התובעים להוכיח סיבתיות החלטה הוא קושי אינהרנטי. בצד הנחיתות המובנית של התובעים, בולט אשמו של הנתבע שהפר את חובת הגילוי ושלגביו כבר נקבע שהתרשל. הבחנות אלה עשויות להצדיק את היפוך נטל השכנוע המוטל על הצדדים לתביעה. באופן ספציפי יותר, הן עשויות להצדיק את העברת נטל השכנוע לעניין סיבתיות החלטה לנתבע בתביעות שעניינן היעדר הסכמה מדעת לטיפול פוריות.<sup>91</sup>

בצד השפעתה האפשרית על נטל השכנוע המוטל על תובעים, עשויה גישה של אוטונומיה יחסית להשפיע גם על שיעור הפיצוי הנפסק לתובעים ולהצדיק את פסיקתו של פיצוי מוגדל עבור הפגיעה בזכות לאוטונומיה.

כאמור, גישה של אוטונומיה יחסית חושפת את הקושי האינהרנטי של תובעים להוכיח סיבתיות החלטה בתביעות שעניינן טיפולי פוריות. בהיעדר יכולת להוכיח סיבתיות החלטה, יהיו תובעים בתביעות מסוג זה זכאים לפיצוי רק על הפגיעה בזכותם לאוטונומיה, ולא על הנזק הממשי שסבלו. מטבע הדברים, סכום הפיצוי שייפסק להם יהיה, בדרך כלל, נמוך יותר מהפיצוי שניתן היה לפסוק להם אילו היה עולה בידם להוכיח סיבתיות החלטה. מכאן עולה שהקושי להוכיח סיבתיות החלטה צפוי להשפיע באופן שלילי על תמריצייהם של רופאים מומחים לפריון למסור מידע למטופליהם. מודעים לקושי להוכיח סיבתיות החלטה, וכך לקושי של תובעים פוטנציאליים לקבל פיצוי על נזקם הממשי, יראו נתבעים פוטנציאליים לנגד עיניהם תוחלת נזק נמוכה מזו שלהם הם צפויים לגרום בפועל. במקרים אלה התוצאה צפויה להיות הרתעת חסר. פסיקת פיצוי מוגדל עבור הפגיעה בזכות לאוטונומיה צפויה לשפר, לפחות באופן חלקי, את תמריצי הנתבעים הפוטנציאליים למסור למטופלים את המידע כנדרש, וככזאת היא מוצדקת. ואכן, סטייה מכללי האחריות "הרגילים" או פסיקת פיצויים מוגדלים לתובע לשם השגת מטרה הרתעתית אינן זרות לפסיקה הישראלית. זו הייתה נכונה לסטות מכללי האחריות "הרגילים" או לפסוק לתובע פיצויים מוגדלים

<sup>91</sup> גישה זו אינה זרה למשפט הישראלי. היא עולה בקנה אחד עם גישת הפסיקה, שלפיה בהתקיים נסיבות מיוחדות והצדקה שבמדיניות לכך, ניתן להטיל את נטל השכנוע להוכחת (היעדר) סיבתיות על הנתבע. ראו, למשל: ד"ר 15/88 מלך נ' קורנהויזר, פ"ד (2) 89, 120–122 (1990); ע"א 1326/07 המר נ' עמית, פס' 42–54 לפסק הדין של השופט ריבלין (נבו 21.5.2014).

במקרים שבהם התעורר חשש שמא הכללים הקיימים אינם צפויים להרתיע את הנתבע הפוטנציאלי באופן יעיל.<sup>92</sup>

### ה. עניין עלי דעקה: פערי כוח והכרעה בנוגע לחופשיות רצונו של המטופל

פסק הדין האחרון שבו אעסוק הוא פסק הדין בעניין עלי דעקה. פסק הדין, הנחשב כאבן דרך בהתפתחות דוקטרינת ההסכמה מדעת, ידוע בעיקר בשל הכרתו בראש הנזק של פגיעה בזכות לאוטונומיה כנזק בר פיצוי. אלא שהדיון במאמר זה מבקש להתייחס לחלקיו האחרים של פסק הדין, שעניינם השאלה אם המטופלת נתנה הסכמה מדעת לטיפול הרפואי שבוצע בה. פסק הדין נבחר לא רק עקב חשיבותו ועמידתו בקריטריונים הכלליים שנקבעו לבחירה בפסקי דין, אלא נוכח נסיבותיו המיוחדות, המזמינות דיון בסוגיה של פערי כוח וחופשיות רצון המטופל.

בעניין עלי דעקה נדונה תביעתה של אישה שאושפזה בבית החולים "כרמל" לשם ניתוח ברגל. במועד אשפוזיה הוחתמה התובעת על טופס הסכמה מדעת לניתוח ברגל. יומיים לאחר מכן, כשהייתה על שולחן הניתוחים, ולאחר שקיבלה תרופות מטשטשות, הוחתמה התובעת על טופס הסכמה לניתוח בכתף. החתמתה על טופס ההסכמה לניתוח בכתף באה בעקבות החלטת הרופאים, בסמוך לניתוח. אלה סברו שביצוע הניתוח בכתף דחוף יותר מהניתוח ברגל, זאת לאור ממצאים שהתגלו בבדיקות שביצעה טרם אשפוזיה. עוד מצא בית המשפט שהתובעת הייתה מודעת לממצאים שהתגלו בכתפה, וכי הצורך לערוך בירור נוסף בדבר משמעותם של ממצאים אלה על דרך ביצוע ביופסיה באמצעות ניתוח הובא לידיעתה על ידי הרופא המטפל בקופת החולים טרם אשפוזיה. בעקבות הניתוח נותרה כתפה של התובעת קפואה, ונקבעה לה נכות בשיעור של 35%.<sup>93</sup>

התובעת טענה כי הנתבעים התרשלו משלא קיבלו את הסכמתה מדעת לניתוח שבוצע בה בכתף, ומשכך חלה עליהם החובה לפצותה על נזקיה. בהמשך לכך, בית המשפט נדרש לשאלה אם התובעת נתנה הסכמה מדעת לניתוח. על שאלה זו ענה בית המשפט בשלילה.<sup>94</sup> את החלטתו נימק בית המשפט בשלושה טעמים. ראשית, לתובעת לא נמסר מבעוד מועד כי יש כוונה לנתח בכתף, ולא ברגל כפי שתוכנן מלכתחילה. הפרטים הנוגעים לניתוח הוצגו לה רק כשהייתה בחדר הניתוח, לאחר שקיבלה תרופות הרגעה וטשטוש וכאשר הייתה נתונה במצב שאינו מתאים לקבלת החלטה.<sup>95</sup> שנית, החתמת המטופלת על טופס ההסכמה אינה כשלעצמה תנאי מספיק לקיומה של "הסכמה מדעת", במיוחד כאשר הדבר נעשה בסמוך לטיפול הרפואי.<sup>96</sup> שלישית, ידיעתה הכללית של התובעת, כחודשיים לפני אשפוזיה, על הצורך בביצוע ביופסיה, אינה מקיימת אחר הדרישה למסור לה את מלוא המידע הנדרש לשם מתן הסכמה מדעת לניתוח.<sup>97</sup>

<sup>92</sup> ראו: למשל, ע"א 754/05 לוי נ' מרכז רפואי שערי צדק, פ"ד סב(2) 218, פסי' 29 לפסק הדין של השופט ריבלין (2007); בע"מ 7073/13 פלוני נ' פלונית, פסי' ח לפסק הדין של השופט רובינשטיין (נבו) 31.12.2013. אכן, גם בפס"ד פלונית עצמו החליט בית המשפט העליון להגדיל את סכום הפיצוי שנפסק לתובעים בגין הפגיעה בזכותם לאוטונומיה. אלא שאת החלטתו ביסס בית המשפט על שני נימוקים שתוקפם יפה לכלל התביעות המבוססות על הטענה של היעדר הסכמה מדעת. ראשית, גישת הפסיקה שלפיה יש לפסוק פיצוי משמעותי בגין הפגיעה בזכות לאוטונומיה, שישקף את החשיבות שמעניקה שיטת המשפט לאינטרס הנפגע. שנית, חומרת הפגיעה בזכות לאוטונומיה שסבלו התובעים בנסיבות המקרה. מנגד עומדת הצעתי המתייחסת באופן מיוחד לתביעות שעניינן היעדר הסכמה מדעת לטיפול פוריות. כאמור, לטענתי, בתביעות מסוג זה יש טעם מיוחד לפסיקת פיצוי בסכום מוגדל עבור ראש הנזק של פגיעה באוטונומיה והוא הרתעה יעילה. מדברים אלה עולה שהצעתי מבקשת להוסיף להלכה הכללית החלה בתביעות בטענה של היעדר הסכמה מדעת.

<sup>93</sup> עניין עלי דעקה, לעיל ה"ש 2, בעמ' 538-539, 541-542.

<sup>94</sup> שם, בעמ' 548, 550, 561.

<sup>95</sup> שם, בעמ' 548, 563-564.

<sup>96</sup> שם, בעמ' 548.

<sup>97</sup> שם, בעמ' 550, 563-564.

מעיון בפסק הדין עולה שלאופן ולמועד שבו נמסר המידע לתובעת ושב התבקשה הסכמתה היה משקל מכריע בהכרעה בשאלת ההסכמה מדעת. אלה, כך סבר בית המשפט, פגעו ביכולתה של התובעת לתת הסכמה מרצון חופשי ובהתבסס על המידע הנדרש לשם קבלת החלטה אוטונומית. ואכן, בעניין זה אני שותפה למסקנת בית המשפט. למרות זאת, כאשר בוחנים את המקרה מנקודת המבט של אוטונומיה יחסית, בולטת התעלמותו של בית המשפט ממאפיין נוסף של המקרה – היות התובעת ערביה, עובדה שעליה מלמד שמה – ומהשפעתו האפשרית של מאפיין זה על יכולתה לקבל החלטה אוטונומית.<sup>98</sup>

כאמור, על פי הגישה של אוטונומיה יחסית, זהותו האוטונומית של הפרט מעוצבת על ידי משתנים חברתיים, כגון, גזע, מעמד, מגדר, מוצא אתני ולאומיות. בהמשך לכך, גישה זו מדגישה את האופן שבו השתייכות לקבוצות מוחלטות באוכלוסייה עלולה לפגוע ביכולתם של פרטים לפתח זהות אוטונומית ולקבל החלטות אוטונומיות. בהתאמה, גישה זו צפויה לראות במוצאה האתני של התובעת – כלומר השתייכותה למגזר הערבי – כנתון שאינו ניטרלי, כי אם משתנה בעל חשיבות שיש להיות ערים אליו שעה שבוחנים את שאלת הסכמת התובעת לניתוח.

ואכן, מחקרים מצביעים על כך שלהשתייכות למיעוט אתני עלולה להיות השפעה שלילית על יכולתם של מטופלים לפעול באופן אוטונומי. כך, נמצא שמטופלים המשתייכים למיעוט אתני נוטים להציג פחות שאלות, דאגות ואמירות בפני הרופא, מאשר מטופלים שאינם משתייכים למיעוט אתני, להיות פסיביים יותר במהלך המפגש עם המטפל ולמעט לחלוק על דעתו.<sup>99</sup> ודוק, התנהלות מסוג זה אינה משקפת בהכרח העדפה אמיתית בנוגע להשתתפות בתהליך קבלת ההחלטות. פערי כוח בין המיעוט האתני לקבוצות הרוב באוכלוסייה, השתייכות למעמד סוציאקונומי נמוך המאפיינת מיעוטים אתניים רבים וחוויה מתמשכת של הפליה עלולים כולם לפגוע בתחושת הערך העצמי והמסוגלות של מטופלים להשתתף בתהליך קבלת ההחלטות ולקבל החלטות אוטונומיות.<sup>100</sup>

מעט ידוע על התובעת בעניין עלי דעקה, לבד מהעובדה שהיא ערביה. בפסק הדין אין התייחסות למקום מגוריה, לדתה, להשכלתה או למצבה הסוציאקונומי. לכן, לא ניתן לדעת אם הגורמים המחלישים את יכולתם של מטופלים המשתייכים למיעוט אתני לפעול באופן אוטונומי

<sup>98</sup> ברצוני להודות לחברתי פרופ' יפעת ביטון שהפנתה את תשומת ליבי לסוגיה זו.  
<sup>99</sup> ראו: Howard S. Gordon et al., *Racial Differences in Doctors' Information-Giving and Patients' Participation*, 107 *CANCER* 1313, 1317–1318 (2006); Rose C. Maly et al., *Health Care Disparities in Older Patients with Breast Carcinoma Informational Support from Physicians*, 97 *CANCER* 1517, 1525 (2003); DEBRA L. ROTER & JUDITH A. HALL, *DOCTORS TALKING WITH PATIENTS / PATIENTS TAKING WITH DOCTORS: IMPROVING COMMUNICATION IN MEDICAL VISITS* 69 (2<sup>nd</sup> ed. 2006); Susan Eggly et al., *Variation in Question Asking During Cancer Clinical Interactions: A Potential Source of Disparities in Access to Information*, 82 *PATIENT EDUC. & COUNS.* 63, 6 (2011); Laura Weiss Roberts, *Informed Consent and the Capacity for Voluntarism*, 159 *AMERICAN J. OF PSYCHIATRY* 705, 706 (2002)  
<sup>100</sup> ראו: Rhea Rocque et al., *Patient Participation in Medical Consultations: The Experience of Patients from Various Ethnolinguistic Backgrounds*, 6 *PATIENT EXPERIENCE J.* 19, 20, 28 (2019) לקשר בין השתייכות למיעוט וחוויה מתמשכת של הפליה לבין תחושת ערך עצמי ומסוגלות, ראו: Sarah Abu-Kaf et al., *Emotional Distress Among the Bedouin Arab and Jewish Elderly in Israel: The Roles of Gender, Discrimination, and Self-Esteem*, 291 *PSYCHIATRY RES.* 1, 3 (2020); Shawn O. Utsey et al., *Racial Discrimination, Coping, Life Satisfaction, and Self-Esteem Among African Americans*, 78 *J. OF COUNS. & DEV.* 72, 73–74 (2000); Jeffrey E. Stokes, *Social Integration, Perceived Discrimination, and Self-Esteem in Mid-and later Life: Intersections with Age and Neuroticism*, 23 *AGING & MENTAL HEALTH* 727, 733–734 (2019). לקשר בין תחושה אישית של ערך עצמי ומסוגלות לבין היכולת לפעול באופן אוטונומי, ראו: BENJAMIN ELLIOT WALD, *BARRIERS TO SELF-RULE: AUTONOMY, OPPRESSION & SELF TRUST* 95 (2010). Tania Burchardt et al., לקשר בין מצב סוציאקונומי לבין התחושה של מסוגלות לפעול באופן אוטונומי, ראו: Tania Burchardt et al., *Public Policy and Inequalities of Choice and Autonomy*, 49 *SOC. POL'Y. & ADMIN.* 44 (2014). לקשר בין מעמד סוציאקונומי נמוך לבין מידת המעורבות של מטופלים בתהליך קבלת ההחלטות, ראו: Evelyn Verlinde et al., *The Social Gradient in Doctor-Patient Communication*, 11 *INT'L J. FOR EQUITY IN HEALTH* 1, 8 (2012); S. Willems et al., *Socio-Economic Status of the Patient and Doctor-Patient Communication: Does it Make a Difference?*, 56 *PATIENT EDUC. & COUNS.* 139, 142–143 (2005).

תקפים לגביה. למרות זאת, לא ניתן להתעלם מהמאפיינים הכלליים של המגזר הערבי בישראל. על מאפיינים אלה נמנים פערים סוציאקונומיים ניכרים בין האוכלוסייה הערבית לאוכלוסייה היהודית (בשכר, בהשכלה ובבריאות),<sup>101</sup> פערים בתחושת המסוגלות האישית<sup>102</sup> וחויית הפליה מתמשכת של חברי המגזר הערבי.<sup>103</sup> מאפיינים אלה מעוררים לפחות חשש שמא למוצאה האתני של התובעת הייתה השפעה שלילית (נוספת) על יכולתה לקבל החלטה אוטונומית בדבר הניתוח בכתפה, ובאופן ספציפי יותר על יכולתה להתנגד להחלטת הרופאים.<sup>104</sup>

מדברים אלה עולה שמנקודת המבט של אוטונומיה יחסית, האופן והמועד שבהם התבקשה הסכמת התובעת לא היו המשתנים היחידים שאותם היה על בית המשפט לשקול בהכרעה בשאלת ההסכמה מדעת. בצד משתנים מערכתיים אלה, היה על בית המשפט להיות ער גם להשפעה השלילית האפשרית של מוצאה האתני של התובעת על יכולתה לפעול באופן אוטונומי, ככלל, ובנסיבות שבהן התבקשה הסכמתה, בפרט. בהמשך לכך, היה על בית המשפט להתייחס להשפעתו האפשרית של המשתנה של מוצאה האתני של התובעת על יכולתה להתנגד לביצוע הניתוח בכתף. סוגיה נוספת העולה מנסיבות המקרה ומנימוקי בית המשפט היא ההקשר המערכתי שבו התקבלה הסכמת התובעת. כאמור, הסכמת התובעת לניתוח ברגל ניתנה ביום שבו התאשפזה, ואילו הסכמתה לניתוח בכתף ניתנה ביום הניתוח עצמו, בסמיכות רבה לניתוח, בעודה מוטלת על שולחן הניתוחים ותחת השפעת תרופות מטשטשות. בנסיבות אלה, צפויות שתי הגישות לעקרון האוטונומיה – הגישה הליברלית-אינדיווידואלית והגישה של אוטונומיה יחסית – להוביל לאותה מסקנה. כלומר, שבתהליך בקשת הסכמת התובעת נפלו פגמים שפגעו בחופשיות רצונה. אלא שהגישה היחסית מציעה נקודת מבט רחבה יותר לבחינת הסוגיה.

כאמור, על פי הגישה הליברלית-אינדיווידואלית לעקרון האוטונומיה, השאלה העיקרית היא אם בעת מתן ההסכמה הייתה התובעת נתונה להשפעות חיצוניות ששללו ממנה את היכולת להפעיל רצון חופשי. לעומת זאת, גישה של אוטונומיה יחסית מדגישה כי בבחינת יכולתם של מטופלים לקבל החלטה אוטונומית, יש לתת את הדעת לא רק להתערבויות חיצוניות ולהשפעתן על פרטים, אלא גם להקשר הרחב שבו מטופלים מקבלים החלטות. בהתאמה, צפויה גישה זו לייחס חשיבות לא רק לנסיבות הספציפיות שבהן התבקשה וניתנה הסכמת התובעת ולאופן שבו אלה השפיעו על יכולתה לקבל החלטות אוטונומיות, אלא גם לאופן שבו מחלה ושהות בבית החולים משפיעות, בנפרד ובמצטבר, על יכולתם של פרטים לנהוג באופן אוטונומי.

למחלה השפעה שאינה מבוטלת על יכולתם של פרטים לקבל החלטות אוטונומיות. הכאב הפיזי והחולשה הכרוכים במחלה או בטיפול בה, תחושת הייאוש "וחוסר הברירה" נוכח המצב הרפואי, ערעור תפיסת הזהות והערכים של הפרט, הגבלת יכולתו של הפרט לכתוב את סיפור חייו בהווה ובעתיד והשפעתה על האופן שבו אחרים (ובכלל זה רופאים) מתייחסים אל הפרט פוגעים

<sup>101</sup> נאסרין חדאד חאג'יחיא ורועי אסף *החברה הערבית בישראל: תמונת מצב חברתית-כלכלית ומבט לעתיד* 5, 7, 15 (המכון הישראלי לדמוקרטיה 2017); נאסרין חדאד חאג'יחיא ויעל כהן *האוכלוסייה הערבית בישראל במספרים: תמונת מצב על פי סקר הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה, 2018* 3, 4, 12 (המכון הישראלי לדמוקרטיה 2019); הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה *הבדלים ופערים באוכלוסייה לפי רמת השכלה: נתונים מתוך דוח פני החברה מס' 12* (2020); Hadas Fuchs, *Education and Employment Among Young Arab Israelis, in STATE OF THE NATION REPORT: SOCIETY, ECONOMY AND POLICY IN ISRAEL 259*. (Avi Weiss ed., 2017)

<sup>102</sup> הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה *מדדי איכות חיים קיימות וחוסן לאומי* 303 (2019).

<sup>103</sup> שם, בעמ' 313.

<sup>104</sup> לטענה שלמשתנים חברתיים, כגון מצב סוציאקונומי ומגדר, השפעה על השיעור שבו מטופלים יכולים להתנגד להשפעות חיצוניות, דוגמת כפייה או מניפולציה, ראו: Dorcas Kamuya et al., *What We Learned About "Voluntariness and Consent: Incorporating "Background Situations" and Understanding Into Analyses*, 11 THE AMERICAN J. OF BIOETHICS 31, 32 (2011).

כולם ביכולתו של הפרט לפעול באופן אוטונומי. בין אם מקורה של פגיעה זו בתחושה של היעדר שליטה על חייו של הפרט, בערעור תחושת המסוגלות לפעול באופן אוטונומי, בהיחלשות הרצון לקחת חלק בתהליך קבלת ההחלטות או בתחושה כי ביצוע הטיפול הוא החלופה היחידה האפשרית, הימצאות במצב של מחלה עלולה להקשות על מטופלים לקבל החלטות אוטונומיות.<sup>105</sup> לכך מתווספת העובדה שיכולתו של המטופל להבין את המידע שנמסר לו – המהווה תנאי הכרחי להיות החלטה אוטונומית – מופחתת לעיתים קרובות עקב מחלתו או הטיפול הרפואי הניתן לו.<sup>106</sup> עצם השהות בבית החולים פוגעת אף היא ביכולתם של פרטים לנהוג באופן אוטונומי. מורחקים מסביבתם הטבעית, מופשטים מבגדיהם הרגילים, נאלצים להתאים את עצמם לכללי התנהגות שקבעו אחרים עבורם, נתונים למצוקה נפשית ותלויים באחרים לשם סיפוק צורכיהם, עשויים מטופלים להתקשות להפעיל את היכולות הנדרשות לשם קבלת החלטה אוטונומית. היחס בין החולה המאושפז לבין הצוות הרפואי בבית החולים עשוי אף הוא להחליש את יכולותיהם של פרטים לנהוג באופן אוטונומי. מפגש עם צוות רפואי שאינו מוכר, קושי לזהות את הגורם האחראי על הטיפול במטופל ופרק הזמן הקצר המוקדש למפגש עם הצוות הרפואי עשויים להקשות על המטופל להפעיל את היכולות הנדרשות לשם קבלת החלטה אוטונומית, למשל, לבקש מידע, להציג שאלות, לקיים שיח עם הגורם הרפואי המתאים בקשר להעדפותיו ולהיות מעורב בתהליך קבלת ההחלטות.<sup>107</sup>

מנקודת המבט של אוטונומיה יחסית, לתובנות אלה חשיבות רבה לדיון שהתקיים בעניין עלי דעקה בשאלת ההסכמה מדעת. הן מאירות את פערי הכוח בין המטפל למטופל ואת הנחיתות המאפיינת מטופלים המאושפזים בבית חולים. בדרך זו הן מדגישות את הפגמים שנפלו בתהליך קבלת ההסכמה מהתובעת. כאמור, בעת שהתבקשה הסכמת התובעת לניתוח היא הייתה מוטלת על שולחן הניתוחים. ניתן להניח שהימצאות במצב זה העמיקה את תחושת התלות המלווה מטופלים המאושפזים בבית חולים והדגישה את אובדן השליטה במצבה. היא גם הייתה נתונה להשפעת תרופות מטשטשות, דבר שבוודאי חרף את הקושי להבין מידע, להציג שאלות ולהתנגד לתוכנית הטיפול המוצעת לה, כמאפיין מטופלים המאושפזים בבתי חולים. לבסוף, השלב המאוחר שבו התבקשה הסכמת התובעת – כלומר לאחר שכל ההכנות לניתוח הושלמו וזמן קצר טרם כניסת הצוות הרפואי לחדר הניתוח – העצים את תחושת "חוסר הברירה" הנלווית למצבים של מחלה והנוכחת בהקשר האשפוזי. כפי שעולה מדברים אלה, מודעות להקשר הרפואי והמערכתית שבו מטופלים מקבלים החלטות ולהשפעותיו האפשריות על יכולתם לפעול באופן אוטונומי מציעה הבנה עמוקה יותר של הפגמים שנפלו בהסכמת התובעת ומדגישה את חומרתם. למרות זאת, עיון בפסק הדין מגלה שהדיון בשאלת הסכמת התובעת התמקד בתיאור הנסיבות הספציפיות שבהן התבקשה

Vikki A. Entwistle et al., *Supporting Patient Autonomy: The Importance of Clinician-Patient Relationship*, 25 J. OF GEN. INTERNAL MED. 741, 742 (2010); Zackary D. Berger et al., *Communication Behaviors and Patient Autonomy in Hospital Care: A Qualitative Study*, 100 PATIENT EDUC. COUNS. 1473, 1474 (2017); Weiss Roberts; 1473-1474, לעיל ה"ש 99, בעמ' 706, 708; קרקראייל **דוקטרינת ההסכמה מדעת**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 48.

<sup>106</sup> שם, בעמ' 45.

<sup>107</sup> Kevin J. O'Leary et al., *Hospitalized Patients' Understanding of Their Plan of Care*, 85 MAYO ; שם; Evagelia Kotrotsiou et al., *CLINIC PROCEEDINGS 47, 47 (2010)*. לאשפוז כגורם למצוקה נפשית של חולים, ראו: How Do Patients Experience Stress Caused by Hospitalization and How Do Nurses Perceive this Stress Experienced by Patients-A Comparative Study, 7 ICU NURSING WEB J. 1, 13 (2001).

הסכמתה. התייחסות להקשר הרפואי-מערכתי הרחב יותר שבו התבקשה הסכמתה נעדר מפסק הדין.<sup>108</sup>

לתובנות המתוארות בדבר השפעתם של מחלה ואשפוז על יכולתם של פרטים לקבל החלטות אוטונומיות יש תרומה נוספת לדיון בפסד הדין בעניין עלי דעקה – הן מזכירות שגם כאשר הסכמת המטופל מתבקשת בנסיבות ובאופן המאפשרים לו לכאורה לקבל החלטות אוטונומיות, עלול ההקשר הרפואי והמערכתי שבו מתקבלות ההחלטות לפגוע ביכולתו לנהוג באופן אוטונומי. כאמור, בעניין עלי דעקה הוחתמה התובעת ביום האשפוז על טופס הסכמה לניתוח ברגל. עוד עולה מפסק הדין כי הנוהג המקובל במחלקה הוא קיום היוועצות, טרם הניתוח, בהשתתפות הצוות הרפואי והמטופל, שבמסגרתה נמסר למטופל מידע על אודות הניתוח המתכוון. מנקודת המבט של תפיסה ליברלית-אינדיבידואלית, כל אחת מדרכים אלה – בקשת הסכמה מהתובעת ביום האשפוז או שיתופה בהיוועצות הרפואית טרם הניתוח – הן בעלות יתרון משמעותי על פני הדרך שבה התבקשה הסכמתה בפועל. בקשת הסכמה מהתובעת זמן מה לפני ההליך הרפואי, ולא בצמידות לו, הייתה מאפשרת לה לבחון את המידע שנמסר לה, להציג שאלות לצוות המטפל ולהרהר בדבר ההחלטה הראויה. יתרון זה היה מקבל משנה תוקף אילו טרם הניתוח הייתה מתקיימת היוועצות בהשתתפות התובעת, כך שלזו הייתה ניתנת ההזדמנות לקיים שיח עם הצוות הרפואי.

ואכן, למועד שבו מתבקשת הסכמת המטופל ולמתן הזדמנות למטופל לבחון את המידע שנמסר לו ולקיים שיח עם הצוות הרפואי קיימת חשיבות רבה גם לפי הגישה של אוטונומיה יחסית. אלא שגישה זו אינה מסתפקת בכך. כאמור, על פי הגישה של אוטונומיה יחסית אין די בקיום התנאים ההכרחיים להיות החלטה אוטונומית. יש להיות ערים להשפעות האפשריות של ההקשר הרפואי והמערכתי שבו התבקשה הסכמת המטופל על יכולתו לקבל החלטות אוטונומיות. כך, למשל, צפויה הגישה היחסית להאיר את הקושי הכרוך בקבלת הסכמה מהמטופל ביום האשפוז. מקורו של קושי זה בשניים. ראשית, מטופל שהתייצב כבר לאשפוז עשוי לחוש תחושת מחויבות לביצוע ההליך. מקורה של תחושה זו בהכנות הרפואיות והאישיות שביצע המטופל טרם התייצבותו לאשפוז ובהנחה שעצם התייצבות לאשפוז מבטאת הסכמה שבמעשה לקבל את הטיפול הרפואי המוצע לו. שנית, תחושות החרדה, הבלבול וחוסר הוודאות המלוות, לא אחת, את רגע המעבר מהסביבה והשגרה התומכות והמוכרות למטופל לסביבה זרה ושונה. על פי הגישה של אוטונומיה יחסית, בהכרעה בשאלה אם קבלת הסכמה מהמטופל ביום האשפוז מקיימת אחר החובה לקבל את הסכמתו מדעת, יש לבחון את ההשפעה האפשרית של גורמים אלה על יכולתו של המטופל לקבל החלטה אוטונומית.

גישה של אוטונומיה יחסית חושפת גם את האופן שבו שיתוף המטופל בהיוועצות הרפואית עלול דווקא לפגוע ביכולתו לפעול באופן אוטונומי. אכן, השתתפות המטופל בהיוועצות הרפואית הנערכת טרם הניתוח מאפשרת את קיומו של שיח בינו לבין הצוות הרפואי. ככזאת היא עשויה לקדם את יכולתו של המטופל לקבל החלטות אוטונומיות. אלא שההקשר שבו נערכות היוועצויות מסוג זה ואופיין עלולים דווקא לפגוע ביכולתו של החולה לקבל החלטה אוטונומית, ולא לקדמה. נוכחות של כמה אנשי צוות רפואי במפגש, שימוש במונחים רפואיים, התמקדות בהיבטים

<sup>108</sup> חשוב לציין שבמקרים אחרים עמדו בתי המשפט על ההשפעה השלילית שעשויה להיות למצבו הרפואי של המטופל על יכולתו לקבל החלטות אוטונומיות. ראו, למשל: עניין קדוש, לעיל ה"ש 6, בפס' 26 לפסק הדין של השופט עמית. אלא שדווקא בעניין עלי דעקה, לעיל ה"ש 2, לא קיבל הדבר ביטוי מפורש.

הרפואיים של המקרה, ולא בחולה, הדרת החולה מהשיח המתנהל בעניינו ומסירת מידע לחולה מבלי שניתנת לו הזדמנות אמיתית להציג את שאלותיו והעדפותיו הם חלק מהגורמים שעשויים להעמיק את פערי הכוח הקיימים ברגיל בין המטופל למטפל ולפגוע ביכולתו של החולה לקבל החלטות אוטונומיות.

בהיבט זה בולטת תרומתה של הגישה של אוטונומיה יחסית. כאמור, על פי גישה זו יש לבחון את יכולתו של הפרט לקבל החלטות אוטונומיות בהתחשב בהקשר המערכתי שבו מתקבלות החלטותיו. בהמשך לכך, גישה זו צפויה להתחשב בכך שהקשרים מערכתיים מסוימים עלולים להעמיק את פערי הכוח בין המטפל למטופל, וכך לפגוע ביכולתו של האחרון לקבל החלטות אוטונומיות. בה בעת, היא צפויה להכיר בכך שהקשרים מערכתיים אחרים עשויים לקדם, לחזק ולתמוך ביכולתו של הפרט לקבל החלטות אוטונומיות.<sup>109</sup> מכאן עולה שגישה של אוטונומיה יחסית צפויה לייחס חשיבות רבה לאופן שבו מתנהלות היועצויות רפואיות בשיתוף החולה. על פי גישה זו, אין די בנוכחות החולה במפגש ואפילו לא במסירת המידע הדרוש לו על מנת שהחלטתו תהיה אוטונומית. יש ליצור תנאים שיעודדו את המטופל לשאול שאלות בקשר למידע שנמסר לו, להציג את העדפותיו וליטול חלק פעיל בתהליך קבלת החלטות.<sup>110</sup>

באופן שאינו מפתיע, התובנות שתוארו בחלק זה בנוגע להשפעתם האפשרית של מחלה ואשפוז על יכולתם של מטופלים לקבל החלטות אוטונומיות לא קיבלו ביטוי בפסק הדין בעניין עלי דעקה. העובדה שהתובעת נתנה את הסכמתה לניתוח ברגל ביום האשפוז כמו גם העובדה שבמקרה זה היא לא נטלה חלק בהיוועצות הרפואית בעניינה אומנם הוזכרו על ידי בית המשפט, אך זה לא התייחס להשפעה האפשרית של הכאבים שמהם סבלה התובעת והימצאותה באשפוז על יכולתה לקבל החלטה אוטונומית. במקום זאת, הוא הסתפק בבחינת הנסיבות הספציפיות שבהן התבקשה הסכמת התובעת והתייחס להשפעתן על יכולתה לנהוג באופן אוטונומי. אימוץ גישה של אוטונומיה יחסית עשויה הייתה להוביל את בית המשפט לאימוץ גישה רחבה יותר, שבמסגרתה נבחנות לא רק הנסיבות הספציפיות שבהן התבקשה הסכמת המטופל, אלא גם ההקשר הרפואי והמערכתי הכללי שבמסגרתו התבקשה ההסכמה.

#### **1. חסרונותיה של הגישה של אוטונומיה יחסית לדוקטרינת ההסכמה מדעת: בחינה ביקורתית**

כפי שעולה מהדיון בחלקים הקודמים, לאימוצה של גישה יחסית לדוקטרינת ההסכמה מדעת יתרון מרכזי – היא עשויה לשפר את יכולתם של מטופלים לקבל החלטות אוטונומיות המשקפות את העדפותיהם וערכיהם. בה בעת, לא ניתן להתעלם מחסרונותיה האפשריים. בחלק זה אני מבקשת לעסוק בחסרונות אלה ולבחון אם יש בהם כדי למנוע את אימוצה של הגישה היחסית.

מאז אימוצה הייתה דוקטרינת ההסכמה מדעת נתונה לביקורת רבה. גם כאשר פורשה על פי הגישה הליברלית-אינדוואלית, הצביעו מבקריה על הקשיים הפרקטיים הכרוכים ביישומה

<sup>109</sup> לטענה ברוח דומה, ראו: Entwistle et al., לעיל ה"ש 105, בעמ' 744.

<sup>110</sup> לטענה שעל ההקשר הרפואי שבו מטופלים מקבלים החלטות לתמוך ביכולתם לקבל החלטות אוטונומיות, ראו: Ells et al., לעיל ה"ש 32, בעמ' 91 ו-96. ודוק, את פערי הכוח ותחושת התלות שחולים חשים במצבים מסוג זה לא ניתן לנטרל לחלוטין. מידה מהם היא בלתי נמנעת כאשר מדובר בחולים המאושפזים בבית החולים. למרות זאת, יצירת תנאים מתאימים עשויה להפחיתם, וכך לשפר את יכולתם של מטופלים לקבל החלטות אוטונומיות. לטענה ברוח דומה, ראו: Simone Lee Joannou, *Toward an Account of Relational Autonomy in Healthcare and Treatment*, *Settings*, 24 ESSAYS IN THE PHIL. OF HUMANISM 1, 10 (2016).

ועל העלויות הגבוהות הכרוכות באימוצה.<sup>111</sup> נראה כי טענות ביקורת אלה יפות ביתר שאת אם דוקטרינת ההסכמה מדעת תפורש על פי הגישה של אוטונומיה יחסית.

ראשונה מבין טענות הביקורת האפשריות כנגד הגישה של אוטונומיה יחסית היא שרופאים חסרים את היכולות והמיומנויות הנדרשות לשם קיומו תהליך הסכמה מדעת כתפיסתו על פי גישה זו. בחינת ההקשר החברתי הכולל שבו מקבל המטופל את החלטה, זיהוי הנסיבות המשפיעות על החלטתו, זיהוי העדפותיו ויצירת תנאים שיאפשרו לו לקבל החלטה אוטונומית דורשים מיומנויות תקשורת, כמו גם ידע ורגישות חברתית ותרבותית.<sup>112</sup> אלא שכפי שנטען לעיתים קרובות, רופאים, שעיקר הכשרתם מדעי, חסרים את המיומנויות והידע הנדרשים לכך.<sup>113</sup>

על אף כוחה, אין בטענה זו כדי להצדיק את דחיית הגישה היחסית לדוקטרינת ההסכמה מדעת. ראשית, אף שהחינוך הרפואי מתמקד בעיקר בהקניית ידע על אודות הגוף הביולוגי של החולה ובמחלה, גוברת ההכרה בחשיבות שיש להקניית מיומנויות תקשורת לרופאים. לכך ניתן ביטוי בתוכנית לימודי הרפואה ואף בתוכניות הכשרה לרופאים.<sup>114</sup> יתרה מזו, ככל שרופאים חסרים מיומנויות אלה, הרי שניתן להכשיר אותם לכך עוד במהלך לימודיהם.<sup>115</sup> שנית, שיתוף אנשי מקצוע שהם בעלי המיומנויות הנדרשות, למשל – אחיות ועובדים סוציאליים – עשוי לסייע לרופאים בתהליך ההסכמה מדעת.<sup>116</sup>

טענה אפשרית נוספת נגד הגישה היחסית לדוקטרינת ההסכמה מדעת היא העלויות הגבוהות הכרוכות בה. מקורן של אלה צפוי להיות משולש. האחד, גידול במספר התביעות שיוגשו לבית המשפט. גידול זה צפוי להוסיף לעומס שבו נתונים בתי המשפט בישראל<sup>117</sup> ולהגדיל את העלויות המנהליות הכרוכות בניהול הליכים משפטיים.<sup>118</sup> כפי שעולה מהדיון שנערך בחלקו הקודמים של המאמר, אימוץ גישה של אוטונומיה יחסית לדוקטרינת ההסכמה מדעת צפוי להטיל חובות נוספות על הצוות המטפל. יתרה מזו, על פי הצעתי, לפחות במקרה אחד – טיפולי פוריות, צפויה גישה זו להקל על תובעים להוכיח סיבתיות החלטה. שינויים אלה צפויים לשפר את סיכויי הצלחתן של תביעות בטענה של היעדר הסכמה מדעת ולכן עשויים להביא לגידול במספר התביעות שיוגשו, על העלויות הכרוכות בכך. בה בעת, לא ניתן להתעלם מממצאיהם של מחקרים המלמדים שמסירת מידע לחולים, שיתופם בתהליך קבלת ההחלטות, שיפור בתקשורת בין המטופל לצוות

<sup>111</sup> לדיון מפורט בטענות שהושמעו נגד דוקטרינת ההסכמה מדעת, ראו: קרקוראייל **דוקטרינת ההסכמה מדעת**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 35–54.

<sup>112</sup> לטענה ברוח דומה, ראו: Orit Karnieli-Miller et al., *The Role of Medical Schools in Promoting Social Accountability Through Shared Decision-Making*, 3 ISREL J. OF HEALTH POL'Y RES. 1, 2 (2014).

<sup>113</sup> Len Doyal, *Informed Consent: Moral Necessity or Illusion?*, 10 BMJ QUALITY & SAFETY 29, 32 (2001); CARL E. SCHNEIDER, *THE PRACTICE OF AUTONOMY: PATIENTS, DOCTORS AND MEDICAL DECISIONS* 144–145 (1998).

<sup>114</sup> Cynthia Haq et al., *Integrating the Art and Science of Medical Practice: Innovations in Teaching* <sup>114</sup> Karnieli-Miller et al.; *Medical Communication Skills*, 36 FAM. MED. 43, 48 (2004). לעיל ה"ש 112, בעמ' 3. לתוכניות הכשרה לרופאים בישראל, ראו למשל את הסדנאות לקידום מיומנות תקשורתית המוצעות לרופאים על ידי מסר: המרכז הארצי לסימולציה רפואית. ראו: מסר: המרכז הארצי לסימולציה רפואית. [https://www.msr.org.il/staj\\_guide](https://www.msr.org.il/staj_guide).

<sup>115</sup> לטענה זו, ראו למשל: Karnieli-Miller et al., לעיל ה"ש 112, בעמ' 3. MARIA FAISON, *NURSE'S ROLE WITHIN THE INFORMED CONSENT PROCESS: A SYSTEMATIC REVIEW OF* <sup>116</sup> Patricia A. Bomba et al., *Key Role of Social Work in Effective Communication and Conflict Resolution Process: Medical Orders for Life-Sustaining Treatment (MOLST) Program in New York and Shared Medical Decision Making at the End of Life*, 7 J. OF SOC. WORK IN END OF LIFE & PALLIATIVE CARE 56, 74 (2011).

<sup>117</sup> לעומס בו נתונים בתי המשפט בישראל, ראו: עקיבא ביגמן "שופט אחד, אלפי תיקים: העומס במערכת המשפט נחשף" **ישראל היום** (9.2.2020). <https://www.israelhayom.co.il/article/732155>.

<sup>118</sup> לטענה כי בניסוח כללים משפטיים יש לשקול את השפעתם על העלויות המנהליות, ראו: GUIDO CALABRESI, *THE COSTS OF ACCIDENTS: A LEGAL AND ECONOMIC PERSPECTIVE* 286–287 (1970).



הרפואי וקיומו של קשר אישי המבוסס על אמון מפחיתים את מספר התביעות המוגשות על ידי מטופלים.<sup>119</sup>

השני, גידול בסך סכומי הפיצוי שיוטלו על המערכת הרפואית הציבורית. מקורו של גידול זה לא רק בגידול האפשרי במספר התביעות, אלא גם בגידול בסכומי הפיצוי שייפסקו בתביעות פרטניות. כפי שראינו, לפחות במקרה אחד – טיפולי פוריות – טענתי שאימוץ הגישה של אוטונומיה יחסית לדוקטרינת ההסכמה מדעת מצדיק את הגדלת סכומי הפיצוי שייפסקו למטופלים עבור הפגיעה בזכותם לאוטונומיה. אם אכן יחול גידול בסכומי הפיצוי, הדבר צפוי לעורר קושי של ממש לאור מצבה של מערכת הבריאות הציבורית בישראל, המתאפיינת בתקצוב לאומי נמוך ומחסור באנשי צוות רפואי, ציוד רפואי ומיטות אשפוז.<sup>120</sup> אלא שספק אם השינויים המוצעים על ידי יובילו לגידול בסך סכומי הפיצוי הנפסקים בתביעות בטענה של היעדר הסכמה מדעת. ככל שהטענה של גידול בסכומי הפיצוי מבוססת על הגידול הצפוי במספר התביעות, הרי שכפי שכבר טענתי, אימוץ הגישה של אוטונומיה יחסית אינו צפוי להגדיל בהכרח את מספר התביעות שיוגשו בטענה של היעדר הסכמה מדעת. ככל שהטענה של גידול בסכומי הפיצוי מבוססת על פסיקת פיצוי בסכום גבוה יותר עבור ראש הנזק של פגיעה בזכות לאוטונומיה בתביעות פרטניות, הרי שיש לזכור שהצעתי להגדיל את סכומי הפיצוי התייחסה לטיפול פוריות בלבד. מכאן עולה שהגידול בסכומי הפיצוי צפוי להיות מתון.

השלישי, גידול בעלויות הכרוכות בתהליך ההסכמה מדעת. אחת מטענות הביקורת המרכזיות שהושמעו נגד דוקטרינת ההסכמה מדעת היא בנושא העלויות הכרוכות בתהליך ההסכמה מדעת, ככלל, ובמסירת מידע למטופלים, בפרט. מקורן של עלויות אלה בזמן שאותו על הצוות הרפואי להקדיש לקיום חובותיו על פי דוקטרינת ההסכמה מדעת. זמן זה מתארך ככל שעל המטפל לקיים שיח מעמיק יותר עם המטופל וככל שהמידע שאותו עליו למסור למטופל רב יותר ומורכב יותר.<sup>121</sup> כפי שראינו, אימוץ גישה של אוטונומיה יחסית לדוקטרינת ההסכמה מדעת צפוי להטיל על הצוות הרפואי חובות נוספות לאלה שמוטלות עליהם עתה ולחייב קיומו של דיאלוג מעמיק בין המטפל למטופל. התוצאה צפויה להיות הארכת משך הזמן שעל רופאים להקדיש לתהליך ההסכמה מדעת, על הגידול בעלויות הכרוך בכך. אלא שכנגד עלויות נוספות אלה, יש לשקול את ההטבות הכרוכות באימוצה של דוקטרינת ההסכמה מדעת, בוודאי כשהיא מפורשת על פי הגישה היחסית המחייבת קיומו של דיאלוג אמיתי ועמוק בין המטופל לצוות הרפואי. למשל, גידול בתחושת הסיפוק מהטיפול הרפואי, הפחתה ברמת החרדה שחש המטופל ושיפור בשיתוף הפעולה של המטופל עם תוכנית הטיפול.<sup>122</sup>

טענה אפשרית נוספת נגד הגישה של אוטונומיה יחסית היא הסיכון הכרוך בה של פגיעה בפרטיות. על פי טענה זו, הצורך לזהות את הרקע החברתי שבו מתקבלת החלטת המטופל, הנסיבות המשפיעות עליו והערכים שלהם הוא מייחס חשיבות עלול להוביל את המטפל לנהל שיח שיש בו פגיעה בפרטיות המטופל, למשל, באמצעות הצגת שאלות חודרניות על אודות יחסיו עם המקורבים

<sup>119</sup> קרקראייל **דוקטרינת ההסכמה מדעת**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 136–137.

<sup>120</sup> משרד הבריאות **מערכת הבריאות בישראל בראי ה-OECD לשנת 2018** (2021); לטענה כי בעשורים האחרונים חלה עלייה בהוצאות מערכת הבריאות בגין תביעות בעילות של רשלנות רפואית וכי עלייה זו מכבידה על מערכת הבריאות וגוזלת מהמשאבים המוקצים להספקת שירותי הבריאות לתושבי מדינת ישראל, ראו: הוועדה הבין-משרדית לבחינת הדרכים להקטנת ההוצאה הציבורית בגין תביעות רשלנות רפואית **דין וחשבון** (2005); מבקר המדינה **דוח ביקורת שנתי 62 לשנת 2011 ולחשבונות שנת הכספים 2010** 196–198 (2011).

<sup>121</sup> קרקראייל **דוקטרינת ההסכמה מדעת**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 130. חשש זה הוזכר על ידי בית המשפט העליון כשיקול נגד הטלת חובה על מטפלים להתאים את המידע הרפואי שאותו הם מוסרים למטופלים לאמונותיהם הדתיות, ראו: ע"א 8710/17 פלונית נ' **שירותי בריאות כללית**, בפס' 30 לפסק הדין של השופט וילנר (נבו 6.8.2019).

<sup>122</sup> קרקראייל **דוקטרינת ההסכמה מדעת**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 133–135.

לו.<sup>123</sup> אלא שבחינה נוספת של הגישה המוצעת על ידי מגלה כי היא אינה כרוכה בהכרח בפגיעה בפרטיות המטופל. הטלת חובה על הרופא לשקול את העדפות החולה המסוים, צורכי המידע המיוחדים לו ומארג הקשרים החברתיים שבהם העדפות וצרכים אלה נטועים, אין משמעה שעל המטפל חלה החובה להציג למטופל שאלות חודרניות לגבי ערכיו, העדפותיו ונסיבות עיצובן. למעשה, רופא שינהג כך אכן צפוי לפגוע בפרטיות המטופל. משמעה שעל הרופא להזמין את המטופל לדיאלוג כן ופתוח אשר במסגרתו יוכל המטופל, אם ירצה בכך, לחשוף בפניו את העדפותיו, את המניעים לאימוצן ואת הגורמים המשפיעים עליו. המטפל אינו מחויב ולא ראוי שיחויב להציג למטופל שאלות חודרניות. בנוסף לכך, אף שעל פי הגישה של אוטונומיה יחסית על המטפל לאפשר לבני משפחת המטופל להשתתף בתהליך קבלת ההחלטות אם הדבר צפוי לקדם את יכולתו לקבל החלטות אוטונומיות, שיתופם בתהליך מותנה בהסכמת המטופל.<sup>124</sup> לכן, אף בהיבט זה לא צפויה הגישה של אוטונומיה יחסית להוביל לפגיעה בפרטיות המטופל.

## ז. סיכום

אימוצה של פרשנות ליברלית-אינדיווידואלית לעקרון האוטונומיה על ידי בתי המשפט בישראל משתקפת היטב בשלושת פסקי הדין שנדונו במאמר. שלושת המקרים התמקדו במערכת היחסים הדיאדית של המטפל והמטופל, בחובה לקבל הסכמה חופשית ומדעת שהראשון חב כלפי האחרון ובשאלה כיצד הפרת איזו מחובות אלה השפיעה על יכולת המטופל לקבל החלטה אוטונומית.

כשניתן ביטוי להקשר שבו התבקשה והתקבלה הסכמת המטופל, הרי שהקשר זה היה מוגבל לנסיבות המערכתיות-הרפואיות הצרות של המקרה (למשל, בקשת הסכמה בסמוך לטיפול, כשהמטופלת תחת השפעת תרופות מטשטשות ומוטלת על שולחן הניתוחים) ולאופי היחסים בין המטפל למטופל (למשל, יחסי האמון המאפיינים את הקשר בין מומחה לפריון לבין מטופלת). ההקשר האישי, החברתי והתרבותי הרחב שבו התקבלו ההחלטות, וכן השפעתם של קשרים ומשתתפים חברתיים על יכולתם של פרטים לקבל החלטות אוטונומיות, לא קיבלו ביטוי בפסקי הדין ולא נשקלו על ידי בתי המשפט בהכרעה בסוגיות שעמדו לפניו.

כך, בעניין מרפאת עין טל שעסק בשאלת היקפה של חובת הגילוי, לא הוזכרה ההשפעה שיש למגדר, למאפיינים התנהגותיים ופסיכולוגיים של הפרט ולתפיסות חברתיות בדבר אידיאל היופי על נכונותם של פרטים לבצע הליכים קוסמטיים. בעניין פלונית התעלם בית המשפט מהשפעתו של ההקשר החברתי, הרפואי והאישי של טיפולי פרויקט על יכולתם של תובעים להוכיח סיבתיות החלטה. לבסוף, בעניין עלי דעקה, שהתמקד באופן ובמועד שבו התקבלה הסכמת התובעת לניתוח, התעלם בית המשפט לחלוטין מההשפעה האפשרית של מוצאה האתני של התובעת על יכולתה לקבל החלטות אוטונומיות. בנוסף לכך, ניתן משקל מוגבל בלבד להקשר המערכתית-רפואי שבו מקבלים מטופלים המאושפזים בבית חולים החלטות.

בה בעת, שלושת המקרים מדגימים את החשיבות הרבה שיש לבחינת ההקשר החברתי, האישי והרפואי הרחב שבו מקבלים מטופלים החלטות. אף שמסירת המידע הנדרש למטופל ובקשת הסכמתו במועד ובאופן שיאפשרו לו לקבל החלטה מרצון חופשי הן תנאים הכרחיים להיות החלטה

<sup>123</sup> החשש מפני פגיעה בפרטיות הוזכר על ידי בית המשפט העליון בפסי"ד פלונית, שעסק בשאלה אם על מטפל חלה החובה להתאים את המידע הרפואי שאותו הוא מוסר למטופל לאמונותיו הדתיות. בין השאר התייחס בין המשפט לחשש שמא הטלת חובה זו על המטפל תניע אותו להציג שאלות למטופל בקשר לאמונותיו הדתיות, על הפגיעה בפרטיות הכרוכה בכך. ראו: עניין פלונית, לעיל ה"ש 121, בפסי' 31–32 לפסק הדין של השופט וילנר.

<sup>124</sup> כלל זה נגזר מחובת הסודיות הרפואית המוטלת על המטפל. ראו: סי' 19 לחוק זכויות החולה.

אוטונומית, אין בהן די. כפי שממחישים שלושת המקרים, הסכמה שנתן מטופל לטיפול רפואי עשויה שלא להיות אוטונומית גם אם התקיימו התנאים ההכרחיים לכך על פי התפיסה הליברלית: אינדיווידואלית. תפיסות חברתיות, קשרים בין-אישיים, משתנים סוציאקונומיים, מצב רפואי ואשפוז עלולים לפגוע ביכולת המטופל לקבל החלטות אוטונומיות. יתרה מזו, גם אם למטופל נמסר המידע הנדרש וניתנה בידו ההזדמנות לקבל החלטה מרצון חופשי, אין בכך להבטיח שהוא יהיה בעל היכולת הנדרשת לשם קבלת החלטות אוטונומיות. בהקשר זה יש חשיבות רבה למארג היחסים שבין המטפל למטופל ולאופי הדיאלוג המתקיים בין הצדדים. אלה עשויים לסייע למטופל לפתח את יכולתו לקבל החלטות אוטונומיות ולתמוך בה, גם על רקע תפיסות חברתיות, משתנים סוציאקונומיים ותנאים מערכתיים המחלישים את זהותו האוטונומית.

מדברים אלה עולה שעל בתי המשפט להיות ערים לקשרים האפשריים שבין ההקשר החברתי, הרפואי והאישי שבו פרטים מקבלים החלטות לבין יכולתם לקבל החלטות אוטונומיות, עליהם מצביעה הגישה של אוטונומיה יחסית. כפי שהמחיש הדיון בשלושת פסקי הדין, אימוץ נקודת המבט של אוטונומיה יחסית עשוי להשפיע, בראש ובראשונה, על ההנמקה להכרעות המשפטיות הניתנות על ידי בתי המשפט ולהעשירה. בנוסף לכך, ואולי חשוב מכך, עשויה התאוריה של אוטונומיה יחסית להשפיע על תוכנם של הכללים המשפטיים ועל ההכרעות המשפטיות עצמן. כפי שראינו, היא עשויה לספק הצדקה לשינוי הכללים החלים בתביעות המבוססות על הטענה של היעדר הסכמה מדעת. בנוסף לכך, היא עשויה להוות מקור להטלת חובות נוספות על מטפלים.

ודוק, בהקשר זה חשוב להעיר שאין באימוצה של הגישה של אוטונומיה יחסית כדי לפטור את המטפל מעמידה בסף מינימלי של החובות המוטלות עליו מכוח הגישה הליברלית: אינדיווידואלית. כך, מן הראוי שתחול עליו החובה למסור למטופל את אותו מידע שחולה רגיל וממוצע זקוק לו בנסיבות הרפואיות של המקרה לשם קבלת החלטה אוטונומית כהגדרתה על פי הגישה הליברלית-אינדיווידואלית, כלומר, לשם קבלת החלטה המבוססת על הבנה מהותית של ההחלטה ותוצאותיה. בנוסף לכך, ראוי שתוטל עליו החובה להימנע מהשפעות כופות ולמנוע מאחרים לכפות על המטופל את ערכיהם והעדפותיהם, למשל, באמצעות איומים, כפייה פיזית או בקשת הסכמה במועד מתן הטיפול הרפואי. ייחודה של הגישה היחסית לדוקטרינת ההסכמה מדעת הוא בהרחבת החובות המוטלות על המטפל, מתוך הבנה שהחלטותיהם של מטופלים מתקבלות תמיד בהקשר חברתי, תרבותי ומערכתי מסוים ומושפעות ממארג מורכב של קשרים ומשתנים חברתיים.