

## תוכן עניינים

1	מבוא .....
2	חלק ראשון: הפגיעה באוטונומיה ודיני הרשלנות הרפואית .....
3	מהי אותה "העדר הסכמה מדעת"? .....
3	ההבדל בין "העדר הסכמה מדעת" לבין "פגיעה באוטונומיה" .....
4	חוק זכויות החולה .....
7	חלק שני: הפגיעה באוטונומיה בתביעות צרכניות .....
10	חלק שלישי: פגיעה באוטונומיה בענפי משפט נוספים .....
10	דיני משפחה – סרבנות בעל למתן גט .....
10	שידול לזנות .....
11	דיני חוזים .....
11	הרחבת היקף הזכאים לפיצוי בגין פגיעה באוטונומיה .....
12	תיחום הזכות .....
13	חלק רביעי: הפגיעה באוטונומיה – עילת התביעה .....
13	האם הפגיעה באוטונומיה היא עילת תביעה עצמאית או ראש נזק .....
13	פגיעה באוטונומיה כפגיעה בזכות חוקתית ראויה לסעד .....
15	סיווג ההסכמה מדעת בעילות השונות .....
15	<b>עילת התקיפה</b> .....
16	<b>עוולת הרשלנות</b> .....
17	<b>הפרת חובה חקוקה</b> .....
17	<b>חוק החוזים</b> .....
17	דעות מלומדים ביחס לעילת התביעה העדיפה .....
19	האם יש לפסוק פיצוי בגין פגיעה באוטונומיה בנוסף לפיצוי עקב היעדר הסכמה מדעת? .....
21	סיכום ומסקנות .....

**נושא העבודה:** גבולותיה של עילת התביעה בגין "פגיעה באוטונומיה"

**שאלת המחקר:** האם יש מקום להרחיב את גבולותיה של עילת התביעה בגין "פגיעה באוטונומיה"

## מבוא

"בשנת 1999 הגיח לעולם המשפטי-נזיקי יצור חדש, זעיר למראה, במשקל 15,000 ₪ בלבד, וייקרא שמו בישראל פגיעה באוטונומיה. בחלוף כ-15 שנה מתברר כי העולל הרך עלה ותפח לממדים שלא שיערו ראשונים שעמדו על עריסתו"<sup>1</sup>

ההיגד של שופט ביהמ"ש העליון יצחק עמית במסגרת מאמר שפרסם בעניין הפגיעה באוטונומיה לפיו "העולל הרך שעלה ותפח לממדים שלא שיערו ראשונים שעמדו על עריסתו" מתייחס לשני אספקטים של הפגיעה באוטונומיה: האספקט הראשון הוא האספקט הכספי – עם ההכרה בתביעות בגין פגיעה באוטונומיה נהגו בימ"ש לפסוק לתובעים פיצויים נמוכים, ואולם עם השנים הלך ותפח סכום הפיצוי שנפסק בגין ראש נזק זה. האספקט השני הינו ענייני – תחום העניינים בהם הכירו ביהמ"ש בראש הנזק של פגיעה באוטונומיה, כראש נזק הראוי לפיצוי, הלך וגדל.

עניינה של עבודה זו הינו באספקט השני בלבד, קרי: דיון בפסיקה שהרחיבה את העילה של פגיעה באוטונומיה, מהמטריה של רשלנות רפואית, שם "נולדה" העילה, לתחומי משפט נוספים. עבודה זו לא תדון בסוגיה של גידול בסכום הפיצויים שפסקו ביהמ"ש בגין עילה זו, סכום שכאמור הלך ותפח עם השנים, כמו גם מהן הסיבות המשוערות לכך.

הולדתה של הפגיעה באוטונומיה היא כאמור במסגרת דיני הרשלנות הרפואית, ואולם תביעות בגין ראש נזק זה הלכו והתרחבו לתחומים נוספים של המשפט, גם התביעות בגין עילה זו הלכו והתרחבו עד כי כיום ברוב התביעות בעניין הרשלנות הרפואית וברוב התביעות הייצוגיות שעוסקות בתחומים צרכניים מעלים התובעים את הטענה של פגיעה באוטונומיה.

האוטונומיה של האדם הוגדרה בפרשת עלי דעקה<sup>2</sup> באופן רחב: "...לכל אדם זכות יסודית לאוטונומיה. זכות זו הוגדרה כזכותו של כל פרט להחליט על מעשיו ומאוויו בהתאם לבחירותיו, ולפעול בהתאם לבחירות אלה... הפרט הוא המחליט על 'טובתו'-שלו: 'טובתו' היא רצונו ורצונו הוא 'טובתו'. 'רצון' מפורש או משתמע כולל בחובו את טובתו של אדם, 'טובתו' של אדם נחבאת בין קפליו של רצונו" ...זכותו זו של אדם לעצב את חייו ואת גורלו חובקת את כל ההיבטים המרכזיים של חייו – היכן יחיה; במה יעסוק; עם מי יחיה; במה יאמין. היא מרכזית להווייתו של כל פרט ופרט בחברה. יש בה ביטוי להכרה בערכו של כל פרט ופרט כעולם בפני עצמו. היא חיונית להגדרתו העצמית של כל פרט, במובן זה שמכלול בחירותיו של כל פרט מגדיר את אישיותו ואת חייו של הפרט"<sup>3</sup>

אם ניישם את ההגדרה הנ"ל כפשוטה, הרי על פי לשון ההגדרה ניתן להכיר בעילה של פגיעה באוטונומיה בכל מקרה שבו אדם אחד מונע מאחר את זכות בחירה, כמו מהנדס שאינו מגלה ללקוח את כל האלטרנטיבות הקיימות לבניית קיר תומך, או עו"ד שלא גילה ללקוח את כל האלטרנטיבות האפשריות

<sup>1</sup> יצחק עמית "סוס הפרא של הפגיעה באוטונומיה" בתוך ספר שטרסברג-כהן (א' ברק, י' זמיר, א' כהן, מ' סבוראי וא' עפארי עורכים) 465, 465 (2017)

<sup>2</sup> ע"א 2781/93 מיאסה עלי דעקה נ' בית החולים "כרמל" חיפה, נג(4) 526 (1999)

<sup>3</sup> שם, סע' 15 לפסה"ד של השופט אור

לניהול המשפט. כמו גם כל מקרה שבו האחד מעמיד בסיכון את האחר, לרבות במקרה של תקיפה או כליאת שווא, או כל מקרה של תאונת עבודה שנגרמה עקב רשלנות המעביד.<sup>4</sup> ואולם הפסיקה הציבה מגבלות לפיצוי בגין ראש נזק זה. מטרתה של עבודה זו היא לברר מהם המגבלות שהציבה הפסיקה לפיצוי בגין פגיעה בראש הנזק של פגיעה באוטונומיה, ולבחון האם הגבלות אלה תואמות את הדין הרצוי.

### חלק ראשון: הפגיעה באוטונומיה ודיני הרשלנות הרפואית

פגיעה באוטונומיה כמעשה הראוי לפיצוי הוכר לראשונה בפרשת עלי דעקה<sup>5</sup>. עובדות המקרה התייחסו לתובעת אשר אושפזה לצורך ביצוע ניתוח ברגלה, אך נותחה בכתפה הימנית. הסכמת התובעת לניתוח בכתף ניתנה, לאחר שהתובעת כבר הייתה בחדר הניתוח, והייתה תחת השפעת תרופות מטשטשות. לאור זאת לא נמסרו לה פרטים על הסיכונים בנייתוח. עקב הניתוח נגרמה לתובעת נכות, בגינה הגישה תביעת רשלנות נגד הרופאים שטיפלו בה. בשלב ראשון בחן ביהמ"ש את התביעה בגין רשלנות רפואית אך דחה אותה. לאחר מכן עבר ביהמ"ש לבחון את הסכמתה של התובעת לעבור ניתוח שונה מהניתוח שתוכנן מלכתחילה. ביהמ"ש הגיע למסקנה כי הדרך בה התקבלה הסכמתה של התובעת לניתוח, לרבות העובדה שלא נמסר לה מידע על הסיכונים הטמונים בנייתוח, מהווה התרשלנות. לכן בחן בימ"ש בשלב זה האם קיים קשר סיבתי בין התרשלנות הרופאים (באי מסירת מידע על הסיכונים שבניתוח) לנזק הגוף שנגרם לתובעת. ביהמ"ש הגיע למסקנה שלא הוכחה רשלנות כני"ל, מאחר ועל פי מסקנתו אפילו הייתה התובעת מקבלת הסבר ראוי על הניתוח טרם עריכתו, הייתה מסכימה לניתוח. לפיכך נקבע, כי התובעת אינה זכאית לפיצוי על נזק הגוף שנגרם. לאחר שנדחתה הן תביעת הרשלנות הרפואית והן התביעה בגין אי גילוי, קבע ביהמ"ש כי יש מקום לפסוק לתובעת פיצוי, על הנזק הלא ממוני שנגרם לה עקב הפגיעה בזכותה לאוטונומיה. ביהמ"ש קבע כי פגיעה בזכות לאוטונומיה מהווה נזק בר פיצוי, וכי ראש נזק זה מובחן ונפרד מראש הנזק הפיזי, והפיצוי בגינו בא להוסיף על הפיצוי הניתן לחולה בגין הנזק הפיזי שנגרם לו, ולא להחליפו. בפסק דין זה יצר ביהמ"ש ראש נזק חדש בניזקין: פגיעה באוטונומיה, ראש נזק שאינו מוכר בשיטות משפט אחרות.<sup>6</sup> בכך הרחיב ביהמ"ש את הדוקטרינה של "העדר הסכמה מדעת".

### מהי אותה "העדר הסכמה מדעת"?

העדר הסכמה מדעת היא הדוקטרינה המעוגנת בחוק זכויות החולה תשנ"ו 1966<sup>7</sup> הקובע בסעי' 13(א) שבו כי "לא יינתן טיפול רפואי למטופל אלא אם כן נתן לכך המטופל הסכמה מדעת לפי הוראות פרק זה". סעיף 13(ב) מוסיף וקובע כי "לשם קבלת הסכמה מדעת, ימסור המטפל למטופל מידע רפואי הדרוש לו, באורח סביר, כדי לאפשר לו להחליט אם להסכים לטיפול המוצע...". "הסכמה מדעת, כשמה כן היא, כוללת אלמנט של הסכמה מצד המטופל וחובת גילוי מצד הרופא. על מנת לקבל את הסכמתו האמתית של המטופל לטיפול המוצע, חובה על הרופא למסור למטופל מידע על היבטים שונים של הטיפול, ואי גילוי מידע רלוונטי לגבי הטיפול מקעקע את ההסכמה שניתנה לטיפול. לכן, נוהגים לדבר בנשימה אחת על הסכמה מדעת ועל חובת

<sup>4</sup> עמית הע"ש 1 לעיל עמ' 468

<sup>5</sup> פרשת עלי דאקה הע"ש 2 לעיל

<sup>6</sup> אריאל פורת נזיקין כרך א 268 (2013)

<sup>7</sup> חוק זכויות החולה, תשנ"ו-1996 פורסם ס"ח תשנ"ו מס' 1591 מיום 12.5.1996 עמ' 327