

**המשפט כאמצעי לשינוי חברתי –
המקרה של דוקטרינת "ההסכמה
מדעת"**

מבוא

דוקטרינת "ההסכמה מדעת", שלפיה אין ליתן לאדם טיפול רפואי מבלי לקבל את הסכמתו החופשית והמודעת, היא מהכללים המשפטיים החשובים ביותר שאומצו במאה העשרים בתחום יחסי רופא-חולה, אם לא החשוב שבהם. עד לאימוצה הייתה מקובלת באתיקה הרפואית ובפרקטיקה הרפואית הגישה כי סמכות קבלת ההחלטות באשר לטיפול הרפואי נתונה לרופא, וכי יש למסור לחולה מידע מצומצם בלבד. אימוץ הדוקטרינה אל המשפט האנגלו-אמריקני באמצע המאה העשרים סימן את גישת המשפט כי הגיעה העת לתחילתו של עידן חדש, עידן אשר עיקרו העצמת כוחם של חולים.

אלא שאימוצה של דוקטרינה משפטית זו לא סימן בהכרח גם שינוי בפרקטיקה הרפואית הנוהגת או בעמדותיהם של רופאים. אף שעיקרה של הדוקטרינה היה להטיל חובות חדשות על רופאים, הייתה טמונה בה הבטחה בלבד ליצירת השינוי החברתי המיוחל. עד כמה הביאה דוקטרינה משפטית זו לשינוי בפרקטיקה הרפואית הנוהגת ובעמדותיהם של רופאים? זוהי השאלה העומדת במרכזו של מאמר זה.

למאמר ארבעה חלקים לבד מחלק זה. בחלק השני יוצגו בקצרה דוקטרינת "ההסכמה מדעת", הרציונל העומד ביסודה והרקע לאימוצה. בחלק השלישי תיבחן השפעת דוקטרינת "ההסכמה מדעת" על עמדותיהם של רופאים ועל הפרקטיקה הרפואית. בחלק הרביעי ייבחנו הגורמים לתפקידו המוגבל של המשפט בהקשר של דוקטרינת "ההסכמה מדעת". בחלק החמישי והאחרון יוצגו לקחי העתיד ככל שהדבר נוגע בתפקידו של המשפט כאמצעי לשינוי חברתי בהקשר הנדון.

**א. דוקטרינת "ההסכמה מדעת" –
הכלל המשפטי, הרציונל העומד ביסודו והרקע לאימוצו**

1. על הדוקטרינה ועל הרציונל העומד ביסודה

דוקטרינת "ההסכמה מדעת" מגלמת את הכלל המשפטי שלפיו אין ליתן לאדם טיפול רפואי מבלי לקבל את הסכמתו החופשית והמודעת לטיפול.

* ד"ר נילי קרקו-אייל, בית הספר למשפטים, המכללה למינהל.

החובה לקבל את הסכמתו החופשית של אדם לטיפול רפואי אומצה מפורשות למשפט האנגלו-אמריקני כבר בראשית המאה העשרים ושאהבה את כוחה המשפטי מעוללת התקיפה.¹

עוללת התקיפה, ששימשה באופן מסורתי כאמצעי להגנה על אינטרס שלמות הגוף מפני התערבות לא רצויה, החלה לשמש כאמצעי להגנה על אינטרס זה בהקשר של טיפולים רפואיים.² הטלת אחריות מכוח עוולה זו אינה מותנית בקיומה של כוונה רעה מצד הנתבע, ודי בכוונה למגע בגופו של החולה. לפיכך, אף שככלל השימוש במגע בשעת טיפול נעשה בכוונה להיטיב עם המטופל, לא הייתה מניעה להטיל בגינו אחריות מכוח עוללת התקיפה אם לא ניתנה לו הסכמה.³

ואכן, במספר הולך וגדל של פסקי דין שניתנו בראשית המאה, הבהירו בתי המשפט כי על הרופא מוטלת החובה לקבל את הסכמת החולה לטיפול הרפואי המוצע.⁴ בתי המשפט העניקו פירוש מרחיב לחובה זו⁵ ודחו את הטענה לפיה ניתן להסיק כי החולה מסכים לטיפול רפואי מעצם פנייתו לרופא.

באמצע המאה העשרים הכיר המשפט האנגלו-אמריקני לא רק בחובה לקבל את הסכמת החולה לטיפול המוצע,⁶ אלא גם בקיומה של חובת גילוי כלפי החולה. בתי המשפט קבעו כי כדי שהסכמתו של החולה לטיפול הרפואי תהיה תקפה וכדי שהטיפול בו לא יחשב לתקיפה, יש למסור לו מידע נוסף פרט למידע על אודות מהות הטיפול.

1 במשפט הישראלי קבועה עוללת התקיפה בסעיף 23 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש], נ"ח התשכ"ח 266. סעיף 23 (א) לפקודה קובע כדלקמן: "תקיפה היא שימוש בכוח מכל סוג שהוא, ובמתכוון, נגד גופו של אדם על ידי הכאה, נגיעה הזזה או בכל דרך אחרת, בין במישרין ובין בעקיפין, שלא בהסכמת האדם או בהסכמתו שהושגה בתרמית..."

2 ראו: Danuta Mendelson, *Historical Evolution and Modern Implication of Concepts of Consent to, and Refusal of, Medical Treatment in the Law of Trespass*, 17 J. LEGAL MED 1, 7–11 (1996); דוד קרצ'מר – תקיפה וכליאת שווא 1–2 (דיני הנזיקין – העוולות השונות, גד טרסקי עורך, 1981).

3 ראו קרצ'מר, לעיל ה"ש 2, בעמ' 8–9.

4 Pratt v. Davis, 118 Ill. App. 161, 166 (1905); Mohr v. Williams, 104 N.W. 12, 14–15 (1905); Marshall v. Curry, [1933] 3 D.L.R. 260, 274; Schloendorff v. Society of New York Hospital, 105 N.E. 92, 93 (1914); Rolater v. Strain, 137 P. 96, 97 (1913); Nolan v. Kechijian, 64 A.2d 866, 867 (1949); Murray v. McMurchy, [1949] 2 D.L.R. 442, 444.

5 ראו למשל: Mulloy v. Hop Sang, [1935] 1 W.W.R. 714; Perry v. Hodgson, 148 S.E. 659 (1929); Bakewell v. Kahle, 232 P.2d 127 (1951); McClees v. Cohen, 148 A. 124 (1930); Hively v. Higgs, 253 P. 363 (1927); Church v. Adler, 113 N.E.2d 327 (1953); Hobbs v. Kizer, 236 F. 681 (1916); עניין Mohr, לעיל ה"ש 4; עניין Pratt, לעיל ה"ש 4.

6 ראו: Bang v. Charles T. Miller Hospital, 88 N.W.2d 186, 190 (1958); Hall v. U.S., 136 F. Supp. 187, 192 (1955); Kennedy v. Parrott, 90 S.E.2d 754, 757 (1956); Hunt v. Bradshaw, 88 S.E.2d 762, 767 (1955).

כך, אם בראשית המאה הייתה חובת הגילוי מוגבלת בהיקפה וחלה רק על מידע בדבר מהות הטיפול,⁷ הרי מאמצע המאה הכירו בתי המשפט בהדרגה בקיומה של חובת גילוי נרחבת.⁸ חובת הגילוי כללה את החובה למסור לחולה מידע על מצבו, על חשיבות הטיפול המוצע, על הסיכונים הכרוכים בטיפול ובהעדר טיפול, על הסיכויים להצלחת הטיפול, על תוצאותיו האפשריות ועל החלופות המוצעות לו.⁹ בשנות השישים המאוחרות של המאה העשרים ובשנות השבעים שלה הפכו דוקטרינת "ההסכמה מדעת" וחובת הגילוי לכללים מבוססים היטב במשפט האנגלו-אמריקני.¹⁰ מחלוקות, אם היו, נגעו בעיקר בהיקפה של חובת הגילוי, ובמיוחד בשאלה אם היקפה של החובה ייקבע על פי "סטנדרט מקצועי" או על פי מבחן "החולה הסביר".¹¹

- 7 ראו: Marcus L. Plant, *An Analysis of "Informed Consent"*, 36 FORDHAM L. REV. 639, 650-653 (1968).
- 8 ההכרה בקיומה של חובת גילוי רחבה זו מסמלת את לידתה של דוקטרינת "ההסכמה מדעת". פסק הדין הראשון שבו נעשה שימוש במונח זה הוא פסק הדין בעניין *Salgo v. Salgo*. עור ראו: Cathy J. Jones, *Autonomy*, Stanford Jr. University, 317 P.2d 170, 181 (1957) and *Informed Consent in Medical Decision-Making: Toward a New Self-Fulfilling Prophecy*, 47 WASH & LEE L. REV. 379, 388 (1990); JAY KATZ, *THE SILENT WORLD OF DOCTOR AND PATIENT* 59 (1984); RUTH R. FADEN & TOM L. BEAUCHAMP, *A HISTORY AND THEORY OF INFORMED CONSENT* 87 (1986).
- 9 ראו למשל: עניין *Salgo*, לעיל ה"ש 8, בעמ' 181; עניין *Hunt*, לעיל ה"ש 6, בעמ' 766; עניין *Bang*, לעיל ה"ש 6, בעמ' 190; *Natanson v. Kline*, 350 P.2d 1093, 1106-1107; *Bolam v. Friern Hospital Management Committee*, [1957] 2 All. E.R. 118, 122, 124; *Kenny v. Lockwood Clinic, Ltd* [1932] 1 D.L.R. 507, 525; *Male v. Hopmans*, [1965] 54 D.L.R. 592, 595, 596-597.
- 10 ראו למשל: *Nishi v. Hartwell*, 473 P.2d 116, 119 (1970); *Hunter v. Brown*, 484 P.2d 1162, 1165 (1971); *Canterbury v. Spence*, 464 F.2d 772, 781-782 (1972); *Wilkinson v. Vesey*, 295 A.2d 676, 685 (1972); *Cobbs v. Grant*, 502 P.2d 1, 9-10 (1972) נוספת מהמחצית השניה של המאה העשרים ומראשית המאה העשרים ואחת, המאמצת את דוקטרינת "ההסכמה מדעת", ראו למשל: *Sidaway v. Board of Governors of the Bethlehem Royal Hospital*, [1985] A.C. 871; *Newell and Newell v. Goldenberg*, [1995] 6 Med. L. Rev 371; *Pearce v. United Bristol Healthcare, NHS Trust* 48 BMLR 118 (1998); *Chester v. Afshar*, [2004] 4 All E.R. 587; *Reibl v. Hughes*, 114 D.L.R. (3d) 1; *Areto v. Avedon*, 5 Ca. 4th 1172 (1993); *Rogers v. Whitaker*, 67 A.L.J.R. 47 (1992); *Rosenberg v. Percival*, 205 C.L.R. 434 (2001).
- 11 ראו: BARRY R. FURROW, THOMAS L. GREANEY, SANDRA H. JOHNSON, TIMOTHY JOST & ROBERT L. SCHWARTZ, *HEALTH LAW* 413-415 (1995); KENYON MASON, ALISTAIR McCALL-SMITH, GRAEME LAURIE, ALEXANDER McCALL SMITH & GAEMET T. LAURIE, *LAW AND MEDICAL ETHICS* 399 (7th ed. 2006); MICHAEL A. JONES, *MEDICAL NEGLIGENCE* 523-540 (3rd ed. 2003); עניין *Sidaway*, לעיל ה"ש 10, בעמ' 895, 899-900, 903-905; עניין *Pearce*, לעיל ה"ש 10; עניין *Chester*, לעיל ה"ש 10, בעמ' 593-594, 601-604, 612.

כד בכד דחה המשפט האנגלו-אמריקני טענות לפיהן עוולת התקיפה היא עילת התביעה הראויה במקרים שבהם הופרה חובת הגילוי, והעדיף על פניה את עוולת הרשלנות.¹² דוקטרינת "ההסכמה מדעת" נשענה אפוא על שני אדנים משפטיים: עוולת התקיפה – במקרים שבהם לא נתן החולה כל הסכמה לטיפול או שלא נמסר לו כל מידע על הטיפול המוצע, ועוולת הרשלנות – במקרים שבהם הופרה החובה לגלות לחולה פרטי מידע מסוימים.

לפי הגישה הפטרונית (פטרנליסטית) ליחסי רופא-חולה, הסמכות לקבל החלטות באשר לטיפול הרפואי נתונה לרופא הפועל כאפוטרופוס של החולה, ואילו לחולה אין כל תפקיד בתהליך קבלת ההחלטות פרט לחובה להפגין צייתנות ולשתף פעולה עם רופאיו.¹³ עם אימוצה של דוקטרינת "ההסכמה מדעת" דחה המשפט האנגלו-אמריקני את הגישה הפטרונית ואימץ תחתיה את הגישה כי לחולה תפקיד פעיל בתהליך קבלת ההחלטות: יש למסור לחולה מידע באשר למצבו הרפואי ובאשר לטיפול הרפואי המוצע לו כדי שיוכל לבחון את המידע, לשקול את יתרונות הטיפול המוצע ואת חסרונותיו, לשקול את יתרונותיהן ואת חסרונותיהן של דרכי טיפול חלופיות, לבחון את ערכיו ואת העדפותיו שלו עצמו, ועל יסוד מידע זה להכריע בשאלה מהו הטיפול הרפואי המתאים לו ביותר.¹⁴ ואכן, כד בכד עם אימוצה של דוקטרינת "ההסכמה מדעת" קבעו בתי המשפט כי ביסודה של הדוקטרינה עומדות זכויותיו של החולה לאוטונומיה, להגדרה עצמית ולשליטה על

613; עניין *Reibl*, לעיל ה"ש 10, בעמ' 12–13; עניין *Rogers*, לעיל ה"ש 10, בעמ' 52; עניין *Rosenberg*, לעיל ה"ש 10, פס' 62–64 לפסק דינו של השופט Gummow ופס' 6–7, 9–20 לפסק דינו של השופט Gleeson.

12 ראו: *Sidaway v. Board of Governors of the Bethlehem Royal Hospital*, [1984] 1 All E.R. 1018, 1026, 1029, 1032; *Natanson v. Kline*, 354 p.2d 670, 672–673 (1960); עניין *Cobbs*, לעיל ה"ש 10, בעמ' 7–8; עניין *Bolam*, לעיל ה"ש 9, בעמ' 122; עניין *Reibl*, לעיל ה"ש 10, בעמ' 10–11; עניין *Rogers*, לעיל ה"ש 10, בעמ' 48, 53. הדיון בטעמים להערפת עוולת הרשלנות על פני עוולת התקיפה חורג מגדרה של רשימה זו. לדיון בטעמים אלה ראו למשל נילי קרקו-אייל "דוקטרינת 'ההסכמה מדעת' – עילת התביעה הראויה מקום שבו הופרה זכות המטופל לאוטונומיה" הפרקליט מט 181, 184 (תשס"ז).

13 לתיאור גישה זו ראו למשל: KATZ, לעיל ה"ש 8, בעמ' 100–101; David T. Ozar, *Patients, Autonomy: Three Models of the Professional-Lay Relationship in Medicine*, 5 THEORETICAL MEDICINE 61, 62–63 (1984); STEPHEN WEAR, INFORMED CONSENT – PATIENT AUTONOMY AND CLINICIAN BENEVOLENCE WITHIN HEALTH CARE 33–34 (2nd ed. 1998); Marjorie M. Shultz, *From Informed Consent to Patient Choice: A New Protected Interest*, 95 YALE L.J. 219, 221 (1985).

14 ראו: Alan Meisel, *The "Exceptions" to the Informed Consent Doctrine Striking a Balance Between Competing Values in Medical Decision Making*, 1979 Wis. L. REV. 413, 420–421; Cathy Charles, Amiram Gafni & Tim Whelan, *Shared Decision-Making in the Medical Encounter: What does it Mean? (Or It Takes at Least Two to Tango)*, 44 Soc. Sci. Med. 681, 683 (1997); JURRIT BERGSMAN & DAVID C. THOMASMA, AUTONOMY AND CLINICAL MEDICINE – RENEWING THE HEALTH PROFESSIONAL RELATION WITH THE PATIENT 38, 126–127 (2000).

גופו.¹⁵ באופן זה, הטלת החובה על הרופא לקבל את הסכמתו המודעת של החולה לטיפול רפואי סימנה את תחילתו של מסע, שסופו בהעצמת כוחם של חולים ובהפחתת סמכותם הפטרונית של רופאים.¹⁶

בדומה למשפט האנגלו-אמריקני ובעקבותיו, דחה גם המשפט הישראלי את הגישה הפטרונית ליחסי רופא-חולה. החובה לקבל את הסכמת החולה לטיפול הרפואי והחובה למסור לו מידע באשר למצבו הרפואי ובאשר לטיפול המוצע לו הוכרו בפסיקה הישראלית בשנות החמישים ובשנות השישים של המאה העשרים.¹⁷ בשנים שלאחר מכן חזרו בתי המשפט בערכאות השונות, בשורה ארוכה של פסקי דין, על הדרישה לקבל את הסכמת המטופל לטיפול ועל חובת הגילוי. בתי המשפט החילו דרישות אלה אף על מקרים שבהם לא היה הטיפול הרפואי כרוך בשימוש בכוח כלפי גופו של המטופל, עד שדוקטרינת "ההסכמה מדעת" הפכה לכלל יסוד משפטי ביחסי רופא-חולה.¹⁸ החובה למסור לחולה

15 עניין *Schloendorff*, לעיל ה"ש 4, בעמ' 93; עניין *Pratt*, לעיל ה"ש 4, בעמ' 166; עניין *Mohr*, לעיל ה"ש 4, בעמ' 14–15; עניין *Rolater*, לעיל ה"ש 4, בעמ' 97; עניין *Natanson*, לעיל ה"ש 9, בעמ' 1104; עניין *Salgo*, לעיל ה"ש 8, בעמ' 181; עניין *Cobbs*, לעיל ה"ש 10, בעמ' 9–10; עניין *Hunter*, לעיל ה"ש 10, בעמ' 1164–1165.

16 ראוי לציין כי דוקטרינת "ההסכמה מדעת" אומצה גם במשפט הקונטיננטלי (למשל: בגרמניה, ברנמרק, באיסלנד, בפילנדר, בנורווגיה, בהולנד, בליטא, ביוון ובספרד). לעניין זה ראו: Lars H. Fallberg, *Patients Rights in the Nordic Countries*, 7 Eur. J. Health L. 123, 130–132, 134, 137 (2000); Helena Leino-Kilpi, Maritta Valimaki, Marianne Arndt, Theo Dessen, Maria Gasull, Chryssoula Lemonidou & Anne P. Scott, *Patient's Autonomy, Privacy and Informed Consent* 15–16, 29–30, 35 (2000); אמנון כרמי *בריאות ומשפט* כרך א 958–967 (2003); אלבין אסר "הסכמה מדעת בחוק הגרמני" *משפטים* לא (1) 251 (2000). עם זאת, בשל מגבלות שפה מתמקדת רשימה זו במשפט האנגלו-אמריקני והישראלי בלבד.

17 ראו ת"א (מחוזי ת"א) 1425/57 קאירה נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"מ התשי"ט(י"ח) 73, 92–94 (1959); ע"א 322/63 גרטי, קטינה נ' מדינת ישראל, פ"ד י"ח (2) 449, 457 (1964); לפסקי דין שהכירו בחובת הגילוי ראו ת"א (מחוזי חי') 152/58 ליכטנשטרן נ' ברנדשטר, פ"מ התשכ"ד(לח) 50, 57 (1963); ת"א (מחוזי חי') 1047/64 ויטנר נ' בתר, פ"מ התשכ"ו(נ"ב) 383, 393 (1966).

18 לפסקי דין שקבעו את החובה לקבל את הסכמת החולה, ראו למשל ע"א 81/66 בר-חי נ' שטיינר, פ"ד (3) 230, 232 (1966); ע"פ 480/85 קורטאם נ' מדינת ישראל, פ"ד מ(3) 673, 685–686 (1986); ע"א 323/89 קוהרי נ' מדינת ישראל – משרד הבריאות, פ"ד מה(2) 142, 166 (1991); ע"א 3108/91 רייבי נ' וייגל, פ"ד מז(2) 497, 505–506 (1993); ע"א 506/88 שפר, קטינה נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(1) 87, 179–180 (1993); ע"א 2781/93 דעקה נ' בית החולים "כרמל", חיפה, פ"ד נג(4) 526, 543 (1999); ע"א 6153/97 שטנרל נ' שדה, פ"ד נו(4) 746, 753–754 (2002); ע"א 4960/04 סידי נ' קופת חולים של ההסתדרות הכללית, תק-על 2005(4) 3055, פס' 10 לפסק דינו של השופט ריבלין (2005); ע"א 718/06 סתחי נ' מדינת ישראל, תק-על 2007(4) 1644, פס' 12 לפסק דינו של השופט ג'ובראן (2007). לפסקי דין שקבעו את חובת הגילוי, ראו ע"א 560/84 נחמן נ' קופת חולים של ההסתדרות העובדים בארץ ישראל, פ"ד מ(2) 384, 387 (1986); ת"א (מחוזי ב"ש) 88/84 אסא נ' קופת חולים של

מידע זכתה לפרשנות רחבה והוחלה על שורה ארוכה של פרטי מידע, בהם מצבו הרפואי של החולה, מהות הטיפול המוצע, מטרתו של הטיפול, הסיכונים הכרוכים בו, הסיכויים להצלחתו, תופעות הלוואי הכרוכות בו, החלופות לטיפול המוצע, חוסר ודאות באבחנת מצבו הרפואי של החולה ומידת ניסיונו של המטפל בביצוע הטיפול המוצע.¹⁹

בתי המשפט לא הסתפקו באימוצם של כללים משפטיים אלה; השופטים הבהירו מפורשות כי המשפט הישראלי דחה את הגישה המסורתית ליחסי רופא-חולה, שלפיה לאחרון שליטה על גופו של החולה ועל גורלו, ואימץ תחתיה גישה המעניקה לחולה מעמד בכורה בתהליך קבלת ההחלטות.²⁰ בדומה לתאומתה הזרה הוצגה דוקטרינת "ההסכמה מדעת" גם במשפט הישראלי כמבוססת על זכויותיו של הפרט לאוטונומיה, לחירות ולכבוד.²¹

בשנת 1996 נחקק חוק זכויות החולה, התשנ"ו-1996.²² פרק ד לחוק הוקדש כולו לסוגיה של הסכמה מדעת לטיפול רפואי. בסעיף 13(א) לחוק נקבע האיסור ליתן לאדם טיפול רפואי אלא אם נתן לכך את הסכמתו המודעת לפי הוראות החוק. בסעיף 13(ב) לחוק הטיל המחוקק על המטפל את החובה למסור למטופל מידע רפואי הדרוש לו, באופן סביר,

ההסתדרות הכללית של העובדים, פ"מ התשמ"ז(ג) 32, 42 (1986); עניין קוהרי, שם, בעמ' 166-167; עניין דעקה, שם, בעמ' 543-544, 572-573, 577; ע"א 4384/90 ואתורי נ' בית החולים לניארו, פ"ד נא(2) 171, 182 (1997); ע"א 434/94 ברמן, קטינה נ' מור - המכון למידע רפואי בע"מ, פ"ד נא(4) 205, 218 (1997); ע"א 6948/02 ארנה נ' מדינת ישראל, משרד הבריאות, פ"ד נח(2) 535, 546 (2004); עניין שטנדל, שם; עניין סירי, שם; עניין סתחי, שם. המבחן המשפטי שאומץ בפסיקה להיקף חובת הגילוי הוא מבחן "החולה הסביר"; לעניין זה ראו: עניין אסא, שם; עניין קוהרי, שם; עניין רייבי, שם, בעמ' 509; עניין דעקה, שם, בעמ' 548-549; עניין ואתורי, שם; עניין ברמן, שם; עניין שטנדל, שם, בעמ' 755-756; עניין סירי, שם.

19 ראו למשל: עניין דעקה, לעיל ה"ש 18, בעמ' 548-549; עניין ברמן, לעיל ה"ש 18, בעמ' 212; עניין ואתורי, לעיל ה"ש 21, בעמ' 181-182; ע"א 5681/93 קופת חולים של ההסתדרות הכללית נ' ידיד, תק-על 95(3) 1302, פס' 18 לפסק דינו של השופט ד' לוי (1995); ת"א (מחוזי י-ם) 1104/96 לוסטמן נ' בית החולים רמב"ם, תק-מח 99(2) 2670, פס' 113 (1999); עניין שטנדל, לעיל ה"ש 18, בעמ' 753-758; עניין סירי, לעיל ה"ש 18, פס' 10 ו-13 לפסק דינו של השופט ריבלין; עניין סתחי, לעיל ה"ש 18, פס' 13 לפסק דינו של השופט ג'ובראן.

20 לדברים ברוח זו ראו למשל עניין דעקה, לעיל ה"ש 18, בעמ' 615-616.

21 ראו למשל: עניין דעקה, שם, בעמ' 570-586, 616; ע"א 1412/94 הסתדרות מדיצינית הדסה עין-כרם נ' גלעד, פ"ד מט(2) 516, 525-526 (1995); עניין ואתורי, לעיל ה"ש 18, בעמ' 182; עניין שפר, לעיל ה"ש 18, בעמ' 180; עניין רייבי, לעיל ה"ש 18, בעמ' 509; עניין ברמן, לעיל ה"ש 18, בעמ' 212-213; עניין שטנדל, לעיל ה"ש 18, בעמ' 754; עניין סירי, לעיל ה"ש 18, פס' 4 לפסק דינו של השופט ריבלין.

22 חוק זכויות החולה, התשנ"ו-1996, ס"ח 1591, 327. דיון מקיף בפרשנות סעיפי החוק חורג ממסגרתה של רשימה זו. לדיון מקיף בסעיפי החוק ראו נילי קרקו-אייל דוקטרינת ההסכמה מדעת בחוק זכויות החולה, תשנ"ו-1996 חלק ג (2008).

כדי להחליט אם להסכים לטיפול המוצע²³ ומנה שורה ארוכה של פרטי מידע שאותם יש למסור למטופל. בסעיף 13(ג) לחוק הוסיף והבהיר המחוקק כי על המטפל למסור למטופל את המידע הרפואי בשלב מוקדם ככל האפשר ובאופן שיאפשר למטופל להבין את המידע במידה מרבית, כדי שיוכל לקבל החלטה בדרך של בחירה מרצון ושל איתנות. בחוק הוסדר אף אופן קבלת הסכמת המטופל²⁴ ונקבעה שורה של חריגים לחובה לקבל את הסכמתו המודעת של המטופל לטיפול הרפואי.²⁵

2. על הרקע לאימוץ הדוקטרינה

דיון בתפקידה של דוקטרינת "ההסכמה מדעת" כאמצעי ליצירת שינוי חברתי מחייב מתן מענה לשאלה מקדימה – מהו הרקע לצמיחתה של הדוקטרינה ולאימוצה ככלל משפטי? האם הזרעים לאימוצה של הדוקטרינה ככלל משפטי נזרעו בעולמה הפנימי של הרפואה? האם היו אלה המטפלים עצמם שסברו, מטעם זה או אחר, כי הגיעה העת לשינוי במסורת הפטרונית ארוכת השנים והביאו, בדרך זו או אחרת, לשינוי המשפטי המתואר? אם זהו מצב הדברים, הרי אימוצה של הדוקטרינה ככלל משפטי באמצע המאה העשרים שיקף שינוי שהתחולל ממילא ביחסי רופא-חולה. במקרה כזה, השאלה העומדת במרכזו של מאמר זה מאברת במידה מסוימת את חשיבותה.

תשובה אפשרית אחרת היא שכוחות מחוץ לעולם הרפואה הם שהניעו את אימוצה של הדוקטרינה למשפט. אם אכן זהו מצב הדברים, הרי דוקטרינת "ההסכמה מדעת" נכפתה על עולם הרפואה והייתה בגדר התערבות משפטית ביחסי רופא-חולה. במקרה כזה עולה במלוא עוזה השאלה עד כמה חוללה דוקטרינת "ההסכמה מדעת" שינוי בעמדותיהם של רופאים ובפרקטיקה שאותה הם נוקטים.

בחנית הרקע לאימוצה של דוקטרינת "ההסכמה מדעת" ככלל משפטי ובחינת הגורמים לכך, מובילה לשלוש מסקנות.

ראשית, דוקטרינת "ההסכמה מדעת" אומצה למשפט כחלק מניסיון כולל של תובעים ושל בתי משפט לאתר אמצעים משפטיים חדשים לפיצוי חולים שניזוקו עקב טיפול רפואי. אמנם דוקטרינת "ההסכמה מדעת" הוצגה, כבר מראשיתה, כדוקטרינה המבוססת על הזכות לאוטונומיה והמיועדת להגשימה,²⁶ אך בצד מטרה זו עמדה השאיפה להרחיב את אחריותם של רופאים ולהבטיח פיצוי למספר רב יותר של חולים שניזוקו עקב טיפול רפואי.

23 השאלה מהו המבחן המשפטי להיקף חובת הגילוי שאומץ בסעיף 13 (ב) לחוק טרם הוכרעה בפסיקה. ראו למשל עניין אדנה, לעיל ה"ש 18, בעמ' 546; עניין שטנדל, לעיל ה"ש 18, בעמ' 756–757; עניין ואתורי, לעיל ה"ש 18, בעמ' 182; עניין דעקה, לעיל ה"ש 18, בעמ' 620; עניין סידי, לעיל ה"ש 18, פס' 12–13 לפסק דינו של השופט ריבלין; דנ"א 461/06 קופת חולים כללית נ' סידי, תק-על 2006(3) 835, פס' 2 להחלטתה של השופטת בייניש (2006).

24 ראו סעיף 14 לחוק זכויות החולה.

25 אלה קבועים בסעיף 13 (ד) ובסעיף 15 לחוק זכויות החולה.

26 ראו למשל: עניין Natanson, לעיל ה"ש 9, בעמ' 1104; עניין Salgo, לעיל ה"ש 8, בעמ' 181; עניין Cobbs, לעיל ה"ש 10, בעמ' 9–10.

לפני אימוצה של הדוקטרינה למשפט הוגבלה הזכות לפיצוי לניזוקים שנזקיהם נגרמו עקב טיפול רפואי רשלני. כפועל יוצא מכך נותרו ניזוקים רבים ללא פיצוי גם במקרים שבהם סבלו נזקי גוף חמורים. מצב זה הוביל למגמה, שראשיתה באמצע שנות החמישים של המאה העשרים ושיאה בשנות השבעים, לאתר ולהשתמש בטכניקות משפטיות חדשות שאפשרו להטיל אחריות על רופאים מבלי להוכיח רשלנות בטיפול הרפואי. מטרתן העיקרית של טכניקות משפטיות אלה הייתה להבטיח פיצוי למספר רב יותר של חולים שניזוקו עקב טיפול רפואי, ו"לפזר" באופן יעיל יותר את הנזקים שנגרמו מן הטיפול. דוקטרינת "ההסכמה מדעת" נמנית עם הטכניקות המשפטיות שבהן נעשה שימוש למטרות אלה.

כפי שראינו, החובה לקבל את הסכמת החולה לטיפול רפואי הייתה לכלל משפטי מבוסס היטב במשפט האמריקני כבר בראשית המאה העשרים. זו אפשרה לפסוק פיצוי לחולים בגין תוצאות הטיפול הרפואי אם הוכיחו כי לא נתנו את הסכמתם לטיפול, גם אם הטיפול הרפואי לא היה רשלני. מאחר שמקרים של מתן טיפול רפואי ללא כל הסכמה מצד החולה אירעו לעתים רחוקות, פותח בפסיקה הרעיון לפיו על הסכמת החולה להיות הסכמה מודעת, דהיינו הסכמה המבוססת על מידע באשר לטיפול המוצע. כך, לחולה שניזוק אך שלא יכול היה להוכיח התרשלות בטיפול הרפואי ניתנה האפשרות להוכיח שהרופא לא מסר לו את המידע הנדרש, ולקבל פיצוי על יסוד טענה משפטית זו.

עולה מכאן שמניע מרכזי לאימוצה של דוקטרינת "ההסכמה מדעת" אל המשפט מקורו בתוככי עולם המשפט ועיקרו, כאמור, בשאיפה להרחיב את האחריות המשפטית המוטלת על רופאים.²⁷

שנית, בצד השאיפה להרחבת אחריותם המשפטית של רופאים, עמדו שני גורמים חברתיים נוספים שתרמו לאימוצה של דוקטרינת "ההסכמה מדעת" למשפט. הגורם הראשון – חשיפת הניסויים הרפואיים שביצעו הנאצים במלחמת העולם השנייה, וניסוחו של קוד נירנברג. לכך התווספה חשיפתם של כמה מקרים בארצות הברית שבהם נוצלו מטופלים למחקר ללא הסכמתם ומבלי שנמסר להם מידע על אודות הטיפול. אירועים אלה הסבו את תשומת לב המשפט והציבור לצורך בהגנה על זכויותיהם של חולים.²⁸

27 לטענה זו ולתיאור ההתפתחות המתוארת לעיל, ראו: IZHAK ENGLARD, THE PHILOSOPHY OF TORTS LAW 161–162 (1993); Alan Meisel, *The Expansion of Liability for Medical Accidents: From Negligence to Strict Liability by Way of Informed Consent*, 56 NEB. L. REV. 51, 52, 56–58, 59–60, 74–77 (1977); Gerald Robertson, *Informed Consent to Medical Treatment*, 97 L.Q.R. 102, 109–112 (1981); Izhak Englard, *Informed Consent – The Double-Faced Doctrine*, in TORTS TOMORROW – A TRIBUTE TO JOHN FLEMING 152, Englard, (להלן: 154–155, 160 (Nicholas J. Mullany & Allen M. Linden eds., 1998) *(The Double-Faced Doctrine)*.

28 ראו: FADEN & BEAUCHAMP, לעיל ה"ש 8; 1 PRESIDENT'S COMMISSION FOR THE STUDY OF ETHICAL PROBLEMS IN MEDICINE AND BIOMEDICAL AND BEHAVIORAL RESEARCH, MAKING HEALTH CARE DECISIONS: A REPORT ON THE ETHICAL AND LEGAL IMPLICATIONS OF INFORMED CONSENT IN THE PATIENT-PRACTITIONER RELATIONSHIP, Rep. 20 (1982) (U.S.)

הגורם השני – התמקדות חברתית, משפטית ופוליטית בסוגיות שעניינן זכויות הפרט, אשר ניצניה בראשית המאה העשרים ושיאה בשנות החמישים, השישים והשבעים של אותה מאה. שאלות של זכויות הפרט ושל חירויות אזרחיות, ובכלל זה הזכות לפרטיות והזכות לבחירה אישית, עלו ונדונו בפסיקה האמריקנית בעשורים אלה בתדירות הולכת וגוברת.²⁹

בתקופה זו הגיעו לשיאן צמיחתן ופעילותן של תנועות חברתיות בעלות מחויבות עמוקה לזכויות הפרט ובמיוחד לזכויותיהם של מיעוטים. תנועות אלה החדירו לחברה רעיונות חדשים בדבר זכותם של פרטים לשוויון, להגדרה עצמית ולמידע.³⁰ מנמתה עמן, למשל, התנועה הפמיניסטית אשר טענה, בין השאר, טענות בדבר זכותן של נשים לשוויון ולבחירה אישית, ובכלל זה בדבר זכותן של נשים לקבל החלטות בנושאים הנוגעים לגופן.³¹

בד בבד פעלו תנועות צרכנים למען הענקת כוח רב יותר לצרכנים ולמען אפשרות לבחירה אישית. תנועות אלה התנגדו לרעיונות של מונופול מקצועי וביקשו להבטיח מעמד נאות לצרכנים בקבלת החלטות הנוגעות להם, בין השאר באמצעות דרישה להכיר בזכותם למידע.³² בצד תנועות אלה צמחו תנועות למען זכויותיהם של חולים, אשר עסקו ישירות בזכויותיהם של פרטים כמקבלי טיפול רפואי ובכלל זה בזכותם לסרב לטיפול ובזכותם למידע.³³ לכך הצטרפו חשדנות כללית כלפי בעלי מקצוע ובכלל זה רופאים,

הדרו"ח להלן: (HARVEY TEFF, REASONABLE CARE – (MAKING HEALTH CARE DECISIONS: LEGAL PERSPECTIVES ON THE DOCTOR-PATIENT RELATIONSHIP 96 (1994); LEANNA DARVALL, MEDICINE, LAW AND SOCIAL CHANGE – THE IMPACT OF BIOETHICS, FEMINISM AND RIGHTS MOVEMENTS ON MEDICAL DECISION MAKING 35–36 (1993); Jonathan D. Moreno, *Reassessing the Influence of the Nuremberg Code on American Medical Ethics*, 13 J. CONTEMP. HEALTH L. & POL'Y 347, 359 (1997); Michelle D. Miller, *The Informed-Consent Policy of the International Conference on Harmonization of Technical Requirement for Registration of Pharmaceutical for Human Use: Knowledge Is the Best Medicine*, 30 CORNELL INT'L L.J. 203, 207, 210–211, 214, 216–217 (1997); DIETER GIESEN, INTERNATIONAL MEDICAL MALPRACTICE LAW 727–755 (1988)

29 ראו: FADEN & BEAUCHAMP, לעיל ה"ש 8; TEFF, לעיל ה"ש 28, בעמ' 97; LAWRENCE M. FRIEDMAN, A HISTORY OF AMERICAN LAW 668–672 (2nd ed. 1985); KERMIT L. HALL, AMERICAN LEGAL HISTORY 400–453, 497, 510–526, 530–545 (1996)

30 ראו: FADEN & BEAUCHAMP, לעיל ה"ש 8; TEFF, לעיל ה"ש 28, בעמ' 96; FRIEDMAN, לעיל ה"ש 29, בעמ' 666–668; HALL, לעיל ה"ש 29, בעמ' 497–496, 510; Tom L. Beauchamp, *The Promise of the Beneficence Model for Medical Ethics*, 6 J. CONTEMP. HEALTH L. & POL'Y 145, 148 (1990)

31 DARVALL, לעיל ה"ש 28, בעמ' 9–11; HALL, לעיל ה"ש 29, בעמ' 518.
32 ראו: FADEN & BEAUCHAMP, לעיל ה"ש 8; FRIEDMAN, לעיל ה"ש 29, בעמ' 681–680; DARVALL, לעיל ה"ש 28, בעמ' 8.

33 DARVALL, לעיל ה"ש 33, בעמ' 8–9; George J. Annas, *Patient's Rights – Origin and Nature of Patient's Rights*, in 4 ENCYCLOPEDIA OF BIOETHICS 1925–1927 (Revised Edition 1995)

חוסר אמון בכל סוג של פטרונות ואמונה חזקה שהזכות לדעת וההכפפה לביקורת הם רכיבים אינטגרליים של התהליך הדמוקרטי.³⁴

נוסף לכך, עסקה הפסיקה לא אחת בנושאים שהיו קשורים קשר הדוק לקבלת טיפול רפואי ואשר משכו את תשומת לבן של תנועות חברתיות אלה, כגון הזכות להפלה, הזכות לשימוש באמצעי מניעה, הזכות למידע בענייני בריאות, הזכות לטיפול רפואי, ניסויים בבני אדם, בטיחותן של תרופות וכיוצא באלה.³⁵

תהליכים חברתיים אלה תמכו ברעיון שלפיו קיימת לפרט זכות לאוטונומיה ולשליטה על גופו גם בהקשר של טיפול רפואי, וכך תרמו להתפתחותה של דוקטרינת "ההסכמה מדעת" במשפט האמריקני.³⁶

שלישית, במועד אימוצה אל המשפט עמדה דוקטרינת "ההסכמה מדעת" בניגוד חד לגישה שרווחה בעולם הרפואה. כתבים וקודים אתיים, מימיו של היפוקרטס (Hippocrates) ועד לקוד האתי של ה-American Medical Association,³⁷ מלמדים כי מן העת העתיקה ועד לאמצע המאה העשרים אימצה האתיקה הרפואית המערבית גישה פטרונית בהשראת המסורת ההיפוקרטית. עיון בכתבים אלה מלמד על קיומה של גישה עוינת כלפי רעיונות של מתן סמכות לחולים לקבל החלטות, של מסירת מידע לחולים ושל אמירת אמת לחולים כביטוי לאוטונומיה של החולה. אמירות בדבר הצורך לקבל את הסכמתם של חולים לטיפול רפואי, לנהל עמם שיחה ולמסור להם מידע על הטיפול הרפואי המוצע הופיעו בכמה כתבים וקודים אתיים עוד לפני אמצע המאה העשרים, אך זכו לתמיכה מטעמים שלא היה דבר בינם לבין הכרה בזכותו של החולה לאוטונומיה.³⁸ עקרון אוטונומיית החולה

34 ראו: 1 MAKING HEALTH CARE DECISIONS, לעיל ה"ש 28, בעמ' 34; John F. Fletcher, *The Evolution of the Ethics of informed Consent*, 128 PROGRESS IN CLINICAL AND BIOLOGICAL RESEARCH 187, 221 (1983); Harvey Teff, *Consent To Medical Procedures: Paternalism, Self-Determination or Therapeutic Alliance?* 101 L.Q.R. 432, 443, 445 (1985); PAUL STARR, THE SOCIAL TRANSFORMATION OF AMERICAN MEDICINE 390–391, 393 (1983); HALL, לעיל ה"ש 29, בעמ' 531–530.

35 ראו: FADEN & BEAUCHAMP, לעיל ה"ש 8; TEFF, לעיל ה"ש 28, בעמ' 97–96; Beauchamp, לעיל ה"ש 30, בעמ' 148; DARVALL, לעיל ה"ש 28, בעמ' 8; STARR, לעיל ה"ש 34, בעמ' 392–391, 389–388.

36 ראו: FADEN & BEAUCHAMP, לעיל ה"ש 8; 1 MAKING HEALTH CARE DECISION, לעיל ה"ש 28, בעמ' 32–33; TEFF, לעיל ה"ש 28, בעמ' 98–97; Beauchamp, לעיל ה"ש 30, בעמ' 148; Martin S. Pernick, *The Patient's Role in Medical Decision Making: A Social History of Informed Consent in Medical Therapy*, in 3 MAKING HEALTH CARE DECISIONS, לעיל ה"ש 28, בנספח E1.

37 להלן: "AMA".

38 לתיאור גישתו של היפוקרטס, ששיקפה במידה רבה את עמדתו הפטרונית של עולם הרפואה בעת העתיקה, ראו: KATZ, לעיל ה"ש 8, בעמ' 4; FADEN & BEAUCHAMP, לעיל ה"ש 8, בעמ' 61–62; Jonathan D. Moreno, Arthur L. Caplan & Paul R. Wolpe, *Informed Consent*, in 2 ENCYCLOPEDIA OF APPLIED ETHICS 691–692 (R. Chadwick ed., 1998); Beauchamp, לעיל ה"ש 30, בעמ' 146. לתיאור גישתו הפטרונית של עולם הרפואה בימי הביניים, ראו:

כפי שהוא מוכר לנו כיום היה אפוא רעיון זר לכתבים המרכזיים בהיסטוריה של הרפואה ושל האתיקה הרפואית.³⁹

בקוד האתי הראשון של ה-AMA, שפורסם בשנת 1847,⁴⁰ ניכרה הגישה הפטרונית ליחסי רופא-חולה שאימץ הארגון.⁴¹ עיון בקוד מגלה כי מנסחיו לא יכלו לקבל את הרעיון לפיו ראוי לתת לחולים תפקיד פעיל בקבלת החלטות באשר לטיפול הרפואי שיינתן להם.⁴² הגישה הפטרונית התבטאה בהנחיות נוקשות שקבעו, בין השאר, כי לרופאים הזכות לדרוש שחולים ימלאו את חובותיהם וכי מן הראוי לעודד את צייתנותם של חולים.⁴³

בשנת 1903 נמחקו מהקוד האתי של ה-AMA הסעיפים שעסקו ביחסי רופא-חולה ולא הוחלפו בסעיפים חדשים.⁴⁴ גם כשתוקן הקוד, בשנת 1912, לא הוספו לו סעיפים חדשים המסדירים את היחסים בין חולים לרופאים.⁴⁵

שתי הצהרות אלו נוספות שפרסמה הקהילה הרפואית הבין-לאומית במחצית הראשונה של המאה העשרים מחזקות את המסקנה כי גם באותה תקופה, הגישה המקובלת בקרב קהילה זו הייתה הגישה הפטרונית:

1. בשנת 1948 פרסם ה-World Medical Association את הצהרת ג'נבה (Declaration of Geneva).⁴⁷ לא רק שהצהרה זו לא התייחסה לזכותו של החולה לאוטונומיה ולא הכירה בקיומה של חובת גילוי, אלא שבאחד מעקרונותיה של ההצהרה נקבע: "The health of my patient will be my first consideration", עיקרון המרמז על אימוצה של גישה פטרונית. דבר זה אינו מפתיע נוכח העובדה שהצהרה נועדה להיות נוסח מעודכן של שבועת היפוקרטס.

KATZ, לעיל ה"ש 8, בעמ' 7-9; FADEN & BEAUCHAMP, לעיל ה"ש 8, בעמ' 63. לתיאור גישתו הפטרונית של עולם הרפואה במאה השבע-עשרה ובמאה השמונה-עשרה, ראו: KATZ, לעיל ה"ש 8, בעמ' 13-16; FADEN & BEAUCHAMP, לעיל ה"ש 8, בעמ' 65-66; Beauchamp, לעיל ה"ש 30, בעמ' 146-147; Pernick, לעיל ה"ש 36, בעמ' 5-7.

39 ראו: KATZ, לעיל ה"ש 8, בעמ' 28-29; FADEN & BEAUCHAMP, לעיל ה"ש 8, בעמ' 59.

40 ראו: CODE OF ETHICS OF THE AMERICAN MEDICAL ASSOCIATION (1847), כנוסחו אצל KATZ, לעיל ה"ש 8, בעמ' 230, נספח A.

41 ראו: Tom L. Beauchamp & Ruth R. Faden, *Informed Consent*, 3 ENCYCLOPEDIA OF BIOETHICS 1233 (1995). בשנת 1955 אימצו מרבית המדינות בארצות הברית את הקוד האתי של ה-AMA, וכך זכתה גישתו של Percival לאישור נרחב. ראו: FADEN & BEAUCHAMP, לעיל ה"ש 8, בעמ' 72.

42 ראו: KATZ, לעיל ה"ש 8, בעמ' 20-21. עוד ראו למשל: CODE OF ETHICS OF THE AMERICAN MEDICAL ASSOCIATION, לעיל ה"ש 40.

43 ראו: KATZ, לעיל ה"ש 8, בעמ' 21.

44 שם, בעמ' 22.

45 שם; ראו עוד: FADEN & BEAUCHAMP, לעיל ה"ש 8, בעמ' 74.

46 להלן: "WMA".

47 Declaration of Geneva (1948), available at www.cirp.org/library/ethics/geneva

2. בשנת 1949 פרסם ה-WMA את הקוד הבין-לאומי לאתיקה רפואית (**International Code of Medical Ethics**).⁴⁸ בדומה להצהרת ג'נבה, לא הזכיר קוד אתי זה את זכותו של החולה לאוטונומיה או את חובתו של הרופא למסור לו מידע. עדויות על אודות הפרקטיקה שנהגו בה רופאים במאה התשע-עשרה ובמחצית הראשונה של המאה העשרים, ככל שקיימות, מלמדות כי גילוי מידע לחולים לא היה נפוץ. בספרו "The Silent World of Doctor and Patient" טען הרופא והמשפטן ג'יי כץ כי רופאים בתקופה זו לא מסרו לחולים מידע באשר לסיכונים הכרוכים בטיפול.⁴⁹ לטענתו, רופאים ציפו לאמון עיוור מחולים ואימצו פרקטיקה של שתיקה באשר לכל ההיבטים הטכניים של הטיפול, ובכלל זה באשר לסיכונים הכרוכים בו. היסטוריונים רפואיים משמיעים טענה דומה לפיה במאה התשע-עשרה נמנעו רופאים באופן עקבי מליידע חולים באשר למגבלותיהם של הטיפול הרפואי ושל הידע הרפואי.⁵⁰

מכל האמור לעיל עולה, כי כאשר אומצה דוקטרינת "ההסכמה מדעת" אל המשפט האמריקני באמצע המאה העשרים, לא היה רעיון אוטונומיית החולה על נגזרותיו חלק מהאתיקה הרפואית. נהפוך הוא, עולם הרפואה גילה התנגדות עקבית ונמרצת לרעיון כי יש למסור לחולים מידע ולהעביר לידיהם את הסמכות לקבל ההחלטות.

רק בשנת 1957, עם פרסומו של הנוסח המתוקן של מסמך "עקרונות האתיקה הרפואית" (**Principles of Medical Ethics**) על ידי ה-AMA, ניתן ביטוי מרומז לאימוץ עקרון אוטונומיית החולה,⁵¹ ביטוי שהפך למפורש במסמך ה-**Opinions** של המועצה המשפטית (Judicial Council) של ה-AMA מאותה שנה.⁵²

סמיכות המועדים המתוארת תומכת בהשערה כי אימוץ עקרון אוטונומיית החולה לאתיקה הרפואית היה תוצאה ישירה של אימוץ דוקטרינת "ההסכמה מדעת" למשפט באמצע המאה העשרים, ומקורו בהכרח להתאים את כללי האתיקה החלים על רופאים לכללים המשפטיים החלים עליהם.⁵³

International Code of Medical Ethics (1949), available at www.cirp.org/library/ethics/intlcode 48

ראו למשל: Katz, לעיל ה"ש 8, בעמ' 1-2. 49

ראו: David A. Hyman & Charles Silver, *The Poor State of Health Care Quality in the U.S.: Is Malpractice Liability Part of the Problem or Part of the Solution?* 90 CORNELL L. REV. 893, 924 (2005) 50

ראו: PRINCIPLES OF MEDICAL ETHICS OF THE AMERICAN MEDICAL ASSOCIATION §1 (1957) 51

כנוסחו אצל Katz, לעיל ה"ש 8, בעמ' 22. 52

ראו: AMERICAN MEDICAL ASSOCIATION, OPINIONS AND REPORTS OF THE JUDICIAL COUNCIL: (1957), כפי שהובא אצל Katz, לעיל ה"ש 8, בעמ' 23. 53

לטענה זו ראו: Katz, לעיל ה"ש 8, בעמ' 23; FADEN & BEAUCHAMP, לעיל ה"ש 8; Karene M. Boos & Eric J. Boos, *At the Intersection of Law and Morality: A Descriptive Sociology of the Effectiveness of Informed Consent Law*, 5 J.L. Soc'y 457, 472 (2004) בדברי הפרשנות שליוו את הקוד האתי של ה-AMA בשנת 1980, נאמר מפורשות שההכרה בחובה לקבל את הסכמתו המודעת של המטופל מבוססת על מדיניות חברתית שמקורה מחוץ לעולם הרפואה. ראו: Katz, לעיל ה"ש 8, בעמ' 23.

משלוש המסקנות שהוצגו עולה כי במידה רבה כפה המשפט את דוקטרינת "ההסכמה מדעת" על עולם הרפואה. לא הכרה עצמאית בהיות החולה פרט אוטונומי הזכאי לקבל החלטות באשר לחייו, לבריאותו ולגורלו היא שהניעה את אימוצו של עקרון אוטונומיית החולה לאתיקה הרפואית, אלא התערבות חיצונית בדמות פסיקת בתי המשפט. לא התפתחות טבעית מתוככי עולם הרפואה שמקורה במודעות לערכו המוסרי של עקרון אוטונומיית החולה ולתועלתו, אלא הצהרה נורמטיבית של המשפט בדבר החובה לקבל את הסכמת החולה ובדבר חובת הגילוי, אשר בצדה הטלת אחריות משפטית על המפר חובות אלה.

מסקנה זו מעלה במלוא עוזה את השאלה עד כמה חוללה דוקטרינת "ההסכמה מדעת" שינוי אמיתי בפרקטיקה הנוהגת ובעמדותיהם של רופאים כלפי עקרון אוטונומיית החולה. האם אימוצה של דוקטרינה זו על ידי המשפט הביא לשינוי החברתי המיוחל – העצמת כוחם של חולים?

בטרם אפנה לדון בשאלה זו, ברצוני להעיר הערה נוספת. עניינו של מאמר זה הוא שאלת השפעתה של דוקטרינת "ההסכמה מדעת" על הפרקטיקה הרפואית. בדיון זה שזורה כחוט השני ההנחה כי אימוצה של דוקטרינת "ההסכמה מדעת" למשפט הוא ראוי, בין מטעמים דאונטולוגיים (למשל היותו של האדם יצור אוטונומי) ובין מטעמים תוצאתיים (למשל, היות הדוקטרינה כלי להפחתת עלויות רפואיות). עם זאת, אין להתעלם מכך שעל דוקטרינת "ההסכמה מדעת" ועל אימוצה למשפט הוטחו טענות ביקורת רבות. הדיון בטענות ביקורת אלה חורג מגדרו של מאמר זה.⁵⁴ די אם אסתפק ואומר כי אף שקיימים קשיים ביישומה של הדוקטרינה ואף שליישומה עלולות להיות תוצאות שליליות, לטעמי אין בטענות אלה כדי להצדיק את דחיית הדוקטרינה.

ב. השפעת דוקטרינת "ההסכמה מדעת" על עמדותיהם של רופאים ועל הפרקטיקה הרפואית

1. הערות מקדימות

טרם אפסע בדרך הארוכה שלפני, ברצוני להעיר כמה הערות חשובות. עניינן של הערות אלה הוא סוג המחקרים שבהם נעשה שימוש בחלק זה, אופיים וכן אופן הצגת הממצאים העולים מהם ואופן ניתוחם של הממצאים. מטרתן של הערות אלה היא להפנות את תשומת לב הקורא למגבלות האמפיריות של המאמר, להציע הסבר ענייני לבחירה במחקרים שיוצגו וכן להציע הסבר לאופן הצגת ממצאי המחקרים ולאופן ניתוחם. הקורא מתבקש לתת דעתו להערות אלה שעה שהוא מעיין בחלק זה של המאמר. ואלה הערותיי.

א. כפי שייזכר הקורא לדעת, המחקרים האמפיריים הנדונים בחלק זה נערכו בארצות הברית, בקנדה ובישראל. ישנן כמה סיבות להתמקד במחקרים שנערכו במדינות אלה. הסיבה הראשונה היא טכנית. מגבלות השפה הכתיבו במידה לא מבוטלת את המחקרים שבהם ניתן היה לעשות שימוש – מחקרים שפורסמו בשפה האנגלית או בשפה העברית. מטבע הדברים, הדבר הוביל לשימוש במחקרים שנערכו במדינות שבהן השפה המדוברת

54 למקורות המציגים טענות אלה ראו קרקו־איייל, לעיל ה"ש 22, בעמ' 35–54, 127–133.

היא אנגלית או עברית. אף שבספרות האנגלית קיימים דיווחים על מחקרים שנערכו באירופה, דיווחים אלה הם שטחיים וקיים קושי להציג את ממצאיהם ולהסיק מהם מסקנות בעלות תוקף.⁵⁵

סיבה נוספת לשימוש במחקרים שנערכו בארצות הברית, בקנדה ובישראל היא מצאי המחקרים הקיים. במאמר זה נעשה שימוש במחקרים אמפיריים שערכו חוקרים אחרים; במצאי המחקרים קיימים אמנם מחקרים שעניינם השפעת דוקטרינת "ההסכמה מדעת" על הפרקטיקה הרפואית, אך אלה אינם רבים. מספר המחקרים המקיפים קטן אף יותר, ואלה נערכו בשלוש המדינות האמורות.

סיבה אחרת להתמקדות במחקרים שנערכו במדינות אלה היא מהותית. כפי שראינו בחלק הקודם, הולדתה של דוקטרינת "ההסכמה מדעת" במשפט האמריקני, ומשם היא נרדה למדינות אחרות. העובדה שלדוקטרינה זו הוותק הרב ביותר במשפט האמריקני, כמו גם העובדה כי המשפט האמריקני היה הראשון להביא לשינוי במאזן הכוחות בין חולים לרופאים, תומכות בשימוש במחקרים שעניינם השפעת הדוקטרינה על הפרקטיקה הרפואית הנוהגת בארצות הברית.

הסיבה האחרונה לבחירה במחקרים שנערכו בקנדה, בארצות הברית ובישראל היא אופי התרבות המערבית. אין כל טעם לעשות שימוש במחקרים שעניינם הפרקטיקה הרפואית הנוהגת ביפן, למשל, גם אם קיימים מחקרים מקיפים מעין אלה, כיוון שלתרבות היפנית מאפיינים השונים בתכלית מאלה של התרבות המערבית.⁵⁶

ב. אף שהמחקרים שבהם נעשה שימוש בחלק זה נערכו במדינות שונות, הדיון בתוצאותיהם אינו נערך על פי מדינות המוצא של המחקרים. אמנם, למאפיינה התרבותיים והחברתיים של מדינת המוצא של המחקר עשויים להיות השפעות על תוצאותיו, אך קיים קושי ניכר להתחקות אחר האופן שבו השפיעו מאפיינים אלה על תוצאות המחקר. יתרה מזו, מאחר שמדינות המוצא של המחקרים שבהם נעשה שימוש הן מדינות מערביות, הנחתי כי הן חולקות מאפיינים תרבותיים וחברתיים דומים. לפיכך יוצגו ממצאיהם של המחקרים ברצף, והבחנה בין המחקרים מבוססת על נושאי המחקרים ועל שיטות המחקר.

ג. המחקרים שבהם נעשה שימוש במאמר זה שונים זה מזה לא רק במדינות מוצאם כי אם גם בשיטות המחקר שבהן נעשה שימוש, במאפייניה של אוכלוסיית הנחקרים, בהיקפם של המחקרים (כלומר במספר הנחקרים) ובמועדי עריכת המחקרים. לא אחת, שונות זו בין מאפייניהם של המחקרים עשויה להיות בעלת חשיבות לניתוח הממצאים העולים מהם. לפיכך פירטתי את מאפייניו של כל מחקר. מובן שלא תמיד ניתן היה להעריך עד כמה השפיעו ההבדלים בין המחקרים על המסקנות העולות מהם. עם זאת, לפחות בחלק מהמקרים סברתי כי השוני בין המחקרים יכול לזרות אור על המסקנות העולות מהם, ואזי עמדתי על כך מפורשות.

55 למחקרים אלה ראו למשל: Leino-Kilpi et al., לעיל ה"ש 16, בעמ' 120–133.

56 ראו: Agatha Lambris, *Informed Consent for All? Not Quite! A Comparison of Informed Consent in the U.S and Japan*, 17 TEMP. INT'L & COMP. L.J. 237 (2003); Robert B. Leflar, *Informed Consent and Patient's Rights in Japan*, 33 Hous. L. Rev. 1 (1996).

ד. אף שמשפטן המבקש לענות על השאלה העומדת במרכזו של מאמר זה ניזון ממחקרים אמפיריים בעלי תוקף, לא ניתן להתעלם מכך שאופן הצגת ממצאיהם של מחקרים אלה הוא עניין הנתון במידה רבה לשיקול דעת הכותב. בחירה סלקטיבית בממצאים מסוימים והשמטת אחרים או ניסוח מוטע (מודע או בלתי מודע) של המסקנות העולות מממצאים אלה, פוגעים במידה לא מבוטלת באובייקטיביות של המחקרים המובאים. אף שעשיתי מאמצים להביא לפני הקורא את הנתונים העולים ממחקרים אלה באופן אובייקטיבי ככל שניתן, אין בי ספק שלקריאתי הסובייקטיבית את הממצאים הייתה השפעה לא מבוטלת על מסקנותיי. יתרה מזו, מאחר שתהליך הסקת המסקנות דרש ממני, לא אחת, לאמץ נקודת מבט כללית באשר לממצאי המחקרים, ייתכן שלעתים לקו ניתוחי בהפשטת יתר של ממצאים אלה. המציאות, יש לזכור, היא מורכבת יותר מכפי שניתן ללכוד ב"עין המצלמה" הלוכשת דמות של מחקר אמפירי נקודתי, ומכפי שעולה ממסקנותיי. בהתחשב בהסתייגויות אלה אני מבקשת לפתוח את הדיון בשאלת המחקר.

2. עמדותיהם של רופאים כלפי רעיון אוטונומיית החולה לאחר אימוצה של דוקטרינת "ההסכמה מדעת"

(א) הצגת המחקרים ודיון בתוצאותיהם

בשני מחקרים זרים – האחד קנדי והאחר אמריקאי – נעשה ניסיון להתחקות אחר עמדותיהם של רופאים כלפי רעיון אוטונומיית החולה מהמחצית השנייה של המאה העשרים ואילך.⁵⁷

את המחקר הראשון ערך ג'רלד רוברטסון. במחקר זה נבחנה השפעת פסק הדין הקנדי בעניין *Reibl* (שבו אימץ בית המשפט את מבחן "החולה הסביר")⁵⁸ על הפרקטיקה הרפואית בקנדה.⁵⁹ במסגרת מחקר זה, שנערך שנתיים בלבד לאחר מתן פסק הדין, נבחנו בין השאר עמדותיהם של רופאים כלפי רעיון אוטונומיית החולה ובעיקר כלפי מסירת מידע לחולים. המחקר התבסס על 620 שאלונים שמסרו מנתחים בקנדה אשר נבחרו באקראי, והתייחס לחולים כשירים בלבד. יותר ממחצית מכלל הנשאלים (55 אחוזים) הסכימו להשקפה שהחלטה אם למסור לחולה מידע על הסיכונים הכרוכים בטיפול היא עניין הנתון כולו

57 הצלחתי לאתר שני מחקרים נוספים מהשנים האחרונות שבהם נבחנו עמדותיהם של רופאים כלפי עקרון אוטונומיית החולה, אולם הם עסקו ברופאים המטפלים באוכלוסיות מטופלים מיוחדות; לכן לא מצאתי לנכון לעשות שימוש בממצאים שעלו מהם. ראו: Stephen C. Hines, Laurie Badzek & Alvin H. Moss, *Informed Consent Among Chronically Ill Elderly: Assessing its (In) Adequacy and Predictors*, 25 J. APPL. COMMUN. RES. 151, 165 (1997); Kimberly Jane Lee, Peter L. Havens, Thomas T. Sato, George M. Hoffman & Steven R. Leuthner, *Assent for Treatment: Clinician Knowledge, Attitudes, and Practice*, 118 PEDIATRICS 723 (2006).

58 ראו עניין *Reibl*, לעיל ה"ש 10, בעמ' 12–13.

59 ראו: Gerald B. Robertson, *Informed Consent in Canada: An Empirical Study*, 22 OSGOODE HALL L.J. 139, 141–143 (1984).

לשיקול דעתו של הרופא.⁶⁰ מספר גבוה יותר של נשאלים (57 אחוזים) הסכימו כי בקבלת החלטה באשר להיקף המידע שיש למסור לחולה ולסוגו על הרופא להיות מונחה על ידי מה שהוא חושב שיש לומר לחולה.⁶¹

לא רק שעמדות אלה עומדות בניגוד למבחן "החולה הסביר" שאומץ בעניין *Reibl*, אלא שהן מעידות כי אחוז ניכר מהנשאלים מחזיקים בעמדות פטרוניות; עמדות אלה אינן עולות בקנה אחד עם הרעיון לפיו יש למסור לחולה מידע אשר יאפשר לו לקבל החלטה אוטונומית המבטאת את ערכיו ואת רצונותיו.⁶²

עם זאת, מסקנה חשובה נוספת העולה מהמחקר היא שלפסק הדין שניתן בעניין *Reibl* הייתה השפעה מסוימת על עמדותיהם של רופאים. אמנם 55 אחוזים מכלל הנשאלים הסכימו שהחלטה אם למסור לחולה מידע על הסיכונים הכרוכים בטיפול נתונה כולה לשיקול דעת הרופא; אולם רק 50 אחוזים מהנשאלים שהיו מודעים להחלטה בפסק הדין הסכימו לגישה זו. יתרה מזו, רק 41 אחוזים מן הנשאלים שציינו שהם מודעים להחלטה ומכירים בחשיבותה ורק 44 אחוזים מן הנשאלים אשר סברו שהחלטה השפיעה על הפרקטיקה שלהם, הביעו הסכמה עם הגישה.⁶³

מנתונים אלה עולה, אם כך, שלפסק הדין בעניין *Reibl* הייתה השפעה מסוימת על גישותיהם של רופאים, אך השפעתו הייתה קטנה.⁶⁴

הסבר אפשרי לתוצאות המחקר נעוץ בעובדה שהמחקר נערך שנתיים בלבד לאחר מתן פסק הדין בעניין *Reibl*. אין לדחות על הסף את האפשרות שאילו היה המחקר נערך בשלב מאוחר יותר, היו ממצאיו מלמדים כי לפסק הדין הייתה השפעה רבה יותר על עמדותיהם של רופאים.

המחקר השני הוא מחקרו של לואיס האריס שנערך עבור הוועדה הנשיאותית האמריקנית, כשלושה עשורים לאחר אימוצה של דוקטרינת "ההסכמה מדעת" אל המשפט.⁶⁵ מחקר זה בחן, בין השאר, את הסיבות המניעות רופאים להסתיר מידע מחולים. שליש מהנשאלים ציינו שיימנעו ממסירת מידע לחולה אם יסברו כי הוא לא יוכל להתמודד עם המידע שיימסר לו, וחמישית מהנשאלים ציינו שיימנעו ממסירת מידע לחולה אם משפחתו תבקש זאת. לעומת זאת, פחות מחמישית מהנשאלים ציינו שלרצון החולה לדעת ניתן משקל

60 שם, בעמ' 151–152.

61 שם, בעמ' 152–153.

62 לטענה זו ראו Robertson, לעיל ה"ש 59, בעמ' 154.

63 שם, בעמ' 152, 154–155.

64 למסקנה זו ראו שם, בעמ' 155.

65 ראו: Louis Harris and Associates, *Views of Informed Consent and Decision-Making: Parallel Surveys of Physicians and the Public*, in 2 MAKING HEALTH CARE DECISIONS לעיל ה"ש 28, בנספח B. המחקר נערך בשנת 1982 והתבסס על 805 שאלונים שמילאו רופאים שנבחרו באקראי; הרופאים שנבחרו עסקו בתחומים שונים: רפואה פנימית, רפואת משפחה, רפואה כללית, מיילדות וגינקולוגיה, וניתוחים (שם, בעמ' 40, 44). יתרונו של מחקר זה נעוץ, אם כך, לא רק בכך שנערך כשלושה עשורים לאחר אימוץ דוקטרינת "ההסכמה מדעת" במשפט האמריקני, אלא גם בהיותו מחקר מקיף, הכולל רופאים מתחומי רפואה שונים.

בהחלטתם אם להימנע ממסירת מידע.⁶⁶ יתרה מזו, מנתוני המחקר עולה כי הגורם המרכזי המשפיע על החלטת הרופא כאשר להיקף המידע שאותו יש למסור לחולה ועל השאלה אם להימנע ממסירת מידע לחולה, הוא הערכת הרופא את יכולתו של החולה להבין את המידע. לנתון זה חשיבות מיוחדת, מאחר שרופאים סבורים שרק 79 אחוזים מחוליהם יכולים להבין את מרבית פרטי המידע באשר למצבם ובאשר לטיפול המוצע, אפילו אם יוקדשו למשימה זמן ותשומת לב סבירים.⁶⁷

ממצאים אלה מובילים לשתי מסקנות:

ראשית, בכלל הגורמים שהשפיעו על היקף מסירת המידע לחולים לא נמנו רצונו של החולה במידע או מידת חשיבותו של המידע לחולה לצורך קבלת ההחלטה אם להסכים לטיפול המוצע אם לאו.

שנית, מרבית הנשאלים סברו שניתן להימנע ממסירת מידע אף אם הדבר אינו דרוש כדי למנוע מהחולה נזק חמור. כך למשל, כפי שראינו, חלק לא מבוטל מהנשאלים היו נכונים להימנע ממסירת מידע לחולה אם זה "לא יוכל להתמודד עם המידע שיימסר לו" או אם משפחתו ביקשה מהם לעשות כן. מסקנות אלה מלמדות כי מרבית הנשאלים החזיקו בעמדות בעלות סממנים פטרוניים מובהקים.

עם זאת, גם נתוני מחקר זה מעידים כי לדוקטרינת "ההסכמה מדעת" הייתה השפעה מסוימת על עמדותיהם של רופאים. כך, מהמחקר עולה שכמעט כל הנשאלים החזיקו בעמדה לפיה החשש שמסירת מידע לחולה תניא אותו מלקבל את הטיפול אינו יכול להיות שיקול המצדיק להימנע ממסירת המידע לחולה. בכך רחו מרבית הנשאלים את אחד מהטעמים הפטרוניים המובהקים להימנעות ממסירת מידע לחולים.⁶⁸ מכאן ניתן ללמוד, ולו בעקיפין, כי לאימוצה של דוקטרינת "ההסכמה מדעת" אל המשפט היה תפקיד מסוים בדחייתן של עמדות פטרוניות.

לאחר חקיקת חוק זכויות החולה, בשנת 1996, בחנו כמה מחקרים שנערכו בארץ את ההשפעה שהייתה לחוק על רופאים. בין השאר נבחנו במחקרים אלה עמדותיהם של רופאים כלפי עקרון אוטונומיית החולה לאחר חקיקת החוק והקשר שבין חקיקת החוק לבין עמדותיהם של רופאים. בטרם יוצגו נתוניהם של מחקרים אלה ראוי להזכיר שדוקטרינת "ההסכמה מדעת" הייתה לכלל משפטי מבוסס היטב טרם חקיקת חוק זכויות החולה. עולה מכאן, שהמסקנות הנובעות ממחקרים אלה עשויות לחרוג ממסגרת ההשפעה הנקודתית שהייתה לחקיקת החוק על עמדות הרופאים כלפי עקרון אוטונומיית החולה.

את המחקר הנרחב והמעמיק ביותר בסוגיה, "חוק זכויות החולה – 'הסכמה מדעת': הלכה מול מעשה", ערכה ליימור צבר. במחקרה בחנה צבר את יישומו של סעיף ההסכמה מדעת שבחוק בפרקטיקה הרפואית ואת עמדותיהם של רופאים באשר לעקרון אוטונומיית החולה.⁶⁹ המסקנות העולות מנתוני המחקר סותרות זו את זו במובן מסוים. כאשר הוצגו

66 שם, בעמ' 20.

67 שם, בעמ' 132–133.

68 שם.

69 ליימור צבר חוק זכויות החולה – "הסכמה מדעת": הלכה מול מעשה (עבודת גמר לתואר "מוסמך בעבודה סוציאלית", האוניברסיטה העברית בירושלים – בית הספר לעבודה

לנשאלים שאלות ישירות שעניינן עמדותיהם כלפי עקרון אוטונומיית החולה, העידו ממצאי המחקר כי הנשאלים מחזיקים בעמדות העולות בקנה אחד עם עיקרון זה. כך, לאמירה "החולה צריך לקבל את מלוא המידע, רק כך יוכל לקבל החלטה נכונה" הסכימו⁷⁰ 90.1 אחוזים מהנשאלים.⁷¹ לאמירה "אני המומחה בתחום, אך מדובר בחייו וגורלו ולכן חשוב שיהיה שותף מלא בלקיחת החלטה" הסכימו 95 אחוזים מהנשאלים.⁷² התמונה העולה מנתוני המחקר היא כי רובם המכריע של הנשאלים החזיקו בעמדות המשקפות את עקרון אוטונומיית החולה. אולם ממצאים אלה ומסקנה זו עומדים בניגוד לממצאים אחרים העולים משאלות עקיפות שהוצגו לנשאלים. כך, לאמירה "הדרך הטובה ביותר לעזור לחולה היא לומר לו רק מה שאני חושב שיעזור לו" הסכימו 28.1 אחוזים מהנשאלים. לאמירה "החולה לא יכול לדעת בעצמו מהי הדרך הטובה ביותר לטיפול ולכן כדאי שאחליט למענו" הסכימו 25.6 אחוזים מהנשאלים.⁷³ מאחר שאמירות אלה משקפות עמדות פטרוניות שאינן עולות בקנה אחד עם עקרון אוטונומיית החולה, יש בהן להטיל ספק בנכונות הממצאים העולים מתשובות הנשאלים לשאלות הישירות שנשאלו. יתרה מזו, לאמירה "אני נותן מידע כיוון שעליי לציית לחוק" הסכימו 38.7 אחוזים מהנשאלים, ולאמירה "אני חושש מתביעות ולכן אני מציית לחוק" הסכימו 41.2 אחוזים מהנשאלים.⁷⁴ ממצאים אלה מלמדים כי ביסוד פרקטיקת הגילוי שאימצו רופאים רבים לא עומדת הכרה בעקרון אוטונומיית החולה ובחשיבותו, כי אם תחושת מחויבות לציית לחוק וחשש מפני נשיאה באחריות משפטית בעתיד. מכאן שגם ממצאים אלה מעמידים בספק את נכונות הממצאים הראשוניים שהוצגו.

לבסוף, ראוי להזכיר כי כחמישית מהנשאלים ציינו שהם סבורים כי החוק ויישומו עלולים לגרום נזק לחולה, וכי רבע מהנשאלים ציינו שהחוק מקשה עליהם לבצע את עבודתם וגוול זמן שניתן לנצל לדברים חשובים יותר.⁷⁵ ממצאים אלה עולה תמונה המעידה על יחס עוין של הנשאלים כלפי החוק וכלפי עקרונותיו, בין בשל העובדה שיש בו להזיק לחולים ובין בשל העובדה שהוא מקשה את עבודתם של הרופאים. קשה להבין

סוציאלית, 2001). לנוסח מקוצר של המחקר, ראו לי-מור צבר-אלין ורוחלה עזמו "סעיף ההסכמה מרעת בחוק זכויות החולה: הלכה מול מעשה" חברה ורווחה כה 117 (2005) (כל ההפניות שלהלן יהיו לנוסחו הארוך של המחקר). חשוב לציין כי המחקר נערך בשנת 2000, ארבע שנים בלבד לאחר חקיקת חוק זכויות החולה, והתבסס על 121 שאלונים שמילאו רופאים ממחלקות שונות בבית חולים אחד. עולה מכאן כי למחקר שתי מגבלות: האחת – המחקר נערך פרק זמן קצר יחסית לאחר חקיקת החוק; השנייה – המחקר הוא מדרגמי (עמדה על כך עורכת המחקר עצמה. ראו שם, בעמ' 80).

70 בגדר נשאלים שסווגו במחקר כמי שהסכימו נכללו נשאלים שהגיבו "בדרך כלל" או "בהחלט".

71 שם, בעמ' 49; ראו שם גם נתונים נוספים בדבר עמדותיהם של רופאים.

72 שם, בעמ' 51; ראו שם גם נתונים נוספים בדבר עמדותיהם של רופאים.

73 שם, בעמ' 51.

74 שם, בעמ' 49.

75 שם, בעמ' 49.

כיצד מתיישבים ממצאים אלה עם אחוז כה גבוה של נשאלים שהביעו עמדות המבטאות הסכמה עם עקרון אוטונומיית החולה, העומד ביסוד החוק.

אחד ההסברים האפשריים לסתירה העולה מנתוני המחקר (הסבר שהוצג על ידי עורכת המחקר עצמה) נעוץ בשיטת המחקר. כאמור, המחקר נערך באמצעות הצגת שאלונים לרופאים, ולא באמצעות בחינת מפגשים בין חולים לרופאים בזמן אמת. בנסיבות אלה תוצאות המחקר עלולות להיות מושפעות מהתופעה של "רצייה עצמית" או של "רצייה חברתית" – במתן מענה לשאלות מושפעים הנשאלים מהאופן שבו הם היו רוצים לראות את עצמם או מהאופן שבו הם היו רוצים להציג את עצמם לחברה, גם אם למעשה הם אינם נוהגים כך בפועל. בהתייחס למחקר הנדון, מאחר שאימוץ עמדות העולות בקנה אחד עם עקרון אוטונומיית החולה נחשב לרצוי מבחינה חברתית, קיים חשש שתשובותיהם של הנשאלים הושפעו מרצונם לראות את עצמם ולהציג את עצמם כמי שמחזיקים בעמדות כאלה. טעם פסיכולוגי זה יכול להסביר מדוע אחוז כה גבוה מהמשיבים הביעו הזדהות עם עמדות המשקפות הסכמה עם עקרון אוטונומיית החולה. ואכן, עורכת המחקר עצמה סברה כי התוצאות שהתקבלו באשר לעמדותיהם של רופאים כלפי עקרון אוטונומיית החולה מעוררות תמיהה, וכי קיים ספק אם אלו הם אכן הדברים "בשטח".⁷⁶

לחשש זה של עורכת המחקר ניתן למצוא תימוכין נוספים, כדלקמן:

המחקר נערך בשיטה של הצגת שאלונים לרופאים. מרבית השאלות בשאלונים היו שאלות "סגורות", כלומר שאלות שהאפשרויות להשיב להן מופיעות בשאלון. בשיטת מחקר כזו גובר החשש שמא נתוני המחקר הושפעו מהתופעה של "רצייה עצמית" או של "רצייה חברתית", מפני ששיטה כזו אינה מאפשרת מתן מענה חופשי על השאלות. שאלות

פתוחות היו מאפשרות לחוקר להתחקות אחר עמדותיהם האמיתיות של הנשאלים.⁷⁷ נוסף לכך, יותר משליש מהרופאים שקיבלו את השאלון לא השיבו עליו. נתון זה מעלה את השאלה אם המדגם שעליו מבוסס המחקר יכול להיחשב מדגם מייצג.⁷⁸ האם לא ניתן לטעון שרופאים שהיו נכונים להקדיש מזמנם ולענות על השאלון הם כאלה שממילא מעריכים את חשיבות עקרון אוטונומיית החולה ותומכים בו? השאלה אם עסקינן במדגם מייצג מתעוררת גם נוכח העובדה שכל הנשאלים השתייכו לבית חולים אחד.⁷⁹

לבסוף, אף ממצאי המחקר עצמו מעוררים חשש שמא המחקר אינו משקף נכונה את עמדותיהם של רופאים. כך למשל, לאמירה "לדעתי החוק חשוב וראוי היה שיחוקק קודם" הסכימו מרבית הנשאלים, אלא שבר-זמנית העידו יותר משליש מהנשאלים כי הם אינם מכירים את מרבית החוק או אף את כולו.⁸⁰ הייתכן שרופאים תופסים את החוק כחשוב

76 שם, בעמ' 80.

77 שם, בעמ' 80–81.

78 שם, בעמ' 80.

79 השוואת ממצאי המחקר לממצאיהם של מחקרים אחרים הובילו אותי למסקנה שזהות הנחקרים לא מנעה ממדגם המחקר להיות מדגם מייצג (שם, בעמ' 80).

80 שם, בעמ' 48, 49.

ומשמעותי אם אינם מכירים את מרביתו או את כולו? כאמור, עורכת המחקר עצמה סברה כי ייתכן שבמתן מענה על שאלות מסוג זה הייתה מעורבת רצייה חברתית.⁸¹ מחקר נוסף שעשוי לורות אור על עמדותיהם של רופאים הוא זה שערכו ענת שמש ואח'.⁸² במחקר זה נבחנה היכרותם של רופאים ראשוניים⁸³ עם חוק זכויות החולה ועם השפעתו של החוק על דפוסי עבודתם של רופאים. אף שגם הנתונים העולים ממחקר זה סותרים אלה את אלה במידה מסוימת, הרי באופן כללי עולה מהם המסקנה כי מרבית הנשאלים מחזיקים בעמדות פטרוניות. כך, 83 אחוזים מהנשאלים סברו כי לא כל החולים יכולים להבין הסברים מפורטים; 60 אחוזים מהנשאלים סברו שהסבר מפורט על הסיכונים הכרוכים בטיפול עלול להזיק לחולה; 72 אחוזים מהנשאלים סברו כי החולים מעדיפים שהרופא יחליט עבורם.⁸⁴

ממילא עולה מדברים אלה המסקנה כי ממצאיו של מחקר זה סותרים את המסקנה הראשונית העולה ממחקרה של צבר, לפיה רוב הרופאים החזיקו בעמדות המשקפות את עקרון אוטונומיית החולה. ייתכן שההסבר לסתירה בין ממצאיהם של מחקרים אלה נעוץ באוכלוסיית הנחקרים: אוכלוסיית הנחקרים במחקרה של צבר כללה רופאים בבית חולים,⁸⁵ ואילו אוכלוסיית הנשאלים במחקרם של שמש ואח' הורכבה מרופאים ראשוניים העובדים בקהילה.⁸⁶ פרט לכך, ניתן לטעון כי רופאי בתי חולים עוסקים באופן שגרתי בהליכים מורכבים ומסוכנים יותר מאלה שעוסקים בהם רופאים ראשוניים, ולכן רופאי בתי חולים נותנים דגש רב יותר לעקרון אוטונומיית החולה.⁸⁷

מסקנה חשובה העולה מדברים אלה היא שמחקרה של צבר, כמו גם הממצאים העולים ממנו, אינם מייצגים בהכרח את כלל אוכלוסיית הרופאים. הנה כי כן, קיים טעם נוסף התומך בטענה כי אין לגזור ממחקר זה מסקנות גורפות באשר לעמדותיהם של רופאים כלפי עקרון אוטונומיית החולה.

- 81 שם, בעמ' 78, 80–81.
- 82 ענת שמש, דינה פילפל, אביבה נמרודי-בוצר, אמה סמטניקוב ומיכאל דור הרופא הראשוני בישראל: היכרות עם חוק זכויות החולה והשפעתה על דפוסי עבודתו של הרופא הראשוני (2002). המחקר נערך בשנת 2002, והתבסס על 295 ראיונות טלפוניים שנערכו עם רופאים ראשוניים שנבחרו במדגם אקראי (שם, בעמ' 15).
- 83 כלומר רופאי משפחה, רופאי ילדים ורופאים פנימיים העובדים בקהילה, להבדיל מרופאי בתי חולים.
- 84 שם, בעמ' 23–24.
- 85 ראו צבר, לעיל ה"ש 69, בעמ' 34.
- 86 ראו שמש ואח', לעיל ה"ש 82, בעמ' 7, 17.
- 87 טענה זו מקורה בהנחה שככל שהחליף מורכב יותר ומסובך יותר, וטמונים בו סיכונים רבים יותר לחולה, כך ייטה הרופא למסור לחולה מידע רב יותר, בין משום שהוא סבור שבנסיבות אלה ראוי שהחולה יקבל את ההחלטה באשר לטיפול הרפואי ובין בשל רצונו לזכות בהגנת המשפט. טענה זו נתמכת בכך שלא אחת, היכרותם של רופאי בית החולים עם חוליהם היא שטחית, ומכאן חוסר הנוחות שהם חשים בקבלת החלטות עבורם.

על רקע דברים אלה קיימת חשיבות לממצאיו של המחקר שערכו טבנקין ואח', ואשר בו נבחנו עמדותיהם של רופאים כלפי חוק זכויות החולה.⁸⁸ בניגוד למחקרים הקודמים שבהם הייתה אוכלוסיית הנשאלים הומוגנית, כללה אוכלוסיית הנשאלים במחקר זה רופאים מבתי חולים כמו גם רופאים מהקהילה. לנשאלים הוצגה השאלה אם יש למסור לחולה את כל המידע הרפואי, לרבות אפשרויות הטיפול, ואם לשתף אותו בבחירת הטיפול. כמעט מחצית מהנשאלים ענו לשאלה זו בחיוב. לשאלה אם יש למסור את כל המידע רק לחלק מהחולים ענו בחיוב מעט יותר ממחצית מהנשאלים.⁸⁹

ממצאים אלה מלמדים שיותר ממחצית מהנשאלים סברו שאין למסור את כל המידע באשר לטיפול לכל החולים. במילים אחרות, יותר ממחצית מהנשאלים סברו שניתן להימנע ממסירת מידע לחולים מסוימים. יתרה מזו, תשובת הנשאלים לא הוגבלה למקרים שבהם מסירת המידע עלולה לגרום לנזק חמור לחולה; כלומר, הנשאלים סברו שניתן להימנע ממסירת מידע לחולים גם אם הדבר אינו חיוני למניעת נזק לבריאותם או לחייהם. מכאן ניתן ללמוד כי חלק לא מבוטל מהנשאלים סברו שניתן להימנע ממסירת מידע לחולים ללא הצדקה אמיתית ומטעמים פטרוניים.⁹⁰

דרך נוספת שבאמצעותה ניתן ללמוד על עמדותיהם של רופאים כלפי רעיון אוטונומיית החולה היא עיון במחקרים אשר בחנו בחינה כללית את עמדותיהם של רופאים כלפי חוק זכויות החולה. מחקרים מסוג זה עשויים ללמד, בעקיפין, על עמדותיהם של רופאים כלפי עקרון אוטונומיית החולה, שהוא כאמור אחד מעקרונותיו המרכזיים של החוק. במחקר הראשון שעסק בסוגיה, מחקרם של שטינמן וטבנקין,⁹¹ נמצא כי באופן כללי דעתם של מרבית הנשאלים על החוק הייתה חיובית.⁹² יתרה מזו, רופאים שהתייחסו להשפעת החוק על יחסי רופא-חולה ציינו עד כמה חשוב שיתוף החולה בהחלטות על אודות דרך הטיפול בו, וכי מבחינה זו לחוק תרומה חיובית.⁹³ עם זאת, בצד עמדות חיוביות אלה הציגו חלק מהנשאלים עמדות שליליות כלפי החוק. כך, כעשירית מהנשאלים הסתייגו מהחוק וחשבו שהוא מזיק, רע ופועל לרעת הרופאים.⁹⁴ חלק מהרופאים ציינו מפורשות ש"החוק חשוב אומנם, אך לפעמים יכול לעכב טיפול עקב חוסר שיתוף פעולה מצד החולה". אחרים

88 ראו ח' טבנקין, ד' שטינמן, פ' חמיאסי וע' תמיר "עמדות רופאים כלפי חוק זכויות החולה" הרפואה 138(יב) 1050 (2000). המחקר נערך בשנת 1998, שנתיים בלבד לאחר חקיקת חוק זכויות החולה, והתבסס על שאלונים שמילאו 309 רופאים מבית חולים בצפון הארץ וממחוז צפון (שם, בעמ' 1051).

89 שם, בעמ' 1052.

90 אף שניתן לייחס את ממצאי המחקר לכך שהוא נערך שנתיים בלבד לאחר חקיקת חוק זכויות החולה, לא ניתן להתעלם מכך שממצאים דומים לממצאיו של מחקר זה נמצאו גם במחקרים מאוחרים יותר שהובאו לעיל.

91 ראו: ד' שטינמן וח' טבנקין "דעתם של רופאים על חוק זכויות החולה – ניתוח איכותי" הרפואה 139(ג) 88 (2000). המחקר שנערך בשנת 1998 הוא מחקר איכותני, שהתבסס על תשובותיהם של 231 רופאים מבית החולים ומהקהילה (שם, בעמ' 88).

92 שם, בעמ' 88.

93 שם, בעמ' 89.

94 שם, בעמ' 88.

התלוננו על הזמן הרב שיש להקדיש לכל חולה נוכח הוראות החוק וטענו כי "הרופא צריך זמן רב מאוד לכל חולה, זמן שאין לו כי המערכת מאוד מאוד לחוצה".⁹⁵ תפיסת החוק כרע וכמזיק לחולים ולרופאים כאחד והבעת התרעומת על הזמן הרב שנדרש כדי ליישמו מלמדות כי לפחות חלק מהנשאלים מחזיקים בעמדות שאינן עולות בקנה אחד עם עקרונות אוטונומיית החולה.⁹⁶

(ב) מסקנות

ממצאיהם של מכלול המחקרים שהוצגו – בין אלה הזורים ובין אלה שנערכו לאחר חקיקת חוק זכויות החולה – מתווים תמונה מורכבת ביותר. לא רק שממצאיו של מחקר אחד סותרים את ממצאיו של מחקר אחר, אלא שניתן למצוא, לא אחת, סתירה בין ממצאיו של אותו מחקר. יתרה מזו, יש לזכור כי המחקרים שהוצגו נערכו בנקודות זמן שונות וכללו אוכלוסיות נחקרים שונות, והייתה לכך ודאי השפעה על ממצאיהם השונים. לבסוף, כפי שראינו, גם לשיטות המחקר שבהן נעשה שימוש הייתה השפעה בלתי מבוטלת על ממצאיהם של המחקרים.

חשוב לציין כי יש להתייחס בזהירות רבה לממצאים המעידים כי אחוז גבוה מהנשאלים מחזיקים בעמדות חיוביות כלפי עקרון אוטונומיית החולה. כפי שראינו, ממצאים אלה עשויים להיות תוצר של "רצייה עצמית" או של "רצייה חברתית", וככאלה אינם משקפים את עמדותיהם האמיתיות של הנשאלים. מסקנה זו נתמכת בסתירה הקיימת בין ממצאיהם של מחקרים אלה לבין ממצאיהם של מחקרים אחרים, ובכך שבאותם מחקרים ממש יש ביטוי לעמדות העומדות בסתירה לרעיון אוטונומיית החולה.

על אף קשיים אלה ניתן לגזור שתי מסקנות מהמחקרים שהוצגו:

ראשית, אחוז לא מבוטל מכלל הנשאלים בכלל המחקרים מחזיק עדיין בעמדות פטרוניות. כך בולטים הממצאים לפיהם חלק לא מבוטל מהנשאלים סבורים כי ההחלטה בדבר הטיפול הרפואי שיינתן לחולה צריכה להיות נתונה, בסופו של דבר, לשיקול דעת הרופא. חלק לא מבוטל מהנשאלים סבורים כי שאלת היקף חובת הגילוי נתונה לשיקול דעת הרופא; כי אין למסור את כלל המידע לכלל החולים; כי ניתן להימנע ממסירת מידע לחולים מטעמים פטרוניים; כי חלק ניכר מהחולים אינם מבינים את המידע שנמסר להם; ולבסוף, כי רעיון אוטונומיית החולה עלול לגרום נזק לחולים, מקשה על עבודת הרופא ואינו ישים.

95 שם, בעמ' 88, 89.

96 תמונה דומה עולה ממחקר נוסף שבחן את עמדותיהם של רופאים כלפי חוק זכויות החולה. ראו: Gil Siegal, Noemi Siegal & Yosef Weisman, *Physicians' Attitudes towards Patients' Rights Legislation*, 20 MEDICINE AND LAW 63, 69 (2001). המחקר נערך בשנת 1998 והתבסס על שאלונים שנמסרו על ידי 157 רופאי ילדים, חלקם מהקהילה וחלקם מבתי חולים. מדגמיות המחקר מוטלת בספק כיוון שכל הנחקרים היו רופאי ילדים (שם, בעמ' 68–69). במחקר זה ציינו רק 23.8 אחוזים מהנשאלים שהם מעריכים את החוק כחשוב ובעל ערך. לעומת זאת, 13.4 אחוזים מהנשאלים חשו שהחוק מזיק ולא נחון, ואילו אצל 43.3 אחוזים מהנשאלים נמצא יחס אמביוולנטי כלפי החוק (שם, בעמ' 69).

שנית, על אף קיומן של עמדות שליליות כלפי עקרון אוטונומיית החולה, בהחלט ניתן להבחין כי לדוקטרינת "ההסכמה מדעת" השפעה מסוימת על עמדותיהם של רופאים. כך, אף שבאמצע המאה העשרים רווחה באתיקה ובפרקטיקה הרפואית הגישה כי סמכות קבלת ההחלטות נתונה כולה לרופא וכי יש להימנע ממסירת מידע לחולים, כיום יותר ויותר רופאים מבטאים עמדות המלמדות על קבלת עקרון אוטונומיית החולה ועל הכרה בחשיבותו.

3. השפעת דוקטרינת "ההסכמה מדעת" על הפרקטיקה הרפואית

(א) כללי

השפעת "דוקטרינת ההסכמה מדעת" על הפרקטיקה הרפואית נבחנה בשורה לא מבוטלת של מחקרים. בחרתי לחלק את הדיון במחקרים אלה לשני חלקים. תחילה אציג מחקרים שבהם איסוף המידע על אודות הפרקטיקה הרפואית הנוהגת נעשה באמצעות הצגת שאלונים לרופאים, ואבחן את ממצאי המחקרים. לאחר מכן אתמקד במחקרים שבהם נבחנה הפרקטיקה הרפואית באמצעים אחרים, בלתי אמצעיים.

ראוי להקדים ולציין כי הבחירה בחלוקת המחקרים לשתי קבוצות, לפי שיטת המחקר שבה נעשה שימוש, אינה אקראית. למחקר שנערך באמצעות שאלונים יש שני מאפיינים חשובים: הראשון – ממצאי המחקר מבוססים על דיווחי הנשאלים ולא על התרשמותו של מתבונן מן החוץ; השני – הנשאלים הביעו נכונות להשקיע זמן במחקר בדרך של מתן מענה לשאלונים. מאפיינים אלה נעדרים ממחקרים שבהם נאספים הממצאים בדרכים בלתי אמצעיות, כמו למשל התבוננות במפגשי חולים עם רופאים.

כפי שאסביר בהמשך, שונות זו בין מאפייני המחקרים עשויה להסביר את ממצאיהם השונים ולזרות אור על המסקנות העולות מהם. לאחר הקדמת מילין זו, אפנה להצגת ממצאי המחקרים.

(ב) מחקרים שבהם שיטת המחקר הייתה שאלונים

(1) הצגת המחקרים וממצאיהם

המחקר הראשון שאציג הוא זה שערך האריס.⁹⁷ הנשאלים במחקר דיווחו על רמות גבוהות של גילוי באשר למרבית פרטי המידע שגילויים מחויב מכוח הדין. יותר מ-90 אחוזים מהנשאלים דיווחו שבדרך כלל הם מוסרים לחולה מידע באשר לאבחנה (דיאגנוזה) או לסיכויי ההחלמה (פרוגנוזה), באשר לאופי הטיפול או למטרותיו, ובאשר להשפעות הלוואי הוודאיות או הקרובות לוודאי של הטיפול. כ-80 אחוזים מהנשאלים דיווחו שהם מוסרים לחולה מידע באשר לסיכון גבוה למוות או לנכות חמורה, באשר ליתרונות הטיפול

97 Harris et al., לעיל ה"ש 65, בעמ' 89. ממצאיו של מחקר זה תואמים את ממצאיו של מחקר קודם. ראו: ARNOLD J. ROSOF, INFORMED CONSENT, A GUIDE FOR HEALTH CARE PROVIDERS (1981), כפי שהובא אצל Harris et al., לעיל ה"ש 65, בעמ' 88–89.

ולחסרונותיו, באשר לקיומו של חוסר ודאות בהצלחת הטיפול ובאשר לקיומן של גישות שונות לטיפול במחלת החולה.⁹⁸

קבוצת מחקרים נוספת היא זו שערך רוברטסון. במחקר הראשון, שנערך שנתיים לאחר שניתן פסק הדין בעניין *Reibl*, הוצגה לנשאלים השאלה "האם אתה מיידע את החולה שלך על כל סיכון רציני, בלתי רגיל או מיוחד, הכרוך בניתוח המוצע?" בתשובה לשאלה ענו 75 אחוזים מכלל הנשאלים כי הם מוסרים מידע מסוג זה לחולה תמיד או לעתים קרובות; 15 אחוזים מכלל הנשאלים ענו כי הם מוסרים מידע מסוג זה לחולה רק לפעמים; 10 אחוזים מכלל הנשאלים ענו כי הם מוסרים מידע מסוג זה לחולה לעתים רחוקות או שאינם מוסרים אותו כלל.⁹⁹ במאמר מאוחר יותר של רוברטסון הובאו ראיות ממחקרים שביצעו גופים אחרים בקנדה עשר שנים לאחר ההחלטה בעניין *Reibl*, ומהם עלה כי רופאים הקדישו זמן רב יותר לדיון בסיכונים הכרוכים בטיפול המוצע ובהטבותיו, בעיקר בשל החשש שתוטל עליהם אחריות משפטית. רוברטסון טען כי מחקרים אלה מלמדים שבחלוף הזמן גברה השפעתו העקיפה של פסק הדין בעניין *Reibl*.¹⁰⁰ הוא שב וחזר על טענה זו במאמר שלישי שפרסם, עשרים שנה לאחר ההחלטה בעניין *Reibl*.¹⁰¹

תמונה דומה שעיקרה מסירת מידע רב לחולים עולה גם ממחקרה של צבר. מהמחקר עלו המסקנות הללו:

1. רופאים מוסרים כמות רבה מאוד של מידע לחולים.¹⁰² כך, למעלה מ-82 אחוזים מהרופאים שהשתתפו במחקר ציינו שהם מוסרים לחולים את מרבית המידע המצוי ברשותם או אף את כולו, ככל תחומי המידע שנחקרו.¹⁰³
2. רופאים נותנים מידע לחולים באופן המתחשב למדי בחולה.¹⁰⁴ כך למשל, 95.9 אחוזים מהנשאלים ציינו שהם משתמשים בשפה המותאמת לרמת החולה לעתים קרובות ואף במרבית הפעמים; 86.7 אחוזים מהנשאלים ציינו שבמהלך שיחה עם החולה הם ידברו, ייתנו לחולה לשאול שאלות ויציעו לו להציג שאלות נוספות בעתיד; 68.6 אחוזים מהנשאלים ציינו שבמרבית המקרים הם ייעזרו בשרטוטים ובהדגמות.¹⁰⁵
3. קיים קשר חיובי בין האופן שבו תופסים הרופאים את החוק ואת חשיבותו לבין כמות המידע שהם מוסרים לחולה. כלומר, ככל שתפיסת הרופא את החוק ואת חשיבותו

98 ראו: Harris et al., לעיל ה"ש 65, בעמ' 91.

99 Robertson, לעיל ה"ש 59, בעמ' 149.

100 Gerald Robertson, *Informed Consent Ten Years Later: The Impact of Reibl v. Hughes*, 70 CAN. BAR REV. 423, 438 (1991).

101 ראו: Gerald Robertson, *Informed Consent 20 years Later*, HEALTH L.J. SPECIAL EDITION 153 (2003).

102 ראו צבר, לעיל ה"ש 69, בעמ' 61.

103 שם, בעמ' 44. הציון המסכם שאותו קיבלו רופאים בסך כל התחומים הנוגעים לכמות המידע שמסרו היה 0.9 (טווח הציונים: 0.17–1).

104 שם, בעמ' 61.

105 שם, בעמ' 45–46. ממוצע הציונים שהתקבל על אודות האופן שבו ניתן המידע בסך התחומים הנוגעים למשתנה זה היה 0.76 (טווח הציונים: 0.4–1.00); ראו שם, בעמ' 47.

מעידה על הסכמה רבה יותר עם רוח החוק, כך גדלה כמות המידע שהוא מוסר לחוליו.¹⁰⁶

לכאורה, עולה ממחקרים אלה מסקנה מוחצת: שלושה עשורים ויותר לאחר אימוצה של דוקטרינת "ההסכמה מדעת" מוסרים מרבית הרופאים את מרבית המידע הנדרש לחולים. מכאן מתבקשת מסקנה נוספת והיא שלדוקטרינת "ההסכמה מדעת" הייתה השפעה ניכרת על הפרקטיקה הרפואית. אך מושכת ככל שתהא מסקנה זו, איני יכולה להסכים לה.

(2) הסתייגויות מממצאי המחקרים ומהמסקנות העולות מהם על אף הממצאים החד-משמעיים העולים ממחקרים אלה, כמה גורמים מערערים את נכונותם וכך ממילא את המסקנות העולות מהם.

הגורם הראשון הוא שיטת המחקר שבה נעשה שימוש במחקרים – מסירת שאלונים לנחקרים. בסוג זה של מחקרים משקפות תשובותיהם של הנשאלים את מה שהם עושים לטענתם, ולא את מה שהם עושים למעשה.¹⁰⁷ אם כן, כאמור לעיל, קיים חשש שמא רופאים מדווחים על ההתנהגות האידאלית בעיניהם או על ההתנהגות הנכונה מבחינה חברתית לדעתם, ולא על מה שהם עושים בפועל; כלומר, קיים חשש כי תוצאותיהם של מחקרים אלה מוטות בשל התופעה של "רצייה עצמית" או של "רצייה חברתית". ואכן, כפי שנראה בהמשך, במחקרים שבהם נעשה שימוש באמצעי איסוף מידע אחרים התגלו ממצאים אחרים.

יתרה מזו, במחקרים שבהם שיטת המחקר שבה נעשה שימוש היא שאלונים, קיים חשש להטיה חיובית מובנית: ניתן להניח שאותם רופאים שהיו נכונים להקדיש מזמנם כדי לענות לשאלון היו בעלי עניין רב יותר בנושא. עוד ניתן להניח כי רופאים שהם בעלי עניין רב יותר בנושא, מודעים יותר לכללים המשפטיים ולחשיבותם, וקיימת סבירות רבה יותר שימסרו את המידע הדרוש לחולה.¹⁰⁸

ספק נוסף באשר לנכונות ממצאיהם של המחקרים עולה נוכח קיומו של חוסר התאמה בין הנתונים העולים מדיווחיהם של הרופאים לבין אלה העולים מדיווחי הציבור באותו מחקר ממש. כך, במאמרו של האריס צוין כי שיעור הרופאים שדיווחו כי מסרו לחולים

106 שם, בעמ' 1, 53, 61. לממצאים דומים המעידים על קשר בין הכרת החוק לבין הפרקטיקה הנוהגת, ראו: שמש ואח', לעיל ה"ש 82, בעמ' 22–23. איתרתי מחקרים נוספים שבחנו את פרקטיקות הגילוי של רופאים, אך מאחר שאלה עסקו באוכלוסיות מיוחדות או בנסיבות מיוחדות בחרתי שלא להביא את ממצאיהם. למחקרים אלה ראו אורלי בנימין מימוש זכויותיו של החולה במסגרת חדר המיון (פרויקט יישומי לקראת תואר "מוסמך בסיעוד", אוניברסיטת תל-אביב – הפקולטה לרפואה, החוג לסיעוד, 1998); Debbie Schachter & Irwin Kleinman, *Psychiatrists' Documentation of Informed Consent: A Representative Survey*, 51 CAN. J. PSYCHIATRY 438 (2006); Susan M. Wolf, Debbie Schachter & Irwin Kleinman, *Doctor and Patient: An Unfinished Revolution*, 6 YALE J. HEALTH POL'Y L. & ETHICS 485 (2006).

107 לטענה זו ראו: Robertson, לעיל ה"ש 59, בעמ' 150.

108 לטענה זו ראו: שם, בעמ' 143.

מידע באשר למצבם הרפואי ובאשר לטיפול המוצע היה גבוה משיעור החולים שדיווחו כי נמסר להם מידע זה. במרבית התחומים התגלה פער של 15 אחוזים עד 25 אחוזים בין שיעור הרופאים שדיווחו כי הם מוסרים לחולה מידע מסוג מסוים לבין שיעור החולים שדיווחו כי נמסר להם מידע זה.¹⁰⁹ פער גדול אף יותר בין דיווחיהם של רופאים לאלה של חולים עלה משאלות שמטרתן הייתה לבחון את שביעות רצונו של הציבור מתהליך קבלת ההסכמה מדעת. כך, 66 אחוזים מהציבור דיווחו שהם מרוצים מאוד מכנות הרופא במפגשים עמו; 61 אחוזים מהציבור דיווחו שהם מרוצים מנכונות הרופא לענות על שאלות; ו-59 אחוזים בלבד דיווחו שהם מרוצים מהתחשבות הרופא בדרכי הטיפול המועדפות על החולה.¹¹⁰ ככל המחקרים שהובאו לעיל הציגו חלק לא מבוטל מהנשאלים עמדות שאינן עולות בקנה אחד עם פרקטיקות הגילוי המתוארות במחקר. עובדה זו מערערת אף היא את ממצאיהם של מחקרים אלה. כך למשל, ממחקרו של האריס עלה כי הגורם המרכזי המשפיע על היקף המידע שנמסר על ידי הרופא ועל השאלה אם להימנע ממסירת מידע לחולה הוא הערכת הרופא את יכולתו של החולה להבין את המידע שנמסר לו, וכי רופאים סבורים שלפחות חמישית מחוליהם אינם מסוגלים להבין את המידע שנמסר להם. כמו כן, ראינו כי יכולתו של החולה להתמודד עם המידע שנמסר לו אף היא גורם מרכזי בהחלטת הרופא להימנע ממסירת מידע. לא ברור כיצד עמדות אלה עולות בקנה אחד עם פרקטיקות הגילוי הנרחבות שמתארים הרופאים באותו מחקר.

תופעה דומה קיימת במחקרה של צבר. כפי שראינו, כמעט שליש מהרופאים ציינו שהם מסכימים לאמירות "הדרך הטובה ביותר לעזור לחולה היא לומר לו רק את מה שהרופא חושב שיעזור לו" ו"החולה לא יכול לדעת בעצמו מהי הדרך הטובה ביותר לטיפול, ולכן כדאי שהרופא יחליט עבורו". נתונים אלה, שאינם עולים בקנה אחד עם פרקטיקות גילוי נרחבות, תומכים בטענה לפיה הנשאלים במחקר דיווחו בעיקר על מה שהם חושבים, מאמינים או רוצים להאמין שהם עושים, ולא דווקא על מה שהם עושים בפועל.

החשש שמא ממצאיהם של מחקרים אלה אינם מדויקים נתמך בעובדה נוספת: אף שמרבית הרופאים מודעים באופן כללי לקיומה של דוקטרינת "ההסכמה מדעת", רובם אינם מכירים את הדין המסדיר את דוקטרינת "ההסכמה מדעת".¹¹¹ כך למשל, 76 אחוזים מהנשאלים במחקרו של האריס הודו שהם אינם יודעים מהו הסטנדרט המשפטי להיקף חובת הגילוי החל במדינה שבה הם עובדים. נוסף לכך, רבים מהנשאלים סברו שהם

109 ראו: Harris et al., לעיל ה"ש 65, בעמ' 20.

110 שם, בעמ' 21. בקריאת נתונים אלה יש לזכור שבין הנשאלים נכללו אנשים מבוגרים ואנשים שהשכלתם נמוכה ומצבם הכלכלי ירוד; אלה נטו להביע שביעות רצון רבה יותר מפרקטיקות הגילוי שנוקטים רופאים וממדת שיתופם בתהליך קבלת ההחלטות (שם, בעמ' 24). מכך עולה, שעריכת המחקר בקרב אוכלוסייה שלה רמת השכלה גבוהה יותר ומעמד כלכלי טוב יותר או אף בקרב אוכלוסייה צעירה יותר עשויה הייתה להביא לתוצאות שונות. להסתייגות זו חשיבות נוספת, שכן קיימת סבירות גבוהה יותר שנשאלים ממעמד סוציו-אקונומי נמוך יחלו.

111 לטענה לפיה קיומן של מודעות לכלל משפטי והיכרות עמו הן תנאי מוקדם להשפעת כלל משפטי על הפרקטיקה הרפואית, ראו: Robertson, לעיל ה"ש 59, בעמ' 143.

יודעים מהו סטנדרט זה – טעו.¹¹² במחקרו של רוברטסון נמצא ש-74 אחוזים מהנשאלים כלל לא שמעו על עניין *Reibl* ועל כן ממילא לא היו מודעים לכלל המשפטי שנקבע בו.¹¹³ בדומה לכך, במחקרה של צבר למעלה משליש מהרופאים שהשתתפו במחקר (38 אחוזים) העידו שהם אינם מכירים כלל את החוק כולו או את מרביתו.¹¹⁴

ייתכן כי חלק מהנשאלים שאינם מכירים את החוק הושפעו מהסטנדרט המשפטי להיקף חובת הגילוי אף ללא ידיעתם (למשל באמצעות נהלים שאימץ המוסד הרפואי בתגובה לכלל המשפטי).¹¹⁵ למרות זאת, טענתי היא כי נתונים אלה מחזקים את המסקנה לפיה רופאים מודווחים על מה שהם חושבים שהם עושים ולא על מה שהם עושים בפועל. אסביר את טענתי: ראינו שהאתיקה הרפואית והפרקטיקה הרפואית אימצו גישה פטרונית בעיקרה, ואילו תולדתו של רעיון אוטונומיית החולה הייתה במשפט. אם כן, שינוי בגישת עולם הרפואה דורש מודעות מסוימת לכללים המשפטיים ואימוצה של פרקטיקה מתאימה לכך. בהעדר מודעות לכללים המשפטיים, כיצד ניתן לומר שרופאים מקיימים בפועל את דרישותיה של דוקטרינת "ההסכמה מדעת"? לכל היותר הם פועלים על פי מה שהם סבורים שהדוקטרינה מחייבת – סברה שעשויה להיות שונה בתכלית השינוי מהדוקטרינה עצמה. לחלופין, בהעדר מודעות לכללים המשפטיים ולדרישותיהם, קיימת אפשרות שתשובותיהם של הנשאלים הושפעו מכך שתפסו את עצמם כמי שמוסרים מידע רב לחולים, באופן איכותי, אף שלמעשה הם אינם נוהגים כך. הגורמים לכך יכולים להיות, למשל, תפיסה מוטעית של רופאים באשר למשמעות שיש למסירת מידע לחולים או באשר למשמעות שיש למסירה איכותית של מידע לחולים. כך למשל, רופא המוסר לחולה מסמך כתוב ובו כל המידע הרפואי מבלי לשוחח עם החולה על האמור במסמך, עשוי לציין בשאלון המחקר כי מסר לחולה את כל המידע הנדרש.

נכונותם של ממצאי המחקרים שהוצגו מתערערת גם נוכח העובדה שאף אם ניתן לזהות שינוי בפרקטיקה הרפואית, ספק אם ניתן לייחסו לדוקטרינת "ההסכמה מדעת"; ההוכחה לכך נעוצה, בראש ובראשונה, בכך שמרבית הנשאלים במחקרים השונים הודו שהם אינם מודעים לכלליה המשפטיים של דוקטרינת "ההסכמה מדעת", כאמור לעיל. נוסף לכך, במחקרו של רוברטסון ציינו 40 אחוזים מהנשאלים שהיו מודעים להחלטה בעניין *Reibl*, וכי לא הייתה לה כל השפעה על הפרקטיקה הנוהגת על ידם.¹¹⁶ כמו כן, השוואה בין פרקטיקות הגילוי של רופאים שציינו כי היו מודעים להחלטה בעניין *Reibl*

112 ראו: Harris et al., לעיל ה"ש 65, בעמ' 25.

113 ראו: Robertson, לעיל ה"ש 59, בעמ' 144. יתרה מזו, מבין הנשאלים שדיווחו שהם מודעים להחלטה, 20 אחוזים לא זכרו מה הוחלט בפסק הדין; 45 אחוזים זכרו רק את עובדות פסק הדין וההחלטה הסופית; ורק 35 אחוזים בטאו מודעות לתוכן ולחשיבות ההחלטה (שם, בעמ' 145).

114 ראו צבר, לעיל ה"ש 69, בעמ' 48. נתונים דומים עולים ממחקרים אחרים, ראו: טבנקין ואח', לעיל ה"ש 89, בעמ' 1051, 1052; שמש ואח', לעיל ה"ש 82, בעמ' 18, 20; Siegal et al., לעיל ה"ש 96, בעמ' 69, 71, 73.

115 ראו: Robertson, לעיל ה"ש 59, בעמ' 143. להסתייגות מאפשרות זו ראו שם, בעמ' 148.

116 ראו: שם, בעמ' 146. ראוי לשים לב להסתייגויות שאותן מעלה Robertson לממצאים אלה, וכן לנימוקיו לדחיית ההסתייגויות.

לבין פרקטיקות הגילוי של רופאים שציינו כי לא היו מודעים להחלטה, מעלה כי אף שרופאים המודעים להחלטה דיווחו על פרקטיקות גילוי נרחבות יותר, הרי הפער בינם לבין רופאים שאינם מודעים להחלטה אינו גדול.¹¹⁷

על הספק בדבר קיומו של קשר בין הדוקטרינה המשפטית לפרקטיקה הרפואית עמד רוברטסון גם במאמר מאוחר יותר. קיימות ראיות, כך טען, שכמות המידע שרופאים מוסרים לחולים באשר לטיפול המוצע עלתה במשך השנים, מאז מתן ההחלטה בעניין *Reibl*, גם במחוזות שיפוט שבהם סירבו בתי המשפט לאמץ את פסק הדין.¹¹⁸

מסקנה דומה עולה גם ממחקרים שנערכו בארץ לאחר חקיקת חוק זכויות החולה. כך, במחקרה של צבר לא נמצאו הבדלים בין רופאים המכירים את החוק לבין רופאים שאינם מכירים את החוק, ככל שהדבר נוגע לכמות המידע שהם מוסרים לחולים.¹¹⁹ מסקנה זו נתמכת בכך ש-61 אחוזים מהרופאים ציינו כי אינם מסכימים לאמירה לפיה הם מוסרים מידע לחולים מאחר שעליהם לציית לחוק.¹²⁰ במחקר זה נמצא, אמנם, קשר חיובי בין תפישת הרופא את החוק ואת חשיבותו לבין כמות המידע שהוא מוסר לחולה, אולם מדובר בקשר מתון ביותר.¹²¹ בהקשר זה, כדאי גם להזכיר את הממצאים העולים ממחקרם של שמש ואח' – במחקר זה דיווחו 67.2 אחוזים מהרופאים שהחוק לא השפיע על עבודתם היום-יומית במרפאה כלל.¹²²

ניתן להסביר את ממצאיהם של כלל המחקרים שהובאו בטענה שאף טרם חקיקת חוק זכויות החולה או טרם קבלת ההחלטה המשפטית הרלבנטית נהגו אלה על פי עקרון אוטונומיית החולה. אולם ממצאים אחרים שהובאו ושיובאו בהמשך – ובכלל אלה דיווחי הציבור על שיעור המידע שנמסר להם, נתונים בדבר עמדותיהם של רופאים באשר לעקרון

117 שם, בעמ' 149. מחקר זה נערך בדרך של הצגת שאלונים לרופאים. לכן יהיה מדויק יותר להציג את תוצאות המחקר כמלמדות על כך שלמודעות הרופאים לכלל המשפטי יש השפעה על מה שהרופאים טוענים כי הם מגלים לחולים, ולא דווקא על מה שהם מגלים לחולים בפועל (שם, בעמ' 150). יש לזכור כי ל"רצייה חברתית" תפקיד מרכזי בהטיית תשובותיהם של נשאלים; ניתן להניח שנשאלים המודעים לכלל המשפטי מושפעים מתופעת "הרצייה החברתית" ביתר שאת.

118 ראו: Robertson, לעיל ה"ש 100, בעמ' 439.

119 ראו צבר, לעיל ה"ש 69, בעמ' 1, 60, 62.

120 שם, בעמ' 49.

121 שם, בעמ' 67.

122 ראו שמש ואח', לעיל ה"ש 82, בעמ' 21. בחינה ספציפית יותר של השפעת החוק על עבודתם של רופאים מלמדת על הממצאים האלה: 72 אחוזים מהנשאלים דיווחו כי לחוק לא הייתה כל השפעה על ההסברים שנתנו לחולים, ואילו 27 אחוזים מהנשאלים דיווחו כי הייתה לחוק השפעה על עבודתם בהיבט זה; 80 אחוזים מהנשאלים ציינו כי לחוק לא הייתה כל השפעה על התלבטויותיהם באשר למידע שיש למסור לחולים, ואילו 20 אחוזים מהנשאלים ציינו כי הייתה לחוק השפעה על עבודתם בהיבט זה. למחקרים שממצאיהם דומים ראו טבנקין ואח', לעיל ה"ש 88, בעמ' 1052; שטינמן וטבנקין, לעיל ה"ש 91, בעמ' 89; Siegal et al., לעיל ה"ש 96, בעמ' 69, 71.

אוטונומיית החולה ונתונים בדבר פרקטיקות הגילוי שנוקטים רופאים – סותרים מסקנה זו.

החשש בדבר נכונותם של ממצאי המחקרים שהובאו נתמך גם בראיות לא מעטות המעידות שאף שרופאים מקיימים את דרישותיה של דוקטרינת "ההסכמה מדעת", הם עושים כן באופן פורמלי בלבד, ומבלי ליתן ביטוי לרוחו האמיתית של עקרון אוטונומיית החולה. כך, קיימות ראיות המלמדות על שכיחות השימוש בטופסי הסכמה כאמצעי למסירת מידע לחולים וכאמצעי לקבלת הסכמתם לטיפול; זאת, להבדיל מקיומו של דיאלוג בין החולה לרופא אשר במסגרתו נמסר לחולה המידע הנדרש, ניתנת לו ההזדמנות לשאול שאלות ונערך דיון בין הצדדים באשר לתכנית הטיפול הרצויה והמתאימה לחולה. קיימות גם ראיות שמהן עולה כי רופאים בוחנים רק לעתים רחוקות אם החולה הבין את המידע שנמסר לו, מסתפקים במסירה לקוגנית של המידע לחולה ולעתים משתמשים בשפה טכנית או רפואית.¹²³

ממצאי המחקרים שהובאו עולה כי חלק ניכר מהרופאים מוסרים מידע מאחר שעליהם לציית לחוק וכיוון שהם חוששים מתביעות. ממצאים אלה מחזקים את המסקנה שחלק בלתי מבוטל מהרופאים מקיימים אחר דרישותיה של דוקטרינת "ההסכמה מדעת" באופן פורמלי ורואים בה משוכה משפטית שמעליה עליהם "לדלג", להבדיל מביטוי לזכותו של החולה לאוטונומיה. מסקנה זו עולה בקנה אחד גם עם הממצאים המעידים שרופאים מודעים אמנם באופן כללי לקיומה של דוקטרינת "ההסכמה מדעת" אך הם אינם מכירים את הדין המסדיר את דוקטרינת "ההסכמה מדעת". היכרות כללית מעין זו של ההסדר המשפטי מאפשרת קיום פורמלי בלבד של הדוקטרינה, בשונה מקיום איכותי של דרישותיה המחייב היכרות טובה עם הכללים המשפטיים. לא זו אף זו, העדר ההיכרות עם הדין המסדיר את הדוקטרינה הוא המעניק לרופאים את התחושה כי בקיום דרישותיה של הדוקטרינה באופן פורמלי – כגון החתמת החולה על טופס הסכמה – יצאו ידי חובתם. חשיבותם של ממצאים אלה כפולה:

ראשית, הם מספקים הסבר נוסף לסתירה הקיימת בין דיווחיהם של רופאים על היקף המידע שנמסר על ידם מחד גיסא, לבין עמדותיהם מאידך גיסא. מראיות אלה עולה כי מסירת מידע בהיקפים גדולים לחולים יכולה לילך יד ביד עם עמדות פטרוניות, מאחר שזו נעשית באופן פורמלי שאין בו להגשים את עקרון אוטונומיית החולה.

123 ראו: Victor Ali, *Consent Forms as Part of the Informed Consent Process: Moving Away From 'Medical Miranda'*, 54 HASTINGS L.J. 1575, 1576–1579, 1583 (2003); Peter H. Schuck, *Rethinking Informed Consent*, 103 YALE L.J. 899, 933 (1994); The Boston Women's Health Book Collective, *Informed Consent: Principle vs. Practice*, Ms. sept.–oct. 1993, at 66; Lori B. Andrews, *Informed Consent: Decisionmaking Process*, 5 J. LEGAL MED. 163, 172–173 (1984); Roger B. Dworkin, *Getting What We Should from Doctors: Rethinking Patient Autonomy and the Doctor-Patient Relationship*, 13 HEALTH MATRIX 235, 265 (2003); I. Rosique, M. D. Pérez-Cárceles, M. Romero-Martín, E. Osuna & A. Luna, *The Use and Usefulness of Information for Patients Undergoing Anaesthesia*, 25 MEDICINE AND LAW 715, 724 (2006); Jones ה"ש 8, בעמ' 398.

שנית, יש בהם לתת ממד עמוק יותר לטענה כי השפעתו של המשפט על הפרקטיקה הרפואית היא מוגבלת. כך, מלמדות ראיות אלה כי גם אם גרם המשפט לגידול בהיקף המידע שנמסר לחולים, הרי גידול זה אינו משקף בהכרח שינוי אמיתי בעמדותיהם של רופאים כלפי עקרון אוטונומיית החולה. שינוי זה, כך מלמדות ראיות אלה, הוא במידה לא מבוטלת חיצוני ולא מהותי.

לבסוף, גם ככל שהדבר נוגע למחקרה של צבר, קיים החשש שמא ממצאיו אינם משקפים נכונה את המציאות; אחוז גבוה מכלל הנשאלים ציינו שהם נותנים את מרבית המידע או את כל המידע המצוי ברשותם בכל תחומי המידע שנבחנו; אולם מנגד, אחוז לא מבוטל מהנשאלים ציינו שהם מוסרים רק חלק מהמידע או מעט שבמעט מהמידע המצוי ברשותם כאשר לתחומים אלה.¹²⁴ תמונה דומה עולה באשר לנתונים שעניינם אופן מסירת המידע לחולה ואיכות מסירתו – אף שחלק ניכר מהרופאים טוענים שהם מוסרים כמויות ניכרות של מידע לחולים, הרי חלק בלתי מבוטל מהם אינו נוהג כך, או עושה כן באופן כמותי אך לא איכותי.¹²⁵

(ג) מחקרים שבהם נעשה שימוש בשיטות מחקר אחרות הספקות שהטלתי באשר לממצאיהם של המחקרים שהובאו מתחזקים נוכח ממצאיהם של מחקרים שבהם נבחנה באמצעים ישירים יותר השפעת דוקטרינת "ההסכמה מדעת" על הפרקטיקה הרפואית.

במחקר הראשון שאזכיר תועדו 1057 מפגשים בין חולים לרופאים.¹²⁶ לאחר מכן ניתחו החוקרים את המפגשים בניסיון לבחון עד כמה התקיימו במפגשים דרישות דוקטרינת "ההסכמה מדעת".

אמנם מחקר זה אינו לוקה בפגמים המאפיינים מחקרים שנערכים באמצעות שאלונים. עם זאת, אין להתעלם מהאפשרות שמודעות הצדדים לתיעוד המפגש ביניהם עלולה להשפיע על התנהגותם, ובעיקר להניע רופאים לנהוג בדרך העולה בקנה אחד עם דרישות הדוקטרינה.

נתונים נוספים שאותם כדאי להזכיר נוגעים לציבור הנחקרים: החולים שמפגשיהם עם הרופאים תועדו היו בני 18 שנים ומעלה, דוברי אנגלית, מרביתם לבנים, משכילים, ממעמד סוציו-אקונומי ממוצע, אשר הגיעו לרופא במצב רפואי שאינו אקוטי ואשר בעת עריכת המחקר לא היו מאושפזים. הרופאים שנכללו במחקר היו כולם רופאים שסיפקו שירות בקהילה ולא בבתי חולים: רופאי משפחה, רופאים פנימיים, מנתחים כלליים ומנתחים אורתופדיים.

נתונים אלה מלמדים על סיכוי נמוך יותר להימצאם של גורמים אשר לא אחת מונעים מרופאים לקיים את דרישותיה של דוקטרינת "ההסכמה מדעת", כגון מצב רפואי קשה,

124 ראו לעניין זה את הנתונים אצל צבר, לעיל ה"ש 69, בעמ' 44.

125 ראו לעניין זה את הנתונים שם, בעמ' 45–46.

126 Clarence H. Braddock, Kelly A. Edwards, Nicole M. Hasenberg, Tracy L. Laidley & Wendy Levinson, *Informed Decision Making in Outpatient Practice*, 282 JAMA 2313 (1999).

המחקר התבסס על נתונים שנאספו בשנת 1993.

חוסר יכולת של החולה להבין את המידע שנמסר לו או דחיפות בביצוע הטיפול הרפואי. יתרה מזו, מאחר שבמחקר נצפו לא רק רופאי משפחה אלא גם מנתחים, ניתן להניח שלא אחת עמדו על הפרק החלטות רפואית בעלות משקל.¹²⁷

על אף מאפיינים אלה של המחקר, מצאו החוקרים ששיעור קטן ביותר מההחלטות (9 אחוזים) עלו בקנה אחד עם כלל דרישותיה של דוקטרינת "ההסכמה מדעת" כפי שהוגדרו על ידם. מידת ההתאמה בין דרישות הדוקטרינה לבין מאפייניו של תהליך קבלת ההסכמה בפועל השתנתה בהתאם למורכבות ההחלטות הרפואיות שעמדו על הפרק. כך, אף ש-17.2 אחוזים מההחלטות שרמת מורכבותן בסיסית עלו בקנה אחד עם דרישות הדוקטרינה, אף לא אחת מההחלטות שרמת מורכבותן ממוצעת, וחצי אחוז בלבד מההחלטות שרמת מורכבותן גבוהה, עלו בקנה אחד עם דרישות הדוקטרינה.

נתונים קונקרטיים יותר של המחקר מלמדים כי אף שחולים קיבלו לעתים קרובות מידע באשר לאופי הטיפול המוצע, הרי רק לעתים רחוקות התקיים עם החולים דיון באשר לחלופות לטיפול המוצע, באשר ליתרונות הטיפול ולחסרונותיו או באשר לחוסר הוודאות הכרוך בהחלטה. נוסף לכך, רק לעתים דנו רופאים בתפקידו של החולה בתהליך קבלת ההחלטות ורק לעתים רחוקות ביררו את העדפותיהם של החולים ובדקו אם החולה הבין את ההחלטה שהתקבלה. מסקנתם של עורכי המחקר הייתה שהמודל האתי של דוקטרינת "ההסכמה מדעת" אינו מיושם בפרקטיקה הרפואית המתקיימת מחוץ לבתי החולים.

כאן כדאי לשוב ולהזכיר שאם לשיטת המחקר הייתה השפעה כלשהי על תוצאותיו הרי זו צפויה הייתה להוביל לתוצאה לפיה נמסר מידע רב יותר לחולים וישנה הקפדה יתרה על דרישות הדוקטרינה. אם כך, קיימת אפשרות שמצב הדברים בפועל גרוע מכפי שעולה מנתוני המחקר.

מעניין לציין שהממצאים העולים ממחקר זה דומים במידה רבה לממצאים העולים ממחקרים דומים שנערכו בתחילת דרכה של דוקטרינת "ההסכמה מדעת", שבהם נבחנה פרקטיקת הגילוי של רופאים באמצעים ישירים – בין באמצעות שיחות עם חולים ורופאים לאחר המפגש בין החולה לבין הרופא ובין באמצעות תיעוד ישיר של מפגשי רופא-חולה. ממחקרים אלה עולה כי בדרך כלל נמסר לחולים מעט מאוד מידע באשר לטיפול המוצע; במקרים שבהם נמסר מידע הוא נמסר באופן מוטא או מעורפל, ובשל כך נפגעה יכולתו של החולה להבינו.¹²⁸

מחקר נוסף שאותו ראוי להזכיר הוא זה שערכה קת' ג' ג'ונס. במחקר זה דיווחה ג'ונס על התרשמותה האישית מפרקטיקת הגילוי של רופאים, לאחר שצפתה במפגשי רופאים-חולים במהלך ששת חודשים שבהם שהתה כצופה בבית חולים.¹²⁹ צפייה במפגשים אלה

127 בחירה זו במאפייני המחקר לא הייתה אקראית, כמוכן. מטרתה הייתה לבחון את קיום דרישותיה של דוקטרינת "ההסכמה מדעת" בתנאים אופטימליים, כדי לנפות גורמים אחרים לאי-קיום דרישות הדוקטרינה, אשר אינם נעוצים בעמדות הנחקרים.

128 ראו: *A Review of Empirical Studies on Informed Consent and Decisionmaking*, in 2: MAKING HEALTH CARE DECISIONS, לעיל ה"ש 28, בנספח A; Andrews, לעיל ה"ש 123, בעמ' 171-172.

129 ראו: Jones, לעיל ה"ש 8. המחקר נערך בשנת 1998. לא ברור אם המחקר נערך באמצעות כלים המעניקים לו תוקף סטטיסטי.

הובילה אותה למסקנה שמרבית הרופאים מוסרים לחולים מידע בדבר ההטבות הטמונות בטיפול המוצע, אך הם מוסרים פחות מידע על הסיכונים הכרוכים בטיפול. לעומת זאת, מידע באשר לחלופות לטיפול המוצע נמסר לחולים לעתים רחוקות או לא נמסר להם כלל. במקרים שבהם נמסר לחולה מידע באשר לחלופות לטיפול המוצע, לא היה זה נדיר שהמטפל מסר את המידע באופן מוטה, כך שהמטופל הונע לבחור בטיפול שעליו המליץ המטפל.¹³⁰

תמונה דומה עולה ממחקרים שנערכו בארץ, שבהם לא נעשה שימוש בשאלונים.¹³¹ כך עולה ממחקרה של ענבר קגן, שבו נבדקו כל התלונות שהוגשו למשרד הבריאות בשנים 1996–2001 על רופאי שיניים במחוז חיפה,¹³² כי ברוב המכריע של תיקי התלונות לא התקיים תהליך של קבלת הסכמה מדעת לטיפול. כ־60 אחוזים מהתיקים לא נמסר למטופל הסבר על מהות הטיפול המוצע; כ־73.7 אחוזים מהתיקים לא נמסר למטופל מידע על הסיכויים להצלחת הטיפול ועל הסיכונים הכרוכים בו; וכ־74.2 אחוזים מהתיקים לא הוצגו לפני המטופל חלופות לטיפול המוצע. סיכום הנתונים הוביל את החוקרת למסקנה שב־68.1 אחוזים מהתיקים לא התקיים תהליך קבלת הסכמה מדעת טרם הטיפול. נוסף לכך, מעיון בתלונות המטופלים עלה כי כ־62.2 אחוזים מהתלונות, התלונה עצמה הייתה על העדר הסכמה מדעת לטיפול.¹³³ השוואה בין הפרקטיקה שנהגה בשנת 1996 לזו שנהגה בשנת 2001, כפי שעלו מתיקי התלונות של המטופלים, העלתה שניתן לזהות שיפור מסוים בתהליך ההסכמה מדעת, אולם עסקינן בשיפור מועט.¹³⁴

במחקר חשוב נוסף, מחקרם של אפרים תבורי וסוזן סרד, נבחנו תהליכים של העברת מידע לנשים החולות בסרטן השד וקבלת הסכמתן המודעת לטיפול באמצעות ראיונות עם נשים שעברו כריתת שד מלאה או חלקית.¹³⁵ הבעיה העיקרית שאותה זיהו עורכי המחקר

130 שם, בעמ' 399–400.

131 קיים מחקר נוסף השייך לקבוצת מחקר זו, שבו נבדק תהליך ההסכמה מדעת בטיפול בנזעי חשמל (Electro-Convulsive Therapy); ראו נועה קלמן טיפול בנזעי חשמל במתבגרים: בדיקת עמדתם, שביעות רצונם ותהליך קבלת ההסכמה מדעת (עבודה לתואר "דוקטור לרפואה", אוניברסיטת תל-אביב – בית הספר לרפואה, 2003). בחרתי שלא להביא את ממצאי המחקר מאחר שהוא עוסק באוכלוסייה מיוחדת של חולי נפש, ובשל פגמים שמצאתי בו.

132 ענבר קגן קיום "חוק זכויות החולה, התשנ"ו–1996" והנחיות משרד הבריאות בדבר ניהול רפואי של מרפאות שיניים 3/98, כמסתמן מתלונות מתרפאים למשרד הבריאות 11 (עבודת גמר לתואר "דוקטור לרפואת שיניים", אוניברסיטת תל-אביב – בית הספר לרפואת שיניים, 2002). לנוסח קצר של המחקר ראו: מ' גורדון, ע' קגן וא' מס 'קיום 'חוק זכויות החולה, התשנ"ו–1996', כמסתמן מתוך תלונות מתרפאים בתחום רפואת השיניים ללשכת הבריאות המחוזית חיפה במחוז חיפה" 29 רפואה ומשפט (2003) (כל ההפניות שלהלן יהיו לנוסחו הארוך של המחקר).

133 קגן, לעיל ה"ש 132, בעמ' 17–19, 31.

134 שם, בעמ' 23.

135 אפרים תבורי וסוזן סרד "העברת מידע והסכמה מדעת – התנסותן של נשים חולות בסרטן השד" הרפואה 134(ב) 88 (1998). במחקר רואיינו 98 נשים שעברו כריתת שד מלאה או

היא העברה בלתי מספקת של מידע לנשים בנוגע למחלתן ולטיפול בה. המחסור במידע התגלה כבעייתית במיוחד בשלב הראשון שבו נפגשו הנשים עם המערכת הרפואית – שלב האבחון. כשליש מהנשים דיווחו כי במהלך שלבי האבחון והבריאות לא הסבירו להן מה קורה ומהן הפעולות הנעשות.¹³⁶ אף שקיימות אפשרויות שונות לטיפול בסרטן השד, נמצא כי כמחצית מהנשים לא קיבלו הסבר על חלופות לטיפול.¹³⁷ לבסוף, כמעט כמחצית מהנשים דיווחו שלא נמסר להן מידע בדבר יתרונות הטיפול האונקולוגי המוצע, בדבר חסרונותיו או בדבר תופעות הלוואי הכרוכות בו.¹³⁸ מנתונים אלה גזרו עורכי המחקר את המסקנה כי קיימת בעיה חמורה ועקבית של אי-מסירת מידע מספק למטופלות.¹³⁹

מחקר שערך מכון ברוקדייל, שבו נבחנה דעת הציבור על רמת השירות שמעניקה מערכת הבריאות ועל תפקודה, שופך אף הוא אור על הפרקטיקה הרפואית שנהגה בתקופה זו.¹⁴⁰ המחקר נערך בשנת 2005 והקיף 1902 נשאלים.¹⁴¹ כחמישית מהנשאלים דיווחו כי ההסבר שקיבלו מרופא המשפחה או מהרופא המקצועי על מצבם הרפואי ועל הטיפול הרפואי הנדרש לא היה מספק. בקרב נשאלים דוברי ערבית הגיע שיעור זה כמעט לכדי שלישי.¹⁴² נוסף לכך, מחצית מהנשאלים דיווחו כי ההחלטה איזה טיפול רפואי יינתן להם הייתה בעיקר של הרופא.¹⁴³ מנתוני המחקר עלה חוסר התאמה בין רצונם של נשאלים להיות שותפים בקבלת ההחלטה באשר לטיפול הרפואי לבין האופן שבו התקבלה ההחלטה באשר לטיפול הרפואי שיינתן להם.¹⁴⁴

מחקר אחרון שממנו ניתן ללמוד על פרקטיקות הגילוי של רופאים נערך בשנת 2007 ביזמת האגודה לזכויות החולה בישראל.¹⁴⁵ נתוני המחקר מלמדים כי פחות ממחצית מהנשאלים שהחליפו תרופה קיבלו הסבר על שינוי הטיפול ביזמת הרופא. כחמישית מהנשאלים שעברו ניתוח, טיפול יום או בדיקה פולשנית, לא קיבלו כל הסבר על הטיפול או שקיבלו הסבר קצר ולא מפורט. מעניינים במיוחד הנתונים האלה: 28 אחוזים מהנשאלים ציינו שהרופא לא שיתף אותם כלל בהחלטה על הטיפול; 5 אחוזים בלבד

חלקית בין השנים 1994–1996, והוא התבסס על שאלון (שם, בעמ' 89). אף שהמחקר מתייחס לשנים שטרם חוקת זכויות החולה, יש לזכור שדוקטרינת "ההסכמה מדעת" אומצה כמשפט הישראלי טרם חקיקת החוק וכי רשימה זו אינה מתמקדת רק בהשפעת חקיקת החוק על הפרקטיקה הרפואית.

136 שם, בעמ' 89–90.

137 שם, בעמ' 90.

138 שם.

139 שם, בעמ' 88–90.

140 רויטל גרוס, שולי ברמלי-גרינברג ורונית מצליח דעת הציבור על רמת השירות ותפקוד מערכת הבריאות במלאת עשור לחוק ביטוח בריאות ממלכתי (2007).

141 שם, בעמ' 6.

142 שם, בעמ' 15.

143 שם, בעמ' 16.

144 שם.

145 מודעות הציבור לנושא זכויותיו בתחום הבריאות (2007) (נערך על ידי מכון גיאוקרטוגרפיה). המחקר נערך באמצעות ראיונות טלפוניים, בקרב מדגם מייצג של 500 מראויינים.

טענו כי הרופא הסביר להם מהם הסיכונים ותופעות הלוואי הכרוכים בטיפול המוצע; 30 אחוזים מהנשאלים טענו כי קיבלו הסבר על הטיפולים הקיימים לפתרון הבעיה הרפואית. אף שמנתוני המחקר עולה כי רופאים מוסרים מידע לחולים, הרי המסקנה העולה מנתוני המחקר היא שרובם המכריע של הנשאלים לא קיבלו את מלוא המידע הנדרש על פי חוק זכויות החולה.

(ד) מסקנות

מכלל המחקרים והממצאים שהוצגו בחלק זה עולות כמה מסקנות.

ראשית, יש להתייחס בזהירות לממצאיהם של מחקרים שבהם רופאים מדווחים על הפרקטיקה הנוהגת. מהימנותם של מחקרים כאלה מוטלת בספק נוכח שיטת המחקר שבה נעשה שימוש ונוכח קיומה של סתירה בין עמדותיהם העקרוניות של רופאים לבין הפרקטיקה שעליה הם מדווחים. יתרה מזו, כפי שעולה ממחקרים שבחנו את פרקטיקות הגילוי של רופאים באמצעים ישירים וכפי שעולה מדיווחיהם של חולים, פרקטיקות הגילוי של רופאים מצומצמות מכפי שהם מדווחים. למעשה, מחקרים אלה מלמדים כי אף שלחולים נמסר בדרך כלל מידע בסיסי באשר למצבם הרפואי ובאשר לטיפול המוצע (כגון אבחנה, סיכויי החלמה, מהות הטיפול ומטרותו) הרי גם עתה, עשורים רבים לאחר אימוצה של דוקטרינת "ההסכמה מדעת", חלק לא מבוטל מהרופאים עדיין אינם מוסרים פרטי מידע אחרים לחולים, ובכלל זה מידע על הסיכונים הכרוכים בטיפול המוצע, על תוצאות הטיפול ועל החלופות לטיפול. אם כן, גם אם יש למשפט השפעה על הפרקטיקה הרפואית הנוהגת, הרי זו ככל הנראה השפעה מוגבלת.

שנית, אף שחלק לא מבוטל מהרופאים הגדילו את היקף המידע הנמסר לחולים, חלק בלתי מבוטל מהם ממשיכים להחזיק בעמדות שאינן עולות בקנה אחד עם עקרון אוטונומיית החולה. מסקנה זו תומכת בטענה לפיה גם אם רופאים מקיימים אחר דרישותיה של דוקטרינת "ההסכמה מדעת", חלקם עושים זאת באופן פורמלי שאינו מגשים את רוחו של רעיון אוטונומיית החולה.

שלישית, ככל שניתן לזהות שינוי בפרקטיקה הרפואית, ספק אם ניתן לייחס את כולו לדוקטרינה המשפטית של "הסכמה מדעת". מכאן עולה שהמשפט היה, אמנם, הכוח ההתחלתי שהניע את השינוי ביחסי רופא-חולה, אולם בהמשך השפעתו על הפרקטיקה הרפואית הייתה מוגבלת.

רביעית, על אף כלל ההסתייגויות שהובאו לא ניתן להתעלם מכך שלאימוצה של דוקטרינת "ההסכמה מדעת" הייתה השפעה על עמדותיהם של רופאים ועל הפרקטיקה הרפואית. כפי שראינו, טרם אימוצה של הדוקטרינה רווחה בעולם הרפואה הגישה הפטרונית. מחקרים מאוחרים לדוקטרינת "ההסכמה מדעת" מעידים, לעומת זאת, על כך שמידע רב יותר נמסר לחולים, על כך שניתן לחולים תפקיד נכבד יותר בתהליך קבלת ההחלטות, על היחלשותן של עמדות פטרוניות ועל התחזקותן של רעיון אוטונומיית החולה. בין אם שינוי זה הוא תולדה ישירה של השפעת דוקטרינת "ההסכמה מדעת" ובין אם הוא תולדה עקיפה שלה, לא ניתן להתעלם מהעובדה ששורשיו בעולם המשפט ומכאן שלמשפט היה תפקיד בשינוי חברתי זה, גם אם תפקיד מוגבל.

לכסוף, אני סבורה כי אין להתעלם מחשיבותה הסמלית של דוקטרינת "ההסכמה מדעת". אף אם השפעתה על הפרקטיקה הרפואית הנוהגת ועל עמדותיהם של רופאים מוגבלת, הרי יש בה הצהרה חשובה באשר למאזן הכוחות הראוי בין חולים לרופאים, שעיקרה הוא כי סמכות קבלת ההחלטות בדבר הטיפול הרפואי נתונה לחולה. הצהרה נורמטיבית זו הניעה ומניעה שיח אקדמי רב שנים על טבעם של יחסי רופא-חולה ועל מאזן הכוחות הראוי בין הצדדים. דיון זה מסב וצפוי להמשיך ולהסב את תשומת לבם של הגורמים המעורבים לבעייתיות הקיימת בסוגיה ולגישות השונות כלפיה, להותיר את הנושא על סדר היום הציבורי ולהדגיש את חשיבותו.¹⁴⁶

ג. הגורמים לתפקידו המוגבל של המשפט במקרה של דוקטרינת "ההסכמה מדעת"

משהגעתי למסקנה כי המשפט תפקיד מוגבל בשינוי הפרקטיקה הרפואית הנוהגת ובשינוי עמדותיהם של רופאים, עולה השאלה מהם הגורמים לתופעה זו. כיצד ייתכן כי דוקטרינה משפטית כה חשובה ומרכזית כמו דוקטרינת "ההסכמה מדעת", הנטועה היטב בעקרונות יסוד בדבר זכותו של הפרט לכבוד ולאוטונומיה ואשר משכה ומושכת תשומת לב אקדמית עצומה,¹⁴⁷ היא בעלת השפעה מוגבלת על הפרקטיקה הרפואית?

ודוק, התשובה לשאלה זו אינה רק בעלת חשיבות מחקרית-תאורטית כי אם בעלת חשיבות מעשית. על המבקשים להגדיל את השפעתה של דוקטרינת "ההסכמה מדעת" על הפרקטיקה הרפואית להיות מודעים לגורמים שבבסיס השפעתה המוגבלת של הדוקטרינה. מודעות לגורמים אלה תאפשר לנקוט צעדים שעיקרם התמודדות עם אותם גורמים. התוצאה, כך ניתן להניח, תהיה שיפור בהשפעת הדוקטרינה המשפטית על הפרקטיקה הרפואית.

אפנה, אם כך, לדון בגורמים אשר תרמו ואשר תורמים להגבלת השפעתה של דוקטרינת "ההסכמה מדעת" על הפרקטיקה הרפואית.

1. מסורת פטרונית ארוכת שנים

כפי שראינו, המסורת הרפואית והחברתית היא מסורת פטרונית. מכוחה של מסורת זו הוענקה סמכות קבלת ההחלטות לרופאים, ואילו החולים נתפסו כבעלי תפקיד מרכזי אחד – לציית להחלטות הרופא ולשתף פעולה עם תכנית הטיפול. בהתאם, גובש צביונם של היחסים המסורתיים של רופא-חולה בהשפעת התפיסה החברתית לפיה הרופא, המחזיק בידע ובמומחיות, הוא בעל השליטה בתהליך הריפוי, ואילו החולה נתפס כחסר ישע שניטלה ממנו כל סמכות לקבל החלטות בעניינים הקשורים לטיפול הרפואי בו. משחר

146 לטענה ברוח דומה ראו: Robertson, לעיל ה"ש 100, בעמ' 439–440.

147 כך, חיפוש שטחי במאגרי המידע הממוחשבים יעלה כי הקשת מילות המפתח "Informed Consent" מניבה אלפי תוצאות חיפוש. הכותבים בתחום מגיעים מקשת אקדמית רחבה – משפטנים, רופאים, פילוסופים, אתיקנים ופסיכולוגים. הכתיבה האקדמית הענפה בתחום מגוונת ביותר, והמאמרים שונים זה מזה בסוגיות שבהן הם עוסקים, בהיקפם ובכתבי העת שבהם הם מתפרסמים.

ההיסטוריה מורגלים רופאים להיות בעלי הסמכות לקבל החלטות באשר לטיפול הרפואי שיינתן לחולה, והם חונכו להאמין שסמכות זו מוצדקת נוכח הידע המיוחד המצוי ברשותם ונוכח מומחיותם המקצועית. המסורת הפטרונית כמו גם הפרקטיקה הפטרונית טבועות עמוקות בקרב רופאים, לעתים אף באופן שהם עצמם אינם מודעים לו.

למסורת פטרונית זו מתווספים מאפייניו של החינוך הרפואי. בתקופת לימודיהם מתרכזים סטודנטים לרפואה בעיקר בהיבטים הביולוגיים והמדעיים של הגוף האנושי ושל המחלה, והידע והמיומנויות שהם רוכשים עוסקים ברכים לזיהוי מחלת החולה, להקלתה ולריפוייה.¹⁴⁸ חינוך רפואי נוטה, אפוא, להציג את החולה בעיקר כאישיות ביולוגית ופחות כאינדיבידואל בעל ערכים, העדפות ומטרות אישיים הראויים להכרה, להגנה ולקידום. בהתאם, נוטה החינוך הרפואי להדגיש כי מטרת הטיפול היא לרפא את החולה ומעניק משקל מועט לרעיון לפיו יש לקדם את זכותם של חולים לאוטונומיה.

דוקטרינת "ההסכמה מדעת" ורעיונות בדבר אוטונומיית החולה עומדים, אפוא, בניגוד למסורת הפטרונית רבת השנים ולחינוך הרפואי שלו זוכים רופאים. כפי שראינו, אחת ממטרותיה של דוקטרינת "ההסכמה מדעת" הייתה לשנות את מאזן הכוחות בין חולים לרופאים ולהעצים את כוחם של חולים באמצעות העברת סמכות קבלת ההחלטות אליהם. סתירה רעיונית חדה זו בין הגישה הפטרונית רבת השנים מחד גיסא, לבין דוקטרינת "ההסכמה מדעת" מאידך גיסא, הנה אחת מהסיבות העיקריות להשפעתה המוגבלת של דוקטרינת "ההסכמה מדעת". לכך מתווסף "גילה" (הצעיר יחסית) של הדוקטרינה, העומד בניגוד חד ל"גילה" המופלג של המסורת הפטרונית הרפואית. אם כן, נקל להבין מדוע השפעתה של דוקטרינת "ההסכמה מדעת" על הפרקטיקה הרפואית מוגבל.¹⁴⁹

2. גישותיהם העיוניות של רופאים כלפי רעיון אוטונומיית החולה וכלפי דוקטרינת "ההסכמה מדעת"

אחד התנאים המוקדמים להיות כלל משפטי בעל השפעה על התנהגותם של פרטים הוא תפיסתם של פרטים את הכלל המשפטי כראוי, הן מבחינה מוסרית הן מבחינה מעשית. יישומו של כלל משפטי בקרב "קהילה עוינת" – בין משום שזו סבורה שהכלל אינו מוסרי ובין משום שזו סבורה שהכלל מזיק או בלתי מעשי – צפוי מטבע הדברים להתקל במכשולים ניכרים, בין על דרך סירוב לקיים את הכלל, בין על דרך קיומו במידה חלקית ובין על דרך קיומו באופן טכני בלבד.¹⁵⁰

Ben A. Rich, *Medical Paternalism v. Respect for Patient Autonomy: The More Things Change the More They Remain the Same*, 10 MICH. ST. U. J. MED. & L. 87, 95–98

Bergsma & Thomasma; (2006) לעיל ה"ש 14, בעמ' 67–70.

149 לטענה לפיה המסורת הפטרונית הטבועה בגישה ההיפוקרטית נמנית עם הגורמים לכך שיכולת ההרתעה של דוקטרינת "ההסכמה מדעת" היא מוגבלת, ראו: Englund, *The Double-Faced Doctrine*, לעיל ה"ש 31, בעמ' 159.

150 לטענה ברוח דומה ראו: Dan M. Kahan, *Gentle Nudge vs. Hard Shoves: Solving the Sticky Norms Problem*, 67 U. CHI. L. REV. 607, 607–609 (2000).

ואכן, אחת הטענות המושמעות תדיר נגד אפשרות יישומה של דוקטרינת "ההסכמה מדעת" בפועל היא שדוקטרינה זו אינה ברת הגשמה בשל התנגדותם של רופאים ובשל עוינותם כלפי הרעיון לפיו עליהם למסור מידע לחולים ולשתפם בתהליך קבלת ההחלטות. המבקרים ממשיכים וטוענים כי מאחר שלרופאים תפקיד מרכזי במימוש עקרון אוטונומיית החולה ומאחר שהגשמת העיקרון דורשת מחויבות כנה ואמיתית לאוטונומיית החולה מצד רופאים, יש בהתנגדותם להכשיל את אפשרות הגשמתו לחלוטין, או לחלופין, ליצור ריטואל ריק מתוכן של קבלת הסכמה מדעת שאין בו ממש.¹⁵¹

מאחר שטענה זו מבוססת על טענה אחרת שלפיה רופאים מתנגדים לרעיון אוטונומיית החולה ולדוקטרינת "ההסכמה מדעת", ארחיב מעט את הדיבור על הגורמים להתנגדות זו. מקצוע הרפואה מחויב מעצם טבעו לעקרון ההטבה, דהיינו לריפוי, למניעת סבל ולהקלה על חולים. עקרון ההטבה הנו עיקרון עתיק וערך ההטבה נתפס כערך בסיסי באתיקה הרפואית – ולעתים כערך הבסיסי ביותר. כבר בעת העתיקה נתפסה הטבה עם החולה כמטרה העיקרית של הטיפול הרפואי, כנותנת הצדקה למתן הטיפול וכמעניקה תוכן לטיפול.¹⁵² בשל כך תופסים רופאים את תפקידם העיקרי כדאגה לבריאות החולה ולקידומה.

אין תמה, אם כך, שדוקטרינת "ההסכמה מדעת" ורעיון אוטונומיית החולה העומד ביסודה מעוררים התנגדות לא מבוטלת בקרב רופאים. רופאים סבורים כי עקרונות אלה מנוגדים לעקרון ההטבה, עיקרון המחייב את עולם הרפואה אך בו־זמנית גם משמש הצדקה לעצם קיומו. חולים, כך סבורים רופאים, אינם בעלי הידע והמומחיות הדרושים לקבל החלטות רפואיות – ידע ומומחיות שרכשו הרופאים בעמל רב – וככאלה, צפויים החולים לקבל החלטות שאינן עולות בקנה אחד עם טובתם הרפואית.¹⁵³ יתרה מזו, כפי שעולה ממצאיהם של המחקרים שהובאו לעיל, רופאים לא מעטים סבורים שמטעמים אלו גם מסירת מידע לחולים אינה רצויה: ראשית, יש בה משום הסחת דעת ובזבוז זמן שאותו ניתן להקדיש לטיפול בחולה; שנית, מסירת מידע לחולים עלולה להזיק להם, בין משום שהיא עלולה ליצור חרדה אצל חולים, בין משום שהדבר עלול להניא חולים מלקבל טיפול הנדרש להם ובין משום שיש בכך לעכב את מתן הטיפול.¹⁵⁴

גם מאפייניו של המערך הטיפולי יוצרים התנגדות מצד רופאים כלפי רעיון אוטונומיית החולה וכלפי דוקטרינת "ההסכמה מדעת". מאפיינים כגון לחץ הזמן שבו נתונים רופאים,

151 ראו: Marshall B. Kapp, *Patient Autonomy in the Age of Consumer-Driven Health Care: Informed Consent and Informed Choice*, 2 J. HEALTH & BIOMED. L. 1, 10–11 (2006). טענה לפיה נכונותם של רופאים לתת מידע לחולים ולשתפם בתהליך קבלת ההחלטות היא תנאי מוקדם למימוש של עקרון אוטונומיית החולה, ראו: MARSHA GARRISON & CARL E. SCHNEIDER, *THE LAW OF BIOETHICS: INDIVIDUAL AUTONOMY AND SOCIAL REGULATION* 71 (2003).

152 ראו: FADEN & BEAUCHAMP, לעיל ה"ש 8, בעמ' 9–10.

153 ואכן, ממצאיהם של המחקרים שהובאו מלמדים כי רופאים סבורים שחולים אינם מסוגלים להבין מידע רפואי, וכי הם אינם כשירים לקבל החלטות רפואיות.

154 לטענה לפיה עקרון ההטבה הוא אחד הגורמים לעוינותם של רופאים כלפי עקרון אוטונומיית החולה ראו למשל: WEAR, לעיל ה"ש 13, בעמ' 50–51; KATZ, לעיל ה"ש 8, בעמ' 120.

מגבלות עלות ומגבלות מוסדיות המוטלות עליהם אחראים ליצירת תחושת עוינות מצד רופאים כלפי דוקטרינת "ההסכמה מדעת", הן בשל הזמן והעלות הכרוכים ביישומה הן בשל החשש שחולים יבחרו בטיפולים רפואיים שאינם עולים בקנה אחד עם מגבלות העלות או עם המגבלות המוסדיות החלות על הרופא.

סיבה נוספת להתנגדות רופאים לעקרון אוטונומיית החולה הוא היותם בעלי אינטרסים אישיים המנוגדים אלה של חוליהם בכלל, והמנוגדים לחובה למסור מידע לחולים ולשתפם בתהליך קבלת ההחלטות בפרט. בין אינטרסים אלה ניתן למנות אינטרסים כלכליים, אינטרסים מקצועיים וערכים אישיים, המשפיעים באופן מודע או בלתי מודע על בחירת הרופא בטיפול מסוים. יתרה מזו, רופאים רבים נהנים מתחושת הכוח שמעניקה להם סמכות קבלת ההחלטות ואינם מוכנים לוותר עליה בנקל.¹⁵⁵ על רקע דברים אלה נראית המסקנה כי רופאים מתנגדים לעקרון אוטונומיית החולה כמסקנה מתבקשת.

התנגדותם של רופאים לדוקטרינת "ההסכמה מדעת" נובעת לא רק מכך שהם מחזיקים באמונות שליליות כלפי הדוקטרינה, אלא במידה רבה גם מחוסר מודעותם להטבות הטמונות ביישום הדוקטרינה עבורם ועבור המערכת הרפואית. כך למשל, מסירת מידע לחולים והעברת הסמכות לקבל החלטות לידיהם צפויות להפחית את מספר התביעות המוגשות נגד רופאים; חולים המקבלים מידע רב יותר באשר להשפעות הלוואי של הטיפול נוטים להטריד פחות את הצוות הרפואי; מסירת מידע מלא לחולים על כלל החלופות לטיפול והסיכונים הכרוכים בהן עשויה להניעם לבחור בחלופה של העדר טיפול רפואי או בטיפול רפואי זול יותר, וכך צפויה להביא להפחתת עלויות.¹⁵⁶ כפי שמלמדים ממצאיהם של המחקרים שהובאו, רופאים מבטאים לא אחת עמדות המעידות כי הם אינם מודעים להטבות הטמונות בדוקטרינת "ההסכמה מדעת". כיוון שהם אינם מודעים להטבותיה של דוקטרינת "ההסכמה מדעת" או שאינם נכונים להודות בהן, נוטים הרופאים להבחין רק בחסרונותיה של הדוקטרינה ועל כן מעדיפים להימנע מיישומה.

אם כך, יישומה של דוקטרינת "ההסכמה מדעת" נתקל בקושי לא מבוטל בדמות התנגדות רופאים לרעיון אוטונומיית החולה ולדוקטרינת "ההסכמה מדעת".

155 ראו: Martha Minow, *Telling Medical Stories: Sharing Information among Doctors, Patients, and Families*, UTAH L. REV. 903, 907–908 (1992); Robyn Meinhardt & Kenneth W. Landis, *Bioethics Update: The Changing Nature of the Doctor/Patient Relationship*, 16 WHITTIER L. REV. 177, 184–185 (1995); CARL E. SCHNEIDER, THE PRACTICE OF AUTONOMY – PATIENTS, DOCTORS AND MEDICAL DECISIONS 139 (1998)

Shultz, לעיל ה"ש 13, בעמ' 272–275, Schuck, לעיל ה"ש 123, בעמ' 927.

156 לדיון מקיף בהטבותיה של דוקטרינת "ההסכמה מדעת" ראו קרקו-אייל, לעיל ה"ש 22, בעמ' 133–138.

3. גישותיהם העוינות של רופאים כלפי המשפט

לרופאים יחס עויין כלפי המשפט, מסיבות שונות.¹⁵⁷ אחת הסיבות העיקריות לגישתם העוינת של רופאים כלפי המשפט נעוצה בהשלכות הקשות שיש להגשת תביעת נזיקין נגד רופא. תביעה כזו נושאת עמה, בדרך כלל, "אות קיין" של אי-מוסריות, של הזנחה מקצועית ושל העדר מיומנות. כך, רופא אשר נתבע בנזיקין נאלץ להתמודד עם תחושת הגינוי מצד חולים, מצד עמיתים למקצוע ומצד הציבור בכללותו. לכך מתווספת הפגיעה במוניטין ובקריירה הכרוכה במעורבות כנתבע בתביעת נזיקין, בין אם ניתן פסק דין לחובת הנתבע בין אם לאו. לא זו אף זו, רופא שנתבע בנזיקין נאלץ להקדיש חלק מזמנו להשתתפות בהליכים המשפטיים שנפתחו נגדו. כל אלה לא רק שעשויים לגרום לרופא לתחושות אישיות קשות, אלא עשויים לפגוע בביטחונו המקצועי, להסיח את דעתו מפני הטיפול בחוליו וליצור מתח שעלול לגרום לו לטעויות בטיפול בחולים.¹⁵⁸ תופעה זו, אשר אחראית במידה רבה לתחושת העוינות שחשים רופאים כלפי המשפט, מוחמרת נוכח נטייתם של רופאים להעריך לחומרה את סיכוייהם להתבע ואת שיעור הפיצויים הנפסק בתביעות רשלנות רפואית.¹⁵⁹

גורם נוסף להתנגדותם של רופאים למשפט הוא תפיסתם את המשפט כמי שנכון להתערב בשיקול דעתם המקצועי ולקבוע כי התקיימה התרשלות מצדם.¹⁶⁰ עצם נכונות המשפט להעמיד במבחן את שיקול דעתם של רופאים, להטיל ספק בנכונותו ואולי אף להשית עליו מגבלות או להכריז עליו כשגוי, נתפסת על ידי רופאים המורגלים להיות בעלי סמכות לקבל החלטות כהצרת צעדים גסה וכפגיעה במעמדם. במפגשים לא מעטים שהיו לי עם רופאים, שבהם הופעתי כ"נציגת המשפט", ליוותה אותי התחושה כי רופאים חווים את התערבות המשפט בפרקטיקה הרפואית כפגיעה אישית קשה, כהבעת חוסר

157 על יחסם העויין של רופאים כלפי המשפט ניתן ללמוד מהדוגמה המובאת במאמר שלהלן: Jaclyn Edgar, *Doctor v. Attorney: Why are Attorneys and Injured Patients Being Blamed for the Rising Costs of Healthcare? Instead of Tort Reform, Why Medical Reform Is a Better Solution*, 73 UMKC L. REV. 773, 775 (2005)

158 ראו: The Medical Malpractice Threat: A Study of Defensive Medicine, 1971 DUKE L.J. 939, 951; Edward A. Dauer, *When the Law Gets in the Way: The Dissonant Link of Deterrence and Compensation in the Law of Medical Malpractice*, 28 CAP. U. L. REV. 293, 298–299 (2000); דן פלג וראול אורביטו "תגובות פסיכולוגיות של רופאים לתביעות בגין רשלנות רפואית" הרפואה 133(יב) 635 (1997).

159 למחקרים אמפיריים המבססים נתון עובדתי זה ראו: HARVARD MEDICAL PRACTICE STUDY GROUP, PATIENTS, DOCTORS AND LAWYERS: MEDICAL INJURY, MALPRACTICE LITIGATION, AND PATIENT COMPENSATION IN NEW YORK (1990), כפי שאוזכר ונרדן אצל: TEFF, לעיל ה"ש 28, בעמ' 60; מדינת ישראל – משרד הבריאות דין וחשבון הוועדה לבדיקת האחריות לפגיעה בטיפול רפואי 12, פס' 4, 13–14, פס' 6 (1999).

160 על תפיסתם של רופאים את המשפט כנכון להתערב בשיקול דעת רפואי, ראו: TEFF, לעיל ה"ש 32, בעמ' 4–13, 29, 57; Peter A. Bell, *Legislative Intrusions into the Common Law*; 57, 29, 13–4, 35 of *Medical Malpractice: Thoughts about the Deterrence Effect of Tort Liability*, 35 SYRACUSE L. REV. 939, 982–985 (1984).

אמון בכשירותם המקצועית וכקריאת תגר על סמכותם המקצועית. טענות בדבר רצונם של משפטנים להעביר את הרפואה תהליך של "משפטיזציה" וטענות קשות בדבר הנזק שגורם המשפט לפרקטיקה הרפואית, על דרך הפיכתה למתגוננת, נשנות וחוזרות במפגשים כאלה. תחושות אלה מוחמרות נוכח הגידול במספר התביעות המוגשות נגד רופאים.¹⁶¹ מאחר שלרופאים גישה עוינת כלפי המשפט, קשה להניח כי כללים שמקורם בעולם המשפט יאומצו בקלות על ידי רופאים כקווים מנחים להתנהגות ראויה. הדבר נכון במיוחד כאשר לדוקטרינת "ההסכמה מדעת". כפי שראינו, לידתה של דוקטרינה זו כל כולה בעולם המשפט, והיא יציר כפיהם של משפטנים ושל שופטים. לא זו אף זו, דוקטרינה זו מבקשת לשנות פרקטיקה שנהגה בעולם הרפואה מזה עשרות שנים בכך שהיא שוללת את הסמכות לקבל החלטות מרופאים ומעניקה אותה לחולים. כך, יותר מכל כלל משפטי אחר מסמלת דוקטרינה זו, בעיני רופאים, את נכונות המשפט להתערב בשיקול הדעת שלהם ובפרקטיקה הרפואית. לבסוף, ראוי להזכיר שעם אימוצה של הדוקטרינה הוקנתה לחולים עילת תביעה חדשה נגד רופאים. על רקע דברים אלה ניתן לשער כי תחושת העוינות הרגילה שחשים רופאים כלפי עולם המשפט מועצמת שעה שעסקינן בדוקטרינת "ההסכמה מדעת", וכך גם גובר חוסר נכונותם של רופאים לראות בדוקטרינה משום אמת מידה להתנהגות ראויה.

4. מגבלות מעשיות

גורם נוסף התורם באופן משמעותי להגבלת השפעתה של דוקטרינת "ההסכמה מדעת" על הפרקטיקה הרפואית הוא קיומן של מגבלות מעשיות המקשות על יישום הדוקטרינה בפועל.

ראשונה למגבלות אלה היא מגבלת הזמן והעלות. מסירת מידע לחולים ומתן סיוע לחולים בתהליך קבלת החלטות דורשים זמן רב, אולם רופאים הנדרשים לא אחת לטפל במספר רב של חולים ביום חסרים את הזמן הדרוש לכך. לכאורה, ניתן לפתור בעיה זו בדרך של הגדלת מספר הרופאים במוסד או באמצעות העברת חלק מהתפקידים המתוארים לאנשי מקצוע אחרים כגון אחיות, יועצים מקצועיים ועובדים סוציאליים. אולם אמצעים אלה כרוכים בעלויות כספיות בלתי מבוטלות אשר מערכת בריאות ציבורית בעלת מגבלות תקציב אינה יכולה לשאת. התוצאה היא הימנעות מיישום דרישות הדוקטרינה בשל העדר הזמן ומקורות התקציב הדרושים לכך.¹⁶²

161 אף שבפועל מספר התביעות המוגשות נגד רופאים אינו גדול כפי שאלה נוטים להעריך, לבתי המשפט מגיעות כיום יותר תביעות מאשר בעבר. התביעות מעניקות לשופטים הזדמנויות רבות יותר להתבטא בעניינים רפואיים ולקבוע עקרונות שעניינם רשלנות רפואית. אף שכלל נוטים שופטים לכבד את שיקול דעתם של רופאים, מתחם אחריותם של רופאים הורחב בפסיקה והשופטים נראים עתה נכונים יותר להעביר תחת שבט ביקורתם את ההתנהגותם של רופאים ואת שיקול דעתם הרפואי. מצב דברים זה גרם לרופאים לתפוס את המשפט כנכון להתערב בשיקול דעתם המקצועי יותר מכפי שהדבר קורה בפועל. לממצאים התומכים בטענה זו, ראו: עופר קפלן "הסכמה מדעת בטיפול רפואי – היבטים מעשיים" רפואה ומשפט (28) 118, 126 (2003).

162 ראו: England, *The Double-Faced Doctrine*, לעיל ה"ש 27, בעמ' 159; ראו: SCHNEIDER, לעיל ה"ש 155, בעמ' 144–145, 146. לממצאים התומכים בטענה זו ראו צבר, לעיל ה"ש 69,

רופאים גם חסרים, לא אחת, את המיומנויות המיוחדות הנדרשות לניהול תהליך הסכמה מדעת: העברת המידע לחולים בלשון המובנת להם, העברת המידע באופן שאינו מוטה ועידוד חולים להשתתף בתהליך קבלת ההחלטות.¹⁶³ אחרים מתקשים מאוד לקיים את דרישותיה של הדוקטרינה, קושי שמקורו במספר גורמים: קושי למסור לחולים מידע שמשמעותו טרגית; חשש מפני התמודדות עם רגשותיהם של חולים המקבלים "חדשות רעות"; קושי להודות בחוסר ודאות רפואית ולהתמודד עמו; וקושי להודות (בפני החולים ובפני עצמם) בחוסר יכולתה של הרפואה לסייע לחולים.¹⁶⁴ בהעדר המיומנויות הנדרשות ונוכח קשיים אלה עלול תהליך ההסכמה מדעת ללבוש, לכל היותר, אופי של ריטואל ריק מתוכנן בדמות החתמת חולים על טופסי הסכמה או מסירה לקוננית של מידע לחולה. במקרים אחרים עלול הרופא להימנע מיישומו של התהליך לחלוטין.

5. העדר מודעות לכללים המשפטיים

כפי שעולה ממצאי המחקרים שהובאו, חלק לא מבוטל מהרופאים אינם מכירים את הכללים המשפטיים שעניינם דוקטרינת "ההסכמה מדעת" או טועים באשר למהותם. מאחר שמודעות לכלל המשפטי והיכרות עם תוכנו היא תנאי מוקדם לשינוי יעיל בהתנהגותם של פרטים,¹⁶⁵ פוגעת בורותם של רופאים ביכולתה של הדוקטרינה המשפטית להשפיע על הפרקטיקה הרפואית.

6. אופי התחום המוסדר

דוקטרינת "ההסכמה מדעת" עוסקת בתחום שכולו יחסים בין-אישיים ועניינה עיצוב האינטראקציה בין רופאים לחולים. יחסים אלה משתרעים על פני תקופת זמן, חשופים לשינויים בנסיבות הרפואיות והאישיות של החולה וכוללים, לא אחת, יותר מנותן שירותים אחד. לא ניתן להניע שינוי בתחום זה ובהקשר כה מורכב באמצעות המשפט, או רק באמצעות המשפט, משני טעמים עיקריים:

ראשית, המשפט מוגבל לקביעת כללים עקרוניים וככזה אין ביכולתו לתאר את השינוי הנדרש בפרטי פרטים, במגוון האינטראקציות האישיות האפשריות בין חולים לרופאים. שנית, אף שהמשפט יכול לקבוע כללים פורמליים שלפיהם על רופאים לנהוג, הוא אינו יכול להבטיח כי הוצאתם לפועל תיעשה ברוחו של השינוי החברתי והבין-אישי העומד ביסוד כללים אלה.

בעמ' 56, 66; קפלן, לעיל ה"ש 161, בעמ' 123; שטיינמן וטבנקין, לעיל ה"ש 91, בעמ' 89.

163 ראו: SCHNEIDER, לעיל ה"ש 155, בעמ' 144–145.

164 שם, בעמ' 147–148; KATZ, לעיל ה"ש 8, בעמ' 87, 172, 175, 204.

165 ראו: Stephen D. Sugarman, *Doing Away With Tort Law*, 73 CAL. L. REV. 558, 565–566 (1985).

תהליך כן, אמיתי ויעיל של הסכמה מדעת אינו יכול להיות מושג, אפוא, באמצעות המשפט. המשפט יכול רק לקבוע את המסגרת המשפטית הראויה, ואילו מתן תוכן של ממש למסגרת זו תלוי בגורמים אחרים.¹⁶⁶

7. יכולת ההרתעה המוגבלת של דיני הנזיקין

כפי שעולה מחלקו הראשון של המאמר, דוקטרינת "ההסכמה מדעת" נאכפת באמצעות דיני הנזיקין. רבות נכתב על יכולת ההרתעה המוגבלת של דיני הנזיקין בכלל ובתחום של רשלנות רפואית בפרט ועל הגורמים לכך, והיקפו של מאמר זה אינו מאפשר לערוך דיון נפרד בסוגיה זו.¹⁶⁷ עם זאת, כדאי להזכיר שהגורמים ליכולת ההרתעה המוגבלת של דיני הנזיקין מופיעים, לא אחת, גם בהקשר של דוקטרינת "ההסכמה מדעת". עם אלה נמנים הגורמים המפורטים להלן:

א. תופעת ה"החצנה",¹⁶⁸ שמקורה בקיומו של ביטוח אחריות מקצועית וביכולת להשית עלויות על חולים.

ב. נטייתם של ניזוקים שלא להגיש תביעות גם במקרים שבהם קיבלו טיפול רפואי רשלני.

ג. חוסר ודאות באשר להיקף החובות המוטלות על רופאים מכוח דוקטרינת "ההסכמה מדעת".

ד. היות ההתנהגות המפרה את זכות החולה לאוטונומיה, לא אחת, התנהגות שאינה מכוונת אלא כזו הנעוצה בחוסר תשומת לב, טעות, שכחה, בלבול, מהירות ולחץ בעבודה; ככזאת, מוטלת בספק יכולתם של דיני הנזיקין להרתיע מפני התנהגות כזו.

ה. קושי ניכר של ניזוקים להוכיח את קיומה של סיבתיות בתביעות שבהן עילת התביעה היא העדר הסכמה מדעת.¹⁶⁹

166 לדברים ברוח דומה ראו: Ian Kennedy, *The Patient on the Clapham Omnibus*, 47 MOD. J. L. REV. 454, 469 (1984), לעיל ה"ש 8, בעמ' 425-426.

167 למאמרים הדנים ביכולת ההרתעה המוגבלת של דיני הנזיקין בכלל ושל דיני הרשלנות הרפואית בפרט ובגורמים לכך, ראו למשל: Sugerman, לעיל ה"ש 165; Dauer, לעיל ה"ש 158; Jerry Wiley, *The Impact of Judicial Decisions on Professional Conduct: An Empirical Study*, 55 S.CAL. L. REV. 345 (1981); Michelle M. Mello & Troyen A. Brennan, *Deterrence of Medical Errors: Theory and Evidence for Malpractice Reform*, 80 TEX. L. REV. 1595, 1619 (2002); David H. Hyman & Charles Silver, *The Poor State of Health Care Quality in the U.S.A.: Is Malpractice Liability Part of the Problem or Part of the Solution?*, 90 CORNELL L. REV. 893 (2005).

168 תופעת ההחצנה מתרחשת כל אימת שעלויות התאונה מוטלות על מבצע הפעולה המזיקה אך אינן משתקפות במחירה. לדיון בתופעה זו ראו: Guido Calabresi, *The Costs of Accidents: A Legal and Economic Perspective* (New Haven, Yale University Press 1977) 144.

169 לדיון נרחב בגורמים אלה ראו קרקו-אייל, לעיל ה"ש 22, בעמ' 155-158.

ד. המשפט כאמצעי לשינוי חברתי – לקחי העתיד

משהגעתי למסקנה כי למשפט תפקיד מוגבל בשינוי הפרקטיקה הרפואית הנוהגת ובשינוי עמדותיהם של רופאים ומשמעמדתי על הגורמים לתופעה זו, עליי לבחון מה חשיבותם של ממצאים אלה.

לכך מהעובדה שיש בהם כדי לזרות אור, מזווית נוספת, על כוחו (המוגבל) של המשפט כאמצעי לשינוי חברתי ועל הגורמים לכך, האם לממצאים אלה חשיבות נוספת? דעתי היא שהתשובה לשאלה זו היא בחיוב.

ראשית, מודעות לכוחו המוגבל של המשפט כאמצעי לשינוי חברתי היא חיונית לשם הגנה על רעיון אוטונומיית החולה. במילים אחרות, התעלמות מנתוני מחקרים המעידים שלמשפט תפקיד מוגבל בשינוי הפרקטיקה הרפואית ובשינוי גישותיהם של רופאים עלולה להביא לפגיעה בזכותם של חולים לאוטונומיה. אסביר את טענתי. היאחזות בהנחה כי הטלת חובה משפטית על הרופא לקבל את הסכמתו החופשית והמודעת של החולה עשויה להביא, בפועל, למימוש זכותם של חולים לאוטונומיה ולשינוי בעמדותיהם של רופאים, יוצרת מצב לכאורי כאילו עם התערבות המשפט ביחסי רופא-חולה הושגה המטרה המיוחלת – העצמת כוחו של החולה. כך, עלולה הבטחתו הלכאורית של המשפט לסמא את עיניהם של קובעי המדיניות ולהסיח את דעתם מפני הצורך בנקיטת צעדים חברתיים שאינם משפטיים, הנחוצים לשם השגת השינוי המיוחל. תוצאת הדברים עלולה להיות, כאמור, פגיעה בזכויותיהם של חולים לאוטונומיה. כפי שעולה מהמחקרים שהובאו, החובות המשפטיות שיוטלו בהקשר זה על המטפלים יקוימו על ידם באופן חלקי בלבד; אחרים יקיימו את חובותיהם המשפטיות באופן פורמלי, וחלק בלתי מבוטל מהמטפלים ימשיכו להחזיק בעמדות שאינן עולות בקנה אחד עם רעיון האוטונומיה. תוצאת הדברים תהיה, כאמור, פגיעה בזכותם של חולים לאוטונומיה. תופעה זו תתגבר כמובן ככל עת שיורחבו ויוחמרו החובות המוטלות על המטפל מכוח דוקטרינת "ההסכמה מדעת".

לעומת זאת, מודעות להיות המשפט בעל תפקיד מוגבל בשינוי מעמדם של חולים בתהליך קבלת ההחלטות צפויה להניע איתור של אמצעים חברתיים אחרים, שאינם משפטיים, להשגת השינוי החברתי המיוחל; למשל – חינוך רופאים לרעיון אוטונומיית החולה מתחילת לימודיהם ולאורך כל שנות התמחותם, עריכת דיונים בהשתתפות רופאים באשר ליתרונות הטמונים בהעצמת כוחם של חולים וחינוך חולים לאוטונומיה במערך הטיפול הרפואי.¹⁷⁰

170 לטענה לפיה כדי להגשים את עקרון אוטונומיית החולה יש לנקוט אמצעים חוץ-משפטיים, דוגמת חינוך רופאים או חינוך פרטים לזכויותיהם, ראו: PAUL A. APPELBAUM, CHARLES W. LIDZ & ALAN MEISEL, INFORMED CONSENT – LEGAL THEORY AND CLINICAL PRACTICE 1, MAKING HEALTH CARE DECISIONS; 145–146, 264–267 (1987); 114, בעמ' 28, לעיל ה"ש 28, בעמ' 114, Alexander M. Capron, *Informed Consent in Catastrophic Disease Research*; 130–129 and Treatment, 123 U. PA. L. REV. 340, 390 (1974); Eleanor S. Glass, *Restructuring Informed Consent: Legal Therapy for the Doctor-Patient Relationship*, 79 YALE L.J. 1533, 1554–1555, 1576 (1970); Tracy Dobson, *Achieving Better Medical Outcomes and Reducing Malpractice Litigation through the Healthcare Consumer's Right to*

שנית, מודעות לכוחו המוגבל של המשפט כאמצעי לשינוי בפרקטיקה הרפואית הנוהגת ובעמדותיהם של רופאים דורשת, באופן טבעי, מענה לשאלה מהם הגורמים לכוחו המוגבל של המשפט. מודעות לגורמים להיות המשפט אמצעי מוגבל להשגת שינויים אלה עשויה בתורה לאפשר את אימוצם של צעדים שיובילו לשיפור השפעתו של המשפט על הפרקטיקה הרפואית הנוהגת.

אף שלא ניתן לגרום לשינוי בכלל הגורמים להשפעתו המוגבלת של המשפט, הרי בחלקם ניתן לטפל באופן שיוביל, בסופו של דבר, לשיפור בהשפעתה של דוקטרינת "ההסכמה מדעת" על הפרקטיקה הרפואית. כך למשל, ניתן ורצוי לשפר את היכרותם של רופאים עם כלליה המשפטיים של דוקטרינת "ההסכמה מדעת"; ניתן להקנות לרופאים את מיומנויות התקשורת החסרות להם; ניתן להציג לפני רופאים את ההטבות הטמונות בדוקטרינת "ההסכמה מדעת", בין אם לחולים ובין אם למערכת הרפואית; וניתן להציג מידע מדויק בדבר הנזקים לחולים הטמונים בדוקטרינה וברבר עלויותיה.¹⁷¹

כך, ניתן יהיה ליתן תפקיד של ממש לדוקטרינת "ההסכמה מדעת" בשינוי הפרקטיקה הרפואית הנוהגת ובשינוי עמדותיהם של רופאים, ויגדלו הסיכויים להשגת השינוי החברתי המיוחל – העצמת כוחם של חולים במערך הטיפול הרפואי.

Make Decisions, 15 J. CONTEMP. L. 175, 201–202 (1989); Alan J. Weisbard, *Informed Consent: The Law's Uneasy Compromise With Ethical Theory*, 65 NEB. L. REV. 749, 234–233 בעמ' 229–228, לעיל ה"ש 8, בעמ' 765–766, KATZ; לעיל ה"ש 8, בעמ' 229–228, TEFF; לעיל ה"ש 28, בעמ' 234–233; Englard, 166 בעמ' 469, כרמי, לעיל ה"ש 16, בעמ' 1122–1121; Siegal et al., *The Double-Faced Doctrine*, לעיל ה"ש 27, בעמ' 161; לעיל ה"ש 96, בעמ' 71–70.

171 ראו: Ezekiel J. Emanuel & Nancy N. Dubler, *Preserving the Physician-Patient Relationship in the Era of Managed Care*, 273 JAMA 323, 325–326, 328 (1995); SCHNEIDER, לעיל ה"ש 155, בעמ' 101–100, 139, 145–144, WEAR; לעיל ה"ש 13, בעמ' 51–50, KATZ; לעיל ה"ש 8, בעמ' 91–85, 120, 142, 146–145, 148, 170–166, 172, 174–175, 189, 184, 204, Capron; לעיל ה"ש 170, בעמ' 387, Glass; לעיל ה"ש 170, בעמ' 273–272; Jones, לעיל ה"ש 8, בעמ' 410–409, Shultz; לעיל ה"ש 13, בעמ' 155–153, Minow; לעיל ה"ש 155, בעמ' 908–907, Meinhardt & Landis; לעיל ה"ש 155, Rich; לעיל ה"ש 148, BERGSMAN & THOMASMA; לעיל ה"ש 14, בעמ' 70–67, Schuck; לעיל ה"ש 123, בעמ' 927, Andrews; לעיל ה"ש 123, בעמ' 174–173, 182.