1. זיהוי הצדדים:
   1. **תובע/ים**: אדם פרטי; קטין דרך הוריו; עיזבון המנוח; התלויים.
   2. **נתבע/ים**: הצוות הרפואי (אח/ות, מנתח/ת, מרדים/ה, רופא/ה) של ביה"ח פרטי/ממשלתי.

בית החולים מעסיק הצוות הרפואי + ביה"ח ממשלתי הוא *כיס עמוק ומבוטח.*

משרד הבריאות / מדינת ישראל כאחראים על ביה"ח הממשלתי.

1. ציון סוג האחריות של הנתבע/ים:
2. **אישית** – הנזק נגרם ע"י הנתבע/ים באופן ישיר.
3. **שילוחית** – הנתבע אחראי לנזק באופן עקיף. (ביה"ח, משרד הבריאות ומ"י).
4. העילות: הבסיס לכניסה לעוולות השונות – ניתן לתבוע בכולן
5. **רשלנות (**ס' 35+36**)**:
   * 1. העדר הסכמה מדעת להליך.
     2. טיפול רפואי לקוי - בחירת חלופה רשלנית. לא כל תקלה / טעות (קוהרי)
     3. בחירה בין חלופות – טיפול א' מול טיפול ב' ו/או טיפול מול אי-טיפול.
6. **תקיפה רפואית** (ס' 23+24)
   * 1. העדר הסכמה מדעת להליך .
     2. (בייניש, מיעוט, דעקה): + הגנה 24(8) אולי רלוונטית כאינדיקציה גם לעוולות אחרות.
7. לא ניתן מידע מלא על ההליך
8. ניתן מידע שגוי על ההליך .
9. העדר הסכמה של ממש
10. **הפרת חובה חקוקה** (ס' 63):
    * 1. העדר הסכמה מדעת להליך - התנאים של ס' 13 לחוק זכויות החולה. אינדיקציה לרשלנות (ועקנין)
      2. טיפול רפואי לקוי – באי הפניה מיוחדת 🡨 הפרה של טיפול רפואי נאות (ס' 5 בחוק זכויות החולה).

העדר הסכמה מדעת: כאשר רופא עומד לבצע פעולה רפואית בחולה, עליו לא רק להחתימו על הסכמה, אלא גם לוודא כי החולה הבין את ההסבר, ואת הסיכונים והסיכויים הכרוכים בפרוצדורה הרפואית – חוסר ידיעת התוצאות כמוהו כחוסר ידיעת מהותו של המעשה. הסכמה הניתנת מחוסר ידיעה כזו, לאו שמה הסכמה (בר חי נ' שטיינר).  
הסכמת החולה נדרשת על טופס ההסכמה לניתוח. מאידך, טופס הסכמה אחיד, שבו הסכים המטופל לכל ניתוח או טיפול הנחוץ תוך כדי הניתוח, אינו מרוקן מתוכן את הדרישה לקבלת הסכמתו של החולה לטיפול, ואין בו כדי להעניק לרופא רישיון בלתי מוגבל לבצע כל טיפול שהוא ימצא לנכון. יתרה מזו, לא די בהסכמה גרידא. נדרשת הסכמה שיש עמה ידיעה והבנה. לשם קבלת ההסכמה המודעת יש לגלות לחולה את כל הסיכונים אשר אדם סביר היה מייחס להם חשיבות בהחלטתו להסכים לביצוע הטיפול. יש 2 סיבות למה לא לקבל את ההגנה במידה ורופא יטען כי היה טופס הסכמה לשינוי מתווה הניתוח וזה לאור שיקול דעתו במהלך הניתוח: (1) ההיגיון והלשון – מיועד לדברים לא צפויים במהלך הניתוח ולא לדברים ידועים מראש. (2) איזון בין שיקול דעת רפואי לזכויות החולה – יש לפרש את המקרה באופן שיתיישב עם זכויות החולה על מנת לא לתת לרופא "כוח על" (רייבי נ' וייגל).

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| תקיפה רפואית | הפרת חובה חקוקה + חוק זכויות החולה  דיון ברכיבי העוולה לפי פס"ד ועקנין | רשלנות – שלבי הבדיקה לפי הש' ברק לפי פס"ד גורדון וועקנין  התרשלות חלה גם במעשה מכוון לפי פס"ד אמין  לשים לב ל- מדיניות משפטית; צדק חלוקתי; פיצוי; כיס עמוק; פיזור נזק; הגברת סיכון + אובדן סיכויי החלמה. |
| * 1. שימוש בכוח   2. במתכוון   3. נגד גופו של אדם   4. במישרין או בעקיפין   5. שלא בהסכמת אדם | **יישום הח"ח:**   1. חובה המוטלת על המזיק מכוח חיקוק; 2. החיקוק נועד לטובתו של הניזוק; 3. המזיק הפר את החובה המוטלת עליו; 4. ההפרה גרמה לניזוק נזק; (קש"ס עובדתי ומשפטי) 5. הנזק אשר נגרם הוא מסוג הנזק אליו נתכוון החיקוק.   **חוק זכויות החולה:**   * ס' 5: טיפול רפואי נאות.   הפסיקה לא מחבבת שימוש בחיקוק מופר של ס' זה בלבד, אך אולי בנסיבות קשות אולי דווקא כן תתקבל העילה הזו.   * ס' 13: הסכמה מדעת. * ס' 18: קבלת מידע רפואי.   *אינו מכיל סנקציה עבור מי שמפר אותו, ולכן הוא מקרה קלאסי לשימוש בהח"ח.* | 1. **חובת זהירות:** 2. בדיקת יחסי שכנות (מספיק להוכיח 1):    1. לפי חוזה    2. בעל קרקע ס' 37    3. מה ששנוא 3. מושגית – ביחס לקבוצה הנושאית\מקצועית.    1. צפיות טכנית – היה צריך לצפות?    2. צפיות נורמטיבית – האם צריך לצפות? 4. קונקרטית – ביחס למקרה הספציפי.    1. צפיות טכנית – היה צריך לצפות?    2. צפיות נורמטיבית – האם צריך לצפות? 5. **הפרת החובה (התרשלות**): 6. לרנד הנד – האם עלות מניעת הנזק גבוהה מתוחלת הנזק? 7. **הוכחת הנזק:** 8. ראש נזק ממוני – עלויות ישירות מהאירוע\הוצאות רפואיות\ נכות\אובדן השתכרות\ השנים האבודות. 9. ראש נזק לא ממוני – כאב וסבל\עוגמת נפש\אובדן הנאות חיים\קיצור תוחלת חיים\פגיעה בשם טוב\נזק נפשי משני. 10. **קש"ס בין ההפרה לנזק:** 11. עובדתי – מבחן האלמלא. 12. משפטי – מבחן צפיות נורמטיבית: האם היה צריך לצפות את הנזק בהינתן שחובת הזהירות הופרה? (גולגולת דקה, רינגר). |

1. ניתוח פרשת ההגנה:
   1. טיפול רפואי לקוי - הגנת האסכולות (תנאים מצטברים, קליפורד):
      1. הטיפול מקובל על חלק גדול מהרופאים
      2. בחירה ממשית בטיפול ע"י הרופא
      3. הסכמה מדעת של המטופל.
   2. אי הסכמה מדעת:
      1. הסכמה מדעת כוללת רק מה שאפשר לחזות ולא מה שאפילו הרופאים לא חזו (קוהרי).
      2. לא צריך הסכמה מדעת במקרים הבאים (קורטאם):
         1. הוא מחוסר הכרה
         2. ניסה להתאבד
         3. הורים שלא הסכימו שקטין יבצע ניתוח מציל חיים ללא סיבה מצדקת
         4. הסיבה לסירוב נובעת מנסיבות חיצוניות
   3. לא ניתן מידע מלא על ההליך (תקיפה רפואית) – כמה צריך לספר? כל מקרה לגופו (ד"ר בר חי).
2. דיון בסיכויי תביעה ומסקנה אישית (גג ב-2 משפטים).

התביעה נגד הרופא (אחריות אישית); מנהל המחלקה (אחריות אישית/שילוחית); בית החולים (אחריות שילוחית כמעסיק הצוות הרפואי), מדינת ישראל / משרד הבריאות (אחריות שילוחית כאחראים על ביה"ח הממשלתי).

**עוולת הרשלנות (ס' 35-36)**  
חובת זהירות מושגית – בין רופא לחולה, בין צוות רפואי לחולים, בין בית חולים לבין הבאים בשעריו. חובת הזהירות המושגית קיימת הן מכוח חוזה בין רופא לחולה, הן עניין שבמדיניות, יחסי שכנות ושבועת הרופאים – לרופאים/צוות רפואי יש חובה כללית שלא להזיק ("מה ששנוא") לחולים הבאים בשערי בית החולים ומטופלים על ידם. צפיות טכנית מתקיימת כאן, שכן נזק כתוצאה מ(היעדר) הליך/טיפול רפואי אכן צפוי במסגרת בית החולים והפעילות בו, כולל נזקים רפואיים הכוללים גם נזקים נפשיים מטיפול רפואי. כן קיימת צפיות נורמטיבית, שכן ראוי שרופאים יצפו נזקי גוף במסגרת עבודתם, לטובת שיפור פעילותם ומניעת נזקים פוטנציאליים.

חובת זהירות קונקרטית – בנסיבות העניין, מדובר ב\_\_\_. סטייה מהתנהגות של רופא סביר. בנסיבות כאלו הייתה לרופא חובת זהירות קונקרטית להימנע מלהזיק לחולה ע"י \_\_\_. קיימת צפיות טכנית לנזקים כאלה שכן בהחלט הדבר אפשרי להתרחש והצפיות אכן מסתברת בנסיבות העניין. כן קיימת צפיות נורמטיבית שנזקים כאלו יקרו אם \_\_\_.   
+ אף אם תגובה נדירה, רשלנות "מתכופפת" לכיוון של אחריות חמורה (פס"ד פאר נ' קופר).

הפרת חובת הזהירות – יש לציין במתן התרופה הניסיונית יכול להוות הפרה של החובה המוטלת על הרופא לטיפול נאות לחולה, ולו בגלל שמה שעמד לנגד עיניו אינו טובת החולה הספציפית אלא הרצון לקדם אינטרס אישי. בנוסף, נפגעה האוטונומיה של החולה בשל העדר הסכמה מדעת לתרופה.  **+** לא כל טיפול שאינו מצליח מהווה רשלנות (פס"ד קוהרי).  
דיון ב**נוסחת הנד – אמצעי מניעה זולים אל מול תוחלת הנזק שנראית גבוהה.**

הנזק: נזק גוף. מצבו של החולה הוחמר ונפגעו סיכויי החלמתו או מוות.

ראשי הנזק:

* כאב וסבל – באשמת הרופא או באחריות הגורמים הקודמים.
* פגיעה באוטונומיה (פס"ד דעקה) – לא נעשתה הסכמה מדעת בנסיבות העניין היות ונתנו למטופל טיפול רפואי ללא ידיעתו וללא הסכמתו. לדעת הדוגלים ב'פגיעה באוטונומיה' כראש נזק נפרד, אזי חרף הפיצוי שניתן בגין נזק הגוף (בעוולה), בכל זאת יש מקום לפסוק פיצוי נפרד בגין הפגיעה באוטונומיה.

קשר סיבתי עובדתי – מבחן האלמלא – אילו \_\_\_\_ התוצאה יכלה להימנע, באחוזים גבוהים של הסתברות. מאזן הסתברויות +50%.

קשר סיבתי משפטי – מבחן הצפיות – נזק כזה בנסיבות שהתרחש – הוא בגדר הצפיות. נדרש צפיות לסוג הנזק בכללותו (פס"ד בן שמעון נ' ברדה), והדבר אכן מתקיים בנסיבות העניין.

* התביעה תטען שהנסיבות מצביעות על **"דבר המעיד על עצמו"** ותטען להיפוך נטל השכנוע לפי ס' 41,הסעיף מונה 3 מבחנים אשר בהתקיימותם עובר נטל הראיה לפתחו של התובע (מבחן הידיעה, מבחן השליטה והמבחן לפיו נראה כי יש התרשלות מאשר לא קיימת כזו. שכן הידיעה והשליטה – נתונה לרופא וביה"ח, והמטופל לא יודע דבר בעניין. נראה שגם המבחן השלישי מתקיים, לפיו סביר יותר כי קיימת התרשלות מאשר לא קיימת בנסיבות העניין.
* **נזק ראייתי** – הפסיקה קבעה (גם בלי קשר לס' 17 לחוק זכויות החולה) כי רשומה רפואית אשר יכולה הייתה להוכיח עובדות שנויות במחלוקת, נעדרת – כמו כסיכול יכולתו של התובע להוכיח את נזקו ולפיכך חלה דוקטרינת הנזק הראייתי לעניין העברת נטל השכנוע אל הנתבע.

הגנות:

* **אסכולת הרופאים** – פרקטיקה רפואית מקובלת ו"הרופא הזהיר והסביר".
* **אי קיום / ניתוק הקש"ס העובדתי** – אחוז מסוים שהתוצאה קורת אצלו, בלי קשר למעשה שנעשה. מבחן מאזן הסתברויות.
* **אשם תורם או הסתכנות מרצון** – חשיפה מרצון לסיכון שהתממש. יתכן ולא יופחת מהפיצוי עבור אשם תורם (גם מטעמים חלוקתיים וכיס עמוק) וכל שכן שלא תתקבל הגנה של הסתכנות מרצון לאור הסייגים הקשים להגנה זו בפסיקה.
* **גורם זר מתערב** לפי ס' 64(2), המנתק את הקש"ס המשפטי אף אם הייתה צפיות לנזק (פס"ד בן שמעון נ' ברדה).
* **סיבתיות עמומה** – יכול מאוד שהייתה מתרחשת בכל מקרה או מגורם אחר שלא קשור.
* **הודעת צד ג' / תביעת שיפוי.**

**עוולת התקיפה (ס' 23)**

תקיפה במשפט הרפואי אפשרית, אם כי יש להזכיר את **דעת היחיד של השופטת ביניש** בפס"ד דעקה, שם מציינת 3 מקרים חלופיים בהם נוכל להכיר בתקיפה רפואית.

1. **לא נמסר כלל מידע על סוג הטיפול הצפוי לחולה.**
2. **לא נמסר לחולה על התוצאה הבלתי נמנעת של אותו טיפול.**
3. **הטיפול שניתן בפועל שונה באופן מהותי מהטיפול שנמסר לחולה על אודותיו.**

יישום – "תקיפה" היא:

* **שימוש בכוח מכל סוג שהוא על ידי הכאה, נגיעה, הזזה או בכל דרך אחרת** – ביצוע הליך רפואי – מתקיים.
* **נגד גופו של אדם** – כן, מתקיים.
* **במתכוון** – כוונה למעשה (ולא בהכרח לתוצאה) – כן כוונה להתנהגות. מתקיים.
* **בין במישרין ובין בעקיפין** – מתקיים, במישרין / בעקיפין.
* **שלא בהסכמת האדם או בהסכמתו שהושגה בתרמית** – אין הסכמה מדעת למעשה.

עוולת התקיפה אינה דורשת הוכחת נזק, הגם שיש בנסיבות העניין.   
אין הגנה ספציפית שעשויה להתקיים בנסיבות העניין. גן לא הגנה לפי ס' 24(8), כי בוודאי הדבר לא נעשה ל"טובת התובע" כאמור בהגנה זו.

**עוולת הפרת חובה חקוקה (ס' 63)** – פס"ד וועקנין **– חוק זכויות החולה,** אינו מכיל סנקציה עבור מי שמפר אותו, ולכן הוא מקרה קלאסי לשימוש בהח"ח.

* ס' 5 – **טיפול רפואי נאות**. הפסיקה לא מחבבת שימוש בחיקוק מופר של ס' זה בלבד, אך אולי בנסיבות קשות אולי דווקא כן תתקבל העילה הזו.
* ס' 13– **הסכמה מדעת להליך רפואי**
* ס' 18– **זכות המטופל לקבל מידע רפואי אודותיו**

יישום – "הפרת חובה חקוקה" היא:

1. חובה המוטלת על המזיק **מכוח חיקוק;**
2. החיקוק נועד **לטובתו** של הניזוק;
3. המזיק **הפר** את החובה המוטלת עליו;
4. ההפרה **גרמה** לניזוק נזק; (קש"ס עובדתי ומשפטי)
5. הנזק אשר נגרם הוא **מסוג הנזק** אליו נתכוון החיקוק.

**סיכויי התביעה**

**שאלות נספחות:**

* **מונע הנזק הזול / השוקל הטוב (ישא בנזקים)**מחד, הסתרת מידע רפואי רלוונטי. מאידך, תמיד אפשר לטעון כי בכל זאת רופא סביר וזהיר יידע לבדוק את הרשומה הרפואית ו/או עברו של המטופל ולא יסתמך לעולם רק על דברי המטופל, כך שלא ייתכן שהמטופל עצמו הוא השוקל הטוב או המונע הנזק הזול.

רופא הוא בעל הידע המקצועי והסמכות הרפואית.

אם החולה ידע את הסיכון ובכל זאת בחר לעשות את מה שחפץ בו, אז הוא השוקל הטוב בנסיבות העניין. לקחת בחשבון את מצבה הנפשי והלחץ.

* **התעקשות החולה להימנע מהניתוח / בחירת ניתוח אחר**לא תהא הח"ח, שכן אין העדר הסכמה מדעת או היעדר טיפול נאות וכיו"ב. אין הפרת חובת זהירות (+ מדיניות משפטית) ואין רשלנות.   
  אולם, אם מדובר בניתוח מציל חיים 🡨 התעקשות ונקיטת אמצעים לכפייה, לפי חוק זכויות החולה + כפי שהיה נוקט רופא סביר.   
  התעקשות בבחינת גורם זר מתערב או אשם תורם חמור (ס' 68 פקנ"ז) שמנתק קשר סיבתי משפטי והפחתת פיצויים.
* **גורם אחר לנזק** כמו פגם גנטי  
  אין קשר סיבתי עובדתי, שכן צוין כי עוד גורמים היו יכולים לגרום לנזק.
* **הלכת אלסוחה ניזוק נפשי במעגל משני**
* **הולדה בעוולה / חיים בעוולה** (פס"ד המר ופס"ד זייצוב)

**"ואהבת לרעך, כמוך" מול "מה ששנוא עליך, אל תעשה לחברית".**

"ואהבת לרעך כמוך" הוא עקרון פוזיטיבי שמקורו ביהדות לפיו על אדם יש ציווי לאהוב את חברו/שכנו, וקיום הוראה זו ממלא תמנע נזקים בין השניים. "מה ששנוא עליך, אל תעשה לחבריך" הוא היבט שלילי של "ואהבת" כיוון שהוא מבטא את המדרגה התחתונה של ההימנעות מלהזיק. המשפט האנגלי אימץ את "ואהבת לרעך כמוך" ככלל זהב בדיני נזיקין, ואילו הפסיקה הישראלית הסתפקה רק ב"מה ששנוא", ואימצה אותו כאחד הבסיסים ליחסי שכנות בדיני הנזיקין. כך למשל בפס"ד אמין, בו תבעו ילדים את אביהם בשל הזנחה רגשית של האב כלפיהם, הסביר השופט אנגלרד כי אכן לא ניתן לחייב את האב לאהוב את ילדיו ("ואהבת") אך אפשר לחייבו בקיום פעולות מסוימות משום "מה ששנוא".