

תביעות רשלנות רפואית: בין צרכיה של מערכת הבריאות לבין השבת מצבו של הניזוק לקדמותו, באספקלריה של דוח ועדת שפניץ

תמר קלהורה*

בשנת 2002 החליטה ממשלת ישראל לבחון את הדרכים להקטנת ההוצאה הציבורית בגין תביעות רשלנות רפואית. לשם כך הוחלט להקים ועדה בין-משרדית בראשות טנה שפניץ, המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (אזרחי) דאז, שתבריה היו נציגים של משרדי המשפטים, הבריאות והאוצר. דוח הוועדה הוגש לשרת המשפטים בנובמבר 2005, ורוב המלצותיו נמצאות בשלבי יישום שונים. הוועדה הוקמה בתקופה של משבר כלכלי עמוק, על רקע הצטברות של נתונים במשרד האוצר שהצביעו על עלייה ניכרת בהוצאות בגין רשלנות רפואית, שבאה לידי ביטוי במספר התביעות ובהיקף הפיצויים המשולמים מדי שנה, וכן בפרמיות הביטוח בתחום זה. נטען כי גידול זה מכביד על בתי-החולים הציבוריים ועל קופות-החולים, וגוול מן המשאבים המוקצים להספקת שירותי הבריאות לתושבי המדינה.

בעבודת הוועדה בא לידי ביטוי הניגוד בין הרצון להשיב לקדמותו את מצבו של מי שניזוק בעוולה בשל טיפול רפואי לבין צרכיה של מערכת הבריאות הציבורית, שנועדה לספק שירותים רפואיים לכלל האוכלוסייה ואשר משאביה מוגבלים. מטרת מאמר זה היא להביא, על קצה המזלג, את העיקר מתוך עבודתה של הוועדה. המאמר מנסה לתאר את ייחודה של הוועדה כטמון בשילוב המיוחד של נקודות-המבט השונות של חבריה – המשפטית, הרפואית-המקצועית והתקציבית – על רקע ייפוי-הכוח שניתן לה למצוא דרכים להפחית את עלותן של תביעות הרשלנות הרפואית למשק. המאמר מתאר בקצרה את עיקרי מחקר-השדה הייחודי והחלוצי שנעשה, אשר הקיף אלפי פסקי-דין והחלטות שניתנו במשך עשור. המחקר אישר כמה השערות רווחות ביחס לתביעות הרשלנות הרפואית, אך גם הפריך (או למצער לא אושש) השערות רווחות אחרות, בעיקר ביחס למספר התביעות ולגובה הסכומים שבתי-המשפט פוסקים. בסיס הנתונים הממוחשב תרם תרומה גדולה לדיון שהתקיים בוועדה בסוגיות רבות, והשפיע במידה רבה על המסקנות ברוב השאלות שעמדו על הפרק. שני הנושאים החשובים ביותר שעלו

* עורכת-דין, מחלקת ייעוץ וחקיקה (אזרחי), משרד המשפטים.

בוועדה היו שאלת ההגבלה של הפיצויים ושכר-הטרחה ושאלת ניהול הסיכונים. הראשון עוסק בעלותה של התאונה הרפואית למערכת, לאחר שהתרחשה ולאחר שהגיעה לבית-המשפט, ואילו השני עוסק במניעת התאונה הרפואית והנזק. המאמר מתאר בקיצור את עיקרי השיקולים לכאן ולכאן שהועלו לפני הוועדה בנושאים אלה, את זוויות-הראייה השונות ואת המתח ביניהן, ואת החלטותיה של הוועדה באותן סוגיות.

כפי שעולה מדוח הוועדה, תביעות רשלנות רפואית הן תחום מורכב ביותר, כעל היבטים שונים ולעיתים מנוגדים. כפי שמתואר במאמר, אף שמבחינה מעשית גברה נקודת-המבט הניזקית, המתמקדת בהשבת המצב לקדמותו, על נקודת-המבט המקצועית-התקציבית, הבוחנת את צורכי המערכת מזווית של שיקולים חלוקתיים בכל הנוגע להגבלת הפיצויים, דומה כי אי-אפשר להפריז בחשיבותם של שיקולים אלה, בעיקר על רקע הקשיים התקציביים שמערכת הבריאות מתמודדת עימם תדיר. אילו הנתונים שנאספו היו שונים, ייתכן שהמסקנה בשאלת ההגבלה של הפיצויים ושכר-הטרחה הייתה שונה. לפיכך הלקח העיקרי מעבודתה של ועדת שפניץ הוא הכרה בחשיבותם של מחקרי-השדה בתחום המשפטי, ככלי-עזר בקביעת מדיניות ובגיבוש חקיקה.

מבוא

פרק א: ההוצאה הציבורית לבריאות בישראל

פרק ב: מאגר הנתונים

1. מסקנות מן הנתונים

פרק ג: הגבלת הפיצויים בגין כאב וסבל בתביעות רשלנות רפואית

1. ייחודיותה של פסיקת הפיצויים בתביעות רשלנות רפואית

2. נתונים ביחס לפסיקת פיצויים

3. בעד ונגד הגבלת הפיצויים בשל נזק לא-ממוני בתביעות רשלנות רפואית

(א) הנימוקים בעד הגבלת הפיצויים

(ב) הנימוקים נגד הגבלת הפיצויים

4. חוקתיותה של הגבלת הפיצויים בשל נזק לא-ממוני בתביעות רשלנות רפואית

(א) תחולתן של זכויות האדם במשפט הפרטי

(ב) זכויות-היסוד שדיני הנזיקין נועדו להגן עליהן

(ג) תנאיה של פסקת ההגבלה

(ד) פגיעה בשוויון

5. סיכום-ביניים: צדק חלוקתי, צדק מתקן ושיקולי הרתעה

פרק ד: הגבלת שכר-הטרחה של באי-כוחם של התובעים בתביעות רשלנות רפואית

1. שכר-הטרחה של עורכי-הדין המייצגים תובעים בתביעות נזיקין

2. טיעונים בעד הגבלת שכר-הטרחה של באי-כוחם של התובעים בתביעות רשלנות

רפואית

3. טיעונים נגד הגבלת שכר-הטרחה של באי-כוחם של התובעים בתביעות רשלנות רפואית
 4. חוקתיותה של הגבלת שכר-הטרחה של באי-כוחם של התובעים בתביעות רשלנות רפואית
- (א) האם הפגיעה בזכויות-היסוד עומדת בתנאיה של פסקת ההגבלה:
 פרק ה: ניהול סיכונים ורשלנות רפואית
1. ניהול סיכונים
 2. העמדות שנשמעו בוועדה
 3. חסיונם של מסמכים רפואיים ושל דוחות של ועדות רפואיות
 4. חסיונם של מסמכים רפואיים ושל דוחות של ועדות רפואיות בחוק זכויות החולה
- פרק ו: המלצות הוועדה
 פרק ז: סיכום

מבוא

בשנת 2002 החליטה ממשלת ישראל לבחון את הדרכים להקטנת ההוצאה הציבורית בגין תביעות רשלנות רפואית, על רקע נתונים שהצטברו במשרד האוצר בדבר עלייה ניכרת בהוצאות אלה בסוף שנות התשעים. החלטת הממשלה¹ דנה בשני נושאים: בחינת חלופות לביטוח משותף ולניהול סיכונים משותף לכלל בתי-החולים הציבוריים הכלליים במדינת ישראל בתחום האחריות המקצועית,² והקטנת ההוצאה בשל תביעות שעילתן אופן מתן הטיפול הרפואי על-ידי קופות-החולים, על-ידי הממשלה, על-ידי בתי-חולים ציבוריים כלליים או על-ידי גופים ציבוריים אחרים המספקים שירותים רפואיים לפי חוק ביטוח בריאות ממלכתי.³

לשם כך הוחלט להקים ועדה בין-משרדית בראשות טנה שפניץ, המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (אזרחי) דאז, שחבריה היו נציגים של משרדי המשפטים, הבריאות והאוצר (להלן: ועדת שפניץ או הוועדה).⁴ התקיימו עשרים ישיבות, שבהן הציגו שופטים, מלומדים, נציגים

1 החלטה 2348 של הממשלה ה-29 "אחריות מקצועית במערכת הרפואה הציבורית" (31.7.2002).

2 לשם יישום החלק הראשון של החלטת הממשלה הוקם במשרד האוצר צוות בראשות סגן החשב הכללי, צבי חלמיש, אשר המלצותיו לא הוגשו עד למועד סיום עבודתה של ועדת שפניץ.

3 חוק ביטוח בריאות ממלכתי, התשנ"ד-1994, ס"ח 156 (להלן: חוק ביטוח בריאות ממלכתי).

4 חברי הוועדה, כתואריהם בעת המינוי, היו: משרד האוצר - חנה פרנקל, מהלשכה המשפטית (אשר הוחלפה במהלך הדיונים על-ידי יואל בריס), ורביב סובל, רכז תחום בריאות באגף התקציבים; משרד הבריאות - ד"ר יצחק ברלוביץ, משנה למנכ"ל משרד הבריאות,

של מוסדות רפואיים, מבטחים ונציגים של לשכת עורכי־הדין את עמדותיהם ביחס לשאלות השונות שנידונו בוועדה. כמו־כן הגישו גורמים שונים עמדות בכתב. הוועדה הסתייעה בצוות איסוף נתונים, שגם ניתח את הנתונים והזינם למערכת ממוחשבת שפותחה לצורך זה. דוח הוועדה הוגש לשרת המשפטים בנובמבר 2005.⁵ רוב המלצותיו נמצאות בשלבי יישום שונים.⁶

בעבודת הוועדה בא לידי ביטוי המתח - או הניגוד - בין הרצון להשיב לקדמותו את מצבו של מי שניזוק בעוולה בשל טיפול רפואי לבין צרכיה של מערכת הבריאות הציבורית, שנועדה לספק שירותים רפואיים לכלל האוכלוסייה ואשר משאביה מוגבלים. מתח זה שבין דיני הנזיקין לדיני הבריאות, בין שיקולים של צדק מתקן לשיקולים של צדק חברתי, עמד ביסוד דיוניה של הוועדה בנושאים השונים שעמדו על סדר־יומה, כפי שיפורט להלן.

בהתאם להחלטת הממשלה, התרכזה הוועדה בנושאים שהיו עשויים לדעתה להקטין את ההוצאה הציבורית, תוך ניסיון לבחון את כלל הגורמים במערכת המעורבים בהליך הגשתה של תביעת רשלנות רפואית. משום כך נגעה הוועדה בנושאים רבים: המגמות בפסיקה בשאלת האחריות - היבטים מהותיים וראייתיים כאחד; הגבלת הפיצויים בשל נזק לא־ממוני; התיישנות; הגבלת שכר־הטרח של עורכי־הדין של תובעים בתביעות רשלנות רפואית; שיפוי בין מוסדות רפואיים; הקשר בין גמלאות המוסד לביטוח לאומי לבין פסיקת הפיצויים בנוזיקין; חוות־דעת רפואיות של מומחים; וניהול סיכונים וחסיון.

ד"ר ארנון אפק, סגן מנהל מנהל הבריאות, ומאיר ברודר, מהלשכה המשפטית; ומשרד המשפטים - טלי שטיין, ממונה (ייעוץ וחקיקה), מיכל ברדנשטיין, ממונה על עניינים בטחוניים (אורחי) בפרקליטות המדינה, ומחברת מאמר זה, אשר שימשה גם כחוקרת וכמרכזת הוועדה.

5 דין וחשבון הוועדה הבין־משרדית לבחינת הדרכים להקטנת ההוצאה הציבורית בגין תביעות רשלנות רפואית (נובמבר 2005) (להלן: הדוח).

6 ועדה זו אינה הוועדה הראשונה שעסקה בתביעות רשלנות רפואית. קדמה לה ועדה ציבורית בראשות שופט בית־המשפט המחוזי בתל־אביב השופט גבריאל קלינג, אשר מונתה על־ידי מנכ"ל משרד הבריאות דאז פרופ' מרדכי שני. דוח ועדת קלינג, שהוגש בשנת 1999, כלל המלצות בנושאים שונים הנוגעים ברשלנות רפואית. ראו דין וחשבון הוועדה לבדיקת האחריות לפגיעה בטיפול רפואי (אוגוסט 1999). גם שאלת מבנהו של שוק ביטוח האחריות המקצועית של רופאים כבר נידונה בעבר, על־ידי צוות של שני מומחים ממשרד האוצר - תמר בן־דוד ודוד ברודט. ראו "הצעה לשינוי דרכי מימון הוצאות בגין רשלנות רפואית במערכת הבריאות בישראל - דין וחשבון והמלצות שהוכנו על ידי תמר בן דוד ודוד ברודט לבקשת משרדי הבריאות והאוצר" (יולי 1999) (להלן: דוח בן־דוד־ברודט). גם הוועדה לבחינת הרפואה הציבורית ומעמד הרופא בה (ועדת אמוראי) התייחסה לנושא הרשלנות הרפואית. המלצותיה בנושא זה היו להעניק חיסיון מלא לכל הוועדות ולכלל הגורמים הפועלים בתחומים של הבטחת איכות וניהול סיכונים, וכן לאמץ את המלצותיה של ועדת קלינג (שיפורטו להלן). ראו המלצה מס' 11 בעמ' 62 לדין וחשבון הוועדה לבחינת הרפואה הציבורית ומעמד הרופא בה (2002).

חלק מהנושאים, שלא היו בתחום המומחיות של חברי הוועדה, הועברו לטיפולם של גורמים אחרים.⁷

מאמר זה יתמקד בשלושה נושאים עיקריים שעלו במסגרת דיוני הוועדה: הגבלת הפיצויים בשל כאב וסבל; הגבלת שכר-הטרחת של עורכי-הדין של התובעים; וניהול סיכונים וחסיון. עם זאת, לא למותר להתייחס בקצרה לכמה נושאים נוספים. אחת הטענות המרכזיות שנטענו לפני הוועדה הייתה כי לאורך השנים ניכרת בפסיקתם של בתי-המשפט בתביעות רשלנות רפואית מגמה המרחיבה מאוד את אחריותם של הרופאים במישור הדין המהותי ובמישור הראייתי. הוועדה ביקשה לבחון אם מגמה זו אכן קיימת כנטען, ואם כן, אם היא ייחודית לתביעות רשלנות רפואית לעומת תביעות נזיקין אחרות. הפסיקה נסקרה בהרחבה, תוך התמקדות במגמות המסתמנות לגבי היקף האחריות בשאלות כגון קביעת מבחן הרשלנות, מהי התרשלנות וסוגיות שונות הנוגעות בקשר הסיבתי, בעילות ובראשי-הנוק.⁸

מן הסיקרה עלה כי לאורך השנים אכן ניכרת בפסיקה מגמה של הרחבת האחריות בנזיקין, אך זאת בתביעות הנזיקין באופן כללי, ולא דווקא בתביעות רשלנות רפואית.⁹ הרחבת האחריות ניכרת בכל ההיבטים – החל בסוגיית ההתרשלנות (ירידת קרנה של הלכת הפרקטיקה המקובלת), המשך בסיבתיות (אובדן סיכויי החלמה) וכלה בהרחבת העילות (רשלנות בגין הסכמה מדעת) וראשי-הנוק (פגיעה באוטונומיה). התוצאה במקרים רבים הייתה הגדלת ההוצאה הציבורית בגין תביעות רשלנות רפואית.¹⁰

סוגיה נוספת שבחנה הוועדה, ואשר תוזכר בקצרה, היא העברת נטל השכנוע.¹¹ הוועדה שמעה טענות כי נטל השכנוע בתביעות רשלנות רפואית מועבר מן החולה התובע אל

7 עם זאת, הקפידה הוועדה שגם נושאים אלה ישתקפו בדוח, גם אם לא יכלה לגבש לגביהם המלצות לשינויי חקיקה. זאת, מתוך תקווה שהצגת הנושא, בליווי החומר והנתונים שהצטברו, יאפשרו לגופים אחרים להמשיך במלאכה או להגיע למסקנות על-סמך החומר הקיים.

8 פרק 3 לדוח.

9 לעיתים נקבעו ההלכות ביחס לתביעות מסוג מסוים (כגון תאונות-עבודה או תאונות-דרכים) ואחר כך יושמו בתביעות רשלנות רפואית (כך, למשל, ההלכות בעניין אובדן הסיכויים להחלמה או ההלכות בסוגיית הסיבתיות). מובן שבתחומים המיוחדים לרשלנות רפואית בלבד התפתחו הלכות ייחודיות. בתחום הרשלנות הרפואית גם הייתה חקיקה – חוק זכויות החולה, התשנ"ו-1996, ס"ח 327 (להלן: חוק זכויות החולה) – אשר ייתרה חלק מן הפסיקה. לתמיכה בטענה כי כלל דיני הנזיקין בישראל מצויים במגמת התרחבות ראו ישראל גלעד ואהוד גוטל "על הרחבת האחריות בנזיקין בהיבט הסיבתי – מבט ביקורתי" משפטים לד(2) 385 (תשס"ד) (בעקבות ד"א 7794/98 משה נ' קליפורד, נו(4) 721 (2003)).

10 קשה ללמוד מן הנתונים עד כמה נעשה שימוש בהלכות אלה בניסוח כתבי-התביעה, ולפיכך קשה לאמוד את השפעתן על ההתדיינות בבתי-המשפט. במספרים מוחלטים מצאה הוועדה כי השימוש בעילות תביעה נוספות לצד עולות הרשלנות (כגון תקיפה) אינו רב, וכי אי-אפשר ללמוד מן הנתונים שהפסיקה השפיעה בצורה בולטת על שכחות העלאתן בכתב-התביעה. לעניין זה ראו לוחות 3.1-3.4 בעמ' 69-72 לדוח.

11 פרק 4 לדוח.

המוסד הרפואי הנתבע כדבר שבשגרה, בעיקר באמצעות סעיף 41 לפקודת הנוזיקין – כלל "הדבר מעיד על עצמו" – והשימוש במונח "נוק ראייתי", אך גם באמצעות עקרונות ראייתיים בעלי תחולה כללית. נטען כי משהועבר נטל השכנוע אל הרופא או אל המוסד הרפואי, אי־אפשר כמעט להרימו, ולכן מתקבלות תביעות רבות, שבחלקן אינן מוצדקות, והדבר גורם להגדלת ההוצאה הציבורית.

גם בעניין זה הסתמנה מסקירת הפסיקה מגמה המרחיבה את השימוש בסעיף 41 ובעילות אחרות להעברת נטל השכנוע אל הנתבע. עם זאת, מן הנתונים שנאספו על־ידי הוועדה¹² עולה כי אף־על־פי שהעברת הנטל פועלת במקרים רבים (כשני שלישים) לרעת הנתבע, קיימת עדיין האפשרות להתמודד עם העברת הנטל, להרימו ולהביא לידי דחיית התביעה (כשליש מהתיקים). עוד התברר כי לנושא הרשומה הרפואית – ליקוי בה או העדרה – יש השלכות מרכזיות בתחום של תביעות רשלנות רפואית, וכי נושא זה עשוי להשפיע לעיתים באופן מהותי על תוצאת הדיון בתביעה.

הוועדה דנה גם בנושאים נוספים, וביניהם סוגיית ההתיישנות, שנכללה בהצעת חוק ההתיישנות;¹³ שינוי סעיף 22 לחוק ביטוח בריאות ממלכתי, התשנ"ה-1995 – נושא שטופל בהצעת חוק נפרדת;¹⁴ וסוגיית המומחים הרפואיים, שביחס אליה הומלץ להקים צוות ייעודי שיבחן את הנושא.¹⁵

כאמור, מאמר זה יתמקד בשלוש סוגיות עיקריות: הגבלת הפיצויים בשל נזק לא־ממוני בתביעות רשלנות רפואית; הגבלת שכר־הטרה של עורכי־הדין של התובעים בתביעות רשלנות רפואית; וניהול סיכונים, לרבות הטלת חיסיון על דוחות של ועדות בדיקה. הבחירה להתמקד במאמר זה בשני הנושאים הראשונים נובעת מהחידוש שבהם – לראשונה נדרשה ועדה ממשלתית לבדיקת חוקתיותה של הצעה לחוקק חוק בתחום דיני הנוזיקין באמצעות ניתוח חוקתי של דיני הנוזיקין. ההתמקדות בנושא השלישי נובעת מן החשיבות הרבה שייחסה הוועדה לנושא זה, הן בשל הפוטנציאל הטמון בו להקטנת ההוצאה הציבורית בגין תביעות רשלנות רפואית, אך גם, ובעיקר, בשל התועלת הרבה לבריאות הציבור שתופק משיפור בטיחותו של המטופל.

12 על מאגר הנתונים יפורט בהמשך בהרחבה.

13 הצעת חוק ההתיישנות, התשס"ד-2004, ה"ח 125.

14 ראו ס' 12(1) לחוק ההסדרים במשק המדינה (תיקוני חקיקה להשגת יעדי התקציב והמדיניות הכלכלית לשנת הכספים 2007), התשס"ז-2007, ס"ח 52, 55, אשר אימץ את המלצת הוועדה בעניין זה, כאמור בסופו של פרק 8 לדוח.

15 לעיון בסוגיות שעלו במסגרת הנושאים הנוספים ראו פרקים אלה לדוח: פרק 6 (התיישנות), פרק 8 (שיפוי בין מוסדות רפואיים), פרק 9 (גמלאות המוסד לביטוח לאומי) ופרק 10 (חוות־דעת מומחים).

פרק א: ההוצאה הציבורית לבריאות בישראל

ועדת שפניץ הוקמה בתקופה של משבר כלכלי עמוק, על רקע הצטברות של נתונים במשרד האוצר שהצביעו על עלייה ניכרת בהוצאות בגין רשלנות רפואית, שבאה לידי ביטוי במספר התביעות ובהיקף הפיצויים המשולמים מדי שנה, וכן בפרמיות הביטוח בתחום זה. נטען כי גידול זה מכביד כיום על בתי החולים הציבוריים ועל קופות החולים, וגוול מן המשאבים המוקצים להספקת שירותי הבריאות לתושבי מדינת ישראל.

לשם הבנת הרקע לעבודת הוועדה, חשוב לעמוד בקצרה על מבנה מערכת הבריאות בישראל ועל מקורות המימון שלה. רוב שירותי הבריאות מסופקים באמצעות קופות החולים ומשרד הבריאות, על פי חוק ביטוח בריאות ממלכתי. חוק זה הוא בבחינת "קודיפיקציה של דיני הבריאות", במובן זה שהוא נועד להסדיר את מישור היחסים בין כל הגופים שלעניין: המבוטחים, קופות החולים והמדינה.¹⁶ הוא מהווה ניסיון להתמודד עם אחת הבעיות המרכזיות של מדינת רווחה בתחום של הענקת שירותי בריאות בעידן המודרני – כיצד ליישב את הצרכים הרבים והעלויות הגבוהות, במציאות של משאבים מוגבלים, עם הזכות הבסיסית של כל אדם לקבל טיפול רפואי איכותי.¹⁷ הפתרון הוא יצירת מנגנון קיצוב של שירותי הבריאות הממלכתיים, על מנת להגדיר סדרי עדיפויות ולעמוד במסגרת המשאבים הכלכליים הנתונה. החוק קובע כי קופות חולים חייבת לספק שירותי בריאות לחבריה, וכי המדינה חייבת לממן את סל שירותי הבריאות. כנגד חובות אלה עומדת זכותו של כל תושב בישראל לשירותי בריאות לפי החוק.¹⁸ זכות זו חוסה, לפחות בחלקה, תחת כנפיו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, בין כחלק מן הזכות לכבוד ובין כחלק מן הזכות להגנה על שלמות הגוף.¹⁹

מימון קופות החולים מגיע מכספי סל הבריאות, המחולקים באמצעות הביטוח הלאומי

16 בג"ץ 2344/98 קופת חולים מכבי נ' משרד האוצר, פ"ד נ(5) 729, 736 (2000), פסק-הדין של השופט מישאל חשין (כתוארו אז).

17 ישראל דורון "בית-הדין האזורי לעבודה וחוק ביטוח בריאות ממלכתי: דילמות בעיצוב מדיניות שיפוטית" עבודה, חברה ומשפט י 131 (תשס"ד).

18 ס' 3 לחוק ביטוח בריאות ממלכתי קובע: "א) כל תושב זכאי לשירותי בריאות לפי חוק זה, אלא אם כן הוא זכאי להם מכוח חיקוק אחר. (ב) המדינה אחראית למימון סל שירותי הבריאות מהמקורות המנויים בסעיף 13. (ג) קופת חולים אחראית כלפי מי שרשום בה למתן מלוא שירותי הבריאות שלהם הוא זכאי לפי חוק זה. (ד) שירותי הבריאות הכלולים בסל שירותי הבריאות יינתנו בישראל, לפי שיקול דעת רפואי, באיכות סבירה, בתוך זמן סביר ובמרחק סביר ממקום מגורי המבוטח, והכל במסגרת מקורות המימון העומדים לרשות קופות החולים לפי סעיף 13. (ה) שירותי הבריאות יינתנו תוך שמירה על כבוד האדם, הגנה על הפרטיות ושמירה על הסודיות הרפואית."

19 בג"ץ 494/03 עמותת הרופאים למען זכויות אדם נ' שר האוצר, פ"ד נ(3) 322 (2004). ראו גם יוסף מ' אדרעי "זכויות אדם וזכויות חברתיות" ספר ברנזון 2, 45, 110 (2000).

בין הקופות בהתאם למפתח משוקלל של מספר המבוטחים בכל קופה.²⁰ כספי הסל מורכבים מתקבולי מס בריאות ומהשלמת מימון מתקציב המדינה.²¹ למדינה נתונות גם סמכויות פיקוח ובקרה על הקופות.²² בהתאם לחוק, קופות-החולים נדרשות בתמורה למשאבים אלה לספק למבוטחיהן את סל שירותי הבריאות.²³ נוסף על כך, קופות-החולים מקבלות סובסידיה ממשלתית בדרך של תמיכות לפי סעיף 3א לחוק יסודות התקציב, התשמ"ה-1985,²⁴ בהיקף כספי של כ-200 עד 350 מיליון ש"ח בשנה.²⁵ כ-80% מבתי-החולים במדינת-ישראל הם בתי-חולים ציבוריים: חלקם בבעלות המדינה ומופעלים על-ידיה, וחלקם מופעלים על-ידי קופת-חולים כללית או עמותות שונות.²⁶ עיקר תקציבם של בתי-החולים מגיע מהכנסותיהם מאשפוז של מבוטחי קופות-החולים.

אחת העלויות המשמעותיות של קופות-החולים ובתי-החולים היא ההוצאה לרכישת ביטוח אחריות מקצועית בגין רשלנות רפואית. בתי-החולים הממשלתיים מבוטחים במסגרת

- 20 ס' 14-18 לחוק ביטוח בריאות ממלכתי.
- 21 בשנת 2002 - השנה שבה הוחלט על הקמת הוועדה - עמד היקף הסל על סכום כולל של כ-21 מיליארד ש"ח.
- 22 בין סמכויות אלה ניתן למצוא הכרה בקופת-חולים (ס' 24 ו-25 לחוק ביטוח בריאות ממלכתי), אישור תקנון קופה (שם, בס' 26), היתר שליטה בתאגיד או בתאגיד חוץ (שם, בס' 29 ו-29א), מתן הוראות בדבר ניהול ענייניה של קופת-חולים (שם, בס' 29ב), אישור תקציב פיתוח (שם, בס' 32), קבלת דיווח מן הקופות בעניינים שונים (שם, בס' 35ב) ועוד.
- 23 ס' 3(ג) לחוק ביטוח בריאות ממלכתי.
- 24 חוק יסודות התקציב, התשמ"ה-1985, ס"ח 60.
- 25 מקורות התקציב של קופות-החולים נקבעו בס' 13 לחוק ביטוח בריאות ממלכתי, אשר קובע כדלקמן: "(א) מקורות המימון של שירותי הבריאות הניתנים לפי חוק זה יהיו: (1) דמי ביטוח בריאות לפי סעיף 14; (א1) סכומים שגבה המוסד בהתאם להוראות סעיף 58(ד); (2) תקבולי המס המקביל לפי חוק מס מקביל בעד התקופה המסתיימת ביום כ"א בטבת התשנ"ז (31 בדצמבר 1996); (3) (א) ההקצאה השנתית למשרד הבריאות כאמור בסעיף 237(ב) ו-(ג) בחוק הביטוח הלאומי; (ב) נמחק; (4) (א) הסכומים המופיעים במועד הקובע בתקציב משרד הבריאות והמשמשים למתן שירותי בריאות לפרט, לרבות בתחומי הרפואה המונעת, הפסיכיאטריה, הגריאטריה ומכשירי השיקום; (א1) הסכומים המופיעים בתקציב משרד הבריאות לשנת 1997 המיועדים להעברה לקופות החולים כמקור מימון לפי סעיף זה, למעט הסכומים לפי פסקה (5); (ב) הסכומים האמורים בפסקת משנה (א) יעודכנו בכל שנה, במועד ולפי המדדים המשמשים לעדכון תקציב המדינה; (5) סכומים נוספים מתקציב המדינה כפי שייקבעו מדי שנה בחוק התקציב השנתי ואשר ישלימו את מימון עלות הסל לקופות בניכוי סכום שייחשב לענין זה כמקור המימון לפי פסקה (6); (6) הסכום שינוכה כאמור יעמוד בשנת 1997 על סך של 687 מיליון שקלים חדשים במחירי מדד יוקר הבריאות הממוצע לשנת 1995, והוא יעודכן מדי שנה בשיעור עדכון עלות הסל לקופות; (6) התקבולים של קופת החולים משירותי בריאות שניתנים בתשלום לפי סעיפים 7 ו-8."
- 26 קיימים גם בתי-חולים פרטיים, אשר חלק גדול מן הפעילות הרפואית שנעשית בהם נוגע בטיפול במבוטחי קופות-החולים במסגרת קיצור תורים, וממזמן אף הוא מכספי קופות-החולים, כלומר, מכספי ציבור.

חברת הביטוח הממשלתית ענבל, ואילו קופות-החולים ובתי-החולים הציבוריים האחרים מבוססים בביטוח מסחרי. המדינה מממנת באופן ישיר את ביטוח האחריות המקצועית לעובדי המדינה בבתי-החולים הממשלתיים. גם העלות של ביטוח הרשלנות הרפואית במערכת הפרטית והפיצויים הנפסקים בגין רשלנות רפואית משולמים ברובם ממקורות ציבוריים.²⁷ עקב כך, חלק ניכר מהעלייה בפרמיות הביטוח המסחרי בתחום הרשלנות הרפואית מוטל אף הוא על המדינה וקופות-החולים.

המבנה של מערכת הבריאות הציבורית, ובעיקר אופן המימון שלה, על רקע המשבר הכלכלי העמוק שפקד את המשק הישראלי בשנת 2002, הם שהיוו את הזרז להקמת הוועדה, אשר לתיאור עבודתה נפנה עתה.

פרק ב: מאגר הנתונים

הוועדה סברה שכדי לברר מהם התחומים שבהם יהיה אפשר לחסוך כספים לקופה הציבורית, מתוך כלל הנושאים שעמדו על סדר-יומה, הדרך הנכונה היא לנסות לאסוף נתונים על תביעות הרשלנות הרפואית, שיצביעו על נקודות-תורפה או תהליכים שבהם ההוצאה גדולה ואשר אפשר וכדאי להשקיע בהם על-מנת לצמצם את ההוצאה. הוועדה סברה כי על-סמך נתונים אלה יהיה אפשר גם לבחון את הטענות השונות שנטענו במסגרת הדיון בתביעות רשלנות רפואית, כגון הטענות בדבר עלייה בסכומי התביעות ועלייה במספר התביעות. המאמץ התמקד בתביעות הרשלנות הרפואית שהוגשו לבתי-המשפט, משום שלא היה אפשר לקבל מידע על דרישות לתשלום פיצויים שהסתיימו בפשרה מבלי שהוגשו כתבי-תביעה.

מסד הנתונים שנבדק השרע על-פני העשור שבין 1993 ועד לסוף שנת 2002²⁸ (להלן: התקופה הנבדקת). המידע על התיקים הושג מכמה מקורות שהוצלבו, ולאחר-מכן אומת מול תיקי בתי-המשפט.²⁹ הגישה לתיקים הותנתה בקבלת היתר עיון ממנהל בתי-המשפט,

27 במסגרת הסכמי השכר שנחתמו בשנות השמונים עם ההסתדרות הרפואית, הסכימו המדינה והמעסיקים הציבוריים האחרים בתחום הבריאות לשאת ב-80% מהעלות של ביטוח הפרקטיקה הרפואית הפרטית של הרופאים.

28 השנה שבה החלה ועדת שפנין בעבודתה. הוועדה סברה בתחילה כי יהיה די באיסוף תיקים שנפתחו בשנים 1998-2002 (השנה שבה הסתיים מחשבה של מערכת בתי-המשפט) על-מנת לממש את מטרות המחקר. אולם לאחר בדיקה חלקית של הנתונים, משהתברר כי רוב התיקים שנפתחו בשנים 2001 ו-2002 עודם פתוחים - כלומר, טרם ניתן בהם פסק-דין (וכפי שיפורט בהמשך, לא הותר לוועדה לעיין בתיקים פתוחים) - ולנוכח הרצון לבדוק מגמות שונות בפסיקה, הוחלט להרחיב את מסד הנתונים לעשור שבין 1993 ועד לסוף שנת 2002.

29 ובכלל זה גורמים שמהם קיבלה הוועדה רשימות של תיקים ותוכנות משפטיות שונות, שבהן נעשה חיפוש מקיף לפי מילות-מפתח. חוקרים מטעם הוועדה עסקו באיתור התיקים בבתי-

והוגבלה לתיקים סגורים בלבד. לכן מסד הנתונים הורכב רק מתיקים שנסגרו עד למועד העיון בהם (ולמעט תיקים חסויים).

הוועדה הצליחה לאתר 4,560 תביעות רשלנות רפואית שהוגשו לבתי-משפט השלום, לבתי-המשפט המחוזיים ולבית-המשפט העליון במשך כל התקופה הנבדקת. מתוכם נאספו והוקלדו למאגר יותר מ-3,000 תיקים,³⁰ לפי החלוקה הבאה: 1,349 תיקים בבתי-המשפט המחוזיים (כולל 43 תיקי ערעורים על פסקי-דין של בתי-משפט השלום), 1,451 תיקים בבתי-משפט השלום, ו-222 תיקים בבית-המשפט העליון (כולל ערעורים בערכאה ראשונה, בערכאה שנייה ודין נוסף). חרף זאת, אי-אפשר לומר בבטחה שכל תיקי הרשלנות הרפואית אשר הוגשו לבתי-המשפט בשנים 1993-2002 אכן אותרו, ולכן יש להתייחס למספרי התיקים ולפילוחים השונים שנעשו בהם בוהירות מסוימת.

אחד החסרונות של מאגר הנתונים נובע מכך שמחשבה של מערכת בתי-המשפט, אשר החל בשנת 1993, הסתיים רק בשנת 1998. חיסרון נוסף נובע מכך שרובן המכריע של תביעות הרשלנות הרפואית שאותרו הסתיימו בהסכם פשרה. משמעות הדבר היא שנתונים שהיו חשובים לוועדה, כגון נתונים על פסיקת פיצויים בגין נזק לא-ממוני, היה אפשר להשיג רק מתוך חלק קטן של התיקים. מגבלה נוספת היא שהנתונים משקפים מספרים מוחלטים, הנובעים ממספר התיקים שאותרו על-ידי צוות המחקר. לא נעשה ניתוח המבוסס על גידול האוכלוסייה, למשל, או על השינויים בתוחלת החיים או במצב הכלכלי, משום שהדבר לא היה לפי כוחותיה של הוועדה. בעיה נוספת נובעת מהעדר אפשרות להשוות את ממצאי המחקר עם נתונים על תיקי נזיקין שאינם תיקי רשלנות רפואית, מאחר שאין מאגר נתונים פומבי מקיף על תיקים אלה. בהעדר מקור השוואה, קשה לאשש או להפריך טענות בדבר חריגותן של תביעות רשלנות רפואית לעומת תביעות נזקי גוף אחרות. עם זאת, ככל שנמצאו נתונים על תביעות נזיקין באתר האינטרנט של הנהלת בתי-המשפט, הובאו נתונים אלה לצורך השוואה.³¹

הוועדה "חילצה" נתונים רבים מן המאגר המקיף שעלה בידי הצוות לאסוף, ולא נוכל להביא במסגרת מאמר זה את כולם.³² עם זאת, מן הראוי להצביע על כמה נתונים מרכזיים שיש להם חשיבות כללית לגבי העוסקים בתביעות רשלנות רפואית. הנתון הראשון הוא

המשפט ובצילום כתבי-הטענות ופסקי-הדין מתוכם. כן נספרו חוות-הדעת שהוגשו לתיק, וצוינו תאריך הגשת התביעה ותאריך פסקי-הדין. לאחר-מכן נותחו הנתונים והוננו למערכת ממוחשבת, אשר אפשרה את ריכוז הנתונים, סיווגם, ניתוחם והוצאת דוחות שונים על-פי בקשה.

30 ראו לוח 2.1 בעמ' 10 לדוח.

31 ראו ס' 5.2.4 לדוח, בעמ' 104 ואילך. להרחבה על מגבלות המאגר ראו ס' 2.1.3 לדוח, בעמ' 8.

32 לנתונים על השימוש בעילות תביעה שונות ראו תת-פרק 3.5 לדוח, בעמ' 69-72; לנתונים בעניין העברת נטל השכנוע ראו תת-פרק 4.6 לדוח, בעמ' 90-92; לנתונים בסוגיית ההתיישנות ולגבי מועדי הגשת תביעות ראו תת-פרק 6.4 לדוח, בעמ' 147-152; לנתונים בדבר חוות-דעת של מומחים ראו תת-פרק 10.4 לדוח, בעמ' 182-187. הנתונים בדבר סכומי הפיצויים יפורטו להלן בפרק ג.

מספר תביעות הרשלנות הרפואית שהוגשו. בניגוד לרושם שנוצר אולי לעיתים, כאילו מלוא כל בתי-המשפט תביעות רשלנות רפואית, מן הנתונים שאספה הוועדה עולה כי מספר התביעות שהוגשו מדי שנה לבתי-משפט השלום ולבתי-משפט מחוזיים בשנים 1993-2002 – אף שניכרת בו מגמת עלייה עד שנת 2001 – אינו עולה על מאות ספורות, וכי תביעות אלה מהוות חלק לא-גדול מתביעות הנויקין המוגשות לבתי-המשפט.³³ מספר התיקים החדשים שנפתחו בשלוש הערכאות גם-יחד הגיע לשיא בשנת 2001, שבה נפתחו 672 תיקים בסך-הכל.³⁴ במשך התקופה הנבדקת חלה עלייה במספר תיקי הרשלנות הרפואית שנפתחו בבתי-משפט השלום ובבתי-משפט מחוזיים עד לשנת 2001, ומאותה שנה הסתמנה ירידה (זאת, חרף עלייה במספר התיקים שנפתחו בבתי-משפט השלום). כלומר, לאחר שנת 2001 הייתה ירידה במספרן הכולל של תביעות הרשלנות הרפואית שהוגשו לבתי-המשפט.³⁵

נתון בעל חשיבות גדולה הוא אופן סיומו של התיק. מן הנתונים עולה כי רובם המוחלט של התיקים שנידונו בבתי-משפט השלום ובבתי-משפט מחוזיים הסתיימו באישור הסכמי פשרה,³⁶ ורק מיעוטם הסתיימו בפסקי-דין.³⁷ עוד עולה כי מספרם של התיקים שהסתיימו בדרכים חלופיות – כגון גישור, פישור או פשרה לפי סעיף 79 לחוק בתי-המשפט – היה קטן מאוד.³⁸

הוועדה בדקה גם את משך הדיון בתביעות הרשלנות הרפואית בבתי-המשפט, לנוכח טענות שנשמעו על כך שהדיון בתיקים אלה נמשך זמן רב מהמוצע. מן הנתונים עולה כי משך חייו של תיק רשלנות רפואית עמד על 3.5 שנים בממוצע בבתי-המשפט המחוזיים (לעומת 3 שנים בממוצע לתביעות נויקין בכלל) ועל 2.5 שנים בממוצע בבתי-משפט

33 לנתונים על מספר התיקים שאותרו בבתי-המשפט המחוזיים, לפי שנת הגשת התביעה, ראו לוח 2.2 בעמ' 11 לדוח; לנתונים לגבי בית-המשפט העליון ראו לוח 2.3 בעמ' 11 לדוח; לנתונים לגבי בתי-משפט השלום ראו לוח 2.4 בעמ' 12 לדוח. ליחס בין תביעות הרשלנות הרפואית לבין הסוגים האחרים של תביעות הנויקין ראו ס' 2.1.4.2 לדוח, בעמ' 12 ואילך. מן המידע שאספה הוועדה עולה כי בשנת 2002 היוו תביעות הרשלנות הרפואית כ-20% מכלל תביעות הנויקין בבתי-המשפט המחוזיים, אך רק כ-4% מסך תביעות הנויקין בבתי-משפט השלום.

34 מספר זה כולל ערעורים לבית-המשפט העליון. ראו לוח 2.6 בעמ' 14 לדוח.

35 ראו עמ' 15-16 לדוח, ובפרט לוח 2.7 בעמ' 16 לדוח.

36 בבתי-המשפט המחוזיים מדובר ב-671 תיקים מתוך 1,306 (51%); ובבתי-משפט השלום מדובר ב-850 תיקים מתוך 1,451 (58%). ראו לוחות 2.11 ו-2.14 בעמ' 19 ו-22 לדוח, בהתאמה.

37 מהדוח עולה כי בבתי-המשפט המחוזיים מדובר ב-212 תיקים (16%), ובבתי-משפט השלום מדובר ב-240 תיקים (17%).

38 בבתי-המשפט המחוזיים מדובר ב-21 תיקים (כ-2%) שהסתיימו בפשרה לפי ס' 79 וב-4 תיקים בלבד שהועברו לגישור. בבתי-משפט השלום נמצאו 46 תיקים (כ-3%) שהסתיימו בפשרה לפי ס' 79, ולא נמצאו כלל תיקים שהועברו לגישור.

השלום.³⁹ משך הדיון בערעורים בבית-המשפט העליון עמד בתקופה זו על 2.5 שנים.⁴⁰ עם זאת, נמצא כי בכמה עשרות תיקים בבתי-המשפט המחוזיים התנהל הדיון במשך יותר מחמש שנים (ונמצאו אף כמה תיקים שהתנהלו במשך יותר משמונה שנים).

נושא נוסף שנבדק היה תחומי הרפואה שבהם מוגשות תביעות הרשלנות הרפואית. כצפוי, אחוז גדול מהתביעות שהוגשו לבתי-המשפט המחוזיים בתקופה הנבדקת עסק בטיפול רפואי בתקופת ההיריון ובלידה, ואחר כך – בהפרש ניכר – בתחומי האונקולוגיה, הכירורגייה, הרפואה הפנימית והאורתופדיה.⁴¹ בבתי-משפט השלום החלוקה הייתה שונה: רוב התביעות עסקו באורתופדיה, ואחר כך – בהפרש ניכר – בכירורגייה וברפואה פנימית. ניתן להסביר את השוני בין הערכאות בסמכות העניינית – תביעות בשל היריון ולידה עוסקות לרוב (אם כי לא תמיד) בנוזקים קשים, ולפיכך סכום הפיצויים הנתבע היה במשך מרבית התקופה בסמכותו של בית-המשפט המחוזי (כידוע, רק בשנת 2001 הועלתה סמכותם של בתי-משפט השלום ל-2.5 מיליון שקלים חדשים).⁴² ייתכן שעקב שינוי הסמכות, התמונה שתתגלה בעתיד בעניין זה תהא שונה.

הוועדה בחנה גם בכמה מקרים נתבע הרופא המטפל או איש הצוות הרפואי לבדו, על רקע טענות שנשמעו בדבר נטייה מצד התובעים לתבוע את הצוות הרפואי באופן אישי, ומצאה כי מדובר בשיעור קטן ביותר מבין התיקים – פחות מ-1% בבתי-המשפט המחוזיים וכ-3% מהמקרים בבתי-משפט השלום.⁴³ ברוב המכריע של התביעות שהוגשו, הן בבתי-המשפט המחוזיים והן בבתי-משפט השלום, נתבעו המדינה או המוסד הרפואי בלבד,⁴⁴ ובשאר המקרים נתבעו אנשי הצוות הרפואי יחד עם המדינה או המוסד הרפואי. נתונים אלה הפריכו למעשה את הטענה בדבר רדיפה כביכול של הרופאים על-ידי מטופליהם התובעים.

39 לוחות 2.18 ו-2.19 בעמ' 25 ו-26 לדוח, בהתאמה.

40 מנתוני הוועדה עולה כי בשנים 1993-2002 הוגשו לבית-המשפט העליון 206 ערעורים. ביותר ממחציתם הסתיים הדיון בתוך שנתיים ימים (112 תיקים, כ-54%), ורק במיעוט קטן נמשך הדיון מעבר לארבע שנים (8 תיקים בלבד). ראו בעניין זה לוח 2.22 בעמ' 29 לדוח. יצוין כי ערעור מבית-משפט השלום למחוזי נמשך בממוצע 1.65 שנים (אם כי יש להתייחס לנתון זה בזהירות, בהתחשב בכך שאותרו רק 43 תיקי ערעור מבתי-משפט השלום לבתי-המשפט המחוזיים). ראו לוח 2.21 בעמ' 28 לדוח.

41 ראו לוח 2.23 בעמ' 30 לדוח. התביעות בתחום ההיריון והמיילדות מהוות כ-33% מסך התביעות בגין רשלנות רפואית שהוגשו באותן שנים לבתי-המשפט המחוזיים (440 תיקים). בבתי-משפט השלום, לעומת זאת, הן מהוות רק כ-8% מסך התביעות בגין רשלנות רפואית שהוגשו באותן שנים (115 תיקים). ראו לוח 2.24 בעמ' 31 לדוח.

42 ס' 51(א)(2) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984, ס"ח 198 (להלן: חוק בתי-המשפט). הסמכות תוקנה פעמים רבות במהלך שנות התשעים של המאה הקודמת, ולאחרונה בשנת 2001.

43 ראו לוחות 2.25 ו-2.26 בעמ' 32 ו-33 לדוח, בהתאמה.

44 מנתוני הדוח עולה כי בשתי הערכאות מדובר ב-63% מהתביעות שהוגשו במשך התקופה הנבדקת.

1. מסקנות מן הנתונים

הוועדה הגיעה למסקנה כי אין בנתונים העובדתיים שאספה כדי לתמוך בטענות שהושמעו לפנייה בדבר הצפת בתי-המשפט בתביעות רשלנות רפואית. הדבר אינו נלמד מהמספר הכולל של התביעות שהוגשו בתקופה שנבדקה, שכן מדובר כאמור רק במאות ספורות של תיקים בשנה מתוך אלפי תביעות נזיקין (במיוחד בבתי-משפט השלום). הדבר אינו נלמד גם מהעלייה השנתית שנרשמה במספרן של תביעות הרשלנות הרפואית, שכן הנתונים הצביעו על עלייה מתונה בלבד.⁴⁵ אין אומנם להקל ראש בקשיים שתביעות הרשלנות הרפואית מציבות בפני בתי-המשפט והצדדים, אולם נראה שהן מהוות אך חלק קטן מעיסוקם של בתי-המשפט. יש אפוא בנתונים שהוצגו כדי להעמיד את העיסוק בנושא בפרופורציה המתאימה. הנתונים מלמדים גם כי רוב התביעות, הן בבתי-המשפט המחוזיים והן בבתי-משפט השלום, מסתיימות בהסכם פשרה. עם זאת, רק במיעוט זעיר מן המקרים הצדדים מסתייעים בהליכי המשפט החלופיים הקבועים בחוק בתי-המשפט, כגון פישור, גישור או פסיקה על-דרך הפשרה. נראה כי דרך פעולה זו, שיש בה כדי לקצר ולייעל את הליכי המשפט, אינה בשימוש כמעט בתביעות רשלנות רפואית, וחבל.

פרק ג: הגבלת הפיצויים בגין כאב וסבל בתביעות רשלנות רפואית

אחד הנושאים העיקריים שעמדו על סדר-יומה של הוועדה הוא הקטנת ההוצאה הציבורית באמצעות הגבלת הפיצויים, מבלי לשנות את משטר האחריות. במהלך דיוני הוועדה הוחלט להתמקד בראש-הנזק של פיצויים בגין נזק לא-ממוני, ולבחון אם יש הצדקה להגביל את הפיצוי בגינו, ואם כן – באיזו דרך ייעשה הדבר. במסגרת דיוני הוועדה נשמעו עמדות שונות, והוצגו גם נתונים מן המחקר שנעשה על תיקי רשלנות רפואית. עמדותיהם של משרדי הממשלה נידונו בישיבה אצל היועץ המשפטי. בסופו של דבר לא הושגה הסכמה בין משרדי הממשלה בסוגיה זו, עקב ספקות כבדים באשר לחוקתיותה של ההגבלה כפי שהוצעה, ולנוכח התנגדותו של היועץ המשפטי לממשלה הוחלט כי אין מקום לכלול בדוח המלצה על שינוי המצב המשפטי.

1. ייחודיותה של פסיקת הפיצויים בתביעות רשלנות רפואית

הוועדה שמעה טענות כי פסיקתם של בתי-המשפט בתביעות רשלנות רפואית שונה בהיבטים אחדים מפסיקתם בתביעות נזיקין אחרות, ובכלל זה בהיבט של סכום הפיצויים שנפסק, במיוחד בשל נזק לא-ממוני. כדי לברר שאלה זו, ערכה הוועדה סקירה מקיפה של

⁴⁵ ראו לוח 2.8 בעמ' 17 לדוח.

פסיקת בתי-המשפט, במקביל לאיסוף נתונים על סכומי הפיצויים מתוך התיקים שנכללו במאגר הנתונים.⁴⁶

מסקירה זו עלה כי קשה למצוא הבדל בין תביעות רשלנות רפואית לבין תביעות נזיקין אחרות מבחינת הפיצויים שנפסקו בשל נזק לא-ממוני שנגרם עקב נזק לגוף. בתי-המשפט התייחסו לכל מקרה לגופו, ולא נמצאו תימוכין לטענה כי בתי-המשפט פוסקים פיצוי גבוה יותר משום שהנזק נגרם כתוצאה מרשלנות רפואית דווקא. בית-המשפט העליון פסק בשורה של הלכות, אשר חלות על כל הסוגים של תביעות הנזיקין, כי מטרת הפיצויים בדיני הנזיקין היא השבת מצבו של הנפגע לקדמותו,⁴⁷ וכי פיצוי החורג מעיקרון זה מחייב הנמקה מיוחדת.⁴⁸ עוד נקבע כי הנזק הלא-ממוני אינו נזק מפילי (פרזיטי), הנסבל רק אם הוא טפל לנזק ממוני, אלא מוכר כראש-נזק העומד בזכות עצמו.⁴⁹ כידוע, חוק הפיצויים⁵⁰ קובע תקרה לגבי הפיצוי בגין נזק לא-ממוני,⁵¹ אך ההלכה היא שאין להקיש מהסדר זה לגבי

46 לסקירת הפסיקה ראו פרקים 3 ו-4 לדוח.

47 ע"א 22/49 לוי נ' מוסף, פ"ד ד 561 (1950); ע"א 467/77 הורוביץ נ' רשות הנמלים, פ"ד לג(2) 256 (1979). מן העובדה שמטרת הפיצויים בנוקי גוף היא "השבת המצב לקדמותו" ניתן ללמוד על העקרונות שיש לנקוט בקביעת רמת הפיצויים: רמת הפיצויים צריך שתהא אינדיווידואלית ותואמת את נזקיו של הנפגע, כלומר, היא אינה מיועדת להעניש את המזיק, כשם שאין היא באה להעשיר את הנפגע. הכלל הקובע הוא שאין הניזוק זכאי לפיצויים אלא כדי נזקו, כשם שאין המזיק חייב אלא כדי הנזק שגרם. ראו גם ע"א 357/80 יהודה נעים ואח' נ' משה ברדה ואח', פ"ד לו(3) 762, 766-767 (1982).

48 רע"א 4740/00 לימור אמר ואח' נ' אורנה יוסף ואח', פ"ד נה(5) 510 (2001).

49 ע"א 243/83 עיריית ירושלים נ' אלי גורדון, פ"ד לט(1) 113 (1985). בעניין זה קבע בית-המשפט העליון, מפי השופט ברק (כתוארו אז): "אכן, עוולת הרשלנות צריכה להגן באופן שווה הן על האינטרס של הניזוק בגופו ובכספו והן על האינטרס של הניזוק בנפשו, בנחותו ובאשרו. אין לראות בנזק הלא-רכושי כדבר 'פאראזיטי', הנסבל רק אם הוא טפל לנזק רכושי. יש להכיר בו כנזק ברי-פיצוי, העומד ברשות עצמו. כבודו של אדם, שמו הטוב, נוחותו ושלמות נפשו חשובים לחיי חברה תקינים וצריכים לקבל הגנה ראויה כמו כל אינטרס רכושי. כוסו וכיסו של אדם אינם חשובים יותר מכעסו... יצוין כי ההכרה בנזק הלא-ממוני כראש-נזק "לגיטימי" אינה מובנת מאליה, כפי שציין בית-המשפט העליון בע"א 1338/97 תנובה מרכז שיתופי לשווק נ' ראבי תופיק, פ"ד נו(4) 673 (2003): "בשיטות משפט שונות ניטש ויכוח עקרוני על עצם השאלה האם מן הדין להעניק פיצויים על נזק בלתי רכושי, ומוכרות השגות עקרוניות כנגד מתן פיצויים כספיים על נזקים מסוג זה" (ג' טדסקי דיני הנזיקין ותורת הנזיקין הכללית 164 (מהדורה שנייה, תשל"ז)). אף שבצד ההשגות מוכרות גם התשובות להשגות, עדיין קיימת רתיעה מפני הכרה מלאה בנזקים בלתי רכשיים, רתיעה אשר מקורה גם בחשש של העמדת פנים מצד הניזוק, במיוחד כאשר הנזק הבלתי רכושי אינו נראה לעין" (שם, בעמ' 166).

50 חוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים, התשל"ה-1975, ס"ח 234 (להלן: חוק הפיצויים).

51 ס' 4(ב) לחוק הפיצויים קובע כי סכום התקרה יהיה צמוד למדד המחירים לצרכן, ומסמך את שר המשפטים לקבוע בתקנות מבחנים לגבי אופן חישוב הפיצוי בגין נזק לא-ממוני. לפי ס' 2 לתקנות הפיצויים לנפגעי תאונות דרכים (חישוב פיצויים בשל נזק שאינו נזק ממוני)

אופן פסיקת הפיצויים בשל נזק לא-ממוני לפי פקודת הניזוקין. זאת, משום שחוק הפיצויים מייצג גישה "תעריפית", ואילו פקודת הניזוקין דוגלת בגישה "אינדיווידואליסטית".⁵² גם סכום הפיצויים בגין הנזק הלא-ממוני אינו צריך להיות מושפע מסכומי הנזק הלא-ממוני הנפסקים על-פי הנוסחה של חוק הפיצויים ותקנותיו, אשר אינם עונים ואינם מתיימרים לענות על נסיבותיו המיוחדות של מקרה פרטי, ואשר נקבעו, בין היתר, לנוכח קיומה של אחריות מוחלטת.⁵³ כללים אלה לפסיקת פיצוי בשל נזק לא-ממוני נקבעו בפסיקה והוחלו על כל תביעות הניזוקין.

כאמור, עיון בסכומי הפיצויים שנפסקו בגין נזק לא-ממוני, כפי שהצטיירו מסקירת הפסיקה, העלה כי בתי-המשפט לא הבחינו בין תביעות רשלנות רפואית לבין תביעות ניזוקין אחרות בקובעם את גובה הפיצויים.⁵⁴ בשנים האחרונות הביע בתי-המשפט העליון את דעתו כי ייתכן שהסכומים שנפסקים בראש-נזק זה אינם מפצים כראוי את הניזוק על נזקו.⁵⁵

2. נתונים ביחס לפסיקת פיצויים

הוועדה ביקשה ללמוד מתוך מאגר הנתונים מהן המגמות בפסיקת הפיצויים בכלל ובגין נזק לא-ממוני בפרט במשך התקופה הנבדקת. כך, ביחס לבתי-משפט השלום ולבתי-המשפט המחוזיים בחנה הוועדה אם במשך השנים חלה עלייה בסכומי הפיצויים באופן כללי ובסכומי הפיצויים בגין נזק לא-ממוני בפרט, אם יש הבדל בין הערכאות לעניין זה, אם יש הבדל בהקשר זה בין תחומי הרפואה השונים ועוד.

התשל"ו-1976, ק"ת 2706, הפיצוי בגין נזק לא-ממוני יחושב לפי הנוסחה הבאה: שני פרומיל מסכום התקרה כפול מספר הימים שבהם היה הניזוק מאושפז בשל התאונה בבית-חולים או במוסד לטיפול בחולים או בנכים, בתוספת 1% מסכום התקרה כפול אחוזי הנכות לצמיתות שנגרמה לניזוק עקב התאונה. לפי תקנה 3, הפיצוי בגין נזק לא-ממוני מופחת ככל שגילו של הניזוק עולה. כך, לגבי ניזוק שביום התאונה היה גילו מעל שלושים שנה, סכום הפיצויים מופחת ב-1% על כל שנה שמלאה לו מעל לגיל שלושים. לפי תקנה 2(ב), לגבי ניזוק שאינו זכאי לפיצוי בגין נזק ממוני, סכום הפיצויים מוגבל ל-10% לכל-היותר מסכום התקרה. לפי תקנה 4, במקרה שבו הניזוק מת בשל התאונה, הפיצוי בגין נזק לא-ממוני לעובדו יהיה 25% מסכום התקרה.

52 ע"א 244/87 ציון קוש ואח' נ' שלמה כהן, פ"ד מג(1) 15 (1989); ע"א 675/82 סלמן אסדי נ' כהן, פ"ד לח(4) 449 (1984); ע"א 515/83 עגור נ' אייזנברג, פ"ד לט(1) 197 (1985). כן ראו אליעזר ריבלין "פיצויים בגין נזק לא מוחשי ובגין נזק לא ממוני – מגמות הרחבה" ספר שמגר ג 21, 47 (התשס"ג).

53 ע"א 398/99 קופת חולים של ההסתדרות הכללית נ' לאה דיין, פ"ד נה(1) 765, 767 (1999). בית-המשפט חזר על הלכה זו גם בע"א 1432/03 ינון מוצרי מזון ושיווק בע"מ נ' מאגדה קרעאן, פ"ד נט(1) 345 (2004), שעסק בתאונת-עבודה.

54 ראו ס' 5.2.4 לדוח, בעמ' 104-109.

55 ע"א 6978/96 סמדר עמר נ' קופת חולים כללית של ההסתדרות, פ"ד נה(1) 920 (1999).

מלאכה זו התבררה כקשה בשל מיעוט פסקי-הדין המלאים (דהיינו, כאלה הכוללים התייחסות גם לשאלת האחריות וגם לשאלת הנזק), להבדיל מפסקי-דין המאשרים הסכם פשרה.⁵⁶ זאת, משום שפסקי-דין המאשרים הסכם פשרה מציינים רק את סכום הפיצויים הסופי, ואינם מפרטים את סכום הפיצויים שהוסכם בין הצדדים בגין כל ראש-נזק. לפיכך, ביחס לפיצויים בשל נזק לא-ממוני נלקחו הנתונים רק ממאגר פסקי-הדין המלאים, שהיה מצומצם בהיקפו (שכן רוב התיקים הסתיימו כאמור בהסכמי פשרה או בהחלטות אחרות שאינן לגופו של עניין, כגון מחיקה או דחייה בהסכמה).⁵⁷ הסכומים שנקובים בדוח הוועדה, ואשר יובאו להלן, הם הסכומים שנפסקו לפי ערכם נכון ליום 14 ביולי 2004. מן הנתונים עולה כי בבתי-המשפט המחוזיים ניכרה מגמה כללית של עלייה במספר התיקים ובסכום הפיצויים הממוצע עד שנת 2000 ועד בכלל. אולם החל בשנת 2001 ניכרה ירידה בסכום הפיצויים הממוצע לתיק (וזאת חרף העובדה שבשנה זו צומצמה סמכותם של בתי-המשפט המחוזיים לתיקים מעל 2.5 מיליון ש"ח, וחרף העובדה שניתנו פסקי-דין רבים יותר).⁵⁸ כך בתיקי בתי-המשפט המחוזיים שהסתיימו באישור הסכם פשרה,⁵⁹ וכך בתיקים שהסתיימו בפסק-דין מלא.⁶⁰

נתון מעניין נוסף הוא היחס בין הסכומים שנפסקו בפסקי-דין מלאים לבין הסכומים שנפסקו במסגרת אישור הסכמי פשרה. הוועדה מצאה כי עד שנת 1998 ועד בכלל, הסכומים הממוצעים שנפסקו במסגרת אישור הסכם פשרה היו גבוהים מן הסכומים שנפסקו בפסקי-דין מלאים. בשנים 1998-2001 התהפך המצב, וסכומי הפיצויים הממוצעים בפשרה היו נמוכים מאלה שנפסקו בפסקי-דין מלאים; אולם בשנת 2002 שוב התהפך המצב, דהיינו, הסכומים שנפסקו במסגרת אישור הסכמי פשרה היו גבוהים מאלה שנפסקו בפסקי-דין מלאים.⁶¹

במגבלות המחקר נראה שניתן לומר כי מן הנתונים עולה נטייה של הצדדים להערכת-יתר של הסיכון הטמון בתיק. פסק-דין המאשר הסכם פשרה נותן תוקף להסכמת הצדדים, וסכום הפשרה – שהוא הסכום שלגביו הגיעו הצדדים להסכמה במהלך משא-ומתן – משקף את הערכת הסיכון של הצדדים בתיק, אם סכומים אלה גבוהים בממוצע מן הסכומים

56 נמצאו רק 166 תיקים שבהם ניתנו פסקי-דין מפורטים.

57 ראו לעיל ה"ש 36. גם ביחס לפסקי-הדין המלאים התברר לעיתים כי אי-אפשר לדעת מפסק-הדין מהו הסכום ששולם בסופו של דבר לתובע, וזאת מסיבות שונות: בחלק מן המקרים לא חישב בית-המשפט את הסכומים או את חלקם, אלא רק נתן לצדדים פרמטרים לחישוב הנזק; בפסקי-דין אחרים לא צוין הסכום של תגמולי המוסד לביטוח לאומי שיש לנכות מפסק-הדין; במקרים של הסכמה בין הצדדים על חלק מראשי-הנזק לא צוינו בפסק-הדין הסכומים המוסכמים; וכדומה.

58 בשנת 2000 הגיע סכום הפיצויים הממוצע לכ-1,233,000 ש"ח, ואילו בשנת 2003 עמד סכום הפיצויים הממוצע על 902,000 ש"ח. ראו לוח 5.1 בעמ' 112 לדוח והטקסט הנלווה אליו.

59 ראו לוח 5.2 בעמ' 113 לדוח והטקסט הנלווה אליו. כאן עמד הסכום הממוצע על כ-1,200,000 ש"ח בשנת 2000 ועל כ-983,000 ש"ח בשנת 2003.

60 ראו לוח 5.3 בעמ' 114 לדוח.

61 ראו לוח 5.4 בעמ' 114 לדוח.

שנפסקים על-ידי בתי-המשפט לפי שיקול-דעתם של השופטים, אזי המשמעות היא שהצדדים מעריכים ביתר את הסיכון הגלום בתיק, כלומר, הם מעריכים שבית-המשפט יפסוק סכום גבוה יותר מזה שהיה פוסק אולי בפועל.

גם בבתי-משפט השלום הסתמנה עד לשנת 2000 מגמה של עלייה מתמדת בסכום הפיצויים הממוצע במקביל לעלייה במספר פסקי-הדין. משנה זו הסתמנה מגמה של ירידה בחזרה לרמות שאפיינו את סוף שנות התשעים, במקביל לירידה במספר פסקי-הדין.⁶² הסכומים, מדרך הטבע, נמוכים בהרבה מאלה הנפסקים בבתי-המשפט המחוזיים.⁶³ באשר לסכומי הפיצויים בשל נזק לא-ממוני, מן הנתונים שנאספו על-ידי הוועדה⁶⁴ ניתן ללמוד כי אף שסכום הפיצויים הממוצע שנפסק בבתי-המשפט המחוזיים (בתיקי ערכאה ראשונה) בגין כאב וסבל בלבד (ללא פיצוי בשל אובדן או קיצור של תוחלת חיים) עלה עד שנת 2001, משנה זו הסתמנה מגמת ירידה. הסכום הממוצע הגבוה ביותר שנפסק על-ידי בתי-המשפט המחוזיים הוא 275,119 ש"ח (בשנת 2001). עוד עולה מן הנתונים כי הסכומים הגבוהים בגין נזק לא-ממוני נפסקו בתיקים שבהם נגרם לתובע קיצור תוחלת חיים כתוצאה מן הפגיעה. בתי-המשפט נהגו במקרים אלה לפצות את התובע בעבור שני ראשי-הנזק הלא-ממוניים – כאב וסבל וקיצור תוחלת חיים – בסכומים גבוהים יותר בהשוואה למקרים שבהם לא נגרם קיצור תוחלת חיים.⁶⁵ בבתי-משפט השלום היו סכומי הפיצויים הממוצעים נמוכים בהרבה: בתיקים שבהם נפסק פיצוי בשל כאב וסבל בלבד, עמד סכום הפיצויים הממוצע הגבוה ביותר על פחות מ-90,000 ש"ח (בשנת 2003); ובתיקים שבהם נפסק גם פיצוי בשל קיצור תוחלת חיים, עמד הסכום הממוצע הגבוה ביותר על כ-260,000 ש"ח.⁶⁶

מן הנתונים עולה כי במשך השנים אכן עלו סכומי הפיצויים הממוצעים שנפסקו בתביעות רשלנות רפואית. עם זאת, לא ברור אם הסיבה לכך היא שינוי במדיניות הפסיקה של בתי-המשפט או שמא גורמים כגון גידול האוכלוסין, התחזקות המודעות לאפשרות לתבוע בגין נזק, החמרת הנזקים הנובעים מהתרשלות עקב התפתחות הרפואה וכדומה – נושאים שאותם לא יכלה הוועדה לבדוק. מכל מקום, נראה שניתן לומר כי מנתוני הוועדה עולה שהטענות בדבר הפרזה בפסיקת הפיצויים על-ידי בתי-המשפט אינן מבוססות – לא ביחס לסכום הפיצויים הכללי (סכום הפיצויים הממוצע הגבוה ביותר נפסק בשנת 2000, ועמד על 1,232,798 ש"ח) ולא ביחס לפסיקת הפיצויים בגין כאב וסבל (סכום הפיצויים הממוצע הגבוה ביותר בגין כאב וסבל נפסק כאמור בשנת 2001, ועמד על 275,119 ש"ח).

62 בשנת 2000 עמד סכום הפיצויים הממוצע על כ-141,000 ש"ח. כאמור לעיל, בשנת 2001 הורחבה סמכותו העניינית של בית-משפט השלום ל-2.5 מיליון ש"ח.

63 יצוין כי הסכומים שנפסקו נמוכים בהרבה מגבול הסמכות. עם זאת, נראה שהעלייה המסתמנת בשנת 2003 בסכום הממוצע של הפיצויים הנפסקים בבתי-משפט השלום משקפת את הרחבת סמכותם משנת 2001.

64 ראו לוח 5.8 בעמ' 117 לדוח.

65 ראו לוח 5.9 בעמ' 118 לדוח.

66 אך בקטגוריה זו היו בשלושה תיקים בלבד. ראו ס' 5.4.2.2 לדוח, בעמ' 119.

יש לציין כי הוועדה אספה נתונים לגבי תביעות שהוגשו לבתי-המשפט עד סוף שנת 2002, כלומר, בטרם הכיר בית-המשפט העליון בפיצוי בשל אובדן ההשתכרות ב"שנים האבודות" עקב קיצור תוחלת החיים.⁶⁷ סביר להניח כי שינוי ההלכה בעניין זה הוביל להגדלת סכומי הפיצויים הנפסקים בתביעות נזיקין, ובכלל זה בתביעות רשלנות רפואית. נראה כי תופק תועלת רבה אם ייערך בעתיד מחקר כגון זה שערכה הוועדה, כדי להעריך את ההשפעה של שינוי ההלכה על פסיקת הפיצויים, וכדי להמשיך לעמוד על המגמות בפסיקה.

3. בעד ונגד הגבלת הפיצויים בשל נזק לא-ממוני בתביעות רשלנות רפואית

הדיון בשאלת הגבלת הפיצויים בשל נזק לא-ממוני בתביעות רשלנות רפואית – מבלי לשנות את משטר האחריות – לא התמצה בבדיקת נתונים עובדתיים בלבד. הדיון עסק בשאלות של מדיניות ציבורית, הקצאת משאבים, יעילות כלכלית, צדק חלוקתי מול צדק מתקן, וסוגיות משפטיות שונות ומגוונות. בין היתר נידונו השפעתם של חוקי-היסוד על האופן שבו ראוי לחוקק בדיני הנזיקין לנוכח פסקת ההגבלה; היחס בין דיני הנזיקין לבין דיני הבריאות, ואם קיימת התנגשות ביניהם; והשלכות השוני שבין תביעות הנזיקין השונות על ההסדר העתידי.⁶⁸

מבנה הדיון בשאלת הגבלת הפיצויים בגין נזק לא-ממוני יהיה כדלקמן: תחילה יתוארו הנימוקים בעד ונגד הגבלת הפיצויים, תוך התמקדות בנימוקים מתחום שיקולי המדיניות, ותוך התייחסות ומתן הסבר למונחים "צדק חלוקתי", "צדק מתקן" ו"הרתעה יעילה"; אחר כך (בתת-פרק 4) יתואר הניתוח החוקתי שנעשה בוועדה לשאלת הגבלת הפיצויים כאמור, תוך התמקדות בניתוחה של פסקת ההגבלה.

(א) הנימוקים בעד הגבלת הפיצויים

המצדדים בהגבלת הפיצויים בשל נזק לא-ממוני בתביעות רשלנות רפואית, שעימם נמנו מקרב חברי הוועדה נציגי משרד האוצר ומשרד הבריאות, טענו כי לרשלנות רפואית יש מאפיינים ייחודיים שמסבירים את מגמת הגידול במספר התביעות ובהיקף הפיצויים הנפסקים, ואשר מצדיקים הסדרה ייחודית בחקיקה. לתמיכה בעמדה זו הובאו נימוקים מסוגים שונים: שיקולים של צדק חלוקתי, שיקולי הרתעה וטיעונים משפטיים. נציגי משרד האוצר ומשרד הבריאות סברו כי הגידול בעלויות הרשלנות הרפואית בגין הפעילות הרפואית הציבורית והפרטית מקטין את היקף המשאבים שמערכת הבריאות יכולה להקצות לשירותי הרפואה האחרים, ועלול לפגוע ביכולת להשיג את מטרותיו של חוק ביטוח

67 ע"א 140/00 עזבון המנוח מיכאל אטינגר נ' החברה לשיקום ופיתוח הרובע היהודי, פ"ד נח(4) 486 (2004); ע"א 10990/05 ירון פינץ נ' הראל, תק"ע על 2006(2) 199.

68 יצוין כי אף שרוב הטיעונים בעד הגבלת הפיצויים נגעו ברפואה הציבורית, כוונתם של המצדדים בהגבלה הייתה להביא לידי יצירת הסדר שיחול על כלל תביעות הרשלנות הרפואית, כולל אלה שנגרמו על-ידי ספקי שירותי רפואה פרטיים.

בריאות ממלכתי. מכאן שקיים אינטרס ציבורי בצמצום היקף הפיצויים כדי להקטין את עלויות הביטוח המקצועי. כך יגדל היקף המשאבים שיהיה אפשר לנצל לשם הספקת שירותי רפואה לרווחת הציבור כולו. כמו־כן יש צורך בוודאות כדי שהמבטחים יוכלו להעריך בצורה מדויקת יותר את הסיכון שהם חשופים לו ואת הסכומים שהם צפויים לשלם. הוודאות תושג אם ייקבעו סכומים מדויקים ואם תיקבע דרך חישובם (כלומר, תוצג נוסחה לחישוב הפיצוי, בכפוף לתקרה שתיקבע).

על הטענה כי הגידול בעלויותיהן של תביעות בגין נזקי גוף מאפיין – אם בכלל – גם תחומים נוספים, ואינו ייחודי לתחום הרשלנות הרפואית, השיבו המצדדים כי לנוכח ייחודיותה של ההכרעה השיפוטית בתביעות הרשלנות הרפואית ולנוכח הייחודיות של מבנה מערכת הרפואה הציבורית בישראל ואופן מימונה, לגידול בתחום הרשלנות הרפואית יש השלכות משמעותיות על הקופה הציבורית, אשר מצריכות ומצדיקות טיפול ייחודי. להלן יפורטו הנימוקים ביתר הרחבה.

1. ייחודיותה של ההכרעה השיפוטית בתביעות רשלנות רפואית – ייחודיותה של ההכרעה השיפוטית בתחום הרשלנות הרפואית באה לידי ביטוי בכמה היבטים. ראשית, הרפואה היא תחום שלציבור יש עניין מיוחד בקיומו ובפיתוחו על־אף הסיכונים הטבועים בו. במקרים רבים החולה מגיע לטיפול הרפואי כאשר נשקפת סכנה לכריאתו, והטיפול עצמו עלול להעמידו בסכנה גדולה אף יותר כדי לסייע בריפוי העתידי. לנוכח החשיבות הרבה בקיומה של הרפואה הציבורית, יש למנוע מצב שבו שיקולים של כדאיות כלכלית יגרמו לצמצום בהספקת שירותי רפואה שבהם הסיכון לתביעות גבוה (למשל, בתחום הנורו־כירורגיה, כפי שאירע בארצות־הברית). יש מקום לעודד פעילות רפואית בתחומים "עתידי־סיכון", שכן קיים בהם גם פוטנציאל להבראה ולהצלת חיים. שנית, מדע הרפואה הוא תחום מורכב, ואין בו אמת מוחלטת. ביחס לשיטות טיפול רבות יש כמה אסכולות וגישות, והדבר מחייב התמחות והתמקצעות, אשר מטבע הדברים אין השופטים מצוידים בהן. עקב כך קשה לבית־המשפט להתמודד עם טענות מנוגדות ולהגיע לתוצאה המשפטית הנכונה מבחינה עובדתית. מעצם טיבה, פסיקת בית־המשפט ניתנת בדיעבד, ובמקרה של נזק בשל טיפול רפואי, כל טיפול חלופי היה עדיף בדיעבד על הטיפול שניתן בפועל. על־כן במקרים רבים שבהם מוטלת אחריות ונפסקים פיצויים קשה לקבוע אם אכן הייתה התרשלנות במובנה האמיתי, קרי, "חריגה מסטנדרט טיפולי ראוי ומקובל".

שלישית, מדע הרפואה מתאפיין, יותר מתחומים אחרים, בשינויים אינטנסיביים ובהתפתחויות מואצות. עקב כך נוצרים חדשות לבקרים אמות־מידה מקצועיות חדשות וסיכונים חדשים ומגוונים, אשר יש לזהותם ולהתמודד עימם. אף שבת־המשפט מנחים את עצמם לא לבחון דברים בבחינת "חוכמה שלאחר מעשה", ולא לאמץ אמות־מידה מאוחרות ומחמירות יותר, בפועל הדבר בלתי־נמנע, ונוצרת הטיה של הפסיקה לטובת הנפגע. זאת, כאשר ההכרעה הרפואית עצמה נעשית במקרים רבים בתנאים של אי־ודאות ולחץ, ועל־כן קשה מאוד לשפוט אותה בדיעבד.⁶⁹

69 על־פי טיעון זה, יש לזכור כי טיפול רפואי הוא במהותו פעילות מסוכנת, ויש לבחון את

רביעית, הקושי האמור לעיל בגיבוש הכרעה שיפוטית נכונה בדבר קיומה של רשלנות רפואית יוצר אצל הרופאים תחושה כי ההליכים המשפטיים הם בלתי-צפויים, שרירותיים ולא-עקביים. הרופא עלול לקבל את הרושם כי ממילא כל פעולה שלו, נכונה כלא-נכונה, עלולה להיחשב רשלנית, והדבר עלול להביא לידי התפתחותה של "רפואה הגנתית". זהו מצב שבו הרופאים פועלים תוך חשש מתמיד מפני תביעות רשלנות, ואינם נוקטים עוד רק את הפעולות הנחוצות באמת לצורך הטיפול בחולה, אלא גם פעולות מיותרות (למשל, בדיקות מיותרות), במטרה להפחית את הסיכון שתוגש תביעה בגין רשלנות רפואית. עם ההפכונה של הרפואה ההגנתית לתופעה נפוצה, נוצר גידול רב בעלויות, והתוצאה היא ייקור משמעותי של שירותי הבריאות ויצירת עומס על המשאבים של שירותי הרפואה באופן שאינו תורם לרפואה ולרווחת הציבור.

חמישית, קיים חוסר איזון מובנה בין התובע-הניזוק היחיד לבין הנתבע האמורפי והאנונימי:⁷⁰ לנגד עיני השופט עומדות נסיבות המקרה המסוים, אך אין ביכולתו לאמוד או לשקלל את ההשלכות הכלכליות של החלטתו על מערכת הבריאות, אשר בה הוא רואה "כיס עמוק" שניתן להיפרע ממנו.

2. שיקולים של צדק חלוקתי – המצדדים בהגבלת הפיצויים בשל נזק לא-ממוני בתביעות רשלנות רפואית (מבלי לשנות את משטר האחריות, כזכור) הכירו בכך שככלל העיקרון הבסיסי בדיני הנוזקין הוא שניזוק אשר נפגע מפעילותו של מזיק הנושא באחריות זכאי לפיצוי התואם את נזקו ולהשבת המצב לקדמותו. אולם לשיטתם, אין בכך כדי למנוע קביעת חריג לכלל זה, ככל שהדבר נוגע במערכת הבריאות. הגבלת היקף הפיצויים, למצער בשל נזק לא-ממוני, אינה נובעת מתפיסה כי מדובר בחריג לכלל בדבר השבת המצב לקדמותו, כלומר, היא אינה נובעת משיקולים של דיני נוזקין, אלא נעוצה בשיקול ציבורי, חוץ-נוזקי, הנוגע בחלוקתה של עוגת המשאבים המוגבלת העומדת לרשות מערכת הרפואה הציבורית.⁷¹

אופיו ואת מידת חריגותו של הסיכון בטיפול הרפואי מול סיכונים אחרים. טיפול רפואי, בין שהתחיל באופן מתוכנן ובין שננקט כפעולת חירום, נעשה בתנאים של לחץ, תוך צורך בקבלת החלטות מיידיות אשר שיפוטן בדיעבד בעייתי, כאמור. נוסף על כך, קשה להוכיח קשר סיבתי הכרחי בין הטיפול הרפואי לבין הנזק הנטען, משום שאי-אפשר לדעת בוודאות מה הייתה התוצאה של טיפול או דרך טיפול חלופיים. על-כן, אף אם במצב הלחץ של הטיפול הרפואי התקבלה החלטה שגויה, אין לראות בה מייד רשלנות המזכה בפיצוי מלא, שכן תנאי הלחץ של הפעילות הרפואית יוצרים לעיתים רמת שגיאות סבירה, שהינה חלק מהסיכון הטמון בפעילות רפואית.

70 הנתבע הוא "אמורפי ואנונימי" שכן במקרים רבים מדובר במדינה, בתאגיד (כגון קופת-חולים) או במבטח, להבדיל מהתובע, שהוא אדם ממשי, בעל פנים ושם.

71 אף שהדבר לא נטען לפני הוועדה על-ידי המצדדים בהגבלת הפיצויים, לא למותר להזכיר כי קיימת גם גישה המבקשת להביא בחשבון בתוך דיני הנוזקין פנימה גם שיקולים של צדק חלוקתי. על-פי הטענה, מן הראוי לחלק מחדש את המשאבים בחברה גם באמצעות דיני

צדק חלוקתי עוסק בחלוקה החברתית הצודקת והשוויונית של משאבים חברתיים ואחרים,⁷² כמו-גם של הנטלים החברתיים. זאת, לענייננו, באמצעות הסדרים משפטיים המיועדים למטרה זו. מקובל לטעון כי מקומו הראוי של הצדק החלוקתי הוא בדינים העוסקים בחלוקה מחדש של העושר על-ידי השלטון המרכזי, כגון דיני המס והביטוח הלאומי.⁷³ מאחר שההכרעה בדבר אופן חלוקתם של המשאבים בחברה היא פוליטית במהותה, מן הראוי שתיעשה על-ידי המחוקק, ולא על-ידי הרשות השופטת, אשר אינה נבחרת.⁷⁴ עיקרון זה עובר כחוט-השני בענפים רבים של המשפט הישראלי.⁷⁵

הנויקין, בשאלות כגון הטלת אחריות, פסיקת פיצויים וכדומה. יש המאמינים כי על דיני הנויקין לחתור להגשמת עקרון השוויון בחברה, ובפרט לאימוץ כללים נויקיים שיעצימו ויחזקו קבוצות חלשות בחברה ויצמצמו פערים בין עשירים לעניים. כדוגמה מן הפסיקה ניתן להביא את ע"א 10064/02 מגדל חברה לביטוח בע"מ נ' רים אבו חנא, תק-על 2005(3) 3932 (טרם פורסם, 27.9.2005), המנתח את שאלת האופן שבו יחושב פיצוי בשל אובדן כושר השתכרות לקטינה בדואית שנפגעה בתאונת-דרכים, הן לפי שיקולים של צדק מתקן (כפי שיפורט בהמשך) והן לפי שיקולים של צדק חלוקתי: "לשיטתי, הניסיון לקבוע קבוצות אוכלוסייה מסוימות, שלגבי ילדיהן תקום הנחה א-פרוורית של חדלות או דלות – דינו להיכשל. אל לנו לדון את הקטין לגורל מסוים אך בשל הסביבה בה גדל, השכלתם ופרנסתם של הוריו, מינו או המוצא הגזעי או האתני אליו הוא משתייך. אין נפקא מינא אם לפנינו ילדה או ילד, אם הוא בן למשפחה מבוססת או עשירה, אם הוא עולה חדש או יליד הארץ, אם מקום מגוריו מבוסס או נחשל או אם בן מיעוטים הוא. חישוב הפיצויים על-פי שיוך קבוצתי יוצר הפליה מחמת דת, גזע, לאום או מין. הפליה זו הוגדרה במשפטנו 'הקשות שבהפליות'... עקרון האוטונומיה של הפרט מחייב להניח כי בהיעדר נסיבות אינדיבידואליות-ספציפיות המלמדות אחרת, לכל קטין האפשרות להתקדם, להתפתח ולהשתלב במערך התעסוקתי הישראלי לפחות כדי ההשתכרות הממוצעת במשק. פסיקה המבקשת לקרב את כושר השתכרותו לזה של בני משפחתו בעבר או לזה של מינו או הסביבה החברתית שבה גדל, סותרת את הגולל על האפשרות כי היה פורץ את הגבולות שתוחמת לו הסטטיסטיקה הקבוצתית. היא מביאה לתוצאה גרסיבית – שעתוק וחיוק הריבוד החברתי הקיים, ויוצרת עיוות במערך התמריצים של מויקים" (שם, בפס' 45). עם זאת, יש לציין כי השופט ריבלין (כתוארו אז) אינו קובע הלכה כי דיני הנויקין נועדו לשמש גם מטרת של צדק חלוקתי, אלא משאיר זאת בצריך עיון (שם, בפס' 40).

לדוגמאות ספורות בלבד מן הספרות המשפטית המבקשת לקדם את דיני הנויקין ככלי לעשיית צדק חלוקתי ראו צחי קרן-פו "לי זה עולה יותר": דחיית הטענות בדבר חוסר לגיטימיות ועלות מוגזמת הנטענות כלפי קידום השוויון במשפט הפרטי" משפט וממשל (2) 541 (תשס"ה) (להלן: קרן-פו "לי זה עולה יותר"); צחי קרן-פו "כיצד דיני הפיצויים הופכים את העניים לעניים יותר?" עיוני משפט כח 299 (תשס"ד).

72 בג"ץ 244/00 עמותת שיח חדש נ' שר התשתיות הלאומיות, פ"ד נה(5) 847 (2000).

73 חנוך דגן "קניין, אחריות חברתית וצדק חלוקתי" צדק חלוקתי בישראל 97, 110 (מנחם מאוטנר עורך, 2000).

74 לביקורת על טיעון זה ראו קרן-פו "לי זה עולה יותר", לעיל ה"ש 71.

75 לתחולתו בדיני התגמולים והשיקום לנכי צה"ל ראו רע"א 7678/98 קצין התגמולים ואח' נ'

זו גם הייתה מטרתו של חוק ביטוח בריאות ממלכתי בעת חקיקתו.⁷⁶ בית-המשפט העליון אף קבע כי עקרון הצדק החלוקתי מצדיק החלה אקטיבית של מעשה החקיקה, ושיקולים תקציביים הכרוכים ביישומו של מעשה חקיקה עשויים להשפיע אף הם על פרשנותו מבחינת מרחב תחולתו.⁷⁷

לכאורה, קביעת תקרת פיצוי עלולה להפלות בין מי שניזוק מפעילות רפואית ציבורית לבין מי שניזוק ממקור אחר. מנקודת-המבט של דיני הנוזקין זו טענה כבדת-משקל, אך מנקודת-המבט של דיני הבריאות, העוסקים בין היתר בחלוקת המשאבים במערכת הרפואה הציבורית, הדברים שונים. מערכת הבריאות, יותר מכל מערכת אחרת, מושתתת על עקרונות של שוויון ועזרה הדדית.⁷⁸ כך, למשל, מכוח עקרונות אלה, ובחריג מובהק לעקרונות הכלליים של חופש ההתקשרות, נקבעו חובת חברות בקופת-חולים⁷⁹ ועיקרון של "תשלום לפי היכולת וחלוקה לפי הצרכים". זאת, משום שעל-פי הוראות החוק, גובה "הפרמיה" בעבור שירותי הבריאות, הנגבית בדמות דמי ביטוח בריאות, נקבעת לפי משכורתו של החבר בקופה,⁸⁰ ואילו שירותי הבריאות ניתנים באופן שוויוני, ללא קשר לגובה התשלום, בהתאם לסל השירותים הבסיסי הקבוע בתוספת לחוק. מערכת הבריאות מטפלת בכולם: באלה שניזוקו באשם ובאלה שניזוקו לא באשם; באלה שניזוקו מידי מי שהיה בכוחו (בעצמו או באמצעות ביטוח) לשלם את מלוא נזקיו של הנפגע, ובאלה שניזוקו בלא מקור שממנו יוכלו להשתפות על מלוא נזקם; במי שניזוק אך גם במי שחלה (ולמעשה אף באדם בריא, כגון במקרה

גלעד דוקטורי ואח', תק"על 2005(2) 3289 (טרם פורסם, 20.6.2005); בדיני התכנון והבנייה ראו, כדוגמה אחת מני רבות, דנ"א 1333/02 הוועדה המקומית לתכנון ובניה רעננה נ' הורוויץ, פ"ד נח(6) 289 (2004); בדיני המשפחה, בסוגיית השיתוף בנכסים בין בני-זוג, ראו דנ"א 1558/94 ויקטוריה נפיסי נ' סימנטוב נפיסי, פ"ד נ(3) 573, 587-588 (1996); ובדיני המס ראו ע"א 165/82 קיבוץ חצור נ' פקיד שומה רחובות, פ"ד לט(2) 70 (1985).

76 דני פילק "הפרויקט הניאו-ליברלי ותהליכי הפרטה במערכת הבריאות" צדק חלוקתי בישראל 375 (מנחם מאוטנר, 2000).

77 עניין דוקטורי, לעיל ה"ש 75, בעמ' 3307.

78 ס' 1 לחוק ביטוח בריאות ממלכתי קובע כי "ביטוח הבריאות הממלכתי לפי חוק זה, יהא מושתת על עקרונות של צדק, שוויון ועזרה הדדית".

79 ס' 4 לחוק ביטוח בריאות ממלכתי, שכותרתו היא "חברות בקופת חולים", קובע כדלקמן: "א) תושב שמלאו לו 18 שנים חייב להירשם כחבר בקופת חולים, לפי בחירתו, ולרשום בה גם את ילדו הקטין (להלן – הילד), ובלבד שלא יירשמו ביותר מקופת חולים אחת; רישום ילד בידי הורה אחד פוטר את ההורה השני.

ב) תושב שאינו רשום בקופת חולים יראו אותו כרשום בקופת חולים שקבע שר הבריאות, בהתאם ליחס שבין מספר המבוטחים בכל אחת מקופות החולים לבין סך כל מספר המבוטחים בכל קופות החולים; שר הבריאות, בהסכמת שר העבודה והרווחה, יקבע כללים ונהלים לרישום ולמועדו, לרבות בדבר הגשת בקשה לרישום, אימות הפרטים שבבקשה, דחיית הבקשה אם לא נתקיימו התנאים לרישום לפי החוק, ומתן הודעה על כניסת הרישום לתוקף."

80 ס' 14(ב) לחוק ביטוח בריאות ממלכתי.

של לידה) מבלי שניתן לתלות אשם במאן דהו. בכך בא לידי ביטוי אפיינים של דיני הבריאות בישראל, כמבטאים עקרונות של צדק חלוקתי. לפיכך מוצדק להקטין את ההוצאה הציבורית בשל תביעות רשלנות רפואית, אשר באה במידה רבה על-חשבון שאר המבוטחים.

3. הטלת הגבלות על הפיצוי הנזיקי אינה מחייבת מעבר לכלל אחריות מוחלטת – חוק הפיצויים מגביל את הפיצויים בגין נזק לא-מומני באמצעות הגדרת נוסחה לחישוב הפיצוי וקביעת תקרה (סכום מרבי). נטען לפני הוועדה כי הגבלה זו מוצדקת בשל האחריות המוחלטת המוטלת על המשתמש ברכב מנועי, וכי היא שומרת על איזון בין המזיק לניזוק. מכאן נגזר כי אי-אפשר להגביל את סכומי הפיצוי ללא קביעת כלל של אחריות מוחלטת. נציגי משרד האוצר ומשרד הבריאות בוועדה סברו כי אין קשר בין האחריות המוחלטת לבין הגבלת סכומי הפיצוי. חוק הפיצויים מושתת על עיקרון של אחריות הדדית של המשתמשים ברכב ושל הנפגעים משימוש כאמור, וכן על ההכרה בחשיבות השימוש ברכב מנועי מבחינה חברתית. החוק מניח שהמקורות העומדים לשיפוי הנזקים הנובעים משימוש ברכב מוגבלים, ומציב אל מול הכלל בדבר השבת מצבו של הניזוק לקדמותו את הצורך הציבורי בשימוש ברכב מנועי. לפיכך, בשיקול הציבורי הכללי נקבעה חובת ביטוח לכלל, לצד אחריות מוחלטת והגבלת היקף הפיצוי של הניזוק הספציפי.

לנוכח האמור לעיל, סברו המצדדים בהגבלת הפיצוי ללא שינוי משטר האחריות כי ניתן לאמץ את הגבלת הפיצויים הקבועה בחוק הפיצויים גם בתחום הרשלנות הרפואית, משום ששיקולים דומים מאוד חלים גם במקרה זה: במערכת הבריאות, כמו בביטוח רכב, קיימת חובת ביטוח לכל מכוח חוק ביטוח בריאות ממלכתי; בשתי המערכות המשאבים מוגבלים – ביחס לביטוח רכב וחוק הפיצויים בשל הצורך הציבורי בשימוש ברכב, ובמערכת הבריאות בשל הצורך לשקול כנגד מתן פיצוי מלא (ולעיתים גבוה מאוד) למי שניזוק במסגרת הטיפול הרפואי את עצם היכולת לתת שירות רפואי לרבים אחרים הזקוקים לו; במערכת הבריאות, כמו גם בביטוח רכב, קיימים שיקולים שבצדק לקביעת תקרת התשלום – בחוק הפיצויים מדובר בצדק בין מי שנפגע באשם לבין מי שנפגע לא באשם, ובמערכת הבריאות מדובר בצדק בין מי שנפגע באשם במערכת זו לבין מי שנזקק לשירות רפואי לא בשל אשם כאמור. על-כן, מכוח עקרונות אלה ניתן לקבוע תקרות לפיצויים מבלי לשנות את משטר האחריות הקיים.

4. קביעת תקרה לפיצויים לא תפגע ביעילות הכלכלית (שיקולי הרתעה) – נימוק נוסף לתמיכה בהגבלת הפיצויים בשל נזק לא-מומני היה כי אין בקביעת תקרה לפיצויים כדי לפגוע ביעילות הכלכלית. צידוק כלכלי מרכזי של דיני הנזיקין בכלל, ושל עוולת הרשלנות בפרט, הוא היכולת של דינים אלה לכוון את התנהגות הפרטים בחברה באופן שיחייבם לנקוט את הזהירות הראויה, ובכך למנוע נזקים ולחסוך את המשאבים המתבזבזים במקרה של תקלות ותאונות. לפי גישה זו, הפיצוי הנזיקי בתחום הרשלנות

הרפואית נועד לעודד את הרופאים ובתי-החולים לנקוט את הזהירות הראויה ולמנוע תקלות. על-כן, לכאורה, כל צמצום של היקף הפיצויים בתחום זה יוביל לחוסר זהירות וממילא לתוצאה לא-יעילה מבחינה כלכלית, שכן ייגרמו תקלות שהיה יעיל יותר למנוע. בהקשר זה נטען כי למעשה אין הדבר כך. בתחום הרשלנות הרפואית קיים תמריץ חזק לנקוט זהירות ראויה, שכן מדובר בפעילות שנועדה מטבעה להציל חיי אדם, ואשר לעוסקים בה יש רצון למנוע ככל האפשר תקלות ופגיעה בחיי אדם גם ללא מוראם של דיני הנוזיקין. כמו-כן, מערכת הרפואה בישראל היא בעיקרה מערכת ציבורית, אשר אינה מחפשת קיצורי-דרך כדי לזכות בשולי רווח גבוהים, אלא משתדלת ככל האפשר להעניק את השירות הרפואי המיטבי במסגרת המשאבים הנתונים (וכן כפופה להוראות חוק המחייבות מתן טיפול רפואי). על-כן, הגבלת הפיצויים לא תוביל לתוצאה לא-יעילה ולא תגדיל את היקף התקלות והתאונות.

5. השוואה לארצות-הברית – המצדדים בהגבלת הפיצויים בשל נזק לא-ממוני ללא שינוי משטר האחריות סברו כי יש ללמוד מן הנעשה בארצות-הברית. העלייה בהוצאה לתביעות רשלנות רפואית אינה ייחודית לישראל, אלא מתרחשת גם במדינות אחרות בעולם המערבי. בארצות-הברית עלו היקפי הפיצויים בתביעות רשלנות רפואית באחוזים ניכרים. כך, בין השנים 1995 ל-2000 עלה היקף הפיצוי הממוצע לתביעה בשיעור של 100%. כתוצאה מכך עזבו חברות ביטוח רבות את העיסוק בביטוחי רשלנות רפואית, ורופאים ובתי-חולים מתקשים להשיג ביטוח לתחומי עיסוק בעלי סיכון גבוה, כגון מיילדות ונוירוכירורגיה. דבר זה מקשה על מתן שירותי בריאות בתחומים אלה, ובתי-חולים מסוימים אף סגרו מחלקות אלה. מדינות שונות בארצות-הברית, וכן הממשל הפדרלי, יזמו בשנים האחרונות כמה רפורמות בחקיקה שנועדו להגביל את היקף ההוצאה לפיצויי רשלנות רפואית, תוך הגבלה של היקף הפיצויים בגין נזק לא-ממוני, הגבלת שכר-הטרחת של עורכי-הדין וקיצור תקופת ההתיישנות בתביעות רשלנות רפואית, וזאת מבלי לשנות את משטר האחריות בתחום הרשלנות רפואית.

(ב) הנימוקים נגד הגבלת הפיצויים

המתנגדים להגבלת הפיצויים בשל נזק לא-ממוני בתביעות רשלנות רפואית, שעומים נמנו גם נציגי משרד המשפטים בוועדה, סברו כי בלי שינוי משטר האחריות אין מקום להגבלת הפיצויים כאמור.

במונחים הלקוחים מן התיאוריות המקובלות בקרב העוסקים בדיני הנוזיקין, עמדתו של משרד המשפטים נשענה ברובה על שיקולים של צדק מתקן ועל שיקולים של הרתעה יעילה.⁸¹ הצדק המתקן, כפי שהוא מתואר בספרות המשפטית, עוסק במערכת היחסים שבין

81 "עמודי יכין ובוועז של דיני הנוזיקין", כביטוי היפה של פרופ' פורת. ראו אריאל פורת "רשלנות ואינטרסים" עיוני משפט כד 275, 277 (תשס"א). יצוין כי בספרות המשפטית

המזיק לניזוק, וגורס כי יש לתקן את הנזק שגרמה התנהגות עוולתית של אדם לחברו, כך שמצבו של הנפגע ישוב לקדמותו, קרי, כפי שהיה לפני הפגיעה. עיקרון זה, של השבת המצב לקדמותו, הוא העיקרון העומד ביסודם של דיני הניזוקין במשפט הישראלי, כפי שצוין לעיל.⁸² הוא מתמקד במאפיינים השונים של האירוע שגרם לנזק, ומנסה ללמוד מהם – ומהם בלבד – אם הפגיעה נעשתה בעוולה. זכאות הניזוק לפיצוי צריכה להיקבע תוך התחשבות באופי הפגיעה בו וכן במהות האינטרס שלו אשר נפגע על-ידי התנהגות המזיק (כלומר, בחינה שלאחר מעשה). שיקולים שאינם נוגעים בצדדים, כגון שיקולים של טובת החברה בכללותה או חלוקת המשאבים בה, כמו-גם שיקולים אשר נוגעים במזיק ובניזוק אך אינם קשורים לאירוע הנזק (כגון מצבם הכלכלי היחסי של הצדדים), נתפסים לפי תורת הצדק המתקן כלא-רלוונטיים לדיני הניזוקין.⁸³ בהקשר של הגבלת הפיצויים לנפגעי רשלנות רפואית ניתן לומר כי מבחינת העקרונות של הצדק המתקן, לנוכח משקלם של האינטרסים הנפגעים (החיים, שלמות הגוף והאוטונומיה על הגוף) ולנוכח הפגיעה הקשה ברוב המקרים (נכות או אף מוות), ידו של האינטרס בהשבת מצבו של החולה-הניזוק לקדמותו צריכה להיות על העליונה.

שיקולי הרתעה היוו אף הם חלק ממסכת השיקולים שהניעו את משרד המשפטים להתנגד להגבלת הפיצויים לנפגעי רשלנות רפואית. הם נשקלו גם על-ידי משרד האוצר כחלק מההנמקה לתמיכתו בהגבלה. על-פי הגישה הכלכלית למשפט, ניתן להביא לידי הגדלת הרווחה המצרפית (היא היעד הרצוי) בשתי דרכים – הרתעה ופיזור. הרתעה באמצעות דיני הניזוקין מושגת על-ידי הטלת סנקציה על המזיק, במטרה למנוע את הנזק הנגרם על-ידי או להקטין.⁸⁴ הגישה הכלכלית למשפט תופסת את העוולה בניזוקין כמצב של תאוונה, התנגשות, בין פעולות חברתיות שונות – זו של הניזוק וזו של המזיק. ההרתעה מחוללת שינוי בהתנגשות זו באמצעות דיני הניזוקין, על-ידי שינוי מחירה של אחת הפעילויות לעוסקים בה. הטלת אחריות על הפעילות היוצרת את הסיכון – זו של המזיק-בכוח – על-ידי חיובם לפצות את הניזוקים-בכוח בגין הנזק, לכשייגרם, מעלה את מחיר הפעילות

קיימת מחלוקת בין מלומדים הסוברים שביסוד דיני הניזוקין עומדים רק שיקולי הרתעה לבין אלה הסוברים כי ביסוד דיני הניזוקין קיימים רק שיקולי הצדק המתקן. עמדתנו הייתה כי סוג אחד של שיקולים אינו מוציא את הסוג האחר. לעמדה זו ראו גם שם, בעמ' 281; Izhak, England, THE PHILOSOPHY OF TORT LAW §§ 85-92 (Cambridge, Mass., 1993).

82 ראו לעיל ה"ש 47 והטקסט הצמוד לה.

83 פורת, לעיל ה"ש 81, בעמ' 278. יצוין כי פורת מבקר במאמרו זה את הגישה הרואה בשיקולים החיצוניים לשיקולים הנוגעים בצדדים משום שיקולים זרים. לדוגמה, החשש מפני רפואה מתגוננת נתפס כשייך לאינטרס החברתי הכולל, ולפיכך כשיקול לא-רלוונטי להטלת האחריות מקום שרשלנות הרופא גרמה נזק. לשיטת פורת, ייתכן שבמצב שבו קיימת רפואה מתגוננת (דהיינו, מצב שבו הרופא ינקוט פעולה שאינה עולה בקנה אחד עם רפואה טובה, אלא עם סיכון נמוך לו עצמו) יעדיף החולה לא לכפוף את הרופא לכלל של אחריות. ראו שם, בעמ' 279. לעשיית צדק גם עם המזיק במסגרת הצדק המתקן ראו שם, בעמ' 280-281.

84 ראו ישראל גלעד "על גבולות ההרתעה היעילה בדיני הניזוקין" משפטים כב 421, 429 (התשנ"ג).

ולכן יוצרת תמריץ לשנותה, דהיינו, לנקוט אמצעי זהירות על-מנת להקטין את הסיכון הנובע ממנה או לשנות את הפעילות עצמה.⁸⁵ ההרתעה תהא יעילה כל עוד הגידול ברווחה עקב מניעת הנזק גדול מאובדן הרווחה הכרוך במניעה.⁸⁶ תפקיד הפיצוי, על-פי גישה זו, הוא להגדיל את הרווחה המצרפית באמצעות התמריצים שההרתעה יוצרת. מתן הפיצוי לניזוק נועד ליצור את התמריץ המתאים שיניע את הניזוקים להפעיל את מערכת ההרתעה הנזיקית, ובכך להביא לידי הגדלת הרווחה.⁸⁷ להלן יפורטו הנימוקים נגד הגבלת הפיצויים ביתר הרחבה.

1. לא הוכח שבתי-המשפט מייחדים בפסיקותיהם את תביעות הרשלנות הרפואית מתביעות אחרות בשל נזקי גוף לפי פקודת הנזיקין. כפי שפורט לעיל, הוועדה סקרה בהרחבה את פסיקת בתי-המשפט בהיבטים שונים של תביעות הנזיקין בשל נזקי גוף, ולא מצאה כי בתי-המשפט פוסקים באופן שונה בתביעות בשל רשלנות רפואית. גם להנחה שבתי-המשפט מפעילים סטנדרטים שלאחר מעשה לא נמצאו תימוכין, שכן בתי-המשפט בחנו את התרשלות הרופא בהתאם לסטנדרטים ולידע שהיו מקובלים בעת האירוע. הטענה כי מדובר באמירות יותר מאשר ביישום, וכי בפועל השופטים מחילים את הסטנדרטים המקובלים כיום, לא הוכחה עובדתית. לא ברור אפוא מדוע מוצדק להתייחס לתביעות אלה באופן מיוחד לעניין פסיקת הפיצויים בשל נזק לא-ממוני, דהיינו, לסטות מעקרון הצדק המתקן.

2. ספק אם העלייה בהוצאות קשורה לפסיקת הפיצויים – מן הנתונים שאספה הוועדה עלה כי סכום הפיצויים הממוצע הכולל בבתי-המשפט המחוזיים, כמו-גם סכום הפיצויים הממוצע בגין כאב וסבל, נמצאו במגמת ירידה החל בשנת 2001. בבתי-משפט השלום נמצאה מגמה דומה. סכומי הפיצויים כשלעצמם אינם גבוהים מאוד בממוצע. לנוכח נתונים אלה, יחד עם הנתונים שפורטו בפרק 2 לדוח על הירידה הכוללת במספר התביעות שהוגשו לבתי-המשפט במשך השנים, קיים ספק רב אם העלייה הכוללת בהוצאה לתביעות רשלנות רפואית אכן נובעת מן התביעות עצמן. נראה כי יש לבחון את האפשרות שהעלייה נובעת מגורמים אחרים, כגון מבנה שוק הביטוח, ניהול סיכונים וגורמים נוספים שייתכן כי טרם התבררו.

3. אי-התאמת ההסדר הקבוע בחוק הפיצויים לתביעות רשלנות רפואית – המתנגדים להגבלת הפיצויים בשל נזק לא-ממוני סברו כי אין מקום להעתיק את ההסדר הקבוע בחוק הפיצויים ולהחילו על תביעות רשלנות רפואית, או ליצור הסדר המבוסס עליו, בשל השוני המהותי בין שני סוגי התביעות. ראשית, קיים הבדל משפטי בסיסי בין שני סוגי התביעות: תביעות בשל תאונות-דרכים לפי חוק הפיצויים שייכות למשטר של אחריות מוחלטת; ואילו תביעות בגין

85 ראו שם, בעמ' 430. גישת ההפנמה, כפי שיפורט בהמשך, היא ביטוי לגישה זו.

86 שם, בעמ' 431.

87 שם.

רשלנות רפואית לפי פקודת הנוזיקין שייכות למשטר של אחריות באשם. התביעות הראשונות משקפות גישה סוציאלית בשאלת האחריות וגישה תעריפית בשאלת הפיצוי, דהיינו, הן מבטאות שיקולים של צדק חלוקתי; ואילו התביעות מן הסוג האחר משקפות גישה נזיקית בשאלת האחריות וגישה פרטנית בשאלת הפיצוי, כלומר, שיקולים של צדק מתקן. אין זה הבדל תיאורטי בלבד: חוק הפיצויים בנוי על מבנה סכמתי משום שמטרתו היא לתת פיצוי לכולם – גם אם מופחת מעט.⁸⁸ הגבלת הפיצוי בגין כאב וסבל ויצירת נוסחה לחישוב הפיצוי משתלבות בהסדר זה.⁸⁹ לעומת זאת, דיני הנוזיקין הכלליים מבוססים מעצם טבעם על מתן שיקול-דעת לבית-המשפט בנוגע להטלת האחריות ולהערכת הפיצוי. "הרכבה" של ההסדר המוצע על תביעות הנוזיקין משקפת אפוא שעטנז – חיבורם יחדיו של שני הסדרים משפטיים אשר אינם משתלבים זה בזה מבחינה עקרונית ומבחינה תפיסתית.

שנית, קיים הבדל עובדתי ניכר בין שני סוגי התביעות: תאונות-דרכים הן מעשה אקטיבי, תאונתי, מוגדר וחד-פעמי. תביעות רשלנות רפואית, לעומת זאת, מוגשות פעמים רבות בגין מחדלים חוזרים ונשנים, כגון אי-אבחון של מחלה חרף ביצוע סדרה של בדיקות, או בגין מחדל יחיד – אי-קבלת הסכמה לביצוע טיפול, אי-ביצוע בדיקה וכדומה. מכאן ששאלת הקשר הסיבתי בתביעות רשלנות רפואית מסובכת לעיתים בהרבה מן השאלה בתביעות לפי חוק הפיצויים.⁹⁰ גם שאר מרכיבי הנוסחה לקביעת

88 פרט להגבלת הפיצויים בגין כאב וסבל, חוק הפיצויים מגביל גם את הפיצוי בגין אובדן כושר השתכרות: נקבעה תקרה למשכורת המובאת בחשבון בעת קביעת הפיצוי בגין ראש-נוק זה – לא יותר מפי שלושה מן השכר הממוצע במשק. אולם בגלל השכר הנמוך בישראל, הגבלה זו אינה רלוונטית ברוב המקרים. ראו ס' 4(א) לחוק הפיצויים: "א) על זכותו של נפגע לפיצוי על נזק גוף יחולו הוראות סעיפים 19 עד 22, 76 עד 83, 86, 88, ו-89 לפקודת הנוזיקין... ואולם – (1) בחישוב הפיצויים בשל אבדן השתכרות ואבדן כושר השתכרות לא תובא בחשבון הכנסה העולה על שילוש השכר הממוצע במשק (להלן – הכנסה מרבית); היה שיעור אבדן השתכרותו ואבדן כושר השתכרותו של הנפגע פחות ממאה אחוזים, תופחת גם הכנסה המרבית שתובא בחשבון בחישוב הפיצויים, בשיעור שבו פחת ממאה אחוזים; לעניין פסקה זו, 'השכר הממוצע במשק' – השכר הממוצע במשק לפי נתוני הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה או השכר הממוצע כמשמעותו בחוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], התשכ"ח-1968, כפי שהם ערב קביעת הפיצוי, הכל לפי הגבוה יותר."

89 לעמדה שונה, שלפיה אין הגבלת הפיצויים נובעת משינוי משטר האחריות, ראו רונן פרי "מהפך או מפח? סיפורו של חוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים" עיוני משפט כח 147 (תשס"ד).

90 יכולות להיות לכך כמה סיבות. בין היתר ייתכן שקשה לקבוע מהו האירוע שגרם לנזק, ולכן קשה גם לקבוע את מועד האירוע, דבר המקשה את יישומה של נוסחת חוק הפיצויים. למקרה של רשלנות מתמשכת באבחון ראו, לדוגמה, ע"א 9656/03 עזבון המנוחה ברטה מרציאנו נ' ד"ר יהורם זינגר, תק"ע 2005 (2) 125 (טרם פורסם, 11.4.2005). כמו-כן ייתכן שמדובר ב"סיבתיות היפותטית", כמו במקרה של מחדל בקבלת הסכמה מדעת, שבו אי-אפשר לדעת לעולם אם החולה היה מסכים לטיפול הרפואי גם אילו קיבל את מלוא המידע. ראו ע"א

הפיצוי בשל נזק לא-ממוני לפי חוק הפיצויים קשים ליישום בתביעות רשלנות רפואית. כך, בעוד שבתאונות-דרכים קל יחסית לקבוע את מספר ימי האשפוז בשל התאונה (משום שברור מתי היא אירעה), בתביעות רשלנות רפואית קשה פעמים רבות להבחין בין אשפוז בגין מצבו הטבעי של התובע (כגון לידה או ניתוח) לבין תוספת האשפוז שנבעה מן הרשלנות הרפואית.⁹¹

נוסף על כך, במקרים לא-מעטים של רשלנות רפואית מרכיבי הנוסחה של חוק הפיצויים אינם רלוונטיים: יש תובעים שלא אושפזו כלל⁹² או שלא אושפזו בגין הרשלנות הרפואית דווקא;⁹³ יש כאלה שאושפזו אך לא נגרמה להם נכות כתוצאה מן האירוע; יש גם תובעים ברשלנות רפואית אשר ייתכן כי לא אושפזו כתוצאה מן הרשלנות ולא נגרמה להם נכות בעקבותיה – למשל, מי שנעשו בהם טיפולים רפואיים לא בהסכמתם אך לא נגרמה להם כל נכות עקב הטיפול הרפואי. כל אלה הם מקרים שמעידים על אי-התאמתה של נוסחת חוק הפיצויים לתביעות רשלנות רפואית.

כמו-כן אי-אפשר להתעלם מכך שמספר לא-מבוטל של מקרי רשלנות רפואית מתייחסים לאנשים מבוגרים, אשר הפעלת הנוסחה של חוק הפיצויים בעניינם תפחית את הפיצוי במידה משמעותית (ניכוי של 1% בגין כל שנה מעל גיל שלושים). זאת, בעוד סבלם של מבוגרים הוא רב פעמים רבות, משום שהרשלנות הרפואית מחמירה מצב קשה ובעייתי ממילא. אכן, הפיצוי בגין נזק לא-ממוני לקשישים הוא נמוך יחסית בדיני הנוזיקין הרגילים, משום שהם נתפסים כמי שנותרו להם פחות שנים לסבול, אולם לפי המצב המשפטי הקיים, בית-המשפט מוסמך להביא בחשבון שיקולים נוספים הנוגעים במצבו של הנפגע הספציפי. חוק הפיצויים קובע נוסחה קשיחה, שאינה מאפשרת הבאה בחשבון של שיקולים נוספים, ואשר אי-אפשר לסטות ממנה. לכן היא עלולה לקפח מאוד ניוזקים קשישים דווקא. לנוכח כל האמור לעיל נטען כי נוסחת חוק הפיצויים אינה מתאימה להחלה על תביעות רשלנות רפואית.⁹⁴

4. הגבלת הפיצויים אינה יעילה כלכלית עקב פגיעתה בהרתעה – במבט ראשון נראה שקשה להתווכח עם הטענה כי הגבלת הפיצויים תניב היסכון בהוצאה הציבורית לתביעות רשלנות רפואית. פשיטא, שכאשר מגבילים את סכום הפיצויים המשולם לניזוקים, ההוצאה בסעיף תקציבי זה של תקציב משרד הבריאות קטנה. שאלה אחרת היא אם הגבלת הפיצויים ללא שינוי משטר האחראיות היא גם יעילה כלכלית. אכן,

91/93 2781 מיאסה עלי דעקה נ' בית חולים "כרמל" חיפה, פ"ד נג(4) 526 (1999).

91 ראו, לדוגמה, ע"א 7375/02 ב"ח כרמל – חיפה נ' עדן מלול, תק"על 2005 (1) 4239.
92 למשל, מי שעקב טעות בבדיקה שנעשתה בהם לא אובחנו כסובלים מגן פגום או ממחלה מסוימת.

93 למשל, יולדת המאבדת את עובריה עקב רשלנות של הצוות הרפואי או אדם שמתאשפו ממילא לצורך ניתוח.

94 לאי-התאמה זו יש גם משמעות חוקתית, כפי שיפורט בהמשך.

ככלל, לבעלי מקצועות רפואיים יש תמריץ למלא את תפקידם בצורה הטובה ביותר לשם ריפוי החולים, ולכן ייתכן שלגביהם שיקול ההרתעה חשוב פחות. עם זאת, סוגיית ההרתעה עודנה קיימת גם ביחס לבעלי המקצועות הרפואיים באופן אישי, כמו גם ביחס למערכת הבריאות בכללותה. על פי הגישה הכלכלית הנקראת "גישת ההפנמה"⁹⁵ ההרתעה היעילה של המזיקים בתביעות רשלנות רפואית תושג באמצעות חיובם לשאת בעלות של מלוא הנזק שנגרם לניזוק או שהם צופים כי ייגרם לניזוק. אם תוטל תקרה על הפיצוי בגין נזק לא-ממוני, יגביר הדבר את הוודאות, יסייע למזיק בהערכת הנזק שהוא עלול לגרום, ובכך יביא לידי הפחתת עלויותיו. התוצאה תהיה לכאורה הקטנה של הוצאות הפעילות המזיקה של המזיק, ולפיכך הגבלת הפיצויים יעילה כלכלית. אולם בפועל, טענו המתנגדים להגבלת הפיצויים, אין הדבר כך, וזאת משני טעמים.

ראשית, הגבלת הפיצויים בגין כאב וסבל משמעותה הקטנה (מלאכותית) של עלות הפעילות המזיקה למזיק. התוצאה תהיה הקטנת התמריץ שלו להשקיע במניעת הנזק. הטלת מלוא הנזק שגורמת הרשלנות הרפואית על המערכת הרפואית בישראל היא הרתעה יעילה. במערכת פרטית, מבוזרת, דוגמת זו שבארצות הברית, קשה להשיג מטרה זו.⁹⁶ דווקא הריכוזיות של מערכת הבריאות בישראל מקילה את השגת ההרתעה היעילה: הרופא הספציפי לא יפסיק לעסוק במקצועו, משום שהוא אינו זה שנושא בעלות באופן ישיר, והמערכת היא זו שתורתע. מאחר שמדובר בכספי ציבור, חזקה על מערכת בריאות ציבורית, אשר מעוניינת לחסוך בכספי הציבור, שתפנים את העלויות הנובעות מן הנשיאה בנזקי הרשלנות הרפואית ותנקוט אמצעי זהירות, שיביאו לידי הפחתת עלות הנזק, וכן אמצעים שונים (למשל, משמעתיים) שישמרו את ההרתעה האישית של עובדיה. לעומת זאת, נטען, הגבלת הנזק תקטין את התמריץ של מערכת הבריאות לנקוט אמצעי זהירות ולהקטין את העלויות.

שנית, הגברת הוודאות באשר לאומדן הנזק, ולפיכך הגברת ההרתעה כביכול, באה על-חשבון הניזוק במקרה של הגבלת הפיצויים בגין כאב וסבל, וככל שהנזק גדול יותר כן הפגיעה בניזוק כתוצאה מן ההגבלה גדולה יותר. המשמעות היא כי מקום שהמזיק הוא שיפנים את מלוא העלות שגורמת פעילותו המזיקה, תוטל העלות, בחלקה, על הניזוק. במקרים שונים של תביעות נזיקין ניתן לעיתים לייחס לתובע הניזוק חלק מהאחריות למצבו, בשל אשם תורם, אולם קשה לראות הצדקה לכך בתביעות רשלנות רפואית, משום שבמקרים אלה יש דברים מעטים מאוד, אם בכלל, שהניזוק יכול לעשות כדי להימנע מהתרשלנות או כדי להקטין את הנזק. בדרך-כלל הוא אינו יודע ממה הוא סובל, איזה מידע עליו למסור לרופא ואיזה טיפול הוא צריך לקבל, וההחלטה על עשיית בדיקות וכיוצא בהן אינה בידי, אלא בידי הרופא. גם

95 להרחבה ראו גלעד, לעיל ה"ש 84.

96 או שתהיה הרתעת-יתר, ואז יחדלו הרופאים מלעסוק במקצוע, או שתהיה הרתעת-חסר, משום שקשה לאתר את הרופאים באופן אישי ולהרתיעם.

אם יש חולים אסרטיביים שיכולים להחליט כי הם מעוניינים לערוך בדיקות מסוימות נוסף על אלה שהרופא קבע או במקומן, לא תמיד הם יכולים לממן את עלותן. על כך יש להוסיף את חוסר הישע המאפיין פעמים רבות אדם חולה וסובל, או יולדת הנתונה בחבלי-לידה ותודה לשלום העובר, המקשים אף הם קבלת החלטות רציונליות. לפיכך נראה שאין זה יעיל או צודק להטיל על הניזוק לשאת בחלק מעלות נזקו.

5. אין מקום להשוואה בין ישראל לארצות-הברית – המתנגדים להגבלת הפיצויים, ובכלל זה נציגי משרד המשפטים בוועדה, סברו כי קשה מאוד לתמוך את הגבלת הפיצויים בגין נזק לא-ממוני לנפגעי רשלנות רפואית בהסתמך על המצב בארצות-הברית. זאת, לנוכח השוני המהותי בין מערכות הבריאות, ולנוכח העובדה שהרופאים שם נושאים לרוב בעצמם בהוצאות ביטוח האחריות המקצועית, בנפרד מן המוסדות הרפואיים שבהם הם עובדים. עוד נטען כי לא הוכח שגם בישראל, כמו בארצות-הברית, יש מחסור ברופאים בתחומים מסוימים בשל עלויות הביטוח, או שקיים חשש לכך.

נוסף על כך, הצגת ארצות-הברית כמדינה שבה הוגבלו הפיצויים אינה מדויקת. אומנם, חלק ממדינות ארצות-הברית החלו להתמודד עם נושא הרשלנות הרפואית כבר באמצע שנות השבעים,⁹⁷ ובשלושים וחמש מדינות נחקקה חקיקה המגבילה פיצויים. עם זאת, בשלוש מביניהן הוחלה ההגבלה על פיצוי עונשי בלבד, ובשש מביניהן נמצאה החקיקה המגבילה לא-חוקתית על-ידי בתי-המשפט העליונים באותן מדינות.⁹⁸ מכאן שהגבלת הפיצוי בגין נזק לא-ממוני קיימת למעשה רק בעשרים וארבע מדינות, כלומר, בפחות ממחצית המדינות בארצות-הברית. עוד יצוין כי ממחקרים אמפיריים שנעשו בארצות-הברית בשנים האחרונות עולה כי אין קשר בין מספר התביעות וסכומי הפיצויים בתביעות רשלנות רפואית לבין העלייה הקיצונית שחלה במשך השנים בגובה הפרמיות של ביטוח האחריות המקצועית.⁹⁹ לא למותר לציין בהקשר זה כי הגבלת הפיצויים בגין נזק לא-ממוני היא בגדר חריג בשיטות המשפט השונות שנבדקו על-ידי הוועדה.¹⁰⁰ לפיכך נראה כי הטענה שהגבלת הפיצויים ללא

97 Elizabeth Stewart Poisson, *Comment: Addressing the Impropriety of Statutory Caps on Pain and Suffering Awards in the Medical Liability System*, 82 N.C.L. REV. 759 (2004). קליפורניה הייתה המדינה החלוצה, ובשנת 1975 נחקקה בה רפורמה מקיפה בתחום

דיני הניזוקין והביטוח כדי להתמודד עם העלייה בעלויות הרשלנות הרפואית.

98 כמו-כן יש מקרים מיוחדים, דוגמת המצב המשפטי במיין, שם ההגבלה על פיצוי חלה רק בתביעות בגין גרימת מוות ברשלנות, ובלואיזיאנה, שם קיימת הגבלת פיצוי לגבי נתבעים הנכללים בתוכנית מטעם המדינה למתן כיסוי לתביעות רשלנות רפואית.

99 ראו, למשל: Bernard Black, Charles Silver, David Hyman & William Sage, *Stability, Not Crisis: Medical Malpractice Claim Outcomes in Texas, 1988–2002*, 1 J. EMPIRICAL LEGAL STUD. 2 (2005).

100 בבריטניה אין הגבלות בחקיקה על פיצויים בגין כאב וסבל. אדרבה, ה- Law Commission

שינוי משטר האחריות היא דבר מקובל במשפט ההשוואתי נכונה לחלק ממדינות ארצות-הברית, אך לא לכולן וגם לא למדינות אחרות בעולם, ככל שהיה אפשר לבדוק.

4. חוקתיותה של הגבלת הפיצויים בשל נזק לא-ממוני בתביעות רשלנות רפואית

סלע-המחלוקת העיקרי בסוגיה של הגבלת הפיצוי בשל נזק לא-ממוני בתביעות רשלנות רפואית, ללא שינוי של משטר האחריות, היה שאלת החוקתיות של הגבלה כאמור. הדעות בוועדה נחלקו: נציגי משרד המשפטים סברו כי ספק רב אם הגבלת הפיצויים בנוזיקין, בדרך שהוצעה על-ידי משרד האוצר (דהיינו, קביעת תקרה ונוסחה זהות או דומות לאלה שבחוק הפיצויים), היא חוקתית, בשל הפגיעה בעקרון השוויון ובשל הספק לגבי עמידתה בדרישות של פסקת ההגבלה שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו; לעומתם, נציגי משרד האוצר ומשרד הבריאות סברו כי ההגבלה חוקתית.

לשם הבנת המחלוקת בסוגיה, עמדה הוועדה תחילה על אופן תחולתן של זכויות האדם במשפט הפרטי, ואחר כך על הזכויות המוגנות באמצעות דיני הנוזיקין. לאחר-מכן נבחנה השאלה אם מתקיימים יסודותיה של פסקת ההגבלה, וכן אם אין פגיעה בעקרון השוויון. להלן יתואר הניתוח שערכה הוועדה, כפי שפורט בדוח, תוך הדגשה של השאלות העיקריות שהיו שנויות במחלוקת ושל הטיעונים לכאן ולכאן.

(א) תחולתן של זכויות האדם במשפט הפרטי

ביסוד המשפט הפרטי עומדות זכויות האדם הבסיסיות המכוונות כלפי בני-אדם אחרים. המשפט הפרטי מהווה במובן מסוים מסגרת משפטית הקובעת את היחסים המשפטיים בין זכויות האדם הבסיסיות השונות ואת האיזון הראוי ביניהן בעת התנגשות, תוך התחשבות באינטרס הציבורי.¹⁰¹ המשפט הפרטי קובע את מידת ההגנה הניתנת לזכויות האדם ביחסן

אף המליצה להעלות את הסכומים שנפסקו בבתי-המשפט בראש-נוק זה, והמלצות אלה הופנמו על-ידי בתי-המשפט. גם בקנדה אין הגבלה בחקיקה. באוסטרליה, לעומת זאת, קיימת הגבלה בחקיקה על סכום הפיצויים בגין נזק לא-ממוני בכל תביעות הנוזיקין. להרחבה בנושא ראו נספח המשפט המשווה לדות.

101 אהרן ברק "זכויות אדם מוגנות והמשפט הפרטי" ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי 163, 193 (התשנ"ג): "המשפט הפרטי הוא הביטוי להגבלות המוטלות על זכויות אדם כדי להגשים זכויות אדם ותוך שמירה על האינטרס הציבורי. הוא המסגרת המתרגמת זכויות אדם חוקתיות למערכת של 'תן וקח' בין פרטים, באמצעות מערכת סבוכה ומקיפה של איזון והסדרים, אשר נועדו לאפשר חיים בצוותא של פרטים שונים, אשר כל אחד מהם נהנה מזכויות האדם הבסיסיות." ראו גם ע"א 294/91 חברה קדישא גחש"א קהילת ירושלים נ' ליונל אריה קסטנבאום, פ"ד מו(2) 464 (1992); ע"א 3156/98 יצחק בן ישי נ' אלכס ויינגרטן, פ"ד נה(1) 939, 952-953 (1999).

עם זכויות אדם אחרות. דיני החוזים, דיני הקניין ודיני הנוזיקין קובעים עד כמה מותר לאדם לפעול להגשמת זכויות האדם שלו מבלי שפעולתו תפר זכות אדם מוגנת של הזולת. בקובעו את מידת ההגנה הניתנת לזכויות האדם, המשפט הפרטי מתחשב בזכויות האדם של הזולת ובאינטרס הציבורי.¹⁰²

בגבשו את הדינים הקובעים את ההגבלות המוטלות על היקפן של זכויות האדם במסגרתו, המשפט הפרטי, שרובו ככולו חקוק, חייב לקיים את פסקת ההגבלה הקבועה בחוקי-היסוד. האיזון בין זכויות האדם מנוסח לעיתים במושגים-שסתום, כגון "רשלנות", "סבירות" וכדומה.¹⁰³ מושגים אלה משקפים את ערכי-היסוד ותפיסות-היסוד של שיטת המשפט בישראל, ומהווים ביטוי לערכים החוקתיים ולזכויות האדם המוגנות עצמן. הם אחד הצינורות החשובים שדרכם זכויות-היסוד החוקתיות וערכים אחרים של המשפט מוזרמים אל תוך המשפט הפרטי.¹⁰⁴ הוראות-שסתום אלה רגישות במיוחד לשיקולים חוקתיים, ומאפשרות ביטוי לזכויות האדם ולאינטרס הציבורי כמצבם בעת נתונה, בלא כל צורך לערוך שינוי פורמלי באיזונים של המשפט הפרטי.¹⁰⁵ ברוח זו, עוולת הרשלנות, לדוגמה, המשקפת את מה שאדם בישראל "צריך" לצפות (דבר אשר עשוי להשתנות עם שינוי העיתים), מבטאת את עקרונות-היסוד של המשפט הישראלי וקובעת איזון ראוי בין זכויות האדם הקבועות בחוקי-היסוד.

עם זאת, מושגים-השסתום אינם הדרך היחידה שבה זכויות האדם המוגנות חודרות למשפט הפרטי, וכל דבר חקיקה של משפט פרטי צריך להתפרש לאורן. בקצרה, ההנחה היא כי תכליתו של כל דבר חקיקה, לרבות דבר חקיקה שעניינו משפט פרטי, היא להגשים זכויות אדם בסיסיות.¹⁰⁶ חוקי-היסוד משפיעים על המשפט הפרטי בשני אופנים בסיסיים: ראשית, מבחינת תוכנו של המשפט הפרטי עצמו, דבר חקיקה חדש חייב להתאים לזכויות-היסוד של האדם בכלל, ולפסקת ההגבלה שבחוקי-היסוד בפרט; שנית, מושגים-השסתום צריכים לקבל תוכן קונקרטי על-פי מצבן של זכויות-היסוד וערכי-היסוד בעת מתן הפירוש. עניינה של הוועדה היה בפן הראשון.

(ב) זכויות-היסוד שדיני הנוזיקין נועדו להגן עליהן

העוולות השונות בפקודת הנוזיקין מבטאות הגנה על מגוון רחב של זכויות אדם: העוולות הרכושיות – דוגמת גזל, שליחת-יד והסגת גבול במקרקעין – מבטאות הגנה ישירה על הקניין; עוולת כליאת-השווא מגינה על חופש התנועה; העוולה של איסור לשון-הרע מגינה על שמו הטוב וכבודו של אדם; ועוולות נוספות מגינות על חופש העיסוק, התחרות החופשית וחופש החוזים. עוולת הרשלנות ועוולת התקיפה הן העוולות המרכזיות המשמשות

102 ברק, שם, בעמ' 194.

103 שם, בעמ' 195.

104 שם.

105 ראו לעניין זה גם דפנה ברק-ארז "משפט ציבורי ומשפט פרטי – תחומי גבול והשפעות גומלין" משפט וממשל ה 95, 110–113 (תש"ס).

106 ברק, לעיל ה"ש 101, בעמ' 196.

להגנה על שלמות גופו של אדם (וכך גם העוולה של הפרת חובה חקוקה).¹⁰⁷ הזכות לשלמות הגוף הוכרה כזכות יסוד שנים רבות לפני חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, כחלק מ"מגילת זכויות האדם השיפוטיות" שהוכרה ופותחה על-ידי בית-המשפט העליון.¹⁰⁸ הטיפול הרפואי מצוי בגרעין הקשה של זכותו של כל אדם לשלוט בחייו. עשויה להיות לו השפעה ישירה, ולא-פעם בלתי-הפיכה, הן על תוחלת חייו והן על איכות חייו.¹⁰⁹ זכותו של אדם שגופו לא ייפגע בלא הסכמתו משמעה, בין היתר, כי אדם זכאי לכך שלא ייעשה בו טיפול רפואי – שיש בו, מטבעם של דברים, פגיעה בגופו של האדם – בלא הסכמתו. מתוך זכות זו עולה החובה – חובתו של הרופא – לקבל את הסכמתו החופשית של החולה לטיפול הרפואי.¹¹⁰ פגיעה רשלנית בגופו של אדם מהווה פגיעה בזכותו לשלמות הגוף. מן האמור לעיל עולה אפוא שכאשר שוקלים חקיקה בתחום דיני הנזיקין – בין שמדובר ביצירת עוולה חדשה ובין שמדובר בביטול עוולה קיימת, בשינוי משטר האחריות או בהגבלת פיצויים – יש להביא בחשבון שיקולים חוקתיים ולבחון את התאמתה של החקיקה המוצעת לפסקת ההגבלה של חוק-היסוד הנוגע בדבר. המקרה הנידון במאמר זה, שבו התעוררה שאלת התאמתה של החקיקה שהוצעה על-ידי משרד האוצר לפסקת ההגבלה הקבועה בסעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (להלן: חוק-היסוד), היה המקרה הראשון, עד כמה שידוע לכותבת מאמר זה, שבו נעשה ניתוח חוקתי של חקיקה (מוצעת) בנוזקין במסגרת הליך שמטרתו לבחון את הצורך לחוקק.

(ג) תנאיה של פסקת ההגבלה

1. פגיעה – השאלה הראשונה שנבחנה על-ידי הוועדה הייתה אם הגבלת הפיצויים בנוזקין בגין נזק לא-ממוני מהווה כשלעצמה פגיעה בזכות האדם לשלמות גופו או שמא הדבר תלוי בטיב ההסדר. לכאורה, ניתן לטעון שעצם הגבלת הפיצויים פוגעת ביכולת לממש את הזכות להגנה על שלמות הגוף. ניתן להגן על שלמות הגוף בכמה דרכים. דרך אחת היא באמצעות סעד של ציווי: תביעה למניעת חיבור למכונת הנשמה, תביעות לבית-הדין לעבודה נגד קופת-החולים בדרישה לספק ניתוח או תרופה אף שהם אינם מכוסים בסל הבריאות, וכדומה. דרך אחרת להגנה על שלמות הגוף היא מתן ביטוי כספי לפגיעה שנגרמה, קרי, הכרה בנוק – הממוני והלא-ממוני – שנגרם עקב הפעולה המזיקה. הגנה מלאה על הזכות לשלמות הגוף בהקשר זה משמעה מתן

107 יתרון, כעוולות – "מסגרת", הוא שהן יכולות לשמש כלי להגנת אינטרסים שונים ומגוונים, לרבות זכויות-היסוד. ראו עניין גורדון, לעיל ה"ש 49.

108 "כל אדם בישראל נהנה מזכות יסוד לשלמות גופנית ולשמירת כבודו כאדם" (בג"ץ 355/79 אריה בן בנימין קטלן נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד לד(3) 294, 298–299 (1980)); "הזכות שלא להיפגע בגופו היא אחת מזכויות היסוד של אדם בישראל, ומהווה היא חלק של זכותו של האדם לחירות אישית" (ע"א 548/78 שרון נ' לוי, פ"ד לה(1) 736, 755 (1980)).

109 להרחבה ראו עניין דעקה, לעיל ה"ש 90.

110 ע"א 506/88 יעל שפר, קטינה, באמצעות אמה נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(1) 87, 181–182 (1993).

פיצוי מלא. לכן, על-פי גישה זו, מן הזכות להגנה על שלמות הגוף מתחייב בהכרח פיצוי מלא.

כנגד זה, אין לכחד שגם דיני הנוזיקין עצמם אינם מכירים בכל נזק כבד-פיצוי. למשל, פיצוי לקרוב-משפחה אשר חזה בתאונה שאירעה ליקירו ניתן רק בנסיבות מסוימות ובסייגים מרובים;¹¹¹ ראש-הנזק "אובדן הנאות החיים" אינו נתפס כראש-נזק עצמאי, אלא כחלק מן הפיצוי בגין "כאב וסבל"; עד לפני זמן לא-רוב לא הוכרה זכותו של הניזוק לפיצוי בגין "השנים האבודות";¹¹² וכדומה. לפיכך, נטען לפני הוועדה, כי בהגבלת הפיצויים בגין כאב וסבל כשלעצמם אין משום פגיעה בזכות החוקתית להגנה על שלמות הגוף.

נראה שהתשובה לשאלה אם אכן קיימת פגיעה תלויה במידה רבה בהסדר המוצע. למשל, נראה כי הסדר שיקבע תקרה לפיצוי בגין כאב וסבל בסכום גבוה מאוד¹¹³ לא יפגע בזכות-היסוד להגנה על שלמות הגוף; לעומת זאת, ביטול מוחלט של הזכאות לפיצוי בגין ראש-נזק זה יהווה פגיעה ברורה בזכות. שאלה קשה יותר היא מה דינה של תקרה נמוכה, כפי שהוצע על-ידי משרד האוצר, בצירוף קני-המידה הנקובים בחוק הפיצויים. נציגי משרד המשפטים בוועדה סברו כי יש בהסדר זה משום פגיעה, הן בשל היות התקרה נמוכה יחסית למקובל בפסיקה בתביעות לפי פקודת הנוזיקין והן בשל קני-המידה (אשפוז, למשל), המדירים למעשה את כל אותם נפגעי רשלנות רפואית אשר לא אושפזו כלל או אושפזו לתקופה קצרה בגין המעשה הרשלני.¹¹⁴ דיני הנוזיקין כיום, ובכלל זה דיני הפיצויים, משקפים את עמדת המשפט הישראלי בשאלת ההגנה הראויה על הזכות לשלמות הגוף. הפסיקה בנושא הפיצויים גיבשה את אמות-המידה בנושא זה. לכן הפחתה בהגנה הניתנת כיום על-ידי דיני הנוזיקין לזכות האדם לשלמות הגוף (וכל זאת, כזכור, מבלי לשנות את משטר האחריות) משמעה הפחתה בהגנה על זכות זו, ולפיכך פגיעה בה.

2. הולם את ערכיה של מדינת-ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית – מטרת ההגבלה המוצעת היא להקטין את ההוצאה הציבורית בגין תביעות רשלנות רפואית, המהווה חלק מן ההוצאה הלאומית לבריאות. זאת, כדי להפנות את המשאבים שייחסכו בעקבות הטלת ההגבלה אל מערכת הבריאות. ערכיה של מדינת-ישראל הם ערכיה של מדינה

111 רע"א 444/87 אלסוחה נ' עז' המנוח דהאן, פ"ד מד(3) 397 (1990).

112 הלכת אטינגר, לעיל ה"ש 67. גם כיום ההכרה היא בראש-הנזק שנגרם בשל הפסד ההשתכרות ב"שנים האבודות", ולא בכל הנוקים הממוניים שנגרמו בתקופה זו.

113 למשל, 800,000 ש"ח – הסכום הגבוה ביותר שנפסק עד תום דיוני הוועדה בגין ראש-נזק זה בתביעות רשלנות רפואית (בעניין דיין, לעיל ה"ש 53; מאז נפסקו סכומים גבוהים אף יותר). עם זאת, ייתכנו נסיבות, כגון אינפלציה דוהרת, שבהן גם בתקרה כזו יהא משום פגיעה.

114 יש לשים לב כי המשמעות של קני-המידה אינה שהם לא יזכו בפיצוי כלל, אלא שהם יזכו בפיצוי בסכום של עד 10% מן הסכום המרבי.

יהודית ודמוקרטיה, כאמור בסעיף 1 לחוק-היסוד. מטרת ההגבלה המוצעת עולה בקנה אחד עם ערכים אלה, השמים דגש בבריאות הציבור ובהצלת חיים.

3. נועדה לתכלית ראויה – תנאי זה מחייב כי החוק נועד להשגת מטרה בעלת ערך וחשיבות, גם אם הגשמתה כרוכה בפגיעה בזכות-היסוד חוקתית.¹¹⁵ תכלית היא ראויה אם היא נועדה להגן על זכויות אדם, לרבות על-ידי קביעת איזון סביר והוגן בין זכויות של פרטים בעלי אינטרסים מנוגדים, באופן המוביל לפשרה סבירה בתחום של הענקת הזכויות המיטיביות לכל פרט ופרט. תכלית תימצא ראויה גם אם היא משרתת מטרת ציבוריות חשובות למדינה ולחברה, במטרה לקיים תשתית לחיים בצוותא ולמסגרת חברתית המבקשת להגן על זכויות אדם ולקדם.

בהנחה שקיימים בהקשר הנידון פרטים שיש להם אינטרסים מנוגדים (כלומר, שהאינטרסים של נפגעי הרשלנות הרפואית שונים ומנוגדים לאלה של שאר המטופלים של מערכת הבריאות) – דבר אשר אינו מעבר לכל ספק – ניתן לומר כי לכאורה ההגבלה המוצעת על פיצוי בגין נזק לא-ממוני נועדה להגן על זכותו של אדם לקבל טיפול רפואי, שכן ההנחה היא שהקטנת העלויות של תביעות הרשלנות הרפואית תקל את שיפור מצבה של מערכת הבריאות בישראל. לשם כך מוצדק לכאורה להגביל את הפיצוי. עם זאת, נכונותו של טיעון זה תלויה במידה רבה בהצגת נתונים שיעידו כי החיסכון הנטען אכן יופנה לשיפור מצבם של שאר צרכני הבריאות. נתונים כאלה לא הוצגו לפני הוועדה. עוד נטען כי לנוכח הנתונים שנאספו על-ידי הוועדה, כפי שפורט לעיל, בדבר סכומי הפיצויים הממוצעים בגין נזק לא-ממוני, ובעיקר בשל כאב וסבל, ספק רב אם האיזון המוצע הוא סביר והוגן, שכן יש בו כדי לפגוע דווקא בניזוקים הקשים ביותר, אשר הם אלה שיושפעו לרוב מהתקרה.

4. ובמידה שאינה עולה על הנדרש – תנאי זה בפסקת ההגבלה דן במידתיות ובוחן אם שיעור הפגיעה בזכות-היסוד עומד ביחס סביר לתכלית העולה מדבר החקיקה. זהו "מבחן של מינון", כדברי השופט גולדברג בעניין בנק המזרחי.¹¹⁶ יסוד המידתיות מעלה את שאלת היקפה של הפגיעה וסוג האמצעים שנקטו. במסגרתו יש לבחון אם החוק העומד לביקורת תואם את המטרה שהוא מבקש להשיג, בבחינת התאמה בין האמצעי למטרה. כן נדרש כי האמצעי יהיה ראוי, במובן זה שאי-אפשר להשיג את התכלית הרצויה על-ידי שימוש באמצעי אחר שפגיעתו בזכות-היסוד קטנה יותר.¹¹⁷

115 בג"ץ 6893/05 ח"כ לוי נ' ממשלת ישראל, פ"ד נט(2) 876, 889 (2005).

116 ע"א 6281/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי ואח', פ"ד מט(4) 221, 574 (1995).

117 מבחנים אלה משמשים גם לבחינת המידתיות לעניין חוק-היסוד: חופש העיסוק. ראו בג"ץ 4769/95 רון מנחם ואח' נ' שר התחבורה ואח', פ"ד נו(1) 235 (2002); בג"ץ 1201, 1119, 1053, 1031, 1030/99 אורון ואח' נ' יו"ר הכנסת, ח"כ דן תיכון ואח', פ"ד נו(3) 640, 658 (2002).

לבסוף, נדרש גם יחס ראוי בין האמצעי לבין המטרה במובן של שקילת התועלת שתצמח לציבור משימוש באמצעי זה לעומת הנוק הצפוי לפרט מהפעלתו. בפסיקה הובעה הדעה כי מבחן-המשנה החשוב ביותר מבין השלושה הוא זה המבקש לבחון אם האמצעי שנבחר הוא האמצעי שפגיעתו בזכות היא הקטנה ביותר. קיומם של שלושת מבחני-המשנה אינו מוביל בכל מקרה לפתרון אחד ויחיד. לעיתים ניתן לקיים את דרישת המידתיות בדרכים שונות. נוצר מעין "מתחם מידתיות" או "מתחם הגבלה", שהבחירה בתוכו נתונה למחוקק.¹¹⁸ להלן נבחן את שלושת המבחנים ואת המידה שבה ההגבלה המוצעת עומדת בדרישותיהם.

א. הקשר בין האמצעי לבין המטרה – בחינת הקשר בין התכלית לבין האמצעי מעלה כי הגבלת הפיצויים בגין נזק לא-ממוני אכן תביא לידי הפחתת ההוצאה הציבורית בגין תביעות אלה.¹¹⁹ אולם בכך, כאמור, אין די, שכן נפסק כי על האמצעי החקיקתי להיות ענייני ולהוביל באופן רציונלי להגשמת מטרת החקיקה, וכי אל לו להיות שרירותי, לא-סביר או לא-הוגן.¹²⁰ שאלה קשה היא אם האמצעי שנבחר אכן עומד בדרישות של מבחן "הקשר הענייני". משרד האוצר הציע להעתיק הסדר פיצויים המהווה חלק בלתי-נפרד ממשטר אחריות מסוג אחריות מוחלטת אל תחום הנשלט על-ידי משטר אחריות מסוג רשלנות, בשל הוודאות וההיסכון שהסדר זה מקנה לדעתו. זאת, למרות השוני בין תביעות רשלנות רפואית לבין תביעות לפי חוק הפיצויים, ועל-אף הקשר המקובל בחקיקה ובפסיקה בין האחריות המוחלטת להגבלת הפיצויים. כפי שכבר הוזכר, נציגי משרד המשפטים בוועדה סברו כי ההצעה מתעלמת מן ההבדל העובדתי הניכר בין שני סוגי התביעות. נוסף על כך, נתוני המחקר, כפי שעלו מן התיקים שבהם היה אפשר לברר את סכום הפיצוי, מראים כי סכומי הפיצויים הממוצעים בבתי-המשפט המחוזיים ירדו במשך השנים, ולכן ספק אם יש קשר ענייני בין המטרה לבין האמצעי שנבחר. זאת, משום שאם פסיקת הפיצויים אינה הגורם לעלייה בהוצאה, אזי לא ברור כיצד הגבלתם תפתור את הבעיה.

נקודה נוספת היא העדר שוני ענייני ומהותי בין נפגעי רשלנות רפואית לבין נפגעים בתביעות נזקי גוף בכלל ובתביעות נזקי גוף נגד המדינה בפרט. אלה כאלה תובעים את המדינה, ואלה כאלה זוכים בפיצוי מתקציב המדינה (המצוי תמיד במחסור). אין זה ברור מדוע יורע מצבם של אלה שתובעים דווקא את מערכת הבריאות, לעומת אלה שתובעים את מערכת הביטחון, מערכת החינוך או מערכות אחרות של המדינה.

118 עניין בנק המזרחי, לעיל ה"ש 116, בעמ' 438.

119 לשם השוואה ראו גם בג"ץ 5578/02 רחל מנור נ' שר האוצר, פ"ד נט(1) 729 (2004), שעסק בחוק שקיצץ את קצבאות הזקנה.

120 עניין מנחם, לעיל ה"ש 117, בעמ' 268.

כמו־כן קיים סימן שאלה ביחס להגינותו של הסעיף המוצע, אשר ישפיע על הפיצויים בגין נזק לא־מונני דווקא לאלה שנפגעו קשה (במיוחד אם נוסף על הכאב והסבל גם התקצרה תוחלת החיים שלהם), בכך שיגביל את הפיצוי המגיע להם לתקרה נמוכה מבלי לבוא לקראתם בשאלת האחריות. גם חוסר ההתאמה בין נוסחת חוק הפיצויים לבין הנסיבות העובדתיות של תביעות רשלנות רפואית משפיע על התשובה לשאלת ההגינות: האם זה הוגן כי מי שאינם מתאימים לנוסחה – כגון אדם שאשפוזו נבע מן המחלה, ולא מן הרשלנות שבטיפול הרפואי בו, או יולדת שאיבדה את עובריה עקב רשלנות של הצוות הרפואי – יקבלו פיצוי זעום בגין סבלם וכאבם רק משום שלא אושפזו בשל העוולה (אלא בשל מצבם הרפואי) או משום שהם אינם סובלים מנכות צמיתת? (הפיצוי בנסיבות כאלה, לפי נוסחת חוק הפיצויים, עלול להסתכם באלפי שקלים ספורים).

ב. מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה – מבחן־המשנה השני קובע כי אמצעי חקיקתי הפוגע בזכות אדם חוקתית ייחשב מידתי אם אי־אפשר להשיג את תכלית החוק על־ידי אמצעי אחר שפגיעתו בזכות האדם קטנה יותר. ככלל, הדרישה כי החקיקה תפגע בזכות החוקתית המוגנת במידה הקטנה ביותר האפשרית לשם השגת תכלית החוק מהווה את לב־ליבו של מבחן המידתיות.¹²¹ הוועדה בחנה את השאלה אם בנסיבות העניין אי־אפשר לאתר אמצעי אחר להקטנת ההוצאה הציבורית בשל תביעות רשלנות רפואית שנוקו פחות. המצדדים בהעתקת ההסדר שבחוק הפיצויים אל תחום התביעות בגין רשלנות רפואית גרסו כי הדבר יסייע בהגברת הוודאות, משום שההגבלה תאפשר למבטחים להעריך בצורה מדויקת יותר את עלות הנוק, ובכך תביא לידי הפחתת הפרמיות ואף תעודד פשרות בין הצדדים. המתנגדים סברו שאם אחת המטרות היא הגברת הוודאות של המבטחים, אזי השאלה היא אם אין דרך אחרת לעשות זאת. באשר לעידוד פשרות, מנתוני המחקר עולה כי ממילא רוב התביעות הנידונות בבתי־משפט השלום ובבתי־המשפט המחוזיים נגמרות בפשרה. אומנם, ייתכן שרצוי כי הצדדים יגיעו לפשרה עוד לפני הפנייה לבית־המשפט, אך לנוכח העובדה שלוועדה לא היה מידע על השיקולים המנחים את הצדדים בשאלת הפשרה, ספק אם ניתן לומר כי דווקא הגבלת הפיצויים היא שתניע את הצדדים להתפשר בשלב מוקדם.

לעניין החלופות להסדר המוצע יש לזכור כי במקביל לעבודת הוועדה שקד צוות במשרד האוצר, בראשות צבי חלמיש, על מציאת פתרונות לבעיית הביטוח של ספקי השירותים הרפואיים במדינת־ישראל. לא הוצגו לפני הוועדה נתונים עד כמה פֶּשֶׁל השוק הקיים בתחום ביטוח האחריות המקצועית של רופאים תורם

121 שם, בעמ' 280; רע"א 3145/99 בנק לאומי לישראל בע"מ נ' יצחק חזן, פ"ד (נו5) 385 (2003).

להגדלת ההוצאה הציבורית, ועד כמה פתרון בעיה זו עשוי לתרום להקטנת ההוצאה. שאלה זו חשובה במיוחד על רקע קיומו של דוח בן-דוד-ברודט, שנוכר לעיל,¹²² אשר בחן בשנת 1999 את מבנהו של שוק ביטוח האחריות המקצועית בתחום הרפואה בישראל. מחברי הדוח המליצו על הקמת "captive" – חברה לא-ממשלתית ללא כוונות רווח, אשר תרכז את הביטוח לכל העוסקים במתן שירותי רפואה בישראל, ותעסוק ברכישת ביטוח מסחרי לסיכונים בלתי-צפויים ברמה הלאומית ובניהול הביטוח הפנימי בעבור כל החבים באחריות לרשלנות הרפואית. המחברים העריכו את החיסכון הצפוי מהקמת חברה כאמור בסך 50-60 מיליון ש"ח לשנה, נוסף על יתרונות רבים אחרים, ביניהם הקטנת ההוצאות במט"ח, הקטנת הצורך בביטוח-משנה, מניעת כפילויות בביטוח, השקעת כספי המבוטחים בשוק ההון בישראל, מניעת כפילויות ניהוליות, אחידות בתנאי הכיסוי, פיזור סיכון, מדיניות אחידה בניהול תביעות ובניהול סיכונים, הפרדה בין ניהול התביעות לבין המעסיקים והרגולטור, ועוד.¹²³ משרד המשפטים סבר כי יש מקום לבחון הצעה זו באופן מעמיק ויסודי בטרם פונים להגבלת הפיצויים, אשר בכל מקרה תניב חיסכון קטן בהרבה.¹²⁴

ג. התועלת לציבור לעומת הנזק לתובעים – מבחן-המשנה השלישי הוא מבחן האמצעי המידתי (במובן הצר). האמצעי הנבחר – אף אם הוא מתאים (מבחינה רצינולית) להשגת המטרה, ואף אם אין אמצעי מתון ממנו – צריך לקיים יחס ראוי בין התועלת שתצמח ממנו לבין היקף פגיעתו בזכות אדם חוקתית.¹²⁵ הוועדה לא יכלה לאמוד את היחס בין האמצעי המוצע לבין הפגיעה בזכות החוקתית הטמונה בו, משום שלא הובאו לפניה נתונים לעניין החיסכון הצפוי מהגבלת הפיצויים בתקרה. ניסיון לאמוד את הסכומים על-סמך הנתונים שאספה הוועדה בתחום זה הראה כי ההוצאה הציבורית לתביעות רשלנות רפואית עמדה בשנת 2002 על 250 מיליון ש"ח. על-פי הנתונים שנאספו (ראו לוחות 5.8-5.10 לדוח), סכום הפיצויים הכולל ששולם בפסקי-דין בגין כאב וסבל באותה שנה בבתי-המשפט המחוזיים היה כ-4 מיליון שקלים (14 תיקים שסכום הפיצויים הממוצע שנפסק בהם בגין כאב וסבל היה 242,706 ש"ח, ותיק אחד שנפסקו בו

122 ראו דוח בן-דוד-ברודט, לעיל ה"ש 6.

123 דוח בן-דוד-ברודט אף כולל טיוטה של הצעת חוק.

124 ראו, לשם השוואה, את עניין מנור, לעיל ה"ש 119, שם אמר בית-המשפט כי אין בידיו כלים לשפוט את הקיצוץ בתקציב (והרי אין חולק שכל קיצוץ פוגע בזכות כלשהי), וכי החובה לבחון אם קיים אמצעי פוגעני פחות אין פירושה שחובה תמיד לבחור באמצעי הפוגע פחות. בענייננו, לעומת זאת, היה אפשר להשוות את החיסכון מהקיצוץ הצפוי – גם אם על-דרך ההערכה והאומדן – לעומת החיסכון הצפוי מצעד חלופי, כפי שיפורט מייד.

125 בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 367, 390 (1997); עניין בנק המזרחי, לעיל ה"ש 116, שם.

פיצויים בסך 393,618 ש"ח בגין כאב וסבל ואובדן תוחלת חיים). בבית-משפט השלום נפסקו פיצויים בגין כאב וסבל בסכום כולל של 259,388 ש"ח (בארבעה תיקים).

גם בהנחה שהסכום הכולל ששולם בגין נזק לא-ממוני בשנת 2002 גדול פי ארבעה ואולי אף פי חמישה (אם מביאים בחשבון את הפיצוי בגין נזק לא-ממוני בתיקים שנסגרו מחוץ לבית-המשפט ובתיקים שנגמרו בפשרה, הן בבתי-המשפט המחוזיים והן בבתי-משפט השלום), מדובר עדיין בכ-20 מיליון ש"ח בלבד, כלומר, בפחות מ-10% מסך ההוצאה בגין תביעות רשלנות רפואית, כמפורט לעיל. בהתאם, החיסכון שניתן להפיק מהגבלת הפיצויים בשל ראש-נזק זה לפי הצעת משרד האוצר היא בשיעור של כמה מיליוני שקלים לכל-היותר. ספק אם חיסכון זה מצדיק פגיעה קשה בזכויות-היסוד של ניווקים מרשלנות רפואית. זאת, במיוחד לנוכח החיסכון הרב שניתן להשיג מצעדים חלופיים, דוגמת יצירת "captive", כמוצע בדרך-ברודט, בהתאם להערכות שפורטו שם.

נקודה נוספת שהועלתה היא שקיים חשש כי אם בתי-המשפט יוגבלו בפסיקת פיצוי בגין כאב וסבל, הם יהיו גמישים יותר בפסיקת פיצוי בעבור ראשי-נזק אחרים במקרים שבהם הם יסברו כי יש מקום לפיצוי גבוה יותר. יש לזכור כי גם שומת הנזק הממוני דיני הנוזקין, במיוחד לגבי נזקים עתידיים, מבוססת על הערכות, ולא על נתונים מדויקים,¹²⁶ וקיים טווח מסוים שבמסגרתו ניתן להעריך את הנזק על הצד הגבוה.¹²⁷

(ד) פגיעה בשוויון

טענה נוספת שהושמעה על-ידי המתנגדים להגבלת הפיצויים בשל נזק לא-ממוני בתביעות רשלנות רפואית הייתה שיש בהגבלה זו משום פגיעה בשוויון. ערך השוויון – ובשמו האחר: איסור ההפליה – הוא מערכי-היסוד של שיטת המשפט בישראל.¹²⁸ על חשיבותו עמד בית-המשפט העליון לא-אחת, בקובעו את מקומו במרכז המפה המשפטית ובשורשיהם

126 למשל, בראש-הנזק אובדן כושר השתכרות בעתיד, בית-המשפט צריך להעריך אם התובע היה מתקדם בעבודה ואם שכרו היה עולה בהתאם. הערכה זו, מטבעה, אינה יכולה להתבסס על נתונים.

127 תופעה זו מכונה בספרות המקצועית של המשפט המשווה "crossover effect" או "spilling effect", ובארצות-הברית אף נמצא לה אישוש עובדתי במחקר שנעשה ביחס לתביעות רשלנות רפואית במספר רב של מדינות שקיימת בהן הגבלה חקיקתית על פיצויים בגין כאב וסבל. ראו: Catherine Sharkey, *Unintended Consequences of Medical Malpractice Damages Caps*, 80 N.Y.U. L. REV. 391 (2005).

128 בג"ץ 98/69 ברגמן נ' שר האוצר, פ"ד כג(1) 693, 698 (1969).

של כללי המשפט כולם.¹²⁹ ערך זה הוכר גם כעומד ביסודו של עקרון הצדק המתקן, שהוא אחת התכליות החשובות של דיני הנויקין.¹³⁰ חוק-היסוד אינו כולל זכות מפורשת לשוויון, ולפיכך פגיעה של ההסדר המוצע בשוויון אינה בהכרח עילה לפסילתו כדבר חקיקה. במועדים הרלוונטיים לדיני הוועדה, טרם הוכרעה שאלת חוקתיותם של חוקים הפוגעים בשוויון.¹³¹ עם זאת, נציגי משרד המשפטים בוועדה סברו כי הגבלת הפיצויים בשל נזק לא-ממוני לנפגעי רשלנות רפואית בלבד אינה ראויה ליהפך לחוק גם בשל היותה לא-שוויונית: אי-אפשר להתעלם מכך שההגבלה המוצעת תיצור הבחנה בין תובעים בתביעות רשלנות רפואית לבין תובעים בתביעות נזקי גוף אחרות. כמו-כן היא תיצור הבחנה גם בינם לבין תובעים בגין נזקים כאמור התובעים את המדינה בעילות אחרות (למשל, תביעות נגד המדינה בשל נזקים שנגרמו במעצר או במאסר, וכדומה). מתנגדי ההגבלה הטילו ספק בקיומה של הצדקה להבחנה זו, או במילים אחרות, בקיומו של שוני רלוונטי בין סוגי התובעים המצדיק את הגבלת הפיצויים בגין נזק לא-ממוני דווקא בהקשר הרפואי. לדוגמה, מי שנפגע בתאונת-עבודה ונותר משותק בכל גפיו לכל ימי חייו יקבל פיצוי מלא בגין הנזק הלא-ממוני שנגרם לו; לעומת זאת, מי שנפגע בניתוח

129 לדוגמאות ספורות בלבד, מתוך אסמכתות רבות, ראו בג"ץ 6845/00 איתנה ניב ואח' נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד נו(6) 663 (2002); בג"ץ 2671/98 שדולת הנשים בישראל נ' שר העבודה והרווחה, פ"ד נב(3) 630, 650-651 (1998); בג"ץ 1/88, 953/87 פורז נ' ראש עיריית תל-אביב יפו, פ"ד מב(2) 309, 322 (1988); בג"ץ 104/87 נבו נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד מד(4) 749, 760 (1990); בג"ץ 4541/94 אליס מילר נ' שר הביטחון ואח', פ"ד מט(4) 94, 132 (1995); בג"ץ 6427/02 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת, תק"על 2006(2) 1559 (טרם פורסם, 11.5.2006).

130 ראו דבריו של השופט ריבלין (כתוארו אז) בנוגע לפסיקת פיצוי בשל פגיעה בכושר ההשתכרות לקטינה בת-מיעוטים בעניין אבו הנא, לעיל ה"ש 71, בפס' 34 לפסק-דינו: "כאשר בקטין אנו עוסקים, תרים אנו, אפוא, אחר נתון שיאפשר מתן פיצוי חרף מעטה העמידות. בפועל, מבקשים אנו לאתר נתון שישקף את מבחר האפשרויות שהיה פתוח בפני הנפגע-הקטין. נתון זה צריך לבטא את האפשרות שהקטין, בבגרותו, היה מצוי ברף ההשתכרות הנמוך, אך גם את האפשרות האחרת, שבבוא העת היה הקטין מגיע לגדולות בתחום המקצועי. על הנתון הזה לאצור את מבחר הסיפורים הפתוחים בפני ילד בישראל - כל ילד, מכל מין, מוצא, גזע ודת. רף ההשתכרות הממוצע במשק הוא הנתון המיטבי המגשים מטרה זו. בחירה בנתון אחר עבור נפגע-קטין השייך לקבוצת אוכלוסייה מסוימת, אך משום השתייכותו זו, משמעותה דבקות בהנחה כי אפשרויות תעסוקתיות הקיימות בישראל, כלל אינן פתוחות - אף לא יהיו פתוחות בעתיד - בפני ילדי אותה קבוצה. לשלילה זו אין בסיס עובדתי או נורמטיבי. היא עצמה עלולה ליצור מציאות מפלה. היא עלולה להיות בבחינת נבואה המגשימה את עצמה. את 'תקרת הזכוכית' ניתן לנפץ - רבים ורבות מוכיחים זאת - וגם אם עבור אחדים מבני החברה, בחירות מסוימות עלולות להיות קשות יותר מאשר לאחרים, ומצריכות מהם חריצות, מסירות, רצון עז והשקעה רבה במיוחד - הזכות לבחור בדרך נותרת בעינה, דבר לא נגרע ממנה." (ההדגשה שלי - ת' ק.).

131 ראו עניין התנועה למען איכות השלטון, לעיל ה"ש 129, פס' 39 לפסק-דינו של הנשיא ברק.

ונותר משותק בכל גפיו לכל ימי חייו יקבל פיצוי מופחת בהרבה. לא ברור מדוע להבחין בין שניהם רק משום שהאחד נפגע בעבודתו (וייתכן אפילו שעבד בעבור המדינה כאשר נפגע) ואילו האחר נפגע עקב טיפול רפואי. צורכיהם של שני התובעים בדוגמה זו דומים, וגם הכאב והסבל שנגרמו לשניהם דומים מאוד (אם כי לעולם לא זהים, מטבע הדברים). אין זה ברור מדוע מוצדק להפלות בין שני התובעים רק משום שפיצוי האחד יוצא מתקציב משרד הבריאות ואילו פיצויו של האחר יוצא מתקציבו של משרד ממשלתי אחר.

הסיבה להגבלה המוצעת, אליבא דמשרד האוצר, היא שמערכת הבריאות מצויה במשבר, וכל שקל שהולך לתביעות רשלנות רפואית (ובהקשר הנידון, לתשלום פיצוי בגין כאב וסבל) בא על-חשבון שקל המיועד לתרופות, למיטות וכדומה. עוגת התקציב מוגבלת, והגבלת הפיצויים דרושה לשם הפניית משאבים למערכת הבריאות. נימוק זה מעורר את השאלה אם ניתן להצדיק את הקיצוץ בפיצויים דווקא לגבי נפגעים התובעים את מערכת הבריאות, כאשר ידוע כי גם מערכות ממשלתיות אחרות מצויות בקשיים.

5. סיכום-ביניים: צדק חלוקתי, צדק מתקן ושיקולי הרתעה

בסופו של דבר נראה כי המחלוקת בין משרדי הממשלה נסבה סביב השאלה אם העיקרון של השבת המצב לקדמותו, שמשקף שיקולים של צדק מתקן ואשר בא לידי ביטוי בפסיקת פיצוי מלא לניזוק שנפגע בעוולה, צריך לסגת, בתביעות בשל רשלנות רפואית, מפני הצורך לממש את מטרותיהם של דיני הבריאות בישראל, המשקפים עקרונות של צדק חלוקתי. זאת, באמצעות הגבלת הפיצויים בשל נזק לא-ממוני בתביעות אלה בדרך של תקרה (ואולי אף באמצעות נוסחה לחישוב הפיצויים). משרד המשפטים סבר שבהעדר נתונים המעידים כי הפגיעה בהקצאת המשאבים לבריאות בשל הגידול בעלויות הרשלנות הרפואית נובעת מסכומי הפיצוי, עקרונות הצדק המתקן צריכים לגבור. משרד האוצר ומשרד הבריאות סברו כי לנזכח המשבר הכלכלי העמוק שאליו נקלעה מערכת הבריאות (כמו-גם המדינה כולה) באותה תקופה, צריך שידם של עקרונות הצדק החלוקתי תהא על העליונה.

כפי שצוין לעיל, הייתה מחלוקת בין משרדי הממשלה בשאלה אם הגבלת הפיצויים תפגע בהרתעה היעילה, אך לא הייתה מחלוקת על כך שהרתעה יעילה היא אחד השיקולים שיש לשקול בעת הטלת האחריות בנויקין או בעת פסיקת הפיצויים (כשם שלא הייתה מחלוקת לגבי השאלה מהי הרתעה יעילה). משרד האוצר סבר, כאמור לעיל, שבשל אופיו המיוחד של הטיפול הרפואי, אין לחשוש שהגבלת הפיצויים תוביל להקטנת המחיר ולפיכך להקטנת תמריצם של הרופאים לא להתרשל. משרד המשפטים, אשר ראה לנגד עיניו את הרתעת המערכת, סבר כי חשש זה קיים אף קיים – גם אם רמת ההרתעה של רופאים כפרטים לא תשתנה, עקב מחויבותם האתית והמקצועית לשלום מטופליהם, קיים החשש שרמת ההרתעה של המערכת הרפואית בישראל, כגוף מנהלתי, תרד, כך שיקטן התמריץ של המערכת לנקוט אמצעי זהירות לשם שמירה על בטיחות החולים.¹³²

132 גם התמריץ של הניזוקים להפעיל את מערכת ההרתעה הנויקית, כביטוי של פרופ' גלעד, לעיל ה"ש 84, עשוי לקטון בהתאם.

כאמור, שאלת הגבלת הפיצויים בשל נזק לא־ממוני בתביעות רשלנות רפואית הועלתה לדיון לפני היועץ המשפטי לממשלה, אשר קבע כי קיים ספק רב לגבי חוקיותה של ההגבלה המוצעת. לנוכח עמדת היועץ, ובהתחשב במחלוקת שבין משרדי הממשלה החברים בוועדה, לא נכללה בדוח הוועדה המלצה לחקיקה בעניין.¹³³

פרק ד: הגבלת שכר־הטרחה של באי־כוחם של התובעים בתביעות רשלנות רפואית

הוועדה נדרשה לנושא זה משום שנטען כי שכר־הטרחה של באי־הכוח של התובעים בתביעות רשלנות רפואית מהווה חלק נכבד מן ההוצאה הציבורית בגין תביעות אלה, וכי במסגרת השאיפה להקטינה יש להגביל גם את שכר־הטרחה. נטען כי הסכומים אשר נפסקים על־ידי בתי־המשפט או משולמים במסגרת פשרה כשכר־טרחה של עורך־דין הינם גבוהים, וכי מבנה שכר־הטרחה, כפי שהוא כיום (אחוז גבוה יותר ככל שהתביעה מסתיימת בשלב דינוני מאוחר יותר), מהווה תמריץ שלילי לפשרות. עוד נטען כי עצם ההגבלה של שכר־הטרחה תניב תועלת, גם אם הוא לא יושווה לתעריפים לפי חוק הפיצויים. מבנה פרק זה הוא כדלקמן: תחילה יוצג הרקע המשפטי לדיון שהתקיים בנושא בוועדה, ואחר כך יוצגו העמדות שהובעו לפני הוועדה והשיקולים השונים שהועלו בעד ונגד.¹³⁴ כמו בנושא של הגבלת הפיצויים בשל נזק לא־ממוני, גם בנושא זה התגלעה מחלוקת בין נציגי משרד האוצר ומשרד הבריאות, מחד גיסא, לבין נציגי משרד המשפטים, מאידך

133 מאז תמו דינוני הוועדה ניתן פסק־הדין בעניין התנועה למען איכות השלטון, לעיל ה"ש 129, בנוגע לחוק דחית השירות. בית־המשפט העליון קבע שם כי אין להעדיף את המודל הרחב, הרואה בכל מקרה של פגיעה בשוויון גם פגיעה בכבוד האדם, אך אין להעדיף גם את המודל המצמצם, הרואה רק במקרים של פגיעה בשוויון שכרוכה בהם השפלה או ביזוי משום פגיעה בכבוד האדם המקימה את תחולתה של פסקת ההגבלה. במקום זאת נבחר מודל־ביניים, אשר אינו מצמצם את כבוד האדם רק להשפלה ולביזוי, אך גם אינו מרחיבו לכלל זכויות האדם. על־פי מודל־הביניים, בכבוד האדם נכללים אותם ערכים אשר מוצאים בחוקות שונות ביטוי בזכויות אדם מיוחדות, אך מתאפיינים בכך שהם קשורים, על־פי תפיסתנו, בקשר ענייני הדוק לכבוד האדם (אם בגרעינו ואם בשוליו). על־פי גישה זו, ניתן לכלול בגדרי כבוד האדם גם הפליה שאין עימה השפלה, ובלבד שתהא קשורה בקשר הדוק לכבוד האדם כמבטא אוטונומיה של הרצון הפרטי, חופש בחירה, חופש פעולה וכיוצא בהם היבטים של כבוד האדם כזכות חוקתית (שם, פס' 38–41 לפסק־דינו של הנשיא ברק).

בעניין הגבלת הפיצויים, ייתכן שניתן לטעון כי יש בהגבלה זו משום פגיעה משפילה, לנוכח ההבחנה השירותית שהיא יוצרת בין ניווקים זהים.

134 בסוגיה זו לא נאספו נתונים על־ידי הוועדה, משום שהיה קשה מאוד לחלץ את שכר־הטרחה מתוך פסקי־הדין.

גיסא, וגם עניין זה הובא לפני היועץ המשפטי לממשלה, אשר חיווה את דעתו נגד הגבלת שכר-הטרחה. גם בעניין זה נשקלו שיקולים חוקתיים.

1. שכר-הטרחה של עורכי-הדין המייצגים תובעים בתביעות נזיקין

ככלל, קביעת שיעור שכר-הטרחה מסורה בשיטת המשפט שלנו למשא-ומתן בין הלקוח לבין עורך-הדין. עם זאת, במקרים אחדים התערב המחוקק בחופש החוזים של הצדדים. חוק לשכת עורכי-הדין מסמיך את המועצה הארצית של הלשכה לקבוע, באישור שר המשפטים, תעריף מינימלי מומלץ לשכר-טרחה בעד שירותי עורכי-דין.¹³⁵ החוק אף מסמיך את שר המשפטים לקבוע בתקנות סוגי שירותים מסוימים שיש לקבוע לגביהם תעריף מרבי לשכר-טרחה, ואם עשה כן, תקבע המועצה הארצית של הלשכה את התעריף, באישור שר המשפטים. משנקבע בתעריף שכר מרבי לשירות מסוים, החוק קובע כי לא יתנה ולא יקבל עורך-דין שכר גבוה ממנו, אלא ברשות שניתנה על-ידי הוועד המחוזי לעניין מסוים.¹³⁶ אחד התחומים שבהם הפעילה הלשכה את סמכותה לפי החוק וקבעה תעריף מינימלי מומלץ הוא תביעות נזיקין.¹³⁷ התעריף חל על כל הסוגים של תביעות הנזיקין,¹³⁸ ועל-פיו בתביעות בבתי-משפט השלום ובבתי-המשפט המחוזיים קיים יחס הפוך בין סכום התביעה לבין שיעור שכר-הטרחה: ככל שסכום התביעה גבוה יותר כן השיעור שייגזר מן הסכום שייפסק לאחר ניכוי גמלאות המוסד לביטוח לאומי נמוך יותר (מ-15% בתביעות שסכומיהן נמוכים ועד ל-10% בתביעות בסכומים גבוהים). נוסף על כך קיים תעריף מומלץ לגבי כל ישיבה שלאחר שתי הישיבות הראשונות בתיק. בפועל, שיעור שכר-הטרחה נשאר פתוח למשא-ומתן בין הצדדים, ובית-המשפט נוהג לפסוק שכר-טרחה על-פי מפתח אחר,¹³⁹ המקובל בכל תביעות הנזיקין, ובכלל זה גם בתביעות רשלנות רפואית. כאמור, בתביעות לפי חוק הפיצויים קיים הסדר מיוחד לעניין שכר-הטרחה. חוק הפיצויים מטיל על המועצה הארצית של לשכת עורכי-הדין חובה לקבוע תעריף מרבי בעד הטיפול לפי החוק, ובלבד ששכר-הטרחה שנקבע לפי תוצאות הטיפול לא יעלה על 8% מהסכום שהוסכם לשלמו לנפגע, ואם היו הליכים משפטיים – על 13% מהסכום שנפסק. מי ששילם שכר-טרחה העולה על התעריף המרבי זכאי להחזר העודף.¹⁴⁰ בכללי הלשכה

135 ס' 81 לחוק לשכת עורכי הדין, התשכ"א-1961, ס"ח 178 (להלן: חוק לשכת עורכי-הדין).

136 ס' 82 לחוק לשכת עורכי-הדין.

137 ראו: כללי לשכת עורכי הדין (התעריף המינימלי המומלץ), התש"ס-2000, י"פ 4852.

138 למעט בתביעות לפי חוק הפיצויים, שביחס אליהן נקבע הסדר מיוחד בחוק הפיצויים עצמו.

139 20% מן הסכום שנפסק לאחר ניכוי תגמולי המוסד לביטוח לאומי, אם התיק הסתיים בפסק-

דין; 17.5% אם התיק הסתיים בפשרה; ו-15% אם התיק הסתיים מבלי שהתקיימו בו ישיבות.

140 ס' 16 לחוק הפיצויים. החוק גם מסייג את הסמכות הנתונה לוועד המחוזי, בס' 82 לחוק לשכת עורכי-הדין, לאשר לעורך-דין שכר-טרחה גבוה יותר מהתעריף שקבעה הלשכה (במקרה שבו נקבע שכר-טרחה מרבי), וקובע כי היא לא תחול לגבי תביעות לפי חוק זה.

נוספה מדרגת-ביניים: 11% מהסכום שנפסק במקרה שבו התיק הסתיים בפשרה לאחר הגשת התביעה לבית-המשפט.¹⁴¹

2. טיעונים בעד הגבלת שכר-הטרחה של באי-כוחם של התובעים בתביעות רשלנות רפואית

נציגי משרד האוצר ומשרד הבריאות בוועדה, כמו-גם גורמים נוספים שהופיעו לפניו, הציעו להגביל בחקיקה את שכר-הטרחה של באי-הכוח של התובעים בתביעות רשלנות רפואית. הם הציעו לקבוע כי שכר-הטרחה לא יותנה באופן שבו יסתיים התיק, אלא באחוזים מסכום הפיצוי. הכוונה הייתה לקבוע אחוזים מרביים, כלומר, שעורך-הדין ולקוחו יהיו רשאים להסכים על אחוזים נמוכים יותר. המדרג שהוצע הוא כדלקמן: (א) מתוך פיצויים עד לסך של 100,000 ש"ח - עד 20%; (ב) מתוך 250,000 ש"ח הנוספים - עד 18%; (ג) מתוך 300,000 ש"ח הנוספים - עד 15%; (ד) בגין כל סכום נוסף - עד 13%. עוד הוצע שהסדר יהא קוגנטי. כמו-כן הוצע, כחלופה, שיהיה אפשר לקבוע מדרג כאמור לפי שיעור הפיצוי, בצירוף מדרג מקביל לפי השלב שבו הסתיים ההליך (למשל, השיעור יופחת אם ההליך הסתיים לפני הגשת תביעה לבית-המשפט).

התומכים בהגבלת שכר-הטרחה סברו כי ההסדר שהוצע מאזן בצורה נאותה בין הצורך בהקטנת ההוצאה הציבורית לבין הפגיעה בשכר-הטרחה של עורכי-הדין העוסקים בתביעות רשלנות רפואית. לשיטתם, הגבלה זו לא תמנע מהניזוקים ייצוג משפטי ראוי, אלא עשויה לכל-היותר להקטין את התמריץ להגשת תביעה שסיכוייה נמוכים. הנימוק העיקרי לתמיכה בהטלת ההגבלה היה שבתחום הרשלנות הרפואית הפיצוי לנפגע מגיע ממקורות ציבוריים. מדובר בסכומים שאילולא הגיעו לתובע ולעורך-דינו, היו מנוצלים לשיפור רמת הבריאות של כלל תושבי המדינה המבוטחים בקופות-החולים. על-כן קיים אינטרס ציבורי בצמצום היקף התשלומים וההוצאות גם בתחום זה.

כמו-כן נטען כי המבנה המקובל של שכר-הטרחה של עורכי-הדין שנפסק בבתי-המשפט בתביעות נזיקין מתמרץ המשכה של הדיון בתביעה עד למתן פסק-דין, משום ששכר-הטרחה עולה ככל שהתביעה מסתיימת בשלב דיוני מתקדם יותר. הטענה הייתה אפוא שמנגנון שכר-הטרחה משמש תמריץ שלילי להתפשרות, ובכך תורם גם הוא להתמשכות הדיונים בבית-המשפט ולהגדלת העלויות הכרוכות בתביעות רשלנות רפואית. גם בעניין זה נשמעה הטענה כי יש ללמוד מן המקובל בארצות-הברית, שבה הגבילו מדינות לא-מעטות את שכר-הטרחה של עורכי-הדין בתביעות רשלנות רפואית.

141 כללי לשכת עורכי הדין (תעריף מקסימלי לשכר טרחה בטיפול בתביעות לפי חוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים), התשל"ז-1977, ק"ת 1358. לשיעורים אלה יש להוסיף מע"מ.

3. טיעונים נגד הגבלת שכר-הטרחה של באי-כוחם של התובעים בתביעות רשלנות רפואית

נציגי משרד המשפטים בוועדה התנגדו לעצם ההגבלה של שכר-הטרחה בחקיקה וכן לפרטי ההסדר המוצע. זאת, הן במישור העיוני-המשפטי והן במישור החוקתי. במישור העיוני-המשפטי סברו נציגי משרד המשפטים, כמו גם גורמים אחרים שהופיעו לפני הוועדה, כי אין להשוות בין שכר-הטרחה בתביעות לפי חוק הפיצויים לבין שכר-הטרחה בתביעות רשלנות רפואית, בשל השוני הגדול ביניהן מבחינת רמת הקושי ורמת ההשקעה הכרוכים בניהולן. נטען כי הסיבה לפער נעוצה במשאבים הרבים שיש להשקיע בניהול תביעות רשלנות רפואית, לשם השגת החומר הרפואי, קבלת חוות-דעת ממומחים, הוכחת האחריות והקשר הסיבתי, והוכחת עצם קיומו של נזק. בתביעות לפי חוק הפיצויים כרוכה עבודה פחותה בהשוואה לתביעות נזיקין אחרות, ובוודאי בהשוואה לתביעות רשלנות רפואית. התערבותו של המחוקק בהסכם שכר-הטרחה בין עורך-הדין לבין הלקוח בתביעות לפי חוק הפיצויים הוצדקה בשעתו באופי הסוציאלי של החוק, ושיעורי שכר-הטרחה הנמוכים יחסית הוצדקו בכך שביטול הצורך להוכיח אחריות וההליך שנקבע בחוק למתן הפיצוי לתובע הקלו מאוד את עבודתו של עורך-הדין וחסכו ממנו טרחה.¹⁴² גם בשאלת הוכחת הנזק קיים הבדל, משום שלעיתים קרובות אי-אפשר להסתפק במומחה אחד בתביעות רשלנות רפואית, ויש צורך בחוות-דעת של מומחים בכמה תחומים.

כן נטען שאין ממש בטענה כי מבנה שכר-הטרחה המקובל מהווה תמריץ להתדיינויות,¹⁴³ וכי ספק אם ייווצר חיסכון של ממש כתוצאה מהגבלת שכר-הטרחה של עורכי-הדין. חשש נוסף, שיפורט בהמשך, היה כי איכות השירות שיינתן לנפגעים מרשלנות רפואית, במיוחד לנפגעים בעלי נכויות קשות, עלולה להיפגע משום שקביעת שכר-טרחה נמוך עלולה להביא לידי כך שעורכי-דין רבים לא יוכלו להרשות לעצמם לעסוק בתחום בשל העלויות הגבוהות.¹⁴⁴

גם בעניין שכר-הטרחה, כמו בעניין הגבלת הפיצויים, סברו מתנגדי ההגבלה כי ההשוואה לארצות-הברית היא בעייתית. בחלק ממדינות ארצות-הברית (פחות ממחציתן)

142 תכליתו של ס' 16 לחוק הפיצויים, כפי שנפסק על-ידי בית-המשפט העליון, היא למנוע "נגיסה" יתרה בכספים המשתלמים לידיהם של הנפגע בתאונת-הדרכים, בין על-פי הסכם שבין הצדדים ובין מתוקף פסק-דין. ראו ע"א 575/88 לאה קריכלי נ' מיכאל ביהם ואח', פ"ד מג(3) 602, 610-611 (1989).

143 ההסבר לכך היה שבאי-הכוח של התובעים מעוניינים להגיע להסכם פשרה ולקבל את כספי הפיצויים במהירות האפשרית, אך בשל אופיו של התחום, ההתדיינות המשפטית נמשכת זמן רב. חרף זאת, נטען, רוב תיקי הרשלנות הרפואית מסתיימים בהסכמי פשרה משום שלבאי-הכוח של התובעים אין תמריץ להאריך את תקופת ניהול התיקים, מה גם שעורך-דין שאינו שוקל הסכם פשרה חורג מחובת הנאמנות שלו כלפי הלקוח.

144 טיעון נוסף שהועלה היה שבתביעות רשלנות רפואית מעורבים גורמים נוספים המקבילים שכר בעבור שירותיהם, כגון המומחים הרפואיים שנותנים את חוות-הדעת, אך בשכר-הטרחה של אלה לא מוצע להתערב, ולא ברור מה ההצדקה להבחנה זו ביניהם.

קיימת כיום בחוק הגבלה מסוימת באשר להסכם שכר-הטרחה בין עורך-הדין ללקוח - הגבלות שנחקקו ברובן בשנות השבעים והשמונים של המאה העשרים; במדינות מסוימות קיים חוק המגביל את שכר-הטרחה של עורך-הדין בתביעות רשלנות רפואית, שנחקק כחלק מרפורמה כוללת בתחום; ומדינות אחרות הגבילו בחקיקה את שכר-הטרחה של עורך-הדין ביחס לתביעות בגין נזקי גוף, תביעות בגין רשלנות מקצועית, תביעות נזיקיות או תביעות אזרחיות. ההגבלה שונה ממדינה למדינה.¹⁴⁵ במקרים מספר בחנו בתי-המשפט המדינתיים את חוקתיותן של ההוראות המגבילות את שכר-הטרחה, ובשתי מדינות (פנסילוניה וניו-המפשייר) נמצאו הוראות אלה לא-חוקתיות בשל הפגיעה בחופש החוזים ובשל החשש מפני הרתעה מהגשת תביעות לגיטימיות. במדינות אחרות שנבדקו, באירופה ומחוץ לה, אין התייחסות מיוחדת בחקיקה לשכר-הטרחה של עורך-הדין בתביעות נזיקין בכלל ובתביעות רשלנות רפואית בפרט.¹⁴⁶ כלומר, ארצות-הברית היא החריג בעניין זה.

4. חוקתיותה של הגבלת שכר-הטרחה של באי-כוחם של התובעים בתביעות רשלנות רפואית

גם בעניין זה, כמו בעניין הגבלת הפיצויים בשל נזק לא-ממוני, התעוררה שאלת חוקתיותה של ההגבלה שהוצעה על-ידי נציגי משרד האוצר, וגם כאן, כאמור, נחלקו הדעות בין הנציגים של משרדי הממשלה השונים. מאחר שעניין החוקתיות נידון באופן מפורט בהקשר של הגבלת הפיצויים, נתייחס כאן בקצרה בלבד לניתוח שעשתה הוועדה. תחילה נבחנו זכויות-היסוד שעלולות להיפגע מן ההסדר המוצע. חופש החוזים והתחרות החופשית עלולים להיפגע - גם ללא קשר לתוכן ההגבלה המוצעת - מעצם ההצעה שההסדר יהיה קוגנטי. חופש החוזים הוכר עוד בטרם נחקקו חוקי-היסוד כזכות-יסוד חוקתית, ובוודאי כך לאחר חקיקתם.¹⁴⁷ התחרות החופשית הועלתה אף היא למדרגת זכות חוקתית, ואף נקבע כי היא אבן-היסוד בכל שיטת משטר דמוקרטי, בהיותה סממן בולט של

145 ברוב המדינות ההגבלה נוגעת בהסכם שכר-טרחה התלוי בתוצאות המשפט, ואוסרת על עורך-הדין לדרוש מן הלקוח אחוז גבוה מזה הקבוע בחוק. במדינות אחדות ההגבלה חלה רק כאשר שכר-הטרחה נקבע על-ידי בית-המשפט, כלומר, ההגבלה חלה למעשה על בית-המשפט, ולא על הצדדים.

146 כך באנגליה, בקנדה, באוסטרליה, בניו-זילנד ובסקוטלנד; וביבשת האירופית - בצרפת, באיטליה, בגרמניה, בספרד, בפורטוגל ובמדינות נוספות (לפירוט ולהרחבה בעניין זה ראו נספח המשפט המשווה לדוח (נספח ב), בעמ' ז ואילך).

147 ראו ד"נ 22/82 בית יולס בע"מ נ' רביב משה ושות' בע"מ, פ"ד מג(1) 441, 486 (1989) (דבריו של השופט ברק (כתוארו אז)); וכן עניין חברה קדישא נ' קסטנבאום, לעיל ה"ש 101, בעמ' 479-480. בפסיקה רווח גם השימוש במונח "חופש ההתקשרות" כמונח חלופי למונח "חופש החוזים". ראו, למשל, ע"א 672/96 "אגד" אגודה שיתופית לתחבורה נ' ברוך רכטמן, פ"ד נג(5) 25 (1999).

חירות הפרט להגשמת האוטונומיה שלו.¹⁴⁸ זכות נוספת הנוגעת בעניין היא חופש העיסוק, ולענייננו, האופן שבו ניתן לעסוק בעיסוק או במקצוע מסוימים. חלק מן ההגנה על חופש העיסוק היא ההגנה על חופש התחרות, שפירושה אינו אך היתר להתחרות בוולת, אלא גם הזכות להתחרות בלא התערבות המדינה.¹⁴⁹ זכויות אלה – של באי-כוחם של התובעים ברשלנות רפואית ושל התובעים עצמם – נפגעות מהגבלת שכר-הטרחה המוצעת. זכות נוספת שעלולה להיפגע מן ההסדר שהוצע היא זכות הגישה של האזרח לערכאות. זכות זו הוכרה בהלכה הפסוקה כזכות-יסוד, אף שהיא אינה כתובה עלי חוק-יסוד, והיא נתפסת גם כחלק מכבוד האדם.¹⁵⁰ היא נועדה להבטיח כי פרט שבידו עילת תביעה יוכל להיוקק לערכאות המשפט ולברר במסגרתן את עניינו. עיקרון זה עולה מן התפיסה כי במשטר דמוקרטי התפקיד הבסיסי המוטל על הרשות השופטת הוא הכרעה בסכסוך, בין שמדובר בסכסוך בין פרטים ובין שמדובר במחלוקת בין פרט לבין רשות שלטונית. תפיסה זו הולידה את הכלל כי שערי בית-המשפט לא יינעלו בפני מי שמבקש סעד מרשות שיפוטית אלא מטעמים כבדי-משקל.¹⁵¹ מבלי למצות, ניתן להצביע על שני רכיבים חיוניים של זכות זו: האחד הוא קיומה של סמכות שיפוט בידי בתי-המשפט, והאחר הוא קיומה של אפשרות מעשית בידי בעלי-הדין לפנות לבתי-המשפט.¹⁵² רכיב שני זה כולל גם את זכותו של כל אדם שלא יועמדו בדרכו מכשולים אשר ימנעו ממנו את מימושה המעשי של זכותו לפנות לבתי-המשפט או יכבידו את מימושה באופן לא-סביר. החשש הוא, כפי שיפורט בהמשך, שההסדר המוצע עלול לפגוע בייצוג שיינתן לתובעים בתביעות רשלנות רפואית. בשלב השני נבחנה עמידתה של הגבלת שכר-הטרחה בדרישותיה של פסקת ההגבלה (אשר זהו לזו שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו). באשר ליסוד הפגיעה סברו המתנגדים להגבלה, וביניהם נציגי משרד המשפטים, כי הצעת משרד האוצר, שההסדר המוצע יהיה

- 148 ע"א 2247/95 הממונה על הגבלים עסקיים נ' תנובה מרכז שיתוף לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ, פ"ד נב(5) 213, 229-230 (1998); דנ"א 4465/98 טבעול (1993) בע"מ נ' שף-הים (1994) בע"מ, פ"ד נו(1) 56, 78-79 (2001). כמו-כן ראו נילי כהן "תחרות מסחרית וחופש העיסוק" עיוני משפט יט 353 (התשנ"ה).
- 149 בג"ץ 1703/92 ק.א.ל קווי אוויר למטען נ' ראש הממשלה, פ"ד נב(4) 193, 219-220 (1998).
- 150 ע"א 3833/93 לוינ' לוינ', פ"ד מח(2) 862, 874 (1994); רע"א 8292/00 גבריאל יוספי נ' שמואל לוינסון ואח', תק"ע על 2001(1) 1120, 1121 (2001).
- 151 ע"א 6805/99 תלמוד תורה הכללי והישיבה נ' הועדה המקומית לתכנון ולבנייה, ירושלים, תק"ע על 2003(2) 2853, 2856 (טרם פורסם, 2.7.2003); ע"א 733/95 ארפל אלומיניום בע"מ נ' קליל תעשיות בע"מ, פ"ד נא(3) 577 (1997) (פס' 6 לפסק-דינו של השופט גולדברג); רע"א 9572/01 דרון נ' וייסברג, תק"ע על 2002(3) 1621 (טרם פורסם, 1.10.2002) (פס' 3 לפסק-דינה של השופטת דורנר); רע"א 7608/99 לוקי בצוע פרויקטים נ' מצפה כינרת, פ"ד נו(5) 156, 163 (2002); רע"א 6450/01 אוריאל נ' מכון לטיפול בשפכי אילון, פ"ד נו(5) 721 (2001); שלמה לוינ' תורת הפרוצדורה האזרחית – מבוא ועקרונות יסוד 204 (תשנ"ט); יורם רבין זכות הגישה לערכאות כזכות חוקתית 26, ה"ש 6 (התשנ"ח).
- 152 ע"א 3115/93 יעקב נ' מנהל מס שבח מקרקעין, פ"ד נב(4) 549 (1997).

קוגנטי, פוגעת בחופש העיסוק של עורכי־הדין ובחופש החוזים של עורך־הדין והלקוח, משום שהיא מגבילה את החופש של עורך־הדין לעסוק במקצועו כראות עיניו, ואת החופש של עורך־הדין ולקוחו לעצב את החוזה כרצונם. המתנגדים העלו את החשש שההגבלה המוצעת תרתיע עורכי־דין מלעסוק בתחום. זאת, לנוכח המורכבות של ניהול תביעת רשלנות רפואית, ההשקעה הרבה הנדרשת מעורך־הדין והסיכון הרב שהוא נוטל על עצמו. עקב כך עלולה להיפגע יכולתו של התובע, שניזוק מרשלנות רפואית, לזכות בייצוג משפטי, אשר בלעדיו יקשה עליו מאוד לממש את זכות הגישה לערכאות. הגבלת שכר־הטריחה, בלא הקטנה מקבילה של המאמץ הכרוך בטיפול בתביעות אלה (כפי שנעשה בתביעות בגין תאונות־דרכים, שם נחסך הצורך בהוכחת האחריות), תרתיע עורכי־דין רבים מלהיכנס לעיסוק בתחום או מלהמשיך לעסוק בו. עקב כך עלול לקטון מספרם של עורכי־הדין שיהיו מוכנים לייצג תובעים בתביעות רשלנות רפואית, וקיים אף חשש שרמת השירות שתסופק על־ידיהם תיפגע, עקב ניסיון בתום־לב להקטין עלויות. נפגעי רשלנות רפואית עלולים להתקשות למצוא עורך־דין שייצגם כנגד הגופים הגדולים והממוסדים העומדים מולם, ותיפגע יכולתם לזכות ביומם בבית־המשפט.

זאת ועוד, לפי ההצעה, ככל שסכום הפיצויים בתיק גבוה יותר כן הפגיעה בשכר־הטריחה של עורך־הדין גבוהה יותר לעומת המצב כיום, ודווקא בתביעות הקטנות אין פגיעה. כך, למשל, בתביעות שנפסק בהן פיצוי בסך של עד 100,000 ש"ח אין בהצעה שינוי לעומת המצב הקיים מבחינת שכר־הטריחה המגיע לעורך־הדין. לעומת זאת, לפי ההסדר המוצע, בתביעות שבהן הפיצוי שנפסק הוא 700,000 ש"ח, ההפחתה בשכר־הטריחה של עורך־הדין היא 17%; בתביעות שהפיצוי שנפסק בהן הוא 2,000,000 ש"ח, ההפחתה בשכר־הטריחה של עורך־הדין היא 31%; ובתביעות שהפיצוי שנפסק בהן הוא 7,000,000 ש"ח (ולפי נתוני המחקר יש תביעות כאלה, אם כי מעטות יחסית),¹⁵³ ההפחתה מגעת עד 34% לעומת שכר־הטריחה במצב הקיים.

מדוגמאות אלה עולה כי דווקא האוכלוסייה החלשה ביותר מקרב נפגעי הרשלנות הרפואית – אוכלוסיית הנפגעים החמורים – היא שעלולה להתקשות בהשגת ייצוג משפטי ובמימוש זכאותה לגישה לערכאות. הטענה שהגבלת שכר־הטריחה תסייע בהקטנת התמריץ להגשת תביעות־סרק או תביעות־מטרד אינה ניתנת להערכה.

(א) האם הפגיעה בזכויות־היסוד עומדת בתנאיה של פסקת ההגבלה?

מטרת ההגבלה המוצעת היא להקטין את ההוצאה הציבורית בגין תביעות רשלנות רפואית, המהווה חלק מן ההוצאה הלאומית לבריאות, כדי להפנות את המשאבים שייחסכו בעקבות הטלת ההגבלה למערכת הבריאות. עיקר המחלוקת מתמצה בשאלה אם הפגיעה היא מידתית, משום שקשה לחלוק על כך שההגבלה נועדה לתכלית ראויה, בדומה להגבלת הפיצויים.

בשאלת המידתיות יש לבחון, כאמור, שלושה מבחנים: התאמה בין האמצעי למטרה;

153 ראו פרק 5 לדוח, הדן בפיצויים.

אי-קיומו של אמצעי אחר שפגיעתו בזכות-היסוד קטנה יותר;¹⁵⁴ יחס ראוי בין האמצעי לבין המטרה – שקילת התועלת שתצמח לציבור משימוש באמצעי זה לעומת הנזק הצפוי לפרט מהפעלתו. בחינת הקשר בין התכלית לבין האמצעי מעלה כי הגבלת שכר-הטרחה של באי-כוחם של תובעים בתביעות רשלנות רפואית אכן תביא לידי הפחתת ההוצאה הציבורית בגין תביעות אלה. אולם בכך, כאמור, אין די, שכן נפסק כי על האמצעי החקיקתי להיות ענייני ולהוביל באופן רציונלי להגשמת מטרת החקיקה, וכי אל לו להיות שרירותי, לא-סביר או לא-הוגן.¹⁵⁵ המצדדים טענו כי הגבלת שכר-הטרחה תביא באופן רציונלי לידי הגשמת מטרת החקיקה. המתנגדים, לעומתם, סברו שספק אם הגבלת שכר-הטרחה של באי-כוחם של התובעים, כאמצעי להקטנת ההוצאה הציבורית בגין תביעות רשלנות רפואית, היא הוגנת. זאת, משום שהיא עלולה להכביד את השגת הייצוג המשפטי דווקא על הניזוקים הקשים מקרב התובעים בגין רשלנות רפואית (משום שבמקרה שלהם הפגיעה בשכר-הטרחה היא הקשה ביותר), ומשום שהיא אינה מבוססת על הבחנה רלוונטית ומהותית בין עורכי-הדין המייצגים אותם לבין עורכי-דין אחרים המייצגים נפגעים בתביעות נזקי גוף בכלל ובתביעות נזקי גוף נגד המדינה בפרט.

מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה – מבחן-המשנה השני קובע כי אמצעי חקיקתי הפוגע בזכות אדם חוקתית ייחשב מידתי אם אי-אפשר להשיג את תכלית החוק על-ידי אמצעי אחר שפגיעתו בזכות האדם קטנה יותר. כפי שציינו לעיל, הדרישה כי החקיקה תפגע בזכות החוקתית המוגנת במידה הקטנה ביותר האפשרית לשם השגת תכלית החוק מהווה את לבי-ליבו של מבחן המידתיות.¹⁵⁶ לעניין זה אין ספק שהגבלת שכר-הטרחה תביא לידי הקטנת ההוצאה הציבורית בגין תביעות רשלנות רפואית. תומכי ההגבלה סברו שהחיסכון בהוצאה צריך להיות מושג בכל דרך אפשרית באופן מצטבר, ולכן אם מתגלה דרך נוספת להקטנת ההוצאה, יש לנקוט גם אותה. מתנגדי ההגבלה סברו שגם אם יש דרכים נוספות להקטנת ההוצאה, עדיין יש לבחון ביחס לכל דרך אם אי-אפשר להחליפה באמצעי פוגע פחות. לפני הוועדה לא הוצגו הערכות המצביעות על כך שאין תחליף פוגעני פחות להגבלת שכר-הטרחה.

התועלת לציבור לעומת הנזק לתובעים – מבחן-המשנה השלישי הוא מבחן האמצעי המידתי (במובן הצר). כאמור, מבחן זה קובע כי האמצעי הנבחר – אף אם הוא מתאים (מבחינה רציונלית) להשגת המטרה, ואף אם אין אמצעי מתון ממנו – צריך לקיים יחס ראוי בין התועלת שתצמח ממנו לבין היקף פגיעתו בזכות אדם חוקתית.¹⁵⁷ כיום שכר-הטרחה של עורכי-הדין מהווה בין 15% ל-20% מהסכומים המשולמים על-ידי הציבור לתובעים בעקבות

154 מבחנים אלה משמשים גם לבחינת המידתיות לעניין חוק-יסוד: חופש העיסוק. ראו עניין מנחם, לעיל ה"ש 117; עניין אורון, לעיל ה"ש 117.

155 עניין מנחם, לעיל ה"ש 117, בעמ' 268.

156 האמצעי החקיקתי משול לסולם שהמחוקק מטפס עליו לשם השגת התכלית החקיקתית. על המחוקק לעצור באותו שלב משלבי הסולם שבו התכלית החקיקתית מושגת ואשר פגיעתו בזכות האדם היא הפחות-קשה. ראו בג"ץ מנהלי ההשקעות, לעיל ה"ש 125, בעמ' 389-390.

157 ראו עניין בנק המזרחי, לעיל ה"ש 116.

תביעות הרשלנות הרפואית. לא הומצאו לוועדה נתונים לגבי חלקם של סכומי הפיצויים מתוך כלל ההוצאה הציבורית לתביעות רשלנות רפואית, ולכן לא היה אפשר לברר מהו חלקו של שכר-הטרחה של עורכי-הדין בהוצאה זו. לוועדה נמסר שכל ההוצאה הציבורית לתביעות רשלנות רפואית מהווה 1% מן ההוצאה הלאומית לבריאות. מתנגדי ההגבלה סברו שאף אם נניח כי שכר-הטרחה של עורכי-הדין מהווה 15%-20% מתוך אותו אחוז יחיד, החיסכון הצפוי מן ההגבלה המוצעת אינו גדול, ואילו הנזק לתובעים גדול מאוד.

הגבלת שכר-הטרחה שהוצעה פוגעת גם בשוויון בין עורכי-הדין, ועלולה להשליך גם על השוויון שבין התובעים, כפי שפורט לעיל. גם על רקע זה סברו מתנגדי ההגבלה כי היא אינה ראויה.¹⁵⁸

נציגי משרד המשפטים סברו - לנוכח כלל השיקולים וכל עוד לא התקבלו נתונים אחרים - כי הפגיעה בשכר-הטרחה של עורכי-הדין הגלומה בהסדר שהוצע אינה עומדת בדרישות של פסקת ההגבלה, ולפיכך מעוררת קושי חוקתי ממשי. כך סבר גם היועץ המשפטי לממשלה בדיון שקיים בנושא, ולפיכך הוחלט לא לכלול המלצה גם בעניין זה.

פרק ה: ניהול סיכונים ורשלנות רפואית

כזכור, ייפוי-הכוח שניתן לוועדה היה לאתר את הדרכים להקטנת ההוצאה הציבורית בגין תביעות רשלנות רפואית. במסגרת זו סברה הוועדה כי יש לבחון גם את הדרכים שבהן ניתן לצמצם את עצם הגשתן של תביעות אלה. לעניין זה חשוב ניהול יעיל של התביעה, החל בפנייה הראשונה אל המוסד הרפואי ועד למתן פסק-הדין, אך גם - ואולי מובן מאליו - צמצום מספר הטעויות הרפואיות, אשר הרשלניות מביניהן מביאות לידי הטלת אחריות על המוסד הרפואי. אף שלרוב חבריה לא הייתה כל הכשרה בתחום של ניהול סיכונים, התרשמה הוועדה כי בהקשר של הקטנת ההוצאה נושא זה הוא מרכזי ביותר. הוועדה שמעה מומחים לניהול סיכונים ונציגים של גופים רפואיים ומבטחים, אשר הציגו לפנייה, בין היתר, את מערכות ניהול הסיכונים המקובלות במוסדות הרפואיים השונים.¹⁵⁹ לא הייתה מחלוקת לגבי חשיבות הנושא, ובמהלך הדיונים הושגה הסכמה על הצעדים שיש לנקוט במטרה לשפר את ניהול הסיכונים ברפואה בישראל. המלצות הוועדה בנושא זה ניתנו אפוא פה אחד.

158 ייתכן גם שכיום, לאחר פסק-הדין בעניין התנועה למען איכות השלטון, לעיל ה"ש 129, ניתן לראות בה משום פגיעה בכבוד האדם, לנוכח הפגיעה באוטונומיה ובחופש הבחירה של התובעים ועורכי-דינם.

159 ראו ס' 11.1.1 לדוח, בעמ' 191-195.

1. ניהול סיכונים

ניהול סיכונים ברפואה נוגע בשני היבטים: בעקבות טעות (או "כמעט-טעות") רפואית באירוע מסוים או כחלק מתהליך שוטף וסדיר של בקרת איכות. שתי הדרכים מעוררות אותן שאלות: כיצד להפיק לקחים, למנוע התרחשות של הטעות בשנית ולשפר את רמת הרפואה בצורה יעילה? וכיצד ניתן לצמצם את הסיכונים המשפטיים, על העלויות הכרוכות בכך? ניהול סיכונים מוצלח יכול לתרום למתן שירותי רפואה טובים יותר ולהקטין את מספר התביעות-בכוח. שאלת החיסיון של דוחות ומסמכים רפואיים – בין כאלה הנוצרים במסגרת בדיקה של תאונה רפואית מסוימת ובין כאלה שנוצרים עקב תהליך שוטף של בקרת איכות – קשורה בקשר הדוק לניהול הסיכונים.

טעות רפואית במהלך טיפול בחולה מסוים מעוררת את הצורך המקצועי-הרפואי לברר כיצד נגרמה הטעות וכיצד למנוע את הישנותה, אך גם את הצורך להתמודד עם השלכותיה המשפטיות – דיווח לחולה על-אודות מה שאירע; בחינת האפשרות שקיימת עילה לדיון משמעתי (או אף פלילי); ובחינת החבות בנוזקין, תוך היערכות לאפשרות שתוגש תביעה לבית-המשפט. באופן דומה, במסגרת תהליך סדיר ושוטף של בקרת איכות עשויות להתגלות בעיות ותקלות במתן הטיפול הרפואי – בעיות מבניות ובעיות הנובעות מאי-קיום נהלים, מטעויות-אנוש וכדומה – שיש לטפל בהן ברמה המקצועית. עשויה להיות לכך גם משמעות משפטית, משום שהתהליך יכול לספק מידע (ובכלל זה גם מידע סטטיסטי) שעשוי לסייע בגיבושו של סטנדרט הזהירות הסביר במקצוע הרפואה, וכן להעיד על עמידתו של מוסד רפואי מסוים או תחום רפואי מסוים בסטנדרטים המקצועיים המקובלים.

לשם הפקת לקחים ושיפור הרפואה, יש צורך בקיומו של תהליך עבודה שמטרתו אינה חיפוש אשמים, אלא ירידה לשורש הבעיה והסקת מסקנות מקצועיות. לשם כך יש צורך שהגורמים המעורבים בתהליך זה יוכלו לדבר באופן חופשי ולמסור מידע מלא, מבלי לחשוש מהשלכות משפטיות. בד בבד, חולה אשר ניזוק עקב טעות בטיפול בו זכאי לדעת מה אירע לו ולהגיש תביעת נזיקין. גם לציבור בכללותו יש זכות לקבל מידע על רמת שירותי הרפואה בארץ ועל הצעדים שנעשים כדי לשפר אותה, בהיות הרפואה שירות חיוני הממומן מכספי הציבור. מדובר אפוא באינטרסים ציבוריים חשובים ביותר – שיפור הרפואה וזכות הפרט (והציבור) לדעת – שקיים ביניהם מתח ואולי אף ניגוד מסוים. מתח זה בא לידי ביטוי חריף בשאלת החיסיון, שאליה נפנה כעת.

2. העמדות שנשמעו בוועדה

הוועדה שמעה טענה כי חיוב הנתבעים על-ידי בית-המשפט לחשוף את הפרוטוקולים של ועדות הבדיקה, כפי שמורה סעיף 21 לחוק זכויות החולה, פוגע בטעמים העומדים בבסיס החיסיון ובנכונותם של הגורמים הרפואיים המעורבים באירוע לשתף פעולה בעת חקירת האירוע, דבר שאינו מאפשר להפיק לקחים ולשפר את הטיפול הרפואי. כן נטען כי החיסיון הקבוע בחוק אינו ממומש בפועל, וכי הדבר מניע רופאים להימנע מלדווח על טעויות

ופוגם בשיתוף-הפעולה שלהם. עוד נטען שחלה ירידה משמעותית במספר אירועי הבדיקה והלימוד מתאונות רפואיות, עקב חשש מפני ההשלכות של דיווח על תקלות וטעויות רפואיות¹⁶⁰ – חשש מפני דין משמעותי, אך גם מפני תביעת נזיקין, מפני העלאת הפרמיות למוסדות הרפואיים (דבר שגרם לרתיעה משיתוף-פעולה גם ברמה המוסדית-הלאומית) ומפני פגיעה בשמו הטוב של הרופא במקרה שהמידע שייחשף בהליכי הבדיקה ייפך לפומבי. התוצאה היא גרימת נזק להתפתחות הרפואה בישראל, בשל אי-קיום תהליכים של לימוד, הפקת לקחים והסקת מסקנות. כל אלה יחדיו גורמים לעלייה במקרי הרשלנות הרפואית, ועקב כך גם לעלייה במספר התביעות ובהוצאה הציבורית בעקבותיהן. טענה נוספת הייתה כי קו הגבול המותווה בחוק זכויות החולה בין ועדת בדיקה (סעיף 21 לחוק) לבין ועדת בקרה ואיכות (סעיף 22 לחוק) אינו ברור, ולא ברור כיצד מערך זה משתלב בפועל במוסדות הקיימים במערכת הבריאות לבדיקת אירועים ולניהול סיכונים שוטף. כן נטען כי לפני חקיקת חוק זכויות החולה ובטרם ניתנה הלכת הדסה נ' גלעד,¹⁶¹ היה מקובל לנתח אירועים של תאונות ותקלות רפואיות בבית-החולים בנפרד מן הדיווח למבטחת. כיום הדיווח לחברת הביטוח נמשך, משום שהוא נתפס כחסי מכות חסיון עורך-דין-לקוח, אך הרופאים נמנעים מלשתף פעולה בתחקיר האירוע. כתוצאה מכך ניהול הסיכונים נעשה על-ידי חברת הביטוח בלבד, ולא על-ידי המוסדות הרפואיים עצמם. הוועדה שמעה גם דעה שלפיה חשוב למקד את פעילות ניהול הסיכונים ברפואה בישראל באופן שונה מן הנהוג כיום. לפי דעה זו, הבעיות העיקריות שונות מכפי שמקובל לחשוב. כך, ביחס לרשומה הרפואית הבעיה העיקרית אינה אובדן המסמכים או ביעורם, אלא כתיבה לקויה של מרשמים ומסמכים רפואיים על-ידי הצוות הרפואי. בעיות נוספות הן העדרם של כללי בטיחות נכונים, ובמקום שהם קיימים – אי-השמעת הנהלים במערכת וקושי בשינוי התנהגותו של הצוות הרפואי. הוועדה שמעה דעה כי ניתן לשנות את נוהלי העבודה ודרכי ההתנהגות של הצוות הרפואי על-ידי פיתוח תרבות דיווח, כדי לגרום לשיתוף-פעולה של כל השותפים במערכת הרפואית.

3. חסיונם של מסמכים רפואיים ושל דוחות של ועדות רפואיות

עד לפסק-הדין בעניין הדסה נ' גלעד¹⁶² לא הייתה הלכה בשאלת החיסיון של דוחות בדיקה פנימיים של מוסדות רפואיים, ולא היה קיים חיסיון בחקיקה.¹⁶³ באותו עניין נידון דוח

160 כך, למשל, נטען לפני הוועדה כי ועדות תמותה ו-CPC (Clinical Pathological Conference) – שבמסגרתן מוצג כל הידע הנובע מהניסיון הקליני שבאירוע מסוים, ואשר היו נערכות בעבר כדבר שבשגרה – אינן נערכות עוד כמעט בשל החשש מפני חשיפת תוכן הדיונים.

161 רע"א 1412/94 הסתדרות מדיציניית הדסה נ' גלעד, פ"ד מט(2) 516 (1995).

162 שם.

163 בעמ' 369 להצעת חוק זכויות החולה, התשנ"ב-1992, ה"ח 2132, נכללה הצעה להטיל חיסיון מוחלט על דיוניהן של ועדות בקרת איכות פנימיות של בתי-חולים בפני כל אדם, לרבות המטופל הנוגע בדבר, וכן חיסיון על דיונים של ועדות בדיקה שהוקמו לבחינת מקרה מסוים,

בדיקה פנימי של צוות שמונה על-ידי מנהל בית-החולים לכדוק את התאבדותו של חולה. במסגרת ההליכים המקדמיים בתביעת הרשלנות הרפואית שהוגשה על-ידי בני משפחתו של המנוח, גילתה הדסה את קיומו של דוח הבדיקה, אך טענה לחסינו. בית-המשפט המחוזי הורה על גילוי המסמך, והוגשה על כך בקשת רשות ערעור לעליון, שבה נטען כי יש להכיר בחיסיון מיוחד לדוחות בדיקה פנימיים של בתי-חולים,¹⁶⁴ בשל החשש מפני הנזק הבלתי-הפיך שייגרם למקצוע הרפואה, שיתבטא בחוסר יכולת לקיים ולבנות מערכות בקרה פנימיות יעילות בבתי-החולים לשם שיפורו וייעולו של הטיפול הרפואי.¹⁶⁵ נטען כי הנזק עלול להתבטא בשלושה מישורים: פגיעה בשיתוף-הפעולה של הרופאים עם הוועדה החוקרת; פגיעה בתפקודו של הצוות הבדוק, אשר עלול לחשוש לפגיעה בעמיתו ובמוסד הרפואי; פגיעה בעצם קיומן של הבדיקות הרפואיות הפנימיות.¹⁶⁶

בית-המשפט העליון, מפי הנשיא ברק, דחה את הטענות. נקודת המוצא בענייני חיסיון היא כי אין להתיר חיסיון מעבר לנדרש, וכי הנטל הוא על הטוען לו. מצד אחד עומד עקרון הגילוי, שהוא בעל חשיבות רבה. מטרת המשפט היא גילוי האמת, ואי-הכרה בחיסיון מונעת פגיעה במטרה זו. דוחות הביקורת נערכים לרוב סמוך לאירוע, ועל-כן אין להם תחליף מבחינת העיתוי, הרלוונטיות, הנגישות למידע וייחודיות המידע הכלול בהם.¹⁶⁷ לחולה יש זכות לדעת מהו הטיפול הרפואי שקיבל ואת קורותיו של אותו טיפול. כנגד זכות זו עומדת

למעט בפני מי שמינה את הוועדה ומי שהוא יורה. במקרה של פתיחת הליך משמעותי או מנהלי או חקירת משטרה, הוצע להתיר מסירת חומר לצורך ההליך או החקירה, והמנהל רשאי למסור את המידע לאחר מטעמים של טובת הציבור. אולם סעיפים אלה לא התקבלו בלבוש זה בחוק זכויות החולה, כפי שיתואר בהמשך.

מקור אפשרי אחד לחיסיון היה החיסיון הכללי אשר חל על מסמכים שהוכנו לקראת הליך משפטי. כלל זה, כפי שהתגבש בפסיקה, קבע כי מסמך חסוי מטעם זה אם הוא הוכן לקראת הליך משפטי (בין שההליך תלוי ועומד ובין שאין עדיין הליך אך קיימת הסתברות של ממש כי יפתח הליך בעתיד) ואם הוא הוכן לצורך ההליך, דהיינו, אם אחת ממטרותיו היא הכנה לקראת המשפט. חיסיון זה צומצם בהלכת הדסה נ' גלעד, שבה נקבע כי אין די בכך שאחת ממטרותיו המשניות של המסמך היא צפיית ההליך המשפטי, אלא נדרש כי זו תהיה המטרה העיקרית בהכנתו. מסמך שנערך בין כה וכה, מטעמים ענייניים שאינם קשורים להליך הצפוי, אינו צריך ליהנות מחיסיון רק משום שהוא נערך עקב תרומתו האפשרית למשפט צפוי. בית-המשפט העליון קבע כי דוח הבדיקה הרפואית באותו עניין לא הוכן לצורך ההליך המשפטי בלבד, וכי זו אף לא הייתה מטרתו העיקרית, אלא המטרה העיקרית הייתה הפקת לקחים מן המקרה המצער (התאבדותו של חולה), ולכן אין לראות בו דוח שהוכן לצורך ההליך המשפטי ולקראתו (שם, בעמ' 525). להרחבה נוספת בנושא זה ראו רע"א 6546/94 בנק איגוד לישראל נ' אזולאי, פ"ד מט(4) 54 (1995).

מקור שני אפשרי לחיסיון היה חיסיון מיוחד למסמכים רפואיים, אך בעניין הדסה נ' גלעד דחה בית-המשפט ניסיון ליצור חיסיון כזה.

164 מבלי להבחין בין הממצאים העובדתיים לבין המסקנות.

165 הלכת הדסה נ' גלעד, לעיל ה"ש 161, בעמ' 525-526.

166 שם.

167 שם.

חובתם של הרופא ובית-החולים למסור לחולה את המידע שבידם באשר לטיפול שקיבל ותוצאותיו, הנגזרת מחובת הזהירות הכללית שהם חבים לחולה ומזכותו של אדם לדעת על עצמו (זכות אשר מהווה ביטוי לאוטונומיה של הרצון הפרטי של האדם ומבטאת את כבודו כאדם).¹⁶⁸ הכרה בחיסיון מפני גילוי דוח ביקורת פנימית של בית-החולים פוגעת בזכויות אלה ואינה מתיישבת עימן.

כנגד זה עומדים השיקולים התומכים במתן חיסיון לדוחות של ועדות הבדיקה הפנימיות של בתי-החולים. נטען כי החיסיון חיוני לקיומן ולתפקודן של ועדות אלה, וכי בלעדיו יימנעו הוועדות מלפעול באופן העשוי להיטיב עם החולה שעניינו נבדק. בית-החולים לא יקיים בדיקות פנימיות אם באמצעותן יוכלו מגישי תביעות לבסס את רשלנותו של בית-החולים. חברי צוות הבדיקה עלולים למלא את תפקידם באופן מסויג, מחשש כי ממצאי בדיקתם עלולים להיחשף ולשמש כתביעת רשלנות מקצועית נגד עמיתיהם או נגד בית-החולים שהינו מעבידם, או לשמש ראיה בהליכים משמעתיים. חברי ועדות הבדיקה עלולים גם לחשוש כי ייחשפו לתביעות לשון-הרע מצד עמיתים שנפגעו כתוצאה מהדוחות שנערכו.¹⁶⁹ בלא חיסיון יהא זה לא-מציאותי לצפות שהרופאים שפעולותיהם נבדקות ישתפו פעולה בגילוי-לב מלא, תוך הפגנת יושר מקצועי וביקורת עצמית נוקבת. ייתכן אף שהרופאים יסרכו כליל להופיע לפני ועדות הבדיקה הפנימיות. עוד נטען כי הכרה בחיסיון זה אינה פוגעת באינטרסים של החולה מעבר למידה הדרושה, שכן בידי החולה יש קשת רחבה של אמצעים לחשיפת האמת, כגון הרשומות הרפואיות, הפתוחות לעיון החולה; יכולתו לקבל חוות-דעת רפואית עצמאית; והנטייה ההולכת וגוברת להטיל את הנטל

להוכיח העדר התרשלות על הרופא ובית-החולים.¹⁷⁰

הנשיא ברק דחה את הטענות בעד ההכרה בחיסיון. לדבריו, החשש מפני חוסר שיתוף-פעולה של הרופאים ומפני פגיעה בתפקודן של ועדות הבדיקה הפנימיות הוא ספקולטיבי. הוא סבר כי ועדות בדיקה פנימיות יתקיימו בבתי-חולים אף בלי חיסיון, שכן הדבר מתבקש ממהותו של מקצוע הרפואה ומן המחויבות האתית והמשפטית שאדם נוטל על עצמו בהיותו רופא. עוד קבע ברק כי חובתו האתית והמשפטית של הרופא – להעמיד את בריאות החולה בראש מעייניו ולקיים יחס של כבוד לחיי אדם – מטילה עליו חובה לשתף פעולה באופן מלא עם ועדות בדיקה פנימיות, המבקשות לדעת בדיעבד מהו הטיפול הרפואי שניתן לחולה ואם הוא עומד באמות-המידה הרפואיות הראויות.¹⁷¹

כאמור, לפני הוועדה נשמעו טענות כי החששות שבית-המשפט העליון דחה בהלכת הדסה נ' גלעד, שלפיהם בהעדר חיסיון יפחת שיתוף-הפעולה ויפחתו הליכי הבדיקה, התאמתו. זאת, חרף החיסיון שהוענק לוועדת הבדיקה בחוק זכויות החולה (חיסיון חלקי, כפי שיפורט בהמשך), המהווה למעשה שינוי של נקודת המוצא של הלכת הדסה נ' גלעד. יש

168 ש.ם.

169 ש.ם.

170 ש.ם.

171 ש.ם, בעמ' 528: "אכן, מה שנדרש מהרופא ומקצוע הרפואה אינו סגירות וחיסיון אלא פתיחות וגילוי האמת."

לציין כי טענות אלה לא גובו בנתונים מפורטים, אלא נסמכו רק על ידע אישי של הדוברים. למשרד הבריאות, כמו גם לגורמים שהופיעו לפני הוועדה והביעו תמיכה בחיסיון, לא היו נתונים כמותיים על התקיימותן של ועדות בדיקה לפני חוק זכויות החולה, כך שלא היה אפשר לאמת את הטענות בדבר ירידה במספרן. כמו כן, מן הדברים שהובאו לפני הוועדה לא היה ברור מהם הגופים שעל פעולותיהם מבוקש להטיל חיסיון, ועל אילו פעולות ואילו דיווחים מבוקש להטיל חיסיון כאמור. לכאורה השתמע כי המצב הרצוי הוא הטלת חיסיון מוחלט על תוצרי עבודתה של ועדת הבדיקה – הדוח כמו גם הפרוטוקולים – אך הצעה זו לא הייתה מקובלת על הוועדה. הוועדה בחנה אפוא את השאלה אם בהינתן שהדוחות של ועדות הבדיקה יישארו לא-חסויים, יש מקום לשנות את נקודת האיזון שנקבעה בחוק זכויות החולה בעניין חשיפת הפרוטוקולים של ועדות אלה, ומה היחס בין עבודתן של ועדות אלה לבין זו של ועדות בקרה והאיכות.

4. חסיונם של מסמכים רפואיים ושל דוחות של ועדות רפואיות בחוק זכויות החולה

לאחר שניתנה הלכת הדסה נ' גלעד נחקק חוק זכויות החולה, אשר עוסק, בין היתר, בשאלת החיסיון המוטל על מסמכים רפואיים ועל תוצר עבודתן של ועדות שהוקמו על-פיו (ועדת בדיקה, ועדת בקרה ואיכות וועדת אתיקה). נוסף על כך, החוק מגדיר גם את מעמדה של הרשומה הרפואית מבחינת החיסיון, בקובעו כלל של העדר חיסיון. החוק קובע כי הרשומה הרפואית של החולה אינה חסויה מפניו, וכי הוא זכאי לעיין בה ולקבל עותק ממנה.¹⁷² המוסד הרפואי חייב לתעד את מהלך הטיפול הרפואי ברשומה רפואית, אשר תכלול, בין היתר, פרטים מזהים של המטופל והמטפל וכן מידע רפואי בדבר הטיפול הרפואי שקיבל המטופל, עברו הרפואי כפי שמסר, אבחון מצבו הרפואי הנוכחי והוראות טיפול.¹⁷³ הרופא או מנהל המוסד הרפואי, לפי העניין, חייבים לנהל באופן שוטף ועדכני את הרשומה הרפואית, ולשמור עליה בהתאם לכל דין. החוק קובע גם את זכותו של המטופל לקבל מהמטפל או מהמוסד הרפואי מידע רפואי מהרשומה הרפואית, לרבות העתקה, המתייחסת אליו, אלא אם כן המידע עלול לגרום נזק חמור לבריאותו הגופנית או הנפשית של המטופל או לסכן את חייו.¹⁷⁴

כאמור, החוק יצר שלוש ועדות – ועדת בדיקה, ועדת בקרה ואיכות וועדת אתיקה – שלכל אחת מהן יש מטרות שונות ובהתאם לכך גם כללי חיסיון שונים. במאמר זה נתמקד בשתי הוועדות הראשונות.¹⁷⁵

172 ס' 17 לחוק זכויות החולה.

173 עם זאת, יש לציין כי חוק זכויות החולה קובע בס' 17 הנ"ל שתרשומת אישית של המטפל אינה חלק מהרשומה הרפואית.

174 ס' 18(ג) לחוק זכויות החולה. סירוב למסור את המידע צריך להיות מובא לידיעתה של ועדת האתיקה, אשר יכולה לאשר, לשנות או לבטל את ההחלטה.

175 לוועדות האתיקה יש כמה תפקידים על-פי החוק, ובכלל זה אשרור של החלטת רופא לא

ועדת בדיקה היא ועדה שהוקמה לשם בדיקת תלונה של מטופל או של נציגו או לשם בדיקת אירוע חריג הנוגע במתן טיפול רפואי. את הוועדה יכול להקים אחד מן הבאים: מנהל מוסד רפואי, לגבי טיפול רפואי שנתי; במסגרת אותו מוסד; מנהל קופת-חולים, לגבי טיפול רפואי שנתי במוסד ממוסדות קופת-חולים; המנהל הכללי של משרד הבריאות או מי שהוא הסמיך.¹⁷⁶ ועדה זו נהנית מחיסיון חלקי. ממצאיה ומסקנותיה אינם חסויים מפני המטופל. החוק קובע כי ממצאיה ומסקנותיה של ועדת בדיקה יימסרו למי שמינה את הוועדה, למטופל הנוגע בדבר¹⁷⁷ וכן למטפל העלול להיפגע ממסקנות הוועדה. לעומת זאת, פרוטוקול הדיונים של ועדת הבדיקה חסוי מפני המטופל (וגם מפני המטפל), ויימסר רק למי שמינה את הוועדה ולמנהל הכללי של משרד הבריאות. אולם החיסיון המוענק לפרוטוקולים של ועדות הבדיקה הוא חיסיון יחסי, שכן חרף האמור לעיל, בית-משפט רשאי להורות על מסירת הפרוטוקול למטופל, לנציגו או למטפל,¹⁷⁸ אם מצא כי הצורך בגילוי לשם עשיית צדק עדיף מן העניין שיש באי-גילוי.¹⁷⁹ לשאלת פרשנותה של הוראה זו נידרש בהמשך.

ועדת בקרה ואיכות – מטרתה של ועדה זו היא שיפור איכותו של הטיפול הרפואי. שלושה גורמים מוסמכים בחוק למנותה:¹⁸⁰ מנהל מוסד רפואי – לשם הערכת הפעילות

למסור מידע רפואי לחולה או לא למסור רשומה רפואית, אישור מתן טיפול רפואי בניגוד לרצון החולה (ס' 15(2) לחוק זכויות החולה), דיון בהשגה על רישום ממצאים של ועדת בקרה ואיכות ברשומה הרפואית ועוד. הוועדות ממונות על-ידי המנהל הכללי של משרד הבריאות, ובכל אחת חמישה חברים: אדם הכשיר להתמנות לשופט בית-משפט מחוזי מתוך רשימה שערך שר המשפטים, והוא יהיה יושב-הראש; שני רופאים מומחים, כל אחד מתחום התמחות אחר; פסיכולוג או עובד סוציאלי; נציג ציבור או איש דת. התקנות המסדירות את עבודתה של ועדת האתיקה אינן מתייחסות במפורש לנושא החיסיון. מטבע הדברים, החלטותיהן של הוועדות אינן חסויות, והן צריכות להינתן ברגיל תוך ארבעים ושמונה שעות מן הפנייה אליהן. ההחלטות צריכות להימסר לפונה בכתב, ועליהן להיות מנומקות, אלא אם כן הוחלט לא לנמקן, מנימוקים מיוחדים שירשמו, כלומר, גם נימוקי הוועדות אינם חסויים. הוועדות חייבות לנהל פרוטוקול בכתב ולצרפו לתיק הדיון. הדיונים ינוהלו בדרך-כלל בדלתיים סגורות, אלא אם כן הרשתה הוועדה לאדם מסוים, בכפוף לכל דין, להיות נוכח בדיונים. ראו תקנות זכויות החולה (דרכי מינוי, תקופת כהונה וסדרי עבודה של ועדות אתיקה), התשנ"ז-1996, ק"ת 80.

176 ס' 21 לחוק זכויות החולה.

177 כפוף לחריג האמור בס' 18(ג) לחוק זכויות החולה.

178 במקרה שבו החליט המטפל כי יש הצדקה לא למסור לחולה מידע.

179 ס' 21(ד) לחוק זכויות החולה. הוראה כאמור יכול שתיתן במסגרת הליך שמתנהל לפני בית-משפט או על-פי בקשה אשר תוגש לבית-משפט השלום. כמו-כן ניתן לגלות את הפרוטוקול במסגרת הליך משמעתי או במסגרת חקירה פלילית (ס' 21(ה) לחוק זכויות החולה): "החליט המנהל הכללי לפתוח בהליך משמעתי על פי דין או להגיש תלונה נגד אדם בשל חשד למעשה פלילי, רשאי הוא להורות על מסירת הפרוטוקול, לצורך ניהול החקירה או ההליך המשמעתי, לאדם המוסמך לכך, וכן למטפל שנגדו נפתח ההליך או הוגשה התלונה."

180 ס' 22 לחוק זכויות החולה.

הרפואית ושיפור איכותו של הטיפול הרפואי; מנהל קופת-חולים – לשם שיפור איכותם של שירותי הבריאות הניתנים במוסדות הקופה; ומנכ"ל משרד הבריאות – לשם שיפור איכותם של שירותי הבריאות.

ועדת בקרה ואיכות נהנית מרמת חיסיון גבוהה. החוק קובע כי תוכן הדיונים שהתקיימו בוועדת הבקרה והאיכות, הפרוטוקול, כל חומר שהוכן לשם הדיון ואשר נמסר לוועדה, וכן סיכומיה ומסקנותיה יהיו חסויים מפני כל אדם, לרבות המטופל הנוגע בדבר (אם כי לא מפני הגורם הממנה),¹⁸¹ ולא ישמשו ראיה בכל הליך משפטי.¹⁸² סיכומיה ומסקנותיה של ועדת הבקרה והאיכות יימסרו לגורם הממנה, והוא גם רשאי לעיין בפרוטוקול של דיוני הוועדה ובכל חומר אחר שנמסר לה. החיסיון המוענק לוועדת הבקרה והאיכות הוא מוחלט, ולא יחסי, שכן הוא אינו ניתן להסרה – גם לא על-ידי בית-המשפט – ואין לו חריגים, למעט מצב אחד: ממצאים עובדתיים שקבעה הוועדה, הנוגעים במצבו של מטופל, בטיפול בו או בתוצאותיו, אינם חסויים – הם יתועדו ברשומה רפואית מייד עם קביעת הממצאים, אם לא היו רשומים בה קודם לכן, ויהיו חלק מהרשומה הרפואית,¹⁸³ אשר למטופל יש זכות לראותה, כאמור לעיל. החריג היחיד לחיסיון המוחלט המוטל על תוצרי עבודתה של ועדת הבקרה והאיכות הוא כלפי ועדות האתיקה, וכלפיהן בלבד, במקרה חריג.¹⁸⁴ כלפי המטופל החיסיון נותר מוחלט.

השאלה באילו מקרים יש להסיר את החיסיון מעל הפרוטוקולים של ועדת הבדיקה ולהתיר את מסירתם לעיונו של המטופל הייתה שנויה במחלוקת בפסיקה עד להכרעת בית-המשפט העליון בעניין לילי חן.¹⁸⁵ הוועדה, שהחלה את דיוניה לפני מתן ההלכה, נדרשה גם היא לשאלה זו. הוועדה סברה כי סעיף 21 לחוק זכויות החולה נועד ליצור מנגנון אשר יאפשר לחולה לדעת מה אירע לו בעת הטיפול הרפואי, אך בה-בעת גם יאפשר למוסדות

181 ס' 22(ג) לחוק זכויות החולה.

182 ס' 22(ב) לחוק זכויות החולה.

183 ס' 22(ה) לחוק זכויות החולה.

184 ס' 23 לחוק זכויות החולה קובע כי אם הממצאים העובדתיים של ועדת הבקרה והאיכות לא תועדו ברשומה הרפואית כנדרש, המטופל (או נציגו) רשאי להגיש על כך השגה לוועדת האתיקה, וזו רשאית לבדוק, לשם החלטה בהשגה, את פרוטוקול הדיון שהתקיים בוועדת הבקרה והאיכות, את המסמכים אשר הוכנו לשם הדיון ונמסרו לוועדה, את סיכומיה ומסקנותיה, ואת הרשומות הרפואיות הנוגעות במטופל. מצאה ועדת האתיקה כי ממצאים עובדתיים לא תועדו כנדרש, תורה על תיעודם ברשומה רפואית, ותודיע על כך למטופל או לנציגו.

185 רע"א 4708/03 לילי חן נ' מדינת ישראל, תק"על 2002(4) 1116 (טרם פורסם, 7.11.2005). להחלטות שונות בנושא ראו בש"א (ת"א) 108555/02 עזבון אור ימין ז"ל נ' מדינת ישראל, תק"על 2002(3) 110 (טרם פורסם, 18.8.2002); בש"א (י"ם) 3956/00 עזבון המנוחה בדיחי עליזה ואח' נ' הסתדרות מדיציניית הדסה, תק"מח 2000(4) 1202 (טרם פורסם, 11.12.2000); ע"א (ת"א) 2370/01 מדינת ישראל נ' שאול שלומי ואח', תק"מח 2004(2) 6681 (טרם פורסם, 24.6.2004); רע"א 10431/03 משרד הבריאות נ' שי אזולאי, תק"על 2003(4) 329 (טרם פורסם, 30.11.2003).

הרפואיים להגיע לחקר האמת, לשם הפקת לקחים ותיקון הליקויים, כמו־גם לשם איתור האחראים ובדיקה אם יש עילה לפתיחה בהליך משמעותי או אחר (ובמסגרת זו גם יאפשר לאנשי הצוות הרפואי הנבדקים להשמיע את גרסתם). הוועדה סברה כי האיזון הנכון הוא שחיסון הפרוטוקולים הוא הכלל ושגילויים הוא החריג.

הוועדה נתנה דעתה גם לשאלה באילו מקרים יש הצדקה עקרונית למסור את הפרוטוקול של ועדת הבדיקה, בכפוף לבחינת הנסיבות המיוחדות של כל מקרה ומקרה. חברי הוועדה סברו שהמקרים המתאימים הם בעיקר אלה: (א) כל אימת שנמסר פרוטוקול לגורם המטפל, בהתאם לסעיף 21(ה) לחוק זכויות החולה, יש הצדקה למסור את הפרוטוקול גם למטופל או לשאריו; (ב) מקום שהרשומות הרפואיות אבדו, והחומר אשר נחשף לפני הוועדה נותר בבחינת העדות היחידה, גם אם לא ממקור ראשון, לטיפול הרפואי שניתן לחולה; (ג) אם לנוכח הרישום הרפואי ונסיבות המקרה כפי שפורטו בדוח, ובהעדר הנמקה למסקנות הוועדה, לא יכול להיות ברור לאדם סביר מדוע הגיעה הוועדה למסקנה שלא הייתה התרשלות בטיפול בנפגע; (ד) אם ועדת הבדיקה קבעה כי העדים שהופיעו לפני הסתירו מידע או אם היא מתקשה לקבוע ממצאים משום שמצאה כי יש בעיית מהימנות עם עדים מרכזיים. עמדת הוועדה היוותה את הבסיס לעמדתו של היועץ המשפטי לממשלה שהתייצב לדיון בעניין לילי חן.

באותו עניין קבע בית־המשפט העליון כי החיסיון שנקבע בחוק זכויות החולה על הפרוטוקולים של ועדות הבדיקה, כמו־גם החיסיון על דיוניהן ומסקנותיהן של ועדות הבקרה והאיכות, מבוסס על התפיסה כי חיסיון זה נדרש לשם קידומה ושיפורה של הרפואה בישראל.¹⁸⁶ אכן, קבע בית־המשפט, ביסוד ההליך השיפוטי עומדת חשיפת האמת, ולפיכך נקודת המוצא העקרונית היא עקרון הגילוי. עם זאת, זוהי נקודת מוצא עקרונית כללית שביסוד השיטה כולה, ואילו בענייננו מדובר בחוק מיוחד שנקודת המוצא שלו היא דווקא החיסיון. אומנם, החוק נועד להגן על זכויות החולה, אך לגבי הפרוטוקולים של ועדות הבדיקה – בהיבט הרחב אשר חורג מענייננו של המטופל המערער באירוע המסוים שלגביו מתבקש הגילוי – סבר המחוקק כי הוראה זו תיטיב גם עם החולים.¹⁸⁷

מתי אפוא יוסר החיסיון מעל פרוטוקול של ועדת בדיקה? בית־המשפט העליון קבע כי

186 עניין לילי חן, שם, פס' 24. בכך דחה בית־המשפט את הטענות שהתקבלו בחלק מפסיקותיהן של הערכאות הדיוניות, כאילו ביחס לוועדות הבדיקה האינטרס של המטופל גובר על האינטרס בקידום הרפואה בישראל. ראו שם, פס' 26–27.

187 שם, פס' 35. לצורכי השוואה ראו ע"ע 1091/00 שטרית אלעד נ' קופ"ח מאוחדת, דינים ארצי לג(53) 24 (2000), שם קבע בית־הדין הארצי לעבודה כי ועדת חריגים של הביטוח המשלים של קופת־חולים מאוחדת, הפועלת מכוח תקנון הקופה, חייבת להמציא למבוטח עותק מן הפרוטוקולים של הדיונים בעניינו. בית־הדין אמר: "וועדת החריגים לא תישמע בטענה, כוו שהעלתה כלפי המערער, כי אין זה ממנהגה להמציא לבעל הדבר פרוטוקולים מדיוניה; כי נמנעת היא מחשיפה של הפרוטוקולים בפני החולה, מן הטעם שאנו רוצים שגם הרופאים וגם חברי הוועדה יביעו את החלטתם באופן חופשי..." (שם, פס' 32). בית־הדין הורה, בין היתר, כי הוועדה תמציא למערער כל חומר רפואי או אחר אשר נוגע בעניינו והיה בידיה, לרבות פרוטוקול.

נוסחת האיזון היא "אפשרות סבירה לפגיעה ממשית בעשיית הצדק".¹⁸⁸ קיומה של אפשרות סבירה כאמור ייגזר ממידת החשיבות של הפרוטוקול להכרעה במחלוקת שבין הצדדים. לשם כך אין צורך שהיא מדובר בראיה חיונית שבלעדיה אין, אלא די בכך שלפרוטוקול תהיה חשיבות של ממש להכרעה במחלוקת.¹⁸⁹ בית המשפט אף טרח ופירט רשימה (לא-ממצה) של מקרים טיפוסיים שבהם תהא הצדקה להסיר את החיסיון, לצד רשימה של מקרים טיפוסיים נעדרים הצדקה כזו. כך, בין היתר, נקבע שהעדר ראיות חלופיות אינו תנאי הכרחי לגילוי, וכי אין די בטענה שסביר להניח כי בפרוטוקול יימצאו ראיות הנוגעות בתביעה. זאת, משום שהטיפול הרפואי אמור להיות מתועד ברשומה הרפואית, ומשום כך די בדרך-כלל ברשומה זו. לכן, כאשר הפרוטוקול נעדר ערך ראיתי מוסף על זה העולה מהרשומה הרפואית, לא יהא מקום בדרך-כלל להסיר את החיסיון.¹⁹⁰ בית המשפט אף קבע כי תובע שלא צירף לכתב-התביעה חוות-דעת של מומחה, כנדרש בתקנות סדר הדין, יתקשה לשכנע את בית המשפט בנחיצות הפרוטוקול. מקרה טיפוסי נוסף הוא חסר ברשומה הרפואית, קרי, לא רק כאשר הרשומה הרפואית אבדה, כפי שסבר היועץ המשפטי לממשלה (וכפי שסברה הוועדה), אלא גם במקרים שבהם הרשומה הרפואית קיימת אך לוקה בחסר ממשי שאינו מאפשר או מכביד מאוד את בירור התביעה (למשל, אם יש סתירות מהותיות או אם קיים חשש לשינוי או לשיבוש של הרשומה הרפואית).¹⁹¹

באשר לשימוש בפרוטוקול לשם בחינתן של ראיות המוצגות במשפט, קבע בית המשפט העליון כי הדבר מוצדק רק אם יתברר שהחיסיון יפגע באפשרות לעשיית הצדק, וכי אין די בחשש בעלמא שהעדים ימסרו בבית המשפט עדות שונה מזו שמסרו בוועדת הבדיקה. אם ניתן להוכיח את התביעה בהתבסס על הרשומה הרפואית ועדויות מומחים, אין צורך בגילוי הפרוטוקול. לעומת זאת, אם מתברר שהעדים אינם זוכרים את האירוע, ואם עדותם תוכל להוסיף ראיות ממשיות על הרשומה הרפואית, הדבר מוצדק.¹⁹² באשר לחשיפת הפרוטוקול עקב חסר או ליקוי בעבודת הוועדה, הסכים בית המשפט עם היועץ המשפטי לממשלה כי במקרים רבים לא תהא לכך חשיבות לעשיית צדק בהליך השיפוטי, אך אם יימצא שהעדים לפני הוועדה עשו יד אחת להסתרת האמת מפניה, או אם יתגלו בעיות במהימנותם של העדים, תהא הצדקה להסרת החיסיון.¹⁹³

בית המשפט העליון הוסיף וקבע כי חשיבותו של הפרוטוקול לעשיית הצדק צריכה

188 שם, פס' 37. בית המשפט סבר כי מבחן הוודאות הקרובה הוא מבחן מחמיר מדי, ואינו הולם את תחום הרשלנות הרפואית, המטובך להוכחה.

189 שם, פס' 39-41.

190 שם, פס' 44. בית המשפט הוסיף ואמר כי גם כאשר יש בפרוטוקול ראיות בעלות ערך מוסף, הדבר אינו מצדיק בהכרח את הסרת החיסיון.

191 שם, פס' 47.

192 שם, פס' 54. באשר לאפשרות להשתמש בפרוטוקול כדי לערער את דוח ועדת הבדיקה עצמו, אם הוא מוגש כראיה, קבע בית המשפט כי אין בהגשת הדוח כשלעצמה כדי לשמש עילה להסרת החיסיון מעל הפרוטוקול, וכי הכל תלוי בשאלה אם הוא חשוב לשם עשיית הצדק (שם, פס' 56).

193 שם, פס' 61.

להיקבע על יסוד תשתית ראייתית מתאימה, ואין די בציפייה גרידא שחשיפת הפרוטוקול תסייע בעשיית הצדק.¹⁹⁴ לגופו של עניין, במקרה שהובא לפניו, לא מצא בית-המשפט הצדקה להסרת החיסיון מעל הפרוטוקול של ועדת הבדיקה.¹⁹⁵

פרק ו: המלצות הוועדה

כאמור, המלצות ראשונות של הוועדה בעניין חסיון הפרוטוקולים של ועדות הבדיקה מצאו את דרכן להלכת בית-המשפט העליון בעניין לילי חן. נוסף על סוגיה זו נדרשה הוועדה, כאמור, לסוגיות נוספות הנוגעות בניהול סיכונים. למשל, בעניין אבטחת איכות ובטיחות ברפואה שמעה הוועדה שקיימות כיום מערכות מקומיות של ניהול סיכונים בבתי-החולים (ממשלתיים ואחרים) ובמרפאות. עם זאת, עיקר פעילותן מתמצה באיסוף דיווחים על אירועים חריגים ובניהול פרטני שלהם, וספק אם יש עיסוק משמעותי בניתוח מגמות ומאפיינים ובפעילות פרואקטיבית שמיועדת להפחית סיכונים ולמנוע תקלות שטרם התרחשו. כמו-כן אין פעילות ניהול סיכונים ברמה הארצית-הלאומית. לפיכך המליצה הוועדה להקים מערך בטיחות וניהול סיכונים – הן ברמה המקומית והן ברמה הארצית. ברמה המקומית יוקם מערך כזה בכל אחד מן המוסדות הרפואיים. היחידה הארצית שהוצע להקים תטפל בבטיחות המטופל ברמה הלאומית, ובראשה יעמדו נציגים של משרד הבריאות, קופות-החולים, הסתדרות הרופאים בישראל ובתי-החולים. הוועדה המליצה שרשות זו תקבל מידע על כל האירועים, בהשמטת אמצעי הזיהוי, ותפיק לקחים ברמה הארצית. הרשות תוכל להמליץ על התוויות קליניות או סטנדרטים, והמידע שיימסר לה יהיה חסוי. כל גורם המיוצג ביחידה יעבד את הנתונים למידע אגרגטיבי עד כמה שניתן, בצירוף מסקנות, אשר יועברו לרשות הלאומית. זו תיצור מאגר מידע אחד, ללא פרטים מזהים של בית-החולים, החולה והרופא, ותשתף את כל החברים בתקלות ובמסקנות. המלצה זו נמצאת בהליכי יישום מתקדמים במשרד הבריאות.

שאלה נוספת שעמדה כאמור על שולחן-הדיונים של הוועדה היא היחס בין סעיף 21 לסעיף 22 לחוק זכויות החולה. הוועדה סברה כי סעיף 22 לחוק זכויות החולה, המסדיר את פעילותן של ועדות הבקרה והאיכות, נועד לחול על כל ההליכים שמטרתם היא הערכת

194 שם, פס' 63.

195 בעניין לילי חן לא הוגשה חוות-דעת רפואית מטעם התובעים יחד עם כתב-התביעה. בא-כוחם הדגיש כי כוונתו להגיש חוות-דעת כאמור רק לאחר עיון בפרוטוקול, אך לא טען שאין בכוחו להציג חוות-דעת כזו בשל העדר נתונים. בית-המשפט קבע שמבוקשם של התובעים לעיין בפרוטוקול מבוסס על התקווה שיימצאו בו ראיות נוספות שיסייעו בידם להוכיח את תביעתם. בכך, נקבע, אין די. גם הטענות בדבר ליקויים בדוח או בעבודת הוועדה נדחו (שם, פס' 66).

הפעילות הרפואית ושיפור איכותם של שירותי הבריאות, וכי אין זה משנה מה היה הורז להליכים – אם חקירה של אירוע מסוים או תהליכים שוטפים של בקרת איכות. עוד סברה הוועדה כי בחינת אירוע חריג מסוים על-ידי ועדת בקרה ואיכות אין בה כדי למנוע הקמת ועדת בדיקה לאותו עניין או להפך. עם זאת, על-מנת למנוע הקמת ועדות בקרה ואיכות לבחינת אירוע חריג במקום ועדות בדיקה, הומלץ שמשרד הבריאות יקבע באילו מקרים קיימת חובה להקים ועדות בדיקה. המלצה זו טרם יושמה.

באשר לניהול הסיכונים המשפטיים, סברה הוועדה כי חסיון עורך-דין – לקוח יכול לספק הגנה מספקת למסמכים המוחלפים בין המוסדות הרפואיים לבין נציגי המבטחים ולדיונים הנערכים ביניהם. בעניין סעיף 22(ד) – הקובע כי אם מצא מי שמינה את הוועדה כי קיימת לכאורה עילה לנקיטת אמצעי משמעת על-פי דין כלפי מטפל, עליו להודיע על כך למנהל הכללי – סברה הוועדה כי אין הצדקה לבטל או לשנות הוראה זו.

פרק ז: סיכום

מטרתו של מאמר זה הייתה להביא, על קצה המזלג, את העיקר מתוך עבודתה של ועדת שפנין, שבחנה דרכים שונות להקטנת ההוצאה הלאומית בשל תביעות רשלנות רפואית. הוועדה החלה את עבודתה בתקופה של משבר כלכלי עמוק במשק הישראלי, שבה נעשו קיצוצים כואבים בתקציבים של משרדי הממשלה, ובכלל זה בתקציבי הרווחה והבריאות. ייחודה של הוועדה מן הוועדות שקדמו לה טמון אולי בשילוב המיוחד של נקודות-המבט השונות של חברה – הזווית המשפטית, הזווית הרפואית-המקצועית והזווית התקציבית – על רקע ייפוי-הכוח שניתן לה למצוא דרכים להפחית את עלותן של תביעות הרשלנות הרפואית למשק. ייחוד נוסף, וחשוב לא-פחות, הוא העובדה שלראשונה נעשה ניסיון לבסס את מסקנות הוועדה על בסיס נתונים רחב ומקיף ככל האפשר על תביעות הרשלנות הרפואית שהוגשו לבתי-המשפט. מחקר-השדה שנעשה על-ידי הוועדה, אשר הקיף אלפי פסקי-דין והחלטות שניתנו במשך עשור, אישר כמה השערות רווחות ביחס לתביעות הרשלנות הרפואית – למשל, ביחס לתחומי הרפואה שבהם שכיחות התביעות גבוהה – אך גם הפריך (או למצער לא אושש) השערות רווחות אחרות, בעיקר ביחס למספר התביעות ולגובה הסכומים שבתי-המשפט פוסקים. בסיס הנתונים הממוחשב תרם תרומה גדולה לדיון שהתקיים בוועדה בסוגיות רבות, והשפיע במידה רבה על המסקנות ברוב השאלות שעמדו על הפרק. נוסף על כך, לראשונה נעשה ניסיון לבחון את השוני והדמיון בין תביעות הרשלנות הרפואית לבין תביעות הנוזיקין האחרות בפסיקתם של בתי-המשפט, ומסקירת הוועדה לא עלה שוני מהותי. עם זאת, בעניין זה נתקלה הוועדה בקושי רב, בשל העדרם של מאגרים מקיפים פומביים על תביעות נוזיקין (כך שהיה קשה לאסוף נתונים כמותיים).

אף שהוועדה דנה בהיבטים רבים מאוד של תביעות הנוזיקין בשל רשלנות רפואית,

דומה ששני הנושאים החשובים ביותר שעלו על שולחנה היו שאלת ההגבלה של הפיצויים ושכר-הטרחה ושאלת ניהול הסיכונים. מדובר למעשה בנושאים הנמצאים בשני קצותיה של הסוגיה: הראשון עוסק בעלותה של התאונה הרפואית למערכת, לאחר שהתרחשה ולאחר שהגיעה לבית-המשפט, ואילו השני עוסק במניעת התאונה הרפואית והנזק. בנושא הראשון התגלעה מחלוקת בין חברי הוועדה, הן ברמה המשפטית – אם הגבלת הפיצויים בשל נזק לא-ממוני ללא שינוי משטר האחיות היא נכונה וראויה; והן ברמה הפרקטית – אם אי-אפשר להקטין את ההוצאה בדרכים חלופיות שיניבו חיסכון גדול יותר. מחלוקת זו התגברה לנוכח הממצאים שעלו מבסיס הנתונים, אשר הראו כי אין עיגון כמותי ומספרי לטענות בדבר הצפת בתי-המשפט בתביעות רשלנות רפואית ובדבר עלייה חדה בסכומי הפיצויים. כתוצאה מכך עלה ספק רב אם הגבלת הפיצויים בנסיבות אלה היא חוקתית, ולפיכך, על דעת היועץ המשפטי לממשלה, הוחלט לא לכלול המלצה בעניין בדוח הוועדה, והדין בעניין הפיצויים בשל נזק לא-ממוני בתביעות רשלנות רפואית נשאר על כנו. מחלוקת דומה התגלעה גם בנושא שכר-הטרחה, בעיקר בשל הספק בדבר חוקתיות הגבלתו, וגם בעניין זה נשאר הדין הקיים על מכונו.

לגבי ניהול הסיכונים סברו כל חברי הוועדה כי לעניין זה יש חשיבות עליונה. המלצת הוועדה להקים מערך לאומי שיעסוק בבטיחות החולה ובשיפור איכות הרפואה הוכרה על-ידי כל משרדי הממשלה הנוגעים בדבר כהמלצה חשובה, והיא תוקצבה בהתאם. ההמלצה נמצאת בהליכי יישום מתקדמים, ויש תקווה כי גם ההמלצה לקבוע רשימת מקרים שבהם תהא חובה להקים ועדת בדיקה תיושם בהקדם.

מבט על תביעות הרשלנות הרפואית באספקלריה של דוח ועדת שפניץ מגלה כי מדובר בתחום מורכב ביותר, בעל היבטים שונים ולעיתים מנוגדים. אף שמבחינה מעשית גברה נקודת-המבט הנוזקית, המתמקדת בהשבת המצב לקדמותו, על נקודת-המבט המקצועית-התקציבית, הבוחנת את צורכי המערכת מזווית של שיקולים חלוקתיים בכל הנוגע להגבלת הפיצויים, דומה כי אי-אפשר להפריז בחשיבותם של שיקולים אלה, בעיקר על רקע הקשיים התקציביים שמערכת הבריאות מתמודדת עימם תדיר. יצוין כי אילו הנתונים שנאספו היו שונים, ייתכן שהמסקנה בשאלת ההגבלה של הפיצויים ושכר-הטרחה הייתה שונה. לפיכך הלקח העיקרי מעבודתה של ועדת שפניץ הוא הכרה בחשיבותם של מחקרי-השדה בתחום המשפטי, ככלי-עזר בקביעת מדיניות ובגיבוש חקיקה. אם יהיה במאמר זה כדי לסייע בהטמעת הלקח האמור בקרב ציבור המשפטנים – לא רק בקרב אלה העוסקים ברשלנות רפואית – דיינו.