

## רשלנות לעומת אחריות מוחלטת: ההבדלים ביניהם והשלכותיהם על הרפורמה הנדרשת בישראל בתחום הרשלנות הרפואית

### נעם שר\*

המאמר מבקש לחשוף הבדלים שטרם נבחנו בין כלל הרשלנות לבין כלל האחריות המוחלטת, ולבחון לאורם את הרפורמה הדרושה, אם בכלל, בתחום האחריות הרפואית. התזה המרכזית במאמר היא כי רשלנות כבסיס להטלת אחריות יוצרת מנגנון מיוחד אשר שונה בטיבו ממנגנון האחריות המוחלטת. מנגנון הרשלנות יעיל יותר מכמה סיבות, שמתמקדות בתפקידו של הדין בפתרון בעיות של מידע חלקי הגורמות לכשל חלקי של שוק הבריאות: ראשית, הוא מתמרץ את הצדדים הרלוונטיים לתביעה הכספית הפוטנציאלית להשקיע בחיפוש המידע הנחוץ להם לצורך הגשת התביעה או התגוננות מפניה, ובהערכתו של אותו מידע. זה גם המידע הנחוץ לשוק הבריאות על-מנת לפתור את בעיות המידע החלקי הקיימות בו. שנית, הוא נותן לרופאים ולמוסדות הרפואיים תמריץ להתאים לאורך זמן את הפרוצדורות הרפואיות הנאותות. שלישית, הוא מנצל את המוניטין המקצועי של השחקנים בשוק לצורך פתרון בעיות המידע החלקי. רביעית, הוא מוסיף את בית-המשפט כמעגל פיקוח נוסף. חמישית, הוא נותן תמריץ למוסדות הרפואיים להשקיע בפיקוח גם בהקשר של ליקויים שהסיכון כי יתגלו או שהימצאותם תפורש כפגם במקצועיותם של הרופא ושל המוסד הרפואי הינו מוערי. שישית, לכלל הרשלנות יש השפעה חיצונית חיובית על יעילות תפקודם המקביל של מנגנוני התביעה הפלילית והמעין-פלילית. שביעית, הוא מסייע לדין בהקטנת העלויות הנובעות מהעדר סטנדרטיזציה. שמינית, הוא נותן למוסדות הרפואיים ולחברות הביטוח תמריצים חזקים לפיתוח מנגנון של ניהול סיכונים.

\* מרצה, בית-ספר רדוינר למשפטים, המרכז הבינתחומי הרצליה. המאמר הוצג בכנס "הרפואה בניתוח משפטי" – הכנס השנתי של כתב-העת משפט ועסקים לשנת 2006 – במושב בנושא "הרפורמה בתחום הרשלנות הרפואית". המחבר מבקש להודות לתורמים לאיכות הדיון ולמרצים במושב, לגבריאל קלינג, תמר קלהורה וטנה שפניץ, וכן למשתתפים במושב ולקוראים נוספים של המאמר על הערותיהם המועילות. עוד אבקש להודות לחברי מערכת משפט ועסקים – גיא זיידמן, ארז שחם, רותם שפירא, גלי הכט ויונדב בובר – על הערותיהם המועילות ועל עבודתם המדויקת והנאמנה.

במאמר אטען כי כלל הרשלנות מאפשר לדין להשיג גם פיזור סיכונים יעיל יותר: ראשית, בעיות המידע החלקי פוגמות גם במנגנון פיזור הסיכון בשוק, וכלל הרשלנות מקטין עלויות אלה וכך מסייע למנגנוני פיזור הסיכון לפעול בצורה יעילה יותר. שנית, כלל הרשלנות מאפשר לפזר את הסיכון בגין טעויות רשלניות בנפרד מן הסיכון בגין טעויות שאינן רשלניות. שלישית, המוסדות הרפואיים הם המבטח היעיל ביותר מפני סיכונים בגין טעויות רשלניות. לבסוף, אטען כי לכלל של רשלנות יש יתרונות של יעילות וחלוקת רווחה על כלל של אחריות מוחלטת – הן בהתייחס למטרת הדין לכוון את התנהגותם של המשתתפים בשוק הבריאות והן בהיבט של ביטוח ופיזור הסיכון.

מן המודל האמור אבקש להסיק מסקנות לגבי השאלה אם נדרשת רפורמה בתחום האחריות הרפואית, וכן לגבי השאלה אילו כלי מדיניות מגדילים את הרווחה החברתית ואילו מקטינים אותה. בין היתר אטען כי אין זה ראוי להטיל הגבלות על פעולתו של מנגנון הרשלנות, דוגמת ויתור על היות הרופא נתבע בהליך המשפטי והותרת המוסד הרפואי שהרופא מועסק בו כנתבע היחיד, או הגבלת הפיצוי בגין כאב וסבל. עוד אטען כי ראוי ליצור ולשכלל מנגנונים שיסייעו בפתרון בעיות המידע החלקי הקיימות בשוק הבריאות. כך, כדאי לשקול לקבוע בחוק חובת גילוי נאות מנדטורית כללית בשוק הבריאות, דוגמת חובת הגילוי הקיימת בשוקי ניירות-הערך, לרבות הקמתה של רשות מרכזית דוגמת ה- Securities and Exchange Commission (SEC) בארצות-הברית ורשות ניירות ערך בישראל, ובניית מנגנונים משלימים דוגמת אלה הקיימים ברגולציה של שוק ההון. כן מוצע להקים רשומה לאומית של מידע שתאגד את כל המידע הרלוונטי לצורך השגת המטרה של גילוי נאות בשוק הבריאות. מן התזה נובע עוד כי פעולתם של מבטחי אחריות מסחריים פרטיים כשומר-סף (Gatekeepers) נוספים צפויה להיות יעילה, ואין הצדקה להתערבות הרגולטור בשווקים של ביטוח האחריות הרפואית.

מן התזה האמורה ניתן ללמוד גם על העקרונות המשפטיים שראוי כי בתי-המשפט יחילו בשאלות של אחריות רפואית. כך, לבית-המשפט יכול להיות תפקיד מרכזי בשכלולו של מנגנון האחריות הרפואית, באמצעות שימוש בפסקי-הדין להעברת המידע הרלוונטי לשוק. כן ראוי לחסום "ערוצי מילוט" של רופאים ומוסדות רפואיים מדיון באחריותם הרפואית שיחשוף את התנהגותם הרשלנית. כך, ראוי לשקול הטלת איסור על הסדרי שיפוי והשתתפות חוזיים בין קופות-החולים לבין רופאים.

מבוא

פרק א: רשלנות לעומת אחריות מוחלטת – סקירת ספרות

1. ההבדלים בין רשלנות לבין אחריות מוחלטת
  2. מהו משטר האחריות הרצוי בתחום האחריות הרפואית
- פרק ב: הרפורמות המוצעות במשטרי האחריות הרפואית בישראל ובארצות-הברית
1. הרפורמות המוצעות בדין בישראל
    - (א) הדין בישראל ומבנה השוק של ביטוח האחריות הרפואית
    - (ב) ועדות ציבוריות
  2. הרפורמות המיושמות והמוצעות בדין בארצות-הברית
    - (א) הדין בארצות-הברית ומבנה השוק של ביטוח האחריות הרפואית
    - (ב) הרפורמות המוצעות בדין בארצות-הברית

פרק ג: רשלנות לעומת אחריות מוחלטת – הבחנות חדשות

1. הכוונת התנהגות
    - (א) שוק ההספקה של שירותי הרפואה ומבנה העלויות בו
    - (ב) שיווי-המשקל בשוק הבריאות ודיון בתפקידם של המוניטין ושל הדין במודל
    - (ג) מדוע דווקא רשלנות (ולא אחריות מוחלטת)?
  2. כיצד כלל הרשלנות מסייע בפיזור יעיל של הסיכון ובקיום שוק יעיל של ביטוח אחריות?
    3. שיקולי רווחה משולבים
- פרק ד: הרפורמות המוצעות בתחום הרשלנות הרפואית והדרכים ליישומן
1. מנגנון הרשלנות והרפורמות הדרושות
    - (א) האם יש צורך ברפורמות המטילות הגבלות על מנגנון הרשלנות?
    - (ב) יצירת מנגנוני פיקוח ויצירת מידע
  2. ביטוחי אחריות רפואית
    - (א) מבטחים מסחריים וקרנות
    - (ב) סיוע בשכלול שוק הביטוח
  3. העקרונות המשפטיים שראוי כי בתי-המשפט יחילו
    - (א) תרומתו האפשרית של בית-המשפט ליעילות תפקודם של מנגנונים לפתרון בעיות המידע הקיימות בשוק הבריאות
      - (ב) חסימת "ערוצי מילוט"
- פרק ה: סיכום

## מבוא

על-פי מחקר שנערך על-ידי ה-Institute of Medicine (IOM) of the National Academy of Science<sup>1</sup>, מדי שנה מתים בארצות-הברית בין 44,000 ל-98,000 מטופלים כתוצאה מטעויות בטיפול רפואי, וכמיליון חולים נפגעים ברמות שונות של פגיעה. לפי ה-Harvard Medical Practice Study<sup>2</sup>, המסתמך על רישומים של בתי-חולים<sup>3</sup>, כ-4% מן החולים המאושפזים בבתי-החולים נפגעים מן הטיפול הרפואי שקיבלו, וכ-25% מהם (כ-1% מכלל החולים המאושפזים בבתי-החולים) נפגעים בשל טיפול רפואי רשלני. אין כל ספק שראוי להפחית את כמות הנפגעים מדי שנה כתוצאה מרשלנות רפואית. ברם, האם יש לשנות לשם כך את ההסדר המשפטי הקיים כיום בתחום האחריות הרפואית?

בארצות-הברית ובישראל נטוש ויכוח מר בנוגע להסדרת תחום אחריותם המקצועית של ספקי שירותים רפואיים, ביניהם מוסדות רפואיים וצוותים רפואיים<sup>4</sup>, בגין מתן טיפול

- 1 INSTITUTE OF MEDICINE, *TO ERR IS HUMAN: BUILDING A SAFER HEALTH SYSTEM* (Linda T. Kohn, Janet M. Corrigan & Molla S. Donaldson eds., 2001).
- 2 ראו: Troyen A. Brennan, Lucian L. Leape, Nan M. Laird et al., *Incidence of Adverse Events and Negligence in Hospitalized Patients: Results of the Harvard Medical Practice Study I*, 324 N. ENGL. J. MED. 370 (1991); Troyen A. Brennan, Lucian L. Leape, Nan M. Laird et al., *The Nature of Adverse Events in Hospitalized Patients: Results of the Harvard Medical Practice Study II*, 324 N. ENGL. J. MED. 377–384 (1991); PAUL C. WEILER, HOWARD H. HIATT, JOSEPH P. NEWHOUSE ET AL., *A MEASURE OF MALPRACTICE: MEDICAL INJURY, MALPRACTICE LITIGATION, AND PATIENT COMPENSATION* (1993).
- 3 הסתמכותו של ה-Harvard Medical Practice Study על רישומים של בתי-חולים עלולה להטות את התוצאה כך שתצביע על שיעור טעויות ועל שיעור טעויות רשלניות נמוכים יותר. ראו: Jennifer Arlen & W. Bentley MacLeod, *Malpractice Liability for Physicians and Managed Care Organizations*, 78 N.Y.U. L. REV. 1929, 1938–1939 (2003). במחקר אחר, שלא הסתמך על רישומים של בתי-חולים, אלא על תצפיות בפגישות של צוותים רפואיים במהלך טיפול רפואי, נמצא כי לגבי כמעט 18% מן החולים נעשתה לפחות טעות חמורה אחת בטיפול, וכי כל יום אשפוז נוסף של חולה העלה את הסיכוי להתרחשות טעות רפואית לגביו ב-6%. ראו: Lori B. Andrews, T. Krizek, C. Stocking et al., *An Alternative Strategy for Studying Adverse Events in Medical Care*, 349 LACET 309 (1997).
- 4 המוסדות הרפואיים המרכזיים בישראל ובארצות-הברית הם בתי-חולים וגופים שמספקים לציבור שירותים של ביטוח בריאות. בארצות-הברית, הגופים שמספקים את שירותי ביטוח הבריאות מכונים Managed Care Organizations (להלן: MCOs). MCOs מגפיקים למבוטחים פוליסות של ביטוחי בריאות תמורת תשלום, ומספקים את השירות הרפואי הנדרש באמצעות התקשרויות חוזיות עם רופאים. החוזים כוללים סמכויות פיקוח של ה-MCOs על הרופאים. להרחבה בנושא אופן פעולתם של ה-MCOs ראו להלן תת-פרק 22. בישראל,

רפואי כושל לחולים שניזוקו ממתן הטיפול. הדין המסדיר את תחום האחריות הרפואית קובע סטנדרט של רשלנות, ומתבסס על עקרונותיהם של דיני הנוזקין.<sup>5</sup> אלא שבארצות-הברית, כך נטען, קיים משבר חמור בתחום האחריות הרפואית שגורם לעלויות חברתיות-כלכליות גבוהות. בתגובה, מחוקקים מדינתיים בארצות-הברית וכן הממשל הפדרלי בתקופתם של הנשיאים Clinton ו-Bush קידמו - ועודם מקדמים - רפורמות שונות בתחום האחריות הרפואית. בשנים האחרונות נשמעו טענות כי משבר בתחום האחריות הרפואית פוגע בהספקת שירותי רפואה גם בישראל, ומשרדי הממשלה בישראל פועלים אף הם לקידום רפורמות בתחום האחריות הרפואית.

מהו אותו משבר חמור בתחום האחריות הרפואית? בארצות-הברית, כך נטען, ניכרת מגמה של האצת תביעות בגין רשלנות רפואית ותשלום סכומי פיצויים גבוהים מאוד לניזוקים. אלה גורמים לעלייה בתשלומי פרמיית הביטוח בגין פוליסות של רשלנות רפואית, אשר מתבטאת בתוספת גבוהה יחסית לעלויות של הספקת שירותי רפואה; לבריחה של רופאים מתחומים שיש בהם ריבוי תביעות ולכן פרמיות הביטוח בהם גבוהות במיוחד; להפסקה של מתן שירותים רפואיים בתחומים מסוימים; להסטה של מקום הספקתם של שירותים רפואיים בין מדינות בהתאם לדין הנוהג בהן; ול"רפואה מתגוננת", דהיינו, רפואה שמקבלת החלטות לא על-סמך שיקולים רפואיים, אלא בהתחשב בתוצאות המשפטיות של קבלת ההחלטה.

מן הצד האחר נטען כי העלויות האמורות אינן גבוהות וכי הן מוצדקות, שכן קיימת בעיה קשה של פגיעה בחולים כתוצאה מטיפול רפואי לא-נאות, אשר גורמת לפגיעה קשה ברווחה החברתית ובזכויות החולים. נוסף על כך, רובם הגדול של הנפגעים מרשלנות רפואית אינם תובעים כלל את רופאיהם, כך שניתן לסבור כי בשוק הבריאות קיימת דווקא בעיה של הרתעת-חסר. בסיכום שיקולי הרווחה החברתית, כל העלויות הנגרמות כתוצאה מהטלת אחריות על מוסדות רפואיים ועל צוותים רפואיים נמוכות מתוספת הרווחה המופקת משיפור השירות הרפואי.<sup>6</sup> כך, לשם הדוגמה, בספרו המקיף The Medical

שירותי ביטוח הבריאות ניתנים לציבור על-ידי קופות-החולים, בכפוף לחוק ביטוח בריאות ממלכתי, התשנ"ד-1994, ס"ח 158, שמבטיח מתן שירותי בריאות לכל תושב. לפי החוק, קופת-חולים היא תאגיד שהוכר כקופת-חולים על-ידי שר הבריאות לפי התנאים הקבועים בחוק, המחייב אותה לספק את שירותי הבריאות הקבועים בו לכל מבוטחיה ולעמוד בכללי ניהול ופיקוח מוגדרים. להרחבה בנושא אופן פעולתן של קופות-החולים ראו להלן תת-פרק 12.

5 לסקירה של עקרונות הדין החל בתחום האחריות הרפואית, ראו, למשל: בארצות-הברית - STEVEN E. PEGALIS, AMERICAN LAW OF MEDICAL MALPRACTICE (2005); FRANK - M. McCLELLAN, MEDICAL MALPRACTICE - LAW, TACTICS, AND ETHICS (1994); DAVID M. HARNEY, MEDICAL MALPRACTICE (1993); בישראל - עדי אור ואילנה נירנברג רשלנות רפואית (מהדורה שנייה, 2000). כן ראו להלן בפרק ב.

6 לסקירת הטיעונים לקיומו של משבר חמור בתחום האחריות הרפואית המשמשים בסיס להצדקת הטלה של הגבלות על משטר האחריות הרפואית והתערבות במבנה השוק של ביטוח האחריות הרפואית, וכן לסקירה של טיעוני-הנגד, ראו, למשל: TOM BAKER, THE MEDICAL

Malpractice Myth, טען Baker<sup>7</sup> כי הוצאה ציבורית שנתית בארצות-הברית בסך של 11 מיליארד דולר לתשלומי פוליסות של ביטוח אחריות רפואית, כפי שנרשמה בשנת 2003, הינה סכום סביר הן יחסית לתשלומי פוליסות של ביטוחי רכב, בסך של 115.5 מיליארד דולר (יותר מפי 10); הן יחסית לגודל ההוצאה הציבורית על ביטוחי בריאות, בסך של יותר מ-1,500 מיליארד דולר (קרי, ההוצאה על ביטוחי אחריות רפואית עומדת על פחות מ-1% מסך ההוצאה על ביטוחי בריאות); והן יחסית למספר הרופאים, שהגיע כמעט ל-900,000, כך שמבלי להביא בחשבון את בתי-החולים וגורמים מקצועיים נוספים שמשלמים פוליסה של ביטוח אחריות רפואית, ההוצאה השנתית הממוצעת לרופא היא כ-12,000 דולר (הכל לפי הנתונים לשנת 2003). זאת, לעומת תופעה של שיעורים גבוהים של טעויות רפואיות רשלניות, שאותה כינה "The Medical Malpractice Epidemic"<sup>8</sup>.

מחקקים מדינתיים בארצות-הברית הגיבו על המשבר הנטען ברפורמות שונות, שעיקרן הטלת הגבלות על הסדר הרשלנות הרפואית, כגון הגבלה של סכום התביעה בגין נזקים לא-ממוניים (כאב וסבל) (Medical Malpractice Damage Caps), הגבלת התשלום בגין שכר-טרחה של עורך-דין וצמצום תקופת ההתיישנות בתביעות בגין רשלנות רפואית; התערבות בתחום המידע על איכות הטיפול הרפואי והפיקוח עליו; וכן התערבות במבנה השוק של ביטוחי האחריות הרפואית, כגון הקמת קרנות לכיסוי נזקי רשלנות רפואית. בשנים האחרונות מנסה ממשלו של הנשיא Bush – עד כה ללא הצלחה – להחיל חקיקה פדרלית הכוללת, בין היתר, הגבלה של הפיצויים הלא-ממוניים לתקרה של 250 אלף דולר, הגבלת התשלום בגין שכר-טרחה של עורך-דין, קיצור תקופת ההתיישנות לשלוש שנים ממועד האירוע או לשנה אחת ממועד גילוי, והגבלות בנוגע לפסיקת פיצויים עונשיים בתביעות בגין רשלנות רפואית.<sup>9</sup>

MALPRACTICE MYTH (2005); Michelle M. Mello, David M. Studdert & Troyen A. Brennan, *The New Medical Malpractice Crisis*, 348 N. ENGL. J. MED. 1010 (2003); WILLIAM M. SAGE & ROGAN KERSH (EDS.), *MEDICAL MALPRACTICE AND THE U.S. HEALTH CARE SYSTEM* (2006); Alex Stein, *Fixing Medical Torts by Repositioning Inalienability and Contract* (Working Paper, 2006), [ssrn.com/abstract=889474](http://ssrn.com/abstract=889474)

7. Baker, שם, בעמ' 6-10.

8. שם, בעמ' 24-42.

9. לסקירה של הרפורמות שיושמו בארצות-הברית, הן במישור המדינתי והן במישור הפדרלי, בתחום ההסדר הנזיקי בגין אחריות רפואית, בתחום המידע על איכות הטיפול הרפואי והפיקוח עליו, ובמבנה השוק של ביטוח האחריות הרפואית, ראו, למשל: Baker, שם, בעמ' 24-42, 157-180; Sage & Kersh, לעיל ה"ש 6; Peter P. Budetti & Teresa M. Waters, *Medical Malpractice Law in the United States* (Working Paper, 2005), [www.kff.org/insurance/7328.cfm](http://www.kff.org/insurance/7328.cfm); Eric Nordman, Davin Cermak & Kenneth McDaniel, *Medical Malpractice Insurance Report: A Study of Market Conditions and Potential Solutions to the Recent Crisis* (National Association of Insurance Commissioners, 2004), [www.naic.org/documents/topics\\_Med\\_Mal\\_Rpt\\_Final.pdf](http://www.naic.org/documents/topics_Med_Mal_Rpt_Final.pdf); Nancy L. Zisk, *The Limitations of Legislatively Imposed Damages Caps: Proposing a Better Way to*

הוויכוח בתחום האחריות הרפואית ומבנה השוק של ביטוחי האחריות הרפואית מתמקד בהיבטים תיאורטיים ואמפיריים של השאלות הקשורות למציאת ההסדר הראוי בתחום האחריות הרפואית, על היבטיו השונים, וכבר נכתבו על כך מחקרים רבים.<sup>10</sup> בשנים האחרונות נשמעו כאמור טענות כי משבר בתחום האחריות הרפואית פוגע בהספקת שירותי רפואה גם בישראל, ועל רקע זה הוקמו ועדות ציבוריות לבחינת הרפורמה הנדרשת. בחינה מקיפה של הצורך ברפורמה בתחום הרשלנות הרפואית נערכה על-ידי ועדת קלינג – ועדה ציבורית אשר הגישה את ממצאיה ומסקנותיה למנכ"ל משרד הבריאות בשלהי שנת 1999.<sup>11</sup> על-סמך ממצאיה העובדתיים קבעה הוועדה כי "אין בסיס לחשש שגל

*Control the Costs of Medical Malpractice*, 30 SEATTLE U. L. REV. 119 (2006); United States General Accounting Office, *Medical Malpractice Insurance: Multiple Factors Have Contributed to Increased Premium Rates*, GAO-03-702 (2003), available at [www.gao.gov/new.items/d03702.pdf](http://www.gao.gov/new.items/d03702.pdf)

10 ראו: Jennifer Arlen, *Private Contractual Alternatives to Malpractice Liability*, in SAGE & KERSH, לעיל ה"ש 6; Arlen & MacLeod, לעיל ה"ש 3; Stein, לעיל ה"ש 6; Ronen Avraham, *An Empirical Study of the Impact of Tort Reforms on Medical Malpractice Payments* (Working Paper, 2006), [ssrn.com/abstract=382120](http://ssrn.com/abstract=382120); Tom Baker, *Reconsidering the Harvard Medical Practice Study Conclusions about the Validity of Medical Malpractice Claims*, 33 J. L., MED. & ETHICS 501 (2005); Tom Baker, *Medical Malpractice and the Insurance Underwriting Cycle*, 54 DEPAUL L. REV. 393 (2005); Bernard S. Black, Charles M. Silver, David A. Hyman & William M. Sage, *Stability, Not Crisis: Medical Malpractice Claim Outcomes in Texas, 1988-2002*, 2 J. EMPIRICAL LEGAL STUD. 207 (2005); Mark Geistfeld, *Malpractice Insurance and the (Il)legitimate Interests of the Medical Profession in Tort Reform*, 54 DEPAUL L. REV. 439 (2005); Mark Geistfeld, *The Analytics of Duty: Medical Monitoring and Related Forms of Economic Loss*, 88 VA L. REV. 1921 (2002); William M. Sage, *Medical Malpractice Insurance and the Emperor's Clothes*, 54 DEPAUL L. REV. 463 (2005); William M. Sage, *Reputation, Malpractice Liability, and Medical Error*, in ACCOUNTABILITY: PATIENT SAFETY AND POLICY REFORM 159 (Virginia A. Sharpe ed., 2004); William M. Sage, *Managed Care's Crime: Medical Necessity, Therapeutic Benefit, and the Goals of Administrative Process in Health Insurance*, 53 DUKE L. J. 593 (2003); William M. Sage, *Understanding the First Malpractice Crisis of the 21st Century*, in HEALTH LAW HANDBOOK (Alice G. Gosfield, ed., 2003); William M. Sage, *Regulating Through Information: Disclosure Laws and American Health Care*, 99 COLUM. L. REV. 1701 (1999); Catherine M. Sharkey, *Unintended Consequences of Medical Malpractice Damages Caps*, 80 N.Y.U. L. REV. 391 (2005)

11 דין וחשבון הוועדה לבדיקת האחריות לפגיעה בטיפול רפואי (תשנ"ט-1999) (להלן: ועדת קלינג או דוח ועדת קלינג). בראש הוועדה עמד השופט ד"ר גבריאל קלינג, ועם חבריה נמנו ד"ר אריה אורנשטיין, פרופ' שמואל אידלמן, ארנה דויטש, מירה היבנר-הראל, זוהר

התביעות נגד רופאים גואה, או כי סכומי הפיצויים המשולמים הולכים ועולים בצורה משמעותית".<sup>12</sup> להלן מסקנות הוועדה בשני נושאים העומדים במרכז דיונו: ראשית, הוועדה המליצה לא לעבור למשטר של אחריות מוחלטת, אלא לשמר את משטר הרשלנות כבסיס להסדר בתחום האחריות הרפואית;<sup>13</sup> שנית, הוועדה קבעה כי לא נדרשת רפורמה בתחום הביטוח וניהול הסיכונים ברפואה, והמליצה כי בשוק זה ימשיכו לפעול מבטחים עסקיים, ולא קרנות של הגופים הרפואיים.<sup>14</sup> עם זאת, המליצה הוועדה על שורה של צעדים שמטרתם להקשות על התובע ולהפחית את עלויותיה ומגרעותיה של השיטה הקיימת מבלי לשנותה באופן מהותי, ביניהם חיוב התובעים בתשלום אגרת בית-משפט מלאה במקרים שבהם ינקבו את סכום התביעה; הגשת תביעות נגד המוסד המטפל, ולא נגד רופא באופן אישי, למעט חריגים; קיצור תקופת ההתיישנות של תביעות בגין רשלנות רפואית; וקביעה בחוק של חובת ביטוח נגד רשלנות מקצועית לכל העוסקים ברפואה ובשירותים רפואיים. מאידך גיסא, סברה הוועדה כי אין זה רצוי להגביל פיצויים בגין כאב וסבל.

בחנינה מקיפה נוספת של הרפורמה הנדרשת בתחום הרשלנות הרפואית נערכה על-ידי ועדת שפניץ – ועדה בין-משרדית אשר פרסמה את ממצאיה ומסקנותיה בשלהי שנת 2005.<sup>15</sup> הוועדה ציינה<sup>16</sup> כי היקף ההוצאה הציבורית בישראל לביטוחי בריאות – כפי שמשתקף מכספי "סל הבריאות" הנגבים לצורך זה על-ידי המוסד לביטוח לאומי ומחולקים לקופות-החולים על-פי חוק ביטוח בריאות ממלכתי<sup>17</sup> – הגיע בשנת 2002 לסך של כ-21

ינון, ד"ר פרץ סגל, אסף פוזנר, יראון פסטינגר, ד"ר נ' רוזנבליט, נעמי שטרן וטנה שפניץ. דוח ועדת קלינג נגיש ב- [www.health.gov.il/pages/default.asp?maincat=1&catId=6](http://www.health.gov.il/pages/default.asp?maincat=1&catId=6). להרחבה בנושא ממצאיה ומסקנותיה של ועדת קלינג ראו להלן ס' ב(ב).

12 שם, בעמ' 12-19.

13 שם, בעמ' 66-70.

14 שם, בעמ' 71-80.

15 דין וחשבון הוועדה הבין-משרדית לבחינת הדרכים להקטנת ההוצאה הציבורית בגין תביעות רשלנות רפואית (2005) (להלן: ועדת שפניץ או דוח ועדת שפניץ). בראש הוועדה עמדה טנה שפניץ, המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (אזרחי), ועם חבריה נמנו: ממונה האוצר – חנה פרנקל מהלשכה המשפטית (אשר הוחלפה במהלך הדיונים ביואל בריס) ורביב סובל, רכז תחום בריאות באגף התקציבים; ממונה הבריאות – ד"ר יצחק ברלוביץ, משנה למנכ"ל משרד הבריאות, ד"ר ארנון אפק, סגן מנהל מנהל הבריאות, ומאיר ברודר מהלשכה המשפטית; וממונה המשפטים – טלי שטיין, ממונה (ייעוץ וחקיקה), מיכל ברדנשטיין, ממונה על עניינים בטחוניים (אזרחי) בפרקליטות המדינה ותמר קלהורה, מנהלת מדור נויקין במחלקת ייעוץ וחקיקה. לתיאור ממצאיה של הוועדה ומסקנותיה בנושא המדיניות הראויה בתחום הרשלנות הרפואית, ראו תמר קלהורה "תביעות בגין רשלנות רפואית: בין צורכי המערכת לבין עקרונות השבת המצב לקדמותו, בראי עבודתה של ועדת שפניץ" משפט ועסקים ו (טרם פורסם). דוח ועדת שפניץ נגיש ב- <http://www.justice.gov.il/NR/rdonlyres/5EC32F64-F1D2-4D3C-8F8E-0328CF328C93/10608/rashlanut.pdf>. להרחבה בנושא ממצאיה ומסקנותיה של ועדת שפניץ ראו להלן ס' ב(ב).

16 שם, בעמ' 5-6.

17 חוק ביטוח בריאות ממלכתי, לעיל ה"ש 4.



מיליארד ש"ח. באותה שנה עמד היקף ההוצאה השנתית הציבורית על אחריות בגין רשלנות רפואית על סך של כ-250 מיליון ש"ח (כ-1.2% מסך ההוצאה הציבורית לביטוחי בריאות). עוד מצאה הוועדה<sup>18</sup> כי "מסתמנת בפסיקה מגמה של הרחבת אחריותם של בעלי מקצועות הרפואה והמוסדות הרפואיים – החל בסוגיית ההתרשלות (ירידת קרנה של הלכת הפרקטיקה המקובלת), המשך בסיבתיות (אובדן סיכויי החלמה) וכלה בהרחבת העילות (רשלנות בגין הסכמה מדעת) וראשי גוק (פגיעה באוטונומיה)", והסיקה כי "מגמה זו נוצרה בחלקה עקב הרחבת האחריות בדיני הנויקין בכלל, באמצעות הלכות שנקבעו ביחס לתחומים אחרים, ובחלקה עקב התפתחות הדין בסוגיות המיוחדות לרשלנות רפואית".

הוועדה ערכה דיון בכמה כלים שנטען כי יש ביכולתם להקטין את ההוצאה הציבורית בגין רשלנות רפואית בישראל, ביניהם הגבלת הפיצויים בגין כאב וסבל, שלגבי כדאיותה וחוקיותה נחלקו הדעות בוועדה; קיצור תקופת ההתיישנות, שלגבי הסכימו חברי הוועדה כי יש בו כדי להביא לידי צמצום בהוצאה הציבורית, אך נחלקו לגבי פרטים שונים, בעיקר בעניין משך תקופת ההתיישנות בתביעת קטינים ובעניין קביעת תקרה לתקופת ההתיישנות; וכן הגבלת שכר-הטרחה של עורכי-דין, שגם לגבי נחלקו הדעות בוועדה בשאלת כדאיותו וחוקיותו. בתחום ניהול הסיכונים המליצה ועדת שפניץ, בין היתר, על הקמת מנהלת בטיחות וניהול סיכונים ארצית שתטפל בכטיחות המטופל.

במקביל לפעולתה של ועדת שפניץ החל לפעול צוות, בראשות שר האוצר ושר הבריאות, שתפקידו לבחון חלופות לביטוח משותף ולניהול סיכונים משותף לכלל בתי-החולים הציבוריים הכלליים במדינת-ישראל בתחום האחריות המקצועית.<sup>19</sup> בהקשר זה ראוי לציין כי הנושא של מבנה השוק של ביטוח האחריות הרפואית בישראל נידון בדוח בן-דוד-ברודט, משנת 1999,<sup>20</sup> אשר בחן את מבנה השוק והמליץ על הקמת חברה לא-ממשלתית שלא למטרות רווח שתרכז את הביטוח בעבור כל העוסקים במתן שירותי רפואה בישראל (Captive).

במאמר זה אבקש להציג מודל לניתוח אופן הפעולה של עוולת הרשלנות בתחום האחריות הרפואית. המתודיקה של הדיון מתבססת על גישת הניתוח הכלכלי של דיני הנויקין, ובהתאם לכך נבחנים במאמר השיקולים השונים הנובעים מן המטרות המרכזיות של דיני הנויקין – הכוונת ההתנהגות ופיזור הנוק – תוך הבחנה בין שיקולים של יעילות לבין שיקולים של חלוקת רווחה.

התזה המרכזית במאמר היא כי סטנדרט הרשלנות כבסיס להטלת אחריות רפואית יוצר

18 דוח ועדת שפניץ, לעיל ה"ש 15, בתמצית הדין-וחשבון, בעמ' V-IV. לתיאור פסקי-הדין המרכזיים והמגמות בפסיקה בתחום הרשלנות הרפואית ראו בדין-וחשבון, שם, בעמ' 34-73.

19 להרחבה בנושא פעולתו של צוות זה ראו להלן ס' ב1(ב).

20 הצעה לשינוי דרכי מימון הוצאות בגין רשלנות רפואית במערכת הבריאות בישראל (1999) (להלן: דוח בן-דוד-ברודט). הדוח הוכן על-ידי תמר בן-דוד ודוד ברודט לבקשתם של משרדי הבריאות והאוצר. ראו דוח ועדת שפניץ, לעיל ה"ש 15, בתמצית הדין-וחשבון, בעמ' XII-XI, ובדין-וחשבון, לעיל ה"ש 15, בעמ' 2, 134-135. להרחבה בנושא המסקנות המוצגות בדוח בן-דוד-ברודט, ראו להלן ס' ב1(ב).

מנגנון מיוחד אשר שונה בטיבו ממנגנון הפעולה של סטנדרט האחריות המוחלטת. הבדל זה מסביר מדוע רצוי לבחור בסטנדרט של רשלנות בתחום האחריות הרפואית. הסיבה היא שהוא מיטיב להתמודד עם מבנה העלויות בשוק הספקת השירותים הרפואיים.<sup>21</sup> מטרת המאמר היא לחשוף את מבנה העלויות בשוק ההספקה של שירותי הרפואה ואת אופן פעולתם השונה של מנגנון הרשלנות לעומת מנגנון האחריות המוחלטת. לפי המודל, בשוק שירותי הבריאות יש בעיות מידע שגורמות לקריסה חלקית של השוק. בעיה מרכזית בשוק היא בעיה של סיכון מוסרי (Moral Hazard), שנוצרת בשל כך שהחולה אינו יכול להבחין מהי רמת ההשקעה של הרופא בטיפול הרפואי בו. החולה אינו יכול לדעת – גם לאחר שהטיפול הרפואי ניתן לו – אם הרופא פעל ברמה המיטבית או נתן לו טיפול רפואי בסטנדרט נמוך יותר. העובדה שפעולה לא־ראויה של הרופא מסכנת את המוניטין המקצועי שלו אינה מספיקה לפתירת הבעיה, שכן אם בחירתו של הרופא ברמת השקעה מסוימת בטיפול בחולה הינה פעולה נסתרת (Hidden Action), אזי המוניטין של הרופא לא ייפגע כתוצאה מפגיעה בחולה. בעיית מידע חלקי נוספת היא בעיה של קריסת תמריצים (Adverse Selection), שנוצרת בשל כך שהחולה אינו יכול לבדוק מהי רמת הכשרתו המקצועית של הרופא שאליו פנה. לחולה אין כלים אובייקטיביים לבדיקת איכותו של הרופא, ולכן הוא אינו יכול להביא בחשבון את כל הנתונים הרלוונטיים לבחירה. כך קורס התמריץ של הרופאים להתעדכן באופן מיטבי: אם ישקיעו את הזמן והמשאבים הראויים לצורך התעדכנות מקצועית, הם ישלמו את מלוא המחיר של ההתעדכנות המקצועית אך יזכו רק בחלק מן התמורה, שכן השוק לא יכיר בערכה המלא של ההתעדכנות הבלתי־פוסקת.

אחד מיתרונותיהם של המוסדות הרפואיים שפועלים בשוק הבריאות, ביניהם בתי־חולים וספקים של שירותי ביטוח בריאות, הוא שיש להם כלים טובים יותר מאשר לציבור לפקח על הרופאים. הבעיה היא שגם רמת הפיקוח שלהם כפופה לבעיות של מידע חלקי: החולה אינו יכול לדעת מהי רמת הפיקוח שנקט המוסד הרפואי. נוסף על כך, פעולתם

21 ההנחה במאמר היא שהטלת אחריות על צוותים רפואיים ועל מוסדות רפואיים עדיפה על אי־הטלת אחריות. עם זאת, הטיעונים בעד עדיפותו של סטנדרט הרשלנות על סטנדרט של אחריות מוחלטת עשויים לשמש בסיס גם לטיעונים בעד הטלת האחריות. לטיעונים בעד גישה אחרת, שלפיה יש להותיר את קביעת רמת האחריות בגין רשלנות רפואית להתקשרות החוזית בין חולים, רופאים ו־MCOs, ראו, למשל: RICHARD A. EPSTEIN, MORTAL PERIL: OUR INALIENABLE RIGHT TO HEALTH CARE (1997); Patricia M. Danzon, *Liability for Medical Malpractice*, in HANDBOOK OF HEALTH ECONOMICS 1339, 1370 (Anthony J. Culyer & Joseph P. Newhouse eds., 2000); Clark C. Havighurst, *Vicarious Liability: Relocating Responsibility for the Quality of Medical Care*, 26 AM. J. L. & MED. 7 (2000); Kenneth S. Abraham & Paul C. Weiler, *Enterprise Medical Liability and the Evolution of the American Health Care System*, 108 HARV. L. REV. 381 (1994). רבים מבין המאמרים הדנים בשאלת ההסדרה של תחום האחריות הרפואית (ראו, למשל, ההפניות לעיל בה"ש 10) יוצאים מנקודת מוצא – או טוענים – כי הגישה החוזית אינה יכולה לפתור את הכשלים בתחום הביטוח הרפואי. למחקר מקיף המציג את הסיבות לכך שהגישה החוזית אינה יכולה לפתור את הכשלים האמורים, ראו Arlen, לעיל ה"ש 10.

של המוסדות הרפואיים בשוק הבריאות יוצרת אף היא בעיות מידע קשות. זאת, מן הטעם שהמוסדות הרפואיים מקבלים אף הם החלטות רבות שיש להן השפעה על רווחתם של החולים, אך החולים אינם יכולים לדעת כיצד פעלו המוסדות. למשל, החולה אינו יכול לדעת אם המוסד הרפואי השקיע באופן מיטבי בצידוד הרפואי, או אם קיבל החלטה מיטבית – מנקודת-מבטו של החולה – כאשר בחן אם לאשר את המלצתו של הרופא בדבר הטיפול הראוי בו. המוניטין של המוסדות הרפואיים משמש לפתרון בעיות המידע החלקי הקיימות בשוק, אך הוא אינו מספיק לשם כך. זאת, מן הטעם שהוא אינו נמצא כמעט בסיכון אם החולים אינם יכולים לברר, אף לא בדיעבד, כיצד פעל המוסד הרפואי. זו הסיבה להטלת אחריות משפטית על הרופאים ועל המוסדות הרפואיים. הדין מציב את המוניטין של הרופאים ושל המוסדות הרפואיים בסיכון, שכן הוא מאיים לחשוף באמצעות ההתדיינות המשפטית כיצד פעלו. הדין ובתי-המשפט מעבירים לשוק את המידע החסר, וכך פותרים את בעיות המידע החלקי הקיימות בו. עתה יתוגמל הרופא על נקיטת רמת השקעה מיטבית בטיפול בחולה ובהכשרה מקצועית, והמוסדות הרפואיים יוכלו לגבות מחיר מלא בעבור טיפול רפואי מיטבי, הכולל גם פיקוח מיטבי על הרופאים.

מהו אם כן ההבדל בין רשלנות לבין אחריות מוחלטת? במאמר אטען כי כלל הרשלנות מסייע למנגנון האחריות באופן יעיל יותר מאשר כלל של אחריות מוחלטת, וזאת מכמה סיבות: ראשית, הוא מתמרץ את הצדדים הרלוונטיים לתביעה הכספית הפוטנציאלית להשקיע בחיפוש המידע הנחוץ להם לצורך הגשת התביעה או התגוננות מפניה ובהערכתו של אותו מידע. המידע הנחוץ להם באופן פרטי הוא גם המידע הנחוץ לשוק הבריאות על-מנת לפתור את בעיות המידע החלקי הקיימות בו. נוסף על כך, כלל של רשלנות מחייב את בית-המשפט לבחון את השאלות הרלוונטיות לצורך העברת המידע הנחוץ לשוק: האם הרופא פעל באופן מיטבי, ובכלל זה התעדכן באופן ראוי בחידושי הרפואה בתחומו? והאם המוסד הרפואי פעל באופן מיטבי, לרבות, למשל, בבחירת הצידוד הרפואי? כך, באמצעות מנגנון הרשלנות, יעביר בית-המשפט לשוק מידע רב-ערך שמתמקד בחשיפת הפעולות הנסותרות והתכונות הנסותרות של הרופא ושל המוסד הרפואי. כלל של אחריות מוחלטת מוותר על בדיקות אלה, ולכן מעביר לשוק מידע פחות בהרבה. שנית, כלל של רשלנות נותן לרופאים ולמוסדות הרפואיים תמריץ להתאים לאורך זמן את הפרוצדורות הרפואיות הנאותות, שכן הוא מאפשר לבית-המשפט לבחון שהתאמה כזאת אכן נעשתה. שלישית, מנגנון הרשלנות מנצל את המוניטין המקצועי של השחקנים בשוק לצורך פתרון בעיות המידע החלקי הקיימות בו. ניתן לתאר השפעה זו כהשפעה חיובית. מנגנון האחריות המוחלטת מנסה ליצור הרתעה מבלי לרתום כמעט את המוניטין למשימה זו. רביעית, מנגנון הרשלנות מוסיף את בית-המשפט כמעגל פיקוח נוסף, שבו המפקח הינו בעל מוניטין ובלתי-מוטה. חמישית, כלל הרשלנות נותן תמריץ למוסדות הרפואיים להשקיע בפיקוח גם בהקשר של ליקויים שהסיכון כי יתגלו או שהימצאותם תפורש כפגם במקצועיותם של הרופא ושל המוסד הרפואי הינו מזערי. שישית, לכלל הרשלנות יש השפעה חיובית על יעילות תפקודם המקביל של מנגנוני התביעה הפלילית והמעין-פלילית, שכן יש מתאם גבוה בין סוגי המידע הנדרשים באותן מערכות. כלל של אחריות מוחלטת אינו יכול כמעט לשמש למטרה זו שכן המידע שנאסף על-ידי

הפרט אינו רלוונטי כמעט להליכים שהרשויות נוקטות. שביעית, כלל של רשלנות מסייע לדין בהקטנת העלויות הנובעות מהעדר סטנדרטיזציה, שכן הוא מעודד את הרופאים ואת המוסדות הרפואיים להפעיל פרוצדורות רפואיות זהות או דומות, ומאפשר על-ידי כך מעבר של שירותים רפואיים בעלויות נמוכות, לימוד ממקרים שהתרחשו במוסדות אחרים והשוואה על-ידי החולים בין הרופאים והמוסדות הרפואיים שמקטינה את עלויות המידע החלקי. שמינית, כלל של רשלנות נותן למוסדות הרפואיים ולחברות הביטוח תמריצים חזקים לפיתוח מנגנון של ניהול סיכונים.

במאמר אטען כי כלל הרשלנות מאפשר לדין להשיג גם פיזור סיכונים יעיל יותר: ראשית, בעיות המידע החלקי פוגמות גם במנגנון פיזור הסיכון בשוק, וכלל של רשלנות מקטין עלויות אלה וכך מסייע למנגנוני פיזור הסיכון לפעול בצורה יעילה יותר. שנית, כלל הרשלנות מאפשר לפזר את הסיכון בגין טעויות רשלניות בנפרד מן הסיכון בגין טעויות שאינן רשלניות. ניסיון לחבר בין שני סוגי הסיכון ולפזרם ביחד יוצר עלויות גבוהות, שכן קשה להפריד את הסיכון בגין טעויות שאינן רשלניות מסיכונים רפואיים שהינם אינהרנטיים לטיפול ראוי. שלישית, אטען כי העברת האחריות מהרופאים למוסדות הרפואיים, ומהם אל מבטחי האחריות, יעילה במיוחד לגבי סיכונים בגין טעויות רשלניות, וכי המוסדות הרפואיים הם המבטח היעיל ביותר מפני סיכונים אלה. לבסוף, אטען כי לכלל של רשלנות יש יתרונות של יעילות וחלוקת רווחה על כלל של אחריות מוחלטת – הן בהתייחס למטרת הדין לכוון את התנהגותם של המשתתפים בשוק הבריאות והן בהיבט של ביטוח ופיזור הסיכון.

מן המודל האמור אבקש להסיק מסקנות לגבי השאלה האם נדרשת רפורמה בתחום האחריות הרפואית, וכן לגבי השאלה אילו כלי מדיניות מגדילים את הרווחה החברתית ואילו מקטינים אותה. בין היתר אטען כי מן התזה המוצגת כאן נובע שאין זה ראוי להטיל הגבלות על פעולתו של מנגנון הרשלנות, דוגמת ויתור על היות הרופא נתבע בהליך המשפטי והותרת המוסד הרפואי שהרופא מועסק בו כנתבע היחיד, קיצור תקופת ההתיישנות, הגבלת שכר-הטרה של עורך-הדין או הגבלת הפיצוי בגין כאב וסבל. עוד אטען כי התזה המוצגת כאן מצביעה על כך שראוי ליצור ולשכלל מנגנונים שיסייעו בפתרון בעיות המידע החלקי הקיימות בשוקי הבריאות. בשוק הבריאות בישראל ובארצות-הברית קיימים כיום מנגנוני פיקוח ודיווח הן בתחום ניהול הסיכונים הרפואיים על-ידי חברות הביטוח והגופים הרפואיים והן בתחום הרגולציה של מערכת הבריאות. כדאי להרחיב את פעולתם של מנגנונים בתחומים אלה ולשקול לקבוע בחוק חובת גילוי נאות מנדטורית כללית בשוק הבריאות, דוגמת חובת הגילוי הקיימת בשוקי ניירות-הערך, לרבות הקמתה של רשות מרכזית דוגמת ה־Securities and Exchange Commission (SEC) בארצות-הברית ורשות ניירות ערך בישראל, עיצוב של חובות הגילוי המנדטוריות במסגרת של רגולציה הקובעת דרישות דיווח שונות, ואכיפתן באמצעים פליליים, מעין-פליליים ומנהליים ובאמצעות עוולות מיוחדות וליטיגציה אזרחית. כן מוצע להקים רשומה לאומית של מידע שתאגד את כל המידע הרלוונטי לצורך השגת המטרה של גילוי נאות בשוק הבריאות, כולל מידע על כל התביעות בגין רשלנות רפואית שהוגשו ועל כל ההכרעות המשפטיות באותם מקרים. מן התזה נובע עוד כי פעולתם של מבטחי אחריות מסחריים פרטיים כשומרי-סך

(Gatekeepers) נוספים צפויה להיות יעילה, ואין הצדקה להתערבות הרגולטור בשווקים של ביטוח האחריות הרפואית, להפעלה של קרנות ממשלתיות, ובוודאי לא להלאמה של התחום. זאת, כמובן, בכפוף לפיקוח הרגיל של הרגולטור על פעולתן של חברות ביטוח, לרבות בתחום של מניעת הגבלים עסקיים.

מן התזה האמורה ניתן ללמוד גם על העקרונות המשפטיים שראוי כי בתי המשפט יחילו בשאלות של אחריות רפואית. לבית המשפט יכול להיות תפקיד מרכזי בשכלולו של מנגנון האחריות הרפואית – למשל, באמצעות כתיבת פסקי דין באופן שיעביר לשוק את מירב המידע הנחוץ לצורך הכרעה בשאלה כיצד פעל הנתבע. כן ראוי לחסום "ערוצי מילוט" של רופאים ומוסדות רפואיים מדיון באחריותם הרפואית שיחשוף את התנהגותם הרשלנית. כך, ראוי לשקול הטלת איסור על הסדרי שיפוי והשתתפות חוזיים בין קופות החולים לבין רופאים.

המאמר מתמקד ביתרונותיה של הרשלנות על האחריות המוחלטת, אך למנגנון הרשלנות יש כמובן גם חסרונות, כגון החשש מפני עלויות משפט גבוהות יותר, החשש מהגברת התופעה של "רפואה מתגוננת" וההשפעה של העדר פיצוי לנפגעים קשים במקרים של טעויות שאינן רשלניות. להערכתי, עלויות אלה, אם הן קיימות, הינן קטנות יחסית ליתרונותיו של מנגנון הרשלנות על מנגנון האחריות המוחלטת: רפואה מתגוננת נובעת, בין היתר, מחוסר היכולת של הדין לפקח על סטייה של הגורמים הרפואיים מסטנדרט פעולה ראוי, והצלחה רבה יחסית של החברה בפיקוח על הפעולות הרפואיות תפחית גם תופעה זו. כמו־כן, כפי שאטען במאמר, מנגנון של אחריות מוחלטת עלול ליצור עלויות משפט גבוהות יותר ולהיות יעיל פחות בפיזור הנוק.

התזה המוצגת במאמר אינה מוגבלת לתחום האחריות הרפואית. ההבדלים המתוארים בין מנגנון הרשלנות לבין מנגנון האחריות המוחלטת קיימים גם בתחומים אחרים – למשל, בתחום הכללי יותר של אחריות מקצועית. המאמר מצביע על כך שככל שבעיות המידע הקיימות בשוק נפתרות באופן יעיל פחות על ידי מנגנון השוק, כן גדל יתרונו של כלל הרשלנות. זאת, במיוחד בשווקים הנעזרים במוניטין כדי לפתור בעיות של מידע חלקי ובשווקים שפועלים בהם מעגלי פיקוח נוספים – למשל, בתחום אחריותם של הגורמים השונים הפועלים בשוקי ההון.<sup>22</sup>

המאמר עוסק בנושא שנחקר רבות בספרות המשפטית – ההבחנה בין אחריות מוחלטת לבין רשלנות – ומציג הבחנות חדשות המתמקדות בכך שכל אחד משני הכללים יוצר מנגנון אחר לפתרון בעיות של מידע חלקי הקיימות בשווקים. כפי שיוצג במאמר, שאלת האחריות הרפואית זכתה במחקר מקיף בתחום פתרון בעיות המידע,<sup>23</sup> ומאמר זה בא הן

22 במקום אחר תיארתי את בעיות המידע הקיימות בשוק ההון ככאלה המצדיקות הטלת אחריות על המשתתפים בשווקים. ראו: Noam Sher, *Underwriters' Civil Liability for IPO's: An Economic Analysis*, 27 U. Pa. J. INT'L ECON. L. 389 (2006). במאמר נוסף תיארתי את ההבדלים בין מנגנון הרשלנות לבין מנגנון האחריות המוחלטת בשוק ההון. ראו: Noam Sher, *Negligence Versus Strict Liability: The Case of Underwriter Liability in IPO's*, 4 DEPAUL BUS. & COM. L. J. 451 (2006).

23 ראו להלן ח"ש 38-45 והמלל הנלווה אליהן. המודל הבסיסי במאמר זה עולה בקנה אחד עם: Noam Sher, *Underwriters' Civil Liability for IPO's: An Economic Analysis*, שם,

לחקור את מבנה העלויות בשוק הבריאות והן להוסיף את הדיון בהבחנה בין הסוגים של מנגנוני האחריות ובמשמעויותיה.

בפרק א אציג מחקרים קודמים שדנו בשאלת ההבדלים בין הטלת אחריות ברמה של רשלנות לבין הטלת אחריות ברמה של אחריות מוחלטת. כן אבחן את הכתיבה שדנה בהטלת אחריות רפואית. בפרק ב אציג את הרפורמות המוצעות בישראל בתחום האחריות הרפואית, ואת הרפורמות המופעלות והמוצעות בארצות-הברית בתחום זה. בפרק ג אציג את המודל. במסגרת זו אציג את מבנה העלויות בשוק האחריות הרפואית וכן את אופן הפעולה של מנגנון הרשלנות לעומת זה של מנגנון האחריות המוחלטת. בפרק ד אציג את המסקנות הנובעות מהתזה המוצגת במאמר לגבי השאלה מהי הרפורמה הדרושה בישראל בתחום האחריות הרפואית, אם נדרשת בכלל רפורמה כזו, ומהם כלי המדיניות שראוי לאמץ. כן אשאל מה ניתן ללמוד מן התזה על העקרונות המשפטיים שראוי כי בתי-המשפט יחילו בשאלות של אחריות רפואית. בפרק ה אסכם את הדיון.

## פרק א: רשלנות לעומת אחריות מוחלטת – סקירת ספרות

### 1. ההבדלים בין רשלנות לבין אחריות מוחלטת

חלק לא-מבוטל מהדיון בשיטת הניתוח הכלכלי של דיני הנוזקין מוקדש לבחינה של משטר האחריות שראוי להחיל בנסיבות מסוימות. השאלה המרכזית הנשאלת במסגרת זו היא כיצד ישפיעו במקרה נתון משטר של העדר אחריות, משטר של רשלנות ומשטר של אחריות מוחלטת על רמת הזהירות ועל רמת הפעילות של המזיקים הפוטנציאליים וכן על רמת הזהירות ועל רמת הפעילות של הניזוקים הפוטנציאליים.<sup>24</sup>

העוסק בשוק ההון, וכן עם Arlen, לעיל ה"ש 10; Arlen & MacLeod, לעיל ה"ש 3; Jennifer Arlen & W. Bentley MacLeod, *Torts, Expertise and Authority: Malpractice Liability of Physicians and Managed Care Organizations*, 36 RAND J. Eco. 494 (2005) – העוסקים בשוק הבריאות.

24 ראו, למשל; RICHARD A. POSNER, *ECONOMIC ANALYSIS OF LAW* 179–235 (5th ed., 1998); WILLIAM M. LANDES & RICHARD A. POSNER, *THE ECONOMIC STRUCTURE OF TORT LAW* (1987); Richard A. Posner, *A Theory of Negligence*, 1 J. LEGAL STUD. 29 (1972); Richard A. Posner, *Strict Liability: A Comment*, 2 J. LEGAL STUD. 205 (1973); STEVEN SHAVELL, *ECONOMIC ANALYSIS OF ACCIDENT LAW* 5–45 (1987); Steven Shavell, *Strict Liability Versus Negligence*, 9 J. LEGAL STUD. 1 (1980); ROBERT COOTER & THOMAS ULEN, *LAW AND ECONOMICS* 287–371 (3rd ed., 2000).

להצגת הגישות השונות להשוואה בין אחריות מוחלטת לבין רשלנות ולבחינת השפעתו של כל אחד מהכללים, לפי שיטת הניתוח הכלכלי של המשפט, ולרשימה של כמה עשרות מאמרים

הבדל מרכזי בין ההשפעה של כלל הרשלנות לבין ההשפעה של כלל האחריות המוחלטת על התנהגותם של הצדדים מתמקד בהשפעתו של כלל על רמת הפעילות ועל רמת הזהירות של כל אחד מהצדדים לתאונה – המזיק והניזוק הפוטנציאליים. כדי לברר מהי ההשפעה הכוללת של כל אחד מהכללים על הרווחה החברתית, עלינו להניח שתי הנחות: הראשונה, שרמת פעילות גבוהה יותר מעלה את התועלת מן הפעילות אך מגדילה את נזקי התאונות, ואילו רמת זהירות גבוהה יותר כרוכה בעלויות ישירות גבוהות יותר אך גם בהקטנה של נזקי התאונות; והשנייה, שהפיצוי שייפסק לטובת הניזוק, אם ייפסק, יהיה בשיעור הנזק שנגרם בתאונה.

הניתוח המקובל מתמקד בשני מצבים בסיסיים:<sup>25</sup> המצב הראשון הוא "תאונה חד-צדדית" (Unilateral Accident), דהיינו, מצב שבו רק המזיק יכול להפחית את הסיכון לתאונה באמצעות נקיטת אמצעי זהירות. במצב זה, כאשר הכלל החל הוא כלל של אחריות מוחלטת, המזיק ישלם את הנזק בכל מקרה שבו תתרחש תאונה. לכן המזיק, שפועל על-פי שיקוליו הפרטיים, מביא בחשבון את כל העלויות החברתיות הרלוונטיות, מפנים את הסיכון לנזק ופועל ברמת הזהירות וברמת הפעילות המיטביים לחברה. כאשר הכלל החל הוא כלל של רשלנות, אם בית-המשפט קובע סטנדרט של רשלנות בהתאם לאופטימום החברתי, אזי למזיק הפוטנציאלי כדאי לנקוט אותה רמת זהירות בדיוק. המזיק לא ינקוט רמת זהירות בסטנדרט גבוה יותר שכן פטור מאחריות ניתן כבר בהשקעה ברמה המיטבית, והשקעה גבוהה יותר באמצעי זהירות תוביל לעלויות גבוהות יותר. המזיק אף לא ינקוט רמה נמוכה יותר של אמצעי זהירות שכן במצב זה יאלץ לשלם את כל הנזק שייגרם, והתועלת מההיסכון באמצעי הזהירות תהיה קטנה יותר. לעומת זאת, מאחר שבית-המשפט אינו מתערב בקביעת רמת הפעילות המיטבית של המזיק, ינקוט המזיק רמת פעילות גבוהה מן האופטימום החברתי. זאת, מן הטעם שהוא מרוויח מרמת פעילות גבוהה יותר ואינו נושא בעלות הנגרמת כתוצאה מהשפעת פעילותו הנוספת על היווצרות נזקים נוספים מאחר שהוא נוקט את רמת הזהירות המיטבית.

המצב השני הוא "תאונה דו-צדדית" (Bilateral Accident), דהיינו, מצב שבו הן המזיק והן הניזוק יכולים להפחית את הסיכון לתאונה באמצעות נקיטת אמצעי זהירות. במצב זה, כאשר הכלל החל הוא כלל של אחריות מוחלטת, המזיק ישלם את הנזק בכל מקרה שבו תתרחש תאונה. לכן לניזוק לא כדאי להשקיע באמצעי זהירות. כדי לתקן את הסטייה הצפויה מהאופטימום החברתי, ניתן לרתום למנגנון האחריות המוחלטת כלל של רשלנות תורמת. עתה כדאי לניזוק לנקוט את רמת הזהירות המיטבית כדי להעביר את

בנושא זה, ראו: Hans-Bernd Schäfer & Andreas Schöenberger, *Strict Liability Versus Negligence*, in *ENCYCLOPEDIA OF LAW AND ECONOMICS* (Boudewijn Bouckaert & Gerrit De-Geest eds., 1999), available at [allserv.rug.ac.be/~gdegeest/3100book.pdf](http://allserv.rug.ac.be/~gdegeest/3100book.pdf)

25 ראו: Steven Shavell, *Liability for Accidents*, in *1 HANDBOOK OF LAW AND ECONOMICS* 2–6 (A. Mitchell Polinsky & Steven Shavell eds., Forthcoming 2007); COOTER & ULEN שם, בעמ' 300–313; POSNER שם, בעמ' 185–197; LANDES & POSNER שם; Schäfer & Schöenberger שם, בעמ' 599–614.

מלוא הסיכון אל כתפי המזיק. כך נוצר שיווי-משקל Nash, שבו שני הצדדים פועלים ברמת הזהירות המיטבית לחברה. לעומת זאת, תחת כלל זה, ינקוט הניזוק רמת פעילות גבוהה מן האופטימום החברתי, מן הטעם שהסיכון הנוסף יוטל כולו על כתפי המזיק. כאשר הכלל החל הוא כלל של רשלנות, אם בית-המשפט קובע סטנדרט של רשלנות בהתאם לאופטימום החברתי, אזי למזיק הפוטנציאלי כדאי לנקוט אותה רמת זהירות בדיוק. לכן יתר הסיכון מוטל על כתפי המזיק, וכדי להפחיתו הוא ינקוט את רמת הזהירות המיטבית. משיקולים דומים, הוספת כלל של רשלנות תורמת לא תשנה את התוצאה האמורה. במצב זה ינקוט המזיק רמת פעילות גבוהה מן האופטימום החברתי, מן הטעם שהוא מרוויח מרמת פעילות גבוהה יותר ללא נשיאה בעלות הנגרמת כתוצאה מהשפעת פעילותו הנוספת, כפי שהוסבר במקרה של תאונה חד-צדדית.

הבדל מרכזי נוסף בין ההשפעה של כלל הרשלנות לבין ההשפעה של כלל האחריות המוחלטת מתמקד בשאלה של נשיאה בסיכון וביטוח:<sup>26</sup> שנאת סיכון של השחקנים הרלוונטיים יכולה להשפיע על התנהגותם. כאשר המזיק הינו שונא סיכון (או לפחות שונא סיכון יותר מהניזוק), כלל של אחריות מוחלטת יוצר הרתעת-יתר (שכן הסיכון מוטל על המזיק), וכלל של רשלנות יהיה יעיל יותר. כאשר הניזוק הינו שונא סיכון (או לפחות שונא סיכון יותר מהמזיק), כלל של רשלנות יוצר הרתעת-חסר (שכן הסיכון מוטל על הניזוק), וכלל של אחריות מוחלטת יהיה יעיל יותר. אפשרות לרכישת פוליסה של ביטוח אחריות תתקן את הסטייה מהאופטימום החברתי אם למבטח תהיה אפשרות לפקח באופן אפקטיבי על פעולתם של השחקנים הרלוונטיים, כך שלא תיווצר בעיה של סיכון מוסרי (Moral Hazard), שנוצרת מקום שפעולתו של המבוטח הינה פעולה נסתרת (Hidden Action).<sup>27</sup> ככל שהביטוח יעיל יותר בפיקוח על רמת הזהירות של השחקן ששנאת הסיכון שלו משפיעה על סטייה מהאופטימום החברתי, כן ניתן להתקרב יותר לתוצאה שבה מושגת רמת הזהירות המיטבית, וההבדל בין שני הכללים יקטן. בכל מקרה, ביטוח אחריות הינו יעיל שכן הוא מפזר את הסיכון של השחקנים בצורה המיטבית.

עלויות אדמיניסטרטיביות, קרי עלויות המשפט השונות, מושפעות אף הן ממשטר האחריות הנוהג.<sup>28</sup> משטר של אחריות מוחלטת גורם לריבוי תביעות יחסית למשטר של רשלנות. לעומת זאת, משטר של רשלנות גורם לעלויות גבוהות יותר בכל משפט, שכן תחת כלל זה יש צורך בבירור שאלת האחריות, ולא רק בבירור שאלת הקשר הסיבתי ובאמידה של גובה הנוק שנגרם לניזוק.

היבט נוסף שנבחן בספרות האקדמית הוא ההשפעות של טעויות של בית-המשפט על

26 ראו: Shavell, לעיל ה"ש 24, בעמ' 9-6; Cooter & Ulen, לעיל ה"ש 24, בעמ' 323, 335-333; Posner, לעיל ה"ש 24, בעמ' 224-220; Schäfer & Schönenberger, לעיל ה"ש 24, בעמ' 616-617.

27 להצגת הבעיה של פעולה נסתרת ושל סיכון מוסרי באופן כללי, ובהקשר של שוק האחריות הרפואית בפרט, ראו להלן ה"ש 109-110 והמלל הנלווה אליהן.

28 ראו: Shavell, לעיל ה"ש 25, בעמ' 23-17; Cooter & Ulen, לעיל ה"ש 24, בעמ' 319-320.



יעילותו של משטר האחריות הנוהג.<sup>29</sup> כלל של רשלנות רגיש לטעויות של בית-המשפט בנוגע לשאלה מהי רמת הזהירות שנקט המזיק ומהי רמת הזהירות הראויה. יעילותו של כלל של אחריות מוחלטת אינה נפגעת בשל טעויות כאלה. לעומת זאת, כלל של אחריות מוחלטת רגיש יותר לטעויות של בית-המשפט בדבר קיומו של קשר סיבתי ובאמידה של גובה הנזק שנגרם לניזוק. עלויות אלה מתבטאות בסטייה מרמת הזהירות המיטבית ובעלייה ברמת אי-הוודאות. Geistfeld טען<sup>30</sup> כי מקום שקיימת בו חשיבות מיוחדת במניעת סיכון, כגון מניעת סיכון לחיי אדם, יש יתרון לכלל רשלנות על כלל של אחריות מוחלטת. במקרה שהכלל החל הוא רשלנות, ניתן להפחית את הסיכון באמצעות העלאת סטנדרט הזהירות מעבר לרמה המיטבית שנקבעה לפי שיקולי עלות-תועלת כספיים. לעומת זאת, אחריות מוחלטת עדיפה על רשלנות כאשר הניזוק אינו יכול להוכיח מהו אמצעי הזהירות הדרוש כדי להגיע לרמה המיטבית של נקיטת אמצעי זהירות.

## 2. מהו משטר האחריות הרצוי בתחום האחריות הרפואית

מחקרים רבים עסקו בבחינת משטר האחריות הראוי בתחום האחריות הרפואית.<sup>31</sup> חלקם תמכו במשטר הרשלנות הקיים כבסיס ראוי להסדרת התחום,<sup>32</sup> ואחרים הציעו לעבור במקרים מסוימים למשטר של אחריות מוחלטת, בעיקר כפתרון למשבר הקיים לדעתם

- 29 ראו: Shavell, שם, בעמ' 9-13; COOTER & ULEN, שם, בעמ' 320-323; POSNER, לעיל ה"ש 24, בעמ' 196; Schäfer & Schönenberger, לעיל ה"ש 24, בעמ' 617-618.
- 30 ראו: Mark A. Geistfeld, *Necessity and the Logic of Strict Liability*, ISSUES IN LEGAL SCHOLARSHIP 4-13 (2005), available at www.bepress.com/ils/iss7; Mark A. Geistfeld, *Negligence, Compensation, and the Coherence of Tort Law*, 91 GEO L. J. 585 (2003); Mark A. Geistfeld, *Reconciling Cost-Benefit Analysis with the Principal that Safety Matters More than Money*, 76 N.Y.U. L. REV. 114, 146-149 (2001).
- 31 ראו ההפניות לעיל בה"ש 10. לרשימת מקורות בנושא האחריות הרפואית ראו: Sheryl Summers Kramer, *A Research Guide to Medical Malpractice and the Law: Revisited*, 4 L. REF. SERVICES Q. 111 (2001). הדיון בשאלת התאונות הרפואיות אינו מצטמצם כמובן לתחום המשפט. כאמור, בשנת 1999 פרסם ה-IOM (Institute of Medicine) דין-וחשבון שלפיו מדי שנה מתים בארצות-הברית בין 44,000 ל-98,000 מטופלים כתוצאה מטעויות בטיפול רפואי, וכמיליון חולים נפגעים ברמות שונות של פגיעה. ראו: INSTITUTE OF MEDICINE, לעיל ה"ש 1. במחקר מקיף נמצא כי במהלך עשר שנים, מנובמבר 1994 ועד נובמבר 2004, פורסמו 5,514 מאמרים בנושא של בטיחות חולים וטעויות רפואיות, וכי כתוצאה מפרסום הדין-וחשבון של ה-IOM, בשנת 1999, עלה שיעור המאמרים בתחום זה מ-59 ל-164 מאמרים לכל מאה אלף פרסומים ב-MEDLINE. ראו: H.T. Stelfox, S. Palmisani, C. Scurlock, E.J. Orav & D.W. Bates, *The "To Err is Human" Report and the Patient Safety Literature*, 15 QUALITY & SAFETY IN HEALTH CARE 174 (2006).
- 32 ראו: BAKER, לעיל ה"ש 6, בעמ' 172-174.

בתחום זה,<sup>33</sup> מחקרים אמפיריים אשר בחנו היבטים שונים של תחום האחריות הרפואית לא הניבו עדיין מסקנות חד-משמעיות באשר לשאלה מהו משטר האחריות הראוי.<sup>34</sup> מאמר זה מתמקד בשאלה מהם ההבדלים התיאורטיים בין אופן הפעולה של מנגנון הרשלנות לבין אופן הפעולה של מנגנון האחריות המוחלטת בתחום האחריות הרפואית, ומהן ההשלכות של הבדלים אלה. חלק מן המחקרים האמורים שעסקו בבחינת משטר האחריות הראוי בתחום האחריות הרפואית דנו בשאלה זו. כך, Simon בחנה<sup>35</sup> את ההבדל בין ההשפעה של כלל הרשלנות לבין ההשפעה של כלל האחריות המוחלטת על תמריצי השחקנים הרלוונטיים, במודל המתבסס על הניתוח הכלכלי המקובל של דיני הנוזקין, למעט קיומה של הנחת-מוצא מיוחדת. לדעתה, בתחום האחריות הרפואית, להבדיל מתחומים אחרים, מקבל ההחלטות – הרופא – אינו יכול תמיד להפחית את הסיכון לתאונה באמצעות נקיטת רמה גבוהה יותר של אמצעי זהירות. בהתאם לכך, לפי מודל זה, לכלל של רשלנות יש יתרון על כלל של אחריות מוחלטת. יתרון זה מתבטא בכך שאף-על-פי שהתוצאה של נקיטת רמת הזהירות המיטבית מושגת באמצעות שני הכללים, תחת כלל של רשלנות היא מושגת באמצעות הטלת סיכון ברמה נמוכה יותר על הרופא. מכאן נובע שרכישת ביטוח אחריות על-ידי הרופא שובא הסיכון תהיה יעילה יותר תחת כלל של רשלנות.

Chapman טען<sup>36</sup> כי יהיה אפשר לווסת ביתר קלות את עלויות הרפואה המתגוננת אם האחריות הנוקית לתאונות רפואיות תועבר אל כתפי ה-MCOs (Managed Care Organizations) – המוסדות הרפואיים המספקים לציבור שירותים של ביטוח בריאות – ואם אחריותם של MCOs תהיה בסטנדרט של אחריות מוחלטת. הטלת האחריות

33 ראו: David M. Studdert, Troyen A. Brennan & Eric J. Thomas, *Beyond Dead Reckoning: Measures of Medical Injury Burden, Malpractice Litigation, and Alternative Compensation Models from Utah and Colorado*, 33 IND. L. REV. 1643 (1999–2000); David M. Studdert, Eric J. Thomas, Brett I.W. Zbar et al., *Can the United States Afford a No-Fault System of Compensation for Medical Injury*, 60 L. & CONTEMP. PROBS. 1 (1997); Paul C. Weiler, *The Case for No-Fault Medical Liability*, 52 MED. L. REV. 908 (1993); PAUL C. WEILER, *MEDICAL MALPRACTICE ON TRIAL* (1991); Brennan, Leape, Laird et al., *Incidence of Adverse Events and Negligence in Hospitalized Patients: Results of the Harvard Medical Practice Study I* Brennan, Leape, Laird et al., *The Nature of Adverse Events in Hospitalized Patients: Results of the Harvard Medical Practice Study II* Chapman, ; לעיל ה"ש 2; *Controlling the Costs of Medical Malpractice: The case for strict Hospital Liability*, 28 OSGOODE HALL L. J. 523 (1990).

34 לסקירה של המחקרים האמפיריים בתחום של תאונות רפואיות ראו, למשל: BAKER, לעיל ה"ש 2; COOTER & ULEN, לעיל ה"ש 24, בעמ' 362–371; Studdert, Brennan & Thomas, לעיל ה"ש 6; שם; Studdert, Thomas, Zbar et al., שם.

35 Marilyn J. Simon, *Diagnoses and Medical Malpractice: A Comparison of Negligence and Strict Liability Systems*, 13 BELL J. ECO. 170 (1982)

36 Chapman, לעיל ה"ש 33.

על MCOs הינה מוצדקת שכן יש להם היכולת להפחית את ההסתברות להתרחשות התאונה הרפואית, ובחלק מן המקרים גם את רמת הפעילות (כמו במקרה של ניתוחים וולונטריים) וכן את המידע הדרוש לצורך כך. יתרונו של המעבר לכלל של אחריות מוחלטת נובע למעשה מכך שכלל של רשלנות רגיש לטעויות של בית-המשפט בקביעת רמת הזהירות המיטבית. הסיכון לטעות הוא שגורם לרפואה המתגוננת, והוא אינו קיים כאשר הכלל החל הוא אחריות מוחלטת. Chapman הציע כי במקרים שבהם יפעל הרופא ברשלנות חמורה, תהיה ל-MCOs אפשרות לקבל ממנו שיפוי.

בנוגע לעלויות האדמיניסטרטיביות, בכתיבה האקדמית נטען כי בתחום האחריות הרפואית, להבדיל מתחומים אחרים, מעבר למשטר של אחריות מוחלטת לא יפחית את העלויות האדמיניסטרטיביות, אלא דווקא יגדיל אותן.<sup>37</sup> בשל הקושי להבחין בין תאונה רפואית, דהיינו טעות רפואית שגרמה לחולה נזק, לבין נזק שנגרם כתוצאה ממחלתו ומסיכונים הגלומים בטיפול רפואי, אף אם נעשה באופן הטוב ביותר, יש חשש כי יידרש דיון משפטי מורכב גם כאשר הכלל החל הוא אחריות מוחלטת. נוסף על כך, בעיה זו עלולה לגרום לעלייה גדולה במספר התביעות המוגשות. לכן סך עלויות הפיצוי עלול לגדול בעקבות המעבר לשיטה של אחריות מוחלטת, וכך גם סך עלויות המשפט.

מחקרים שונים שניתחו את המבנה של שוק האחריות הרפואית ואת השפעתם של כללים משפטיים על אופן פעולתו הצביעו על כך שהעלות המרכזית בפעולת השוק נובעת מבעיות של מידע חלקי (Incomplete Information). Arlen ו-MacLeod ניתחו<sup>38</sup> את מבנה השוק ואת אופן פעולתו במודל ששחקניו הם מבוטחים (חולים), רופאים ו-MCOs. לפי המודל, המבוטחים מתקשרים עם MCOs להספקת שירותי ביטוח בריאות תמורת תשלום, והרופאים מתקשרים עם MCOs להספקת שירותי רפואה למבוטחיהם תמורת תשלום. המבוטח מסמיך את הרופא לבחור את הטיפול הנאות, והרופא מעוניין במקסום רווחתו של הפונה משיקולים של נורמות חברתיות (שבועת היפוקרטס), משיקולי מוסר או משיקולי מוניטין. הרופא מוינע גם משיקולים של תמריץ כספי. השקעה של הרופא במומחיות רפואית (קריאת מאמרים, השתתפות בכנסים וכדומה) מקטינה את הסיכון שהוא יטעה בטיפול הרפואי. הרופא יכול לבחור את רמת השקעתו במומחיות רפואית ואת אופן הטיפול בפונים בהתאם לתמריצים אלה. MCOs אינם מספקים רק ביטוח שירותי רפואה תמורת תשלום, אלא יכולים גם להשפיע על איכות הטיפול הרפואי באמצעות פיקוח על הרופאים. הפיקוח הינו משני סוגים: MCOs בודקים לפני התקשרות עם רופאים את רמת ההשקעה שלהם ברכישת מומחיות (A Concept of Expertise), כדי לוודא שהרופאים שהם מתקשרים עימם יכולים לספק שירות רפואי מיטבי; נוסף על כך, MCOs יכולים להפעיל את סמכותם הקבועה בהסכמי ההתקשרות עם הרופאים לא לאשר את סוג הטיפול שהרופא

37 ראו: Note, *Comparative Approaches to Liability to Medical Maloccurrences*, 84 YALE L.J. 1141 (1975); COOTER & ULEN, לעיל ה"ש 24, בעמ' 370; BAKER, לעיל ה"ש 6, בעמ' 174-172; Simon, לעיל ה"ש 35, בעמ' 171, הערת-שוליים 5.

38 ראו: Arlen & MacLeod, לעיל ה"ש 23; Arlen, לעיל ה"ש 10; Arlen & MacLeod, לעיל ה"ש 3.

בוחר בו ("A Concept of "Authority"), כדי למנוע בחירה של הרופא בטיפול יקר מדי. עם זאת, הפעלת הסמכות כרוכה בעלות של השקעה במידע. במודל קיימת הנחה שלפיה MCOs אינם יכולים לפקח רק באמצעות חוזה על רמת ההשקעה של הרופא ברכישת מומחיות ועל סוג הטיפול שבו יבחר.

לפי המודל של Arlen ו-MacLeod, בהתקשרות בין ה-MCOs והרופאים קיימת בעיה של סיכון מוסרי (Moral Hazard).<sup>39</sup> הבעיה נוצרת מכיוון שהרופאים מבקשים למקסם את טובת המבוטחים מבלי להתחשב בעלויות, אשר נופלות על כתפי ה-MCOs. נוסף על כך, ה-MCO והרופא אינם יכולים לבחון זה את אופן פעולתו של האחר, גם לא Ex Post. גם בהתקשרות בין ה-MCOs לבין המבוטחים קיימת בעיה של סיכון מוסרי. הבעיה נוצרת שכן ה-MCOs אינם יכולים להתחייב בחוזה באופן אמין לרמה מיטבית של הפעלת הסמכות לא לאשר את סוג הטיפול שהרופא בוחר בו, והחולה אינו יכול לבחון, גם לא Ex Post, את אופן פעולתו של ה-MCO. כתוצאה מבעיות אלה, ללא תחולתו של דין המטיל אחריות בנוזיקין על MCOs, בשיווי-משקל יפעילו MCOs יתר על המידה את סמכותם לא לאשר את סוג הטיפול שהרופאים בוחרים בו, וייטו לאשר רק טיפולים שעלויותיהם נמוכות יותר. זאת, מכיוון שה-MCOs נושאים במלוא עלות הטיפול אך אינם זוכים במלוא התועלת שהמטופל מפיק. נוסף על כך, הם לא יבחרו להפנות את החולים לרופאים בעלי רמת מומחיות מיטבית, אלא יבחנו את תוחלת העלות הצפויה להם מפעילותו של אותו רופא. באשר לרופאים, בשיווי-משקל ישקיעו הללו מעט מדי ברכישת מומחיות, ולכן יגרמו לטעויות רפואיות בשיעור גבוה מזה המיטבי, ויבחרו באופן טיפול יקר מדי יחסית לאופטימום החברתי.

במודל של Arlen ו-MacLeod, הטלת כלל של רשלנות<sup>40</sup> על הרופאים ועל ה-MCOs תאפשר להשיג בשיווי-משקל את הרמות המיטביות של הפעלת סמכות על-ידי ה-MCOs ושל השקעה במומחיות ובחירה בטיפול המיטבי על-ידי הרופאים. כדי לגרום לכך, על הפיצוי להיות כזה שיטיל את תוחלת העלות של הטעויות הרפואיות על כתפי הרופא, ויביא בחשבון גם את ההסתברות שהרופא לא ייתבע בשל רשלנותו. פיצוי זה צריך להיות גבוה בהרבה מהפיצוי הרגיל שדיני הנוזיקין קובעים, בגובה הנוק שנגרם בפועל לחולה. נוסף על כך, הטלת כלל של רשלנות על הרופאים ועל ה-MCOs<sup>41</sup> תגרום לכך

39 להצגת הבעיה של סיכון מוסרי באופן כללי, ובהקשר של שוק האחריות הרפואית בפרט, ראו להלן ה"ש 109-110 והמלל הנלווה אליהן.

40 Arlen ו-MacLeod מסבירים: "Only negligence liability is considered because this rule currently governs medical malpractice cases, and it is the basis of the leading proposals in Congress for MCO liability. We consider a regime of individual liability for negligence under which the physician and the MCO are governed by a negligence liability rule as to their treatment decisions, but neither is liable for negligent treatment provided by the other. Thus the physician is potentially liable for treatments she selects and provides. The MCO, in contrast with existing law, is potentially liable for treatments that it selects". ראו Arlen & MacLeod, לעיל ה"ש 23, בעמ' 507.

41 ראו: שם, בעמ' 511-515; Arlen & MacLeod, לעיל ה"ש 3, בעמ' 1985-1986.

של-MCOs יהיה כדאי להתקשר עם רופאים שעלותם בגין תשלומי פיצויים נמוכה, ולכן הם ישתמשו במידע בדבר תוצאות הטיפול של הרופאים כדי לבחור את הרופאים הטובים למערכת שלהם. Arlen ו-MacLeod טענו כי רצוי שתוטל על MCOs אחריות לנזקים בגין רשלנותם של הרופאים, כל עוד יש להם אפשרות להשפיע על פעולתם של הרופאים באמצעות סנקציות חוזיות, ולא רק אם ל-MCO יש פיקוח מלא על פעולותיו של הרופא.<sup>42</sup> כאשר אחריותם של MCOs לרשלנותם של רופאים מוגבלת, כל העלות נופלת על כתפי הרופאים. כך קורה גם כאשר אחריותם של ה-MCOs רחבה יותר, שכן הם יקבלו שיפוי מן הרופאים על-פי החוזים עימם. הטלת אחריות נרחבת יותר לא תשפיע אם כן על התנהגותם של הצדדים, אלא תגן על החולים מפני הסיכון של חדלות פירעון של הרופאים.

Stein הציג<sup>43</sup> תיאוריה שאותה כינה "Informational Public-Food Framework". בשוק ביטוחי הבריאות קיימת בעיה כפולה של מידע לא-סימטרי: למערכת הרשלנות הרפואית חסר מידע שיאפשר לה להבחין בין חולים הגונים, שאינם מגישים תביעות לא-מוצדקות, לבין חולים אופורטוניסטים, שמגישים תביעות חסרות בסיס; למערכת חסר גם מידע שיאפשר לה להבחין בין רופאים טובים, שמעניקים לחולים טיפול ראוי, לבין רופאים גרועים, שאינם מעניקים טיפול כזה. ללא תחולתו של דין המטיל אחריות בנויקין על MCOs, בעיות מידע אלה (Pooling Problems) לא יפתרו, שכן ל-MCOs לא יהיה תמריץ להשקיע באיסוף המידע הדרוש לצורך הבחנה בין סוגי הרופאים ולצורך הבחנה בין סוגי החולים. לדעת Stein:<sup>44</sup>

"The MCO is only interested in maximizing its total amount of access fees. For that reason, it is only interested in increasing the number of users on the platform's both sides... This indiscriminate matchmaking brings to the platform bad doctors and opportunistic patients. The level of medical care consequently goes down, to the detriment of honest patients and society at large."

Stein טען<sup>45</sup> כי הטלת אחריות על MCOs לרשלנותם של הרופאים תיצור את התמריצים הדרושים לפתרון בעיות המידע המתוארות. נוסף על כך הציע Stein כי -

42 Arlen & MacLeod, לעיל ה"ש 3, בעמ' 1987-1998. החוקרים ציינו (שם, בעמ' 1988) כי מסקנתם זו שונה מזו של Epstein ו-Sykes (Richard A. Epstein & Alan O. Sykes, *The Assault on Managed Care: Vicarious Liability, ERISA Preemption, and Class Actions*, 30 J. LEGAL STUD. 625, 638-641 (2001)), שלפיה "Limiting MCO liability to situations where MCOs control physicians may be preferable to broad MCO liability for physician negligence"

43 Stein, לעיל ה"ש 6.

44 שם, בעמ' 10.

45 שם, בעמ' 35-43.

"Any doctor working through an MCO's platform and the MCO itself would have to offer the patient an agreement under which the MCO assumes full liability for the doctor's malpractice. In addition to this baseline agreement — to which the patient should have an inalienable right — both the MCO and the doctor should be allowed to offer the patient any limited-liability agreement, as well as an agreement that removes the malpractice liability completely (except for intentional torts)."

תמחורן של הרמות השונות של אחריות שיציעו MCOs יעביר לשוק את המידע הדרוש על איכות הפיקוח שלהם על הרופאים. באופן זה יוכלו החולים לבחור את הרמה המועדפת עליהם, ויתקבל מידע אמין על טיבו של החולה. במאמר זה אציג את העלויות הכבדות בפעולתו של שוק ביטוחי הבריאות כבעיות של מידע חלקי, כמו בניתוח של Arlen ו-MacLeod ובניתוח של Stein. מרכיב חשוב בניתוחי יהיה המוניטין של הרופא המטפל והמוניטין של המוסד הרפואי, שהשפעתם על מבנה השוק ועל אופן פעולתו הינה רבה.<sup>46</sup> בהתאם, אבחן הסדרים משפטיים המיועדים להתמודד עם בעיות מסוג זה, דוגמת פתרון של גילוי נאות.<sup>47</sup>

## פרק ב: הרפורמות המוצעות במשטרי האחריות הרפואית בישראל ובארצות-הברית

### 1. הרפורמות המוצעות בדין בישראל

#### (א) הדין בישראל ומבנה השוק של ביטוח האחריות הרפואית

הדין המסדיר את תחום האחריות הרפואית בישראל מתבסס על עקרונותיהם של דיני הנזיקין, ומטיל אחריות בסטנדרט של רשלנות על חברי צוותים רפואיים, ובכלל זה רופאים ואחיות, ועל מוסדות רפואיים, ובכלל זה בתי-חולים, מכונים רפואיים וקופות-חולים. האחרונות הן המוסדות הרפואיים המספקים לציבור שירותים של ביטוח בריאות.<sup>48</sup>

46 למחקר מקיף בנוגע לקשר שבין המוניטין של הרופאים והמוסדות הרפואיים לבין שוק הבריאות ראו: Sage, *Reputation, Malpractice Liability, and Medical Error*, לעיל ה"ש 10.

47 למחקרים המציגים את רעיון הגילוי כבסיס להסדר משפטי ראוי בשוק הבריאות ראו: Sage, *Regulating Through Information: Disclosure Laws and American Health Care*, לעיל ה"ש 10; Kathryn Zeiler, *Turning from Damage Caps to Information Disclosure: An Alternative to Tort Reform*, 1 YALE J. HEALTH POLICY L. & ETHICS 385 (2005).

48 ראו לעיל ה"ש 4. בישראל, אם חולה שמבוטח במסגרת קופת-חולים מסוימת פנה לטיפול

בישראל פועלות שתי מערכות של ביטוח אחריות רפואית: מערכת ממשלתית - בתי-החולים הממשלתיים מבוטחים בביטוח אחריות רפואית במסגרת חברת ביטוח אחת, היא חברת הביטוח הממשלתית "ענבל"; ומערכת פרטית-מסחרית - קופות-החולים, בתי-החולים הציבוריים והרופאים בפעילותם הפרטית מבוטחים בביטוח אחריות רפואית מסחרי בשתי חברות ביטוח מסחריות, רובם במסגרת קבוצת "מדנס", ואילו בית-החולים הדסה במסגרת חברת הביטוח "כלל". שלוש חברות הביטוח מנהלות את התביעות המוגשות בהתאם לפוליסות הביטוח, ועוסקות גם בפעילות של ניהול סיכונים, שעיקרה קיום מערכת של בקרת איכות לבדיקת טעויות רפואיות ולהפקת לקחים.<sup>49</sup>

### (ב) ועדות ציבוריות

בחינה מקיפה של הצורך ברפורמה בתחום הרשלנות הרפואית נערכה על-ידי ועדת קלינג - ועדה ציבורית אשר הגישה את ממצאיה ומסקנותיה למנכ"ל משרד הבריאות בשלהי שנת 1999.<sup>50</sup> ועדת קלינג מונתה על-פי החלטה של ממשלת ישראל שהטילה על מנכ"ל משרד הבריאות למנות ועדה ש"תפקידה לבחון אפשרות לקביעת תקרה לפיצוי במקרים של רשלנות רפואית". כפי שמתואר בדוח הוועדה, הוועדה ביקשה להרחיב את סמכותה, ובכתב-המינוי החדש שהוצא לה נקבע כי תפקידה "לבחון את כל השאלות הכרוכות באחריות לרשלנות רפואית".<sup>51</sup>

על-סמך ממצאיה העובדתיים קבעה הוועדה<sup>52</sup> כי "אין בסיס לחשש שגל התביעות נגד רופאים גואה, או כי סכומי הפיצויים המשולמים הולכים ועולים בצורה משמעותית". עם זאת סברה הוועדה כי לתחושה השוררת בציבור כי העובדות הפוכות, אף אם זו אינה מעוגנת במציאות, יש השלכות, חיוביות ושליליות, בשני מישורים. המישור האחד הוא התנהגות הרופאים. התוצאות החיוביות במישור זה הן הגברת ההרתעה - למשל,

אצל רופא שיש לו חוזה עם קופת-החולים שלפיו הוא מספק שירותי בריאות למבוטחיה, ואם לחולה נגרם נזק כתוצאה מן הטיפול הרפואי, אזי נהוג לתבוע בגין רשלנות רפואית את קופת-החולים בלבד או גם את קופת-החולים וגם את הרופא המטפל. ראו, למשל: ע"א 9656/03 עזבון המנוחה מרציאנו ז"ל נ' ד"ר זינגר (לא פורסם, 11.4.2005); ע"א 4960/04 סידי נ' קופת-החולים של ההסתדרות הכללית (לא פורסם, 19.12.2005). ועדת שפנין מצאה כי בשנים 1993-2002, רוב התביעות בגין רשלנות רפואית שהוגשו לבתי-המשפט המחוזיים (כ-63%) הוגשו רק נגד המדינה או המוסד הרפואי שבו ניתן הטיפול; בכ-36% מהמקרים נתבע גם הרופא באופן אישי לצד המדינה או המוסד הרפואי; ורק בפחות מ-1% מהמקרים נתבע רק הרופא באופן אישי. תופעה דומה נמצאה גם בתביעות שהוגשו לבתי-משפט השלום. דוח ועדת שפנין, לעיל ה"ש 15, בעמ' 32-33.

49 לתיאור המערך של ניהול הסיכונים המופעל על-ידי קבוצת "מדנס", חברת הביטוח הממשלתית "ענבל" ובית-החולים הדסה, ראו דוח ועדת שפנין, שם, בתמצית הדין-וחשבון, בעמ' XXI-XX, ובדין-וחשבון, בעמ' 189-195.

50 דוח ועדת קלינג, לעיל ה"ש 11.

51 שם, בעמ' 9.

52 שם, בעמ' 12-19.

שיפור בניהול הרשומות הרפואיות וכן שיפור היחס לחולה ולמשפחתו, על-מנת למנוע תביעה ברשלנות רפואית. התוצאות השליליות הן יצירת "רפואה מתגוננת", דהיינו, התחשבות של הרופא בכך שלפעולותיו יש השלכות משפטיות. כך, הרופא עלול להימנע מפעולה מסוכנת, אף אם תועלתה רבה, כדי להקטין את היחשפותו לאפשרות של תביעה משפטית. התוצאה עלולה להיות חשיפת החולים לבדיקות מיותרות (כגון צילומי רנטגן מיותרים) ולטיפולים מיותרים (כגון ניתוחים קיסריים מיותרים), שיביאו גם לידי הסתת משאבים מבדיקות וטיפולים מועילים לשימושים מיותרים. כמו-כן, ריבוי תביעות בתחום מסוים עלול לגרום לעליית תעריפי הביטוח באותו תחום ולהרתעת רופאים מפני עיסוק בו (כפי שקרה בתחום המיילדות בארצות-הברית). המישור האחר הוא התנהגות הציבור – הפרסומים בכלי התקשורת פוגמים במוניטין של הרופאים, לעיתים לא בצדק, גורמים להערכת-יתר של פרמיית הביטוח כתוצאה מתחושתם של עורכי-דין כי סכומי הפיצויים הולכים ועולים, ומעודדים הגשת תביעות על-ידי הציבור. עוד מצאה הוועדה כי שיטת תשלום האגרה הנהוגה בישראל בתביעות בגין רשלנות רפואית, השיטה הנהוגת לגבי תשלום שכר-הטרחה של עורך-הדין ושיטת התשלום למומחים רפואיים אינן מכבידות באופן ממשי את האפשרות להגיש תביעות.

בהינתן הממצאים העובדתיים, ועל-סמך ניתוח של דין זר<sup>53</sup> ושל הדין בישראל,<sup>54</sup> בחנה הוועדה שתי שאלות מרכזיות העומדות בלב הדיון בענייננו: הראשונה, האם אחריות מוחלטת תסדיר את תחום האחריות הרפואית באופן טוב יותר מאשר רשלנות?<sup>55</sup> השנייה, האם נדרשת רפורמה בתחום הביטוח וניהול הסיכונים כך שבשוק זה לא יפעלו מבטחים עסקיים, אלא קרנות של הגופים הרפואיים – למשל, באמצעות קרן שתהיה משותפת לכולם או לחלקם?<sup>56</sup> הוועדה ענתה על שתי השאלות בשלילה, וקבעה כי בתחומים אלה לא נדרשים שינויים מהותיים.

באשר לשאלה הראשונה, הוועדה הציגה כמה טיעונים מרכזיים לשלילת משטר של אחריות מוחלטת ולהעדפה של משטר המבוסס על רשלנות: ראשית, הסדר של אחריות מוחלטת עלול לגרום לעלויות גבוהות מאוד של תשלומי פיצויים ושל התדיינות משפטית. זאת, מן הטעם שבמקרה של אחריות רפואית קיים קושי להבחין בין מקרים שבהם הנזק נגרם כתוצאה מטיפול רפואי כושל לבין מקרים שבהם הוא נגרם כתוצאה מן המחלה. לכן – כפי שקרה בפועל בניו-זילנד, שבה הונהגה שיטה של אחריות מוחלטת במשך

53 הוועדה בחנה את הדין בניו-זילנד, שם נוסתה שיטה של אחריות מוחלטת, בין היתר בתביעות בגין אחריות רפואית, עד אשר בוטלה בשנת 1992; ואת הדין בשוודיה, שבו נוהגת שיטה ייחודית המבוססת על ביטוח סוציאלי מפותח. ראו דוח ועדת קלינג, לעיל ה"ש 11, בעמ' 20-27 ו-28-33, בהתאמה. כן נבחן הדין בארצות-הברית, שמנסה להתמודד עם שאלת הרפורמה הדרושה בתחום הרשלנות הרפואית וניהול הסיכונים הן ברמה הפדרלית והן ברמה המדינתית. ראו שם, בעמ' 34-43. לתיאור של משטרי האחריות הרפואית בארצות-הברית והרפורמות בהם ראו להלן תת-פרק ב2.

54 שם, בעמ' 44-65.

55 שם, בעמ' 66-70.

56 שם, בעמ' 71-80.



תקופה מסוימת – אחריות מוחלטת תוביל דווקא לעלויות פיצוי אדירות ולהגדלת עלויות ההתדיינות. שנית, תיקון הבעיות הכרוכות בהפעלת משטר של רשלנות יכול להיעשות באמצעים אחרים, כגון שינויים בדרכי הדיון ובנטל הראיה.

באשר לשאלה השנייה, הוועדה סברה כי דווקא מבטחים פרטיים ישיגו את המטרות של ביטוח האחריות הרפואית בצורה טובה יותר: ראשית, עם המבטחים הפרטיים נמנים מבטחים זרים, דבר שמאפשר למדינת ישראל ליהנות מנסיונם הרב. הוועדה הצביעה על כך שהדבר בא לידי ביטוי בהנהגת ניהול סיכונים. שנית, גם בהיבט של פיזור הנזק, אפילו המוסדות הרפואיים בישראל, על-אף גודלם, זקוקים לפיזור הנזק באמצעות גורמים זרים. זאת, כדי להתמודד עם נזקים רפואיים המוניים. לבסוף, בהתאם למושכלות יסוד של הפרטה, דווקא מבטחים פרטיים הם שיפעילו את שוק הביטוח וניהול הסיכונים היעיל ביותר.

הוועדה קבעה כי "מירב התביעות לפיצוי על נזק שנגרם על ידי טיפול רפואי מבוססות על עוולת הרשלנות. על אף המגרעות הכרוכות בכך, דעת הוועדה היא כי השיטה הקיימת עדיפה על כל שיטה חלופית שהובאה בפניה. סדרי הגודל של העלות של פיצוי הנפגעים על ידי טיפול רפואי, בהשוואה להוצאה על שרותי הבריאות, אינם מצדיקים זעזוע של המערכת על ידי שינויים שהשלכותיהם אינן ודאיות. עם זאת ניתן להפחית את עלותה וכן להפחית חלק ממגרעותיה, אם לא לבטלן."<sup>57</sup>

בהמשך הוועדה מונה שורה של המלצות שמטרתן להפחית את עלויותיה ומגרעותיה של השיטה הקיימת מבלי לשנותה באופן מהותי, ביניהן: ראשית, כדי להפחית את הפגיעה ברופאים כתוצאה מהפרסום הכרוך בתביעות לפיצויים, המליצה הוועדה לחייב את התובעים בתשלום אגרת בית-משפט מלאה במקרים שבהם ינקבו את סכום התביעה, מתוך הנחה שבדרך זו תקטן כמות התביעות שבהן יצוין סכום התביעה, דבר שיקטין את התמריץ לפרסום התביעה; שנית, מאותה סיבה, תביעות יוגשו נגד המוסד המטפל, ולא נגד רופא באופן אישי, למעט מקרים שבהם המוסד שהרופא מועסק בו מתנער מאחריות או שהרופא אינו מועסק על-ידי מוסד רפואי כלשהו; שלישית, כדי למנוע את התיוג השלילי של הרופא הכרוך בתביעה בגין מצבים שבהם הטיפול הרפואי ניתן ללא הסכמה מדעת, יוצאו תביעות אלה ממסגרת עוולת התקיפה ויועברו למסגרתה של עוולת הרשלנות; רביעית, על-מנת לצמצם את הפגיעה בצוות הרפואי וכדי לקיים ניהול סיכונים יעיל, יש לקבוע חיסיון מוחלט על כל הדיונים והדוחות המהווים חלק מניהול הסיכונים ברפואה; חמישית, הפחתת הפרמיות באמצעות קיצור תקופת ההתיישנות של תביעות בגין רשלנות רפואית; שישית, קביעה בחוק של חובת ביטוח נגד רשלנות מקצועית לכל העוסקים ברפואה ובשירותים רפואיים.<sup>58</sup> מאידך גיסא, באשר לכלים אפשריים שונים להפחתת עלויותיה של

57 שם, בעמ' 84.

58 שם, בעמ' 84-89. לגבי ההמלצה השנייה, שלפיה תביעות יוגשו נגד המוסד המטפל, ולא נגד רופא באופן אישי, קיימת גם דעת מיעוט של שלושה מחברי הוועדה השוללת מתן חסינות אישית לצוות הרפואי מפני תביעות אזרחיות, ונרשמה גם הסתייגות של חבר ועדה נוסף "מההמלצה שלא לאפשר לתבוע את הרופא באופן אישי במקרה בו ניתן לתבוע את המוסד הרפואי שבמסגרתו ניתן הטיפול". שם, בעמ' 90-94. לגבי ההמלצה הרביעית, שלפיה יש

השיטה הקיימת, סברה הוועדה כי אין זה רצוי להגביל פיצויים על כאב וסבל,<sup>59</sup> וכן כי אין זה ראוי להעביר את ההכרעה בעניין הרשלנות מידי בית המשפט לפרורם של רופאים או לידיו של מומחה מטעם בית המשפט, תוך ייתור הצורך במומחים מטעם בעלי-הדין.<sup>60</sup> בחינה מקיפה של מעמד הרפואה הציבורית בישראל ושל מעמד הרופא במסגרתה נערכה על-ידי ועדת אמוראי – ועדה ציבורית שהגישה את המלצותיה בנושא זה בשנת 2002.<sup>61</sup> בתחום של ניהול סיכונים ורשלנות רפואית המליצה הוועדה, בין היתר, כי "יובטח חיסיון מלא לכל הוועדות ולכל הגורמים הפועלים בתחומי הבטחת איכות וניהול סיכונים", כפי שהציעה דעת הרוב בוועדת קלינג, וכי "משרד המשפטים ומשרד הבריאות יפעלו... לאימוץ המלצות 'ועדת קלינג' המפורטות בדוח".<sup>62</sup>

להעניין חיסיון מוחלט לדיונים ולדוחות המהווים חלק מניהול הסיכונים ברפואה, קיימת גם דעת מיעוט של ארבעה מחברי הוועדה השוללת את הענקת החיסיון. שם, בעמ' 94-116. לגבי ההמלצה החמישית, שלפיה ראוי לקצר את תקופת ההתיישנות, דעת הרוב של חברי הוועדה הייתה כי אין מקום להמלצות מפורטות מאחר שמשרד המשפטים מגבש הצעת חוק לשינויים בתחום ההתיישנות, ויש להניח כי עמדת הוועדה תהיה לנגד עיניו. שם, בעמ' 50-51, 87-88. בנושא זה קיימת גם דעת מיעוט של ארבעה מחברי הוועדה שמעלה הסתייגויות שונות, והובעה גם עמדת מיעוט נוספת השוללת לחלוטין את האפשרות לקצר את תקופת ההתיישנות. שם, בעמ' 133-141.

59 שם, בעמ' 49-50.

60 שם, בעמ' 52-57. בנושא זה קיימת גם דעת מיעוט של אחד מחברי הוועדה, שלפיה יש צורך בהקמת בתי-משפט מיוחדים ובעלי הרכבים מיוחדים, אשר ירכשו מיומנויות וכישורים בתחום הרשלנות הרפואית. שם, בעמ' 133-141.

61 דין וחשבון הוועדה לבחינת הרפואה הציבורית ומעמד הרופא בה (2002) (להלן: ועדת אמוראי או דוח ועדת אמוראי). בראש הוועדה עמד עדי אמוראי, ועם חבריה נמנו פרופ' דב טשרניחובסקי, ד"ר אבי ישראלי, עו"ד יוסי תמיר, פרופ' ברכה רמות, יעקב דנון ואלוף (מיל') עמי סגיס. הוועדה הוקמה על-ידי ראש הממשלה דאז אהוד ברק, מכוח הסכם גישור בין משרד האוצר לבין ההסתדרות הרפואית בישראל. דוח ועדת אמוראי נגיש ב-[www.health.gov.il/pages/default.asp?maincat=1&catId=6](http://www.health.gov.il/pages/default.asp?maincat=1&catId=6).

62 ועדת אמוראי מפנה בעניין זה באופן תמציתי לחלק ממסקנותיה העיקריות של ועדת קלינג, עם כמה שינויים בנוסח ההמלצות וללא התייחסות לדעת המיעוט באותם נושאים. על-פי המלצתה של ועדת אמוראי, "משרד המשפטים ומשרד הבריאות יפעלו תוך חצי שנה ממועד פרסום ההמלצות לאימוץ המלצות 'ועדת קלינג': (1) תביעות יוגשו נגד המוסד המטפל ולא נגד רופא באופן אישי למעט מקרים שבהם: מיוחס לרופא זדון; המוסד שהרופא מועסק בו מתנער מאחריות; הרופא אינו מועסק על-ידי מוסד רפואי כלשהו; (2) חיוב העוסקים במערכת הבריאות להיות מבוטחים בביטוח נגד רשלנות מקצועית; (3) קיצור תקופת ההתיישנות ל-4 שנים, למעט מקרים חריגים כמו פגם נסתר, קטינים וכיו"ב; (4) חיוב התובעים בתשלום אגרת בית-משפט מלאה במקרים שבהם ינקבו בסכום התביעה". שם, בעמ' 62. כך, למשל, לגבי ההמלצה הראשונה שלפיה תביעות יוגשו נגד המוסד המטפל, ולא נגד רופא באופן אישי, דוח ועדת אמוראי מוסיף כחריג לחסינות האישית של הרופאים גם את המקרה שבו מיוחס לרופא זדון.

בחנינה מקיפה של הרפורמה הנדרשת בתחום הרשלנות הרפואית נערכה על-ידי ועדת שפניץ – ועדה בין-משרדית אשר פרסמה את ממצאיה ומסקנותיה בשלהי שנת 2005.<sup>63</sup> הוועדה הוקמה מכוח החלטה של ממשלת ישראל משנת 2002 על הקמת ועדה בין-משרדית, בהשתתפות משרדי הבריאות, המשפטים והאוצר, שתבחן את הדרכים להקטנת ההוצאה הציבורית בגין תביעות רשלנות רפואית. בהחלטה נקבע עוד כי הוועדה תפעל בשני ראשים:<sup>64</sup> האחד, בראשות שר האוצר ושר הבריאות, יבחן חלופות לביטוח משותף ולניהול סיכונים משותף לכלל בתי-החולים הציבוריים הכלליים במדינת-ישראל בתחום האחריות המקצועית; והאחר, בראשות משרד המשפטים, יבחן את הקטנת ההוצאה בשל תביעות שעילתן אופן מתן הטיפול הרפואי על-ידי גופים ציבוריים המספקים שירותים רפואיים במדינת-ישראל.

הצוות הראשון, שהוסמך לבחון את שאלת הביטוח וניהול הסיכונים המשותף, טרם פרסם דוח ציבורי. כאמור, הנושא של מבנה השוק של ביטוח האחריות הרפואית בישראל כבר נידון בדוח בן-דוד-ברודט, משנת 1999,<sup>65</sup> אשר בחן את מבנה השוק והמליץ על הקמת חברה לא-ממשלתית שלא למטרות רווח שתרכז את הביטוח בעבור כל העוסקים במתן שירותי רפואה בישראל (Captive). כפי שמצוין בדוח ועדת שפניץ,<sup>66</sup> "בן-דוד וברודט העריכו את החיסכון הצפוי מהקמת חברה כאמור בסך 50-60 מיליון ש"ח לשנה, בנוסף על יתרונות רבים אחרים, ביניהם: הקטנת הוצאות 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."

לפי פרסום בעיתונות,<sup>67</sup> המדינה ביקשה מברוקר הביטוח העולמי Marsh לייצג לה וללוות את אנשי משרד האוצר בפעולתם "לשכירת מונופול הביטוח של חברת הביטוח הזרה 'מיוניק-רה' על ביטוחי רשלנות רפואית (במסגרת קבוצת "מדנס"). על-פי הפרסום, "בשלב זה תידון האפשרות לבטח גם את קופות החולים ובתי החולים הפרטיים ב'ענבל', או להקים קרן ביטוח עצמאית חדשה (קפטיב). אחד השיקולים להקמת קרן חדשה הוא רצון המדינה להפחית את מעורבותה בשוק. אפשרויות אלה נדחו על-ידי ועדת קלינג, אשר המליצה כאמור להמשיך לקיים בישראל ביטוח המתבסס על מבטחים עסקיים.

הצוות השני, אשר הוסמך לעסוק בהקטנת ההוצאה הציבורית בגין רשלנות רפואית בישראל והגיש את מסקנותיו בדוח שפניץ, קיבל כנתון את הכרעתה העקרונית של ועדת קלינג כי בתביעות בגין אחריות רפואית אין לשנות את משטר האחריות המתבסס על

63 דוח ועדת שפניץ, לעיל ה"ש 15.

64 לתיאור החלטת הממשלה, ראו: שם, בתמצית הדין-וחשבון, בעמ' I, ובדין-וחשבון, בעמ' 1.

65 דוח בן-דוד-ברודט, לעיל ה"ש 20.

66 דוח ועדת שפניץ, לעיל ה"ש 15, בעמ' 135. לדיון ביתרונות ובחסרונות של ההמלצות שבדוח

בן-דוד-ברודט, ראו: זאב וורמברנד "ניהול סיכונים כלכלי – שיקולי המבטח הרפואי" ניהול סיכונים ברפואה 79 (משה פייגין, טליה חלמיש-שני ועופר קפלן עורכים, 2004).

67 רם דגן "הברוקר הבינלאומי מארש ייעץ למדינה בהסדרת ענף ביטוחי הרשלנות הרפואית" הארץ – The Marker, 18.4.2006, 4.

סטנדרט של רשלנות, ולפיכך נמנע מלעסוק בשאלה זו.<sup>68</sup> בדוח המקיף שהגישה ועדת שפניץ נערך דיון בכמה כלים שנטען כי יש ביכולתם להקטין את ההוצאה הציבורית בגין רשלנות רפואית בישראל,<sup>69</sup> ועיקרו יוצג להלן.<sup>70</sup>

בנושא הגבלת הפיצויים בגין כאב וסבל<sup>71</sup> נחלקו הדעות בוועדה: משרד האוצר, בתמיכת משרד הבריאות, הציע כי הפיצויים בגין נזק לא-ממוני לתובעים יוגבלו, בין היתר, בשל נתונים המצביעים על עלייה במספר התביעות ובהיקף הפיצויים הנפסקים, בשל הצורך בהסטת משאבים לשירותי רפואה אחרים, וכדי להגדיל את הוודאות של המבטח לצורך הקטנת עלויות הביטוח. משרד האוצר ביקש לבסס את טיעונו גם על השוואה למדינות אחרות, ובמיוחד על כך ש"המדינות השונות בארה"ב וכן הממשל הפדרלי יזמו בשנים האחרונות מספר רפורמות בחקיקה שנועדו להגביל את היקף ההוצאה לפיצויי רשלנות רפואית, תוך הגבלה של היקף הפיצויים בגין נזק לא ממוני, הגבלת שכר טרחת עורכי הדין וקיצור תקופת ההתיישנות בתביעות רשלנות רפואית, מבלי לשנות את משטר האחריות בתחום הרשלנות רפואית".<sup>72</sup>

לעומתו, משרד המשפטים סבור כי אין מקום להגבלת הפיצויים, בין היתר, בשל החשש שהדבר יפגע בהרתעה כלפי ספקי השירותים הרפואיים, מן הטעם שאין זה יעיל או צודק להעביר חלק מן הנטל אל כתפי הניזוק ומן הטעם שהגבלת הפיצויים עלולה להיות בלתי-חוקתית. במיוחד, ספק אם ההגבלה עומדת בדרישת המידתיות המועוגנת בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.<sup>73</sup> דרישת המידתיות מחייבת עמידה בכמה מבחנים. ראשית, מבחן

68 דוח ועדת שפניץ, לעיל ה"ש 15, בעמ' 2-3.

69 לפני הדיון בכלים אלה מוצגים בדו"ח שפניץ בחינה של מבנה ההספקה של שירותי הבריאות במדינת-ישראל (שם, בעמ' 5-6); נתונים אמפיריים בדבר תביעות הרשלנות הרפואית שהוגשו לבתי-המשפט (שם, בעמ' 7-33); וניתוח מגמות בפסיקה בשאלת האחריות ברשלנות רפואית (שם, בעמ' 34-93).

70 ועדת שפניץ דנה בנושאים העיקריים הבאים: הגבלת הפיצויים בגין כאב וסבל, קיצור תקופת ההתיישנות, הגבלת שכר-הטרחה של עורכי-דין, שיפוי בין מוסדות רפואיים, גמלאות המוסד לביטוח לאומי, חוות-דעת של מומחים וניהול סיכונים ברפואה (לרבות נושא החיסיון של הדיונים והדוחות המהווים חלק מניהול הסיכונים ברפואה). רוב הנושאים האמורים כבר נידונו בוועדת קלינג, והוועדה סברה כי היא ממשיכה את הדיון בהם שהחל בוועדת קלינג. יש גם נושאים שנידונו בוועדת קלינג אך לא נידונו שנית בוועדת שפניץ, ביניהם: חיוב התובעים בתשלום אגרת בית-משפט מלאה במקרים שבהם ינקבו את סכום התביעה; מניעת הגשת תביעות נגד רופא כאשר המוסד הרפואי שהוא מועסק בו נתבע אף הוא; הוצאת מצבים שבהם הטיפול הרפואי ניתן ללא הסכמה מדעת ממסגרת עוולת התקיפה והעברתם למסגרתה של עוולת הרשלנות; וקביעה בחוק של חובת ביטוח נגד רשלנות מקצועית לכל העוסקים ברפואה ובשירותים רפואיים. ראו שם, בעמ' 2-4.

71 שם, בתמצית הדין-וחשבון, בעמ' VI-XII, ובדין-וחשבון, בעמ' 94-137.

72 שם, בתמצית הדין-וחשבון, בעמ' VIII, ובדין-וחשבון, בעמ' 125.

73 למבחני המידתיות ראו ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221 (1995).

הקשר בין האמצעי לבין המטרה – משרד המשפטים הצביע על כך שנתוני המחקר מראים כי אין זה ברור שסכומי הפיצויים שנפסקים גורמים לעלייה בהוצאות, ולכן אי-אפשר להצביע על "קשר ענייני" בין ההגבלה המוצעת לבין השגת המטרה של הקטנת ההוצאות. כמו-כן, ההגבלה עלולה לפגוע באלה שנפגעו קשה, ולכן אין היא הוגנת. שנית, מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה – כאן בחר משרד המשפטים להצביע על אפשרות קיומו של אמצעי אחר שעשוי לפתור את כשל השוק בתחום הביטוח, אם קיים כשל כזה. כדאיות הפעלתו של אמצעי זה טרם נבחנה, והיא אמורה להיבחן על-ידי הצוות הראשון בראשות משרד האוצר ומשרד הבריאות. שלישית, מבחן האמצעי המידתי (במובן הצר) – להערכת משרד המשפטים, ההגבלה עשויה להשיג חיסכון קטן בלבד, ומאידך גיסא, היא עלולה לגרום לפגיעה קשה מאוד בזכויות-היסוד של הניזוקים מרשלנות רפואית. באשר למצב במדינות זרות, משרד המשפטים סבור כי "קשה מאוד לתמוך את הגבלת הפיצויים בגין נזק לא ממוני לנפגעי רשלנות רפואית בהסתמך על המצב בארה"ב, לאור השוני המהותי בין מערכות המשפט... והבריאות, ומשום שהרופאים שם נושאים בעצמם בהוצאות ביטוח האחריות המקצועית, בנפרד מן המוסדות הרפואיים שבהם הם עובדים. גם הצגת ארה"ב כמדינה שבה הוגבלו הפיצויים אינה מדויקת. הגבלת הפיצויים בגין נזק לא ממוני היא חריג בשיטות המשפט השונות בעולם, שנבדקו על ידי הוועדה".<sup>74</sup>

בנושא קיצור תקופת ההתיישנות<sup>75</sup> יצאה הוועדה מנקודת-הנחה כי קיצור זה יביא לידי צמצום בהוצאה הציבורית. אולם גם בנושא זה התגלעו חילוקי-דעות בין משרדי האוצר והבריאות לבין משרד המשפטים, בעיקר לגבי משך תקופת ההתיישנות בתביעת קטינים ולגבי קביעת תקרה לתקופת ההתיישנות.

בנושא הגבלת שכר-הטרחה של עורכי-דין,<sup>76</sup> משרדי האוצר והבריאות סוברים כי רצוי להגביל בחקיקה את שכר-הטרחה של באי-הכוח של התובעים, כך שיותנה בסכום הפיצוי, על-פי מדרג לפי שיעור הפיצוי. לגישתם, הסדר זה יאזן באופן נאות בין הצורך להקטין את ההוצאה הציבורית, באמצעות הפחתת סכומי התשלומים והקטנת התמריץ להגיש תביעות, לבין הפגיעה בשכר-הטרחה של עורכי-הדין והצורך בשמירה על ייצוג משפטי ראוי. לעומתם, משרד המשפטים סבור כי אין להגביל את שכר-הטרחה. בין היתר, טענתו היא כי קיים חשש כבד שהצעתם של משרדי האוצר והבריאות אינה עומדת בדרישת המידתיות החוקתית.

בנושא חוות-דעת של מומחים<sup>77</sup> שמעה הוועדה דעות שלפיהן ההליך, כפי שהוא מוסדר בדין, הינו מורכב ויקר, וכן הצעות להסדרת התחום – למשל, באמצעות מינוי מומחה רפואי מטעם בית-המשפט או הכרעה בתביעות רשלנות רפואית בטריבונל מיוחד. הוועדה

74 לסקירה שמציגה את המצב בשיטות משפט שונות בשאלות המרכזיות שנידונו על-ידי הוועדה – התיישנות, הגבלת שכר-הטרחה של עורכי-דין והגבלת הפיצויים – ראו דוח ועדת שפניץ, לעיל ה"ש 15, כנספח ב, בעמ' א-נא.

75 שם, בתמצית הדין-וחשבון, בעמ' XII-XIII, ובדין-וחשבון, בעמ' 138-155.

76 שם, בתמצית הדין-וחשבון, בעמ' XIII-XVI, ובדין-וחשבון, בעמ' 156-167.

77 שם, בתמצית הדין-וחשבון, בעמ' XIX-XX, ובדין-וחשבון, בעמ' 176-188.

סברה כי אין היא הפורום המתאים לדון בנושא, והמליצה שמשרד המשפטים יבחן הקמת צוות לבחינת הנושא.

בתחום ניהול הסיכונים<sup>78</sup> המליצה ועדת שפניץ, בין היתר, על הקמת מנהלת בטיחות וניהול סיכונים ארצית שתטפל בבטיחות המטופל,<sup>79</sup> ועל דרך הפרשנות הראויה לדעתה של הוראות החוק המגדירות את החיסון על הדיונים והדוחות המהווים חלק מניהול הסיכונים ברפואה.<sup>80</sup>

ועדה נוספת שפעולתה קשורה לתחום הנידון היא הוועדה בנושא "רשומה רפואית לאומית". הוועדה הוקמה בשנת 2004 על-מנת ליצור "איגום (הקבצה) של המידע הרפואי שנוצר אודות החולה באתרי הטיפול השונים (מרפאות, בתי-חולים, מעבדות ומכונים) והצגתו למטפל בנקודת הטיפול".<sup>81</sup> כאשר תוקם הרשומה הרפואית הממוחשבת והאחודה, היא תוכל, בין היתר, לסייע בהקטנת טעויות בטיפול הרפואי.

## 2. הרפורמות המיושמות והמוצעות בדין בארצות-הברית

### (א) הדין בארצות-הברית ומבנה השוק של ביטוח האחריות הרפואית

הדין המסדיר את תחום האחריות הרפואית בארצות-הברית מתבסס על עקרונותיהם של דיני הנזיקין, ומטיל אחריות בסטנדרט של רשלנות על חברי צוותים רפואיים, ביניהם רופאים ואחיות, ועל מוסדות רפואיים, ביניהם בתי-חולים ומכונים רפואיים.<sup>82</sup> לעומת זאת, ה-MCOs (Managed Care Organizations) – המוסדות הרפואיים המספקים לציבור שירותי ביטוח בריאות – אינם כפופים בדרך-כלל לאחריות בנזיקין. MCOs הם הגורמים הדומיננטיים בשוק ביטוח הבריאות: הם מגפיקים למבוטחים פוליסות של ביטוחי בריאות

78 שם, בתמצית הדין-וחשבון, בעמ' XXIII-XX, ובדין-וחשבון, בעמ' 189-207.

79 ועדת שפניץ דנה גם בתפקידי היחידה הארצית לבטיחות המטופל, והציעה כי "יחידה זו תטפל בבטיחות המטופל ברמה הארצית, ויעמדו בראשה נציגי משרד הבריאות, קופות-החולים, הסתדרות הרופאים בישראל ונציגי בתי החולים. מוצע, שרשות זו תקבל מידע על כל האירועים, בהשמטת אמצעי הזיהוי, ותפיק לקחים ארציים. הרשות תוכל להמליץ על התוויות קליניות או סטנדרטים. המידע שיימסר לה יהיה חסוי. כל גורם שיש לו נציגים 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." שם, בתמצית הדין-וחשבון, בעמ' XXII, ובדין-וחשבון, בעמ' 205.

80 שם, בתמצית הדין-וחשבון, בעמ' XXIII-XXII, ובדין-וחשבון, בעמ' 205-207.

81 לוועדות השונות הפועלות במסגרת הוועדה בנושא "רשומה רפואית לאומית", לכתב-המינוי של אותן ועדות, תפקידיהן ורשימת החברים בהן, ולדוחות על פעילותן של הוועדות, ראו אתר האינטרנט של משרד הבריאות, [www.health.gov.il/pages/default.asp?maincat=1&catId=6](http://www.health.gov.il/pages/default.asp?maincat=1&catId=6), ועדה בנושא "רשומה רפואית לאומית".

82 ראו את ההפניות הרלוונטיות, לעיל בה"ש 5.

תמורת תשלום, ומספקים את השירות הרפואי הנדרש באמצעות התקשרויות חוזיות עם רופאים. MCOs אינם נוהגים להתקשר עם הרופאים בהסכמי עבודה, אלא מתקשרים עימם כספקי שירות (Independent Contractors). החוזים כוללים מנגנון המכונה "Utilization Review", שלפיו ל-MCOs מוקנית סמכות לא לאשר את סוג הטיפול שהרופא בוחר בו אם הוא "נסיוני" ("Experimental") או אינו "נחוץ וראוי מבחינה רפואית" ("Medically Necessary and Appropriate").<sup>83</sup>

למן שנות השבעים מתמודדים המחוקקים המדינתיים בארצות-הברית עם המשבר הנטען בתחום האחריות הרפואית באמצעות רפורמות שונות, ביניהן רפורמות המתערבות בדיני הנוזיקין החלים באותה מדינה, רפורמות בתחום המידע על איכות הטיפול הרפואי והפיקוח עליו, ורפורמות המתערבות במבנה השוק של ביטוח האחריות הרפואית.<sup>84</sup> הרפורמות מן הסוג הראשון עוסקות לרוב בהטלת הגבלות על הסדר הרשלנות הרפואית, כגון הגבלת סכום התביעה בגין נזקים לא-ממוניים (כאב וסבל) (Medical Malpractice Damage Caps), אשר נפוצה מאוד בחוקי המדינות בארצות-הברית;<sup>85</sup> הגבלת התשלום בגין שכר-טרה של עורך-דין;<sup>86</sup> וצמצום תקופת ההתיישנות בתביעות בגין רשלנות רפואית.<sup>87</sup> בחוקי המדינות השונות בארצות-הברית נקבעו גם מנגנונים מיוחדים לטיפול בתביעות בגין רשלנות רפואית, דוגמת הדרישה להוכחת הרשלנות באמצעות עדותו של מומחה רפואי וקביעת

83 לפרטים נוספים בנושא ה-MCOs, מבנה השוק והתקנות הקשורות אליהם ראו: Arlen & MacLeod, לעיל ה"ש 3, בעמ' 1961-1940; Arlen & MacLeod, לעיל ה"ש 23, בעמ' 503-497; Arlen, לעיל ה"ש 10, *Managed Care's Crime: Medical Necessity, Therapeutic Benefit, and the Goals of Administrative Process in Health Insurance* David M. Studdert, William M. Sage, Carole; Chapman, לעיל ה"ש 33; R. Gresenz & Deborah R. Hensler, *Expanded Managed Care Liability: What Impact on Employment-based Health Coverage?* 18 HEALTH AFFAIRS (1999)

84 לסקירה של הרפורמות שיושמו בארצות-הברית, הן במישור המדינתי והן במישור הפדרלי, בתחום ההסדר הנוזיקי בגין אחריות רפואית, בתחום המידע על איכות הטיפול הרפואי והפיקוח עליו, ובמבנה השוק של ביטוח האחריות הרפואית, ראו ההפניות לעיל בה"ש 9.

85 ראו לדוגמה: Okla. Stat. Ann., title 63, §1-1708.1F; Va. Code Ann. §8.01-581.15. לסקירה על הנושא ראו: Nordman, Cermak & McDaniel, לעיל ה"ש 9, בעמ' 45-48; PEGALIS, לעיל ה"ש 5, כרך 2, בעמ' 304-287; Zisk, לעיל ה"ש 9, בעמ' 14-8. לסיכום טענות שהועלו במסגרת הספרות האקדמית בעד ונגד הגבלת סכום התביעה בגין נזקים לא-ממוניים (כאב וסבל) (Medical malpractice damage caps), ראו: Zeiler, לעיל ה"ש 47, בעמ' 388-387. לסיכום של ראיות אמפיריות מעורבות על ההשפעה של הגבלת סכום התביעה בגין נזקים לא-ממוניים על הפרמיות בגין ביטוחי אחריות רפואית, ראו שם, בעמ' 391-394.

86 ראו לדוגמה: California Business and Professions Code §6146. לסקירה על הנושא ראו Nordman, Cermak & McDaniel, שם, בעמ' 54-53; PEGALIS, שם, כרך 2, בעמ' 310-311; Budetti & Waters, לעיל ה"ש 9, בעמ' 10-9.

87 ראו לדוגמה: N.Y. c.l.s. C.P.L.R. §214A. לסקירה ארצית על הנושא ראו: Pegalis, שם, כרך 2, בעמ' 159-161.

סטנדרטים לבחירת המומחה;<sup>88</sup> הדרישה לקיום סינון לפני משפט (Pre-Trial Screening) של תביעות חסרות בסיס באמצעות פנל רפואי או מנגנון פישור;<sup>89</sup> וקביעת מנגנונים חלופיים ליישוב סכסוכים (ADRs).<sup>90</sup> בין המדינות שהתערבו בדיני הנוזקין החלים בהן ניתן למצוא שתיים – פלורידה<sup>91</sup> ווירג'יניה<sup>92</sup> – שהחילו הסדר חלקי של אחריות מוחלטת בתביעות בגין אחריות רפואית בתחום המיילדות.

רפורמה פדרלית משמעותית נעשתה בתחום המידע על איכות הטיפול הרפואי והפיקוח עליו. תחילתה של הרפורמה בחקיקת ה־"Health Care Quality Improvement Act of 1986 (להלן: HCQIA).<sup>93</sup> החוק מעניק חסינות מוגבלת למשתתפים בתהליך הבדיקה של אירועים תאונתיים המתקיים בבתי-החולים, אשר מכונה "Peer Review". זאת, במטרה לעודד את קיומם של הליכי בדיקה נאותים. החוק מחייב את המוסדות הרפואיים ואת חברות הביטוח למסור מידע<sup>94</sup> לבנק מידע מרכזי (The National Practitioner Data Bank; להלן: NPDB) שהוקם לשם כך, וכן לרשויות הרישוי המדינתיות, על כל תשלום ששילמו או פשרה שהגיעו אליה בקשר לתביעה בגין רשלנות רפואית. ועדות בדיקה מדינתיות

- 88 ראו לדוגמה: West Virginia Code §55.7B.7. לסקירה על הנושא ראו: PEGALIS, שם, כך, 2, בעמ' 179-270.
- 89 ראו לדוגמה, Alaska Statutes §09.55.536. לסקירה על הנושא ראו Budetti & Waters, לעיל ה"ש 9, בעמ' 6-7.
- 90 לסקירה על הנושא ראו: Nordman, Cermak & McDaniel, לעיל ה"ש 9, בעמ' 51-53; PEGALIS, לעיל ה"ש 5, כך, 2, בעמ' 179-270; Budetti & Waters, שם, בעמ' 7.
- 91 Florida's Birth-Related Neurological Injury Compensation Act, Fla. Stat. §766.301-766.316.
- 92 Virginia Birth-Related Neurological Injury Compensation Act, Va. Code Ann. §38.2-5000.
- 93 Susan L. Horner, *The Health Care Quality Improvement Act of 1986: Its History, Provisions, Applications and Implications*, 16 AM. J.L. & MED. 455 (1990); Susan O. Scheutzow, *State Medical Peer Review: High Cost But No Benefit – Is It Time for a Change?* 25 AM. J. L. & MED. 7 (1999); Yann H.H. van Geertruyden, *The Fox Guarding the Henhouse: How the Health Care Quality Improvement Act of 1986 and State Peer Review Protection Statutes have Helped Protect Bad Faith Peer Review in the Medical Community*, 18 J. CONTEMP. HEALTH L. & POL'Y 239 (2001); Notes, *The Legal Ramifications Under the Health Care Quality Improvement Act of Physicians Labeled Disruptive for Advocating Patient Quality of Care Issues*, 24 J. L. & COM. 281 (2006).
- 94 42 U.S.C. §§11131-11137. סעיף 11131(b) מונה את פרטי המידע שיש למסור: (1) "name of the physician..., (2) the amount of the payment, (3) the name (if known) of any hospital with which the physician... is affiliated or associated, (4) a description of the acts or omissions and injuries or illnesses upon which the action or claim was based, and (5) such other information as the Secretary determines is required for appropriate interpretation of information reported..."



(Boards of Medical Examiners) חויבו על-פי החוק למסור מידע ל-NPDB ולרשויות הרישוי המדינתיות על נקיטת סנקציה משמעית נגד רופא. בתי-החולים חויבו לדווח לזוועדות על נקיטת צעדים המגבילים את סמכויותיו הרפואיות של רופא במסגרת הליכים משמעתיים נגדו, ולדרוש ולקבל מידע מה-NPDB על צעדים משמעתיים שננקטו נגד רופא בעת בחינת שילובו בצוות הרפואי של המוסד וכן כל שנתיים. חשוב לציין כי המידע הנאגר ב-NPDB בנוגע לרופא מסוים פתוח לעיונם של הרופא ושל בית-החולים הרלוונטי, אך אינו נגיש לציבור.

על-פי ממצאי ה-United States General Accounting Office (להלן: GAO) כמעט כל ספקי השירות הרפואי הפרטי בארצות-הברית רוכשים ביטוח אחריות מקצועית.<sup>95</sup> נראה כי בתחום האחריות הרפואית, ביטוח עצמי הינו בדרך-כלל חלופה לא-כדאית גם למוסדות רפואיים גדולים.<sup>96</sup> בשוק ביטוחי האחריות הרפואית פועלים מבטחים מסחריים, אם כי כ-60% מהמבטחים הינם גופים בבעלות או בניהול של רופאים.<sup>97</sup>

#### (ב) הרפורמות המוצעות בדין בארצות-הברית

ממשלו של הנשיא Bush מנסה כאמור<sup>98</sup> להחיל חקיקה פדרלית המטילה הגבלות על הסדר הרשלנות הרפואית (לרבות הגבלה של פיצויים לא-ממוניים לתקרה של 250 אלף דולר, הגבלת התשלום בגין שכר-טרחה של עורך-דין, קיצור תקופת ההתיישנות לשלוש שנים ממועד האירוע או לשנה אחת ממועד גילוי, והגבלות בנוגע לפסיקה פיצויים עונשיים בתביעות בגין רשלנות רפואית). נוסף על כך הועלו הצעות שונות<sup>99</sup> לרפורמות פדרליות ומדינתיות בתחום האחריות הרפואית, ביניהן, למשל, הצעה לעגן בחקיקה פדרלית מתן תמריצים כספיים למדינות שיקימו בית-משפט מיוחד לאחריות רפואית, ויאמצו בחוק מנגנון חלופי לשיטה הנוזיקית הקיימת העומד באמות-המידה שיעוגנו בחקיקה הפדרלית;<sup>100</sup> הצעה להקים משרד פדרלי לבטיחות חולים אשר יעודד גילוי טעויות על-ידי גופים רפואיים

95 United States General Accounting Office, *Report to Congressional Requesters: Medical Malpractice – Implications of Rising Premiums on Access to Health Care*, GAO-03-836 8-9 (2003), available at [www.gao.gov/new.items/d03836.pdf](http://www.gao.gov/new.items/d03836.pdf).

96 Nordman, Cermak & McDaniel, לעיל ה"ש 9, בעמ' 9-10.

97 ראו: United States General Accounting Office, לעיל ה"ש 9, בעמ' 6; United States General Accounting Office, לעיל ה"ש 95.

98 לעיל ה"ש 9 והמלל הנלווה אליה.

99 ביניהן גם הצעות שונות שהועלו במחקר המשפטי, כגון הצעותיהם של Arlen ו-Macleod (לעיל ה"ש 38-42 והמלל הנלווה אליהן), הצעותיו של Stein (לעיל ה"ש 43-45 והמלל הנלווה אליהן) וכן הצעתה של Zeiler להחיל חובת גילוי מנדטורית על תנאי החוזה בין ה-MCOs לבין הרופאים לגבי הספקת השירות למבוטחים, כדי להביא לידי הפחתת הפרמיות בגין ביטוחי אחריות רפואית (Zeiler, לעיל ה"ש 47).

100 S. 1337, The Fair and Reliable Medical Justice Act ("FRMJA"), 109th Cong. (2005).

ויקבע מנגנון גישור מנדטורי של שישה חודשים לפני פתיחה בתביעה רגילה בגין רשלנות רפואית;<sup>101</sup> והצעה להרחיב את החובה למסור מידע ל-NPDB.<sup>102</sup>

## פרק ג: רשלנות לעומת אחריות מוחלטת – הבחנות חדשות

### 1. הכוונת התנהגות

#### (א) שוק ההספקה של שירותי הרפואה ומבנה העלויות בו

טענתי הראשונה היא שבשוקי ההספקה של שירותי הרפואה קיימת בעיה מרכזית של פעולות נסתרות (Hidden Actions) של ספקי השירותים, צוותים רפואיים ומוסדות רפואיים. מהי בעיה של פעולות נסתרות, ולאילו עלויות היא גורמת?

השחקנים במודל הם החולים, הרופאים המטפלים והמוסדות הרפואיים. לחולים יש מידע חלקי בלבד בדבר הטיפול הראוי שעליהם לקבל וכן בדבר יכולתו המקצועית של כל רופא. יש להם גם מידע חלקי בלבד בדבר איכות הפיקוח של המוסד הרפואי על הטיפול בהם ועל הכשרתו המקצועית של הרופא הפועל במסגרת התקשרות עם המוסד. המידע שיש לחולים על רופאים ועל מוסדות רפואיים אינו תמיד תת־קבוצה של המידע המלא. לעיתים מידע זה שגוי, ולעיתים בידי חולים מסוימים מצוי מידע שונה מזה המצוי בידי חבריהם. מידע זה בא לידי ביטוי במוניטין של הרופא או של המוסד הרפואי בקרב הציבור. כאשר החולה פונה לקבל טיפול מרופא, נוצר ביניהם חוזה שלפיו הרופא המטפל מתחייב לתת לחולה את הטיפול הרפואי הנחוץ לו ברמה נאותה. אין מדובר בהכרח בטיפול הטוב ביותר האפשרי; קביעת הרמה הנאותה של הטיפול בחולה מתחשבת בכך שעלויות המעבר לרמת השקעה גבוהה יותר בטיפול המסוים בו גבוהות מן התועלת שתושג מן הטיפול העודף. בחירת החולה ברופא המטפל מושפעת מהמוניטין של הרופא.

לרופאים יש מידע חלקי בלבד בדבר הטיפול הטוב ביותר ובדבר הטיפול הראוי בכל מקרה ומקרה, אך יש להם הכלים לרכישת המידע הנחוץ לצורך מתן חוות־דעת לחולה בדבר הטיפול הנחוץ לו. הרופא יכול לפתח את הכלים לרכישת המידע באמצעות התעדכנות שוטפת בהתקדמות שחלה בתחומו ובאמצעות השתלמויות מקצועיות.

המוסדות הרפואיים יכולים להעסיק את הרופא בחוזה העסקה, כנהוג בבתי־חולים, או לשכור את שירותיו העצמאיים, כנהוג במוסדות הרפואיים המספקים לציבור שירותים של ביטוח בריאות – קופות־החולים בישראל וה־MCOs בארצות־הברית. החולה מתקשר עם קופות־החולים בישראל או עם ה־MCOs בארצות־הברית בהסכם ארוך־טווח בעל

101 .S. 1784, The National MEDiC Act, 109th Cong. (2005)

102 .H.R. 2006, The Safe Health Care Reporting Act, 109th Cong. (2005)

מאפיינים מיוחדים.<sup>103</sup> כאשר החולה הפוטנציאלי שוכר את שירותיו של מוסד רפואי, הוא שוכר גם את המוניטין שלו בפיקוח על רופאיו. אולם גם למוסדות הרפואיים, לרבות בתי-החולים, יש מידע חלקי בלבד בדבר השקעתו של הרופא בהתעדכנות מקצועית, אם כי ניתן להניח שהוא מלא בהרבה מן המידע בנושא זה המצוי בידי החולים. יש להם גם מידע חלקי בלבד בדבר איכות הטיפול של הרופאים בחולים, המופק מתוך דיווחיהם המקצועיים של הרופאים. עם זאת, למוסדות הרפואיים יש הכלים לרכוש מידע נוסף על הרופאים, הן לגבי התעדכנותם המקצועית והן לגבי אופן הטיפול בכל מקרה ומקרה, אם יבחרו להשקיע בכך.<sup>104</sup>

אסטרטגיות הפעולה של השחקנים: לצורך הניתוח אבחין בין החלטות המתקבלות בטווח הארוך, לגבי התקשרות בין החולה לבין המוסד הרפואי ובין המוסד הרפואי לבין הרופא, לבין החלטות המתקבלות בטווח הקצר, לגבי טיפול רפואי אחד בחולה. החולה יכול לבחור עם איזה ספק שירותים של ביטוח בריאות הוא יתקשר לטווח הארוך. הוא עושה זאת בהתחשב במחיר ובסיכון הכרוכים בעסקה, שנקבעים בהתחשב במוניטין של אותו מוסד. כאשר המבוטח זקוק לטיפול רפואי בטווח הקצר, בחירתו ברופא המטפל נעשית שוב בהתחשב במוניטין של אותו רופא.

הרופא יכול לקבוע בטווח הארוך את רמת ההשקעה האישית שלו בפיתוח כלים לרכישת מידע רפואי באמצעות התעדכנות שוטפת בהתקדמות שחלה בתחומו ובאמצעות השתלמויות מקצועיות. כאשר חולה ספציפי מגיע לטיפולו, הרופא יכול לבחור בטווח הקצר את רמת ההשקעה שלו ברכישת המידע הדרוש לצורך קביעת אבחנה רפואית נכונה.<sup>105</sup>

המוסד הרפואי בוחר את רמת ההשקעה בפיקוח על רופאים: ראשית, הוא צריך להחליט כמה להשקיע בטווח הארוך בבדיקת איכותו של הרופא בעת ההתקשרות עימו ובתקופת החווה עימו; שנית, הוא צריך להחליט על רמת ההשקעה בבדיקת איכות הטיפול הרפואי שהרופא מעניק לכל מטופל בטווח הקצר, וכן לקבל החלטה לגבי הקצאת המשאבים לטיפולים רפואיים בטווח הארוך ובטווח הקצר. בטווח הארוך מוסדות רפואיים בוחרים את שיטות הטיפול שיופעלו במסגרתם, ובטווח הקצר הם בוחרים אם לאשר את המלצתו של הרופא לגבי טיפול מסוים או להמירו בטיפול אחר.

בהתאם, מהלכי המשחק האפשריים הם כדלקמן: בטווח הארוך – החולה בוחר להתקשר

103 ראו לעיל ה"ש 83 והמלל הנלווה אליה.

104 במודל הבסיסי שיוצג במאמר, המוסד הרפואי הינו המוסד שמספק לציבור שירותים של ביטוח בריאות, דהיינו, קופת-החולים בישראל וה-MCO בארצות-הברית. בהמשך המאמר נדון גם במקרה שבו הרופא מועסק בבית-חולים שמקבל לטיפולו את החולה, בעוד ספק שירותי ביטוח הבריאות הוא שמשלם לבית-החולים בעבור הטיפול הרפואי; מבחינה מהותית, התוצאה המתקבלת אינה שונה.

105 לאחר שהרופא רוכש את הידע הדרוש לצורך קביעת האבחנה, הוא קובע את האבחנה וממליץ לחולה על הטיפול הראוי בו. לחולה שמורה כמובן הזכות לא לאשר את הטיפול בו, אך בדרך-כלל יאשר החולה את הטיפול המוצע. במודל הבסיסי שיוצג במאמר אניח כי הצעותיו של הרופא מוגבלות לתחום שבו החולה אינו יכול להבחין בין סוגי הטיפול המוצעים לו, והוא מסכים לטיפול המוצע.

עם אחד הספקים המציעים שירותי ביטוח בריאות, הספק בוחר את רמת ההשקעה שלו בבדיקת איכותו של כל רופא שהוא מתקשר עימו, ולאחר ההתקשרות הרופא בוחר את רמת ההשקעה שלו בהתעדכנות מקצועית בתקופת החוזה, והספק בוחר את רמת ההשקעה שלו בפיקוח על הרופא ובאיכותן של שיטות הטיפול; בטווח הקצר – מבוסס שחלה בוחר את הרופא המטפל מבין אלה שהתקשרו עם הספק שעזמו בחר החולה להתקשר, הרופא שאליה פנה החולה בוחר את רמת ההשקעה באבחנה הרפואית, והספק בוחר את רמת ההשקעה בבדיקת איכות הטיפול שהרופא מעניק לכל מטופל, ומחליט אם לאשר את המלצתו של הרופא או להתנגד לה.

**קבוצת התשלומים (The Players' Payoffs):** החולה עורך את בחירותיו באופן שימקסם את רווחתו האישית  $(W_p(Q, P))$ . הרווחה האישית של החולה תלויה באיכות הטיפול הרפואי שיקבל Ex Post, לאחר שיחלה. ככל שרמת ההשקעה של הרופא ברכישת ידע רפואי בטווח הארוך ובטיפול בחולה בטווח הקצר הינן גבוהות יותר, וככל שרמת ההשקעה של ספק שירותי הביטוח הרפואי בפיקוח על רופאיו הינה גבוהה יותר, כן רווחתו האישית של החולה גדלה. השקעה ראויה של הרופא בטיפול בחולה במקרה ספציפי אינה תנאי מספיק למקסום רווחתו של החולה. הסיבה לכך היא שרווחתו של החולה תלויה גם בבחירותיו של ספק שירותי הביטוח הרפואי: במקרה שבו הספק אינו משקיע באופן מיטבי בבחירת רופאים בעלי ידע מתאים או בפיקוח על התעדכנותם השוטפת של הרופאים בידע רפואי, ובמקרה שבו הוא משקיע ברמה נמוכה מדי בבדיקת איכותו של הטיפול הרפואי שהרופא מעניק במקרה ספציפי, הוא עלול לקבל החלטה שגויה לגבי הקצאת המשאבים לטיפול זה. פגיעה ברווחת המטופל תרחש גם אם בטווח הארוך בחר מוסד רפואי להשקיע בשיטות טיפול לא-מתאימות או אם בטווח הקצר השקיע ספק שירותי ביטוח הבריאות באופן מיטבי בפיקוח על הרופא אך בחר – באופן מכוון – לא לאשר את המלצתו של הרופא להעניק לחולה טיפול מסוים, אלא להמירו בטיפול אחר, יעיל פחות.

יודגש כי בחירותיו של החולה נעשות על-פי תחזיתו האישית לגבי רמת הטיפול הרפואי הצפויה וכן על-פי יכולתו הכלכלית. כאשר החולה צריך לבחור עם איזה ספק של ביטוח רפואי להתקשר לטווח הארוך או לאיזה רופא לגשת בטווח הקצר, הוא מעריך את רמת הטיפול הרפואי הצפויה בהינתן המוניטין של אותו מוסד רפואי או רופא. ככל שהמוניטין טוב יותר, החולה צופה כי איכות הטיפול בו תהיה טובה יותר. נוסף על כך, רווחתו האישית של החולה תלויה בגובה הפרמיה שספק שירותי הביטוח הרפואי גובה ממנו.<sup>106</sup>

בחירותיו של הרופא בטווח הארוך לגבי רמת ההשקעה בהתעדכנות שוטפת בהתקדמות שחלה בתחומו ובהשתלמויות מקצועיות משפיעות על המוניטין שלו בעיני הציבור ובעיני המוסד הרפואי שעזמו הוא קשור. לציבור יש מידע חלקי בלבד בדבר רמת ההשקעה של הרופא במידע מקצועי ובדבר השפעתה של אותה השקעה על יכולתו, ולכן שינוי המוניטין של הרופא בעיני הציבור משקף רק באופן חלקי את התקדמותו המקצועית. גם למוסד הרפואי יש מידע חלקי בלבד באשר לרמת ההשקעה של הרופא בהתעדכנות מקצועית

106 העלויות של חיפוש המבטח הרפואי בטווח הארוך והעלויות של חיפוש הרופא בטווח הקצר הינן נמוכות יחסית, וההנחה כאן היא שהן אינן משפיעות על התופעות המתוארות במודל.

ובאשר למידת ההשפעה של אותו מאמץ, אולם מידע זה מלא יותר מזה שבידי הציבור. לכן המוניטין של הרופא בעיני המוסד הרפואי עשוי להיות שונה מן המוניטין שלו בעיני הציבור. עם זאת, המוסד הרפואי מקבל את החלטותיו גם על-סמך המוניטין של הרופא בעיני הציבור. בהחלטותיו בטווח הארוך, הרופא מבקש למקסם את ערך המוניטין שלו<sup>107</sup> פחות עלויות ההתעדכנות וההכשרה המקצועיות (Wdl(Rd, Cdl)). עלויות אלה כוללות הן את העלויות הישירות של ההכשרה והן עלויות עקיפות כתוצאה מאובדן הכנסה ופנאי. את בחירותיו בטווח הקצר הרופא עושה במטרה למקסם את ערך המוניטין שלו ועוד הכנסותיו מטיפול רפואי, פחות עלויות ההשקעה ברכישת המידע הדרוש לו לצורך קביעת אבחנה רפואית נכונה (Wds(Rd, Cds)). ניתן להניח כי העלויות הישירות של רכישת המידע הן נמוכות מאוד, ומשולמות על-ידי המוסד הרפואי שהרופא קשור עימו, ואילו העלות המרכזית לגבי הרופא היא עלות הזמן ואובדן ההכנסה הצפוי כתוצאה מכך שהוא מוותר למעשה על פנאי או על קבלת חולים נוספים לטיפול.

באופן דומה, בהחלטותיו בטווח הארוך, המוסד הרפואי מבקש למקסם את ערך המוניטין שלו ועוד הכנסותיו (המיידיות) מפרמיות הביטוח הרפואי, פחות עלויות הבדיקה של איכות הרופא בעת ההתקשרות עימו ובתקופת החוזה עימו, ופחות עלויות ההשקעה במשאבים הדרושים לשם ביצוע טיפולים רפואיים (WMCoi(RMCO, CMCOI)). את בחירותיו בטווח הקצר המוסד הרפואי עושה במטרה למקסם את ערך המוניטין שלו פחות עלויות ההשקעה בבדיקת איכות הטיפול הרפואי שהרופא מעניק לכל מטופל, ופחות עלות הטיפול הרפואי שנבחר (WMCos(RMCO, CMCOs)).

התפתחות המוניטין של הרופא ושל המוסד הרפואי היא מרכיב חשוב במודל<sup>108</sup> המוניטין של הרופא או של המוסד הרפואי במודל, כפי שהצטבר עד לרגע שבו החולה מקבל החלטה על נקיטת אסטרטגיה מסוימת ( $R_0$ ), הוא ההסתברות בעיני החולה – או אמונתו של החולה – כי הרופא או המוסד הרפואי, לפי העניין, ינקטו פעולה רפואית ראויה ( $p(a_2)$ ). המוניטין זה תלוי באיכות של הידע המקצועי והאמצעים שבידי הרופא או המוסד הרפואי, וברשימת ההצלחות והכשלונות של הרופא או המוסד הרפואי בעבר. הצלחה פירושה שבטיפול קודם נקט הגוף הרלוונטי פעולה רפואית ראויה, וכישלון פירושו אי-נקיטת פעולה רפואית ראויה.

לחולה יש אמונה לגבי ההתנהגות העתידית של הרופא או המוסד הרפואי, שהינה המוניטין שהללו צברו לעצמם עד כה ( $R_0$ ). החולה סבור כי ההסתברות שהגוף הרלוונטי ינקוט את רמת המאמץ המיטבית בפעולה מסוימת היא גודל המוניטין שלו ( $p(a_2)=R_0$ ). החולה מאמין שקיימת גם הסתברות מסוימת שהגוף הרלוונטי יפעל ברמת מאמץ נמוכה מהמיטבית ( $p(a_1)$ ). מאחר שהוא אינו מאמין שאתו גוף יפעל ברמת מאמץ גבוהה מהמיטבית

107 ערך המוניטין משקלל את המוניטין בעיני הציבור ואת המוניטין בעיני המוסדות הרפואיים.

108 לסקירה וניתוח של ההסדר הרפואי של רשלנות רפואית, תוך הדגשת ההשפעות הרבות של מוניטין הרופא על החברה, ראו: *Sage, Reputation, Malpractice Liability, and Medical Error*, לעיל ה"ש 10.

$(p(a_3)=0)$ , מתקבל שהסתברות (בעיני החולה) שהגוף הרלוונטי יפעל ברמת מאמץ נמוכה היא:  $p(a_1)=1-p(a_2)-p(a_3)=1-R_0$ .

המוניטין של הרופא והמוניטין של המוסד הרפואי משתנים בהתאם להערכותיהם של המבוטחים ביחס להשקעתם של הרופא והמוסד הרפואי בידע ובמתקנים ראויים, וביחס לשיעור הצלחותיהם בטיפול. עובדות אלה אינן ניתנות לזיהוי ודאי על-ידי המבוטחים. כך, המבוטחים מבססים את הערכותיהם על מידת בכירותו של הרופא, תארייו האקדמיים, השתייכותו למוסד רפואי בעל מוניטין ודיווחים על כשלונותיו והצלחותיו בטיפול רפואי. את הערכתם בדבר בחירתו של הרופא ברמת המאמץ המיטבית הם מבססים על המידע שאספו ממקורות שונים, ובכלל זה מידע שהמוסדות הרפואיים והרופאים עצמם מספקים בדבר תפקידי הרופאים, תואריהם והשתייכותם; מידע מדיווחי התקשורת על מעמד הרופא ועל כשלונותיו והצלחותיו בטיפול רפואי; ושמועות מפה לאוזן במעגל החברתי הקרוב והרחוק יותר באזור מגוריהם. לא זו בלבד שהמידע הזורם למבוטחים הוא לעיתים חלקי או לא-מדויק, הערכותיהם של המבוטחים עלולות לסבול מהטיות שונות, דוגמת אלה הנובעות מתיאורים מופרזים של התקשורת. עם זאת, בדיון אניח כי אם מתגלה מידע שמוכיח בוודאות כי הרופא פעל באופן לא-ראוי וכי המוסד הרפואי שהוא קשור עימו לא גילה זאת בעוד מועד ולא מנע זאת אף שהיה אמור לעשות כן, אזי המוניטין של הרופא והמוניטין של המוסד הרפואי ייפגעו בוודאות; ואם מתגלה מידע שרק מחשיד את הרופא בנקיטת פעולה לא-ראויה ואת המוסד הרפואי באי-פיקוח, אזי המבוטחים יבחנו את תוצאות הפעולה – ככל שתוצאת הטיפול חמורה יותר, דהיינו נגרמה פגיעה קשה בחולה, ייטו המבוטחים להניח בוודאות רבה יותר כי היא קשורה לפעולה לא-נאותה של הרופא ולא-פיקוח של המוסד הרפואי.

### (ב) שיווי-המשקל בשוק הבריאות ודיון בתפקידם של המוניטין ושל הדין במודל

בטווח הקצר, החולה צריך להחליט לאיזה רופא לגשת כדי לקבל את הטיפול, והרופא צריך להחליט מהי רמת ההשקעה שלו בטיפול בחולה. הבעיה הבסיסית בעסקה הזו היא שלאחר שהיא נערכת, החולה אינו יכול לדעת אם הרופא פעל ברמה המיטבית או נתן לו טיפול רפואי בסטנדרט נמוך יותר. אופן הפעולה של הרופא הוא הפעולה הנסתרת (Hidden Action). החולה אינו יכול לקבוע חוזה עם מבנה תמריצים כזה שייתן לרופא תמריץ לפעול בצורה מיטבית. יש לכך סיבות שונות, ביניהן טעמים של נחיתות במשא-ומתן ועלות גבוהה של זמן המשא-ומתן. אבל גם בהנחה שהחולה יכול לקיים משא-ומתן עם הרופא כמעט ללא עלויות, באופן אובייקטיבי אי-אפשר לקבוע מבנה תמריצים כזה. בתחומים אחרים הדבר אפשרי – למשל, כדי לסייע בפתרון בעיה דומה בפעולתם של מנהלי חברות, ניתן לתת להם שכר כאחוז מן הרווח. אלא שכאן, כאשר תוצאות הטיפול מתבררות, אי-אפשר להסיק מהן כיצד פעל הרופא. אם הטיפול נכשל, יש הסתברות מסוימת שהדבר אירע כתוצאה מרשלנותו של הרופא, אך יש גם הסתברות מסוימת שהרופא פעל ברמה הנאותה והטיפול פשוט לא הצליח.

הבעיה הנוצרת כאן היא בעיה של סיכון מוסרי (Moral Hazard).<sup>109</sup> בעיה של סיכון

109 אם כי לא כל פעולה נסתרת הינה בעיה של סיכון מוסרי, ולהפך. לדיון מתחום תורת

מוסרי נוצרת כאשר צד אחד לעסקה (במקרה שלנו – הרופא) יכול לעשות פעולה שמשפיעה על הערכתו של הצד האחר (במקרה שלנו – המטופל) ביחס לשווי העסקה, אך שהצד האחר אינו יכול לפקח עליה או לאכוף את ההתחייבות לגביה באופן מושלם.<sup>110</sup>

מבנה השכר שניתן לרופא בעבור הטיפול אינו יכול לפתור את הבעיה. העובדה שבדרך-כלל התשלום ניתן לרופא על-ידי מוסד רפואי עלולה אף להחריף את הבעיה. כך, כאשר המוסד הוא ספק של ביטוח רפואי, יש לו תמריץ לחסוך בעלויות ולכן לקבוע משטר חוזי שלפיו לרופא ניתן תשלום קבוע לכל חולה. זאת, כדי למנוע תמריץ להשקעת זמן מיותרת בכל חולה. לכן העובדה שרווחתו של הרופא מושפעת גם מהמוניטין שלו, שמבטא את יכולת ההשתכרות של הרופא בטווח הארוך, הינה חשובה. אלא שגם בעובדה זו אין כדי לפתור את הבעיה, מכיוון שאם הפעולה הלא-נאותה היא נסתרת, אזי אין היא מסכנת למעשה את המוניטין של הרופא, שהרי אי-אפשר כאמור להסיק מתוצאות הטיפול כיצד פעל הרופא. לכן נוצרת כאן בעיה של סיכון מוסרי, שעיקרה הוא שכל רופא שהחולה יבחר לא יוכל להתחייב באופן אמין לתת לחולה את הטיפול הראוי.

בעיה של מידע חלקי נוספת הנוצרת במודל היא בעיה של קריסת תמריצים (Adverse Selection).<sup>111</sup> בעיה של קריסת תמריצים נוצרת כאשר צד אחד לעסקה (במקרה שלנו – הרופא) יודע דברים הקשורים לעסקה שהינם רלוונטיים אך אינם ידועים לצד האחר (במקרה שלנו – המטופל).<sup>112</sup> בענייננו, הרופא יודע מהם כישוריו בהתבסס על הכשרתו המקצועית ושיעור הצלחותיו, ואילו לחולה יש מידע חלקי בלבד בנוגע לנתונים

המשחקים בבעיית הפעולה הנסתרת כיוצרת בעיה של סיכון מוסרי, ראו: DAVID M. KREPS, A COURSE IN MICROECONOMIC THEORY 577–624 (1990); ERIC RASMUSEN, GAMES AND INFORMATION: AN INTRODUCTION TO GAME THEORY 161–210 (3rd ed., 2001); IAN MOLHO, THE ECONOMICS OF INFORMATION: LYING AND CHEATING IN MARKETS AND ORGANIZATIONS 60–184 (1997).

110 KREPS, שם, בעמ' 577. להגדרה דומה של סיכון מוסרי ראו: ROBERT S. PINDYCK & DANIEL L. RUBINFELD, MICROECONOMICS 606 (5th ed., 2001) ("In general, moral hazard occurs when a party whose actions are unobserved affects the probability or magnitude of a payment"); ROGER B. MYERSON, GAME THEORY — ANALYSIS OF CONFLICT 263 (1991) "The need to give players an incentive to implement recommended actions can be (called moral hazard)".

111 לדיון מתחום תורת המשחקים בבעיית קריסת התמריצים, ולהבחנה בין סיכון מוסרי לבין קריסת תמריצים, ראו: KREPS, שם, בעמ' 577–578, 625–660; RASMUSEN, לעיל ה"ש 109, בעמ' 211–239; MOLHO, לעיל ה"ש 109, בעמ' 17–59.

112 KREPS, שם, בעמ' 57. להגדרה דומה של קריסת תמריצים ראו: PINDYCK & RUBINFELD, לעיל ה"ש 109, בעמ' 598 (Adverse selection arises when products of different qualities are sold at a single price because buyers or sellers are not sufficiently informed to determine the true quality at the time of purchase"); MYERSON, לעיל ה"ש 110, שם "The need to give players an incentive to report information honestly can be called (adverse selection)".

אלה, שאינו בהכרח נכון. לחולה אין כלים אובייקטיביים לבדיקת איכותו של הרופא, ולכן הוא אינו יכול להביא בחשבון את כל הנתונים הרלוונטיים לבחירה. כך קורס התמריץ של הרופאים להתעדכן באופן מיטבי: אם ישקיעו את הזמן והמשאבים הראויים לצורך התעדכנות מקצועית, הם ישלמו את מלוא המחיר של ההתעדכנות המקצועית אך יזכו רק בחלק מן התמורה, שכן השוק לא יכיר בערכה המלא של ההתעדכנות הבלתי-פוסקת.

התקשרותם של רופאים עם ספקי ביטוח רפואי יוצרת מנגנון חלקי בלבד לפתרון בעיות המידע המתוארות: מלבד תפקידו הרפואי, לספק הביטוח הרפואי – קופת-חולים או MCO – יש אומנם תמריצים כלכליים לסייע במחקר ובפיתוח של הליכים רפואיים מיטביים, לדאוג לשכירת שירותיהם של רופאים איכותיים, לדאוג להכשרתם המקצועית ולפקח על איכות הטיפול שהם מספקים. אולם גם הפעולות במסגרת הפיקוח שהמוסד הרפואי מטיל על רופאיו הן פעולות נסתרות, ולכן הבעיה של סיכון מוסרי אינה נפתרת. החולה אינו יודע מה רמת הפיקוח שהונהגה בפועל, אף לא בדעבד.

שכירת שירותיו של ספק ביטוח רפואי כוללת באופן אינהרנטי גם את שכירת המוניטין שלו. אלא שכמו הרופא, גם המוסד הרפואי אינו מסכן באופן ממשי את המוניטין שלו כתוצאה מפיקוח לא-נאות על רופאים או כתוצאה מהחלטה לבחור במקרים ספציפיים בטיפול זול יותר ואיכותי פחות לחולה. זאת, מן הטעם שאי-אפשר להסיק מתוצאות הטיפול מהי רמת הפיקוח שנקט או מהי איכות הטיפול שבחר. לכן, מנקודת-מבטו של החולה, הן הרופא והן המוסד הרפואי אינם יכולים להראות כי הם ניוזקים מבחירה באפשרויות הזולות יותר, ולכן התחייבותם לנקוט טיפול רפואי נאות או לפקח באופן מיטבי על איכות הטיפול הרפואי אינה אמינה. מכיוון שכך, החולה לא יהיה מוכן לשלם את המחיר הדרוש בעבור טיפול איכותי שיינתן על-ידי הרופא ועל-ידי המוסד הרפואי או בעבור פיקוח איכותי על הרופא. לרופא ולמוסד הרפואי לא יהיה כדאי לפיכך להשקיע בטיפול איכותי ובפיקוח איכותי, שכן הם ישלמו את מלוא עלותם אך לא יזכו במלוא התמורה בעבורם.

באופן דומה, שיווי-המשקל בשוק בטווח הארוך כפוף לאותן בעיות מידע, שהן בעיקרן בעיות של סיכון מוסרי: בחירתם של הרופאים ברמת ההשקעה האישית שלהם בהתעדכנות ובפיתוח מקצועיים משפיעה על איכות הטיפול שלהם בחולים, אך אינה ניתנת כמעט לפיקוח על-ידי החולים. כך גם לגבי החלטתו של המוסד הרפואי כמה להשקיע בבדיקת איכותו של הרופא בעת ההתקשרות עימו ובתקופת החוזה עימו, וכמה להשקיע במשאבים לטיפולים רפואיים. שוב, המוניטין של הרופאים ושל המוסדות הרפואיים אינו נפגע באופן מלא כתוצאה מהחלטה על העדפה תת-מיטבית של חיסכון על השקעה מיטבית באיכות. לכן, בידועם שהרופאים והמוסדות הרפואיים אינם יכולים להבטיח באופן אמין כי ינקטו את הפעולות המיטביות, לא יהיו החולים מוכנים לשלם לספק הביטוח הרפואי את מלוא ערכו של שירות רפואי מיטבי. מכאן, ספק הביטוח הרפואי יוכל לגבות רק מחיר חלקי בעבור השירות, ולא יוכל לספק שירות מיטבי.

לכן צריך להטיל אחריות משפטית גם על רופאים וגם על מוסדות רפואיים. במודל זה, לדין יכול להיות תפקיד מרכזי בפתרון הבעיה. הטלת אחריות על הרופא ועל המוסד הרפואי יכולה לסייע בחשיפת אופן פעולתם של הרופא ושל המוסד הרפואי, ובכך להעביר לשוק מידע בעל ערך שלא היה בידיו ללא התערבותו זו של הדין. מידע זה



או פיקוח זה פותרים את בעיות המידע החלקי, את בעיות הסיכון המוסרי ואת בעיות קריסת התמריצים.

ללא קיומו של מוסד רפואי בעל מוניטין שמפקח על מתן השירות הרפואי לחולים, קשה לשכנע את החולים כי הרופאים משקיעים את הדרוש בהכשרה מקצועית ונוקטים רמת השקעה מיטבית בטיפול, שכן הרווח של הרופאים מחיסכון בפעולות אלה הינו גדול. כאשר המוסד הרפואי רותם את המוניטין שלו לפתרון בעיות המידע החלקי, קל יותר להגיע באמצעות הדין, לפתרון בעיות המידע. בשוק שבו לא ידוע בצורה מדויקת מספיק כיצד ישפיע כל מערך של פעולות על המוניטין של המוסד הרפואי, קיימים כמה שיווי-משקל אפשריים. אחד מהם הוא שיווי-המשקל שבו המוסד הרפואי משקיע את ההשקעה המיטבית בבחירת הרופאים, בטיפול הרפואי ובפיקוח על הרופאים, והחולים משלמים את ערכו של שירות רפואי מיטבי. פעולתו של הדין הינה כפולה: ראשית, הוא מרתיע באמצעות הגדלת המחיר של בחירה בפעולה לא-מיטבית; שנית, הוא יכול ליצור מוסכמה חברתית (Convention)<sup>113</sup> באשר לאסטרטגיה שהמוסד הרפואי בוחר. מוסכמה חברתית היא דרך פעולה נהוגה שמשמשת את השחקנים להתמודדות עם הקושי של העדר דרך פעולה שברור כי כדאי לנקוט בהינתן האסטרטגיה של השחקנים האחרים. במצבים אלה מוסכמה חברתית היא דרך הפעולה שידוע לכל כי אם כל השחקנים הרלוונטיים ינהגו לפיה, ייווצר בשוק שיווי-משקל שיפעל גם לטובתם. אם קיימת מוסכמה חברתית באשר לאסטרטגיה שהמוסד הרפואי נוקט, יש בכך סיוע ניכר (שייתכן כי הינו תנאי מספיק) להעדפת דרך המשחק שתוביל לשיווי-המשקל הרצוי. המוסד הרפואי משתמש למעשה במוסכמה החברתית שהדין יוצר כדי לשכנע את החולים שהוא ינקוט את הפעולות המיטביות, ועל-ידי כך הוא משיג מחיר ריאלי בעבור שירות רפואי איכותי וכן את התוצאה הרצויה מבחינה חברתית.

עתה, בהינתן שהמוסד הרפואי בוחר את רופאיו באופן מיטבי, בוחן את הכשרתם המקצועית בטווח הארוך ומפקח על פעולותיהם של הרופאים באופן מיטבי, גדלים מאוד התמריצים של הרופאים להשקיע באופן מיטבי בהכשרה מקצועית ובטיפול בחולים. עתה הם יודעים שייתפסו אם ינקטו פעולות לא-ראויות, רווחיהם מביצוע פעולות לא-ראויות יישחקו, והם עלולים אף להפסיד את הוזה העסקתם. לכן הכדאיות של השקעה לא-מיטבית קטנה מאוד. עתה יידרשו גם מאמצים קטנים יותר מצד הדין כדי לשכנע את הרופאים לנקוט את הפעולות המיטביות.

(ג) מדוע דווקא רשלנות (ולא אחריות מוחלטת)?

- רשלנות מסייעת בהעברה לשוק של המידע הנחוץ לצורך פתרון של בעיות מידע, בעיות של סיכון מוסרי ובעיות של קריסת תמריצים. רשלנות משרתת את תפקידו

113 KREPS, שם, בעמ' 410-413, 449-451. ראו גם: Fieke Van der Lecq, *Conventions and Institutions in Coordination Problems*, 144 DE ECONOMIST 397, 401-410 (1996); H. Peyton Young, *The Economics of Convention*, 10 J. ECON. PERSP. 105, 107 (1996); Hans Van Ees & Harry Garretsen, *Existence and Stability of Conventions and Institutions in a Monetary Economy*, 28 J. ECON. BEHAV. & ORG. 275, 283-287 (1995)

זה של הדין באופן מיטבי, שכן היא יוצרת מנגנון שמתמרץ את הצדדים הרלוונטיים לתביעה הכספית הפוטנציאלית להשקיע בחיפוש המידע הנחוץ להם לצורך הגשת התביעה או התגוננות מפניה ובהערכתו של אותו מידע, וקיים מתאם גבוה מאוד בין מידע זה לבין המידע הדרוש לשוק על-מנת לפתור את בעיות הסיכון המוסרי ובעיות קריסת התמריצים הקיימות בו. ההליך המשפטי מחייב את הצדדים לחשוף את המידע הרלוונטי. יתרה מזו, תביעה בעילה של רשלנות מחייבת את בית-המשפט לבחון את השאלות הרלוונטיות לצורך העברת המידע הנחוץ לשוק. במסגרת התביעה יבחן בית-המשפט אם הרופא פעל באופן מיטבי,<sup>114</sup> ובכלל זה התעדכן באופן ראוי בחידושי הרפואה בתחומו,<sup>115</sup> ואם המוסד הרפואי פעל באופן מיטבי,<sup>116</sup> לרבות בבחירת הציוד הרפואי, בבחירת הצוות הרפואי, בפיקוח על הצוות הרפואי ובקביעת הפרוצדורות הרפואיות.<sup>117</sup> בית-המשפט יחשוף את שיטות עבודתם הרגילות של הרופא ושל המוסד הרפואי, וכן את הדרך שבה פעלו במקרה שהובא לפניו. כך, באמצעות מנגנון הרשלנות, יעביר בית-המשפט לשוק מידע רבי-ערך שמתמקד בחשיפת הפעולות הנסתרות והתכונות הנסתרות של הרופא ושל המוסד הרפואי. עכשיו, כאשר השוק יודע כי יש אפשרות שהמידע יגיע אליו בסופו של יום, הוא יוכל להסתמך Ex ante על המצגים של הרופא ושל המוסד הרפואי כי פעלו ברמה המיטבית. כלל של אחריות מוחלטת מותר על בדיקות אלה ולכן מעביר לשוק מידע פחות בהרבה. בהעדר המידע או בהעדר איום אמין שהמידע יעבור בסופו של דבר לשוק, לא יוכל להתקיים שיווי-המשקל שבו הציבור מסתמך Ex Ante על המצגים של הרופא ושל המוסד הרפואי כי פעלו ברמה המיטבית. גם משטר של אחריות מוחלטת יוצר הפסדי מוניטין, אך בהעדר בחינה והבחנה בין טעות שאינה רשלנית לבין טעות רשלנית, הן בשלבי ההכנה למשפט והן בדיון בתביעה לגופה, הפסדי מוניטין אלה הינם קטנים יחסית ומתפזרים בין הרופאים הנתבעים שהתרשלו לבין אלה שלא התרשלו, מבלי

114 לדין בשאלות המשפטיות העולות סביב אחריותו של הרופא, ולהפניות לפסיקתם של בתי- המשפט בשאלות אלה, ראו, לדוגמה, PEGALIS, לעיל ה"ש 5, בעמ' 119-279.

115 לדין בחובתו של הרופא להתעדכן בידע רפואי, ולהפניות לפסיקתם של בתי-המשפט בנושא זה, ראו PEGALIS, שם, בעמ' 246-247.

116 לדין בשאלות המשפטיות העולות סביב אחריותו של בית-החולים, ולהפניות לפסיקתם של בתי-המשפט בשאלות אלה, ראו, לדוגמה: PEGALIS, שם, בעמ' 529-615. לדין בשאלות המשפטיות העולות סביב אחריותם של ה-MCOs ראו ה"ש 83 והמלל הנלווה אליה.

117 ראו, לדוגמה: Brodowski v. Ryave, 2005 PA Super 354, 885 A.2d 1045 (2005). בית- המשפט העליון של פנסילוניה פסק כי בית-החולים אחראי באופן ישיר, תחת הדוקטרינה של אחריות תאגידית ("Corporate negligence"), אם הוא כושל בקיום אחת מארבע החובות הבאות: (1) a duty to use reasonable care in the maintenance of safe and adequate facilities and equipment; (2) a duty to select and retain only competent physicians a duty to oversee all persons who practice medicine within its walls as to patient (3) care; and (4) a duty to formulate, adopt and enforce adequate rules and policies to ensure quality care for the patients" שם, בעמ' 1056.

- להבחין ביניהם. בהעדר יכולת להבחין בין המקרים Ex Post, לא יוכל השוק להסתמך על Ex Ante על המצגים של הרופא ושל המוסד הרפואי כי פעלו ברמה המיטבית.
- התפתחות מדע הרפואה והציוד הרפואי – כשלי המידע גורמים לחוסר יכולת של החולים לבחון את התאמתן של השיטות הרפואיות שהרופאים והמוסדות הרפואיים נוקטים להתפתחות המדע, ואת קצב הצטיידותו של המוסד הרפואי במכשור רפואי חדיש בהתאם להתפתחויות האחרונות. כלל של רשלנות לא רק מאפשר לדין למנוע טעויות נקודתיות של בחירה בשיטת טיפול לא־ראויה או בציוד רפואי לא־מתאים, אלא גם נותן לרופאים ולמוסדות הרפואיים תמריץ להתאים לאורך זמן את הפרוצדורות הרפואיות הנאותות לפי התפתחות מדע הרפואה, ולחדש את הציוד הרפואי בהתאם להתפתחויות בתחום זה. לבתי־המשפט אין כלים אפקטיביים לבחון כיצד צריך לשנות את הפרוצדורה הרפואית עם השתנות מדע הרפואה או מהו המכשור הרפואי הראוי. עם זאת, כאשר הכלל החל הוא כלל של רשלנות, בתי־המשפט יכולים לבחון אם התאמה כזו אכן נעשית. כלל של אחריות מוחלטת אינו מאפשר זאת, ואינו נותן לרופאים ולמוסדות הרפואיים תמריץ לערוך התאמה כזו כראוי.
  - תפקיד המוניטין של הרופא ושל המוסד הרפואי – הדיון בתפקיד המוניטין של הרופא ושל המוסד הרפואי הראה כי הוא משמש מכשיר שוקי, אם כי לא מספיק, לפתרון בעיות הסיכון המוסרי וקריסת התמריצים הקיימות בשוק. נוסף על כך, הטלת האחריות מגדילה את סכנת הפגיעה במוניטין, ועל־ידי כך משלימה את אסטרטגיית ההרתעה כלפי הרופא וכלפי המוסד הרפואי, אשר פותרת בתורה את בעיות הסיכון המוסרי ואת בעיות קריסת התמריצים הנותרות. מכאן, מנגנון הרשלנות יעיל יותר ממנגנון האחריות המוחלטת בכך שהוא מסייע לשווקים לנצל את המוניטין בצורה טובה יותר. ראשית, מנגנון הרשלנות מטיל איום ישיר על המוניטין של הגורמים הרפואיים, בעוד מנגנון האחריות המוחלטת מנסה ליצור הרתעה מבלי לרתום כמעט את המוניטין למשימה זו. ניתן לתאר את ההשפעה של הרשלנות על השוק באמצעות המוניטין כניצול של השפעה חיצונית חיובית על השוק, ואילו את ההשפעה של האחריות המוחלטת – כוויתור או כנטרול של השפעה חיצונית חיובית קיימת. שנית, מנגנון הרשלנות מאפשר טוב יותר לרופא ולמוסד הרפואי לפתח מוניטין שישמש בעתיד מכשיר חזק יותר לפתרון הבעיות של סיכון מוסרי ושל קריסת תמריצים. העובדה שהמוניטין של הרופא או של המוסד הרפואי נתון באיום תחת כלל של רשלנות מאפשרת לשוק לתת ערך גבוה יותר להצלחות בטיפול. במילים אחרות, עם הצטברות הנתונים בדבר ההצלחות והכשלונות בטיפול, הערכת המוניטין על־ידי השוק תהיה מדויקת יותר. לכן, בעתיד יוכל השוק להסתמך על המוניטין שנבנה תחת כלל של רשלנות יותר מאשר על מוניטין שנבנה תחת כלל של אחריות מוחלטת. כך, אם המוניטין ילך ויהיה יעיל יותר בפתרון בעיות המידע הקיימות, פעולתו של הדין המטיל אחריות כדי לפתור את יתרת הבעיות תהיה משמעותית יותר.
  - רשלנות מסייעת ביצירת מנגנון פיקוח נוסף, בלתי־מוטה ובעל מוניטין, על איכות הטיפול הרפואי. נסיונו של מנגנון השוק לפתור בעצמו את בעיות המידע הקיימות בו מסתמך על יצירת מנגנון פיקוח של המוסדות הרפואיים על אופן פעולתם של

הרופאים. הטלת אחריות על רופאים ועל מוסדות רפואיים מוסיפה למשחק את בית המשפט כמנגנון פיקוח בעל מוניטין. כלל של רשלנות מאפשר לחברה לנצל באופן מרבי את יכולת הפיקוח של בית המשפט, וכן מאפשר לבית המשפט לבנות בטווח הארוך מוניטין שמתבסס על ניסיון בתחום הפיקוח על פעולות רפואיות. כאמור, תוצאותיו החברתיות של הפעלת כלל של רשלנות תלויות בכך שבית המשפט לא יטעה בקביעת סטנדרט הזהירות הראוי – למשל, בשל קביעה מוטעית כי טיפול רפואי לא ראוי הוא הטיפול הרפואי הראוי או הסקת מסקנות שגויה כתוצאה מ"חוכמה לאחר מעשה" (וכלל של אחריות מוחלטת רגיש יותר לטעויות של בית המשפט בדבר קיומו של קשר סיבתי ובאמידה של גובה הנזק שנגרם לניזוק).<sup>118</sup> התמחותו של בית המשפט לאורך שנים בקביעת סטנדרט הזהירות הראוי, יחד עם שימוש במומחים רפואיים במסגרת התביעה, מקטינים את הבעיה.

כלל של אחריות מוחלטת אינו מאפשר לבית המשפט להשתמש בכל יכולת הפיקוח שלו, ואינו מחייב אותו לשכלל את כלי הפיקוח וליצור מוניטין בתחום זה. יודגש כי בית המשפט הוא מפקח מסוג מיוחד, בהיותו בלתי־מוטה. הוספת המוסדות הרפואיים כגורם מפקח יוצרת בעיות חדשות של ניגודי עניינים, הנובעות מן האינטרסים הכלכליים של המוסדות הרפואיים. אי־אפשר לומר, כמובן, שלבית המשפט אין מערכת אינטרסים שהוא מגן עליה, אך מערכת זו מתואמת במידה רבה מאוד עם האינטרס הציבורי.

• תמריץ לחשיפת מידע מסוגים מיוחדים – כאשר הכלל החל הוא אחריות מוחלטת, למוסד הרפואי אין תמריץ להשקיע בפיקוח גם בהקשר של ליקויים שהסיכון כי יתגלו או שהימצאותם תפורש כפגם במקצועיותם של הרופא ושל המוסד הרפואי הינו מוערי. אחריות מוחלטת מאפשרת למוסד הרפואי לוותר על הפיקוח בתחומים שבהם עלותו החברתית־הכלכלית נמוכה מן התועלת החברתית הגלומה בו, אלא שבאותם תחומים מוגשות תביעות מעטות מאוד באופן יחסי, כך שמבחינת המוסד הרפואי, עלות הפיקוח בהם גבוהה למעשה מעלותה של ההרתעה באמצעות תביעות. אותם תחומים – למשל, שימוש בחומר איכותי פחות מזה הראוי לכתרים בשיניים או שימוש בערכות זולות לבדיקות דם או למתן עירוי נוזלים – קשים לניטור גם באמצעות ניהול הסיכונים של חברות הביטוח, מכיוון שהתמריץ של חברות הביטוח לקיים פיקוח בתחומים אלה הינו קטן מאוד. כאשר הנזק הפוטנציאלי הנגרם לחולה הוא בעיקר כאב וסבל קטנים יחסית, וכאשר עלות הפיקוח גבוהה יחסית, כלל של אחריות מוחלטת יגרום לכך שהבעיה תוזנח. כלל של רשלנות מאפשר לבית המשפט לטפל גם בסוגי המקרים הללו, אם כי בתדירות נמוכה יחסית, ומונע את המוסדות הרפואיים מלהזניחם באופן גורף. הבחנה חוזרת של בית המשפט כי מדובר בהזנחה גורפת של תחום מסוים ניתנת לטיפול באמצעות תביעות רשלנות, אך היא לא תאובחן ככזו אם הכלל החל הוא אחריות מוחלטת.

• היחס בין סוגים שונים של מנגנונים להכוונת התנהגות – בצד המנגנון האזרחי

118 ראו לעיל ה"ש 29 והמלל הנלווה אליה.

של הגשת תביעות בגין אחריות רפואית פועלים גם מנגנונים פליליים ומנגנונים מעין-פליליים (משמעתיים), אשר מנסים אף הם לכוון את התנהגותם של הרופאים ושל המוסדות הרפואיים. בין המנגנונים קיים היוון הדדי. גילוי מידע על-ידי חולה כי מוסד רפואי התרשל כלפיו עשוי להביא לידי פתיחתם של הליכים פליליים או מעין-פליליים נגד המוסד. כך, ההשקעה של החולה בהשגת המידע ובהערכתו מתבטאת ביתרונות חברתיים נוספים, כגון חיסכון באמצעי חיפוש והערכה על-ידי המדינה והפעלה טובה יותר של מערכת האכיפה המדינתית. לחולה יש יתרון משמעותי על המדינה באיתור המידע הנוגע בטעויות רפואיות שפגעו בו. במקרים אחרים דווקא לרשויות יש יתרון במציאת מידע ובהערכתו. כך, בחלק ממקרי המוות בגין טעויות רפואיות היורשים אינם מודעים לנסיבות הרלוונטיות להגשת התביעה. כלל של רשלנות משרת היטב את ההיוון ההדדי בין המנגנונים השונים להכוונת התנהגות – הפלילי, המעין-פלילי והאזרחי – שכן המידע שהפרט אוסף לצורך הגשת תביעה אזרחית רלוונטי גם בהליכים הפליליים והמעין-פליליים, והמידע שהרשויות אוספות ומעריכות רלוונטי גם להגשת תביעה אזרחית. תחת כלל של אחריות מוחלטת, לעומת זאת, המידע החלקי שנאסף על-ידי פרטים לצורך הגשת תביעה אזרחית אינו רלוונטי כמעט להליכים שהרשויות נוקטות.

• סטנדרטיזציה – לנוכח קיומן של בעיות סיכון מוסרי ובעיות קריסת תמריצים בשוק הבריאות, חשוב במיוחד שרופאים ומוסדות רפואיים יפעילו פרוצדורות רפואיות זהות או דומות מאוד. זאת, כאשר רפואה ראויה מאפשרת בחירה בין פרוצדורות קיימות. מדוע סטנדרטיזציה טובה לשוק הבריאות ולחולים? שיטה רפואית אחידה מעודדת הפצת מידע רב-ערך במערכת הבריאות, שכן היא מאפשרת מעבר של שירותים רפואיים בעלויות נמוכות, לימוד ממקרים שהתרחשו במוסדות אחרים, ואפילו השוואה על-ידי החולים בין הרופאים והמוסדות הרפואיים. השוואה כזו מסייעת בפתרון הבעיות של סיכון מוסרי וקריסת תמריצים, שכן לחולים אין יכולת הערכה אובייקטיבית של הפרוצדורות הרפואיות הננקטות. אילו יכלו החולים לערוך חוזה בין כל הרופאים והמוסדות הרפואיים בעלות זניחה, הם היו דורשים מהם לשמור על שיטות רפואיות אחידות, שיאפשרו לחולים ללמוד את משמעות הצעותיהם של הרופאים, הניתנות להם כדי לקבל מהם "הסכמה מודעת" לטיפול הרפואי. על-פי טיעון זה, החוק יסייע באכיפת שיטות טיפול אחידות מאחר שלרופאים ולמוסדות הרפואיים אין תמריצי תיאום, ולעיתים אף יש להם תמריץ לסטות מן השיטה האחידה.<sup>119</sup> כלל של רשלנות מסייע לדין בצורה המיטבית בהקטנת העלויות הנובעות מהעדר סטנדרטיזציה, מכיוון שהוא יוצר תמריץ לסטנדרטיזציה. התמריץ נוצר על-ידי כך

119 לטיעון דומה בהקשר אחר בנוגע לתפקיד הדין ביצירת סטנדרטיזציה ראו: FRANK H. EASTERBROOK & DANIEL R. FISCHEL, *THE ECONOMIC STRUCTURE OF CORPORATE LAW* 290–292, 300–302 (1991); Edward Rock, *Securities Regulation as Lobster Trap: A Credible Commitment Theory of Mandatory Disclosure*, 23 *CARDOZO L. REV.* 675 (2002).

שמדי פעם נחשפים בבית המשפט אופן פעולתם של רופאים ושל מוסדות רפואיים, כולל קצב התעדכנותם בהתפתחויות הרפואה. כלל של רשלנות מחייב את בית המשפט לדון מדי פעם בשאלה מהי השיטה הרפואית הראויה, וכך הוא משמש גם מנגנון תיאום בין הגופים הרפואיים. כלל של אחריות מוחלטת אינו יוצר תמריץ לסטנדרטיזציה.

בהקשר זה עולה השאלה אם כלל של רשלנות – שעל-פי הטעון כאן יוצר סטנדרטיזציה, אשר מניבה בתורה יתרונות של יעילות – אינו מונע אימוץ או פיתוח עצמאי של טיפולים חדשניים. בעיה של טפילות (Free Riding) נוצרת כאשר בתי חולים שוקלים אם לבצע את ההשקעות הנדרשות לצורך אימוץ שיטת טיפול חדישה. כל אחד מהם מעדיף שבית החולים אחר יבצע את ההשקעה הנדרשת, וכי הוא עצמו ילמד על לקחיו בדרכים שונות כדי להחליט אם השינוי כדאי. לכן לכל בית חולים יש תמריץ לעכב את אימוצן של שיטות מתקדמות. אולם דווקא חשיפת קצב התעדכנות של המוסד הרפואי בבית המשפט, באמצעות מנגנון הרשלנות, היא שמעודדת את אימוצן של שיטות חדשניות בקצב הראוי. לעומת זאת, פיתוח של טיפולים חדשניים (ניסויים) מעורר בעיות אחרות הקשורות לחשש מפני נטילת סיכונים מוגזמים על-ידי הצוות הרפואי כדי להפיק את פירות המחקר הרפואי. אף שתחום זה כפוף להסדרים משפטיים ורפואיים נוספים, משטר של רשלנות יאפשר לחשוף מידע רב בהרבה גם באשר למתרחש בתחום זה, ויהווה לכן מנגנון פיקוח יעיל יותר מאשר משטר של אחריות מוחלטת.

• פיתוח מנגנונים של ניהול סיכונים – לחברת הביטוח יש תפקיד רב-חשיבות בהכוונת התנהגותם של המבוטחים. חברת הביטוח אינה רק מנגנון שמפזר סיכונים, אלא גם מנגנון נוסף של פיקוח, או בשמו המוכר יותר – מנגנון של ניהול סיכונים. כלל של רשלנות נותן למוסדות הרפואיים ולחברות הביטוח תמריצים חזקים לפיתוח מנגנון של ניהול סיכונים. ועדת קלינג ציינה כי ניהול הסיכונים בישראל פותח על-ידי חברות הביטוח. ועדת שפניץ תיארה את המנגנון המפותח של ניהול סיכונים ברפואה, אשר לחברות הביטוח שפועלות בתחום יש חלק מרכזי בו. כלל של רשלנות מעביר מידע רב יותר לא רק לחולים ולמוסדות הרפואיים, אלא גם לחברות הביטוח, ומאפשר להן לפקח בצורה טובה יותר על אופן פעולתם של הרופאים והמוסדות הרפואיים, וכן להשיג באופן יעיל יותר את המטרה הנוספת של הדין – פיזור הנזק.

## 2. כיצד כלל הרשלנות מסייע בפיזור יעיל של הסיכון ובקיום שוק יעיל של ביטוח אחריות?

לקיומו של ביטוח אחריות רפואית יש השפעות משמעותיות על הרווחה החברתית.<sup>120</sup> רכישת

120 לחקירת ההשפעות של ביטוח אחריות רפואית על הרווחה החברתית ראו: SHAVELL, לעיל ה"ש 24, בעמ' 186-261; 17-19; ROBERT H. JERRY II, UNDERSTANDING INSURANCE LAW (3rd ed., 2002).

ביטוח אחריות מאפשרת למוסדות הרפואיים להמיר את הסיכון הגבוה הגלום בהתדיינות המשפטית בתחום האחריות הרפואית בפרמיה, ועל-ידי כך לייעל מאוד את התכנון התקציבי שלהם. ביטוח אחריות מעביר את ניהול פיזור הסיכון, לרבות ניהול ההתדיינות המשפטית, לידי גורם שמתמחה בכך, ואף לכך יש יתרונות רבים.

לכלל האחריות המוטל יש השפעות חברתיות-כלכליות נוספות מלבד היתרונות שהוצגו לעיל בנוגע להכוונת התנהגותם של המשתתפים בשוק הבריאות. אחת מהן היא השפעתו על השגת מטרה חשובה נוספת של הדין, והיא פיזור הנוק.<sup>121</sup> מדוע אם כן רצוי לבחור בכלל של רשלנות, ולא בכלל של אחריות מוחלטת, כדי להשיג את המטרה של פיזור הנוק?

- היעילות של פיזור הנוק נפגעת בשל בעיות המידע החלקי הקיימות בשוק – יעילותו של פיזור הנוק באמצעות ביטוח אחריות תלויה ביכולתו של המבטח לבחון מהי רמת הזהירות המיטבית הנדרשת מן המזיקים הפוטנציאליים, קרי, הרופאים והמוסדות הרפואיים. כאשר רמת הזהירות המיטבית אינה ניתנת לפיקוח על-ידי המבטח, נוצרת בשוק ביטוח האחריות בעיה של סיכון מוסרי. לאחר תשלום הפרמיה, אין למבטחים תמריץ לנקוט את אמצעי הזהירות המיטביים, מאחר שהסיכון מוטל על כתפיה של חברת הביטוח, אשר אינה יכולה לפקח על פעולתם. לכן יתרחשו שתי תופעות: האחת, הכוונת התנהגותם של המבטחים תיפגם;<sup>122</sup> האחרת, פיזור הנוק באמצעות חברת הביטוח יהיה יקר יותר, שכן חברת הביטוח תגדיל את מחיר הפוליסה. פתרונות אפשריים לבעיה יכולים להיות פתרונות שוקיים – כגון היותם של המבטחים והמבוטחים שחקנים חוזרים שמביאים בחשבון גם את המשא-ומתן ביניהם בתחילת תקופת החוזה הבאה; פתרונות חוזיים – למשל, הוספת תניות לחוזה הביטוח המחייבות את המבוטח בהשתתפות עצמית; או רגולטוריים – למשל, איסור תשלום של תגמולי ביטוח במקרה של נזק מכוון. כפי שטענו לעיל, רשלנות פועלת אף היא כפתרון לבעיית הסיכון המוסרי, ולכן היא צפויה לגרום לא רק להכוונת התנהגות יעילה יותר, אלא גם להפחתת שיעורה של פרמיית הביטוח.
- פיזור הסיכון בגין טעויות רשלניות לעומת טעויות שאינן רשלניות – טעויות שאינן רשלניות קורות כאשר רופאים ומוסדות רפואיים נוקטים את רמות הפעולה והזהירות המיטביות, והן אינהרנטיות לטיפול הרפואי. מנגנון הרשלנות מאפשר

121 להצגת ההבדלים בין אחריות מוחלטת לבין רשלנות בעת קיום ביטוח אחריות ראו: SHAVELL, שם, בעמ' 206-227; לעיל ה"ש 25, בעמ' 7-9; Schäfer & Schönenberger, לעיל ה"ש 24, בעמ' 616-617; 13 BELL; Steven Shavell, *On Liability and Insurance*, J. Eco. 120 (1982); Baharat Sarath, *Uncertain Litigation and Liability Insurance*, 22 RAND J. Eco. 218 (1991).

122 עם זאת, לביטוח האחריות יש כאמור יתרונות גם בתחום של הכוונת התנהגותם של רופאים ומוסדות רפואיים, וכן יתרונות נוספים, דוגמת יתרונות בנוגע לתכנון התקציבי ולהתמחותן של חברות הביטוח. המאמר אינו עוסק בשאלה הכללית של יתרונות האחריות המקצועית. לטענה כי אין הצדקה להתערבות רגולטורית בביטוחי אחריות, ראו: Shavell, לעיל ה"ש 24. בעבר הייתה התנגדות למכירה של ביטוחי אחריות משום שהם נתפסו כגורמים להתחמקות מאחריות. שם.

להבחין בין טעויות רשלניות לבין טעויות שאינן רשלניות, ולפזר את הסיכון הגלום בכל אחד מסוגים אלה בנפרד. מנגנון האחריות המוחלטת מנסה לכרוך אותן יחד ולפזר את הסיכון הגלום בהן במשותף. בעיה מרכזית אחת היא שדווקא חיבורם של שני סוגי סיכונים אלה כרוך בעלויות גבוהות. הסיבה לכך היא שקשה מאוד להבחין בין טעויות בכלל – רשלניות או שאינן רשלניות – לבין התממשותם של סיכונים שהינם אינהרנטיים לטיפולים רפואיים ואשר לא נפלה בהם כל טעות.

מנגנון האחריות המוחלטת מחייב הבחנה בין טעויות רפואיות, שמחייבות פיצוי, לבין התממשותם של סיכונים רפואיים לא כתוצאה מטעות כלשהי, שאינה מחייבת פיצוי. עלותה של הבחנה כזאת הינה גבוהה מאוד, וספק אם אפשר בכלל לעשותה בעלות שמאפשרת עדיין לקיים את המנגנון. לעומת זאת, מנגנון הרשלנות הרפואית, אשר מחייב על פניו השקעה בבירור מדוקדק של ההתרחשות הרפואית, דווקא אינו מחייב הבחנה בין נזק שנגרם כתוצאה מטעות רפואית לבין נזק שלא נגרם כתוצאה מטעות. תהליך זה, שצפוי להיות יקר מאוד, הינו מיותר תחת כלל של רשלנות. רשלנות מחייבת הבחנה בין טעויות רשלניות לבין יתר הסיכונים, מבלי להבחין בין התממשותם של סיכונים כתוצאה מטעות לבין התממשותם למרות הליך רפואי נאות, ועלותו צפויה להיות נמוכה יחסית.

- המבטח היעיל ביותר וסוגי הביטוח – ניתן להניח כי פיזור הסיכון בגין טעויות רפואיות באמצעות מבטחי אחריות הינו יעיל בשל יתרונות הביטוח שנמנו לעיל. הצדקה אפשרית להטלת אחריות על רופאים ועל מוסדות רפואיים, לרבות קופות-חולים בישראל ו-MCOs בארצות-הברית, היא יתרונותיהם כגופים שייטיבו לפזר את הסיכון בגין טעויות רפואיות רשלניות באמצעות העברתו למבטחי האחריות, ובדרך זו ליצור ולקיים את שוק ביטוח האחריות. ללא הטלת אחריות, יש בסיס סביר להניח שהחולים לא ירכשו פוליסות ביטוח שיגנו עליהם מפני טעויות רפואיות, או שרק חלק קטן מהם ירכשו פוליסות כאלה, וכן כי הרופאים והספקים של שירותי הביטוח הרפואי לא יתחייבו לספק להם הגנה ביטוחית כזו. הטלת האחריות על רופאים ועל מוסדות רפואיים נותנת תמריץ משמעותי לגופים הרפואיים לרכוש ביטוחי אחריות ולפזר את הסיכון בדרך זו. למוסדות הרפואיים הגדולים, ובמיוחד לספקים של שירותי הביטוח הרפואי, יש יתרון יחסי על יתר המשתתפים בשוק הבריאות, שכן ביכולתם להשיג את פוליסת הביטוח הטובה ביותר: יתרון הגודל העצום שלהם ושנאת הסיכון הנמוכה שלהם יחסית לרוב המשתתפים בשוק מבטיחים כי הם יצליחו להוזיל את פרמיית הביטוח. נוסף על כך, התמריץ הכלכלי להגן על המוניטין שלהם וקיומן של מחלקות לניהול סיכונים במסגרתם יכולים אף הם לשמש בידיהם כלים להפחתת פרמיית הביטוח. זאת ועוד, בידיהם הידע והיכולת ליצור את הסכם הביטוח הטוב ביותר עם מבטחים פוטנציאליים. גם העובדה שהם עוסקים בשאלות הקשורות לרשלנות מכוח תפקידם הרפואי-הכלכלי (כגון רמת הפיקוח הנאותה על הרופאים או השקעה יעילה במכשור רפואי) מקנה להם יתרון במשא-ומתן עם חברות הביטוח. אלא שהיתרונות האלה משמעותיים כאשר האחריות מוטלת רק בשל טעויות רשלניות, ולא בשל טעויות גרידא.



ההבחנה מהי רמת הזהירות המיטבית, כאשר מדובר בטעויות רשלניות, מעלה שאלות רפואיות-משפטיות-כלכליות סבוכות, שלגביהן יש ערך מוסף להעברה של אחריות מהרופא למוסד הרפואי. ערך מוסף זה נובע מיתרונו של המוסד בידע, במקצועיות ובגודל, ומעיסוקו בשאלות אלה משיקוליו הרפואיים-הכלכליים. כך גם לגבי העברת האחריות מהמוסד הרפואי למבטח האחריות. לעומת זאת, הערך המוסף בהעברת העיסוק בשאלות הקשורות לטעויות שאינן רשלניות מן החולים הנושאים בסיכון בגינן אל הרופאים, מן הרופאים אל המוסדות הרפואיים ומן המוסדות הרפואיים אל המבטחים צפוי להיות נמוך יחסית. אין מתאם גבוה בין האינטרסים הרפואיים-הכלכליים של המוסדות הרפואיים לבין העיסוק בשאלות של טעויות שאינן רשלניות, ואין גם יתרונות של התמחות מיוחדת בקיום ליטיגציה בתחום זה דווקא באמצעות מבטחים. כך, עלותו של מנגנון הטיפול בסיכוני הטעויות הלא-רשלניות עלולה להיות גבוהה יחסית ליתרונותיו.

### 3. שיקולי רווחה משולבים

טענתי היא כי לכלל של רשלנות יש יתרונות יעילות גדולים על כלל של אחריות מוחלטת – הן בהתייחס למטרת הדין לכוון את התנהגותם של המשתתפים בשוק הבריאות והן בהיבט של ביטוח ופיזור הסיכון. על פניו, היתרון הגדול של כלל אחריות מוחלטת הוא ביכולתו ליצור ביטוח-חובה של כל החולים מפני טעויות שאינן רשלניות. עם זאת, אי-אפשר להסיק מכך כי כלל של אחריות מוחלטת ישיג צדק חלוקתי רב יותר מאשר כלל של רשלנות.

- יתרונות יעילות מתורגמים לצדק חלוקתי רב יותר. הצלחתו הרבה יותר של כלל הרשלנות בפתרון של בעיות הסיכון המוסרי ובעיות קריסת התמריצים הקיימות בשוק תתבטא במחיר נמוך יותר של פרמיית הביטוח הנגבית, בפיקוח טוב יותר של חברות הביטוח על הפעולות הרפואיות ובפיקוח טוב יותר של המוסדות הרפואיים על פעולתם המיטבית של הרופאים, לרבות בתחום הטיפול הרפואי וההכשרה המקצועית. תוספת היעילות בשוק תתבטא בעליית הרווחה הכללית. לכן קיים פוטנציאל גבוה יותר שכל המשתתפים ירוויחו מכך: המבטחים יקבלו שוק ביטוח אחריות יעיל יותר שאינו קורס חלקית כתוצאה מבעיות המידע; הספקים של שירותי הביטוח הרפואי יוכלו להנפיק פוליסות בשוק שאינו קורס חלקית כתוצאה מבעיות המידע השונות הקיימות בו; הרופאים יוכלו להשקיע את כל הדרוש בטיפול הרפואי ובהכשרה מקצועית שוטפת, שכן בשוק שבו התמריצים אינם קורסים הם יוכלו גם לקבל תמורה בעבור השקעתם; והחולים יקבלו טיפול רפואי איכותי יותר מרופאים טובים יותר ובמוסדות רפואיים שמשקיעים באופן מיטבי בבחירת הציוד הרפואי, בבחירת הצוות הרפואי, בפיקוח על הצוות הרפואי ובקביעת הפרוצדורות הרפואיות.
- יתרונות יעילות מקטינים את שיעור הנפגעים מתאונות רפואיות. תוצאה חשובה של קיום מנגנון פיקוח יעיל יותר, באמצעות כלל הרשלנות, היא הקטנה של שיעור הנפגעים מטעויות רפואיות רשלניות. בהיבט של צדק חלוקתי, להקטנה של שיעור

התמותה בטיפולים רפואיים יש משמעות רבה, וכך גם להקטנה של שיעור הנפגעים מטיפולים רפואיים.

- צדק חלוקתי בטווח הארוך – שימוש בכלל הרשלנות מאפשר בטווח הארוך את פיתוח המוניטין של הרופאים ושל המוסדות הרפואיים. הסתמכות על אותו מוניטין מאפשרת שימוש בו לצורך פתרון בעיות המידע הקיימות בשוק, ומגבירה את יעילותו של כלל האחריות בפתרון יתר הבעיות. ככל שילך השוק וישתכלל כן תגדל הרווחה החברתית, באופן שיאפשר גם צדק חלוקתי רב יותר.

## פרק ד: הרפורמות המוצעות בתחום הרשלנות הרפואית והדרכים ליישומן

### 1. מנגנון הרשלנות והרפורמות הדרושות

(א) האם יש צורך ברפורמות המטילות הגבלות על מנגנון הרשלנות?

הצעתי היא לא להטיל הגבלות על מנגנון האחריות הרפואית. להלן נבחן כמה כלי מדיניות שהוצעו בעניין זה.

ראשית, ועדת קלינג המליצה כמה המלצות שמטרתן להקטין את הפגיעה בשמו הטוב של הרופא. אחת מהן הייתה חיוב התובעים בתשלום אגרת בית-משפט מלאה במקרים שבהם ינקבו את סכום התביעה. זאת, מתוך הנחה שכך יקטן מספר התביעות שבהן יצוין סכום התביעה, דבר שיקטין את התמריץ לפרסום התביעה. המלצה נוספת, מאתה סיבה, הייתה לאפשר הגשת תביעות רק נגד המוסד המטפל, ולא נגד רופא באופן אישי, למעט מקרים שבהם המוסד שהרופא מועסק בו מתנער מאחריות או שהרופא אינו מועסק על-ידי מוסד רפואי כלשהו.

כלי מדיניות אלה אינם ראויים שכן הם פוגעים בהשגת המטרה של פתרון הכשל המרכזי בשוק ההספקה של שירותי הרפואה – בעיות הסיכון המוסרי. אמרנו שמנגנון הרשלנות פועל בצורה המיטבית כאשר הוא רותם לטובת פתרונו של בעיית הסיכון המוסרי את המוניטין של הרופא. מנגנון הרשלנות גם מסייע בבניית מוניטין בטווח הארוך. לכן כלים אלה, שמטרתם הגנה על שמו הטוב של הרופא, רק יפגמו בפעולת המנגנון. פגיעה זו תתבטא, בין היתר, בהקטנת התמריץ של הרופא להשקיע באופן מיטבי בטיפול הרפואי ובהכשרה המקצועית.

שנית, גם לכלי מדיניות אחרים עלולה להיות השפעה שלילית עקיפה על פעולת המנגנון. למשל, קיצור תקופת ההתיישנות או הגבלת התשלום בגין שכר-טרח של עורך-דין עלולים להפחית את כמות התביעות המוגשות או לשנות את הרכב התביעות. ממילא רק חלק קטן מן הניזוקים מרשלנות רפואית מגישים תביעה,<sup>123</sup> והקטנה נוספת של כמות

123 Baker, לעיל ה"ש 6, בעמ' 68-70.

התביעות עלולה לגרום לכך שהאיום בפגיעה במוניטין של הגורמים הרפואיים יקטן במידה שתפגע ביעילות המנגנון. קיצור תקופת ההתיישנות עלול לגרום להפחתה בכמות התביעות שבהן הנוק מתגלה או מתגבש לאחר תקופה ארוכה יחסית, ולכן גם להקטנת ההשקעה של חברות הביטוח, של המוסדות הרפואיים ושל הרופאים במניעת נזקים אלה. כך גם לגבי כלי המדיניות השנוי במחלוקת של הגבלת הפיצוי המשולם לנפגעים, ובעיקר הגבלת הפיצוי בגין כאב וסבל. הקטנה של הפיצוי בגין כאב וסבל עלולה לגרום לכך שחברות הביטוח ובתי החולים ישקיעו פחות בפיקוח על מניעת כאב וסבל של החולים. לכן גם לא יוכל הרופא לקבל תגמול מלא בעבור השקעה במניעת כאב וסבל של החולים ובעבור הכשרה מקצועית בתחום זה.

#### (ב) יצירת מנגנוני פיקוח ויצירת מידע

מאחר שהבעיות המרכזיות בשוק ההספקה של שירותי הרפואה הן בעיות של מידע, ובעיקר בעיות של סיכון מוסרי, ראוי להתמקד בכלי מדיניות שייסייעו בהפחתת העלויות האלה. אצוין להלן כמה כלי מדיניות אפשריים שכדאי לבחון את הפעלתם. גילוי נאות מנדטורי – כדאי לשקול לקבוע בחוק חובת גילוי נאות מנדטורית כללית בשוק הבריאות, דוגמת חובת הגילוי הקיימת בשוקי ניירות-הערך. בשנות השלושים של המאה העשרים, לאחר התמוטטות הבורסות בשנת 1929 ובעקבות השפל הגדול, הוכפפו הבנקים המסחריים, הבנקים להשקעות ושוקי ניירות-הערך למערכת ענפה של הסדרים משפטיים, ביניהם ה־ Securities Act of 1933 וה־ Securities Exchange Act of 1934. מערכת חוקים זו, אשר נחקקה במסגרת ה־ "New Deal", הייתה אמורה להתמודד עם הכשלים בשוקי ההון אשר הובילו לכאורה למפולת של 1929. חוקים אלה, שנקטו את הגישה המודרנית של התערבות חקיקתית מוגבלת במקום שמאות בו כשל שוק, נועדו להתמודד, בראש ובראשונה, עם חוסר המידע של המשקיעים הפועלים בשוקי ההנפקה של ניירות-הערך ובשוקי המסחר בהם. עקרון הגילוי הנאות, לרבות אכיפתן של חובות גילוי מנדטוריות, הוא הפתרון המרכזי של חוקים אלה לבעיית חוסר המידע. תפיסה זו נבחרה כתפיסה המרכזית של ה־ New Deal בכלל ושל דיני ניירות-הערך האמריקאיים בפרט, תוך שהיא גוברת על תפיסות אחרות: מצד אחד, על התפיסה המסורתית כי אין די באכיפת חובת גילוי להבטיח הגנה טובה למשקיעים מפני בעלי השליטה בחברות הציבוריות ומפני הגופים הפיננסיים הפועלים בשוק ההון, וכי יש צורך בהתערבות מרכזית שתבטיח את איכותן של החברות שניירות-הערך שלהן נסחרים בשוק; ומן הצד האחר, על התפיסה הגורסת שגם ההתערבות בתחום הגילוי הינה מיותרת ברובה ויוצרת עלויות מיותרות, שכן פעילותו של השוק תהיה יעילה גם ללא התערבות מרכזית.<sup>124</sup> בהתאם, מוצע לבחון אם ראוי כי עקרון הגילוי הנאות יהיה עיקרון מרכזי של הרגולציה של שוקי הבריאות. במסגרת זו מוצע לבחון את מכלול המרכיבים המרכזיים של דיני

124 לסקירה של התפתחות דיני ניירות-הערך בארצות-הברית, של העקרונות שבבסיס דינים אלה ושל התפיסות המתחרות, ראו: LOUIS LOSS, JOEL SELIGMAN & TROY PAREDES, SECURITIES REGULATION, Vol. I, 254–325 (4th ed., 2006).

הגילוי הנאות המנדטוריים, לרבות הקמתה של רשות מרכזית דוגמת ה־Securities and Exchange Commission (SEC)<sup>125</sup>, עיצוב של חובות הגילוי המנדטוריות במסגרת של רגולציה הקובעת דרישות דיווח שונות, ואכיפתן באמצעים פליליים, מעין־פליליים ומנהליים ובאמצעות עוולות מיוחדות וליטיגציה אזרחית.<sup>126</sup>

התזה המוצגת במאמר זה מציגה הצדקה מרכזית להטלת חובות גילוי מנדטוריות בשוק הבריאות. העלויות המרכזיות בפעולתם של שני השווקים הן בעיות של מידע חלקי, ובעיקר בעיות של סיכון מוסרי. בשני המקרים יש קריסה חלקית של מנגנון השוק כתוצאה מבעיות המידע. בשני המקרים השוק רותם את המוניטין של הגורם המקצועי הפועל מול הלקוחות – מנהלי החברה הציבורית או הרופאים – ככלי חלקי לפתרון בעיות המידע. בשני המקרים יש מעגלים נוספים של פיקוח, בדמות שומרי־הסף (Gatekeepers) של שוק ההון – החתמים, עורכי־הדין ורואי־החשבון – או בדמות המוסדות הרפואיים המתפקדים כשומרי־הסף בשוק הבריאות. גם המוניטין של האחרונים נרתם על־ידי השוק לפתרון בעיות המידע וליצירת מנגנון אמין של פיקוח, ובשני המקרים הצלחתו של מנגנון השוק לפתור את בעיות המידע היא חלקית בלבד. בשוק ההון, כדי לפתור את בעיות המידע החלקי, אומצה שיטה מקיפה של הטלת חובות גילוי מנדטוריות ואכיפתן. במנגנון זה יש משקל מרכזי להטלת אחריות ברמה של רשלנות להימצאותם של פרטים מטעים בדיווחי המשתתפים בשוק. יתרונו של כלל הרשלנות ביצירת מנגנון אמין של העברת מידע מנוצל בשוק ההון באופן מקיף. בשוק הבריאות קיים כשל מרכזי של מידע, ומנגנון פוטנציאלי של הטלת חובות גילוי מנדטוריות ואכיפתן, שאחד ממרכיביו המרכזיים הוא אחריות אזרחית ברמה של רשלנות, אינו מופעל או מופעל באופן חלקי מאוד.<sup>127</sup>

צעד חלקי בכיוון זה הוא יישום הצעתה של ועדת שפניץ להקים מנהלת בטיחות וניהול סיכונים ארצית שתטפל בבטיחות המטופל ותדאג גם לאחידות של מערך הדיווח בתחום ניהול הסיכונים.<sup>128</sup> הצעתי היא לבחון הקמת רשות בעלת סמכויות נרחבות, בדומה לרשות ניירות ערך, שתעסוק בפיתוח המרכיבים הדרושים לשם החלתו ואכיפתו של עקרון הגילוי הנאות בשוק הבריאות.

רשומה לאומית של מידע – מוצע לבחון הקמת רשומה לאומית שתאגד את כל המידע הרלוונטי לצורך השגת המטרה של גילוי נאות בשוק הבריאות. התיעוד צריך לכלול את כל

125 שם, Vol. I, בעמ' 432–481.

126 לסקירה קצרה של החוקים הקיימים במסגרת דיני ניירות־הערך בארצות־הברית ראו שם, Vol. I, בעמ' 326–425. לדיון נרחב יותר בדרישות הגילוי בדיני ניירות־הערך בארצות־הברית ראו: Louis Loss & Joel Seligman, Securities Regulation, Vol. II, pp. 597–784 (3rd ed., 2000) Vol. IV, pp. 1849–1912 (3rd ed., 1999), ed., לדיון נרחב יותר בחובות האזרחיות והפליליות בדיני ניירות־הערך בארצות־הברית ראו שם: Vol. VII, pp. 3393–3545 (3rd ed., 2003), Vol. VIII, pp. 3547–3807 (3rd ed., 2004), Vol. IX, pp. 4174–4277 (3rd ed., 2004), Vol. X, pp. 4773–4898 (3rd ed., 2005).

127 לסקירה של כמה חובות גילוי מנדטוריות או וולנטריות בשוק הבריאות בארצות־הברית ראו לעיל ההפניות בה"ש 93–94 והמלל הנלווה אליהן.

128 ראו לעיל ההפניות בה"ש 78–80 והמלל הנלווה אליהן.

המידע הרלוונטי כדי לפתור כל בעיית מידע הקיימת בשוק, הרשומה צריכה לכלול, בין היתר, מידע בנוגע להצלחת טיפולים רפואיים של כל רופא ושל כל מוסד רפואי, ומידע בדבר ההשתלמויות הרפואיות של כל רופא וההצטיינות של כל גוף מטפל. התייעוד צריך להיות ברמה של סטטיסטיקה מפורטת על הטיפולים הרפואיים שניתנו על-ידי כל רופא ועל-ידי כל מחלקה שפועלת בכל מוסד רפואי, ולכלול גם מידע על כל התביעות שהוגשו ועל כל ההכרעות המשפטיות באותם מקרים.

בנק המידע המרכזי בארצות-הברית - ה־NPDB (The National Practitioner Data Bank)<sup>129</sup> - הוא מערכת מידע הכוללת חלק מן המידע הנדרש, והוא עשוי לשמש בסיס להרחבת השימוש בעקרון הגילוי הנאות כפתרון לבעיות המידע החלקי הקיימות בשוק הבריאות. בישראל פועלת כיום במשרד הבריאות הוועדה בנושא "רשומה רפואית לאומית" על חולים. הוועדה הוקמה בשנת 2004 על-מנת ליצור "איגום (הקבצה) של המידע הרפואי שנוצר אודות החולה באתרי הטיפול השונים (מרפאות, בתי-חולים, מעבדות ומכונים) והצגתו למטפל בנקודת הטיפול"<sup>130</sup>. כאשר תוקם הרשומה הרפואית הממוחשבת והאחודה על אודות החולים, היא תוכל, בין היתר, לסייע בהקטנת טעויות בטיפול הרפואי. השפעה משמעותית רבה מאוד יכולה להיות גם לרשומה לאומית על רופאים ועל מוסדות רפואיים - אף אם בשלב ראשון היא תכלול מידע חלקי בלבד, דוגמת המידע הנאגר ב־NPDB בארצות-הברית - וחיוני להקים אותה בהקדם.

## 2. ביטוחי אחריות רפואית

### (א) מבטחים מסחריים וקרנות

כ־60% מהמבטחים בשוק ביטוחי האחריות הרפואית הינם גופים בבעלות או בניהול של רופאים,<sup>131</sup> שחלקם קרנות משותפות (Collateral Sources) עצמאיות או סטטוטוריות. להערכתי, התזה המוצגת במאמר זה מראה כי קיימת עדיפות למבטחים מסחריים. למבטח יש תפקיד מרכזי של פיקוח בשוק הבריאות. מאחר שרתימת המוניטין של הרופא ושל המוסד המטפל אינה מספיקה לפתרון בעיות המידע החלקי הקיימות, העברת הסיכון אל המבטח יוצרת מעגל פיקוח נוסף, שאינו מתבסס על מוניטין בתחום הטיפול הרפואי. השימוש בקרנות בבעלות או בניהול של רופאים עלול לגרום לכך שלמבטח יהיו שיקולים אחרים בליטיגציה האזרחית, בעיקר נכונות לשלם סכומים גבוהים מן הנזק במקרים שבהם קיים סיכון רב למוניטין של הרופא או המוסד הרפואי החברים בקרן. כפי שהוצג במאמר, העמדת המוניטין של רופאים ושל מוסדות רפואיים בסיכון היא אחד המרכיבים המרכזיים בפתרון בעיות המידע החלקי הקיימות בשוק. לכן שימוש במבטחים מסחריים, שהינם רגישים פחות למוניטין של המבוטחים, יכול להניב תוספת יעילות.

129 ראו לעיל ההפניות בה"ש 93-94 והמלל הנלווה אליהן.

130 ראו לעיל ה"ש 81 והמלל הנלווה אליה.

131 ראו לעיל ההפניות בה"ש 95-97 והמלל הנלווה אליהן.

**(ב) סיוע בשכלול שוק הביטוח**

אם רוצים לשכלל את שוק ביטוחי האחריות הרפואית בישראל, הלאמה שלו היא הפתרון הרע ביותר, ופתרון רע אחר הוא הקמת חברה או קרן שתרכז את הביטוח בעבור כל העוסקים במתן שירותי רפואה בישראל. אין כל סיבה לכך שהמדינה תספק מוצר כמו ביטוח אחריות מקצועית, שאין לו שום מאפיין של מוצר ציבורי, במיוחד כאשר קיים שוק פרטי המספק את המוצר. במקום כלים אלה, המדינה יכולה לשכלל את השוק באמצעות הפרטה של חלק השוק שהיא מחזיקה בו, דהיינו, הפרטה של חברת "ענבל". אם תופרט "ענבל" (או לפחות החלק בה העוסק בביטוחי אחריות רפואית), יפעלו בשוק ביטוחי האחריות הרפואית בישראל שלוש חברות ביטוח מסחריות, ואין שום סיבה שהרגולטור לא יצליח לפקח על כל היבטי הפעילות שלהן, לרבות יציבותן הפיננסית ומניעת יצירת קרטל, כפי שהוא עושה בתחומי ביטוח אחרים.

**3. העקרונות המשפטיים שראוי כי בתיהם המשפט יחילו**

(א) תרומתו האפשרית של בית-המשפט ליעילות תפקודם של מנגנונים לפתרון בעיות המידע הקיימות בשוק הבריאות

התזה המוצגת במאמר זה מצביעה על כך שלבית-המשפט יכול להיות תפקיד מרכזי בשכלול מנגנון האחריות הרפואית. כאשר מנגנון האחריות המופעל הוא מנגנון של רשלנות, בית-המשפט אינו פועל רק כגוף שמכריע בסכסוכים או כרגולטור הקובע את הנורמות העתידיות, אלא גם כשומר-סף בעל יכולות מיוחדות שיש לו תפקיד מרכזי בפתרון בעיות המידע החלקי הקיימות בשוק. בית-המשפט פועל כמעגל נוסף של פיקוח שבו למפקח יש מוניטין רב כגוף בלתי-מוטה שאינו פועל על-פי אינטרסים מסחריים של הצדדים. נוסף על כך, לבית-המשפט יש כלים לאכוף גילוי של מסמכים ועובדות שיאפשרו בחינה Ex Post של רמת ההשקעה שנקט הנתבע בטיפול הרפואי או בהצטיידות, למשל. מכאן, לבית-המשפט תוכל להיות השפעה רבה יותר על פתרון בעיות של מידע חלקי הקיימות בשוק אם יפתח כלים אלה וינצל אותם כדי לחשוף ולפרסם את המידע החסר בשוק. כתיבת פסקי-דין באופן שיעביר לשוק את מירב המידע הנחוץ לצורך הכרעה בשאלה כיצד פעל הנתבע תסייע בפתרון בעיות המידע הקיימות בו.

**(ב) חסימת "ערוצי מילוט"**

התזה המוצגת במאמר מצביעה על כך שיש הצדקה להתערבות הדין בהסדרים חוזיים שעלולים להקטין בצורה משמעותית את יתרונותיו של מנגנון הרשלנות – למשל, התערבות בסעיפי שיפוי או השתתפות חוזיים ביחסים שבין הספק של שירות הביטוח הרפואי לבין הרופאים. אפשרות אחת היא שבחוזים בין הספקים של שירות הביטוח הרפואי לבין הרופאים ייקבע כי במקרה של רשלנות של הרופא שגרמה לחיוב הספק בתשלום פיצוי לחולה שנפגע ממנו, יפצה הרופא את הספק. אפשרות אחרת היא שבחוזים אלה ייקבע אופן ההשתתפות

של הצדדים בתשלום הפיצוי לחולה. אף שהשתתפות עצמית היא כלי ביטוחי יעיל, ראוי שהדין יאסור הסדרים שחורגים מהשתתפות עצמית מקובלת. הסיבה לכך היא שהסדרים חוזיים אלה מקטינים במידה רבה את השפעתו המתוארת של מנגנון הרשלנות על המוניטין של הרופא ועל המוניטין של ספק שירותי הביטוח הרפואי. הכרה של הדין בהסדרים חוזיים כאלה מונעת מן הדין את האפשרות להטיל איום מלא הן על המוניטין של המוסד הרפואי והן על המוניטין של הרופא. זאת, מכיוון שהכרה של הדין בהסדרי השיפוי והשתתפות החוזיים עלולה לבטל במצבים רבים את הצורך בדיון משפטי בשאלה כיצד פעל כל אחד מהצדדים – למשל, הרופא בהשקעה בטיפול הרפואי, והמוסד הרפואי בהשקעה בצידור רפואי מתאים. כך, על-אף החיסכון הצפוי מוויתור על דיון בשאלה זו, סיום ההתדיינות ללא בירור השאלה כיצד פעל כל אחד מן הגורמים המטפלים, כאשר ברור כי הייתה רשלנות ביחסים בין הגופים המטפלים לבין התובע, עלול לפגום ביכולתו של מנגנון הרשלנות לפתור את בעיות המידע החלקי הקיימות בשוק. מנגנונים של שיפוי חוזי ושל השתתפות חוזית מוסכמת מייתרים את הדיון בחלוקת האחריות ביניהם, מונעים על-ידי כך בירור Ex Post של אופן פעולתם, וגורמים להעברת מידע חלקי יותר לשוק מכפי שהיה אפשר להשיג אילו פעל מנגנון הרשלנות הנוזקי באופן מלא. לכן רצוי שהדין לא יכיר במנגנוני שיפוי והשתתפות חוזיים בין הגופים המטפלים.

## פרק ה: סיכום

התזה המוצגת במאמר מתמקדת בהבדלים בין המנגנון של כלל הרשלנות לבין המנגנון של כלל האחריות המוחלטת, ומראה כי הם פועלים באופן שונה. טענתי כי למנגנון הרשלנות יש יתרונות של יעילות וחלוקת רווחה על מנגנון של אחריות מוחלטת – הן בהתייחס למטרת הדין לכוון את התנהגותם של המשתתפים בשוק הבריאות והן בהיבט של ביטוח ופיזור הסיכון. יתרונות אלה מתמקדים בתפקידו של הדין בפתרון בעיות של מידע חלקי שגורמות לכשל חלקי של שוק הבריאות.

טענתי כי מן המודל שהוצג במאמר נובעות המסקנות הבאות לגבי הרפורמה הדרושה בתחום האחריות הרפואית:

ראשית, אין זה ראוי להטיל הגבלות על פעולתו של מנגנון הרשלנות, דוגמת ויתור על היות הרופא נתבע בהליך המשפטי והותרת המוסד הרפואי שהרופא מועסק בו כנתבע היחיד, קיצור תקופת ההתיישנות, הגבלת שכר-הטרח של עורך-הדין או הגבלת הפיצוי בגין כאב וסבל.

שנית, ראוי ליצור ולשכלל מנגנונים שיסייעו בפתרון בעיות המידע החלקי הקיימות בשוק הבריאות. כך, כדאי לשקול לקבוע בחוק חובת גילוי נאות מנדטורית כללית בשוק הבריאות, דוגמת חובת הגילוי הקיימת בשוקי ניירות-הערך, לרבות הקמתה של רשות מרכזית דוגמת ה-SEC (Securities and Exchange Commission) בארצות-הברית ורשות

ניירות ערך בישראל, עיצוב של חובות הגילוי המנדטוריות במסגרת של רגולציה הקובעת דרישות דיווח שונות, ואכיפתן באמצעים פליליים, מעין-פליליים ומנהליים ובאמצעות עולות מיוחדות וליטיגציה אזרחית. שאלת היתרונות והחסרונות של הסדרת תחום האחריות הרפואית באמצעות רגולציה המטילה חובות גילוי ודיווח מנדטוריות ואוכפת אותן ראוי לבחינה נפרדת. יצוין כי בבחינה כזו יש להביא בחשבון את מנגנוני הפיקוח והדיווח שכבר מופעלים בישראל ובארצות-הברית בתחום ניהול הסיכונים הרפואיים, על-ידי חברות הביטוח והגופים הרפואיים, וכן את מערכת הפיקוח והדיווח הנאכפת כיום על-ידי הרגולטורים של מערכת הבריאות. עוד הצעתי להקים רשומה לאומית של מידע שתאגד את כל המידע הרלוונטי לצורך השגת המטרה של גילוי נאות בשוק הבריאות, כולל מידע על כל התביעות בגין רשלנות רפואית שהוגשו ועל כל ההכרעות המשפטיות באותם מקרים. מערכת כזו פועלת באופן חלקי בארצות-הברית, וראוי להפעילה גם בישראל. אם יחלט בעתיד על החלה של רגולציית מידע דוגמת זו הקיימת בשוק ההון, תוכל הרשומה הלאומית לשמש בסיס בעל ניסיון מצטבר להפעלתה של הרגולציה המקיפה יותר.

שלישית, פעולתם של מבטחי אחריות מסחריים פרטיים כשומרי-סף (Gatekeepers) נוספים צפויה להיות יעילה, ואין הצדקה להתערבות הרגולטור בשוקים של ביטוח האחריות הרפואית, להפעלה של קרנות ממשלתיות, ובוודאי לא להלאמה של התחום. זאת, בכפוף לפיקוח הרגיל של הרגולטור על פעולתן של חברות ביטוח, לרבות בתחום של מניעת הגבלים עסקיים. המהלך הממשלתי בישראל לבחינת אפשרות של הלאמת התחום או הקמה של חברה או קרן שירכזו את ביטוח האחריות הרפואית בעבור כל העוסקים במתן שירותי רפואה בישראל – אינו ראוי. במקום כלים אלה, המדינה יכולה לשכלל את השוק באמצעות הפרטה של חלק השוק שהיא מחזיקה בו, דהיינו, הפרטה של חברת "ענבל".

עוד טענתי כי מן המודל שהוצג במאמר ניתן ללמוד גם על העקרונות המשפטיים שראוי כי בתי-המשפט יחילו בשאלות של אחריות רפואית: ראשית, לבית-המשפט יכול להיות תפקיד מרכזי בשכלולו של מנגנון האחריות הרפואית – למשל, באמצעות כתיבת פסקי-דין באופן שיעביר לשוק את מירב המידע הנחוץ לצורך הכרעה בשאלה כיצד פעל הנתבע; שנית, ראוי לחסום "ערוצי מילוט" של רופאים ומוסדות רפואיים מדיון באחריותם הרפואית שיחשוף את התנהגותם הרשלנית. כך, ראוי לשקול הטלת איסור על הסדרי שיפוי והשתתפות חוזיים בין קופות-החולים לבין רופאים.

מן המודל ניתן ללמוד רבות על עיצוב הדין הראוי בתחומים שונים. כאשר השוק מספק פתרונות לעלויות הקיימות בו, דוגמת תרומת המוניטין של המשתתפים בשוק הבריאות לפתרון בעיות המידע החלקי הקיימות בו, ראוי שהדין יתמוך במנגנוני השוק.

התזה המוצגת במאמר אינה מוגבלת לתחום האחריות הרפואית. ההבדלים המתוארים בין מנגנון הרשלנות לבין מנגנון האחריות המוחלטת, בעיות המידע החלקי וכן קיומם של מנגנוני שוק, דוגמת מוניטין ומעגלי פיקוח נוספים, שפותרים באופן חלקי את בעיות המידע – כל אלה קיימים גם בתחומים אחרים, כגון בתחום הכללי יותר של אחריות מקצועית או בתחום אחריותם של הגורמים השונים הפועלים בשוקי ההון.