

דין וחשבון

הועדה לבדיקת האחריות לפגיעה

בטיפול רפואי

תשנ"ט - 1999

אלול תשנ"ט
אוגוסט 1999

לכבוד
המנהל הכללי
משרד הבריאות
ירושלים

הננו מתכבדים להגיש את הדו"ח של הועדה לבדיקת האחריות לפגיעה בטיפול רפואי, שמונתה על ידי מנכ"ל משרד הבריאות פרופ' מ' שני.

ב ב ר כ ה

עו"ד די"ר פרץ סגל

השופט די"ר גבריאל קלינג
יו"ר הועדה

עו"ד אסף פוזנר

די"ר אריה אורנשטיין

עו"ד יראון פסטינגר

פרופ' שמואל אידלמן

די"ר נ' רוזנבליט

עו"ד ארנה דויטש

עו"ד נעמי שטרן

עו"ד מירה היבנר הראל

עו"ד טנה שפניץ

זוהר ינון

עו"ד די"ר משה תירוש

פרופ' אבי ישראל

פ ר ק ר א ש ו ן : מ ב ו א 8

8. מינוי הועדה .א.

9. דרך עבודתה של הועדה .ב.

10. הרקע למינוי הועדה .ג.

10 פרק שני: המצב בישראל

10. ריבוי תביעות .א.

11. הרתעה .ב.

11. רפואה הגנתית .ג.

13. השלכות הפרסומים בתקשורת .ד.

13. הקלות שבהגשת תביעות על פגיעה רפואית .ה.

15. מסד נתונים .ו.

16 פרק שלישי: שיטות משפט זרות - המשפט הניו זילנדי

16. מבוא .א.

17. סקירה על ההתפתחות בניו זילנד .ב.

17. השינויים ב- 1992 .ג.

18. תאונה רפואית .ד.

19. הנוק המפוצה .ה.

20. הוצאות רפואיות .ו.

20. העדר ייחודיות העילה .ז.

21. מהסדר סוציאלי לביטוחי .ח.

21..... ט. הטיפול בתביעות

21..... י. מקורות המימון

22..... י"א. סיכום

23 פרק רביעי: שיטות משפט זרות - המשפט השבדי

23..... א. מבוא

23..... ב. האחריות בנזיקין

24..... ג. הביטוח הסוציאלי

24..... ד. ביטוח חולים

25..... ה. העילה לזכאות בביטוח חולים

25..... ה. יישוב חילוקי דעות

25..... ו. תביעת נזיקין

26..... ז. על מה מפצים

26..... ח. פגיעות קלות

26..... ט. התיישנות

27..... י. סיכום

28 פרק חמישי: שיטות משפט זרות - המשפט האמריקאי

28..... א. מבוא

29..... ב. הגברת הפיקוח על רופאים רשלנים

30..... ג. שינויים בדיני הנזיקין

- 31..... ד. דרכים חלופיות ליישוב סכסוכים
- 31..... ה. חיוב בהוצאות משפט
- 32..... ו. הגבלת סכומי הפיצויים
- 32..... ז. תשלומים עתיים
- 32..... ח. פיצוי על ידי קרן
- 33..... ט. ניכוי הטבות
- 34..... י. הגבלת שכר הטרחה לעורכי הדין
- 34..... י"א. שינויים במשק הביטוח

פרק ששי: המצב המשפטי בישראל..... 35

- 35..... א. מבוא
- 36..... ב. אחריות בנזיקין - עוולת הרשלנות
- 37..... ג. תקיפה
- 38..... ד. הפרת חובה חקוקה
- 38..... ו. הפרת הסכם
- 38..... ז. על מה מפצים
- 39..... ח. התיישנות

פרק שביעי: הוכחת הרשלנות הרפואית..... 41

- 41..... א. מומחים רפואיים
- 42..... ב. העברת ההכרעה לפרום מומחים

45..... ג. נטל הראיה

46..... ד. התייעוד הרפואי

50..... ה. ראייה למתן הסכמה מדעת

50 פרק שמיני: אחריות מוחלטת

50..... א. מבוא

51..... ב. ביזור הנוק

52..... ג. הקשיים בהנהגת אחריות מוחלטת

54..... ד. קצבאות הביטוח הלאומי

55 פרק תשיעי: ביטוח וניהול סיכונים

55..... א. מבוא

55..... ב. קרן עצמית כתחליף לביטוח

56..... ג. ביטוח מסחרי

58..... ד. עלות הביטוח

58..... ה. ניהול סיכונים

פרק אחד עשר: סיכום והמלצות..... שגיאה! הסימניה אינה מוגדרת.

א. מבוא..... שגיאה! הסימניה אינה מוגדרת.

ב. צמצום הפגיעה בסגל הרפואי..... שגיאה! הסימניה אינה מוגדרת.

ג. צמצום עלויות..... שגיאה! הסימניה אינה מוגדרת.

ד. ביטוח..... שגיאה! הסימניה אינה מוגדרת.

פרק שנים עשר: חוות דעת מיעוט שגיאה! הסימניה אינה מוגדרת.

א. תביעות כנגד יחידי הצוות הרפואי שגיאה! הסימניה אינה מוגדרת.

ב. חיסיון מסמכים שגיאה! הסימניה אינה מוגדרת.

ג. העברת נטלים שגיאה! הסימניה אינה מוגדרת.

ד. סדרי הדין בתביעות על רשלנות רפואית שגיאה! הסימניה אינה מוגדרת.

ה. הסכמה מדעת שגיאה! הסימניה אינה מוגדרת.

ו. התיישנות שגיאה! הסימניה אינה מוגדרת.

ז. אחריות מוחלטת שגיאה! הסימניה אינה מוגדרת.

ח. ביטוח שגיאה! הסימניה אינה מוגדרת.

ט. ניהול סיכונים שגיאה! הסימניה אינה מוגדרת.

י. הסתייגות כללית שגיאה! הסימניה אינה מוגדרת.

נספח א' רשימת המופיעים בפני הועדה שגיאה! הסימניה אינה מוגדרת.

נספח ב' רשימת הגורמים שהגישו לועדה תזכירים שגיאה! הסימניה אינה מוגדרת.

נספח ג' רשימת המגיבים לניר העבודה שגיאה! הסימניה אינה מוגדרת.

פ ר ק ר א ש ו ן : מ ב ו א

א. מינוי הועדה

1. בהחלטת הממשלה מיום 19.12.93, הוטל על מנכ"ל משרד הבריאות למנות ועדה ש"תפקידה לבחון אפשרות לקביעת תקרה לפיצוי במקרים של רשלנות רפואית". על פי החלטת הממשלה מינה שר המשפטים, בהסכמת נשיא בית המשפט העליון, את ד"ר גבריאל קלינג, שופט בית המשפט המחוזי בתל אביב יפו, כיו"ר הועדה.

ביום 22.7.94 מינה פרופ' מ' שני, מנכ"ל משרד הבריאות, את יתר חברי הועדה* :

עו"ד מירה היבנר הראל, מהמחלקה המשפטית של משרד הבריאות

ד"ר אבי ישראל, משנה למנכ"ל בית חולים הדסה

חיים פלץ, ראש תחום הבריאות באגף התקציבים במשרד האוצר

ד"ר נ' רוזנבליט, ראש האגף למדיניות בריאות ואפידמיולוגיה בקופת חולים הכללית

עו"ד נעמי שטרן, פרקליטת מחוז תל אביב (אזרחי)

ד"ר משה תירוש, סגן מנהל המרכז הרפואי שיבא

בישיבתה הראשונה החליטה הועדה להציע למנכ"ל משרד הבריאות להרחיב את אשר נמסר לבדיקת הועדה, ואכן ביום 5.5.94 הוצא כתב מינוי חדש שבו נקבע תפקידה של הועדה "לבחון את כל השאלות הכרוכות באחריות לרשלנות רפואית."

* תאריהם ותפקידיהם של חברי הועדה צוינו כפי שהיו בשעת המינוי.

כן צורפו לוועדה :

פרופ' שמואל אידלמן, יו"ר המועצה המדעית של ההסתדרות הרפואית בישראל

עו"ד ארנה דויטש, הרשות להגנת הצרכן ואיכות הסביבה

פרופ' שלמה משיח, מנהל אגף נשים ויולדות במרכז הרפואי שיבא

עו"ד ד"ר פרץ סגל, ממונה בכיר על יעוץ וחקיקה

עו"ד אסף פוזנר

עו"ד יראון פסטינגר

עו"ד טנה שפנץ, המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (משפט אזרחי)

ד"ר אריה אורנשטיין, מנהל המחלקה לפלסטיקה במרכז הרפואי שיבא.

במקום חיים פלץ ממשדד האוצר צורף לוועדה ניר בר-ניר, ולאחר מכן גם הוא הוחלף בזוהר

ינון.

במהלך עבודתה של הועדה, התפטר מחברות בה פרופ' שלמה משיח.

ב. דרך עבודתה של הועדה

2. עו"ד מירה היבנר הראל מונתה כרכזת הועדה.

עו"ד ישראל דורון שימש כחוקר עבור הועדה.

הועדה קיימה 24 ישיבות.

בראשית עבודתה פנתה הועדה לציבור וביקשה להציג בפניה נתונים ועמדות. בעקבות פניה זו התקבלו בוועדה פניות רבות. חלק ניכר מהפניות עסק בתלונות פרטניות, שהועברו על ידי הועדה לטיפולו של הממונה על תלונות הציבור במשרד הבריאות. כל הגורמים שעסקו בפניותיהם בנושאים שבסמכותה של הועדה, הוזמנו להופיע בפניה. הרשימה של האנשים והארגונים שהציגו עמדתם בפני הועדה בכתב או בעל פה מצויה בנספח א' לדו"ח. רשימת הגורמים שהגישו לוועדה תזכירים צורפה כנספח ב'.

לאחר סיום השלב הראשון של עבודתה פירסמה הועדה נייר עבודה לתגובות הציבור. רשימת המגיבים לניר העבודה מצויה בנספח ג'. עם קבלת התגובות שבה הועדה והתכנסה, ואישרה את הנוסח הסופי של הדו"ח.

במהלך הדיונים של הועדה הובטח כי חברים שיישארו במיעוט, יוכלו להגיש חוות דעת מיעוט אשר תצורפנה לדו"ח. חוות הדעת של המיעוט, כפי שהוגשו וללא עריכה, מצויות בסוף הדו"ח (מסעיף 110 ואילך).

ג. הרקע למינוי הועדה

3. בהחלטת הממשלה על הקמת הועדה ובכתב המינוי לא נאמר מה הביא להקמת הועדה. בדיוני הועדה עלתה לדיון השאלה מה הסיבות שהניעו להקמתה. מכיוון שאותם גורמים היוו רקע לדיוניה של הועדה, וחזרו ועלו תוך כדי הדיונים, ניתן לסכמם כך, מבלי שיש לייחס משקל לסדר הצגתם:

(א) צעדים לצמצום התביעות בארצות הברית. הנשיא קלינטון, במסע הבחירות לנשיאות ב-1992, עמד על הצורך בהפחתת ההוצאה הציבורית על בריאות, כאשר אחת הדרכים לכך עמדה להיות הפחתת העלויות הכרוכות ברשלנות רפואית. סקירה על המצב בארצות הברית, ועל צעדי הממשל בארצות הברית תובא להלן בפרק הדין בשיטות משפט זרות.

(ב) פרסומים בעיתונים על תביעות לסכומים גדולים, שהוגשו לבתי המשפט על ידי מי שנפגעו תוך כדי טיפול רפואי. פרסומים אלה יצרו תחושה כאילו בישראל מתפתח מצב הדומה לזה שבארצות הברית.

(ג) הפרסומים בעיתונות הביאו לחשש בין העוסקים ברפואה, שרב והולך מספר התביעות, וגדלים סכומי התביעות.

(ד) הפרסומים בעיתונות, תוך ציון שמותיהם של הרופאים הנתבעים, עורר חשש ומורת רוח בציבור הרופאים.

(ה) Medical Defence Union (MDU), שבמשך כעשור שנים ביטחה את מרבית הרופאים והמוסדות הרפואיים בישראל, הפסיקה בראשית שנות התשעים את הביטוח של אחריות לרשלנות רפואית.

(ו) ייקור מתמשך של הביטוח של אחריות מקצועית של הרופאים.

פרק שני: המצב בישראל

א. ריבוי תביעות

4. מבדיקת הנתונים שהיו בפני הועדה עולה שאין בסיס לחשש שגל התביעות נגד רופאים גואה, או כי סכומי הפיצויים המשולמים הולכים ועולים בצורה משמעותית. יחד עם זאת, אין ספק, שבציבור קיימת תחושה אחרת, שלפיה הולך ורב מספר התביעות על רשלנות רפואית, והולכים וגדלים הסכומים המשולמים כפיצויים. לתחושה זו, גם אם אינה מעוגנת במציאות, השלכות שליליות בשני מישורים: התנהגות הרופאים והתנהגות הציבור.

ב. הרתעה

5. לחשש הגובר של רופאים מפני תביעות על רשלנות רפואית, יש תוצאה חיובית אחת, והיא ההרתעה. המודעות הגוברת לתביעות על רשלנות, משפיעה על התנהגות הצוות הרפואי. יש וההשפעה חיובית. למשל, אין ספק שבעקבות פסיקה בתביעות על רשלנות רפואית, ואמירות של בתי המשפט, חל שיפור משמעותי בניהול הרשומות הרפואיות. אלא שאת ההרתעה ניתן להשיג באמצעים אחרים שנועדו לכך, שיעילותם רבה יותר, ואשר אין להם השלכות שליליות, שמתלוות לתביעות נזיקין. האמצעים שנועדו להרתעה הם ההליכים המשמעותיים, ובמקרים קיצוניים אף הליכים פליליים.

לחשש מפני תביעות על רשלנות, עשויות להיות תוצאות לוואי חיוביות נוספות. הניסיון בארצות אחרות ובישראל הוכיח כי חלק ניכר מהתביעות בא בשל יחס לא נאות של הצוות הרפואי, לחולה או לקרוביו: חוסר סובלנות כלפי יולדת, הסבורה, בטרם עת, כי אחזו בה צירי לידה; קוצר רוח כלפי קרובי משפחה הממתניים בחרדה לבשורה מחדר ניתוח. אלה משמשים מצע נוח לצמיחת חשדנות וטענות בדבר רשלנות, כאשר תוצאות הטיפול אינן עולות בקנה אחד עם ציפיות, שלעתים נוצרו גם הן על ידי הצוות הרפואי.

ג. רפואה הגנתית

6. לאווירה של ריבוי תביעות על רשלנות רפואית תוצאות שליליות הפוגעות באינטרס הציבורי. ראוי שרופא המטפל בחולה, יונחה אך ורק על ידי שיקולים רפואיים, על פי מיטב מיומנותו. כאשר למודעות לאפשרות לתביעה על רשלנות רפואית משקל יתר בשיקוליו של רופא, עשוי הוא להימנע מפעולה שנויה במחלוקת, שתועלתה עשויה להיות רבה, אך הכרוכה בסיכון. יותר מכך, ריבוי תביעות בתחום מסוים עשוי להרתיע רופאים מעסוק באותו תחום. כך קרה במדינות אחדות בארצות הברית לגבי תחום המיילדות.

חשש מפני תביעות פיצויים מביא לרפואה הגנתית. מעצם הגדרתה זו רפואה שאינה מונעת על ידי שיקולים מקצועיים רפואיים: עריכת בדיקות שאינן מוכתבות על ידי הוריה רפואית, כמו למשל צילומי רנטגן, או טיפולים שלא היו נעשים אלמלא מוראה של תביעת רשלנות, כמו למשל ניתוח קיסרי.

מטבע הדברים קשה להגיע לנתונים בדבר היקף הרפואה ההגנתית, אולם על היקף התופעה למדים מריבוי הניתוחים הקיסריים בארה"ב, לעומת מספרם במדינות שבהן אין מודעות כה גבוהה לתביעות על רשלנות רפואית, כמו למשל אירלנד. ההנחה היא שלתופעה זו תרם המספר הניכר של תביעות על נזק שנטען כי נגרם עקב אי עריכת ניתוח קיסרי. לעומת זאת לא דווחו תביעות שעילתן ניתוח קיסרי, שלא היה בו צורך משיקולים רפואיים.

פגיעתה של רפואה מתגוננת כפולה. ראשית חושפת היא את החולים לבדיקות ולטיפולים מיותרים, שיש בהם כדי להזיק. שנית, ההוצאות הכרוכות ברפואה הגנתית מסיטות מקורות שנועדו לצרכים רפואיים, לשימוש שאין בו תועלת.

כאמור, קשה להגיע לנתונים הקשורים ברפואה מתגוננת. רופאים שהופיעו בפני הועדה אישרו את קיומה של התופעה בישראל, אם כי לא ידעו לכמתה. אין סיבה להניח כי ישראל נקיייה מהתופעה האמורה, שאין חולק על שכיחותה בארצות הברית.

ד. השלכות הפרסומים בתקשורת

7. אמצעי התקשורת מגלים עניין רב בתביעות על רשלנות רפואית, ונותנים להן פומבי. משיקולים עיתונאיים מרבים אמצעי התקשורת בפרטים, ומציינים את שמות אנשי הצוות הרפואי, המעורבים באותם אירועים. הדבר נעשה עוד לפני הגשת תביעה לבית המשפט, ועל כל פנים לפני בירורה. התוצאה היא פגיעה אנושה במוניטין של הרופא, פגיעה שאינה ניתנת לתיקון, באשר דחייתה של תביעה או אפילו יישובה אינם זוכים לאותן כותרות והד כמו הפרסום הראשון. בפגיעה הנגרמת לרופאים, אין ברכה מבחינת האינטרס הציבורי, וראוי לצמצמה ככל הניתן.

8. לאווירה שיוצרים הפרסומים, יש השלכה אף על עלות הביטוח. כפי שעולה מהפרק של הדו"ח הדין בביטוח, מרבית הסכומים המשולמים בגין רשלנות רפואית, משולמים על ידי מבטחים. הפרמיה שגובים המבטחים נגזרת מהצפי לגבי הסכומים שיהיה על המבטחים לשלם בגין תביעות תלויות ועומדות. צפי זה מבוסס בעיקר על אומדנים שמגישים למבטחים, עורכי הדין המטפלים באותן תביעות. מטבע הדברים נוטים האומדנים כלפי מעלה בצורה משמעותית. בהערכותיהם מושפעים עורכי הדין של המבטחים, אף הם, מהאווירה הקיימת שלפיה הולכים סכומי הפיצויים ועולים. לאמצעי התקשורת יש חלק נכבד ביצירתה של אותה אווירה. לכך מתווספת נטייתו של עורך הדין לנקוב באומדן גבוה, על מנת שכמעט כל תוצאה שתושג, אם על דרך פשרה ואם בפסק דין, תיראה כהצלחתו של עורך הדין, אם זו תהיה נמוכה מהאומדן, שבו נקב, ושעל פיו שורייך סכום מתאים במאזניו של המבטח.

9. הפרסומים באמצעי התקשורת מעודדים הגשת תביעות על ידי רבים שמלכתחילה לא התכוונו לתבוע דבר. גם אם אין בתביעות רבות ממש, הרי עצם הטיפול בהן מגדיל את העלויות. יתר על כן, משיקולים מעשיים מעדיפים הנתבעים להתפשר ולשלם סכומים נמוכים לסילוקן של תביעות. הנתונים אכן מצביעים על כך שמירב התביעות מסתיימות בתשלום סכומים זעומים, דבר המעיד על חוסר הרצינות של אותן תביעות, שחלקן הגדול בא בשל העידוד להגשת התביעות.

ה. הקלות שבהגשת תביעות על פגיעה רפואית

10. בשיטה הנוהגת, יש והגשת תביעה אינה כרוכה בהוצאות ממשיות לתובע. לכאורה, כרוכה הגשת תביעה בתשלום אגרה לבית המשפט, בתשלום שכר טרחה לעורך הדין וכן בתשלום

למומחה שעל חוות דעתו נסמכת התביעה. בחינה של כל אחת מהוצאות אלה מלמדת שבמצב הקיים אין בהן הכבדה ממשית על הגשת תביעות.

11. שכר טרחת עו"ד. מקובל כי בתביעות לפיצוי על נזקי גוף, ולא רק אלה שנגרמו על ידי רשלנות רפואית, עורך דין מסכים שלא לקבל שכר טרחה עם קבלת העניין לטיפול, ושכרו משתלם עם סיום הטיפול, בהתאם לתוצאות הטיפול. מכאן שהמבקש לתבוע על רשלנות רפואית, בדרך כלל אינו נדרש לשלם דבר עם מסירת הטיפול לעורך הדין. אם כי שיטה זו לקביעת שכר טרחה איננה נקיה ממגרעות, הרי מעלתה היא שעורך דין בוחר את סיכויי התביעה לא רק מבחינתו של הלקוח אלא גם מבחינתו הוא. טיפול בתביעה ללא סיכוי עלול לגרום לכך שעורך הדין יעמול בתביעה ללא שכר. אלא שעורכי הדין מודעים לכך שגם תביעות רבות ללא סיכוי מסתיימות בתשלום פיצויים, אם כי נמוכים. יש מבין עורכי הדין המוכנים להסתפק בשכר הנמוך שייגזר מפיצויים נמוכים, ומסייעים בהגשת תביעות שאין להן סיכוי מלכתחילה.

12. אגרת משפט. חלק ניכר מהטיפול בתביעות מסתיים בפשרה עוד לפני הגשתן לבית המשפט. אבל גם הגשת התביעה לבית המשפט כרוכה היום בתשלום אגרה בסכום של כמה מאות שקלים. (ביום הכנת הדו"ח - 679 ש"ח בבית המשפט מחוזי, כאשר התביעה היא לסכום העולה על מליון ש"ח, 3401 - ש"ח בבית משפט השלום, כאשר התביעה היא לסכום הקטן ממליון). אין בסכומי האגרה כדי להכביד ולמנוע הגשתן של תביעות סרק. אמנם עם סיום הטיפול בתביעה יש להשלים את תשלום האגרה, אלא שדבר זה מוצא את ביטויו בהסדרי הפשרה.

13. שכר מומחים. על פי תקנה 127 לתקנות סדר הדין האזרחי תשמ"ד 1984 - על בעל דין הרוצה להוכיח עניין שברפואה לצרף לכתב התביעה חוות דעת רפואית. הכנת חוות הדעת כרוכה בתשלום. נראה שכל עד, ורופא הנותן חוות דעת בכלל זה, אינו רשאי להסכים כי שכרו יהיה על פי התוצאות. על כל פנים עורך דין אינו רשאי לתת ידו להסכם כזה (כלל 35 לכללי לשכת עורכי הדין (אתיקה מקצועית) תשמ"ו 1986). לכאורה, עלולה הוצאה זו להרתיע בעל דין חסר סיכוי מהגיש את תביעתו. אלא שניתן להתגבר על כך באחת משתי דרכים. ניתן שלא לצרף חוות דעת ולבקש מבית המשפט פטור מצירופה של חוות דעת, יחד עם בקשה למינוי רופא מטעם בית המשפט (תקנה 130 לתקנות סדר הדין האזרחי). בתי המשפט אינם נוטים להיעתר לבקשות אלה, אולם משמצויה התביעה בפני בית המשפט, רב יותר הסיכוי כי יושג הסדר פשרה. אפשרות אחרת לעקוף את הצורך בתשלום שכר לרופא תמורת חוות דעתו, עם הגשת התביעה, היא הסכמה עם הרופא כי שכרו ישולם עם סיום הטיפול בתובענה, מבלי שיותנה

בתוצאות. אין פגם בהסדר כזה, ומכיוון שבמרבית המקרים מקבל התובע סכום כלשהו, יהיה במה לשלם לרופא את שכרו.

14. העולה מהאמור הוא שהגשת תביעה לפיצויים על נזק שנגרם על ידי טיפול רפואי אינה כרוכה כיום בהוצאות שיש בהן כדי להרתיע מהגשתן של תביעות סרק. הועדה אינה ממליצה על אמצעים כלשהם לשינוי המצב בעניין זה, על מנת שלא לפגוע בנגישות לבתי המשפט. הדרך היחידה שראוי להתמודד בה בתופעה של תביעות סרק, היא על ידי נקיטה ביד קמוצה כלפיהן על ידי המבטחים. הדבר ירתיע את העוסקים בתביעות מעין אלה, מהגשת תביעות שאין להן סיכוי בבית המשפט. להפחתת מספרן של תביעות סרק עשויה להיות השלכה משמעותית על עלות הביטוח.

ו. מסד נתונים

15. הועדה סברה שלצורך גיבוש הצעותיה עליה לקבל נתונים הכרוכים בתביעות על רשלנות רפואית ובפיצויים המשולמים. מכיוון שהטיפול בתביעות נמשך שנים רבות, הרי כדי לקבל תמונה שלמה בגין תביעות לגבי מקרים שהתרחשו בתקופה מסוימת, יש הכרח להיזקק לנתונים של תקופה שהסתיימה כחמש שנים קודם לכן. באותה תקופה המסתיימת בראשית שנות התשעים, היה מירב הטיפול בתביעות אלה בידי MDU.

חברי הועדה נפגשו עם ראשי MDU בזמן ביקורם בארץ. ראשי MDU היו מוכנים להשיב על שאלות שהוצגו להם, אך משיקולים שלהם לא היו מוכנים להציג נתונים מספריים. קופות החולים, למעט קופת חולים הכללית, טענו שאין בידיהן נתונים על התביעות שהיו נגדן, בשנים שבהן היה הטיפול בידי MDU.

היחידים שבידיהם היו נתונים שהוצגו לוועדה היו קופת חולים הכללית וענבל. ענבל מטפלת מטעם המדינה בתביעות המוגשות נגד המדינה, בעיקר בקשר לרשלנות רפואית בבתי חולים ממשלתיים.

על פי נתוני קופת חולים הכללית בשנים 1980 - 1990 שילמה M.D.U לקופת חולים סכום של כ- 3.5 מליון לירות שטרלינג. בנתונים ניכרת עליה במהלך התקופה, אלא שזו משקפת בעיקר סיום של תביעות שהדיון בהן נמשך בדרך כלל שנים רבות. בשנת 1989/1990, שהיא האחרונה שלגביה נמסרו נתונים, שולם סכום של כ- 1.5 מליון ליש"ט.

ענבל חברה לביטוח בע"מ טיפלה החל באפריל 1985 בתביעות שהוגשו נגד בתי חולים של המדינה. על פי הנתונים שנמסרו על ידי ענבל היא שילמה עד יולי 1994, במשך כתשע שנים סכום של כ- 15 מליון דולר. ביולי 1994 עמדה ההערכה של תביעות תלויות ועומדות נגד ענבל על סכום של 36.5 מליון דולר. מכאן שבגין תשע שנות פעילות קמה חבות של כ- 50 מליון דולר. הנתונים האמורים מתייחסים לכאורה למירב הפעילות הרפואית בישראל: כל בתי החולים הממשלתיים, בתי החולים של קופת החולים הכללית ומרפאותיה. עם זאת ראוי לציין שהנתונים אינם מתייחסים לשנים האחרונות. העדר נתונים אלה נובע בעיקר ממשך הזמן שעובר עד שמסתיים טיפול בתביעה, ועד שניתן לעמוד על היקפה הנכון. גם אם אין לייחס משמעות לסכומים לכשעצמם, יש משמעות לסדרי הגודל.

16. אחת הטענות הנכבדות כלפי השיטה הקיימת הן בארץ והן בארצות הברית, הינה שהיא מוליכה את הרופאים לנקוט במדיניות של "רפואה הגנתית" Defensive Medicine, שתידון להלן. כאן רק ראוי לציין שאחת ההשלכות העיקריות של רפואה הגנתית היא עלותה הגבוהה והמיותרת מעצם הגדרתה של הרפואה ההגנתית. גם כאן לא ניתן היה לקבל נתונים על היקף הרפואה ההגנתית או על העלות הנגרמת בשל הרפואה ההגנתית.

פרק שלישי: שיטות משפט זרות - המשפט הניו זילנדי

א. מבוא

17. במדינות שונות ניסו להתמודד עם שאלות דומות לאלה שהביאו למינויה של הועדה. על מנת להתרשם מהבעיות שהטרידו במדינות אחרות וללמוד מדרך התמודדותן עם אותן בעיות בחנה הועדה את ההתפתחויות בשלש מדינות: ניו זילנד, שבדיה וארצות הברית. בדיקת הקורה בניו זילנד ובשבדיה בא בשל הקול שיצא כאילו מצאה שם את פתרונה בעיית הפיצוי של הנפגע על ידי טיפול רפואי. המתרחש בארצות הברית נבחן, לאור התחושה שלקורה בארצות הברית השפעה רבה על ההתפתחויות בישראל. לא נבחן המצב בממלכה המאוחדת, בגלל הדמיון הרב של הבעיות ופתרונות שם לקורה בישראל.

ב. סקירה על ההתפתחות בניו זילנד

18. שיטת המשפט הניו-זילנדית שימשה כנקודת מוצא לרבים שביקשו ליישם את הרעיון של אחריות מוחלטת בדיני הנזיקין. המושג "השיטה הניו זילנדית" הפך להיות שם נרדף לתפיסת עולם משפטית שביקשה להתעלם משאלות אשמה ופיצוי על בסיס אינדבידואלי. בניו זילנד נהוג המשפט המקובל, ודיני הנזיקין המוכרים במדינת ישראל, שלטו בדיני הרשלנות הרפואית עד ראשית שנות ה-70. בשנת 1972 התקבל Accident Compensation Act, שקיבל תוקף ב-1974. בזמנו נחשבה השיטה שהונהגה בניו זילנד לשיטה המתקדמת ביותר בעולם לפיצוי נפגעי תאונות. הבסיס הפילוסופי של השיטה היה אימוץ תפיסה של אחריות קולקטיבית - להבדיל מאחריות אינדבידואלית - ושיטה של ביטוח סוציאלי להבדיל מביטוח פרטי. הביטוח הקיף את כל נזקי הגוף שנגרמים עקב פגיעות בגין תאונה (Injury by Accident), כאשר במסגרת הגדרת המושג "תאונה" נכללו גם תאונות רפואיות. פגיעות גוף עקב רשלנות רפואית נכללו בהסדר הכולל של פגיעות גוף על ידי תאונות.

החוק עבר מספר תיקונים ובשנת 1982 הוצא נוסח חדש Accident Compensation Act 1982 שאיגד את התיקונים השונים, אך כללית החוק שמר עד לאחרונה על עקרונותיו הראשוניים.

ג. השינויים ב- 1992

19. בשנת 1992, בעקבות מהפך פוליטי בניו זילנד, הממשלה הלאומית שהחליפה את ממשלת העבודה שקדמה לה, ביצעה רפורמה מרחיקת לכת בחוק. Accident Rehabilitation and Compensation Act 1992, אשר נכנס לתוקף ביולי 1992 שינה מספר מרכיבי יסוד בהסדר המקורי הניו זילנדי. השינוי המהותי ביותר הוא בזניחת הבסיס של ביטוח סוציאלי ואימוץ גישה ביטוחית אינדבידואלית. באופן כולל ניתן לומר כי הרפורמה של שנת '92 החזירה את הגלגל לאחור, ולמעט מצבים יוצאים מן הכלל, הזכאות לפיצוי בגין תאונה רפואית תלויה, בדרך כלל, ביכולת להוכיח רשלנות רפואית, במובנו הנזיקי הקלסי של המושג.

20. החוק משנת 1972 כלל בהגדרת נזק גופני עקב תאונה גם Medical surgical, dental, or first aid misadventure. כוונת המחוקק היתה להקיף לא רק תאונות רפואיות שנגרמו עקב רשלנות, אלא גם תאונות רפואיות שגרמו לנזק גופני ללא כל אשמה או רשלנות מצד הצוות הרפואי. החוק המקורי לא כלל שום הגדרה נוספת מעבר למילים כלליות וכוללות אלו. על אף הכוונה הכללית, יישום החוק במקרי גבול לא היה פשוט ועקבי בבית המשפט. בתחילה, זוהה הגרעין הברור של המקרים המכוסים על ידי החוק, והם כללו:

(א) טיפול רפואי רשלני - לדוגמא גרימת נזק רשלני במהלך טיפול רפואי לאבר שאיננו מעורב כלל בטיפול הרפואי.

(ב) דיאגנוזה רשלנית.

(ג) תאונה במהלך הטיפול הרפואי - כגון פציעה עקב כשל במכשור הרפואי תוך כדי הניתוח.

21. היתה התלבטות בקשר למקרים שבהם קשה היה לקבוע אם מדובר בתאונה. כך, למשל, היה קושי כאשר הנזק נגרם עקב סיכון המוכר כסיכון הכרוך באותו טיפול. בנסיבות אלה הוחלט כי ניזוק יהיה זכאי לפיצוי רק כאשר הסיכון נדיר, ואיננו נלקח בחשבון לצורך ההחלטה על הטיפול.

לעומת זאת, כאשר הנזק נגרם על ידי סיכון מוכר בקשר לטיפול רפואי מסוים או בעקבותיו, לא נחשב המקרה ל"תאונה רפואית" שהנפגע בה זכאי לפיצוי על פי החוק. סוג אחר של קשיים התעורר כאשר לא חל השיפור המצופה במצב הרפואי. לפחות על פי זרם אחד של החלטות של ועדות ערעור, מקרים של נזק עקב אי-טיפול רפואי או אי שיפור המצב הרפואי לא הוכרו כ"תאונה רפואית" בנימוק שהנזק הפיזי נגרם עקב המחלה ולא על ידי הרופא. על גישה זו נמתחה ביקורת חריפה כי היא שוללת פיצוי מקבוצה גדולה של נפגעים. לגישתה של הביקורת, אילו היה מוענק הטיפול הרפואי הנזק היה שונה מהנזק שסבל החולה בהעדר טיפול.

בעקבות הביקורת על מגמת הצמצום של ועדות הערר, הסתמנה מגמה של יתר ליברליזציה לקראת אמצע שנות ה-80. גם החמרה של מצב פיזי, ולא רק אירוע טראומטי - הוכרו כתאונה רפואית. גם סיבוכים רפואיים שלא היו בגדר "סיבוכים נדירים" הוכרו כתאונות רפואיות.

ד. תאונה רפואית

22. על מנת לצמצם את העלויות, ובנסיון להגיע להגדרות מדויקות יותר, החוק מ-1992 צמצם בצורה משמעותית את היקף האחריות המוחלטת, שהיתה הכלל עד 1992. החוק הגדיר מושג על של Medical Misadventure הכולל בחובו למעשה שני מושגים נפרדים: הראשון

Medical Error והשני Medical Mishap. "טעות רפואית" כמעט זהה למושג הקלסי של רשלנות רפואית.

החוק החדש הפך את הקערה על פיה, באופן שבמרבית המקרים הנפגע של תאונה רפואית נאלץ להוכיח רשלנות על מנת להיות זכאי לפיצוי, על פי החוק. במפורש הוצאו שלשה מקרים אופייניים לנזק עקב טיפול רפואי: טיפול ללא הסכמתו של החולה, אי מתן טיפול ודיאגנוזה שגויה. בשלשת מקרים אלה הזכות לפיצוי מותנית בהוכחת רשלנות. אם קיימת רשלנות, זכותו של הנפגע היא רק במסגרת החוק, ואין לו עילת תביעה בנוזקין כלפי הצוות הרפואי. אם אין רשלנות, יש לו אמנם אפשרות לתבוע בנוזקין, כי החוק אינו חל, אולם בהעדר רשלנות אין עילת תביעה.

ה. הנזק המפוצה

23. במסגרת הרפורמה של שנת 1992 צומצם היקף הכיסוי ככל שהוא נוגע לפיצוי על פגיעה נפשית, והוגבל לנזק נפשי הכרוך בנזק פיסי. תאונות רפואיות הגורמות לנזק נפשי בלבד אינן מכוסות על ידי החוק החדש.

על פי החוק משנת 1972, פיצוי בגין נזק לא כלכלי הוגבל לסכום חד פעמי של 27,000 דולרים ניו זילנדיים, שהם כ-45,000 ש"ח ישראליים.

בשנת 1992 בוטל לחלוטין הפיצוי החד פעמי בגין נזק לא כלכלי. במקומו הוגדרה "גימלת עצמאות Independence Allowance" המבוססת על שיעור המוגבלות של הנפגע. הגמלה אינה משולמת למי שנכותו נמוכה מ-10%, וכן לא תשולם לפני השבוע ה-13 מיום התאונה. הגימלה היא בגובה של כ-120 ש"ח לשבוע לבעלי 100% נכות, והשיעור מופחת באופן יחסי על פי דרגת הנכות.

24. הפיצוי על אובדן כושר השתכרות בעבר ובעתיד מוגבל ל- 80% מההכנסה בפועל, כאשר אין פיצוי מעבר לסכום השווה ל-6,600 ש"ח לחודש. אם כי בשנת 1992 לא שונו העקרונות לפיצוי בגין אובדן כושר השתכרות, נעשו שינויים שצימצמו באופן משמעותי את סכומי הפיצויים, לפחות לחלק מהנפגעים.

על פי החוק משנת 1972, הקביעה של זכאות לגמלה עקב אי כושר לעבודה, היתה לצמיתות, ולא היתה מופחתת אם השתפר מצבו של הנפגע. בחוק משנת '92 נקבע שמי שנכותו עולה על 85% חייב להיבדק מידי 6 חודשים לצורך הערכה מחדש של נכותו.

על פי הרפורמה משנת 1992, נפגע שלא הצליח לשוב לחיי עבודה תוך 12 חודש, ודרגת נכותו פחותה מ- 15% חדל לקבל גימלה בגין אובדן השתכרות.

ו. הוצאות רפואיות

25. על פי החוק משנת 1972 הנפגע היה זכאי לכיסוי מלא של הוצאותיו הרפואיות עקב התאונה. במסגרת זו כוסו גם שיקום רפואי ומקצועי, וכן הוצאות על אביזרים רפואיים, מתקנים רפואיים חיוניים, כמו כסא גלגלים, ואף הוצאות בגין התאמת הדירה למגבלות הרפואיות. ההוצאות הרפואיות שולמו במישרין לנותן השירותים במגבלות העלויות המקובלות בניו זילנד. בעקבות מקרים של ניצול לרעה על ידי רופאים וחולים של הזכות לקבל החזר מלא של הוצאות רפואיות, הוגבל ב-1992 הכיסוי של ההוצאות הרפואיות כך שבמוסדות ציבוריים נדרש הנפגע לשלם "השתתפות עצמית" בדומה לחולה רגיל. לגבי מוסדות פרטיים, נקבעו סכומים מרביים לכיסוי ההוצאות הרפואיות.

ז. העדר ייחודיות העילה

26. על פי החוק משנת 1972 נקבע ייחוד העילה ונשללה לחלוטין האפשרות לפנות לבית משפט בתביעת נזיקין רגילה. תביעה בנזיקין ניתן היה להגיש אך ורק לפיצויים עונשיים או פיצויים לדוגמא, מקום שמדובר היה בנזקי גוף שנגרמו עקב התנהגות זדונית ומכוונת. מאז 1992 ניתן להגיש תביעה נזיקית רגילה לבית המשפט באותם מקרים שהנזק התאונתי אינו מכוסה על ידי החוק, והחוק חדל להוות הסדר ייחודי. אין בשינוי מ-1992 השפעה של ממש על תאונות רפואיות נטולות אשמה, גם במערכת הנזיקין הרגילה הנוהגת בבתי המשפט הרגילים. בהעדר רשלנות לא יקבל הנפגע תרופה גם בדיני הנזיקין.

ח. מהסדר סוציאלי לביטוחי

27. עד לרפורמה ב-1992, היה הטיפול בביצוע החוק נתון בידי Accident Compensation Corporation, שהיה גוף ממשלתי-מנהלי. הגוף נוהל כמובן על ידי פקידות, בהתאם לנורמות של מינהל ציבורי. ברפורמה של שנת '92 שונה שמו של הגוף האחראי לביצוע החוק ל- Accident Rehabilitation and Compensation Insurance Corporation. שינוי השם מדגיש את העברת הדגש מיסוד הפיצוי לפן הביטוחי.

ט. הטיפול בתביעות

28. הגשת התביעה על ידי הניזוק היא במילוי טופס תביעה והגשתו לגוף המנהלי שביצוע החוק מופקד בידי Accident Compensation Corporation. התביעה נבחנת על ידי עובדי הגוף המנהלי, ועל יסוד הנתונים שבידי אותו גוף מתקבלת החלטה. הגוף המנהלי עצמו מבסס החלטותיו על המסמכים הרפואיים המסופקים לו בידי נותני השירותים הרפואיים. לניזוק יש זכות לבקש עיון חוזר בהחלטה. לאחר מכן, לניזוק הזכות להגיש ערעור לוועדת ערעור של הגוף המנהלי. על החלטת ועדת הערעור ניתן להגיש ערעור לבית המשפט העליון, אך זאת ברשות של ועדת הערעור או של בית המשפט העליון.

י. מקורות המימון

29. בהתאם לחוק משנת 1972, המבוטחים שילמו היטל (Levies) למימון השיטה. ההיטל נגבה בעיקר ממעבידים ומבעלי רכב.

על פי החוק מ-1992 חוייבו גם העובדים בהיטל בשיעור של 0.7% מהשכר, וכן נקבע היטל על הדלק. כמו כן נקבעו שיעורי פרמיות משתנים בהתאם לסיכון שבעיסוק בענפי רפואה שונים. הפרמיה תשתנה גם בהתחשב בתביעות שהוגשו נגד מבוטח, או בהעדר תביעות כאלה.

י"א. סיכום

30. לסיכום ייאמר שהנסיון להנהיג אחריות מוחלטת בשנים 1974 - 1992 נחל כשלון חרוץ. בין הסיבות לכך מונים את העלות הבלתי אפשרית של השיטה ואת ניצולה לרעה. הדעה המקובלת היא שהשיטה החדשה, הנהוגה מאז 1992, מסורבלת ומצריכה משאבים רבים לעצם הטיפול בזכאות של הנפגע על ידי טיפול רפואי.

פרק רביעי: שיטות משפט זרות - המשפט השבדי

א. מבוא

31. המשפט השבדי מסדיר את הפיצוי לנפגע על ידי טיפול רפואי בשלשה רבדים: הנזיקי, הסוציאלי והביטוחי. האחרון ייחודי לשבדיה, וכאשר מדברים ב"שיטה השבדית" מתכוונים בעיקר אליו. ההסדרים ברבדים השונים משלימים זה את זה.

ב. האחריות בנזיקין

32. הרובד הבסיסי הינו הרובד הנזיקי. על הנפגע להוכיח את רשלנותו של הנתבע וכן את הקשר הסיבתי בין הרשלנות לנזק הנטען. השיטה מכירה בקיומה של אחריות שילוחית, כך שמעסיקים נושאים באחריות לנזק שנגרם לחולים על ידי רופאים ועל ידי עובדים במוסדות לשרותים רפואיים. לא מוכר בשבדיה ענין ההסכמה מדעת, ולא הוכרו תביעות שבבסיסן העדר הסבר או אי קבלת הסכמה לטיפול.

ג. הביטוח הסוציאלי

33. הביטוח הסוציאלי מעניק גימלאות לכל הנכים, ללא זיקה לסיבת נכותם. הגימלאות נדיבות ומאפשרות לנפגע להתקיים בכבוד על אף נכותו. ההטבות הסוציאליות מנוכות אוטומטית מהפיצוי הניתן על פי דיני הנזיקין. במילים אחרות, הרובד הנזיקי הוא בכל מקרה, משלים את אשר משולם על ידי המערכת הסוציאלית המשוכללת.

ד. ביטוח חולים

34. כאשר מדברים על ה"שיטה השבדית", מתכוונים לביטוח החולים, שהונהג ב-1975, בנוסף לביטוח הסוציאלי הכללי, ולמערכת הנזיקין הרגילה המוסדרת בבתי המשפט. המיוחד בשיטה השבדית הוא בכך שלא אימצה שיטה כוללת כדוגמת ניו זילנד, שלפיה הפיצוי לנפגעים מרשלנות רפואית היווה חלק מההסדר לפיצוי כלל הנפגעים - כדוגמת ניו זילנד. מדובר בנדבך ביטוחי נוסף, המיוחד לנפגעים על ידי טיפול רפואי.

במובן זה השיטה השבדית ייחודית, בכך שלא אימצה פתרון הכולל גם פיצוי לנפגעים מרשלנות רפואית כחלק מהפיצוי לכלל הנפגעים - כדוגמת ניו זילנד. מדובר בנדבך ביטוחי נוסף. לצד "ביטוח החולים", קיים בשבדיה גם "ביטוח תרופות" שנועד להסדיר את פיצוי לנפגעים עקב שימוש בתרופות.

35. ביטוח החולים מבוסס על הסכם שבין איגוד של חברות ביטוח פרטיות ובין ספקי שירותים רפואיים. על פי אותו הסכם נערכו פוליסות ביטוח לכיסוי פגיעות הנגרמות לחולים עקב טיפול רפואי. כיום שותפים להסדר כמעט כל ספקי השירותים הרפואיים, הן הפרטיים והן הציבוריים. מכאן, שכמעט כל החולים, שהם הנפגעים הפוטנציאליים מרשלנות רפואית, מכוסים על ידי ההסדר הביטוחי. הביטוח מכסה גם רפואת שיניים. הביטוח נעשה על ידי בתי החולים הממשלתיים והפרטיים, ועל ידי הרופאים, וכך עולה שהחולים שלהם "מכוסים" באופן אוטומטי. השיטה מבוססת על עקרון וולונטרי ללא חיוב סטטוטורי לרכישת ביטוח. יישוב התביעות לתגמולי הביטוח נעשה במחלקה נפרדת ועצמאית. יישוב תביעה נמשך, בממוצע, כחצי שנה, למעט תביעות מורכבות במיוחד. חקירת התביעה נעשית בסיועם של רופאים באופן עצמאי ובלתי תלוי במוסד הרפואי, שבו אירע המקרה.

ה. העילה לזכאות בביטוח חולים

36. בבסיס האחריות בביטוח החולים השאלה אם הפגיעה נגרמה עקב החלטה או מעשה של רופא, אח או בית חולים. אין חשיבות לנתונים אחרים, ובכלל זה למידת ההסתברות של הצלחה או אי הצלחה בטיפול. לענין הזכאות של הנפגע אין חשיבות לשאלה אם הרופא גרם לנזק ברשלנותו. הזכות לפיצוי מותנית בקיומו של קשר סיבתי בין פעולה רפואית של אדם המועסק במערכת הבריאות לבין הנזק. השאלה הרלבנטית היחידה היא אם ניתן היה למנוע את הנזק. כך למשל, אם הנזק נגרם על ידי המחלה שממנה סבל החולה לפני קבלת הטיפול הרפואי, לא יהיה פיצוי על הנזק. פיצוי ניתן על נזק פיסי, או נזק נפשי שנלווה לנזק פיסי. נזק נפשי בלבד, בהעדר נזק פיסי, אינו בר פיצוי.

ה. יישוב חילוקי דעות

37. אם יש חילוקי דעות בין החולה הנפגע ובין איגוד חברות הביטוח, ביחס לכיסוי הביטוחי או באשר לגובה הפיצוי, הענין מופנה בשלב ראשון לבחינה על ידי הועדה לפגיעה בחולים שחבריה הם שופט, שהוא היו"ר, חבר פרלמנט, המייצג את החולים, מומחה רפואי, שני חברים הממונים על ידי המבוטחים (בתי חולים ורופאים) וחבר אחד הממונה על ידי המבטחים. אם אחד הצדדים איננו מקבל את הכרעת הועדה - ניתן להפנות את יישוב הסכסוך לבוררות.

ו. תביעת נזיקין

38. אין דרכו של הנפגע חסומה להגיש במקביל תביעה בנזיקין לבית המשפט. הכלל הוא, שכל עוד החולה לא קיבל פיצוי מביטוח החולים, הוא רשאי להגיש לבית המשפט תביעה נזיקית בגין רשלנות רפואית. אם הנפגע זוכה בתביעתו הנזיקית בבית המשפט - אין הוא זכאי לפיצוי החוזי על פי ביטוח החולים, והפיצוי משולם לו על ידי חברת הביטוח של מי שנמצא חייב ברשלנות. קיומו של ביטוח החולים, והעובדה שהוא מבוסס על אחריות מוחלטת, הסירה כמעט לחלוטין את התמריץ לתבוע בבתי המשפט הרגילים, הכורכים בחובם את הנטל הכבד של הוכחת רשלנות בטיפול הרפואי.

39. הנפגע על ידי רשלנות רפואית זכאי לקבל סיוע משפטי בניהול תביעתו, בין אם זו התביעה בנוזיקין, ובין אם לפיצוי דרך ביטוח החולים. גם איגוד חברות ביטוח, מעניק סיוע משפטי לנפגעי תאונות רפואיות.

ז. על מה מפצים

40. הנפגע זכאי לפיצוי על הוצאותיו עקב התאונה וכן לפיצוי על הפגיעה בכושר ההשתכרות. הפיצוי על הוצאות מוגבל לסכום שנקבע. אובדן הכנסה בעבר מכוסה על ידי הביטוח. אובדן הכנסה בעתיד מכוסה על ידי הביטוח במידה והפגיעה הובילה לנכות תפקודית צמיתה של לפחות 1/15 (6.6%), וכן אם אובדן ההכנסה עקב הנכות עולה על רבע מסכום קבוע ("השיעור הבסיסי"). התשלום יכול להיות חד פעמי או בתשלומים חודשיים.

41. פיצוי על כאב וסבל מחושב על פי טבלאות הנקבעות על ידי איגוד המחוזות השבדי, בעצה אחת עם ועדה מייעצת של איגוד חברות הביטוח של ביטוח החולים. הטבלאות מעודכנות באופן קבוע בהתאם לאינפלציה, ונעשה בהן שימוש גם על ידי בתי המשפט לצורך קביעת אמות המידה לפיצוי בתביעות נזיקין, וגם על ידי חברות ביטוח במסגרת פוליסות ביטוח אחרות.

ח. פגיעות קלות

42. ככלל, "פגיעות קלות" אינן מזכות את הנפגע לפיצוי במסגרת ביטוח החולים. בכדי לקיים את השיטה באופן כלכלי ולמנוע הצפתה בתביעות קטנות, הונהגו אמות מידה מינימליות לזכאות: מחלה של שלשים יום לפחות, או אשפוז של עשרה ימים לפחות, או נכות צמיתה או מוות. עם זאת, אפילו אם אף אחד מהתנאים אינו מתקיים, אולם הנזק עולה על \$ 140 - המקרה הופך להיות בר פיצוי.

ט. התיישנות

43. תקופת התיישנות היא של 3 שנים מהמועד שבו נודע לנפגע לראשונה על פגיעתו. בכל מקרה תקופת התיישנות המרבית היא של 10 שנים מיום התאונה הרפואית.

י. סיכום

44. כדי לעמד על הצלחתה של השיטה ראוי לתת את הדעת על נתונים סטטיסטיים אחדים: אוכלוסיית שבדיה מונה 8.5 מליון איש. מדי שנה מוגשות כ-4,500 תביעות לביטוח החולים השבדי. כ- 2,300 מהתביעות מסתיימות בתשלום פיצוי, והיתר נדחות. מתוך 2200 תביעות שנדחות, כ-300 מועברות להכרעה של הועדה לנפגעי מחלה.

45. הדעה היא שה"שיטה השבדית" ייחודית במובנים רבים והצלחתה מבוססים ככל הנראה על שילוב נדיר של מספר נתוני יסוד, שאינם קיימים במדינות אחרות: ביטוח סוציאלי מפותח; איפוק פסיקתי של בתי המשפט בהחלת אחריות ברשלנות רפואית; נכונות הדדית הן של חברות הביטוח הפרטיות והן של ספקי השירותים הבריאותיים, הן הממשלתיים והן הפרטיים להגיע להסדר ביטוחי וולונטרי, ולשלם פיצוי לנפגעי טיפול רפואי שלא על בסיס אשמת המטפל.

פרק חמישי: שיטות משפט זרות - המשפט האמריקאי

א. מבוא

46. דעה מקובלת היא שבארצות הברית גאה בעשורים האחרונים גל התביעות על רשלנות רפואית. בין הסיבות העיקריות לכך מונים: עליה דרמטית בטכנולוגיה רפואית מורכבת ומסובכת; מעורבות של מספר רב ומגוון יותר של מעניקי שירותים רפואיים לחולה יחיד; יתר מודעות של חולים לאפשרות שהכישלון של טיפול רפואי היה תוצאה של רשלנות ולא של כוח עליון; ציפיות בלתי סבירות ולא ריאליות של חולים מהרפואה המודרנית; העדר מנגנוני פיקוח ומשמעת יעילים בקשר לרופאים רשלניים; ליברליות ואהדה של בתי המשפט כלפי תובעים בתביעות על רשלנות רפואית; ריבוי מספר עורכי הדין בכלל, ועורכי דין העוסקים בתחום הרשלנות הרפואית בפרט; עליה בשיעור הפיצויים שמוענקים לנפגעים עקב רשלנות רפואית על ידי בתי המשפט; גידול במספר הרופאים בכלל, ועם זאת גידול גם במספר הרופאים הרשלנים.

47. בין אם היה ממש באווירה שיש גידול משמעותי במספר התביעות ובין אם לאו, השלכותיה של תחושה זו היו בראש ובראשונה במישור הכלכלי. בשנות השבעים נוצר קושי לבטח אחריותם של רופאים העוסקים בתחומי רפואה מסוימים, כמו ענף הגינקולוגיה, לנוכח ריבוי התביעות על השגחה לקויה בתקופת ההריון או טיפול רשלני בלידה. המבטחים שהמשיכו לבטח אחריותם של רופאים, העלו את הפרמיות לסכומים שהיו מעבר ליכולתם של רבים מהרופאים.

48. תופעה נוספת שמייחסים לריבוי התביעות, הינה "הרפואה המתגוננת", דהיינו בדיקות וטיפול שלא על בסיס הוריה רפואית, אלא לשם מניעתה של טענת רשלנות. "הרפואה המתגוננת" נחשבת כתורמת במידה ניכרת לעלייה בהוצאות על השרותים הרפואיים בארצות הברית.

49. מכיוון שבארצות הברית מוסדרות התביעות על רשלנות רפואית, במשפטן הפנימי של המדינות, הרי כל מדינה ניסתה להתמודד בדרכה שלה בעליית העלויות. באופן כללי היתה ההתמודדות בשלשה מישורים: הידוק הפיקוח המשמעותי על הרופאים ועל איכות הרפואה, שינויים בדיני הנזיקין ושינויים במערך הביטוח.

ב. הגברת הפיקוח על רופאים רשלנים

50. בשנת 1986 חוקק חוק פדרלי הידוע בשם Health Care Quality Improvement Act או בקיצור הידוע HCQIA. החוק יצר שלושה כלים חוקיים להגביר את אפשרות הפקוח הפנימי על רופאים רשלנים. הראשון - היה בנק מידע (National Data Bank), שריכוז מידע ביחס לרופאים שננקטו נגדם הליכים משמעותיים או שהתנהלו נגדם תביעות על רשלנות רפואית או ששולם בגין רשלנותם הרפואית פיצוי לנפגע.

אותו חוק מחייב בדיווח לבנק המידע:

(א) גופים, ובמיוחד חברות ביטוח, ששילמו פיצויים בגין תביעת רשלנות רפואית, אם בפשרה ואם על פי פסק דין;

(ב) רשויות הרישוי של המדינות חייבות לדווח על הליכים משמעותיים שננקטו נגד רופאים;

(ג) גופים רפואיים אשר מקיימים הליכי בירור פנימיים חייבים לדווח על כך לועדות

הרישוי של המדינות.

המידע שנאגר בבנק המידע נגיש לגופים רפואיים ולוועדות רישוי, אך איננו פתוח לציבור.

החוק לא הסתפק ביצירתו של מאגר המידע, אלא חייב את בתי החולים להשתמש במידע המצוי בבנק המידע. כך למשל, בית חולים, העומד להעניק לרופא מעמד שיאפשר לו לערוך בדיקות ולבצע טיפולים, חייב לקבל מידע מבנק המידע המתייחס לאותו רופא.

כן חייבים בתי החולים, בטרם קבלם רופא לעבודה אצלם, לבקש ולקבל מידע בדבר מקומות העבודה הקודמים, הליכים משמעותיים שננקטו נגדו ותביעות על רשלנות רפואית שבהן היה מעורב. במדינות רבות מוסמכות רשויות הרישוי לחייב רופאים לעבור בדיקות שונות על מנת לגלות בעיות נפשיות, והתמכרות לאלכוהול או לסמים.

51. על מנת ליטול חלק בתכניות פדרליות של ביטוח רפואי, כדוגמת Medicaid ו-Medicare

ולקבל רישיון עיסוק מהמדינה, חויבו בתי החולים לקיים תוכניות להבטחת איכות השירותים הרפואיים שהם מעניקים. בתי החולים חויבו לקיים תיעוד, והערכת איכות התפקוד שלהם, וכן לתקן ליקויים אשר התגלו.

כך לדוגמא, במדינת ניו יורק כל בית חולים מחוייב לקיים תוכנית לזיהוי ולמניעת רשלנות

רפואית. התכנית חייבת לכלול, לפחות את היסודות הבאים:

א. ועדה להבטחת איכות, עם סמכויות לבקר את השירותים המוענקים על ידי בית החולים.

ב. סמכות לפעול כלפי הסגל הרפואי, במסגרת ביקורת תקופתית ונקודתית של הערכת

תפקודם.

ג. ביקורת תקופתית של הכשירות הפיזית והנפשית של כל הסגל המועסק בבית החולים.

ד. הליכים ליישוב מהיר של תלונות של חולים בקשר לתאונות, פגיעות או כל אירוע אחר העלול להסתיים בתביעת רשלנות רפואית.

ה. קיום מאגר מידע המתייחס לנסיון בית החולים עם תוצאות שליליות במתן שירותים רפואיים, תלונות חולים, הסכמי פשרה, פרמיות ביטוח בגין רשלנות רפואית, עלות הוצאות מניעת תאונות לחולים; מניעת תאונות, הבטים משפטיים של אחריות מקצועית.

52. אחד החידושים המשמעותיים ביותר שהוכנסו במסגרת הרפורמות היה בתחום המשמעת והפיקוח על רופאים רשלנים. בתי חולים חויבו לקיים הליכים פנימיים של גופים רפואיים שבהם רופאים מקיימים בקרה על פעילות חבריהם (Peer Review). גופים פנימיים אלה לא רק חוקרים מקרי מוות ותאונות רפואיות, אלא גם בודקים דרכים להפחתת ניתוחים מיותרים, להפחתת סיבוכים רפואיים שלאחר ניתוחים, ולהפחית המקרים שבהם יש צורך באשפוז חוזר. על מנת להבטיח תפקוד נאות של גופי הבקרה הוענקה במדינות רבות חסינות לחבריהם של גופי הבקרה, בפני תביעות על רשלנות ועל לשון הרע. כן הוקנתה חסינות למוסרי מידע על אירועים רפואיים חריגים.

ג. שינויים בדיני הנזיקין

53. מישור שני שבו נעשו שינויים במדינות שונות הם דיני הנזיקין.

א. במדינות רבות קוצרה תקופת ההתיישנות והועמדה בדרך כלל על שלש שנים. במקביל קוצרה גם תקופת ההתיישנות לתביעות של קטינים. בחלק מהמדינות בוטלה כליל ההתחשבות, לצורך התיישנות, בגילו של נפגע שעה שנפגע. במדינות אחרות נקבע גיל שש או שמונה, לתחילת המירוץ של ההתיישנות.

ב. יש מן המדינות שמחייבות כיום מתן הודעה לפני הגשת התביעה, וזאת כדי ליתן התראה שתאפשר איסוף מידע ומסמכים. יש מדינות הקושרות את מועד ההודעה למועד הגשת התביעה לבית המשפט, ויש המגבילים את הזמן למשלוח ההודעה למועד הנמנה מהאירוע.

ג. בנסיון ליצור כלי מסנן לתביעות, הוצע לחייב את התובעים לתמוך את תביעותיהם בתצהיר המאמת אותן.

ד. הדעה היא שציון סכומים גבוהים בכתב התביעה, מגדיל את הענין של אמצעי התקשורת בפרסום ידיעה על התביעה. לכן נקבע במדינות אחדות איסור על ציון הסכום הנתבע.

ה. כדי לצמצם את המקרים שבהם סומכים התובעים על חוות דעת רפואיות שאינן מהימנות, קיימות הצעות לקבוע כישורים מינימליים שיידרשו מנותני חוות דעת, כמו ותק מסוים בעיסוק ברפואה.

ו. בנסיון לסנן תביעות סרק ולעודד פשרות בשלב מוקדם, הוקמו במדינות רבות גופים לסינון תביעות (Screening Panels) או

Medical Liability Review Panel (MLRP). רק בחלק מהמדינות שימוש בפנלים אלה הינו חובה. בדרך כלל הממצאים אינם מחייבים, אך לעיתים ניתנים להגשה כראיה במשפט גופו. לדוגמא במדינת מסצ'וסטס כל תביעת רשלנות רפואית יש להגיש לטריבוונל המורכב משופט יחיד מערכאה נמוכה, מרופא מומחה בתחום האירוע ומעורך דין. על התובע להציג את ראיותיו על מנת שהטריבוונל יוכל להחליט אם על פי הראיות מתעוררת שאלה של אחריות או אם נזקו של התובע נגרם ללא אשמה. שמיעת הענין צריכה להיות תוך 15 יום מיום קבלת תשובת הנתבע. לטריבוונל הסמכות להזמין עדים ומסמכים בדומה לבית משפט. עם זאת, אמות המידה הראייתיות פחות נוקשות משל בית משפט. אם התובע נכשל בהרמת נטל הראיה, רשאי הוא להמשיך בתביעתו בבית משפט רגיל, אך עליו להפקיד \$ 6,000 בקופת בית המשפט להבטחת הוצאות הנתבע, כאשר לבית המשפט סמכות לקבע פקדון בסכום גבוה יותר.

ד. דרכים חלופיות ליישוב סכסוכים

54. מול הרצון להוציא את התביעות על רשלנות רפואית מבית המשפט, ניצבת בארצות הברית הזכות החוקתית להביא את התביעה בפני בית המשפט. לכן נעשו נסיונות רבים לנסח הסכמי בוררות או לקבוע מנגנונים של שימוש בדרכים חלופיות לתביעה בבית משפט. כך נאמר בהצעת חוק, שהנשיא קלינטון דרש את אימוצה על ידי המדינות, כי בכל מדינה יוקם גוף בורר או מפשר במסגרת Alternative Dispute Resolution, ופניה לאותו גוף תהיה תנאי להגשת תביעה לבית המשפט.

ה. חיוב בהוצאות משפט

55. מכיוון שבארצות הברית לא נהוג לחייב בעל דין שהפסיד בהוצאות המשפט של יריבו, הועלו רעיונות שונים כדי שבית משפט יוכל לנקוט בצעדים נגד תובע שהגיש תביעה חסרת בסיס. על פי חוקים במדינות שונות ניתן לחייב תובעים ועורכי דין בתשלום לנתבע. כן הוקנתה סמכות לחייב תובעים ליתן ערובה להוצאות הנתבע עד לסכום של \$ 500, אם קלושים סיכוייה של התביעה.

ו. הגבלת סכומי הפיצויים

56. אחת הדרכים הפופולריות להתמודד עם העלויות הגוברות והולכות של תביעות פיצויים על רשלנות רפואית, היא בהגבלת סכומי הפיצויים. במדינות שונות נקבעו סכומים מירביים שניתן לפסוק. המגבלות מתייחסות לפיצויים על כאב וסבל ולפיצויים עונשיים. הפיצויים האמורים נפסקים בארצות הברית על ידי חבר מושבעים, ולעתים קרובות הסכומים שנפסקו היו גבוהים ביותר. החשש מפני פסיקה בלתי מבוקרת, גרם למבטחים להעלות את פרמיות הביטוח בצורה משמעותית. לכן הגבלת סכומי הפיצויים התייחסה בעיקר לפיצויים אלה.

לפיצויים על כאב וסבל נקבעו מגבלות שונות:

במדינת אוהיו \$200,000, בקליפורניה \$250,000, במסצ'וסטס \$500,000 (עם סמכות לחרוג מסכום זה בנסיבות מיוחדות).

פיצויים ענשיים מקובלים בארצות הברית, כאשר הנזק נגרם במכוון או ברשלנות חמורה (gross negligence); ומעצם הגדרתם הם ניתנים מעבר לפיצוי על הנזק שנגרם, ונועדו להעניש את הנתבע. יש מדינות שאסרו כליל על פסיקתם של פיצויי ענישה, ויש שקבעו סכום מירבי שניתן לפסוק במסגרת זו.

ז. תשלומים עתיים

57. בארצות הברית, כמו בישראל, מקובל לפסוק פיצויים בנוזיקין בסכום חד (lump sum). קיימת סברה שפסיקת תשלומים עתיים עשויה להקטין את העלות, משני טעמים: הסכומים החד פעמיים הגבוהים, יוצרים בציבור ציפיות המעודדות הגשת תביעות. כמו כן פסיקת תשלומים עיתיים עשויה לחסוך סכום ניכר, כאשר הנפגע נפטר, או שצרכיו הרפואיים קטנו. לכן בכמה מדינות התקבלה חקיקה המסמיכה בתי משפט לפסוק תשלומים עתיים.

ח. פיצוי על ידי קרן

58. על מנת להקל על המוסדות הרפואיים, ולהקטין את חששם של המבטחים, נקבע במדינות אחדות שכל סכום מעבר לסכום מסויים בגין אירוע אחד, ישולם על ידי קרן שהוקמה באותה מדינה, ושממומנת על ידי נותני השירותים הרפואיים באותה מדינה.

ט. ניכוי הטבות

59. על פי המקובל בארצות הברית אין מציגים למושבעים ראיות בדבר הטבות שבהן זוכה הנפגע מצדדים שלישיים, ואותן הטבות אינן מנוכות מסכום הפיצויים. במאמץ להפחית את סכומי הפיצויים, שונה הדין בכמה מדינות, ונקבע שניתן להביא את ההטבות לידיעת המושבעים, מבלי שתהיה חובה לנכותן מהפיצויים.

י. הגבלת שכר הטרחה לעורכי הדין

60. בארצות הברית, כמו בישראל, מקובל שבתביעות על נזקי גוף, מוסכם בין הלקוח לעורך הדין על שכר המותנה בתוצאות, כאשר שכר הטרחה נע בין שליש למחצית מהסכום שנפסק לתובע.

במטרה להקטין את התמריץ להגשת תביעות סרק על ידי עורכי דין, נקבעה במדינות רבות תקרה לשכרו של עורך הדין. הנשיא קלינטון הציע ששכר הטרחה לא יעלה על שליש. יש מהמדינות שקבעו שיעורים מירביים לשכר הטרחה, ההולכים ויורדים עם עלות סכום הפיצויים. כך נקבע בקליפורניה כי אין לגבות יותר מ-40% מפיצויים עד \$ 50,000, 25% מ-500,000\$, ו-15% מסכום העולה על \$ 600,000. במסצ'וסטס נקבע הדירוג הבא: 40% מ-\$150,000 הראשונים, 33.3% מ-\$150,000 הבאים, 30% מ-\$ 200,000 הבאים ו-25% מכל סכום שמעבר לכך.

י"א. שינויים במשק הביטוח

61. המישור השלישי שבו נעשו שינויים בארצות הברית, הוא בתחום של משק הביטוח. הצורך בכך בא בשל הקושי של העוסקים ברפואה להשיג כיסוי ביטוחי, ובשל הסכומים הגבוהים שנדרשו כפרמיות.

הדרך העיקרית להתמודד עם הקשיים האמורים, היתה בהקמת מאגרים (פול) של מבטחים. כספי המאגרים באו מהמבטחים. המאגרים סיפקו ביטוח לכל. עם זאת הודק הפיקוח של הממשלה על פעילותם של המבטחים בתחום הרשלנות הרפואית, לרבות פיקוח על הפרמיות. חשיבות רבה יש למסד נתונים שנוצר לראשונה, עקב חובת המבטחים לתת דיווח מפורט על תביעות בגין רשלנות רפואית וסילוקן.

פ ר ק ש ש י: ה מ צ ב ה מ ש פ ט י ב י ש ר א ל

א. מבוא

62. אין במשפט הישראלי הסדרים מיוחדים לאחריות האזרחית לנזק הנגרם על ידי טיפול רפואי. המדינה קיבלה על עצמה פיצוי של שתי קבוצות מוגדרות, כאשר הפיצוי אינו מותנה באשמה של גורם כלשהו: חוק ביטוח נפגעי חיסון תשי"ן – 1989, חוק לפיצוי נפגעי ערוי דם (נגיף האידס) התשנ"ג - 1992 וחוק לפיצוי נפגעי גזזת התשנ"ד - 1994. פרט לכך, מי שנכותו גבוהה והכנסתו נמוכה, עשוי להיות זכאי לקצבה מהמוסד לביטוח לאומי לפי פרק ט' לחוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב] תשנ"ה - 1995. הזכאות לקצבה זו אינה קשורה בעילת הנכות. לכן גם מי שנכותו נגרמה על ידי טיפול רפואי זכאי לקצבה. אבל מי שניזוק על ידי טיפול רפואי, מבלי שנגרמה לו נכות, לא יהיה זכאי לקצבה. כך למשל, מי שנפגע כשרו להביא ילדים לעולם, לא יהיה זכאי לתשלום כלשהו. קצבת הנכות שהמוסד לביטוח לאומי משלם הינה זעומה. חיילים הנפגעים על ידי טיפול רפואי, זכאים בדרך כלל לקצבה ולטיפול רפואי, ללא זיקה לאשמה במתן הטיפול, וזאת על פי חוק הנכים (תגמולים ושיקום) תשי"ט – 1959 [נוסח משולב]. אם החייל נפטר זכאית משפחתו – על פי משפחות חיילים שנספו במערכה (תגמולים ושיקום) תשי"י – 1950.

כך גם מי שניזוק בתאונת דרכים, זכאי על פי חוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים תשל"ה – 1975, לפיצוי על נזק שנגרם לו על ידי טיפול רפואי שלו נזקק בעקבות בתאונה, ללא קשר לשאלת אשמה, לתוצאות הטיפול.

תרופה מלאה למי שניזוק על ידי טיפול רפואי ניתן למצוא במסגרת המשפט האזרחי. הפתרון יכול להיות במסגרת דיני החוזים ובעוולות שונות שבפקודת הנזיקין [נוסח חדש]. בניגוד לפתרונות שנזכרו, המבטיחים קצבה בסיסית ושווה לכל, הפיצוי במשפט האזרחי נועד להשיב

המצב לקדמותו, ומבוסס על נזקו של הנפגע בכל המישורים: אבדן כושר השתכרות, הוצאות למיניהן ופיצוי על כאב וסבל.

ב. אחריות בנזיקין - עוולת הרשלנות

63. המסגרת המשפטית השכיחה לדיון בפיצוי על נזק שנגרם עקב טיפול רפואי במשפט הישראלי, הם סעיפים 35 ו-36 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש], העוסקים בעוולת הרשלנות. במובן זה אין דין מיוחד לסוגיית הרשלנות הרפואית, והעקרונות החלים הם אלו שבסעיפים 35 ו-36 לפקודת הנזיקין, כפי שהתפתחו בפסיקה. כמובן, שלצורך ההכרעה בסוגיות רשלנות רפואית התפתחו, במיוחד בשנים האחרונות, הלכות רבות, אשר התאימו את העקרונות למצבים המיוחדים לרשלנות ברפואה.

יסודותיה של עוולת הרשלנות הם חובת זהירות, התרשלנות (הפרת חובת הזהירות) ונזק. הדרישה לקשר סיבתי בין הפרת חובת הזהירות לנזק משקפת את האבחנה של מקרים שבהם מייחסים את מצבו של החולה לרשלנותו של הרופא, לבין מקרים שבהם לא הצליח הטיפול הרפואי, ואין לייחס את מצבו של החולה לרשלנות בטיפול הרפואי.

ניתן לסכם את העקרונות המנחים את בתי המשפט, בדונם באחריותו של רופא לנזק שנגרם לחולה:

(א) רשלנות היא סטיה מהתנהגות של אדם סביר או מהתנהגות של אדם שלא השתמש במשלח ידו במיומנות, שאדם סביר ונבון וכשיר לפעול באותו משלח יד היה משתמש באותן נסיבות (סעיף 35 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש]). בתי המשפט השתמשו באמירה זו לקביעת נורמות ההתנהגות של האדם הסביר ושל הרופא הסביר בכלל זה. תוך כדי קביעה זו יש ובתי המשפט לא נטו להתבסס על הפרקטיקה המקובלת בין הרופאים המומחים באותו תחום (ע"א 3108/91 רייבי נ' ד"ר ויגל פ"ד מ"ז (2) 497).

(ב) בעוד שנורמות ההתנהגות נקבעות על ידי בתי המשפט, הרי רמת הזהירות הנדרשת מהרופא נגזרת מהמקובל ברפואה. אין לדרוש מכל רופא רמת זהירות מופלגת ומיומנות מעולה. דיו שינהג בזהירות ובמיומנות שבעל מקצוע סביר היה נוקט.

(ג) רופא לא ייחשב כרשלן רק מפני שיש רופאים הדוגלים בשיטה אחרת וחולקים על שיטתו, ובלבד שאותו רופא פעל בשיטה המקובלת על רופאים בעלי כשירות באותו תחום רפואי.

(ד) רופא עלול לטעות, ולא כל טעות בשיקול דעת מהווה רשלנות.

מכיוון שמרבית התביעות המוגשות לבתי המשפט נידונות במסגרת עולת הרשלנות, מירב ההתייחסות בדו"ח תהיה לעוולה זו, ולשינויים המוצעים לגבי יישומה על תביעות בגין נזק שנגרם על ידי טיפול רפואי.

הנחות היסוד בדיוני הועדה היו שיש לשאוף להפחתת העלויות הנגרמות על ידי השיטה הקיימת, תוך שמירה מירבית על זכויותיהם של הנפגעים ומיזעור הפגיעה ברופאים. בהמשך תידונה דרכים לפישוט ההליכים במטרה להקל על הנפגעים ולהקטין את העלויות הכרוכות בטיפול בתביעות על רשלנות רפואית.

ג. תקיפה

64. הגדרתה של עולת התקיפה בסעיף 23 לפקודת הנזיקין הינה כה רחבה עד שחלק ניכר מהטיפול הרפואי נופל בגדרה. על מנת שפעולה רפואית תחשב כתקיפה די בכך שנעשה שימוש בכח מכל סוג שהוא נגד גופו של אדם על ידי נגיעה. תנאי נוסף הוא שהפעולה נעשתה ללא הסכמת החולה. ההסכמה הנדרשת כדי לשלול מהמעשה את אופיו העולתי, היא הסכמה מדעת, דהיינו הסכמה המבוססת על הבנה של מהות הטיפול, מהות הסיכונים הכרוכים בו והחלופות הקיימות. על מנת להצליח בתביעה על תקיפה אין צורך להוכיח רשלנות בטיפול הרפואי, ודי בכך שהטיפול ניתן ללא הסכמתו המודעת של החולה.

65. לדעת הועדה המצב הקיים אינו רצוי. אין הצדקה לקביעה כי רופא "תקף" את המטופל, כאשר כל שמתכוונים לומר הוא שהטיפול ניתן מבלי שהתקבלה הסכמה מדעת של המטופל. ניתן להגן על עניינו הלגיטימי של המטופל, אם עניין ההסכמה ייבחן במסגרת עולת הרשלנות. יש לכך שתי מעלות. ראשית, תיווצר גמישות לגבי הנסיבות שבהן אי קבלת הסכמה מדעת, תשמש בסיס לתביעה בנזיקין. מחדלו של רופא ייבחן באמות מידה שבהן נבדקת כלל התנהגותו של רופא, בעולת הרשלנות. השאלה תהיה אם ההסבר שניתן לחולה וההסכמה שנתקבלה, תואמים התנהגותו של רופא סביר ומיומן, בנסיבות העניין. גמישות כזו, אין כיום, ועילת התביעה קמה משלא התקבלה הסכמה מדעת. שנית, תיבחן דעתו של המטופל. רק אם ייקבע שהמטופל לא היה נותן הסכמתו, לו נדרש לתיתה, יהיה המטופל זכאי לפיצוי. אם ייקבע שמתן ההסבר לא היה מונע מהמטופל מתן הסכמה, תידחה תביעתו.*

* חוות דעת מיעוט בעניין זה כלולה בחוות דעת לענין ההסכמה מדעת בסעיף 114.

ד. הפרת חובה חקוקה

66. לתוצאה זהה לזו של תביעה על עוולת התקיפה, ניתן להגיע בעזרת העוולה של הפרת חובה חקוקה, בהתאם לסעיף 63 לפקודת הנזיקין. על פי הוראה זו מעוול הוא מי שגרם נזק על ידי הפרת חובה שנקבעה בחיקוק. חובה כזו נקבעה בסעיף 13 לחוק זכויות החולה התשנ"ו - 1996. על פי סעיף זה לא יינתן טיפול רפואי למטופל, אלא אם נתן לכך המטופל הסכמה מדעת. אם ניתן טיפול ללא הסכמה מדעת, יוכל המטופל לתבוע פיצוי על נזק שנגרם לו עקב אי קבלת הסכמתו, וזאת ללא צורך בהוכחת רשלנות בטיפול. כך למשל מי שנקטעה רגלו, בגלל הנחיה רפואית, אבל מבלי שהתקבלה הסכמתו, יוכל לתבוע פיצוי על אבדן הרגל, על אף שהיתה הורייה רפואית לטיפול.

ו. הפרת הסכם

67. בהקשר של תביעות נגד רופאים על נזק שנגרם תוך כדי טיפול, מקובל להתייחס לרשלנות רפואית, כעוולה נזיקית. אולם קיימים אפיקים אחרים לתביעה. ראשית, ניתן לתבוע מהרופא פיצויים על הפרת חוזה. דרך זו זרועה קשיים משפטיים, כאשר השירות ניתן במסגרת מוסד, וכחלק מהשירות שלו זכאי החולה על פי חוק ביטוח בריאות ממלכתי. אבל בכל מקרה של זיקה ישירה בין חולה לרופא, כמו למשל בכירורגיה פלסטית למטרות אסתטיות או ברפואת שיניים, קיים קשר חוזי בין החולה לרופא. אי הצלחת הטיפול שלשמו התקשר החולה עם הרופא, הינה לכאורה הפרת חוזה. הרופא יוכל להתגונן בטענה שבחוזה היה תנאי מכללא, שאם ינהג בהתאם למקובל, ובכל זאת הטיפול לא יצליח או ייגרם נזק לוואי, לא ישא הרופא באחריות. לכן גם כאשר התביעה תהיה על הפרת חוזה, היא תיסוב בסופו של דבר על רשלנות בטיפול הרפואי.

השוני בין תביעה על הפרת חוזה לבין תביעה נזיקית יהיה בכך שמלכתחילה על הרופא הנטל להוכיח שלא התרשל, בעוד שבנזיקין, העברת הנטל מצריכה הכרעה שיפוטית, תוך שימוש בכלל שהדבר בעד עצמו.

ז. על מה מפצים

68. הנפגע, שהוכרה זכותו לפיצוי, זכאי לפיצויים שבעיקרם הם על כאב וסבל, על אבדן כשר השתכרות ועל הוצאות שנגרמו על ידי הפגיעה.

בעוד שבארצות הברית נפסקים לעתים סכומים נכבדים מאד כפיצוי על כאב וסבל, הסכומים שנפסקים בישראל הינם מתונים ביותר. לכן אין צורך להגביל את הפיצויים על ראש נזק זה, כפי שנעשה בארצות הברית. הפיצוי על אבדן כושר השתכרות נועד לאפשר לנפגע ולמשפחתו להמשיך ולנהל אורח חיים תקין, על אף הפגיעה. הפיצוי הוא על הכנסות שנמנעות מהנפגע. גם כאן אין הצדקה להפחתת סכומי הפיצויים.

הפיצוי על הוצאות שנגרמו לנפגע מתייחס בעיקר להוצאות הרפואיות. מאז חוק ביטוח בריאות ממלכתי תשנ"ד – 1994 זכאי הנפגע לטיפול רפואי במסגרתו של החוק, גם אם הצורך בטיפול נגרם על ידי מעשה נזיקין. כך נפסק בע"א 5557/95 סהר בע"מ נ' דוד אלחזד פ"ד נ"א (2) 724. כעולה מפסק דין זה אין מתייתר הצורך לעסוק בעלויות הרפואיות. כך, למשל, על פי דיני הנזיקין זכאי הנפגע לעתים לשרותים שאינם כלולים בסל הניתן על פי חוק ביטוח בריאות ממלכתי. בירורה של הזכות לפיצוי על אותם שירותים כרוך לעתים בראיות מרובות, המצריכות זמן ניכר. כמו כן, על פי סעיף 22 לחוק זכאי נותן השרות לשיפוי מהמזיק על עלויות הטיפול שניתן בעקבות מעשה הנזיקין.

מכלול הבעיות הכרוכות בהשלכותיו של חוק ביטוח בריאות ממלכתי נידונות בועדה בראשותה של מנכ"ל משרד המשפטים. הועדה סבורה שאין הצדקה להציע פתרונות מיוחדים לנפגעים על ידי טיפול רפואי.

ח. התיישנות

69. על פי חוק ההתיישנות תשי"ח - 1958 מתיישנת תביעה בחלוף שבע שנים. כאשר אין הנזק מתגלה, מוארכת תקופת ההתיישנות עד עשר שנים (סעיף 89 לפקודת הנזיקין). משך הזמן להתיישנות התביעה בישראל ארוך מהמקובל במדינות רבות וניתן לקצרו ללא פגיעה ממשית בנפגעים. בדרך כלל, מי שנפגע וסובל נזק, מזדרז ומגיש את תביעתו זמן ניכר לפני חלוף תקופת ההתיישנות. אולם עצם האפשרות לתבוע אחרי שנים רבות מגביר את חוסר הודאות ומייקר את הביטוח.

הבעיה העיקרית בהקשר להתיישנות נעוצה בכך שבהתאם לסעיף 10 לחוק ההתיישנות מירוץ ההתיישנות לגבי קטין שניזוק, מתחיל רק בהגיעו לגיל שמונה

עשרה. התוצאה היא שניתן להגיש תביעה עשרים וחמש שנים לאחר האירוע. אפשרות זו מכבידה ביותר על הנתבע שלא היה מודע לצורך לשמור על ראיותיו. כן נוצר חוסר ודאות אצל המבטחים, שאינם יכולים לקבל תחזית כלשהי מהמבוטחים בקשר לתביעות אפשריות, בגין אירועים שהתרחשו לפני עשרים וחמש שנים.

דעת רוב חברי הועדה היא שרצוי לערוך שינוי בדיני ההתיישנות, במגמה להגיע לתקופות קצרות יותר שבהן תתישן התביעה. אולם מכיון שבמשרד המשפטים מעבדים הצעת חוק כוללת לענין ההתיישנות, היה רוב חברי הועדה בדעה שלא ראוי שהועדה תגבש הצעה מפורטת, בהנחה שגישתה של הועדה תילקח בחשבון בהצעת החוק.*

על פי הצעת החוק תקוצר תקופת ההתיישנות לארבע שנים תחת שבע שנים כיום. לגבי תביעות של קטינים תועמד ההתיישנות על שבע שנים, ובלבד שתקופת ההתיישנות לא תסתיים לפני חלוף ארבע שנים ממועד הגיע הנפגע לבגרות. לגבי קטין שיש לו אפוטרופוס, לרבות אפוטרופוס טבעי, תימנה תקופת ההתיישנות מהמועד שבו היה לקטין אפוטרופוס, בתנאי שתביעת הקטין לא תתישן לפני הגיעו לגיל עשר.

* חוות דעת מיעוט ראה בסעיף 114 להלן.

פרק שביעי: הוכחת הרשלנות הרפואית

א. מומחים רפואיים

70. על פי שיטתנו המשפטית המוציא מחברו עליו הראיה. לכן, לכאורה, על התובע להוכיח הן את רשלנותו של הנתבע והן את הנזק. מכיוון שהוכחת אלה מצריכה ראיות על דברים שברפואה, חלה תקנה 127 לתקנות סדר הדין האזרחי תשמ"ד-1984. על פי תקנה זו, על התובע ברשלנות רפואית לצרף לכתב התביעה חוות דעת רפואית. אי צירופה של חוות הדעת שולל מהתובע את האפשרות להוכיח את הרשלנות הרפואית.

71. הושמעה בפני הועדה טענה שתובעים נתקלים בקושי לקבל חוות דעת רפואית, בין השאר בגלל מה שמכונה "קשר השתיקה של הרופאים". הועדה אינה סבורה שקיימת תופעה של הימנעות ממתן חוות דעת. המציאות בבתי המשפט מלמדת שתופעה זו אינה קיימת. ייתכן שבעבר היו מקרים שבהם היה קושי לקבל חוות דעת נגד רופא בכיר, שהיה גם מורם של רבים מהרופאים בארץ באותו תחום. כיום, עם ריבוי הרופאים, וריבוי המוסדות להוראת רפואה, אין נתקלים בתופעה.

72. יש ותובעים אכן מתקשים לקבל חוות דעת רפואית בגלל אחת משתי סיבות: עלותה של חוות הדעת והעדר בסיס לסברת התובע כי יש לו עילת תביעה. לעתים קרובות, התובע נתון במצב כלכלי קשה, כתוצאה ממצבו הרפואי, והוא מתקשה לשלם תמורת חוות הדעת. לעתים קרובות הסכום הנדרש תמורת חוות הדעת גבוה. ההצדקה למחיר גבוה לחוות הדעת היא בעבודת ההכנה הרבה הכרוכה בהכנתה, עקב הצורך לקרוא חומר רפואי רב וכן מאמרים ומחקרים, וכן פיצוי על אי הנעימות הכרוכה בהופעה בבית המשפט לחקירה נגדית, כאשר זו נדרשת. יתר על כן, הדורשים שכר גבוה הם בכירי הרופאים ואין מקום להתערב בכך. תמיד ניתן להסתפק בחוות דעת של רופא שמוכן לתיתה תמורת סכום נמוך יותר. הסיבה העיקרית לקשיים שעליהם מתלוננים תובעים בקבלת חוות דעת רפואית היא, שבמקרים רבים מבוקש להגיש תביעה, כאשר אין בסיס לסברת התובע כי נזקו בא בשל רשלנות. באותם מקרים, מהווה הקושי לקבל חוות דעת, מסנן ראוי המונע הגשת תביעות סרק.

על כל פנים, נתונה לבית המשפט הסמכות, על פי תקנה 127 לתקנות סדר הדין האזרחי, לפטור את התובע מהגשת חוות דעת רפואית, ולמנות מומחה מטעמו, בהתאם לתקנה 130. בתביעות על רשלנות רפואית עושים בתי המשפט שימוש בסמכות זו, לעתים נדירות, אבל בעצם קיומה של הסמכות, יש כדי לפתור מקרים שנסיבותיהם מיוחדות.

73. משהוגשה חוות דעת מטעם התובע, רשאי הנתבע, בהתאם לתקנה 128, לדרוש כי התובע יעמוד לבדיקה בידי רופא מטעמו, ורשאי הוא להגיש חוות דעת מטעמו. התוצאה היא שבפני בית המשפט מונחות שתי חוות דעת, כאשר כל אחד מבעלי הדין זכאי לחקור את המומחה של יריבו בחקירה שכנגד (סעיף 26 לפקודת הראיות [נוסח חדש]). יש הסבורים כי דרך זו בזבזנית ומכבידה. בזבזנית, מכיוון שהעלויות הכרוכות בהטרכת שני רופאים הנן ניכרות, ולכך מתווספת עלות סמויה, של הימצאות הרופאים בבתי המשפט לחקירה נגדית, תחת שיעסקו ברפואה. ההכבדה היא בכך שעורכי הדין, שהם הדיוטות ברפואה, צריכים לחקור את הרופאים ולאחר מכן לטעון בעניינים שברפואה. יתר על כן, בסופו של דבר ההחלטה היא של השופט, שצריך להכריע בין חוות דעת של מומחים, כאשר מומחיותו בודאי פחותה משלהם.

74. יש הסבורים שפתרונה של בעיה זו הוא במינוי מומחה מטעם בית המשפט, מכח הסמכות על פי תקנה 130. אלא שמינוי מומחה על ידי בית המשפט, בנוסף למומחים מטעם בעלי הדין, אינו פותר את הקשיים שעליהם הוצבע, אלא מוסיף עלותו של מומחה שלישי. המומחה מטעם בית המשפט צפוי לחקירה נגדית על ידי שני בעלי הדין, ועל פי הפסיקה אין בית המשפט חייב לאמץ את חוות דעתו דווקא. תחת להכריע בין שתי חוות דעת שהביאו שני בעלי הדין, על בית המשפט להכריע בין שלש חוות דעת.

75. חוסר שביעות הרצון מהמצב המתואר הביא להעלאת שתי הצעות: העברת ההכרעה בעניין הרשלנות מידי בית המשפט לפורום של רופאים או מינוי של מומחה מטעם בית המשפט, תוך ייתור הצורך במומחים מטעם בעלי הדין.

ב. העברת ההכרעה לפורום מומחים

76. ההנמקה לרעיון של העברת ההכרעה בשאלת הרשלנות, היא שמדובר בשאלות המצריכות ידע והבנה, שאינם מצויים בידי בתי המשפט. משמעה של הצעה זו הוא הוצאת ההחלטה מידי בתי המשפט.

הוועדה לא קיבלה הצעה זו. אין ענייני הרפואה מסובכים וכבדים מנושאים רבים אחרים שלהם נדרשים בתי המשפט, כמו למשל ענייני פטנטים, תכנון ובניה, ניירות ערך וכיוצא באלה.

שיטתנו היא שבעזרת באי כח בעלי הדין מועבר הידע הדרוש לבית המשפט, והוא זה המכריע במחלוקת. אין מניעה לכך ששופט ירכוש מומחיות מסויימת בתחום שבו הוא מתבקש להחליט, תוך שיעסוק באותו תחום במשך תקופה ארוכה יחסית.

הצעה להעביר את ההכרעה מבתי המשפט לטריבונלים מיוחדים, בעלי מומחיות, נידונה ונדחתה בדו"ח הועדה לבדיקת מבנה בתי המשפט הרגילים בישראל בראשות שופט בית המשפט העליון השופט אור (דו"ח מאוגוסט 1997 ע' 62-63).

הצורך בהתמחות מיוחדת הועלה גם באנגליה בפני Lord Woolfe, שעסק בייעול ההליכים האזרחיים באנגליה. בדו"ח שהכין הוקדש מקום נרחב לתביעות על רשלנות רפואית. בדו"ח Access to Justice, 1996 הובעה הדעה (בעמוד 185), כי שופט מסוגל לרכוש במהלך המשפט מידע וידע שיאפשרו לו להחליט במחלוקת שבפניו. לדעת לורד וולף אחד התפקידים של באי כח בעלי הדין ושל העדים המומחים המופיעים בבית המשפט, הוא להבטיח שהשופט אכן ישלוט דיו בנושא שהובא להכרעתו. עם זאת, ציין Lord Woolfe כי כאשר מובא הענין בפני שופט המנוסה בתחום, נחסך זמן דיוני, הודות לנסיונו וסמכותיותו של השופט.*

גם הועדה בראשות השופט אור המליצה על התמקצעות בבתי המשפט, דהיינו כי שופטים יתמחו בתחומים מסוימים, ויעסקו במשך זמן ממושך יחסית באותו תחום. אין דבר בין מגמה זו, לרעיון של העברת ההכרעה בסוגיות של רשלנות רפואית לפנל של מומחים, שאינם נמנים על מערכת השפיטה.

77. יש הסוברים כי אין לסמוך על מומחים הנותנים חוות דעתם לבקשת בעלי הדין. על פי סברה זו הופכים המומחים ל"שכירי חרב", שחוות הדעת שהם מכינים נועדו להשביע את רצון לקוחותיהם.

אין מקובלת על הועדה הדעה שמומחים מטעים דעתם על פי המזמין את חוות הדעת. קשה להעלות על הדעת שמנהל מחלקה בבית חולים יהיה מוכן לכתב בחוות דעת דברים שאינו מאמין בהם, וזאת על מנת לזכות בשכר המקובל עבור חוות דעת. אמנם כל בעל דין מגיש חוות דעת של מומחה שדעתו נוטה לכיוון הרצוי לאותו בעל דין. אלא שהדבר נובע ממגוון הדעות ברפואה, כאשר בעל דין, וביחוד פרקליטו, מוצאים את המומחה שדעתו נוטה לכיוון הרצוי לאותו בעל דין.

78. הפקדת ההחלטה בידי מומחה או מינויו של מומחה מטעם בית המשפט, שיגיש חוות דעת, חשופים לאותו סיכון, שלרופא יש דעה שמקורה בהכשרתו, בנסיונו או באסכולה שעליה הוא נמנה. כאשר מדובר במומחה אחד מיני כמה, הנתון לחקירה שכנגד, ייחשף הרקע להכרעתו, ויהיה

* חוות דעת של מיעוט ראה בסעיף 113 להלן.

נתון לבקרת שיפוטית. הפקדת ההכרעה בידי המומחה עלולה להביא לעיוות דין. לורד וולף, שעקרונית תומך במינויו של מומחה יחיד מטעם בית המשפט, מודה שבתביעות על רשלנות רפואית, ניתן ללכת בדרך זו רק בתביעות קטנות (על פי הצעתו עד כ- 60,000 ש"ח).

79. בתביעות על פי חוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים תשל"ה-1975, נוהגים כיום על פי סעיפים 6א' ו-6ב' לאותו חוק. על פי סעיף 6ב', נעזרים לקביעת הנכות הרפואית של הנפגע, בקביעה שנעשתה על פי דין, בדרך כלל על ידי המוסד לביטוח לאומי. בהעדר קביעה כזו, ממנה בית המשפט מומחה או מומחים בתחומי הרפואה השונים, לקביעת דרגת הנכות הרפואית, כאמור בסעיף 6א' לחוק.

הועדה בראשות השופט **אור** המליצה (בע' 110 113-) לאמץ הסדר זה לגבי כל התביעות על נזקי גוף (סעיף 100 לדו"ח). עם זאת העלתה הועדה הצעה, שהציעה גם הועדה בנושא בדיקת יישומו של חוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים, בראשותו של שופט בית המשפט העליון (בדימוס) השופט צבי ברנזון. בדו"ח שהגישה ב-1991 הציעה הועדה (בעמודים 36-37) הצעה מפורטת להפעלת מנגנון מרכזי לקביעת נכות רפואית. ההצעה היא כי דרגת הנכות הרפואית תיקבע על ידי מרכזים לבדיקות רפואיות, שקביעותיהם תחייבנה הן לענין דיני הנזיקין, והן לצורך חוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב] תשנ"ה-1995, וחוק הנכים תגמולים ושיקום [נוסח משולב] תשי"ט-1959.

המנגנון המוצע על ידי ועדת השופט **אור** מתייחס רק לקביעת דרגת הנכות הרפואית, ואין בו התייחסות לדרך הדיון ברשלנות רפואית. העברת הקביעה בענין זה למרכז, המוצע על ידי ועדת השופט **אור**, נגועה באותן מגרעות שכבר הוצבע עליהן. נותרה השאלה אם ראוי לאמץ את הצעת הועדה בראשות השופט **אור**, לענין תביעות הנוגעות לרשלנות רפואית, דהיינו אם ראוי שגם בתביעות על רשלנות רפואית, תיקבע דרגת הנכות הרפואית על ידי המרכז המוצע.

המענה לשאלה האמורה הוא שלילי, מכמה טעמים. ראשית, כל תכליתה של ההצעה לחסוך בזמן ובעלויות. בתביעה על רשלנות רפואית, יש בלאו הכי חוות דעת רפואית, אחת או יותר, ואותם מומחים קובעים, בדרך כלל, גם את דרגת הנכות הרפואית. בנסיבות אלה העלות של קביעת הנכות הרפואית היא שולית.

שנית, קביעת דרגת הנכות הרפואית מצריכה גם התייחסות לסוגיית הקשר הסיבתי, בין מעשה הרשלנות לבין הנזק שעליו יש לפצות. לשם כך יש צורך בהתייחסות למצבו של הנפגע, אלמלא הרשלנות. שאלה זו שלובה בנושא הטיפול שניתן לנפגע ובאיכותו, שזו השאלה שאליה מתייחס בלאו הכי המומחה העוסק בסוגיית הרשלנות הרפואית.

80. אפילו תתקבל הצעת הועדה בראשות השופט **אור**, מציעה הועדה שלא ליישמה לענין תביעות על רשלנות רפואית, ולהשאיר את המצב הקיים, שעל פיו רשאי כל אחד מבעלי

הדין להגיש חוות דעת רפואית אשר תתייחס לרשלנות הרפואית ולדרגת הנכות הרפואית גם יחד.

ג. נטל הראיה

81. בתביעות נזיקין, כמו בכל תביעה אזרחית אחרת, על מנת לזכות בתביעה, על התובע להוכיח כי מאזן ההסתברויות נוטה לטובתו. בתביעות על רשלנות רפואית בדרך כלל:

(א) החולה אינו יודע, במקרים רבים, באופן בלתי אמצעי, מה העובדות שגרמו לו נזק. מצב דברים זה נכון, כמובן, כאשר התובע אינו מסוגל לקלוט את העובדות (כגון בהיותו בהרדמה, או מטושטש מכאבים). אך גם כאשר העובדות מתרחשות לנגד עיניו, אין החולה מסוגל להבינן ולקלטן לאור חוסר מומחיותו.

(ב) המידע מצוי בידי המוסד הרפואי ולא בידי החולה: דברי כב' הנשיא שמגר, בע"א 206/89 רז נ. בית חולים אלישע בע"מ ואח' פ"ד מ"ז (3) 805.

(ג) העובדות מתועדות על ידי המוסד הרפואי בלבד. במילים אחרות, במקרה ואין תיעוד, או שהתיעוד לוקה בחסר, התובע אינו מסוגל ללמוד מה קרה.

(ד) המסמכים המתעדים את האירועים, נוצרים על ידי המוסד הרפואי, ונשמרים בידיו. על מנת להתמודד עם הקשיים האמורים ניתן להעביר את נטל הראיה אל הנתבע בעזרת הכלל הידוע כ"הדבר מדבר בעדו" מצוי בסעיף 41 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש]. כלל זה קובע כי במידה והתקיימו שלושה תנאים (אי ידיעת העובדות - על ידי התובע - הגורמות לנזק בעת התרחשות הנזק, גרימת הנזק על ידי נכס שבשליטת הנתבעים, והסתברות שאירוע הנזק מתיישב יותר עם רשלנות מאשר עם העדרה), עובר לנתבע נטל השכנוע שלא היתה רשלנות. בנוסף לכלל החקוק, פיתחו בתי המשפט הלכה שעל פיה מועבר נטל הראיה לתובע, כאשר מסתבר יותר שהיתה רשלנות מצד הנתבע, מאשר שזו נעדרה, וזאת גם אם אין מתקיימים יתר התנאים שבסעיף 41 לפקודת הנזיקין. כלשונו של הנשיא שמגר בע"א 206/89 רז נ' בית חולים אלישע בע"מ פ"ד מ"ז (3) 805, בע" 817:

"העברת הנטל מבטאת את ההגיון הנובע... מן הנגישות למקורות מידע. טמונה בכך גם - נוסף לכך ומעבר לכך - מגמה של חיסכון בהוצאות המשפט, שביטויה בהפניית הנטל למי שבידיו כלים להכרת הראיות ולהבאתן בפני הערכאה השיפוטית."

לכאורה, העברת נטל הראיה בעזרת הכלל של "הדבר מדבר בעדו" או מכח השכל הישר ודיני הראיות - מיטיבה ביותר עם התובע. אלא שבפועל אין הדברים כן. על פי סדרי הדין הנהוגים בבתי המשפט בישראל, על התובע להביא את כל ראיותיו במקשה אחת. מכאן שתובע, החפץ להסתמך

על העברת נטל הראייה, חייב להביא ראיותיו לקיום התנאים הנחוצים להעברת נטל הראייה. אולם, באותו שלב אין בית המשפט נותן החלטה בשאלה אם אכן עבר נטל הראייה. החלטה זו תינתן בפסק הדין שמקומו בסוף הדיון כולו. לכן, תובע שאינו רוצה להשליך יהבו על העברת נטל הראייה, חייב להמשיך מיד בהבאת ראיותיו להוכחת רשלנותו של הנתבע.

התוצאה מהאמור היא שגם אם העברת הנטל מועילה לתובע בסופו של דבר, הרי אין בהעברת נטל הראייה כדי להקל על ניהול המשפט על ידי התובע. מה עוד, שלעתים קרובות, בשעת הגשת התביעה לא מצויים בידי התובע כל המסמכים שברשות הנתבע. אלה מועמדים לעיונו רק בעקבות הליכי גילוי ועיון, לאחר הגשת התביעה. לכן עומד התובע בפני קושי ניכר בהכנת ראיותיו.

יתר על כן, ההתדיינות בשאלה על מי נטל הראייה, היא בדרך כלל מיותרת, באשר במרבית התביעות על רשלנות רפואית, נוהגים בתי המשפט לקבל את הטענה שראוי להעביר את נטל הראייה.

הצעה חלופית שהועלתה היתה היפוך סדר הבאת הראיות. לדעת התומכים בהצעה זו, ראוי שהנתבע יתחיל בהבאת הראיות באשר בידיו הראיות, ולו נגישות רבה יותר לחוות דעת של מומחים.

82. על דעת רוב חברי הועדה לא התקבלה ההצעה לקבוע בחקיקה כי בתביעות על נזק שנגרם על ידי רשלנות רפואית - נטל הראייה יהא על הנתבע, ואף לא ההצעה כי הנתבע יחל בהבאת הראיות.*

ד. התייעוד הרפואי

83. בפני הועדה הובאו ראיות כי מטופלים מתקשים בקבלת המסמכים הרפואיים המתייחסים לטיפול שניתן להם, וכי גם כאשר מומצאים המסמכים, אין הם שלמים. על חשיבותה של פתיחותה של המערכת הרפואית עמד הנשיא ברק בע"א 1412/94 **הסתדרות מדיציניית הדסה עין כרם נ' גלעד**, פ"ד מ"ט (2) 516, בע' 527:

“לעתים קרובות החולה שטופל אינו מבקש פיצויים. כל שמבקש החולה הוא לדעת מה אירע, תוך קבלת הסבר אישי ונטילת אחריות אישית על-ידי האחראי למחדל; כן מבקש החולה לוודא שנקטו האמצעים הדרושים כדי שבעתיד לא ייפגע חולה באותו אופן שבו הוא

* חוות דעת מיעוט ראה להלן בסעיף 112.

נפגע. אכן, לעתים דוקא הפתיחות והגילוי ביחסים שבין חולה ורופא, הבאים בעקבות בדיקה פנימית הוגנת ופתוחה, הם שעשויים למנוע תביעות...

הם גם יגבירו את האמון של החולה ברופא, אמון המונח ביסוד יחסי חולה-רופא... אין, ולא ניתן, לבנות יחסי אמון בין רופא לחולה על הסתרת האמת."

על כך עמד גם לורד Woolfe (סעיף 17 בע' 174 לדו"ח). לדעתו חלק ניכר מהתביעות בא בגלל כשל של מערכת הבריאות לספק מידע למטופלים ולבני משפחותיהם. לעתים קרובות הגשתה של תביעת נזיקין היא הדרך הקצרה והיעילה ביותר לקבלת מסמכים ומידע. לורד Woolfe מציע כי ייקבע שחובתו האתית של רופא היא למסור מידע למטופל, לרבות גילוי כל מחדל או מעשה רשלני שהזיקו למטופל. על פי הצעתו אי מילוי חובה זו על ידי הרופא, יגרור אחריו הליכים משמעותיים נגד הרופא. כך אומר גם הנשיא ברק, כי חובת הרופא ובית החולים למסור לחולה את המידע שבידם באשר לטיפול שקיבל, תוצאותיו ועלילותיו נגזרת מחובת הזהירות הכללית אשר הרופא ובית החולים חבים לחולה.

84. חוק זכויות החולה תשנ"ו 1996-, שהתקבל תוך כדי דיוניה של הועדה, עוסק ברשומה הרפואית ובמידע הרפואי. לאחר שבסעיף 17 נקבעת החובה לנהל רשומה רפואית מלאה, קובע סעיף 18 את זכותו של מטופל לקבל את המידע הרפואי שברשומה, לרבות העתקתה של הרשומה. על פי סעיף 18 לחוק ניתן להימנע ממסירת מידע רפואי למטופל, רק אם המידע עלול לגרום נזק חמור לבריאותו הגופנית או הנפשית של המטופל או לסכן את חייו. ועדת האתיקה שהוקמה על פי החוק, רשאית לבטל את ההחלטה למנוע מידע מהמטופל או לשנותה.

האמור בחוק זכויות החולה, משקף את אשר נאמר בעניינים אלה בפסיקה. בתי המשפט הדגישו את חשיבותן של רשומות מלאות, הן לצרכים הרפואיים והן להגנתו של הרופא או המוסד הרפואי בפני תביעה המוגשת נגדם. משהוגשה תביעה לבית המשפט, זכאי התובע לקבל לעיונו את המסמכים הרפואיים שברשות הנתבעים, במסגרת הליכי גילוי ועיון.

המטופלים לא הסתפקו ברשומות המתייחסות במישרין אליהם, ועמדו על זכותם לקבל לעיונם מסמכים שהוכנו לצורך ועדות בדיקה, שהוקמו על ידי המוסדות הרפואיים או על ידי משרד הבריאות לבדיקת תלונה של המטופל או לבדיקת אירוע חריג. בית המשפט העליון הכיר בקבילותם של מסמכים אלה כראיה בר"ע 423/83 **מדינת ישראל נ' עזבון המנוחה סילוורמן פ"ד** ל"ז (4) 281.

85. בסעיף 21(ג) לחוק זכויות החולה נקבע כי פרוטוקול דיוניה של ועדת בדיקה ימסר רק למי שמינה את הועדה ולמנהל הכללי של משרד הבריאות. ועדת בדיקה לצורך זה, הוגדרה כועדה שהוקמה לבדיקת תלונתו של מטופל או לבדיקות אירוע חריג הנוגע למתן טיפול רפואי, ואשר מונתה על ידי מנכ"ל משרד הבריאות, על ידי מנהל קופת חולים או על ידי מנהל מוסד רפואי.

בסעיף 21(ד) לחוק זכויות החולה הוסמך בית משפט להורות על מסירת פרוטוקול למטופל, אם מצא כי הצורך בגילוי לעשיית צדק עדיף מן הענין שיש שלא לגלותו. הוראה כזו יכולה להינתן במסגרת הליך שמתנהל בבית המשפט או על פי בקשה שתוגש לבית משפט השלום, ללא זיקה להליך תלוי ועומד. כאן נוצרה אפשרות להליך בבית המשפט, שאינו תלוי בתובענה המתנהלת בבית המשפט, כאשר תכליתו היחידה של ההליך היא קבלת הפרוטוקול. דרך זו עשויה לחסוך הגשתן של תובענות בנוזיקין, באותם מקרים שבהם הגשת התביעה נועדה לסלול את הדרך לקבלת מסמכים שהמוסד הרפואי סירב למסור.

86. תוך כדי דיוני הועדה ניתן פסק דינו של הנשיא ברק ברע"א 1412/94 **הסתדרות מדיצינית הדסה עין כרם נ' גלעד**, פ"ד מ"ט(2) 516, שם טען בית חולים הדסה לחסיון החומר שהוכן במהלך עבודתה של ועדת בקרה ואיכות. הבסיס לטיעון היתה ההלכה שיש חסיון לחומר שהכין בעל דין לקראת הליך משפטי. הנשיא ברק קבע שחסיון כאמור יחול רק אם ההליך המשפטי היווה מטרה עיקרית להכנת הדו"ח. מכיוון שמעצם הגדרתו דו"ח של ועדת בקרה ואיכות נועד להערכת הפעילות הרפואית ולשיפור איכותו של הטיפול הרפואי, קבע הנשיא ברק שאין מטרתו הליכים משפטיים צפויים ואין להחיל על הדו"ח חסיון.

פסק דינו של הנשיא ברק היה לנגד עיני המחוקק שעה שהוחק סעיף 22 לחוק זכויות החולה. על פי סעיף 22(ב).

"(ב) תוכן הדיונים שהתקיימו בוועדת הבקרה והאיכות, הפרוטוקול, כל חומר שהוכן לשם הדיון ושנמסר לה, סיכומיה ומסקנותיה, יהיו חסויים בפני כל אדם לרבות המטופל הנוגע בדבר ולא ישמשו ראיה בכל הליך משפטי."

עם זאת נקבע בסעיף 22(ה) לחוק:

"(ה) ממצאים עובדתיים שקבעה ועדת הבקרה והאיכות הנוגעים למצבו של מטופל, טיפול בו ולתוצאותיו, יתועדו ברשומה רפואית מיד עם קביעת הממצאים, אם לא היו רשומים קודם לכן, ויהיו חלק מהרשומה הרפואית."

העולה מהאמור בחוק הוא כי למטופל אין גישה ישירה לחומר של ועדת הבקרה והאיכות. רק אם קבעה ועדת הבקרה והאיכות ממצאים עובדתיים שלא תועדו ברשומה הרפואית קודם לכן,

הם יוספו לרשומה הרפואית. לא צויין מעיון ברשומה הרפואה שהושלמה כאמור, ניתן יהיה ללמוד מה לא היה ברשומה מתחילה, והוסף על יסוד ממצאיה של הועדה.

על פי סעיף 23 רשאי המטופל לדרוש כי ממצאים עובדתיים של הועדה יתועדו ברשומה הרפואית, ולהגיש לועדת האתיקה - השגה בענין זה. לא ברור מעיון בסעיף 23, כיצד יוכל המטופל להתמודד בהשגה האמורה, בפני ועדת האתיקה, כאשר אין מאפשרים לו לעיין בחומר של ועדת הבקרה ולאיכות.

87. הועדה דנה בסוגיה של נגישות המטופל לחומר של ועדת הבקרה והאיכות, לאחר מתן פסק דינו של הנשיא והן לאחר חקיקתו של חוק זכויות החולה. חברי הועדה נחלקו בדיעותיהם. היו מהחברים שסברו שיש לשמר את פסק דינו של הנשיא כלשונו, ובדרך זו להבטיח למטופל גישה חפשית לכל חומר המתייחס אליו, בין הוא נכלל ברשומות הרפואיות ובין אם לאו. היו חברים שחששו לעתידן של ועדות הבקרה והאיכות אם תינתן למטופל גישה לחומר המובא בפניהן, בין אם תהיה זו הגישה החפשית על פי פסק דינו של הנשיא ברק, ובין אם רק הגישה המבוקרת על פי חוק זכויות החולה.

88. הובאה בפני הועדה הצעה שיחד עם העברת נטל הראיה, ישוחרר התובע מצירוף חוות דעת רפואית לכתב התביעה. הצעה זו אינה נראית לועדה. הצורך לקבל חוות דעת רפואית ולהתמודד עם האמור בה, מעמיד את התובע ואת עורך דינו על סיכויי התביעה. אין להתעלם מכך שלעיתים מהווה הצורך לצרף חוות דעת לכתב התביעה, מחסום המונע מהתובע את הגשת התביעה, באשר באותו שלב מתברר לתובע ולעורך דינו שאין לתובע תביעה ראויה.

יתר על כן, גם אם היתה נטייה להקל עם התובע את הגשת התביעה, אין לוותר על צירופה של חוות הדעת לכתב התביעה. חוות הדעת היא הבסיס לטיעון שבכתב התביעה בדבר רשלנותו של הנתבע. אין לעורך דינו של התובע, שבדרך כלל חסר ידע ברפואה, יכולת לנסח כתב תביעה שייחס לנתבע רשלנות, מבלי שתהיה לנגד עיניו חוות דעתו של מומחה רפואי.

כמו כן זכאי הנתבע, הצריך להכין הגנתו, לדעת מה גרסתה של התביעה, במה כשל לדעתה. הטוען כי קשה להכין חוות דעת, מבלי שבפני נותן חוות הדעת כל המסמכים של הנתבעים, אומר בעצם שיש לאפשר לתובע לנסות את מזלו בהגשת תביעה, גם אם אין בידו גרסה לרשלנות הנתבע, שמא לאחר הגשת התביעה יעלה בידו להיבנות ממסמכי הנתבע ולהקים גרסה. כיום, לאחר חוק זכויות החולה, אין מקום ללכת בדרך זו. מטופל זכאי על פי סעיף 18 לקבל מידע רפואי ומסמכים מהנתבע ואם לא קיבלם ואין בידו גרסה, עליו לנקוט בהליכים שמעמיד לרשותו אותו חוק לקבלת המסמכים.

ה. ראיה למתן הסכמה מדעת

89. בסעיף 14(ב) לחוק זכויות החולה נקבע כי הסכמה מדעת לטיפולים שבתוספת תהיה בכתב שיכלול את תמצית ההסבר שניתן למטופל. הטיפולים שבתוספת כוללים ניתוחים, צינתורים של כלי דם, דיאליזה, טיפול בקרינה מייננת, טיפולי הפריה חוץ גופית וכימותרפיה לטיפול בתהליכים ממאירים.

על מנת לייתר דיון ארוך ומייגע בשאלת קיומה של הסכמה מדעת, הוצע לקבוע בחקיקה שתי חזקות:

(א) חזקה לכאורה כי האמור בכתב נכון ורק המטופל יוכל להביא ראיות לסתירה החזקה. הצעה זו התקבלה.

(ב) חזקה חלוטה שלא ניתן למטופל הסבר מעבר לאמור במסמך. לשם כך הוצע לתקן את סעיף 14(ב) לחוק זכויות החולה, ולקבוע כי המסמך יכלול את מלוא ההסבר שניתן ולא רק את תמצית ההסבר. עקב האפשרות לכלול במסמך רק את תמצית ההסבר, נוצר כר נרחב להתדיינות בשאלה מה נאמר למטופל. הצעה זו לא התקבלה.*
כן מוצע כי ייקבע שלחולה יימסר העתק של המסמך שבו נתן את הסכמתו לטיפול, לרבות העתק מדף הסבר שהוצג בפניו.

פרק שמיני: אחריות מוחלטת

א. מבוא

90. מכיוונים שונים מועלה הרעיון של אחריות מוחלטת כפתרון לרבות מהבעיות המטרידות גורמים השונים זה מזה.

אחריות מוחלטת בהקשר לתביעות על נזק הנגרם על ידי טיפול רפואי, משמעה כי כל הנפגע על ידי טיפול רפואי, יהיה זכאי לפיצוי.

תמיכה נרחבת לרעיון זה באה מחוגי הרופאים. בישראל כמעט כל העוסקים ברפואה אינם נושאים בעלותן של תביעות לפיצוי על נזק הנגרם בטיפול רפואי. מירב הרופאים מועסקים בתחום הרפואה הציבורית, בבתי חולים ובקופות החולים. מוסדות אלה מבטחים את חבותם שלהם ואת חבות הרופאים. אולם על פי הסכמי עבודה של הרופאים עם המעסיקים הציבוריים, נושאים האחרונים גם בביטוח אחריותם של הרופאים לגבי עיסוקם ברפואה שמחוץ למוסד הציבורי

* חוות דעת מיעוט ראה להלן בסעיף 113.

(הקרויה "רפואה פרטית"). הרופאים תורמים לביטוח זה סכומים מזעריים שאינם משתנים עם השינויים שחלים מדי פעם בפרמיות.

כתוצאה ממצב זה, אין הרופאים מודאגים מסכומי הפיצויים המשולמים, או מעליית פרמיות הביטוח. מעיניהם נתונים בעגמת הנפש ובפגיעה במוניטין הנגרמים לרופאים על ידי השיטה הנהוגה כיום, שבה על התובע להוכיח את רשלנותו של הרופא, תוך העלאת טענות פוגעות בדבר קיומה של אותה רשלנות.

הרעיון של אחריות מוחלטת הועלה לאחרונה גם באנגליה, ונתמך על ידי הרופאים שהרחיקו לכת באמרם שאחריות מוחלטת לא רק תחסוך את העלויות של ההתדיינות, אלא גם תתרום ליצירת מודעות שהרופאים עוסקים בענייני חיים ומוות, וכי הטיפול עלול להסתיים במוות או בנכות.

91. נימוק נוסף התומך בביסוס הפיצוי לנפגעים בטיפול רפואי על אחריות מוחלטת, הוא בעלותה הגבוהה של השיטה הקיימת המבוססת על אשמה. העלות מורכבת משכרם של בעלי חוות הדעת הרפואיות, חוות דעת שונות המתייחסות לנזק, שכר טרחתם של עורכי הדין, והעומס על בתי המשפט עקב הליכים ארוכים שבהם נידונה הרשלנות הרפואית.

ב. ביזור הנזק

92. לרופאים ולמוסדות הרפואיים יכולת טובה מאשר למטופלים להביא לביזור הנזק, באמצעות ביטוח. ביטוח אישי למקרים של נכות או מוות כתוצאה מטיפול רפואי, נופל במסגרת ביטוח תאונות אישיות, שאינו שכיח דיו בישראל.

לעומת זאת, למרבית נותני השירותים הרפואיים בישראל ביטוח אחריותם המקצועית. לדרך זו כל היתרונות של ביזור מירבי של הנזק. לנפגע מובטח פיצוי, והפוגע אינו נושא אישית בנזק שנגרם, אלא באמצעות פרמיה הנותנת ביטוי לסיכון הכרוך בעיסוקו של הפוגע. מכאן, יש אומרים, שראוי להבטיח פיצוי לכל הנפגע על ידי טיפול רפואי, כאשר בתשלום הפיצויים ישאו המבטחים של נותני השרותים הרפואיים.

ג. הקשיים בהנהגת אחריות מוחלטת

93. הועדה שקלה את כל הנימוקים התומכים באחריות מוחלטת וממליצה שלא לאמץ דרך זו.

השאיפה של השיטה בישראל היא לפצות כל שניזוק על ידי טיפול רפואי רשלני. מכאן, שכיום נותרים ללא פיצוי כל אלה שהטיפול הרפואי בהם לא צלח או שניזוקו על ידי הטיפול הרפואי ללא אשמת המטפלים, בגלל קוצר ידה של הרפואה להביא מזור לכל, ולמנוע כל נזק עקב הטיפול.

בישראל הונהגה אחריות מוחלטת לנזק גוף הנגרם בתאונות דרכים, בהתאם לחוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים תשל"ה-1975. כל הנפגע בגופו בתאונת דרכים זכאי לפיצוי. אין לדמות את התאונה הרפואית לתאונת דרכים. אירועה של תאונת הדרכים, נפרד מהנזק שעליו ניתן הפיצוי. יחסית קל לייחס את הנזק הנטען, לתאונת הדרכים שאירעה, באשר ללא תאונת הדרכים אותו נזק לו היה נגרם.

לעומת זאת, מטבעו של הטיפול הרפואי שהוא מסתיים לעתים קרובות, במותו של המטופל או בנזק למטופל שנגרמים על ידי המחלה, ואשר הטיפול הרפואי לא הצליח למנעם. המדבר באחריות מוחלטת בתחום הרפואי אינו מתכוון לפיצוי על כל נזק שעמו יוצא המטופל מהטיפול הרפואי.

לדוגמא, ראוי לבחון את עניינם של הנולדים עם פגם. כיום מקבלים פיצוי רק אלה שניתן לייחס את הפגם שלהם לטיפול רפואי רשלני. השמטת מבחן הרשלנות, והשתת האחריות על אחריות מוחלטת, משמעה שכל יילוד פגום יקבל פיצוי.

העלות הכרוכה בתשלום פיצוי לכל הילודים עם פגם הינה גבוהה פי כמה מהסכומים המשולמים כיום רק למי שהליקוי שלו נובע מרשלנות רפואית. יתר על כן, יש מקום לפיצוי כזה, רק במסגרת שיטה כוללת של מתן פיצוי לכל הסובל מנכות, ללא התייחסות לסיבתה או לדרך שבה נגרמה. בעיקרו של דבר זו הדרך שבה הלכו בניו זילנד: כל הסובל מנזק גוף - זכאי לפיצוי. כמפורט בפרק העוסק בדין בניו זילנד, נמצא שאין השיטה יכולה לכלול גם את הנפגעים על ידי טיפול רפואי, וזאת מהסיבות שהוזכרו כאן, וכן בגלל אי היכולת להתמודד עם תביעות כוזבות של מי שסבל נזק בבריאותו ללא קשר עם טיפול רפואי, וייחס אותו לטיפול הרפואי.

טעם נוסף לשינוי שחל בניו זילנד, בראשית שנות התשעים, היה בעלויות האדירות שבהן היה כרוך הפיצוי של כל הסובל מנזק רפואי ללא אבחנה.

באשר לישראל, הרי לא הוגשה לועדה הערכה כלשהי של העלות של הטלת אחריות מוחלטת, וספק אם ניתן לעשות הערכה כזאת, בהעדר נתונים כלשהם. על כל פנים דעת הועדה

היא כי במציאות הישראלית כיום, אין מקום לנסיון של קביעת אחריות מוחלטת, בגלל העלות הכרוכה בכך, אפילו היה זה הטעם היחיד לדחיית הרעיון. אלא שכאמור קיימים טעמים נוספים. התכליות שמציגים התומכים באחריות מוחלטת ניתנות להשגה באמצעים אחרים, כמו שינויים בדרכי הדין ובנטל הראיה, אשר לא התקבלו על דעת רוב חברי הועדה.

ד. קצבאות הביטוח הלאומי

94. בחוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב] תשנ"ה-1995- מצויות הוראות, שלכאורה מאפשרות קבלת פיצוי גם לכל הנפגע על ידי טפול רפואי.

פרק ו' לחוק עניינו בביטוח נפגעי תאונות. בסעיף 150 לחוק מוגדרת "תאונה" כאירוע פתאומי שבו גורם חיצוני מביא לחבלה פיזית, וכתוצאה ממנה לאבדן כושר תפקוד.

בתקנות הביטוח הלאומי (ביטוח פגעי תאונות) תשמ"א-1981- נקבע שייחשב כמי שאיבד כושר תפקוד, כל עובד שאינו מסוגל לעבודתו ואף לא לעבודה אחרת. משמע שמי שפגיעתו היא חלקית ולא מלאה, לא יהיה זכאי. על כל פנים דמי תאונה משולמים רק בגין 90 ימים רצופים שלאחר התאונה. כך שאין ספק שתרופה זו אינה תחליף לפיצויים בדיני הנזיקין.

פרק ט' לחוק הביטוח הלאומי עוסק בזכאותם של נכים, כאשר שם אין חשיבות לסיבת הנכות. לכן פרק זה חל גם על מי שנפגע בגופו בטיפול רפואי. על פי פרק זה זכאי לגימלה נכה שעל פי סעיף 195 מוגדר כמי שכושרו להשתכר נפגע ב-50% או יותר. על פי סעיף 200 לחוק הקצבה המשולמת אינה עולה על 25% מהשכר הממוצע במשק.

הסכומים והזכאות רחוקים ביותר מאלה שבדיני הנזיקין, ואין בהם לשמש תחליף לדיני הנזיקין.

לאור אמות המידה לזכאות, אין ללמוד מיישומן של ההוראות האמורות דבר על עלות אפשרית של הכללת נפגעי הטיפול הרפואי במסגרות אלה.

פרק תשיעי: ביטוח וניהול סיכונים

א. מבוא

95. כיום יש ביטוח אחריות למרבית נותני השרותים הרפואיים בישראל. המשמעות היא כי המבטח מתחייב לשפות את נותן השירותים בגין הסכומים שיידרש זה לשלם כפיצוי על נזק שנגרם על ידו. בפועל המבטח מנהל את ההגנה של נותן השירות ואף משלם את הפיצויים במישרין למטופל. כל מעורבותו של הרופא בהתדיינות היא במחויבותו לסייע בהכנת ההגנה ובמתן עדות בבית המשפט, אם עורך דינו של המבטח סבור שהדבר רצוי.

96. מרבית הרופאים ונותני השרותים מועסקים על ידי מעסיקים ציבוריים: קופות חולים ובתי חולים. מוסדות אלה קשורים בהסכמים עם מבטחים ומשלמים את הפרמיה. הביטוח מתייחס גם לשירותים רפואיים הניתנים מחוץ למוסדות הציבוריים (פרקטיקה פרטית). על פי התחייבות בהסכמי עבודה, משתתפים הרופאים בסכומים מזעריים בפרמיה המשולמת על ידי המעסיקים, כחלקם בפרמיה לביטוח הפרקטיקה הפרטית.

ב. קרן עצמית כתחליף לביטוח

97. בדיוני הועדה הועלה הרעיון של ביטוח עצמי, שאינו אלא ויתור על שירותיהם של מבטחים. בבסיס הרעיון, הדעה שתפקידו העיקרי של ביטוח הוא ביזור הנזק. ככל שסדר הגודל של המבוטח עולה, קטנה חשיבותו של יסוד זה. כך למשל מערכת של קופת חולים הכללית, על מרפאותיה ובתי החולים שבניהולה, משלמת פרמית ביטוח המשקפת את כלל הפיצויים המשולמים למטופליה בתוספת תקורה ורווח למבטח.

על פי גישה זו יש חשיבות לביטוח עבור הרופא הבודד או למוסד רפואי קטן, שחייב בפיצויים במקרה בודד עלול למוטטו. לעומת זאת תשלום פרמיה, הלוקחת בחשבון את הסיכונים שבטיפול הניתן על ידי אותו רופא, מביא לחלוקת הסיכון בין כל הרופאים, או בין רופאים בתחום מסוים. רופא המשלם פרמיה יכול להעמיסה כחלק מעלות השרותים הרפואיים שניתנים על ידו.

98. לגבי גופים גדולים כמדינת ישראל, המנהלת את בתי החולים הממשלתיים, או לגבי קופת חולים הכללית, תשתווה הפרמיה שישלמו לסכום הפיצויים המשולם, כאשר מתווספת לכך התקורה ורווחי המבטח*. לכאורה, יכול היה ויתור על שירותי המבטח להביא לחסכון בעלויות. סילוק התביעות יכול להיות מקרן פנימית בכל מוסד, או קרן משותפת לחלק מהמוסדות או לכולם. הטיפול בתביעות יכול להיעשות על ידי כל מוסד בפני עצמו, או על ידי גוף חיצוני, שיתן שירותיו לכמה מהמוסדות או לכולם.

ג. ביטוח מסחרי

99. הועדה בדעה שאין לוותר על ביטוח מסחרי, דהיינו באמצעות מבטחים.

מזה כחמש עשרה שנה הביטוח הוא באמצעות גופים זרים. תחילה Medical Defence Union, וכיום חברות ביטוח זרות. מעורבותם של גורמים זרים בביטוח מאפשר לישראל ליהנות מנסיגה הרב. הדבר בא לביטוי, בקשר להנהגת ניהול סיכונים. על אף גדלם של המוסדות בישראל, גם הם זקוקים לביזור נזק באמצעות גורמים זרים, כי נזק רפואי עלול להיות במימדים של אסון המוני, כמו נזק עקב שימוש בתרופה, או זיהום בבית חולים.

בפני הועדה הועלתה הצעה להקמת גוף שירכז את הביטוח עבור כל המבוטחים בישראל. ריכוז כזה היה מאפשר הוזלה מסויימת של עלויות הביטוח, וכן שליטה בדירוג הפרמיות לכל גוף בהתאם לנסיגה התביעות, לתחום הפעילות, להיקף הפעילות ולרמת ניהול הסיכונים באותו גוף. גישה זו לא אומצה. ביטוח באמצעות גורמים מסחריים תואם את המדיניות של הפרטה המקובלת כיום על הכל. מה עוד שיש להניח שגורמים מסחריים, פועלים ביתר יעילות, במגמה להגיע לרווח מירבי.

100. לענין הסדר הביטוח הועדה ממליצה:

(א) קביעה בחוק של חובת ביטוח לכל העוסקים ברפואה ובשרותים רפואיים לרבות אחיות, רוקחים, פיסיותרפיסטים, פסיכולוגים, רופאי שיניים, טכנאים וכיוצא באלה. כן תחול החובה על כל המוסדות הרפואיים, ובכלל זה קופות החולים, מרפאות, בתי חולים, מגן דוד אדום, מעבדות, בנק הדם וכיוצא באלה. אמנם גם כיום מירב העוסקים ברפואה מבוטחים על ידי מעסיקיהם. אבל עם התרחבות השרותים של הרפואה הפרטית ראוי להבטיח כי כל העוסקים בכך יהיו מבוטחים.

* בישיבה האחרונה של הועדה, שדנה בתגובות הציבור לנייר העבודה, נמסר כי הוקם צוות על ידי משרד האוצר לבדיקת סוגיית הביטוח וכי בידי הצוות נתונים שלא היו בפני הועדה. בחוות דעת של מיעוט, שהומצאה לאחר הישיבה האחרונה של הועדה (סעיף 118א להלן), נאמר שלפי נתונים שבידי אותה ועדה הפרמיות נקבעות על פי התשלומים ששולמו בשנה הקודמת בתוספת רווח. הדברים מוצגים בחוות הדעת כחידוש שיש בו כדי לשנות את מסקנותיה של הועדה, תוך התעלמות מכך שדברים אלה עצמם היו לנגד עיני הועדה.

ביטוח כולל גם ימנע את הנסיונות להתנער מאחריות על ידי גלגולה לגורם שאינו מבוטח.

(ב) פוליסות הביטוח הקיימות כיום הן לשנה, ומכסות את המבוטח לגבי תביעות המוגשות נגד המבוטח במהלך אותה שנה. כאשר רופא חדל לעסוק ברפואה, מחמת פרישה או מוות, אין הוא או עזבונו מבוטחים יותר. מאחר שהביטוח כיום הוא באמצעות המעסיקים, הנושאים בתשלום מירב הפרמיה, עם הפרישה נפסק גם הביטוח. קיימת אפשרות להמשיך ולבטח את אחריות הרופא גם לאחר הפרישה, אלא שאין בין הרופאים מודעות לכך. יתר על כן, יש חשש שמרבית העוסקים ברפואה לא ימשיכו בביטוח לאחר פרישתם, לאור העלות הגבוהה שכרוכה בביטוח. כך הוא ביחוד כאשר המעסיקים נושאים בעיקר הפרמיה, כל עוד הרופא מועסק. במסגרת החיוב בביטוח על ידי חקיקה, מוצע לקבוע כי הפוליסה תכסה כל אירוע אשר התרחש תוך תקופת הביטוח. כך יובטח כיסוי ביטוחי גם כאשר פיצוי נתבע לאחר שהרופא פרש מעיסוקו ברפואה או לאחר פטירתו של הרופא.

ד. עלות הביטוח

101. עלות הביטוח בכל העולם המערבי הולכת ועולה, וזה היה אחד הגורמים העיקריים למינויה של הועדה. הועדה ממליצה לפעול להפחתת עלויות הביטוח בדרכים שונות.

(א) הוצעו שינויים בסדרי הדין שעשויים להביא לחסכון בעלויות של ניהול התביעות, אולם הצעות אלה לא התקבלו על דעת רוב חברי הועדה.*

(ב) השינויים המוצעים שתכליתם הפחתת הפרסום התקשורתי של תביעות על רשלנות רפואית, יביאו להפחתה מסויימת של מספר התביעות.

(ג) חוק ביטוח בריאות ממלכתי יביא להפחתת הפיצויים על טיפול רפואי, שלו נזקק מי שנפגע על ידי טיפול רפואי.

(ד) הפחתת הפרמיה עקב קיצור תקופת ההתיישנות.

(ה) הפחתת הפרמיה עקב ניהול סיכונים.

ה. ניהול סיכונים

* ראה חוות דעת מיעוט באשר להעברת נטל הראיה, פסקה 112 להלן.

102. ניהול סיכונים נועד לתעד בזמן אמת כל אירוע חריג במוסד רפואי. התיעוד נעשה ללא זיקה לתלונה או לתביעה כספית. התיעוד נועד להבטיח יכולת חיזוי של תביעות אפשריות, וכן את עצם קיומו של התיעוד למקרה שבעתיד תוגש תביעה לפיצויים.

ליכולת החיזוי של תביעות עתידיות חשיבות מירבית בקביעת שיעור הפרמיות. הפרמיות נגזרות כיום מסכומי הפיצויים שהמבטח עלול להידרש לשלם. בהעדר תשתית ראויה, הנוצרת כיום על ידי מערכת לניהול סיכונים, נעשית ההערכה של פיצויים עתידיים על ידי עורכי הדין המטפלים מטעם הנתבעים בתביעות על רשלנות רפואית. הערכות אלה מוטות בצורה משמעותית כלפי מעלה. מטבע הדברים, אותו עורך דין, חפץ להצטייר בסופו של ההליך כמצליח. לכן יפריז בדרך כלל, בהערכת סיכויי התביעה וסכומה, על מנת שהסכום שישולם, בסופו של דבר, יהיה נמוך מהערכתו של עורך הדין, ועורך הדין ייראה כמי שהצליח בטיפול בתביעה, בהשיגו תוצאה טובה מהמצופה.

כאשר הערכת הצפי של התביעות מושתתת על מערכת ניהול סיכונים, יש סיכוי רב שההערכה תהיה קרובה למציאות. ביסוס הפרמיה על צפי תביעות המושתתת על ניהול סיכונים, עשוי להביא להורדה משמעותית של הפרמיות.

103. חשיבותו של ניהול סיכונים רבה גם לתכלית אחרת, שהיא בעלת חשיבות ציבורית עליונה, ואשר בסופו של דבר תביא גם היא להפחתת עלויות. ניהול סיכונים עשוי לסייע באיתור מוקדים של מטפלים או של נסיבות הגורמים לליקויים בטיפול הרפואי. דיווח אמת בזמן אמת למערכת המיומנת בהפקת לקחים ובהסקת מסקנות, עשויים להביא לשיפור משמעותי באיכות הטפול הרפואי, וזאת תוך זמן קצר יחסית. על חשיבותם של דו"חות אלה עמד הנשיא ברק ברע"א 1412/94 **הסתדרות מדיציניית הדסה נ' גלעד** פ"ד מ"ט(2) 516, 525:

"דו"חות הביקורת נערכים לרוב סמוך לאירוע, ועל כן הם חסרי תחליף מבחינת העיתוי, הרלוואנטיות, הנגישות למידע הכלול בהם והייחודיות שלו".

104. השגת התכליות האמורות, מותנית בפתיחות מוחלטת של הצוות הרפואי, ובכוננות ליזום ולדווח, ללא התחשבות בהשלכות האישיות שעשויות להיות לאותו דיווח. בפסק הדין הנזכר בענין **ההסתדרות המדיציניית נ' גלעד** התייחס הנשיא ברק לטיעונו של בית החולים נגד חשיפתו של החומר שנאסף במסגרת ההליכים של ניהול סיכונים. בית החולים הגן על חסיונו של החומר, בטענו:

"בלא חיסיון זה קיים חשש, לדעת בית החולים, "מפני הנזק הבלתי הפיך שייגרם למבקשת ולכלל הרפואה בארץ ושיתבטא בחוסר יכולת לקיים ולבנות מערכות בקרה פנימיות יעילות בבתי

החולים לשיפור ויעול הטיפול הרפואי לציבור החולים בארץ". לטענת בית החולים אי-מתן חיסיון לדו"חות הבדיקה הרפואיים הפנימיים יגרום לנזק משולש: ראשית, ייפגע שיתוף הפעולה של הרופאים עם הוועדה החוקרת; שנית, ייפגע תיפקוד הצוות הבודק, אשר עלול לחשוש לפגיעה בעמיתיו ובמוסד הרפואי; שלישית, ייפגע עצם קיומן של הבדיקות הרפואיות הפנימיות. כל זה יביא לפגיעה באינטרס הציבורי בשיפור הטיפול הרפואי הניתן לחולים. מכאן מסקנת בית החולים כי מן הראוי להכיר - כפי שהדבר מקובל, לדעת בית החולים, בארצות הברית - בחיסיון לדו"חות הבדיקה הרפואיים הפנימיים של בתי החולים...." (ע' 524).

"החיסיון חיוני לקיומן ולתיפקודן של ועדות בדיקה רפואיות פנימיות בבתי חולים. על פי הטענה, בהיעדר חיסיון, יימנעו הוועדות מלפעול באופן העשוי להטיב עם החולה שעניינו נבדק. בית חולים לא יקיים בדיקות פנימיות אשר באמצעותן יוכלו מגישי תביעות לבסס את רשלנות בית החולים. לדעת בית החולים, חברי צוות הבדיקה "ימלאו תפקידם באופן מסוייג.... בידעם כי ממצאי בדיקתם עלולים להחשף ולשמש בתביעת רשלנות מקצועית כנגד עמיתיהם, ו/או כנגד בית החולים שהינו מעבידם, או לשמש כראיה בהליכים משמעותיים". כמו כן עלולים חברי ועדות הבדיקה לחשוש כי "ייחשפו לתביעות לשון הרע מצד עמיתים שנפגעו כתוצאה מהדו"חות שנערכו..." על פי טיעון זה, בלא חיסיון "יהיה זה בלתי מציאותי לצפות, שהרופאים שפעולותיהם נבדקות, ישתפו פעולה תוך גילוי לב מלא, יושר מקצועי, וביקורת עצמית נוקבת"... יתכן אף שהרופאים יסרבו כליל להופיע לפני ועדות הבדיקה הפנימיות. מכיוון שקיומן ותיפקודן של ועדות הבדיקה הרפואיות הפנימיות הם ענין חיוני, אין מנוס - לדעת בית החולים - מהכרה בחיסיון דו"ח הבדיקה. נטען, כי הכרה בחיסיון זה אינה פוגעת באינטרסים של החולה מעבר למידה הדרושה, שכן בידי החולה קשת רחבה של אמצעים, אשר דרכם הוא עשוי לחשוף את האמת. בין אלה ניתן להזכיר את הרשומות הרפואיות הפתוחות לעיון החולה; יכולתו לקבל חוות דעת רפואית עצמאית; הנטייה ההולכת וגוברת להטיל את הנטל להוכיח רשלנות על הרופא ובית החולים. בטיעונו מפנה אותנו בית החולים לדין בארצות

הברית המכיר בחיסיון על דו"ח הביקורת הרפואית הפנימית." (ע' 526).

הנשיא ברק לא קיבל את טיעונו של בית החולים, ולא הכיר בחסיונם של המסמכים הנוצרים בהקשר לניהול סיכונים, באמרו:

"כשלעצמי, נראה לי כי ועדות פנימיות לבדיקה עצמית בבתי-חולים תתקיימנה אף בלי חיסיון, שכן הדבר מתבקש ממהות מקצוע הרפואה ומהמחויבות האתית והמשפטית שאדם נוטל על עצמו בהיותו רופא. חובתו - האתית והמשפטית - של הרופא להעמיד את בריאות החולה בראש מעייניו ולקיים יחס של כבוד לחיי אדם (ראה, למשל, קוד האתיקה הרפואית של אמנת ג'נבה, אשר התקבל בידי האגודה הרפואית העולמית ב-1949). זו מטילה עליו חובה לשתף פעולה באופן מלא עם ועדות רפואיות פנימיות המבקשות לדעת בדיעבד מהו הטפול הרפואי שניתן לחולה ואם הוא עומד באמות המידה הרפואיות הראויות. הסנקציה המשמעתית והאחריות האזרחית והפלילית מאששות חובות אלה. אכן, מה שנדרש מהרופא וממקצוע הרפואה אינו סגירות וחיסיון אלא פתיחות וגילוי האמת... אכן, הפתרון לחששם של רופאים ובתי חולים מפני "רפואה מתגוננת" ותוצאותיה אינו בחיסיון ובהסתרת האמת. הפתרון הוא בחינוך ובגיבוש כללי אחריות (אתית ומשפטית) התואמים את מקצוע הרפואה ואת מקומו בחברה המודרנית."

105. חברי הועדה נחלקו בדעותיהם. חלק מחברי הועדה סבר שפסק דינו של הנשיא ברק יביא מכת מוות לניהול הסיכונים, באשר על אף ציפיותיו של הנשיא, חשים הרופאים מאויימים, וחוששים הם מההשלכות של שימוש בדבריהם הנאמרים באופן ישיר, בסמוך לאירוע, ללא ייעוץ משפטי.

לחברי ועדה אחרים נראתה מסקנתו של הנשיא ברק מטעמיו, המעוגנים בזכותו של אדם לקבל כל מידע אודותיו המצוי בידי בית החולים.

חוק זכויות החולה תשנ"ו - 1996 מטפל בסוגיה שנידונה בפסק דינו של הנשיא, ובעיקרו של דבר מעניק חסיון למסמכים של ועדת בקרה ואיכות (סעיף 22(ב) לחוק). על פי סעיף 22(ה) יש לתעד ברשומה הרפואית ממצאים המתייחסים למצבו של המטופל, לטיפול בו ולתוצאותיו, אם לא היו רשומים קודם לכן. על פי סעיף 23(א) לחוק, מטופל הסבור שממצאים לא תועדו ברשומה כנדרש בסעיף 22(ה) רשאי להשיג על כך בפני ועדת האתיקה.

חברי הועדה, הסבורים שראוי להעניק חסיון מלא לדו"ח ועדת בקרה ואיכות, היו בדעה שהפרצה שיצר המחוקק, המאפשרת התדיינות בפני ועדת אתיקה באשר להכללתם של ממצאי ועדת הבקרה ואיכות ברשומה הרפואית, היא פתח לחשיפת החמר שבפני הועדה. פרצה זו עלולה, לדעתם, לסכן את תפקודן של ועדות הבקרה והאיכות, על כל המשתמע מכך.

לעומת זאת, השוללים את החסיון מכל וכל, סבורים שהמכשיר שנוצר בסעיף 23(א) קהה וחסר יעילות, שכן למטופל אין נגישות לחומר של ועדת בקרה ואיכות, ואין לו יכולת להביא השגה מנומקת בפני ועדת האתיקה. על פי דעה זו, כל שיכול המטופל לעשות הוא להניע את חברי ועדת האתיקה, לעיין מחדש בהחלטה. לגרסתם של אותם חברים, יש כאן נסיגה משמעותית מעמדתו של הנשיא ברק ופגיעה בזכויותיהם של המטופלים.

רוב חברי הועדה בדעה שחיוני קיומו של החסיון והמלצתם היא לקבוע לענין זה הוראה ברורה בחוק.*

* חוות דעת המיעוט בסעיף 110.

פרק עשירי : אמצעים משמעתיים

105א. תפקידי הענישה וההרתעה במערכת הרשלנות הרפואית נועדו לדין המשמעתי ולא לדיני הנזיקין. המלצות הועדה בענין מחיקת שמות רופאים נתבעים, והשמטת הסכומים מכתב התביעה, עולות בקנה אחד עם גישה זו.

הליך משמעתי נפתח כתוצאה ממידע המגיע למשרד הבריאות מן המקורות הבאים :

1. קבילה לנציב תלונות הציבור.
 2. הבט רפואי בקבילה לנציב קבילות הציבור עפ"י חוק בריאות ממלכתית תשנ"ד - 1994.
 3. דיווח ארוע חריג למינהל הרפואה, על פי חובה הקבועה בדין.
 4. תלונה המגיעה למחלקה לבריאות השן.
 5. עתונות.
 6. פסקי דין הניתנים בתביעות נזיקין.
 7. הליכים פליליים.
 8. צה"ל.
- המידע עובר בדיקה, בדרך כלל ע"י נציב תלונות הציבור או ע"י ועדה מטעמו (עפ"י חוק זכויות החולה התשנ"ו - 1996). אם נמצא ביסוס לכאורה לעבירת משמעת של רופא - מוגשת קובלנה.

על פי פרק ד' (אמצעי משמעת) לפקודת הרופאים [נוסח חדש] התשל"ז - 1976 - מוגשת הקובלנה ע"י המנהל. מתמנית ועדת משמעת אד-הוק על פי הפקודה, אשר חבריה הם רופא- נציג שר הבריאות, רופא- נציג ההסתדרות הרפואית ומשפטן- נציג היועץ המשפטי לממשלה. על פי הדין דהיום, יו"ר הועדה הוא הרופא נציג שר הבריאות.

הועדה מקיימת את דיוניה כהליך שיפוטי מעין פלילי. בתום דיוניה ממליצה הועדה בפני שר הבריאות לזכות את הרופא או להרשיעו, תוך המלצה על ענישה עפ"י הפקודה. לרופא שמורה זכות ערעור על החלטת השר בפני ביהמ"ש העליון.

בשנת 1997 הוגשו 30 קובלנות חדשות נגד רופאים. בפברואר 1997 היו כ-120 קובלנות, המתייחסות לשנים 1990 עד 1997 שהטיפול בהן טרם נסתיים. בין השנים 1993 ו-1996 הסתיימו

146 הליכים נגד רופאים. מתוכם 30 הסתיימו בהתליה לתקופה קצובה (חודש עד שנתיים), ו-81 בביטול רישיון.

על שולחן הכנסת מונחת הצעת חוק לתיקון פקודת הרופאים (מס' 4 – משמעת) התשנ"ז 1997. עיקרי השינויים המוצעים הם:

1. בוטלה סמכות השר להטיל עונשים משמעתיים, והענישה תיקבע ע"י ועדת הקובלנה בלבד.
2. הרשעה או זיכוי בהליך פלילי אינם מונעים העמדה לדין משמעתי ולהיפך.
3. הדיון בוועדת המשמעת יהיה בדלתיים סגורות על פי דין.
4. הסמכות להגיש קובלנה מועברת ממנהל משרד הבריאות ליועץ המשפטי למשרד.
5. נוספו כלים דיוניים לוועדות המשמעת, לאכיפת התייצבות עדים ופסיקת שכר לעדים בהתאם לחוק ועדות חקירה התשכ"ט-1968.
6. נקבע חסיון לעדותו של עד מומחה בפני ועדת הקובלנה.
7. פסק דין חלוט במשפט פלילי יהווה ראיה בהליך משמעתי.
8. הוגדל מיגוון אמצעי המשמעת, ונוספו:
 - א. קנס כספי.
 - ב. הגבלת עיסוק רפואי.
 - ג. חיוב בהשתלמות ובמבחנים.
 - ד. התליה על תנאי.
9. הוספו עבירות משמעת, ובין היתר הפרת הוראה מהוראות חוק זכויות החולה תשנ"ו-1996.
10. הוקנתה זכות ערעור לתובע, אשר עד כה שמורה רק לרופא. הערעור הוא בפני בית-המשפט המחוזי.
11. הוארכה תקופת ההתליה האפשרית כסעד זמני עד להחלטה של ועדת המשמעת.
12. הוסדר והוגדר מעמדו של נציב תלונות הציבור.

משרד הבריאות נערך, לאור לקחי העבר ולקראת תיקון החקיקה המוצע, ומארגן מחדש את נושא הטיפול בדין המשמעתי, בלשכת היועץ המשפטי של המשרד. לצורך כך יוקצו לנושא משאבים נוספים בכוח אדם ובאמצעים אחרים. בכוונת המשרד להעמיד בראש היחידה היעודית רופא שהוא עורך דין.

פרק אחד עשר: סיכום והמלצות

א. מבוא

106. מירב התביעות לפיצוי על נזק שנגרם על ידי טיפול רפואי מבוססות על עוולת הרשלנות. על אף המגרעות הכרוכות בכך, דעת הועדה 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.

להמשך הביסוס של האחריות על המנגנון של דיני הנזיקין מעלות אחדות: השתלבות בכלל דיני הנזיקין מאפשרת לתביעות על רשלנות רפואית ליהנות מפיתוח הלכות בתחומים אחרים של דיני הנזיקין, וכך נחסכות עלויות. דוגמא טובה לכך היא הפסיקה באשר להוצאות רפואיות, שניתנה בתביעות לפי חוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים, ואשר מיושמת מאליה גם בתביעות על נזק שנגרם תוך טיפול רפואי.*

כל שינוי בבסיס האחריות יוצר תקופה ממושכת של חוסר ודאות, תוך המתנה לגיבוש מסגרת האחריות בפסיקה. גיבוש מסגרת האחריות לפי חוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים נמשך חמש עשרה שנים לפחות, כאשר מדובר בסוגיות פשוטות לאין ערוך מאלה של פגיעה בטיפול רפואי. אי ודאות גוררת עמה עלויות הנובעות מדרך קביעת פרמיות הביטוח, ומצורך מוגבר להתדיין עד לגיבושן של המסגרות החדשות.

בנוסף לכל אלה, ראוי לציין שלא רק שאין דרך חלופית הטובה מזו שבדיני הנזיקין, אלא שעל המגרעות שבביסוס האחריות על הרשלנות, ניתן להתגבר בעזרת שינויים באופן הטיפול בתביעות.

ב. צמצום הפגיעה בסגל הרפואי

107. בפני הועדה הובאו ראיות על פגיעה מיותרת ברופאים הנגרמת על ידי מתן פומבי להגשת תביעות על רשלנות רפואית. הובאה בפני הועדה סברה שאחריות מוחלטת תיטול את הסטיגמה

* ראה בפסקה 69 לעיל.

שבייחוס רשלנות לרופאים. כאמור, הועדה בדעה שאין אפשרות לפצות נפגעים על ידי טיפול רפואי על בסיס אחריות מוחלטת.

להפחתת הפגיעה ברופאים ניתן להגיע על ידי צמצום הפרסום הכרוך בתביעות לפיצויים. הועדה אינה סבורה שניתן להגיע לכך על ידי הטלת מגבלות על הפרסומים. לדעת הועדה יש סיכוי כי הפרסומים יצומצמו ועמם הפגיעה ברופאים אם ייעשו השינויים הבאים:

המלצה (א). לאחר שינויים שנעשו בתקנה 16 (ג) לתקנות סדר הדין האזרחי תשמ"ד - 1984, ובתקנות בתי המשפט (אגרות) תשל"ו - 1976, אין כיום צורך לציין בכתב התביעה את הסכום הנתבע. אם בכל זאת מציין התובע את הסכום הנתבע, נעשה הדבר משיקולים שאין להם דבר עם בירור התביעה.

מכיון שהנסיון מלמד שזכות לפרסום תביעות שצויינו בהן סכומים גבוהים, ניתן להניח שכאשר לא יצויין הסכום, יקטן העניין בפרסום התביעה.

כיום, עם הגשת תביעה על נזקי גוף, משלם התובע אגרה בסכום של 679. - ש"ח בבית המשפט המחוזי, ו- 340. - ש"ח בבית משפט השלום. עם סיום ההליך, יש להשלים את סכום האגרה עד ל- 29,061 ש"ח בבית המשפט המחוזי, ועד - 4,649 ש"ח*.

על מנת למנוע את ציון סכום התביעה מוצע לתקן את תקנות בתי המשפט (אגרות), כך שבאותם המקרים שבהם יצוין סכום התביעה בתביעה על נזקי גוף, יהיה על התובע לשלם את מלוא סכום האגרה שחלה בעת הגשתן של תביעות כספיות, שאינן על נזקי גוף, תחת תשלום סכום זעום שנדרש לשלמו כשאינו מציין את הסכום הנתבע. יש להניח שהצורך לשלם אגרה בסכום של אלפי שקלים, במקום מאות, ירתיע מציון הסכום הנתבע, דבר שאין בו כל תכלית עניינית.

המלצה (ב). רוב התביעות מוגש בקשר לאירועים שהתרחשו במוסדות רפואיים, כבתי חולים ומרפאות של קופות החולים. מבחינה משפטית אין צורך כי במקרים אלה תוגש התביעה נגד הרופא המטפל. מוצע כי ייקבע שאין לתבוע את הרופא אישית בכל מקרה שבו ניתן לתבוע את המוסד שבמסגרתו ניתן הטיפול.

* הסכומים מעודכנים ליום 1.10.97.

היה ויתברר מכתב ההגנה, שהמוסד הנתבע כופר באחריותו למעשיו של הרופא, יהיה התובע רשאי לתקן את כתב התביעה, ולצרף כנתבע נוסף את הרופא, שלו מיוחסת הרשלנות. כמובן שהאיסור על ציון שם הרופא כנתבע, לא יחול כאשר הטיפול לא ניתן במסגרת של מוסד רפואי.**

המלצה (ג). כפי שנאמר בסעיף 65, לעיל אין הצדקה לקביעה כי רופא "תקף" את המטופל, כאשר כל שמתכוונים לומר הוא שהטיפול ניתן מבלי שהתקבלה הסכמה מדעת של המטופל. ניתן להגן על עניינו הלגיטימי של המטופל, אם עניין ההסכמה ייבחן במסגרת עוולת הרשלנות. הוצאת שאלת ההסכמה מעוולת התקיפה, תמנע את הצורך לייחס לרופא "תקיפה", על הסטיגמה הכרוכה בכך.

המלצה (ד). כאמור בסעיף 105 דעת רוב חבר הועדה היא שראוי לקיים חסיון מוחלט על כל הדיונים והדו"חות המהווים חלק מניהול הסיכונים. רק בדרך זו ניתן לקיים ניהול סיכונים יעיל, שיביא לשיפור הטיפול הרפואי, ולהקטנת העלויות של ביטוח האחריות לפגיעה בטיפול רפואי.**

ג. צמצום עלויות

108. הועדה בדעה שאין הצדקה להגביל את סכומי הפיצויים הניתנים כיום לנפגעים על ידי טיפול רפואי. כפי שנאמר, הסכומים המשולמים כיום אינם מהווים נטל משמעותי על מערכת הבריאות בישראל, ואין ללמוד לענין זה דבר מהמתרחש בארצות הברית. עם זאת דעת הועדה היא שניתן לצמצם את העלויות הכרוכות בניהול התביעות ובביטוח, מבלי לגרוע מזכויות הנפגעים.

** לעניין זה ראה חוות דעת המיעוט להלן בסעיף 110.

המלצה (ה). כאמור בסעיפים 101 ו-102 לעיל, ניהול סיכונים יעיל יאפשר הפחתה משמעותית של עלות הביטוח, הן במישרין לרגל מידע אמין שיעמוד לרשות המבטחים בקבעם את הפרמיות, והן בעקיפין על ידי שיפור איכות הרפואה והפחתת המקרים שבהם יש בסיס לתביעות, ועל ידי איסוף מידע בזמן אמת, דבר שיאפשר להתמודד עם תביעות בלתי מוצדקות.

המלצה (ו). צמצום תקופת ההתיישנות יאפשר הערכה מדויקת יותר של הסיכונים על ידי המבטחים, ובעקבות זאת הפחתה של הפרמיות. צמצום תקופת ההתיישנות, ובירור התביעות בסמיכות זמן לאירועים יאפשרו לנתבעים התמודדות יעילה יותר עם התביעות. מאחר שמשרד המשפטים מגבש הצעת חוק לשינויים בתחום ההתיישנות, דעת הרוב של חברי הועדה היתה שאין מקום להמלצות מפורטות, בהנחה שעמדת הועדה תהיה לנגד עיני משרד המשפטים*.

המלצה (ז). יש סוברים כי יישום ההוראות של חוק זכויות החולה באשר לתיעוד הרפואי ולהעמדתו לרשות המטופל, ימנע הגשתן של תביעות שתכליתן קבלת המסמכים הרפואיים. הימצאות התיעוד הרפואי בידי המטופל, עוד לפני הגשת התביעה תמנע הגשתן של תביעות שעל פי התיעוד הינן חסרות בסיס.

המלצה (ח). כאמור בסעיף 82 לעיל, הוצע לקבוע כי בתביעות על נזק שנגרם על ידי רשלנות רפואית - נטל הראייה יהא על הנתבע. הצעה זו לא התקבלה על דעת רוב חברי הועדה. כן לא התקבלה הצעה להיפוך סדר הראיות, שלפיה יתחיל הנתבע בהבאת ראיותיו*.

המלצה (ט). כאמור בסעיף 89 לעיל, על מנת לייתר דיון ארוך ומייגע בשאלת קיומה של הסכמה מדעת, מוצע לקבוע בחקיקה שתי חזקות: חזקה לכאורה כי האמור

* חוות דעת מיעוט ראה בסעיף 115 להלן.

* חוות דעת מיעוט ראה להלן בסעיף 112 ובסעיף 113.

בכתב נכון ורק המטופל יוכל להביא ראיות לסתירה החזקה. לא התקבלה הצעה בדבר חזקה חלוטה שלא ניתן למטופל הסבר מעבר לאמור במסמך**.

כן מוצע שייקבע שלחולה יימסר העתק מהמסמך שבו נתן את הסכמתו לטיפול, לרבות דף הסבר שהוצג בפניו לצורך קבלת ההסכמה.

המלצה (י). כאמור בסעיף 69 לעיל, השלכותיו של חוק ביטוח בריאות ממלכתי על זכויותיו של הנפגע בגופו על ידי מעשה נזיקין, נידונות בוועדה בראשות נילי ארד, מנכ"ל משרד המשפטים, והועדה לא ראתה לנכון להציע פתרונות נפרדים לנפגעים על ידי טיפול רפואי.

** חוות דעת מיעוט ראה להלן בסעיף 114.

ד. ביטוח

109. לענין הסדר הביטוח הועדה ממליצה:

המלצה (י"א). קביעה בחוק של חובת ביטוח לכל העוסקים ברפואה ובשרותים רפואיים, לרבות אחיות, רוקחים, פיסיותרפיסטים, פסיכולוגים, רופאי שיניים, טכנאים וכיוצא באלה. כן תחול החובה על כל המוסדות הרפואיים, ובכלל זה קופות החולים, מרפאות, בתי חולים, מגן דוד אדום, מעבדות, בנק הדם וכיוצא באלה.

המלצה (י"ב). פוליסות הביטוח הקיימות כיום הן לשנה, ומכסות את המבוטח לגבי תביעות המוגשות נגד המבוטח במהלך אותה שנה. כאשר רופא חדל לעסוק ברפואה, מחמת פרישה או מוות, אין הוא או עזבונו מבוטחים יותר. מאחר שהביטוח כיום הוא באמצעות המעסיקים, הנושאים בתשלום מירב הפרמיה, עם הפרישה נפסק גם הביטוח. קיימת אפשרות להמשיך ולבטח את אחריות הרופא גם לאחר הפרישה, אלא שאין בין הרופאים מודעות לכך. יתר על כן, יש חשש שמרבית העוסקים ברפואה לא ימשיכו בביטוח לאחר פרישתם, לאור העלות הגבוהה שכרוכה בביטוח. כך הוא ביחוד כאשר המעסיקים נושאים בעיקר הפרמיה, כל עוד הרופא מועסק.

במסגרת החיוב בביטוח על ידי חקיקה, מוצע לקבוע כי הפוליסה תכסה גם כל אירוע אשר התרחש תוך תקופת הביטוח, ואשר פיצוי עליו נתבע לאחר שהרופא פרש מעיסוקו ברפואה או לאחר פטירתו של הרופא.

מוצע שהמדינה תהיה פטורה מחובת הביטוח, בדומה לאמור בסעיף 6 לפקודת

ביטוח רכב מנועי [נוסח חדש] תש"ל – 1970.

פרק שנים עשר: חוות דעת מיעוט*

א. תביעות כנגד יחידי הצוות הרפואי

110. אין להסכים לעמדה שהוצגה בדו"ח הועדה, כאילו אין מקום לתביעות כנגד רופאים (העובדים במוסדות רפואיים), וכי כל התביעות תוגשנה כנגד המוסדות הרפואיים. הנימוקים לכך, הינם, בין היתר כדלקמן:

(1). ההצעה שבדו"ח, יוצאת מתוך נקודת הנחה כאילו התביעה כנגד המוסד הרפואי, הינה מספקת. הצעה זו אינה עומדת במבחן הביקורת. כך, למשל, עלול להתברר כי המוסד הרפואי טוען שהטיפול הרפואי לא נעשה במסגרתו, וכי אין הוא נושא באחריות שילוחית. כך, למשל, יכול להיטען כאילו הטיפול הרפואי נעשה במסגרת פרטית, או במסגרת קופת חולים. טול למשל, מקרה בו רופא של בית חולים, עוסק גם בפרקטיקה פרטית או במסגרת קופת חולים. עלולה להיטען טענה לחוסר אחריות, במידה ובית החולים ייתבע. דוגמא נוספת, הינם רופאים

* במהלך דיוני הועדה סוכם כי חברים, שעמדתם לא תתקבל על דעת רוב חברי הועדה, יוכלו לצרף לדו"ח חוות דעת של מיעוט, בהנחה שאלה תצגנה את העמדה המסתייגת, תוך הנמקתה בקיצור.

ב. חלק מהחברים המסתייגים לא הסכימו להתאחד סביב חוות דעת אחת, ועמדו על הכללת חוות דעתם הנפרדת.

ג. לאור הסיכום האמור מובאות חוות הדעת כפי שהוגשו.

ד. חוות דעת החתומות על ידי יותר מחבר אחד, חוברו על ידי מי ששמו בא כראשון

החותמים, ויתר החותמים הצטרפו לחוות דעתו.

ה"מושאלים" על ידי גוף אחד (כגון המדינה), לטובת גוף אחר (כגון מגן דוד אדום). אף כאן, עשויות להישמע טענות של חוסר אחריות של המדינה או של מגן דוד אדום. לכאורה, ייטען כי ניתן לברר שאלה זו במסגרת ההליך המשפטי, ולאחר מכן, במידה ויקבע שבית החולים אינו אחראי, תוגש תביעה כנגד מוסד רפואי אחר או כנגד הרופא באופן אישי. דרך זו אינה ראויה. דרך זו עלולה להביא להחלטות סותרות של בתי משפט, כאשר החולה נופל בין שני הכיסאות (כגון החלטה של בית משפט אחד שהרופא פעל במסגרת מוסד רפואי אחד ואילו החלטה של בית משפט שני שהרופא פעל במסגרת מוסד רפואי שני), ותוך הטלת עומס נוסף ובלתי נחוץ על המערכת השיפוטית (הנאלצת לשמוע את התיק פעמיים), בניגוד למדיניות הכללית המחייבת צירוף כל השאלות בתיק אחד (ואף הליכי צד שלישי). דרך זו אף עלולה לעכב, מבחינתו של התובע, את פסק הדין המהותי בענייננו, במשך תקופה בלתי סבירה. דרך זו, אף עלולה להביא להתיישנות של התביעה כנגד הרופא, וחוסר אפשרות להגיש כנגדו תביעה.

(2) יתירה מזו. ההצעה שהוצעה, יוצאת מתוך נקודת הנחה, שבהכרח ההגנות של הרופא ושל בית החולים הן זהות, וכי המשפט יתקיים באותו אופן כנגד הרופא ובית החולים. מצב זה אינו נכון. כך, למשל, ייתכן ונטלי הראיה והראיות יהיו שונים. עניין זה, יכול להיות מומחש במקרה בו חסרים מסמכים אשר נערכו על ידי הרופא. במקרה כזה, ייתכן ונטל הראיה יחול על בית החולים (בשל אי שמירת המסמכים), אך לא יעבור (על פי הדין הקיים) על כתפי הרופא. יתירה מזו. ייתכן גם ייתכן, שלרופא יש מידע נוסף על זה של בית החולים, או מסמכים נוספים: במקרה כזה, במידה והתובע יגיש את התביעה כנגד בית החולים בלבד, תימנע ממנו האפשרות לקבל תצהירי גילוי מסמכים ותשובות לשאלונים מהרופא דווקא (שלא בהכרח עדיין עובד באותו מוסד רפואי).

בהקשר זה אף מן הראוי לציין, כי בשנים האחרונות אף "זכינו" להודעות צד שלישי מטעם רופאים כלפי בתי חולים (וכן בכיוון ההפוך). עצם קיומה של תופעה זו, מלמד, כמאה עדים, על העדר הזהות בין התביעה כנגד הרופא לתביעה כנגד המוסד הרפואי, ועל כך שלא ניתן להימנע מצירוף רופאים לתביעות רשלנות רפואית.

(3) אספקט נוסף שמן הראוי להביא בחשבון, מבחינתו של החולה-התובע, הינו הסולבנטיות (יכולת הפירעון) של הנתבעים. הטענה כאילו די לתובע לתבוע את המוסד הרפואי, יוצאת מתוך נקודת הנחה שלא תהיה בעיה כלשהי בגביית הסכום שיפסק, במידה ויפסק. הנחה אופטימית זו, הוכחה כבלתי ריאלית, בשל מספר סיבות:

ראשית, העדר ביטוח או העדר ביטוח מתאים למוסד הרפואי. לצערנו, קיימים מקרים בהם מתברר שלמוסד הרפואי אין ביטוח, אם מאחר וביטוח שכזה לא הוצא מלכתחילה, ובין אם מאחר ופקע (מאחר והתביעה הוגשה לאחר תום הביטוח או לאחר שהרופא עזב את המוסד הרפואי). במקרים אחרים מתברר שלמוסד הרפואי אין ביטוח בסכום ההולם את התביעה.

שנית, חברת הביטוח של המוסד הרפואי, אינה מוכנה, בכל המקרים - גם כאשר קיים ביטוח - לקבל על עצמה את האחריות לתביעה (כגון במקרה והמוסד הרפואי אינו שומר על מסמכים המאפשרים התגוננות מהתביעה).

שלישית, במקרים לא מועטים, הביטוח - למעשה - הינו של הרופא עצמו (אפילו אם המוסד הרפואי הוא שמטפל בעריכתו), ועל כן אין כל ברירה אלא לתבוע את הרופא.

בכל המקרים האלה, עלול התובע לצאת ככלי ריק, תוך חוסר יכולת לגבות את הסכום שנפסק או חלקו. אין להסכים עם אפשרות שכזו, ועל כן, סביר, שבמקרה כזה, אף ייתבע איש הצוות הרפואי. ושוב נזכיר: חוסר יכולת הפרעון, עלול להתגלות רק לאחר סיום ההליכים (למשל בהליכי הוצאה לפועל). אין לגרום למצב בו התובע יצטרך להגיש תביעה חדשה כנגד הרופא, תוך שמיעה כפולה של התיק (ואף אפשרות התיישנות), ועל כן יש לאפשר הגשת תביעה, מלכתחילה, גם כנגד הרופא.

(4). סיבה נוספת, שבשלה יש לאפשר הגשת תביעות כנגד רופאים, נוגעת לנושא ההרתעה הנובע מפסקי דין של בתי המשפט. אין ספק, כי לפסקי דין של בתי משפט (בנושאים אזרחיים), נועדת הרתעה, אשר מביאה, לדעתנו, בהכרח, גם לשיפור המערכת, דבר, שלצערנו, אינו נעשה במידה ראויה במסגרת הדין המשמעתי (בין היתר, אך לא רק, בשל אי שיתוף החולים באותה מסגרת). בשולי עניין זה יש לציין, כי זכינו בנושא זה לטענות סותרות (ולעיתים אף מאותם טוענים עצמם), הטוענים, מצד אחד כי פסקי הדין אינם משנים את המערכת (ועל כן לא ניתן להשתמש בהם לצורך הרתעה), ומצד שני נטען כי קיימת "רפואה הגנתית", כתוצאה מפסקי הדין. המונח "רפואה הגנתית" אינו בהכרח מצביע על תופעה בלתי רצויה: אם הטיפול הרפואי משתפר כתוצאה מהלכות הנקבעות על ידי בתי המשפט, לו יהי. מכל מקום, אי הגשת תביעות כנגד רופאים, תקהה, בהכרח, תופעת לוואי רצויה זו.

(5). הדין הכללי קובע, כי ניתן להגיש תביעה כנגד כל אדם שעוול, ויהא הוא רופא, עורך דין או כל אדם אחר. לא נתחוו, על שום מה, רופאים סבורים שדמם סמוק מזה של בעלי מקצועות אחרים, ומדוע דווקא ביחס אליהם יש לשנות את הדין מן הקצה אל הקצה. נטען בפנינו כאילו עצם הגשת התביעה גורמת נזק לרופא,

ואין זה משנה מה עולה בגורל התביעה לאחר מכן. תופעה זו היא תופעה מוכרת, אך אינה מיוחדת לרופאים ואינה מיוחדת להליך האזרחי. גם עורך דין, אשר מוגשת כנגדו תביעה, ומתפרסמת בריש גלי, אינו שובע נחת בחייו הפרטיים כמו גם חייו המקצועיים, מעצם הפרסום. חרף זאת, לא עולה על דעתנו למנוע מלקוחות להגיש תביעות. בדומה לכך, רופא שיוגש נגדו כתב אישום (או שעניינו ידון במסגרת חקירת סיבות מוות), צפוי לפרסום, ותהא התוצאה אשר תהא. בכך אף אינו שונה מאחרים. על אף האמור, ומטעמים של פומביות הדיון, חופש הביטוי ועקרונות נעלים נוספים, אין אנו מוצאים לנכון להגביל פרסום תביעות אזרחיות, כתבי אישום או בקשות לחקירת סיבות מוות.

בעניין זה, מן הראוי להפנות לפסק דין שניתן בשנים האחרונות, הדין בעורכי דין דווקא: בג"צ 6005/93 **ד"ר עליאש, עו"ד נ' השופט שמואל צור** פ"ד מט(1) 159. פסק דין זה דן בשאלת פרסום של שמות עורכי דין במסגרת הליך משמעותי (או המשכו, בערעור בבית המשפט העליון). בית המשפט העליון עומד על כך שאין להעדיף עורכי דין על אחרים, לגבי שאלת פומביות ההליכים המתנהלים כנגדם בערכאות המשפטיות. אשר נאמר ביחס לעורכי דין בהליך משמעותי, נכון פי כמה בהליך אזרחי, ונכון באותה מידה ביחס לצוות רפואי. מכל מקום, השאלה הינה שאלה עקרונית, כללית, ואין לקבוע דין מיוחד לגבי רופאים.

יראון פסטינגר, עו"ד

ד"ר פרץ סגל

אסף פוזנר, עו"ד

110א. איסור פרסום שם הרופא ו/או מחיקתו מכתב התביעה ו/או הענקת חסיון מתביעה במקרה של אחריות שילוחית - שוב אין שום בסיס לסטייה מפקודת הנזיקין בעניין זה. כיצד ניתן למנוע מנפגע לתבוע את מי שיחפוץ ומאיזה טעם נעניק חסיון בעניין זה לרופאים דווקא, בעוד אין חסיון בדין לא לעובדי מדינה, לא לחיילים, לא לנבחרי ציבור ולא לאף אחד אחר? כיצד ניתן לאחר חקיקת חוק "כבוד האדם וחירותו" למנוע מאדם א-פריורי בחסינות מהותית ו/או פרוצדורלית לתבוע צד כלשהו שהוא סבור שעשה לו עוול? מדוע שחסיון זה לא יחול על כל שכיר אחר, לרבות עו"ד בשירות המדינה, עובדי מדינה וכיו"ב? ומדוע יש לשנות את יסודות פקודת הנזיקין ולהפלות את הרופאים ביחס לכל מתדיין אחר? אם אכן קיימת בעיה של עיתונות צהובה ושל פרסומים מוקדמים ולא נכונים, הדרך

לטפל בה הינה דרך פקודת העיתונות ולא בהפליה פסולה בדין המהותי או הפרוצדורלי.

יראון פסטינגר, עו"ד

110. אני מסתייג מההמלצה שלא לאפשר לתבוע את הרופא באופן אישי במקרה בו ניתן לתבוע את המוסד הרפואי שבמסגרתו ניתן הטיפול. יש בכך משום מתן הגנה רחבה מדי לציבור הרופאים וביחוד במקרים של תקלה חוזרת.

זהר ינון

ב. חיסיון מסמכים

111. אין להסכים לעמדה שבוטאה בדו"ח. כל המסמכים והדו"חות המוכנים על ידי מוסד רפואי, צריכים להיות מובאים לידיעת המטופל, לרבות דו"חות ועדות, פרוטוקולים וכיוצא באלה.

הנימוקים לעמדתנו הם:

(1). נקודת המוצא של עמדת הרוב: הסתרת עובדות מהמטופל, ואי אמירת אמת על ידי צוות רפואי. דו"ח הרוב, יוצא מתוך נקודת הנחה כפולה:

נקודת המוצא הראשונה היא שיש להסתיר עובדות מהמטופל. בעניין זה יש להדגיש, כי לחיסיון יש משמעות, אך ורק במידה והמסמכים הרפואיים ה"גלויים" (היינו, אלה המצויים בגיליון וברשומה הרפואית), הינם שונים מהמסמכים

החסויים. דווקא משום שוני זה, מבקשים להטיל על הדו"חות השונים חיסיון. לולא השוני, יש להניח כי לא הייתה מתעוררת כל בקשה להטיל חיסיון.

יתירה מזו. הרצון בחיסיון, לא זו בלבד שמלמד הוא על כך שהמסמכים המכוסים הינם **שוניים** מהמסמכים הגלויים, אלא שאף יש ברצון לחיסיון כדי ללמד שמדובר במסמכים **מזיקים** לעמדת המוסד הרפואי, עד כדי הצגתו והעמדתו ככלי ריק. הסיבה לכך היא ברורה: במידה ובמסמכים הנ"ל, יש דבר מה "מועיל" לעמדת המוסד הרפואי, אשר יש בה כדי להביא לדחיית תביעה (מקום שזו הוגשה), יש להניח שהמוסד ימהר ויגיש את המסמכים. הסירוב העיקש להגיש את המסמכים, לא זו בלבד שמראה על שוני לעומת הגיליון הגלוי, אלא שמראה על מהות ותוכן המסמכים.

נקודת המוצא השניה היא שהרופאים והצוות הרפואי לא ישתפו פעולה עם הוועדות למיניהן, במידה והמסקנות והפרוטוקולים של הוועדות, תהיינה פתוחות לעיון המטופל. נקודת מוצא זו מתוארת, בלשון עדינה: בפועל, הדברים הובעו בשתי חלופות: החלופה הראשונה, המרוככת, כי הרופאים יסרבו לשתף פעולה. החלופה השניה (שהועלתה דווקא על ידי רופאים), הייתה כי מאחר ולרופאים יש אינטרס, אזי ישקרו הם לוועדות שונות. נקודת מוצא זו, טוב היה לה שלא הייתה נאמרת. יש בה כדי להטיל דופי בקהל שלם של רופאים (אף שכפי שיבואר, דברים ברוח זו הועלו בצורה מפורשת בפני הוועדה). יש בה כדי ליצור "חזקה עובדתית" שחבר צוות רפואי שהינו מעורב בהליך רפואי, ואשר למוסד או לצוות הרפואי יש בו עניין, הוא "בחזקת שקרן". נציין כבר עתה, כי במידה והיה בכך אמת, היה מקום לקבוע - כחזקה עובדתית - שכל רופא המעיד בשם מוסד רפואי (ובמקרה כזה, בניגוד לוועדה הדנה במקרה של "שמא", ברי כי יש לרופא אינטרס), אין להאמין לו. טענה זו, אף מובילה - באופן ישיר - למסקנה כי בהליכי משמעת, המוגשים כנגד רופא או חבר צוות רפואי, אין להאמין למילה וחצי מילה של הצוות הרפואי.

לגופם של דברים, אין לקבל את נקודת המוצא השניה לגופה: אין להטיל אשמה קולקטיבית על רופאים שישקרו, גם אם פרוטוקולים יהיו פתוחים לעיון המטופל. במסגרת הליכים אלה, אף האינטרס של הצוות הרפואי הוא מופחת בעליל: בניגוד להליכי משמעת, בהם צפוי הרופא לסנקציות חריפות, הרי בוועדות השונות (כמו גם במסגרת הליכי ניהול סיכונים), אין הוא צפוי לסנקציה אישית. יתירה מזו. הליך רפואי (ובוודאי במסגרת מוסד רפואי), מאופיין בהיותו "ברוב עם". אנשים רבים נחשפים לרשלנות: רופאים אחרים, אחיות, צוות פרה רפואי, ועוד. אם הרופא שמעשיו נבדקים לא יביא את גרסתו בפני ועדה כזאת או אחרת, צפוי הוא להיפגע, מאחר והגרסה שתומצא לוועדה או לצוות ניהול הסיכונים תהא חלקית. דומה

שדווקא אינטרס זה הוא שיוביל לכך שהרופא שמעשיו נבחנים, יבקש להביע את עמדתו.

(2). המסמכים הרפואיים והטיפול הרפואי: "שכיחת" החולה במהלך הטיעון.
לפני דיון בנימוקים העקרוניים המוליכים לכיוון גילוי המסמכים, והעדר חיסיון, מן הראוי להדגיש, שהמסמכים הרפואיים והעובדות הנובעות מהן, נועדו - בראש ובראשונה - על מנת שניתן יהא לטפל בחולים (ראה, לעניין זה, ע"א 6330/90 **בנגר נ' בית חולים הלל יפה**). בהעדר מידע עובדתי (וכן הערכות לגבי הסיבות למצבו של החולה), לא ניתן יהא לתת טיפול אפקטיבי בעתיד. כך, למשל, אם בגיליון לא מצוין כי החולה קיבל תרופה פלונית (ובעקבותיה פיתח הוא את תופעות הלוואי), לא יוכל רופא עתידי לדעת כי עליו להימנע ממתן אותה תרופה.

על נושא זה ניתן להסתכל מכיוון אחר: בתי המשפט הקפידו עם רופאים אשר במהלך טיפול, לא בדקו את הטיפול הקודם שניתן לחולה. ההנחה המובלעת הייתה, שניתן ללמוד מהמסמכים על הטיפול הקודם שניתן. אך הנחה זו, מתנפצת לנוכח הרצון בחיסיון.

יש לציין כי ככל הנראה נעשה ניסיון מסוים, בחוק זכויות החולה, להתמודד עם בעיה זו, אלא שלא זו בלבד שדעת הרוב מנסה לעקר הוראה זו, אלא שאף ניסיון זה הינו בלתי מספק. הכוונה היא לסעיף 22(ה) לחוק. סעיף זה קובע כי במידה וועדת בקרה ואיכות, מגלה ממצאים "עובדתיים" שאינם מצויים ברשומה הרפואית, על הוועדה ל"עדכן" את הרשומה הרפואית. אלא, שהוראה זו "חסרת שיניים". יתירה מזו. לכאורה, ניתנה זכות ערעור בפני ועדת האתיקה (סעיף 23), אך ערעור זה לאו ערעור הוא: תחילה, החולה כלל אינו יודע על קיומה של ועדת בקרה ואיכות, וכיצד יערער? ועוד. סעיף 23(א) יוצא מתוך נקודת הנחה כי המטופל סבור שממצא עובדתי לא תועד. אך ברוב המקרים המטופל כלל לא ידע כי הרשומה הרפואית אינה נכונה.

סיכומה של נקודה זו: הרצון לחיסיון מתעלם מהחובה לטפל כראוי בחולה. מצב זה הוא תוצאה ברורה מכך שהרופאים עשו עצמם צד אינטרסנטי לעומת החולה. מצב זה הוא בלתי ראוי, ואין הדין יכול להסכין עמו.

(3). הזכות החוקתית: זכות האדם לקבל מידע הנוגע אליו. לחולה זכות יסוד לקבל מידע על עצמו. נגזרת מזכות זו, הינה הזכות לעיין במסמכי הוועדות. עניין זה נדון, בהחלטה העקרונית, ברע"א 1412/94 **הסתדרות מדיציניית הדסה עין כרם נ' גלעד ואח'**. עמד על כך הנשיא ברק באותו עניין:

"אכן, לדעתי, עומדת לו לחולה הזכות לקבל מידע על הטיפול הרפואי אותו קיבל בבית החולים. כנגד זכות זו עומדת חובת הרופא ובית החולים למסור לחולה את המידע

שבידם באשר לטיפול שקיבל, תוצאותיו ועלילותיו... זכות זו נגזרת מחובת הזהירות הכללית אשר הרופא ובית החולים חבים לחולה. היא נגזרת מזכותנו לדעת על עצמנו, המהווה ביטוי לאוטונומיה של הרצון הפרטי של האדם והמבטאת את כבודנו כאדם (ראה סעיפים 2 ו-4 - לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו). אכן, כשם שיש לו לאדם הזכות לדעת מה ייעשה בגופו, כן עומדת לו הזכות לדעת מה נעשה בגופו... הכרה בחסיון בפני גילוי דו"ח ביקורת פנימית של בית החולים פוגעת בזכויות אלו של האדם לדעת מה נעשה בו, ואינה מתיישבת עם זכויות אלו."

דברים חד משמעיים אלה, לא זו בלבד שמחייבים הם את המסקנה של פתיחות הדו"חות, אלא אף מעלים אפשרות, שכל הצעה של הרוב בעניין זה היא בלתי חוקתית, ודינה להיפסל מכוח חוקי היסוד.

(4). יחסי רופא-חולה. אחד הנושאים שעלו על ידי הרופאים, הינה התחושה שדבר מה התערער ביחסי רופא-חולה. החולה אינו מוכן עוד לקבל את דברי הרופאים בחינת תורה למשה מסיני. אלא, שדומה שהצעת הרוב, גורמת להחרפה של ממש ביחסים אלה.

תחילה נזכיר, כי "לעיתים קרובות, החולה שטופל אינו מבקש פיצויים. כל שמבקש החולה הוא לדעת מה אירע, תוך קבלת הסבר אישי ונטילת אחריות אישית על ידי האחראי למחדל; כן מבקש החולה לוודא שננקטו האמצעים הדרושים כדי שחולה בעתיד לא ייפגע באותו באופן שבו הוא נפגע. אכן, לעיתים דווקא הפתיחות והגילוי ביחסים שבין חולה ורופא, הבאים בעקבות בדיקה פנימית, הוגנת ופתוחה, הם שעשויים למנוע תביעות": דברי הנשיא ברק ברע"א 1412/94 **הסתדרות מדיציניית הדסה עין כרם נ' גלעד ואח'.**

יתירה מזו. דו"ח הוועדה מצביע על כך ש"המצאות התייעוד המשפטי בידי המטופל, עוד לפני הגשת התביעה, תמנע הגשתן של תביעות שעל פי התייעוד הינן חסרות בסיס". דווקא מסקנה-תקווה זו היא חסרת בסיס. ודוק: סביר בעינינו שחולה המקבל תיעוד רפואי, המנקה את המוסד הרפואי והצוות הרפואי, מכל אשמה, יתמה האם ניתן להאמין לתייעוד זה. סביר בעינינו שהחולה יעדיף שלא להאמין לתייעוד הרפואי. בכך הוא אך יאמץ את הגירסה של הרופאים בנושא זה. בכך הוא גם יאמץ את הדברים הנכוחים שנאמרו על ידי רופא בכיר, כי כאשר

קיימת בעיה, מופסק הרישום הרפואי ולאחר מכן רופאים בכירים 'משלימים' את הרישום לפי מה שכדאי:

" הרישום נעשה באוריינטציה של בתי המשפט, הוא לא לגופו של עניין, אם לא טוב לכתוב שהעובר נולד לאחר סבל עוברי מחוסר חמצן אז אנו לא רושמים. וזה לא נכון מפני שהאבחנה היא חשובה, אז הרישום לא נעשה טוב, אם היינו צריכים ללמד איך לכתוב נכון, היינו רושמים אחרת. מתכנסים הרופאים לאחר האירוע שלא בהכרח היה רשלנות, אך יש סיכון והתוצאה לא בדיוק מה שהפצינט יקבל, אז אתה יושב בפורום של שלושה או ארבעה רופאים, כי אתה לא יכול לכתוב בזמן האירוע, אתה מנסח בפורום של מספר רופאים, ויש משפטים שבהחלט רפואית היה צריך להיכנס לרישום ובגלל אימת התביעה לא נכנסו".

במילים אחרות: במידה ותתקבל המלצה לקיים חיסיון על המסמכים, ירבו עד מאוד התביעות המוגשות כנגד רופאים; בין תביעות אלה יהיו גם "תביעות סרק". דא עקא, שהתובע יוכל לברר - בינו לבין עצמו - האם מדובר בתביעת סרק, רק במסגרת ההליכים המשפטיים המוגשים על ידו. בכך יבוא הרוב לברך וימצא מקלל. לכך גם תהיה השלכה ניכרת על הזמן השיפוטי (שכן הליכי תביעות בגין רשלנות רפואית הינם ארוכים, באופן יחסי). סוגיה זו אף ניתנת להשוואה להליך בת.א. (י-ס) 395/93 גלעד ואח' נ' הסתדרות מדיצינית הדסה. באותו עניין, ביקשו באי כוח התובעים לתשאל רופא מבית החולים הנתבע (אשר הנתבע ביקש שלא להביאו כעד). בית החולים סירב. באי כוח התובעים פנו לבית המשפט על מנת שזה יחייב את התישואול, אך זה האחרון קצרה ידו. הליך זה הוביל לכך, שהתובעים הזמינו את הרופא להעיד, ולאחר דיון ארוך (שהתמשך מאחר והתובעים לא יכלו למקד את השאלות), התברר כי אכן אין הוא יודע דבר היכול להוסיף להליכים. הנשיא זיילר התבטא בעניין זה בצורה חריפה כנגד בית החולים; מחזות אלה צפויים להיחפך למחזה נפרץ תוך השפעה של ממש על העומס בבתי המשפט.

ונחזור לנקודה שהועלתה לעיל: הרופאים מבקשים יחסי אמון בין רופא לחולה. כיצד יכולים יחסי אמון שכאלה להיווצר אם הרופא מסתיר - באופן עקבי - מידע מהחולה?! האמון שניתן על ידי החולה ברופא, במקרים כאלה, זהה לחלוטין, לאמון של פקיד מס הכנסה בנישום, המודיע לו - בריש גלי - שהוא מנהל ספרים כפולים. ולסיום נקודה זו, מן הראוי להביא דברים שנאמרו על ידי רופא, פרופ' אברהם שטיינברג, אנציקלופדיה הלכתית רפואית, כרך ב', ערך "הסכמה מדעת", עמ' 6. בערך זה מסביר פרופ' שטיינברג את ההצדקה לנושא ההסכמה מדעת:

"מבחינה מעשית מועילה ההסכמה מדעת לשמירה על יחסי חולה-רופא הוגנים ויעילים; מונעת טובות הנאה, טכסיסנות שרירותית, או רמאויות על ידי הרופאים... מגבירה את האימון מצד החולה במערכת הרפואית..."

דברים אלה, אף שנאמרו בנושא ההסכמה מדעת, יפים לענייננו. ידעו נא הרופאים, ונדע כולנו: הרצון בחיסיון (ואף החיסיון המוגבל כיום) יוסיף ויגרום לטכסיסנות שרירותית ורמאויות על ידי רופאים, לחוסר אמון מצד הרופא במערכת הרפואית, וליחסי רופא-חולה הוגנים ויעילים. כל שניתן לקוות הוא, שבמידה ותתקבל דעת הרוב, נפטור עצמנו מדמעות התנין הנשפכות על כך שיחסי האימון אינם כשהיו: יחסי האימון לעולם לא יהיו כשהיו; אלא שהאשמים העיקריים לכך, הינם המערכת הרפואית המבקשת את החיסיון.

(5). משמעות המסמכים מבחינה ראייתית. המסמכים בהם מדובר הינם בעלי חשיבות רבה. עמד על כך הנשיא ברק ברע"א 1412/96 **הסתדרות מדיצינית הדסה עין כרם נ' גלעד ואח'**:

"דו"חות הביקורת נערכים לרוב סמוך לאירוע, ועל כן הם חסרי תחליף מבחינת העיתוי, הרלבנטיות, הנגישות למידע ייחודיות המידע הכלול בהם".

דברים אלה, אף מתקשרים לכלל ראייתי נוסף. כלל ידוע הוא, שכאשר בעל דין מחזיק בראיה מהותית, אך נמנע מלהגישה, או נמנע מלהביא עד "שלו", יש בכך כדי לחזק את ראיות הצד השני. אם כך הוא, בדרך כלל, אזי קל וחומר בן בנו של קל וחומר במקרה הנוכחי. בעוד שבדרך כלל יש ראיות "אובייקטיביות", הרי בענייננו, הראיות מוכנות על ידי המוסד הרפואי. בעוד שבדרך כלל, קיימים עדים "נייטרליים", הרי בתביעות רפואיות, העדים הינם עובדי המוסד הרפואי. לכך אף יש להוסיף שבית החולים שומר את הראיות. בנסיבות אלה, חשיבות המסמכים שנערכו קרוב לאירוע, מתגברת עוד יותר.

לכך מן הראוי להוסיף נקודה ראייתית נוספת: עניין זה משתלב גם עם נושא נטלי הראיה. דעת הרוב, בחרה להשאיר את נטלי הראיה כשהיו. לכך נתייחס בדיון נפרד בנטלי הראיה. אך בהקשר הנוכחי, מן הראוי להתייחס לחוסר השוויון בין החולה והרופא. הרופא הוא שיודע את האמת; הרופא הוא שמכין את הראיות, ברצותו מרחיב וברצותו מקצר; הרופא הוא ששומר על הראיות. כיום, מנסים לטעון כאילו גם הבירור שנערך יהיה חסוי. ועל כל אלה, מבקשים שהחולה יוכיח את שהיה. גישה זו חסרת איזון מינימלי, ותביא למצב שאינו נסבל בענייננו: דחיית תביעות מוצדקות רבות, מחוסר ראיות ועובדות.

(6). החיסיון המעשי, ומטרת הוועדות השונות. האמת ניתנת להיאמר, שלא מובן גם כיצד ניתן ליישב את החיסיון עם מטרות איסוף החומר על ידי המוסדות הרפואיים, באמצעות צוותים וועדות שונים. לעניין זה, מן הראוי לשאול, מה מטרת הוועדות השונות ומה משמעות החיסיון. טוענים כאילו הוועדות השונות והצוותים השונים אוספים מידע לשם תיקונו של עולם, והשבחתה של הבריאות. טענה זו, נטענת בלהט, על מנת לשכנענו בחיסיון: שהרי מי מוכן לטעון כנגד בריאות טובה יותר?!

כנגד זאת מן הראוי להבין את החיסיון. טוענים שבמידה ולא יהיה חיסיון, הרופאים יסרבו לשתף פעולה עם הוועדות. החשש שהובע - היה שרשמא ליצלן, עלול חומר להגיע לידי המטופל. ודוק: אין מדובר בשאלת הקבילות והגשת החומר לבית המשפט. מדובר בשאלה של הגעת החומר לידי המטופל, היא שאלת הגילוי.

חיבור שני מושכלות אלה, מחייב את המסקנה שאין הם יכולים לדור זה במחיצתו של זה. כדי להבריא את הבריאות, יש צורך לעשות שימוש במידע. כך, למשל, במידה ויתברר כי קיים איש צוות רפואי רשלין, יש להרחיקו מעבודתו. במידה וקיים נוהל בלתי ראוי, יש צורך לשנותו. הפעולות האלה הינן גלויות לגמרי או למחצה. יתירה מזו: יש צורך וחובה שהפעולות תהיינה גלויות. טול לדוגמא מצב בו מתברר שרופא רשלין. האם יורחק הוא מתפקידו? במידה והתשובה היא כי כך ייעשה, נשאלת השאלה, האם כאשר מעביד עתידי (בית חולים אחר) יפנה למוסד הרפואי שבדק את כשירות הרופא, על מנת לברר מדוע הועבר מתפקידו, האם המידע יימסר לו? כמובן, שבמידה והרופא לא יועבר מתפקידו, משמעות הדבר תהא שהמידע הנצבר אינו משמש את מטרת שיפור הבריאות. במידה והמידע לא יימסר למעביד פוטנציאלי, הבעיה תועבר לגבי חולים אחרים, וממקום למקום. ומה יקרה במידה והרופא יועבר מתפקידו, והמידע יועבר למוסדות נוספים? תוצאה שכזו (שהיא, ורק היא, מתיישבת עם הטענה בדבר שיפור הרפואה), תביא לשתי מסקנות נלוות:

המסקנה הראשונה היא, שהרופא והצוות הרפואי לא ישתפו פעולה עם הוועדות השונות, מאחר ולרופא יש אינטרס אישי (מעמד, מקום עבודה) שיכול להיפגע. ממילא - כפי שמטילים בנו אימה - לא ניתן יהא לקיים את דיוני הוועדות (למען הסר ספק, אין זו עמדתנו, אך נובעת היא מעמדת המצדדים בחיסיון).

המסקנה השניה היא, שהמידע (שצריך להישמר כחסוי מכל חסוי), ייהפך לנחלת הכלל והמטפלים. אין זה סביר כי מידע יסתובב בין גורמים שונים, ורק לידיעת המטופל לא יגיע. ושוב הדרא קושיא לדוכתא: אם הגילוי מביא לאי שיתוף פעולה ולאיון פעולת הוועדות, ממילא ברור שהרצון להמשיך ולקיים את הוועדות, ימנע

שימוש יעיל במידע שיצטבר, וכפועל יוצא אף ימנע את שיפור הרפואה, תוך שלילת המטרה המרכזית העומדת ביסוד קיום הוועדות.

מן הראוי לציין שהדיון לעיל נעשה מתוך התייחסות לנימוקי המצדדים בחיסיון; על כן הראינו כי לא ניתן ליישב את הנימוקים שניתנים על מנת לתמוך בחיסיון, עם החיסיון המתבקש. לעומת זאת, היישוב בין בקשת החיסיון לבין מטרות הוועדות השונות, יכול להוביל למסקנה שהמטרות המוצגות לקיומן של הוועדות השונות, אינן המטרות האמיתיות. בחינת הבקשה לחיסיון מעלה אפשרות, שקיום הוועדות נועד לצרכים אחרים לחלוטין: לצורך הכנה לקראת תביעות וטיוח עובדות. בדברים אלה לא זכינו לראיות ממצות (אם כי יותר מרמז לכך ניתן למצוא בדבריו של הרופא הבכיר שהובאו לעיל). מכל מקום, אם זו הסיבה, אזי אליבא דידן, מנוגדת היא לתקנת הציבור, ובוודאי ובוודאי שהמערכת המדיקו-לגלית, אינה יכולה להסכים איתה.

(7). כללי הצדק הטבעי ופיקוח על הוועדות. אחת הטענות שהושמעה על ידי התומכים בחיסיון, הנה שהדברים הנאמרים על ידי הרופאים בוועדות השונות, נאמרים תוך פגיעה בכללי הצדק הטבעי, כאשר הרופאים אינם מיוצגים על ידי עורכי דין, ואינם מסוגלים לחקור את ה"עדים" האחרים. פועל נלווה, לפי אותה דעה, הוא שלא ניתן לעשות שימוש באותו חומר.

דעה זו מתעלמת מהליכים אחרים המתקיימים כדבר שבשגרה, וכן ממהות החיסיון.

מהליכים אחרים - בכלל הראיות המוגשות לבית המשפט, מוגשות ראיות רבות ביותר אשר נגבות שלא בדרך של חקירות נגדיות. כך, למשל, במהלך חקירה משטרתית, אין העדים נחקרים, בהיותם במשטרה, על ידי הנאשם, והנאשם אינו נחקר בנוכחות עורך דין. בדומה לכך, חקירת סיבות מוות נערכת, על פי רוב, כאשר העדים אינם מלווים בייעוץ משפטי, ומכל מקום אין הם חוקרים את העדים המובאים. ואם לא די בכך, הרי שנציין שאין לך כמעט תיק נזקי גוף גדול אחד, בו לא נערכת חקירה פרטית על ידי הנתבע, המתחקה אחר התובע, והקרובים לו. למותר לציין, כי כאשר התובע והמקורבים לו, מדברים עם החוקרים הפרטיים (ובמקרה הטוב, יודעים הם כל עיקר כי מדובר בחוקר פרטי), אין הם מיוצגים על ידי עורך דין, ואין התובע יכול לחקור בחקירה שכנגד את העדים, תוך מניעת הוצאת דברים מהקשרם. חרף זאת, בתי המשפט מקבלים, כדבר שבשיגרה ראיות שכאלה. האיזון נעשה על ידי חקירת העדים בבית המשפט, ובשאלת המשקל הניתן לראיה (להבדיל מהקבילות).

אך הטענה אף מתעלמת מנושא משמעות החיסיון. החיסיון מתייחס לגילוי ולא לנושא הקבילות. הקביעה שהחומר יהיה פתוח לעיונו של החולה, אינה אומרת בהכרח שיוגש הוא לבית המשפט, והדברים ברורים.

(8). מקרים דומים. עיון במקרים דומים, מגלה כי הגישה הכללית של הדין, הינה של גילוי (בוודאי של הדו"ח). כך, לדוגמא, אין ספק שההליכים המתקיימים בפני מבקר המדינה הם הליכים שיש להקפיד על אמינותם. חרף זאת, דו"ח מבקר המדינה פתוח לציבור (סעיף 27 לחוק מבקר המדינה [נוסח משולב], התשי"ח-1958). כיוון שכך, ברור שהמסקנות נודעות לתובעים פוטנציאליים, לרבות מתחום המגזר הרפואי. כך, לדוגמא, מבקר המדינה הוציא דו"ח מיוחד על הביקורת בבית החולים בכפר סבא (דו"ח מתשנ"א-1991). דו"ח זה הצביע על ליקויים חמורים בתפקוד בית החולים, לרבות בשמירת תיקים רפואיים, בהעדר פגיה ועוד. דו"ח המבקר אף הפנה למקרים ספציפיים ולעובדות מוגדרות, תוך שהוא מצביע על כך שבינואר 1989 התריע מנהל מחלקת הילדים על קשיים במציאת מקום לתינוקות. דוגמא נוספת הינה דו"ח שנתי מס' 43 משנת 1992. בדו"ח זה קיימת התייחסות לפעולות החברה הנורוכירורגית להזמנת ד"ר דולנס לישראל.

אין ספק, שהמידע הגלום בדו"חות אלה, מסייע, כתוצאת לוואי, גם לתובעים פוטנציאליים. בדו"ח יהיה בבחינת "את פתח לו", והתובע עשוי (או עלול) ללמוד היכן יכולה להיות רשלנות. המבקר אף עשוי להעביר נושאים בהם מתעורר חשד של עבירות פליליות, ליועץ המשפטי לממשלה. חרף זאת, לא חשש המחוקק לאמינות העדויות, אלא בחר להטיל חיוב על גוף מבקר להמציא למבקר ידיעות, מסמכים, הסברים ועוד: סעיף 3 לחוק יסוד: מבקר המדינה, תשמ"ח-1988. מסירת ידיעות כוזבות אף עלולה להביא לידי אישומים פליליים (ראה, למשל, בג"צ 4267/93 **אמיתי ואח' נ' ראש הממשלה ואח'**). אף כאן, נזכיר שדו"חות של מבקר המדינה אינם קבילים. אך טענות הרוב מתייחסים בראש ובראשונה לגילוי ולא לקבילות.

דוגמא נוספת היא חוק ועדות חקירה, התשכ"ט-1969. גם בעניין זה, מנע המחוקק אמנם קבילות, אך לא גילוי (סעיפים 14 ו-22 לחוק). ודוק: אין צריך לומר כי המעיד בפני ועדת החקירה צפוי לסנקציות ניכרות (סעיף 10 ואילך לחוק). חרף הגילוי, לא מתעוררת שאלת המהימנות.

דוגמא נוספת, חוק הביקורת הפנימית, התשנ"ב-1992. אין צורך להכביר מילים על החשיבות של האמינות של הביקורת הפנימית. חרף זאת, לא מנע המחוקק את גילוי הביקורת והעדויות, אלא את קבילותם בלבד: סעיף 10(א) לחוק. זאת ועוד. חרף הטענה שהועלתה בפנינו כאילו יש בהטלת סנקציות עתידיות על המעידים (כגון

תביעה כנגדם או הליך משמעותי, כדי לפגוע במהימנותם, לא נמנע המחוקק מלקבוע שהעדות בפני המבקר יכולה לשמש אפילו ראיה בהליך משמעותי.

ונוכח: הטענה כאילו יש להטיל חיסיון על מסמכים שונים, כדי לאפשר דיון פתוח, אינה מיוחדת לנושא הנוכחי. בתור דוגמה בלבד, יובא עניין ע"א 6926/93 נ' **מספנות ישראל חברת השמל ואח'**. באותו עניין, דן בית המשפט בנושא מכרזים. אחת הסוגיות שהתעוררו, הייתה האם יש להעמיד לרשות המתמודדים את פרוטוקול הדיון בועדת המכרזים. בית המשפט המחוזי קבע שאין להעמיד המסמכים לידיעת המשתתפים, וזאת על מנת למנוע מצב בו חברי ועדת המכרזים ימנעו מלומר בועדה את אשר על ליבם. טענה זו נדחתה בצורה חד משמעית על ידי בית המשפט העליון תוך שמובהר עיקרון הגילוי.

דברים אלה מקבלים משנה משקל, לנוכח הנושאים הכלולים בחיסיון המוצע על ידי הרוב. בדיון שנערך לאחר קבלת ההערות על נייר העבודה מטעם הועדה, הובהר, כי החיסיון אמור להתייחס (לגרסת הרוב) גם לנושאים בלתי רפואיים בעליל: כך, למשל, אם הבדיקה התייחסה לנוק שנגרם בעטייה של אי החלפה של נורה במסדרון בית החולים, אשר הביאה להחלקת חולה (או אף החלקה של מבקר בבית החולים!), לא יגולו פרטי הדו"ח לחולה (או למבקר). דשנו וחזרנו ודשנו בנושא זה, ולא הונח לנו: במה שונה הנורה בבית החולים, מנורה בבנק, במרכול או במשרד עורכי דין? במה שונה הפגיעה של הניזוק במקומות האחרונים, מהניזוק בשל החשיכה הפתאומית הנופלת בבית חולים? על שום מה הניזוק בבנק, יוכל לזכות - במהלך גילוי מסמכים - בדו"ח הביקורת הפנימית המגלה רשלנות באי החלפת הנורה, ואילו הניזוק בבית החולים לא יזכה בכך? ומה לכך ולקידום הרפואה? דומה כי דווקא ההתעקשות האבסורדית של הרוב בנושא זה, מגלה כי אין כל נימוק אמיתי לחיסיון, לבד מרצון סקטוריאלי כלכלי גרידא.

סדנא דארעא חד הוא. אין ספק שלכל גוף יש אינטרס שדברים הקשורים בו, יישארו בחדרי חדרים, ולא ייוודעו. אינטרס ורצון אלה, הינם טבעיים. אך מכאן ועד הטלת חיסיון, ארוכה הדרך עד מאוד.

הדברים דלעיל, הובאו לא רק כדי ללמוד מהם לענייננו, אלא גם כדי להצביע על טענות סותרות המובאות על ידי המצדדים בחיסיון. רוב המצדדים בחיסיון בועדה, ליוו עמדה זו בהתנגדות להעברת נטלי הראיה על המוסד הרפואי. אחד הנימוקים המרכזיים שניתן לכך, היה כי אין סיבה לסטות מהדין הכללי, אלא אם מוכח באותות ובמופתים כי אין מנוס מכך. דומה שעיון בדין הכללי בענייננו, מראה שהטענה הנ"ל אינה אמיתית.

(9). בעלות על המידע. גם מטעם נוסף, מן הראוי להעמיד את כל המידע לרשות החולה. הסיבה לכך היא המשפט המהותי מחייב את המסקנה כי כל מידע אשר נאסף על ידי המוסד הרפואי, שייך לחולה, וצריך לעמוד לרשותו. כאשר נאסף חומר (שכלול בסודיות רפואית), נעשה הדבר על ידי הרופא כשלוח וכנאמן. ממילא נובעת חובת מסירת המידע.

זאת ועוד. מסירת האינפורמציה הנאגרת במערכת הועדות וניהול הסיכונים, נובעת, במקרים רבים, מכוח חובת בית החולים והמערכת הרפואית, בניזקין. בתור משל, נציין כי בהתאם לנוהג החל בבתי חולים, בתי חולים מוסרים "סיכום מחלה". אף שהדין אינו קובע מה צריך סיכום המחלה לכלול, הרי דומה שברור שעליו לסכם את האירועים המרכזיים במהלך הטיפול והאשפוז. והנה, במידה ומתברר - ולו גם במסגרת דיון בועדה ובניהול סיכונים - כי ארעה תקלה או רשלנות רפואית (ועל כן הסיכום אינו נכון או אינו מושלם), היעלה על הדעת שבית החולים יותיר את המצג הבלתי נכון בעינו?! דומה שבמקרה כזה סיכום המחלה יהיה בגדר מצג שווא, על כל הנובע מכך, וכאשר בית החולים מגלה תקלה שכזו בסיכום המחלה (וכן בגיליון), מחוייב הוא לתקן את שעיוות (ולו גם על דרך המחדל).

ועוד נוסף. אדם חושף את מצבו הבריאותי והכרוך בכך, בפני בית החולים, לצורך טיפול בעצמו, ועל מנת להיטיב עם עצמו. האינפורמציה היא נחלת החולה, כעולה גם מהקביעה שהחולה זכאי לוותר על החיסיון הרפואי של הרופא, ובמקרה כזה הרופא אף יצטרך להעיד, חרף הוראת סעיף 49 לפקודת הראיות [נוסח חדש]. אין הנחה בדין, שאדם מתיר, ולו גם לצוות רפואי, לעסוק בסודותיו הרפואיים לצרכים אחרים (ואף לא לצורך מחקר רפואי: תקנות בריאות העם (ניסויים רפואיים בבני אדם), התשמ"א-1981). כמו כן, אין הדין מתיר לצוות הרפואי, לאחר שנסתיים הטיפול, להעביר את הסודות הרפואיים לאחרים (ולו גם למי שהוכשר בצוות רפואי). העברה שכזו אף עלולה להחשב כהפרת הפרטיות, זכות שהועלתה למדרגת זכות יסוד, כמפורט בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

(10). פיקוח שיפוטי. יש גם להצביע על החשיבות של הפיקוח השיפוטי על הועדות השונות ועל הצוותים השונים. משמעות החיסיון המתבקש על ידי הרוב, הינו סתימת הגולל על פיקוח שכזה. חיסיון משחית; חיסיון מוחלט משחית לחלוטין. סופו של העדר פיקוח שיפוטי, יוביל בהכרח לכך שיהיו מקרים בהם הועדות לא תעשינה מלאכתן נאמנה. קיומו של הפיקוח השיפוטי, הינו ערובה לכך שהועדות והצוותים יאספו את העובדות כראוי.

דוגמא לפיקוח שיפוטי על ועדת בדיקה ניתן להביא מה"פ (י-ם) 825/97 **גבאי ואח' נ' המנהל הכללי של משרד הבריאות** (מפי השופט מוסק). מן הראוי להביא קטע מדבריו של השופט מוסק (סעיף 82 לפסק הדין):

"אמנם בוועדה הפועלת כתיקונה, ניתן היה לומר, כי אכן על האמת לסוג מפני החיסיון, כדי שהרפואה תתקדם ותשתפר, וחיי בני אדם רבים יותר ינצלו. אולם, בעובדות שנפרסו בפני, עולה תמונה הפוכה - לא נראה כלל וכלל שרפואת האדם תשתפר וטעויות יתוקנו, בעקבות דיוני הוועדה שחקרה בתיק זה. די לציין, לצורך זה את העובדה כי לא נכתב בוועדה אודות מכשיר הא.ק.ג. כפי שפרטתי לעיל".

אין בכוונתי להיכנס לעובדות המקרה הנ"ל, ואולם הדברים הנ"ל נכונים בצורה כללית. בהעדר פיקוח אין ערובה לטיב הוועדות. אף בכך יש משום סיבה לאי קביעת חיסיון.

יתירה מזו. ברגע שאיש צוות רפואי, ידע שדבריו אינם עומדים לביקורת חיצונית כלשהי, ולעומת מול העובדות המצויות בידי החולה או במקומות אחרים, לא תהיה מניעה ממנו - במקרה מתאים - להסתיר אמת או לעוותה. דווקא העובדה, שיתכן ויום יבוא ודבריו של איש הצוות הרפואי יבחנו על ידי אחרים, תביא לערובת מהימנות מסויימת.

בשולי עניין הפיקוח, מן הראוי לציין, שגם לשיתופם של החולה ובני משפחתו, בוועדות ובצוותים כלשהם, יש משום ערובה לטיב הדיון. ערובה זאת נובעת הן מהעובדה שהחולה ובני משפחתו מחזיקים במידע מסוים, והן מאחר והם מעוניינים בקביעות הצוות והוועדות. חיסיון יגרור, מטבע הדברים, אי שיתוף של החולה ואי בחינת המידע שבידו. החיסיון אף ימנע אפשרות שהחולה יוכל להעמיד את הוועדה על טעויות עובדתיות. חיסיון יביא לכך שחולים יסרבו לשתף פעולה עם המוסד הרפואי בבחינת המקרה, מאחר וזה מצטייר כ"צד הנגדי".

(11). אי שיתוף פעולה - אמצעים שונים: אמצעי משמעת, תביעות בגין אי עריכת ביקורת טיב. כאמור לעיל, עמדת המצדדים בחיסיון הנה שהחיסיון יביא אי שתוף פעולה על ידי צוות רפואי במהלך בדיקת האירוע. הצבענו על כך שהטענה הנ"ל אינה מתיישבת עם ההגיון. אך בנוסף לכך, מן הראוי לציין כי קיימים אמצעים נוספים על מנת לכפות את קיום הוועדות ושיתוף הפעולה עימהן. ונציין

שתי דוגמאות בלבד: הדרך הראשונה, הינה על ידי קביעת עבירה משמעתית על עובד מוסד רפואי שאינו משתף פעולה עם ועדה כלשהי. הדבר דומה לעובד אשר יסרב לשתף פעולה עם מבקר פנימי. באנלוגיה מהדין המשמעתי החל לגבי עורכי דין, יצויין שעורך דין שאינו עונה לוועדת האתיקה, עובר עבירת משמעת באי מתן תגובה.

הדרך השניה, היא חיצונית: אם מקובל (דבר הנטען על ידי המצדדים בחיסיון), שקיום הוועדות חשוב לצורך לימוד לקחים ותיקון טעויות, יתכן ותעמוד עילת תביעה ראויה כנגד מוסד רפואי אשר ימנע מלקיים ועדות שכאלה. למשל, אם תקלה מסוימת אירעה פעם שניה, הרי גם אם בפעם הראשונה ייתכן ולא היה מדובר ברשלנות, הרי אם לא בוצעה חקירה ולימוד לקחים, אזי ייתכן וניתן להגיש תביעה בגין הנזק, כאשר הרשלנות גופא נעוצה באי עריכת החקירה מהמקרה הראשון.

עילה שכזו, תהווה אף תמריץ לצורך קיום חקירות על כל המשתמע מכך.

(12). אמצעים חלופיים לחיסיון. הדו"ח המליץ על קביעת חיסיון גורף. מן הראוי לציין כי לא נשקלו אמצעים שונים, חלקיים, לעניין החיסיון. למען הסר ספק, דעתנו היא שעל כל המסמכים להיות גלויים, אך מכל מקום, מן הראוי היה שהמבקש להטיל חיסיון, ידון בשאלת המידתיות, ובאפשרויות השונות.

בתור דוגמא, נציין כי מן הראוי היה לדון בנושאים הבאים:

(א) פרוטוקולים לעומת מסקנות הוועדות. עניין זה היה גם בסיס לחלוקה המופיעה בחוק זכויות החולה. בעוד שמסקנות ועדת בדיקה, מועברות, באופן אוטומטי לחולה, הרי שהעברת הפרוטוקולים נעשית רק לאחר בדיקה שיפוטית.

(ב) העברת עניינים עובדתיים לעומת דעות רפואיות. שאלות עובדתיות, מטבע הדברים, אין התובע המבקש לתבוע, יכול להשיגם על ידי מומחים חיצוניים, ובכך אף חשיבותן הרבה.

(ג) סוגי ועדות שונות. מן הראוי לציין שעניין זה היה בבסיס ההבחנה שבחוק זכויות החולה, כאשר מסקנות ועדת בדיקה פתוחות לעיונו של החולה. למען הסר ספק, הרי שעמדתנו היא שדו"ח של צוות ניהול סיכונים הינו בבחינת "ועדת בדיקה", מאחר וכל מהות הצוות הינה בדיקת מקרים חריגים (לפי רשימה הקיימת בכל ניהול סיכונים), דבר שהוא המאפיין של ועדת בדיקה.

(ד) העמדת המסמכים לעיון של גוף נייטרלי, שיפוטי. דרך זו אף ננקטה בחוק זכויות החולה, כאשר בית המשפט מחליט על מסירת הפרוטוקול למטופל אם מצא שהצורך בגילוי לצורך עשיית צדק עדיף מהעניין שיש לא לגלותו (בועדת בדיקה): סעיף 21(ד) לחוק. הוראה אחרת מצויה על דרך של הערעור לוועדת האתיקה, על

קביעות ועדת בקרה ואיכות: סעיף 23 לחוק. בהקשר זה מן הראוי לציין כי חיסיון לטובת המדינה(!) המוטל על פי תעודה החתומה על ידי שר הבטחון, עשוי להיות מוסר אם הצורך לגלותה לשם עשיית הצדק עדיף מן העניין שלא לגלותה (סעיף 44(א) לפקודת הראיות). די להביא דוגמא זו, על מנת להראות עד כמה החיסיון הגורף הינו מנוגד לשיטה המשפטית: היעלה על הדעת שסודות המדינה ובטחונה חשובים פחות מהסודות הרפואיים!?

(ה) חלוקה בין חולה שהוא בין החיים, לבין חולה שכבר נפטר (ואשר לגביו אין חשיבות למידע לצורך טיפול רפואי, למעט, כמובן, כאשר מדובר במחלות תורשתיות, בעיות גנטיות וכיו"ב).

(ו) קביעת סנקציות ותחליפים למקרה של שימוש בחיסיון, לרבות העברת נטלים וכיוצ"ב.

(ז) הבחנה בין מקרה בו החולה לא סיים את הטיפול כאשר הוא בריא באופן מוחלט, לבין מצב בו הוא סובל מנכות כלשהי.

עצם ההתייחסות הגורפת לעניין זה מגלה את שכבר ציינו: חיסיון משחית. חיסיון מוחלט משחית לחלוטין.

(13). סיכום. סיכומה של חוות דעת זו: אין מקום לחיסיון כלשהו, ובכל מקרה לא בצורה הגורפת כפי שהוצעה. הצעת רוב הועדה, לא זו בלבד שחורגת היא מהדין החל במקרים דומים, אלא אף מנוגדת היא למושכלות חוקתיות בסיסיות. סופה אף להביא לכך שהועדות והצוותים השונים לא ישיגו מטרה כלשהי, למעט טיוח של תקלות רפואיות.

יראון פסטינגר, עו"ד

ד"ר פרץ סגל

אסף פוזנר, עו"ד

111א. לא אוכל להצטרף לדעת הרוב בסוגיית החיסיון של החומר בועדת הבדיקה, מול המטופל. דעתי היא כי יש להמליץ על חקיקה שתקבע חד משמעית, כי כל המידע הרפואי וכל חומר הנוגע לטיפולים אשר נעשו במטופל, מכל סוג שהוא, לרבות חומר שנאסף בועדות בדיקה, יהיה פתוח לעיונו של המטופל.

אין חולק כי זכותו של מטופל לקבל כל מידע הנוגע לטיפולים שנעשו בו היא חלק מזכות היסוד שלו על גופו; היא גם חלק מזכותו לפרטיות. הזכות לפרטיות כוללת את הזכות לקבלת מידע האגור עליו בגוף ציבורי. בהערת אגב, ניתן אף

להוסיף ולטעון כי ניתן לראות את זכותו של מטופל ביחס למידע הרפואי כקניינו, המוגן אף הוא בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

כבר קבע הנשיא ברק בענין ע"א 1412/94 ההסתדרות המדיצינית הדסה עין כרם נ' עפרה גלעד ואח' פ"ד מ"ט (2) 516, בע' 525 :

"לחולה זכות לקבל מידע על הטיפול הרפואי שקיבל בבית החולים, וכנגד זכות זו עומדת חובת הרופא ובית החולים למסור לחולה את המידע שבידם באשר לטיפול שקיבל, תוצאותיו ועלילותיו. זכות זו נגזרת מחובת הזהירות הכללית שהרופא ובית החולים חבים לחולה. היא נגזרת מזכותנו לדעת על עצמנו, מהווה ביטוי לאוטונומיה של הרצון הפרטי של האדם ומבטאת את כבודנו כאדם (סעיפים 2 ו-4 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו). כשם שיש לאדם זכות לדעת מה יעשה בגופו, כן עומדת לו הזכות לדעת מה נעשה בגופו."

המחלוקת בדיוני הועדה היתה אם הפגיעה בזכות היסוד האמורה היא פגיעה לתכלית ראויה, כאשר התכלית הנטענת הנה איסוף המידע על הטיפולים הרפואיים, על מנת להפיק לקחים במערכת הבריאות כולה. הטענה היא כי איסוף מידע כזה אפשרי רק אם יקבע חיסיון למידע אשר מוסר של הגורם המטפל- בד"כ הרופאים- שכן קבלת המידע תלויה בשיתוף פעולה של הגורם המטפל, אשר לא יעשה כן, אם קיים חשש שכתוצאה מכך יחשף לאפשרות של תביעה בעילה של רשלנות מקצועית.

טיפול רפואי הניתן במסגרת המערכת הציבורית הינו מעשה לו שותפים ארבעה גורמים: המטופל, המטפל, מקום העבודה בו מתנהל הטיפול (ביה"ח), והמערכת המדינתית המפקחת ומתקצבת את הגורם המטפל. כאשר מטופל מסכים לטיפול, ההסכמה ניתנת תחת ההבנה כי המטפל הינו בעל מקצוע הולם הנמצא תחת פיקוח מקצועי, הן במישור המערכת בה הוא עובד והן במישור המדינתי. המטופל, ביה"ח והמדינה שותפים לאינטרס לדאוג לכך כי הטיפול אשר יינתן יהלום את כללי הרפואה הסבירים. אין אינטרס סביר כלשהו המצדיק להקנות חיסיון מפני גילוי עובדות למטופל, אשר אם בית המשפט ידון בענין הוא עלול למצוא בהן אינדיקציה לעבודה רפואית רשלנית.

למטפל יש אינטרס אישי מובהק לחיסיון מפני גילוי עובדות אשר עלולות להצביע על מעשה רשלנות.

טענת נציגי הרופאים בדיוני הועדה הינה כי חוסר נסיונו וחוסר הבנתו של המטפל בצד המשפטי עלולים להכשיל את המטפל כאשר הוא מוסר מידע לועדת

הבדיקה לאחר קרות אירוע חריג. הדברים תוארו כאפשרות לאי הבנה בכח הנוגע לטרמינולוגיה בה נוקטים רופאים בדיון חפשי ביניהם, ממנה עלול להתפרש לשוא, כי מדובר במעשה רשלני, בעוד שבפועל לא כך הדבר. בכל מקרה, גם נציגי הרופאים אינם בדעה כי ראוי לתת חסיון אשר תוצאתו תהיה העסקת רופאים אשר אינם מתפקדים בהתאם לרמה מקצועית מקובלת. החשש הינו לפגיעה ברופאים אשר אינם רשלנים, אך ייאלצו לעמוד לדיון ציבורי וכתוצאה מעצם הדיון יוכפש שמם המקצועי.

טענה נוספת הנה כי הרופא אינו עובד במערכת בה הוא חפשי לפעול לפי שיקוליו המקצועיים, אלא הוא כפוף לאילוצי מערכות מוגבלות במשאבים מטבען. לפיכך אם פעל בדרך ההולמת את אמצעי ביה"ח במסגרתו הוא פועל, לא יהיה זה ראוי לחשוף את המטפל לטענה בדבר רשלנות מקצועית.

בטענות של נציגי הרופאים יש ממש, אולם הדרך לאזן בין האינטרס של המטפל לזה של המטופל הנה באמצעות המערכת המוסדית בה מועסק המטפל. ניתן להימנע מפגיעה מיותרת במטפל באמצעות הסדר של שיפוי המטפל ע"י ביה"ח, או דאגה לביטוח אחריותו המקצועית וכן פתרונות אשר הוצעו בתזכיר הצעת חוק לחסינות עובדי ציבור, אשר משמעותם חסינות אישית הנתונה לעובד הציבור.

הפתרון המוצע של קביעת החסיון לא יפתור את הבעיה של ריבוי התביעות, אלא יחריף אותה באופן משמעותי. קביעת החסיון תגרום לכל מטופל לחוש אי אמון רב כלפי המטפל, ולפיכך יפנה המטופל, בצר לו, לכל גורם אשר יציע לו סיוע בחשיפת העובדות הנוגעות לטיפול שקיבל. במקרים בהם קיים הצורך בהמשך טיפול, לא יוכל המטופל לבטוח בכך כי הטיפול שניתן לו הוא אכן הטיפול ההולם את מצבו, אלא אם כן יינתן לו מלוא המידע הרלוונטי. בכל מקרה בו נגרם לו לדעתו נזק יתבע פיצוי שכן אין הדרך פתוחה בפניו לקבל את מלוא המידע הראוי, הכולל את התוצאות הנובעות מהטיפול. קביעת חיסיון תערער את בסיס האמון ביחסים שבין מטפל ומטופל.

מערכת הבריאות נשענת בין השאר על אמון המטופלים בה. אמון זה אינו יכול להתבסס על יסוד הסתרת האמת מפניו של המטופל באשר לטיפול שניתן לו. חובת האמון כוללת את החובה למסור באופן יזום, כל מידע שיש למי שחב אמון, למי שהחויב כלפיו.

במכלול הפעולות הרפואיות אשר נעשות בארץ בהיקפים גדולים מאד ובהצלחה מרשימה, יש לצפות לכשלים ולתקלות. מערכת הנשענת על יסודות איתנים מסוגלת לספוג גם תקלות. מערכת בריאה ומתוקנת אינה יכולה לדגול במדיניות של הסתרת

מידע. שקיפות מוחלטת הנה צורך ממשי וחיוני ביותר לשמירה על איתנות המערכת הרפואית הציבורית כולה.

לטענה כי קיים חשש מפני אי מסירת מידע נכון לוועדות הבדיקה על ידי הגורם המטפל, אם לא יוקנה חיסיון, אין לדעתי ממש.

עצם קיומן של ועדות אלה, והחובה למסור מידע שלם ומדויק במסגרתן, ראוי כי יעוגן במסגרת החובה המוטלת על ניהול בית חולים ציבורי. משרד הבריאות הינו הגורם הממלכתי האחראי לכך שלא ייגרע דבר מזכות הציבור לקבלת מלוא המידע בכל הנוגע בנושא הרפואי. הציבור הפונה לקבלת שירות בבי"ח ציבורי משליך את יהבו גם על פיקוח ממלכתי חיוני זה. לפיכך על משרד הבריאות לדאוג לכך כי נושא זה לא יישאר תלוי בשיקול דעתו של מנהל בית חולים ציבורי זה או אחר, אלא יהיה חלק מחובותיו כלפי המערכת המפקחת.

כאמור לעיל, לציבור יש אמון במערכת הבריאות הכוללת גם את אמונו ביושרו ובמקצועיותו של הגורם המטפל. אם הכלל של חסיון ייקבע, תהיה בכך הצהרה של המערכת לאי תקינות בסיסית המחייבת נקיטת אמצעי קיצוניי כחסיון. להערכת, מערכת הבריאות אינה מצויה כיום במצב בו כמות הכשלים הנה כה רבה המחייבת הטלת חסיון. גם אם הערכה זו מוטעית, הדרך הנכונה הנה להבריא את המערכת ובוודאי שלא לנקוט באמצעי של הסתרת מידע כלפי הציבור המטופל.

תוצאה מסתברת נוספת של קביעת החסיון תהיה שמטופלים ינקטו באמצעים עצמיים לקבלת המידע הרלוונטי. המטופלים ידרשו בצדק, כי תתאפשר נוכחות רופא מטעמם או גורם מקצועי מתעד, בכל טיפול רפואי משמעותי. תיעוד מסוג כזה, אשר מן הסתם הינו מיותר ברוב המקרים, יגרום להוצאה מיותרת.

לסיכום, אני בדעה כי לא רק שאין זה רצוי לאמץ כלל המקנה חסיון לחומר רפואי כלשהו, כולל החומר שנאסף בוועדות הבדיקה, אלא שיש לקבוע כלל בחקיקה, בהיר וחד משמעי, המזכה את המטופל בקבלת כל חומר הנוגע לטיפול. אימוצו של כלל זה הוא חיוני לקיומה של תשתית האמון, בין המערכת הרפואית לבין המטופלים. את החשש מפני העלמת האמת בוועדות הרפואיות ניתן וראוי לפתור בשתי דרכים: קביעת חובה חקיקתית לקיום ועדות בדיקה וקביעת חובת דיווח של הוועדות למשרד הבריאות, ובמקביל, קביעת חסינות אישית לרופא מפני אחריות נזיקית ומפני הפללה עצמית, בדין העונשין, תוך שמירה על אחריותו של החוסד הרפואי, במקרה המתאים.

אורנה דויטש, עו"ד

COVER UP_ 111.

במהלך שנות הדיונים בועדה נחשפה בפניה התופעה המכוערת של ה-COVER UP או ה"חסר במסמכים", שהיה מקובל למרבה הצער בתחום זה במשך שנים בארץ, והמוכרת היטב לכל העוסק בתביעות בתחום זה. גינקולוג בכיר, שהופיע בבתי משפט בכ- 300 תיקים מסוג זה במרוצת השנים, העיד כי התופעה של חוסר במסמכים רפואיים הינה שכיחה ביותר. בנוסף לכך, גינקולוג בכיר אחר חשף טפח מהמתחולל מאחורי הקלעים בעת התרחשות "תקלה רפואית" בחדרי הלידה, ואמר את הדברים המזעזעים הבאים:

"... פה התקבל הרושם כאילו ניהול סיכונים בצורת הכתיבה זה חיובי מאוד, וקודם בגלל התביעות, שני הדברים לא אבסולוטית חיוביים, ניהול סיכונים מחייב אותנו איך להתגונן בפני התביעות, ולא איך לעשות רפואה דפנסיבית. מלמד אותנו איך לדבר עם הציבור, איך להתחנן, איך להיות נחמד, ולאן דווקא איך לעשות רפואה טובה.

הרישום נעשה באוריינטציה של בתי המשפט, הוא לא לגופו של עניין, אם לא טוב לכתוב שהעובר נולד לאחר סבל עוברי מחוסר חמצן אז אנו לא רושמים, וזה לא נכון, משום שהאבחנה היא חשובה, אז הרישום לא נעשה טוב. אם היינו צריכים ללמד איך לכתוב נכון, היינו רושמים אחרת.

מתכנסים הרופאים לאחר האירוע, שלא בהכרח היה רשלנות רפואית אך יש סיכון והתוצאה לא בדיוק מה שהפצינט יקבל, אז אתה יושב בפורום של שלושה או ארבעה רופאים, כי אתה לא יכול לכתוב בזמן האירוע, אתה מנסח בפורום של מספר רופאים, ויש משפטים שבהחלט רפואית היה צריך להכניס לרישום, ובגלל אימת התביעה לא נכנסו..."

נדמה כי נוהלים פסולים אלו, שהשתרשו במשך עשרות שנים, הם הם הסיבה לכך כי שנים ארוכות לא היו כלל תביעות בתחום הזה, כלומר, לא היעדר טיפול אופטימלי ללא רשלנות בטיפול הרפואי עמד שנים ארוכות בעוכרי הנפגעים והנכים,

אלא חוסר האפשרות לחשוף ולגלות מעשים אלו. מצב דברים לא מרנין זה, ייאמר בלשון המעטה מרובה, מתחדד עוד יותר לאור המוטיבציה למעשים אלו, אשר אין לה כלל כל קשר לתביעות הנזיקין האזרחיות. לדברי פרופ' כספי בעדותו בפני הועדה, הרופאים המעורבים חוששים לשמם הטוב, מהליכים המשמעותיים במשרד הבריאות ולא מהתביעות האזרחיות, שכלל לא נוגעות להם ואשר בהם אין להם כל עניין. בינתיים גם ניתן פסק דינו של בית משפט השלום בירושלים מפי כבוד השופט מוסק בעניין ה. פ. 825/97 **גבאי נ' המנהל הכללי של משרד הבריאות**, ובו ביקורת עקרונית נוקבת על מבנה ותפקוד המערך המשמעותי של משרד הבריאות בעניינים אלו, כפי שהיה קיים במשך עשרות שנים, שם נאמר בין השאר בעמ' 19: "... מכאן אני גם פונה למנכ"ל משרד הבריאות לשקול שנית את הרכבן של ועדות הבדיקה. לא מובן לי מדוע מורכבת הועדה מרופאי בתי חולים בארץ, המבקרים קולגות שלהם. ייתכן ויש למנות רופאים שאינם קשורים במערכת בתי החולים, כגון רופאים שפרשו לפני זמן לא רב. ייתכן גם כי ראוי כי המשפטן, היושב בועדות מעין אלו, לא יהיה מתוך משרד הבריאות, אלא מחוץ למערכת הציבורית. בטוחני שאם כך יהיה המצב, הצדק גם ייעשה, אך גם ייראה..." ונראה כי הדברים מדברים בעד עצמם. בהקשר זה אמר כבוד הנשיא השופט ברק ב- "**הדסה נ' גלעד**" את הדברים הבאים: "... אכן, הפתרון לחששם של רופאים ובתי חולים מפני רפואה מתגוננת ותוצאותיה, אינו בחסיון ובהסתרת האמת. הפתרון הוא בחינוך ובגיבוש כללי אחריות (אתית ומשפטית), התואמים את מקצוע הרפואה ואת מקומו בחברה המודרנית...". נראה לי, בכל הכבוד, כי דברים נכונים אלו בצד מסד הנתונים הכספיים, צריכים לשמש נר לועדה הנכבדה בבואה לגבש מסקנותיה.

נדמה כי יש להתריע ולגנות בפני תופעה חמורה זו, שהפכה כמעט למעין "ספורט" בעולם הרפואה, לפיה מושקעים לעתים קרובות זמן, מחשבה, אנרגיה ו"יצירה מקורית", בשאלה כיצד לטשטש את מעשי הרופאים הרשלנים, ואין (כמעט) פוצה פה ומצפץ.

לאור טיעונים נוקבים אלו מתגנבת ללב המחשבה שמא הצליח אותו "ספורט" במשך עשרות שנים, ובקרבתנו מסתובבים אלפי נכים, שחייהם נהרסו במהלך טיפול

רפואי בשל מעשי רשלנות רפואית, והם אפילו אינם יודעים על כך מאומה, והכל בשל האינטרס הנעלה להגן על שמם הטוב ועל הקריירות של אנשים מסויימים.

חוק זכויות החולה (או אולי חוק זכויות הרופא?)

במהלך עבודת הועדה ולקראת גמר שלב שמיעת העדויות ניתן פסק דינו הנ"ל של הנשיא ברק, רע"א 1412/94 **הדסה נ' גלעד**, שקבע ברורות כי אין חסיון להליכי בקרה ובדיקה פנימיים מכל סוג שהוא. יש להדגיש ולציין כי דבריו הנ"ל של פרופ' משיח מתייחסים גם לניהול הסיכונים, והם נאמרו עובר למתן פסק הדין ושיקפו את "המצב בשטח" בעת שהממסד הרפואי סבר בטעות כי יש חסיון על ועדת הבקרה והבדיקה, ולמרות גישתו לחקר האמת ללא כל "איום חיצוני", רחמנא ליצלן, שמא הנפגע יגיע אל חקר האמת, עשו הרופאים כרצונם, בעת שנהג חסיון דה - פקטו, וקל רק לשער מה יתרחש ברגע שהחסיון יתקבל גם דה - יורה.

למרבה הצער, לאחר מתן פסק דין, בנובמבר 1995, התגייסו משרד הבריאות ומשרד המשפטים לסייע בידי ועדת העבודה והרווחה של הכנסת בהעברת חוק זכויות החולה, לרבות סעיפים המקנים חסיון לוועדות הבקרה בבתי החולים (ר' סעיף 22 לחוק). הליך העברתם של סעיפי החסיון בחוק זכויות החולה היה הליך חפוז ובלתי תקין, והוא נעשה תוך התעלמות רועמת מהועדה בראשות כב' השופט קלינג, אשר לא נשאלה מאומה בעניין זה, וזאת על אף שכאמור נציגי משרד הבריאות ומשרד המשפטים יושבים בוועדה ואף היו שותפים למהלך החקיקה בכנסת. בדיונים שנתקיימו בוועדת העבודה והרווחה בתיק זה נכח רק ח"כ אחד (היו"ר ח"כ יוסי כץ) והחוק עצמו עבר בישיבה שלא מן המניין של הכנסת, חודש לפני הבחירות האחרונות בחודש אפריל '96, בהשתתפות שבעה חברי כנסת בלבד. למרבה הצער קוימה פרוצדורה מזוהזת זו להפיכת פסק הדין **הדסה נ' גלעד** בשיתוף משרד הבריאות ומשרד המשפטים, שלא יידעו כלל את ועדת קלינג על כך, ובחרו ממניעים השמורים עמם שלא ליידע את הכנסת על כך שבמקביל להליכי החקיקה יושבת ועדה ציבורית ובוחנת את כל השאלות והסוגיות בעניין זה, לרבות עניין החסיון.

משפנו חברי הועדה עו"ד אסף פוזנר וכן הח"מ, והתריעו בכתב על אנומליה זו והפנו את תשומת לבם של שר המשפטים, שר הבריאות ושר הגורמים הממשלתיים על עקיפתה המכוונת והלא מכובדת של ועדת קלינג והעומד בראשה, השיב להם המנכ"ל היוצא של משרד הבריאות, פרופ' שני, במכתב מיום 7.4.96, שם נאמר, בין השאר :

"... החלטת הממשלה אשר מכוחה הוקמה ועדת קלינג, דנה אך ורק בהיבטים כספיים. אני בקשתי מהשופט קלינג להרחיב היריעה, אך בשום מקום לא נתבקשה הועדה לעסוק בנושא ועדות הבדיקה של בתי החולים. תחום זה, הקשור למערכת בקרת האיכות של בתי החולים, הוא תחום עליו מופקד משרד הבריאות, וכל נסיון לקשור זאת עם נושא הרשלנות הרפואית אינו נכון והינו גם מחוץ לאחריות הועדה, אשר מונתה על ידי מנכ"ל משרד הבריאות..."

אכן הדברים מדברים בעד עצמם. עוד טרם קרה במדינת ישראל שמי שמינה ועדה ציבורית ייצא חוץ נגד מסקנותיה, עוד טרם נתנו, מתוך חשש מן הסתם, כי מטרתו המקורית לא עלתה יפה, וכי מסקנות אלו לא יישאו חן בעיניו.

נראה, מן הסתם, לכותב הנכבד, כי הקשר בין רשלנות רפואית לועדות הבקרה הומצא ע"י בית המשפט העליון רק לצורך פסק הדין "הדסה נ' גלעד", ולא היא. כל טענות הסרק באשר לחריגת הועדה מסמכותה רק מצביעים על מניעיו של כותבם במינוי הועדה ובעקיפתה על ידי הכנסת עוד טרם שאפילו אמרה את דברה, ועל הזדהותו המוחלטת והטוטאלית עם עמדתם של הרופאים.

קשה לראות כיצד הנתונים הכספיים והאחרים, כפי שנחשפו בועדה, אינם רלוונטיים לבחינת הענקת חסיון גורף וייחודי משולל כל הצדקה לועדות הבקרה של הרופאים, חסיון שאינו קיים בשום מתכונת דומה, אפילו לא לגבי כוחות הבטחון או לעניינים הנוגעים לבטחון המדינה, הכפופים כולם לשיקול דעת שיפוטי ולביקורת שיפוטית.

עמדתי העקרונית, מכל מקום, הינה שאין כל מקום להענקת חסיון כלשהו להליכי בקרה ובדיקה מכל סוג שהוא, כפי שנאמר בפסק "גלעד" הנ"ל, ועמדה זו מתחדדת עוד יותר לנוכח ה"טיוח", כפי שנהג בפועל במשך שנים ארוכות, ואשר

למרבה הצער עדיין מתקיים במידה רבה בתיקים מעין אלו. נדמה כי האינטרס הציבורי מחייב דווקא הפסקת מעשי הטיוח בחקר מעשי הרשלנות הרפואית, ולא הענקת גושפנקא רשמית להנצחת מערכת דיווחים כפולה על גבי ציבור הנפגעים. יש להדגיש כי בחלק נכבד מהמקרים מערכת ניהול הסיכונים מופעלת בבתי החולים על ידי חברות הביטוח המבטחות אותם, וכי ממצאי ניהול הסיכונים מהווים תשתית למו"מ המסחרי המתנהל מדי שנה בין בית החולים לחברת הביטוח באשר לגובה הפרמיה ולהתקשרות בשנה הבאה. בנסיבות שכאלו, עלול להוצר אינטרס משותף לרופא הרשלן, לבית החולים ולחברת הביטוח, כל אחד ממניעים שונים, בהמעטת חשיבות האירוע ובצמצום הנזק לכל אחד מהגורמים הנ"ל. לכך, מן הסתם, כיוון פרופ' משיח בדבריו שצוטטו לעיל, על הבעיתיות ברישום לאור ניהול הסיכונים. יתרה מכך, נראה כי הדעת לא סובלת מצב דברים, לפיו עשרות אנשים מבין הצוות הרפואי, אנשי ניהול הסיכונים, הגורמים המקצועיים בחברות הביטוח ועורכי הדין החיצוניים של החברה ושל בית החולים יקבלו כולם חומר עובדתי "חסוי", רחמנא ליצלן, ואילו רק החולה, הנפגע, אין לו מושג מה קרה לו ואין לו גם שום דרך חוקית לברר, שכן, כמאמר המשורר:

"They all know what is best for you"

דוגמא מאלפת להמחשת העובדה שאין להטיל חסיון על הדיווח היא העובדה שבטופס המונפק ע"י משרד הבריאות לצורך ניהול הסיכונים, שכותרתו "דו"ח אירוע חריג", מופיע האירוע החריג הבא: "פניית חולה או עו"ד שלו לקבלת התיק". הצורך באיזון בין זכויות החולה לבין זכויותיו של הרופא הרשלן לכללי הצדק הטבעי אינו יכול לעבור על גבו של הנכה, וניתן היה לבחור פתרונות פחות רדיקאליים, שנזקם ארוך הטווח קטן יותר, כגון מתן חסיון חלקי באופן שחומר זה לא יוכל לשמש בהליכים משמעותיים ו/או בהליכים פליליים. פתרונות אלו הוצעו לועדה, אולם לא נתקבלו על דעת הרוב, למרבה הצער.

יראון פסטינגר, עו"ד

ג. העברת נטלים

112. יש להמליץ על העברת נטל הראיה, בתביעות רשלנות רפואית, מכתפי התובע לכתפי הנתבע.

(1). תביעות הרשלנות הרפואית הינן **תביעות בעלות יחוד**, מבחינת הראיות. ייחוד זה עולה במספר מישורים:

א. החולה אינו יודע, ברוב המקרים, באופן בלתי אמצעי, מה העובדות בגין נגרם לו הנזק. הסיבה לכך היא, משולשת:

ראשית, בעת הטיפול החולה אינו מסוגל לקלוט את העובדות הרפואיות. הסיבה לכך יכולה להיות אובייקטיבית (חולה המצוי בהרדמה), או סובייקטיבית (חולה הטרוד בחוליו ובכאביו).

שנית, הטיפול הרפואי נעשה, מטבע הדברים, בחדרי חדרים, וללא נוכחות קהל רב (ואף לא בני משפחה או ידידים של החולה).

שלישית, החולה חסר ידע רפואי, שיכול היה לאפשר לו לסגן ולעכל את העובדות (שחלקן נראות לחולה חסרי משמעות, ולעומת זאת, חלקן, שהינו נייטרלי, נראה לו "מפחיד").

כבר עתה נציין שאלמנט "חוסר הידיעה" של התובע, הוא אלמנט מרכזי בכלל החקיקתי של "הדבר מדבר בעדו" (סעיף 41 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש]), המעביר את נטל הראיה בתביעות.

ב. לעומת זאת, המוסד הרפואי עצמו, במקרים רבים יודע מה נסיבות הטיפול. מכל מקום, בוודאי שבהשוואה בין החולה למוסד הרפואי, למוסד הרפואי יש מידע רב יותר מאשר לחולה: דברי הנשיא שמגר, ע"א 206/89 רז נ' בית חולים אלישע בע"מ ואח' פ"ד מ"ז(3) 805.

ג. העובדות והראיות, מתועדים על ידי המוסד הרפואי בלבד. במילים אחרות, במידה ואין תיעוד, בעטיו לא ניתן לדעת מה בדיוק קרה, מדובר במחדל ובאשמה של המוסד הרפואי. יתירה מזו. המסמכים המתעדים את האירועים, נשמרים על ידי המוסד הרפואי ובהשגחתו (ראה, למשל, תקנות בריאות העם (שמירת רשומות), התשל"ז 1976-).

ד. העדים, רובם ככולם, הינם עובדי המוסד הרפואי הנתבע (או מקורבים לו). מצב זה שונה לחלוטין, למשל, מתביעה בגין נזקי רכוש בתאונת דרכים, בהם ניתן למצוא עדים "נייטרליים".

ה. בניגוד לתובעים הפוטנציאליים, הרי קהל הנתבעים הפוטנציאליים מודע היטב למשמעות פעולותיו, ומסוגל להמעיט בערך התביעה, או - במקרים קיצוניים - לטייח את העובדות. עמדה על כך השופטת דורנר, בשבתה בבית המשפט המחוזי בירושלים, בת"פ (י-ס) 274/84 **מדינת ישראל נ' אנייס**, פ"מ תשמ"ו (ג) 441, 444:

"אכן, ככלל, עדות מומחה בנושאים שבמומחיותו בעלת משקל רב יותר מאשר עדות הדיוט. דא עקא שהנאשם אינו מומחה אובייקטיבי אלא מנסה הוא להגן על עצמו. להבדיל מההורים, יודע הוא גם משמעותם הרפואית של מעשים שנעשו או שלא נעשו וסימפטומים שנמצאו או שלא נמצאו, אלא שלעומת זאת אין לבני המשפחות הידע הדרוש לבדות מליבם סימפטומים שיש בהם כדי להצביע על מצבם הרפואי של המטופלים..."

ו. על פי המצב המשפטי היום, צריך התובע להגיש חוות דעת רפואית התומכת בתביעתו. מטבע הדברים חוות דעת זו צריכה להינתן על ידי מומחה רפואי היוצא, הלכה למעשה, חוצץ כנגד קולגות למקצוע. מצב זה יוצר קושי, לעיתים מזומנות, בקבלת חוות דעת רפואית, וזאת, בין היתר, בשל התופעה הידועה כ"קשר השתיקה".

ז. לכך יש להוסיף מאפיין נוסף, והוא החיסיון של המידע המצוי בבית החולים. חיסיון זה הוא כיום חלקי (על פי חוק זכויות החולה, תשנ"ו 1996-), ודעת הרוב (בניגוד לעמדתנו) מבקשת להוסיף על כך חיסיון נוסף, גורף. לא למותר לציין כי המידע הנ"ל, הינו בעל חשיבות מהותית מבחינה ראייתית, שכן הוא נאסף כאשר המקרה היה "טרי" ולא לאחר שנים ארוכות, ולאחר שהזיכרון האנושי גבה את מחירו (על עניין זה עמד הנשיא ברק ברע"א 1412/94 **הסתדרות מדיציניית הדסה עין כרם נ' גלעד ואח'**). משמעות הדבר תהא, כמובן, שבעוד שבית החולים יודע, למעשה, מה העובדות האמיתיות של האירוע, נאלץ התובע לגשש באפלה.

(2). מאפיינים אלה, מביאים למסקנה כי יש מקום להעביר את נטל הראיה. בהקשר זה, מן הראוי להפנות למספר נקודות:

א. במידה ויועבר הנטל על כתפי הנתבעים, המוסדות הרפואיים, יהא בכך כדי לעודד מוסדות רפואיים לבדוק ולמצוא את האמת העובדתית, לרבות הקמת מנגנונים מתאימים לגילוי האמת העובדתית (ראה, לעניין זה דברי הנשיא שמגר בע"א 206/89 **רז נ' בית חולים אלישע בע"מ ואח'**). העדר העברת הנטל, יגרום למצב בו למוסד הרפואי יהא "כדאי" שהנתונים יישארו עלומים.

נושא זה מתיישב עם הכלל המבוסס, כי בהטלת חובת זהירות (בדיני רשלנות באופן כללי), יש להביא בחשבון מי "מונע הנזק" היעיל. הדין יטה להטיל אחריות על מי שהיה יכול למנוע את הנזק ולא עשה כן. בענייננו, אנו עוסקים, כמובן, ב"נזק הראייתי", נושא שהתפתח בפסיקה בשנים האחרונות.

ב. במידה ויועבר הנטל על כתפי הנתבעים, המוסדות הרפואיים, יהא בכך כדי לעודד רישומים רפואיים נכונים (וכן שמירתם). אכן, הפסיקה העבירה, במקרים רבים, את הנטל בשל אי ניהול רישומים רפואיים, בכך אף תרמה, על פי דעת מירב העדים שהעידו בפני הוועדה, לרישומים טובים יותר (וראה לעניין העברת הנטל הן לגבי דרך ניהול הרישומים והן לגבי שמירת הרישומים: ע"א 6330/96 **בנגור, קטינה ואח' נ' בית החולים הכללי ע"ש הלל יפה, חדרה ואח'**). בהקשר זה של הרישומים, יש לציין, כי במידה וקיים חסר עובדתי, נובע הוא בחלק מכריע מן המקרים מהעדר רישומים נאות, ועל כן מאשמת בית החולים. אין להסכין לכך שהמוסד הרפואי ייהנה ממחדליו ומחוסר הידיעה שנובע ממנו עצמו.

ג. אין להסכים למצב בו בית החולים יכול לעמוד בחיבוק ידיים, ולהמתין, שמא החולה-התובע, בשל טעות וחוסר ידיעה, יפסיד את תביעתו הצודקת. אי העברת נטל, יכולה להביא לכך, שבית החולים כלל לא יביא עדים. לעומת זאת, אין לקבל הצעה, כאילו החולה יביא עדים מהצוות הרפואי, שהינם עובדי הנתבע, עויינים את התובע, ואשר התובע לא יכול לחקרו מבעוד מועד. בהקשר זה, מן הראוי לציין כי קיים כלל (שאינו מיוחד לדיני רשלנות רפואית), כי מקום שברשות בעל דין עד או ראייה, היכולים לתרום לבירור הטענות העובדתיות, אך הוא נמנע מלהביאו, יש בכך משום חיזוק גירסת הצד השני.

ד. יש לזכור כי ברוב המכריע של התביעות הרפואיות, מדובר ב"תוצאה בלתי צפויה". חולה הנכנס לטיפול רפואי, וזה מצליח, אינו מגיש תביעה (ומכל מקום, לא זה המקרה השכיח, אליו יש להתייחס במסגרת קביעת כללים משפטיים). במקרה כזה, העברת הנטל, משמעותה הכרה בכך שהחולה זכאי ל"הסבר". עמד על כך לורד דנינג במקרה בו עבר התובע טיפול כירורגי שנועד להקל על כיווץ בשתי אצבעותיו. עם הסרת התחבושות, התברר כי ארבע מאצבעותיו הפכו קשיחות. לורד דנינג, הסבירו מדוע הנטל צריך לעבור, ייחס לתובע את הדברים הבאים: "הלכתי לבית חולים על מנת להרפא משתי אצבעות קשיחות. יצאתי עם ארבע אצבעות קשיחות. זה לא אמור היה לקרות לו היה טיפול ראוי. הסבר זאת אם יכול אתה".

חשוב להדגיש, כי עצם העברת הנטל, אין משמעותו קביעה או מסר שהמערכת הרפואית הינה רשלנית, אלא הכרה בכך שהמערכת הרפואית היא שמחזיקה את

המידע, היא שצריכה לשמר את המידע, וכי החולה זכאי להסבר: דברי השופט שטרסברג כהן בע"א 2989/95 קורנץ נ' מרכז רפואי ספיר - בית חולים "מאיר".

(3). מן הראוי להפנות, בהקשר זה, גם להתפתחות חקיקתית, כללית, אשר יש בה כדי להשליך לענייננו. סעיף 36 לפקודת הראיות [נוסח חדש], תשל"א 1981- (כפי שתוקן בשנת 1995), מאפשר הגשת רשומות מוסדיות. רשומות מוסדיות כוללות גם רישומי מוסדות רפואיים (כמי שמספקים שירות לציבור). אלא, שבמקרה והוגשה ראייה שכזו, "יהיה הצד שכנגד זכאי לחקור חקירה נגדית עדים שזומנו על ידו לעדות, לשם הזמת הראייה, אם עדים אלה קשורים עם בעל הדין שמטעמו הוגשה הראייה". האפשרות לזמן עדים ולחקור אותם חקירה נגדית (אף שבדרך כלל, עד המוזמן על ידי בעל דין, נחקר על ידו בחקירה ראשית בלבד), משקף הכרה בכך שיש להעניק לאדם, המופיע כנגד מוסדות, אפשרות חקירה יעילה יותר, על מנת להגיע לחקר האמת (וראה לכלל דומה, עוד קודם לתיקון: ע"פ 566/89 מרציאנו ואח' נ' מדינת ישראל פ"ד מו(4) 539, 554). דומני שאף כלל זה, מן הראוי להרחיבו בתיקי רשלנות רפואית (לאור העקרונות עליהם עמדנו לעיל), באופן שהתובע יוכל להזמין, כל עובד ואיש צוות רפואי של המוסד הרפואי שטיפל בו, ולחקור אותם בחקירה נגדית. לכלל זה יש להוסיף כלל, משלים, נוסף, והוא שהמוסד הרפואי ייתן לתובע רשימה מלאה של כל הצוות הרפואי שטיפל בו. קבלת כלל זה, תהווה הכרה בכך, שגם העדר רישום הוא בעל משמעות בתיקי רשלנות רפואית.

(4). לסיום, מן הראוי להפנות למספר הערות, הבאות ללמד על משמעות הכלל המוצע:

ראשית, המאפיינים הנזכרים, אף באו לכלל ביטוי בפסיקת בתי המשפט, אשר העבירו את הנטלים, במקרים של רישומים לא נאותים, במקרים של אי שמירת מסמכים, אי הבאת עדים, תוצאות בלתי צפויות של טיפולים ועוד. הפסיקה אף יצרה כללי העברת נטל חדשים, גמישים יותר, בצד הכלל של "הדבר מדבר בעדו": ע"א 206/89 רז נ' בית חולים אלישע בע"מ ואח'. כיוון שכך, הכלל המוצע לעיל (היינו, שהנטל יועבר על כתפי הנתבעים, בכל התביעות של הרשלנות הרפואית), אין בו כדי לשנות, באופן דרמטי את המצב הקיים.

שנית, העברת נטל הראייה, משמעותה, כי במקרה ו"כפות המאזניים מעויינות" (היינו, שמדובר בסיכויים שווים של רשלנות ושל אי רשלנות), שהתביעה תתקבל. מקרים אלה, מטבעם, מועטים ונדירים הם. ברוב המקרים של המקרים, בית המשפט יכול וקובע עמדה ביחס לסבירות הגירסה שהייתה רשלנות. במקרים כאלה (בין אם בית המשפט קבע כי גירסת התביעה סבירה יותר ובין אם קבע הוא שגירסת ההגנה סבירה יותר), לא תהיה משמעות של ממש, בסופם של דברים, להעברת

הנטל. עם זאת, כמובן שלהעברת הנטל תהיה משמעות בדבר יכולת המוסד הרפואי להימנע מהבאת גירסתו; אלא שתוצאה זו, כאמור לעיל, הינה ברוכה.

שלישית, כפי שציינו, גם כיום, מועבר נטל הראיה, במקרים רבים, ובכך לא תהיה כל תמורה. עם זאת, בנושא אחד, תהיה לכלל המוצע משמעות של ממש: בחיסכון זמן שיפוטי בנושא זה. כמות הקולמוסין אשר נשברו על נושא זה, והזמן השיפוטי המוקדש לדיון בכללים השונים להעברת הנטל, הינם רבים. בכך יהיה חיסכון של ממש.

אסף פוזנר, עו"ד אורנה דויטש, עו"ד ד"ר פרץ סגל יראון פסטינגר, עו"ד

112א. המסקנה מעמדת הרוב, המחייבת מתן חסיון טוטאלי לועדות הבקרה, לה מתנגד, כמובן, הח"מ, מחייבת לכל הפחות העברת נטל הראיה בתביעות בדבר רשלנות רפואית. אם לא כן, יונצח למעשה מצב בו עשרות אנשים, לרבות עורכי הדין החיצוניים של בית החולים, מקבלים לידיהם מסמכים הנוגעים לטיפול בגופו של אדם בזמן אמיתי מבלי שיש לכך זכר בחומר הרפואי ומבלי שיש סיכוי שהוא ידע מה באמת קרה. אותם עשרות אנשים טובים גם יקבעו עבורו מה כן צריך להכנס לרשומה הרפואית ומה לא (כמובן ללא כל שיקולים "זרים" כגון גובה הפרמיה שישלם בית החולים בשנה הבאה או מאזנה המסחרי של חברת הביטוח...), ואם תיווצר בסוף סיטואציה שלנפגע אין מושג כלל מה קרה ו/או תביעתו נדחתה, אזי "משחוטבים עצים, עפים שבבים".

המינימום שניתן לדרוש לנוכח אי שוויון מקומם ומשולל כל הצדקה זה, הוא שמי שבידו כל המידע ומקיים שליטה בכל האביזרים והמכשירים, ועתה גם זכה לחסיון טוטאלי בדיון על כל המידע הגולמי אשר נתון לשליטתו המוחלטת, לכל הפחות יפתח הוא בהבאת ראיות באופן שלכלל "הדבר מדבר בעדו" בפקודת הנזיקין תהיה נפקות קונקרטיית, דהיינו, מי שבירר את האמת תחת מסך כבד של חסיון, ובוחר מה כן להכניס לרשומה הרפואית ומה לא להכניס, ואין למעשה כל דרך חוקית להגיע אל החומר שבידו או לתקוף את שיקול דעתו בשלב זה, יתכבד

לפחות ויתחיל את המשפט, לאחר הפיכת **סדר הבאת הראיות** וימסור את גרסתו המצונזרת (שלא לומר המשופצת) טרם שהתובע מביא את עדיו. בכך יהיה פיצוי מסוים על המכשול הדיוני והמהותי שהונח בפניו למיצוי זכויותיו, וניתן יהיה לו לנסות ולברר את האמת טרם שהוא מוסר את גרסתו.

יש להדגיש, כי על פי שיטת משפטנו נטל הראיה הקונקרטי מוטל על התובע, והאחריות לניהול התיק הינה על כתפיו, ובשפת בני אדם, באם לא יצליח להוכיח את תביעתו ולא ירים את נטל הראיה יכול הנתבע לבחור **שלא להביא עדים כלל מטעמו** והתביעה תדחה.

כיצד ניתן להצדיק עניינית או ציבורית סיטואציה שבה יש לנהל משפט נגד גוף ציבורי בעל אינטרס חזק בדחיית התביעה, אשר אינו מגלה את כל החומר אשר בידו? לכל הפחות יתכבד ויפתח בהבאת הראיות מטעמו.

יודגש כי גם במצב של העברה קונקרטית של נטל הראיה, בהחלט ייתכן שעקב המערכת הכפולה של הדיווח והפער שבין מה שהתרחש באמת לבין מה שיוצג בבית המשפט, תידחה תביעה מוצדקת.

בנושא זה קיבלה בשעתו הוועדה פה אחד החלטה שקראה להעביר נטל הראיה בהתאם להמלצות יו"ר הוועדה, כבוד השופט קלינג. משום מה, לקראת סוף דיוני הוועדה, שינו הרופאים ונציגי הממשלה בוועדה את טעמם, והפכו עמדתם, ובעקבות זאת גם את המלצת הוועדה בנושא לאחר הצבעה מחודשת, ולאחר שנתקיימו דיונים במשרדי הממשלה בנקודה זו. יש להצטער על השינוי בהחלטה זו ועל הדרך שבה נתקבלה, שכן אין צורך לומר כי הממשלה אמורה לנתק עצמה מנציגיה בוועדות ציבוריות, לא לכפות עליהם את המרות המקצועית, הקיימת עליהם ממילא מטבע הדברים, ולשקול אפשרות זאת לאור מכלול הנסיבות, כפי שתואר לעיל.

יראון פסטינגר, עו"ד

ד. סדרי הדין בתביעות על רשלנות רפואית

113. הטענה כי אין "ענייני הרפואה מסובכים וכבדים מנושאים רבים אחרים שלהם נדרשים בתי המשפט" (סעיף 76 לדו"ח) אינם מקובלים עלי. חוסר ידע וחוסר הבנה של התהליכים המתחוללים בשטח מביאים לפסקי דין (אפילו בערכאות הגבוהות ביותר בישראל) אשר גורמים נזק חמור למערכת הבריאות, ובסופו של דבר לאיכות הטיפול בציבור המטופלים.

הציטוט של המלצותיו של לורד וולף (סעיף 76 לדו"ח) אינו מדויק. לורד וולף הביע את דעתו המפורשת בעד A specialized judiciary, כלומר ערכאות המתמחות בנושא של תביעות בגין רשלנות רפואית. במאמר שבו מפרש לורד וולף את המלצותיו הוא כותב:

"Judges in England have always prided themselves on being generalists, but the issues are now so complex that expert knowledge is required."

לפי דעתי יש מקום להקמת בתי משפט מיוחדים ובעלי הרכבים מיוחדים, אשר ירכשו מיומנויות וכישורים בתחום זה, לדיון בתביעות של רשלנות רפואית.

כמו כן יש מקום להקמת גופים הדומים ל-MLRP Medical Liability Reform Panels, כפי שהוקמו במדינות רבות של ארה"ב (סעיף 53 לדו"ח). לא מצאתי בדו"ח הנמקה כלשהי נגד הנהגת שינויים אלה. נראה לי כי ניתן על ידי מהלכים כאלה, לשפר בהרבה את המערכת המטפלת בתביעות בגין רשלנות רפואית במדינת ישראל.

פרופ' שמואל אידלמן

113א. מן הראוי לשנות את סדר הבאת הראיות (בשלב האחריות) בתיקי רשלנות רפואית, וכן לשנות את סדרי הבאת חוות הדעת והבאת ראיות, ובמיוחד לפטור את התובע מהגשת חוות דעת רפואית במצורף לכתב התביעה.

(1). היום קובעות תקנות סדר הדין האזרחי, תשמ"ד-1984 שתובע המבקש להוכיח עניין שברפואה לביסוס טענה מטענותיו, חייב לצרף לכתב התביעה, חוות דעת מומחה (אלא אם פטר אותו בית המשפט). עמדה זו, מחייבת שתובע, בתביעת רשלנות רפואית, יצרף חוות דעת אף לעניין האחריות של המוסד הרפואי.

(2). מצב זה הינו חריג. בדרך כלל, אין תובע צריך לצרף חוות דעת מומחה, בנושא האחריות, לכתב התביעה. טול לדוגמא מקרה בו התובע טוען שנפל עליו מבנה, אשר נבנה בצורה בלתי ראויה. חוות דעת הנדסית, תוגש אך ורק בסמוך למועד שמיעת ההוכחות. דומה, כי השוני בין חוות דעת רפואית לחוות דעת אחרת, נובע מכך שברוב רובן של התביעות (למעט תביעות בגין רשלנות רפואית), חוות הדעת הרפואית מתייחסת לנושא הנזק בלבד. אמור מעתה, שבתביעות נזקי גוף "רגילות", אין צורך שחוות דעת לעניין האחריות, תצורף כבר לתביעה, אלא מצורפת היא בשלב מאוחר יותר. עקרון השוויון מחייב השוואת מצב זה גם בתביעות בגין רשלנות רפואית.

(3). אך דומה שלא רק השוויון מחייב שינוי כלל זה, אלא גם ההגיון המשפטי והפרקטי תומך בשיטה הנוהגת בכלל התביעות (היינו, שחוות דעת בעניין האחריות אינה מוגשת עם כתב התביעה). כאשר מגיש התובע את כתב תביעתו, אין הוא יודע מה תהיינה הטענות **העובדתיות** של הנתבע. כמו כן, אין הוא יודע אילו **מסמכים** (המתעדים את הטענות העובדתיות) וראיות אחרות, קיימים בידי הנתבע. רק לאחר קבלת כתב ההגנה, מתגבשות המחלוקות העובדתיות. רק לאחר הליכי גילוי מסמכים ושאלונים, יכול התובע לדעת מה העובדות הנטענות. מאחר וחוות דעת רפואית בעניין האחריות, אינה קובעת עובדות, אלא דנה (בעיקר) בתחומי מומחיות, לרקע העובדות הקיימות, דומה שניתן להגיש חוות דעת שכזו, אך ורק לאחר השלמת השלב של הגשת כתבי טענות וההליכים המקדמיים. בחוות דעת שכזו, יוכל המומחה להתייחס לגרסאות של הצדדים השונים, וכן להתייחס למסמכים הקיימים (ואשר הם חלק מרכזי בתביעות הרשלנות הרפואית).

לצורך המחשת עניין זה, יצויין שבמקרים רבים, מומחה הנותן חוות דעת (המצורפת לכתב התביעה), נותן חוות דעת חלקית בלבד. בחוות הדעת יכול הוא, למשל, להתייחס לכך שחסרים מסמכים, רישומים ובדיקות שונות. עניין זה מודגש במיוחד (אך לא רק) לאור החיסיון המומלץ על ידי חלק מחברי הוועדה על מסמכי ועדות רפואיות. בנוסף לכך, חוות דעתו של המומחה מתייחסת לגרסת התובע (שכפי שציינו בדיון בהעברת נטלי הראיה, הנה חלקית בלבד, בשל חוסר אפשרות לדעת את מלוא העובדות). לאחר מכן, מתנהלים הליכים מקדמיים, ואז מתבררת הגרסה העובדתית של הנתבע, מוגשים מסמכים נוספים, ומתגלות עובדות נוספות. במקרים רבים מגיש התובע חוות דעת "משלימות", תוך התייחסות לראיות הנ"ל, תוך שינוי חוות הדעת המקורית מן הקצה אל הקצה (ולמשל, במקום התייחסות להעדר מסמכים, מתייחס המומחה לעובדות כפי שעולות הן מתוך המסמכים). במקרים אחרים, מבקש התובע, להוסיף ולחקור את המומחה מטעמו, בחקירה ראשית, על דוכן העדים. בין כך ובין אחרת, מתברר שחוות הדעת הראשונית שהוגשה על ידי התובע, הנה חסרת משמעות ואינה יכולה להוות בסיס לדיון. יתירה מזו. במקרה של השלמת החקירה בבית המשפט (כפי שנהוג), יש בכך כדי למנוע הכנה של החקירה הנגדית, באופן מלא, על ידי הנתבע.

(4). ציינו, כי ברוב רובם של המקרים (למעט תביעות רשלנות רפואית), חוות הדעת המוגשות עם התביעה, מתייחסות לנושא הנזק. דווקא מכך, ניתן ללמוד להגיון שבדרישה: בעניין הנזק, אין צורך להמתין לקבלת כתב הגנה מטעם הנתבע, שכן בעיקרו של דבר גובה הנזק הינו שנוי במחלוקת, מכוח הדין: תקנה 84 לתקנות סדר הדין האזרחי, תשמ"ד-1984. כמו כן, גובה הנזק הוא עניין שמצוי בידיעתו של

התובע ואין הוא זקוק למסמכים ועובדות מהנתבע. בנסיבות אלה, אין מניעה להגשת חוות דעת רפואית, לעניין גובה הנזק, במצורף לכתב התביעה.

על אף האמור, מומלץ לשקול, בתביעות רשלנות רפואית, לפטור את התובע גם מהגשת חוות דעת רפואית לעניין הנזק. הסיבה לכך, הנה מיוחדת לתביעות רשלנות רפואית, ועל כן אין מניעה לסטות בעניין זה מן הדין הכללי. הסיבה המיוחדת הנה הנוהג הקיים במקרים רבים לפצל את הדיון, באופן שתחילה ידון שלב האחריות, ורק אם האחריות תקבע, ידון גם נושא הנזק. לכך יש להוסיף, שהליכי התביעות בגין רשלנות רפואית, נוטות, במקרים רבים, להתארך.

בנסיבות אלה, כאשר מגיעים הצדדים לדיון בנושא הנזק, מתברר - במקרים רבים - שחוות הדעת הנן ארכאיות, ויש צורך להגיש חוות דעת חדשות. עניין זה נובע משינוי במצב התובע (ומאחר ומדובר בנזקי גוף, מצב התובע הוא דינמי), וכן משינויים וחידושים בטיפולים רפואיים. גם כאן, מתברר שחוות הדעת הראשוניות שהוגשו, אינן משמשות בסיס לדיון. העלות - המבוזבזת - נופלת, אף כאן, על הצדדים ללא כל סיבה.

(5). מעבר לטעמים הפרקטיים, דומה שיש נימוקים נוספים, כבדי משקל, התומכים בביטול חובת צירוף חוות דעת רפואית (בנושא האחריות), לכתב התביעה:

ראשית, החובה הנ"ל מהווה פגיעה בזכות הגישה לבית המשפט, בהתנתה את עצמם הגשת התביעה של התובע בתנאי סף. כאמור לעיל, ההוראה הנ"ל, מהווה אף אפליה בין התובעים בגין רשלנות רפואית, לעומת התובעים הרגילים. זכות הגישה לבית המשפט, הנה זכות יסוד. הפגיעה הנ"ל, הנה מעבר לנדרש.

שנית, ההוראה המחייבת הגשת חוות דעת, מנוגדת לרעיון שבמקרים רבים מוטל נטל הראיה על הנתבעים. כפי שהבהרתי בחוות דעתי בעניין נטלי הראיה, מן הראוי להפוך הוראה זו להוראה גורפת, אך גם לדעת המתנגדים להמלצה הנ"ל, לא ניתן להתכחש לעובדה שבמקרים רבים של תביעות בגין רשלנות רפואית מועבר נטל הראיה (למשל, כאשר נעדרים מסמכים, בדיקות וכיו"ב). למותר לציין שבמקרה ונטל הראיה עובר לנתבע, עליו להוכיח את ההגנה, ועל כן לא ניתן להתנות את התביעה בהגשת ראיה כלשהי.

שלישית, ההוראה הנ"ל יוצאת מתוך נקודת הנחה שאם מוטל נטל הראיה על התובע, חובה עליו להוכיח את תביעתו על ידי הגשת חוות דעת. נקודת מוצא זו שגויה ומתעלמת מדרכי הוכחה חלופיות. כך, למשל, ניתן להוכיח רשלנות רפואית על ידי הודאת בעל דין, לרבות הודאה שילוחית (וראה ר"ע 423/83 **מדינת ישראל נ' עיזבון המנוחה ורד סילברמן ואח'**), תעודות ציבוריות, פסקי דין במשפטים פליליים

ועוד. כיוון שכך, לא ברור מדוע צריך תובע ברשלנות רפואית, המסתמך על דרכי ראייה חלופיות, לצרף לכתב תביעתו חוות דעת רפואית.

בשולי ההערות השניה והשלישית, יש אף לציין, כי ניתן לתמוה האם יכול לעמוד חיוב התובע בחקיקת משנה, להגיש ראייה מסוג מסוים דווקא (היינו, חוות דעת), כאשר החקיקה הראשית קובעת שאין עליו להביא ראיות כלשהן (במקרה של העברת הנטל), או שיכול הוא להביא ראיות מסוג שונה.

רביעית, ראוי לקבוע כי נטל הראייה בתביעות רשלנות רפואית, מוטל על בית החולים. במקרה כזה (או בכל מקרה בו נטל הראייה - באופן פרטני - עובר אל הנתבע), אמור הנתבע להתחיל בהבאת ראיות: זוסמן, **סדרי הדין האזרחי**, מהדורה שביעית, עמ' 483. אין מקום לשנות סדר זה, כאשר מדובר בראייה שהיא חוות דעת.

חמישית, יש להביא בחשבון גם את הזמן הכרוך בקבלת חוות דעת, על מנת לצרפה לכתב התביעה. תהליך זה הוא תהליך ארוך. חיוב התובע לצרף את חוות הדעת, כבר לכתב התביעה, מצמצם - מבחינת התובע - את הזמן בו הוא יכול לקבל את ההחלטה להגשת התביעה (לאור מועד ההתיישנות). בכך, מופלה התובע, באופן מעשי, לעומת תובעים אחרים, שברשותם זמן רב בו יכולים הם להחליט להגיש את התביעה.

שישית, בהקשר זה גם לא ניתן להתעלם מהתופעה (אף שממדיה שנויים כנראה במחלוקת) של "קשר השתיקה" הקיים בתחומי מומחיות מסוימים. בעניין זה, לעתים, מובאות חוות דעת של מומחים זרים, אך אין זה סביר - להטיל על תובע נטל כבד כל כך.

(6). סיכומם של דברים:

א. מן הראוי להמליץ על ביטול החובה לצרף לכתב תביעה בגין תביעות רשלנות רפואית, חוות דעת רפואית בנושא האחריות, ואף חוות דעת רפואית בנושא הנזק.

ב. המועד להגשת חוות הדעת, ייקבע בסמוך למועד ההוכחות (או בשלבים מתקדמים של קדם משפט), ככל שיש בכך צורך, ולאחר השלמת ההליכים המקדמיים.

ג. הנתבע יתחיל בהבאת ראיות. אותו הסדר יקבע לצורך הגשת חוות דעת רפואיות.

ה. הסכמה מדעת

114. (1). **דרכי הוכחת ההסכמה מדעת.** מקובל על הכל, כי בטרם יינתן טיפול רפואי, על הרופא לקבל הסכמת החולה לטיפול. על מנת שהסכמה זו תהא אפקטיבית, צריכה היא להתקבל כאשר החולה מודע למהות הטיפול, הסיכויים והסיכונים. ברור, על כן, שעל הרופא למסור לחולה את המרכיבים המרכזיים הקשורים בטיפול, לרבות הדיאגנוזה, הפרוגנוזה, הסיכונים והסיכויים, הטיפולים החליפיים וכיו"ב.

במקרים רבים, תהליך קבלת ההסכמה נעשה בכתב. במקרים מסוימים, זו מצוות המחוקק הראשי (סעיף 14(ב) לחוק זכויות החולה, תשנ"ו1996- המחייב רישום תמצית ההסבר, והתוספת לחוק), ובמקרים אחרים מדובר במצוות מחוקק המשנה (תקנות בריאות העם (טופסי הסכמה), תשמ"ד1984-, תקנות בריאות העם (בדיקת מי שפיר), התש"ס1980-, הקובעים טפסים סטטוטוריים). לעתים מדובר בקביעה של בתי המשפט (ראה, למשל, ע"א (ת"א) 1116/92 **ברטין נ' ד"ר פישלביץ ואח'** שם נקבע כי יש לפרט את סוג הניתוח בצורה שכל חולה בר דעת יוכל להבין את מהות הדברים, ת.א. (ב"ש) 298/93 **איטח נ' ד"ר זינגר ואח'**, הקובע חובת פירוט בכתב של הממצא הרפואי והסיכונים הנלווים וכן קובע חובת פירוט בגיליון הרפואי). במקרים אחרים, מדובר בנוהג ראוי הנוהג במוסדות רפואיים.

מקום בו נרשמה ההסכמה בכתב, אין לאפשר לצוות הרפואי להוכיח כי הסביר לחולה מעבר למפורט במסמך בכתב. מקום שבו הוטלה חובה, בדין או בנוהג, לקבל את ההסכמה בכתב, וזה לא ניתן, אין להתיר לצוות הרפואי להוכיח כי ניתן הסבר לחולה וכי נתקבלה הסכמתו. יש גם מקום לקבוע חובה של הצוות הרפואי, למסור - במועד עריכת המסמך - עותק ממנו לחולה, ולהחתימו על קבלת המסמך; בהעדר המסירה הנ"ל, אין להתיר את הגשתו. לעומת זאת, משניתנה הסכמה בכתב, עדיין יוכל החולה לטעון כי האמור במסמך לא הוסבר לו.

א. הסבר שניתן מעבר למסמך בכתב. כמבואר, אין מקום להתיר לצוות רפואי לטעון כי ניתן הסבר מעבר למפורט במסמך בכתב, ובמקרה שבו היה צריך להיות מסמך, אך זה איננו בנמצא, כי ניתן הסבר כלל.

את החובה להנציח את ההסכמה בכתב דווקא, ניתן להסביר בשני אופנים.

האופן הראשון הוא, כדי להבהיר לחולה את רצינות מתן ההסכמה. הסבר זה הוא בעל אופי מהותי. ללא חתימה על מסמך, עלול החולה לסבור כי מדובר בשיחה מתוך סדרת שיחות, ללא "מחויבות" כלשהי מצדו. לדעתנו, דומה שזו המטרה של המסמכים הסטנדרטיים המופיעים בתקנות בריאות העם: הנמקה אחרת קשה למצוא לאור הנוסח הסבוך, הקשה להבנה, של אותם טפסים. הנמקה זו אף תתחזק, לאור החובה הקבועה בחוק זכויות החולה, תשנ"ו1996- לפרט את תמצית ההסבר: משהחולה יקבל (כפי שיובהר להלן), מסמך קריא המתייחס אליו, ואליו בלבד, יש להניח שהחתימה תהא בעלת משמעות של ממש. רעיון זה אף מתיישב עם העובדה שחוק זכויות החולה הגביל את חובת עריכת המסמך לטיפולים מיוחדים, שהינם בעלי סיכון ניכר. מכל מקום, לפי הסבר זה של דרישת הכתב, אין מקום להסכים להסבר בעל פה, או לתת לו משמעות כלשהי.

האופן השני בו ניתן לפרש את דרישת הכתב, הוא אופן ראייתי. במילים אחרות, מאחר ועד למועד הגשת תביעה (והדיון בה), יעברו שנים מספר, אין להניח שהרופא יזכור את פרטי ההסבר (לאחר שהסביר בינתיים עשרות ומאות טיפולים רפואיים). אדרבא. במידה והרופא "יזכור" לפתע כי הסביר סיכון פלוני וסיכוי אלמוני, יהיה הדבר בלתי אמין. במידה וניתן יהא להוכיח הסברים בעל פה, יחלו דיונים על פני דיונים, כאשר זה או חזו בכה וזה או חזו בכה, ובית משפט צריך להכריע בגרסאות עובדתיות לאחר תקופה ארוכה. האינטרס הציבורי מחייב שבית המשפט לא יכריע בהכרעה כזו, אם אפשר להימנע ממנה, על ידי הכנת והגשת מסמך. רעיון זה, מתבטא אף בסעיף 80 לחוק הפרוצדורה האזרחית העותמני (שייתכן וניתן להחילו על חוק זכויות החולה), הקובע סייגים להוכחת טענות ביחס למסמכים שמקובל ונהוג לעורכם בכתב.

דומה שגם על פי היגיון זה, אין לאפשר לצוות הרפואי, להוכיח מעבר לאמור בהסכם בכתב. בהקשר זה מן הראוי להבחין בין סתירת המסמך על ידי הרופא לבין סתירת המסמך על ידי החולה. הגבלת הרופא, דווקא, להוכחת עובדות מעבר לאמור במסמך, מקבלת משנה תוקף במספר מאפיינים:

(א). הרופא הוא שמחויב לערוך את המסמך. כיוון שכך, במידה ולא נערך מסמך בכתב, הרופא הוא שמנע מבית המשפט ראייה אותנטית, מזמן אמת. בנסיבות אלה, אף גרם הרופא "נזק ראייתי" לתובע, העומד מול מסמכים חסרים. מן הראוי אף לזכור כי המחוקק בחוק זכויות החולה, ראה בחומרה יתירה, את התופעה של מסמכים חסרים (ככל הנראה בשל היקף התופעה), ועל כן אף קבע שאי מילוי רשומה רפואית כדין, תהווה עבירה פלילית. שונים הדברים, כמובן, כאשר מדובר בחולה.

(ב). הרופא הרגיל ממשיך ומטפל בחולים מרובים לאחר מכן. אין זה סביר שהרופא יזכור הסבר שניתן (או לא ניתן) על ידו לפני זמן רב. שונים פני הדברים, כמובן, כאשר מדובר בחולה. החולה האופייני, עובר ניתוח אחד. אם נגרם נזק באותו ניתוח, קיימת סבירות, שהניתוח והסובב אותו ייחרתו במוחו של החולה. על כן, אין להסתייג, כל כך, ממתן זכות לחולה לחרוג ממשגרת הכתוב.

(ג). בדרך כלל, כאשר החולה יבקש לסתור את האמור במסמך, יבקש הוא לסתור את טיב ההסבר, ולא את תוכנו. במילים אחרות, החולה - כך יש להניח - כלל לא יבקש לטעון שהרופא לא התייחס לסיכונים מסוימים, אלא ירצה לטעון כי הנ"ל לא הוסבר לו כפי הבנתו, לשונו, בפירוט הראוי וכיוצא באלה. עם זאת, כמובן, שבמידה והמסמך הינו מפורט, בלשון מתאימה, ועותק ממנו (כפי שיבואר להלן), נמסר לחולה, דומה שאף עניין זה יילקח בחשבון על ידי בית המשפט.

ב. החובה למסור את מסמך ההסבר. מן הראוי להמליץ כי תיקבע הוראה בחקיקה המחייבת את הרופא ליתן לחולה עותק ממסמך ההסכמה, הכולל את תמצית ההסבר. בכך יהיה כדי לשרת את תכלית ההסבר הניתן. חולה, אשר יחזור לביתו או יעיין במסמך בשופי, יוכל לחזור אל הרופא ולבקש הסברים, או לפנות למקורות אחרים (ובכך אף לממש את זכותו לקבל דעה שנייה). יתירה מזו. יהיה בכך כדי להבטיח שתמצית ההסבר נכתבת בזמן אמת (ולא לאחר הניתוח), ובכך כדי לשרת את אמינות הראיות.

מן הראוי לציין כי דרישה שכזו אף תואמת את הדין בנושאים אחרים, כגון בדיני הגנת הצרכן. המטרה בכך, לגשר על חוסר השוויון בין הצרכן לבין נותן השירות. מטרה זו יש ליישם אף כאן.

(2). **פירוט המידע: זהותו של הצוות הרפואי וניסיונו.** מבלי להיכנס למלוא פירוט העובדות שיש לפרט בפני החולה, על מנת לקבל את הסכמתו לטיפול רפואי. ראוי לעמוד על נקודה אחת, שיש להמליץ לקבעה בחקיקה.

הכוונה היא להסבר בדבר הצוות הרפואי הנותן את הטיפול וניסיונו. יש לפעול לכך שהחולה יקבל הסבר, לא רק על הסיכונים והסיכויים באופן אבסטרקטי, אלא גם על הסיכונים והסיכויים הפרטניים העומדים לפניו. מבחינתו של החולה הספציפי, פחות חשובים הסיכונים הממוצעים, מדן ועד אילת, מארצות הברית ועד מדינות העולם השלישי. בהחלטה אם מן הראוי שיעבור את הניתוח, עליו לקבל מידע על סיכוייו וסיכוינו הספציפיים. אין זה סביר שחולה יקבל החלטה על סמך סיכויים הכוללים מרכזים רפואיים גדולים, כאשר המוסד הרפואי בו הוא עובר את הטיפול, הוא חסר כל ידע וניסיון. ודוק: המחוקק, בחוק זכויות החולה, קבע כי מן הראוי להביא בפני החולה את העובדה שטיפול הוא חדשני. הגיון סעיף זה מחייב

שהחולה יקבל מידע גם ביחס לטיפול מקובל, אשר הוא חדשני בבית החולים אותו הוא מקבלו.

למען הסר ספק, אין לדעתנו מקום לוותר על פירוט הסיכונים והסיכויים הכלליים, הממוצעים. פירוט זה - במידה והוא שונה בצורה ניכרת מהסיכונים והסיכויים הקונקרטיים - יעמיד את החולה גם על טיב החלטתו לעבור את הטיפול הרפואי במוסד הרפואי הספציפי דווקא. אם הסיכויים והסיכונים של המוסד הספציפי טובים יותר מאלה הכלליים, ייטיב החולה אם יעבור את הטיפול במקום זה. לעומת זאת, אם החולה יקבל הסבר שהסיכונים גבוהים באותו מקום, לעומת הסיכונים בכל הארץ (או בעולם), יש להניח שיבקש הוא דעה שניה, ואף ביצוע הטיפול במקום אחר.

עניין זה הוא בעל משמעות מיוחדת לאור התפתחות חברתית אותה אנו עוברים. אנשים רבים עוברים טיפולים וניתוחים באופן פרטי, ומוכנים להוציא סכומים גדולים על מנת לוודא שמקבלים הם את הטיפול המיטבי. בדומה לכך, אנשים רבים, משלמים סכומים שונים לצורך ביטוח (או ביטוח משלים) על מנת לוודא שביום צרה יוכלו הם לבחור את הרופא כאוות נפשם. אמור מעתה כי זהות הרופא חשובה היא לציבור הרחב, ויש לכבד רצון זה.

יש להניח שהוראה שכזו, אף תביא לתחרות ראויה בין מרכזים שונים. המרכזים בעלי ההצלחות יזכו לקבל פציינטים נוספים. תחרות שכזו, אף תשפר את טיב הרפואה.

אין לכתחילה, כי במתן הסבר כאמור יש להוביל לנדידת חולים למרכזים שונים. לכאורה, ייטען שבמקרה כזה, ייפגעו מרכזים אחרים ויימנע מהם מלרכוש ניסיון. אלא ששיקול זה אינו צריך או יכול להשפיע בענייננו. אין להסכים לכך שחולה ספציפי, ייפגע על מזבח קידום מרכזים שאינם מוצלחים, כאשר יכול הוא לקבל טיפול ראוי במרכז אחר.

(3). תקיפה? במהלך הדיונים בועדה, עלתה הטענה המרכזית שיש למנוע שימוש בעולת התקיפה לצורך נושא ההסכמה המודעת. טענה זו נומקה בראש ובראשונה בקונוטציה השלילית, של רופא ה"תוקף" את מטופליו.

נימוק זה אינו יכול לשמש נימוק ראוי לשינוי המצב החקיקתי, אלא לכל היותר לשינוי המונח הננקט. במיוחד מן הראוי להפנות לכך, שהרוב בועדה סבר, בנושאים שונים, שאין מקום לשינוי הדין, גם כאשר הוצגו נימוקים שונים, מתוך הכלל (המקובל עלינו באופן כללי, בהעדר נימוקים ממשיים, להבדיל מנימוקים לשוניים), שאין מקום לסטות בנושאי רשלנות רפואית מהדין הכללי.

גם טענות אחרות אשר הועלו בדו"ח, אינן מהוות, לדעתנו, סיבה לחרוג משימוש בעולת התקיפה. כך, למשל, נטען כאילו עולת הרשלנות הינה מתאימה יותר לטיפול במתן ההסבר, בשל הגמישות הקיימת בה. לטענה זו שתי תשובות:

ראשית, כי גם במסגרת התביעה בעולת התקיפה, נעשה שימוש תדיר במונחים של סבירות. אכן, הפוסקים השונים התלבטו בין המבחנים של הרופא הסביר (או הפרקטיקה הרפואית) לבין המבחן של החולה הסביר. אך זה כזה, שוקלים את הנושא בעיניים של סבירות. מצד שני, יש גם לזכור שהפסיקה לא אימצה את מבחן הפרקטיקה הרפואית, כמבחן מכריע, אף לא בסוגיית הרשלנות.

שנית, דומה שאף הקביעה החד משמעית שבדו"ח הועדה, כי רק אם ייקבע שהמטופל לא היה נותן הסכמתו לטיפול הרפואי, כי יזכה הוא בפיצוי. קביעה-טענה זו, תביא לצורך בהכרעה בתיקים על בסיס ספקולטיבי בעליל: בית המשפט יצטרך לקבוע, לאחר שנים ארוכות, האם חולה מסויים היה מסכים לקבל טיפול, לאור הסבר שלא ניתן לו, וכביכול ניתן לו היום. זאת ועוד. המדיניות של שיתוף החולים בהכרעות הנוגעות לגופן, תצא נפגעת, בהעדר סנקציה ראויה לאי שיתופם בהכרעה. לעומת זאת, קביעת אחריות על בסיס של קשר סיבתי לטיפול הרפואי (להבדיל מהסבר שלא ניתן), תביא לכך, שצוות רפואי ישתף את החולה בהכרעות הנוגעות לחייו ובריאותו. ונזכיר גם את המובן מאליו: הפגיעה באוטונומיה של החולה, נעשית בעצם אי שיתופו של החולה בהכרעות הנוגעות אליו; מצב זה יש למנוע. דו"ח הרוב מחטיא מטרה זו.

גם מהבחינה העקרונית, יש לחייב צוות רפואי בכל הנזקים הקשורים בקשר סיבתי לטיפול הרפואי שניתן, מקום שהחלטה עליו נתקבלה, ללא שיתוף ראוי של החולה: בהכרעת החולה, איזה טיפול רפואי יינתן לו (מבין טיפולים סבירים שהוצגו בפניו, ואשר ניתנים ללא רשלנות), יש משום קבלת אחריות של החולה על גופו. לעומת זאת, כאשר הרופא מחליט על טיפול רפואי בהעדר הסכמה, נוטל הוא מהחולה את הזכות להחליט ביחס לגופו; בד בבד, נוטל הרופא על עצמו את האחריות להכרעה אותה קיבל. אין זה ראוי שהרופא יוכל, לאחר מכן, לטעון באופן ספקולטיבי, כי במידה והיה החולה מקבל את ההסבר, היה מכריע בדומה לרופא. זכות ההכרעה ניטלה מהחולה, ואין להחזירה אליו, כטענת הגנה, לאחר מעשה.

114א. אין כל הצדקה לבטל את עוולת התקיפה. יש לדאוג פחות ל"סטיגמה" ול"פסיכולוגיה" של הרופא, ויותר לזכויות המטופל דווקא. מדובר בנקודה קריטית של הסכמה מודעת, האמורה ללוות כל טיפול רפואי, בכל תנאי, והדרך להתמודד עם עוולה חשובה זו הינה פיתוח כללים וטפסים ומתן הסברים נאותים. אין כל הצדקה לשנות הדין המהותי ולהפלות הרופאים לטובה בדרך כלשהי. עקרון השוויון צריך להיות כיום נר לרגלי כל המלצה לחקיקה שהיא, ואין דרך לתרץ הפלייה שכזו בנימוקים פסיכולוגיים.

יראון פסטינגר, עו"ד

114ב. לא סביר לדרוש כי הטופס של ההסכמה מדעת יכלול את מלוא ההסבר. אין לדבר סוף. הנושא בעייתי גם מבחינה חברתית וגם מבחינה רפואית ויש חשש שזו גזירה שהציבור לא יוכל לעמוד בה. בנוסף לא נראית האסימטריה שמה שלא נכתב ע"י המטפלים לא נעשה, ולא יוכל לבוא לסתירת עדות בע"פ של התובע.

פרופ' אבי ישראלי

114ג. ההמלצה של הרוב אינה צודקת, אינה מאוזנת ואינה מציאותית. במציאות טפסי ה"הסכמה מדעת" ארוכים ומסורבלים מדי כבר כיום, אך גם לאחר שתכנס הוסבר, והמטופל חתם מתעוררות שאלות נוספות – לעתים בשיחות טלפוניות, ולעתים בשיחות שלפני התחלת הטיפול. הכללת שאלות ותשובות אלה בטופס תביא לכך שלרופאים, מרוב מילוי טפסים וכתיבת תוספות והחתמות חוזרות, לא יהיה זמן לטפל בחולים ולכן יש לשנות הנוסח של המלצת הועדה בנושא זה.

פרופ' שמואל אידלמן

ו. התיישנות

115. (1). ככלל, מן הראוי שועדת הרשלנות הרפואית, תימנע מלדון בשאלות כלליות של התיישנות, שאין מיוחדות לנושא הרשלנות הרפואית, אלא תדון בשאלות מיוחדות לתחום זה בלבד.

עם זאת, קיימים שיקולים שונים בהחלת התיישנות על תביעות רשלנות רפואית. שיקולים אלה, מורים ומלמדים על כך שיש להאריך את תקופת ההתיישנות מעבר לנהוג בתביעות רגילות.

עמדה זו, על שני ראשיה, תובהר להלן.

(2). **העמדה הכללית: הימנעות מלדון בנושאים כלליים.** מן הראוי שהועדה תדון אך ורק בנושאים בעלי יחוד בנושא הרשלנות הרפואית. אין זה סביר בעינינו שהועדה תדון בכל עניין העולה בתחום הרשלנות הרפואית, גם אם חסר הוא ייחוד כלשהו בנושא זה. הסיבות לעמדה זו הן כדלקמן:

ראשית, יש לדאוג - עד כמה שניתן - לאחידות בדין. קביעה של דין שונה לכל הליך משפטי, הנה בעייתית. גישה זו תגרום לעלויות רבות (בצורך לפתח את הדין, בפסיקה, בכל הליך בנפרד), וגם אינה מוצדקת לגופה: יש לצמצם ולאחד פרוצדורות, ולא להרבות בהם. יש לקבוע דין אחד (כאשר הדבר אפשרי), מאחר ואחד מערכי היסוד בשיטה הינו השוויון.

שנית, דיון בכל סוגיה וסוגיה בנפרד, בהקשר של רשלנות רפואית, יביא לכך שהעוסק בתחום לא יראה את התמונה הכללית. יש לזכור שבמקרים רבים השיקולים הינם שיקולים כלליים, ואלה לא יובאו בחשבון במסגרת ועדה שכזו.

שלישית, עם כל הכבוד, הרכב הועדה אינו מאפשר דיון ראוי בנושאים כלליים. הרכב הועדה (בחלקים ניכרים ביותר שלו), הינו כולל אנשי רפואה. חברים אלה, נכבדים ככל שיהיו, אין להם כישורים מתאימים לעניין זה. עמד על כך השופט אור ברע"א 5587/97 **היועץ המשפטי לממשלה נ' אכר בן**, בסעיף 27 לפסק הדין. באותו עניין עלתה השאלה האם יש לבצע טיפול מסוים בקטין, חרף התנגדות ההורים. בית המשפט המחוזי מינה מומחה רפואי מטעמו, אשר הביע דעה בזכות התנגדות ההורים. דברים השופט אור מדברים בעד עצמם ויפים לענייננו:

"בא כוח המשיבים שם דגש רב בטיעונו על העובדה, שפרופ' וינוגרד, המומחה שמונה מטעם בית המשפט קמא, סבר בחוות דעתו כי יש מקום להיענות לעמדת ההורים, ולא לבצע את הטיפול המוצע. לדעתי, אין לייחס לעמדה זו של הרופא משקל רב. מומחיותו של הרופא היא בתחום הרפואה. לחוות דעתו של הרופא משקל בכל הקשור לאבחנה הרפואית של מצבו של בן, לפרוגנוזה, ולהיבטים השונים של הטיפול הרפואי המוצע. אך המסקנה הסופית, האם יש לבצע את הטיפול אם לאו, אינה תולדה של שקלול רפואי. המדובר, בסופו של דבר, בשאלה אתית, אשר בה אין לפרופ'

וינוגרד, כרופא, יתרון מיוחד המחייב ליתן משקל מיוחד לחוות דעתו".

דברים אלה, נכונים פי כמה כאשר מדובר בנושאים משפטיים כלליים. ראיה לכך, נמצא דווקא בפעולה של נציג משרד האוצר בוועדה. כאשר הגיע הדבר לכדי נושאים משפטיים, נמנע הנציג מלהופיע, ובאחת הישיבות שלח יועץ משפטי לוועדה.

רביעית, אם דברים אלה היו נכונים בדרך כלל, בוודאי ובוודאי שנכונים הם כאשר הוקמה ועדה לעניין חוק ההתיישנות, ועמד בראשה נשיא בית המשפט העליון, השופט אהרן ברק. ועדה זו חיוותה את דעתה בנושאים כלליים, ולא ברור על שום מה ועדת הרשלנות הרפואית, תראה עצמה כועדת ערעור לוועדה זו.

כיוון שכך, נקודת המוצא היא שדין אחד יהיה הן לנושא הרשלנות הרפואית והן לדיני ההתיישנות הרגילים.

(3). שיקולים ספציפיים: הארכת ההתיישנות. עם זאת, קיימים שיקולים מיוחדים המורים על הארכת מועד ההתיישנות, לעומת הדין הכללי, כאשר מדובר בתביעת רשלנות רפואית. שיקולים אלה הם:

(א). תביעת רשלנות רפואית מתאפיינת בכך שמדובר בתובעים חולים, המטופלים על ידי המערכת הרפואית. בנסיבות אלה, הרשלנות היא, במקרים רבים, תהליך ארוך ולא "אירוע תאונתי" חד וברור. בעוד שכאשר מדובר בתאונת דרכים, יודע הנפגע כי הוא נפגע עקב תאונת דרכים, הרי כאשר מדובר ברשלנות רפואית, התובע - במקרים רבים - כלל אינו מודע לכך שהיה אירוע. על כן, בעוד שבתאונת דרכים, ניתן להטיל את הנטל על התובע, ולדרוש ממנו שיגיש תביעה בתוך זמן מסוים, ממועד הפגיעה, שונים הדברים ביחס לתביעת רשלנות רפואית, כשברוב המקרים התובע אינו יודע מה מועד הפגיעה בעת התרחשותה.

(ב). כפי שציינתי, המטופלים במערכת הרפואית, ברוב המקרים, הם חולים. בנסיבות אלה, סביר שהחולה לא יוכל - ובוודאי לא בצורה קלה - להבחין בין הסיבוכים הטבעיים של המחלה, לבין נזקים הנובעים ממעשה של רשלנות רפואית. דבר זה גורם, כמובן, עיכוב בהגשת התביעה, ומחייב הארכת מועד ההתיישנות.

(ג). השיקולים הנזכרים לעיל, הינם לא רק שיקולים של התובע, אלא הינם גם שיקולים של המערכת המשפטית. בעוד שכאשר מדובר באירוע תאונתי חד וברור, הדיון בשאלת ההתיישנות הוא פשוט, הרי כאשר מדובר בשאלה של רשלנות רפואית, הדיון הוא מורכב ביותר (למשל, הצורך להכריע מתי בדיוק נוצר הנזק). הוסף לכך את המדיניות הכללית בגנות טענות ההתיישנות (המביאות לדחיית

תביעות צודקות), ויתברר כי יש להרחיב את חורי הרשת, על מנת שברשת ההתיישנות יפלו רק מקרים ברורים וחדים.

(ד). בנושא הרשלנות הרפואית, הרשלנות אינה גלויה לעיניו של ההדיוט. בנסיבות אלה יש צורך בקבלת חוות דעת רפואית (בין אם יבוטל הצורך בצירוף חוות דעת פורמלית ובין אם לאו). דברים אלה צורכים זמן, ועל כן, יש להיות גמישים ביחס להתיישנות תביעות רשלנות רפואית.

ניתן להסתכל על עניין זה בצורה שונה: ניתן להבחין בין מעבר הזמן שבאשמת התובע, לבין מעבר הזמן שאינו באשמת התובע. במעבר הזמן שאינו באשמת התובע, יש לכלול את הזמן הדרוש להכנת התיק. תקופת ההתיישנות כוללת את שני הזמנים כאחד. מאחר ובתביעות רשלנות רפואית, הזמן שאינו באשמת התובע הינו רב יותר, הרי יש להגדיל את תקופת ההתיישנות, על מנת להביא לשוויון מהותי: היינו השוואת הזמנים בין המועד בו נודע לתובע על הנזק, לבין המועד בו החליט להגיש תביעה.

(ה). יש לזכור שאחד מהנימוקים התומכים בהתיישנות, הינו אבדן הראיות. אלא, שבתיקי רשלנות רפואית, אין זה שיקול של ממש. מצד אחד, הרופאים והצוות הרפואי, לא יזכרו את העובדות גם לאחר שנים ספורות (בין היתר לאור הטיפול בחולים רבים במשך אותה תקופה). על כן, מעבר זמן רב יותר, אינו פוגע בנתבעים. מצד שני, הראיות המובאות על ידי הרופאים, הינן, בדרך כלל מסמכים, שחובה לשמרם במשך תקופות ארוכות (על פי תקנות בריאות העם (שמירת רשומות), התשל"ז 1976-). על עניין זה עמד השופט אור בע"א 6330/96 **בנגר קטינה ואח' נ' בית החולים הלל יפה ואח'**, שהתייחס לתביעה שהוגשה לאחר שנים לא מועטות:

"... הוא (בית המשפט המחוזי), לא היה מוכן לקבוע את אחריותם בהסתמך על כך, נוכח פרק הזמן שעבר מאז הלידה ב-29.4.80 עד להגשת התביעה בתחילת 1989, ועד לשמיעת הראיות בשנת 1993. כפי שהבהיר, העובדות ניתנות להוכחה גם על ידי עדויות בעל פה, אך הגשת התביעה כעבור תשע שנים פגעה ביכולת המשיבים להוכיח את העובדות באמצעות עדויות כאלה.

גישה זו אינה נראית לי. נוכח החובה לשמור על שני המסמכים האמורים במשך פרק זמן של עשרים שנה, ונוכח אי קיום חובה זו על ידי בית החולים, אין הקושי אליו נקלעו המשיבים, בשל הגשת התביעה נגדם כעבור קרוב לתשע שנים, יכול לשמש עילה שלא להטיל עליהם את נטל

ההוכחה בשל הנזק הראייתי שנגרם עקב אי שמירתם על המסמכים".

במילים אחרות, אין כל נזק מהגשת תביעה באיחור, ועל כן יש לדחות טענות התיישנות.

(ו). נושא נוסף שיש להביא בחשבון, הינו מעמדם של הנתבעים האופייניים בתיקי רשלנות רפואית. הנתבעים האופייניים, הינם מוסדות רפואיים, השייכים בעיקר למדינה או לקופות החולים. במקרה האחרון אף מדובר בגופים המנוהלים באמצעות כספים המגיעים מן הציבור, והם כפופים להוראות חוק ביטוח בריאות ממלכתי, התשנ"ד 1994. מצב דברים זה, הנחה את בית המשפט המחוזי בירושלים (ד"ר א' פרוקצ'יה) בת.א. (י-ם) 902/91 **קופת חולים נ' לוי**, אשר קבע שקופת חולים כללית הנה גוף "דו מהותי". משמעות קביעה זו, היא שהגופים הנ"ל הם בעלי שתי מהויות. מהות אחת, כגוף הפועל בתחום המשפט הפרטי. מהות שניה - והיא זו המעניינת אותנו בהקשר זה - היא כגוף מעין ציבורי, אשר חלות עליו הוראות שונות מתחום המשפט המנהלי. דומה שרעיון זה אף הנחה את מחוקק המשנה, אשר החליט, בתקנות חובת המכרזים (תיקון), התשנ"ז 1997- להחיל על קופות החולים חובת מכרז, חובה שאינה חלה על גופים פרטיים "טהורים".

לכך מן הראוי להוסיף את הנחיית היועץ המשפטי לממשלה, החלה על המדינה, בנושא ההתיישנות. בהתאם להנחיה זו (הנחיה 51.006), נציג היועץ המשפטי לממשלה לא יטען טענת התיישנות בהליכים אזרחיים, אלא באישור מראש של היועץ המשפטי לממשלה. ההסכמה ניתנת כאשר יש פגיעה מיוחדת במדינה כתוצאה ממעבר הזמן (כגון שינוי מצב ראייתי). במילים אחרות, הכלל המחייב את המדינה (שכן הוראות היועץ המשפטי לממשלה, מהוות הנחיות מחייבות עבור המדינה), הוא כנגד טיעון של התיישנות.

לאור מהות הגופים העוסקים בתחום הרפואה, כגופים דו מהותיים, דומה שמן הראוי לנקוט באמת מידה דומה. במילים אחרות, מן הראוי להוסיף הוראה בדין, האוסרת על קופות חולים ועל בתי חולים, לטעון טענת התיישנות, אלא אם כן נתקבל - מראש - אישור של היועץ המשפטי לממשלה, ואלא אם כן הוכח (בנוסף למעבר הזמן), שנגרם נזק ראייתי מהותי לנתבע.

(ז). יש להפנות במיוחד לנושא של תביעות קטינים ותביעות הנובעות מלידות. בניגוד לתביעות "רגילות" (שאינן של רשלנות רפואית), ילד שנפגע מלידה, יוצר מצב מיוחד במינו: ילד לא הילך קודם לכן, לא דיבר, לא שיחק, ולא אכל או ישב. בנסיבות כאלה, אין ההורים יכולים לדעת, לבדוק ולהשוות בין מצבו של הקטין קודם לפגיעה ובין אם לאחריה. יתירה מזו. בשל כל מיני מרעין ביטחון, ייתכן והקטין

אינו מתפתח באופן נורמלי, מטעמים שאינם קשורים לרשלנות. קשה לצפות שהורים יוכלו לאבחן ולהפריד בין חוסר התפתחות "חולני-נורמלי" לבין חוסר התפתחות "רשלני". ואם לא די בכך, כי אז נציין שפגיעות שונות, רק באות לכדי ביטוי בוטה בשלבים מאוחרים יותר של החיים, בעת היכנס הקטין למוסדות חינוך. בנסיבות אלה, יש להבין ולהצדיק אי הגשת תביעה, מעבר לאי הגשת תביעה רגילה.

ולסיכום נקודה זו: יש לשנות את הדין באופן שימעיט מהתיישנות תביעות של רשלנות רפואית, ויתנה אותה בתנאים, לרבות הוכחת נזק מהותי בשל מעבר הזמן.

(4). התיישנות תביעות קטינים. מן הראוי להקדיש מספר מילים בעניין התיישנות תביעות קטינים. דברים אלה באים לאור ההערות שנשמעו על ידי גורמים שונים, בגנות תקופת ההתיישנות המתחילה רק כאשר הקטין הופך לבגיר. כפי שיובהר, עמדתי היא שאין לשנות הוראה זו.

(א). בעניינם של הקטינים, אף מן הראוי לציין לאלמנט נוסף על אלה שנזכרו לעיל. משפחה אשר המר עליה גורלה וילדה פגוע, שקועה עד מאוד בנזקים העוברים עליו, בניסיונות לאבחנם, ובאפשרויות הטיפול בהם. כמו כן, משפחה שכזו, שקועה בהוצאות עד מעבר לצווארה. בנסיבות אלה, סביר בעיני, שדווקא משפחה שכזו לא תחשוב על התביעה כאופציה ראשונה, אלא תביאה בחשבון רק באיחור. ודוק: אם, מיד עם אבחון המחלה, הייתה המשפחה מקדישה את משאביה (הכספיים והנפשיים) להגשת תביעה, הייתה מושמצת היא על ידי הנתבעים כמנסה לעשות הון על חשבוננו של הקטין. אמור מעתה, כי עיכוב בתביעה, הינו הגיוני וסביר.

(ב). בנושא תביעות קטינים, מן הראוי להפנות את תשומת הלב לנושא נוסף. בשל הצרה שנפלה על המשפחה בה נתגלה ילד פגוע, הרי במקרים רבים, אין היא מוצאת את המשאבים הנפשיים והכספיים להגשת התביעה, והתביעה נעלמת מפני תלאות היומיום. גם אם הורים חטאו באי הגשת תביעה, אין זה ראוי ששיני הקטין (הפגוע) תקחינה. ניתן להסתכל על עניין זה בהקשר אחר: כאשר מוגשת הצעת פשרה לבית המשפט, בתביעה שצד לה הוא קטין, אין בית המשפט מאשר, אלא אם הגיע לכלל הכרעה שהפשרה היא לטובת הקטין. עצם הגשת הפשרה על ידי האפוטרופסים, אינה מספיקה ומעשיהם נבחנים ונבדקים. אם מעשי ההורים אינם מחייבים את הקטין, אף שנעשו במחשבה, בוודאי שאין להסכים שמחדליהם (בדרך כלל ללא מחשבה על ההשלכות הנובעות לחיי הקטין) יחייבו את הקטין, אלא אם נעשו לטובת הקטין, ורשות משפטית מוסמכת אישרה שכך הוא. בנסיבות אלה, יש לקבוע כי, כנהוג היום, כל תקופת התיישנות תחל לרוץ לגבי קטין רק מעת שבגר. בשולי הדברים יצוין שייתכן ויש לקבוע אמת מידה שונה לגבי קטין אשר מונה לו

אפוטרופוס מיוחד על ידי בית משפט (שאינו קרוב משפחה). במקרה כזה, ניתן לחייב את האפוטרופוס שיקדיש את המחשבה והמאמצים להגשת תביעה. עם זאת, מאחר ומקרים אלה נדירים, מוצע לקבוע דין אחד לכל.

סיכום נקודה זו: אין מקום, לדעתנו, לשנות מהדין הקיים, ויש להמליץ שישאר בתוקפו הדין שההתיישנות תתחיל לרוץ רק מיום שקטין בגר.

בשולי הדברים, מן הראוי להפנות להלכה ספציפית בתחום ההתיישנות, אשר דומה שהשלכותיה מרובות במיוחד בתחום הרשלנות הרפואית. הכוונה היא להבחנה בין ההתיישנות במקרה של תקיפה ובין התיישנות לגבי רשלנות. מקור האבחנה הוא היסטורי, ונעוץ בסעיף 89 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש]. בעוד שלגבי תקיפה, ההתיישנות היא לאחר 7 שנים ממועד התקיפה, הרי ביחס לרשלנות, קיימת הארכה במקרה שהנזק נתגלה באיחור. לכך השלכה מיוחדת בתחום האחריות הרפואית, מאחר ונושא ההסכמה המודעת נידון הן בתקיפה והן ברשלנות.

קשה להצדיק את האבחנה באופן מהותי (להבדיל מהיסטורי), והיא נתקלה בביקורת חריפה הן בספרות והן בפסיקה מחוזית (פסק דין של השופט דוד חשין בת.א. (י-ס) 47/91 כהן אלמוגרבי נ' הדסה). דומה כי אין לה הצדקה, ומוצע כי גם במקרה שהדיון נערך במסגרת תקיפה, תינתן ארכה, באופן שההתיישנות תחל לרוץ רק ממועד בו נתגלה הנזק לתובע.

אסף פוזנר, עו"ד אורנה דויטש, עו"ד ד"ר פרץ סגל עו"ד יראון פסטינגר

115.א. קיצור תקופת ההתיישנות - אין כל הצדקה לקיצור תקופת ההתיישנות בכלל, ובוודאי שלא בתביעות מסוג זה. נהפוך הוא - אם יש תחום שבו עובר זמן רב עד להתגבשות הנזק ולמודעות להתרחשותו, זהו דווקא תחום הרשלנות הרפואית, שבו, כאמור, חולפות שנים רבות עד שהנפגע מסוגל לחשוף ולגלות את אשר אירע לו. עתה גם התווסף נושא החסיון, בו זכו הרופאים מן ההפקר, אשר רק יאריך את המועד לבירור העובדות ע"י התובע. ההצעה לקיצור ההתיישנות בתחום הנזיקין הינה פרובלמטית ביותר, שכן בתחום זה, להבדיל מבתחומים אחרים, קיימות בעיות ספציפיות, האופייניות לתחום זה בלבד, אשר קיצור ההתיישנות יגרום לפגיעה קשה ביותר בזכויות. ציבור הנפגעים אינו מודע לזכויותיו, שכן התודעה הציבורית בעניין זה חלשה יחסית. כך, למשל, חוק הפלת"ד הינו חוק חדש יחסית, ועדיין קיימת בורות רבה בקרב הציבור לגבי הזכויות על פיו. גם בתחומי נזיקין אחרים, כגון רשלנות רפואית וחוק האחריות למוצרים פגומים, קיימת דינמיקה והתפתחות תמידית, המשנה את המצב המשפטי ומקשה על המודעות הציבורית.

הנסיון מלמד כי לנפגע הגוף, שלא כמו למתדיין אחר, דרוש זמן רב יחסית להתגבשות עילת תביעתו. קודם כל, קיימת תקופת שיקום ארוכה, שבה מצבו הרפואי איננו סופי, ובה מטבע הדברים הנפגע מרוכז בעצמו ובמשפחתו, ואינו פנוי לחיפוש סיוע משפטי. לאחר מכן, משמתייצב מצבו הרפואי שנים לאחר הפגיעה, ונוצרת סוף סוף עילת התביעה (שכן טרם שנפסקה תקופת הנכות הזמנית, לא נתגבש כלל הנזק, לא נתגבשה כלל עילת התביעה, ולא ניתן להגיש את התביעה, שכן אם תוגש לא יתקיים דיון, והתובע יצטרך להפסיק ו/או למחוק את תובענתו).

לאחר שנתגבשה עילת התביעה ונאספו כל המסמכים הרפואיים, ישנם תחומים במשפט הנזיקין, שלא ניתן יהיה כלל להגיש תביעה לפני שהתובע יצטייד בחוות דעת רפואית מטעמו, שכן על פי תקנה 127 לחסד"א, תימחק תביעתו אם תוגש ללא חוות דעת (על פי הלכת בית המשפט העליון באין חוות דעת אין עילת תביעה). השגת חוות הדעת הרפואית לוקחת זמן רב, ובתחום הרשלנות הרפואית, שם תעסוק חוות הדעת הרפואית גם בנושא האחריות, יתקל התובע ב"קשר השתיקה" של הרופאים, ובעלויות גבוהות ביותר של השגת חוות הדעת. לעתים קרובות תתעכב הגשת התביעה במשך **שנים לא מעטות** עד שתושג סוף סוף חוות הדעת הנכספת.

לעתים קרובות ובמיוחד בפגיעות הגוף המורכבות, כמו פגיעות ראש או עמוד שדרה, הנזק יופיע ו/או יתגלה במלואו רק לאחר שנים רבות, ועילת התביעה לא תתגבש כלל טרם שהנזק בא לידי ביטוי מלא.

גם התקדמות הרפואה מאריכה את תקופת הריפוי, רק שנים לאחר הפגיעה יודע הנפגע אם נגרמה לו נכות צמיתה, שראוי לתבוע בגינה. אשר על כן, ניתן לומר כי לעתים קרובות אפילו ההסדר בחוק ההתיישנות הנוכחי איננו מניח את הדעת, לא כל שכן באשר לקיצור בלתי סביר של תקופת ההתיישנות כמוצע.

יראון פסטינגר, עו"ד

ז. אחריות מוחלטת

116. לדעתי יש דרך אחת בלבד לפתרון הבעיה הכאובה של נכות הנגרמת אצל ילדים הנולדים עם פגם, והיא הנהגת אחריות כוללת (No Fault) על כל המקרים הנ"ל.

גם מי שאינו תומך בהנהגה גורפת של אחריות סלקטיבית לקבוצת נכים אלה, כפי שהונהג (בהצלחה) במספר מדינות בארה"ב.

הנהגת אחריות כוללת ספציפית בתחום זה תנטרל בעיה כאובה אחרת והיא ההתישנות הנהוגה במקרים כאלה, כאשר כיום ההתישנות חלה רק לאחר 25 שנים, עם כל הקשיים ואי הצדק הנובעים מכך.

פרופ' שמואל אידלמן

116א. ועדה זו הוקמה לפי החלטת הממשלה במהלך חקיקתו של חוק ביטוח בריאות ממלכתי כאשר תפקיד הוועדה לפי אותה החלטה היה לבחון אפשרות של לקביעת תקרה לפיצוי במקרים של רשלנות רפואית.

ביסוד הקמתה של הוועדה עמדו מספר הנחות. העיקרית שבהן היא, ככל הנראה, כי עם הנהגתו של ביטוח הבריאות כביטוח חובה, עשוי הבסיס לאחריות המבטחים במקרים של רשלנות רפואית, להתרחב מעבר לאחריות השילוחית על פי דיני החוזים ודיני הנזיקין. לדעת הממשלה מן הראוי שהיקפה של אחריות יקבע בחוק ביטוח בריאות ממלכתי ולא על ידי בתי המשפט באמצעות פיתוחם של דיני האחריות השילוחית. זאת הן כדי שזכויותיהם של המבטחים בביטוח החובה תהיינה מעוגנות בחוק והן כדי שעלות התביעות תוכל להילקח בחשבון לעניין היקף מימונו של ביטוח הבריאות הממלכתי.

כמו כן נראה שביסוד החלטת הממשלה עמדו עקרונות היסוד של המשפט הישראלי, כפי שהם באים לידי ביטוי בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו והחוקים שקובעים חובת ביטוח ואחריות מוחלטת. לפי חוקים אלה יש הצדקה לפגוע בזכויות יסוד של הפרט, כגון הזכות לחרות או זכות הקנין לשם השגת התכלית של ביטוח כל נפגע, בדרך של ביטוח סוציאלי. ביסוד חוקים אלה עומדת תפיסה של צדק חלוקתי במקום צדק תגמולי, לפיה הנפגע מבוטח בסכום מוגבל, כדי שהחברה לא תישא בביטוח בלתי מוגבל.

מאחר וחוק ביטוח בריאות ממלכתי יש בו משום פגיעה בזכויות יסוד של הפרט, סברה הממשלה שההצדקה לכך היא הרצון להבטיח לכלל הציבור ביטוח סוציאלי, לכן לדעת הממשלה מן הראוי שהציבור לא ישא בתוצאות ביטוח החובה בסכום בלתי מוגבל, כאשר אדם ניזוק מביטוח החובה.

בנייר עמדה זה אציג את עיקרי הטעמים שבשלים מן הראוי לדעתי שהוועדה תציע להנהיג שיטה של אחריות מוחלטת במקרים של תאונות בשל רשלנות במסגרת של רפורמה כוללת.

ביסוד השיטה המוצעת מונחת התפיסה כי מי שנפגע בשל טיפול רפואי יהיה זכאי לפיצוי ללא צורך בהוכחת אשמו של המטפל. בשיטה של אחריות מוחלטת, די בהוכחת הקשר הסיבתי בין הטיפול הרפואי והנזק על מנת לזכות בפיצוי. השאלה הרלבנטית היחידה בשיטה זו היא אם ניתן היה למנוע את התאונה שארעה. כך למשל אם הנזק נגרם על ידי המחלה שממנה סבל החולה לפני קבלת הטיפול הרפואי ולא בשל הטיפול הרפואי שקבל, לא יזכה בפיצוי על הנזק.

הנחות המוצא

(1). ייחוד מקצוע הרפואה - בימינו הרפואה הולכת ולובשת דמות של מדע חמור, שכן שיטות האבחון והטיפול הרפואי מתבססות על מחקר מדעי הטבע. יחד עם זאת מורכבותו של תחום הרפואה, מבחינת מספר הגורמים המשפיעים על התהליכים, והקשרים הפסיכו-פיזיים המתקיימים בכל מקרה של טיפול רפואי, הן אצל החולה

והן בתקשורת עם הרופא נותנים למקצוע הרפואה אפיון של אמנות ואומנות ולא מקצוע או מלאכה.

(2). תהליך הרפוי כחלק ממדע הביולוגיה אינו נקבע אך על יסוד קשרים סיבתיים, אלא אף על ידי תהליכים תכליתיים, פיזיים, טבעיים או פסיכיים. תוצאות הטיפול הרפואי לעתים רבות אינן משקפות את הסיבות שגרמו אותן, ולכן גם השיקולים הרפואיים אינם שיקולים שניתנים לניתוח פרוספקטיבי ממצה מבחינה רציונאלית.

(3). יחסי האמון בין הרופא והחולה - ה"אינטואיציה הרפואית" והתקשורת הלשונית והאנושית בין הרופא לבין החולה הינם בבסיס הרפואה וההסכמה לטיפול. שיקולים של "סבירות" האבחון והטיפול מצד מי שאינו בעל מיומנויות ונסיון רפואי, הנם נסיון להגדיר את המקרה הפרטי על פי כללים לרבות כללי המשפט - שניתנים לבחינה על ידי הדיוטות - שאינם יכולים לשמש בוחן להערכת סבירות הטיפול הרפואי.

(4). אי התאמתם של דיני הנזיקין למטריה - דיני הנזיקין מתבססים בעיקר על קביעות של בתי המשפט שהן ביסודן ספציפיות למקרה מסויים. לפיכך יש קושי לקבוע על פיהם נורמות מדוקדקות שיתאימו לשירות המוני, שבעיקרו הוא חוזי, והוא מזיק לכן בכל מקרה משא ומתן שבו מעורבת בעיקר שאלת היכולת הכלכלית (כפי שהשופט קלינג אפיין את המתדיינים בתיקי הרשלנות הרפואית, לא ניתן למצוא ביניהם כאלה שהם בעלי יכולת כלכלית, כנראה משום שעימם כדאי להגיע להסדר מחוץ לבית המשפט).

(5). מעמדה הערכי של הרפואה וחוק בריאות ממלכתי - הרפואה היא מאושיות זכות היסוד של האדם לחיים, מהדברים שאין להם שיעור. הכרה זו באה כיום לידי ביטוי בישראל בחוק הבריאות הממלכתי, אשר מטיל חובת ביטוח רפואי, ורואה

בשרותי הרפואה שליחות - חברתית-מוסרית בדומה לזו של שירותי ביטחון דוגמת המשטרה. ביטוח זה כולל, לפחות מבחינה כלכלית - משום שמחיר הריפוי שולם מראש כתשלום חובה, מחוייבות להתרפאות מכוח החוק באמצעות מוסדות רפואה מסויימים (קופות החולים). יש לפיכך לראות את התאונות הרפואיות ככלולות תחת אותו ביטוח החובה, ולהטיל מכוחו אחריות לפצות על הנזק שנגרם למי שנזקק לו וחוייב למעשה להשתמש בשירותיו. יתר על כן, במשטר המשפטי בישראל קיימים ביטוחי חובה בשל תאונות דרכים ותאונות עבודה, ולכן אי-קיומו של פיצוי מכוח החוק בריאות ממלכתית בשל תאונות רפואיות מהווה סטייה מן הנורמות המשפטיות-חברתיות הקיימות.

יתרונות משטר האחריות המוחלטת בגין רשלנות רפואית

(1). הוכחת הרשלנות הרפואית - ייחודו של מקצוע הרפואה ויחסי האמון הכרוכים בטיפול הרפואי יוצרים קשיים מיוחדים להוכחת קיומה של התאונה, ולהשגת ראיות לרשלנות הרפואית בפרט כשבמקרים רבים הנפגע כלל לא מודע לקיומה של הרשלנות. הדרישה שהרופא ימסור את כל המידע האובייקטיבי-והסובייקטיבי כמי שנותנים בו יחסי אמון, אינה מתיישבת עם הטלת האשם בשל האחריות הנזיקין. לא כל שכן כאשר הטיפול הרפואי ניתן באמצעות מוסדות בהם משתתפים גורמים רבים במתן הטיפול הרפואי. גם עלותו הגבוהה של המשפט שהנו על פי רוב ארוך ומייגע מערימה קושי נוסף על כתפיו של הנפגע.

(2). ביקורת וניהול סיכונים - דיני הנזיקין הם המכשיר העיקרי לבקרה חיצונית על הטיפול הרפואי. לעומת זאת ניהול סיכונים אינו דבר שבחובה, והוא נעשה בעיקר על מנת להתגונן מפני תביעות בנזיקין. כתוצאה מכך נפגעת רמת הרפואה שכן שיקולים ממוניים, והתופעות המתלוות לתביעות הנזיקין, גורמים הן לרפואה הגנתית מופרזת, והן למניעת לימוד הנפשי של התאונות הרפואיות. משטר של אחריות מוחלטת יצדיק דרישה לבקרה חיצונית מוגברת על הרפואה, כגון: קביעת עקרונות מחייבים לטיפול שסטייה מהם גוררת ענישה או פצויים עונשיים באופן אוטומטי. ניתוק הקשר הקיים בין האחריות לטיב הטיפול לבין האשם בנזיקין

יאפשרו גלוי נרחב יותר של תאונות רפואיות והרחבת האחריות מבחינה משמעתית-מקצועית.

(3). עלות השיטה - בשיטה של אחריות מוחלטת ניתן יהיה להביא לחסכון בהליכים המשפטיים ומשכם, שכן תהיה הצדקה לדרוש שקביעת הקשר הסיבתי והערכת הנזק יעשו בידי גופים מקצועיים בלתי תלויים. אמנם יש להניח כי פיצוי ללא הוכחת אשם יביא לגידול ניכר במספר התביעות. אולם לפי הנתונים הקיימים חלק ניכר מהם יהיו כאלה שהיום אינם מפוצים. כמו כן יש לחשוש שבכל מקרה תהיה עלייה גדולה בכמות התביעות, ונגיע למצב דומה לזה שבארה"ב ומדינות אחרות שהמחקרים לגביהם מראים שקיים איזון כלכלי בין העלות למשק על פי הדין הקיים ובין העלות למשק בשיטה של אחריות מוחלטת. דווקא מסלול של פיצוי מוגבל וידוע מראש וסדרי דין שונים שיהיה בהם בין היתר בכדי למנוע תביעות סרק, יביאו להפחתה של עלות השיטה.

(4). ביקורת בתי המשפט על הרפואה - אין ספק כי תביעות הנזיקין הגבירו את רמת הזהירות בטיפול הרפואי. אולם ספק רב אם דיני הנזיקין מהווים אמצעי הרתעה יעיל, ובוודאי שאין הם מכשיר שמבטיח את טיב הטיפול הרפואי שצריך להתבסס על יחסי אמון. לתביעות מתלוות תופעות לוואי שליליות שפוגעות ברמת הרפואה, בין היתר הרפואה ההגנתית, משך זמן התביעות, ניפוח התביעות וכדומה. הביקורת של בתי המשפט היא סלקטיבית ביותר ואינה שיטתית, ועל ידי הוצאת הנושא מפיקוחם ניתן יהיה להקים מערכת בקרה מקצועית. כפי שהראה, לדעתי, דוד הד, "משפטיזציה" של הרפואה גורמת מבחינות רבות, לעיכוב התפתחותה ושיטותיה של הרפואה שהיא בסופו של דבר הדבר אותו אנו רוצים לקדם ולחזק.

השיטה המוצעת

לאור הנחות המוצא והיתרונות שצויינו לעיל נבקש להציע שיטה של אחריות מוחלטת המתבססת על שיטת המשפט בשבדיה, כפי שמצויינת בדוח הוועדה בפרק הרביעי כדלקמן:

(1). לצד המסלול הנזיקי והסוציאלי שקיים באמצעות הביטוח הלאומי שקיימים היום בסוגיה הנדונה יתווסף מסלול וולנטרי נוסף - המסלול הביטוחי אשר יהיה מבוסס על אחריות מוחלטת. מסלול זה לא יחסום מהנפגע את הדרך להגיש תביעה בנזיקין לבית המשפט אלא שאנו מצפים כי מרבית הנפגעים יפנו דווקא למסלול זה בשל תמריצים שניתן ליצור בקשר אליו, כפי שאכן ארע בשבדיה וזאת על ידי פרוצדורה מהירה פשוטה וזולה יותר.

(2). המסלול הביטוחי יופעל בתחילה רק במקרים של נזקים המחייבים פיצוי נמוך ועד לתקרה מסויימת. כמו כן, יקבעו לגבי מסלול זה קריטריונים מינימליים לפיצוי וכך למשל פגיעות קלות שלא חייבו אשפוז או מחלה שלא עלתה על מספר ימים לא יזכו את הנפגע בפיצוי. המסלול יופעל על ידי ועדות מקצועיות של רופאים חיצוניות לבית החולים ושבהם יכללו נציגים מגופים שונים אשר יבחנו כל בקשה ובקשה בפרק זמן קצר תוך מתן פיצוי לפי קריטריונים ברורים וידועים מראש ותקרות שיונהגו.

(3). עקרון נוסף שיונהג בשל החלת השיטה הינו הערכות מוסדות רפואיים לבדיקה עצמית בזמן אמת ולאחר כל ארוע חריג תוך הסקת מסקנות ותעוד מלא של הארוע ושיתופה של משפחת הנפגע באותה בדיקה.

(4). הביטוח יקבע בחוק כחובה סטטוטורית של מוסדות הבריאות להתקשר עם

מבטחים.

מחדדים את הסוגיה מאמרו של ד"ר אריה לי מילר, הצעה לביטוח נגד פגיעות רפואיות, משפטים י' 230, והפרק השלישי מהספר

Deweese, Duff & Trebilcock, Exploring The Domain of Accident Law, Oxford University Press, 1996.

הדברים דלעיל, שפורסמו בדו"ח הביניים של הועדה לתגובת הציבור, באו להצביע על הנימוקים העקרוניים שבשלהם אני סבור שמן הראוי לשקול לשנות את בסיס האחריות בנזיקין בתביעות של רשלנות רפואית. משום שדעתי היתה דעת יחיד לא נכנסתי לפרטי הדברים. בתגובה לדו"ח הביניים הגישה ההסתדרות הרפואית בישראל חוות דעת מקיפה, ובו היא תמכה בגישתי. הנני מתכבד להוסיף לחוות דעתי את הצעותיה, שנראות לי (עמ' 11-16, 20-21).

"שינוי בסיס האחריות ברשלנות רפואית"

לעניין פיצוי הנפגע הרי שפתרון בצורת ניתוק מתן הפיצוי לנפגע מחובת הוכחת הרשלנות "NO FAULT", יענה בצורה הטובה ביותר על מגוון המצבים שהוזכרו לעיל.

הפתרון שהוצג הוא יצירת פיצוי ללא הוכחת האשמה הרפואית, וכפי שעולה גם מדיוני הועדה, פתרון זה אינו פשוט. בארצות הברית קיימים מאמרים רבים המנתחים את השינויים בדיני הנזיקים על רקע התגברות המגמה של קביעת אחריות מוחלטת בנזיקין¹⁵.

דעת הרוב הרחיבה בנושא והגיעה למסקנה סופית שאין מקום לבצע שינוי בענין זה. איננו חפצים לחזור על ההסברים השונים בנושא ואיננו רואים מקום לחזור על הטענות בעד ונגד לרבות פירוט המערך הקיים במדינות כגון: שוודיה, ניו-

¹⁵ ראה לענין זה: Steiner HJ. Moral Arguments and Social Vision in the Courts: A Study of Tort

(Madison, 1987) Accident Law

זילנד ופינלנד אשר אימצו גישות של "אחריות מוחלטת". עם זאת, ברצוננו להסב את תשומת לב הועדה למספר נקודות נוספות:

א. בטרם אנו בוחנים שיטת פיצוי חלופית (דיני הנזיקין) יש לקבוע כי השיטה הקיימת לוקה בחסר ועל כן ראוי לחשוב על שינוי (if it is not broken don't fix it).

חסרונות רבים לשיטת המשפט הנהוגה בארץ והנסמכת על עקרונות האשמה הובאו בדו"ח הועדה הן בדעת הרוב¹⁶ והן בחוות דעת המיעוט של ד"ר פרץ סגל¹⁷. נזכיר כמה מהם ונעלה נוספים:

1. השיטה הקיימת אינה מכסה את המקרים בהם לא הוכחה הרשלנות - במצב זה, בנוסף לעצם הנזק שנגרם למטופל, הוא שצריך לספוג את עלות הנזק ואף את ההוצאות הכרוכות בהגשת התביעה.

2. גם כאשר זוכים במשפט, קיימת סכנה ששיעור הפיצויים אינו משקף את הבעיה האמיתית כפי שכותב המלומד קארלסון:

"The system heavily overpays some victims while underpaying others"¹⁸

3. השיטה הפועלת כיום הינה מסורבלת. התביעה בבית המשפט עורכת זמן רב ומצריכה הקצאת משאבים רבים, לעתים עלול המטופל להירתע מהגשת תביעה בשל הידיעה שאולי יזדקק בעתיד לאותו רופא.

4. המצב הקיים מביא לקיומה של רפואה מתגוננת אשר אינה טובה לרופאים אך בעיקר גרועה לציבור. בשל הרחבת גבולות האחריות עד כדי מצב שכמעט בכל תלונה או תביעה מוטלת אשמה על הרופא, הרופאים מוצאים עצמם עסוקים במציאת דרכים להגן על עצמם, כגון מתן בדיקות רבות, הפניות לרופאים לייעוץ וכיו"ב, ועל כך נרחיב בהמשך.

ב. ההתנגדות העיקרית לשיטת "אחריות מוחלטת" נובעת מהעלות. המתנגדים לשינוי השיטה טוענים כי במידה ונבטל את הצורך להוכיח רשלנות, קבוצת התובעים תורחב - לכך יש

¹⁶ סעיפים 4-16 לדו"ח.

¹⁷ סעיף 16 לדו"ח.

להשיב כי העלויות הנגרמות מכך יקוזזו מהחסכונות בהוצאות אדמיניסטרטיביות¹⁹. מחקר שפורסם בעיתון ההסתדרות הרפואית האמריקאית מצביע על כך²⁰. ראוי לציין כי במספר מדינות בארה"ב קיימת התפתחות מערכתית דומה.

הועלתה טענה, כי שיטת האחריות המוחלטת עלולה להגביר עלויות אם כל נזק שנגרם תוך כדי טיפול רפואי יפוצה. דעת הרוב היא שאם ניישם שיטה זו בארץ נצטרך לשלם לכל ילד שנולד עם מום. אולם, המציאות היא אחרת. ראשית, אפילו בשיטת אחריות מוחלטת טהורה לא בהכרח מגיע פיצויים לכל נפגע אלא רק לאלו שנגרם להם המום תוך כדי טיפולים. מעבר לזה, אין הגדרה אחת לאחריות מוחלטת וישנן דרכים להגביל את הנסיבות בהן ניתן לקבל פיצויים, כלומר, לצמצם את היקף השיטה, ואכן ניסו מחוקקים ושופטים רבים להכניס תיקונים אלה.

ג. כאמור, ראוי להדגיש את הטעונום התומכים בשיטה המצביעה על יעילות וצדק, דהיינו, אין צורך להוכיח רשלנות ולכן אין מצב שבו נפגע לא יזכה לפיצוי כספי, יהיו פחות הוצאות בגין התביעה עצמה, פחות משאבים יוקצו לחברות ביטוח, למערכות משפט ולעורכי דין ויותר משאבים יתפנו לפיצוי המטופלים ולמערכות שיפור האיכות.

ד. בהתייחסותנו למחקר ההשוואתי יצויין כי:

נסיונות להפעיל שיטת אחריות מוחלטת במדינות אחרות מראים שקיים שביל אמצע בין שני קצוות של אחריות מוחלטת טהורה ושיטה המבוססת על רשלנות. בשוודיה, למשל, פיצויי ניתן רק ל"מקרים הניתנים לפיצוי" (Compensable events) אשר נקבעים על פי הקריטריון האם הנזק היה ניתן למניעה. זוהי עמדה מתונה אשר אינה תומכת בפתרון

¹⁹ (Carlson RT A conceptualization of a system for medical injuries 7 L. and Society R. 329 (1973)

Studdery DM, Thomas EJ, Zbar BIW, Newhouse JP, Wiler PC, Bayuk J, Brennan TA. Can the United States afford a "no-fault" system of compensation for medical injury. 60 *Law & Contemp. Prob.* 1.3 (1997)

²⁰ Johnson WG, Brennan TA, Newhouse JP, Lawthers AG, Hiatt HH, Weiler P.C. The economic consequences of medical injuries *JAMA* 1992, 267, 2487.

קיצוני של מתן פיצוי רק לאחר הוכחת רשלנות או בפתרון הקצה האחר של מתן פיצוי לכל נזק. שיטת הפיצוי בשוודיה מבוססת על האפשרות הסטטיסטית למניעת המקרה ולא על דיונים באשר לאשמה הפרטנית של הרופא, דבר המחזק את יחסי הרופא והמטופל.

בשיטה השוודית יש להשיב על השאלה האם הנזק נגרם על ידי טיפול רפואי והאם הוא היה ניתן למניעה. כתוצאה מכך, לא כל נזק מפוצה, אולם גדר המקרים המפוצים יהיה רחב יותר מאשר בשיטה המבוססת על רשלנות גרידא. עד סוף דצמבר 1996, 53% מן הנזקים המדווחים לא פוצו. הסיבות העיקריות לכך היו: הנזק לא נגרם על ידי הטיפול או נבע מהמחלה המקורית (17%), הנזק לא היה ניתן למניעה (24%), הנזק היה מזערי (10%), הפיצוי שולם על ידי מקור ביטוח אחד (8%), עברה תקופת ההתיישנות (7%), וסיבות אחרות שלא נפלו לתוך ההגדרה של *Compensable events*²¹.

גם בניו-זילנד ביצעו רפורמות של אחריות מוחלטת. השינוי בחקיקה ב-1972 לא בא כתגובה למספר תביעות מוגזם. ב-1970 בניו-זילנד היו בערך 60 תביעות רציניות ברלשנות רפואית והסכום ששולם על ידי חברות הביטוח לא עלה על \$150,000. הרפורמות נחקקו כזכות חברתית, במטרה לאפשר לכל אחד שנגרם לו נזק לקבל פיצויים אפילו אם הוא לא מכוסה על ידי מערכת ביטוח או לא הצליח בתביעה משפטית. בשנת 1992 נעשו שינויים בחקיקה, כפי שהובאו בדו"ח²².

בארה"ב נחקקו רפורמות שונות במערכת הבריאות ובתחום הרשלנות הרפואית. עם זאת שיטת האחריות המוחלטת קיימת רק במדינות אחדות. בחלק מהמדינות נקבעה הטלת אחריות מוחלטת רק בתחום ספיציפי, כגון: מיילדות וגיניקולוגיה וכאן יפים דבריו של הלורד דנינג בנוגע לסיכון הספיציפי במקצוע זה, כפי שפורט לעיל²³.

ה. אחת הבעיות, אם לא הקשה ביותר בקביעת ביטוח *No Fault*, הינה הגדרת האירוע המזכה בפיצוי, כאשר המטרה הינה להבדיל בין הפגיעות הנגרמות עקב טיפול רפואי לבין פגיעות מסיבות אחרות.

²¹ *Studdery, et al.*, at 8, n. 30.

²² *Studdert, et al.* at 13.

²³ ראה העי"ש 14.

ד"ר מילר²⁴ במאמרו מנסה לתת הגדרה טנטטיבית לפגיעה רפואית והיא - "נזק גוף הנגרם למטופל עקב מעשה או מחדל רפואי, להוציא את הנזק שנגרם על מנת למנוע נזק גוף אחר, חמור יותר". משמעות ההגדרה הינה קבלת פיצוי בעקבות כל פגיעה הכרוכה בטיפול רפואי אף אם לא היתה רשלנות. מטרה זו עומדת יפה במבחן דיני הנזיקין אשר מטרתם להשיב את המצב לקדמותו. יחד עם זאת, ניתן להבחין באופן ברור בין תוצאות יאטרוגניות (הנגרמות עקב טיפול או מחדל רפואי) ותופעות הכרוכות בהתפתחות התהליך הפתולוגי לבין פגיעות הנגרמות כתוצאה משיקולים רפואיים, כגון: כריתת שד נגוע וכדומה. פיצוי על כל פגיעה רפואית בשונה מרשלנות רפואית מאפשר פיצוי הולם גם לניזוקים מטיפול נכון. כמו כן, פיצוי זה מונע מלראות ברופא "צד נגדי" וכך אנו עוזרים לקשר הפרטני בין הרופא למטופל.

ראוי לציין כי שיטת ה-"NO FAULT" אין לה ולא כלום עם שיטת צמצום התקלות בעתיד, נושאים אלו חייבים להיות מטופלים באמצעים של שיפור איכות, ניהול סיכונים ובמקרים מסויימים נקיטת אמצעים משמעותיים. כל המערכות הללו נותרות בעינן גם באימוץ שיטת ה-"NO FAULT".

1. פיצויים ללא אשמה באים לפצות את הנפגע או את שאיריו בגין מספר פרמטרים:

1. פיצוי על הוצאות - כיום מבוטחים אזרחי ישראל על פי חוק ביטוח בריאות ממלכתי בביטוח חובה ולכן טיפולים רבים ניתנים כיום על ידי קופות החולים ורבים גם מכוסים בביטוחים משלימים, ועל כן הוצאות בגין טיפולים רפואיים לא תמיד קיימים. במקרים בהם יש צורך בטיפול מעבר למה שניתן לקבל במסגרת הרפואה הציבורית הרי שיש מקום לפיצוי מלא עבור הוצאות אלו.

2. פיצוי על אובדן כושר השתכרות - פיצוי זה מחושב על פי הערכת היכולת של האדם להשתכר בעתיד. עניין זה מחושב על פי הערכות ובעיקר אצל קטינים. יש לזכור כי חלק מסכום הפגיעה ניתן לעיתים לקבל גם כן ממקורות אחרים, כגון: קצבאות, נכות, ביטוחים שונים, במקרים אלו תפקיד הפיצוי הינו משלים בלבד. בנוסף, פיצוי זה ראוי לו שינתן בצורה עתית וזאת על מנת למנוע שחיקה בסכום הכסף או ניצול הכסף שלא לצורכי הנפגע. כמו כן ניתן יהיה להפסיק לשלמו במידה והאדם חוזר למצב בריא.

²⁴ אריה מילר, הצעה לביטוח נגד פגיעות רפואיות, משפטים י 230

3. פיצוי בגין כאב וסבל - פיצוי זה הינו בלתי רכושי ונמדד על פי הערכות השופט. כיום קיימים המתנגדים לפיצוי זה אך ההסתדרות הרפואית בישראל אינה נמנית עליהם. עמדתנו היא כי ראוי שאדם הסובל כאב מעל גבול מסויים, יקבל פיצוי על סבלו. אך, יש לדאוג להגבלת תקרת סכום הפיצוי ולא לקבוע פיצוי שכזה באופן שרירותי וזאת על מנת להכניס איזון וודאות למערכת זו. יש למנוע מצב שראש נזק מסוג זה יהפוך למקור פיצוי עונשי המבטא כעס על הרופא או על המערכת. אם לא נגביל את הפיצוי לא תיפתר בעיית חוסר הוודאות.

4. פיצוי במקרה של מוות - כאשר המטופל נפטר עקב רשלנות רפואית בתקופת זמן קבועה מראש הרי ששאיריו ותלוייו יהיו זכאים לפיצוי.

5. יש לקבוע את צורת התשלום ואת הסכום בהתאם ליכולת השאירים לכלכל את עצמם (ילדים קטינים ובגירים: אלמנה שנישאה שנית וכדומה) במקרה זה השאירים לא יקבלו פיצוי על סבלם. להזכיר, דיני הנזיקים בארץ אינם נותנים פיצוי על כאב וסבל לשאירים ותלויים.

6. יש לשקול כי פיתוח שיטת ה-"NO FAULT" לא ימנע את האפשרות לנפגע לפנות לבית המשפט ולדרוש סכומים גבוהים יותר. במקרה כזה, יוותר הנפגע מראש על זכותו לקבל את הכסף ללא התדיינות. דרך זו עונה על בעייתם של האנשים אשר ירגישו מקופחים וינסו לקבל פיצוי גבוה יותר עבור סבלם.

7. מובן כי על מנת ששינוי זה יהיה אפקטיבי יש לשים לב כי הסכום שיפסק צריך להיות גבוה מספיק, אך עם תקרה ברורה.

ז. תביעת פיצויים משלימה בנזיקין:

בניגוד לחוק הפיצויים לנפגעי תאונות דרכים אשר שולל מן הנפגע את הזכות לתביעה משלימה, יש לשקול החזרת שיטה NO FAULT כך שאדם אשר פונה למסלול הפיצוי ללא אשמה יאבד את זכותו לפנות לבית המשפט. מאידך, אם יעדיף לפנות לבית המשפט יאבד את זכותו לקבל את הפיצוי האוטומטי.

ח. מימון השיטה:

יש להקים ועדה אשר תדון בפרוט באשר לצורת מימון שיטה זו. בקצרה נוכל לומר כי הנטל צריך שיתחלק בין חברות הביטוח, המוסדות הרפואיים, יצרני ויבואני התרופות והציבור.

קביעת שיטת ה-"NO FAULT" המבוססת על עקרונות הצדק והסולידריות, תשפר את המערכת הרפואית ומערכת הטיפול ותחסוך כספים רבים בטיפול בנושאים הסובבים את ההתדיינות המשפטית.

פגיעה ביחסי רופא - מטופל:

הטיפול הרפואי מבוסס על יחסי האמון השוררים בין הרופא למטופל ובין ציבור הרופאים לחברה. ללא אמון זה אין תוחלת לטיפול הרפואי, החברה השכילה להבין זאת ונקטה צעדים שונים לשמר יחס אמון זה.

הרפואה היום אינה דומה לרפואה לפני יובל ואף לא מה שהייתה לפני עשור. בכתב עת קנדי נכתב כי:

"... היו זמנים, בהם לרופאים לא היה מה להציע לחולים, לבד מתמיכה, עידוד, ניחום, יחס אישי ולעיתים גם עצה מועילה. היום, לעומת זאת, הרפואה עוזרת לחולים שלפני שלוש שנים נחשבו עדיין חסרי תוחלת. ובכל זאת, אינני זוכר מתי נבדקתי לאחרונה על ידי רופא שהעניק לי יחס אישי. בדומה לסנדלרות, הרפואה מתנהלת היום על פסי ייצור"³⁶.

ואכן פעמים רבות המערכת הרפואית-קלינית נקראת על ידי הציבור "תעשייה", כגון:
Health care industry, medical bureaucracy

³⁶ יוחנן בן-בסט, יחסי רופא חולה (מכון הנרייטה סאלד 1997), תורגם מ- Tiberius RG.

Medical ethics in the next 25 years. *Canadian Fam. Phys.* 25 (1979).

עד לפני מספר עשרות שנים ספורות ההנהלה הרפואה בעיקרה במסגרת האינטימיות של רופא - חולה וגם המסגרות המאורגנות של הרפואה, כגון קופות החולים לא התערבו בהחלטת רפואיות. עם המאמצים לצמצום הוצאות הבריאות הלכה ונבנתה "הרפואה המנוהלת" Managed Care. משמעות רפואה זו, מעבר למניעת הבזבז, הינה נישול הרופא ממעמדו כמחליט יחיד, חיובו להתחשב בעמדות של המטופל, בנהלים ובמדיניות הקופה אשר לא תמיד מתיישבת עם טובת המטופל הבודד.

עד לפני תקופה קצרה עולם הרפואה היה עולם סגור בפני מי שלא היה חלק ממנו. הרופאים דיברו ביניהם בקודים (בלטינית) והמטופלים לא יכלו לחדור לעולם זה. בעקבות שינויים חברתיים של פתיחות ושיקפות שונה מצב זה. כמו גם ההכרה ההולכת וגוברת של זכות האדם על גופו.

אנו נמצאים היום בתהליך של שחיקה ביחסי הרופא - מטופל כתוצאה מהסיבות הבאות:

1. הטכנולוגיה המתקדמת עלולה לגרום לניכור ופגיעה בקשר רופא חולה. בעבר רופא יכול וצריך היה להקדיש זמן רב למטופל בעוד שהיום המטופל נשלח לבדיקות ומחלותיו מתגלות ביתר קלות.

2. ריבוי התביעות יוצר רפואה מתגוננת. המטופל עלול לחשוש ממצב שהרופא אינו שואף בראש ובראשונה לריפוי כי אם להגנתו האישית.

3. הפרסום התקשורתי הסנסציוני של התביעות כנגד הרופאים יוצר את האווירה שהרופאים אינם נותנים טיפול נאות וקיים סיכוי רב לכישלון בטיפול הרפואי.

אנו סבורים שניתן למנוע פגיעה זו מבלי להתפשר על עקרונות הפיצוי למטופל (החדרת No Fault) וטיפול בליקויים במערכת שיפור איכות הטיפול באמצעות ניהול הסיכונים.

בישיבה של הוועדה שבה נדונו התגובות לדו"ח, הוספתי הצעה להנהיג מסלול וולנטרי שבו ניתן יהיה להגיש את התביעות, לגוף שיקבע את הנכות ואת

הפיצויים, בהליך של גישור או הערכתה של מומחים. מסלול זה יהיה נסיוני, כפי שנעשה לאחרונה באנגליה, הוא לא יפגע באפשרות להגיש תביעה לבית המשפט. גם בקשר לכך אני מבקש להפנות לדו"ח של ההסתדרות הרפואית בישראל (עמודים 21-23).

"העדפת הבוררות על פני התדיינות בבית המשפט"

* אחד המצבים הקשים ביותר למקצוע הרפואה הוא התדיינות משפטית והתייצבות הרופא מול המטופל. הרופאים תופשים בכך כישלון במישור ייעודם ותפקידם והרס הקשר הכל כך חיוני למתן הטיפול הרפואי. הר"י סברה כי יש להמליץ על הליכי בוררות כחלופה אפשרית להתדיינות בבית המשפט ושוקדת בימים אלה על הצעה מפורטת בענין. יתרונות הבוררות כחלופה להתדיינות ידועות בכל התחומים אך בתחום הרפואי ישנן יתרונות נוספים לתובע, לנתבע ולציבור.

* בוררות מהווה הליך מהיר יותר מאשר תביעה בבית-משפט. מהירות זו גורמת להשקעה כספית קטנה יחסית בגין תשלומים לעורכי דין והקטנת אובדן כספי בשל ההיעדרות מן העבודה. כמו כן, ה"עלויות" האמוציונליות הן נמוכות יותר בכך שהסדרת עניין באופן מהיר גורמת להפחתת הלחץ האישי. בנוסף, בוררות, לעומת תביעה רגילה, יכולה להוות פסק סופי אשר יהיה קשה לבטלו ולפיכך מסיר דאגה מערעורים חוזרים.³⁷

* שימוש במוסד הבוררות יש בו גם כדי לחסוך כסף מן הציבור הרחב בצמצום הרפואה המתגוננת. הצמיחה במספר תביעות הרשלנות הרפואית גרמה במשך השנים להתפתחות רפואה מתגוננת, הכוללת שימוש בלתי סביר בבדיקות רבות שיעילותן אינה ידועה תמיד ואשר ללא ספק מייקרת את עלות הרפואה בארץ.³⁸

* בעיה נוספת איתה מתמודדת הבוררות בהצלחה הינה עדות מומחים. בתביעה משפטית כל צד מחפש לעצמו מומחה בעלות כספית נוספת. בנוסף, מועלית הטענה

³⁷ *Physician Executive*, Joseph, DM. The role of health care ADR in resucing legal fees

November 1995.

³⁸ (Leone, Jr. A, ADR and enterprise liability, 135 N.L.J. 1015 (1993).

שהמומחים אינם תמיד אובייקטיביים. בבוררות, מאידך, כבר קיימת רשימת מומחים שאינם נוטים לצד אחד או שני. מומחים אלו גם אינם חייבים להופיע אישית, אלא רשאים למסור דו"ח בכתב.

* בוררות מעניקה פורום אטרקטיבי יותר ופחות מאיים למטופלים ולרופאים. תביעות רבות ברשלנות רפואית נובעות מתסכולם של מטופלים כלפי רופאים. יש בתביעות אלו חלק רגשי, המטופלים מבקשים פיצוי בנוסף לפיצויים כספיים, כגון התנצלות, הסבר או הזדמנות לבטא את רגשותם. בוררות מאפשרות הגשמת מטרות אלו מכיוון שהוא הליך יותר השתתפותי ומאיך הינו גם חסוי, כך שכל הסבר או התנצלות לא ניתנים לחשיפה על ידי התקשורת, ובזה מוגנים שמו הטוב של הרופא וסודו הרפואי של המטופל. ציין כי השימוש בבוררות בתחום הרפואי כבר מקובל במדינות אחרות, ברוב מדינות ארה"ב, למשל, קיימים חוקים לגבי הסכמי בוררות בתחום הרפואי³⁹. לפני שנה, הוגשו באנגליה הצעות לתיקון המערכת השיפוטית, ביניהן פרוטוקול לבוררות ואמצעים נוספים להסדרת תביעות⁴⁰.

למרות שהצעות אלו עדיין לא נתקבלו הרי שהקהילה המשפטית שם עברה את המשבר הפסיכולוגי, ובעתיד סביר כי אמצעים אלו יתקבלו ויהוו את הנורמה⁴¹. באנגליה, במיוחד בתחום הרפואי ניכרת התועלת מגישה זו.

במדינות מערביות אחרות, כגון: קנדה, אוסטרליה וצרפת, קיים מוסד בוררות אך אין מוסד בוררות המיוחד לתחום הרפואי⁴².

לבסוף ברצוני להצטרף להצעה של ההסתדרות הרפואית בישראל לקבוע כי הפיצויים בתביעות של רשלנות רפואית יהיו פיצויים עתיים, כפי שהדבר קבוע גם בחוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים, התשל"ה-1975.

תשלום עיתי:

³⁹ Crocca C. Arbitration of medical malpractice claims. 24 A.L.R 5th 1, 9 (1997).

⁴⁰ Kenedy, IM, Woolf, H, Richards, P. Managing medical mishaps: Needs greater openness and

partnership between doctors, lawyers, judges and patients. *BMJ*, 1996;313 (7052): 243.

⁴¹ Fennel, E. ADR Winning New Friends, *The London Times* July 15, 1997

ההסתדרות הרפואית תומכת בצורת תשלום עיתי ומתנגדת לתשלום חד פעמי וזאת ממספר נימוקים:

הפסיקה ברשלנות רפואית פוסקת פיצויים חד פעמיים אך קובעת בפרוש כי יש לה הסמכות לקבוע פיצוי עיתי. הפסיקה דנה בשתי צורות הפיצוי בהרחבה, בפרשת נעים נגד ברדה⁴². צורה זו של הענקת פיצויים מביאה מחד, לפיצוי גדול, ומנגד חושפת את הנפגע לחשש פן תוך מספר שנים לא תהיה לו אפשרות לכסות את עלות הטיפולים או לתמוך בעצמו ובמשפחתו.

1. צורת התשלום העתי מגשימה את מטרת דיני הנזיקין שהם השבת המצב לקדמותו בצורה המדויקת ביותר. התשלום העתי מאפשר לפסוק על פי העובדות בעת האירוע ולא על פי ספקולציות עתידיות.

2. התשלום העתי משקף נאמנה את ההכנסות שנמנעו מהניזוק בעקבות האירוע, שגם הן, בדרך כלל הכנסות עתיות (משכורת וכדומה).

3. קבלת סכום כסף ניכר עלול לגרום להשקעתו בצורה לא חכמה ולפיכך הוא עלול לרדת לטמיון תוך מספר קטן של שנים והנפגע עלול להישאר ללא תמיכה כלכלית.

4. העובדה, כי התשלום מגיע מקופת חולים שמבוטחת על ידי המדינה, מחברת ביטוח איתנה או מקרן, אם תקום כזו, מקטינה את החשש שעלול להיווצר עקב העובדה שהמשלם אינו איתן מבחינה כלכלית ולא יוכל לשלם בעתיד.

ד"ר פרץ סגל

⁴² ע"א 357/90 נעים נ' ברדה, פ"ד לו (4), 1.

ח. ביטוח**117. קרן עצמית כתחליף לביטוח**

בניגוד לעמדת הועדה*, אני סבור כי יש מקום לבחינה אם, ובאיזה מתכונת יש ליצור Captive לאומי לכיסוי תביעות בגין רשלנות רפואית וזאת מאחר ורובה המכריע של מערכת הבריאות בישראל ממומנת באמצעות משאבים ציבוריים. בשיטה זו ניתן לחסוך למשלם המסים את הרווח של שרשרת המתווכים והמבטח ולהביא למיצוי את היתרון לגודל ולהסתפק בשירותי ניהול תביעות. שירותים אלה יכול שיינתנו על ידי גוף שיוקם על ידי משתתפי ה Captive ויכול שיופקו על ידי חברת ביטוח שתזכה במכרז לניהול תביעות עבור ה Captive .

ביטוח חובה

אני מתנגד להמלצה** לקבוע חובת ביטוח בחקיקה מהנימוקים הבאים:

- (1) החלת חובת ביטוח בחקיקה היא התערבות "חריפה", הגובה מחיר, הכרוך בהתערבות ממשלה בשוק (פיקוח על המחיר ועל המוצר). עצם הטלת החובה עשוי להעלות את גובה הפרמיות שידרשו המבטחים בידעם שעל העוסקים בתחום הבריאות מוטלת חובת הביטוח כאמור בהמלצת הועדה. לדעתי, התערבות ממשלתית מסוג זה מוצדקת רק במקרה של בעיה אקוטית. ככל הזכור, לא הובאו בפני הועדה עדויות, מהן ניתן היה להתרשם כי קיימת בעיה אקוטית המחייבת החלת חובת ביטוח בחקיקה.
- (2) כפי שבתחומי עיסוק אחרים אין חובת ביטוח בחוק, כך אין לחייב בחקיקה את כלל העוסקים בבריאות (מקצועות פארא רפואיים, רוקחים, עובדים סוציאליים, פסיכולוגים וכו'). תחום הבריאות בענין זה לא שונה מהותית מתחומי עיסוק אחרים.
- (3) הועדה ממליצה שלא לשנות את שיטת האחריות, ובהינתן שאין מנגנון של "אחריות מוחלטת" לא צריך לחייב רכישת ביטוח.

* סעיפים 97 – 99 לעיל.

** סעיף 109 (י"א) לעיל.

(4) מרבית העוסקים במגזר הבריאות, עובדים בגופים ציבוריים וממילא מבוטחים באמצעות המעביד.

(5) ככל הידוע לי, לא הובאו עדויות בוועדה המצביעות על בעיות במקצועות שאינם רפואה.

אני מתנגד להמלצה* לחייב בחקיקה כיסוי ביטוחי בגין כל אירוע שהתרחש תוך תקופת הביטוח. משמעות המלצה זו הנה ייקור פרמיית הביטוח וזאת משום שתתארך תקופת אי הוודאות מנקודת ראות המבטח. להערכתי קיימת בעיה מבחינה ביטוחית מאחר והמבטחים (גם במקצועות אחרים) אינם נוהגים לבטח על בסיס אירוע.

זהר ינון

* סעיף 109 (י"ב) לעיל.

118א. משרד האוצר והבריאות מינו צוות לבחינת נושא ביטוח העוסקים ברפואה מפני נזקי רשלנות רפואית. הצוות כולל את מר ברודט, לשעבר המנהל הכללי של משרד האוצר, וכן את עו"ד תמר בן דוד, לשעבר מנהלת חברת "ענבל". על הצוות הוטל לבדוק את היצע הביטוח בנושא נזקי רשלנות רפואית, וכן לבחון את קיומן של חלופות ארגוניות או פיננסיות, תוך השוואה למצב הקיים בעולם.

הצוות נפגש עם גורמים ממשלתיים ופרטיים, עם נציגי חברות ביטוח ישראליות וזרות ועם מומחי ביטוח. בנוסף קיבל הצוות לבדיקה נתונים מענף הביטוח מעשר השנים האחרונות. הצוות עתיד להיפגש עם אישים נוספים המעורבים בנושא הביטוח.

בשלב זה, ועל פי הנתונים שנאספו על ידי הצוות עד כה, עולה כי במצב הקיים כיום, המבטחים כנגד רשלנות רפואית קובעים את פרמיות הביטוח השנתיות לפי התשלומים ששולמו על ידם בפועל בשנה הקודמת (סך הפרמיה מכסה את הוצאות המבטח בשנה הקודמת במלואן בתוספת רווח - בשיטת cost plus). המשמעות היא שהמבטחים, מצד אחד, אינם לוקחים על עצמם את הסיכון המהותי אלא רק את סיכון תזרים המזומנים, ואילו מצד שני, הם גובים מהמבטחים פרמיות גבוהות אשר עלולות לכלול אף רווח בלתי סביר.

למסקנה המסתמנת בדבר הקמת גוף מקומי שיספק ביטוח כאמור, השלכות על כל הנושאים הקשורים לביטוח העוסקים ברפואה מפני רשלנות רפואית, כמו למשל, על הנושא של הטלת חובת ביטוח על בעלי מקצועות רפואיים, ולכן נראה לנו כי אין מקום לקבוע מסקנות בנושאים אלה במנותק מהמסקנות שהתקבלו בידי הצוות. לדעתנו לאור העובדה שהוקם צוות במיוחד לבדיקת הנושא, אשר קיבל נתונים עדכניים אשר רובם לא היו בפני הועדה, יש מקום לקבוע את המדיניות הראויה לאחר קבלת מסקנות הצוות.

טנה שפניץ

זהר ינון

ד"ר פרץ סגל

ט. ניהול סיכונים

118. אני מצדד בהמלצה* המתייחסת לניהול סיכונים. אולם אני סבור כי יש להטיל חובה על משרד הבריאות לנהל מאגר מידע בדומה לבנק המידע המרכזי הפועל מתוקף החוק הפדרלי (HCQIA), שהונהג בארצות הברית בשנת 1986. במקביל יש לחייב את כל המוסדות הרפואיים לדווח למאגר הנ"ל אודות רופאים שננקטים נגדם הליכים משמעותיים וכו'. אימוץ מודל הפיקוח כמתואר בסעיף 50 לעיל יגביר את הפיקוח על רופאים רשלנים, ובכך יסייע לטיוב איכות הרפואה. בנוסף אני ממליץ לתקן את פקודת בריאות העם כך שקיומו של צוות מקצועי העוסק בניהול סיכונים יהווה תנאי למתן רשיון להפעלת בית חולים כללי וכן לצורך הרחבת או חידוש רשיון.

זהר ינון

י. הסתייגות כללית

119. ועדה זו הוקמה בעקבות טענות חוזרות ונשנות במשך שנים מצד ציבור הרופאים ומשרד הבריאות בדבר "הצפת תביעות" כביכול ורפואה דפנסיבית, שהגיעו, לדבריהם, עד כדי סכנה לתפקוד הרפואה בארץ בשל חששם של הרופאים מתביעות משפטיות.

* סעיף 108 המלצה (ה).

טענות אלו עמדו, מן הסתם, ביסוד כתב המינוי המקורי של הועדה, לפיו נתבקשה הועדה לבדוק אפשרות ל"הגבלת סכומי הפיצויים לנפגעי רשלנות רפואית". נדמה כי מגמת משרד הבריאות היתה ברורה ביותר בעצם המנדט שנקבע לועדה, וכן בהרכבה **המקורי** הבלתי מאוזן באופן קיצוני, שכלל רק רופאים ומשפטנים מטעם המדינה, שהינה המתדיין הגדול ביותר בתחום זה, ללא מתן ייצוג כלשהו לנפגעים, לבאי כוחם ולארגונים הצרכניים. רק בעקבות לחצים ציבוריים שהופעלו על משרדי המשפטים, הבריאות, ועל ראש הממשלה המנוח יצחק רבין ז"ל, נעתר בסופו של דבר מנכ"ל משרד הבריאות, וצירף להרכב הועדה שלושה עורכי דין נוספים, אשר אינם מזוהים עם הרופאים או עם המדינה דווקא, והרכב הועדה אוזן במעט, אך גם כיום מרבית החברים הנכבדים נמנים על ציבור הרופאים או נציגי נותני שירותים רפואיים (לרבות המדינה).

נתונים כספיים

במהלך שנות עבודתה של הועדה נתגלה פער עצום בין הטענות והתחושות אותם הביעו הרופאים ונציגיהם בפניה לבין הנתונים המספריים, כפי שהובאו לאחר עמל רב בפני הועדה. חלק מן הגופים האחראיים על תחום זה בארץ נמנעו במשך השנים מלהציג את נתוניהם בפני הועדה, אחרים עשו זאת כמי שכפאם השד, ורק הקרן הממשלתית "ענבל" הציגה נתונים מפורטים ומסודרים לפרטי פרטים, תוך מתן כל התפלגות אפשרית והסברים ממצים מהסמנכ"ל דאז, הד"ר עמוס הרמן. נראה כי חלק מן הגופים המעוניינים סברו, משום מה, כי מוטב שהנתונים הכספיים בדבר היקפי התביעות וסכומי הפיצויים לא יוצגו בפני הועדה, וטעמיהם עמם.

מהנתונים שכן הוצגו בפני הועדה, הכוללים את מרבית סכומי הפיצויים ששולמו בארץ, הן על ידי המדינה והן על ידי קופות החולים באמצעות ה-M.D.U. מתקבלת תמונה שונה בתכלית מכל אותן טענות בדבר "הצבת תביעות" בתחום הרשלנות הרפואית.

על פי חוות דעת של הכלכלן יצחק שריג, שניתח נתונים אלו, מסתבר כי בשנים 1992-1995 נפתחו בממוצע כ- 415 תיקי רשלנות רפואית לשנה, בגינם שולמו באותן שנים כ- 8.5 מליון דולר בשנה (כ- 26 מליון ש"ח דאז), בסטיה אפשרית של 25%.

ניתוח הנתונים מראה גם כי אכן היתה עליה חדה במספר התביעות בסוף שנות ה-80, אולם מאז חלה התייצבות במספרן ואף ירידה קלה, ולא כפי שנטען בפני הועדה, ובוודאי לא כפי שמשרד הבריאות והרופאים ניסו להציג במשך שנים ארוכות, נמצא כי לתחושתם הסובייקטיבית וה"מאויימת" של הרופאים בדבר "לוטו" של תביעות או "צייד" של רופאים או כל שלל הביטויים האחרים בהם בחרו להביע את רחשי לבם, אין כל בסיס עובדתי.

הנתונים הכספיים צריכים להוות את הנחת העבודה והבסיס למסקנות הועדה. אם נדמה היה כי מדובר ב"הצפה" פרועה של תביעות המאיימות על תפקודו של עולם הרפואה - מסתבר כי אין כל שחר לרושם זה ולכל הטענות הנובעות ממנו. מדובר בתופעה קטנה במימדיה, הנמצאת בשולי עולם המשפט והחיים הכלכליים, ואין לייחס לה כל משמעות מיוחדת מעבר לתלונות הסובייקטיביות והבלתי מוצדקות לחלוטין, כפי שהובעו על ידי הרופאים. סכומי הפיצויים המשתלמים בתחום זה הינם בטלים בשישים ביחס לסכומים המשתלמים לניזוקים אחרים מדי שנה, כמו למשל על ידי "אבנר" לנפגעים על פי חוק הפלת"ד (כמיליארד וחצי ש"ח בשנת 1996), או לסכומים המשולמים על ידי חברות הביטוח הפרטיות בגין תאונות העבודה (שלא לדבר על הפיצויים המשתלמים על ידי המוסד לביטוח לאומי לנפגעי תאונות העבודה) ואפילו ביחס לסכומים המשתלמים על ידי משרד הביטחון לנפגעי האינתיפאדה מקרב הפלשתינאים תושבי השטחים (26 מליון ש"ח בשנת 1996).

רק לשם המחשה, יש כיום יותר תביעות בגין מקרי רשלנות מקצועית בקרב עורכי הדין (כ- 600 מקרים מדווחים בשנה) מאשר בקרב הרופאים ... אין צורך לומר כי השירות הרפואי ניתן לכל אדם בישראל, ואילו שירות משפטי ניתן רק

במקרים מסויימים, ועל אף חשיבותו, אין מעשה רשלנות של עורך דין פוגע בשלמות גופו של אדם.

בנסיבות אלו, ברור כי "הצעקה ו"קול השבר" שהקים הממסד הרפואי עובר להקמתה של הועדה לא רק שאינו מוצדק עניינית, אלא שגם חסר שחר מבחינה עובדתית. נדמה כי השורשים לטענות הרופאים הם בעיקר בתחום הפסיכולוגי, שכן במשך שנים ארוכות לא היו כמעט תביעות בתחום זה בארץ, ומעמדו של הרופא היה נשגב מכל מקצוע אחר, כשהוא מוגן מכל פגיעה בשמו הטוב. אין ספק שמצב זה נשתנה מן היסוד עקב השינויים החברתיים והסוציולוגיים שהתחוללו בארץ בעשור האחרון ועקב היות החברה יותר פתוחה וביקורתית גם כלפי מוסדות אחרים, שהיו פעם מורמים ומחוסנים מכל ביקורת, כמו הצבא, השב"כ, ועוד כהנה וכהנה, ועקב המודעות החברתית לנושא זה, ההולכת, כמו בנושאים רבים אחרים, בעקבות ההתפתחויות בארצות המערב ובארה"ב.

אולם מכאן ועד לטענה כי אנו צועדים בתחום זה לקראת הצפת תביעות בנוסח אמריקה המרחק רב מאוד ("שנות אור" - כפי שהתבטא בפני הועדה אחד המומחים). על פי מחקרים סטטיסטיים אמריקאיים שהוצגו בפני הועדה, כאחוז אחד מכלל המטופלים רפואית (לא רק מאושפזים) בארה"ב נפגעים במהלך מתן הטיפול. מתוך אחוז זה כרבע יפגעו במהלך הטיפול עקב התרחשותה של רשלנות רפואית. אם ניישם מדגם ענק זה על מספר המטופלים בשנה בארץ, ונצא מתוך הנחה כי רמת הרפואה בארץ אינה נופלת מזו שבארה"ב (הנחה מחמיאה, לדברי חלק מהדוברים), כי אז מדובר גם בארץ **באלפי מקרי רשלנות רפואית בשנה** בהם נפגעים אנשים, בעוד שבפועל, על פי הנתונים ישנם רק מספר מאות מקרים בשנה, שגם מתוכם רק כמחצית מגיע לדיון בבית המשפט, הכל, כאמור, על פי נתוני "ענבל" וקופות החולים.

גם הטענות בנושא קיומה של "הרפואה הדפנסיבית" בארץ לא הוכחו כלל ועיקר, נהפוך הוא, על פי נתונים כספיים, דווקא הצטמצמה ההוצאה הרפואית בממוצע בגין מטופל בעשור האחרון, ומכל מקום, אין מה לדבר כלל על "רפואה

דפנסיבית" במובן האמריקאי של המלה, שעיקרה ריבוי בדיקות ופרוצדורות רפואיות מיותרות, העולות ממון רב לציבור.

יראון פסטינגר, עו"ד

119א. ניתוח ההיבטים הכלכליים של מערכת הבריאות, במטרה לגבש הערכה בדבר תפקודה ויעילותה של המערכת, ולהצביע על דרכים אשר יאפשרו להגדיל את התועלת לחברה ברמת המשאבים הקיימת, הינו אתגר מורכב ומסובך.

היקף מימונה של מערכת הבריאות, נוכח ההוצאות הגואות והולכות מחד גיסא ומגבלת המשאבים מאידך גיסא, אשר תוצאתם הנה ההכרח לקבוע סדר עדיפויות בהקצאת המשאבים בין שימושים אלטרנטיביים, עורר בעבר הרחוק והקרוב שאלות חריפות בסוגיות חברתיות – כלכליות.

רוב ממשלות המערב, בלא הבדל באשר לשיטת מימונה וארגונה של מערכת הבריאות, מתמודדות עם הכורח למצות את מירב התועלת מהמשאבים המוקדשים למערכת הבריאות.

על רקע זה סוגיית ההוצאה הישירה והעקיפה הנגרמת בעטיה של רשלנות רפואית מהווה תחום בו ראתה הממשלה חובה לבחון דרכים אשר יביאו לצמצום היקף ההוצאה ועל ידי כך להגדיל בפועל את המשאבים המוקצים לטובת צרכיה החיוניים של מערכת הבריאות.

בהתאם לכך, בחינת ההמלצות נעשתה, בין השאר, תוך בחינת העקביות והתאימות שיש בהן עם מדיניותה המוצהרת של הממשלה כפי שהיא באה לביטוי בהחלטותיה השונות, לרבות בהחלטה על מינוי ועדה זו ובדברי ההסבר להחלטה זו, בדבר הצורך לרסן את שיעור הגידול בהוצאה הלאומית לבריאות.

זוהר ינון

נספח א'**רשימת המופיעים בפני הועדה**

על פי הסדר האלפביתי – התפקידים והתארים הם ליום ההופעה בפני הועדה

1. ד"ר מ' אורן, מנכ"ל משרד הבריאות
2. ד"ר אורנשטיין, יו"ר ארגון רופאי המדינה
3. ד"ר אריאלי, מנהל מחלקת יולדות
4. מומי דהאן, עורך דין
5. יונתן דייזיס, עורך דין
6. דורון דינאי, עורך דין
7. פרופ' צבי הדר, מינהל עסקים
8. פרופ' יונתן הלוי, מנכ"ל בית החולים שערי צדק
9. ד"ר עמוס הרמן, מנכ"ל ענבל
10. אלי זוהר, עורך דין
11. פדואל, עורכת דין, איגוד חברות הביטוח
12. זאב וייל, עורך דין
13. ד"ר דוד וייס, מנהל היחידה לפוריות הגבר, בית חולים שערי צדק
14. פנחס זלצר, עורך דין
15. דרור חוטר ישי, עורך דין, ראש לשכת עורכי הדין
16. טלי חלמיש, עורכת דין, AMV
17. פרופ' טייטלמן, בית חולים רמב"ם

18. ד"ר טרגין
19. פרופ' י' כספי, בית חולים אסף הרופא
20. יצחק לוי, עורך דין, היועץ המשפטי לקופת החולים הכללית
21. עזי לוי, מנכ"ל חברת הביטוח כלל
22. שוקי מדנס
23. פרופ' דניאל מור, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל-אביב
24. ר' מנחם, קופת חולים מכבי
25. קדרון, עורך דין, קופת חולים מכבי
26. סטיוארט קוך, אקטואר
27. יאיר קרייזמן, עוזר לממונה על הביטוח
28. מאיר שביט, הממונה על הביטוח במשרד האוצר
29. ד"ר שובלי, קופת חולים לאומית
30. פרופ' ה' שטיין, מנהל מחלקה אורתופדית, בית חולים רמב"ם

נספח ב'

רשימת הגורמים שהגישו לועדה תזכירים

1. ארגון האורתופדים
2. ארגון רופאי המדינה
3. לשכת עורכי הדין
4. מרכז רפואי שערי צדק
5. קופת חולים הכללית
6. קופת חולים לאומית
7. אריה חברה לביטוח
8. יעקב טירקל, שופט בית המשפט העליון
9. מיכה גדרון, עורך דין
10. יונתן דייוויס, עורך דין
11. משה קופרשטיין, עורך דין
12. פנחס זלצר, עורך דין
13. M.C.I.
14. M.D.U.

נספח ג'

רשימת המגיבים לניר העבודה

1. ההסתדרות הרפואית בישראל
2. לשכת עורכי הדין
3. ארגון הרופאים עובדי המדינה
4. החברה לניהול סיכונים ברפואה (MRM)
5. פרופ' אמנון כרמי
6. עו"ד נחמה פרלמן, היועצת המשפטית לאגף השיקום
7. סינכרומד בע"מ
8. עדית מרקין
9. ד"ר דוד ב' וייס
10. אורי כרוך
11. עו"ד רם נועם וד"ר מרק קסון