

נואמרים

הצעה לביטוח נגד פגיעות רפואיות

טאת

ד"ר אריה ל' מילר *

א. הצגת הבעיה. ב. הגדרה. ג. המצב המצוי וחסרונותיו. ד. המצב הרצוי. כללי. ה. אחריות שלא על בסיס של אשמה. ו. לשאלת עילת הפגיעה. ז. הפתרון: ביטוח סוציאלי. ח. הפיצויים. ט. הפיצוי על הוצאות שונות. י. הפיצוי על אבדן כושר השתכרות. יא. הפיצוי על כאב וסבל. יב. הפיצוי על גרימת מוות. יג. ניכוי הגמלאות שהניזוק קיבל ממקור אחר. יד. שלילת הזכות לתביעה משלימה בנוזקין. יו. מימון השיטה. יז. לשאלת ההשפעה המרתיעה של השיטה. יח. דרכי מיצוי הזכויות.

א. הצגת הבעיה

חולה הוא אדם שסובל. פציינט, אף כשאינו חולה בשעת ביקורו אצל הרופא, פונה אליו לשם קבלת עזרה רפואית, כדי למנוע היחלשות, ועל-פי רוב הוא נותן את אמונו ברופא המטפל בו ומאמין שלא יאונה לו כל רע.

אם בכל זאת, תוך-כדי הטיפול הרפואי, עקב הטיפול או בקשר עמו, נגרם לפציינט נזק בריאותי נוסף או נזק-גוף מיותר כלשהו — תהיינה הנסיבות שבהן קרה הנזק אשר תהיינה — ראוי הפציינט לפיצוי הולם על נזקו, ואילו הרופאים ועוזריהם המרובים, יחד עם מוסדות הבריאות, יצטרכו לשאת — כך אני סבור — בחלק העיקרי של הנטל הכספי הנובע ממתן פיצויים מעין אלה.

מבחינה זו אין הבדל בין מצבו של פציינט שנפגע ובין מצבו של עובד שנפגע תוך-כדי ועקב עבודתו, או של אדם שנפגע בתאונת דרכים, או של מי שנפגע ממוצרים פגומים או מזיהום הסביבה או של מי שנפגע מביצוע פשע אלים; כולם ראויים לפיצוי הולם. סוגיית הפיצויים לפציינטים נפגעים והביטוח הדרוש בשל כך אינם אפוא אלא חלק מן המסכת הכוללת של פיצויים וביטוח לנפגעים מכל הסוגים, גיזרה אחת מגי רבות.

ביטוח נגד פגיעות ממוצרים פגומים וביטוח נגד פגיעות רפואיות הם היבטים ספצי-פיים של הגנת הצרכן, כשבמקרה הראשון מדובר בצרכני מוצרים כלשהם, ואילו המקרה האחרון מתייחס בעיקר לצרכני שירותי הבריאות.

לעניין הצדקת הפיצוי והביטוח לפציינטים נפגעים ולהסדרתם בדין הרצוי, וכן לשאלות שונות הכרוכות בכך, מוקדשת הרשימה שלהלן, כשהדגש יושם בשאלה המרכזית האם יש

* חוקר במכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים.

טעמים שהם בעלי משקל מספיק כדי להמליץ על הגהגת אחריות שלא על בסיס של אשמה משולבת בביטוח סוציאלי בתחום זה.

ב. הגדרה

כפי שצוין בספרות המקצועית הדנה בנושא, אחת הבעיות הקשות, אם לא הקשה ביותר בנדון, היא בעיית ההגדרה של הסיכון המבוטח או של האירוע המזכה בפיצוי (compensable event)¹, כשהקושי האמור נובע בייחוד מן הצורך להבדיל בין הפגיעות הנגרמות עקב טיפול רפואי, במובנו הרחב, ובין פגיעות שיש להן סיבות אחרות. לפיכך לא אוכל להציע כאן אלא הגדרה טנטטיבית, וזו לשונה: פגיעה רפואית היא נזק-גוף הנגרם לפציינט עקב מעשה או מחדל רפואי, להוציא את הנזק שנגרם על מנת למנוע נזק-גוף אחר, חמור יותר.

בנוסחה זו משמעותו של נזק-גוף היא מחלה, חבלה, נכות או מוות, כמו-כן החמרת מחלה, חבלה או נכות או הארכת משכן וכן מניעת שיפור מצב הבריאות, כשניתן היה להשיג שיפור שכזה.

מאידך גיסא, מעשה או מחדל רפואי הוא כל פעולה או הימנעות מפעולה בתחום המקצועי, לא רק של רופאים, כי אם של כל פרסונאל רפואי לרבות אחיות, פיזיותרפיסטים, לבורנטים, טכנאים, מזכירות רפואיות וכיוצא באלה, וכמו-כן של יצרני ויבואני תרופות ותכשירים רפואיים אחרים ויצרני ויבואני ציוד רפואי (מדובר כאן במוצרים שאינם פגומים). עם זאת, ברור שהרופא נשאר הרוח החיה בתחום דעסקינן. כפי שנובע מניסוח ההגדרה, היא מתייחסת לא רק לנזקים שהם תוצאות של טיפול רפואי לא נכון (medical malpractice), כי אם לכל הפגיעות הכרוכות בטיפול רפואי (medical treatment related injury באנגלית, Behandlungsschäden בגרמנית), לרבות טיפול לא רשלני.

ההגדרה המוצעת מאפשרת להבדיל בין תוצאות יאטרוגניות (תוצאות הנגרמות עקב טיפול רפואי או עקב חוסר טיפול רפואי) ובין תופעות הכרוכות בהתפתחותו של התהליך הפאטולוגי גופא מחד גיסא, ולהבדיל בין הפגיעות הרפואיות הנדונות ובין נזק-גוף הנגרמים לפציינט משיקולים רפואיים, מאידך גיסא. לקטגוריה האחרונה שייכים מקרים כגון כריתת רגל על מנת למנוע ספטיצמיה כללית, או הסרת אבר נגוע בסרטן. לדוגמה, אם חולה מאושפז מעד במדרגות בית החולים או שנפל ממיטתו ונפגע, הוא יהא זכאי לפיצוי כל אימת שהוא ניזוק כתוצאה מהטיפול הרפואי (למשל עקב מתן תרופה הגורמת לתופעות לוואי, כגון טשטוש ההכרה) או מחמת חוסר השגחה עליו כשזו אחרונה היתה דרושה, ולא יפוצה ביתר המקרים. כמו כן, חולה מאושפז, שנגרם לו

1 ראה H. L. Weyers, *Empfiehlt es sich, im Interesse der Patienten und Ärzte ergänzende Regelungen für das ärztliche Vertrags- (Standes) und Haftungsrecht einzuführen?* (München, 1978) A 98; R.A. Epstein in C.O. Gregory, H. Kalven Jr. & R.A. Epstein, *Cases and Materials on Torts* (3rd. edition, Boston & Toronto, 1977) 884; "Comparative Approaches to Liability for Medical Maloccurrences" 84 *Yale L.J.* (1975) 1141, 1153, 1163; cf. K.A. Abraham, "Medical Malpractice Reform: A Preliminary Analysis" 36 *Maryland L.R.* (1977) 489, 523

זיהום (אינפקציה) מפאת התנאים השוררים במחלקה של בית החולים, תהא לו זכות לתבוע פיצויים. כשבבית חולים מורגש מחסור חמור באחיות, כפי שקורה לעתים קרובות אצלנו, ועקב כך יש שטיפולים ניתנים באיחור או אינם ניתנים כלל, גם אז החולים הנפגעים מסיבה זו "מכוסים" על ידי ההגדרה הנ"ל. לבסוף, יצוין כי לפי ההגדרה המוצעת, ניתוח שלא היה נחוץ על-פי שיקולים רפואיים טהורים, גם כשעבר בהצלחה, יש לראות בו פגיעה רפואית.

בספרות מדובר לפעמים ב-"medical maloccurrences, medical accidents, medical adversities, או medical risks. העדפתי להשתמש כאן בביטוי "פגיעות רפואיות" (medical injuries), הנראה לי נייטרלי וגורף ועל כן מתאים יותר.

האחריות הרפואית נחשבת בדרך כלל² כאחריות חזית. ליתר דיוק, בפרקטיקה רפואית לא נכונה ניתן לראות הן הפרת חוזה והן עוולה כמשמעותן בדיני הנזיקין. רק במקרים חריגים האחריות איננה יכולה לנבוע מחוזה (למשל, כאשר נפגע בתאונה הובא לגיתוח במצב של חוסר הכרה ותוך-כדי הגיתוח נגרם לו נזק-גוף). אולם, לא ראיתי צורך לאזכר בהגדרה את המהות המשפטית של האחריות הרפואית, למרות היותה גם האחריות המבוטחת.

ג. המצב המצוי וחסרונותיו

זה שנים רבות שנושא האחריות הרפואית והביטוח בתחום זה מעסיקים את המשפטנים בארצות שונות. פסק הדין הידוע הראשון על פרקטיקה רפואית לא נכונה ניתן באנגליה בשנת 1374³.

סוגיית הפגיעות הרפואיות תופסת מקום חשוב ביותר בתודעת הציבור בארצות הברית, שבה שירותי הבריאות יקרים מאוד וחלק ניכר מן האוכלוסייה אינו מכוסה על-ידי ביטוח הבריאות, הנמצא בעיקר בידיים פרטיות. בקליפורניה⁴, למשל, ובארצות הברית כולה⁵, הגיע היקף הפגיעות הרפואיות לממדים מחרידים⁶ ועלותן של פגיעות אלה עצומה⁷. בו בזמן הפרמיות של ביטוח הפרקטיקה הרפואית הלא נכונה עולות

2 ראה F. Chabas, "Vers un changement de nature de l'obligation médicale" 47 *La semaine juridique*, (1973) 2541.

3 ראה N.A. Roth, "The Medical Malpractice Insurance Crisis: Its Causes and Future" 44 *Ins. Counsel J.* (1977) 469, 475.

4 ב-1974 נפתחו בקליפורניה 25 תיקים משפטיים שעניינם פרקטיקה רפואית לא נכונה על כל מאה רופאים פעילים. ראה D. E. Carpenter, "The Patient's Compensation Board: An Answer to the Medical Malpractice Crisis" 637 *Ins. L.J.* (1976) 81, 83.

5 מספר הנפגעים מדי שנה בארצות הברית עקב טיפול רפואי נאמד ב-2.6 מיליון נפש. ראה M. F. Steves, "A Proposal to Improve the Cost to Benefit Relationship in the Medical Professional Liability Insurance System" *Duke L. J.* (1975) 1305, 1308.

6 מספר הפגיעות המשמעותיות מטיפול רפואי לא נכון נאמד ב-750,000 בשנה. ראה G. J. Annas, B. F. Katz & R. G. Trakimas, "Medical Malpractice Litigation Under National Health Insurance: Essential or Expendable" *Duke L. J.* (1975) 1335, 1338.

7 עלות המשפטים של פרקטיקה רפואית לא נכונה מגיעה עד שישה מיליארד דולר. ראה "Comparative Approaches..." (לעיל, הערה 1) 1441. מאידך גיסא, לפי הדו"ח של ועדת-

בארצות הברית במהירות מסחררת.⁸ מסיבות אלה החלו רופאים לעזוב את מדינת ניו-יורק⁹ ואחרים מסיימים את הפרקטיקה שלהם בטרם עת¹⁰. על רקע מציאות זו נכתבו עשרות מאמרים על ה"medical malpractice crisis"¹¹ ומאות מאמרים על סוגיית פגיעות רפואיות בכללותה. ב-1973 הוכן דו"ח מיוחד בנדון: U.S. Department of Health, Education & Welfare, Report of the Secretary's Commission on Medical Malpractice (להלן: H.E.W. Report). שלושים ושמונה מדינות הקימו ועדות מיוחדות לעיון בבעיית הפרקטיקה הרפואית הלא נכונה על מנת להכין חקיקה בנדון¹². ואכן, בשנים 1975—1977 הנהיגו כמעט כל המדינות אמצעים המתייחסים לפרקטיקה רפואית לא נכונה¹³, אם כי הרפורמות, רובן ככולן, הן חלקיות בלבד ואינן נוגעות אלא בהיבטים פרוצדורליים או בהיבטים שוליים אחרים של הבעיה. חשיבות מיוחדת יש לייחס להצעת חוק של שני סנאטורים, ה" Inouye-Kennedy Federal No-Fault Malpractice Insurance Bill (1975)¹⁴, שאליה עוד אחזור בהמשך הדברים.

לעומת זאת בישראל, שבה רוב האוכלוסייה נהנת מביטוח בריאות בתנאים נוחים יחסית והשכירים החולים זכאים לדמי מחלה, בעיית הפגיעות הרפואיות היא בעלת ממדים חמורים פחות. למרות זאת, גם כאן יש לה חשיבות רבה, ועל כך תעיד הפסיקה הענפה בנדון¹⁵. אולם, מסיבות שאינן ידועות לי, הפרובלמטיקה העשירה של הסוגיה כמעט שלא השתקפה בספרות המקצועית הישראלית¹⁶. בארץ גם חסרים נתונים סטטיסטיים הנוגעים לבעיה זאת. אזכיר רק, שעל-פי מידע שהובא בעיתונות מטעם משרד הבריאות, כ-7 אחוזים מן החולים המאושפזים במחלקות הכלליות של בתי החולים בישראל נפגעים מזיהומים שמקורם בתוך בית החולים (לעומת ממוצע של 3 אחוזים בארצות הברית). בשנת 1977 בלבד אירעו 288 מקרי מוות במחלקות הכלליות כתוצאה מזיהומים בבתי החולים¹⁷.

הן בארץ והן בארצות הברית הדין המצוי בנדון מבוסס על דיני הנוזקין המקובלים,

משנה של הקונגרס, בתוך שנה אחת (1974) נותחו 2.4 מיליונים אמריקנים שלא לצורך, במחיר של ארבעה מיליארדים דולר ואבדן חיים של 11,900 איש. ראה ג' ברודי, "ניתוחים מיותרים", הארץ מיום 7.1.79.

8 בין 1960 ל-1970 עלו הפרמיות הללו ב-949.2% בשביל מנתחים וב-540.8% בשביל יתר הרופאים. ראה M. S. Blaut, "The Medical Malpractice Crisis — Its Causes and Future" 44 *Ins. Counsel J.* (1977) 114.

9 ראה D. Chalpin, "Rx for New York's Medical Malpractice Crisis" 11 *Columbia J. of L. & Social Problems* (1975) 467, 469.

10 ראה R. E. Keeton, "Compensation for Medical Accidents" 121 *U. Pa. L. R.* (1973) 590, 599.

11 ראה, למשל, הערות 3, 4, 8, 9 לעיל; הערות 14, 71, 88, 92 להלן.

12 ראה R. H. Brook, R. L. Brutoco & K. N. Williams, "The Relationship between Medical Malpractice and Quality of Care" *Duke L. J.* (1975) 1197, 1223.

13 ראה אברהם (לעיל, הערה 1) 489.

14 ראה T. F. Sheehan, "The Medical Malpractice Crisis in Insurance: How it Happened and Some Proposed Solutions" 11 *Forum* (1975) 80.

15 ראה א' כרמי, הרופא, החולה והחוק (תל-אביב, 1977), 61—122.

16 הספר שנוכר בהערה הקודמת מסתפק בסיקור תיאורי של הסוגיה.

17 ראה הארץ מיום 9.11.78.

"achieve objectives of general deterrence"³² ואין בה כדי ליצור תמריצים שליליים בנוגע לפרקטיקה רפואית בלתי רצויה.³³

ד. המצב הרצוי. כללי

מן האמור לעיל ניתן ללמוד, שהמצב המצוי בתחום האחריות על פגיעות רפואיות ובכל הנוגע לביטוח בנדון אינו מניח את הדעת. לפיכך אציע בהמשך דברי שיטה אחרת, שהיא עדיפה מבחינות שונות על השיטה הקיימת. על שיטה זו להיות פשוטה יותר, מהירה יותר, זולה יותר ויעילה יותר. האחריות על פגיעות רפואיות בשיטה המוצעת תהיה, ברוב המקרים, כמעט אוטומטית. הביטוח בשיטה זו יהיה ביטוח חובה וגם אוניברסלי, משמע שהוא יחול על כל האוכלוסייה ויכסה את כל הפגיעות הרפואיות האפשריות. כמו-כן, פיצוי לניזוקים יינתן במידה מספקת ומאוזנת, באופן שווה או כמעט שווה, לכל אלה הנמצאים במצב זה, והנטל הכספי יתחלק לפי שיקולים ענייניים בין הגורמים הנוגעים בדבר.

יתרון נוסף של השיטה המוצעת הוא בכך, שמן הסתם היא ניתנת לביצוע בטווח הקצר, מבלי שיהא צורך בהקצבת סכומים משמעותיים מתקציב המדינה ומבלי שיהא צורך באמצעים שהם מעבר ליכולתם של הגורמים המעורבים בעניין.

ה. אחריות שלא על בסיס של אשמה

כפי שראינו לעיל, הוכחת אשמת ספק השירות הרפואי אינה קלה כלל ועיקר, ובהעדר הוכחה זו התובע לא יזכה לפיצוי עבור הפגיעה שנגרמה לו. לחיזוק האמור כאן אביא כמה דוגמאות מן הפסיקה.

במקרה אחד עשה הרופא הנתבע לתובעת בדיקת רקטוסקופיה. על-פי בקשתה של הפציינטית ביצע הנתבע את הבדיקה, שלא כמקובל, בהרדמת החולה, בלי שהזהיר אותה מפני הסיכונים הכרוכים בכך. תוך-כדי מהלך הבדיקה נגרם לתובעת ניקוב ברקטום. היא נותחה, ועקב הטיפול הפוסטאופראטורי נגרמה לה פרפוראציה נוספת של הרקטום, אשר לדעת הרופאים ניתנת לתיקון בעזרת ניתוח נוסף. בית המשפט לא מצא שום רשלנות בהתנהגותו של הרופא.³⁴

במקרה אחר, עקב ניתוח שגסתיים בכישלון, אמנם ציין בית המשפט העליון כי "אדם שנותח בדרך כלל אינו יודע פרטים מדויקים על מהלך הניתוח", אבל סירב להטיל על הנתבעת את חובת ההוכחה של העדר רשלנות מצדה על-פי הכלל *res ipsa loquitur* והחליט, כי אכן הנתבעת לא התרשלה, בהסתמך על כך כי אין "להעמיד דרישות מופרזות לרופאים ולא להתייחס אליהם בחומרה יתירה".³⁵

32 ראה G. Calabresi, *The Costs of Accidents* (1970) 239ff; G. Palmer, "Compensation for Personal Injury: A Requiem for the Common Law in New Zealand" 21 *Am. J. Comp. L.* (1973) 1, 24; J. O'Connell, "No-Fault Insurance for Injuries Arising from Medical Treatment: A Proposal for Elective Coverage" 24 *Emory L. J.* (1975) 21, 26; אברהם (לעיל, הערה 1) 522; Uhthoff, "Medical Malpractice — The Insurance Scene" 43 *St. John's L. R.* (1969) 578, 579.

33 ראה גם פרק יב להלן. לדעה מנוגדת ראה קרצמר (לעיל, הערה 29) 65 ואילך.

34 ת"א (חיפה) 1047/64 ויטנר נ' בטר ומדינת ישראל, פ"מ נב 383.

35 ע"א 552/66 לויט נ' קופת חולים, פ"ד כב (2) 480, 482—483.

כמו־כן נפסק בין השאר, שפגיעה במיתרי הקול עקב הוצאת גידול, גם אם הפגיעה היתה גדולה מן הפגיעה המינימלית האפשרית, איננה בגדר רשלנות³⁶; וכן לא היתה רשלנות במקרה מוות עקב הרדמה של ילד בן עשר, למרות שלא נעשה לו עיסוי לב³⁷; וגם לא במקרה של טיפול בהלם חשמלי, כתוצאה ממנו נגרמו למטופל שבירים בחלקי גוף שונים³⁸; ובכלל, נפסק שאבחנה מוטעית איננה בהכרח בגדר אבחנה רשלנית³⁹. באותה רוח הוחלט, שלא היתה רשלנות מצדו של הרופא במקרה של שבירת מחט בלסת התובעת, שעה שזו הורדמה לקראת עקירת שן⁴⁰; או במקרה מוות של הפציינט עקב אי־אבחון בעתו של מלריה טרופית, למרות שלמחלה זו סימפטומים ברורים למדי⁴¹; ואפילו לא במקרה שבו נשארו לאחר הגיתוח מלקחיים בחלל הבטן של החולה⁴². בגלל הקושי הרב בהוכחת האשמה ומחמת יתר החסרונות של שיטת דיני הנזיקין ושל עקרון האשמה שהוצגו לעיל, אציע להנהיג בתחומן של פגיעות רפואיות אחריות שלא על בסיס של אשמה.

במישור התחיקתי יש ל־no-fault principle שני תקדימים בארץ ואלה הם: חוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], תשכ"ח—1968, (פרק ג — ביטוח נפגעי עבודה) וחוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים, תשל"ה—1975. (הצעת חוק האחריות למוצרים פגומים, תשל"ט—1978, אימצה את אותו העיקרון בצורת האחריות החמורה) ועיקרון זה אומץ בחוקי תאונות רכב מנועי במדינות רבות בארצות הברית ובמקומות אחרים בעולם. בניו זילאנד אומץ העיקרון בחוק חדשני ומתקדם ביותר, המכסה את הפגיעות הרפואיות שיש לראותן כתאונות⁴³, ובשוודיה — בחוק מ־1975⁴⁴, שהוא כיום החוק היחיד בעולם בתחום הספציפי של ביטוח נגד פגיעות רפואיות.

בארצות הברית אומץ רעיון האחריות ללא אשמה על פגיעות רפואיות בדו"ח שכבר נזכר לעיל⁴⁵. לעומת זאת, הצעות החוק של איגודי וקנדי פותחות לפני קרבנות הפגיעות

36 ת"א (חיפה) 399/63 לויטל ב' קופת חולים, פ"מ גג 251.

37 ת"פ (ת"א) 468/65 היוהמ"ש ג' גורני ופרידלנדר, פ"מ יד 37, 49.

38 Bolam v. Friern Hospital Management Committee (1975) 2 All E.R. 118.

39 פסק דין של בית משפט בדרום אפריקה כפי שצוטט בידי כרמי (לעיל, הערה 15) 83.

40 Mitchell v. Poole 68 S.W. 2d 833.

41 ת"א (ת"א) 1746/55 מנחם ג' מדינת ישראל, פ"מ יז 284, 297.

42 McDonald v. Pottinger (1953) N.Z.L.R. 196.

43 ראה ה־Accident Compensation Act-1972 שנכנס לתוקפו ב־1974. ראה גם ויירס (לעיל

הערה 1) A.79—A78. סביב חוק זה התפתחה בעולם האנגלו־סאקסי ספרות ענפה. להפניות

למאמרים נבדון ראה A. L. Miller, "The Problem of the Class Differentiation of Disability Benefits: A Case for Going Beyond the No-Fault Principle" 12 Is.

Disability Benefits: A Case for Going Beyond the No-Fault Principle" 12 Is.

L. R. (1977) 434, 438. ראה גם הערות 51, 70, 125 ו־136 להלן.

44 חוק זה דן ב־Patient Insurance for Treatment Related Injury. ראה על כך E. D. Cohen

& S. P. Korper, "The Swedish No-Fault Patient Compensation Program: Pro-

visions and Preliminary Findings" 637 Ins. L. J. (1976) 70 (לעיל, הערה 1)

A.78—A74. כפי שדווח על יישומו של חוק זה בהיותו מבוסס על ה־no-fault principle הוא

הצליח לשבור את "קשר השתיקה" של הרופאים ואלה שוב אינם מסרבים להעיד לטובת

המטופלים הנפגעים.

45 ה־H.E.W. Report נתמך בידי ההסתדרות הרפואית האמריקנית (American

הרפואיות את הבררה בין תביעה על-פי דיני הנוזקין ובין גמלאות שלא על בסיס של אשמה.⁴⁶

נוסף על אלה הוצגו שתי תכניות "ללא אשמה" על-ידי כותבים אקדמיים. האחת היא ה-"Elective No-Fault Liability Insurance" של פרופ' ג'פרי אוקונל. על-פי הצעה זו יוכלו הרופאים לבחור מספר סיכונים של פגיעות אישיות שהם גורמים להן באופן טיפוסי ולקבוע בחוזים עם הפציינטים שלהם, כי האחריות בנוגע לפגיעות אלה תהיה אחריות שלא על בסיס של אשמה, אשר חברות ביטוח תבטחנה אותה. במקרה זה יהיה הפיצוי מוגבל. במקרה של גרימת נזק יצטרך הפוגע לשלם בגלל הסיבה הניטרלית מבחינה מוסרית, כי התאונה היתה סתם "תאונה" ועל כן תיעלם הסטיגמה של האחריות. השיטה כולה תפעל כדי לשלם לפוגע, ולא כדי להעניש את הפוגע. לדעת המחבר, תכנית זו ניתנת להגהיג אף ללא התערבותו של המחוקק.^{47,48}

התכנית השנייה הקרויה Medical Adversity Insurance (או M.A.I.), הוצעה בידי המלומדים האוויגהארסט וטאנקרדי. על-פי הצעה זו, הדומה מבחינות רבות לתכנית הקודמת, יוכלו הרופאים להצטרף לביטוח אחריות ללא אשמה נגד פגיעות רפואיות בכפוף לחוק ובהתאם ל-"list of compensable events" שייקבע בפוליסה, שאמנם לא יכלול את הפגיעות שאינן עונות על התנאי של "a minimum of avoidability".⁴⁹

שתי התכניות האלה גם יחד, למרות הגורמים החיוביים שיש בהן ללא כל ספק, ועל אף החשיבות שיש לרעיון האחריות שלא על בסיס של אשמה, אינן משביעות רצון, מפני שאינן אוניברסליות ואובליגטוריות, אינן מכסות אלא חלק מן הפגיעות הרפואיות ומפני שהן משאירות חלק אחר ובלתי מבוטל של פגיעות אלה כשהן כפופות לדיני הנוזקין המצויים (דבר היוצר הפליה בלתי מוצדקת לרעת מקרים מסוימים). כמו-כן, אינן חלות על כל פרסונאל רפואי ופארא-רפואי, או על יצרני ויבואני תרופות, תכשירים וציוד רפואי (במידה שמדובר במוצרים שאינם פגומים), הן אינן מציעות שיטה מתאימה של מימון הביטוח והן מתייחסות לביטוח מסחרי.

מומחים רבים נקטו עמדה בעד ביטוח האחריות שלא על בסיס של אשמה, אם בתחום

S. R. Walker, "Malpractice in Dealing רבת ההשפעה. ראה (Medical Association with Medical Malpractice?)" 6 *Memphis St. U.L.R.* (1976) 437, 446-447.

46 ראה בלאוט (לעיל, הערה 8) 122.

47 ראה אוקונל (לעיל, הערה 19) 532-537. השווה אוקונל (לעיל, הערה 32); J. O'Connell, "Expanding No-Fault Beyond Auto Insurance: Some Proposals" 59 *Va. L. R.* (1973) 749; O'Connell, "Elective No-Fault Liability Insurance for all Kinds of Accidents: A Proposal" 608 *Ins. L.J.* (1973) 495; O'Connell, "It's Time for No-Fault for All Kinds of Injuries" 60 *A.B.A.J.* (1974) 1070; O'Connell, "Contracting for No-Fault Liability Insurance Covering Doctors and Hospitals" 36 *Maryland L.R.* (1977) 553.

48 P. H. Corboy, "The Expanding Universe of לביקורת על תכניתו של אוקונל ראה Jeffrey O'Connell: Backing Into a Brave New World" *U. Ill. L. Forum* (1976) 74.

49 ראה האוויגהארסט וטאנקרדי (לעיל, הערה 25); האוויגהארסט (לעיל, הערה 20).

הספציפי של פגיעות רפואיות⁵⁰, אם בנוגע לפגיעות אישיות בכלל⁵¹. לעומת זאת, מחברים אחרים מביעים את דבקותם בשיטת דיני הנוזקין המקובלים⁵², לפעמים בהגמקה כי יש, לכאורה, בדינים אלה כדי לתרום למניעת פרקטיקה רשלנית ולהעלאת הסטאנדארט-טים של שירותי הבריאות⁵³. דעה נוגדת הובאה לעיל⁵⁴. לעומת זאת, מקובל לחשוב כי פונקציה מעין זו בנדון יש לביטוח אחריות שלא על בסיס של אשמה^{55,56}. כתוצאה הגיונית מביטול שיטת האשמה נופלת גם ההגנה האפשרית של הפוגע הנתבע בנוגע לרשלנות התורמת של התובע הנפגע⁵⁷. הוא הדין לגבי חוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים. בשני המקרים הכוונה היא לסטייה מפורשת מהכלל שבסעיף 68 לפקודת הנוזקין. רק כשהפגיעה נגרמה בידי הנפגע עצמו במתכוון מן הדין שלא יהיה זכאי לפיצוי, הואיל ובמקרה זה לא מדובר כלל בפגיעה "רפואית". פתרון זה מעוגן במפורש בחוק השוודי שנוכר לעיל. לעומת זאת, כאשר היתה מצדו של המטופל הנפגע רשלנות גסה ככל שתהיה, אך לא כוונה, ומצדו של ספק השירות הרפואי היתה רשלנות חמורה פחות, הנפגע יזכה לפיצוי מלא, שכן עצם מהותה של השיטה נעוץ בכך שלא בודקים כלל את אשמת הצדדים ואת סאתה כל עוד לא מדובר בזדון.

- 50 ראה אהרנצווייג (לעיל, הערה 19); השווה C. H. Burstein, "Medical Malpractice: A Move Toward Strict 'Liability'" 21, *Loyola L.R.* (1975) 194 (לעיל, הערה 25) 367–366; מיזל (לעיל, הערה 29) 149–148; קיטון (לעיל, הערה 10). להצעות לבטל כל תביעות בגין טיפול רפואי לא נכון ולשים במקומן תכניות ביטוח ראה H. H. Root, "Medical Malpractice Litigation: Some Suggested Improvements and a Possible Alternative" 18 *U. Fla. L.R.* (1966) 623; Haines, "The Medical Profession and the Adversary Process" 11 *Osgode Hall L.J.* (1973) 41.
- 51 ראה איטון (לעיל, הערה 20); פראנקלין (לעיל, הערה 20); P. S. Atiyah, *Accidents, Compensation and the Law* (London, 1970); J. G. Fleming, *The Law of Torts* R. Kidner, "New Zealand — A New Approach to the השווה (4th edition, 1971) Personal Injuries Compensation" 124 *New L.J.* (1974) 442; L. Jaffe, "Damages for Personal Injury: The Impact of Insurance" 18 *L. & Contemp. Prob.* (1953) 219; R. Nerson, "Aspects de la responsabilité médicale en France, en Italie et en Suisse" 28 *Revue Internationale de Droit Comparé* (1976) 487, 491 (לעיל, הערה 19) 498; וראה גם הערות 81–82 להלן.
- 52 ראה קארפנטר (לעיל, הערה 4) 88; אנאס, כץ וטראקימס (לעיל, הערה 6) 1346; Eckhardt, "No-Fault Legislation Lacks Human and Equitable Answers" *Trial* (1971) 43; H. Berg & P. Kilby, "Motor Vehicle Accident Compensation in Ontario" 13 *Western Ontario L.R.* (1974) 125 (לעיל, הערה 1) 498; ויירס (לעיל, הערה 1).
- 53 ראה קרצמר (לעיל, הערה 29).
- 54 ראה פרק ג סעיף ח.
- 55 ראה גם להלן פרק יב.
- 56 לדעה מעודכנת יותר של ד' קרצמר בעניין ה-No-Fault ראה מאמרו "No-Fault Comes to Israel: The Compensation for Victims of Road Accidents Law 1975" 11 *Is. L.R.* (1976) 288.
- 57 ראה קרצמר (בהערה הקודמת) 293, 295; קיטון (לעיל, הערה 10) 591–592; אוקונל "Expanding No-Fault..." (לעיל, הערה 47) 814.

1. לשאלת עילת הפגיעה

התוצאה הטבעית של ויתור על תנאי האשמה היא בכך, שהאחריות תושבת על עילת הפגיעה או על ה-"causation principle" (בגרמנית – Kausalhaftung). הוא הדין בביטוח נפגעי עבודה, שבו התנאי הוא שהתאונה תארע תוך-כדי העבודה ועקב העבודה (בארצות הברית: "arising out of or in the course of employment"), בתחום הפיצויים לנפגעי תאונות דרכים (שבו התנאי הקאוזאלי הוא שיהא מדובר בפגיעה עקב תאונת דרכים), וכמו-כן על-פי החוק הגני וילאנדי הנ"ל (שבו הפיצוי ניתן רק בתנאי שהפגיעה נגרמה מתאונה). וכמובן, תנאי מעין זה (הפעם של iatrogenicity) קיים גם על-פי החוק השוודי הנ"ל בשאלת ביטוח פציינטים.

לשיטה זו חיסרון גדול בכך שהיא איננה אוטומטית וטעונה הוכחת עילת הפגיעה בכל מקרה ומקרה על-ידי הנפגע. הוכחה זו כרוכה בקשיים מרובים בכל תחומי האחריות ובמיוחד בתחום הפגיעות הרפואיות, שבהן לעתים קרובות מתעורר הצורך להבדיל הבדלה קשה, לאמור בין התוצאות של המצב הבריאותי הלקוי הקודם של הנפגע ובין תוצאות שנגרמו עקב הטיפול או אי-הטיפול הרפואי גופא⁵⁸, ואילו במקרים אחדים (של מחלות הקרויות אידיופאטיות) האטיולוגיה של המצב הפאתולוגי בכלל אינה ברורה⁵⁹. כיצד יש להחליט, למשל, במקרה של הפסקת פעולת הלב בזמן גיתוח פציינט הסובל ממחלת לב קשה? ⁶⁰ כפי שצוין, קשיים מיוחדים מתעוררים גם ב nervous shock cases⁶¹. גם הפסיקה נתקלה לא מעט בקשיים כגון אלה⁶².

גם שאלת ריבוי הסיבתיות הוצגה בספרות כבעיה נפרדת. למשל, המקרה של חולה שנגרמו עקב הטיפול או אי-הטיפול הרפואי גופא⁵⁸, ואילו במקרים אחדים (של מחלות חולה שקיבל במשך פרק-זמן של כמה חודשים עירוי דם ממוסדות רפואיים שונים ולאחר מכן חלה בהפטיטיס. מבחינת השיטה המוצעת כאן אין סטואציות כגון אלה מעוררות שום קושי, שכן על מנת להעניק פיצוי לנפגע די בכך שיוכח שהפגיעה היא יאטרוגנית, זאת אומרת כרוכה בטיפול, ואין דורשים מן החולה שיצביע על האיש או על הגוף הספציפי שגרם לו את הנזק.

במקרה של פגיעה שנגרמה עקב מחדל רפואי, על מנת להוכיח כי אכן מדובר במחדל יהיה צורך להצביע גם על הכללים (הנורמות) או הסטאנדארטים שהופרו, היות שבהעדר הפרה כזאת חוסר הפעולה איננו נחשב כמחדל. בהסתמך על עובדה זו, ובהתחשב בכך שתנאי מעין זה (הפרת נורמה) יש להוכיח גם ביחס לרשלנות, טוען פרופ' אפשטיין,

58 ראה וולקר (לעיל, הערה 45) 449; קיטון (לעיל, הערה 10) 594, 614–615; אברהם (לעיל, הערה 1) 523; אפשטיין (לעיל, הערה 1) 884–886; מילר (לעיל, הערה 26) 725.

59 ראה האוויגהארסט וטאנקרדי (לעיל, הערה 25) 87.

60 ראה אוקונל (לעיל, הערה 32) 31–32.

61 ראה קרצמר (לעיל, הערה 56) 296–297.

62 ראה, לדוגמה, ע"א 552/66 (לעיל, הערה 35); ת"א (ת"א) 1425/57 קאירה נ' היוה"מ, פ"מ יח 73 (פציינט נפגע משיתוק עקב טיפול בהלם חשמלי); ת"א (ת"א) 1953/64 קופלמן ואח' נ' לוי ואח' פ"מ נט 168 (מוות עקב זריקת פניצילין ללא תבחין מוקדם); ת"א (חיפה) 1415/64 קופלר נ' שולץ-דור ואח', פ"מ נו 144 (ילד חולה מת עקב סירובו של הרופא לבקר אצלו); Kuhn v. Banker, 133 Ohio St. 304, 13 N.E.2d 242 (1938) (פציינט מת עקב רשלנות הרופא בשימוש בכלורופורם); Bourhill v. Young (1943) A.C. 92.

63 ראה אפשטיין (לעיל, הערה 1) 886.

שאין תועלת רבה בעקרון האחריות שלא על בסיס של אשמה, שכן "the question of fault cannot be avoided, וכן "fault will reappear in some attenuated form".⁶⁴ אליבא דידך, בטענה זו יש מידת-מה של הגזמה, שכן אין לחלוק על כך שכאשר דורשים מן התובע להוכיח אלמנט אחד בלבד (עילת הפגיעה), במקום שני אלמנטים נפרדים (האשמה והעילה), נטל הראיה מוקל באופן משמעותי. הפרקטיקה בתחום הפגיעות בעבודה, שהיא בת מאה שנה כמעט, מעידה באופן מאלף על הקלה כזאת. מכל מקום יש לזכור, כי הקושי שהמחבר דעסקינן דן בו מתייחס רק למקרים אחדים, ולבטח לא לכל המקרים.

כדי להתגבר, ברוב המקרים, על הקושי הכרוך בהוכחת עילת הפגיעה, אציע לאמץ שני אמצעי תיקון בשיטה הנדונה. האמצעי הראשון הוא לקבל את הצעתם של האוויגהארסט וטאנקרדי ולקבוע (או לעבד) רשימה של אירועים (פגיעות) המזכים בפיצוי, ככלי עזר בשביל הביטוח נגד פגיעות רפואיות.⁶⁵ כשהפציינט נפגע באחת מן הפגיעות שאושרו והכלולות ברשימה הוא יהיה משוחרר מנטל הוכחת עילת הפגיעה ועל כן האחריות והזכאות לפיצוי תהיינה אוטומטיות, כל עוד לא עלה בידי הנתבע להוכיח ההפך; משמע, שהפגיעה נגרמה מסיבה אחרת, כלומר לא עקב מעשה או מחדל רפואי. לשון אחרת, הכללת פגיעה זו או אחרת ברשימה תיצור חזקה יחסית של סיבתיות לטובת הנפגע, חזקה שהצד האחר רשאי להזים אותה.

ברשימה הנדונה יהיה צורך לכלול מקרים טיפוסיים של פגיעות, שידוע כי הן מופיעות או עלולות להופיע במיוחד עקב פעולות רפואיות מסוימות. לדוגמה, ניתן להצביע על תופעות לוואי מוגדרות שהן טיפוסיות לתרופות שונות או לתומרי הרדמה אחדים, על הופעת הפטיטיס תוך שישה חודשים מביצוע עירוי דם או על מקרה כגון "permanent urinary incontinence post prostatectomy",⁶⁶ או על הופעת מחלת הפוליו עקב טיפול בהלם חשמלי, שכן ידוע כי טיפול זה עלול להמריץ וירוס פוליו רדום (לאטנטי).⁶⁷

להבדיל מהמחברים אשר שימשו לי מקור השראה אני מציע שגם הפגיעות שאינן מופיעות ברשימה תהיינה מכוסות על-ידי הביטוח ללא אשמה; ולא כפי שטוענים מחברים אלה — שהן תהיינה כפופות לדיני הנזיקין הרגילים. הצעתי נשענת על היתרונות שיש לביטוח כאמור (לעומת החסרונות הנזכרים של דיני הנזיקין), ועל כן אין טעם לחזור לפתרון המיושן של דיני הנזיקין הקלאסיים בשביל מיעוט המקרים, משמע הפגיעות שאינן כלולות ברשימה. הנסיון שיצטבר בעקבות הפעלת התכנית בוודאי יאפשר להשלים בהדרגה את רשימת הפגיעות המזכות בפיצוי.

בתור אמצעי תיקון שני אני מציע לאמץ את העיקרון שבמקרה של ספק אם מעשה או מחדל רפואי זה או אחר גרם לפגיעה אצל הפציינט, אבל יחד עם זה יש סביר-רות גבוהה יותר שאותו מעשה או מחדל הוא שגרם לתוצאה זו מאשר שהיא נגרמה עקב

64 שם, עמ' 885—886.

65 ראה האוויגהארסט וטאנקרדי (לעיל, הערה 25) 71, 74—89; האוויגהארסט (לעיל, הערה 20) 1253 ואילך; אברהם (לעיל, הערה 1) 524—525; ויירס (לעיל, הערה 1) A100.

66 אשר לשתי הדוגמאות האחרונות ראה האוויגהארסט (לעיל, הערה 20) 1254, 1256 (דוגמאות נוספות בעמ' 1256—1263).

67 *Smith v. Leech Brain* [1962] 2 O.B. 405; *Warren v. Scruttons* [1962] 1 Lloyd's Reports 497.

התפתחותו של התהליך הפאתולוגי של הפציינט, מעשה או מחדל זה ייחשבו כעילת הפגיעה. פתרון זה כלול בהצעת חוק איגויי—קנדי⁶⁸, ולדעתי יש טעם לאמץ אותו ולהפעילו אצלנו כמוצא ההגיוני והטוב ביותר מהדילמה הקאוזאלית, במידה שהיא עדיין נשארת בעינה עקב אימוצו של אמצעי התיקון הראשון. הפתרון האמור הוא היפוכו של המצב הקיים שבו, כידוע, מפרשים בתי המשפט כל ספק בדבר קיום האשמה או הקשר הסיבתי כאי-קיומם של שני תנאים אלה של האחריות.

כאשר הפגיעה בפציינט נגרמה רק בחלקה בגלל מעשה או מחדל רפואי ובחלקה האחר בגלל סיבה אחרת, פרט לרשלנותו של החולה עצמו, הנפגע יהיה זכאי לפיצוי בהתאם לחלק הפגיעה שהיא "therapy induced" בלבד. זהו הפתרון המתבקש מן התפיסה הקאוזאלית שעליה, כאמור, נשענת הצעתי.

מבחינה אחרת יש לציין, כי פתרון עקיב ושלם לקושיה הנדונה מצוי בהנהגת אחריות וביטוח שהם לא רק "ללא אשמה", אלא גם "ללא עילה", היינו כמו שקראתי לכך במקום אחר, "no-cause principle"⁶⁹. משמע, שהניזוק יהיה משוחרר גם מנטל הוכחת עילת הפגיעה או עילת נזק-הגוף ועל כן הוא יהיה זכאי לפיצוי סביר כל אימת שייקבע, שהוא סבל נזק בריאותי, ותהא סיבת הנזק אשר תהיה⁷⁰. אולם, בשלב הנוכחי פתרון זה הוא עדיין בבחינת פרי בוסר.

לבסוף, ניתן לשאול מה דינו של הנפגע במקרה של "informed consent", כלומר כאשר לפני ביצוע ההליך הרפואי הפציינט קיבל מהרופא או מפרסונאל רפואי אחר מידע על הסיכונים הבריאותיים הכרוכים בהליך האמור ובכל זאת הסכים לביצועו, ולאחר מכן אחדים מסיכונים אלה אכן התממשו. האם יהיה הנפגע זכאי לפיצוי גם במקרה כזה? בספרות המקצועית צוין רק, כי אימתן מידע מעין זה נחשב כרשלנות מצדו של ספק השירות הרפואי⁷¹, או שהוא מעביר אליו את האחריות על הסיכונים של אקט רפואי תקין⁷². כמו-כן, אי-הספקת המידע הדרוש לפציינט חושף את הרופא לתביעה בנוזקין. לדידי, יש להעניק פיצוי לנפגע גם במקרה הנדון, שכן מתן המידע לחולה והסכמתו אינם משפיעים על הסיכון גופא, אשר מוסיף להיות סיכון מבוטח אפילו כשהוא סיכון גלוי ומודע. האחריות והביטוח, לפי תפיסתי, מושתתים על הסיבתיות (כלומר,

68 ראה "Comparative Approaches..." (לעיל, הערה 1) 1159. ראה גם סעיף 3 (ב) להצעת חוק האחריות למוצרים פגומים, תשל"ט—1978.

69 ראה מילר (לעיל, הערה 43).

70 ראה איסון (לעיל, הערה 20) 55, 57; עטיה (לעיל, הערה 51) 107—108, 478; פראנקלין (לעיל, הערה 20); W. J. Blum & H. Kalven, "Public Law Perspectives on a Private Law Problem — Auto Compensation Plans" 31 *U. Chi. L.R.* (1964) 641, 675; Conard, "The Economic Treatment of Automobile Injuries" 63 *Mich. L.R.* (1964) 279 (לעיל, הערה 29) 76, 79. השווה י' אנגלרד, ההפרה לפיצוי נפגעים בתאונות דרכים (ירושלים, 1972) 39. ראה גם J. M. Matheson, "Compensation for Personal Injury in New Zealand" 18 *International and Comp. L. Quarterly* (1969) 191, 202—203; A. Szakats, "Compensation for Personal Injury: Individual Liability or Collective Responsibility" 3 *U. Tasmania L.R.* (1969) 204, 217—218; K. H. Marks, "A First in National No-Fault" 47 *Australian L.J.* (1973) 516, 524—525.

71 ראה "Comment: An Analysis of State Legislative Responses to the Medical Malpractice Crisis" *Duke L.J.* (1975) 1417, 1436.

72 ראה K. Kornprobst, *Responsabilités du médecin* (1957) 437—438.

גרימת הפגיעה) ומבחינה זו שום דבר אינו משתנה כאשר הסיכונים ידועים מראש גם לפציינט.

אכן, העיקרון *volenti non fit injuria* (סעיף 5 לפקודת הנויקין על ההסתכנות מרצון) לא יחול על המקרים הללו, מפני שהוא מבטל את האשמה, בעוד שהאחריות בהצעת תהיה קאוזאלית גרידא, זאת אומרת מבוססת רק על עילת הפגיעה ללא שום גורם נוסף, והרי להסכמה לפגיעה אין כל השפעה על הקשר הסיבתי. למשל, כשהחולה מסכים לגיתות, לאחר שקיבל הסברים על הסיכונים הכרוכים בו, הוא עושה זאת מחוסר ברירה ומתוך תקווה, שסיכונים אלה לא יתממשו, ואין שום סיבה לשלול ממנו את יתרון הביטוח נגד הסיכונים האמורים (כלומר, הפגיעה העלולה להיגרם לו).

ז. הפתרון: ביטוח סוציאלי

לדידי, תשובה הולמת לבעיה שלפנינו יכול לתת רק הביטוח הסוציאלי, ובשום פנים לא הביטוח המסחרי, וזאת מכמה סיבות מכריעות. בעטים של האופי המיוחד ושל הממדים הנוכחיים שלה, הפכה בעיית הפגיעות הרפואיות להיות בעיה בעלת משמעות סוציאלית מובהקת, הטעונה פתרון סוציאלי. פתרון כזה הוא הביטוח הסוציאלי, המושתת על עקרון הסולידריות הסוציאלית והוא מחולל סוציאליזציה מירבית של הסיכונים, כשמטרתו העיקרית איננה הפקת רווחים, כי אם הבטחת ביטחון כלכלי אינדיבידואלי לכל, והדרך העיקרית להשגת מטרה זו היא החלוקה מחדש, המעמיקה יותר מאשר בביטוח המסחרי, של ההכנסות ושל האמצעים, הנעשית כאן בהתאם לידידים של הצדק הסוציאלי. אופציה זו תואמת את המסקנה שלפיה "society's prime concern must always be the injured patient"⁷³ ואלה יתרונותיו של הביטוח הסוציאלי בנדון:

(א) הביטוח הסוציאלי הוא ביטוח חובה ויחסי הביטוח נוצרים בו מכוח החוק, ללא כריתת חוזה ביטוח וללא פוליסה אישית, כל אימת שקוימו תנאים עובדי דתיים ידועים הנקבעים בחיקוק. הגוף המבטח הוא תאגיד של המשפט הציבורי ודיני הביטוח הסוציאלי הם חלק ממשפט זה. מבחינה כלכלית הביטוח הסוציאלי הוא עמיד ביותר אף בתקופת משבר.⁷⁴

(ב) יתרון אחר של הביטוח הסוציאלי על-פני הביטוח המסחרי טמון בכך, שלרוב קיים בו קשר מתמיד והדוק בין הגופים המבטחים ובין ציבור המבוטחים, כשהביטוח הסוציאלי — ורק הוא — מסוגל וערוך להעניק לא רק גמלאות כספיות עתיות, כמו קצבה חודשית⁷⁵, אלא גם, במידת הצורך, גמלאות בעין (כגון, טיפול אישי במבוטח הנפגע, עזרת בית, שיקום לנפגע או הכשרה מקצועית לאלמנתו וליתומיו במקרה של מות הנפגע)⁷⁶.

73 ראה H.E.W. Report (קארפנטר, לעיל, הערה 4, בעמ' 86).

74 ראה G. Wannagat, *Lehrbuch des Sozialversicherungsrechts* (Tübingen, 1965), 25–30.

75 ראה טרסקי (עורך), אנגלרד, ברק וחשין, דיני הנויקין — תורת הנויקין הכללית (מהד' 2, 1976) § 355; קרצמר (לעיל, הערה 56) 305.

76 השווה אנגלרד (לעיל, הערה 70) 39–41.

(ג) השגת הפיצויים (הגמלאות) תהיה פשוטה יותר ומהירה יותר⁷⁷, שכן המבוטח יצטרך להוכיח רק שהפגיעה נגרמה לו עקב מעשה או מחדל רפואי (בתנאים מוקלים באופן משמעותי הודות לשני אמצעי התיקון שהוזכרו לעיל), בלי שיצטרך להוכיח את אשמת הפוגע וגם לא להצביע על הרופא או העובד הרפואי האחראי לגרימת הנזק, ותביעתו תהיה נתונה לסמכותם של בתי דין מיוחדים.

(ד) הואיל ומטרתו איננה הפקת רווחים, הביטוח הסוציאלי זול מהביטוח המסחרי הרווחי, והבדל זה עשוי להיות משמעותי⁷⁸. נוכח האמור לעיל והודות לעובדה, שהביטוח הסוציאלי מאפשר גם סטאנדארטיזציה מסוימת של הפיצויים, השיטה המוצעת תהיה יעילה יותר. פרופ' קיטון, המטעים זאת, גורס שהביטוח הסוציאלי בתחומן של פגיעות רפואיות הוא פתרון מתאים עוד יותר מאשר בתחומן של הביטוח נגד פגיעות מרכב מנועי⁷⁹.

מאידך גיסא, מובן מאליו, שעל מנת שביטוח נגד פגיעות רפואיות יהיה ביטוח סוציאלי עקיב ואפקטיבי עליו להיות אוניברסלי, ועל כן הוא יצטרך לחול על כל התושבים, ללא יוצאים מן הכלל, בתור מטופלים פוטנציאליים.

בעיית החלת הביטוח הסוציאלי על מגזרים נוספים נדונה בהרחבה בתקופה האחרונה. מומחים אחדים הביעו את דעתם בעד הנהגת הביטוח הסוציאלי בתחומם של פיצויים לנפגעי תאונות דרכים⁸⁰; לעומתם הצביעו מלומדים אחרים על יתרונותיו של הביטוח הסוציאלי בנוגע לפגיעות אישיות בכללותן⁸¹. ואילו אחרים ראו בביטוח הסוציאלי את פתרון העתיד⁸², או אחד מבין הפתרונות המתקבלים על הדעת בתחום הפגיעות הרפואיות⁸³.

77 ראה בלום וקאלוון (לעיל, הערה 70) 708–712.

78 ראה י' אנגלרד, "הצעת חוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים, תשל"ג–1973" משפטים ה' (תשל"ד) 431, 436; ע' בן-זרד, "הצעה לפיצוי נפגעי תאונות בחצי מחיר" הארץ מיום 23.11.1976; איסון (לעיל, הערה 20) 28. לדעה מנוגדת ראה אוקונל (לעיל, הערה 32) 27–28.

79 ראה קיטון (לעיל, הערה 10) 611, 615.

80 ראה "Inter-Ministerial Committee Report on Questions of Traffic and Work Accidents" 1 *Is. L.R.* (1966) 636; (בראש הוועדה עמד מ' בן-זאב). I. Englard, "Re-form of the Automobile Accident Compensation System" 9 *Is. L.R.* (1974) 234; קונארד (לעיל, הערה 70) 289–291, 294–306; קרצמר (לעיל, הערה 56) 300, 306; אנגלרד (לעיל, הערה 70 ו-78); השווה, מתוך הסתייגויות, בלום וקאלוון (לעיל, הערה 70).

81 ראה עטיה (לעיל, הערה 51); איסון (לעיל, הערה 20) במיוחד בעמ' 28, 55, 78, 107–108; קיטון (לעיל, הערה 10) 615; F. V. Harper & F. James Jr., *The Law of Torts* (Boston, 1956) 761–764; F. James, "The Columbia Study of Compensation for Automobile Accidents: An Unanswered Challenge" 59 *Colum. L.R.* (1959) 408, 475; (לעיל, הערה 20) 796–795. השווה G. Calabresi, "Does the Fault System Optimally Control Primary Accident Costs?" 3 *L. & Contemp. Prob.* (1968) 429, 462–463.

82 ראה קארלסון (לעיל, הערה 25) 357; מתוך הסתייגויות – וולקר (לעיל, הערה 45) 446; השווה אוקונל, "Expanding No-Fault..." (לעיל, הערה 47) 812.

83 ראה וייס (לעיל, הערה 1) A106–A108, A124. לשיקולים בעד ונגד ביטוח סוציאלי של פגיעות רפואיות בגרמניה המערבית ראה: E. Deutsch, "Reform des Arztrechts", 31 *Neue Juristische Wochenschrift* (1978) 1657, 1659. המחבר נוקט עמדה נגד פתרון זה.

אולם יש לציין, כי בתחום הפגיעות הרפואיות תהיינה לביטוח הסוציאלי אי אלה תכונות חריגות, שאותן יירש מדיני הנוזיקין שמהם יצמח ביטוח זה. העיקריות מבין תכונות אלה הן שקביעת הגמלה (הפיצוי) תיעשה בין השאר בהתאם לאבדן כושר ההשתכרות, היינו לפי ה- "loss compensation principle", ושהנפגע יזכה גם לפיצוי על כאב וסבל, ולו מוגבל, כפי שיפורט בהמשך. על כן יהיה לביטוח הסוציאלי בתחום הנדון צביון מיוחד בעקבות השפעתם של דיני הנוזיקין⁸⁴, תופעה שאיננה ללא תקדים והקיימת זה שנים רבות בתחומו של ביטוח גפגעי עבודה במישור העולמי.

לאור האמור לעיל, ניתן לראות בהטבות שלהן זכאי הפציינט הנפגע בזכות פגיעתו, באותה מידה של הצדקה, הן פיצויים על הנזק הנגרם לו והן גמלאות סוציאליות, ועל כן אין זה חשוב באיזה מונח משני המונחים האלה בשתמש.

על מנת ליישם את ההצעה הנ"ל צריך לקבוע מי יהיה הגוף המבטח נגד פגיעות רפואיות. הוצע לאחד ביטוח זה עם ביטוח גפגעי עבודה⁸⁵. לדעתי, אין טעם בשילוב כזה, שכן שני ענפי ביטוח אלה שונים זה מזה בתכלית הן מבחינת ציבור המבוטחים והן בנוגע למהותם ולאופיים ואין ביניהם שום קשר.

לעומת זאת, דומני שיש סימוכים להציע, שהגוף המבטח נגד פגיעות רפואיות יהיה אותו גוף המבטח ביטוח בריאות (על-פי חוק ביטוח בריאות ממלכתי העתיד לבוא), היינו — לפי הערכתי — קופות החולים או סניפי המוסד לביטוח לאומי⁸⁶. זאת, מפני שציבור המבוטחים — הכולל את כל התושבים — זהה בשני המקרים ומפני שבשני המקרים מדובר באותו סיכון מבוטח, הוא הסיכון הבריאותי, ונוסף על כך חלק מן הפיצויים (שירותי בריאות בעין) יינתן ממילא על-ידי אותם הגופים בשתי הסיטואציות⁸⁷.

מבחינת האינטרסים של המבוטחים, האפשרות שתיתן להם לקבל את שני סוגי הגמלאות (על פגיעה רפואית ועל מחלה מסיבה אחרת) מאותם הגופים עצמם תהיה כמובן נוחה ביותר. ועוד, הפתרון האמור עשוי לפשט ולהוול עוד יותר את השיטה המוצעת.

נכון הדבר, שהגופים המבטחים ביטוח בריאות יהיו גם האחראים המשוערים במקרה של אחריות שילוחית על פגיעות רפואיות שנגרמו בידי הפרסונאל הרפואי שלהם. מאידך גיסא, אותם הגופים המבטחים יצטרכו לשלם גם פרמיות לצורך ביטוח מפני פגיעות רפואיות בעבור הפרסונאל האמור. אף-על-פי כן, איני חושב שהנסיבות הנזכרות אינן מתיישבות עם הפתרון המוצע בנוגע לאיחוד הגופים המבטחים, וזאת בהתחשב גם בעובדה, שהקרבן המיועד לביטוח נגד פגיעות רפואיות תהיה כמובן נפרדת מיתר הקרנות של הגופים האמורים, וגם משום שלא נוצר כאן גיגוד של אינטרסים. לבסוף, רצוני להוסיף, שמבחינת מהותו המשפטית יהווה הביטוח החדש מערכת

84 ראה מילר (לעיל, הערה 43) 448—450; השווה פאלמר (לעיל, הערה 32) 2, 44.

85 ראה וירס (לעיל, הערה 1) A107.

86 ראה א"ל מילר, "ביטוח בריאות — לקראת העתיד: בעיות נבחרות" ביפחון סוציאלי, חוברת 17 (1979), 63.

87 קטון, שהוא המתבר היחיד המוכיר אפשרות כזאת, מכנה אותה "debatable". ראה לעיל, הערה 10, בעמ' 616.

מעורבת של ביטוח צד שלישי, מחד גיסא, כלומר ביטוח אחריות ללא אשמה (מוחלטת) לגבי מוסדות הבריאות המחזיקים רופאים שכירים ועובדים רפואיים שכירים אחרים, וכמו כן לגבי כל פרסונאל רפואי ופארא-רפואי, כמוזיקים בכוח, ושל ביטוח צד ראשון לגבי כל תושב בתור פצינט וניזוק בכוח, מאידך גיסא.

ח. הפיצויים

ההבדל המשמעותי ביותר בין המצב המצוי ובין השיטה המוצעת הוא בכך, שכיום זוכים רק מעטים מכלל הניזוקים מפגיעה רפואית בפיצוי, אבל אלה המצליחים לקבל פיצוי מקבלים סכומים שהם לפעמים גדולים מאוד⁸⁸. לעומת זאת, אם תתקבל ההצעה, כל הניזוקים מפגיעה רפואית, או ליתר דיוק כמעט כולם, יזכו לפיצוי, אולם אז, מדרך הטבע, במקרים אחדים יהיה גובה הפיצוי הכולל נמוך מזה שאחדים מצליחים לקבל כיום, ועל כן יופעל העיקרון: "לתת לא את הכל אלא לכל". סבורני, וכזאת דעתם של חסידיהם הרבים של האחריות שלא על בסיס של אשמה ושל הביטוח הסוציאלי, כי הפתרון האחרון עולה בקנה אחד עם הצדק הסוציאלי.

1. הפיצוי על הוצאות שונות

מבחינת הפיצוי על "out of pocket loss" יש הבדל עצום בין המצב בארצות הברית ובין המצב בישראל. בארץ, למעלה מ-90% מן האוכלוסייה מבוטחים כיום בביטוח הבריאות ונהנים משירותי בריאות מקיפים ללא תשלום. במקביל לזה, חלק מן ההוצאות עקב הפגיעה (כגון "קצבת ניידות" לנפגעים ברגליים שהם בעלי כלי רכב או עלות השיקום) מכוסות על ידי ביטוח הנכות הסטטוטורי.

אי לזאת, אצלנו הוצאות גדולות לצורך הטיפול הרפואי יכולות להיות לניזוקים מפגיעה רפואית רק במקרים מעטים יחסית. למשל, החלק הזעיר של האוכלוסייה שאיננו מבוטח (מצב שיתוק מן הסתם עם קבלת חוק ביטוח בריאות ממלכתי); אלה, שעקב הפגיעה זקוקים לשירותים סטומאטולוגיים יקרים שאינם מכוסים על ידי ביטוח הבריאות ויש להניח שלא יהיו מכוסים גם בעתיד הנראה לעין; אלה הזקוקים לנסיע לחוץ לארץ לצורך הטיפול; חולים המאושפזים בבתי חולים ואין להם ביטוח אשפוז; או בני אדם המוחזקים במוסדות שונים עקב הפגיעה שנפגעו ואשר ביטוח הבריאות אינו מכסה את ההוצאות הכרוכות בכך; נפגעים הזקוקים לפרוטזות או למכשירים יקרים או — עקב פגיעה יאטרוגנית ברגליים — לרכישת כלי רכב, ואשר אינם מקבלים תמיכה או סעד ממקור אחר.

הוצאות אחרות, משמעותיות פחות בדרך כלל, יכולות להיות לנפגע, למשל, בקשר עם רכישת תרופות, חומרים, מכשירים, פרוטזות או אביזרים אחרים שביטוח הבריאות

88 כך, לדוגמה, במקרה אחד שהתרחש זה לא כבר, חויבו שני רופאים מן המרכז הרפואי תל-השומר לשלם פיצויים בסכום של יותר מחמישה מיליון לירות (כולל הריבית) להוריה של צעירה בת 20, שהורדמה לצורך ניתוח ולא התעוררה ממנו, וקיים חשש שלא תתעורר עוד לעולם, בגלל נזק שאין לו תקנה שנגרם למוחה (פסק דינו של בית המשפט המחוזי בתל-אביב, ראה הארץ מיום 1.11.78). יוזכר, שבארצות הברית הוענקו לפעמים לפצינטים נפגעים פיצויים בגובה עד \$2,750,000. ראה L. F. Solimine, "OHIO'S Rx For Medical Malpractice Crisis: The Patient Pays" 45 Cincinnati L.R. (1976) 90, 102.

אינו מספק אותם או שהוא משלם עבורם באופן חלקי בלבד, וכמו־כן בקשר עם נסיעות והוצאות אש"ל, הכרוכות בטיפול הרפואי או בתהליך השיקום. גם במקרה של ניתוח שבוצע שלא לצורך יוכלו הנפגע או שאריו לתבוע השבת הסכומים ששולמו עבור הניתוח המיותר.

אשר לאב־הנוק הנדון, היות שהמדובר בחסרון כיס, לדעתי על הפיצוי להיות מלא, כלומר לא כפוף לכל תקרה או הגבלה. מאידך גיסא, הדעת נותנת, כי פיצוי זה יש לשלמו בבת אחת, היינו כמעט.

2. הפיצוי על אבדן כושר השתכרות

הנוק שאליו מתייחס הפיצוי הנדון פה, כמו הנוק הקודם (זה הכרוך בהוצאות השונות של הנפגע) הוא נוק כלכלי. ברם, להבדיל מזה האחרון, הוא אינו מתבטא בחסרון כיס כי אם במגיעת רווח.

יצוין ראשית כל, כי המבחן להערכת נוק זה אינו אבדן השתכרות, אלא דווקא אבדן כושר השתכרות, היינו הפוטנציאל של האדם, שהוא בעל ערך בפני עצמו, וזאת הן לגבי התקופה שלפני מתן פסק הדין והן לגבי התקופה שאחריו. אכן, יש לראות את הנפגע כניזוק גם אם לפני הפגיעה וסמוך לפגיעה לא היתה לו השתכרות בפועל או היתה לו השתכרות הנופלת מערכו של כושרו להשתכר, או שהנפגע כלל אינו מפעיל את כושרו להשתכר למעשה (כגון במקרה של עקרות בית), כל אימת שהיה לו אבדן כושר השתכרות.⁸⁹

אם טרם הגיע כושר ההשתכרות של הנפגע, בשעת הפגיעה, להתפתחותו המלאה, כגון שהנפגע הוא ילד או נער שלא השלים את חוק לימודיו או את הכשרתו המקצועית, על מנת לקבוע את הפיצוי יהא צורך להעריך את אבדן כושר ההשתכרות בנזק. למעשה, יש דרכים שונות להערכת הנוק במקרה דנן ודומת, שעדיפה הדרך הנוקטת קו שרירותי במקצת בקביעת ההשתכרות המשוערת. כבסיס לחישוב הפיצוי נוקטת דרך זו פישוט מירבי של ההערכה ויחד עם זה היא מושתתת על העיקרון של זכויות שווה לכל אלה הנמצאים במצב דומה. על־פי דרך זו החוק קובע בסיס לחישוב ההשתכרות המשוערת שהנפגע היה מסוגל להפיקה בעתיד אילמלא הפגיעה כאחוז מסוים מהשכר הממוצע במשק לפי גילו של הנפגע ומוסיף לו תוספת מסוימת עבור כל שנת הכשרה מקצועית או לימודים במוסד להשכלה גבוהה. פתרון כגון זה, אם כי החוק נוקט באחוזי יסוד שאינם סבירים, כלול בתקנה 9 לתקנות הביטוח הלאומי (ביטוח נכות), תשל"ד—1974. הדרך העיקרית האחרת, שהיא פחות לרוחי, היא לקבוע את אבדן כושר ההשתכרות בכוח לפי שיקול דעת על סמך הנסיבות הסגוליות לכל מקרה ומקרה.

מנקודת ראות אחרת, בהערכת אבדן כושר ההשתכרות של הנפגע יש להתחשב, לדעתי, במעמדו הקודם (בהכשרתו המקצועית או בהשכלתו, בניסיונו במקצוע וכיוצא בזה). על כן, אם עקב הפגיעה נשאר לנפגע רק הכושר לעסוק בעבודה או במשלח־יד שאינם מתאימים לו לאור מעמדו הקודם וכשאינו זה סביר לצפות ממנו לעסוק בהם, הוא ייחשב כאילו איבד את כל כושרו להשתכר וכאילו לקה בנכות כלכלית מלאה; זאת,

89 לפירוט ולהנמקה ראה חנה אבנר, "התפתחות בדרך הערכת נזקי גוף" הפרקלים כח (תשל"ב) 176; א"ל מילר, "אבדן כושר ההשתכרות כמבחן להערכת נזקי גוף" הפרקלים לב (תשל"ט) 254—251. לדעה שונה ראה אנגלרד (לעיל, הערה 78) 441.

כדי לא לפגוע בכבודו העצמי של הנפגע ולא לאלץ אותו בעקיפין לעשות עבודה או לעסוק במשלח-יד העשויים להימנע בעיניו כמשפילים.⁹⁰

גם לגבי אב-זנב זה ייתכן, שהנפגע יקבל את הפיצוי כולו או מקצתו ממערכת ביטוח אחרת או ממקור אחר, ועל כן במקרים אלה יהיה לפיצוי הנדון לכל היותר תפקיד משלים. הכוונה היא לדמי מחלה, שהנפגע יכול להיות זכאי להם על-פי הסדרים שונים הכלולים בהסכמים הקיבוציים או בתקנות של "מבטחים" או על-פי חוק דמי מחלה, תשל"ו—1976, או לקצבת נכות סטטוטורית. הילכך, הנפגע יהיה זכאי לפיצוי חלקי מטעם הביטוח נגד פגיעות רפואיות במידה שדמי המחלה נופלים מערך שכרו הרגיל של הנפגע, במידה שמשכרו של אי-הכושר לעבודה של הנפגע עקב הפגיעה עולה על תקופת הזכאות המקסימלית לדמי מחלה, וכמו-כן כשהוא מקבל קצבת נכות. מאידך גיסא, הפיצוי האמור יהיה מלא כל אימת שהנפגע איננו שכיר ולכן אינו זכאי כלל לדמי מחלה, ומצד אחר — כשאינו זכאי אף לקצבת נכות.

בגלל הפעלת העיקרון של אחריות שלא על בסיס של אשמה, שהודות לו כל, או כמעט כל, פציינט הנפגע ממעשה או ממחדל רפואי יזכה בפיצוי, מתעורר בין השאר הצורך להגביל את גובה הפיצוי על אב-זנב כושר ההשתכרות, על מנת לא להטיל על הביטוח נגד פגיעות רפואיות מעמסה כספית כבדה מדי. מלומדים אחדים תמכו ברעיון זה.⁹¹ בעוד שאחרים התנגדו לו, במיוחד משום שההגבלה עלולה להחליש את ההשפעה המרתיעה של השיטה.⁹²

יש שתי דרכים שונות להגבלת הפיצוי הנדון. הדרך האחת היא לקבוע תקרה כללית בסכום נוקשה, שעליו לא יוכל לעלות הפיצוי המקסימלי (כפי שעושה הצעת חוק איגריי—קנדי, שלפיה הפיצוי המירבי שיינתן לנפגע הוא \$2,000 לחודש על זקנים כלכליים), או להנהיג את התקרה בעזרת התייחסות לסכום אחר, כדוגמת חוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים, כפי שנראה מיד.

יתרונה של דרך זו בכך, שהיא מונעת תשלום פיצוי מוגזם, ואילו חסרונה בכך, שאיננה מטילה שום הגבלה על כל המקרים שבהם נופל הפיצוי מסכום התקרה. הדרך השנייה היא להטיל הגבלה מסוימת על הפיצוי שישתלם בכל המקרים, דהיינו להנהיג שיטה של השתתפות עצמית של הגיזוקים, שלפיה כל הנפגעים, קלים כקשים, יצטרכו לספוג חלק מן הנזק הרכושי שנגרם להם. דרך זו נקוטה בפרק ג' לחוק הביטוח הלאומי, אשר דן בביטוח נפגעי עבודה (המעניק גמלה בשווי של 75 אחוז משכר העבודה), בחוק הניו זילאנדי הג'ל (המזכה את הנפגעים בפיצוי השווה ל-80 אחוז מערכו של אב-זנב כושר ההשתכרות — סעיפים 113—114)⁹³ ובחוק ההולנדי מ-1967 (המשתמש באחוז משתנה לחישוב הגמלה בהתאם לדרגת הנכות).

90 להסברים נוספים ולהנמקה מפורטת לגבי שתי הבעיות האחרונות ראה מילר (בהערה הקודמת) 254, 257—261.

91 ראה קארפנטר (לעיל, הערה 4) 88; אהרנצווייג (לעיל, הערה 19) 289—290; רות (לעיל, הערה 3) 489.

92 ראה "Medical Malpractice: The Alleged 'Crisis' in Perspective" W. A. Aitken, (1976) 90, 95; R. A. Posner, *Economic Analysis of Law* (1972) 78; 637 *Ins. L.J.* (1976) 78. להנמקה אחרת השווה "Comment..." (לעיל, הערה 71) 1419—1420.

93 ראה פראנקלין (לעיל, הערה 20) 801, 812 המציע תקרה של 85 אחוז.

דרך זו חסכונית יותר מטעמים מובנים, ובו בזמן היא צודקת יותר, הואיל והיא מפעילה את ההגבלה על כל המקרים. ואולם חסרונה בכך, שאין היא קובעת גבול מקסימלי לפיצוי.

כדי לשלב את היתרונות של שתי הדרכים הנדונות ולמנוע את חסרונותיהן אני ממליץ להנהיג גם הגבלה שתחול על כל המקרים, למשל – כפי שהוצע – בגובה של 85 אחוז מערכו של אבדן כושר ההשתכרות, וגם תקרה כללית שעליה לא יוכל לעלות הפיצוי המקסימלי.

עם זאת, במיוחד בתקופה של אינפלציה דוהרת, מוטב לבטא את התקרה האמורה לא בסכום אבסולוטי, כי אם בהתייחסות לשכר הממוצע במשק, דבר שיאפשר להנהיג הצמדה אוטומטית של התקרה לעלויות השכר. דרך זו נקוטה בחוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים הקובע, כי "בחישוב הפיצויים בשל אבדן השתכרות ואבדן כושר השתכרות, לא תובא בחשבון הכנסה העולה על שילוש השכר הממוצע במשק" (סעיף 4). פתרון זה נראה סביר בהחלט ויש להעתיק אותו ולאמצו בשיטה המוצעת.

מבחינה אחרת אני ממליץ להעניק את הפיצוי בשל אבדן כושר השתכרות בצורה של תשלומים עתיים (קצבה חודשית)⁹⁴. לשיטה זו שני יתרונות על-פני התשלום החד-פעמי: (א) היא מונעת יחס בזוזני כלפי הפיצוי כולו ועל כן תורמת ליציבות מצבו הכלכלי של הנפגע; (ב) במקרה שהנפגע מת לפני המועד המשווער באופן סטטיסטי נפסק תשלום הפיצוי, ואילו אם אורך חיי הנפגע עולים על תוחלתם, הוא יקבל את הפיצוי אף עבור התקופה המשווערת. הודות לכך, בכל מקרה ישתלם לנפגע בדיוק הסכום המוצדק, לא פחות ולא יותר.

שיטה זו אומצה, כפי שראינו, בהצעת חוק איגוויי-קנדי, בעוד שחוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים קובע, כי בתקנות ניתן יהיה לאפשר הענקת הפיצוי הנדון בתשלומים עתיים, ותקנות לעניין זה אכן הותקנו.

על אף האמור לעיל, התבונה מחייבת לאפשר במקרים מיוחדים היוון הקצבות והפיכת התשלומים העתיים, כולם או מקצתם, לתשלום חד-פעמי (מענק). זו הדרך שנבחרה בסעיף 70 לחוק הביטוח הלאומי וגם בחוק הניו זילנדי הנזכר (סעיף 133)⁹⁵. במקרה של פגיעות קלות מוטב אפילו לקבוע חובת המרת הקצבה במענק (ברוח זו, תוך הגבלת הפיצוי, מנוסח סעיף 66 לחוק הביטוח הלאומי).

3. הפיצוי על כאב וסבל

הנזק המתבטא בכאב וסבל שייך לאבות-הנזק הבלתי רכשיים (נזק שאינו נזק ממון). בעיית הפיצוי בשל כאב וסבל היא אחת בין השאלות הקונטרוברסאליות של המשפט בכלל ושל המשפט המודרני בפרט⁹⁶.

94 ראה רות (לעיל, הערה 3): 499–500 H. McGregor, "Personal Injury and Death", *International Encyclopedia of Comparative Law* (1972), vol. XI, Chapter 9, §§ 48–63.

95 השווה אהרנצווייג (לעיל, הערה 19) 281.

96 ראה 292 nos Mazeaud & Tunc, *Responsabilité civile* (5ème édition, Paris, 1957).

בקרב הכותבים האקדמיים המשתייכים לחסידי האחריות שלא על בסיס של אשמה רווחת הדעה, שבמסגרת שיטה זו שוב אין מקום לפיצוי בשל כאב וסבל ובשנים האחרונות דעה זו אפילו הפכה להיות דומיננטית⁹⁷, וכיום ניתן לומר ש"זה באופנה" להתנגד למתן פיצוי זה. אמנם נשמעו גם קולות בעד שמירת הפיצוי בשל כאב וסבל אף להבא, אולם הם נשארו בודדים⁹⁸. אחד מחסידיה אמר: "The failure to recognize that type of damages [for pain and suffering] is the cruelest aspect of the entire O'Connell⁹⁹ proposal"

בו בזמן הן בישראל והן במקומות אחרים, ובמיוחד בארצות הברית, בתי המשפט ממשיכים לפסוק סכומים גדולים (ושם אפילו סכומי ענק) כפיצויים על כאב וסבל לפציינטים נפגעים כאילו לא קרה דבר¹⁰⁰.

מאידך גיסא, מחברים אחדים הביעו את דעתם, כי אין זה הולם שהביטוח הסוציאלי יכסה נזקים כגון כאב וסבל¹⁰¹.

בקשר לזה עלי לציין, שאיני רואה שום סיבה מדוע לא ייכללו פיצויים על כאב וסבל במערכת אחריות וביטוח ללא אשמה. כמו-כן נדמה לי, שאין שום ניגוד או אפילו אי-התאמה בין ביטוח סוציאלי בן זמננו מזה ובין מתן פיצוי על כאב וסבל מזה. לבטח אין לכלול פיצוי כזה בענף ביטוח סוציאלי,

et seq., 304 et seq.; C. J. Peck, "Compensation for Pain: A Reappraisal in Light of New Medical Evidence", 72 Mich. L. Rev. (1974) 1355, 1376-1377 (הערות 75) § 111. ליתר פירוט של הנושא שיידון פה ראה א"ל מילר, "הביטוח הסוציאלי ושאלת הפיצויים על כאב וסבל", ביטחון סוציאלי, חוברת 18-19 (1979) 129.

97 ראה J. O'Connell & Rita J. Simon, "Payment for Pain and Suffering: Who Wants What, When and Why?" U. Illinois L. Forum (1972) 1 Fault... (לעיל, הערה 47) 827-828; אוקונל (לעיל, הערה 32) 35; אוקונל (לעיל, הערה 19) 533; אוקונל "Contracting for No-Fault..." (לעיל, הערה 47) 558; אברהם (לעיל, הערה 1) 527; פראנקלין (לעיל, הערה 20) 800; W. Freedman, "No-Fault and Products Liability: An Answer to a Maiden's Prayer" 627 Ins. L.J. (1975) 199, 205 וולקר (לעיל, הערה 45) 446; L. Green, Traffic Victims, Tort Law and Insurance; F. James, "Some Reflections on the Basis of Strict Liability" 18 Louisiana L. Rev. (1958) 293, 297 "ביטוח תאונות דרכים ללא אשמה: סוגיית הכאב והסבל" משפטים ה (תשל"ג) 189, 191. (מחבר זה מציע ביטוח מסחרי וולונטרי נוסף בעבור פיצויים בשל כאב וסבל, ראה שם, עמ' 193. השווה Keeton & O'Connell, Basic Protection for the Traffic Victim (1965).

98 איסון (לעיל, הערה 20) 55.

99 ראה קורבוי (לעיל, הערה 48) 100; השווה שם, 97, 100-104.

100 כך בארצות הברית, במשפט אחד, שהתקיים לא מכבר, אשה שעברה גיתוח פלאסטי בבטנה, זכתה (בערכאה הראשונה) לפיצוי בסך 854 אלף דולר על כך שהרופא המנתח "טעה בקביעת מיקומו של הקורקבן" (ראה הארץ מיום 4.5.79). במקרה אחר, בית המשפט בקליפורניה העניק 20,000 דולר כפיצוי בעד כאב שנמשך 20 דקות. ראה M. L. Plant "Damages for Pain and Suffering", 19 Ohio St. L.J. (1958) 200, 201.

101 ראה פרוקצ'יה (לעיל, הערה 97) 194; אנגלרד (לעיל, הערה 70) 40; W. J. Blum & H. Kalven, "The Empty Cabinet of Dr. Calabresi: Auto Accidents and General Deterrence", 34 U. Chi. L. Rev. (1967), 239, 270 זו ראה וירס (לעיל, הערה 1) A103; האוויגהארסט וטאנקרדי (לעיל, הערה 25) 72.

כמו ביטוח נכות על-פי פרק ו'2 של חוק הביטוח הלאומי, וזאת, מתחמת אופיו המינימלי-ליסטי כביטוח המכסה בקושי את הצרכים האלמנטריים ביותר של הנפגע. כמו-כן, נכון הוא, שהביטוח הסוציאלי אינו מתיישב עם מתן פיצויים מוגזמים בגין כאב וסבל. לעומת זאת, אף במסגרת הדין המצוי, בענף ביטוח נפגעי עבודה (פרק ג לחוק הביטוח הלאומי), שגם הוא מהווה חלק בלתי נפרד של הביטוח הסוציאלי, ניתנות גמלאות (לרבות קצבאות חדשיות) בשל פגיעות ביולוגיות טהורות שאין להן שום ביטוי כלכלי, וכמו-כן על "מום מכוער", שאין לראות בהן אלא פיצויים על כאב וסבל.¹⁰² מצב דומה שורר בארצות אחרות (כגון בריטניה, ארצות הברית וצרפת).¹⁰³

בהנהגת ביטוח נפגעי עבודה כענף של הביטוח הסוציאלי, שהחלה לפני מאה שנה בערך, יש לראות אירוע היסטורי ממדרגה ראשונה, לאמור העתקת גיזרה מוגדרת של דיני הגזיקין המקובלים לתחומי החדש של הביטוח הסוציאלי. בפרק הזמן שחלף מאז, הביטוח הסוציאלי הוכיח בעליל שהוא מסוגל לקלוט היטב את ההסדרים המשפטיים שהועברו אליו ולהבטיח את יישומם ההולם.

בתחום הנדון, התניית הגמלאות במבחן האמצעים (means test) איננה נהוגה כלל ועיקר. בד בבד עם קו ההתפתחות ההיסטורית מסתמנת מגמה כלל-עולמית להעניק גמלאות לא רק על מנת להבטיח לנפגע את המינימום הדרוש לקיומו, אלא לקרב עד כמה שאפשר את גובה הגמלאות לרמת הכנסתו הקודמת.¹⁰⁴

הביטוח הסוציאלי ירש מדיני הגזיקין, בין השאר, גם מתן פיצויים על כאב וסבל, ולו בממדים צנועים יחסית, וכפי שראינו, ההסדרים שבביטוח נפגעי עבודה מאשרים מסקנה זו.

בעקבות ההתפתחות המתוארת, שהיתה למציאות ששוב אין להתעלם ממנה, אין זה מוצדק לחשוב שהביטוח הסוציאלי אינו עולה בביכול בקנה אחד עם מתן פיצויים על כאב וסבל. מבחינה תיאורטית ההסבר למצב שנוצר נעוץ בכך, שבעידן המודרני הביטוח הסוציאלי שוב אינו מסתפק בהבטחת הביטחון הכלכלי לכל. אכן, הוא התעשר במטרה ובפונקציה נוספת — ודווקא במתן סעד גם בצורה של תרופה על נזקי-גוף שבכאב וסבל. מבחינה פראגמטית יש להתפתחות זו חשיבות מיוחדת, שכן כפי שנובע מן ההסברים שבתחילת רשימה זו, הביטוח הסוציאלי מסוגל לספק את הצרכים השונים של הנפגעים למיניהם טוב יותר מכל סוג אחר של ביטוח.

חוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים, אשר הנהיג לראשונה בישראל את שיטת האחריות שלא על בסיס של אשמה בתחום זה, מעניק פיצוי חד-פעמי בעד כאב וסבל לנפגע, תוך קביעת תקרה מסוימת לפיצוי זה (הנקובה בסכום צמוד למוד המחירים לצרכן — סעיף 4). בדומה לכך, על-פי הצעת חוק אינו-קנדי פיצוי על כאב וסבל, המוגבל ל-\$2,000 לחודש, ישתלם לחולה הנפגע. בחוק הגיוני וילאנדי שנוכר לעיל — אשר הנהיג ביטוח סוציאלי — מעוגנים שני פיצויים נפרדים על כאב וסבל: בעד נזקים ביולוגיים (סעיף 119) ובעד נזקים לא רכושיים אחרים (סעיף 120), שניהם חד-פעמיים וכפופים

102 ראה פרוקצ'יה (לעיל, הערה 97) 192.

103 ראה א"ל מילר, א' פרוקצ'יה, ד' קרצמר, זכויות הנכים: הצעות לקראת רפורמה (ירושלים, 1979), 94-96.

104 בנוגע לכל המאפיינים הללו של ביטוח נפגעי עבודה במישור ההשוואתי ראה Social Security Programs throughout the World (1977).

לתקרה מסוימת, ואילו החוק השוודי לביטוח פציינטים מאפשר מתן פיצוי בשל כאב וסבל ללא קביעת תקרה.¹⁰⁵

ההוראות הנ"ל, במידה שהן מחייבות מתן פיצוי מוגבל על כאב וסבל, בותרות בשביל הוזהב בגדון ובו בזמן הן תואמות את הנטייה להגיע לפשרה בעניין זה, המסתמנת במישור העולמי, בין האידאולוגיה הקאפיטאליסטית ובין האידאולוגיה הסוציאליסטית.¹⁰⁶

באופן מעשי, רק הודות להגבלת הפיצוי על כאב וסבל ניתן להפוך את התכנית של ביטוח נגד פגיעות רפואיות מאוטופיה להצעה ריאליסטית ובת-ביצוע בתנאים הקיימים. כפי שראינו, אחד מיתרונות הביטוח הסוציאלי בתחומן של פגיעות רפואיות הוא בכך, שהביטוח הסוציאלי משמש מסגרת מתאימה לסטאנדארטיזציה מסוימת של הפיצויים. מחברים אחדים המליצו להשתמש ב-"schedule of damage", "schedule of benefits", "awards or standard formula" בנוגע לביטוח פגיעות רפואיות באופן ספציפי (לגבי פיצויים בכללותם, ולא רק לגבי כאב וסבל)¹⁰⁷ או לגבי פגיעות אישיות כלשהן.¹⁰⁸ מאידך גיסא, החוק השוודי לביטוח פציינטים קובע בסיס סטאנדארטי לחישוב פיצויים על כאב וסבל ובגרמניה מקובלות כבר היום טבלאות לצורך זה.¹⁰⁹

אשר לנפגעי תאונות דרכים בארץ, על-פי החיקוק הקיים יש להשתמש בשני מבחנים סטאנדארטיים משולבים לצורך קביעת הפיצוי בשל כאב וסבל, מבחנים אשר מאפשרים אובייקטיביזציה מירבית של הערכה אחידה של נזק זה. מבחנים אלה הם: מספר ימי האשפוז ואהווי הנכות.¹¹⁰ בו בזמן נקבע, כי עבור כאב וסבל שאינם ניתנים למדידה בעזרת מבחנים אלה סכום הפיצויים "לא יעלה על עשרה אחוזים מהסכום המקסימלי" (תקנות הפיצויים לנפגעי תאונות דרכים (חישוב פיצויים בשל נזק שאינו נזק ממון), תשל"ו—1976).

הסדר זה אינו משביע רצון, שכן הוא מרחיק לכת בעניין הסטאנדארטיזציה של הפיצויים דגן ואינו משאיר לקובעי הפיצוי אלא מקום זעיר לשיקול דעת לגבי הערכת הנזק (עד עשרה אחוזים מן הסכום המקסימאלי בלבד), שלא לדבר על כך שההוראה הקובעת תקרה זו (תקנה 2(ב) לתקנות הנ"ל) משוללת תוקף משפטי (היא ultra vires). הואיל ומתקין התקנות חרג מסמכויותיו.¹¹¹

105 על דוגמאות של הגבלת הפיצויים על כאב וסבל במדינת אוהיו ראה סולימינה (לעיל, הערה 103 (88).

106 ליתר פירוט ראה מילר (לעיל, הערה 43) 449. בחירה זו תואמת את דעתו של יפה, כי "יש לקצץ באופן משמעותי את הפיצויים על כאב וסבל". ראה לעיל, הערה 51. כמה ארצות קומוניסטיות (בולגריה, יוגוסלביה, פולין, צ'כוסלובקיה) מחייבות כבר כיום מתן פיצוי על כאב וסבל במידה זו או אחרת. ראה מקגרור (לעיל, הערה 94) § 38.

107 ראה קיטון (לעיל, הערה 10) 610; אברהם (לעיל, הערה 1) 527; אהרנצווייג (לעיל, הערה 19) 286; אוקונל (לעיל, הערה 32) 39; מילר (לעיל, הערה 26) 726.

108 ראה איסון (לעיל, הערה 20) 55. לדעה מנוגדת ראה פראנקלין (לעיל, הערה 20) 778, 798. 109 ראה ויירס (לעיל, הערה 1) A103, A77.

110 מבחנים אלה מופעלים בכמה ממדינות סקנדינביה. ראה צ' ברנזון, "פישוט העניינים בתביעות בדיקה" עיוני משפט ב (תשל"ג) 575.

111 ראה י' אנגלרד, פיצויים לנפגעי תאונות דרכים (ירושלים, 1978) 1918 ואילך; השוואה ד' מור, "פיצוי נפגעי תאונות דרכים בגין נזקי גוף לא ממנויים" עיוני משפט ו (תשל"ח) 397, 410—411.

עם זאת, ניתן להביא דוגמאות רבות שבהן הנזק הלא רכושי אינו ניתן למדידה על-פי הקריטריונים האמורים. איך ייקבע הפיצוי, למשל, במקרה של הפלה מלאכותית שבוצעה בידי רופאה ואשר גרמה לפציינטית איבוד יכולתה להביא לעולם ילדים נוספים? ¹¹² או במקרה של הפציינטית הירושלמית, אשר עקב זריקה שהוזרק לה הרופא בעינה החלה לפזול? ¹¹³ או במקרים של השחתת צורה או גרימת מום אסתטי אחר? לאותה הקטגוריה שייכים סבל בשל אבדן תוחלת חיים, בשל אבדן הנאות חיים, הרגשת השפלה, הרגשת בושה וכיוצא בזה, וכן מקרים של גרימת צער, חרדה, פחד, גודדי שינה וסתם כאב פיזי.

דוגמאות כגון אלה יש הרבה והן מלמדות על כך שיש לשמור מקום נרחב יותר לפיצויים בעד כאב וסבל שאינם ניתנים למדידה בעזרת מבחנים סטאנדארטיים. על כן אני מציע לקבוע סכום לפיצוי האמור, סכום מקסימאלי גבוה יחסית (למשל 600,000 ל"י) ולהצמיד סכום זה למדד המחירים לצרכן. סכום זה יינתן בצורת מענק חד-פעמי, שכן איננו גועד לפצות את הנפגע על הרצאותיו השוטפות לצורך קיומו.

בספרות המקצועית נטען, כי לתקרה שכזאת יש חסרון גדול, שכן היא עלולה לפגוע דווקא באלה שסבלו את הפגיעות הקשות ביותר ואשר, אילמלא התקרה, היו זוכים לפיצוי העולה על הסכום המקסימאלי ¹¹⁴. אליבא דידך, התקרה המוצעת, או תקרה סבירה ומספקת אחרת, יתרונה בכך דווקא שהיא עשויה להבטיח לכל נפגע, לרבות הנפגעים הקשים, פיצוי מלא על כאבו ועל סבלו בהתאם להערכתם המתקבלת על הדעת, ואין היא מבטלת אלא את הפיצויים המוגזמים, הניתנים לפעמים הלכה למעשה, על-פי הערכה לא נכונה. בשיטה כגון זו יבואו כל הנפגעים, ללא יוצא מן הכלל, על סיפוקם. תפקיד התקרה יהיה רק למנוע מתן פיצויים מפליגים ובלתי מוצדקים.

לשון אחרת, על-פי השיטה המוצעת, כל מי שנפגעו פגיעות רפואיות ואשר נגרמו להם כאב וסבל, יקבלו פיצוי הולם על נזק זה, ולא פיצוי חלקי, מקוצץ או מקוטע, אם כי בכפוף לסכום המשקף על דעת המחוקק את מקסימום הפיצוי המגיע בשל כאב וסבל. את תקרת הפיצוי על הנזק הבלתי רכושי יצטרכו לקבוע בשים לב לצורך לאפשר הענקת פיצוי שכזה.

עם זאת, מן הסתם השינוי הגלום בהצעה זו נעוץ בכך שהיא מבטאת השגה חדשה על מה שמהווה — במונחים מונטאריים — "פיצוי מלא" בגין כאב וסבל. גם אם הפיצוי שיקבלו נפגעים אחדים, בהתאם לפתרון המוצע, על כאבם וסבלם יהיה פחות מכפי שהיו מקבלים אילמלא ההסדר המוצע, לא ייגרם להם שום עוול, אלא רק יתוקן עיוות של הדין הנוכחי הטעון תיקון, לאמור יתבטלו הפיצויים המוגזמים והבלתי מוצדקים בשל אב-נזק דעסקינן.

בהתאם להסברים דלעיל אני מציע, שהסכום המקסימאלי יחולק בחוק עצמו לשני חלקים לא שווים, שהאחד מהם, הגבוה יותר (למשל, שני שלישים מן הסכום המקסימאלי) ישמש תקרה לפיצויים בעד כאב וסבל הנקבעים על-פי מבחנים סטאנדארטיים (תעריף סטטוטורי), ואילו החלק השני (למשל, שליש מן הסכום המקסימאלי) יהווה תקרה לפי-

112 על מקרה זה ראה הארץ מיום 31.12.79.

113 ראה הארץ מיום 15.12.78.

114 ראה פרוקצ'יה (לעיל, הערה 97) 196; השווה מור (לעיל, הערה 111) 404.

צויים בשל כאב וסבל שאינם גיתנים למדידה בעזרת מבחנים שכאלה. הערכת הכאב והסבל מן הסוג האחרון תיעשה לפי שיקול דעתם של קובעי הפיצויים, כשהדבר הוא אפשרי, היות שאינדיבידואליזציה של הפיצויים (של הגמלאות) היא בת ביצוע גם בתחומו של הביטוח הסוציאלי.¹¹⁵

4. הפיצוי על גרימת מוות

במקרה של מות הפציינט עקב מעשה או מחדל רפואי יהיו תלוייו זכאים לפיצוי, הן אם המוות קרה מיד לאחר הטיפול והן אם הפציינט נפטר לאחר תקופת זמן.

בדין הפוזיטיבי הישראלי שני הסדרים תחיקתיים דנים בזכאות זו: חוק הביטוח הלאומי (פרק ג' סימן ו, ופרק ג' 1) ותקנות פיצויים לגפגעי תאונות דרכים (תשלומים עתיים), תשל"ח—1978. הגם שהחוק הנ"ל שימש כמקור השראה לתקנות האמורות, תקנות אלה, להבדיל מהחוק דעסקינן, אינן מפורטות די הצורך ועל כן ההסדר הכלול בהן אינו שלם. נוסף על כך, מדרך הטבע, חוק הביטוח הלאומי נוקט בנדון גישה סוציאלית עקיבה יותר מאשר התקנות הנזכרות, שנעצרו באיזה מקום באמצע, בין תחומם של דיני הנזיקין ובין תחומו של הביטוח הסוציאלי, וקשה לקבוע להיכן הן משתייכות.

עם יתרונותיו של חוק הביטוח הלאומי בעניין זכויות התלויים בהשוואה לתקנות הנ"ל נמנים, בין השאר, ההיבטים האלה: הגדרה רחבה יותר של המושג "תלויים" (הכולל גם את הוריו של הנפטר, את סבו וסבתו, את נכדיו ועוד); קביעת שיעורי הקצבה לאלמנה ולאמן בהתחשב בגילם ובכושרם לכלכל את עצמם מעבודה; מתן מענק לאלמנה או לאמן מתחת לגיל מסוים; זכאות מחודשת לקצבה לאלמנה או לאמן שחדלו להיות נשואים, בתנאים מסוימים; מתן קצבה חלקית לתלויים חלקיים; תשלום פיצוי בעד התייקרות, הוזה לזה שניתן לעובדים, בנוסף להצמדת הקצבה לשכר הממוצע; תשלום דמי מחיה בעד יתום שעיקר זמנו מוקדש ללימודים על-יסודיים או להכשרה מקצועית ומתן הכשרה מקצועית לאלמנה או לאמן. (זכות זו אין להעלותה על הדעת במסגרת של ביטוח מסחרי.) תיקון רצוי, לדעתי, בהסדר זה הוא הרחבת האפשרות של היוון קצבת התלויים (הפיכתה למענק) בתנאים מסוימים.

על-פי השיקולים הנ"ל, ההסדר שבחוק הביטוח הלאומי נראה עדיף על-פני ההסדר שבתקנות פיצויים לגפגעי תאונות דרכים.¹¹⁵

פרט לגמלאות לתלויים, שאריו של הפציינט הנפטר לא יהיו זכאים אלא לפיצוי על הוצאותיהם הקשורות לקבורה והוצאות אחרות הכרוכות בכך (כגון, הטסת גופתו של המנוח למקום הקבורה), ולא יזכו לפיצוי על הסבל הנגרם להם עקב אבדן קרוב משפחה יקר.

מכאן נוצר מצב פאראדוקסלי. במקרה שהמטופל נפצע עקב הטיפול שניתן לו ייתכן שהוא יהא זכאי לפיצוי ניכר יחסית על הסבל שנגרם לו. לעומת זאת, אם נגרם מוות

115 ראה קיטון (לעיל, הערה 10) 610.

115A הרחבה דומה של חוק הביטוח הלאומי על תלוייהם של נפטרים בתאונות דרכים הוצע פרופ' אנגלרד (ראה לעיל, הערה 70, בעמ' 40). בספרות האמריקנית בנדון נתקלתי במחבר אחד בלבד המגיש הצעות קונקרטיות בדבר הפיצוי עקב מותו של הפציינט (ראה אהרנצווייג, לעיל, הערה 19, 298), זאת בנוסף להצעות הכלולות בהצעת חוק איגווי—קנדי הנ"ל.

לפציינט, בני משפחתו הקרובים לא יקבלו שום פיצוי על סבלם, אפילו כשסבל זה עולה בחומרתו על זה שנגרם לפציינט גופו במקרה הראשון.

אולם פאראדוקס זה איננו ספציפי לביטוח נגד פגיעות רפואיות והוא קיים גם בתחומם של דיני הנוזקין המקובלים, שכן גם לפי דינים אלה לא משתלם פיצוי לשארים על הצער שנגרם להם בשל מותו של הנפגע¹¹⁶, אבל הביטוח הסוציאלי אינו הזירה המתאימה להתחיל בה בתיקון המצב המתואר.

במקרה של גרימת נכות, בנוסף לתרופות בכסף, יהא הנפגע זכאי כאמור גם לשיקום מקצועי, אף זאת לפי המתכונת של ביטוח נפגעי עבודה.

ט. ניכוי הגמלאות שהניזוק קיבל ממקור אחר

לפי סעיף 86 לפקודת הנוזקין, הפיצוי שהניזוק קיבל על-פי חוזה ביטוח לא יובא בחשבון בהערכת הנזק. לעומת זאת, לפי סעיף 82 לאותו חוק, תנוכה מפיצויים שהעובד זכאי להם ממעבידו הגמלה שהוא מקבל מהמוסד לביטוח לאומי¹¹⁷. מאידך גיסא, בית המשפט העליון פסק, באופן כללי, שכאשר הוענקה לניזוק עקב הפגיעה תמיכה משירותי הסעד, קצבת נכות או גמלה אחרת, יש להביאה בחשבון הפיצויים¹¹⁸.

מן הפיצויים שהניזוק עשוי לקבלם בשל הנזק שנגרם לו ינוכו אפוא כל התקבולים הסוציאליים שקיבל ממקור אחר, בכסף או בעין, כגון דמי מחלה, שירותי בריאות, תרופות או גמלאות נכות למיניהן (לרבות קצבת נידות), אך לא תשלומים אחרים, כגון פיצוי מחברת ביטוח מסחרית או תמיכה מטעם קרובים או ידידה. בארצות הברית, שם בעיה זו ידועה בשם collateral source law, הביעו רוב המחברים את דעתם בעד ניכוי ההטבות שממקור אחר¹¹⁹. אך מחברים אחדים התנגדו לניכוי¹²⁰ בנימוק "Any such arrangement would provide an enormous windfall for in-¹²¹surers".

בהקשר אחר, לגוף המבטח ששילם את הפיצוי לא תהא זכות לסוברוגציה נגד הרופא או העובד הרפואי שגרם את הפגיעה, אלא במקרה של פגיעה מתוך כוונה¹²². פתרון אחר היה שם לאל את עצם מטרתו של הביטוח של הפרסונאל הרפואי, שהיא סוציאליזציה של הסיכון.

116 ראה טדסקי (לעיל, הערה 75) §5 111, ו-423.

117 ליתר פירוט "The Influence of Insurance on the Award of Damages" E. Livneh, 4 Isr. L.R. (1969) 494.

118 ד"נ 13/62 קונה ואח' נ' וקסלר ואח', פ"ד יז 1800, 1812; ע"א 77/67 מ"י נ' דהאן, פ"ד כא (2) 128, 133.

119 ראה, למשל, אברהם (לעיל, הערה 1) 505, 526; H.E.W. Report; וולקר (לעיל, הערה 45, עמ' 447); L. M. Fondel & T. S. Chittenden, "Work of the Medical Professional"; אוקונל "It's Time for No-Fault..." 62 A.B.A.J. (1976) 1580; Liability Commission" 532-533.

120 ראה אהרנצווייג (לעיל, הערה 19) 285.

121 ראה קורבוי (לעיל, הערה 48) 107.

122 השווה אהרנצווייג (לעיל, הערה 19) 289. אהרנצווייג מציע לאפשר סוברוגציה במקרים הכרוכים במעשים פליליים.

י. שלילת הזכות לתביעה משלימה בנוזיקין

חוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים (סעיף 8) שולל מן הנפגע את הזכות לתביעה משלימה בנוזיקין. הוא הדין לפי החוק הניו זילאנדי שנוצר לעיל (סעיף 5) ולפי הצעת חוק אינווי—קנדי לגבי מי שבחר בפיצוי על-פי האחריות ללא אשמה¹²³,¹²⁴. לדידי, הכרה בזכות הגיוזק לתביעה בנוזיקין, המיועדת להשלים את סכום הפיצויים הניתנים לו, נוגדת את ההוראה בדבר הגבלת הפיצויים ובעצם מרוקנת אותה מתוכן. מטרת ביטוח האחריות, ולא כל שכן מטרת הביטוח הסוציאלי, להביא לידי סוציאליזציה של הסיכונים, דהיינו לפיזור מירבי של הגטל הכספי על ציבור רחב. אולם הכרה בזכותו של הנפגע לתביעה משלימה בנוזיקין עלולה לעשות מטרה זו פלסטר. ואם יהיו האחראים הפוטנציאליים בתביעה המשלימה מבוטחים גם למקרה שכוה, מכל מקום תעלה ההכרה האמורה את העלות הסוציאלית של השיטה ותסכן את יעילותה של כל התכנית. מקובל לחשוב כי רק במקרה אחד יש להעניק לגיוזק זכות זו, הוא המקרה של פגיעה שנגרמה במתכוון¹²⁵, ויוצא מן הכלל זה מעוגן גם הוא בחוק הישראלי הנ"ל. ואולם גם טענה זו מוטלת בספק¹²⁶.

יא. מימון השיטה

לא אוכל להביא בשלב זה תכנית מפורטת של חלוקת הגטל הכספי הדרוש על מנת להפעיל הלכה למעשה את השיטה המוצעת. לפיכך אסתפק בהתוויית קוויה הכלליים של החלוקה הנראית לי כרצויה. אולם לפני כן אציג כמה עקרונות שיש להם נגיעה בדבר.

אליבא דפרופ' קאלאברזי, "It is perfectly possible to determine that in certain categories of accidents the cost benefit decision can best be made, and acted upon, if part of the costs are borne by the injurer and part by the victim"¹²⁷, אף-על-פי שככלל, "losses should be borne by the doer"¹²⁷. מחבר ישראלי אחד סיכם

123 תמכו בביטול האחריות בנוזיקין בין השאר: איסון (לעיל, הערה 20) 56, 94; אוקונל, "Contracting for No-Fault..." (לעיל, הערה 47) 559—557; אוקונל "Elective No-Fault..." (לעיל, הערה 47) 506; דו"ח ועדת בן-זאב (לעיל, הערה 80).

124 זכותו של הנפגע לתביעה משלימה בנוזיקין נשמרת בחלק ניכר מתכניות ה-No Fault על פיצויים לנפגעי תאונות מכוניות של מדינות ארצות הברית וכמו כן ב-Saskatchewan plan. על זה נאמר שיש בכך "a foolish luxury". ראה בלום וקאלון (לעיל, הערה 70) 722—723. עמדה בעד זכות שכזאת נקטו ויירס (לעיל, הערה 1) A103, A105; קרצמר (לעיל, הערה 29).

125 ראה אוקונל (לעיל, הערה 32) 36. Margaret A. Vermel, "The Scope of National No-Fault Accident Compensation in Australia and New Zealand" 49 *Australian L.J.* (1975) 22, 23, 29; השווה אהרנצווייג (לעיל, הערה 19) 286, 290, המתייחס ל-"criminal negligence".

126 בנוגע לכל הסוגיה ראה מילר, פרוקציה וקרצמר (לעיל, הערה 103) 61. G. Calabresi, "Optimal Deterrence and Accidents" 84 *Yale L.J.* (1975) 656, 669.

127 ראה G. Calabresi, "Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts" 70 *Yale L.J.* (1961) 499, 500.

כך את עמדתו של קאלברני בנדון: "Losses should be spread among those who benefit from or participate in the risk-creating activity"¹²⁸

בהתאם לכללים הנ"ל מתקבל על הדעת שיש לחלק את הנטל הכספי (הפרמיות) בין: (א) מי שמבצעים את הפעילות בתחום הבריאות (ספקי שירותי הבריאות ואחרים), ובין (ב) כלל התושבים, כמטופלים וניזוקים בכוח, המקבלים את שירותי הבריאות.

הטלת הנטל על קבוצה א' תואם את הכלל שעל ה-"cheapest cost avoider"¹²⁹ לשלם, דהיינו: "the party in the best position to take actions to minimize costs should bear them"¹³⁰. לקבוצה זו שייכים מוסדות הבריאות המחזיקים פרסונאל רפואי ופארא-רפואי שכיר מחד גיסא, והרופאים עצמם ויתר הפרסונאל הרפואי והפארא-רפואי, מאידך גיסא. ניתן לחלק את הפרמיות בין המוסדות האמורים והרופאים שווה בשווה. לעומת זאת, המשתייכים ליתר הפרסונאל הרפואי והפארא-רפואי ישלמו כמובן פרמיות נמוכות יותר, בהתאם למידת השתתפותם בפעילות המבוטחת.

לאותה קבוצה משתייכים גם יצרני ויבואני תרופות ומכשירים רפואיים¹³¹ (המדובר כאן בפגיעות ממוצרים שאינם פגומים), ועל כן גם הם יצטרכו לשלם פרמיות לביטוח נגד פגיעות רפואיות. לאור הכללים הנ"ל, דרך זו עדיפה על-פני הפתרון להעניק לגוף המבטח זכות לסוברוגציה נגד יצרני המוצרים הרפואיים, שאותו הציעו מחברים אמרי-קניים אחדים¹³².

לקבוצה ב' ישתייכו כאמור כל התושבים. ההצדקה להטלת תשלום פרמיות גם על קבוצה זו היא בכך, שהתושבים הם הם הנהנים העיקריים ממתן שירותי הבריאות ומפעילותו של הפרסונאל הרפואי בכלל. הצדקה נוספת ניתן לראות בכך, שיש טיפולים הכרוכים באופן אובייקטיבי בסיכונים שלא ניתן למנוע אותם. לגבי מקרים אלה יש טעם להטיל על מוסדות הבריאות ועל הרופאים חלק מעלותם של סיכונים אלה, כדי לעודד חיפוש שיטות פעולה חדשות העשויות למנוע או להקטין את הסיכונים¹³³, אבל אין זה מוצדק להטיל עליהם את כל עלות הסיכונים, הואיל ולפי שעה באופן אובייקטיבי הם אינם מסוגלים למנוע את התחוללותם של הסיכונים האמורים. לגבי "adverse events involving high-risk techniques", נאמר כי: "It would seem fairer to distribute the cost among the patients who benefit from the procedure"¹³⁴.

לגבי הרופאים רצוי להנהיג שיטה של דיפרנציאציה פנימית של הפרמיות בין מקצועות שונים, לפי הסיכונים הכרוכים בכל אחד מהם, כגון גברוכי-רורגים, כירורגים ואורתופדים מזה ורופאי משפחה ורופאי ילדים מזה, וגם בין מוסדות

128 A. Harari, "Book Review" 6 *Isr. L.R.* (1971) 135, 150-151. השווה פלמינג (לעיל, הערה 51) 13.

129 ראה קאלברני (לעיל, הערה 32) 138.

130 ראה האוויגהארסט (המסכם את דעת קאלברני) (לעיל, הערה 20) 1265.

131 תכנית לביטוח יצרנים ויבואנים אלה, בשלב מתקדם, מצויה בשודייה. ראה וירס (לעיל, הערה 1) A76.

132 ראה האוויגהארסט וטאנקרדי (לעיל, הערה 25) 81.

133 ראה "Comparative Approaches..." (לעיל, הערה 1) 1156.

134 ראה מכאניק (לעיל, הערה 28) 1194.

הבריאות השונים. לא זאת בלבד, ניתן לאמץ שיטה של *experience-rated premiums*¹³⁵ ולקבוע בכל שנה את גובה הפרמיות לפי תוצאות הפעילות בשנה שקדמה לה, כלומר לפי עליית או ירידת מספר הפגיעות במקצועות הרפואיים השונים או מוסדות הבריאות למיניהם. בקשר לכך נאמר אפילו, כי אי-אימוץ השיטה האחרונה מוביל לאקסטרנליזציה של עלות הפעילות¹³⁶.

מאידך גיסא יצוין, כי עבור רופאיהם העצמאיים (שאינם שכירים) לא יצטרכו מוסדות הבריאות לשלם חלק מן הפרמיה, שכן לגבי רופאים אלה אין למוסדות אחריות שילוהית (מוסדות הבריאות אינם *respondeat superior* כלפי רופאים אלה), ועל כן אין מקום לביטוח אחריות של המוסדות האמורים. בהקשר זה אזכיר, כי בהודמנות אחרת הצעתי שכל רופאי המרפאות ואולי גם חלק מרופאי בתי החולים יהיו רופאים עצמאיים על-פי הסכמים מיוחדים¹³⁷.

כדי למנוע אקסטרנליזציה של חלק מעלות הפגיעות הרפואיות צריך לקבוע, כי ענף הביטוח נגד פגיעות רפואיות יעביר, בפרקי זמן שייקבעו בחוק, לענפי ביטוח אחרים, לאמור לביטוח בריאות, לביטוח דמי מחלה ולביטוח נכות, חלק מן הפרמיות שהוא גובה, בהתאם למידה שבה הנפגעים עקב אקט תרפויטי או עקב מעשה או מחדל רפואי אחר נהנים מגמלאותיהם של ענפי ביטוח אלה.

לבסוף, יש להגות שהפרמיות של המבוטחים למיניהם לא תהיינה גבוהות, זאת, נוכח חלוקת הנטל הכספי שהוצעה למעלה וגם מחמת ההגבלות המשמעותיות שהצעתי להטיל על הפיצויים השונים. הודות לכך הפעלתה של השיטה החדשה לא תהא כרוכה בהוצאות גדולות במיוחד.

יב. לשאלת ההשפעה המרתיע של השיטה

לפי התיאוריה של קאלאברוזי על "הפנמת" העלויות של כל פעילות והשגת השפעה מרתיעה באמצעות מנופי השוק:

The cost of each activity ought to include the cost of accidents sustained in the course of the activity. The accident costs of the activity are then internalised, as the economist would put it. General deterrence attempts to force individuals to consider accident costs in choosing among activities. The idea is that market deterrence is the best way for accidents law to reduce the sum of the costs of accidents and the costs of avoiding accidents¹³⁸. General or market deterrence would leave the judgement to an infinity of atomistic, individual market decisions by creating

135 ראה האוויגהארסט וטאנקרדי (לעיל, הערה 25) 72–73. לפי חוק פיצויי תאונות של ביו זילאנד קיימים שיעורים שונים של פרמיות, כולל שיעורי הנחה ושיעורי קנס (סעיף 73).

136 ראה G. Palmer & E. Lemonds, "Toward the Disappearance of Tort Law — New Zealand New Compensation Plan" *U. Illinois L. Forum* (1972) 693, 707.

137 ראה מילר (לעיל, הערה 86).

138 ראה קאלאברוזי (לעיל, הערה 32).

incentives so that people will avoid those future injuries worth avoiding and thus achieve an optimal trade-off between safety and injury.¹³⁹

אבל הדעות נחלקו כשמגיעים ליישומם של האמצעים שנועדו להשיג השפעה מרתיעה ולפעול כתמריצים שליליים בנוגע ליצירת הסיכונים. מחברים אחדים מאמינים באמונה שלמה שדיני הנזיקין (שיטת האשמה) הם הדרך *par excellence* להשגת הרתעה ול-
מניעת פגיעות רפואיות.¹⁴⁰ מחברים אחרים, לעומת זאת, מצהירים כי "fault is not needed to create deterrence"¹⁴¹ ומשוכנעים, שדווקא שיטת האחריות שלא על בסיס של אשמה היא הדרך הטובה ביותר להשגת הרתעה ומניעת התחוללותן של הפגיעות.¹⁴² בתוך קבוצה זו יש המעלים על נס את מה שהם מכנים: "Medical Adversity Insurance :
as a quality assurance system"¹⁴³

מאידך גיסא, היו גם כאלה ששללו את האפקטיביות של שיטת התמריצים הכספיים השליליים, שכן לדבריהם, הרופאים תמיד יוכלו לגלגל את העלויות המוגדלות על כתפי ציבור הפציינטים שלהם ושהם גם יעשו כן.¹⁴⁴

מקובל לחשוב, ששיטת הביטוח הסוציאלי והביטחון הסוציאלי אינה מסוגלת לפעול כגורם מרתיע בתחום הנדון.¹⁴⁵ ואולם אלה החושבים כך מתייחסים על-פי רוב לביטחון סוציאלי המושתת על מימון ממלכתי (דהיינו, הבא מקופת המדינה) ולא לשיטה המבוססת על מימון כפי שהוצעה לעיל. אותו פגם יש להצעת חוק איגודי-קנדי, המבוססת על מימון הבא מן הממשל הפדראלי.¹⁴⁶ אף-על-פי כן, יש סבורים כי גם ביטוח סוציאלי עשוי לפעול כגורם מרתיע למניעת הפגיעות או לכלול בתוכו מערכת של מנופים מרתיעים.¹⁴⁷

מה שניתן לעשות במסגרת השיטה המוצעת, כדי שהיא תפעל בתור "feedback to pro-mote safety" הוא להעלות את הפרמיות כשמתגלה עלייה במספר הפגיעות בתוך מקצוע

139 ראה G. Calabresi, "Concerning Cause and the Law of Torts: An Essay for Harry Kalven Jr." 43 *U. Chi. L.R.* (1975) 69, 77, 84.

140 ראה קרצמר (לעיל, הערה 29). השווה מכאניק (לעיל, הערה 28) 1194.

141 ראה פראנקלין (לעיל, הערה 20) 781. השווה לעיל, הערה 32; צ'לפין (לעיל, הערה 9) 476. "There is no proof that malpractice suits improve the quality of medical care or deter physicians from negligent conduct"; J. R. Ball "PSRO-An Alternative to the Medical Malpractice System as a Quality Assurance Mechanism" 36 *Maryland L.R.* (1977) 566, 574-575.

142 ראה אברתם (לעיל, הערה 1) 492, 523; קיטון (לעיל, הערה 10) 607; קארלסון (לעיל, הערה 25) 330, 363.

143 ראה האוויגהארסט וטאנקרדי (לעיל, הערה 25) במיוחד 79, 94; האוויגהארסט (לעיל, הערה 20) 1235-1279.

144 ראה "Comparative Approaches..." (לעיל, הערה 1) 1156.

145 ראה בלוס וקאלון (לעיל, הערה 70) 708, 721, 723; אוקונל "Expanding No-Fault..." (לעיל, הערה 47) 808; וולקר (לעיל, הערה 45) 446.

146 ראה האוויגהארסט (לעיל, הערה 20) 1243.

147 ראה עטית (לעיל, הערה 51) 599-600; גיימס (לעיל, הערה 81) 416; ואנאגאט (לעיל, הערה 74) 30; אוקונל "Expanding No-Fault..." (לעיל, הערה 47) 812 (אם כי דומה שהמחבר איננו משוכנע לגמרי בעניין זה).

רפואי מסוים או בתוך מוסד בריאות זה או אחר ולהוריד את הפרמיות כשחלה ירידה בהן. ויש להודות, כי לתנודות אלה בגובה הפרמיות אמנם עשויה להיות השפעה מרתיעה מסוימת, אבל לבטח לא השפעה משמעותית במיוחד.¹⁴⁸

האלטרנטיבה העיקרית לביטוח סוציאלי בתחום הנדון היא הביטוח המסחרי. ספק רב אם לביטוח המסחרי השפעה מרתיעה אפקטיבית יותר.

שאלת ההרתעה היא שאלה סבוכה ביותר.¹⁴⁹ הנשענת על הרבה approximations and guesses¹⁵⁰ ודומה, שבשלב הנוכחי טרם נמצאה הדרך כיצד להבטיח הרתעה אופטימאלית. הסוגיה כולה דומה למשוואה שיש בה יותר מדי נעלמים ושנחנו עדיין איננו מסוגלים לפתור אותה.¹⁵¹

מכיוון שכך, אולי מוטב להפריד בין המערכת להענקת הפיצוי מחד גיסא, ובין הכלים להשגת הרתעה ולמניעת substandard conduct מטעם ספקי שירותי הבריאות מאידך גיסא.¹⁵² כמו־כן, על מנת לשפר את רמת שירותי הבריאות ולהקטין את הסיכונים הכרוכים בשירותים אלה ניתן לפנות לאמצעים אחרים, כגון להחיות ולארגן מחדש את ועדות האתיקה של הרופאים.¹⁵³ להקים גופים נוספים לביקורת מקצועית בדומה ל־Professional Standards Review Organizations (PSRO) בארצות הברית.¹⁵⁴ או לאמץ "process reviews of provider behaviour"¹⁵⁵ וטכניקות משמעותיות אחרות, תוך חיזוק הפיקוח המקצועי של משרד הבריאות על הפרסונאל הרפואי. מאידך גיסא, גם הרחבת העיקרון של חופש בחירת הרופא עשוי לפעול להעמקת חוש האחריות של הרופאים ועל כן לתרום להשגת המטרה הנדונה.¹⁵⁶

יג. דרכי מיצוי הזכויות

בארצות הברית רבה התרעומת על שיטת השיפוט הקיימת, העוסקת בתביעות הנוגעות לפרקטיקה רפואית לא נכונה. שיפוט זה נתון בידי חבר מושבעים – דרך הנחשבת איטית מדי, מסורבלת מדי ויקרה מדי.

על מנת לשפר את המצב הקיים הועלו הצעות שונות שעניינן יצירת מוסדות לא־רפואיים או משפטיים או רפואיים־משפטיים, כגון medical or medical-legal screening panels¹⁵⁷ or arbitration¹⁵⁸, בין לפני המשפט בפני בית הדין ובין במקום משפט זה.

- 148 ראה קארלסון (לעיל, הערה 25) 365.
- 149 ראה האוויגהארסט וטאנקרדי (לעיל, הערה 25) 79.
- 150 ראה עטיה (לעיל, הערה 51) 599–600.
- 151 ראה מילר (לעיל, הערה 43) 458–459.
- 152 ראה פראנקלין (לעיל, הערה 20) 795, 813.
- 153 ראה הארץ מיום 14.11.78.
- 154 ראה בול (לעיל, הערה 141); האוויגהארסט (לעיל, הערה 20) 1161–1162.
- 155 ראה קארלסון (לעיל, הערה 25) 360; השווה אייטקן (לעיל, הערה 92) 98–99.
- 156 ראה מילר (לעיל, הערה 86).
- 157 ראה רות (לעיל, הערה 3) 495–497; קארפנטר (לעיל, הערה 4) 88; מילר (לעיל, הערה 26) 726–730; וולקר (לעיל, הערה 45) 456–463.
- 158 ראה, למשל, "Medical Malpractice Arbitration: A Comparative Analysis" 62 Va. L.R. (1976) 1285.

ואצלנו, הואיל ולא ניתן למנוע את ההתדיינות בגדון והיות שקיימים בתי דין מיוחדים לעבודה, שהם לאמיתו של דבר גם בתי דין לביטוח סוציאלי, אם תאומץ ההצעה לארגן את הביטוח נגד פגיעות רפואיות כאחד מן הענפים של הביטוח הסוציאלי, לא תעורר שאלת השיפוט בתחום זה קשיים מיוחדים ומן הראוי שהתביעות לפיצויים על פגיעות רפואיות ולזכויות אחרות הכרוכות בפגיעות אלה תהיינה כפופות לסמכותם של בתי הדין לעבודה, שבהם הנוהלים הם פשוטים ומהירים יחסית.