

הצעת חוק פיצוי לפגועים מלידתם, התש"ע-2010:

פיצויים ללא אשם במבחן המציאות*

אסף פוזנר**

תקציר

לאחרונה הוגשה לכנסת הצעת חוק פיצוי לפגועים מלידתם, התש"ע-2010. על פי ההצעה, יינתן כביכול פיצוי לכל משפחה שנולד לה ילד עם מום מולד או גנטי שגורם לנכות קשה בלי שיהיה צורך להוכיח רשלנות רפואית. לדברי המציעים, ההצעה תמנע רפואה מתגוננת ותוביל לשוויון בין נפגעים.

אולם תמונת המצב הפוכה. בהיעדר מקורות מימון אמיתיים הצעת החוק תביא לפגיעה קשה בילדים הנכים, שיזכו לפיצויים נמוכים מאוד ביחס לצרכיהם; הצורך בהליכים ממושכים אף הוא לא ייפתר בשל הצורך של הילד להוכיח שהיה אפשר להפסיק את ההיריון לו ניתן מידע מתאים; הרכב ועדת הפיצויים שנקבע בהצעה אינו מתאים ולא יוכל להתייחס לסוגיות משפטיות או לקביעת עלות צרכיהם של הילדים הנכים.

בבחינה חוקתית של הצעת החוק מתגלה פגיעה קשה בזכויות יסוד של הילדים הנכים תוך הפליה לא מוצדקת בין נכים שונים. השוואת הצעת החוק לחוקים אחרים בישראל ובעולם מלמדת שלהצעה כזו אין אח ורע, והיא מביאה לסגירת דלתות בתי המשפט בפני אלה שזקוקים להם יותר מכול.

בחינת ההצעה מגלה למעשה שהתוצאה היחידה של ההצעה תהא הענקת חסינות מפני ביקורת למעוולים; תוצאת לוואי מחסינות זו תהא פגיעה ברפואה ובמטופלים עתידיים.

מילות מפתח: חוק פיצוי לפגועים מלידתם; רשלנות רפואית; הולדה בעוולה; אולטרסאונד; רפואה מתגוננת; סל התרופות; זכות הגישה לערכאות; ייחוד עילה.

מבוא

בעת האחרונה הוגשה לכנסת, על ידי מספר לא מבוטל של חברי כנסת, הצעת חוק פיצוי לפגועים מלידתם, התש"ע-2010 (פ/2516/18). הצעה זו מעלה – פעם נוספת – את סוגיית בסיס האחריות בנוזיקין, תוך הצעה (על פי דברי ההסבר) ל"פיצוי אוטומטי לכל משפחה שנולד לה ילד עם מום מולד או גנטי שגורם לנכות קשה, מבלי שיהיה צורך להוכיח פגם או מחדל של הרופא". לדברי המציעים, הצעה זו תמנע "הרס שירות חיוני לציבור הרחב",¹ תמנע רפואה מתגוננת ואף תמנע אי-צדק חברתי, שכן לשיטת המציעים, רק בעלי אמצעים מסוגלים לנהל הליך בגין רשלנות רפואית, וכן – על פי השיטה הקיימת – "משפחות חרדיות וערביות שאצלם עקב תפיסת עולם דתית לא מסכימים להפסקת ההיריון... המשפחה נאלצת לחתום על כך שהם מודעים לפגם ולכן נשארות חסרות יכולת לתבוע וכמובן גם חסרות אמצעים לטפל בילד".

לשיטתנו, דברים נשגבים אלה אינם עומדים במבחן המציאות. הצעה שכזו, אם תתקבל, תגרום נזק ניכר לנפגעים ולמשפחותיהם, תפגע בביקורת אובייקטיבית על מוסדות הרפואה, תפגע בשוויון ובזכות הגישה לבית המשפט. לשיטתנו, הצעה שכזו, אם תתקבל, אף עלולה להימצא בלתי חוקתית ובטלה.

* הדברים האמורים מבוססים על נייר עמדה שנכתב על ידי הח"מ לפורום הנוזיקין של לשכת עורכי הדין, ואשר תמציתו הועברה על ידי הפורום לחברי הכנסת כעמדת הפורום.

** אסף פוזנר עורך דין - שותף, כהן, וילצ'יק, קמחי ושות', עורכי דין. aposner@cwklaw.co.il

1 כדברי ההסבר: "נוצר מצב בו רופאים טובים עומדים מצידו השני של המתרס של המטופלים... מספר התביעות הולך ועולה, עלות הביטוח גדלה והבעיה החמירה לכדי כך שהרופאים בתחום מאיימים להפסיק לתת ייעוץ בהיריון וחברות הביטוח מאיימות להפסיק לבטח את העוסקים בתחום".

כדי שנעמיד את דיוננו בהקשר הנכון: הצעת חוק זו היא מימוש של תכניות שהציעו מועמדים לבחירות יו"ר ועד החברה הישראלית לאולטרסאונד במיילדות וגניקולוגיה שנערכו בשנת 2010.² אחד המועמדים³ לדוגמה ציין במצעו כי "תביעות משפטיות מטרידות כל אחד מאיתנו. **עיקר המאמץ** יהיה מבחינתי לבטל את המושג 'הולדה בעוולה' במצבים שבהם לא מאובחן מום עוברי..."⁴, ומתחרהו⁴ הוסיף והחריח אחריו בציינו שמטרתו הראשונה היא "לנסות ולהביא לשינוי מהותי במצב המשפטי הקשה בו אנו שרויים... יש מקום לנסות להידבר עם לשכת עורכי הדין ולנסות ללבן את מצב העניינים הנוכחי בו כמות התביעות הבלתי נכונות נגדנו גוברת ועולה, והופכת את הרפואה למתגוננת ונסוגה".⁵

הצעת החוק בהשוואה למצב הנוכחי

לצורך הבנת השלכות הצעת החוק ראוי להשוות את הצעת החוק למצב הנוכחי:

1. **הצורך בהוכחת אשם:** במצב הנוכחי, כאשר מתברר שיילוד נפגע על ידי מוסד רפואי, הוא – והוריו – רשאים להגיש תביעה שבמסגרתה הם יצטרכו להוכיח **אשם** בפעולות המוסד הרפואי. אשם זה יכול להתייחס לשלב ההיריון (ואף למצב שבו טיפול רפואי נאות, או מידע רפואי נאות, היה מביא להפסקת ההיריון) או לשלב הלידה. במקרה שמדובר בטענה שהיה ראוי שהיילוד שנולד, לבסוף, לא היה נולד, קיימות עילות נפרדות להורים (הידועה כ"הולדה בעוולה") וליילוד (עילה הידועה כ"חיים בעוולה").⁶ לעומת זאת אם מדובר בפגיעה במהלך הלידה וההיריון אשר בהיעדרה היה היילוד נולד בריא, העילה במהותה היא של היילוד בלבד,⁷ ואילו ההורים זכאים רק למעמד של מטיבים. נשלים את הסקירה בציון האפשרות שאם היילוד נפטר ברחם אמו, עניין זה עשוי להצמיח תביעה של ההורים, ולרבות בשל כאב וסבל.⁸

מהצעת החוק ומדברי ההסבר אפשר להבין שבעניין זה יהיה הבדל מהותי בין המצב כיום לבין המצב המוצע. במצב המוצע כל אחד יזכה לפיצוי ללא צורך בהוכחת אשם. בהמשך נראה שההבדל בפועל אינו כה מהותי כפי שאפשר להבין ממבט ראשון.

2. **גובה הפיצויים לנפגעים:** באותם מקרים שבהם אכן נפסקים פיצויים – היינו שבית המשפט קבע שקיים אשם שגרם לנזק – אכן נפסקים (במקרים של נכות קשה) סכומים ניכרים. סכומים אלה מגיעים כדי מיליוני ש"ח **נטו** (היינו, לאחר הפחתת תקבולי המוסד לביטוח לאומי מסכום הנזק). סכומים אלה אינם סכומים מוגזמים אלא להפך: הסכומים האלה משקפים את ההפסדים וההוצאות של הנפגע ומשפחתו. בתור דוגמה הם משקפים את העובדה שהנפגע אינו יכול לעבוד. הם משקפים – במקרים רבים – את העובדה שההורים נאלצים לחדול מלעבוד ו"לבלות" את זמנם ועתותיהם בטיפול ביילוד. הם משקפים את הצורך ברכישת טיפולים רפואיים ופרא-רפואיים (שאינם מצויים בסל הבריאות), ברכישת עזרת הזולת (כתשלומים לעובד זר או עזרה לילדים אחרים במשפחה המאבדים באחת את עזרת הוריהם), ברכישת מכונית (וגם אז בתי המשפט מפחיתים את החלק שבו המשפחה משתמשת לצרכיה במכונית ופוסקים רק את התוספת הנובעת ממצבו של הנכה), רכישת דירה מרווחת יותר (עם חדר למטפל, מפתחים ומסדרונות רחבים בשביל כיסא גלגלים, דירה בקומה ראשונה כדי לאפשר שימוש בכיסא גלגלים ויהיה לה מקום חניה סמוך המתאים לרכב נכה) וכיוצא ב.

2 וראו גם דברי ח"כ שטרית, יו"ר ועדת מדע וטכנולוגיה של הכנסת, מיוזמי החוק, אשר הודה בדיון מיום 14.6.2010 לפרופ' מוטי שוחט, מבכירי הגנטיקאים בישראל, על היזמה להצעה.

3 ד"ר גד מלינגר.

4 פרופ' ישראל מייזנר.

5 קונצנזוס זה אינו צריך להפתיע: דומה שכל קבוצה הצפויה להיתבע תוכל להגיע לקונצנזוס, בינה לבין עצמה, על חשבון נפגעים-תובעים עתידיים, שאין מקום להגיש נגדה תביעות... מכל מקום, עולה גם השאלה אם החוק חשוב כל כך ציבורית (ולא רק לקבוצת נתבעים פוטנציאליים), מדוע לא זכה הנושא להצעת חוק ממשלתית?

6 ע"א 518/82 זייצוב נ' כץ, פ"ד מ(2) 85 (1986).

7 ע"א 2299/03 מדינת ישראל נ' טרלובסקי (פורסם בנבו, 23.1.2007).

8 ע"א 754/05 לוי נ' מרכז רפואי שערי צדק (פורסם בנבו, 5.6.2007). הרחבה זו של זכויות ההורים אינה חלה ככלל אם היילוד נולד חי: ע"א 9466/05 שויקי נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 16.3.2008).

הצעת החוק: הפליה של ילדים נפגעי רשלנות רפואית שתביא לפגיעה קשה בהם

תוצאתה המעשית של הצעת החוק תהיה הפחתה ניכרת של הפיצוי המוענק לנפגעי רשלנות רפואית תוך הפליה שלהם ביחס לנפגעי תאונות או אירועים אחרים ותוך פגיעה קשה באיכות החיים של הילדים ושל משפחתם.

3. **הפיצוי אינו מיוחד לתיקי רשלנות רפואית:** ראשית נקדים ונציין כי בניגוד לעולה מדברי ההסבר להצעת החוק,⁹ בית המשפט בוחן היטב – ולאחר שמיעת ראיות ומומחים (ולעתים אף מומחים מטעם בית המשפט) – את השאלה אם היה אשם בפעולות המוסד הרפואי. נוסף על כך בתיקים לא מועטים מופחתים אחוזים ניכרים מסכום הפיצוי תוך ייחוס אשם תורם לתובעים. גישה זו באה לידי ביטוי לאחרונה בע"א 2813/06 **קופת חולים לאומית נ' זליג**, שבו נפסקו 50% אשם תורם לתובע.¹⁰ העמדה הנזכרת בדברי ההסבר כאילו "רוב הפעמים השיפוט הוא נגד הרופאים" וכי "המערכת המשפטית נוטה לצד המטופל (כולם רוצים בטובתו)", היא רחוקה עד מאוד מהמציאות, ודומה שהיא ניזונה מעמדת המנסים להימלט מביקורת.¹¹

זאת ועוד, בניגוד לנטען בהצעת החוק, גם סכומי הפיצויים אינם מיוחדים לתיקי רשלנות רפואית או לתיקי מומים מולדים. הם נפסקים **בכל תיק נזיקין**. טענה שסכומים אלה נפסקים רק נגד רופאים ומוסדות רפואיים אין בה אמת כלשהי, ויותר מכול היא מצביעה על מניעי המציעים. הסכומים הללו נפסקים גם כאשר קטין נפגע בטיול או בפעילות בבית הספר.¹² **ובתיקים של אחריות מוחלטת**, היינו תיקי תאונות דרכים. לתיקים אלה נחזור בהמשך, אולם ראוי לציין שההפחתות בתיקי תאונות דרכים אינן נוגעות כלל להוצאות צפויות או לעזרת הזולת, וברוב המקרים של המקרים גם אינן נוגעות לאבדן השתכרות.¹³

9 "בהיות המערכת הרפואית מבוטחת, המערכת המשפטית נוטה לצד המטופל (כולם רוצים בטובתו) לכן רוב הפעמים השיפוט הוא נגד הרואים. נוצרו תקדימים משפטיים שאין כדוגמתם בעולם...". מובן שדברים אלה סותרים את טענות מציעי החוק שרק תובעים עתירי ממון מצליחים לנהל הליכים, וכי הליכים אורכים זמן רב ביותר.

10 וכך בפועל התובע מקבל הרבה פחות מחמישים אחוזים מנזקו. על פי שיטת החישוב הנהוגה כיום, מתוך חמישים האחוזים המגיעים לתובע מופחתות כל גמלאות הביטוח הלאומי ולא רק מחציתן או בדומה לחלק היחסי של הפיצויים שנפסקו לתובע.

11 למרבה הצער, לא נוכל לפרט את כל התיקים שבהם נדחת תביעה בגין הולדה בעוולה, ואפילו כאשר נקבעת התרשלנות של המוסד הרפואי במהלך היריון או במהלך לידה, ועל כן נפנה רק למקצתם: ע"א 143/08 **קרצמן נ' שירותי בריאות כללית** (פורסם בנבו, 26.5.2010) (התביעה נדחתה למרות אי-מסירת מידע); ע"א 119/05 **חליפה נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 10.9.2006); ע"א 3186/98 **מזרחי נ' קופת חולים לעובדים לאומיים**, פ"ד נו(1) 924 (2001); ע"א 6643/95 **כהן נ' קופת חולים**, פ"ד נג(2) 680 (1999) (באותו עניין נדחתה התביעה למרות קיומה של התרשלנות); ע"א 434/94 **ברמן קטינה נ' מור המכון למידע רפואי**, פ"ד נא(4) 205 (1997) (באותו עניין נדחתה התביעה למרות קביעת התרשלנות); ת"א (מחוזי חי') 176-03 **קליסקי נ' ד"ר ברונשטיין** (פורסם בנבו, 10.6.2010); ת"א (מחוזי חי') 1134-06 **עודאי נ' ד"ר דוידזון** (פורסם בנבו, 26.5.2010) (למרות קיומה של התרשלנות); ע"א (מחוזי חי') 771/08 **רוקח נ' ד"ר אהרוני** (פורסם בנבו, 2.5.2010); ת"א (מחוזי י-ם) 1338/97 **סידי נ' קופת חולים של ההסתדרות הכללית** (פורסם בנבו, 2.4.2009) (פסק דין זה הוא פסק דין המשך להליך בבית המשפט העליון, אשר קבע עקרונות משפטיים; חרף זאת נדחתה התביעה); ת"א (מחוזי ב"ש) 3344/04 **רוו קטין נ' מכבי שירותי בריאות** (פורסם בנבו, 31.8.2008) (נדחתה תביעת הקטין); ת"א (מחוזי ירושלים) 8256/06 **היימברג נ' הסתדרות מדיצינית הדסה** (פורסם בנבו, 22.6.2008); ת"א (מחוזי חי') 248/04 **כנאנה, קטינה נ' בית החולים הצרפתי בנצרת** (פורסם בנבו, 15.10.2007); ת"א (מחוזי חי') 834/02 **פלוני נ' ד"ר אבידן** (פורסם בנבו, 25.2.2007); ת"א (מחוזי חי') 745/02 **המר נ' פרופ' עמית** (פורסם בנבו, 26.12.2006); ת"א (מחוזי חי') 887/01 **פלוני נ' משרד הבריאות** (פורסם בנבו, 4.12.2005). גם בפסק הדין העקרוני שניתן לאחרונה בדנ"א 4693/05 **בית חולים כרמל – חיפה נ' מלול** (פורסם בנבו, 29.8.2010), פטרו את בית החולים מאחריות למרות הרשלנות שנקבעה.

12 פעילות שבוודאי אי אפשר לומר עליה שהיא לא רצויה. וראו למשל פסק דין המתייחס לטיול ואשר חייב בפיצויים שהיו גבוהים ביותר באותה תקופה: ע"א 702/87 **מדינת ישראל נ' ג'ון כהן**, פ"ד מח(2) 705 (1994). כן ראו פסק דין שניתן לאחרונה שבו חויבו מורה ומנהל בבית ספר באופן אישי בשל פגיעה בתובע, ובשל היעדר ביטוח וחדלות פירעון של עיריית טייבה, שהיא הבעלים של בית הספר, אף צפויים לשלם סכומים מכיסם: ע"א 7008/09 **ג'באר עדנאן עבד אל רחים נ' מוסבאה עבד אל קדר** (פורסם בנבו, 7.9.2010). ראוי לציין שבניגוד לפסק דין זה כמעט שאין מוכר לנו מקרה שבו הרופא הנתבע משלם סכום כלשהו מכיסו.

13 ככל שמדובר בתאונות דרכים קיימת מגבלה של פסיקת אבדן שכר (מגבלה המוגבלת לשילוש השכר הממוצע במשק) ומנוכה מס הכנסה מאבדן ההשתכרות. המגבלה על גובה השכר היא חסרת משמעות בשל העובדה שכאשר מדובר בקטינים, ממילא נפסק השכר הממוצע במשק (ע"א 10990/05 **פינץ נ' הראל חברה לביטוח בע"מ** (פורסם בנבו, 11.4.2006); ע"א 10064/02 **מגדל חברה לביטוח נ' רים אבו חנא**, פ"ד ס(3) 13 (2005); ע"א 9980/06 **עזבון המנוח מיכאל אטינגר ז"ל נ' עיריית ירושלים** (פורסם בנבו, 26.1.2009), וממילא גם המגבלה הנוגעת למס ההכנסה בשיעורי השתכרות אלה היא זניחה.

ולמען הסר ספק, גם בתיקי רשלנות רפואית בית המשפט מפחית¹⁴ את סכומי הביטוח הלאומי. במילים אחרות, הסכום נטו שנפסק אינו בבחינת תשלום כפול, אלא מנכים ממנו – לטובת הרופאים והמוסדות הרפואיים הנתבעים – את הביטוח הלאומי.

4. **גובה הפיצוי נובע מצורכי הילדים הפגועים:** שנית, כפי שהבהרתי לעיל, הפיצויים בסכומים של מיליוני ש"ח אינם "פיצויים עונשיים" אלא הם משקפים את ההוצאות והנזקים בעין שנגרמו לנפגע. קביעה שנפגע אינו זכאי לתשלום, כפי שתגרום הצעת החוק, **לא תעלים את הצרכים**. כל מה שקביעה שכזו תעשה הוא שלמשפחה הנפגעת (ברוב המקרים, משפחה שאינה בעלת אמצעים) ולנפגע, לא יהיה. בתור משל, אם המשפחה לא תוכל לשלם לעובד זר, המשמעות היא שההורים "יהפכו" לעובדים זרים וכל זמנם ועתותיהם יהיו סביב הנפגע עד שהם יקראו. לבד מפגיעה טוטלית בהורים – נקבל גם פגיעה בילדיהם האחרים, שלא יקבלו מה שהם זכאים לו, הן בזמן ותשומת לב מההורים והן בצרכים כספיים, שכן כל הכסף ה"פנוי" של המשפחה יעבור לצורכי הנפגע. היעדר דירה מתאימה יביא לידי כך שהילד הפגוע יהיה בחדרו (משותף לאחרים) ללא אפשרות יציאה (שכן כל הוצאה של ילד כזה היא "מבצע" בפני עצמו). **אולי הרופאים ומציעי החוק "ירגישו" שההוצאות "נעלמו", אך התוצאה הפשוטה היא שהכול נעשה על חשבון הנפגעים.**¹⁵

5. **המשמעות – הפליה פסולה בפיצוי ילדים נפגעי רשלנות רפואית:** לעומת הדין הקיים – ביחס לכל נפגע מכל מין וסוג שהוא (אם ברשלנות רפואית ואם בעוולה אחרת), הצעת החוק באה להפלות לרעה את הנפגעים מרשלנות רפואית ביחס לכלל הניזוקים. על פי ההצעה ישולם סכום "חד-פעמי" לנפגעים, בשיעור מרבי של 250,000 ₪ (סעיף 8(ב) להצעה), וכן סכום (שאפילו לא הובהר בהצעת החוק) עבור פיצוי "בהתחשב" במרכיבים שונים. חשוב לציין: אמנם בתי משפט פועלים על פי תקדימי בית המשפט העליון, אולם בעניין זה לא ברור כלל מה השיקולים שיובאו בחשבון, לדוגמה: האם באבדן הכנסה ישולם אבדן שכר בשנים האבודות (כפי שנקבע בהרכב מורחב בבית המשפט העליון¹⁶)? האם ישולם פיצוי בגין רכישת רכב וניידות (שאינה מנויה עם מרכיבי סעיף 8(א) להצעה)?¹⁷ האם ישולמו תשלומים למטיבים? האם אבדן ההכנסה ישולם באופן מלא (סעיף 8(א) להצעה מתייחס לקביעה "בהתחשב" באבדן ההכנסה בלבד)? האם ישולמו פיצויים לבני משפחה אשר נגרמו להם נזקים, לרבות נזקים נפשיים קשים, בגין האירוע (ולרבות במקרה הפלה)? האם יהיו הורים זכאים לפיצוי (כפי שהם זכאים במקרה של הולדה בעוולה)? בכל הדברים האלה – כמובן – שותקת ההצעה, ודומה שאין מדובר בשתיקה סתם אלא בניסיון למנוע מהומה באשר למשמעות הפוגענית של הצעת החוק.

זאת ועוד, מהסכומים הללו אמורים לנכות את סכומי הביטוח הלאומי (סעיף 9 להצעת החוק). עניין זה משקף את הדין הקיים במקרה של פיצויים. בשל הסכומים הנמוכים שצפויים להשתלם לנפגעים (אשר משתקפים במידה רבה בסכום החד-פעמי), דומה שהמשמעות היא שלא ישולמו סכומים כלשהם לאחר הניכוי.

14 במקרים רבים ההפחתה נעשית ביתר; הסיבות לכך הן שביטוח המשפט בדרך כלל ובשל היעדר טיעון יוצא מתוך נקודת הנחה שבכל מקרה שבו נקבעת נכות מעבר ל-50%, יהא הנפגע זכאי לקצבאות מהמוסד לביטוח לאומי על פי סעיף 195 לחוק הביטוח הלאומי [נוסח חדש], התשנ"ה-1995. הנחה זו היא בעייתית: הן בשל העובדה שבמקרים רבים אחוזי הנכות הנקבעים בוועדות המוסד לביטוח לאומי נמוכים מהנכות שנקבעת על ידי בית המשפט, והן משום שחישובי המוסד לביטוח לאומי נעשים על פי שכר ממוצע שונה (הנמוך בדרך כלל מהשכר הממוצע שנקבע על ידי הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה), ועל פי שכר הנמוך עוד יותר למי שלא השלים תואר אקדמי: ראו תקנה 6 לתקנות הביטוח הלאומי (ביטוח נכות) (צמצום בהשתכרות), התשמ"ד-1984.

15 בדיון שהתקיים בוועדת המדע והטכנולוגיה, סוף כל סוף נמצא "האשם האמיתי": עורכי הדין, וזאת בעימות בין יוזמי ההצעה לבין עו"ד ד"ר ילינק. כאשר ביקש הוא לטעון ביחס לחוק, הוא הושתק בטענה שעורכי הדין מרוויחים מהמצב הקיים, ודומה שלנוכח זאת הסעיף "החשוב ביותר" הוא סעיף 21 להצעה, שעל פיו שר המשפטים יוכל לקבוע שכר טרחה מרבי. מלבד השאלה של חוקתיות הוראה שכזו אפשר להצביע על כך שהסכומים הנגבים על ידי עורכי הדין, כשלעצמם, אינם משפיעים באופן מהותי על הסכומים הכלליים. עם זאת אי אפשר לחדד ששילוק עורכי הדין מזירת ההתדיינות יפחית את הסכומים: במקרה כזה לא יהיה מי שיעמוד על זכויות הנפגעים, ויהא אפשר "לפתור" את כל הבעיה.

16 ע"א 140/00 עיזבון המנוח מיכאל אטינגר ז"ל נ' החברה לשיקום ופיתוח הרובע היהודי בעיר העתיקה בירושלים בע"מ, פ"ד נח(4) 486 (2004).

17 על זאת יש להוסיף שלא ברור כיצד במסגרת פיצויים עתיים ייפסקו פיצויים לצורך ברכישת דירה, או אולי הכוונה היא שהסכום של 250,000 ₪ יכלול רכישה זו.

6. גובה הסכומים שיקבלו הנפגעים יהיה בהכרח מזערי:

אם מציעי החוק סבורים כי ישולמו סכומים זההים לסכומים המשולמים היום או אף בסדר גודל דומה לכל מי שנולד עם תסמונת גנטית (שאותם הם מעריכים – בדברי ההסבר – ב-2%-3% מהלידות), אזי הם שוגים באשליות. על פי נתוני הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה, במדינת ישראל יש כ-160,000 לידות בשנה; עליהן אפשר להוסיף עד 20,000 הפלות מלאכותיות (על פי נתוני הפנייה לוועדה להפסקת היריון). אם כן, מדובר בכ-180,000 הריונות ידועים. מאלה – על פי נתוני המציעים – מדובר בכ-4,000 ילדים הנולדים עם מומים קשים (2.5% מתוך הלידות חי), ומטבע הדברים במסגרת הפסקות ההיריון חלק ניכר נובע מפגמים בעוברים. אם נערוך את החשבון על פי סכום סביר נטו של 3 מיליון ש"ח לכל ילד שנולד עם מום קשה, נגיע למסקנה שמדובר בתשלום של 12 מיליארד ש"ח בכל שנה ביחס לילדים שנולדו באותה שנה.¹⁸ ברור שסכום כזה אינו ריאלי, והסכום צפוי להיות נמוך הרבה יותר.¹⁹

נזכיר את המאבק שנדרש לצורך קביעת תוספת לסל תרופות בשיעור של כ-300 מיליון ש"ח כדי להבין שהסכום – **בהצטרפות על פני השנים** – לכל פגוע אינו צפוי להגיע אפילו ל-100,000 ₪ (אם נניח שמדובר בהפרשה של 300 מיליון ש"ח בשנה, הרי שעל פני השנים מדובר בתשלום כולל של כ-75,000 ש"ח למשפחה). למען הסר ספק, מדובר בתשלום על פני השנים, שכן בכל שנה יתווספו נפגעים חדשים בעקבות לידות חדשות.²⁰ מכל מקום, יהיה מדובר בסכום מגוחך תוך הפלת המחיר הכולל על הנפגעים.

למעשה, עניין זה אף עולה מדברי ההסבר להצעת החוק, גם אם במובלע. המציעים מציינים שאחת הבעיות המרכזיות **במצב הקיים** היא עלות הביטוח. לשיטתם, עלות הביטוח יכולה להביא לידי "הרס שירות חיוני לציבור הרחב" (סעיף א' בדברי ההסבר). ובלשונם: "מספר התביעות הולך ועולה, עלות הביטוח גדלה, והבעיה החמירה לכדי כך שהרופאים בתחום מאיימים להפסיק לתת ייעוץ בהיריון וחברות הביטוח מאיימות להפסיק לבטח את העוסקים בתחום". מובן שמספרים המבססים את הטענות לא ניתנו.²¹ אך אם הכוונה היא שבסכום הנפסק כיום יש כדי לגרום לחשש בהרס שירות חיוני, אזי מה יהיה אם ישולמו סכומים כאלה **לכלל האוכלוסייה** הפגועה (ללא קשר למקור הפגיעה)? על כן דומה שבבסיס ההצעה יש ידיעה מובלעת (שלא נעים להעלותה בפה מלא), שהסכומים שישולמו יהיו מזעריים.

וכדי שלא נשלה את עצמנו בדבר "נדיבותו" של התקציב המופנה לנכים, נפנה לחוק מקביל, חוק לפיצוי לנפגעי פוליו, התשס"ז-2007. חרף העובדה שנחקק חוק, נותרה השאלה אם החוק חל רק על אלו שחלו בפוליו במדינת ישראל, או גם על קבוצה מצומצמת אחרת, של תושבי ישראל שחלו בפוליו בעודם מתגוררים בארץ ישראל לפני קום המדינה. חרף העובדה שכלל הנראה מדובר ב-155 אנשים בלבד, בסכום של 23 מיליון ש"ח, המדינה התעקשה ולא שילמה.²² נדרש הליך ממושך, שבסופו הכריע בית המשפט העליון כי אכן החוק יחול גם על מי שחלה בארץ ישראל טרם הקמת מדינת ישראל. ומלבד זאת אף ראוי להביא את הפרופורציות: באותו עניין אושר תקציב – שנתי – בשיעור של 190,000,000 ש"ח בשביל 4,000 נפגעי פוליו,²³ המשקפים כ-47,500 ש"ח בלבד לנכה, סכום שאיננו

18 אם ניטול את המודל שבפלורידה, שאליו מפנים המציעים בדברי ההסבר – הגם שאינו רלוונטי – ואשר בו הפיצוי הממוצע הוא 1.1 מיליון דולר במחירי 1993, נגיע למסקנה שהפיצוי – במחירי 1993 – יהיה 4.4 מיליארד דולר, ובמחירי היום גבוה עוד בצורה ניכרת. למודל זה נתייחס בהמשך הרשימה.

19 לצורך ההשוואה, בחמש השנים בפלורידה שבהן הוחל החוק, הוענקו פיצויים ב-43 מקרים בלבד, ראו J Horwitz, TA Brennan, *No Fault Compensation for Medical Injury: A Case Study*, HEALTH AFFAIRS 14 170 (1995). כמובן שמספר זה שונה תכלית שינוי מההצעה.

20 ממילא הטענה שמדובר בתשלום עיתי, ועל כן הוא יצמצם את העומס התקציבי, היא מוזרה. בהנחה שבתי המשפט קובעים – ולו באופן ממוצע – את תוחלת החיים בצורה ראויה, הרי שבתוך זמן לא רב ייצרו הפיצויים מעמסה תקציבית זהה. התעלמות ממעמסה תקציבית זו שקולה לקביעה שמאחר שכיום קרנות פנסיה אולי מסוגלות לשלם את הפנסיה לאלה שכבר יצאו לגמלאות, אפשר להתעלם מהמעמסה האקטוארית העתידית ומכך שבמועד מאוחר – עם הצטרבות זכאויות נוספות – הקרנות תקרוסנה.

21 ודומה שאם היו ניתנים, היינו מגלים שאין כלל בסיס להצעה; וכבר היו דברים מעולם: וראו דו"ח הוועדה לבדיקת האחריות לפגיעה בטיפול רפואי, 2000, בראשות כבי' השופט קלינג, בסעיף 4: "מבדיקת הנתונים שהיו בפני הוועדה עולה שאין בסיס לחשש שגל התביעות נגד רופאים גואה, או כי סכומי הפיצויים המשולמים הולכים ועולים בצורה משמעותית".

22 סעיף 41 לפסק הדין של השופט דנציגר בג"ץ 10771/07 גוירצמן נ' המוסד לביטוח לאומי (פורסם בנבו, 1.2.2010).

23 ראו סעיף 42 לאותו פסק דין.

מתקרב לעלויות של הנכים או לבעלי מומים מולדים ואף מתייחס ל"קבוצה סגורה" המתמעטת והולכת לאחר חיסון האוכלוסייה נגד פוליו. אם נשווה זאת להצטרבות של 4,000 מקרים בשנה, מדי שנה (באופן שבפועל יהיו עשרות אלפי נפגעים), קשה להאמין שמאן דהוא סבור ברצינות שמדינת ישראל תשלם את הסכומים הראויים.

ולא נימנע אף מלרענן את הזיכרון משביתות הנכים לפני משרד האוצר²⁴; לצורך העלאה מינימלית בקצבה היה צורך בהפגנות קשות ביותר. ועכשיו, האם מישוהו סבור ברצינות שמדינת ישראל-משרד האוצר תתקצב את הפרויקט במיליארדים רבים של שקלים?

ולהשלמת נקודה זו, ומאחר שמציעי החוק הטריחו אותנו עד לוורגינייה ופלורידה (ועל כך בהמשך), נציין שהסכום הממוצע שבו מפוצים התובעים שם (על פי החוק הרלוונטי) הוא 1.1 מיליון דולר (לכל תובע) במונחי 1993, וכי מי שמממן עלות זו הם בתי החולים והרופאים.²⁵

המנגנון המוצע בחוק אינו מאפשר קביעת פיצויים לנפגעים

במסגרת הצעת החוק נקבע מנגנון ומוצגים "יתרונות" שונים שלו לעומת הליך בבית משפט. בפועל המנגנון המוצע פוגע במבקשי הפיצוי ואינו מאפשר קביעת פיצוי הולם.

7. הוכחת "התרשלות" על פי ההצעה: תנאי הזכאות לפיצוי נזכרים בסעיף 7 להצעה, הקובע כי כדי לגבש זכות פיצוי לא די בהוכחה שהתובע נולד עם נזק²⁶ אלא עליו להוסיף ולהוכיח כי "ניתן היה למנוע את הנזק בין על ידי מתן טיפול מתאים או על ידי מסירת מידע שהיה מוביל לאי לידתו של המבקש, וכל זאת במסגרת הידע הרפואי שהיה קיים בזמן התהוות הגורמים לנזק על ידי בדיקה שניתן היה באותו זמן לבצעה בישראל". תנאי זה, כל כולו, מתייחס לשאלת ההתרשלות מבחינה עקרונית (למשל, מהו טיפול "מתאים", איזה מידע ניתן והיה צריך לתת)²⁷ ואף מחייב קביעת עובדות (כגון איזה טיפול ניתן בפועל, איזה מידע ניתן בפועל, האם היה הוא מביא לאי-לידתו של המבקש), ואפילו עובדות ביחס למבקש עצמו (שכן על פי ההצעה, על מסירת המידע להוביל לאי-לידת המבקש, ועל כן צפויות לעלות שאלות כמו אם אמו של התובע הייתה בכלל מבקשת הפלה, לרבות בשל עמדותיה הדתיות²⁸). מלבד העובדה שקביעת קביעות עובדתיות אינה בתחום המומחיות של ועדת רופאים, נשאלת השאלה: איך יבואו ויקבעו את העובדות? האם יאפשרו הליכי ביניים, שאלונים וגילוי מסמכים? אם לא יאפשרו זאת, ממילא תביעות מוצדקות רבות תידחנה, שכן הניזוק-התובע (או בלשון הצעת החוק – המבקש) הוא בעמדת נחיתות מובהקת לעניין המידע והרישומים. או שמא יקבלו – כתורה למשה מסיני – את רישומי המוסדות הרפואיים ו"הצהרה" שלהם על מידע שנמסר לחולה (ואז, למרבה הצער, ההכרעה בתביעות תהיה על בסיס חוסר מידע).

ציינו לעיל כי במצב הקיים נערך דיון בבית משפט; כל צד מיוצג על ידי עורך דין; קיימים הליכי ביניים של גילוי, שאלונים וכיו"ב. ההצעה מציינת כי הליכים אלה מתארכים, והיא – על פני הדברים – מבקשת לחסוך הליכים אלה. אלא שמדובר גם כאן בטיעון שאינו נכון. אכן, הליכי תביעה בגין רשלנות רפואית מתארכים בבתי משפט. ואולם, חלק גדול מהתארכות זו נובע מהצורך לברר את העובדות כדבעי ולמנוע מצב שבו מי ששולט על המידע (המוסד הרפואי) "קובע את העובדות". במקרים קיצוניים אף קבע בית המשפט – וזאת ניתן רק לאחר דיון ממצה – כי היו

24 למען האמת, אין צורך בזיכרון ארוך לצורך כך; בימים אלה ממש הודיעו ארגוני הנכים שבכוונתם לצאת למאבק בגין אי-הגדלת הקצבאות.

25 לסכום ולדרך המימון: Horwitz & Brennan, לעיל ה"ש 19 בעמ' 169, 171, DG Duff, *Compensation for Neurologically Impaired Infants: Medical No-Fault in Virginia*, [1990] HARVARD J. ON LEGIS. 391, 428.

26 עניין לא פשוט בפני עצמו, ועליו נשברו קולמוסין בע"א זייצוב, לעיל ה"ש 6. באותו הליך נדונה השאלה אם יילוד יכול לומר ש"נגרמה" לו נכות כאשר לולא ההתרשלות הוא לא היה נולד כלל.

27 בכך ההצעה למעשה מגבילה את גובה הסכומים שייפסקו, ולעומת זאת היא משאירה את הפיצוי המוגבל למי שככל הנראה ממילא היה זוכה בדין; והשוו למשל Robert L. Conason, Steven E. Pegalis, *Neurologic Birth Injury: Protecting the Legal Rights of the Child*, 31 THE JOURNAL OF LEGAL MEDICINE 249, 253 [2010]: "ACOG has 'cherry picked' for inclusion only those children who might have cases they do not wish to defend, and all other handicapped children are excluded".

28 ממילא אף האמור בדברי ההסבר כאילו יחול הוא על קבוצות חרדיות וערביות באוכלוסייה, מנוגד להצעת החוק עצמה ויוצר הרגשה שהזכרת קבוצות אוכלוסייה אלה בדברי ההסבר להצעת החוק נועד רק לגייס את תמיכת חברי הכנסת מקבוצות אוכלוסייה אלה.

זיופים של ממש ולא רק השמטות ברישום.²⁹ מלבד זאת ובשל השוני במאזן הכוחות בין המטופל למוסד הרפואי אף ניתנו פסקי דין רבים על נטל הראיה, היינו מי צריך להוכיח שניתן מידע להורים, שניתן טיפול וכיו"ב. איך יכריעו בכל אלה? דומה שאם הכוונה שהרכב של גנטיקאי, גינקולוג ונירולוג ילדים (סעיף 11 להצעת החוק) יכריעו בשאלות אלה ויאפשרו שאלונים וחקירה נגדית, מדובר בתקוות שווא.³⁰

8. **ההרכב שידון בפיצוי חסר את הכישורים המתאימים לקבוע קביעות משפטיות:** זאת ועוד אחרת: ההרכב שעל פי ההצעה אמור לאשר או לדחות את דרישת הפיצוי (הרכב הכולל גנטיקאי, גינקולוג, נירולוג ילדים) חסר כישורים לקביעות עקרוניות משפטיות אשר נידונות כיום באופן מעמיק על ידי בתי המשפט הכלליים (ועם כל הכבוד, אף בתי הדין לעבודה, שנקבעו בהצעת החוק כערכאת הערעור, אינם נוהגים לעסוק בדברים אלה). בתור משל נפנה לשאלה של מתן מידע (הנוכח בסעיף 7(א)(3) להצעה). מתי צריך למסור מידע ומתי אפשר לראות באי-מסירת המידע כגורמת נזק? שאלה זו היא שאלה משפטית, אשר לא זו בלבד שאינה שאלה מקצועית רפואית, אלא שעל פי הפסיקה, גם אם כל הרופאים – כאיש אחד – יבהירו שלדעתם לא צריך למסור מידע, עדיין קיימת אפשרות שביט המשפט יקבע כי על פי הדין יש למסור מידע.³¹ כמו כן אם החליטה האם שלא לבצע הפלה (נושא המופיע אף הוא במסגרת סעיף 7(א)(3) להצעה: "שהיה מוביל לאי לידתו של המבקש"), תעלה שאלה אם ההסבר שניתן לפני שהאם החליטה שלא לבצע הפלה היה הסבר מתאים (השאלה הידועה כ"הסכמה מדעת"), וגם כאן נציין כי חוק זכויות החולה קובע כי המבחן הוא של "החולה הסביר", ובכוונת מכוון לא קבע כי מדובר על "הרופא הסביר", וממילא אין מדובר כלל בשאלה מקצועית רפואית.³² בשולי הדברים נציין כבר עתה, ונחזור לכך בהמשך, שהפסיקה **שיפרה** את תהליכי קבלת ההחלטות בבתי חולים, **דווקא** בשל עמדתה שאין היא כבולה בחוות דעת מקצועיות ודווקא בשל הקביעה שמדובר בשאלות משפטיות.

ודוק: האם הוועדה תכריע במחלוקת שבין השופטים בן פורת ודי לוי, מזה, וברק ושי לוי, מזה בע"א 518/82 **זייצוב נ' כץ**?! עניין זה תלוי ועומד כיום בהרכב מורחב של בית המשפט העליון.³³ ומצער עד מאוד שמה שנדרש להרכב של שבעה שופטי בית המשפט העליון, יש מי שסבור ששלושה רופאים – גנטיקאי, נירולוג ילדים וגינקולוג – יכולים לעשות בתחום שאינו בתחום כישוריהם. ורק כדי לחדד נקודה זו נציין כי כיום עומד בפני המערכת המשפטית אתגר נוסף, היינו האפשרות למנוע נשאות ומחלות גנטיות על ידי הפריה חוץ-גופית ובדיקת העוברים המוחזרים לפני החזרתם (הליך הידוע כ-PGD) ומניעת הדילמה של הולדה בעולה כל עיקר. האם גם בשאלה עקרונית זו תכריע הוועדה?

9. **ההרכב המוצע חסר את הכישורים המתאימים לכימות הנזק:** אך לא רק בשאלות אלה – שאלות משפטיות ועובדתיות-ראייתיות – אין להרכב הוועדה המוצעת ידע מספיק או מתאים: הדברים נכונים גם לקביעת הנזק: חברי הוועדה – גנטיקאי, גינקולוג ונירולוג ילדים – אינם בעלי כשירות לקבוע נזקים. קביעת הנזק, מלאכה היא ולימוד היא צריכה. בתי משפט הכלליים-נויקיים עוסקים בקביעת נזקים הן מבחינה תאורטית-עקרונית³⁴ והן מבחינה פרקטית-ראייתית (בתור דוגמה: סעיף 8(א)(4) להצעת החוק מתייחסת לשינויים נדרשים במקום מגורים ובמקום עבודה: לצורך כך, ככלל, מוגשות חוות דעת שיקומיות, הנדסיות ושמאיות, ונערכות חקירות נגדיות; האם כל אלה ייעשו בוועדה? ומה כישוריה לצורך קביעה כאמור?!).

29 למשל ת"א (מחוזי י-ם) 6436/04 **קקון נ' ד"ר ספקטור** (פורסם בנבו, 30.9.2009).

30 לבעיות בנטלי ראה בחוקים בוורגיניה ופלורידה: DG Duff, *Compensation for Neurologically Impaired Infants: Medical No-Fault in Virginia*, HARVARD J. ON LEGIS. 391, 423 [1990].

31 ראו למשל, אסף פוזנר "סטנדרט רפואי וסטנדרט משפטי" **רפואה ומשפט** 26, 48 (2000); ע"א 935/95 **רביד נ' קליפורד**, פ"ד נב(4) 736 (1998), סעיף 6 לפסק דינה של השופטת – לימים הנשיאה – ביניש; רע"א 5587/97 **היועץ המשפטי לממשלה נ' פלוני (קטיין)**, פ"ד נא(4) 830 (1997).

32 ע"א 434/94 **ברמן נ' מור המכון למידע רפואי בע"מ**, פ"ד נא(4) 205 (1997), ע"א 4384/90 **ואתורי נ' בית חולים לניאדו**, פ"ד נא(2) 171 (1997); ע"א 4960/04 **סידי נ' קופת חולים כללית**, פ"ד ס(3) 590 (2005); ע"א 522/04 **מרכז לייזר לניתוחי קרנית בע"מ נ' דיראוי** (פורסם בנבו, 28.6.2005).

33 ראו החלטה בע"א 1326/07 **המר נ' פרופ' עמית** (פורסם בנבו, 8.12.2009).

34 וע"ע קביעת פיצוי אבדן שכר בשנים האבודות: פרשת **עייזבון המנוח מיכאל אטינגר ז"ל, לעיל ה"ש 16**, כן ראו דיון עקרוני – תוך הפניה לקביעות ועדות ציבוריות בחו"ל שדנו בנושא – לעניין גובה הפיצוי בגין כאב וסבל: ע"א 2055/99 **פלוני נ' הרב ניסים זאב**, פ"ד נה(5) 241 (2001).

10. אכן, בדבר אחד יש לוועדה "כישורים" טובים. הכישורים הם בהצגת אמפתיה למקצוע הרפואה, הנרדף כביכול, על חשבון הנפגעים. אם זו המטרה של הצעת החוק, יש להניח שהושגה (כמו גם החיסכון התקציבי על גבם של הניזוקים) במלואה. ועדיף שלא נרחיב את הדיון בכך. ובשולי עניין זה: כאשר הועברו סמכויות הכרעה ושיפוט כלשהן (ואף קלות פי כמה) לוועדה העוסקת בערעורי נכים הטוענים שנפגעו בשירות ביטחון, הרי שלא רק שהערעור הוא **לבית המשפט המחוזי** (העוסק בקביעת קשר סיבתי כדבר שבשגרה), אלא שבועדה יש **רוב** משפטיים, ובראשה עומד **שופט**, ואיך זיל גמור. וגם כאן לא נימנע מלהפנות לחוקים ה"מקבילים" שהמזיע הפנה אליהם: בתור משל, בפלורידה מי שמכריע בשאלות הוא **שופט**, וגם בוורג'יניה (שם הועברו הסמכויות – בטרם ערעור – ל־ Industrial Commission) מדובר בגופים ממונים על ידי בית המחוקקים ולא בגופים בעלי השפעה מכרעת לרופאים.³⁵

11. ולא למותר להזכיר את חוק־יסוד: השפיטה, הקובע בסעיף 1 את הגופים העוסקים בשפיטה. דומה שהצעת החוק מבקשת להקים "בית משפט" נוסף, תלוי בהחלט (בניגוד לסעיף 2 לחוק היסוד; חברי הוועדה באים מקרב הקבוצות הנתבעות), והממונה לא על ידי הוועדה למינוי שופטים אלא על ידי שר הבריאות, שהוא "נתבע סדרתי" ובעל עניין (המדינה, כבעלת מוסדות רפואיים, היא נתבעת סדרתית בתיקי רשלנות רפואית).

12. ולסיכום נקודה זו: השוואת ההליכים הקיימים כיום להליכים המוצעים מביאה למסקנה שהחוק צפוי לפגוע – פגיעה אנושה – בזכויות נפגעים־עקב־אשם, והעברת ההכרעה מגוף המתאים להכריע בו (בתי המשפט) לגוף שלא רק שאינו כשיר לבצע את ההכרעות הנדרשות אלא שהתנהלותו הצפויה אף תביא לבירור שהאמת ממנו והלאה.

ליקויים חוקתיים

הצעת החוק לוקה בכמה ליקויים חמורים אשר יש בהם פגיעה בזכויותיו החוקתיות של הפרטים הניזוקים:

13. **תחולה רטרואקטיבית:** על פי ההצעה, החוק יחול גם על תביעות שתוגשנה לאחריו אך המתייחסות לתקופה שלפניו (סעיף 22). המשמעות האמיתית של קביעה שכזו היא החלת החוק **באופן רטרואקטיבי על כל הלידות ב־25 השנים האחרונות** (שכן חוק ההתיישנות קובע שאפשר להגיש תביעה של ילד עד הגיעו לגיל 25). החלה על תביעות "ישנות" ומניעת הגשת תביעות לבית משפט תוך צמצום ניכר בסכומים המגיעים היא פגיעה בוטה בזכות הקניין, ובתור שכזו היא אינה חוקתית (סעיף 3 לחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו). בתור השוואה בלבד נציין כי כאשר נחקק חוק הפיצויים לנפגעי תאונות דרכים, שגם בו קיים סעיף "ייחוד עילה", הוחל החוק באופן פרוספקטיבי בלבד, ועל תאונות שאירעו לפני חקיקת החוק חל הדין הקודם: סעיף 23(א) לחוק.

עניין זה בולט עוד יותר לאור העובדה **שהנתבעים הפוטנציאליים לא רק שקיבלו את התמורה עבור הטיפול** (ובמקרים רבים מדובר בטיפולים פרטיים שהנבדקים שילמו עבורם בכסף מלא, כגון אולטרסאונד בשוק הפרטי) תוך ידיעה ברורה שאם תהיה רשלנות יחויבו הם בפיצוי מלא, אלא שאף **רכשו** הם ביטוח (או תמחרו את הביטוח בכלל התשלום). במקרים מסוימים אף נרכשו בישראל פוליסות ביטוח על סמך מועד האירוע (occurrence basis). במילים אחרות, החבות כבר נוצרה, שולמה ולעתים אף בוטחה בפועל, והנה החוק מבקש ליתן "פרס" למוסדות הרפואיים ולמבטחים ולהתיר להם לשלשל לכיסם הפרטי את הרווחים שצברו בעוד הם פטורים מהתשלום.

ובשולי נקודת הרטרואקטיביות: למעשה, סעיף התחולה של החוק מכניס לחוק עוד מאה אלף נפגעים (על פי חישוב של ארבעת אלפים נפגעים בשנה כפול 25 שנים). הגע בנפשך: אם על כל תביעה שתוגש מיום תחילת החוק יחול המשטר החדש (סעיף 22 להצעה), ומאחר שעל פי דיני ההתיישנות כל מי שצער מגיל 25 זכאי להגיש תביעה, יזדרזו אלה כולם ויגישו תביעות. ואם הראינו שכל הנפגע **בעתיד** יקבל סכום מזערי, אזי לאור התוספת הזאת ברור שהסכומים שיועמדו יביאו לידי כך שיקבלו זעיר שבזעיר.

14. **הצעת החוק פוגעת בזכות הגישה לבית המשפט:** הצעת החוק מונעת מהנפגעים את יומם בבית המשפט. למען הסר ספק: אף שלכאורה אפשר לערער על החלטת הוועדה בפני בית הדין לעבודה, הרי שקביעת העובדות הוצאה מגדר ערעור זה (סעיף 13(א) להצעה). וכפי שאף עולה בתביעות רשלנות רפואית, חלק ניכר מהקביעה הסופית מצוי

35 בניו זילנד אף שההסדר אחר בתכלית, הוועדה דומה לוועדה בענייני קצין התגמולים בישראל וכוללת משפטן, רופא ואיש ציבור: J Manning, *Treatment Injury and Medical Misadventure*, in *MEDICAL LAW IN NEW ZEALAND* 679, 718 (S Paterson et al., 2006).

בעניין ה"טכני" של קביעת העובדות דווקא.³⁶ חומרתה של הפגיעה בולטת במיוחד כאשר משווים את ההסדר המוצע להסדרים מיוחדים אחרים, ולכך נייחד פרק נפרד בהמשך.

15. **הצעת החוק מפלה בין נפגע לנפגע:** הצעת החוק נועדה לכאורה "לחסוך" את הדיון בשאלת האשם שבטיפול באם ובעובר. אך אם מסירים את נושא האשם, שוב אי אפשר להסביר הסבר ראוי מדוע נפלה בין נפגע לנפגע. מדוע לא נפצה אדם אשר החליק באמבטיה ונפגע קשה, ואילו אחר, שאף הוא נפגע ללא אשם, יקבל פיצוי?³⁷ ואף בין ילד לילד מפלה הצעת החוק: אם הבעיה הסוציאלית וצורכי הילד הנכה עומדים בראש מעיינינו, על שום מה "נתעקש" שיהיה מדובר באירוע שהיה מוביל להפסקת ההיריון (סעיף 37(3) להצעת החוק)? מדוע שאדם ש"סתם" לוקה במום מולד לא ייהנה מהתשלום? ויודגש: כל עוד מדובר בדרישת אשם, קל להבחין – בצורה ראויה – בין פגוע לפגוע. אך כאשר יושמט נושא האשם והחוק ייהפך ל"חוק ביטוח לאומי מורחב", לא ברור על שום מה נבחין בין אחד לשני:³⁸ **ויודגש: פגיעה זו בזכות השוויון אף עשויה להביא לביטולו של החוק כל עיקר:** בג"ץ 4124/00 **ארנן יקותיאלי ז"ל נ' השר לענייני דתות**.³⁹

כך למשל הוא המצב בניו זילנד, המדינה היחידה בעולם שבה יש ניסיון התמודדות עם בעיות של פגיעה בגין טיפול רפואי. מדובר ב־Prevention, Rehabilitation, and Compensation Act 2001 Injury. חוק זה הוא חוק כללי, החל על כל מקרי התאונות – רפואיות או לא רפואיות – בניו זילנד והקובע **דין אחד להם**. אדרבה, הנושא של תאונות רפואיות מכסה חלק קטנטן של המקרים הרלוונטיים.⁴⁰

בעניין השוויון ראוי להפנות להיתממות של מחבר דברי ההסבר: לטענת מחבר דברי ההסבר, החוק בא לקדם את השוויון כיוון שלשיטת מציע ההצעה, "רק משפחות בעלות אמצעים מסוגלות לעמוד בתהליך הארוך". עניין זה מוזר מעט, משני טעמים: הטעם הראשון הוא שקודם לכן – בדברי ההסבר – הבנו שבתביעות רשלנות רפואית "כל מספר זוכה", והסתירה בולטת לעין. הטעם השני הוא שדומה שדווקא קבוצות האוכלוסייה החזקות הן שלא תסבולנה מחסור: **אם נזכה לחוק מעין זה, צפויה להתפתח פרקטיקה של חברות ביטוח שיציעו למי שידו משגת, ביטוח מתאים מפני לידת ילדים עם מומים**. זאת אנו מסיקים מפוליסות הבריאות הנוגעות לסל התרופות המוגבל ומכך שקבוצות האוכלוסייה המבוססות נזקקות לבדיקות אולטרסאונד פרטיות, בדיקות גנטיות וכו' (חלקן ממומן בביטוחים המשלימים בקופות החולים, אך גם נושא זה נמנע מחלקים ניכרים באוכלוסייה). כמובן ביטוח כזה לא יגיע לאוכלוסייה החלשה, ועל כן **דווקא הם** לא יזכו לתשלום. מעבר לכך: משפחה שאינה אמידה לא תוכל לשאת בעלות הפגיעה הכלכלית בשל היות הפיצוי מינימלי.

ולשיטתנו, הפגיעה בשוויון אינה רק בין נפגע עשיר לנפגע עני, בין נפגע באשם לנפגע שלא באשם, אלא גם בין נתבע לנתבע. מדוע קבוצת נתבעים מיוחסת תיהנה מכך שהמדינה תישא בתוצאות רשלנותם, ואילו קבוצות אחרות, כגון מורים בבתי ספר, לא תיהנה מאותה פריבילגיה?⁴¹

16. **החוק המוצע פוגע בכלל ההסדרים הראשוניים:** פגם חוקתי אחר בהצעת החוק הוא היעדר כללי פיצוי בחוק. חוק אמור לקבוע את ההסדרים הראשוניים לגבי פיצוי. והנה החוק הנוכחי (שהיה יכול, בתור משל, להחיל את

36 לחשיבות זכות הגישה לבית המשפט ראו למשל ספרו של השופט לוי **תורת הפרוצדורה האזרחית** (מהדורה שנייה, 2008), ולאחרונה רע"א 8113/09 **אלייד סוכנויות לביטוח (1975) בע"מ נ' מוניות ישיר סוכנות לביטוח 2001 בע"מ** (פורסם בנבו, 2.11.2010), בדעת השופט רובינשטיין: "עמוד האש במדינת חוק הוא שתהא כתובת לבעלי דין להתדיין בה, זו הזכות הקרויה זכות הגישה לערכאות... דרך המלך, הכתובת המרכזית, היא בית המשפט".

37 השו"ת [2009] 30, 39 MEDICAL L. REV. *Thomas Douglas, Medical injury compensation: Beyond 'no-fault'*.

38 כדי שלא נראה נאיביים יתר על המידה או תלושים מהמציאות: קבוצת הלחץ שמאחורי הצעת החוק מעוניינת אך ורק להגן על רופאים. על כן אם אדם הוא פגוע אך נעדר יכולת תביעה, הוא ממילא לא מעניינם, ומכאן ההבדל. דא עקא שתירוץ אינו הסבר חוקתי, וראה להבעת חשש שקבוצות לחץ – או מחלות – ידאגו לחקיקת חוקי הטבות שונים בעמדת המדינה בסעיף 25 לפסק הדין של השופט דנציגר, בג"ץ **גוירצמן**, לעיל ה"ש 22.

39 ניתן ביום 14.6.2010.

40 Douglas, לעיל ה"ש 37, בעמ' 32.

41 בשל כך, ועל פי החקיקה בוורגיניא ובפלורידה, לא רק שבתי החולים והרופאים מממנים את התשלום, אלא שיש צורך בהצטרפות וולונטרית שלהם להסדר תוך הודעה מפורשת למטופל מבעוד מועד, שאם לא כן, חלים דיני הרשלנות הרגילים: Duff, לעיל ה"ש 30, בעמ' 408.

כללי הפיצוי מחוק הפיצויים לנפגעי תאונות דרכים, המפנה – בחלקים ניכרים – לפקודת הנוזיקין) נמנע מלעשות כן. למעשה, כללי הפיצוי ייקבעו על ידי ועדות עם הוראות כלליות בלבד בחוק. דרך זו היא פסולה לחלוטין.⁴²

וכדוגמה נוספת לאמור: לאחרונה דחתה ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת הצעה לקצר את תקופות ההתיישנות (ואף לקבוע שהתקופה תרוץ כלפי קטינים). בשל עמדה זו של הוועדה משך משרד המשפטים את ההצעה כולה. דומה שכיום מנסים המציעים לאפשר זאת בדלת האחורית בקביעה ששר הבריאות (ראו הגדרת השר בסעיף 1 להצעה), היינו נציג הגוף שאמור לממן את עלות הפיצוי, יקבע את המועדים להגשת התביעה (סעיף 5(ב)) (לחוק) תוך מניעת דיון ציבורי ראוי.

הליך החקיקה אינו ראוי

בשולי הבדיקה החוקתית נבקש להצביע על שני פגמים מהותיים שנפלו בהליך החקיקה: האחד נוגע לרקע העובדתי שעליו היא מתבססת והאחר נוגע לאופן המימון והתקצוב של ההצעה:

17. המציע יוצא מתוך נקודות הנחה עובדתיות שלמרבה הצער לא נבדקו כלל.⁴³ המציע מציין למשל כי כמות התביעות עלתה; מובן שיש לבדוק את כמות התביעות **שבהן זוכים** התובעים ומספר שכזה לא ברור.⁴⁴ בדומה לכך יש התייחסות בדברי ההסבר לכך שהסכומים הנפסקים גדלים והולכים; גם כאן יש לבדוק את העובדות ואם מדובר בעלייה ביחס לרשלנות רפואית או שמא בעלייה כוללת בתיקי הנוזיקין⁴⁵ (למשל, מאחר שעלות הטיפולים הרפואיים עלתה צרכי הנפגע גדולים יותר) שאינה מאפשרת אפליית תחום המומים המולדים בלבד. עניין אחר שטעון בדיקה הוא הסכומים הנגבים כיום על ידי נותני השירותים והמביאים בחשבון את נושא הביטוח: האם בכלל נבדק אם סכומים אלה יופחתו או שמא – ודומה שמסקנה זו מתבקשת – נותני השירותים, למשל אולטרסאונד פרטי, לא יפחיתו ולו בשקל אחד את עלות השירות אלא ישלשו לכיסם את הרווח הנובע מחוסר צורך בביטוח? בדומה, יש לבדוק אם הכצעקתה, ואם למשל אכן הוגדלו מטעמים **אובייקטיביים** פרמיות הביטוח ובאיזה שיעור.^{46,47} ולמותר לציין: ללא בדיקה אמפירית, כל חוק המנסה לפגוע בזכויות יסוד יימצא בלתי חוקתי. ודומה שכך הם פני הדברים בהצעה זו.

18. סעיף 39 לחוק יסודות התקציב, התשמ"ה-1985 קובע כי "הצעת חוק המוגשת לכנסת שבביצועה כרוכה הוצאה או התחייבות להוצאה מתקציב המדינה, או שבביצועה כרוכה הפחתה של הכנסות המדינה, תצוין, בנוסח

42 ראו למשל בג"ץ 3267/97 **רובינשטיין נ' שר הבטחון**, פ"ד נב(5) 481.

43 עניין זה אינו מפתיע. גם כאשר נדונה בוועדת חוקה, חוק ומשפט הצעת חוק ההתיישנות, התשס"ד-2004, נמנעו חברות הביטוח מלהעביר מידע בעניין עלות הארכת תקופת התיישנות או קיצורה (לבד מאמירה שמדובר בהרבה כסף), וזאת למרות בקשות חוזרות ונשנות של יו"ר הוועדה דאז, פרופ' מנחם בן ששון.

44 מובן שיש לבדוק את התוספת **מעבר** לגידול הרגיל באוכלוסייה ומעבר לתיקי הנוזיקין באופן כללי.

45 בדיון בוועדת המדע והטכנולוגיה מיום 14.6.2010 הוצג נתון – שלא ברור מקורו – שבשנת 1991 עמד סך הפיצויים שנפסקו בישראל על סוג זה של תביעות על 10.9 מיליון דולר, ואילו בשנת 2008 עמד הסכום על 40.2 מיליון דולר. מלבד העובדה שהנושאים הנידונים בטקסט לא צוינו, נציין שבחירת מועדים אלה אינה מפתיעה: בשנת 1991 כמעט שלא היו בדיקות נשאות גנטיות, והאולטרסאונד היה בחיתוליו (ובודאי לא היה קיים זמן מספיק כדי שאירועים עוולתיים יבשילו לכלל תביעות ופסקי דין). לעומת זאת בשנת 2009 בדיקות אלה היו שכיחות, כאשר נוצרת "תעשייה" של מכוני אולטרסאונד, תוך גלגול סכומי עתק, ועל כן גם תביעות רשלנות ביחס אליהם. הבאת הנתונים במועדים הללו שקולה לטיעון שרק בשלב מאוחר החלו להיפסק פיצויים בגין צנתורים, ולעומת זאת באמצע המאה העשרים לא נפסקו סכומים כאלה או שבתו המשפט מגזימים בפסיקת פיצויים בגין תאונות דרכים, ולעומת זאת שבמאה התשע עשרה כמעט ולא נפסקו סכומים כאלה...

46 בתור דוגמה המצב בפלורידה – לפני חקיקת החוק שם – היה שגינקולוגים-מיילדים שילמו בשנת 1985 סכום של 185,460 דולר (במילים: מאה שמונים וחמישה אלף, ארבע מאות ושישים דולר) לשנה כפרמיות ביטוח: S Martin, MD, *NICA-Florida Birth Related Neurological Injury Compensation Act: Four Reasons Why this Malpractice Reform Must be Eliminated*, 26 NOVA L. REV. 609, 611 (2002), Horwitz & Brennan; לעיל הי"ש 19. למיטב ידיעתנו אין זה המצב בישראל. מכל מקום הדגשנו את נושא הטעמים האובייקטיביים, שכן אם מדובר בהעלאת שיעורי ביטוח מטעמים לא מוצדקים, דומה שהמקום להתמודדות עם הסוגיה הוא במסגרת סמכויות המפקח על הביטוח והממונה על הגבלים עסקיים. מכל מקום, ידוע לנו על בית חולים מרכזי בישראל שבחר "לבטח את עצמו" ולא ליטול – במקרה הרגיל – ביטוח, דבר המלמד על אפשרות לכשל שוק ולא לכשל פסקי דין.

47 לדחיית הטענות של עליית הפרמיות מאחר שאלה אינן מבוססות מבחינה עובדתית: Tsachi Keren-Paz, *Liability regimes, reputation loss, and defensive medicine*, 18 MEDICAL L. REV. 363, 365-366 [2010].

החוק המוצע או בדברי ההסבר לו, דרך המימון להוצאה או להפחתה". בשל סכומי העתק שבהם מדובר (אם אכן כוונת המציעים בדברי ההסבר שיתן פיצוי הולם לכולם היא אמיתית) היינו מצפים שיהיה פירוט של מקור המימון. דומה שבשל הסכומים שבהם מדובר עניין זה היה מכשיל את ההצעה מלכתחילה.⁴⁸

חוקים מקבילים או מקבילים לכאורה? עיון בחקיקה הישראלית

עיון בחוק המוצע מעלה מסקנה שהמציעים נטלו חלקים מחקיקה אחרת. דווקא העיון בחקיקה מקבילה מלמד עד כמה הצעת החוק היא פוגענית ולא חוקתית:

19. בחקיקה הישראלית קיימים כמה חוקים שהקו השווה ביניהם הוא שהם מטפלים בתשלום – מלבד דיני הנזיקין ושלא על פי דיני הנזיקין – וזאת כאשר קצרה ידם של דיני הנזיקין מלהושיע. גם כאן הטיפול הוא באמצעות תשלום סכום בסיסי, ולעתים קצבה מסוימת. חוקים אלה נחקקו על בסיס הומניטרי, וכך היא גם הרטוריקה בדברי ההסבר להצעת החוק הנוכחית. החוקים שראוי לעיין בהם הם החוקים האלה:

א. חוק ביטוח נפגעי חיסון, התש"ן-1989.

ב. חוק לפיצוי נפגעי עירו דם (נגיף האיידס), התשנ"ג-1992.

ג. חוק לפיצוי נפגעי גזזת, התשנ"ד-1994.

ד. חוק לפיצוי נפגעי פוליו, התשס"ז-2007.

20. עיון בחוקים אלה מגלה היטב עד כמה רחוקים הם מהצעת החוק. חוקים אלה הם חוקים המבוססים על **אופציה** העומדת לנפגע להשתמש בהם כאשר הוא יכול לפנות גם להליך נזיקי. **סעיף התחולה הוא סעיף של ברירה, ולא סעיף של ייחוד עילה.** משזה המצב, אפשר לטעון כי החוק מיטיב עם הנפגעים ואינו פוגע במי שעומדת לרשותו עילה, ככל תובע אחר.

21. בעניין זה נפנה למשל לסעיף 7 לחוק ביטוח נפגעי חיסון, התש"ן-1989, הקובע כי "הגיש אדם תביעה לפי חוק זה, לא יהיה רשאי להגיש תביעה לפי פקודת הנזיקין [נוסח חדש] בשל אותה פגיעה, וכן להיפך" (נוסח דומה מצוי בסעיף 8 לחוק לפיצוי נפגעי עירו דם (נגיף האיידס), התשנ"ג-1992 וכן בסעיף 10(א) לחוק פיצוי לנפגעי פוליו, התשס"ז-2007). סעיף מורכב מעט יותר מצוי בסעיף 11 לחוק לפיצוי נפגעי גזזת, תשנ"ד-1994. חשוב להדגיש: הוראות מעין אלה מצויות אף בדברי חקיקה אחרים, כגון סעיף 36 לחוק הנכים (תגמולים ושיקום) [נוסח משולב], התש"ט-1959, הקובע את זכותו של חייל שנפגע בצבא להגיש תביעה נזיקית, אלא שעליו להחליט מהיכן יגבה. ולמען הסר ספק: סעיף בחירה משמעותו "לא מדבשך ולא מעוקצך", אך מציעי ההצעה מתרחקים מרחק רב מהוראות שכאלה, בבחינת מעוקצך ומעוקצך.⁴⁹

22. הגם שבחירה מעין זו (שלא קיימת בהצעת החוק דידן) עשויה להיחשב בחירה חוקתית, נציין שכאשר הגיעו סעיפים מסוג זה לפסיקת בית המשפט העליון, קבע בית המשפט העליון שראוי להגבילם. במילים אחרות, גם כאשר כבר קיימת זכות בחירה, בית המשפט סבר שאין מקום ליתן לה משמעות רחבה, ואף קיימת אפשרות – ואפילו כאשר ניתנה זכות בחירה – לקבוע כי הגבלת התובע היא בלתי חוקתית ובטלה.

לפני שנפנה לפסיקה המתייחסת לחוקים אלה במפורש, נפנה לבג"ץ 1661/05 מועצה אזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל.⁵⁰ באותו עניין נדון חוק יישום תכנית ההתנתקות, התשס"ה-2005. נתחיל בכך שבית המשפט העליון פסל

48 לדיון בשאלות החוקתיות שחוק היעדר אשם מעלה, ומסקנה שאם החוקים יורחבו מעבר להיקף הצר והמיוחד של אירועי חוסר חמצון בזמן לידה, כי תועלינה הבעיות החוקתיות: Horwitz & Brennan, לעיל ה"ש 19, בעמ' 174.

49 דוגמה אחרת, שבוודאי אינה תואמת את הצעת החוק שבה עוסקת רשימה זו, היא חוק סיוע לנפגעי קריסת הרצפה באולמי ורסאי, התשס"ב-2002. חוק זה קובע פיצוי, לא גדול, לנפגעים, אך אינו מונע תביעה על פי דיני הנזיקין, אך במקרה כזה יופחת הפיצוי על פי החוק מהסכום שייפסק על פי דיני הנזיקין.

50 פ"ד נט(2) 481 (2005).

את סעיף ייחוד העילה (המונע הגשת תביעות נגד המדינה על בסיס הדין הכללי) כבלתי חוקתי ובטל⁵¹ אך מלבד זאת, אפילו כאשר יש זכות בחירה צמצם זאת בית המשפט, ונפנה לאמור בעמ' 619 ואילך, המפנה לחקיקה הרלוונטית לענייננו:

192. לבסוף, בחירה בין סעדים מקובלת היא בחקיקה (ראו: סעיף 323 לחוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב]; סעיפים 36-336 לחוק הנכים (תגמולים ושיקום) [נוסח משולב]; סעיפים 21-221 לחוק משפחות חיילים שנספו במערכה (תגמולים ושיקום), תש"י-1950; סעיף 11 לחוק לפיצוי נפגעי גזת, תשנ"ד-1994; סעיף 8 לחוק לפיצוי נפגעי עירוי דם (נגיף האיידס), תשנ"ג-1992). היא אינה מעוררת לרוב בעיה חוקתית (ראו I. England *The Philosophy of Tort Law*, at p. 125). עם זאת בבסיס ההכרה בחוקתיות הבחירה מונחת ההנחה כי הבחירה היא מודעת...

193. במקרה שלפנינו, נוכח נסיבותיו המיוחדות, ובהתחשב בזמן העומד לרשות הישראלים המפונים להחליט על הבחירה, הברירה שקובע חוק יישום ההתנתקות אינה מאפשרת בחירה מודעת של ממש בין החלופות השונות. אכן, הסדרי הפיצוי הקבועים בחוק יישום ההתנתקות מעוררים אצל המתיישבים ואצל בעלי העסקים בשטח המפונה חששות רבים כי הפיצוי ששיגו יפחת מן המגיע להם על-פי הדין שמחוץ לחוק יישום ההתנתקות. המדינה דוחה חששות אלה ומשוכנעת שהפיצוי שיינתן יהא מספק. בפועל, טרם הותנעה פעילות נמרצת של ועדות הזכאות והוועדה המיוחדת, וממילא לא ניתן לשער את גישתם של בתי-המשפט ואת ההלכות שיפסקו בדונם בערעורים ובעתירות על החלטות גופים אלה בסוגיית הפיצוי. אי-בהירות זו מקשה על הערכה שקולה של יתרונות מסלול הפיצוי לפי החוק. על רקע זה בחירה מראש במסלול תביעה זה, תוך ויתור מוחלט על הזכויות לפי הדין הכללי, הינה פעולה שאין בה בחירה מודעת כנדרש⁵².

ודומה, כי לאור אמות מידה זו החוק המוצע כיום הוא בלתי חוקתי, וממילא אף ייפסל.

23. בהקשר זה אף נפנה לפסיקה המגבילה את סעיפי הבחירה תוך הבהרה שפרשנות מרחיבה שלהם היא בעייתית. ראו למשל: ע"א 9106/07 מדינת ישראל, משרד הבריאות נ' פז⁵². דעת הרוב⁵³ של השופטים ארבל וגובראן, הייתה שיש לפרש את סעיף 11 לחוק לפיצוי נפגעי גזת (סעיף מניעת התביעות) כסעיף שעוסק בכפל פיצוי באופן שנפגע יכול להגיש תביעה הן על פי החוק והן על פי הדין הכללי אך אינו יכול לגבות פיצוי משני המקומות לאחר שייזכר מה התוצאה. מעבר לכך, כל ההרכב קבע שאין לפרש את המונח "עילות על פי חוק זה" ככוללות אי-ידוע על ההקרנות או רשלנות רפואית באבחון מאוחר. בית המשפט אף עמד על ההקשר החוקתי: פרשנות כאמור מחויבת באופן חוקתי, ואפשר ממילא להבין שסעיף דוגמת הסעיף הנוכחי בהצעת החוק נשוא רשימה זו עשוי להיפסל.

אין זה המקרה הבודד שבו הגביל בית המשפט העליון את סעיפי הבחירה ואפשר הגשת תביעה אפילו אם גבה התובע כסף מהמקור הציבורי.⁵⁴

ונחזור ונדגיש: כך היה אפילו אם היה סעיף בחירה. קל וחומר בענייננו, כאשר המציעים מבקשים להביא לסעיף של ייחוד עילה, המונע הגשת תביעה רגילה.

24. וכיוון שהגענו לכאן, נציין כי ביחס לחוק אחד קיימת הוראה של ייחוד עילה: חוק הפיצויים לנפגעי תאונות דרכים, התשל"ה-1975 (סעיף 8). לא ניכנס לפירוט חוק זה, שנדון בכמה ועדות ציבוריות. מכל מקום, נציין כי כאשר מדובר בחוק הפיצויים לנפגעי תאונות דרכים, הדיון נערך בפני בית המשפט הנזיקי הכללי, לא בית דין

51 סעיף 190 לפסק דין הרוב, בעמ' 618 בפרסום הרשמי. חשוב לציין כי דעת המיעוט – של השופט לוי – ביקשה לפסול את החוק כולו.

52 (פורסם בנבו, 6.1.2009).

53 מדובר בדעת רוב מבחינה עניינית אם כי לא לתוצאה, שכן כל ההרכב – פה אחד – הסכים שיש לאפשר לנפגעת להגיש תביעה נזיקית אף על פי שהיא הגישה בעבר תביעה למשרד הבריאות על פי החוק.

54 למשל, ע"א 1162/96 וייס, קטינה נ' מאק, פ"ד נג(2) 79 (1999).

לעבודה ולא ועדה של מי שאינו כשיר לקבוע פיצויים. מעבר לכך: חוק הפיצויים לנפגעי תאונות דרכים קובע פיצויים מלאים ברוב המכריע של ראשי הנזק, ולמעשה לענייננו (כאשר מדובר בילדים שאינם משתכרים מעל פי שלושה מהשכר הממוצע במשק), בכל ראשי הנזק חוץ מנזק שאינו נזק ממון (ואף על עניין זה קיימת הצעה להגדיל את סכום הפיצויים בגין נזק שאינו נזק ממון בצורה ניכרת). מעבר לכך: חוק הפיצויים לנפגעי תאונות דרכים לא מממן על ידי הכיס הממשלתי אלא על ידי קהל בעלי המכוניות, שהם הקבוצה הגורמת לנזק (ולפי הרעיון הזה, היה ראוי דווקא שהרופאים המטפלים יישאו בנזקים). זאת ועוד אחרת, חוק הפיצויים לנפגעי תאונות דרכים אף אינו מהווה בסיס להשוואה לא רק מחמת העובדה שעוסק הוא בתופעה חברתית בעלת השלכות מהותיות ביותר. ונזכיר גם שחוק זה התקבל בתשל"ה, ועל כן – מבחינה חוקתית – הוא נהנה מ"שמירת הדינים" (סעיף 10 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו), שממנה לא ייחנה החוק המוצע.

25. וכדרכנו – בצעדנו בעקבות החוקים ה"מקבילים" בעולם (ולאור ההפניה של דברי ההסבר לחוקים אלה) – נפנה לכך שבחוקים הרלוונטיים בוורגינייה ובפלורידה, אף שקיימת הוראה בדבר ייחוד עילה, הרי שהוראות אלה שונות בתכלית מאלה המצויות אצלנו:

ראשית, כאשר מדובר ברשלנות בוטה יכול הנפגע להגיש תביעה לבית המשפט.⁵⁵ במילים אחרות, במקרה זה יהיה מדובר בסעיף בחירה.

שנית, ואולי אף חשוב יותר, הוראות אלה כוללות תנאים לגיבוש הזכות של הנפגע, **אולם אם תביעתו במסגרת זו נדחית**, הוא יכול להגיש תביעת רשלנות רפואית רגילה לבית המשפט, והוא לא יהיה כבול בקביעה כלשהי שניתנה במסגרת החוק. במילים אחרות: כל מה שהגורמים המחליטים יכולים לעשות הוא להעביר את הדיון לשדה של הרשלנות הרפואית **או לשלם**. דרך שלישית – של דחיית התביעה – פשוט אינה קיימת.⁵⁶ ועוד נוסיף כי תקופת ההתיישנות להגשת התביעה הניזקית מוקפאת בזמן שהתביעה על פי החוק תלויה ועומדת בפני הגורם המכריע: סעיף 38.2-5005 לחוק בוורגינייה.

26. ולסיכום עניין זה: עיון בחוקים, מקבילים לכאורה, בישראל ומחוצה לה מלמד שאין אחר ורע להצעת חוק דוגמת הצעת החוק הנזכרת. לסיבות האמיתיות ליוזמה להצעת החוק נתייחס בהמשך, אולם אם תזכה היא לתמיכה ממשלתית כלשהי, נוכל לומר שהחיסכון בתקציב על גבם של הנפגעים יהיה סיבה מוכרעת.

הדין הזר: מוירגינייה ופלורידה ועד לנו זילנד

מציעי החוק הפנו בהצעה אל הסדרים במדינות אחרות בעולם. גם כאן עיון בהסדרים אלה מגלה עד כמה רב הפער בין הצעת החוק לבין המצב בעולם:

27. מציעי החוק הבינו אל נכון שאכן מדובר בהצעת חוק בעייתית ביותר. על כן בדברי ההסבר ניסו "להסביר" שקיימים הסדרים דומים בוורגינייה ובפלורידה כמו גם בניו זילנד. מאחר שהדין במדינות אלה שונה לחלוטין מהחוק המוצע, מוטב היה שלא לציין עניין זה. אולם משנזקקו לכך המציעים, נתייחס לכך גם אנחנו.

28. ההסדרים בוורגינייה ובפלורידה דומים זה לזה, וחסרים קשר ממשי להצעת החוק. מקורם של ההסדרים שם הוא ברקע מציאותי אחר לחלוטין מזה שאנו נמצאים בו בישראל. הסדרים אלה מתייחסים למקרים אחרים מאלה המוצגים בהצעת החוק, ומנגנון הפיצויים שנקבע שונה לחלוטין מזה המוצע בהצעת החוק. ראוי לעמוד על ההבדלים המשמעותיים:

א. הרקע העובדתי – פסקי דין עונשיים בסכומי עתק: ההסדר בא על רקע פסקי דין שחייבו בפיצוי עונשי של כ-8.3 מיליון דולר במונחי שנות השמונים של המאה הקודמת,^{57,58} ויודגש: פסיקת פיצויים עונשיים היא בעלת

55 Horwitz & Brennan, לעיל ה"ש 19, בעמ' 168.

56 ראו לעניין זה, למשל, Duff, לעיל ה"ש 30, בעמ' 413.

57 שם, בעמ' 404.

58 הסכומים הגבוהים נבעו, ככל הנראה, בשל שילוב של שיטת המושבעים מצד אחד, שאינה קיימת בארץ, עם השיטה של פיצויים עונשיים, מצד אחר, שאף היא אינה קיימת בתיקים מסוג זה בישראל: פרשת **עוזבון המנוח מיכאל אטינגר ז"ל**, לעיל ה"ש 16; ונציין כי הוועדה בראשות השופט ד"ר קלינג, המליצה ששיטה זו לא תאומץ בעתיד בישראל.

משמעות שונה בתכלית מפסיקת פיצויים, גבוהים ככל שיהיו, כפי שזו נעשית בפסקי דין בישראל. שלילת פיצויים רגילים מנפגעים מביאה לידי כך שהמשפחה צריכה לשאת בנוק בעצמה. לעומת זאת שלילת פיצויים עונשיים, הניתנים **מעבר** לפיצויים רגילים, היא בעלת השלכות אחרות לחלוטין, והיא מכוונת כלפי המזיק והחברה בכללותה ולא כדי לפצות את הניזוק או לסייע לו. מכל מקום, בשל פסקי דין שכאלה אף נקבעו פרמיות ביטוח למיילדים בסכום גבוה ביותר של מאות אלפי דולרים מדי שנה. מצב זה אינו משקף את המצב בישראל, הן מבחינת עומק הבעיה והן בהשוואה לרופאים אחרים (ודוק: בשל כך אף טיפלו בוורגינייה ובפלורידה במגזר צר של בעיות שהתאפיין בבעייתיות שונה ממגזרים אחרים).

ב. המקרים המוסדרים – פגיעות במהלך לידה ולא מומים מולדים: מעבר לכך – ודומה שעניין זה הוא מהותי ביותר – החוקים אינם מטפלים כלל במומים מולדים אלא בתופעה אחרת בתכלית ומטעמים שונים. הנושא שבו דובר הוא מומים שיתכן שנוצרו במהלך לידות עקב אירוע מכני או היעדר חמצן. ובלשון סעיף 776.302 לחוק בפלורידה:

“... injury to the brain or spinal cord of a live infant weighing at least 2,500 grams for a single gestation or, in the case of a multiple gestation, a live infant weighing at least 2,000 grams at birth caused by oxygen deprivation or mechanical injury occurring in the course of labor, delivery, or resuscitation in the immediate post delivery period in a hospital...”

ולמקרה שתהיה בעיה בהבנת הנקרא (ואולי מתוך צפיית הצעת החוק דידן), הוסיף המחוקק שם הבהרה:

“This definition ... shall not include disability or death caused by genetic or congenital abnormality”

והוראה דומה קיימת בסעיף 38.2-5001 לחוק בוורגינייה.

עינינו הרואות שהחוקים בוורגינייה ובפלורידה אינם מקבילים כלל – אלא הפוכים בדיוק – להצעת החוק הנוכחית.⁵⁹

המטרה של החקיקה בפלורידה ובוורגינייה – מלבד הטיפול בהכרעות בסכומים עונשיים גבוהים ביותר של 8.3 מיליון דולר בשנת 1985 – היא אחרת בתכלית: כאשר מדובר בבעיות חמצון בלידה, קיימת אפשרות שהיעדר החמצון גרם או לא גרם לנזק. ההכרעה הזאת היא כחוט השערה: לעתים ייקבע (על ידי מושבעים) שהנזק נגרם מהאספיקציה, ולעתים שלא. ועוד: לעתים קיימת אפשרות שהיעדר החמצון היה יכול לגרום לנזק, אך לא ברור אם גרם בפועל לנזק. המקריות בהכרעה מטרידה. החוקים הללו פותרים – אם כי בהצלחה מוגבלת – את הבעיה. בענייננו בית המשפט העליון דחה את האפשרות – שהייתה קיימת – לערוך “ממוצע” על ידי פסיקת אחוזים מהנזק: דני”א 4693/05 **בית חולים כרמל חיפה נ’ עדן מלול**.^{61,60}

59 וראו לעניין זה, בין היתר: Duff, לעיל ה”ש 30, בעמ’ 408; TR Tedcastle, MA Dewar, *Review of Florida Legislation*; *Medical Malpractice: A New Treatment for an old illness*, 16 FLA. U. L. REV 535, 556 (1988).

60 ניתן ביום 29.8.2010. השופט נאור, שכתבה את דעת המיעוט העיקרית, הדגישה שעמדתה נובעת מרצון להקטין את עצמת הטעויות. מכל מקום ראוי לציין שהצעת החוק הוכנה לפני פסק הדין בדיון הנוסף, והמציע לא היה מודע כנראה לכך **שבאותו זמן** הפסיקה מצאה פתרון להקטין את הטעויות. מובן שאם מציע החוק היה באמת רוצה להתמודד עם הסוגיה, היה צריך הוא לפעול לאימוץ דעת המיעוט.

61 האמור בטקסט ובהערות השוליים הקודמת נובע מקריאה פשוטה של פסק הדין. עם זאת גם המשנה לנשיאה ריבלין (שכתב את דעת הרוב העיקרית, אם כי לא ברור כלל שלעניין שיפורט היה בדעת רוב), ציין שבמקרים של “הטיה נשנית” יהא אפשר לפסוק פיצוי על דרך של אחוזים בלבד. ייתכן בהחלט שלפחות לגבי המדיניות של מערכת הבריאות שלא לערוך בדיקות נשאות לכל האוכלוסייה (ולאחר מכן הפריה לאחר בדיקות PGD במקרים מתאימים), שתיכנס היא להתוויות של ההטיה הנשנית.

כיוון שכך גם אפשר להעריך את הדרישות השונות בהגדרה: למשל, הדרישה שהילוד יהיה במשקל של 2.5 ק"ג לפחות באה לשכנע שאין מדובר בפגיעה הנובעת – או ייתכן שנובעת – ממשקלו הנמוך אלא אך ורק מתהליך הלידה.⁶²

ג. היעדרו של סעיף "ייחוד עילה": גם במישור החוקתי החוקים שונים בתכלית: למעשה "ייחוד העילה" אינו בגדר "ייחוד עילה" כלל. אם נדחית התביעה על פי החוקים בוורגינייה ובפלורידה, רשאי הניזוק להגיש תביעה בגין רשלנות רפואית ואף לטעון שמדובר ברשלנות בלידה, וכן כי הנזק נגרם בשל חוסר חמצון רשלני. הוא גם לא יהיה כבול בהכרעות קודמות. עניין זה הודגש למשל בסעיף 766.304 לחוק שבפלורידה:

"If it is determined that a claim filed under this act is not compensable, neither the doctrine of collateral estoppel nor res judicata shall prohibit the claimant from pursuing any and all civil remedies available under common law and statutory law"

ד. קביעת כללי פיצוי מפורטים: החוקים קובעים כללי פיצוי מפורטים (ההגבלות הן מזעריות: למשל, אם הועסק בן משפחה בשכר בגין עזרת הזולת, מירב הפיצוי הוא 10 שעות ביום). כאמור לעיל, במונחי 1993 הפיצוי הממוצע עמד על 1.1 מיליון דולר. עניינים אלה כמובן חסרים בהצעה הנוכחית.

ה. קביעת הליך מתאים וטריבונל מתאים: כמבואר לעיל, החוק בפלורידה קובע הליכים הנדונים בפני שופט. מעבר לכך החוק קובע הליכי ביניים וגילוי, ולמעשה מדובר בהליך משפטי רגיל לכל דבר ועניין: סעיף 776.307 לחוק.

ו. מקור המימון: הרופאים והמוסדות הרפואיים: כפי שצינו לעיל, לא כל מוסד רפואי או רופא חייב להשתתף בתכנית (ולממנה). מוסד רפואי או רופא יכול להחליט שהוא אינו מעוניין להשתתף (ובמקרה כזה גם מקרים המועטים הכלולים בחוק הקובע פיצוי בהיעדר אשם יידונו לפי דיני הרשלנות הרפואית הרגילים). ואולם, אם הוא משתתף, עליו להודיע על השתתפותו למטופלת – בעת קבלתה לטיפול – ולהחתימה על כך שהיא מבינה את התוצאה. ואז אם המטופלת מחליטה להמשיך ולהיות מטופלת, רואים בכך משום הסכמה להסדר (סעיף 766.316 לחוק בפלורידה). היינו, ההסדר הוא מעין הסדר חוזי, וגם כך הוא מוגבל ביותר.

ז. ולסיכום עניין זה: גם ההפניה לחוקים – החריגים בנוף המשפטי – בוורגינייה ובפלורידה אינה יכולה לתמוך בהצעת החוק. אדרבה, הסדרים אלה, שבאו על בסיס עובדתי אחר לחלוטין והמתחייסים למקרים ספורים (דבר שאף אינו מחייב תקציב גדול ביותר), מלמדים מכלל ההן שבהם לא לעניינו: הסדר של פיצוי לאלפי אנשים לא נוסה בשום מקום בעולם, ולא בכדי.

29. גם החוק בניו זילנד, שאליו הפנו מציעי החוק, אינו רלוונטי:

א. מדובר בחוק שהוא חלק ממערכת שלמה של פיצוי על תאונות אישיות. היטיב לתאר זאת המחבר PNJ Kassim, *No-fault compensation for medical injury: the New Zealand experience*, 11 IJLJ 83 (2003):

"New Zealand was the first country to adopt a comprehensive no-fault compensation scheme for personal injury by accident. The scheme covered work and road traffic accidents, those occurring at home or during sporting activity and also, the results of medical mishaps and malpractices"

במילים אחרות, מדובר בסוג פיצוי, בכל מקרה, ובכל החזית, והדומה אצלנו לתשלומי קצבת נכות על פי חוק הביטוח הלאומי.

⁶² לאור התנאים הנוקשים, חלק מהמיילדים בוורגינייה העריכו שהם לא יזכו לראות בחייהם ילוד שיעמוד בתנאים. Duff, לעיל ה"ש 30, בעמ' 414. כמובן שכל יתר המקרים שלא יעמדו בתנאים הנוקשים, יידונו על פי דיני הניזקין הרגילים.

ב. מעבר לכך: דומה שמאחר שהנכות המולדת מיוחסת למחלה ולא לתאונה כי אינה כלולה כלל בהסדר, ובכלל זה האירועים הנזכרים אצלנו בהצעת החוק. וראו לעניין זה למשל מאמרו הנ"ל של Kassim, בעמ' 90, כאשר הוא מביא בהסכמה דברי חוקר אחר:

“[f]ailure to diagnose, leading to the true ailment not receiving medical treatment, can rarely, if ever, be the foundation for a claim under the Act, in that the patient's conditions remains attributable to the ailment alone”⁶³

ומשאינו כלול בחוק, ממילא אף אין נמנעת הגשת תביעה רגילה בעטיו.

ג. ולסיכום החוק בנוי זילנד: גם חוק זה לא רלוונטי לענייננו, אך מעבר לכך הוא בא על תשתית חוקית שונה לחלוטין מזו שבישראל (וממילא שאלות של הפליה או העדפה של מגזר זה או אחר אינן מתעוררות כלל).

המטרה המרכזית של החוק: קבלת חסינות מביקורת

לטעמנו, מטרתו האמיתית של החוק היא התחמקות של הרופאים מביקורת שיפוטית על מעשיהם.

30. האמת ניתנת להיאמר, שעיון בחוק מגלה את הסיבה האמיתית לו, ודומה שאף מלמד על פגם בסיסי: מדובר בניסיון להתחמק מביקורת. קבוצת הלחץ – רופאים העוסקים בתחום ההריונות, בתחום הגנטי, בתחום האולטרסאונד – מעוניינת בפטור מביקורת, ועניין זה אף הועלה במפורש על ידיהם בבחירות לאיגוד המקצועי. ביקורת אינה נוחה, וכל אדם באשר הוא היה שמח להיפטר מהביקורת. ובהקשר זה ראוי להעיר כמה הערות:

31. **היעדר ביקורת יפגע במערכת הרפואית:** בהיעדר ביקורת המערכת תושחת מצד אחד ולא תתקדם מצד אחר. נסביר עניין זה:

אשר להשחתה: כיום רופאים נאלצים, כחובה, למסור מידע למטופל. זאת אף על פי שחלקם סבורים שהם יודעים טוב יותר, ובמקרים רבים הם מתקוממים בשל מסירת המידע שעלול להביא לפתרון שנוגד את עמדתם האישית. בתור דוגמה נפנה לפסק דין שבו בית חולים מוסלמי נמנע מליתן מידע – בהיריון מרובה עוברים – על אפשרות הדילול של העוברים, דבר שיביא לסיכוי טוב יותר לעוברים הנותרים. בית המשפט המחוזי הבהיר כי גם אם זו דעת בית החולים, עליו להביא את יכולת הדילול בפני המטופלת.⁶⁴ והנה, אם תתקבל הצעת החוק סביר שבית חולים שכזה לא ימסור כלל את המידע, שכן כוח לא מוגבל משחית לחלוטין. בדומה, רופא שיסבור שלא ראוי שאישה תפסיק היריון רק משום שחסרות לילד אצבעות או גף אחד, עלול להרגיש חופשי שלא למסור את המידע לאישה.

אשר לחוסר ההתקדמות: ההסתכלות על פסקי הדין כאילו הם "רק" מטילים אשם, אינה נכונה. פסקי דין תורמים בצורה מובהקת, להתפתחות הרפואה. בתור דוגמה יצוין שפסקי דין קידמו, שנות אור, את מתן המידע למטופל ואת הרישומים שיש לעשות. פסקי דין קבעו שרופא חייב לחפש בעצמו אחר תסמינים ולא להמתין שהמטופל יתלונן. פסקי דין גרמו לכך שמערכות כלליות של קופות חולים דואגות לחפש את החולה אשר מדחיק את מחלתו. בפסק דין מפורסם (ע"א 206/89 רז נ' בית חולים אלישע)⁶⁵ עמד הנשיא שמגר על כך שהעברת נטל תביא להתנהלות טובה יותר בעתיד אצל בתי החולים מאחר שהם ידעו היטב שאם לא יערכו תחקירים הם יהיו חשופים לתביעות שלא יוכלו להתגונן מפניהן). בפסק דין אחר הטיל בית המשפט אחריות בשל אי-קיום התייעצויות במסגרת בית החולים,⁶⁶ כדי לקדם את התייעצויות בין הרופאים. בתיק אחר קבע בית המשפט את אחריות בית החולים לנזקי מנוחה, אישה מוכה, בשל שליחתה הביתה תוך התעלמות מכך שרצונה לחזור הביתה עלול לנבוע ממצבה הנפשי המיוחד.⁶⁷ הכרעות אלה מביאות בעליל לשיפור הרפואה. בהיעדר ביקורת כל זה ייעלם.

63 וראו גם Manning, לעיל ה"ש 35, בעמ' 709.

64 ת"א (מחוזי ירושלים) 3509/01 פרוך נ' בית חולים אל מקאסד אל ח'ירייה (פורסם בנבו, 21.9.2005).

65 פ"ד מז(3) 805 (1993).

66 ע"א 2694/90 הסתדרות מדיצינית הדסה נ' מימון, קטין, פ"ד מו(5) 628 (1992).

67 ע"א 9063/03 פלוני נ' הסתדרות מדיצינית הדסה, פ"ד ס(1) 556 (2005).

32. **ההסתמכות על המערכת הפלילית והמשמעתית איננה ראלית:** מציעי ההצעה מציינים כי הביקורת תיעשה על ידי תביעות פליליות נגד רופאים רשלניים, וכן משרד הבריאות ומערכת הרישוי של ההסתדרות הרפואית (מונח שלא ברור לנו) תשלול את רישיונם של רופאים שהתרשלו. אם זה לא היה כל כך מנותק מהמציאות, דומה שהיה זה מצחיק: היכן היו מערכות אלה עד עכשיו? מה מנע מהמערכות לעבוד עד כה בצורה "שקופה", "גלויה" ו"אפקטיבית"? ויודגש: הרופאים כבר עשו פעם אחת שימוש בטיעון זה והשיגו מהמחוקק חיסיון על הליכי בדיקה.⁶⁸ והיכן כל השקיפות? יתרה מזו: **אפילו כאשר בית המשפט כבר קובע את הרשלנות של הרופא** בהליך אזרחי, לא נעשה בזה דבר באופן אישי מול הרופא (ואז כידוע כבר אין התירוץ שזה יביא לתביעה אזרחית). מספר ההליכים הפליליים נגד רופאים נער יספרם. מכל מקום, אם מאן דהוא סבור שאפשר לחדד את השינויים של ההליכים המשמעתיים, הוא מוזמן לעשות כן; אין דבר כלשהו שמונע זאת.⁶⁹

ולמען הסר ספק: גם בוורגינייה ובפלורידה, והגם שמדובר בחוקים בעלי חשיבות נמוכה (מספר מקרים בודדים בשנה), שאלת היעדר ההרתעה טורד את מנוחתם של הפרשנים. עם זאת לא זו בלבד שקיימת הרתעה מסוימת בשל האפשרות להגיש תביעות בגין רשלנות בוטה, אלא שמעבר לכך קיימת הרתעה מערכתית מאחר שהרופאים ובתי החולים נושאים בעלות ההסדר.⁷⁰ נמצא שככל שיפחתו המקרים של פגיעות בלידה, יצטמצמו הסכומים המוטלים על המערכת הרפואית.^{71,72}

33. **ההסתמכות על המערכת הפלילית והמשמעתית תחמיר את תופעת הרפואה המתגוננת:** אם המציע סבור שכיום יש "רפואה מתגוננת" בגין פסקי הדין האזרחיים (שבהם הרופא אינו נושא באופן אישי אלא ברוב המכריע של המקרים – חברת ביטוח המפזרת את הנזק או המוסד הרפואי^{73,74}), קל לשער מה יהיה אם יוגשו הליכים פליליים רבים (ובתי המשפט יפסקו בהם, בהנחה שהמציע אינו מציע שאף עניין זה יעבור לטריבונל רופאים), או הדין המשמעתי יזכה לשינויים של ממש. **במקרה כזה הרופא יחשוש שבמקרה של רשלנות מחייתו תיפגע וינקטו נגדו עונשים.** ואם כיום טוענים שיש רפואה מתגוננת, מה יהיה אז?⁷⁵

34. **ההשוואה לפיצויים בגין תאונות דרכים אינה במקומה:** דומה שבעניין זה קיים שוני דרמטי מתאונות דרכים, שם קיימת שיטה של פיצויים ללא אשם. גם הטוענים שהאכיפה אינה מספיקה, דומה שלא יחלקו שנעשה ניסיון ניכר להגביר את האכיפה והענישה הפלילית. והדברים, עם כל הכבוד, רחוקים שנות אור מתחום הרשלנות הרפואית.

35. **הצעות אחרות לפתרון: בדיקת שאות גנטית ובדיקות מורחבות במימון המדינה:** מאחר שנראה שמציעי ההצעה טורדים את מנוחתם על המומים המולדים, מחד גיסא, ואילו מאידך גיסא, סבורים שבידי המדינה

68 ראו לעניין זה חוק זכויות החולה, התשנ"ו-1996, רע"א 4708/03 חן נ' מדינת ישראל משרד הבריאות, פ"ד (3) 274 (2005), בעוד שבמגזרים אחרים חלה פתיחות: עע"מ 6013/04 מדינת ישראל, משרד התחבורה נ' חברת החדשות הישראלית בע"מ, פ"ד (4) 60 (2006).

69 בהקשר אחר, למטרות השונות של הדין המשמעתי ודיני הנזיקין, ולכך ששניהם נדרשים: אייל כתבן ובעז שנור "בין תרבות הדיון ובין השם הטוב של האדם (בעקבות רע"א 1104/07 חיר נ' גיל)" המשפט טו 69 (2010).

70 לדיון בהרתעה המערכתית: Duff, לעיל ה"ש 30, בעמ' 442.

71 הרתעה קיימת גם מאחר שהמטפלים יודעים שרוב התביעות נדחות על ידי הוועדה (בשל התנאים הנדרשים), ועל כן סביר שיגיעו לבתי המשפט גם אם באיחור מסוים.

72 חשוב להדגיש: גם במסגרת של חסינות עובדי ציבור (תוך חיוב המדינה בפיצויים) בחר המחוקק, מטעמי הרתעה אישית, שלא ליצור חסינות גורפת אלא קבע שאם עובד הציבור עשה את המעשה מתוך כוונה לגרום נזק או בשוויון נפש, הוא יהיה אחראי באופן מלא, ומעבר לכך – גם במקרה שהוענקה החסינות – הרי שאם מדובר בהתרשלות חמורה, תוכל הרשות הציבורית לחזור בתביעת שיפוי: תמר קלהורה ומיכל ברנשטיין "חוק לתיקון פקודת הנזיקין (מס' 10) – חסינות עובד הציבור" הפרקליט נא 1, 23 ואילך (תשע"א). לבעייתיות בנושא ההרתעה, הקיימת באחריות חמורה, ראו Keren-Paz, לעיל ה"ש 47, בעמ' 378.

73 מלבד האמור בטקסט, ההשפעה של פסקי דין אזרחיים היא מועטת בשל חוסר היכולת של חולים, ברפואה הציבורית, לבחור את הרופא שלבם חפץ, Keren-Paz, לעיל בעמ' 365.

74 דומה שמה שמטריד את הרופאים היא החשיפה הציבורית; האם סבורים הם שחשיפה זו תיפסק? האם הם סבורים שאמצעי התקשורת יפסיקו לבדוק את פעילותם? או שמא סבורים הם שיש לקבוע איסור פרסום גורף? מכל מקום, מניעת תביעות אזרחיות רק תביא למצב שבו התלוונות המפורסמות לא תיבדקנה. וראו מאמרו של Keren-Paz, לעיל, בעמ' 369, שאבדן המוניטין נובע מהמשקל שניתן להליכים בתקשורת ולא מהליכים כשלעצמם.

75 ראוי לציין כי גם כאשר חשש המחוקק מפעילות "מתגוננת" וביקש להסיר את להב החרב המתהפכת, עשה כן על ידי חסינות אישית אך חייב את הגוף המוסדי – המדינה או הרשות הציבורית – באחריות: ראו למשל קלהורה וברנשטיין, לעיל ה"ש 72, בעמ' 10. הסדר זה רחוק מההסדר המוצע בהצעת החוק, המבקשת לפטור לחלוטין גם את המוסדות הרפואיים.

האמצעים הראויים לטפל בכך, נרשה לעצמנו להציע הצעה זולה בהרבה: מדינת ישראל תממן בדיקות נשאות גנטית במגוון של מומחים גנטיים, וכן בדיקות אולטרסאונד מורחבות, מעל ומעבר למצוי כיום.

התוצאה של האמור תהא הפחתה במחיר הבדיקות (בשל ריבויין ובשל יכולתה של המדינה לקבוע את מחיר הבדיקות; אנו סבורים שיהא אפשר אף להגביל את מחיר הבדיקות על פי חוק הפיקוח על מצרכים ושירותים). לא רק שבדיקות אלה – במבט לטווח ארוך – תהיינה רווחיות (שכן הן יביאו לאבחון יותר מומים מולדים וממילא להפחתה בעלות ההוצאה הלאומית על לידות נכים). בדיקות שכאלה אף יאפשרו שימוש בפרוצדורת PGD (היינו בדיקת העוברים בהפריית חוץ-גופית כדי לוודא שיוחזרו רק עוברים חדשים) ולידת ילדים **בריאים**, שאף אינם נשאים, ובטווח של דור – להיעלמות מומים גנטיים שונים. בהקשר זה יצוין שפרוצדורה שכזו מונעת הפלות, והיא אף הותרה על ידי חכמי הלכה,⁷⁶ בדיקות אלה יביאו לקיומה של חברה צודקת יותר (שכן מהאמור ייהנו גם מגזרים מתנגדי הפלות,⁷⁷ כגון האוכלוסייה החרדית והאוכלוסייה הענייה, שמציעי הצעת החוק חרדים להן כל כך). המצב היום הוא שבעלי הממון יכולים לבצע בדיקות אולטרסאונד פרטיות, מורחבות. המצב כיום הוא שחלק ניכר מבדיקות הנשאות הגנטית אינן בסל הבריאות אלא הן מסובסדות על ידי הביטוחים המשלימים של קופות החולים, אשר נמנעים – מחוסר אמצעים – מקבוצות אוכלוסייה רבות. עניין זה מביא לאבסורד: קבוצות האוכלוסייה המוחלשות ממילא אף "זוכות" "לשמר" מצב זה בכך שהן תהיינה הקבוצות באוכלוסייה שלהן הילדים בעלי המומים. השקעה זו (ומדובר בהשקעה לא גדולה יחסית, בוודאי בשים לב לסכומים שיידרשו לצורך הפעלת הצעת החוק נשוא רשימה זו ובשים לב לכך שבדיקת נשאות גנטית למחלה מסוימת נעשית פעם בחיים ולא לפני כל לידה) לא רק שתשלם ולא רק שהיא צודקת, אלא שהיא אף תביא לידי כך שבסופו של ההליך יהיו פחות מומים מולדים.

36. ובהקשר אחרון זה: אם – ואין זה המצב – מבקשת החברה הישראלית לסייע בטווח הקצר יותר לכל מי שסובל ממום גנטי, ובסכום שיהיה דומה לפיצוי הנזיקי, **ראוי שעניין זה יוסף לחוק הביטוח הלאומי באופן שיוגדלו פי כמה קצבת הנכות הכללית, קצבת שירותים מיוחדים וקצבת נידות** לכלל האוכלוסייה. ויודגש: עניין זה ישפיע בעליל ובאופן מידי (ואף באופן רטרואקטיבי) גם על תביעות הרשלנות הרפואית בכלל ותביעות בגין מומים מולדים בפרט (והכול תוך שוויון בין נפגע לנפגע), **שכן סכומי הביטוח הלאומי מנוכים מסכום הפיצוי על פי הדין**. במילים אחרות, אם כל אדם עם מום מולד יהיה זכאי ל-20,000 ₪ לחודש, הנזק – ברטו – שנגרם באירוע של רשלנות רפואית (ובכל אירוע נזיקי) יצנח ממילא – בנטו – לסכום מזערי או ייבלע לחלוטין בתקבולי הביטוח הלאומי (ואו אז, אם סכום הפיצוי נבלע, נדחית התביעה⁷⁸). למותר לציין שאין לנו כל התנגדות לכך (אם כי סבורים אנו שמדובר בחיזיון אוטופי, שאף מדינות עשירות בהרבה ממדינת ישראל אינן מצליחות לעמוד בו).⁷⁹

וראיה היסטורית

37. הערה אחרונה: נושא האחריות המוחלטת עלה לדיון גם בוועדה מקצועית שמונתה מכוח החלטת ממשלה (מיום 19.12.1993), היא הוועדה לבדיקת האחריות לפגיעה בטיפול רפואי, בראשות השופט ד"ר גבריאל קלינג, ובהשתתפות רופאים, משפטנים (כולל הח"מ) ונציגי הרשות המבצעת. ועדה זו אף פירטה בדוח שהוגש בשנת 2000 את הדין הזר (לרבות הדין הניו זילנדי: וראו שם בסעיפים 17 ואילך). בסופם של דברים החליטה הוועדה – ברוב גדול שכלל גם רופאים – כי אין מקום להחלת שיטה של היעדר אשם בתיקים של פגיעות רפואיות. והמעוניין בהסברים נוספים, יעיין שם.

מכל מקום, אין זה ברור לנו מדוע כיום, ועל איזה בסיס, מתעוררת השאלה שבהצעת החוק. ולמציעים פתרונם.

76 ראו לפסקי הלכה של ש"י אורבך זצ"ל והרב ש' אלישיב שליט"א, המובאים אצל הרב יואל וד"ר חנה קטן, "שיטות חדשות באיבחון טרום לידתי בשליש הראשון של ההיריון" **אסיא** סט-ע (תשס"ב). לדיונים כלליים בנושא ההורות ו-PGD: ד"ר חיים ריצ'רד גראזי **הורות נכספת** 324 (2009).

77 להצעה שקבוצות אוכלוסייה שאינן מבצעות הפלה מטעמים דתיים יקבלו, בשם השוויון, פיצוי, ראו הערות חדשניות (שלא נדרשו לגופם של דברים) של השופט דרורי בת"א (מחוזי י-ם) 3198/01 **פלוני, קטין נ' עיריית ירושלים** (פורסם בנבו, 12.5.2008). לבד מהעובדה שפסק דין זה תלוי ועומד בעניין זה בערעור, הרי שאין הוא משקף ככל הנראה את המצב המשפטי הקיים: ע"א 143/08 **קרצמן**, לעיל ה"ש 11.

78 או לפחות ברובה הגדול. ראו לעניין זה ת"א (מחוזי י-ם) 5324/03 **א.ס. נ' ד"ר מן** (פורסם בנבו, 7.9.2010), מפי השופט י' שפירא.

79 לכך שאם עוברים למבנה של אחריות ללא אשם כי הסכומים לתשלום יהיו דומים לסכומים המשולמים במסגרת הביטוח הסוציאלי ולא ישיבו את המצב לקדמותו: Douglas, לעיל ה"ש 37, בעמ' 38-39.