

מאמרים

אחריות מופרזת, קיזוז סיכונים ורפואה מגנטית

מאת
אריאל פורת*

תקציר

מזיק הנדרש לבחור בין דרך א, הכרוכה בסיכונים של 400, לבין דרך ב, הכרוכה בסיכונים של 500, והוא בוחר ברשלנות בדרך ב וגורם נזק, אחראי על-פי המשפט הנוהג למלוא הנזק שגרם. אחריות מלאה זו מביאה מלכתחילה לידי כך שהמזיק יפנים סיכונים שגובהם 500, שעה שרשלנותו יצרה סיכונים שגובהם 100 בלבד! הפתרון המוצע במאמר למקרה הנידון הוא להטיל על המזיק אחריות בגובה 20% מן הנזק על-מנת שסיכון האחריות המשפטית שיושת עליו מלכתחילה יהיה 100, ולא 500. עיקרון זה, המכונה במאמר "עקרון קיזוז הסיכונים", מיושם בתביעות בגין רשלנות רפואית. אימוצו על-ידי המחוקק יביא לידי הפחתה ניכרת בשיעור הפיצויים שייפסקו בגין רשלנות רפואית. הפחתה זו תצמצם את ממדיה של הרפואה המגנטית, תזויל את מחיר השירות הרפואי, לצד שיפור איכותו, ותביא לידי כך שרמותיהן של פעילויות רפואיות שונות יהיו קרובות יותר לנקודת-האופטימום מכפי שהן כיום. את בעיית הפיצוי החלקי לחולה ניתן לפתור באמצעות מנגנונים של ביטוח סוציאלי או ביטוח צד א.

- א. מבוא
- ב. קיזוז הסיכונים שנמנעו
- ג. הרחבת הטיועון למקרים אחרים
- ד. קיזוז סיכונים ואחריות הסתברותית
- ה. מחירה של אחריות כבדה (מעבר לנזק החברתי)
1. רפואה מגנטית

* פרופסור מן המניין, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל-אביב.
אני מודה לדיויד גילה, אסף חמדני, שרון חנס, אבי טבה, אסף יעקב, דני מור, יורם מרגליות, מיכל סליטרניק, רועי קרייטנר, אריק רוזן ודוד שור על הערותיהם החשובות לטייטה קודמת של המאמר, ולישי בלנק, עמרי ידלין וקתרין שרקי על שיחותי איתם, שסייעו לי בחידוד הטיעונים. אני מודה גם למשתתפי הסמינר על המשפט הפרטי בפקולטה למשפטים באוניברסיטת תל-אביב, למשתתפי המפגש השנתי (מאי 2006) של האגודה הישראלית למשפט וכלכלה ולחברות מערכת עיוני משפט, אלישבע אביצור והדר ישראלי, על הערותיהן. תודתי נתונה גם לג'ניפר שקבטור על עזרה במחקר.

2. השקעת יתר במניעת טעויות
3. פגיעה בפעילות
4. הוצאות התדיינות
- ו. מחירה של אחריות מופחתת
 1. העדפת הניזוק: פיצוי מלא
 2. צדק מתקן
 3. חשש להרתעת חסר?
- ז. אחריות לפי אינטרס המזיק – השבת רווחים מאי הקטנת סיכונים
- ח. מהלכה למעשה

א. מבוא

אחריות נזיקית מוטלת על רופאים ומוסדות רפואיים בגין גרם נזק ברשלנות. מטרת הטלתה של אחריות נזיקית היא להעניק פיצוי לחולה שניזוק ולהרתיע רופאים ומוסדות רפואיים מפני התנהגות רשלנית. דיני הרשלנות בכלל, ודיני הרשלנות הרפואית בפרט, חותרים להשגת הרתעה אופטימלית בכך שהמזיק הרשלן מחויב לשאת בנזקים שגרם ברשלנותו. איום האחריות המשפטית הוא שאמור לתמרץ את המזיק בכוח לנקוט אמצעי זהירות ולא להתרשל. מזיק הנושא בפחות מנזקי רשלנותו לא ייזהר כראוי, ומזיק הנושא ביותר מנזקי התרשלנותו עלול להשקיע השקעת יתר במניעת נזקים. מזיק אחרון זה אף עלול להירתע מלעסוק בפעילות שבה הוא עוסק או להפחית אותה אל מתחת לרמה האופטימלית.

מטרתה של רשימה קצרה זו היא להראות שהאחריות הנזיקית המוטלת על רופאים במקרים רבים גבוהה במידה משמעותית מהנזק שהם גורמים, בין ברשלנות ובין בלעדי רשלנות. האחריות הכבדה מדי גורמת להשקעת יתר באמצעים למניעת נזקים, בעיקר באמצעים למניעת טעויות הנוגעות בדרך הטיפול האופטימלית. קיים אף חשש שבשל האחריות הכבדה, פעילויות מסוימות בתחום הרפואי הינן תת-אופטימליות. האחריות הכבדה אף מחריפה את תופעת הרפואה המגננתית, שהיא אחת הרעות החולות בתחום הרפואי. מכל אלה סובלים בסופו של דבר החולים, המקבלים שירות רפואי פחות טוב ונדרשים לשלם בעדו מחיר גבוה מדי. לדעת רבים, האחריות הכבדה הביאה את הרפואה בארצות הברית לידי משבר של ממש, ונשקלות שם דרכים שונות להיחלצות ממנו.¹

1 Chandler Gregg, *The Medical Malpractice Crisis: A Problem with No Answer?*, 70 U.S. Department of Health & Human Services, (להלן: Gregg); MO. L. REV. 307 (2005) *Confronting the New Health Care Crisis: Improving Health Care Quality and Lowering Costs by Fixing Our Medical Liability System*, July 25, 2002, available at: <http://aspe.hhs.gov/daltcp/reports/litrefm.htm>; David A. Hyman, *Medical Malpractice and the Tort System: What Do We Know and What (If Anything) Should We Do About It?*, 80 TEX. L. REV. 1639 (2002)

המקרים שבהם האחריות הנויקית המוטלת על רופאים כבדה מדי הם אלה שבהם הרופא נדרש לבחור בין שתי דרכי פעולה חלופיות (או יותר) לטיפול בחולה כאשר סיכויים וסיכונים שונים גלומים בכל אחת מהן. במקרים אלה הרופא נדרש לאזן בין האינטרסים השונים של החולה, ולבחור בדרך הפעולה הטובה ביותר בשבילו, בסך־הכל, בהתחשב בסיכויים ובסיכונים. בחירה בדרך הפחות טובה עשויה להביא לידי הטלת אחריות על הרופא אם יתמש סיכון הכרוך בדרך שבה בחר. בית־המשפט שלפניו תברר תביעת הרשלנות הרפואית יטיל עליו אחריות בגין הנזק שנגרם מבלי להביא בחשבון את העובדה שבחירתו הרשלנית של הרופא לא רק הגדילה סיכונים מסוימים שנשקפו לחולה ושללה ממנו סיכויים, אלא בה־בעת אף הקטינה סיכונים אחרים שנשקפו לו והעניקה לו סיכויים. הנזק החברתי שהרופא הבחור בדרך האחת, שתועלתה נמוכה, ולא בדרך האחרת, שתועלתה גבוהה יותר, גורם אינו הסיכון שעלול להיגרם מהבחירה בדרך שנבחרה, אלא ההפרש בין התועלת הכוללת של הדרך שלא נבחרה לבין התועלת הכוללת של הדרך שנבחרה. כך, אם ההבדל בין שתי דרכי הטיפול מתבטא אך בכך שהאחת מסוכנת יותר מן האחרת (קרי: תוחלת הנזק שלה גבוהה יותר), והרופא בחר בדרך המסוכנת יותר, הסיכון החברתי שנגרם מתבטא בהפרש שבין הסיכון לחולה בדרך שנבחרה לבין הסיכון שבו היה החולה עומד אילו נבחרה הדרך הפחות מסוכנת. הטלת אחריות על הרופא בגין נזקים שהתממשו בגלל הסיכונים שיצר מבלי להביא בחשבון את הסיכונים שנמנעו ושהיו עלולים להתממש לכדי נזקים מביאה לידי הטלת אחריות גבוהה עשרת מונים מכפי שהיתה מוטלת אילו הוקפד שהרופא הרשלן יישא בנזק החברתי שגרם (ברשלנות או בלעדי רשלנות), אך לא מעבר לו.

הדרך לתיקון עיוות זה היא להקטין במידה ניכרת את הפיצוי שייפסק במקרי רשלנות רפואית המתאפיינים בבחירה רשלנית בין שתי דרכי טיפול (או יותר) אשר לכל אחת מהן סיכונים משלה. מקרים אלה נפוצים מאוד, ועל־כן, אם תקבל הצעתי, יביא הדבר לידי הפחתה דרמטית בהיקף האחריות המוטלת על רופאים ומוסדות רפואיים. המוטבים העיקריים מכך יהיו החולים, כמובן. נראה כי שינוי זה בדין הנוהג ראוי שיבוא מצד המחוקק, וילווה בהסדר של ביטוח סוציאלי אשר יבטיח לחולים פיצוי בשיעור דומה לשיעור שהם זכאים לו כיום על־פי דיני הנויקין הנוהגים.

ב. קיזוז הסיכונים שנמנעו

נניח שרופא מסוים נדרש להחליט במהלך ניתוח שמתגלה בו גידול אם לכרות את הגידול (פעולה א) או לבצע בו פעולת קשירה (פעולה ב).² בכל אחת מדרכי הפעולה גלומים סיכונים, והרופא נדרש להחליט בתוך זמן קצר איזו שתי דרכי הפעולה היא הטובה יותר, כלומר המסוכנת פחות לחולה. נניח שפעולה א כרוכה בסיכונים שתוחלתם 400 (למשל סיכון של 5% לגרם נזק של 8,000), ופעולה ב כרוכה בסיכונים שתוחלתם 500 (למשל סיכון של 5% לגרם נזק של 10,000). בשלב זה נניח שהסיכונים אינם חופפים,

2 מבוסס על ע"א 323/89 קוהרי נ' מדינת ישראל, פ"ד מה(2) 241 (1991).

דהיינו, כל פעולה כרוכה בסיכונים שונים לחלוטין. נניח שפעולה א עלולה לגרום שיתוק ברגל בדרגת חומרה מסוימת, ופעולה ב עלולה לגרום שיתוק ביד בדרגת חומרה שונה.³ במצב עניינים זה, רופא סביר נדרש לבחור בדרך פעולה א, שאם לא יעשה כן, ייחשב רשלן. נניח עתה כי הרופא התרשל ובחר בדרך פעולה ב, וכי הסיכון התממש ולחולה נגרם נזק. מהו שיעור הפיצוי שיפסוק בית-המשפט ומהו שיעור הפיצוי שיבטיח שהרופא יישא בנזק החברתי שגרם?

נראה שבית-משפט יפסוק לחולה פיצוי מלא, שכן הרופא התרשל, ורשלנות זו היא שגרמה את הנזק. כלל אחריות זה יביא לידי כך שסיכון האחריות שיושת על הרופא מלכתחילה, אם יבחר בדרך ב, יהיה 500. ברם, הקורא חדהעין יבחין כי למעשה יצר הרופא, בעת שבחר בדרך ב, סיכון כולל שתוחלתו 100, ולא 500, מכיוון שבד-בבד עם יצירת סיכונים שתוחלתם 500, הפחית הרופא סיכונים אחרים, אלה הכרוכים בדרך א, שתוחלתם 400. תוחלתו של הסיכון נטו שיצר הרופא היתה אם-כן 100 בלבד! על-כן, אם רצוי שהרופא יאזן מלכתחילה באחריות נזיקית המשקפת את הנזק החברתי שהוא עלול לגרום ברשלנותו, ראוי להטיל עליו אחריות בשיעור של 20% מנזקי החולה, כלומר אחריות בגובה של 2,000. כלל אחריות זה יביא לידי כך שסיכון האחריות שיושת על הרופא מלכתחילה, אם יבחר בדרך ב, יהיה $100 (5\% \times 2,000)$, ולא 500. זאת ועוד, אפילו היה המשטר המשפטי משטר של אחריות מוגברת, ולא משטר משפטי של רשלנות, לא היה מוצדק במקרה זה להטיל על הרופא אחריות העולה על 20% משיעור הנזק, שכן הסיכונים שתוחלתם 400 (מתוך ה-500 שנוצרו עקב הבחירה בדרך ב) לא נוצרו כלל על-ידי הרופא: סיכונים שתוחלתם 400 היו קיימים איתו או בלעדיו!⁴

הבעיה העולה מהאופן שבו בתי-המשפט פוסקים פיצויים בסוג זה של מקרים אינה מתעוררת מלכתחילה כאשר הרופא נדרש לבחור בין שתי דרכי פעולה הכרוכות בנזקים ודאיים (להבדיל מסיכונים). במקרה זה יקוז בית-המשפט את הנזק שהיה נגרם אילו בחר הרופא בדרך א מן הנזק שנגרם בפועל עקב הבחירה בדרך ב, ויפסוק לתובע את ההפרש. פסיקה כזו תביא לידי כך שמלכתחילה תשווה תוחלת האחריות הנזיקית של הרופא לסיכון שגרם ברשלנותו.

הבעיה עשויה להיפתר על-פי כללי הסיבתיות הנהוגים במקרה שבו קיימת חפיפה מלאה

3 להלן נשנה הנחה זו ונראה מדוע הינה רלוונטית.

4 להסבר מפורט יותר לדרך החישוב ראו להלן פרק ח.

5 למניעת סרבול הטיעון של קיזוז הסיכונים, איני דן במקרה שבו ההבדל בין שתי דרכי הפעולה נובע לא מסיכונים שונים, אלא מתועלות שונות. כך, אם דרך א ודרך ב בדוגמה הנידונה בטקסט כרוכות באותם סיכונים, אך בתועלות שונות שההפרש בין תוחלותיהן הוא 100, בחירה של הרופא בדרך שתועלתה פחותה צריכה לכאורה להניב אחריות משפטית בגין רשלנות. אם כך, אחריותו של הרופא, כל עוד היא מבוססת על הרעיון שהרופא חייב להפנים את הנזק החברתי שהוא יוצר ברשלנותו, צריכה לשקף את ההפרש שבין התועלות, ותוצאה זו תושג אם תוחלת אחריותו של הרופא שבחר בדרך המועילה פחות תעמוד על 100.

בין הסיכונים אף-על-פי שההסתברות להתממשותם, לו נבחרה הדרך הסבירה, נמוכה. כך, למשל, נבנה שדרך א כוללת סיכונים שנסמגם 1, 2, 3, 4, אשר ההסתברות להתממשותם קטנה יחסית, ודרך ב כרוכה בסיכונים 1, 2, 3, 4, 5. כלומר, רשלנות הרופא שבחר בדרך ב הגדילה את הסיכון של החולה בכך שהוסיפה לו את סיכון 5. לשם המחשה, סיכונים 1, 2, 3, 4 עשויים להיות סיכונים שונים ליד, ואילו סיכון 5 עשוי להיות סיכון מסוים לרגל. נבנה עתה שבפועל התממש אחד מן הסיכונים 1-4, כלומר אותם סיכונים שהחולה היה חשוף להם אף אילו בחר הרופא בדרך א. האם יטיל בית-המשפט אחריות על הרופא? מהסיבות שציינתי, הפתרון הראוי הוא שכל עוד המטרה היא שאחריות הרופא תשקף את הנזקים החברתיים שגרם ברשלנותו, תוטל על הרופא אחריות רק אם התממש סיכון 5, אך לא אם התממש אחד הסיכונים האחרים. כפי שאטען בשורות הבאות, הבנה נכונה של דיני הסיבתיות הנוהגים תביא לידי השגתו של פתרון זה.

שאלה מעין זו התעוררה בפסק-דין שניתן לפני שנים ספורות על-ידי בית-הלורדים באנגליה.⁶ דובר בתביעה של אשה שנותרה ונגרם לה נזק. טענתה של התובעת היתה כי אף שהרופאים לא התרשלו בביצוע הניתוח עצמו, הם ביצעו אותו מבלי לקבל מראש את הסכמתה המודעת (informed consent). מסתבר כי לו הוזהרו הרופאים כראוי את התובעת מפני סיכוני הניתוח, היא היתה מבקשת חוות-דעת נוספת ממומחה, ייתכן מאוד שהמומחה היה ממליץ לה לעבור את הניתוח, וייתכן שהיתה מאמצת את ההמלצה ועוברת אותו ניתוח ממש, אך זאת כעבור ימים מספר. טענתה של התובעת היתה שלו היה הניתוח מתבצע מאוחר יותר, לא היה נגרם לה כל נזק. טענת הרופאים היתה, לעומת זאת, שכך או אחרת, הסיכונים לתובעת היו אותם סיכונים, ולכן אין קשר סיבתי בין אי-קבלת הסכמתה המודעת לבין הנזק שנגרם לה בסופו של דבר.

כדי להבין טוב יותר את הבעייתיות שהמקרה שנידון בפסק-הדין מעורר ואת הקשר שלו לענייננו נבחין בין שתי וריאציות אפשריות של המקרה. על-פי וריאציה אחת, הסיכון שהתממש היה מתממש בהסתברות גבוהה גם אילו התבצע הניתוח ימים מספר לאחר המועד שבו התבצע בפועל. למשל, ייתכן שמדובר בסיכון הנובע מבעיה אנטומית של החולה, ויש להניח שאם התממש ביום א בשבוע, היה מתממש אף ביום ג. על-פי הווריאציה השנייה, הסיכון שהתממש היה תלוי בגורמים משתנים, והוא לא היה מתממש כנראה אילו בוצע הניתוח מאוחר יותר. כך, ייתכן שמדובר בסיכון הנובע מחוסר מזל מיוחד לניתוח המסוים שהתבצע, ויש להניח כי אף שהסיכון התממש ביום א, הוא לא היה מתממש כנראה ביום ג. לפי וריאציה זו, אף-על-פי שאי-קבלת הסכמתה של החולה לפני מעשה לא הגדילה בדיעבד את סיכונה, היא גרמה לה נזק. נראה שהנחת-העבודה של בית-הלורדים היתה כי המקרה שנידון לפנינו מהווה את הווריאציה השנייה. ברוב דעות החליט בית-הלורדים להטיל אחריות על הרופאים. דעת המיעוט היתה שאין קשר סיבתי בין אי-קבלת ההסכמה המודעת לבין הנזק שנגרם, שכן הסיכון לחולה, אותו סיכון שהתממש בסופו של דבר, לא הוגדל עקב כך. חשוב לציין כי לא קיים באנגליה אבי-נזק עצמאי של פגיעה באוטונומיה

6. Chester v. Afshar, [2004] 4 All ER 587 (H.L.).

עקב אי-קבלת הסכמה מודעת מחולה – אב-נזק שהוכר לפני שנים מספר בישראל⁷ – ואילו היתה טענת הרופאים מתקבלת, התוצאה היתה שבמקרים מעין אלה אין הרופאים חשופים לסיכון של אחריות משפטית. נראה ששיקול זה השפיע השפעה מכרעת על פסיקתו של בית-הלורדים.

אני סבור שבית-הלורדים שגה באופן שבו החיל את דיני הסיבתיות הנוהגים על המקרה: כאשר התנהגות המזיק יצרה כלפי הניזוק סיכון שהיה קיים אף אילו נבחרה הדרך החלופית, הסבירה, והוא הסיכון שהתממש בסופו של דבר, אין להטיל אחריות על המזיק. כפי שכבר הסברתי, תוצאה זו רצויה מנקודת-מבט הרתעתית. יתר על-כן, ניתן לעגן אותה אף בדוקטרינת הסיבתיות הנוהגת. על-מנת להוכיח קשר סיבתי עובדתי בין ההתנהגות העוולתית לבין הנזק לא די להוכיח שהנזק לא היה נגרם אלמלא ההתנהגות העוולתית. צריך להוכיח גם קיומה של "נטייה סיבתית", דהיינו שההתנהגות העוולתית היא כזו שיש בה, באופן טיפוסי, כדי להגדיל את הסיכון שייגרם הנזק שנגרם בסופו של דבר.⁸ כך, אם נסעתי במהירות מופרות, והגשר שעברתי תחתיו בנקודת-זמן מסוימת קרס על מכוניתי וגרם נזק לנוסע שישב לצידו, אין אני אחראי כלפיו ברשלנות, אף-על-פי שנסיעתי המהירה היא "גורם בלעדיו אין" לנזק. זאת מכיוון שהנסיעה המהירה אינה מקיימת את תנאי "הנטייה הסיבתית" שבלעדיו אין מוטלת אחריות נזיקית. מהירות הנסיעה אינה מגבירה את הסיכון שגשר ייפול על מכונית נוסעת.⁹

מכאן, לדוגמה שלנו: היש להטיל על הרופא אחריות כאשר התממש אחד מהסיכונים 1-4 על-פי דיני הסיבתיות הנוהגים? התשובה לשאלה זו שלילית. סיכונים אלה היו קיימים עם או בלי רשלנותו של הרופא, וגם אם מתקיים קשר סיבתי עובדתי (במובן של מבחן האלמלא) בין התרשלות זו לבין הנזק שנגרם, אין מתקיים תנאי הנטייה הסיבתית. רק אם התממש סיכון 5 מתקיים תנאי הנטייה הסיבתית, ורק אז תוטל אחריות על הרופא על-פי כללי הסיבתיות הנוהגים בגין הנזק שהתממש מסיכון זה. מכאן אף עולה שיישום נכון של כללי הסיבתיות הנוהגים יביא לידי כך שהרופא יישא בנזק החברתי שגרם והרתעתו תהיה אופטימלית.

מן האמור לעיל עולה כי הדוקטרינה הקיימת אינה קוהרנטית: אם הסיכונים הכרוכים

7 ע"א 2781/93 דעקה נ' בית החולים "כרמל", חיפה, פ"ד נג(4) 526 (1999).

8 Guido Calabresi, *Concerning Cause and the Law of Torts: An Essay for Harry Kalven, Jr.*, 43 U. CHI. L. REV. 69 (1975)

9 אדרבה, אם יש קשר כלשהו בין השניים, הוא פועל בכיוון ההפוך: ככל שתיסע מהר יותר, כן תשהה זמן קצר יותר מתחת לגשר, והסיכון שהוא יקרוס על מכוניתך יקטן. למקרה אנלוגי ראו יצחק אנלגרד, אהרן ברק ומישאל חשין דיני הנזיקין – תורת הנזיקין הכללית 227-229 (מהדורה שנייה, גד טדסקי עורך, 1976). שם מוסבר היעדר האחריות בהיותו של הנזק רחוק מדי. השאלה של ריחוק הנזק היא, כידוע, שאלה משפטית. הנמקה זו שגויה, לדעתי. שאלת קיומה של נטייה סיבתית היא שאלה עובדתית, ולא משפטית: גורם שאינו מגביר את הסיכון לנזק מסוג זה שאירע חסר מאפיין עובדתי שבלעדיו לא תוטל אחריות נזיקית.

בדרך ב כוללים את הסיכונים הכרוכים בדרך א וחופפים אותם (דוגמת הסיכונים 1, 2, 3, 4, 5), איום האחריות המשפטית על הרופא ישקף את הנוק החברתי שרשלנותו גורמת, ואילו אם הסיכונים הכרוכים בדרך ב ובדרך א הם סיכונים שונים (דוגמת הסיכונים 400 ו-500), תהיה התוצאה שונה בתכלית.

מקרה הנופל בתווך, בין מקרה הסיכונים החופפים לבין מקרה הסיכונים הלא-חופפים, הוא זה שבו הסיכונים הכרוכים בדרך הרשלנית מתייחסים לאותו אובייקט שהסיכונים הכרוכים בדרך הלא-רשלנית מתייחסים אליו, אך הסיכון הכרוך בדרך הרשלנית הינו גדול יותר, בין מפני שהנוק שעלול להיגרם חמור יותר ובין משום שההסתברות להתרחשותו גדולה יותר. כך, נניח שהסיכון של 500 הכרוך בדרך ב, כמו הסיכון של 400 הכרוך בדרך א, מתייחס לידו הימנית של החולה, והנוק שעלול להיגרם אם תיבחר כל אחת משתי הדרכים הוא 10,000. אלא שההסתברות שהנוק יתממש אם תיבחר דרך ב היא 5%, ואילו ההסתברות שהנוק יתממש אם תיבחר דרך א היא רק 4%. הרופא הרשלן, שבחר בדרך ב, הגדיל את הסיכון ב-100, ועל-כן, אם יתממש הנוק של 10,000 עקב הבחירה בדרך א, על אחריותו להיות בגין 2,000 בלבד. אחריות בגין 2,000 תשית על הרופא מלכתחילה את סיכון האחריות הרצוי של $100 (5\% \times 2,000)$.

כיצד יוכרע מקרה מעין זה על-פי המשפט הנוהג? נראה שאם ישתכנע בית-המשפט שאילו היה הרופא בוחר בדרך הסבירה לא היה נגרם כנראה כל נזק (שכן ההסתברות לגרם נזק לו נבחרה דרך א היתה רק 4%), הוא יטיל על הרופא אחריות למלוא הנוק שנגרם. פסיקת בית-המשפט היתה שונה כנראה אילו השתכנע שהעובדה שנגרם נזק בפועל בעקבות הבחירה בדרך ב מלמדת שגם לו נבחרה דרך א היה נגרם כנראה אותו נזק, למשל בהסתברות של 80% (כך יסיק בית-המשפט אם ישתכנע שדרך א מותירה נזק לארבעה בני-אדם מבין מאה, ואילו דרך ב מותירה נזק לחמישה בני-אדם מתוך מאה, כאשר חמישה אחרונים אלה כוללים את הארבעה שהיו נותרים עם נזק גם לו נבחרה דרך א). בנסיבות אלה, בית-המשפט עשוי לא לפסוק פיצוי כלל (אם יחיל על המקרה את הכלל של עודף הסתברויות), או לפסוק פיצוי בשיעור של 20% מן הנוק שנגרם בגין פגיעה בסיכויי החלמה (אם יחיל על המקרה את עקרון האחריות ההסתברותית).

ג. הרחבת הטיעון למקרים אחרים

הטיעון שעל-פיו יש להתחשב בעת פסיקת פיצויים בגין רשלנות בסיכונים שנמנעו מן הניזוק אינו מיוחד למקרים של רשלנות רפואית. למעשה, טיעון זה חל על כל מקרה שבו המזיק נדרש לבחור בין שתי דרכי פעולה חלופיות או יותר הכרוכות בסיכונים שאינם חופפים. כך, עורך-דין או יועץ-השקעות נדרש לעיתים ליתן ייעוץ ללקוח כיצד לכלכל את צעדיו. עצה רשלנית יוצרת סיכונים מוגברים, אך בה-בעת חוסכת סיכונים אחרים. פסיקת פיצוי מלא לטובת התובע מביאה לידי כך שעורך-הדין או יועץ-ההשקעות, לפי העניין, נושא באחריות לנזקים רבים יותר מאשר נזקי רשלנותו, ולמעשה לנזקים רבים יותר מאלה שגרם בכלל. בדומה לכך, מנהל חברה המחליט החלטה רשלנית בניהול ענייני

החברה לעיתים אינו רק יוצר סיכונים לחברה, אלא אף חוסך לה סיכונים אחרים, והטלת אחריות עליו בגין התממשות הסיכונים שיצר מבלי להתחשב בסיכונים שמנע אינה מוצדקת. לבסוף, רשות ציבורית המונעת ברשלנות מאדם את חופש ההפגנה מן הטעם ששימוש בחופש זה עלול לסכן אותו פיזית לא רק פוגעת בחופש שלו, אלא אף חוסכת לו סיכונים. פסיקת פיצויים נגד הרשות צריכה להביא בחשבון גם את הסיכונים שנמנעו, ולא רק את הנזק שנגרם.

לטיעון של קיוויו הסיכונים יש תחולה במקרים שבהם יצירת הסיכון הרשלנית לניזוק חסכה סיכון לצד שלישי, בעוד שהתנהגות סבירה היתה מפחיתה אומנם את הסיכון לניזוק, אך בה־בעת מגבירה את הסיכון לצד השלישי. כך, רופא בחדר־מיון הנמנע מלטפל בחולה א כדי לטפל בחולה ב, וגורם לראשון נזק, היה יכול לטפל בו רק במחיר הגברת סיכנונו של חולה ב. החלטתו של הרופא לטפל דווקא בחולה ב עשויה להיות החלטה רשלנית שגרמה נזק לחולה א, אך בכך אין כדי למנוע מתן "קרדיט" הולם לרופא, בעת פסיקת הפיצוי, על שהקטין את הסיכונים של חולה ב. בדומה לכך, נהג המחיש במכוניתו אדם פצוע לבית־חולים, ועקב נסיעתו המהירה והרשלנית פוגע בהולך־רגל, לא רק גורם נזק להולך־הרגל, אלא אף מפחית סיכונים לאדם הפצוע שבמכוניתו. קיוויו הסיכונים, כמוצע במאמר זה, יבטיח שהנהג יפנים מלכתחילה בדיוק את הסיכון החברתי שהוא יוצר בהתנהגותו.

ההבדל בין מקרה שבו יצירת הסיכון הרשלנית לניזוק הפחיתה סיכון לאדם אחר לבין מקרה שבו יצירת הסיכון הרשלנית לניזוק הפחיתה סיכון לניזוק עצמו עשוי להיות הבדל רב־חשיבות מהיבטים של צדק. בכך אעסוק להלן.¹⁰ אך ככל שמדובר בשיקולי יעילות והרתעה, הטיעון של קיוויו הסיכונים תקף באותה עוצמה בשני המקרים גם יחד. כפי שנראה בהמשך, ההצדקות לעיקרון של קיוויו הסיכונים עשויות להיות אף שונות כאשר עיקרון זה מוחל בסיטואציות חוזיות – קרי: במצבים שיש בהם קשר חוזי בין המזיק לבין הניזוק – וכאשר הוא מוחל בין זרים.¹¹

ד. קיוויו סיכונים ואחריות הסתברותית

העיקרון של קיוויו הסיכונים מקיים קרבה משפחתית עם עקרון האחריות ההסתברותית. על־פי העיקרון של האחריות ההסתברותית, ייפסקו במצבים מסוימים פיצויים חלקיים ששיעורם ייקבע לפי ההסתברות שהנזק לניזוק נגרם עקב רשלנותו של המזיק. כך, אם רופא הגביר ברשלנות את סיכנונו של החולה ולחולה נגרם נזק, אך ההסתברות שהנזק נגרם על־ידי רשלנות הרופא, ולא עקב סיבה אחרת, היא, למשל, 30%, תהיה אחריות הרופא, על־פי עקרון האחריות ההסתברותית, בשיעור של 30% מנזקי החולה. זאת להבדיל מהתוצאה המוכתבת על־ידי הכלל של עודף ההסתברויות, שלפיו על התובע להוכיח את תביעתו בהסתברות של יותר מ־50%, ואם יעשה כן, יזכה בפיצוי מלא, אך אם לא יעשה כן, תידחה

10 ראו להלן פרק 21 וה"ש 27.

11 ראו להלן פרק ה.

תביעתו כליל. עקרון האחריות ההסתברותית נקלט במשפט הישראלי במקרים מסוימים.¹² די לענייננו לומר שאחת ההצדקות המרכזיות להחלתו של עקרון האחריות ההסתברותית היא החשש מהרתעת-חסר: מזיק הגורם נזקים אשר באופן טיפוסי לא ניתן להוכיח על-פי עודף הסתברויות שהם קשורים סיבתית להתנהגותו העוולתית יחסר תמריצים יעילים להפחתתם כל עוד חל הכלל של עודף ההסתברויות. עקרון האחריות ההסתברותית, לעומת זאת, יגרום לכך שהמזיק יפנים מלכתחילה את הסיכון שהוא גורם בהתנהגותו, וקיים סיכוי טוב יותר שתמריציו יהיו יעילים.¹³

הצורך בעקרון האחריות ההסתברותית והצורך בעיקרון של קיזוז הסיכונים נובעים לכאורה מבעיות דומות. בעוד שעקרון האחריות ההסתברותית נועד להתגבר על הקושי להוכיח שהמזיק גרם נזק, העיקרון של קיזוז הסיכונים נועד להתגבר על הקושי להוכיח שהמזיק מנע נזק. ברם, לצד דמיון זה בין שני העקרונות, קיימים ביניהם הבדלים חשובים. ראשית, באופן טיפוסי, אי-הפעלתו של עקרון האחריות ההסתברותית גורמת הרתעת-חסר,¹⁴ ואילו אי-הפעלת העיקרון של קיזוז הסיכונים גורמת הרתעת-יתר. שנית, והעיקר: בעוד הפעלתו של עקרון האחריות ההסתברותית מחייבת להעריך לאחור מעשה את ההסתברות שההתנהגות העוולתית היא שגרמה לנזק, העיקרון של קיזוז הסיכונים מחייב להעריך לפני מעשה הן את תוחלת הנזק שהיה עלול להיגרם והן את תוחלת הנזק שהיה עשוי להימנע. כך, בדוגמה הראשונה שנידונה לעיל (תוחלות נזק של 400 ושל 500, המשקפות הסתברות של 5% לגרם נזק של 8,000 ושל 10,000, בהתאמה), אחריות הרופא שבחר בדרך המסוכנת והנזק התממש לא תהיה 9,600 (5% x 8,000-10,000), כלומר נזק בפועל פחות מכפלת הנזק שהיה עלול להיגרם לו בחר הרופא בדרך הפחות מסוכנת וההסתברות שנזק זה אכן היה נגרם), אלא 2,000. פיצוי של 2,000 יבטיח שבעת שהרופא יבחר את דרך ב

12 ראו לאחרונה ע"א 7375/02 ב"ח כרמלי-חיפה נ' מלול, תק-על 2005(1) 4239 (2005), ולפני-כן ע"א 231/84 קופת חולים של ההסתדרות נ' פאתה, פ"ד מב(3) 312 (1988). לדיון בדוקטרינה של פסיקת פיצויים לפי הסתברות ראו אריאל פורת "פיצוי בגין יצירת סיכון ופגיעה בסיכוי" עיוני משפט כג 605 (2000).

13 אם כי לא תמיד. תמריציו לא יהיו יעילים, למשל, אם אמצעי הזהירות הוא נוקט אינם ניתנים להוכחה בבית-משפט. עניין זה חורג מנושא המאמר. ראו: ARIEL PORAT & ALEX (2001) STEIN, TORT LIABILITY UNDER UNCERTAINTY 142.

14 אך לא בהכרח. ישנם מצבים שבהם ההסתברות הטיפוסית לגרם נזק היא בין 50% לבין 100%, שאז הכלל של עודף ההסתברויות יוצר הרתעת-יתר. זאת מכיוון שבכל מקרה של גרם נזק, תוטל על המעוול אחריות מלאה, שעה שעקרון האחריות ההסתברותית יכתוב אחריות מופחתת. בפועל, בתי-המשפט בארץ ובארצות-הברית מפעילים את כלל האחריות ההסתברותית רק במקרים שבהם הסתברות האחריות נמוכה מ-50%, ולא כאשר היא גבוהה מ-50%. לביסוס, שלא צלח, לטעון להטלת אחריות הסתברותית במקרה שבו היתה ההסתברות גבוהה מ-50% ראו ע"א 7469/03 המרכז הרפואי שערי צדק נ' כהן, תק-על 2005(2) 406 (2005).

(500) במקום את דרך א (400), הוא יפנים בדיוק את הסיכון החברתי שהתנהגותו הרשלנית יוצרת (ששיעורו 100).¹⁵

ה. מחירה של אחריות כבדה (מעבר לנזק החברתי)

השיטה הנוהגת, שעל-פיה רופא נושא באחריות בגין כל הסיכונים שיצר ברשלנות, ולא בגין ההפרש בין אלה שיצר לבין אלה שמנע, מביאה לידי כך שרופאים ישאו באחריות בהיקף העולה על הנוזקים שגרמו, בין ברשלנות ובין בלא רשלנות. היש רע בכך? הן רופא שאינו מתרשל אינו נושא באחריות כלשהי לפי השיטה הנוהגת, ועל-כן איום האחריות הכבדה בגין רשלנות רק יקטין את הסיכויים שיתרשל מלכתחילה! זאת ועוד, גם אם אחריות כבדה מדי עלולה במקרים מסוימים לדכא את פעילותו (הרצויה) של המזיק, חשש זה אינו ממשי לכאורה כאשר יש בין המזיק (הרופא) לבין הניזוק (החולה) קשר חווי המאפשר לראשון לגלגל את עלות אחריותו הכבדה על האחרון. הבעייתיות הנעוצה בכך שרופאים נושאים באחריות על יותר מהנוזקים שגרמו נובעת

15 העיקרון של קיוזו הסיכונים נועד להתגבר לא רק על הקושי להוכיח, כאשר נגרם נזק, שבחירה בדרך הפעולה הסבירה היתה גם היא עלולה לגרום נזק, אלא אף על בעיה נוספת: מוזיק שבחר ברשלנות בדרך המסוכנת יותר ואינו גורם נזק אינו מקבל "קרדיט" כלשהו על כך שבחירתו הרשלנית עשויה להיטיב דווקא עם הניזוק (או עם אחר) ולא להרע לו. כך, בדוגמה שבטקסט, בתשע-עשרה פעמים מתוך עשרים, הרופא שבחר בדרך ב (שתוחלתה 500) לא יגרום לחולה כל נזק, ואילו בפעם אחת מתוך העשרים הוא יגרום לו נזק של 10,000. עם זאת, באחת מתוך עשרים הפעמים תמנע הבחירה של הרופא בדרך ב מן החולה נזק של 8,000 (שהיה נגרם לו אילו נבחרה דרך א). העיקרון של קיוזו הסיכונים נותן על-כן לרופא "קרדיט" מלא על פוטנציאל התועלת שיש בבחירתו הרשלנית, ואילו עיקרון הסתברותי המופעל לאחר מעשה אינו נותן לו "קרדיט" כזה. מכאן אף ברור שהטיעון של קיוזו הסיכונים אינו דומה לטיעון שלפיו מוזיק שמשקיע באמצעי מניעה במידה פחותה מן הרמה הנדרשת על-פי דיני הרשלנות אינו צריך להתחייב במלוא הנוזק שהתנהגותו גורמת, ויש ליתן לו "קרדיט" כלשהו על שהפחית את תוחלת הנוזק. לטיעון אחרון זה ניתן לענות שדיני הסיבתיות אמורים לפתור את הבעיה, בוודאי אם הם מוחלים באופן הסתברותי. כך, אם מוזיק נדרש לנקוט אמצעי זהירות שעלותם 50, אך הוא נקט אמצעי זהירות שעלותם 49 בלבד, וגרם נזק, יידרש בית-המשפט הדין במקרה לשאלה אם נזק זה היה נגרם גם אילו היה המזיק נוקט באמצעי זהירות שעלותם 50. בהנחה שמדובר באמצעי זהירות רציפים (קרי: כל יחידה של אמצעי זהירות מפחיתה את תוחלת הנוזק), ובהנחה של מידע מלא בידי בית-המשפט, תוטל על המזיק אחריות רק בגין אותם נזקים אשר ההשקעה הנוספת של אמצעי זהירות, שעלותם 1, היתה מונעת, שכן הנוזקים האחרים אינם קשורים סיבתית להתנהגות הרשלנית. אם לא ניתן לדעת איזה נזק היה נמנע על-ידי אמצעי זהירות נוספים אלה, תפתור את הבעיה אחריות הסתברותית המוחלת לאחר מעשה. לטיעון של קיוזו הסיכונים לא ניתן לתת מענה דומה.

מכמה סיבות. ראשית, ככל שאחריות הרופאים כבדה יותר, כן תופעת הרפואה המגנטית מחמירה. שנית, מזיק הנושא בנוקים גבוהים מנוקי התרשלותו עלול להשקיע משאבים רבים מדי במניעת טעויות. שלישית, מזיק כזה אף עלול להפחית את פעילותו או להפסיקה כליל, אף שאין הדבר רצוי מבחינה חברתית, וזאת אפילו כאשר קיים קשר חוזי בינו לבין הניזוק. רביעית, אחריות כבדה כרוכה בהוצאות התדיינות רבות, ובעיקר מגדילה את הכנסתם של עורכי-הדין על-חשבון החולים.

1. רפואה מגנטית

אחת התופעות המדאיגות ביותר בתחום הרפואי היא תופעת הרפואה המגנטית.¹⁶ תופעה זו היא תולדה של האחריות המשפטית הכבדה המוטלת על רופאים בגין נזקי החולים. איום האחריות המשפטית מניע רופאים ובתי-חולים, בעידודן של חברות-הביטוח, לנקוט פעולות המקטינות את סיכוני האחריות המשפטית, וזאת על-חשבון החולה. רפואה מגנטית מועילה אם-כן לרופא, אך מזיקה לחולה. הרפואה המגנטית היא תוצאה של החצנות: אם הרופא נדרש לבחור בין דרך פעולה א לבין דרך פעולה ב, ואין הוא יודע בוודאות איזו היא הדרך הסבירה או אינו בטוח מה יפסוק בית-משפט אם המקרה יגיע לאחראי-מכן לערכאות, הוא יבחר בדרך שבה תוחלת האחריות שלו קטנה יותר; תוחלת האחריות בדרך הרשלנית עשויה להיות קטנה יותר משום שהרופא לא יישא באחריות על מלוא הנזקים שגרם. דוגמה נפוצה לרפואה מגנטית היא ריבוי בבדיקות רפואיות ובמתן תרופות אף כאשר טובת החולה אינה מחייבת זאת.¹⁷ כך, רופא עלול להורות לחולה לעבור בבדיקות מיותרות, מתוך חשש שאם לא יעשה כן, והחולה יינזק לאחראי-מכן, תוטל עליו אחריות נזיקתית. אכן, בבדיקות ותרופות מיותרות מזיקות לחולה לעיתים קרובות, אך הרופא יודע שהוא לא ייתבע בגין נזקים אלה, אם משום שנזקי החולה נסתרים ואם מפני שהם מצטברים על-פני תקופת זמן ולא ניתן כמעט להוכיחם בבית-המשפט. דוגמה נפוצה אחרת לתופעת הרפואה המגנטית לקוחה מתחום המיילדות. מחקרים מראים כי שיעור הלידות הקיסריות בארצות-

16 Alec Shelby Bayer, *Looking Beyond the Easy Fix and Delving into the Roots of the Real Medical Malpractice Crisis*, 5 HOUS. J. HEALTH L. & POL'Y 111 (2004–2005); Kristie Tappan, *Medical-Malpractice Reform: Is Enterprise Liability or No-Fault a Better Reform?*, 46 B.C. L. REV. 1095 (2005)

17 Paul C. Weiler, *The Case for No-Fault Medical Liability*, 52 MD. L. REV. 908, 916–917 (1993); Alan Feigenbaum, *Special Juries: Deterring Spurious Medical Malpractice Litigation in State Courts*, 24 CARDOZO L. REV. 1361, 1371 (2003); Anand Das, Jack Schwartz & Evan G. Derenzo, *True Risk Management: Physicians' Liability Risk and the Practice of Patient-Centered Medicine*, 18 J. L. & HEALTH 57, 61–62 (2003–2004).

הברית גדול בהרבה מהשיעור האופטימלי.¹⁸ אף כאן הדבר נובע, כפי הנראה, מרצונם של רופאים, בתי-חולים ומבטחים להקטין את סיכוני האחריות הנוקטית: לידה טבעית שנכשלת וגורמת נזקים עלולה להסתיים בתביעה נגד הרופא, ואילו לידה קיסרית, אפילו היא גורמת נזקים ליולדת, אינה מסתיימת בדרך-כלל בתביעה נוקטית.¹⁹

ככל שהאחריות הנוקטית כבדה יותר, כן הפיתוי לנקוט ברפואה מגננתית גדל, שכן הרופא, בית-החולים או המבטח צפויים להרוויח מכך יותר. אילו לא היתה מוטלת אחריות כלשהי על רופאים, היתה תופעת הרפואה המגננתית נעלמת כמעט לחלוטין.²⁰ עם זאת היתה נוצרת תופעה אחרת, והיא הרתעת-חסר: רופאים לא היו נוקטים באמצעי זהירות אופטימליים לשם מניעת נזקים. האחריות שיש בה כדי למנוע את התופעה של הרתעת-החסר, ויחד עם זאת להקטין את סיכוני הרפואה המגננתית, היא אחריות בגין הנזק החברתי שהרופא גורם. אחריות גבוהה מן הנזק החברתי אינה נחוצה ועלולה להעצים את תופעת הרפואה המגננתית.²¹ קיוזו סיכונים, כמוצע במאמר זה, חותר בדיוק לכך שאחריות המזיק תהיה בשיעור הנזק החברתי שהוא גורם.

נשוב עתה לדוגמת המיילדות. נניח שרופא בוחר במקרה נתון, ברשלנות, ליילד לידה

- F. Menacker, *Trends in Cesarean Rates for First Births and Repeat Cesarean Rates for Low Risk Women: United States, 1990–2003*, NATIONAL VITAL STATISTICS REPORT vol. 54(4) 2005; U.S. Department of Health and Human Services, *Healthy People 2010, Maternal, Infant, and Child Health*, available at http://www.healthypeople.gov/Document/HTML/Volume2/16MICH.htm#_Toc49469966464; Elizabeth Swire Falker, *The Medical Malpractice Crisis in Obstetrics: A Gestalt Approach to A.R. Localio*, (להלן: Falker) *Reform*, 4 CARDOZO WOMEN'S L.J. 1, 15 (1997) A.G. Lawthers, J.M. Bengtson, L.E. Hebert, S.L. Weaver, T.A. Brennan & J.R. Landis, *Relationship Between Malpractice Claims and Cesarean Delivery*, 269 JAMA 366 (1993); R.A. Rosenblatt, G. Weitkamp, M. Lloyd, B. Schafer, L.C. Winterscheid & L.G. Hart, *Why do Physicians Stop Practicing Obstetrics? The Impact of Malpractice Claims*, 76 OBSTETRICS & GYNECOLOGY 245, 249 (1990)
- Michael Daly, *Attacking Defensive Medicine Through the '16-15'*, Falker 19 *Utilization of Practice Parameters*, 16 J. LEGAL MED. 101, 105 (1995); Antonella Vimercati, Pantaleo Greco, Anila Kardashi, Cristina Rossi, Vera Loizzi, Marco Scioscia & Giuseppe Loverro, *Choice of cesarean section and perception of legal pressure*, 28(2) JOURNAL OF PERINATAL MEDICINE 111 (2000)
- אם כי תופעת הרפואה המגננתית עלולה להיווצר לעיתים אף מסיבות שאין לבין אחריות משפטית ולא כלום. כך, רופא עלול לבחור בדרך טיפול אחת, ולא באחרת, מפני שאם הראשונה תיכשל, יהיה הכישלון בולט פחות כלפי חוץ, והגיבוי שיספוג בגינו יהיה קטן יותר.
- מנגד, קיימת אף תופעה של החצנות שליליות העשויה להצדיק את הגדלתה של האחריות. ראו להלן פרק 31.

טבעית, ועקב כך נגרם נזק לעובר. השיטה של קיזוז הסיכונים מחייבת שאחריות הרופא תופחת עקב כך שהחלטתו ליילד לידה טבעית מנעה את סיכונה של הלידה הקיסרית. קיזוז מעין זה יפחית את תמריצייהם של הרופאים לבחור בלידה קיסרית באותם מקרים שבהם טובת היולדת מחייבת לידה טבעית. זאת מכיוון שיידעו שאם יבחרו בלידה טבעית ויימצאו לאחר מעשה אחראים לנזק שאירע, תופחת אחריותם עקב כך שמנעו את סיכונה של הלידה הקיסרית. ה"רווח" שלהם מנקיטת רפואה מגנטית יפחת אם-כן במידה ניכרת לעומת המצב הקיים.

תופעת הרפואה המגנטית מן הסוג המתואר לעיל היתה פוחתת אילו היו הרופאים כפופים למשטר משפטי של אחריות מוגברת, במקום למשטר משפטי של רשלנות, והיו נושאים בכל הנזקים, בין אם בחרו בדרך הפעולה הסבירה ובין אם בחרו בדרך הפעולה הרשלנית. זאת מכיוון שבמשטר משפטי כזה, תוחלת הרווח של הרופא בבחירה בדרך האחת על-פני הדרך האחרת היתה קטנה. הבעיה במשטר משפטי של אחריות מוגברת מעין זו היא שהוא יטיל על הרופא אחריות לא רק על נזקים שגרם (ברשלנות או בלא רשלנות), אלא אף על נזקי המחלה שאינם קשורים כלל לפעולותיו (ולפיכך אין זו אחריות מוגברת במובן המקובל של המושג). לפיכך, משטר אחריות כזה יגרום להכבדת-יתר על פעילות הרופאים ויגדיל את הוצאות ההתדיינות, כפי שיובהר בתת-פרקים 3-4 שלהלן. זאת ועוד, משטר כזה עלול להרתיע רופאים מטיפול בחולים שסיכויי החלמתם נמוכים (זאת בהנחה שלא ניתן בפועל לגבות מחולים כאלה מחיר גבוה דיו, שישקף את סיכויי החלמתם הנמוכים ואת סיכון האחריות הגבוה הכרוך בטיפול בהם).²²

2. השקעת-יתר במניעת טעויות

השיטה הקיימת, שהסיכונים שמנע הרופא הרשלן אינם מקווזים על-פיה, גורמת להשקעת-יתר במניעת טעויות. אם דרך א כרוכה בסיכונים של 400 ודרך ב כרוכה בסיכונים של 500, כאשר תוחלת האחריות של הרופא מבחירה בדרך א היא אפס ותוחלת האחריות מבחירה בדרך ב היא 500, הרופא עלול להשקיע מעבר ל-100 באמצעי זהירות לשם מניעת הטעות. כדי לחדד את הטיעון עוד יותר, נניח כי דרך א כרוכה בסיכונים של 499 ודרך ב כרוכה בסיכונים של 500. במצב עניינים זה אין כמעט הבדל, מבחינת התועלת החברתית, בין שתי דרכי הטיפול. עם זאת יהיה הרופא נכון להשקיע השקעה עצומה במניעת הטעות, שכן לדידו, מניעת הטעות תחסוך לו סיכון אחריות שתוחלתה 500. לכאורה, ביישום נכון של דיני הרשלנות, הרופא הצריך להחליט בין שתי דרכי פעולה אינו נדרש להשקיע בקבלת ההחלטה יותר מאשר את הפרש התועלות (או הפרש הסיכונים במקרה שלנו) שבין שתי הפעולות. כך, בדוגמה האחרונה, אם בחר הרופא בדרך ב וגרם

22 אם לא יוכלו רופאים להימנע מלטפל בחולים כאלה, ואף לא יוכלו לגבות מהם מחיר גבוה המשקף את סיכון האחריות הכרוך בטיפול בהם, הם ייאלצו לגבות מחיר גבוה יותר מכל החולים כדי לסבסד חולים אלה, וזו תופעה בעייתית כשלעצמה.

נוק, ובית-המשפט ישתכנע שהעלות של קבלת ההחלטה הנכונה היתה גבוהה מ-1 (ההפרש בין 500 ל-499), יהיה בית-המשפט אמור לא להטיל אחריות על הרופא, שכן זה לא התרשל. עקב כך, לכאורה, לא ישקיע הרופא משאבים מופרזים במניעת הטעות בקבלת ההחלטה. ובכל-זאת נראה שטיעון זה אינו משכנע. מלכתחילה יקשה על הרופא לסמוך על כך שבית-המשפט יהיה מוכן לייחס ערך מלא לעלות של מניעת הטעות בעת שיקבע אם הרופא התרשל. האסטרטגיה הרציונלית של הרופא תהיה על-כן השקעת-יתר במניעת הטעות, לא מפני שהדבר מוצדק מנקודת-מבט חברתית, אלא בשל האינטרס העצמי החזק שלו לעשות כן.

התופעה של השקעת-יתר במניעת טעויות עשויה להימנע אם יהיה המשטר המשפטי משטר של אחריות מוגברת מן הסוג המתואר בתת-פרק 1 לעיל. ברם, כאמור שם, למשטר מעין זה יש חסרונות משל עצמו.

3. פגיעה בפעילות

בנייה בנוקים גבוהים מן הנוקים החברתיים של הפעילות עלולה להביא לידי הפחתת הפעילות ולעיתים אף להיעלמותה. כך, אם התועלת בפעילות היא 100 ונוזקיה הם 50, אך המזיק נדרש לשאת באחריות שתוחלתה 150, תופסק הפעילות אף שהינה רצויה מבחינה חברתית. אולם בתחום הרפואי (לפחות בתחום הרפואה הפרטית), ולמעשה בכל תחום שבו המזיק-בכוח יכול לגלגל את עלות האחריות על הניזוק-בכוח, העניין מורכב יותר. תוחלת האחריות תגולגל בכל מקרה על כתפי החולה, בין אם היא 150 ובין אם היא 50. החולה מצידו ישלם מחיר גבוה יותר או נמוך יותר, בהתאמה. לכאורה, הן הרופא והן החולה יהיו אדישים לגובה האחריות, לפחות אם הם ניטרליים לסיכון, וממילא יהיה היקף הפעילות הרפואית זהה בין אם האחריות גבוהה ובין אם היא נמוכה.

טיעון זה אינו נכון בענייננו משתי סיבות. ראשית, כפי שהוסבר לעיל, אחריות כבדה, על יותר מהנוק החברתי, הנובעת מאי-קיוויו הסיכונים שרשלנות הרופא מנעה, גורמת להשקעת יתר באמצעי מניעה ולהתגברותה של תופעת הרפואה המגננתית. מאחר שעלותם של אמצעי המניעה מגולגלת על כתפי החולה, ומאחר שהוא אף הנושא בנוקי הרפואה המגננתית, התועלת הכוללת שלו מן השירות הרפואי (תועלת המורכבת מטיב השירות, מהיקף האחריות המשפטית בגין רשלנות רפואית ומהמחיר שהוא נדרש לשלם בגין השירות) קטנה, וההיזקקות לשירותים רפואיים נעשית תת-אופטימלית.

שנית, פעילות רפואית יוצרת תועלת חברתית מעבר לתשלומים הנגבים בגינה, או במילים אחרות, הפעילות הרפואית יוצרת החצנות חיוביות. מכאן שאפילו היה הפיצוי שנפסק בגין רשלנות רפואית משקף במדויק את גובה הנוק החברתי הנגרם על-ידי הפעילות הרפואית, היתה רמת הפעילות הרפואית תת-אופטימלית, והיה מקום לטעון שיש להפחית את גובה האחריות.²³ קל וחומר שיש מקום לעשות כן כאשר הפיצוי בגין רשלנות רפואית גבוה מן הנוק החברתי הנגרם על-ידי הפעילות הרפואית.

23 לכך שהפעילות הרפואית יוצרת החצנות חיוביות ראו: David S. Bloch & William R.

הדיון דלעיל הניח, באופן מציאותי למדי, כי המזיק-בכוח והניזוק-בכוח, קרי: הרופא והחולה, אינם רשאים להתנות ביניהם על כלל האחריות הנוזיקית הנוהג, אלא לכל היותר לשנות את מחיר השירות הרפואי בהתאם להיקף האחריות המוטלת על הרופא.²⁴ אם הנחה זו אינה מתקיימת, והצדדים רשאים לקבוע לעצמם את כללי האחריות הנוזיקית כרצונם, ההצעה לקזז סיכונים נהפכת, כל עוד בסיטואציות חוזיות עסקינן, להצעה לבכרת-מחדל יעילה שהצדדים רשאים להתנות עליה.

4. הוצאות התדיינות

אחריות כבדה מדי מגדילה את הוצאות ההתדיינות של הצדדים, בעיקר את ההוצאות לתשלום שכר טרחתם של עורכי-הדין. אחריות מצומצמת יותר מפחיתה הוצאות אלה. סוד גלוי הוא שהנהנים העיקריים מאחריות כבדה שמוטלת על הרופאים הם עורכי-הדין.²⁵ כך במיוחד בשיטה כמו זו הנוהגת בישראל ובארצות-הברית, שבה שכר-הטרה נקבע בדרך-כלל ביחס ישר לגובה הפיצוי הנפסק בבית-המשפט (contingent fee). הקטנת הפיצוי שייפסק בבית-המשפט, תוך השלמתו על-ידי ביטוח סוציאלי או ביטוח צד א,²⁶ תקטין במידה ניכרת את הוצאות ההתדיינות – בעיקר את ההוצאות לתשלום שכר-טרחתם של עורכי-הדין – ותותיר פיצוי גבוה יותר לניזוקים.

1. מחירה של אחריות מופחתת

אחד החסרונות הבולטים בהפחתת האחריות הנוזיקית של רופאים בשל קיזוז הסיכונים שנמנעו הוא שחולים שניזוקו מרשלנות רפואית יזכו בפיצוי-חסר, כלומר בפיצוי שאינו מעמיד אותם במצב שבו היו עומדים אילו נהג הרופא בסבירות. היעדר פיצוי מלא עשוי להוות חיסרון מנקודת-מבט כלכלית: החולה שונא-הסיכון יעדיף לשלם מחיר גבוה יותר בעד השירות ולקבל פיצוי מלא. היעדר פיצוי מלא סותר לכאורה אף את עקרונות הצדק

Nelson Jr., *Defining 'Health': Three Visions and their Ramification*, 1 DEPAUL J. HEALTH CARE L. 723, 731 (1997).

24 ראו, למשל: Tunkl v. Regents of University of California, 60 Cal. 2d 92 (1963); Health Net of California v. Department of Health Services, 113 Cal. App. 4th 224 (2003); Richard A. Epstein, *Contractual Principle Versus Legislative Fixes: Coming to Closure on the Unending Travails of Medical Malpractice*, 54 DEPAUL L. REV. 503, 505–506 (2005).

25 Gregg, לעיל ה"ש 1, בעמ' 327–325; Elizabeth Stewart Poisson, *Addressing the Impropriety of Statutory Caps on Pain and Suffering Awards in the Medical Liability System*, 82 N.C. L. REV. 759, 768 (2004); Brandon Van Grack, *The Medical Malpractice Liability Limitation Bill*, 42 HARV. J. ON LEGIS. 299, 304–305 (2005).

26 ראו להלן פרק 11.

המתקן, שעל-פיהם המעוול חייב בהשבת מצבו של הניזוק לקדמותו. לבסוף, לא אחת קורה שכללי האחריות הנויקית אינם נאכפים באופן מלא. כאשר רמת האכיפה פחותה מ-100%, פיצוי בדיוק בגין הנזק החברתי עלול לפגוע בהרתעה היעילה, ודווקא אי-קיוזו הסיכונים עשוי לשפר אותה. כפי שנראה להלן, חששות אלה אינם משכנעים שיש לדחות את הטיעון של קיוזו הסיכונים; במיוחד אם קיוזו סיכונים מלווה בביטוח צד א או בביטוח סוציאלי המביאים לידי כך שהניזוק-החולה יפוצה בגין כל נזקיו.²⁷

1. העדפת הניזוק: פיצוי מלא

העדפת הניזוק לקבל פיצוי מלא עשויה לנבוע משנאת-הסיכון שלו. בניגוד להנחת הדיון בפרק הקודם בדבר ניטרליות כלפי סיכון, הניזוק הינו שונא-סיכון, והוא יעדיף לכאורה לשלם לרופא מחיר גבוה יותר בגין השירות הרפואי, וכך לרכוש ביטוח שיכסה אותו באופן מלא אם יינזק. האינטרס שלו בביטוח הוא אם-כן בבסיס אחריותם הכבדה של הרופאים.

הקושי בטיעון זה הוא שקבלתו יוצרת אנומליה: אם האינטרס של החולה הוא בביטוח, על שום מה יהא הפיצוי תלוי בשאלה אם הרופא התרשל? אילו היה האינטרס בביטוח סיבת השלתה של האחריות הכבדה על הרופא, היה ראוי שאחריות זו תוטל עליו – אף בלעדי רשלנות – לכל נזק באשר הוא שעלול להיגרם לחולה. החולה שונא-הסיכון היה ניאות לשלם מראש, במחיר השירות הרפואי, בגין אחריות כבדה זו.

27 איני מתכוון לדון כאן בכל הבעיות שהעיקרון של קיוזו הסיכונים עשוי לעורר, אלא בבעיות העיקריות בלבד. עם זאת ניתן להזכיר בקצרה עוד בעיות מספר, נוסף לאלה הנידונות בטקסט, שראויות לעיון ולליבון. ראשית, העיקרון של קיוזו הסיכונים עלול לתמרץ מזיקים-כוח למצוא דרכים נסתרות להגדיל את פוטנציאל הנזק הלא-רשלני של פעולותיהם, שכן ככל שפוטנציאל זה יגדל, כן אחריותם בגין נזקים רשלניים תפחת. שנית, העיקרון של קיוזו הסיכונים עלול לספק במקרים מסוימים תמריצי-חסר למזיקים להפחית את הסיכון לאחר שנבחרה הדרך המסוכנת יותר, שכן הם יידעו שהיקף אחריותם ייקבע על-פי הפרש הסיכונים שבין הדרך המסוכנת לזו המסוכנת פחות. בעיה זו תיפתר מאליה אם יוכח לבית-המשפט כי בנקודת-זמן מאוחרת מנקודת-הזמן שבה נבחרה הדרך המסוכנת היה ניתן להפחית את הסיכון בעלות נמוכה מגודל הסיכון שהיה מופחת. בית-המשפט יטיל על הרופא במקרה זה אחריות שתשקף את הסיכון שהיה ניתן להפחיתו כאמור. כך ייעשה אף אם הסיכון שהיה ניתן להפחיתו גדול מהפרש הסיכונים בין שתי דרכי הפעולה שהיה על המזיק לבחור ביניהן מלכתחילה. שלישית, ליישום העיקרון של קיוזו הסיכונים נדרש מידע שאינו נדרש לפי השיטה הנוהגת, ובכך יש כדי להגדיל את הוצאות ההתדיינות. כפי שאטען להלן בפרק ה, על קושי אחרון זה ניתן להתגבר בכך שבית-המשפט המיישם את העיקרון של קיוזו הסיכונים יחויב על-ידי המחוקק לבחור בין חלופות אחדות של פיצוי, תוך שהוא מונחה על-ידי העיקרון של קיוזו הסיכונים.

מכאן שקשה להצדיק משטר משפטי של רשלנות (להבדיל ממשטר משפטי של אחריות מוגברת) בביטוח. ההצדקה בהטלת אחריות על מזיק רק אם התרשל, ושחרורו מאחריות אם לא התרשל, נעוצה בצורך ליצור הרתעה יעילה כלפי המזיק. הרתעה יעילה זו תושג אם תמריציו של הרופא יהיו יעילים. משטר משפטי שבו האחריות מופחתת עקב קיזוז הסיכונים שנמנעו יספק לרופא תמריצים יעילים יותר מאשר משטר משפטי, כמו זה הנוהג, שבו האחריות הינה מלאה.²⁸ לפני החולה פתוחה תמיד הדרך לרכוש ביטוח צד א, שיכסה את מלוא נזקיו, בין אם יתרשל הרופא כלפיו ובין אם לאו.²⁹ קיימת אף אפשרות להשלים את הפיצוי החסר לחולה באמצעות ביטוח סוציאלי. כך או אחרת, להשגת פיצוי מלא לחולה דווקא באמצעות דיני הנזיקין יש מחיר כבד, וראוי לשקול בתשומת-לב אם מטרת הפיצוי אינה יכולה להיות מושגת מחוץ לדיני הנזיקין.

2. צדק מתקן

האם פיצוי חלקי לחולה הנובע מקיזוז סיכונים עולה בקנה אחד עם עקרונות הצדק המתקן? נראה שהתשובה לשאלה זו שלילית. על-פי תפיסת הצדק המתקן, על המזיק לתקן באופן מלא את מצבו של הניזוק שנפגע עקב התנהגותו העוולתית, כך שישוּב להיות כפי שהיה עובר לפגיעה זו.³⁰ עם זאת ניתן להציב סימן-שאלה מסוים על עוצמת ה"וטו" שעקרונות הצדק המתקן מטילים על הרעיון של קיזוז הסיכונים.³¹ ראשית, במצבים שבהם האינטרס של הניזוק-בכוח, *ex ante*, הוא לזכות בפיצוי חלקי בלבד או לא לזכות בפיצוי כלל, הטלת אחריות מלאה על המזיק, *ex post*, אינה עושה צדק עם הניזוק במובן משמעותי כלשהו. כך, אם אינטרס החולה הוא מלכתחילה לזכות בפיצוי חלקי על-מנת לשפר את תמריציו של הרופא ליתן לו שירות טוב יותר, כפייתה של חובת פיצוי מלא על הרופא תעשה עם החולה אי-צדק, ולא צדק.³² שנית, עקרונות הצדק המתקן מהייבטים קיזוזים של נזקים אשר ניתן להוכיח שהיו

28 פיצוי-חסר אף משפר את תמריצי הקורבן לנקיטה באמצעי זהירות, ראו: Robert Cooter, *Unity in Tort, Contract, and Property: The Model of Precaution*, 73 CAL. L. REV. 1 (1985).

29 אם כי קיים חשש שמעוטי-יכולת ייטו לא לרכוש ביטוח כזה, וישלמו בסופו של דבר מחיר כבד על כך.

30 ERNEST J. WEINRIB, *THE IDEA OF PRIVATE LAW* 56–83 (1995).

31 מקרים שבהם קיזוז סיכונים אינו ניתן בשום אופן ליישוב עם עקרונות הצדק המתקן הם אלה שבהם הסיכונים המקוּוּזים היו נוצרים על-ידי המזיק, אילו נהג בסבירות, כלפי צדדים שלישיים. ראו לעיל פרק ג.

32 אני ער לבעייתיות הכרוכה בשילובו של טיעון כזה עם תפיסה טהורה של צדק מתקן, ראו: Ariel Porat, *The Many Faces of Negligence*, 4 THEORETICAL INQUIRIES IN LAW 105, (Porat, *The Many Faces of Negligence* (להלן: Porat), 113–115 (2003)).

נגרמים לניזוק אילו היה המזיק הרשלן נוהג בסבירות. הרציונל לקיוזו סיכונים דומה לרציונל לקיוזו נזקים. שני העקרונות מיועדים להביא לידי כך שהמזיק יישא בנזקים שגרם, ולא יותר. הצורך לקזו סיכונים, ולא רק נזקים, נעוץ בקשיים ראייתיים הטבועים בסוג המצבים שמאמר זה עוסק בהם. קיוזו סיכונים מוצדק עקב מוגבלות הידע האנושי באשר להתרחשויות היפותטיות. אין זה ברור בעיני שעקרונות הצדק המתקן סותרים גיבוש של כללים המיועדים להתגבר על קשיים ראייתיים והמביאים לידי כך שמזיקים ישאו בסופו של דבר בנזקים החברתיים שגרמו ברשלנותם.³³

3. חשש להרתעת-חסר?

כבכל תחומי האחריות הנוזיקית, אף בתחום האחריות הנוזיקית של רופאים קיים חשש ממשי להרתעת-חסר עקב כך שניזוקים אינם תובעים, ואינם זוכים בפיצוי, על כל נזק שנגרם להם עקב רשלנות. פיצוי גבוה מן הנזק החברתי שהמזיק גורם עשוי לפתור, או לפחות להפחית, את הבעיה של הרתעת-החסר. על-כן, טיעון אפשרי נגד העיקרון של קיוזו הסיכונים הוא שגם אם בעולם אידיאלי, שבו מוגשות תביעות נגד הרופא בגין כל נזק שגרם ברשלנות, ראוי לקזו סיכונים, לא כך בעולם שקיימות בו החצנות שליליות אף בנתון קיומה של אחריות משפטית.

טיעון זה אינו חסר-טעם. קשה לדעת מהו היקף ההחצנות השליליות בתחום הרפואי הנובעות מכך שאין מוגשות תביעות נזיקין בגין כל אירוע של נזק רשלני, אך תופעה זו בוודאי אינה נדירה. עם זאת, אפילו אם ההחצנות השליליות בתחום הרפואי הינן שכיחות, איני סבור שהדרך הנכונה לתקנן היא להתעלם מהטיעון של קיוזו הסיכונים. אין כל סיבה לחשוב שדווקא במקרים שבהם מנעה הפעולה הרשלנית סיכונים, ולא רק יצרה אותם, תופעת ההחצנות השליליות חמורה יותר מאשר במקרים אחרים. הטיפול בבעיית ההחצנות השליליות צריך להיעשות בדרך ישירה ובמקרים שבעיה זו ממשית ומוכחת בהם. פתרון אפשרי לבעיית ההחצנות השליליות הוא הגדלתו של שיעור הפיצוי, אך זאת לאחר שהנזק החברתי שהפעילות גורמת מחושב במדויק ככל שניתן.

ז. אחריות לפי אינטרס המזיק – השבת רווחים מאי-הקטנת סיכונים

בכתיבה קודמת שלי טענתי שכאשר רשלנותו של המזיק מתבטאת באיוון בלתי-סביר

33 אף טיעון זה אינו צפוי, כנראה, להתקבל בהתלהבות יתרה על-ידי תיאורטיקאים של צדק מתקן, שכן הסיכונים המקוויים אינם מחושבים לפי ההסתברות שהנזק המקוזו היה נמנע במקרה הקונקרטי הנידון בבית-המשפט (ראו לעיל פרק ד), אלא לפי תוחלות הנוזקים המחושבות, מטבע הדברים, *ex ante*. דרך חישוב המבוססת על ההסתברות המתייחסת למקרה הקונקרטי עשויה להתיישב ביתר קלות עם עקרונות הצדק המתקן, ולפיה, בדוגמה שבפרק ד, ייפסק פיצוי בגובה של 9,600, ולא בגובה של 2,000.

בין אינטרסים שונים של הניזוק, בין אינטרסים של הניזוק לבין אלה של אדם שלישי או בין אינטרסים של הניזוק לבין אלה של החברה בכללותה, וכאשר אין למזיק אינטרס עצמי בדרך פעולה זו או אחרת, הטלת אחריות נזיקית עליו אינה חיונית. אדרבה, הטלת אחריות תיצור לעיתים למזיק אינטרס עצמי שאינו עולה בקנה אחד עם האינטרסים שבהם הוא עלול לפגוע, וההרתעה כלפיו תהיה עקב כך תת-אופטימלית.³⁴

בשורות הבאות אטען שכאשר יש למזיק אינטרס עצמי בבחירת דרך פעולה בלתי-סבירה, הטלת אחריות עליו באופן שהאינטרס העצמי שלו ינוטרל עשויה להיות מספקת, ואין כל הכרח שתוטל עליו אחריות שתביא לכך שיפנים את כל הנוזקים שגרם ברשלנותו. כפי שאטען, אחריות המביאה לידי השבת רווחים מאי-הקטנת סיכונים היא האחריות המינימלית הנדרשת על-מנת שההרתעה של המזיק תהיה אופטימלית, להבדיל מהאחריות המקובלת, שמטרתה להביא לכך שהמזיק יפנים את הסיכונים שיצר. יתרונה של דרך השבת הרווחים על-פני דרך הפנמת הסיכונים הוא בכך שהיא גורמת פגיעה מינימלית בפעילות, ועל-כן עשויה להיות אטרקטיבית כאשר מדובר בפעילויות היוצרות החצנות חיוביות רבות.

חשוב להבחין בין הטיעון של השבת הרווחים לבין הטיעון של קיזוז הסיכונים שבו עסקתי עד כה. בעוד הטיעון של קיזוז הסיכונים מבטיח הפנמה של סיכונים על-ידי המזיק בסוג המקרים שטיעון זה חל עליהם, הטיעון של השבת הרווחים מאי-הקטנת הסיכונים מבקש להשיג מטרה שונה בתכלית: ניטרול תמריציו של המזיק להתרשל באמצעות שלילת רווחיו מהתרשלותו. זאת ועוד, המידע הדרוש להפעלת שני העקרונות שונה: על-מנת להפעיל את עקרון ההשבה נדרש מידע על הרווח שהפיק הרופא או המוסד הרפואי הנתבע מאי נקיטת אמצעי הזהירות; ואילו על-מנת להפעיל את העיקרון של קיזוז הסיכונים נדרש מידע על תוחלות הנוק של הפעולה הרשלנית ושל הפעולה הסבירה. בפרק האחרון של המאמר יוצגו הנוסחות להפעלת שני העקרונות ויובהר באופן מדויק יותר מהו המידע הנדרש להפעלתם.

הווריאציה לדוגמה, שבה התחלתי רשימה זו, תמחיש את הטיעון של השבת הרווחים מאי-הקטנת סיכונים. על-פי הדוגמה המקורית, רופא נדרש להחליט אם לנקוט כלפי חולה בדרך פעולה א או בדרך פעולה ב, כאשר האחת כרוכה בסיכונים של 400 והאחרת כרוכה בסיכונים שונים של 500. כפי שטענתי, האחריות של הרופא הרשלן שבחר בדרך ב צריכה להיות בשיעור של 20% מן הנוק שנגרם על-מנת שאיום האחריות המשפטית ישקף מלכתחילה את הסיכון החברתי שיצר הרופא. נניח עתה שלרופא יש אינטרס עצמי לבחור בדרך ב, כגון שדרך א דורשת ביצוע של בדיקת MRI יקרה. נניח שעלותה של בדיקה זו לרופא היא 50, ושמיסבות כאלה או אחרות אין הוא יכול לגבות אותה מן החולה.

34 ראו: Porat, *The Many Faces of Negligence*, לעיל ה"ש 32. במאמר שכתבתי עם חברי איל בנבנישתי הרחבנו את הטיעון ואף בחנו את היקף תחולתו בתחום המשפט הבינלאומי, ראו: Eyal Benvenisti & Ariel Porat, *Implementing the Law by Impartial Agents: An Exercise in Tort Law and International Law*, 6 THEORETICAL INQUIRIES IN LAW 1 (2005).

בנסיבות אלה די בכך שהאחריות שתוטל על הרופא אם התרשל תהיה בשיעור של 10% מן הנזק שנגרם. פיצוי בשיעור של 10% משמעו איום על הרופא מלכתחילה באחריות משפטית שתוחלתה 50 (10% x 500). פיצוי בשיעור של 10% שולל מלכתחילה את רווחיו של הרופא, ועושה אותו נטול אינטרס עצמי בבחירה בדרך א או בדרך ב. בהנחה שהרופא מעוניין בסך-הכל בטובת החולה וכי הוא בעל מצפון – לפחות כל עוד אין הדבר נוגד את האינטרסים העצמיים שלו – יש להניח שיבחר בדרך א. אומנם, הטלת אחריות על הרופא בשיעור של 20% מן הנזקים שגרם תניע אותו להפנים את מלוא נזקי רשלנותו ותחזק את התמריצים שלו לפעול לטובת החולה; אך אם המטרה היא להגדיר את האחריות המינימלית הנדרשת על-מנת שתמריצו יהיו יעילים, אזי די באחריות בשיעור של 10% מן הנזקים שנגרמו.

חשוב להדגיש את ההבדל בין השבת רווח מאי-הקטנת סיכונים, במשמעות שנידונה לעיל, לבין שתי דרכי השבה אחרות, מוכרות יותר במשפט הנוהג, אשר אינן רלוונטיות לענייננו. דרך השבה ראשונה היא השבת רווחיו של הרופא במקרה הקונקרטי שבגינו הוא נתבע. כך, ייתכן שהבחירה בדרך ב, המסוכנת יותר והזולה יותר לרופא, הסתיימה בנוק של 10,000 (נניח שתוחלת הנזק של 500 היא מכפלת ההסתברות של גרם נזק של 5% בגודל הנזק שעלול להיגרם, שגודלו 10,000, ונוק זה אכן התממש במקרה הנידון). גם אם תביעת השבה נגד הרופא, בהתבסס על דיני עשיית עושר ולא במשפט, תצליח, יזכה החולה בפיצוי בגובה של 50 בלבד, שכן זה החיסכון שנוצר לרופא עקב התנהגותו העוולתית כלפי התובע. למותר לציין שפיצוי בגובה זה אין בו כדי לנטרל את תמריצו של הרופא לחסוך בבדיקת MRI, מכיוון שתוחלת האחריות של הרופא, לפי שיטה זו, היא 2.5 בלבד (5% x 50).

דרך השבה שנייה היא השבת רווחיו של הרופא בכל מקרה שבו הוא בוחר בדרך ב. דרך השבה זו תביא לידי כך שבמקרה הנידון ישלם הרופא, בכל עשרים המקרים שבהם חסך בבדיקת MRI, סך של 50, בלא תלות בהתממשות הנזק בפועל. כזכור, על-פי הדוגמה, הסתברות התרחשותו של הנזק היא 5%, ועל-כן רק אחד מבין עשרים מקרים במוצק מסתיים בנוק של 10,000. לפי דרך השבה זו תושג התוצאה היעילה, שכן לא יצמח לרופא כל רווח מבחירה בדרך ב.

דרך ההשבה המומלצת ברשימה זו, כלומר השבת רווח בעת גרם נזק מאי-הקטנת סיכונים, יוצרת תמריצים זהים לאלה שדרך ההשבה השנייה יוצרת בהנחה ששתי דרכי ההשבה נאכפות באופן מלא. שתי דרכי ההשבה גובות מהרופא מחיר של 50 על אי-בחירתו בדרך הסבירה, אך בעוד שדרך ההשבה המומלצת גובה את המחיר בעת שהנזק נגרם, הדרך האחרת גובה את המחיר בכל מקרה ומקרה, בלא תלות בגרם הנזק. יתרונה של הדרך המומלצת הוא בכך שאכיפתה קלה יותר, שהרי קשה לשער שהרופא ייתבע לוותר על רווחיו בכל מקרה שיצר סיכון רשלני אף אם לא גרם נזק. הדרך המומלצת ברשימה זו אף מספקת פיצוי כספי מסוים לאדם שאכן ניזוק, ולא לאדם שרק נחשף לסיכון ויצא בלא כל פגע.

דרך השבת הרווחים מאי-הקטנת הסיכונים לוקה בפגם טבוע הנובע מהיותה האחריות המינימלית הנדרשת לשם מתן תמריצי התנהגות יעילים למזיק; די בעובדה שאין היא נאכפת באופן מלא כדי להביא לידי כך שתמריצי המזיק יהיו תמריצי-חסר, והוא לא

יימנע מן ההתנהגות הרשלנית. אך פגם זה ניתן לתיקון בכך שהחשש של אכיפת החסר יובא בחשבון ויביא לידי הגדלת הפיצויים שייפסקו לניזוק בהתאם לרמת האכיפה החסרה הצפויה.³⁵

ה. מהלכה למעשה

המסקנה מרשימה קצרה זו היא שבמצבים שבהם מזיק נדרש לבחור בין שתי דרכי פעולה או יותר, אשר כל אחת מהן כרוכה בסיכונים שאינם חופפים, והוא נמצא רשלן עקב בחירתו בדרך המסוכנת יותר, אחריותו צריכה להיות מופחתת. למסקנה זו יש חשיבות מיוחדת בתחום הרשלנות הרפואית. רופאים נושאים במצבים אלה באחריות הגבוהה עשרת מונים מזו הנדרשת לשם הרתעה אופטימלית. המפסידים העיקריים מכך הם החולים, המקבלים שירות פחות טוב והמשלמים מחירים גבוהים מדי בגין השירות הרפואי. הפתרון המתבקש הוא להפחית במידה ניכרת את האחריות בגין רשלנות רפואית. פיצוי בגין הנזקים שלא יפוצו באמצעות דיני הנזיקין יכול להינתן באמצעות מנגנון של ביטוח סוציאלי או ביטוח צד א.

מהו אס־כ־ן היקף האחריות הנדרש לשם מתן תמריצי התנהגות יעילים לרופאים? אפשרות אחת היא להטיל על רופאים אחריות המשקפת את הנזק החברתי שהם גורמים לו, דהיינו להחיל את השיטה של קיזוז הסיכונים. אפשרות אחרת, שנידונה אך בקצרה בפרק הקודם, היא להטיל על רופאים אחריות שטיטול מהם את רווחיהם מיצירה רשלנית של סיכונים.

על־מנת להטיל על הרופאים אחריות ששיעורה כשיעור הנזק החברתי שגרמו במצבים של בחירה בין שתי דרכי פעולה או יותר, יש להחיל את נוסחת הפיצוי הבאה:

$$L = (A - B) \cdot D / A$$

בנוסחה זו L מסמנת את שיעור האחריות שמוצע להטיל, A מסמנת את תוחלת הנזק של הפעולה הרשלנית שהרופא בחר בה, B מסמנת את תוחלת הנזק של הפעולה הסבירה שבה היה על הרופא לבחור ו־D מסמנת את שיעור הנזק שנגרם בפועל. יישום הנוסחה בדוגמה שבתחילת הרשימה, שעל־פיה תוחלת הנזק של הפעולה הרשלנית היא 500, תוחלת הנזק של הפעולה הסבירה היא 400 והנזק שנגרם הוא 10,000 יביא לידי הטלת אחריות על

35 בעיה מקבילה קיימת גם בשיטת הפיצוי הנוהגת כאשר אכיפת חסר גורמת שתוחלת אחריותו של המזיק תהיה נמוכה מדי. פיצוי עונשי נועד, לדעת רבים, לתקן פגם זה. ראו: Robert D. Cooter, *Economic Analysis of Punitive Damages*, 56 S. CAL. L. REV. 79 (1982–1983); A. Mitchell Polinsky & Steven Shavell, *Punitive Damages: An Economic Analysis*, 111 HARV. L. REV. 869 (1997–1998); עם זאת, בשיטת הפיצוי הנוהגת, כאשר תוחלת הנזק מן ההתנהגות הרשלנית גבוהה במידה ניכרת מרווחיו של המזיק, אכיפת חסר מתונה עשויה להותיר לו די תמריצים להימנע מהתנהגותו הרשלנית: כעולה מן הניתוח בטקסט, כל עוד תוחלת האחריות של המזיק מרשלנותו גבוהה מרווחיו, ינוטרל התמריץ שלו להתרשל.

הרופא בגובה של 2,000.

בפועל, אין לצפות שבת־משפט יִחָשְׁבו במדויק את הפיצוי על־פי הנוסחה המוצעת, שכן הם יתקשו לעיתים לאמוד את תוחלות הנוק הדרושות להפעלתה. עם זאת, המחוקק יכול לפרוש לפני בתי־המשפט אפשרויות של פיצוי, תוך הנחייתם כיצד לבחור מתוכן בנוסחת הפיצוי המתאימה. כך, למשל, המחוקק יכול לקבוע כי בסוג המקרים הנידון ברשימה זו רשאי בית־המשפט לפסוק פיצוי בגין מלוא הנוק, בגין שלושה רבעים ממנו, בגין חצי מהנוק או בגין רבע ממנו.

דרך פיצוי חלופית, המיועדת להשבת רווחי המזיק מיצירת סיכונים, תתבסס על הנוסחה הבאה:

$$L = R/P$$

בנוסחה זו L מסמנת את שיעור האחריות שמוצע להטיל, R מסמנת את הרווח של הרופא מן הבחירה בפעולה הרשלנית ו־P מסמנת את ההסתברות שייגרם מלכתחילה נזק עקב בחירה זו.³⁶

יישום הנוסחה האחרונה בדוגמה שנידונה בפרק ז לעיל, שעל־פיה הרווח של הרופא מן הבחירה בפעולה הרשלנית הוא 50, תוחלת הפעולה הרשלנית היא 500, הנוק שנגרם הוא 10,000 ועל־כך ההסתברות של אירוע הנוק היא 1/20, יביא לידי הטלת אחריות על הרופא בגובה של 1,000. אף במקרה זה אין לצפות שבת־המשפט יפעילו את הנוסחה במדויק, אלא יהיו מונחים על־ידיה באופן כללי.

ככלל, מומלץ לאמץ את הדרך לפסיקת הפיצוי המבוססת על הפנמת הסיכון החברתי שיצר הרופא. הטעם העיקרי להעדפתה של דרך פיצוי זו על דרך הפיצוי החלופית, המבוססת על השבת רווחים, הוא החשש שבמקרים רבים לא תוטל אחריות על רופאים אפילו אם התרשלו וגרמו נזק. לפיכך, הפחתת הפיצוי עד כדי השיעור של השבת הרווחים עלולה לגרום הרתעת־חסר, שלא היתה נגרמת בעולם אידיאלי שבו מוגשת תביעה נגד הרופא בגין כל אירוע נזק שנגרם עקב רשלנותו.³⁷ עם זאת, דרך השבת הרווחים עשויה להתאים למצבים שקיים בהם חשש מיוחד במינו לפגיעה בפעילות הרפואית (שכן דרך השבת הרווחים תביא באופן טיפוסי לידי אחריות נמוכה). זאת ועוד, כפי שעולה מן הנוסחות דלעיל, המידע הנדרש להפעלתם של שני העקרונות אינו זהה, והנגישות למידע עשויה אף היא להשפיע על הבחירה בעיקרון שיחול.

השינוי בדרך של פסיקת הפיצוי צריך לבוא מצד המחוקק. קשה לצפות שבת־המשפט יעברו לפסיקת פיצוי המבטאת את הרעיון של קיוויו הסיכונים מבלי התערבות חקיקתית. מדובר בסטייה מאחד מעקרונות־היסוד של המשפט הנוהג, שלפיו הניזוק שאין בו אשם־תורם מפוצה באופן מלא בגין נזקיו (כפוף לסייגים ידועים) אם נמצא שהמעוול גרם אותם.

36 ניתן להציג את הנוסחה אף בדרך שונה במקצת: $L = R \cdot D/A$. בנוסחה זו L מסמנת את שיעור האחריות שמוצע להטיל, R מסמנת את הרווח של הרופא מן הבחירה בפעולה הרשלנית, A מסמנת את תוחלת הנוק של הפעולה הרשלנית שהרופא בחר בה ו־D מסמנת את שיעור הנוק שנגרם בפועל.

37 אם כי ניתן לעיתים להתגבר על בעיה זו, ראו לעיל ה"ש 35.

הפחתת האחריות עקב קיזוז הסיכונים שנמנעו תצמצם את ממדיה של הרפואה המגנתית, תזיל את מחיר השירות הרפואי, לצד שיפור איכותו, ותביא לידי כך שרמותיהן של פעילויות רפואיות שונות יהיו קרובות יותר לנקודת-האופטימום מכפי שהן כיום. את בעיית הפיצוי החלקי לחולה ניתן לפתור באמצעות מנגנונים של ביטוח סוציאלי או ביטוח צד א.

