



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 8146/13

לפני :
כבוד השופט נ' הנדל
כבוד השופט נ' סולברג
כבוד השופטת ע' ברון

המערער :
ד"ר סולימאן ג'ושה

נגד

המשיבים :
1. בית החולים אלדג'יאני (בפירוק)
2. שירותי בריאות כללית
3. פלוני
4. פלונית
5. פלוני

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בירושלים (כב' השופטת ג' כנפי-שטייניץ) ב-ת"א 2228-08 מיום 14.10.2013

תאריך הישיבה : ט"ו באייר התשע"ה (4.5.2015)

בשם המערער : עו"ד שאול איבצן ; עו"ד יפעת פנקס

בשם המשיב 1 : עו"ד מוריה אזרד-אמיגה

בשם המשיבה 2 : עו"ד יעקב אבימור ; עו"ד ליאור מישאלוב

בשם המשיבים 3-5 : עו"ד ישראל ענבר ; עו"ד דני ענבר

פסק-דין

השופטת ע' ברון:

1. ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בירושלים (כבוד השופטת ג' כנפי-שטייניץ) ב-ת"א 2228/08 מיום 14.10.2013, שבו התקבלה תביעה לפיצויים בגין רשלנות רפואית ביילוד המשיב 3. נקבע כי הרופא המיילד ובית החולים התרשלו בכך שסיימו את הלידה ב"לידת ואקום", ונושאים באחריות – יחד ולחוד – לנזק שנגרם למשיב 3 כתוצאה מ"תקיעת כתפיים" שאירעה במהלך הלידה. עיקר הערעור מופנה כנגד דחיית הודעת צד ג' שהגיש הרופא נגד בית החולים, בגין אי-הסדרתו של ביטוח אחריות מקצועית.

העובדות הצריכות לעניין

2. המשיבה 4 (להלן: האם) הגיעה לבית החולים אלדג'אני שבשכונת בית חנינה במזרח העיר ירושלים, בית חולים קטן ליילוד ולגינקולוגיה, הוא המשיב 1 (להלן: בית החולים), כשהיא בשבוע 40 להריונה ובמצב של לידה פעילה. האם היתה אז בת 26, ולה שני ילדים בריאים. בבית החולים הציגה האם מכתב הפניה שניתן לה על ידי המערער, ד"ר סולימאן ג'ושה, שהוא רופא מיילד (להלן גם: ד"ר ג'ושה), ובו כתב כי הוא מבקש ליצור עימו קשר עם קבלת האם לחדר לידה. את מכתב ההפניה כתב המערער לאם יומיים קודם לכן, ביום 4.12.2004, בעת שביקרה במרפאת JMC, שהיא 'ספק' של שירותי בריאות כללית, לצורך מעקב היריון שיגרתי (להלן: המרפאה ו-קופת החולים, בהתאמה). באותו ביקור במרפאה ביצע המערער הערכת משקל לעובר, ואמד אותו על 3.4 ק"ג. יצוין כי את מעקב ההיריון של האם ערכה רופאה אחרת במרפאה, ובשל היעדרותה של האחרונה הופנתה האם באקראי לביצוע הבדיקה על ידי המערער. מכל מקום, בהתאם לאמור במכתב ההפניה, לאחר שהתקבלה האם לחדר הלידה נקרא המערער להגיע לבית החולים והוא שיילד אותה. יובהר כבר עתה, כי אין חולק שבעת שיילד את האם לא נמנה המערער עם הצוות הרפואי של בית החולים. הוא אמנם עבד בבית החולים במשך מספר שנים, ואולם בסמוך לפני הלידה התבקש המערער לצאת ל"חופשה ללא תשלום". המערער לא קיבל תשלום כלשהו עבור הלידה, גם לא מן האם או משפחתה.

ביום 6.12.2004 נולד המשיב 3 בבית החולים, ב"לידת ואקום", במשקל 4.17 ק"ג (בשונה מהערכת המשקל שביצע ד"ר ג'ושה יומיים קודם לכן). "לידת ואקום" היא לידה שבמהלכה נעשה שימוש במכשיר ואקום (שולפן ריק) על מנת לזרו את הלידה, במקרים מתאימים שבהם נמצא הדבר נחוץ, מטעמים הקשורים באם או מטעמים הקשורים בעובר. בבדיקה שנערכה למשיב 3 בסמוך לאחר לידתו, על ידי רופא ילדים,

התברר כי הוא אינו מזיז את ידו השמאלית והוא אובחן כסובל מפגיעה במקלעת העצבים הברכיאלית השמאלית – הידועה גם כשיתוק על שם ארב (Erb's palsy).

3. כיום ידו השמאלית של המשיב 3 כמעט ואינה תפקודית, ומשמשת כ"יד עזר" בלבד. המשיבים 3-5 (להלן ביחד: בני המשפחה) תבעו את המערער, בית החולים וקופת החולים בגין הנזקים שנגרמו להם כתוצאה מנכותו של המשיב 3. לכתב התביעה צורפה חוות דעת רפואית מאת פרופ' זאב וינר, שלפיה הגורם העיקרי לשיתוק על שם ארב אצל ילודים הוא קושי בחילוץ כתפי העובר בשלב האחרון של הלידה – שאז נגרם נזק לעצבים המעצבבים את היד. עוד לפי חוות הדעת, קיימים גורמי סיכון שונים לתקיעת כתפיים, הכוללים בין היתר את משקל העובר (ככל שהעובר גדול יותר, כך גדל הסיכון לתקיעת כתפיים), ועצם השימוש במכשיר ואקום בלידה.

ד"ר ג'ושה נתבע על ידי בני המשפחה בשני 'כובעים': הן כרופא בית החולים והן כרופא קופת החולים, ומשכך התביעה הוגשה נגד השלושה – ד"ר ג'ושה, בית החולים וקופת החולים. נגד ד"ר ג'ושה וקופת החולים נטען להתרשלות במעקב ההיריון שנערך לאם במרפאה: ראשית בשל כך שהמערער הפנה את האם ללדת בבית החולים אף על פי שידע כי מוסד זה אינו ערוך להתמודד עם סיכונים מסוימים בלידה; שנית, מאחר שהמערער התרשל גם בהערכת משקל העובר שביצע במרפאה, בעת ביקורה האחרון של האם לפני הלידה. נגד ד"ר ג'ושה ובית החולים נטען כי רשלנות הצוות הרפואי היא שגרמה לשיתוק בידו השמאלית של המשיב 3: ראשית, משום שלא הומלץ לאם לבצע ניתוח קיסרי כבר עם הגיעה לבית החולים, כפי שנכון היה להמליץ לנוכח משקלו של העובר; שנית, בכך שבוצעה לידת ואקום בלא שהתקיימו התנאים המתאימים לכך.

בנוסף לתביעה העיקרית, הוגשו בתיק שתי הודעות לצד ג'. בית החולים הגיש הודעה המופנית לד"ר ג'ושה וקופת החולים, בטענה כי נזקי המשיב 3 יכלו להימנע לו היו מיידעים את בית החולים מראש בצורך לערוך ניתוח קיסרי. ד"ר ג'ושה מצדו הפנה הודעה לבית החולים ולקופת החולים, וזאת לנוכח היעדרו של כיסוי ביטוחי מטעם מי מהגופים לפעילותו של ד"ר ג'ושה באירוע נושא התביעה. בגין פעילותו במרפאה זכה ד"ר ג'ושה לביטוח אחריות מקצועית מאת קופת החולים, אך נטען כי חלה עליה חובה לבטחו גם בגין פעילותו מחוץ למרפאה. בגין פעילותו בבית החולים לא זכה ד"ר ג'ושה לביטוח מאת בית החולים, ולטענתו גילה על כך רק בדיעבד, כאשר בזמן אמת סבור היה שהוא מבוטח ומשכך גם לא דאג לביטוח אחריות מקצועית באופן עצמאי.

4. במהלך הדיון בבית המשפט המחוזי חזר בו המומחה מטעם התובעים, פרופ' וינר, מהקביעה שלפיה היה על הצוות הרפואי בבית החולים להמליץ לאם ללדת בניתוח קיסרי מיד עם הגיעה לבית החולים – וזאת לאחר שהוצגו לו נתונים שונים ממעקב ההיריון של האם, לרבות הערכתו של ד"ר ג'ושה את משקלו של העובר, שלא הצביעה על גורמי סיכון המחייבים ניתוח קיסרי. פרופ' וינר אישר כי לא היו גורמי סיכון מוקדמים שחייבו ניתוח קיסרי ולכן לא היתה מניעה להתחיל בלידה רגילה. במצב דברים זה, הטענה להתרשלות מצידם של המערער ובית החולים נזנחה בהיבט זה, ונותרה רק הטענה בדבר אי-התקיימות התנאים לעריכת לידת ואקום. לנוכח זאת גם נדחתה ההודעה לצד שלישי שהגיש בית החולים, היות שאף היא נסמכה על הטענה בדבר צורך לערוך ניתוח קיסרי.

בהמשך לכך נדחתה טענת התובעים כי ד"ר ג'ושה וקופת החולים התרשלו במעקב ההיריון שנערך לאם במרפאה עובר ללידה. על יסוד חוות הדעת המקצועיות בתחום המיילדות והגינקולוגיה שהובאו בפניו, קבע בית משפט קמא כי שגיאתו של ד"ר ג'ושה בהערכת משקל העובר, שבוצעה במרפאה יומיים לפני הלידה, היתה בשיעור של 17%, סטייה שאינה חורגת מן המקובל במקרים דומים; וכי ביום הלידה העריך ד"ר ג'ושה כי משקל העובר למעשה קרוב יותר לזה שבו בסופו של דבר נולד המשיב 3. לפיכך נקבע כי לא היתה התרשלות בנוגע לאפשרות לחזות מראש מקרה של תקיעת כתפיים, או בנוגע לצורך להמליץ על עריכת ניתוח קיסרי אלקטיבי. כן נקבע כי לא הוכח קשר סיבתי בין הפניית האם ללידה בבית החולים לבין קרות הנזק, הגם שלפי הנטען התנהלות בית החולים לא תאמה את נהליו המחייבים של משרד הבריאות. זאת משהוברר כי בעת ביצוע היילוד לא שקל ד"ר ג'ושה עריכת ניתוח קיסרי כלל. בנוסף הוכח כי האם ממילא התכוונה ללדת בבית החולים.

5. בית המשפט המחוזי קבע, על סמך חוות הדעת הרפואיות, כי מקובל לעשות שימוש במכשיר ואקום על מנת לחלץ עובר במהלך לידה – בדרך כלל במקרים שבהם הלידה אינה מתקדמת כנדרש, לחיצות היולדת אינן אפקטיביות, או במקרים של מצוקה עוברית במהלך הלידה. ואולם, לידת ואקום טומנת בחובה שורת סיכונים, בהם גם הסיכון לתקיעת כתפיים, כפי שאירע למשיב 3. משכך, בפרקטיקה הרפואית קיימים שני תנאים לשימוש במכשיר הוואקום: צוואר הרחם צריך להיות בפתחה גמורה, וראש העובר ממוקם נמוך באגן של האם. ועוד נקבע, כי לפי הפרקטיקה הרפואית הנוהגת על

הרופא המיילד לתעד ברשומה הרפואית את הסיבה לשימוש בוואקום בלידה; לציין אם התקיימו התנאים לשימוש במכשור זה (גודל הפתיחה וגובה ראש העובר באגן); וכן נתונים לגבי ההליך עצמו, כדוגמת מידת הלחץ שהופעל על ידי הוואקום ומספר המשיכות שנעשו באמצעות המכשיר. בהתייחס למקרה דנן, בית המשפט קבע כי ברישום הרפואי הנוגע ללידתו של המשיב 3 אין התייחסות לאף אחד מהפרטים הללו. למעשה, כך נקבע, אין כל אפשרות ללמוד מגיליון הלידה על מה שקרה במהלכה.

בית המשפט המחוזי הוסיף וקבע, כי היעדרו של רישום רפואי מזמן אמת בנוגע למהלך הלידה יוצר נזק ראייתי למשיב 3 ולהוריו – שכן במצב דברים זה נבצר מהם להוכיח כי הטיפול הרפואי היה רשלני. בית המשפט עשה שימוש בדוקטרינת הנזק הראייתי, והעביר מכוחה את נטל השכנוע כי לא היתה התרשלות בלידה לכתפיהם של המערער ובית החולים. לגופם של דברים, בית המשפט דחה את גרסתו של המערער, שלפיה הוא החליט לבצע לידת ואקום לנוכח מצוקה שאליה נקלע העובר במהלך הלידה, ולאחר שביצע הערכה והגיע למסקנה כי אין מקום לערוך ניתוח קיסרי. נקבע כי התשתית הראייתית שהונחה על ידי המערער ובית החולים אינה מאפשרת לקבוע כי התקיימו התנאים הדרושים לביצוע לידת ואקום, או כי לידה זו נערכה לפי הסטנדרטים הרפואיים המקובלים: "אכן, הוכח בראיות מספיקות כי לידת הוואקום בוצעה בעת שהתובעת (האם – ע'ב') היתה בפתיחה גמורה. מעבר לכך, לא הוכח, אף לא בעדותו של ד"ר ג'ושה, מה היה גובה ראש העובר באגן בעת ביצוע הוואקום, וכיצד בוצע הוואקום". סופו של דבר, בית המשפט המחוזי קבע כי המערער ובית החולים לא עמדו בנטל הרובץ לפתחם – והמשמעות היא שהשניים התרשלו בלידתו של המשיב 3, ובפרט בביצוע לידת הוואקום.

עוד נקבע בפסק הדין, כי קיים קשר סיבתי בין התרשלות ד"ר ג'ושה ובית החולים בביצוע לידת הוואקום לבין הנזק ממנו סובל המשיב 3, דהיינו השיתוק העצבי בידו. מסקנה זו נסמכה על עדויותיהם של כל שלושת המומחים הרפואיים שהגישו חוות דעת בתיק: פרופ' וינר מטעם בני המשפחה; ד"ר דן קלמן מטעם בית החולים; ופרופ' יצחק בליקשטיין מטעם קופת החולים. מכאן נקבע כי ד"ר ג'ושה ובית החולים חבים באחריות לנזק, יחד ולחוד.

6. ההודעות לצדדים שלישיים שהגיש ד"ר ג'ושה נגד קופת החולים ונגד בית החולים, בטענה ששני הגופים התרשלו כלפיו בכך שלא סיפקו לו כיסוי ביטוחי, נדחו בקצרה בפסק דינו של בית המשפט המחוזי. ביחס לקופת החולים – נקבע כי ד"ר

ג'ושה בוטח בגין פעילותו במסגרת המרפאה, אך מטבע הדברים לא חלה עליה כל חובה לבטחו בגין פעילותו שמחוץ למרפאה.

ביחס לבית החולים – כפי שכבר צוין, ד"ר ג'ושה הועסק בעבר על ידי בית החולים, הן במשרה מלאה והן במשרה חלקית, אך סמוך לפני לידת המשיב 3 יצא לחופשה ללא תשלום. לאחר ששמע את עדויותיהם של ד"ר ג'ושה ושל ד"ר עבד אלסלאם ח'רוף, שהעיד מטעם בית החולים, קבע בית המשפט המחוזי כי ד"ר ג'ושה ביצע את הלידה ברשות בית החולים: "לכשהגיעה התובעת לבית החולים עם מכתב ההפניה, נקרא ד"ר ג'ושה לבית החולים, ועשה שימוש חופשי במתקני בית החולים ובציודו והסתייע בכוח האדם שבו. קשה להלום כי בית החולים ינהג כך עם מי שנאסר עליו ליילד בבית החולים". עוד נקבע כי לא הוכח כי עריכת הלידה בבית החולים הותנתה בכך שד"ר ג'ושה ירכוש ביטוח אחריות מקצועית באופן אישי. בנוסף, נקבע כי אין הלידה עונה על ההגדרה "לידה פרטית" במובנה המקובל – שכמותה לא ביצע ד"ר ג'ושה בבית החולים מעולם – הואיל וד"ר ג'ושה לא קיבל ולא ציפה לקבל בגינה כל תשלום. כל רצונו היה להראות להנהלת בית החולים כי הוא מביא אל בית החולים יולדות, על מנת שיעריכו את מאמציו ויחזירו אותו לעבודה קבועה. עם זאת נדחתה כאמור הודעת צד ג' שהגיש ד"ר ג'ושה נגד בית החולים, מפני שנמצא כי הרשות שניתנה לד"ר ג'ושה ליילד את האם בבית החולים אינה עולה כדי מצג שפעילותו תבוטח בביטוח אחריות מקצועית. המערער אף לא הצביע על מקור אחר המטיל חובה כזו, בדין, בחוזה או בנוהל, ובמיוחד שעה שלא נמנה עם הצוות הקבוע בבית החולים.

7. בית משפט קמא אמד את נזקיו של המשיב 3 בסך של 2,203,721 ש"ח. בהסתמך על חוות דעתו של פרופ' מאיר ליברגל בתחום האורתופדיה, שמונה בהסכמת הצדדים כמומחה מטעם בית המשפט, נקבע כי שיעור נכותו של המשיב 3 הוא 50% נכות לצמיחות, ומשכך הפיצוי בגין הפסד כושר השתכרות הוא 1,093,721 ש"ח; בגין כאב וסבל הוסף פיצוי בסך 500,000 ש"ח; ובגין עזרת צד ג' בעבר ובעתיד, סכום של 610,000 ש"ח. עוד נקבע כי מסכום הפיצוי ינוכה גובה קצבת הנכות הכללית מטעם המוסד לביטוח לאומי, ככל שתיקבע, כאשר יגיע המשיב 3 לגיל 18. לצורך כך יוחזק סכום של 410,868 ש"ח מתוך סך הפיצוי בחשבון נאמנות. בנוסף חויבו בית החולים וד"ר ג'ושה יחד ולחוד בשכר טרחת באי-כוחם של בני המשפחה, בשיעור של 20.65% מסכום הפיצוי, ובהוצאות משפט בסך של 20,925 ש"ח, וכן בתשלום סך של 50,000 ש"ח לקופת החולים, בגין הוצאות ושכר טירחה (פסיקתה מיום 25.12.2013).

8. יצוין בנקודה זו כי לאחר מתן פסק דינו של בית המשפט המחוזי, סגר בית החולים את שערו והוא אינו פעיל עוד, לאחר שנכנס להליך פירוק על ידי בית משפט, וניתן לו צו פירוק (פר"ק (מחוזי י-ם) 27137-06-14 חמודה נ' בית החולים לנשים דג'אני (בית חנינה) בע"מ (19.2.2015)). חרף זאת, בית המשפט של פירוק (כבוד השופט ד' מינץ) איפשר את ניהול ההליך דנן (החלטות מימים 4.11.2014 ו-6.11.2014). ואולם, מההחלטות שניתנו בהליך הפירוק עולה שאין בקופת בית החולים כספים או נכסים כלשהם; יוער כי במהלך הדיון שנערך בפנינו בערעור נאמר שבני המשפחה קיבלו מקופת הפירוק סך של כ-600,000 ש"ח, ועם זאת נאמר כי ייתכן שייאלצו להשיבו לנוכח מצבת הנושים. בהיעדרה של יכולת כספית לשאת בעלות שכר טרחה, לא הגיש בית החולים את סיכומי טענותיו בערעור, והמנהלים המיוחדים שמונו לו בהליך הפירוק הודיעו שהם אדישים באשר לתוצאת הערעור. יצוין כי בתחילה הגיש בית החולים גם הוא ערעור על פסק דינו של בית משפט קמא (ע"א 8367/13), אך לאחר מכן ביקש למוחקו, וכך נעשה (החלטת הרשם ג' לובינסקי מיום 20.11.2014).

9. המערער טוען כי בית המשפט המחוזי שגה כאשר קבע כי המערער ובית החולים חבים באחריות לנזק יחד ולחוד, והיה עליו לקבוע כי האחריות מוטלת על בית החולים לבדו; ולחלופין שגה בית המשפט משדחה את ההודעה לצד שלישי שהגיש המערער נגד בית החולים. לטענת ד"ר ג'ושה, הרישום שביצע במהלך הלידה עמד בסטנדרטים המקובלים בבית החולים, והחובה להשלים פרטים נוספים היתה מוטלת לפתחו של בית החולים. לפיכך, בית החולים הוא שהביא לנזק הראייתי ולכן היה צריך להפוך את נטל ההוכחה רק לגבי בית החולים, להבדיל מהמערער. עוד לטענתו, משנקבע כי הלידה התבצעה ברשות בית החולים, ומשנקבע כי עבודת ד"ר ג'ושה בבית החולים לא הותנתה בעריכת ביטוח אחריות מקצועית באופן עצמאי – קמה חובה לבית החולים לדאוג לכיסוי ביטוחי עבור המערער, שמצידו הסתמך על מצג בית החולים כי אכן זהו המצב. לפיכך, בית החולים התרשל כאשר לא עמד בחובתו. המערער טוען כי רק בשל מידע שגוי שמסר בית החולים לחברת הביטוח, שלפיו ד"ר ג'ושה ביצע לידה פרטית, הוא נותר ללא כיסוי ביטוחי. בנוסף מלין המערער גם על דחיית ההודעה לצד שלישי שהגיש נגד קופת החולים, מאחר שלטענתו יש לקבוע כי ככל שהוא התרשל, אזי ההתרשלות היתה בכובעו כרופא קופת החולים ובמסגרת המרפאה. יוער בהקשר לטענה זו, כי דומה שטעמיו של ד"ר ג'ושה בהעלאתה נעוצים בסוגיית הביטוח, שכן ככל שייקבע כי התרשל בכובעו כאמור, יזכה לכיסוי ביטוחי. לבסוף, המערער אף טוען כי לא הוכח קשר סיבתי בין ההתרשלות לנזק, הואיל וייתכן שגורמים שאינם בשליטת

הרופא המיילד הם שגרמו לשיתוק העצבי ממנו סובל המשיב 3; ומכל מקום, טוען המערער כי בית משפט קמא הפריז בקביעת שיעור הפיצויים, הן ביחס להפסד כושר ההשתכרות והן ביחס לכאב וסבל שנגרמו למשיב 3.

קופת החולים סומכת את ידיה על קביעותיו של בית משפט קמא בעניינה. ביחס לטענת ההתרשלות במעקב הלידה טוענת קופת החולים כי ממילא בית המשפט קבע, בעקבות חוות הדעת של המומחים והתרשמותו מהם, כי הסטייה בהערכת המשקל לא היתה חריגה וכי לא קם צורך בביצוע ניתוח קיסרי, ולכן שאלת מוכנותו של בית החולים לכך אינה רלוונטית. בסוגיית הביטוח נקבע כי המערער נהנה מכיסוי ביטוחי מטעם קופת החולים ביחס לפעילותו במרפאה, אך לא מחוצה לה, ומשכך נטען כי בדין נדחתה ההודעה לצד שלישי שהוגשה נגד קופת החולים.

בני המשפחה טוענים כי אין מקום להתערב בממצאים העובדתיים שקבע בית משפט קמא, בפרט בנוגע לקשר הסיבתי שבין ההתרשלות לנזק, ומוסיפים כי הפיצויים בסכומים שנפסקו הם ראויים, נתמכים בחוות דעת מקצועיות, ואינם שונים מסכומים שנפסקו במקרים דומים אחרים.

דיון והכרעה

10. פסק דינו של בית המשפט המחוזי נסמך בעיקרו על ממצאים עובדתיים בעניינים שבמומחיות רפואית, שנקבעו על יסוד התרשמות ישירה מהעדים ומהראיות – ובמיוחד מעדויות המומחים הרפואיים ומחוות הדעת המקצועיות שיצאו תחת ידיהם. כך, פסק הדין מכיל דיון מפורט ומנומק בשאלת האינדיקציות לצורך להמליץ על עריכת ניתוח קיסרי; בסוגיית השגיאה בהערכת גודל העובר; באפשרות להסיק מהראיות אם התקיימו התנאים לביצוע לידת ואקום; ובהערכת שיעור הנזק.

מקצת מטענותיו של המערער, שאמנם נטענו בלשון רפה, מופנות נגד ממצאים אלה, המעוגנים היטב בחומר הראיות, ובהם לא ראיתי מקום להתערב. זאת בהתאם לכלל הנקוט בשיטתנו מקדמת דנא, שלפיו התערבות בממצאי עובדה שקבעה הערכאה הדיונית תיעשה אך במקרים חריגים, לנוכח יתרונה המובנה אל מול ערכאת המערער בקביעת תשתית עובדתית (ראו: ע"פ 1258/03 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(6) 625, 632-635 (2004); ע"א 501/84 "מגדל" חברה לביטוח בע"מ נ' מירון, פ"ד מב(2) 89, 99 (1988); חמי בן-נון וטל חבקיין הערעור האזרחי 474 (מהדורה שלישית, 2012)). כך במיוחד שעה שהתשתית העובדתית נקבעה על סמך חוות דעת מומחים בתחום הרפואה

(ע"א 2087/08 מגן נ' שירותי בריאות כללית, בפסקה 6 (12.8.2010)). זאת ועוד, מצאתי שמסקנותיו המשפטיות של בית המשפט המחוזי – ברובן המכריע, אם כי לא כולן, כפי שיפורט בהמשך – עומדות איתנות על גבי הבסיס העובדתי שהונח והודק כדבעי. בנקודות המתייחסות לקשר הסיבתי שבין ההתרשלות לנזק, לאומדן גובה הנזק ולהודעה לצד שלישי נגד קופת החולים – המצויות בשולי הערעור – לא ראיתי צורך להאריך בדברים, ואציע לדחות את הערעור.

אדון להלן בהרחבה בטענות שבליבת הערעור, הן שאלת הנזק הראייתי ושאלת ההתרשלות בגין אי-הסדרתו של ביטוח אחריות מקצועית על ידי בית החולים. אקדים את המאוחר ואומר כבר עתה כי לטעמי יש לדחות את הערעור בסוגיה הראשונה, ולקבלו בסוגיה השנייה.

הנזק הראייתי ושאלת ההתרשלות

11. בית משפט קמא קבע כי לנזק שממנו סובל המשיב 3 גרמו שני מעוולים במשותף: ד"ר ג'ושה ובית החולים. לאחר שהועבר הנטל לכתפיהם, מכוח דוקטרינת הנזק הראייתי, קבע בית המשפט כאמור כי הנטל להוכיח שלא היתה התרשלות לא הורם, ומשכך חייב את ד"ר ג'ושה ובית החולים באחריות לנזק, יחד ולחוד (בהתאם לסעיף 11 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש] (להלן: הפקודה)). בערעורו מבקש ד"ר ג'ושה כי ניישם את דוקטרינת הנזק הראייתי באופן שנטל ההוכחה יתהפך, במקרים של מעוולים במשותף, רק ביחס למעוול שגרם לנזק הראייתי. נטען כי סעיף 17(ב) לחוק זכויות החולה, התשנ"ו-1996 (להלן: חוק זכויות החולה) מטיל את חובת הרישום על מנהל המוסד הרפואי, ולא על הרופא, ולכן בית החולים הוא האחראי הבלעדי להיעדר הרישום על מהלך הלידה. לפיכך אין להפוך את נטל הראייה לגבי ד"ר ג'ושה, ובהתאם אין לחייבו באחריות.

איני רואה צורך להידרש לסוגיה הכללית שטענה זו מעוררת – האם ראוי להפוך את נטל ההוכחה ביחס למעוול אחד בלבד מבין מעוולים במשותף – הואיל ובנסיבות המקרה ממילא בדין נקבע שד"ר ג'ושה ובית החולים חבים בגין הנזק יחד ולחוד. אין בידי לקבל את פרשנותו המוצעת של ד"ר ג'ושה לסעיף 17 לחוק זכויות החולה. כך לשון הסעיף:

17. (א) מטפל יתעד את מהלך הטיפול הרפואי ברשומה רפואית; הרשומה הרפואית תכלול, בין היתר, פרטים מזהים של המטופל והמטפל וכן תכלול מידע

רפואי בדבר הטיפול הרפואי שקיבל המטופל, עברו הרפואי כפי שמסר, איבחון מצבו הרפואי הנוכחי והוראות טיפול; ואולם תרשומת אישית של המטפל אינה חלק מהרשומה הרפואית.

(ב) המטפל, ובמוסד רפואי – מנהל המוסד, אחראים לניהול השוטף והעדכני של הרשומה הרפואית ולשמירתה בהתאם לכל דין.
" [...]

לטענת ד"ר ג'ושה, מסעיף קטן (ב) נובע כי אם הטיפול הרפואי נושא התובענה נוהל במוסד רפואי, אין הרופא המטפל אחראי על עריכת תרשומת לתיעוד הטיפול, אלא מנהל המוסד בלבד. אלא שאין לתיזה זו כל יסוד בלשון הסעיף, בתכליתו, בהקשרו או בפרשנותו בפסיקה. מקריאת סעיף קטן (ב) יחד עם סעיף קטן (א) שבא לפניו, ברי כי אין הרופא המטפל פטור מעריכת תרשומת בזמן אמת או מיד בסמוך לאחר האירוע, ואין נפקא מינה אם הטיפול ניתן במסגרת מוסד רפואי, אם לאו; סעיף קטן (ב) מתייחס אך לניהול הרשומה לאחר כתיבתה, דהיינו עדכון והוספת פרטים, שמירה על המסמכים וכיו"ב, ולא לעצם חובת התיעוד החלה על הרופא בכל מצב. ההוראה – שהוכרה כמחייבת בפסיקה עוד טרם שעוגנה בחוק זכויות החולה – נועדה לשרת הן את ההליך הרפואי, הן את ההליך המשפטי והן את זכויות המטופל (ע"א 6768/01 רגב נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(4) 625, 633 (2004)). בבסיסה עומד הצורך לאפשר טיפול טוב יותר למטופל על ידי מעקב צמוד אחר הטיפולים שניתנים לו. מטרה זו תסוכל אם הנטל לערוך רשומה ממצה יוטל על גורם אחר מלבד הרופא המטפל, שבמקרה הרגיל הוא שמחזיק בידיו את השליטה על הטיפול ואת המידע העדכני ביותר על מהלכו. לצד זאת, המשמעות המשפטית של אי-עמידה בהוראת החוק, במישור הנזיקי, יכולה להיות העברת נטל ההוכחה, וכך על רקע חוסר השוויון המובנה שבין רופא למטופל, כאשר זה האחרון פעמים רבות אינו מודע לפרטי הטיפול המוענק לו, למשמעותו הכוללת ולסיכונים שהוא טומן בחובו; וכך גם אישה בחדר לידה, כבענייננו. העברת הנטל היא אפוא מכשיר משפטי להתמודדות עם פערי המידע שבין מטופל לבין רופאו, המהווה "תרופה ראייתית" לחוסר היכולת של ניזוק להוכיח את טענותיו, בהיעדר רישום (ראו: ע"א 7416/12 קופת חולים מאוחדת נ' פלוני, בפסקאות 14-17 לחוות דעתו של השופט י' עמית (4.11.2014); ע"א 6948/02 אדנה נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(2) 535, 541-545 (2004); משה זיידנבאום "חוק זכויות החולה בפסיקת בית המשפט העליון – תריסר שנים לחוק" רפואה ומשפט 39, 21, 32-35 (2008)).

12. טענתו של המערער כי החובה לנהל רישום מוטלת על בית החולים, ולא עליו, נתמכת לגישתו בשני נתונים נוספים. הראשון הוא שהפרקטיקה המקובלת בבית החולים במועד האירוע נושא הערעור, היתה לערוך תרשומת מינימלית ביותר בזמן אמת, ולעדכן בה פרטים נוספים רק בדיעבד. ואולם, נוהג פנימי כזה או אחר בבית החולים אינו מעלה או מוריד לעניין חובתו של הרופא המטפל להקפיד על הוראות החוק, על עמידה בסטנדרט המצופה מרופא סביר ועל הפרקטיקה הרפואית המקובלת במובנה הרחב (ראו לעניין זה: נייר עמדה שכתבה ההסתדרות הרפואית בישראל בשנת 2001, הַזְמִין באתר האינטרנט של הארגון, ולפיו "מקורם של כללי הרשומה הרפואית הם בפרקטיקה הרפואית עצמה" (בעמוד 37)). לעניין זה יפים דברי השופטת (כתוארה אז) מ' נאור ב-ע"א 8549/00 בית החולים הכללי משגב לדך ירושלים (בפירוק זמני) נ' דבאש, פ"ד נו(3) 844, 856 (2002):

"יהיו אשר יהיו ההוראות הפנימיות בבית החולים
בשאלה מי צריך לרשום מה, או מי צריך להורות על
רישום – הרופא האחראי אינו יכול להתנער מהחובה
לנהל בעצמו רישום תקין או לדאוג לכך שינוהל".

טענתו הנוספת של המערער בהקשר זה היא שבית החולים חסם את גישתו אל התרשומת הרפואית של המשיב 3, ובכך מנע ממנו לעדכן אותה – וזאת מאחר שנאסר על ד"ר ג'ושה לשוב ולעבוד בבית החולים. על כך יוער כי המדובר בשאלה עובדתית, שלא נטענה בפני בית המשפט המחוזי, שם מקומה להתברר, וממילא לא הוכרעה על ידו, ואין מקום לבררה בשלב זה. עם זאת יצוין, כי המעמד התעסוקתי של הרופא המטפל בבית החולים אינו משנה בהכרח לעניין חבותם המשותפת בגין הנזק (ע"א 8526/96 מדינת ישראל נ' פלוני, בפסקאות 23-24 (23.6.2005)). עוד יודגש כי אין באמור כדי לגרוע מן החובה הכללית המוטלת על הרופא המיילד לתעד כראוי את מהלכה של הלידה.

13. המערער מבקש להסתמך על פסק דינו של בית משפט זה ב-ע"א 9151/08 בן חמו נ' עיריית ירושלים – שירותי בריאות הציבור (1.1.2012), שם נקבע כי הרשלנות שגרמה לנזק הראייתי היתה של בית החולים בלבד ולא של הרופא המטפל, ומשכך הועבר נטל השכנוע רק ביחס לבית החולים. ואולם, באותו מקרה הודגש (בפסקה 14 לחוות דעתו של חברי השופט נ' הנדל) כי הדבר נובע, בין היתר, מהתרשמותה החיובית של הערכאה הדיונית מהרופא המטפל, ומקביעתה כי לא נפל פגם בהתנהלותו. לעומת זאת, במקרה דנן קבע בית משפט קמא – בהתבסס על עדותו של ד"ר ג'ושה עצמו – כי "אין חולק כי היה על ד"ר ג'ושה לתעד את ההוריות ללידת ואקום, התקיימות התנאים

לביצועה, ואופן חילוץ העובר. אין גם חולק כי הדברים לא תועדו" (ההדגשה הוספה – ע'ב').

לסיכום עניין זה: אין מקום להתערב בקביעותיו של בית המשפט המחוזי בדבר היפוך הנטל הראייתי, וקביעת רשלנותם של ד"ר ג'ושה ושל בית החולים יחד ולחוד.

האחריות להיעדר ביטוח

14. משנדחה הערעור ביחס לקבלת התביעה העיקרית – זו שהגישו בני המשפחה – על כל מרכיביו, יש להידרש לערעור ביחס לדחיית ה"תביעה על-תנאי", דהיינו ההודעה לצד שלישי שהגיש ד"ר ג'ושה נגד בית החולים (על טבעה של הודעה לצד ג', ראו: תקנה 216 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984; רע"א 5635/13 קורל-תל בע"מ נ' דו, בפסקאות 12-13, 16-20 (1.4.2015)).

בית משפט קמא קבע כאמור כי לא נמצא כל מקור נורמטיבי שמכוחו מוטלת על בית החולים חובה לבטח את ד"ר ג'ושה בביטוח אחריות מקצועית, ולפיכך נדחתה ההודעה לצד שלישי. תוצאה זו מוקשית בעיניי. לטעמי, החובה קיימת מכוח עוולת הרשלנות, ובית החולים לא עמד בה; בית החולים התרשל – כלפי ד"ר ג'ושה וכלפי בני המשפחה גם יחד – כאשר לא וידא את קיומו של כיסוי ביטוחי עבור מי שפועל תחת מטרייתו, התעסוקתית או הפיזית. סבורתני אפוא כי בעניין זה היה מקום לקבל את ההודעה לצד שלישי, וזאת בשל רשלנות בית החולים, בכפוף לחלוקת אחריות בין המערער לבין בית החולים בגין אשם תורם של ד"ר ג'ושה.

כך אציע לחבריי לעשות בערעור. ואבאר.

15. עוולת הרשלנות קבועה בסעיפים 35-36 לפקודה, ויסודותיה כוללים, כידוע, חובת זהירות, התרשלות, ונזק שנגרם כתוצאה מההתרשלות. אפנה לבחינתם לפי סדרם.

יסוד חובת הזהירות נחלק בפסיקה לשני היבטים – חובת זהירות מושגית וחובת זהירות קונקרטיית – הנבחנים לפי מבחן הצפיות, הכולל הן צפיות טכנית (היכולת לצפות) והן צפיות נורמטיבית (הצורך לצפות). בהתייחס לחובת הזהירות המושגית, יש לשאול אם אדם סביר צריך היה לצפות את התרחשות הנזק, בהתחשב בסוג המזיק, סוג הניזוק, סוג הפעילות וסוג הנזק; חובת הזהירות הקונקרטית עניינה לא בבחינה כללית-קטגורית, אלא ביחס לנסיבות הספציפיות של המקרה העומד

למבחן. הכלל הוא כי מקום שהנזק צפוי מבחינה פיזית, חובה לצפותו מבחינה נורמטיבית, אלא אם כן קיימים שיקולים של מדיניות משפטית המצדיקים צמצום החובה או שלילתה (ראו: ע"א 4486/11 פלוני נ' פלוני, בפסקאות 10-11 (15.7.2013) (להלן: עניין פלוני); ע"א 878/06 טרויהפט נ' עטיה, בפסקאות 30-33 (4.1.2009) (להלן: עניין טרויהפט); ע"א 243/83 עיריית ירושלים נ' גורדון, פ"ד לט(1) 113, 137-128 (1985) (להלן: עניין גורדון); ע"א 145/80 ועקנין נ' המועצה המקומית, בית שמש, פ"ד לז(1) 113, 122-130 (1982) (להלן: עניין ועקנין)).

יוער בהקשר זה, כי התפתח בפסיקה מודל שונה לניתוח עוולת הרשלנות, שלפיו נבחן תחילה יסוד ההתרשלות ורק בסיומו של תהליך נבדקת השאלה אם קיימים שיקולי מדיניות שבגינם יש לשלול את חובת הזהירות, ככל שזו התבססה זה מכבר במקרים דומים (ראו: עניין פלוני, בפסקאות 13-14, והאסמכתאות שם). ואולם, הואיל והמקרה דנן אינו שייך למקרה 'הרגיל', זה המצוי בליבתה של העוולה ובא תדיר בשערי בית המשפט, מן הראוי לילך בדרך המסורתית, ולהידרש ראשית לחובת הזהירות.

16. בהתייחס לחובת הזהירות המושגית, דומה כי על פניו בית חולים יכול וצריך לצפות נזק כלכלי שיגרום לרופא העובד תחת קורתו – יהא אשר יהא הסטטוס המוסדי שלו, דהיינו בין אם הוא עובד של בית החולים, בין אם לאו – במידה שזה יתרושל בעבודתו ויגרום נזקי גוף למטופל או מטופלת. מסקנה זו מתבקשת הן מדיני הנזיקין כפי שהתפתחו בפסיקתנו, הן מנסיון החיים והשכל הישר, והיא אף באה לידי ביטוי בנתונים אמפיריים; והכל כפי שיפורט להלן. יוער כי חלק מן הנתונים לקוחים מדוח מבקר המדינה – שאמנם אינו קביל כראיה בהליכים משפטיים, לפי סעיף 30(א) לחוק מבקר המדינה, התשי"ח-1958 [נוסח משולב] – אך בענייננו האמור בדוח מובא ברקע הדברים בלבד, ולא כראיה לאמיתות תוכנו.

לבתי המשפט בישראל מוגשות מאות רבות של תביעות רשלנות רפואית מדי שנה, והמגמה היא של גידול מתמיד (ראו: הוועדה הבין-משרדית לבחינת הדרכים להקטנת ההוצאה הציבורית בגין תביעות רשלנות רפואית דין וחשבון (2005) (להלן: דוח ועדת שפניץ), בעמודים 11-12 (נתונים לגבי השנים 1993-2002); מבקר המדינה דוח ביקורת שנתי 62 (2012) (להלן: דוח מבקר המדינה), בעמודים 215-216 (נתונים עד שנת 2011)), כאשר תחום המיילדות הוא בין התחומים שבהם מספר התביעות הוא הגדול ביותר, והוא ניצב מעל כל יתר תחומי הרפואה, בפער משמעותי, מבחינת גובה

הסכומים הנתבעים (דוח ועדת שפניץ, בעמודים 30-31; דוח מבקר המדינה, בעמוד 211). יצוין כי ברוב התביעות המוגשות בגין רשלנות רפואית, הנתבע הוא המוסד הרפואי או המדינה, החבים באחריות שילוחית (על-פי סעיפים 13-15 לפקודה), בלא שהרופא מהווה צד לתביעה כלל (דוח ועדת שפניץ, בעמודים 32-33). מכאן ברי שהסיכון הכספי שנוטל על עצמו מוסד רפואי העוסק ביילוד הוא משמעותי, וספק אם ניתן לעמוד בו ללא ביטוח אחריות מקצועית.

ברי גם כי הציפייה הטבעית והלגיטימית של המטופל או המטופלת, כאשר הם נכנסים לבית חולים לצורך עריכת פרוצדורה רפואית – שלעולם, למרבה הצער, כרוכה בסיכון – היא שיוכלו להיפרע מחברת הביטוח אם חלילה יתרשל הצוות הרפואי ויגרורם להם לנזקים; ודאי שאין לצפות מהמטופל כי יברר אם מתקיימים יחסי עובד-מעביד בין בית החולים לבין הרופא המטפל בו, אם זה נכלל ברשימת הרופאים המכוסים בגדרי פוליסת הביטוח, ועוד בירורים כיוצא באלה. המטופל מתמסר לטיפולו של הרופא בבוטחו בכישוריו המקצועיים, בהקפדתו על כללי האתיקה הרפואית, ובמסירותו לעבודתו ולמטופליו, וכן בהנחה שבמקרה הצורך ימצא מאחוריו אותו 'כיס עמוק' שממנו יוכל המטופל להיפרע, ככל שתקבע חבות בפיצויים; וכמו המטופל, כך גם הרופא. לעניין מערכת היחסים בין ד"ר ג'ושה לבית החולים, יפים דברי הנשיא מ' שמגר, ב-ע"א 4114/90 בן שושן נ' כריכיה קואופרטיבית בע"מ, פ"ד מח(1) 415, 424 (1993):

"אין [המערער] זכאי לסטאטוס של עובד (employee) בחברה, אך אין ספק שהוא עדיין מבצע את הפעולה הפיסית של העבודה (work) בה. השאלה היא, אם קיימת חובת זהירות מושגית כלפי אדם שמבצע עבודה, בעבור אחר, אף שאינו בגדר עובד שלו. לשיטתי, כלל אין ספק שבעל מכונה – שבשליטתו ופיקוחו נמצאת המכונה – יכול וצריך לצפות נזק שיארע לאדם העושה שימוש ברשות במכונה, במסגרת פעילותה הרגילה. דינו איננו צריך להיות שונה מדינו של בעל מקרקעין החב חובת זהירות מושגית כלפי מבקר ברשות".

וראו גם ע"א 14/08 אלרחים נ' פלסטניר מפעל אריזות פלסטיות בקיבוץ ניר אליהו, בפסקה 6 (2.12.2009); ע"א 7130/01 סולל בונה בנין ותשתית בע"מ נ' תנעמי, פ"ד נח(1) 1, 16-17 (2003); ע"א 485/60 ברמן נ' מרזיוף, פ"ד טו 1913, 1917-1919 (1961).

בין בית חולים לבין רופא הפועל תחת קורתו, אף אם לא כעובד מן המניין, קיימים יחסים הדוקים, הכוללים קרבה פיזית, זיקה משפטית והסתמכות כלכלית. אלה עולים כדי "שכנות" משפטית, הדרושה לביסוס חובת הזהירות המושגית. משכך, חלה על בית חולים ככזה, חובה לנקוט אמצעי זהירות סבירים כדי למנוע את הסכנה (ראו: עניין פלוני, בפסקה 13; ע"א 4025/91 צבי נ' קרול, פ"ד נ(3) 784, 788 (1996); עניין גורדון, בעמוד 129; עניין ועקנין, בעמוד 125).

17. בקיומה של חובת זהירות מושגית אין די לשם קביעת אחריות, שכן יש לבחון גם, כאמור, אם קיימת חובת זהירות קונקרטיה בנסיבות המסוימות של המקרה. אכן, נסיבותיו של המקרה דנן, בכל הנוגע למערכת היחסים שבין ד"ר ג'ושה לבין בית החולים, הן ייחודיות. בית משפט קמא פרש יריעה עובדתית רחבה ביחס לפעולותיו של ד"ר ג'ושה בבית החולים נושא הערעור. כך, נקבע כי המערער פעל במסגרת בית החולים ברשות; כי הועסק בו בעבר כעובד מן המניין, והוא האמין כי מצב זה עשוי להתחדש; כי נעזר בצוות ובמכשור שהעמיד עבורו המוסד הרפואי; כי לא קיבל כל תמורה בגין הלידה, מאת בית החולים או מאת האם, ואין מדובר ב"לידה פרטית" במובנה המקובל; וכי פעילותו שם לא הותנתה בעריכת ביטוח אחריות מקצועית אישי.

יטען הטוען – ואמנם נטען מטעם בית החולים בגדר ההליך בבית משפט קמא – כי ד"ר ג'ושה כלל לא ביצע את העבודה עבור בית החולים, כי אם עבור עצמו או עבור האם, כאשר בית החולים שימש אכסניה גרידא לביצוע הפעילות. ואולם לא ניתן לקבל טענה זו. בעוד שלבית החולים צמחה תמורה כספית מעריכת הלידה בצל קורתו, הואיל והוא קיבל עקב כך כספים מאת המוסד לביטוח לאומי (כפי שטען בעצמו, כמפורט בפסקה 29 לפסק דינו של בית משפט קמא), הרווח היחיד שאמור היה לצמוח לד"ר ג'ושה הוא העלאת קרנו בעיני בית החולים, על מנת שזה ישוב להעסיקו (ואף זאת לא עלה בידו להשיג). לכך יש לצרף את קביעתו של בית משפט קמא (בפסקה 69 לפסק הדין), כי האם פנתה לבית החולים והודיעה על כוונתה ללדת בו, עוד קודם למפגשה הראשון עם ד"ר ג'ושה. משמע, אין בית החולים מנותק מהיחסים שבין ד"ר ג'ושה לבני המשפחה, ויש לומר, לכל הפחות, כי היתה הסתייעות הדדית בין בית החולים לבין ד"ר ג'ושה בעניין פעולת היילוד – ממילא היתה הלידה נערכת בבית החולים, אלא שמי שהוציא אותה לפועל, במסגרת בית החולים, היה ד"ר ג'ושה (ראו לעניין זה: ע"א 502/78 מדינת ישראל נ' ניסים, פ"ד לח(4) 748, 757-758 (1981)). יוסף עוד, כי בית החולים אינו יכול לפטור את עצמו מאחריות בטענה שהוא מהווה אכסניה ותו לא. למוסד רפואי קיימת אחריות, במידה כזו או אחרת, ביחס לכל

הפרוצדורות המתנהלות בדל"ת אמותיו. הוא צריך להתוות את הנהלים הרפואיים והמנהליים, ואינו יכול להתנער כליל מאחריות זו; וכך גם בהקשר של הסדרת ביטוח אחריות מקצועית.

בנסיבות אלה, מתקיימים יחסי קירבה משפטיים הדוקים בין שני הצדדים בענייננו, שעיקרם בשליטה ופיקוח מצד בית החולים, ובהסתמכות וציפייה מצד ד"ר ג'ושה (ראו: עניין גורדון, בעמוד 135; עניין ועקנין, בעמודים 129-131). בית החולים יכול היה וצריך היה לצפות כי ככל שיתרשל ד"ר ג'ושה בעבודתו, תוטל על שני הצדדים אחריות לנזק יחד ולחוד; ולשם כיבוד אחריות זו ועמידה בה, דרוש לוודא כי קיימים אמצעים, בגבולות הסביר, להסדרת תשלום הפיצויים שיושת. אין בכך כדי לומר שבית החולים בעצמו חייב היה לבטח את ד"ר ג'ושה, אך בהחלט שומה היה עליו לוודא כי למערער כיסוי ביטוחי מספק טרם שהתיר לו לבצע את הלידה. ויודגש כי לא פחות מאשר אחריותו לצוות המטפל, נובעת חובתו זו של בית החולים מאחריותו עבור כל אחד ואחת ממטופליו, שיחסיו עימם מאופיינים בפערי שליטה ומידע גדולים אף יותר.

18. ערה אני לכך שהטלת אחריות נזיקית ברשלנות בגין אי-עריכת ביטוח אינה מובנת מאליה. ב-ע"א 4493/05 ירושלמי נ' פולדיס יבוא כלים בע"מ (7.3.2007) (להלן: עניין ירושלמי) נטען לרשלנות בגין אי-עריכת ביטוח תאונות אישיות במיזם ספורטיבי משותף, כאשר התובע היה נהג אופנועים שהשתתף במירוץ ספורטיבי-אתגרי ונפצע במהלכו, והנתבעת היתה חברה שעזמה התקשר לשם קבלת תמיכה כלכלית בהשתתפותו במירוץ. בית משפט זה (מפי השופטת א' חיות) דחה את טענת הרשלנות, תוך שעמד על כך שהיא מעוררת קשיים עקרוניים, מפני שהטלת חובה לערוך ביטוח באמצעות עילת הרשלנות עלולה לטשטש את הקו המפריד בין משטר של אחריות מוחלטת לבין משטר של אחריות המבוססת על עקרונות של אשם (בפסקה 18). עם זאת, באותו מקרה הכיר בית המשפט בכך שייתכנו מקרים בהם ראוי יהיה להכיר בעילת רשלנות בגין אי-עריכת ביטוח (בפסקה 19):

"כל מקרה צריך שייבחן על פי מאפייניו ועל פי מכלול השיקולים הצריכים לעניין, ובכלל זה שיקולים של סבירות ההתנהגות, צפיות הנזק, ויחסי קירבה והסתמכות בין המזיק לניזוק. החשש מפני פריצת גבולות עוולת הרשלנות איננו צריך להכריע את הכף בכל מקרה ומקרה. זהו שיקול שיש לבחון את תוקפו ואת משקלו בהתאם לנסיבות".

כך למשל, מנה בית המשפט מקרים שבהם קיימת חובה סטטוטורית לערוך ביטוח, וכן מצבים אחרים שיכול שיצמיחו חובה כזו (שם):

"בנסיבות שבהן מתקיימים בין המזיק לניזוק יחסי קירבה והסתמכות, עשויה לקום חובת זהירות מצד המזיק כלפי הניזוק לשמור על טובתו הכלכלית. יתכן שבנסיבות כאלה ניתן יהיה לראות באי ביטוחו של הניזוק על ידי המזיק מחדל רשלני. יחסי קירבה והסתמכות כאמור עשויים להתקיים, בין היתר, מקום שבו צד אחד הבטיח מפורשות לאחר לערוך עבורו ביטוח או מקום בו מתחייב הדבר מנוהג בין הצדדים. לעומת זאת, מקום שבו בחר הניזוק להיות מעורב בפעילות מסוכנת בשל טובות ההנאה שהיא מצמיחה לו יתקשה לטעון, בהיעדר סיכום מפורש, כי הסתמך על אחר לעניין ביטוחו".

וראו גם החלטה שבגדרה נדחתה בקשה לקיום דיון נוסף בעניין ירושלמי (מפי המשנה לנשיאה א' ריבלין), ובה הודגש כי רשימת השיקולים הצריכים לעניין זה איננה רשימה סגורה וממצה (דנ"א 2674/07 ירושלמי נ' פולריס יבוא כלים בע"מ, בפסקאות 4-5 (8.5.2007)).

19. במקרה שלפנינו קמה לטעמי חובת הזהירות כאמור, וזאת בשל יחסי התלות הכלכלית ההדוקים שבין הצדדים (ויוער כי ישנם בפסיקת הערכאות הדיוניות מקרים נוספים שבהם נמצא כי ראוי לקבוע חבות ברשלנות על רקע אי-עריכת ביטוח. ראו, למשל: ת"א (מחוזי ת"א) 2474/86 נצר נ' כנפונית חברה למטוסים זעירים בע"מ, פ"מ תשנ"ד (2) 441, 478-474 (1994); ת"א (שלום חיפה) 12626-09-09 פלוני נ' מועצה מקומית משהד (18.6.2013); ת"א (שלום י-ם) 2003/02 בן דוד נ' ישיבת הדרום ע"י הסתדרות הרבנים דאמריקה (22.4.2007). ראו גם: ירון אליאס דיני ביטוח 73 (מהדורה שנייה 2009) (להלן: אליאס)). אמנם, אין בישראל חובה חוקית על רופאים או בתי חולים לרכוש ביטוח אחריות מקצועית (הגם שהומלץ לקבוע הסדר כזה בחוק על ידי ועדה מקצועית שמינה מנכ"ל משרד הבריאות, בשנת 1999, הוועדה לבדיקת האחריות לפגיעה בטיפול רפואי דין וחשבון, בעמודים 55-58 (1999) (להלן: דוח ועדת קלינג); ראו גם דוח מבקר המדינה, בעמודים 226-229), אך לנוכח ריבוי התביעות וגובהם של הסכומים הנתבעים, הדעת נותנת שבתחום זה לא ניתן ולא ראוי לפעול ללא ביטוח מתאים; ואכן זהו הנוהג הרווח (ראו למשל: דוח ועדת שפניץ, בעמודים 5-6; דוח ועדת קלינג, בעמודים 15-16, 55-56; דוח מבקר המדינה, בעמודים 220-226). בהקשרים מסוימים של עולם הרפואה אף קיימות הוראות סטטוטוריות הקובעות חובה לרכוש

ביטוח אחריות מקצועית (ראו למשל: תקנה 6(2) לתקנות רופאי השיניים (מרפאות של תאגידים), התשנ"ג-1993; תקנה 8(ה) לתקנות הרופאים (כשירות לביצוע פעולות חריגות), התשס"א-2001; תקנה 14(2) לתקנות דם טבורי (בנק דם טבורי פרטי), התשע"ב-2012).

זאת ועוד. המקרה דנן שונה מעניין ירושלמי במספר היבטים מהותיים. ראשית, אין עסקינן בביטוח תאונות אישיות במיזם מיוחד, אלא בביטוח אחריות מקצועית. ככזה, מהותו בסיפוק "רשת ביטחון" כלכלית לפעילות יומיומית, שהנזקים העלולים להתלוות אליה הם כאלה שנובעים מהעיסוק הרגיל במקצוע הרפואה. שנית, לבית החולים מעמד מיוחד לא רק ביחס לד"ר ג'ושה, כי אם גם כלפי לקוחותיו, המהווים בהקשר זה צדדים שלישיים: המטופלים והמטופלות הבאים בשעריו (ראו לעניין זה: אליאט, בעמודים 1141-1143). אף הם שמים במוסד הרפואי את מבטחם, ונתונים במידה רבה לשליטתו. באמצעות ביטוח היה חוסך בית החולים את הנזק המשמעותי שנגרם הן למשיב 3 במצב שנוצר בענייננו, והן לבני המשפחה כנגזרת מכך. ויודגש: אין משמעותה של הטלת חובת הזהירות, הנטועה בנסיבות המקרה המיוחדות שלפנינו, קביעת משטר של אחריות מוגברת (הצעות ברוח זו הועלו בספרות, ראו: אברהם סהר "אחריות המוסד – Enterprise Liability ודיני הנזיקין בישראל: מיהות המטרה הנאותה להטלת אחריות ברשלנות רפואית" רפואה ומשפט 37 (2007); יעל אזולאי-קורקין "אחריות ללא אשם בפגיעה רפואית – על הדוקטרינה ויישומה הלכה למעשה במשפט הישראלי" רפואה ומשפט 29 (2003). והשוו: עניין ירושלמי, בפסקה 18; ע"א 285/73 לגיל טרמפולין וצידו ספורט ישראל בע"מ נ' נחמיאס, פ"ד כט(1) 63, 75 (1974); ע"א 360/59 היועץ המשפטי לממשלה נ' ברקוביץ, פ"ד יד 206, 216 (1960); דוח ועדת קלינג, בעמודים 35, 52-53). המשמעות היא אך שעל בית החולים היה לוודא כי הרופא שנכנס בשעריו – לשם עריכת טיפול רפואי במטופלת של בית החולים, וכאשר צוות המוסד הוא שהזמין את הרופא לבצע את ההליך והעמיד את עצמו ואת כליו לרשות הרופא, שמצדו לא קיבל כל תמורה – מכוסה מבחינה ביטוחית.

20. משביססנו את חובת הזהירות שחב בית החולים כלפי ד"ר ג'ושה, יש לבחון את יסוד האשם, דהיינו האם התרשל בית החולים והפר את חובת הזהירות בכך שלא נקט אמצעי זהירות סבירים, על-פי אמות מידה אובייקטיביות, למניעת הסכנה (ראו למשל: עניין פלוני, בפסקאות 19-22; ע"א 10078/03 שתיל נ' מקורות חברת מים בע"מ, בפסקה 18 (19.3.2007); עניין גורדון, בעמודים 138-139). מנסיבות המקרה עולה כי גם לשאלה זו יש להשיב בחיוב.

אין חולק כי ד"ר ג'ושה לא זכה לכיסוי ביטוחי בגין הסכומים שבהם חויב בגדרי ההליך בבית משפט קמא, מאת חברת הביטוח של בית החולים או מכל חברת ביטוח אחרת; הצדדים חלוקים באשר לסיבה לכך, כאשר לטענת ד"ר ג'ושה סירוב חברת הביטוח של בית החולים לשלם עבור הנזק במקרה זה נבע ממידע שגוי שהעביר אליה בית החולים, שלפיו המדובר ב"לידה פרטית", בעוד שלמעשה הלידה שערך צריכה היתה לחסות תחת הביטוח הקיים. לעומת זאת, לטענת בית החולים, כפי שהובעה בפני בית המשפט המחוזי, ד"ר ג'ושה ידע היטב כי הוחרג מהביטוח שרכש בית החולים לעובדיו, משהופסקה העסקתו במוסד, והיה עליו לרכוש ביטוח אחריות מקצועית באופן עצמאי, כתנאי לפעילות בבית החולים. ואולם, בית משפט קמא לא קיבל את גרסת בית החולים להשתלשלות העניינים, וקבע שהיא מתאפיינת בחוסר עקביות ובסתירות פנימיות. לטענת בית החולים, נשלח לד"ר ג'ושה מכתב ביום 15.3.2003 שבו נדרש ממנו לרכוש ביטוח עבור עבודתו "הפרטית", אך בית המשפט קבע בעניין זה, כדלקמן (בפסקה 31):

"משלוח מכתב זה לד"ר ג'ושה, או לרופאים אחרים בבית החולים, לא הוכח. ד"ר ג'ושה הכחיש מכל וכל קבלתו של המכתב הנטען. מנגד, הודה ד"ר ח'רוף כי לא היה מצוי בענייני הביטוח, ולא ידוע לו מה הוסכם בין ד"ר ג'ושה ובין ד"ר דג'אני, מנהל בית החולים דאז, בעניין זה. יתר על כן, אין חולק כי בעת משלוח המכתב הנטען, היה ד"ר ג'ושה חלק מן הצוות הקבוע של בית החולים, וכפי שהודה ד"ר ח'רוף, מעולם לא יילד לידות פרטיות".

21. מהאמור עולה כי בית החולים לא עמד בסטנדרט הזהירות הסביר. בכך שבית החולים לא וידא כי ד"ר ג'ושה מבוטח בביטוח אחריות מקצועית (או דאג לבטחו בעצמו), גרם בית החולים לכך שד"ר ג'ושה נחשף לסיכון בלתי-סביר, שהיה צפוי, ויכול היה להימנע בהשקעת משאבים מינימלית. בכך התרשל בית החולים. הדבר היה נכון אף לו היה נשלח המכתב, וככל שבית החולים לא היה עוקב אחריו כדי לראות שהוא אכן התקבל וד"ר ג'ושה פועל לפי הוראותיו. שכן, במשלוח המכתב כשלעצמו אין כדי לספק את הדרישה לנקיטת אמצעי זהירות (ע"א 684/76 אייל נ' פוקסמן, פ"ד לא(3) 349, 359-360 (1977)); ויצוין כי עברו 21 חודשים מיום משלוח המכתב כנטען, ועד קרות האירוע נושא הערעור. אין זה סביר שבמהלך פרק זמן זה, למעלה משנה וחצי, לא מצא איש מטעם בית החולים לברר מה עלה בגורלו של המכתב; מה גם שממילא לא ניתן להסתמך עליו, שכן בעת שנכתב היה ד"ר ג'ושה עובד של בית

החולים. במצב דברים זה, היה על בית החולים למנוע את עבודת ד"ר ג'ושה בין כולו, בכל מתכונת שהיא, לא כל שכן להימנע מהזמנתו לבצע לידה בבית החולים, עד אשר יוסדר ביטוח אחריות מקצועית. בית החולים אף טען, בגדרי כתב הגנתו מפני ההודעה לצד שלישי בהליך בבית משפט קמא, כי לא ידע אם ד"ר ג'ושה היה מבוטח מטעם קופת החולים; ויש בכך משום חיזוק למסקנה שבית החולים לא וידא את המצב הביטוחי של ד"ר ג'ושה לאשורו.

לבסוף, הפער בין הוצאות המניעה לבין תוחלת הנזק אף מתעצם לנוכח העובדה שחריגת בית החולים מסטנדרט הזהירות הראוי לא העלתה רק את הסיכון הכלכלי שנשקף לד"ר ג'ושה, אלא גם את זה שנשקף לבית החולים עצמו (ע"א 3510/99 ולעט נ' אגד – אגודה שיתופית לתחבורה בישראל, פ"ד נה(5) 826, 844 (2001); אריאל פורת "רשלנות וסיכנון העצמי של המזיק" עיוני משפט כו 321 (2002)). זאת בהינתן שמשאביו הכלכליים של ד"ר ג'ושה מוגבלים, והצדדים חבים בגין הנזק שנגרם לניזוק יחד ולחוד. חשוב מכך – בענייננו נגרם נזק משמעותי לצדדים שלישיים, הם בני המשפחה. נזק זה יכול היה להימנע בקלות יחסית ובהשקעת משאבים נמוכה מצד בית החולים, אילו היה מוודא קיומו של ביטוח, כמצופה ממנו בגדר אחריותו.

22. אינני רואה צורך להתעכב על שאלת הקשר הסיבתי שבין ההתרשלות לנזק, היות שאין כל קושי לקבוע כי אלמלא מחדלו של בית החולים בעריכת ביטוח אחריות מקצועית, או בוודוא קיומה, לא היה ד"ר ג'ושה מחויב בעצמו בתשלום הסכומים שנפסקו בבית משפט קמא. בכך מתמלאת דרישת הקשר הסיבתי העובדתי (ראו: סעיף 64 לפקודה; עניין טרויהפט, בפסקה 45; עניין ועקנין, בעמודים 144-145). יתר על כן, קיים בענייננו גם קשר סיבתי משפטי, משום שהנזק שנגרם היה צפוי מראש; הוא מהווה התממשות של הסיכונים שנגרמו על ידי ההתנהגות העוולתית; וקיים יחס ישר בין ההתרשלות לבין התוצאה – הסיבתיים אינה מקרית. בכך מתמלאים תנאי המבחנים החלופיים לבירור הקשר הסיבתי המשפטי, שהם מבחן הצפיות, מבחן הסיכון ומבחן השכל הישר (ראו: עניין פלוני, בפסקה 23; אריאל פורת נזיקין, כרך א, בעמודים 445-443 (2013)).

עם זאת, אין לומר כי אחריותו של בית החולים לנזק היא בלעדית; גם לד"ר ג'ושה עצמו יד במחדל, כלומר אשם תורם (לפי סעיף 68 לפקודה). זאת על רקע אי הבהירות ביחס למעמדו בבית החולים ובפרט ביחס לחסותו תחת ביטוח האחריות המקצועית מטעם בית החולים. חוסר הבהירות כאמור היה צריך להדליק נורה אדומה

אצל ד"ר ג'ושה, ולהביאו לוודא בעצמו שאין הוא מבצע הליכים רפואיים ללא ביטוח – הגם שהם נעשו ברשות בית החולים וללא שהדבר הותנה בכך שיערוך ביטוח באופן עצמאי. בעצימת עיניו אל מול אותה עמימות, תרם ד"ר ג'ושה בהתנהגותו ובמחדליו לנזק שנגרם לו על ידי בית החולים מבחינה עובדתית; וגם דבק בו אשם מבחינה משפטית (ראו למשל: ע"א 5850/10 חברת דפרון בע"מ נ' עזבון המנוח גולובין, בפסקאות כ"ח-ל"ב (15.4.2012); ע"א 4079/05 הועדה המקומית לתכנון ובניה – שומרון נ' מעונה חברה לבנין בע"מ, בפסקה 51 (11.11.2010)). הסטנדרט המצופה מרופא סביר ואחראי, שמתנייד בין מתכונות העסקה שונות, הוא לוודא שמתקיימים התנאים הכלכליים הבסיסיים לפעולותיו בבית החולים, או בכל מוסד אחר שבו הוא פועל. ד"ר ג'ושה לא עמד בסטנדרט זה.

יוצר בהקשר זה, כי הגם שבית משפט קמא דחה, ובצדק, את טענת בית החולים שבעטיה נותר ד"ר ג'ושה נטול כיסוי ביטוחי, ולפיה הוא ערך "לידה פרטית" – נקבע כי "ברשימת הרופאים המועסקים (והמבוטחים) שהוכנה ע"י בית החולים בחודש אוקטובר 2003, לפי בקשת מבטחת בית החולים, לקראת שנת הביטוח 2004, [...] נכלל גם ד"ר ג'ושה כאחד הרופאים המבוטחים" (בפסקה 31 לפסק הדין). מכאן שיש ממש בטענת ד"ר ג'ושה כי בית החולים יצר מצג שלפיו הוא מבוטח. ואולם, לא הוכח כי ד"ר ג'ושה ידע בזמן אמת על רשימה זו. יתרה מכך, חלפה למעלה משנה מאז הכנת הרשימה ועד האירוע נושא הערעור, ובמהלך זמן זה חלו טלטלות במעמדו התעסוקתי של ד"ר ג'ושה – בפרט כאשר יצא לחופשה ללא תשלום בסמוך לפני לידת המשיב 3 – שחייבו בחינה של סוגיית הביטוח גם מצדו.

בהתחשב בכל אמור, אציע להעמיד את משקל האשם התורם של ד"ר ג'ושה לקרות הנזק, ביחסיו עם בית החולים, בשיעור של 30%.

23. אשר לגובה הנזק: לנוכח חבותם של בית החולים ושל ד"ר ג'ושה בגין הנזק שנגרם למשיב 3 יחד ולחוד, ולנוכח חלוקת האחריות שנקבעה לעיל במסגרת ההודעה לצד שלישי, התוצאה היא שד"ר ג'ושה ובית החולים חבים, כל אחד בנפרד, בתשלום מלוא הסכום שנפסק לבני המשפחה בפסק הדין נושא הערעור; ואולם, בגין כל תשלום שיבצע ד"ר ג'ושה לבני המשפחה עד כדי מחצית הסכום, הוא יהא זכאי לשיפוי מאת בית החולים בשיעור של 70%, ואילו בגין כל תשלום שיבצע מעבר לכך יהא זכאי לשיפוי של 100%. למען הסר ספק, הוראה זו תחול גם על תשלומי שכר הטרחה

וההוצאות שנפסקו לחובת ד"ר ג'ושה ובית החולים, כפי שפורטו בפסיקתה מיום 25.12.2013.

24. לא ניתן לחתום את פסק הדין מבלי להתייחס לנסיבות המצערות, שבהן נמצא בית החולים זה מכבר בפירוק, כאשר קופת נכסיו ככל הנראה ריקה. התוצאה במקרה זה קשה היא, משום שספק אם בני המשפחה יזכו להיפרע את נזקם, הגם שזכו בתביעתם. זאת ועוד. למרות שבית החולים הוא שאמור לשאת בעיקר הנזק, לנוכח התוצאה בתביעה העיקרית ובהודעה לצד ג', לא זה המצב בפועל. משנקלע בית החולים לפירוק, ד"ר ג'ושה הוא שנושא בעול העיקרי של הפיצויים הלכה למעשה. ניתן היה למנוע כל זאת, אילו מלכתחילה הוסדר ביטוח אחריות מקצועית, כמתחייב וכמצופה – וראוי שמוסדות רפואיים, והמפקחים עליהם, יעשו את שנדרש על מנת שמקרה מעין זה לא יישנה בעתיד. לדאבון הלב, מקרה זה שלפנינו ממחיש יותר מכל את חשיבותה של החובה הרובצת לפתחו של בית החולים לוודא קיומו של ביטוח אחריות מקצועית לרופאים הפועלים בתחומו.

25. אחר הדברים האלה עיינתי בחוות דעתו של חברי, השופט נ' סולברג, שדעתו שונה. שורש המחלוקת בינינו נעוץ בגישתו של חברי, כי מערכת היחסים שבין בית חולים לבין רופא מטפל – להבדיל מזו שבין בית חולים למטופליו – אינה מאופיינת בפערי כוחות משמעותיים, כי אם בהדדיות פיזית, משפטית וכלכלית. לדעתי, פערי הכוחות בין הצדדים קיימים, ונובעים מעצם תפיסת תפקידו של בית החולים. לטעמי אין לראות בבית חולים כלא יותר מאשר ארבעה קירות שביניהם נערכת פעילות רפואית, וזאת בדיוק מכוחה של אותה מחויבות למטופלים שעליה מצביע חברי. לבית חולים אחריות, כמו גם אחריותות, לקביעה והטמעה של נהלים רפואיים המסדירים את הפעילות, לרבות היבטיה הפיננסיים והמנהליים. חובת ההסדרה חלה על בית החולים בלא תלות במושאה, בין אם חבר הסגל הרפואי הקבוע או רופא עצמאי שהורשה לפעול במסגרת המוסד. בית חולים נושא עימו אחריות זו בכל אשר ילך, והוא אינו רשאי, ואף אינו יכול, לנערה מעליו; בכך הוא נבדל הבדלה מהותית ממשד עורכי דין, כדוגמתו של השופט סולברג. זאת ועוד, סבורתני כי הראיות בתיק מצביעות על מציאות אחרת מזו שמצטיירת בחוות דעתו של חברי. כפי שבואר לעיל, בנסיבות העניין הקונקרטיים בית החולים לא שימש רק אכסניה לפעילותו העצמאית של ד"ר ג'ושה, אלא שפעילותו של ד"ר ג'ושה היתה שלובה בתוך פעילותו של בית החולים ככזה.

סוף דבר, אם תישמע דעתי יתקבל הערעור בחלקו, במובן זה שבית החולים יימצא חייב כלפי המערער כאמור בפסקה 23 לעיל. יתר רכיבי הערעור יידחו. בית החולים יישא בהוצאות המערער, בסך של 30,000 ש"ח.

ש ו פ ט ת

השופט נ' סולברג:

1. לדעת חברתי, השופטת ע' ברוך, התרשל בית החולים כלפי המערער, ד"ר ג'ושה, בכך שלא וידא דבר קיומו של כיסוי ביטוחי ללידה שבה שימש כרופא מיילד, בדל"ת אמותיו של בית החולים. דעתי שונה.

2. היילוד נפגע במסכת קשה וכואבת, כמתואר בחוות דעתה של חברתי. לדעתה, שגה בית המשפט המחוזי בקביעתו ש"ד"ר ג'ושה לא הצביע על כל מקור שבדין, שבחזרה או שבנוהל, המחייב את בית החולים לבטחו בביטוח אחריות מקצועית" (פסקה 79 לפסק הדין). תורף עמדת חברתי הוא כי בית החולים יכול היה לצפות נזק אשר יגרם מחמת העדרו של כיסוי ביטוחי מתאים, וכי היחסים ההדוקים שבין המערער לבין בית החולים – הקרבה הפיזית, האחריות המשפטית המשותפת ויחסי הגומלין הכלכליים – מצדיקים הטלת חובת זהירות על בית החולים לוודא את דבר קיומו של ביטוח מתאים לד"ר ג'ושה, גם אם לא לבטחו ממש באמצעות בית החולים. בחובה זו, לשיטת חברתי, לא עמד בית החולים. בצד זאת, קובעת חברתי אשם תורם מצדו של המערער ומעמידתו על שיעור של 30%.

3. כפי שציננה חברתי (פסקה 16), הטלת אחריות נזיקית ברשלנות בעילה שכזו, של אי-עריכת ביטוח, נושאת בחובה קשיים עקרוניים, אשר עלולים לטשטש את הקו המפריד שבין משטר אחריות מבוסס אשם לבין משטר אחריות מוגברת (ראו עניין ירושלמי הנזכר, פסקה 18 וההפניות שם). זאת בייחוד כאשר לעת הזאת אין חובה סטטוטורית על רופאים או מוסדות רפואיים לרכוש ביטוח אחריות מקצועית (עוד על היחס שבין מנגנוני פיזור נזק ובין משטרי האחריות ראו ישראל גלעד, דיני נזיקין – גבולות האחריות, 252-289 (2012); אריאל פורת, נזיקין 52 (2013) (להלן: "פורת")). ראוי לציין גם את העובדה כי הנזק למערער בעניין דנן הוא כלכלי טהור, דהיינו, נזק המתבטא בהפסד ממון ללא נזק פיזי לגוף או לרכוש. הטלת אחריות בגין נזק מסוג זה,

על אף שהוכרה במשפט הישראלי, גם היא איננה מן הסוגיות האלמנטריות (בג"ץ 5239/11 אבנרי נ' הכנסת, פסקה 25 לפסק דינו של השופט י' עמית (15.4.2015); ע"א 3521/11 וגנר נ' עבדי, פסקה 5 לפסק דינו של השופט נ' הנדל (22.06.2014); פורת, 223-230; תמר גדרון, "חובת הזהירות בעוולת הרשלנות ונזק כלכלי טהור", הפרקליט מב 126 (תשנ"ה); תמר גדרון "בין רשלנות בנק (באנגליה) לרשלנות המדינה (בישראל): נזק כלכלי טהור בעוולת הרשלנות בראי הפסיקה החדשה, ניתוח והערכה במבט השוואתי" הפרקליט נ 95 (2008) (להלן: "גדרון").

4. הנה כי כן, ענייננו בחובת זהירות חריגה, אשר ניתן להטילה בגזרה מצומצמת של מצבים. כברת דרך אני צועד בעקבי חברתי, ושותף לעמדתה כי בענייננו יהיה מוצדק להטיל אחריות שכזו, וזאת כפועל יוצא מאופייה של הפעילות הרפואית – מורכבותה, שכיחותה והסיכון הפיזי והפיננסי הכרוך בה. כפי שציינה חברתי, סיפוקה של "רשת ביטחון" כלכלית לפעילות מסוג זה היא חלק חיוני ובלתי-נפרד מהפעילות עצמה, ויש מקום להטלת חובה שכזו כלפי כל מי שעוסק בפעילות זו. דא עקא, דווקא בשל חריגותה של חובת זהירות זו, שומה עלינו לשרטט את גבולותיה בהקפדה, לבל יצא שכרנו בהפסדנו. כאן נפרדות דרכינו, שלי ושל חברתי, משום שאין בידי להסכים לקביעה כי חובת זהירות מסוג זה מוטלת על בית החולים כלפי המערער, רופא מומחה אשר אינו נמנה על סגל עובדיו של בית החולים. לטעמי, מקומה הראוי של החובה לוודא דבר קיומו של ביטוח אחריות מקצועית הוא ביחס למטופלים, אשר נושאים בעיקר הסיכון לפעילות, דהיינו המשיבים 3-5, והם בלבד; לא כלפי הרופא המערער.

5. חברתי מנתה מספר טעמים לקיומה של חובת זהירות בגין אי-עריכת ביטוח, ובהם: יכולתו של בית החולים לצפות את הנזק לאור פעילותו והיכרותו את תחום המיילדות, ציפייתם הטבעית והלגיטימית של המטופלים לקיומו של "כיס עמוק" ולכך שיוכלו להיפרע את נזקייהם במקרה של רשלנות רפואית, מבלי שייאלצו להיכנס אל נבכי מערכות היחסים בין הרופא ובין המוסד הרפואי; וכן ה"שכנות" המשפטית בין המוסד הרפואי ובין רופא הפועל בצל קורתו, הנובעת מהקרבה הפיזית, הזיקה המשפטית והסתמכות הכלכלית. אכן, טעם רב יש בשיקולים אלו ככל שמשווים אנו את מעמדו של בית החולים לזה של המטופל. מומחיותו המקצועית של בית החולים, משלח-ידו ושליטתו בפעילות הנעשית על-ידו הופכים אותו למועמד הטבעי להטלת האחריות לוודא דבר קיומו של ביטוח מתאים, והוא זה אשר יפצה את המטופלים שניזוקו בגין העדר הביטוח. לא כן במערכת היחסים שבין המוסד הרפואי ובין הרופא. גם הרופא, לא פחות מבית החולים, מכיר את תחום עיסוקו ואת הסיכונים הנובעים

ממנו. לראיה, ד"ר ג'ושה עצמו העיד כי אילו היה חושד, ולו לרגע, כי איננו מכוסה בביטוח אחריות מקצועית, לא היה מסכים ליילד אף לא לידה אחת (פסקה 26 לפסק הדין). אכן, כך מתבקש מכל בעל מקצוע העוסק בתחום עתיר סיכון – להכיר את אופי עבודתו ולדאוג לכך שהסיכונים הטמונים בה יבוטחו כראוי. אין הצדקה אפוא כי בית החולים יאלץ לשאת עבור הרופא בסיכון זה, המוכר לו היטב.

6. אשר לציפייה הלגיטימית לקיומו של "כיס עמוק" ולרצון לחסוך את הצורך להתעמק בטיב היחסים בין הרופא ובין בית החולים, אין צורך לומר, כי מעמדו של הרופא שונה בתכלית מזה של המטופל, וכי ביכולתו ואף נדרש ממנו לבחון מראש את אופיה של מערכת היחסים בינו ובין בית החולים, על כל המשתמע מכך, לרבות לעניין ביטוח אחריות מקצועית.

7. גם באותה "שכנות משפטית" נטענת, אין לדעתי כדי להצדיק הטלת אחריות מצד בית החולים. נקודת המוצא העובדתית היא זו שנקבעה בבית המשפט המחוזי, ובה אין מקום להתערב: המערער איננו עובד של בית החולים, ולא היה אצלו ספק כי כך הוא. אף על-פי כן, התיר בית החולים לרופא המערער ליילד בתחמומו, כאשר גם הרופא, גם בית החולים, קיוו להפיק מכך פרי כלכלי. במצב דברים זה, אותה קרבה שעליה הצביעה חברתי, על מאפייניה השונים – הפיזי, המשפטי והכלכלי – היא קרבה דו-סטריית בין שני צדדים למערכת יחסים שהיא למעשה חוזית – בין במפורש, בין במשתמע. כפי שצינתי לעיל, אינני רואה על מה ולמה תחייב אותה קרבה את אחד הצדדים בחובת זהירות נזיקית כה משמעותית כלפי הצד האחר. כאמור, ענייננו איננו במערכת יחסים המתאפיינת בפערי כוחות משמעותיים, ויש להשאיר לצדדים עצמם את עיצוב הזכויות והחובות שבמסגרתה. ככלל, אין מקום להשתמש במודל הנזיקי על מנת לעקוף את המודל החוזי ואת האיזונים הקיימים בו, ולייצר חובות שלא הוסכמו בין הצדדים – בוודאי מקום שבו מדובר בנזק כלכלי טהור (ראו גדרון, 109-105; גלעד, 814-812).

8. על כך יש להוסיף את המובן מאליו, כי הניזוקים העיקריים האפשריים כתוצאה מן הפעילות הם המטופלים עצמם, ולא הרופאים המטפלים. גם בכל הדוגמאות שאותן הביאה חברתי מפסיקת הערכאות הדיוניות, הוטלה אחריות בגין אי-עריכת ביטוח על המזיק כלפי מי שניזוק מהפעילות. כך, בת"א (מחוזי ת"א) 2474/86 נצר נ' כנפונית חברה למטוסים זעירים בע"מ, פ"מ תשנ"ד(2) 441 (1994), נדונה אחריותה של חברת מטוסים בשל כך שלא דאגה לביטוח נזקיו של התובע, אשר נפגע מהתרסקותו של

המטוס בבעלות החברה ואשר הוטס על-ידי טייס החברה. בת"א (שלום חיפה) 12626-09-09 פלוני נ' מועצה מקומית משהד (18.6.2013), נקבעה אחריותו של בעל תאגיד המפעיל מוסד חינוכי, והרשות המקומית שבשטחה נמצא אותו מוסד, כלפי תלמיד שנפגע בתאונה, בשל כך שלא וידאו קיומו של ביטוח רפואי מתאים. מקרה דומה נדון גם בת"א (שלום ירושלים) 2003/02 בן דוד נ' ישיבת הדרום ע"י הסתדרות הרבנים דאמריקה (21.9.2008). ואולם, תקדים שבו הוטלה אחריות ברשלנות על מזיק אחד כלפי מזיק אחר בגין אי-עריכת ביטוח ביחס לנזק הכלכלי שנגרם לאחרון בשל הצורך לפצות את הניזוק – לא מצינו; ולא בכדי.

9. נשוב ונזכיר כי מדובר ברופא עצמאי, אשר איננו עובד של המוסד הרפואי אך מקבל מטופלים בצל קורתו, ברשות ובהסכם. בהינתן מערכת יחסים כזו, גם חברתי אינה מרחיקה לכת בגישה, עד כדי חיוב בית החולים לבטח בעצמו כל רופא עצמאי הנכנס בשעריו, אלא לדעתה עליו רק לוודא כי כיסוי שכזה אכן קיים. כאמור, דעתי היא כי חובה כזו מתקבלת על הדעת כאשר מדובר בחובת בית החולים כלפי המטופלים (ומטבע הדברים, וכפי שציינה חברתי, היא עולה בקנה אחד גם עם טובתו של בית החולים עצמו). עם זאת, במסגרת מערכת היחסים בין בית החולים לרופא, סבורני כי קיומה של החובה לוודא קיומו של ביטוח ביחס לרופא חורגת מהרצוי. אינני רואה מדוע יהא זה צודק להטיל על בית החולים חובה לוודא קיום ביטוח לטובת רופא, ואף לפצותו בהעדרו של ביטוח – כאשר הרופא עצמו לא וידא בעצמו כי אכן עומד לו כיסוי ביטוחי. גם בהתאם לגישה הכלכלית של דיני הנזיקין, המבקשת להטיל אחריות על "מונע הנזק הזול" (ראו פורת, 34-42; גלעד, 108-114; והשוו לפסיקת בית משפט זה בהקשרים שונים – ע"א 5977/07 האוניברסיטה העברית בירושלים נ' בית שוקן להוצאת ספרים בע"מ, פ"ד סד(3) 740 (2011); ע"א 9057/07 אפל נ' מדינת ישראל (2.4.2012); ע"א 8098/09 כהן נ' בנק איגוד לישראל בע"מ - סניף חדרה (3.1.2012); ע"א 7895/08 קלינה אליעזר ובניו הנדסה תכנון וביצוע נ' יאסין (31.8.2011)), הרי שבמקרה דנן אין ספק כי בעל המקצוע העצמאי עצמו הוא זה אשר נמצא בעמדה הטובה ביותר לבדוק את מצבו הביטוחי. יתרה מכך, חוששני כי הטלת אחריות על גורם אחר עלולה להביא לכך שבעלי מקצוע לא יפנימו את עלות פעילותם יוצרת הסיכון, וייתכן שייגרם גם מצב של "moral hazard", באופן שבו שבעלי מקצוע יעדיפו להתקשר עם מאן דהוא מבלי להטריח עצמם לבדוק את מצבם הביטוחי – תוצאה שכזו איננה רצויה, ולא ניתן לקבלה. על מנת לסבר את האוזן ניטול, לשם ההשוואה, עורך דין עצמאי השוכר שירותי משרד ומזכירות ממשרד אחר, ומקבל שם את לקוחותיו. אין הסכם ביניהם ביחס להכללתו של עורך הדין בביטוח אחריות מקצועית. האם יעלה על

הדעת, במצב דברים זה, כי המשכיר יחויב באחריות כלפי עורך הדין השוכר, על כך שלא וידא שהאחרון דאג לעצמו לביטוח אחריות מקצועית?

10. לא ניתן אפוא לדעתי "לייצר" חובה נזיקית מצד בית החולים כלפי המערער לוודא קיומו של ביטוח עבורו. האם חובה זו קמה מתוקף מערכת היחסים החוזית ביניהם? האם הסתמך ד"ר ג'ושה בעניין זה על מצג שהוצג לו על-ידי בית החולים? גם על כך יש להשיב בשלילה. כפי שקבעה חברתי (פסקה 22 לחוות דעתה), לא הוכח קיומו של מצג מצד בית החולים בדבר קיומו של ביטוח. יתרה מכך, גם אם לא הוכח כי ד"ר ג'ושה קיבל את המכתב שנטען כי נשלח אליו ביום 15.3.2003, בו נדרש לערוך ביטוח פרטי, הרי שאין חולק כי ד"ר ג'ושה ידע גם ידע על מעמדו התעסוקתי ועל כך שאיננו מועסק עוד על-ידי בית החולים. לגישתי עובדה זו הטילה עליו חובה ברורה לוודא דבר קיומו של כיסוי ביטוחי, ולא להטיל נטל זה על בית החולים. דומה כי חברתי תסכים לכך, שכן גם לשיטתה יש להטיל על המערער בעניינו אשם תורם בשיעור לא מבוטל. ברם, לדידי במצב הדברים כפי שהוכח אין להסתפק בקביעתו של אשם תורם, ובהעדר חובה מצד בית החולים יש לקבוע כי בדין דחה בית המשפט המחוזי את ההודעה לצד השלישי.

11. אשר על כן דומני כי דין הערעור להידחות.

12. למקרא הערות חברי אוסיף אך זאת. לבית החולים עשויה לקום חובת זהירות המחייבת לוודא כי הרופאים הפועלים במסגרתו מבוטחים בביטוח מקצועי; אך חובה זו תהא מופנית כלפי המטופלים, שציפיותיהם בעניין זה ראויות לכל הגנה. אינני יכול לקבל את הטענה כי חובה זו קמה, במצב דברים רגיל ובכלל זה בעניין שלפנינו, כלפי הרופא המטפל. יש חשיבות רבה להבחנה זו, משום שמדובר בעיגון וביסוס של חובת זהירות שאינה מוכרת עד כה בדין. לכשיגיע מקרה המבחן, שבו הניזוק יפוצה פיצוי מלא ותביעת הנזיקין תתמקד במישור היחסים הבלעדי שבין הרופא לבית החולים, שוב לא יהיה הבדל זה מלאכותי. לגישתי, במצב שכזה לא יוכל הרופא להיבנות מן הטענה שבית החולים התרשל כלפיו משלא וידא קיומו של ביטוח מקצועי, אשר החובה האתית (והמוטיבציה הכלכלית) לרכישתו היא של הרופא. ודוק: גישתי, לפיה בית החולים מחויב ברגיל בחובת הזהירות, אך כלפי המטופל ולא כלפי הרופא, פותרת גם קשיים שהעלה חברי במישור היעילות הכלכלית של הסדר משפטי זה.

13. אכן, המצב שאליו נקלעו היילוד ומשפחתו הוא מעיק וקשה. אני מצטרף לדבריה הנכוחים של חברתי, לפיה לא ניתן להשלים עם מצב שבו עומדים מטופלים, אשר נפגעו בגופם, גם אל מול שוקת שבורה פיננסית. יש לקוות כי המחוקק ישוב להידרש לשאלת קביעת הוראה סטטוטורית לרכישת ביטוח אחריות מקצועית, כתנאי לטיפול רפואי, בהתאם להמלצת הוועדות המקצועיות שהזכירה חברתי.

ש ו פ ט

השופט נ' הנדל:

1. קראתי בעניין את חוות דעתה המקיפה של חברתי, השופטת ע' ברון, ואת חוות דעתו מעוררת המחשבה של חברי, השופט נ' סולברג. הסוגיה שבה נחלקו היא הטלת חובת זהירות על בית חולים כלפי רופא שאינו עובד שלו, בנסיבות שבהן הרופא מבצע בבית החולים פעילות רפואית, תוך אישור ואף מעורבות מצד בית החולים. בפרט, השאלה היא האם קיימת חובת זהירות של בית החולים לעניין כיסוי ביטוחי של רופא המבצע פעילות רפואית בין כולו. אין המדובר באחת מחובות הזהירות המוכרות והמושרשות בפסיקה, אלא בחובה חדשה שטרם הוכרה עד כה (ראו ע"א 3521/11 עו"ד דניאל וגנר נ' מזל עבדי, פסקה 9 לחוות דעתי (22.6.2014) (להלן: עניין וגנר); ע"א 37/86 משה לוי נ' יצחק יחזקאל שרמן, פ"ד מד(4) 446, 469-472 (1990)). מכאן אופי הניתוח, הנטוע בקרקע של מדיניות ראויה, יעילות והגינות.

לשיטת חברתי, השופטת ברון, בית החולים חב בזהירות כלפי הרופא. על פי קו זה, בנסיבות העניין נדרש בית החולים לוודא כי היה למערער כיסוי ביטוחי עת נכנס בשעריו וביצע את הטיפול הרפואי. ודוק, וידוא קיומו של כיסוי ביטוחי עבור הרופא, אך לא מימונו. חובה זו מבוססת על כך שבית חולים איננו רק "ארבעה קירות" שביניהם נערכת פעילות רפואית. ראשית, לנוכח אופי היחסים בין הרופא לבית החולים, הסיכון המקצועי הכרוך בביצוע פעולות רפואיות, הקרבה פיזית של הרופא לבית החולים, הזיקה המשפטית ביניהם וההסתמכות הכלכלית של הרופא על בית החולים. שנית, לנוכח ציפייתו הלגיטימית של המטופל כי יוכל להיפרע מחברת ביטוח גם אם יאלץ לתבוע את הרופא, מכוח חובתו של בית החולים כלפי מטופליו, ולאור הפער הגדול בשליטה ובמידע המאפיין את יחסיהם.

חברי, השופט סולברג, חולק על עמדה זו. לפי גישתו יש להתמקד דווקא במערכת היחסים שבין הרופא ובית החולים, שכן עסקינן בחובת האחריות של בית החולים כלפי הרופא, ולא כלפי המטופלים. לגוף יחסים אלה, סובר חברי כי אין לבית חולים יתרון על פני רופא במצבו של המערער בכל הנוגע להכרת תחום העיסוק, הסיכונים הכרוכים בו וקיומו של כיסוי ביטוחי הולם. בנוסף לכך, מערכת היחסים שבין בית החולים לרופא אינה מאופיינת, לדעתו, בפערי כוחות משמעותיים המצדיקים הטלת אחריות מכוח הדין, באופן החורג מהיחסים החוזיים שרקמו ביניהם. לבסוף, הוא מציין כי אי-הטלת האחריות על בית החולים מוצדקת גם לפי הגישה הכלכלית לדיני הנזיקין, שכן הרופא הוא מונע הנזק הזול והוא זה שעליו להפנים את העלות של פעילותו. כפועל יוצא מכל אלה הוא גורס כי בנסיבות העניין אין מקום להטלת חובת זהירות על בית החולים כלפי המערער.

דעתי כדעתה של חברתי, השופטת ברוך, כי בנסיבות העניין הוטלה על בית החולים חובת זהירות. היה עליו לוודא כי למערער כיסוי ביטוחי מתאים – על ההשלכות המעשיות של בירור מעין זה. מסקנה זו נובעת הן ממערכת היחסים שבין בית החולים ומטופליו הן ממערכת היחסים שבין המערער ובין החולים, ובעיקר – מדיניות משפטית רצויה.

2. היחס שבין בית החולים למטופליו. חברי מפריד בין מישור היחסים שבין בית החולים והרופא, ומישור היחסים שבין בית החולים ומטופליו. בדומה לחברתי, גם אני סבור כי הפרדה כזו אינה מתבקשת. אכן, במשולש היחסים של "מטופל-רופא-בית חולים" עסקינן ב"זווית" שבין צלע בית החולים וצלע הרופא: כמה מעלות היא מכילה? האם היא כוללת את חובת הזהירות מושא הדיון? אך כידוע, ניתן להשקיף על זווית במשולש כביטוי של אורך הצלע שמולה, על אף שצלע זו אינה שותפה במישרין ליצירת הזווית. במילים אחרות, לא ניתן לבודד את מערכת היחסים שבין בית החולים והרופא, ולהתעלם מיתר הנתונים במשוואה. אלה משפיעים, גם אם בעקיפין, על מערכת היחסים שבין בית החולים והרופא.

וליישום הדברים. נסתייע בדוקטרינה של Legal Realism, המוכרת בשיטה האמריקאית. על פי דוקטרינה זו, יש להתייחס למציאות כפי שהיא. בראייה זו, מיקוד יתר ביחסים שבין בית החולים לרופא בנסיבות ענייננו עלול להוביל לניתוח מלאכותי, ולהשקפתי יותר עיוני ממציאותי. חולה המגיע לבית החולים אינו מבצע הפרדה בין הרופא לבית החולים. מבחינתו מדובר בשתי זרועות של גוף אחד. יד ימין אינה יכולה

לטעון כי יד שמאל היא אוטונומית וכי היא מסוגלת וצריכה לבצע את חלקה בניתוח באופן עצמאי ואחראי. הציפייה היא כי תהיה תקשורת בין שתי הזרועות. כך גם ביחס למישור הרשלנות הרפואית. ציפייתו של המטופל היא כי אם יארע אסון חלילה, יוכל להטיל את האחריות על הרופא ועל בית החולים יחד, וכי כיס עמוק כחברת הביטוח יערוב להטבת נזקיו, מכאן ומכאן. מדובר בציפייה לגיטימית וראויה להגנה. חברתי הרחיבה את הדיבור על חשיבות הביטוח בהקשר של רשלנות רפואית, ומסכים אני לדבריה. חלק מאחריותו של בית החולים כלפי מטופליו היא הסדרת תנאי הפעולה של הרופאים הפועלים במסגרתו, וככלל אין זה משנה מהו טיב היחסים המדויק בין הרופא לבית החולים. יתכן שהמצב ישתנה כאשר מדובר ברופא המבצע טיפול בבית חולים פרטי, באופן מובהק, כשברי כי הרופאים אך עושים שימוש בציוד המצוי בו, ובית החולים אינו אחראי עליהם ועל הטיפול. מבלי לקבוע מסמרות במקרה כזה, אין הוא דומה לענייננו. המבחן צריך להיערך דרך עיני החולה, וכיצד עליו להבין את פעילות המקום והקשר בין בית החולים לבין הרופא המטפל בו. בנסיבות שלפנינו, יש מקום לדרוש הטלת חובת וידוא על בית החולים לעניין קיומו של כיסוי ביטוחי. זהו המקור להשפעת האחריות כלפי החולה גם על מישור היחסים שבין הרופא ובית החולים.

3. היחס שבין בית החולים לרופא. חברי מאתגר ומציג במישור זה גישה המושכת את העין מבחינת התפיסה הליברלית. המערער אינו מטופל. הוא רופא עצמאי המודע לסיכונים המקצועיים שלפניו. הוא מסוגל לדאוג לביטוח. יחסיו עם בית החולים מבוססים על חוזה שנכרת ברצונם החופשי של שני הצדדים. חוזה זה לא כלל התחייבות מצד בית החולים לדאוג לקיומו של ביטוח עבור המערער. כל הנימוקים שהעלה חברי מתבססים על ההנחה שהרופא פועל כיחידה עצמאית לחלוטין וכי הוא מודע לכך. בעולם כזה, שבו ברור כי בית החולים הוא בכחינת ארבעה כתלים גרידא, יש צדק בגישתו. עם זאת, מדובר בתמונה שאינה משקפת בהכרח את המציאות המורכבת. מערכת היחסים שבין רופא לבית חולים אינה ברורה תמיד, כפי שקרה גם במקרה הנוכחי. כפי שנקבע, המערער לא היה עובד של בית החולים, אך לכדי הפרדת רשויות גמורה לא באו. המערער עבד בעבר בבית החולים, הן במשרה מלאה והן במשרה חלקית. סמוך להתרחשות הנזק יצא ל"חופשה ללא תשלום". הוא ציפה לשוב ולעבוד בבית החולים. הוא הגיע לבית החולים בעקבות טלפון מגורמים בבית החולים. במהלך הלידה הוא הסתייע במכשירים ובכוח האדם של בית החולים. מערכת יחסים כזו הובילה לתוצאה הקשה של העדר ביטוח, שבה לא חפץ איש מן הצדדים. כפי שהדגיש חברי, בזמן אמת לא היה למערער-הרופא ספק שעל בית החולים לבטחו, ואם היה חושד בכך שאינו מבוטח לא היה מיילד כלל. לאמור, הצדדים – רופא ובית חולים

– אינם יודעים תמיד מהם היחסים ששוררים ביניהם. בפרט, הם אינם יודעים על מי מוטלת חובת עשיית הביטוח. סיטואציה זו, הכרוכה בעמימות בדבר טיב היחסים בין הרופא לבית החולים, ראויה להתחשבות. אבהיר את כוונתי.

טלו למשל את שאלת הכלל המשפטי היעיל ביותר. חברי קבע כי הרופא נמצא בעמדה טובה יותר לבדיקת מצבו הביטוחי, ועל כן הוא מונע הנזק הזול. אלא שבמציאות כמו זו שלפנינו ניתוח זה אינו תמיד מדויק. מסכים אני כי מי שאחראי לשלם על הביטוח מצוי בעמדה הטובה והיעילה ביותר לברר את קיומו. אך לא תמיד ברור מי אמור לשאת בתשלום עבור פוליסת הביטוח. קביעת כלל שלפיו המשלם על הפוליסה הוא האחראי לוודא את קיומה מובילה, במצבים העמומים, לכך שכל צד חושב שחובת הבירור מוטלת על רעהו. התוצאה היא, כפי שקרה אצלנו, שהביטוח ייפול בין כסאו של הרופא לכיסאו של בית החולים. לעומת זאת, כלל שלפיו בית החולים יוודא כי קיים כיסוי ביטוחי אינו מותיר מקום לעמימות, והוא יוביל להפחתת מספר המקרים שבהם כל צד יניח כי רעהו דאג לביטוח. ה"עלות" המצרפית של כלל כזה אינה גבוהה. אמנם בית החולים יאלץ לשאת במחיר בדיקת קיומו של ביטוח גם כאשר הרופא צריך לדאוג לרכישת הפוליסה, אך מחיר זה אינו גבוה. כל שעל בית החולים לעשות הוא לבקש מהרופא להציג את הפוליסה. לעומת זאת, ה"מחיר" של הכלל שמציע חברי הוא גבוה ביותר ועלול להיות הרסני כלפי הרופא, ולעיתים אף כלפי המטופל. מחיר זה הוא מספר רב יותר של מקרים שבהם, עקב הערכה שגויה, לא תהיה כלל פוליסת ביטוח לרופא. זוהי תוצאה קשה בעיני. הנה כי כן, כלל המטיל אחריות בירור גורפת על בית החולים יעיל יותר מכלל הקובע כי האחריות תוטל על "המונע הזול", אך אינו מבהיר כיצד ניתן לדעת בזמן אמת מיהו "המונע הזול", וסופו שלא תמיד יהיה כיסוי ביטוחי.

כך ביחס לשיקולי היעילות וכך ביחס לשיקולי ההגינות. כפי שציינה חברתי, היחסים בין בית החולים למערער לא היו סימטריים. תצביע על כך העובדה הפשוטה שהמערער ביצע את הטיפול הרפואי, למעשה, *pro bono publico*, בשכר מצווה. אמנם המעשה לא נעשה רק לשם שמים, אלא לשם טובת הנאה במובנה הרחב, בדמות העסקה מחודשת בבית החולים; אולם עובדה זו דווקא מחזקת את חוסר הסימטריה שבין הצדדים, ואת נכונותו של המערער לעבוד בחינם כדי לשאת חן בעיני בית החולים. מצב כזה מעלה קושי בהיבט של אחד עקרונות ההגינות הנזיקיים – "הנהנה מפעילות יישא בתוצאותיה" (ראו ישראל גלעד דיני נזיקין – גבולות האחריות 214-215 (2012)). זהו עקרון של הגינות – אשר משפיע גם על הניתוח הכלכלי – לפיו מוצדק

להטיל את האחריות לנזקים על הנהנה העיקרי מביצוע הפעילות. עקרון זה מצדיק בענייננו את הטלת האחריות על בית החולים, הנהנה העיקרי מפעילותו של המערער.

הסוגיה המתעוררת כאן אינה מוגבלת, לרוב – ולכל הפחות במקרים רבים – לסיטואציה "נקייה", שבה ברור כי בית החולים הוא רק אכסניה בעלמא. בנקודה זו יש להדגיש כי חברתי לא קבעה כלל גורף של אחריות מוגברת. כפי שהטעימה בפסקה 19 לחוות דעתה, כלל האחריות שנקבע יסודו בנסיבות המקרה המיוחדות שלפנינו. אין בכך לקבוע כי בכל הנסיבות יחול כלל זה. בל נשכח כי כיום, כפי שצוין, עדיין אין דרישה סטטוטורית כי גורמי רפואה שונים ירכשו ביטוח אחריות מקצועית. לכן חובת הזהירות לא מטילה על בית החולים מעין אחריות מוחלטת לקיומו של ביטוח לרופא. מכך נגזר גם שלא בכל מקרה שבו לא היה לרופא ביטוח מתאים תוטל אחריות על בית החולים. עם זאת, וכאמור לעיל, יש כמה וכמה הצדקות לקביעת חובת זהירות במישור זה, ואין הצדקה לשלול אותה באופן גורף. להשקפתי, נקודת המוצא צריכה להיות קיומה של חובה, אף כי היקפה צריך להיקבע בזהירות. בכך יש מסר לרופא כי אל לו להטיל את האחריות כולה לפתחו של בית החולים. האחריות היא משותפת.

ואחרון אחרון עיקר – שיקולי מדיניות. כאמור, עסקינן בקביעת חובת זהירות חדשה, שנדמה כי טרם הוכרה בבית משפט זה. בעניין וגנר נקבע כי "הבסיס להטלת חובה או לאי-הטלתה עומד על שיקולים משיקולים שונים. נדמה כי העיקרון המאחד בבחינת חובת הזהירות הוא יסוד ה'שכנות', קירבה או זיקה בין המזיק לניזוק" (שם, פסקה 16 לחוות דעתי). אם בשכנות עסקינן, נאמר רק כי לטעמי לא תמיד נכון להביט על שני בתים בלבד כדי לדעת האם יש שכנות ביניהם. לעיתים מבט על השכונה עשוי לתרום להבנת הקשר בין גורמים שונים. בכגון דא, השכן של השכן שלי הוא גם שכן שלי. בראייה זו, יש להתייחס בכבוד הראוי לתפקידו העצום של בית החולים בחברתנו. הוא רב כוח. עקב כך הוא מציל חיים יום ויום ולילה לילה. התלות של המטופלים בו עשויה להיות הרת גורל. אחד מהלקחים הנלמדים ממדגם התיקים המגיע לפתחו של בית המשפט, שעניינם רשלנות רפואית, הוא כי פער הכוחות בין בית החולים לבין החולה הוא רב, כמותית ואיכותית. יש לכך השלכה על פיתוח דיני הנזיקין, אם כי זה אינו שיקול הניצב בודד במערכה. בפריזמה זו, הקשר המשמעותי שבין החולה לבין בית החולים הוא דרך הרופא המטפל. מצב זה מחייב ראייה כוללת והתחשבות במשולש היחסים. זאת באופן שבכוא בית המשפט לבחון את הקשר בין הרופא ובית החולים, לא טוב יעשה אם ישאיר את החולה מחוץ לתמונה בניחות הדברים. דעתי היא כי דרישה לוודא שהרופא בבית החולים הרגיל מכוסה מבחינת ביטוח, בניגוד להטלת

חובה לספק לו ביטוח כזה – יוצרת איזון ראוי והוגן בין בית החולים, הרופא והמטופל.

4. מסכים אני גם ליתר קביעותיה של חברתי, השופטת ברון. בית החולים התרשל עת לא וידא כי המערער מבוטח. בנוסף, התקיימו יתר התנאים הנדרשים לשם הטלת האחריות, כמפורט בחוות דעתה. גם קביעותיה בדבר קיומו של אשם תורם ושיעורו מקובלות עלי בנסיבות תיק זה. על כן אצרף דעתי לדעתה.

ש ו פ ט

הוחלט ברוב דעות כאמור בפסק-דינה של השופטת ע' ברון, כנגד דעתו החולקת של השופט נ' סולברג.

ניתנה היום, ט"ו בתמוז התשע"ו (21.7.2016).

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט

ש ו פ ט