

**בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים**

ע"א 935/95

בפני: כבוד המשנה לנשיא ש' לוי  
כבוד השופטת ד' ביניש  
כבוד השופט י' גולדברג

המערערים: 1. משה רביד(קטינה)  
2. משה דוד  
3. משה שושנה

נ ג ד

המשיבים: 1. קליפורד דניס  
2. חברת מוסדות חינוך תרבות והחדשות בע"מ  
3. הסוכנות היהודית לארץ ישראל  
4. מדינת ישראל-משרד הבריאות

ערעור על פסק דין בית המשפט המחוזי  
בבאר-שבע מיום 26.1.95 בת"א 700/86  
שניתן על ידי כבוד השופט א' ריבלין

בשם המערערים: עו"ד זלצר פנחס

בשם המשיב 1: עו"ד בקר שמואל; עו"ד אסתי ברק

בשם המשיבות 2 ו-3: עו"ד משה הוברמן

בשם המשיבה 4: עו"ד יעל פלג

**פסק-דין**

**השופטת ד' ביניש:**

הערעור שלפנינו מופנה כנגד החלטת בית המשפט המחוזי בבאר שבע, לדחות את תביעת המערערים לפיצויים בגין הנזק שנגרם למערערת 1 (להלן: "המערערת"), עקב זריקת אלחוש מקומית שהוזרקה לה על ידי המשיב 1 (להלן: "המשיב או "ד"ר קליפורד").

1. המערערת היתה בת 5 שנים כאשר הגיעה ביום 5.4.84, מלווה באמה, למרפאת "שילון" באשקלון לצורך טיפול שיניים. במרפאה נתקבלה לטיפול על ידי המשיב, ד"ר קליפורד, רופא שיניים מאנגליה, אשר התנדב לעבוד משך תקופה קצרה במרפאה, במסגרת פרוייקט שיקום שכונת.

כדי להקל על הטיפול במערערת, הזריק לה המשיב זריקת אלחוש מקומית בלסתה התחתונה מצד ימין, ולאחר מכן היפנה אותה לחדר אחר במרפאה לצורך צילום שיניה.

לדאבון הלב התגלגלו העניינים כך שדקות ספורות לאחר הזריקה, בעת שהילדה המפוחדת ניסתה לברוח מחדר הצילום, היא נטתה על צידה ללא יכולת להתייבב, ותוך שהיא במצב רדום למחצה התמוטטה במרפאה. המערערת הובאה על ידי אימה למרפאת קופת חולים הסמוכה, ומשם בהוראת הרופאה המטפלת נלקחה לבית החולים באשקלון. בבית החולים אובחנה המיפריזיה במחצית הגוף השמאלי, והמערערת נותרה באישפוז בבית החולים משך שבועות רבים. היא והוריה תבעו את המשיבים בגין הנזק ממנו היא סובלת - מגבלות בגפיים ונזק מוחי המתבטא בהפרעות נוירולוגיות ובהפרעות קוגניטיביות, אשר לטענתם נגרם למערערת כתוצאה מהזרקת חומר האלחוש.

התביעה נגד המשיב ייחסה לו רשלנות בהזרקת חומר האלחוש, בשימוש במזרק ללא אפשרות שאיבה לביצוע הזריקה, ובשימוש בחומר אלחוש לא מתאים ובמינון מסוכן. עוד נטען בכתב התביעה, כי לאחר האירוע לא נקט המשיב באמצעים שנדרשו כדי להפחית את הנזק.

המשיבים הנוספים בערעור נתבעו ברשלנות בשל אופן ניהול המרפאה, בשל העסקת רופא שאינו מתאים, בשל העדר ציוד החייאה במרפאה, וכן ייחסה להם אחריות שלוחית בשל התרשלנותו של המשיב.

התביעה כנגד המשיב נדחתה על כל ראשיה על ידי בית המשפט קמא. נוכח מסקנתו זו, לא קבע בית המשפט קמא ממצאים כלשהם בשאלת אחריות המשיבים הנוספים בערעור, ובשאלת שיעור הנזק שנגרם למערערת.

הערעור מופנה הן כנגד קביעותיו העובדתיות והן כנגד מסקנותיו המשפטיות של בית המשפט קמא. נוכח המסקנה אליה הגעתי, כפי שאפרט להלן, אינני רואה צורך להתייחס לכל הטענות שהעלו המערערים בהרחבה לעניין אחריותו של המשיב, ואתמקד בשאלת אחריותו של המשיב בשל הזרקת חומר האלחוש

למערכת באמצעות מזרק ללא אפשרות שאיבה. אציין רק כי קביעותיו של השופט בסוגיות הנוספות שנדונו, מקובלות עלי ולא מצאתי טעם להתערבות בהן.

בטרם נבחן את השאלה האם התרשל המשיב בהזריקו את חומר אלחוש למערכת באמצעות מזרק ללא אפשרות שאיבה, עלינו לתת דעתנו לשאלת אופן התרחשות הנזק, שאלה אשר עמדה במרכז המחלוקת בבית המשפט קמא.

### אופן התרחשות הנזק

2. לבית המשפט קמא הוגשו חוות דעת של מומחים הן מטעם המערערים והן מטעם המשיבים, שהתייחסו לשאלת אופן גרימת הנזק. המומחים מטעם שני הצדדים העלו השערות שונות בדבר הגורם לתוצאה הקשה שנגרמה למערערת.

השופט קמא הגיע למסקנה, כי כל אחת מהשערות המומחים נסתרה בעדות מומחה אחר, ועמד על כך שנותרה רק השקפה אחת הזוכה לתמיכה בעדויות אחרות, והיא השקפתו של פרופ' Rood, אשר העיד מטעם המשיב. פרופ' Rood מאנגליה, הינו מומחה בעל שם בתחום רפואת הפה והלסת, שערך ופרסם מחקרים בתחום הנדון, עליהם התבססו גם המומחים האחרים שהעידו במשפט. נסיונו ומומחיותו של פרופ' Rood היו מקובלים גם על מומחי המערערים, והשופט קמא העדיף להסתמך על עדותו בשאלות שהיו שנויות במחלוקת בין הצדדים.

על פי השקפתו של מומחה זה, הזריק ד"ר קליפורד את חומר האלחוש אל תוך העורק האליאולרי התחתון בלסתה של המערערת, וזה נדד כתוצאה מפעולת ההזרקה, בכיוון המנגד לכיוון זרימת הדם - וכך הגיע אל המוח. נביא תיאורו של השופט לענין זה בלשונו:

"חומר ההרדמה, כך הוא מסביר, מורכב משניים: אלידיקאין שהנו החומר המרדים ונור-אדרנלין אשר תפקידו להצר את כלי הדם ובכך למנוע התפזרות מהירה מידי של החומר המרדים בטרם ישפיע את פעולתו המקומית. לדעת פרופ' ROOD עקב ההיצרות שהיא רגילה במקרים אלה, של כלי הדם, נגרמה זרימה איטית יותר של הדם. ההאטה שהיתה במקרה זה בשיעור חריג יצרה את התהליך של קרישת הדם, ואולי אפילו היצרות מוחלטת של כלי הדם - עד שבסופו של דבר נוצר במקום קריש דם שהביא למות תאים ולשיתוק חלקי".

כל המומחים אישרו כי התופעה של הזרקת חומר האלחוש לתוך העורק האליאולרי היא תופעה מוכרת, ואף התוצאה של הזרקה זו הגורמת לזרימתו של החומר אל המוח בכיוון ההפוך לזרימת הדם, היא תופעה מוכרת. התוצאה הקשה שנגרמה בענין שלפנינו לא היתה מוכרת בעבר, שכן לפני האירוע הנדון היה ידוע על נזקים קלים בלבד שנגרמו כתוצאה מחדירת החומר לעורק כמתואר.

פרופ' שפירא, המומחה מטעם המערערים, אישר בעדותו כי שוכנע על ידי הסברו של פרופ' Rood באשר לאופן התרחשות הנזק, וכי מקובל עליו כי האפשרות המסתברת ביותר לאופן התרחשות הנזק, היא האפשרות של הזרקת חומר האלחוש לעורק וזרימתו לכיוון המוח (ע"מ 19 לפרוטוקול הדיון מיום 18.5.89).

עם זאת סבר פרופ' שפירא מלכתחילה, וכמוהו גם פרופ' קוטב וד"ר נדר, כי התהליך המתואר לעיל נוצר עקב כך שההזרקה בוצעה על ידי המשיב במהירות ובכוח. השופט העדיף לענין זה את עדותו של פרופ' Rood, לפיה גם הזרקה בדרך הרגילה ולא דווקא הזרקה מהירה, כטענת המערערים, עלולה להביא לזרימת החומר בניגוד לכיוון זרימת הדם, ואף קבע כי בנסיבות המקרה דן אין זה סביר כי הזריקה בוצעה במהירות ובכוח.

אף על פי שהשופט קמא קיבל את הסברו של פרופ' Rood כהסבר המשכנע והבלתי נסתר להתרחשות הנזק, הוא נמנע מלהסיק את המסקנה המתבקשת מקביעתו זו, כי הוכח שהנזק נגרם על ידי הזרקת חומר האלחוש לעורק. משום מה סבר השופט קמא, כי כל עוד לא נשללו לחלוטין כל האפשרויות האחרות שהועלו על ידי המומחים השונים לענין אופן התרחשות הנזק, אין ניתן להגיע למסקנה בענין אופן התרחשות הארוע והקשר הסיבתי שבין הזרקת חומר האלחוש והנזק שנגרם למערערת.

בגישתו זו נתפס השופט המלומד לטעות. יש לזכור כי רמת ההוכחה שנדרשה להוכחת הקשר הסיבתי האמור, היא זו המקובלת במשפטים אזרחיים, קרי- על פי הנטייה במאזן ההסתברויות, ועל השופט להביא בחשבון לעניין זה את מכלול הראיות שהיו בפניו (ע"א 744/76 ד"ר יוספה שרתיאל ואח' נ' שולמית קפלר ואח', פ"ד לב(1) 113, 121-120; ע"א 705/78 פרופ' יוחנן רמון ואח' נ' אירית מאוטנב, פ"ד לד(1) 550, 554-555). בסופו של דבר, כפי שציין השופט קמא, כמעט ולא חלק איש מהמומחים על סבירות הסברו של פרופ' Rood, ולא הובא כל הסבר אחר שנראה לשופט כרציני וכמשכנע. לאחר שעיינתי בחומר הראיות ובעדויות המומחים לעניין אופן התרחשות הנזק, נחה דעתי כי צדק השופט קמא בקובעו כי הסברו של פרופ' Rood לא נסתר על ידי עדויות אחרות.

משהוכח ברמת הסתברות גבוהה, שהנזק נגרם בדרך המתוארת על ידי פרופ' Rood, ומשדחה השופט את יתר האפשרויות שהועלו על ידי המומחים כהשערות בלתי מבוססות גרידא, היה עליו להסיק את המסקנה המתבקשת מהאמון שנתן בחוות דעתו ובעדותו של פרופ' Rood, ולקבוע - על פי המתחייב ממאזן ההסתברויות - כי הוכח שהזרקת החומר לתוך העורק היא שגרמה להתרחשות הנזק במקרה דנן. ממצא זה ישמש לנו על כן כנקודת מוצא בבואנו לבחון את טענות המערערים לעניין התרשלותו של המשיב, ולענין הקשר הסיבתי שבין התנהגותו של המשיב לבין הנזק שנגרם למערערת.

### התרשלותו של המשיב

3. בבחינת השאלה האם התרשל המשיב בהזרקת חומר האלחוש, צועדים אנו בעקבות קביעותיו העובדתיות של השופט קמא. מקובלת עלי קביעתו כי הזריקה לא ניתנה במהירות שיש בה כדי להוות התרשלות, ומקובלות אף הקביעות כי החומר שהוזרק היה מתאים לטיפול במערערת וכי ניתן בכמות ובריכוז מתאימים. נותרה, איפוא, כאפשרות הטעונה בחינה, השאלה האם התרשל המשיב בכך שעשה שימוש במזרק ללא אפשרות שאיבה. במידה והתשובה לשאלה זו היא בחיוב, מתבקשת הכרעה בשאלה האם מתקיים קשר סיבתי בין ההתרשלות לבין הנזק.

השופט קמא סבר, כי גם אם נגרם הנזק בדרך המתוארת על ידי פרופ' Rood, לא היה מקום לקבוע כי השימוש במזרק מהסוג בו בוצעה הזריקה, היה בגדר התרשלות. לענין זה קבע כי:

"בעת הרלוונטית היה זה סוג המזרק שהיה מקובל בשימוש אצל רופאי השיניים. בנסיבות המקרה אין לתלות התרשלות בהתנהגות הנתבע 1 בשל עצם השימוש בסוג זה של מזרק".

טענתם העיקרית של המשיבים בעניין זה נסמכת על הנימוק האמור, היינו, כי הוכח שהשימוש במזרקים ללא אפשרות שאיבה היה מקובל באותה תקופה, ולפיכך, אין לומר כי ד"ר קליפורד סטה מסטנדרט הזהירות הנדרש מרופא סביר בהשתמשו במזרק שאינו שואב.

המומחים שהעידו במהלך המשפט התייחסו לשאלת סוג המזרק בו השתמש המשיב. פרופ' Rood העיד לענין זה, כי השימוש במזרקים ללא אפשרות שאיבה היה מקובל באותה תקופה, ולמעשה מקובל גם בעת מתן העדות. עם זאת, ציין בחוות דעתו, כי השימוש במזרקים שואבים מומלץ על ידי אנשי מקצוע רבים, ואף

הביע דעתו כי אין זה נבון - "Unwise", לבצע זריקת אלחוש ללא אפשרות של שאיבה מוקדמת. לדעתו, כל עוד ימשיכו להשתמש במזרקים בלי שאיבה יתכנו מקרים נדירים מסוג זה שארע כאן.

גישה זו היתה גם גישתם של המומחים האחרים, אשר אישרו כי הזרקה ללא שאיבה מוקדמת היתה עדיין מקובלת בתקופה הרלוונטית. פרופ' קוטב אישר בעדותו כי בירור שערך העלה שבאותה תקופה היה השימוש במזרקים ללא אפשרות שאיבה מקובל, אך הביע דעתו שרופא זהיר צריך היה גם באותה תקופה להשתמש במזרק שואב.

ד"ר נדר, מנתח פה ולסת, ששימש כיועץ רפואי בהתנדבות במרפאה הנדונה, העיד כי בתקופה הרלוונטית מזרקים שואבים היו ניתנים להשגה בישראל, וכי היה ידוע שרצוי להשתמש במזרקים עם אפשרות שאיבה. לטענתו, אף ייעץ למרפאה הנדונה באשקלון להשתמש במזרקים כאלה, עוד לפני הארוע, אך משום מה המלצתו לא מומשה.

מהעדויות שנשמעו בפני בית המשפט קמא אלה עולה איפוא כי בתקופה הרלוונטית ניתן היה להשיג מזרקים שואבים ללא קושי מיוחד, וכי השימוש במזרקים מסוג זה נחשב למומלץ בשל החשש לחדירה לעורק בעת ההזרקה. עם זאת, לא היתה זו השיטה היחידה המקובלת, ובתקופה הרלוונטית נחשב עדיין השימוש במזרקים לא שואבים לפרקטיקה מקובלת בקרב רופאי השיניים.

בעקבות הארוע הנדון לפנינו מונתה על ידי מנכ"ל משרד הבריאות ועדה לבדיקת נסיבות הענין, ואותה ועדה ציינה, בין היתר, בדו"ח שהגישה כי:

"המזרק שהשתמש בו רופא השיניים ד"ר קליפורד היה מזרק מהסוג הישן ללא אפשרות של אספירציה. במזרק כזה לא ניתן לבדוק אם היתה חדירה לכלי דם. לצערנו בחלק ממרפאות ציבוריות ופרטיות בארץ עוד משתמשים בכאלה".

בעקבות מסקנות הועדה, ניתנו הנחיות משרד הבריאות לרופאים להשתמש אך ורק במזרקים שואבים.

4. הנה כי כן, ניצבת לפנינו השאלה האם ניתן לקבוע כי שעה שד"ר קליפורד פעל על פי פרקטיקה שהיתה מקובלת בקרב חלק מרופאי השיניים באותה תקופה, הוא התרשל וסטה מרמת הזהירות הנדרשת מרופא שיניים סביר.

מקובל עלי כי הוכחה על כך שהנתבע בגין רשלנות פעל באופן העולה בקנה אחד עם הנהוג והמקובל בקרב בעלי המקצוע בתחום בו עוסק הנתבע, יש בה בדרך כלל כדי להצביע על כך שהנתבע פעל באופן סביר וללא התרשלות. במיוחד נכון הדבר כאשר מדובר ברופא אשר הטיפול הניתן על ידו נעשה בהתאם למקובל בין הרופאים שעמם הוא נמנה. אולם, מבחן זה לקביעת סטנדרט ההתנהגות הראוי אינו המבחן המכריע. השאלה מהי רמת ההתנהגות שעל רופא סביר לנהוג לפיה, היא שאלה נורמטיבית המסורה להכרעתו של בית המשפט. בית המשפט יכריע בשאלה זו על יסוד שיקולים של מדיניות משפטית המביאה בחשבון בין היתר את מידת הסיכון, את ההסתברות להתרחשות הנזק, את עלות האמצעים הדרושים למניעתו, את הערך החברתי של שלילת ההתנהגות שגרמה לנזק ואת היכולת היחסית למנוע את הנזק. שיקולים אלה ואחרים מבוססים כולם על ההנחה שעל המזיק לנקוט באמצעים סבירים בנסיבות הענין, כדי למנוע, או להפחית ככל האפשר את הסיכון הצפוי מפעולתו. (ראו: ע"א 4025/91 יצחק צבי נ' יעקב קרול ואח', פ"ד נ(3) 784, 790).

5. השאלה אם ניתן לקבוע כי התנהגות מסויימת, אשר הינה התנהגות מקובלת בקרב הציבור הרלוונטי, היא רשלנית, העסיקה לא מעט את בתי המשפט במדינות אשר בהן דיני הרשלנות שאבו מאותם מקורות שמהם שאבה אף שיטתנו. בתחום הרפואי עוררה שאלה זו קושי מיוחד שנבע, בין היתר, מהצורך לבחון את סבירותם של כללי ההתנהגות המקובלים בתחום הדורש מומחיות מקצועית (ראו: Prosser & Keeton On The Law Of Torts (St. Paul, 1984), p. 189 R.A. Buckley The Modern Law Of Negligence (2<sup>nd</sup>. Ed., London, 1993), p. 300; B.S. Markesinis & S.F. Deakin Tort Law (3<sup>rd</sup>. ed., Oxford, 1994), p. 258-259).

ההלכה האנגלית בסוגייה זו, נקבעה בעבר בפסק הדין בענין Bolam v. Friern Hospital Management Committee (1957) 1 WLR 582. לפי אותה הלכה, כפי שפורשה בפסיקה שבאה בעקבותיה, תהיה זו הגנה טובה לרופא הנתבע בגין רשלנות רפואית להראות כי פעל על פי פרקטיקה מקובלת בעולם הרפואה, ואף אם הוכח כי קיימות שיטות רפואיות מקובלות אחרות, אשר נמנע מלבחור באחת מהן, אין בכך כדי להצביע על רשלנות מצידו.

מים רבים זרמו מאז הלכה זו, והיא נתכרסמה עם השנים. ראשיתו של הכרסום היה ביחס להסתמכות על נוהג מקובל של רופאים במסירת מידע רפואי, ואחריתו מתייחסת גם לתחומים של אבחון וטיפול רפואי. ההגמשה ביחס להלכת Bolam נובעת בין היתר מהחשש שגישה זו יש בה כדי לקבוע שיטות עבודה נוהגות, גם אם פסולות הן ואין זה ראוי להמשיך ולפעול לפיהן, ומהחשש כי בתחומים מסויימים עלולה להתפתח גישה מקצועית של רופאים המקלים עם עצמם ואינם מעלים את סף הדרישות לרמה הראוייה. (באשר

להתפתחות הפסיקה באנגליה עצמה בסוגייה זו ראו: I. Kennedy & A. Grubb Medical law (2ed, London, 1994), p. 450-460; M. Davis Textbook On Medical Law (1996), p. 78-81).

לאחרונה, נדרש בית הלורדים להלכת Bolam בפסק דינו של Lord Browne-Wilkinson בענין Bolitho v. City And Hackney Health Authority (1997) W.L.R. 1151,1159. בענין זה הובהר, תוך פירוש הלכת Bolam עצמה, כי אין די בכך שמספר מומחים רפואיים מעידים כי שיטת הטיפול והאבחון שנגקטה הינה מקובלת, כדי לפטור רופא מאחריות ברשלנות. עוד נקבע בפסק הדין, כי גם אם רופאים נוספים תומכים בשיטת העבודה שנגקטה על ידי הרופא הנתבע, יכול בית המשפט, אם כי במקרים נדירים, להגיע למסקנה כי הדעה המקצועית אינה מבוססת על ניתוח הגיוני, וכי המומחים המקצועיים נוקטים עמדה שאינה סבירה או אחראית. (ראו לעניין זה גם: H. Teff "The Standard of Care in Medical Negligence - Moving on from Bolam?", 18 Oxford Journal of Legal Studies (Autumn 1998), p. 473).

הגישה האנגלית המסורתית, ביחס למידת ההגנה שמספקת הוכחת פרקטיקה מקובלת לרופא הנתבע ברשלנות, לא נתקבלה במלואה בפסיקה האוסטרלית. בתי המשפט האוסטרליים פסקו, שאף כי לעדויות מקצועיות בדבר הפרקטיקה הרפואית המקובלת יהיה בדרך כלל משקל רב בהערכת שאלת סבירות פעולתו של רופא הנתבע ברשלנות, הרי שהשאלה האם בנסיבות העניין פעל הרופא הספציפי באופן סביר, נותרת תמיד שאלה שעל המשפט לענות עליה, והמשימה להכריע היא בידי בית המשפט ולא בידי אנשי מקצוע הרפואה:

"The court, not the medical profession, is the ultimate arbiter on whether the relevant conduct meets the standard of care, although evidence of medical practitioners can often be of highly persuasive and sometimes decisive value to the court in identifying the relevant standard of care. Even where the issue is diagnosis and treatment, rather than the provision of information and advice, current medical practice may not be determinative."

27 The Law Of Australia, p. 50.

ראו גם פסק-דין של בית המשפט העליון של אוסטרליה, בעניין Rogers v. Whitaker, 175 Commonwealth Law Reports (1992), p. 479,489,493.



International Medical Malpractice - D. Giesen המלומד של גישה דומה מובעת בספרו של

Law (London, 1988), בסקירתו על התפתחות הפסיקה בסוגייה זו בשיטות משפט שונות:

“Evidence as to some sort of ‘standard practice’ is not necessarily to be taken as conclusive on an issue of negligence. **A ‘common practice’ simply may not be good enough to fulfil the standard require by the law. The ultimate question, therefore, is not whether the physician’s practice of conduct accords with the practice of his profession or some respectable part of it, but whether it conforms to the standard of reasonable care demanded by the law”.**

(ההדגשות שלי - ד.ב.).

(שם בעמ' 109 - 110).

גם בקנדה נפסק לאחרונה, כי לא בכל מקרה יהיה רופא הנתבע ברשלנות פטור מאחריות בשל כך

שהוכיח כי פעל באופן שהיה נהוג ומקובל בקרב אנשי המקצוע באותה תקופה. בפסק דינו בענין ter Neuzen

v. Korn, קבע בית המשפט העליון של קנדה כי:

“...Thus, it is apparent that conformity with **standard practice in a profession does not necessarily insulate a doctor from negligence where the standard practice itself is negligent.** The question that remains is under what circumstances will a professional standard practice be judged negligent? It seems that it is only where the practice does not conform with basic care which is easily understood by the ordinary person who has no particular expertise in the profession... For example, **where there are obvious existing alternatives which any raesonable person would utilize in order to avoid a risk, one could conclude that the failure to adopt such measurees is negligent notwithstanding that it is the prevailing practice among practitioners in that area.”**

(ter Neuzen v. Korn, 127 Dominion Law Reports (1995), 577, 592)

(ההדגשות שלי - ד.ב.).

בשיטות המשפט הקרובות לנו בתחום הנדון, ניכרת, איפוא, מגמה להכיר בכך, שבמקרים מתאימים, ניתן לפסוק כי גם שיטה רפואית מקובלת עלולה להיות רשלנית, וכי באותם מקרים הסתמכותו של רופא על פרקטיקה נהגת לא תהווה הגנה מפני חיובו באחריות בגין רשלנות.

6. ברוח הגישה המתוארת לעיל פסק גם בית משפט זה, באותם מקרים שהשאלה באה בפניו. השאלה התעוררה בע"א 612/78 סמית נעים פאר נ' ד"ר ישראל קופר ואח', פ"ד לה(1) 720. באותו מקרה נותח המערער ברגלו, מבלי שנבדקה לפני כן האפשרות שהמערער סובל מפגם נדיר של היצרות עורקים, דבר שנתגלה בדיעבד לאחר שבוצע הניתוח ורגלו נקטעה מתחת לברך בשל נמק. מהעדויות הרפואיות שנשמעו בפני בית המשפט עלה, כי פגם בהיצרות העורקים הוא פגם נדיר מאוד, עד כדי כך שלא מקובל היה בקרב הרופאים לערוך בדיקת עורקים לזיהוי הפגם לפני הניתוח. בית משפט זה קבע כי המשיבים התרשלו בכך שלא ערכו את הבדיקה האמורה לפני הניתוח. לעניין הטענה כי לא מקובל היה לערוך את הבדיקה בשל נדירותו הרבה של הפגם, נפסק על ידי השופט ש' לזין (כתוארו אז) כי:

**"כבר נפסק, שהשאלה, אם היתה התרשלות מקצועית מצדו של רופא, ענין הוא לבית המשפט לענות בו ולא שאלה מדעית לחוות דעתם של הרופאים: ע"א 235/59. מעביד שנתבע על-ידי עובדו בעטיה של תאונה, שנגרמה על-ידי מכונה מסוכנת שבשליטתו, לא יוכל לטעון להגנתו, שהפעלת מכונה מסוכנת היא הסטנדרד המקובל. ואם מבחינת הדין הוא צריך היה לצפות מראש את האפשרות, שסכנה צפונה בהעסקתו של העובד, מפאת תכונותיו המיוחדות, ליד המכונה, הוא יחוב כלפיו, במקרה של תאונה, אף אם על פי הסטנדרדים המקובלים היה נוהג להעסיק עובדים כאלה בהפעלת אותן מכונות. הוא הדין בקביעת חובה משפטית החלה על רופא".**

(שם, בעמ' 726)

(ההדגשות שלי - ד.ב.)

בעניין אחר שבא בפני בית משפט זה בע"א 3108/91 רייבי נ' ד"ר קורט וייגל ואח', פ"ד מז(2) 497, נדונה השאלה איזה מידע בנוגע לטיפול הרפואי היה על הרופא המטפל למסור למערער לצורך קבלת הסכמתו לטיפול. אגב דיון בסוגייה זו, אמר הנשיא שמגר כי:

"העדויות שנשמעו במשפט, לפיהן נהג ד"ר וייגל בהתאם לפרקטיקה מקובלת בתחום כירורגיית עמוד השדרה, אינן מכריעות לצורך הסקת מסקנה בענייננו. לקיומה של פרקטיקה רפואית נהגת עשויה להיות משמעות ככל שהדברים נוגעים לעילה המושתתת על רשלנות רפואית, אם כי גם בהקשר זה אין לפרקטיקה רפואית מקובלת משקל מכריע (ראה ע"א 612/78 הנ"ל, בעמ' 726; Jackson & Powell, (supra, at p. 699-70. מכל מקום, ככל שהדברים נוגעים לדרישה, כי עובר לביצוע מהלך רפואי תינתן לכך הסכמה של החולה,

לא אומץ במשפטנו כלל הנותן מעמד בכורה לקיום פרקטיקה רפואית מוכחת".

(שם, בע'מ 509).

(ההדגשות שלי - ד.ב.).

(וראו גם: הערת השופט אור בע"א 854/87 שושנה מינרץ נ' ד"ר דניאל הופמן, טרם פורסם, בפסקה 6; ע"פ 116/89 נתן אנדל נ' מדינת ישראל, פ"ד מה(5) 226, 288).

מכל האמור עולה, כי לעדויות אודות פרקטיקה רפואית נוהגת, יש משקל רב בבוא בית המשפט להכריע האם התרשל רופא שפעל בדרך מסוימת. אך הנתבע בגין רשלנות רפואית אינו יוצא בהכרח פטור מאחריות בשל כך בלבד שמביא הוא בפני בית המשפט עדויות על כך שגם אחרים נהגו באותה דרך בה נהג הוא. במקרים רבים יהיו לעדויות, לפיהן פעל הנתבע בדרך הנוהגת והמקובלת על אנשי מקצוע בעולם הרפואה, השפעה רבה על הכרעת בית המשפט בשאלת סבירות התנהגותו של הנתבע. במיוחד כך הדבר כשהסוגייה שבמחלוקת הינה מורכבת מההיבט המקצועי, וכאשר יש בפני בית המשפט חוות דעת מהן עולה כי בין הרופאים קיימות מחלוקות מקצועיות לגבי שיטת הטיפול הראוייה. עם זאת, אין לתת לעדויות בדבר פרקטיקה רפואית מקובלת משקל מכריע, וכל מקרה יבחן לנסיבותיו: בין השיקולים אשר יהיה על בית המשפט להביא בחשבון לעניין ההכרעה בשאלת ההתרשלות מצוי גם השיקול בדבר הפרקטיקה המקובלת, הנוהגת למעשה בתחום העומד לדיון. אך בית המשפט יכריע בשאלת ההתרשלות לאחר שיביא בגדר שיקוליו את מכלול השיקולים הנוגעים לקביעת רמת הזהירות הסבירה הנדרשת מרופא. במסגרת זו ישקול גם את הפרקטיקה המקובלת אל מול הסיכון הצפוי מהטיפול הרפואי בו מדובר, טיב האמצעים שניתן לנקוט בהם כדי למנוע סיכון זה ואת שאלת הסיכונים הצפויים והחסרונות הטבעיים בדרכי טיפול חלופיות.

7. העניין שלפנינו הוא מסוג הענינים שבהם ניתן לדעתי לקבוע כי על אף השימוש בשיטת טיפול מקובלת, היתה התרשלות בהזרקת חומר האלחוש ללא שימוש במזרק שואב. על פי עדויות המומחים, התופעה של חדירה לעורק בעת הזרקת חומר האלחוש היתה תופעה מוכרת בקרב אנשי המקצוע. היו פירסומים שדיווחו על תופעות לוואי כתוצאה מההזרקה של חומר האלחוש, הכולל כאמור מרכיב הגורם להיצרות כלי דם, אל תוך העורק, אף כי התופעות שדווח עליהן היו בעיקרן מסוג התופעות החולפות ולא בעלות אופי חמור כנזק שנגרם למערערת. כאמור לעיל, היו מומחים שהעידו כי השימוש במזרקים שאינם שואבים היה מקובל באותה עת, אך הכל הסכימו שהשימוש בהם אינו רצוי ואין ליחס לו יתרון בעל משקל על פני השימוש במזרקים שואבים. כפי שאזכר קודם לכן, פרופ' Rood, מטעם המשיב, ציין בחוות דעתו כי השימוש במזרק לא שואב הוא לדעתו "לא נכון" - "UNWISE". פרופ' קוטב וד"ר נדר העידו אף הם כי השימוש במזרק שואב הינו רצוי, והשימוש בו נחשב על ידם לעדיף על פני השימוש במזרק שאינו שואב, וזאת גם בהתייחס לתקופה הרלוונטית בה ניתן הטיפול

למערכת. פרופ' שפירא הפנה ל"הוראות היצרן" הנלוות לחומר האלחוש בו השתמש המשיב, בהן צויין כי על מנת למנוע הזרקה אל תוך העורק יש לבצע שאיבה מקדימה לפני הזרקת חומר האלחוש.

כפי שצויין לעיל, העובדה שקיימות שתי שיטות רפואיות חלופיות מוכרות ושהרופאים חלוקים ביניהם לגבי שיטת הטיפול הראוייה, איננה מספיקה כשלעצמה כדי לקבוע שהבחירה באחת מהן יש בה משום התרשלות. אולם נראה כי לא זה המקרה שלפנינו; מהעדויות במקרה דנן עולה כי לא נתגלתה בין המומחים מחלוקת של ממש לגבי השיטה הראוייה להזרקת חומר האלחוש, וכי אין מדובר בשתי שיטות חלופיות שוות משקל מבחינת היתרונות והחסרונות הגלומים בהן. אכן, השימוש במזרקים לא שואבים היה מקובל גם הוא בתקופה הרלוונטית, אך כאמור לעיל אין די בכך לעניין בחינת שאלת ההתרשלות. כאשר מוכרת תופעה שיש בה סיכון, שהינו בענייננו - סיכון של חדירה לעורק העלול לגרום לכך שחומר האלחוש, המכיל חומר הגורם להיצרות כלי הדם, יזרום לכיוון המוח ויגרום לפגיעה במטופל, וכאשר השכיחות של חדירה לעורק איננה נדירה במיוחד, ניתן לקבוע כי צפויה פגיעה במטופל כתוצאה מזרימת החומר אל המוח. מן הראוי לנקוט, איפוא, בכל אמצעי סביר למנוע התממשות הסיכון הצפוי האמור. כאשר ניתן למנוע את הסיכון על נקלה, על ידי שימוש באמצעי פשוט כמזרק שואב, שהינו זמין וניתן להשגה, ושהשימוש בו אינו כרוך בחסרונות מבחינה טיפולית או בעלויות ניכרות, הרי שהימנעות משימוש בו ובחירה במכשיר חלופי מסוכן יותר - עולה כדי התרשלות. רופא שיניים אשר לא השתמש במזרק שואב שיש בו כדי למנוע את הסיכון הנובע מהחדרת חומר האלחוש למחזור הדם וזרימתו לכיוון המוח, על אף שניתן היה באותה תקופה להשיג מזרקים מסוג זה והשימוש בהם היה מומלץ, נהג באופן שאיננו עולה בקנה אחד עם ההתנהגות הנדרשת מרופא שיניים סביר.

### הקשר הסיבתי

8. מתאור אופן התרחשות הנזק עולה כי קיים קשר סיבתי עובדתי בין השימוש במזרק שאינו שואב לבין הנזק. כל המומחים אשר העידו בענין זה, פרופ' Rood, פרופ' שפירא, פרופ' קוטב, ד"ר נדר וד"ר עמית, אישרו כי שאיבה מוקדמת, בטרם הוחדר חומר האלחוש, יכולה היתה לגלות מבעוד מועד את עובדת החדירה לעורק, וכך ניתן היה למנוע את התרחשות הנזק. מכך מתחייבת המסקנה בדבר קיומו של קשר סיבתי עובדתי כאמור, ולמעשה לא היתה מחלוקת של ממש בין הצדדים בנקודה זו. אך בכך לא סגי. כידוע, שאלת הקשר הסיבתי נבחנת בקשר העובדתי והמשפטי כאחד (ראו: ע"א 145/80 שלמה ועקנין נ' המועצה המקומית בית שמש ואח', פ"ד לז(1), 113, 146; ע"א 243/88 עיריית ירושלים נ' גורדון, פ"ד לט(1), 113, 128). על מבחניו של הקשר הסיבתי המשפטי, עמד השופט ברק (כתוארו אז) בע"א 576/81 בן שמעון נ' ברדה, פ"ד לח(1) 1:

"...הסיבה המכרעת נקבעת על פי אמות מידה משפטיות, אשר במרכזן עומדים שלושה מבחנים חלופיים: מבחן הצפיות, מבחן הסיכון ומבחן השכל הישר".

(שם, בעמ' 7).

בדרך כלל נוהגים בתי המשפט להסיק את הקשר הסיבתי המשפטי בעוולת הרשלנות על-פי מבחן צפיות הנזק. כך שעל-פי מבחן הצפיות יקבעו הן הקשר הסיבתי לנזק, תוך הבאה בחשבון של ריחוק הנזק, והן חובת הזהירות.

שאלת בחינת הצפיות בכל אחד ממרכיבי העוולה, וערוב המושגים הקשורים בריחוק הנזק בין סוג הנזק לבין היקפו, העסיקה לא מעט את בתי המשפט ואת המלומדים. (ראו: R. Nelson-Jones Medical Negligence Case Law, 2<sup>nd</sup>. Ed., London, 1995, p. 78-79; י. אנגלרד "על היקף האחריות והקשר הסיבתי בנזיקין" מחקרי משפט לזכר אברהם רוזנטל, הוצאת מגנס, תשכ"ד, 55, בעמ' 60-62; ע"א 2061/90 אילנה מרצלי נ' מדינת ישראל, משרד החינוך והתרבות ואח', פ"ד מז(1) 802, 818).

התוצאה הקשה שארעה בענין שלפנינו - השיתוק החלקי - היתה תוצאה בלתי מוכרת בספרות המקצועית, ורק לאחר התרחשות הארוע הנדון, דווח על ארוע נוסף מאותו סוג. אולם, עלינו להביא בחשבון כי אין הקשר הסיבתי נקבע על יסוד חובת המזיק לצפות את הנזק שארע על כל פרטיו. די בכך שסוג הנזק והליך התרחשותו צפויים באופיים הכללי. (ראו: ע"א 350/77 כיתן בע"מ נ' שרה וייס ואח', פ"ד לג(2) 785, 803).

בשורה ארוכה של פסקי דין עמד בית משפט זה על טיבה של הצפיות הנדרשת לענין קביעת הקשר הסיבתי. עמד על כך השופט ברק (כתוארו אז) בע"א 576/81 אילן בן שמעון נ' אלי ברדה, פ"ד לח(3) 1:

"הלכה פסוקה היא כי לענין מהותה של הצפיות הנדרשת, 'חבותו של מזיק אינה מותנית בכך שיחזה מראש את פרטי הנזק כמו שנתהווה ואת מידת חומרתו'. (ע"א 299/71 בעמ' 251 וכן Hughes v Lord Advocate, 1963). הצפיות הרלוואנטית 'אינה ראיית הנולד מדוייקת של כל פרטי הענין אלא ראייתו בקווים כלליים בלבד. זאת לגבי האירוע המהווה את הרשלנות, לא כל שכן לגבי תוצאותיו' (ד"נ 12/63, בעמ' 712 - השופט ברנזון). אכן, ההלכה היא, שצפיות אינה צריכה להתייחס לכל פרטי האירוע, שהתרחשו הלכה למעשה, אלא לאופיו הכללי, על פי תכונותיו העיקריות".

(שם, בעמ' 8-9)

(ראו גם: ע"א 2061/90; אילנה מרצלי נ' מדינת ישראל ואח', פ"ד מז(1) 802; ע"א 615/89 מרדכי ואח' נ' עירית גבעתיים ואח', טרם פורסם; ע"א 2757/93 לאה שרון ואח' נ' א.ו. אר. אס. כוח אדם בע"מ ואח', פ"ד מט(2) 781).

9. עיון בעדויות המומחים ובחוות הדעת שלהם מלמד כי מרכיביו העיקריים של התהליך שהביא לנזק שארע במקרה דנן, היו מוכרים מזה שנים ופורסמו בפרסומים רפואיים, ומטעם זה אף ניתן לקבוע כי היה על המשיב לצפותם, כרופא שיניים שרמתו המקצועית סבירה.

מתברר מעדויות המומחים כי הסיכון של חדירה לעורק בעת מתן זריקת אלחוש מהסוג שניתן למערערת, הינו מוכר ונגרם באחוז ניכר מהמקרים. פרופ' Rood העיד כי חדירה לעורק מתרחשת ב-10% ממקרי ההזרקה, ופרופ' שפירא העריך את שיעור הפגיעה בעורק בין 10% עד 15%.

בעדותו, הפנה פרופ' Rood למחקר שפורסם לפני הארוע הנדון, לפיו האפשרות של חדירה לעורק שכחה יותר אצל ילדים. הוא אף העיד על כך שהאפשרות של זרימת חומר ההרדמה, הכולל מרכיב הגורם להיצרות כלי הדם, אל עבר המוח, צפויה בהזרקה רגילה אל תוך העורק, המבוצעת ללא לחץ מיוחד. על התהליך האמור של זרימת חומר ההרדמה למוח דווח בספרות המקצועית במאמרים שונים שפרופ' Rood היפנה אליהם, לרבות מאמריו שלו עצמו (מאמרים שפורסמו בשנים 1972, 1977, 1978). לספרות מקצועית זו התייחס גם פרופ' קוטב בחוות דעתו המשלימה, והתייחסה אליהם גם הוועדה המקצועית אשר הוקמה במשרד הבריאות לבדיקת האירוע.

התופעות שהיו מוכרות עד לאירוע הנדון, כתופעות שנגרמו בעקבות התהליך המתואר של חדירת חומר האלחוש לעורק וזרימתו לכיוון המוח, באו לידי ביטוי בהשפעות גופניות שאינן חמורות. היה ידוע על פגיעות באיזור העין כתוצאה מהשפעת הזריקה, ופגיעות עצביות קלות. כן היו מוכרות תופעות של נמנום וסחרחורות. היה ידוע, איפוא, כי יש בהזרקת חומר האלחוש משום נטילת סיכון - סיכון של חדירה לא מכוונת לעורק, וסיכון של זרימת החומר אל עבר המוח תוך גרימת פגיעה למטופל. כדי למנוע סיכון זה הונהג השימוש במזרק שואב.

10. כפי שציינתי כבר לעיל, מותנית חבותו של המזיק בשאלה האם צריך היה לצפות את הנזק שגרמה התנהגותו, כאשר הצפיות הנדרשת הינה ביחס לסוג הנזק שנגרם ולא ביחס לנזק הספציפי שארע. השאלה האם הנזק שנגרם למערערת במקרה דנן הינו מסוג הנזק שהיה על המשיב לצפות, תלויה כמובן בהגדרת "סוג

הנזק" אותו יש לצפות. לעניין זה, של הגדרת "סוג" הנזק, ניתן למצוא בפסיקה גישות שונות - סיווג של צפיות נזק לגוף לעומת נזקים אחרים, צפיות של נזק לבריאות, סיווג על-פי חומרת הנזק - נזק קל או נזק חמור - ועוד קטגוריות אפשריות. (ראו לעניין זה: י. גלעד במאמרו הנ"ל, שם בעמ' 32; הדוגמאות המובאות בספרו של M. Jones - Medical Negligence, (London, 1996) בעמ' 276-278). מובן כי ככל שהגדרת ה"סוג" רחבה יותר, יש בכך משום הרחבת התחום עליו משתרעת הצפיות. לשיטת אלה המסתפקים בהגדרה רחבה של "סוג" הנזק, ומבחינים במסגרת זו בין קטגוריה של נזקי גוף לבין נזקי רכוש, אין מתעורר קושי בשאלה אם ניתן לקבוע שהנזק שנגרם למערערת מהתרשלותו של המשיב היה צפוי. כשלעצמי סבורה אני כי הגדרה של מושא הצפיות כ"נזק גוף" היא בדרך כלל רחבה מדי, אם כי בהקשרים מסויימים, בתי משפט היו נכונים לבסס את האחריות לנזק רחוק וחמור על כך שעצם צפייתו של נזק גוף כלשהו, די בה כדי לבסס את הקשר הסיבתי בין ההתרשלות לבין כל נזק שארע בפועל. דוגמא בולטת לכך מצויה בסוגייה של הכרה בעקרון "הגולגולת הדקה". (ראו למשל: ד"נ 12/63 ליאון ואח' נ' רינגר, פ"ד יח(4) 701; פסק דינו של השופט ברנזון בעמ' 711; פסק דינו של השופט זוסמן בעמ' 716-717; ספרו של Jones הנ"ל, שם בעמ' 279-281).

אף כי יש יסוד לקבוע כי עקרון "הגולגולת הדקה", המייחס למזיק אחריות בגין נזק שנגרם עקב תכונה חבויה של הניזוק, אינו מבוסס על מבחן הצפיות, הרי שלשיטתם של אלה המבססים את עקרון "הגולגולת הדקה" על מבחן הצפיות (ראו למשל ד"נ בעניין רינגר הנ"ל), יש בעקרון זה משום הרחבה של תחום הצפיות. ההרחבה מבוססת על כך שניתן לקבוע כי בתחום הצפיות נכלל כל נזק גוף, או על כך שיש לצפות כי כל אדם נושא עמו תכונות נסתרות. גישה זו היא דוגמא מובהקת לכך שבמקרים מסויימים ההצמדות למבחני הצפיות לצורך קביעת קשר סיבתי, מחייבת הרחבת הגדרת הצפיות לשם החלת מדיניות משפטית ראויה.

צפיותו של הנזק שארע במקרה דנן איננה נגזרת, לדעתי, רק מהיות הנזק הצפוי נזק גוף, או נזק לבריאות כתוצאה מטיפול רפואי, סיווג שהינו אכן מבחן רחב להגדרת סוג הנזק ולקביעת תחום הצפיות. במקרה שלפנינו היתה אפשרות כי חומר שיש בו כדי להשפיע על תפקוד כלי הדם עלול לזרום לכיוון המוח, ותופעה זו, המוכרת בעולם הרפואה ואף אינה מאוד נדירה, יש בה כדי לגרום נזק למטופל, אם כי - ככל שהיה ידוע - נזק קל. בנסיבות אלה היה על המשיב, כרופא סביר, לצפות כי מרכיבי התהליך וההתרחשות, שהיו ידועים, טומנים בחובם סיכון משמעותי הנובע מהרגישות המיוחדת הכרוכה בהזרמת חומר זר למוח. כאשר צפוי כי כתוצאה מטיפול רפואי עלולים להתרחש תהליכים יוצרי סיכון לנזק, ולו גם נזק קל, לאברים רגישים במיוחד או לתפקוד מערכות רגישות במיוחד בגוף, כגון המוח, הרי בהתקיים חשש לנזק קל, יש להביא בגדר הצפיות גם חשש מפני הידרדרות לנזק חמור בשל רגישותו המיוחדת של האיבר שבסיכון. לפיכך, סבורה אני כי כאשר מוכר תהליך יוצר סיכון מהסוג האמור, אין להבחין לעניין הצפיות הנדרשת להטלת אחריות, בין נזק קל לנזק חמור. סווג הנזק

כנזק צפוי אינו משתנה בין אם מדובר בפגיעות קלות יחסית כתוצאה מעליית חומר ההרדמה למוח, ובין אם בפגיעות בעלות עוצמה, כשכולן תוצאה של אותו סיכון.

במילים אחרות, לגישתי, כאשר הנזק שנגרם בפועל הינו נזק שמקורו מפגיעה במוח שנגרמה עקב חדירת חומר ההרדמה לכלי הדם וזרימתו למוח, בתהליך שמהלכו מוכר, אין לומר שהוא נזק מסוג שונה ונפרד מהנזק הנירולוגי הקל יחסית שהיה מוכר וצפוי כתוצאה מהתהליך האמור. בהתקיים צפיותם של הגורמים שפורטו לעיל בתהליך התרחשות הנזק, מתבקשת לדעתי המסקנה בדבר צפיות הנזק שארע, אף אם עולה הוא בחומרתו ובהיקפו על נזקים שהיו ידועים קודם לכן כצפויים מאותה התרחשות עצמה. בנסיבות כאלה, אם ימצא שהמזיק התרשל בהתנהגותו, הרי שהוא יהיה אחראי גם בגין הנזק החמור שארע כתוצאה מהתרשלותו.

ההכרה בנזק שנגרם למערערת כנזק שנגרם כתוצאה מההזרקה הרשלנית תוך שימוש במזרק שאינו מתאים, מתחייבת הן על פי מבחן הצפיות המקובל עלינו לענין עוולת הרשלנות, והן על פי המבחנים הנוספים לקביעת הקשר הסיבתי - מבחן הסיכון ומבחן השכל הישר.

### סוף דבר

11. כעולה מן האמור לעיל, הגעתי למסקנה כי נתקיימו בענין שלפנינו היסודות המבססים את טענת המערערים כי הנזק שנגרם למערערת כתוצאה מטיפול השיניים שקיבלה בילדותה נגרם ברשלנות.

לאחר כתיבת חוות דעתי, באו לעיוני חוות דעתם של חברי, אשר חולקים עלי. בין היתר מביעים חברי את החשש כי יש בגישתי כדי להציב רף גבוה מדי לרמת הזהירות הנדרשת מרופאים, רף שספק אם יוכלו הרופאים לעמוד בו. חברי המשנה לנשיא אף סבור כי יש בגישתי כדי להעבירנו ממבחני רשלנות למבחני אחריות מוחלטת.

אך מובן הוא כי בסוגיה של רשלנות רפואית מעורבים שיקולי מדיניות רבים, המבטאים את השקפתם של בתי המשפט ביחס לנורמות הראויות וביחס לחלוקה ראויה של אחריות ושל נזק. במסגרת שיקולים אלה יש גם מקום לשיקולים הנוגעים להימנעות מהכבדת יתר על הרופאים, ולחשש להיווצרותה של "רפואה מתגוננת". אלא שלדעתי, בנסיבות המיוחדות של המקרה שלפנינו, בהתחשב בכך שהטיפול ניתן לילדים רכים, ובהתחשב בטיב הסיכון שיצר המשיב בהחדרת חומר ההרדמה, הגורם להצרת כלי הדם, לעורק, כאשר ידוע היה שהדבר



עלול לגרום לזרימתו אל המוח, ובעת שניתן היה למנוע הסיכון באמצעים פשוטים, מקובלים וקלים להשגה, שהשימוש בהם אינו טומן בחובו חסרונות ממשיים, אין בחוות דעתי כדי לבסס את החשש המועלה על ידי חברי.

12. לסיכום אוסיף עוד כי אין זה מוגזם לומר שפרשה זו "האכילה מרורים" את כל המעורבים בה, וגרמה עגמת נפש מרובה במהלך דרך החתחתים שאפיינה את פענוח פרטי ההתרחשות. המעוררת היתה ילדה רכה בשנים שעה שניזוקה מטיפול, לכאורה שגרתית, כשנכנסה בריאה למרפאת שיניים ויצאה ממנה סובלת משיתוק בפלג גופה השמאלי. ד"ר קליפורד היה רופא מתנדב, שבא מתוך רצון טוב לסייע לילדים בארץ, וחבל שכך התגלגלו הדברים;

ההליך התנהל זמן ממושך, בין היתר, כיוון שבמהלך המשפט נעשו מאמצים להביא את הצדדים לידי פשרה, וניכר כי בית המשפט קיווה שתמצא הדרך לכך, אך הדבר לא עלה יפה. אף אנו הצענו לצדדים לסיים את ההליכים ללא הכרעה משפטית, אך הצעתנו לא נתקבלה.

בסופו של ההליך לא נחסכה הבחינה המשפטית הממושכת, ואף בפסק דיני, לו נתקבל, לא היה כדי לסיים ההליכים בפרשה זו.

13. מהטעמים שפורטו לעיל, מסקנתי היא כי יש לקבל את הערעור, ולקבוע כי המשיב אחראי לנזקיה של המעוררת.

אשר על כן, אם דעתי תשמע, דין הערעור להתקבל, ויש להחזיר את התיק לבית המשפט המחוזי כדי שישלים את מלאכתו בשאלות הרבות הטעונות עדיין הכרעה בתיק זה, לרבות שאלת אחריותם של המשיבים האחרים ביחס לשימוש במזרק ללא אפשרות שאיבה במרפאה, ובחלוקת האחריות בין המשיבים.

ש ו פ ט ת

### המשנה לנשיא ש' לוין:

1. לצערי, לא אוכל להסכים לתוצאה אליה הגיעה חברתי השופטת ביניש.

תמים דעים אני עם חברתי, שהתשובה לשאלה הנורמטיבית מהי רמת ההתנהגות שעל הרופא הסביר לפעול לפיה, יסודה בשיקולים המבוססים על ההנחה, שעל המזיק לנקוט באמצעים סבירים בנסיבות הענין, כדי למנוע או להפחית ככל האפשר את הסיכון הצפוי מפעולתו. כבר מהגדרת ההנחה האמורה באופן

האמור לעיל - הגדרה בה נקטה גם חברתי בפסק דינה, משתמע באופן ברור, שעל הסיכון הכרוך בהתנהגותו של המזיק להיות צפוי בעת ההתנהגות, שכן, כיצד ימנע המזיק סיכון שאינו צפוי, ושאינו חייב לצפותו?

2. אכן, נקודת המוצא בבחינת טענות המערערים לענין התרשלות המשיב היא הממצא לפיו הזרקת החומר לתוך העורק היא שגרמה מן הבחינה העובדתית להתרחשות הנזק במקרה דנן. קיומו של קשר סיבתי משפטי בין התנהגות המשיב לבין הנזק תלוי בשאלה האם היה צריך המשיב לצפות את הנזק שנגרם. בכך נבדלת האחריות לפי עוולת הרשלנות מהאחריות המוחלטת. השאלה מה צריך היה המזיק לצפות היא שאלה נורמטיבית.

כפי שכתבה חברתי השופטת ביניש בחוות דעתה: "... ההלכה היא, שצפיות אינה צריכה להתייחס לכל פרטי האירוע, שהתרחשו הלכה למעשה, אלא לאופיו הכללי, על פי תכונותיו העיקריות" (השופט ברק בע"א 576/81, פ"ד לח(3), בעמ' 9). על כך יש להעיר: בכל מקרה של רשלנות רפואית שומה על בית המשפט לפצל את הדיון לשניים: ראשית, לקבוע אם קיימת חבות ושאלה זו תוכרע לפי מבחן הצפיות, ושנית, אם קיימת חבות, לקבוע מה הנזק שהניזק זכאי לו, גם אם היקף הנזק לא היה צפוי.

הצפיות המקיימת את דרישת הקשר הסיבתי המשפטי צריכה להתייחס לסוג הנזק שארע בפועל, להבדיל מהנזק הספציפי שהתרחש. ברור איפוא, שככל שהגדרתו של סוג הנזק היא רחבה יותר, כך "קל יותר" לעמוד בדרישת הצפיות האמורה. כפי שכותב המלומד Jones בספרו:

"The problem is in defining the 'type' of damage that must be foreseen. It would be possible to take a broad view of the classification of harm, dividing it into personal injury, damage to property and financial loss. Thus, if any personal injury were foreseeable the defendant would be liable for any type of personal injuries that occurred. The courts have not done this, although the eggshell skull rule as applied to personal injuries comes close to this result. In practice a compromise position seems to have been adopted in which the courts insist that the damage must be of a foreseeable type or kind, whilst giving this term a comparatively wide meaning."  
(Michael A. Jones, Medical Negligence (1991), at p. 193)

אילו דובר למשל, באובדן רגלו של אדם כתוצאה מחתך עמוק כלשהו, ואילו קבענו שלצרכי הקשר הסיבתי המשפטי די בכך שנצפה נזק גוף כלשהו, הרי שגם אם כל שנצפה הוא שריטה ברגלו של הניזוק, שאף היא

בבחינת נזק גוף, יתקיים קשר סיבתי משפטי בין ההתנהגות של המזיק לבין הנזק של אובדן הרגל. תוצאה שכזו נראית לי על פניה בלתי קבילה. גם אם אניח, מבלי לפסוק בדבר, שבמקרים של נזקי גוף תהא נטיה להגדיר את סוג הנזק על דרך ההרחבה, כפי שכותב Jones (ור' לעיל), הרי שהגדרת סוגו של הנזק חייבת להיות כזו שתותר משמעות אמיתית לדרישת הצפיות, שאחרת נמצאנו פוסקים, למעשה, קיומה של אחריות מוחלטת. רק כש"התגברנו" על השלב הראשון וקבענו את חבותו של המזיק יוטל בשלב השני חיוב על המזיק שלעניינו אין מחילים על היקף הנזק את מבחן הצפיות.

3. יש להדגיש עוד, שמבחן הצפיות בשלב הראשון, מתמלא בתוכן בהתאם לרמת הידע שהיה קיים בעולם הרפואה עובר להתנהגותו של המזיק. בפסק דין אנגלי ידוע דובר בשני אנשים שהפכו למשותקים ממותניהם ומטה עקב פעולת הרדמה פשוטה. חומר ההרדמה היה נתון באמפולות זכוכית, שנשמרו בצנצנת של חומר הנקרא פנול. חלק מהפנול חלחל לאמפולות דרך סדקים זעירים בלתי ניתנים לגילוי שהיו באמפולות. כתוצאה מכך הוזרק גם פנול, ונגרם השיתוק. סיכון זה היה ידוע לעולם הרפואה רק החל משנת 1951, כארבע שנים לאחר קרות המקרה נשוא פסק הדין. השופט דינג פסק :

"It is so easy to be wise after the event and to condemn as negligence that which was only a misadventure. We ought always to be on our guard against it, especially in cases against hospitals and doctors. Medical science has conferred great benefits on mankind, but these benefits are attended by considerable risks. Every surgical operation is attended by considerable risks. We cannot take the benefits without taking the risks. Every advance in technique is also attended by risks. Doctors' like the rest of us, have to learn by experience; and experience often teaches in a hard way... We must not look at the 1947 accident with 1954 spectacles."  
(ROE v. MINISTER OF HEALTH [1954] 2 Q.B. 66, at pp. 81-82)

4. ומן הכלל אל הפרט: במקרה שלפנינו, היה ידוע בעולם הרפואה שזריקת אלחוש מהסוג שניתן למערערת טומנת בחובה סיכון של חדירת חומר האלחוש לעורק וזרימתו לכיוון המוח, תהליך שככל שהיה ידוע אז בא לידי ביטוי בהשפעות חולפות בלבד: פגיעות עצביות, נמנום וסחרחורות. המקרה בו אנו דנים הוא המקרה הראשון מסוגו בעולם הרפואה, שבו כתוצאה מחדירת חומר האלחוש לעורק וזרימתו לכיוון המוח נגרמו למטופל מגבלות קבועות בגפיים ונזק מוחי, המתבטא בהפרעות נוירולוגיות ובהפרעות קוגניטיביות בלתי חולפות. בעקבות מקרה זה מונתה ע"י מנכ"ל משרד הבריאות ועדה לבדיקת הנושא, ובעקבות מסקנותיה של הוועדה הנחה משרד

הבריאות את הרופאים להשתמש אך ורק במזרקים שואבים. בנסיבות אלו נראית לי הטענה שהנזק שנגרם לילדה היה צפוי כמוטעית ויש בה משום דילוג על השלב הראשון, ומעבר בלתי מבוקר לשלב השני. שאלת קביעת היקף הנזק הינה שאלה שונה משאלת קביעת סוגו של אותו נזק, הנבחנת לפי מבחן הצפיות. גם אם קיים דמיון בין אופן ההתרחשות של הנזק שהיה צפוי (כלומר, תופעות חולפות של אובדן תחושה, נמנום וסחרחורות), לבין אופן ההתרחשות של הנזק שלא היה צפוי (הוא הנזק הפרמננטי שנגרם במקרה שלנו), לא די בכך כדי לספק מענה חיובי לשאלה האם באותו סוג נזק מדובר. ואכן, התשובה לשאלה אחרונה זו היא לדעתי שלילית. אין דומות "תכונותיו העיקריות" של נזק מינורי וחולף מהסוג שתואר לעיל לתכונותיו של הנזק שנגרם למערכת. לדעתי, אין לומר, ששיתוק קבוע והפרעות קוגניטיביות הם נזקים המשתייכים לסוגם של נזקים בדמות תחושות חולפות של נמנום, סחרחורת ואובדן תחושה, וזאת אפילו ננקוט בהגדרה מרחיבה של סוג הנזק, בהתאם לשיטתו של Jones כאמור לעיל. דרגת החומרה של הנזק שנגרם בפועל, העולה בשיעורה פי כמה וכמה מדרגת הנזק שהיה צפוי עובר להזרקת אותה זריקה, היא אשר הופכת את הנזק שנגרם לנזק מסוג שונה לחלוטין מזה של הנזק שהיה צפוי, בדומה לדוגמת השריטה ואובדן הרגל שהובאה לעיל. בכך שונה המקרה שלפנינו מהפרשה שנדונה בע"א 612/78 פ"ד לה(1) 720, שבו היה ידוע בזמן הרלבנטי על קיומו של סיכון בקיום ניתוח ללא בדיקה במי שסובל מפגם של היצרות העורקים, אם כי אפשרות זו היתה נדירה ביותר. בכך עבר שם התובע את משוכת השלב הראשון של קביעת החבות לפי מבחן הצפיות, והמזיק נמצא אחראי לנזק שנגרם לניזק על כל היקפו.

5. מוכן אני להניח, מבלי לפסוק בדבר, שבמקרים המתאימים לא תהווה הסתמכותו של הרופא על פרקטיקה נוהגת הגנה מפני חיובו באחריות בגין רשלנות. מנגד גם אין לקבוע היפוכו של הדבר, לאמור, שאם הרופא פעל לפי הפרקטיקה הנוהגת הוא התרשל. הכל תלוי בנסיבות המקרה, ובמקרה דנן ספק רב בעיני אם ההסתמכות על הפרקטיקה הנוהגת אינה פוטרת את המשיבים מחבות. עם זאת, גם אם אניח, מבלי לפסוק בדבר, שהשימוש במזרק שאינו שואב, בשעה שידוע בעולם הרפואה שהוא עשוי לגרום לתופעות לוואי, ובשעה שניתן למנוע תופעות אלה על ידי שימוש במזרק שואב, שהינו זמין וניתן להשגה, עולה כדי התרשלות, אין די בכך כדי להגיע למסקנה כי שימוש במזרק שאינו שואב מהווה רשלנות. קיומה של זו תלוי בקיומה של צפיות נורמטיבית של סוג הנזק שנגרם. צפיות כזאת לא הוכחה במקרה שלפנינו.

לפיכך הייתי דוחה את הערעור, אך בנסיבות הענין לא הייתי עושה צו להוצאות.

המשנה לנשיא

השופט י' גולדברג:

1. לצערי, לא אוכל גם אני, לצרף דעתי לדעת חברתי הנכבדה השופטת ביניש לקבלת הערעור.

אין מחלוקת בין הצדדים, כי הנזק שנגרם למערערת מבחינת רמתו וחומרתו, לא היה צפוי כלל, ועד לאותו מקרה מצער לא דווח על מקרה דומה. כן אין עוררין על כך שאת רמת הזהירות הנדרשת מהרופא המטפל יש לבחון לפי ידיעותיו בזמן האירוע, ולא לפי המידע המצוי כיום. עוד מקובלת ההנחה, כי ככל שעולה רמת הסיכון שבטיפול, כך נדרש הרופא ליתר זהירות. על כלל זה חזר הנשיא ברק בע"א 4025/91 יצחק צבי נ' ד"ר יעקב קרול ואח', פ"ד נ(3) 784, 790:

"השאלה אשר דיני ההתרשלות באים להשיב עליה היא, אלו אמצעים צריך לנקוט כדי להבטיח את שלומו של הניזוק. לעניין זה יש להתחשב בהסתברות שהנזק יתרחש, בהוצאות הנדרשות למנוע אותו, בחומרת הנזק, בערך החברתי של ההתנהגות שגרמה לנזק, ביכולת היחסית למנוע את הנזק וכיוצא בזה שיקולים המבטאים את רעיון האשמה, והמבוססים על ההנחה שהאמצעים אשר המזיק צריך לנקוט אינם חייבים להסיר את הסיכון, אלא אמצעים שסביר לנקוטם בנסיבות העניין. אכן, אם נתמקד ברמת הזהירות הנדרשת מרופא, החב חובת זהירות (מושגית וקונקרטית) למטופל, כי אז מה שנדרש ממנו הוא לנקוט אותם אמצעים שרופא סביר היה נוקט בנסיבות העניין..."

לעניין זה ראה גם את האמור ב- **D. Giesen International Medical Malpractice Law**

(London, 1988) p. 107:

"[t]he risks reasonably perceived determine the standard required".

2. בענייננו כל שיכול היה המשיב לצפות הוא שכתוצאה משימוש במזרק ללא אפשרות שאיבה, יגרמו תופעות חולפות בלבד. בהקשר לכך יש מקום לפנות לדבריו של פרופ' Rood - העד המומחה מטעם המשיב, שעדותו היתה מהימנה על השופט קמא, בו הוא מתאר את הנזק, שהיה צפוי שיגרם מהזרקת חומר האילחוש לעורק (עמ' 77 לפרוטוקול מיישיבה שנערכה ב-6.2.90):

"Q: Professor Rood, would you say in your experience that there is normally any effect, any detrimental effect on a patient if anesthetic solution is injected into an artery?"

A: No, it's, it must be very, very common. From my research and others we believe that involvement with the artery, ... probably happens with block injections up to 10% of the times.

Q: And is there generally speaking any effect on the patient?

A: No permanent effect. Probably a very mild transient effect in some cases. But -

Q: Transient. Temporary.

A: Yes. Very brief. I mean, this must be a common occurrence...".

יוטעם כי גם לשיטתו של העד ד"ר נדר, כל שיכול להיגרם בהזרקה איטית של החומר ישירות למחזור הדם, הוא "... דופק מהיר זמני ביותר של עד 3 דקות" (עמ' 69 לפרוטוקול מיום 13.7.92).

3. לאור נתונים אלה, שהיו בפני בית משפט קמא, השאלה היא האם לא יהיה זה מרחיק לכת לקבוע, כי אף במקום בו רמת הסכנה הצפויה לחולה מן הטיפול היא נמוכה יחסית, נדרוש מהרופא לנקוט בזהירות החורגת מהנורמה המקובלת באותו תחום?

אם נבחן את ההלכה הקיימת, נמצא, כי אחד האלמנטים המשפיעים בקביעת רמת הזהירות הנדרשת מהרופא, הוא האפשרות לדעת על הסיכון מראש, קרי, שקיימים מקרים מדווחים בספרות המקצועית, לפיהם יכול היה הרופא להעריך מראש את הנזק שייגרם לחולה עקב הטיפול. כך פסק כב' השופט (כתוארו אז) ש' לוי בע"א 612/78 פאר נ' קופר ואח', פ"ד לה(1), 720, 727:

"השאלה העומדת לפנינו היא... האם בנסיבות המקרה דנן, חייבים היו המשיבים מבחינה משפטית לוודא לפני הניתוח אם סבל המערער ממום של הצרת העורקים מלידה? סבור אני, שהתשובה היא חיובית. פלוני הוא בעל סוג דם נדיר ביותר, תת-קבוצה של תת-קבוצת דם; בית החולים אינו עורך בדיקות של תת-קבוצות כאלה בגלל נדירותן, ובשעת הניתוח ניזוק פלוני בשל עירוי-דם מתת-קבוצה אחרת. בית החולים יהא אחראי. החולה סמך עליו שתיערכנה כל הבדיקות הנחוצות. קיימת ספרות בנושא שלאנשי המקצוע יש גישה אליה. התופעה היא אמנם נדירה, אך פלוני היה רשאי לצפות, שבית החולים יביא בחשבון גם אפשרות של מקרה נדיר... הוא הדין גם למקרה שלפנינו. נטען והוכח, שהמערער הוא חבר קופ"ח. הוא נכנס לבית החולים... לצורך ניתוח. חלה על בית החולים חובה לוודא מה המצב עורקי רגלו הימנית של המערער, אפילו תופעה של היצרות העורקים היא נדירה ובלבד שהיא ידועה במדע הרפואה;...". (ההדגשות אינן במקור).

וכך כותב השופט בייסקי בע"א 323/89 פכרי קוהרי נ' מדינת ישראל - משרד הבריאות, פ"ד מה(2)

:172, 142

"... כאשר לא בטעות טיפולית המדובר אלא בבחירת אחת האופציות האפשריות, שהרפואה יודעת אותן אותו זמן ושהיא סבירה בכל הנסיבות הקיימות מבחינתו של הרופא הממוצע לגבי החולה המסויים. אמת המידה לבחינת הרשלנות תהיה זו של הרופא הסביר בנסיבות המקרה. החלטותיו ופעולותיו של הרופא צריכות להיות מבוססות על שיקולים סבירים וברמה המקובלת, היינו, על הרופא לבסס החלטותיו על הידע העדכני הנתמך בספרות מקצועית, בנסיון קודם, והכל - בהתאם לנורמות מקובלות אותה עת בעולם הרפואה".

במקרה שנידון בע"א 323/89 הנ"ל, הסיכון למטופלת היה בלתי צפוי ולא ריאלי. לא היה ידוע כלל שקיים סיכון באופן הטיפול בו השתמש הרופא, ואכן לא נקבע כי היה על הרופא לנקוט אמצעי זהירות כנגד סכנה בלתי ידועה, מעבר לפרקטיקה הנהוגה והמוכרת. בדומה לכך, שאלה היא בענייננו, כלום היה מקום לקבוע, שהמשיב התרשל, כיוון שהיה עליו לנקוט בפעולה ההורגת מהפרקטיקה הרווחת בתחום מסויים, הגם שכל מה שיכול היה לצפות משימוש במזרק בו השתמש, היה תופעות-לוואי חולפות בלבד?!

4. ההלכה באנגליה בעניין רמת הזהירות הנדרשת, תומכת גם היא במסקנה, שבמקום שצפוי נזק שולי בלבד לא נדרשים אמצעי בטיחות מיוחדים והנוקט באלה לא ייחשב לרשלן.

כך, לדוגמא, בפסק הדין, **Koufus v. C. Czarnikow, Ltd.** [1967] 3 All E.R. 686,

: Lord Reid (The Heron II) 692, מפי

"The defendant will be liable for any type of damage which is reasonably foreseeable as liable to happen even in the most unusual case, unless the risk is so small that the reasonable man would in the whole circumstances feel justified in neglecting it; ...".

בפסק-דין נוסף מאותה תקופה - **Overseas Tankship (U.K.), Ltd. v. The Miller**

**Steamship Co. Pty. Ltd. and Others** [1966] All E.R. 709, 718 (The Wagon Mound

(No. 2)) חזר Lord Reid וקבע:

“In their lordship’s judgment Bolton v. Stone [1951] 1 All E.R. 1078 did not alter the general principal that a person must be regarded as negligent if does not take steps to eliminate a risk which he knows or ought to know is a real risk and not a mere possibility which would never influence the mind of a reasonable man. What that decision did was to recognize a and give effect to the qualification that it is justifiable not to take steps to eliminate a real risk if it is small and if it circumstances are such that a reasonable man, careful of the safety of his neighbor, would think it right to neglect it”.



וראה גם בספרו של D. Giesen הנ"ל בעמ' 183-184:

“Thus, a wrongdoer will be liable for damage of any type which should have been foreseen: not in fact by the individual wrongdoer, for this is not required, but foreseen by a reasonable man, or a ‘prudent and experienced person’, or even an ‘optimal observer’, of being something of which there was a real risk, even though such risk might only materialize in exceptional circumstances or in highly extraordinary circumstances, or in most unusual case, unless the risk was so small and so very much outside all legally relevant human experience that the reasonable or prudent and experienced person would feel fully justified in neglecting it or brushing it aside as inadequate or as ‘fantastic or far fetched’”.

5. מקובלת עלי השקפת חברתי הנכבדה, השופטת ביניש, כי העובדה שרופא נהג בהתאם לפרקטיקה המקובלת בתחומו באותו זמן, היא, כשלעצמה, אינה מעניקה לו הגנה מוחלטת ולעולם מצוי הכוח בידי בית המשפט לקבוע, כי פרקטיקה נהוגה זו, אינה עולה בקנה אחד עם חובת הזהירות של רופא כלפי מטופל. עם זאת רק במקרים חריגים תסווג פרקטיקה כללית ונוהגת, כרשלנית (ראה למשל 577 (1995) Ter Neuzen v. Korn 127 D.L.R.

גם אם נצא מתוך נקודת הנחה כי במקרה שלפנינו ניתן לקבוע, ששימוש במזרק בעל אפשרות שאיבה היה מונע את הנזק, מסקנה המוטלת בספק לנוכח מחלוקת המומחים בעניין, הרי שהנזק שהיה צפוי שיימנע היה מזערי, וקביעה כי בגינו של נזק כזה, שימוש במזרק ללא אפשרות שאיבה עולה כדי התרשלות, יכולה לגרום לריבוי של יוצאים מן הכלל, על חשבון הכלל. והכלל הוא שרופא סביר לא צריך לעשות מעבר לנהוג והמקובל בכדי למנוע אי נוחות זמנית הצפויה למטופל על ידו (ראה דברי הנשיא ברק המובאים בע"א 4025/91 הנ"ל בעמ' 790).

בעניין זה מובא בספרו של (1996) M.A. Jones **Medical Negligence** (London) בעמ'

107-108 סעיף 3-031:

“It is submitted that this is the proper approach to adopt in cases involving accepted professional

practice. Following accepted practice, or one of several such practices, is strong evidence of the exercise of reasonable care, but ultimately it is for the court to determine what constitutes negligence. It will be rare for the court to conclude that a common practice was negligent, but when this does happen it will be through a finding that the practice was not 'responsible'. Once the practice followed by the defendant is acknowledged to be a 'responsible' practice it is not open to the court to hold that it was negligent, even where another body of 'responsible' professional opinion is critical of the practice".

6. על פי טרמינולוגיה זו, אינני רואה בהתנהגות המשיב, שלא השתמש במזרק בעל אפשרות שאיבה, פעולה בלתי אחראית, גם אם ניתן היה לנקוט בנסיבות העניין באמצעים טובים יותר לביצוע אותה פעולה.

אכן, צריך היה המשיב להשתמש במזרק בעל אפשרות שאיבה, ולו גם בכדי למנוע תופעות חולפות הגורמות אי נעימות למטופל. אך, האם ניתן ורצוי לפסוק, כי היעדר נקיטת אמצעי זה עולה כדי התרשלות? נראה לי כי התשובה לכך היא שלילית.

כשמצד אחד הוכח שהמשיב לא חרג מנורמת טיפול מקובלת ורווחת, ומאידך הנזק הצפוי היה פעוט וחולף - סיווג ההתנהגות כרשלנות היה מביא, לטעמי, לקביעת נורמה מחמירה מדי. משמעותה של נורה זו היא, כי על כל מטפל, רופא ומוסד בריאותי להימנע משימוש בציוד ובחומרים רפואיים קיימים, במידה וקיימים בשוק מכשירים חדישים יותר, גם אם ההבדל היחידי בין המכשירים בחוסר הנעימות היכולה להיגרם למטופל כתוצאה משימוש במכשיר הפחות חדיש.

לדעתי, אין לסווג התנהגותם של רופאים בין כאלה המעניקים למטופל טיפול אופטימלי מחד וכאלה הנוהגים כלפי המטופל ברשלנות. סבורני, כי יש מקום לקטיגוריה שלישית של מקרים, כמו זו שלפנינו, בה הרופא אמנם לא נקט בטיפול הטוב ביותר, אך הטיפול לא עלה כדי התרשלות.

פרופ' Rood, הגדיר את השימוש במזרק ללא אפשרות שאיבה כהתנהגות שאינה חכמה, "unwise", כדבריו. אינני סבור כי התנהגות שאיננה חכמה הינה, כשלעצמה, התנהגות רשלנית. ניתן להניח כי לו סבר המומחה, ששימוש במזרק ללא אפשרות שאיבה עולה כדי התרשלות, לא היה נוקט בביטוי כזה, כי אם בביטוי חריף יותר. השימוש בביטוי "unwise" מוכיח, לדעתי, כי קיים "תחום ביניים" בין הטיפול הטוב ביותר לבין הטיפול הרשלני.

בתחום זה בו אנו עוסקים, יש למצוא את שביל הזהב. מחד, יש להציב רף גבוה של רמת זהירות הנדרשת ממטפלים רפואיים, מאידך, אסור לרף להיות גבוה מדי, שמא יישתק למעשה כל מערכת רפואית. אם בכל טיפול בו עלול להיגרם נזק זמני חולף נדרוש שימוש באמצעים הטובים ביותר הקיימים, אף אם אינם רווחים בפרקטיקה, נציב בכך סטנדרט גבוה מהמקובל, סטנדרט כזה שיחייב רופאים לנהוג בזהירות החורגת מן המקובל.

7. אשר לשאלת הקשר הסיבתי-משפטי, שבין ההתרשלות, אם היתה, לבין הנזק: חברתי הנכבדה, השופטת ביניש, אימצה לעניין זה את מבחן הציפיות וקבעה שנזק מסוגו של הנזק שנגרם היה צפוי וידוע בשעת הטיפול, ובהתאם קבעה שהתקיים הקשר הסיבתי שבין ההתרשלות לבין הנזק. אכן, הלכה היא שאין צורך שהמזיק יצפה בדיוק את הנזק שאירע בפועל ואת אופן התהוותו, ודי בכך שצפה שיכול להיגרם נזק מהסוג של הנזק שאכן נגרם. עם זאת, בענייננו, ספק רב אם "הנזק" הנצפה - התופעות החולפות - הינו מאותו סוג של הנזק שנגרם בפועל.

השופט ברק (כתוארו אז) התייחס בע"א 576/81 בן שמעון נ' ברדה ואח', פ"ד לח(3) 1, 9, לקושי שבקביעת הגבול בין נזק צפוי לנזק שאינו צפוי וקבע קו מנחה שיש בו כדי לסייע בפתרון הבעייתיות, לאמור:

"... לא תמיד קל הוא לקבוע את קו הגבול שבין הקיום הכלליים (שצפויים נחוצה) לבין הקיום הפארקטיקולריים (שצפויים אינה נחוצה). בעניין זה ניתן להיעזר, לדעתי, במבחן הסיכון ובמבחן השכל הישר, ובכך ליצור סינתזה בין המבחנים הללו".

על בסיס מבחנים אלה מגיעים אנו למסקנה, כי במקרה שאנו עוסקים בו, לא סוג הנזק ולא הליך התרחשותו היו צפויים.

אי אפשר להושיב תחת קורת גג אחת, כסוג נזק אחד, פגיעות עיצביות חולפות, סחרחורת ונימנום, שניתן להגדירם יותר כאי נוחות זמנית מאשר נזק גוף של ממש, יחד עם מוגבלות בגפיים, הפרעות נירולוגיות וקוגניטיביות, מהן סובלת המערערת. הרחבה כזו של צפיית סוג הנזק, עשויה, לדעתי, לגרום מכוחו של מבחן הצפיות.

אחרית דבר:

"המבחן אשר על בית המשפט לבחון בו מעשה או מחדל פלוני של רופא תוך כדי טיפולו המקצועי, אם יש בו או אם אין בו משום רשלנות, איננו מבחן של חכמים לאחר המעשה אלא של הרופא הממוצע בשעת מעשה; רופא בשר ודם עשוי לטעות, ולא כל טעות מהווה רשלנות".

ע"א 280/60 פרדו נ' חפץ - פלדמן בתור יורשת ובשם עזבון ד"ר ר' חפץ ואח', פ"ד טו 1974, 1977.

דעתי היא, איפוא, כדעת המשנה לנשיא, כי דין הערעור להידחות.

ש ו פ ט

הוחלט ברוב דעות, כאמור, בפסק דינו של המשנה לנשיא ש' לוין, כנגד דעתה החולקת של השופטת

ד' ביניש.

ניתן היום, י"א בכסלו התשנ"ט (30.11.98).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

משנה לנשיא

העתק מתאים למקור  
שמריהו כהן - מזכיר ראשי  
N07.95009350  
ח/כ