

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 2055/99
ע"א 3023/99
ע"א 6452/99

בפני: כבוד הנשיא א' ברק
כבוד השופט א' מצא
כבוד השופט י' זמיר

המערערים בע"א 2055/99
ובע"א 6452/99
והמשיבים 3-1
בע"א 3023/99:

1. פלוני
2. פלונית
3. פלוני

המערער בע"א 3023/99
והמשיב 5 בע"א 2055/99
ובע"א 6452/99:

הרב ניסים זאב

נ ג ד

המשיבים: 1. הרבנות הראשית לישראל
2. המשרד לענייני דתות
3. משרד הבריאות
4. בית חולים "משגב לדרך"
5. ההסתדרות המדיצינית "הדסה"

ערעורים על פסק-דינו של בית המשפט
המחוזי בירושלים מיום 10.2.1999
(פסק-דין חלקי) ומיום 28.6.1999 בת.א.
1013/96 שניתן על-ידי כבוד השופט ד"ר
א' צ' בן-זמרה

תאריך הישיבה: י"א בשבט התשס"א (4.2.2001)

בשם המערערים
בע"א 2055/99
ובע"א 6452/99: עו"ד אהרון ריבלין, עו"ד עמוס חריף

בשם המערער
בע"א 3023/99: עו"ד יגאל חברוני, עו"ד גבריאל ראובינוף,
עו"ד יצחק כהן

בשם המשיבים 3-1: עו"ד ירון בשן

בשם המשיב 4: עו"ד יעל ארניה, עו"ד חיים זליכוב

בשם המשיבה 5: עו"ד אהרון וייל

פסק-דין

השופט א' מצא:

בעקבות ברית-מילה, שנערכה לו ביום השמיני להולדתו, התפתח באיבר הזכרות של תינוק תהליך של נמק, שלאחר שישה ימים הסתיים בנשירת שני-שלישים מן האיבר. במוקד הערעורים שלפנינו ניצבת השאלה, על מי תוטל האחריות לנזקו של הקטין. תביעת הקטין והוריו הופנתה נגד המוהל, המדינה ובית החולים "משגב לדרך" בירושלים. המוהל צירף כצדדים-שלישיים לתביעה נגדו את הנתבעים האחרים, את הורי התינוק וכן את בית החולים "הדסה". בית המשפט המחוזי, שדן תחילה בשאלת החבות, קבע, כי האחריות לנזקיו של הקטין מוטלת במלואה על המוהל לבדו; ולאחר שמיעת ראיות לעניין גובה הנזק, ניתן על-ידו פסק-דין משלים, בו חייב את המוהל לפצות את הקטין והוריו על נזקיהם. נגד החלטתו ופסק-דינו המשלים של בית המשפט המחוזי מופנים הערעורים שלפנינו: בע"א 2055/99 מערערים הקטין והוריו על דחיית תביעתם נגד המדינה ובית החולים "משגב לדרך", וכן על חיובם בתשלום הוצאות לבית החולים "הדסה", שצורף על-ידי המוהל כצד-שלישי לתביעתם נגדו; ובע"א 6452/99 מערערים הם על מיעוט הפיצויים שנפסקו להם. המוהל, בע"א 3023/99, מערער על חיובו באחריות לנזקי הקטין, על גובה הפיצויים בהם חויב, וכן על דחיית הודעתו לצד-שלישי כלפי המדינה, בית החולים "משגב לדרך" והורי התינוק; ואילו על דחיית הודעתו לצד-שלישי כלפי בית החולים "הדסה", אין הוא מערער. שלושת הערעורים נדונו לפנינו בצוותא-חדא.

העובדות וההליכים

2. הקטין נולד ביום 8.5.1994. בתעודה שהוצאה על-ידי בית החולים, במועד שחרורו, נאמר, כי לא נמצאו לגביו כל מימצאים הראויים לציון. ביום 15.5.1994, בשעה 14:00 לערך, בוצעה לתינוק ברית-מילה. המוהל (הרב ניסים זאב) הוזמן על-ידי הורי הילד. הוא מל את הילד וחבש את האיבר. לאחר מספר דקות, עקב דימום, חבש את האיבר חבישה חוזרת, ובמטרה להביא לקרישת הדם, הפעיל לחץ באצבעותיו על התחבושת. כעבור כשעה, משלא נראו על התחבושת כל סימני דימום, הלך לדרכו. בטרם הלך הינחה את ההורים, שאם הדימום יתחדש עליהם לקחת את הילד ללא דיחוי לבית-חולים, לטיפול בקרישת הדם. לקראת ערב, סמוך לשעה 18:00, ביקר המוהל בבית המשפחה, בדק את התינוק והניח את דעת הוריו כי "הכול בסדר".

באותו הערב, סמוך לשעה 22:00, הביאו ההורים את התינוק לבית החולים "משגב לדרך". דודתו של אבי הילד, שעבדה כאחות בבית-חולים זה, שימשה באותו הלילה כאחות תורנית. הדודה נכחה בברית שנערכה

לילד, והייתה ערה לדימום ממנו סבל. לבקשת הדודה הסכים ד"ר ויינברג, רופא בפגיית בית החולים, לראות את הילד, הגם שהדבר לא היה במסגרת תפקידו הרגיל. משראה את התינוק, רשם לו הרופא טיפות לריפוי דלקת קלה בעינו, אך את איבר המין של התינוק הוא לא בדק, אלא הציע לאם לפנות אל המוהל, או - במקרה של התחדשות הדימום - לחדר-מיון. בין הצדדים לא הייתה מחלוקת, כי הרופא נמנע מבדיקת איברו של התינוק, למרות שנאמר לו כי בברית שנערכה לו באותו היום סבל התינוק מדימום באיברו. המחלוקת ביניהם הייתה בשאלה, מדוע נמנע מן הבדיקה. האם העידה, כי ביקשה מהרופא לבדוק את איברו של התינוק, וכי לבקשה זו השיב הרופא ש"אינו מבין בבריתות". הרופא, לעומתה, העיד, כי ביקש מן האם להסיר את התחבושת מעל האיבר, כדי שיוכל לראות מה מצבו, אלא שהאם סירבה להסיר את התחבושת, בטענה שהמוהל אסר זאת.

3. למחרת יום הברית (ביום 16.5.1994) ביקר המוהל בשנית בבית המשפחה ובדק את התינוק. על גבי חלקו העליון של האיבר ניצפה עתה כתם כהה. לשאלת האב, השיב המוהל כי המדובר ב"דם קרוש". בכל אחד משני הימים הבאים (ב17- וכן ב18- לחודש מאי) שב המוהל לבית המשפחה ובדק את הילד; ובכל אחד משני הביקורים הניח את דעת הוריו ש"הכול בסדר". גם ההורים לא חשדו בדבר-מה חריג אצל בנם, שהתנהג כתינוק בריא, ינק והטיל את מימיו ללא סימני מצוקה.

4. ביום 20.5.1994 הבחינה האם, כי התינוק מטיל את מימיו, לא מפי השופכה שבקצה האיבר, אלא ממקום הקרוב לבסיסו של האיבר. התינוק הובא לחדר המיון בבית החולים "ביקור חולים", שלאחר בדיקה ראשונית היפנה אותו בדחיפות למחלקה לכירורגיה-אורולוגית שבבית החולים "הדסה". בבדיקתו על-ידי כירורג-אורולוג, ששימש כרופא כונן, נמצא, כי שני השלישים העליונים של האיבר היו שחורים ויבשים וכי הילד מטיל את מימיו ממקום הסמוך לבסיס האיבר. הרופא איבחן את הקטע השחור של האיבר כרקמת נמק יבשה, ולאחר התייעצות עם הממונה עליו, שיחרר את הילד עם הפנייה לאשפוז, לצורך בדיקת האיבר, ליום 22.5.1994.

ביום 21.5.1994 התרשמו ההורים שמצב איברו של הילד הוחמר. כן סבל הילד משלשולים והקאות. משחזרו עמו לבית החולים "הדסה", החליטו הרופאים לאשפוזו. עוד באותו הערב, בעקבות מגע קל בו, נשר הקטע הנמקי של האיבר. לאחר מכן קיבל התינוק טיפול באנטיביוטיקה, ומקץ שלושה ימים (ביום 24.5.1994) שוחרר מבית החולים.

5. תביעת הקטין והוריו, לפיצויים בגין נזקי הילד, התבססה על עוולת הרשלנות. כאמור, התביעה הופנתה נגד המוהל, נגד המדינה ונגד בית החולים "משגב לדך". כלפי המוהל נטען בתובענה, כי בעת ביצוע

הברית גרם לדימום קשה באיברו של התינוק; כי בעקבות זאת חבש את האיבר בצורה הדוקה מדי, ולא הסיר את התחבושת מבעוד מועד כדי לאפשר זרימה תקינה של הדם; כי במשך ארבעת הימים הבאים לא היפנה את הילד לחדר-מיון בבית-חולים, למרות שהבחין - ותשומת-לבו אף הופנתה לכך - שעל האיבר מתפתח כתם כהה. במעשיו ומחדליו אלה, נטען בתובענה, חדל המוהל מלהשתמש במיומנות ובאמצעי הזהירות בהם היה נוקט, באותן נסיבות, מוהל סביר הכשיר לעיסוקו. כלפי המדינה נטען, כי גם היא נושאת באחריות לנזקי הילד, וזאת בשל מחדלה להסדיר כראוי, בחקיקה או בחקיקת-משנה ראויה, את נושא הכשירות וההסמכה של מוהלים. כן נטען, כי המדינה - שאורגנים שלה מקיימים מנגנון וולונטארי של הסמכה למוהלים - התרשלה בכך שנתנה בעבר למוהל-הנתבע תעודת הסמכה, ובכך שלא קיימה כל פיקוח על תפקודם של המוהלים בכלל ושל המוהל-הנתבע - אשר תעודת ההסמכה שלו פקעה זה מכבר - בפרט. נגד בית החולים "משגב לדרך" נטען בתביעה, כי אף עליו מוטלת אחריות לנזקו של הקטין, באשר בעת שהובא לבית החולים במוצאי יום הברית, התרשל הרופא מטעמו (ד"ר ויינברג) בכך שחדל מלבדוק את מקום הדימום, לא איבחן שעקב חבישה לוחצת של הפצע קיימת חסימה של כלי הדם באיבר, לא גילה ערנות לסיכון הכרוך בכך למצבו של התינוק, ונמנע מאשפוזו של התינוק ומהפנייתו לרופא מומחה.

המוהל כפר באחריות לנזקי הקטין. בהודעתו לצדדים השלישיים הצטרף לטענות התובעים כלפי המדינה וכלפי בית החולים "משגב לדרך". עם זאת טען, כי האחריות לנזקי הקטין מוטלת גם על הוריו, וכן על בית החולים "הדסה". ההורים, טען, התרשלו בכך שלא הבחינו מבעוד מועד, ולא היפנו את תשומת-לבו לכך, שהתינוק מטיל את מימיו שלא מבעד פי השופכה אלא מבסיס האיבר; ובכך, שלא החישו את הילד לבית-חולים. כלפי "הדסה" טען המוהל, כי משהובא הילד, ביום 20.5.94, לחדר המיון בבית החולים "הדסה", התרשל המומחה לכירורגיה-אורולוגית בכך שלא טיפל מיד בנמק שפשה באיבר, ועקב מחדלו לא נמנעו החמרת מצבו של האיבר ונשירת חלקו הנגוע.

6. הדיון לפני בית המשפט המחוזי נחלק, כאמור, לשני שלבים. ביום 10.2.1999 ניתנה החלטת בית המשפט בה נקבע כי האחריות לגרימת נזקי התינוק מוטלת על המוהל בלבד; וביום 28.6.1999 - בתום בירור בו נטלו חלק רק התובעים והמוהל - ניתן פסק-דין משלים, בו קבע בית המשפט את נזקי התובעים וחייב את המוהל לפצותם עליהם. לקטין נפסקו פיצויים - בגין נזקיו הממוניים והלא-ממוניים - בסך כולל של 435,500 ש"ח. ואילו להורי הקטין, בגין עזרתם לקטין וטיפולם בו, נפסק פיצוי בסך 25,000 ש"ח.

7. בעלי הדין בערעורים שלפנינו חלוקים ביניהם, כאמור, בדבר צדקת החלטתו של בית המשפט המחוזי, להטיל על המוהל לבדו את מלוא האחריות לגרימת נזקי הקטין. לנושא זה אפנה עתה. מהכרעתנו בערעורים על ההחלטה בשאלת האחריות לנזקי הקטין, תיגזר התשובה לשאלה אם, בשלב זה, עלינו להידרש גם לערעור של הקטין והוריו, ולערעורו של המוהל, על גובה הנזק ושיעור הפיצויים.

החלטת בית המשפט המחוזי בשאלת האחריות

8. המוהל טען להגנתו, שאת הנמק באיברו של הקטין יש לייחס למום מולד, הידוע בשם היפוספדיאס, או לזיהום. השופט המלומד דחה טענות אלו. בהסתמכו על עדויות מומחים קבע, כי הנמק באיברו של התינוק התפתח עקב חסימה בכלי הדם. מעדויות המומחים עלה, כי אף שבדרך כלל תינוק הסובל מחסימת כלי-דם יגלה סימני סבל, מוכרת התופעה של תינוקות שעל רקע מערכת עצבית בלתי-בשלה אינם מגיבים לכאב. כן עלה מן הראיות, כי חסימת כלי הדם באיבר המין של תינוק, אף שהיא עשויה להפריע לזרימת השתן מבעד לשופכה, לא בהכרח מונעת את הזרימה. כך אירע במקרה הנדון, כשרק בחלוף ימים אחדים, כאשר גם השופכה העוברת באזור הנמק נסתמה, פרץ השתן מבעד לרקמה החיה שבאיברו של התינוק.

בהחלטתו קבע בית המשפט המחוזי, כי הנמק באיברו של הקטין נגרם עקב רשלנות המוהל, שהתבטאה במעשיו ובמחדליו הבאים: בכך שעם הופעת הדימום חבש את איברו של התינוק חבישת-לחץ רוויית-דם, מבלי שלקח בחשבון את הסיכונים הכרוכים בחבישה מסוג זה; בכך שלא הסיר, מבעוד מועד, את תחבושת הלחץ שהפכה לטבעת של דם קרוש; בכך שלא עקב אחר שינוי צבעו של האיבר עקב החבישה; בכך שבבואו לבדוק את הקטין בימים הבאים, לא נתן את דעתו לאפשרות כי גם ילד רגוע, שאינו מתקשה במתן שתן, יכול ויהא סובל מחסימת כלי הדם שבאיברו; ובכך שגם לאחר שהאב היפנה את תשומת-לבו (למחרת יום ביצוע הברית) לכתם הכהה שהופיע על גבי איברו של התינוק, לא היפנה את הילד מיד לבית-חולים או לרופא מומחה. בית המשפט הוסיף, כי בכל הקשור לביצוע ברית המילה, ולתהליך הריפוי בארבעת הימים הבאים, היה הקטין בשליטתו ובפיקוחו של המוהל. הואיל והנזק שנגרם לקטין מתיישב יותר עם האפשרות שהמוהל התרשל, מאשר עם היעדר רשלנות מצדו, התקיימו התנאים לתחולת הכלל "הדבר מדבר בעדו"; ומשלא הוכיח המוהל אחרת, הרי שאף מכך מתחייבת המסקנה כי הוא נושא באחריות לגרימת נזקו של הקטין.

9. בית המשפט לא ראה יסוד לחייב את המדינה באחריות לנזקי הקטין. הסמכת מוהלים והפיקוח על פעילותם אינם מוסדרים בחוק. עם זאת הקימה המדינה מנגנון העוסק בכך באורח "וולונטארי". הסמכת מוהלים מופקדת בידי ועדה בין-משרדית ומותנית בעמידה במבחן. המוהל הנתבע (הרב ניסים זאב) הוסמך, בשנת 1974, על-ידי הוועדה הבין-משרדית לשמש כמוהל, וזאת לאחר שנבחן ונמצא כשיר לכך. התעודה שהונפקה לו

הייתה תקפה למשך חמש שנים, אך עד האירוע נשוא הדין, ולמרות שני מכתבי-תזכורת שנשלחו אליו בקשר לכך בשנים 1979 ו-1985, הוא לא טרח לחדש את הסמכתו. במשך קרוב לעשרים שנה - שבמהלכן ביצע כ-4,000 בריתות - לא נכלל שמו ברשימת המוהלים המוסמכים. בשנת 1996, לאחר הגשת התביעה, הוכלל שמו ברשימה. במשפט הוסבר, כי הדבר נבע מטעות, הגם שברשימה עצמה צוין לגביו, כי "דרושה הצגת תעודת מוהל תקפה". בית המשפט המחוזי לא ראה מקום להסיק כל מסקנות, לעניין הטלת אחריות על המדינה, ממחדלו של המוהל לחדש את הסמכתו; הן מפני שהשתכנע כי המוהל, שבמשך כעשרים שנה ביצע אלפי בריתות מבלי שבאה עליו כל תלונה, היה מודע להנחיות שנכללו ב"תדריך למוהלים" שהוכן על-ידי הוועדה הבין-משרדית, והן מפני שהוזמן לבצע את ברית המילה בקטין התובע למרות שבזמן הרלוונטי שמו לא הופיע ברשימת המוהלים המוסמכים. השופט גם לא שוכנע, כי על המדינה חלה חובה ליזום חקיקה בה יוסדר הנושא של הסמכת מוהלים, פעילותם והפיקוח עליהם. כן לא היה מוכן לקבוע, כי משחדל המוהל לחדש את הסמכתו, חלה על המדינה אחריות לנזקים.

10. גם התביעה נגד בית החולים "משגב לדרך" נדחתה. בית המשפט קבע, כי לד"ר ויינברג (רופא הפגייה שנקרא לבדוק את התינוק) אמנם נמסר, כי בעקבות ברית-מילה שעבר באותו היום סבל הילד מדימום. אך במחלוקת שנתגלעה בין גירסת הרופא לבין גירסת האם, בדבר הסיבה שבגללה נמנע הרופא מלבדוק את איברו של התינוק, העדיף בית המשפט את גירסת הרופא. בית המשפט דחה את גירסת האם, כי לבקשתה שיואיל לבדוק את איברו של התינוק השיב הרופא, כי "אינו מבין בבריתות"; וקיבל את גירסת הרופא, כי לנוכח סירוב האם להסיר את התחבושת, נבצר ממנו לבדוק את מצב האיבר. בית המשפט קבע, כי משסירבה האם להסיר את התחבושת, לא היה הרופא רשאי - לא כל שכן שלא היה חייב - לעשות כן בעצמו בניגוד לרצון האם. בנסיבות העניין, ספק אם היה בידי הרופא לחשוד, כי התחבושת העוטפת את האיבר חוסמת כלי-דם, אך גם אם חשד כזה התעורר אצלו, יצא הרופא ידי חובה בכך שהיפנה את האם אל המוהל או לחדר-מיון במקרה שיתחדש הדימום. עוד קבע השופט, כי מכל מקום לא הוכח, שבמועד הבאת התינוק ל"משגב לדרך" (במוצאי יום ביצוע הברית) עדיין לא נגרם לתינוק נזק בלתי-הפיך. מכאן שגם אילו נקבע, שעל הרופא חלה חובה להסיר את התחבושת לשם בדיקת האיבר, הרי שבהיעדר ראיה לקיום קשר סיבתי בין מחדלו לבין הנזק, לא היה ניתן לחייב את "משגב לדרך" באחריות לנזק שנגרם. בדיון לפני בית המשפט המחוזי הוברר, כי בליל הבאתו של התינוק לבית החולים, או בסמוך לכך, לא ערך הרופא כל תרשומת אודות הנסיבות שבגללן נמנע מבדיקת איברו של התינוק. תיעוד כזה נערך על-ידי רק ביום 6.4.1996, בעקבות הגשת התביעה וקרוב לשנתיים לאחר ליל המעשה. אף בכך לא מצא השופט בסיס להטלת אחריות על בית החולים. השופט סבר, כי מאחר שהפנייה אל הרופא בעניינו של התינוק לא נעשתה במסגרת שיגרת העבודה של בית החולים, אלא כבקשה לעשיית "טובה אישית" לאחות התורנית (דודת האב), לא חלה על הרופא כל חובה לערוך תרשומת אודות הביקור, מה גם

שהביקור הסתיים ללא בדיקה של האיבר. על כל פנים, הוסיף השופט וקבע, לא הוכח קיום קשר סיבתי בין היעדר הרישום לבין התפתחות הנמק.

11. בית המשפט קבע, כי אין להטיל אשם כלשהו על הורי הקטין. בהיעדר אזהרה מצד המוהל, בדבר הסיכון הכרוך בחבישת הלחץ, לא היו ההורים יכולים לדעת או לחשוש כי שינוי צבעו של האיבר נגרם בגללה. השופט קבע, כי רק ביום 20.5.1994, לראשונה, נתגלה להורים כי תינוקם פולט שתן מבסיס האיבר; ולכן אין לזקוף לחובתם את העובדה שלא הביאוהו לחדר-מיון לפני תאריך זה.

12. כאמור, בית המשפט המחוזי החליט לפטור מאחריות גם את בית החולים "הדסה", ועל חלק זה של ההחלטה אין לפנינו ערעור. אלא שבית המשפט החליט, שעל הקטין והוריו לשלם ל"הדסה" את הוצאותיה ושכר-טרחת עורך-דין בסך 15,000 ש"ח. ערעור הקטין והוריו הופנה גם נגד חיוב זה, ואולם, במעמד שמיעת הערעורים הודיע בא-כוחה של "הדסה" כי שולחתו מסכימה לביטול החיוב; ובכך הוסר עניין זה מעל הפרק.

לתחולת פקודת הרופאים על מילה

13. בשני הערעורים על החלטת בית המשפט המחוזי בשאלת האחריות לנזקי הקטין, מעלים הצדדים את שאלת תחולתה של פקודת הרופאים [נוסח חדש], תשל"ז 1976-, על ביצוע מילה. הקטין והוריו (בערעורם בע"א 2055/99) טוענים, כי מעשה המילה מהווה פעולה רפואית שהפקודה חלה עליה. באי-כוחם אמנם לא טוענים, כי ביצוע מילה על-ידי מוהל שאינו רופא מהווה עוולה של הפרת הוראה חקוקה, בשל הפרת האיסור על "עיסוק ברפואה", שפקודת הרופאים מטילה על מי שאינו רופא. אך על יסוד איפיון המילה כפעולה רפואית מבקשים הם לבסס נגד המוהל עילה של "רשלנות רפואית". על אותו בסיס משתייתים פרקליטי הקטין והוריו גם את טענתם, כי לנוכח מחדלה של המדינה לאכוף על מוהלים שאינם רופאים את האיסור לעסוק ברפואה, מן הדין היה לחייב גם את המדינה באחריות לנזקי הקטין. המדינה, המבקשת לדחות טענות אלה, גורסת כי עשיית מילה אינה מהווה "עיסוק ברפואה", כהגדרתו בפקודת הרופאים, ולפיכך ביצוע מילה על-ידי מוהל שאינו רופא אינו מפר את האיסור הקבוע בפקודה.

גם בא-כוחו של המוהל, בדרכו שלו, ניסה להיבנות מטענה בדבר הפרתה הלכאורית של הפקודה על-ידי שולחו. בביצוע מילה, שלשיטתו נתפס כ"חריג" לאיסור הכללי, אמנם אין המוהל עובר על האיסור לעסוק ברפואה. אלא שחובת הזהירות המושגית של מוהל יכולה לטענתו להשתרע, אך ורק, על ה"חריג" של ביצוע המילה עצמה; בעוד שבכל הנוגע להתפתחויות שלאחר ביצוע המילה, אין עליו כל חובה. כך, לטענתו, מתחייב מהוראות הפקודה בדבר ייחוד העיסוק ברפואה למי שהורשו לכך. לשון אחר: אחריותו של מוהל מתחילה ומסתיימת בביצוע ברית המילה. במה שמתרחש (אם מתרחש) לאחר מכן מנוע הוא מלטפל, וממילא לא חלה

עליו חובת זהירות מושגית בגינו. על רקע תפיסה זו תוקף פרקליטו של המוהל את קביעת בית המשפט המחוזי, כי במשך ארבעת הימים שלאחר המילה היה הקטין בפיקוחו ובאחריותו של המוהל.

14. דין של טענות אלו להידחות. סעיף 3 לפקודת הרופאים מייחד את העיסוק ברפואה למי שהוא

"רופא" (כהגדרתו בסעיף 2). לעניין זה מורה סעיף 3(א) לפקודה כי

מי שאינו רופא מורשה לא יעסוק ברפואה ולא יתחזה, במפורש או מכללא, כעוסק ברפואה או כמוכן לעסוק בה.

"עיסוק ברפואה", כהגדרתו בסעיף 1 לפקודה, כולל:

בדיקת חולים ופצועים, אבחונם, רפויים, מתן מרשם להם, פיקוח על נשים בזיקה להריון וללידה, או שירותים אחרים הניתנים בדרך כלל מידי רופא; לרבות רפוי באקופונקטורה.

חלקה הראשון של ההגדרה כולל רשימת פעולות, שאף אחת מהן אינה נוגעת לביצוע מילה. גם חלקה השלישי, המסדיר את תחום ה"רפוי באקופונקטורה" (ראה, בהקשר זה, גם את הוראת סעיף 59 לפקודה), אינו נוגע לענייננו. נותר חלקה השני של ההגדרה, הכולל הוראה שירותית: "שירותים אחרים הניתנים בדרך כלל מידי רופא". המבחן המנחה לסיווגה של פעולה כ"עיסוק ברפואה", על-פי הגדרה זו, הוא מבחן עובדתי, לאמור, האם הפעולה היא בגדר שירות הניתן "בדרך כלל מידי רופא". התשובה לשאלה, אלו שירותים נכללים בהגדרה זו ואלו מהם אינם נכללים, צריכה אפוא להיגזר מן המקובל בעיני הציבור על-פי ניסיון החיים. ביצוע ברית-מילה מהווה למעשה מעין ניתוח כירורגי. אך בשונה מרוב הניתוחים אין מטרתו לרפא חולה או פצוע. לפיכך אינו נכלל בחלקה הראשון של ההגדרה. כן אין הוא נופל בגדר חלקה השני של ההגדרה. יש אמנם יחידים (ואולי אף יחידים רבים), הבוחרים למילת בניהם רופא-כירורג. אך לית מאן דפליג - ואיש מבעלי הדין לא ניסה להוכיח אחרת - כי בריתות בישראל, בקרב יהודים ובקרב מוסלמים, מבוצעות בדרך-כלל בידי מוהלים שאינם רופאים, ולא בידי רופאים.

15. אכן, מילת ילדים זכרים, הנהוגה אצל רוב תושבי הארץ, היהודים והמוסלמים, אינה נתפסת כשירות רפואי, אלא כמצווה דתית, או (בעיני מי שאינם מקפידים בקיום מצוות דתיות) כמנהג מסורתי-אתני. חובת המילה נזכרת במקורות העבריים הקדומים ביותר (בראשית, יז, י-יד) וביהדות היא נחשבת לאחת ממצוות-עשה החשובות ביותר, המוטלת בראש ובראשונה על אבי הילד: "האב חייב בבנו למולו, ולפדותו, וללמדו תורה, ולהשיאו אשה, וללמדו אומנות; ויש אומרים: אף להשיטו במים" (בבלי קידושין כט, א); וכן נאמר: "מצות עשה לאב למול את בנו, וגדולה מצוה זו משאר מצות עשה" (שולחן ערוך יורה דעה סימן רס, סעיף א).

מילה הינה פעולה שביצועה אכן מצריך מיומנות רפואית מסוימת, וביצועה כרוך גם בסיכונים בעלי אופי רפואי. אך איפיונה הדומיננטי של הפעולה אינו רפואי, אלא דתי-פולחני. לנוכח חיובי מצוות הדת הכרוכים בביצוע המילה, ועל רקע מסורת עתיקת-יומין המנחה את תפיסות הציבור הרחב בכל הנוגע לביצועה של מילה, נקל להבין על שום מה נמנע המחוקק מלכלול את ביצוען של בריתות בתחום ה"עיסוק ברפואה", כמשמעו בפקודת הרופאים. לא למותר להוסיף, כי ההכרה בלגיטימיות של ביצוע מילה בידי מי שאינם רופאים, בשל היותה של המילה מצווה דתית, כפופה לכך שהמילה תבוצע בדרך נאותה ובידי מוהל מיומן ולכך שאין בביצועה משום פגיעה בתקנת הציבור או בכבוד האדם.

16. נראה כי התפיסה הגורסת, שביצוע מילה אינו "פעולה רפואית", רווחת גם מעבר לים. כמה ממדינות ארצות הברית הוציאו במפורש מגדרו של העיסוק ברפואה, כמשמעו בחקיקתן, ביצוע מילה על-ידי רב או ממניעים דתיים: Minn. Stat. § 147.09(10) (2000); Mont. Code § 37-3-103(1)(h) (2000); Wisc. Stat. § 448.03(2)(g) (2000). וכך נקבע גם באונטריו, קנדה: Ont. Reg. 107/96, § 9. במדינת ניו-יורק, שהינה, כידוע, בעלת אוכלוסייה יהודית גדולה, לא הוצאה המילה הדתית במפורש מגדר העיסוק ברפואה כמשמעו בחקיקה. אך משנטען לפני בית המשפט, כי ביצוע מילה בידי מוהל שאינו רופא מפר את האיסור החוקי על עיסוק ברפואה ללא רשיון, דחה בית המשפט את הטענה:

A religious ritual, such as a circumcision, anciently practiced and reasonably conducted, is not subject to governmental restrictions so long as it is consistent with the peace or safety of this state...

Therefore, while a circumcision performed by a physician would be the practice of medicine, a circumcision performed as a religious ritual by a qualified person (a Mohel, in this case) does not constitute the practice of the profession of medicine within the meaning of the Education Law.

Nevertheless, the principles of negligence still apply. Rabbi Weinberger must meet the professional standards of skill and care prevailing among those who perform circumcisions (*Zakhartchenko v. Weinberger*, 605 N.Y.S.2d 205, 206 (Sup. 1993)).

יצוין כי בפסק-דין זה הסתמך בית המשפט על החלטה קודמת של בית-משפט במדינת ניו-יורק, בה נפסק כי אסור לבית-חולים למנוע ממוהל שאינו רופא לבצע ברית-מילה בבית החולים לפי דרישת משפחת התינוק, משום שהזכות לברית מעוגנת בזכותה של המשפחה לחופש הדת (*Oliner v. Lenox Hill Hospital*, 431

(N.Y.S.2d 271, 272 (Sup. 1980)). כעולה מן המובא, הבחין בית המשפט בין ביצוע ברית-מילה בידי רופא לבין ביצועה בידי מוהל. ביצועה על-ידי רופא ייבחן על-פי אמות המידה על-פיהן נבחנות פעולות רפואיות אחרות. מוהל המבצע ברית-מילה אינו חייב להיות בעל כישורים מקצועיים בתחום הרפואה הנדרשים מרופא. אך דיני הרשלנות חלים גם על מוהל; ואם המוהל אינו עומד ברמת המיומנות והכישורים המקצועיים המקובלים בקרב העוסקים במקצועו, יישא באחריות לנזק שגרם.

פסקי-דין אלה, שהם כנראה היחידים העוסקים בשאלת סיווגה של ברית-מילה כעיסוק ברפואה, יצאו אמנם מתחת ידיהן של ערכאות נמוכות יחסית. אף-על-פי-כן ניתן לראותם כמשקפים את הגישה המקובלת בארצות הברית, לגבי החלת ההגבלות החוקיות של העיסוק ברפואה על ביצוע ברית-מילה. גישה זו מורה, שאת תכלית החוק המחייב את העוסק ברפואה להיות מורשה לכך, יש לבחון לא רק לאור מהותה ה"טכנית" של הפעולה, אלא גם על-פי מטרתה, הקשרה ההיסטורי והחברתי, מעמדו של מבצע הפעולה ושיקולים נוספים (ראו *Hicks v. Arkansas State Medical Board*, 537 S.W.2d 794 (Ark. 1976); *Acupuncture Society of Kansas v. Kansas State Board of Healing Arts*, 602 P.2d 1311 (Kan. 1979)).

17. חלקה השני של הגדרת "עיסוק ברפואה" מחיל מבחן גמיש לסיווגן של פעולות כאלה ואחרות כפעולות רפואיות או לבר-רפואיות. על-פי מבחן זה, פעולה תיחשב כ"עיסוק ברפואה" רק אם בדרך כלל פעולה מאותו סוג נעשית בידי רופא. לא למותר לציין, כי החלת מבחנים גמישים כאלה מתחייבת מן המיגוון האינסופי של פעילויות, שחרף היותן בעלות אופי מעין-רפואי, ביצוען מופקד בדרך כלל בידי מי שאינם רופאים, ובשונה מן העוסקים במקצועות העזר לרפואה (כמו אחיות, פאראמדיקס וכדומה), אף אינם נתונים לפיקוחם של רופאים. התפיסה הניצבת ביסוד חלק זה של ההגדרה היא, שככלל אין לסווג פעולה כ"רפואית" רק על-פי מאפייניה הטכניים (כגון שביצועה מערב שימוש במכשירים כאלה ואחרים), אלא יש להביא בחשבון גם את תכליתה (כגון, השאלה אם הפעולה נועדה למטרות ריפוי) וכן, ובמיוחד, את האופן בו הציג המבצע את עצמו בפני הנזקק לשירותו. כך, לדוגמה, אם מבצע הפעולה מציג את עצמו כבעל כישורים לרפא חולי, או לטפל בבעיה בריאותית, תסווג פעילותו בדרך כלל כעיסוק ברפואה, שכן העיסוק ברפואה נתפס כמקצוע שיש לבעליו הכישורים לרפא ולטפל במחלות.

גישה זו רווחת בפסיקת בתי המשפט בארצות הברית. בפסק-דינו בפרשת *State Board of Medical Examiners v. Terrill* 161 P. 451 (Utah 1916) הסביר בית המשפט העליון במדינת יוטה את החשיבות שיש לייחס למטרת הפעולה ולמצגו של המבצע. להלן דבריו בנקודה זו (בעמ' 453 לפסק הדין):

The object of the statute is to protect the sick and suffering of the community against the unlearned and incompetent who hold themselves out as being possessed of peculiar skill in the treatment of diseases, but who are ignorant of the human system and of the diseases to which it is subject.

דומה כי תפיסה דומה ניצבה גם ביסוד פסק-דינה של השופטת בן-פורת בע"פ 726/78 **שלחין נ'**

מדינת ישראל, פ"ד לד(2) 701, בו נדרש בית המשפט לקבוע את היקף התפרסותו של המונח "עיסוק ברפואה", כמשמעו בפקודת המתעסקים ברפואה, 1947. משנוכחה - כעולה מפרשת *Younghusband v. Luftig*, [1949] 2 All E.R. 72, 76 - כי הדין האנגלי אינו מטיל כל מגבלות סטאטוטוריות על העיסוק ברפואה, פנתה השופטת בן-פורת למשפט ארצות הברית והעלתה ממנו שפע דוגמאות לפעילויות מסוגים ובתחומים שונים, שחרף היותן בעלות אופי רפואי-טכני אינן נתפסות כחלק מן העיסוק ברפואה, ובלבד שהעוסק בכך אינו מתיימר להיות בעל כישורים למתן טיפול רפואי.

18. לכאורה נראה, כי גם את המונח "עיסוק ברפואה" שבפקודת הרופאים ניתן לפרש ברוח התפיסה האמורה. על-פי תפיסה זו, תכליתו המרכזית של האיסור שמטילה הפקודה על העיסוק ברפואה ללא רשיון היא להגן על הציבור מפני המתיימרים להיות בעלי הכשרה וכישורים בריפוי חולאים ובעיות רפואיות, בעוד שלאמיתו של דבר אין הם בעלי כישורים כאלה. מכאן עולה, כי הכרעה בשאלה, אם פעולה כלשהי מפרה את האיסור על עיסוק ברפואה, חייבת להתבסס על בחינתה של הפעולה בהקשר הרחב. לא רק דרך ביצועה של הפעולה, אופייה הטכני והמיכשור המשמש לביצועה צריכים להישקל, אלא גם התכלית אותה נועדה להשיג והמשמעות שמייחסים לה מבצע הפעולה, מחד, והנזקק לשירותיו, מאידך, על רקע מצגו של המבצע. שאלות מרכזיות הטעונות בחינה, על יסוד עובדותיו המיוחדות של המקרה הנתון, תהיינה: כלום הוצגה הפעולה או נתפסת היא כמיועדת לאבחן או לרפא חולי, או מיגבלה בריאותית? וכלום מבצע הפעולה מציג את עצמו, ולוא גם במשתמע, כבעל כישורים לממש איזו מן התכליות הללו? במאמר מוסגר אוסיף, כי מבחינים אלה - המשקפים פרשנות לכאורה נאותה להגדרת העיסוק ברפואה שבפקודת הרופאים - אינם מספקים תשובה מניחה את הדעת לכשרות עיסוקם של בעלי מקצועות בתחומי הרפואה המשלימה לענפיה (הומאופתיה, אקופונקטורה, רפלקסולוגיה, כירופרקטיקה ועוד). בקרוב תימלאנה עשר שנים לפרסום דו"ח הוועדה לבדיקת נושא הרפואה המשלימה בישראל, בראשות המשנה לנשיא בית המשפט העליון השופט מ' אלון, אשר המליצה להסדיר בחקיקה את תחומי העיסוק האמורים. יש להצטער שעד כה לא נעשה דבר לתיקון המצב החוקי, ברוח המלצותיה של הוועדה.

19. יצוין כי גם בהלכות המשפט העברי נקבע איסור על העיסוק ברפואה ללא מומחיות מספקת, והוטלה

אחריות נזיקית על המפר איסור זה (טור, יורה דעה, שלו, א):

לא יתעסק ברפואה אלא אם כן יהא בקי ויודע בחכמה ובמלאכה, ולא יהא שם גדול ממנו. אבל כל שאינו יודע בטיב מלאכה זו לא יהא עוסק בה, וכן אם יש גדול ממנו לא יתעסק בה כלל, קל וחומר משאר דינים והוראות שבתורה, דהיאך יורה בספק נפשות במקום שיש גדול ממנו? ואם לא נתעסק בה כלל, הרי זה שופך דמים, ובן גיהנם הוא בודאי. ואם ריפא שלא ברשות בית דין והזיק, חייב בתשלומין אפילו אם הוא בקי, וכל שכן באחד שאינו בקי, שאין בית דין מרשין למי שאינו בקי.

עולה מדברי הטור הנ"ל, כי גם הצורך ברשיון ("רשות בית דין") הוכר בהלכה מקדמת דנא. בעל ערוך

השולחן אף עידכן את ההלכה והתאימה לעידן המודרני (יורה דעה, שלו, ב):

אסור להתעסק ברפואות אלא אם כן הוא בקי ויש לו רשות מבית דין, והאידינא [ובזמננו] צריך להיות מוסמך מהממשלה שיש לו רשות ליתן רפואות לחולאים... ואם ריפא שלא ברשות בית דין והממשלה, חייב בתשלומין, אפילו הוא בקי, אם החולה נתנזק על ידו...

חובת הזהירות המוטלת על מוהל

20. המסקנה הנלמדת לענייננו מכל האמור היא, כי אין לראות במוהל המבצע ברית-מילה, כקיום מצווה דתית, כמי שעוסק ברפואה. בבצעו מילה אין המוהל מבצע פעולה רפואית כמשמעה בפקודת הרופאים. הנחת המוצא היא, כי מילה המבוצעת על-ידי מוהל שאינו רופא, אינה מבוצעת לצורך רפואי. המוהל אינו מציג את עצמו כבעל כישורים רפואיים, ולהורי התינוק, הממנים אותו לביצוע הברית, אין כל ציפייה שמילת בנם תסייע בריפוי בעיה רפואית או מחלה כלשהי. כלום ביצוע מילה בידי רופא מהווה עיסוק ברפואה? כפי שכבר נוכחנו, בתי המשפט בארצות הברית השיבו לשאלה זו בחיוב. לכאורה ניתן לטעון, כי מהגדרת פקודת הרופאים למונח "עיסוק ברפואה" - ומן העובדה כי אף רופא המבצע מילה אינו מצופה לסייע בריפוי מחלה - מתחייב אצלנו דין שונה. לי נראה כי ביצוע מילה בידי רופא מהווה פעולה רפואית כמשמעה בפקודת הרופאים, המבוצעת במסגרת עיסוקו הרפואי של הרופא. הטעם המרכזי לכך הוא, כי הורים הפונים לרופא לצורך מילת בנם, עושים כן עקב הסתמכותם על כישוריו הרפואיים של הרופא. הבחנה זו שבין רופא לבין מוהל לעניין פקודת הרופאים אינה חסרת משמעות גם לעניין עוולת הרשלנות. ההבחנה אמנם אינה מתייחסת לעילת החיוב באחריות לנזק שנגרם. מוהל הפועל ברשלנות בביצוע מילה, יישא באחריות לנזק; והוא הדין ברופא המתרשל בביצוע מילה וגורם לנזק. אלא שאמת המידה להכרעה בשאלת קיומה של רשלנות אינה זהה בשני המקרים. חובת הזהירות המוטלת על רופא נגזרת מרמת הכישורים המקצועיים של רופא סביר מסוגו; ובהפרתה של חובה זו יש משום

רשלנות רפואית. על מוהל, שאינו רופא, אין מוטלת חובת זהירות זהה לחובתו של רופא. מוהל יחויב באחריות בשל רשלנות אם הפר את חובת זהירותו כמוהל.

מהו אפוא היקף חובת הזהירות המוטלת על מוהל? התשובה לשאלה זו, במישור המושגי, חייבת להתבסס על שתי הנחות ראשוניות: האחת, כי מוהל אינו ניחן בכישורים של רופא, ומכאן שחובת הזהירות המוטלת עליו הינה, מטבע הדברים, שונה ואף מוגבלת מחובת הזהירות המוטלת על רופא המבצע ברית. והשניה, כי המוהל ניחן, בנוסף לכישורים המקצועיים הנדרשים לביצוע המילה עצמה, גם בידע של אותם תהליכים פיסיולוגיים, שהבנתם נדרשת לביצוע פעולות נלוות למילה עצמה; בין שהן קודמות ובין שהן מאוחרות למילה עצמה. מוהל חב אפוא חובת זהירות כלפי הנימול - ומשום כך אחראי - לא רק לתוצאה מזיקה שגרם לו עקב חריגתו מרמת המיומנות הסבירה בביצוע מעשה המילה, אלא גם לתוצאה מזיקה שגרם לו באחת הפעולות הנלוות למילה. כך, למשל, מוחזק המוהל כידוע ומבין, כי חבישה לוחצת של מקום המילה עלולה לגרום לחסימת כלי-דם באיברו של התינוק ועקב כך - לנמק. ביצוע חבישה כזאת מעמיד את התינוק בחזקת סכנה, שדבר קיומה מצוי בגדר חובת הצפיות של מוהל. אם תתממש הסכנה, ולתינוק ייגרם הנזק, יישא המוהל באחריות לתוצאות אם לא נקט אמצעים סבירים למניעתן.

21. שאלה נוספת שיש לברר היא, מה גדר חובת הזהירות המוטלת על מוהל כלפי הנימול, ביחס לתופעות כאלה ואחרות המתגלות בימים שלאחר הברית, ואשר נראות כקשורות בברית המילה. לדידי, גם ביחס לתופעות כאלה חלה על המוהל חובת זהירות, שהפרתה על-ידי עוללה להקים עילה לחיובו באחריות. אך זו חובה בעלת תוכן שונה מן החובה המוטלת עליו ביחס למעשים שהם בגדר כשירותו המקצועית. המוהל מוחזק כבעל כושר להבחין בהתפתחות חריגה במצבו של התינוק, המופיעה סמוך לאחר הברית, או שתשומת-לבו מופנית אליה בימים הקרובים שלאחר מכן. חובתו במקרה כזה היא להפנות את הורי התינוק בדחיפות לרופא. ודוק: חובתו במקרה כזה אינה לאבחן את מצבו של התינוק ולטפל בו בעצמו. חובתו היא להימנע מניסיון איבחון וממתן טיפול; עליו אף להסביר להורים, כי איבחון מצבו של התינוק והטיפול בו הם עניין לרופא, וכי לו עצמו אין הכישורים - והוא אף מנוע על-פי הדין - לעשות את מלאכתו של רופא.

22. כשמתגלה למוהל, בימים שלאחר המילה, תופעה חריגה במצבו של התינוק, והוא אינו מפנה את התינוק לרופא, אלא מנסה לאבחן את מצבו או מטפל בו בעצמו, מפר הוא את חובת הזהירות המוטלת עליו. כשהוא נוהג כך, הריהו כמי שמשים עצמו רופא אף-על-פי שאינו בעל הכישורים (הפורמליים והמעשיים) לעסוק ברפואה. בכך הוא נוטל על עצמו אחריות נרחבת לכל התוצאות המזיקות העוללות להיגרם לתינוק, בין מחמת מחדלו להפנותו לקבלת טיפול רפואי ראוי מידי רופא, ובין מחמת מעשיו במתן טיפול שגוי ובלתי מתאים.

התחזות כמומחה לדבר מטילה על המתחזה חובת זהירות של מומחה, ומי שמתיימר לעסוק ברפואה, אף שאיננו מורשה לכך, נושא בחובת הזהירות המוטלת על רופא. יפים לכאן דברי בית המשפט העליון של אירלנד בפרשת *Brogan v. Bennett*, [1955] I.R. 119 :

If a person is induced to become a patient of an unqualified person on the recommendation that that person is skilled, the latter owes a duty to use care in using the skill and administering the treatment which he has offered. He is not expected to employ the degree of skill which would be expected from a qualified man. He is only liable for failure to employ such skill as he said he had (at p. 126).

מן הכלל אל הפרט

23. בדין פסק בית המשפט המחוזי בפרשתנו, כי המוהל חב בנזיקין לנזקי הקטין. כשלעצמי הנני נכון להניח - ובית המשפט המחוזי אף לא קבע ממצא אחר - כי טיפולו המייד של המוהל בדימום שהופיע מיד לאחר המילה, ושהתבטא בחבישת האיבר, נעשה על-ידו כראוי, ועל-פי הסטנדרטים המקובלים לטיפול במקרים של דימום מסוג זה. אלא שהמוהל לא הסתפק בחבישה, אלא גם לחץ באצבעו על איברו של הקטין, והותיר על איברו תחבושת הדוקה הספוגה בדם קרוש. גם אם אניח לטובתו, כי הפעלת לחץ היוותה, בנסיבות העניין, אמצעי סביר ונדרש לעצירת הדימום, היה על המוהל לדעת כי השימוש באמצעי זה יצר סיכון לחסימת כלי הדם באיבר. במניעתו של סיכון זה לא היה כשיר, ואף לא מוכשר, לטפל בעצמו; אך משנוצר הסיכון, שדבר קיומו היה בגדר חובת הצפיות המוטלת עליו, חלה עליו חובה להפנות את הקטין, מיד וללא דיחוי, לרופא או לחדר-מינון של בית-חולים. במחדלו לעשות כן הפר את חובת הזהירות שהייתה מוטלת עליו. בטרם הלך לדרוכו הינחה המוהל את הורי התינוק, שאם יתחדש הדימום עליהם לפנות עם בנם לבית החולים. במתן הנחייה זו הפר המוהל את חובת הזהירות פעם נוספת. חובתו הייתה להנחות את ההורים לפנות עם בנם לבית החולים, בשל חשש לחסימת כלי הדם באיברו, ובכך שאמר להם כי עליהם לפנות לבית-חולים רק אם הדימום יתחדש, היטעה אותם ומנע מן התינוק את קבלת העזרה רפואית לה נזקק בדחיפות. בארבעת ביקוריו בבית המשפחה בדק המוהל את התינוק והניח את דעת הוריו ש"הכול בסדר". גם כשאבי הילד היפנה את תשומת-לבו, למחרת יום המילה, לכתם הכהה שהופיע על איברו של התינוק, פטר אותו המוהל באמירה כי המדובר בדם קרוש. בכל אלה הפר המוהל, פעם אחר פעם, את חובת הזהירות שחלה עליו, כשבמקום להסביר להורים כי במצב שנוצר עליהם לפנות לרופא, בבקשת ייעוץ וטיפול, התיימר בפניהם כמי שבדיקותיו, אבחנותיו ומסקנותיו נובעות מידע מקצועי וממיומנות. הורי הקטין סמכו על המוהל ונתנו בו אמון; הסבריו הרחיקו מלבם דאגה והסיטו את תשומת-לבם מסימניו המחמירים והולכים של הנמק ומחובתם להחיש את בנם בדחיפות לקבלת טיפול רפואי ראוי לשמו. העולה מכל אלה הוא, שגם אם מניחים כי בעצם לחצו של המוהל על איברו של הקטין לא היה כדי לגרום לנמק,

כנזק בלתי-הפיר, אין מנוס מן המסקנה, כי במחדליו להנחות את הורי הקטין להחיש את בנם לרופא או לבית-חולים, למניעת נזק אפשרי ואף מסתמון, תוך שהוא משים עצמו כמבין ויודע, גרם המוהל לנזק הכבד שנגרם לקטין בסופו של התהליך.

אחריות המדינה

24. הקטין והוריו מערערים על החלטת בית המשפט המחוזי לפטור את המדינה מאחריות לנזק שנגרם לקטין. בטיעוניהם ניסו באי-כוחם לבסס את אחריות המדינה על כמה יסודות: אי-אכיפת פקודת הרופאים על מוהלים; מחדל לקיים מעקב ופיקוח אפקטיוויים אחר פעילותם של מוהלים; הסתמכות סבירה של הציבור על ההנחה, כי המדינה מקיימת מעקב ופיקוח כאלה; הימנעות מנקיטת אמצעים להפסקת פעילותו של המוהל, לאחר שפג תוקף הסמכתו והוא נמנע מלחדשה; ואי-התרעה לציבור על כך.

לחלק מן הטענות הללו כבר ניתנה תשובה, במסגרת הדיון דלעיל בשאלת תחולתה של פקודת הרופאים על ביצוע מילה. בצדק, אפוא, טענה המדינה בתשובתה, כי ביצוע מילה (והפעולות הנלוות לה) על-ידי מוהל אינו "עיסוק ברפואה", כמשמעו בפקודת הרופאים, וכי בהיעדר חקיקה המסדירה את עיסוקם של המוהלים, אין בידה סמכות לחייבם בקבלת הסמכה ולקיים על עיסוקם פיקוח בעל אופי מחייב. נותרה הטענה, כי המדינה חבה כלפי הקטין ברשלנות. אף טענה זו אין בידי לקבל. לביסוס תביעתם נגד המדינה, בעילת רשלנות, היה על הקטין והוריו להראות, כי בהקשר הרלוונטי התקיימו ביניהם לבין המדינה יחסי "שכנות", שבכוחם להקים צפיות נורמטיביות, המטילה על המדינה חובת זהירות (ע"א 915/91 מדינת ישראל נ' לוי, פ"ד מח(3) 45, דברי הנשיא שמגר בעמ' 67-69). משוכה זו הם לא עברו. לא זה בלבד, שהמדובר הוא בטענה להתרשלנות במחדל, כשהמזיק הישיר הוא אחר (המוהל), אלא שבהיעדר סמכות לפיקוח על המוהלים, ברי שלמדינה גם לא הייתה כל שליטה על מהלך האירועים. אמנם ייתכנו מקרים, בהם תישא המדינה באחריות עקב הפרת חובתה לקיים פיקוח. אך תנאי לכך, בדרך כלל, הוא שלמדינה נתונה סמכות פיקוח. קיומה של סמכות כזאת בידי המדינה עשוי ליצור הסתמכות סבירה של האזרח שהמדינה מפקחת כראוי; ראו פסק דין לוי הנ"ל, 68; *Blessing v. United States*, 447 F. Supp. 1160, 1197 (E.D.Pa. 1978); המאוזכר **שם**, 69, וסעיף 324A(c) של ה-*Restatement (Second) of Torts*. אך יודגש, כי גם כאשר מוכח, שהמדינה נמנעה מלפקח על פעילות שהוסמכה לפקח עליה, מוטל על בית המשפט לבחון אם המדינה התרשלה במחדלה זה (ראו ע"א 684/76 אייל נ' פוקסמן, פ"ד לא(3) 349, וע"א 862/80 עיריית חדרה נ' זוהר, פ"ד לז(3) 757, 763).

כלום הפיקוח הוולונטארי על הסמכתם של מוהלים, שהופעל על-ידי הוועדה הבין-משרדית, עשוי ליצור הסתמכות סבירה של הציבור, שהמדינה מקיימת פיקוח ראוי? שאלה זו הייתי משאיר בצריך עיון, שכן בפרשתנו אין מתעורר צורך להכריע בה. כפי שקבע בית המשפט המחוזי, הורי הקטין הזמינו את המוהל למול את בנם, לא עקב הסתמכותם על היותו בעל הסמכה תקפה מטעם הוועדה הבין-משרדית; ומכאן שלא הוכח קיום קשר סיבתי בין העובדה שהמוהל לא טרח לחדש את הסמכתו לבין הנזק שגרם המוהל לקטין.

25. בשולי הדיון בשאלת אחריותה של המדינה אבקש להעיר, כי הסדרי הפיקוח הוולונטארי על פעילות המוהלים רחוקים מלהניח את הדעת. גם אם מתייחסים למילה לא כאל פעולה רפואית, שיש לייחד את ביצועה לרופאים מורשים בלבד, אלא כאל קיום מצווה דתית שגם הפועלים כשליחי-מצווה רשאים לבצעה, לא ניתן להתעלם מן הסיכונים בעלי האופי הרפואי הכרוכים במעשה המילה ובפעולות הנלוות לביצועו. דומה כי במדינה מודרנית כישראל, שהשיעור היחסי של הנימולים בה הוא, ללא ספק, גבוה מן המקובל במדינות העולם המערבי, ראוי היה להסדיר בחקיקה את העיסוק בביצוע מילות והפיקוח על העוסקים בכך. ניתן גם להניח, כי הסדרתו בחקיקה של העיסוק הנדון אף תעודד את המוהלים - בדומה למקובל בקרב רופאים ובעלי מקצועות נוספים - לבטח את עצמם מפני סיכונים הכרוכים בפעילותם המקצועית.

אחריות ההורים

26. המוהל מערער על החלטת בית המשפט המחוזי, לפטור את הורי הקטין מכל אחריות לנזק שנגרם לבנם. בשתיים, לטענתו, התרשלו ההורים: ראשית בכך כי גם משראו שינוי בצבע איברו של התינוק, לא החישו אותו לקבלת טיפול רפואי; ושנית בכך שבעת ביקורם עם התינוק בבית החולים "משגב לדרך" סירבה האם להסרת התחבושת מעל איברו, ובכך מנעה מן הרופא ד"ר ויינברג את האפשרות לבדוק את האיבר וליתן לתינוק טיפול רפואי.

אין בידי לקבל טענות אלו. את אחריות ההורים, במקרה הנדון, אין לבחון במנותק מחלקו של המוהל בגרימת הנזק. מן הראוי לזכור, כי המוהל ביקר בבית המשפחה ארבע פעמים, שעות אחדות לאחר הברית ובשלושת הימים הבאים. בכל אחד מביקוריו בדק את איברו של הקטין ואמר להוריו כי "הכול בסדר". כששאלו האב, למחרת הברית, לפשר הכתם הכהה שהופיע על איברו של התינוק, השיב המוהל כי המדובר ב"דם

קרוש". ובהסתמכה על הוראתו התנגדה האם, כזכור, להסרת התחבוסת מעל איברו של התינוק כדי לאפשר לרופא בבית החולים "משגב לדרך" לבדוק. אכן, למחדלי ההורים היו תוצאות חמורות. אך ההורים בטחו במוהל, שבכל מהלכו הציג את עצמו בפניהם כבעל כישורים מתאימים לקביעת מצבו של הקטין. הסתמכותם על קביעותיו לא הייתה בלתי-סבירה בנסיבות העניין; ולא מצאתי יסוד לתלות בהם אשם על מחדליהם.

אחריות בית החולים "משגב לדרך"

27. הן הקטין והוריו (בע"א 2055/99), והן המוהל (בע"א 3023/99), מערערים על החלטת בית המשפט המחוזי לפטור את בית החולים "משגב לדרך" מאחריות לנזק שנגרם לתינוק, עקב מחדלו של הרופא ד"ר ויינברג לבדוק את התינוק ולתת לו טיפול רפואי. באי-כוח המערערים בשני הערעורים חלקו בטיעוניהם גם על קביעותיו העובדתיות של בית המשפט המחוזי. אינני סבור, כי יש יסוד להתערב בקביעות העובדתיות; אך לכמה מן המסקנות המשפטיות שהסיק בית המשפט מן העובדות שקבע, אין בידי להסכים.

28. התינוק הובא לבית החולים שלא בדרך השיגרה. דודת אביו של הקטין, שעבדה כאחות בבית החולים ושימשה כאחות תורנית בליל המעשה, שחה לרופא הפגייה (ד"ר ויינברג), אודות הדימום ממנו סבל התינוק בעקבות ברית המילה שנערכה לו באותו יום, וביקשה ממנו לראותו; ומשנענה הרופא לבקשתה, הובא התינוק לבית החולים. השופט המלומד ייחס חשיבות לעובדה, שד"ר ויינברג לא נדרש לבדיקתו של התינוק במסגרת תפקידו הרגיל בבית החולים, אלא אך כמחווה של "עשיית טובה" לאחות בית החולים שפנתה אליו בעניינם של קרובי משפחתה. בנסיבות אלו, קבע השופט, לא חלה על הרופא חובה לתעד את הביקור, וממילא אין להסיק כל מסקנה לחובתו מן העובדה שלא ערך כל תיעוד.

29. אני, בכל הכבוד, סבור, כי חובת הזהירות שרופא חב כלפי הנהנה משירותיו כ"עשיית טובה" אינה פחותה מזו החלה על הרופא כלפי מטופל המגיע אל הרופא במסלול הרגיל של קבלת חולים. יפים לכאן דברי חברי הנכבד, הנשיא, שנאמרו בהקשר דומה:

לעניין קיומה של חובת הזהירות המושגית, אין נפקא מינה אם המטופל פונה מיוזמתו שלו לרופא ומציג לפניו בעיה רפואית, או שהמטופל מופנה לרופא על-ידי מאן דהוא בעוד המטופל אינו מלין על כל בעיה רפואית. בשני המצבים, משבא המטופל אצל הרופא, מוטלת על הרופא חובת זהירות מושגית לנקוט כלפיו באמצעי זהירות סבירים. האופן שבו נוצר הקשר בין הרופא למטופל אינו משפיע על קיומה של חובת זהירות (מושגית) של הרופא כלפי המטופל מהרגע שהקשר ביניהם נוצר. אכן, אף מטופל הטוען כי הינו בריא ואשר נשלח לרופא על-ידי המעביד, מסתמך על קביעותיו של הרופא (ע"א 4025/91 צבי נ' קרול, פ"ד נ(3) 784, בעמ' 789).

30. השאלה המכרעת היא, אם, בנסיבות העניין, יש לייחס לד"ר ויינברג רשלנות מקצועית. השופט המלומד השיב לכך בשלילה. מעדויות ההורים העלה השופט, כי מעיקרא הביאו את בנם לבית החולים, לא בגלל הדימום ממנו סבל בעקבות המילה, אלא בשל דלקת באחת מעיניו. נראה כי השופט הניח, שרק בזמן הפגישה עם האם שמע הרופא לראשונה אודות הדימום. הוא הציע לבדוק את התינוק, וביקש להסיר את התחבושת מאיברו. משסירבה האם להסיר את התחבושת, בטענה שהמוהל אסר על כך, נמנעה מהרופא האפשרות לבדוק אותו, ולכן הציע לה לשוב אל המוהל, או - אם יתחדש הדימום - לפנות לחדר המיון.

העיון בעדות הרופא מעלה, כי נתבקש על-ידי האחות התורנית (דודת אביו של התינוק) לראות את התינוק בגלל הדימום ממנו סבל בעקבות המילה שעבר באותו היום, ולא בגלל תלונה על דלקת בעין. אמנם, כשהופיעה האם עם תינוקה, ולבקשתה, רשם לה טיפות לריפוי דלקת קלה בעינו של התינוק. אך מדבריו עלה בבירור, כי העניין העיקרי שלשמו נתבקש והסכים לראות את התינוק לא הייתה הדלקת בעינו, אלא הדימום ממנו סבל בעקבות המילה. משסירבה האם להסיר את התחבושת, אכן נמנע מן הרופא לבדוק את איברו של התינוק. אך כלום יצא הרופא ידי חובה בכך שהציע לאם לשוב ולפנות אל המוהל, או לחדר-מיון? בית המשפט המחוזי סבר, כי לרופא לא היה יסוד לחשוש בקיומה של חבישה לוחצת, העלולה לגרום לחסימת כלי הדם. לפיכך לא חלה עליו חובה לעשות דבר. גישה זו אינה מקובלת עליי. הלכה היא מלפנינו כי

במסגרת חובת האיבחון של המחלה, אין רופא יוצא ידי חובתו רק בכך שהוא מסיק את המסקנה הנכונה מן העובדות המובאות לפניו. מוטלת עליו גם החובה לגלות יוזמה ולברר את העובדות לאמיתן. חלק מכישוריו של רופא סביר הם לדעת לשאול לחקור ולברר בדבר קיומן או אי-קיומן של תופעות מסוימות. לא אחת, כדי לאבחן כראוי את מצבו של חולה, נדרש הרופא שלא להסתפק במה שרואות עיניו, אלא מוטלת עליו חובה נוספת לחקור, לברר ולעקוב אחרי החולה הנזקק לטיפולו ואחר קורותיו, על-מנת לאמת או לשלול מימצאים מסוימים, מימצאים שיש בהם כדי לסייע לאיבחון נכון (ע"פ 116/89 **אנדל נ' מדינת ישראל**, פ"ד מה(5), 276, 289).

מן הראיות שהובאו בפרשתנו עולה, כי הרופא לא עשה דבר לבירור העובדות הדרושות לקביעת אבחנה. העובדות היחידות שהובאו לידיעתו היו, כי בעקבות המילה סבל התינוק מדימום, וכי המוהל חבש את איברו. גם משסירבה האם להסיר את התחבושת, חלה על הרופא חובה לגלות יוזמה ולנסות לברר את יתר העובדות. היה עליו לחקור ולדרוש מפי הורי התינוק, מה בדיוק אירע, כיצד הופסק הדימום וכיצד נחבש הפצע. היה עליו לחשוש מפני האפשרות שהפסקת הדימום הושגה בחבישת לחץ ולתת את דעתו לסיכונים הכרוכים בחבישה כזאת. כן היה עליו להסביר להורים, הסבר היטב, את חשיבות הבדיקה ואת המשמעויות היכולות להיות להימנעות ממנה. זאת ועוד: סירוב האם להסיר את התחבושת נבע, בעליל, מחוסר יכולתה להעריך את חשיבות הבדיקה. בנסיבות אלו חלה על הרופא חובה להסביר לה מדוע היא שוגה בסירובה, ולהניח את דעתה

כי לאחר הבדיקה, ולפי הצורך, לא יהיה קושי לשוב ולחבוש את איברו של התינוק. מתן הסבר כזה עשוי היה לספק לאם את המידע שנדרש לה לגיבוש החלטה מושכלת בשאלה אם להזקיק את תינוקה לבדיקתו של הרופא - חרף הנחיית המוהל שלא להסיר את התחבושת - אם לאו; ועל הרופא חלה חובה לספק לאם הסבר זה (ע"א 4384/90 ואתורי נ' בית החולים לניאדו, פ"ד נא(2) 171, 182). הרופא לא עשה דבר מכל אלה. דעתי היא, כי בכך חרג הרופא מן החובה שהייתה מוטלת עליו, לנהוג כדרך שרופא סביר מצופה היה לנהוג בנסיבות המקרה.

31. הרופא לא ערך כל רישום גבי קורות האירוע, בו נתבקש לבדוק את הקטין ולבסוף נמנע מלעשות כן. בכך הפר חובה נוספת שהייתה מוטלת עליו. אף כאן אין להסכים לקביעת השופט המלומד. חובת הרישום, שכלל חלה על כל רופא, אינה נגרעת בשל העובדה שהמטופל הגיע אליו שלא בדרך הרגילה (ע"א 58/82 קנטור נ' מוסיב, פ"ד לט(3) 253, 260). דין זה חל גם על מקרה, בו הקשר בין המטופל לבין הרופא נוצר על רקע "טובה" שעשה הרופא לקרובו של המטופל; שהלוא גם במקרה כזה מסתמך המטופל על אבחנתו של הרופא; ולעתים אף על הימנעותו מקיום בדיקה לשם אבחנה.

על חשיבות הניהול התקין של רישומים רפואיים, בידי רופאים ומוסדות רפואיים, עמד בית המשפט בהזדמנויות רבות ובהקשרים שונים. בהתייחסו לכך, זה לא כבר, אמר השופט אור:

הנה-כי-כן, היעדרם של רישומים הנדרשים על-פי שיגרת הנהול הרפואי מצביע על אי-מילוי חובה החלה על הרופאים ועל המוסד הרפואי כלפי המטופלים, ומהווה מחדל רשלני. במחדל זה יש כדי לפגום גם באפשרויות הטיפול בחולה בעתיד, וגם כדי לשלול ממנו ומבית-המשפט ראייה בעלת חשיבות במקרה של התדיינות עתידית בין החולה לבין הרופא או המוסד. מחדל זה של הרופא או של המוסד הרפואי פועל לחובתם בהתדיינות משפטית בין החולה לבינם, בכל אותם מקרים שקיומו של רישום נאות היה בו כדי להבהיר את העובדות שבמחלוקת...

רישומים אלה מהווים תיעוד על מצבו הרפואי של החולה ועל טיפולים שקיבל בתאריכים הנזכרים ברישומים. חשיבותם הרבה של רישומים רפואיים היא בכך, שניתן יהיה לעיין בהם ולהשתמש במידע האצור בהם, הן לצורך המשך טיפול בחולה בעתיד, והן כראיה למצבו ולטיפול רפואי שקיבל. לפיכך, אין די בקיום רישום מסודר כנדרש. ללא שמירה על הרישומים, נעקרת כל התועלת שניתן להפיק מהם (ע"א 6330/96 בנגר נ' בית החולים הכללי ע"ש ד"ר הלל יפה, חדרה, פ"ד נב(1) 145, בעמ' 157).

32. למחדלו של הרופא לתעד כראוי את מהלכי האירוע, בו חדל בסופו של דבר מבדיקתו של התינוק, נודעת משמעות לעניין ההכרעה. השופט המלומד הניח, כי בהיעדר ראייה לקיום קשר סיבתי, בין מחדלו של הרופא לבין הנזק שנגרם לתינוק בסופו של דבר, אין התובעים יכולים להיבנות מהכרה בצדקת טענתם כי הרופא התרשל. לשון אחר: האפשרות שהמוהל גרם לתינוק נזק בלתי-הפיך לא נסתרה. לשיטה זו, היה על

התובעים להוכיח, כי במוצאי יום המילה, עת הובא התינוק לבית החולים, עוד ניתן היה למנוע או להקטין את הנזק; ובהיעדר ראיה לכך, ממילא אין לייחס לרופא אחריות לתוצאה המזיקה. הקטין והוריו משיגים על קביעה זו. הם מפנים לעדויות מומחים שהעידו במשפט ואשר העריכו שאילו נבדק התינוק כראוי, בליל הבאתו לבית החולים, ניתן היה לטפל בו ולהקטין את הסיכון להתרחשות הנזק בכמצחית.

מסקנת בית המשפט המחוזי אינה מקובלת עליי. מחדלו של רופא לתעד בכתב את מהלכי בדיקת החולה והטיפול בו - או את החלטתו להימנע מקיום בדיקה או ממתן טיפול - מונע מן החולה ראיות אפשריות להוכחת תביעתו נגד הרופא. מכאן נתחייבה התפיסה, כי החובה להעלות הסבר המנקה אותו מאחריות לתוצאתו המזיקה של טיפול (או הימנעות מטיפול) רפואי, מן הדין שתוטל על כתפי הרופא שחדל מקיום חובת הרישום; והדעה שנתגבשה בפסיקה בשנים האחרונות היא, כי הנטל הרובץ על הרופא, ביחס לעובדות שעשויות היו להילמד מן הרישום אילו נערך, הוא נטל השכנוע ולא רק נטל הבאת הראיות (ראו: פרשת **בנגר הנ"ל**, בעמ' 158; ע"א 3263/96 **קופת חולים הכללית נ' שבודי**, פ"ד נב(3) 817, 824; וע"א 6160/99 **דרוקמן נ' בית החולים לניאדו**, פ"ד נה(3) 117, 125-126). דין זה חל גם בענייננו. ד"ר ויינברג לא טרח לתעד את קורות הביקור של התינוק בבית החולים "משגב לדרך" בסמוך לאירוע. רק לאחר כשנתיים, משהוגשה התביעה נגד בית החולים, שיחזר על-פי זיכרונו מה אירע באותו הלילה. רישום מאוחר זה הוא חסר-ערך. ענייננו אפוא במקרה בו אין כל תיעוד רפואי; ומשמעות הדבר היא, כי על "משגב לדרך" רבץ נטל השכנוע, ביחס לעובדות שהיו עשויות להתבהר מתוך הרישום שלא נעשה; בכלל זה, ובעיקר, לעניין שאלת הקשר הסיבתי בין מחדלי הרופא לבין הנזק. בית החולים לא נשא נטל זה; מה גם שאף המומחה הרפואי מטעם "משגב לדרך" הסכים בעדותו, שמתן טיפול לקטין במועד הבאתו לד"ר ויינברג עשוי היה, בדרגת הסתברות לא מבוטלת, למנוע את הנזק. התוצאה המתחייבת מכך היא, כי יש לחייבו בחלק מן האחריות לגרימת נזקו של התינוק. בקביעת שיעור אחריותו של בית החולים "משגב לדרך" יש להתחשב, מחד, בכך, שנזקו של הקטין נגרם בפועל על-ידי המוהל. מאידך, יש להתחשב בעובדה כי במחדליו לעשות את המוטל עליו מנע רופא בית החולים מן הקטין סיכוי ממשי (אם כי לא ודאי) לעצירת התהליך הניווני. לאור כלל הנסיבות, ומאחר שרובה המכריע של האשמה המוסרית לגרימת נזקו של הקטין רובץ על המוהל, נראה לי נכון להטיל על בית החולים "משגב לדרך" חובת השתתפות בשיעור 20% בפיצויים המגיעים לקטין ולהוריו.

33. בע"א 6452/99 מערעים הקטין והוריו על פסק-דינו המשלים של בית המשפט המחוזי, בו קבע בית המשפט את גובה הנזק ואת שיעורי הפיצויים. אלא ששלב הדיון בעניין גובה הנזק התקיים בהשתתפות התובעים והמוהל בלבד. משהגעתי למסקנה, כי האחריות לגרימת נזקו של הקטין מוטלת גם על בית החולים "משגב לדרך", נראה כי מן הדין להיעתר לבקשת בית החולים ולהחזיר את הדיון בשאלת גובה הנזק לבית המשפט המחוזי, על מנת שהדיון ישוב ויקיים בהשתתפות כל הצדדים הנוגעים בדבר. בסיום דיון זה, במסגרתו

יחזור בית המשפט וישמע ראיות לעניין גובה הנזק, ישוב וייתן פסק-דין חדש, מבלי שיהיה קשור באיזה ממימצאי פסק-דינו המקורי.

34. דעתי היא, אפוא, כי יש לקבל את הערעורים בע"א 2055/99 ובע"א 3023/99, לעניין קביעת אחריותו החלקית של בית החולים "משגב לדרך" לנזקי התובעים. יתר חלקי הערעור בע"א 3023/99 יידחו. הערעור בע"א 2055/99 יתקבל גם לעניין ביטול חיובם של התובעים בתשלום הוצאות ושכר-טרחת עורך-דין לבית החולים "הדסה". הערעור בע"א 6452/99 יתקבל במובן זה, שפסק-דינו המשלים של בית המשפט המחוזי יתבטל וההליך יוחזר אליו לדיון ולמתן פסק-דין חדש בסוגיות גובה הנזק ושיעור הפיצויים, כמפורט בפסקה 33 לעיל. המוהל (המערער בע"א 3023/99) יחויב לשלם לתובעים (המערעים בע"א 2055/99) הוצאות ושכר טרחת עורך-דין בסך כולל 20,000 ש"ח. "משגב לדרך" (המשיב 4 בע"א 2055/99) יחויב לשלם למערעים הוצאות ושכר-טרחת עורך-דין בסך 10,000 ש"ח. בהתחשב בכלל הנסיבות הייתי נמנע מעשיית צווים להוצאות ביחסים שבין המדינה לבין יתר בעלי הדין.

35. לאחר כתיבת הדברים האלה קיבלתי את חוות-דעתו של חברי הנשיא, בה הוא חולק על דעתי, בשאלת אחריותו של בית החולים "משגב לדרך", וכן את תגובת חברי השופט זמיר, בה הוא מצטרף (ביחס לנושא האמור) לדעת הנשיא. קראתי את נימוקיו של חברי הנשיא ולא שוכנעתי לשנות מדעתי. כפי שציינתי, בפסקה 30 לחוות-דעתי, העיון בעדות הרופא ד"ר ויינברג מעלה, כי הסכים לראות את התינוק - לאור מה ששמע מדודת האב (האחות בבית החולים) - בגלל הדימום ממנו סבל בעקבות הברית. בנסיבות אלו, אין חשיבות בעיניי לעובדה כי הורי התינוק התלוננו לפני הרופא רק על הדלקת בעינו של בנם. לדעתי, אותה נימקתי לעיל, הרי שאת אחריות בית החולים למחדלי הרופא - לבדוק את איברו של התינוק ולמצער להסביר להוריו את הסיכונים הכרוכים בהימנעות מן הבדיקה - מן הדין לבחון, לא על-פי תוכן התלונה ששמע מפי הורי התינוק במעמד הבדיקה, אלא לאור גירסת הרופא עצמו, אודות מה שהיה ידוע לו ביחס למה שעבר על התינוק באותו היום. מן הטעמים שפורטו בפסקה 31 לחוות-דעתי, אינני רואה גם קושי בחיוב קיומו של קשר סיבתי בין מחדליו הרשלניים של הרופא לבין התפתחות הנמק באיברו של התינוק.

משנותרתי בדעת-מיעוט לעניין זה, מוטל עליי לנקוט עמדה ביחס לערעור בע"א 6452/99 בנושא גובה הנזק ושיעור הפיצויים. בעניין זה אני מסכים לפסק-דינו של הנשיא. הוא הדין ביחס לפסיקת ההוצאות.

שׁוֹפֵט

הנשיא א' ברק:

1. אני מסכים לפסק דינו של חברי, השופט א' מצא, לפיו בדין הוטלה על המוהל (המערער בע"א 3023/99) אחריות ברשלנות בגין נזקיו של הקטין (המערער בע"א 2055/99). כן מקובלת עלי מסקנתו של חברי, כי בנסיבות העניין אין מקום להשית אחריות על המדינה בגין נזקי הקטין, כמו גם אחריות על הורי הקטין. בה בעת, אין בידי להצטרף למסקנתו של חברי, לעניין אחריותו של בית החולים "משגב לדרך" (להלן: בית החולים). במובן זה, לו דעתי היתה נשמעת, הייתי מציע לדחות את ע"א 2055/99 וע"א 3023/99 גם בנקודה זו. ביסוד מסקנתי לפיה אין להטיל אחריות על בית החולים בנסיבות המקרה עומדת התשתית הראייתית שבפני. על פיה, אין בידי לקבל המסקנה כי בוססה התרשלנות של ד"ר ויינברג.

2. בית המשפט המחוזי קבע בענייננו את התשתית הראייתית, המקובלת גם על חברי. על פי תשתית זו ניתן לקבוע את הממצאים הבאים בערעורים שבפנינו: בעת ביצוע ברית המילה הופיע דימום של הקטין. המוהל חבש את איבר הקטין. כעבור דקות מספר, טרם עזיבתו את המקום, בדק המוהל שוב את הקטין ולא מצא דימום. לפנות ערב, באותו היום (בשעה 18:00 לערך) בא המוהל לבית ההורים. הוא בדק את הקטין שלא בנוכחותם (בחדר צדדי) וקבע כי הכל בסדר. לאחר מכן, ביקשו ההורים להביא את הקטין לבדיקה בבית החולים "משגב לדרך", בו הועסקה דודתו של האב כאחות. מן החומר שבפני עולה, כי עד להבאתו לרופא לא היה דימום נוסף, מעבר לזה שהיה בברית. זאת ועוד: מעדויות ההורים בבית המשפט המחוזי עולה כי לא נצפתה התנהגות חריגה של הקטין או סימן כלשהו שעורר את חשדם.

3. הצדדים חלוקים בשאלה, מדוע הובא הקטין לבית החולים. בעוד שגרסת ההורים היא כי היתה לקטין דלקת בעיניים, הרי שהדודה (אחות בית החולים) טענה כי לא נמסרה לה (או לרופא) הסיבה לצורך בבדיקה. הרופא עצמו העיד, כי הרקע היה ככל הנראה דימום בברית. על רקע זה קבע בית המשפט המחוזי כי הילד הובא לבית החולים בשל דלקת בעין שמאל אולם בשלב מסויים בבדיקה היתה ידועה לרופא (ד"ר ויינברג) העובדה כי הקטין עבר ברית באותו היום במהלכה התרחש דימום. זו גם נקודת המוצא של חברי, השופט מצא. כשלעצמי, ספק בעיני אם די היה בתרשומת שערך הרופא כשנתיים מחלוף האירוע בכדי לבסס מסקנה זו, לפיה הרופא ידע בבירור על סיבת הפניה ועל דימום בעת ביצוע הברית. מכל מקום, בית המשפט המחוזי קבע כי "הילד לא הובא לבית החולים עקב דימום אלא עקב דלקת בעין שמאל, כפי שמעידים האם והאב". אף אני, כחברי השופט מצא, איני מוצא עילה להתערבותנו בממצא עובדתי זה. כפי שיובהר להלן, ישנה חשיבות בנסיבות המקרה, לממצא זה בדבר סיבת הפניה לבית החולים.

4. בפני בית המשפט המחוזי באו גרסאות שונות לעניין השאלה אם אכן בדק הרופא את הקטין על ידי הורדת התחבושת. בית המשפט המחוזי אימץ בעניין זה את עדות הרופא, שנתמכה בעדות הדודה (אחות בית

החולים), כי האם סירבה להוריד את התחבשות ובכך נמנעה מן הרופא היכולת לבדוק את ברית המילה. על פי ממצאיו של בית המשפט המחוזי, לא היה דימום נוסף מאז הברית ועד הבדיקה. כן נקבע, כי בעת שנבדקה התחבשות על ידי המוהל בסיום הברית (טרם עזיבתו את המקום), לא היו עליה סימני דימום. אשר על כן נקבע, כי על התחבשות עצמה לא היו סימני דימום עת ראה אותה ד"ר ויינברג. אין גם חולק, כאמור בפסק דינו של חברי, כי לאור סירובה של האם אמר לה הרופא כי אם תתחדש בעיה של דימום עליה לפנות למוהל או לחדר המיון בבית החולים. יצוין, כי מסכת עובדתית זו עולה בקנה אחד עם קביעתו של בית המשפט המחוזי, לפיה סיבת הפניה לבית החולים לא היתה הדימום בברית המילה אלא הדלקת בעין. האם לא ייחסה משמעות לדימום ולא מטעם זה הביאה את הקטין לבית החולים. לא הופיע דימום נוסף מאז הברית, והמוהל, שבדק את הקטין זמן קצר לפני בואם של ההורים עם הקטין לבית החולים, קבע כי "הכל בסדר".

5. על רקע נסיבות אלו עולה השאלה, אם ניתן לאפיין את טיפולו של הרופא בקטין כהתרחשות. מקובלת עלי עמדתו של חברי, כי הגם שהרופא קיבל את הקטין לטיפולו ללא הפניה מסודרת, על יסוד "טובה" שעשה לאחות ראשית בבית החולים, ובעצם תוך "רפואת פרזדורים", עדיין יש לרופא חובת זהירות מושגית (ואף קונקרטי) כלפי החולה (הקטין) שהגיע לטיפולו. אין לשכוח, כי הבדיקה נערכה בבית החולים, במהלך משמרת של הרופא, שהיה רופא מומחה, בכיר בטיפול נמרץ של פגים. אולם, כלום ניתן לראות במעשיו של הרופא משום הפרת חובת הזהירות המוטלת עליו (התרחשות)? תשובתי לשאלה זו, שלא כחברי, היא בשלילה.

6. אין חולק כי לא ניתן לייחס לרופא התרחשות בגין אבחון לקוי או טיפול לא נכון שניתן לקטין בנסיבות המקרה, שכן אין חולק כי טיפול כאמור לא ניתן ולא יכול היה להינתן, משעה שסירבה האם לאפשר לרופא להוריד את התחבשות ולבדוק את ברית המילה. על כן, ההתרחשות המיוחסת לרופא היא במחדלו. כך, קביעתו של חברי כי הרופא התרשל משעה שלא שכנע את האם להוריד את התחבשות ולבצע את הבדיקה (תוך פירוט הסיכונים הכרוכים באי בדיקה של הברית). כך גם בטענה, כי הרופא התרשל שעה שלא שאל את האם "מה בדיוק אירע, כיצד הופסק הדימום וכיצד נחבש הפצע". מחדל נוסף מוצא חברי בכך שהרופא לא תיעד כראוי את האירוע ועל כן גרם (במחדלו) נזק ראייתי המונע מן ההורים להוכיח את תביעתם כנגד הרופא.

7. מסכים אני, כי תתקיימנה נסיבות בהן מוטלת על הרופא החובה לא רק לאבחן את הבעיה על פי ראות עיניו אלא לחקור ולברר פרטים נוספים שיש בהם לסייע לאיבחון נכון (ע"פ 116/89 אנדל נ' מדינת ישראל, פ"ד מה(5) 276, 289). במקרה שבפנינו, כזכור, כל המידע שהיה ידוע להורים היה כי היתה ברית בבוקרו של יום; כי היה דימום וכי הפצע נחבש. מעבר למידע זה, לא היה ידוע להורים מידע נוסף. אין גם בפנינו ממצא לפיו ההורים התלוננו על בעיה בהקשר זה. ודוק: הנזק לקטין נגרם על ידי נמק באיבר המין. נמק זה נגרם על ידי

חבישת לחץ רשלנית של המוהל, שנעשתה לשם עצירת הדימום. הידיעה כי החבישה היתה חזקה (וגרמה לנמק) ידועה כיום, אך בוודאי שלא היתה ידועה להורים (על פי עדותם שלהם). סיבת ההגעה לבית החולים היתה, כאמור, הדלקת בעין ולא הדימום. מעבר לכך: לא הובא בפנינו כל ממצא לפיו היתה ידועה בעיה נוספת ולא נטען בפנינו כי היה מידע נוסף בידי ההורים, שידיעתו היתה מובילה לתוצאה אחרת ולאבחון של הבעיה ללא בדיקה (ובנוסף, הבדיקה עצמה נערכה בנוכחות האם בלבד, שעה שהאב ממתין בצד). זאת ועוד: כאמור לעיל, המוהל ביקר את ההורים ובדק את הילד (שלא בנוכחותם) באותו הערב כשהוא אומר שהכל בסדר. נקבע גם, כי לא היה דימום נוסף במהלך היום או סימן כלשהו בהתנהגות הילד, לעתיד להתרחש. בנסיבות אלו, קשה המסקנה כי יש לראות התרשלות בעובדה שהרופא לא שאל שאלות נוספות את ההורים, שעה שברור כי לא היה בידם מידע נוסף ורלבאנטי ליתן לו.

8. אכן, הקושי במקרה זה היה באי הבדיקה של איבר הקטין ולא בשאלות שכביכול לא נשאלו על ידי הרופא. הרופא אמנם ידע על דימום בברית אולם, עצם העובדה - כשלעצמה - כי היה דימום בעת הברית, אינה מצביעה על סיכון ספציפי או על בעיה חריגה המצריכה טיפול. המומחה פרופ' לבנה (ע"ת 11) העיד אמנם, כי אם מגיע חולה עם דימום מאיבר המין יש לבדוק אותו; אולם ממצאי בית המשפט המחוזי היו כי למן הברית לא היה דימום. זאת ועוד: מהחומר שבפני עולה כי עצם הדימום בברית איננו נפוץ אך בה בעת, אינו מצביע על בעיה המצריכה טיפול רפואי ספציפי. ד"ר ויינברג היה מוכן לבדוק את הקטין אך האם סירבה לאפשר לו להוריד את התחבושת. בנסיבות אלו, איני סבור כי בכך שלא שאל את האם שאלות נוספות (שהתשובה עליהן לא היתה בידיה), יש משום התרשלות.

9. מקובלת עלי גם ההלכה, לפיה על הרופא ליידע את החולה בדבר הסיכונים הכרוכים באי ביצוע בדיקה מסויימת (בענייננו, הורדת התחבושת לשם בדיקת הקטין). דא עקא, שלא מצאתי בנסיבות המקרה התרשלות בעובדה שהרופא לא מסר מידע לאם, אודות הסיכונים באי הבדיקה. כאמור, כל שידע הרופא, ויכלה האם לומר לו, הוא כי היה דימום בעת הברית. עצם הדימום בברית אינו מהווה בנסיבות המקרה יסוד לטענת ההתרשלות של המוהל. לא הובא בפני ממצא לפיו הדימום בעת הברית יכול להצביע על הנמק או על החבישה החזקה. גם אם אניח כי ניתן היה לגלות את בעיית החבישה בבדיקה (דבר הנתון בספק, גם לפי ממצאי בית המשפט המחוזי), הרי שטרם הבדיקה לא ניתן להעריך מהם הסיכונים הכרוכים בפגיעה שלא היתה ידועה בשלב זה. לשון אחר: לו היה הרופא יודע כי האיבר נחבש באופן רשלני, יכול היה להזהיר את האם בדבר הסיכונים. אולם, מידע זה לא היה בידי (כמו בידי האם). כל שידע הרופא הוא כי בעת הברית היה דימום. במצב נסיבות זה, תוך סירוב של האם לאפשר לרופא לבדוק ולאחר שציינה בפניו שהמוהל אמר לה כי "הכל בסדר"

איני סבור כי חרג הרופא מסטנדרט הזהירות הסביר שעה שלא שכנע את האם להוריד את התחבושת ולאפשר לו את הבדיקה.

10. מוכן אני להניח - מבלי להכריע בדבר - כי בנסיבות המקרה לא נערך רישום ראוי, כנדרש על פי הדין בנסיבות אלו. בה בעת, איני סבור כי ניתן לראות באי הרישום בנסיבות המקרה, כמספיק להטיל אחריות על הרופא ובית החולים. גם לשיטתו של חברי, אין בפנינו מקרה בו מידע מסויים חסר בפני בית המשפט ומטעם זה יש התרשלות של הרופא ואף נזק ראייתי. אכן, במקרה שבפנינו, התשתית העובדתית ידועה כולה: הסיבה לפניה לרופא, המידע שבידי האם והרופא, הבדיקה שלא בוצעה בגלל סירוב האם, היעדר חקירה ודרישה של הרופא תוך הסבר הסיכונים, וההמלצה הטיפולית לפנות למוהל או לחדר המיון במקרה של בעיה - כל אלה ידועים. היעדר הרישום יכול היה להיות בר חשיבות לו היה הרופא בודק את האיבר ולא רושם את ממצאיו. אולם, משעה שבדיקה כזו לא נערכה, אין בנסיבות המקרה כדי להצביע על דבר שהיה צריך להירשם ולא נרשם. במובן זה, גם אם אניח כי עצם אי הרישום בנסיבות מעין אלה מהווה התרשלות (ומבלי להכריע בדבר), הרי שלא הוכח קשר סיבתי בין התרשלות זו ובין נזקו של הקטין. מטעם זה לא מצאתי גם יסוד לקביעה כי נגרם לקטין והוריו נזק ראייתי. כך, שכן היעדר היכולת להוכיח את התביעה כנגד הרופא לא נובע מהיעדר הרישום אלא מהיעדר בדיקה של הקטין. אולם, משעה שקבענו כי בנסיבות בהן האם לא אפשרה לרופא לבדוק הקטין אין באי הבדיקה התרשלות, הרי שלא ניתן למצוא באי הרישום כשלעצמו, בסיס להטלת אחריות על הרופא.

11. התוצאה היא, כי אין לקבוע בנסיבות המקרה כי פעולתו של הרופא (ובית החולים) עולה כדי רשלנות. אשר על כן הייתי מציע לחברי לדחות הערעורים בנקודה זו.

12. בע"א 6452/99 ערערו הקטין והוריו על גובה הפיצויים. בית המשפט המחוזי פסק למערער הקטין 75,000 ש"ח בגין אובדן השתכרות; 200,000 ש"ח בגין נזק לא ממוני; 110,500 ש"ח בגין הוצאות רפואיות (בעבר ובעתיד) ו- 50,000 ש"ח בגין טיפולים פסיכולוגיים. להורים נפסקו 25,000 ש"ח בגין עזרתם לקטין. המערערים טוענים, כי נסיבותיו של המקרה שבפנינו הן חריגות. הניזוק נפגע בגיל צעיר ביותר. הוא איבד איבר כמעט בשלמותו, כאשר צפויה עקב כך פגיעה בבטחונו העצמית ודימוי הגוף שלו. צפויים לקטין שנים רבות של טיפולים והתמודדות עם נכותו, הן במישור האישי והן במישור החברתי. כן נטען, כי בית המשפט המחוזי שגה בסכום שפסק לעניין עזרת הזולת ועזרה בלימודים; הוצאות רפואיות וטיפולים פסיכולוגיים. לטענת המערערים, יש לקבוע פיצויים בהיקף גבוה בהרבה בגין ראשי נזק אלו. הוא הדין לעניין הפסד ההשתכרות. לטענת התובעים לא נלקחה בחשבון כנדרש נכותו התפקודית הצפויה של הקטין ועל כן נפסק סכום הפיצוי על הצד הנמוך.

13. במרבית טענות המערערים לא מצאתי עילה להתערבות בית משפט זה בממצאיו של בית המשפט המחוזי ובשיעור הפיצויים שפסק. הסכומים שנפסקו התבססו על חוות הדעת והמומחים שבאו בפני בית המשפט ולא מצאתי עילה להתערבות בהם. בה בעת, שוכנעתי, כי בראש הנזק של כאב וסבל טעה בית המשפט המחוזי בשיעור הפיצוי שפסק ומטעם זה, מן הדין לקבל את ערעור הקטין והוריו בנקודה זו.

14. אכן, את גלגל הזמן לא ניתן להשיב לאחור ועל כן, מטרת הפיצוי היא להעמיד את הניזוק במצב בו היה לולא מעשה הנזיקין, במידת האפשר (ברק, "הערכת הפיצויים בנזקי גוף", **עיוני משפט ט** (1983) 243. שיעור הפיצוי אינו קבוע מראש ואינו מוגבל אלא נתון לנסיבותיו של כל מקרה ולמאפייניו של הניזוק האינדבידואלי (ע"א 357/80 נעים נ' ברדה, פ"ד לו(3) 762). ודוק: קביעת הפיצוי בגין נזק לא ממוני קשה היא. כך, הן בשל הקושי האינטלקטואלי שביסוד ראש נזק זה, הן בשל הקושי להעריך בערכים כספיים את שיעורו של נזק מסוג זה (ע"א 6978/96 עמר נ' קופת חולים של ההסתדרות הכללית (לא פורסם)). בה בעת, עיקרון היסוד בדיני הנזיקין, של החזרת המצב לקדמותו, חולש גם על ראש נזק זה ומחייב, על כן, פיצוי הולם בגינו. מהו פיצוי הולם זה? התביעה שבפנינו הוגשה על יסוד פקודת הנזיקין [נוסח חדש] ועל כן, אין מגבלה פורמלית על שיעור הפיצוי אותו ניתן לפסוק בגין כאב וסבל (ראו סעיף 4(3) לחוק הפיצויים לנפגעי תאונות דרכים, התשל"ה - 1975; וכן ראו: ע"א 3843/90 אוהיון נ' מדינת ישראל (טרם פורסם)). על כן, המבחן אינו של גבול אלא של מהות; הפיצוי צריך לשקף את מורכבות הנזק לניזוק האינדבידואלי ואת השלכותיו עליו.

15. שיעור הפיצוי שיש לפסוק בגין ראש הנזק של כאב וסבל עומד לדיון לא פעם, בייחוד נוכח הקושי לכמתו ולהעריכו. לאחרונה, הושמעו דעות לא מעטות באשר לצורך בהעלאת רף הפיצוי בגין כאב וסבל, באותם המקרים והנסיבות בהן נגרם כאב וסבל של ממש, כך שהפיצוי יהלום את חומרת הפגיעה. השופט אור ציין בהקשר זה כי "הגיעה השעה לבדוק אם אותם סכומים שנפסקו בפרט נזק זה [נזק לא ממוני, א.ב.] עונים על הנזק אותו הם באים לפצות" (ע"א 6978/96 הנ"ל). בפסקי דין של בית משפט זה נפסקו סכומים גבוהים משנפסקו בעבר, בראש הנזק הלא ממוני (ע"א 298/99 קופת חולים של ההסתדרות הכללית נ' לאה דיין (לא פורסם); ע"א 4022/98 הטכניון מכון טכנולוגי נ' צביה טויסטר (טרם פורסם); ע"א 2517/93 שרה ביום נ' אברהם קטהין ואח' (טרם פורסם)). גם באנגליה התעורר דיון בשאלה זו. דו"ח של ה - Law Commission שפורסם ב - 20.4.99 קבע כי יש להעלות את שיעור הפיצוי בראש הנזק של פיצוי לא ממוני. מרבית המלצותיה של הוועדה, לרבות הצורך להעלות את שיעור הפיצוי בגין נזק לא ממוני במקרים של נזקים חמורים, אומצו בפסיקת בית המשפט לערעורים (ראו: Heil v. Rankin, [2000] 3 All E.R. 138).

16. מוכן אני להניח, כי לא הוכח במקרה שבפנינו כי צפויים למערער קשיי פוריות או קשיים בהקמת משפחה, כפי שציין בית המשפט המחוזי וכפי שטוען המשיב (המוהל). בה בעת, אין חולק כי צפויה לקטין התמודדות לא פשוטה עם נכותו. התרשלותו של המוהל הובילה לאובדן של שני שלישים מאיבר מינו של הקטין. הנסיון לשפר רפואית את מצבו כרוך בניתוחים וטיפולים הורמונליים לאורך תקופת ההתבגרות. לאחר הגיעו לגיל ההתבגרות קיימת אפשרות של שחזור האיבר המקורי על ידי ניתוח מורכב והשתלת תותב. גם אז, ובכל מקרה, תחושתו והנאתו המינית תהיינה פחותות מבגיר ללא פגיעה. הקטין הוא צעיר בשנים וצפויות לו שנים רבות של התמודדות יום יומית עם פגיעתו. על יסוד זה נראה לי כי שיעור הפיצויים בראש נזק זה, כפי שנפסק על ידי בית המשפט המחוזי, אינו משקף את חומרת הפגיעה והנזק שנגרם לקטין המערער. שוכנעתי, כי בנסיבות המקרה יש להעמיד את שיעור הפיצוי בראש נזק זה על 500,000 ש"ח.

17. התוצאה היא, כי יש לדחות את ע"א 3023/99. ע"א 2055/99 ידחה גם הוא, למעט ביטול חיובם של התובעים בתשלום הוצאות ושכר טרחת עורך דין לבית החולים "הדסה", כאמור בפסקה 34 לפסק דינו של חברי א' מצא. למרות דחיית הערעור כנגד בית החולים "משגב לדרך", נחה דעתי כי אין לחייב את המערערים בשני הערעורים בתשלום הוצאות בגין דחיית ערעורם. כן מסכים אני לאמור בפסקה 34 לפסק דינו של חברי, השופט א' מצא, לפיו בנסיבות העניין אין לפסוק הוצאות לטובת המדינה, למרות דחיית הערעורים כנגדה. את ע"א 6452/99 יש לקבל בכל האמור לגבי ראש הנזק של כאב וסבל, ולהעמיד הפיצוי בגינו על 500,000 ש"ח. שאר חלקי הערעור, נדחים. נוכח קבלת הערעור ישא המשיב (המוהל) בהוצאות המערערים בערעור זה, בסך 20,000 ש"ח.

ה נ ש י א

השופט י' זמיר :

כמו הנשיא ברק, אני מסכים לפסק הדין של השופט מצא ככל שמדובר באחריות מצד המוהל ובהעדר אחריות מצד המדינה והורי הקטין, ואני מסכים עם הנשיא ברק, מן הטעמים שהציג, כי אין להטיל אחריות על בית החולים משגב לדרך.

אשר לשיעור הפיצויים, אני מסכים עם הנשיא ברק כי יש להעמיד את הפיצויים בגין כאב וסבל על סך

500,000 ש"ח.

לעניין הוצאות המשפט, אני מסכים עם המוצע על ידי הנשיא ברק.

שופט

הוחלט, ברוב דעות, כאמור בפסק-דינו של הנשיא.

ניתן היום, כ' בתמוז תשס"א (11.7.01).

שופט

שופט

הנשיא

העתק מתאים למקור F05.99020550
 נוסח זה כפוף לשינויי עריכה טרם פרסומו
 בקובץ פסקי הדין של בית המשפט העליון בישראל.

שמריהו כהן - מזכיר ראשי

בבית המשפט העליון פועל מרכז מידע, טל' 02-6750444
 /עכ.