

בבית המשפט העליון

דנ"א 7794/98

בפני :

כבוד הנשיא א' ברק
כבוד המשנה לנשיא (בדימ') ש' לוין
כבוד השופט ת' אור
כבוד השופטת (בדימ') ט' שטרסברג-כהן
כבוד השופט י' טירקל
כבוד השופטת ד' ביניש
כבוד השופט (בדימ') י' אנגלרד

המערערים :

1. רביד משה
2. שושנה משה
3. דוד משה

נ ג ד

המשיבים :

1. דניס קליפורד
2. חב' מוסדות חינוך תרבות והתחדשות בע"מ
3. הסוכנות היהודית לארץ ישראל

בשם המערערים :

עו"ד אורי ירון

בשם המשיבים :

עו"ד שמואל בקר
עו"ד משה הוברמן
עו"ד פרקליטות המדינה

פסק – דין

השופט (בדימ') י' אנגלרד:

1. דיון נוסף זה, העוסק בשאלה של רשלנות רפואית, בא על פסק דינו של בית משפט זה בע"א 935/95 לפיו נדחה, ברוב דעות, הערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בבאר שבע - מפי השופט א' ריבלין - שדחה את תביעת הנזיקין. העתירה לדיון נוסף נתקבלה על ידי חברי, הנשיא א' ברק, בהחלטה מיום 25.03.01, מבלי שנקבעה בה הבעיה המיוחדת עליה ייסוב הדיון הנוסף. מתוך טענותיהם של העותרים עולה כי

הם רואים שתי סוגיות משפטיות קשות וייחודיות המצדיקות את קיומו של הדיון הנוסף, והן: האחת, טיבו של מבחן הצפיות במסגרת הקשר הסיבתי המשפטי; האחרת, המבחן הקובע לקיומה של התרשלות מצד הרופא המטפל. לטענת העותרים, הסוגיות המתעוררות במקרה זה אינן מצטמצמות לרשלנות רפואית, אלא הן בעלות השלכה כללית על שאלת האחריות הנזיקית במסגרת עוולת הרשלנות.

2. הרקע לדיון הנוסף הוא מקרה טרגי של נזק גוף ניכר שנגרם לילדה בת חמש אצל רופא שיניים כתוצאה מזריקת אלחוש מקומית בלסתה התחתונה. יצוין, כי רופא השיניים שטיפל בילדה עשה כן במסגרת התנדבותו במרפאת שיניים שהופעלה ביוזמת חב' מוסדות חינוך ותרבות והסוכנות היהודית לארץ ישראל, בשיתוף עם עיריית אשקלון ומדינת ישראל, במסגרת פרויקט שיקום השכונות באשקלון. הרופא הגיע במיוחד מחו"ל לביצוע הפרוייקט והוא השתמש במכשור ובחומרים שהיו במקום. התברר כי כתוצאה מהזריקה נגרם לילדה נזק מוחי שהביא, בין היתר, לחולשת גפיים בצד שמאל ולהפרעות נוירולוגיות. אין מחלוקת כי הנזק המוחי על תוצאותיו הקשות היה בבחינת אירוע חריג ביותר, שאפשרות התרחשותו בעקבות הזרקת אלחוש לא הייתה ידועה על פי הספרות הרפואית. עם זאת, היה ידוע כי במקרה של חדירת המזרק לתוך העורק האליאולרי - דבר הקורה בהסתברות שבין 10% ל-15% מכלל מקרי ההזרקה - עשויות להיגרם למטופל פגיעות עצביות קלות וחולפות. פגיעות קלות אלה ניתן היה למנוע על ידי השימוש במזרקים "שואבים". הכוונה היא למזרק, המאפשר שאיבה מוקדמת, אשר בעזרתה אפשר להיווכח אם חדרה המחט לכלי דם. הידיעה על חדירה מעין זו מאפשרת לרופא להימנע מהזרקת הסם המרדים לתוך כלי הדם. במקרה הנדון השתמש הרופא במזרק רגיל, דבר שהיה בעת ההיא מקובל על פי הפרקטיקה של רופאי השיניים. השאלה היא האם התאונה הרפואית הקשה שקרתה לילדה עולה, בנסיבות המקרה הנדון, לכדי רשלנות רפואית.

3. בית המשפט המחוזי הגיע למסקנה שלא הוכחו היסודות של האחריות בנזיקין. מסקנתו זו של בית המשפט המחוזי התבססה על שלושה נימוקים, שבחלקם הם חלופיים. הנימוק המרכזי נוגע לשאלת הקשר הסיבתי העובדתי. על יסוד מספר ניכר של עדויות מומחים, שהיו חלוקות ביניהן בדבר סיבת האירוע, אומר בית המשפט המחוזי את הדברים הבאים:

משהאפשרויות השונות שהתובעים הצביעו עליהן נדחות כאמור, זו בידי מומחה המחזיק באחרת ולהפך, נותרה אך השקפה אחת הזוכה לתמיכה בעדויות אחרות והיא השקפתו של פרופ' Rood.

להשקפתו, הזריק הד"ר קליפורד את חומר האלחוש אל תוך העורק האליאולרי התחתון וזה נדד, בשל עצם ההזרקה, בכיוון המנוגד לכיוון זרימת הדם וכך הגיע אל המוח. 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 הרגילה במקרים אלה, של כלי הדם נגרמה זרימה איטית יותר של הדם. ההאטה שהייתה 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. משך התהליך הזה כולו הוא כ-10 דקות.

משלא השכילו התובעים להצביע על אפשרות אחת, הכרחית, מבין אלה המתחרות, הקשורה בקשר סיבתי משפטי עם התוצאה המזיקה ומשהותירו תוצאות מסתברות אחדות שמקצתן אם לא כולן אינן מצביעות על התרשלות לא הוכח קיומה של האחריות הרובצת על [הרופא].

די בכך כי לא נשללה הסתברותה של אפשרות אחת, שאינה כרוכה בהתרשלות, ושהייתה עשויה להביא את התוצאה המזיקה, בכדי לפטור, את הרופא במקרה זה מאחריות. ממילא מתייתר כאמור הצורך בבחינת השאלה הראשונה, הנוגעת לשלב זה של ההתרחשות, לאמור הבדיקה אם אכן נתקיימה התרשלות בדרך בה ביצע [הרופא] את ההזרקה. אלא שמצאתי לראוי לערוך גם את הבדיקה הנוספת הזו.

4. מתוך דברים אלה עולה כי בית המשפט המחוזי גרס כי לא עלה בידי התובעים להוכיח, בעודף הסתברות, כי הנזק נגרם על ידי גורם (עובדתי) בעל אופי רשלני. ואמנם, על נימוק זה חוזר בית המשפט המחוזי, שעה שהוא בוחן את הטענה כי ניתן היה למנוע את הנזק אילו השתמש הרופא במזרק בר-שאיבה. וכך הוא אומר:

[טענה זו] כרוכה בהעדפת אפשרות כי התהליך המזיק החל עם חדירת המזרק אל תוך כלי הדם ועם ההנחה בדבר הצורך למנוע מראש הזרקת החומר המאלחש לתוכו.

אפשרות זו הנה, כאמור, רק אחת מן האפשרויות הקיימות וממילא אין קשר הכרחי בין השימוש בסוג מזרק כזה לבין התוצאה. אם האפשרות המסתברת היא אחרת, למשל העדר חדירה לכלי דם, או קיומו של תסחיף רקמתי החוסם את המזרק, ממילא לא הייתה כל תועלת לשאיבת ניסיון.

5. הנימוק השני של בית המשפט המחוזי לשלילת האחריות נוגע לשאלת קיומה של התרשלות מצד הרופא. טענת התובעים הייתה כי הרופא התרשל בכך שלא השתמש במזרק בר-שאיבה, דבר שהיה מונע את הזרקת הסם לתוך העורק עצמו. על כך אומר בית המשפט:

לעניין עצם השימוש במזרק מן הסוג הזה, התברר מן העדויות, כי יתרונו באפשרות השימוש באמפולה מוכנה מראש של חומר ההרדמה הכולל ריכוז ומינון קבועים. רוב החברות המייצרות את חומר ההרדמה משווקות אותו, כך העיד פרופ' Rood, בתוך אמפולה שכזו, המונעת מטבעה את יכולת השאיבה. בעת הרלוונטית היה זה סוג המזרק שהיה מקובל בשימוש אצל רופאי השיניים. בנסיבות המקרה אין לתלות התרשלות בהתנהגות [הרופא] בשל עצם השימוש בסוג זה של מזרק.

6. בסוף דבריו מביא בית המשפט המחוזי נימוק חלופי נוסף לשלילת האחריות, והוא העדר צפיות. ואלה דבריו:

בהעדר ראיה בדבר קשר הכרחי בין אפשרות הנגועה בהתרשלות דווקא לבין התוצאה - ממילא שוב לא היה צורך לבחון את האפשרויות המתחרות לגופן. יתר על כן: אפילו ניתן היה להצביע על מעשה או מחדל אשר היוו, הם ואין בלתי, סיבה משפטית הכרחית לתוצאה שנגרמה - מותנת הטלת האחריות על הרופא בכך שצפה או צריך היה לצפות את אותה התוצאה: ע"פ 47/56 מלכה נגד היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד י' (3) 1543; במקרה שלפנינו המדובר היה בתוצאה אשר לא זו בלבד שלא נצפתה במחקרי העבר, ולא הייתה צפויה בעת התרחשותה, כי אם גם תוצאה שהמומחים נתקשו להסבירה בדיעבד. מכל מקום, גם בחינה פרטנית של האפשרויות המתחרות הביאה לכלל מסקנה כי לא ניתן להצביע על שום אפשרות הנגועה במעשה התרשלות מוכח, אשר הביאה להיקרות הנזק, בשלב הראשון.

7. על פסק דין זה הוגש, כאמור, ערעור לבית משפט זה, שבו נחלקו דעות חבריי. אפרט תחילה את חוות דעת המיעוט של חברתי השופטת ד' ביניש, שסברה כי יש להתערב במסקנתו של בית המשפט קמא. השגתה הראשונה נוגעת לקיומה של הסיבה העובדתית לנזק, דהיינו, להסבר הסיבתי הרפואי להתרחשות התוצאה המזיקה. לדעת חברתי, שגה בית המשפט קמא בכך שלא קבע כממצא כי הנזק המוחי נגרם, כפי שהסביר המומחה, פרופ' Rood, על ידי הזרקת חומר האלחוש לתוך העורק האליאולרי התחתון בלסתה של הילדה. אינני משוכנע כי הביקורת של השופטת ביניש בדבר שלילת הסיבתיות העובדתית על ידי בית המשפט המחוזי מוצדקת. לטעמי, אין לפרש

את הנמקתו של בית המשפט קמא כאילו יש בה דרישה להוכחת הסיבה העובדתית בכמות ראיות העולה על זו הנדרשת כרגיל במשפט האזרחי, דהיינו, הוכחה בעודף הסתברות. כפי שאני מבין את דבריו, הוא סבר שאף לא אחד מההסברים הרפואיים השונים, שהועלו על ידי המומחים הרפואיים, מגיע לידי רמת ההוכחה של עודף הסתברות. דעתו זו התייחסה גם להסבר המצוי בחוות דעתו של פרופ' Rood. אוסיף מטעמי כי דעה זו אינה משוללת יסוד; דווקא העובדה כי זהו המקרה הראשון בעולם שבו גרמה, כביכול, הזרקת חומר אלחוש לתוך העורק האליאולרי נזק מוחי חמור מפחיתה מן ההסתברות כי זהו ההסבר הסיבתי הנכון לנזק. אולם, למעט הסתייגות מסוימת מקיום הקשר הסיבתי העובדתי מצד השופט י' גולדברג בערעור, כל השופטים בערעור יצאו מנקודת ראות כי הוכח הקשר הסיבתי העובדתי. ואמנם, נראה כי גם בעלי הדין בדיון הנוסף אינם חולקים עוד על ההסבר הרפואי, שניתן על ידי פרופ' Rood, בדבר הדרך של התרחשות הנזק; טענותיהם מכוונות לשאלות המשפטיות הנובעות מקבלת הסבר זה.

8. ההנחה היא אפוא כי השימוש במזרק בר-שאיבה היה מונע את התוצאה המזיקה, והשאלה היא האם השימוש כפי שנעשה במזרק אחר הוא בבחינת התרשלות מצד הרופא. נקודת המוצא בערעור היא כי השימוש במזרקים בלתי-שואבים נחשב עדיין בתקופה הרלבנטית לפרקטיקה מקובלת בקרב רופאי השיניים. ואמנם, חברתי השופטת ביניש, פותחת את דיונה בשאלת ההתרשלות במלים אלה:

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

והיא ממשיכה:

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 העניין, כדי למנוע, או להפחית ככל האפשר את הסיכון הצפוי מפעולתו.

בהמשך דבריה סוקרת חברתי את הפסיקה בארצות המשפט המקובל ומסקנתה היא כי:

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

השופטת ביניש מוצאת תמיכה לגישה זו גם בפסיקה של בית משפט זה.

9. העיקרון העולה מן הדברים הוא כי לעדויות אודות פרקטיקה רפואית נוהגת יש משקל רב בבוא בית המשפט להכריע האם התרשל רופא שפעל לפי פרקטיקה זו, אך משקל זה של הפרקטיקה אינו מכריע וכל מקרה ייבחן לנסיבותיו. בית המשפט הוא שיקבע את רמת הזהירות הסבירה הנדרשת מרופא, וזאת על יסוד מכלול השיקולים הנוגעים לעניין. וכאן עוברת חברתי לנסיבות העניין הנדון באומרה:

העניין שלפנינו הוא מסוג העניינים שבהם ניתן לדעתי לקבוע כי על אף השימוש בשיטת טיפול מקובלת, הייתה התרשלות בהזרקת חומר האלחוש ללא שימוש במזרק שואב. על פי עדויות המומחים, התופעה של חדירה לעורק בעת הזרקת חומר האלחוש הייתה תופעה מוכרת בקרב אנשי המקצוע. היו פרסומים 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 איננו רצוי ואין ליחס לו יתרון בעל משקל על פני השימוש במזרקים שואבים. כפי שאוזכר קודם לכן, פרופ' Rood, מטעם המשיב, ציין בחוות דעתו כי השימוש במזרק לא שואב הוא לדעתו "לא נבון" - "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

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

10. אם אסכם אפוא את גישתה של חברתי בעניין ההתרשלות, הרי קיום ההתרשלות מבוסס על צפיותה של פגיעה בחולה כתוצאה מן השימוש במזרק בלתי-שואב, ועל כך שמזרק בר-שאיבה קל להשגה ללא עלויות ניכרות. מבחינה עיונית, יש כאן מעין הפעלה של מבחן כלכלי השוקל, כביכול, את גודל הסיכון של גרימת נזק לעומת העלות של מניעתו. כלומר, לפנינו, מעין החלה של הנוסחה המפורסמת הנקראת על שמו של השופט האמריקאי Learned Hand בעקבות דבריו בפרשת **United States v. Carroll Towing Co.**, 159 F. 2d 169, 173 (2d Cir. 1947). אולם, לכל הדעות, הנזק המוחי שנגרם בפועל למטופלת לא היה צפוי, כי, כאמור, האירוע היה הראשון מסוגו בעולם כולו. האם עובדה זו של העדר צפיות משפיעה על אחריותו בנזיקין של הרופא? השופטת ביניש ערה לשאלה זו, והיא דנה בה תחת הכותרת של קשר סיבתי, תוך כדי התייחסות גם לסוגייה של ריחוק הנזק, כהסדרתה בסעיף 76(1) לפקודת הנזיקין. אתאר בקצרה את מהלך מחשבתה בסוגייה הנדונה. נקודת המוצא שלה היא, כי בהתאם לפסיקה, יש להבחין בין סיבתיות עובדתית לסיבתיות משפטית. ההנחה היא, כאמור, שהסיבתיות העובדתית בין השימוש של מזרק בלתי שואב לבין התוצאה המזיקה התקיימה. באשר לסיבתיות המשפטית, היא נבחנת על פי מבחן הצפיות. אולם, על פי הגישה המקובלת בפסיקה הישראלית, אין צורך בצפיותם של כל פרטי ההתרחשות שהביאו בפועל לתוצאה המזיקה. די בצפיות כללית של התרחשותו של סוג הנזק שנגרם, ולא של הנזק הספציפי. בשל החשיבות שיש בהבנת מהלך מחשבתה של חברתי, אביא את דבריה בהרחבת-מה:

מובן כי ככל שהגדרת ה"סוג" רחבה יותר, יש בכך משום הרחבת התחום עליו משתרעת הצפיות... כשלעצמי סבורה אני כי הגדרה של מושא הצפיות כ"נזק גוף" היא בדרך כלל רחבה מדי, אם כי בהקשרים מסוימים, 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".... 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 מסוימים ההצמדות למבחני הצפיות לצורך קביעת קשר סיבתי, מחייבת הרחבת הגדרת הצפיות לשם החלת מדיניות משפטית ראויה. צפייתו 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.....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 הנוירולוגי 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 לעניין עוולת הרשלנות, והן על פי המבחנים הנוספים לקביעת הקשר הסיבתי - מבחן הסיכון ומבחן השכל הישר.

11. כאמור, שופטי הרוב בערעור דחו את מסקנתה של חברתי השופטת ביניש. שניהם אינם חולקים, באופן עקרוני, על הרעיון כי טיפול רפואי על פי פרקטיקה מקובלת, אינו מהווה הגנה מוחלטת מפני אחריות בנזיקין. ראה בעניין זה באופן כללי A. Jones, *Medical Negligence* (2ND ed., London 1996) 97-108. יחד עם זאת, במקרה שלפנינו, סברו שני שופטי הרוב כי אין לראות את השימוש במזרק בלתי-שואב כמעשה התרשלות מצד הרופא. חברי המשנה לנשיא ש' לוינ מציינ כי בבדיקת קיומה של האחריות לנזק יש להבדיל בין שתי שאלות שונות; האחת, נוגעת לקיומה של

החבות, שאלה המוכרעת על פי מבחן הצפיות; האחרת, נוגעת להיקף האחריות, לגביו אין מחילים את מבחן הצפיות. הוא גורס כי לשם קיום האחריות, סוג הנזק חייב להיות צפוי. אולם, ההגדרה של סוג הנזק חייבת להיות כזו שתותיר משמעות אמיתית לדרישת הצפיות, שאחרת מטילים, למעשה, אחריות מוחלטת. לדעת המשנה לנשיא, 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. מאחר שהנזק שנגרם בפועל לא היה צפוי, המסקנה היא כי אין לרופא חבות בנזיקין במסגרת עוולת הרשלנות.

12. השופט י' גולדברג שם את הדגש על שאלת ההתרשלות. לדעתו, מקום שצפוי נזק שולי בלבד מטיפול רפואי לא נדרשים אמצעי בטיחות מיוחדים שמטרתם למנוע נזק זה. ועל כך הוא אומר את הדברים הבאים:

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.

ובהמשך הוא מציין:

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 נורמה 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 לקטגוריה

שלישית של מקרים, כמו זו שלפנינו, בה הרופא אמנם לא נקט בטיפול הטוב ביותר, אך הטיפול לא עלה כדי התרשלות.

13. באשר לשאלת הקשר הסיבתי המשפטי, השופט י' גולדברג גורס, בדומה למשנה הנשיא ש' לוי, כי בנסיבות המקרה הנדון אין לזהות את סוג הנזק שנגרם בפועל עם הנזק הקל שהיה צפוי. וכך הוא אומר:

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

14. אומר מיד, כי מצטרף אני למסקנתם של שופטי הרוב כי יש לשלול במקרה זה את אחריותו בנוזקין של רופא השיניים. עם זאת, אפשר שמהלך המחשבה, המביא אותי למסקנה זו, אינו זהה בכל פרטיו עם דרך ההנמקה של חבריי, שופטי הרוב. אבאר באופן תמציתי את גישתי. קודם כל, יש להבדיל הבחנה ברורה בין שלוש שאלות שונות בדבר קיום חבותו של אדם לנזק מסוים במסגרת עוולת הרשלנות. השאלה הראשונה, הנוגעת לקיום האחריות, היא שאלת ההתרשלות, דהיינו, ביצוע מעשה בלתי סביר כלפי אדם אחר הצפוי להינזק ממעשה זה. השאלה השנייה, שגם היא נוגעת לקיום האחריות, היא שאלת הקשר הסיבתי בין ההתרשלות לבין התוצאה המזיקה. השאלה השלישית, הנוגעת להיקף האחריות, היא שאלת ריחוק הנזק. שאלה אחרונה זו מניחה כי קיימת אחריות במסגרת עוולת הרשלנות, דהיינו, נתמלאו כל תנאיה, אלא יש עדיין לקבוע את היקף חובת הפיצויים ביחס לנזקים השונים שנגרמו כתוצאה מן העוולה. מבחינה נורמטיבית, השאלה הראשונה נחתכת על פי סעיפים 35 ו-36 לפקודת הנוזקין; השנייה על פי סעיף 64 לפקודה; השלישית על פי סעיף 76(1) לפקודה.

15. אתחיל בשאלת ההתרשלות. יצוין, כי הנזק שנגרם בפועל, לא היה צפוי כלל ועיקר, כך שאין הוא יכול להיות רלבנטי להכרעה בשאלת קיום ההתרשלות, יהא בסיסה העיוני אשר יהא. אבהיר זאת לפי שתי התפיסות העיוניות המנוגדות, המצויות כיום במרכז המחלוקת בדבר היסוד העיוני של האחריות ברשלנות: התפיסה הקנטיאנית-המוסרית והתפיסה הכלכלית-התועלתנית. ואמנם, גרימת נזק בלתי צפוי לחלוטין אינה בבחינת אשמה מוסרית במובן הקאנטיאני; ואין היא בבחינת "אשמה

כלכלית" בחישוב עלות/תועלת, וזאת משום שבעת המעשה, ההסתברות להתרחשות נזק מעין זה היא אפס. שאלת ההתרשלות מתמקדת, אפוא, בנזקים הקלים והחולפים הצפויים במיעוט של מקרי שימוש במזרק הבלתי-שואב. האם על הרופא לנקוט באמצעים כדי למנוע נזקים אלה? תשובה חיובית לשאלה זו, משמעותה כי כל הרופאים שהשתמשו, על פי הפרקטיקה המקובלת, במזרק הבלתי-שואב חייבים היו לפצות את המטופלים שלהם על הנזקים החולפים של אי-נוחות שנגרמו להם. לא אוכל להימנע מן המחשבה כי ספק רב בעיניי אם חברתי השופטת ביניש הייתה מקבלת תביעת פיצויים של מטופל על אי-הנוחות הקלה והחולפת שבאה כתוצאה מן הזריקה. ייתכן אף כי תביעה מעין זו הייתה נדחית בשל היות מקורה במעשה של מה בכך, כמשמעותו בסעיף 4 לפקודה. אין פלא אפוא כי שופטי הרוב לא ראו בשימוש במזרק הנדון משום מעשה התרשלות. מסקנה זו מתיישבת הן עם התפיסה הקנטיאנית הן עם התפיסה הכלכלית: לפי הראשונה, התנהגות על פי פרקטיקה מקובלת קשה לראות בה, בנסיבות שבהן הסיכון הוא קטן ביותר, משום התעלמות מאוטונומיית הזולת שהיא ביסוד האחריות בנזיקין על פי הגישה הקנטיאנית. השווה E.J. Weinrib, *The Idea of Private Law* (Cambridge, Mass. 1995), p. 151-152. הוא הדין לפי התפיסה האחרת, העורכת חישוב כלכלי של עלות/תועלת ביחס למניעת התאונה. יש רגלים לסברה, כי בנסיבות המיוחדות של המקרה, החלפת המזרקים כרוכה הייתה בעלות גבוהה יותר מאשר עלות הנזק המזערי (הצפוי), בעל הסתברות נמוכה יחסית. ואמנם, ד"ר שפירא, שהוא המומחה הרפואי מטעם התביעה בנוירולוגיה, מתקשה בעדותו לייחס התרשלות לרופא השיניים בשל השימוש במזרק שאינו שואב. לדעתו, אם ההזרקה (במזרק לא שואב) הייתה נעשית בתנאים רגילים לחלוטין, הדבר לא היה נחשב רשלני (עמ' 8 לפרוט' מיום 18.5.89). לטעמו, אם פעל הרופא בהתרשלות היה זה בכך שביצע את הזריקה בילדה שהיתה באי שקט, ומכל מקום עיקר הרשלנות לטעמו הוא אי נקיטת האמצעים הדרושים לאחר הזריקה, כאשר התגלו אצל הילדה תופעות חריגות. ד"ר קוטב, מומחה רפואי מטעם התביעה בתחום ההרדמה, כותב בהשלמה לחוות דעתו כי הוא "מסכים לקבל את עמדתו של פרופ' רוד שב-1984 השימוש במזרק שאינו מאפשר שאיבה לפני ההזרקה היה מקובל". ראה גם עדותו בעמ' 76 לפרוט'. עם זאת, בעדותו בבית המשפט הוא אומר שגם באותה תקופה רופא זהיר צריך היה להשתמש במזרק שואב (עמ' 92 לפרוט'). בהוראות היצרן אכן קיימת הוראה להשתמש במזרק שואב. עם זאת, יש לזכור כי כל תופעות הלוואי המתוארות בהוראות היצרן מתייחסות לסיכון הצפוי כתוצאה מהזרקת מנת יתר (לרבות הזרקה כזו לתוך העורק) בעוד שבמקרה הנדון התממש סיכון אחר, בלתי צפוי.

16. על רקע מצב דברים זה, איני רואה מקום להתערב במסגרת דיון נוסף במסקנת הרוב בערעור כי לא הייתה התרשלות מצד הרופא. התשובה לשאלת קיומה של התרשלות אינה מעוררת במקרה הנדון שאלה משפטית חשובה, קשה או חדשה, כי המסקנה של העדר התרשלות אינה יותר מאשר החלה של העקרונות המקובלים על הנסיבות המיוחדות של תאונה רפואית. חילוקי הדעות בין השופטים הם תוצאה של הערכה שונה של סטנדרט ההתנהגות המקצועית בעובדות הנתונות. מבחינה זו, לטעמי, לא היה מקום לדיון נוסף. אולם, שופטי הערעור הרחיבו את הדיון על שאלות משפטיות נוספות, וזאת על יסוד ההנחה כי בשימוש המזרק הבלתי-שואב היה משום התרשלות. ואמנם, הנחה זו יוצרת מספר בעיות משפטיות מורכבות. אגע בהן בקצרה.

17. בהנחה כי בשימוש במזרק הנדון היה משום התרשלות מצד הרופא, משום שהיה צפוי להיגרם נזק חולף, השאלה המתעוררת היא האם הרופא אחראי לנזק הבלתי-צפוי שנגרם בפועל? לכאורה, שאלה זו היא, מבחינה מושגית, שאלה של סיבתיות שפתרונה יש למצוא במסגרת הוראת סעיף 64 לפקודה. הבסיס לכך מצוי בהוראת הסיפא של סעיף 35 לפקודה: "הגורם ברשלנותו נזק לזולתו עושה עוולה". כלומר, מאחר שהנחנו כי קיים מעשה רשלנות - במובן ההוראה הנזכרת - יש לבחון, לשם קיום האחריות, האם קיים קשר סיבתי בין מעשה הרשלנות לבין הנזק. יש לזכור, כי גרימת הנזק (הראשוני) היא תנאי מוקדם לקיום האחריות בעוולת הרשלנות, ולכן שאלת הסיבתיות כאן נפרדת משאלת היקף האחריות, הנחתכת על פי הוראת סעיף 76 לפקודה, והמניחה לפי לשונה את קיום העוולה.

18. שופטי הערעור בחנו את השאלה של הקשר הסיבתי על פי המבחן של צפיותו של סוג הנזק שנגרם בפועל. חברתי השופטת ביניש גרסה כי הנזק הפרטני הבלתי-צפוי שאירע במציאות נמנה על אותו סוג הנזק הכללי שהיה צפוי, ועל כן התקיים הקשר הסיבתי. שופטי הרוב סברו, לעומתה, כי הנזק הגופני הצפוי שונה מהותית מן הנזק הגופני הבלתי-צפוי שהתרחש בפועל. על כן, לדעתם, לא התקיים הקשר הסיבתי בין הרשלנות לבין הנזק. יצוין, כי חברתי השופטת ביניש יצאה מן ההנחה כי, על פי הפסיקה, יש להבדיל באופן כללי בין סיבתיות עובדתית לבין סיבתיות משפטית. שאלת סוג הנזק נמנית על הסוגיה של סיבתיות משפטית. לטעמי, עקרונית, יש לבחון את שאלת הסיבתיות במשפטנו באופן בלעדי על יסוד הוראת סעיף 64 לפקודה, לפיה נקודת המוצא היא עקרון שוויון הגורמים, בכפוף לשלושת החריגים המנויים בה. לגישה שונה ראה י' גלעד "הסיבתיות במשפט הנזיקין הישראלי - בחינה מחודשת" משפטים יד (תשמ"ד) 15, בעמ' 27-28.

19. עם זאת, נראה לי כי במסגרת עוולת הרשלנות יש להחיל את מבחן הצפיות לגבי הנזק שנגרם בפועל, וזאת מכוח הסיפא של סעיף 35 לפקודה. נאמר כאן, כנזכר, כי התנאי לקיום עוולת הרשלנות הוא כי הנזק לזולת נגרם ברשלנותו של הנתבע. מאחר שהמבחן המרכזי לרשלנות, כהגדרתה בפקודה, הוא הצפיות, יש הגיון ענייני רב שהנזק (הראשוני) שנגרם בפועל, ואשר מבסס את קיום האחריות בעוולת הרשלנות, גם הוא יהיה צפוי. ראה ברוח זו גלעד, שם, בעמ' 29, 42, 45, 46. יצוין, כי בהקשר זה יש משקל רב לביקורת הכללית שנמתחה על ההלכה שנפסקה באנגליה בפרשת **Polemish & Furness Withy & Co., Re.** [1921] 3 K.B. 560, הלכה שנהפכה, כידוע, בפרשת **Wagon Mound : Overseas Tankship (U.K.) Ltd. v. Morts** [1961] A.C. 388. אני מדגיש כי הדרישה לצפיות הנזק חלה על הנזק הראשוני המכונן את עוולת הרשלנות. והנה, במקרה הנדון לא הוכח כי לילדה נגרם תחילה הנזק הצפוי (הקל והחולף), ורק לאחר מכן הנזק הבלתי צפוי. בחוות דעתו של פרופ' רוד יש גם הסבר רפואי של הליך ההתרחשות, אם אין בחוות דעת זו יסוד לשנות ממסקנותיי. ההנחה היא, אפוא, כי הנזק החמור הוא הנזק הראשוני. לו היה נגרם תחילה הנזק הקל, שאלת הנזק החמור שבא בעקבותיו, הייתה נכנסת לתחום הוראת סעיף 76(1) לפקודה, שעניינה היקף האחריות. באשר לסוגיה אחרונה זו של ריחוק הנזק, אסתפק בהערה כי איני משוכנע שהמקרה הנדון נכנס למסגרתו של עקרון "הגולגולת הדקה". המדובר אינו במצב גופני הקיים אצל הקורבן ואשר חושף אותו לפגיעה נדירה, אלא בהליך פיסיוולוגי חריג שלא היה ידוע, ולכן היה בלתי צפוי. עם זאת, איני רואה צורך להכריע בסוגיה אחרונה זו.

20. מן האמור עולה, כי מסכים אני עם גישתם של שופטי הרוב בערעור, לפיה לא קמה האחריות בנזיקין במסגרת עוולת הרשלנות, הן משום שלא הייתה התרשלנות בשימוש במזרק שאינו שואב, הן משום שהנזק (הראשוני) שנגרם בפועל היה בלתי צפוי במהותו וכן בדרך התרחשותו. יהא הדין במסגרת הסוגיה של ריחוק הנזק אשר יהא, לגבי הנזק הראשוני חל מבחן של צפיות ממשית, מבחן שלא התקיים בנסיבות המקרה הנדון. נראה, כי גם בהקשר זה המחלוקת בין שופטי הערעור אינה בשאלה עקרונית, אלא היא נוגעת לראיית היחס, בנסיבות המיוחדות של המקרה, בין הנזק הצפוי לנזק הבלתי-צפוי מבחינת ההגדרה של סוג הנזק.

21. בשולי הדברים ברצוני להעיר הערה כללית. הסוגיה של ההסדר הרצוי לגבי תאונות רפואיות עומדת על סדר היום בשיטות רבות. נראה בעליל, כי ההסדר המסורתי הנשען כולו על אחריות הרופא בנזיקין אינו משיב רצון, והמקרה הנוכחי יוכיח! אין זה ראוי כי גורלו של נפגע-נזק יהיה תלוי בגבול - הדק מאוד לעתים קרובות - בין

אחריות מקצועית לאי-אחריות מקצועית. כן אין זה רצוי שבית המשפט, תוך מאמץ עליון להושיע את קרבן התאונה, ימצא שמץ של רשלנות אצל הרופא, ממצא העשוי לפגוע קשות בשמו הטוב של הרופא המטפל. לכן, טוב יעשו הגורמים הנוגעים לעניין אם ינקטו יזמה לרפורמה בהסדר הפיצוי של נפגעים מסוג זה, הסדר אשר לדעתי ניתן לבסס, על פי הדגם השוודי, על ביטוח אישי של החולים. ההנחה היא כי הסדר מעין זה, ובודאי הסדרים חלופיים אחרים, דורשים את התערבותו של המחקק. בהקשר זה מן הראוי להזכיר את דו"ח הוועדה לבדיקת האחריות לפגיעה בטיפול רפואי (תשנ"ט); דו"ח הוועדה, בראשותו של השופט דר' ג' קלינג, הוגש למנכ"ל משרד הבריאות. ראה עוד **No Fault Compensation in Medicine** (R.D Mann & J. Havard, eds., London 1989; וכן את סדרת המאמרים ב - **60 Law & Contemp. Prob.** (1997).

לו דעתי הייתה נשמעת, התוצאה הייתה כי יש לקיים את פסיקת הרוב בע"א

935/95.

ש ו פ ט (בדימ')

המשנה לנשיא (בדימ') ש' לוין:

גם עלי מקובל, כפי שהיה מקובל בגלגולה הראשון של הפרשה בבית משפט זה, שדין התובענה היה להידחות. מסכים אני לפסק דינו של חברי הנכבד השופט (בדימ') אנגלרד שבמקרה שלפנינו לא הוכחה התרשלות; אך גם בהנחה שהוכחה התרשלות לא בא נזקם של העותרים בגדר הילכת הצפיות ובאופן כללי מסכים אני לפסק דין. לפיכך דעתי היא שדין העתירה להידחות.

מצטרף אני לקריאתו של חברי הנכבד השופט (בדימ') אנגלרד למחוקק לעשות להסדרת הסוגיה שלפנינו בחקיקה.

המשנה לנשיא (בדימ')

השופט ת' אור:

העובדות וההליכים

1. עובדותיו של המקרה הטראגי העומד במרכזו של דיון נוסף זה, הן כדלקמן: ביום 5.4.84, בהיותה בת חמש שנים, הגיעה המבקשת, רביד משה (להלן: רביד),

מלווה באמה, למרפאת "שילון" באשקלון לצורך טיפול שיניים. היא התקבלה במרפאה על ידי המשיב, ד"ר קליפורד (להלן: הרופא). כהכנה לטיפול, הזריק הרופא לרביד זריקת הרדמה מקומית בלסתה התחתונה מצד ימין. מיד לאחר ההזרקה, הופנתה רביד על ידי הרופא לעשיית צילום, בחדר סמוך במרפאה. היא סירבה לערוך את הצילום ועזבה במרוצה את המקום כשהאם אחריה. משחזרו, הבחינה האם כי רביד נוטה על צידה ואינה מצליחה להתייזב. הסייעת השכיבה את הילדה על כיסא טיפולים ורופאה באה לבדוק אותה. בבדיקתה, היא מצאה כי רביד "מנומנמת". לאחר מכן, היא נבדקה גם על ידי הרופא, ובסופו של דבר הוחלט להעבירה לטיפול רפואי. היא הוחשה על ידי אמה למרפאת קופת חולים הסמוכה, ומשם, בהוראת הרופאה המטפלת נלקחה לבית חולים באשקלון. משם הועברה כעבור מספר ימים לטיפול בבית חולים תל השומר. כתוצאה מהאירוע, סובלת רביד עד היום ממגבלות בגפיים (המיפרזיס במחצית הגוף השמאלי) ומהפרעות נוירולוגיות וקוגניטיביות.

2. רביד והוריה (להלן: המבקשים) הגישו תביעה לבית המשפט המחוזי בבאר שבע, אשר במסגרתה תבעו מהרופא והמשיבים 2-4 (להלן: המשיבים) פיצויים בגין נזקי הגוף שנגרמו לה, לטענתם, עקב רשלנותו. בית המשפט המחוזי דחה את התביעה.

על פסק דינו של בית המשפט המחוזי הגישו המבקשים ערעור לבית משפט זה. בית המשפט דחה את הערעור ברוב דעות של המשנה לנשיא ש' לוין והשופט י' גולדברג כנגד דעתה החולקת של השופטת ד' בייניש (ע"א 935/95 משה רביד (קטינה) ואח' נ' קליפורד דניס ואח', פ"ד נב(4) 736, להלן: פסק דין שלערעור). עתירה לדיון נוסף על פסק דין זה התקבלה, ומכאן הדיון שבפנינו.

גדר המחלוקת

3. גדר המחלוקת שבפנינו הצטמצמה במידת מה לעומת הדיון בבית המשפט המחוזי. בית המשפט המחוזי דחה את התביעה נגד הרופא, בין היתר, מן הטעם שלדעתו לא הוכח קשר סיבתי עובדתי בין הזרקת חומר ההרדמה לבין הנזק שנגרם לרביד. קביעתו זו של בית המשפט המחוזי נדחתה בפסק הדין שלערעור. נקודת המוצא של כל השופטים בפסק הדין שלערעור, ובעניין זה אין עוד כיום מחלוקת, הייתה כי קיים קשר סיבתי עובדתי בין הזרקת חומר ההרדמה לנזק שנגרם לרביד. בעניין אופן התרחשות הנזק קיבל בית המשפט את חוות דעתו של פרופ' רוד, מומחה מטעם המשיבים לכירורגית פה ולסת, אשר היתה מקובלת גם על יתר המומחים שבחנו את המקרה. פרופ' רוד הסביר, כי הרופא הזריק את חומר ההרדמה אל תוך העורק

האליאולרי התחתון וזה נדר, בשל עצם ההזרקה, בכיוון המנוגד לכיוון זרימת הדם וכך הגיע אל המוח. חומר ההרדמה היה מורכב משניים: אלידיקאין, שהנו החומר המרדים ונור-אדרנלין, אשר תפקידו להצר את כלי הדם ובכך למנוע התפזרות מהירה מדי של החומר המרדים בטרם ישפיע את פעולתו המקומית. עקב ההיצרות של כלי הדם, שהיא רגילה במקרים אלה, נגרמת זרימה איטית יותר של הדם. ההאטה, שהיתה במקרה זה בשיעור חריג, יצרה את התהליך של קרישת הדם, ואולי אפילו היצרות מוחלטת של כלי הדם (אוטם) עד שבסופו של דבר נוצר במקום קריש דם שמנע הגעת דם למוח והביא למות תאים במוח ולשיתוק חלקי.

4. בשלב זה של הדיון, גדר המחלוקת בין הצדדים מסתכמת בשאלות הבאות; האם התרשל הרופא בטיפול שקיבלה רביד; אם התשובה לכך חיובית, האם מתקיים במקרה זה קשר סיבתי (משפטי) בין התרשלותו לבין הנזק שנגרם לה; במידה ויקבע כי הרופא אחראי לנזק שנגרם לרביד, מהו היקף אחריותו, או במילים אחרות, האם הנזק שנגרם, השיתוק החלקי, אינו רחוק מדי?

התשתית העובדתית הדרושה לעניין אינה שנויה עוד במחלוקת. המבקשים אינם חולקים על קביעתו של בית המשפט המחוזי, שהייתה מקובלת על השופטים בפסק הדין שלערעור, כי הזריקה לא ניתנה במהירות שיש בה כדי להוות התרשלות, החומר שהוזרק היה מתאים לטיפול ברביד והוא ניתן בכמות ובריכוז מתאימים. אף אין בפנינו ערעור על קביעתו של בית המשפט המחוזי, כי הרופא לא התרשל בטיפול שנתן לרביד לאחר שהתמוטטה במרפאה. כמו כן מוסכמות על הצדדים העובדות הבאות; אירוע של הזרקת חומר ההרדמה לתוך עורק הוא אירוע מוכר המתרחש בכ-10%-15% מכלל מקרי ההזרקה. התופעות שהיו מוכרות בספרות הרפואית עד לאירוע הנדון כתופעות העשויות להיגרם בעקבות התהליך המתואר של חדירת חומר ההרדמה לעורק וזרימתו לכיוון המוח, באו לידי ביטוי בהשפעות גופניות חולפות (אשר למהותן נתייחס בהמשך). פגיעות אלה ניתן היה למנוע על ידי שימוש במזרקים המאפשרים שאיבה מוקדמת (להלן: מזרקים שואבים). שאיבה מוקדמת מאפשרת לבחון, עובר להחדרת חומר ההרדמה, האם חדרה המחט לעורק. ידיעה מוקדמת כאמור, מאפשרת להימנע מהזרקת החומר לתוך כלי הדם. במקרה הנדון השתמש הרופא במזרק שאינו מאפשר שאיבה מוקדמת (להלן: מזרקים לא שואבים). בתקופה בה התרחש האירוע הנדון, היה מקובל בארץ השימוש הן במזרקים שואבים והן במזרקים לא שואבים, כך שהשימוש באחרונים תאם גם הוא את הפרקטיקה המקובלת באותה עת. עד למקרה בו נפגעה רביד, לא היה מקרה שפורסם בספרות הרפואית, בו נגרם למטופל נזק מוחי ומגבלות קבועות בגפיים, כמו בענייננו, כתוצאה מחדירת חומר הרדמה לעורק וזרימתו

משם, בניגוד לכיוון הדם אל המוח. לאחר האירוע הנדון ובעקבות התרחשותו, הוציא משרד הבריאות הנחיות כי זריקות הרדמה דנטליות יעשו רק במזרקים שואבים.

פסק הדין שלערעור

5. השופטת בייניש קבעה, בפסק הדין שלערעור, בדעת מיעוט, כי הרופא התרשל בטיפולו ברביד וכי קיים קשר סיבתי בין ההתרשלות לקרות הנזק. אשר להתרשלות, היא קבעה כי לעדויות אודות פרקטיקה רפואית נוהגת יש אמנם משקל רב בבוא בית המשפט להכריע האם התרשל רופא שפעל בדרך מסוימת. יחד עם זאת, דעתה הייתה שאין ליתן לכך משקל מכריע וכל מקרה יבחן לפי נסיבותיו. בנסיבות העניין, סברה השופטת בייניש כי הימנעותו של הרופא להשתמש במזרקים שואבים עלתה כדי התרשלות. ובלשונה:

”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 התמשות הסיכון הצפוי האמור. כאשר ניתן למנוע את הסיכון על נקלה, על ידי שימוש באמצעי פשוט כמזרק שואב, שהינו זמין וניתן להשגה, ושהשימוש בו איננו 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 התנהגות הנדרשת מרופא שיניים סביר” (פסקה 7 לפסק דינה).

לאור מסקנתה זו, בחנה השופטת בייניש את שאלת התקיימותו של קשר סיבתי משפטי בין השימוש במזרק הלא שואב לבין הנזק שנגרם לרביד. בהקשר זה, היא בחנה את השאלה, האם הנזק שנגרם לרביד היה מסוג הנזק שהיה על הרופא לצפות. תשובתה היתה חיובית:

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

במלים 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 הנוירולוגי 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" (פסקה 10 לפסק דינה).

6. כאמור, דעת הרוב סברה אחרת. אשר לשאלת רשלנותו של הרופא, מוכן היה המשנה לנשיא, להצטרף לדעתה של השופטת בייניש כי קיומה של פרקטיקה מקובלת אינה חזות הכול וכי כל מקרה ייבחן לפי נסיבותיו. אולם, מבלי לפסוק בדבר, הוא הטיל ספק אם בנסיבות העניין, ההסתמכות על הפרקטיקה הנוהגת אינה פוטרת את הרופא ויתר המשיבים מחבות. השופט י' גולדברג קבע בעניין זה, כי גם אם נצא מנקודת הנחה ששימוש במזרק שואב היה מונע את הנזק, הרי שהנזק הצפוי היה מזערי, וקביעה כי שימוש במזרק לא שואב עולה כדי התרשלות, יוצרת נורמה מחמירה מדי אשר אינה רצויה. הוא סבר כי הכלל הוא, שרופא סביר אינו צריך לעשות דבר מעבר לנהוג ולמקובל כדי למנוע אי נוחות זמנית הצפויה למטופל על ידו.

שופטי הרוב חלקו על מסקנותיה של השופטת בייניש גם בנוגע לשאלת סוג הנזק. המשנה לנשיא קבע בעניין זה:

"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 למערערת. לדעתי, אין לומר, ששיתוק קבוע והפרעות קוגניטיביות הם נזקים המשתייכים לסוגם של נזקים בדמות תחושות חולפות של נמנום סחרחורת ואבדן תחושה, וזאת אפילו ננקוט בהגדרה מרחיבה של סוג הנזק ... 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..." (פסקה 4 לפסק דינו).

השופט י' גולדברג הצטרף למסקנתו של המשנה לנשיא, לפיה לא סוג הנזק ולא הליך התרחשותו היו צפויים.

טענתם המרכזית של המבקשים היא, כי הרופא התרשל בטיפול ברביד וכי נזק הגוף שנגרם לה הינו אותו סוג נזק שניתן היה לצפות את התרחשותו. בענייננו, היה צפוי סיכון של נזק גוף ועל כן גם אם הנזק שנגרם לרביד הוא גדול מהצפוי, אין לומר כי מדובר בסוג נזק שונה. מנגד, המשיבים טוענים כי הרופא פעל על פי פרקטיקה רפואית מקובלת והסיכון שהיה ידוע באותה עת משימוש במזרקים לא שואבים לא הצדיק סטייה ממנה. אשר להיקף האחריות, טענתם היא, כי יש לסווג את סוג הנזק לקטגוריות משנה ואין להסתפק בקטגוריה רחבה של "נזק גוף". לטענתם, נזק מוחי צמית אינו מאותו סוג של פגיעות שוליות וחולפות. המשיבים מוסיפים וטוענים כי אי נוחות זמנית אינה נכללת בגדר "נזק גוף".

הסוגיות המצויות לפתחנו עניינן אפוא הן בעצם אחריותו של הרופא והן בהיקף אחריותו. אבחן סוגיות אלה כסדרן.

אחריותו של הרופא לנזק

7. הרופא חב חובת זהירות כלפי המטופלת שלו, רביד. במסגרת בחינת אחריותו של הרופא בעוולת רשלנות כלפי רביד, עולות שתי שאלות. האחת, האם היתה התרשלות מצידו כלפיה; ובנסיבות המקרה, האם השימוש שעשה הרופא במזרק לא שואב, שימוש שהיה בגדר פרקטיקה מקובלת בעת הרלבנטית, מהווה סטייה מרמת הזהירות הנדרשת מרופא שיניים סביר? לשון אחרת, האם היה על הרופא לנקוט

אמצעים כדי למנוע את הנזק על ידי כך שיימנע השימוש במזרק בלתי שואב. השאלה השניה העולה בענייננו היא, האם בעקבות רשלנותו נגרם לרביד נזק. רק אם נגרם נזק כזה, מתקיימת העולה של רשלנות. בנסיבות המקרה, השאלה היא האם הוכח קשר סיבתי (משפטי) בין התרשלנות של הרופא לנזק גופני שנגרם לרביד.

התרשלנות של הרופא

8. כאמור, בעת האירוע המצער, השימוש במזרקים לא שואבים היה בגדר פרקטיקה מקובלת בקרב רופאי שיניים, בצד השימוש במזרקים שואבים שגם בהם נעשה שימוש. השימוש שעשה הרופא במזרק לא שואב בעת הטיפול ברביד לא חרג אפוא מהנורמה שהייתה מקובלת באותה עת. בדרך כלל, החלטותיו ופעולותיו של רופא צריכות להיות מבוססות על ידע רפואי עדכני ובהתאם לנורמות המקובלות בעת הרלבנטית בעולם הרפואה (ראו: ע"א 323/89 קוהרי ואח' נ' מד"י, פ"ד מה(2) 142; ע"א 2694/90 הסתדרות מדיצינית הדסה נ' מימון ואח', פ"ד מו(5) 628; ע"א 4809/93 חזיזה ואח' נ' מרכז רפואי סורוקה (טרם פורסם); ע"א 3264/96, 3709/96 קופת חולים כללית ואח' נ' יפה פלד ואח', פ"ד נב(4) 849). יחד עם זאת, סבירותם של אמצעי זהירות נקבעת על פי אמות מידה אובייקטיביות-נורמטיביות ועל כן ייתכנו מקרים, אם כי לא שכיחים, בהם הפרקטיקה הנוהגת עלולה שלא לענות על סטנדרט ההתנהגות הנדרש. מצטרף אני לעמדתה של חברתי, השופטת בייניש, בפסק הדין שלערעור, כי קיומה של פרקטיקה רפואית מקובלת אינה יכולה לחרוץ, כשלעצמה, את גורלה של שאלת ההתרשלנות (ראו: ע"א 612/78 סמית נעים נ' ד"ר ישראל קופר ואח', פ"ד לה(1) 720, 726; ע"א 3108/91 רייבי נ' ד"ר קורט וייגל, פ"ד מז(2) 497, 509; ע"א 854/87 מינרץ נ' ד"ר דניאל הופמן (טרם פורסם) בפסקה 6). אין ספק כי קיומה של פרקטיקה מקובלת מהווה פרמטר, ואפילו פרמטר חשוב, במכלול השיקולים שעל בית המשפט לשקול בבואו לקבוע את סטנדרט ההתנהגות הראוי, אולם אין היא הפרמטר היחיד אשר בית משפט יתחשב בו.

בשאלת קיומה של רשלנות, אומר חברי, הנשיא, בע"א 4025/91 צבי נ' ד"ר

קרול, פ"ד נ(3) 784, 790:

"החובה המוטלת על פי דיני הרשלנות אינה לתוצאה אלא למאמץ. דיני הרשלנות מבוססים על עקרון האשמה ולא על אחריות מוחלטת. אכן, ביסוד ההתרשלנות מונח עקרון הסבירות. השאלה אשר דיני ההתרשלנות באים להשיב עליה היא באילו 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 וכיוצא באלה שיקולים המבטאים את רעיון האשמה, והמבוססים על ההנחה שהאמצעים אשר המזיק צריך לנקוט בהם אינם חייבים להסיר את הסיכון, אלא אמצעים שסביר לנקוט בהם בנסיבות העניין".

שיקולים אלה אינם נדחים הצידה גם שעה שפעולותיו של הרופא לא חרגו מהמקובל בעת הרלבנטית, ועל בית המשפט להתחשב בהם לצורך קביעת רמת הזהירות הנדרשת.

9. האם בנסיבות המקרה דנן, קיומה של פרקטיקה על פיה פעל הרופא שולל את התרשלותו? מסקנתי היא, כי בנסיבותיו המיוחדות של המקרה שבפנינו, חוברים יחד מספר שיקולים אשר משקלם המצטבר מוביל לתוצאה כי הרופא התרשל בכך שהשתמש במזרקים לא שואבים לצורך החדרת חומר ההרדמה. שיקולים אלה עניינם, בין היתר, בידע שהיה קיים במועד האירוע על הסיכון שבשימוש במזרקים לא שואבים ובהעדפה שיש להעדיף מזרקים שואבים על רקע קיומו של סיכון כזה. הפרקטיקה של שימוש במזרקים לא שואבים, הייתה אם כן, פרקטיקה אשר סיכונה ידועים. להלן, אפרט את השיקולים אשר ביסוד מסקנתי.

ראשית, כאמור, על פי התשתית העובדתית שלפנינו, הסיכון של חדירה לעורק במהלך הרדמה מקומית דנטלית כתוצאה משימוש במזרק לא שואב נע בין 10%-15% מכלל המקרים. אין ספק, כי מדובר במספר לא מבוטל של מקרים בהם קיים סיכון מוחשי להיגרמות תופעות לוואי הנובעות כתוצאה מחדירת חומר ההרדמה לעורק. לצורך המחשה, פרופ' רוד העיד, כי באנגליה יכול להסתכם מספר הזריקות בהם ישנה מעורבות בלתי רצויה של חדירה לעורק כתוצאה משימוש בזריקות לא שואבות בכ-70 מיליון זריקות מסוג זה לשנה. מדובר אם כן בתופעה רחבת היקף. יתרה מכך, פרופ' רוד הפנה למחקר רפואי אשר הראה כי האפשרות של חדירה לעורק שכיתה יותר אצל ילדים.

שנית, תופעות הלוואי העלולות להיגרם כתוצאה מחדירת חומר האלחוש לתוך העורק, אפילו כפי שהיו ידועות על פי הספרות הרפואית בעת התרחשות האירוע בו עסקינן, היו אמנם תופעות חולפות, אולם לדעתי, לא ניתן לכנותן "קלות ערך" או "מזעריות". כל שכן, אין להתייחס אליהן, כפי שמציע חברי, השופט אנגלרד, כאל "מעשה של מה בכך" כמשמעותו בסעיף 4 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש]. במאמר

רפואי, שפורסם בפברואר 1985, המתעד מקרה של תופעת לוואי חריגה בהיקפה
שנגרמה כתוצאה מזריקת הרדמה מקומית, מסוכמות תופעות הלוואי שהיו ידועות עד
אותה עת כדלקמן:

"There are documented cases of transient neurological complications accruing from mandibular nerve blocks (2-7). Cooper (2) reported a case of transient lateral rectus palsy with temporary blurring of vision following a homolateral mandibular nerve block anesthetic ... Blaxter & Britten (3) reported 2 cases of transient amaurosis and one of transient lateral rectus palsy following homolateral mandibular nerve block anesthesia ... Rood (4) described a case of ocular complications subsequent to a homolateral mandibular nerve block anesthetic...". (Weinberg A., Shohat S, Stabholz A, Findler G. Transient hemiparesis following mandibular nerve anesthesia. Endod Dent Traumatol 1985; 1: 116-119).

מכאן, שתופעות הלוואי הנוירולוגיות הנגרמות כתוצאה מהזרקת חומר
ההרדמה לתוך עורק אשר היו ידועות במועד הרלבנטי, אינן מסתכמות בנמוס קל או
סחרחורת. הן כוללות גם תופעות כמו שיתוק זמני של שריר בעין יחד עם ערפול ראייה,
עיוורון זמני וסיבוכים בעין. במאמר מוסגר יוער, כי במאמר הנ"ל, תיארו המחברים
מקרה יוצא דופן, בו כתוצאה מזריקת הרדמה מקומית שניתנה על ידי סטודנט, נגרמו
למטופל תופעות הכוללות צניחת עפעף, פגיעה בדיבור, מגבלות מוטוריות בצד הימני
של גופו ונוקשות עורפית שארכו בסך הכל כ-45 דקות. תופעת לוואי נוספת, עליה
עמדו המומחים (פרופ' רוד בחוות דעתו ופרופ' שפירא בעדותו) היא היגרמותם של
פרכוסים כתוצאה מחדירת חומר האלחוש לעורק והפעלתו של התהליך המתואר לעיל.
תופעות אלה, גם אם חולפות הן, אינן יכולות להיחשב בגדר "אי נוחות" גרידא.

שלישית, במועד הרלבנטי כבר היה ידוע שהשימוש במזרקים שואבים עדיף.
בעניין זה, חשובה עדותו של ד"ר נדר, מומחה מטעם המשיבים, אשר שימש בעת
הרלבנטית כיועץ רפואי בהתנדבות של המרפאה הנדונה. בעדותו, הוא ציין שהמליץ כי
במרפאה ישתמשו במזרקים שואבים, המלצה שלמרבית הצער לא יושמה. כמו כן הוא
מעיד:

"נכון שידעתי כי בשוק בארץ יש את שני סוגי המזרקים
שהמלצנו עליהם. לא היתה המלצה חד משמעית
להשתמש במזרקים בעלי אפשרות שאיבה..."

...עוד בהיותי סטודנט ב-1961 בקורס להרדמה מקומית דיברו המרצים על הצורך בשימוש בשאיבה. לעניות דעתי לגבי כל מי שעוסק בהרדמה מקומית או שעוסק בכירורגית פה ולסת היה קונצנזוס לעניין המזרקים בעלי האפשרות לשאיבה" (עמוד 71 לפרוטוקול) (הדגשה שלי - ת"א).

בחוות דעתו של פרופ' רוד, הוא אמנם קובע כי לדעתו, שימוש במזרק לא שואב אינו עולה כדי התרשלות (שאלה אשר ראוי היה להשאירה להכרעת בית המשפט), אולם גם לדעתו, שימוש כאמור "אינו חכם". פרופ' קוטב, מומחה להרדמה, קובע בעדותו כי למרות שבשנת 1984 לא היתה הוראה מחייבת לעניין שימוש במזרק שואב, דעתו היא, כי רופא זהיר היה צריך להשתמש במזרק כזה כבר אז.

רביעית, ב"הוראות היצרן" של חומר ההרדמה בו נעשה שימוש (סומנו נ/5), בחלק הדן במינון ובאופן נתינת החומר, נקבעה באופן מפורש ההוראה הבאה:

"To avoid inadvertent intravascular injection an aspiration check should be performed".

שימוש במזרק לא שואב מהווה אפוא הפרה של הוראה ברורה של יצרן חומר ההרדמה באשר לאופן הראוי של הזרקת החומר. הוראה זו באה להתריע בפני שימוש במזרק לא שואב, כשברור בעליל שכוונתה למנוע את הסיכונים העלולים להגרם עקב כניסת חומר ההרדמה למחזור הדם העובר בעורק. ובמילים אחרות, כניסת חומר ההרדמה לעורק מסכנת את המטופל. נוכח הוראת יצרן ברורה זו, על משמעותה כאמור, קשה לקבל כראויה פרקטיקה בדבר שימוש במזרק לא שואב.

חמישית, ראוי גם להתחשב בעובדה כי בעת הרלבנטית היתה ידועה התופעה של זרימת חומר הרדמה למוח העלולה לגרום לנזקים נוירולוגיים חולפים עקב הזרקת החומר לתוך העורק. רגישותו של איבר זה, הייתה צריכה לשמש תמרור אזהרה לרופא לנקוט משנה זהירות ועירנות בהזרקת חומר ההרדמה.

לבסוף, על פי התשתית העובדתית שבפנינו, שימוש באמצעי פשוט ונגיש בדמותם של מזרקים שואבים היה מונע את תופעות הלוואי הכרוכות בהזרקת חומר אלחוש לתוך העורק. מזרקים שואבים היו קיימים בשוק בעת הנדונה ולא נטען כי הייתה בעיה כלשהי להשיגם. כמו כן, לא נטען כי עלותם עולה באופן משמעותי, או בכלל, על עלותם של מזרקים לא שואבים.

10. מכלול השיקולים המנויים לעיל, מצביע על כך, שדי היה באמצעי פשוט וזמין למנוע סיכון ידוע של חדירת מזרק עם חומר הרדמה לתוך עורק, דבר אשר עלול לגרום לתופעות לוואי משמעותיות. כל זאת, ללא תוספת עלות משמעותית. בנסיבות אלה, אין לכאורה מנוס מן המסקנה כי רופא זהיר היה בוחר למנוע סיכון זה באמצעות שימוש במזרקים שואבים.

המשיבים מבקשים להסביר את המחדל של אי שימוש במזרקים שואבים בכך שלטענתם, הבחירה במזרק ללא יכולת שאיבה כללה בחובה יתרון שכאילו אינו מצוי בשימוש במזרק שואב; רוב החברות המייצרות את חומר ההרדמה שיווקו אותו באמפולה המתאימה לשימוש באמצעות מזרק לא שואב. יתרונו של המזרק הלא שואב, נעוץ אפוא באפשרות השימוש באמפולה מוכנה מראש של חומר ההרדמה הכוללת ריכוז ומינון קבועים. שקלתי טענה זו, אולם אין בה לשנות ממסקנתי. ראשית, לפחות על פי הוראות היצרן של חומר ההרדמה בו נעשה שימוש בפועל, נראה כי הוא הותאם לשימוש באמצעות מזרקים שואבים. שנית, לא די בטענה כי רוב החברות יצרו אמפולות המתאימות למזרקים לא שואבים. לא נטען כי לא היו בנמצא אמפולות אשר התאימו למזרקים השואבים ולכן יש להניח כי ניתן היה להשיג גם כאלה. לסיכום, דעתי היא, כי הרופא סטה מסטנדרד הזהירות הראוי כאשר השתמש במזרקים לא שואבים.

קשר סיבתי (משפטי) בין ההתרשלות לנזק

11. חברי, השופט אנגלרד, סובר כי במקרה הנדון לא הוכח כי הנזק אותו סבלה רביד נגרם עקב ההתרשלות. עמדתו היא, כי לא הוכח כי נגרם לרביד הנזק הקל יחסית והחולף, שהוא הנזק שלשיטתו היה צפוי, וכי הנזק החמור יותר והקבוע שנגרם לה הינו נזק שלא היה צפוי. לגישתו, הנזק החמור היה הנזק הראשוני שנגרם לרביד, ומכיוון שנזק כזה לא מצא את ביטויו בספרות הרפואית של אותה עת, הוא לא היה צפוי, ולכן לא הוכח הקשר הסיבתי בין ההתרשלות לנזק שנגרם לרביד. מכאן מסקנתו, שלא הוכחה עוולת הרשלנות.

אין בידי להסכים להשקפתו זו. דעתי היא, כי גם אם הנזק הראשוני שנגרם לרביד היה הנזק החמור והקבוע, די בכך שהרופא צפה או שהיה עליו לצפות את סוג הנזק, דהיינו, את תהליך הגרימה הספציפי של היצרות כלי הדם, על תוצאותיו האפשריות, על מנת לייחס לו אחריות לגרימתו. מכל מקום, בענייננו, ממילא נגרם

תחילה לרביד הנזק הקל והחולף ורק לאחר מכן הנזק החמור והקבוע. פרופ' רוד, אשר חוות דעתו לגבי אופן התרחשות הנזק הייתה מקובלת על כל המומחים, דחה באופן חד משמעי את הסברה לפיה הנזק החמור התרחש מיד. בתשובה לשאלה מה לדעתו היה סדר ההתרחשויות, הוא מסביר כדלקמן:

"...a series of things happen... the solution was unfortunately given into the artery, it flowed back, a mechanism which I think everyone has accepted does happen. It then travels towards the brain and the solution has begun to mix with the blood. It sets off an embolus of solution which is starting out to mix with the blood. The first of it would arrive within the minute. It is possible with the lignocaine itself, because it has this effect, it might have caused some drowsiness. The lignocaine arriving at the brain could well have caused some drowsiness. The lignocaine and the noradrenaline get there together—they're a single mixture—and the first noradrenaline would start to affect the blood vessels around the brain and the effect is to start to close them down.

...the blood vessels can respond to the noradrenaline and could relax again. But presumably narrow a little, and narrow a little more, and more solution is now arriving; it's a continuous process. There's a lot of it. And the blood vessels narrow, and because they narrow the flow is beginning to slow down and therefore the noradrenaline that arrives passes more slowly and has a greater effect, and over a period of minutes the blood vessels shut down sufficiently for blood flow to stop in that vessel. As it slows down sufficiently to stop, the blood began to clot. And, as you know, it takes a few minutes for blood to clot...And the blood clotted and effectively closed off that blood vessel. So I believe the time scale of this happening over several minutes is much more likely to lead to that mechanism than to a piece of tissue flying up and blocking the blood vessel, instant shutdown, immediate effects...

...it takes perhaps less than a minute for the first solution to arrive at the brain, a few minutes--two or three minutes—for this blood vessel to [close]...and there may be another three to eight minutes for the blood to totally clot, and sometime during that process...there would be effects on the brain with reduced blood supply. Effectively, I think, a period of one, three, four—another variable—five to eight minutes I think it might have taken for the whole thing to come to a convulsion" (p. 55-56).

מדברים אלה עולה באופן ברור, כי מדובר בתהליך שהתפתח בהדרגה, ולא באופן מיידי. אכן, הייתה בפני בית המשפט המחוזי גם גירסה לפיה השיתוק אחז ברביד דקה לאחר הזריקה. פרופ' קוטב ניסה בחוות דעתו להסביר גירסה זו בכך שהנזק נגרם כתוצאה מהיסחפות חלקיק רקמה לצד הימני של המוח. דעתו זו, בעניין אופן התרחשות הנזק, לא התקבלה על דעתם של מומחים אחרים. כאמור, בעניין זה התקבלה חוות דעתו של רוד, ולפי דבריו המצוטטים לעיל, נזק מיידי אינו מתיישב כלל עם ההליך שתואר על ידו להתרחשות הנזק. כמו כן, הגירסה לגבי התרחשות נזק מיידי אינה מתיישבת עם קביעותיו של בית המשפט המחוזי, לפיהן לאחר הזריקה הופנתה רביד לחדר צילום ומשם היא ברחה החוצה, ורק כאשר חזרה למרפאה נצפו תופעות לוואי שונות של הזריקה.

מסקנתי מהאמור לעיל היא, כי הנזק הראשוני שאירע היה מסוג תופעות הלוואי שהיו מוכרות וצפויות כתוצאה מחדירת חומר ההרדמה לעורק, ועל כן על הרופא היה לצפותו. הוכחה, על כן, עוולת הרשלנות אשר יוחסה לרופא. שאלה אחרת היא, האם אחראי הרופא לנזק החמור יותר שהתפתח אצל רביד בהמשך לנזק הראשוני. לשאלה זו אפנה עתה.

היקף האחריות

12. קבעתי לעיל, כי הנזק הראשוני שאירע לרביד היה צפוי והרופא אחראי בגינו. אולם אין חולק, כי הנזק שהתפתח לאחריו - נזק קבוע המתבטא במגבלות בגפיים והפרעות נוירולוגיות וקוגניטיביות - לא נזכר קודם לכן בספרות המקצועית הרפואית. השאלה היא, האם אחריותו של הרופא משתרעת גם על נזק זה? סוגיה זו עניינה בשאלת ריחוק הנזק, המוסדרת בסעיף 76(1) לפקודת הנזיקין [נוסח חדש].

ההלכה בסוגיית ריחוק הנזק נקבעה לפני שנים רבות, בדנ"א 12/63 ליאון ואח' נ' רינגר ואח', פ"ד יח(4) 701 (להלן: פרשת רינגר). באותו מקרה, אדם נפגע בגבו במהלך תאונת דרכים עקב רשלנותו של הנהג הפוגע. כתוצאה מפגיעה זו, ארעה אצלו התפרצות של גידול ממאיר מסוג "כורדומה", שהוא סוג נדיר ביותר של מחלת סרטן. בפרשת רינגר, נדחתה האבחנה של השופט זילברג בע"פ 47/56 מלכה נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד י' 1543, בין מחלות וחבלות שהן תדירות, ועל כן צריך לצפותן מראש, לבין מחלות וחבלות שהן נדירות, או נדירות מאוד מאוד, ועל כן אין

צריך לצפות מראש. זו הייתה עמדת הרוב באותה פרשה. השופט חיים כהן אומר בהקשר זה:

"מה שאדם סביר צריך לצפות מראש, אינה התוצאה מפגיעתו, כי אם עצם פגיעתו בלבד: לא את מימדי הנזק האפשריים כי אם רק את אפשרות גרימת הנזק מסוגו או מטיבו של הנזק אשר למעשה נגרם. וטיב הנזק או סוגו אינם משתנים ואינם מושפעים, בין אם הפצע או החבורה, המחלה או הנכות, תדירים הם בין אם הם נדירים, בין אם ידועים הם או בלתי ידועים, ניתנים לריפוי או אינם ניתנים לריפוי: כל פצע וכל חבורה, כל מחלה וכל נכות, הרי הם, בתורת שכאלה, בגדר הפגיעה הצפויה" (עמוד 709 ליד האות א') (הדגשה שלי, ת"א).

השופט ברנזון מבהיר:

"כאשר מעשה הנזיקין המיוחס הוא רשלנות פועל המבחן הזה (מבחן הצפיות, ת"א) פעמיים: הוא פועל לגבי האירוע המהווה את העוולה וכן לגבי סוג הנזק שנגרם, אך אין הוא משתרע גם על היקף הנזק מאותו סוג. כל שיעור של נזק מסוג צפוי נושא בו המזיק באחריות מלאה...
...[ש]אין להבדיל בין נזק לנזק לגופו של אדם, שכולם לסוג אחד יחשבו. חברי הנכבד, השופט ויתקון, אמר זאת מפורשות, ואלה דבריו (שם, ע' 1682):
'מן הדין וגם מן ההגיון הוא לראות נזק לגופו של אדם או לבריאותו כנזק מסוג אחד, שאינו ניתן לחלוקה לקטיגוריות שונות של נזק....'" (עמוד 711).

ובהמשך מוסיף השופט זוסמן:

"די בכך אם סוג הנזק שנגרם לא חרג מגדר הצפיות, אפילו עולה היקפו על המשוער. ואין צריך לומר כי נזק לבריאותו של אדם – כולו מסוג אחד הוא, וחבותו של המזיק אינה תלויה בקלספיקציה רפואית" (עמודים 716-717).

13. מהמקובץ עולה, כי על פי ההלכה שנקבעה בפרשת רינגר, סוג הנזק צריך להיות צפוי אך לא היקפו. כמו כן נקבע שם כי אין דרישה שהמזיק יצפה את תהליך הגרימה של הנזק המאוחר. די שיצפה את סוג הנזק. אם ניישם את ההלכה שנקבעה שם לענייננו, על הרופא היה לצפות את התרחשותו של נזק גוף כתוצאה משימוש במזרק

לא שואב. לפיכך, הנזק המאוחר שנגרם לרביד, שאף הוא בגדר נזק גוף - ובענייננו, נזק גוף חמור יותר אך במסגרת אותו תהליך - הוא נזק שהרופא אחראי לו. עצם הדבר שנזק זה היה חמור בהרבה מסוג הנזקים שהיה ידוע בעת הרלבנטית כי הם עלולים להיגרם כתוצאה מהחדרת חומר הרדמה לעורק, אינו מעלה ואינו מוריד לגבי היקף אחריותו.

14. לאור האמור, קביעתו של חברי, המשנה לנשיא ש' לוי, אליה הצטרף השופט י' גולדברג, לפיה דרגת החומרה של הנזק שנגרם בפועל הופכת את הנזק שנגרם לנזק מסוג שונה לחלוטין מזה שהיה צפוי, סותרת לכאורה את ההלכה שנקבעה בפרשת רינגר. המשיבים מבקשים לדחות מסקנה מתבקשת זו מכמה טעמים.

ראשית, לטענתם, להלכה שנקבעה בפרשת רינגר אין תחולה בענייננו, שכן יש להגבילה לנסיבות המיוחדות שנדונו שם. בפרשת רינגר - כך הטענה - לא נקבע מבחן כללי לעניין הגדרת "סוג הנזק", אלא יש לראות את אשר נאמר שם, בהקשר הייחודי של "עקרון הגולגולת הדקה". ההנחה העומדת בבסיס עקרון "הגולגולת הדקה" היא כי ליוצר הסיכון לא הייתה אפשרות בחירה - הוא לא יכול היה לדעת מראש דבר על "תכונות נסתרות" של קורבנו ועליו לקבל אותו כמות שהוא. הנחה דומה אינה יכולה לעמוד בבסיס עוולת הרשלנות ככלל, שכן עוולה זו מבוססת דווקא על יסוד של אשם ועל הנחה מובנית לפיה למזיק ישנה אפשרות בחירה בין חלופות. הרחבת הצפיות מעבר לנסיבות של "עקרון הגולגולת הדקה" תרוקן מטרה זו מתוכן.

גם אם אניח כי ההלכה שנקבעה בפרשת רינגר מוגבלת לנסיבות מיוחדות בהן חל "עקרון הגולגולת הדקה", מבלי שאסבור כך, דעתי היא, שאין בכך כדי לסייע למשיבים. הובהר לעיל, כי על פי התשתית העובדתית שבפנינו, אופן הזרקת חומר ההרדמה, מינונו וריכוזו היו תקינים. כמו כן, לא הייתה רשלנות בטיפול שניתן לרביד לאחר שהתמוטטה במרפאה. למרות האמור, נגרם לרביד נזק רציני וקבוע עקב הזרקת חומר ההרדמה. נזק זה לא נוצר מעצמו בבחינת יש מאין. חייב להיות לו מקור או גורם כלשהו. לאור שלילתן של סיבות אחרות, השכל הישר מורה שהפגיעה החמורה שנפגעה רביד נגרמה על רקע רגישות מיוחדת או תכונה מיוחדת החבויה בגופה, אשר בעטייה התקיים התהליך אשר הביא בסופו של דבר לנזק התמידי החמור. אם כמות החומר שהוזקה היתה במינון נכון, המתאים לילדה בגילה של רביד ולא היתה כל רשלנות במהלך ההזרקה, אין זאת אלא שנתונים או גורמים חבויים ברביד הם שגרמו לנזק אשר בדרך כלל אינו נגרם באותן נסיבות. במילים אחרות, הנזק נגרם בגלל "גולגולת הדקה" של רביד, דהיינו הרגישות או תכונות גופניות מולדות שלה. מכאן, שגם במקרה שלפנינו חל "עקרון הגולגולת הדקה" ועל כן ההלכה שנקבעה בפרשת רינגר רלבנטית

לענייננו. כאמור, על פי ההלכה שנקבעה שם, על המזיק לשאת גם בתוצאות הנובעות מחריגותו של הניזוק, שכן באופן כללי ידוע וצפוי כי אנשים שונים סובלים מחוליים ורגישויות שונים, אף אם פרטיהם של אלה משתנים מאדם לאדם (ראו במיוחד דבריו של השופט ברנזון בעמודים 711-712 שם).

15. שנית, המשיבים טוענים שיש לאבחן את פרשת רינגר מנסיבות המקרה דנן בשני היבטים מהותיים. האחד, בפרשת רינגר, נדון מקרה בו התרחשה תאונת דרכים. נקודת המוצא של בית המשפט הייתה, כי נהג רשלן יכול לצפות גרימת מוות לאחר. מכאן, שהנזק שנגרם בפועל (התפרצותה של מחלה קשה), שהוא פחות חמור, בוודאי נכלל בתחום הצפיות. לעומת זאת, במועד הרלבנטי לענייננו, הנזקים שהיו ידועים בספרות הרפואית כתופעות לוואי אפשריות להזרקת חומר הרדמה באמצעות מזרק לא שואב היו נזקים שהסתכמו, לטענת המשיבים, בנזקים חולפים. הצפי לנזקים מסוג זה אינו כולל בחובו צפי לנזקים חמורים יותר. לפיכך, טענתם היא, כי לא ניתן לומר כי בפועל ניתן היה לצפות את הנזק שארע במציאות. היבט שני המאבחן לדעת המשיבים את פרשת רינגר מנסיבותיו של המקרה דנן, הוא ששם, המחלה שהתפרצה אצל הניזוק הייתה אמנם נדירה מאוד, אולם היא הייתה ידועה באותה עת בעולם הרפואה. לפיכך, ניתן לראותה כאילו הייתה בחזקת ידיעתו של כל מעוול פוטנציאלי ועל כן גם בגדר צפיות. לעומת זאת, הנזק החמור והקבוע שנגרם לרביד במקרה דנן, לא היה ידוע בספרות הרפואית בתאריך הרלבנטי. בתמצית, טענת המשיבים היא, כי לאור הנסיבות הקונקרטיות של פרשת רינגר, ההלכה שם מתיישבת עם מבחן הצפיות, מה שאין כן בנסיבות המקרה דנן.

יש לדחות טענות אלה. על פי ההלכה שנפסקה בפרשת רינגר, מבחן הצפיות חל על סוג הנזק אך לא על היקפו. ו"סוג הנזק" פורש בפרשת רינגר באופן רחב כך שכל נזק גופני נכלל במסגרת אותו סוג נזק. הנזק המאוחר שנגרם לרביד הוא בגדר נזק גוף, ולכן הוא מאותו "סוג" נזק שהיה על הרופא לצפות מראש. עצם הדבר שהנזק שהתגבש בסופו של דבר היה חמור בהרבה מהנזק הראשוני, שלגביו אין מחלוקת שהיה צפוי, אינו מעלה ואינו מוריד. זאת מהטעם, שכמבואר לעיל, על פי פרשת רינגר, די בכך שסוג הנזק כנזק גופני כלשהו היה צפוי, כדי שהמזיק יחוב בנזיקין גם לגבי נזקי גוף חמורים יותר שהתפתחו מהנזק הגופני הראשוני, ואין צורך שייצפה את השתלשלות הנזק ואת כל היקפו.

16. כך על פי ההלכה שנקבעה בפרשת רינגר. על הלכה זו נמתחה ביקורת במאמרו של ישראל גלעד, "הסיבתיות במשפט הנזיקין הישראלי - בחינה מחודשת", משפטים יד

(תשמ"ד) 15. המחבר המלומד מצביע על הבעייתיות הנובעת, לדעתו, מההלכה שנפסקה בפרשת רינגר, אשר במסגרתה אין דרישה לצפות את תהליך גרימת הנזק ובד בבד סוג הנזק פורש בהרחבה כנזק גוף כלשהו. הוא מבהיר, כי ניתן היה למתן את הוויתור על צפיות תהליך הגרימה על ידי מיון מפורט של סוג הנזק. לטענתו, התוצאה המצטברת של התעלמות מתהליך הגרימה ומיון רחב של סוג הנזק מוביל בפועל לריקון מוסד ריחוק הנזק מכל תוכן ממשי (שם עמודים 35-36). דומה, כי השיקולים העומדים ביסוד ביקורת זו, הניעו את דעת הרוב בפסק הדין שלערעור לערוך סיווג בין סוגים שונים של נזקי גוף ולקבוע כי הרופא בענייננו לא היה צריך לצפות את הנזק הקבוע שנגרם לרביד.

דעתי שונה. המקרה שנדון בפרשת רינגר, כמו המקרה דנן, מעוררים שאלה משפטיות אשר יש להכריע בה על פי שיקולי מדיניות משפטית. השאלה הועלתה על ידי השופט ברנזון בפרשת רינגר, באומרו: "כלום ייתכן כי בשל מעשה רשלנות, שיתכן והוא קל ביותר ומאוד ראוי למחילה, וכרגיל הוא עשוי לגרום אחריו נזק פעוט בלבד, כלום ייתכן שהמזיק יחוייב לשאת בכל התוצאות הכבדות הנובעות מנסיבות מיוחדות מחמירות שהוא לא ידע ולא יכול היה לדעת על קיומן בפועל?" על כך עונה השופט ברנזון:

"נכון הדבר, כי ייתכנו מקרים שבהם עלול הנזק הנובע ממצבו המיוחד של הנפגע להיות מעל לכל פרופורציה ל"אשמת" המזיק. במקרה כזה עלולה אולי להיראות במבט ראשון הטלת האחריות לנזק כולו על המזיק כבלתי צודקת. אולם הדבר צריך להישקל במאזני הצדק, לא רק מבחינת המזיק, אלא גם מבחינת הניזק, ואזי ייתכן מאד שכפות המאזניים ייטו דווקא לצד האחרון. הוא ניזוק ועל משהו לשאת בתוצאה. כלום צודק הוא להעביר את הנטל משכמו של המזיק, אשר ביצע מעשה עוולה, אל שכמו של זה האחרון, שהוא לגמרי חף מכל אשמה?... גם מבחינה חברתית ראוי יותר שהמזיק ישא במלוא הנזק, באשר הוא לרוב מבוטח בניגוד לנפגע. באופן כזה נופל למעשה הנזק על הרבים ולא על היחיד" (עמוד 713 בין האותיות ג-ד).

שיקולים אלה, להטלת מלוא היקף הנזק על שכמו של המזיק, לא נס ליחס. ניתן להוסיף ולהקשות: האם ראוי שמזיק יישמע בטענה שהוא ידע או צפה נזקי גוף מסויימים לניזוק והוא מוכן היה ליטול את הסיכון והאחריות לחוב בפיצוי בגינם, אך לו היה יודע שמעשיו או מחדליו עלולים לגרום לנזקים חמורים יותר, לא היה פועל כפי שפעל? האם לא ראוי לומר לאותו מזיק כי החוק מטיל עליו אחריות בגין אשמו, ואם

צפה שהתנהגותו תגרום נזק גוף לרעהו היה עליו להימנע מהתנהגות אשר תזיק לו. כך גם יימנע מהסיכון שייגרם לרעהו נזק חמור יותר העלול להתפתח, נזק שמזיק "רגיל" אינו יודע, ככלל, על אפשרות או דרך התרחשותו.

התהליכים וההשתלשלות של הנזק הגופני הסופי, לאחר שנגרם לנזוק הנזק הגופני הראשוני, הינם נסתרים, בדרך כלל, מן המזיק. לפיכך, כשהוא גורם נזק גופני, אין הוא יכול, בדרך כלל, לדעת ולסמוך על כך שהנזק ישאר נזק קל. וגם זאת, בעת פגיעה גופנית המזיק לא תמיד יכול לדייק בפגיעה, ובעוד פגיעה במקום אחד בגוף יכולה להביא לתוצאות קלות בלבד, פגיעה בעצמה דומה במקום סמוך עלולה להיות קשה ואף קטלנית. יוצא, שבמקרים רבים המזיק נוטל על עצמו במעשהו האסור סיכונים לגבי השתלשלותה ותוצאותה של פגיעה גופנית שפגע ברעהו. שיקולים אלה תומכים בגישה, על פיה יש לזקוף לחובת המזיק את תוצאותיו של נזק גוף שנגרם עקב רשלנותו, אפילו לא צפה את השתלשלותו ואת תוצאתו הסופית.

17. מכל מקום, הביקורת על פסק הדין שבפרשת רינגר אינה יכולה להועיל למשיב בענייננו. ראשית, כפי שהראתי לעיל, על פי עובדות המקרה, ההסבר הסביר לנזק המוגבר שנגרם לרביד הוא שהנזק נגרם בשל גולגלתה הדקה. במקרה כזה, חב המזיק בנזקים שנגרמו לה עקב זאת, ועל הכלל בנושא הגולגולת הדקה לא חלק המשיב. שנית, במקרה דנן הטלת אחריות על הרופא בגין מלוא היקף הנזק אינה נשענת רק על כך שהיה צפוי נזק גופני כלשהו מהתנהגותו. היא מוצדקת גם לאור העובדה שהתהליך הגופני, המנגנון הרפואי שגרם בסופו של דבר את הנזק, היה ידוע וגם צפוי.

מן המפורסמות הוא, שמדע הרפואה אינו מתיימר לספק מידע מושלם על כל נזקי הגוף, תהליכיהם ותוצאותיהם, העלולים להיגרם כתוצאה מטיפול רפואי. מכאן, שעצם הדבר שבספרות הרפואית מדווח על תופעות לוואי אלה ואחרות אין בו כדי ללמד כי לא תתכנה תופעות אחרות שטרם נצפו, או על אף שנצפו - טרם דווח עליהן. כמו בכל שטח מדעי, ואולי אף יותר מכל שטח אחר, גם במדע הרפואה רב עדיין הנסתר. אכן, מדע הרפואה הינו מדע דינמי, המתקדם ומתפתח בקצב מעורר השתאות. הרפואה של היום אינה הרפואה שלפני חמישים, עשרים, עשר ואפילו שלוש שנים. אולם עדיין שורר חוסר וודאות, ואולי אפילו מסתורין בנוגע לנבכייהם ולתוצאותיהם של תהליכים פיזיולוגיים רבים. לפיכך, גם אם היינו נדרשים להצר את מובנו של "סוג הנזק" ולקבוע שלא די בדרישה שהיה צפוי נזק גופני כלשהו עקב אשמו של המזיק כדי להטיל עליו אחריות על כל נזק גופני נוסף שיגרם עקב אותה פגיעה, לא היה בכך לסייע למשיב. שכן, מוצדק היה לומר במקרה כזה, שאם קיים צפי של תהליך מסוים בגוף, לא

יוכל המזיק לטעון שידע על נזק צפוי מסוים מאותו תהליך, אך לא היה ידוע לו על תוצאות חמורות יותר שלו. אם ידע את התהליך הצפוי, את המנגנון המזיק לגוף, לא יוכל להתגונן בכך שלא ידע ולא יכול היה לצפות את כל השתלשלויותיו ואת כל תוצאותיו של אותו תהליך מזיק. אמת זו נכונה במיוחד לגבי התחום של המוח, תחום הנוגע לענייננו, אשר חלק גדול מצפונותיו טרם פוענחו לאשורם עד ימינו אלה.

אם נחזור לענייננו, התהליך האפשרי של זרימת חומר ההרדמה המוזרק לכיוון המוח והיצרות של כלי הדם בו זרם החומר, היו ידועים. גם תוצאות הלוואי של תהליך זה, אותן תופעות, חלקן חמורות, חולפות - היו ידועות. במקרה דנן, מנימוקים שלא הובררו בוודאות, אך כנראה בשל תכונותיה הגופניות המיוחדות של רביד, גרם אותו תהליך לכך שנמנע מדם להגיע למוחה של רביד וכתוצאה מכך נגרם לה נזק כבד. הנני סבור, שכשנצפה התהליך גורם הנזק אשר בסופו של דבר גרם לנזקה של רביד, אחראי הרופא לנזקים אלה. נזקים אלה שנגרמו לרביד, מהווים נזק שנגרם לה "באופן טבעי במהלכם הרגיל של הדברים ושכא במישרין מעוללת הנתבע" (הרופא) במובן סעיף 76(1) לפקודת הנזיקין (נוסח חדש).

18. על סמך כל האמור לעיל, דעתי היא כדעת חברתי, השופטת בייניש בדעת המיעוט שלה בפסק הדין שלערעור, דהיינו, שהרופא אחראי לנזקה של רביד. לפיכך, אם תשמע דעתי, יבוטל פסק דינו של בית המשפט המחוזי והדיון יוחזר לבית המשפט המחוזי לבירור אחריות המשיבים וגובה הנזק. כן הייתי מחייב את הרופא וכל המשיבים, סולידרית, לשלם לרביד הוצאות ערעור זה ובנוסף להן שכר טרחת עורך דין בסך 40,000 ש"ח ומע"מ.

ש ו פ ט

הנשיא א' ברק:

אני מסכים לפסק דינו של חברי, השופט ת' אור.

ה נ ש י א

השופט י' טירקל:

אני מסכים לפסק דינו של השופט ת' אור. בעיני יש משקל מיוחד - לענין התרשלותו של הרופא - להפרת ההוראה המפורשת של היצרן לפיה יש לבצע שאיבה

כדי להבטיח שהמזרק עם חומר ההרדמה לא יחדור לעורק (To avoid inadvertent) (הדגשה שלי – י' ט'). ניתן לומר שהוראת יצרן קובעת, בדרך כלל, סטנדרט התנהגות מינימלי. הוראת היצרן במקרה דנן, הגיונה בצדה והיא אף נוסחה בלשון ציווי מפורשת. היתה כאן אזהרה ברורה לרופא, אך זה לא פעל לפי סטנדרט ההתנהגות שנדרש (לענין חשיבותן של הוראות יצרן בהקשר של אחריות בשל רשלנות ראו, בין היתר, ע"א 285/86 נגר נ' וילנסקי, פ"ד מג(3) 284; ע"פ 6811/01 אלי אהמד נ' מדינת ישראל, פ"ד נז(1) 26).

ש ו פ ט

השופטת (בדימ') ט' שטרסברג-כהן:

אני מסכימה לפסק דינו המאלף של חברי השופט אור בדיון נוסף זה, המצטרף לפסק-דינה של חברתי השופטת ביניש בערעור וברצוני להעיר הערות ספורות:

1. המקרה שבפנינו מעורר - מהבחינה המשפטית - שאלות בתחום אחריותו בנזיקין של רופא כלפי מטופלו. במסגרת זו מתעוררות שאלות של השימוש בשיטה או בכלי המקובלים באותו תחום רפואי באותה עת; צפיית סוג הנזק שנגרם; צפיית מנגנון התרחשותו של הנזק, היקף הנזק וריחוק הנזק. מוצאת אני להעיר, כי אף שאין השימוש בפרקטיקה מקובלת מהווה הגנה הרמטית לרופא שכשל בשל אותה פרקטיקה, נוצרת לדעתי חזקה שהשימוש באותה פרקטיקה איננו רשלני. אלא שבענייננו נסתרה חזקה זו על ידי שהוכח קיומה של פרקטיקה אחרת או מכשיר אחר – מזרק שואב, שלקביעת חברי, אליה אני מצטרפת, היה מוכר, ידוע, נגיש ולא יקר לרכישה והיה בו כדי למנוע את הפגיעה שנגרמה.

2. אשר לעובדות הקשורות לנסיבות העסקתו של הרופא שטיפל בילדה, שצוינו על-ידי חברי השופט אנגלרד, מוצאת אני להעיר מספר הערות: ראשית, השופט אנגלרד עצמו אינו מסיק מאותן עובדות מסקנות משפטיות לענין אחריותו של הרופא. שנית, המשיבים לא העלו טענות לעניין אחריותו של הרופא מחמת אותן עובדות. שלישית, על-פי נסיבות המקרה יש להטיל אחריות משפטית על הרופא, כפי שנקבע ונומק בפסק דינו של חברי השופט אור.

3. לשאלת ריחוק הנזק, אינני שותפה לחשש המובע על ידי פרופ' י' גלעד שאת השקפתו בהקשר למקרה זה מביא חברי בפסק דינו, לפיו התוצאה המצטברת של התעלמות מתהליך הגרימה ומיון רחב של סוג הנזק היא ריקון מוסד ריחוק הנזק מתוכנו. לדוקטרינת ריחוק הנזק נותר מקום נכבד בדיני הנזיקין גם אם קובעים אנו במקרה שלפנינו כי הנזק שנגרם אינו רחוק מדי.

4. במקרה דנן חברי יחדיו מספר גורמים המובילים לתוצאה אליה הגיע חברי: היתה ידיעה על עצם האפשרות של חדירת המזרק לעורק; היתה ידיעה על האפשרות שחדירה כזו תגרום נזק גוף הנובע מהזרקת חומר ההרדמה לתוך העורק; הנזק נגרם על-ידי שימוש במזרק מהסוג בו השתמש הרופא; ניתן היה להשתמש במזרק אחר שהיה זמין לרכישה, לא יקר בעלות והיה בשימוש באותה עת; הנזק שנגרם בפועל נגרם על ידי החומר שהוזרק לתוך העורק והגיע למוח; הנזק שנגרם בסופו של דבר הוא מאותו סוג נזק שהיה צפוי לכל הדעות, אלא שהוא חמור בהרבה. החומרה אינה משנה את סוגו והיקפו של הנזק – גם אם אינו צפוי – אינו הופך אותו לרחוק מדי. כל אלה יחד מכריעים בעיני את הכף לחובת המשיבים ולפיכך אף אני בדעה כי דין העתירה להתקבל, כאמור בפסק דינו של חברי השופט אור.

ש ו פ ט ת (בדימ')

השופטת ד' ביניש:

העוקב אחר השתלשלות העניינים בפרשה זו יניח כמובן מאליו, כי מסכימה אני לאמור בפסק דינו של השופט ת' אור.

בחוות דעתי בערעור האזרחי בעניין זה (ע"א 935/95), אשר נותרה אז בדעת מיעוט, עמדתי בהרחבה על הטעמים אשר בגינם סברתי כי הטיפול הרפואי שניתן למבקשת לא עלה בקנה אחד עם ההתנהגות הנדרשת מרופא שיניים סביר, על אף ההוכחות שהובאו לעניין הפרקטיקה המקובלת באותה עת. כמו כן, הרחבתי בשאלת קיומו של הקשר הסיבתי המשפט.

יש לקוות כי עתה, לאחר שהתגבשה דעת הרוב בבית משפט זה, ניתן יהיה גם לסיים את הליך בירור הפיצויים בגין הנזק בהקדם, בשים לב לשנות ההתדיינות המרובות בפרשה מורכבת זו.

ש ו פ ט ת

הוחלט ברוב דעות כאמור בפסק-דינו של השופט אור.

ניתן היום, י"ז באייר תשס"ג (19.5.2003).

ה נ ש י א המשנה לנשיא (בדימ') ש ו פ ט ש ו פ ט (בדימ')

ש ו פ ט ש ו פ ט ש ו פ ט (בדימ')

העותק כפוף לשינויי עריכה וניסוח. 98077940_Q15.doc
מרכז מידע, טל' 02-6750444 ; אתר אינטרנט, www.court.gov.il