

הכול צפוי והרשלנות נתונה

עוד על דנ"א 7794/98 משה נ' קליפורד

מאת

רון פרי*

מאמר זה בוחן מנקודת מבט ביקורתית את דרך ההנמקה של בית המשפט העליון בדיון הנוסף בפרשת קליפורד, עם דגש על תרומתו של פסק הדין להרחבת האחריות בגזיקין, במיוחד בתחום הטיפול הרפואי. בחלקו הראשון מועלות מספר טענות כנגד תהליך ההכרעה בעניין ההתרשלות. ראשית, בית המשפט השתמש ברטוריקה תועלתנית-כלכלית אך לא יישם בצורה הראויה את המתודולוגיה המתחייבת מגישה זו. שנית, בית המשפט התייחס לאי-נקיטה בשיטת טיפול "עדיפה", היינו – שיטה שבה הפגיעה בנוחותו של המטופל נמוכה יותר מאשר בשיטות אחרות, כאל אינדיקציה חזקה מאוד להתרשלות, למרות שאין זיקה הכרחית או מהותית בין השניים. שלישית, בית המשפט לא ייחס משקל ראוי לפרקטיקה הרפואית המקובלת. רביעית, בית המשפט העניק משקל מופרז להוראות היצרן של תומרים המשמשים לטיפול רפואי.

בחלקו השני מבקר המאמר את דרך ההנמקה של בית המשפט בעניין הסיבתיות המשפטית וריתוק הנזק. גישתה של השופטת ביניש בערעור, אשר אומצה בתמציתיות על ידי השופט אור בדיון הנוסף, המייחסת לרופא יכולת לצפות התרחשויות בלתי צפויות היא, למצער, מוקשית. גישתו האלטרנטיבית של השופט אור בעייתית לא פחות. ראשית, ההבחנה בין נזק ראשוני קל לנזק חמור מאוחר, עליה נסמכת גישה זו, אינה מבוססת על ראיות מספקות. שנית, בית המשפט הציג עצמו כמיישם הלכה ותיקה שעניינה בפירושו של סעיף 176(1) לפקודת הגזיקין, למרות שניתוח יסודי של פסק הדין לו מיוחסת אותה ההלכה מלמד שהיא אינה מצויה בו כלל. שלישית, הלכה זו, בין שמקורה בפסק הדין הוותיק ובין שהיא בגדר חידוש, אינה מתיישבת עם מטרתו של סעיף 176(1) ועם היסודות העיוניים להטלת אחריות בעוולת הרשלנות.

* מרצה, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה. אני מודה ליהודה אדר, ליצחק אנגלרד, לישראל גלעד, ללימור זר-גוטמן, לאבישלום תור ולחברי מערכת "משפטים" על הערותיהם המועילות. האחריות לתוכן הדברים רובצת, כמובן, על כתפיי בלבד.

מבוא. א. התרשלות. 1. ההכרעה המשפטית; 2. יישום לקוי של ההגדרה הכלכלית למושג ההתרשלות; 3. אי-שימוש באמצעי עדיף; 4. משקל הפרקטיקה המקצועית בהגדרת סטנדרט הזהירות; 5. הוראות היצרן; ב. הצפיות. 1. החלופה הראשונה: הנזק החמור הוא התוצאה היחידה; 2. החלופה השנייה: הפרדה בין נזק ראשוני לנזק מאוחר; ג. סיכום.

מבוא

רביד משה הייתה בת חמש כשהגיעה עם אמה ב-5.4.84 למרפאת שיניים. כדי להקל על הטיפול נתן לה הרופא, ד"ר דניס קליפורד, זריקת אלחוש מקומית בלסת התחתונה. דקות ספורות לאחר הזריקה הילדה התמוטטה, ומאז ועד היום היא סובלת ממגבלות בגפיים ומהפרעות נוירולוגיות וקוגניטיביות. הילדה והוריה תבעו את הרופא ואת האחראים לניהול המרפאה (חברת מוסדות חינוך ותרבות, הסוכנות היהודית, עיריית אשקלון ומדינת ישראל) בגין הנזק שנגרם לה, על פי הטענה, בעקבות הזריקה.

בית המשפט המחוזי אימץ חוות-דעת מומחה שלפיה חומר האלחוש הוזרק לתוך העורק האלויאולרי התחתון (inferior alveolar artery) בלסתה של התובעת, וכתוצאה מפעולת ההזרקה נדד החומר בכיוון מנוגד לכיוון זרימת הדם – וכך הגיע אל המוח, שם גרם להיצרות כלילית (אחד ממרכיבי החומר המוזרק הוא חומר שתפקידו להצר את כלי הדם ובכך למנוע התפזרות מהירה מדי של החומר המרדים), וזו גרמה לזרימה אטית יותר של הדם באזור: "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".¹ כל המומחים אישרו שהתופעה של הזרקת חומר האלחוש לתוך העורק האלויאולרי היא תופעה מוכרת, וכמוה התוצאה של הזרקת כוז, כלומר: זרימת החומר אל המוח בכיוון הפוך לזרימת הדם. אלא שעד למקרה דנן היה ידוע שחידירת חומר הרדמה לעורק האמור עלולה לגרום לפגיעות קלות וחולפות בלבד (אבדן תחושה, נמנום, סחרחורות). הוסכם על הכול שהתוצאה הקשה שהתרחשה במקרה זה הייתה אירוע חריג ביותר, שאפשרות התרחשותו לא הייתה ידועה על פי הספרות הרפואית בזמן האירוע.²

1 ת"א (באר-שב) 700/86 משה נ' קליפורד (לא פורסם, 26.1.95), פסקה 9 לפסק דינו של השופט ריבלין (להלן: "ת"א קליפורד").

2 ע"א 935/95 משה נ' קליפורד, פ"ד נב(4) 736, פסקאות 2 ו-8 לפסק דינה של השופטת ביניש; פסקה 4 לפסק דינו של השופט ש' לוי (להלן: "ע"א קליפורד"); דנ"א 7794/98

בית המשפט המחוזי דחה את התביעה ב-25.1.95, והערעור על פסק דינו נדחה על ידי בית המשפט העליון ברוב דעות ב-30.11.98. ב-25.3.01 קיבל הגנאי ברק את עתירתם של התובעים לדיון נוסף, ובפסק הדין שניתן בדיון הנוסף ב-19.5.03 נהפכה הקערה על פיה. הדיון הנוסף נסב סביב שלוש שאלות: ראשית, האם הרופא התרשל בכך שעשה שימוש במזרק ללא אפשרות שאיבה, לאור העובדה ששימוש במזרק כזה היה מאפשר לו לגלות את חדירת המחט לכלי הדם ולהימנע מהזרקת החומר המרדים לעורק? שנית, האם התנהגותו של הרופא הייתה הגורם המשפטי לנזק? שלישית, האם הנזק שנגרם לילדה בפועל היה "רחוק מדי" ממעשה העוולה?

פסק הדין בדיון הנוסף מעורר קשיים לא מבוטלים בשני מישורים לפחות.³ בפרק א אראה, כי מסקנתו של בית המשפט בעניין ההתרשלות היא למצער פרובלמטית: היא מבוססת בחלקה על יישום לקוי של ההגדרה הכלכלית למושג ההתרשלות, מפחיתה מערכם של שיקולים כבדי-משקל ומעניקה משקל מופרז לשיקולים אחרים. בפרק ב אראה, כי לצורך הכרעה בשאלות הקאוזליות הסתמך בית המשפט על עובדות בלתי-מוכחות, פירש באופן בלתי-מדויק הלכה ותיקה, וקבע הלכה בעייתית מבחינה עיונית הנוגדת את תכליתו המפורשת של סעיף 76(1) לפקודת הנזיקין. ישראל גלעד ואהוד גוטל ביקרו את אחד ממרכיבי החלטתו של בית המשפט העליון במאמר שפורסם לאחרונה במשפטים, במסגרת דיון רחב יותר בסוגיית הסיבתיות.⁴ המאמר הנוכחי נועד לתקוף את אותו מרכיב מפרספקטיבה שונה ולהוסיף דברי ביקורת על מרכיביה האחרים של ההחלטה.

א. ההתרשלות

1. ההכרעה המשפטית

בבית המשפט המחוזי טענה התובעת כי הרופא התרשל הן בביצוע הזריקה והן בטיפול בילדה לאחר התמוטטותה. טענתה הראשונה הייתה שהרופא השתמש בחומר הרדמה שאינו מתאים לטיפול בילדים וכי המינון או הריכוז שבהם בחר

משה נ' קליפורד, פ"ד (4) 721, פסקה 2 לפסק דינו של השופט אנגלרד (להלן: "דנ"א קליפורד").

3 ניתן להוסיף על אלה טענה כבדת-משקל בדבר חריגה של בית המשפט מהסמכות הנתונה לו במסגרת דיון נוסף, אולם לטענה זו אתייחס בהרחבה ברשימה נפרדת, שכן מאמר זה מתמקד בביקורת על ההרחבה הבלתי-ראויה של גבולות האחריות בנוזיקין – ולא בסדרי-דין.

4 ישראל גלעד ואהוד גוטל, "על הרחבת האחריות בנוזיקין בהיבט הסיבתי – מבט ביקורתי", משפטים לד 385 (תשס"ד).

היו בלתי-נכונים. בעניין זה נקבע כי החומר שבו נעשה שימוש היה מקובל ועודנו מקובל בארץ, כי נעשה בו שימוש אינספור פעמים גם במסגרת טיפול בילדים, כי מבחינת הריכוז שבו יש לעשות שימוש אין הבדל בין ילדים לבין מבוגרים, וכי הרופא הזריק לילדה מינון מופחת של חומר ההרדמה בהתאם למקובל.⁵ טענתה השנייה של התובעת הייתה שהרופא ביצע את ההזרקה במהירות רבה מדי ובעוצמה רבה מדי. טענה זו נסמכה על עדות אמה של התובעת, אלא שבית המשפט העדיף בעניין זה את גרסתו של הרופא – שנתמכה בעדויות מהימנות נוספות – שלפיה ההזרקה התבצעה באטיות הראויה.⁶

הטענה השלישית והחשובה מכולן הייתה שהרופא התרשל בכך שעשה שימוש במזרק ללא אפשרות שאיבה: שימוש במזרק שואב (שנכנס לשימוש בשלב מאוחר יחסית) מאפשר לרופא המרדים לבדוק לפני הזרקת חומר האלחוש אם הייתה חדירה של המחט לכלי-דם, והידיעה על חדירה כזו מאפשרת לו להימנע מהזרקת החומר לכלי-דם ובכך למנוע את תופעות הלוואי הנזכרות לעיל. בית המשפט המחוזי דחה את הטענה משני טעמים. ראשית, למזרק הבלתי-שואב יש יתרון מסוים על מזרק שואב מאחר שהוא מאפשר שימוש באמפולה מוכנה מראש של חומר ההרדמה בריכוז ובמינון ידועים וקבועים. פירוש הרבר הוא שהשימוש במזרק בלתי-שואב – שהוא תוצר לוואי של השימוש באמפולות – מקטין את הסיכון להזרקת חומר הרדמה בריכוז לקוי או במינון לקוי.⁷ לא זו אף זו: רוב התברות המייצרות חומרי הרדמה משווקות אותם בתוך אמפולות המונעות מטבען את אפשרות השאיבה. שנית, השימוש במזרקים שאינם שואבים נחשב עדיין לפרקטיקה מקובלת בקרב רופאי השיניים בזמן האירוע (אפריל 1984).⁸

הטענה הרביעית הייתה כי הרופא (והעובדים האחרים במרפאת השיניים) התרשלו בטיפול בילדה לאחר ההתמוטטות מכיוון שנמנעו מהנשמתה בחמצן וממתן זריקת וליום תוך-זריקתית, ולא דאגו להעברתה המיידית לבית החולים. בית המשפט המחוזי קבע כי הואיל ובמרפאה לא נצפו התכווצויות או פרכוסים לא היה יסוד להנשמה או למתן זריקת וליום. אדרבה: גם לאחר שהילדה הועברה לבית החולים לא ניתן לה טיפול כזה, ואם רופאי בית החולים נמנעו ממתן הטיפול האמור, לא ניתן להלין על רופא השיניים, שמיומנותו – בכל הקשור

5 ת"א קליפורד, הערה 1 לעיל, בפסקאות 11 ו-14 לפסק הדין.

6 שם, בפסקה 12 לפסק הדין.

7 משיחות שקיימתי עם רופאי שיניים עולה כי נכונותה של קביעה זו מוטלת בספק. אולם, חשוב לזכור כי השיחות התקיימו כמעט שני עשורים לאחר המקרה, וייתכן שחלק ממה שהיה ידוע אז כבר נשכח. מכל מקום, הואיל ומדובר בקביעה עובדתית של בית המשפט המחוזי, שלא נסתרה בראיות כלשהן בשלבים מאוחרים של הדיון, אניח בהמשך את נכונותה.

8 ת"א קליפורד, הערה 1 לעיל, בפסקה 13 לפסק הדין.

לטיפול נמרץ – פחותה. עוד נאמר, כי על אף שיש ספק אם הרופא הורה להעביר את הילדה לבית החולים, הסייעת המליצה לאם לעשות כן במפורש, ומכל מקום, גם לאחר שהילדה הגיעה לבית החולים לא ניתן לה טיפול מיוחד.⁹ בערעור קיבלו כל השופטים את מסקנותיו של בית המשפט קמא, לפיהן הזריקה לא ניתנה במהירות שיש בה כדי להוות התרשלות, החומר שהוזרק היה מתאים לטיפול במערערת וניתן בכמות ובריכוז מתאימים,¹⁰ ולא הייתה התרשלות בטיפול בילדה לאחר ההתמוטטות.¹¹ נותרה אפוא השאלה אם התרשל המשיב בכך שהשתמש במזרק ללא אפשרות שאיבה. ההנחה הייתה שבעת האירוע נחשב השימוש במזרים לא שואבים לפרקטיקה מקובלת בקרב רופאי השיניים.¹² על יסוד הלכה רבת שנים¹³ הסכימו כל השופטים כי העובדה שהרופא נהג לפי פרקטיקה מקובלת אינה מהווה ראיה קונקלוסיבית להיעדר התרשלות:¹⁴ השאלה אם הייתה התרשלות מקצועית מצדו של רופא אם לאו היא עניין לבית המשפט לענות בו, ולא שאלה מדעית לחוות דעתם של הרופאים. הדעות בעניין זה נחלקו: השופטת ביניש סברה, בדעת מיעוט, כי הזרקת חומר האלחוש באמצעות מזרק שאינו שואב הייתה בגדר התרשלות. לדבריה, הסיכון של חדירה לעורק ופגיעה אפשרית במטופל היה צפוי, והיות שניתן היה למנוע בנקל – ההימנעות מגקירת האמצעי הנדרש להסרת הסיכון עולה כדי התרשלות.¹⁵ השופט ש' לוי

- 9 ת"א קליפורד, הערה 1 לעיל, בפסקאות 17-19 לפסק הדין.
- 10 ע"א קליפורד, הערה 2 לעיל, בפסקה 3 לפסק דינה של השופטת ביניש.
- 11 שם, בפסקה 1 לפסק דינה של השופטת ביניש; ראו גם ד"א קליפורד, הערה 2 לעיל, בפסקה 4 לפסק דינו של השופט אור.
- 12 ע"א קליפורד, הערה 2 לעיל, בפסקה 3 לפסק דינה של השופטת ביניש, בפסקה 5 לפסק דינו של השופט ש' לוי, ובפסקה 3 לפסק דינו של השופט י' גולדברג.
- 13 ע"א 612/78 פאר נ' קופר, פ"ד לה (1) 720. ראו גם ע"א 3108/91 רייבי נ' וייגל, פ"ד מז(2) 497, 509, מפי הנשיא שמגר (אגב אורחא).
- 14 ע"א קליפורד, הערה 2 לעיל, בפסקאות 4-6 לפסק דינה של השופטת ביניש.
- 15 שם, בפסקה 7 לפסק דינה של השופטת ביניש: "כאשר מוכרת תופעה שיש בה סיכון, שהינו בענייננו – סיכון של חדירה לעורק העלול לגרום לכך שחומר האלחוש, המכיל חומר הגורם להיצרות כלי הדם, יזרום לכיוון המוח ויגרום לפגיעה במטופל, וכאשר השכיחות של חדירה לעורק איננה נדירה במיוחד, ניתן לקבוע כי צפויה פגיעה במטופל כתוצאה מזרימת החומר אל המוח. מן הראוי לנקוט, איפוא, בכל אמצעי סביר למנוע התממשות הסיכון הצפוי האמור. כאשר ניתן למנוע את הסיכון על נקלה, על ידי שימוש באמצעי פשוט כמזרק שואב, שהינו זמין וניתן להשגה, ושהשימוש בו 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 מזריקים מסוג זה והשימוש בהם

לא הכריע בשאלת ההתרשלות; אגב אורחא הסכים להניח כי הסתמכותו של הרופא על הפרקטיקה הנוהגת אינה מהווה הגנה מפני חיובו ברשלנות. אולם, לדבריו, גם אם נקבל הנחה זו, השאלה אם סטייה מהפרקטיקה היא בגדר התרשלות אם לאו היא תלויה נסיבות, ובמקרה דנן ספק רב אם ההסתמכות על הפרקטיקה אינה צריכה לפטור את ד"ר קליפורד מאחריותו.¹⁶ השופט י' גולדברג סבר שבמקרה דנן לא הייתה כל התרשלות. לדידו, הואיל והרופא לא חרג מנורמת טיפול מקובלת ורווחת מחד גיסא, והנזק הצפוי היה פעוט וחולף מאידך גיסא – סיווג ההתנהגות כרשלנית היה קובע נורמה "מחמירה מדי", שלפיה כל מטפל, רופא ומוסד בריאותי חייב להימנע משימוש בצידוד ובחומרים רפואיים קיימים במידה שקיימים בשוק מכשירים חדישים יותר (כאן – המזרק השואב), גם אם ההבדל היחידי בין המכשירים הוא בחוסר-הנעימות של המטופל כתוצאה משימוש במכשיר הפחות חדיש.¹⁷

כאמור לעיל, בדיון הנוסף נהפכה הקערה על פיה. ברוב של חמישה מתוך שבעה שופטים קבע בית המשפט העליון שד"ר קליפורד התרשל. השופט אור, שנתמך על ידי השופטים ביניש, ברק, סירקל ושטרסברג-כהן, הסכים עם דעת המיעוט של השופטת ביניש בערעור, לפיה השימוש במזרק בלתי-שואב עלה כדי התרשלות, על אף שנעשה בהתאם לפרקטיקה המקובלת. את מסקנתו ביסס השופט המלומד על שישה אדנים.¹⁸ ראשית, ההסתברות של חדירה לעורק במהלך הרדמה מקומית דנטלית כתוצאה משימוש במזרק בלתי-שואב נעה בין 15%-10%;¹⁹ שנית, תופעות הלוואי שעלולות 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 "לא ניתן לכנותן 'קלות ערך' או 'מזעריות'"; שלישית, במועד הרלבנטי "כבר היה ידוע שהשימוש במזרק שואב עדיף"; רביעית, בהוראות היצרן של חומר ההרדמה שבו נעשה שימוש, בחלק הדן במינון ובאופן נתינת החומר, נאמר במפורש שכדי למנוע חדירה לעורק יש לבצע בדיקת שאיבה, ולפיכך שימוש במזרק לא שואב מהווה הפרה של הוראת היצרן; חמישית, במועד הרלבנטי הייתה ידועה התופעה של זרימת

היה מומלץ, נהג באופן שאיגנו עולה בקנה אחד עם ההתנהגות הנדרשת מרופא שיניים סביר".

- 16 שם, בפסקה 5 לפסק דינו של השופט ש' לוי.
- 17 שם, בפסקה 6 לפסק דינו של השופט י' גולדברג.
- 18 דנ"א קליפורד, הערה 12 לעיל, בפסקה 9 לפסק דינו.
- 19 מתוך הספרות המקצועית שהייתה זמינה בזמן האירוע עולה כי ההסתברות הידועה של חדירה לעורק הייתה 8% בלבד: P.T. Bishop, "Frequency of Accidental Intravascular Injection and Local Anesthetics in Children," 154 Br. Dent. J. 76-77 (1983). לשם הדיון אני מוכן להניח כי הנתון שעליו הסתמך בית המשפט הוא נכון.

חומר הרדמה למוח באופן שעלול לגרום נזקים נוירולוגיים חולפים בעקבות הורקה לעורק, ורגישותו של איבר זה הייתה צריכה להמריץ את הרופא לנקוט משנה זהירות; שישית, 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 בלתי-שואבים. ובסיכום: די היה באמצעי פשוט וזמין כדי למנוע סיכון ידוע של חדירת מזרק עם חומר הרדמה לתוך עורק, דבר שעלול לגרום לתופעות לוואי משמעותיות, וללא תוספת עלות משמעותית. בנסיבות אלה, אין לכאורה מנוס מהמסקנה שרופא זהיר בוחר למנוע סיכון זה באמצעות שימוש במזרקים שואבים.

2. יישום לקוי של ההגדרה הכלכלית למושג ההתרשלות

הגישה הדומיננטית בפסיקתו של בית המשפט העליון הייתה, עד לאחרונה, שלצורך ההכרעה בשאלת ההתרשלות יש להתחשב בהסתברות שהנזק יתרחש, בהוצאות הנדרשות כדי למנוע אותו, בחומרת הנזק, בערך התברתי של ההתנהגות שגרמה לנזק, ביכולת היחסית למנוע את הנזק וכיוצא בזה שיקולים המבטאים את רעיון האשמה ומבוססים על ההנחה שהאמצעים שהמזיק צריך לנקוט אינם חייבים להסיר את הסיכון, אלא עליהם להיות אמצעים שסביר לנוקטם בנסיבות העניין.²⁰ בית המשפט נדרש להשוות בין סוגים שונים של אמצעי זהירות על ידי העמדת התועלת שניתן להפיק מהשימוש בכל אחד מהם (במונחים של צמצום תוחלת הנזק, המחושבת על ידי הכפלת חומרת הנזק בהסתברותו) אל מול עלותם.²¹ השיקולים שעל פיהם הכריע בית המשפט בשאלת ההתרשלות היו אם כן שיקולי רווחה מצרפית, והגדרת מושג ה"התרשלות" הייתה כלכלית (גם אם

20 ע"א 4025/91 צבי נ' קרול, פ"ד (3) 784, 790 מפי הנשיא ברק.

21 בחלק מהמקרים העמיד בית המשפט זו מול זו את עלות המניעה מול תוחלת הנזק ותו לא; ראו ע"א 3510/99 ולעס נ' אנד – אגודה שתופית לתחבורה בישראל, פ"ד (5) 826, 844; ע"א 2625/02 נחום נ' דורנבאום, פ"ד (3) 385, 407. במקרים אחרים הצהיר בית המשפט כי לצדן של תוחלת הנזק ועלות אמצעי הזהירות הוא מתחשב גם בערך התברתי של הפעילות היוצרת את הסיכון; ראו, למשל, עניין צבי, הערה 20 לעיל, בעמ' 790; ע"א 3124/90 סבג נ' אמסלם, פ"ד (1) 102, 107; ע"א 434/94 ברמן נ' מוד – המכון למידע רפואי בע"מ, פ"ד (4) 205, 211–212. אלא, שהערך של הפעילות יכול להיכנס אל תוך הפורמולה הכלכלית הקלסית: למעשה, ערכה של הפעילות שווה לעלות של אמצעי הזהירות הקיצוני ביותר, קרי: הימנעות מביצוע הפעילות.

הדבר לא נאמר במפורש.²² בהגדרה זו בחרו – למעשה, ובלא נימוק מיוחד – השופטת ביניש בערעור²³ והשופט אור (שעמו הסכימו עוד ארבעה שופטים) בדיון הנוסף.²⁴ אמנם זו אינה התפיסה האפשרית היחידה – ולדעתי גם לא המוצלחת ביותר – של מושג ההתרשלות;²⁵ אולם מכיוון שאימוץ התפיסה האלטרנטיבית

22 במובן זה, ביקורתו של פרופ' פרוקצ'יה על בית המשפט העליון – לפיה בית משפט זה מתנער כליל מן הגישה הכלכלית למשפט (אוריאל פרוקצ'יה, "מאחורי הקלעים", משפטים לב 303, 310-312 (תשס"ב)) – נראית לי בלתי-הוגנת. אפשר שהיא נכונה בהקשרים שבהם עוסק פרופ' פרוקצ'יה (משפט מסחרי). נראה, כי עיקר טרזנייתו של פרופ' פרוקצ'יה מופנה בלאו הכי נגד אי-החלתן של התובנות הכלכליות בהקשרים אלה. ייתכן שמקור הביקורת בייחוס משקל רב מדי להתבטאויות של שופטים מסוימים בגנות הגישה הכלכלית. בטופו של דבר יכול להיות ששופטים אחדים מגנים בקול את הגישה הכלכלית, אך בית המשפט מאמץ דה-פקטו את מסקנותיה (בין שהוא מייחס אותן לניתוח הכלכלי ובין אם לאו). על כל פנים, הפרמטרים שעל פיהם קבע בית המשפט העליון את קיומה או את היעדרה של התרשלות תואמים את התובנות של הגישה הכלכלית. אדרבה: אחדים משופטי בית המשפט העליון מצטטים בהסכמה – בפסיקה העוסקת בדיני גזיקין – מאמרים פרי עטם של אנשי האסכולה הכלכלית; ראו, למשל, עניין ולעס, הערה 21 לעיל, בעמ' 844 (השופט ריבלין אימץ מאמר של פרופ' קוטר ופרופ' פורת וקבע שהסיכון של פגיעה בנזק עצמו מצטרף לתוחלת הנזק "הנשקלת כנגד הוצאות המניעה").

23 ע"א קליפורד, הערה 2 לעיל, בפסקה 4 לפסק דינה. ראו את הבחנתו של השופט אנגלרד בדנ"א קליפורד, הערה 2 לעיל, בפסקה 10 לפסק דינו.

24 דנ"א קליפורד, הערה 2 לעיל, בפסקאות 6 ו-10 לפסק דינו של השופט אור. בפסקה 9 התייחס השופט בהרחבה לפרמטרים השונים בפורמולה הכלכלית (שיקול 1 – הסתברות הנזק, שיקול 2 – חומרת הנזק, שיקול 6 – עלות אמצעי הזהירות). נוסף על מרכיבי הפורמולה הכלכלית הקלסית הציג השופט שיקולים נוספים, שעליהם גרתיב את הדיבור להלן. שיקולים אלה אינם מוזהים באופן מיידי עם הגדרה כזו או אחרת של מושג ההתרשלות, ועל כן תפקידם ומשקלם טעונים בלאו הכי בירור נפרד. על כל פנים, ברי כי הפורמולה הכלכלית היא המרכיב הדומיננטי בהחלטתו של השופט אור. ראו במיוחד את תחילתה של פסקה 10 לפסק הדין, המסכמת את הדיון בטוגיית ההתרשלות: "מכלול השיקולים המנויים לעיל, מצביע על כך, שדי היה באמצעי פשוט וזמין למנוע סיכון ידוע של חזירת 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 במזריקים שואבים".

25 אכן, לאחרונה ניכרת מגמה פלורליסטית יותר בפסיקתו של בית המשפט העליון. ניתן להצביע על שתי מגמות שנוגדות שתיהן לאחר פסק הדין בעניין קליפורד: האחת מכירה ברלבנטיות של שיקולים כלכליים מחוץ לפורמולה הכלכלית הקלסית; ראו, למשל, ע"א 5604/94 חמד נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(2) 498, 511 מפי הנשיא ברק: "האדם הסביר אינו רק האדם היעיל. זהו גם האדם הצודק, ההוגן והמוסרי". המגמה האחרת מכניסה את השיקולים ה"לא כלכליים" אל תוך הפורמולה הכלכלית (שנהפכת בכך לפורמולה תוצאתנית חובקת-כול); לדוגמה: עניין חמד, בעמ' 519 מפי השופט ריבלין: "הנוסחה [נוסחת לרנד הנד – ר' פ']... אינה חייבת לצמצם עצמה אף ורק לשיקולי היעילות

(ה"קאנטיאנית") לא היה, ככל הנראה, מסייע להכרעה בנסיבות המקרה דנן, נותר את הדיון בה – על יתרונותיה וחסרונותיה – לעתיד לבוא.²⁶

בהתאם לתפיסה הכלכלית נאמר על פלונית כי התרשלה אם לא נקטה את רמת הזהירות האופטימלית, דהיינו: רמת הזהירות שבכוחה למוער את עלות התאונה, הכוללת הן את עלות אמצעי הזהירות שבהם נעשה שימוש והן את תוחלת הנזק של הניזוק הפוטנציאלי.²⁷ כדי לקבוע מהי רמת הזהירות האופטימלית עלינו לאסוף נתונים על אודות שיעור הנזק הצפוי מן התאונה ועל אודות העלות של כל אחד מאמצעי הזהירות והשפעתו על הסתברות הנזק. אם חסר ולו אחד מהנתונים לא ניתן לקבוע מהי רמת הזהירות האופטימלית, ולפיכך לא ניתן לקבוע אם הייתה או לא הייתה התרשלנות.

הפגם העיקרי ביישום הנוסחה הכלכלית בעניין קליפורד נעוץ בכך שבית המשפט ביסס את ההכרעה בשאלת ההתרשלנות על הערכה אינטואיטיבית בלתי-משכנעת של נתוני היסוד. לעתים אין בהערכה אינטואיטיבית של הנתונים פגם של ממש; אם, למשל, ידוע כי בעלות זניחה פלוני יכול למנוע נזק ודאי

הכלכלית... זוהי מסגרת רעיונית אשר משמשת את בית המשפט ככלי של היגיון... הסתברות התרחשותו של הנזק, עוצמת הנזק ועלות מניעתו – כל אלה אינם ערכים מתמטיים שבית המשפט שם אותם על מנת לקבל, בסופו של חישוב, תוצאה מספרית. אלו ערכים חברתיים, ובית המשפט הוא שגדרש לתת להם משמעות. בעשותו כן עשוי בית המשפט להציב בנוסחה כל ערך הנראה לו כראוי... יכול הוא גם להתחשב בשיקולים הנוגעים להתנהגות הצודקת, ההוגנת והמוסרית. בית המשפט הוא המחליט מהי עלות ומהי תועלת. פגיעה בצדק – היא עלות, צדק מתקן – הוא תועלת... תפיסות שונות של יעילות ושל צדק יכולות אפוא להשתלב במסגרת הרעיונית שנוסחת הנד יוצרת". ראו גם ע"א 1678/01 מדינת ישראל ב' וייס (לא פורסם, 2.6.04), בפסקה 8 לפסק דינה של השופטת דורנר (לאחר הצגת המשתנים המרכיבים את נוסחת לרנד הנד). עם זאת, חשוב להבין שה"פלורליזם" שבא לידי ביטוי בפרשת חמד ובפרשת וייס הוא בעייתי מבחינה עיונית. בית המשפט אינו מנסה להבהיר מה הופך אדם ל"צודק", ל"הוגן" או ל"מוסרי" ובמה נבדלים התארים הללו זה מזה ומן התואר "יעיל". בוודאי יימצא מי שיטען שה"יעיל" הוא גם ה"מוסרי" וה"צודק", הגם שאין ספק בעיניי שלא לכך כיוון בית המשפט.

עם זאת, השופט אנגלרד – שופט המיעוט בדיון הנוסף – סבר כי המסקנה בדבר היעדר ההתרשלנות מתבקשת מהתפיסה הקאנטיאנית; ראו בפסקה 15 לפסק דינו: "התנהגות על פי פרקטיקה מקובלת קשה לראות בה, בנסיבות שבהן הסיכון הוא קטן ביותר, משום התעלמות מאוטונומיות הזולת שהיא ביטוד האחריות בנוזקין על פי הגישה הקנטיאנית". לדעתי, הגישה הקאנטיאנית אינה יכולה להניב מסקנה קונקלוסיבית בנסיבות המקרה.

הגדרה זו תואמת את המציאות המשפטית אך היא בלתי-שלמה מנקודת המבט הכלכלית, שכן היא מתעלמת מההשפעה של רמת הפעילות של כל אחד מהצדדים (להבדיל מרמת הזהירות) על השינוי ברווחה המצרפית; ראו Steven Shavell, *Economic Analysis of Accident Law* 23-25 (1987).

חמור לגופו של אלמוני, ברי כי אי-נקיטה של האמצעי המתאים היא בגדר התרשלות על פי התפיסה הכלכלית. הבעיה מתעוררת במצבים גבוליים – בדיוק כמו המצב שנדון בעניין קליפורד. בפרשה זו הנית בית המשפט כי ההסתברות להתרחשות הנזק הייתה תלויה אך ורק ברמת הזהירות של רופא השיניים (הנחה סבירה בנסיבות המקרה), וכי ישנן שתי רמות זהירות רלבנטיות: שימוש במזרק בלתי-שואב ושימוש במזרק שואב. בית המשפט ציין כי שימוש במזרק שואב היה מונע את הנזק לחלוטין.²⁸ פירוש הדבר הוא שכדי לקבוע אם רופא השיניים התרשל יש לכאורה לבצע השוואה בין שני מצבים פשוטים יחסית: מצב שבו נעשה שימוש במזרק שואב ולא נגרם כל נזק – מחד גיסא, ומצב שבו נעשה שימוש במזרק בלתי-שואב וקיימת הסתברות מסוימת להתרחשות נזק מסוים – מאידך גיסא. העלות התברתית של העדפת המזרק השואב על המזרק הבלתי-שואב (להלן: B) שווה, לכאורה, לפער בין מחירו של מזרק מהסוג הראשון למחירו של מזרק מהסוג השני. העלות התברתית של העדפת המזרק הבלתי-שואב על המזרק השואב היא תוחלת הנזק שעלול להיגרם עקב שימוש במזרק בלתי-שואב, השווה למכפלת ההסתברות להתרחשות הנזק (P) בשיעורו (L). אם $B < PL$ אזי שימוש במזרק השואב רצוי מבחינת הרווחה המצרפית, שכן בעלות של B נחסכת עלות גבוהה יותר של PL. אם $B > PL$ אזי שימוש במזרק השואב אינו רצוי מבחינת הרווחה המצרפית. חשוב להבין ולזכור, כי בחישוב תוחלת הנזק אין כל משקל לנזק החמור שנגרם בפועל במקרה דנן, שכן הסתברותו של נזק זה – על פי הידע הרפואי שהיה קיים בזמן האירוע – הייתה 0 (הנזק היה בלתי-צפוי לחלוטין).²⁹

לאורך כל פסק הדין בדיון הנוסף לא ציין בית המשפט מה היה למעשה הפער בין עלותו של מזרק מהסוג הראשון לעלותו של מזרק מהסוג השני בשנות ה-80 של המאה הקודמת.³⁰ ייתכן שהפער היה זניח, אבל אין לכך כל ראייה

28 דנ"א קליפורד, הערה 2 לעיל, בפסקה 4 לפסק דינו של השופט אור.

29 השוו דנ"א קליפורד, הערה 2 לעיל, בפסקה 15 לפסק דינו של השופט אנגלרד. אין ספק שבעקבות האירוע שבגינו הוגשה התביעה דנן ואירועים דומים שהתרחשו אחריו נשתנו הנתונים שעל פיהם עלינו לחשב את תוחלת הנזק במקרה של שימוש במזרק בלתי-שואב. אם שיעור הנזק שנגרם לילדה מוערך במיליון ש"ח, והסתברותו היא 1 לשני מיליון, עלינו להוסיף חצי שקל לתוחלת הנזק. מובן כי בעקבות השינוי בנתוני היסוד גם המסקנה הנורמטיבית עשויה להשתנות – אם כי הדבר אינו הכרחי. ייתכן שמהרגע שבו נתגלתה הסכנה החדשה נהפך השימוש במזרק בלתי-שואב לרשלני. אלא, שכאמור לעיל, הנזק החמור שהתרחש בענייננו כלל לא היה צפוי בשנות ה-80, ועל כן לא ניתן היה להתחשב בו בהערכת התנהגותו של ד"ר קליפורד. בשעה שבה הסתברות הנזק החמור הייתה 0, תוחלת הנזק שהוסיף הסיכון הלז לתחשיב הייתה גם היא 0.

30 כפי שאראה בהמשך, כלל לא ברור אם העלות של מניעת הנזק הייתה שווה לפער בין עלותו של מזרק שואב לעלותו של מזרק בלתי-שואב; אולם על פני הדברים נראה כי אם

בפסק הדין (או בכל אחד מהשלבים הקודמים של ההליך). דומה בעיניי, כי האפשרות שלפיה באותן שנים היה המזרק השואב מוצר חדש ויקר יותר במידה שאינה זניחה, אינה פחות סבירה; כמו כן, הואיל ובשלב שבו התרחש האירוע הנדון החזיקו מרפאות שיניים רבות בארץ מלאי של מזרקים בלתי-שואבים, שנרכשו כשהשימוש במזרקים אלה נחשב למקובל ובטוח, ייתכן שראוי יותר לקבוע שהעלות התבררית של העדפת המזרק השואב הייתה שווה לעלות רכישתו של מזרק כזה (ולא לפער בינה לבין מחירו של מזרק בלתי-שואב). לשון אחר: בשלב שבו ניתן הטיפול לתובעת דגן, הבחירה האמיתית לא הייתה בין רכישה של מזרק שואב לבין רכישה של מזרק בלתי-שואב אלא בין שימוש באמצעי שנרכש בעבר (בלי עלות נוספת) לבין רכישת אמצעי חדש. מכאן, שעלות הנקיטה של אמצעי הזהירות שווה למעשה לעלות הרכישה של המזרק השואב – ולא לפער בין עלות זו לבין עלותו של מזרק בלתי-שואב.³¹

זאת ועוד: על אף שבית המשפט מבהיר ששימוש במזרק שואב היה מונע את הנזק לחלוטין, הוא אינו קובע מה ההסתברות לגרימת הנזק הקל במקרה של שימוש במזרק בלתי-שואב. הנתון הרלבנטי היחיד העומד לרשותנו הוא הסתברות ההזרקה לעורק במקרה של שימוש במזרק בלתי-שואב (שהיא בין 10% ל-15%).³² אולם, אין זאת אומרת שבכל מקרה שבו מתבצעת הזרקה לעורק יש זרימה של חומר ההרדמה לכיוון המוח, או שבכל מקרה שבו יש זרימה של החומר למוח נגרם הנזק הקל שאליו התייחס בית המשפט.³³ ההסתברות הרלבנטית להערכת הסיכון שאליו נחשפה הילדה במקרה דגן היא הסתברות התרחשותו של הנזק בתנאי שחומר ההרדמה זורם לכיוון המוח, והכל בתנאי שהחומר אכן הזרק לעורק. אם רק במחצית מהמקרים שבהם המחט חודרת לעורק יש זרימה לכיוון

ההתרשלות נעוצה בבחירה במזרק בלתי-שואב ולא במזרק שואב, אזי הפער בין מחירו של האחד למחירו של האחר מייצג את עלות אמצעי המניעה.

31 רמז לכך ניתן למצוא בדבריו של שופט המיעוט בדיון הנוסף, השופט אנגלרד, שדיבר על "החלפת המזרקים" ולא על בחירה בין שני סוגים; ראו דנ"א קליפורד, הערה 2 לעיל, בפסקה 15 לפסק דינו.

32 ת"א קליפורד, הערה 1 לעיל, בפסקה 9 לפסק הדין; ע"א קליפורד, הערה 2 לעיל, בפסקה 9 לפסק דינה של השופטת ביניש; דנ"א קליפורד, הערה 2 לעיל, בפסקה 2 לפסק דינו של השופט אנגלרד ובפסקה 4 לפסק דינו של השופט אור. נזכיר, כי מן הספרות המקצועית שהייתה זמינה בזמן האירוע ניתן ללמוד שהסתברות החזירה לעורק הייתה גבוהה מזו שנקבעה על ידי בית המשפט המחוזי ואושרה על ידי בית המשפט העליון (ראו הערה 19 לעיל).

33 ראו את חוות דעתו של פרופ' רוד, המובאת בפסקה 2 לפסק דינו של השופט י' גולדברג בע"א קליפורד, הערה 2 לעיל, שלפיה רק בחלק מן המקרים ניכרת השפעה של חזירת חומר הרדמה לעורק על המטופל.

המות, ורק במחצית מהמקרים שבהם יש זרימה של חומר אלחוש לכיוון המוח יש השפעה על המטופל – כי אז הסתברות הנזק אינה עולה על 3.75%. לבסוף, מקריאת פסקי הדין בפרשת קליפורד לא ניתן לדעת מהי בדיוק דרגת החומרה של הנזק שניתן היה לצפותו במקרה של הזרקת חומר הרדמה לעורק והיסחפותו לכיוון המוח. עם זאת נראה כי מדובר, על פי רוב, בנזק קל למדי. פרופ' רוד, שעל חוות דעתו הסתמכו מרבית השופטים, הגדיר את התוצאה במלים: "very mild transient effect" (ההדגשה הוספה).³⁴ בפסק הדין בערעור ציין המשנה לנשיא כי דובר בנזק "מינורי וחולף",³⁵ והשופט י' גולדברג קבע אף הוא כי הנזק הצפוי היה "פעוט וחולף".³⁶ שופט המיעוט בדיון הנוסף, השופט אנגלרד, הבהיר כי הנזק האמור היה קל דיו כדי להקים לרופא השיניים הגנת *de minimis* – לפחות אילולא נגרם למטופל נזק נוסף וזולתו.³⁷ על כל פנים, איננו יודעים מהו המחיר שאדם סביר היה מוכן לשלם בשנות ה-80 המוקדמות עבור מניעת נזק כזה אילו ניתן היה לסחור בתחושות סובייקטיביות; גם איננו יודעים מהו היקף הפיצוי שבו היה זוכה אדם שסבל נזק כאמור. פסקי הדין בפרשת קליפורד אינם מספקים אמת-מידה כלשהי להערכת הנזק, בעוד שהערכה כזו היא תנאי הכרחי ליישומה של הפורמולה הכלכלית. בדיון הנוסף החליט השופט אור לסטות מן ההסכמה שנתגבשה בערעור, ולפיה תופעות הלוואי שהיו צפויות היו קלות ערך וחולפות. לדבריו, התופעות שעלולות היו להיגרם כתוצאה מחדירת חומר האלחוש לתוך העורק – כפי שהיו ידועות על פי הספרות הרפואית בעת התרחשות האירוע בו עסקינן – היו אמנם "חולפות", אך לא ניתן לכנותן "קלות ערך" או "מועריות". כאסמכתה לדבריו הציג השופט אור קטע מתוך מאמר רפואי. מפאת חשיבותו של הקטע הריהו במלואו:

There are documented cases of transient neurological complications accruing from mandibular nerve blocks. Cooper reported a case of transient lateral rectus palsy with temporary blurring of vision following a homolateral mandibular nerve block anesthetic... Blaxter & Britten reported 2 cases of transient amaurosis and one of transient lateral rectus palsy following homolateral mandibular nerve block anesthesia... Rood described a case of ocular

34 ראו ע"א קליפורד, הערה 2 לעיל, בפסקה 2 לפסק דינו של השופט י' גולדברג.

35 שם, בפסקה 4 לפסק דינו של השופט ש' לזין.

36 שם, בפסקה 6 לפסק דינו של השופט י' גולדברג.

37 דנ"א קליפורד, הערה 2 לעיל, בפסקה 15 לפסק דינו של השופט אנגלרד.

complications subsequent to a homolateral mandibular nerve
block anesthetic...³⁸

מכאן הסיק השופט שתופעות הלוואי הנזירות שהיו ידועות במועד הרלבנטי אינן מסתכמות במנום קל או בסחרחורת, אלא כוללות גם תופעות כמו שיתוק זמני של שריר בעין עם ערפול ראיה, עיוורון זמני וסיבוכים בעין. לדעת השופט המלומד, שיקול זה תומך במסקנה בדבר קיומה של התרשלות.³⁹ קו מחשבה זה מעורר קשיים לא מבוטלים. ראשית, השופט אור קבע ממצא עובדתי הסותר את הממצאים העובדתיים שעל פיהם פסק בית המשפט בערעור, תוך חריגה מהסמכות הנתונה לו, לטעמי, בדיון הנוסף;⁴⁰ אפילו מטעם זה לבדו לא ראוי להתחשב בממצא העובדתי החדש בהערכת תוחלת הנוק. שנית, הקטע האמור מתייחס למקרים קיצוניים ונדירים. על אף ששימוש במזרק בלתי-רשוא נעשה במליוני מקרים, כל אחד מהחוקרים המוזכרים במאמר דיווח רק על אחד עד שלושה מקרים של תופעת לוואי "חריגה". על מידת הנדירות של תופעות הלוואי ניתן ללמוד לא רק ממינוע המקרים המדווחים, אלא גם מכך שאותם מקרים ספורים נספרו בתקופת זמן של כשני עשורים (שנות ה-60 וה-70 של המאה הקודמת).⁴¹ יתר על כן: תופעות הלוואי המדווחות היו אמנם "חריגות" אך

38 Aaron Weinberg, Shimon Shohat, Adam Stabholz & Gidon Findler, "Transient Hemiparesis Following Mandibular Nerve Anesthesia," 1 *Endod. Dent. Traumatol.* 116-117 (1985). מספרי הערות השוליים הושטו מן הקטע המצוטט. שלוש-נקודות מחליפות את ציון שמו של חומר ההרדמה שבו נעשה שימוש במקרה המדווח, מינונו וריכוזו.

39 דנ"א קליפורד, הערה 2 לעיל, בפסקה 9 לפסק דינו של השופט אור.

40 עיינו והשוו דנ"פ 3489/93 אור נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(2) 661, בפסקה 3 לפסק דינו של הנשיא שמגר: "הדיון הנוסף איננו ערעור נוסף, אלא מוגבל לבחינתן של הלכות שגובשו בפסק הדין אשר לגביו מתבקש הדיון הנוסף... הלכה למעשה, אין בסעמי העתירה לדיון נוסף אלא ביטוי לרצון להעביר את הממצאים והמסקנות בשבט הביקורת של הערכאה השלישית, ולכך לא נועד הדיון הנוסף". לאחרונה פסק בית המשפט העליון כי במקרים מסוימים ניתן במסגרת דיון נוסף להכריע מחדש גם במחלוקות עובדתיות; ראו דנ"פ 4971/02 זגורי נ' מדינת ישראל, (לא פורסם, 21.4.04). פסיקה זו נראית לי בעייתית (מסעמים דומים לאלה המוצגים שם, בדעת המיעוט של השופט חשין ובדעת המיעוט של השופט לוי). כמו כן, סבורני שהיא אינה ישימה לענייננו (בין היתר משום שהשינוי שתוללה בתפיסת סמכותו של בית המשפט בדיון הנוסף נעשה רק לאחר שניתן פסק הדין בעניין קליפורד, ומפני שהיא עוסקת בדיון נוסף שנערך על פי סעיף 30(א) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984, בעוד שבעניין קליפורד נערך הדיון על פי סעיף 30(ב)). דיון מפורט בגבולותיה ובתולדותיה של הלכת זגורי ייעשה ברשימה נפרדת.

41 ראו את האסמכתות המובאות במאמרם של Weinberg, Shohat, Stabholz & Findler, הערה 38 לעיל, בעמ' 119, בהערות שוליים 2-7.

זמניות, ולפיכך גם קלות למדי. הואיל והערכת התנהגותו של הרופא לפי התפיסה הכלכלית מבוססת על חישוב תוחלת הנזק ולא על שיעורו של הנזק במקרה ספציפי, נראה כי אל נוכח נדירותן של התופעות הנזכרות במאמר וזמניותן, אין באפשרות התרחשותן כדי לשנות באורח ממשי את תוחלת הנזק שהיה צפוי משימוש במזרק בלתי-שואב. שלישית, נראה בעיניי כי מחברי המאמר האמינו (על יסוד כתיבה קודמת) שתופעות הלואי החריגות גובעות בדרך כלל מהצטברותן של החדירה לעורק מחד גיסא ושל הזרקה שאינה אטית דיה של חומר ההרדמה (הגורמת לזרימה הפוכה) מאידך גיסא.⁴² בענייננו נקבע כממצא עובדתי כי הזריקה לא ניתנה במהירות שיש בה כדי להוות התרשלות,⁴³ ומכאן שהסתברות התרחשותן של התופעות הנזכרות במאמר הייתה צריכה להיות אפסית. רביעית, המאמר שעליו הסתמך השופט אור פורסם רק בשנת 1985. הוא אמנם מתייחס למקרים שתועדו עוד קודם לכן בכתבי עת מקצועיים, אולם קיבוץ כל המקרים בפרסום מדעי אחד והסקת מסקנות כלליות מהתרחשותם נעשו אך ורק לאחר התרחשותו של המקרה דנן (אפריל 1984), ועל כן לא ניתן היה להשתמש במאמר זה כאסמכתה לקיומה של מודעות למסקנות הכלליות הללו בזמן האירוע. סיכומו של דבר: בהיעדר נתונים מוכחים, המסקנה לפיה הרופא "התרשל" במובן הכלכלי היא למצער בעייתית. ניתן בקלות לחשוב על מערכת נתונים המתיישרת עם הידוע לנו על המקרה (אף אם אינה תואמת בהכרח את המצב לאשורו) שהייתה מובילה למסקנה ההפוכה. לדוגמה, אם הבחירה במזרק שואב כרוכה בהוצאה נוספת של שקל אחד לפחות,⁴⁴ ואם כאמור לעיל דק במחצית מהמקרים שבהם מתבצעת הזרקה לתוך העורק מתרחשת היסחפות של חומר הרדמה לכיוון המות, ורק במחצית מהמקרים הללו יש השפעה על מצבו של המטופל, ואם ערכו הממוצע של ה"סבל" הוא כ-25 ש"ח – הרי שהשימוש במזרק בלתי-שואב אינו בגדר רשלנות על פי הקריטריון הכלכלי שבית המשפט התיימר

42 שם, בעמ' 117: "Rood (8) showed that a 2 ml lignocaine injection into the pterygomandibular space at a rate of 18 sec produced a pressure of 460 mm mercury, i.e., more than half an atmosphere and almost 4 times normal systolic pressure. Therefore, the pressure created during an intra-arterial injection is more than enough to cause backward flow of the anesthetic agent" וכן שם, בעמ' 119: "...complications from an attempted inferior dental nerve block can arise from intravascular injection and excessive pressure during the injection..."

43 ת"א קליפורד, הערה 1 לעיל, בפסקה 12 לפסק הדין, וכן ע"א קליפורד, הערה 2 לעיל, בפסקה 3 לפסק דינה של השופטת ביניש.

44 משמעות התנאי תלויה בנסיבות המקרה: (א) אם יש לבחור בין רכישת מזרק שואב לרכישת מזרק בלתי-שואב – ההוצאה הנוספת שווה לפער בין מחירו של זה למחירו של זה; (ב) אם יש להחליף מזרקים לא שואבים שנרכשו בעבר – ההוצאה הנוספת שווה למחירו של מזרק שואב.

ליישם: $15\% \times 50\% \times 50\% \times 25 = 0.9375 < 1$ (או $PL < B$). רוצה לומר: בהיעדר נתונים מדויקים, המסקנה שלפיה ד"ר קליפורד לא התרשל אינה סבירה פחות מהמסקנה ההפוכה.⁴⁵

אמת, אם כל החלטה רפואית הייתה דומה לזו שבפניה ניצב ד"ר קליפורד, אליבא דשופטי הרוב בדיון הנוסף, ואילו היינו מתעלמים מהתופעה של שנאת הסיכון, מבעיות מידע ומהתוצאות העקיפות של הטלת אחריות בעולות הרשלנות – כי אז היינו מגיעים למסקנה שרופא רציונלי היה כנראה בוחר ברמת זהירות האופטימלית גם אם היה יודע (בעקבות ההחלטה בעניין קליפורד) שרק בחירה ברמת זהירות גבוהה הימנה תפסור אותו מאחריות. רופא אדיש לסיכון, היודע שאם לא ינקוט אמצעי שעלותו 1 ש"ח תוטל עליו אחריות בגין הנוזקים שעלולים

45 השוו דנ"א קליפורד, הערה 2 לעיל, בפסקה 15. לפסק דינו של שופט המיעוט אנגלרד: "יש רגלים לסברה, כי בנסיבות המיוחדות של המקרה, החלפת המורקים כרוכה הייתה בעלות גבוהה יותר מאשר עלות הנזק המוערי (הצפוי), בעל הסתברות נמוכה יחסית". חוסר הבהירות היה יכול לפעול לטובת התובעת אילו נטל השכנוע לעניין יסוד ההתרשלות היה מועבר אל כתפי הנתבע. ברם, טענה בדבר העברת הנטל לא נטענה בכתב התביעה ונדחתה גם לגופה על ידי בית המשפט קמא (ת"א קליפורד, הערה 1 לעיל, בפס' 21 לפסק הדין). הטענה היחידה שניתן היה, לכאורה, להעלות בהקשר הנדון היא טענה של *res ipsa loquitur* המעוגנת בסעיף 41 לפקודת הנויקין. דא עקא, שניים מיסודות הדוקטרינה אינם מתקיימים במקרה דגן. ראשית, לא מתקיים כאן התנאי לפיו "לתובע לא היה ידיעה או לא היה לו יכולת לדעת מה היו למעשה הנסיבות שגרמו למקרה אשר הביא לידי הנזק". בזמן שבו התנהל ההליך (שהוא, ככל הנראה, המועד הרלבנטי לבחינת המודעות לפי ע"א 8151/98 שטרנברג נ' צ'צ'יק, פ"ד נו(1) 539, 558), הנסיבות שגרמו לנזק – קרי: הזרקת חומר אלחוש באמצעות מזרק בלתי-שואב – כבר היו ידועות לתובעת. הדוקטרינה של "הדבר מעיד על עצמו" חלה כשהתובעת אינה יכולה לזהות את ההתנהגות המדויקת שגרמה לנזק ועל כן אינה יכולה להראות כי התנהגות זו היא בגדר התרשלות, ולא כשפרטי ההתנהגות שגרמה לנזק ידועים לה והשאלה היחידה היא אם התנהגות זו אכן עולה כדי התרשלות (עניין שטרנברג, שם; ע"א 1146/99 קופת חולים כללית נ' סולן, פ"ד נו(4) 898, 910). שנית, כפי שקבע השופט ריבלין בבית המשפט קמא, לא מתקיים בענייננו התנאי שלפיו "אירוע המקרה מתישב יותר עם המסקנה שהנתבע לא נקט זהירות סבירה מאשר עם המסקנה שהוא נקט זהירות סבירה". תנאי זה מתקיים כשהסתברות הכללית מוכיחה שבמרבית המקרים תוצאה מהסוג שנגרם בפועל באה בשל רשלנות. במילים אחרות: גדרשת הוכחת הסתברות כללית לקיומה של רשלנות, להבדיל מהצבעה על הסתברותה של אפשרות מסוימת כגורם לנזק (עניין שטרנברג, בעמ' 562; ע"א 1/01 מרדכי נ' קופת חולים של ההסתדרות הכללית של העובדים בארץ ישראל, פ"ד נו(5) 502, 519). מכיוון שמקרה מהסוג שאירע לא התרחש מעולם – אפילו במקרה של טיפול רשלני – לא ניתן לדבר על הסתברות כללית לכך שהתרחשות כגון דא היא תולדה של התרשלות. התרחשות האירוע מתיישבת עם המסקנה שלמטופלת היה מול רע במיוחד, או שסבלה מבעיה רפואית שאינה קשורה לטיפול, לא פחות מאשר עם המסקנה שהרופא התרשל.

להיגרם עקב אי־שימוש באותו אמצעי, שתוחלתם 0.9375 ש"ח (בנתוני הדוגמה שלעיל), לא ינקוט אמצעי זה הואיל ומנקודת מבטו הסיכון (0.9375 ש"ח) נמוך מהעלות הכרוכה בהסרתו (1 ש"ח). לכן, לכאורה, אין בהטלת האחריות על רופא שאינו רשולן משום פגיעה בתמריץ להתנהגות אופטימלית. אלא, שבכך אין כדי להצדיק את הטלת האחריות על רופא שלא התרשל. ארבעה טעמים לדבר:

ראשית, בית המשפט העליון פועל בתוך מסגרת מושגית נתונה. העיקרון שעליו מתבססת אחריותם של רופאים בכלל ושל רופאי שיניים בפרט הוא עיקרון של רשלנות. הטלת אחריות בנסיבות המתוארות לעיל פירושה הטלת אחריות בהיעדר התרשלות. נכון שמבחינת יעילותה של ההרתעה – ובהנחה שאנשים אדישים לסיכון – גם אחריות בלית התרשלות עשויה להוביל מוזיקים פוטנציאליים לנקוט רמת זהירות אופטימלית, אבל בית המשפט אינו יכול להטיל אחריות ללא־אשמה במקרים שבהם המחוקק מתנה את האחריות באשמה (גם אם הגדרת האשמה נעשית באמצעות תחשיב כלכלי).

שנית, ייתכן מאוד שאפילו בנסיבות שתיארתי הטלת אחריות ללא־אשמה תוביל את הרופא הרציונלי לנקוט רמת זהירות הגבוהה מן האופטימום מחמת היותו שונא סיכון. אם בעלות נמוכה – שאותה הוא יכול לגלגל על המטופלים – הוא יכול להסיר מעצמו את הסיכוי הכמעט־אפסי לשאת בנזק עצום, יש להניח שהוא יעשה כן גם כשהבחירה אינה יעילה (היינו: תוחלת הנזק נמוכה מעלות מניעתו).

שלישית, אין להתעלם מההשפעות העקיפות של הטלת אחריות על רופא בעולות הרשלנות. לנגד עיניו של הרופא הרציונלי עומדות לא רק עלות הטיפול מחד גיסא ותוחלת האחריות מאידך גיסא, אלא גם האפשרות לפגיעה בשמו הטוב במקרה שבית משפט ישית עליו אחריות בעילת רשלנות.⁴⁶ אין זה מן הנמנע שרופא, היודע שבתי המשפט עלולים להתייחס לבחירה ברמת הזהירות האופטימלית כאל התרשלות, יבחר ברמת זהירות גבוהה ממנה גם אם התועלת בכך – כמונחים של צמצום תוחלת האחריות – נמוכה מהעלות הנוספת, ולו כדי שלא ידבק בו אות הקלון של "רופא רשלן".

רביעית, וחשוב מכול, מרבית ההחלטות הרפואיות אינן החלטות מן הסוג שבית המשפט העליון ייחס לד"ר קליפורד. בית המשפט הציג את החלטתו של הרופא כבחירה בין שיטת טיפול אחת הכרוכה בסיכון לבין שיטה אחרת, יקרה יותר, שאינה כרוכה בסיכון. בנסיבות אלה, הטלת אחריות על רופא שבחר בשיטה הראשונה על אף שמדובר בשיטה האופטימלית לא תגרום להתנהגות בלתי־יעילה (בהתעלם משנאת הסיכון). הסיבה לכך היא שהסדר כזה שקול למעשה להסדר של אחריות חמורה: תחשיב העלות־תועלת הפרטי של הרופא והה

46 Clarence Morris, "Custom and Negligence," 42 Colum. L. Rev. 1147, 1164-1165 (1942).

לחלוטין לתחשיב החברתי.⁴⁷ מאידך גיסא, הטלת אחריות על רופא שבחר בשיטה האופטימלית עלולה לגרום להתנהגות בלתי-יעילה במקרים שבהם נדרשת בחירה בין כמה שיטות שבכל אחת מהן כרוך סיכון מסוים, משום שבמקרים אלה הרופא אינו מפנים את ההחצנות של התנהגותו אם רמת הזהירות שבחר מתיישבת עם אמת-המידה השיפוטית המחמירה. נניח, למשל, כי הרופא נדרש לבחור בין שתי שיטות טיפול: האחת עלולה להסב למטופל נזק שתוחלתו 10 ש"ח והשנייה עלולה להסב למטופל נזק שתוחלתו 20 ש"ח. השיטה הראשונה יקרה יותר ב-15 ש"ח. מבחינה כלכלית השיטה השנייה עדיפה, אולם כלל המטיל על הרופא אחריות אם לא בחר בשיטה הפחות מסוכנת יגרום לו לבחור בשיטה הראשונה. מבחינתו, הבחירה היא בין עלות של 15 ש"ח (העלות הנוספת של השיטה הראשונה, שהשימוש בה פוטר אותו מאחריות) לבין עלות של 20 ש"ח (תוחלת האחריות במקרה של שימוש בשיטה השנייה).

על כל פנים נראה כי האופן שבו הציג בית המשפט העליון את הברירה שבפניה עמד ד"ר קליפורד היה פשטני מדי. בעריכת התחשיב הכלכלי בדיון הנוסף התנער בית המשפט מקביעתו של בית המשפט המחוזי שלא נסתרה בערעור, שלפיה שימוש במזרק בלתי-שואב – להבדיל משימוש במזרק שואב – אפשר שימוש באמפולה מוכנה מראש של חומר ההרדמה בריכוז ובמינון ידועים וקבועים. לפיכך, השימוש במזרק בלתי-שואב עשוי היה לצמצם את הסיכון להורקת חומר הרדמה בריכוז לקוי או במינון לקוי. פירוש הדבר הוא שהמעבר לשימוש במזרק שואב אמנם מסיר סיכון אחד, אך סומן בחובו סיכון אחר (P'L), ולכן ההשוואה הנכונה אינה בין מצב שבו הרופא משתמש במזרק בלתי-שואב ויש חשש לנזק לבין מצב שבו הרופא משתמש במזרק שואב בעלות גבוהה יותר ואין כל חשש לנזק, אלא בין שני מצבים שבהם קיים חשש לנזק; לא בין PL ל-B אלא בין PL ל-B+PL. ייתכן שתוחלת הנזק הנובע מהורקת חומר במינון או בריכוז שגויים במקרה של שימוש במזרק שואב הייתה גבוהה יותר מתוחלת הנזק הנובע מהורקת חומר הרדמה לעורק במקרה של שימוש במזרק בלתי-שואב; אם כך הם פני הדברים, ודאי וודאי שהשימוש במזרק בלתי-שואב לא היה יכול להיחשב להתרשלנות על פי התפיסה הכלכלית. הוא הדין אם תוחלת הנזק במקרה השני עולה על תוחלת הנזק במקרה הראשון בשיעור הפחות מההוצאה הנוספת הכרוכה בהעדפת המזרק השואב.⁴⁸

כאמור, בית המשפט המחוזי קבע כממצא עובדתי כי "יתרונן [של המזרק הבלתי-שואב] באפשרות השימוש באמפולה מוכנה מראש של חומר ההרדמה

47 Shavell, הערה 27 לעיל, בעמ' 8.

48 ראו הערה 44 לעיל, בשינויים המתחייבים.

הכולל ריכוז ומינון קבועים".⁴⁹ יתרון זה היה אחד משני הטעמים שעליהם התבסס בית המשפט המחוזי כשקבע שרופא השיניים לא התרשל. יתרון זה כלל לא נדון בערעור אך גם לא הוכחש;⁵⁰ אלא שבדין הנוסף קבע השופט אור כי יתרונו של המזרק הבלתי-שואב כלל לא הוכח.⁵¹ בין אם נקבל את ההיגיון שבנימוקיו ובין אם לאו, דעתי היא שמדובר בחריגה מן הסמכות הנתונה לבית המשפט במסגרת דיון נוסף.⁵² מכל מקום, אם בית המשפט סבר שיש בכוחו לדון מחדש בשאלת הסיכונים הצפויים משימוש במזרק שואב, קשה להבין מדוע התעלם מאי-הנעימות הכרוכה בביצוע שאיבה לצורך בדיקת חדירה לעורק, היוצרת סיכונים אחרים. לפחות במבט ראשון נראה כי סיכונים כאלה עשויים אף הם לצמצם את הפער בין תוחלת הנזק במקרה של שימוש במזרק בלתי-שואב לתוחלת הנזק במקרה של שימוש במזרק שואב.

ואם בכל אלה לא די, שוו לנגד עיניכם את הבחירה האמיתית שבפניה עמד רופא השיניים בענייננו. ד"ר קליפורד הגיע לארץ מאנגליה לזמן מוגבל כדי לעסוק בהתנדבות בריפוי שיניים במרפאה שהוקמה ביוזמתה של הנהלת הסוכנות היהודית במסגרת פרויקט שיקום השכונות באשקלון.⁵³ הוא לא הקים את המרפאה ולא היה אחראי לרכישת הציוד, האביזרים והחומרים שנמצאו בה. כאשר הגיע למרפאה נתבקש לתת טיפול באמצעים שהועמדו לרשותו. נניח כי ד"ר קליפורד היה משוכנע שיש עדיפות ממשית למזרקים שואבים – אלא שכאלה לא היו במצא. עתה מה היה עליו לעשות? אילו היה מחליט שלא לבצע את הפעילות ההתנדבותית שלשמה הגיע לארץ עד שיירכשו עבורו מזרקים שואבים, מספר האנשים שהיו זוכים לטיפול שיניים במסגרת אותה מרפאה קהילתית היה פחות. אם, למשל, זמן ההמתנה למזרקים השואבים הוא יום אחד, וד"ר קליפורד עבד בארץ 10 ימים, 10% מהפונים שבהם טיפל היו נשלחים לבתייהם ללא טיפול. יש להניח כי התועלת שהפיק כל מטופל מהטיפול בשיניו ללא תשלום הייתה גבוהה

49 ת"א קליפורד, הערה 1 לעיל, בפסקה 13 לפסק הדין.

50 ראו, למשל ובמיוחד, את ע"א קליפורד, הערה 2 לעיל, בפסקה 3 לפסק דינה של השופטת ביניש.

51 דנ"א קליפורד, הערה 2 לעיל, בפסקה 10 לפסק דינו של השופט אור.

52 ראו הערה 40 לעיל והסקטס הסמוך לה.

53 ת"א קליפורד, הערה 1 לעיל, בפסקה 1 לפסק הדין. העובדה שד"ר קליפורד הגיע לארץ כדי לבצע טיפול שיניים בהתנדבות היא רלבנטית לסיעוננו משום שהאנשים שבהם טיפל לא היו יכולים לשלם עבור הטיפול בהם (בשל מצבם הכלכלי). במילים אחרות: אילו לא זכו בטיפול ללא תשלום אפשר שלא היו זוכים בטיפול כלל. אינני מבסס את דבריי על ההנחה שאדם הפועל בהתנדבות כפוף לסטנדרט זהירות נמוך יותר מזה שאליו כפוף אדם הפועל בתמורה, אלא על ההנחה שפעילות התנדבותית מעניקה לאנשים שירות שלא היו מקבלים בדרך אחרת. עם זאת, ניתן לסעון שראוי לכפוף מתנדבים לסטנדרט זהירות נמוך יותר כדי לעודד התנדבות; סוגייה זו אני מבקש להותיר בצריך עיון.

באופן ניכר מהסיכון שהיה נעוץ בשימוש במזרק בלתי-שואב (אפילו לאור הנתונים המצויים בידינו כיום). ייתכן, כי אבדן הרווחה שמקורו בהימנעות מטיפול במספר מסוים של אנשים עקב ההמתנה להחלפת המזרקים גבוה מאבדן הרווחה שמקורו בטיפול בכל הפונים תוך שימוש במזרקים בלתי-שואבים. בנסיבות אלה לא ניתן לומר כי רופא שהחליט לטפל במספר גדול יותר של פונים תוך נטילת סיכון מסוים התרשל. בסופו של דבר, החלטתו הגדילה את הרווחה המצרפית. בדיון הנוסף התעלם בית המשפט לחלוטין מנסיבות מיוחדות אלה. ודוק: טענה זו עשויה לנקות מאשמה אך ורק את ד"ר קליפורד – לא את מפעילי המרפאה, שקיבלו את ההחלטה בדבר רכישת מזרקים בלתי-שואבים והציבו את הרופא המתנדב בפני עובדה מוגמרת. לעומת זאת, הטענה שלפיה קשה לראות התרשלות בהעדפת מזרק בלתי-שואב על מזרק שואב בשנות ה-80 – שהיא טענת העיקרית – אמורה להגן מחבות הן על הרופא והן על מפעילי המרפאה.

3. אי-שימוש באמצעי עדיף

אחד השיקולים שהביאו את השופט אור למסקנה שרופא השיניים התרשל היה ש"במועד הרלבנטי כבר היה ידוע שהשימוש במזרקים שואבים עדיף". נימוק זה מעורר שני קשיים לפחות. ראשית, העדויות שעליהן הסתמך השופט אור כבר היו מונחות בפני בית המשפט המחוזי ובכל זאת הסיק האחרון כי השימוש במזרק בלתי-שואב אינו רשלני. דומה, כי בית המשפט קמא כלל לא השתכנע שהשימוש במזרק שואב עדיף – שהרי קיבל וביסס את מסקנתו על הטענה שמזרק בלתי-שואב מאפשר שימוש באמפולות מוכנות מראש, על כל המשתמע מכך. שנית, בהנחה שהיה ידוע כי המזרק השואב "עדיף", השאלה היא אם עדיפותו הופכת את אי-השימוש בו להתנהגות רשלנית. התשובה לשאלה זו תלויה באופן שבו אנו מבינים את מושג ה"עדיפות". נראה לי כי המומחים שעל דבריהם הסתמך השופט אור התכוונו לומר שעדיפותו של המזרק השואב מתמצה בכך שהשימוש בו מבטיח אי-חדירה של חומר הרדמה לכלי דם, ומונע את תופעות הלוואי השונות שעלולות להיגרם בעקבות חדירה כזו. לשון אחר: עדיפותו של המזרק השואב מתבטאת בכך שהוא מצמצם (אולי עד כדי אפסות) את הסיכוי לתחושת אי-נוחות למטופל. אלא, שמ"עדיפות" זו לא גובע בהכרח כי שימוש במזרק לא שואב הוא רשלני. בהתאם לתפיסה הכלכלית שאומצה למעשה בפסק הדין, הרופא אינו נדרש להסיר את כל הסיכונים הכרוכים בטיפול: עליו להסיר אך ורק את הסיכונים שניתן להסירם בעלות הנמוכה מתוחלת הנזק הנובע ממימושם. הרופא יכול לתת טיפול באמצעים שהם מעבר לנדרש על פי

אמתי-המידה העיונית המגדירה את מושג ההתרשלות אם הוא מעוניין לצמצם עוד יותר את הסיכון שאליו נחשף המטופל (מסיבה כזו או אחרת) – אך הוא אינו מחויב בכך.⁵⁴

חשוב, למשל, על אדם הסובל מהרניה. הטיפול בבעיה מצריך ניתוח (herniorrhaphy), היכול להתבצע בשתי שיטות: השיטה המסורתית – המחייבת ביצוע חתכים גדולים באיזור הבטן התחתונה; והשיטה הלפרוסקופית – המחייבת יצירת נקבים קטנים מאוד לצורך החדרת צינוריות לחלל הבטן של המנותח. בשיטה הראשונה ההחלמה אטית יותר ומלווה בכאבים עזים יותר, ונראה כי היא גם מעט מסוכנת יותר; בפועל זו גם השיטה השכיחה יותר משום עלותה הנמוכה (יחסית). בארץ נעשה השימוש בשיטה השנייה בעיקר במסגרת מערכות הרפואה הפרטיות, תמורת תשלום גבוה. כלום ניתן לומר שביצוע הניתוח בשיטה הראשונה אלפי פעמים בשנה הוא בגדר התרשלות רק מכיוון שיש שיטה חלופית שבה סבלו של המנותח לאחר הניתוח קל יותר וממושך פחות? ברי כי התשובה שלילית, על אף שאין ספק שהשיטה השנייה "עדיפה" על הראשונה במובן שהסברתי לעיל. דיני הנוזיקין צריכים לקבוע מהי רמת הזהירות המינימלית המתבקשת מן הרופא ולא לאמץ את רמת הזהירות הטובה ביותר האפשרית כסטנדרט מחייב. אדם שברצונו לקבל טיפול באמצעים יקרים יותר, שאי-הנוחות הכרוכה בשימוש בהם פחותה, יוכל להבטיח לעצמו את הטיפול ה"עדיף" תמורת תשלום נוסף.⁵⁵ שאלה אחרת (וחשובה) היא אם הימנעות ממסירת מידע למטופל אודות קיומו של הטיפול החלופי היקר היא עצמה בגדר התרשלות, אולם שאלה זו לא התעוררה ולא נדונה בפרשת קליפורד. מבלי להכריע בדבר נראה לי

54 מכיוון שיחסי רופא-מטופל הם יחסים חוזיים ניתן להשקיף על הסוגייה גם מנקודת מבט חוזית. ניתן לטעון, כי הואיל ועלות הטיפול מגולגלת בסופו של דבר על המטופל, בלאו הכי יעדיפו המטופלים טיפול שתועלתו עולה על עלותו במידה הרבה ביותר ולא את הטיפול שתועלתו מרבית. לכן, חיוב הרופא במתן טיפול ברמה הגבוהה ביותר שבה התועלת השולית שיפיקו מרבית המטופלים מן הטיפול גבוהה מן העלות השולית (להבדיל ממתן טיפול ברמה הגבוהה ביותר האפשרית), משקף בדרך כלל את ההסכמה ההיפותטית של הצדדים, וראוי לשמש כברירת מחדל; ראו גם הערה 99 להלן.

55 השו" James A. Henderson, Jr. & John A. Siliciano, "Universal Health Care and the Continued Reliance on Custom in Determining Medical Malpractice," 79 Cornell L. Rev. 1382, 1395-1396 (1994). שאלת הטיפול הרפואי ה"עדיף" דומה במידת מה לשאלה שאני נוהג לשאול את תלמידיי בקורס דיני נוזיקין: כלום ניתן לטעון כי יצרני רכב קוריאניים ויפניים הם רשלניים אך ורק משום שהם מייצרים כלי רכב בטוחים פחות מכלי הרכב האמריקניים והשוודיים? בסופו של דבר, כל יצרן נדרש לרמת זהירות מינימלית מסוימת. אדם שמעוניין בהגנה טובה יותר יידרש לשלם עבורה. ראו, למשל, *Seattle First Nat'l Bank v. Tabert*, 542 P.2d 774, 779 (Wash. 1975).

שתשובתה תהא חיובית רק אם הוכח (מדעית) שהאמצעי היקר מקטין באופן ממשי את תוחלת הפגיעה בנזכותו של המטופל.

4. משקל הפרקטיקה המקצועית בהגדרת סטנדרט הזהירות

(א) משפט משוה

כל המומחים בעניין קליפורד העידו כי הזרקה ללא שאיבה מוקדמת הייתה פרקטיקה מקובלת בזמן האירוע. בית המשפט המחוזי קבע, כאמור, כי זהו אחד הנימוקים לדחיית הטענה בדבר התרשלותו של ד"ר קליפורד.⁵⁶ על העובדה ששימוש במזרקים בלתי-שואבים נחשב לפרקטיקה מקובלת בעת הרלבנטית לא התעוררה מחלוקת גם במסגרת הערעור.⁵⁷ ואף לא בדיון הנוסף.⁵⁸ שופטי בית המשפט העליון הסכימו כי העובדה שהרופא נהג לפי פרקטיקה מקובלת אינה מהווה הגנה מוחלטת בפני תביעת רשלנות; השאלה הייתה אם המקרה שלפנינו הוא אחד מאותם מקרים שבהם ניתן לקבוע שהפרקטיקה המקובלת הייתה רשלנית. בערעור נחלקו הדעות. השופט י' גולדברג פסק כי הואיל והרופא נהג בהתאם לפרקטיקה מקובלת והסיכון שבה – כפי שהיה ידוע באותם ימים – היה קטן מאוד, לא ניתן לסווג את התנהגותו כרשלנית;⁵⁹ השופט ש' לוינ' נטה אף הוא למסקנה זו, הגם שלא הכריע בעניין;⁶⁰ לעומתם, השופטת ביניש סברה כי "העניין שלפנינו הוא מסוג העניינים שבהם ניתן... לקבוע כי על אף השימוש בשיטת טיפול מקובלת, היתה התרשלות בהזרקה חומר האלתוש ללא שימוש במזרק שואב".⁶¹ בדיון הנוסף אימץ השופט אור את עמדתה של השופטת ביניש בערעור וקבע כי צירופם של כמה שיקולים (שאותם הזכרנו לעיל) מוביל למסקנה כי הרופא התרשל על אף שפעל בהתאם לפרקטיקה המקובלת. דעתי היא, כי הן השופטת ביניש (בפסק דינה בערעור) והן השופט אור נחפזו לסווג את הפרקטיקה שהייתה מקובלת במקרה דנן כרשלנית, ללא צידוק מספק. בערעור הסתמכה השופטת ביניש, בין היתר, על כמה מקורות זרים; העיקריים שבהם היו פסק דינו של בית הלורדים בעניין *Bolitho v. City &*

56 ת"א קליפורד, הערה 1 לעיל, בפסקה 13 לפסק הדין.

57 ע"א קליפורד, הערה 2 לעיל, בפסקה 3 לפסק דינה של השופטת ביניש.

58 דנ"א קליפורד, הערה 2 לעיל, בפסקה 2 לפסק דינו של השופט אנגלרד ובפסקאות 4 ו-8 לפסק דינו של השופט אור.

59 ע"א קליפורד, הערה 2 לעיל, בפסקה 6 לפסק דינו של השופט י' גולדברג.

60 שם, בפסקה 5 לפסק דינו.

61 שם, בפסקה 7 לפסק דינה של השופטת ביניש.

Hackney Health Authority,⁶² פסק דינו של בית המשפט העליון של קנדה בעניין *ter Neuzen v. Korn*,⁶³ ופסק דינו של בית המשפט הגבוה של אוסטרליה בעניין *Rogers v. Whitaker*.⁶⁴ מן המקורות הללו הסיקה השופטת כי "בשיטות המשפט הקרובות לנו בתחום הנדון, ניכרת... מגמה להכיר בכך, שבמקרים מתאימים, ניתן לפסוק כי גם שיטה רפואית מקובלת עלולה להיות רשלנית, וכי באותם מקרים הסתמכותו של רופא על פרקטיקה נהוגת לא תהווה הגנה מפני חיובו באחריות בגין רשלנות".⁶⁵ נוסח הדברים עלול להטעות: האסמכתאות הנזכרות בפסק דינה של השופטת הנכבדה חשובות לא רק מכיוון שהן קובעות שבמקרים מסוימים הפרקטיקה הרפואית תיחשב לרשלנית אלא גם – ובעיקר – מכיוון שהן קובעות שבדרך כלל הפרקטיקה הרפואית לא תיחשב לרשלנית. בנסיבות המקרה דנן נראה כי באף אחת מהשיטות לא היה בית המשפט ממהר לפסוק שהפרקטיקה שנקט ד"ר קליפורד הייתה רשלנית.

גישתו המסורתית של המשפט האנגלי, כפי שהיא באה לידי ביטוי בפרשת *Bolam*, היא שרופא הנוהג על פי פרקטיקה המקובלת כנאותה בקרב קבוצה אחראית של רופאים העוסקים באותו תחום לא ייחשב לרשלן אף אם יש הסבורים כי עדיף לפעול בדרך אחרת.⁶⁶ לאור זאת ברור כי הפרקטיקה שעל פיה נהג הנתבע אינה חייבת להיות מקובלת על רוב העוסקים בתחום ההתמחות. יתר על כן: גם אם בית המשפט מאמין שהדרך האלטרנטיבית טובה יותר מהפרקטיקה שעל פיה נהג הנתבע, אין בכך כדי לבסס מסקנה בדבר התרשלנותו.⁶⁷ במשך

62 [1998] A.C. 232 (H.L.).

63 [1995] 3 S.C.R. 674.

64 [1992] 175 C.L.R. 479.

65 ע"א קליפורד, הערה 3 לעיל, בפסקה 5 לפסק דינה.

66 *Bolam v. Friern Hospital Management Committee* [1957] 2 All E.R. 118, 122, [1957] 1

W.L.R. 582, 587-88 (H.L.) per McNair L.J. ראוי לציין כי חרף פרסומה הרב של הלכת

Bolam, הדבקות בפרקטיקה המקובלת הייתה קיימת גם לפני; ראו *Marshall v. Lindsey*

County Council [1935] 1 K.B. 516, 540. ראו עוד *Sidaway v. Governors of Bethlem*

Royal Hospital [1985] A.C. 871, 881 (H.L.) per Scarman L.J.: "The *Bolam* principle may

be formulated as a rule that a doctor is not negligent if he acts in accordance with a

practice accepted at the time as proper by a responsible body of medical opinion even

though other doctors adopt a different practice. In short, the law imposes the duty of care:

but the standard of care is a matter of medical judgment" (וודק: הלורד Scarman סבר,

בדעת מיעוט, כי אין להחיל את הלכת *Bolam* על מקרים של מתן עצה רפואית או מידע

רפואי).

67 *Maynard v. West Midlands Regional Health Authority* [1985] 1 All E.R. 635, 639, [1984]

1 W.L.R. 634, 638 (H.L.) per Scarman L.J.: "[A] judge's 'preference' for one body of

distinguished professional opinion to another also professionally distinguished is not

sufficient to establish negligence in a practitioner whose actions have received the seal of

תקופה לא מבוטלת היו שסברו כי לפי הלכת *Bolam* התנהגות בהתאם לפרקטיקה מקובלת היא ראייה קונקלוסיבית להיעדר התרשלנות,⁶⁸ אלא שזו אינה הפרשנות היחידה האפשרית ונדמה כי היא אף אינה מתיישבת עם לשונו של פסק הדין.⁶⁹ היו שטענו זאת גם לפני פרשת *Bolitho*.⁷⁰ לדעתי, פסק הדין בעניין *Bolitho* נועד להשיב את הלכת *Bolam* לגבולותיה הטבעיים או למצער לסלק את אי-הבהירות באשר לפירושה. על כן נראה לי, כי הצגתה של הלכת *Bolitho* על ידי השופטת ביניש כשלב נוסף בתהליך ה"כרסום" בהלכת *Bolam*⁷¹ היא בלתי-מדויקת.⁷² אולם לא זה העיקר. לזו ביקורתי על ההסתמכות על הדין האנגלי בעניין קליפורד נעוץ דווקא בהצגה המגמתית של הלכת *Bolitho* גופה, המסיטה את הזרקור מן הכלל אל החריג, ובמשמעויותיה בנוסחות המקרה דנן. להלכת *Bolitho* שני מרכיבים הקשורים זה בזה בחוט בל-יינתק. המרכיב הראשון של ההלכה (שאותו הדגישה השופטת ביניש) פותח פתח עקרוני לחיוב בנוזקין של רופא שנהג בהתאם לפרקטיקה המקובלת. נאמר שם שבית המשפט לא חייב לפסוק שהרופא הנתבע אינו רשולן רק משום שהוצגו לו עדויות של

approval of those whose opinions, truthfully expressed, honestly held, were not preferred".

68 Simon Deakin, Angus Johnston & Basil Markesinis, *Tort Law* 316-317 (5th ed., 2003)

69 הלכת *Bolam* מתנה בלשון מפורשת את אי-הטלת האחריות בכך שהפרקטיקה היא כזו המקובלת כנאותה בקרב קבוצה אחראית של רופאים, ולא רק כזו המקובלת בקרב קבוצה כלשהי של רופאים. ההבדל בין שני הנוסחים נראה ברור למדי: הפרקטיקה מהווה מחסום בפני תביעת נזיקין רק אם יש קבוצה של רופאים שסבורים שהיא נאותה (ולא רק נוהגים על פיה בפועל) ורק אם אותה קבוצה היא "אחראית".

70 בתי משפט ומלומדים הכירו עוד לפני פרשת *Bolitho* בכך שהלכת *Bolam* אינה קובעת הגנה מוחלטת מפני תביעת רשלנות לרופא שפעל בהתאם לפרקטיקה המקובלת: התנהגות לפי הפרקטיקה המקובלת מהווה הגנה רק אם נוהגים לפיה רופאים מכובדים ואחראים. לסימוכין ראו, למשל, Michael A. Jones, *Medical Negligence* 62 (1991); John Healy, *Medical Negligence: Common Law Perspectives* 65 (1999).

71 ע"א קליפורד, הערה 2 לעיל, בפסקה 5 לפסק דינה של השופטת ביניש.

72 הכרסום, אם קיים, אינו בהלכת *Bolam* עצמה אלא בפירוש הרחב מדי (והשגוי) שניתן לה בפסיקה המאוחרת. ראו, למשל, Margaret Brazier & José Miola, "Bye-Bye Bolam: A Medical Litigation Revolution?," 8 *Med. L. Rev.* 85, Introduction (2000): "Late in 1997, Lord Browne-Wilkinson in *Bolitho v. City & Hackney Health Authority* sought to correct what he believed had been a *misinterpretation* of Bolam" (ההדגשות הוספו). אותה גישה מובעת גם בניתוח פסק הדין בעניין *Bolitho*, בפרק V לאותו המאמר; ראו במיוחד בהערת שוליים 60, שם מציינים המחברים: "It would appear, therefore, that Bolamisation for over 40 years has been based on an erroneous interpretation of the case". עוד ראו Andrew Grubb, "Negligence, Causation and Bolam," 6 *Med. L. Rev.* 378, 380 (1998).

מומחים שלידם התנהגותו של הנתבע מתאימה לפרקטיקה מבוססת.⁷³ אבל איננו רשאים לעצור כאן. המרכיב השני של ההלכה עוסק בנסיבות שבהן ניתן לחייב בנויקין רופא שנהג בהתאם לפרקטיקה. בהקשר זה הבהיר בית הלורדים כי אין בדעתו לבטל או אפילו לאבחן את פסק הדין בעניין *Bolam*, אלא אך לבאר ולהדגיש את שנקבע בו מלכתחילה. הלורד Browne-Wilkinson הסביר כי על פי הלכת *Bolam* רופא יהא פטור מאחריות רק אם הפרקטיקה שעליה הסתמך מבוססת על השקפה מכובדת ואחראית. מכאן, שבית המשפט צריך להשתכנע כי בגיבוש הדעה שלפיה הפרקטיקה ראויה נשקלו הסיכונים והסיכויים ונתקבלה על ידי המצדדים בה מסקנה בת-הגנה.⁷⁴ אלא, שלדבריו – וזהו לטעמי עיקר-העיקרים – רק במקרים נדירים, שבהם לשיטה שנבחרה לא יכול להיות כל בסיס הגיוני ("cannot be logically supported at all"), יוכל בית המשפט לפסוק כי הנוהג על פיה רשול.⁷⁵ ואמנם, במהדורה האחרונה של חיבורם של Clerk & Lindsell על דיני הנויקין הבהירו המחברים שההגנה על רופא שנהג בהתאם לפרקטיקה המקובלת עודנה חזקה מאוד, גם אם אינה מוחלטת:

The practical result... is that proving fault in a doctor on the basis of his choice of a particular technique or method can be very difficult: the plaintiff effectively has to show that no body of respectable medical opinion would have supported what the doctor did.⁷⁶

דומני כי הדין האנגלי – גם לאחר *Bolitho* – אינו תומך במסקנה של השופט ביניש בערעור ובמסקנתו של השופט אור בדיון הנוסף. זאת, לא מפני שהדין האנגלי מעניק לרופא שנהג בהתאם לפרקטיקה חסינות מוחלטת מאחריות, אלא משום שהוא מוכן להטיל על רופא כזה אחריות רק בנסיבות חריגות שאינן מתקיימות במקרה דנן, היינו: היעדר כל בסיס הגיוני לפרקטיקה עצמה. כלום ניתן לומר שהפרקטיקה שעל פיה פעל ד"ר קליפורד היא לחלוטין בלתי-הגיונית?

73 עניין *Bolitho*, הערה 62 לעיל, בעמ' 241, מפי הלורד Browne-Wilkinson.

74 שם, בעמ' 241–242.

75 שם, בעמ' 242–243. עיינו גם Alan Merry & Alexander McCall Smith, *Errors, Medicine and the Law* 168 (2001): "However, there is a caveat: the court in *Bolitho* was clearly of the view that any challenge to professional custom would be rare".

76 John A. Harrington, "Art or Science? Understanding Medicine and the Common Law," 9 *Health L.J.* 129, 131 (2001): "[Professional] custom as attested to by expert witnesses almost always determines what is culpable and what is not in the context of diagnosis, treatment and the disclosure of risks".

הסיכון הכרוך בשימוש במזרק בלתי-שואב על ידי רופא מיומן לא היה גדול לפי הידוע באותם ימים; הוא אפשר שימוש באמפולות של חומר אלחוש המבטיחות מינון וריכוז מדויקים; ייתכן שאף היה זול יותר. כמו כן, אין זה מן הנמנע שהמשתמשים במזרקים מסוג זה העדיפו שיטת הרדמה ותיקה לאור הניסיון הרב שנצבר לגביה (אישי וכללי). מכל מקום, בית המשפט קמא השתכנע כי למזרק הבלתי-שואב היה יתרון מסוים על פני המזרק השואב – יתרון שלא היה נתון מיתרוננו של המזרק השואב על המזרק הבלתי-שואב.⁷⁷ בנסיבות אלה לא ניתן לומר שהפרקטיקה שעל פיה נהג ד"ר קליפורד הייתה נשולת כל היגיון.

הכלל בקנדה הוא שאם התנהגותו של הרופא עולה בקנה אחד עם הנהגה המקובלת, הרופא מוגן מאחריות במקרה של תקלה, על אף שההגנה אינה מוחלטת.⁷⁸ נדמה, כי הכלל שואב את עיקר כוחו דווקא מההלכה שהציגה השופטת ביניש כהלכה ה"מסייגת", היא הלכת *ter Neuzen v. Korn*.⁷⁹ לפני אותה פרשה היו בקנדה חילוקי דעות באשר לנפקותה של הפרקטיקה המקובלת בהערכת התנהגותו של הרופא בתביעת רשלנות. כמה בתי משפט פסקו שהתנהגות בהתאם לפרקטיקה מקובלת היא ראייה קונקלוסיבית להיעדר התרשלנות, בעוד שאחרים קבעו שהתנהגות בהתאם לפרקטיקה היא רק ראייה לכאורה להיעדר התרשלנות.⁸⁰ בעניין *ter Neuzen v. Korn* הוסר הספק. בית המשפט העליון קבע שבאופן כללי כאשר רופאים נוהגים בהתאם לפרקטיקה מוכרת ומכובדת התנהגותם לא תיחשב לרשלנית.⁸¹ זהו, כאמור, הכלל; אולם על יסוד האמור בספרו של פרופסור Fleming המנוח⁸² נקבע הסייג (הצר) הבא:

[While] conformity with common practice will generally exonerate physicians of any complaint of negligence, there are certain situations where the standard practice itself may be found to be negligent. However, this will only be where the standard practice is "fraught with obvious risks" such that anyone is capable of finding it negligent, without the

- 77 ת"א קליפורד, הערה 1 לעיל, בפסקה 13 לפסק הדין.
 78 Allen M. Linden, *Canadian Tort Law* 159 (7th ed., 2001) (וראו עוד שם, בעמ' 160).
 79 עניין *ter Neuzen*, הערה 63 לעיל.
 80 Ellen I. Picard, *Legal Liability of Doctors and Hospitals in Canada* 273 and nn. 10-11 (3d ed., 1996).
 81 עניין *ter Neuzen*, הערה 63 לעיל, בעמ' 695, מפי השופט Sopinka.
 82 John G. Fleming, *The Law of Torts* 109 (7th ed., 1987) ראו גם John G. Fleming, *The Law of Torts* 133 (9th ed., 1998).

necessity of judging matters requiring diagnostic or clinical expertise...⁸³

הדברים מדברים בעד עצמם. התנהגות בהתאם לפרקטיקה מקובלת לא תפטר רופא קנדי מאחריות בניזקין אך ורק אם אותה פרקטיקה רווייה בסיכונים ברורים (fraught with obvious risks), כך שכל אדם נטול הכשרה רפואית יכול להבין שהיא רשלנית. לכן, רופא שפעל על פי הפרקטיקה המקובלת לא ייחשב בדרך כלל לרשלן.⁸⁴ ספק גדול הוא אם השימוש במזרקים בלתי-שואבים, בנסיבות שתוארו לעיל, יכול להיחשב לפרקטיקה "רוויית סיכונים ברורים" שכל הדיוט יכול להסיק שהיא רשלנית.

באוסטרליה, כמו בקנדה, רופא הנוהג על פי פרקטיקה מקובלת לא ייחשב על פי רוב לרשלן. ככל שגטישה זו מתייחסת לאבחון רפואי ולטיפול רפואי, לא חל בה כל שינוי בעקבות פסק הדין בעניין *Rogers v. Whitaker* שעליו הסתמכה השופטת ביניש. חשוב לשים לב לכך שפסק הדין האמור אינו עוסק בפרקטיקה הנוגעת לאבחון או לטיפול, אלא בפרקטיקה הנוגעת למסירת מידע למטופל אודות הסיכונים הכרוכים בטיפול שהיא עתידה לקבל. בית המשפט הגבוה של אוסטרליה הבהיר שקיים הבדל יסודי בין אבחון וטיפול מחד גיסא לבין מסירת מידע למטופל מאידך גיסא: באבחון ובטיפול תפקידו של המטופל מתמצה בתיאור הסימפטומים וההיסטוריה הרלבנטית, ואילו הרופא מאבחן את הבעיה ומציע טיפול בהתאם למקובל. בה בעת, להוציא מקרים של חירום או צורך מיוחד, לכל טיפול רפואי קודמת בחירתו של המטופל לקבל את הטיפול. במונחים משפטיים, הסכמתו של המטופל לטיפול היא בעלת תוקף רק לאחר שנמסר לו, בקווים כלליים, מידע אודות טבעו של הטיפול המוצע ("הסכמה-מדעת"). הבחירה היא

83 עניין *ter Neusen*, הערה 63 לעיל, בעמ' 696 מפי השופט *Sopinka*. ובהמשך: "[It] is apparent that conformity with standard practice in a profession does not necessarily insulate a doctor from negligence where the standard practice itself is negligent. The question that remains is under what circumstances will a professional standard practice be judged negligent? It seems that only where the practice does not conform with basic care which is easily understood by the ordinary person who has no particular expertise in the practices of the profession. That is... where the common practice is fraught with danger, a judge or a jury may find that the practice is itself negligent" (שם, בעמ' 697-698).

84 *Picard*, הערה 80 לעיל, בעמ' 273: "[As] a general rule, compliance with approved practice is conclusive evidence of an absence of negligence" (הערה 78 לעיל, בעמ' 190-192) פחות פסקני: לדבריו, התנהגות בהתאם לפרקטיקה היא ראיה רבת-חשיבות – אם כי לא קונקלוסיבית – להיעדר התרשלנות. במרבית המקרים לא ניתן להסיק שרופא שפעל בהתאם לפרקטיקה התרשל. עוד ראו *Emmonds v. Makarewicz* [2000] B.C.C.A. 573 וכן (לגבי אחיות) *Hayes v. Royal Col. Hospital* [2001] B.C.S.C. 1047.

חסרת-משמעות אם לא עומדים בבסיסה המידע הרלבנטי וחיווי הדעה של הרופא. הואיל והבחירה צריכה להתבסס על אינפורמציה הידועה לרופא אך לא למטופל, יהא זה בלתי-הגיוני לקבוע שכמות האינפורמציה שהרופא צריך למסור למטופל תיבחן אך ורק מנקודת מבטו של הרופא או של ציבור הרופאים. לכן, בעוד שבמסגרת בחינת סבירותו של טיפול רפואי ראיה בדבר הפרקטיקה הרפואית היא בעלת חשיבות רבה (ולעתים מכרעת), טיב המידע שיש למסור למטופל לפני הסכמתו לטיפול אינו יכול להיות תלוי בפרקטיקה.⁸⁵ פסק הדין מטיל על הרופא חובה למסור למטופל מידע על סיכונים מהותיים הכרוכים בטיפול המוצע, גם אם בפרקטיקה לא נמסר מידע כזה. מכאן שפרקטיקה של אי-מסירת מידע על סיכון מהותי היא רשלנית. סיכון מהותי הוא סיכון שאדם סביר בנעלי המטופל היה מייחס לו חשיבות, או שהרופא ידע שהמטופל הספציפי היה מייחס לו חשיבות אילו נמסר לו המידע.⁸⁶ במילים אחרות: פסק הדין קובע למעשה שהלכת *Bolam* האנגלית אינה חלה (באוסטרליה) על התחום של מסירת מידע רפואי.⁸⁷ מצד שני, בתביעות שעניינן אבחון או טיפול רפואי – התנהגות בהתאם לפרקטיקה היא ראיה רבת-השפעה ולעתים אף מכרעת להיעדר התרשלנות מצד הרופא. הבחנה חשובה זו מודגשת בספרות המשפטית באוסטרליה.⁸⁸

סיכומו של דבר: על אף שבתי המשפט באנגליה, בקנדה ובאוסטרליה אינם מתייחסים לעובדה שהרופא נהג בהתאם לפרקטיקה מקובלת כאל הגנה מוחלטת מפני תביעת רשלנות, אין הם מוכנים לקבוע שפרקטיקה מסוימת היא רשלנית אלא במקרים חריגים שבהם אין לפרקטיקה כל בסיס הגיוני (בלשונו של בית הלורדים), או שכל אדם היה יכול להבין שיש בה פגם (בלשונו של בית המשפט העליון של קנדה). המקרה שלפנינו אינו נראה לי כאחד מאותם מקרים חריגים שעליהם דיברו בתי המשפט בשיטות הנזכרות. מכאן, שפסקי הדין הזרים המובאים בחוות הדעת של השופטת ביניש בערעור – חוות דעת שאומצה על ידי השופט אור בדיון הנוסף – אינם תומכים במסקנתה ביחס לשאלת ההתרשלנות. זאת ועוד: הן השופטת ביניש (בערעור) והן השופט אור (בדיון הנוסף) התעלמו לחלוטין מהפסיקה האמריקנית בנושא. הדבר אינו מפתיע, שכן הגישה

85 עניין *Rogers*, הערה 64 לעיל, בפסקה 14 לפסק הדין.

86 שם, בפסקה 16 לפסק הדין.

87 שם, בפסקה 18 לפסק הדין. ראו גם *Causer v. Stafford-Bell* [1997] A.C.T.S.C. 90; *Baker v. Hardcastle* [2000] W.A.S.C.A. 166; Andrew Fulton Phillips, *Medical Negligence Law: Seeking a Balance* 28-29 (1997). אך ראו *Ren v. Mukerjee* [1996] A.C.T.S.C. 119 (מתייחס דווקא לדעת היחיד של השופט Gaudron בעניין *Rogers*, לפיה יש להחיל את אותם הכללים ביחס לאבחון וטיפול וביחס למסירת מידע).

88 Francis Trindade & Peter Cane, *The Law of Torts in Australia* 454-456 (3d ed., 1999); R. P. Balkin & J.L.R. Davis, *Law of Torts* 281-282 (2d ed., 1996).

המסורתית בארצות-הברית היא שרופא הנוהג על פי פרקטיקה מקובלת אינו יכול ככלל להיחשב לרשלן,⁸⁹ וזאת להבדיל מנתבעים אחרים שלגביהם הפרקטיקה המקובלת אינה קובעת את סטנדרט הזהירות.⁹⁰ במסה על דיני נזיקין של Prosser & Keeton, שיצאה לאור לפני כ-20 שנה, ציינו המחברים כי דיני הנזיקין מעניקים לרופאים פריבילגיה שאינה נתונה לקבוצות אחרות של נתבעים פוטנציאליים: הם הקובעים עבור עצמם – על ידי אימוץ של פרקטיקה מסוימת – את סטנדרט ההתנהגות המחייב אותם מבחינה משפטית.⁹¹ על אף שבמרוצת השנים בחרו חלק מהמדינות לבחון גם את שאלת התרשלותם של רופאים באמצעות מבחן הסבירות הכללי, שאינו מעניק לפרקטיקה המקובלת משקל מכריע,⁹² ברוב המדינות עדיין רווחת הגישה המסורתית.⁹³ כמאמרו של בית המשפט לערעורים של מדינת ניו-יורק לפני שנים ספורות:

William M. Landes & Richard A. Posner, *The Economic Structure of Tort Law* 137 89 (1987); Allan H. McCoid, "The Care Required of Medical Practitioners," 12 *Vand. L. Rev.* 549 (1959); Richard N. Pearson, "The Role of Custom in Medical Malpractice Cases," 51 *Ind. L. J.* 528 (1976); Mark A. Hall, "The Defensive Effect of Medical Practice Policies in Malpractice Litigation," 54 *Law & Contemp. Probs.* 119, 126 (1991).
ראו גם הערה 93 להלן.

The T. J. Hooper, 60 F.2d 737, 740 (2d Cir., 1932) per Learned Hand J.; Restatement (Second) of Torts §295A (1975): "In determining whether conduct is negligent, the customs of the community, or of others under like circumstances, are factors to be taken into account, but are not controlling where a reasonable man would not follow them"

.W. Page Keeton et al., *Prosser and Keeton on the Law of Torts* 189 (5th ed., 1984) 91

ראו, למשל, *Helling v. Carey*, 83 Wn.2d 514, 517-519 (1974) (שאלת התרשלותו של הרופא נקבעת על פי מבחן הסבירות הרגיל, שביטודו תחשיב עלות-תועלת. בשנות ה-70 של המאה הקודמת נחשב פסק הדין לחריג). כן ראו *United Blood Services v. Quintana*, 827 P.2d 509, 521 (Colo. 1992); *Doctors Memorial Hospital, Inc. v. Evans*, 543 So. 2d 809, 812 (Fla. App. 1989); *Advincula v. United Blood Servs.*, 176 Ill. 2d 1, 38 (1996); *Favalora v. Aetna Casualty & Surety Co.*, 144 So.2d 544, 550-551 (La. App. 1962); *Brown v. United Blood Servs.*, 858 P.2d 391, 396 n.5 (Nev. 1993); *Incollingo v. Ewing*, 282 A.2d 206, 217 (Pa. 1971); *Nowatske v. Osterloh*, 543 N.W.2d 265, 271-272 (Wisc. 1996); *Vassos v. Roussalis*, 625 P.2d 768, 772 (Wyo. 1981) Philip G. Peters, עיינו עוד "The Quiet Demise of Deference to Custom: Malpractice Law at the Millennium," 57 *Wash & Lee L. Rev.* 163 (2000) (מציג את המרת מבחן הפרקטיקה במבחן הסבירות הכללי כמגמה נמשכת וטוען שמגמה זו עתידה להתרחב. לדעתו, הסענה כי עוד ועוד מדינות תישנה את מבחן הפרקטיקה היא ספקולטיבית).

ראו, למשל: *Bell v. Maricopa Medical Ctr.*, 755 P.2d 1180, 1182 (Ariz. App. 1988); *Osborn v. Irwin Mem'l Blood Bank*, 5 Cal. App. 4th 234, 275-283 (1992); *Lester v. Cotton*, 2003 Cal. App. Unpub. LEXIS 7826, at 8-9; *Johnson v. Riverdale Anesthesia Assocs.*, 563 S.E.2d 431, 433-434 (Ga. 2002); *Killingsworth v. Poon*, 307 S.E.2d 123, 93

Generally, the standard of care for a physician is one established by the profession itself... A physician will usually be insulated from tort liability where there is evidence that he or she conformed to accepted community standards of practice.⁹⁴

מובן כי הגישה המסורתית של המשפט האמריקני אינה מחייבת את שופטי ישראל, אולם היא מערערת את טענתה של השופטת ביניש בערעור כי "בשיטות המשפט הקרובות לנו" ניכרת מגמה להכיר בכך שלעיתים "גם שיטה רפואית מקובלת עלולה להיות רשלנית". מסתבר, כי הכללה זו אינה מדויקת. ה"מגמה" ניכרת רק בחלק מהשיטות הקרובות לנו, בעוד שבאחרות רופא הנוהג בהתאם לפרקטיקה המקובלת מוגן מפני אחריות אזרחית. מכל מקום, ה"מגמה" היא להכיר בכך ששיטה רפואית עלולה להיחשב לרשלנית במקרים חריגים ונדירים; לא במקרי גבול שכיחים דוגמת המקרה דנן.

(ב) ביקורת עיונית

סקירת התפתחותה של ההלכה בשיטות המשפט האנגלו-אמריקניות מלמדת שבכל השיטות הללו קיימת רתיעה עזה ורבת-שנים מהטלת אחריות על רופא שנהג בהתאם לפרקטיקה מקובלת. יש להניח כי רתיעה כזו אינה נטולת הסבר. במסגרת הדיון הנוסף הייתה לבית המשפט הזדמנות לבחון באורח מעמיק את חשיבותה של הפרקטיקה המקובלת בקביעת סטנדרט הזהירות שהרופא חייב לעמוד בו ולהגדיר ביתר דיוק את הנסיבות שבהן התנהגות בהתאם לפרקטיקה עלולה להיחשב להתרשלות ולא להסתפק באמירה פשטנית, הנסמכת על פסק

125 (Ga. Ct. App. 1983); *Wright v. Carter*, 622 N.E.2d 170, 171 (Ind. 1993); *Natanson v. Kline*, 350 P.2d 1093, 1107 (Ka. 1960); *Downer v. Veilleux*, 322 A.2d 82, 87-88 (Me. 1974); *Kortus v. Jensen*, 237 N.W.2d 845, 850 (Neb. 1976); *McLaughlin v. Hellbusch*, 591 N.W.2d 569, 572 (Neb. 1999); *Doe v. American Red Cross Blood Services*, 377 S.E.2d 323, 326 (S.C. 1989); *Lewis v. Hill*, 770 S.W.2d 751, 754 (Tenn. App. 1988); Richard A. Epstein, *Cases and Materials on Torts* 229-231 (6th ed., 1995); Richard A. Epstein, *Torts* 140-143 (1999) ("[the] consensus in favor of the customary standard for medical malpractice has, if anything, grown stronger in recent years"); Tim Cramm, Arthur J. Hartz & Michael D. Green, "Ascertaining Customary Care in Malpractice Cases: Asking Those Who Know," 37 *Wake Forest L. Rev.* 699, 701-703 (2002); Gary T. Schwartz, "Medical Malpractice, Tort, Contract, and Managed Care," (1998) *U. Ill. L. Rev.* 885, 887, 890; *Henderson & Siliciano*, הערה 55 לעיל, בעמ' 1384.

Spensieri v. Lasky, 94 N.Y.2d 231, 238 (1999) 94

דינה בערעור של השופטת ביניש, לפיה "קיומה של פרקטיקה רפואית מקובלת אינה יכולה לחרוץ, כשלעצמה [צ"ל - אינו יכול לחרוץ, כשלעצמו], את גורלה של שאלת ההתרשלות".⁹⁵ כמה שיקולים תומכים בהענקת מעמד בכורה לפרקטיקה הרפואית, לפחות במקרים מסוימים.

ראשית, רפואה היא מקצוע שהעוסקים בו פועלים בראש ובראשונה למען הזולת: חובתו האתית העילאית של הרופא היא לדאוג למטופל.⁹⁶ הגדלת הרווח האישי וקידום אינטרסים אישיים אחרים אמורים להיות משניים בלבד להתחלטותיו ולפעולותיו. אם כך הם פני הדברים ניתן להניח - לפחות בדרך כלל - כי שיטת טיפול שבה בחרו רופאים רבים להשתמש (להבדיל משיטה המשמשת בודדים שסטו מדרך הישר) אינה רשלנית.⁹⁷ הנחה זו אמנם אינה קונקלוסיבית אך יש לה משקל לא מבוטל.

שנית, החשש מפני פגיעה ביוקרת המקצוע, באמון הציבור בעוסקים בו וכפועל יוצא מכך גם בפרנסתם של הרופאים מחזק את התמריץ לעיצובה של פרקטיקה שאינה רשלנית. השיקול של התועלת האישית מצטרף אפוא לשיקול של האתיקה האישית. מובן, שכוחו של שיקול זה יפה גם ביחס לבעלי מקצוע אחרים, אולם בענייננו הוא מצטרף לשורה של שיקולים המייחדים את מקצוע הרפואה. צירופם של כל השיקולים הוא שמעניק את המשקל המיוחד לפרקטיקה המקצועית בהערכת התנהגותם של רופאים.

שלישית, העיסוק ברפואה מחייב מומחיות מיוחדת. הבחירה בשיטות טיפול מסוימות נעשית על יסוד ידע וניסיון שנרכשו בעמל רב ובמשך תקופה ממושכת. בדרך כלל, אדם חסר ידע וניסיון בתחום זה אינו יכול לקבוע ששיטת הטיפול שבחרו בעלי הידע והניסיון אינה נאותה.⁹⁸ ברי, כי בית המשפט יכול להיוקק

95 ד"נ קליפורד, הערה 2 לעיל, בפסקה 8 לפסק דינו של השופט אור.

96 המחויבות לפעול לטובת המטופל ולהימנע מעשיית רע באה לידי ביטוי בשבועת היפוקרטס, שהיא עמוד האש של מקצוע הרפואה זה יותר מ-2400 שנים: Ludwig Edelman, *Hippocrates - the Oath* 3 (1943).

97 Pearson, הערה 89 לעיל, בעמ' 537. כן ראו עניין *ter Neuzen*, הערה 63 לעיל, בעמ' 695: "In a sense, the medical profession as a whole is assumed to have adopted procedures which are in the best interests of patients and are not inherently negligent"; Linden, הערה 78 לעיל, בעמ' 190. יש שהציגו את שיקול המחויבות האתית כשיקול התומך באימוץ הפרקטיקה המקובלת כמבחן להערכת התנהגותו של הנתבע גם במקרים אחרים של רשלנות מקצועית; ראו Healy, הערה 70 לעיל, בעמ' 63. אני סבור כי אין להדיר את מקצוע הרפואה (והמקצועות הנלווים לו) בכפיפה אחת עם מקצועות אחרים, שבהם השיקול הכלכלי הוא השיקול העיקרי המנחה את בעליו.

98 Cramm, Hartz & Green, הערה 93 לעיל, בעמ' 703. כן ראו *ter Neuzen*, הערה 63 לעיל, בעמ' 695: "courts do not ordinarily have the expertise to tell professionals that they are not behaving appropriately in their field".

לחוות דעת של עד מומחה הסוען כי התנהגותו של הרופא הנתבע הייתה בלתי-ראויה, אלא שאם המומחה אכן תוקף פרקטיקה קיימת (ולא נוהג נפסד או מעשה חד-פעמי בלתי-ראוי של רופא בודד) יימצאו בוודאי גם מומחים לא מעטים שיטענו כי התנהגותו של הרופא הנתבע הייתה סבירה, ובית משפט המבכר את עמדתו של המומחה המסתייג מן הפרקטיקה נוקט עמדה בוויכוח שאפילו בעלי הידע והניסיון חלוקים לגביו – מבלי שיש בידו אפשרות ממשית להבין את מלוא המורכבות של המחלוקת.

רביעית, הגנה על רופא שנהג על פי הפרקטיקה המקובלת מפני תביעת נזיקין מאפשרת לו לפעול ביעילות למען המטופלים. העיסוק הרפואי מחייב קבלת החלטות רבות בזמן מוגבל. מבחינה זו עדיף לאפשר לרופא להסתמך על הניסיון הטיפולי שנצבר בתחום עיסוקו ולא לאלצו לערוך ניתוח סיכונים מדוקדק לפני קבלת כל החלטה, טריביאלית ככל שתהיה. האפשרות העולה מפסק הדין בעניין קליפורד – שלפיה גם רופא הנוהג על פי המקובל, ומעניק למטופל שירות טוב שלא כרוכים בו סיכונים משמעותיים, עלול לשאת באחריות – תפגום ביעילותו של הטיפול הרפואי.

חמישית, גם אם נניח שראוי לחייב רופאים לערוך ניתוח מדוקדק של סבירות הנוהג הרפואי לפני קבלת כל החלטה מקצועית, ספק גדול אם בכוחם לעשות כן. בסופו של דבר, הפרקטיקה הרפואית (להבדיל מהפרקטיקה הנוהגת בתחומים אחרים) נוצרת בעקבות אינספור מחקרים מעמיקים שנערכו במשך שנים רבות על ידי מומחים רבים בכל רחבי העולם, ובדרך כלל גם לאחר דיון יסודי בפני מוסדות מקצועיים. הרופא הסביר אינו מכיר את כל ההיסטוריה המחקרית והדיונים המקצועיים שקדמו לגיבושה של פרקטיקה כזו או אחרת, ואין זה מתקבל על הדעת לדרוש ממנו רמת ידיעה כזו. לכן גם אין ביכולתו לקבוע ברגע האמת שפרקטיקה מסוימת היא בלתי-סבירה, אלא אם אי-הסבירות היא בולטת וחד-משמעית לאור מידע חדש שהתגלה לו.

שישית, אם המבחן הקובע בשאלת ההתרשלות הוא מבחנו של הרופא הסביר, הרי שהפרקטיקה המקובלת היא אינדיקציה מצוינת לעמדתו של הרופא ה"סביר": היא מבטאת הכרעה "משוקללת" בדבר הצעדים שבהם רופא בנעליו של הנתבע היה נוקט למעשה בנסיבות נתונות.

שביעית, היחסים בין הרופא למטופל נשלטים, כידוע, על ידי חוזה למתן שירות. הואיל ובהיעדר נוהג בין הצדדים, פרטים שלא נקבעו בחוזה צריכים להיקבע "לפי הנוהג המקובל בחוזים מאותו סוג", ⁹⁹ הטיפול הרפואי צריך לכאורה להינתן בהתאם לפרקטיקה המקובלת – כל עוד לא הסכימו הצדדים על דרך טיפול שונה. את מידת חשיבותו של שיקול זה אני מבקש להותיר בצריך עיון

99 סעיף 26 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973.

משני טעמים. האחד הוא שלצד העיקרון של השלמה לפי הנוהג, בחוזה למתן שירות רפואי קיים גם תנאי מכללא שלפיו על הרופא להעניק טיפול ברמה סבירה.¹⁰⁰ שאלת היחס בין שתי התניות במקרים של טיפול רפואי לא נדונה ולא הוכרעה. הטעם האחר הוא שעל פי הפסיקה הישראלית אין זה מן ההכרח שחוזה מוקדם בין התובע לנתבע יתווה את גבולות אחריותו של האחרון כלפי הראשון בניזקין, במיוחד ככל שמדובר בנוזק גוף.¹⁰¹

שמינית, במקרים שבהם עלויות העסקה בין המזיק הפוטנציאלי לניזוק הפוטנציאלי הן זניחות, ההתנהגות היעילה מובטחת בלאו הכי בלי התערבות משפטית כלשהי (תאורמת Coase). מצב שבו הצדדים מתקשרים בחוזה למתן שירות (דוגמת חוזה למתן טיפול רפואי) הוא מצב שבו עלות העסקה הנוגעת לאופן ההתנהגות של ה"מזיק" הפוטנציאלי נמוכה יחסית, מכיוון שקיימים ביניהם בלאו הכי חילופי דברים הנוגעים לאופן ההתנהגות זה (קרי: אופן מתן השירות). כל עוד המידע אודות הדרכים השונות למתן השירות (בענייננו – הטיפול הרפואי), עלותן והסיכונים הכרוכים בהן נמסר למקבל השירות והלה מסוגל להבינו¹⁰² – ניתן להניח שהדרך הנבחרת למתן השירות תהא הדרך היעילה, וזו אינה יכולה להיחשב לרשלנית (על פי המבחן הכלכלי).¹⁰³ מובן, כי מידת החשיבות שיש לייחס לשיקול זה תלויה בהיקף ובטיב המידע המצוי בידי מקבל השירות ביחס לשירות שאותו הוא מקבל לעומת האלטרנטיבות. על פי חוק, רופא מחויב למסור למטופל, בין היתר, מידע בדבר "התועלת הצפויה והסיכויים של הטיפול המוצע", "הסיכונים הכרוכים בטיפול המוצע, לרבות תופעות לוואי, כאב ואי נוחות" ו"סיכויים וסיכונים של טיפולים רפואיים חלופיים או של העדר טיפול רפואי", והכול "באופן שיאפשר למטופל מידה מרבית של הבנת המידע לשם קבלת החלטה בדרך של בחירה מרצון ואי תלות".¹⁰⁴ כל עוד חובה זו אינה מופרת, עלות ההסדרה החוזית של שיטת הטיפול אינה גבוהה – ועל כן ניתן להניח שברוב המקרים הבחירה בשיטת הטיפול היא יעילה. שיקול זה תומך במסקנה שלפיה הפרקטיקה הרפואית אינה רשלנית (מנקודת המבט

100 ע"א 2781/93 דעקה נ' בית החולים "כרמל" חיפה, פ"ד נג' (4) 526, 584, מפי השופט אור. ראו גם דניאל פרידמן ונילי כהן, חוזים ג' 388–389, 391 (תשס"ד).

101 ראו, למשל, ע"א 285/73 לגיל טרמפולין וציד ספורט ישראל בע"מ נ' נחמיאס, פ"ד כט' (1) 63.

102 וכאן אנו שבים ומדגישים את החשיבות של מסירת המידע על האלטרנטיבות השונות; ראו גם פרק א.3 לעיל.

103 ראו Landes & Posner, הערה 89 לעיל, בעמ' 131–139.

104 סעיפים 13(ב2)–(4), (ג) לחוק זכויות החולה, התשנ"ו–1996.

הכלכלית).¹⁰⁵ עם זאת, חשוב להבין כי המסקנה תשתנה אם יסתבר שבחירת המטופלים באופן טיפול מסוים גובעת מאי-מסירה של מידע מהותי על אודות אותו הטיפול או על אודות טיפולים אלטרנטיביים. במקרה זה אפשר שההתרשלות נעוצה באי-מסירת המידע. הבחנה ברוח זו – בין משקל הפרקטיקה בבחינת סבירות הטיפול הרפואי מזה ובבחינת המידע הנמסר למטופל מזה – קיימת, כפי שהראיתי לעיל, במשפט האוסטרלי.

תשיעית, מחקרים שערכו פסיכולוגים קוגניטיביים (ובראשם ברוך פישחוף) מוכיחים בלי צל של ספק כי בראייה לאחר אנשים מגזימים – באופן עקיב – בהערכת יכולתם של אחרים לצפות מראש את התוצאות שהתרחשו בפועל.¹⁰⁶ מאורעות שהתרחשו בעבר נראים לנו (בדיעבד) הרבה יותר צפויים מכפי שהיו באמת. זוהי התוכמה שלאחר מעשה (ה-hindsight bias). בתביעות רשלנות, ידיעת התהליך המזיק והתוצאה המדויקת שהתרחשה בפועל גורמת לשופט להעריך באופן מופרז את מידת הסיכון שהנתבע היה ער להיווצרותו בזמן המעשה.¹⁰⁷ אימוץ הפרקטיקה המקובלת כאמת-המידה שלאורה נבחנת התנהגותו של הרופא (במקום המבחן הרגיל של "סבירות") מסלק את החשש מפני הכרעה מוטעה, שמקורה בתוכמה שלאחר מעשה.¹⁰⁸

מתנגדיו של מבחן הפרקטיקה המקובלת יטענו כי בית המשפט אינו יכול בלאו הכי לברר כיצד נוהגים הרופאים (להבדיל מרופא מסוים) בפועל. למומחה רפואי המעיד בבית המשפט בדרך כלל אין מידע סטטיסטי אמין על הפרקטיקה המקובלת. הוא מניח שרוב הרופאים האחרים נוהגים כמוהו. לעתים קרובות הוא בוודאי צודק, אולם מחקרים מוכיחים שרופאים עלולים לשנות בהערכת האופן

105 איני טוען, כמובן, שזוהי נקודת המבט הראויה היחידה, אולם לא ניתן להתעלם ממנה. יש להניח כי הסדרה מוסכמת של אופן הטיפול לא תיחשב לרשלנית גם לפי התפיסה הקאנטיאנית (שבדרך כלל אינה רואה בביצוע פעולה המסכנת אינטרס של הזולת מעשה עוולה אם הלה הסכים לכך שהפעולה תתבצע).

106 Baruch Fischhoff, "Hindsight ≠ Foresight: The Effect of Outcome Knowledge on Judgment Under Uncertainty," 1 *J. Experimental Psychol.* 288 (1975); Baruch Fischhoff, "For Those Condemned to Study the Past: Heuristics and Biases in Hindsight," in *Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases* 335, 341 (Daniel Kahneman, Paul Slovic and Amos Tversky eds., 1982). ראו גם Korobkin & Ulen, הערה 238 להלן, בעמ' 1096–1095.

107 Jeffrey J. Rachlinski, "A Positive Psychological Theory of Judging in Hindsight," 65 *U. Chi. L. Rev.* 571, 591 (1998); Kim A. Kamin & Jeffrey J. Rachlinski, "Ex Post ≠ Ex Ante: Determining Liability in Hindsight," 19 *Law & Hum. Behav.* 89 (1995); Susan J. LaBine & Gary LaBine, "Determinations of Negligence and the Hindsight Bias," 20 *Law & Hum. Behav.* 501 (1996).

108 Rachlinski, הערה 107 לעיל, בעמ' 610–613.

שבו נוהגים עמיתיהם.¹⁰⁹ המצדדים במבחן הפרקטיקה הציעו כמה פתרונות לקושי זה. פתרון אחד הוא קביעת הנחיות לרופאים על ידי גורמים רפואיים מקצועיים בצירוף גורמי פיקוח, שבהן מוגדרים אלגוריתמים של אבחון וטיפול. ההנחה היא שמרגע פרסומן תיחשבה ההנחיות למכוננות פרקטיקה. כאשר יהיו כמה אפשרויות טיפול תיכללנה כולן בקובץ ההנחיות.¹¹⁰ פתרון שני הוא עריכת סקרים בין רופאים העוסקים בתחומי המומחיות הרלבנטיים כדי לברר מהי הפרקטיקה המקובלת (או מהן הפרקטיקות המקובלות). פתרון זה נמצא מעשי ומהימן במחקר שנערך בארצות-הברית.¹¹¹ אני מאמין כי בשני הפתרונות המעניינים הללו אין צורך, שכן כאשר רופא מכובד מעיד בבית המשפט כי הוא עצמו היה נוהג בדרך מסוימת ולמיטב ידיעתו גם אחרים היו נוהגים כך, ועדותו מתקבלת כמהימנה – די בכך כדי לבסס את הטענה שיש פרקטיקה מקובלת (אף אם היא אינה מקובלת על הכול). נראה לי, שהשגיאה האפשרית בהערכת התנהגותם של העמיתים אינה גדולה עד כדי שיש בה לגרום לרופא ברדעת המעיד בתום לב לסעון לקיומה של פרקטיקה שאינה קיימת כלל.

ודוק: אין להסיק מן האמור כי התנהגותו של רופא בהתאם לפרקטיקה מקובלת צריכה להעניק לו חסינות מוחלטת מפני תביעות רשלנות. כמו בתי המשפט באנגליה, בקנדה ובאוסטרליה, אף אני מבין כי אפשר שגם התנהגות בהתאם לפרקטיקה תהא רשלנית. מתן פטור גורף מאחריות אורחית לרופא שנהג בהתאם לפרקטיקה מקובלת עלול לכאורה לגרום להתפתחותן ולשימורן של פרקטיקות בלתי-רצויות, המעניקות משקל מופרז לשיקולי נוחות וחיסכון של הרופאים עצמם. עם זאת, השיקולים שסקרתי לעיל מחייבים את הגבלת הנסיבות שבהן בית המשפט רשאי לקבוע שמתן טיפול בהתאם לפרקטיקה הוא בגדר התרשלות. ההגבלות הראויות לדעתי הן אלה:

(1) כאשר פעולה המבוצעת בהתאם לפרקטיקה היא כזו שביצועה מחייב את הסכמת המטופל, לאחר שהוצגו לו יתרונותיה וחסרונותיה לצד היתרונות והחסרונות של האלטרנטיבות, השאלה הרלבנטית היחידה היא אם אכן ניתנה הסכמה מדעת של המטופל. במקרים שבהם הבחירה בדרך הטיפול נעשית בהסכמת המטופל אין להטיל על הרופא אחריות, משום שההסכמה המודעת מנטרלת כל טענה בדבר בחירה "רשלנית" של שיטת הטיפול. במקרים שבהם לא נמסר למטופל מידע מהותי לצורך קבלת החלטתו, יישא הרופא באחריות לא

109 Cramm, Hartz & Green, הערה 93 לעיל, בעמ' 710-712.

110 Sam A. McConkey, "Simplifying the Law in Medical Malpractice: The Use of Practice Guidelines as the Standard of Care in Medical Malpractice Litigation," 97 W. Va. L. Rev. 491, 516-517, 522-523 (1995).

111 Cramm, Hartz & Green, הערה 93 לעיל, בעמ' 726 ואילך.

בגלל שבחר בשיטת טיפול רשלנית אלא משום שנתן טיפול בלי הסכמה מדעת של המטופל.¹¹²

(2) הרופא חייב למסור למטופל אך ורק את המאפיינים העיקריים של הטיפול המוצע (תיאור כללי של המהות, ההליך והמטרה, סיכויים וסיכונים). איש אינו מצפה ממנו למסור למטופל את כל פרטי הפרטים של כל טיפול אפשרי, לרבות פרטים טכניים ופריפריאליים – לפחות כל עוד המטופל אינו מבקש זאת. לגבי פעולות המבוצעות בהתאם לפרקטיקה וביצוען אינו מחייב קבלת הסכמה מדעת של המטופלים ולא מתבקשת לגביהם (בפועל) הסכמה כזו, אמנם ניתן יהיה להטיל על הרופא אחריות בזיוקין אך במקרים נדירים בלבד. היווצרות של פרקטיקה טיפולית מחייבת היצמדות שיטתית של רופאים לא מעטים לטכניקה מסוימת. לאור זאת, ולנוכח המחויבות האתית של הרופאים לרווחת המטופל, והחשש מפני פגיעה במוניטין של המקצוע ובפרנסתם של העוסקים בו מחמת מתן טיפול בלתי-ראוי – אפשר להניח שפרקטיקה טיפולית לא תהא בדרך כלל רשלנית. הנחה זו צריכה להפוך לקונקלוסיבית אם ניתן להציע לפרקטיקה הסבר שנראה על פניו הגיוני, ולא בהכרח כזה שלא ניתן לחלוק עליו – שכן כשקיים הסבר הגיוני כזה הכרעה משפטית שלפיה העדפת פרקטיקה אחת על רעותה היא בגדר "התרשלות" מהווה התערבות בלתי-רצויה של גורם בלתי-מקצועי בוויכוח המקצועי הלגיטימי הקיים בקהילייה הרפואית, המושפעת באופן בלתי-רצוי מחוכמה שלאחר מעשה. במקרים הנדירים שבהם יגיע בית המשפט למסקנה חד-משמעית שמדובר בפרקטיקה מסוכנת שלא ניתן להציע לה הסבר פרט לשיקולים אגואיסטיים של הרופאים – ניתן לקבוע שהפרקטיקה עצמה רשלנית. או אז יש להבחין בין שני מצבים:

(א) אם הפרקטיקה מבוססת על המלצה או על הנחיה ממוסדת (כגון הנחיה של משרד הבריאות או של הסתדרות הרופאים, או המלצה שמקורה בחומר לימודי אקדמי עדכני),¹¹³ אין להטיל אחריות על רופא שפעל על פיה – לא משום שהפרקטיקה עצמה אינה בלתי-ראויה אלא מכיוון שהסתמכותו של רופא עליה אינה צריכה להיחשב להתרשלות. רופא סביר אינו מסוגל להעריך מחדש את ההיגיון המדעי שמאחורי כל פעולה טכנית-מקצועית שהוא מבצע על פי המלצה ממוסדת, וגם אילו היה יכול לעשות זאת – הבחינה המחודשת של כל פעולה הייתה פוגעת באופן חמור ביעילות השירות שהוא מספק. על כן, גם במקרים הנדירים שבהם בית המשפט מסוגל לקבוע באופן חד-משמעי שהפרקטיקה היא

112 עיינו, למשל, עניין דעקה, הערה 100 לעיל.

113 באנגליה, לשם ההשוואה, הוקם מוסד בשם National Institute of Clinical Excellence המפתח המלצות לפרקטיקה רפואית ראויה. לדיון בפעילות המוסד ראו

<http://www.nice.org.uk>

בלתי־ראויה אין להטיל אחריות על הרופא (אלא אם ניתן להוכיח שהוא עצמו האמין שהפרקטיקה בלתי־ראויה). ייתכן שבמקרים כאלה ניתן לתבוע את מי שטבע את הנוהג (בדוגמאות שלעיל – משרד הבריאות וכו').
(ב) אם הפרקטיקה שאין לה הסבר הגיוני אינה מבוססת על המלצה ממוסדת, ניתן להטיל אחריות גם על הרופא הפועל בהתאם לה.

סיכומי של דבר: בדיוק כמו הערכאות הזרות, אף אני סבור שאין להטיל על רופא שנהג בהתאם לפרקטיקה המקובלת אחריות בנוזקין אלא במקרים חריגים.¹¹⁴ לדעתי, הטלת אחריות מחייבת את קיומם של שלושה תנאים מצטברים: (1) הפרקטיקה אינה נוגעת להחלטה המחייבת בלאו הכי הסכמה מדעת של המטופל (אלא, למשל, לפרטים טכניים ו/או שוליים של הטיפול הרפואי); (2) לא ניתן להציע לפרקטיקה הסבר הגיוני; (3) הפרקטיקה אינה מבוססת על המלצה ממוסדת. בנסיבות המקרה שבו עסקינן אף אחד מהתנאים הללו אינו מתקיים. ראשית, ניתן לטעון שהנוהג של שימוש במזרקים בלתי־שואבים נוגע לבחירה בשיטת הטיפול שלגביה נדרשת הסכמה מדעת של המטופל (או אפוטרופוסו). שנית, הנתבעים הציעו – ובית המשפט המחוזי קיבל – הסבר מקצועי לפרקטיקה האמורה. שלישית, רק לאחר המקרה דנן, ובעקבות אירועים נוספים הקשורים להורקת חומרי הרדמה לעורק האלויאולרי (שהתרחשו בשנות ה-80), החלו גורמים מקצועיים להדגיש את חשיבותו של השימוש במזרק שואב.¹¹⁵ כמו כן, רק לאחר אותו מקרה ובעקבות מסקנותיה של ועדה מקצועית שחקרה את נסיבות התרחשותו¹¹⁶ פרסם משרד הבריאות הנחיה שלפיה זריקות הרדמה תתבצענה רק במזרקים שואבים.¹¹⁷ לכן, גם אילו הנחנו שהפרקטיקה של שימוש במזרקים לא שואבים הייתה אכן רשלנית בזמן האירוע, לא ניתן היה לקבוע שד"ר קליפורד התרשל כשפעל על פיה כל עוד לא הוכח שהוא עצמו ידע שהפרקטיקה האמורה אינה ראויה.¹¹⁸ על כן דעתי היא שלא היה זה ראוי לקבוע שד"ר קליפורד התרשל. אין במסקנה זו משום חיווי דעה ביחס להתנהגותם של הגורמים שהפעילו את המרפאה או של הגורמים המקצועיים שהיו אמונים על קביעת נוהלי העבודה במרפאות שיניים באותה עת.

114 ע"א קליפורד, הערה 2 לעיל, בפסקה 5 לפסק דינו של השופט י' גולדברג.

115 Weinberg, Shohat, Stabholz & Findler, הערה 38 לעיל, בעמ' 119.

116 ת"א קליפורד, הערה 1 לעיל, בפסקה 14 לפסק הדין.

117 דנ"א קליפורד, הערה 2 לעיל, בפסקה 4 לפסק דינו של השופט אור.

118 איני טוען שד"ר קליפורד סבר שהשימוש במזרק בלתי־שואב הוא הגיוני וסביר, אלא שסוגייה זו כלל לא הועלתה ולא התבררה במשפט. לטעמי, ראוי היה להתייחס אליה.

(5) הוראות היצרן

שיקול נוסף שעליו הסתמך השופט אור כדי להצדיק את מסקנתו בדבר קיומה של התרשלנות היה שבהוראות היצרן של חומר ההרדמה שבו נעשה שימוש, בחלק הדין במינון ובאופן נתינת החומר, נקבעה במפורש ההוראה הבאה: "To avoid inadvertent intravascular injection an aspiration check should be performed". לגישתו, הוראה זו באה להתריע מפני שימוש במזרק בלתי-שואב, כשברור בעליל שכוונתה למנוע את הסיכונים העלולים להגרם עקב כניסת חומר ההרדמה למחזור הדם: "נוכח הוראת יצרן ברורה זו, על משמעותה כאמור, קשה לקבל כראויה פרקטיקה בדבר שימוש במזרק לא שואב".¹¹⁹ השופט סירקל הוסיף כי לעניין ההתרשלות יש לתת משקל מיוחד להפרת הוראת היצרן. לדבריו, ניתן לומר שהוראות היצרן קובעות בדרך כלל סטנדרט התנהגות מינימלי.¹²⁰

אני מודה כי במבט ראשון שיקול זה שובה-לב – אולם אף הוא אינו יכול להכריע את הכף. הוראת היצרן אכן עשויה לעתים להוות אינדיקציה לרמת הזהירות הסבירה, אך היא גם עשויה לחייב רמת זהירות שונה מזו של הרופא הסביר, בדיוק כמו הוראות תקוקות, כללי אתיקה מקצועית וכיוצא באלה. שלושה טעמים לדבר. ראשית, הוראות היצרן מנוסחות בהתאם לאינטרס העצמי של היצרן ולא על פי אמת-המידה העיונית שלאורה נבחנת שאלת ההתרשלות.¹²¹ ייתכן שיצרנים של תרופות (או תומרים אחרים שבהם נעשה שימוש במסגרת טיפול רפואי) יקבעו הוראות שימוש מחמירות ומפורטות מדי כדי להסיר מעצמם את חשש האחריות האזרחית שמקורה בהפרת חובה להזהיר,¹²² כדי לקיים הנחיות כאלה ואחרות של רשויות הבריאות וכו'; מאידך גיסא, העלון שבו נכללות הוראות היצרן משמש גם כאמצעי לקידום מכירות. ייתכן שהיצרן ימנע מתיאור

119 דנ"א קליפורד, הערה 2 לעיל, בפסקה 9 לפסק דינו.

120 פסק דינו של השופט סירקל כולל פסקה אחת בלבד המתייחסת לנפקותן של הוראות היצרן.

121 *Thompson v. Carter*, 518 So. 2d 609, 612 (Miss. 1987); *Morlino v. Medical Center of Ocean County*, 152 N.J. 563, 580 (1998); *Richardson v. Miller*, 44 S.W.3d 1, 16-17 (Tenn. App. 2000).

122 ראו, למשל, *Nolan v. Dillon*, 261 Md. 516 (1971); *Pfizer, Inc. v. Jones*, 221 Va. 681 (1980). בשני המקרים נפסק אמנם כי הזהרה סבירה של היצרן מפני שימוש מסוים בתרופה – גם אם אינה ההזהרה הטובה ביותר האפשרית – תפטור אותו מאחריות לנזק שנגרם עקב שימוש בתרופה בניגוד להזהרה. אולם, אל נוכח הנטייה להרחיב את אחריותן של חברות התרופות ואל נוכח העובדה שהצגה מפורטת של כל הסיכונים ותופעות הלוואי אינה כרוכה בעלות של ממש, ועשויה להסיר את החשש מפני אחריות רחבת-היקף, יש להניח שחברת תרופות תעדיף למסור לרופאים ולצרכנים פרטים רבים ככל האפשר על אודות התרופות כל עוד הדבר אינו פוגע בסיכויי המכירה שלהן.

מפורט מדי של תופעות הלוואי והסיכונים כדי לא לפגום בפוטנציאל המכירות של התרופה. שנית, הוראות היצרן הן מאוד כלליות ועל כן אינן מתאימות בהכרח למאפייניו המיוחדים של כל מטופל. שלישית, הוראות היצרן לא מתעדכנות מיד בעקבות כל גילוי חדש המבוסס על מחקר מדעי או על השימוש הממושך ורחב ההיקף שנעשה במוצר.¹²³ לאור כל זאת אי אפשר לומר שהוראות היצרן קובעת "סטנדרט התנהגות מינימלי" (בלשונו של השופט טירקל).

יתר על כן: אין זה מתקבל על הדעת לקבוע שפרקטיקה רפואית שאינה תואמת את הוראות היצרן של החומר שבו נעשה שימוש היא רשלנית (בלשונו של השופט אור), גם אם ההוראות נועדו למנוע תופעת לוואי מסוימת או להסיר סיכון מסוים. כפי שאין זה מן ההכרח שסטנדרט הזהירות ייקבע על פי הפרקטיקה המקובלת אין זה מן ההכרח שהסטנדרט ייקבע על פי הוראות יצרן. אדרבה: אם יש מקום להעדיף את אחת מאמות המידה על רעותה – הרי שדווקא ידה של הפרקטיקה הרפואית צריכה להיות על העליונה. העדפת הוראות היצרן פירושה שסטנדרט הזהירות של רופאים נקבע על ידי יצרני חומרים שבהם הרופאים משתמשים ולא על ידי הרופאים עצמם.¹²⁴ לאחר שחומר מסוים נמצא בשימוש הרופא יש לאפשר לרופא להשתמש בו על סמך ניסיונו האישי וניסיונם של עמיתיו ולאורם של מחקרים רלבנטיים, גם אם השימוש אינו מתיישב עם הוראות היצרן, שהרי היצרן אינו משתמש בתומר אלא רק מייצר אותו.¹²⁵

בתי משפט שנדרשו לעניין בשיטות אחרות הבינו בדרך כלל כי תפקידן של הוראות היצרן בהגדרת רמת הזהירות הנדרשת מן הרופא חייב להיות מוגבל. אני עד לכך שניתן למצוא בפסיקה האמריקנית תימוכין לעמדת הרוב בעניין קליפורד, הרואה בהפרה של הוראות היצרן מעין "התרשלות-לכאורה".¹²⁶ אלא שזוהי, ככל

123 עניין *Thompson*, הערה 121 לעיל, בעמ' 612; עניין *Morlino*, הערה 121 לעיל, בעמ' 580.

124 עניין *Spensieri*, הערה 94 לעיל, בעמ' 238: "Moreover, the admission of the PDR alone in place of expert testimony would result in a standard of care established by drug manufacturers instead of the medical profession" עניין *Morlino*, הערה 121 לעיל, בעמ' 580: "Allowing the admission of PDR warnings without accompanying expert testimony could transform drug manufacturers into judges of acceptable medical care" עניין *Richardson*, הערה 121 לעיל, בעמ' 16.

125 *Salgo v. Leland Stanford Jr. University Board of Trustees*, 154 Cal. App. 2d 560, 576 (1957).

126 פסק הדין המצוטט ביותר המאמץ גישה זו ניתן על ידי בית המשפט העליון של מינסוטה לפני יותר מ-30 שנה; ראו *Mulder v. Parke Davis & Co.*, 288 Minn. 332, 339-340 (1970): "Where a drug manufacturer recommends to the medical profession (1) the conditions under which its drug should be prescribed; (2) the disorders it is designed to relieve; (3) the precautionary measures which should be observed; and (4) warns of the

הנראה, עמדת המיעוט בארצות-הברית. קיימות אסמכתאות רבות לגישה שאינה מוכנה לראות בהוראות היצרן של הציוד הרפואי שבו נעשה שימוש את אמת-המידה להערכת התנהגותו של הרופא, מהטעמים שהצגתי לעיל. בעניין *Ramon v. Farr*,¹²⁷ למשל, הזריק הנתבע ליולדת חומר הרדמה, שעל פי הנחיות היצרן – שפורטו בעלון שצורף לחומר (ה-package insert)¹²⁸ ובמדריך התרופות לרופא (ה-Physician's Desk Reference הידוע גם כ-PDR) – "אינו מומלץ לשימוש" בהרדמה מסוג זה. היילוד, שהגיע לאוויר העולם כשהוא בעל מום כתוצאה מהשימוש באותו החומר, דרש מבית המשפט קמא להורות למושבנים להתיתחם להפרת הוראת היצרן כאל התרשלנות. בית המשפט דחה את הבקשה. בערעור קבע בית המשפט העליון של יוטה:

[We] think the better rule is that manufacturers' inserts and parallel P.D.R. entries do not by themselves set the standard of care, even as a prima facie matter. A manufacturer's recommendations are, however, some evidence that the finder of fact may consider along with expert testimony on the standard of care.¹²⁹

באופן דומה פסק בית המשפט לערעורים של מדינת ניו-יורק בעניין *Spensieri v. Lasky*,¹³⁰ כי הוראות היצרן של הורמון סינתטי, כפי שהופיעו ב-PDR ובעלון

dangers which are inherent in its use, a doctor's deviation from such recommendations is prima facie evidence of negligence if there is competent medical testimony that his patient's injury or death resulted from the doctor's failure to adhere to the recommendations". בעניין *Mulder* דובר ברופא שנתן למטופל תרופה במינון העולה על זה שנקבע בהוראות היצרן, אך בהתאם לפרקטיקה המקובלת. מאוחר יותר נקבע, כי ההלכה חלה רק על מקרים שבהם הוראת היצרן מפורשת, ברורה וחד-משמעית; ראו גם *Ohligschlager v. Proctor Community*, 307 Minn. 121 (1976); *Lhotka v. Larson*, 88 S.D. 446, 453, (1974); *Mueller v. Mueller*, 88 S.D. 446, 453, (1974); *Hospital*, 55 Ill. 2d 411, 417-418 (1973); *Thompson*, הערה 121 לעיל, בעמ' 613 (La. App. 2000); *Terrebonne v. Floyd*, 767 So.2d 758 (La. App. 2000).

127 770 P.2d 131 (Utah 1989).

128 על פי הוראות ה-FDA העלון צריך לכלול את הפרטים הבאים: שם התרופה והרכבה, שימושיה המותרים, מינון מומלץ ותקופת שימוש מומלצת, השפעות אפשריות – חיוביות ושליליות – על המטופל, תגובות בין-תרופתיות וכיוצא באלה. ראו *Glenn E. Bradford & Charles C. Elben*, "The Drug Package Insert and the PDR as Establishing the Standard of Care in Prescription Drug Liability Cases," 57 *J. Mo. B.* 233 (2001).

129 עניין *Ramon*, הערה 127 לעיל, בעמ' 135 מפי השופט *Zimmerman*.

130 הערה 94 לעיל.

לצרכן,¹³¹ אינן קובעות כשלעצמן את סטנדרט הזהירות שעל פיו צריך לנהוג הרופא המשתמש או המורה על שימוש בתכשיר.¹³² בעניין *Salgo v. Leland* *Stanford Jr. University Board of Trustees*¹³³ פסק בית המשפט לערעורים של קליפורניה כי הזרקת תומר במינון העולה על הוראות היצרן אינה בגדר התרשלות; והיות שהזרקת מינון מוגדל הייתה הפרקטיקה המקובלת במקרים מאותו סוג, נפסק כי הרופא לא התרשל. זוהי, למעשה, הגישה המקובלת במרבית השיטות בארצות-הברית.¹³⁴ היא תואמת את עמדתה של הרשות למזון ולתרופות (ה-FDA), שלפיה ההנחיות המצויות בעלוני המצורפים לתרופות ומועקותן אף אל ה-PDR מיועדות לשרת את הרופאות והרופאים אך אינן מחייבות אותם.¹³⁵ לאור כל האמור סבורני, כי אין זה ראוי לקבוע שהוראת היצרן "קובעת", בדרך כלל, סטנדרט התנהגות מינימלי", או שאין לקבל פרקטיקה המנוגדת להוראות היצרן כל אימת שאותן הוראות מיועדות למנוע תופעות לוואי הכרוכות בשימוש במוצר. אין להתעלם מכך שהוראת יצרן מפורשת מהווה ראיה חזקה מאוד ליכולתו של הרופא לצפות תהליכים מזיקים מסוימים. אם היצרן מבהיר ששימוש מסוים בחומר עלול לגרום לתוצאה מסוימת, הרופא – שעשה בחומר שימוש כזה – יתקשה לטעון שלא היה יכול לצפות את אותה תוצאה. אלא שבצפיות אין די: העובדה שהרופא מודע לקיומם של סיכונים מסוימים אינה הופכת אותם לבלתי-סבירים. עלינו לזכור שלעיתים קרובות יש ליצרן עניין להזהיר את הרופא מפני שימוש שכרוכים בו סיכונים פעוטים, על אף שהמשפט

131 פסק הדין אמנם עוסק ב-PDR אך אין הבדל ממשי בין קובץ זה לבין העלון לצרכן. המדריך כולל, למעשה, העתק של העלוני המצורפים לתרופות על ידי היצרנים: עניין *Spensieri*, הערה 94 לעיל, בעמ' 237. ראו גם *Bissett v. Renna*, 142 N.H. 788, 792-793 (1998).

132 עניין *Spensieri*, הערה 94 לעיל, בעמ' 239.

133 עניין *Salgo*, הערה 125 לעיל.

134 ראו עוד *Rodriguez v. Jackson*, 118 Ariz. 13, 17-18 (1977) (obiter dictum); *Hamilton v. Hardy*, 37 Colo. App. 375, 380, 549 P.2d 1099, 1104 (1976); *Craft v. Peebles*, 78 Haw. 287, 300-301 (1995); *Grayson v. State*, 838 P.2d 546, 549 (Okla. 1992); *Grassis v. Retik*, 25 Mass. App. Ct. 595, 599-600 (1988); *Bissett v. Renna*, 142 N.H. 788, 793-794 (1998); עניין *Morlino*, הערה 121 לעיל, בעמ' 580, 582; *Crouch v. Most*, 78 N.M. 406, 407-408 (1967); עניין *Richardson*, הערה 121 לעיל, בעמ' 17.

135 *Bradford & Elben*, הערה 128 לעיל, בעמ' 235. במבוא למהדורה מספר 51 של ה-PDR משנת 1997 נאמר: "The FDA has always recognized that the [Food, Drug, and Cosmetics] Act does not, however, limit the manner in which a physician may use an approved drug. Once a product has been approved for marketing, a physician may choose to prescribe it for uses or in treatment regimens or patient populations that are not included in approved labeling. The FDA also observes that accepted medical practice often included drug use that is not reflected in approved drug labeling"

אינו רואה ביצירת סיכונים כאלה משום התרשלנות (לפחות כשהסרתם כרוכה בעלות שאינה זניחה). ניתן אפוא לסכם ולומר שהוראת היצרן מביאה את הסיכון לידיעת הרופא, אבל ההכרעה בדבר סבירותה של התנהגות המתעלמת מן הסיכון אינה נתונה בידי היצרן. דומני, כי דווקא ברור זו יש לפרש את פסק הדין בעניין נגר נ' וילנסקי,¹³⁶ המוצג בפסק דינו של השופט סירקל כאסמכתה לחשיבותן של הוראות היצרן.¹³⁷

האסמכתה השנייה שהביא השופט (פסק הדין בעניין אחמד נ' מדינת ישראל¹³⁸) כלל אינה רלבנטית לענייננו. ראשית, מכיוון שבאותו מקרה דובר בהוראות היצרן של כלי רכב. בכגון דא ברור כי היצרן הוא בעל הידע המיטבי אודות הסיכונים הכרוכים בשימוש במוצר ובטיפול בו; אולם ככל שמדובר בחומרים המשמשים בטיפול רפואי המצב שונה: ליצרן אין בהכרח יתרון ידע על משתמשי הקצה (הרופאים). שנית, התובה לפעול בהתאם להוראות היצרן נקבעה שם במפורש בחקיקת-משנה.¹³⁹ על כן, השאלה שעמה נדרש בית המשפט להתמודד לא הייתה אם הנאשם היה צריך לפעול על פי אותן ההוראות אלא אם הייתה ראייה לאי-קיומן של ההוראות בפועל.

136 ע"א 285/86 נגר נ' וילנסקי, פ"ד מג(3) 284.

137 באותו מקרה החדיר הרופא-הנתבע מתקן לעירוי נוזלים לווריד בזרועו של המטופל-התובע. המתקן היה מורכב ממחט מתכת שנמצאה בצינורית פלסטיק, והמחט שימשה אך ורק כאמצעי להתחדרת הצינורית אל תוך הווריד. על פי הוראות היצרן היה הרופא אמור להוציא את המחט מייד לאחר התחדרת הצינורית. מכיוון שלא עשה כן, המחט גרמה לניתוק הצינורית בזמן שטיפל במתקן. הצינורית נסחפה אל מערכת הדם ונדרש ניתוח מיוחד להוצאתה. בית המשפט המחוזי פסק – ובית המשפט העליון אישר – כי אי-הציות להוראות היצרן עולה כדי התרשלנות. חשוב להבין ולהדגיש כי הסיכון שאליו התייחסו ההוראות באותו מקרה היה סיכון משמעותי שניתן היה למנוע את היווצרותו ב"עלות" אפסית. בית המשפט לא היה זקוק להוראות היצרן כדי להסיק שהרופא יצר סיכון בלתי-סביר. דומה, כי ההוראות שימשו ראייה לכך שהסיכון היה לא רק בלתי-סביר אלא גם ידוע. בלשונו של בית המשפט (בפסקה 10 לפסק הדין): "רשלנותו של הרופא ברורה. שכן על אף הסכנה הכרוכה בביצוע יתר הפעולות הנדרשות להתקנת המתקן, שעה שהמחט בגופו של המערער, ובניגוד להוראות היצרן שהגיונו בצידן, הסיר הרופא את הפקק והשרוול בלי להוציא תחילה את המחט".

138 ע"פ 6811/01 אחמד נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(1) 26. באותו מקרה השתחררו שני אופנים שהיו מורכבים על סרן אחורי בצדה הקדמי של משאית במהלך נסיעה, אחד מן האופנים עבר בתנופה את מעקה גדר ההפרדה, חדר מבעד לשמשת רכב שעבר שם, פגע בנהג והמיתו. נהג המשאית הועמד לדין בגין גרימת מוות ברשלנות.

139 שם, בעמ' 34.

ב. הצפיות

1. החלופה הראשונה: הנזק החמור הוא התוצאה היחידה

השאלה השנייה שעמה נדרש בית המשפט להתמודד היא שאלת קיומו של קשר סיבתי משפטי בין התנהגותו של הנתבע (בהנחה שאכן דובר בהתרשלות) לבין נזקה של התובעת. כלום ניתן לומר שאי-השימוש במזרק שואב אינו רק הסיבה העובדתית (ה-*causa sine qua non*) אלא גם הסיבה המשפטית לנזק? הסיבות המשפטיות בתביעות רשלנות נבחנות אצלנו, על פי המקובל, באמצעות מבחן הצפיות.¹⁴⁰ השאלה היא אם המזיק, כאדם סביר, צריך היה לצפות שהתנהגותו תגרום לנזק שאירע; וההלכה היא ש"הצפיות אינה צריכה להתייחס לכל פרטי האירוע, שהתרחשו הלכה למעשה, אלא לאופיו הכללי, על פי תכונותיו העיקריות".¹⁴¹ בית המשפט המחוזי קבע, בשולי הדברים:

אפילו ניתן היה להצביע על מעשה או מחלל אשר היו, הם ואין בלתי, סיבה משפטית הכרחית לתוצאה שנגרמה – מותנית הסלת האחריות על הרופא בכך שצפה או צריך היה לצפות את אותה התוצאה... 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.¹⁴²

בערעור סברו שופטי הרוב (כמו בית המשפט המחוזי), שהואיל והנזק הקשה שנגרם לתובעת היה בלתי-צפוי לחלוטין, לא נתקיים קשר סיבתי בין התנהגותו של הנתבע לבין אותו הנזק.¹⁴³

השופטת ביניש סברה, בדעת מיעוט, כי על אף שהתוצאה הקשה שאירעה בענייננו הייתה בלתי-מוכרת בזמן האירוע, אין בכך כדי לשלול קיומה של

140 וזאת בניגוד לעמדתו הקונסיסטיבית של השופט אנגלרד, הסבור כי יש לבחון את שאלת הסיבתיות באופן בלעדי על יסוד הוראת סעיף 64 לפקודת הנוזקים, שלפיה נקודת המוצא היא עיקרון שוויון הגורמים (דהיינו: כל אדם שהוא גורם הכרחי להתרחשות הנזק הוא סיבה לנזק בעיני המשפט), בכפוף לשלושת החריגים המנויים בה (המנקים מאחריות בנזיקין חלק מן ה"סיבות לנזק"). ראו, למשל, יצחק אנגלרד, אהרון ברק ומישאל חשין, דיני הנוזקים – תורת הנוזקים הכללית 191–193 (בעריכת ג' סדסקי, מהדורה שנייה, תשל"ז). ראו גם דנ"א קליפורד, הערה 2 לעיל, בפסקה 18 לפסק דינו של השופט אנגלרד.

141 ע"א 576/81 בן שמעון נ' בידה, פ"ד לח(3) 1, 9.

142 ת"א קליפורד, הערה 1 לעיל, בפסקה 20 לפסק הדין.

143 ע"א קליפורד, הערה 2 לעיל, בפסקה 4 לפסק דינו של השופט ש' לוין ובפסקה 7 לפסק דינו של השופט י' גולדברג.

סיבתיות משפטית, שהרי "די בכך שסוג הנזק והליך התרחשותו צפויים באופיים הכללי".¹⁴⁴ לעניין צפיות התהליך כתבה השופטת כי "עיון בעדויות המומחים ובחוות הדעת שלהם מלמד כי מרכיביו העיקריים של התהליך שהביא לנזק שאירע במקרה דנן, היו מוכרים מזה שנים ופורסמו בפרסומים רפואיים, ומטעם זה אף ניתן לקבוע כי היה על המשיב לצפותם, כרופא שיניים שרמתו המקצועית סבירה".¹⁴⁵

לעניין הצפיות של סוג הנזק כתבה השופטת, כי במקרה דנן הייתה אפשרות שחומר שיש בו כדי להשפיע על תפקוד כלי הדם יזרום לכיוון המוח ויגרום נזק קל למטופל. בנסיבות אלה היה על הנתבע, כרופא סביר, לצפות כי "מרכיביו התהליך והתרחשות, שהיו ידועים, טומנים בחובם סיכון משמעותי הנובע מהרגישות המיוחדת הכרוכה בהזרמת חומר זר למוח" (ההדגשה הוספה).¹⁴⁶ אם ידוע שטיפול מסוים מתחיל תהליך שעלול לגרום נזק, ולו קל, לאיברים רגישים במיוחד או לתפקוד מערכות רגישות במיוחד בגוף, אזי "בהתקיים חשש לנזק קל, יש להביא בגדר הצפיות גם חשש מפני הידרדרות לנזק חמור בשל רגישותו המיוחדת של האיבר שבסיכון".¹⁴⁷ ומן הכלל אל הפרט: מכיוון שהתהליך שבגיניו נגרם הנזק לתובעת היה מוכר, והאיבר שנחשף לסיכון (המוח) היה בעל רגישות מיוחדת, גם פגיעה חמורה באותו איבר הייתה צפויה.

בדיון הנוסף אימץ השופט אור בתמציתיות את עמדתה של השופטת ביניש בערעור: "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".¹⁴⁸ אלא, שמיד לאחר אמירה לקונית זו – ובאותה פסקה ממש – החל השופט אור לפתח באריכות נימוק חלופי לקבלת התביעה. לפיכך נראה לי כי הוא הבין היטב שהגישה שלפיה נתקיים קשר סיבתי משפטי בין ההתרשלות לבין הנזק הקשה שנגרם לתובעת (גישתה של השופטת ביניש) היא פרובלמטית.¹⁴⁹

לפי הגישה המקובלת, קיומו של קשר סיבתי משפטי מותנה בכך שהנתבע, כאדם סביר, היה יכול לצפות את תהליך גרימת הנזק ואת סוגו.¹⁵⁰ ההלכה היא

144 שם, בפסקה 8 לפסק דינה.

145 שם, בפסקה 9 לפסק דינה של השופטת ביניש.

146 שם, בפסקה 10 לפסק דינה של השופטת ביניש.

147 שם, שם.

148 דג"א קליפורד, הערה 2 לעיל, בפסקה 11 לפסק דינו של השופט אור.

149 ובכל זאת ניתן למצוא הדים לאותה גישה ממש בשולי הדברים, בפסקה 17 לפסק הדין.

150 ע"א 350/77 כיתן בע"מ נ' וייס, פ"ד (2) 785, 802–803 מפי השופט שמגר; עניין ברדה, הערה 141 לעיל, בעמ' 8–9 מפי השופט ברק; ע"א 2757/93 שרון נ' א.א.א.א, כוח אדם

אמנם, שהצפיות אינה צריכה להתייחס לכל פרטי האירוע, אלא לאופיו הכללי לפי תכונותיו העיקריות, אבל בענייננו קשה לומר שהנתבע יכול היה לצפות את תכונותיו העיקריות של האירוע על תוצאותיו. בראש ובראשונה, התהליך שהוביל לנזק של התובעת היה שונה באופן מהותי מהתהליך שניתן היה לצפותו. אמנם ניתן היה לחזות חדירה של המזרק לכלי דם (כשל אי-ביצוע שאיבה מוקדמת) וזרימה של חומר הרדמה לכיוון המוח בעקבות זאת; אפשר גם היה לצפות כי זרימה כזו תגרום להצרה מסוימת של כלי דם ולתחושת אי-נוחות אצל המטופל; אבל לא ניתן היה לצפות סתימה מוחלטת של כלי דם באזור המוח. מרכיב זה של התהליך, שהוא החשוב ביותר בנסיבות המקרה, לא היה ידוע ולא היה צפוי (דה-פקטו) בזמן האירוע. הניסיון להבין ולהסביר את ההשתלשלות המיוחדת והיחודית שאירעה במקרה דנן בא אך ורק לאחר מעשה, ואפילו בשלב זה היה ההסבר, במידה רבה, ספקולטיבי ומעורר ספקות.¹⁵¹

יתר על כן: סוג הנזק שנגרם לתובעת שונה לגמרי בתכונותיו העיקריות מסוג הנזק שאפשר היה לצפותו. גם אם נניח כי במקרים של נזק גוף יש נטייה להגדיר את סוג הנזק על דרך ההרחבה, הגדרת סוג הנזק חייבת להיות כזו שתותיר משמעות אמיתית לדרישת הצפיות.¹⁵² בענייננו:

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 להורקת אותה זריקה... הופכת את הנזק שנגרם לנזק מסוג שונה לחלוטין מזה של הנזק שהיה צפוי.¹⁵³

בכך לא הגענו לכלל סיום. אילו הגדרנו את הנזק החמור כתוצאה הראשונית והסופית של ההורקה, כפי שעשתה השופטת ביניש, הייתה התביעה צריכה להיכשל מטעם נוסף. כידוע, קיומה של חובת זהירות מותנה אף הוא בקיומה של צפיות. פרופ' אנגלרד כתב כבר בשנות ה-60, בצדק רב, את הדברים הבאים:

בע"מ, פ"ד מט(2) 781, בפסקה 12 לפסק הדין; ישראל גלעד, "הסיבות במשפט הנזיקין הישראלי – בחינה מתודתית", משפטים יד 15, 26 (תשמ"ד).

עד כדי כך שבית המשפט קמא סבר שלא הוכח קשר סיבתי עובדתי בין השימוש במזרק בלתי-שואב לבין הנזק; ת"א קליפורד, הערה 1 לעיל, בפסקאות 6-10, 13 לפסק הדין.

ע"א קליפורד, הערה 2 לעיל, בפסקה 2 לפסק דינו של השופט ש' לוי.

153 שם, בפסקה 4 לפסק דינו של השופט ש' לוי. ראו גם שם, בפסקה 7 לפסק דינו של השופט י' גולדברג (נזקי המערערת הם יותר "אי נוחות זמנית" מאשר נזק גוף של ממש).

אין זה מספיק, לצורך קיום חובת הזהירות, כי צפויה באופן כללי תוצאה מזיקה כלשהי ממעשה הנתבע. הצפיות חייבת להיות יותר מפורטת. היא צריכה להתייחס לסוג הנזק שהתרחש בפועל ולדרך עלילתו. במלים אחרות: כאשר כל הנזק שאירע בפועל לתובע לא היה צפוי כלל בעקבות מעשהו הבלתי זהיר של הנתבע – אם כי נזק מסוג אחר היה צפוי – לא קמה האחריות הנזיקית, בגלל שלא נתמלא היסוד של חובת הזהירות.¹⁵⁴

והנה, במקרה דנן, לא דרך עלילתו של הנזק ולא סוגו היו צפויים. מכאן, שלא רק שלא ניתן היה להסיק את קיומו של קשר סיבתי משפטי (על פי מובנו המקובל של מונח זה) בין "התרשלותו" של הנתבע לבין נזקה הכבדים של התובעת, אלא שמלכתחילה לא חב הרופא חובה לנקוט אמצעים למניעת הנזקים הללו.¹⁵⁵ השופטת ביניש התעלמה לחלוטין מעובדה זו. בפסק דינו של השופט אור בדיון הנוסף נתמצה הדיון בשאלת קיומה או היעדרה של חובת זהירות במשפט "הרופא חב חובת זהירות כלפי המטופלת שלו, רביד".¹⁵⁶ השופט לא הבחין בין חובת זהירות מושגית לחובת זהירות קונקרטית, ועל כן מתקבל הרושם שהניח את קיומה של החובה בשני המישורים. נקודת מוצא כזו היא חסרת בסיס בנסיבות המקרה: גם אם רופא יכול לצפות שטיפול רשלני יסב נזק למטופל (צפיות המקימה את החובה המושגית), ד"ר קליפורד הרי לא היה יכול לצפות שהורקת תומר ההרדמה באמצעות מזרק שאינו שואב תגרום לילדה שיתוק חלקי (ומכאן שהצפיות המקימה את החובה הקונקרטית נעדרת).¹⁵⁷

154 יצחק אנגלרד, "על היקף האחריות והקשר הסיבתי בנוזקין", בתוך מחקר משפט לזכר אברהם רוזנטל 55, 56-57 (ירושלים, תשכ"ד).
 155 עיינו גם דנ"א קליפורד, הערה 2 לעיל, בפסקה 19 לפסק דינו של השופט אנגלרד. לדעה לפיה הקשר הסיבתי בעולת הרשלנות הוא חלק מחובת הזהירות, ועל כן ההפרדה ביניהם היא מלאכותית, ראו גלעד, הערה 150 לעיל, בעמ' 29, 45.
 156 דנ"א קליפורד, הערה 2 לעיל, בפסקה 7 לפסק דינו של השופט אור.
 157 להבחנה בין שני מישורי הבחינה ראו ע"א 243/83 עדיית ירושלים נ' גורדון, פ"ד לט(1) 113, 128.

2. החלופה השנייה: הפרדה בין נזק ראשוני לנזק מאוחר

(א) הפרדת הנזקים

השופט אור הבין – ככל הנראה בעקבות השגותיהם של השופט ש' לזין בערעור ושופט המיעוט אנגלרד בדיון הנוסף – כי הגישה שלפיה נתקיים קשר סיבתי משפטי בין ההתרשלות לבין הנזק החמור (גישתה של השופטת ביניש) אינה משכנעת. לכן, על אף שהצטרף בתמציתיות לעמדתה של השופטת ביניש בערעור, העדיף לבסס את ההחלטה הסופית – באריכות – על נימוק אחר. טענתו הייתה שלתובעת נגרם תחילה הנזק הקל והחולף, השכיח במקרים של הורקת חומר מאלחש לעורק, ושרק בשלב מאוחר יותר התגבש הנזק החמור. הנזק הראשוני שנגרם לתובעת היה, אם כן, מסוג תופעות הלוואי שהיו מוכרות וצפויות כתוצאה מזדירות חומר ההרדמה לעורק – והיות שהנזק הראשוני היה צפוי נתקיים קשר סיבתי משפטי בין ההתרשלות לבינו, ונתגבשה עוולת הרשלנות. בנקודה זו נותרה רק שאלת היקף תבונתו של המעוול בגין מעשה העוולה, המוכרעת על פי עיקרון ריחוק הנזק. עיקרון זה קבוע אצלנו בסעיף 176(1) לפקודת הנזיקין, המורה כהאי לישנא: "סבל התובע נזק, יינתנו פיצויים רק בשל אותו נזק שעלול לבוא באורח טבעי במהלכם הרגיל של הדברים ושכא במישרין מעוולת הנתבע". על יסוד פסק הדין הוותיק בעניין ליאון נ' רינגר,¹⁵⁸ בו נדון פירושו של סעיף זה, קבע השופט אור כי המבחן הקובע בשאלת ריחוק הנזק הוא מבחן הצפיות, ושכל עוד סוגו הכללי של הנזק שבגיניו נתבע הפיצוי (במקרה דנן – נזק גוף) צפוי, הריהו בר-פיצוי אפילו אם תהליך גרימתו אינו צפוי והיקפו עולה באופן ניכר על ההיקף שניתן היה לצפותו. אי לכך חייב הרופא לפצות את התובעת על מלוא הנזק שנגרם לה.

דומני, כי ההפרדה שנערכה בדיון הנוסף בין הנזק הראשוני הקל לנזק המאוחר החמור נועדה לאפשר לבית המשפט לחמוק מהצורך להכריע בשאלת קיומו של קשר סיבתי משפטי בין התנהגותו של הרופא לבין הנזק שבגיניו הוגשה התביעה מלכתחילה. אילו היה השופט אור קובע שהנזק החמור הוא הנזק הראשוני, המסקנה המתחייבת הייתה שלא נתקיימו יסודותיה של עוולת הרשלנות, שכן אותו נזק לא היה צפוי אפילו לפי תכונותיו העיקריות;¹⁵⁹ עמדנו על כך

158 ד"נ 12/63, פ"ד יח(4) 701.

159 יטען הטוען כי בית המשפט יכול היה להחיל בגסיבות המקרה את "כלל חומרת הנזק" שלפיו "זכאית ניזוקה לפיצוי בשל מלוא החומרה של נזקה הראשוני בכל מקרה שחומרת הנזק אינה צפויה, גם אם מקור החומרה הבלתי צפויה אינו גולגולת דקה" (גלעד וגוסל, הערה 4 לעיל, בעמ' 393). גלעד וגוסל הציגו את האפשרות הזו כגרסה מרוככת לעמדתה של השופטת ביניש בע"א קליפורד (שם, בעמ' 400). אולם, אינני סבור שניתן להצביע על אסמכתה ישראלית לקיומו של "כלל חומרת הנזק" בנוסח הרחב והגורף שהוצג על ידי

בהרחבה לעיל. הקביעה כי הנזק הראשוני הוא הנזק הקל והחולף אפשרה לשופט לבסס את קיומם של יסודות העוולה, ולהעביר את הדיון בבעיית אי-הצפיות של הנזק הקבוע מהמשור של קיום האחריות למישור של היקף החבות. נכון שגם במישור השני שולט מבחן הצפיות (לפחות ככל שמדובר בתביעות רשלנות): אין מוזיק אחראי לנזק שגרם במעשה רשלנותו אם לא יכול היה לצפותו מראש. אלא, שבשלב זה ובו בלבד ניתן היה להפעיל את הלכת רינגר. הלכה זו, כפי שהבין אותה השופט אור, קובעת כדלקמן: (1) מבחן הצפיות המכריע בשאלת היקף החבות מתייחס לסוג הנזק בלבד (ולא לתהליך גרימתו או להיקפו); ו-(2) לצורך יישומו של מבחן הצפיות האמור נחשבים כל נזקי הגוף לנזקים מסוג אחד. פירוש הדבר הוא שאם הנתבע יכול היה לצפות שמעשה העוולה יגרום לתובע נזק גוף כלשהו, ניתן לחייבו בגין כל נזק גוף – צפוי או בלתי-צפוי – שנגרם בשל אותו מעשה. בנסיבות המקרה היה הנתבע יכול לצפות שלתובעת ייגרם נזק גוף מחמת התרשלנותו (הנזק הקל והחולף), ולכן עליו לפצותה גם בגין הנזק המאוחר, שאף הוא נזק גוף. כאמור, חיובו של הרופא בגין הנזק החמור התאפשר אך ורק הודות להעברת הדיון באי-היכולת לצפותו אל המישור של היקף החבות ולהפעלתה של הלכת רינגר.

(ב) הכשל הראייתי

כאמור, השופט אור הניח כי בשלב הראשון נגרם לילדה התובעת נזק קל מהסוג שניתן היה לצפותו כתוצאה של הזרקת חומר ההרדמה לעורק, ואילו בשלב השני נגרם לה הנזק החמור שלא ניתן היה לצפותו כלל. הבחנה זו הכרחית להפעלתה של הלכת רינגר, כפי שהבין אותה השופט אור, שהרי רק בשלב הדיון בהיקף האחריות (להבדיל מעצם קיומה) אין חשיבות לכך שהנזק שבגיניו נתבע הפיצוי הוא בלתי-צפוי בעליל. דא עקא, שההבחנה בין נזק ראשוני קל לבין נזק מאוחר חמור אינה נסמכת על ראיות מניחות את הדעת. הן השופט בבית המשפט קמא והן שופטי הערעור כתבו את פסקי דינם על יסוד ההנחה שההזרקה גרמה לנזק

שני המחרים (פסק הדין בעניין מלכה, הערה 180 להלן, המוצג כאסמכתה שם, בעמ' 397, אינו קובע נוסחה כה רחבה), ואפילו לדעתם הכלל בנוסחו זה הוא "בעייתי וגורף מדי" (שם, בעמ' 394). יתר על כן: דעתי היא שהחלתו בנסיבות המקרה דנן היא בגדר הנחת המבוקש: החלת הכלל מבוססת על ההנחה לפיה הנזק הראשוני היה צפוי לחלוטין אך חומרתו עלתה על המצופה. בענייננו, ניתן לסעון שהנזק שנגרם בפועל אינו וריאציה חמורה יותר של הנזק שניתן היה לצפותו אלא נזק מסוג אחר. אם כך הדבר, כלל לא ניתן לומר שהנזק הראשוני היה צפוי. על כל פנים, בית המשפט העליון לא הפעיל את הכלל האמור ועל כך אינני יכול לבקר אותו.

החמור בלבד. לכן, השאלה ששאלו הייתה אם אותו נזק היה צפוי אם לאו. באף לא אחת מחוות הדעת לא נזכר נזק ראשוני קל. השופט אור קבע אפוא ממצא עובדתי חדש – בפעם השלישית בפסק דינו;¹⁶⁰ אלא שלממצא זה אין תימוכין של ממש בחומר הראיות.

הבחנה בין נזק ראשוני לנזק משני מחייבת את קיומם של שני תהליכים בני הפרדה ממשית – הראשון מקשר בין ההתרשלות לנזק הראשוני, והשני מקשר בין הנזק הראשוני לנזק המאוחר.¹⁶¹ במקרה דנן אין ראיה משכנעת לקיומם של שני תהליכים נפרדים כאלה. השופט אור ביסס את דבריו על חוות דעת רפואית שהוגשה לבית המשפט המחוזי כדי להוכיח את הקשר הסיבתי העובדתי בין התנהגותו של רופא השיניים לבין הנזק. חוות הדעת מתארת את תהליך התגבשותו של הנזק מרגע ההזרקה ועד לשיתוק החלקי – תהליך שנמשך כ-10 דקות – ומתייחסת, בין היתר, לתחושת הנמנום שחוותה הילדה ככל הנראה במהלכו.¹⁶² חשוב להבין שחוות הדעת מתייחסת לתחושת הנמנום כבדרך אגב, כחלק מההסבר הרפואי לתהליך התגבשותו של הנזק החמור. אין בה הבחנה בין שני תהליכים אלא תיאור של תהליך פיזיולוגי מהיר, רציף ובלתי-ניתן לחלוקה שהוביל לנזק שבגינו הוגשה התביעה. בנסיבות אלה, התייחסותו של בית המשפט לשני נזקים נפרדים היא מלאכותית; כאילו נעצר התהליך על גבול הצפיות ומשם המשיך אל תולדתו הסופית הבלתי-צפויה.

(ג) הכשל המשפטי

בפרשת רינגר נפגע התובע בגבו בתאונת דרכים שאירעה עקב התרשלותם של הנתבעים. בגופו של התובע קינן עוד לפני התאונה, בצורה רדומה, גידול סרטני בשם כורדומה, והוא נתעורר והתפתח לכלל מחלה ממארת בעקבות הפגיעה בגב. הכורדומה היא אחד הסוגים הנדירים ביותר של מחלת הסרטן. גידול המומחים למחלות הסרטן בארץ דאו העיד כי ראה רק חמישה או שישה גידולים כאלה בין 30 אלף חולי סרטן, וכי להערכתו המחלה נפוצה באוכלוסייה כולה במידה של אחד למיליון. למרות זאת סבר בית המשפט העליון בדיון הנוסף, ברוב דעות, כי יש לחייב את הנתבעים בגין מחלת הסרטן שנגרמה לתובע מחמת התרשלותם. ארבעה מחמשת השופטים סברו כי מחלת הסרטן, שהיא התפתחות מאוחרת של הפגיעה בתאונה, לא הייתה רחוקה מדי ממעשה העוולה. על החלטה זו ביסס

160 על הקושי שבקביעת ממצאים עובדתיים חדשים בדיון נוסף כבר עמדתי בפרק הקודם; ראו הערות 40, 52 לעיל והסקסט הסמוך להן.

161 במובן זה אני מסכים לחלוטין עם גלעד וגוטל, הערה 4 לעיל, בעמ' 401.

162 ראו ת"א קליפורד, הערה 1 לעיל, בפסקה 9 לפסק הדין.

השופט אור את פסק דינו בעניין קליפורד. דא עקא, שהשופט המלומד גור מן הדיון הנוסף בפרשת רינגר הלכה שאינה מצויה בו כלל. המשמעות שייחס השופט לפסק הדין הוותיק עולה מן הדברים הבאים:

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...¹⁶³

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 בגזיקין גם לגבי נזקי גוף חמורים יותר שהתפתחו מהנזק הגופני הראשוני, ואין צורך שיצפה את השתלשלות הנזק ואת כל היקפו.¹⁶⁴

לשון אחר: לאחר שנקבע כי נתקיימו יסודות העילה, יזכה התובע בפיצוי על כל נזק המשתייך לסוג הנזקים שניתן היה לצפותם, גם אם היקף הנזק ו/או תהליך התרחשותו לא היו צפויים. באשר לסיווג הנזקים לצורך החלת מבחן הצפיות ניתן לתת לדבריו של השופט אור פירוש רחב ופירוש צר. על פי הפירוש הרחב סוג הנזק מוגדר תמיד ברמה גבוהה מאוד של הפשטה: כך, כל נזקי הגוף הם מסוג אחד, כל נזקי הרכוש הם מסוג אחד, כל הנזקים הכלכליים הטהורים הם מסוג אחד וכל הנזקים הרגשיים הטהורים הם מסוג אחד. על פי הפירוש הצר הסיווג המופשט חל אך ורק על נזקי גוף: כל הנזקים הללו אכן נחשבים לסוג אחד, אולם נזקי רכוש שונים אינם נחשבים בהכרח לנזקים מאותו הסוג, והוא הדין בנזקים כלכליים או רגשיים. על אף שלפירוש הצר יש אחיזה מסוימת בלשונו של פסק הדין, הפירוש הרחב הגיוני יותר (שהרי קשה להבין ולהצדיק התייחסות לכל נזקי הגוף כאל סוג אחד וסיווג של נזקי הרכוש לקטגוריות-משנה). נראה, כי במתן הפירוש לפסק הדין רינגר הושפע השופט אור מהפירוש שנתן לו פרופ'

163 דנ"א קליפורד, הערה 2 לעיל, בפסקה 13 לפסק דינו של השופט אור.

164 שם, בפסקה 15 לפסק דינו של השופט אור.

גלעד במאמר-יסוד בן שני עשורים. באותו מאמר טען גלעד כי המבחן הקובע בשאלת ריתוק הנזק לפי פסק הדין בעניין רינגר הוא מבחן הצפיות של סוג הנזק (ללא צורך בצפיות של תהליך גרימתו או היקפו), וש"בית המשפט לא קבע מהו המכנה המשותף לנזקים מאותו הסוג, אלא הסתפק בקביעה הכללית כי כל נזקי הגוף שייכים לאותו סוג".¹⁶⁵ לדעתי, בחינה מדוקדקת של עמדות השופטים בדיון הנוסף מגלה כי הפרשנות הבאה לידי ביטוי בפסק דינו של השופט אור בעניין קליפורד (שהיא גם פרשנותו של גלעד) אינה מדויקת.

אליבא דיד, הלכת רינגר אינה קובעת אלא את עיקרון הגולגולת הדקה (ה-"eggshell skull rule")¹⁶⁶ כפי שטענו הנתבעים בעניין קליפורד.¹⁶⁷ על פי עיקרון זה, המוכר בשיטות המשפט המקובל זה יותר מ-100 שנים,¹⁶⁸ מוזק שהיה יכול לצפות שמעשהו יסב נזק גוף לזולת אחראי בגין מלוא הנזק שנגרם לאחרון אף אם בשל מצבו הגופני המיוחד של הלז (שהיה קיים בזמן המעשה) עלה נזקו במידה משמעותית על הנזק שהמוזק היה יכול לצפותו. אם כן, ההלכה מתמקדת בפרה-דיספוזיציה גופנית של הניזוק, המגבירה את נזק הגוף אל מעבר לגבולות הצפיות הסבירה.¹⁶⁹ בסופו של דבר אין בפסק הדין בעניין רינגר חידוש גדול:

165 גלעד, הערה 150 לעיל, בעמ' 35.

166 ד"ג רינגר, הערה 158 לעיל, בעמ' 706 מול האות א, מפי השופט כהן: "ההלכה שנפסקה בע"א 378/62... היא שאחראי המזיק לנזק שגרם במעשהו רשלנותו, אף אם מידת הנזק עלתה – עקב 'גולגולתו הדקה' של הניזוק – על כל המשוער והצפוי מראש". לפירושו של פסק הדין ברוח דומה ראו גם ע"א 785/80 עדיית פתח תקוה נ' צרפתי, פ"ד לח(3) 39, 43. גם פרופ' גלעד, שפירש את הלכת רינגר באופן שונה מהפירוש המוצג כאן, הודה ש"אפשר וצריך לצמצם את תחולתה לנושא הספציפי שנדון שם, דהיינו: מקרה הגולגולת הדקה בנזקי הגוף" (גלעד, הערה 150 לעיל, בעמ' 39).

167 דנ"א קליפורד, הערה 2 לעיל, בפסקה 14 לפסק דינו של השופט אור.

168 עיינו והשוו בארצות-הברית: *Vosburg v. Putney*, 80 Wis. 523 (1891); *Spade v. Lynn & Dulieu v. White & Sons* [1901] 2 K.B. 669, ובאנגליה: *B.R.R.*, 52 N.E. 747 (Mass. 1899); 679. ראו עוד: *Benn v. Thomas*, 512 (Colo. 1992); *Schafer v. Hoffman*, 831 P.2d 897 (Iowa 1994); *Walton v. William Wolf Baking Co.*, 406 So. 2d 168 (La. 1981); *Packard v. Whitten*, 274 A.2d 169 (Me. 1971); *Lockwood v. McCaskill*, 262 N.C. 663, 670 (1964); *Walsh v. Snyder*, 441 A.2d 365 (Pa. Super. 1981); *Bigley v. Craven*, 769 Restatement (Second) of Torts §461 (1979); "The negligent actor is subject to liability for harm to another although a physical condition of the other which is neither known nor should be known to the actor makes the injury greater"; Restatement (Third) of Torts §31 (Draft No. 3, 2003); 57A Am. Jur. 2d §500 (1989); 22 Landes & Posner, *Am. Jur.* 2d §281 (1988); הערה 91 לעיל, בעמ' 291-292; הערה 89 לעיל, בעמ' 249-250.

169 עוד ראו יצחק אנגלרד, "עקרון 'הגולגולת הדקה' ומבחן הצפיות", הפרקליט כ 31 (תשכ"ד). לניסיונות מודרניים להרחיב את תחומי התחולה של דוקטרינת הגולגולת הדקה

דוקטרינת הגולגולת הדקה נתקבלה בשיטתנו שנים רבות לפני¹⁷⁰. חשיבותו של פסק הדין – ולמעשה גם חולשתו העיקרית – נעוצות בניסיון ליישב את ההכרה בדוקטרינה בעייתית זו עם הוראת סעיף (1)76 לפקודת הנוזקין תוך מתן פירוש לאותו סעיף. דא עקא, שלנוכח חילוקי הדעות שנתגלעו בין שופטי הדיון הנוסף בעניין פירוש של סעיף (1)76, לא ניתן לגזור מפסק הדין הלכה חד-משמעית לעניין זה. אם כן, טענתי היא בעלת שני מרכיבים השזורים זה בזה: בדיון הנוסף בעניין רינגר התגבש קונצנזוס סביב ההכרה בדוקטרינת הגולגולת הדקה; זוהי הלכת רינגר. בה בעת לא התגבש אפילו רוב מינימלי בדבר המבחן הכללי הקובע בשאלת ריחוק הנוזק. כל אחד מהשופטים הכיר בחבותו של המעוול בגין נזק שמקורו ב"גולגולת הדקה" של קורבנו, אגב מתן פירוש שונה לסעיף (1)76. כדי להוכיח את הטענה עלינו לשוב ולבחון את חוות הדעת של כל אחד מן השופטים בדיון הנוסף.¹⁷¹

השופט ח' כהן פסק, כי יכולתם של הנהגים לצפות את הפגיעה בחיי אדם מחמת התרשלותם היא המכוננת את חובת הזהירות, שהרי הנוזקים שאירעו בפועל – קרי: הפגיעה בגבו של התובע והמחלה שבאה בשל כך – נכללים בתוך מסגרת זו של צפייה ("הפגיעה בגופו היא המועט, והפגיעה בחייו היא המרובה, והמרובה מחזיק את המועט וכוללו בתוכו").¹⁷² הואיל והנוזק היה צפוי והנתבעים התרשלו – קמה אחריית בנזיקין.¹⁷³ בשלב השני יש לבדוק מהו היקף הפיצוי על יסוד סעיף (1)76. בשלב זה סבר השופט כי אין כל חשיבות ליכולת הצפייה מראש של הנוזק.¹⁷⁴ לדעתו, תוצאה הבאה "באורח טבעי" (כלשונו של סעיף (1)76) היא "תוצאה הנגרמת דרך טבע, למשל על ידי פעולת הטבע, להבדילה מתוצאה הנגרמת באורח מלאכותי, על ידי פעולה מבחוז" (ההדגשה הוספה). התוספת "במהלכם הרגיל של הדברים" מבחירה כי אין זה מן ההכרח – לעניין הרישא של סעיף

ראו Scott M. Eden, "I Am Having a Flashback... All the Way to the Bank: The Application of the 'Thin Skull' Rule to Mental Injuries – Poole v. Copland, Inc.," 24 *N.C. Cent. L.J.* 180 (2001) (התייחסות לפסק דין שבו מצבה המנטלי המיוחד של התובעת גרם לה נזק נפשי חמור מן הצפוי); וכן Dennis Klimchuk, "Causation, Thin Skulls and Equality," 11 *Can. J.L. & Juris.* 115, 124, 131-132 (1998) (הצעה לאפשר שימוש בדוקטרינת הגולגולת הדקה כאשר הפרה דיספוזיציה גובעת מאמונה דתית ולא ממצב גופני).

170 ע"א 22/49 לוי נ' מוסק, פ"ד ד 558.

171 בחינה כזו נעדרת הן מפסק דינו של השופט אור בעניין קליפורד והן ממאמרו של גלעד, שבו ביסס הכותב את עמדתו על פסק דינו של השופט ברנזון בערעור האזרחי ולא על ניתוח של חוות הדעת השונות בדיון הנוסף.

172 ד"נ רינגר, הערה 158 לעיל, בעמ' 707 מול האות ז ועד עמ' 708 מול האות ג.

173 שם, בעמ' 709 מול האות ב.

174 שם, בעמ' 707 מול האות ה, ובעמ' 709 מול האותיות ג-ה.

76(1) – שהטבע בתור שכזה יגרם לתוצאה. די בכך שההתפתחות הרגילה והנורמלית – אם מבחינת תגובתם של בני אדם ואם מבחינת ריאקציות מכניות מן המצב שנוצר – הביאה לאותה תוצאה. מכל מקום, לפי הסיפא לא יינתן פיצוי עבור תוצאה טבעית אם אין היא "ישירה", דהיינו: תוצאה המרוחקת ממעשי הנתבע, שהיא תוצאה קרובה ממעשי אדם אחר.¹⁷⁵ לגוף העניין: החמרת נזק גופני בשל "גולגולת דקה" היא תוצאה שמקורה בפעולת הטבע, והיא נובעת במישרין מן הפגיעה – "ללא מחיצה של סיבה חדשה בין הפגיעה לבין המחלה".¹⁷⁶ השופט ברנזון פסק, כי המבחן הקובע בשאלת ריחוק הנזק כולל שני יסודות מצטברים. היסוד הראשון, העיקרי, שעליו מצביעות המלים "העלול להיגרם באורח טבעי במהלך הרגיל של העניינים", הוא מבחן הצפיות: הצפיות צריכה להתייחס לסוג הנזק בלבד. אם המזיק יכול היה לצפות שהתנהגותו תגרם נזק מהסוג שאירע – הריהו נושא באחריות בגין כל נזק מאותו הסוג, יהא היקפו אשר יהא, ולעניין זה נחשבים כל נזקי הגוף לנזקים מסוג אחד.¹⁷⁷ לכן הניזוק זכאי לפיצוי גם בגין החמרת נזקו אל מעבר לגבולות הצפייה מחמת רגישות מיוחדת ("גולגולת דקה"), כל עוד הנזק שבגינו נתבע הפיצוי הוא מסוג שניתן היה לצפותו (קרי: נזק גוף). אגב אורחא ציין השופט כי מבחן הגולגולת הדקה מתיישב עם מבחן הצפיות אפילו אם נדרוש גם צפיות של היקף הנזק, מכיוון שכל אדם יודע או חייב לדעת שבעולם מצויים אנשים הסובלים מחולשות מיוחדות: "אולי מן הנכון לאמור שהאי-נורמלי הוא הנורמלי שבאדם, ועל כן על המזיק לשאת גם בתוצאות הנובעות מאי-הנורמליות של קרבנו, שבאופן כללי היא ידועה וצפויה אף שפרטיה משתנים מאיש לאיש".¹⁷⁸ היסוד השני הוא מבחן הישירות, שעליו מצביעות המלים "שנגרם במישרין על ידי מעשה הניזקין של

175 שם, בעמ' 709 מול האותיות ה-ו. ודוק: מהדוגמה שהביא השופט כהן עולה כי נזק ייחשב לתוצאה בלתי-ישירה של מעשה העוולה לא רק אם קיים גורם אנושי שהתערב בין העוולה לבין הנזק, אלא גם אם אותו הנזק נבע מנזק שנגרם לאדם אחר בעקבות העוולה, היינו: *dommage par ricochet*. אם נזקו של ב' נובע מנזקו של א' שהוא התוצאה המיידית של מעשה העוולה, הרי שזקו של ב' אינו "ישיר" (ראו שם, בעמ' 709 מול האות ו – 710 מול האות א). בצרפת, שבה מותנה הפיצוי בכך שהנזק הוא תוצאה ישירה ומיידית של ההתרשלות (סעיף 1151 ל-Code civil) הגיע אחד המלומדים (Esmein) למסקנה דומה; ראו – D. Marshall, "Liability for Pure Economic Loss Negligently Caused – French and English Law Compared," 24 *Int'l & Comp. L.Q.* 748, 767 (1975).

176 ד"ג רינגר, הערה 158 לעיל, בעמ' 710 מול האותיות א-ב.

177 שם, בעמ' 711 מול האותיות ד-ה, בעמ' 714 מול האות ו.

178 שם, בעמ' 711 מול האות ו – 712 מול האות א. ראו גם בעמ' 712 מול האות ו ובעמ' 714 מול האות ו.

הנתבע".¹⁷⁹ על מרכיב זה לא הכביר השופט ברנזון מילים, אולם מן העובדה שאימץ את פסק דינו של השופט זילברג בפרשת מלכה¹⁸⁰ עולה כי הוא התכוון לכך שהנזק אינו תוצאה "ישירה" של העוולה אם הוא נובע ממעשה חדש מתערב (*novus actus interveniens*).¹⁸¹ נראה, אפוא, כי הימנעותו של השופט ברנזון מדיון מפורט בדרישת הישירות נבעה מכך שבמקרה של גולגולת דקה דרישה זו אינה מעוררת קושי מיוחד: החמרת הנזק נובעת הרי מפרה-דיספוזיציה גופנית ולא ממעשה חדש מתערב. עם זאת, אין ספק שלדרישת הישירות עשויה להיות חשיבות רבה בנסיבות אחרות.

השופט ויתקון, שהצטרף בערעור לשופט ברנזון, נמנע מהכרעה בין הפירושים השונים שהוצעו לסעיף (1)76 במסגרת הדיון הנוסף, שכן לדידו "מקרה הגולגולת הדקה" נכנס לגדר הסעיף... בין שנקבל את הדעה שאותו סעיף מגלם את מבחן הצפיות ובין שנאמר שהוא מבטא את מבחן הישירות, בין שנצמצם אותו סעיף לסוג הנזק – להבדיל מהיקפו – ובין שנאמר שתחולתו – אם לפי מבחן הצפיות ואם לפי מבחן הישירות – משתרעת על סוג הנזק והיקפו כאחד".¹⁸² לשון אחר: אין צורך להכריע בין הגישות השונות, שכן מקרה הגולגולת הדקה מניב את אותה המסקנה על פי כל אחת מהן.¹⁸³ בשולי הדברים העיר השופט כי ממילא אינו רואה הבדל של ממש בין מבחן הצפיות למבחן הישירות, שכן ההפרדה בין תוצאות ישירות ומרוחקות תואמת על פי רוב את ההבחנה בין תוצאות צפויות לתוצאות שאינן צפויות.¹⁸⁴

השופט זוסמן סבר אף הוא שאין צורך להכריע בין הפירושים השונים לסעיף (1)76, שכן בנסיבות המקרה (החמרת נזק גוף בשל גולגולת דקה) כל הפירושים מובילים לאותה תוצאה,¹⁸⁵ אולם בהערת אגב מפורטת הבהיר את עמדתו בעניין.¹⁸⁶ בראשית הדברים ציין השופט כי הוא מסכים עם עיקרי הדברים במאמר

179 שם, בעמ' 714 מול האות ב: "אלא שלא די בכך שהנזק צפוי. הוא צריך גם להיגרם בפועל כתוצאה ישירה מהעוולה, ורעיון זה מובע בחלק השני של הפסקה [קרי: הסיפא של סעיף (1)76: ר' פ']".

180 ע"פ 47/56 מלכה נ' היעץ המשפטי לממשלה, פ"ד י' (3) 1543.

181 שם, בעמ' 1565 מול האותיות א-ב. לביקורת על תפיסתו של השופט זילברג בעניין מלכה ראו אנגלרד (על היקף האחריות), הערה 154 לעיל, בעמ' 68–71; דיני הנזיקין – תורת הנזיקין הכללית, הערה 140 לעיל, בעמ' 216–217.

182 ד"נ רינגר, הערה 158 לעיל, בעמ' 716 מול האותיות א-ב.

183 השוו עניין מסף, הערה 170 לעיל, בעמ' 570 מפי השופט אגרנט.

184 ד"נ רינגר, הערה 158 לעיל, בעמ' 716 מול האות ג.

185 שם, בעמ' 716 מול האות ו – בעמ' 717 מול האות ב.

186 פסק דינו של השופט זוסמן הוא, לדעתי, הסבוך ביותר והמעניין ביותר, ועל כן בחרתי לנתחו בהרחבת-ימה.

שפרסם פרופ' אנגלרד בשנת תשכ"ד.¹⁸⁷ באותו מאמר הסביר המחבר כי סעיף 176(1) מבוסס על נוסחה שנקבעה על ידי בית הלורדים בעניין *The Argentino*.¹⁸⁸ נוסחה זו, הכוללת את כל המונחים הקאזואליים המפורטים בסעיף 176(1), הופעלה ככתבה וכלשונה במקרה שבו נדחה מפורשות מבחן הצפיות, הוא מקרה *H.M.S. London*.¹⁸⁹ מכאן הסיק אנגלרד שהמחוקק המנדטורי לא התכוון לאמץ את מבחן הצפיות כמבחן המכריע בשאלת ריחוק הנזק.¹⁹⁰ מהו, אם כן, המבחן הקבוע בסעיף 176(1)? לדעת אנגלרד, "ההבחנה בין נזק רחוק ובין נזק קרוב אינה מושתתת על ההגיון הצרופי. זוהי הבחנה מעשית התלויה בעיקר במסיבות כל מקרה ומקרה. נקודת המוצא בשיטתנו צריכה להיות... כי המחוקק לא בחר במבחן מסוים ובלעדי".¹⁹¹ לדבריו, המחוקק לא התכוון לשלול את האחריות בגין כל נזק שאינו צפוי מן הטעם שהובהר לעיל. כמו כן, הוא לא ביקש לשלול את האחריות בגין כל נזק שנגרם על ידי גורמים חדשים שלא היו קיימים בשעת מעשה הנוזיקין, שהרי בעניין *H.M.S. London* נתקבלה התביעה על אף שבגרימת הנזק היה מעורב גורם חדש.¹⁹² המבחן שנקבע בסעיף 176(1) הוא מבחן קאזואלי גמיש המעניק לבית המשפט שיקול דעת נרחב.¹⁹³ אלא שכאן, ככל הנראה, הגיעה ההסכמה בין השופט זוסמן לפרופ' אנגלרד לקיצה: האחרון סבר שניתן לפרש את אותו סעיף כך שאחריותו של המעוול תשתרע למעשה "על כל נזק צפוי וכן על כל נזק ישיר", כאשר שאלת ה"שירות" נחתכת על פי מבחן *Polemis*,¹⁹⁴ שלפיו נזק "ישיר" הוא נזק שנגרם בלי התערבות של גורם שלא היה קיים בשעת מעשה העוולה.¹⁹⁵ לעומתו, השופט זוסמן סבר כי ריחוק הנזק

187 שם, בעמ' 717 מול האות ג.

188 [1889] 14 App. Cas. 519, 523 (H.L.): "such damages as flow directly or immediately, and naturally, or in the usual or ordinary course of things from the wrongful act, are not too remote to be recoverable"

189 72, 77-78 [1914] P. 72, 77-78. זאת ועוד: השופט Scrutton, שהיה אחד השופטים בפרשת *Polemis*, הערה 194 להלן, בה נקבע מבחן הישירות, אימץ בעניין אחר את נוסחת *The Argentino* (ראו *The Edison* [1932] P. 52, 64). זוהי ראייה נוספת לכך שהנוסחה הקבועה בסעיף 176(1) אינה מבטאת ולא נועדה לבטא את מבחן הצפיות.

190 אנגלרד, הערה 154 לעיל, בעמ' 79-81.

191 שם, בעמ' 81.

192 שם, בעמ' 81-82; כן ראו דברי השופט זוסמן בד"ג רינגר, הערה 158 לעיל, בעמ' 718 מול האות ב ("לשון הפקודה אינו מצביע בהכרח על בחירת המחוקק בין שתי השקפות יריבות"), ובעמ' 721 מול האות ב.

193 ראו גם דיני הנוזיקין - תורת הנוזיקין הכללית, הערה 140 לעיל, בעמ' 223-224.

194 *Re Polemis and Furness, Withy & Co. Ltd.* [1921] 3 K.B. 560 (C.A.)

195 אנגלרד, הערה 155 לעיל, בעמ' 82; וכן דיני הנוזיקין - תורת הנוזיקין הכללית, הערה 140 לעיל, בעמ' 224-225.

אינו נקבע על פי כללי הסיבתיות אלא על יסוד שיקולים של מדיניות משפטית.¹⁹⁶ ולכן נזק מסוים עשוי להיות רחוק מדי ("בלתי־ישיר" בלשוננו של זוסמן) אף אם הוא צפוי ו"ישיר" על פי מבחן *Polemis*; הדוגמה המובאת בסופו של פסק הדין – תעיד.¹⁹⁷

השופט זילברג הסכים עם השופט ברנזון כי המבחן הקובע לעניין ריחוק הנזק הוא מבחן הצפיות של סוג הנזק (ואין נפקא מינה אם תהליך התרחשותו או היקפו לא היו צפויים). לכן, העובדה שהנזק שאירע בפועל חמור מהנזק שניתן היה לצפותו בשל גולגולתו הדקה של הניזוק אינה מונעת בדרך כלל את חיובו של המזיק בגין הנזק החמור. למרות זאת סבר השופט זילברג כי יש לפטור את הנתבעים דהתם מאחריות לנזק המאוחר של התובע בשל נדירותו המיוחדת. לדבריו, כאשר הנדירות מגיעה לאחר במיליון, היא אינה עוד "נדירה" או "מאוד נדירה", אלא משהו שונה: היא אפסית, כמות מבוטלת, שמותר לו לאדם מן היישוב להתעלם הימנה כליל.¹⁹⁸ לפיכך, "החלת הלכת הגולגולת הדקה על מקרה כעין זה שלפנינו, תהפוך לחוכא ואיטלולה את כל תורת מבחן הצפיות".¹⁹⁹ במילים אחרות: ניתן לראות בדוקטרינת הגולגולת הדקה נגזרת של מבחן הצפיות החל על שאלת ריחוק הנזק, אך דווקא משום כך אין היא יכולה לאפשר הטלת אחריות בגין תוצאות כה נדירות דוגמת זו שאירעה בעניין רינגר. הנדיר במיוחד אינו ניתן לצפייה על ידי אדם סביר.

מן האמור עולה כי ההלכה היחידה שניתן לגזור מפסק הדין בעניין רינגר היא

196 ד"נ רינגר, הערה 158 לעיל, בעמ' 720 מול האותיות א, ג-ד. ודוק: בפתח דבריו העיר השופט זוסמן אגב אורחא כי פסק הדין בערעור היה נותר בעינו גם אילו אומץ מבחן הצפיות כמבחן הקובע בשאלת ריחוק הנזק. זאת, משום ש"גם מי שסבור שאין נתבע־רשלין אחראי אלא לאותו נזק שהיה בגדר צפיותו של אדם סביר [היינו: השופט ברנזון, והשופט ויתקון בערעור; ר' פ'], חייב להודות, כי די בכך אם סוג הנזק שנגרם לא חרג מגדר הצפיות, אפילו עולה היקפו על המסוער. ואין צריך לומר, כי נזק לבריאותו של אדם – כולו מסוג אחד הוא, וחבותו של המזיק אינה תלויה בקלסיפיקציה רפואית" (שם, בעמ' 716 מול האות ז – 717 מול האות א).

197 שם, בעמ' 721 מול האות א: "הפוגע באדם וגורם נזק לבגדיו ואולי אפילו לגופו, אינו אחראי להפסד ההשתכרות שנגרם לניזק עקב כך שידו לא הייתה משגת בעוד מועד את הכסף לקניית בגד אחר שבלעדיו לא יכול היה לצאת לעבודה. נזק זה אינו 'ישיר'... אפילו היה צפוי, ונראה היה על פניו של הניזק שאיש עני הוא והנזק היה איפוא בגדר צפיותו של בר־דעת". פרופ' אנגלרד היה ער לחילוקי הדעות בינו לבין השופט זוסמן. ראו דיני הניזקין – תורת הניזקין הכללית, הערה 140 לעיל, בעמ' 222, ליד הערת שוליים 93.

198 ד"נ רינגר, הערה 158 לעיל, בעמ' 725 מול האות א.

199 ע"א 390/62 רינגר נ' ליאון, פ"ד יז 1662, 1674.

הלכת הגולגולת הדקה, לה הסכימו כל שופטי ההרכב.²⁰⁰ ההלכה הכללית בסוגיית ריחוק הנזק שעליה הסתמך השופט אור אינה אלא הצגה בלתי-שלמה של דעת היחיד של השופט ברנזון בעניין רינגר: היא מתעלמת מן הרכיב השני במבחן שאימץ השופט ברנזון, וממילא אינה מתיישבת עם עמדותיהם של ארבעת השופטים האחרים באותו עניין.²⁰¹ הפסקה שהביא השופט אור מתוך פסק דינו של השופט כהן כאסמכתה לעמדתו אינה עוסקת בסעיף (1)76 אלא בסעיף 36 לפקודה, הקובע מפורשות כי המבחן לקיומה של חובת הזהירות בתביעת רשלנות הוא מבחן הצפיות. הפסקה שהביא השופט אור מתוך פסק דינו של השופט זוסמן היא התייחסות תמציתית של האחרון לעמדתם של השופטים ברנזון וויתקון בערעור, שנועדה להבהיר כי בנסיבות המקרה לא נדרשה הכרעה בין הפירושים השונים של סעיף (1)76. על כל פנים, הפירוש שאימץ השופט זוסמן בהערת-אגב היה שונה מזה של חבריו, כפי שניסיתי להראות לעיל.

בנסיבות המקרה דנן אפשר לטעון כי החלטה של הלכת רינגר לפי פירוש המדויק לא צריכה הייתה להגיב תוצאה שונה מהחלפת פירושו של השופט אור לאותה הלכה. ייתכן, כפי שסבר השופט המלומד, כי החמרת הנזק אל מעבר לגבולות הצפיות נבעה ממילא מרגישות מיוחדת של התובעת,²⁰² הגם שסברה זו לא נסמכה על ראיות כלשהן ואינה נקייה מספקות.²⁰³ מכל מקום, במקרים אחרים

200 אם כי שופט המיעוט זילברג כפף את עיקרון הגולגולת הדקה לסייג של "גולגולת דקיקה", בניגוד לדעת חבריו.

201 יטען הטוען, כי גם אם ההלכה שייחס השופט אור לפסק הדין רינגר אינה נגזרת מלשונו הרי היא מבטאת את רוח הדברים שנאמרו שם. איני מסכים: אף אחד מן השופטים בעניין רינגר לא הסכים לאמץ מבחן כה מרחיב, העושה פלסטר את לשונו ותכליתו של סעיף 76. יתר על כן: יהא זה בלתי-הגיוני – בלשון המעטה – לטעון שהזיכוח המושגי העז בין השופטים, שבא לידי ביטוי בחוות דעת מפורשות ומנומקות, היה למעשה מהלך סרק המסווה הסכמה בלתי-מודעת.

202 השופט אור הסיק, בדרך האלימינציה, כי הנזק החמור נבע מפרה-דיספוזיציה של הילדה (ראו פסקה 14 לפסק דינו, וכן פסקה 17).

203 ראו דנ"א קליפורד, הערה 2 לעיל, בפסקה 19 לפסק דינו של השופט אנגלרד; גלעד וגוטל, הערה 4 לעיל, בעמ' 406–407. הביקורת המרכזית נגד הגיסיון להשתמש בדוקטרינת הגולגולת הדקה בנסיבות המקרה דנן היא שלא ברור כלל אם הנזק החמור נבע מרגישות מיוחדת של התובעת או מתהליך פיזיולוגי נדיר שעלול להתרחש בגופו של כל אדם (אם כי בהסתברות נמוכה מאוד). איני מסכים לטענת הביקורת האחרונה של גלעד וגוטל, שלפיה הואיל ולפי אחת הגישות הנזק הקשה היה הנזק הראשוני כי אז "כלל הגולגולת הדקה הוחל, לאמיתו של דבר, לא על נזק שניוני, אלא על נזק ראשוני, וזוהי הרחבה לא ראויה ולא מקובלת של הכלל". ראשית, השופט אור הפעיל את כלל הגולגולת הדקה תחת ההנחה שהנזק החמור אינו הנזק הראשוני; שנית, כפי שהעידו גלעד וגוטל עצמם בשלב מוקדם יותר במאמר, "כלל הגולגולת הדקה חל על שני מרכיבי היקף הנזק – תומרה בלתי צפויה של הנזק הראשוני, ונזקים שניוניים בלתי צפויים המתפתחים

עלולה הפרשנות השגויה להוביל לתוצאה שונה לחלוטין מזו שהייתה מתבקשת מן ההחלטה בעניין רינגר. הפירוש הצר לדבריו של השופט אור אינו עולה בקנה אחד עם הלכת רינגר מכיוון שהוא מתעלם מכך שהנזק המאוחר שאליו מתייחסת אותה ההלכה נובע מפרה-דיספוזיציה גופנית של הניזוק. בהתאם לעיקרון שניסח השופט אור, אם אדם נפגע על ידי זולתו והנזק התריף מחמת מעשה או מחלל בלתי-צפוי של אדם אחר (פרט, אולי, להימנעותו של הניזוק עצמו מהקטנת הנזק על פי העקרונות המקובלים בעניין זה), או מחמת מאורע טבעי חיצוני בלתי-צפוי,²⁰⁴ יחוב המזיק בגין מלוא הנזק הסופי, שהרי סוג הנזק עודנו צפוי (נזק גוף) ואי-היכולת לצפות את היקפו הסופי ואת תהליך התרחשותו אינם מעלים ואינם מורידים. הלכת רינגר לפי פירושה המדויק אינה מחייבת הסלת אחריות בגין מלוא הנזק בנסיבות אלה.

הפירוש הרחב לדבריו של השופט אור אינו מתיישב עם הלכת רינגר לא רק משום שהוא מתעלם מהעובדה שהנזק המאוחר נבע מפרה-דיספוזיציה של הניזוק, אלא גם משום שהוא מתעלם מכך שהנזק הראשוני והנזק המאוחר שאליהם מתייחסת אותה ההלכה היו נזקי גוף. בהתאם לעיקרון (הרחב) שניסח השופט אור, המזיק חייב לפצות את הניזוק על כל נזק מסוג שניתן היה לצפותו (ולאו בהכרח נזק גוף) אף אם היקפו ודרך התרחשותו אינם צפויים. לכן, אם פגע פלוני על ידי מעשה רשלני ברכושו של אלמוני, עליו לשאת באחריות בגין כל החמרה של הנזק שמקורה בתכונות פנימיות, בלתי-ידועות, של הרכוש, או בהתערבות של גורם חיצוני אנושי או טבעי.²⁰⁵ לדוגמה: אם א' נוהגת במהירות מופרזת בשטח עירוני ופוגעת ברכבה החונה של ב', ועקב ליקוי בתכנון או בייצור הרכב מתפוצץ, תחויב א' לפצות את ב' בגין מלוא הנזק שנגרם לרכבה. באופן דומה, הואיל ופגיעה רשלנית ברכוש מסכה על פי רוב נזק כלכלי לבעלים (מעבר לעלות התיקון או ההחלפה של הרכוש), אדם הפוגע ברכוש הזולת יידרש לפצותו

מן הנזק הראשוני" (שם, בעמ' 393); שלישית, גם אם נקבל את הנחתם של המחברים (הנסתרת על ידם קודם לכן) שלפיה כלל הגולגולת הדקה אינו חל על חומרה בלתי-צפויה של הנזק הראשוני, השניים קובעים בפסקנות שהרחבת הכלל היא "לא ראויה" מבלי להסביר מדוע – ואינני מצליח לחשוב על הסבר ראוי להבחנה שהם מציגים. 204 כפי שאירע בעניין מלכה, הערה 180 לעיל. באותו מקרה, שקדם לעניין רינגר, נקבע כי הנזק המאוחר שנבע מהתערבותו של גורם טבעי חיצוני בלתי-צפוי (חדירת חיידקי טטנוס לגופו של קורבן התאונה בהיעדר פצע פתוח) אינו בר-פיצוי. נימוקו של השופט זילברג היה שתהליך גרימת הנזק היה "כה מופלא, נדיר, וכה בלתי-רגיל, אנורמלי, עד ששום אדם סביר לא יכול היה לחזותו מראש – והרופאים יוכיחו" (שם, בעמ' 1563 מול האותיות ד-ה). ראו גם שם, בעמ' 1566 מול האות א.

205 השוו דיני הניזקין – תורת הניזקין הכללית, הערה 140 לעיל, בעמ' 219.

בגין כל תוצאה כלכלית של הפגיעה, רחוקה ומשונה ככל שתהיה, וזאת בניגוד לעמדתו המסורתית הידועה של המשפט המקובל.²⁰⁶ על פי גלעד וגוטל, השופט אור התעלם מפסיקה מאוחרת שבה "ריכך" בית המשפט העליון את הלכת רינגר. אני עצמי גורס כי אין סתירה בין פסק הדין בעניין רינגר לבין פסקי הדין המאוחרים שאליהם התייחסו המחברים המלומדים, וזאת משום שלפי תפיסתי לא ניתן לדלות מפסק הדין בעניין רינגר דבר וזולת העיקרון של הגולגולת הדקה. המקרה הראשון הנזכר אצל גלעד וגוטל הוא זה של בן-ציון,²⁰⁷ בו נפגע התובע בזרועו בשל מכשול דרך, ויותר משש שנים לאחר מכן נפל מסולם שעליו טיפס בבהילות כדי לסלק מפגע מדומה, מחמת כאב שחש ביד הפגועה. בעקבות הנפילה נפצע בברכו. נפסק כי הנזק המאוחר אינו בר-תביעה, בעיקר מפני שהתובע כבר הספיק להסתגל למצבו וידע שבמאמץ פתאומי הוא עלול לסבול כאב חד, ומכיוון שנשל על עצמו מאמץ כזה בלי צורך אמיתי. גלעד וגוטל סבורים כי בהחלטה זו תיקן בית המשפט את הלכת רינגר משום שייחס משקל ליכולת לצפות את תהליך גרימת הנזק ולא רק ליכולת לצפות את סוגו.²⁰⁸ אינני סבור כמותם. לדעתי, הלכת רינגר – לפי פירושה הנכון – אינה נוגעת כלל לתביעתו של בן-ציון, שכן לא הפרה דיספוזיציה של הניזוק (גולגולתו הדקה) היא שהובילה להתרחשות הנזק המאוחר, כי אם מעשהו (הטיפול הבלתי-סביר על הסולם). לכן אין זה פלא בעיניי ששאלת תחולתה או אי-תחולתה של הלכת רינגר כלל לא נדונה בפסק דינו של בית המשפט העליון.²⁰⁹ על כל פנים, המבחן שהפעיל בית המשפט בעניין בן-ציון לעניין ריחוק הנזק לא היה מבחן הצפיות אלא מבחן של מדיניות משפטית (המוכר במידת-מה את המבחן שהציע השופט זוסמן בעניין רינגר). המקרה השני שאליו התייחסו גלעד וגוטל הוא מקרה גינת,²¹⁰ שם נפגעה

206 *Owners of Dredger Liesbosch v. Owners of Steamship Edison* [1933] A.C. 449 (H.L.)

207 ע"א 223/80 בן-ציון נ' מגורי בתיים, פ"ד לו(3) 113.

208 גלעד וגוטל, הערה 4 לעיל, בעמ' 403.

209 השופט ד' לויין ציין, בפסקה 8 לפסק דינו, כי בית המשפט המחוזי הסתמך על פסק הדין בעניין רינגר, אולם: (1) בית המשפט העליון עצמו לא הסתמך על אותו הפסק; ו-(2) בית המשפט המחוזי, שכן הסתמך על פסק הדין, דלה ממנו עיקרון השונה באופן מהותי מזה שגזר ממנו השופט אור בעניין קליפורד. בלשונו של השופט ש' לויין בערעור: "על-פי פסיקה מנחה של בית-משפט זה (...) וד"נ (12/63) קבע השופט המלומד [של בית המשפט המחוזי], שהשאלה המשפטית המתעוררת במקרה דנן, אם יש ליתס את נזקי תאונה מאוחרת לאירוע קודם, שגרם נזק ראשוני, ואם יש קשר סיבתי או צריך לראות קשר סיבתי בין השניים, היא שאלה של מדיניות". מכל מקום ראוי לתקן ולומר שהמסגרת המושגית להכרעת המדיניות האמורה (המתייחסת לנזק המאוחר) היא עיקרון ריחוק הנזק ולא דרישת הסיבתיות.

210 ע"א 8109/95 קרנית, קרן לפיצוי נפגעי תאונות דרכים נ' גינת, פ"ד נב(5) 637.

התובעת בתאונת דרכים ובעקבות זאת לקחה בדיכאון וניסתה להתאבד בקפיצה מן הקומה הרביעית. בית המשפט קבע כי "ניסיון ההתאבדות נבע מהנכות הנורולוגית והנפשית אשר נגרמה למשיבה עקב התאונה, והיה התפתחות טבעית שלה. ככזה, היה ניסיון ההתאבדות במסגרת מבחן הצפיות". מכך הסיקו גלעד וגוטל שבית המשפט ייחס חשיבות ליכולתו של הנתבע לצפות את התהליך המזיק, וזאת למרות שלא היה אמור לעשות כן לפי הלכת רינגר.²¹¹ אינני חולק על כך שבעניין גינת התנה בית המשפט את חבותו של המזיק בגין הנזק המאוחר לא רק ביכולתו לצפות את סוג הנזק אלא גם ביכולתו לצפות את התהליך המזיק; אלא שאינני סבור שהתווספה כאן דרישה שעליה ויתר בית המשפט בעניין רינגר. אילו הייתה התובעת סובלת לפני התאונה ממחלה נפשית שהייתה גורמת לה לנסות ולאבד עצמה לדעת לאחר שהייתה מתוודעת לתוצאות התאונה, אפשר שהבעיה הייתה יכולה להיפתר לפי הלכת רינגר, ולשאלת היכולת לצפות את התהליך המזיק לא הייתה כל חשיבות. אולם, הואיל והמקרה של גינת לא היה מקרה של גולגולת דקה (שכן הנכות הנפשית התפתחה לאחר התאונה ובגללה), חיובו של המזיק בגין הנזק המאוחר שהתפתח מהנזק הראשוני לא היה מובן מאליי. מקרה מיוחד זה כלל לא הוכרע בעניין רינגר. לכן, דעתי היא שפסק הדין בעניין גינת אינו מצמצם את הלכת רינגר.

התמיהה מתעוררת דווקא מטעם אחר. את פסק הדין בעניין גינת, שבו נקבע כי צפיית התהליך המזיק היא תנאי לחיובו של המזיק לא רק בגין הנזק הראשוני אלא גם בגין נזקים מאוחרים, כתב לא אחר מאשר השופט אור. והנה, בדיון הנוסף בפרשת קליפורד לא בא זכרו של תנאי זה. לפתע סבר השופט אור כי "על פי ההלכה שנקבעה בפרשת רינגר, סוג הנזק צריך להיות צפוי אך לא היקפו" וש"אין דרישה שהמזיק יצפה את תהליך הגרימה של הנזק המאוחר".²¹² פירוש הדבר הוא שהסתירה אינה בין פסק הדין בעניין גינת לפסק הדין בעניין רינגר, אלא בין פסק הדין בעניין קליפורד לפסק הדין בעניין גינת. לשינוי בעמדתו של השופט אור אין כל הסבר.

(ד) הכשלים העיוניים

מדברי השופט אור עולה שהמבחן הקובע לעניין ריחוק הנזק הוא מבחן הצפיות, שכדי לזכות בפיצוי בגין נזק מסוים די לתובע להראות שהנתבע היה יכול לצפות נזקים מאותו הסוג, ושנזקי גוף הם כולם מסוג אחד. גם אילו סברתי שמסקנות אלה הן המסקנות המתחייבות מפסק הדין בעניין רינגר (ואינני סבור

211 גלעד וגוטל, הערה 4 לעיל, בעמ' 403.

212 בפסקה 13 לפסק דינו.

כן, דומני כי אין הן ראויות. טענתי הראשונה היא שאין זה מתקבל על הדעת לקבוע את היקפה של האחריות על יסוד מבחן הצפיות בכל תביעת נזיקין, כפי שמשמע לכאורה מפסק הדין בעניין קליפורד.²¹³ דרישת הצפיות היא חלק אינטגרלי מעוולת הרשלנות; הצפיות היא אחד ממרכיבי האשמה האובייקטיבית העומדת בבסיסה של עוולה זו. אולם האם אותו מבחן מתאים גם לעילות האחרות? מן העבר האחד משתרע עיקרון ריחוק הנזק גם על עוולות ותקלות שאינן מבוססות על אשמה (כגון מטרד, הסגת גבול, גזל ולעתים גם הפרת חובה חקוקה) ועל עילות שמקורן בחוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים²¹⁴ או בחוק האחריות למוצרים פגומים.²¹⁵ לצורך גיבושן של עילות האחריות החמורה (או המוחלטת) אין כל חשיבות ליכולת לצפות את הנזק, ולפיכך אין זה מתקבל על הדעת לדרוש צפיות בשלב של קביעת היקף האחריות. מן העבר השני תומכים שיקולי גמול והרתעה בחיובו של מעוול זדוני (כגון מי שתקף את רעהו) אף בגין תוצאות בלתי-צפויות של מעשהו.²¹⁶ על כן סבורני כי יש מקום לשקול הפעלת מבחן שונה של ריחוק נזק ביחס לעילות שונות, כל אחת על פי טיבה, כפי שהדבר נעשה כבר כיום בעניין הסיבתיות המשפטית.²¹⁷ בסופו של דבר, לשונה

213 השופט אור קבע את אמות-המידה לבחינת שאלת ריחוק הנזק בלי לייחד אותן לעוולת הרשלנות. פסק הדין עסק באריכות בפירושו של סעיף 76 לפקודה מבלי לקבוע שמדובר בפירוש החל אך ורק על מקרים של רשלנות, למרות שהוראת הסעיף חלה בבידור גם על עילות תביעה אחרות. תאורטית, ניתן יהיה – בפסיקה עתידית – לייחד את הלכת קליפורד ולסייגה לתביעות רשלנות, אולם סייג שכזה לא נקבע בפסק הדין גופו.

214 תשל"ה-1975, בסעיף 4(א).

215 תש"ס-1980, בסעיף 8.

216 השוו אנגלרד, הערה 154 לעיל, בעמ' 58-59, 84. כן ראו דיני הנזיקין – תורת הנזיקין הכללית, הערה 140 לעיל, בעמ' 221; גלעד, הערה 150 לעיל, בעמ' 41; Restatement (Third) of Torts §33 (Draft No. 3, 2003).

217 ראו, למשל, ע"א 6000/93 עיזבן המנח פואז קואסמה נ' רג'בי, פ"ד (3) 661, 670-671: "מבחן הצפיות אינו מתאים לקביעת הקשר הסיבתי-משפטי בחוק הפיצויים. הטעם לכך הוא, שמבחן הצפיות מבוסס על אשמה ואילו חוק הפיצויים מבוסס על אחריות מוחלטת. על כן, נשלל מבחן זה בפרשת שולמן [ע"א 358/83, פ"ד מב(2) 844, 866-868] נפסק (ברוב דעות) כי המבחן הסיבתי-משפטי הוא מבחן הסיכון. על פי מבחן זה מתקיים הקשר הסיבתי-משפטי אם נזק הגוף שנגרם לניזוק הוא בתחום הסיכון שיצרה התנהגותו של המזיק". אפשר לטעון שמבחן הצפיות אינו אלא נגזרת של מבחן הסיכון בתחולתו על עוולת הרשלנות (השוו, למשל, לסעיף 439 להצעת חוק דיני ממונות, אשר נוסח על ידי פרופ' גלעד: <http://www.justice.gov.il/MOJHeb/Codex/Codex2/partD/subD/chapA.htm>). אולם, טענה זו אינה פוגמת בתוקפו של השיעור שלפיו המבחן הקובע בשאלת הסיבתיות (ולדעתי גם בשאלת ריחוק הנזק) צריך להתאים לטבעה של כל עילה. גם אם נקבל את הטענה כי מבחני הסיבתיות המשפטית נגזרים כולם מעיקרון-על אחד (והרי גם כיום כולם

האמביוולנטיות של סעיף 176(1) (כמסתבר מחילוקי הדעות בעניין רינגר ובספרות המשפטית) מאפשרת פירוש יצירתי שכזה.²¹⁸

טענתי השנייה היא שגם אם נניח שניתן להפריד בין שני נזקים שנגרמו לתובעת בעניין קליפורד, ושהיכולת לצפות את הנזק הקל מקיימת את דרישת הסיבתיות המשפטית, אין זאת אומרת שגם הנזק המאוחר – הבלתי-צפוי – צריך להיות בר-פיצוי במסגרת תביעת רשלנות. נכון הוא שמסקנה כזו מתבקשת מהלכת רינגר, לפחות לפי הפירוש הבלתי-מדויק שנתן לה השופט אור; אולם דעתי היא שהעיקרון שגזר השופט המלומד מפסק הדין בעניין רינגר אינו ראוי. בראש ובראשונה, סעיף 176(1) נועד להציב גבול של ממש לשיעור חבותו של המזיק בגין מעשה העוולה. ההתעלמות מתהליך הגרימה של הנזק והמיון הגס של סוגי הנזק מסכלים כמעט לחלוטין תכלית זו.²¹⁹ ההגבלה הסטטוטורית רלבנטית עתה רק למקרים שבהם המזיק היה יכול לצפות רק נזק מסוג אחד, ובעקבות התרחשותו של נזק מאותו סוג נגרם לנפגע גם נזק מסוג אחר. ככל הנראה, מקרים אלה הם נדירים מאוד, ומכאן שסעיף 176(1) – על פי הפירוש שנתן לו השופט אור – אינו יכול עוד להגשים את ייעודו.

מעבר להיבט הפורמלי סבורני כי הגדרה כה מופשטת של מושא הצפיות, שדי בה כדי להצדיק פיצוי, אינה מתיישבת עם היסודות העיוניים של דיני הרשלנות. בדרך כלל לא יהיה זה צודק (במובן הקורקטיבי-קאנטיאני), הוגן (במובן הרטריבוטיבי) או יעיל (במובן הכלכלי) לחייב אדם בגין תוצאה קשה השונה באופן כה מהותי מהתוצאות הצפויות של מעשהו.²²⁰ על פי התפיסה הקורקטיבית-קאנטיאנית, יצירת סיכון אחד תוך יכולת לצפות את תוצאות

נגזרים מן העיקרון הכללי שלפיו לצד הקשר הסיבתי-עובדתי צריך להתקיים גם קשר סיבתי-משפטי, יישומו של העיקרון ביחס לכל עילה יכול וצריך לעתים להיות שונה. 218 במובן זה עמדתי שונה מזו של מורי ורבי פרופ' אנגלרד. לדידו, הואיל והמבחן לריחוק הנזק אמור להיות אחיד, לא ניתן לפרש את סעיף 176(1) "אך ורק מתוך האספקלריה של עוולת הרשלנות" (אנגלרד, הערה 154 לעיל, בעמ' 159), ולכן יש להחיל את המבחן הקאנוני הגמיש ביחס לכל העוולות (שם, בעמ' 81-82). אני סבור שהסכחן אינו חייב להיות אחיד.

219 זוהי טרונתו העיקרית של פרופ' גלעד במאמרו, הערה 150 לעיל, בעמ' 36, 41. לדברי המחבר, "התוצאה המצטברת של התעלמות מתהליכי הגרימה ומיון רחב של סוגי הנזק היא ריקון מוסד ריחוק הנזק מכל תוכן ממשי".

220 הביקורת המפורטת להלן ביחס להלכת קליפורד נכונה, לפחות בחלקה, גם ביחס לעיקרון הגולגולת הדקה, שעל פי תפיסתי נקבע בפרשת רינגר. אכן, דעתי אינה נוחה גם מעיקרון הגולגולת הדקה (שסעולם לא זכה לבחינה עיונית ממצה), אלא שההלכה שנקבעה בפרשת קליפורד רחבה הרבה יותר מעיקרון זה. גם אם ניתן "לסכול" (ואולי אף להצדיק) אנומליה מוגבלת בדמותו של עיקרון הגולגולת הדקה, ההלכה שנקבעה בעניין קליפורד היא בלי ספק מרחיקת-לכת.

מימושו אינה מצדיקה כשלעצמה הטלת חבות בגין מימושו של סיכון אחר. כל סיכון שנוצר על ידי מעשהו של המזיק צריך להיבחן לגופו. יצירת סיכון ללא כל יכולת לדעת על היווצרותו אינה יכולה להוות הפרה של עיקרון הצדק של קאנט, ולכן לא ניתן להטיל על יוצר הסיכון חבות בגין מימושו – בין אם הוא אחראי כלפי הניזוק מטעם אחר ובין אם לאו.²²¹ דומני שלכך בדיוק התכוון השופט זילברג בעניין רינגר כשדיבר על התבוננות "מקרוב" על תוצאות המעשה:

"אם הנך מתקרב לתוצאות אלה, ורואה אותן 'איברים' – היינו כל פרט ופרט לחוד – תרגיש גם מידת הצדק שבליבך, כי הטלת אחריות על אותו סוג נזק שהמזיק לא יכול היה לחזותו מראש, כמוה כהטלת אחריות על מזיק שלא יכול היה לחזות מראש שום נזק שהוא; והן במקרה זה כולי עלמא לא פליגי שהמזיק פטור".²²²

המבחן שקבע השופט אור אף אינו הוגן (מנקודת המבט של עיקרון הגמול),

221 ראו Ernest J. Weinrib, *The Idea of Private Law* 159 (1995) (ההדגשה הוספה):

The defendant's *wrongdoing* [i.e. – creating foreseeable unreasonable risks] consists in creating the potentiality of a certain set of harmful consequences; the plaintiff recovers only if the injury is within that set. The consequences for which the defendant is liable are restricted to those within the risks that render the act wrongful in the first place... Only [this approach] conforms to corrective justice... [it does not fail] to maintain the correlativity of right and duty.

נכון שאף לפי הגישה הקאנטיאנית, רמת ההפשטה שבה מתואר הסיכון שצפייתו נדרשת לשם הטלת חבות צריכה להיקבע על ידי בתי המשפט; לכן ניתן היה לכאורה לסעון שבית המשפט העליון בעניין קליפורד לא קבע שנוק בלתי-צפוי הוא בר-פיצוי אלא פשוט הגדיר את האובייקט של הצפיות בדרגת הפשטה גבוהה מאוד. ברם, מנקודת מבט הקאנטיאנית מדובר ב"תעלול-רטורי" גרידא. הגם שהרטרוריקה הייתה רטוריקה של צפיות, הנזק שבגינו נפסק הפיצוי היה למעשה בלתי-צפוי לחלוטין (הן מבחינת סוגו והן מבחינת תהליך התרחשותו). התפיסה הקאנטיאנית אינה יכולה להסכים להגדרה כה כללית ורחבה של מושא הצפיות, שיש בה משום ריקון מתוכן של דרישת הצפיות. ראו Weinrib, בעמ' 166–165. בין היתר נאמר שם: "an excessively general risk description would also fail to capture the wrongfulness, but with the opposite effect of implicitly delegitimizing action."

222 ד"נ רינגר, הערה 158 לעיל, בעמ' 723 מול האות ג. השופט דיבר גם על התבוננות מרחוק: "כשהנך רואה את תוצאות מעשה הנזק מרחוק וסוקר אותן 'תבילה' – היינו כולן כחטיבה אחת – ייטו כפות מאזני הצדק שבליבך כמעט תמיד לצד הניזוק; כי המזדקק לעיניך ותופס את ראייתך הוא מצבו הכללי". כפי שנראה להלן, הראייה "מרחוק" היא ראייה דיסטריבוטיבית. השופט זילברג סבר כי יש לבחון כל מקרה משתי נקודות המבט.

מכיוון שהוא עלול להביא לכך שאדם שיצר סיכון קל שבקלים – אולי אף בהיסח דעת – יישא באחריות שהיקפה עצום. בנסיבות אלה תיווצר דיספרופורציה משוועת בין עוצמת הסנקציה לבין חומרת המעשה.²²³ כנגד טיעון זה ניתן לכאורה להעלות שתי טענות ביקורת. הראשונה היא שעיקרון הגמול – העומד ביסודם של דיני העונשין (לדעת אחדים באופן בלעדי ולדעת אחרים לצד עקרונות נוספים) – אינו חל ואינו צריך לחול במסגרת דיני הנזיקין, שעניינם תיקון נזקים שנגרמו במסגרת מערכות יחסים בילטרליות. אין לקבל טענה זו. מן הבחינה התיאורית, דיני הנזיקין הם פרי מיוזג (לעתים מוצלח יותר ולעתים מוצלח פחות) של רעיונות שונים שיש ביניהם לא אחת סתירה והתנגשות.²²⁴ על אף שעיקרון הצדק המתקן הוא הדומיננטי שבהם, גם מקומו של רעיון הגמול לא נפקד.²²⁵ מן הבחינה הנורמטיבית, תאורטיקן הדוגל בתפיסה הפלורליסטית של דיני הנזיקין²²⁶ אינו רשאי להתעלם מרעיון הגמול במסגרת עיצובו של הדין הראוי. רעיון זה מושרש היטב באינטואיציה המוסרית של כל אדם, ועל כן גם אם הצדק המתקן הוא העיקרון הדומיננטי בעיצובם של דיני הנזיקין, לא ניתן לייצר מערכת נורמטיבית שעלולה לגרור תוצאות קיצוניות במיוחד מנקודת המבט של עיקרון הגמול.²²⁷ סייג כזה תובע ויתור לא גדול מעיקרון הצדק המתקן, ובה בעת מונע אי-צדק (גמולי) משווע.

הטענה השנייה היא כי ההגנות מחייבת שביחסים בין נזוק חף מכל אשמה לבין מזיק רשולן ייפול הנזק על כתפיו של האחרון.²²⁸ אלא, שטענה זו מתעלמת

223 השוו, בהקשר אחר, רונן פרי, ריקוסטים כלכליים 476, 490–492 (תשס"ב).

224 זוהי הטענה העומדת במרכז ספרו של פרופ' אנגלרד Izhak England, *The Philosophy of Tort Law* (1993).

225 הפיצויים העונשיים הם דוגמה מצוינת לחזירת רעיון הגמול לדיני הנזיקין. ראו, למשל, *State Farm Mutual Automobile Ins. Co. v. Campbell*, 123 S. Ct. 1513, 1519 (2003): "punitive damages serve a broader function; they are aimed at deterrence and retribution." יש, כמובן, דוגמאות נוספות. להרחבה ראו: Ronen Perry, "The Role of Retributive Justice in the Common Law of Torts: A Descriptive Theory," 73 *Tenn. L. Rev.* (forthcoming, 2005).

226 Izhak England, "The Idea of Complementarity as a Philosophical Basis for Pluralism in Tort Law," in *Philosophical Foundations of Tort Law* 183 (David G. Owen ed., 1995).

227 השוו פרי, הערה 223 לעיל, בעמ' 475–480.

228 טענה זו הועלתה בהקשרים אחרים. ראו, למשל, *Louisiana ex rel. Guste v. M/V Testbank*, 752 F.2d 1019, 1035 (U.S. App. 1985) (Wisdom J., dissenting): "the fundamental idea of fairness that innocent plaintiffs should receive compensation and negligent defendants should bear the cost of their tortious acts"; *Canadian National Railway Co. v. Norsk Pacific Steamship Co. Ltd.* (1992) 91 D.L.R. (4th) 289 (S.Ct.), 390c-d per Stevenson J.: "we have the principle that a person who acts carelessly should

מהמבנה הפנימי של הצדק הגמולי. הצדק החלוקתי (distributive justice) אכן מבוסס על חלוקת משאבים או נסלים על פי השוואה בין-אישית, ועל כן ניתן לכאורה לבסס עליו טיעון שלפיו ראוי לחלק את הנזק בין שני הצדדים על ידי השוואתם לפי קריטריון של אשמה.²²⁹ משום כך נזהרתי לא לטעון שהמבחן שנקבע על ידי השופט אור מנוגד לתפיסות דיסטריבוטיביות (הגם שאינני טוען גם את ההפך). לעומת זאת, הצדק הגמולי (retributive justice) מבודד התנהגות בלתי-ראויה מסוימת של אדם מסוים ובודק אם הסנקציה המוטלת על אותו אדם פרופורציונית לחומרתה של ההתנהגות שבגינה היא מוטלת.²³⁰ הקריטריון היחיד שעל פיו ניתן לקבוע אם גמולו של המעוול הוגן הוא חומרת התנהגותו שלו. לכן, אם הסנקציה המוטלת על פלוני בגין יצירת סיכון קל בהיסח הדעת היא חמורה במיוחד, ניתן לומר שהגמול אינו הוגן (ויחס האשמה בינו לבין אנשים אחרים, לרבות הנזוק, אינו מעלה ואינו מוריד). היגיון זה עומד בבסיסן של כמה הלכות חשובות בדיני הנזיקין האנגלו-אמריקניים.²³¹ יטען הטוען, כי אם כך הדבר – הותרת הנזק הבלתי-צפוי על כתפיו של ניוזק חף מאשמה אף היא בלתי-הוגנת, ומידת אי-ההגינות כאן גבוהה מזו של תוספת-ההגינות שתיצור הטלתו של מלוא הנזק (הצפוי והבלתי-צפוי) על כתפי המזיק. אולם, מנקודת המבט של עיקרון הגמול אין מתקנים עוול על ידי יצירת עוול אחר. לכן, אם נראה לנו שהותרת חלק משמעותי מן הנזק על כתפיו של ניוזק חף מאשמה אינה

be called upon to provide compensation as between himself or herself and an innocent party": James W. Shephard, "The Murky Waters of *Robins Dry Dock*: A Comparative Analysis of Economic Loss in Maritime Law," 60 *Tul. L. Rev.* 995, 1032 (1986): "it is the negligent party... who should bear the cost of his negligence and not the innocent party"

229 אני עצמי מבקר טיעון מסוג זה בספרי, בפרק העוסק בשיקולים חלוקתיים. ראו פרי, הערה 223 לעיל, בעמ' 502–503, וכן הערה 249 להלן והטקסט הסמוך לה.

230 עיינו גם Peter Cane, "Retribution, Proportionality, and Moral Luck in Tort Law," in *The Law of Obligations: Essays in Celebration of John Fleming* 141, 143, 160–161 (Peter Cane & Jane Stapleton eds., 1998); Tony Honore, "The Morality of Tort Law – Questions and Answers," in *Philosophical Foundations of Tort Law* 73, 86–87 (David G. Owen ed., 1995); Jean Hampton, "Correcting Harms Versus Righting Wrongs: The Goal of Retribution," 39 *UCLA L. Rev.* 1659, 1690 (1992); Note, "Punitive Damages and Libel Law," 98 *Harv. L. Rev.* 847, 851 (1985).

231 ראו, למשל, *Caltex Oil (Aust.) Pty. Ltd. v. The Dredge "Willemstad"* (1976) 136 C.L.R. 529, 551–552 (H.Ct. Aust.): "but to require the wrongdoer to compensate all those who had suffered pecuniary loss would impose upon him a burden out of all proportion to his wrong." עיינו גם *Waube v. Warrington*, 216 Wis. 603, 613 (1935): [allowing recovery for relational emotional harm would impose liability that is] "wholly out of proportion to the culpability of the negligent tort-feasor". ההלכה הנוגעת לנזקים נפשיים אמנם נסדקה במשך השנים, אך הצידוק ה"גמולי" לצמצום האחריות בגין נזקים נפשיים נותר על כנו.

הוגנת, עלינו לפתור את הבעיה בדרך אחרת (למשל, על ידי הענקת תגמולים סוציאליים). בדיוק כפי שהיינו נוהגים אילו הנזק הכבד היה נובע מסיבה אחרת שאינה בת-אשם (כגון סופת הוריקן, מכת ברק או התנהגות לא מכוונת ולא רשלנית של אדם אחר), ולא על ידי הטלת סנקציה בלתי-מידתית בעליל על המזיק.

לבסוף, המבחן שקבע השופט אור עלול לפגוע ביעילות ההרתעה. מקובל לחשוב כי אי-חיובו של המזיק בגין התרחשויות שלא ניתן היה לצפותן אפילו בקווים כלליים ("freak accidents") לא יגרום להפחתת רמת הזהירות של מזיקים פוטנציאליים.²³² לפי תפיסה זו, חיובו של המזיק בגין תאונות חריגות אינו נתון להבטחת יעילות ההרתעה; ואם אין צורך לחייב את המזיק בגין הנזק הבלתי-צפוי בעליל – כי אז שיקולים של עלויות אדמיניסטרציה תומכים באי-הטלתו של חיוב כזה.²³³ דעתי היא שהטלת אחריות בגין תוצאות שאף אדם בר-דעת לא היה יכול לצפות את התרחשותן היא לא רק בלתי-נחוצה אלא גם מזיקה, היות שהיא עלולה להגדיל את הסתברות הבחירה ברמת זהירות מופרזת אל נוכח החשש מפני הצבת סטנדרט הזהירות מעל לאופטימום במקרים קונקרטיים.²³⁴

אני סבור שלמזיקים פוטנציאליים יש יסוד לחשש שרמת הזהירות שיקבע בית המשפט כרמה המחייבת בעניינם תהא גבוהה מן הרמה האופטימלית.²³⁵ סברה זו נראית לי מציאותית, בין היתר בעקבות פסק הדין בעניין קליפורד. המזיק הפוטנציאלי יודע עתה כי גם אם יתנהג בהתאם למקובל, והסיכון הכרוך בהתנהגותו יהא מזערי, בית המשפט עלול לקבוע שהתרשל. אולם, גם אם נניח שההסתברות האובייקטיבית להצבת סטנדרט הזהירות מעל האופטימום אינה

232 Shavell, הערה 27 לעיל, בעמ' 129–130.

233 בית המשפט אמנם יידרש לדון בשאלה "האם הנזק היה צפוי אם לא", אך ייפטר מן הצורך להעריך את גודל הנזק הבלתי-צפוי. אני נוטה לחשוב שהעלות האדמיניסטרטיבית של זיהוי נזקים בלתי-צפויים לחלוטין (שבניגוד לא ייפסק פיצוי) נמוכה באופן ניכר מעלות ההתדיינות בעניין שיעורם של נזקים כאלה (שהייתה נוצרת אילו הוטלה אחריות בגינם).

234 ניתן לכאורה לטעון שתוסר-הוודאות יגרום למזיקים פוטנציאליים להאמין כי שאלת אחריותם תלויה במזל בלבד, וכי בלאו הכי אין להם דרך בטוחה להגן על עצמם מפני אחריות. בנסיבות אלה עלול המשפט לאבד כליל את השפעתו על התנהגותם. אולם, דעתי היא שכל עוד נראה לפרטים שבתי המשפט נוהגים לדרוש רמת זהירות שהיא אמנם גבוהה מן האופטימום, אך עמידה בה תאפשר פטור מאחריות, המשמעות של אי-הוודאות תהא הרתעת-יתר.

235 בתי המשפט עלולים לעשות כן מסיבות שונות, ואלה העיקריות שבהן: (1) במודע או שלא במודע, בית המשפט שואף לזכות את הנפגע בפיצויים; (2) בית המשפט חשוף ל-hindsight bias ועלול בשל כך להפריז בהערכת תוחלת הנזק שאותה היה המזיק הפוטנציאלי יכול לצמצם או בזמינות אמצעי הזהירות שעמדו לרשותו.

משמעותית (גם לאחר קליפורד), ההסתברות להסיה כזו בעיניו של המזיק הפוטנציאלי – שהיא המכוונת בפועל את התנהגותו – עשויה להיות ממשית לאור פרסומם הרב של מקרי־הקצה שבהם הוטלה על אדם אחריות בנוזקין למרות שעל פני הדברים נראה כי לא התרשל.²³⁶ החשש מפני הגבהה שיפוטית של רף הזהירות אל מעבר לאופטימום עלול כשלעצמו לגרום להרתעת־יתר של מזיקים בכוח.²³⁷ שנאת סיכון עלולה להחריף את הבעיה.

טענתי היא, שבעקבות העיקרון שנקבע בעניין קליפורד לעניין ריחוק הנזק, אנשים שהתנהגותם לא יכולה להגיב – נוסף על הנזקים הצפויים – גם תוצאות משניות בלתי־צפויות לחלוטין, עלולים (בשל בעיות אינפורמציה) לחשוש מכך שיאלצו לשאת באחריות בגין תוצאות כאלה.²³⁸ אם אדם סבור שהוא עלול לשאת באחריות גם בגין תוצאות בלתי־צפויות (ex post) הוא מפנים את תוחלת האחריות הזו ex ante. ברם, הוא מפנים את מה שנראית בעיניו תוחלת האחריות

236 להשפעת פרסומם של מקרי־קצה על הערכות הסתברותיות סובייקטיביות ראו הערה 238 להלן.

237 ראו דיון בסיסי לאחר הערה 48 לעיל.

238 הערכה סובייקטיבית של הסתברות התרחשותו של מאורע מסוים אינה תואמת בהכרח את ההסתברות האובייקטיבית (ה"אמיתית") של אותו מאורע. לעתים קרובות אנשים מעריכים את הסתברותו של מאורע מסוים בהתאם למידת הזמינות (availability) של מקרים מאותו סוג בזיכרונם ובדמיונם, למרות שהזמינות לא בהכרח מלמדת על ההסתברות והשכיחות האמיתיות של אותו מאורע. ראו Amos Tversky & Daniel Kahneman, "Judgments under Uncertainty: Heuristics and Biases," in *Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases* 3, 11 (Daniel Kahneman, Paul Slovic, and Amos Tversky eds., 1982); Amos Tversky & Daniel Kahneman, "Availability: A Heuristic for Judging Frequency and Probability," in *Judgment under Uncertainty* 163, 163-164; Shelley E. Taylor, "The Availability Bias in Social Perception and Interaction," in *Judgment under Uncertainty* 190, 191; Paul Slovic, Baruch Fischhoff & Sarah Lichtenstein, "Facts versus Fears: Understanding Perceived Risk," in *Judgment under Uncertainty* 463, 464-465; Cass R. Sunstein, "Behavioral Analysis of Law," 64 *U. Chi. L. Rev.* 1175, 1188 (1997); Russell B. Korobkin & Thomas S. Ulen, "Law and Behavioral Science: Removing the Rationality Assumption from Law and Economics," 88 *Cal. L. Rev.* 1051, 1087-1088 (2000). ככל שהמאורע שהסובייקט נחשף אליו בולט יותר (salient) – הוא גם יהיה זמין יותר בעיני רוחו, ולכן הסתברותו הסובייקטיבית תהיה גבוהה יותר; ראו Tversky & Kahneman (Judgments), בעמ' 11; Tversky & Kahneman (Availability), בעמ' 176. כמו כן, ההתמקדות הציבורית (מבחינת עצמת הפרסום והאינטנסיביות של השיח) במקרים חריגים מגבירה את היכולת לזכור ולדמיין אותם וגורמת לפרטים לתפוס אותם כבעלי הסתברות גבוהה מכפי שהיא באמת (Slovic et al., בעמ' 465-468). מקרים שבהם הוטלה על נתבע אחריות בגין נזק עצום שלא ניתן היה לראותו מראש ייחרתו בזיכרוננו של כל אדם ו"ישלפו" באופן מיידי כשינסה להעריך את הסיכונים שבפניהם הוא עצמו ניצב. ראו והשוו Korobkin & Ulen, בעמ' 1089 (דיון בהרתעת עבריינים).

בגין התוצאות הבלתי-צפויות של פעילותו על יסוד התרשמותו ממאפיינים של תוצאות בלתי-צפויות שבגינן הוטלה אחריות במקרים קודמים, שהרי אין הוא יכול להעריך את היקפן והסתברותן של תוצאות בלתי-צפויות של פעילותו שלו.²³⁹ התוצאה היא שגם במקרים שבהם לא יכולות להתרחש תוצאות בלתי-צפויות לחלוטין, ינהג המזיק הפוטנציאלי כאילו הוא עלול לשאת באחריות בגין תוצאות כאלה. נטל החבות הווירטואלי עלול לגרום למזיק הפוטנציאלי לנקוט אמצעי זהירות מופרזים גם כשהחשש מפני הטיה שיפוטית בעניין ההתרשלות לא היה כשלעצמו גורם לכך.²⁴⁰

הטענה תובהר באמצעות דוגמה. פלונית מבקשת לבצע פעולה שעלולה להסב נזק בשיעור 1,000 ש"ח לאלמונית, וצריכה לבחור בין רמות שונות של זהירות כמבואר בטבלה 1. רמת הזהירות האופטימלית במקרה הנתון היא הבינונית (בחירה בה מצמצמת את עלות התאונה ל-170 ש"ח). פלונית חוששת שבית המשפט יטיל עליה אחריות אף אם תבחר ברמת זהירות זו. החשש הזה מתורגם להערכה הסתברותית סובייקטיבית. יש להניח, שככל שרמת הזהירות שבה תבחר פלונית תהא גבוהה יותר, כך תפחת ההסתברות שבית המשפט יקבע שהתרשלה. לכן, אם פלונית סבורה שההסתברות לכך שבית המשפט יפסוק שהתרשלה על אף שבחירה ברמת הזהירות האופטימלית היא 25%, ההסתברות לכך שבית המשפט יקבע שהתרשלה אם נקטה את רמת הזהירות הראשונה הגבוהה הימנה תהא, למשל, 13% (וברמת הזהירות הבאה ההסתברות תהא, לצורך הדגמה, 7%). בהתעלם מן הנטל הווירטואלי תבחר פלונית ברמת הזהירות האופטימלית שהיא הרמה הבינונית, חרף החשש מפני הטיה שיפוטית, כפי שניתן לראות בטבלה מס' 1.²⁴¹

239 איש הרי אינו יכול לצפות את שאינו יכול לצפות.

240 אין ספק בעיניי שיש גם הסיות נוספות שעלולות לגרום להתעת-חסר או להתעת-יתר, אלא שהסיות אלה אינן מיוחדות לכלל שנקבע בפרשת קליפורד והיו משפיעות על יעילות ההרתעה גם בלעדיו. מטרתו של חלק זה במאמר היא לחשוף את הקושי שמעוררת הלכת קליפורד בהתעלם מההסיות שקיומן היה פוגם ביעילות ההרתעה גם אילו לא נקבעה הלכה זו. במילים אחרות: אני מבקש לבודד את ההשפעה הרעה של הלכת קליפורד. אם ובמידה שיש הסיות אחרות המשפיעות על יעילות ההרתעה בלי קשר לאותה הלכה יש להתמודד איתן בנפרד, כפי שמנסים, למשל, אלון הראל ואהוד גוטל לעשות ביחס לבעיה של Ehud Guttel & Alon Harel, "Probability Matching and the Law: A Behavioral Challenge to Law and Economics," forthcoming in *U. Chi. L. Rev.* (2005).

241 נתוני הדוגמה נבחרו כך שהצבת סטנדרט הזהירות המשפטי מעל לאופטימום אינה יכולה לגרום להתעת-יתר, וזאת כדי לבודד את השפעתו של נטל החבות הווירטואלי. ברי, כי ניתן היה לשנותם כך שהגבהת רף הזהירות הייתה כשלעצמה גורמת להתעת-יתר. לדוגמה: אילו ההסתברות לכך שבית המשפט יפסוק שהמזיק התרשלה על אף שבחירה ברמת הזהירות האופטימלית הייתה 55%, העלות למזיק במקרה של בחירה ברמת זהירות

טבלה מס' 1: השפעת החשש מפני אחריות מוגברת על העדפויות של המזיקה בכוח

רמת הזהירות עלות אמצעי הסתברות תוחלת הנזק	עלות ההזדמנות	תוחלת האחריות של המזיקה (מנקודת מבטה)	עלויות למזיקה = עלות אמצעי הזהירות-תוחלת אחריות
0	200	200	200.00
נמוכה	150	180	180.00
בינונית	110	170	87.50
גבוהה	85	125	101.05
גבוהה מאוד	65	105	124.55

עתי נניח כי פלונית יודעת שבית המשפט העליון הטיל על נתבע בתביעת נזיקין אחריות בגין נזק בלתי-צפוי לחלוטין ששיעורו מיליון ש"ח, שהתפתח בעקבות נזק ראשוני צפוי בסדר גודל דומה לנזק שעלול להיגרם על ידי התנהגותה שלה. לאחר האירוע התברר שהסתברותו של הנזק המאוחר היא 1 לכל 1,000 מקרים שבהם נגרם הנזק הראשוני הקל (הסתברות מותנית של פרומיל אחד). בשל בעיות מידע עלולה פלונית לחשוב שנטל דומה יכול ליפול גם על כתפיה למרות שאין הדבר כך. נניח, כי מנקודת מבטה ההסתברות להתרחשותו של נזק בלתי-צפוי לחלוטין בשיעור מיליון ש"ח זהה להסתברות התרחשותו של נזק כזה במקרה שנדון על ידי בית המשפט העליון.²⁴² "מחירו" של הנטל הוירטואלי יהא

זו הייתה $55\% \times 110 + 60 = 115$, ולכן היא הייתה בוחרת ברמת הזהירות הראשונה הגבוהה ממנה.

242 מובן, כי אין זה הכרחי שפלונית תעריך כי ההסתברות להתרחשותו של נזק גדול ובלתי-צפוי לחלוטין זהה להסתברותה של התרחשות כזו במקרים שזכו לפרסום. ההנחה נועדה לפשט את הדוגמה ואין בה כדי לפגום בתוקפה של הטענה הכללית. על כל פנים, כאשר המזיק בכוח יודע הן את שיעור הנזק הבלתי-צפוי שבגינו הוטלה אחריות על זולתו והן את הסתברות התרחשותו של הנזק באותו המקרה, הנתון ההסתברותי עשוי לשמש "עוגן" להערכה הסתברותית סובייקטיבית של סכנת האחריות שהוא עצמו חשוף אליה (ראו Tversky & Kahneman (Judgments), הערה 238 לעיל, בעמ' 14, 20; Korobkin & Ulen, הערה 238 לעיל, בעמ' 1100). לעומת זאת, אדם שמודע לכך שהוטלה על זולתו אחריות בגין נזק בלתי-צפוי ששיעורו עצום והוא אינו יודע מה הייתה הסתברות התרחשותו של הנזק העצום באותו מקרה, עלול (בשל הטיית ה"זמינות") להעריך את

1,000,000 ש"ח $\times 0.001 \times$ הסתברות התרחשותה של תאונה בהתחשב עם אמצעי הזהירות שיינקטו על ידה (כלומר: 1,000 ש"ח $\times$ הסתברות התאונה). הערכים המתאימים לכל רמה של זהירות מפורטים בטור הרביעי משמאל בטבלה מס' 2. כיצד ישפיע הנטל הווירטואלי על התנהגותה של פלונית? במשטר של אתריות חמורה, ברי כי אם תוחלת החבות של פלונית גבוהה (לפחות בעיני רוחה) מתוחלת הנזק שעלול להיגרם על ידה היא עלולה לבחור ברמת זהירות גבוהה מזו האופטימלית. ראינו לעיל, כי בנסיבות המתוארות בטבלה מס' 1 רמת הזהירות האופטימלית היא הרמה הבינונית. אולם בנסיבות שהוספנו זה עתה תבחר פלונית ברמת הזהירות הגבוהה ביותר האפשרית. מנקודת מבטה, עלות הבחירה ברמת זהירות זו היא מינימלית: 120 (עלות אמצעי הזהירות) $+ 65$ (תוחלת הנזק הצפוי) $+ 65$ (הנטל הווירטואלי) $= 250$ ש"ח. האלטרנטיבות האחרות גורעות יותר, כפי שניתן לראות בטור השלישי משמאל בטבלה מס' 2. השאלה היא כיצד תנהג פלונית תחת משטר של רשלנות: אילו הייתה פלונית בטוחה שבתי המשפט לא יטילו עליה כל אחריות אם תבחר ברמת הזהירות האופטימלית, הנטל הווירטואלי לא היה משבש את התמריץ להתנהגות הרצויה. השפעתו הייתה מתמצה בהגדלת תוסר-האטרקטיביות של רמות הזהירות הנמוכות מן הרמה האופטימלית. הואיל ובחירה ברמת הזהירות האופטימלית או בכל רמה גבוהה יותר הייתה פושרת את פלונית לחלוטין מכל אחריות, ומכיוון שעלות אמצעי הזהירות ברמה האופטימלית נמוכה מעלות אמצעי הזהירות ברמות הגבוהות הימנה – היא הייתה בוחרת ברמה האופטימלית. ניתן לראות זאת בטור השני משמאל בטבלה מס' 2. אלא, שכאן נכנס לתמונה החושש מפני הטיה שיפוטית בנושא ההתרשלות. תחת ההנחות שהצגתי לעיל לגבי האופן שבו תופסת פלונית את מידת ההטיה היא תבחר ברמת הזהירות הגבוהה, שאינה אופטימלית, כפי שניתן לראות בטור השמאלי בטבלה מס' 2.

הסתברות התרחשותו של נזק כזה בעקבות התנהגותו שלו כגבוהה באופן ניכר מהסתברות התרחשותו במקרה שאירע לוולת.

טבלה מס' 2: השפעת החשש מהטיה בעניין ההתרשלות ונטל-החבות הווירטואלי על העדפות המזיקה

רמת זיהירות	עלות אמצעי זהירות	הסתברות תוחלת הנזק	נטל וירטואלי	המחיר האישי של הבחירה ברמת זהירות תחת משטר של-	רמת זיהירות
אחריות חמורה ²⁴³	רשלנות בלי הטיה ²⁴⁴	רשלנות עם הטיה ²⁴⁵			
0	0	20%	200	400	400
נמוכה	30	15%	150	330	330
בינונית	60	11%	110	60	280
				$60+25\% \times 220 = 115$	
גבוהה	90	8.5%	85	90	260
				$90+13\% \times 170 = 112.1$	
גבוהה מאוד	120	6.5%	65	120	250
				$120+7\% \times 130 = 129.1$	

נראה, כי העיוות שנוצר במערך התמריצים בשל פעולתם המשולבת של החשש מפני הטיה שיפוטית בעניין ההתרשלות ונטל-החבות הווירטואלי עלול להיות משמעותי בעיקר אם הנזקים המשניים הבלתי-צפויים לחלוטין שבתי המשפט מוכנים לפסוק פיצוי בגינם הם נזקים ששיעורם גדול מאוד בהשוואה לנזקים הראשוניים הצפויים (בדיוק כפי שאירע במקרה קליפורד). הטעם לכך הוא שהנזקים המשניים הבלתי-צפויים בעליל שבגינם נפסק פיצוי הם בדרך כלל

243 המחיר האישי של הבחירה ברמת זהירות מסוימת תחת משטר של אחריות חמורה שווה לסכום של עלות אמצעי הזהירות (טור שני מימין), תוחלת הנזק (המופנם כולו על ידי המזיקה *ex ante* בלי קשר לרמת הזהירות הנבקשת על ידה; טור רביעי מימין) והנטל הווירטואלי (שאותו מפגימה המזיקה *ex ante* בלי קשר לרמת הזהירות הנבקשת על ידה; טור רביעי משמאל).

244 המחיר האישי של הבחירה ברמת זהירות מסוימת תחת משטר של רשלנות בלי הטיה שווה לעלות אמצעי הזהירות במקרה נקיטה של רמת הזהירות האופטימלית או גבוהה ממנה, ולסכום של עלות אמצעי הזהירות, תוחלת הנזק והנטל הווירטואלי במקרה נקיטה של רמת זהירות נמוכה מן האופטימום.

245 המחיר האישי של הבחירה ברמת זהירות מסוימת תחת משטר של רשלנות עם הטיה שווה לסכום של עלות אמצעי הזהירות, תוחלת הנזק והנטל הווירטואלי במקרה נקיטה של רמת זהירות נמוכה מן האופטימום; ולסכום של (1) עלות אמצעי הזהירות (2) מכפלת תוחלת הנזק והנטל הווירטואלי בהסתברות להטלת אחריות במקרה נקיטה של רמת הזהירות האופטימלית או גבוהה ממנה.

נדירים מאוד, ואם הם גם היו קטנים מאוד תוחלת האחריות בגינם הייתה זניחה ולא היה בה כדי להשפיע על התנהגותם של מזיקים פוטנציאליים. חשוב להדגיש, כי הטיעון שהצגתי מתבסס על האפשרות להערכת יתר של תוחלת האחריות בידי המזיק הפוטנציאלי על יסוד מידע שיש ברשותו אודות תביעות נזיקין שהוגשו נגד אחרים. אני מניח, שכאשר אדם יודע שבתו המשפס הטילו על אנשים דומים לו אחריות בגין נזקים כבדים שלא ניתן היה כלל לצפותם מראש, הוא מדמה בנפשו שגם הוא עצמו חשוף לסיכון דומה אפילו כשאינו הדבר כך.

על יסוד דברים שאמר השופט ברנזון בפרשת רינגר הציע השופט אור שני נימוקים עיוניים לגישה המחייבת את המזיק, הלכה למעשה, בגין תוצאות חריגות בהיקפן ובלתי-צפויות של התנהגותו.²⁴⁶ הנימוק הראשון היה שאין זה צודק "להעביר את הנטל משכמו של המזיק, אשר ביצע מעשה עוולה, אל שכמו של זה האחרון, שהוא לגמרי חף מכל אשמה";²⁴⁷ כלומר: עלינו לחלק את הנטל בין הצדדים לפי קריטריון של אשמה. הנימוק השני הוא ש"ראוי יותר שהמזיק יישא במלוא הנזק, באשר הוא לרוב מבוטח בניגוד לנפגע. באופן כזה נופל למעשה הנזק על הרבים ולא על היחיד".²⁴⁸

תשובה אפשרית לנימוק הראשון היא שאם ב"צדק" עסקינן, לא ניתן לנתק את שאלת היקף האחריות מהצידוק לעצם הטלתה. דיני הרשלנות מחייבים אדם בגין מימושו של סיכון מסוים מכיוון שאסור היה לו ליצור את אותו סיכון. יצירת סיכון בלתי-סביר כשניתן לצפות את מימושו היא ה"אשמה"; והטלת אחריות היא מוצדקת רק כשאותו סיכון שיצירתו נגועה באשמה אכן מתממש. אם התממש סיכון שיצירתו אינה נגועה באשמה, לא ניתן להטיל אחריות על יוצרו. השאלה היא מה הדין כשמתממשים שני סיכונים שנוצרו על ידי אותו המעשה – האחד כזה שיצירתו נגועה באשמה והאחר כזה שיצירתו אינה נגועה באשמה. ראינו, כי אילו רק הסיכון השני היה מתממש לא ניתן היה להטיל אחריות על יוצרו. העובדה שבדרך מקרה התממש גם סיכון נוסף, שיצירתו נגועה באשמה, אינה מצדיקה את חיובו של המזיק גם בגין מימושו של סיכון שיצירתו אינה נגועה באשמה.²⁴⁹

246 דנ"א קליינרד, הערה 2 לעיל, בפסקה 16 לפסק הדין.

247 ד"נ רינגר, הערה 158 לעיל, בעמ' 713 מול האות ג. השוו Klimchuk, הערה 169, בעמ' 132: "Here we see that the thin skull rule is expressly moral, for it holds that when the choice of who must bear the costs is between the innocent plaintiff and the tortfeasor, we must opt for the latter".

248 ד"נ רינגר, הערה 158 לעיל, בעמ' 713 מול האות ד.

249 השוו גלעד וגוטל, הערה 4 לעיל, בעמ' 388–389; פרי, הערה 223 לעיל, בעמ' 502–503; Weirib, הערה 221 לעיל, בעמ' 163.

תשובתי לנימוק השני היא מרובעת. ראשית, נכון כי הן בעניין דינגר והן בעניין קליפורד היה המזיק מבוטח, וזאת בניגוד לנימוק; אלא שלא תמיד כך הם פני הדברים. לעתים דווקא הניזוק מבוטח והמזיק אינו מבוטח, לעתים שניהם מבוטחים ולפעמים שניהם אינם מבוטחים. לדעתי, אין זה ראוי לקבוע מבחן כללי המחמיר עם המזיק על יסוד הנחה שהיא נכונה רק בחלק מן המקרים.²⁵⁰ שנית, לא ניתן להניח שהסלת אחריות בגין נזקים בלתי-צפויים בעליל תוביל בסופו של דבר לפיזורם באמצעות מנגנוני הביטוח. אם מבטחים ידעו שמבוטחיהם עלולים לשאת באחריות כבדה ששיעורה אינו ניתן לחיזוי, הם עשויים להציב תקרה לכיסוי הביטוחי (כפי שנעשה כבר היום בהרבה מאוד מקרים) או להגדיר באופן מפורט את הסיכונים המכוסים (שהם גם הסיכונים הידועים). ברי, כי לא ניתן יהיה לחייב את חברות הביטוח לשאת בסיכון ביטוחי שהוא לחלוטין בלתי-מסוים. פירוש הדבר הוא שהנטל הנוסף, שבית המשפט מבקש לפזר על ידי הרחבת חבותו של המזיק, לא יתפזר בפועל אלא ייפול כולו על כתפי המזיק. בכך נשמטת הקרקע מתחת לטענה שלפיה המבחן המוצע יביא לפיזור הנזק (אפילו אם המזיק אכן מבוטח). לחלופין, חברות ביטוח עשויות להגדיל את הפרמיות באופן ניכר כדי להתמודד עם עליית הסיכון הביטוחי כך שפחות ופחות מזיקים בכוח יבטחו את עצמם, או לסרב לבטח קבוצות סיכון מסוימות. מכאן, שהרחבת האחריות לא רק שלא תביא לפיזור של נזקים נוספים, אלא גם תמנע פיזור של נזקים שהיו מתפזרים בלעדית.²⁵¹

שלישית, אם במסגרת עיצובם של כללי האחריות בנוזיקין צריך להינתן משקל כה גדול לשיקולי ביטוח, ניתן בהחלט לטעון כי דווקא הימנעות מהסלת אחריות בנוזיקין (לא רק בגין הנזק הבלתי-צפוי אלא גם בגין הנזק הצפוי) היא הפתרון הרצוי, שהרי הימנעות מהסלת אחריות תגרום לניזוקים בכוח לבטח את עצמם מפני הנזק (ולמזיקים פוטנציאליים לא לבטח עצמם מפני אחריות) – ועלותו של

250 ניתן לכאורה לטעון שביקורת אינה נכונה ביחס לרופאים, שמרביתם מבוטחים מפני אחריות מקצועית. ברם, הלכת קליפורד אינה חלה אך ורק על רופאים אלא על כל אדם שגרם ברשלנותו נזק לזולתו, בין אם הוא מבוטח ובין אם לאו. ההלכה אינה מבחינה בין קבוצות של מזיקים בכוח על יסוד היותם מבוטחים או בעלי יכולת לבטח את עצמם: כולם כאחד יחובו בגין מלוא הנזק המשני הבלתי-צפוי, כל עוד מדובר בנזק מאותו הסוג של הנזק הראשוני הצפוי.

251 ראו והשוו George L. Priest, "The Current Insurance Crisis and Modern Tort Law," 96 *Yale L.J.* 1521, 1525, 1527 (1987). המחבר ציין כי העובדה שהרחבת האחריות בנוזיקין לשם הגברת הפיזור של נזקים גרמה דווקא לפגיעה בפיזור היא "הפרדוקס הסרגי" של האחריות האזרחית בעת החדשה.

ביטוח מפני נזקים (ביטוח צד א') נמוכה כמעט תמיד מעלותו של ביטוח אחריות בגין אותם הנזקים (ביטוח צד ג').²⁵² רביעית, אינני סבור שהעובדה שאדם מגן על עצמו מפני סיכון אחד מצדיקה את חשיפתו לסיכון אחר. הנימוק של השופט ברנזון מצטייר בעיניי כמעין הטלת קנס על מי שהתכוון ליום סגריר. כמה דברים אמורים? המזיק בכוח ידע שהדין יטיל עליו – על יסוד נימוקים עיוניים כבדי-משקל – אחריות בגין מימושם של סיכונים מסוימים, ומפני אחריות זו ביטח את עצמו. משהגן על עצמו באמצעות ביטוח אחריות הריהו "ממולכד": הואיל והוא מבוסס, בית המשפט עשוי להטיל עליו אחריות בגין מימושם של סיכונים רבים נוספים, למרות שלמעט עובדת היותו מבוסס אין נימוקים עיוניים להטלת אחריות כזו. הרחבת האחריות תגרור, כמובן, את הגדלת הפרמיה (עד לנקודה שבה הסיכון יהיה כזה שחברת הביטוח לא תהיה מוכנה לבטחו מעבר לתקרה מוגדרת).

סיכומי של דבר: אם נקבל את פירושו של השופט אור לפסק הדין בעניין רינגר, הרי שבדין הנוסף בעניין קליפורד ניתנה לבית המשפט העליון הזדמנות פז לתקן טעות היסטורית ולקבוע הגדרה הגיונית יותר למושא הצפיות לצורך בחינת שאלת ריחוק הנזק בתביעות רשלנות. אלא, שבמקום להיפטר מהתפיסה הבעייתית בחר בית המשפט להעניק לה חיות מחודשת. במידה מסוימת, התוצאה שאליה הגיע בית המשפט בעניין קליפורד גרועה אף מזו של רינגר, שכן בעוד שבמקרה האחרון היו הנתבעים – כנהגים רשלנים – יכולים לצפות שהתנהגותם תגרור לפגיעה גופנית ממשית בתובע (עד כדי מוות), ולכן ניתן היה לומר שהנזק שאירע בפועל (התפתחות של גידול סרטני ממאיר בגבו של התובע) הוא מהסוג הכללי של הנזק שניתן היה לצפות (נזק גופני ממש),²⁵³ הרי שבעניינינו

252 פרי, הערה 223 לעיל, בעמ' 587–589.

253 ראו ד"נ רינגר, הערה 158 לעיל, בעמ' 707 מול האות ז – 708 מול האות א, מפי השופט כהן: "הפגיעה האפשרית אשר כל נהג כל-ירכב בדרכים ציבוריות חייב לצפותה מראש 'במהלך הדברים הרגיל'... היא הפגיעה בחיי אדם. ולענין זה אין, לדעתי, נפקא מינה שסכנת הנפשות עלולה לנבוע ממקום הפגיעה בגוף האדם, אם נפגע בראשו או בחזהו, או מטיב הפגיעה, אם נדרס או הופל או נחבל, או ממכשיר הפגיעה, אם נפגע במשאית או באופנוע – הכלל הוא שכל פגיעה בדרכים עלולה להמית, וכל בר-ידיד יודע, ועל כן חייב לצפות זאת מראש". ובעמ' 708 מול האות ב: "בענין שלפנינו היו הנהגים חייבים לצפות מראש שנהיגתם הרשלנית תקפח חיי אדם. שיחק להם מזלם – אם לא מבחינה כספית, הרי על כל פנים מבחינה מוסרית – והתובע נשאר בחיים. אבל הנזק שנגרם לו על ידי הפגיעה בגופו, נכלל – מבחינת הצפיות – בנזק שהיה נגרם לו על ידי הפגיעה בחייו: הפגיעה בגופו היא המועט, והפגיעה בחייו היא המרובה, והמרובה מחזיק את המועט וכוללו בתוכו. לפיכך היו הנהגים צריכים לצפות מראש גם כל פגיעה בגוף התובע, שאינה מגיעה עד כדי קיפוח חייו, אך עלולה היא להשתרע על כל פצע וחבורה, מחלה ונכות, יהיו אשר יהיו, ותהא רעתם וחומרתם אשר תהא". ובעמ' 713 מול האותיות

לא היה הרופא יכול לצפות אלא פגיעה קלה וחולפת. הנזק הצפוי רחוק מהנזק שנגרם למעשה כרתוק מזרח ממערב.

ג. סיכום

במאמר זה ביקרתי את דרך ההנמקה של בית המשפט העליון בדיון הנוסף בפרשת קליפורד בשני מישורים. בראש ובראשונה הרהרתי אחר תהליך ההכרעה בעניין ההתרשלות. ראשית, בית המשפט השתמש ברטוריקה תועלתנית-כלכלית אך לא יישם בצורה הראויה את המתודולוגיה המתחייבת מגישה זו. בהיעדר נתוני אמת על אודות הסתברותו של הנזק הקל (להבדיל מהסתברות החזירה לעורק), דרגת תומרתו, עלות ההחלפה של מזרק בלתי-שואב במזרק שואב, הסיכון הכרוך בשימוש במזרק שואב והתועלת שהפיקו צדדים שלישיים מאי-התעקשותו של הנתבע על החלפת המזרקים – לא ניתן לקבוע במקרה דנן אם הלה אכן התרשל. אינני טוען שבית משפט שבחר בהגדרה התועלתנית של מושג ההתרשלות נדרש תמיד לערוך חישוב מדויק של העלות מול התועלת. לעתים המסקנה הנורמטיבית ברורה מאלה בלי צורך בהערכה מדויקת של העלות והתועלת והעמדתן זו מול זו. כך, למשל, כאשר אדם יכול להסיר סכנה ממשית לבטיחותו של הזולת על ידי שינוי טריביאלי בהתנהגות שאינה מסכן כלל אנשים אחרים. לא כך היו פני הדברים במקרה דנן שהוא, כאמור, מקרה גבולי. שנית, הסברתי שאי-נקיטה של שיטת טיפול עדיפה – היינו: שיטה שבה הפגיעה בנוחותו של המטופל נמוכה יותר מאשר בשיטות אחרות – אינה בהכרח התרשלות, הגם שידיעת הרופא על עדיפותה עשויה להטיל עליו חובה ליידע גם את המטופל אודות קיומה. שלישית, בית המשפט אינו מעניק משקל ראוי לפרקטיקה הרפואית המקובלת. ניסיתי להראות כי הפרקטיקה הרווחת, במיוחד בתחום הרפואי, צריכה להוות מדד רב-משקל לדרגת ההתנהגות המחייבת את הרופא. נראה לי שבית המשפט העליון נחפו לסווג את הפרקטיקה כרשלנית מבלי לקיים דיון מעמיק במקומה הראוי של פרקטיקה מקצועית רפואית בהגדרת

א-ב, מפי השופט ברנזון: "צפיות סבירה אומרת שמי שנוהג כלי רכב ברשות הרבים ופוגע ברשלנותו בהולך רגל עלול לגרום לו כל נזק גופני ואף להביא למותו בלי כל קשר עם מצב בריאותו של הנפגע. מכיון שכך, הרי שממילא במקרה הקונקרטי הזה, יכלו והיו צריכים הנהגים לצפות את האפשרות שעקב רשלנותם הם עלולים להביא על המשיב... כל צרה ואסון, אף חמורים מאלה שפקדו אותו במציאות". ובעמ' 716 מול האות ד, מפי השופט ויתקון: "אפשר לקבוע – ולצורך הענין שלפנינו די בקביעה זו – שבמקרה של פציעת אדם עקב נהיגה רשלנית ברכב יהא כל נזק גופני בגדר הצפיות".

סטנדרט הזהירות. רביעית, הראיתי שבית המשפט העניק משקל מופרז להוראות היצרן.

בשלב השני תקפתי את דרך ההנמקה של בית המשפט בעניין הסיבתיות המשפטית וריחוק הנזק. הסברתי כי גישתה של השופט ביניש בערעור, המייחסת לרופא יכולת לצפות התרחשויות בלתי-צפויות – גישה שאומצה בתמציתיות על ידי השופט אור בדיון הנוסף – היא למצער פרובלמטית. לאחר מכן הראיתי כי גישתו האלטרנטיבית של השופט אור בעייתית לא פחות. ראשית, ההבחנה בין נזק ראשוני קל לנזק חמור מאוחר, שעליה נסמך השופט, לא התבססה על ראיות מספקות; שנית, בית המשפט גזר מפסק הדין בעניין רינגר הלכה שאינה מצויה בו כלל; שלישית, ההלכה שקבע בית המשפט אינה מתיישבת עם מטרתו של סעיף 176(1) לפקודת הנזיקין ועם היסודות העיוניים להטלת אחריות בעוולת הרשלנות.

אינני מקנא בשופטי הרוב בדיון הנוסף. אחרי ככלות הכול, הם נדרשו לבחור בין הטלת אחריות על רשות שלטונית בעלת כיס עמוק לבין השבת פניה של תובעת אומללה, שהפכה למשותקת בשל טיפול רפואי, ריקם לאחר כמעט שני עשורים של התדיינות משפטית.²⁵⁴ איני חולק על כך שבית המשפט הגשים בהחלטתו מדיניות סוציאלית שנראית ראויה,²⁵⁵ אך הוא עשה זאת בדרך בלתי-ראויה. לבי אינו קהה לסבלה של אותה ילדה, חפה מכל אשמה, שציפתה לקבל טיפול שיניים וקיבלה שיתוק חלקי; אני מבין היטב כי התוצאה של אי-הטלת אחריות בנסיבות המקרה דנן הייתה קשה מאוד מפרספקטיבה סוציאלית. אולם, עוולת הרשלנות אינה המכשיר המתאים להגשמת מדיניות סוציאלית, משום שביסודה עומד רעיון של אשמה ולא רעיון של צורך. בהיעדר אשמה נותר הנזק על כתפיו של הניזוק, חרף האמפתיה המתעוררת אל נוכח סבלו. זהו, למעשה, שורש הבעיה. נזקים שמקורם באבחון רפואי או בטיפול רפואי הם לעתים קרובות אקוטיים ומעוררי אמפתיה, ולעתים קרובות לא ניתן לייחסם ל"אשמה". כאשר הנזק הוא חמור וספק אם ניתן לייחסו לאשמה נוצר "מקרה קשה" מנקודת המבט השיפוטית; ומקרים קשים עלולים להוליד לא רק הלכה גרועה (כאמרתו הידועה של השופט הולמס) אלא גם הנמקה גרועה – כפי שאירע בענייננו.

254 אפשר שהייתה זכאית לקצבת נכות מן הביטוח לאומי; ראו פרק 21 לחוק הביטוח הלאומי בנוסח המשולב הראשון (נוסח משולב), תשכ"ח-1968; פרק 8 (סעיפים 195 ואילך) לחוק הביטוח הלאומי (נוסח משולב), התשנ"ה-1995. אלא, ששיעורן של קצבאות אלה נמוך יחסית ואינו הולם את הנזק.

255 הגם שניתן לומר כי ההישג הסוציאלי הוא נקודתי, ועלול למנוע הגשמת יעדים סוציאליים אחרים. לדוגמה: הגדלת הפרמיות המשולמות על ידי רופאים ובתי חולים בעקבות פסק הדין תקטין, מן הסתם, את התקציבים המיועדים להגשמת צרכים אחרים (הרחבת סל התרופות, הוולת התשלום בגין פניה לרופאים מומחים וכו').

כאמור, איני עוצם עיניי לבעיה של נפגעי טיפול רפואי. טענתי היחידה היא שאם ברצוננו להבטיח סעד לנפגעים אלה במנותק משאלות של אשמה, איננו רשאים לעשות כן באמצעות מניפולציות על עוולת הרשלנות. אפשר שהפתרון הראוי יימצא בהסדר של אחריות מוחלטת (או חמורה) המגובה בביטוח אחריות דוגמת חוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים; אפשר שהסדר של ביטוח ממלכתי לנפגעי טיפול רפואי הוא עדיף. מכל מקום, נחוצה התערבות חקיקתית.²⁵⁶

256 השוו דנ"א קליפורד, הערה 2 לעיל, בפסקה 21 לפסק דינו של השופט אנגלרד. ראו גם דו"ח הוועדה לבדיקת האחריות לפגיעה בטיפול רפואי (תשנ"ט) (בראש הוועדה עמד שופט בית המשפט המחוזי בתל-אביב, ד"ר גבריאל קלינג).