

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים**ע"א 9151/08**

בפני :

כבוד המשנה לנשיאה א' ריבלין
 כבוד השופטת מ' נאור
 כבוד השופט נ' הנדל

המערערים :

1. מאיר בן חמו
 2. מרים בן חמו
 3. שמעון בן חמו

נגד

המשיבים :

1. עיריית ירושלים - שירותי בריאות הציבור
 2. הסתדרות מדעינית "הדסה"
 3. פרופ' אמנון בז'יז'נסקי

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בירושלים
 מיום 27.8.2008 ב**ת"א 7063/05**, [פורסם בנבו] שניתן על
 ידי כב' השופט מ' רביד

בשם המערערים :

עו"ד אשר שרביט

בשם המשיבה 1 :
 בשם משיבים 2-3 :

עו"ד תמר קרניאל
 עו"ד ירון בן דן ; עו"ד אופיר בן משה

לסיכומים בכתבי טענות (01-09-2008) : תא 7063/05 מאיר בן חמו נ' עיריית ירושלים – שירותי בריאות הציבור - ב"כ עו"ד תמר קרניאל שופטים : רביד, עו"ד : תמר קרניאל לסיכומים בכתבי טענות (02-01-2012) : עא 9151/08 בן חמו מאיר נ' הסתדרות מדעינית הדסה - ב"כ עו"ד טלי גת-מילשטיין עו"ד : טלי גת-מילשטיין חקיקה שאוזכרה : חוק זכויות החולה, תשנ"ו-1996 : סע' 17 תקנות בריאות העם (שמירת רשומות), תשל"ז-1976 : סע' 1, 2

כתבי עת :

[אריאל פורת, אלכס שטיין, "דוקטרינת הנזק הראייתי: ההצדקות", עיוני משפט, כרך כא \(תשנ"ח\) 191](#)

מיני-רציו:

* ביהמ"ש העליון, קיבל ברוב דעות את הערעור ככל שהוא נוגע לאחריות ביה"ח הדסה. ביהמ"ש קבע כי קיים נזק ראייתי ברישומי ביה"ח, המוצא ביטוי בהיעדר היכולת לדעת האם התלוננה המערערת בעת הרלוונטית כי אינה חשה בתנועות העובר. נזק זה מעביר את נטל ההוכחה לכתפי המשיבים. אלא שביה"ח לא הרים את הנטל להוכחת אי התרשלותו ועל כן נקבע כי האחריות לנזקים שנגרמו למערערת, רובצים לפתחו.

* נזיקין – רשלנות – רשלנות רפואית

* נזיקין – אחריות – נזק ראייתי

* נזיקין – נטל השכנוע – העברתו

* נזיקין – עוולות – רשלנות רפואית

ערעור על פסק דינו של ביהמ"ש המחוזי בירושלים, במסגרתו נדחתה תביעת המערערים לפצותם בשל נזקים אשר נגרמו להם עקב מעשיהם ומחדליהם הרשלניים של המשיבים, עובדיהם ושלוחיהם, במסגרת הריונה של מערערת 2 (להלן: מרים). הריון שהוביל ללידתו של המערער 1 (להלן: "מאיר"). אין חולק שמרים נבדקה בימים 7.6.1990 ו-13.6.1990 על ידי פרופ' בז'ינסקי – רופא מביה"ח הדסה וכי ביום 16.6.1990 הגיע מרים לבית החולים "ביקור חולים", שם אובחנה מצוקה עוברית קשה, והתבצע ניתוח קיסרי דחוף במהלכו נולד מאיר, במצב של אפגר 1, כשהוא סובל משיתוק מוחין קשה, התקפי אפילפסיה, קונטרקטורות קשות במפרקי הברכיים ואי שליטה על הסוגרים. לטענת מרים הטיפול בכל מהלך ההיריון, היה במסגרת טיפת חלב, כאשר פרופ' בז'ינסקי נתן שירות בטיפת חלב מטעם הדסה (ומכאן לטענתה אחריותה של המשיבה 1) וכי ביום 13.6.1990 היא הגיעה לטיפת חלב כיוון שלא חשה בתנועות העובר ודיווחה לפרופ' בז'ינסקי על כך. אולם, פרופ' בז'ינסקי, הסתפק בבדיקה חיצונית כללית והיא שוחררה לביתה ללא הנחיות. המשיבים טוענים כי עד ליום 31.12.1989 נבדקה מרים בטיפת חלב ולאחר מכן פנתה להמשך מעקב וטיפול בהדסה. לטענתם, בביקור ביום 13.6.1990 מרים לא התלוננה על העדר תחושות בתנועת עובר וכי הטיפול שניתן לה, לא היה רשלני.

ביהמ"ש העליון, דחה (בהרכב מלא) את הערעור ככל שהוא מתייחס למשיבה 1 ולמשיב 3 וברוב דעות (כאמור בפסק דינו של השופט נ' הנדל, בהסכמת המושגת-לנשיאה א' ריבלין, כנגד דעתה החולקת של השופטת מ' נאור) קיבל את הערעור ביחס למשיבה 2, מהטעמים הבאים:

לא נפלה טעות בקביעת ביהמ"ש המחוזי כי פרופ' בז'ינסקי לא טיפל במרים בטיפת חלב, אלא עשה זאת במסגרת ביקוריה במרפאות החוץ של הדסה. עדותה של מרים היא בבחינת עדות יחידה אשר ביהמ"ש הסתייג ממנה גם בעקבות בחינת מסמכים. לעומתה, עדויותיהם של סרי (האחות ראשית ומנהלן התחנה בטיפת חלב בזמנים הרלוונטים) ופרופ' בז'ינסקי מחזקות האחת את רעותה ונתמכות במסמכים המאשרים את הפסקת הטיפול בטיפת חלב. על כן, אין להתערב בקביעה עובדתית זו. משמרים לא טופלה בטיפת חלב במועד הרשלנות הנטענת – הרי שדין התביעה נגד עיריית ירושלים להידחות.

רשלנות המערערת 2 – האם התלוננה מרים על חוסר תחושה בתנועות העובר? לאור העובדה שמדובר במקרה אשר ארע לפני למעלה משני עשורים, העדויות ניתנו 16 שנים לאחר האירוע, התרשמותו של ביהמ"ש המחוזי מהעדה, כי היא "אינה זוכרת את העובדות לאשורן", ועדותו של פרופ' בז'ינסקי

"אני לא זוכר כלום" והוסיף כי עדותו נשענת על האמור במסמכים ובראיות – יוצר קושי רב בקביעת עובדות על סמך עדויות הצדדים הנסמכות על הזיכרון האנושי, ומצריך פניה למסמכים.

כיון שאין מחלוקת בין הצדדים כי מרים נבדקה אצל פרופ' בז'ינסקי בימים 7.6.1990 ו-13.6.1990. ולאור עדותו בנוגע לרישומים שהוא נוהג לעשות, המסמכים הרלוונטיים לבחינה הם: (1) הרישום בכרטיס האשה ההרה מיום 7.6.1990; (2) הרישום בגיליון הדסה מיום 7.6.1990 (רישום שאינו בנמצא); (3) הרישום בכרטיס האשה ההרה מיום 13.6.1990; (4) הרישום בגיליון הדסה מיום 13.6.1990. מסמך נוסף אשר יהיה לעזר הינו גיליון השחרור של בית החולים ביקור חולים, מיום 22.6.1990. עיון ברישומים אלה, מעלה קושי להכריע באופן ברור באשר לאירועים שהתרחשו בימים הרלוונטיים. קושי ראיתי זה מורכב מחמישה נדבכים: א. תיקון התאריך בגיליון הדסה מיום 13.6.1990 (במקור כתוב היה התאריך – 7.6.1990); ב. היעדר רישום בגיליון הדסה בחודש יוני 1990; ג. הסתירות שברישומים; ד. רישום המילה "אזהרות"; ה. הרישום בגיליון ביקור חולים, שם צוין כי מרים התקבלה ביום 16.6.1990, לאחר שלא חשה בתנועות העובר "במשך שלושה ימים האחרונים". חמשת הנדבכים במצטבר, מגביר את הערפל העובדתי ולגישת ביהמ"ש נוצר "תיקו ראיתי", אשר "מכניס לפעולה" את דוקטרינת הנזק הראיתי. הנזק מוצא ביטוי בהיעדר היכולת לדעת האם התלוננה מרים בעת הרלוונטית כי אינה חשה בתנועות העובר. הרישום החסר בתיק דנא הינו משמעותי דיו, עד שנטל ההוכחה, הרובץ בגיל על כתפי התובעים, ראוי לו שיעבור לכתפי הנתבעים. המשיבים לא עמדו בנטל

יודגש, נטל השכנוע התהפך, וזאת ללא הוכחה פוזיטיבית כי פרופ' בז'ינסקי פעל שלא כשורה במסגרת הטיפול במרים. בהסתמך על הערכת מקצועיתו של פרופ' בז'ינסקי, ובהיעדר הסבר מניח את הדעת מצד הדסה על סיבת היעדר הרישום, הרי שיש לקבוע כי האחריות לנזקים שנגרמו למרים, רובצים לפתחו של בית החולים הדסה, אשר לא הרים את הנטל להוכחת אי התרשלותו.

לכן, דחיית התובענה נגד פרופ' בז'ינסקי תעמוד אף היא בעינה. ברם, יש לקבל את הערעור נגד משיבה 2 – הסתדרות מדיצינית "הדסה" באופן הבא: פסק הדין של ביהמ"ש המחוזי, לפיו נדחתה תביעת המערערים נגד משיבה 2, מבוטל. תחת זאת, קמה חבותה כלפי המערערים בגין הנזק שנגרם להם עקב התרשלותו. הדיון יוחזר לבימ"ש קמא לשם קביעת שיעור הנזק.

השופטת מ' נאור, סבורה בדעת מיעוט, כי יש לדחות את הערעור גם בעניין הטלת חבות על פרופ' בז'ינסקי ו/או על בית החולים הדסה. הערכאה הדיונית קבעה ממצאים שבעובדה ושבמהימנות שבהם אין מקום להתערב, כי המערערת דיווחה בבדיקה ב-13.6.1998 כי היא חשה את תנועות העובר. נוכח קביעה זו, מתמוטטת תביעת המערערים, שכן אם לא היה דיווח על העדר תנועות עובר, גם לא הייתה רשלנות בטיפול בדיווח שכזה. די בכך כדי לדחות את הערעור. בבחינת למעלה מן הצורך מציינת השופטת נאור תמיהה מקו הטיעון של המערערים בעניין זיוף התאריך בגיליון המרפאה. וכן לגישתה, אין מקום בנסיבות להעביר את נטל השכנוע בגין נזק ראיתי. לגישתה, נוכח הקביעות העובדתיות הברורות של הערכאה הדיונית, לא היה "תיקו" ראיתי, ומכל מקום, גם אם הנטל היה מועבר בגין נזק ראיתי, הנתבעים הרימו נטל זה.

פסק-דין

השופט נ' הנדל:

1. מונח לפנינו ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בירושלים מיום 27.8.2008 [בת"א 7063/05](#) [פורסם בנבו] (כב' השופט מ' רביד), במסגרתו נדחתה תביעת המערערים לפצותם בשל נזקים אשר נגרמו להם עקב מעשיהם ומחדליהם הרשלניים של המשיבים, עובדיהם ושלוחיהם, במסגרת הריונה של מערערת 2.

הרקע העובדתי

2. מערער 1, מאיר בן חמו (להלן: "מאיר"), נולד ביום 16.6.1990 במצב של אפגר 1, כשהוא סובל משיתוק מוחין קשה, התקפי אפילפסיה, קונטרקטורות קשות במפרקי הברכיים ואי שליטה על הסוגרים. ההריון שהוביל ללידתו של מאיר היה הריונה השישי של אימו, מרים בן חמו – היא מערערת 2 (להלן: "מרים"). פרט ללידה הראשונה, בוצעו כל הלידות בניתוח קיסרי. זאת, עקב מצבי מצוקת עובר וגורמי סיכון אחרים. לאחר לידת מאיר, הרתה מרים פעמיים נוספות וילדה שני ילדים.

ביום 17.12.1989, שישה חודשים טרם הולדתו של מאיר, נרשמה מרים למעקב הריון בתחנת טיפת חלב סנהדריה (להלן: "טיפת חלב" או "התחנה"). עד שבוע 34 להריון לא נמצאו כל ממצאים חריגים בבדיקות שנערכו למרים ולעובר. ביום 27.5.1990, בהיותה בשבוע 34 להריון, אושפזה מרים במחלקת היולדות של בית החולים "הדסה" (משיבה 2, להלן: "הדסה") בשל כאבים בבטן התחתונה. במסגרת האישפוז בוצעו למרים בדיקת אולטרא-סאונד וסקירת מערכות. ביום 29.5.1990 שוחררה מרים מהדסה כאשר בגליון סיכום המחלה צוין: "הערכת משקל 2,500 גרם. סקירת מערכות תקינה. לציין שהמשקל מעט מעל הגבול העליון של הנורמה". בהמשך לבדיקות שנערכו במהלך האישפוז, זומנה מרים ל"ביקורת רופא מטפל בעוד שבועיים", וכן נקבע לה תור לניתוח קיסרי ביום 21.6.1990. הצדדים חלוקים באשר לאירועים שהתרחשו לאחר שחרורה של מרים מהדסה. טענותיהם תובאנה להלן.

טענות הצדדים בבית המשפט המחוזי

3. לטענת המערערים בהליך קמא, במהלך ההריון הייתה מרים במעקב בטיפת חלב, וטופלה על ידי האחיות ועל ידי רופא שנתן שירות בטיפת חלב מטעם הדסה – פרופ' אמנון בז'ינסקי (משיב 3, להלן: "פרופ' בז'ינסקי"). נטען כי פרופ' בז'ינסקי בדק את מרים ביום 7.6.1990, דהיינו – לאחר שחרורה מהאישפוז בהדסה. ביום 13.6.1990 הגיעה מרים לטיפת חלב כשהיא מבוהלת, לאחר שלא חשה בתנועות

העובר. לפי הנטען, פרופ' בז'ינסקי, אשר טיפל בה גם בביקור זה, הסתפק בבדיקה חיצונית כללית, ולא עשה לעובר ניטור או בדיקה אחרת כגון בדיקת אולטרא-סאונד. הודגש כי על אף גודלו החריג של העובר, שוחררה מרים לביתה ללא הנחיות. מרים המשיכה שלא לחוש בתנועות העובר, ועל כן הגיעה ביום 16.6.1990 לבית החולים "ביקור חולים", שם אובחנה מצוקה עוברית קשה, והתבצע ניתוח קיסרי דחוף במהלכו נולד מאיר.

משיבה 1, עיריית ירושלים (להלן: "העירייה"), היא האמונה על שירותי בריאות הציבור בירושלים, במסגרתם מופעלות תחנות טיפת חלב. לטענתה, תחנת טיפת חלב האמורה לא הופעלה בשיתוף פעולה עם הדסה, פרופ' בז'ינסקי לא עבד בתחנה, ועל כן אם בדק את מרים – לא עשה זאת במסגרת ביקוריה בטיפת חלב. לטענת העירייה, ביום 31.12.1989 נבדקה מרים בטיפת חלב בפעם האחרונה, ופנתה להמשך מעקב וטיפול בהדסה. מרים נבדקה בטיפת חלב על ידי אחות ביום 17.12.1989, ובמסגרת הבדיקה קיבלה מרים "כרטיס אישה הרה" (להלן: "כרטיס אישה הרה"), בו נרשמות הבדיקות המבוצעות על ידי האחיות והרופאים. כרטיס זה נותר בידי המטופלת, כאשר במקביל קיים אף "כרטיס מטופל", הנשאר בטיפת חלב והרישומים בו נעשים במקביל לאלה שבכרטיס אישה הרה.

בית החולים הדסה ופרופ' בז'ינסקי תמכו בטענת העירייה לפיה טופלה מרים בתקופת הריונה עם מאיר על ידי פרופ' בז'ינסקי בבית החולים הדסה. לטענתם, לא הייתה כל רשלנות בטיפול במרים. הובהר כי מרים אכן נבדקה בימים 7.6.1990 ו-13.6.1990 על ידי פרופ' בז'ינסקי, אולם המדובר היה בבדיקות שגרתיות ומרים לא התלוננה במסגרתן על היעדר בתחושת תנועות העובר. לגישתם, אין כל ספק כי לו הייתה מרים מתלוננת בפני הרופא בדבר היעדר תנועות העובר – לא היה הרופא מסתפק בבדיקה חיצונית.

הכרעת בית המשפט המחוזי

4. בית המשפט המחוזי דחה את תביעת המערערים משקבע כי המשיבים לא הפרו את חובת הזהירות המוטלת עליהם. נקבע כי עדותה של מרים אינה עושה רושם מהימן "לא מפני ששיקרה, אלא מפני שעדותה הייתה מבולבלת, וניכר שאינה זוכרת את העובדות לאשורן" (עמ' 6 לפסק הדין). קביעה זו מתבססת בעיקר על סתירות שבין עדותה של מרים לבין המסמכים מזמן אמת (עמ' 7 לפסק הדין). לעומת זאת, עדויותיהם

של עובדי תחנת טיפת חלב ושל פרופ' בז'י'נסקי נתקבלו כמהימנות. בית המשפט המחוזי קיבל את גרסת המשיבים, לפיה מרים נבדקה בטיפת חלב רק בתחילת הריונה, ולאחר תאריך 31.12.1989 לא טופלה יותר בתחנה. קביעה זו נסמכה על המסמכים השונים שעמדו לפני בית המשפט, בין היתר הרישום ב"כרטיס אשה הרה" לפיו מרים הפסיקה את טיפוליה בתחנה, רישומי גליון בית החולים של הדסה וחתימת מרים המאשרת את קבלת ההחזר הכספי בגין הפסקת הטיפול בטיפת חלב. הימנעותה של מרים מלהוכיח את טענותיה באמצעות עדותן של נשים נוספות שטופלו בתחנה על-ידי פרופ' בז'י'נסקי, אף היא פעלה לרעתה.

עוד נקבע, כי על פי הרישומים מזמן אמת, ועל אף אי הדיוקים העולים מהם, מרים לא התלוננה בפני פרופ' בז'י'נסקי כי היא אינה חשה בתנועות העובר. נפסק כי מהרישום הקיים ב"כרטיס אישה הרה" - בו נרשמות הבדיקות המבוצעות על ידי האחיות והרופאים בטיפת חלב - אשר נותר בידי המטופלת במהלך ההריון, ומהרישום המצוי בגליון בית החולים בהדסה (להלן: "גליון הדסה"), ניתן להסיק שמרים לא דיווחה כי היא אינה חשה בתנועות העובר. בית המשפט המחוזי קבע כי אף שנרשמה המילה "אזהרות" בבדיקה שנערכה ביום 13.6.1990, הרי שאין זה סביר כי פרופ' בז'י'נסקי יכתוב מילה זו ובה בעת יאמר למטופלת כי הכל כשורה. נקבע כי ככל הנראה הדבר נרשם על רקע גורמי סיכון בהם הייתה מצויה, ואין הדבר תומך בטענה כי מרים התלוננה על היעדר תחושת תנועות העובר. בהמשך לכך נקבע כי מרים הפסיקה לחוש בתנועות העובר רק לאחר שנבדקה על ידי פרופ' בז'י'נסקי ביום 13.6.1990, וכי הדברים מתחזקים ברישום שבגליון סיכום מחלה בבית החולים ביקור חולים. בית המשפט המחוזי קבע גם כי בנסיבות בהן מרים לא התלוננה בפני פרופ' בז'י'נסקי על היעדר תחושת תנועות העובר, הרי שלא היה מקום להפנות את מרים לבדיקת אולטרא-סאונד, על אף שעולה מהמסמכים כי ייתכן ומרים אכן ביצעה בדיקה שכזו. הוער כי על אף שתוצאותיה של בדיקה זו אינם בנמצא, לא היה על הדסה לשמור תוצאות אלה מעל לשבע שנים, וכי כך או כך "אין למחדל זה השפעה על התשתית הראייתית בתיק" (עמ' 18 לפסק הדין).

בית המשפט המחוזי המשיך וקבע כי בנסיבות העניין אין בהיעדר ממצאי בדיקת האולטרא-סאונד או הרישום בגליון הדסה מיום 7.6.1990 משום "נזק ראייתי" למערערים. הודגש כי אין להפעיל דוקטרינה זו בכל מצב, "אלא רק במצב של תיקון ראייתי" אשר לא התקיים לדעת בית המשפט המחוזי.

טענות הצדדים

5. לטענת המערערים, מסקנותיו של בית המשפט המחוזי נשענות על יישום שגוי של הראיות והרישומים הרפואיים. כך לדוגמא, הרישום בגליון הדסה מיום 13.6.1990 מעלה חשש כי אין המדובר בתרשומת אותנטית, וכי למעשה מתארת היא את הבדיקה שנערכה ביום 7.6.1990. בהיעדר תרשומת של הבדיקה "האמיתית" שנערכה לטעם המערערים ביום 13.6.1990, הרי שקיים חסר ראייתי קריטי. נטען כי המשיבים לא נתנו הסבר מניח את הדעת לחשש זה. הוסף כי אי נכונותן של הדסה וטיפת חלב להציג את רישומי הנוכחות, פעילות הרופאים וההזמנות לטיפולים המונפקים על ידן, מנעו בחינתן של ראיות לפיהן ניתן היה לעמוד על טיבה של מערכת היחסים בין הדסה לבין טיפת חלב, והשאלה האם טופלה המערערת על ידי פרופ' בז'ינסקי בטיפת חלב. לדעת המערערים, אי הצגת הראיות מקימה חזקה ראייתית לחובת הדסה. עוד נטען כי לא ניתן להסיק מהמסמכים הקיימים כי המערערת הפסיקה את הטיפול בטיפת חלב, וכי ניתן ללמוד מהתנהגות עובדי תחנת טיפת חלב במועד שלאחר הפסקת הטיפול הנטענת, כי הטיפול כלל לא הופסק. הודגש כי הסתירות בעדותה של המערערת הינן קלות, וכי יש להניח שתזכור היטב אירועים שאירעו בימים גורליים בחייה. לגישת המערערים, רישומה של המילה "אזהרות" ביום 13.6.1990 הינו סתום ובלתי מפורש. לו היה הרופא מורה למערערת כי עליה לגשת לבית החולים – הייתה עושה זאת. אולם, כנטען, הרופא הרגיעה ואמר כי הכל תקין.

לגישת המשיבים יש לדחות את הערעור. ראשית, טוענים הם כי למעט שני ביקורים בתחילת ההריון, לא ביקרה מרים בתחנת טיפת חלב, והטיפול שהוענק לה ניתן בבית החולים הדסה. הודגש כי אי הצגת ההסכמים שבין טיפת חלב להדסה אינה פוגעת במערערים שכן לא ניתן ללמוד מהם על רופאי הדסה שנתנו שירות בתחנות טיפת חלב. לעניין רישומה האותנטי של הבדיקה מיום 13.6.1990 נטען, כי לאי הדיוקים שברישום ניתן הסבר רפואי ועובדתי אשר מניח את הדעת ושהתקבל על ידי בית המשפט המחוזי. בשל כך, ונוכח הרישומים, גורסים המשיבים כי אין לומר שמרים התלוננה בפני פרופ' בז'ינסקי על היעדר בתחושת תנועות העובר. צוינה מומחיותו הרבה של פרופ' בז'ינסקי במיילדות וגניקולוגיה. האחרון מומחה בתחומים אלה החל משנת 1988 והיה שותף למחקרים בנושא חשיבות תנועות העובר כחלק מהמעקב בהריונות בסיכון.

דיון

6. שתי שאלות מרכזיות עומדות לפתחנו בערעור דנא. הראשונה – היכן טופלה מרים במהלך הריונה עם מערער 1? האם נעשה הטיפול בטיפת חלב, או שמא טופלה בהדסה? באם יימצא כי מרים לא טופלה בטיפת חלב במועד הרשלנות הנטענת – הרי שדין התביעה נגד עיריית ירושלים להידחות. השניה – האם מרים התלוננה בפני פרופ' בז'ינסקי ביום 13.6.1990 כי היא אינה חשה בתנועות העובר? תשובה לשאלה זו תאפשר לקבוע האם הטיפול הרפואי במרים היה רשלני והוביל לנזק שנגרם למערער 1.

היכן טופלה מרים?

7. כאמור, לכל אורך עדותה טענה מרים כי מעקב הריונה מתחילתו ועד סופו היה בטיפת חלב, וכי הטיפול בתאריך ה"קריטי" – 13.6.1990 – ניתן לה על ידי פרופ' בז'ינסקי בטיפת חלב. המערערת ביקשה לחזק את עדותה בכך שלא הוצגו אישורי תשלום עבור טיפול במרפאות הדסה, ובכך שהמשיבים לא הציגו מסמכים בדבר הרופאים שנתנו שירות בטיפת חלב בתקופה הרלוונטית, על אף שאלה היו בידם. למול עדותה של מרים, עמדה עדותו של פרופ' בז'ינסקי אשר העיד כי אינו זוכר שעבד בתחנת טיפת חלב המדוברת. עוד העידה הגב' נורית סרי (להלן: "סרי"), אשר בזמנים הרלוונטיים הייתה אחות ראשית ומנהלת התחנה. לפי עדותה, שנמצאה אמינה בעיני בית משפט קמא, בתחנת טיפת חלב אשר נתנה שירות לקהילה החרדית – עבדו רק רופאות ולא רופאים. לדבריה, מרים הגיעה לשני טיפולים בטיפת חלב בתחילת הריונה עם מאיר, ולאחר מכן עברה להשגחה בהדסה בשל דימום. עדותה של סרי מצאה תמיכה במסמכים שונים בהם מצוינת הפסקת הטיפול של מרים, כמו גם אישור קבלתו של החזר כספי בגין הפסקת הטיפול.

הנה כי כן, בשאלת מקום הטיפול קיימות שתי גרסאות עובדתיות נגדיות. אומרת האם – טופלתי בטיפת חלב. המשיבים מצידם טוענים – להד"ם. ויודגש, עדותם של המשיבים אינה נשענת על המסמכים התומכים בטענתם, אלא על זיכרונם האישי את העובדות. משאלה הם פני הדברים, הרי שעדותה של מרים היא בבחינת עדות יחידה אשר בית המשפט הסתייג ממנה גם בעקבות בחינת מסמכים. לעומתה, עדויותיהם של סרי ופרופ' בז'ינסקי מחזקות האחת את רעותה ונתמכות במסמכים המאשרים את הפסקת הטיפול בטיפת חלב. כפי שציין בית המשפט קמא, הימנעותה של מרים מלהעיד נשים נוספות שטופלו בתחנה כי פרופ' בז'ינסקי אכן עבד בה,

פועלת לחובתה. במצב עניינים זה, סבורני כי לא נפלה טעות בקביעת בית המשפט המחוזי כי פרופ' בז'ינסקי לא טיפל במרים בטיפת חלב, אלא עשה זאת במסגרת ביקוריה במרפאות החוץ של הדסה. על כן, אין להתערב בקביעה עובדתית זו.

האם התלוננה מרים על חוסר תחושה בתנועות העובר?

8. בהגיענו לשאלה זו, יש לשוב ולהזכיר כי המדובר במקרה אשר ארע לפני למעלה משני עשורים. העדויות ניתנו 16 שנים לאחר האירוע. בשל כך, קיים קושי מובנה בהסתמכות על זיכרונם של עדים. ברם, מימד הזמן כשלעצמו אינו קובע. ייתכן שמאן שהוא היה מעורב באירוע כה משמעותי עבורו, שיש להעניק משקל לעדותו. כך מרים תיארה את מצבה: "את התאריך 13.6.1990 לא אשכח לעולם ועד. ירדתי מפוחדת, מבוהלת, עם חלוק, מטפחת ונעלי בית שלא כדרכי, זה קרוב לי בדיוק ליד הבית. אני יודעת מה זה אישה מעוברת שלא מרגישה את הדופק של העובר ולא מרגישה כלום. בטן תפוחה וכלום. לא יודעת איך אני זוכרת את התאריך 13.6.1990, משום מה את התאריך הזה אני זוכרת" (עמ' 9 לפרוטוקול הדיון). ברם, התרשמותו של בית המשפט המחוזי מהעדה, כי היא "אינה זוכרת את העובדות לאשורן", בעלת משקל ממש. לצד זה, ובבהירות נחרצת, העיד פרופ' בז'ינסקי "אני לא זוכר כלום" (עמ' 34 לפרוטוקול הדיון) והוסיף כי עדותו נשענת על האמור במסמכים ובראיות שבכתב. במצב זה, חשיבותם של מסמכים אלה ברורה לצורך ההכרעה במחלוקת. כך גם בשל מקום האירוע – בית החולים אשר מתפקידו לתעד כל שלב על ציר הטיפול הרפואי.

המסמכים

אין מחלוקת בין הצדדים כי מרים נבדקה אצל פרופ' בז'ינסקי בימים 7.6.1990 ו-13.6.1990. כפי שציין פרופ' בז'ינסקי בעדותו (עמ' 28 לפרוטוקול הדיון), כאשר הוא מבצע בדיקה לאישה הרה, מתבצע רישום כפול של הממצאים – הן בכרטיס האשה ההרה, והן בתיק המרפאה – גליון הדסה. נוכח האמור, לצורך ההכרעה יש לבחון ארבעה רישומים: (1) הרישום בכרטיס האשה ההרה מיום 7.6.1990; (2) הרישום בגליון הדסה מיום 7.6.1990 (רישום שאינו בנמצא); (3) הרישום בכרטיס האשה ההרה מיום 13.6.1990; (4) הרישום בגליון הדסה מיום 13.6.1990. מסמך נוסף אשר יהיה לעזר הינו גליון השחרור של בית החולים ביקור חולים, מיום 22.6.1990. כפי שיובהר להלן, עיון ברישומים אלה, מעלה קושי להכריע באופן ברור באשר לאירועים שהתרחשו בימים הרלוונטיים. קושי ראיתי זה מורכב מחמישה נדבכים: א.

תיקון התאריך בגליון הדסה מיום 13.6.1990; ב. היעדר רישום בגליון הדסה בחודש יוני 1990; ג. הסתירות שברישומים; ד. רישום המילה "אזהרות"; ה. הרישום בגליון ביקור חולים.

א. תיקון התאריך בגליון הדסה מיום 13.6.1990

אין מחלוקת בין הצדדים כי התאריך הרישום בגליון הדסה מיום 13.6.1990 תוקן, ובמקור כתוב היה התאריך - 7.6.1990 (להלן: "הרישום המתוקן"). התיקון של התאריך בולט לעין. לטענת הדסה ופרופ' בז'ינינסקי, שינוי התאריך הנטען נעשה בתום לב, ונבע מבלבול ברישום התאריך. לגישת המערערים, תיקון התאריך אינו אותנטי ולא נעשה בתום לב. אין צורך להכריע במחלוקת שבין הצדדים לגבי סיבת שינוי התאריך. ודאי שטענה לפיה המסמך זויף או שונה בחוסר תום לב, היא טענה אשר נטל ההוכחה בגינה רב, ולא הורם. ואולם, לנוכח התמיהות העולות מההבדלים שברישומים, כפי שיוצגו להלן, שינוי התאריך מבסס את הערפול ואת הקושי הראייתי העולה בתיק זה.

ב. היעדר הרישום בגליון הדסה בחודש יוני 1990

במהלך הדיון בבית המשפט המחוזי, לא הצליח בית החולים לאתר את תרשומת הבדיקה הרפואית בגליון הדסה מיום 7.6.1990. זאת לשיטתו. הווה אומר, עיון בגליון הדסה מגלה שישנו רק רישום אחד בחודש יוני 1990, חרף העובדה שמוסכם שמרים טופלה פעמיים בבית החולים הדסה - בימים 7.6.1990 ו-13.6.1990. הרישום הבודד מהווה כאמור, רישום מתוקן. עיון בו מגלה שתחילה רשום היה התאריך 7.6.1990, וזה תוקן ל-13.6.1990. כפי שצוין, אין צורך לקבוע שתיקון זה נובע מזיוף או מרמה. ברם, אין מחלוקת לגבי עצם התיקון ומהותו. על פי הקו שהותווה על ידי המשיבים, הרישום המתוקן מתייחס לתאריך 13.6.1990, ועל כן חסר רישום הבדיקה מיום 7.6.1990. דא עקא, זוהי השאלה השנויה במחלוקת – האם הרישום המתוקן מועדו 7.6.1990 או 13.6.1990? היעדר הרישום הנוסף מקשה על קביעת עמדה ברורה בנדון. רוצה לומר, לו היה מעל לרישום המתוקן רישום נוסף מתאריך 7.6.1990, כי אז ברור שהרישום השני נעשה אכן ביום 13.6.1990. החסר מחזק את טענת המערערים, כאשר המשיבים הם האחראים על הרישום.

יוזכר, כי לפי עדותו של פרופ' בז'ינינסקי, הוא מקפיד לבצע רישום כפול של הבדיקות תמיד. לטענת הדסה, אבדן הרישום נבע מכך שהבדיקה בתאריך זה לא הייתה

מתוכננת, ותיקה הרפואי של מרים לא עמד לפני פרופ' בז'ינסקי באותה עת. האחרון הסביר כי במצב בו התיק אינו מצוי לפני הרופא, נהוג לבצע רישום בכרטיס וכן על דף נפרד שתויק באוגדן, אותו יש לתיק לאחר מכן בתיק המטופלת (עמודים 36-37 לפרוטוקול הדיון). כך או אחרת, וכפי שעוד יוסבר, על בית החולים הדסה היה לשמור תרשומת זו, והיעדר המסמך עומד לחובתו. לו היה מוצג הרישום בגליון הדסה מיום 7.6.1990, ניתן היה למשל לדעת ביתר בהירות את אשר ארע במועדים הרלוונטיים. אולם, כפי שצוין, חסר רישום מתאריך אחד בחודש יוני 1990.

ג. ההבדל שבין הרישומים

עיון מעמיק ברישומי הבדיקות מימים 7.6.1990 ו-13.6.1990, מעלה כאמור תמיהות נכבדות. ברישום הבדיקה מיום 7.6.1990 שנעשה ב"כרטיס אשה הרה", מצוין:

"FMF רחם רך. גודל 38".

על פי עדותו של פרופ' בז'ינסקי, הרישום "FMF" משמעו - Fetal Movement Felt - דהיינו, קיימת תחושה של תנועות העובר.

ברישום בדיקתה של מרים מיום 13.6.1990 ב"כרטיס אשה הרה", נכתב:

"גודל מתאים ל38. אזהרות!".

ברישום המקביל שנעשה לבדיקה מתאריך זה בגליון הדסה נכתב:

"u/s [אולטרא-סאונד] – שבוע 36. מתאים לשבוע 36. הערכת משקל 2600. תנועות +. רחם רך, גודל 37-38".

על פניו, הרישום המתוקן בגליון הדסה אמור להיות תואם לרישום בכרטיס האישה ההרה מאותו היום. ואולם, השוואת הרישומים מלמדת כי דווקא הרישום בכרטיס האישה ההרה מיום 7.6.1990, הוא אשר תואם את הרישום המתוקן בגליון הדסה, חרף עמדת המשיבים לפיה מועדו של הרישום המתוקן הוא 13.6.1990. כך למשל, הרישום Fetal Movement Felt - FMF - בכרטיס האשה ההרה מיום 7.6.1990, תואם את הרישום "תנועות +" ברישום המתוקן בגליון הדסה. זאת נוכח עדותו של פרופ' בז'ינסקי כי הרישומים הנ"ל זהים במהותם. דמיון נוסף מצוי ברישום "רחם

ר"ך המצוי בכרטיס האישה ההרה מיום 7.6.1990, וקיים גם ברישום המתוקן בגליון הדסה. אף גודלו של העובר זהה בשתי תרשומות אלה.

תמיהה נוספת עולה מציון קיומה של בדיקת אולטרא-סאונד ברישום המתוקן. פרופ' בז'ינסקי העיד שיש ביכולתו להסתמך על בדיקת אולטרא-סאונד שנעשתה "בסמוך" למועד הביקורת במרפאה. יובהר, כי בדיקת האולטרא-סאונד היחידה שהוגשה כראיה הינה זו שנערכה בסוף חודש מאי 1990 בעת אשפוזה של המערערת בהדסה. קשה הקביעה, על פי ההנחה כי הרישום המתוקן מתייחס לתאריך 13.6.1990, כי תאריך זה מצוי "בסמוך" לסוף חודש מאי. אמנם, ייתכן וכן נערכה בסמוך ליום 13.6.1990 בדיקת אולטרא סאונד נוספת, ברם זו לא הוגשה כראיה. כך ניתן להבין את עדותו של פרופ' בז'ינסקי. מכל מקום, הערפול הראיתי מתחזק.

T. רישום המילה אזהרות

רישום המילה "אזהרות!" בכרטיס האישה ההרה מיום 13.6.1990 אף הוא כאמור תורם לקושי. אכן, עולה מהחומר שבתיק כי פרופ' בז'ינסקי הינו מומחה בתחומו. נאמנה עלי הגישה לפיה אין זה סביר כי תלונת אישה על היעדר תחושה בתנועות עובר הייתה עוברת ללא תגובה על ידי פרופ' בז'ינסקי. רישום המילה "אזהרות!" מצביע כי בבדיקה מיום 13.6.1990 עלתה בעייתיות מסוימת. ואולם, ברישום המתוקן בגליון הדסה אין כל פירוט או הרחבה לעניין זה. ודוק, פרופ' בז'ינסקי ציין בעדותו כי בכרטיס האישה ההרה "אין מספיק מקום לרשום הכל" ודווקא "בתיק החולה [הגליון] אני יכול לכתוב יותר" (עמ' 34 לפרוטוקול הדיון). אם זהו המצב, יש לתהות מדוע לא ניתן ייתר פירוט על מהותן של האזהרות ברישום המתוקן, היה ואכן נתבצע ב-13.6.1990. ובכל זאת, רישום המילה "אזהרות!" בכרטיס האישה ההרה מיום 13.6.1990 מחזק דווקא את התחושה כי לא נפל פגם במעשיו של פרופ' בז'ינסקי, שכן טרח הוא לציין את הבעייתיות שעלתה בבדיקה. ואולם, צידו השני של אותו המטבע, החסר שברישום בגליון הדסה, בצירוף תיקון התאריך והיעדר הגליון מיום 7.6.1990, מעצים את הקושי הראיתי ביכולת ההכרעה בשאלה שבמחלוקת. פרופ' בז'ינסקי מסביר כי ניתן לפרש את המילה "אזהרות!" כמתייחסת לגורמי סיכון כלליים בהריון. ברם לא ברור מדוע נרשמה בכרטיס האשה ההרה המילה "אזהרות!" דווקא ב-13.6.1990 – ועל כך אין מחלוקת – לא ב-7.6.1990 ולא בכל תאריך אחר.

ה. הרישום בגליון ביקור חולים

כאמור, בגליון השחרור מבית החולים ביקור חולים צוין כי מרים התקבלה ביום 16.6.1990, לאחר שלא חשה בתנועות העובר "במשך שלושה ימים האחרונים". אמנם, ייתכן וספירת ימים זו כוללת את יום הקבלה בבית החולים. מכך ניתן אולי להסיק כי היעדר התחושה החל רק ב-14.6.1990 – כבר לאחר שנבדקה מרים בפעם האחרונה אצל פרופ' בז'ינסקי. אם אלה הם פני הדברים, הרי תוצר משוכה להצביע על התרשלות מטעם משיבים 2-3. ברם, אפשרות סבירה היא כי הספירה מונה את שלושת הימים שקדמו להגעתה של מרים לביקור חולים, דהיינו – מרים הפסיקה לחוש בתנועות העובר ב-13.6.1990 – יום בדיקתה אצל פרופ' בז'ינסקי. גישה זו מתחזקת בעדותו של פרופ' בז'ינסקי עצמו:

"ש: נניח שאני מגיע אליך ביום א', עושה טיפול אצלך, וביום ד' בבוקר אני מגיע אליך שוב. כמה ימים לטעמך מאז יום א' ליום ד'?

ת: 3.

ש: מדוע? לא הגענו ל-3.

ת: מיום א' ליום ד' – בערך 3 ימים עברו.

ש: אך ייתכן שבערך יומיים?

ת: יותר מיומיים...

ת: מה-13 ל-16 עברו שלושה ימים בערך..."
(עמ' 38 לפרוטוקול הדיון).

נכון, פרופ' בז'ינסקי אינו בגדר מומחה לפרשנות דברי העדה שנרשמו בגליון השחרור בביקור חולים. ברם, כרופא בכיר המטפל בהרבה מטופלים, נחשף הוא לטרמינולוגיה של המטופל לגבי הצגת זמן. במקרה זה, ספירה של שלושה ימים באופן כזה מצביעה על כך כי מרים הפסיקה לחוש בתנועות העובר ביום הבדיקה אצלו – 13.6.1990.

המונח "במשך שלושה ימים האחרונים" מופיע בגליון השחרור ממחלקת היולדות של ביקור חולים. אמנם נכון הוא, כפי שציננה חברתי השופטת מ' נאור בחוות

דעתה, כי גליון סיכום המחלה במחלקת הילודים בביקור חולים, מתייחס לתקופה בת יומיים ולא שלושה. יצוין, כי המסמך הראשון נערך ביום 21.6.1990, ואילו האחרון בתאריך 9.7.1990. חשוב להדגיש - המסמך הראשון מתאר את מצבה של מרים, בעוד האחרון, ממחלקת הילודים, מתייחס למצבו של בנה מאיר. כמובן, מרים לא טופלה במחלקת הילודים. אף חשובה יותר קביעת בית המשפט המחוזי בפסק דינו כי אחת מהעובדות המוסכמות בין הצדדים היא כי מרים התלוננה על היעדר תחושה בתנועת עובר במשך שלושה ימים (ראו עמוד 3 לפסק הדין וכן עמודים 4, 6 ו-17). בכל מקרה, המסמך הראשון תומך בגרסת המערערים ומבליט את החסר בתיעוד הרפואי של המשיבים, כפי שתואר לעיל, ביחס למסמכי בית החולים הדסה.

10. בסיכום כולל של נדבכים אלה, נראה בבירור הקושי הראיתי העולה מהיעדרו של רישום אחד מחודש יוני 1990 בגליון הדסה. ייתכן, כי אם היו מוצגים לפנינו שני רישומים, אזי הקושי העולה בתיק זה היה מתפוגג. ואולם, היעדר הרישום, יחד עם שינוי התאריך בגליון הדסה; ההבדל שבין הרישומים; רישום המילה "אזהרות!" וגליון סיכום המחלה בביקור חולים, מגבירים כאמור את הערפל העובדתי. במצב דברים זה קשה הדרך ליתן מענה לסוגיות העולות מתוך התיק: תלונתה של מרים בפני פרופ' בז'י'נסקי, ותגובתו של האחרון לתלונה. המסמכים על היש והאין שבהם, מטילים מכשול משמעותי על המערערים להוכיח את תביעתם. כאמור, הקושי אינו עולה רק מהחסר שברישום, אלא אף הרישום הקיים מגלה קושי ראיתי משמעותי. במצב דברים זה, יש לשאול האם הרישום החסר בתיק דנא הינו משמעותי דיו, עד שנטל ההוכחה, הרובץ ברגיל על כתפי התובעים, ראוי לו שיעבור לכתפי הנתבעים.

נדק ראיתי

11. חשיבות הרישום והתיעוד הרפואי הינה מאבני היסוד בכללי הראיות שבדיני הנזיקין בעולות הרשלנות הרפואית. על בסיס זה העמיד בית המשפט העליון פסיקה ענפה בדבר החשיבות הקריטית בתיעוד רפואי מלא ומדויק בזמן אמת. פסיקה זו קיבלה עיגון סטטוטורי [בסעיף 17 לחוק זכויות החולה](#), תשנ"ו-1996. על חשיבותו של הרישום עמד חברי המשנה לנשיאה א' ריבלין בע"א [6696/00](#) בית החולים המרכזי עפולה נ' פינטו [פורסם בבנו] (2.9.2002) בקבעו כי הרישום:

" נועד לשרת תכליות שונות. הוא מאפשר טיפול עקבי, רציף ונכון בחולה, המטופל לא-פעם לאורך זמן ועל-ידי

אנשי צוות שונים. הוא מעניק כלים לניתוח מושכל של העובדות והממצאים, ובעקבות ניתוח זה - להסקת מסקנות ההולמות את מצבו של החולה ולהפקת לקחים מן ההתרחשויות. הוא נותן תוקף לזכותו של החולה לדעת מהו מצבו הרפואי, מה נעשה בגופו, ומהן האפשרויות העומדות בפניו".

היעדרו של רישום רפואי, כבענייננו, יכול וייצור "נזק ראייתי". על פי הכלל שנקבע בפסיקה, מקום בו מתקיים נזק ראייתי – מתהפך נטל השכנוע:

"העברת נטל השכנוע במקרה של היעדר רישומים רפואיים מוצדקת היא מן הטעם שהעברת נטל הבאת הראיות לבדו אינה מספקת תרופה נאותה לתובע שניזוק נזק ראייתי. במה דברים אמורים? כאשר בהיעדר רישומים רפואיים עסקינן, הרי שבפני התובע קיים קושי אמיתי להביא ראיות שיוכיחו את תביעתו בהסתברות הדרושה במשפט אזרחי (מעל 50%). במצב דברים זה, העברת נטל הבאת הראיות בלבד אל כתפי הנתבע והותרת נטל השכנוע על כתפי התובע יכבידו על התובע יתר על המידה באופן שהוא עלול להפסיד את תביעתו, בהיעדר רישומים רפואיים מזמן אמת שאינם בשליטתו מלכתחילה. תוצאה זו אינה ראויה לאור העובדה שהנתבע הוא שגרם לנזק הראייתי עקב היעדר רישומים רפואיים. במצב דברים זה אין מקום להטיל על התובע נטל כבד כמו נטל השכנוע, ויש להעבירו אל כתפי הנתבע, כעניין של מדיניות משפטית ראויה" (דברי השופט ט' שטרסברג-כהן בע"א 6160/99 דרוקמן נ' בית החולים לניאדו, פ"ד נה (3) 117, 126).

במקרה שנדון בע"א 8549/00 בית החולים הכללי משגב לדך ירושלים (בפירוק

זמני) נ' חמאד אחמד זבאש, פ"ד נו (3) 844, יישמה חברתי השופטת מ' נאור את הכלל

האמור:

"העובדה שלא נרשם דבר חריג אין בה, כשלעצמה, כדי ללמד שלא היה דבר חריג. ודוק, אין לפנינו מצב שבו הנוגעים בדבר זוכרים את האירוע, ובית המשפט מקבל את עדותם, או שאין חסר במידע על אף החסר ברישום (השוו ע"א 2055/99 פלוני נ' הרב זאב [4], בעמ' 273-272 בפסק דינו של חברי הנשיא ברק). על כן אין אני רואה שום יסוד להתערב בקביעת הערכאה הראשונה כי בנסיבות שתוארו, שבהן הרישום לוקה הן בסתירה פנימית והן בחסר ברישום, לא עלה בידי בית החולים להוכיח שלא התרחש".

אמנם, לא כל היעדרו של רישום או פגם בו חובה ויעבירו את נטל השכנוע. על היעדר הרישום להיות קשור "ישירות בסלע המחלוקת" ([ע"א 5373/02 נבון נ' קופת חולים כללית, פ"ד נז \(5\) 35, 45](#); וראו גם [ע"א 916/06 כדר נ' הרישון \[פורסם בנבו\] \(28.11.2007\)](#)). לשון אחר – "חייב להיות קשר סיבתי בין הנזק הראייתי לבין היעדר יכולת מצד התובע להוכיח רכיב בעוולת הרשלנות" ([ע"א 2087/08 אורלי מגן נ' שירותי בריאות כללית \[פורסם בנבו\] \(12.8.2010\)](#), להלן: "עניין מגן"). זאת ועוד, נטל השכנוע ראוי לו שיעבור רק כאשר הקושי הראייתי שנגרם על ידי פעולותיו או מחדל של הנתבע הינו קושי ממשי, לאו קושי בלתי מוחשי או תיאורטי (וראו: [ע"א 11035/07 שירותי בריאות כללית נ' שגיב אביטן \[פורסם בנבו\] \(20.7.2011\)](#)). סבורני כי מקרנו מוצא מקומו בגדר אותם מקרים בהם "נקלע התובע, באשמת הנתבע, למבוי סתום המקשה עליו באופן ממשי וניכר להוכיח את אחד מיסודות עילתו" (ראו [ע"א 8279/02 גולן נ' עזבון המנוח ד"ר מנחם אלברט ז"ל \[פורסם בנבו\] \(14.12.2006\)](#)).

בענייננו, היה על המשיבים לשמור על כל אחד מהרישומים שנעשו בחודש יוני 1990 בגליון הדסה. זאת למדים אנו מהוראת [סעיפים 1 ו-2](#) לתוספת [לתקנות בריאות העם \(שמירת רשומות\)](#), תשל"ז-1976. בתקנות אלה נקבע כי תיק רפואי של חולה במרפאת חוץ של בית חולים, אשר צורף לתיק הרפואי בבית החולים - יש לשמור למשך 20 שנה. פרופ' בז'ינסקי העיד כי על אף שהיתה חובה לצרף את גליון הבדיקה מיום 7.6.1990 לתיק הכללי – כך לא נעשה. על אף האמור, בית המשפט המחוזי קבע כי היעדר הגליון לא גרם לנזק ראייתי "שכן בא-כוח התובעים טען שבבדיקה במועד זה "הכל היה תקין, הכל היה בסדר. לא הייתה שום בעיה"" (עמ' 20 לפסק הדין).

לגישתי אין לקבל קביעה זו. משעמדנו על הבעייתיות שבדפי הגליון מיום 13.6.1990, ונוכח טענת בא-כוח המערערים כי הרישום האמור מתייחס דווקא לבדיקה שנערכה ביום 7.6.1990, הרי שיש מקום לקבוע כי היעדר המסמך פוגע ביכולתם של המערערים להוכיח את תביעתם. הימצאותם של שני רישומים בחודש יוני 1990 בגליון הבדיקה בהדסה, ובפרט – על פי גישת המערערים - זה מיום 7.6.1990, הייתה שופכת אור על הפרשה, ומקלה על השוואת הרישומים השונים באופן שניתן יהא להסיק מה אירע בחודש יוני 1990, והאם מרים אכן התלוננה בפני פרופ' בז'ינסקי ביום 13.6.1990 על היעדר תחושת תנועות העובר. וכפי שצויין [בע"א 58/82 קנטור נ' ד"ר שלום מוסיב, פ"ד לט \(3\) 253](#):

"מקום שצריך לעשות רישום רפואי וזה לא נעשה ולא ניתן הסבר מניח את הדעת למחדל זה, יועבר נטל ההוכחה בדבר העובדות השנויות במחלוקת, שיכלו להתבהר מתוך הרישום, אל כתפי הרופא או המוסד, שבמסגרתו ניתנו השירותים הרפואיים".

במצב דברים זה, סבורני כי נוצר "תיקו ראייתי", אשר "מכניס לפעולה" את דוקטרינת הנזק הראייתי (וראו א' פורת וא' שטיין "דוקטרינת הנזק הראייתי: ההצדקות לאימוצה ויישומה במצבים טיפוסיים של אי-ודאות בגרימת נזקים" עיוני משפט כא (תשנ"ח) 191, 247-249; ע"א 5373/02 גיא נבון נ' קופת חולים כללית, פ"ד נו(5) 35; עניין מגן בעמ' 14). ודוק, תיקו זה אינו רק תולדה של החסר הראייתי במובן של ה"לא נמצא" בחומר הראיות. המסמכים הקיימים, על תוכנם – הרישומים "אזהרות!", ו"היעדר תחושת עובר במשך שלושה ימים אחרונים", ושינוי התאריך בגליון הדסה – מחזקים, ודאי בהצטברותם יחד, את עמדת המערערים. בראייה זו, יש לבחון את התיק במסגרת היפוך הנטל הנובע מהתיקו הראייתי. לשם כך, יש לעמוד על הקשר שבין יישום דוקטרינת הנזק הראייתי לבין הטלת חבות נזיקית על המשיבים.

12. אינני מתעלם מכך שההכרעה בתיק זה אינה קלה. תעיד על כך חוות דעתה של חברתי השופטת מ' נאור. אולם, להשקפתי, ה"תיקו הראייתי" קיים, והנטל לא הורם על ידי המשיבים. אכן, המערערת תרמה לחוסר הוודאות העובדתית בכך שלא ניתן להעניק לגרסתה משקל ממשי. כפי שצוין, היא מסרה שטופלה בטיפת חלב ולא בהדסה בתקופה הרלוונטית, והדבר הוכח כלא נכון. עם זאת, בית המשפט המחוזי קבע כי מרים לא "שיקרה" אלא ש"עדותה הייתה מבולבלת" (פסקה 10 לפסק הדין). מדובר בטעות ולא בהטעייה. בהמשך לכך, נקבע כי גרסתה לפיה נבדקה פעמיים בחודש יוני על ידי פרופ' בז'ינסקי הוכחה כאמת. אף יש מסמך או עובדה מוסכמת העשויה לתמוך בגרסתה לפיה בתאריך 13.6.1990, מועד בדיקתה על ידי פרופ' בז'ינסקי, לא הרגישה מרים בתנועות העובר. במצב זה, הציגה מרים גרסה עובדתית הדורשת התמודדות. אין תמה, כי פרופ' בז'ינסקי העיד "אני לא זוכר כלום". כך גם עובדי טיפת חלב. לא ניתנה התייחסות למקרה הקונקרטי, אלא עדותם הינה פרי ניסיון והרגל עבודה באותה התקופה. כפי שהעיד פרופ' בז'ינסקי "השינוי בתאריך, לדעתי אני עשיתי" (עמ' 24 לפרוטוקול). כמובן, אין טענה נגד היעדר יכולתם של עדים לזכור פרטים לגבי מקרה מסוים בחלוף זמן כה רב. אף נתון זה לבדו אינו אמור לפעול נגד המשיבים. ברם, אי הבהירות מצויה בשני צידי הכביש.

הקושי הרב בקביעת עובדות על סמך עדויות הצדדים הנסמכות על הזיכרון האנושי, מצריך פניה למסמכים. זהו חלק טבעי וחיוני של הליך הבירור העובדתי. על מנת שבית המשפט יקבע שקיים "תיקו ראייתי", יש להצביע על חולשה ממשית במסמכים שנערכו, והקשר בינם לבין הסוגיה העומדת בלב המחלוקת בין הצדדים. בענייננו, המסמכים המרכזיים לוקים בחסר בצורה ברורה ולא מלאכותית. הרישום המתוקן יוצר בעיה ממשית. ברי שיש צורך לתקן מסמך מעת לעת, אך על המתקן להזדהות בשם ותאריך. בוודאי במצב בו הוא משנה תאריך הרישום בתיק הרפואי. הדרישה אינה רבה, והחלופה נתנה אותותיה בתיק זה. האם באמת ניתן לדעת מתי הרישום נערך? לכך יש להוסיף כאמור שני נדבכים: חסר הרישום באחד מהתאריכים ביוני 1990, והתאמת הרישום בכרטיס האישה ההרה מיום 7.6.1990, דווקא לרישום המתוקן, אשר לגישת המשיבים בוצע בתאריך אחר. בנוסף, יוזכרו אי הבהירות סביב רישום המילה "אזהרות!" ונושא "שלושת הימים" בגליון ביקור חולים, העשוי להוביל לתאריך 13.6.1990.

זהו המועד הקריטי. המפגש בין הרופא והמטופלת בתאריך 13.6.1990, שלושה ימים לפני לידתו של מאיר, אינו שנוי במחלוקת. השאלה שבאמת דורשת הכרעה הינה – מה אירע במפגש זה? מה היה תוכן שיחתם של המשתתפים? לדעתי, המסמכים יכלו להשיב על שאלות אלה, אך בשל היעדר רישום, תיקון לא ברור, ועוד, אכן נקלעה מרים למצב בו אינה יכולה להוכיח תביעתה. מועד הגשת התביעה אינו באחריות המשיבים. אולם מתפקידו של בית החולים לנהל רישום מדויק ותיעוד כנדרש. חובה זו אינה מוטלת על החולה, אלא על בית החולים. למחדל קיום נפרד, המנותק ממועד הגשת התביעה, ואף מאיכות עדותה של מרים. טיב המחדל ואופיו הובילוני למסקנה שאכן קיים "תיקו ראייתי" בין הצדדים, על המשמעות העולה מכך בדבר העברת הנטל מצד לצד עקב הנזק הראייתי שנגרם.

13. מביטים אנו על הנזק הראייתי באספקלרייה ראייתית. דהיינו – השיח אינו הטלת חבות על הגורם לנזק הראייתי, אלא אך העברת הנטל. במקרנו, הנזק מוצא ביטויו בהיעדר היכולת לדעת האם התלוננה מרים בעת הרלוונטית כי אינה חשה בתנועות העובר. על בית החולים הדסה מוטל הנטל לשכנע כי לא הטיפול שניתן למרים ביום 13.6.1990. נטל זה אין בידי בית החולים הדסה להרים משעה שאין בידו מסמך אשר יכול לבסס את העובדה כי למרים ניתן טיפול ראוי ולא רשלני, משעה שאין

עד מטעמו הזוכר את המקרה מזכרוננו האישי, ומשעה שהתיעוד והמסמכים על פניהם מעלים קשיים בגרסת הדסה – ולכל אלה יש לצרף את עדות מרים שהתלוננה בפני הרופא על מצבה. ונשוב ונזכיר, העברת הנטל לכתפי הנתבע ואי עמידתו בו יוצרת מסקנה משפטית. זאת הגם והתמונה העובדתית עודנה מעורפלת. ערפול זה אינו בהכרח בגדר סוף פסוק.

ברע"א 1412/94 הסתדרות מדיצינית הדסה עין-כרם נ' גלעד, פ"ד מט(2)

516, נפסק כי: "המשפט עומד על האמת. ביסוד ההליך השיפוטי עומדת חשיפת האמת... מרבית דיני הראיות מבוססים על הרצון לגלות את האמת" (עמ' 522 בפסק דינו של הנשיא א' ברק). אכן, יש שהמשפט עומד על האמת. הרצון לצמצם את הפער בין האמת הצרופה לבין האמת המשפטית הינו בבחינת מסע אצילי. אולם ישנם מצבים בהם הדגש מושם על כך שהמשפט עומד על הצדק. לעיתים, גם לאחר מיצוי ההליך המשפטי של שמיעת ראיות, לא תמיד ניתן לדעת את מכלול העובדות לאשורן. הכלל במשפט האזרחי הינו כי המוציא מחברו עליו הראיה. עם זאת, קיימת קשת מקרים בהם דרך זו אינה צודקת. דוגמא לכך מצויה בשדה הרשלנות הרפואית, כאשר הנתבע - בית החולים, גרם לנזק ראייתי, עובדות מהותיות אינן ברורות, וקיים קשר סיבתי בין הנזק הראייתי לבין הלא נודע. או אז יועבר הנטל מצד לצד על כל המשתמע מכך.

14. ויודגש, כי במסגרת תיק זה יש לקבוע שהרשלנות אשר גרמה לנזק הראייתי אינה בהכרח רשלנותו של פרופ' בז'י'נסקי. קיימות וריאציות עובדתיות אפשריות נוספות. לעניין זה, לוקח אני בחשבון את התרשמותו החיובית של בית המשפט המחוזי מדברי פרופ' בז'י'נסקי, כי לו נשמעה תלונה על חוסר בתחושת תנועות העובר – היה פועל כראוי. אף כאן יש לתת את המשקל הראוי לכלל של אי התערבות ערכאת הערעור בממצאים עובדתיים של הערכאה המבררת. ייתכן שהכשל נבע מהמשך הטיפול של בית החולים הדסה. במסגרת זו יש להדגיש, כי נטל השכנוע התהפך, וזאת ללא הוכחה פוזיטיבית כי פרופ' בז'י'נסקי פעל שלא כשורה במסגרת הטיפול במרים. בהסתמך על הערכת מקצועיותו של פרופ' בז'י'נסקי, ובהיעדר הסבר מניח את הדעת מצד הדסה על סיבת היעדר הרישום, הרי שיש לקבוע כי האחריות לנזקים שנגרמו למרים, רובצים לפתחו של בית החולים הדסה, אשר לא הרים את הנטל להוכחת אי התרשלנותו.

15. סוף דבר. הייתי מציע לחבריי להורות כי דחיית התביעה נגד משיבה 1 – עיריית ירושלים – שירותי בריאות הציבור, תעמוד בתקפה, וכך גם החיוב בהוצאות שנפסקו

לטובתה בהליך קמא. אין צו להוצאות לטובתה בהליך זה. דחיית התובענה נגד פרופ' בז'זינסקי תעמוד אף היא בעינה, מבלי שהמערערים יחויבו בהוצאות כלפיו בשני ההליכים.

כמו כן, יש לקבל את הערעור נגד משיבה 2 – הסתדרות מדיצינית "הדסה" באופן הבא: פסק הדין של בית המשפט המחוזי, לפיו נדחתה תביעת המערערים נגד משיבה 2, מבוטל. תחת זאת, קמה חבותה כלפי המערערים בגין הנזק שנגרם להם עקב התרשלותו. הדיון יוחזר לבית משפט קמא לשם קביעת שיעור הנזק. משיבה 2 תישא בהוצאות המערערים ובשכר טרחת עורך דין בשני ההליכים בסך 40,000 ש"ח.

ש ו פ ט

השופטת מ' נאור:

1. מסכימה אני עם חברי, השופט נ' הנדל, שדין הערעור נגד משיבה 1 – עיריית ירושלים – להידחות.

2. דעתי שונה לגבי הערעור נגד פרופ' בז'זינסקי ובית החולים. לדעתי יש לדחות גם ערעור זה. הצדדים הסכימו כבר מתחילת הדרך כי פרופ' בז'זינסקי בדק את המערערת פעמיים בחודש יוני 1990 (ראו סעיפים 6 ו-7 לכתב ההגנה מטעם הנתבעים 2 ו-3). המחלוקת בענין הטלת חבות על פרופ' בז'זינסקי ו/או על בית החולים הדסה, היא בשאלה אם המערערת התלוננה, בבדיקה ביום 13.6.1990, שהיא אינה מרגישה תנועות עובריות (ואם היא אמנם דיווחה על העדר תנועות כאמור, האם פרופ' בז'זינסקי טיפל באופן רשלני בדיווח זה באופן שגרם נזק למערער מס' 1). אין מחלוקת בין הצדדים כי לפני יום 13.6.1990, ובכלל זאת בבדיקה הקודמת ביום 7.6.1990, לא דיווחה המערערת שהיא אינה מרגישה את תנועות העובר, והכל היה תקין בנושא זה. ברישום בדבר הבדיקה מיום 13.6.1990 שב"כרטיס אישה הרה" אין רישום על דיווח בענין העדר תנועות העובר. בגיליון המרפאה, שהתאריך הרישום בו שונה לתאריך 13.6.1990, רשום פוזיטיבית "תנועות +", כלומר (כפי שקבע בית המשפט קמא), רשום שהמערערת דווקא מסרה שהיא חשה את תנועות העובר. לטענת המערערים, הרישום האמור מגיליון המרפאה איננו באמת רישום מהבדיקה מיום

13.6.1990. לטענתם רישום זה הוא רישום נוסף על הרשום ב"כרטיס האשה ההרה" לגבי הבדיקה מיום 7.6.1990. לסוגיית הרישומים – נחזור בהמשך הדברים.

3. המערערת תיארה בעדותה תיאור מפורט, עד לפרטי פרטים, של המפגש שלה עם פרופ' בז'זינסקי ב-13.6.1990. היא העידה כי ביום 13.6.1990 היא לא חשה בתנועות העובר ולכן התקשרה לתחנת טיפת חלב שליד ביתה ודיווחה על כך. האחות בתחנה הזמינה אותה לבדיקה בתחנה באופן מיידי (סעיפים 9(א) ו-9(ב) לתצהיר העדות הראשית של המערערת). לפי עדותה המפורטת של המערערת:

"את התאריך [90] 13.6. לא אשכח לעולם ועד. ירדתי מפוחדת, מבוהלת, עם חלוק, מטפחת ונעלי בית שלא כדרכי" (פרטיכל יום 24.5.2006, ע' 9 ש' 12-13).... "ירדתי עם חלוק, נעלי בית ומטפחת. טיפת חלב היה קרוב אליי ולא הייתי בהדסה" (שם, ע' 10 ש' 27-28).

עוד העידה המערערת:

"...תוך דקות בודדות (הזמן שנועד לעבור מדירתי אל הבנין הסמוך), בנעלי בית וחלוק, ואפילו מבלי להתלבש, הגעתי מיידית למרפאה הסמוכה לביתי מרחק של כ-20-30 מ' הליכה מביתי....מדוע שאלך עד לבית החולים הדסה, מרחק של כשעה כשאני יכולה תוך 2 דקות להגיע למרפאה" (סעיף 9(ג) לתצהיר העדות הראשית של המערערת).

כך, העידה המערערת באופן מפורט ביותר, כיצד ביום 13.6.1990 היא ירדה מביתה, בנעלי בית ובחלוק ומבלי להתלבש, לבדיקה בסניף טיפת חלב בבניין הסמוך לביתה שאליה היא הוזמנה נוכח דיווחה על העדר תנועות של העובר. ואולם, עדות זו נסתרה על ידי שורה של מסמכים ועדויות, אשר הראו כי הבדיקה של פרופ' בז'זינסקי לא התרחשה כלל בטיפת חלב, אלא בבית החולים הדסה. בית המשפט קמא לא סמך על עדות המערערת (סעיף 10 לפסק הדין של בית המשפט קמא).

4. אוסיף ואציין, מעבר לקביעות בפסק הדין של בית המשפט קמא בענין המסמכים והעדויות שסתרו את עדות המערערת, כי למול עדות המערערת, עליה עמדתי

לעיל, עומדת עדותן הברורה, החד-משמעית והבוטה של עדות ההגנה: גב' נורית סרי, שהיתה במועדים הרלוונטיים אחות ראשית בתחנת טיפת חלב ליד ביתה של המערערת בסנהדריה וגב' שרה בנימין, שבעת בירור התביעה שימשה כאחות ראשית בעיריית ירושלים. מעדויות השתיים עולה עד כמה גרסת המערערת אינה סבירה. כך, בחקירתה הנגדית של גב' נורית סרי:

”ש. מצלצל[ת] אשה במצוקה ואומרת שאין לה תחושות עובר, במקום נמצא רופא או רופאה, תגידי לה לך לחפש את הרופאה שלך.
 ת. אגיד לה לקחת מונית לבית חולים, כי יעבור זמן עד שתגיע אלי. הרופאה לא תעזור לה כלום אין לה כלים להחייאה. כלום. מדובר במצב חירום.
 ש. מגיעה אלייך מטופלת שאת מכירה ורואה שהיא במצוקה, היסטריה, יש רופא במקום.
 ת. השאלה אם י[ש] מה לעשות. לי אין מה לעשות. לי אין כלים לעזור לה בתחנה. גם רופא לא יכול לעזור”
 (פרטיכל 24.5.2006, ע' 16 ש' 5-11).

ובחקירתה הנגדית של גב' שרה בנימין:

”ש. כשאת היית אחות ראשית [בתחנת טיפת חלב – מ"נ] בגוננים, היו שם גם רופאים שהיו מגיעים מבתי חולים, נניח שנכנסת אישה הרה והיא נמצאת במצוקה, מה היית עושה?
 ת. מייד מפנה לבית החולים.
 ש. אם היה רופא במקום?
 ת. אני או הוא היינו מפנים אותה לבית החולים. אין לנו שום אפשרות לטפל באישה בסיכון גבוה.
 ש. הרופא לא היה מקבל אותה?
 ת. הוא היה עושה בדיוק את אותה פעולה, אין לו אמצעים ואין לו שום כלים לבדוק אותה.
 ש. נניח שאישה זו הייתה נבדקת והרופא מוצא שהכל בסדר, הוא שולח אותה לבית החולים?
 ת. ברגע שאישה מתלוננת, אנו שולחים אותה לבית החולים כי אין לנו שום אמצעים לערוך בדיקה אחרת”
 (פרטיכל 4.7.2006, ע' 41 ש' 30 – ע' 42 ש' 8).

5. עדויות אלה – היו ספונטאניות. תצהירי העדות הראשית של שתי האחיות לא עסקו כלל בדרך הפעולה במקרה בו מתקשרת אשה ואומרת שהיא אינה מרגישה

תנועות של העובר, והנושא הועלה בידי ב"כ המערערים בחקירה נגדית. מן העדויות עולה שברור לחלוטין שבעת הרלוונטית (ויצוין כי מאז ככל הנראה שודרג הציוד בתחנות טיפת חלב), מצב של העדר תנועות עובריות היה מצב שהצריך נסיעה מיידית לבית החולים.

6. כך, כאשר מדובר באחיות; לא כל שכן כאשר מדובר במומחה למיילדות וגינקולוגיה, שבעצמו השתתף במחקרים רפואיים בענין חשיבות הנושא של העדר תנועות עובר, כפרופ' בז'ינסקי (ראו סעיף 10 לתצהיר עדות הראשית של פרופ' בז'ינסקי). כפי שהעיד פרופ' בז'ינסקי בחקירתו,

"...זה נראה אבסורד שאישה נכנסת למרפאה לבדיקת נשים ואומרת לרופא כי אינה חשה תנועות וזה בודק את בטנה ואומר שהכל בסדר. זה דומה לגבר שמגיע למיון ומתלונן על כאבים בחזה, הרופא נוגע לו בחזה ואומר לו שהכל בסדר. זה בדיוק אותו דבר" (פרטיכל 8.6.2006, ע' 25 ש' 5-8).

לטעמי, עדויות אלה מצטרפות לטעמים שצינו בפסק הדין של בית המשפט קמא בענין הפרכת גרסתה המפורטת והדרמטית של המערערת, לפיה היא הוזמנה לבדיקה בתחנת טיפת חלב עקב דיווח על העדר תנועות עובריות וירדה לתחנה, הסמוכה לביתה, בחלוק ונעלי בית, כשבהמשך פרופ' בז'ינסקי לא שלח אותה לבדיקות אלא שלח אותה לביתה ללא הנחיות מיוחדות.

7. כאמור, הוסכם מלכתחילה כי פרופ' בז'ינסקי בדק את המערערת ביום 13.6.1990, אך גרסתה המפורטת מאוד בענין הנסיבות של הבדיקה הופרכה בשורה של מסמכים ועדויות כדברים שלא היו מעולם. בלשון זהירה אומר כי אין זאת נקודת פתיחה מזהירה במיוחד לנסיון לשכנע את בית המשפט כי באותה בדיקה אכן היה ארוע בו דווח מצדה של המערערת על העדר תנועות עובריות והרופא לא עשה דבר בעניין.

8. וכאן נשוב לסוגיית המסמכים. כאמור, בגיליון המרפאה הנושא (לאחר תיקון) תאריך 13.6.1990, רשום מפורשות "תנועות +", ובית המשפט קמא קבע, כממצא שבעובדה (תוך דחיית טענת המערערים לפיה יש הבדל בין הסימון "תנועות +" לבין הסימון FMF ("fetal movements felt") כי מדובר ברישום על כך שהמערערת דווחה על כך שהיא חשה את תנועות העובר (ראו פסקה 19 לפסק הדין של בית המשפט קמא).

המערערים טענו כי גיליון המרפאה הנזכר אינו מהווה באמת רישום של הבדיקה מיום 13.6.1990, אלא הוא דווקא רישום של הבדיקה מיום 7.6.1990. בענין גיליון המרפאה והתאריך הרשום בו הצהיר פרופ' בז'זינסקי:

"אציין, כי הרישום בתאריך 13.6.90 הינו אותנטי והוא תואם לגיל ההיריון המצוין בתיעוד אותו ביקור. תיקון תאריך על גבי כרטיס רפואי אינו דבר נדיר, וישנם הרבה מאוד מקרים בהם רופא טועה ומתקן את התאריך תוך כדי הכתיבה. התובעת בחרה להסיק מכך טענות מרחיקות לכת שאין לקבלן; טענת התובעת, לפיה לכאורה לא הייתה באותו מועד כלל בבית החולים, איננה נכונה, שכן ... התובעת נבדקה על ידי רק במסגרת בית החולים. גם את הטענה בנוגע לרישום הכוזב יש לדחות, שכן התובעת נבדקה על ידי באותו מועד (13.6.90) ועובדה היא שגם בכרטיס טיפת חלב ישנו רישום מקביל שחתום על ידי" (סעיף 9 לתצהיר העדות הראשית של פרופ' בז'זינסקי; ההדגשה הוספה).

בית המשפט קמא קבע כי עדותו של פרופ' בז'זינסקי מהימנה וכי גיליון המרפאה אכן מהווה רישום (נוסף) של הבדיקה מיום 13.6.1990, כאשר תחילה רשם בו פרופ' בז'זינסקי תאריך לא נכון אך תיקן את התאריך "בזמן אמת" לתאריך הנכון, יום 13.6.1990 (ראו סעיפים 9 ו-19 לפסק הדין).

9. הערכאה הדיונית קבעה כממצא עובדתי, כי המערערת דיווחה בבדיקתה ביום 13.6.1990 כי היא חשה בתנועות העובר, וכידוע, אין זה ממנהגה של ערכאת הערעור להתערב בממצאים עובדתיים ובממצאי מהימנות, אלא במקרים חריגים, אשר המקרה שבפנינו אינו בא בגדרם (ראו [ע"א 2886/05](#) אשכנזי נ' גאנדין (פורסם בנבו), 8.11.2010), פסקה 56 לפסק דיני. נוכח הקביעה לפיה המערערת לא רק שלא דיווחה על העדר תנועות העובר, אלא ההיפך – שהיא דיווחה על כך שהיא חשה את תנועות העובר – מתמוטטת תביעת המערערים, שכן אם לא היה דיווח על העדר תנועות עובר, גם לא היתה רשלנות בטיפול בדיווח שכזה.

10. די בכך לדעתי כדי לדחות את הערעור. בבחינת למעלה מן הצורך אציין, כי עולה תמיהה מקו הטיעון של המערערים בענין זיוף התאריך בגיליון המרפאה. בתחילת הדרך, בתצהיר העדות הראשית שלה, טענה המערערת כי הרישום בגיליון המרפאה הנושא תאריך 13.6.1990 – זויף:

"הרישום מיום 13.6.90 בגיליון של הדסה... הינו רשום כוזב וכל מה שנאמר ונכתב ברישום זה הוא כוזב ושקרי. ניתן לראות בעליל על גבי המסמך שהוא נרשם בדיעבד ואינו רישום מקורי. הרישום המקורי היחיד מאותו יום הוא זה שרשום בכרטיס ["כרטיס אישה הרה" – מ"נ"] (סעיף 12 לתצהיר העדות הראשית של המערערות).

אולם, בהמשך ההליך, בחקירתו של פרופ' בז'זינסקי, הבהיר ב"כ המערערים, עו"ד שרביט, כי המערערים אינם טוענים שפרופ' בז'זינסקי זייף את התאריך בגיליון המרפאה (ראו פרטיכל מיום 8.6.2006, ע' 24 ש' 21). בחקירתו הנגדית של פרופ' בז'זינסקי, אשר העיד, כזכור, שהוא עצמו שינה תוך כדי רישום את התאריך בגיליון המרפאה עקב טעות ברישום התאריך, נמנע עו"ד שרביט מלעמת אותו עם טענה ששינוי התאריך שנעשה בידו היה זיוף בדיעבד. תחת זאת, אמר עו"ד שרביט "לא אמרתי שאתה [שינית]. מישוהו שינה כאן" (פרטיכל 8.6.2006, ע' 33 ש' 3). במהלך הסיכומים בעל-פה מטעם המערערים בפני בית המשפט קמא, כאשר טען עו"ד שרביט להעדר הסבירות לכך שגיליון המרפאה אכן שייך דווקא לבדיקה מיום 13.6.1990, נרשמו חלופי הדברים הבאים:

"כבוד השופט משה רביד: אתה בפירוש אמרת שזה לא זיוף, אתה אמרת בחקירה שזה לא זיוף אז תסביר לי מה הטענה שלך?
עו"ד שרביט: אז זה תיקון אדוני, מישוהו תיקן את התאריך.
כבוד השופט משה רביד: אבל הוא אומר אני תיקנתי, הוא אומר אני, הוא מודה.
עו"ד שרביט: לא, הוא אומר לי אני זייפתי? אמרתי לא אמרתי שזה זיוף.
כבוד השופט משה רביד: אז איזה מטרה הייתה לו לעשות את זה?
עו"ד שרביט: אני לא יודע אם הוא תיקן. אם הוא תיקן, או.ק.
כבוד השופט משה רביד: הוא אומר את זה, הוא אומר בעדות שלו.
עו"ד שרביט: מתי הוא תיקן את זה אדוני?
כבוד השופט משה רביד: למה לא שאלת אותו? היית צריך לשאול אותו" (פרטיכל 25.3.2008 בע' 79).

כך, המערערים טענו לזיוף המסמך, אך לא התמודדו עם עדותו של פרופ' בז'זנסקי, אשר העיד שהוא עצמו תיקן את התאריך במסמך תוך כדי הכתיבה ושהתיקון לא היה זיוף. טענת זיוף היא טענה קשה. הנטל להוכיחה הוא נטל כבד, וכאשר עד מעיד שהוא עצמו ביצע את התיקון במסמך ושמדובר במסמך אותנטי, מתבקש כי הצד הטוען לזיוף יעמדת אותו בחקירה נגדית עם שאלות וראיות שיש בהן כדי להפריך עדות זו כדי להראות שמדובר לא בתיקון כשר בזמן אמת אלא בזיוף. המערערים – בחרו שלא לעשות זאת.

11. הערכאה הדיונית קבעה ממצאים שבעובדה ושבמהימנות שבהם אין מקום להתערב, כי המערערת דיווחה בבדיקה ב-13.6.1998 כי היא חשה את תנועות העובר. ומכאן, כי פרופ' בז'זנסקי לא התרשל בטיפול בדיווח על העדר תנועות עובר. אין, לדעתי, מקום להעביר את נטל השכנוע בגין נזק ראייתי. לפי גישה אחת שבפסיקה, רק נוכח "תיקון" ראייתי, לאחר בחינת כל הראיות שהביאו שני הצדדים, מעבירים את הנטל בגין נזק ראייתי, ובכך למעשה מוכרע התיק, שכן כבר נמצא שראיות הנתבע אינן גוברות על ראיות התובע. לפי גישה אחרת, המצויה אף היא בפסיקה, הנטל מועבר בטרם סיום שקילת הראיות, ולאחר העברתו, בודקים אם הנתבע עמד בנטל שהועבר אליו. בלשון חברי המשנה לנשיאה א' ריבלין (בהקשר של האפשרות, נוכח חסר עקב פגם ברישומים רפואיים, "להשלים" את החסר בראיות אחרות על מנת להגיע להכרעה עובדתית):

"ניתן לזהות שתי גישות אפשריות לעניין התוצאות הנובעות מהשלמת החסר. לפי גישה אחת, משהושלם החסר, אין עוד עמימות ראייתית וממילא לא קמה תחולה לחזקת הנזק הראייתית. לפי גישה זו נבחנות כלל הראיות שהובאו, הן מצד התובע והן מצד הנתבע, ורק אם נותרת עמימות ראייתית בסופו של התהליך תופעל חזקת הנזק הראייתית. לפי הגישה השנייה, שאלת קיומה של עמימות ראייתית תיבחן לפי הראיות שהביא התובע בלבד. חזקת הנזק הראייתית תחול כאשר קיימת עמימות ראייתית לפי ראיות התובע, והיא נגרמה בהתרשלות הנתבע. או-אז יעבור הנטל לכתפי הנתבע, להוכיח כי הראיות החסרות לא היו פועלות לרעתו. גם לפי גישה זו יש באפשרות הנתבע להוכיח, באמצעות ראיותיו, למלא את החסר ולהרים את הנטל שהועבר אליו. בסופו של דבר, מובילות שתי הגישות לאותה תוצאה: כאשר יש בראיותיו של הנתבע כדי למלא חסר ראייתי מסוים, הרי שלא תהא עוד נפקות לאותו חסר והמקרה ייבחן לפי העובדות שהוכחו" (ע"א 10094/07 פלונית נ' בית

החולים האנגלי אי.מ.מ.ס. (פורסם בנבו), (24.11.2010),
פסקה 5 לפסק דינו; ההדגשות הוספו).

גם בענייננו, נוכח הקביעות העובדתיות הברורות של הערכאה הדיונית, לא היה "תיקו" ראייתי, ומכל מקום, גם אם הנטל היה מועבר בגין נזק ראייתי, הנתבעים הרימו נטל זה. בסופו של יום, בית המשפט קבע באופן חד משמעי, על בסיס קביעות שבעובדה ושבמהימנות, כי ראיות הנתבעים גברו על ראיות התובעים (המערערים). נקבע פוזיטיבית כי המערערת דיווחה בבדיקתה מיום 13.6.1990 שהיא חשה את תנועות העובר. מכאן שאין בתורת הנזק הראייתי כדי לסייע למערערים.

12. אוסיף, כי גם אם היינו מתערבים בממצא שקבע בית המשפט קמא וקובעים, כטענת המערערים, כי הרישום בגיליון המרפאה, בו רשום כי המערערת דיווחה על תנועות העובר, "שייך" לבדיקה מיום 7.6.1990, התוצאה לא היתה משתנה. הבדיקה מיום 13.6.1990 נרשמה כזכור גם ב"כרטיס אישה הרה", ושם אין כל אזכור לטענה לפיה המערערת טענה להעדר תנועות העובר. אמנם, באי רישום אירוע חריג אין כשלעצמו כדי להוכיח שלא אירע דבר חריג. ברישום ב"כרטיס אישה הרה" מיום 13.6.1990 רשום (בעמודה בענין "חודש", אך הרישומים נעשו בענין מספר השבוע של ההריון) "36"; בעמודה בענין קולות לב העובר רשום "+"; בעמודה בענין מצג רשום "✓"; עוד רשום "גודל מתאים ל-38" ו"אזהרות!". בית המשפט קמא קיבל את הסברו של פרופ' בז'ינסקי שהמשמעות של הרישום ב"אזהרות!" היא שפרופ' בז'ינסקי הזהיר את המערערת, על רקע שורה של גורמי סיכון שהתקיימו בקשר להריונה, לשמור על עצמה. כך או אחרת, העיקר הוא, לדעתי, כפי שקבע בית המשפט קמא, כי

"...אין זה סביר שפרופ' בז'ינסקי יכתוב בכרטיס אזהרות ובו בזמן יאמר לה, כטענתה, כי הכל כשורה וישלחה לביתה. נחה דעתי, כי אילו פרופ' בז'ינסקי היה סבור שיש בעיה עם התפתחות העובר, היה שולח את מרים מיד לבדיקות מקיפות" (סעיף 21 לפסק הדין של בית המשפט קמא).

ראו דברים דומים, אשר קבע בית משפט זה בערעור על פסק דין בתביעת רשלנות רפואית נגד רופא שיניים, על רקע טענות שחלה התדרדרות רפואית דרמטית בין בדיקה אחת אצל הנתבע שם לבין בדיקה נוספת שנערכה אצלו למחרת:

"ברישום הרפואי המתאר את ביקורו של המנוח במרפאת המשיבים למחרת היום, מתואר מצבו של המנוח כ'נפחות' בלבד, ומצויין שנעשה לו צילום רנטגן והוא מטופל באנטיביוטיקה.... אכן, אין לכתד כי רישומיהם הרפואיים של המשיבים לוקים בצמצום רב, אך קשה להלום כי אילו היתה מתרחשת הידרדרות כה דרמטית כמתואר על ידי המערערים, בפרק הזמן בין ביקורו של המנוח ביום השבת בבית המשיב 1 לבין ביקורו למחרת במרפאת המשיבים, היה המשיב 1 מסתפק בתיאור מצבו של המנוח כ'נפחות', ומשלחו לביתו ללא טיפול נוסף כלשהו" (ע"א 8842/08 עזבון המנוח גדעון לב ארי ז"ל נ' ד"ר סרנת אריה, (פורסם בנבו) (20.1.2011)), פסקה 21 לפסק הדין).

13. ודוק: גם בהנחה, העומדת בסתירה לממצאיו של בית המשפט המחוזי, שהרישום היחיד של הבדיקה מיום 13.6.1990 הוא הרישום ב"כרטיס אישה הרה", אין המדובר לדעתי בענייננו במצב שבו אין ברישום כדי לשפוך אור באופן כלשהו על מה שהתרחש או לא התרחש בבדיקה; מסכימה אני עם חברי כי הרישום "אזהרות!" ב"כרטיס אישה הרה" מחזק דווקא את התחושה כי לא נפל פגם במעשיו של פרופ' בז'זינסקי, שכן הוא טרח לציין את הבעייתיות שכן עלתה בבדיקה.

14. לא אכחד, כי אילו טענת המערערים בתביעתם היתה שעל הרופא ליזום בכל בדיקה בנסיבות הדומות לנסיבות שלפנינו בירור פוזיטיבי עם האישה לגבי תנועות העובר, והוא לא שאל אותה לגבי תנועות העובר – ואם חובה זו היתה מוכחת – דעתי בענין הרישום מיום 13.6.1990 ב"כרטיס אשה הרה" (בהנחה שהוא עומד לבדו) היתה עשויה להיות אחרת. במצב כזה, העדר ציון בענין תנועות העובר, לכאן או לכאן, היה עלול להיחשב כנזק ראיתי. דא עקא, זו אינה טענת המערערים. טענתם היא שהמערערת הגיעה לבדיקה במיוחד כיוון שלא חשה בתנועות העובר ודיווחה לפרופ' בז'זינסקי על כך. ואולם עיון ברישום ב"כרטיס אישה הרה" מיום 13.6.1990 – על רקע טענה זו ועל רקע העובדה שעדות המערערת לגבי יתר נסיבות הבדיקה הופרכה – מצביע על כך שלא כך היו פני הדברים.

15. כך, אף אם אניח, בהתאם לטענות המערערים, כי הרישום היחיד שבוצע בבדיקה ביום 13.6.1990 היה הרישום ב"כרטיס אישה הרה" וכי הרישום המתוקן שבגיליון אינו

שייך לבדיקה זו (ואיני מניחה כך), לאור הרישום ב"כרטיס אישה הרה" ויתר הנסיבות, אין "תיקו" ראייתי, ואף אם הנטל היה מועבר – הנתבעים הרימו אותו.

16. אינני רואה סיבה להתערב בקביעת בית המשפט קמא, שנקבעה בקשר למסמכי בית חולים ביקור חולים שבו נערך הניתוח הקיסרי, שמהם עולה שהמערערת דיווחה ביום 16.6.1990 כי היא לא חשה בתנועות העובר במשך שלושת הימים האחרונים. בית המשפט קמא קבע, עובדתית, כי המערערת החלה לחוש בהעדר תנועות העובר לאחר בדיקתה ביום 13.6.1990 אצל פרופ' בז'זינסקי. לכך אוסיף, כי בגיליון סיכום המחלה של מחלקת ילודים וטיפול נמרץ פגים מבית החולים ביקור חולים צוין כי "בהריון הנוכחי, יומיים לא חשה תנועות עובר ופנתה לחדר לידה" (ההדגשה הוספה). פרופ' בז'זינסקי והדסה לא הסכימו לעמדת המערערים בענין משמעות מכתב השחרור המציין תקופה בת 3 ימים, ואף הפנו גם לסיכום המחלה ממחלקת הילודים שבו מופיע דיווח על העדר תנועות במשך יומיים בלבד (סעיף 11 לתצהיר העדות הראשית מטעם פרופ' בז'זינסקי; סעיף 2(יג) לסיכומיהם בבית המשפט קמא; ובית המשפט קמא לא קבע שהם הסכימו כאמור). יובהר, כי המערערים עצמם צירפו את סיכום המחלה ממחלקת הילודים כנספח בערעור תוך שהם מפנים לציון בענין יומיים (ראו סעיף 66 לסיכומי המערערים). בניגוד לשאלה שעלתה (והוכרעה לרעת המערערים) לגבי הדרך הנכונה למנות שלושה ימים לפני מועד ההגעה לבית החולים (ביום 16.6.1990), אין ספק שספירה לאחר של יומיים יכולה להגיע, לכל המוקדם, ל-14.6.1990 – יום לאחר הבדיקה נשוא המחלוקת. המערערים עצמם טוענים, נוכח הפער בין הרישום בענין יומיים לבין הרישום בענין שלושה ימים, כי רישום בקבלת חולה בחדר מיון אינו משקף מילה במילה את דבריו וכי אי אפשר לצפות מאישה במצב קשה והמצויה בחרדה גדולה שתתנסח ותברור תשובותיה בראייה קדימה שדבריה ייבדקו תחת זכוכית מגדלת כחלק מהליך משפטי (שם). אם כך, הרי לשיטת המערערים עצמם – ואינני נדרשת לקבוע מסמרות בענין – ממילא אין לראות, לפי כל שיטת ספירת ימים, את המסמכים מבית החולים ביקור חולים כראיה המוכיחה שכבר בעת הבדיקה ביום 13.6.1990 לא חשה המערערת את תנועות העובר. אוסיף, כי בתאריכי מכתב השחרור וסיכום המחלה ממחלקת ילודים וטיפול נמרץ פגים מבית החולים ביקור חולים, אין כדי לשנות את מסקנתי. מכתב השחרור נושא תאריך 21.6.1990 וגיליון המחלה ממחלקת טיפול נמרץ פגים נושא תאריך 8.7.1990. מדובר, בשני מסמכים אלה, בתיאור דיווח של המערערת לגבי מצבה ביום 16.6.1990, שהוא תאריך הקודם לתאריכים המתנוססים על שני המסמכים הללו. בין אם דיווח המערערת נרשם במסמכים אלה (או בקבצים שמהם הופקו בסופו של דבר) כבר ביום 16.6.1990 ובין

אם בדיעבד, אין במועד "הוצאת" המסמך, כשלעצמו, כדי ללמד בהכרח איזה דיווח קדם למשנהו. לכך יש להוסיף, כי מועדו של כל דיווח ממילא אינו הנתון היחיד הרלוונטי: אמנם זמן רב יותר חולף עד הדיווח המאוחר, אך אם, לשיטת המערערים עצמם, הדיווח הראשון ניתן במצב לחץ, ייתכן שדווקא הדיווח המאוחר, אם ניתן מספר ימים לאחר מכן, היה דיווח שקול יותר ואמין יותר. כאמור, אין צורך לקבוע מסמרות בענין, נוכח הקביעה העובדתית הברורה של בית המשפט קמא ושיטת המערערים, לפיה ממילא אין לראות במסמכי בית החולים ביקור חולים כראיה המוכיחה כי המערערת חשה בהעדר תנועות עובר בעת הבדיקה מושא המחלוקת ביום 13.6.1990.

17. לדעת חברי, חסר רישום בגיליון המרפאה על אודות אחת משתי הבדיקות שערך פרופ' בז'זינסקי (קיים רישום אחד בלבד בגיליון המרפאה, בו התאריך שונה מ- 7.6.1990 ל- 13.6.1990). בית המשפט קמא קבע כי פרופ' בז'זינסקי העיד כי הוא רשם את הבדיקה מיום 7.6.1990 (גם) בגיליון המרפאה ועל סמך עדות זו של פרופ' בז'זינסקי קבע כי חסר הגיליון מיום 7.6.1990; אולם, עיון בעדות פרופ' בז'זינסקי מעלה שהוא העיד שככל הנראה הוא רשם רק ב"כרטיס אישה הרה" ביום 7.6.1990 ולא במקום אחר (סעיף 6 לתצהיר העדות הראשית מטעם פרופ' בז'זינסקי; פרטיכל יום 8.6.2006 ע' 28, ש' 16-26; ע' 36, ש' 8-12; ע' 39, ש' 1-4; סעיף 3(ג) (7) לסיכומים מטעם הנתבעים מס' 2 ו-3 בבית המשפט קמא). הקביעה בענין רישום חסר (קרי, רישום שבוצע אך לא הובא בפני בית המשפט) בוססה על עדותו של פרופ' בז'זינסקי, אך לפי עדות זו עולה דווקא כי לא חסר רישום שבוצע. כזכור, אין מחלוקת על כך שאמנם קיים, מחוץ לגיליון המרפאה, רישום בדבר הבדיקה מושא המחלוקת ביום 13.6.1990 (רישום ב"כרטיס אישה הרה"), וכפי שבואר לעיל, רישום זה מצביע על כך שהמערערת לא דיווחה באותה בדיקה על העדר תנועות העובר. המסקנה היא, שקיים רישום בדבר הבדיקה מושא המחלוקת המצביע על כך שהמערערת לא התלוננה על העדר תנועות העובר, ובנסיבות אלה (אף אם נתעלם מהקביעה העובדתית של בית המשפט קמא לפיה הרישום בגיליון המרפאה מתעד אף הוא בדיקה זו), אין מקום לקבוע שאי הצגת רישום על אודות אותה בדיקה גרמה נזק ראייתי.

18. אם תישמע דעתי, נדחה את הערעור על כל חלקיו.

ש ו פ ט ת

המשנה לנשיאה א' ריבלין:

מצטרף אני לפסק-דינו של חברי, השופט נ' הנדל. אף אני סבור כי הרישום בגיליון בית החולים וב"כרטיס האשה ההרה" יוצר נזק ראייתי ביחס לשאלה העיקרית השנויה במחלוקת – היא השאלה אם המערערת 2 התלוננה ביום 13.6.1990 בפני פרופ' בז'ינסקי על היעדר תנועות של העובר.

הרישום בגיליון בית החולים ובכרטיס האשה ההרה לוקה בחסרים ובפגמים רבים, המקשים על היכולת להסתמך עליו. ליקויים אלה כוללים את חסרוננו המוחלט של תיעוד בגיליון בית החולים המתייחס לבדיקה מיום 7.6.1990 – שאין מחלוקת כי התקיימה, לצד תיקון תאריך הבדיקה בגיליון בית החולים, מיום 7.6.1990 ליום 13.6.1990. בנוסף, אין התאמה בין הרישום המתייחס לתאריך 13.6.1990 בגיליון בית החולים לבין הרישום המתייחס לתאריך זה בכרטיס האשה ההרה – וזאת לעומת קיומה של התאמה יחסית בינו לבין הרישום המתייחס לתאריך 7.6.1990 בכרטיס האשה ההרה. אכן, פרופ' בז'ינסקי הצהיר כי "ישנם הרבה מאוד מקרים בהם רופא טועה ומתקן את התאריך תוך כדי כתיבה", ובית המשפט המחוזי מצא את עדותו מהימנה. אלא שעדותו של פרופ' בז'ינסקי לא מתייחסת לתיקון הספציפי שנעשה במקרה שלפנינו, וממילא קשה ללמוד ממנה על טבעו של אותו תיקון. יוער, כי אין מדובר בתאריכים דומים שקל לבלבל ביניהם, רישום תאריך ה-7 לחודש תחת התאריך ה-13 בחודש או להפך, אינו מסוג הטעויות שנוהג אדם לטעות בהן ברגיל בעת רישום תאריכים. יתרה מכך, התאריך הראשון שנכתב – 7.6.1990 – אינו אקראי שכן גם בתאריך זה נבדקה המערערת 2 ואין לגביו כל רישום אחר. לכל אלה יש להוסיף את ההערה "אזהרות!", שנכתבה ללא כל פירוש או פירוט נוסף בכרטיס האשה ההרה בתאריך 13.6.1990. לא ברור מי המזהיר ומי המוזהר ומה טיב האזהרות ועוד פחות ברור מה יעשה חולה שנמסרת לו התיבה "אזהרות".

אף אני סבור שיש לשלול לחלוטין את טענת המערערת 2 כי התלוננה בפני פרופ' בז'ינסקי על היעדר תחושת תנועות של העובר, אך מן הטעם שבחלוף השנים אין היא זוכרת עוד את מלוא העובדות כהווייתן. עדותה, כאמור, הופרכה ביחס למיקום שבו נבדקה על-ידי פרופ' בז'ינסקי ואולם אין בכך כדי לשלול לחלוטין את עדותה ביחס לתלונה על היעדר תנועות של העובר. ודוק: בית המשפט המחוזי הדגיש כי

עדותה אינה אמינה, עקב אי יכולתה לזכור במדויק את העובדות ולא עקב ניסיון להטעות את בית המשפט. אמנם לא ניתן להוכיח כי המערערת 2 אכן התלוננה בפני פרופ' בז'ינסקי על בסיס עדותה, ואולם די בעדות זו כדי ליצור עמימות ביחס לשאלת קיומה של התלונה. עמימות זו לא רק שלא הופגה באמצעות הרישום, אלא אף הוגברה בגינו.

כאמור, מקובלת עלי עמדתו של חברי השופט נ' הנדל כי יש לקבל את ערעור ביחס למשיבה 2 וכי יש לחייבה בהוצאות כמוצע על ידו.

המשנה-לנשיאה

לפיכך הוחלט ברוב דעות כאמור בפסק דינו של השופט נ' הנדל.

מ' נאור 54678313-9151/08

ניתן היום, ו' בטבת תשע"ב (1.1.12).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

המשנה-לנשיאה

העותק כפוף לשינויי עריכה וניסוח. 08091510_Z20.doc עק
מרכז מידע, טל' 077-2703333 ; אתר אינטרנט, www.court.gov.il

נוסח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה

[בעניין עריכה ושינויים במסמכי פסיקה, חקיקה ועוד באתר נבו – הקש כאן](#)