

## בבית המשפט העליון

דנ"א 6714/02

בפני : כבוד השופט א' מצא

העותרת : קופת חולים של ההסתדרות הכללית של העובדים  
בארץ ישראל

נגד

המשיב : מרדכי שי שמעון (קטין)

עתירה לקיום דיון נוסף בפסק-דינו של בית-המשפט העליון  
בע"א 1/01 מיום 18.7.02 שניתן על-ידי כבוד השופטים  
ט' שטרסברג-כהן, י' אנגלרד וא' לוי

בשם העותרת : עו"ד ד' לוי

### החלטה

עתירה לקיום דיון נוסף בפסק-דינו של בית-המשפט העליון, בגדרו תשוב  
ותידון שאלת העברתו לכתפי העותרת של נטל השכנוע להוכיח היעדר רשלנות רפואית  
מצד רופאה כלפי המשיב. בהחלטת כבוד הנשיא הועברה העתירה לעיוני.

2. המשיב נולד ביום 19.7.82 כשהוא סובל משיתוק בידו. בתביעה שהגיש נגד  
העותרת לבית-המשפט המחוזי ביום 21.8.95 טען, כי השיתוק נגרם בשל החלטתו  
הרשלנית של הצוות הרפואי ליילדו בלידה וגינאלית רגילה במקום בניתוח קיסרי, חרף  
משקלו הרב בעת הלידה (4,600 גר'). בגיליון הלידה לא נרשם דבר בעמודה שנועדה  
להערכת משקלו המוקדמת של העובר, אך צוין כי גודל הרחם מתאים לגיל ההיריון.  
מהרישום עולה, כי הלידה התקדמה באופן תקין עד השעה 12:00. משעה זו ועד השעה  
13:50 - היא שעת הלידה - לא נרשם דבר. לא הייתה מחלוקת בין הצדדים, כי שיתוק  
מהסוג שנגרם למשיב עלול להיות תוצאה של "כליאת כתפיים" בעת הלידה, האופיינית  
לעוברים גדולים, אך עלול להיגרם גם מסיבה אחרת, אשר לא ניתן היה למונעה אף על-  
ידי ניתוח קיסרי. הצדדים היו חלוקים, בין היתר, בשאלה אם אמנם התרחש אירוע

(שלא תועד) של עצירת כתף בעת לידתו של המשיב, ואם היה על הצוות הרפואי לבצע הערכת משקל מוקדמת.

בית-המשפט המחוזי קבע - מבלי לנמק - כי הנטל להוכיח היעדר התרשלות מוטל על העותרת. עם זאת פסק, על יסוד חוות-דעתו של מומחה שמונה על-ידו, כי העותרת הרימה נטל זה. בפסק-דינו נקבע, כי הטיפול במשיב ובאימו תאם את הסטנדרטים הרפואיים שהיו מקובלים באותה עת, וכי הפגיעה שנגרמה למשיב איננה קשורה לאופן שבו יולד. מטעם זה נדחתה התביעה.

3. ערעור שהגיש המשיב לבית-המשפט העליון התקבל ברוב דעות, והתיק הוחזר לבית-המשפט המחוזי לקביעת גובה הנזק. בפסק-דינם של שופטי הרוב (מפי השופטת שטרסברג-כהן, בהסכמת השופט לוי) נקבע, כי נטל השכנוע אכן עבר לכתפי העותרת, הן מחמת ליקוי ברישומים הרפואיים והן מכוח הכלל "הדבר מעיד על עצמו". ואולם, בניגוד לדעת בית-המשפט המחוזי, נפסק כי העותרת לא הצליחה להרים נטל זה. מקיומה בגיליון הלידה של עמודה המיועדת להערכת משקל העובר הסיקו שופטי הרוב, כי היה על הצוות הרפואי למלאה, אף אם הדבר טרם היה מקובל באותה עת בבתי-חולים אחרים. מאחר שרישום זה לא נעשה קבעו, כי לא הוכח שבוצעה הערכת משקל, ומכאן שלא הוכח היעדר התרשלות. כן קבעו שופטי הרוב - בהתבססם, בין היתר, על היעדר הרישומים בשלביה הסופיים של הלידה ועל כך שאיש מאנשי הצוות הרפואי לא העיד במשפט - כי העותרת לא הוכיחה שבלידתו של המשיב לא התרחש אירוע של עצירת כתף.

שופט המיעוט (השופט אנגלרד) הסכים, כי מהיעדר רישום בדבר הערכת המשקל מתבקשת המסקנה כי הערכה כזו לא בוצעה, וכי בכך התרשלה העותרת. לדבריו, "מאזן ההסתברות נוטה לכך שלו היו ננקטים האמצעים הנדרשים, דהיינו הערכת משקל של העובר (תוך התחשבות בשיעור טעות מסוים), היתה מתקבלת החלטה לבצע ניתוח קיסרי". אלא שלדעתו, לא הוכח קשר סיבתי בין התרשלות זו לבין נזקו של המשיב, ולא היה מקום להעביר אל העותרת את הנטל להוכיח היעדרו של קשר כאמור. לשיטתו, הפגם ברישום הערכת המשקל - אם היה כזה - אינו רלוונטי לשאלה אם התרחשה עצירת כתף; ואילו את היעדר הרישום בשלביה הסופיים של הלידה כלל אין לראות כפגם ברישום. שכן, לאור ממצאיו של בית-המשפט המחוזי ולאור חוות-דעתו של המומחה, אין סיבה להניח כי התרחש במהלך הלידה אירוע חריג כלשהו - לרבות עצירת כתף - אשר הצריך רישום. לדבריו, "במצב כזה, אין הצדקה להעביר את נטל השכנוע לרופא להוכחת עובדה נגטיבית, כי אירוע מסוים לא התרחש". מנימוקים

דומים סבר, כי גם הפעלת הכלל "הדבר מעיד על עצמו" אינה מובילה להעברת הנטל לעותרת. לדעתו, "לא הוכח על-ידי התובע בשום שלב כי במרבית המקרים, השיתוק ע"ש Erb נגרם בשל הימנעות מביצוע ניתוח קיסרי".

4. בעתירתה טוענת העותרת, כי "פסק הדין קובע הלכה עקרונית בתביעות של רשלנות רפואית בכלל ובלידה בפרט לענין העברת נטל השכנוע מהתובע אל הנתבע". לדעתה, "ההלכה הנכונה היא כפי שנקבעה ע"י דעת המיעוט", ו"אם דעת הרוב תישאר על כנה, יהיה זה כמעט בלתי אפשרי בנסיבות כאלו של לידה תקינה, ולפיכך גם הרישום הינו תמציתי, להתגונן כנגד טענת התובע שזקו נגרם בלידה בגין אירוע בלידה שניתן היה למנוע אותו". העותרת מטעימה, כי קשיי התגוננות אלה גדולים במיוחד לאור תקופת ההתיישנות הארוכה של תביעות בגין רשלנות בלידה (25 שנה), מה שעלול אף לעודד הגשת תביעות סרק רבות. לדעתה יש להכביד את הנטל המוטל על מי ש"כבש" את תביעתו במשך עשרות שנים. בנסיבות המקרה, היא טוענת, לא ייתכן כי התרחש בלידתו של המשיב אירוע כה טראומטי כמו "כליאת כתפיים" ולא תועד (אלא אם אי-הרישום נעשה בזדון, דבר שלא נטען בענייננו). לכן, לדבריה, יש לקבוע כי אירוע כזה לא התרחש. בנוסף לכך סבורה העותרת, כי ראוי לבחון שוב את הקביעה - לה היה שותף גם שופט המיעוט, והמבוססת על הלכה קודמת - שלפיה אי-רישום הערכת המשקל המדויקת עשוי להשפיע על ההכרעה בשאלת האחריות בגין אי-ביצועו של ניתוח קיסרי, אף שנרשם כי גודל הרחם מתאים לגיל ההיריון.

5. דין העתירה להידחות. שופטי הרוב לא ביקשו לקבוע בפסק-דינם הלכה חדשה. השופטת שטרסברג-כהן אף ציינה - בהתייחסה לדברי השופט אנגלרד - כי העברת הנטל אל כתפי העותרת נעשתה "על פי הכללים הנקוטים בדינו". מכאן, שאת טענת העותרת, שלפיה סטה פסק-הדין בפועל מההלכות הקיימות, יש להבין כמתייחסת, לכל היותר, לטעות ביישומן של ההלכות הקיימות על נסיבות המקרה; אך טענה מעין זו, כידוע, אינה מצדיקה דיון נוסף.

לגוף העניין - ומבלי שאנקוט עמדה במחלוקת שנתגלעה בין שופטי ההרכב - אציין, כי לא שוכנעתי שפסק-הדין אמנם העמיד בפני העותרת משוכת הוכחה אשר לא היה ביכולתה לעמוד בה. שופטי הרוב ביססו את הכרעתם, בין היתר, גם על כך שאיש מאנשי הצוות הרפואי אשר יילד את המשיב לא העיד במשפט; ולפחות בעתירה לא נטען כי נבצר מהעותרת להעיד מי מהם. אם נכונה טענת העותרת, כי אירוע "כליאת כתפיים" הינו כה חריג עד שאין אפשרות כי אירע בעת לידתו של המשיב ולא תועד, היה בידה להעיד על כך את אחד מאנשי הצוות. הטענה כי הלידה התרחשה לפני זמן

רב, לאו טענה היא בהקשר זה. שהרי, לכאורה, די היה בהבאת עדות של איש צוות, כי לא ייתכן כי היה מעורב בלידה שבה התרחשה "כליאת כתפיים" אשר לא תועדה ברישומים הרפואיים. זאת לא עשתה העותרת בענייננו; אך בתביעות עתידיות אין כל מניעה שייעשה כן על-ידיה או על-ידי נתבעים אחרים מסוגה.

6. למעלה מן הצורך אעיר, כי לטעמי, העברת הנטל לעותרת הייתה מוצדקת אף מטעם אחר, שלא לובן בפסק-הדין, ושעניינו הגברה רשלנית של הסיכון. שלושת שופטי ההרכב הסכימו, כזכור, כי העותרת התרשלה בכך שלא יילדה את המשיב בניתוח קיסרי. מחדל רשלני זה הגביר את סיכונו של המשיב ללקות בשיתוק מהסוג שבו לקה; ודי בכך כדי להצדיק את העברתו לכתפי העותרת של הנטל להוכיח כי לא מחדלה הוא שגרם לנזק, דהיינו כי לא "כליאת כתפיים" - שאותה ניתן היה למנוע על-ידי ניתוח קיסרי - היא שהביאה לשיתוק. אמנם שיעורו המדויק של הסיכון שהוגבר לא הוברר במשפט. כן לא הוכח - כדברי שופט המיעוט - כי "במרבית המקרים" נגרם השיתוק בשל ההימנעות מביצוע הניתוח. עם זאת ברור, גם לשיטתו, כי אין מדובר בהגברה זניחה בלבד של הסיכון. לדעתי, יצירה רשלנית של סיכון, ובלבד שאין המדובר בסיכון זניח, מצדיקה את העברת הנטל לנתבע להוכיח היעדר קשר סיבתי בין התרשלותו לבין הנזק (ראו: ע"א 3108/91 דייבי נ' וייגל, פ"ד מז(2) 497, 516); ואילו לעובדה שמדובר בסיבתיים עמומה ניתן לתת ביטוי, במקרים המתאימים, בדרך של קביעת פיצוי הסתברותי לפי שיעור הסיכון שהוגבר (ראו את דעת היחיד של השופט שטרסברג-כהן בע"א 6643/95 יהונתן כהן נ' קופת חולים של ההסתדרות הכללית, פ"ד נג(2) 680, 697-703; וכן את ההלכות שנפסקו בנושאים קרובים: ע"א 231/84 קופת חולים של ההסתדרות נ' פאתח, פ"ד מב(3) 312, לעניין אובדן סיכויי החלמה; וע"א 4384/90 ואתורי נ' בית החולים לניאדו, פ"ד נא(2) 171, 190-192, לעניין אי קבלת הסכמה מדעת לטיפול רפואי).

7. אשר לטענתה הנוספת של העותרת, שלפיה יש לבחון שוב את ההלכה המייחסת חשיבות לאי-רישום הערכת המשקל המדויקת בנסיבות דומות למקרה הנוכחי, הרי שאף העותרת מודה כי מדובר בהלכה קיימת שעליה התבססו שלושת שופטי ההרכב; ומכאן ברור כי אין מקום לקיים לגביה דיון נוסף במסגרת התיק הנוכחי. בכך אין כדי למנוע, כמובן, מהעותרת לתקוף את ההלכה האמורה במסגרת תיקים אחרים בעתיד.

8. העתירה נדחית.

ניתנה היום, ה' בניסן תשס"ג (7.4.03).

ש ו פ ט