

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 5373/02

בפני: כבוד השופט א' מצא
כבוד השופט א' א' לוי
כבוד השופט ס' גובראן

המערער: גיא נבון

נגד

המשיב: קופת חולים כללית

ערעור על פסק הדין של בית המשפט המחוזי בירושלים
מיום 29.11.01 ומיום 7.5.02 בתיק א' 1439/98 שניתן על
ידי כבוד השופט משה רביד

תאריך הישיבה: כ"ו באייר התשס"ג (28.5.03)

בשם המערער: עו"ד אסף ברוך פוזנר
עו"ד יוסי לבן

בשם המשיב: עו"ד יעקב אבימור
עו"ד ירון מויאל

פסק-דין

השופט ס' גובראן:

העובדות הצריכות לענייננו

1. כשהיה גיא נבון (להלן – המערער), יליד שנת 1978, כבן שלושה שבועות הוא חלה בדלקת קרום המוח; ביום 5/12/1978 החל המערער להיאנח וחומו עלה. כשראו שמצבו מחמיר מיהרו הוריו למרפאתו של ד"ר וואליס, רופא הילדים של המשפחה (להלן - ד"ר וואליס). ד"ר וואליס שלח אותם בדחיפות עם הפניה לבית החולים קפלן ששייך למשיבה. המערער אושפז בבית החולים, שם קיבל טיפול אנטיביוטי, ושחרר

לאחר עשרה ימים מבלי שאירעו סיבוכים מיוחדים. רק בהמשך התפתחה בהדרגה תמונה של שיתוק מוחי והוא הוכר כבעל 100% נכות על ידי המוסד לביטוח לאומי.

בשנת 1991 שמע חיים נבון, אביו של המערער, (להלן – האב) הרצאה בנושא שיתוק מוחין, ממנה למד, כי יש אפשרות שאופן הטיפול שהעניק בית החולים לבנו בעת שחלה בדלקת קרום המוח השפיע על או היווה גורם לשיתוק המוחין שהתגלה בהמשך. האב פנה למספר עורכי דין במהלך השנים שלאחר מכן אולם פניותיו לא הולידו הגשת תביעה. לבסוף, בשנת 1998, הגיש תביעה בשם בנו באמצעות בא כוחו בערעור שלפנינו, עו"ד פוזנר. טענתו בכתב התביעה היתה, כי היה פער של כחמש שעות בין זמן הגעתו לבית החולים לבין המועד בו התחילו לטפל בבנו. אותו פער של חמש שעות מהווה זמן קריטי במקרה של מחלה חמורה כדלקת קרום המוח אצל תינוק בן שלושה שבועות ויש קשר סיבתי בינו לבין שיתוק המוחין בו לקה. המערער צרף חוות דעת לכתב תביעתו מאת ד"ר להט, שהביע דעתו, כי במידה ובית המשפט יקבע שאכן היה איחור של כחמש שעות בין זמן ההגעה למיון לבין תחילת הבירור הרפואי ולאחריו מתן הטיפול האנטיביוטי, הרי שבית החולים לא עמד באמות מידה מקובלות ומחייבות.

יש לציין, כי החלק הארי מתיקו הרפואי של המערער בבית החולים נשמר. מהרשומות הרפואיות עולה, בין השאר, כי בצהרי יום 5/12/1978 בשעה 12:00 בצהריים נמדד חומו של המערער והחלו לבצע בו בדיקות. לפי גירסת האב, לעומת זאת, הוא התייצב עם המערער בבית החולים רק בשעה 17:00, לאחר שעזב את מרפאתו של ד"ר וואליס, ורק בסביבות השעה 22:00 החלו לבדוק את בנו.

בית המשפט המחוזי

2. בהתאם לנטען בכתב התביעה החליט כבוד השופט רביד על חלוקת הדיון ל'פרוסות': ראשית, ישמעו עדויות באשר לשאלה העובדתית, האם אכן בדיקת המערער ומתן הטיפול נעשו רק כחמש שעות מרגע הגעתו לבית החולים. במידה ויוכח שאכן כך היה, יעבור בית המשפט לשמוע את עדויות המומחים באשר לשאלה, האם יש קשר סיבתי בין התנהגות בית החולים לשיתוק המוחי בו לקה המערער. לעומת זאת, אם יקבע בית המשפט שלא הוכחה הטענה העובדתית, אזי התביעה תדחה מבלי לעבור ל'פרוסה' הבאה של הדיון. ואכן כך היה. בהחלטתו מיום 29.11.01 קבע כב' השופט רביד, כי לא הוכחה הטענה העובדתית הבסיסית, שהעלה המערער בכתב תביעתו,

וביום 7.5.02 נתן תוקף של פסק דין להחלטה זו, תוך שהוא דוחה את התביעה כולה, וזאת מבלי לשמוע את המומחים מטעם הצדדים.

התשתית העובדתית שהונחה בפני בית המשפט המחוזי כללה, בראש ובראשונה, את תיקו הרפואי של המערער (שסומן כ נ/3), הכולל את המסמכים הבאים: סיכום מחלה, תולדות המחלה ומהלכה, בהתאם לכל יום אשפוז, ההפניה של ד"ר ואליס לבית החולים (יש לציין כי לא נרשמה שעת ההפניה על גבי הטופס), גליון חום, בו מפורטים מדידות החום, העירוויים, התרופות, האוכל והבדיקות שקיבל, גליון בדיקות מעבדה, הפניות לבדיקות שונות, ותוצאות של בדיקות. בנוסף לתיק הרפואי שמע בית המשפט קמא עדויות מטעם הצדדים. מטעם המערער העידו אביו ואמו ומטעם המשיבה העידו העדים הבאים: גב' סולנג' דזביל, שהיתה בעת אשפוזו של המערער האחות האחראית במחלקת ילדים א', פרופ' זאב תאודור הנדזל, שהיה בזמן הרלוונטי רופא ילדים בכיר במחלקת ילדים א' של בית חולים קפלן והאחראי הבכיר בעת אשפוז המערער, ד"ר צבי דולב, שהיה הרופא שטיפל במערער עם אשפוזו, ומר אברהם מסקין, שעבד בזמן האמור כמנהל המעבדה הבקטריוולוגית.

3. בית המשפט המחוזי התרשם שעדויות הורי המערער מוטות. לדעתו, הם לא העידו על מה שאירע אלא על מה שהם מאמינים שקרה בבית החולים, ולא ניתן לבסס ממצאים עובדתיים על עדויות אלה. גם לגירסת עדי המשיבה התייחס בית המשפט בעירבון מוגבל, שכן הוא התרשם שהם לא זכרו את המקרה ועדויותיהם התבססו על התיק הרפואי, תוך שהם מנסים לתת פרשנות, שאינה תמיד נכונה, למסמכים שבו. על כן הזהיר עצמו השופט גם לגבי העדויות שלהם. עיקר קביעותיו העובדתיות מתבססות על המסמכים שבתיק הרפואי וכן על אותם חלקים בעדויות שנראו בעיניו מדויקים ואמינים.

4. בית המשפט הנכבד לא קיבל את טענות המערער, וקבע כממצא סופי, כי לא היתה הזנחה בטיפול שניתן לו מעת קבלתו לבית החולים, והוא קיבל טיפול רצוף בחדר מיון ובמרפאת ילדים א'. למסקנתו זו הגיע, בין השאר, לאחר שהתייחס לנקודות הבאות;

ראשית, הוא לא קיבל את טענת המערער, לפיה כוונת רישום השעה 12:00 בגליון החום הינה למעשה 24:00, שכן אף אחד מעדי ההגנה לא נשאל על אפשרות זו.

שנית, התייחס לטענה, לפיה קיימת סתירה בין רישום החום בגיליון 38.5 מעלות בעת קבלתו) ובין הרישום בתולדות המחלה מיום 5/12/78 (כאילו חומו של המערער עמד על 40 מעלות). למעשה לא קיימת סתירה של ממש, לדעת השופט הנכבד, כיוון שמעלות החום שנכתבו בגיליון תולדות המחלה מהוות חלק מהאנמנזה, שנרשמה בראשית הדף והתבססה על המידע שמסרו הוריו בעת קבלתו של המערער לאשפוז, ולא על הבדיקות שבוצעו ע"י בית החולים עצמו.

שלישית, קבע, שאין גם סתירה ממשית בין הרישום בגיליון תולדות המחלה, לפיו ביום השני חלה ירידה בחום, לבין הרישום בגיליון החום, וזאת משום שמגיליון החום עולה, שאכן חומו של המערער ירד ביום הראשון והמשיך לרדת בבוקר של היום השני והחל לטפס ולעלות רק בשעות הצהריים.

רביעית, קבע השופט קמא, כי בניגוד לטענת המערער, הרי שהרישום בגיליון החום עולה בקנה אחד עם רישומים נוספים בתיק הרפואי וכן עם הנהלים שרווחו באותה תקופה בבית החולים, כפי שתוארו בעדויות מטעם המשיבה; כאמור, בגיליון החום נרשמה מדידת חום ראשונה ב-5/12/78 בצהריים, וכן נרשמו עירוים ובדיקות שנעשו באותו היום, וזאת בניגוד לטענת האב, לפיה בדיקת המערער החלה רק בשעות הלילה המאוחרות של אותו יום. ממסמכים נוספים בתיק הרפואי עולה, שביום 5/12/78 נלקחה בדיקת ניקור מותני, שבעקבות תוצאותיה הראשונות נתנה הוראה לתת למערער אנטיביוטיקה רחבת היקף. התוצאות הסופיות של הבדיקה הגיעו כבר השכם בבוקר שלמחרת או אז הוחלף סוג האנטיביוטיקה. בהתאם מהעדויות עולה, כי תוצאות סופיות של בדיקת הניקור המותני מתקבלות רק לאחר כשמונה שעות, ועל כן אם הבדיקה נעשתה, כפי שטוען המערער, בשעות הלילה המאוחרות, לא היו מתקבלות התוצאות לפני הצהריים של יום המחרת, ה-6/12/78.

חמישית, לדעת השופט המלומד, אין בפער בין כמות התרופות שאמור היה המערער לקבל על פי הוראת הרופא לבין כמות התרופות שקיבל בפועל, כדי לחזק את טענות המערער. בעדותו הסביר פרופ' הנדזל, כי הכמות שנרשמה התייחסה למחזור של 24 שעות, ועל כן לא ניתנה בין 12:00 בצהריים לבין הבוקר שלמחרת, אז הוחלף סוג האנטיביוטיקה, כל הכמות שנרשמה.

שישית, בגיליון תולדות המחלה, בחלק שמתייחס ליום האשפוז הראשון (מסמך 9 בתיק הרפואי, נ/3) רשומות בכתב ידו של ד"ר דולב מספר בדיקות שנעשו במהלך האשפוז במיון וכמה בדיקות אחרות שנעשו עוד באותו יום במחלקה. אחת

מהבדיקות שנעשו במיון הינה בדיקת הניקור המותני (LP). רישום זה עומד בניגוד לטענת הורי המערער, לפיה המערער לא נבדק בחדר המיון ורק משהועבר למחלקת הילדים החל הטיפול בו.

לסיכום, קבע השופט, כי מהעדויות ומהתיק הרפואי עולה תמונה ברורה של טיפול רצוף, שהחל בצהרי יום האשפוז: המערער התאשפז בסביבות השעה 12:00, לאחר מכן נערכו לו בדיקות סטנדרטיות ונעשתה אנמנזה (שארכו כשעה – שעה וחצי). מאוחר יותר נשלח לבדיקות רנטגן, וכן נלקחה ממנו בדיקת ניקור מותני. עצם קיומן של הבדיקות הללו מתועד בתיק, ומגיליון תולדות המחלה עולה שהן נעשו ביום הראשון לאשפוז עוד במיון ולפני שהועבר למחלקה. התוצאות הראשונות של בדיקת הניקור המותני מתקבלות רק לאחר כשעתיים. כאשר אלו הגיעו, בסביבות השעה 16:00, כבר יצא פרופ' הנדזל, שהיה הרופא הבכיר, לביתו, וד"ר דולב התקשר לדווח לו על התוצאות. פרופ' הנדזל אישר מתן אנטיביוטיקה רחבת טווח, ומהתיק עולה שהיא אכן ניתנה למערער באמצעות עירווי. תרבית ראשונית ובדיקת רגישות ניתן לקבל רק לאחר כשמונה עשרה שעות, ולכן רק בבוקרו של יום המחרת הגיעו התוצאות, שהראו על הימצאותם של מנינגוקוקים, ואז הורה פרופ' הנדזל על החלפת האנטיביוטיקה, וגם פרט זה עולה מהרשומות הרפואיות.

טענות הצדדים

5. המערער סבור, כי הקביעות, אליהן הגיע בית המשפט המחוזי, הינן מוטעות ויש בהן סתירות רבות. הוא חוזר על טענתו בפני הערכאה דלמטה, לפיה הוא הגיע עם אביו לבית החולים רק בשעות אחר הצהריים של יום האשפוז והחל להיבדק רק בשעות הלילה המאוחרות. לחיזוק טענתו זו הוא מצביע על אותן סתירות שעולות, לדעתו, מהרישום בתיק הרפואי וכן בהשוואה בין הרישום לעדויות בעל פה;

ראשית, ד"ר דולב העיד, כי במצבים כמו המצב בו היה שרוי המערער עת הגיע לבית החולים, מקובל וראוי להראות את החולה לרופא האחראי. כאמור, יצר ד"ר דולב קשר עם פרופ' הנדזל רק לאחר שזה יצא לביתו, דהיינו אחרי השעה 16:00, משמע שאין זה הגיוני שהמערער התאשפז או נבדק כבר בשעות הצהריים המוקדמות, שכן אז היה ד"ר דולב מספיק "לתפוס" את פרופ' הנדזל בבית החולים.

שנית, באנמנזה שנכתבה ע"י ד"ר דולב ב 5/12/78 נכתבו התופעות שהופיעו אצל המערער בזמן עבר. ד"ר דולב עצמו העיד בבית המשפט, כי לרוב, כאשר ננקטת

לשון עבר באנמנזה לתיאור תופעות שהופיעו באותו היום, נעשה הדבר בשעות הערב המאוחרות.

שלישית, לא ניתן ליישב את הפער בין כמות התרופות שהורו הרופאים לתת למערער ביום הראשון לאשפוז עם הכמות שנתנה בפועל. המסקנה היחידה המתבקשת היא, שהתרופות החלו להינתן רק משעות הלילה המאוחרות עד לשעות הבוקר המוקדמות.

רביעית, טעה בית המשפט קמא כשקבע, כי רישום 40 מעלות חום באנמנזה מתעד את מה שמסרו ההורים ולא את ממצאי הבדיקות בבית החולים, והראיה לכך היא הפרשנות שנתן ד"ר דולב לטקסט במסגרת חקירתו הנגדית. אם כך, הרי שיש סתירה בין הרישום בגיליון החום לבין הרישום באנמנזה, שבגיליון תולדות המחלה, וסתירה זו מערערת את אמינות הרישום הרפואי, שבית המשפט קמא מצא לנכון להסתמך עליו כעל הממצא המרכזי.

לסיכום, הרישום הרפואי, לדעת המערער, מעורפל ולא אחיד. כמו כן חלקים מהעדויות שנתנו עדי המשיבה תומכים במידה רבה בעמדת המערער.

6. המשיבה מדגישה, כי מהותו של הערעור היא למעשה תקיפת קביעותיו העובדתיות של בית המשפט קמא. המשיבה סבורה, שבנסיבות התיק דנן היתה מוטלת על המערער מידת הוכחה מוגברת וזאת בשל חלוף הזמן הרב עד הגשת התביעה. בהשתהותו גרם המערער למשיבה נזק ראייתי ולכן מלכתחילה, במקרה של ספק, צריכה היא להיות זו שנהנית ממנו. אולם טענה זו נטענת שלמעלה מהצורך, שכן במקרה הנדון לעיל לא התעורר ספק של ממש, והמשיבה תומכת בכל הממצאים העובדתיים שקבע בית המשפט קמא ולפיהם ניתן למערער טיפול רצוף מרגע הגיעו לבית החולים.

דיון

7. הדרך הדיונית, בה בחר בית המשפט המחוזי, נראית לי ראויה בנסיבותיו של התיק. הטענה שעמדה בבסיסו של כתב התביעה, שהגיש המערער בבית המשפט המחוזי, היתה, כי היה איחור ניכר בהתחלת הטיפול במערער מרגע הגעתו לבית החולים, ושעקב האיחור הנ"ל, נגרמה נכותו החמורה. טענה זו כוללת שתי טענות מרכזיות. האחת עובדתית במהותה והשנייה עוסקת בקשר סיבתי. הטענה הראשונה

מהווה למעשה נדבך 'שבלעדיו אין' לצורך בדיקת הטענה השנייה, שכן במידה ויקבע, כי לא היה איחור במתן הטיפול, הרי שאין כלל מקום לעבור ולבדוק קשר סיבתי.

לשם בירור הפן העובדתי של התביעה לא היה צורך בשמיעת המומחים מטעם הצדדים. בחוות דעתו לא נכנס המומחה מטעם התביעה, ד"ר להט, כלל לשאלה העובדתית והביע דעתו רק על סמך ההנחה שהטענות העובדתיות של התביעה יתקבלו:

"במידה ואכן היה איחור של כחמש שעות בין שעת ההגעה למיון ובין תחילת הבירור הרפואי, ולאחריו מתן הטיפול האנטיביוטי, גישה זו אינה עולה בקנה אחד עם אמות מידה רפואיות מקובלות בנתונים שפורטו לעיל. איחור בתחילת הטיפול הרפואי עלול להיות קשור בסבירות גבוהה להופעת תמונת הנזק של שיתוק מוחי שהתפתחה מאוחר יותר" (ראה עמוד 7-8 לחוות הדעת של ד"ר א.להט), (ההדגשה לא במקור).

8. בפתח סיכומיו מדגיש המערער, כי הערעור לא נסוב סביב קביעותיו העובדתיות של בית המשפט המחוזי, אולם בסיום דבריו, כשמסכם המערער את מבוקשו, הוא מנסח זאת כך:

"לאור כל האמור, מתבקש בית המשפט לקבל את הערעור ולקבוע כי הטיפול במערער החל בשעות הלילה המאוחרות של יום 5/12/78 ולאחר שהמערער שהה בבית החולים שעות רבות ללא טיפול; ולמצער – שהנטל להוכיח כי הטיפול היה מיד ובסמוך להגעת המערער לבית החולים – מוטל על המשיבה – וכי היא לא עמדה בנטל זה. לאחר קביעה עובדתית זו יש להחזיר את הדיון לבית משפט קמא (בפני שופט אחר) על מנת שישמע את המומחים השונים ביחס לתשתית עובדתית זו והשלכותיה הרפואיות".

עם כל הכבוד, הרושם העולה למקרא דברים אלה הינו, שהמערער מבקש מבית משפט זה להתערב בקביעותיה העובדתיות של הערכאה הראשונה, ומה לי אם נכנה זאת כך או אחרת. המערער סבר, שהשופט הנכבד קמא לא התרשם נכונה מהראיות והעדויות שהוצגו בפניו ולא פירש אותם כראוי, ועל כן הוא מבקש מאתנו להגיע למסקנות עובדתיות אחרות. דא עקא והמערער לא השכיל להצביע במסגרת סיכומיו על טעות מכרעת בשיקול הדעת של בית המשפט המחוזי בהעניקו פרשנות לעובדות שהוצגו בפניו.

הלכה פסוקה היא מלפנינו, שאין אנו מתערבים, דרך כלל, בקביעות עובדתיות, הנשענות על חומר הראיות, אלא אם כן מתגלה על פני הדברים התעלמות מראיה בעלת משקל מכריע או שגיאה עקרונית, היורדת לשורש הדברים, בהערכת הראיות ובקביעת העובדות (ראה ע"א 58/82 משה קנטור נ' ד"ר שלום מוסייב, פ"ד לט (3) 253 וכן ע"א 7451/96 אביבה אברהם נ' בנק מסד בע"מ פ"ד נג (2) 337. כן ראה ד"ר י. זוסמן, "סדר הדין האזרחי", מהדורה שביעית בעמוד 856).

9. נטל ההוכחה היה מוטל על המערער, כתובע בהליך, לשכנע את בית המשפט, שעל אף הנתונים העולים מהתיק הרפואי שהוצג בפניו, עליו להעדיף את גרסתו, שמעוגנת בעדות הוריו. כדי לעשות זאת ניסה המערער להאיר על סתירות ברישום הרפואי. לטענתו, יש בסתירות אלו כדי להטיל ספק באמינות הרישום, ומספק זה עולה המסקנה, לפיה גרסת המערער היא המסתברת יותר. בית המשפט קמא לא קיבל טענה זו, ומצא כי לרוב ה'סתירות' כביכול קיימת תשובה הגיונית בחומר שעלה מהתיק הרפואי יחד עם העדויות. המערער שב ומצביע על אותן סתירות גם בפניו, אולם אינני מוצא, כי יש בהן כדי לערער את המסקנות אליהן הגיע בית המשפט קמא על סמך התשתית העובדתית שהונחה בפניו. מסקנות אלה הגיוניות הן, מנומקות ועולות בקנה אחד עם מאזן ההסתברויות; אל מול עדות הורי המערער, עליו מוטל נטל ההוכחה, הוצג בפני בית המשפט התיק הרפואי, שנשמר כמעט בשלמותו. מגיליון החום שבתיק הרפואי עולים נתונים ברורים. מסמכים נוספים בתיק מחזקים נתונים אלה, כמו לדוגמא התאריך שרשום על ההפניות לבדיקות, המועד בו הגיעו תוצאות הבדיקות, המועד בו נתנה לראשונה האנטיביוטיקה המיוחדת וכן רישום תולדות המחלה מפי הרופא המטפל. העדים מטעם המשיבה, שהעידו על הנהלים שהיו מקובלים באותה תקופה, מחזקים, לרוב, את הנתונים שעולים מהתיק הרפואי וביחד יוצרים תמונה עובדתית שלמה ומבוססת באופן יחסי וזאת בהתחשב בזמן הרב שחלף מעת האשפוז עצמו.

10. הטענה החלופית של המערער הינה, כי יש בסתירות עליהן הצביע כדי להפוך את נטלי הראיה, ומשיעבור נטל הראיה אל כתפי המשיבה יטה מאזן ההסתברויות לטובתו. המערער אף סבור, כי בשל היעדר/מיעוט הרישומים הרפואיים והסתירות המרובות ברישומים הרפואיים נגרם לו 'נזק ראייתי'.

אין בידי לקבל טענות אלה. הפסיקה הכירה בתביעות כגון דא במקרים בהם ראוי להעביר את נטל ההוכחה מכתפי התובע אל כתפי הנתבע. בחלק מאותם מקרים הרישום הרפואי היה חסר או לקוי (ראה לדוגמא ע"א 58/82 הנ"ל, פ"ד לט (3) 253, ע"א 6160/99 נתן דרוקמן נ' בית החולים לניאדו, פ"ד נה (3) 117, ע"א 1/01 מרדכי שי

שמעון נ' קופת חולים של ההסתדרות פ"ד נו(5) 502 וכן ת"א (י-ם) 76/94 עזבון המנוח רון ארטו ז"ל נ' ד"ר יריב מלימובקה, תק-מח 97(2) 3001. על החשיבות שברישום הרפואי עמד השופט ד. לוין בפסק הדין המנחה בעניין קנטור, שצוין לעיל:

"מחדל זה אינו דבר של מה בכך. ישנה חשיבות ממדרגה ראשונה לרישומים הרפואיים, הנעשים על ידי רופאים המטפלים בחוליהם, בעת הטיפול או סמוך לאחריו. זוהי ממש שיגרת עבודתם של רופאים, במיוחד במרפאות ובבתי חולים. רישומים אלה חשיבותם בכך, שהם מציגים לפני הרופא המטפל בחולה או לפני כל מי שיתבקש להושיט לו סעד רפואי עם הזמן תמונת מצב על המחלה או על מצב בריאותו של החולה בדרך כלל, בכל שלב ושלב של התפתחות המחלה והשתלשלות הדברים. על פי הרישומים ובהסתמך עליהם יוכל לקיים מעקב שוטף, ראוי ואחראי אחר התפתחות הדברים ולקבל את ההחלטות הנאותות. רישומים אלה חשיבותם רבה גם כראיה אותנטית ובעלת משקל באשר לאירועים שקרו ולהתפתחויות שהתרחשו במועד כלשהו בעבר" (ראה שם, עמוד 259).

אין חולק, כי במקרה נשוא הדיון נערך רישום רפואי מפורט, שענה על הקריטריונים שהיו תקפים באותו הזמן. טענת המערער מכוונת כנגד הסתירות ואי הדיוקים שעולים מרישום זה. ואכן, הפסיקה הכירה באפשרות להעביר נטלי הוכחה גם במקרים בהם היה חוסר דיוק ברישום. במקרים כאלה, וכאשר לא ניתן הסבר מספק לסיבת הרישום הסותר, העדיף בית המשפט את הרישום שפועל לטובת התובע כל עוד לא הוכח אחרת על ידי הנתבע. בע"א 6330/96 בנגר נ' הלל יפה, (פ"ד נב (1) 145) נקבע על ידי השופט אור, כי רישומים בלתי מדויקים (רישום "שעות עגולות" בלבד) על ידי בית החולים פועלים לטובת התובעים באופן שיש להניח לטובתם, כי הפעולה הרפואית (זריקה) בוצעה במועד המוקדם ביותר האפשרי בתוך מתחם הזמן שמייצג רישום של "שעה עגולה". בע"א 6643/95 יהונתן כהן נ' קופת חולים של ההסתדרות (פ"ד נג (2) 680) היה חוסר בהירות באשר לתאריך לקיחת בדיקת דם, זאת בשל סתירה בין התאריך שהיה רשום על טופס הבדיקה בכתב יד לבין התאריך שהיה מוטבע בחותמת. השופט שטרסברג כהן קבעה, כי במקרה מסוג זה יש לזקוף לחובת המשיבה את העובדה, כי לא הובא להעיד מטעמה מי שרשם את הפרטים בכתב יד, שיתכן והיה בידו לשפוך אור על פשר הסתירה שבין המועדים השונים הרשומים על גבי טופס הבדיקה, ועל כן:

"העדר רישום חד-משמעי, מחד גיסא ואי-העדת עדים, רלבנטיים, מאידך גיסא - פועלים לטובת המערערים,

באופן שיש להניח לטובתם כי הבדיקה נערכה בטרם
 כניסתה של האם לחדר הלידה, כפי שמצוין בחותמת..."
 (ראה שם, עמ' 688)

לא כל סתירה ברישום הרפואי מביאה מיד להעברת נטל ההוכחה. יש סתירות, שעל אף שאין עליהן מענה מפורש, אין הן נוגעות בשורש המחלוקת ועל כן אין בהן כשלעצמן כדי להעביר את נטל ההוכחה. אם הן מצטרפות לסתירות נוספות שנוותרות ללא מענה, יתכן ויהיה בחוסר הבהירות הכללי כדי לאפשר את מעבר נטלי ההוכחה, ומאידך, אם מדובר בכמה 'סתירות' בודדות, אשר אינן נוגעות ישירות בסלע המחלוקת, לא יהיה בהן כדי להשפיע. כאמור, על רוב הסתירות עליהן הצביע המערער מצא השופט הנכבד קמא תשובה והסבר הגיוני, בין שנתנו על ידי עדי המשיבה ובין שעלו מתוך הרישום עצמו. על כן אין המקרה שלפנינו דומה למקרה שהיה בפסק הדין בעניין כהן שצוין לעיל, שכן אין מדובר בסתירה מהותית, אשר עשויה להכריע לכיוון של גרסה זו או אחרת, וכמו כן המשיבה דאגה לזמן עדים שינסו להסביר ולשפוך אור על חוסר ההבנות. גם אם לא כל הסתירות נפתרו במלואן הרי שאלו שנשארו עם סימן שאלה אינן בעלות משקל משמעותי, שיש בו כדי להפוך נטלי הוכחה.

11. לא ניתן אף לומר, כי למערער נגרם 'נזק ראייתי'. לדוקטרינת הנזק הראייתי יש שתי נפקויות מרכזיות; האחת, כעילת תביעה נזיקית עצמאית של ניזוק נגד אותו אדם או מוסד שבאשמתו נגרם הנזק הראייתי, כאשר לא בכל המקרים יהיה זה הנתבע בתביעה המרכזית, אשר במסגרתה נגרם הנזק הראייתי. והשנייה, כעילה להעביר נטל ראיה במסגרת התביעה המרכזית מכתפי התובע אל כתפי הנתבע, וזאת בהנחה שהנתבע הוא גם זה שגרם לנזק הראייתי [ראה א' פורת וא' שטיין "דוקטרינת הנזק הראייתי: ההצדקות לאימוצה ויישומה במצבים טיפוסיים של אי-ודאות בגרימת נזקים" עיוני משפט, כרך כא, אפריל 1998, עמוד 191 וכן ע"א 3056/99 דועי שטרן נ' המרכז הרפואי על שם חיים שיבא (פ"ד נו(2) 6)]. בענייננו טוען המערער ליישום הנפקות השנייה של דוקטרינה זו. לרוב, ההכרה בקיומו של נזק ראייתי באה כתוצאה מחסרים ברישומים רפואיים והיעדרם או באי ניהול תקין שלהם, ולא יהיה די בסתירות ברישום הרפואי כדי להוות 'נזק ראייתי'. בענייננו, הצביע המערער על שלושה מסמכים, שנעלמו מן התיק הרפואי. מסמך אחד הינו צילום רנטגן חזה, שבוצע סמוך למועד האשפוז ולאחר מדידת החום הראשונה והבדיקות השגרתיות האחרות. צילום זה הוא בעל חשיבות ראייתית, שכן מוטבעת בו שעת עשייתו. לו היה מצוי הצילום בתיק, היה ניתן לדעת בבירור גירסתו של מי היא הנכונה. עם זאת, על אף חשיבותו של המסמך, אין לראות במשיבה כאשמה בחסרונו;

על כל בית חולים מוטלת החובה לשמור על הרשומות הרפואיות שנעשו במסגרתו [ראה סעיף 17 לחוק זכויות החולה, התשנ"ו – 1996, תקנה 4(א) לתקנות בריאות העם (שמירת רשומות), התשל"ז – 1976 (להלן – התקנות)]. חשיבות רבה יש בשמירת הרשומות הרפואיות, שכן הללו מהוות תיעוד של מצבו הרפואי של החולה, הטיפולים שקיבל והמועדים בהם נתנו, וניתן ללמוד מהם הן לצורך המשך הטיפול בעתיד בחולה והן כראיה למצבו ולטיפול רפואי שקיבל (ראה ע"א 6330/96 בעניין בנגר, עמוד 157). יחד עם זאת, לא קיימת חובה על המוסד הרפואי לשמור את הרשומות הרפואיות לעד. בתוספת לתקנות מפורטות רשומות רפואיות שונות ולצידן מצוין פרק הזמן במסגרתו יש לשמור על אותה רשומה. כך לדוגמא, תיק רפואי של חולה בבית חולים כללי יש לשמור עשרים שנה לאחר האשפוז או הטיפול האחרון. גיליון סיכום מחלה יש לשמור כמאה שנה. זו הסיבה, שלמרות שהתביעה הוגשה זמן רב לאחר האשפוז עדיין נשמר התיק הרפואי כמעט במלואו. צילום רנטגן, לעומת זאת, יש חובה לשמור בתיק הרפואי רק כעשר שנים מתום הטיפול האחרון (ראה סעיף 13 לתוספת לתקנות). זו הסיבה, כנראה, לנפקדותו של הצילום מהתיק הרפואי. משלא הפרה המשיבה את חובותיה על פי הדין, אין מקום להכיר בקיומו של נזק ראייתי למערער, שכן תנאי הכרחי להכרה בנזק ראייתי כמניב זכויות דיוניות ומהותיות הינו יסוד האשם של הצד השני כאחראי על יצירת הנזק (ראה מאמרם של פורת ושטיין, עמ' 197-203, 246-248).

חוסר נוסף בתיק הרפואי, עליו הצביע המערער בסיכומיו, היה אי רישום הטיפולים והבדיקות שנעשו למערער ביום השלישי לאשפוזו, 7/12/78, בגיליון תולדות וסיכום המחלה. כאן אין המדובר בחוסר שנובע מאי שימור הרישום, כמו במקרה צילום הרנטגן, אלא באי רישום מלכתחילה. עמדנו על החשיבות בעריכת רישום רפואי ועל כך שהיעדר רישום מהווה פגם חמור במילוי החובות המוטלות על בית החולים ועובדיו. יחד עם זאת, לא כל חוסר ברישום מקים באופן אוטומטי נזק ראייתי לתובע וזכות להעברת נטל הראיה ממנו לנתבע. זכות זו תקום רק כאשר היעדר הרישום נוגע ללב השאלה שבמחלוקת. עמד על כך השופט אנגלרד בע"א 1/01 מרדכי שי שמעון נ' קופת חולים של ההסתדרות (פ"ד נו (5) 502):

"לטעמי, לא עלה בידי התובע, בשום שלב, להוכיח כי מתקיימות הנסיבות המצדיקות את העברת נטל השכנוע בשל ליקוי ברישום הרפואי. אגע תחילה לחסר ברישום הערכת המשקל. פגם זה - בהנחה כי אכן המדובר בפגם ברישום - אינו רלוונטי לשאלה האם הייתה כליאת כתף במהלך השלב השני של הלידה. בית משפט זה שב ופסק כי כאשר לא נעשה רישום נאות, מועבר אל הנתבע נטל

ההוכחה בדבר העובדות השנויות במחלוקת, אשר יכלו להתברר מתוך הרישום. לא מדובר בהעברה כללית של נטל הראיה מן התובע אל הנתבע, אלא העברת הנטל לצורך הכרעה בסוגיה עובדתית קונקרטית" (שם, עמ' 517).

במקרה דנן נקודת המחלוקת נעוצה ביום הראשון לאשפוז ובשאלה, באיזו שעה הגיע המערער עם הוריו לבית החולים ובאיזו שעה החל הטיפול בו. על כן, אין ברישום פרטי היום השלישי לאשפוז כדי לשפוך אור על התרחשויות היום הראשון. אם היתה משמעות ראייתית למה שהתרחש ביום השלישי הרי שבנקודה זו נטל ההוכחה היה עובר לכתפי המשיבה, אולם נראה שאין זה המקרה.

מסמך נוסף שחסר, לטענת המערער, בתיק, הוא פתק שצירף ד"ר ואליס להפנייה לבית החולים. האב העיד, כי הפתק היה מקופל ומהודק להפניה והוא הציץ בו וראה שרשום כי יש חשש לדלקת קרום המוח. בין אם פתק זה נעלם מהתיק ובין אם כלל לא הגיע לתיק הרי שגם לו אין משמעות ראייתית. אין מחלוקת בין הצדדים, כי המערער חלה בדלקת קרום המוח. האב טען, כי ד"ר דולב רצה לשלוח את המערער לביתו כבר ביום הראשון כיוון שלא העריך את חומרת המחלה ורק לאחר תחנונים נאות להמשיך לאשפוז. דברים אלו של האב עומדים בניגוד לרשום בגיליון תולדת המחלה, לפיו כבר ביום הראשון לאשפוז אבחן ד"ר דולב חשד ל sepsis וערך בדיקות בהתאם. כך או כך, גם אם היה מוכח קיומו של הפתק, הרי היה עולה ממנו כי ד"ר דולב היה מודע לכך שמדובר בחשד למחלה חמורה ועל כן סביר שנקט צעדים בהתאם ולא התעכב או השתהה עם לקיחת הבדיקות.

מעבר לנדרש אוסיף, כי סבור אני שלאור החומר הראיתי בתיק הסתברות טענותיה של המשיבה עולה על הסתברות טענות המערער, וזאת גם בהנחה שנטל ההוכחה והשכנוע מוטל על כתפיה. למעשה לדוקטרינת הנזק הראיתי יש נפקות רק במצב של 'תיקו ראייתי', דהיינו במצב בו לא ניתן לייחס עדיפות ראייתית למי מבעלי הדין, ומאזן המידע שבידי השופט אינו חיובי. במצבים כאלה תהיה משמעות רבה לשאלה, מי נושא בנטל ההוכחה, והתשובה לשאלה זו היא לרוב שתכריע במחלוקת. וכך מסבירים פורת ושטיין במאמרם:

"במצב של תיקו ראייתי, הכרעה לטובת התובע, שתתחייב בעקבות העברת נטל השכנוע אל הנתבע, תתקן הפרה זו ותשיב את השוויון למקומו..."

שופט הפועל לפיו (לפי כלל הנזק הראייתי – הערה שלי, ס.ג'.) יידרש כמובן לבדוק, בכל מצב של תיקו ראייתי, אם מצב זה נגרם ברשלנות הנתבע. פרט לכך יידרש השופט לבדוק בכל מקום שמצא שקיים נזק ראייתי, אם נזק זה יצר אי וודאות ועמה תיקו ראייתי...

הפעלתו של הכלל המוצע כפופה למגבלות, בעטיין יש לקיימו ככלל שיורי. ראשית, כאשר אין מדובר בתיקו ראייתי, אין לכלל המוצע תחולה. כלל זה אינו יכול לסייע לתובע שהסתברות טענותיו, לאחר שנגרם לו נזק ראייתי, נופלת מן ההסתברות התומכת בתיזת הנתבע" (ראה עמודים 242, 247-249).

כאמור, בענייננו התשתית העובדתית בתיק לא יצרה מצב של 'תיקו ראייתי' ועל כן התייחסותנו לטענות המערער בנוגע לסוגיית הנזק הראייתי היתה מעבר לצורך בלבד.

12. לסיכום, אין בפי המערער טענות המצדיקות התערבותנו בקביעותיה העובדתיות של הערכאה דלמטה, ואני מציע לחברי לדחות את הערעור ולהשאיר את פסק הדין על כנו.

בנסיבות העניין, כל צד ישא בהוצאותיו.

ש ו פ ט

השופט א' מצא:

אני מסכים.

ש ו פ ט

השופט א' א' לוי:

אני מסכים.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט ס' ג'ובראן.

ניתן היום, כ"ו בסיון תשס"ג (26.06.03).

שופט

שופט

שופט