

---

בית המשפט קיבל את התביעה בחלקה ופסק כלהלן:

עיקר מחדליה של הנתבעת נועץ היה בהתנהלות האורטופד ומרכז הדימות של הנתבעת. יתכן שהרופא לא "האמין" בנחיצותה של בדיקת ה-CT לאותו שלב. עם זאת הואיל והיפנה את המנוח לבצעה, לא יכול להשמע בטענה שלא היה בה כלל צורך. התנהלות זו מהווה סטיה מסטנדרט התנהגות סבירה ומנעה את אישור הבדיקה מיד עם ההפניה הראשונה.

נזק ראייתי הוא לכל הפחות כלי להעברת נטל השכנוע אך אינה מכתיבה את התוצאה ויש לנהוג בה בזהירות; במקרה זה צלחה טענת התובעים באשר לאשם המוטל על הנתבעת ועל כן ניתן היה לומר כי שעה שנציגי הנתבעת נמנעו מקיום בדיקת CT למנוח במועד הרלבנטי, יועבר הנטל אל הנתבעת. ברם, לא עלה בידי התובעים להצביע על קיומו של חסר בתשתית הראייתית בנוגע לקשר הסיבתי, קרי הנזק הראייתי המובנה; הוכח, ע"י הנתבעת כי מחלת הסרטן שהתגלתה אצל המנוח לא היתה קשורה סיבתית לאיחור באישור ביצוע בדיקת CT והפניית המנוח לביצועה.

נוכח המסקנה כי נמצא אשם בהתנהלות הרופא אך לא הוכח קשר סיבתי בין הטיפול כמתואר לבין מצבו, יש לקבע כי התובעים זכאים לפיצוי בגין כאב וסבל שנגרמו כתוצאה מהתעלמות ומחדל האורטופד לפעול לאישור הבדיקה שהוא הורה עליה בעצמו.

---

## **בית משפט השלום בכפר סבא**

**31 דצמבר 2017**

**ת"א 14-07-31991 פלוני ואח' נ' מ"י משרד הבריאות**

**לפני כב' סגנית הנשיאה השופטת, רחל קרלינסקי**

**התובעים 1. פלוני**

**2. פלונית**

**ע"י עו"ד אסף נוי**

**נגד**

**הנתבעת 3. קופת חולים מכבי**

**ע"י עו"ד שמעון שוסטר**

**חקיקה שאוזכרה :**

**[פקודת הנזיקין \[נוסח חדש\]: סע' 41](#)**

**כתבי עת:**

**[גיא שני, "הנזק הראייתי ו"עונשו": בשבח"י, משפטים, מא \(תשע"א\) 315](#)**

---

**מיני-רציו:**

\* בית המשפט קיבל, באופן חלקי בלבד, את תביעת התובעים – הורים, בעילה של רשלנות רפואית ואשר נוגעת לאבחון באיחור של מחלת הסרטן, שגרמה למות בנם. פסק הדין עוסק בשאלת תפקידו, וחובת הזהירות המוטלת על רופא בקהילה.

---

\* נזיקין – רשלנות – רשלנות רפואית

\* נזיקין – נטל ההוכחה – נזק ראייתי

\* נזיקין – קשר סיבתי – שלילתו

\* נזיקין – עוולות – פגיעה באוטונומיה

התובעים – שני הורים, הגישו כנגד הנתבעת תביעה בעילה של רשלנות רפואית. במרכז תביעתם של התובעים עומדת שאלת אחריותם של רופאי הנתבעת למות בנם, שנפטר בהיותו בן 19 לאחר שאובחנה אצלו לטענתם באיחור, מחלת הסרטן מסוג סרקומה. ליבת המחלוקת בין הצדדים נוגעת לשאלת תקופת האיחור באבחון וככל שהיה איחור.

בית המשפט קיבל את התביעה בחלקה ופסק כלהלן:

עיקר מחלוקתה של הנתבעת נועץ היה בהתנהלות האורטופד ומרכז הדימוס של הנתבעת. יתכן שהרופא לא "האמין" בנחיצותה של בדיקת ה-CT לאותו שלב. עם זאת הואיל והיפנה את המנוח לבצעה, לא יכול להשמע בטענה שלא היה בה כלל צורך. התנהלות זו מהווה סטיה מסטנדרט התנהגות סבירה ומנעה את אישור הבדיקה מיד עם ההפניה הראשונה.

נזק ראייתי הוא לכל הפחות כלי להעברת נטל השכנוע אך אינה מכתובה את התוצאה ויש לנהוג בה בזהירות; במקרה זה צלחה טענת התובעים באשר לאשם המוטל על הנתבעת ועל כן ניתן היה לומר כי שעה שנציגי הנתבעת מנעו מקיום בדיקת CT למנוח במועד הרלבנטי, יועבר הנטל אל הנתבעת. ברם, לא עלה בידי התובעים להצביע על קיומו של חסר בתשתית הראייתית בנוגע לקשר הסיבתי, קרי הנזק הראייתי המובנה; הוכח, ע"י הנתבעת כי מחלת הסרטן שהתגלתה אצל המנוח לא היתה קשורה סיבתית לאיחור באישור ביצוע בדיקת CT והפניית המנוח לביצועה.

נוכח המסקנה כי נמצא אשם בהתנהלות הרופא אך לא הוכח קשר סיבתי בין הטיפול כמתואר לבין מצבו, יש לקבע כי התובעים זכאים לפיצוי בגין כאב וסבל שנגרמו כתוצאה מהתעלמות ומחדל האורטופד לפעול לאישור הבדיקה שהוא הורה עליה בעצמו.

## פסק דין

1. תפקידו, וחובת הזהירות של רופא בקהילה עומדים ביסוד תביעת הורים בעילת רשלנות רפואית, שבנם נפטר בהיותו בן 19 לאחר שאובחנה אצלו לטענתם באיחור, מחלת הסרטן מסוג סרקומה ע"ש יואינג.

## רקע

2. התובעים הם הורי המנוח יליד 1992 שהלך לעולמו 11 חודשים לאחר שאובחנה אצלו מחלת הסרטן.

המנוח טופל במרפאת הנתבעת עקב תלונות שונות בין היתר בשל אנמיה וחוסר ברזל החל מ-28.1.2010 ועד לגילוי גוש אגרסיבי גדול בבדיקת CT ב-23.12.00. לאחר גילוי הממצא אושפז בבית"ח איכילוב ב-28.12.10, אובחן כסובל מיואינג סרקומה גרורתית עם מעורבות של האגן, הריאות והעצמות ובהמשך טופל במחלה. לאחר טיפולים שכללו כימותרפיה,

קרינה והשתלת מח עצם נצפתה במאי 2010 הפוגה במחלה אך הטיפול בה חודש בספט' 2011 עד לפטירת המנוח ב-24.11.11.

3. התביעה הוגשה תחילה כנגד בתי החולים שבהם טופל המנוח ( שיבא ומאיר ) ובהסכמת הצדדים נדחתה התביעה כנגד מדינת ישראל ושירותי בריאות כללית.

4. לאחר פרשת הראיות צומצמה המחלוקת העובדתית לתקופה שמיום 18.8.2010 שאז נטען כי המנוח פנה למרפאת הנתבעת בגלל כאבי גב ועד לאבחון ביום 23.12.2010 במסגרתו התגלה הגוש האמור.

### טענות הצדדים

5. ב"כ התובעים הדגיש בסיכומיו טענה משפטית אחת שלטעמו מטה את הכף לקבלת התביעה במלואה ולקבוע הנזק בגבול סמכות ביהמ"ש. הטיעון התמקד בתחולתו של [סעיף 41 לפקנ"ז](#), שאם חל תוצאתו לטענתו ברורה. כך נטען, כי התרשלות הנתבעת קיבלה ביטויים שונים כמו אי הפניית המנוח שפנה לרופאת המשפחה (לראשונה ב-18.8 עם תלונה בדבר כאבי גב), לרופא אורטופד, אי קבלת מידע קודם ע"י האחרון מנתוני תיקו של המנוח, הפניה חסרה לבדיקת CT, סירוב הנתבעת לאשר בדיקה כנ"ל ואי מסירת הודעה כלל על אישורה המאוחר, דבר שאילץ את התובעים לבצעה באופן פרטי קודם לכן. בעטייה של התנהלות זו נגרם לתובעים לטענתם, נזק ראייתי הן משום העדר רישום נכון של הרשומה הרפואית בנוגע לנוכחות המנוח במרפאה והן בהעדר הפנייתו לבדיקת CT – דבר שהביא למצב של אי ידיעה בדבר גודלו של הגידול אצל המנוח כ-3.5 חודשים או למצער 6 שבועות רלבנטיות בטרם אובחן. מידע זה יכול היה לתת אינדיקציה לא רק לתוחלת חייו של המנוח אלא גם ליכולת הישרדותו, ולולא מידע זה אין בפני ביהמ"ש, כפי שאישרו כל המומחים שהעידו מידע רלבנטי להפגת העמימות. עוד נטען, כי בנוסף לפסיקת מלוא הנזק בגין השנים האבודות יש לפסוק לתובעים אף בגין ראש הנזק של פגיעה באוטונומיה.

ב"כ הנתבעת ניסה לפרוס בסיכומיו את רקמת הראיות שהוצגה ע"י התובעים ולהצביע כי לא רק שלא היתה התרשלות במעשי כ"א מהרופאים של הנתבעת אלא שאין מקום כלל להפעלת דוקטרינת הנזק הראייתי.

לטענתו, לא הוכח כי המנוח שהה במרפאה בחודש אוגוסט ולא הוכח כי התלונן בפני רופאת המשפחה על כאבים בתחום האורטופדי, מה גם שעפ"י חווה"ד המומחה האורטופדי מטעם הנתבעת (היחיד בתחום זה שהעיד בתיק), ביצוע הטיפול בתסמיני כאב גב על דרך בירור רדיולוגי יעשה רק לאחר 6 שבועות מאז התלונות. גם עדותה של רופאת המשפחה, שלא נסתרה, מתיישבת עם קביעה זו ולא נמצאה קביעה הסותרת התנהגות סבירה זו. גם הדרישה על פיה רופא משפחה יחויב על כל תלונה בודדת לשלוח לרופא מקצועי היא חסרת יסוד ואינה סבירה כשל עצמה. הוא הדין בטענה לאי סבירות התנהלות רופאת המשפחה בנוהל "אל תור" במתן מרשמים ללא נוכחות המטופל, הראויה להידחות.

זאת ועוד, גם בהתנהלותו של הרופא האורטופדי ד"ר מזור לא נמצא פגם ע"י מומחה התובעים לרבות באי השגת מידע באשר לתלונה קודמת, ואף לא באופי הבדיקה שביצע

לתובע ומידת גילוי הגוש. הוכח כי הרופא הפנה את המנוח לבדיקת CT גם כשלא היה צורך דחוף לכך.

ב"כ הנתבעת הטעים, כי לנוכח משקלה הנמוך של עדותו של מומחה התביעה בנוגע להגדלת סיכויי הריפוי לו היתה המחלה מאובחנת קודם לכן, אין מקום להעדיפה על חוות דעת מומחה ההגנה שקבע חד משמעית על בסיס מאמר מקצועי בתחום המצביע על שלילת קשר בין אורך הזמן שחלף מעת הופעת הסימפטומים של מחלת הסרטן מסוג יואינג להופעת הגרורות וסיכויי ההחלמה. מכאן, שלא עלה בידי התובעים להצביע על קשר סיבתי בין מעשה או מחדל של מי מהרופאים לתוצאה הקשה.

לא זו אף זו, בהתאם לאמור בפסיקה מקום שהנזק לא היה צפוי והסיכון שלגביו נטען להשלכות לא היה הסיכון שהתממש יש לדחות את התביעה. למעשה ככל שעלתה תלונה לכאבי גב שבגינה ניתנה הפניה ל-CT, לא היה הממצא בדבר גוש בעכוז קשור אליה סיבתית.

ב"כ הנתבעת מוסיף וטוען, כי אין מקום להפעלת דוקטרינת הנזק הראייתי מקום שמבוקש להפעילה כפליים, קרי הן לאי הבירור המוקדם, והן בנוגע לסיכויי השרידות. לחילופין נטען כי לאור העדויות, הפגיעה באובדן סיכויי החלמה היא נמוכה ביותר בנסיבות, וממילא לא עלה בידי התובעים להצביע באופן מלא על היקף הנזק הנטען.

## התרשלות / חובת זהירות

6. עילת התביעה מבוססת על עוולת הרשלנות לרבות רשלנות רפואית, ובכל מקרה הנטל להוכחתה חל על התובע בהתייחס ל-3 רכיביה והם קיומה של חובת זהירות, הפרתה, הקשר הסיבתי וגרם הנזק.

אין חולק בדבר קיומה של חובת זהירות מושגית ביחסי רופא-חולה, ואילו קיומה של זהירות קונקרטית נבחנת על פי מבחן הציפיות.

[ראה: ע"א 916/05 שרון כדר נ' פרופ' יובל הרישנו] (פורסם בנבו) (28.11.07)

כשעסקין ברשלנות פרופסיונאלית בכלל ורפואית בפרט, תבחן התנהלות הרופא בפריזמת הסבירות ומידת נקיטת האמצעים ע"י הגורם המקצועי. בגדר אלו תבוא שאלת הדאגה להבטחת שלומו של המטופל, היקף ורמת הטיפול בו.

יחד עם זאת נקבע כלל חזק על פיו יש להבחין בין טעות לרשלנות, ואין הרופא נבחן עפ"י מבחן החכמה לאחר מעשה.

[ע"א 323/89 קוהרי נ' מ"י, פ"ד מה (2) 142 (1991)]

הפסיקה הכירה בשורת חובות של רופא כלפי המטופל ובין אלו החובה לברר אחר ממצאים נוספים מעבר לאלו הגלויים בפניו, אשר נדרשים לצורך קבלת ההחלטה בדבר הטיפול הנכון.

[ראה: ע"א 5586/03 ד"ר פרימונט נ' פלוני] (פורסם בנבו) (29.3.07)

חובות הרופא בקהילה לא הוחרגו מהאמור וכפי שנקבע בע"א 6023/97 טייג נ' ד"ר גלזר פ"ד נ (2) 840 (1999), חלה חובת מעקב אחר המטופל, נדרש גם רופא המשפחה להעביר מידע מלא לרופא מקצועי ולעקוב אחר מתן תשובת הרופא המקצועי.

[ראה: ת"א (י-ם) 8155/06 אלפי נ' קופ"ח מאוחדת] (פורסם בנבו) (7.4.09) והפסיקה שם]

## המחלוקת

7. המקרה המצער דכאן מעלה מספר שאלות הטעונות הכרעה והן :
- א. מועד התלונה הראשונית של המנוח או הוריו.
- ב. האם רופאת המשפחה התרשלה בטיפול בתובע?
- ג. האם התרשלו הרופא המקצועי בתחום האורטופדי והנתבעת בסירוב ראשוני לאישור בדיקת ה-CT, והאם בשלב כלשהו הסירוב הוסר?
- ד. האם קיים קשר סיבתי בין ההתרשלות, ככל שהוכחה לבין תוצאת המחלה.
- ה. תחולת דוקטרינת הנזק הראייתי בהקשריה השונים לטיפול הרפואי ותוצאותיה.
- ו. היקף הנזק

## מועד התלונה הראשון

8. ליבת המחלוקת בין הצדדים נוגעת לשאלת תקופת האיחור באבחון וככל שהיה איחור. לגרסת התובעים האיחור נעוץ ב-31 חדשים למן מועד התלונה הראשונה של המנוח ב-18.8.10 בדבר כאבי גב כמופיע ברשומה הרפואית ועד לגילוי הגוש הממאיר ב-23.12.10, ואילו לטענת הנתבעת המנוח כלל לא נכח בחודש אוגוסט 2010 במרפאה ולא התלונן בפני רופאת המשפחה על כאב אורטופדי כלשהו אלא ביום 3.11.10 כשהגיע לרופא האורטופד. לכן מדובר ב-6 שבועות בלבד מאז התלונה הראשונה שנדרשה לטיפול רפואי ועד למועד האבחון של מחלת הסרטן, שהוא זמן סביר לאבחנה כנ"ל.
9. אין חולק כי עפ"י רישומי הנתבעת נעשתה פניה למרפאת ד"ר קרטס – רופאת המשפחה ביום 18.8.10 שסיבתה נרשמה: כאבי גב. במסגרת זו ניתנה ע"י הרופאה הפניה למכון רפלקסולוגיה.
- התובעים לא היו החלטיים בעדותם בכל הנוגע להעלאת תלונות של המנוח לכאבי גב בפני רופאת המשפחה בחודש אוגוסט 2010.
- התובע 1 הצהיר, כי החל מחודש אוגוסט המנוח התלונן שהוא מרגיש נקודה באגן שכואבת לו ואילו הרופא המטפל אמר לו מבלי לבדוק, כי אין לכך כל קשר. בעדותו נקב בלשון זכר והודה כי התלונות עלו במסגרת האשפוז של המנוח בביה"ח. התובעת 2 לעומתו שללה מפורשות תלונת המנוח בגין כאבים בגבו בפני רופאת המשפחה.
10. קביעה עובדתית בנוגע למועד הראשון שבו הועלתה תלונת המנוח בדבר כאבי גב היא ברור חשיבות בתיק זה נוכח טענת התובעים כי האיחור באבחון מחלת הסרטן התפרש על תקופה של 3 חדשים לעומת 6 שבועות, כטענת הנתבעת המכחישה טענה לאיחור כנ"ל.
- ב"כ התובעים הצביע על מחדלה של רופאת המשפחה לציין ברשומה הרפואית שהמנוח לא נכח במרפאה באוג' 2010 כפי שפעל רופא אחר במרפאה ( במקרה אחר) ורשם העדרו של המטופל בטופס ההפניה.
- ד"ר קרטיס העידה כי עת שהתה במרפאה, התקבלה פניה טלפונית כנראה מהתובעים להנפקת הפניה לרפלקסולוגיה וכנהוג אשרה הפניה כנ"ל, הנדרשת בדרי"כ ע"י חברות הביטוח. היא הודתה כי לא רשמה את עובדת העדרו של המנוח במרפאה באותה עת, כפי שנהג רופא אחר אצל הנתבעת ולדבריה הדבר נעוץ בהכרה ומודעות מנהלתית גבוהה יותר של האחרון. עוד הסבירה כי לו היה המנוח נוכח במרפאה הייתה בדיקתו מתועדת לאחר

תשאול כפי שהייתה נוהגת בכל מקרה של נוכחות מטופל במרפאה ואילו במקרה הנ"ל לא היה לכך זכר.

אני נותנת אמון בדברי ד"ר קרטס שעדותה אמינה עלי, ושהתחזקה ממשית בעדויות התובעים כי המנוח לא נכח במרפאה עת הנפיקה הרופאה את ההפניה בגין כאבי גב.

11. ב"כ התובעים ביקש כבר בשלב זה לעשות שימוש בדוקטרינת הנזק הראייתי ולקבע כי בהעדר רישום הנוכחות, ומשלא עלה בידי הנתבעת להוכיח אחרת, יש לקבע כי המנוח נכח במרפאה במועד הנ"ל ואילו הרופאה התעלמה מכך ולא הפנתה אותו לרופא המקצועי.

שאלת הפעלת הדוקטרינה הנ"ל בנסיבות תיק זה תדון בהמשך, ברם לעניין הנקודתי הנ"ל בשאלת נוכחות המנוח במרפאה, אין מקום להחלטה מכמה טעמים:

ראשית, קיימת תשתית ראייתית מספקת ולא קיימת עמימות עובדתית המקשה להכריע בסוגיה.

שנית, בהעדר הוכחת הנוכחות, אין מקום להתייחס קיומו של נזק ראייתי נפרד (על מושג זה ראה להלן).

שלישית, הפעלה כפולה של הדוקטרינה אינה אפשרית.

(ראה תא. ( מרכז ) 35323-06-11 ע.י. נ פרופ עמי עמית ואח' [פורסם בנבו] ( 3.7.14 ), שצוטט)

מן המקובץ, מבלי להתייחס כבר בשלב זה להתנהלותה של רופאת המשפחה, לא הוכח כי המנוח התלונן בפניה על כאב באגן או כי נכח פיזית בחודש אוגוסט 2010 במרפאתה שאז התלונן בפניה על כאבי גב.

12. אין חולק שמאז אוגוסט 2010 ועד ל 3.11.10 לא הגיע המנוח למרפאה בתלונה על כאבי גב ובמועד האחרון העלה את התלונה בעניין כאבי הגב בפני האורטופד – ד"ר מזור, אצלו ביקר. משכך, יש לקבוע שהמועד המוקדם ביותר להעלאת תלונה פרונטלית בדבר כאבי גב ע"י המנוח היה ב-3.11.10.

## התרשלות

### חו"ד המומחים

13. מהותו ואופיו של הגידול שהתגלה אצל המנוח תוארה ע"י שני מומחי הצדדים באופן דומה. אין חולק, כי סרקומה ע"ש יואינג הוא גידול אגרסיבי המתבטא בעיקר בשלושת העשורים הראשונים לחיים ושכיח יותר אצל זכרים בעשור השני לחיים. הביטוי העיקרי הוא כאב שיכול להימשך חודשים רבים לפני האבחנה. הגידול מתפתח לרוב בשלד המרכזי – בעצמות ארוכות, כמו בעצם האגן, עצם הירך, עצמות ארוכות ברגליים ובזרוע.

עוד אין חולק, כי לאבחנת הגידול נדרשים צילומי CT או MRI מיפוי עצמות או PETCT, והטיפול בו מבוסס על כימוטרפיה אינטנסיבית.

14. המומחים נחלקים בקביעותיהם לגבי הסימנים המחשידים שחייבו הפניה להדמיה מתקדמת כדוגמת CT, הגורמים הפרוגנוסטיים, וסיכויי ההחלמה.

מומחה התביעה ד"ר אדלמן קבע בחוות דעתו, כי כאשר ישנה מעורבות של עמוד השדרה או הסקרום הביטוי יכול להיות גירוי של שורש העצם, ולחץ עליו שיכול להוביל לכאבי גב, רדיקולופתיה או סימנים של חולשה בגפה. על רלבנטיות של סימנים נוספים כגון: חום, חולשה, ירידה במשקל ואנמיה בנסיבות דכאן ויתר בחקירתו הנגדית.

באשר לגורמים הפרוגנוסטיים וסיכויי ההחלמה קבע ד"ר אדלמן, כי בפרוגנוזה של החולים עם מחלה ממוקדת עומד על 70% בעוד שבקרוב חולים עם מחלה ממושטת (גרורתית) ההישרדות הממוצעת היא 33% בלבד או אף פחות. לשיטתו, יש נפקות למיקום הגידול וגודלו וככל שהגידול בשלד המרכזי תוצאות הטיפול גרועות יותר בהשוואה לחולים עם גידול בשלד ההיקפי.

חלק נכבד מתיאור חריגת רופאי הנתבעת מדרישות הסטנדרט מרופא סביר, בחוות דעתו של ד"ר אדלמן התמקד בתלונות המנוח, כמו חום וחוסר ברזל, אלא שנושאים אלו הוסרו מגדר המחלוקת לאחר שהמומחה חזר בו בחקירתו מהקשרם לתוצאה.

הקביעה המסכמת של ד"ר אדלמן הייתה, שאילו המטופל היה מאובחן בשלב בו הגידול ממוקם, הדבר היה משפר את סיכויי ההצלחה של הטיפול באופן משמעותי ומעלה את סיכויי ההישרדות. האיחור באבחנה פגע משמעותית בפרוגנוזה של המנוח והגידול גדל למימדים עצומים שאינם נתיחים.

גם פרופ' יצחק יניב מטעם הנתבעת הסכים בחוות דעתו, כי נוכחות גרורות באבחנה הוא המצב הגרוע ביותר, אלא שיש חשיבות לפקטורים פרוגנוסטיים גרועים נוספים שהם גודל גידול של הגידול, מיקום שאינו מאפשר כריתה אופטימלית (למשל גידול אגני) וגיל המטופל. כמו כן לגישתו, הסיכוי להחלמה לאחר התפרצות מחודשת, כמו כאן של הגידול, כמעט אינו קיים.

פרופ' יניב מסכים עוד, כי כאבי הגב היוו הסימן הראשון למחלה, אולם כאבי גב הם תלונה שכיחה מאוד, שאינה מעידה על מחלה קשה. לכן בהעדר סימנים נוירולוגיים בעת התלונה אין סיבה לדידו לבצע בירור הדמייתי. למעשה, במהלך חודשיים וחצי לא היתה פנייה של המנוח למרפאה, אלא ב-3.11.10 אצל ד"ר מזור שהחל בבירור עד לאבחנה כ-7 שבועות לאחר מכן. לשיטתו לא היתה סיבה לחשוב על גידול קודם לכן.

## רופאת המשפחה

15. התובעים מנו בכתב התביעה סדרת ביקורים של המנוח במרפאה למן ינואר 2010 כאמור, בנוגע לתלונות שונות, כמו העדר ברזל וחום שלבינתיים ירדו מסלע המחלוקת. אולם התלונה בגין כאבי גב ולצידה ההתעלמות הטיפולית עמדה בשורש ההתרשלות, המיוחסת לנתבעת, ולשיטת התובעים החלה כבר בעת הפניה לרופאת המשפחה. לטענת ב"כ התובעים בעת שפנה המנוח לרופאת המשפחה עוד ב-18.8.10 היה עליה להפנותו למומחה מקצועי כמו האורטופד ולא להסתפק בהפנייה לטיפול רפלקסולוגיה. ב"כ התובעים נסמך בעיקר על מומחה התביעה, ד"ר אדלמן ועל דברי עד ההגנה ד"ר סייך שאישר כי רופא ילדים חייב לשלוח קטין המתלונן על כאבי גב לאורטופד.

ד"ר אדלמן בחוות דעתו, הציג תיזה, ממנה חזר בהמשך, כי העדר הפניה לבירור מקצועי ע"י רופאת המשפחה לנוכח סימפטומים של חום ממקור לא ידוע ובעקבותיו כאבי גב, כשצירופם מצביע על בעיה בגב התחתון, מהווה סטיה מנורמת זהירות סבירה.

לטענת ב"כ הנתבעת, אין בחווה"ד הנ"ל משום קביעה אחרת מעדות מומחה ההגנה ד"ר ליברמן שהוא רופא אורטופד בניגוד למומחיותו של ד"ר אדלמן, כי לא ניתן לקבוע שתלונה בודדת על כאבי גב מחייבת רופא משפחה לפעול בדרך של הפניה לבירור אורטופדי או רדיולוגי. כמו כן עדותו של ד"ר סייר לא מעלה ולא מורידה היות שהוא אינו רופא ילדים במומחיותו וממילא נשאל בנוגע להפנייה לפיזיותרפיה ולא בנוגע להפניה לרפלקסולוגיה.

עפ"י עדות רופאת המשפחה הנפיקה את ההפניה ללא נוכחותו של המנוח אלא לבקשה שקיבלה מהמרפאה ולטענתה כאבי הגב הינה תלונה שכיחה אצל העוסקים בספורט, לרבות המנוח שביקש ממנה בחודש יוני אישור לחדר כושר ומניסיונה טיפול רפלקסולוגי יכול לסייע. בעדותה הסבירה כי התובעים צלצלו למרפאה וביקשו הפניה כנ"ל והיא נענתה לבקשה. היא הודתה שלא רשמה את העדר נוכחות המנוח כפי שהיה עליה לעשות. הרופאה הסתמכה על זכרונה ועל התנהלותה הרגילה על פיה מקום שהמטופל נוכח היא נוהגת לרשום את ממצאי הבדיקה שערכה לו. לדבריה עפ"י עקרונות מנחים ( guidelines ) אמור הרופא לשלוח מטופל לבירור של כאבי גב רק בחלוף 6 שבועות מאז התלונה הראשונה ולבינתיים ניתן טיפול תרופתי או באמצעות פיזיותרפיה ולכן נענתה לבקשה להנפיק למנוח הפניה לטיפול אלטרנטיבי.

16. מעדותה של רופאת המשפחה באשר להתנהלותה בפרקטיקה של " אל – תור"בהנפקת הפניות בלא נוכחות מטופל לא מצאתי פגם יסודי, הגם שאינני מתעלמת מטענת התביעה כי רופא משפחה אינו אמור להיות חותם לבקשות כנ"ל ללא בדיקה בתיק הרפואי.

משחזר בו מומחה התביעה מקביעותיו לקיומו של קשר סיבתי בין התלונות על חום או אנמיה כקשורה לכאבי הגב וכי היו לרופאת המשפחה כבר באוגוסט 2010 אידיקציות למתן הפניה אחרת, נראה כי בפניה עמדה תלונה ראשונה על כאב כנ"ל, בלא שהתובעים הגיעו עם המנוח למרפאה, כפי שקבעתי לעיל, ולכן לא היה במתן הפניה כנ"ל חריגה מנורמת התנהגות סבירה.

כאן המקום לציין כי הרופאה עשתה עלי רושם כמי שאינה מתהדרת בפעילות ללא דופי וגילתה רגישות לצרכי וכאב התובעים שעדיין מטופלים על ידה במרפאה. יתר על כן, הגרסה האמינה עליי של רופאת המשפחה נתמכה בחוות דעתם של מומחי ההגנה שלא נסתרה, בדבר ההתוויה הטיפולית בכאבי גב ופרק הזמן הסביר להפניית מטופל לבירור מעמיק יותר.

משלא שוכנעתי בדבר התנהלות החורגת מסטנדרט סבירות של רופאת המשפחה, אין ולא הוכחו יסודות ההתרשלות בהתנהלותה.

#### **האורטופד ומרכז הדימות**

17. עיקר מחדליה של הנתבעת לשיטת התובעים נועץ היה בהתנהלות האורטופד ד"ר מזור ומרכז הדימות של הנתבעת.

ב"כ התובעים טען כי התנהלותו של ד"ר מזור לא הלמה התנהגות של רופא סביר ואליה הצטרף מחדלו של מרכז הדימות אצל הנתבעת שסירב לאשר את ביצוע בדיקת ה CT למנוח.

ד"ר אדלמן מטעם התובעים סקר בחוות דעתו את ביקורי המנוח אצל האורטופד וציין כי הרופא אשר התרשם מאסימטריה בכיפוף ומאבחן SCIATICA הפנה את המנוח לצילום שנראה לו תקין, אם כי נראה בצילום שוני בין שני הצדדים ויתכן כי כבר בשלב הנ"ל ניתן היה לאבחן את מחלתו של המנוח אילו היה נשלח להדמיה מתקדמת. משפנה המנוח שבועיים לאחר מכן בתלונה על החמרה בכאבים הופנה ע"י הרופא לבדיקת CT שלא אושרה. בהמשך קבע כי הואיל וביום 23.12 התגלה גוש אגרסיבי בבדיקת ה-CT, מתעוררת השאלה באם לא ניתן היה לגלות הגוש בבדיקה גופנית עוד בביקור אצל הרופא שבועיים קודם לכן.

מלבד הצבת שאלות המעוררות תמיהה, סכס המומחה את התנהלותו הבלתי סבירה של הרופא, בקביעה שממנהחזר בו כאמור, על פיה לולא ההתעלמות מהסטוריית החום והאמניה שלא הגיבה לטיפולים, היה מגיע לבחון את צילום העמ"ש אחרת. עוד ציין כי לא מופיעה ברשומה הרפואית התייחסות לבדיקת המישוש של גוש נוקשה בעכוז השמאלי ומכאן לא ברור כיצד לא מצא האורטופד קודם לגילוי לאחר כשבועיים.

18. ד"ר מזור הצהיר, כי המנוח פנה אליו ב-3.11.10 עם תלונה על כאבי גב תחתון ובבדיקתו

הקלינית נמצא לסג גבוה, דהיינו כאב גב בכיפוף גבוה של הרגל. עפ"י הבדיקה, אבחן קיומו של גירוי עצבי שורשי בעמוד שדרה מותני (saciatia). לכששמע מפי המנוח כי הוא מתאמן בחדר כושר, התבסס על ניסיונו המקצועי רב השנים כאורטופד והסיק כי מקורם של כאבי הגב באימונים הנ"ל. כהרגלו לבקש את המטופל לבצע צילום רנטגן, שלח גם את המנוח לצילום כנ"ל הגם שלא מצא אצלו חסר נוירולוגי, וצייד אותו במרשם תרופתי הכולל גם משחה – כטיפול סטנדרטי בכאבי גב.

מצילום הרנטגן מיום 7.11.10, אותו בחן בעצמו, למד על ישור לורדוזיס וכן עקמת מתנית שהם ממצאים נפוצים מאוד אצל הסובלים מכאבי גב ותואמים גירוי עצבי כנ"ל והנחה אותו להמשיך ליטול את התרופות. לאחר שכאבי הגב לא הגיבו לתרופות אלו, שלח את המנוח לסדרת זריקות והפנה אותו לצילום CT ע"מ לבחון אם יש פתלוגיה אחרת בעמוד השדרה.

בדיקת ה CT לא אושרה ע"י מרכז הדימות בהעדר ממצא נוירולוגי.

משחזר אליו המנוח שוב ב 5.12.10 עם החמרה בכאבים, קושי בהליכה והרדמות רגל שמאל מצא בבדיקתו מבחן לסג שהחמיר, ירדה בתחושה ברגל שמאל והגבלה בכיפוף והטיית הגוף בכיפוף ואז הפנה אותו שוב ל CT, שאושר.

הרופא נתן דעתו בתצהירו לדרך הטיפול שהעניק למנוח ולגרסתו ממצאי הבדיקה הקלינית התיישבו עם האבחנה של גירוי עצבי ולכן לא הייתה סיבה לבחון היבטים אחרים לרבות הצורך במישוש העכוז בהעדר כל תלונה שהיתה מכוונת לאיזור הזה. גם במבחן שלאחר מעשה, ואף לאור האבחון של סרקומת יואינג, קבע הרופא בתצהירו כי המנוח סבל מגירוי עצבי שורשי סכימטי ללא קשר לסרקומה.

ד"ר מזור נתמך בעדותו בהתוויה שעליה העידו, הן ד"ר קרטיס והן ד"ר ליברמן כי לא כל תלונה על כאבי גב מחייבת מיד בטיפול הדמייתי מתקדם. לדבריו כאשר היה מגלה סימנים נירולוגים היה מפנה את המנוח לבצע בדיקת CT. עם זאת, אישר כי לאחר בחינת צילום הרנטגן מצא לנכון לשלוח את המנוח לבדיקת CT. לכשעומת עם עובדת הסירוב של מרכז הדימות לאשרה העלה טיעון, שלא בא זכרו בתצהירו, כי כנראה הורה על הבדיקה לבקשת התובעים ולא משיקול רפואי. באותו מעמד גם מצא להצדיק את הסירוב של מרכז הדימות בהעדרם של סימנים רדיוקולופטים באותו שלב, וטען כי לאחר שהסימנים הללו התגלו בביקור המנוח לאחר מכן, נשלח שוב לביצוע בדיקת ה-CT, שאושרה.

19. לאחר הצגת ראיות הצדדים ובכללן עדויות העדים, נראה כי יש לבחון את התנהלותו של ד"ר מזור בשני מקטעי זמן; הראשון מאז בדיקת המנוח לראשונה ב 3.11.10 ועד ההפניה הראשונה לבדיקת ה CT והשני, לאחר סירוב מרכז הדימות עד לקבלת תוצאות הבדיקה. מומחה התביעה הציג אמנם מספר שאלות ותמיהות בנוגע להתנהלות האורטופד במקטע הראשון, אולם מצא לתת להן תשובה ברורה יותר בחקירתו שמפיגה אשם בהתנהלותו של האחרון. בפועל אישר כי התנהלותו הראשונית של ד"ר מזור שעה ששלח את המנוח תחילה לצילום רנטגן היתה סבירה והגם שהצילום היה תקין לכאורה היה עליו להמשיך בבדיקות נוספות, כפי שנעשה. כדבריו (עמ' 22 לפרו'):

**"בצילום אני לא מוצא הסבר, אני רוצה לבדוק או לחפש, חובתי לחפש, לא לעצור אלא לחפש הלאה מה ההסבר... במקרה כזה אורטופד, בצדק הפנה גם ל-CT מהסיבה הזאת בדיוק".**

למרות שבחוות דעתו קבע כי יתכן שכבר בשלב הזה ניתן היה לאבחן את מחלת המנוח אילו היה נשלח להדמיה מתקדמת יותר דוגמת CT משום הממצא ברנטגן, בחקירתו הודה כי הצילום לא החשיד במחלה ממארת. למעשה אישר ד"ר אדלמן את האמור בתצהירו של פרופ' יעקב בר זיו מטעם הנתבעת, שלא ניתן היה לנחש בבדיקת עמוד שדרה המותני מ 7.11.10 שקיים גוש גידולי בגודל של מלון קטן כפי שנמצא בבדיקת ה CT מיום 22.12.10. ד"ר אדלמן גם הודה כי הגם שהתנהלותו של האורטופד עד לשלב הנ"ל היתה צריכה אולי להיות אחרת בעולם אידיאלי, עדיין היא הייתה סבירה בנסיבות.

ב"כ התובעים טען גם למחדל בהתנהלותו של הרופא שעה שלא טרח או לא היה באפשרותו לבדוק את תלונותיו של המנוח בפני רופאת המשפחה מחמת שתוכנת המחשב לא איפשרה עיון כנ"ל. לשיטתו לו היה מעיין בתיק המנוח אצל רופא המשפחה היה מבין כי לא היה מדובר בתלונה ראשונה או בודדת בדבר כאבי גב והיה מתכן מהלכיו אחרת, לרבות במשלוח המנוח לבדיקת CT עוד קודם לכן.

לא נחה דעתי מטענת ב"כ הנתבעת, כי העדר גישה מחשובית של הרופא לתיקו הרפואי של המטופל אצל רופא המשפחה הוא הכרח בל יגונה, וכי זו מציאות שעמה התמודד הרופא מבלי שניתן להטיל עליו כל אשם. עם זאת, מציאות לחוד והתרשלות לחוד. כמו כן הנושא בא על סיפוקו לאחר שהמומחה עומת עם המסמך הרפואי שנמצא בתיק רופאת המשפחה שעל פיו ניתנה הפנייה לרפלקסולוגיה, וטען כי לא היה בו די כדי לקבוע דבר נחיצותו של

מהלך אחר מזה שננקט, הואיל והמסמך אינו מפרט ממצאי בדיקה של התלונה בדבר כאבי גב.

זאת ועוד, מקובלת עלי טענת ב"כ הנתבעת כי מלבד עדותו המאשרת של ד"ר אדלמן את התנהלות האורטופד עד למתן ההפניה לבדיקת ה-CT, הרי בסיכומי ב"כ התובעים נזנחה טענה נוספת להתרשלות, כמו המנעות מבדיקת העכוז של המנוח בעת שהתלונן על כאבי הגב במקטע CT הזמן הראשון. מכל מקום ע"מ להוכיח טענה כנ"ל היה על התובעים להציג חו"ד אורטופדי בשאלה זו ולא להסתפק בתהיותיו של ד"ר אדלמן שלא נתמכו בקביעה ברורה בענין שבמומחיות.

שונה המצב באשר למקטע הזמן השני.

אני נותנת אמון בטענת התובעים, כי פנו וביקשו מד"ר מזור להפנות את המנוח לבדיקת CT וסורבו. כך נמצאת טענתם המהימנה שלא ידעו כלל על אישורה המאוחר של הבדיקה ע"י הנתבעת, שהרי אין חולק כי התובעים ביצעו את הבדיקה באופן פרטי עפ"י הפנייתו של ד"ר וייס אליו פנו משנאשו לקבל מענה מהאורטופד של הנתבעת.

גרסת התובעים אושרה אף בעדותו של ד"ר מזור שטען כי נכנע אך לבקשת ההורים להפנות ל-CT ולא חשב שיש לכך בסיס בעת שהורה כך לראשונה.

בנפרד משאלת מהות התנהלות מרכז הדימות של הנתבעת עולה הרושם שהרופא האורטופד הניח שיצא ידי חובתו ברישום ההפניה ולא "בהגנה" עליה. האורטופד הודה כי ידע על הסירוב של מרכז הדימות ונראה כי מעבר לכך לא פעל למרות בקשות התובעים.

עפ"י עדותו של עד ההגנה ד"ר ליברמן עולה בבירור, כי ד"ר מזור לא טרח להשיב לפניית מרכז הדימות והניח לזמן לחלוף מבלי שנקט מהלך נוסף, אלא רק כשהמנוח חזר למרפאתו כשהוא כאוב עוד יותר.

אין לי ספק שהרופא לא הפגין הכלה יתרה לפניית התובעים וספק אם התנהלות זו מתיישבת עם התנהלות של הרופא הסביר. יתכן שהרופא לא "האמין" בנחיצותה של בדיקת ה-CT לאותו שלב, ולאור עדותו מסופקני אם כך היה הדבר, שהרי אישר כי הורה על קיומה על סמך ממצאיו. עם זאת הואיל והיפנה את המנוח לבצעה, לא יכול להשמע בטענה שלא היה בה כלל צורך ולכן לא טרח לזרז את ביצועה ולו במתן תשובה כלשהי למרכז הדימות או למצער תשובה המנסה להצדיק הצורך באישורה.

מומחה ההגנה פרופ' יניב קבע בחוות דעתו כי הרחבת הבירור רק בעקבות חוסר תגובה לטיפול והופעת סימנים נוירולוגיים הוא מהלך רגיל וראוי ואין בה צל של רשלנות. דא עקא שד"ר מזור הצהיר ( בניגוד לעדותו בחקירה נגדית) כי הפנה את המנוח לבדיקת CT לראשונה ב 14.11 כי כאבי הגב לא הגיבו לטיפול תרופתי סטנדרטי וביקש לבדוק פתלוגיה בעמ"ש. משמע -משעה שביקש להרחיב את הטיפול היה עליו לדבוק בו ולא להחריש שעה שהתבקש ע"י מרכז הדימות למתן הסבר.

התנהלות זו מהווה סטיה מסטנדרט התנהגות סבירה ומנעה את אישור הבדיקה מיד עם ההפניה הראשונה.

20. ב"כ התובעים לא חסך שבטו מהתנהלות הנתבעת אשר סירבה לאשר את ביצוע הבדיקה משיקולים כלכליים לבר רפואיים. לדידו חסכון של כ-400 ₪ גרר אחריו איחור באבחון והמנעות מסיכוי טוב להצלת המנוח.

לעומתו ב"כ הנתבעת שלל קיומו של בסיס לתמיכה של מסקנה זו בחוות דעתו של ד"ר אדלמן שאינו רדיולוג, וטען שסבירות התנהלות מרכז הדימות אצל הנתבעת נתמכה בעדותם של מומחי ההגנה.

הנתבעת לא העידה גורם רלבנטי ממרכז הדימות כדי להציג את נהליה ואילו עדיה שנחקרו נמנעו מלתת הסבר בנושא, כל אחד מטעמיו. מומחה הנתבעת - פרופ' יניב העיד, כי ההפניה ל-CT לאחר שצילום רנטגני מחשיד נתונה לשיקול דעתו של הרופא המטפל. עם זאת, גם אם הרופא המטפל חושב שיש לבצעה יכול רנטגנולוג לטעון אחרת בהתבסס על טיעון להעדר אינדיקציה לביצוע הבדיקה.

אכן, הסברו של המומחה מתישב עם העובדה שהסירוב לא היה מוחלט כי אם הופנתה מהמרכז הנ"ל שאלה (שנחתמה ע"י ד"ר אפלבוים) לאורטופד במסגרתה נשאל האם הבדיקה תשנה את תכנית הטיפול בנבדק.

אין ספק שבמשקפיים כלכליות דווקא מרכז הדימות היה המונע הזול ביותר של הנזק, ככל שהוא קשור סיבתית למחדל. לכן גם אם נתבקשה תשובה מד"ר מזור ולא התקבלה, לא היה הצדק להמנעות מנקיטת עמדה מלבד הסירוב, בהעדרה של תשובה וללא דרישה נוספת.

לא זו אף זו, לא הוכח שהאישור המאוחר לאחר הפניה חוזרת של ד"ר מזור הודע לתובעים בשום שלב, ולכן ניתן לקבע דבר קיומה של סטיה מהתנהלות סבירה העולה כדי התרשלות. כאן המקום לציין שהנתבעת לא טענה וטוב שכך, שדי היה בהסתמכות המומחה על הבדיקה הקלינית, שביצע או על אינטואיציה מקצועית. בענין זה נאמר בע"א 169/15 פלונית נ' שירותי בריאות כללית – המרכז הרפואי סורוקה [פורסם בנבו] (2016) כי השימוש באמצעים טכנולוגיים בתקופה המודרנית נושא יתרון מובנה ובשעה שניתן להיעזר בכך, יש לעשותו.

## קשר סיבתי והעברת נטל הראיה

21. כידוע על התובע רובץ נטל הראיה כשהוא בבחינת "המוציא מחברו". כתנאי להוכחת קשר סיבתי עליו להוכיח תחילה קשר סיבתי עובדתי בין המעשה הרשלני לנזק וקשר סיבתי משפטי. עם זאת מקום שהוכחה רשלנות שגרמה לכך שנפגעת אפשרות התובע להוכיח את עילת תביעתו כמו המקרה של אי קיומן של בדיקות רפואיות, אשר לו בוצעו היו יכולות להצביע על הגורם לנזק, יש בכך כדי להעביר את נטל השכנוע אל שכמו של הנתבע. [ראה ע"א 9328/02 מאיר נ' ד"ר לאור, פ"ד נח(5) 54 (2004)]

22. לטענת ב"כ התובעים כאמור, לולא ביצוע בדיקת ה CT במועד הראשון הרלבנטי שלדידו חל כבר באוגוסט 2010 לא ניתן לדעת מה היה גודלו של הגידול ע"מ לקבע סיכויי הצלתו של המנוח ממוות או למצער סיכויי החלמתו.

## הנזק הראייתי

חזקת הנזק הראייתי חלה כאשר התובע עמד בהוכחתם של שלושה תנאים: עמימות עובדתית, שליטה של הנתבע בראיות ואשם של הנתבע בגרימת הנזק הראייתי. התנאי הראשון מחייב קיומו של חסר בתשתית הראייתית בנוגע ליסוד ההתרשלות ועל יסוד הקשר הסיבתי או על שניהם גם יחד.

[ראה ד"ר גיא שני "הנזק הראייתי ועונשו": בשבחי המעבר מהמודל הקיים של העברת הנטל למודלים של מידתיות ואינדיקטיביות" משפטים מא 315, 325 (2011), ע"א 2245/91 ד"ר בנדיקט ברנשטיין נ' עטיה, פ"ד מט (3) עמ' 709 (1995), וע"א 2809/03 פלוני נ' הסתדרות מדיצינית הדסה [פורסם בנבו] (7.2.05)]

התנאי השני מתייחס למקרים שבהם לנתבע יש גישה עדיפה לחומר בעל פוטנציאל הוכחתי בעניין רלבנטי.

התנאי השלישי הוא שהנזק הראייתי נגרם באשמו של הנתבע קרי בכוונה, בפזיזות או ברשלנות.

בהינתן הוכחת יסודות חזקת הנזק הראייתי עובר אל הנתבע לא רק נטל הבאת הראיות אלא נטל השכנוע.

[ראה ע"א 3263/96 קופ"ח כללית נ' שבודי, פ"ד נב (3) 817 (1998) וע"א 8151/98 שטרנברג נ' צדיק, פ"ד נו (1) 539 (2001)]

הפסיקה הבחינה בין חזקת הנזק הראייתי הנפרד הנעוץ בטיפול רשלני בראיות לבין הנזק הראייתי המובנה, הישים לענייננו. כאן מדובר במקרה שהנזק הראייתי נובע מהמעשה הרשלני שלו מיוחסת גרימת הנזק הישיר והעמימות בהקשר זה נוגעת לאי ודאות בנוגע לתרחיש היפותטי שאין לאיש תשובה לגביו.

בע"א 9328/02 הנ"ל אומר בית המשפט (עמ' 65-64):

**הלכה היא כי נזק ראייתי אשר נגרם על-ידי הנתבע מצדיק בנסיבות מתאימות את העברת נטל השכנוע מן התובע אל הנתבע. אם קיימת מחלוקת לגבי עובדות אשר היה ניתן להוכיחן לולא התרשלות הנתבע – לולא הנזק הראייתי שגרם – תיקבענה העובדות כטענת התובע, אלא אם ישכנע הנתבע שהעובדות הן כטענתו. במילים אחרות, נטל השכנוע לגבי אותן עובדות, אשר לגביהן נגרם נזק ראייתי בשל רשלנות הנתבע, עובר מן התובע אל הנתבע..... במקרה של רשלנות מצד הנתבע באי קיומן של בדיקות רפואיות, אשר לו בוצעו היו יכולות להצביע על הגורמים לנזק. רשלנות כזו גם היא עשויה להעביר את נטל השכנוע אל שכמו של הנתבע."**

שני הדגשים שהוצבו בפסיקה מחייבים תשומת לב.

האחד, באשר להיקפו של הכלל, נקבע כי על החסר הראייתי ( בעיקר כשעסקין בליקוי ברישום) לגעת " ישירות בסלע המחלוקת" קרי בשאלת ההתרשלות ( ראה ע"א 2401/11 יורשי המנוח כנאענה ראפע ז"ל נ קופ"ח לאומית [פורסם בנבו] (12.5.13) והשני, ככל שהפגם ממוקד יש להעביר את הנטל אך לאותו עניין נקודתי ( ראה ע"א 8151/98 הנ"ל )

עוד יוטעם, כי החזקה חלה במצב שבסוף המשפט קיים "תיקו ראייתי" בנקודת הספק השקול קרי, עמימות המובילה למבוי סתום ואין לתת עדיפות למי מבעלי הדין. אולם החזקה לא תחול כאשר הסתברות טענותיו של התובע נופלת מהסתברות התומכת בטענות וגרסת הנתבע או כאשר החלת הדוקטרינה לא השפיעה באופן אמיתי על יכולת ביהמ"ש לקבע ממצאים.

[ראה ע"א 6768/01 רגב נ' מדינת ישראל, פ"ד נט (4) 625 (2004), ע"א 5373/02 נבון נ' קופת

חולים כללית, פ"ד נז (5) 35 (2003) וע"א 2809/03 הנ"ל]

לפיכך, כאשר הנתבע יכול להציג גרסה משכנעת בכל הנוגע לעובדה המוסקת שאז הרים את הנטל ויתכן שאז אין כלל תחולה לחזקה.

[ראה ג.שני בעמ' 329 וכן ע"א 2506/95 קליין נ' קנר, פ"ד נא (1) 505 (1997)]

עמדת הפסיקה היא אם כן שנוק ראייתי הוא לכל הפחות כלי להעברת נטל השכנוע אך אינה מכתיבה את התוצאה ויש לנהוג בה בזהירות.

ראה ע"א 3114/12 ששון נ' משרד הרווחה [פורסם בנבו] (13.4.14)

24.

במקרה שלפני צלחה טענת התובעים באשר לאשם המוטל על הנתבעת ועל כן ניתן היה לומר כי שעה שנציגי הנתבעת נמנעו מקיום בדיקת CT למנוח במועד הרלבנטי, יועבר הנטל אל הנתבעת, גם אם מתעורר ספק בכל הנוגע למידת השליטה המלאה שלה בחומר בעל הפוטנציאל ההוכחתי, (והדבר לא נטען) שהרי בסופו של דבר בוצעה הבדיקה ע"י התובעים באופן פרטי וללא הזדקקות לנתבעת.

ברם, ספק בעיני באם עלה בידי התובעים להצביע על קיומו של חסר בתשתית הראייתית בנוגע לקשר הסיבתי, קרי הנזק הראייתי המובנה.

רבות חזר וציין מומחה התביעה ד"ר אדלמן שהצורך בבדיקת הדמיה מתקדמת חל כבר בראשית תלונותיו של המנוח על כאבי גב ולו לאבחון קיומן של גרורות סוב קליניות (ראה להלן) אולם הוא שהודה כי בדיקת ההדמיה לא היתה מובילה לאבחון גרורות סוב קליניות. עם זאת, גם אם היה מקום להכיר בטענת התובעים ולקבע כי העובדות היו כטענתם לנוכח העברת הנטל לנתבעת, כך שכבר בראשית נובמבר 2010 (עת המנוח ביקר אצל האורטופד) נמצאו גרורות סוב קליניות, אין בכך כדי להועיל לתובעים משום שעלה בידי הנתבעת להציג גרסה מסתברת יותר באשר להעדרו של קשר סיבתי לנזק הנטען.

### הקשר הסיבתי

25.

ד"ר אדלמן בחקירתו הרחיב בחקירתו את קביעותיו בחוות דעתו הרחבה משמעותית המציגה תזה על פיה (עמ' 30 לפרו'):

"אם היו פה גרורות מיקרוסקופיות, אז עם, עם אותו הטיפול אפשר היה לחסל אותן לגמרי, היה סיכוי, היה סיכוי, זה לא תמיד קורה אבל היה סיכוי וסיכוי גדול יותר מאשר שהגרורות הן מאקרוסקופיות, כלומר גרורות שנראות בבירור הדמיה שרואים אותן בבירור בעיניים".

המומחה הסתמך על עקרונות שלא תמך בתיעוד מקצועי אלא :

**"עקרונות בסיס באונקולוגיה, זה אחד העקרונות הבסיסיים, שהוא קיים בכל, כל הטקסט בוק וזה בא על בסיס, על בסיס עבודות".**

ב"כ הנתבעת קרא בסיכומיו להעדפת מסקנותיו של פרופ' יניב בהתבסס על מחקר שפורסם בספרות מקצועית מאשר הסתמכות על עקרונות או עבודות עלומות שלא הוצגו ע"י ד"ר אדלמן.

אני סבורה, כי מלבד העובדה שיש ליתן משקל גבוה יותר לגרסה הנתמכת במחקרים שהוצגו מאשר טענות שהועלו רק בחקירתו הנגדית של מומחה התביעה בלא תימוכין, הרי בעדותו של ד"ר אדלמן הופרכו למעשה מסקנות שאותן אישר מפורשות.

ראשית, בחוות דעתו ציין, כי מחלה גרורתית סוב קלינית נוכחת כמעט בכל החולים כבר בעת האבחנה ואילו חולים עם מחלה אגנית נוטים להתייצג באחוז גבוה יותר עם מחלה גרורתית. ובמקרה דן הגידול נמצא אצל המנוח באגן.

שנית, כבר בחקירתו הודה ד"ר אדלמן (עמ' 30 לפרו'): :

**"מה זה סוב קליני? הכוונה שבדיקת CT לא מראה, או כל בדיקות הדמיה, כל בדיקה קלינית, אם זה גופנית ואם זה בדיקת עזר מעבדתית או הדמיתית, לא רואים, לא רואים אותם"**

וכן בעמ' 34 :

**"כלומר שקטנות מכדי, דרך אגב, זה שאומרים סוב קליני, במקרה כזה שלא רואים אותן בהדמיה..."**

פרופ' יניב אישר כי גרורות מיקרוסקופיות יכול שלא ימצאו בבדיקות הדמיה. מכאן, שנשמט היסוד לטענה בדבר קיומו של חסר ראייתי משפיע או קיומו של קשר סיבתי בין האבחור במתן הפניה לבידקת CT בשלב שבו התלונן המנוח לראשונה על כאבי הגב. זאת ועוד, לשיטת פרופ' יניב למנוח היו הפרמטרים הפרוגנוסטיים הגרועים גם אם מחלתו היתה ממוקדת ולא גרורתית, ועל כן לא היתה השפעה של האבחון המאוחר על סיכויי ההחלמה.

שני מומחי הצדדים הסכימו, כי ההתנהגות הביולוגית של תאי הגידול רלבנטית לטיפול בו ולמידת ההצלחה בכך והקושי בטיפול הנלווה לגידול באגן.

פרופ' יניב סמך מסקנותיו על המאמר של Jean Francois Brasme ומספר חוקרים (2/3) ופורסם ב- 19.5.2014 Journal of Clinical Oncology . במאמר צוין כדלקמן :

**"Ewing tumors are the second most frequent bone tumors in children and adolescents. Despite progress in treatment, the prognosis remains poor**

for large and unrescetable or metastatic tumors. The time to diagnosis (TtD) for Ewing tumors is one of the longest among pediatric tumors, with reported medians from 3 to 6 months. Delayed diagnosis causes remorse for physicians and parents and is a leading cause of malpractice claims. Nevertheless. Bacci et al found a paradoxical inverse relationship between TtD and the presence of metastases, and three other studies did not find a statistically significant relationship between TtD and survival."

בהתבסס על האמור במאמר ציין, כי זמן האבחון מתחילת הסימפטומים נע בין 27 ל-146 ימים והוא ארוך יותר במתבגרים עם מחלה ראשונית באגן. למעשה עפ"י המחקר לא נמצא קשר בין אורך הזמן הנ"ל והופעה של מחלה גרורתית לאפשרות הניתוחית או סיכויי ההיותות בחיים. לפיכך קבע בחוות דעתו :

**"אין כל בסיס לטענה שיתכן אם המחלה היתה מאובחנת בתחילת נובמבר היא עדיין היתה ניתנת לכריתה ובכך סיכויי ההחלמה היו משתפרים".**

במאמר הנ"ל המבוסס על מחקר ב-436 מטופלי מחלת סרקומה מסוג יואינג נקבעה המסקנה :

**"Time to diagnosis of Ewing tumors was long, especially for adolescents and for certain tumor sites, and didnot improve over time. But time to diagnosis was not associated with metastasis, surgical outcome, or survival. These finding could be used to comfort parents at diagnosis.."**

ד"ר אדלמן שחזר ושנה במסגרת חקירתו הנגדית, כי לאיחור באבחון יש נפקות לאור צמיחתו המואצת של הגידול, אישר את מסקנת המאמר הנ"ל והודה כי לא הציג ספרות מקצועית שסותרת את ממצאיו. ניסיונו המאוחר להסביר שהמאמר אינו פוגע בחוות דעתו באשר למחדלי הברור הנאות מצד הרופא המטפל לא היה משכנע כלל.

26. ב"כ הנתבעת בסיכומיו טען כי הסיכון שלגביו נטען לרשלנות אינו הסיכון שהתממש והנוק שנגרם אינו הנוק שהיה צפוי הואיל ולטענת התובעים האיחור באבחון מחלת הסרטן נעוץ

בהעדר הפניה לבדיקת CT של עמ"ש מתני ואילו הגוש הממאיר נמצא בעכוז לאחר שהמנוח התלונן בפני מומחה אחר על כאבים בעכוז ולא קודם לכן. בחוו"ד מומחה התביעה לא נקבעה קביעה עובדתית על פיה תלונות המנוח בדבר כאבי גב יצרו צפיות לתחלואה של סרטן. בעדותו לכשנשאל חזיתית בענין החשד שהיה צריך להתעורר לאור התסמינים שהתגלו אצל המנוח השיב אמנם ד"ר אדלמן ( בעמ 20 לפר') :

**"הסברתי שגם בלי כאב גב, בלי החום והאנמיה, גם עם כאב גב כשלעצמו, ללא תלונות נלוות, יש לחשוד שזה אחת מתוך אבחנה מבדלת, ככה עוברים על הכל, לא רק במצבים כאלה, יש כל מיני סיבות אפשריות, ביניהם גידולים".**

עם זאת אישר ד"ר אדלמן כי רק ב 21.12.10 נבדק ע"י האוטופד ד"ר וייס בגין תלונה על כאב בעכוז שלא בא זכרה קודם לכן.

לסיכום, שוכנעתי ע"י הנתבעת במידה גבוהה יותר מזו של התובעים כי מחלת הסרטן שהתגלתה אצל המנוח לא היתה קשורה סיבתית לאיחור באישור ביצוע בדיקת CT והפניית המנוח לביצועה.

הוכח כי לולא האיחור באבחון, ככל שהיה כזה, לא היתה משתנה התוצאה המצערת, שהרי המנוח חלה בסרטן אלים ללא קשר למחדלי הנתבעת. כמו כן, הופרכה טענת התביעה בדבר האפשרות למניעתו של הנזק בדרך של אבחון מוקדם וגילוי גידול קטן בהיקפו. בנוסף לא ניתן לקבע על פי מאזן ההסתברויות כי כתוצאה מהתרשלות הנתבעת התממש הסיכון, שאמצעי זהירות שלא ננקטו במועד המתאים היו אמורים למנוע.

### **סיכויי ההחלמה**

27. לאור האמור אין מקום להדרש לשאלת אובדן סיכויי ההחלמה, מה גם שב"כ התובעים בסיכומיו טען מפורשות כי אינו טוען לאובדן סיכויי ההחלמה הואיל ויש לקבל את עמדת מומחה התביעה כי לולא האיחור באבחון היה ניתן להציל את המנוח. על כן למעלה מן הצורך יצוין כי ד"ר אדלמן שחזר בו מקביעותיו בחוות דעתו בנוגע לגורמי ההשפעה והאידיקציות להתרשלות רופאי הנתבעת חזר בו גם מהקביעה לעניין סיכויי ההחלמה. למול הערכתו בחוות הדעת של סיכויי ההחלמה ב 70% הודה לאחר שעומת בחקירתו עם המאמר שעליו סמך ידו ( ת 1/ ), כי השיעור נמוך יותר ועומד על 45% כשעסקינן בגידול במרכז האגן ולמעשה אף פחות, משעסקינן בגיל העולה על 15 שנים.

פרופ' יניב מנגד קבע בחוות דעתו כי סיכויי ההחלמה עומדים על 41% ולדידו ניתן היה להסיק זאת גם מהספרות הנ"ל אליה הפנה ד"ר אדלמן. עד ההגנה ד"ר ליברמן בועז (המומחה בכירורגיה אורטופדית) התייחס בתצהירו גם כן לטענותיו של ד"ר אדלמן בנוגע לסיכויי ההחלמה של סרטן מסוג הסרקומה יואינג וציין כי סיכויי ההחלמה של חולים מתחת לגיל 10 ללא גרורות בזמן האבחון הראשוני הם טובים יותר (כ-70%) אלא שבחולים מבוגרים יותר, עם מחלה שמופיעה באגן מראים סיכויי החלמה נמוכים יותר של 45% באם אין גרורות בזמן האבחנה ואילו בנוכחותן של גרורות בריאות ובמוח העצם בזמן האבחון, סיכויי ההחלמה נמוכים יותר עד לכדי 10-20%.

מכאן היה בסיס לטעונוי ב"כ הנתבעת בסיכומיו בנוגע לשיעור הנזק בראש נזק זה לו היה מוכח הקשר הסיבתי.

### **פגיעה באוטונומיה / נזק לא ממוני**

28. לטענת ב"כ התובעים על ביהמ"ש לפסוק בנסיבות פיצוי בגין פגיעה באוטונומיה גם אם

לא הוכחה התרשלות או לא הוכח קשר סיבתי וזאת לאור נסיבות המקרה.

לטענת ב"כ הנתבעת לא אוזכר ראש הנזק הנ"ל בכתב התביעה ולא הונחה תשתית ראייתית לתמוך בו.

29. בע"א 1303/09 קדוש נ' ביה"ח ביקור חולים [פורסם בנבו] (5.3.12) מסביר ביהמ"ש את האבחנה בין העילות וראשי הנזק ואומר:

"רשלנות, היעדר הסכמה מדעת ופגיעה באוטונומיה לא חד-הם, אך בפרקטיקה, שלוש העילות מוציאות זו את זו. כאשר מוכחת רשלנות בטיפול הרפואי (על רכיבי הנזק והקשר הסיבתי) ממילא אין טעם לדון בהפרת חובת הגילוי והיעדר הסכמה מדעת. אם לא הוכחה רשלנות בטיפול הרפואי עובר בית המשפט לבחון את העילה של הפרת חובת הגילוי והיעדר הסכמה מדעת (על רכיב הנזק והקשר הסיבתי). משלא הוכחה עילה של היעדר הסכמה מדעת, או-אז נדרש בית המשפט לבחון קיומה של פגיעה באוטונומיה."

אין חולק כי לא מדובר במקרה דנן בהיעדר הסכמה מדעת, או העדר גילוי או פגיעה בחופש הבחירה. בענין אחרון זה נאמר בע"א 9936/07 בן דוד נ' אייל ענטבי, [פורסם בנבו] (פסקה 11) (22.2.11):

" בגדרו של "גרעין קשה" זה עשויים להימנות גם מקרים בהם הפגיעה באוטונומיה של המטופל הובילה לכך שלא בוצעה בו פרוצדורה מסוימת או שלא ניתנה לו האפשרות לבחור אם לבצעה."

במקרה דנן לא רק שלא נפגע חופש הבחירה אלא שהתובעים עשו בו שימוש מושכל ופנו לביצוע הבדיקה באופן פרטי. על כן אין מקום לפסוק פיצוי בגין ראש הנזק הנ"ל.

30. תיאור התובעים באשר לתסכולם מהענותו הנמוכה של האורטופד לסבלו של בנם בכל הנוגע להפניה ל CT לא נסתר גם כשלא לוה בהדרגות יתר בעדותם.

נוכח המסקנה כי נמצא אשם בהתנהלות הרופא אך לא הוכח קשר סיבתי בין הטיפול כמתואר לבין מצבו, יש לקבע כי התובעים זכאים לפיצוי בגין כאב וסבל שנגרמו כתוצאה מהתעלמות ומחדל האורטופד לפעול לאישור הבדיקה שהוא הורה עליה בעצמו. בהתחשב בנסיבות העניין ובמהותו של האשם, תוך היקש משיעור הפיצוי הנפסק בגין פגיעה באוטונומיה מצאתי לפסוק לתובעים סך של 70,000 ₪.

[ראה גם [ת.א. \(מרכז\) 10248-03-11](#) סלנר נ' שירותי בריאות כללית בע"מ [פורסם בנבו] )

[2.4.15]

## **לסיכום**

31. לאור כל האמור אני מקבלת את התביעה בחלקה ומחייבת את הנתבעת לשלם לתובעים

בתוך 30 יום סך של 70,000 בצירוף הוצאות אגרה, שכר מומחה ושכ"ט עורך דין בסך כולל

של 12,285 ₪.

המזכירות תשלח פסה"ד לב"כ הצדדים.

**ניתן היום, י"ג טבת תשע"ח, 31 דצמבר 2017, בהעדר הצדדים.**

רחל קרלינסקי 54678313  
נוסח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה

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