|  |
| --- |
| **בית המשפט המחוזי בחיפה** |
| **ע"א 16102-02-24 בית חולים המשפחה הקדושה ואח' נ' פלונית** |

|  |
| --- |
| **לפני הרכב כבוד השופטים:****בטינה טאובר, סגנית נשיא****סארי ג'יוסי,****מאזן דאוד** |

|  |  |
| --- | --- |
| **המערערים** | **.1 בית חולים המשפחה הקדושה 2. מסדר פאטי ביני פראטללי**  |
| **נגד** |
| **המשיבה** |  **פלונית**  |

|  |
| --- |
| **פסק דין (מתוקן)** |

1. בפנינו ערעור על פסק דינו של בית משפט השלום בחיפה (כב' השופטת נסרין עדוי-ח'דר), מיום 10/12/23 ב[ת"א 32031-08-17](http://www.nevo.co.il/case/22919632), [נבו] במסגרתו קיבל בית משפט קמא את טענות המשיבה לאחריות המערערים בגין נזקי גוף שנגרמו למשיבה בלידה ראשונה שהתנהלה בבית חולים המשפחה הקדושה. בכלל זה, קיבל בית משפט קמא את טענות המשיבה בכל הנוגע להתרשלות המערערים, לחלק מנזקי הגוף שנטענו על ידי המשיבה, לקיומו של קשר סיבתי ופגיעה בסיכויי ההחלמה. לחילופין, קיבל בית משפט קמא את טענת המשיבה להתרשלות המערערים באי קבלת הסכמה מדעת ולפגיעה באוטונומיה של המשיבה.

**תמצית התשתית העובדתית הרלבנטית**

2. המערערים הם בית חולים המשפחה הקדושה (להלן: "**בית החולים**") ובעליו, מסדר פאטי ביני פראטללי, האחראי על הפעלת בית החולים, והמעסיק של הצוותים הרפואיים וכלל העובדים בבית החולים.

3. המשיבה ילידת שנת 1990, ילדה ביום 27/04/16 בלידה ראשונה את בתה בבית החולים. במהלך הלידה נגרם למשיבה קרע מדרגה 3A בשריר הסוגר החיצוני של פי הטבעת (להלן: "**הקרע**"). הקרע תוקן על ידי הרופא התורן, ד"ר איגור מטליצה (להלן: "**ד"ר מטליצה")** לאחר קבלת הרשאה מהכונן ומנהל המחלקה, ד"ר ניקולא פרח (להלן: "**ד"ר פרח**") כאשר התיקון בוצע בחדר הלידה בהרדמה מקומית.

4. המשיבה הגישה תביעה בעילת רשלנות רפואית כנגד המערערים לבית משפט קמא כאשר טענות המשיבה הופנו כנגד התיקון של הקרע ולא כנגד עצם קרותו.

5. מטעם המשיבה הוגשו חוות דעת של פרופ' מיכאל קראוס, מומחה לכירורגיה כללית וחוות דעת של פרופ' איתן צימר, מומחה בתחום הגניקולוגיה. מטעם המערערים הוגשו חוות דעת וחוות דעת משלימה שנערכה על ידי ד"ר זהר לויתן, מומחה בתחום הגניקולוגיה וחוות דעת של ד"ר זאב לוברמן, מומחה בתחום הכירורגיה.

6. בשל מחלוקת בין הצדדים בשאלת האחריות, מונה פרופ' ארנון סמואלוב כמומחה מטעם בית המשפט בתחום הגניקלוגיה, וכן מונה פרופ' זאב דרזניק כמומחה מטעם בית המשפט בתחום הכירורגיה הקולורקטאלית (להלן: "**מומחה בית המשפט ו/או המומחה ו/או פרופ' דרזניק**"), על מנת שיחווה את דעתו בשאלת הנכות הרפואית והקשר הסיבתי.

7. בחוות דעתו, קבע פרופ' דרזניק כי "התיקון שביצע ד"ר מטליצה היה מצוין". כמו כן, שלל פרופ' דרזניק את טענות המשיבה אודות בריחת צואה רכה וקשה וקבע כי:

**"תלונות אחרות כמו אי שליטה על השתן וכאבים עזים באיזור אינן קשורות לתיקון סוגר פי הטבעת. בהנחה שיתכן ויש אולי בריחת גזים, אני ממליץ על 10% נכות".**

8. לאחר קבלת חוות דעת מומחה בית המשפט (להלן: "**חוות הדעת**"), עתרה המשיבה לפסילת חוות הדעת ולחלופין למחיקת חלקים ממנה מאחר וחוות הדעת לטענתה, התייחסה לשאלת האחריות וההסכמה מדעת, שאלות שפרופ' דרזניק לא התבקש לדון ולתת את הדעת בהן.

9. ביום 17/12/20 דחה בית משפט קמא את הבקשה לפסילת חוות הדעת וקבע כי פניית המשיבה למומחה נוסחה "באופן שהובילו להתייחס גם לשאלת סבירות הטיפול וההתרשלות הנטענת". והורה על מחיקת 4 פסקאות מחוות הדעת שהתייחסו לסבירות הטיפול.

10. בדיון שנערך ביום 18/01/21 הגיעו הצדדים לידי הסכמה לפיה יבוטל מינויו של פרופ' סמואלוב, בשאלת האחריות, כאשר קביעותיו של פרופ' דרזניק, מומחה בית המשפט, בחוות דעתו יוותרו על כנן, חרף החלטת בית משפט קמא מיום 17/12/20.

11. ביום 10/03/22 הגיעו הצדדים להסדר דיוני מוסכם, לפיו כל אחד מהצדדים וויתר על זכותו לחקור בחקירה נגדית את המומחים של הצד שכנגד מבלי שהדבר יתפרש כהודאה בטענה כלשהי או כהסכמה לטענה כלשהי.

12. ביום 09/01/23 קיבל בית משפט קמא את תביעת המשיבה וקבע כי התיקון בוצע באופן רשלני על ידי מי שלא היו לו ההסמכות, הניסיון וההכשרה הדרושים לתיקון הקרע, וללא קבלת הסכמה מדעת של המשיבה. עוד קבע בית משפט קמא כי ההסתברות שהנזק – התסמין של בריחת גזים – נגרם כתוצאה מהתרשלות עולה על 50% ולכן זכאית המשיבה לפיצוי מלא בגין נזקיה. בית משפט קמא פסק למשיבה סך של 231,000 ₪ בצירוף 23.4% בגין שכר טרחת עו"ד וסך של 24,253 ₪ בגין הוצאות משפט (להלן: "**פסק הדין הראשון של בית משפט קמא"**).

13. ביום 06/03/23 הגיע לפתחנו הערעור הראשון של המערערים על פסק דין זה של בית משפט קמא (להלן: "**הערעור ראשון**"). במסגרת הערעור הראשון, טענו המערערים כי שגה בית משפט קמא עת קבע כי המערערים התרשלו בתיקון הקרע תוך שהוא מתעלם מחוות דעתו וקביעותיו המפורטות והמנומקות של מומחה בית המשפט פרופ' דרזניק בשאלת האחריות והקשר הסיבתי. בנוסף טענו המערערים כי שגה בית משפט קמא משהתעלם מההסכמה אליה הגיעו הצדדים לפיה חוות דעתו של פרופ' דרזניק, מומחה בית המשפט, תישאר במתכונתה המקורית, וזאת על אף החלטת בית משפט קמא מיום 17/12/20. המערערים טענו כי במסגרת פסק דינו, פירט בית משפט קמא את הפסקאות שהורה על מחיקתן מחוות הדעת בהתאם להחלטה מיום 17/12/20 מבלי להזכיר את ההסכמה אליה הגיעו הצדדים שביטלה החלטה זו והשאירה את חוות דעת המומחה במתכונתה השלימה, כפי שהוגשה לבית המשפט כראיה קבילה בתיק. בנוסף, הדגישו המערערים כי בהתאם להסכמה זו, נחקר מומחה בית המשפט, על ידי המשיבה, על כל קביעותיו נשוא חוות הדעת בין היתר בשאלת האחריות והנזק.

14. לאחר שעיינו בפסק דינו הראשון של בית משפט קמא, ולאחר ששקלנו את טענות הצדדים בהודעת הערעור הראשונה ובכתב התשובה, סברנו כי במסגרת פסק הדין לא נתן בית משפט קמא התייחסות להסכמת הצדדים ביחס לחוות הדעת של מומחה בית המשפט כפי שקיבלה ביטויה בדיון מיום 18/01/21. לכן ביטלנו את פסק הדין הראשון של בית משפט קמא והורנו על החזרת התיק לבית המשפט קמא על מנת שיכריע מחדש בשאלת החבות, תוך שייתן התייחסות להסכמת הצדדים כעולה מפרוטוקול הדיון מיום 18/01/21, ולתוכן חוות הדעת, לחקירה הנגדית של מומחה בית המשפט וכן לכלל הראיות. כמו כן התבקש בית משפט קמא, מבלי להביע כל עמדה לגוף העניין, להשלים את הדיון בסוגיית הפגיעה באוטונומיה.

**פסק דינו של בית משפט קמא**

15. בית משפט קמא, מיקד את הסוגיות שבמחלוקת בארבע שאלות: ראשית, האם המערערים התרשלו בתיקון הקרע; שנית, מהו הנזק שנותר למשיבה ומהו שיעור הנכות הרפואית הצמיתה; שלישית, האם קיים קשר סיבתי בין ההתרשלות הנטענת לנזק ממנו סבלה המשיבה והאם נפגעו סיכויי החלמתה; רביעית, האם המערערים התרשלו עת לא קיבלו הסכמתה מדעת של המשיבה לביצוע תיקון הקרע ובעקבות כך נגרמה למשיבה פגיעה באוטונומיה.

16. בית משפט קמא קיבל את טענת המשיבה כי המערערים נהגו ברשלונת ולא מילאו את כל מחויוביותיהם וחובותיהם כלפי המשיבה וכי נפל פגם בפעולות בית החולים.

17. לעמדת בית משפט קמא פרופ' דרזניק לא שלל תלונות המשיבה על בריחת גזים ובגין כך קבע כי נותרה למשיבה נכות רפואית בשיעור של 10%.

18. לעניין התנהלות בית החולים, הפנה בית משפט קמא להוראות סעיפים 5.1.1, 5.1.2, ו- 5.1.3, לחוזר מינהל הרפואה מס' 31/2012, חוזר שעניינו ב-"הנחיות להפעלת חדרי לידה" (להלן: "**חוזר מינהל הרפואה**") שקבע בין היתר, כי רופא מומחה במיילדות וגיניקולוגיה יהיה נוכח באגף חדר הלידה בכל שעות העבודה הסדירה; בשעות התורנות יימצא בחדרי הלידה רופא מומחה במיילדות ובגניקולוגיה או מתמחה במיילדות וגניקולוגיה הנמצא בשנתיים האחרונות להתמחותו, או רופא שמנהל המחלקה הסמיך אותו לכך; התערבות רפואית בלידה תיעשה באחריות הרופא האחראי באותה המשמרת וכי תפירת קרעים פריאנאלים בדרגה 3-4 תעשה על ידי רופא מומחה בכירורגיה או גניקולוגיה או אחר על פי הרשאה ממנהל המחלקה. בית משפט קמא קבע כי בית החולים הפר הוראות אלו של חוזר מינהל הרפואה ודחה טענת המערערים לפיה משהוסמך ד"ר מטליצה על ידי מנהל המחלקה לבצע את התפירה, יצאו המערערים ידי חובתם הקבועה בחוזר. בית משפט קמא ציין כי פרשנות המערערים לדרישות הסעיף הזה מייתרת, הלכה למעשה, את הצורך בהקפדה הנדרשת ממחלקת היולדות ומנהל המחלקה בביצוע פעולות תפירת הקרע המיוחד מהסוג הנדון, ומייתרת את הצורך במומחיות הרופא המבצע.

19. יתרה מכך, בית משפט קמא סבר כי המערערים נתפסו לכלל טעות בפרשנות ההוראה האמורה, כאשר הפרשנות הנכונה למונח "אחר" שבהוראת הסיפא היא "רופא מומחה אחר" ולא "רופא אחר". בית משפט קמא הוסיף כי מסקנתו זו מתיישבת עם עמדת פרופ' דרזניק, אשר ציין במפורש כי תיקון מעין זה לסוגר פי הטבעת חשוב שיתבצע על ידי רופא המנוסה בטכניקה זו וכי למיטב ידעתו, במרבית המקרים בארץ תיקון זה מבוצע על ידי הגניקולגים המנוסים אף הם בטכניקה זו, שהינה טכניקה לא פשוטה ודי מסובכת המחייבת היכרות עם האנטומיה והפיזיולוגיה של כל האזור הזה, היכרות שחסרה לד"ר מטליצה שאינו רופא מומחה בשום תחום. בית משפט קמא המשיך וציין כי גם אם ייצא מנקודת הנחה, כי המונח "אחר" שבסיפא להוראה האמורה, אינו מתייחס דווקא ל"מומחה אחר", עדיין הרופא האחר אינו יכול להיות רופא שאין לו שום הכשרה בתפירת קרעים מהסוג הנדון ואינו יכול להיות רופא שאין לו ניסיון משמעותי בביצוע אותם ניתוחים, כאשר בית משפט קמא ציין כי ניסיונו של ד"ר מטליצה בתפירת קרעים מהסוג הנדון שואף לאפס, וזאת בהסתמך על עדותו של ד"ר פרח אשר אישר את נדירות גרימתו של הקרע וכי אצלו בבית החולים היו בשנה "אפס כמעט 0.5% כמעט" מתוך 2,800 ל- 3,000 לידות מדי שנה.

20. בית משפט קמא המשיך וציין כי מהותית, אין מחלוקת בין כלל המומחים, הן מטעם המשיבה, הן מטעם המערערים והן מטעם בית המשפט, כי נדרשת מומחיות מיוחדת לתיקון קרע מהסוג הנדון וכי לכל הפחות נדרשים ניסיון והכשרה מקצועית של הרופא שיוסמך לביצועו, בין אם יהיה רופא נשים ובין אם יהיה רופא כללי (ככל שתאומץ גישת המערערים), כאשר בפועל ד"ר מטליצה לא עבר הכשרה או סדנה מקצועית או השתלמות בתיקון קרעים מעין אלה והמומחים מטעם המערערים סברו בטעות כי ד"ר מטליצה הוא בעל ניסיון בטיפול בקרעים מסוג זה.

21. בית משפט קמא הוסיף וציין כי מחומר הראיות שהוצג עלה בידי המשיבה להוכיח, כי בשל הנדירות היחסית של קרעים בדרגה 3-4, קיים צורך בתיקונם על ידי רופאים בעלי מומחיות, הכשרה וניסיון ייעודיים בביצוע תיקונים רבים מעין אלה, וכי לנוכח העובדה שניתן להמתין עם ביצוע התיקון עד 12 שעות מהלידה, הפרקטיקה הנוהגת המוכרת היא, שבכל בית חולים קיים מספר מצומצם של מומחים ייעודיים שמבצעים את תיקוני הקרעים בדרגות הנ"ל, כאשר במקרה דנן, התנהגותם של המערערים היוותה הפרה חמורה וסטייה מובהקת מהפרקטיקה הרפואית המקובלת במקרים כגון דא.

22. בנוסף קבע בית משפט קמא כי המערערים לא פעלו בהתאם לפרוטוקול שהיה מקובל במועד הרלבנטי לתביעה. פרוטוקול התואם את ההמלצות שבנייר עמדה 34 של האיגוד הישראלי למיילדות וגניקולוגיה אשר פורסם ביום 01/10/17 (להלן: "**נייר עמדה 34**"). בית משפט קמא ציין כי ד"ר לויתן זוהר, מומחה מטעם המערערים אישר כי נייר עמדה 34 בהחלט משקף נאמנה את מה שהיה מקובל במועד הרלבנטי, אם כי מחמיר יותר בכל הקשור לניהול המקרה, ממה שהיה מקובל שנה וחצי קודם למועד פרסומו.

23. בית משפט קמא הוסיף וציין כי בענייננו, אין חולק כי זו היתה הלידה הראשונה של המשיבה, כך שהיא נמנית על המקרים השכיחים יותר להתרחשות קרע מסוג זה, חרף נדירות התופעה. בית משפט קמא הדגיש כי נקבע בנייד עמדה 34 שבכל יולדת עם קרע, רצוי לבצע הערכה יסודית של הפרינאום לפני התיקון לצורך זיהוי דרגת הקרע וחומרתו. הבדיקה צריכה להתבצע לאחר הסבר ליולדת על מטרתה של ההערכה וקבלת הסכמתה. באשר לאופן הטיפול בקרע, נקבע כי התיקון ייעשה בחדר ניתוח, בתנאים סטיריליים בנוכחות מכשור, תאורה ועזרה מתאימים וכאמור התפירה תיעשה על ידי רופא מומחה בכירורגיה או בגיניקולגיה או אחר על פי הרשאה ממנהל המחלקה. עוד ובנוסף ציין בית משפט קמא כי לצורך התפירה נדרשת הרדמה כללית או אזורית, החיונית למניעת כאב, לזיהוי מדויק של הקרע והרפיית קצוות השרירים המכווצים. כמו כן ציין בית משפט קמא כי נייר עמדה 34 קבע המלצות לגבי המעקב אחרי יולדת עם קרע בסוגר שתוקן. לאור כל האמור, סבר בית משפט קמא כי המערערים התרשלו כלפי המשיבה.

24. לעניין השאלה השנייה שעניינה הנזק ושיעור הנכות הרפואית שנותר למשיבה, קיבל בית משפט קמא את עמדתו של מומחה בית המשפט פרופ' דרזניק אשר קבע כי למשיבה נותרה נכות צמיתה בשיעור של 10% בגין בריחת גזים. בית משפט קמא ציין שמומחה בית המשפט הבהיר כי מכלול תלונות המשיבה אינן מתיישבות כלל עם ממצאי בדיקתו הרפואית ועם ממצאי הבדיקות האובייקטיביות שנעשו למשיבה. כאשר ההגזמה, חוסר הסבירות וחוסר ההתאמה בין תלונות המשיבה לביו הממצאים האובייקיטביים השתקפו היטב בטענת המשיבה, לפיה היא סובלת מיציאות בלתי נשלטות גם בשינה, טענה העומדת בסתירה לעובדה שאינה שנויה במחלוקת שלא נגרם כל נזק לשרירי הסוגר הפנימי ולכן, בריחת צואה בלילה, כטענת המשיבה, הינה דבר בלתי אפשרי. בית משפט קמא הוסיף וציין כי הימנעות המשיבה מלעמוד על הפנייתה לבדיקת מנומטריה חוזרת, אומרת דרשני. לעמדתו, אם המשיבה הייתה סבורה כי מומחה בית המשפט קיפח אותה בקביעתו האמורה, חזקה עליה שלא הייתה מסתפקת בטענה סתמית בסיכומיה, לפיה יש להעמיד את שיעור הנכות הצמיתה על 20%, לאחר שטענה לנכות צמיתה בשיעור 40%.

25. לאחר שבית משפט קמא השתכנע כי הוכחה התרשלות בית החולים בתיקון הקרע וכי למשיבה נגרם נזק, עבר בית משפט קמא לדון בשאלה השלישית שבמחלוקת: האם קיים קשר סיבתי בין ההתרשלות לבין הנזק ממנו סבלה המשיבה והאם נפגעו סיכויי החלמתה. בית משפט קמא ציין כי, משסבר מומחה בית המשפט שיש להתמקד בשאלה "האם התיקון בוצע בצורה טובה" ולא בשאלה "מי ביצע את ניתוח התיקון", למעשה המומחה לא לקח בחשבון את סיכויי ההצלחה לצאת מהניתוח ללא כל נזק, אף לא של 10% נכות.

26. בית משפט קמא עמד על חוות דעתו של פרופ' איתן צימר, המומחה מטעם המשיבה, אשר התייחס בחוות דעתו לשאלת הקשר בין ההכשרה והניסיון של מבצע תיקון הקרע לבין הצלחת התיקון. לעמדתו, מדובר בקשר ידוע ומוכח. צוין כי פרופ' צימר הציג בחוות דעתו מחקרים המראים כי במקרים בהם תיקון הקרע נעשה על ידי רופאים שעברו את ההכשרה וההתנסות המתאימה על פי הפרוטוקול, התוצאות הניתוחיות היו טובות בהרבה מאלו שתיקון הקרע לא הוגבל למומחים שעברו הכשרה, אימון והתנסות בתחום. כמו כן, פרופ' צימר הציג מחקר נוסף אשר בו נבחנו תוצאות התיקון של קרעים מיילדותיים בדרגה 3-4 שנעשו על ידי כירורגים קולורקטליים מנוסים, כאשר נמצא שב-86% מכלל הנשים בכל דרגות החומרה של הקרעים לא הייתה בעיית שליטה על היציאות. בית משפט קמא המשיך והתייחס בנוסף לחוות דעתו של ד"ר לויתן, המומחה מטעם המערערים שלעמדתו, גם בידים הכי טובות, לאחר תיקון הקרע, 20% עד 40% מהמטופלות ימשיכו לסבול מאי נקיטת צואה, כך שלדעתו גם אם יוכח כי המשיבה אכן סובלת מאי נקיטת צואה כתוצאה מקרע של הספינקטר, אין בכך כדי להעיד על רשלנות כלשהי בתפירת הקרע. בית משפט קמא הגיע למסקנה לפיה ממוצע כלל המחקרים ונייר העמדה לסיכויי ההצלחה בתפירה, אלמלא ההתרשלות, עומדת על 77.5%, וכי ממוצע הסיכויים להותרת נזק ללא קשר להפרה, עומד על 22.5%.

27. בית משפט קמא המשיך והתייחס לשיעור סיכויי ההצלחה עקב ההתרשלות, תוך התייחסותו לחוות דעתו של פרופ' קראוס מטעם המשיבה. בחוות דעתו, הציג פרופ' קראוס שני מחקרים המראים כי כאשר תיקון קרעים מדרגה 3-4 נעשה על ידי רופא לא מוכשר לכך, לא מנוסה, ולא לפי הפרוטוקול המחייב, הסיכוי לכישלון התיקון, לגרימת נכות ופגיעה בסוגרים גדל בצורה משמעותית. לדעתו של פרופ' קראוס שלא נסתרה, זו הסיבה ששיעור ההצלחה של תיקון ראשוני נע בין 26% ל- 93% מהנשים המנותחות, כאשר ההבדל הניכר בתוצאות נובע, בין היתר, מנסיונו של המנתח המבצע את התיקון. בית משפט קמא ציין, כי המערערים הפנו למחקרים שהתמקדו בבחינת סיכויי ההחלמה כאשר הניתוח מבוצע בהתאם לפרוטוקול המחייב ולמחקרים, תוך שביקשו לגזור מנתונים אתה את שיעור הסיכויים לגרימת נזק, ככל שהניתוח היה מבוצע בניגוד לפרוטוקול המחייב או בידי רופא שאינו מנוסה ומוכשר ולבסס על כך את טענתם בדבר העדר פגיעה בסיכויי ההחלמה של המשיבה בעקבות ההתרשלות. כך שלעמדתו של בית משפט קמא, לא ברי ממחקרים אלה כיצד השפיע גורם חוסר הניסיון של מבצע התיקון על תוצאות הניתוח. גישה זו של המערערים נידחתה על ידי בית משפט קמא, תוך שצוין כי בכל מקרה המערערים לא הביאו נתונים הסותרים את חוות דעת המומחים מטעם המשיבה, בדבר השפעתו של הגורם האמור.

28. עוד ציין בית משפט קמא כי, הקשר בין ההכשרה המקצועית והניסיון של הרופא המבצע תיקון קרעים מהסוג הנדון ובין הצלחת התפירה הוא קשר מוכח בדומה לקשר בין סוג הקרע לבין היקף וחומרת התסמינים. כמו כן, ציין בית משפט קמא כי מומחה בית המשפט אישר אף הוא קיומו של קשר זה וכי תשובתו של המומחה במהלך חקירתו, לפיה התוצאה הסופית של התפירה שבוצעה על ידי ד"ר מטליצה הייתה מצויינת, אין בה כדי לסתור את טענות המשיבה לגבי הפגיעה בסיכויי החלמתה. לאור האמור, ומשנוכח בית משפט קמא לראות כי לד"ר מטליצה לא היה כל ניסיון בביצוע תפרים מהסוג הנדון, ולכל היותר ניסיונו היה זניח, מצומצם ביותר ורחוק מלעמוד בהכשרה ובמקצועיות הנדרשות, הגיע בית משפט קמא למסקנה לפיה שיעור הסיכוי לגרימת נזק כתוצאה מההתרשלות הנדונה עלה ל-74% (ההפרש בין 100% ל-26%), וההסתברות כי נזקי המשיבה נגרמו כתוצאה מההתרשלות עלתה על 50%. כלומר, סיכויי ההחלמה בעקבות ההתרשלות עמדו על הגבול התחתון (26%) או קרוב מאוד לכך.

29. בנוסף, בית משפט קמא דן בשאלת ההתרשלות באי קבלת הסכמת המשיבה מדעת וסוגיית הפגיעה באוטונומיה. בית משפט קמא ציין כי לפי חומר הראויות, המשיבה לא חתמה על טופס הסכמה לניתוח תיקון הסוגרים, אלא המשיבה חתומה אך ורק על טופס הסכמה להישאר בחדר לידה, טופס שאין בו כל זכר לגרימת קרע מהסוג הנדון או לצורך בתפירתו בחדר ניתוח או לצורך בניתוח כלשהו. צוין כי בטופס ההסכמה אין כל התייחסות לדרכי הטיפול באותו קרע. בנוסף, לא ניתן למשיבה כל הסבר על מאפייני הקרע; גודלו; השיטות לתיקונו; הניסיון הנדרש על מנת להסמיך רופא לבצע תיקונו; הצורך לקרוא לרופא הכונן על מנת לבצע את התיקון; האפשרות לבצע את התיקון בבית חולים אחר בו זמין מומחה עם מומחיות מיוחדת לביצוע התיקון; הנזקים העלולים להיוותר בעקבות קרע כאמור ובעקבות תפירתו בידי רופא מנוסה לעומת רופא שאין לו שום הכשרה לבצעו. בית משפט קמא דחה את עמדת מומחה בית המשפט לפיה מכיוון שהתיקון בוצע בחדר הלידה הרי שמדובר בחלק מתהליך הלידה ועל כן אין צורך בהסכמה מדעת, כאשר בית משפט קמא ביסס את מסקנתו זו על נייר עמדה 34 האמור. לכן, שוכנע בית משפט קמא כי המשיבה לא נתנה הסכמה מדעת לטיפול הנדון והמערערים הפרו חובתם בהקשר זה, באופן ברור ומובהק.

30. בית משפט קמא ציין כי אף אם ייצא מנקודת הנחה שד"ר מטליצה מסר למשיבה את המידע הרלבנטי והנדרש על חומרת הקרע תוך כדי ביצוע התפירה, ואף אם יניח כי המשיבה לא התנגדה לטיפול ובית החולים ראה בכך כהסכמה מדעת עדיין שוכנע בית משפט קמא כי הסכמתה של המשיבה לא הסכמה מדעת היא, מאחר והוכח כי לא ד"ר מטליצה ולא כל גורם אחר בבית החולים מסרו למשיבה כל מידע בנוגע לחוסר ניסיונו של ד"ר מטליצה בתיקון קרעים מהסוג הנדון, חרף מהותיות המידע האמור. בנוסף בית משפט קמא שוכנע כי המשיבה לא הייתה נותנת הסכמתה לטיפול אילו היה מובא לידיעתה מלוא המידע הנדרש. בית משפט קמא המשיך וציין כי לא היה צורך שהמשיבה תעבור לבית חולים אחר כטענת המערערים, אלא היה מספיק שהרופא הכונן המומחה היה טורח להגיע לבית החולים כשקיבל דיווח על נתוני הקרע ומבצע את התיקון בעצמו או בנוכחותו ותחת השגחתו. משלא נעשה כך, סבר בית משפט קמא כי ברור שהופרה חובת הגילוי והופרה חובת הזהירות המוטלת על בית החולים כלפי המשיבה.

31. לאחר שבית משפט קמא הגיע למסקנה לפיה המערערים הפרו את חובתם לגלות למשיבה את המידע הנדרש לצורך קבלת הסכמתה מדעת לביצוע תיקון הקרע הנדון, מששוכנע בית משפט קמא כי המשיבה לא הייתה נותנת הסכמתה לטיפול אילו היה מובא לידיעתה מלוא המידע הנדרש כאמור ומשנגרם למשיבה נזק גופני כתוצאה מהפרוצודורה הרפואית שבוצעה ללא הסכמה מדעת, קבע בית משפט קמא כי על המערערים לפצות את המשיבה בגין מלוא נזקיה שנגרמו עקב הפרת חובת הגילוי כאמור. ציין בית משפט קמא, כי סיטואצעה מעין זו נמנית על הקבוצה הרביעית בקבוצות המצבים האפשריים בדוקטרינת ההסכמה מדעת הנזכרת בפסק הדין ב[ע"א 1303/09](http://www.nevo.co.il/case/5760473) **קדוש נ' בית החולים ביקור חולים**, פ"ד סה(3) 164 (להלן: "פסק דין קדוש"), כאשר בעניין דנן הוכחו שלוש עילות התביעה: רשלנות בטיפול, העדר הסכמה מדעת ופגיעה באוטונומיה.

32. בית משפט קמא ציין כי לפי ההלכה כיום, למשיבה בעניננו לא ייפסק פיצוי בגין "הפגיעה באוטונומיה", מאחר וראש נזק זה בא לידי פיצוי במסגרת הפיצוי על הנזק הלא ממוני שייפסק למשיבה במסגרת עוולת הרשלנות. עוד, ציין בית משפט קמא כי למען הזהירות בלבד, וככל שיהיה צורך בהערכת הפיצוי בגין עצם הפגיעה באוטונומיה כראש נזק שיורי, בהנחה כי לא הוכחה התרשלות בטיפול או לא הוכח קשר סיבתי בין אי מתן ההסכמה מדעת לבין הנזק הגופני, העריך בית משפט קמא את הפיצוי בראש נזק זה בסך של 100,000 ₪. בית משפט קמא בהערכתו זו שם לנגד עיניו את הגישה המאוזנת שנקבעה בפסיקת בית המשפט העליון, לפיה יש להימנע מהפרזה בפסיקת הפיצויים בגין עצם הפגיעה באוטונומיה, מחד גיסא, ומאידך גיסא, יש לפסוק פיצוי ההולם את נסיבות המקרה ולא להסתפק בפיצוי סמלי.

33. כמו כן, בית משפט קמא לקח בחשבון את התחושות השליליות שחשה המשיבה; את הפגיעה ברגשותיה עקב אי גילוי המידע הנדרש בפניה בטרם ביצוע תיקון הקרע; את תחושות הכעס והזעם שניתן היה להבחין בהן במהלך עדותה. בנוסף, בית משפט קמא שם לנגד עיניו את מהותיות המידע שהוסתר מהמשיבה, ככל שמדובר במידע מהותי יותר, דומה כי הנטייה היא לפסוק פיצוי גבוה יותר. בית משפט קמא חזר והדגיש כי הערכת הפיצוי בגין הפגיעה באוטונומיה נעשתה אך ורק בבחינת למעלה מן הצורך ומען הזהירות בלבד, שכן מסקנתו של בית משפט קמא במקרה דנן היא שנזקי המשיבה אכן נגרמו עקב התרשלות המערערים וכן עקב הפרת חובת הגילוי ואי קבלת הסכמה מדעת.

34. בית משפט קמא פסק למשיבה פיצוי בסך של 100,000 ₪ בגין רכיב של כאב וסבל. בית משפט קמא נתן את הדעת לשנה הראשונה שעברה על המשיבה מאז הלידה ועד שהתייצב מצבה, לעובדה שהמשיבה סבלה מחוסר שליטה בסוגרים בדרגה חמורה וסבלה מקיום יחסי מין. כמו כן, בית משפט קמא ציין כי בעקבות התרשלות המערערים המשיבה איבדה את האפשרות ללדת בלידות ווגינאליות עתידיות וכי תאלץ לעבור לידות עתידיות בניתוחים קיסריים בלבד. בנוסף לכך, התחשב בית משפט קמא בתחושות השליליות שחוותה המשיבה ועודנה חווה כתוצאה מהפרת חובת הגילוי ואי מתן הסכמה מדעת לתיקון שבוצע.

35. בית משפט קמא פסק למשיבה פיצוי בסך 10,000 ₪ בגין רכיב של הוצאות רפואיות ונסיעות. בית משפט קמא ציין כי אומנם המשיבה לא צירפה אף לא קבלה אחת שתלמד על הוצאותיה הנטענות בגין רכיב זה, ואולם, משהוכח באופן ברור, כעולה מהתיעוד הרפואי, שהמשיבה סבלה למשך תקופה של כשנה מתופעות קשות עקב אי שליטה מלאה בסוגרים, אין ספק כי המשיבה נאלצה לעשות שימוש מוגבר בפדים באותה תקופה. לגבי הוצאות רפואיות ונסיעות לעתיד, ציין בית משפט קמא כי לא הוכח כל צורך בשימוש בפדים או מוצרי היגיינה אישית כלשהם ולא הוכח כל צורך בהמשך טיפולים או ברכישת דברי מזון מיוחדים.

36. כמו כן, פסק בית משפט קמא למשיבה פיצוי בסך 20,000 ₪ בגין רכיב של עזרת צד ג'. בית משפט קמא קבע כי בתקופה שלאחר הלידה, המשיבה הייתה זקוקה לעזרה מוגברת, בין אם לצרכיה עצמה ובין אם לצרכי הטיפול בבתה התינוקת. אומנם המשיבה לא שילמה תמורת עזרה זו, הוכח כי העזרה שניתנה לה הייתה מוצדקת, לאור מצבה של המשיבה, וכן חרגה מהיקף העזרה הרגילה המקובלת בין בני משפחה. ציין בית משפט קמא כי מצבה של המשיבה לאחר שחרורה מבית החולים ולמשך תקופה ארוכה יחסית, דרש ממנה מאמצים והתעסקות עצמית לשמירה על ההיגיינה האישית. לעמדתו, הדבר אף השפיע על מצב רוחה ופגע באופן חלקי בתפקודה בבית. לגבי עזרת צד ג' לעתיד, קבע בית משפט קמא כי לא הוכח צורך בעזרה כלשהי.

37. עוד פסק בית משפט קמא למשיבה פיצוי בסך 20,000 בגין רכיב של הפסדי שכר לעבר וסך של 70,000 ₪ פיצוי גלובלי בגין הרכיב של הפסדי שכר לעתיד. בית משפט קמא ציין כי בהקשר זה, נלקחה בחשבון גריעה מפוטנציאל ההשתכרות בשיעור של כ-50% משיעור הנכות הרפואית. כאשר הנכות שנותרה למשיבה עלולה לצמצם במידה מה את אפשרותה לעבוד מול קהל ועלולה לפגוע באפשרות קבלתה לעבודה כאמור. ביסוד שכרה של המשיבה נלקח בחשבון אך שכר המינימום. בית משפט קמא דחה את טענת המשיבה בדבר שיעור הפגיעה בכושר העבודה או בדבר שיעור הנכות התפקודית.

38. בית משפט קמא פסק למשיבה פיצוי בסך 11,250 ₪ בגין רכיב של הפסדי פנסיה לעבר ולעתיד.

39. לסיכום, בית משפט קמא קיבל את התביעה וחייב את המערערים, ביחד ולחוד, לשלם למשיבה פיצויים בסל של 231,000 ₪ בצירוף 23.4% בגין שכר טרחת עורך דין ובצירוף 24,253 ₪ בגין הוצאות משפט.

40. המערערים לא השלימו, כאמור, עם פסק דינו של בית משפט קמא ומכאן הערעור שבפנינו.

**תמצית טענות הצדדים**

41. המערערים טענו כי טעה בית משפט קמא משהתעלם מחוות דעתו וקביעותיו המפורטות והמנומקות של מומחה בית המשפט, פרופ' זאב דרזניק, בשאלת האחריות, הקשר הסיבתי והפגיעה הנטענת בסיכויי ההחלמה וזאת על אף שהונחה על ידי בית משפט זה בפסק הדין בערעור הראשון כי עליו להתייחס לתוכן חוות הדעת ולחקירתו הנגדית של המומחה.

42. המערערים טענו כי מומחה בית המשפט שלל את כל ממצאיהם ומסקנותיהם של מומחי התביעה, הן במישור האחריות והן במישור הנזק, וקבע באופן חד משמעי, כי הבדיקות האובייקטיביות והקליניות תומכות במסקנה כי תיקון הקרע על ידי ד"ר מטליצה בוצע באופן מצוין, וכי תפקוד הסוגר החיצוני שתוקן הינו בטווח הנורמלי. משכך נטען על ידי המערערים כי טעה בית משפט קמא משקבע כי לד"ר מטילצה לא היה כל ניסיון בביצוע הפרוצדורה וכי אסור היה לתת לו היתר או הוראה לבצע את תפירת הקרע בסוגר החיצוני, וכי המערערים הפרו את הוראת ס' 5.1.3 לחוזר, בנושא "הנחיות להפעלת חדרי לידה" עוד ובנוסף נטען כי בית משפט קמא טעה בפרשנות החוזר.

43. כמו כן, טענו המערערים, כי טעה בית משפט קמא עת קבע כי בבית החולים לא פעלו בהתאם לפרוטוקול שהיה מקובל במועדים הרלבנטיים לתביעה וכי הפרוטוקול שהיה מקובל במועד התביעה די תואם להמלצות שבנייר עמדה 34, שפורסם כאמור ביום 01/10/17, כשנה וחצי לאחר המקרה נשוא התביעה. לטענת המערערים, נייר עמדה זה אינו חל על המקרה נשוא התביעה, הוא מחמיר יותר ביחס לניהול המקרה ממה שהיה מקובל שנה וחצי לפני כן, וכי בכל מקרה תיקון הקרע בוצע בהתאם לסטנדרט הרפואי המקובל ובאופן מיטבי.

44. המערערים הוסיפו וטענו כי לעניין ביצוע התיקון בחדר לידה ולא בחדר ניתוח, החוזר אינו מתייחס באופן מפורש למקום ביצוע התיקון אולם מאחר והחוזר עוסק בהנחיות להפעלת חדרי לידה אזי ברור כי החוזר כיוון לכך שפעולת התיקון אפשר ותבוצע בחדר לידה. החוזר משנת 2017 אינו קובע כי יש לבצע את התיקון בחדר ניתוח ואינו שולל לבצע את התיקון בחדר לידה, לטענת המערערים, עסקינן בהמלצה בלבד. בנוסף נטען כי טעה בית משפט קמא משלא קיבל את קביעת מומחה בית המשפט לפיה ניתן לבצע את התיקון בהרדמה מקומית.

45. המערערים הוסיפו וטענו כי טעה בית משפט קמא משקבע כי קביעותיו של פרופ' דרזניק לעניין היות התיקון על ידי ד"ר מטליצה תיקון מצוין לא הביאו בחשבון את סיכויי ההצלחה של הניתוח וכי ההסתברות לפיה התסמין של בריחת גזים נגרם כתוצאה מההתרשלות עולה על 50%. לטענת המערערים, הנטל להוכיח פגיעה בסיכויי החלמה מוטל על המשיבה והאחרונה לא הוכיחה כי תסמין בריחת גזים ככל שקיים, נגרם בשל התרשלות המערערים. נטען על ידי המערערים כי אין בחוות דעת מומחי התביעה כדי לבסס את קביעת בית משפט קמא לעניין הפגיעה בסיכויי ההחלמה. לטענת המערערים, מומחי התביעה הניחו כי המשיבה נותרה עם חוסר שליטה על צואה רכה וקשה וביססו את טענת התיקון הרשלני על ממצא זה. לטענת המערערים, מומחי התביעה לא טענו כי היוותרות תסמין של בריחת גזים מעיד על רשלנות או פגיעה בסיכויי החלמה. נהפוך הוא; קריאה נכונה של המאמרים והמחקרים שהובאו על ידי פרופ' צימר, מטעם המשיבה, מראה כי גם לאחר תיקון בידיים הטובות ביותר ובתנאים הטובים ביותר כ-7% מהמטופלות נותרו עם תסמינים מסוימים לרבות דחיפות במתן צואה וחוסר שליטה על גזים. לטענתם, גם פרופ' צימר מסכים שתיקון שלא הותיר בריחת צואה הינו תיקון מיטבי.

46. נטען על ידי המערערים כי המחקרים והמאמרים שהובאו על ידי פרופ' צימר אינם משקפים את מה שמקובל בספרות הרפואית, שכן בהתאם לנייר העמדה 34 "ההצלחה לתיקוני מערכת הסוגרים לאחר תפירתם בשיטות שונות היא 64%-81% במעקב של שנה", כלומר, שגם בידיים הטובות ביותר, ובתנאים הטובים, לאחר תיקון הקרע, 20%-40% מהמטופלות ימשיכו לסבול מאי נקיטת צואה. לטענת המערערים החישובים שעשה בית משפט קמא בעניין סיכויי ההחלמה אינם רלבנטים ואינם נכונים מקום בו קיימת תמימות דעים כי תסמין של בריחת גזים, ככל שקיים לאחר התיקון הינו מינורי, ומדובר בתיקון מצוין.

47. בנוסף טענו המערערים כי קביעת מומחה בית המשפט, בהסתמך על בדיקות קליניות ובדיקות מנומטריה ו- PUS אובייקטיביות, כי התפקוד של הסוגר החיצוני לאחר התיקון הינו בטווח הנורמלי, כי תיקון שהותיר תסמין של בריחת גזים הינו תיקון מצוין וגם בידיים הטובות ביותר בתנאים הטובים ביותר, עשוי להיוותר תסמין מסוג זה, מאיינת את קביעת בית משפט קמא לעניין הפגיעה בסיכויי ההחלמה ולעניין קיומו של נזק כלשהו הקשור סיבתית לרשלנות בתיקון הקרע.

48. המערערים טענו כי טעה בית משפט קמא משקבע כי המשיבה לא נתנה הסכמה מדעת לתיקון הקרע בידי ד"ר מטליצה לאור האמור בתצהירה ובכל מקרה טעה בית משפט קמא משקבע כי היה מקום להחתים את המשיבה על טופס הסכמה ייעודי לתיקון הקרע או כי היה על ד"ר מטליצה למסור למשיבה מידע ביחס לניסיונו בתיקון קרעים. לטענת המערערים, קביעה זו אינה עומדת בקנה אחד עם הוראות [חוק זכויות החולה](http://www.nevo.co.il/law/71833) וההלכה הפסוקה. רופא איננו אמור למסור מיוזמתו מידע הנוגע להכשרתו וניסיונו.

49. לטענת המערערים טעה בית משפט קמא משקבע כי המשיבה לא הייתה נותנת את הסכמתה לתיקון הקרע בידי ד"ר מטליצה וכי הוכח קשר סיבתי בין אי מתן ההסכמה מדעת לנזק שנגרם למשיבה. נטען על ידי המערערים כי טענות המשיבה בהקשר זה נטענו בדיעבד והן חסרות כל משקל מקום בו עדותה של המשיבה בלתי מהימנה ומקום בו מדובר בעדות בעל דין יחידה.

50. לבסוף, טענו המערערים כי קביעותיו של מומחה בית המשפט כי התפקוד של הסוגר החיצוני לאחר התיקון הינו בטווח הנורמלי, כי התיקון שבוצע מצוין וכי גם בידים ובתנאים הטובים ביותר לא ניתן לקבל תוצאה טובה יותר, מאיינת את קביעת בית משפט קמא לעניין הפגיעה בסיכויי ההחלמה וקיומו של נזק כלשהו הקשור סיבתית לפרוצודורה רפואית שבוצעה ללא הסכמה מדעת.

51. המשיבה טענה מנגד לדחיית הערעור. לעמדתה, המערערות "מתווכחות" למעשה עם ממצאים עובדתיים, מסקנות בית משפט קמא לגבי עדות מומחה בית המשפט, פרופ' דרזניק ועם ממצאי מהימנות שקבע בית משפט קמא. לטענתה צדק בית משפט קמא בכל הנוגע לקביעתו ביחס להיעדר הניסיון וההכשרה של ד"ר מטליצה בתיקון קרע של הסוגרים האנאליים, מידע שלטענת המשיבה נכון, ובעיקר לא ניתן למשיבה עובר לביצוע התיקון.

52. לטענת המשיבה קביעות בית משפט קמא כי תיקון הקרע שבוצע במקרה דנן למשיבה לא עמד בסטנדרט הנדרש, בוצע בידיים של מי שחסר את ההכשרה, היווה טיפול רפואי רשלני והותיר את המשיבה עם נכות של 10% בגין שליטה על גזים, מבוססות.

53. לטענת המשיבה צדק בית משפט קמא משקבע בהתבסס על מאמרים ומחקרים ועדותו של מומחה בית המשפט כי הוכח קשר ברור בין הצלחת תיקון קרע מיילדותי פריאנלי לבין הכשרתו, התנסותו והתמקצעותו באמור של הרופא בביצוע תיקון זה לפי הפרוטוקול הרלבנטי. לטענת המשיבה, הובאו בפני בית משפט קמא מחקרים שהוכיחו כי סיכויי יולדת כדוגמת המשיבה להישאר ללא כל תסמין שהוא, אילו הקרע היה מתוקן כהלכה, נעים בין 86% לבין 94%, וכי די בכך כדי לקיים את דרישת הקשר הסיבתי.

54. לטענת המשיבה צדק בית משפט קמא בקובעו כי ביצוע תיקון הקרע הנדון נעשה מבלי לקבל את הסכמה מדעת של המשיבה. לטענת המשיבה הכרעת בית משפט קמא בסוגיית ההסכמה מדעת נסמכה על התרשמותו הבלתי אמצעית מהמשיבה ומד"ר מטליצה, ובאלה אין מקום להתערב.

55. בכל הנוגע לפיצוי שנפסק טענה המשיבה כי הפיצוי שנפסק לה בגין כאב וסבל הינו על הצד הנמוך ואין מקום להתערב בפיצוי שנפסק לה בגין פגיעה בכושר ההשתכרות, שכן אינו מבוסס על תחשיב אריתמטי.

**דיון**

56. כאמור, המחלוקת העיקרית בין הצדדים מתייחסת לשתי שאלות עיקריות, הראשונה, שאלת האחריות הנוגעת לשאלת ההתרשלות הנטענת בתיקון הקרע, הקשר הסיבתי והנזק, והשאלה השניה הנוגעת לאי קבלת הסכמה מדעת והפגיעה באוטונומיה.

57. כאמור, נוכח הפערים בין חוות הדעת הרפואיות שהוגשו על ידי הצדדים הוחלט על מינויו של פרופ' דרזניק כמומחה לכירורגיה קולורקטאלית מטעם בית המשפט, שחווה את דעתו בהסכמת הצדדים, הן בשאלת האחריות והן בשאלת הנזק והנכות הרפואית (להלן: "**חוות הדעת**").

58. בחוות דעתו, שלל מומחה בית המשפט את ממצאיהם ומסקנותיהם של מומחי התביעה, הן במישור האחריות והן במישור הנזק, וקבע כי הבדיקות האובייקטיביות והקליניות תומכות במסקנה כי תיקון הקרע על ידי ד"ר מטליצה בוצע באופן מצוין וכי תפקיד הסוגר החיצוני שתוקן הינו בטווח הנורמלי. כלומר, הפרוצדורה הרפואית שבוצעה על ידי ד"ר מטליצה לא הותירה במשיבה נזק הקשור סיבתית לביצוע הפרצודורה האמורה, שכן התוצאה היא מיטבית.

59. לעניין זהות מבצע התיקון, ציין מומחה בית המשפט כי אומנם תיקון קרע לקרע שנגרם לסוגר פי הטבעת שנגרם במהלך לידה, חשוב שיתבצע על ידי רופא המנוסה בטכניקה זו וכי אין ספק שכירורג קולורקטלי, במקרה שקיים כזה בבית החולים, עדיף שיבצע תיקון מעין זה. עם זאת, מומחה בית המשפט פרופ' דרזניק ציין כי למיטב ידיעתו, במרבית המקרים בארץ, תיקון זה מבוצע על ידי הגינקולוגים המנוסים אף הם בטכניקה זו וכי במקרה הנדון, ד"ר מטליצה קיבל אישור ממנהל המחלקה לתפירת הקרע בשיטה של השכבות.

60. לעניין ההסכמה מדעת, קבע מומחה בית המשפט כי מכיוון שהתיקון בוצע בחדר הלידה הרי שמדובר בחלק מתהליך הלידה ועל כן אין צורך בהסכמה מדעת.

61. פרופ' דרזניק, המומחה מטעם בית המשפט ציין, כי הדיון בחוות דעתו של פרופ' קראוס, המומחה מטעם המשיבה, התמקד בסוגי הנזקים לסוגר פי הטבעת במהלך הלידה, מי צריך לתקן את הנזק, האם צריך לבצע את הניתוח בחדר לידה אן בחדר ניתוח, הסכמה מדעת לביצוע הניתוח והעדר דוח ניתוח. לעמדת מומחה בית המשפט, אין בחוות דעתו של פרופ' קראוס כל התייחסות לתוצאות בדיקות המנומטריה, בדיקת האולטרה סאונד הפרינאלי ולמצב המשיבה בעקבות התיקון שבוצע על ידי ד"ר מטליצה. מומחה בית המשפט סבר, שהדיון במקרה הנדון צריך להתבסס לא על השאלה מי ביצע את ניתוח התיקון אלא האם התיקון בוצע בצורה טובה בהתחשב בתוצאות הבדיקות, תלונות המשיבה והממצאים הקליניים.

62. במסגרת חוות דעתו ציין מומחה בית המשפט, פרופ' דרזניק כי בתאריך 10/07/16, כחודשיים וחצי לאחר הלידה, בוצעה למשיבה בדיקת מנומטריה בבית חולים תל השומר, בדיקה שבאמצעתה מודדים את הלחץ בסוגר האנאלי ומעריכים את תפקודו. מבדיקה זו למד מומחה בית המשפט כי הלחץ במנוחה בממוצע היה 111 מ"מ כספית, כאשר הנורמה של הלחץ הבסיסי נעה בין 40-80 מ"מ כספית, כלומר לחץ בסיסי במנוחה מאוד גבוה. מומחה בית המשפט פרופ' דרזניק הסביר כי הלחץ הבסיסי נוצר על ידי שריר הסוגר הפנימי (ias) והוא זה שמאפשר לנו לישון בבטחה ללא חשש לדליפת צואה במהלך השינה. על פי הבדיקה, הלחץ בכיווץ שנמדד היה 106.2 מ"מ כספית, כאשר מקובל כי הלחץ בכיווץ הינו כפול מהלחץ במנוחה וכי לרוב נע הלחץ בכיווץ בין 80-160 מ"מ כספית. לכן קבע מומחה בית המשפט כי הלחץ שנמדד הינו בטווח הנורמה. כמו כן, התייחס מומחה בית המשפט בהקשר זה לקביעת פרופ' קראוס (מומחה מטעם המשיבה) כי "בבדיקה רקטלית טונוס הסוגר האנלי במנוחה מעט ירוד" וקבע כי ברור שלממצא זה אין כל קשר למציאות שבה הטונוס במנוחה מוגבר לכל הדעות.

63. מומחה בית המשפט המשיך וציין כי לצורך מדידת הלחץ היזום שנגרם על ידי כיווץ שריר הסוגר החיצוני (eas), היה צורך בשיתוף פעולה מצד המטופלת בכיווצו, או לחלופין למדוד לחץ זה בזמן שיעול. המומחה ציין כי המשיבה לא שיתפה פעולה כלל בניסיון לכווץ את ה- eas, כאשר ביקש המומחה מהמשיבה מספר פעמים להשתעל היא סירבה, ולבסוף שיעול קל הראה שקיים כיווץ של שריר הסוגר החיצוני.

64. על פי חוות הדעת המומחה, פרופ' דרזניק בוצעה למשיבה בתאריך 07/08/15 בבית חולים תל השומר בדיקת אולטרה סאונד פרינאלי (PUS) על ידי ד"ר מרק באר-גבל, שלעמדת המומחה, הוא אחד המומחים הטובים ביותר בארץ בתחום זה. לאחר עיון בתוצאות הבדיקה האמורה, ציין מומחה בית המשפט, פרופ' דרזניק כי תוצאות הבדיקה מתאימות לחלוטין לממצאי בדיקת המנומטריה, כאשר במקום שהיה קרע בשריר הסוגר החיצוני, יש כיום צלקת פיברוטית שטחית מאוד וכי שריר הסוגר הפנימי נמצא שלם לחלוטין. לכן, לאור ממצאים אוביקטיביים אלה, קבע מומחה בית המשפט כי התיקון שביצע ד"ר מטליצה היה מצוין.

65. עוד קבע מומחה בית המשפט כי קיימת אי התאמה בולטת בין תלונות המשיבה בעניין בריחת גזים וצואה לבין הממצאים בבדיקות האמורות, כאשר תלונות אלו הינן סוביקטיביות והדרך היחידה לאמוד את מידת חומרתן היא לבצע בדיקת PUS שבודקת את השלמות האנטומית של הסוגרים ובדיקת המנומטריה הבודקת את תפקוד הסוגרים, בדיקות שכאמור נמצאו תקינות ובטווח הנורמה אצל המשיבה.

66. בנוסף, ציין מומחה בית המשפט כי לצורך בדיקת טענתה של המשיבה כי הינה סובלת מתופעות אי שליטה בצואה, ביצע המומחה בדיקה מדוקדקת של הגיליון הרפואי של קופת חולים בעניינה. מומחה בית המשפט, פרופ' דרזניק הניח שתלונה כמו איבוד צואה חייבת לבוא לידי ביטוי בתלונות החולה, הוא חיפש עד כמה תלונה זו באה לידי ביטוי בביקוריה במרפאת קופת החולים ומצא כי מאז 01/08/16 ביקרה המשיבה אצל רופא המשפחה 52 פעמים, כאשר בכל הביקורים אין ולו פעם אחת תלונה על איבוד צואה (בחלק מהביקורים סבלה המשיבה משלשולים ובכל זאת לא התלוננה על בריחת צואה). לכן, גם בעניין זה מצא מומחה בית המשפט אי התאמה בין תלונות המשיבה לבין הממצאים בביקוריה המרובים בקופת חולים.

67. כמו כן, מצא לנכון מומחה בית המשפט פרופ' דרזניק לתת את הדעת לעניין בדיקת האולטרה סאונד הנוספת שביצעה המשיבה בתאריך 17/06/20 על ידי ד"ר ורד אייזנברג, רופאת נשים. מומחה בית המשפט פרופ' דרזניק ציין כי אינו מכיר את הרופאה האמורה אך ברור לו, לאור תוצאת הבדיקה, שאינה מבינה דבר בקשר לפעילות השרירים של סוגרי פי הטבעת. ד"ר אייזנברג קבעה בממצאי בדיקתה שנמצא חוסר מלא של שריר הסוגר החיצוני (eas) וחוסר של שריר הסוגר הפנימי (ias). לעמדת מומחה בית המשפט, ברור לכל מי שמבין בפרוקטולוגיה שלא יתכן קרע של שריר הסוגר הפנימי (ias) כשהלחץ במנוחה כל כך גבוהה (111 מ"מ כספית) ולכן המליץ להתייחס אך ורק לתוצאות ה- PUS כפי שהופיעו בממצאי בדיקתו של ד"ר באר-גבל.

68. מומחה בית המשפט פרופ' דרזניק סיכם וקבע כי המשיבה סבלה מקרע דרגה 3 במהלך לידה ראשונה, כי הקרע תוקן בהצלחה על ידי ד"ר מטליצה וכי תלונות אחרות כמו אי שליטה על השתן וכאבים עזים באיזור אינן קשורות לתיקון סוגר פי הטבעת. בהנחה שיתכן ויש אולי בריחת גזים, המליץ המומחה על 10% נכות לפי [סעיף 15(2) א'](http://www.nevo.co.il/law/74515/1T15.2.a) – מותאם.

69. מומחה בית המשפט העיד ונחקר נגדית על ידי בא כוח המשיבה, כאשר קביעותיו אלו הן בשאלת האחריות והן בשאלת הנזק, קיבלו משנה תוקף וחיזוק לאחר עדותו וחקירתו הנגדית לפני בית משפט קמא.

70. לעניין שאלת האחריות ובבואו לבחון שאלה זו, דן בית משפט קמא בהרחבה בשאלת התרשלותם של המערערים כלפי המשיבה, תוך שבחן את זהותו של מבצע התיקון, מומחיותו, ניסיונו, הכשרתו המקצועית ואת אופן ומיקום ביצוע התיקון וקבע כי המערערים התרשלו כלפי המשיבה. קביעותיו של בית משפט קמא ככל שאלה נשענות בין היתר על האמור בחוזר מינהל הרפואה מס' 31/2012, שדן בין היתר בנהלי הפעלת חדרי לידה וזהות הרופא האמור לבצע תיקון קרעים פריאנאלים מקובלות עלינו ואין צורך להרחיב אל מעבר לאמור בפסק דינו של בית משפט קמא בהקשר זה.

71. גם אם ניתן לקבל את עמדת המערערים לפיה מנהל מחלקה רשאי להסמיך רופא לביצוע הפרוצדורות הללו, רופא גם אם האחרון אינו רופא מומחה, מקובלים עלינו דברי בית משפט קמא כי קיים צורך שתיקון סוגר פי הטבעת וכן קרעים פריאנליים בדרגה 3 ו-4 יתבצעו על ידי רופא המנוסה בטכניקה, באנטומיה ובפיזיולוגיה ואשר יהיה לו ניסיון משמעותי בביצוע ניתוחים מעין אלה, כפי שעולה גם מחוות דעתו של מומחה בית המשפט, פרופ' דרזניק. דברים אלה נכונים בפרט על רקע נסיבות המקרה דנא, שכן כאמור וכפי שציין בית משפט קמא, ד"ר מטליצה אשר קיבל הרשאה ממנהל המחלקה ד"ר פרח לבצע את התיקון, ביצע בכל שנות עבודתו אצל המערערים ניתוח תיקון אחד, ולמעשה לא עבר הכשרה או סדנה מקצועית ייעודית בתחום.

72. לצד האמור, בית משפט קמא ייחס למערערים אף רשלנות בכל הנוגע לאופן ביצוע ניתוח תיקון הקרע. בית משפט סבר כי אופן הטיפול שניתן למשיבה לא עמד בסטנדרט הראוי שכן יש לבצע את התיקון בחדר ניתוח, בתנאים סטיריליים בנוכחות מכשור, תאורה ועזרה מתאימים וכי התפירה תיעשה על ידי רופא מומחה בכירורגיה או בגיניקולגיה או אחר על פי הרשאה ממנהל המחלקה. עוד ובנוסף ציין בית משפט קמא כי לצורך התפירה נדרשת הרדמה כללית או אזורית, החיונית למניעת כאב, לזיהוי מדויק של הקרע והרפיית קצוות השרירים המכווצים. וכן כי נייר עמדה 34 קבע המלצות לגבי המעקב אחרי יולדת עם קרע בסוגר שתוקן. לאור כל האמור, בית משפט קמא סבר כי המערערים התרשלו כלפי המשיבה גם בכל הנוגע לאופן ביצוע הניתוח.

73. קביעות אלה של בית משפט קמא מעוגנות בהוראות הפרוטוקול הרלבנטי שהיה מקובל במועד הרלבנטי לתביעה. פרוטוקול אשר אף די תואם להמלצות שבנייר עמדה 34 של האיגוד הישראלי למיילדות וגניקולוגיה שפורסם ביום 01/10/17, כשנה וחצי לאחר האירוע הנדון. אף ד"ר לויתן זוהר, מומחה המערערים אישר בחוות דעתו כי נייר עמדה זה בהחלט משקף נאמנה את מה שהיה מקובל במועד המקרה הנדון, אם כי מחמיר יותר בכל הקשור לניהול המקרה, ממה שהיה מקובל שנה וחצי קודם למועד פרסומו, והוא נשען ברובו על הנחיות של ה- Royal College of Obstetricians and Gynecologists (להלן: ה-(RCOG מיוני 2015 בנושא - The Management of Third and Fourth Degree Perineal Tears.".

74. בית משפט קמא לאחר שקבע כי הוכחה התרשלות המערערים בהסמכת ד"ר מטליצה לביצוע התיקון ובשל התנאים בו בוצע התיקון עבר לדון בשאלת הנזק וציין כי "**באשר לשיעור הנכות הרפואית הצמיתה שנותרה, מקובלת עלי קביעתו של פרופ' דרזניק, לפיה לתובעת נותרה נכות צמיתה בשיעור של 10%, בגין בריחת גזים**". עם זאת, בית משפט קמא אימץ את דברי פרופ' דרזניק לפיהם תלונות המשיבה אינן מתיישבות כלל עם ממצאי בדיקתו הרפואית ועם ממצאי הבדיקות האובייקטיביות שנעשו למשיבה. עוד ובנוסף בית משפט קמא הבהיר כי ההגזמה, חוסר הסבירות וחוסר ההתאמה בין תלונות המשיבה לבין הממצאים האובייקטיביים השתקפו היטיב בטענת המשיבה, לפיה היא סובלת מיציאות בלתי נשלטות גם בשינה. בית משפט קמא הוסיף וזקף לחובת המשיבה את הימנעותה מלעמוד על הפנייתה לבדיקת מנומטריה חוזרת, והימנעות זו לדעת בית משפט קמא, אומרת דרשני.

75. הגם שמקריאת פסק דינו של בית משפט קמא עולה כי בית משפט קמא סבר כי המומחה פרופ' דרזניק קבע באופן חד משמעי בחוות דעתו כי המשיבה סובלת מדליפת גזים עולה מעיון בחוות דעתו של המומחה בבירור כי המומחה הטיל ספק לא מבוטל בתלונת המשיבה ביחס לדליפת גזים ובחוות דעתו, בסכום חוות הדעת נקט במילים כדלקמן:

"**גב' ... סבלה מקרע דרגה A3 במהלך לידה ראשונה. הקרע תוקן בהצלחה ע"י ד"ר מטליצה. תלונות אחרות כמו אי-שליטה על השתן וכאבים עזים באיזור אינן קשורות לתיקון סוגר פי הטבעת. בהנחה שייתכן ויש אולי בריחת גזים, אני ממליץ על 10% נכות לפי סעיף 15(2)א' מותאם**".

 וכך גם בעדותו (עמ' 24, 46-47 לפורטוקול הדיון).

76. ואולם, ועל רקע העובדה שהמערערים אינם חולקים בערעורם על קביעת בית משפט קמא לפיה המשיבה סובלת מדליפת גזים המקנה שיעור נכות של 10% נצא אף אנו מהנחה כי אכן עלה בידי המשיבה לבסס טענה זו.

77. לצד האמור, ובטרם נרחיב את הדיון בשאלה הקשר הסיבתי נציין כי חרף הרשלנות המיוחסת למערערים, ובצדק, לא ניתן להתעלם מעמדת מומחה בית המשפט, פרופ' דרזניק, לגבי תוצאות התיקון שבוצע על ידי ד"ר מטליצה, עמדה אשר לא נסתרה. פרופ' דרזניק קבע בחוות דעתו כי תיקון הקרע על ידי ד"ר מטליצה **בוצע באופן מצוין**. על עמדה זו חזר פרופ' דרזניק גם במהלך חקירתו הנגדית על יד בא כוח המשיבה, שם אישר מומחה בית המשפט כי ד"ר מטליצה "**עשה עבודה טובה מאוד. אני לא בטוח שכירורג טוב קולורקטלי או אני היינו עושים עבודה יותר טובה מזה**" (עמ' 35 לפרוטוקול). בתשובה לשאלה נוספת: "**האם יכול להיות שאילו היה עושה את ניתוח התפירה הזה כירורג קורולקטלי היינו מגיעים לתוצאה יפה יותר, ומהי תוצאה יפה יותר בנסיבות המקרה הזה?",** השיב מומחה בית המשפט: "**זה בערך מה שמזכיר לי הנכדים שלי מקבלים ציון מצוין, מה יותר טוב מזה? מה אתה יכול לקבל?**" (עמוד 46 לפרוטוקול).

78. הגם שדי באמור כדי לקבוע כי לא עלה בידי המשיבה לבסס את טענת הרשלנות הרפואית כנגד המערערים, סבורים אנו כי יש מקום ליתן את הדעת גם לסוגיית הקשר הסיבתי. בית משפט קמא בחר לבסס את הקשר הסיבתי ובעקבות כך פנה לדון בפגיעה בסיכויי החלמה על בסיס נימוק אחד, בציינו כדלמן:

**" פרופ' דרזניק סבר כי יש להתמקד בשאלה "האם התיקון בוצע בצורה טובה" ולא בשאלה "מי ביצע את ניתוח התיקון" (ראו: עמ' 5 במוצג במ/1) ולשיטתו, התיקון היה מצוין ובוצע בהצלחה על ידי ד"ר מטליצה. האומנם? סבורני כי עמדתו זו של פרופ' דרזניק, אינה לוקחת בחשבון את סיכויי ההצלחה לצאת מהניתוח ללא כל נזק, אף לא של 10% נכות".**

79. לאחר קביעה זו והגם שבית משפט קמא ציין כי בדעתו לנמק את קביעתו לדלעיל, פנה בית משפט וקיים דיון ארוך בשאלת אובדן סיכויי ההחלמה בהסתמך על חוות דעת המומחים מטעם המשיבה, פרופ' צימר ופרופ' קראוס, אשר יצאו מהנחה כי המשיבה סובלת מאובדן שליטה בצואה ואובדן גזים, כאשר אין עוד חולק כי טענות המשיבה בדבר אובדן שליטה על צואה (רכה וקשה ביום ובלילה מספר פעמים ביממה), נשללה. ואולם הנמקה נוספת מדוע בחר בית משפט קמא לקבוע כי בנסיבות העניין הוכח הקשר הסיבתי חרף העובדה שמומחה בית המשפט קמא כי תוצאת התיקון שנעשה הינה מצויינת, לא הונחה בפסק דינו של בית משפט קמא, זולת כאמור האמירה כי קיימת משמעות לזהות הרופא שמבצע את התיקון והוכח מדעית כי רופא חסר ניסיון ומיומנות תוצאות התיקון המבוצעות על ידו הינן גרועות יותר מזה של רופא מומחה, מיומן ומנוסה.

80. ככלל, אכן לא ניתן לשלול את הקורלציה שבין ניסיון ומיומנות הרופא המבצע פרוצדורה כירורגית ותוצאותיה. אין ספק שהדברים נכונים גם ביחס לתיקון קרע מדרגה 3A ממנו סבלה המשיבה לאחר הלידה, והדברים אף עולים מן המאמרים אליהם התייחס בית משפט קמא בפסק דינו. עם זאת, ייתכנו נסיבות חריגות שבהן הנחה זו אינה מתקיימת וחרף היעדר ניסיון מוכח של הכירורג יתברר כי התיקון בוצע באופן מיטבי, כמו במקרה דנא, וכפי שעולה מחוות דעתו ועדותו של פרופ' דרזניק. סבורים אנו כי בבחינת עוולת הרשלנות לא ניתן להתעלם מתוצאת הניתוח ומדברי המומחה שתוצאת התיקון שביצע ד"ר מטילצה הייתה מצוינת ואף בידי כירורג קולורקטלי מנוסה לא היה כדי להגיע לתוצאה טובה יותר, גם בהנחה שהמשיבה סובלת מדליפת גזים כטענתה.

81. בבחינת קיומו של רכיב הקשר הסיבתי בעוולת הרשלות על תובע להוכיח קשר סיבתי בין מעשיו או מחדליו הרשלניים של הנתבע ובין הנזק שנגרם כתוצאה מעוולתו. לאור העובדה כי קביעת מומחה בית המשפט פרופ' דרזניק לא נשללה והמומחה ציין פעם אחר פעם לרבות בעדותו כי תוצאת הניתוח הייתה מצויינת, סבורים אנו כי לא עלה בידי המשיבה לבסס את הקשר הסיבתי הנדרש. הגם שאיננו מקלים ראש כלל וכלל במחדלים שעלה בידי המשיבה לבסס לגבי התנהלות המערערים, מתן ההרשאה לד"ר מיטלצה לבצע את הפרוצדורה ואופן ביצועה עליה עמד בית משפט קמא בהרחבה בפסק דינו, מקום שהתברר בדיעבד כי תוצאת הניתוח הינה מצוינת, סבורים אנו כי לא עלה בידי המשיבה לבסס את הקשר הסיבתי בין ההתרשלות ובין הנזק הנטען. ובמילים אחרות כל המחדלים המיוחסים למערערים ובצדק אין בהם כדי לבסס את הקשר הסיבתי הנדרש, בנסיבות העניין דנא לנזק הנטען.

82. בניגוד לעמדת בית משפט קמא סבורים אנו כי העובדה שתוצאת הניתוח הינה מצויינת אינה עניין שניתן להתעלם ממנו וזהות המנתח אינה הגורם המכריע את הכף בנסיבות העניין בבחינת רכיב הקשר הסיבתי. בהקשר זה נשוב ונציין כי למעט תלונה סובייקטיבית של המשיבה בדבר אובדן גזים, עמדו בפני בית משפט קמא תוצאות בדיקות אובייקטיביות של בדיקת pus הבודקת את השלמות האנטומית של הסוגרים ובדיקת מנומטריה הבודקת את תפקוד הסוגרים, בדיקות אלו נמצאו תקינות ובטווח הנורמה. בנסיבות אלה ולאור דברי מומחה בית המשפט פרופ' דרזניק שלא נשללו, לעניין הצלחת תיקון הקרע, אין מנוס מלקבוע כי חרף כל המחדלים שנפלו כאמור בהתנהלות המערערים לא עמדה המשיבה בהוכחת הקשר הסיבתי בין יסוד ההתרשלות לנזק.

83. בהקשר זה יפים לענייננו דבריו של בית המשפט העליון [בע"א 1399/20](http://www.nevo.co.il/case/26483551) **פלוני נ' שירותי בריאות כללית** [נבו] (27/12/21), שם נקבע כדלקמן:

**"אכן, "החוש הנזיקי" אינו אדיש למקרים כמו זה שלפנינו, שבהם הנתבע המתרשל יוצא פטור, ואילו התובע החף יוצא ללא פיצוי. יחד עם זאת, בתביעת נזיקין יש להוכיח את היסודות של התרשלות, נזק, וקשר סיבתי עובדתי ומשפטי ביניהם. בענייננו קיימת התרשלות המתבטאת באיחור של ארבעה חודשים באבחון המחלה, ואולם לא הוכח כי איחור זה גרם לנזק. נגזר מכך, שלא הוכח כי קיים קשר סיבתי בין ההתרשלות ובין נזק. כלל גדול בנזיקין הוא שלא די בכך שנתבע התרשל. זהו חצי אחד של סיפור ההכרעה, והחצי השני הוא הוכחה שבכך נגרם נזק לתובע. היה וזה לא הוכח, אין הצדקה לפצותו".**

84. משלא עמדה המשיבה בהוכחת הקשר הסיבתי ולמעשה לא עלה בידיה להוכיח את יסודות עוולת הרשלנות ממילא היה בית משפט קמא מנוע מלבחון את אובדן סיכויי ההחלמה של המשיבה. כעולה מפסקי הדין שבהם מצאו בתי המשפט לעשות שימוש בדוקטרינה של אובדן סיכויי החלמה, זו נשקלה רק לאחר שבית משפט ביסס קיומה של רשלנות וההלכה הוחלה על מנת להתגבר על הקושי בבחינת היקף הנזק שניתן לייחסו לרשלנות הרפואית שבוססה, בשל קיומן של סיבות מתחרות לנזק שנגרם מחמת רשלנותו של המעוול שתרמו אף הם לנזקו של המטופל. ראה: [ע"א 231/84](http://www.nevo.co.il/case/16998127) **קופת חולים של ההסתדרות נ' פאתח,** פ"ד מב (3) 312; [ע"א 5049/91](http://www.nevo.co.il/case/17925343) **קופת חולים כללית נ' רחמן ואח'**, פ"ד מט (2) 369; [ע"א 10399/08](http://www.nevo.co.il/case/6169631) **פרוטס ואח' נ' צ'ירגייב ואח'** [נבו] (04/04/11).

85. בנסיבות ענייננו לא עלה לטעמנו בידי המשיבה לבסס קשר סיבתי בין אופן ביצוע תיקון הקרע והנזק הנטען על רקע העובדה שקביעת מומחה בית המשפט, פרופ' דרזניק, לפיה תוצאת תיקון הקרע הייתה מצוינת, הגם שהמשיבה סובלת מבריחת גזים, כטענתה, לא נשללה. סבורים אנו כי משלא ניתן לחמוק ממסקנת מומחה בית המשפט כי תוצאת הניתוח הייתה מצוינת, ובאין קשר סיבתי בין פרטי הרשלנות המיוחסים למערערים ולתוצאות תיקון הקרע, וגם אלמלא התרשלותם של המערערים במתן הרשאה לד"ר מטילצה והאופן בו בוצע תיקון הקרע, מצבה של המשיבה לא אמור להיות טוב יותר ממה שהוא כיום, לא ניתן להניח כי סיכויי ההחלמה של המשיבה נפגעו.

86. למעשה בית משפט נפנה לבחינת אובדן סיכויי ההחלמה בהסתמך על חוות דעת המומחים מטעם המשיבה: פרופ' צימר ופרופ' קראוס הגם וכעולה מחוות דעתם יצאו אלה מהנחה שהמשיבה סובלת מבריחת צואה מידי יום, במהלך שעות היום והלילה ומאובדן גזים, והגם שטענת המשיבה כפי שקבלה ביטויה בתצהירה ובעדותה בדבר אובדן צואה נשללה כליל. בנסיבות אלה סבורים אנו כי מלכתחילה לא נכון היה להיזקק לחוות הדעת של מומחים אלה מטעם המשיבה אשר בפניהם הונחה על ידי המשיבה תמונת מצב חמורה בהרבה, אשר אינה משקפת את מצבה של המשיבה כלל.

87. לשם השלמת התמונה נוסיף ונציין כי החישובים שערך בית משפט קמא לעניין סיכויי ההצלחה של התיקון במקרים שאינם נגועים ברשלנות ולעניין סיכויי ההצלחה במקרים הנגועים ברשלנות אינם רלבנטיים לאור העובדה שקביעתו של מומחה בית המשפט פרופ' דרזניק כי תסמין של בריחת גזים, ככל שקיים לאחר תיקון הקרע הינו מינורי, ומדובר בתיקון מצוין. יתר על כן לא ניתן להתעלם מן העובדה כי בהתאם לנייר עמדה מס' 34- קרע מיילדותי של שרירי סוגר פי הטבעת דרגה 3-4 – האיגוד הישראלי למיילדות וגניקולוגיה, ההסתדרות הרפואית בישראל 01/10/2017 (אשר נזכר בחוות דעתו של ד"ר לויתן מומחה המערערים ובפסק דינו של בית משפט קמא), ההצלחה לתקינות מערכת הסוגרים אחר תפירתם בשיטות שונות היא 64%-81%. דהינו, בין 20%-40% מהמטופלות ימשיכו לסבול מאי שליטה על צואה, תסמין חמור בהרבה מדליפת גזים, גם לאחר שהתיקון בוצע בידיים המיומנות והמנוסות ביותר ובתנאים מיטביים. נתון זה שלא קיבל את המשמעות הראויה בפסק דינו של בית משפט קמא עשוי להצביע ולאור שיעורו הגבוה בפרט, כי תסמינים הנובעים מאי תקינות מערכת הסוגרים לאחר תיקון קרע הינם בלתי נמנעים, ואין הם נובעים ממעשה רשלני. ראה: [ע"א 8151/98](http://www.nevo.co.il/case/6122113) **שטרנברג נ' ד"ר צ'צ'יק**, פ"ד נו (1) 539.

88. בית משפט קמא בדונו בסוגיית סיכויי ההחלמה, סטה ו/או התעלם מקביעותיו אלה של מומחה בית המשפט מבלי שנימק מאיזה טעמים עשה זאת, זולת שציין כי יש לשים את מלוא כובד המשקל על נסיונו ומומחיותו של המומחה ולא על תוצאת הניתוח, הנמקה שאנו מתקשים לקבל. ככלל, על אף שבית המשפט אינו מחויב לאמץ את חוות דעתו של המומחה אשר מונה מטעמו, אין לו לסטות ממנה ומממצאיה כל עוד לא קיימת סיבה של ממש וטעמים כבדי משקל לעשות זאת. זאת בהתחשב בהנחת המוצא, לפיה המומחה הממונה על ידי בית המשפט הינו אובייקטיבי ויבצע מלאכתו נאמנה, יפעל בהגינות ובמקצועיות, כמו גם במעמדו ובאמון הרב לו זוכה מומחה מטעם בית המשפט, הנובע, בין היתר, מחזקות התקינות והמקצועיות המיוחסות לו (ראו [רע"א 1834/18](http://www.nevo.co.il/case/23758413) **שירותי בריאות כללית נ' פלונית** [נבו] (03/05/18); [ע"א 916/05](http://www.nevo.co.il/case/5701586) **כדר נ' הרישנו** [נבו] (28/11/07); [ע"א 2160/90](http://www.nevo.co.il/case/17914860) **רז נ' לאץ,** פ"ד מז (5) 170; [ע"א 4681/07](http://www.nevo.co.il/case/5970942) **עביר דהוד נ' נאאל חטאב**, [נבו] (20/07/10); [רע"א 7301/12](http://www.nevo.co.il/case/5600849) **שמעון בן סימון נגד כלל חברה לביטוח בע''מ** [נבו] (09/04/13); [רע"א 7301/12](http://www.nevo.co.il/case/5600849) **שמעון בן סימון נ' כלל חברה לביטוח בע"מ** [נבו] (09/04/13).

89. להתרשמותנו, חוות הדעת של מומחה בית המשפט, פרו'פ דרזניק הינה מפורטת ומנומקת. חוות הדעת עומדת באופן מפורט על נסיבות המקרה והפרוצדורה הרפואית שבוצעה. בנוסף, המומחה סקר את התיעוד אודות הטיפולים והבדיקות שעברה המשיבה, וכן צוינו תלונותיה. המומחה נסמך על בדיקות קליניות ובדיקות אובייקטיביות – בדיקת מונומטריה ן-PUS ובדיקת המשיבה על ידי המומחה עצמו. בהתחשב בכל אלה קבע המומחה כי התפקוד של הסוגר החיצוני לאחר התיקון הינו בטווח הנורמלי, כי תיקון שהותיר תסמין של בריחת גזים הינו תיקון מצוין וכי בידיים הטובות ביותר ובתנאים הטובים ביותר, עשוי להיוותר תסמין מסוג זה.

90. בית משפט קמא התעלם מקביעות אלה של מומחה בית המשפט פרופ' דרזניק שמאיינות מלכתחילה את הפנייה אל דוקטרינת אובדן סיכויי ההחלמה והתעלם מהיעדר קיומו של נזק הקשור סיבתית לרשלנות בתיקון הקרע. יתר על כן, התעלם בית משפט קמא מדברי המומחה שכרך את טענת המשיבה בעניין בריחת גזים לנזקים מיילדותיים שאינם קשורים כלל להיווצרותו של קרע במהלך הלידה או לתיקונו של קרע. ובלשונו:

**"ש': טוב עכשיו בוא תסכים איתי שגם נשים שילדו ולא היה להם קרע בסוגר החיצוני בהרבה מקרים, באחוז גדול של המקרים נשארות עם בריחת גזים נכון?**

**ת': נכון אני גם אמרתי בריחת גזים, גם בריחת שתן וכל מיני כן.**

91. לאור האמור, אנו מאמצים את קביעותיו של מומחה בית המשפט בעניין העדר קשר סיבתי וקובעים כי בנסיבות דנן, ובניגוד לפסק דינו של בית משפט קמא, לא ניתן לפסוק למשיבה פיצוי בגין רשלנות ואובדן סיכוי החלמה.

92. לעניין סוגיית ההסכמה מדעת, קבע בית משפט קמא כי מאחר ושוכנע כי המשיבה לא הייתה נותנת הסכמתה לטיפול אילו היה מובא לידיעתה מלוא המידע הנדרש, בין היתר, דבר חומרת הקרע; את הצורך בביצוע התיקון בידי רופא מנוסה, בעל הכשרה מקצועית מתאימה או מומחה לתיקון אותו קרע; את חוסר ניסיונו של ד"ר מטליצה לבצע תיקון קרעים מהסוג הנדון; ואת הסבירות להישאר עם נזק מהסוג שנשאר למשיבה ככל שהתיקון יבוצע בידי רופא כאמור, ומשנגרם למשיבה נזק גופני כתוצאה מהפרוצדורה הרפואית שבוצעה ללא הסכמה מדעת, על המערערים לפצות את המשיבה בגין מלוא נזקיה שנגרמו עקב הפרת חובת הגילוי ואי ההסכמה מדעת.

93. קביעתו של בית משפט בית משפט קמא כי כל שנאמר למשיבה על ידי ד"ר מטליצה עובר לניתוח היה שיש קרע וצריך לתפור אותו ומעבר לכך לא נאמר דבר מקובלת עלינו. לא רק שהמשיבה לא הוחתמה על טופס הסכמה לניתוח תיקון הסוגרים, אין בתיעוד הרפואי ציון כלשהו על הסבר שניתן למשיבה טרם ביצוע התיקון על ידי ד"ר מטליצה, לרבות ביחס למאפייני הקרע; גודלו, השיטות המקובלות לתיקונו של קרע מדרגה 3, תופעות הלוואי שיכולות להיוותר אחרי תיקון קרע בדרגת החומרה שאובחנה אצל המשיבה, המיומנות הנדרשת בביצוע התיקון הניסיון הנדרש וכן האפשרות להמתין לביצוע התיקון למשך 12 שעות על מנת לאפשר את ביצועה של הפרוצדורה על ידי רופא מומחה מיומן ומנוסה בתיקוני קרעים.

94. לא רק שד"ר מטליצה לא תיעד את ההסבר שנתן למשיבה טרם ביצוע הפרוצדורה, אלא שהמערערים לא זימנו לעדות לא את המיילדת ולא את הרופאה הנוספת שנכחו במעמד תיקון הקרע על מנת שתתמוכנה בעדותו של ד"ר מטליצה ביחס להסבר שניתן למשיבה, הגם שלא הצביעו על קיומה של מניעה מלעשות כן. הלכה ידועה כי הימנעות מזימון עדים פועלת לחובת המערערים שכן יוצרת חזקה שלו עדות אלו היו מוזמנות לעדות, עדותן לא הייתה פועלת לטובת המערערים.

95. ואם לא די באמור, עלה מעדותו של ד"ר מטליצה כי ההסבר היחיד שניתן על ידו למשיבה באמצעות המיילדת היה כי פרט לאפיזוטומיה יש לה חלק קטן של 3 מ"מ קרוע באיזור הטוסיק וזה לא דבר שכיח, הסבר שניתן על פי גרסתו של ד"ר מטליצה תוך ביצוע תיקון התפירה של הקרע ולא למפרע (עמ' 60 לפרוטוקול).

96. סבורים אנו כי אכן בנסיבות אלה צדק בית משפט קמא עת קבע כי בהיעדר הסבר חיוני למשיבה מבעוד מועד בכל הנוגע לפרוצדורה של תיקון קרע בדרגה 3 לא ניתן לומר כי המשיבה נתנה הסכמה מדעת לביצוע הפרוצדורה של תיקון הקרע על ידי ד"ר מטליצה. יתר על כן סבורים אנו כי אכן צדק בית משפט קמא בקובעו כי המערערים הפרו את חובת הגילוי וחובת היידוע החלה על מטפל. ראה: עדי ניב-[יגודה "עקרון ההדדיות במפגש הרפואי](http://www.nevo.co.il/safrut/book/25255)  - בין חובת הגילוי (מטפל) לאחריות המטופל ו'חובת היידוע" עלי משפט יג 183, 193 (2016)); [ע"א 1355/11](http://www.nevo.co.il/case/5763511) **הסתדרות מדיצינית הדסה** **נ'** **קופת חולים מאוחדת** [נבו] (09/02/15); [ע"א 4960/04](http://www.nevo.co.il/case/5986055), **ערן סידי** **נ' קופת חולים של ההסתדרות הכללית**, פ"ד ס (3) 590; פסק דין קדוש; [ע"א 8710/17](http://www.nevo.co.il/case/23520590) **פלונית נ' שירותי בריאות כללית** [נבו] (‏06/08/19).

97. במסגרת סעיף 8(ד) לתצהיר עדותה של המשיבה טענה המשיבה כי לו הייתה מקבלת בזמן אמת מד"ר מטליצה או מכל גורם אחר בבית החולים, הסבר מפורט ומלוא המידע הרלוונטי בנוגע לדרגת הקרע שאובחן אצלה לאחר הלידה, חומרתו, השלכותיו ואופן הטיפול הנדרש בו כפי שהיא יודעת היום, לא היית מסכימה לביצוע התפירה של הקרע בחדר לידה ובוודאי לא הייתה מסכימה שד"ר מטליצה היה מבצע את התפירה בשל העובדה שאינו מומחה. המשיבה לא נחקרה במסגרת חקירתה הנגדית על גרסתה זו כלל ומשכך אין מנוס אלא מלאמץ את קביעת בית משפט קמא כי גרסתה זו של המשיבה לא נסתרה.

98. מאידך איננו תמימי דעים עם בית משפט קמא ביחס לגישה הסלחנית שגילה ביחס לעדותה של המשיבה בכל הנוגע לתיאור נזקיה והתופעות שנותרו לה בעקבות הפרוצדורה הרפואית. לעמדת בית משפט קמא המשיבה בעדותה נטתה אך להגזים ולא חטאה באי אמירת האמת שכן "**בין הגזמה לבין שקר או חוסר אמינות הדרך ארוכה**". יתר על כן בית משפט אף הביע תרעומת ביחס לטענות המערערים בדבר היעדר האמינות בעדות המשיבה בציינו כי "**אף נשגב מבינתי האומץ לנסות ולהטיל דופי באמינות התובעת**". מעיון בפרוטוקול חקירתה הנגדית של המשיבה עולה כי המשיבה טענה פעמים רבות כי הינה סובלת כל שעות היום מבריחת צואה רכה וקשה. מבלי למצות, די בהקשר זה להפנות לדבריה בפרוטוקול הדיון (עמ' 2, 9, 10, 16 ו-18 לפרוטוקול), לגרסה שנמסרה על ידי המשיבה למומחים מטעמם וגם למומחה בית המשפט, פרופ' דרזניק, אלא שגרסה זו של המשיבה נשללה על ידי מומחה בית המשפט פרופ' דרזניק כליל, בעקבות ממצאי בדיקתו, בהיעדר סימני גירוי בפי הטבעת (עמ' 6 לפרוטוקול) ועל פי ממצאי הבדיקות האובייקטיביות שנערכו למשיבה.

99. סבורים אנו כי לא ניתן לבטל את חוסר האמינות בגרסתה של המשיבה ביחס לתיאור נזקיה והתופעות שנותרו בה בעקבות תיקון הקרע בשל היעדר שליטה טובה בשפה העברית כפי שציין בית משפט קמא בפסק דינו. עיון בפרוטוקול הדיון מעלה כי עדותה של המשיבה הייתה קולחת. חרף העובדה כי בעת עיקר עדותה של המשיבה הייתה נוכחת באולם מתורגמנית, בית משפט קמא ציין בעצמו בזמן אמת כי שליטתה של המשיבה בשפה העברית הינה טובה כך שהיא יכולה להשיב בעברית (עמ' 8 לפרוטוקול). בכל מקרה לא נטען על ידי המשיבה בשלב כלשהו, בין בזמן אמת, בין בסמוך לאחר מתן עדותה או בסכומיה בבית משפט קמא כי נתקלה בקושי שפתי במתן גרסתה בחקירה הנגדית וכי גרסתה ביחס לבריחת צואה עליה חזרה אין סוף פעמים במהלך עדותה אינה נכונה ונובעת כאמור מחוסר הבנה של השפה העברית.

100. יחד עם זאת, סבורים אנו כי על רקע קביעתו של מומחה בית המשפט, פרופ' דרזניק כי תיקון הקרע שנעשה למשיבה היה מצוין, לא היה מקום לזכות את המשיבה בפיצוי בגובה נזקיה כפי שנפסק על ידי בית משפט קמא. וביתר פירוט, הגם שמקובלת עלינו עמדת בית משפט קמא כי המערערים התרשלו והפרו את חובת הגילוי כלפי המשיבה ולא קיבלו הסכמה מדעת מצד המשיבה לביצוע הפרוצדורה של תיקון הקרע, וכן הוכח כי לו המערערים לא היו מפרים את חובת הגילוי לא הייתה המשיבה מאפשרת את ביצוע תיקון הקרע על ידי ד"ר מטילצה, הרי משלא עלה בידי המשיבה להוכיח קשר סיבתי בין הרשלנות הנטענת לנזקיה, כמפורט על ידינו לעיל, נמצאים אנו בסיטואציה בה נגרמה למשיבה פגיעה באוטונומיה בלבד ולא נתקיימה עילה אחרת לתביעה. סיטואציה מעין זו, נמנית על הקבוצה הראשונה בקבוצות המצבים האפשריים בדוקטרינה של "הסכמה מדעת", עליה עמד כב' השופט עמית בפסק דין קדוש (עמ' 282 לפסק הדין).

101. משכך ומשלא נגרם למשיבה נזק בעקבות הטיפול עצמו שאף לא היה רשלני בהינתן שהתיקון היה מצוין, סבורים אנו כי יש מקום לפסוק למשיבה פיצוי בגין הפגיעה באוטונומיה, כשפיצוי זה משקף אך ורק את הפגיעה באוטונומיה.

102. בעקבות בקשתינו במסגרת הערעור הראשון השלים בית משפט קמא הדיון בסוגיית הפגיעה באוטונומיה. במכלול הנסיבות עליהן עמד בית משפט ולנוכח הפרמטרים המקובלים בפסיקה. ראה: [ע"א 7444/18](http://www.nevo.co.il/case/25077091) **פלוני נ' מרכז רפואי העמק** [נבו] (23/08/21); [ע"א 9936/07](http://www.nevo.co.il/case/5775191) **בן דוד נ' ענטבי** [נבו] (22/02/11), סבורים אנו כי ראוי לאמץ את הערכת בית משפט קמא באשר לפיצוי בגין הפגיעה באוטונומיה, במנותק משאלת ההתרשלות בטיפול ובהיעדר קשר סיבתי בין אי מתן ההסכמה מדעת לבין נזק גופני ולהעמידו על סך של 100,000 ₪, פיצוי שהמערערים אף לא חלקו עליו בערעורם.

**סוף דבר**

103. סיכומו של דבר, דין הערעור להתקבל בשאלת האחריות ולהידחות בשאלת הפגיעה באוטונומיה.

104. לאור האמור על המערערים לשלם למשיבה ביחד ולחוד סך של 100,000 בגין הפגיעה באוטונומיה בתוספת הפרשי הצמדה וריבית כחוק מיום מתן פסק דינו של בית משפט קמא, בצירוף 23.4% שכר טרחת עורך דין ובצירוף 24,253 ₪ בגין הוצאות משפט.

105. לאור התוצאה, יישא כל צד בהוצאותיו.

106. משהמערערים הפקידו כתנאי לעיכוב ביצוע פסק הדין את הסך של 229,307 ₪ ביום 08/03/24, יגישו הצדדים עד ליום 01/12/24 הודעה משותפת בדבר הסכום שעל מזכירות בית משפט להעביר למשיבה באמצעות בא כוחה, כאשר היתרה תוחזר למערערים באמצעות בא כוחם.

107. ככל שהופקד על ידי המערערים פקדון להבטחת הוצאות המשיבה, יוחזר הפקדון למערערים באמצעות בא כוחם.

108. **המזכירות תמציא העתק פסק הדין לצדדים.**

ניתן היום, כ"ג חשוון תשפ"ה, 24 נובמבר 2024, בהעדר הצדדים.

|  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- |
|  |  |  |  |  |
| **בטינה טאובר, שופטת****סגנית נשיא****[אב"ד]** |  | **סארי ג'יוסי, שופט** |  | **דאוד מאזן, שופט** |

5129371

512937154678313

512937154678313

54678313