

רשלנות רפואית - היבטים רפואיים, ציבוריים והלכתיים

מקור: שטינברג א, רשלנות רפואית - היבטים רפואיים, ציבוריים והלכתיים, מתוך מבוא לספר: ג. פרישטיק וא. גלרט, רשלנות רפואית בפסיקה, הוצאת כרמל ספרות משפטית, רמת גן, עמ' ו-כא, 2000

רשלנות רפואית - היבטים רפואיים, ציבוריים והלכתיים

פרופ' אברהם שטינברג

נתבקשתי על ידי עו"ד גידי פרישטיק לכתוב מבוא לאוגדני הספר "רשלנות רפואית בפסיקה". לכבוד הוא לי להיענות בחיוב לבקשה זו.

הנני סבור כי מעשה גדול עשו עורכי הספר שלפנינו בכך שקבצו וערכו את פסקי הדין בנושאי רשלנות רפואית בישראל. חשיבות הספר שלפנינו היא גדולה מאד לא רק למשפטנים העוסקים בתחום זה אלא גם לרופאים שהם נושא-הדין.

הגשת החומר הרב בצורה מסודרת ולפי תתי-נושאים מאפשר לימוד העקרונות והפרטים הנוגעים לרשלנות רפואית, ועל ידי זה יש בכוחו להביא לשיפור הרפואה לטובת החולים. דבר זה יכול להיעשות על ידי הפנמת המסקנות הנובעות מהפסיקה בנידון מחד, אך אולי יש בלימוד החומר גם יכולת להביא לידי שינוי משפטי/חברתי מסויים במגמות המסתמנות כיום בנושא הרשלנות הרפואית, שלא כולן הן לטובה. מן הראוי לערוך סיכום ביניים במצב העיניים, ולחשוב על פתרונות אופטימליים יותר לטובת החולים ומערכת הבריאות.

במבוא זה הנני מבקש להתייחס להיבטים ההגדרתיים של הנושא, לנתונים אפידמיולוגיים ודמוגרפיים רלוונטיים, למטרות ולתוצאות של התביעות והפסיקות בנושא הרשלנות הרפואית מנקודת המבט הרפואית והציבורית, ולהיבטים של המשפט העברי בנידון.

באופן עקרוני כל אדם אחראי לתוצאות התנהגותו אם התקיימו התנאים הבאים:

· הוא הפר את חובת הזהירות שלא להזיק לזולת או לרכושו

· חלה עליו חובת זהירות כזו

· מדובר במצב אשר בני אדם היו חוזים באופן רגיל שהוא עלול לגרום נזק; אבל אם מרבית בני האדם לא היו חוזים מראש את ההתנהגות המסויימת כעלולה לגרום לנזק, יראה הנזק כתקלה, ואין עליו אחריות.

מבחינה משפטית מוגדרת 'רשלנות' במיכלול של מצבים:

· מעשה שאדם סביר ונבון לא היה עושה אותו באותן הנסיבות

· או הימנעות ממעשה שאדם סביר ונבון היה עושה אותו באותן נסיבות

· או שבמשלח יד פלוני לא השתמש במיומנות, או לא נקט מידת זהירות, שאדם סביר ונבון וכשיר לפעול באותו משלח יד היה משתמש או נוקט באותן נסיבות.

אם נהג אדם במעשה רשלני כזה, וגרם במעשהו הרשלני לנזק לזולתו — הרי שעשה עוולה [1].

קיימות הגדרות מפורטות יותר ביחס למעשים החורגים מהראוי:

· התרשלנות — סטיה התנהגותית מרמת זהירות סבירה, היינו מצב שאדם 'סביר' היה יכול לצפות את התוצאה הרעה שעלולה להיווצר כתוצאה ממעשה או מחדל זה, אך מבלי שהאדם העושה זאת היה מודע לעובדה שהתנהגותו לוקה בחוסר זהירות, והוא-עצמו לא צפה כלל לתוצאה כזו, ולעושה לא היתה כוונה לגרום לנזק.

· פזיזות — סטיה התנהגותית מרמת זהירות סבירה, תוך כדי ידיעה שההתנהגות לוקה בחוסר זהירות.
· בהקשר רפואי — רופא ייחשב כרשלן אם אין הוא חוזה מראש סיכונים שרופא 'סביר' במקצועו היה צופה

אותם ומקדם את פניהם; רופא ייחשב כפזיז אם היה חוזה מראש שהטיפול הרפואי שהוא נותן לחולה כרוך בסיכון ממשי לחייו או לבריאותו, והוא נוטל על עצמו במודע סיכון כזה, כשהוא ער לכך שרופא סביר לא היה נוטלו.

כללי הרשלנות הרפואית נגזרים במידה רבה מכללי הרשלנות בדרך כלל. חובת הזהירות נגזרת על הרופא הן מחובת הזהירות הכללית בפקודת הנזיקין, והן מחובת הזהירות המיוחדת בחוק העונשין. אם נכשל הרופא בכך שלא קיים כלפי החולה את חובת הזהירות המתחייבת בנסיבות הענין, לפי הנתונים שבידיו, הריהו נושא באחריות בנזיקין ככל בעל מקצוע אחר, וכאשר מייחסים לרופא רשלנות בטיפול רפואי, תיבחן אחריותו על פי קריטריונים המנחים בתי משפט בבחינת מידת האשמה של בעלי מקצוע מיומנים במלאכתם [2-3].

ניתן להצביע על מספר מטרות בענישה של עוולת הרשלנות:

· הרתעה והעלאת רמת הזהירות ואמות-המידה ההתנהגותיים של בני אדם, ודבר זה בוודאי נכון לגבי הרופאים, העוסקים בטיפול בבני אדם

· תפיסות של "פיזור הנזק"

· תפיסה לפיה על המזיק לשאת בתוצאות מעשיו כעקרון של מוסר, הגינות וצדק [4].

ב. רקע היסטורי

כבר בתקופה העתיקה היתה התייחסות לנזקים רפואיים שנגרמים על ידי רופאים תוך כדי טיפולם בחולים. לפי חוקי חאמורבי (סעיפים 215-223) צפוי היה הרופא לעונשים שונים, כגון כריתת זרועו הימנית, אם ביצע ניתוח שגרם למותו של החולה. לפי חוקי הפרסים הקדומים נענש מנתח על מותו של חולה כדין רוצח במזיד, אלא אם כן ביצע קודם לכן ניתוחים מוצלחים בשלושה בלתי מאמינים [5]. גם בכמה מדינות אירופאיות קדומות היו עונשים חמורים נגד רופאים שגרמו למותם של חולים, ואף היו מקומות שהרופא שגרם למותו של חולה בניתוח נמסר לידי קרוביו של הנפטר שיעשו בו כרצונם [5]. לעומת זאת, רופאי יוון הקדומה נהנו מחסינות מוחלטת, ולא היתה עליהם שום אחריות משפטית, אפילו אם המתת החולה היתה יזומה [6]. אמנם אפלטון התנגד לחסינות של רופא שהמית במזיד [6]. גם רופאי רומא נהנו מחסינות כמעט מוחלטת, אם כי במקרים שניתן היה להאשים רופא ברשלנות מסוכנת _ הוא נידון למאסר [5].

בימי הביניים שלטו בדרך כלל החוקים המחמירים, ובמקום שחוקים כאלו לא הופעלו ביעילות – היה ההמון מכלה נקמתו ברופא שלא הצליח בניתוח או בטיפול [5]. במאה הט"ו עדיין נידון רופא למוות בשריפה על שנכשל בטיפול באפיפיור יוהאן ה-22, וכאשר הוא נפטר – סרקו ידידי האפיפיור את בשרו של המנתח שלא הצליח להאריך את חייו. גורל דומה היה מנת חלקו של רופא החצר של איוואן השלישי הרוסי, שראשו הותז בפומבי בשנת 1490, משלא הצליח לרפא את בנו של הדוכס הגדול [5].

ג. רקע עובדתי

מאז ומעולם ידועה העובדה כי אחוז לא מבוטל של טעויות רפואיות קורות תוך כדי טיפול בחולים, וכי טעויות אלו גורמות לנזקים בדרגות שונות.

ג1. הגדרות

מחלה או פגיעה גופנית או נפשית בחולה הנגרמת על ידי רופא כתוצאה מהטיפול הרפואי נקראת מחלה או פגיעה יאטרוגנית, והיא יכולה להיות כתוצאה משיקול דעת מוטעה, כתוצאה מרשלנות, כתוצאה מפזיזות, או כתוצאה מחוסר ידע.

ג2. נתונים סטטיסטיים על טעויות רפואיות

במאמר משנת 1964 דווח על 20% מכלל החולים שאושפזו בבית חולים אוניברסיטאי שסבלו מפגיעות יאטרוגניות, מתוכם 20% סבלו מנזקים חמורים ואף קטלניים [7], ובמאמר מאוחר יותר נמצא כי 36% מכלל המאושפזים בבית חולים אוניברסיטאי סבלו מנזק יאטרוגני, מתוכם 25% סבלו מנזקים חמורים ואף קטלניים [8]. בעבודה מקיפה על כל האשפוזים במדינת ניו-יורק בשנות ה-80 של המאה ה-20 נמצא כי כ-4% מהמאושפזים סבלו מנזק יאטרוגני משמעותי, שהאריך את אשפוזם, או שגרם להם נזק ניכר, ומתוכם כ-14% סבלו מנזקים קטלניים [9-10]. משמעות נתונים אלו היא, שבארה"ב נפגעים כל שנה 180,000 אנשים בפגיעות יאטרוגניות [11]. בשנת 1995 היו כמיליון אישפוזים בבתי חולים בישראל. לפי הנתונים האמריקאיים עולה, איפוא, כי כ-5000 מקרי מוות בישראל נבעו מתאונות רפואיות, ומתוכן כ-2500 מקרי מוות בשנה נגרמים בחלקם או במילואם מהתרשלות רפואית [12].

ג3. סיבות לטעויות רפואיות

כאשר בודקים את הסיבות לנזקים היאטרוגניים מתברר כי רובם נובעים מטעויות, ולפיכך הם בעצם ניתנים למניעה [14-13]. סוגי הטעויות הם מגוונים – טעויות במתן תרופות או במינון, טעויות ניתוחיות, טעויות באבחנה, טעויות בשיקול הדעת, וכיוצ"ב. אכן, יש לציין כי מרבית הטעויות לא מגיעות לכדי גרימת נזק ממשי לחולה, והן מגיעות לדיון ציבורי רק באותם מקרים שהטעויות גרמו נזק לחולה. אכן מן הראוי להדגיש כי ללא ספק טעויות קורות בכל מערכת אנושית. יש מי שחישב, שאם במערכות מסויימות היו עושים 0.1% טעויות היו קורים הנזקים הבאים – 2 נחיתות אונס ליום בשדה התעופה O'Hare בשיקאגו; 16,000 דברי דואר אבודים כל שעה בארה"ב; 32,000 המחאות מוטעות בבנקים בארה"ב כל שעה [11]. כמובן, יש לשאוף למזער את הטעויות ולהפחית את מספרן ככל האפשר, אך בשום מערכת אנושית לא ניתן למנוע אותן לחלוטין.

4. תביעות על רשלנות רפואית

מאז שנות ה-70 נצפתה עליה משמעותית במספר התביעות בגין רשלנות רפואית נגד רופאים, עובדי בריאות אחרים, ומוסדות רפואיים. דבר זה נכון במיוחד בארה"ב, ולאחרונה אף בישראל, ופחות מפותח במדינות אירופה, ובוודאי במדינות העולם השלישי. הסיבה לעליה תלולה זו איננה נאוצה בריבוי אובייקטיבי של מעשים רשלניים מצד הרופאים, אלא בשינויים חברתיים.

בעבר כמעט שלא היו תביעות נגד רופאים בגלל סיבות אחדות:

- בני האדם התייחסו לרפואה כמדע מוגבל ביכולתו, כאשר הציפיות מיכולת הריפוי היו מוגבלות, ולפיכך התייחסו החולים ובני משפחותיהם לסיבוכי הטיפולים כנתונים עובדתיים.
- לאור מערכת יחסים פטרנליסטית בין הרופא לחולה לא עלה בדרך כלל על דעתם של חולים או בני משפחותיהם לדרוש מהרופאים הסברים על כשלונותיהם.
- היתה תקופה ממושכת שהרופאים ניהלו מעין 'קשר של שתיקה', היינו סירבו להעיד בבתי המשפט כמומחים על רשלנותם של חבריהם למקצוע.

בשנים האחרונות התרבו תביעות הרשלנות נגד רופאים בצורה ניכרת ביותר בגלל סיבות אחדות:

- לאור ההתפתחות הרבה במדע הרפואה, חלה עליה ניכרת בציפיות של חולים ובני משפחותיהם מן הרפואה ומטיפוליה.
- חלה ירידה משמעותית במעמדו האישי של הרופא.
- התפתחה מערכת יחסים אוטונומיסטית בין הרופא לחולה, והשתררה אווירה כללית של תביעות משפטיות [15].
- כל זה הביא לעליה מסחררת בתביעות משפטיות בגין רשלנות רפואית, וענין זה הוא כיום העילה השכיחה ביותר לדיוני בתי המשפט בתחום הרפואה והמשפט.

יחד עם זאת יש לציין, כי אמנם בראשית שנות ה-90 כ-0.13% מכלל המאושפזים בבתי חולים בארה"ב הגישו תביעה משפטית נגד רופאים באשמת רשלנות [16]. אכן, באותו מחקר נמצא שאחוז גבוה בהרבה של נזקים לחולים מאושפזים נגרמו בגין רשלנות רפואית, אך רובם לא הגיעו לתביעה משפטית [17]. על פי מחקרים שונים מתברר כי בארה"ב בשנות ה-90 היו פי 8-10 יותר נזקי רשלנות בפועל לעומת מספר התביעות על נזקים כאלו [18-19]. יש לציין, כי נתונים אלו לא השתנו במשך שנים רבות, למרות עליה משמעותית במספר התביעות המשפטיות בגין רשלנות רפואית [20]. כמו כן נמצא שרק באחד מתוך 14 תביעות רשלנות זוכים התובעים לפיצויים [20].

5. דוגמאות לתביעות בגין רשלנות רפואית

התביעות הן מגוונות מאד, ונוגעות כמעט לכל תחום רפואי. אכן, יש תחומים 'המועדים לפורענות' של תביעות נזיקין ותביעות פליליות בשכיחות גדולה יותר, והם בעיקר תחום המיילדות, התחום הניתוחי, ותחום ההרדמה. למשל בארה"ב בשנות ה-80 – 78% מרופאי הנשים נתבעו לפחות פעם אחת, ו-37% נתבעו 3 פעמים ויותר [21-22].

הרופאים עומדים למבחן בתי המשפט הן ביחס לפעולות רפואיות שהם מבצעים, והן ביחס למחדלים בטיפולים שהם נמנעים מלבצע. התביעות נוגעות לטעויות באיבחון, לטיפולים שגויים (בין אם הטעות היא בבחירת שיטת הטיפול, או שהטעות היא בהפעלת אמצעי הטיפול), ולמחדלים בביצוע בדיקות עזר או מתן טיפולים.

להלן מספר דוגמאות שכיחות לתביעות רשלנות נגד רופאים:

· מצבים כלליים ברפואה – שימוש בשיטות טיפול לא נכונות, או שימוש לא נכון בשיטות טיפול מתאימות, שהביאו לנזק או למוות; התעלמות מתסמינים שמצריכים שיקול דעת אחר; איחור באבחנה נכונה למרות סימנים המחשידים לאבחנה כזו; אי ביצוע בדיקות עזר מתאימות לצורך אבחנה מבדלת כגון אי ביצוע צילום טומוגרפי של המוח במצב של כאב ראש בלתי טיפוסי, שהתברר להיות גידול מוחי; אי-קבלת הסכמה מודעת של החולה או אפוטרופסו, או הליך בלתי תקין ובלתי מספיק של קבלת הסכמה מודעת.

· מצבים בתחום המיילדות והגינקולוגיה – איבחון שגוי של מומי עובר בבדיקות אל-שמע; הריון בנוכחות התקן תוך-רחמי; איחור בניתוח קיסרי שבגיננו נגרם תשניק סב-לידתי של הוולד ונזק מוחי שארי.

· מצבים בתחום הכירורגיה וההרדמה – החלטה על ניתוח והרדמה במצב שבו הסיכון של ההרדמה ו/או הניתוח גבוה מהסביר; ניתוח מיותר; ניטור לא תקין של הרדמה כללית; השארת חפצים במקום הניתוח; תסמינים

המחשידים למחלה הניתנת לתיקון ניתוחי שלא נלקחו בחשבון.

· מצבים בתחום רפואה פנימית — עיכוב במתן אנטיביוטיקה בזיהום חמור, כמו דלקת קרום המוח, שהביא לנזק מוחי שארי; טעויות במינן תרופות; החלפת תרופות; התעלמות מנוכחות גוף זר באזורי גוף שונים.

6. נתונים דמוגרפיים הנוגעים לתביעות בגין רשלנות רפואית

מחקרים אחדים בארה"ב מצאו תכונות אופייניות שונות של רופאים שנגדם הוגשו תביעות על רשלנות רפואית [24-23]. יש שמצאו, כי התכונות של מנתחים ממקצועות כירורגיים שונים שלא היו כנגדם כמעט תביעות רשלנות היו, בין השאר, השלמת התמחות מלאה, שייכות למערכת קלינית-קבוצתית, וקשר דתי [25]. במחקרים אחרים נמצא, כי רופאות נתבעות פחות מרופאים בנושאי רשלנות רפואית [27-26]. לעומת זאת רופאים בעלי הכשרה מקצועית ארוכה יותר, או רופאים שהיו בוגרים של בתי ספר לרפואה יוקרתיים יותר לא 'זכו' לשיעור נמוך יותר של תביעות בגין רשלנות [26]. נתונים דמוגרפיים כאלו טרם נחקרו בישראל.

מחקרים שונים מצביעים על סיבות ומניעים מגוונים מצד החולים הנפגעים להגיש תביעות משפטיות בגין רשלנות — צורך בכסף לטיפול בתוצאות הנזק הרפואי; עצות והמלצות של נפגעים אחרים בעבר, או של עובדי בריאות להגיש תביעות כאלו; דחיפה של עורכי דין המתמחים בתחום זה, ואשר מעונינים בריבוי תביעות מסוג זה, וכן פירסומת של עורכי דין המתמחים בהגשת תביעות כאלו; כעס נגד הרופאים ומערכות הבריאות, ורצון לנקמה; חשדות להסתרת האמת ולכיסוי הרשלנות; רצון לקבל מידע מלא ואמין על היקף הנזק, ועל הסיבות שהביאו לנזק; רצון למנוע רשלנויות ותקלות דומות לאחרים בעתיד [30-28]. באחד המחקרים מארה"ב התברר כי עניים, בלתי מבוטחים וזקנים נוטים באופן מובהק להגיש פחות תביעות בגין רשלנות רפואית; המין והגזע לא נמצאו משמעותיים כגורמי סיכון לתביעה בגין רשלנות [32-31].

אכן, ברקע מרבית הסיבות עומדת הבעיה של תיקשורת לקויה בין הרופא לחולה. זה כולל תחושת הזנחה של החולה; אי-מסירת מידע בכלל, או מסירת מידע בצורה לקויה; וחוסר יכולת להבין את תחושות החולים ובני משפחותיהם, את שאיפותיהם, ואת השקפת עולמם, וכן תחושת זלזול וחוסר התייחסות לדעות החולים ובני משפחותיהם [33]. ואמנם מתברר, שאף במקרים שקרו טעויות רפואיות שגרמו לנזק, אך התיקשורת בין החולה לרופא היתה טובה ופתוחה — לא הוגשו תביעות; לעומת זאת, כאשר התיקשורת לקויה, ויש ניסיון להסתרת האמת או לעיוות האמת — מוגשות תביעות רבות, שבחלקן מתבררות כבלתי מוצדקות ומיותרות [35-34]. כמו כן התברר במחקרים אחדים, שהרופאים שנגדם הוגשו תביעות הרשלנות החוזרות והרבות ביותר התאפיינו על ידי החולים המטופלים אצלם ככאלו שמערכת היחסים הבין-אישית שלהם היתה לקויה [38-36].

ד. עקרונות רלוונטיים של המשפט העברי

רבות הן ההלכות וההגדרות הנוגעות לכללי חיובים בנזיקין ובהריגה. כאן יובאו רק מספר כללים והגדרות הכרחיים הנוגעים לדיוני הפוסקים ביחס לרשלנות רפואית.

באופן עקרוני קיים הכלל ההלכתי שאדם מועד לעולם, בין שוגג בין מזיד, בין ער ובין ישן [39], בין באונס ובין ברצון [40], והיינו שאדם המזיק בשוגג חייב כאילו הזיק במזיד [41-42]. יש הסבורים, שכלל זה נאמר דווקא באונס רגיל (מעין אבידה), אבל באונס גמור (מעין גניבה) כל אדם פטור [43-46], ויש הסבורים, שגם באונס גמור אדם מועד לעולם [41, 47-48].

מצינו בהלכה התייחסות מיוחדת לנזקים שנגרמים כתוצאה מטעות של אנשים שיש להם אחריות וסמכות לגבי זולתם, ובמיוחד נידונה שאלה זו ביחס לדיינים [49] וביחס לרופאים. באופן כללי מקובלת ההנחה הבסיסית 'שכל מי שיש בו טבע בשר, אי אפשר שלא יטעה ויחטא' [50], ואחד הטעמים שהיה צורך במתן רשות לרופא לרפאות היא ההנחה 'שמא יאמר הרופא מה לי בצער הזה, שמא אטעה ונמצאתי הורג נפשות בשוגג' [51].

רופא שטעה יכול לגרום נזק גופני או נפשי, ואף יכול לגרום למותו של המטופל. מצד אחד יש מקום לזכות את הרופא ולמחול לו על טעויותיו, כדי שיהיו רופאים מצויים, כדי לעודד את מקצוע הרפואה, לאפשר התקדמות והתפתחות, ולא לנעול דלת בפני המעונינים לעסוק ברפואה [52-53]. ההנחה היא, שאם הרופא משתדל כפי יכולתו, וקרה אונס בלתי צפוי שבגינו נגרם נזק לחולה – הרופא פטור, כמו רב-חובל המנהיג את האניה בדרך טובה ומקובלת, שאין עליו אחריות אם היתה סערה גדולה והטביעה את האניה [54]. מצד שני, יש מקום לשעבד את הרופא לתקנות מחמירות ולעונשים משמעותיים על טעויותיו, כדי למנוע חוסר זהירות ורשלנות, לעודד זהירות רבה בטיפול ובניתוח, ולפצות את הנפגעים.

ההלכה דוגלת בהליכה בשביל הזהב הממוצע בין שתי מגמות אלו. מחד גיסא, פטור הרופא מתשלומי נזק, אם הזיק בשוגג, ואם התקיימו תנאים מסויימים. הטעם העיקרי הוא 'מפני תיקון העולם', היינו כדי שיהיו בני אדם שירצו להיות רופאים ולעסוק במקצועם לטובת החולים, וכדי שלא לנעול דלת בפני המצילים; ומאידך גיסא, מחייבת ההלכה ענישה של רופא רשלן, או רופא המזיק במזיד.

המקורות הראשוניים הנוגעים לרשלנות הרופא נידונו בעיקר בתוספתא [55] נושא זה תופס מקום מועט מאד בדיונים ההלכתיים בספרות ההלכה המקורית ובספרות השו"ת הגדולה. יש להניח, שהסיבה היתה הרתיעה להעמיד לדין רופא שעושה מלאכתו נאמנה, וזוכה להוקרה רבה ולאימון של הציבור הרחב [56].

מצינו בפוסקים גדרים שונים שעל פיהם דנים את הרופא המזיק או הממית, והם תלויים בהגדרת מעמדו המקצועי-הלכתי של הרופא, בכוונותיו ובידיעותיו, ובהגדרת הפעולות הרפואיות שהביאו לנזק או למיתה של החולה, ובדרכי הביצוע שלהם.

ניתן לסכם כמה כללים ופרטים בדיני רשלנות הרופא מבחינת המשפט העברי:

· רופא שהזיק במזיד — חייב בתשלומי הנזק [57].

· רופא שטעה והזיק בשוגג — לכל הדעות הוא פטור מדיני אדם, אלא שיש מי שכתבו שהוא חייב בתשלומי הנזק בדיני שמים [51, 58]; ויש מי שכתבו, שדינו כאנוס ולא כשוגג, והוא פטור הן מדיני אדם והן מדיני שמים [59-60].

· יש מי שכתבו, שכל המצבים שבהם רופא פטור מתשלומי נזק הם דווקא ברופא אומן שקיבל רשיון לעיסוק ברפואה מטעם הרשויות המוסמכות לכך, אבל בלא רשיון כזה, אפילו אם הוא מומחה ובקי — הרי הוא חייב בתשלומים בכל מקרה, בין שוגג ובין מזיד [51, 58, 61], ומכיוון שבזמנינו אין מציאות שאדם יקבל אישור לעסוק ברפואה אם אינו בקי ברפואה — הרי שרופא שטועה תמיד פטור מכל עונש, ואפילו בדיני שמים [62].

· מי שבקי ומוסמך לאותו דבר וטעה והזיק — פטור, אבל אם אינו בקי באותו דבר, כגון שאחות נתנה טיפול שאיננו בתחום סמכותה, או רופא מתמחה צעיר שטיפל בחולה ללא התייעצות עם מומחה גדול ממנו — הרי הם חייבים בתשלומים גם בדיני אדם [63].

· רופא חייב בתשלומים דווקא אם ברור שהתרופה או הטיפול שהוא נתן היו הגורמים לנזק; אבל כאשר הדבר הוא בספק, ולא ידוע אם החולה ניזוק מחמת התרופה או הניתוח — פטור הרופא, בין בדיני אדם ובין בדיני שמים [64].

· רופא שעשה כל מה שמוטל עליו, ועיין יפה בפרטי המקרה, ונהג כפי שרוב הרופאים היו נוהגים באותו מצב רפואי, וטעה באבחנה או בטיפול תרופתי, וטעותו היתה סבירה, כך שכל רופא היה עשוי לטעות בה, והיינו שטעה בשיקול הדעת לאחר עיון בכובד ראש, ללא מעשה רשלנות, ומבלי שיכול היה להתייעץ עם מומחה גדול ממנו — אם הזיק, הרי הוא פטור מתשלומים, ואינו חייב אפילו מדיני שמים, ואין לו שום חטא, שכבר אמר החכם 'שגגת הרופא כוונת הבורא' [61, 65-67]. אבל אם קיימת הערכה מוכחת שטעותו של הרופא שגרמה לנזק נבעה מכך שלא למד ולא ידע דבר בסיסי הידוע בדרך כלל לרופאים — הרי הוא חייב באחריות לנזק גם בדיני אדם [68]. ואם הזיק לחולה על ידי כך שהתרשל ולא עיין יפה — יש מי שכתב, שהוא פטור מדיני אדם וחייב בדיני שמים [61]; ויש מי שכתב, שאם טעה עקב התעצלות וחוסר עיון מספיק, או שהיה רופא צעיר וחסר נסיון ולא התייעץ עם בכירים ממנו — הרי הוא חייב גם בדיני אדם ככל חובל רגיל [66, 69].

· יש מי שכתב, שמה שהרופא גולה אם המית בשגגה הוא דווקא כשהתכוון לתת תרופה אחת ונתן תרופה אחרת, או התכוון לנתח בסכין סטרילית, וניתח בסכין שאיננה נקיה, אבל אם טעה בשיקול הדעת — איננו גולה [70].

· יש מי שחילק בין טעות של רופא שניתן היה למנוע אותה, שאף שהרופא עשה אותה ללא כל כוונה להזיק – דינו כשוגג, וחייב בדיני שמים; לבין טעות שלא ניתן למנוע אותה – שדינו כאונס, ופטור אף בדיני שמים [63].

· דין חיוב הרופא בניזיקין הוא לאו דווקא אם עשה מעשה, אלא גם אם נגרם לחולה נזק בגלל התרשלות הרופא בשב ואל תעשה, כגון שלא בא לחולה כשנקרא אליו באמצע הלילה, ובפרט אם החולה בא לרופא מסויים ועליו הוא סמך – יכול לתובעו בבית דין על כך [71].

· רופא שנתן תרופה לחולה בסוברו שהיא התרופה המתאימה למחלתו, והתברר שהוא טעה בכך והחולה ניזוק או מת – הרי הוא פטור; אבל אם מתוך חוסר תשומת לב מספקת החליף הרופא את התרופה, ובמקום להזריק את החומר הדרוש לרפואתו של החולה, טעה והזריק לו חומר אחר, שגרם לו נזק או שגרם למותו – הרי הוא חייב בתשלומים ובגלות [62, 72]. והוא-הדין ברופא אשר בגלל חוסר תשומת לב מספקת טעה והזריק זריקה במקום שלא היה ראוי להזריק, ועל ידי זה נגרמה חבלה לחולה, או שהחולה מת כתוצאה מכך – הרי הוא חייב [62]. וכן רופא שתוך כדי הטיפול חתר במקום שלא היה צריך לחתוך כלל, ועל ידי זה ניזוק החולה – הרי הוא חייב בתשלומים [73]; וכן רופא שניתח, וחתך יותר מהראוי, או שטעה בכך שלא היה צורך כלל בניתוח, ועקב כך מת החולה – הרי זו רשלנות, וחייב גלות [74-75].

· יש מי שכתב, שאם החולה היה מודע למצבו הקשה, ובכל זאת הסכים שהרופא ינסה להצילו – אם מת החולה מהטיפול, הרופא פטור מעונש גלות [76], והיינו שהחולה בא מרצונו הטוב לרופא המנתח, וידע מראש שלא תמיד מצליח הניתוח, ובכל זאת הסכים לכך – אם מת החולה, פטור הרופא [70].

ה. שיקולים חברתיים/ציבוריים

אין ספק שמבחינה חברתית-ציבורית יש חשיבות רבה לבקרה משפטית על פעולות הרופאים, וזה כולל גם את ענין התביעות המשפטיות בגין רשלנות. המטרות העיקריות לבקרה זו הן כדלקמן:

- הרתעה מפני התנהגות רשלנית, וחינוך רפואי נאות להפחתת נזקים ברי-מניעה, ובכך השגת שיפור באיכות הטיפול הרפואי
- פיצוי הנפגעים לצורך שיקומם ויכולתם להתמודד עם הנזקים שנגרמו להם
- זיהוי רופאים רשלנים, המועדים לטעויות ורשלנויות חוזרות.

אכן בשנים האחרונות חל ריבוי משמעותי, ולדעת רבים ריבוי בלתי סביר, במספר התביעות בגין רשלנות.

בשנות ה-90 היתה הערכה בארה"ב כי בכל שנה צפויים יותר מ-7 רופאים לכל 100 רופאים לעמוד למשפט באשמת רשלנות [77]. דבר זה גרר עלויות גבוהות בתחום הבריאות – העלות השנתית של ביטוחי הרופאים, והפעולות של רפואה הגנתית הנועדות להתגוננות בפני תביעות רשלנות הוערכה בארה"ב בסכום של 20 מיליארד דולר [77]. כמו כן חלה עליה משמעותית בסכום הפיצויים שבתי המשפט מעניקים לנפגעים.

שילוב זה של ריבוי תביעות נגד רופאים מחד, והענקת סכומי עתק כפיצויי נזיקין לתובעים מאידך מחטיא את המטרות החיוביות של הבקרה החברתית-משפטית, וגורם לתופעות שליליות משמעותיות.

ריבוי תביעות משפטיות בגין רשלנות רפואית, והחמרה רבה מצד בתי המשפט בהפעלת דרישות זהירות מופרזות כלפי הרופאים, מחטיא במידה רבה את המטרה של חינוך רפואי נאות לצורך שיפור איכות הטיפול. מעבודות שונות הוכח, כי התביעות המשפטיות אינן משיגות את המטרה לשיפור איכות הטיפול הרפואי. יתר על כן, באחד המחקרים נמצא כי רופאים שנתבעו בעבר על רשלנות, ובדקו לאחר מכן ביחס לרמתם הטכנית והמדעית, לא נמצאו חסרים בכך ביחס לרמה המקובלת, וההנחה היא כי הם נתבעו יותר מאחרים לא בגלל חסר מקצועי, אלא בגלל כשל תיקשורתי ביחסים בין-אישיים [78]. כמו כן מוכיחים מחקרים שונים כי אחוז גבוה של רופאים נתבע פעמים חוזרות. באחד המחקרים התברר, כי תביעה קודמת נגד רופא מגדילה את הסיכוי לתביעה נוספת; הסיכויים לתביעה חוזרת גדולים יותר אם בתביעה קודמת הוטלו פיצויים גבוהים בהשוואה למצב בו הוטלו פיצויים נמוכים, או שלא הוטלו פיצויים כלל; וריבוי תביעות קודמות מעלה את הסיכוי לתביעות נוספות בהשוואה לתביעה בודדת קודמת [79]. לאור נתונים אלו קורה לעתים קרובות שהרופאים הנתבעים מגיבים בהתגוננות ובכעס ולא בשיפור ובלמידה. הנחתם היסודית היא, שתביעות רשלנות באות לפגוע בהם, הן אקראיות ובלתי מדעיות, הן מכריחות התנהגות באמות-מידה משפטיות שלא תמיד הולמות אמות-מידה רפואיות, ולפיכך התועלת החינוכית כלפי הרופאים היא מועטה [80].

אכן, לא רק שלא תמיד מושגות המטרות החיוביות של התביעות המשפטיות בגין רשלנות, אלא שלריבוי התביעות מסוג זה יש גם היבטים שליליים. אחת התוצאות של ריבוי תביעות הרשלנות המופרזות היא התפתחות רפואה הגנתית מצד הרופאים. תפיסה משפטית המטילה על רופאים 'אחריות מוחלטת' וגורפת על מעשיהם ומחדליהם הרפואיים, מביאה את הרופאים לדאוג יותר לעצמם מאשר לחולה, ולדחוף אותם להכנת הגנה מראש מפני תביעה משפטית אפשרית על ידו [81-84]. כך שבסופו של דבר גורמת המגמה של ריבוי תביעות רשלנות נגד רופאים לפגיעה בחולים עצמם, שכן על מנת להימנע מתביעות עתידיות, ולהימנע מעימות בין 'סבירות' כפי שהרופא מבין אותה בשעת מעשה ובזמן אמת, לבין 'סבירות' כפי שבית המשפט עלול להגדיר אותה לאחר זמן רב ובנסיבות תיאורטיות, מבצעים הרופאים בדיקות רבות וניתוחים שונים, שמבחינה רפואית גרידא הם מיותרים, ולעתים אף גורמים סבל נפשי וגופני (ביחס לניתוחים מיותרים, יש לציין במיוחד ניתוחים קיסריים שלעתים אין בהם צורך, ואז אין הם נעשים אלא כדי להימנע מתביעות רשלנות – ראה [85]); הם מפנים למומחים רבים כדי להימנע מנטילת אחריות כל-שהיא, ובכך גורמים לתורים ארוכים וממושכים אצל רופאים מומחים וכלליים; והם מטילים את כובד ההחלטות על החולים עצמם, ללא כל הבחנה, ובכך הם מטילים מעמסה נפשית קשה על החולים. כמו כן קיים חשש שרופאים יימנעו מלעסוק בתחומים רפואיים שבהם ישנו אחוז גבוה של תביעות-רשלנות, כגון מיילדות. בארה"ב בשנות ה-80 הפסיקו 62% מרופאי הנשים לעבוד במיילדות לפני גיל 55 שנה, 31% הפסיקו לעבוד לפני גיל 45 שנה, וחלק מהרופאים בבתי חולים העדיפו להמיר את מקצוע המיילדות במקצוע רפואי אחר [86], ויש אף מהרופאים ששקלו פרישה מוקדמת, ואחרים שהזהירו את בניהם מפני בחירת הרפואה כתחום עיסוקם [87].

היבט שלילי נוסף הוא המעמסה הכלכלית על החברה. דבר זה נובע מהענקת פיצויים בסכומי עתק לנפגעים, והצורך של הרופאים להגן על עצמם על ידי ביטוחים מפני תביעות משפטיות מחד, והתפתחות הרפואה ההגנתית על עלויותיה הגבוהות מאידך. מגמות אלו הביאו להחמרה ניכרת של בעית המשאבים המוגבלים ברפואה.

על מנת להפחית את הפוטנציאל לתביעה משפטית על רשלנות רפואית התפתח ענף רפואי חדש המכונה 'ניהול סיכונים ברפואה'. מטרותיו הם:

· לחנך את הרופאים לתיקשורת נאותה עם החולים ובני משפחותיהם

· לאבטח את איכות הרפואה על פי אמות מידה רפואיות-מדעיות מקובלות - הן ברמת הפרט של רופא בודד, והן ברמת המוסד הרפואי

· לאתר במהירות וביעילות תקלות וכשלים במערכות הבריאות, ולטפל בהם בצורה יעילה, לפני שהם מתפתחים לכיוונים שליליים

· ליידע את ציבור עובדי הבריאות על תביעות רשלנות בבתי המשפט ועל תוצאותיהן

· להכין הנחיות קליניות והתנהגותיות מפורטות לדרכי האיבחון, הברור והטיפול במחלות שכיחות, ובעיקר במצבים רפואיים החשופים לתביעות משפטיות בשכיחות גבוהה.

81. המלצות להצעות לשינויי המצב הקיים

לאור העקרונות המנחים ביחס לרשלנות רפואית, ולאור הבעיות הקיימות ביחס ליישום העקרונות בתנאים הקיימים, וכפי שנידונו לעיל, עלו הצעות שונות לשיפור המצב תוך שמירה על העקרונות הבסיסיים (ראה לדוגמא [88-90]).

העקרון המנחה להצעות לשינויי המצב המשפטי/חברתי הקיים הוא מציאת מאזן נכון בין הצורך לפצות את הנפגעים, הצורך לבקרה ציבורית על איכות הטיפול הרפואי, והצורך לסלק ממערכת הבריאות עובדי בריאות פזיזים ומועדים לפורענות מחד גיסא; ובין הצורך למנוע רפואה הגנתית, למנוע פגיעה מיותרת ברופאים שכוונותיהם טובות ובכך להרפות את ידיהם בטיפול רפואי, ולמנוע הכבדה יתירה על המשאבים המוגבלים ממילא.

הנני ממליץ לשקול הצעה כדלקמן:

1. להקים טריבונלים ייחודיים לשיפוט מהיר ויעיל בנושאי רשלנות רפואית. טריבונל כזה יהא מורכב ממשפטן בכיר כיו"ר ומשני רופאים בכירים. בדרך זו יהא הטיפול מהיר יותר, הן בקביעת הדיונים והן בהסקת המסקנות, פחות מסורבל, והעלויות לחברה יהיו נמוכות יותר.

2. לפשט את התהליך על ידי קבלת עקרון של פיצוי ללא צורך בהוכחת אשמה [no fault compensation], היינו הענקת פיצויים סבירים והולמים לחולים שניזוקו במהלך הטיפול הרפואי, כאשר יוכח קשר סיבתי בין ההליך הרפואי לבין הנזק, אך ללא צורך להוכיח אשמה של רשלנות.

3. לקבוע גג לסכום הפיצוי בתביעות על רשלנות רפואית, ולקבוע מקור מימון ממשלתי על ידי הקמת קרן לנפגעי רפואה. סכום הפיצוי צריך להתחשב בקצבאות הנכות הניתנות ממילא על ידי מוסדות ממשלתיים (ביטוח לאומי, משרד הבטחון) ובשירותי הבריאות והשיקום הניתנים ממילא על מבטחים רפואיים שונים (משרד הבריאות, קופות החולים, ביטוחי בריאות).

4. לקבוע דרכי ערעור על מכלול ההחלטות והדיונים.

5. הליכי בירורים פנימיים, הליכי משמעת והדין הפלילי בעניינם של רופאים שהתראשו בצורה חמורה יישארו בעינם.

ספרות

1. פקודת הנזיקין (נוסח חדש), סעיף 35.

2. ע"א 744/76, שרתיאל נ' קרפלר, פד"י לב(1), 113.

3. ת"א (י-ם) 1252/82, פרופטה נ' טרויץ.
4. ראה אהרן ברק, שיקול דעת שיפוטי, 1987, עמ' 454 ואילך.
5. ראה הרב עמנואל יעקובוביץ, הרפואה והיהדות (תרגום מאנגלית על ידי גאולה בן-יהודה), הוצאת מוסד הרב קוק, ירושלים, תשכ"ו, עמ' 266 ואילך.
6. J. Preuss, *Biblical and Talmudic Medicine* (translated from German by F. Rosner), Sanhedrin Press, New York, 1978, pp. 29-30.
7. Schimmel EM, *Ann Intern Med* 60:100, 1964.
8. Steel K, et al, *N Engl J Med* 304:638, 1981.
9. Brennan TA, et al, *N Engl J Med* 324:370, 1991.
10. Leape LL, et al, *N Engl J Med* 324:377, 1991.
11. Leape LL, *JAMA* 272:1851, 1994.
12. ר. שור ואח', הרפואה קלג:145, 1997.
13. Dubois RW & Brook RH, *Ann Intern Med* 109:582, 1988.
14. Bedell SE, et al, *JAMA* 265:2815, 1991.
15. Freeman JM & Freeman AD, *Am J Dis Child* 146:725, 1992.
16. Localio AR, et al, *N Engl J Med* 325:245, 1991.
17. Brennan TA, et al, *N Engl J Med* 324:370, 1991.
18. Mills DH, et al: Report on the medical insurance feasibility study. San Francisco, Sutter Pub., 1977.
19. Harvard Medical Malpractice Study, The Report of the Harvard Medical Practice Study to the State of New York. Cambridge, Mass, Harvard Medical Practice Study, 1990.
20. Bovbjerg RR, *Ann Intern Med* 117:788, 1992.
21. White KC, *Clin Obstet Gynecol* 31:141, 1988.
22. Ward CJ, *Am J Obstet Gynecol* 165:298, 1991.

- .Shapiro RS, et al, *Ann Intern Med* 149:2190, 1989 .23
- .Schwarz WB & Mendelson DN, *JAMA* 262:1335, 1989 .24
- .Adamson TE, et al, *West J Med* 166:37, 1997 .25
- .Sloan FA, et al, *JAMA* 262:3291, 1989 .26
- .Rolph JE, et al, *JAMA* 266:2093, 1991 .27
- .Hickson GB, et al, *JAMA* 267:1359, 1992 .28
- .Huycke LI & Huycke MM, *Ann Intern Med* 120:792, 1994 .29
- .Editorial, *Lancet* 343:1582, 1994 .30
- .Burstin HR, et al, *JAMA* 270:1697, 1993 .31
- .Glasson J & Orentlicher D, *JAMA* 270:1740, 1993 .32
- .Beckman HB, et al, *Arch Intern Med* 154:1365, 1994 .33
- .Vincent C, et al, *Lancet* 343:1609, 1994 .34
- .Levinson W, *JAMA* 272:1619, 1994 .35
- .Hickson GB, et al, *JAMA* 272:1583, 1994 .36
- .Beckman HB, et al, *Arch Intern Med* 154:1365, 1994 .37
- .Lester GW & Smith SG, *West J Med* 158:268, 1993 .38
- .39. בבא קמא כו א-ב.
- .40. סנהדרין עב א.
- .41. רמב"ם, משנה תורה, חובל ומזיק, ו א.
- .42. שולחן ערוך, חושן משפט, תכא ג.
- .43. תוספות, בבא קמא ד א ד"ה כיון, ותוספות, בבא קמא כז ב ד"ה ושמואל.

44. נימוקי יוסף, בבא קמא ד א.
45. רבנו אשר, בבא קמא כז ב.
46. רמ"א, חושן משפט שעח א.
47. רמב"ן, בבא מציעא פב ב.
48. שפתי כהן, חושן משפט שעח סק"א.
49. ראה באריכות על פרטי הדינים הרלוונטיים באנציקלופדיה תלמודית, כרך כ, ערך טעות הדיינים, עמ' תצה ואילך.
50. רמב"ם, הקדמה לפירוש המשניות.
51. רמב"ן, תורת האדם, ענין הסכנה.
52. שו"ת תשב"ץ, חלק ג, סימן פב.
53. מנחת ביכורים וחזון יחזקאל, תוספתא גיטין ג יג.
54. שם טוב אבן פלקירא, ספר המבקש, יג ב.
55. תוספתא גיטין ג יג; ב"ק ו ו; שם ט ג; מכות ב ה.
56. הרפואה והיהדות, עמ' 270.
57. ש"ך, יורה דעה, סימן שלו סעיף-קטן ב.
58. שולחן ערוך, יורה דעה, סימן שלו סעיף א.
59. חידושי הר"ן, סנהדרין פד ב.
60. דברי שאול על יורה דעה, סימן שלו.
61. ערוך השולחן, יורה דעה, סימן שלו סעיף ב.
62. הרב אליעזר יהודה וולדינברג, שו"ת ציץ אליעזר, חלק ה, קונטרס רמת רחל סימן כג.
63. הרב אליהו בקשי-דורון, שו"ת בנין אב, חלק ב, סימן נז.

64. הרב יוסף חיים, שו"ת רב פעלים, חלק ג, חלק אורח חיים סימן לו.
65. הרב שלמה גורן, דיני ישראל, כרך ז, תשל"ו, עמ' יז ואילך.
66. הרב חיים דוד הלוי, עשה לך רב, חלק ג, סימן ל.
67. הרב יצחק זילברשטיין, הלכה ורפואה, כרך ב, תשמ"א, עמ' רפז ואילך.
68. הרב חיים ישעיהו הלברסברג, מסגרת השולחן, יורה דעה סימן שלו סעיף א.
69. הרב שלמה דייכובסקי, תחומין, כרך יז, תשנ"ז, עמ' 327 ואילך.
70. הרב שלמה זלמן אויערבאך, שו"ת מנחת שלמה, חלק ב, סימן פב אות ח.
71. הרב שלמה זלמן אויערבאך והרב יוסף שלום אלישיב, הובאו דבריהם על ידי אברהם-סופר אברהם, נשמת אברהם, חלק ה, חלק יורה דעה סימן שלו סוף סעיף-קטן א.
72. הרב יצחק יעקב ווייס, שו"ת מנחת יצחק, חלק ג, סימן קד.
73. הרב שמואל וואזנר, שו"ת שבט הלוי, חלק ד, סימן קנא.
74. הרב י. מ. גינצבורג, משפטים לישראל, עמ' שכד.
75. הרב ש. טוירק, הדרום, כרך י, תשי"ט, עמ' 114 ואילך.
76. שו"ת אדמת קודש, חלק א, חלק אבן העזר סימן כג.
77. Hickson GB, et al, *JAMA* 267:1359, 1992.
78. Entman SS, et al, *JAMA* 272:1588, 1994.
79. Bovbjerg RR & Petronis KR, *JAMA* 272:1421, 1994.
80. Bovbjerg RR, *Ann Intern Med* 117:788, 1992.
81. ראה ע"א 522/66, פד"י כב(2), 480.
82. ע"א 2989/95, פד"י נא(4), 687.
83. א. כרמי וע. שגיב, רשלנות רפואית ביהדות ובישראל, תשמ"ו, עמ' 51 ואילך.

- .Tancredi LR & Barondess JA, *Science* 200:879, 1978 .84
- .Localio AR, et al, *JAMA* 269:366, 1993 .85
- .Ward CJ, *Am J Obstet Gynecol* 165:298, 1991 .86
- .Charles SC, et al, *Am J Psychiatry* 142:437, 1985 .87
- .88 מ. צור, מכתב לחבר, 55(1), טבת-שבט תשנ"ג, עמ' 9-10.
- .American College of Physicians, *Ann Intern Med* 122:466, 1995 .89
- .Petersen SK, *Ann Intern Med* 122:462, 1995 .90