

פרופ' אבינועם שופר עו"ד הרב איתאל שופר

תביעת רשלנות רפואית לעובר בהריון ולידה*

ראשי פרקים:

- א. שאלות בנושא רשלנות רפואית לגבי העובר בלידתו
- ב. אחריות רופא עקב יעוץ לקוי
- ג. גרימת נזק בלידה

א. שאלות בנושא רשלנות רפואית לגבי העובר בלידתו

הנושא בו עוסק מאמר זה הינו רב חשיבות. לרוב, תוצאה של רשלנות כזאת הינה תסמונת רפואית הנקראת שיתוק מוחין. מדובר בנכות הנגרמת לעובר במהלך ההריון או לילוד במהלך הלידה או בסמוך לה. מדובר בנכות לכל החיים, אשר איננה בתחום התנועתי בלבד. היא עלולה לערב את התחום הקוגניטיבי ולגרום לפיגור שכלי, לגרום הפרעות ראייה ושמיעה, פרכוסים ועוד ואף הפרעות רגשיות כתוצאה מקיומו של מצב רפואי כה קשה.

לצורך הגדרת המחלה יש הכרח שתהיה פגיעה כלשהיא במערכת המוטורית אולם למעשה, מתוך הראיה את המוח כעין מרכזיה המפעילה את כל מערכות גופנו, מדובר בפגיעה מוחית העלולה לגרום להפרעה בפעולת כל אחד ואחד מתפקודי המוח. במצבי שיתוק מוחין מדובר על פגיעה מוחית סטטית כלומר: הנזק נשאר באותה עוצמה ומיקום. מאידך גיסא הילד עצמו הולך וגדל והוא מתקשה לעמוד בדרישות שהגיל וקבוצת בני גילו מציבים לפניו.

במצבים שכאלו ברור כי עולה השאלה מי אשם בהיגרמות שיתוק המוחין, והנטייה הטבעית היא להאשים בכך את המערכת הרפואית.

תביעות רבות עלו בהקשר להיגרמות שיתוק מוחין ומשמעותן העיקרית היא כספי ענק ששולמו כפיצויים לתובעים, בצדק ולעיתים שלא בצדק. מכיוון שתשלומים אלו באים לרוב מחברות הביטוח, הרי שבסופו של דבר מביאות התביעות לעליית תעריפי הביטוח, לעליית הוצאות בתי החולים ולעליית המחיר שאנו, האזרחים, נדרשים לשלם עבור שרותי רפואה. הדבר הביא את אגודות הרופאים השונות בחו"ל ובארץ לנסות ולהגדיר, בראש וראשונה מתי יש לקבוע כי תינוק נולד בתשניק כזה המאפשר לקבוע קיום זיקה בין מצבו הרפואי לבין רשלנות בתפקוד

* ראה: הרב גבריאל טולדנו, רשלנות רפואית – חובת הרופא לפצות: חיובי אחריות, תשלומין מדין שומרים, ודיני נזיקין. ספר אסיא יד. עמ' 187-202. – העורך.

המערכת סביב לידתו. תשניק משמעותו חנק, הפרעה לאספקת הדם והחמצן שעימו למוח. ואכן נקבעו הגדרות שכאלו.

והנה מתברר לאורך השנים כי תיתכנה פגיעות עובריות שאינן תואמות ממש הגדרות אלו אך הן גורמות לאותה תוצאה. לא תמיד ניתן לקבוע האם הנזק אירע בתקופה הסב-לידתית, או אולי דווקא במהלך ההריון בשל פגם שלא היה בשליטת שום איש ולכן שום גורם איננו אשם בו. ואז לעיתים עולה מאמץ "להתאים" את העובדות לאותן דרישות המאפשרות את קביעתה של אותה זיקה. לאמור: קיים תחום אפור של נתונים אשר עולה השאלה אם ניתן או לא ניתן להתאימם להגדרות הנדרשות של תשניק. אם כי מצב כזה של הגדרות רפואיות לצורך אבחון חד משמעי לכאורה של מחלה נפוץ בלא מעט מחלות, בנידון שלפנינו מתברר כי ההגדרות השונות הנדרשות לרובן יש גבולות בתחום האפור ולעיתים נדרשת "אקרובטיקה" לא קטנה לצורך התאמתן.

במאמר הנוכחי רצינו לבדוק מה עמדת ההלכה בנושא, האם בעיני ההלכה קיימים מדדים הלכתיים העשויים לשפוך אור על אותה אחריות רפואית.

מקובל לקבוע כי במצבים שכאלה ההלכה תיצמד להגדרות הרפואיות, והיא תקבע כי נעשתה רשלנות רפואית אם כך קבעו גם ההגדרות הרפואיות. והנה המדד העיקרי לקיומו של תשניק הינו מצב כפשוטו של חנק. חנק, כאמור, משמעותו ניתוק מאספקת חמצן לנשימה, ודוגמה קלאסית לכך הינו מצב של היפרדות שיליה. במצב כזה עם התנתקות השיליה נגרמת הפסקה של אספקת הדם והחמצן לעובר ואם הוא לא יחולץ במהירות חירומית הוא עלול להיפגע.

על פי ההנחיות הרפואיות, הצוות הרפואי נדרש לדגום דם מחבל הטבור לצורך מדידת ה-pH, שזהו מדד למאזן חומצי-בסיסי בגוף. המשוואה הכימית העומדת היא:



במצבי חנק יש עליה בדם ברמות דו תחמוצת הפחמן ולכן תהיה בגוף עליה בחומצה הפחמתית וירידה ב-pH. מצב כזה עלול להגיע לכדי סכנת חיים. מהבחינה הטיפולית, היתרון של מדד זה שהוא ניתן למדידה מהירה והתאמת הטיפול בהתאם.

דרישה נוספת היא הוכחה לכך שהילוד חווה מצב של "אנצפלופטיה" (= הפרעה בתפקוד המוח כגון רפיון חריג או פרכוסים).

מאידך גיסא ישנם גם סימנים קליניים נוספים ואין להתעלם מהם. לדוגמה, סוגים ספציפיים של שיתוק מוחין מקובלים כעלולים להיגרם עקב

תשניק ובעיקר חולשה המערכת את ארבעת הגפיים (בעגה הרפואית: קוודריפרזיס ספסטית).

השאלה לדיון היא לו יצויר כי במקרה בו רופא ייתבע בגין האשמה ברשלנות רפואית בנושא הנידון בדין תורה, האם הדין יישען על אותם קריטריונים רפואיים – לדוגמה על ה-pH בדם, או שההלכה נותנת בידו כלים נוספים להערכת קיום הרשלנות, בהתבסס על גישת ההלכה

ב. אחריות רופא עקב יעוץ לקוי

בדין האזרחי – בתחום הנזיקין יש את "חובת הזהירות" הגורמת, במקרה שהיה צריך לקיימה ולא קיימה ונגרם נזק, לחייב מי שלא קיימה בפיו – קרי "הרשלן" כלפי האדם שניזוק. במאמר זה נדון בחיוב הנזכר, לאור מקורות המשפט העברי. הגמרא¹ דנה באדם שהראה דינר לשולחני², והאחרון חווה את דעתו כשעקב כך נגרם היזק למתיעץ. בגמרא הובאו דעות סותרות לגבי דינו של היועץ, כשלמסקנת הגמרא רק במקרה שהיועץ הינו מומחה מהשורה הראשונה³, אזי דינו להיות פטור על הנגרם מחמתו, בשל כך שאנו תולים את הטעות במין אונס של היועץ⁴. דחינו שאם מומחה כמותו טעה ממילא גם שאר האנשים היו טועים וטעות שכזו אינה יכולה לחייב אדם בתשלומי היזק⁵.

על השאלה העולה מן הסוגיא, מדוע רק שולחני מומחה ביותר פטור, ומה ההבדל בין טבח ונחתום שהזיקו שגם שם הגמרא חילקה בין מומחה להדיוט, אך לא דרשה מומחה **ביותר** תירצו התוספות על אתר⁶ שאדם שאינו מומחה אין לו להתעסק במטבעות. רואים מדברי התוס' שלמרות שאדם מכיר את תחום בו נותן הוא את עצותיו, אם בתחום זה מצויה טעות – אין לו לתת את שירותיו כל עוד הוא לא מומחה ביותר, ולכן במקרה שטעה עליו לשלם את ההיזק הנגרם⁷.

¹ מסכת ב"ק דף צ"ט עמוד ב.

² חלפן כספים.

³ הגמ' הביאה דוג' של אנשים שהיו ידועים בתור מומחים-דנכו ואיסור.

⁴ עיין בדברי בעל המאור בריש פרק רביעי בסנהדרין בדין שטעה, ובדברי הש"ך חו"מ ס' כה ס"ק טו ד.

⁵ אף שאדם המזיק חייב בין בשוגג בין במזיד בין באונס בין ברצון-ואם כן מה בכך שמדובר באונס, יש ליישב עפ"י שיטת התוס' שאדם המזיק פטור באונס גמור-וכך פירשו בסוגיא בב"ק צ"ט ע"ב, ואף לפי הרמב"ן שאדם המזיק חייב באונס בכל גוונא, שונה הדבר בבעלי מקצוע שהאדם בא אליהם או הביא חפץ משאר מזיק דעלמא עיין רמב"ן בב"מ פב ע"ב.

⁶ ד"ה ותניא אידך.

⁷ נראה שאף במקום שהטעות הינה טעות גמורה שאף מומחה גדול היה טועה, המומחה חייב, שכן לא היה לו להכנס לעובי הקורה וליעץ את עצותיו שאם לא כן מה החידוש שהינו חייב, הרי טעה טעות שמומחה גדול לא היה טועה, אולם מדברי הגמרא בהערה 1 לאחר תירוצה שמדובר במומחים מפורסמים כדנכו ואיסור, שואלת הגמרא במה מומחים כאלה

ניתן להקיש מדברי התוס' המובאים לעיל בקל וחומר, שאם על אבדת ממון מי שאינו מומחה אין לו להתעסק, על אחת כמה וכמה כשמדובר על גופו של אדם. וכדברי הגמ' במס' מקומות שלומדים אבדת גופו מק"ו מאבדת ממנו.

התוספתא במסכת ב"ק⁸ התייחסה במפורש למקרה של רופא שנגרם על ידו היזק "רופא אומן שריפא ברשות ב"ד והזיק, פטור מדיני אדם וחייב בדיני שמים"⁹ ובמקום אחר¹⁰ "רופא אומן שריפא ברשות ב"ד והזיק פטור, חבל יותר מן הראוי הרי זה חייב". יש לציין שההלכות המובאות בתוספתא מדברות על היזק מפעולה שנעשתה בידי הרופא שגרמה להיזק ולא בטעות בייעוץ שאינו תקין וכדברי התוספתא "חבל יותר מן הראוי....".

בתוספתא במסכת גיטין¹¹ נאמר בסיבת הפטור של רופא מומחה שריפא ברשות ב"ד, שזה מפני תיקון העולם ולכאורה לא ברירא מדוע נצרכנו לטעם זה, ומאי שנא מסוגיית הגמ' בב"ק שפטרה מומחה כשעשה בחנם מדין אונס? וכדי שלא נקשה הסוגיות אהדדי נראה לומר שהתוספתא מרחיבה את פטור הרופא האומן, וגם דברים שנעשו בשגגה ואי אפשר יהיה להגדירם בתור אונס – הרופא יהיה פטור מפני תיקון העולם, בשל הסיבה שרופאים יהיו מצויים לרפא, ולא יחששו כל שעה מהיזק שיעשו.

להלכה נפסק בשו"ע¹² "ואם ריפא ברשות ב"ד¹³ וטעה והזיק פטור מדיני אדם וחייב בדיני שמים" ללא חילוק בין עושה בשכר לעושה בחנם, ומשמע דאף בשכר פטור במומחה שקבל רשות ב"ד¹⁴.

בשו"ת התשבץ¹⁵ חילק מנפשיה בין מצב שהרופא הזיק בידיים שבכהאי גוונא מיירי התוספתא¹⁶ שאם חבל יותר מן הראוי לו חייב, לבין

טועים, משמע שבמומחה רגיל סביר שיטעה ועדיין היה פטור לולי חידוש הגמרא בשולחני רצ"ע.

⁸ פ"ו מ"ו.

⁹ עיין בדברי הפרישה יו"ד ס' שלו סק"ז שבמקרה שנהג כשורה ובכל זאת מת המטופל, פטור אף מדיני שמים. ועיין בספר בית מאיר בסימן שלט ובגליון מהרש"א על ס' הנזכר בדבר טיפול הדרוש לאדם שבמידה ולא יצלח יביא להחמרת החולי דשרי לעשות כן.

¹⁰ ב"ק פ"ט מ"ג.

¹¹ פ"ג מ"יג.

¹² שו"ע יו"ד ס' שלו סע' א.

¹³ בגדר "רשות ב"ד" עיין ערוך השולחן יו"ד ס' שלו שכתב שכל שנתמנה באישור הממשלה הריהו ברשות ב"ד.

¹⁴ ואין לומר דלפי מה שפסק השו"ע שם בס' ב, שלרופא אסור לקחת שכר ככל דבר מצוה שאסור לקחת שכר כמוכא במשנה בבכורות כ"ט, דהרי שכר כפועל בטל שרי ליקח ועוד דלפי מה שנפסק ששומר אבדה הווי שומר שכר משום שפטור לתת לעני פרוסה בשעת התעסקו באבדה, ממילא כן הוא הדין ברופא, ולמרות זאת פטור.

¹⁵ ח"ג ס' פב.

¹⁶ תוספתא ב"ק פ"ט מ"ג.

מצב שהטעות היתה בנתינת תרופות, דפטור כל עוד לא התכוון להזיק. ועיין שו"ת שבט הלוי¹⁷ דאף שמסתימת הפוסקים משמע דלא כתשב"ץ – דחייב במקרה שנתן תרופה במזיד, מ"מ קשה להוציא ממון נ' התשב"ץ, והוסיף בשו"ת שבט הלוי דנראה שבזמננו שיש צילומי רנטגן, אפשר שאף התשב"ץ יודה דחייב, שהיה לו לבדוק קודם נתינת התרופה ולא בדק, ונראה שסברת שבט הלוי מוכרחת דהנה יש לדון מאי שנא רופא שנתן סמים למראה דינר לשולחני וטעה שחייב אלא אם כן מדובר במומחה מיוחד? ויש לומר שעיקר סברת התשב"ץ לפטור איננה משום שלא הזיק בידיים, אלא משום אין לדיין אלא מה שעיניו רואות, כמובא בהמשך דברי התשב"ץ, וממילא במקום שהיה יכול לבדוק ולא בדק וודאי שאף לתשב"ץ חייב.

ג. גרימת נזק בלידה

כאמור, אחד הסיבוכים המצויים היום בתביעות רשלנות רפואית, הינו סיבוכים בשעת הלידה (תשניק סב לידתי), בשל העובדה של הפגיעה החמורה העלולה להיווצר ביילוד ח"ו, שכן פגיעה משעת הלידה תלווה אותו עד יום מותו. זו אחת הפגיעות שהתביעות בגינן הינן בסכומים גבוהים ביותר עקב הפיצוי הניתן לכל תוחלת חיי הילוד.

למרות שמקרה כזה לפעמים הינו בלתי נמנע, יש פעמים שבזכות פעולת יילוד מהירה של הצוות הרפואי, היילוד ייצא ללא פגע.

מה יהיה הדין כשהדבר לא נעשה?

התוספתא במסכת גיטין. המובאת לעיל בטעם הפטור של רופא מפני תיקון העולם, מובא מקרה נוסף "המחתך את העובר במעי האשה ברשות ב"ד והזיק, בשוגג פטור, במזיד חייב מפני תיקון העולם".

ובספר מנחת ביכורים על התוספתא הסביר את כפילות המקרים (רופא שהזיק ומחתך את העובר) בכך שחותך את העובר ההיזק מצוי ואפילו הכי פטרו אותו משום תיקון העולם¹⁸.

במקרה של תשניק שנוצר בעקבות רשלנות של הצוות המיילד יש לבחון מיהו המזיק. הצוות המיילד כולל בתוכו אחיות ורופא מיילד. ברי שבמקרה שנראה שיש לעובר סימני מצוקה והוא נצרך לטיפול רפואי והאחיות העירו את תשומת לב הרופא המיילד, אין עליהם כל טענה. ונראה שאף במקרה שלא העירו את תשומת לב הרופא המיילד, האחיות פטורות

¹⁷ ח"ד ס' קנא.

¹⁸ ולכאורה היה מקום לומר הפוך – שכיוון שהיזק מצוי, היה יותר ראוי לפטורו מפני תיקון העולם, דבכך יהיו מצויים אנשים ליילד וצריך לומר בסברת המנחת ביכורים דבמקום שההיזק מצוי היה על הרופא להשתדל ביותר שלא יטעה. ולכן במקרה שנגרם היזק היינו מחייבים אותו בשל ההתרשלות, ומשום תיקון העולם פוטרים אותו.

דאף שמחובתם ומתפקידם להתריע במקרה של שוני מהרגיל, עדיין האחריות היא של הרופא המיילד שהרי הוא המומחה, ועליו היה לשים לב למתרחש.

בנידון של אחריות הרופא המיילד – ניתן לומר שכאשר הקשר ברור בין התרשלותו לבין הנזק, ודאי שחייב בתשלומים, ואינו יכול לטעון קים לי כתשב"ץ שפוטר במקרה שלא הזיק בידיים, שהרי בררנו לעיל שאף התשב"ץ יחייב במקרה שהיתה לרופא האפשרות לבדוק ולא בדק, דלא גרע ממראה דינר לשולחני. אך במקרה גבולי שלא היתה לרופא סיבה לחוש, כמו כן במקרה שנוצר פרוטוקול חדש של טיפול והרופא לא ידע זאת, נראה שאם זה פורסם זמן קצר לפני קרות מקרה הנזק, אזי רופא יהיה פטור, שזה כמו המקרה בגמ'¹⁹ שפטרו מומחה גדול שטעה בהכרת מטבע, משום שהמטבע נפסל לפני תקופה קצרה, והמומחה טרם הספיק להתעדכן.²⁰

רופא מומחה שבאו אליו להתוועצות במהלך ההריון והיה עליו להזהיר שמהו אינו תקין ולא הזהיר, נראה שדינו שווה לרופא המיילד, שאם היה עליו לדעת, או לדרוש בדיקות נוספות עקב בדיקה חשודה ולא דרש-חייב. ואם לא, הריהו פטור לגמרי ואך בדיני שמים, שאין לו לרופא אלא מה שענינו ראות.

יש עוד דיון חשוב בעניין. חילוף מהיר של תינוק במצוקה משמעותו בדרך כלל ניתוח קיסרי. והנה מצד ההלכה עולה כי בניתוח קיסרי יש משום דין חובל בגופה של האישה. אף כי האישה מוחתמת בדרך כלל על טופס הסכמה לניתוח לפני ביצוע הפרוצדורה, עולה כי יש להביא בחשבון את כל ההשלכות הגופניות והנפשיות שניתוח כזה עלול לגרום, וכן לכאורה לוודא שבשל המצב הדחוף והעמדתה בפני סכנת דיני נפשות לעובר, היא לא נמצאת במצב בו היא יכולה לתת את הסכמתה לחבלה בגופה באופן שקול. הרה"ג יצחק זילברשטיין מסכם את הגישה להצגת דרישה לעבור ניתוח קיסרי בפני האם כדלהלן²¹:

א. מצוה על הרופא להסביר לאשה ולשכנעה שתסכים להנתח כדי להציל את העובר ואם היא מסרבת משום שאין לה אומן ברופא, חייבים לכנס את הרופאים המומחים, ואם כולם סבורים שחייבים לנתח כופים אותה ומנתחים אותה בעל כרחיה.

¹⁹ ב"ק צט, ב.

²⁰ עיין בשו"ת **שבט הלוי** חלק ד ס' קנא דכתב דאף שהשולחן ערוך פסק דלא ירפא אם ישנו גדול הימנו, בזמן הזה שהשירות הרפואי ניתן רצוף ללא הפסקה, כל מי שיש לו הסמכה לרפא יכול לרפאות, ויהיה לו דין של רופא אומן שטעה שפטור.

²¹ הרב יצחק זילברשטיין, כפיית ניתוח קיסרי להצלת היילוד, **אסיא** סה-סו (תשנ"ט) עמ' 12-9; **ספר אסיא** י (תשס"ח), עמ' 3-6.

ב. לא ניתן לכפות על האשה ניתוח אם ברור שהעובר סובל ממחלות קשות, או שהניתוח הקיסרי יפגע בכושר ההולדה שלה.*

ג. אם ניתן להתייעץ גם עם רב, יש לעשות כך ובפרט כאשר ישנו רופא החושב שאין צורך לנתח.

חשוב להעיר עוד בהסתכלות עכשווית, כי השיקולים דלעיל אין בהם זיקה ישירה לקורונה. עדיין התנהגות הנגיף אינה ברורה ועדיין לא ידועות בבירור ההשלכות, אם יש כאלו, לילוד לאם נושאת הנגיף. ואין לשלול את האפשרות שימים יגידו.

לסיכומם של דברים, ההחלטות הניטלות במצבים כאלו הן לגבי העובר והן לגבי האם, יש בהם משום פיקוח נפש. בתביעות אזרחיות, נבחן הרופא ב"מבחן הרופא הסביר" דהיינו האם נהג כפי שאפשר היה לצפות מרופא סביר. ככל הנראה מבחן זה רלבנטי גם לקביעת ההלכה. מרגע שכך הדבר, ועל אף אופיה הדתי והמוסרי של ההלכה, גם ההלכה תזדקק לקני מידה יבשים דוגמת מדידת ה-pH בדם הטבורי. יתכן שהסתכלות ההלכה על נתונים אלו תהיה יותר מצד של ספק פיקוח נפש אבל מהותית נראה שדין ההלכה לא יהיה שונה מהותית מדין המשפט האזרחי. יתכן שבמידת מה, הדין ההלכתי יבדוק – יותר מהאזרחי – מה העמדות והסיכון הן רגשי והן גופני, לאם.

* דעת הגרש"ז אויערבאך זצ"ל, הובאה ב**נשמת אברהם** (תשע"ד), או"ח, של, סוף ס"ק ב', שלא רק בעובר פגום אשה רשאית להתנגד לניתוח קיסרי אלא גם "שאין על האשה כל חיוב להכניס עצמה בסכנה של ניתוח קיסרי, כשהיא מפחדת מהניתוח, כדי להציל את עובריה". עיי"ש. – העורך.