

# השומר אח



## חיוב על רשלנות רפואית מדיני שומרים מאת הרב גבריאל טולדנו



בבית המשפט המחוזי בירושלים (ת"א 7513/05) נדונה תביעה של קטינה נגד בית החולים שנמנע מלתת טיפול רפואי לאם התובעת עם כניסתה ללידה, וכן נגד הרופא המטפל שהתרשל במעקבו הרפואי במהלך ההריון, התרשלות שתרמה לנזק חמור בתובעת: שיתוק מוחין ופיגור שכלי קשה.

### פירסי המקרה:

מדובר בהריונה הראשון של אָם התובעת. מעקב ההריון בוצע אצל הרופא הנתבע במרפאתו הפרטית, ואובחן כהריון תאומים. בהגיע התובעת לשבוע ה-23 להריונה, אובחן פער גדילה משמעותי בין שני העוברים. בביקורה האחרון של התובעת אצל הרופא בשבוע ה-32 להריונה, צייד אותה הרופא במכתב הפנייה לבית החולים, וציין בו כי עליה לפנות לבית חולים זה בכל מקרה בו תחוש בכאבים, צירים או כל בעיה שתתעורר בהריון. עוד הורה לה הרופא כי בבואה אל בית החולים עליה להציג את מכתבו, ולבקש שייקראו לו מייד עם בואה לשם.

בהיותה בשבוע ה-35 להריונה, חשה אָם התובעת בכאבים ובריידת מי השפיר. ופנתה לבית החולים לפי הוראת הרופא. בית החולים סרב לקבלה, על אף שהיא ובני משפחתה הראו לאחות בבית החולים את מכתבו של הרופא, וציינו בפניה כי מי השפיר ירדו.

האחות שנכחה במקום, סירבה לבדוק את אָם התובעת ולא פנתה לאף רופא לבדיקה או התייעצות, למרות הסבריה על נסיבות בואה לבית החולים. לפנות בוקר שולחה אָם התובעת מבית החולים בלא שקיבלה טיפול כלשהו וללא שנעשתה אבחנה. היא נתקבלה בבית חולים אחר כשהיא בתהליך לידה, לאחר צניחת חבל הטבור. בעת קבלתה בבית החולים השני, התברר כי התאומה הראשונה נמצאת במצג עכוז, כי קיימת ירידת מי שפיר, צוואר הרחם פתוח ל-8 ס"מ, ובחבל הטבור השמוט בנרתיק קיים דופק איטי המצביע על מצוקה עוברית קשה. בדיקת אולטרא סאונד הראתה כי העובר הראשון מצוי בתנוחת עכוז ושרוי במצוקה עוברית קשה ואילו לבו של השני, כבר אינו פועם. זמן קצר אחר כך חולצה התאומה הראשונה (התובעת) בניתוח קיסרי במצב של תשניק [אספיקציה] קשה ביותר, והיא סובלת משיתוק מוחין ופיגור שכלי קשה (P.C). לאחר דקה הוצאה גם התאומה השנייה ללא רוח חיים.

בכתב התביעה נטען כי הנתבעים התרשלו וכתוצאה מרשלנותם נגרמה לתובעת נכות בשיעור 100%. התובעים צרפו לכתב התביעה חוות דעת של מומחים, על פיה התרשלות הנתבעים היא זו שגרמה לנזק המוחי לתובעת, וכי טיפול נאות, דהיינו ניתוח קיסרי מיידי בבית החולים הראשון, היה מונע את קרות הנזק. לרופא ייחסה התובעת רשלנות בהתנהלותו, בכך שלא ביצע מעקב הריון כפי שרופא סביר אמור לבצע.

# אנוכי ?

## השאלה ההלכתית:

בהנחה שכל טענות התביעה נכונות, כלומר רשלנות הרופא תרמה לפגיעה בתובעת, כמו גם מניעת קבלת היולדת לבית החולים למרות מצבה הקשה המחייב טיפול דחוף, האם ניתן להטיל על הנתבעים אחריות כלשהי במסגרת דיני השומרים ?

## א. חיובי שמירה באומן

אומן שנותנים לו כלי לתקן, נחשב כ'שומר שכר' על הכלי. כמבואר במשנה ב"מ פ ע"ב: כל האומנין שומרי שכר. וכך פסק השולחן ערוך חושן משפט הלכות אומנים סימן שו סעיף א :

" כל האומנים שומרי שכר הם. וכולם שאמרו: טול את שלך והבא מעות, או שאמר ליה האומן: גמרתיו, ולא לקחו הבעלים הכלי, הרי האומן שומר חנם. אבל אם אמר האומן: הבא מעות וטול את שלך, עדיין הוא שומר שכר, כמו שהיה. ואם אמר: טול את שלך ואיני שומרו עוד, פטור."

בטעם, שאומן הוא שומר שכר מצינו שלוש סיבות עיקריות:

1. סיבה ראשונה: טובת הנאה

האומן נהנה מן העובדה שהנכס ברשותו שבזכות זה הוא מקבל שכר על עבודתו. כלומר הגם שהאומן איננו מקבל ישירות שכר על שמירת החפץ אלא רק על העבודה שהוא מבצע, יש לו הנאה מהשמירה עצמה והיא נחשבת לשכר. וכך כתב הטור:

" וזהו שכרן שמשתכריכן במה שנותנין להם לתקן וליטול שכר. ואע"פ שלמעשה השכר הוא על עבודתו ולא על שמירתו, ממילא השכר מתפרס גם על השמירה. מכיון שיש לו טובת הנאה מהחזקתו של הכלי שבזכות זה הוא יוכל לעשות מלאכתו ולקבל עליו את שכר עבודתו. " ראה גם ש"ך סי' שו סק"א, קצו"ח סי' עב סק"ד, וסי' שו סק"ד.

בנושא זה, מתעוררות מספר שאלות:

(1) האם תשלום שכר בפועל וקבלת טובת הנאה שווים לעניין החיוב עפ"י דיני השומרים ?  
קיימות שתי סברות:

(1) קיים חילוק בין זה המקבל שכר תמורת השמירה, לבין מי שאינו מקבל תמורה בפועל על השמירה, אלא שיש לו טובת הנאה

מהחזקת הנכס. ניתן לחייב בדיני שמירה אך ורק שומר המקבל שכר, שמתוך כך היה עליו לשמור שמירה טובה במיוחד. לעומת זאת, את זה שאינו מקבל תמורה בפועל, אלא רק טובת הנאה מהחזקת הנכס, לא ניתן לחייב בשמירה מיוחדת. שו"ת מהרש"ך חלק ב סי' קסט, שו"ת חתם סופר חו"מ סי' טז.

(2) שני המקרים של שומר שכר שווים לעניין החיוב. השכר שהשומר מקבל, בין בתשלום בפועל בין בטובת הנאה, מחייב אותו בכל מקרה לשמירה מיוחדת. חידושי רע"א חו"מ סי' עב סעיף יב, קצו"ח סי' עב סק"ה.

(2) האם אומן המקבל שכר מלאכתו על תנאי, ייחשב עדיין לשומר שכר?

כגון, שוחט הנוטל בשכרו כרכשתא (איבר פנימי) מן הבהמות הכשרות. ואם שחט שלא כראוי, והבהמה הפכה טריפה, הוא לא יקבל את הכרכשתא. נפסק, כי גם אומן כזה נחשב לשומר שכר. טור סי' שו סעיף ט, רמ"א סי' שו סעיף ד.

בטעם הדבר נאמרו שני הסברים בטור, הובאו בסמ"ע שם סק"ד.

(1) מפני שמכל מקום הייתה אפשרות שירוויח. שאלו הבהמה הייתה כשרה היה מקבל את הכרכשתא והוא נהנה מן האפשרות לקבל שכר ומכאן כי הוא שומר שכר.

(2) מפני שהכרכשתא שהוא מקבל מבהמות הכשרות משמשת כשכר גם עבור הבהמות הטרפות שהרי רואים את כל השחיטות כמכלול אחד.

2. סיבה השנייה: שימוש כעירבון

לאומן ישנה טובת הנאה מכך שהכלי בידו, שבכך יש לו ערבון שבעל הכלי ישלם לו את שכר מלאכתו. וכלשון הגמ' בב"מ פרק האומנין דף פ ע"ב: "משום דתפיס ליה אאגריה". וראה גם מחנה אפרים הלכות שומרים סי' מא בדעת הרמב"ם.

יש להבחין כי לשתי הסיבות דלעיל לחיובו של האומן כשומר שכר, נפקויות שונות:

(1) כאשר האומן מקבל מראש את שכר מלאכתו:

(1) לפי הטעם הראשון, הוא נחשב בכל זאת כשומר שכר. וזאת מכוח אותה טובת הנאה שבהשתכרותו.

(2) לפי הטעם השני, הוא אינו נחשב עוד כשומר שכר, שכן אין לו כל

# השומר אחי אנוכי ?

חיוב על רשלנות רפואית מדיני שומרים

לעשות את העבודה, שכן באפשרותו של בעל הנכס להחליף אותו באומן אחר שימשיך בעבודה. ואם כך, הבחירה בו נעשתה באופן אקראי בלבד ומי כאן שאינו נחשב לשומר שכר. פרישה וסמ"ע, שם.  
(2) אומן שהוא יחידי בעיר, אפילו אם שכרו בקבלנות, בכל זאת לא ייחשב לשומר שכר שכן הנאת הבחירה איננה קיימת.

## ב. חיוב מכוח דיני השומרים בשמירה על אדם

השאלה שעלינו לשאול היא האם מי ששומר על אדם, כגון שמרטף או רופא, חייב בדיני שמירה? קיימות שלוש דעות בעניין זה:

1. כשם שפוטרים מדיני שמירה מי ששומר על עבד מפני ש'דין עבד כדין קרקע' וכבר נפסק בהלכה שדיני שומרים לא חלים על שמירת קרקעות, כך מי ששומר על אדם בן חורין פטור משמירה, שגם אדם בן חורין הושווה לקרקע. שו"ת הרשב"א [מיוחסות סי' כ הובא בב"י סי' קפח מחודש ד].



2. רק עבד הושווה לקרקע ואילו אדם בן חורין לא הושווה לקרקע, ומכאן כי חלים על השומר דיני השמירה. מרדכי ב"מ סי' שנט, שסז,

הובא ברמ"א סי' קעו סעיף מח:

"מי ששולח חברו בעסקיו ונתפס (נשבה), י"א דאם הלך בשבילו בחנם חייב לפדותו, דהוי ליה עליו כשואל שחייב באונסין". והמרדכי שם מוסיף שאם שלח אדם לעשות לו שליחות בשכר דינו כשוכר. ומבואר כאן, כי חלים דיני השמירה אף על אדם בן חורין.

במאמר מוסגר נציין, כי גם אם נקבל סברה זו, מתעוררת שאלה נוספת בשמירת אדם בן חורין: לפי הרמב"ם, שומר מתחייב בחיובי שמירה רק אם עשה מעשה קניין בנכס הנשמר. והרי ברור שאין מקום לעשות קניין באדם בן חורין.

3. קיימת הבחנה בין המקרים נתיבות המשפט שם סק"ס:

(1) אם השליח הוא קבלן, אין לראותו כעבד ולכן אין דינו כקרקע.  
(2) אבל אם הוא שכיר יום, היינו פועל, הרי הוא כעבד ודינו כקרקע ואין למי

הנאה מזה שהכלי משמש לו כעירבון, שהרי כבר קיבל את שכרו.

(2) כאשר האומן מבצע את עבודתו בביתו של בעל הנכס:

(1) לפי הטעם הראשון, הוא נחשב כשומר שכר. וזאת מכיוון שהוא נהנה בכל מקרה מכך שבעל הנכס נותן לו שכר עבור מלאכתו. ש"ך סי' שו סק"א.

(2) לפי הטעם השני, מאחר והנכס נמצא בבית בעליו הוא נתון בחזקת בעליו והאומן לא יכול לתפוס את הכלי כעירבון לשכרו. על כן, הוא לא ייחשב לשומר שכר. המחנה אפרים הלכות שומרים סי' מא מוסיף נימוק נוסף: במקרה כזה אין צורך כלל בשמירת האומן, שהרי

כל זמן שהנכס נמצא בבית בעליו הוא נתון לשמירת בעליו ונמצא שהאומן אינו שומר כלל.

(3) כאשר האומן עושה מלאכה (=מטפל) באדם ולא בחפץ (לדעת הפוסקים כי דיני השומרים חלים גם במצב זה, ראה דיון להלן).

(1) לפי הטעם הראשון, גם בעושה מלאכה באדם, יכול האומן להיחשב לשומר שכר המחויב בשמירה מעולה על המטופל. זאת מכוח אותה טובת הנאה שבהשתכרותו.

(2) לפי הטעם השני, מאחר והאומן לא יכול לתפוס את האדם כעירבון לשכרו, הוא לא ייחשב לשומר שכר.

3. הסיבה השלישית: ההנאה שבבחירה

הסיבה להיותו של האומן שומר שכר היא, שיש לו טובת הנאה מכך שבעל הנכס בחר דווקא בו ושכר אותו לעשות את המלאכה פרישה סי' שו א, סמ"ע שם סק"א.

לטעם זה, נפקויות משפטיות שונות במקרים שונים:

(1) אומן המקבל את שכרו שלא בקבלנות אלא בשכירות יומית, לא ייחשב לשומר שכר. במקרה כזה אין לאומן טובת הנאה מכך שבעל הנכס בחר בו



שלח חיוב שמירה על גופו.

(2) לפי השיטה הסוברת כי לא חלים דיני השומרים על שמירת אדם: הרופא איננו חייב מדין שומר שכר על הנזקים הנגרמים לחולה שהוא בטיפולו.

(3) ולשיטה השלישית:

- (1) רופא עצמאי המקבל את שכרו מהחולה בהתאם לטיפול הניתן, דינו כשומר שכר.
- (2) על רופא המועסק כשכיר, כגון בבית החולים, לא יחולו דיני השמירה.
- (2) רופא כשומר שכר.

לדעת הסוברים שאכן חלים דיני שומרים על שומר בן אדם ולא רק על שמירת חפצים, האם רופא נחשב לשומר שכר, הגם שהוא איננו מקבל ישירות שכר על שמירת החולה אלא רק על עבודתו כרופא.

(1) חיוב הרופא כשומר שכר מכוח טובת ההנאה:

ככלל, רופא ייחשב לשומר שכר, שהרי יש לו טובת הנאה מכך שבזכות השמירה הוא יכול לתת טיפול.

אולם, לדעת הסוברים שיש חילוק בין מי שמקבל שכר תמורת השמירה לבין מי שיש לו רק טובת הנאה מהחזקת הנכס, רופא לא ייחשב לשומר שכר.

עם זאת, יש להבחין בין מצבים שונים:

- (1) אם הרופא מקבל את שכר הטיפול בחולה על תנאי שיצליח, כגון רופא כירורג-פלאסטי המקבל שכר אך ורק אם התוצאה מתאימה לדוגמה שהבטיח ללקוח, הוא נחשב לשומר שכר.
- (2) כאשר הרופא מקבל מראש את שכרו הוא נחשב שומר שכר, זאת מכוח אותה טובת הנאה שבהשתכרותו.
- (3) כאשר הרופא בא לביקור אצל החולה ושם מטפל בו, הוא נחשב לשומר שכר. זאת מפני שהוא נהנה מכך שהחולה נותן לו שכר עבור הטיפול.
- (4) כאשר הרופא מטפל בחולה מסוים ולצורך הטיפול בחולה חייב להימצא גם אדם נוסף, הגם שהרופא לא מטפל באדם הנוסף, יחולו על הרופא דיני השומרים גם כלפי האדם הנוסף. כגון, אישה בהריון שבאה לטיפול אצל הרופא לצורך עצמה, והטיפול לא קשור ולא מהווה סיכון לעובר שבר-חמה, תחום האחראיות של הרופא הוא לא רק בנוגע לאם אלא גם לעובר.

(2) חיוב הרופא כשומר שכר מכוח השימוש בעירבון:

## ג. חיוב מכוח דיני השומרים על חפץ נוסף

האומן נחשב לשומר שכר לא רק על הכלי שהוא עובד עליו, אלא אף על כלי אחר שנותן לו בעל הכלי הראשון כדי לשמש כדוגמא, כגון שנתן לו ספר במטרה שהאומן יעתיק ויכתוב לו ספר חדש. וכך פסק המרדכי ב"מ סימן שס הובא בדרכי משה חו"מ שו"מ סק"א. הסיבה לכך היא, מפני שיש לו טובת הנאה מהחזקתו של הכלי הנוסף, שבזכות זאת הוא יוכל לעשות את המלאכה כרצון המעסיק ולקבל עליו את שכר עבודתו.

וכך כתב בשו"ת תשב"ץ חלק ד (חוט המשולש) טור ב סימן ל:

"בכל מקום שיגיע הנאה לשומר מצד החפץ שבידו הוא נעשה שומר שכר. ובנדון דידן אילו לא היה מראה החפץ ההוא לשמעון לא היה שמעון יודע לעשות אחר כמותו ונמצא שהשכר שקבל בעשיית הכלי לראובן הוא בשביל הכלי ההוא שהביא לו ראובן ובהוא הנאה נעשה עליו שומר שכר וא"כ הוה ליה החפץ ההוא כמו החפץ עצמו שנוטל שכר על עשייתו מאחר שבשבילו הוא עושה החפץ של ראובן ונמצא שזה וזה שוין וחזר הדין כמו שקיימא לן האומנין שומרי שכר הן".

## ד. רופא כאומן

רופא שמקבל חולה לטיפול הרי הוא ככל האומן, יש לבדוק מתי ייחשב הרופא כשומר שכר, האחראי לשמירתו של החולה בשמירה מעולה, ומכוח מה נובע החיוב. שמתוך כך, אם הוא מתרשל בשמירתו ונגרם נזק לחולה הוא יחויב לשלם מדין שומר שכר.

(1) חיוב מכוח דיני השומרים בטיפול רפואי

(1) לדעת הסוברים שאכן חלים דיני השומרים על שמירת אדם ולא רק על שמירת חפצים, הרי שרופא המקבל חולה לטיפול הוא ככל אומן המקבל כלי לביצוע מלאכתו. ומכאן, כי הרופא יחויב מדין שומר שכר על הנזקים הנגרמים לחולה שהוא בטיפולו.

יש לציין כי לפי הרמב"ם, גם לשיטה זו, לא יחולו על הרופא דיני השמירה, מאחר ולא ניתן לעשות באדם בן חורין מעשה קניין.

# השומר אחי אנוכי ?

חיוב על רשלנות רפואית מדיני שומרים

2. ניתן לחייב את הרופא ואת בית החולים מדין שומרי שכר מכוח החיוב הנובע מטובת ההנאה שלהם, שבזכות השמירה על החולה הם מקבלים את שכרם.

לשיטה זו, יש להחשיב לא רק את האשה היולדת כמטופלת הכלולה בתחום האחריות אלא גם את עוברה הנולד לה, הגם שהטיפול באם לא קשור לעובר. (ראה מה שהובא בשם הגרש"ז אויערבאך זצ"ל, נשמת אברהם (מהדור"ב תשס"ז) חלק חו"מ סי' תק"ה ס"ק א, פסקה 1, ד"ה כתב לי הגרש"ז).

3. ניתן לחייב את הרופא אף מכוח טובת ההנאה שבבחירה. שכן אִם התובעת בחרה ברופא הפרטי הזה שיטפל בה. כמו כן, מדובר ברופא עצמאי ולא שכיר, כך שהוא נחשב כשומר שכר.

4. עם זאת, לשיטת הסוברים כי ההנאה נובעת מכך שהחפץ הנשמר מהווה עירבון לתשלום, לא ניתן לחייב את הרופא או את בית החולים על נזקים שנגרמו למטופליהם מדין שומר שכר.

רופא לא ייחשב לשומר שכן ההנאה איננה נובעת מכך שהחפץ הנשמר מהווה עירבון לתשלום השכר, שכן בשום אופן אדם לא יכול לשמש כעירבון.

(3) חיוב הרופא כשומר שכר מכוח ההנאה שבבחירה:

(1) רופא עצמאי/פרטי שהחולה בחר בו, ייחשב כשומר שכר.

(2) רופא לא ייחשב לשומר שכר, במקרים אלו, שכן ההנאה איננה נובעת מכך שהחולה בחר דווקא בו ושכר אותו לטפל בו:

כאשר הרופא איננו עובד בקבלנות אלא בשכירות יומית, שכן ייתכן והחולה ילך לרופא אחר להמשך הטיפול.

כאשר הרופא הוא רופא יחיד או מומחה בלעדי, שכן הנאת הבחירה אינה קיימת.

## ה. מסקנות

1. לפי השיטה הסוברת כי חלים על שמירת אדם דיני שומרים, ניתן לחייב גם את הרופא וגם את בית החולים על נזקים שנגרמו למטופליהם מדין שומר שכר.

