

תשובה

- לאור האמור, ההוראה לבעל העדר היא כדלהלן:
- לכתחילה אין להורות לו למספר את הולדות ע"י נקיבת חור באזניהם; אך אם הדבר נעשה בטעות, הבכורות מותרים. (אם אין המום נעשה במקום הנכון והותר ע"י ב"ד של ג', עיין יו"ד סי' ש"ט).
 - בכל מקרה צריך לתת את הבכורות לכהן.
 - מותר להשאיר את הבכורות בעדר כדי שיפרו את הנקבות, אבל אסור להרביע בידים.
 - הולדות שייולדו מן הבכורות, אינם רכוש כהן, ואין בהם קדושת בכור.

מותרת, יש לומר שזה לא הוי "זה וזה גורם" לכתחילה, והדבר נחשב כדיעבד. ולכן נראה שרק הרבעה בידיים נחשבת להנאה האסורה ב"זה וזה גורם", אך הנחת בכור בעדר, כשהרבעה נעשית ממילא – אין זו הנאה האסורה, אלא כדיעבד דמי, וב"זה וזה גורם" היא מותרת.

מיהו נראה לענ"ד שצריך לתת את הבכור עצמו לכהן, ואם הכהן ירצה להשאירו בידי ישראל, הרשות בידו. אך את מצוות הנתינה לכהן חייבים לקיים, או לפחות נטילת רשות מהכהן.

סימן נה**אחריותו של רופא שטעה****ראשי פרקים****שאלה**

- דינו של אומן שטעה
- רופא שטעה והזיק
- הפטור משום תיקון העולם
- מסקנת הדיון ברופא שהזיק
- תולה שמת בגלל טעות רופא
- סתירת המשניות בשליח ב"ד שהרג
- ההבדל בין שליח ב"ד לרופא

מסקנות**שאלה***

שאלת אחריותו של רופא לנזק או מוות שנגרם כתוצאה מטעות או "רשלנות רפואית" עולה מידי פעם לדיון ציבורי, הן מן ההיבט המשפטי וממוני, והן מן ההיבט הפלילי והמוסרי. מהי עמדת ההלכה בשאלה זו?

א. דינו של אומן שטעה

לכאורה יש ללמוד את הדין בטעותו של רופא

מטעותו של כל אומן אחר. במסכת ב"ק (צ"ט ע"ב) מובאת דוגמא לטעות באיבחון מטבע, ושם מחלקת הגמרא בין מספר מקרים:

- אם החלפן אינו מומחה – חייב לפצות את הניזק בכל מקרה.
- אם הוא מומחה וביצע את הבדיקה בחינם – פטור, אך אם ביצע אותה בשכר – חייב.

ושני הסברים נאמרו לכך בין הראשונים:

- לדעת התוס' (ב"ק כ"ז ע"ב סד"ה ושמואל, סנהדרין ע"ז ע"א סד"ה רוצח, וכן בעוד מקומות), ההסבר לכך שחלפן מומחה פטור כשביצע את הבדיקה בחינם, הוא משום שאותו חלפן נחשב כאנוס במידה מסויימת. אונס זה אינו אונס גמור אלא הוא כעין גניבה. וגניבה היא אונס יחסי שבו שומר חינם פטור. לעומת זאת אם האונס הוא כעין אבידה – החלפן חייב, כי יש בו רשלנות מסויימת. ואע"פ ששומר חינם פטור באונס כזה, מזיק חייב. ובאונס כעין גניבה, אם הבדיקה נעשתה בשכר – החלפן חייב, כי התשלום מחייב

* מעובד עפ"י הרצאה שניתנה במסגרת הבמה לרפואה, משפט והלכה – פתח-תקוה, שבט תשנ"ג.

כלומר, מי שהוא סבור שהוא הטוב ביותר ואינו מתייעץ עם זולתו (עיי"ש במהרש"א).
וכך מוכח ממה שנפסק בשו"ע (יו"ד סי' של"ו סעי' א):

ומיהו לא יתעסק ברפואה אא"כ הוא בקי ולא היה שם גדול ממנו.

כלומר, אם יש גדול ממנו, עליו להיוועץ בו. ולפיכך מסתבר שמקצוע הרפואה שונה ממקצוע אחר, בכך שחובת הרופא היא להתייעץ עם רופא גדול ממנו; ואם לא התייעץ – נחשב לפושע. והדבר דומה לאונס כעין אבידה ולא לאונס כעין גניבה, וגם לדעת התוס' הוא יהיה חייב. וזאת מפני שאם יש רופא מומחה יותר, והוא לא נועץ בו – אין זה אונס, אלא רשלנות.
כל זאת לדעת התוס'. אך לדעת הרמב"ן, רופא המרפא בשכר חייב בכל אונס שהוא, גם באונס גמור.

ג. הפטור משום תיקון העולם

עוד נאמר בשו"ע (שם):

ואם ריפא ברשות ב"ד וטעה והזיק – פטור מדיני אדם והזיב בדיני שמים.

המקור לכך הוא כנראה בתוספתא (גיטין פ"ג ה"ג), שם נאמר:

דפא אומן שריפא ברשות ב"ד והזיק, בשוגג – פטור. במזיד – חייב מפני תיקון העולם.

וזאת כדי שרופא לא יירתיע מלרפא מחשש שייענש על טעויותיו.

ומתוספתא זו יש להקשות, הן על שיטת התוס' והן על שיטת הרמב"ן.

על התוס' קשה: אם הוא אנוס, הרי בלאו הכי הוא פטור מלשלם. וא"כ לשם מה יש צורך לתקן תקנה משום תיקון העולם? ואם הוא פושע, מסתבר שתיקון העולם לא יפטור אותו.

גם לפי הרמב"ן קשה, שהרי משמע שהמדובר ברופא המרפא בחינם, שכן נפסק להלכה (שו"ע סי' של"ו סעי' ב') שאסור לרופא ליטול שכר על רפואתו. וא"כ הוא פטור לגמרי, גם ללא התקנה משום תיקון העולם.

אחריות יתר. ואם שומר שכר חייב בגניבה, ק"ו מזיק. אך באונס מוחלט, גם בשכר פטור, כשם ששומר שכר פטור באונס גמור.

ב. לדעת הרמב"ן (ב"מ פ"ב ע"ב ד"ה ואתא) גם באונס גמור חייב באדם המזיק. ולדעה זו יש להבחין בין העושה ברשות למי שאינו עושה ברשות (עי' מחנ"א הל' נזקי ממון סי' ה'): אומן מומחה פועל ברשות, ולכן הוא פטור מלשלם. ולעומתו, מי שאינו עושה ברשות, כגון חלפן שאינו מומחה – חייב גם באונס. ובכל זאת, גם העושה ברשות, אם עשה זאת בשכר – חייב. (ובטעם הדבר יתכן לומר שנתנת הרשות מצד הניזק פירושה הסכמת הניזק לפעילותו של האומן, כולל מחילה על נזק שייגרם לו באונס. מאידך, אין האומן נוטל על עצמו אחריות לאונסין, שהרי הוא עושה טובה לניזק, ועל דעת כן עושה עמו טובה, שלא ישא באחריות נזיקין. אך כאשר המזיק מקבל שכר, הוא בעל נגיעה אישית בענין לא פחות מהניזק. ואין כאן הסכמה, ולא מחילה מצד הניזק. ומאידך, מכיון שהאומן מקבל שכר, הוא לא עושה טובה לניזק אלא לעצמו; ולכן הוא נוטל על עצמו את האחריות לאונסין).

ב. רופא שטעה והזיק

מהי ההשלכה הנובעת מכאן לדינו של רופא? לפי התוס', רופא המרפא בשכר, וטעה – חייב, אם יכול היה למנוע את הטעות (כגון: כאשר יכול היה להתייעץ עם מומחה גדול ממנו, או שהיתה לו אפשרות לבצע בדיקה נוספת, צילום או שימוש במכשיר נוסף). אם לא היתה אפשרות כזאת, והרופא עשה כל אשר יכול היה לעשות, וטעה – הוא אנוס גמור, ופטור.

מקובל בין הרופאים שגם הימנעות מהתייעצות עם חבר שווה ערך, היא רשלנות, וה Second Opinion הוא חובה רפואית בסיסית כאשר יש אפשרות לכך (כך שמעתי מפי פרופ' יונתן הלוי, מנהל ביה"ח שערי צדק). על כך אמרו (קידושין פ"ב ע"א) "טוב שברופאים לגיהנום".

הדברים אמורים מצד הדין, ובחלק מהמקרים – משום תיקון העולם. אולם אם הזיד או התרשל בפשיעה – מסתבר שלא יהיה פטור מתשלום.

ה. חולה שמת בגלל טעות רופא

בענין חולה שמת נאמר בשו"ע (יו"ד סי' של"ו סעי' א'):

ואם המית, ונדע לו שגג – גולה על ידו. ואע"פ שאין גלות בזה"ז, הוא צריך כפרה חמורה כעין גלות. כאן תיקון העולם אינו פוטר את הרופא. כי משום תיקון העולם אפשר רק לוותר על תשלום נזיקין, משום שממון ניתן למחילה בידי אדם; אך במקרה של מוות, העונש הוא כפרה כלפי שמים, ואין בסמכותה של החברה למחול על כך.

אולם הדבר עומד בסתירה לכאורה לאמור במסכת מכות (ה' ע"א):

אבא שאול אומר: מה חטבת עצים – רשות, אף כל – רשות. יצא האב המכה את בנו, והרב הדודה את תלמידו, ושלח ב"ד (שהרגו בשוגג, שהם פטורים מגלות).

ובגמ' שם נאמר בטעם הדבר, שהוא משום שעוסקים במצוה. ולכן אינם דומים לאדם החוטב עצים ביער, שהוא רשות. ולפי זה יש לשאול: מדוע רופא שהרג חייב גלות, הרי גם רופא עושה מצוה?

ואכן בתוספתא (מכות, השמטות לפרק ב', הל' ה') הושווה רופא לשליח ב"ד. וכך נאמר שם:

שליח ב"ד שהכה ברשות ב"ד – הרי זה גולה. רופא אומן שריפא ברשות ב"ד – הרי זה גולה. הושוואה זו היא לחומרא, ולדעת התוספתא שניהם גולים. ואולי יש להסביר את התוספתא עפ"י המשנה (מכות ה' ע"א), ממנה משמע שלרבנן, כל מי שהרג בשוגג – גולה, גם אם היה שליח מצוה. אך לדעת אבא שאול שליח מצוה פטור, כגון אב הרודה את בנו ושליח ב"ד.

וא"כ יש לומר שהתוספתא סוברת כרבנן, החולקים על אבא שאול במשנה. ולפי זה, לדעת

ואולי הטעם משום תיקון העולם נצרך לרופא בשכר. אע"פ שבשכר יש מקום לומר שאין צורך בתקנה משום תיקון העולם; כי בין כך ובין כך הרופא לא יירתע מלעסוק ברפואה, בגלל השכר המשתלם לו. אך נראה שהשכר המשתלם לרופאים אינו גבוה עד כדי כך שאפשר לוותר על תקנה משום תיקון העולם (להוציא רופאים מומחים בייחוד, בשיא הקרייה שלהם), וצ"ע.

תירוץ אחר יש לבעל חזון-יחזקאל (לתוספתא ב"ק פ"ט ה"ג בחידושים). הוא מחלק בין טעות הנעשית אגב הריפוי לבין טעות שבאה בעצם הריפוי. במקרה האחרון אין לפוטרו משום שעוסק ברשות, כי טעה בעצם הריפוי. לכן יש צורך בתקנה משום תיקון העולם. וכן כתב ב"ישועות-ישראל" (חומ"מ סי' כ"ה, הביאו הר"ג יצחק זילברשטיין ב"עמק הלכה" עמ' 125), עי"ש.

ד. מסקנת הדין ברופא שהזיק

ייתכן לומר בעוד כמה אופנים: טעות באיבחון, למשל, חמורה יותר. וזאת משום שאולי החולה אינו חולה כלל באותה מחלה; וכל הטיפול, לא רק שלא הועיל אלא אולי אף הזיק. אולם לא מסתבר לומר כן. החולה הוא שמעוניין בריפוי (וכנ"ל בחינם זהו ענין בלעדי שלו). ועל דעת כן החולה בא אל הרופא, למרות שהוא עלול לטעות; וגם ללא סברת תיקון העולם, הרופא פטור.

ולכן נראה שאם נוצרה טעות שאינה קשורה לריפוי עצמו, אלא שתוך כדי ריפוי פגע הרופא באיבר אחר, היה צריך להיות חייב; אך מכיון שהיה טרוד במלאכתו, יש להקל בעונשו מפני תיקון העולם. (ועיין שו"ת חת"ם סופר, או"ח סי' קע"ז). אך יתכן גם לומר שבכל זאת מדובר ברופא שנטל שכר (בשו"ע, יו"ד סי' רכ"א סעי' ד', מבואר שיש מצב כזה, למרות שהוא אינו רצוי). ולדעת התוס', אונס כעין אבידה, שבדרך כלל חייב, כאן יפטור. וכן לדעת הרמב"ן הרופא יפטור בכל אונס. וכל זה רק משום תיקון העולם, כי בלא זה היה חייב. למסקנה נראה איפוא שרופא שטעה בשוגג פטור מלשלם פיצויים לנפגע. בחלק מהמקרים

אבא שאול, החולק ופוטר שליח ב"ד, הוא הדין לרופא.

אך הרמב"ן (תורת האדם, הוצאת מוסד הרב קוק עמ' מ"א-מ"ב) מחלק בין רופא לשליח ב"ד. וצ"ע, מה הסברא לחלק ביניהם?

ועפ"י סברת התשב"ץ (ח"ג סי' פ"ב) אפשר לחלק בין רופא חיצוני לרופא פנימי. רופא חיצוני רואה את הפצע, ולכן אינו אנוס, וגולה. אך רופא פנימי אינו רואה את הנעשה בתוך הגוף, ומרפא כסומא בארובה, לכן הוא מוגדר כאנוס.

בימינו אמנם ההגדרות השתנו, וניתן לדעת גם מה שנסתר בתוך הגוף. אך עדיין יש להבחין בין רופא שטעה ברשלנות, לבין רופא שטעה בלי רשלנות. וכך הכריע ערוה"ש (סעי' ב'), וכן מסתבר. ונראה שרשלנות פירושה שיכול להתייעץ עם גדול ממנו ולא עשה כן, או באחד המקרים שיתבארו להלן.

ובשו"ת מנחת יצחק (ח"ג סי' ק"ד) כתב לחלק בין רופא שהרג בידים לבין רופא שהרג בגרמא.

ו. סתירת המשניות בשליח בית דין שהרג

נראה שדינו של רופא שהרג בטעות יהיה תלוי בתירוץ השונים שניתנו לסתירה שבין שתי משניות במסכת מכות:

במשנה הראשונה (ח' ע"א) שנינו:

...וצא האב המכה את בנו והרב הרודה את תלמידו ושליח ב"ד.

ואילו במשנה השניה (כ"ב ע"ב) שנינו:

הוסיף לו עוד רצועה אחת. ונת - הרי זה גולה על יד.

והסתירה מבוארת: שליח ב"ד - פעם גולה, ופעם אינו גולה. וביישוב הסתירה נאמרו כמה פירושים:

א. כתב הרמב"ם (הל' רוצח פ"ה ה"ו):

...שליח ב"ד שהיכה את בעל הדין הנמנע מלבוא

לדין והמיתו בשגגה - פטור מן הגלות.

והחילוק מבואר. שליח ב"ד שהיכה את

הנמנע מלבוא לדין, לא הכהו מכה נוספת מעבר למנין מוגדר וידוע. מה שאין כן בשליח ב"ד שהוסיף על המנין הקבוע, שהוא עבר עבירה בבירור ולא קיים מצוה בכך. (חילוק זה דומה קצת להבדל שבין טועה בשיקול הדעת לבין טועה בדבר משנה. עי' סנהדרין ו' ע"א).

ולפי זה רופא שטעה בהערכה, בדיאגנוזה, בקביעת המינון התרופתי וכדו' - ייפטר. אך אם המינון ידוע והוא טעה והוסיף על המינון הידוע, או ששכח והשאיר מספריים בתוך בטנו של המנותח, או חתך איבר שלא היה צריך לחתוך - הרי זה שוגג ברשלנות, וחייב גלות.

ב. הראב"ד השיג על אתר וכתב:

זו לא שמוענו מעולם, אלא שליח ב"ד שהוא מלקה יותר ממה שאמדוהו ב"ד. ומת תחת ידו. המשנה הראשונה (ח' ע"א) עוסקת גם כן במלקות. וכך פירש גם רש"י (שם ד"ה ושליח): ושליח ב"ד - המלקה ארבעים, לחייב מלקות. אלא שלפי זה לא ברור ההבדל בין שתי המשניות. שהרי בשתיהן מדובר בשליח ב"ד שהוסיף על מנין המלקות.

ג. יש שחילקו בין לוקה שאמדוהו למספר מלקות פחות מל"ט, שאם השליח הוסיף עליהן, הרי זה בכלל המנין ואינו גולה, כי בכלל המצוה הוא (וזו המשנה הראשונה), לבין הוסיף יותר מל"ט, שאינו מן המנין, ואין כאן מצוה כלל, ולכן גולה (אמרי הצבי"ע ועוד).

חילוק זה ניתן לומר רק בדעת הראב"ד. בדעת רש"י אין לומר כן, מפני שהוא עצמו פירש כנ"ל, ששליח ב"ד המלקה ארבעים, אינו גולה. עכ"פ לדעת הראב"ד ניתן גם לחלק כנ"ל בין טעות הנובעת מעצם הצורך לרפא, לבין טעות מעבר לריפוי, וכל הדוגמאות שהבאנו לעיל יכולות להתאים גם לשיטת הראב"ד.

ד. בדעת רש"י צריך לומר להיפך: במשנה הראשונה, אם הוסיף על הל"ט מלקות, אינו

לקביעת התרופה וכדו', לבין רופא שפועל לפי כל הכללים המקובלים, אך לא חש בכך שהחולה המסויים מחייב שינוי בגישה, בשיטות הריפוי, וכדומה. במקרה הראשון הרופא חייב גלות, ואילו במקרה השני הוא פטור.

ו. מהסוגיא בב"ק (ל"ב ע"ב) עולה תירוץ אחר. הגמ' הקשתה שם על המשנה השניה במכות – העוסקת בשליח בי"ד שהוסיף לנידון מכה אחת, ומת – ואומרת: "והא הכא דשווג קרוב למזיד הוא...!" והתירוץ הסופי הוא: "דטעה דיינא". כלומר, שהדיין מנה בטעות, והשליח לא שם לב לכך ונגרר אחרי הדיין, ומתוך כך הכה מכה מיותרת. לכן השליח גולה, שכן היה עליו לשים לב לטעות. ואעפ"כ אינו נחשב קרוב למזיד, אלא לשוגג. ולפי זה ע"כ המשנה הראשונה מדברת בטעות אחרת: או שהשליח לא שם לב שהמוכה עומד למות (וכנ"ל סעי' ד'), או שלפי הגמ' בב"ק המשנה במכות מדברת בשליח בי"ד שהכה בעל דין שנמנע מלבוא לדין, וכדעת הרמב"ם (הובאה לעיל סעי' א'. ועי' שו"ת

חתם סופר, או"ח ס"י קע"ז, וצ"ע בכוונתו).

הרמב"ם לא מביא להלכה את תירוץ הגמרא בב"ק, שהמדובר במקרה שהדיין טעה. ועי' אור שמח (הל' רוצח פ"ה ה"ו) ו"ליקוטי הלכות" (מכות ט"ז ע"א), שכתבו שהרמב"ם פסק כלישנא בתרא. ומכאן יוצא שגם כאשר היה צריך להעלות על דעתו שהחולה ימות, הוא נחשב לשוגג. ולפי זה גם כאשר הוסיף מדעתו, הוא נחשב לשוגג, וגולה. וא"כ הרמב"ם לשיטתו חילק בין שתי המשניות הנ"ל: במשנה הראשונה מדובר בשליח בי"ד שהיכה את מי שנמנע מלבוא לדין. ואילו במשנה השניה מדובר בשליח בי"ד שהכה ל"ט מלקות והוסיף לו בטעות מכה נוספת. וא"כ חזרנו לחילוק הראשון (לעיל סעי' א').

ונראה שחילוק זה, האחרון, הוא הקובע להלכה. ולפיכך נראה שיש לחלק בין שני סוגי טעויות:

גולה, משום שאמדוהו שיכול לעמוד בכל מספר מלקות שהוא. אולם במשנה השניה מדובר במקרה שאמדוהו למספר קטן יותר. כי ידוע שהוא חולה ואינו יכול לעמוד במנין גדול יותר. ולכן השליח גולה.

אם ניישם את ההגדרה הזאת ברופא, נוכל לומר שבחולה מסוכן, שידוע לרופא שיש להיזהר אצלו במינון הרפואי וכדו', אם הרופא טעה – חייב גלות. אך בחולה רגיל, שלא היה מקום להעלות על הדעת שיש להיזהר בו באופן מיוחד, והטיפול בו היה שגרתי כמקובל, ומת – הרופא פטור מגלות.

ולפי זה כל חריגה מהשיגרה מחייבת גלות. כל הדוגמאות שהבאנו לעיל מתאימות גם להסבר זה. כלומר: הוספה על המינון, שיכתת מספריים, חיתוך אבר אחר בטעות וכדו' – מחייבים גלות. לעומת זאת, בטעות באבחנה, בעצם קביעת המינון וכדו', אם הסימנים לא הראו שיש צורך בזהירות מיוחדת, הרופא פטור. אך אם היו סימנים למצב חריג והרופא לא התייחס בהתאם, הוא חייב גלות.

ה. אפשר לומר חילוק אחר: במשנה הראשונה מדובר במקרה ששליח ביה"ד לא הוסיף על המלקות, ו"ארבעים" שכתב רש"י, לאו דווקא; אלא כוונתו למונח המקובל בכל הש"ס, שהמלקות נקראות על שם המנין שלהם בתורה: "סופג ארבעים". הטעות היתה של שליח ביה"ד שלא שם לב לכך שהמוכה אינו מסוגל לעמוד במלקות. אע"פ שאמדוהו למלקות ארבעים, הוא הראה סימנים שאינם מסוגל לעמוד בכך, ושליח ביה"ד לא שם לב לכך, או שלא פירש נכון את האומדן, וסבר שלאחר שאמדוהו אפשר לתת לו ארבעים. במקרה כזה טעותו בכלל מצוה ופטור. משא"כ במוסיף על המלקות, שזו טעות שאינה מצוה כלל, ולכן גולה.

ובאשר לרופא, יש לחלק בין העדר תשומת לב מספקת של הרופא באיבחון המחלה או

הקרוב למזיד: שוגג גמור נחשב לעוסק במצוה; אך קרוב למזיד אינו מוגדר כעוסק במצוה. ואולי יש לומר כמו שכתבנו לעיל (אות ו'), לחלק בין טעות באיבחון ובטיפול עצמו, לבין טעות באיבר אחר שלא היה צריך טיפול כלל. סטייה זו מהנקודה המטופלת היתה מיותרת ולא מותרת, ומשום כך אינה נחשבת לעיסוק במצוה, ולכן הרופא חייב גלות. (אך בכל זאת אינו נחשב כמזיד, כי טעה תוך כדי עבודתו). ואינו דומה לשליח בי"ד שהכה את הנאשם עצמו, אלא שטעה במכה נוספת. ואכן רופא שטעה במינון כמוהו כשליח בי"ד שהכה יותר. אולם סטייה מהמקום, ניתוח באיבר אחר וכדו', זוהי שגגה חמורה יותר, והוא הדין לרופא שלא התייעץ עם אחרים.

ואם יש מקום לחלק, נראה שזה החילוק בין שליח בי"ד לרופא: שליח בי"ד סומך על ביה"ד בלבד; ואם טעה, עשה זאת בשליחותו של ביה"ד (עי' ערוך לנה, מכות ח' ע"א ד"ה שם ברש"י, שעסק בשאלה זו). אמנם אינו אנוס, מפני שהיה צריך לשים לב; אך גם אינו רשלן, כי סמך על ביה"ד. רופא, אסור לו לסמוך על ידיעותיו ונסיונו בלבד. עליו לשאול אחרים. וכמו שהקדים השו"ע (שם), וכמו שכתבנו לעיל (אות ב'). לכן אי התייעצות עם אחרים היא רשלנות. אמנם מזיד אין כאן, אך גם לא אנוס, אלא שוגג שטעון כפרה.

מסקנות

א. לדעת התוס', רופא מומחה שריפא בחינם והזיק לחולה; אם היה אנוס גמור כעין גניבה – פטור, כעין אבירה – חייב. ואילו רופא מומחה שריפא בשכר – חייב. וייתכן שמפני תיקון העולם הוא פטור.

ב. לדעת הרמב"ן, אם פעל ברשות – פטור. שלא ברשות – חייב. ואם טעה בעצם הריפוי – חייב מעיקר הדין, ופטור משום תיקון העולם.

ג. רופא שגרם למותו של חולה בטעות: אם שכח דבר, פגע בטעות באבר אחר, לא התייעץ עם רופאים אחרים במקום שהיה צורך בכך וכדו' – טעון כפרה. אך בטעות אנוש שקשה היה למונעה – הוא פטור גם בדיני שמים, ואינו צריך כפרה.

א. אם היתה זו טעות באיבחון, במתן תרופה, במינון וכדו', כשהכל נעשה מתוך שיקול דעת ואחריות נדרשים, ובהתייעצות עם רופאים אחרים טובים יותר – במקום שיש מקום לספק ולשיקול דעת נוסף – במקרים כאלו הרופא פטור.

ב. במקרים של מתן תרופה לא נכונה, שלא היתה צריכה להינתן כלל, או מעבר למינון הנדרש, או חיתוך איבר מיותר, או שיכחת חפץ כלשהו בתוך גופו של החולה וכדו' – בכל אלו הרופא חייב גלות. (אם כי צריך שיקול דעת בכל מקרה לגופו, כגון לבדוק אם הרופא לא היה בהול בגלל אילוצים שונים (עיין ב"ק ל"ב א') וכדו'). ובמינון, שאין גלות, הרופא צריך כפרה אחרת.

ז. ההבדל בין שליח בי"ד לרופא

אך יש פוסקים הסבורים שאין להשוות בין הנושאים, ולדעתם שליח בי"ד שונה מרופא. היד-אברהם (יו"ד סי' של"ו סעי' א' ד"ה ואם) מחלק בין שליח בי"ד, שעשה מצוה בהכאתו, לרופא, שלא עשה מצוה כאשר החולה מת, כי מטרתו לרפא את החולה ולא להמיתו. חילוק זה אינו ברור. גם שליח בי"ד תפקידו להשאיר את הנאשם חי, אף במלקות נאמר: "ונקלה אחיך" – לאחר שנקלה הרי הוא כאחיק. וכן "כי לא אחפוץ במות המת". מאידך, גם ברופא, עצם ההתעסקות היא המצוה, ולא רק התוצאה שהוא יבריא. וכמו שכתב הר"ן בחידושו (ב"מ ל' ע"א ד"ה נמצאת) בענין השבת אבידה ע"י כהן בבית הקברות. וכתב הר"ן שהיה מקום לומר שם שעשה היה דוחה לא-תעשה, למרות שהמצוה לא נגמרת עד ההשבה לבעלים, משום שכל מהלך ההתעסקות בהשבת האבידה, משעת מציאתה ואילך, כולו הוא חלק מהמצוה. ולכן העשה חל באותו זמן שבו חל גם הלא-תעשה. וכאשר מדובר ברפואה, יש לומר שהשבת גופו כמוה כהשבת ממונו, שנאמר ו"השבותו לך" – כולל אבידת גופו (סנהדרין ע"ג ע"א).

לכן הכרח לומר כדברי התשב"ץ (מובא לעיל אות ה'), שכתב שיש לחלק בין שוגג גמור לבין שוגג