

מאורות תורת המשפט

תשובות אקטואליות בדיני ממונות

אבישי נתן מייטליס

ו' בשבט תשע"ז נשלח חיינם מידי שבועיים, להצטרפות: meorothamishpat@gmail.com גליון מספר 48

רופא מנתח שהזיק במהלך טיפול

המקרה:

מנתח בבית חולים שהיה תשוש בשל משמרת ארוכה שעבר, שגה במהלך סגירת מקום הניתוח ובמקום התפתח זיהום, שדרש טיפול ממושך.

המטופל דרש מהרופא פיצוי כספי.

תשובה

רופא מוסמך שהזיק בשוגג הינו פטור מתשלום הנזק. על כן, אם היו השלכות לטיפול בלתי צפויות, הינו פטור מלשלם לניזק (טעות באיבחון – תלויה במחלוקת האחרונים). טעה בטעות סבירה ובשגגה, חייב לפייס את הנפגע, בדיני שמים. ואם קיבל שכר כרופא פרטי, יהא חייב.

אולם אם הרופא התרשל ולא פעל על פי ההנחיות, הינו חייב לשלם למטופל על הנזק שהסב לו. על כן אם הזריק או חתך שלא במקום, או שגה במינון התרופה, יהא חייב לשלם על הנזק. בכלל זה יש לחייב את הרופא על נזק שארע בשל עייפותו. והגם שכל מטופל חותם בטרם ההליך הרפואי על וויתור מכל תביעה, לא כלול בכלל זה הליך לא תקין של רופא.

רופא המבוטח בביטוח יהא חייב לשלם בהתאם לתנאי הפוליסה.

נמוקי הדין

רופא מצווה לרפא ולהציל

הרופא מקיים מצוה בהצלתו ובריפוי החולה, כפי שהתירה התורה באומרה ורפא ירפא, וחייב להציל ולרפא את החולה כמבואר ברמב"ן בב"ק פה. ובט"ז בס"י שלו סק"א ובברכי יוסף שם. ובארו התוס' בב"ק בדף פה. בד"ה 'שניתנה רשות' והרשב"א שם שהותר לרופא לרפא כל חולי, גם חולי הבא בידי שמים, ולא נחשב כסותר גזירת המלך שהטיל עליו חולי זה⁹. והרמב"ם בפירוש המשנה בנדרים פ"ד מ"ד למד מהנאמר: 'והשבתו לו, לרבות את גופו. שאם ראהו אובד ויכול להצילו הרי זה מצילו בגופו או בממונו או בידיעתו'. וכ"כ הרמב"ן בתורת האדם והט"ז שם סק"ב והש"ך שם סק"ד. מלבד מה שמקיים מצות 'וחי בהם', ונשמרתם מאוד לנפשותיכם. ואם מונע עצמו, הרי זה הוא כשופך דמים, כמבואר ברמב"ן שם והביאו במנורת המאור פרק ז גמילות חסדים, ולמדו זאת מהאיסור לא תעמוד על דם ריעך.

המהר"ץ חיות בב"ק שם הקשה מדוע לא הביא הרמב"ם דרשת הגמ' שיש לרפא, מהנאמר 'ורפא ירפא'. בתורה תמימה שמות כא, יט יישב שמהפסוק 'רפא ירפא' למדים שיש רשות לרפא, אך מהפסוק 'והשבות' למד הרמב"ם שיש מצווה לרפא. והשואל ומשיב והיד שאול ביו"ד כתבו, שמהפסוק 'והשבות' למדנו חיוב לרפא בחינם, ומהפסוק 'רפא ירפא' למדו שאף בשכר מותר לרפא.

בשו"ת ציץ אליעזר ח"ה - רמת רחל סי' כ הביא מספר שבט יהודה למהר"י עייאש שכתב: 'דענין בקשת הרופא לרפאות הוא דבר מוכרח ויש לו עיקר מן התורה וכמעט שיש חיוב חזק על החולה והקרובים לחזר על הרופא המובהק, ולחזר אחר הסמננין המועילין לרפואת אותו חולי. וכל המתעצל ומתרשל בדבר זה

⁹ אומנם האבן עזרא שמות פרק כא פסוק יט סבר שמכות פנימיות לא כלולות בהיתר להידרש ברופאים: 'שנתן רשות לרופאים לרפא המכות והפצעים שיראו בחוץ. רק כל חלי שהוא בפנים בגוף ביד השם לרפאותו'. וכ"כ רבינו בחיי שם: 'אבל חולי מבפנים אין זה תלוי ביד הרופא אלא ביד הרופא כל בשר, אשר בידו נפש כל חי'. וכן כתב הפלתי על הלכות נדה בס"י קפח: 'התורה דברה ממוכות חוץ, באבר, שבר יד או פצע וחבורה, שזה מוחש והרופא יורד עד תכליתו, ובהן כמעט מופת חתוך כמופת הנדסה. משא"כ בחולי באברים פנימים, שאין עין רופא שולט בו, בזה ידונו כפי שכלם וכמדומה ובספק שקול וכדומה'.

ולא יחוש על הרפואה בדרך טבע, אלא יסמוך על דרך נס לומר, שהקב"ה ישלח דברו וירפאהו בחנם, אין זה אלא מן המתמיהין, ודעת שוטים היא זו, וקרוב הוא להיות פושע בעצמו, ועתיד ליתן את הדין. דכמו שצריך האדם לשמור עצמו מהחום ומהקור... וזה שאינו שומר עצמו... לאמר אם ה' אינו גוזר רע לבוא על האדם, לא תאונה אליו רעה, דהוא חסיד שוטה... כן הוא הדין בעניני הרפואות, שהשי"ת מסר העולם להתנהג כפי הטבע'.

כן פסק השו"ע יו"ד בהלכות ביקור חולים ורפואה בס"י שלו סעי' א': 'נתנה התורה רשות לרופא לרפאות. ומצוה היא. ובכלל פיקוח נפש הוא. ואם מונע עצמו, הרי זה שופך דמים, ואפילו יש לו מי שירפאנו, שלא מן הכל אדם זוכה להתרפאות. ומיהו לא יתעסק ברפואה אא"כ הוא בקי, ולא יהא שם גדול ממנו, שאם לא כן, הרי זה שופך דמים'.

הרי בד בבד עם המצוה והחיוב לרפא, מחויב הרופא לוודא שאינו נוטל על עצמו אחריות גדולה מהידע והניסיון האישי שרכש, ויש לו להתייעץ עם גדולים ממנו בתחום, לפני שמבצע תהליך שיש בו כדי לקבוע את גורל המטופל שלפניו, כפי שנהג דוד המלך בתהלים קיט, מו': 'ואדברה בעדתיך נגד מלכים ולא אבוש'. בפרט שלעיתים רבות הוא תהליך אל-חזור, שכן חוט השערה מבדילה בין מצווה לרפא לבין איסור רציחה. ואם רופא תורן, זוטר, ביצע טיפול משמעותי מבלי להתייעץ לפני כן עם 'בקי... גדול ממנו', יחשב כפושע, ויהא חייב בדמי הנזק שארע תחת ידיו (כן עולה גם בדברי שו"ת רב פעלים ח"ג או"ח בס"י לו: 'דטעות זו של אותה אשה קרוב לפשיעה, דהו"ל להמתין ולהתיישב, מאחר שידעת שיש באותו מקום שפשטה ידה בו משקה סם המות השורף'). אא"כ האיבחון שלו וההשערה הרפואית הובילה אותו להבנה שאין פנאי בידו להפנות את השאלה ולהתייעץ, בשל המצוקה המיידית שלא הותירה זמן להפנות את האירוע לגורם נוסף.

הרמב"ם בהקדמה לפירוש המשנה כתב: 'כי כל מי שיש בו טבע בשר ודם אי אפשר שלא יטעה ויחטא, ויש לנו ליתן דעתנו ופסיקתנו לגבי טעויות ונזקים של רופא במהלך טיפולו'.

אדם שהזיק אדם

המשנה בריש פרק החובל בב"ק אמרה: 'החובל בחברו חייב עליו משום חמשה דברים בנזק (נכות קבועה) בצער ברפוי בשבת (הפסד ימי עבודה עד סיום הריפוי) ובבשת'.

מדין תורה היו צריכים לדון דיני ממונות רק דיינים סמוכים¹⁰, וכיום שאין לנו סמוכים, דנים מכח דין שליחותייהו של ראשונים. ואמרה הגמ' בב"ק בדף פד: שתיקנו שליחותייהו רק בדיני ממונות שכיחים ושיש בהם חסרון כיס, ועל כן הסיקה הגמ': 'אדם באדם דלא שכיחא - לא עבדין שליחותייהו, ולכן אין לדון נזקי גוף בזמן הזה. המשיכה הגמ' להקשות: 'הרי בושתי ופגמתי דשכיח, נעביד שליחותייהו... אלא כי עבדין שליחותייהו במילתא דשכיחא ואית ביה חסרון כיס, אבל מילתא דשכיחא ולית ביה חסרון כיס, אי נמי מילתא דלא שכיחא ואית ביה חסרון כיס - לא עבדין שליחותייהו. הלכך אדם באדם, אף על גב דאית ביה חסרון כיס, כיון דלא שכיחא - לא עבדין שליחותייהו, בושתי אף על גב דשכיחא, כיון דלית ביה חסרון כיס - לא עבדין שליחותייהו'.

נמצאנו למדים שאין אנו דנים האידנא בהעדר דיינים סמוכים מימי משה רבנו, לא נזקי גוף של נכות של אבר (ונחלקו הראשונים, כיצד אומדים נזק זה, אם אומדין כמה היה שווה להמכר כעבד כנעני או כעבד עברי בשל פגם זה), ולא צער, בושתי ופגם. אך דמי ריפוי ושבת, דנים.

והקשו האחרונים מדוע מגבין שבת וריפוי, דאף שיש בהם חסרון כיס מ"מ לא שכיח. ותירצו באופנים שונים. הכסף משנה דייק ברמב"ם שדווקא הנישום כעבד אין גובין בבבל, משמע ששאר דברים שאינם נישומים כעבד מגבין בבבל. הרדב"ז סבר שרק ריפוי ושבת שכיחים שלא במקום נזק מגבין. והסמ"ע ס"ק יא כתב דמכל חבלה מגבין, אפילו מקטיעת ידו דאינו שכיח, דכיון שהם שייכים בשאר מכות השכיחים, ס"ל שאין לחלק, ולעולם גובין.

נחלקו הראשונים והפוסקים אם אפשר לדון דיני שבת וריפוי גם בימינו, אם נחשבים כנזקין שכיחים ויש בהם חסרון כיס. הרמב"ם בה"ל סנהדרין ה', סבר שדנים אותם בזמן הזה, וכן פסק מרן השו"ע בחו"מ בס"י א סעי' ב: 'אדם שחבל בחבירו, אין מגבים דיינים שאינם סמוכים בארץ ישראל, נזק, צער ופגם ובושתי וכופר, אבל שבת וריפוי מגבים'. והרא"ש ב"ק ה', ה' והנמו"י שם ל: והרמ"א חלקו וסברו: 'וי"א שאף ריפוי ושבת אין

¹⁰ ראה קצוה"ח בס"י א סק"ז שדרושים דיינים סמוכים הן לדיני קנסות, להחיל את החיוב שאינו אמור לשפות את החיסרון. והן לאכופף את חיובי ממון.

דנין'. ובמשכנות יעקב חו"מ ס' א כתב דמסתברין דברי הרמב"ם, דדוקא נזק דבעינן שומא והערכה, לא דנים בזמן הזה, משא"כ שבת וריפוי שדמיו קצובים וידועים, הרי זה בבחינת חוב ולא דמי כלל לנזק.

גם על דברים שלא דנים בזמן הזה, פסק הרמ"א שכופין את המזיק לפייס את הנפגע, וזאת על פי דין המשנה בב"ק בדף צב. כן הרי"ף בב"ק בדף ל: מדפי הרי"ף כתב: 'מנהג שתי ישיבות, אף על פי שאין גובין קנס, מנדינן ליה עד דמפייס לחבריה, וכד יהיב שיעור מאי דחזי למיתב ליה, שרינן ליה לאלתר, בין דאפייס מריה בין דלא אפייס'. וכן פסק השו"ע שם בסע' ה: 'אעפ"י שדיינים שאינם סמוכים בא"י אינן מגבין קנסות, מנדינן אותן, עד שיפייס לבעל דינו; וכיון שיתן לו שיעור הראוי לו, מתירין לו'¹¹.

דינו של רופא שהזיק¹²

למותר לציין ולהקדים שאם הרופא פשע והזיק במזיד, שיהא חייב לשלם על נזקיו, ככל דין מזיק, כפי שחייבה התוספתא המובאת להלן, וכן כתב הש"ך ביו"ד בס' שלו סק"ב: 'אבל אם הזיק במזיד, אפי' ריפא ברשות ב"ד, חייב בדיני אדם'. וזה בניגוד לדברי המאירי בסנהדרין בדף פד: 'החובל בחבירו לרפואה כגון שחתך לו אבר או בשר לרפואה, פטור, אף על פי שפשע בו והזיק'. וכן אם חרג הרופא מהתחום עליו מופקד. והחיד"א בטוב עין ס' ט סק"ח כתב שגם אם מודה הרופא שלא הכיר חולי זה מספיק, יהא חייב על נזקיו.

מאידך גיסא, אם נהג הרופא כשורה ועל פי הידוע בספרות הרפואית, ובכל זאת ארע נזק, כתב הפרישה בס' שלו סק"ז שפשוט שפטור אף מדיני שמים: 'שהוא לא המית אותו, אלא השם יתברך רצה במיתתו'. וכדברי הערוך השולחן שם סע' ב: 'דאם עיין, אין לו שום חטא, שהרי מצוה לרפאות. וכבר אמר החכם, שגגת הרופא כונת הבורא'.

דין רופא שהזיק באופן יאטרוגנית בשוגג נכלל בתוספתא בב"ק פ"ט ה"א בכלל אלו שפעלו ברשות והזיקו: 'האב המכה את בנו והרב הרודה את תלמידו, וכולן שהכו ושהזיקו הרי אילו פטורין. חבלו יותר מן הראוי להן, הרי אילו חייבין. שליח בית דין שהכה ברשות בית דין והזיק, פטור. יתר מן הראוי לו, הרי זה חייב. רופא אומן שריפא ברשות בית דין והזיק, פטור. חבל יתר מן הראוי לו, הרי זה חייב'.

אולם בתוספתא שם פ"ו ה"ו נאמר שפטור רק מדיני אדם, ואכתי חייב בדיני שמים. השו"ע יו"ד בהלכות ביקור חולים ורפואה בס' שלו סע' א פסק כן: 'אם ריפא שלא ברשות בית דין, חייב בתשלומין, אפילו אם הוא בקי. ואם ריפא ברשות ב"ד, וטעה והזיק, פטור מדיני אדם וחייב בדיני שמים'¹³.

¹¹ בטעם מנהג בתי הדין לנדות את המזיק, הביא הטור בשם רב שרירא גאון: 'וסמכו חכמים האחרונים וראשי ישיבות כי ראו נזק גדול משום שאין דנין דיני קנסות ועשו תקנה החובל עד שיפייס הנחבל בקרוב'. בהמשך דברי רב שרירא מפורש גם, שבית הדין אינו קובע סכום לפיוס, אלא על המזיק מוטלת החובה לפייס את חבירו, ואחר ששילם סכום שקרוב לסכום שנראה היה להם שראוי לפייס בו, מתירים את הנידוי. אולם, לשון הרמ"א היא: 'ולקנסו כפי הנראה להם'. מלשון 'ולקנסו', נראה שסבר שעל בית הדין לקבוע סכום לתשלום. יסוד זה שעל בית הדין לכפות על הפיוס מצאנו בהמשך דברי רב שרירא, ונפסק השו"ע שם, סע' ו: 'המבייש בדברים, מנדין אותו עד שיפייסו כראוי, לפי כבודו'. הרי שמוטל על בית הדין לכפות בנידוי את המבייש חבירו, לפייסו. וכן נפסק גם בס' תכ סע' לח. ובראב"ד בתמים דעים ס"ו רג הפליג עוד יותר, סבר לכפות לפייס אף במקום שלא נוהג מנהג הישיבות: 'ומה ששאל אדוני המנהג, אמנם כי במקומנו לא נהגו אותו מנהג של שתי ישיבות, ובית דין חשוב הבא להחמיר לפי צורך שעה ומגדר מילתא, גם בלא מנהג נראה שהרשות בידי'.

סמכותו של ב"ד שפועל מכח קיבלו עליהו

בעל שער משפט חו"מ ס' א סק"א נוקט בתחילה מסברא שבאותם דינים שאין דנים רק משום שאינם שכיחים, אך באופן מהותי אינם 'דיני קנסות', בוודאי שמועילה קבלת בעלי הדין.

מו"ר הגר"ח גולדברג שליט"א באר שדבריו של שער משפט מיוסדים על אותו יסוד שנוקט הקצות בס' שן סק"ב, שהכוונה של מודה בקנס פטור, שבי"ד בו מודה החייב, מאבד את סמכותו לדון. בדומה לכך סבר שער משפט, שבי"ד לא יכול לקבל את סמכותו לחייב בקנס מכוח בעל הדין. אך זהו טעם רק ביחס לקנס גמור, ולא ביחס לתשלומים של דברים 'דלא שכיח'. בהמשך הדברים כתב שקבלת בעלי הדין מועילה לחייב אפילו בקנסות. וכן הכריע הבית יהודה (לאנדא) חו"מ ס' א. ובמצאיאות שחתמו על שטר הבוררות לפסוק עפ"י שיקול שעתו של ב"ד, בוודאי יוכלו לחייב פיוס לנחבל.

¹² באנציקלופדיה הלכתית רפואית של הרב שטיינברגר ח"ד עמ' 248 ואילך מובאת סקירה של יחסם של התקופה העתיקה לנזקי רופאים. בחוקי חמורבי פסקו לחרות זרועו של רופא ששגה, לעומת רופאי יוון ורומא שזכו לחסינות מוחלטת. והיו מקומות שהפקירו את גורלו של הרופא ביד בני משפחת המוטפל שנפגע.

אין ספק שמבחינה ציבורית-חברתית ישנה חשיבות גדולה לביקורת על מעשיו של הרופא, ואף אכיפה שיהא בה כדי לגרום הרתעה ומריץ את הרופא לדייק יותר, ולבודק את מעשיו בדקדוק רב, ולמנוע טעויות וסבל. אך מאידך גיסא, יש בכך כדי לאיים ולמנוע מהרופאים, אחיות, מד"א לטפל ולהציל.

¹³ חייב בדיני שמים אינו פטור גמור, ואינו התנדבות של המחוייב בו לשלם. אלא שאינו יכול להתבע בבית דין, שכן לא נמסר לבית הדין כח לדון ולפסוק תשלום על נזק הנעשה בעקיפין. אך המזיק מוגדר כחייב בפיצוי על מעשיו, ודינו מסור לשמים כמבואר בתוספתא בב"ק פ"ו, ואין השמים מוחלים לו עד שישלם - תוספתא שבועות פ"ג, הובאה בירושלמי בב"ק פ"ו ה"א.

דין זה נשנה בתוספתא בגיטין פ"ג ה"ח ובארו שם שיסוד הפטור של אלו שפועלים ברשות מבוסס על תיקון העולם: 'כהנים שפגלו במקדש שוגגין פטורין, מזידין חייבין, מפני תיקון העולם. שלוח בית דין שהכה ברשות בית דין והזיק, בשוגג פטור במזיד חייב, מפני תיקון העולם. רופא אומן שריפא ברשות בית דין והזיק, בשוגג פטור במזיד חייב, מפני תיקון העולם'. בטעם הדין, כתב התשב"ץ ח"ג ס"י פב שאם יתחייב הרופא על שגגתו, ימנעו רופאים מטיפול באנשים, בהיותם חשופים לתביעות על שגגתם.

בשו"ת שבט הלוי ח"ד ס"י קנא כתב: 'דסתם רופאים בזמנינו, נקרא ברשות בי"ד. דכיון דהבי"ד סומכין בענין זה על מה שהמחוס נותני רשות ובקיאים במלאכת הרפואה, גם דעת בי"ד מסכים להם'. וכן הוא בערוך השולחן יו"ד בס"י שלו סעי' ב: 'והאידינא צריך להיות מוסמך מהממשלה שיש לו רשות ליתן רפואות לחולאים, וגם לא יהא שם גדול ממנו'. וכ"כ החיד"א בשיורי ברכה בס"י שכח סעי' א והדברי שאול. הרי שכל רופא שיש לו דיפלומה או רשיון נחשב כעביד ברשות ופטור במקרה של שוגג.

אם הרופא חייב גלות באם נפטר החולה

בתוספתא שלפנינו מהדורת ליבמן פטרו את הרופא על טעתו ולא נזכר שיש לו חיוב גלות, ולכאורה זהו כדעת אבא שאול בגמ' במכות בדף ח., אומנם הב"י בס"י שלו הביא בשם תורת האדם להרמב"ן תוספתא בב"ק ט, ג, ולפנינו הוא בתוספתא במהדורת צוקרמאנדל במסכת מכות פ"ב ה"ה שנאמר בה שהגם שפעלו ברשות ופטורים, חייבים גלות כדין המזיק בשגגה: 'שליח בית דין שהיכה ברשות בית דין הרי זה גולה. רופא אומן שריפא ברשות בית דין, הרי זה גולה. המחתיך את העובר במעי עשה ברשות בית דין, והרג, הרי זה גולה'. הרי שאין פטור המזיק שפעל ברשות משום שאנוס גמור מכל וכל, והינו חייב גלות. וכן פסקו הטור והשו"ע יו"ד בהלכות רפואה בס"י שלו סעי' א: 'ואם ריפא ברשות בי"ד, וטעה והזיק, פטור מדיני אדם וחייב בדיני שמים. ואם המית, ונודע לו ששגג, גולה על ידו'. ומצאנו כמה אופנים ליישב את המקורות, אם פטור מכל וכל, או חייב בדיני שמים או שחייב אף גלות;

א. הב"ח יו"ד בס"י שלו הביא משמיה דהמהרש"ל שחובת הגלות על רופא נאמרה בתוספתא רק במציאות שמת מיד אחר הטיפול הרפואי של הרופא: 'דאם לא כן, איכא למימר, קירב מיתתו על ידי אכילה ושתיה או על ידי נענוע', וכ"כ הפרישה, אלא שסבר שיגלה הרופא אף בספק. כלומר, יש לתלות את המיתה בדברים חיצוניים ולא בתהליך שערך הרופא. הרי שהבין שיש לרופא חובת גלות על מעשיו אם שגה בטיפול.

ב. בתשב"ץ ח"ג ס"י פב והאור שמח בהלכות רוצח פ"ה ה"ו הקשו מדוע נאמר שרופא שהזיק גולה, והרי הגמ' במכות בדף ח. הביאה דרשת אבא שאול שהרב הרודה את תלמידו והאב המכה את בנו אינן גולין, משום דהתם במצוה קא עבידי. והלא גם הרופא ב'מצוה קא עבידי', דהא אבדת גופו הוא. וכן הקשה בספר מעשה רוקח על המשניות בסוף סנהדרין, הובא בברכי יוסף יו"ד ס"י שלו. וכן תמה במנחת יצחק ח"ג ס"י קד. ובהגהות יד אברהם לשו"ע שם סעי' א תירץ, דשאני רופא שלא עשה מצוה ברפואתו כשמת החולה, משא"כ ברב הרודה את תלמידו ובכל אלו שמנו בגמרא במכות שמת התלמיד תוך כדי שהמלמד הכה ברשות. כלומר, התברר לבסוף, שלא היה בפעולת הרופא כדי לרפא, והתברר אינו עסוק במצוה. וכ"כ הבשמים ראש בס"י שפו והא"ש בהלכות רוצח פ"ה. וכן הוא הלשון ברמב"ם בהלכות רוצח פ"ה ה"ו: 'יצא האב המכה... והרב הרודה... ושליח בית דין, שהרי שגגו והרגו בשעת עשיית המצוה'.

ברש"י מבואר שהתשלום פטרו מעונש, כן ברש"י קדושין מג א ד"ה 'דינא רבה' וב"ק קד א ד"ה 'שכבר הודה': 'ידי עונש אין יוצא עד שישלם'. וב"מ לז א ד"ה 'הכא בבא': 'ידי שמים לא יצאת, עד שתתן לשניהם'. הרי שחיוב זה הינו שחייב עונש בידי שמים. ובגיטין בדף נג. כתב רש"י בד"ה 'וחייב בדיני שמים': 'פורענות לשלם לרשעים שנתכוין להפסיד את ישראל'. הדבר אברהם ח"ב ס"י לב סעי' טז בהגהה באר שחיוב הממון בידי שמים אינו חיוב ממוני, אלא תיקון האיסור ומניעת העונש. ועל כן סבר רש"י בב"מ לז א ד"ה 'הכא שאם בא לבי"ד מאליו להימלך מה יעשה ולא יענש, אומרים לו שמידי שמים לא יצאת עד שתתן.

אולם המאירי בב"ק בדף נו. כתב שכל שלא השיב ישנו גזל בידו: 'כל שכתבנו עליו כאן שהוא חייב בדיני שמים פירושו שהוא חייב בו בהשבונו. הא לענין איסור, אף מה שהוא פטור בו מדיני שמים, איסור מיהא יש בו... ומכאן כתבו גדולי הדורות שכל שנאמר עליו חייב בדיני שמים פסול הוא לעדות, עד ששייב. והדברים נראין, שמאחר שהוא חייב להשיב, תורת גזלה חלה עליו עד ששייב'. הרי שיש גזל תחת ידו, אף שאין יכולת לחייבו להשיב. וכ"כ בספר ההשלמה לב"ק פו ס"י א בשם אביו שנפסל לעדות מחמת כך. וכן נראה שהבין החזו"א בב"ק ס"י ה סק"ד שיש בכך חיוב ממון בידי שמים מדינא.

היש"ש בב"ק פ"ו ס"י ו וכנה"ג מהדו"ק בס"י כח כתב שאף על פי שאין לבית דין לכופו לשלם, מכל מקום בדברים בלא כפייה יש לדחקו. ולפי"ז יוכלו הבי"ד רק להודיעו שחייב, כמש"כ הראב"ן בב"ק נה.

לעומת כל הנ"ל, הזית רענן (לבעל המגן אברהם) על התוספתא בב"ק פ"ו אות יד באר שאינו עניין ממוני כלל, ולא מסור לבית הדין, אלא הכוונה: 'הש"ת יודע אם היתה כוונתו להזיק, חייב בדינו. אבל אם לא נתכון להזיק, פטור מדיני לשמים'.

בש"ת להורות נתן יג ס"קמה תמה על פסקו של החתם סופר בשו"ת חו"מ ס"קפד שכתב: 'והלא חז"ל פטרו מגלות הרופא שהמית החולה', שזהו בניגוד לפסק השו"ע שגולה על ידו. ויישב דבריו, שתשובת החת"ס עסקה באשה שלקחה את בנה על ידי להניק כדרך כל הנשים הלוקחות ילדיהן חובקת בזרועותיה, ונאנסה באונס שינה, ומת תחתיה. וכיון שתחלת לקיחתו היתה לטובתו לצורכו להניק ונאנסה בשינה, הו"ל אונס ולא שוגג. ועל כך השיב החת"ס, שהלא חז"ל פטרו מגלות רופא שהמית חולה, ומכל שכן הכא. ועל פי דברי התשב"ץ הנ"ל יש ליישב, שחיוב גלות נאמר על רופא שבעת שריפא לא עסק במצווה, אולם אם היה מת החולה תוך כדי ריפוי, היה פטור אף מגלות. וכך היה המעשה של החת"ס, שכן האישה היתה עסוקה במצוה להחיות את הולד, ותוך כדי עשיית המצוה נאנסה באונס שינה, ופטורה האישה: 'ואדרבה נדון החתם סופר עדיף טפי, דהא הרב הרודה את תלמידו והאב המכה את בנו, הלא עסיק בדבר שעלול להורגו, דהא הרדייה וההכאה סכנה יש בה, ואעפ"כ פטור משום שנכנס ברשות ועשה מצוה ברדייתו, ומכל שכן בנדון החת"ס שאמו של הולד לא עסקה כלל בדבר העלול להרוג את הולד, אלא אדרבה ותחינה את הילדים על ידי שמספקת לה מזון על ידי ההנקה, והיא עשתה מצוה, אלא שנסתבבה מיתה על ידי דבר צדדי שנגרמה על ידי אונס שינה, בזה בודאי שפטור מגלות, כיון שהאם לא התכוונה כלל לעשות מעשה העלול להביא לידי מיתה'.

עוד הקשה בשו"ת להורות נתן שם מתשובה נוספת של החתם סופר ז"ל בשו"ת או"ח ס"קעז, שפטור אשה שטעתה ושפכה לפה נערה שהתעלפה רעל שהיה בסמוך לצלוחית יין שרף, כיון שהיתה עסוקה בדבר מצוה להצלת הנפש. וכבר עמדו על כך האחרונים, שלא חייב את האישה גלות. והביא תשובת הרב פעלים ח"ג או"ח ס"ל לו שיישב עפ"י דברי התשב"ץ ח"ג ס"פ שבחילק בין רופא שטעה לשגיאה בנתינת שיקויים: 'כי פירוש רופא אומן שגולה, הוא רופא החבורות במלאכת היד, ששגגתו וזדונו היא חבלה ורציחה בברזל, שהעידה התורה שאפילו מחט אינו צריך אומד... אבל רופא חולים במשקים ובמשלשלות ובמרקחות ובמרחצאות והנחות, אינו נקרא רופא אומן, אלא רופא סתם... ואם שגג או הזיד והמית או הוסיף מכאוב על מכאובי החולי, ונתכוון לרפאות ולא התכוין להזיק פטור הוא אף מדיני שמים'. הר"ק כשהתעסק לרפא את החולה תוך כדי עשיית חבורה בסכין, שכל ברזל עלול להרוג, ושגג והרג, חייב גלות, אבל כשריפא חולים בתרופות שונות במשקים ובמרקחות, פטור מגלות, כי דברים הללו אינם הורגים בהחלט, ועל כן אף שהרופא טעה ונתן לחולה תרופות כאלו יותר מדאי או פחות מדאי וכדומה, הו"ל אונס בגדר אונס ופטור מגלות אף שמת החולה.

ובשו"ת להורות נתן דחה את היישוב של הרב פעלים, שכן בנתינת הרעל לנערה, זהו מעשה רציחה גמורה, הו"ל כאילו הביאה אש והניחה עליה ושרפה, ובוודאי דחייב גלות כמו רופא שהרג את החולה בסכין. אולם, סבר בשו"ת להורות נתן, שהחתם סופר פטר מגלות משום דהו"ל בגדר מתעסק: 'ואינו דומה לרופא ששגג והמית, דהתם מיירי שהוא התכוין לעשות את המעשה שעשה, וכגון שהתכוין לחתוך בבשר החולה אלא שחתך יותר מדאי, או שטעה בענין אחר והמית את החולה. דהתם ליכא פטור של מתעסק, כיון שהרופא התכוין לעשות מה שעשה, אלא שסבר לתקן ונמצא מקלקל. אבל בנדון החת"ס שהאשה רצתה לשפוך יין שרף ושפכה פעטריאהאל דהו"ל בגדר מתעסק לגבי שפיכת הפעטריאהאל, ולכן פטור החת"ס מחיוב גלות'¹⁴.

נמצא שרופא שהזיק ומת החולה תוך כדי פעולת הצלה 'טובות ומועילות', אינו חייב גלות ופטור אף בדיני שמים כפי שהאב והאב שהיכו והזיקו פטורים. וכן אם היתה טעות בנתינת שיקויים, בלא פעולה אקטיבית של הרופא שנתן בידיו לפי החולה, הינו פטור אף מגלות.

ג. הברכ"י שם הביא ליישב שדורשים מהרופא להתבונן ולדייק יותר, שכן עפ"י האומדן שלו נחרץ גורל הנפשות, משא"כ האב והאב שהכו ברשות ובתום לב כדרך המחנכים: 'האף אמנם שנתכוון למצוה, עבר עבירה וחיב בדמו של זה בשוגג, והו"ל למידק ולהתבונן יפה, כי נפש הוא חובל ומזיק. אמנם הרב והאב מאי עבוד ומאי הו"ל למעבד, ששם עלו שבטי'ם ליסר בן ותלמיד כראוי וכדרך העולם, ולא יצאו מההקש להיות להם למוקש, ולא טעו, ואמטו להכי פטירי'. מעין זה יישב בישועות ישראל בס"ה, שהתברר בטעות זו של הרופא, שאינו אומן, ונכנס לטיפול שלא ברשות ולכן הינו חייב.

ד. הגרש"ז אויערבאך בנשמת אברהם י"ד ס"ל שלו עמ' רלא כתב ליישב, שגם רופא שטעה בשיקול הדעת פטור מגלות, ורק אם לא נזהר מספיק וקלקל מחוייב בגלות. לדבריו שווה דינו של הרופא

¹⁴ הערת הרב חנניה שפרן: אם נרחיב את דברי החתם סופר כי כל הפועל מה שהיה נראה לו נחוץ באותו רגע פטור מגלות (כהבנת שבט הלוי חל" י"א ס"ו רס"א ולא כהבנת הציץ אליעזר ברמת רחל, וכו"ש לפי הבנת הגרש"ז בנשמת אברהם) נמצא כי בפועל הרופאים פטורים הרבה יותר כי במקום בו פטור מגלות ייתכן ופטור גם מלצאת ידי שמים.

לשליח ב"ד ולאב המכה ונאנסו שפטורים מגלות, כל עוד טעותם בגדר אונס. לדבריו, אם שגה הרופא ונתן תרופה אחרת, הינו פטור מפיצוי הנזיק בדיני אדם. כן מבואר שבאר בערוך השולחן שם סעי' ב': 'אם ריפא ברשות וטעה והזיק, פטור מדיני אדם וחייב בדיני שמים, אם היתה ע"י התרשלותו ולא עיין יפה. דאם עיין, אין לו שום חטא'. כן נראה שהבין בספר תשובות והנהגות ח"א בס"ת תקס, ולכן פטר נהג אמבולנס שדרס, רק אם נהג בזהירות (במושגים של נסיעה מהירה מעין זו) ולא סיכן בניסיעתו.

ולענייננו, אם היה מנתח אבר אחר, היה חייב לשלם פיצוי למטופל וחייב בגלות, אולם אם ניתח את האבר ולא פעל כשורה, הוא פטור ככל אלו שכתובים שם שהזיקו בעת שעסקו בחינוך. אולם אם לא עשה את כל שנדרש בסיום הניתוח, יש לראות זאת בכלל פשיעה¹⁵, שאומנם היתה בשל העייפות המרובה שצבר ולא בכוננת זדון, אבל יש לחייבו בפיצוי הנפגע מעיקר הדין.

אומן שהזיק

מצאנו פטור גורף לבעלי אומניות שהזיקו במהלך תיקונם ופעולתם, שיש בו כדי ללמד על פטור הרופא שהזיק. הגמ' בב"ק בדף צט: הבחינה בחיובי אומן שהזיק, אם פעל בשכר או בחינם: 'הנותן בהמה לטבח ונבילה, אומן פטור, הדיוט חייב. ואם נותן שכר, בין הדיוט ובין אומן חייב', וכן פסק הרמב"ם בהלכות שכירות פי"ה והשו"ע בס"ת שו"ע ד.

והדברים טעונים ביאור, כיון שקיי"ל כדברי המשנה בב"ק פ"ב מ"ו: 'אדם מועד לעולם בין שוגג בין מזיד בין ער בין ישן'. ומדוע פטרו את האומן שקלקל והזיק אם עשה זאת בחינם. ומדוע מחוייב בתשלומים אם קיבל שכר. ומצאנו שתי שיטות ביסוד פטור זה;

א. התוס' בב"ק בדף כו: ד"ה 'ושמואל' ובב"מ בדף פב: ד"ה 'וסבר' למד מהירושלמי שפטור את הישן שהזיק תוך כדי שינה את האדם שבא לישן לצידו, שאדם המזיק פטור באונס כעין גניבה, והפסוק פצע תחת פצע שחייב על האונס כרצון מיירי דווקא באונס כעין אבידה. ומטעם זה אומן שטעה תוך כדי מהלך עבודתו והזיק פטור, הגם שמוגדר כאדם המזיק, מ"מ התורה פטרתו כיון דאנוס הוא ואנוס רחמנא פטריה. כלומר אדם שאינו אומן, פשע בכך שהתעסק בדבר שאינו בתחום מומחיותו, וכל נזק שיארע מחמת פעולתו, יחשב כמזיק בידים. לעומת אומן שניסה לתקן, לא פשע בכך שהתעסק וניסה לתקן

ב. הרמב"ן בב"מ פב: סבר שאדם המזיק חייב אף באונס גמור, ובירושלמי פטר משום שהשני הזיק את עצמו כשבא לישן שם. אלא דאומן שטעה והזיק תוך כדי מהלך העבודה, אינו נחשב כאדם המזיק, כיון שמתעסק ברשות ועליו מוטל להתעסק בדבר, ולכן לא מחייבין ליה בעושה בחינם.

פטור זה נאמר כשעשה בחינם, אולם אם קיבל שכר מלאכתו מחוייב על נזקיו, ובאר הסמ"ע בס"ת שו"ע יג בד"ן זה: 'דכיון שהוא מומחה ואינו רגיל לבוא מכשול זה לידו, אמרינן דמזל דבעל הבהמה גרם לו שבא מכשול זה לידו. אבל שחטו בשכר חייב, דה"ל ליזהר טפ"י'. כפי שבאר רש"י בב"ק שם בד"ה 'דקעביד בשכר'. אומנם אם יסוד החיוב הינו מדיני 'שומרים', צ"ע כיצד יש לחייב את הרופא, וכי הוא שומר על גוף המטופל. וראה בחלקת יואב חו"מ ס"י יב שהבין כי יש כאן הרחבה של דיני נזיקין. ובש"ך שם סק"ז מבואר שצריך להיות לאומן ניסיון בכדי לפוטרו: 'מיקרי מומחה כששוחט ג' פעמים עופות קטנים'. וכן הוא בפרישה בס"ת שלו סק"ה שצריך להיות מנוסה מכבר בכדי להפטר, במהרש"ל יש"ש בב"ק פ"ט ס"י כג.

דין רופא כדין דיין שטעה

לגבי דיין שטעה פסק מרן השו"ע חו"מ בס"ת כה סעי' א': 'כל דיין שדן דיני ממונות וטעה, אם טעה בדברים הגלויים והידועים... חוזר הדין ודנין אותו כהלכה... ואם אי אפשר לחזור... הרי זה פטור מלשלם אף על פי שגרם להזיק, לא נתכוין להזיק'. והרמ"א הביא דעת החולקין.

¹⁵ הרב חנניה שפרן הקשה, מדוע אב המכה את בנו פטור מגלות, ובפשטות אף שהכה אותו מכה יתירה פטור (כי במכה פשוטה למה ימות), ואם במצב זה אמרו בתוספתא בב"ק ט, ג כי רופא דינו כרב, גם ברופא יהיה פטור. ואולי תלוי הדבר במחלוקת האחרונים בפת"ש חו"מ תכ"ד אם פטרו אב גם מזיקין.

אולם הקצוה"ח שם סק"ו כתב: 'ועכשיו שנשתררב המנהג שהדיינים לוקחים שכר על הפסק, נראה לפי שיטת בעל המאור דפטור מומחה וקבלו משום דאונס הוא. וא"כ בשכר חייב... ואפילו נוטל שכר בטלה נמי'. וכיון שהרופאים מקבלים משכורת על מלאכתם, יש לחייב אותם בדמי הנזק שהסבו.

אך האמרי בינה דיני דיינים ס"ל סבר שיש לפטור את הדיין אף שמקבל שכר, עפ"י דברי הרמ"א בס"י כה סעי' ג שכתב: 'בזמן הזה בשמכריחין הקהל הדיינים, על פי החרם, שיהיו דיינים בעל כרחם, לא ישלמו אפילו טעו, דמה להם לעשות'. והבין האמרי בינה שמדובר שדיין זה נוטל שכר מקופת הקהל לפרנסתו, ואפ"ה פטור לשלם. ובטעם הדבר, כיון שהינו בקי בתחום ומקצועי בתחום זה והיה מוכרח להכנס לעובי הקורה, אין להטיל עליו חיוב בגין טעות שארעה אצלו. והעלה לסיים: 'ואולי יש לחלק בין אם נקצב להם שכר בכללות, למקבל שכר בפרטות על דבר הבא לפניו, די"ל בזה חייב, דצריך למידק ביותר... וטעות שכיחא הרבה בפרט בשיקול הדעת די"ל דהוי כאונס. אולם הכל לפי הענין במה טעה, אם נראה שיגע א"ע כפי יכולתו וידיעתו, ובכ"ז טעה בדבר שיש מקום לטעות, בזה י"ל דהוי כאונס. אבל אם הטעות הוא בדבר הנרא' שלא שם עיניו כראוי, ול"ה מתון בדבר כפי הצורך, בזה י"ל דחייב בקבל שכר'.

הרי לנו מחלוקת בין הקצוה"ח לאמרי בינה בגדר הרופאים בימינו, לדעת הקצוה"ח הינם בגדר אומן בשכר וחייבים על נזקיהם. ולדעת האמרי בינה, יש לפוטרו, אא"כ קיבל שכר על טיפול פרטי, שאז יהא חייב אא"כ היה מקום לטעות סבירה זו.

על אילו נזקים פטור רופא שהזיק

יש ללמוד מדברינו בפרק הקודם על דינו של רופא שהזיק. לדעת התוס', אם הנזק ארע בשל אונס כעין גניבה, שלא תלוי באשמת הרופא, יהא פטור מפיצוי הנזק, כל עוד נעשה בחינם. ולדעת הרמב"ן כיון שפעל הרופא ברשות יש לפטור רופא שהזיק שפעל בחינם¹⁶.

וישנה תמיהה רבתית. שכן יסוד דין פטור הרופא מנזקיו מצוי ברמב"ן בספרו תורת האדם שער המיחוש - ענין הסנה, והוא כלל את פטור הרופא ממשמעות הפסוק של 'רפא ירפא', ולא רק כפי ששאר הראשונים בארו שהפסוק חידש שלא אמרינן רחמנא מחי ואיהו מסי, אלא מותר לרפא את החולי, ולא הוי זה כסותר גזירת המלך: 'תנא דבי ר' ישמעאל ורפא ירפא מכאן שניתנה רשות לרופא לרפאות. פי' שמא יאמר הרופא, מה לי בצער הזה, שמא אטעה ונמצאתי הורג נפשות בשוגג, לפיכך נתנה לו תורה רשות לרפאות... הרופא כדין מצווה לדון, ואם טעה בלא הודע אין עליו עונש כלל, כדאמרינן שמא יאמר הדיין מה לי בצער הזה ת"ל עמכם בדבר המשפט אין לדיין אלא מה שענינו רואות. ואעפ"כ אם טעה ונודע לב"ד שטעה, משלם מביתו על הדרכים הידועים בו, ואף על גב דהתם אם דן ברשות ב"ד פטור, אף כאן מדיני אדם פטור מן התשלומין אלא שאינו פטור מדיני שמים עד שישלם הנזק ויגלה על המיתה, הואיל ונודע שטעה והזיק או המית בידים'. הביאו הטור ביו"ד בהלכות רפואה בס"י שלו כפי שהעיד הב"י שם וסיים הטור: 'ומ"מ א"צ לימנע מפני חשש טעות'. נמצא שהשווה דינו של הרופא לדין דיין שטעה, שפטורים, אא"כ טעו ושגו בטעות יסודית, ואז על הדיין לשלם, ועל הרופא לגלות. ומדוע לא הסתפק הרמב"ן לפוטרו ככל אומן שעשה ברשות וטעה, ומדוע נדרש לדרשה חדשה ולימוד מחודש? וכך הקשה האור שמח הלכות רוצח פ"ה על הרמב"ן והשו"ע שלא פסקו כאבא שאול, ונשאר בצ"ע.

רבי יהושע מקוטנא בספרו ישועות ישראל בס"י כה יישוב, שפטור מזיק ברשות נאמר כאשר אומן התחיל לפעול ולטפל בתחום מומחיותו וטעה, אולם אם טעה בשיקול הדעת כאשר מעיקרא ביקש לשחוט, הרי הוא פושע. וכן הדין ברופא, אם עשה ניתוח ובמהלך הניתוח חלה הסתבכות, הוא פטור, שכן עשה ברשות, אולם אם טעה בהחלטתו לבצע ניתוח, יהא חייב משורת הדין לשלם, שהרי לא פועל ברשות. ובכגון זה נצרך הרמב"ן לחידושו לפטור את הרופא, מפני תיקון העולם, שלא ימנעו מלהתעסק ברפואה.

משל לכך ניתן להביא מטעם פטור של הרודף אחר הרודף, להציל את הנרדף, שהגמ' בסנהדרין בדף ע"ד. אמרה שפטור על הכלים ששובר בעת רדיפתו: 'שאם אי אתה אומר כן, נמצא, אין לך כל אדם שמציל את חבירו מיד הרודף'. ולא אמרו שפטור משום שהזיק באונס, כפי שסבר התוס' דלעיל. על כורחך, שפטור זה מבקש לפטור את המציל, אף במקום שהיה יכול להמנע מלשבור כלים לו היה משקיע מחשבה בעת הרדיפה. אלא שמפני תיקון העולם, שלא ימצא מי שיציל אם ידרש לשלם על טעות בעת הרדיפה, פטרוהו אף מכך. וכן הוא בלשון הרמב"ם בהלכות חובל ומזיק פ"ח ה"ד שביקשו לפטור מלעיין בעת הרדיפה: 'מי שרדף אחר הרודף להושיע הנרדף ושבר את הכלים... פטור, ולא מן הדין אלא תקנה היא,

¹⁶ לדעת האמרי בינה ישנו חידוש ברופא, שאף שמקבל שכר, הוא פטור, ודלא ככל אומן שרק בחינם פטורים.

שלא ימנע מלהציל או יתמהמה ויעיין בעת שירדוף'. וכן התקנה פוטרת את הרופא ששכל ונכנס לטיפול שגוי בשל שיקול דעת לקוי.

נמצא שלשיטת הרמב"ן יש לפטור את הרופא גם במקום שטעה בשיקול הדעת סבירה¹⁷ בדיני אדם, ולא רק בהסתבכות בשל טיפולו. אומנם ברור שכאשר הטעות נבעה מחוסר זהירות ותשומת לב מיטבית של הרופא, שהוא יהיה חייב לשלם, בשל התרשלות זו, וכן כתב החיד"א בספר טוב עין סי' ט אות ה שאם הרופא לא העמיק לחקור את טיב המחלה, ונתן סמים שהזיקו לחולה חייב.

נפק"מ בין השיטות אפשר ללמוד מפסקו של שו"ת שבט הלוי ח"ד סי' קנא שחייב רופא שניים שקדח בשן אחרת בטעות. הוא למד מדברי התשב"ץ ח"ג סי' פב שכתב שהפטור של רופא מבוסס על תקנה בפני תיקון העולם, שלא ירצו להתעסק בתחום, וההיתר נאמר רק במציאות שהרופא פעל כראוי והזיק, שאז הינו שוגג, ומפני תקון העולם פטרוהו. אולם אם עשה יותר מן הראוי לו, וחרג במעשיו מהנדרש והזיק, הוי מזיד וחייב. ודינו מסור לשמים. הרי שאם הרופא חתר במקום שלא היה צריך לחתוך, או קדח בשן אחרת, הינו מוגדר כמזיד בדין תשלומין מדין אדם מועד לעולם. אולם דברים אלו מבוססים על שיטת התוס' שפטור של רופא הינו מתקנת העולם, כפי שהעיר הרב זילברשטיין, אך לשיטת הרמב"ן שישוד פטור של הרופא הינו מעיקר הדין, שפעל ברשות, יש לפטור את הרופא בדיני אדם אף בטעות מעין זו שקדח באבר אחר, כל עוד לא היה רשלנות במאמצי הרופא לחקור אחר מהות הטיפול, כפי שכתב החיד"א בטוב עין.

התשב"ץ ח"ג סי' פב חילק בין רופא שטעה לשגיאה בנתינת שיקויים: 'כי פירוש רופא אומן שגולה, הוא רופא החבורות במלאכת היד, ששגגתו וזדונו היא חבלה ורציחה בברזל, שהעידה התורה שאפילו מחט אינו צריך אומד... אבל רופא חולים במשקים ובמשלשלות ובמרקחות ובמרחצאות והנחות, אינו נקרא רופא אומן, אלא רופא סתם... ואם שגג או הזיד והמית או הוסיף מכאוב על מכאובי החולי, ונתכוון לרפאות ולא התכוין להזיק פטור הוא אף מדיני שמים'. ניתן להבין את דבריו בשני אופנים;

טעות בשעת הביצוע והטיפול, נחשב כשגגה ומחייב גלות, לעומת אבחון מוקדם שגוי שנחשב לאונס, ופטור על טעותו.

הרופא שמטפל באופן אקטיבי, פגע בחולה והרגו בשוגג, לעומת הנותן שיקויים שהרגו בגרמא, ומעשהו אינו ישיר, ופטור בלא חיוב גלות. וכן בארו ברב פעלים סי' לו והמנחת יצחק ח"ג סי' קד, ובשו"ת להורות נתן יג סי' קמה ובשו"ת יביע אומר ח"י או"ח סי' נה.

האמרי בינה וציץ אליעזר תמהו על פסקו של התשב"ץ, דמה לי חבלה בגופו מה לי חבלה ע"י שיקוי שהגיש לחולה.

שו"ת ציץ אליעזר חלק ד סי' יג הראה שיש שלוש שיטות בחיוב הרופא;

א. שיטת הרמב"ן היא שהרופא כדיין: 'ואם טעה בלא הודע, אין עליו עונש כלל, והוא שיזהר כמו שראוי ליזהר בדיני נפשות ולא יזיק בפשיעה. ורק בנודע אח"כ שטעה, אינו פטור בדיני שמים, עד שמשלם הנזק ויגלה על המיתה'. כלומר, שאם לא ידע הרופא על טעות בפעולתו, נחשב אנוס, ופטור אפילו בידי שמים. ואם נודע לו אח"כ שטעה, עליו לשלם דמי הנזק שגרם ולעשות תשובה מתאימה על אשר גרם בשגגה.

ב. תשובת התשב"ץ ח"ג סי' פב שמבאר דהאמור בתוספתא הוא על רופא החבורות במלאכת היד ששגגתו וזדונו היא חבלה ורציחה בברזל, אבל רופא חולים במשקים ובמשלשלות ובמרקחות ובמרחצאות אינו בכלל זה, שאינו בא לידי חבלה להתחייב בניזקין, ופטור אף מדיני שמים, כיון שאין לו אלא מה שעניו ראות.

ג. השואל ומשיב בספרו דברי שאול על יו"ד בס"י שלו הוכיח מחמת הקושיא מדוע מחייב הרופא גלות, והרי הוא התכוין לעשות מצוה לרפא, שהגמ' דידן חולקת על התוספתא. והביא את דרשת הגמ' בסנהדרין בדף פד: שדרשה מכה אדם ממכה בהמה, מה מכה בהמה לרפואה פטור, אף מכה אדם לרפואה פטור. משמע דפטור לגמרי אף בדיני שמים, דא"כ לא דמי למכה בהמה.

¹⁷ הרב זילברשטיין במאמרו על טעיות רפואיות עמד על הטעמים השונים של הראשונים ביסוד פטור רופא, והעלה נפק"מ ביניהם. רופא שטעה בנייתוח לשם יופי, וקלקל, אם יהיה חייב לשלם. לדעת התוס', הלא התעסק ברשות ופטור, ואילו לרמב"ן פטור רק מטעם שהותר לרפא לרפא, והיתר זה לא נאמר על ניתוח לשם יופי. ואזי יש לחייב את הרופא על נזק כתוצאה מניתוח זה, ורק מפני תיקון העולם יהא פטור הדיני אדם, וחייב בדיני שמים.

והביא שכן הוא בחידושי הר"ן בסנהדרין שכותב בהדיא, דמכה אדם לרפואה פטור, ומותר¹⁸. ולפי"ז יש לפטור רופא בכל גוונא אם טעה, דאינו כשוגג אלא כאנוס.

הציץ אליעזר שם סייג את היתר זה, שהוא קיים רק בתהליכי רפואה מוכרים, שלפי כללי החכמה הידועים לנו, יש ביד הרופא לרפא את החולה, כל עוד לא יהיה תסבוכת בגוף החולה. אבל תהליך רפואי חדש או עדין מאוד, שגם חכמת הרפואה בעצמה מעידה עליה שהיא גם סם המות, ויתכן שתמית את החולה, והרופא נכנס מראש עם חכמת הרפואה שבידו לידי ספק, אסור לו לעשותה.

מו"ר הג"ר זלמן נחמיה גולדברג בתחומין יט עמ' 317 כתב מסברא, שיש לחייב את הרופא המומחה שנתן את ההוראה השגויה על הניתוח, או את הרופא שהורה על נתינת תרופה או על המינון, ולא לחייב את הרופא שניתן בפועל, ולא את האחיות שנתנה את התרופה לפי החולה. וכדברים אלו כתב בבניין ציון ח"א בס' קיא, שהרופא נוטל את האחריות, והעושה על פיו, הינו אנוס.

שאל 'מבין' שאינו מומחה

פעמים רבות מבקשים לקצר תהליכים אם מפני הבהילות והדחיפות, או שהשעה דחוקה, או לא רוצים לחלל שבת ולפנות לגורם מוסמך ומלומד, וניגשים לשאל 'מבין' בתחום. 'המבין' לפעמים מופיע כמתנדב בארגון מד"א או הצלה, או כאחות מוסמכת, או רופא בתחום אחר, והוא/ היא שגו בהבחנתם או בהנחיות לטיפול באירוע.

הפתחי תשובה ביו"ד בס' צט סק"ה הביא תשובת הצמח צדק סי' מ שכתב: 'דאם הוא מסופק בהוראה ושאל ללומדים, ולא שאל לבעלי הוראה המפורסמים, לא מקרי שוגג. ע"ש. ובזה נדחה דברי תשובת בית יעקב סי' פה שרצה לדמות את עשתה ע"פ דבורה של אשה אחרת לעשתה עפ"י חכם'. הרי הכריע כצמח צדק, שלא נכון לראות את הפועל על סמך המבין כשוגג, ויהא אחראי על נזקיו.

נעשתה תקלה ומכשול תחת ידיו, צריך בתשובה ובכפרה

בשו"ת חתם סופר ח"א או"ח בס' קעז הצריך קצת כפרה את האישה שבטעות שפכה לפה הנערה נפטרה, אף שסבר שהיא פטורה: 'הואיל ואירע מכשול על ידה, והרי המהרי"ו בס' קכה הצריך קצת תשובה למי שהשכיר שליח ונהרג בדרך'. יסוד זה להצריך כפרה אף אם פטור מדינא על מעשהו, למדו מדברי הגמ' בסנהדרין בדף צה. שדוד המלך נענש, משום שעל ידו ובגרמא דיליה נהרגה נוב עיר כהנים ודואג. ובצמח צדק הקדמון סי' ו חילק, שלדוד המלך היה חלק בניסיונות בכך שלקח מהם לחם ונתן מכשול לפני אחימלך, לעומת השוכר שליח שעשה מצוה, ששכר עניי ישראל לפועלים, ולא יתכן להצריכו תשובה. ואפילו הכי הצריך קצת תשובה, ונמנע מלחלוק למעשה.

ובשו"ת יביע אומר ח"א או"ח בסוס"ה כתב שכל שיש ספק שהוא הגורם למיתה צריך כפרה, אפילו בספק שקול, אם גרם האיש למותו צריך תשובה וכפרה. ובשם הצמח צדק סי' צג הביא שסבר שאפילו למיעוט חיישין לענין תשובה.

מאיך, המהרש"ל בס' צו כתב לגבי מעשה שהגויים ביקשו לתפוס נער יהודי שפצע גוי אחד, ואמר להם יהודי אחד שהוא יתפוס אותו ויענישנו, וסבר להצילו בכך מהגויים, ורדף אחריו, ומחמת המנוסה נפל הנער הבורח לבור ומת. וכתב המהרש"ל שכל שאילו היו שם בית דין, גם הם היו אומרים לו לנהוג כפי שנהג, יש לראות את המוות כגזירה משמים ואין כל אשמה למציל. וסיים שם: 'מאחר שדעתו היה לטובה ח"ו להצריכו תשובה להכלימו, הא איכא למיחש להכשילו לעתיד לבא, שלא ימנעו ישראלים להציל אחיהם מיד גוים... ויהיו מתיראים'. ולכאורה יש לחוש גם לגבי כל הרופאים והמצילים, שאם נטיל עליהם תשובה וכפרה כלשהיא, ננעול דלת בפני המצילים שיאמרו מה לנו ולצרה זו וימנעו מלהציל. והדבר מסור ללב, אם נהגו בתום לב ובהשתדלות הראויה והמרבית.

ואפשר שהו טעמא דקרא של דרשת אבא שאול בגמ' במכות בדף ה': 'ואשר יבא את רעהו ביער לחטוב עצים... אבא שאול אומר, מה חטיבת עצים רשות, יצא האב המכה את בנו, והרב הרודה את תלמידו ושליח בית דין' שפטורים אף מהגלות. וכן פסק הרמב"ם בהלכות רוצח ושמירת הנפש פ"ה ה"ו: 'שהרי שגגו והרגו בשעת עשיית המצוה'. ובביאור האי דינא כתב הרמב"ן במסכת מכות שם: 'ושליח ב"ד משמע דלאו משום

¹⁸ הרב חנניה שפרן העיר, שנקודת המוצא שהר"ן חולק על הרמב"ן צ"ע. שהרי הר"ן מדבר על רופא שעשה את הטיפול הרפואי הנדרש והחולה מת. לדוגמא: מנתח לב בניתוח מעקפים שהחולה מת במהלך הניתוח כי לא הייתה קרישת דם. הרופא המית בידיים אך לא טעה. ואילו הרמב"ן מדבר על רופא שטעה ועשה טיפול לא מתאים. וכך נלע"ד הבין שבט הלוי י"א רס"א, וכן הגרש"ז בנשמת אברהם.

מצוה פטור, אלא משום שכיון שאמדוהו, אנוס הוא'. כלומר, שלא יתכן לחייב גלות את הפועלים ברשות על פי אומדן דעת הגיוני.

כהבנה זו נראה שהבין השבות יעקב ח"ג ס' קמ הובא בפתחי תשובה חו"מ בס' תכד, אלא שחייב תשלום את המלמד שהיכה באכזריות, שלא יהא רגיל לעשות כן. ומשום מיגדר מילתא. ונראה שיש לשקול עונש מסויים גם ביתר הפועלים ברשות, שיהווה איום כלשהו, וימנעו מהחלטות פזיזות וחפזות בהיותם נטולים כל אחריות אישית.

אם הרופא חייב לדווח למטופל שגרם נזק והוא זכאי לפיצוי ממנו

מצוים מדאורייתא להשיב אבידה לבעליה, ובכלל זה גם ליידע אדם על ממונו ששכח ממנו, ולכן מחוייב להודיע לבעלים חוב ממוני שנשמת מזכרונו, כפי שכתב הכלבו בס' קכד: 'ואם יודע הוא ששכח מבעלי חובין, הרי הוא ממחר בעשה ולא תעשה להראותם אליו, בעשה השב תשיבם, ובלא תעשה לא תוכל להתעלם'.

השלטי גיבורים בסוף בב"ק כתב שאין צריך להשיב חוב כל עוד לא תבעו, ובארו הש"ך בחו"מ בס' רלב סק"ב: 'המלוה לחבירו ואינו תובע הלוואתו, אין הלוה חייב לשלם לו מאיליו, הואיל ואינו תובע במתנה ביקש ליתן לו ע"כ. וצ"ע בזה'. כלומר, אנו תולים שהחליט הבעלים ליתן מתנה ללווה, לפיכך לא תבעו. אומנם, בנידון שלנו, אין להעלות על הדעת אפשרות זו, שכן מעולם לא ידע הבעלים הנפגע, כי יש בידו אפשרות לתבוע, וברור שלא נתן במתנה את שחייב לו.

אומנם קצוה"ח בס' קד סק"ב סבר שכלל לא חייב לו בהעדר תביעה: 'דאם אין המלוה תובעו אינו מצווה לפרוע חובו... דאפילו נשבע לפרוע, אינו עובר אלא כשתובעו'. וכבר הקשה עליו הנתי"מ ביאורים שם סק"א: 'והא ודאי ליתא, דודאי אף שהמלוה שוכח ואינו תובע, חייב לפרוע, ולא דמי לנשבע דאינו חייב בלא תבע, דאמדין לדעתיה שכך היתה כונתו בשעה שנשבע, משא"כ מצות פריעת בעל חוב דרחמנא חייביה לפרוע'. כלומר, שחייב שבועה לא רובץ עליו בלא שתבעו, שכן כך דעת אנשי, אבל וודאי שמחוייב להשיב לו ממנו. וכן סבר המהר"ם חביב בסוכה בדף לד, וכן הוכיחו האחרונים מדברי היראים הישן ס' רעח¹⁹.

על כן, יהא חייב להודיע למטופל שהינו זכאי לקבל ממנו דמי הנזק. ואף לו יבקש הרופא מפני בושות והפגיעה בשמו ליתן לו כסף בלא להודיע לו על שעשה, הלא תשלום על הנזק זקוק לשומא ואומדן, בכדי להשית אותו על המזיק, ויצטרכו לבצע הליך זה בכדי לקבוע את גובה הפיצוי לו זכאי הנפגע. אומנם, אם יתן לו הרופא סכום גבוה, שוודאי כולל את דמי הנזק, הרי שיוכל לפצותו באופן שלא ידע מאחריותו. אומנם אכתי מחוייב לפייס את הניזק ולרצותו. ולכן יהא מחוייב להודיעו.

אומנם בימינו נהוג, שהחולה חותם שמודע להליך שמבקש לעבור על כל היבטיו והסכנות הכרוכות בו, ומוותר מראש על תביעה, למעט פשיעה. ולכן לא יהא הרופא מחוייב לשלם ולפצות את המטופל בשל טעות שעשה בשוגג. אך אין לכלול בחתימה זו גם פשיעה ורשלנות של רופא. ועל כגון דא, מחוייב לפצות את הניזק.

אם אפשר לתת היתר לתביעה בבית משפט

נתבע שמסרב לבוא לבית הדין, מאפשר לו בית הדין לגבות ממנו שזכאי לו בדין באמצעות ערכאה אזרחית, לאחר שהתברר לבית הדין מהות התביעה, וכי הינה מוצדקת. ויש לעיין בנידון שלנו, אם יש לאפשר לניזק לתבוע את נזקו בבית משפט. שהרי אם ניזק בשוגג, על פי דין תורה, הרופא פטור. ולא נאפשר לו לתבוע בבית משפט שמחייב בכגון דא. שהרי הנתי"מ בס' כו חידושים סק"ח כתב: 'דדוקא שהבית דין יודעים שחייב על פי דין... אבל אם אין הבית דין יודעים שחייב לו... אין הבית דין נותנים לו רשות'. וכשבי"ד יודע שהרופא פטור מלשלם, כשפעל בשוגג, יהא אסור לו לתת רשות לפנות ולתבוע בבית משפט.

¹⁹ שכן אלו דבריו שם: 'דשמיטה דקרא אינו מחילה, אלא ציוה הקדוש ברוך הוא שישיט... הלכך הלוואה לעולם מוטלת על הלוה שלא יעכב על זו חובו לעולם בתיבתו לאוצרו, ואם עשה כן הו"ל ליה רשע'. מבואר, דשמיטה אינה מחילה כלל, והחוב קיים גם אחר אמירת משמט אני. הרי שחייב לשלם אף בלא תביעה, דהא אפילו כשהמלוה אמר בהדיא משמט אני, כתב שאם אין הלוה משלם הו"ל רשע, ומכל שכן כשלא אמר בהדיא משמט אני, אלא שלא תבע דודאי דהלוה חייב לשלם.

אומנם האידנא שתובעים את הביטוח על פי סעיפיו ותנאיו, יוכל לגבות הנפגע גם בדיננו, ואין מניעה לאפשר לו לתבוע את חברת הביטוח בערכאות כשמסרבים לבוא לבית הדין (אבל לא יוכל לתבוע את הרופא. ואם הביטוח יתבע מחמת כן את הרופא, יש לדון. שכן יתבטל בכך תקנת חכמים מפני תיקון העולם, והכיצד נגרום לבטל תקנת חכמים זו), וה"ה כשידוע באומדנא ברורה שלא יבוא, כמבואר בכסף קודשים בסי' כו, ובתשובות והנהגות ח"ג סי' תמג, תמה. וראה בשו"ת משיב דבר ח"ב סי' סו שבאר ביסוד ההיתר להרשות לדון בערכאות שאכן קיים חילול ה', אלא שהינו מוטל על הנתבע: 'דבאמת אסור לילך בעש"ג (בערכאות של גויים) וגורם חה"ש (חילול השם) שאין לו טהרה ותקנה כידוע. אבל אחר שהנתבע מסרב לילך לד"ת רשאי התובע לילך בעש"ג, ולגרום חה"ש. ועונש חה"ש חלה על הנתבע, שהביא לידי כך'.