

סימן נו.

אחריות הרופא על טעותו

א. הרפואה ופסיקת הלכה כמקצועות זהים
באחריותם.

רק עיסוק אחד יש לו דמיון לרפואה ויש ללמוד ממנו על אחריותו של הרופא, והוא הדיינות ופסיקת הוראה.

החיוב לפסוק הלכה אוסר על מי שאינו יודע להורות, ומחייב בחיוב של מצוה את היודע והבקי להזדקק לפסיקת הלכה. וכך דרשו רבותינו (סוטה כ"ב) את הפסוק, כי רבים חללים הפילה ועצומים כל הרוגיה. כי רבים חללים הפילה זה מי שלא הגיע להוראה ומורה, ועצומים כל הרוגיה זה מי שהגיע להוראה ואינו מורה. גם פסיקת הוראה כרפואה, אינה מקצוע חפשי, לא כל מי שרוצה יכול להורות, ולא מי שאינו רוצה יכול להמנע. מותר להורות רק למי שבקי ואין גדול ממנו, אולם בקי הוא אין לו להמנע מלהזדקק להוראה. ידוע הרמו מהנאמר פעמיים בניקוד הפסוק לא תרצח שונה יש לא תרצח המנוקד בקמ"ץ, ויש לא תרצח המנוקד בפת"ת. לרמו שאפשר לרצוח ע"י קמיצת הפה, וזה שנאמר "כי רבים חללים הפילה" זה שמגיע להוראה ואינו מורה. ואפשר לגרום לרצח על ידי פתיחת פה, וזה "עצומים כל הרוגיה" מי שלא הגיע להוראה ומורה. גודל האחריות בשני פסוקים אלה ברפואה ובהוראה, האסור מחד והחובה מאידך, אינם ענין של דמיון והשראה בלבד, שני פסוקים אלה כחובה להתעסק, המצוות הנעלות ביותר תלמוד תורה ופקוח נפש, התמזגו מבחינה מעשית אצל גדולי הדורות בישראל. עובדה היסטורית היא שבישראל גדולי ההלכה היו רופאים כרב ושמואל ועוד אמוראים רבים. הראשונים כרמב"ם, הרמב"ן, ר' יהודה הלוי ועוד. היו רופאים שהתעסקו ברפואה מעשית. ונראה להסביר עובדה זו, שגדולי ישראל לא רק שבחרו מרצונם להתעסק במצוה החשובה של פיקוח נפש. יתכן שלא היתה כאן בחירה חפשית, אלא שידיעתם בתורה וגדולתם בקבלת האחריות חייבה אותם להתעסק ברפואה, שהרי ידיעה רחבה בתורה מקנה ידע רפואי רחב, הלי' מומים בקרבנות, דיני פיקוח נפש בשבת ויום

כדי לעמוד על מידת אחריותו של הרופא, נכון להקדים ולהגדיר את המיוחד שבמקצוע הרפואה, כך נהג מר"ן השו"ע ביו"ד בסימן של"ו דיני רופא לפני שביירר את ההלכות הקדים תחילה הקדמה המגדירה היטב את מקצוע הרפואה ואת המיוחד מלאכה זו משאר מלאכות וז"ל: "נתנה התורה רשות לרופא לרפאות ומצוה היא ובכלל פקוח נפש היא. ואם מונע עצמו מכך הרי זה שופך דמים". על יסוד הפסוק ורפא ירפא, ודרשת חז"ל מכאן שנתנה התורה רשות לרופא לרפאות, קובע השו"ע שהתעסקות ברפואה זקוקה להיתר מיוחד מחד, ומאידך חובה גמורה היא בכלל פיקוח נפש, שאין להמנע ממנה. ההתעסקות בגופו של אדם עקב הסיכון החמור זקוקה להיתר מיוחד, ונתנה התורה רשות לרופא לרפאות, אבל רק בתנאים, ההיתר ניתן לרופא בלבד ולא לכל אדם, כשהמטרה והתוצאה היא לרפאות. מבלי תנאים אלה, מי שאינו בקי ברפואה אסור לו להתעסק בגופו של אדם, גם אם כוונתו לרפאות. וגם הבקי אם אין כוונתו לרפאות, עיסוקו בכלל שפיכות דמים. וכך פוסק השו"ע בהמשך ההלכה: "ומיהו לא יתעסק ברפואה אא"כ היה בקי ואין שם מי שגדול ממנו, שאם לא כן הרי זה שופך דמים". לא זו בלבד שהרופא צריך להיות בקי ומוסמך אלא שאין להסתכן בעיסוק של פקוח נפש, אלא ע"י המומחה הגדול ביותר ובצורה הבטוחה ביותר. ורופא שיש גדול ממנו אין לו את ההיתר לרפא ולהסתכן בשפיכות דמים. הסכנה של שפיכות דמים מגבילה מצד אחד ומאידך מחייבת את הבקי להתעסק במצווה זו, ואינו יכול להמנע מקבלת אחריות למרות הסיכון שבדבר, כלשון השו"ע: "ואם מונע עצמו מכך הרי זה שופך דמים". מכאן שמקצוע הרפואה אינו מקצוע חופשי התלוי ברצונו של הרופא, אלא חובה גמורה להזקק למצווה הגדולה של פקוח נפש. הגדרה זו מפקיעה את הרפואה מגדר מקצוע רגיל להתעסקות הכרחית במצווה, על כן אין להכות אחריותו של רופא לפעילותו לכל אחריות מקצועית אחרת, הן לגבי החסינות המקצועית, והן לגבי האחריות על התוצאות, ויש בהבדל יסודי זה צדדים לקולא ולחומרא כפי שנבאר.

הכפורים, הלי טרפות ביורה דעה וכדו' מבוססים על ידיעה רחבה באברי הגוף ובמחלות חשובות. ידע זה קירב את גדולי ההלכה לרפואה, הנשיאה בעול תוך אחריות מירכית בפסיקה חייבה אותם לנצל ידיעותיהם וגדולתם ולקבל אחריות גם בעסק הרפואה, ולא יכלו להמנע שהרי "המונע עצמו מכך הרי זה שופך דמים".

ב. חובת האחריות כלפי שמים.

לאור השראה זו נוכל ללמוד בגזרה שווה על מידת אחריותו של הרופא, ועל פעולותיו, ממידת האחריותו של הדיין על פסקיו והוראותיו. בהלכות דיינים יש סימן ארוך בשו"ע חו"מ סי' כח' בה מפורטים מה מידת אחריותו של הדיין על טעותו, יש הבדל בין טעות בדבר משנה, טעות ברורה הבאה מחוסר ידע, לבין טעות בשיקול הדעת, ובין מומחה שהתקבל על הציבור למי שאינו מומחה, ואפשר לדמות ולהקיש הלכות אלה לדיני רופא. אולם למרות ההשוואה, יש גם הבדל יסודי בין הרופא לדיין לגבי תוצאות מעשיהם כפי שנבאר.

על מדת אחריותו של הרופא, פוסק השו"ע בסימן של"ו לאחר ההקדמה שהזכרנו: "ואם ריפא שלא ברשות ב"ד חייב בתשלומים ואפי' אם הוא בקי. ריפא ברשות בית דין פטור מדיני אדם וחייב בדיני שמים. ואם המית ונודע לו ששגג גולה על ידו". לפני שנברר הלכה זו לפרטיה ומקורותיה, נראה שלמרות ההיתר והחיוב לבקי לעסוק ברפואה, חיוב זה אינו מסיר מעליו את האחריות, וגם אם פטור הוא בדיני אדם, ואין לחייב אותו על טעות שעשה מתוך רצון טוב ומתוך הכרח להתעסק בפיקוח נפש, ולמרות שהדבר נעשה תוך הסכמה החולה וקבלת הסיכון האפשרי, נפסקה ההלכה שחייב הוא בדיני שמים ואם הרג בשוגג חייב הוא בגלות. משום שקבלת אחריות על הרפואה שונה בתכלית מקבלת אחריות בשאר מקצועות. בשאר מקצועות קבלת האחריות תלויה ברצונו של המקבל, ואחריותו היא כלפי התובע, אם יש הסכמה לסמוך על המבצע למרות הסיכונים אין מקום לתביעה על טעויות ונזקים. אבל אחריותו של הרופא אינה רק בדיני אדם. לא הסכמתו ורצונו של החולה מתירים לו להסתכן בשפיכות דמים, ואם טעה לא תביעתו של החולה בלבד עומדת לפניו, אלא האיסור החמור של שפיכות דמים ואיסור החבלה בגופו של אדם,

ולמרות ההיתר שנתנה התורה לרפואה, היתר זה אינו פוטר אחריות מירכית כלפי שמים. חיוב זה מצאנו גם בהלי דיינים, למרות שדיין היושב בדין צריך להרגיש את גודל האחריות וישב בהרגשה שגהיננו פתוחה לו מתחתיו וחרב מונחת בין ירכו, ורק תוך קבלת הסיכון והאחריות המירכית מותר לו לפסוק. אולם למרות הקדמה כללית זו יש לברר עד כמה ומתי יש לו לשאת באחריות על תוצאות מעשיו. מהי השגגה, ומהו אונס שרחמנא פטריה, ומהי טעות רפואית המחייבת אפי' בדיני אדם. ונבאר ההלכה לפי סדר השו"ע.

ג. אם ריפא שלא ברשות בית דין חייב בתשלומים.

הזכרנו שנתנה התורה רשות רק לרופא לרפואה, רופא הוא רק אדם בקי המוסמך לכך, ולא אחר, מכאן שאם אחות לקחה על עצמה סיכון וטיפלה טיפול רפואי שאינו בסמכותה, גם אם עשתה זאת מתוך רצון טוב והזיקה בשגגה, או אפי' באונס גמור, כיון שלא היה לה ההיתר להתעסק לא רק שחייבת בדיני שמים, גם בדיני אדם חייבת בתשלומים, רק אם קיבלה הסכמה מצד המטופל והסבירה לו שאין לה סמכות יש מקום לפטור אותה מדיני אדם, אבל בדיני שמים הרי היא כשופכת דמים. תנאי זה מוזכר רק בנושא חיוב התשלומים, אבל בפתיחת ההלכה בהיתר הרפואה מוזכר רק הבקי בלבד. ואכן עמדו על כך האחרונים שלא מצאנו בהלכה או במציאות הוראה לבקי ברפואה לקבל רשות מיוחדת מבית הדין. וכנראה שהכוונה היא להסכמתו של החולה, או לסמכותו של הרופא לטפל לצורך התשלומים בלבד.

וכתב הערוך השולחן שם שכיום תנאי זה מחייב שיעסוק ברפואה רק מי שיש לו דיפלומה מקצועית, ורק רופא מוסמך מותר לו לטפל בחולה ואם לאו חייב הוא בתשלומים גם בדיני אדם. כמובן שהדברים אמורים רק לגבי טיפול רפואי המחייב טיפול של רופא מוסמך, אבל טיפולים קלים שיש בסמכותה של אחות, וה"ה כל אדם הבא לעזרה בעת הצורך, אם אין בטיפול סכנה מבחינה מקצועית כמוהו כרופא, אבל בדבר שיש בו סיכון ודורש ידע, הרצון הטוב אינו פוטר ומחייב באיסור שפיכות דמים. גם הרופא הבקי והמוסמך אין לו להכנס לסיכון רפואי אא"כ אין שם מי שגדול ממנו ואם הזיק חייב גם בדיני

על שינוי הלשון, בשו"ע נפסק וחיוב בידי שמים, ואילו במקור נאמר דינו מסור לשמים. ופירש המגן אברהם בתוספתא שם, שהכוונה היא לא שחיוב בידי שמים, אלא שדינו מסור לשמים לידע אם נתכוון להזיק או נתרשל במלאכתו, שהקב"ה יודע מעשיו, אבל אם לא נתכוון להזיק ולא נתרשל במלאכתו, אין כל חיוב ופטור אפי' בדיני שמים, שלא כדברי השו"ע שהבין הדברים שחיוב בתשלום לצאת ידי שמים.

גם ההלכה השניה שהורג בשגגת רפואה חייב גלות מקורה בתוספתא כפי שהבין אותה הרמב"ן. ורבים תמהו על פסיקה זו משני טעמים, שהרי טעות של בעל מקצוע אינה בגדר שוגג אלא בגדר אונס, שהרי בעל מקצוע האמון על מלאכתו מטפל בהיתר, ואם טעה טעות גמורה יש לו חסינות מקצועית ואיך אפשר לחייבו באונס, ואינו דומה לרוצח בשגגה שחייב גלות, שחיוב זה הוא על רוצח בשוגג כדוגמת התורה בכורת עצים "ונשל הגרוזן", שהרג אדם בשגגה. והרי אפי' אומן שקלקל במלאכתו, או טבח שקלקל אם מומחה הוא במלאכתו פטור מלשלם, לפי שאנוס הוא בטעותו, ולמה רופא שטעה שוגג הוא וחיוב גלות.

מלבד זאת ברפואה שיש יותר מחסינות מקצועית, שיסודה בהיתר להתעסק במלאכה, ברפואה של חיוב, של מצוה, פטור על שגגתו. הלכה מפורשת היא בהלכות רוצח בשגגה, שהורג נפש בשגגה גולה רק אם נתעסק במלאכת הרשות, אבל אם הרג בשגגה תוך כדי עשיית מצוה פטור מגלות. וכך שנינו במס' מכות דף ח': "אבא שאול אומר, מה חטיבת עצים רשות אף כל רשות. יצא שליח בי"ד ששגג או הרב המכה את תלמידו ואב המכה את בנו שאינם גולים". ומה גרע הרופא העוסק במצות פיקוח נפש במצות התורה, משליח בי"ד המכה במצות ב"ד שפטור מגלות. ואכן מכוח קושיא זו רבים חולקים על פסק השו"ע. הרמב"ם לא הזכיר דין זה שרופא שטעה והרג חייב גלות בהל' רוצח. והר"ן בחידושו על מסכת סנהדרין כתב במפורש שרופא שטעה כיון שנתנה התורה רשות לרפא אינו שוגג אלא אנוס, שהרי דינו כדיין שאין לו אלא מה שעניו ראות. וא"כ הרמב"ן מבוסס על דברי התוספתא. והעירו האחרונים שיש בתוספתא זו גירסאות שונות, ואינה מוסמכת להלכה. והגדיל לחדש האור שמח, שגם כגירסת הרמב"ן בתוספתא שרופא ששגג בהריגתו גולה, הדברים אמורים רק

אדם, שהרי אין לו רשות לרפאות אם יש גדול ממנו. מכאן, שרופא תורן שהסתכן בביצוע ניתוח הדורש רופא יותר מומחה, אין לו כל חסינות מקצועית וחיוב אפי' בדיני אדם בתשלומים. הרב חיד"א במחזיק ברכה על יורה דעה הוסיף בהלכה זו וז"ל: "ונראה בעיני שחובה על הרבנים להודיע דין זה לרופאים הבחורים הקופצים בראש לרפאות חולים במקום שיש גדולים ובקיאים מהם". מכאן תוכחה מגולה לרופאים הרואים פגיעה מקצועית בכך, אם מבקשים מהם לפני ניתוח או טיפול להיועץ עם רופא יותר מומחה, שהרי מצד ההלכה חובה היא על הרופא עצמו לעשות כך, ורופא הסומך על עצמו במקום שיכול לקבל עצה מגדול ממנו, נכנס בחשש של שפיכות דמים. כמובן שהדברים אמורים בטיפול לא שיגרתי המחייב טיפול מיוחד ושיקול דעת ברמה גבוהה, אבל בטיפול שיגרתי אין לחפש דוקא את היותר מומחה.

כללים בענין זה אפשר ללמוד מהלכות הוראה, למרות שתלמיד אסור לו להורות הלכה בפני רבו, הרב יכול להאציל מסמכותו וגם רב ודיין יותר קטן יכול לפסוק בדברים ידועים וברורים. אבל דבר הנתון לשיקול דעת ויש אחריות בפסיקה, אין לקטן לפסוק מבלי להוועץ עם הגדול. כבחינת כל הדבר הגדול יביאון אל משה וכל הדבר הקטון ישפטו הם. מהלכות דינים יש גם ללמוד כיצד לקבוע עמדה כשיש דעות שונות בין מומחי הרפואה וכדומה, עכ"פ במידה ולא נשמרו הכללים המתירים לעסוק ברפואה, פשיעה היא וחיוב בתשלומים גם בדיני אדם.

ד. חיוב גלות בשוגג וחיוב לצאת ידי שמים.

מלשון השו"ע שכתב: "ואפי' ריפא ברשות, אם טעה והזיק פטור בדיני אדם וחיוב בדיני שמים, ואם שגג גולה על ידו", מבואר שגם רופא בקי ומוסמך העוסק ברפואה מצד חיוב פיקוח נפש, אם טעה והזיק חייב בידי שמים ואם הרג בשגגתו גולה. ויש להבין כיצד אפשר לחייב עוסק במצוה, ומה על הרופא לעשות כדי להמנע מחיוב זה הרי אנוס הוא בתפקידו לרפא, ואיך ימנע מטעות. ואכן הלכה זו למרות שנפסקה בשו"ע יש רבים החולקים עליה, מקור ההלכה היא בדברי התוספתא ב"ק פ"ו ה"ו, שם נאמר: "רופא אומן שריפא ברשות בית דין והזיק פטור מדיני אדם, ודינו מסור לשמים". ויש לעמוד

ולא כאונס, הגמ' בסנהדרין דנה אם בן מותר להקיז דם לאביו, ונמצא מכה אביו בשוגג, ומסקנת הגמ' שאם יש אחר יש להעדיף שאחר יעשה את הטיפול הרפואי ולא הבן. והרי הבן עוסק במצוה וכל כוונתו לטובה, ואעפ"כ חוששת הגמ' שאם הבן יחבול יש בכך משום מכה אביו בשוגג, ואם טעות רפואית הוא אונס גמור מה החשש, הרי אונס רחמנא פטריה.

קביעה זו של הרמב"ן שנפסקה להלכה שטעות רפואית היא בגדר שוגג ולא בגדר אונס, צריכה בירור, אם רופא שטעה שוגג הוא ולא אונס, למה רק חייב גלות אם הרג, גם אם הזיק יתחייב ממון כדיני אדם, שהרי בדין אדם המזיק שנינו: "אדם מועד לעולם בין ער בין ישן בין בשוגג בין מזיד בין אונס בין רצון", אדם חייב על תוצאות מעשיו בכל מצב, וגם אם הזיק בשוגג חייב, ומדוע יפטר הרופא שטעה והזיק בשוגג מתשלום על נזקיו, בשלמא לסברת הר"ן שטעות רפואית היא בגדר אונס שאין לו לדין אלא מה שענינו ראות, נפסקה ההלכה שבאונס גמור, שאין בו כל אפשרות מניעה, פטור גם אדם המזיק, אבל לשיטת הרמב"ן שחייב גלות, הרי הוא שוגג וצריך כפרה על חלקו בענין, וא"כ יתחייב מטעם אדם המזיק בשוגג.

ה. טעות מקצועית דינה כשוגג או כאונס.

כדי לברר את הדברים יש להעמיק בשאלה העקרונית מה הגדרתה של טעות מקצועית. האם דינה כשוגג או כאונס. וכך שנינו במסכת בבא קמא צ"ט, טבח שקלקל הדיוט חייב אומן פטור. ולכאורה נראה שהדיוט חייב משום שפשע בכך שהתעסק במלאכה שאין לו בה מומחיות וחוסר ידיעתו גרם לקילקול, ואילו אומן המומחה במלאכתו, כושרו המקצועי קובע שהטעות היא בגדר אונס רחמנא פטריה. אולם נראה בבירור שאין זה אונס גמור, שהרי ממשכה הגמ' וקובעת, שאם האומן קיבל שכר על מלאכתו חייב אם קלקל, משום שקילקול בטעות אינו אונס גמור, והוא כמו גניבה ואבידה, ששומר שכר חייב ושומר חנם פטור, ועל כן אומן המקבל שכר דינו כשומר שכר החייב בשמירה מעולה וחייב על טעותו וקילקולו, כשם שחייב על גניבה ואבידה. ואם לא קיבל שכר ודינו כשומר חנם פטור הוא על אונס הטעות כשם שפטור על גניבה ואבידה. מבואר בהלכה זו, שטעותו של מומחה אינה אונס גמור. לפי שסוף סוף אפשר להמנע מטעות, ודינה כאונס

לדעת החולקים על דעת אבא שאול ומחייבים גלות בכל מצב של הריגה גם בהריגה תוך כדי קיום מצוה, אבל להלכה שחייב גלות נאמר רק בדבר רשות, ולא על שליח ב"ד כדעת אבא שאול, גם הרופא שעוסק במצוה פטור מגלות. הלכה למעשה פסק החתם סופר בתשובותיו באורח חיים סימן קע"ז, בדין אשה שנבהלה ונתעלפה וחברתה רצתה להציל אותה ע"י שפיכת יין שרף לתוך פיה, ועם הרצון להצילה טעתה והחליפה יין שרף בנפט שגרם למותה המיידית, ונשאל החתם סופר אם זקוקה האשה לכפרה כדין הורג נפש בשוגג. והסיק החתם סופר, שאין כאן דין הורג נפש בשוגג, שהרי אשה זו התכוונה לעשות מצוה ותוך כדי עשיית המצוה של הצלת נפש גרמה הטעות למותה. והשוה דינה של האשה לשליח ב"ד שהרג או לרב המכה את תלמידו שפטורים מגלות כיון שעסקו במצוה. וא"כ דברי החתם סופר תואמים את דברי הר"ן בסנהדרין ושאר ראשונים שלא הביאו התוספתא, על כל פנים דבריו להלכה הם בניגוד לפסק השו"ע, לכאורה, שפסק במפורש שרופא ששגג חייב גלות, והרי כל רופא עוסק במלאכה.

פסק ההלכה בשו"ע מקורו בדברי הרמב"ן, הרמב"ן הרחיב את הדבור בנושא בספרו תורת אדם בשער הסכנה, וז"ל: "נתנה התורה רשות לרופא לרפאות, שמא יאמר אדם מה לי בצער הזה שמא אטעה ונמצאתי הורג נפשות בשוגג, לפיכך נתנה התורה רשות לרופא לרפאות". הרמב"ן עצמו לומד שבהיתר התורה לרופא לרפאות יש חסינות מקצועית מלאה ואין לו לחשוש שמא יטעה. מותר לו להכנס לסיכון כדי לרפאות. ומקשה הרמב"ן: "וקשיא לי דתניא בתוספתא רופא אומן שריפא ברשות בית דין והזיק גולה". וכיצד אפשר להטיל עונש אם נתנה התורה רשות. וי"ל, הרי הרופא כדין המצווה לרפואה, ואם טעה ולא הודע אין עליו עונש כלל, כדאמרין "אין לדין אלא מה שענינו ראות, ואעפ"כ אם טעה ונודע לבי"ד שטעה משלם מביתו בדרכים ידועים, ואף כאן אף שפטור מדיני אדם ואין לחייבו משום שאין לו אלא מה שענינו ראות ומצוה לרפא, אם הרג בשגגה גולה". לדעת הרמב"ן אין סתירה בין המצוה לרפואה ולרפא, לחיוב על טעות בשוגג. למרות החיוב והמצוה על הרופא והדין לשאת באחריות על טעותם, וצריכים כפרה מעשית על השוגג.

הרמב"ן מוכיח ממקור נוסף שחבלה בטעות אפי' שנעשית תוך כדי עיסוק ברפואה, דינה כשוגג

של גניבה התלויה במידת מחוייבות של השומר. שומר חנם אינו מחוייב להשתדל כל כך בשמירה, ופטור מגניבה ואבידה. ואילו שומר שכר, השכר מחייב אותו בשמירה מעולה ואפשר לחייבו גם על גניבה ואבידה למרות שנעשה הדבר שלא באשמתו כלל, לפי שאם היה שומר בשמירה מעולה ביותר לא היתה גניבה ואבידה.

לפי זה יש להבין דברי הרמב"ן, שאכן אומן שקילקל בדיני ממונות אין לחייבו על טעותו לפי שטעות דינה כאונס, וגם רופא שטעה בדיני ממונות אין לחייבו לפי שטעותו באה שלא באשמתו כלל, אבל בדיני שמים אחריות הרופא כלפי איסור חבלה ושפיכת דמים, ודאי שגדולה יותר מאחריות שומר שכר שחייב בשמירה מעולה יותר, ואם לא עשה כל המאמצים שלא לבא לידי טעות, כלפי איסור החבלה ושפיכות דמים אין זה אונס אלא שוגג הזקוק לכפרה ועל כן חייב בדיני שמים. ואם הרג כשגגה גולה.

ו. ההבדל בין טעות שאפשר למנוע, וטעות גמורה.

לפ"ז לפסק השו"ע שרופא שטעה חייב בדיני שמים ואם הרג בשגגה חייב בגלות, יש להבחין בין טעות הדומה לגניבה ואבידה שדינה כשוגג ברפואה, לבין טעות שיש בה אונס גמור. כל טעות שאפשר היה למנוע אותה על ידי שימת לב מירבית של הרופא, גם אם נעשתה כשגגה גמורה, דינה כשוגג וחייבים עליה בידי שמים. אבל טעות גמורה שאי אפשר היה להמנע ממנה, דינה כאונס גמור והרופא פטור אפי' בדיני שמים. כדוגמא, רופא שטעה באיבחון מחלה אם כל הסימנים היו מצביעים על המחלה המדומה, והרופא לא התרשל, או שהיה לו כל מידע, ואעפ"כ נגרמה טעות, טעות זו אונס ואונס רחמנא פטריה, אבל אם סיבת הטעות היתה מתוך חוסר ידיעה או טעות דעת שאפשר להמנע ממנה על ידי זהירות מירבית דינה כשוגג וחייב בידי שמים. רופא שביצע ניתוח ולפי כללי הרפואה הניתוח היה צריך להצליח, ואעפ"כ החולה מת תוך כדי הניתוח, אין לרופא כל דין רוצח בשוגג ואינו זקוק אפי' לכפרה. אבל אם הניתוח לא הצליח עקב טעותו של הרופא בכיצוע, גם אם הדבר נעשה בתום לב כלפי שמים דינו כרוצח בשוגג וצריך כפרה.

ז. טעות בחבלה כירורגית וטעות רפואית.

כשו"ת התשב"ץ לרבינו שמעון בר צמח, יש

שיטה אחרת בנידון. לדבריו אכן רופא שריפא ושגג ברפואתו כשם שחייב גלות ודינו כשוגג, חייב הוא גם בדיני אדם שהרי אדם מועד לעולם בין שוגג בין מזיד, והאדם המזיק חייב לשלם גם על נזק שבא שלא באשמתו, ומה שפטרו רופא אומן שטעה בדיני אדם, הוא מפני תיקון העולם שאם נחייב הרופא בתשלומים אף רופא לא ירפא. ואם נתנה התורה רשות לרופא לרפאות, פטור הוא מטעם התקנה אע"פ שמהל' נזיקין היה חייב. התשב"ץ מבסס דבריו על דברי התוספתא שנאמר בה שהרופא פטור מתשלומים מפני תיקון העולם. בנושא זה מחלק התשב"ץ בין נזק ניכר כחבלה שבהם אפשר לחייב בדיני אדם, לבין נזק שאינו ניכר שאי אפשר לחייב הרופא מדין אדם המזיק. ומוסיף התשב"ץ חילוק יסודי בנידון: "ונראה שרופא אומן הוא רופא החבורות במלאכת יד ששגגתו וזדונו היא החבלה וכו', אבל רופא המרפא חולים במשקים ובמרקחות ובמרחצאות אינו נקרא רופא אומן אלא רופא סתם, ואינו בכלל זה ואינו בא לידי חבלה, להתחייב בנזיקין, ואם שגג והמית או הוסיף מכאוב ונתכוון לרפאות פטור אף בדיני שמים שאין לדיין אלא מה שעניו רואות". לדבריו יש הבדל בהלכה זו בין הרופא הכירורג, שמלאכתו היא כגופו של החולה הגובלת מעשית בחבלה ובשפיכות דמים, שבזה יש לדון אם לחייב הרופא כאדם המזיק ולחייב כפרה על שגגתו, לבין הרופא הפנימי הקובע דיאגנוזה ומרפא בתרופות שאין דינו כאדם המזיק וכהורג כשוגג, ורופא זה אין לו אלא מה שעניו רואות, ואם נתכוון רק לרפאות אינו זקוק לכפרה.

ח. פטור הרופא מטעם עוסק במצוה.

ויש לברר הטענה הנוספת על פסק השו"ע שרופא שטעה חייב בדיני שמים ואם הרג כשגגה גולה, הרי רופא שטעה עוסק במצוה, והעוסק במצוה פטור מכפרה אם שגג תוך כדי קיום המצוה, כפי שנפסקה ההלכה בשליח בי"ד שהרג כשגגה. וראיתי בכרכי יוסף להרב חיד"א שם שהביא קושיא זו בשם המעשה רוקח, וכתב לחלק, שהרופא שטעה אינו דומה לשליח בי"ד שטעה. שליח בי"ד שטעה עסק במצוה שזו חובתו להכות את הנאשם, ואם נהרג על ידו אונס גמור הוא. אבל רופא שטעה הרי טעה באשמתו ואין זה אונס גמור, טעותו גרמה שמעשיו אינם מצוה אלא עבירה ואע"פ שעשה זאת בתום לב במטרה לקיים מצוה, חייב על טעותו. ואכן חילוקו

ונראה להסביר את דברי החיד"א בדרך נוספת שאכן יש חילוק בין שליח בי"ד ורב המכה את תלמידו לרופא. שליח בי"ד אינו מוזהר לדקדק במעשיו כמו רופא שכל ההיתר שניתן לו הוא רק לרפאות את החולה, ואע"פ ששליח בי"ד פטור משוגג אם עסק במצוה, רופא שטעה חייב כיון שאם טעה אין לו הרשות לרפאות ואינו עוסק במצוה. אחריותו כרופא מחייבת אותו יותר ועל כן חייב על שוגג כמזיד, ששגגת תלמוד עולה זדון.

ובזה אפשר לחלק בין פסק החתם סופר באשה שטעתה ושפכה נפט במקום יין שרף שפטורה מדין עוסקת במצוה, לרופא שגרם בטיפולו מות. אשה שאינה רופאה אין לחייב אותה באחריות מירכית, ואם טעתה בשוגג בשעת עסק המצוה פטורה, אבל רופא שנדרש לאחריות מירכית שגגתו זדון וחייב גלות.

לסיכום יאמר, אחריותו של הרופא למעשיו מקורה בחיובו כלפי שמים, לפי שמלאכתו מלאכת שמים, ואין לדמות חסינות מקצועית אחרת לחסינות של רופא, לפי שאחריותו אינה תלויה ברצון המטופל והסכמתו, החיוב בדיני שמים מחייב את הרופא לשאת אחריות מירכית גם אם פטור הוא מדין אדם.

תואם למה שהזכרנו לעיל שיש לחלק בין אונס גמור לאונס של טעות הרומה לגניבה ואבידה, שברופא זקוק לכפרה. ונראה שהלכה זו תלויה בשאלה מהו שליח בי"ד שהכה פטור מחשלוט. לדברי החיד"א פטור הוא מגלות, אם קיים מצוותו ולא עשה כל טעות. אבל במידה וטעה גם אם עשה זאת במטרה לקיים מצוה חייב. אולם לשיטת הראב"ד הסובר ששליח בי"ד פטור מגלות, גם אם טעה והוסיף מכה נוספת ועבר על כל תוסיף ואעפ"כ פטור מגלות כיון שעיסוקו היה במצוה. וא"כ גם רופא שהתעסק במצוה אעפ"י שטעה פטור מגלות.

בהגהות היד אברהם לשו"ע שם תירץ הקושיא בדרך אחרת. שליח בי"ד שהרג בשגגה, גם אם המכה נהרג קיים המצוה שהרי סוף סוף קיים ציווי בית דין. ואילו הרופא שריפא בטעות, לא קיים מצוה כלל כיון שטעותו גרמה שבמקום לרפאות המית את החולה, ורק קיום מצוה בפועל פוטר כפרה להורג בשגגה. לפי זה יש לחלק, אם בוצע ניתוח בטעות וגרם למות, הרופא זקוק לכפרה כהורג בשוגג. אבל אם הרופא ריפא על ידי ניתוח, רק שהניתוח גרם לסיבוכים אחרים שעל ידם מת החולה, בנידון זה הרי קיים הרופא מצוה בניתוח ופטור מגלות.