

הרב גבריאל טולדאנו

פיצוי על רשלנות רפואית חיובי אחריות, תשלומין מדיני שומרים, ודיני נזיקין

ראשי פרקים:

הצגת מקרה לדין

שאלה ראשונה

תשובה לשאלה ראשונה

- א. חיובי שמירה באומן ובפועל
- ב. אחריות האומן
- ג. שמירה על אדם בן חורין
- ד. התחייבויות אישיות
- ה. רופא שגרם נזק לחולה כתוצאה ממחדל או מניעת טיפול.
- ו. מסקנות מעשיות

שאלה שנייה

התשובה לשאלה השנייה

- א. דיני נזיקין באומן ובפועל
- ב. גדר אחריות האומן בנזיקין
- ג. חיוב נזיקין בשולחני
- ד. אחריותו בנזיקין של רופא
- ה. שיטת הרמב"ן באחריותו של רופא
- ו. רופא שגרם נזק לחולה כתוצאה מטעות בהוראה.
- ז. מסקנות מעשיות

הצגת מקרה לדין:

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

פרטי המקרה: מדובר בהריונה הראשון של התובעת. מעקב ההריון בוצע אצל הרופא הנתבע במרפאתו הפרטית במזרח ירושלים, 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 הסהר האדום, 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 ובירידת מי השפיר. ופנתה לבית החולים לפי הוראת הרופא. בית החולים סרב לקבלה, על אף שהיא ובני משפחתה הראו לאחות או מיילדת בבית החולים את מכתבו של הרופא, וציינו בפניה כי מי השפיר ירדו.

האחות (או מיילדת), 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 "הסהר האדום" בלא שקיבלה טיפול כלשהו וללא שנעשתה אבחנה. היא נתקבלה בבית החולים "מוקאסד" כשהיא בתהליך לידה, לאחר צניחת חבל הטבור. בעת קבלתה בבית החולים מוקאסד, התברר כי קיימת ירידת מי שפיר, צוואר הרחם פתוח ל-8 ס"מ, וכחבל הטבור השמוט בנרתיק קיים דופק איטי המצביע על מצוקה עוברית קשה. גם בדיקת אולטראסאונד 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 חולצה גם התאומה השנייה ללא רוח חיים.

לפי כתב התביעה הנתבעים התרשלו וכתוצאה מרשלנותם נגרמה לתובעת נכות בשיעור 100%. התובעים צרפו לכתב התביעה חוות דעת של מומחים, על פיה התרשלות הנתבעים גרמה לנזק המוחי לתובעת, וכי טיפול נאות, דהיינו ניתוח קיסרי מייד בבית החולים **הסהר האדום**, היה מונע את קרות הנזק. לרופא ייחסה התובעת רשלנות בהתנהלותו, בכך שלא ביצע מעקב הריון כפי שרופא סביר אמור לבצע.

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. מהן החובות הכספיות המוטלות על פי ההלכה על הרופא המתרשל, ועל בית החולים המסרב לקבל את היולדת? תשובותיו של הדיין הרב טולדנו נועדו להציג את כללי ההלכה הנוגעים ישירות למקרה שלפנינו.

שאלה ראשונה:

רופא או מוסד רפואי שנמנע מלתת טיפול לחולה וכתוצאה מכך נגרם נזק לחולה. האם חייב לשלם מדיני אחריות וחיובי שומרים?

תשובה לשאלה הראשונה:

יש להבחין בין המקרים. השאלה הראשונה היא, האם יש לחייב את הרופא או המוסד הרפואי על אי-טיפולו מצד קבלת אחריות על כל מה שיארע לחולה. וזה יכול להכלל בחיובי השומרים. לעומת זאת השאלה השניה היא האם יש מקום לחייב את הרופא הטועה בחיובי נזיקין.

א. חיובי שמירה באומן ובפועל

אומן שנותנים לו כלי לתקן הוא שומר שכר על הכלי. כמבואר במשנה ב"מ פ ע"ב: כל האומנין שומרי שכר. וכך פסקו הרמב"ם בהלכות שכירות פרק י הלכה ג, וטור ושו"ע סי' שו סעיף א. ולכן רופא שמקבל חולה לטיפול הרי הוא ככל האומנים שדינם כשומר שכר¹.

בטעם, שאומן הוא שומר שכר מצינו כמה סיבות. ראשית, הוא נהנה מן העובדה שהנכס ברשותו שבזכות זה הוא מקבל שכר על עבודתו וכך כתב הטור: וזהו שכרן שמשתכרין 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. ש"ך סי' שו סק"א, קצו"ח סי' עב סק"ד, וסי' שו סק"ד.

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

הנפקות בין נימוקים אלו, אם האומן שומר שכר גם כאשר קיבל מראש את שכר מלאכתו. לפי הטעם הראשון הוא עדיין שומר שכר מכוח אותה טובת הנאה שבהשתכרותו. ולפי הטעם השני אינו שומר שכר מכיון שאין לו שום הנאה מזה שהכלי משמש לו כערבון שהרי כבר קיבל את שכרו.

נפקותא נוספת: אם האומן עושה את מלאכתו בבית בעל הכלי. לפי הטעם הראשון הוא שומר שכר גם אם הוא עובד בבית בעל הכלי, מפני שהוא נהנה ממה שבעל הכלי נותן לו שכר עבור מלאכתו. ש"ך סי' שו סק"א. אבל לפי הטעם השני שהוא שומר שכר מפני הנאת החזקה כביטחון על השכר. כאן שהנכס נמצא בבית בעליו הוא נתון בחזקת בעליו והאומן לא יכול לתפוס את הכלי כערבון לשכרו.

1 כשהחפץ עליו מתחייב הרופא שמירה הוא האדם המטופל על ידו. וראה להלן פרקים ג-ה, שם נדון בפירוט סוג זה של חיובי שמירה.

המחנה אפרים הלכות שומרים סי' מא מוסיף עוד נימוק, שכאן אין צורך לשמירת האומן שהרי כל זמן שהנכס נמצא בבית בעליו הוא נתון לשמירת בעליו נמצא שהאומן אינו שומר כלל.

נפקא מינא נוספת הנוגעת לענייננו: באומן שעושה מלאכה (=שטפול) בבן חורין כגון רופא, לדעה שנאמרו דיני שומרים בבן חורין שתובא להלן. לטעם שאומן הוא שומר שכר מפני שהוא תופס את החפץ כערבון עבור שכרו זה לא שייך בעושה מלאכה בבן חורין דהרי לא יכול לתפוס את האדם כמשכון עבור שכרו ולכן לכל היותר יחשב כשומר חנינם. אבל לטעם שהוא נהנה ממה שנותן לו שכר עבור מלאכתו. גם בעושה מלאכה בבן חורין, יכול להיות לו דין של שומר שכר המחוייב בשמירה מעולה על המטופל.

סיבה שלישית להיותו שומר שכר היא שיש לו טובת הנאה מכך שבעל הנכס בחר דווקא בו ושכר אותו לעשות מלאכה פרישה סי' שו א, סמ"ע שם סק"א.

לפי טעם זה, יש מקום לומר כי אומן המקבל שכרו שלא בקבלנות אלא בשכירות יומית איננו שומר שכר כי אין לאומן כזה טובת הנאה ממה שבעל הכלי בחר בו לתת לו את העבודה. שכן יתכן שבעל הכלי ילך לאומן אחר להמשיך בעבודה ואם כך הוא בחר בו באופן אקראי בלבד ולכן אינו שומר שכר. פרישה וסמ"ע שם.

כמו כן אם האומן הוא יחיד בעיר, אפילו אם שכרו בקבלנות, בכל זאת הוא שומר חנינם, כי הנאת הבחירה אינה קיימת.

נקודה נוספת: אומן הוא כשומר שכר לא רק על הכלי שעובד עליו אלא אפילו על כלי אחר שנותן לו בעל הכלי לשמש דוגמא כגון שנתן לו ספר במטרה שהאומן יעתיק ויכתוב לו ספר חדש וכך פסק המרדכי ב"מ סימן שס הובא בדרכי משה חו"מ שו סק"א. מפני שיש לו טובת הנאה מהחזקתו את הכלי הזה 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 היי 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 ההיא 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.

כדין אומן העושה חפץ או מתקן חפץ למעביד, כך דין פועל העושה מלאכה אחרת בעזרת החפץ עבור בעל החפץ. הוא שומר שכר על החפץ. ערוך השולחן סי' שלא סעיף ז.

אם האומן מקבל שכר על עיסוקו בתנאי, כגון שוחט הנוטל בשכרו כרכשתא (אבר פנימי) מן הבהמות הכשרות, הריהו נחשב כשומר שכר לענין חיובו גם אם שחט שלא כראוי ונתנבלה, אף על פי שעכשיו שנתנבלה לא יקבל את הכרכשתא. טור סי' שו סעיף ט, רמ"א סי' שו סעיף ד.

ובטעם הדבר נאמרו שני הסברים בטור, הובאו בסמ"ע שם סקי"ד. הסבר ראשון מפני שמכל מקום הייתה אפשרות שירויה. שאילו הבהמה הייתה כשרה היה מקבל את הכרכשתא והוא נהנה מן האפשרות לקבל שכר ולכן הוא שומר שכר. הסבר שני, שהכרכשתא שמקבל מהכשרות משמש שכר גם לטרפות מפני שרואים את כל השחיטות כמכלול אחד.

אך התשבץ חלק ב' סי קעד חולק על הטור. התשבץ"ן כותב לענין דין אומן בשכר שנותן הערכה שגויה שהוא חייב, כי מי ששאל צורף האם עפר פלוני (שהוצע לו לקנותו) הוא עפרות זהב מזוקק והבטיח לו שאם יתברר שהוא מזוקק יקבל חצי הרווח והצורף אמר לו שהוא זהב מזוקק וקנאו הלה והתברר שטעה אינו נחשב כשומר שכר משום שרק מי שמקבל שכר גם כשיש הפסד נחשב שמקבל שכר. בפשטות הוא חולק כאן על דברי הטור.

אולם קצו"ח בסי' רכו סקי"א מבאר שאין מחלוקת. לשוחט יש אפשרות שיקבל שכר אם תהיה שחיטה כשרה ולכן מוטלת עליו שמירת שומר שכר להיזהר שלא תתנבל ואם נתנבלה חייב לשלם אבל לצורף לא הובטח שכר רק הובטח חלק ברווח, כשיש רווח רק בזהב מזוקק. נמצא שבאמת (כלפי שמיא) מעולם לא הייתה לו אפשרות שירויה ולכן אין מוטלת עליו אחריות של שומר שכר.

ככלל ניתן לומר כי אם החזקת הנכס מהווה אמצעי לקבלת השכר כגון באומן שבכדי לתקן צריך להחזיק בנכס הוא שומר שכר גם אם בעל הנכס לא התכוון לתת לו את השכר עבור השמירה מפני שבפועל השומר נהנה מן השמירה. גם במקום שהחזקת הנכס אינה אמצעי לקבלת השכר, אם אפשר להעריך שהצדדים התכוונו שהשכר ניתן גם עבור השמירה, השומר הוא שומר שכר.

ב. אחריות האומן

אומן הרי הוא שומר שכר על הכלי או החומרים שנמסרו לו. והוא חייב לשומרו בשמירה מעולה. בשונה משומר חנם שאחריותו היא רק אם פשע ולא שמר. לדוגמא: שמר בתוך מבנה שדלתו הייתה עמידה בפני רוח

מצויה אך לא הייתה עמידה בפני רוח שאינה מצויה ונפרצה הדלת על ידי רוח שאינה מצויה וקרה נזק לפיקדון – שומר שכר חייב. רעק"א בסי' שג סעיף ב. וכמו שפסק השו"ע סימן שג סעיף יא: רועה שומר שכר שהעביר בהמה על הגשר, ודחפה אחת מהן לחבירתה ונפלה לשבולת נהר (פירוש מקום שמים נגרים בכח), הרי זה חייב, שהיה לו להעבירם אחת אחת, שאין השומר נוטל שכר אלא לשמור שמירה מעולה, והואיל ופשע בשמירתן בתחלה והעביר כאחד, אף על פי שנאנס בסוף בעת הנפילה, הרי הוא חייב. מבואר מהשו"ע ששומר שכר מוטלת עליו שמירה יותר משומר חנם ולכן יש עליו חיוב להעביר את הבהמות אחת אחת. וזה דומה לחיוב כעין גניבה ואבידה. ואע"פ שהרמב"ם והשו"ע נקטו שחייב מפני שפשע, מבאר נתיבות המשפט סי' שג סק"ה שדרך הפוסקים לנקוט לשון פשיעה בשומר שכר גם על דבר שהוא ברמה של גניבה ואבידה. וכן שוחט שדינו כשומר שכר לגבי עופות, אם פתח את דלת הלול להוציא עוף אחד וכשפתח ברח עוף אחר, הרי הוא חייב משום שהיה צריך להעלות על דעתו אפשרות זאת ולהזהר בעת פתיחת הדלת. זאת גם אם פעמים רבות לפני כן פתח את הדלת ולא ברח שום עוף. שו"ת אגרות משה חו"מ סי' טז.

ברם יש אומרים שיש חילוק בין זה המקבל שכר תמורת השמירה לבין מי שאינו מקבל תמורה בפועל על השמירה אלא שיש לו טובת הנאה מהחזקת הנכס. כגון רועה בהמות שהחליקה בהמה על שפת הנהר ונפלה לתוכו או שהעביר בהמות על גשר ודחפה אחת את חברתה ונפלה חברתה לנהר. ניתן לבא בטענה זו מאחר שאתה מקבל שכר היית צריך לשמור שמירה טובה במיוחד. רק כלפי מי שמקבל שכר בפועל על השמירה – אותו ניתן לחייב בשל כך בשמירה מיוחדת. לעומת זאת מי שאינו מקבל תמורה בפועל אלא יש לו טובת הנאה מהחזקת הנכס איננו יכולים לחייב אותו בשמירה מיוחדת. שו"ת מהרש"ך חלק ב סי' קסט, שו"ת חתם סופר חו"מ סי' טז.

אבל יש מהפוסקים שאינם מסכימים להבחנה זו וקובעים שגם לענין מקרים אלו שווים שני הסוגים של שומר שכר לחיוב בנימוק שהשכר שהוא מקבל מחייב את השומר בכל מקרה לשמירה מיוחדת. חידושי רעק"א חו"מ סי' עב סעיף יב, קצו"ח סי' עב סק"ה.

ג. חיובי שמירה על אדם בן חורין

שאלה: האם מי ששומר על אדם בן חורין כגון שמרטף, חייב בדני שמירה? יש אומרים שכשם שפוטרים שומר עבד מפני שעבד הוקש לקרקע כך מי ששומר על בן חורין פטור משמירה מפני שגם בן חורין הוקש לקרקע. שו"ת הרשב"א [מיוחסות] נביא דבריו להלן.

אולם אחרים אומרים שרק עבד הוקש לקרקע ואילו בן חורין לא הוקש לקרקע. מרדכי ב"מ סי' שנט, שסז, הובא ברמ"א סי' קעו סעיף מה: מי ששולח חבירו בעסקיו ונתפס, 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. מבואר ששיך דיני שמירה על אדם בן חורין. ונתיבות המשפט שם סק"ס מבחין: אם השולח שליח שהוא קבלן, אין לראותו כעבד ולכן אין דינו כקרקע. אבל אם הוא שכיר יום, היינו פועל, הרי הוא כעבד ודינו כקרקע ואין למשלח חיוב שמירה על גופו.

הרשב"א בשו"ת [המיוחסות] סי' כ הובא בב"י סי' קפח מחודש ד פוטר במקרה של המרדכי וכתב:

מי שהגיע לו הזיק בממון שלו מחמת שליחות שולחו או שהעלילו עליו מחמת השליחות והפסידוהו ממון אם על המשלח לשלם לו נזקו. תשובה: אין המשלח חייב בתשלומי נזק השליח שלא מצינו תשלומי נזק אלא בנזקי עצמו או בנזקי ממונו, ונזקי ממונו כעין נזקי עצמו הן כלומר לפי שפגע בנזקים בשמירת ממונו. אבל בנזק שהגיע לשליח מה הזיק המשלח ומה הגיע לו מחמת פשיעתו. וכל שכן אם השליח שכיר, שהרי הלך בשכרו כדכתיב (דברים כד טו) ואליו הוא נושא את נפשו, ודרשינן (ב"מ קיב.) שעל שכרו עלה בכותל ונתלה באילן כלומר ולפעמים שיפול וימות ובכלל סכנת נפשות הכניס עצמו מחמת שכרו ואלו דברים פשוטים הם. עכ"ל.

מבואר מהרשב"א שלומד שאין חיוב שמירה על אדם מפני שגם בן חורין הוקש לקרקעות.

בעיה אחרת בשמירת בן חורין, לפי דעת הרמב"ם ששומר מתחייב רק אם עשה מעשה קנין בנכס. הלא אין מקום לעשות קנין באדם בן חורין. אלא שגם לדעה זו ישנה דרך אחרת להתחייב באחריות של שומרים מלבד מעשה קנין, על ידי שימוש בנכס. נה"מ סי' שמ סק"ח, וסק"א.

אמנם בנדונינו אי אפשר לקבל שמירה על בן חורין גם אם התחיל להשתמש. מפני שטעם בעל הנתיבות, שהחיוב נוצר על ידי הנאתו מן השימוש והנאה זו היא כמו כסף וקבלת כסף זה מעשה קנין שתמורתו יכול לחול על מקבל הכסף חיוב שומרים. אבל זהו דווקא בנכס ששייך בו מעשה קנין. מה שאין כן בבן חורין שלא שייך כלל מעשה קנין גם התחלת שימוש לא מהני.

ד. התחייבויות אישיות

כפי שראינו לעיל יש אומרים שבן חורין נתמעט מפרשת שומרים כמו קרקעות. ולדעת הרמב"ם ישנה בעיה נוספת לפי שפרשת שומרים נאמרה רק למי שעשה מעשה קנין בנכס המופקד וזה לא שייך בבן חורין. וכן לפי

הפרישה והסמ"ע יש הבדל בין אומן (קבלן) שהוא שומר שכר, לפועל (שכיר) שהוא רק שומר חינום.

אולם אם השומר עושה מעשה קנין (קנין סודר) יש בכוחו ליצור **יחסים חוזיים** ועל כן אם עשה השומר קנין **נוצרים יחסי שמירה חוזיים** אף בנכסים שלא נכללו בפרשת שומרים. ומאחר שחויב זה בשמירה נוצר על ידי קנין ולא על פי פרשת שומרים שבתורה הרי הוא ככל התחייבות שיכול האדם לחייב את עצמו. והוא שקנו מידו שיתחייב לשלם אם יפשע או יתרושל בשמירתו. כמבואר בגמ' ב"מ דף נח ע"א:

נושא שכר אינו משלם (בהקדשות), ורמינהו: השוכר את הפועל לשמור את הפרה, לשמור את התינוק, לשמור את הזרעים – אין נותנים לו שכר שבת, לפיכך אין אחריות שבת עליו. היה שכיר שבת, שכיר חדש, שכיר שנה, שכיר שבוע – נותנין לו שכר שבת, לפיכך אחריות שבת עליו. מאי לאו – לשלם! – לא, להפסיד שכרו. – אי הכי, רישא דקתני אין אחריות שבת עליו – הכי נמי דלהפסיד שכרו? ומי אית ליה שכר שבת, והא קתני אין נותנין לו שכר שבת! אשתיק. – אמר ליה: מידי שמייע לך בהא? – אמר ליה, הכי אמר רב ששת, **בשקנו מידו**. וכן אמר רבי יוחנן, **בשקנו מידו**.

מבואר שאדם יכול לחייב את עצמו באופן אישי בדיני שומרים על אף שהנכס בעצמותו לא נכלל בפרשת שומרים.

ולכאורה איך מועילה ההתחייבות, מכיון שזו התחייבות על תנאי, היינו אם ינזק הנכס יצטרך לתת פיצוי ולשלם ואם לא ינזק לא ישלם, הרי זה אסמכתא. מפני שמוכן להתחייב, כי הוא חושב וסומך דעתו שלא יארע נזק. בשאלה זו עוסקים הראשונים ומצינו כמה אופנים ליישבה.

המרדכי ב"מ ס"י שע הובא בבית יוסף ס"י רז מחודש מד כותב שאף על פי שיש כאן אסמכתא שחושב שלא יקרה נזק. **הנאת האמון** שנותן המפקיד בשומר בזה שסומך עליו ומפקיד אצלו חפציו מועילה לבטל את בעיית האסמכתא. מפני שמחמת הנאת האמון יש לו גמירות דעת לשלם בכל אופן.

אולם הרמב"ן בחידושו ב"ב דף קסח ע"א הובא בכ"י ס"י רז מחודש מד הקשה, מדוע אין דין שומר חינום שהתנה להיות כשואל נופל בגדר אסמכתא. ותירץ שאין בהתחייבות זו אסמכתא מפני **שאונו** נחשב **תולה ברעת אחרים**. שמאחר ואינו יכול למנוע את האונס אין לומר שלא התכוון ברצינות להתחייב.

משמע שבשומר חינום המתנה להיות כשומר שכר יש בזה אסמכתא מפני שבידו למנוע גניבה ואבידה אלא שהרמב"ן שם מבאר שאין בחיובו כשומר שכר אסמכתא מפני שאפשר למנוע גניבה ואבידה. כלומר שאסמכתא קיימת רק במצב **שיש בידו למנוע קצת**. אבל בגניבה ואבידה יש **בידו למנוע לגמרי**.

הרי"ף לב"מ דף קד ע"א בסוגיה של אם אוכיר ולא אעביד אשלם במיטבא [האריס התחייב לשלם אלף זוז אם יוכיר את השדה] כתב שזה לא אסמכתא. דכיון שהוא משלם בשיעור ההפסד, שיעבודי שעביד נפשיה [הוא משעבד את עצמו] וגמר ומקני. ביאור הדברים: הדין של אם אוכיר ולא אעביד אינו בגדר התחייבות בתנאי. אלא האריס מחייב ומשעבד את עצמו מעכשיו לבעה"ב, שחלקו יגיע אליו בין אם ישיב את השדה ובין אם יוכיר את השדה.

ולפי דרכו הוא הדין בשומרים. השומר משתעבד מעכשיו להחזיר את הנכס או את דמיו, ובזה אין אסמכתא.

ה. רופא שכתוצאה ממחדל או ממניעת טיפול גרם נזק לחולה.

לדעת הרי"ף רופא או בית חולים שכתוצאה ממחדל או ממניעת טיפול גרמו נזק לחולה יהיו חייבים. מפני שעל פי החוק בית החולים או הרופא מקבלים אחריות על הטיפול בחולה. כלומר, הם מתחייבים מראש לעשות ככל הנדרש בכדי להבריא את החולה או לחילופין לשלם אם יארע נזק לחולה כתוצאה ממניעת טיפול או ממחדל של הרופא או הבית חולים. כי אסמכתא לא קניא בגלל העדר סמיכות דעת, ולכן במקום שאנו בטוחים שיש סמיכות דעת, בע"כ אנו מפרשים שיש כאן חיוב מעכשיו ולקחת אחריות על כל מה שיקרה בעתיד.

וכן לפי דעת המרדכי שהנאת האמון מוציאה מידי אסמכתא, אם כן גם ברופא יש כאן הנאת אמון, למשל כאשר הפניה לרופא היתה במסגרת שרות פרטי. גם אם לא היה שירות פרטי, על כל פנים יש כאן הנאת אמון במוסד הרפואי – בית החולים. ולכן על הרופא או על בית החולים לשלם אם ארע נזק כתוצאה ממניעת טיפול.

גם לפי דברי הרמב"ן אף שאם אין זה ברור שבידו היה למנוע הרי זה נכלל בגדר אסמכתא. ואין על הרופא לשלם פיצוי על הנזק שקרה, אבל במקרה שברור לגמרי שבידו היה למנוע נזק חייב ואין כאן אסמכתא.

יתר על כן, גם לדעת הרמב"ן יש לומר מפני שהחוק מכיר באחריות כזו וממילא יש כאן מנהג המדינה שמועיל מצד סיטומתא. ובשו"ת החתם סופר חו"מ סי' סו כותב שסיטומתא קונה באסמכתא. ואפילו לדעות שסיטומתא לא מועילה בדבר שלא בא לעולם, באסמכתא מועילה. כי בדבר שלא בא לעולם לא מועיל שום קנין, ואילו באסמכתא מועיל קנין מעכשיו ובב"ד חשוב. וסיטומתא נחשב כמו קנין מעכשיו בב"ד חשוב. וראה פסקי דין רבניים כרך ה עמ' 264 שרי"ש אלישיב מחייב ערבות בנקאית למרות שהחיוב פגום בחיסרון של אסמכתא מטעם שסיטומתא קונה באסמכתא וערבות שתופסת מבחינה חוקית יש בה משום סיטומתא.

ואפילו כאשר הרופא לא התחייב במפורש לשלם פיצוי אם יקרה נזק, בכל זאת יש מקום לחייב את הרופא מצד שהחולה בודאי סמך עליו שיטפל בו כראוי. ועליו לשלם כל מה שהפסידו. כן מצינו בריטב"א בבא מציעא דף עג ע"ב בדין מי שנתן כסף לחבירו לקנות יין ופשע ולא קנה שחייב לשלם שכתב: ומורי הרב תירץ אף על פי שלא קיבל עליו תשלומין כלל. כיון שנתן לו מעותיו ליקח סחורתו. ואלמלא הוא, היה לוקח ע"י עצמו או ע"י אחרים. אלא שזה הבטיחו שיקח לו וסמך עליו ונתן לו מעותיו, על דעת כן. הרי הוא חייב לשלם מה שהפסיד בהבטחתו. מבואר בריטב"א שהנאת האמון יוצרת חיוב לשלם עבור ההפסדים אפילו שלא התנו זאת במפורש. ואין כאן אסמכתא.

ו. מסקנות מעשיות

- א. אומן שמקבל חפץ לתקן נחשב שומר שכר וכך פוסק השו"ע סי' שו סעיף א. על אף שהשכר שהוא מקבל הינו על עבודתו ולא על שמירתו. כי השכר מתפרס גם על השמירה.
- ב. אם נאמרו דיני שומרים לגבי מי שמטפל בכך חורין. כן פוסק רמ"א סי' קעח סעיף מח בשם המרדכי. רופא שמקבל חולה לטיפול הרי הוא ככל האומנים שדינם כשומר שכר. והוא אחראי לשמירתו של החולה בשמירה מעולה. ואם התרשל בשמירתו ונגרם נזק לחולה הוא חייב לשלם מדין שומר שכר. אולם הרשב"א בתשובה בשו"ת [המיוחסות] סי' כ הובא בב"י סי' קפח מחודש ד סובר שלא נאמרו דיני שומרים בכך חורין.
- ג. גם לדעת הרשב"א ישנה סיבה נוספת לחייב בתשלום רופא או בית חולים שכתוצאה ממחזל או ממניעת טיפול גרמו נזק לחולה. מטעם לקיחת אחריות (התחייבות) אישית על המטופל. וכמבואר בגמ' ב"מ דף נה ע"א שאפילו הקדשות שהתמעטו מדיני שומרים. יכול השומר לחייב את עצמו בשמירתם על ידי מעשה קנין.
- ד. ההתחייבות לא פגומה בחיסרון של אסמכתא מפני שיש כאן גמירות דעת להתחייב מראש אם יארע נזק בעתיד לחולה. וכך כותב הרי"ף, [ב"מ דף קד ע"א בסוגית אוביר ולא אעביד]. המרדכי [ב"מ סי' שע הובא בבית יוסף סי' רז מחודש מד] כותב טעם נוסף שהנאת האמון מבטלת את החיסרון של אסמכתא.
- ה. אפילו אם הרופא לא התחייב במפורש לשלם פיצוי אם יארע נזק. יש לחייב את הרופא מצד שהחולה בודאי סמך עליו שיטפל בו כראוי ועליו לשלם כל מה שהפסידו. וכך כותב הריטב"א ב"מ דף עג ע"ב בענין חמרא דזול שפט.
- ו. גם לדעת הרמב"ן [חידושי הרמב"ן ב"ב דף קסח ע"א הובא בב"י סי' רז מחודש מד] הסובר שיש כאן חיסרון של אסמכתא. מנהג המדינה נחשב כמעשה קנין (סיטומטא) המועיל אפילו באסמכתא כיון שזה נחשב כמעכשיו ובב"ד חשוב. ראה פס"ד רבניים חלק ה עמוד 264.

ז. ניתן לחייב גם את הרופא וגם את בית החולים על נזקים שנגרמו למטופליהם עקב אי עמידתם בהתחייבותם לתת טיפול רפואי הולם למטופליהם.

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

השאלה השנייה

רופא שטעה וגרם נזק לחולה על ידי מעשיו או על ידי הוראתו. האם יש עליו חיוב לשלם. והאם יש מקום לחייב את הרופא הטועה בחיובי נזיקין.

בתשובה לשאלה הראשונה הדיון נסוב על חיובים הנובעים מעיקרון קבלת אחריות על כל מה שיארע לחולה, עיקרון שמקורו בדיני שומרים. לעומת זאת להלן נדון בשאלת חיובים שמקורם בדיני נזיקין.

התשובה לשאלה השנייה

א. דיני נזיקין באומן ובפועל

אומן שקלקל בשעת מלאכה בפשיעה חייב. כמבואר בב"ק דף צט ע"ב אמר שמואל: טבח אומן שקלקל – חייב לשלם, מזיק הוא, פושע הוא, נעשה כאומר לו שחוט לי מכאן ושחט לו מכאן. למה ליה למימר מזיק הוא, פושע הוא? אי אמר מזיק הוא, הוה אמינא הני מילי היכא דקא עביד בשכר, אבל היכא דקא עביד בחנם לא, קמ"ל פושע הוא. [דברי שמואל הם אליבא דר"מ שסובר נתקל פושע הוא וחייב אפילו בחינם יעו"ש]. אולם להלכה נפסק כדעה החולקת שרק בהדיוט חייב, וכן פסק השו"ע סי' שו סעיף ד: בהמה לטבח, וניבלה; אם אינו מומחה, אם שחט בחינם חייב. וכתב רש"י שם שלא היה לו לשחוט כיון שאינו בקי. ואפשר לחייבו מצד שתי סיבות או מטעם אדם המזיק. או מטעם חיובי שומר דהרי הוא לא עדיף משומר חינם שחייב בפשיעה. וכמו שיתבאר להלן.

ברם כשיש צד אונס בדבר כגון שנתן בהמה לטבח אומן וניבלה פסק השו"ע הלכות אומנים סימן שו סעיף ד: המוליך חטים לטחון, ולא לתתן, ועשאן סובין או מורסן; נתן קמח לנחתום ועשאו פת נפולין; בהמה לטבח, וניבלה; בשכר, חייבים לשלם דמיהם. ואם שחט בחנם, אם היה טבח מומחה, פטור.

ב. גדר אחריות האומן בנוזיקין

הקשו התוספות פרק המניח דף כז ע"ב, וכן בפרק האומנין דף פב ע"ב הרי אדם מועד לעולם וחייב אפילו באונס, אם כן מדוע אם שחט בחינם פטור. ותיצרו שיש לחלק בין סוגי האונסים שבאונס כעין אבידה שהוא קרוב לפשיעה אדם המזיק חייב. אולם באונס שהוא כעין גניבה שהוא קרוב יותר לאונס גמור, אדם המזיק פטור. יוצא לפי דברי התוספות שטבח אומן שקלקל פטור מדין אדם המזיק דהוי אונס כעין גניבה, ולכן אם שחט בחינם פטור. ועושה בשכר מחייבים אותו מצד אדם המזיק דגם במזיק יש חילוק בין עושה בחינם לעושה בשכר. וכל שנוטל שכר עליו להיזהר יותר. כמו שמצינו בשומר שכר שחייב בגניבה ואבידה, יותר משומר חינם שפטור בגניבה ואבידה. וטבח שאינו מומחה שקלקל חייב, אפילו אם שחט בחינם, מטעם אדם המזיק בפשיעה. חלקת יואב סי' יב.

ובשטמ"ק בפרק האומנין דף פב ע"ב כתב בשם הרמב"ן שאין לחלק בין האונסין וכיון שאדם מועד לעולם, לעולם חייב אדם המזיק אפילו באונס גמור. ומה שהקשו התוספות מטבח אומן שקלקל שפטור בחינם. כתב הרמב"ן שאין באומן שקלקל לחייב מטעם אדם המזיק מפני שמוטל עליו להתעסק בכלי ועוסק לטובתו ולהנאתו של בעל הנכס. ולכן אינו בכלל אדם המזיק. ולסברא זו כל מה שמחייבים טבח מומחה שקלקל בשכר הוא מדין שומר שכר שחייב באונס שהוא כעין גניבה. ובחינם פטור, שהרי שומר חינם באונס שהוא כעין גניבה פטור. וטבח שאינו מומחה שחייב, אפילו אם שחט בחינם, הוא מטעם דיני שומרים משום דהוי פשיעה וחייב אפילו בחינם. [הרמב"ן בדינא דגרמי הביאו קצו"ח סי' שו סק"ט מקשה מדוע טבח אומן שקלקל חייב הרי זה היזק שאינו ניכר. מוכח מזה שהרמב"ן סובר שלא מחייבים שומר אם ארע לנכס המופקד "היזק שאינו ניכר". כי הרמב"ן סובר שבאומן לא שייך כלל לחייבו מטעם אדם המזיק, וכל החיוב הוא מדיני שומרים. וכן כתב הרמב"ן במלחמות ה' ב"ק יט ע"ב בדפי הרי"ף.]

מהסמ"ע בס"י שו סק"ג אין הכרח שלומד כדעת התוספות או כדעת הרמב"ן. שכתב שלכן בחינם פטור דכיון שהוא מומחה ואינו רגיל לבא לידי מכשול אמרינן מזלו של בעל הבהמה גרם למכשול. אבל שוחט בשכר חייב דהוי ליה להיזהר יותר. כלומר מפני שהוא טבח מומחה נחשב כאונס שהוא כעין גניבה ולכן בחינם לא צריך להיזהר ולטרוח כל כך מה שאין כן בשכר עליו לטרוח ולהיזהר יותר. אבל לא כתב מאיזה טעם מחייבים שוחט שאינו מומחה, אפילו בחינם. האם החיוב הוא מצד אדם המזיק, או מצד דיני שומרים.

הנפקותא במחלוקת זו האם יהיה הפטור של בעליו עימו. שלסברת התוספות שטבח שאינו מומחה בחינם או טבח מומחה בשכר, חייב מטעם

אדם המזיק. חייב אפילו בבעליו עימו. ולדעת הרמב"ן שחיובו מדין שומרים, פטור מצד בעליו עימו. חלקת יואב סי' יב.

ג. חיוב נזיקין בשולחני

ואפשר לומר שבסברת מחלוקת התוספות והרמב"ן, נחלקו הרי"ף והרמב"ם עם התוספות, לענין הדין של אומן הנותן הערכה שגויה. שדעת הרי"ף והרמב"ם ופסק כדעתם השו"ע בסי' שו סעיף ו: המראה דינר לשולחני, ואמר לו: יפה הוא, ונמצא רע, אם בשכר ראהו, חייב לשלם אף על פי שהוא בקי ואינו צריך להתלמד. ואם בחנם ראהו, פטור, והוא שיהיה בקי שאינו צריך להתלמד. ואם אינו בקי, חייב לשלם אף על פי שהוא בחנם, והוא שיאמר לשולחני: עליך אני סומך, או שהיו הדברים מראים שהוא סומך על ראייתו ולא יראה לאחרים. מבואר שבכדי לראות מטבעות צריך מומחיות יתירה וכל שאינו בכלל זה הרי הוא הדיוט לענין זה שחייב אפילו כשעושה בחינם. אמנם אם הוא מומחה חזרנו לדין הרגיל באומן שיש חילוק בין עושה בשכר לעושה בחינם. אבל סוברים הרי"ף והרמב"ם שאין נותן ההערכה חייב, אלא כשאומר לו או שהדברים מראים, שהוא סומך עליו. ודעת התוספות ופסק כדעתם הרמ"א שם: יש אומרים דאפילו סתמא נמי חייב. כלומר שדעת התוספות להשוות מראה דינר לשולחני לכל אומן שקלקל ולא צריך להוסיף ולומר שהוא סומך עליו.

ובביאור מחלוקתם נראה שדעת הרי"ף והרמב"ם כדעת הרמב"ן שאי אפשר לחייב אומן מצד אדם המזיק מפני שמתכוון לטובתו ולתועלתו של בעל הנכס. וכל חיוב אומן הוא מצד דיני שומרים וזהו רק כשהכלי נמצא אצל האומן או שהאומן מחזיק בו בשעת מלאכה. אבל במראה דינר הרי ראה הדינר, והחזיר אותו לבעליו וכבר יותר לא מחזיק בו ולא שייך שיהיה שומר עליו. ולכן כל חיובו הוא רק מצד קבלת אחריות מפורשת להתחייב אפילו בגרמי. ולכן צריך שיאמר לו שהוא סומך עליו (חזי דעלך קא סמיכנא) שאז מחייבים את נותן ההערכה מצד דינא דגרמי כמבואר בגמ' ב"ק דף ק ע"א.

ברם לדעת התוספות שחיוב אומן הוא מצד אדם המזיק הוא הדין במראה דינר שחיובו מטעם אדם המזיק מצד דינא דגרמי. לא צריך להוסיף ולומר לו שהוא סומך עליו.

ולפי ביאור זה בדעת הרי"ף צריך לומר שלא רק בהדיוט כדי להתחייב צריך לומר שהוא סומך עליו אלא גם במומחה בשכר. נמצא שבמומחה אם עושה בחינם פטור ואפילו אם אמר לו חזי דעלך קא סמיכנא. ש"ך שם סק"ב. והטעם בזה כיון שהחיוב הוא משום שקבל עליו אחריות מצד דינא דגרמי. כל קבלת האחריות דווקא אם הוא לא אנוס אבל באונס פטור. ולכן אם

הוא מומחה בחינם פטור, משום שהי אונס כעין גניבה. אבל עושה בשכר קיבל עליו אחריות שלא יזיק גם באונס שהוא כעין גניבה. ולכן בשכר חייב.

ועל פי דברינו יובנו היטב דברי השו"ע, שמשמע בפשטות שצריך אמירה כדי להתחייב אפילו בשכר. ולא כדברי נתה"מ שם סק"א שכתב: נראה דדין זה הוא רק ברואה בחנם, אבל בשכר ודאי חייב אפילו בלא אמר לו, וזה פשוט. עכ"ל.

ד. אחריותו בנוזיקין של רופא

תוספתא מסכת בבא קמא פרק ט הלכה יא: רופא אומן שריפא ברשות בית דין והזיק פטור. חבל יתר מן הראוי לו הרי זה חייב. ומפרש שו"ת תשב"ץ חלק ג סי' פב: ונראה שזה הוא פירוש שוגג ומזיד שאם עשה הראוי לו והזיק פטור, הדהו ליה שוגג. ואם עשה יותר מן הראוי לו הוי מזיד וחייב כדין חובל. ובכך מיישב את התוספתא בגיטין פרק ג הלכה ח-ט: רופא אומן שריפא ברשות בית דין והזיק בשוגג פטור במזיד חייב מפני תיקון העולם. המחתיך את העובר במעי אשה והזיק ברשות בית דין בשוגג פטור במזיד חייב מפני תיקון העולם. ומה שנאמר בברייתא מפני תיקון העולם לענין שוגג נאמר דמן הדין ראוי לחייבו, דאדם מועד לעולם אלא שאם לא נפטרנו בשוגג אתי לאימונעי מלרפאות.

ודבריו הם לא לפי שיטת הרמב"ן שהרי הרמב"ן כותב שבאומן לא שייך לחייב מטעם אדם המזיק מכיון שעוסק לטובתו ולהנאתו של בעל החפץ והוא הדין ברופא לא שייך לחייב מטעם אדם המזיק כי עוסק לטובתו ולהנאתו של החולה.

וראה שם [שו"ת תשב"ץ חלק ג סימן פב] שהביא מתוספתא מכות פרק ב הלכה ה: רופא אומן שריפא ברשות ב"ד והרג ה"ז גולה. והקשה מה זה שונה מהרב הרודה את תלמידו והאב המכה את בנו ושליח ב"ד שאינן גולין כמבואר בגמ' במכות דף ח ע"א משום דהתם במצוה קא עסיקי. ונתמעטו מעונש גלות מן הפסוק "לחטוב עצים" שאין דין גלות אלא במלאכת הרשות אבל במלאכת מצוה אין דין גלות. ותימ' שהרי הרופא ג"כ במצוה קא עסיק דהא אבידת גופו היא. אם כן מדוע ברופא חייב גלות.

ה. שיטת הרמב"ן באחריותו של רופא

הרמב"ן בתורת האדם כותב והביאו הטור סי' שלו זל: ואם ריפא שלא ברשות ב"ד והזיק חייב בתשלומין אפי' אם הוא בקי וכ"ש באחד שאינו בקי שאין ב"ד מרשין למי שאינו בקי. אבל אם ריפא ברשות ב"ד וטעה והזיק פטור מדיני אדם וחייב בדיני שמים. ואם המית ונודע לו ששגג גולה על ידו ומ"מ א"צ לימנע מפני חשש טעות. ומקור דברי הרמב"ן הוא

מתוספתא בבא קמא פרק ו הלכה יז: רופא אומן שריפא ברשות בית דין והזיק פטור מדיני אדם וחייב בדיני שמים. המחתיך את העובר במעי אשה ברשות בית דין והזיק פטור מדיני אדם ודינו מסור לשמים.

ובבית יוסף שם העתיק את כל דברי הרמב"ן מספרו תורת האדם וז"ל: ומ"ש אבל אם ריפא ברשות בית דין וטעה והזיק פטור מדיני אדם וחייב בדיני שמים. ואם המית ונודע לו ששגג וכו'. כן כתב שם (עמ' מא) הרמב"ן אהא דתנא דבי רבי ישמעאל וז"ל וקשיא לי דתניא בתוספתא (ב"ק פ"ט ה"ג) רופא אומן שריפא ברשות בית דין והזיק הרי זה גולה אלמא עונש שוגג יש בדבר וי"ל הרופא כדיין מצווה לדון ואם טעה בלא הודע אין עליו עונש כלל כדאמרין (סנהדרין ו:): שמא יאמר הדיין מה לי בצער הזה תלמוד לומר (דה"ב יט ו) "ועמכם בדבר המשפט" אין לדיין אלא מה שעניו רואות. ואף על פי כן אם טעה ונודע לבית דין שטעה משלם מביתו על הדרכים הידועים בו (שם לג.). ואף על גב דהתם אם דן ברשות בית דין פטור אף כאן מדיני אדם פטור מן התשלומין. אלא שאינו פטור מדיני השמים עד שישלם הנזק ויגלה על המיתה הואיל ונודע שטעה והזיק או המית בידים. וכן אמרו בתוספתא דבבא קמא (פ"ו ה"ו) גבי פטורים מדיני אדם וחייבין בדיני שמים רופא אומן שריפא ברשות בית דין פטור מדיני אדם ודינו מסור לשמים ומכל מקום בלא הודע שלו אינו חייב כלום כמו שהדיין פטור מכלום בין מדיני אדם בין מדיני שמים והוא שיהיה כמו שראוי ליהזר בדיני נפשות ולא יזיק בפשיעה עכ"ל: מבואר ברמב"ן שכל הפטור של רופא נלמד מדיין שטעה ולכן אם לא נודע פטור בין מדיני אדם בין מדיני שמים ואם נודע טעותו פטור מדיני אדם וחייב בדיני שמים וזהו רק אם לא פשע. אולם אם טעותו נבעה כתוצאה מפשיעה והזיק חייב לשלם.

ובאמרי בינה חו"מ דיני דיינים סי' ל מקשה ממשנה ערוכה בבכורות דף כח ע"ב שר' טרפון הטריף פרה על סמך שניטל הרחם שלה. וטעה, ואמר הלכה חמורך טרפון. ובא ר"ע וניחם לר"ט ואמר לו שהוא מומחה לב"ד, וכל המומחה לב"ד פטור מלשלם. ולכאורה לפי דברי הרמב"ן שדיין שטעה חייב בדיני שמים אם נודע טעותו. אם כן מה ניחמו ר"ע הרי ניחמו תנחומין של הבל דודאי רבי טרפון היה רוצה לשלם אם הוא חייב בדיני שמים.

ונראה לומר בדעת הרמב"ן שיש שני מצבים ברופא אומן יש רופא אומן שריפא כראוי ותוך כדי זה שעוסק ברפואה מת החולה שבזה הרופא פטור בין מדיני אדם בין מדיני שמים מפני שהוא אנוס ובזה לא צריך לפטור מטעם התקנה, אלא בזה פטור מן הדין. מכיון שמתכוון לתועלתו של החולה לא שייך לחייבו מטעם אדם המזיק שחייב באונס.

לעומת זאת יש מצב נוסף שהוא השתדל לרפא כראוי רק טעה בשיקול הדעת. או היה קשה לו בזמן הריפוי לאמוד נכון את מעשהו שלא יזיק, וכתוצאה מחוסר זהירות טעה בשעת מעשה והזיק. שבזה היה צריך להיות חייב כמו כל אומן בשכר שמקבל על עצמו חיובי שמירה של שומר שכר. ומכיון שרופא מקבל שכר על מעשהו צריך היה להיות חייב. ובמקרה זה פוטרים אותו מטעם התקנה כדי שלא ימנע מלרפא.

ועל פי זה יובן מדוע יש הבדל בין התוספתא בב"ק לתוספתא בגיטין. שהתוספתא בב"ק לא מזכירה שפטור מטעם התקנה, והתוספתא בגיטין פוטרת מטעם התקנה. והביאור הוא כי התוספתות מדברות על שני מצבים שונים. בתוספתא בגיטין מדובר שלא נזהר כראוי בשעת מעשה ולכן כל טעם הפטור הוא מצד התקנה. לעומת זאת התוספתא בב"ק מדברת באופן שריפא כראוי רק תוך כדי שעוסק ברפואה מת החולה שעל זה פטור מצד הדין.

ואם כנים אנחנו בזה תתורץ קושיית התשב"ץ מהו הבדל בין שליח ב"ד שהכה שלא גולה מפני שעוסק במצוה, לבין רופא שריפא. והחילוק כי שליח ב"ד שטעה והכה בכח יותר מן הראוי גם אם הנלקה מת כתוצאה מהמכה השליח קיים מצוה כי המצוה היא ההכאה, ולכן פטור מגלות. לעומת זאת ברופא שטעה אם ריפא ולא נזהר כראוי וכתוצאה מכך מת החולה לא קיים הרופא שום מצוה מפני שלא ריפא ולכן חייב גלות. שהרי כל הפטור הוא מטעם התקנה וזה רק בדיני אדם אבל בדיני שמים חייב כמבואר ברמב"ן בספר תורת האדם שהביאו הב"י.

למדנו שרשות נתנה התורה לרופא לרפות את החולה על פי דרכי הרפואה ואין צריך לחשוש אולי יטעה והרפואה תזיק לחולה. כי אין לרופא אלא לפי ראות עיניו ולפי הבנתו שרפואה זו מרפא. ואם טעה והזיק חייב לצאת ידי שמים. אולם כל זה דווקא ברופא אומן [מומחה] שמרפא בשכר שטעם הפטור הוא מצד התקנה והתקנה פוטרת מדיני אדם אבל בדיני שמיים חייב אולם רופא מומחה שמרפא בחינם בזה פטור מדיני אדם מכיון שחובת הזהירות נובעת מדיני שמירה שמקבל על עצמו האומן. וכל זה דווקא בשכר לעומת זאת ברופא שמרפא בחינם חובת השמירה היא כשל שומר חינם והחובה המוטלת עליו היא רק שלא יפגע ולכן אם בשעת מעשה לא נזהר כראוי וכתוצאה מטעותו הזיק פטור בין מדיני אדם בין מדיני שמים.

וממילא מובן מה התנחומים שניחם ר"ע את ר"ט מפני שדברי הרמב"ן שחייב בדיני שמים הם דווקא אם הדיין או הרופא מקבל שכר עבור עבודתו אבל ר"ט לא קיבל שכר אלא דן בחינם ולכן ר"ט היה פטור גם בדיני שמים.

ו. רופא שגרם נזק לחולה כתוצאה מטעות בהוראה

התשב"ץ ח"ג סי פב כותב שרופא אומן חייב בדיני שמים דוקא אם הזיק בידיו אבל רופא שטעה ונתן לחולה תרופה שאינה מתאימה, אינו בכלל זה, ופטור גם מדיני שמים. ולכאורה דברי התשב"ץ אינם מובנים מה החילוק בין אם חבל הרופא בידיו או שהשקהו תרופה שהזיקה לו וכי אחד שישקה לחבירו סם ויגרום לו נזק לא יתחייב בתשלומי נזיקין. ואולי אפשר לומר שהתשב"ץ מדבר במקרה שהרופא לא השקהו בעצמו אלא אמר לחולה שיטול תרופה זו ובדיעבד התברר שהתרופה הזיקה. נמצא שהרופא הזיק בגרמי, ומכיון שהוא שוגג גרמי בשוגג פטור גם מדיני שמים.

ז. מסקנות מעשיות:

- א. רופא שריפא כראוי ותוך כדי עבודתו החולה הוזק שלא כתוצאה מטעותו של הרופא, הרופא פטור מצד הדין כי הוא אנוס.
- ב. רופא בשכר שמתכוון לתועלת ולשם ריפוי על פי דרכי הרפואה וטעה בשיקול הדעת. או בשעת מעשה היה קשה לו לאמוד נכון את מעשהו שלא יזיק. פטור בדיני אדם וחייב בדיני שמים. אולם אם מרפא בחינם פטור גם מדיני שמים.
- ג. אם הטעות נבעה מחוסר שימת לב כגון שהחליף **והזריק לחולה** זריקה שאיננה מתאימה, או מחוסר בירור, כגון שלא עשה צילום רנטגן. אך אם היה מברר, היה יכול להבחין ולדעת. או עשה בחולה דבר שלא היה צריך לעשותו על פי כללי הרפואה. חזר דינו להיות ככל אדם המזיק, כי זו רשלנות פושעת שחייב על נזקיה בדיני אדם כדין חובל בחבירו. בין אם הוא רופא בשכר או בחינם.
- ד. אם לא פגע בחולה במעשה ישיר, אלא שעל פי הוראתו נעשתה טעות שבעקבותיה החולה ניזוק, חייב מצד דינא דגרמי. אמנם חיוב גרמי הוא דווקא במזיד, ודווקא אם בעת קבלת ההחלטה השגויה היה ברור שעל פי החלטתו יגרם נזק באופן ודאי. אבל בהעדר ודאות נזק בעת קבלת ההחלטה השגויה אין כאן חיוב מצד דינא דגרמי אפילו אם הטעות היתה במזיד, וכל שכן כאשר הטעות הייתה בשוגג. מכאן שלא ניתן לחייב את הרופא בדיני נזיקין אלא מדיני קבלת אחריות, כמפורט בתשובה לשאלה הראשונה.

מקור: אסיא פט-צ, עמ' 17-26.

אסיא צג-צד.