

הרב גבריאל טולדאנו

פיצוי על רשלנות רפואית – תשלומי נזיקין ותשלומין מדיני שומרים

ראשי פרקים:

הצגת מקרה לדיון

השאלה

התשובה

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

הצגת מקרה לדיון*:

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 שהתרשל במעקבו הרפואי במהלך ההריון, התרשלות 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 אֵם התובעת בכאבים ובריידת 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 אֵם התובעת ולא פנתה לאף רופא לבדיקה או התייעצות, למרות הסבריה על נסיבות

* הצגת המקרה נכתבה ע"י עורך אסיא.

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 התאומה הראשונה במצג עכוז, קיימת ירידת מי שפיר, צוואר הרחם פתוח ל-8 ס"מ, ובחבל הטבור השמוט בנרתיק קיים דופק איטי המצביע על מצוקה עוברית קשה. בדיקת אולטראסאונד הראתה כי העובר הראשון מצוי בתנוחת עכוז ושרוי במצוקה עוברית קשה ואילו לכו 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 (C.P). 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 מיידית 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?

מאמרו החשוב של הדיין הרב טולדנו נועד להציג את כללי ההלכה הנוגעים ישירות למקרה שלפנינו.

השאלה:

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

התשובה:

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 השנייה היא האם יש מקום לחייב את הרופא הטועה בחיובי נזיקין.

במסגרת זו נדון רק בשאלה הראשונה. לשאלה השנייה ניחד מאמר נפרד.

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 שמשכתרין 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. מחנה 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.

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 (=שמטפל) 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

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

לתפוס את האדם כמשכון עבור שכרו ולכן לכל היותר יחשב כשומר חנם. 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 ס"ו 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 חנם, 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 הי' שמעון יודע לעשות אחר כמותו ונמצא שהשכר שקבל בעשיית הכלי לראובן הוא בשביל הכלי ההוא שהביא לו ראובן ובהוא הנאה נעשה עליו שומר שכר וא"כ הוה ליה החפץ ההוא כמו החפץ עצמו שנוטל שכר על עשייתו מאחר שבשבילו הוא עושה החפץ של ראובן ונמצא שזה וזה שוין וחזר הדין כמו שקיימא לן האומנין שומרי שכר הן.

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 ס"ו 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 ס"ו שו סעיף ט, רמ"א ס"ו שו סעיף ד.

ובטעם הדבר נאמרו שני הסברים בטור, הובאו בסמ"ע שם סק"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 בס"י רכו סק"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 חינם 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 בס"י שג סעיף ב. וכמו שפסק השו"ע סימן שג סעיף יא: רועה שומר שכר שהעביר הבהמה על הגשר, ודחפה אחת מהן לחבירתה ונפלה לשבולת נהר (פירוש מקום שמים נגרים בכח), הרי זה חייב, שהיה לו להעבירם אחת אחת, **שאיין 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 חינם 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' 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 ולהיזהר בעת פתיחת הדלת. זאת גם אם פעמים רבות לפני כן פתח את הדלת ולא ברח שום עוף. שו"ת איגרות משה חו"מ סי' סט.

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' טו.

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 מח: 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 היזק 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 שפשע 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, שהחייב 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. התחייבות 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 חנם.

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 שחייב 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 יתרשל 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 שמיע 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 בב"י ס"י רז מחודש מד הקשה, מדוע אין דין שומר חינום שהתנה להיות כשואל נופל בגדר אסמכתא. ותירץ שאין בהתחייבות זו אסמכתא מפני שאונס נחשב **תולה בדעת 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 אוביר ולא אעביד אשלם במיטבא [האריס התחייב לשלם אלף זוז אם יוביר 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 אוביר ולא אעביד אינו בגדר התחייבות בתנאי. אלא האריס מחייב ומשעבד את עצמו מעכשיו **לבעה"ב**, שחלקו יגיע אליו בין אם ישביח את השדה ובין אם יוביר 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.

1. 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 בבן 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 בבן חורין.
- ג. גם לדעת הרשב"א ישנה סיבה נוספת לחייב בתשלום רופא או בית חולים שכתוצאה ממחדל או ממניעת טיפול גרמו נזק לחולה. מטעם לקיחת אחריות (התחייבות) אישית על המטופל. וכמבואר בגמ' ב"מ דף נח 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 כמעשיו 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 האחיות 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).