

הרב גבריאל טולדאנו

פיצוי על רשלנות רפואית – תשלומי נזיקין

ראשי פרקים:

הצגת המקרה

השאלה

התשובה

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

הצגת המקרה *:

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 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 אֵם התובעת ולא פנתה לאף רופא לבדיקה או התייעצות, למרות הסבריה על נסיבות בואה לבית החולים. לפנות בוקר שולחה אֵם התובעת מבית החולים "הסהר

* הצגת המקרה נכתבה ע"י עורך אסיא.

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 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 (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 מיידי 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

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. באסיא פט-צ'¹ 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

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

1. הרב גבריאל טולדנו, "פיצוי על רשלנות רפואית – תשלומי נזיקין ותשלומין מדיני שומרים". אסיא פ"ט-צ, תשע"א, עמ' 17-26.

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 אומן בנזיקין

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. ותירצו 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 שאמרו 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 בסי' שו סקי"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 שחייב אומן הוא מצד אדם המזיק הוא הדין במראה דינר שחייבו 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 שהחייב 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 שהוי 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. אחריות נזיקין 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, דהוה 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. המחתך 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 לאימנועי 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 וזל: 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 כדאמרינן (סנהדרין ו:): שמא יאמר הדיין מה לי בצער הזה תלמוד לומר (דה"ב יט ו) "ועמכם בדבר המשפט" אין לדיין אלא מה שענינו 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 שיזהר 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 שמיים 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 ובה 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 לאמור 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 יפשע 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 זיק. פטור בדיני אדם וחייב בדיני שמים. אולם אם מרפא בחינם פטור גם מדיני שמים.

ג. אם הטעות נבעה מחוסר שימת לב כגון שהחליף **והזיק לחולה** זריקה שאיננה מתאימה, או מחוסר בירור, כגון שלא עשה צילום רנטגן. כאשר אילו היה מברר, היה יכול להבחין ולדעת. או כאשר 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 בחברו. 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. במצב כזה לא ניתן לחייב את הרופא בדיני נזיקין אלא מדיני קבלת אחריות, כמפורט באסיא פט-צ עמ' 17-26.