

## תורה ומדינה הלכה למעשה-חיוב נזקים על רשלנות רפואית ע"פ תורה

### ראשי פרקים

1. חיוב תשלומים על נזק הנגרם כתוצאה מטעות שיפוטית
2. הבדלים בין "דינא דגרמי" ודין "גרמא"
3. "ורפא ורפא" - המצווה לרפאות
4. חיוב תשלומים ברשלנות רפואית
5. רשלנות רפואית בכתיבת מרשמים ויעוץ רפואי שגוי
6. היחס ההלכתי – משפטי הנכון לרשלנות רפואית ע"פ תורה

### 1. חיוב תשלומים על נזק הנגרם כתוצאה מטעות שיפוטית

המשנה במסכת בכורות המובאת פעמים רבות בש"ס אומרת, שאדם היושב על כס המשפט ושגה ופסק פסק דין שגוי וזיכה אדם שראוי לחיבו, הדין שלו נותר בעינו, והוא הדיין יאלץ לפצות את הניזוק כתוצאה מפסק הדין המוטעה שפסק. האמוראים במסכת סנהדרין מנסים להסביר את המשנה הנ"ל ומקור אחר הנראה כסותר משנה זו, ומוכרע להלכה וכן מובא בשו"ע כמסקנה ממקורות אלו, שכאשר טעה הדיין בשיקול הדעת, והכריע בדין ע"פ דעת יחיד, או שאר טעויות שאינן מובהקות, אך מוגדרות כטעויות, אם הוא מומחה וקיבל רשות לדון מהרשויות המוסמכות לתת אישורים מסוג זה, בכל מצב שהוא גם אם לא ניתן לדון את הדין מחדש מסיבות שונות, לא יתחייב הדיין לפצות את האדם שפסק נגדו והזיק לו. כאשר טעה והכריע את הדין בטעות מובהקת וברורה- "טועה בדבר משנה", פטור מלשלם תשלומי נזק, משום שכדברי השו"ע לא התכוון להזיק, דבר שנכון גם לסיבת הפטור של אדם המומחה שטעה בטעות שאינה מובהקת- "טעה בשיקול דעת". לעומת זאת, בהמשך דבריו של השו"ע מובא, שבמידה והדיין לא היה מומחה בתחומו, יתחייב לשלם על הנזק שגרם כתוצאה מפסק דינו. הסיבה לחיוב של דיין זה בתשלומי הנזק המובאת בדברי השו"ע הינה שהוא מתכוון להזיק. בשונה מאדם המומחה, ששם אומר השו"ע שאינו מתכוון להזיק, ולכן פטור מתשלומי הנזק. לכאורה הסיבות המובאות בשו"ע של מתכוון או אינו מתכוון להזיק אינן מדויקות. שהרי אדם שאינו מומחה שדן וטעה אינו מתכוון להזיק, אלא בסה"כ שגג. הפוסקים מבינים שסוגיה זו שייכת למספר סוגיות בידיני נזיקין העוסקות בידיני דגרמי. להבנתם, למרות שלמעשה הנזק שנגרם ע"י הדיין הינו עקיף לחלוטין, שהרי פסק את הדין, וכפועל יוצא ממנו נגרם נזק, ואין לראות בעצם פסק הדין כנזק ישיר שגרם הדיין, מ"מ חייב הדיין לשלם במקרים מסוימים כמובא לעיל. אולם, למרות שמדובר על דינא דגרמי שכפי שיבואר בהמשך, חייב בו המזיק, עדיין לא בכל מקרה נחייב את הדיין לשלם מבייתו. הסמ"ע מביא את סברת הרי"ף, שלהבנתו מהווה את המקור לדברי השו"ע, שהסיבה שאנו לא מחייבים את הדיין בכל מקרה, למרות שאנו פוסקים להלכה שאדם חייב בדינא דגרמי, וממילא באדם שמזיק לחברו אין חילוק בין מתכוון להזיק לאינו מתכוון להזיק, ע"פ הכלל הידוע אדם מועד לעולם אפילו אם גרם נזק בלא כוונה בכלל. מ"מ כאן מבין הרי"ף שאין הוא חייב, מכיוון שלא גרם כל נזק בכוונה. המדד לבדיקה אם גרם בכוונה את הנזק או לא, הינו להבנת הסמ"ע, אם קיבל רשות לדון. לכן, כאשר קיבל הלה רשות לדון מהגורמים המוסמכים, ממילא אם נגרם נזק כתוצאה מפסק הדין המוטעה שלו, פטור מתשלומים, משום שאין זה נחשב כדינא דגרמי ומכיוון שכך פטור. אולם, כאשר לא קיבל רשות לדון, למרות שגגה בפסק הדין ולא ממש התכוון להזיק למתדיינים, מ"מ היחס כלפיו יהיה כאדם שהתכוון להזיק, וממילא חלים עליו הכללים של דינא דגרמי, וממילא יהיה חייב בתשלום על הנזק שגרם. עקרון נוסף אותו אומר הסמ"ע הינו, שהסיבה שאנו לא מחייבים את הדיין על פסק הדין שדן בו, שאם נחמיר להתייחס לדיין כאדם המזיק, ימנעו אנשים מלשבת בדין מחשש שמא יצטרכו לפצות את המתדיינים על טעויות שביצעו. לכן אנו אומרים שכל שקיבל רשות לדון, נחשב כאינו מתכוון ופטור, כיוון שתקנה תקנה מיוחדת לא להתייחס לדיין כגרמי רגיל החייב בכל מצב. אולם, כאשר לא קיבל רשות מתאימה לדון, כיוון שלא היה צריך לשבת בדין ועשה כן, נחשב כאדם המתנהל בצורה רשלנית והתנהגותו שוות ערך לאדם שהזיק במתכוון, שאפילו אם נרצה לפטור את הדיין מתשלומים שמא יחשוש לדון, מ"מ הוא חייב שהרי התכוון להזיק, ואין כל סיבה לפטור אותו אלא יש ללכת עמו ע"פ עיקר הדין של דיין במצב זה- דינא דגרמי, ולכן יתחייב בתשלומי הנזק.

### 2. הבדלים בין "דינא דגרמי" ודין "גרמא"

אחר חיוב זה מדינא דגרמי המובא בגמ', מצאנו מקרים נוספים המובאים במקומות אחרים בגמ', בהם לא מחייבים בתשלום על נזקים עקיפים המכונים בפי הגמ' והפוסקים כנזקי "גרמא". הראשונים נחלקו בדעתם באילו אופנים יש לחייב על נזקים עקיפים מדין גרמי, ובאילו מקרים יש לפטור מדין גרמא, בו הגמ' אומרת מפורשות שפטור עליהם. הרמב"ם סובר שכל נזק עקיף חייב עליו, בין אם יחשב כגרמא ובין אם יחשב

כגרמי. את הסוגיות בגמ' מהן נראה שאדם פטור מתשלום נזקים על נזקי גרמא, משייך הרמב"ם לשיטות הדחיות מההלכה. דעת ר"י המובאת בתוספות הינה, שכאשר מדובר על נזק מייד, הנגרם כתוצאה מפעולה אקטיבית של המזיק, יש להחשיבו כגרמי ולחייב את המזיק בתשלום הנזק. לעומת זאת, על נזק עקיף שאינו פעולה אקטיבית ופיזית של המזיק, וכשזמן הנזק אינו מיד כתוצאה מפעולת המזיק אלא לאחר זמן, יש לפוטרו מדין גרמא בנזקין שפטור. על דעתו הקשו התוספות, שהרי המקרה המובא לעיל בדבר דיין שטעה לכאורה, ע"פ דברי ר"י, אמור להיות פטור שהרי הזיק בדיבר באופן שאינו מייד. אם כן, מדוע במקרים מסוימים כמובא בגמ' הוא חייב. מכח קושיה זו מביאים התוספות חילוק נוסף בין גרמי לגרמא, והוא חילוקו של הריצב"א. לפי חילוק זה אין הבדל מהותי בין דינא דגרמי, לבין כל נזק עקיף אחר הנקרא בגמ' גרמא, אלא שמעיקר דין התורה אדם חייב רק על נזקים ישירים אותם הוא מבצע, ופטור על כל נזק עקיף באשר הוא. אולם חז"ל ראו לנכון לקנוס את המזיק נזק עקיף לעיתים, מפאת שכיחותו של נזק עקיף זה, או מסיבות שונות. הסיבה לקנס זה של חז"ל הינה, ע"מ שלא ילך כל אדם ויזיק את חברו ויפטר מפאת העובדה שהזיק בצורה עקיפה בלבד. למרות הפטור מתשלומי נזקים על נזקי גרמא, מצאנו בדברי הגמ' שאסור להזיק בגרמא. ממילא אם עשה כן והזיק במזיד ובמתכוון, למרות שפטור מדיני אדם חייב בדיני שמים. כן מובא בערוך השולחן ובמקומות נוספים, ע"פ מספר דינים המובאים בגמ' אשר פטור בהם מתשלומים בדיני אדם אך חייב המזיק באופן זה מדיני שמים. כלומר, למרות שבית דין של מטה אינו יכול לכופף אותו לפצות את הניזק, בגלל היות הנזק שבוצע עקיף בלבד, אדם שהזיק באופן זה עבר עברה, ולכן ע"מ לכפר על העברה אותה ביצע, מוטל עליו מדיני שמים לפצות את הניזק על הנזק שגרם, אף בהיותו נזק עקיף בלבד. ע"פ דברים אלו, בצירוף דברי הרמב"ם המובאים לעיל, לפיהם כל נזק עקיף שגורם אדם חייב לפצות את הניזק אף בבית דין של מטה, מוטל על המערכות המשפטיות המושטות על דין תורה לראות, כיצד ניתן לגרום לכך שאדם שהזיק לחברו בנזקי גרמא, לא יוכל להפטר מתשלומים, שהרי עובר בכך עברה, ואף חז"ל כדברי הריצב"א בחלק מהמקרים, סתרו את דין התורה לפיו פטור מתשלומים וחייבו אותו לשלם מדין קנס, ע"מ שלא ילך כל אדם ויזיק נזקים עקיפים לחברו ויפטר מדיני אדם. לכן טוב עושים גופים שונים העוסקים בכתיבת חוזים ושטרות ע"פ דיני תורה, אשר מכניסים בחוזה סעיף לפיו, והיה ויזיק האדם בנזקי גרמא יתחייב בתשלומי הנזק, ובכך ניתן לחייב את המזיק בבית דין לפצות את הניזק, שהרי כך התנה. במעשה זה, אין עברה על דיני תורה הפוטרים אותו מתשלום הנזק, אלא להיפך, הליכה אחרי רוח התורה אשר אומרת שהגורם נזק בגרמא פטור מדיני אדם אך חייב בדיני שמים, וכל עוד לא מפצה את הניזק, עברה תחשב לו. ע"י חוזה זה למעשה כופה האדם על עצמו בעת כתיבת החוזה, את אי היכולת שלו לעשות עברה של אי פיצוי על נזקי גרמא, ובכך הולך ברוח התורה שאע"פ שבפועל לא אפשרה לחייב בתשלומים על נזק עקיף, אך בהחלט לא רואה בעין יפה את מי שבפועל לא מפצה על נזק זה. נראה שהש"ך הולך בעקבות דברי הריצב"א באומרו, שדינא דגרמי הינו קנס שקנסוהו חכמים, ולא דין תורה. שלא כדברי הרמב"ן אשר בקונטרס שלם מבאר את דעתו לפיה, חיוב הנזקים בדינא דגרמי הינו חיוב מדין תורה. ע"פ דברים אלו של הש"ך, מובנים דברי הסמ"ע ע"פ הרי"ף הנ"ל. מעיקר הדין, דיין מזיק בפסיקת דין שגוי שפסק רק באופן עקיף, ולכן צריך להיפטר מתשלומים. אולם כדברי הרי"ף, היה ראוי לקנוסו במצב זה משום שדין זה אכן עשוי להיות שכיח וחוזר על עצמו. לכן ראו חז"ל לנכון כדברי המשנה והגמ', לקנוס את הדיין הטועה בדין. כל זאת מפאת הרשלנות, אשר כאמור עלולה להיות שכיחה מאוד במצבים אלו. אולם קנס זה חל, רק כאשר מדובר באדם אשר לא קיבל את הרשות לדון, אך אדם אשר אינו רשאי לדון בהחלט חוזרת במלוא עוזה הטענה שיש לקנוס אותו על נזקו, ע"מ שלא יקומו אנשים אשר אינם מוסמכים וידונו דינים מוטעים. לעומת דברי הש"ך העולים בקנה אחד בצורה ברורה עם דברי הרי"ף בהסברו לסוגית דיין שטעה, נראה שלשיטת הרמב"ן הסובר שדינא דגרמי הינו דין גמור מהתורה, ולא קנס שקנסו חז"ל יש לומר, שהסיבה לפיה חז"ל ראו לנכון לפטור דיין מומחה שקיבל רשות מהרשויות המוסמכות לדון, הינה היתר ספציפי שנתנו חז"ל, בניגוד לדין תורה. זאת מפאת החשיבות הגדולה אשר רואים חז"ל לכך שיהיו דינים בישראל, ולא יוצר מצב בו אנשים מוכשרים ואיכותיים, ימנעו מלהיכנס לתחום זה אשר עלול לגרום להם הפסדים רבים. לכאורה יש לשאול, מניין ראו חז"ל ע"פ הסברו של הרמב"ן, לעבור על דברי תורה ולפטור דיין אשר הזיק בגרמי.

### 3. "ורפא ירפא" - המצווה לרפאות

הגמ' במסכת ב"ק, לומדת מלשון הפסוק "ורפא ירפא", העוסק בחובת מימון טיפול רפואי אשר נזקק לו האדם עקב חבלתו של חברו, שניתנה רשות לרופא לרפאות. לכאורה לימוד זה מיותר לחלוטין. שהרי מה חידשה לנו התורה, שבלעדיו לא היינו מבינים דין זה. מדוע שנחשוב שאין לרופא רשות לרפאות. בשאלה זו עוסקים הראשונים ומסבירים, שהייתה מחשבה שיש להימנע מריפוי, אחרי שהקב"ה החליט להביא מחלה על אדם מסוים, ויש בריפוי לכאורה עשיית הפך רצון ה'. לכן בא הפסוק שמותר לרפאות. מהסבר זה עולה, שכל החידוש העולה מפסוק זה הינו שאין לסמוך על הנס, ושה' שרוצה שנפעל בעולם הזה למרות הקשיים והאתגרים אשר מציב הוא בפנינו. לכאורה עקרונות אמוניים אלו נלמדים ממקורות רבים, ולא ברור מהו החידוש הנוסף המובא בפסוק. הסבר נוסף המובא בדברי הראשונים אומר, שעשוי הרופא לומר לעצמו, מדוע

שאכנס לצרה זו של עולם הרפואה, שמא אטעה במעשי ואהרוג אדם, כפי שמצוי לעיתים, שכתוצאה מטעויות רפואיות אנשים מקפחים את חייהם. בא הפסוק לומר שאל לו לרופא לומר כך. ע"פ הסבר זה נראה, שלא רק שישנה רשות לרפא, ואין בכך עשיית הפך רצון ה', אלא שמצווה יש בדבר, ובגלל חשיבותה של הצלת נפשות זו, אין לחשוש מפני הטעויות אשר עלולות להיגרם עקב כך, אף שאחריתם לעיתים מוות של המטופל. הברכי יוסף מוסיף, שאחר לימוד זה מדברי הפסוק אסור לו לאדם להסתמך על הנס, אלא חייב הוא להתרפא ע"י הרופאים. עוד מוסיפים האחרונים קומה נוספת המבהירה עד כמה ישנה חובה לרופא לרפא ולא לחשוש לטעויות, באמרם שאפילו אם ישנו חשש שעקב פרוצדורה רפואית יאבד אדם את חייו תוך כדי הפרוצדורה, במידה וישנו סיכוי שפרוצדורה זו תציל את חייו, שיאבדם באופן ודאי בלא פרוצדורה זו, מוטל על הרופא לבצע את הפרוצדורה חרף הסכנה הטמונה בה. אם כן נשאלת השאלה, מדוע מובא בגמ' שישנה רשות בלבד לרפא. היה לכאורה צריך לומר, שמפסוק זה נלמד, שישנה מצווה כה גדולה לרפא, שאע"פ שעשוי הרופא להרוג נפשות במלאכתו, אין לו לחשוש מכך מפאת מצווה זו הנלמדת מהפסוק. בנוסף יש לומר, שגם הסבר זה לכאורה אינו מתיישב יפה. שהרי מצוות רבות הינן מורכבות, והעושה אותם עלול לטעות טעויות טרגיות, עדיין לא ראינו שהכתוב טורח לומר לנו, שלא נמנע מעשיית המצווה עקב החשש לטעות.

#### 4. חיוב תשלומים ברשלנות רפואית

ישנם מספר מקורות בתוספתא העוסקים במידת חיוב תשלום על נזקים אשר נגרמו כתוצאה מרשלנות רפואית. בתוספתא בגיטין מובא שרופא שריפא וגרם נזק, אם עשה זאת במזיד חייב לפצות את המטופל לו הזיק, אך בשוגג פטור מפני תיקון העולם. במסכת ב"ק מובא, שרופא שגרם נזק פטור מדיני אדם וחייב בדיני שמים. במסכת ב"ק מובאת תוספתא נוספת האומרת, שהרופא פטור אך אם חבל יותר מן הראוי לו חייב. בתוספתא שבמסכת מכות מובא, שהרופא שהרג אדם תוך כדי הטיפול בו חייב גלות כדין אדם הרוצח בשוגג. לכאורה כל מקור מביא דין אחר, הסותר את שאר המקורות בדין חיוב התשלומים על רשלנות רפואית. הראשונים עמלו להסביר את התוספתאות הללו, ע"מ שלא יחלקו אלא יסבירו זו את זו. משום שע"פ דרך הבאתם בלא מחלוקת במקומות שונים, נראה בבירור שאין בהם כל מחלוקת, אלא ביאורים שונים של דין הרשלנות הרפואית. התשב"ץ מסביר שהתוספתא האומרת שחייב הרופא על רשלנות רפואית במזיד ובשוגג פטור (בגיטין), אינה פוטרת אותו לחלוטין אלא סוברת שפטור הוא מדיני אדם אך חייב בדיני שמים (כדברי התוספתא ב"ק). כאשר אמרה התוספתא הנוספת במסכת ב"ק, שאם חבל יותר מן הראוי חייב, ואם לא אז פטור. כוונתה הייתה לומר, שאדם שחבל יותר מן הראוי נחשב כמזיד וחייב. אך אם חבל בחולה תוך כדי טיפול שהיה צריך לקבל פטור, משום שנחשב במצב זה כשוגג. התוספתא במכות האומרת שרופא שהרג אדם כתוצאה מטיפול רפואי חייב גלות, עוסקת ברופא שעשה זאת בשוגג, ולכן ככל הורג בשוגג, חייב גלות. לתירוץ התשב"ץ לדברי התוספתאות עולה, כי רופא שחבל באדם בשוגג תוך כדי הטיפול בו פטור, כדין המזיק בגרמא, היינו שחייב בדיני שמים. אם חבל בו יותר מן הראוי לו, אע"פ שלא התכוון להזיק כיוון שהתרשל באופן משמעותי, נחשב הדבר כמזיד וחייב בתשלומים על הנזק שגרם. ע"פ דברים אלו אומר התשב"ץ, שמשמעות תיקון העולם המובא בדין זה של רופא ששגה ברפואתו והזיק הינה, שמעיקר הדין היה צריך הרופא להיות חייב על כל חבלותיו, אף אם עשה כן בשוגג, שהרי אדם מועד לעולם וחייב על כל נזק שגורם, אלא שמפני תיקון העולם פטרו את הרופא שחבל במטופל שלו תוך כדי עבודתו, משום שאם לא יעשו כן אומר התשב"ץ לא ירצה לרפא מחשש שמא יתחייב בכספים רבים כתוצאה מחבלות שביצע בשוגג במטופלים שלו. ע"פ דברים אלו נראה מדברי התשב"ץ, שעצם דין זה של הפטור מתשלומים על נזקים שביצע הרופא תוך כדי עבודתו, נלמד מן הפסוק, ורפא ירפא". היינו, שהרופא שריפא ועשה ככל יכולתו להטיב עם החולה, ושגג והזיק לו יהיה פטור. זוהי אותה רשות שניתנה לרופא לרפא- רשות הפוטרת אותו מחובת פיצוי הנזקים אם אכן עשה זאת בשוגג גמור, תוך כדי הניסיון לרפא את מטופלו. אם כן מובן מדוע בדרשה זו מובא הביטוי רשות ולא מצווה. שהרי החידוש בדרשה זו הינו, הרשות שניתנת לרופא לרפא בלא חשש מחובת תשלום על נזקיו שיגרמו בשגגה. מתוך הבנה זו בדברי התוספתא ובפירוש הפסוק "ורפא ירפא", מבין הרמב"ן בספרו תורת האדם שישנה הקבלה מוחלטת בין דיין לבין רופא כאשר בשניהם מעיקר הדין היה צורך לחייבם גם על טעויות בשוגג. אלא שכפי שמובא בסמ"ע לעיל בהקשר של דיין, ובתשב"ץ בעניין רופא, שבמידה ולא יקבלו הרופאים והדיינים רשת הגנה זו, אשר נלמדת בסוגיית הרופאים מהפסוק ורפא ירפא, לא ירצו לעסוק במקצועות חשובים אלו, שיש בהם כאמור מצווה גדולה. לכן למרות החיוב המוטל עליהם מעיקר הדין ברופא מפאת היותו מזיק בידיים, ובדיין אע"פ שמזיק נזק עקיף חייב מדינא דגרמי, פטורים הם כאשר גרמו נזק זה בשוגג, ולא מתוך רשלנות פושעת הקרובה למזיד. אולם גם בדיין וגם ברופא עדיין מוטל עליהם לפצות את הניזק בדיני שמים, שהרי ס"ס הזיקו. רק כאשר הזיקו בנזק שאינו ודאי, ולא ניתן למצוא קשר ברור בין מעשי הרופא לבין הנזק שנגרם למטופל, פטור הרופא אף מדיני שמים. ע"פ הקבלה זו בין רופא לדיין, מובן אם כן לשיטת הרמב"ן, מדוע ראו חז"ל לנכון לבטל דין תורה, ולומר שלמרות שדיין שטעה חייב בתשלום על נזקיו מדינא דגרמי, יהיה פטור כשהייתה לו רשות לדון. זאת מתוך הבנת חז"ל, שכשם שהתורה פטרה רופא מתשלום זה, מפאת נחיצותו של מקצוע הרפואה, למרות שגרם נזק ישיר לחולה, כך יש לפטור דיין שמלכאיתו חשובה לא פחות, בפרט שזקוק נזק עקיף. הר"ן הולך צעד אחד נוסף מעבר לדברי הרמב"ן, וסובר שהרופא אשר הזיק למטופל בו טיפל, פטור לחלוטין משום שאינו נחשב שוגג

אלא אנוס לחלוטין. להבנתו זהו החידוש הנלמד מן הפסוק "ורפא ירפא". הרשות שניתנת לרופא לרפאות הינה רשות כזו, שמחשיבה כל נזק שיגרמו למטופל שלו כאונס גמור, משום שהיה מחויב לטפל בו כמאמר הפסוק. גם הר"ן מדמה דין זה של רופא הפטור לחלוטין לדין דיין, אשר בו נאמר שאין לו לחשוש שמא טועה הוא, משום שאין לדיין אלא מה שעניו רואות. כ"כ, כיוון שהרופא היה עסוק בעבודתו ושגג והזיק פטור הוא לחלוטין אף בדיני שמים. מדימוי זה המובא בר"ן, למובא בהקשר של דיינים עליהם נאמר אין לדיין אלא מה שעניו רואות נראה, שהר"ן מבין שכל טעות של הרופא הינה טעות שאינה מובהקת, שאפילו אם חתך במקום שגרם לאיבוד דם, וכתוצאה מכך נגרם נזק לחולה, שמא לא הייתה אפשרות לרפאו בלא מעשה זה. כ"כ ניתן לומר, שמא היה ניזוק באותה מידה, ואף יותר מכך בלא פרוצדורה זו. לכן אין לדיין ולרופא אלא מה שענייהם רואות. בטעויות מובהקות יותר יודה הר"ן שהרופא חייב בתשלום על נזקיו שהרי משנה מפורשת המובאת לעיל האומרת שלעיתים דיין חייב כאשר טעה ולא פוטר את הדיין משום שאין לו אלא מה שעניו רואות. ע"פ דברים אלו ניתן לומר, שכלל אין מחלוקת בין דברי הר"ן לדברי הרמב"ן. הר"ן הפוטר את הרופא אפילו מדיני שמים, סובר שכיוון שהיה עסוק בעבודתו פטור לחלוטין משום שנחשב כאנוס, ולא על רופא שכזה דיברו התוספתאות הנ"ל. הרמב"ן סובר, שכאשר רופא שגג כתוצאה מהתרשלות בעבודתו, אם מדובר בהתרשלות זניחה יחשב כשוגג ויהיה חייב בדיני שמים, ואם הייתה התרשלות גדולה, וכ"ש אם הזיק במזיד חייב לפצות את המטופל על הנזק שגרם לו. כך ניתן להבין ע"פ דברי הערוך השולחן, שלא מביא את דברי הר"ן כחולקים על דברי הרמב"ן המובאים בדברי השו"ע ובדבריו, אלא כמשלימים את דבריו.

## 5. רשלנות רפואית בכתבת מרשמים ויעוץ רפואי שגוי

התשב"ץ המצדד בדעת הרמב"ן, סובר שהמשפט "אין לדיין אלא מה שעניו רואות" הנאמר כלפי דיין, אכן רלוונטי גם לרופא, אך לא מדובר ברופא אשר עושה פרוצדורות רפואיות בגופו של החולה, בו כאמור יש לחייבו בשוגג מדיני שמים, אלא ברופא אשר נותן עצות ומרשמים רפואיים, והזיק בעצתו. באופן זה אכן פטור לדברי התשב"ץ מתשלומים על הנזקים שנגרמו עקב עצתו אפילו מדיני שמים משום שעשה זאת בשוגג, ולא התכוון להזיק. לכאורה ניתן לראות בעצה שגויה זו דינא דגרמי, וגם אם נפטור את הרופא, כפי שפטרנו את הדיין כמובא לעיל, עדיין נשאר עליו דין גרמא, אשר כאמור מחייב אותו מדיני שמים. אלא שכיוון שע"פ הפסוק "ורפא ירפא" ניתנה רשות לרופא לרפאות, דהיינו הרופא פטור מדיני אדם על החבלות שנגרמו כתוצאה מאותה רשות לרפאות, ממילא אם הנזק נעשה ע"י עצה בלבד, יורדת רמת החיוב בתשלומים לכדי פטור מלא, כשם שבכל נזק עקיף יורדת רמת החיוב מחיוב בדיני אדם, לחיוב בדיני שמים. נמצא שרופא שעסוק בעבודתו ולא התרשל כלל ועיקר, אף כשגרם נזק למטופל שלו ואף הרגו, פטור לחלוטין מגלות כדין רוצח בשוגג, וכן פטור אף בדיני שמים כדברי הר"ן המובאים להלכה בדברי ערוך השולחן. במידה והתרשל התרשל התרשלות גדולה, וכ"ש עסק בתחומי רפואה אשר לא קיבל להם כל הרשאה מהגורמים באופנים מסוימים להימנע ממנה. במידה והתרשל התרשלות גדולה, וכ"ש עסק בתחומי רפואה אשר לא קיבל להם כל הרשאה מהגורמים הממונים לעשות כן, נחשב הוא כמתכוון להזיק, כפי שמובא בדיני דיינים כדלעיל, וחייב על רשלנותו הפושעת לפצות את חברו אף בדיני אדם כדברי הרמב"ן. במידה ורק נתן עצה או מרשם שגוי, יורדת רמת חובת תשלומי הנזק אותו חייב לשלם, ואם התרשל התרשלות מזערית במעשהו פטור אף מדיני שמים, כיוון שהנזק אינו ישיר אלא עקיף-גרמא. אולם במידה והתרשל התרשלות משמעותית, ניתן לחייבו בבית דין לשלם, אע"פ שהזיק בדינים מדין קנס- דינא דגרמי ע"מ שלא יעשה כן בעתיד כפי שתיקנו חכמים בכל דינא דגרמי לחייבו, וכפי שמובא בהקשר זה בהלכות דיינים.

## 6. היחס ההלכתי – משפטי הנכון לרשלנות רפואית ע"פ תורה

מדברי חז"ל לאורך הדורות בסוגיה זו של רשלנות רפואית עולה בצורה מובהקת, המגמה של הימנעות עד כמה שניתן, מלחייב רופאים על רשלנות רפואית, כל עוד אינה רשלנות פושעת הקרובה למזיד. ע"פ הסברנו נראה, שיסוד זה למדוהו חז"ל מן הפסוק "ורפא ירפא". ממילא ההימנעות מלחייב רופאים על רשלנות רפואית שאינה פושעת, הינה מן התורה. לכן, אע"פ שהרשלנות בוצעה באופן ישיר ע"י חבלה ישירה בגופו של החולה, ועל חבלה זו נאמר בד"כ אדם מועד לעולם, ברופאים לדברי הר"ן פטור מדיני שמים, אפילו אם כתוצאה מטעותו של המנתח ניטלו חייו של אדם. כל זאת כאמור מתוך חשש הקיים ג"כ בדיינים, לפיו ימנעו רופאים מלרפא חולים, ויחששו מתביעות אשר יתבעו על רשלנות רפואית. נכון לתקופתנו תביעות על רשלנות רפואית, הינן מהתביעות המשמעותיות והנרחבות ביותר בעולם המשפטי בכלל ובדיני הנזיקין בפרט. כ"כ הפיצויים אשר בתי המשפט פוסקים לטובת הניזוקים כתוצאה מרשלנות רפואית, הינם גבוהים מאוד. כתוצאה מכך ניתן לראות באופן ברור, שישנה רתיעה של רופאים מלטפל טיפולים משמעותיים בחולים מחשש שיתבעו על כך, ומעדיפים תמיד לומר שאינם מתחייבים על תוצאותיה של פרוצדורה זו או אחרת. בנוסף לפני כל טיפול מחתימים הרופאים את החולים על מסמכים רבים בטרם יהיו מוכנים לטפל בהם, ובלא חתימה זו מסרבים הם לטפל בחולה. מצב זה כאמור ע"פ

הדברים המובאים לעיל אינו ראוי ויש לשנותו, ע"מ שהרופאים יוכלו לחזור לעשות ככל יכולתם לרפא כפי שנדרש מהם. ביחוד שלדברי הפוסקים, הרופא הנמנע מלרפא, תופעה הקיימת באופן נרחב בימינו עקב חוסר יחס נכון בעניין תביעות על רשלנות רפואית, הרי הוא שופך דמים. לצורך כך, יש להקטין משמעותית את היכולת של החולים הניזוקים לתבוע את הרופאים, ע"י הקטנה משמעותית של סכום הפיצויים הניתנים להם, ודחיה על הסף של מרבית התביעות העוסקות ברשלנות רפואית ע"פ הפרמטרים ההלכתיים-משפטיים שהבאנו לעיל, לפיהם אין להם כל מקום ואין כל סיבה להתייחס אליהם כלל. כל עוד מהלך ציבורי חשוב זה אינו מתרחש, ישנם רבים מבין החולים שאינם מקבלים טיפול הולם מחששות אלו של הרופאים, ויש בהתנהלות משפטית-רפואית זו פגיעה מובהקת בחיי אדם רבים. כמובן שיש צורך להשאיר מנגנון פיקוח אשר יוודא, שבמידה והרופאים אכן מתרשלים ברשלניות פושעות, יש להענישם על כך. אולם במרבית המקרים אין זה המצב, ולכן מנגנון פיקוח זה צריך להיות הרבה פחות מאיים, מכפי שעובד מנגנון זה בימינו, בדמות הציבור אשר תובע בהמוניו את עולם הרפואה חדשים לבקרים, וכתוצאה מכך כאמור נקטפים חיהם של רבים.