

אחריות רפואית: טעות באבחנה וטעות בטיפול

(נתפרסם ב"המעין", 43 (2) (2003), עמ' 41-50)

במאמר זה אנו באים ללבן את השאלה האם רופא שנתן טיפול רפואי ומת החולה נכלל בקטיגוריה של הורג בשגגה וחייב בגלות או שאין עליו אחריות ואינו חייב בגלות, היות שעסק במצווה או שנידון כאנוס.

בתוספתא מכות (מהדורת צוקרמאנדל ובהשמטה מכתבי היד) כתוב:

שליח בית דין שהיכה ברשות בית דין הרי זה גולה רופא אומן¹ שריפא ברשות בית דין² הרי זה גולה המחתיך את העובר במעי אשה ברשות בית דין והרג הרי זה גולה...³ (שם ב, ה).

על פניו תוספתא זו חולקת על דברי אבא שאול במשנה (מכות ב, ב), שאדם ההורג בשגגה על ידי הכאה של מצווה, אינו חייב בגלות, ושמשום כך אב ורב ושליח בית דין, שהכאתן היא מצווה, פטורים מגלות:

זרק את האבן לחצרו והרג אם יש רשות לניזק ליכנס לשם גולה ואם לאו אינו גולה שנאמר ואשר יבא את רעהו ביער (דברים יט, ה) מה היער רשות לניזק למזיק ליכנס לשם יצא חצר בעל הבית שאין רשות לניזק ולמזיק ליכנס לשם אבא

¹ בעל צידה לדרך ("לרבינו מנחם בן הקדוש ר' אהרן בן זרח, אשר נשאר הוא לבדו מכל בית אביו בגירוש והריגת צרפת בשנת פ"ה לאלף הששי, והיה תלמיד רבינו יהודא בן הרא"ש, ווארשא תר"מ"), מאמר חמישי, הכלל השני, פרק שני, הבין שדברי התוספתא שרופא חייב גלות כוונתם לרופא שאינו בקי שנתנו לו רשות לרפא שכתב: "ואם הרשו ב"ד למי שאינו בקי פטור מדיני אדם וחייב בדיני שמים ואם המית ונודע לו ששגג גולה על ידו". וכך סבר גם בעל מטה משה (לר' משה מפרעמסלא, תלמיד המהרש"ל, ווארשא תרל"ו), חלק רביעי, ביקור חולים, פרק שלישי, עמ' קיא, וכתב שלגבי מה שאמרו בתוספתא שרופא שהזיק בטעות פטור מדיני אדם וחייב בדיני שמים, זה אמור כלפי רופא שאינו בקי שקיבל רשות: "ואם הרשו בו למי שאינו בקי פטור מדיני אדם וחייב בדיני שמים". אולם דעה זו יש בה קושי, שהרי בתוספתא נאמר "רופא אומן שריפא ברשות בית דין", משמע שהכוונה לרופא מומחה.

² בספר תורת האדם, מהדורת הרב ח"ד שעוועל, ירושלים: הוצאת מוסד הרב קוק (וכן בכל מקום להלן), עמ' מא, הגירסה היא "והזיק", וכך הגירסה גם בספר כפתור ופרח, סוף פרק מד, ובספר בשמים ראש, סי' שפו: "רופא אומן שריפא והרג", ובשו"ת התשב"ץ, חלק ג, סימן פב, הגירסה: "והרג".

³ בעל חסדי דוד, תוספתא גיטין ג, ה"ח-ט, ביאר שכוונת התוספתא ב"המחתיך את העובר במעי אשה והזיק" מחתיך את העובר ומכוין להיטיב, ואירע שנגע ברחם והזיק לאשה ולא לעובר, ובזה נדחים דברי ר' יעקב זאב יאסקאוויטץ בספרו אמבוהא דספרי, על ספרי זוטא (מסעי כב, עמ' 538) שהבין שכוונת התוספתא שהזיק את העובר, ולמד מתוספתא זו שחייבים גלות בהריגת עובר וכתב: והוא דבר חדש דחייב גלות על עובר אף דישראל אינו חייב על העוברין.

שאל אומר מה חטבת עצים רשות יצא האב המכה את בנו והרב הרודה את תלמידו ושליח בית דין⁴ (מכות, שם).

מדברי אבא שאול עולה שהריגה בשגגה כתוצאה מהכאת של מצווה אינה מחייבת את השוגג בגלות, ואילו בתוספתא נאמר ששליח בית דין חייב בגלות אף שהכאתו היא מצווה, וגם רופא המטפל בחולה אף על פי שעוסק הוא במצווה (סנהדרין פד, ע"ב: "בן מהו שיקיז דם לאביו רב מתנא אמר ואהבת לרעך כמוך...")⁵ חייב בגלות.

ייתכן שגם החכמים במשנה, שדרשו את הפסוק "ואשר יבא את רעהו ביער מה היער רשות..."⁶, ופטרו מגלות את בעל בית הגורם בשוגג למותו של אדם הנכנס לחצרו - חולקים על אבא שאול⁶ הדורש פסוק זה כדי לפטור מגלות אדם ההורג בשוגג על ידי הכאה של מצווה. אם כך הוא, הרי שתוספתא זו, המחייבת בגלות את שליח בית דין ואת הרופא שהרגו בשוגג, היא כדעת חכמים במשנה.

לא כך סבר כנראה הרמב"ן. מדבריו בספרו "תורת האדם", נראה שסבר שאין מחלוקת בין דעת אבא שאול לדעה בתוספתא. וכך כתב:

בפרק החובל (ב"ק פה, ע"ב) תנא דבי ר' ישמעאל ורפא ירפא (שמות כא, יט) מכאן שניתנה רשות לרופא לרפאות, פי' שמא יאמר הרופא מה לי בצער הזה שמא אטעה ונמצאתי הורג נפשות בשוגג, לפיכך נתנה לו תורה רשות לרפאות, וקשיא

⁴ ראה מכילתא דרבי ישמעאל, שרופא הושווה לשליח ב"ד ואב ורב, שפטורים ממיתה: "...להרגו בערמה, להוציא מרפא שהמית, והמכה ברשות בית דין, והרודה בבנו ובתלמודו / ובתלמידו/ ואף על פי שהיו מזידין אינן מערימין" (שם, מס' דנזיקין, משפטים, פרשה ד, ד"ה להרגו בערמה). ובספר ברכי יוסף הסביר שדרשת המכילתא היא לפטור מעונש מיתה, ודרשת אבא שאול באה לפטור מגלות כתב: "ראיתי במכילתא... וההיא לפטרו ממיתה שאין מערימין, ומקרא ד"לחטוב את רעהו" ממעטינן מגלות... (שם יו"ד שלו, ו).

⁵ וראה רמב"ן, תורת האדם, עמ' מג, שכתב: "אלמא [=הרופא] מצוה דרמיא עליה עבד, והשבת אבידה דגופו היא". אולם מדברי אבן עזרא בפירוש הקצר לשמות כא, יט, שכתב: "ולהתיר דבר הרופאים דברי יחיד הם, כי לפי דעתי כי האמת להשען ישר דרך על בוראו ולא על ביתו" - נראה שאין הטיפול הרפואי בקטגוריה של מצווה. וראה בספר גליוני הש"ס (לרבי יוסף אנגיל) בברכות ס, שכתב: "גם אחר שחלה האדם הוא דבר בלתי רצוי בעצמותו שיעסוק ברפואת רופא רק יש לו לדרוש את ד' ולשים בטחונו בו ולא להתרפאות מרופא וע"כ לא חשיב מעשה הרפואה מצוה כ"כ לפטור הרופא מגלות".

⁶ ראה ספר כוס ישועות וספר הון עשיר, שכתבו שמשמעות לשון המשנה "אבא שאול אומר" מורה שהוא נחלק על חכמים, שהם ממעטים מיער חצר בעה"ב, ואבא שאול ממעט דבר מצוה. אולם מפקי הרמב"ם בהלכות רוצח ושמירת הנפש רואים שפסק כדרשת חכמים "הנכנס לחצר בעל הבית שלא ברשות והרגו בעל הבית בשגגה פטור מן הגלות... לפיכך הנכנס לחנות הנגר שלא ברשות ונתזה בקעת וטפחה לו על פניו ומת פטור מגלות, ואם נכנס ברשות הרי זה גולה" (שם ו, יא), ופסק גם כדרשת אבא שאול - ראה רמב"ם, הלכות רוצח ושמירת הנפש: "...אבל אם יסר בנו כדי ללמדו תורה או חכמה או אומנות ומת פטור. וכן הרב המכה את תלמידו או שליח בית דין שהכה את בעל דין הנמנע מלבוא לדין והמיתו בשגגה פטורין מן הגלות... (שם ה, ה-ו). לדעתו אפוא לא נחלקו חכמים ואבא שאול. וכך גם כתב המאירי שם: "אבא שאול אומר, ולא שחלק אבא שאול על תנא קמא, אלא שבא ללמד דבר אחר, והוא שכל שהיה מכה לדבר מצוה כגון האב את בנו ליסרו..."

לי, הא דתניא בתוספתא רופא אומן שריפא ברשות בית דין והזיק הרי זה גולה,
אלמא עונש שוגג יש בדבר...⁷ (שם, עמ' מא).

אילו היה הרמב"ן סובר שבתוספתא חולקים על אבא שאול, הוא לא היה מקשה מתוספתא זו על דברי התנא דבי ר' ישמעאל, שהרי יש מקום לומר שר' ישמעאל סובר כדברי אבא שאול, שרופא ששגג פטור מגלות. זאת ועוד, מדוע הרמב"ן לא העיר שתוספתא זו חולקת על דברי אבא שאול, והרי הרמב"ם (בהלכות רוצח פרק ה, ה-ו) פסק להלכה כדברי אבא שאול.

בעל ספר בשמים ראש⁸ דן בתוספתא זו ובסתירה לכאורה שהיא מעוררת על דברי אבא שאול, שהרי הנאמר בתוספתא "רופא אומן שריפא ברשות ב"ד ה"ז גולה..." עומד בניגוד לדברי אבא שאול הסובר שהכאה של מצווה אינה מחייבת בגלות. וכך כתב:

אשר שאלת, רופא שבא אצל חולה, ומשש לו הדפק ושאל על שאר עניניו, ונתן לו סמ"י ומשקי, ומת החולה, ואח"כ הרופא עצמו אומר, שטעה ונתן לו דברים המזיקי לחולי זה, אם הוא צריך לקבל גלות על עצמו, תשובה לפי הפשוט הי נראה לדמות כל הרופאי שקלקלו באדם, לשליח ב"ד ואביו ורבו, שהרי ברשות דמצוה עשה וירד להצילו, והאלקי' אנה לידו טעות, אלא שהרמב"ן ז"ל אייתי לן תוספתא, רופא אומן שריפא והרג, הרי זה גולה... (שם, ס"י שפו).

בסתירה זו נתחבט גם בעל שו"ת תשב"ץ,⁹ והוא הקשה על התוספתא הנ"ל מדברי אבא שאול במשנה:

⁷ בהמשך שם כתב הרמב"ן שכוונת התוספתא בחיוב גלות היא רק בדיני שמים: "וי"ל הכי, הרופא כדין מצווה לדון... ואע"ג דהתם אם דן ברשות ב"ד פטור, אף כאן מדיני אדם פטור מתשלומים, אלא שאינו פטור מדיני שמים עד שמשלם הנזק ויגלה על המיתה..." מדבריו אלו של הרמב"ן לומדים שהחיוב בגלות אינו רק כדי להגן על הרוצח בשגגה מפני נקמתו של גואל הדם, אלא הוא כפרה על חטא ההריגה, שהרי להלכה זו של הרמב"ן שהרופא יוצא לגלות רק כדי לצאת ידי שמים, בוודאי אסור לגואל הדם להרוג את הרופא בשעה שיצא מחוץ לעיר המקלט, משום שלגלות זו אין פסק בית דין שחייב הוא בגלות. אלא היציאה לגלות משמשת ככפרה על ההריגה בשוגג, כדברי הסתמא בבבלי מכות "נמי ליגלו כי היכי דליהוי להו כפרה" (שם ב, ע"ב), ולכן יש מקום לומר שיציאה לגלות אינה קשורה רק לפסיקת בית דין, אלא יכולה להיות החלטה אישית של אדם שנכשל בהריגה בשוגג, שלמרות שאין עדים על הריגה זו ואין פסק של בית דין שדינו לצאת לגלות, גולה הוא לעיר מקלט מרצונו כדי לכפר על החטא של הריגה בשוגג ולצאת ידי שמים. וראה שכך נקט בעל ספר החינוך מצוה תי, וראה את ההגנה מפני גואל הדם כסיבה נוספת. אולם ראה המהרש"א בחידושי הגדות י, ע"ב, ד"ה "א..." שנוקט שענין הגלות הוא כדי להגן על הרוצח בשוגג מפני נקמתו של גואל הדם, ולא כדבר שבא לכפר.

⁸ המיוחס להרא"ש, עם הגהות כסא דהרסנא, הגהות וחידושים ריח בשמים, וקונטרס יפה לבשמים, חקירה ובירור מקור הספר בשמים ראש, לר' ראובן עמאר, ירושלים תשד"מ.

⁹ תשב"ץ, רבי שמעון בן צמח דוראן, הרשב"ץ, בעל ספר התשב"ץ (תשובות רבי שמעון בן צמח), נולד באי מיורקה בשנת ה"א קכ"א (1361) ונפטר בעיר אלגיר בשנת ה"א ר"ד (1444). כמו גדולי ספרד אחרים היה גם הרשב"ץ

ולענין רציחתו אמרו בתוספתא דמכו' רופא אומן שריפא ברשות ב"ד והרג ה"ז גולה... ושם בגמ' [=מכות ח, ע"א] הזכירו הרב הרודה את תלמידו והאב המכה את בנו ושליח ב"ד שאינן גולין משום דהתם במצוה קא עסיקי. ותימ' שהרי הרופא ג"כ במצו' קא עסיק דהא אבידת גופו היא. ואיכא לאפלוגי בינייהו כדמוכח התם...¹⁰ (שם, חלק ג, פב).¹¹

מדברי התשב"ץ עולה הקושיה מדוע לא עמד על הסתירה שבין התוספתא לבין דברי אבא שאול במשנה מהנאמר בתוספתא "שליח בית דין שהיכה ברשות בית דין הרי זה גולה", שהרי קטע זה עומד במפורש נגד דברי אבא שאול על שליח בית דין שאינו גולה.¹²

ניתן לומר שהתשב"ץ לא העלה סתירה זו משום שהלכה זו של אבא שאול, ששליח בית דין אינו גולה, אמורה רק דווקא במקרה שהמוכה מת מהמכות שבית דין קבע לו ולא במקרה שנפלה טעות והמוכה קיבל מעבר למכות שהיה צריך לקבל, ואילו התוספתא מכוונת למקרה של טעות. הסבר זה נשען על הכתוב במשנה מכות "הוסיף לו עוד רצועה אחת ומת הרי זה גולה על ידו" (שם, ג, יד), שנדון בבבלי בבא קמא :

מתיב רבא : הוסיף לו רצועה אחת [רש"י : הוסיף לו שליח ב"ד למי שחייב מלקות. רצועה אחת - יותר על מה שאמדוהו ב"ד שיכול לקבל] ומת - הרי זה גולה על ידו ; והא הכא

רופא. בעקבות המהומות האנטי-יהודיות של שנת ה"א קנ"א (1391) הוא ברח לצפון אפריקה והתיישב באלג'יר, ושם שימש כדיין בבית דינו של הרב הראשי, הריב"ש.

¹⁰ על הסתירה בין המשנה במכות לתוספתא הנ"ל עמד גם בעל ספר מעשה רוקח (לר' אלעזר בהרב ר' שמואל, אמשטרדם ת"ק, מהדורה שניה תקע"ו, מהדורה שלישית, ד"צ ישראל תשל"ב), בסוף מסכת סנהדרין פה, ע"ב, ותמה על הטור והשו"ע שפסקו כתוספתא, שרופא שהמית בשוגג חייב גלות : "אמנם תמיה לי על רבותינו בעלי הטור והשו"ע שהביאו תוספתא זו להלכה דלכאורה סותרת משנה שלימה בפ"ב דמכות דהרב הרודה את תלמידו והאב המכה את בנו ללמוד תורה ושליח ב"ד שהמיתו המה פטורין מגלות מאחר שמתכוונין לדבר מצוה כדאיתא במשנה וגמרא ואם כן רופא זה שהיה מתכוין לדבר מצוה לרפאות אותו ושגג בדבר והיה לו גם כן רשות מב"ד למה יתחייב גלות בשוגג וצ"ע רבי".

¹¹ נציין שמדברי בעל "בשמים ראש" ניכר שלא ראה תוספתא זו אלא שמצטטה מתוך דברי הרמב"ן, שזו לשונו : "אלא שהרמב"ן ז"ל אייתי לן תוספתא, רופא אומן שריפא והרג, הרי זה גולה", מה שאין כן לגבי התשב"ץ שניכר שראה את התוספתא, שכתב : "ולענין רציחתו אמרו בתוספתא דמכו' רופא אומן שריפא ברשות ב"ד והרג ה"ז גולה...נראה שגם הגר"א לא ראה תוספתא זו, שכן בביאור הגר"א יו"ד סי' שלו, א, על פסיקת השו"ע ברופא אומן שריפא ברשות ב"ד "וטעה והזיק פטור מדיני אדם וחייב בדיני שמים" - ציין הגר"א שם ס"ק, ה : "תוספתא דב"ק...". ואילו על פסיקת השו"ע שם "ואם המית... גולה על ידו" מציין הגר"א שם ס"ק, ו : "תוספתא הביא הרמב"ן בתה"א...". ולא ציין את מיקומה של תוספתא זו.

¹² ראה ש' ליברמן, תוספות ראשונים, מכות, עמ' 165, הסבור שבתוספתא שהייתה לפני התשב"ץ לא היה הקטע "שליח בית דין שהיכה ברשות בית דין הרי זה גולה" אלא רק "רופא אומן שריפא ברשות ב"ד והרג ה"ז גולה", ובתחילה סבר שיש להשוות בין דין רופא ששגג לדינם של הנזכרים במשנה שאינם גולים, ולכן הצביע על הסתירה שבין התוספתא לבין דברי אבא שאול.

דשוגג קרוב למזיד הוא, דאיבעי אסוקי אדעתיה דמייתי אינשי בחדא רצועה, וקתני: הרי זה גולה... אלא אמר רב שימי מנהרדעא: דטעה דיינא גופיה (שם, לב, ע"ב).

כלומר, לפי תירוצו של רב שימי מנהרדעא, במשנה מדובר במקרה שהדיין, שתפקידו למנות את מספר המכות שעל המוכה לקבל, טעה במניין והוסיף עוד הכאה, ועל ידי כך מת המוכה, ובמקרה כזה שליח בית דין חייב בגלות. לאור זה יוצא שדינו של אבא שאול אמור דווקא במקרה שהמוכה מת מהמכות שבית דין קבע לו. ואמנם, גם הרמב"ם סבר שיש לחלק בין המצב שהמשנה מכוונת לו ובין הנסיבות שאבא שאול מכוון אליהן, אלא שלדעתו כוונת אבא שאול הייתה רק למקרה מיוחד שהאדם מסרב לבוא לדין, ושליח בית דין מכהו כדי שיבוא לדין. וכך פסק בהלכות רוצח ושמירת הנפש:

...או שליח בית דין שהכה את בעל דין הנמנע מלבוא לדין והמיתו בשגגה פטורין מן הגלות... ושליח בית דין שהרי שגגו והרגו בשעת עשיית המצוה (שם, ה, ו).

וכן חשב הראב"ד (השגות הראב"ד, שם):

או שליח בית דין שהכה את בעל דין הנמנע מלבא בדין וכו'. אי"א זו לא שמענו מעולם אלא שליח ב"ד שהוא מלקה ממה שאמדוהו¹³ ב"ד ומת תחת ידו והא דאמרינן (מ"ק טז) דכפתינן ואסרינן ועבדינן הרדפה הנהו לבעלי עבירות עד שיחזרו בהן (שם).

מדבריהם עולה אפוא שהפטור של שליח בית דין מגלות אינו בכל מקרה, אלא יש מצבים שבהם גם שליח בית דין מתחייב בגלות.

נסכם אפוא ונאמר, שהתשב"ץ לא העלה את הסתירה הנדונה, כיוון שיש מקום לומר שהנאמר בתוספתא "שליח בית דין שהיכה ברשות בית דין הרי זה גולה" מתייחס לנסיבות האמורות שבהן שליח ב"ד חייב בגלות, ואין בכך סתירה לדברי אבא שאול. אולם התשב"ץ הקשה על הנאמר בתוספתא שהרופא חייב בגלות, משום שסבר שדינו של רופא מקביל לנאמר בדברי אבא שאול במשנה.

שוב עתה לדעת הרמב"ן. ראינו שלדעתו דברי המשנה והתוספתא אינם סותרים זה את

זה, ונשתדל, אם כך, להסביר את דין התוספתא ביחס לרופא ששגג לאור שיטתו.

¹³ בנוסח הכס"מ ובדפו"א גרסו בראב"ד: "אלא שליח ב"ד שהוא מלקה יותר ממה שאמדוהו ב"ד ומת תחת ידו". גירסה זו היא בניגוד לנאמר בב"ק לב, ע"ב - ראה בספר ערוך לנר, מכות כב, ע"ב, ד"ה: "עלי", וכן רש"י, מכות ח, ע"א; חזון יחזקאל על התוספתא, פ"ט ה"ג.

הבחנה בין סוגים שונים של טעות רפואית בעקבות שיטת הרמב"ן בתורת האדם

מדברי הרמב"ן על הסתמא בבבלי סנהדרין (פד, ע"ב), נראה שיש מקום לעשות הבחנה בין סוגים שונים של טעות בטיפול רפואי. וכך נאמר בבבלי, שם :

דאיבעיא להו : בן מהו שיקיז דם לאביו? רב מתנא אמר : ואהבת לרעך כמוך (ויקרא י"ט) [רש"י : לא הוזהרו ישראל מלעשות לחבריהם אלא דבר שאינו חפץ לעשות לעצמו]. רב דימי בר חנינא אמר : מכה אדם ומכה בהמה, מה מכה בהמה לרפואה פטור - אף מכה אדם לרפואה פטור. רב¹⁴ לא שביק לבריה למישקל ליה סילוא [רש"י : קוף ישב לו בבשרו] מר בריה דרבינא לא שביק לבריה למיפתח ליה כוותא [רש"י : כויה, להוציא ליחה ממנה], דילמא חביל, והוה ליה שגגת איסור. - אי הכי אחר נמי! [רש"י : לא ליפתח, שהרי כל ישראל הוזהרו על חבלת חבריו דכתיב (דברים כה) לא יוסיף פן יוסיף]. אחר שיגגת לאו [רש"י : כשאין מתכוין הוי שגגה באיסור שזדונו לאו בעלמא, דקיל], בנו - שגגת חנק (שם).

על דברי הסתמא שהבדיל בין הוצאת הקוף על ידי בן משום שהיא שגגת איסור חנק לבין אדם אחר שהוא שגגת לאו, הקשה הרמב"ן בספרו תורת האדם ואמר, שגם אם הטיפול ייעשה על ידי אחר ייתכן שייכשל ויגרום מוות למטופל, וכן יתחייב גם באיסור שגגת סיף. עוד הוא דן בשאלה האם רב ומר בריה דרבינא, שאסרו על בניהם להוציא את הקוף ולפתוח את הכווייה, חולקים על דברי רב מתנא ורב דימי בר חנינא, שהתירו לבן להקיז דם לאביו :

ועוד מ"ש בן בהקזה דאביו, ומ"ש אחר בהקזה דחבירו, דהתם נמי דילמא מזיק ל"י שכמה דברים של סכנה תלוין בהקזה... (תורת האדם, שם, עמ' מא).

מתירוצו לכך עולה שהוא סובר שיש להבחין בין מקרה שרופא טעה באבחון המחלה, ונתן לחולה את הטיפול הנכון לפי מיטב שיפוטו, אלא שהחולה מת כתוצאה מטעות באבחנה, שבמקרה זה הרופא פטור משום שהוא נופל בקטיגוריה של אנוס, לבין מקרה שהרופא קבע אבחנה נכונה אלא שטעה בעת מתן הטיפול, וכתוצאה מכך מת החולה, שבמקרה כזה חייב הרופא בגלות :

ויש לומר כיון שנתנה רשות לרופא לרפאות, ומצוה נמי היא דרמיא רחמנא עליה, אין לו לחוש כלום שאם מתנהג בהן כשורה לפי דעתו אין לו ברפואות אלא מצוה,

¹⁴ גירסת הרי"ף, סנהדרין פרק הנחנקין : "רב פפא", וכן הגירסה בתורת האדם לרמב"ן, עמ' מג.

דרחמנא פקדי לרפויי, ליביה אנסיה למטעא,¹⁵ אבל בן אצל אביו, כיון דאיכא אחרינא למשקל סילוא ולמפתח לי בועיה, לא שבקינן לבן למעבד הכי, דלא ליהוי מעייל נפשיה לספקא דחיוב מיתה... ולהאי טעמא גבי הקזה, כיון דחבלה גופה לרפואה היא, מותר לבן להקיז דם לאביו, דבנו ואחר שוין הם בכך, אם הקזה זו רפואה היא לו, לשניהם מותר, לשניהם מצוה, ואם טעו והמיתו, לשניהם עונש שגגה מיתת ב"ד, ועובדא דרב פפא ומר בריה דרבינא לא פליגי... (שם, שער הסכנה, עמ' מב-מג).

מדבריו "שאם מתנהג בהן כשורה לפי דעתו אין לו ברפואות אלא מצוה, דרחמנא פקדי לרפויי, ליביה אנסיה למטעא" משמע שסובר שטעותו של הרופא בקביעת האבחנה (הדיאגנוזה) היא בקטגוריה של אונס,¹⁶ ואילו מהמשך דבריו "אבל בן אצל אביו, כיון דאיכא אחרינא למשקל סילוא ולמפתח לי בועיה, לא שבקינן לבן למעבד הכי, דלא ליהוי מעייל נפשיה לספקא דחיוב מיתה..." וכן מהמשך "ואם טעו והמיתו, לשניהם עונש שגגה מיתת ב"ד" - עולה הקושי מדוע ספק חיוב מיתה יש כאן, והרי הוא אונס. ונראה שכוונת הרמב"ן בכתבו "שגגת מיתת ב"ד" היא שיש חשש שמא יוציא הבן דם או יחבול באביו במקום שאינו צריך, ובמקרה כזה איננו אונס אלא שוגג, וכן "ואם טעו והמיתו, לשניהם עונש שגגה מיתת ב"ד" - הכוונה שטעו ולא נתנו את הטיפול שחשבו לתת. לאור זאת אין מחלוקת בין רב מתנא ורב דימי בר חיננא, שהתירו לבן להקיז דם לאביו, ובין רב ומר בריה דרבינא, שאסרו על בניהם להוציא את הקוץ ולפתוח את הכווייה, משום שההקזה בעצמה היא רפואה, ולכן גם אם ניזוקו אביו ואמו הרי הוא בגדר אונס; ואילו בהוצאת קוץ ופתיחת כווייה יש לחשוש שמא יפגע בהם במקום שאין צורך ואינו בגדר רפואה, ואין זה בגדר אונס, ולכן חששו לשגגת חנק, והעדיפו שאדם יעשה טיפול זה, אם אפשר, ולא הבן.

לאור הבנה זו בדברי הרמב"ן ניתן לומר שתחילת דבריו בתורת האדם (שם) - "הא דתניא בתוספתא רופא אומן שריפא ברשות בית דין והזיק הרי זה גולה" - כוונתו לרופא שטעה

¹⁵ וראה חידושי הר"ן, סנהדרין פד ע"ב, ד"ה: "רב", שנקט גם הוא שטעות רפואית נופלת בקטגוריה של אונס: "אלא ע"כ אית לן למימר שהרופא המומחה כשיטעה ברפואותיו אינו שוגג אלא אניס שברשות הוא מרפא... ואין לו אלא מה שענינו רואות". וראה בספר "דבר שאול" (לר' יוסף שאול הלוי נאטאנזאהן, לעמבערג תרל"ט, ד"צ תשל"ל), יו"ד, שלו, ד"ה: "ואם ריפא", שהביא את דברי הר"ן אלה, שטעות הרופא כאונס, כחולקים על דברי הרמב"ן: "שוב ראיתי בחידושי הר"ן בסנהדרין שם שכתב... שהרופא המומח' כשיטעה אינו כשוגג אלא כאונס... הרי לפנינו דכתב דפטור ומותר ולא כהרמב"ן...". בהמשך שם הביא את דברי הרמב"ן שהובאו בנמוקי יוסף על הרי"ף בפרק הנחנקין: "דאע"ג דמכה אדם לרפואה פטור...", וראה בהם סתירה לדברי הרמב"ן בתורת האדם שהרופא חייב גלות, ונעלם ממנו שדברים אלו כתב גם הרמב"ן בתורת האדם שם.

בשעת הטיפול, כגון שטעה במינון או החליף בטעות תרופה בתרופה, אבל אם נתן טיפול באופן הראוי, ורק מאוחר יותר הבין שטעה באבחנה, וכתוצאה מכך מת החולה - הרי הוא כאנוס ואין עליו חובת גלות.

לפי הבנה זו, אין דברי התוספתא "שליח בית דין שהיכה ברשות בית דין הרי זה גולה, רופא אומן שריפא ברשות בית דין הרי זה גולה" חולקים על דברי אבא שאול, שכן בתוספתא הכוונה לשליח בית דין שהוסיף רצועה אחת וברופא שטעה במהלך הטיפול - מקרים אלו אין לראותם כקיום מצווה, ולכן השליח והרופא חייבים בגלות.

תפיסת הטור והשו"ע וההבחה בעקבות בעל "בשמים ראש"

בניגוד להבנתנו ברמב"ן, מפסיקת הטור והשו"ע ביו"ד נראה שבכל מקרה שהחולה מת כתוצאה מטיפול רפואי, הרופא חייב בגלות. וכך פסק הטור:

אבל אם ריפא ברשות ב"ד... ואם המית ונודע לו ששגג גולה על ידו¹⁷ ומ"מ א"צ לימנע מפני חשש טעות כדפרישית (שם, יורה דעה, סימן שלו).

וכן פסק השו"ע:

ואם ריפא ברשות ב"ד... ואם המית, ונודע לו ששגג, גולה על ידו¹⁸ (שם, שם, א).

¹⁶ ראה בפרישה טור יו"ד, שלו, ס"ק ז-ח, שכתב: "ואם לא טעה ועשה הרפואה כהוגן ומת פטור ג"כ מדיני שמים שהוא לא המית אתו אלא הש"י רצה במיתתו".

¹⁷ בטור ובשו"ע (שם) כתבו "אם ריפא ברשות ב"ד וטעה והזיק פטור מדיני אדם וחייב בדיני שמים", ועולה שלדעתם חובת התשלומים היא רק כדי לצאת ידי שמים, אולם לגבי המקרה שהרופא גרם בטעות למותו של החולה פסקו: "ואם המית ונודע לו ששגג גולה על ידו", ולא אמרו שחובת הגלות היא רק בדיני שמים. נראה שסברו שחובת הגלות היא בדיני אדם, וייתכן שלדעתם לענין גלות לא שייך דין של פטור בדיני אדם וחייב בדיני שמים, משום שלדעתם הגלות היא כדי להגן על החייב מפני גואל הדם (ראה לעיל הערה 7), והרי לגואל הדם הותר לפעול רק לאחר שבית דין פסק שחייב בגלות. לאור תפיסה זו, אין גלות שעניינה יציאה ידי חובה מדיני שמים, אלא או שחייבים בה או שפטורים ממנה.

¹⁸ מפסיקת הטור והשולחן ערוך עולה שבזמן הזה נוהגים דיני גלות, שהרי מנהגם היה להביא רק הלכות הנוהגות בזמן הזה. לעומת זאת בטור חו"מ וברמ"א חושן משפט הביאו בשם רב נטרונאי גאון שאין דין גלות נוהג בזמן הזה: "מצוה לדון בחייבי מיתות ב"ד ושיגלה הרוצח לערי מקלט ועתה אין אנו דנין דיני נפשות... וכן ערי מקלט אין לנו שיגלה בהן הרוצח והרב נטרונאי גאון כתב דעל כל חייבי מיתות ב"ד האידנא אין בדינו לא להלקותו ולא להגלותו ולא להרגו ולא לחבטו (טור שם, תכה)" ובשו"ע "הגה: כל חייבי מיתות ב"ד בזמן הזה, אין בידנו להלקותן או להגלותן¹⁸ או להרגן או לחבטן" (שם תכה, א). וכך נקט גם בעל ספר החינוך: "ונוהגת מצוה זו בזמן שישראל על אדמתן וסנהדרין של שבעים ואחד יושבין במקומן המוכן להם בירושלם לדין דיני נפשות" (מצוה, תי). ואם כן, הרי יש כאן סתירה לפסיקת הטור והרמ"א. לכן נראה לומר שדעתם של הטור והשו"ע היא כדעת הרמב"ן (לעיל), והפסיקה "ואם המית ונודע לו ששגג גולה על ידו" באה רק כדי להצביע על כך שהעברה שנעשתה על ידי הרופא היא ברמה שהיה מקום לחייבו בגלות, אך אין כוונתם לדונו בגלות באופן מעשי.

הטור והשו"ע לא חילקו בין טעות לטעות ולא הגדירו באילו נסיבות מדובר, ומכאן משמע שהבינו שבכל טעות חייב הרופא בגלות. כמקור לפסיקה זו מציין ה"בית יוסף" (שם) את דברי הרמב"ן. השאלה הנשאלת היא האם לדעתם חולקת התוספתא על דברי אבא שאול.

בעל "בשמים ראש" הבחין בין המקרים שהתייחס אליהם אבא שאול - האב המכה את בנו והרב הרודה את תלמידו ושליח בית דין, שפטורים מגלות, ובין דינו של רופא, שחייב בגלות, משום שהמקרים שאותם הזכיר אבא שאול הם בגדר הכאות של מצווה, שהרי מצוותם היא להכות, אלא שבטעות היכו יתר על המידה והמיתו, ועל טעות מסוג זה לימד אבא שאול שההורג פטור מגלות; מה שאין כן לגבי רופא, שהיות שמצוותו היא לרפא, ואם לא נתרפא החולה, לא קיים הרופא מצווה, ולכן חייב הוא בגלות:

וצריך לומר, דיש חילוק, דזה לרפאות ירד והמית, ונמצא שלא עשה מעשה רפואה, משא"כ אלה [הרב הרודה, האב המכה ושליח ביי"ד] לייסר באו ויסרו, למשפט אלהיו, אלא שלא נצטוו ליסרו כ"כ, אבל עבוד מידי דרמי עלי, ואפשר דאף מ"ד גבי חטאת, דלא בעי טעה בדבר מצווה ועשה מצווה כדי לפוטרו, אלא אפילו לא עשה מצוה, אלא שהי' בהול על המצוה נמי פטור, מודה לענין גלות...¹⁹ (שם, שפן).

אמנם מדיוק בשאלה שאליה התייחס - "אשר שאלת, רופא שבא אצל חולה... ומת החולה, ואח"כ הרופא עצמו אומר, שטעה ונתן לו דברים המזיקי' לחולי זה [ההדגשה שלי - י"ח], אם הוא צריך לקבל גלות על עצמו" - ולאור ההבחנה שעשה לעיל בין הרופא לבין האב המכה את בנו והרב הרודה את תלמידו ושליח בית דין, ניתן להסיק, שלדעתו, הרופא חייב בגלות רק אם התברר שהטיפול הרפואי שנתן לא היה הטיפול המתאים למחלתו של המטופל, שהרי מנוסח השאלה עולה שהרופא נתן תרופה שהזיקה למחלתו ולא היה בה כדי לרפא, ובכגון זה הוא חייב בגלות.²⁰

¹⁹ וייתכן שלהבחנה זו התכוון התשב"ץ כשכתב "ואיכא לאפלוגי ביניהו".

²⁰ ראה בספר ערוך השולחן (לר' יחיאל מיכל עפשטיין, פיעטרקוב תרס"ג) יו"ד שלו, ב, שסובר שדין התוספתא שרופא שגרם בטעות למותו של החולה חייב בגלות הוא רק לגבי טעות שנגרמה על ידי רשלנות ולא לטעות שלא על ידי רשלנות. וכך כתב: "...אבל אם ריפא ברשות וטעה והזיק פטור מדיני אדם וחייב בדיני שמים אם הייתה ע"י התרשלנות ולא ע"י יפה דאם עיין אין לו שום חטא שהרי מצוה לרפאות וכבר אמר החכם שגגת הרופא כונת הבורא ואם מת ע"י רפואותיו ונודע לו ששגג ה"ז גולה על ידו כשיש לו מקום לתלות שהוא גרם לו ע"י התרשלנות או שלא עיין יפה אבל בלא זה נ"ל דאינו חייב גלות דמי גרע מאב המכה את בנו והרב את תלמידו דפטור מגלות (כנלענ"ד לפרש התוספתא ודברי הרמב"ן שהביאו הטור והשו"ע ועב"י ודו"ק)".

לאור דיוק זה, שמא ניתן להבחין בין מקרה שרופא טעה באבחנת המחלה ונתן לחולה טיפול שהזיק לו מעיקרא ובין מקרה שרופא אבחן בצורה נכונה את מחלתו של המטופל ואת מצבו, וקבע לו טיפול ראוי ותרופות מתאימות, אלא שטעה בפרטים שונים כגון במשך הזמן שבו היה על החולה לקבל טיפול זה או שטעה במינון התרופה, ומת החולה כתוצאה מכך - במקרה האחרון יש מקום להשוותו לדין של אבא שאול ביחס לרב הרודה ואב המכה לפי התפיסה של בעל בשמים ראש, שהטעות הייתה בעוצמת המכות או בכמותן, ומשום שעצם ההכאה היא הכאה של מצווה פטורים מגלות. לפי תפיסתנו, אותה ההבחנה תחול אפוא גם לגבי הרופא מהסוג שתיארנו לעיל, שהרי הטיפול והתרופה היו נכונים והם היו בגדר מעשה של מצווה, ולמרות שקרתה תקלה בעצמת הטיפול או במינון אין זה מבטל את שם המצווה שבטיפול, ובמקרה זה הרופא יהיה פטור מגלות.

ההבחנה בין טעות לטעות בעקבות תפיסת הרמב"ם

מדברי הרמב"ם בהלכות ממרים, בפרשנותו לבבלי סנהדרין פד, ע"ב, עולה שהבחין בין הקזה על ידי אדם שאיננו מקצועי לבין הקזה הנעשית על ידי רופא מומחה, וכן סבר שאין מחלוקת בין רב מתנא ורב דימי בר חנינא, שהתירו לבן להקיז דם לאביו, לבין רב ומר בריה דרבינא, שאסרו על בניהם להוציא את הקוץ ולפתוח את הכווייה. לדעתו, רב מתנה ורב דימי בר חנינא התירו כשאין אדם אחר שיכול להקיז, ואילו רב ומר בריה דרבינא אסרו רק כשישנו אחר שיכול לעשות פעולה זו,²¹ שהרי כתב:

המקיז דם לאביו או שהיה רופא וחתך לו בשר או אבר פטור, אע"פ שהוא פטור לכתחילה לא יעשה או להוציא סלון מבשר אביו או אמו לא יוציא שמא יעשה חבורה במה דברים אמורים כשיש שם אחר לעשות, אבל אם אין שם מי שיעשה אלא הוא והרי הן מצטערין הרי זה מקיז וחותך כפי מה שירשהו לעשות (שם ה, ז).

כלומר, מדבריו משמע שאם הבן הוא רופא, אין עליו שום הגבלה לגבי הקזה, ורק לגבי ביצוע ניתוח לאביו יש הגבלה גם לגבי הבן הרופא, שהרי לגבי הקזה כתב "המקיז דם לאביו" ורק בהמשך, לגבי חיתוך בשר או אבר, כתב "או שהיה רופא וחתך לו בשר או אבר פטור". כנראה, הסיבה להבחנה זו היא משום שלגבי הקזה אין מקום לחשוש שאדם מקצועי כרופא יגרום

²¹ ראה בנושאי כליו של הרמב"ם, שם: רדב"ז, וכס"מ.

למותו של המטופל, ובמקרה שאירע כזאת הרי הוא אנוס,²² אבל לגבי ניתוח, יש מקום לחשוש שגם טיפול מקצועי של רופא עלול לגרום למות המטופל, ולכן עדיף שהטיפול ייעשה על ידי רופא אחר ולא על ידי הבן.

לאור תפיסה זו של הרמב"ם יש מקום לדעתנו להרחיב הבחנה זו גם לגבי טיפולים רפואיים הנעשים על ידי רופאים, כגון: טיפול שיש לו אחוזי הצלחה גדולים והנעשה כדבר שבשגרה - אם קרה שהחולה מת כתוצאה מטיפול כזה ודאי שהוא בגדר אנוס ופטור, ואין לחייבו גלות; ואילו טיפול מסובך שלא נעשה כדבר שבשגרה ושעדיין אין לו אחוזי הצלחה גדולים, וכתוצאה מטיפול זה מת החולה - אין זה נכנס לקטיגוריה של אנוס אלא של שוגג, ואי לזאת הרופא המטפל יתחייב בגלות. לאור הבחנה זו ייתכן להסביר את הנאמר בתוספתא במכות "רופא אומן שריפא ברשות בית דין הרי זה גולה" דווקא לגבי טיפולים מסובכים ונדירים, אבל לגבי טיפולים רגילים שבדרך כלל מצליחים ושקרה שהמטופל מת כתוצאה מהם, הרי הרופא הוא אנוס ואין בכגון זה לחייבו בגלות.

²² ראה תשובת הרב י"א הלוי הרצוג, בעניין האם מותר לבן רופא להזריק להורה זריקה - הובא בספר גשר החיים (לרבי י"מ טוקצינסקי), ח"ב, עמ' יא - יג.