

# חיוב נזיקין ברופא שהזיק, חובת ההוכחה בנידון, ונאמנות הרופאים בהלכה

מאת  
הרב מרדכי אילן

353

א. חיוב נזיקין ברופא שהזיק, חובת ההוכחה בנידון

דין רופא שהזיק מבואר בטוש"ע יו"ד סי' שלו, וז"ל הטור שם: רופא שלא ברשות ב"ד והזיק חייב בתשלומין אפי' אם הוא בקי וכש"כ באחר 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 ששוגג גולה על ידו ע"כ, וכ"כ המחבר בשו"ע שם. ומקור הדברים הוא בתוספתא ב"ק פ"ז ה"ו: רופא אומן שריפא ברשות ב"ד והזיק פטור מדיני אדם ודינו מסור לשמים, ושם פ"ט: רופא אומן שריפא ברשות ב"ד והזיק פטור, חבל יתר מן הראוי לו ה"ז חייב, ועי' הגר"א שם שציין לדין חובת גלות בהמית אדם בשוגג להך תוספתא, וכנראה שהיתה בפניו הגירסא בתוספתא דהזיק ה"ז גולה וכמובא גם ברמב"ן בספר תורת האדם, והנה מש"כ בתוספתא ודינו מסור לשמים, פי' המגן אברהם בתוספתא שם שהקב"ה יודע אם כוונתו היתה להזיק וחייב בדינו, ואם לא נתכוון להזיק פטור מדיני שמים, ולפ"ז אין כאן חיוב בידי שמים כדין גרמא המבואר במס' ב"ק נו, אמנם בשו"ע איתא דחייב בדיני שמים.

ויש להעיר בזה דהרמב"ם לא הזכיר כלל דין רופא שהזיק בהל' חובל ומוזיק, וכן לא הזכיר דין גלות בין לחיוב או לפטור בהל' רוצח פ"ו שם בהדי דין דהרב שהכה תלמידו ושליח ב"ד שהכה בעל דין והמיתו בשגגה דפטור מקרא דלחטוב עצים דזהו דוקא בדברי רשות ולא שהרגו בשעת עשית המצוה כדאי' במסכת מכות, ובספרי, ובהגהת יד אברהם בשו"ע שם כתב לחלק בין דינים אלו לדין רופא, דבטעה ברפואתו ועי"ז מת לא נקרא מצוה משא"כ באינך דמצוה קעביד במה שלימדו תורה או הזמינו לדין, ועי' תשב"ץ ח"ג סי' פב, ובברכי יוסף שם, ואכתי צ"ע הא דלא הזכיר הרמב"ם דין רופא לגבי נזיקין.

והנה בעיקר החלוק בין נזיקין לגלות כמבואר בתוספתא הנ"ל צ"ע כיון דחייב בגלות הרי דדין שוגג יש לרופא שהזיק, וא"כ אמאי פטור עלה כשהזיק הא אדם מועד לעולם כדילפי מקרא במס' ב"ק כו ב, והנה בב"ק שם צט ב איתא: הנותן בהמה לטבח אומן וניבלה פטור, להדיוט חייב, ואם נותן שכר בין הדיוט בין אומן חייב, ובתוס' כו ב שם דנו בזה, דאמאי לא יהיה חייב מדין אדם המזיק דאדם מועד לעולם וא"כ אפילו ערשה בחנם והזיק יהא חייב, והעלו מדין זה — ומדין מעביר חבית ממקום למקום דאיתא במס' ב"מ פב ב, דיש הבדל בין אם זה בחנם או שזהו בשכר ומעוד כמה דזכתא — דהא דאמר דאדם מועד לעולם וחייב אפילו באונסים, היינו לא באונס גמור דבאונס שהוא כעין גניבה פטור, ודוקא באונס שהוא כעין אבידה חייב, ולהכי פטור בירושלמי אדם ישן שהזיק לאדם שני הבא אצלו לישן דהוי אונס גמור, וזהו גם פטורו של טבח אומן ומעביר חבית ממקום למקום בחנם עיי"ש ובמס' ב"מ ובתוס'.

שם, וא"כ אם נדמה רופא אומן שהזיק לדין טבח אומן (וברופא שהזיק ליכא החילוק בין בחינם לבין בשכר אלא סתמא קתני, דפטור) ופטורו של רופא הוא מטעם אונס, א"כ אמאי חייב בגלות כשהמית, הא דין גלות הוא בשוגג ולא באונס.

והנה בתוספתא פ"ג דגיטין ה"ג איתא, רופא אומן שריפא ברשות ב"ד והזיק בשוגג פטור במזיד חייב מפני תקון העולם ע"כ, והיה נראה מתוספתא זו דהפטור אינו מעיקר הדין אלא משום תנאי ב"ד, כדי שלא ימנעו מלרפאות — וכמובא בשו"ע שם ס"א ומצוה הוא ובכלל פקוח נפש הוא, והמונע עצמו ה"ו שופך דמים ואפילו יש לו מי שירפאנו, שלא מן הכל אדם וזכה להתרפאות — ולפ"ז י"ל דהוי שוגג, ולכן לענין גלות חייב, ורק לגבי תשלומי נזיקין פטור משום תנאי ב"ד (ובערוך השולחן כתב דהאידינא צריך להיות מוסמך מהממשלה שיש לו רשות וצ"ע בזה).

והנה הרמב"ן חולק על התוס' ב"ק הג"ל כמובא בש"מ ב"מ פב, ד"ה ואתא בשמו, ודחה ראיות התוס' מהירושלמי דישן וס"ל דהתם הראשון פטור משום דהשני פשע בעצמו, וכן במה שאמרו לפי שאין דרכן של בני אדם להתבונן בדרכים, הפטור הוא משום פשיעת הנזיק, ועיי"ש דבסברא זאת דחה גם שאר ראיות התוס' ממתני' דהמניח שם, אלא דהק' מטבח אומן דמדמחייבי' בשכר אלמא כעין גנבה ואבדה הוא וא"כ יהא חייב גם בחנם מדין אדם המזיק אלא שאין באומן הטועה במלאכתו משום אדם המזיק וכו' ע"כ, ולפ"ז יש לדון דגם ברופא שהזיק לא יהא עליו דין מזיק דהוי אומן במלאכתו ולא גרע מטבח אומן, אלא דא"כ יהיה קשה, דהרי הרמב"ן בעצמו הביא בתורת האדם, הגירסא בתוספתא דרופא שהמית גולה, וא"כ אם אין עליו שם ודין מזיק אמאי גולה, והנה בש"מ ב"ק כז, ד"ה נפל כתב בשם הריב"א כעין דברי הרמב"ן אבל בלשון אחרת, ח"ל ואדם המזיק חייב בנתקל ולכך פטור שומר חנם דכיון דהוי שומר חנם ל"ש בו דין אדם המזיק, שהרי עליו מוטל להתעסק בדבר ולכך לא מחייב רק בפשיעה, אבל אדם בעלמא מה היה לו להתעסק בדבר כיון שאינו מוטל עליו, לכך חייב בכעין גניבה ואבידה ע"כ, ובמתני' דלעיל כז א, מובא בשמו הלשון כיון דמתעסקין לטובת הנזיק לאו אדם המזיק הוא, והנה מש"כ כיון דהוי שומר ל"ש בו אדם המזיק וכו' זה ל"ש ברופא, דאין לו דין שומר אע"פ שעליו מוטל להתעסק בדבר (והסברא דמתעסק לטובת הנזיק שייך בזה גבי רופא), אמנם מסתימת לשון הרמב"ן שאין באומן העוסק במלאכתו משום מזיק, משמע דלא תלוי בדין שמירה, ואולי י"ל בדבריו בטעם הדבר דדין אדם המזיק בגזקי ממון נלמד מקרא דמכה נפש בהמה וגו' וזהו שלא ברשות, משא"כ כשצריך להתעסק במלאכה.

וי"ל דנ"מ לדינא בין שהפטור באומן במלאכתו הוא מדין אונס כסברת התוס' או משום שאין עליו שם אדם המזיק מטעם שכ' הרמב"ן, באם האומן הזיק וטוען שהיה אונס בהיזק זה על מי חלה חובת ההוכחה, האם על הבעלים דהוא המוציא ממון ויש עליו דין המוציא מחברו שעליו להביא ראיה, א"ד שאני מזיק זה כיון דההיזק היה ברור, אלא שרוצה לפטור עצמו הרי הוא נקרא המוציא מחברו, ונראה דלהתוס' דאומן שם מזיק עליו, אלא דפטורו הוא משום אונס, הרי כיון דההיזק הוא ברור י"ל דהמזיק הוי המוציא ועליו הראיה, משא"כ להרמב"ן דאין עליו שם מזיק, הרי הספק הוא אם בכלל היה מזיק ולכן הנזיק הוא המוציא ועליו הראיה. והנה בב"ק צט ב איתא דעובדא הוי קמי' דר' יוחנן ואמר לי' זיל אייתי ראיה

דממחית לתרגולים ואפטרור וכן פסק הרמב"ם בפ"י מהל' שכירות ה"ה, טבח שעשה בתנ"ם וניבל שלחני שאמר יפה ונמצא רע וכן כל כיוצא בהם עליהם להביא ראיה שהם מומחים ואם לא הביאו ראיה משלמים, וכן נפסק בטוש"ע חו"מ סי' שו ס"ד עיי"ש, הרי להדיא דחובת ההוכחה הוא על המזיק, ולדברינו הרי ראיה מזה לשיטת התוס' דהפטור הוא מטעם אונס ולהכי צריך המזיק להביא ראיה ודלא כהרמב"ן.

אמנם, הרי מבואר בכמה דוכתא דבשומרים חובת ההוכחה היא על השומר בשבועה, או בעדים כשאפשר לברר בעדים, והרי לכ"ע בטבח אומן יש לחייבו מדין שומר כמבואר בגמרא, אלא דהדיון בראשונים הוא שיהא חייב גם משום אדם המזיק אבל משום שומר ודאי חייב וזהו שאמר ר' יוחנן דחובת ההוכחה על הטבח (וכן מטו לי' בבי מדרשא בשם הגאון רי"א מקובנה), והיינו שחובת ההוכחה עליו מדין שומר (ולפ"ז גם בשלחני הוי שומר על הדינר ולהכי צריך הוא להוכיח שהוא פטור על הזיקו, אמנם צ"ע אם שייך בזה דין שומר דלא קבל עליו שום דין שמירה), וכל הדיון והספק דלעיל הוא באומן כשאין לו דין שומר, כגון שלא נעשה קנין כדיבואר, על מי חלה חובת ההוכחה, ולכאורה נ"מ בגזקי חבלות או רופא שהזיק וטוען שהיה אנוס בהך חבלה דאינו חייב בזה מדין שומר אלא רק מדין מזיק, אם חובת ההוכחה הוא על המזיק או הניזק.

ועי' ש"ך חו"מ סי' כה סק"ב גבי דיין מומחה שטעה דפטור מלשלם, דכ' דצריך הוא לברר בעדים שהוא מומחה כטבח אומן ושלחני, ועי' קצה"ח שם דלהכי קתני מומחה לרבים ולא מומחה סתם, ולהלן מובא דברי הרמב"ן שכתב לדמות רופא שטעה והזיק לדין דיין שטעה, א"כ גם רופא צריך להוכיח שהוא מומחה ולפטור, אמנם במה שדימה הש"ך בדין שצריך להוכיח שהוא מומחה כטבח אומן, דמשמע דמה שהטבח צריך להוכיח זהו לא מדין שומר אלא מדין מזיק ג"כ עליו הראיה וע"כ מטעם דפי', כיון דהתיזק ברור ורוצה לפטור באונס עליו הראיה להוציא עצמו מחזקת חיוב.

וכד הוינא טליא בלמדי בוילנא התעורר בזה ויכוח הלכתי בין גדולי התורה שם בנידון ד"ת שהיה בין שני ת"ח בעובדא שאחד הגיח אש בדירתו וע"י האש גשרפו כליו של השכן בדירתו, ובעל האש טוען שהיה בחינת אונס באש זו שגרמה ההיזק, ודנו על מי חלה חובת ההוכחה בהנ"ל אם על הניזק כדין כל מוציא מחברו, או על המזיק שהזיק ודאי, והזכירו את בעל העולת שמואל שהסתפק בספרו בשור שהזיק וטוען בעל השור שהיה אונס על מי חלה חובת ההוכחה, ומזה תוצאות גם לדין אדם המזיק, והנה דנו באש מצד ב' דינים דמצד אש שהוא ממונו יש לדון אם הכלים בבית הוי עלה דין טמון, ואש פטור על טמון, אך יש לחייבו מדין חציו, הרי אש שא"י להזיק אלא ע"י רוח שאינה מצויה לא הוי חציו, ולא הוי עליו דין אדם המזיק — דאם היה חציו זמקרי אדם המזיק רק פטור מצד אונס, הרי אדם המזיק חייב גם באונס וכנפל מן הגג ברוח שאינה מצויה דחייב בנוזקין — וכשהספק הוא אם פשע באש באופן דהוי חציו או לאו, ה"ז ספק בעצם ההיזק, וחל בנידון הכלל דהמוציא מחברו עליו הראיה, ולא דמי להיכא שהתיזק ודאי וטוען שהוא אונס דההיזק הוא ודאי. ובספק השואל בספק בשאלה בבעלים פסק הרמב"ם דמספיקא לא מוציאים ממון מהשומר, ומ"מ לגבי פשיעה פסק הרמב"ם דחייב וכ' הרב המגיד דהרמב"ם לשיטתו דפשיעה הוא מטעם מזיק, וא"כ ההיזק הוא ודאי אלא דבא ליפטר מטענת בעליו עמו, עליו להביא ראיה, הרי לכאורה יש לפשוט מכאן לספק בטענת אונס בנוזקין

דהמויק צריך להוכיח אמנם יש לחלק בין פטור בעליו עמו דזהו פטור צדדי לבין טענת אונס דהוי חסרון בשם מזיק. [בויכוח הלכתי זה השתתף מו"ר דאז הגר"ש היימן זצ"ל ועכשיו שיצאו מקצת מחי' לאור, הרי הדי ויכוח הלכתי זה נמצא בספר חידושי רבי שלמה, ח"ב].

ובחזון איש ב"ק סי' ז דן ג"כ בספק זה והסיק דבעיקר הדין נראה דעל המזיק להביא ראיה דשמר ויצא באונס דסתם בחזקת נזק של חיוב קיים, והביא ראיה לזה ממש"כ הריטב"א ב"מ ע ב, דאם פועלים חוזרים בדבר האבוד ואיכא טענה וכפירה ביניהם שהפועלים טוענים שאפשר למצוא פועלים לגמור המלאכה ובעה"ב מכחישם על הפועלים לברר ע"כ, ואולי יש לחלק בין זה לנידונו בדין מזיק, דענה בתוס' שם מבואר דהחיוב בדבר האבוד הוא מדינא דגרמי, ולפ"ז הרי הוא דומה לדין מזיק, אמנם בריטב"א מבואר דזהו מדין ערב (והרי כמה נ"מ בדבר כגון לגבי דין עדית וכדומה) א"כ יש לחלק מדין מזיק באונס, אע"פ שמסברא היה נראה דאם מדין ערב הוא הרי ככה"ג ספק הוא אם הוא בכלל ערב, אמנם הריטב"א לא נחית לסברא זאת.

ויש להביא סמוכין לנידון דידן ממש"כ הרדב"ז ח"א סי' שסב במקום שקיים חוב ודאי והספק הוא במחילה, דלא אמרי' בכה"ג לא מפקינן ממון מספיקא, כיון שהחוב הוא ברור, והסיק ושמור זה כי הוא עיקר גדול בדיני ממונות, והכללה הזאת של הרדב"ז אולי כוללת גם נידון נזיקין, כשתהיזק הוא ודאי והספק הוא בפטור, אם כי מסברא יש לחלק בין ספק מחילה לספק אונס בנוזיקין.

ובעיקר מחלוקת הראשונים אם אדם חייב על אונס גמור או לאו, י"ל דזה תלוי בהא דאמרי' במס' ב"ק ד א, אדם שמירת גופו עליו הרי דחיוב אדם המזיק הוא ג"כ מדיני שמירה, — ועי' ש"מ ב"ק כז שכ' גבי נפל ברוח שאינה מצויה דחייב אע"פ דאונס הוא מ"מ היה לו לשמור עצמו שלא לעלות, — ולכן סברי התוס' דגם באומן במלאכתו שייך עליו דיני אדם המזיק, משא"כ להרמב"ן י"ל דגדר אדם המזיק הוא לא מדיני שמירה, דאדם המזיק הוא מפרשה מיוחדת ולכן ס"ל דאומן שעליו מוטלת פעולה זאת אינו נידון בפרשה זו. ועוד נראה דלהתוס' דמחלקים בחיובי אדם המזיק בין אונס גמור לאינו גמור שייך לומר דחיובו הוא מדין שמירה, ול"ש דין שמירה על אונס גמור ולהכי פטור, משא"כ להרמב"ן דס"ל דחייב גם על אונס גמור ע"כ דאין זה מדין שמירה אלא מדיני אדם המזיק (ושואל חייב באונסים מדין כל הנאה שלו, ולא מחיובי שמירה, וכן גולן דחייב באונסים הוא מדין והשיב).

וג"ל בזה דגם לשיטת הרמב"ן ודעימי' דס"ל דאומן במלאכתו אין עליו שם אדם המזיק, זה אינו אלא בנזקי ממון ולא בנזקי חבלות, ולכן אין לפטור רופא שהזיק מה"ט, כיון דחיובו הוא מדין חובל, וביותר י"ל כן עפ"מ שכ' הרמב"ם בפ"א מהל' חובל ומזיק ה"ג זה שנא' בתורה כאשר יתן מום באדם כן ינתן בו אינו לחבול בזה כמו שחבל בחברו אלא שהוא ראוי לחסרו אבר או לחבול בו כאשר עשה, ולפיכך משלם נזקו, וחריהו אומר לא תקחו כופר לנפש רוצח, לרוצח בלבד הוא שאין בו כופר, אבל לחסרון אברים או לחבלות יש בו כופר ע"כ, ועי' מס' ב"ק ריש החובל בזה, ומבואר ברמב"ם דעיקר חיוב חבלה הוא שראוי היה לחבול כאשר עשה והחיוב ממון הוא כופר שלא לחבול בו, וע"ע בפ"ה שם ה"ו דהרמב"ם כ' דלא מהני הודאה בחבלות כמו בקנס ועי' בה"ה שם, וי"ל דהרמב"ם לשיטתו במש"כ בפ"א בחיוב חבלות דעיקרו הוא עונש הגוף ולא עונש ממון ולכן לא מתני הודאתו (ויש

להרחיב הדבור בזה אלא שאכ"מ), עכ"פ לדברי הרמב"ם הללו חלוק ביסודו דין נזקי ממון שעיקר חיובו הוא ממוני, לבין חבלות שעיקר חיובו הוא עונש תגוף, וא"כ ה"נ יש לחלק לגבי הכלל דאומן במלאכתו אין עליו שם מוֹזֵק ד"ל דזהו רק לנזקי ממון ולא לגבי נזקי תגוף, ולפ"ז ברופא שהוֹזֵק ל"ש בו היסוד דאומן במלאכתו דשם חובל עליו, ומפרשת חבלות אנו דנים בו ולא מפרשת נזקי ממון ולכן בהמית יש עליו דין רוצח לגבי גלות.

אמנם יש לעורר עוד בעצם דברינו מש"כ לדון בדין רופא, אם יש בו להחיל דין אומן במלאכתו או לאו, אלא דנידון מפרשת חבלות ורציחה, דהתינוח רופא שהוֹזֵק בידים, אז יש עליו דין חובל, וכן גבי גלות הרי נאמר מכה נפש בשגגה ובעי מעשה הכאה, משא"כ ברופא שהוֹזֵק ע"י שטעה במרשם רפואי ועי"ז הוֹזֵק להחולה או הרגו, מה דינו של רופא זה, הרי בכה"ג אין לדנו מפרשת חבלות או רציחה, א"כ מה דינו של רופא זה לגבי חיוב נזיקין, דלכאורה זהו גרמא, או לכל היותר גרמי לפי הכלל שכ' התוס' במס' ב"ב כו ב לחלק בין גרמא לגרמי, וא"כ צ"ע להראשונים דס"ל דגרמי אינו אלא מדריבנן הרי ל"ש לחייבו מדין חובל ורוצח, וכן גם להסוברים דגרמי הוא מה"ת. ואמנם מצאתי כע"ז בתשב"ץ ח"ג סי' פב שכ' וז"ל, ונ"ל כי רופא אומן הוא רופא החבורות במלאכת יד ששגגתו וזדונו הוא חבלה ורציחה בברזל, שהעידה התורה שאפילו מחט א"צ אומד כנוצר בסנהדרין עו ב, ולשון אומן הוא המחתך בברזל כמו המל שנקרא אומן (שבת קלג ב) אבל רופא חולים במשקים ובמשלשלים ובמרקחות אינו נקרא רופא אומן, אלא רופא סתם ואינו בכלל זה שאינו בא לידי חבלה להתחייב בנזקין, ואם שגג או הוֹזֵד והמית או הוֹסִיף מכאוב על החולי ונתכוין לרפאות ולא נתכוין להוֹזֵק פטור אף מדיני שמים שאין לו אלא מה שעניו ראות זכו' ע"כ, והנה מבואר בדבריו דבנתכוין להוֹזֵק מ"מ חייב, ובדאי כוונתו דחייב בדיני ממון ולא במיתה וגלות, דהרי אין זה מעשה רציחה או הכאה כדפי', וצ"ע מאיזה דין יתחייב בדין ממון והרי לכל היותר זהו דין גרמי (וכדיין שטעה דחייב מה"ט), ועכ"פ כיון דל"ש בדין רופא שהוֹזֵק בכה"ג לחייבו מדין חובל, ל"ש גם להחיל עליו מש"כ הרמב"ם בהל' חובל דעיקר דינו הוא לעשות מה שעשה הוא, והדין ממון הוא כופר לכך, וכן במש"כ הר"מ דלא מהני הודאה בחבלות, בכה"ג נראה דמהני הודאה ככל נזקי ממון.

ולכאורה יש להסתייע להיסוד הנ"ל מסנהדרין פד ב, דמספקא בגמ' אם בן מותר להקז דם לאביו, אם יש בזה משום חובל באביו או לאו, רב מתנא אמר ואהבת לרעך כמוך (ופרש"י לא הוזהרו לעשות לחבריהם אלא דבר שאינו חסץ לעשות לעצמו), רב דימי אמר מכה אדם ומכה בהמה, מה מכה בהמה לרפואה פטור אף מכה אדם (ופרש"י מכה בהמה, כגון מקז דם פטור מן התשלומין, שהרי לא הוֹזֵקה, אף מכה אדם כגון אביו פטור אע"פ דהוי חבורה), ועי' טור שם וסי' רמא בשם הרי"ף והרמב"ם דס"ל דאינך אמוראי פליגי, ואסור לבן להקז לאביו, וא"כ יש עליו דין חובל באביו, ואם נאמר דגם בחובל יש עליו דין אומן במלאכתו א"כ גם בבן שחבל באביו ע"י חקת דם כמו שליכא דין מוֹזֵק בהוֹזֵק לאחר ע"י חקת דם דדין אומן במלאכתו עלה ואין עליו שם חובל, ה"נ נימא גם בבן דליכא עלה דין מכה אביו, ואולי יש לחלק בין בן לאחר, דמ"מ חל על הבן דין מכה אביו משום עצם מעשה ההכאה אע"פ שלגבי אחר לא מקרי חובל.

והנה התשב"ץ שם הק' דלדין דקיי"ל כר"י במטמא טהרות דחיובו הוי משום



תקון העולם ופטורו מן הדין וברופא אמרי' איפכא דפטורו הוי משום תקון העולם וחייבו מן הדין כדעתי' דר' חזקיה במטמא טהרות, וקושיא זו אין לה מובן, דהרי ברופא שהזיק הוי תיזק ניכר ולהכי חייב מעיקר הדין כמש"כ שם בראשית דבריו, וזולת זה יש לעיין אם גם בחבלות ישנה אותה מחלוקת אם תיזק שאינו ניכר שמי' תיזק, או לאו שמי' תיזק, ובפרט לשיטת הרמב"ם הנ"ל במש"כ בעצם חיוב חבלות, ובגמרא לא מצינו דין זה אלא גבי נזקי ממון ולא נזקי אדם באדם כגון חבלות.

בהא נחתי' ובהא סלקינן כיון דברופא ל"ש הכלל של אומן במלאכתו דלא ליהוי עלת שם מזיק וחובל, א"כ להמבואר לעיל קיים הספק דברופא שהזיק כיון דההיזק הוא ברור וטוען שהיה אונס, עליו מוטלת חובת ההוכחה שלא פשע בהזיקו, אך זה גם תלוי בסוג החבלה, דבתוספתא ב"ק הנ"ל איתא חבל יתר על הראוי לו חייב והת"ד סי' כגון תקיז דם במקום אחד וחור והקיז במקום אחר בלא צורך, הרי דבכת"ג דההיזק הוא ודאי וברור יש לדון שצל המזיק להוכיח פטורו.

שוב ראיתי בישועות ישראל להגר"י מקוטנא חו"מ סי' כה אות ג דלא נחית לחילוקנו בין נזקי ממון לנזקי חבלות אך כ' באופן אחר לחלק בין רופא לכל הנ"ל וז"ל שם, להרמב"ן והש"ם דלא מחייבינן משום מזיק אלא כשתחלת מעשה שעשה בחברו או בממונו של חברו היה שלא ברשות, אבל כשתחלתו היה ברשות כמו בטבח אומן שנכנס ברשות על ממונו של חברו אלא אח"כ נתקלקל, וכן בפועלים המעבירים חבית פטור, אבל רופא אומן שחתך אבר ומת דאגלאי מילתא שתחלתו היה באיסור, שהאי גברא לא הוי חזי למיחתך אבר מינ' דכחו חליש ואינו יכול לסבול כאב החתך, וכן דיין שנושא ונותן ביד כיון דלקושטא דמילתא לא היה חייב לשלם א"כ מאי שנטל ממנו של זה תחלתו שלא ברשות הוי לפיכך לא מפטר מטעם אונס אלא מצד הפקר ב"ד, אבל ברב המכה תלמידו תחלתו ברשות הוי לשלוט על גופו וליסרו, וכן שלית ב"ד שהכה, דתחלת ההכאה בהיתר שמצוה היא, אלא שטעה באיכות המכה שלא הי' לו להכות מכות גדולות משא"כ ברופא דאגלאי מילתא דלא היה רפואה זו מצוה כלל ע"כ, ויש לדון הרבה בהא דמשמע מדבריו דחולה שמת בשעת ניתוח דזה מקרי תחלתו באיסור וגם בטעם השני שכ' שם יש לדון טובא עיי"ש, ועי' שו"ת תשב"ץ ח"ג פ"ב שהק' ג"כ הרי רופא במצוה קעסיק דהא אבדת גופו הוא, וכ' דאיכא לפלוגי בינייהו כדמכח החם ע"כ, ודבריו צ"ע בכוונתו להוכיח מההוא דמכות, וע"ע בברכי יוסף יו"ד סי' של"ו מש"כ להקשות בזה, ובהגה' יד דוד בשו"ע שם כתב דברופא שהמית לא הוי מצוה משא"כ באב הרודה בנו ובשליח ב"ד אף שמת, מצוה קעביד במה שלמדו או הומינו לדין. ובערוך השולחן כ' דרופא אמנם לא גרע מאב המכה את בנו והרב הרודה בתלמידו, והתוספתא דמחייבת גלות, היינו כשיש לו מקום לתלות שהוא גרם לזה ע"י התרשלות וכדומה.

והנה לגבי דין מזיד איתא במכילתא משפטים (הובא ברש"י שם, כא יד) וכי יזיד וגו' להרגו בערמה ולא שליח ב"ד והרופא והרודה את בנו ותלמידו שאע"פ שהם מזידים אין מערימין, ועי' ברכי יוסף שם דמקרא דלחטוב עצים ממעטי' מגלות, אמנם הביא הספרי דממעט שליח ב"ד ורודה את בנו ותלמידו ולא הוזכר רופא דלא דמי להנך.

והנה בשיטת הרמב"ם והשו"ע לכאורה לא מבואר להדיא אם ס"ל כהרמב"ן בדין אומן במלאכתו דאין עליו שם אדם המזיק או דס"ל כהתוס', אך יש להסתייע

ממש"כ הרמב"ם בהל' אישות פכ"א ה"ט דכ' הרמב"ם תאשה ששברה כלים בעת שעשתה מלאכותיה בתוך ביתה פטורה ואין זה מן הדין אלא תקנה שאם אין אתה אומר כן אין שלום בתוך הבית לעולם, אלא נמצאת גוהרת ונמנעת מרוב המלאכות ונמצאת קטטה ביניהם ע"כ, ומקור הדברים הוא בירושלמי פ"ט דכתובות הובא גם בתוס' שם פו ב, ד"ה רבי, ותנה הראב"ד השיג על דברי הרמב"ם וז"ל, לא מן השם הוא זה אלא מפני שהוא פשיעה בבעלים שהוא שכיר לה כל שעה, ועי' ה"ח שם שכ' בטעמו של הראב"ד לפי שהאשה היא שכורה עם הבעל בכל שעה אבל הוא אינו שכור עמה אלא בשעה שמתעסק בצרכיה ע"כ.

ותנה המשנה למלך בפ"ב מהל' שכירות ה"ג הקשה דהראב"ד סותר את עצמו בענין זה דעל הא שכ' הרמב"ם שם יראה לי. שאם פשע השומר בעבדים ובקרקעות חייב לשלם שאינו פטור בעבדים וקרקעות וכו' אלא מדין גניבה ואבדה ומתה וכיוצא בהן, שאם היה ש"ח על מטלטלים ונגנבו או אבדו ישבע ובעבדים ובקרקעות וכו' פטור משבועה וכן אם היה שומר שכר שמשלם גניבה ואבדה וכו' אבל אם פשע בה חייב לשלם שכל הפושע מזיק הוא ואין הפרש בין דין המזיק קרקע לדין המזיק מטלטלין ודין אמת הוא למבינים וכן ראוי לדון ע"כ, והראב"ד השיג על הרמב"ם וכו' בתוך דבריו דאין הפושע מזיק, שאם היה כן פשיעה בבעלים למה פטור, אלא שאין פושע דומה למזיק. ע"כ, וכתב המשנה למלך שם על דברי הראב"ד דמש"כ דאין הפושע מזיק שאם היה כן פשיעה בבעלים למה פטור, לאו משום דס"ל דמזיק בבעלים חייב, דבהדיא כ' בהל' אישות דלא כהרמב"ם הפטור באשה ששברה כלים משום התקנה, אלא מעיקר הדין דהוי שמירה בבעלים, הרי דסובר דמזיק בבעלים נמי פטור, א"כ דברי הראב"ד לכאורה סותרים זה את זה, ותירץ דהראב"ד כתב זה לדברי הרמב"ם דס"ל דמזיק בבעלים חייב כמש"כ בהל' אישות, אבל איהו ס"ל דמזיק בבעלים פטור כמש"כ לפטור מטעם זה באשה ששברה כלים.

ונעים לי להביא מה ששמעתי זה רבות בשנים לתרץ הסתירה הנ"ל הנראית לכאורה בשיטת הראב"ד, בשם הגאון ר' חיים זצ"ל מבריסק (הדברים לא נתפרסמו בשום מקום) לפ"מ דאיתא במס' ב"מ צה ב, דהיה עמו בשעת שאלה א"צ להיות עמו בשעת שבורה ומתה, היה עמו בשעת שבורה ומתה צריך להיות עמו בשעת שאלה, והנה כל זה הוא בדין בעליו עמו של שומרים דיש שני זמנים, אבל אם נימא דפטור דבעליו עמו הוא גם במזיק ע"כ צ"ל דדין בעליו עמו היינו שהיה בשעת ההיזק דאין שם זמן אחר, וזהו שהק' הראב"ד דאם היה בשעת שמירה הרי לא צריך להיות בשעת פשיעה, ופטור מדין בעליו עמו, ואם פשיעה דין מזיק עלה יתא חייב, דהרי בשעת הפשיעה שהוא ההיזק לא היה בעליו עמו.

אמנם עצם היסוד דבמזיק יתא דין בעליו עמו צ"ע דדין בעליו עמו נא' בפרשת שומרים ולא בפרשת אדם המזיק (וי"ל דלהך סברא דדין בעליו עמו נא' גם באדם המזיק לפטור הוא משום דאמר' בב"ק אדם שמירת גופו עליו, וחייב אדם המזיק הוא ג"כ מדיני שמירה כמבואר לעיל, ולפ"ז יש ליישב מה שתק' המחנה אפרים מגמרא מפורשת במס' ב"ק לב א, דאיתא שם דמזיק את אשתו חייב, והרי הוא בעליו עמו דהאשה שאולה לו כל שעה כדאיתא בב"מ צו ב (ומה שתי' דחייב מפני שהוא נתנה חוי כנושא שכר תמנה) אלא דזהו מדין נזקי חבלות, ומפרשה דחבלות חייב כמבואר לעיל, ולא מצינו בזה חייב שמירה, ולכ"ע ל"ש בחבלות דין בעליו עמו), אלא דהראב"ד

ס"ל דהאשה ששברה כלים במלאכתה אין חיובה מדין אדם המזיק דהוי עלה דין אומן העושה מלאכתו והזיק דאינו חייב מדין אדם המזיק כמש"כ הרמב"ן אלא מדין שומר, וזהו שהשיג הראב"ד הא הוי שמירה בבעלים, ואף בשיטת הרמב"ם י"ל כן, וזהו שכתב הרמב"ם והטוש"ע (ועי' ח"מ וב"ש שם) האשה ששברה כלים בעת שעשתה מלאכותיה, והיינו דאז החיוב אינו מדין מזיק אלא מדין שומר והפטור הוא משום התקנה אבל שברה שלא בשעת מלאכתה דאז החיוב הוא מדין מזיק, ע"ז ליכא התקנה (ועי' תשובות ר' אליעזר סי' ב שביאר שיטת הראב"ד עפ"י יסוד הנ"ל). ואולי זהו כוונת המשנה למלך בהל' שכירות שם שכ' ליישב הסתירה הנ"ל בראב"ד ח"ל ומה שנ"ל עכון וכי' דהתם כיון דלא כיוונה להזיק לא מקרי אלא פושע אע"ג דאדם מועד לעולם היינו לשלם מה שזזיק, אבל לענין מזיק לא מתחייב, ודבריו סתומים בזה אך כעין זה כתב גם בהל' אישות שם, ח"ל ומה שגראה הנכון דלעולם ס"ל להראב"ד דיש חילוק בין פושע למזיק לענין שמירה בבעלים מיהו דוקא במתכוין להזיק, אבל האשה ששברה שלא נתכוונה להזיק דין פושע דנים אותה ע"כ, והיינו די"ל בכוונתו ג"כ כהנ"ל דאשה ששברה חיובה הוא מדין שומר ולא מדין מזיק ולהכי שייך בזה פטור דבעליו עמו.

20060628

### ב. נאמנות הרופאים בהלכה

ביארנו לעיל דין רופא אומן לגבי חיוב גזיקין, ויש לדון בדין נאמנות רופא אומן בהלכה, והנה נאמנות הרופאים משתרעת על פני יריעה רחבה של דיני תורה הנוגעים לכל ארבעת חלקי השו"ע, ח"ל הספרי פ"ר תצא, ובירושלמי יבמות פ"ח, מה בין פצוע דכא לכרות שפכה אלא שפצוע דכא חוזר וכרות שפכה אינו חוזר וזו מהלכות רופאים ע"כ (ועי' שו"ת חת"ס אב"ע סי' יז), ואמנם לא רק זו מהלכות רופאים היא, אלא עיקרי דיני תורה מעוגנים בהל' רופאים, ומה שיש לבאר בזה הוא ביסוד נאמנותם אם הוא מתורת עדות, א"כ יש להחיל עלה כל דיני עדות, או דוהו מדין חזקה דאין אומן מרע לאומנותי וא"כ נאמנים בזה אפילו פסולי עדות וכמבואר ברש"י במס' עבודה זרה כז א, גבי הדין דרופא מומחה נאמן למול ולא חיישי שמא יעשה כרות שפכה, דוהו מה"ט דלא מרע נפשי, ולפ"ז נאמנותם מועילה גם לשאר דיני תורה, ועי' ב"י ביו"ד סי' קפו מה שהביא בשם הגהות מיימוניות דאין בידו להתיר אפי' דבור עכו"ם אפי' ברופא (מומחה לרבים) דלא מרע אנפשי דקרי בהו אשר פיהם דבר שוא. והנה בשו"ע או"ח סי' תריח בדין חולה ביוהכ"פ כתב המחבר אם יש שם רופא בקי אפילו הוא עכו"ם שאומר אם לא יאכילו אותו אפשר שיכבד עליו תחולי ויסתכן מאכילים אותו על פיו וכי' ומקור הדבר הוא ברא"ש יומא שם, וע"ע ברמ"א שם סי' שכח ס"י (וברמב"ם פ"ב משביתת עשור הזכיר רק רופא בקי וצ"ע אם רופא עכו"ם ג"כ נאמן), והנה בשו"ת חתם סופר אב"ע סי' טז באה"ד כתב ח"ל, ודי שעושה לנו ספק לענין פקוח נפש בחלול שבת ויוהכ"פ אבל לא להקל\*.

- \* והנה בשו"ת חתם סופר שם ח"ב סי' פב נשאל באשה זקוקה ליבם קטן בן שש שנים והאשה קבלה עדות מרופאים מומחים שלסיהם אפשר שתפטר לחולי ותסתכן אם תתענן עד שיחיה החולץ גדול, והשיב חת"ס שלא נאמן לרופא אלא כמי שהחזק בשום חולי, כדי לשוי' ספק פיקוח נפש דמחללים עליו שבת ויוהכ"פ וכל איסורי תורה חוץ מגלוי



וכ"כ הנוב"י י"ד סי' מט, לגבי דם גדה בספק כרת מה"ת אינם נאמנים, ועי' פתחי תשובה יו"ד סי' קפו אות ל' שהביא חבל גדולי הפוסקים הדנים בשו"ת שלהם בנאמנות הרופאים, ויש להרחיב היריעה בנידון.

ויש להביא בזה אחת ההלכות בנאמנות הרופאים בכללה התלויה בדיני נפשות, דמשמע דנאמנות הרופאים מועלת בתורת ודאי גם לחייב מיתה, דכ' הרמב"ם בפ"ב מהל' רוצח ה"ח, התורג טרפה וכו' פטור מדיני אדם וכו'. עד שיודע בודאי שזה טרפה ויאמרו הרופאים שמכה זו אין לה תעלה באדם ובה ימות וכו' ע"כ, סתם הרמב"ם רופאים ומשמע דלא בעי כשרי עדות, ובודאי אם יאמרו דמכה זו יש לה רפואה ממימים על ידם ג"כ, הרי מועילה עדות הרופאים לגבי דיני נפשות, וא"כ ה"ה דמתני לכל דיני תורה כגון לדיני ממונות וכדפי' לעיל, והנה הרמב"ם סתם רופאים ולא הזכיר דבעי רופאים ישראלים, וצ"ע אם גם נכרים נאמנים ובפרט לגבי חיוב מיתה, ואם נאמנים יהי' מוכח דזה בתורת ודאי ולא מתורת ספק (ועוד יש להעיר בנידון דמלשון רופאים משמע שנים, ולגבי חילול שבת ויוהכ"פ שהוא משום סכנה מתני אפי' יחיד, וכן מה שנאמר בספרי הנ"ל מהלכות רופאים צ"ב אם צריך שנים דלעתיר פסולי קהל צריך שנים כמבואר בראשונים במס' קדושין, או לאו), אמנם בפ"ד ממאכלות אסורות ה"ח לגבי דין טרפות לאכילה התלוי ג"כ בחיות לפ"מ דקיי"ל טרפה אינה חיה כמש"כ הרמב"ם בפ"ד מהל' מאכלות אסורות ה"ח וז"ל, נמצאת למד שהתורה אסרה המתה והיא הנבלה ואסרה הנוטה למות מחמת מכותיה וכו' והוא הטרפה, וכשם שלא תחלוק במתה וכו' כך לא תחלוק בנוטה למות בין שטרפתה חיה וכו' בין שבא לה חולי מחמת עצמה ונקב לבה וכו' והאיל והיא נוטה למות הרי זו טרפה וכו' א"כ למה נאמר טרפה דבר הכתוב בהוה וכו', ובפ"י מהל' שחיטה הי"ב והי"ג כתב ואין להוסיף על טרפות אלו כלל שכל שאירע לבהמה או לחיה חוץ מאלו שמנו חכמי דורות הראשונים והסכימו עליהם בבתי דיני ישראל אפשר שתחיה ואפילו נודע לנו מדרך הרפואה שאין סופה לחיות, וכן אלו שמנו ואמרו שהן טרפות, אע"פ שיראה בדרכי הרפואה שבידינו שמקצתן אינן ממייתין ואפשר שתחיי' מהן אין לך אלא מה שמנו חכמים שנאמר על פי התורה אשר יורוך ע"כ, והנה הרמב"ם הזכיר נאמנות הרופאים בהל' רוצח רק גבי טרפות דאדם לגבי רציחה ולא בהל' מאכלות אסורות גבי טרפות דאכילה משום דטרפות דאדם תלוי בדין אם הוא גברא קטילא או לאו וזה תלוי בקביעת הרופאים, וגם בזה יש להחיל הכלל של חזקה דאומן לא מרע וכו' ולכן יש

עריית וכו' אבל באדם המוחזק כבריא והרופא שאפט ע"פ דבריו אינו כלום לשוות ספק סק"נ ולא נתיר לו לעבור ולזוז וזו כל שהוא מדברי תורה ע"פ חלומותי ודבריו. והמשנה ברורה (בבאזר הלכה) הביא בשם התפארת ישראל בפ"י במס' יומא, דהאידנא יש להתיישב בדבר בענין נאמנות רופא עכ"ם, דשבקי להימנותי' דלכל חולי קל אומרים תמיד שכשיתענה יסתכן, והביא עוד ממחברים דגם ברופאי ישראל תחשודים לעבור על ד"ת וגם אינם מתענים מצד אסקירותא צ"ע רב אם יש לסמוך עליהם והסיק דהדבר תלוי בראות עיני הדיין ובבקיאותו, וע"ע שדי חמד מערכת יוהכ"פ סי' ג אות ד"ה מה שהביא דמשום חזקה דאומן לא מרע אומנתי' זהו דוקא כשיכול להתברר היסוד דבריו, וע"ע שם מה שהביא דיון באחרונים אם לסמוך על הרופאים במה שאמרו להאכיל במגיפת החולירע.

להם נאמנות, משא"כ בטרפות דאכילה דאיסורם הוא מהלכה למשה מסיני וזה לא תלוי ברופאים כלל (וכבר עמד ע"ז בשו"ת אחיעזר חאה"ע), וע"כ חלוק דין טרפה לגבי אכילה מטרפות דרציחה, דהרי כל י"ח טרפות אפשר למצא להם רפואה כגון ע"י ניתוח, האם נתיר אותם, אלא ע"כ אסורים כמש"כ הרמב"ם מקרא דע"פ התורה אשר יורוך, ואין זה מחסרון נאמנות הרופאים אלא דלא מהני עדותם דגם לאחר עדותם אסורה באכילה.

והנה בש"מ ב"ק כו הביא בשם הר"י מיגש לגבי טרפות דאדם דטרפה מקרי מי שנתחדש בו אחד מי"ח טרפות כמו ניקב קרום של מוח וכיוצא, ויש לדון אם חולק בזה על הרמב"ם שכ' דטרפות דרציחה תלוי בדעת הרופאים ולא מהלכה למשה מסיני, והנה בשו"ת הרשב"א בתשובה לחכמי לונגיל שרצו להכשיר טרפה שחיתה י"ב חודש וגם הרשב"א שדחה דטעו בחשבון החדשים, או שהיתה טרפה דיותרת שאע"פ שהיא חי' מ"מ אסורה לכ"ע מדין יתר כנטול דמי, הרי בעיקר הדין ס"ל להרשב"א דיסוד איסור טרפות הוא משום דאינה חיה, ואם היתה חי' לא הוי טרפה, ולפ"ז לכאורה י"ל דלדידי מהני גם אומד הרופאים דחי' וממילא אינה נאסרת, דלפ"מ שהבאתי לדייק מהרמב"ם הג"ל, הו"ל למימר בפשיטות דהבהמה טרפה אף שהיא חי' מהלכה למשה מסיני. ולכאורה היה נראה כן גם מהר"י מיגש הג"ל דמדמה טרפות דאדם לטרפות דבהמה, אמנם כוונת הר"י מיגש היא לפ"מ דאיתא בסנהדרין עו דנחלקו בגוסס בידי אדם אם דומה לטרפה ופטור או לגוסס בידי שמים, ולכן כתב דהגדרת טרפה הוא ב"ח טרפות דסתמא אינה חיה באלו טרפות כמבואר בחולין ריש פ"ג גבי טרפות דבהמה, ועי' רש"י סנהדרין שם דכתב ג"כ כדברי הר"י מיגש, דהזכיר טרפות דניקב הושט או קרום של מוח, אבל לעולם י"ל דבהנך טרפות גופא תלוי באומד הרופאים אם אינו חי.

ובתוס' סנהדרין שם העלו דלגבי טרפות דרציחה אף למ"ד טרפה חיה פטור משום דסופו למות וי"ל דזה ודאי תלוי בקביעות הרופאים וכדעת הרמב"ם הג"ל. והנה הגרע"א הקשה על התוס' הג"ל מחולין מב, דאיתא שם דמ"ד טרפה אינה חיה יליף מקרא דזאת החיה אשר תאכלו, חיה אכול שאינה חיה לא תאכל מכלל דטרפה אינה חי', ופריך למ"ד טרפה חי' מנ"ל וכו' והרי לשיטת התוס' גם למ"ד טרפה חיה סופה למות, א"כ גם לדידי אפשר ללמוד מהך קרא דזאת החיה כמו למ"ד טרפה אינה חיה, אמנם בעיקר המחלוקת גם להתוס' בין למ"ד טרפה אינה חיה ובין למ"ד טרפה חיה אלא דסופה למות נראה דהיא בזה, דלמ"ד טרפה אינה חיה הפי' דגם עכשיו נקראת אינה חיה, אע"פ שתחי' י"ב חדשים, דהרי דין י"ב חדשים בטרפות אינו מגוזה"כ, אלא זה מבואר ברש"י חולין נו ב, ד"ה תנאי, וז"ל דיש מכה שנצרבית ומתה מחוך חום הלכך בעינן ימות החמה וימות הצנה ע"כ הרי למ"ד זה י"ל דמקרי גם עכשיו אינה חיה, אלא דעדיין מחוסרת זמן דעונת כל השנה המשפיעות על הטרפות, משא"כ למ"ד טרפה חיה דיכולה לחיות יותר משנה, לא מקרי דעכשיו היא אינה חיה, אלא דשפיר מקרי חיה ולגבי טרפות דאכילה מ"מ אסורה היא מהלכה למשה מסיני, לפ"ז א"א לאוקמי' למ"ד זה קרא דזאת החיה דאינה חיה לא יאכל דלמ"ד זה גם טרפה מקרי חי' כדפי', משא"כ לגבי טרפות דאדם לגבי פטור רציחה כיון דסופו למות פטור על רציחה דמקרי גברא קטילא, וזהו תלוי לכ"ע באומד הרופאים.

לנושא דידן יש השלכות גם לדין דיין שטעה, הואיל והרא"ש בפ"ד דסנהדרין

כתב לדמות דין דיין שטעה לדין טבח אומן שקלקל, וכן הרמב"ן בתורת האדם דימה רופא (שהזיק) כדיין שמצוה לדון ואם טעה בלא הודע אין עליו עונש כלל כדאמר' שמא יאמר הדיין מה לי בצער הזה ת"ל ועמכם בדבר המשפט אין לדיין אלא מה שעניו ראות ואעפ"כ אם טעה ונודע לב"ד שטעה משלם מביתו על הדרכים הידועים בו, אף ברופא (שמא יאמר הרופא מה לי בצער הזה שמא אטעה ונמצאתי הורג נפשות בשוגג לפיכך נתנה לו תורה רשות לרפאות) פטור מתשלומין אלא שאינו פטור מדיני שמים עד שמשלם הנזק ויגלה על המיתה הראיל ונודע שטעה והזיק או המית וכן אמרו בתוספתא ברופא אומן וכו' ומ"מ בלא הודע אינו חייב כלום כמו שהדיין פטור בין מדיני אדם בין מעונש שמים והוא שיוזר כמו שראוי ליוזר בדיני נפשות, ומסתברא דהא דאמר' נתנה תורה רשות לרופא לרפאות לומר שאינו אסור משום חשש השגגה עיי"ש. עוד בזה (ועי' תשב"ץ סי' פ"ב שהביא דברי הרמב"ן ומש"כ הוא בזה).

אנלוגיה הלכתית ורגשית כאחד קיימת ביחס שבין רופא לדיין בין לגבי עצם המצוה בדין לדון וברופא לרפאות, [ומחלוקת הראשונים היא במקור המצוה, הר"מ בפה"מ פ"ד נדרים והמאירי שם לט הביאו קרא דוהשיבותו לו, דהיינו השבת גופו של אדם, ובתוס' הר"י החסיד ובתוס' הרא"ש ברכות ס הביאו קרא דלא תעמוד על דם רעך, והקרא דרפא ירפא דנלמד שם שניתנה רשות לרופא לרפאות היינו שמותר לרפא בשכר, אבל המצוה לאו מקרא זה הוא], וכן במקרה של טעות והזיק כמו שעמד הרמב"ן שם על חומרא זו בהזכירו שטעותם של הרופאים סם המות הוא וכו' וזהו שאמרו טוב שברופאים לגיהנום לגנות דרכם של רופאים בפשיעות וזדונות שלהם וכו' ואין לך ברפואות אלא סכנת מה שמרפא לזה ממית לזה (ותשווה סנהדרין ז א, גבי דיין לעולם יראה דיין עצמו וכו' גיהנום פתוחה לו מתחתיו) ומסיים הרמב"ן הא אם נהג עצמו כשורה כש"כ שהוסיף זכות לעצמו וכו', ועי' תשב"ץ הנ"ל \*.

\* ובנקודה זאת חשובה חלק ענין רופאים מדיינים, דכתב הרמב"ן בספר תורת האדם במחלוקת רופאים ואחד מהם גדול בחכמה וחששין לדבריו משא"כ בדיינים, וע"ע כמ"כ בחינוך מצות עז שכתב ג"כ לחלק בין דין רוב בדיינים לדין רוב בשאר דיני תורה, והרמב"ן בפ"ג מסנהדרין הביא מרב האי גאון שכ' בתשובותיו דכשנחלקו ביה"ד ושוים הם בחכמה הולכים אחר הרוב ואם האחד עדיף מן השנים הולכים אחר מי שנתן טעם לדבריו, והרמב"ן הקשה עליי משלחי פ"א דיבמות במחלוקת ב"ש וב"ה שם, ואם ב"ש עשו כדבריהם או לאו ואם זה תלוי במחזורי טפי כמבואר שם, ובמש"כ ליישב שיטתו, וע"ע בר"ן פ"ח דיומא שהביא שיטת הרמב"ן והוא חלק עליו, והסיק הר"ן ולפיכך אם הדבר ברור אצלנו כשבקיאותו מכריעה רוב המגין של אתרים הולכים אחריו בין להקל בין לחמיר וכשהדבר ספק מאכילים אותו דספק נפשות להקל ע"כ, ועי' יומא פג א דאיתא שם דאע"ג דלגבי עדות אמרי' תרי כמאה, ולגבי אומדנא בדיני ממונות אולי' בתר רוב דעות, מ"מ לגבי רופאים לא אולי' בתר רוב, והנה ברמב"ם פ"ב מהל' שבייתת עשור ה"ח כ' מקצת רופאים אומרים צריך ומקצתם אמרים לא צריך הולכים אחר הרוב או אחר הבקאים וכו' ורי מבואר ברמב"ם דאולי' בתר רוב בעניני רופאים חלא כפשטות הסוגיא דשם וע"ע רש"י סד ב שם, שנים אומרים צריך ושלשה אומרים אין צריך, וברא"ש שם וכן מבואר בשאלתות פ' שמות שאלתא לה, אין דבריו של אחד במקום שנים, וכן

והנה לעיל דנתי ברופא שהזיק אם יש להחיל עליו דין אומן במלאכתו להראשונים דס"ל דאין עליו שם מזיק כיון דחיובו הוא מדין חובל ל"ש בזה דין אומן במלאכתו, וכן הבאתי מש"כ בזה בישועות ישראל מטעם אחר, אמנם בדין שטעה במקום שהוא פטור כגון במומחה או בקבלוהו עליו כמבואר בסנהדרין ה' א'; לג א, ובש"ע סי' כה ובש"ך שכ' דפטור מטעם אנוס וכטבח אומן, — יש לדון אם להראשונים הג"ל שייך להחיל בדין הכלל דאומן במלאכתו (ול"ש בו החיוב של טבח אומן מדין שומר) א"ד — לפ"מ דהבאתי מהישועות ישראל — דמי זה לרופא שטעה דאינו פטור מדין זה, ובאשר זה שייך יותר להלכות דיינים יבואר זה במקומו ביתר הרחבה.

\*

הרפואה מעוגנת היטב בהלכה, וכל המבואר לעיל מאמת את ההנחה שלפנים בישראל כששלטון התורה היה בלעד' ומקיף את כל תחומי החיים הרי כח ב"ד יפה היה חוסף גם את תחום הרפואה משום שביה"ד חווה הרשות המפקחת והמחוקקת גם בענינים אלה, תנאי ב"ד היה קיים בעניני רפואה כבעניני ממונות, וזה לפי ההשקפה שהרפואה הוא אחד מיסודי היהדות ובנין אב להמושג פקוח נפש, ולכן תורתנו שהיא תורת חיים נדחית מפני מצוה זאת.

חז"ל ראו את הרופא כשליח ההשגחה לרפא את החולה כלשון הירושלמי נדרים שנגזר על החולה להתרפא ע"י רופא פלוני וע"י סם פלוני, וכבר הביא הטור יו"ד סי' שלו את הפסוק הנאמר על אסא המלך שחלה ברגליו גם בחליו לא דרש ד' כי ברופאים (דבריי-הימים ב טז), הרי דקודם יש לפנות אל המשלח, ואח"כ אל שלוחו, ובברכות י ב, ופסחים נו ב, נאמר על הזקיה המלך והטוב בעיניך עשיתי (ישעיה לח) שגנו ספר רפואות וחכמים הודו לו בזה, ופרש"י שלא היה לבם נכנע על חולים ומתרפאים מיד ועי' פה"מ להרמב"ם פסחים שם שהביא כפרש"י הג"ל והוא עצמו פי' בזה באופן אחר, ועי' מאירי שם ובשו"ת הרשב"א סי' תיג"תיד, וע"ע רמב"ן בהקדמה לפירושו עה"ת ובפ' בחוקותי.

ומן הפרט אל הכלל, דרפואת הכלל והמדינה בכל צבעי קשתה, תלויה ראשית כל באמונה בהשי"ת מנהיג הבירה, ברכת גאלנו ורפאנו סמוכים וצמודים יחדיו, וכשם שיש מנהיג לגאולה בעתה או שלא בעתה, כך הוא גם ביחס לרפואתה, יקויים בנו הקרא ושמרתם ועשיתם וגו' והסיר ד' ממך כל חלי וכו' (דברים ז טו, ועי' עירובין נד).

שנים במקום שלשה, וכן שלשה במקום ארבעה ועי' העמק שאלה שם, שכ' בזה דברים מיוחדים ויש לדון הרבה בדבריו, אך ענין זה הוא נושא מיוחד שראוי לדון עליו בנפרד.