

האוטונומיה של החולה ויהדות ודמוקרטיה בחוק החולה הנוטה למות, התשס"ו–2005

דניאל סינקלר*

המאמר בודק את המושג החזק של האוטונומיה של החולה במשפט האנגלו-אמריקאי, במיוחד בהקשר שבו הוא מתנגש עם העיקרון של קדושת החיים, ומשווה אותו עם האופי ההטרונומי של המשפט העברי, ועמדתו הכללית שהיא די כחושה בנוגע לחובת השמירה על חיי אדם, כולל החולה הנוטה למות. אולם בעקבות ניתוח של שתי תשובות של הר' משה פיינשטיין, מגדולי הפוסקים של המאה ה-20, יש להסיק שלדידו קיים מושג של אוטונומיה חלשה במשפט העברי שעל פיו יש לטעון שבמקרים שבהם רצונו של החולה להימנע מטיפול רפואי מציל חיים מתנגש עם חובת השמירה על חייו, תשובת ההלכה היא שרצונו של החולה גובר. גישה זו היוותה בסיס לפשרה בין האוטונומיה החזקה של המשפט המקובל והעיקרון היהודי של קדושת החיים בחוק החולה הנוטה למות. החלק האחרון של המאמר בודק את האפשרות של הרחבת האוטונומיה החלשה של החולה גם בנוגע להפסקת טיפול מאריך חיים.

הקדמה. א. האוטונומיה החזקה של החולה במשפט האנגלו-אמריקני. ב. שאלת האוטונומיה של החולה במשפט העברי; 1. האם המושג אוטונומיה רלבנטי למשפט הביו-רפואי העברי?; 2. עמדת רוב הפוסקים בנוגע להימנעות מטיפול קיומי בנוגע לחולה הנוטה למות; 3. תורת האוטונומיה החלשה של החולה של הר' משה פיינשטיין. ג. יישום תורת האוטונומיה החלשה של הר' משה פיינשטיין בחוק החולה הנוטה למות. ד. האם יש ללכת מעבר להימנעות מטיפול קיומי במשפט העברי? סיכום.

הקדמה

מטרת המאמר היא לתאר את האופן שבו שולבו משפט עברי ודמוקרטיה ליברלית בחוק החולה הנוטה למות, התשס"ו–2005 בהתאם לערכים של מדינת ישראל, דהיינו "יהדות ודמוקרטיה", כפי שנקבע בסעיף 1א לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. בדו"ח של הוועדה הציבורית לענייני

* פרופסור למשפטים, בית הספר למשפטים ע"ש שטריקס, המסלול האקדמי המכללה למינהל; Wolff Fellow in Jewish Law and Visiting Professor of Law, Fordham University Law School, New York.

החולה הנוטה למות צוין שבעיה מרכזית שהוועדה נדרשה לה הייתה הצורך לאזן בין האוטונומיה של החולה, שהיא ערך חזק ביותר בדמוקרטיה הליברלית המודרנית מצד אחד, והחובה לשמור על חיי כל אדם, לרבות חולה הנוטה למות בצורה המיטבית, שהיא חובה בסיסית במשפט העברי מצד שני. בשל צורך זה להגיע לאיזון היה ברור לחברי הוועדה הציבורית שלא יוכלו להעתיק הסדרים משפטיים שכבר יושמו במדינות ליברליות מערביות בתחום זה, אלא יהיה עליהם ליצור הסדר משפטי ייחודי למדינת ישראל.¹ רוב המאמר מוקדש להבהרת הבסיס ההלכתי לאיזון זה הנמצא בתשובותיו של הר' משה פיינשטיין ושכיניתי במהלך המאמר "תורת האוטונומיה החלשה".

הר' משה פיינשטיין (1895–1986) נולד בבלרוס והגיע לניו-יורק ב-1937. עד מהרה הפך לאחד מגדולי הפוסקים במחצית השנייה של המאה העשרים, ופסקי ההלכה שלו התקבלו בכל העולם האורתודוקסי, לרבות המגזר החרדי. רובם נדפסו בשו"ת שלו "אגרות משה". הר' פיינשטיין נקט דרך עצמאית בפסיקותיו, והיה ידוע כפוסק אנושי מאוד בעל יכולת מרשימה להקל כשלדעתו ההקלה התאימה להלכה.²

יש להדגיש שהמאמר עוסק אך ורק בתשתית התאורטית של החוק; אין בו ניסיון לבדוק את דרך פעולתו של החוק מאז שהתקבל, ואף לא את מידת ההצלחה בפועל של האיזון בין הלכה לדמוקרטיה העומדת ביסודו.

הפרק הראשון של המאמר מתחיל בסקירה קצרה של מושג האוטונומיה של הפרט בחשיבה הליברלית ובמשפט הביורפואי המודרני. ואחר כך הוא דן בכמה פסקי דין במשפט האנגלו-אמריקני המייצגים את עליונותה של האוטונומיה מול עקרון קדושת החיים.³ פרק זה מסתיים בדיון בנוגע לחולה במצב צמחי מתמיד (PVS) במשפט האנגלו-אמריקני כדוגמה בולטת במיוחד של יישום מושג האוטונומיה של החולה מול ערך קדושת החיים.

1 משרד הבריאות דו"ח הוועדה הציבורית לענייני החולה הנוטה למות (2002) (להלן: "דו"ח הוועדה הציבורית").

2 על משנתו ההלכתית של הר' פיינשטיין ובייחוד הגישה העצמאית שלו ראו הראל גורדין "מקורות הסמכות של ההלכה: עיון במשנתו ההלכתית של הרב משה פיינשטיין" דיני ישראל כה 1 (התשס"ח). היכולת של הר' פיינשטיין להתחשב באנשים ובצרכים שלהם ועקב כך להקל בפסיקותיו גרמה ללא מעט מחלוקות בינו לבין עמיתיו ברבנות החרדית. דוגמה קלאסית היא הכרעתו שהורעה מלאכותית על ידי תורם זר לא-יהודי לזוג עקר מותרת על פי הלכה; ראו דניאל סינקלר "הורעה מלאכותית והפריה חוץ-גופית במשפט העברי: היבטים השוואתיים, הלכתיים-מתודולוגיים ומוסריים" המשפט ט 301 (2004). במהלך מחלוקת זו אחד ממבקריו כתב על הר' פיינשטיין ש"אם הוא מחמיר בעניין מסוים בטוח שעניין זה אסור מעבר לכל צל של ספק, אולם את פסיקותיו המקלות יש לבדוק בקפדנות כי כוח ההיתר של הגאון הזה שליט"א עולה פי כמה על כל המקלים שהיו בישראל" (שם, בעמ' 303, ה"ש 43).

3 אף שמקובל להשתמש בביטוי זה בהקשר של ההלכה היהודית, מקורו הוא בנצרות. ראו HAROLD JOSEPH BERMAN, THE INTERACTION OF LAW AND RELIGION 49–79 (NY. 1974). לפי מיטב ידיעתי אין זכר למונח "קדושת החיים" באף מקור הלכתי קלאסי, ובנוגע להפלה, למשל, אין ספק שעמדת המשפט העברי היא הרבה יותר גמישה מזו של הרבה זרמים בנצרות הדוגלים בצורה מחמירה ביותר בעקרון קדושת החיים ומיישמות אותו בכל חומרתו גם בנוגע לחיי עוברים. ראו דניאל סינקלר "מפגש בין משפט למוסר בסוגיית ההפלה: משפט עברי, קנוני, מקובל וישראלי" המשפט יג 239 (2008).

הפרק השני עוסק באוטונומיה של החולה במשפט העברי, והוא מחולק לשלושה חלקים. בחלק הראשון נטען שלכאורה המושג אוטונומיה אינו קיים בהלכה היהודית בכלל, וכל חולה חייב לקבל טיפול רפואי מציל חיים בלי קשר לרצונו. יתרה מזו, אפשר, באופן תאורטי לפחות, לכפות טיפול רפואי מציל חיים על חולה מסוכן המסרב לקבלו. טענה זו עוברת ריכוך מסוים בחלק השני, העוסק בטיפול בחולה הנוטה למות במשפט העברי. דעתם של רוב הפוסקים המודרניים היא שבנוגע לחולה כזה הנקרא "גוסס" בשפת ההלכה, יש לחלק בין שני סוגי טיפול. הראשון הוא טיפול בבעיה צדדית שלא יחזיר את החולה לאיתנו הבריאותי, והשני הוא טיפול קיומי, דהיינו הנשמה, הזנה והספקת נוזלים. מותר להימנע מהסוג הראשון אבל אסור להימנע מהסוג השני גם אם החולה מבקש זאת. בחלק השלישי של פרק זה נידונה תורת האוטונומיה החלשה של הר' משה פיינשטיין. לאור דיון מעמיק בשתי תשובות של הר' פיינשטיין העוסקות בחולים הנוטים למות יש לטעון שעל פיו, המשפט העברי תומך בכיבוד רצונם של חולים אלו כשבאים להכריע בנוגע לכל התנגשות בין החובה ההלכתית לספק לו טיפול קיומי לבין בקשתו הסבירה להימנע מכל טיפול מהסוג הזה. על פי גישה ייחודית זו של הר' פיינשטיין, מותר לציית לחולה בגיר וכשיר המבקש להימנע מטיפול מאריך חיים ולא לחברו למכונת הנשמה או הזנה.

הפרק השלישי דן ביישום תורת האוטונומיה החלשה של הר' פיינשטיין בחוק החולה הנוטה למות, ומראה איך תורה זו הייתה גורם מרכזי בהשגת האיזון בין האוטונומיה הליברלית לבין המשפט העברי. בהתאם לגישתו של הר' פיינשטיין, החוק מתיר הימנעות מטיפול קיומי, או בלשונו של החוק, טיפול רציף על פי בקשתו של החולה הנוטה למות שנמסרה בעל פה או על ידי הוראה רפואית מראש או על פי בא כוחו הרפואי של החולה. אולם אין להפסיק טיפול כזה לאחר שהתחילו ליישמו. פרק זה כולל הפניה למאמר על הבסיס ההלכתי של החוק מאת יושב ראש הוועדה הציבורית, ובו עדות ברורה בנוגע לתפקידה המרכזי של גישת הר' פיינשטיין לעיצוב חוק החולה הנוטה למות.

הפרק הרביעי והאחרון הוא יותר ספקולטיבי באופיו. תורת האוטונומיה החלשה של הר' פיינשטיין מצומצמת להימנעות מטיפול מאריך חיים ולא להפסקתו. פרק אחרון זה דן בשאלה אם יש מקום במשפט העברי להרחיק מעבר להימנעות מטיפול קיומי ולהתיר גם את הפסקתו על פי רצונו של החולה? שתי אפשרויות בכיוון זה נידונות במהלך הפרק. הראשונה היא עשיית סדק בגישה ההלכתית המקובלת שאין להבחין בין הארכת חייו של אדם בצורה טבעית לבין טיפול מאריך חיים מלאכותי בעזרת מכונת הנשמה והזנה. פתיחת סדק זה עקב החזרת החולה למצב הטבעי שלו עשויה להוות בסיס למתן היתר בנסיבות קשות, כגון חולה ALS, לשחרר את החולה ממלוא התמיכה הטכנולוגית בקיום מערכות הגוף הבסיסיות הקיימת היום במרכזים הרפואיים. האפשרות השנייה כרוכה בהמצאת "טיימר" (שעון שבת) שיפסיק כל טיפול מאריך חיים מלאכותי על פי הכוונה מראש. היתרון ההלכתי של הצעה זו היא שאין התערבות אנושית בניטוק המכשיר, וכך גם נעלמות רוב ההשלכות החמורות של מעשה אנוש בהקשר זה. אולם הבעיה כאן היא הצורך בטיימר שיהיה מחוסן מפני כל טעות או קריסת מערכות בבית החולים, כי כל טעות כאן תהיה סופנית.

א. האוטונומיה החזקה של החולה במשפט האנגלו-אמריקני

המילה אוטונומיה ביוונית קלאסית מורכבת מ"אוטו", דהיינו "עצמי", ו"נומוס", שהיא "חוק". אולם יש הבדל חשוב בין משמעות המונח ביוון העתיקה לבין השימוש שעושים בו בעידן המודרני. בתקופה העתיקה הייתה אוטונומיה נחלת מדינות – או ליתר דיוק ה־city states של יוון העתיקה – בלבד, ואוטונומיה הושגה כשמדינות אלה נשלטו על ידי גוף המורכב מאזרחיהן החופשיים ונוהלו על פי חוקיהם שלהן ולא על פי מדינה אחרת וחוקיה. המושג של האוטונומיה של כל פרט בחברה לא הייתה קיימת באותה תקופה.⁴ היום הורחב המושג אוטונומיה, ובעיקר משתמשים בו בעניין זכותו של כל פרט בחברה להחליט בעצמו בנוגע לחייו ולא להיות נשלט על ידי אנשים אחרים בחברה ואף לא על ידי השלטון.⁵ השורשים ההיסטוריים של השימוש החדש במושג אוטונומיה ויישומו על הפרט נעוצים בתאוריות של האמנה החברתית שהיוו את הבסיס למאבק על זכויות האזרח באירופה במאה ה־18.⁶ מבחינה פילוסופית, הרעיון של אוטונומיית הפרט קיבל את ביטויו החזק ביותר בתורת עמנואל קנט.⁷ התוכן הפילוסופי של אוטונומיית הפרט נידונה על ידי ג'ון סטיוארט מיל במאה ה־19,⁸ וגם על ידי ישעיהו ברלין במאה ה־20,⁹ אלא ששני פילוסופים אלה השתמשו במונח liberty במקום אוטונומיה. מכל מקום, המושג של האוטונומיה של הפרט הפך להיות ערך מוערך ביותר בתורות המדינה והמשפט של העולם המערבי, ואין ספק שהציפייה היום היא שמשטרים ליברליים ראויים לשמם יבטיחו לאזרחיהם את מרב האוטונומיה כל עוד התנהגותם האוטונומית אינה מתנגשת בצורה ישירה עם כללים משפטיים מובהקים או עם האינטרסים החיוניים של אותם משטרים.¹⁰ לאור התפתחות זו, אני מכנה את האוטונומיה של הפרט במשפט האנגלו-אמריקני המודרני "חזקה", כי השאיפה היא שהמערכת תגשים אותה בצורה המרבית.

- GOLDSWORTHY LOWES DICKINSON, THE GREEK VIEW OF LIFE 70–74 (1949); GERALD DWORKIN, THE THEORY AND PRACTICE OF AUTONOMY 12–13 (1988). 4
- ISAIAH BERLIN, FOUR ESSAYS ON LIBERTY 131 (1969): "I wish to be an instrument of my own, not other men's acts of will. I wish to be a subject not an object [...] deciding, not being decided for, self-directed and not acted upon by external nature, or by other men" 5
- ALESSANDRO PESSIN D'ENTRIVES, NATURAL LAW 57–62 (Hutchison's University Library, 1970). ראו 6
- IMMANUEL KANT, KANT'S GROUNDWORK OF THE METAPHYSICS OF MORALS 100 (Herbert James Paton trans., 1951): "I will, therefore, call my principle the principle of Autonomy of the will in contrast with all others, which I consequently class under Heteronomy" 7
- JOHN STUART MILL, ON LIBERTY (1985). לסקירה כללית של רעיון האוטונומיה בפילוסופיה של קאנט, מיל וברלין ראו נילי קרקר-אייל דוקטרינת ההסכמה מדעת בחוק זכויות החולה, תשנ"ו–1996 20–29 (2008). 8
- BERLIN, לעיל ה"ש 5. 9
- DWORKIN, לעיל ה"ש 4, בעמ' 3–6. 10

המשפט הביור-רפואי מצטרף להתפתחות זו, כפי שמעירים המלומדים Mason & McCall :Smith "האוטונומיה היא בודאי הערך המשמעותי ביותר בהתפתחות המשפט הביור-רפואי של תקופתנו".¹¹ ציון דרך חשוב בהליך זה הוא האמרה המפורסמת של השופט האמריקני בנימין קרדוזה בפסק דין משנת 1914: "לכל אדם בגיר וכשיר יש הזכות להחליט מה יעשה בגופו וכירורג העושה ניתוח בלי הסכמת החולה אינו אלא תוקף".¹² בסוף המאה העשרים בתי משפט באנגליה ובשאר מדינות משפחת המשפט המקובל הרבו להדגיש את עליונותה של האוטונומיה גם במצבים שבהם היא מתנגשת בצורה ישירה עם הערך של קדושת החיים. בפסק דין Bland משנת 1993 נקבע על ידי בית הלורדים (כפי שבית משפט עליון אנגלי זה נקרא אז) "שהעיקרון היסודי של קדושת החיים חייב לסגת מפני העיקרון של האוטונומיה של החולה".¹³ בפסק דין משנת 1999, שהצדיק את סירובה של אישה הרה שסבלה ממחלת היריון מסוכנת – pre-eclampsia – לציית לרופאה לעבור ניתוח קיסרי במקום ללדת באופן טבעי, זוהיה בית המשפט לערעורים האנגלי מפני הפיתוי לאמץ גישה פטרנליסטית במקרים כאלה. בית המשפט הדגיש שיש לשמור על עליונותה של האוטונומיה גם במקרים שבהם, לכאורה, הגישה הפטרנליסטית נראית גם הגיונית יותר וגם מוסרית יותר מאשר יישום האוטונומיה החזקה. מקרה זה יכול היה לשמש דוגמה לכך שאין לסכן את חייהם של האם והעובר רק כדי לתמוך בזכותה של האם ללדת בצורה טבעית כשהניתוח הרבה יותר בטוח מבחינה רפואית. אולם, בכל זאת, עמדת המשפט האנגלי היא שהאוטונומיה של האם גוברת על השיקול הפטרנליסטי.¹⁴

- KENYON MASON & GRAEME LAURIE, MASON AND MCCALL-SMITH'S LAW AND MEDICAL ETHICS 6 (2006) 11
- Schloendorff v. Society of New York Hospital, 105 N.E. 92, 129–130 (1914) 12
- מקרה זה הוא מעניין כי על אף האמרה החגיגית של השופט בנוגע לאוטונומיה של החולה, קרבן התקיפה במקרה זה לא הצליחה בתביעתה ויצאה מפסידה במשפט! נסיבות המקרה הן שרופא שעבד בבית חולים שהיה מיועד לעניים ושהעסיק את רופאיו על בסיס התנדבות בדק את גב' שלואנדרוף, חולה שהתלוננה על כאבים עזים בבטנה. לאור הבדיקה הוא הגיע למסקנה שהיא סבלה מגידולים סיביים ברחם והציע לה לעשות "בדיקה תחת הרדמה". גב' שלואנדרוף הסכימה לבדיקה, אבל כשהכניסו אותה לחדר, היא חששה בצדק שהרופא מתכוון להוציא את כל הסיבים מרחמה. מיד היא מחתה וניסתה להשתחרר, אבל הצוות הרדימה בכוח. לבסוף, הרופא הוציא ממנה את כל הסיבים. האישה התאוששה מהניתוח אבל סבלה מכאבים חזקים בשל זיהום מאסיבי בבטנה ונגאלה מהם רק אחרי מסע ארוך של שנים של ייסורים וטיפולים כולל כריתת אצבעות ידיים ורגליים אצל רופאים אחרים. גב' שלואנדרוף תבעה את בית החולים אבל הפסידה כי על פי דיני נזיקין דאז, העובדה שהרופא הועסק בהתנדבות ולא בשכר שחררה את בית החולים מכל אחריות לגביו. כלל זה לא בוטל עד פסק דין Bing v Thunig, 143 N.E. 2d 3 (N.Y. 1957). מכל מקום, האמרה העקרונית של קרדוזה היא ציון דרך ראשוני בהליך הפיכת האוטונומיה של החולה לאחת מאבני יסוד של המשפט הביור-רפואי המודרני. יש לציין שהשופט גם הזכיר באמרתו את החריג של מקרה החירום באותם מצבים שבהם החולה אינו כשיר והרופא חייב להתערב גם בלי הסכמה כדי להציל את חייו.
- Airedale NHS Trust v. Bland, [1993] 1 All ER 821, 866 13
- St. George's Healthcare NHS Trust v. S, (1999) 26 Fam. 46–47: "the pressure to provide an affirmative answer authorizing unwanted medical intervention is very powerful [...] particularly when the motive for interfering with autonomy is understandable and, indeed,

Re B הוא פסק דין משנת 2001 שבו הוזהרה מחלקת המשפחה של ה-*High Court* בלונדון מפני הכניעה לפיתוי של אימוץ גישה פטרנליסטית. הפעם זה היה במקרה שבו חולה קשה מאוד ביקש להפסיק טיפול מאריך חיים, ולמעשה, לקבל סיוע רפואי בהתאבדות. בשנת 1991 סבלה גברת ב' בת ה-43 משטף דם בצווארה. מאז, התדרדר מצבה על אף סדרה ארוכה של טיפולים. בזמן המשפט היא כבר הייתה משותקת מצווארה ולמטה והייתה מחוברת למכונת הנשמה מלאכותית. היא ביקשה כמה פעמים מרופאה לנתק מהמכונה. הם סירבו כי לא היו מוכנים לגרום למותה על ידי ניתוק מהמכשיר. בעקבות בקשותיה החוזרות והנשנות היא נשלחה לבדיקה פסיכיאטרית, אבל שני הפסיכיאטרים שבדקו אותה קבעו שהיא שפויה לחלוטין. מכל מקום, רופאה המשיכו לסרב לבקשתה להינתק ממכונת הנשמה המלאכותית. בסופו של דבר, היא תבעה את בית החולים בגין תקיפה. השופטת J. Butler-Sloss הדגישה בפסק דין שלה שאין ספק שבמשפט האנגלי חולה בגיר וכשיר רשאי לסרב לכל טיפול רפואי מכל סוג שהוא גם אם מדובר בסירוב שהתוצאה שלו תהיה מותו של החולה באופן ודאי. במקרים כאלה אין לבית המשפט רשות להעריך את הסיבות של החולה לסירוב הטיפול, והוא חייב לקבל גם אם בעיניו הן בלתי-סבירות לחלוטין.¹⁵ השופטת הוסיפה שבמקרים כאלה על בית החולים ליידע את החולה כל הזמן לגבי כל החלטה בעניינו; לנסות ולפתור כל סכסוך בינו לבין רופאיו בצורה המהירה ביותר וגם לחפש רופאים אחרים אם הרופאים המטפלים בחולה מתקשים למלא את בקשתו. בפסק הדין קיבלה גב' ב' פיצויים של מאה לירות שטרלינג בגין התקיפה הטכנית שביצע בית החולים נגדה בגלל התעקשותו לטפל בה בניגוד לרצונה. גם פסק דין זה כלל אזהרה מפורשת נגד הפיתוי לאמץ גישה פטרנליסטית נדיבה בגלל התוצאות החמורות של הפעלת האוטונומיה של החולה.¹⁶

ביטוי חזק במיוחד לעצמת דוקטרינת האוטונומיה של החולה במשפט האמריקני, ובמידה פחותה במשפט האנגלי, הוא מימוש זכותו של חולה הנמצא במצב צמחי מתמיד (PVS)¹⁷

”to many would appear commendable”. יש לציין שבמקרה זה האישה נשלחה לבדיקה פסיכיאטרית על ידי בית המשפט לאחר שסירבה את הניתוח הקיסרי, ובעקבות הבדיקה, היא אושפזה בבית חולים פסיכיאטרי ושם עברה את הניתוח בניגוד לרצונה על פי צו בית המשפט. למעשה, היא לא קיבלה אף טיפול פסיכיאטרי בבית החולים ושחררה מיד לאחר לידת התינוק. תביעתה הייתה נגד מתן הצו לנתח אותה בניגוד לרצונה.

15 בהקשר זה פנתה השופטת לפסק דין תקדימי של בית המשפט לערעורים: *Re T (Adult: Refusal of Treatment)*, [1993] Fam. 95, 102: “An adult patient who suffers from no incapacity has an absolute right to consent to medical treatment, to refuse it or to choose an alternative treatment, and this right exists notwithstanding that the reasons for making the choice are rational, irrational, unknown or even nonexistent”.

16 *Re B (Adult: Refusal of Medical Treatment)*, [2002] 2 All ER 449. מעניין לציין שבמהלך פסק הדין הגיעה השופטת בעצמה למיטה של גב' B ודיברה אתה באריכות. בעקבות השיחה, היא שוכנעה שהגברת הייתה כשירה לגמרי והבינה את כל ההשלכות של החלטתה בנוגע לניתוק הנשמה המלאכותית. בסופו של דבר, השופטת גם הצליחה לשכנע את גב' B לשנות את דעתה ולא להינתק מהמכשיר.

17 חולים כאלה סובלים מנזק מוחי חמור, אבל גזע המוח השולט בפעולות הבלתי-רצוניות, בעיקר נשימה, עיכול, מחזוריות השינה והעורנות ועוד תהליכים בלתי רצוניים, עדיין מתפקד. ברור שאין להגדיר חולים אלו כמתים, אלא כחולים הפגועים באופן חמור ביותר. הסיכויים להחלים הם

לסרב לכל טיפול רפואי לרבות טיפול מאריך חיים – בין שעל פי תורת ההסכמה של המשפט המקובל ובין שעל פי הזכות החוקתית לפרטיות של המשפט האמריקני.¹⁸ יש להדגיש שחולה כזה אינו מסוגל להביע את רצונו כלל וכלל, ומימוש זכויותיו בהקשר זה מתבצע אף בהיעדר כל הוראה מראש של החולה עצמו או פנייה על ידי בא כוחו הרפואי. מכל מקום, המשפט האנגלו-אמריקני מצא דרך לאפשר לו לממש את זכויותיו לדחות כל טיפול רפואי כולל טיפול מאריך חיים על ידי כמה מבחנים. המבחן העיקרי שנקבע ב-1976 על ידי בית המשפט העליון של מדינת ניו ג'רזי הוא השיפוט החליפי (substituted judgment)¹⁹ דהיינו, בית המשפט מכניס את עצמו לראש החולה כאילו שהיה כשיר ומחליט מה היה רוצה אילו היה יודע שהוא במצב צמחי מתמיד. בגלל האופי המלאכותי בעליל של מבחן זה, הוסיף בית המשפט העליון של ארצות-הברית מבחן נוסף ב-1990 – "הוכחות ברורות ומשכנעות (Clear and convincing evidence) – בנוגע לרצונו של החולה להינתק מכל אמצעי מלאכותי להארכת חיו. מבחן זה היה אמור לשקף בצורה אמינה יותר את רצונו של החולה עצמו.²⁰ באנגליה אימץ בית המשפט העליון את מבחן השיפוט חילופי אבל הוסיף מרכיב חשוב של סטנדרטים רפואיים מקובלים. לפי סטנדרטים אלה, מניעת הטיפול מאריך חיים או הפסקתו חייבות להיות מוצדקות גם על פי "פרקטיקה רפואית טובה".²¹ במילים אחרות, באנגליה מחלישים את הרכיב האוטונומי הטהור ומודדים את קביעת רצונו של החולה על ידי בית המשפט גם על פי מבחן רפואי אובייקטיבי. עם זאת, על פי שתי השיטות, מיישמים את הרעיון של אוטונומיית החולה, דהיינו זכותו לסרב לקבל טיפול רפואי, אף במקרה של חולה PVS שאינו מסוגל להביע את רצונו, וגם כשלא ברור אם הוא מסוגל לרצות כלל. בפועל, על אף השיח של אוטונומיה, ההחלטה נעשתה על ידי בית המשפט בלבד, ולכן וקשה להימנע מהמסקנה שמדובר באוטונומיה פסיבית, דהיינו, אישור בית המשפט לגרימת מותו של חולה קשה על ידי הימנעות מטיפול רפואי מאריך חיים או הפסקתו. במילים של המלומדים Mason & McCall Smith: "אם היינו מודים באמת היינו מסכימים שהפסקה מכוונת של טיפול מאריך חיים מחולה PVS אינו שונה בכלל מאוטונומיה פאסיבית".²²

קרובים לאפס, בייחוד אחרי שהחולה נמצא במצבו הצמחי במשך תקופה ארוכה (President's Commission for the Study of Ethical Problems in Medicine and Biomedical and Behavioral Research, *Deciding to Forgo Life-Sustaining Treatments*; (Washington D.C. 1983) 173; J. Younger & E. Bartlett, *Human Dignity and High Technology*, 99 ANNALS OF INTERNAL MEDICINE 252 (1982). יש לציין כמה מקרים מעטים ביותר של חולים שאובחנו, כנראה בטעות, כחולי PVS ואשר בסופו של דבר החלימו בצורה מלאה או חלקית. ראו Bonnie Steinbock, *Recovery from Persistent Vegetative State?: The Case of Carrie Coons*, 19 HASTINGS CENTER REPORT 14 (1989); *The Case of Rev. Harry and Mrs Cole*, TIME 62 (March 19, 1990).

- 18 דיון בסוגיית חולה ה-PVS במשפט האנגלי והשוואה עם המשפט האמריקני; ראו MASON & LAURIE, לעיל ה"ש 11, בעמ' 577-597.
- 19 In the matter of Karen Anne Quinlan, 355 A.2d 664 (NJ 1976) 674
- 20 Cruzan v Director, Missouri Department of Health, 497 U.S. 261 (1990)
- 21 עניין Bland, לעיל ה"ש 13, בעמ' 883: "Good medical practice".
- 22 MASON & LAURIE, לעיל ה"ש 11, בעמ' 594: "An alternative and perhaps radical approach to the whole problem of the management of PVS is to look the truth in the eye and admit that

תורת הזכות של חולה PVS לסרב לטיפול מאריך חיים כנימוק להצדיק את ניתוקו ממכשירי הארכת חיים הפכה לדוקטרינה מקובלת בבתי משפט באנגליה, באמריקה ובמדינות אחרות בעולם של המשפט המקובל.²³ התפתחות זו מדגימה עד כמה הרעיון של אוטונומיית החולה הוא דומיננטי במשפט האנגלו-אמריקני עד כדי יישומו על חולה שהוא בפועל נטול כל מסוגלות להיות אוטונומי.

לסיום פרק זה יש להבהיר שתי נקודות בנוגע לטיפול בחולים הנוטים למות שמקורן בפסקי דין האמריקניים והאנגליים בנוגע לחולה במצב צמחי מתמיד. הראשונה היא שעל פי המשפט האנגלו-אמריקני, אמצעים מלאכותיים להארכת חיים הם בבחינת טיפול רפואי, ולכן הדינים החלים לגביהם הם דיני המשפט הביו-רפואי בלבד. המשפט הפלילי הקלאסי בנוגע לרצח והריגה אינו מיושם על טיפול רפואי בחולה PVS, ולכן, למשל, רופא המנתק מכונת הנשמה או מונע אספקת הזנה מלאכותית או נוזלים מלאכותיים מחולה כזה בהתאם למבחנים של שיפוט חילופי ו"פרקטיקה רפואית טובה" אינו נחשב אזרח רגיל שאינו מאכיל אדם תחת השגחתו. נגד אזרח רגיל היה מוגש כתב אישום בגין פשע חמור, אולם מכיוון שמדובר ברופא, אין הדבר כך. כמו כן, מי שבכוונה תחילה מונע מאדם אספקת אוויר, בוודאי ייחשב רוצח אם הוא גורם למותו. אולם רופא המפסיק טיפול מאריך חיים בהתאם למבחנים הנ"ל ופועל בתום לב אינו אשם באף פשע.²⁴

הנקודה השנייה העולה מהשוואה בין המשפט הביו-רפואי ובין יסודות המשפט הפלילי הקלאסי היא שבאשר להפסקת טיפול מאריך חיים מחולה קשה, על פי המבחנים הללו אין הבדל בין הימנעות מטיפול לבין הפסקתו; בשני המקרים מה שקובע הוא רצונו של החולה. על פי יישום פשוט של יסודות המשפט הפלילי, היה צריך להיות הבדל, כי הפסקה היא לכאורה "מעשה", והייתה צריכה להיות חמורה יותר, והימנעות היא "מחדל" ולכן הייתה צריכה להיות

the deliberate removal of sustenance from a vegetative patient is indistinguishable from euthanasia"

23 שם. מקרה המדגים בצורה קיצונית את הבעייתיות העומדת בבסיס יישום האוטונומיה לחולה PVS הוא הפרשייה במשפט האמריקני של Terri Schiavo, שחלתה ב-PVS ב-1990. ב-2003 בעלה, שגם היה האפוטרופוס שלה, ביקש צו להתיר את ניתוקה מהזנה מלאכותית על פי תורת השיפוט החילופי וזכותה של טרי לפרטיות. בית משפט בפלורידה הוציא את הצו בניגוד לדעתם של הורי טרי שסברו שעל פי המבחן של שיפוט חליפי, היא הייתה רוצה להמשיך לחיות גם במצב צמחי מתמיד. בעקבות תבוסתם בבית המשפט, פנו ההורים למושל פלורידה, והוא הוציא צו מנהלי להמשיך עם הזנת החולה. הבעל ערער על הצו לבית משפט עליון של פלורידה והוא ביטל אותו בטענה שהוא ניתן בניגוד לחוקה. כשההורים ניסו לערער על ההחלטה של בית המשפט העליון של פלורידה לבית משפט עליון של ארצות-הברית הם נתקלו בסירוב. בעקבות הסירוב, פנו ההורים של טרי לסנט האמריקני שחוקק חוק מיוחד כדי להעביר את המקרה לדין נוסף במערכת המשפט הפדרלית. בית המשפט הפדרלי לערעורים של ה-Sixth Circuit אכן דן במקרה, אבל בסוף הוא תמך בהחלטה לנתק את טרי מההזנה המלאכותית, והיא נפטרה בסוף מרץ, 2005. פרשה עגומה זו מצביעה על החולשה האינהרנטית של יישום האוטונומיה בשיטת השיפוט החילופי בסוגיה זו. על פי Mason & McCall Smith, הפרשייה מצביעה על יתרונה של הגישה הפטרנליסטית יותר של המשפט האנגלי הפותרת בעיות מהסוג הזה על פי פרקטיקה רפואית טובה.

24 עניין *Cruzan v. Director*, לעיל ה"ש 20, בעמ' 321.

קלה יותר. אולם בפועל אין הברדל, וכך נקבע בפסיקה בנוגע לחולי PVS גם באנגליה וגם בארצות-הברית. יש לציין שבתי המשפט אנגלו-אמריקניים ניסו להסביר היעדר הבחנה זו בדרכים שונות כגון הסתכלות על הזנה מלאכותית בתור הליך אחד שבו פעימות עצמאיות של מזון מגיעות לחולה דרך צינור. לכן, כל החלטה להפסיק את ההזנה יכולה להתפרש כהחלטה להימנע ממתן הפעימה הבאה של מזון, ולא כהחלטה להפסיק את הזרם של מזון בתוך הצינור. למעשה, הסבר זה מאפשר להפוך כל הפסקה בהזנה להימנעות מלספק מזון, וכך להפוך את המעשה למחדל.²⁵ האופי המלאכותי של הסבר זה וגם של אחרים הדומים לו ברור בעליל, ואין מנוס אלא לקבל שיסודות המשפט הפלילי הקלאסי אינם מיושמים במשפט הביורופואי המודרני.²⁶

ב. שאלת האוטונומיה של החולה במשפט העברי

1. האם המושג אוטונומיה רלבנטי למשפט הביורופואי העברי?

לכאורה, בניגוד למשפט האנגלו-אמריקני, אין מקום למושג אוטונומיה של הפרט במשפט העברי, מפני ששיטה זו מבוססת על מצוות התורה כפי שהן מתפרשות על ידי חכמי הלכה מוסמכים. על פי הטרימינולוגיה של קנט, למשפט העברי אופי טרונומי דהיינו, הוא מבוסס על שלטון של האחר ולא של האדם עצמו.²⁷ עצם נתינת התורה לבני ישראל על הר סיני מתוארת על ידי התלמוד במונחים של כפייה.²⁸ המלומד Robert Cover מתאר את ההבדל ההיסטורי בין ההלכה היהודית לבין המשפט המערבי במונחים של "חובה טרונומית" מול "אמנה חברתית המבוססת על האוטונומיה של הפרט".²⁹

- 25 Barber v. Superior Court, 195 Cal.Rptr. 484 (1983)
- 26 לדיון נרחב בנקודות אלה ראו MARGARET OTLOWSKI, VOLUNTARY EUTHANASIA AND THE COMMON LAW 24-44, 148-186 (1997).
- 27 מקור המונח "טרונומיה" הוא בתורת קנט, לעיל ה"ש 7, ופירושו הוא שלטון על ידי אחר. כל סוג של שלטון או מרות השולל מאדם את האוטונומיה שלו, כולל שלטון האל, נקראת הטרונומיה.
- 28 שמות יט 17: "ויתיצבו בתחתית ההר"; בבלי, שבת פח, ע"א: "א"ר אבדימי בר חמא בר חסא מלמד שכפה הקב"ה עליהם את ההר כגיגית ואמר להם אם אתם מקבלים התורה מוטב ואם לאו שם תהא קבורתכם". על פי המהר"ל קבלת התורה על ידי בני ישראל הייתה חיונית לקיומו של העולם ולכן לא ראוי להציג אותה במונחים של קבלה מתוך רצון (גור אריה, שמות, יט, יז). המהר"ל מוסיף שאחרי הכפייה יש לנהל מפעל חינוכי שמטרתו היא להפוך את הכפוי לרצוי, ורעיון זה מובע במילים הנוקבות של ג'ון לבנסון: JON LEVENSON, CREATION AND THE PERSISTENCE OF EVIL 148 (1988): "Chosen for service, they must choose to serve" במאה ה-20 הר' סולוביצ'יק נתן הסבר אקזיסטנציאלי למתח בין כפייה ובין אוטונומיה בנוגע לקבלת התורה על ידי עם ישראל: "הטעם להכנסת גורם הכפייה בברית הגדולה בסיני בניגוד לכאורה לסיפור המקראי הוא שאיש הברית חש שה' כופה עליו ומכניע אותו אף בשעה שהוא פועל כבן חורין"; הר' יוסף דב הלוי סולוביצ'יק איש האמונה 29 (ירושלים, התשל"א).
- 29 Robert Cover, *Obligation: A Jewish Jurisprudence of the Social Order*, 5 JOURNAL OF LAW AND RELIGION 65 (1987): "The basic word of Judaism is obligation [...] it [...] is

גם בתחום המשפט הביורופואי העברי אין מקום, לכאורה, לאוטונומיה. על פי הרמב"ם, האיסור התורני להסתכן,³⁰ הנעוצה גם בתאוריה של בעלות האל על חיי האדם,³¹ היא הסיבה לכך שחכמי ההלכה גזרו גזרות רבות כדי להרחיק אדם ממצב שבו הוא עלול להיפגע בחייו או בבריאותו. בסוף דבריו מוסיף הרמב"ם נימה הטרונומית ופטרנליסטית מובהקת ביותר: "וכל העובר עליהם ואומר: הריני מסכן בעצמי ומה לאחרים עלי בכך, או איני מקפיד בכך, מכין אותו מכת מרדות".³²

בנוגע לטיפול רפואי, הר' יעקב עמדין פסק במאה ה-18 שיש לכפות טיפול מציל חיים על חולה בניגוד לרצונו בין בשבת ובין בחול כדי להציל את חייו. על פי הר' עמדין, אין להתחשב ברצונו של החולה לוותר על טיפול רפואי מציל חיים בגלל הסבל הכרוך באותו טיפול, "אלא חותכים לו אפילו אבר שלם אם הוצרך לכך למלטו ממות [...] ואין הדבר תלוי בדעתו של חולה כי אין הוא חופשי לבחור בהתאבדות".³³ חשוב להדגיש שהר' עמדין מצמצם את ההיתר לכפות טיפול רפואי למקרים שבהם הרפואה היא "ודאית", דהיינו לא מדובר בטיפול נסויי. מכל מקום, הדעה המקובלת היום בין הפוסקים היא שבפועל, אין לכפות טיפול רפואי על חולה אף אם הוא עשוי להציל את חייו.³⁴

אם כן, די ברור שמבחינה תאורטית אין מקום לאוטונומיה של החולה בהלכה, והר' דוד בלייך, מומחה בתחום הביוראתיקה היהודית בארצות הברית, כותב בצורה שאינה משתמעת לשתי פנים שעל פי המשפט העברי הסכמת החולה אינה נדרשת כלל בעניין טיפול רפואי הנחוץ להצלת חיים. אדרבה, במקרים כאלה, החולה חייב לבקש עזרה רפואית ולצייטת להוראות הרופא. כמוכן, מוסיף הר' בלייך, שאין הדבר כך במשפט המקובל.³⁵

יתרה מזו, ובאופן די מתמיה, שיטת הכפייה התאורטית בנוגע לטיפול רפואי מציל חיים במשפט העברי היה בסיס לפסק דין מעשי מאוד של בית משפט עליון של מדינת ישראל. בפס"ד קורטאם נ' מדינת ישראל, פתח כירורג משטרתי את בטנו של המערער, חשוד בסחר בסמים, והוציא ממנו שתי חבילות הרואין בניגוד לרצונו. קורטאם ביקש לפסול את ההרואין בתור ראיה נגדו כי הסם הוצא מבטנו בניגוד לרצונו. בית המשפט דחה את הערעור וקבע כי הניתוח הכפוי היה מוצדק, כי הוא נעשה כדי להציל את חייו. השופט משה בייסקי הסתמך על המשפט העברי ובייחוד על דברי הר' עמדין וקבע:

intrinsically bound up in a myth – the myth of Sinai. Just as the myth of social contract is essentially a myth of autonomy, so the myth of Sinai is essentially a myth of heteronomy”

דברים ד 15: "ונשמרתם מאד לנפשותיכם".

רמב"ם, הלכות רוצח ושמירת הנפש א, ד: "שאינן נפשו של זה [...] אלא קניין הקדוש ברוך הוא".

רמב"ם, שם, יא, ה: מכת מרדות הן מלקות על פי שיקול דעתם של החכמים.

מור וקציעה, אורח חיים, סימן שכח.

בנוגע לשיטת הר' עמדין ותגובות פוסקים מודרניים ליישום עקרון הכפייה בנוגע לטיפול רפואי

קיומי ראו דניאל סינקלר "מעמדה של הרפואה וטיפול רפואי נגד רצונו של החולה" שנתון

המשפט העברי יח-יט 283-286 (התשנ"ב-התשנ"ד).

J. David. Bleich, *Risks Versus Benefits in Treating the Gravely Ill Patient: Ethical and*

Religious Considerations, in *JEWISH VALUES IN BIOETHICS* 73 (Levi Meier ed., 1986)

"כאשר אדם נתון בסכנת מוות ודאית מיידית או שצפוי הוא לנזק חמור וודאי לבריאותו, מותר ומותר לבצע ניתוח זו או התערבות אחרת בגופו אף שלא בהסכמתו".³⁶

יש לציין שתקדים זה מוצא ביטוי מפורש בסעיף 15(2) לחוק זכויות החולה, התשס"ו–1996. אולם לדעתי, גישה זו גורפת מדי לא רק במישור המעשי, אלא אף במישור התאורטי. אמרת הר' בלייך שאין בכלל צורך בהסכמת החולה, ושלמעשה, אין מקום כלל לאוטונומיה של החולה במשפט הביורפואי העברי, אינה משקפת את כל הדעות בהלכה המודרנית בנושא זה. נכון שאוטונומיה חזקה במובן הליברלי-מערבי של המונח אינה נחלת המשפט העברי, אולם כפי שהזכרתי בהקדמה, וכפי שנראה להלן בצורה מפורטת מאוד, גישתו של הר' משה פיינשטיין מעניקה מה שכינתי "אוטונומיה חלשה" לחולים הנוטים למות בנוגע לטיפול הרפואי שלהם. אוטונומיה זו פועלת במקרים של התנגשויות בין הערך של קדושת החיים לבין רצונו של החולה לבחור בהתנהגות סבירה שאינה עולה בקנה אחד עם אותו ערך. על פי הר' פיינשטיין יש לפתור את הבעיה במקרים קשים אלה על ידי פנייה לרצונו של החולה. את השיטה הזו של הר' פיינשטיין יש להסיק משתי תשובות שכתב בנוגע לטיפול בחולים הנוטים למות ודיון מפורט בתשובות אלה נמצא בחלק 3 של פרק זה. גישת הר' פיינשטיין גם הייתה הבסיס ההלכתי לפשרה שהושגה במסגרת חוק החולה הנוטה למות בין הערך של קדושת החיים מצד אחד לבין הערך הדמוקרטי של אוטונומיית החולה מן הצד האחר. דיון מפורט בנושא החוק נמצא בפרק השני של המאמר.

מכיוון שגישתו של הר' פיינשטיין בסוגיה זו אינה עולה בקנה אחד עם דעותיהם של רוב הפוסקים, אציג בחלק הבא את עמדתם, ורק אחר כך, בחלק 3, אדון בשיטת הר' פיינשטיין עצמה.

2. עמדת רוב הפוסקים בנוגע להימנעות מטיפול קיומי בנוגע לחולה הנוטה למות

העמדה ההלכתית הקלאסית בנוגע לטיפול בגוסס,³⁷ היא שאסור לנקוט כל פעולה העלולה להחיש את מותו.³⁸ בשל החשש לעבור על איסור זה נמנעו בעבר מכל נגיעה בגוסס.³⁹ אולם

36 ע"פ קורטאם נ' מדינת ישראל, פ"ד מ(3) 673, 697–698 (1985). לתיאור פסק דין זה והביקורת עליו גם מבחינת המשפט העברי ראו סינקלר "מעמדה של הרפואה וטיפול רפואי נגד רצונו של החולה", לעיל ה"ש 34, בעמ' 290.

37 ערוך השלם, גסס: הגוסס בתלמוד הוא אדם השוכב על ערש דווי ומותו קרוב; רמב"ם, פירוש למשנה, ערכין א, ג: על פי הרמב"ם, מאפייני הגסיסה הם חרחורי מות וחוסר יכולת לבלוע. במאה ה-16 קבע הר' יהושע פלק ב"ץ שגוסס אינו יכול לשרוד יותר משלושה ימים (פרישה, יורה דעה, סימן שלט, סעיף ה), אולם פוסקי הלכה בני זמננו מתעלמים מההגדרות המיושנות האלה ומתייחסים לגסיסה כאל מצב פיזי שבו המוות צפוי להתרחש בעתיד הקרוב. כדי להגדיר גסיסה במונחים קליניים וכמותיים, יש להסתמך על הרפואה של הזמן. ראו משה הירשלר "חיוב הצלה בחולים ומסוכנים" הלכה ורפואה ב 35 (התשמ"א); גדליה אהרון רבינוביץ "מסוכן, גוסס והגדרת שעת המות" הלכה ורפואה ג 114 (התשמ"ג).

38 מסכת שמחות א, א, ד; בבלי, סנהדרין עח, ע"א; רמב"ם, הלכות רוצח ב, ז.

גם אין לנסות להאריך את הליך הגסיסה מעבר לזמן יציאת הנשמה,⁴⁰ ואף מותר להסיר כל דבר המונע את המוות בתנאי שאין בהסרה זו מעשה החשה.⁴¹ בהגותיו לשולחן ערוך, מביא הר"מ משה איסרליש (הרמ"א) כמה דוגמאות כדי להמחיש את ההבדל בין מעשי החשה לבין פעולות להסרת המונע:

"כגון מי שהוא גוסס זמן ארוך ולא יוכל להיפרד (למות), אסור להשמיט הכר והכסת מתחתיו מכוח שאומרים שיש נוצות מקצת עופות שגורמים זה. וכן לא יזיזו ממקומו. וכן אסור לשום מפתחות בית הכנסת תחת ראשו כדי שייפרד. אבל אם יש שם דבר שגורם עיכוב יציאת הנפש כגון שיש סמוך לאותו בית קול דופק כגון חוטב עצים, או שיש מלח על לשונו ואלו מעכבים יציאת הנפש, מותר להסירו משם, דאין בזה מעשה כלל אלא שמסיר את המונע."⁴² השמטת הכר העשוי מנוצות שעליו שוכב הגוסס ושימת מפתחות בית הכנסת תחת ראשו הן פעולות המחישות את המוות ואסורות, כנראה בגלל המגע עם גוף הגוסס. אולם סילוק חוטב עצים רועש סמוך לביתו של הגוסס מותרת כי מדובר בהסרת מונע שאינו קשור בצורה ישירה עם גוף הגוסס. גם הסרת המלח אינה נחשבת למעשה, ולכן היא מותרת.⁴³

הדוגמאות של הרמ"א של מעשי החשת המוות הן כולן בעלות אופי עממי, ומקורן באמונות טפלות של פולין במאה ה-16, שהיא התקופה שבה הוא חי. מכך יש להסיק שההלכה בתחום זה לא פעלה בחלל ריק ושתמיד הייתה צריכה להתמודד עם השפעת הסביבה הלא-יהודית. אכן, בעבר רווחו בציבור הכללי מנהגים שונים שמטרתם הייתה לשחרר את הנשמה מהגוף בזמן המיועד לכך, ודוגמה טובה היא הסרת כרים העשויים מנוצות ציפורים מסוימות מתחת לראשו של הגוסס כדי לתת לנשמתו לצאת.⁴⁴ מבחינת ההלכה, כל פעולה כזו שדרשה

39 בבלי, שבת קנא, ע"ב; שו"ת ציץ אליעזר, חלק ח, סימן טו: יש לציין שבעידן המודרני האיסור לנגוע בגוסס נדחה מפני החובה לספק לו טיפול רפואי.

40 משמעות מושג זה במקורות הלכתיים עמומה, והכוונה היא לרעיון כללי של ערך המוות בזמנו שבסופו של דבר נקבע על פי מכלול של קביעות רפואיות והלכתיות; ראו שו"ת חתם סופר, יורה דעה, סימן שלט; אורח חיים, סימן קצט; שו"ת ציץ אליעזר, חלק יד, סימן פא. יש לציין שעל פי הר"מ משה פיינשטיין, מדובר במושג רוחני גרידא ראו שו"ת אגרות משה, יורה דעה חלק ב, סימן קעד.

41 ספר חסידים, סימן תשכג, סימן רכד; שו"ת חתם סופר, יורה דעה, סימן שלט; שו"ת ציץ אליעזר חלק יד, סימן פא.

42 יורה דעה סימן שלט, סעיף א.

43 לבוש מרדכי, יורה דעה, סימן שלט, סעיף ז; שו"ת ציץ אליעזר, חלק יג, סימן פט; חלק יד, סימן פ.

44 Joshua Trachtenberg, *Jewish Magic and Superstition* 160 (1939): בימי הביניים האמינו שהסרת הכר מתחת לראשו של גוסס מגרשת שדים ומזיקים מסביבתו, ועוזרת לו למות בנחת ובשלווה. המנהג של הסרת כרים שנבע מאמונה זו גם היה נפוץ בין הנוצרים באירופה עד המאה ה-17. יש לציין שבחוגים נוצריים נכתבו כמה ספרים שעסקו אך ורק בגנות אותו מנהג. Caspar Questelius, מחבר הספר *De Pulvinari Morientibus Non Subtrahendo*, שהודפס בעיר Jena ב-1678 מכנה מנהג זה "מנהג מתועב במיוחד, ולמרות שהוא מאוד נפוץ, הוא משוקץ, ואין שום דרך להצדיקו". Questelius חוזר כמה פעמים בגוף הספר על הטענה שהעובדה שמדובר במנהג עתיק יומין אינה מספיקה כדי להפוך אותה למנהג כשר: "גם אם המנהג הזה שרר אלף שנים מכיוון שכעת אנחנו מבינים עד כמה הוא גרוע ומרושע, יש חובה לפעול לביטולו, ואין להתמהמה" (1:7).

מגע עם הגוסס נכנסה לקטגוריה של החשת המוות והייתה אסורה. אולם יש לציין שבפועל הרבנים לא הצליחו לשרש את המנהגים הפסולים האלה מקהילותיהם, ומנהג הסרת הכרים העשויים מנוצות צפרים למשל נשאר על כנו על אף המאמצים של בעלי ההלכה כמו הרמ"א לבטלו.⁴⁵

בעקבות המעבר מימי הביניים לעידן מדעי יותר, התחילו הפוסקים לדון בצד הרפואי של הטיפול בגוססים במקום לדון בהשפעת אמונות טפלות. גם הטיפול בגוסס עבר מידי המשפחה לידיהם של רופאים מקצועיים. ככלל, התקופה המודרנית מאופיינת על ידי בילוי סוף החיים במחלקות גריאטריות והוספיסים. הפיכת הגסיסה לנושא רפואי-מקצועי חולל שינוי מהפכני, והוא חייב חידושים מרחיקי לכת בתחום זה גם במשפט העברי. ככל שהעולם של מלח וחוטבי עצים הוחלף במציאות החדשה של מדע רפואי אמפירי, הפכו גם ההגדרות ההלכתיות של מונעי מוות וזירונו לרפואיות מובהקות. מעתה ואילך, מדע הרפואה הוא אשר יכתוב מה יש לסווג כמונע מוות ומה כורז. למשל, הר' יחיאל עפשטיין, פוסק הלכה ממזרח אירופה מהמאה ה-19 ותחילת המאה ה-20, פסק שניתן להסיר כל דבר מהגוסס או מסביבתו הקרובה בתנאי שהוא "אינו מחמת עצם גופו".⁴⁶ משמעותו של משפט מעורפל זה היא, ככל הנראה, שבשלב הסופי של החיים יש להשאיר רק את ההליכים אשר באופן רציונלי ולאור הפרקטיקה הרפואית, תומכים בתפקודים הפיזיים של הגוסס. יש להסיר כל המונעים העממיים, גם אם מדובר בדברים הבאים במגע עם גופו של הגוסס.⁴⁷

דעת רוב הפוסקים של תקופתנו היא שיש להבין את ההבחנה המסורתית בין החשת המוות, שהיא אסורה, לבין הסרת מונע, שהיא מותרת בהקשר רפואי, דהיינו, להבחין בין טיפול קיומי

45 דוגמה של ניסיון כושל היא ניסיונו של הר' יהושע בועז, חכם איטלקי מהמאה ה-16 לבטל את המנהג של הסרת הכרים מהגוססים. הר' בועז עולה ניצב בפני מאבק עיקש על מנת לשרש את נוהג הסרת הכרים מתחת לגוססים בקהילות אבל בסופו של דבר, עלו מאמציו בתוהו (שלטי הגיבורים, מסכת מועד קטן, פרק ג (טז, ב), סימן ד). גם הר' יהושע פלק כ"ץ שהתייחס לדברי הר' בועז הגיע למסקנה המפתיעה, שבסופו של דבר, התיר הר' בועז להסיר את הכרים, אם באי-רצון ובעין צרה! מסקנתו של הר' פלק כ"ץ מתבססת על ניתוח תחבירי יצירתי מאוד של דברי הר' בועז, שככל הנראה משקף את רצונו ליישב בין ההלכה לבין הנוהג הרווח, יותר מאשר הוא מנסה להגיע להבנה אמיתית של דברי הר' בועז עצמו: "ועיין שם היטב, דלכאורה נראה משם דאף שכתב תחילה דהיה נראה לו לאסור להסיר כר שיש בו נוצות, מכל מקום לבסוף [...] מסיק ליישב ולחלק, משמע דלא אסר לבסוף כי אם להסיר המת ממקום למקום, אבל להשמיט הכר מתחתיו בנחת כדי להסיר הגרם של הנוצות אינו אסור. וזה שכתב תחילת לשונו 'מכאן היה נראה לאסור', דמשמע היה נראה אבל לא קאי כן לפי האמת, אחר היישוב שיישב" (דרישה, יורה דעה, סימן שלט). לדעתנו, פירוש זה לדברי הר' בועז מפגין יותר חריפות מאשר כוח שכנוע לוגי. בסופו של דבר, מסקנת הר' פלק כ"ץ היא שיש להסיר את הכר בעדינות יתרה, מבלי לדחוף את הגוסס. במאה ה-17, התמודד הר' חיים בנבנישתי, פוסק טורקי, עם אותה סוגיה. גם הר' בנבנישתי מציין את המתח הקיים בין הנהגים העממיים לבין ההלכה, ומבהיר בפירוש שהוא בוחר במודע להכפיף את ההלכה לרצון הציבור. לשיטתו, העובדה שבעבר היו חכמים שהתירו את הסרת הכרים, תומכת דייה בכך שגם בימיו אפשר יהיה להתיר לנוהג זה להימשך, אף שאין לו כל הצדקה הלכתית והוא אף נגד ההלכה (שיירי כנסת הגדולה, יורה דעה, הלכות ביקור חולים, סימן שלט, סעיף ד).

46 ערוך השולחן, יורה דעה, סימן שלט, סעיף ד.
47 שו"ת ציץ אליעזר, חלק יג, סימן פט; שו"ת לב אריה, חלק ב, סימן לו.

או רציף שחייבים לספק עד קביעת המוות, לבין טיפול רפואי מחזורי, היעיל בטווח הקצר ובלבד שאפשר לבטלו בנסיבות מסוימות. כל טיפול רפואי המרפא היבט מסוים במצבו של החולה הנוטה למות, אך אינו יכול להאריך את חייו, נחשב מונע המעכב את המוות, ואין חובה לתת אותו לחולה. אולם אסור להימנע מכל טיפול קיומי – אוויר, מזון ונוזלים – גם אם הם מסופקים בצורה מלאכותית עד לקביעת מותו. דוגמה אופיינית להמחשת הבחנה זו היא של אדם הסובל מסרטן סופני, שברגלו התפתח נמק. קטיעת רגלו של החולה רק תעניק לו עוד זמן שבו הוא יסבול מהמחלה הסופנית. בסופו של דבר, הסרטן יהרוג את החולה כי כריתת רגלו לא תרפא את מחלתו. לכן אין לכפות עליו את כריתת הרגל.⁴⁸ לעומת זאת, אוויר, מזון ונוזלים, הם צרכים גופניים בסיסיים והכרחיים לקיומו של האדם, ומניעת אספקתם אף בצורה מלאכותית היא רצח.⁴⁹

ההבחנה הזו בין טיפול רפואי קצר מועד לבין טיפול קיומי הופיעה לראשונה בכתב עת הלכתי בראשית המאה ה-20.⁵⁰ מאז היא באה לידי ביטוי באופן ברור ביותר במאמר שפרסם הר' עמנואל יעקבוביץ, רבה הראשי של בריטניה וחוקר חלוצי בתחום ההלכה והרפואה, בשנת 1957.⁵¹ בתחילת המאמר, הר' יעקבוביץ דן בסוגיית החובה לרפא במשפט העברי. הוא מגביל חובה זו למקרים שבהם ניתן לרפא את החולה ממחלתו, ולהחזירו לקו הבריאות. הר' יעקבוביץ מדגיש שהארכת קיומו האומלל והכואב של חולה הנוטה למות לתקופה קצרה באמצעות טיפול רפואי שלא ירפא את מחלתו הסופנית חוטאת לעיקרון של מניעת סבל; על כן

48 נשמת אברהם, יורה דעה, סימן קנה, סעיף ב.
 49 הנושא של הגדרת המוות, ובייחוד מוות מוחי-נשימתי, חורגת מנושא מאמר זה ויש לעיין ב-Daniel Sinclair, *Patient Autonomy in the Dying Process and Brain Death: Jewish Law and its Role in Recent Israeli Biomedical Legislation*, 35 HAMLIN L. REV. 611 (2012).
 50 ראו הערת העורך של הר' דוד קצברג, *תל תלפיות* 30, 66 (1923). מקור זה צוטט על ידי הר' יעקבוביץ בספרו (1975) 350, n. 46 (IMMANUEL JAKOBOVITS, *JEWISH MEDICAL ETHICS*).
 51 הפרדס, שנה לא (התשי"ז), גיליון א (התשי"ז) 28–31: "בדין אם מותר לקרב מיתתו של חולה נואש הסובל יסורים קשים"; שם, גיליון ג 16–19. הר' יעקבוביץ מסתמך על העובדה שעל פי הרמב"ם, המקור ההלכתי לחובת הרופא לרפאות הוא מצוות השבת אבדה בתורה – דברים כב 2: "והשבותו לו" – הכוללת השבת בריאותו אבודה לחולה (בבלי, סנהדרין, עג, ע"א; בבלי, בבא קמא, פא, ע"ב; רמב"ם, פירוש למשניות, נדרים, ד, ד). על פי ההלכה, מצוות השבת אבדה אינה חלה במקרה של אבדה שכבר אינה ראויה להשבה לבעליה. לכן אין חובה להחזיר אבדה אם עלות השמירה עליה תעלה על שווייה, כך שהבעלים יצטרכו לפצות את המוצא בסכום בלתי-סביר (בבלי, בבא מציעא, כח, ע"ב; רמב"ם, הלכות גזילה ואבידה, יג, טז). הר' יעקבוביץ מסביר את העובדה שהרמב"ם בחר בפסוק העוסק בהשבת אבדה, ולא בפסוק – "ורפא ירפא" (שמות כא 19; בבלי, ברכות ס, ע"א; בבלי, בבא קמא, פה, ע"א) – שהוא מצוטט לרוב בהקשר זה ושנושא הוא החובה לשלם את ההוצאות הרפואיות של קרבן תקיפה ושהוא מקור ברור ופשוט יותר – כי רצה לצמצם את החובה ההלכתית לעסוק ברפואה אך ורק למקרים שבהם ניתן לרפא את החולה ולהחזירו לאיתנו הבריאות. אם ריפוי החולה אינו בר השגה, אין מחויבות הלכתית להגיש לו סעד רפואי בדיוק כמו שאין חובה להחזיר אבדה אם אין היא ראויה לחזרה. ממסקנה זו נובע כי לא תוטל כל אחריות על רופא המונע או מפסיק טיפול בעל אופי קצר מועד מחולה הנוטה למות כי אותו טיפול לא יחזיר לו את בריאותו; הוא רק יאריך את סבלו וזה בדיוק המצב של החזרת אבדה שאינה ראויה להחזרה. הר' יעקבוביץ מסכם את החלק הראשון של מאמרו בטענה שכעיקרון, יש להפסיק כל טיפול רפואי קצר מועד או מחזורי הניתן לחולה הנוטה למות על פי בקשתו.

אין חובה הלכתית להעניק טיפול זה. הר' יעקבוביץ גם פונה למושג של "מות בעיתו" כדי לתמוך בעמדתו וטוען שכאשר אין חובה הלכתית על הרופא לנקוט הליך טיפולי מסוים, המשך השימוש בו במקרה של חולה הנוטה למות פוגע גם בערך הלכתי זה.⁵² בחלק השני של המאמר, הר' יעקבוביץ מסביר שמניעת אוויר, מזון ונוזלים היא עניין אחר לחלוטין. בעניין זה לא מדובר בדיני רפואה, אלא בדין רצח, והימנעות ממתן טיפול רפואי קיומי, וקל וחומר הפסקתו, אסורה בהחלט עד לרגע קביעת המוות. הר' יעקבוביץ מדגיש שאיסור רצח חל אף בצורה עקיפה במשפט העברי,⁵³ והוא קובע מפורשות כי מניעת תמיכה מלאכותית בתפקודים הבסיסיים של הגוף היא רצח לכל דבר. אין מקום לקבל טענה שהאופי המלאכותי של אמצעי תמיכה אלה הופך אותם לטיפול רפואי רגיל.⁵⁴

52 יש לציין כי גישתו של הר' יעקבוביץ קרובה אסוציאטיבית לתורות קתוליות העוסקות בטיפול בגוססים, שאליהן הוא מתייחס בכתביו בתחום הביו-אתיקה בשפה האנגלית: JAKOBOVITS, לעיל ה"ש 50, בעמ' 124. בשנת 1957 הוציא האפיפיור פיאוס ה-7 הנחיה שיש להשתמש רק באמצעים רגילים – ordinary – כדי לשמר את החיים של החולה הסופני ואין צורך להשתמש באמצעים לא-רגילים – extraordinary – שלא יביאו להחלמת הגוסס. אולם בכל מקרה אין לוותר על אמצעים המשמרים את פעולותיו הבסיסיות של החולה אשר ניתוקם ימנעו ממנו לקבל את האוויר, המזון והנוזלים הדרושים לו לחיות; ראו *The Prolongation of Life, ACTA APOSTOLICAE SEDIS* 49 (November 24, 1957); *Declaration on Euthanasia*, 10 ORIGINS 154–157; Donald Coggan, *On Dying and Dying Well*, in PROCEEDINGS OF THE ROYAL SOCIETY OF MEDICINE 70, 75 (1977); Germain Grisez, *Should Nutrition and Hydration be Provided to Permanently Comatose and Other Mentally Disabled Patients?* LINACRE QUARTERLY 57 31 (1990); Antony Fisher, *Theological Aspects of Euthanasia*, in EUTHANASIA EXAMINED 330–332 (J. Keown ed., 1995).

53 בבלי, סנהדרין, עו, ע"א, רש"י: ד"ה סוף חמה; רמב"ם, הלכות רוצח ושמירת הנפש, ג, י.
54 מובן שזה מנוגד לעמדת המשפט האנגלו-אמריקני שתוארה לעיל בה"ש 24. יש מקרה מעניין, אבל חריג, שנוזכר במאמר הלכתי מצפון אמריקה ובו סטו חברי בית דין חרדי בברוקלין מעמדה קשוחה זו. ראו Zev Schostak, *Ethical Guidelines for the Treatment of the Dying Elderly*, 20 JOURNAL OF HALAKHAH AND CONTEMPORARY SOCIETY 62 (1991). במאמר מדובר בבית אבות סיעודי אורתודוקסי בברוקלין שלא הסכים למלא אחר הנחיה מפורשת שניתנה מראש – Will – שדרשה ניתוק אמצעי הזנה מלאכותי ועירוי נוזלים מחולה ברגע שהוא הפך לבלתי-כשיר. ההנחיה הייתה תקפה בהתאם לחוק של מדינת ניו-יורק והיא נכללה בתיק הרפואי של החולה. כשהחולה היה בכירור חסר כל יכולת, דרשו בני משפחתו ניתוק התמיכה המלאכותית בחייו, אולם הם נתקלו בסירוב מטעם הצוות המטפל בטענה שהמוסד הוא אורתודוקסי והדבר אסור על פי ההלכה. הם פנו לבית משפט אמריקני, ונפסק שבית האבות אינו יכול לסרב לנהוג בהתאם להוראה מראש. מחובת כל מוסד כזה לקרוא את התיק הרפואי של כל חולה שהוא שוקל לקבלו ואם יש שם הוראה מראש שאין הוא מוכן לבצע, אז קיימת אפשרות לדחות את אותו החולה בגלל סיבות של דת או מצפון, ולהפנות אותו למתקן סיעודי אחר. אולם משבית האבות לא נהג כך, הוא חייב לפעול בהתאם להנחיה המפורשת שניתנה לו (Elbaum v. Grace Plaza 148 AD 2d 244, 544NYS2d 84 (1989)). הנהלת בית האבות פנתה לרבנים מקומיים כדי לקבל ייעוץ הלכתי בעניין, והתשובה שהתקבלה הייתה שהזנה מלאכותית ועירוי נוזלים נכללים בקטגוריה של טיפולים רפואיים, אשר ניתן להסיר על פי ההלכה בהתאם להוראה מראש של החולה. פסק זה בכורר אינו עולה בקנה אחד עם עמדת ההלכה. הנימוק שניתן בפסק ההלכה להתיר לפעול בהתאם להוראה היה שהמקרה נכנס תחת הכלל התלמודי של "דינא דמלכותא דינא" – דין המלכות הוא דין – ולכן העמדה ההלכתית המקובלת חייבת לסגת בפני החוק של מדינת ניו-יורק.

הבחנה זו אינה נקייה מבעיות. למשל, מסביר הר' יעקובוביץ' שאין חובה הלכתית להזריק אינסולין לחולה סוכרת הסובל מסרטן סופני, אף על פי שמניעת האינסולין תזרוז את מותו. הואיל והחולה הסופני לא יפיק מהזרקה האינסולין דבר פרט לתקופה ארוכה יותר של ייסורים שבסופה ימות מהסרטן, יש להתייחס אל האינסולין כטיפול רפואי לטווח הקצר, אשר נופל לתוך הקטגוריה של דבר המונע את מוות, ועל כן יש למנוע את השימוש בו או להפסיקו. מסקנה זו היא די בעייתית. לפי הר' שלמה זלמן אוירבך, פוסק ירושלמי מוביל בתחום הבירור רפואי במחצית השנייה של המאה ה-20, אינסולין לחולה סוכרת הוא בדיוק כמו אוכל ושתייה לאדם רגיל, ולכן אסור להפסיק את השימוש באינסולין כשם שאסור להרעיב גוסס למוות.⁵⁵ מתברר שלא קל להתוות את הגבול המפריד בין טיפול רפואי לבין תפקודים ביולוגיים בסיסיים, בייחוד בעידן שבו ניתן, במידת הצורך, לתמוך באופן מלאכותי ברבות מהפעילויות הפיזיולוגיות שלנו. ככל שמדובר באינסולין, ראוי לציין כי כעת ישנה הצעה שלפיה אם מורידים את מינון האינסולין בהדרגתיות, ייתכן שבסופו של דבר ניתן יהיה להפסיק את השימוש בו לחלוטין, אפילו לפי הסברה שאינסולין הוא אוכל ולא טיפול רפואי.⁵⁶ בהקשר זה יש להדגיש שלדעת פוסקי זמננו, החובה לתמוך בקיום הנשימה, התזונה וקבלת הנוזלים של הגוסס עד לקביעת מותו חלה גם כשמספקים אותן באופן מלאכותי.⁵⁷

לסיכום חלק זה, נוכחנו לדעת שעל פי רוב הפוסקים, אין למנוע טיפול קיומי או רציף, דהיינו חמצן, מזון ונוזלים מחולה הנוטה למות וחובה על החולה לקבל צרכים בסיסיים אלה אף בדרך מלאכותית. על רקע זה נוכל להבין את החידוש בגישתו של הר' משה פיינשטיין שנציג בחלק הבא.

3. תורת האוטונומיה החלשה של החולה של הר' משה פיינשטיין

בתשובה מאמצע שנות ה-80 של המאה הקודמת – כשנתיים לפני פטירתו – קבע הר' פיינשטיין שיש לכבד את רצונו של חולה הנוטה למות שהוא בגיר וכשיר וסובל מייסורים קשים, שלא לקבל הזנה מלאכותית, אף שהתוצאה תהיה החשת מותו. הר' פיינשטיין העיר שיש לעשות כל מאמץ כדי לשכנע את החולה לקבל את ההזנה המלאכותית, אולם אם הוא עומד על דעתו שההזנה אינה טובה לו, גם אם סירובו לקבל אותה נטול כל בסיס רפואי, יש לכבד את

הבעיה היא שכלל תלמודי זה מצומצם לדיני ממונות בלבד ואינו שייך לדיני נפשות (רמ"א, חושן משפט, סימן שסט, סעיף ח; מנחם אלון המשפט העברי א 58–67 (התשנ"ב); שמואל שילה דינא דמלכותא דינא 115–201 (1995)). לכן, אין מנוס אלא להגיע למסקנה שפסק הלכה זה ניתן במקרה חרום כי אי-ציות לחוק האמריקני היה ככל הנראה מוביל להרס כלכלי של המוסד ועובדיו שכולם היו דתיים, וייתכן אף לסנקציות פליליות ומקצועיות נגדם. בכל זאת, הוא מצביע על כך שבנסיבות חריגות, אולי קיימת אפשרות הלכתית להעביר את ההזנה המלאכותית מהקטגוריה של טיפול קיומי לקטגוריה של טיפול רפואי צדדי שמותר להפסיקו. ראו גם בפרק ד של המאמר ובסיכום.

55 נשמת אברהם, יורה דעה, סימן שלט.

56 אברהם שטיינברג אנציקלופדיה הלכתית רפואית ד 410, ה"ש 381 מפי הר' שלמה זלמן אוירבך והר' שמואל וזנר (התשנ"ד).

57 שו"ת ציץ אליעזר, חלק יד, סימן פט; שו"ת משנה הלכות, חלק ז, סימן רפו.

רצונו ולהימנע מלתתה לו.⁵⁸ הנימוק הפורמלי המובא בתשובה הוא דין שכיב מרע במשפט העברי. על פי התלמוד, יש לכבד מתנת שכיב מרע גם אם היא ניתנה על פי "דברים בעלמא", דהיינו, בלי מעשה קניין. הסיבה להקלה זו היא החשש שאם המתנה לא תזכה לאישור משפטי אז "תטרף דעתו עליו" דהיינו, שמיתת הגוסס תוחש והוא ילך לעולמו בצורה טראומתית.⁵⁹ על בסיס דין תלמודי זה עושה הר' פיינשטיין קל וחומר: "שכל שכן שיש לחוש בדברים הנוגעים לרפואתו". לכן הוא פוסק שאין לכפות את ההזנה על החולה אף שהתוצאה תהיה מותו. אולם קל וחומר זה הוא בעייתי, כי הדין בנוגע לשכיב מרע שהובא על ידי הר' פיינשטיין עוסק בחלוקת רכוש, דהיינו דיני ממונות, ואילו ההימנעות מחיבור למכונת הנשמה מלאכותית נופלת לתוך הקטגוריה של דיני נפשות. לכאורה, אי-אפשר להסיק מעניין מובהק של דיני ממונות לדיני נפשות בגלל חומרתם הגדולה לעומת דיני ממונות הקלים.⁶⁰ יש להניח שגם הר' פיינשטיין היה ער לחולשה זו בנימוקו, ולכן יש לחפש את הסיבה האמתית לפסקו במקום אחר. לדעתי, המפתח להבנת הפסק של הר' פיינשטיין נמצא בתשובה שכתב כבר ב-1972 שבה הוא פיתח מושג של יישום רצון החולה כגורם מכריע במקרים קשים בתחום הביו-רפואי. חשוב לציין שהר' פיינשטיין אינו משתמש במילה "אוטונומיה", ומובן שאין הוא מקבל את האוטונומיה של הפרט בתור ערך שינחה את עיצוב ההלכה באף תחום כולל המשפט הביו-רפואי. אולם הוא מעניק מעמד משפטי לרצונו של האדם במקרה של התנגשות בינו לבין נורמה הלכתית, ולכן קראתי לגישתו "אוטונומיה חלשה" כי בניגוד ל"אוטונומיה החזקה" של המשפט האנגלו-אמריקני, אין בה הכרה ברעיון האוטונומיה בתור ערך מנחה במערכת המשפט כולה.

השאלה שנשאל ר' פיינשטיין ב-1972 עסקה בחולה קשה שתוחלת חייו הייתה קצרה אבל ודאית. חולה זה שמע שיש טיפול העשוי להחזירו לאיתנו גם במישור הכמותי וגם במישור האיכותי. אולם הטיפול היה מסוכן מאוד כי הסיכוי למות היה מעל 50%. החולה שהיה יהודי חרדי רצה לקבל פסק דין אם מותר לו לסכן את מעט הזמן שנשאר לו כדי לקבל סיכויי קטן לשפר גם את תוחלת חייו וגם את איכותם. יש לציין שבמשפט העברי, תוחלת חיים קצרה נקראת "חיי שעה" בניגוד ל"חיי עולם". הר' פיינשטיין התיר לחולה במקרה זה להסתכן על אף ההוראה בהלכה שיש לשמור על חיי שעה כמו על חיי עולם.⁶¹ המקור התלמודי שעליו מתבססת תשובתו היא סוגיה העוסקת ביחסים בין יהודים לגויים שבה נקבע שעל אף האיסור שחל על קבלת טיפול רפואי מרופא נוכרי בתקופת התלמוד בגלל החשש של הריגת החולה היהודי על ידי הרופא,⁶² מותר ליהודי שחיו בסכנה ללכת אל רופא נוכרי. לקושיית התלמוד

58 שו"ת אגרות משה, חושן משפט חלק ב, סימן עד. הר' פיינשטיין מעלה את האפשרות של הסתרת החיבור מהחולה, אבל מדבריו בסוף התשובה יש להסיק שאין הוא כל כך שלם אתה.

59 בבלי, בבא בתרא קמז, ע"ב; רשב"ם, שם, ד"ה מתנת שכיב מרע.

60 על ההבדל בין דיני ממונות לתחומים אחרים של המשפט העברי גם בהקשר של דינא דמלכותא דינא; ראו אלון, לעיל ה"ש 54, בעמ' 58-67.

61 בבלי, יומא, דף פה, ע"א; ביאור הלכה, אורח חיים, סימן שכט, סעיף ד; שו"ת נודע ביהודה, מהדו"ת, חלק יורה דעה, סימן נט: על פי הר' יחזקאל לנדאו, הפתרון במצב כזה הוא "שב ואל תעשה".

62 משנה, עבודה זרה, ב, ב.

שמכיוון שאסור לוותר על חיי שעה ולכן, לכאורה, אין ליהודי רשות לסכן את מעט החיים שנשאר לו על ידי הליכה לרופא גוי גם אם חייו בסכנה, עונה הגמרא שבמקרה כזה "לחיי שעה לא חיישינן" (אין חוששים לחיי שעה). במילים אחרות, מותר לסכן חיי שעה כשיש סיכוי לזכות בחיים בעלי תוחלת רגילה על אף הסכנה הכרוכה בקבלת טיפול מרופא לא-יהודי.⁶³ התלמוד מנמק את קביעתו שאין חוששים לחיי שעה במקרים כאלה על ידי פרשת ארבעת המצורעים בספר מלכים. בפרשייה זו מדובר בארבעה מצורעים שהיו מחוץ לחומת העיר שומרון⁶⁴ בזמן המצור על ידי צבא ארם. בעיר היה רעב, והמצורעים שגמרו את מעט המזון שקיבלו הבינו שאין להם הרבה זמן לחיות. הם הגיעו למסקנה שהסיכוי היחיד שלהם לשרוד – אף שהוא היה קלוש ביותר – הוא ללכת למחנה ארם, ואז: "אם יחינו נחיה, ואם ימיתנו ומתנו".⁶⁵ מובן שהחלטה זו סיכנה את חיי השעה שלהם בצורה משמעותית ביותר, ובכל זאת, אין ביקורת עליהם במקרא, וגם יש סוף טוב לסיפור. המצורעים הגיעו למחנה ארם וגילו כי הוא ריק. באמצע הלילה ה' השמיע "קול רכב וקול סוס קול חיל גדול",⁶⁶ ובגלל פחד מפני התקפה חיייתית עליו, צבא ארם קם וברח והשאיר אחריו מחנה שלם מלא כל טוב. לאור אימוץ סיפור מקראי זה על ידי התלמוד ועל כך להפיקתו לתקדים מובהק של המשפט העברי, התיר הר' פיינשטיין את הניתוח המסוכן כי המסקנה העולה ממנו היא שכשמצד אחד יש חיי שעה ומן הצד האחר רצון לסכן את חיי השעה כדי לקבל סיכוי, גם אם הוא סיכוי קטן ביותר לחיי עולם, אזי ההחלטה היא בידי האדם העומד לפני הדילמה. בדיוק כמו שהמצורעים יכלו להחליט לגבי גורלם במצב של סיכון גדול מאוד מול חיי שעה, כך כל חולה העומד לפני החלטה הכרוכה בסיכון גדול לחיי השעה שלו רשאי להחליט להסתכן, והחלטתו תהווה תגובה הלכתית נאותה. לכן פסק הר' פיינשטיין שההחלטה אם להסתכן או לא היא בידי החולה עצמו. יש לציין שהר' פיינשטיין אינו הראשון שהשתמש בסוגיה זו כדי להתיר טיפול הכרוך בסיכון לחיי שעה של החולה.⁶⁷ אולם יש הבדל חשוב בינו לבין קודמיו. כפי שהוא מעיר בתשובתו, הם התירו את הטיפול המסוכן כשהסיכוי לשרוד היה לפחות 50%, דהיינו, כשמדובר בספק שקול. הר' פיינשטיין הוא הראשון שהתיר הסתכנות גם כשהסיכוי לשרוד היה הרבה פחות מספק שקול.⁶⁸

בתשובתו גם קובע הר' פיינשטיין שיש ערך לרציונליות הנוהגת בחברה בקביעת רצונותיו הלגיטימיים של החולה. נקודת המוצא לקביעה זו היא השאלה שהר' פיינשטיין שואל בנוגע לזהותם של ארבעת המצורעים: איך אפשר ללמוד עיקרון הלכתי מאותם ארבעה מצורעים בשערי שומרון? הלוא על פי התלמוד הם גיחזי ושלושת בניו שנענשו בצרעת בגלל החילול

63 בבלי, עבודה זרה, דף כז, ע"א-ע"ב.

64 מלכים ב, ז. מקומם של מצורעים הוא מחוץ לעיר. ראו ויקרא יג 46; משנה, כלים, א, ז.

65 מלכים ב, ז 4.

66 מלכים ב, ז 6.

67 שו"ת שבות יעקב, יורה דעה, סימן עה; גיליון מהרש"א, יורה דעה, סימן קנה, סעיף א; שו"ת אחיעזר, יורה דעה, סימן טז.

68 על מגוון השלכות הלכתיות של מקרה תקדימי זה ראו אוריאל בנר "פרשנות חז"ל לפרשת ארבעת המצורעים כמקור הכללי לחיי שעה לא חיישינן", אסיא עג-עד, 37-44 (התשס"ד).

השם הנורא שבוצעו בפרשה של נעמן והנביא אלישע?⁶⁹ יתרה מזו, גיחזי מופיע במשנה ברשימה של "ארבעה הדיוטות שאין להם חלק לעלם הבא" בגלל חומרת חטאו!⁷⁰ תשובת הר' פיינשטיין היא כדלקמן:

"דין תורה תלוי בדעת האינשי (ההלכה תלויה במה שאנשים רגילים סבירים חושבים) דכיון שחזינן דלאינשי (מכיון שאנחנו רואים שלאנשים סבירים) עדיף ספק חיות גמור מודאי חיי שעה (אף סיכוי קלוש לחיים נורמאליים עדיף על חיי שעה), לכן אמרינן דמותר גם מדיני התורה ליכנס בספק הצלת חיים גמורים אף שמשכך בזה ודאי חיי שעה [...] וכיון שזה תלוי בדעת האינשי שפיר הוכיח הגמרא מגיחזי ושלשת בניו שעשו לדעת עצמן שהוא רק דעת האינשי – ראייה שכן מותר מדיני תורה".

אם כן, כל עוד החלטה בנושא ההסתכנות אינה סוטה ממה שאדם סביר, בלי שום קשר לדתיותו או מוסריותו, היה מחליט, אזי ההחלטה מתקבלת על פי ההלכה.⁷¹ הר' פיינשטיין מדגיש את זכותו של כל חולה להחליט מה שהוא רואה לנכון, כולל החלטה לשמור על חיי השעה שלו ולא לעבור את הניתוח המסוכן. כאן הוסיף הר' פיינשטיין עוד מרכיב לתורת האוטונומיה החלשה שלו, דהיינו שהרשות לבחור מצומצמת לבחירה סבירה. רק אם יש די אנשים סבירים בחברה שהיו מוכנים להסתכן באותן נסיבות של המקרה שהגיע לפניו, אזי גם ההלכה תתיר לחולה לסכן את חיי השעה שלו באותן הנסיבות.

חידוש נוסף בתשובה נוגע לדוקטרינה ההלכתית שנוכרה למעלה שאין האדם בעלים על גופו, אלא הקב"ה הוא הבעלים ואנחנו שומרים שלו על גופנו.⁷² עקב כך, אסור לאדם להתאבד או להסתכן, והוא חייב לקבל טיפול רפואי מציל חיים גם אם אינו רוצה בכך כי אסור לו להרוס את הפיקדון השמימי שנמסר לו לשמירה.⁷³ אולם הר' פיינשטיין מחדש שבמקרה הנוכחי, יש

69 מלכים ב, ה. אלישע ריפא את נעמן, שר צבא ארם, מצרעתו וסירב לקחת ממנו שכר. נראה שבעקבות ההתנהגות האצילית של אלישע בסירובו לקבל שכר, נעמן התחייב לעזוב את עבודת האלילים ולעבוד את ה' בלבד. אולם גיחזי, משרת הנביא, רץ אחרי נעמן עם בשורה כוזבת שהנביא שינה את דעתו וכעת מבקש לקבל ממנו שכר. נעמן נתן לגיחזי את השכר אבל מובן שהמעשה גרם לחילול השם, ואלישע שידע את מה שנעשה על פי רוח הקודש, העניש את "גיחזי וכל זרעו לעולם" עם הצרעת של נעמן. יש לציין שלפי הרד"ק, שלושת בניו גם היו שותפים למזימה (שם, כז).

70 משנה, סנהדרין, יא, א.

71 הר' פיינשטיין משתמש בדוגמה כלכלית כדי להמחיש את האוטונומיה המוחלטת של החולה העומד לפני בחירה כזו. הוא מסביר שכשם שיש אנשים שבשביל ספק רווח גדול מוכנים לקנות סחורה במעט הכסף שיש להם אף שאם לא יצליחו למכור אותה יפסידו את כל כספם. יש גם אנשים שלא ירצו לקנות במעט הכסף שיש להם כשיש סיכוי שבסוף יפסידו את הכול. אם כן, מבחן "דעת האינשי" הוא מבחן פתוח העשוי לכלול גם דעות מנוגדות.

72 רמב"ם, הלכות רוצח ושמירת הנפש א, ד.

73 שם; נשמת אברהם, יורה דעה, סימן קנה; מור וקציעה, סימן שכח; שו"ת ציץ אחיעזר, חלק טו, סימן מ. וראו לדיון מקיף בנושא זה סינקלר "מעמדה של הרפואה וטיפול רפואי נגד רצונו של החולה", לעיל ה"ש 34.

“בעלות לאדם על חיותו לעשות מה שטוב לפניו יותר לחיותו”. במילים אחרות, במקרים שבהם יש בסיס רציונלי לסכן חיי שעה בשביל מטרה בריאותית המתקבלת על דעתם של רוב בני האדם, הקב"ה מוסר את הבעלות לאדם עצמו, ונותן לו את הזכות לבחור בכל אופציה הנראית בעיניו ראויה.

כאן המקום לסכם את תורת האוטונומיה החלשה של הר' פיינשטיין כפי שהיא עולה מתשובה זו. לדעתו, האוטונומיה אינה ערך עליון האמור לעצב את המשפט הביורופואי ההלכתי, אלא רק פתרון הלכתי נקודתי במקרים שבהם דעה סבירה של החולה מתנגשת עם החובה ההלכתית לשמור על חיי אדם, כולל חיי השעה שלו. במילים אחרות, הר' פיינשטיין טוען שאין לדחות את רצונו של החולה בצורה גורפת במשפט העברי כמו שעושה הר' בלייך.⁷⁴ לדעתו, יש ליישמו במקרים קשים שבהם התשובה לבעיה משפטית היא לפעול על פי רצונו של החולה.

לאור גישה זו, אפשר להסביר את התשובה של הר' פיינשטיין לגבי החולה הנוטה למות שסירב לקבל הזנה מלאכותית שהובאה בתחילת חלק זה. כפי שהערתי, הקל וחומר מדין שכיב מרע שלכאורה הווה את הבסיס להיתר לציית לחולה הוא אכן קלוש מבחינה משפטית ויש להניח שהר' פיינשטיין היה ער לחולשה זו. לכן יש להציע שהבסיס האמתי להיתרו של הר' פיינשטיין לציית לחולה הנוטה למות להימנע מחיבור להזנה מלאכותית הוא המושג של האוטונומיה החלשה של החולה כפי שתואר בתשובתו בנוגע לחיי שעה מול סיכוי קטן להחלים. נימוקו המהותי בנוגע להימנעות מהזנה מלאכותית הוא הרצון שלו למנוע טראומה מהחולה ולכבד את רצונו שלא להתחבר למכונת ההנשמה. נימוק מהותי זה משתלב יפה עם תורת האוטונומיה החלשה שלו בתשובה הקודמת, וגם משקף רגישות ל"דעת האינשי" של תקופתו, שלפיה בהחלט סביר שחולה הנוטה למות יסרב לטיפול רפואי מציל חיים שרק יאריך את סבלו. יש לציין שזה לא יהיה המקרה הראשון שבו הר' פיינשטיין משתמש בהוכחה פורמלית קלושה כדי להצדיק החלטה לטובת רצון אנושי סבירה בלי לומר זאת בצורה מפורשת.⁷⁵

ג. יישום תורת האוטונומיה החלשה של הר' משה פיינשטיין בחוק החולה הנוטה למות

חוק החולה הנוטה למות מבוסס על דו"ח ועדת שטיינברג שבין מטרותיה המנחים הייתה השאיפה להגיע להסכמה בין מרב חברי הוועדה על בסיס מערכת ערכיה של מדינת ישראל

74 Bleich, לעיל ה"ש 35.

75 לעוד דוגמה של שימוש על ידי הר' פיינשטיין במקור תלמודי קלוש כשהנימוק העיקרי לפסקו הוא הרצון לעזור לשואל שביקש להעדיף מימוש הכבוד העצמי שלו מעל שיקולים הלכתיים יבשים, ראו אביעד הכהן "כאשר יממש העיוור באפילה" פרשת השבוע 264 (התשס"ז); Daniel Sinclair, *Feticide, Cannibalism, Nudity and Extra-Legal Sanctions: Elements of Natural Law in Three 19th- 20th Century Halakhists*, 20 JEWISH LAW ASSOCIATION STUDIES 284 (2010).

כמדינה יהודית ודמוקרטית. כדי להשיג מטרה זו, הייתה הוועדה צריכה להתחשב בהלכה היהודית בנוגע לטיפול בחולה הנוטה למות⁷⁶ ואף ליישם אותה. יש לציין שוב שעל פי דו"ח הוועדה, הצורך ליישם את ההלכה היהודית גרם לכך שלא הייתה אפשרות לקבל הרבה מ"הפתרונות החוקיים הקיימים בעולם הרחב בנוגע לחולה הנוטה למות", ובמקום זה, הוועדה הציעה פתרונות "ייחודיים במידה רבה למדינת ישראל".⁷⁷ בין הסוגיות המאתגרות ביותר בהקשר זה עומד הפער המשמעותי הקיים בין המשפט העברי והמשפט האנגלו-אמריקני בנוגע לערך של האוטונומיה בכלל וכיבוד רצונו של חולה הנוטה למות לשים קץ לחייו בפרט. דו"ח הוועדה הזכיר את המורכבות של מלאכתה בהקשר זה, וציין שחבריה היו צריכים למצוא דרך כדי לאזן בין "קדושת החיים [...] וכיבוד האוטונומיה של הפרט".⁷⁸ כדי להגיע לאיזון זה, התבססה הוועדה על תורת האוטונומיה החלשה של הר' פיינשטיין.

נקודת המוצא של החוק מתאימה לעקרונות קדושת החיים, דהיינו, קביעת חזקה שכל חולה הנוטה למות רוצה לחיות ויש להיענות לכל בקשה סבירה שלו כדי להאריך את חייו.⁷⁹ אולם על פי החוק אפשר לדחות חזקה זו אם הוכח על ידי החולה עצמו או בא כוחו הרפואי או על פי הנחיה רפואית מקדימה או על ידי ועדת אתיקה שאין ברצונו להמשיך ולחיות.⁸⁰ במקרה של ביטול החזקה, יש לכבד את רצונו של החולה ולהימנע מכל טיפול רפואי המיועד להאריך את חייו כולל טיפול מאריך חיים או רציף.⁸¹ רוב פוסקי ההלכה המודרניים אינם מכירים בלגיטימיות של צעד כזה בנוגע לטיפול קיומי, ולדעתם אין על הרופאים לכבד את רצונו של חולה הנוטה למות להימנע מטיפול מהסוג הזה.⁸² אולם כפי שראינו בפרק ב', הר' פיינשטיין השתמש בתורת האוטונומיה החלשה שלו כדי ליצור הלכה מנוגדת שלפיה יש לציית לחולה הנוטה למות המבקש להימנע אף מטיפול קיומי. שיטת הר' פיינשטיין אפשרה לוועדה

76 ס' 8 (א) לחוק החולה הנוטה למות: חולה הנוטה למות מוגדר כחולה ה"סובל מבעיה רפואית חשוכת מרפא ותוחלת חייו, אף אם יינתן לו טיפול רפואי, אינה עולה על ששה חדשים". יש לציין שחצי שנה היא ההגדרה המקובלת של חולה הנוטה למות ברפואה ובמשפט בעולם, למשל, ה-Death With Dignity Act, 1994 של מדינת אורגון בארצות-הברית התיר סיוע רפואי בהתאבדות אך ורק לחולה שיש לו פחות מחצי שנה לחיות. במשפט העברי הגדרת חולה הנוטה למות נמסרה בידי הרפואה; ראו לעיל ה"ש 37.

77 דו"ח הוועדה הציבורית, לעיל ה"ש 1.

78 שם.

79 ס' 4 לחוק החולה הנוטה למות.

80 ס' 5 לחוק החולה הנוטה למות.

81 ס' 15 (א) לחוק החולה הנוטה למות. יש לציין שעל פי סעיף 15 (ב) יש "לעשות מאמץ סביר כדי לשכנעו לקבל חמצן, וכן מזון ונוזלים, אף באמצעים מלאכותיים, וכן לקבל טיפולים שגרתיים הנחוצים לטיפול במחלות בוזזמניות או במחלות רקע וטיפול מקל". החוק גם עוסק בחולה הנוטה למות שאינו כשיר. אם חולה כזה סובל סבל משמעותי, אזי החוק מאפשר הימנעות מטיפול רפואי כולל הנשמה מלאכותית, אולם אין להימנע ממתן מזון ונוזלים אף בדרך מלאכותית (ראו ס' 16 לחוק החולה הנוטה למות). על פי ס' 17 לחוק, חולה שאינו כשיר הנמצא בשלב הסופי של חייו, דהיינו, "כשלו כמה מערכות חיוניות בגופו ותוחלת חייו, אף אם יינתן לו טיפול רפואי, אינה עולה על שבועיים" (ס' 8 ב) וגם סובל סבל משמעותי, "לא יטופל באף טיפול חוץ ממתן נוזלים אפילו באמצעים מלאכותיים אלא אם כן מתן נוזלים יגרום לו סבל או נזק".

82 ראו המשפט המסכם בסוף תת-פרק ב.2.

שטיינברג להצדיק את הפשרה שלה עם עקרון קדושת החיים וליצור את ההבחנה בין הימנעות מטיפול קיומי על פי בקשת החולה הנוטה למות שהיא מותרת, לבין הפסקתה שהיא אסורה. בדרך זו, החוק נאמן למטרתו המוצהרת של שילוב בין יהדות לדמוקרטיה. הנימוק ההלכתי לפשרה הנ"ל אינו מופיע בצורה ברורה בהצעת החוק, אבל מורכבות הנושא נרמז בהערה ארוכה המתחילה במשפט: "סעיפים אלו (העוסקים בהבחנה הנ"ל) היו הסעיפים השנויים ביותר במחלוקת בין חברי הוועדה וחלק מהם הסתייגו מסעיפים אלה."⁸³ רק היתר להימנע מכל טיפול, כולל טיפול קיומי של הנשמה והזנה, הצליח לגשר על הפער העצום בין שוחרי האוטונומיה הליברלית האבסולוטית ובין חסידי תורת קדושת החיים המחמירה. בהמשך ההערה נזכרת דעתם של "רבים מהפוסקים אם לא כולם שהימנעות [...] מותרת" בתור תמיכה הלכתית לפשרה זו. כפי שנראה בפסקה הבאה, המקור ההלכתי העיקרי שעליו נשענת דעתם של "רבים מהפוסקים" בהקשר זה הוא שיטתו של הר' פיינשטיין.⁸⁴ בעקבות פרסום דו"ח ועדת שטיינברג, כתב יושב ראש הוועדה, הר' פרוף אברהם שטיינברג, מאמר בנוגע למקורות ההלכתיים של הצעת החוק. עיון קל ביותר בגוף המאמר ובהערות השוליים מבהיר בצורה ברורה ביותר את התרומה המרכזית של הר' פיינשטיין ותורת האוטונומיה החלשה שלו בעיצוב מסקנות הוועדה בכלל, ובנוגע להימנעות מטיפול מאריך חיים על פי בקשת החולה בפרט.⁸⁵ בנוגע לאפשרות של הימנעות מטיפול מאריך חיים כותב שטיינברג ש"יש מי שכתבו שאין לכפות עליו (על החולה הנוטה למות) את האוכל כשהוא גדול ובר דעת".⁸⁶ בהערה מובאים שני מקורות. המקור הראשון הוא תשובת הר' פיינשטיין והשני הוא דעתו של הר' שלמה גורן שנכתב במאמר בכתב עת רפואי.⁸⁷ אין ספק שבהקשר זה דעתו של הר' פיינשטיין הוא המקור העיקרי לאימוץ האוטונומיה של החולה בחוק בכל מה שנוגע להימנעות מטיפול מאריך חיים כי רק הוא יכול להוות משקל נגדי לפסק של הר' שלמה זלמן איורבך ש"חייבים להאכילו אפילו נגד רצונו" המובא על ידי שטיינברג במשפט הבא של מאמרו.⁸⁸

83 הצעת חוק החולה הנוטה למות, התשס"ב–2002, אסיא סט–ע 38, ה"ש 24 (התשס"ב).
 84 נראה שמטרת הביטוי "רבים מהפוסקים" כשהכוונה היא בעיקר לדעתו של הר' פיינשטיין היא לחזק את עמדתו על אף היותו דעת מיעוט בנוגע לכמה פוסקים בעלי משקל כבד בעידן המודרני, ובייחוד הר' שלמה זלמן איורבך.
 85 אברהם שטיינברג "הבסיס ההלכתי להצעת חוק החולה הנוטה למות" אסיא עא–עב 25–39, ה"ש 13, 14, 20, 32, 37, 38, 40, 48, 52, 57, 65, 72 (התשס"ג). יש לציין שבהערות האלה הוזכרה התשובה שהבאנו בה"ש 58 וגם עוד שתי תשובות באותו נושא המופיעות סמוכות לה: שו"ת אגרות משה, חושן משפט, ב, סימנים עג ו-עה. בנוסף, יש לציין אזכור נוסף לשו"ת אגרות משה, יורה דעה, סימן קלב העוסק בדיני גוסס, אלא שמאותה תשובה אין להסיק קשר ישיר עם מושג האוטונומיה החלשה בתור ערך הלכתי.
 86 שם, ה"ש 35.
 87 שם, ה"ש 54.
 88 אין זה המקום להרחיב על מעמדם ומשקלם של פוסקים שונים, אבל במקרה זה ברור שבלי משקלו הגדול של הר' פיינשטיין הפשרה של החוק בנוגע לאוטונומיה לא הייתה מצליחה לעבור ביקורת הלכתית ראויה.

ד. האם יש ללכת מעבר להימנעות מטיפול קיומי במשפט העברי ?

על אף תמיכתו של הר' פיינשטיין בהימנעות ממתן צרכים בסיסיים להמשך קיומו של חולה בגיר וכשיר הנוטה למות, אין הוא מוכן להתיר הפסקת טיפול כזה אחרי שהוא כבר התחיל.⁸⁹ נראה שגם לתורת האוטונומיה החלשה שלו יש גבול. האיסור ההלכתי על הפסקת טיפול קיומי גם מופיע בחוק החולה הנוטה למות: "אין בהוראות חוק זה כדי להתיר הפסקת טיפול רפואי רציף בחולה הנוטה למות, העלולה להביא למותו, בין שהוא בעל כשרות ובין אם לאו."⁹⁰ אולם כבר נוסדו סדקים בעמדה זו מהכיוון של הבחנה בין קיום טבעי לבין מתן צרכים בסיסיים בדרך מלאכותית. דוגמה אחת היא דעה המיוחסת לר' שלמה זלמן אוירבך ולר' שמואל הלוי וזנר שמותר להוריד את תכולת החמצן בהנשמה מלאכותית ל-21% בלבד, שהוא אחוז החמצן באוויר רגיל במקום האחוז הגבוה של הנשמה מלאכותית.⁹¹ גישה זו מזכירה את ההבחנה במשפט האנגלו-אמריקני בין קיום מלאכותי ובין קיום טבעי, ואת הטענה שכלל שסוף החיים מתקרב כך החובה להשתמש באמצעים טכנולוגיים לשמירה על תפקוד בסיסי הולכת וקטנה.⁹² יש לציין ששיטת הר' אוירבך והר' וזנר בנוגע לאפשרות של הורדת תכולת החמצן של חולה מונשם יושמה בזמן האחרון בפסק דין הצהרתי שניתן בנובמבר 2014 על ידי השופט רחמים כהן בבית משפט המחוזי בתל-אביב.⁹³ במקרה זה מדובר בחולה שסבל מניוון שרירים (ALS), ובשל המחלה לא היה מסוגל להזיז אף שריר בגופו חוץ משרירי העיניים שדרךן הוא התקשר עם סביבתו. הוא ניזון והונשם באופן מלאכותי והיה מרותק למיטתו. עקב הרעה במצבו, היה לו בסיס לחשוב שהוא עשוי לאבד גם את התנועה בגלגלי עיניו, והוא חשש מאוד מפני אבדן טוטלי של יכולתו להתקשר עם הסביבה. החולה היה צלול בדעתו והביע את רצונו הנחוש למות בכבוד על ידי ניתוקו ממכונת ההנשמה המלאכותית. השופט כהן אימץ את דעתו של היועץ המשפטי לממשלה שיש לבצע הפחתה הדרגתית של קצב ההנשמה ושל ריכוז החמצן עד ל-21% שהוא הריכוז של החמצן באוויר. על פי פסק הדין ההצהרתי זה, על הרופא לוודא מעל לכל ספק סביר שהמבקש נחוש בדעתו להפסיק את ההנשמה המלאכותית המלאה; עליו ללוות את הורדת ריכוז החמצן תוך מתן סדציה פליאטיבית (שילוב של הרדמה קלה ושיכוך כאב), והוא חייב לתעד את כל התהליך בהתאם לנהלים הרפואיים המקובלים. היועץ המשפטי לממשלה אף ציין שהמליץ על ההורדה בריכוז החמצן במקרה זה אף שהחולה לא נכנס להגדרה של חולה הנוטה למות על פי חוק החולה הנוטה למות, דהיינו, אדם שיש לו פחות משישה חדשים לחיות. לדעתו, ההחלטה שלו אכן התאימה לרוחו של החוק גם אם לא תאמה את הגדרותיו המדויקות. זמן קצר לאחר ההורדה בריכוז החמצן, החולה מת.

89 שו"ת אגרות משה, חושן משפט ב, סימן עד.

90 ס' 21 לחוק החולה הנוטה למות.

91 שטיינברג אנציקלופדיה הלכתית רפואית, לעיל ה"ש 56, בעמ' 408; אברהם שטיינברג "כללים הלכתיים להתנהגות רופא ביחידה לטיפול נמרץ" אסיא סג–סד 18–19 (התשנ"ט).

92 לעיל ה"ש 19. בהקשר זה יש גם לציין את הפסק הלכה החריג של אותו בית דין בברוקלין שהובא בה"ש 54.

93 ה"פ 14-11-16813 (מחוזי ת"א) פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 23.11.2014).

קיימת תופעה דומה גם בנוגע להזנה מלאכותית, דהיינו, יש דעה הלכתית שלפיה בנסיבות של כאב וסבל מותר להחליף את ההזנה המלאכותית בהאכלה דרך הפה בזונדה או אפילו להסתפק במתן מים וסוכר דרך הווריד.⁹⁴ מובן שעדיין אין היתר הלכתי להפסיק טיפול קיומי באופן מוחלט, ואיסור זה מוצא ביטוי בחוק החולה הנוטה למות. אולם בהחלט יש מקום להפעיל את ההבחנה בין טיפול קיומי המוענק באופן טבעי לבין טיפול המתבצע באופן מלאכותי כדי לחסוך צער וסבל מהחולה הסופני.

בנוסף, יש לציין את הצעת הר' אליעזר יהודה ולדינברג משנת 1976 בנוגע לחיבור טיימר כמו שעון שבת למכונת הנשמה מלאכותית, כך שהפסקת המכונה אינה נעשתה על ידי אדם, אלא היא תוצאה של הכוונת השעון מראש. בדרך זו, מותו של החולה הנוטה למות נגרמת בצורה עקיפה, ובמקרה זה אין איסור רצח על פי המשפט העברי. חשוב לציין שהצעה זו הייתה תוספת להחלטתו העקרונית של הר' ולדינברג שמותר לנתק גוסס מכל מכשיר מאריך חיים במקרה שאין סימני חיים לא בלבד וגם לא במוחו.⁹⁵ אולם חכמי הלכה של ימינו דנו בהצעתו של הר' ולדינברג ככלי שבכוחו להפוך הפסקת טיפול קיומי להימנעות מטיפול, ולאור דיניהם,⁹⁶ האופציה להשתמש בטיימר לוויסות טיפול רציף נזכרת בסעיף 3(2) של חוק החולה הנוטה למות:

”טיפול שתוכנן מראש, באמצעים טכנולוגיים מתאימים, להינתן כטיפול רפואי מחזורי, למרות שעל פי טיבו, הוא היה ניתן באופן מתמשך וללא הפסקות ייחשב לטיפול רפואי מחזורי.”

כאן המקום לציין שוב שהחוק מכנה טיפול שאינו חיוני לקיומו הבסיסי של החולה הנוטה למות “טיפול רפואי מחזורי”, בניגוד לטיפול המכוון לשמור על תפקודו הבסיסי הנקרא “טיפול רפואי רציף”.⁹⁷ מובן שה”תכנון” שאילו מתכוון החוק הוא חיבורו לטיימר על פי

94 שטיינברג “הבסיס ההלכתי להצעת חוק החולה הנוטה למות, לעיל ה”ש 85, ה”ש 19.

95 שו”ת ציץ אליעזר, חלק יג, סימן פט. מובן שחולה כזה הוא למעשה מת לפי כל הגדרה רפואית בת זמננו כי ברגע שאין כל אות חיים גם בלבד גם במוח, אנו ניצבים בוודאות בפני גופה! דבר זה נכון גם בהלכה כי חוסר היכולת לנשום באופן עצמאי יחד עם הפסק המוחלטת שלפעילות הלב מוכיחים את מותו של החולה גם לפי הדעות המחמירות ביותר. כאשר שאלו את הר' ולדינברג לגבי נקודה זו, תשובתו הייתה שניתן היה לחשוב שגם במקרה כזה ההלכה דורשת להמשיך את השימוש במכונת הנשמה מלאכותית עד שהתפקודים החיוניים של הגוסס כבר אינם קיימים. הסיבה לכך היא כי ייתכן שקיימת אפשרות שיש חיות בגוף גם לאחר כל הבדיקות הרפואיות הנחוצות לקביעת מותו על פי ההלכה. הר' ולדינברג מבהיר כי אין מקום לשיקול מסוג זה, וברגע שלפיה מבחנים הרפואיים המקובלים ברור לחלוטין שאין יותר סימני חיים במוח ובלב, יש להפסיק את כל האמצעים המלאכותיים להארכת חיים. מובן שהמשמעות המעשית של הגדרה קיצונית זו היא שבעצם כל הרעיון של הסרת מונע בהקשר של הרפואה המודרנית הפך ללא רלוונטי.

96 מרכזי הלפרין “מערכת הבקרה (”טיימר”) להפיכת הנשמה לטיפול רפואי מחזורי” אסיא פא-פב 104–93 (התשס”ח), המאמר מתיר על פי הלכה ליישם טיימר כזה במקרה של חולה ALS.

97 המונחים מוסברים בס’ 3 לחוק החולה הנוטה למות.

הצעתו של הר' ולדינברג. אף ששעון כזה עדיין לא נכנס לשימוש בבתי חולים בגלל חששות מפני תקלות וברור שבהקשר זה כל טעות היא פטאלית; מכל מקום צוות רפואי במרכז רפואי הדסה עובד עליו, וכבר נעשו ניסויים על חולים לשם הדגמת השיטה, ובמיוחד, מכשירי הבטיחות הנחוצים לה. מובן שבניסויים אלה אף מכשיר הנשמה לא נכבה בפועל.⁹⁸ אם כן, התשובה לשאלה בכותרת פרק זה היא שבאופן כללי יש לשמור על ההבחנה בין הימנעות מטיפול קיומי או רציף לבין הפסקתו, אבל יש דברים בגו, ואולי בעתיד ההבחנה הזו כבר לא תהיה משמעותית כל כך בנוגע לחולים הנוטים למות, וגם לחולים במחלות קשות מאוד כמו ALS.

סיכום

בסיכום זה אנסה להדגיש כמה מסקנות שלפי דעתי עולות מהמאמר ושביכולתן לתרום לשיח הכללי גם בנוגע לשאלה של היחסים בין משפט דתי לבין משפט דמוקרטי-ליברלי וגם בנוגע לתחום המשפט הביורפואי.

מובן שמסקנה מרכזית היא שלפחות בהקשר של הטיפול בחולים הנוטים למות יש במשפט העברי בסיס תאורטי לטענה שקיים מעמד משפטי למושג של האוטונומיה של הפרט אף שהיקפה מצומצמת בהרבה מאשר במשפט האנגלו-אמריקני. לאור מסקנה זו, יש לשאול אם אותו הדבר קיים גם בתחומים נוספים של ההלכה היהודית, למשל, בתחום דיני המעמד האישי.⁹⁹ קצרה היריעה מלעסוק בשאלה זו במאמר זה, אבל בהחלט יש מקום לבדוק את הנושא במחקרים אחרים. גם יש מקום לבדוק את המצב בנוגע להכרה משפטית באוטונומיה של הפרט במערכות משפט דתיות אחרות.

מסקנה מעשית העולה מהמאמר היא שאפשר להגיע לפשרה בין יהדות הלכתית ובין דמוקרטיה ליברלית כששתיהן מוכנות לוותר. בנוגע לחוק החולה הנוטה למות, הדמוקרטיה התפשרה על ידי קבלת תורת האוטונומיה החלשה של הר' פיינשטיין וההלכה התפשרה על ידי קבלת דעת המיעוט שלו בתור הפסק המכריע בסוגיה. בדרך זו נוצרה הפשרה שאפשרה את יצירת החוק. לאור זה, יש מקום לבדוק תחומים אחרים של ההלכה המתנגשים לכאורה עם ערכים דמוקרטיים כדי לראות אם קיימת אפשרות של פשרה על פי המודל שהוצג במאמר. יש להעיר שבהקשר זה קיימת נימה די פסימית בחלק מהספרות.¹⁰⁰ אולם יש גם קולות אופטימיים

98 בנוגע להתפתחויות החדשות בעניין הטיימר ראו Judi Sigel, *Timer to Turn off Patient Ventilators in Hospitals being Tested but not Ready for Use*, JERUSALEM POST (10 December 2013).

99 יש להזכיר בתור דוגמה את המושג ההלכתי של רצונו של הבעל בסוגיית הגירושין במשפט העברי; ראו NECHAMA HADARI, *THE KOSHER GET: A HALAKHIC STORY OF DIVORCE AGUNAH* RESERACH UNIT (vo. 5, 2012) העוסק במושג הלכתי זה בהקשר של דיון פילוסופי ברעיון האוטונומיה.

100 לדוגמה ראו Adam S. Hofri-Winogradow, *A Plurality of Discontents: Legal Pluralism, Religious Adjudication and the State*, 26 JOURNAL OF LAW AND RELIGION 57 (2010–2011).

יותר,¹⁰¹ ורק הזמן יגיד אם פשרות כאלה הן חריגים בודדים או ציון דרך לשיתוף פעולה פורה בין מערכות משפט דתיות ודמוקרטיות ליברליות. ייתכן שהפשרה המתוארת במאמר זה תתרום תרומה צנועה לקול האופטימי יותר בהקשר זה.

מסקנה נוספת העולה מהחלק האחרון של המאמר היא הנטייה בהלכה לרכך את ההבחנה החדה בין הימנעות מטיפול מאריך חיים לבין הפסקתו. ריכוך זה מתבצע הן על ידי החזרת החולה למצב הטבעי שלו והן על ידי שימוש בטיימר. יתרון פרקטי חשוב של נטייה זו הוא מניעת הצורך להחליט בנוגע לחיבור חולה קשה למכשיר מאריך חיים מיד עם הגעתו לחדר המיון. כל עוד קיימת הבחנה חדה בין הימנעות להפסקה, וברגע שמחברים את החולה אי אפשר לנתקו עד מותו, יש סכנה שהמטפלים בו יחליטו באופן פזיז מדי נגד חיבורו בגלל חשש שהוא יישאר במצב עגום עד למותו. כך ייתכן שחולים שהם בעלי סיכוי לחיות לא יקבלו תמיכה טכנולוגית מלאה בגלל ההשלכה העתידית של אותה החלטה על החולה. יתרון תאורטי של הנטייה לרכך את ההבחנה החדה בין הימנעות מטיפול מאריך חיים לבין הפסקתו הוא שקשה להצדיק אותה מבחינת ההיגיון והמוסר, כי בסופו של דבר, התוצאה היא אחת, דהיינו, מותו של החולה. יש לציין את ההערה של אחד משופטי בית המשפט העליון של אנגליה בפס"ד *Bland*, שאמר שעל אף השוני הסמנטי בין מחדל למעשה בהקשר זה, אין שום הבדל אינטלקטואלי או אתי בין שתי הפעולות; לדעתו, ההבחנה חושפת את המשפט לביקורת נוקבת גם מצד ההיגיון וגם מצד המוסר.¹⁰²

עוד מסקנה היא שיישום המושג "דעת האינשי" על ידי הר' פיינשטיין בהקשר של שאלות של בחירות קשות בתחום החיים והמוות מזכיר במידה מסוימת את התפקיד של המנהגים העממיים בדיני גוסס של ימי הביניים ותחילת העידן המודרני. כפי שראינו, על אף המאמצים של חלק מהפוסקים, הציבור דבק במנהגיו בנוגע לטיפול בגוססים, ולבסוף, חכמי הלכה אחרים גם מצאו דרך להצדיק חלק מהמנהגים האלה.

המסקנה האחרונה שברצוני להדגיש בסיכום זה נוגעת לאפיון של תורת האוטונומיה החלשה של הר' פיינשטיין. בגוף המאמר, אימוץ גישתו של הר' פיינשטיין על ידי המחוקק הישראלי הוצג כפשרה מצד הדמוקרטיה. אולם יש מקום לשקול את האפשרות שהיא יכולה לשמש מודל חלופי גם במסגרתה של מערכת משפט ביור-רפואית דמוקרטית, כי בסוגיית החולה הנוטה למות, ייתכן שאין בכוחו של מושג האוטונומיה החזקה בלבד להרים את כל המשא של קביעת הסדר משפטי נאות לטיפול בחולה הנוטה למות. בין המושגים האחרים שבהחלט עשויים לשחק תפקיד במשימה זו הם הערך העצמאי של חיי האדם והמורשת הדתית בנוגע לערך זה.¹⁰³

101 לדוגמה ראו Bernard S. Jackson, "Transformative Accommodation" and Religious Law, 11 *ECCLESIASTICAL L.J.* 131 (2009).

102 עניין *Bland*, לעיל ה"ש 13, בעמ' 885: "The acute uneasiness I feel about adopting this way through the ethical and legal maze is I believe due in an important part to the sensation that however much the terminologies may differ the ethical status of the two courses of action is for all relevant purposes indistinguishable. By dismissing this appeal, I fear your Lordships' House may only emphasize the distortions of a legal structure which is already both morally and intellectually misshapen".

103 ראו למשל CHARLES FOSTER, HUMAN DIGNITY IN BIOETHICS AND LAW 62–66 (2011).