

פרשת מעין באספקלריית המשפט העברי — האומנם "אין שוני בתוצאה"?

(בג"צ 30/82 ר' מעין ואח' נ' המנהל הכללי של משרד הבריאות, פ"ד לו (2) 477) ¹

מאת

ד"ר שמואל שילת *

א. הקדמה. ב. היי "ענה לעימת פסק חיי עולם. 1. רוב ומיעוט תרתי משמע.
2. הסכמת החולה. ג. שאלות שלא הוקלו עליידי בית המשפט. ד. סיום.

א. הקדמה

לא באתי להסכים או לחלוק על דברי כבוד השופטת נתניהו בנוגע לעמדת המשפט העברי בסוגיה כאובה ועקרונית זו המתעוררת בפסק דין מעין ². כוונתי לא לדברים מהותיים שהובאו באותו פסק דין בנוגע למשפט העברי, אלא בעיקר לדברים שלא נאמרו ואשר מורים על חוסר העמקה במקורותינו. אמנם, לכאורה הדברים הפוכים. כבוד השופטת נתניהו קובעת בפתח דבריה: "רוחשים אנו כבוד לדעת חכמינו שכבר נתנו את דעתם לבעיה עקרונית זו", ובסיום: "והנה אין שוני בתוצאה גם לוא פסקנו על פי ההלכה". ואולם, למסקנות אלה מגיעה כבוד השופטת לאחר עיון קצרצר, הכולל ציטוט מתשובה אחת של הרב יעקב ריישר ³ ומשפט אחד ממאמרו של פרופסור אלון ⁴. בכך מסתכם כל הדיון במקורותינו. בפני המנסה לענות על השאלות החשובות שהועלו במקרה של ראובן מעין ו"ל, על-פי גישת ההלכה, מונחת עבודה רבה.

אנסה להצביע על שאלות שונות שלדעתנו היה בית המשפט חייב לדון בהן; אין בדעתי לפסוק הלכה בגידון, וגם אין זה מתפקידו של המשפטן. רצוני לברר מה הן השאלות העולות מסוגיה זו, ולהצביע על גישות אפשריות לפתרון הבעיות. הבעיה שעליה הצביעה השופטת כאשר דנה במשפט העברי אינה הבעיה המרכזית שגידונה

* מרצה בכיר, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים.

1 להלן פסק דין מעין.

2 ראה שם, בעמ' 482.

3 בעל שבות יעקב, ומחשובי המשיבים במאה ה-18 (בערך 1670–1733), חי בפראג, באנסבאך ובמין). על הרב ריישר כמפרש השולחן ערוך ראה: ח' טשרנוביץ (רב צעיר), תולדות הפוסקים, ג (ניו יורק, 1947) 187–190.

4 מ' אלון, "ההלכה והרפואה החדשה", מזלר, ד' (כ"ז) (תשל"א–ל"ב) 231, 235.

בפסק דין מעין, אך זו השאלה העקרונית שבה דנו חכמי ההלכה במסגרת דיונם במקרים הדומים לבקשת מר מעין ז"ל. ובניסוחה של כבוד השופטת גתניהו, כאשר היא באה לדון בגישת ההלכה: "בעיה עקרונית זו של אבוד חיי שעה כשיש סכוי, אך לא בטחון, שעל ידי מתן תרופה מסוכנת יזכה החולה לבריאות ולחיים"⁵. בפסק דינה (חוץ מהקטע הקצר הנוגע למשפט העברי) התרכזה כבוד השופטת בעיקר בשאלות משפטיות הנוגעות להחלת התקנות הקיימות על מקרה זה, ולא דנה בפרוטרוט בשאלה המשפטית-מוסרית שנידונה בכל חריפותה בידי חכמי ההלכה ואשר אפס קצה הועלת בפסק הדין.

ב. חיי שעה לעומת ספק חיי עולם

השופטת נתניהו מביאה כאמור את תשובת בעל שבות יעקב, שממנה עולה העמדה העקרונית, שיש להקריב חיי שעה כשיש סיכוי שהחולה יזכה בחיי עולם. במלים אחרות: במקרה של חולה נוטה למות, אם קיים טיפול רפואי שאין לדעת מראש אם יצילנו או ימיתנו, יש לתת לו את הטיפול. תשובת בעל שבות יעקב היא פסק הדין המנחה בסוגיה והיא, כנראה, התשובה הראשונה שדנה בשאלה זו הלכה למעשה. רוב חכמי ההלכה לאחר מכן שדנו בשאלה שלפנינו התייחסו לתשובה זו — ובדרך כלל מתוך הסכמה⁶.

בעיה זו נידונה ישירות כבר בתלמוד וניתנה לה שם תשובה ברורה. מסקנת הגמרא היא, שאם לפנינו מקרה של "ודאי מת", אזי "לחיי שעה לא חיישינן"⁷. הראיה שהובאה בגמרא לקביעה זו מעניינת ביותר והיא לקוחה מזמנו של אלישע, מהתנהגותם של ארבעת המצורעים שהיו מחוץ למחנה וסבלו מרעב. כזכור, החליטו לגשת למחנה ארם בחשבם "אם אמרנו נבוא העיר והרעב בעיר ומתנו שם ואם ישבנו פה ומתנו, ועתה לכו ונפלה אל מחנה ארם אם יחינו נחיה, ואם ימיתנו ומתנו"⁸. היינו, לו נשארו במקומם או לו היו ניגשים לעיר היו מתים מרעב לאחר זמן לא רב, לפיכך סיכנו את עצמם וניגשו למחנה ארם. היה סיכוי שבמחנה ארם ירחמו עליהם ויתנו להם אוכל, או שיהרגו מיד. הם העדיפו לוותר על חיי שעה (= הזמן הקצר שנשאר להם עד שימותו מחמת מחסור במזון) ולהכניס עצמם לספק שמא יקבלו מזון וינצלו (= חיי עולם) או שמא ייהרגו מיד. כאמור, שורה ארוכה של פוסקים ומשיבים אימצו כעיקרון גישה זו⁹. אין כאן המקום, במסגרת הערה לחלק מפסק דין, לדון בפרוטרוט בכל המקורות

5 פסק דין מעין, עמ' 482.

6 ראה למשל, גליון מהרש"א, שו"ע יו"ד סי' קנה, א; שו"ת מלמד להועיל חלק יו"ד סי' קד; שו"ת אחיעזר חלק יו"ד סי' טו אות ו'; שו"ת דעת כהן סי' קמג; שו"ת ציץ אליעזר ח"ד סי' יג; הרב אריה לייב גרוסנס, "אם מותר לסכן חיי שעה בשביל ספק הארכת שנים", בתוך: הלכה ורפואה, א' (ירושלים, תשמ"א) עמ' קמג; הרב חיים דוד רגנשברג, "השתלת הלב", שם, ב', עמ' ג.

7 עבודה זרה כו ע"ב.

8 מלכים ב, ו' 4.

9 ראה לעיל, הערה 6. יש להוסיף רבים מן הראשונים שפירשו את הגמרא בע"ז כו ע"ב ואין כאן המקום לפרט. וראה גם תורת אדם לרמב"ן עמ' לו—לח, מג, בהוצאת שעוועל; טור יו"ד קנה ובית יוסף שם; ש"ע יו"ד קנה, א; משנת חכמים לשו"ע יו"ד שם; שו"ת

הדנים ישירות בבעיה שלפנינו, אבל כדאי להוסיף נופך-מה ולהזכיר בקצרה גישה נוספת, שהביעה הרב ישראל ליפשיץ (1782–1860, גרמניה), בעל הפירוש הקלאסי תפארת ישראל (יכין ובוועז) למשניות.

לפי בעל תפארת ישראל אפשר ללמוד הלכה בנושא זה מסוגיה אחרת, שהיא קרובה לענייננו. קיימת מחלוקת בין הפוסקים אם חייב אדם להכניס את עצמו לספק סכנה כדי להציל את חברו מסכנה ודאית. האם, למשל, חייב אדם לקפוץ לתוך ים סוער ולנסות ולהציל את חברו הטובע¹⁰? אבל, אפילו אליבא דאלה הסוברים שאין אדם חייב לנהוג כך – וזאת, כנראה, הדעה המקובלת יותר – כתב ר' ישראל ליפשיץ (ודעתו מקובלת), שאם ירצה אדם לסכן את עצמו כדי להציל את חברו, מותר לו לעשות כך. אם כן, כותב בעל תפארת ישראל, קל וחומר בשאלה שלפנינו. אם מותר לו לאדם להסתכן כדי להציל את חברו העומד בפני המוות, קל וחומר שמותר לו להסתכן כדי לנסות ולהציל את עצמו¹¹.

1. רוב ומיעוט – תרתי משמע

מפסק הדין משתמע, שעקרונית יש להעדיף ספק חיי עולם על ודאי חיי שעה. לכאורה, בקשתו של ראובן מעין ז"ל היתה צריכה להתקבל על-פי קריטריונים של המשפט העברי. מדוע, אם כן, כותבת השופטת נתניהו ש"אין שוני בתוצאה גם לוא פסקנו על פי ההלכה" – היינו שאין להיעתר לבקשתו של ראובן מעין? קביעה חד-משמעית זו מבוססת על דברי השכות יעקב, הכותב: "מכל מקום, אין לעשות הרופא כפשוטו כן, רק צריך להיות מתון מאד בדבר, לפקח עם רופאין מומחין שבעיר על פי רוב דיעות. דהיינו רובא דמינכר שהוא כפל, לפי שיש לחוש לקלי דעת". וממשיכה השופטת:

"ואומר על כך פרופ' אלון במאמרו 'ההלכה והרפואה החדשה', מולד חוברת 21 עמ' 231: 'ההלכה מחייבת את עצם העקרון אך דורשת הרבה מתינות וישוב הדעת, ובודאי גם ידיעה והכנה מלאה ומדוקדקת וכן יש להביא בחשבון את שעורי ההצלחה בעת קבלת החלטה קשה וגורלית זו' (שם, בעמ' 235). הנה גם ע"פ

בנין ציון קיא; תפארת ישראל למשנה יומא, ת, ז; בית מאיר ליו"ד שלט; דרך החיים לשו"ע או"ח שכה, שכט; דרכי נועם ליו"ד קנה, א; שו"ת לבושי מרדכי חיו"ד מהדו"ת פו; הרב איסר יהודה אונטרמן, "בעית השתלת לב מנקודת הלכה", נועם (ירושלים, תשל"ט) יג, עמ' א.

10 ראה: Aaron Kirschenbaum, "The 'Good Samaritan' and Jewish Law", דיני ישראל (תל אביב, תשל"ו) ז, עמ' 7 ואילך (בחלק האנגלי); הרב משה הרשלר, "חיוב הצלה בחולים מסוכנים", הלכה ורפואה כרך ב', עמ' כז ואילך, במיוחד פרק שישי בעמ' נב: "בדין אם חייב להכניס עצמו לספק סכנה כדי להציל חבירו", והמקורות שהובאו בשני המאמרים הנ"ל.

11 תפארת ישראל (לעיל, הערה 9) יכין ס"ק מא. קל וחומר אחר לענייננו, מהלכות שבת, לומד הרב יעקב עטלינגר. וזה מהלך מחשבתו: אם בשבת, שהמחללה במזיד חייב סקילה (משנה סנהדרין ז, ד; שם, ז, ח) הדין הוא שמחללים את השבת בשביל ספק פיקוח נפש, קל וחומר שלעניין ספק "רציחה" שדינו רק בסיף (שם, ס, א) שהיא מיתה חמורה פחות (ראה סנהדרין מט ע"ב – נ ע"א) על אחת כמה וכמה, שיש להסתכן (ראה שו"ת בנין ציון, שם).

ההלכה אין החלטה גורלית זו מסורה לשקולו הבלעדי של הרופא המטפל, שלא זו בלבד שעליו להיות מתון מאד, אלא עליו גם להועץ עם גדולים ומומחים. בימינו מי שממלא תפקיד אותם 'המומחים' ומי שמתפקידו לבדוק ולשקול את סכוי ההצלחה כנגד הסכון האם איננו המשיב עצמו לאחר שנועץ בטובי המומחים שבמקצוע? ¹²

אם נדייק בקטע זה של פסק הדין שהובא עתה, כולל דברי רבי יעקב ריישר ודברי פרופ' אלון, מסתבר שיש ערוביה כלשהי בין שתי שאלות שונות. ברם, יש קשר הדוק בין השתיים. השאלות הן: (1) מה גישת ההלכה לעניין רוב דעות של רופאים, הגורסים שאין להסתכן, נגד דעת מיעוט של רופאים, הממליצים להסתכן? (2) מהי גישת ההלכה כשהסיכון בטיפול רב יותר מסיכויי ההצלחה? במלים אחרות, מה גישת ההלכה כשבטיפול המוצע רוב המטופלים מתים, אולם מיעוט מהחולים מבריא לגמרי? הצגת עמדת המשפט העברי לעניין ההלכה בנוגע לזהירות המחויבת במקרים כגון אלה, והצורך לקבל את דעתם של רוב הרופאים, אפילו במקרה של רוב מיוחס לפי הרב יעקב ריישר, אינה מדויקת. אף בנוגע לצורך לשקול את סיכויי ההצלחה לעומת סיכויי אי ההצלחה, ולהעדיף את הסיכוי הסביר יותר, כפי שמשמע מדברי כבוד השופטת, ניתן לפקפק אם עמדת בית המשפט בנידון מייצגת את ההלכה. יש להעיר, ששאלות אלה הן קשות וחכמי הלכה שונים נתנו להן פתרונות מגוונים. מסופק, אם הגישה ההלכתית שהביאה השופטת נתניהו ושעליה היא מסתמכת היא הגישה המקובלת יותר בהלכה, הן לגבי שאלת רוב רופאים נגד מיעוט, ובמיוחד לגבי שאלת סיכון מול סיכוי.

(א) סוגיה ראשונה — רוב ומיעוט: חוות דעת רופאים

בהלכות שנקבעו לעניין פיקוח נפש בשבת וביום כיפור יש הלכות המבוססות על העיקרון שבנוגע לפיקוח נפש — תרי כמאה; דהיינו, בנושא זה המיעוט יכול לקבוע. על סמך סוגיות תלמודיות נפסק בשולחן ערוך:

"כל חולי שהרופאים אומרים שהוא סכנה אע"פ שהוא על הבשר מבחוץ מחללין עליו את השבת ואם רופא אחד אומר צריך [לחלל עליו את השבת] ורופא אחר אומר אינו צריך, מחללין. ויש מי שאומר שאין צריך מומחה, דכל בני אדם חשובים מומחין קצת וספק נפשות להקל" ¹³.

ובנוגע להאכלת חולה ביום כיפור:

"אם שניים אומרים צריך, אפילו מאה אומרים אינו צריך ואפילו החולה אומר עמהם שאינו צריך, מאכילים אותו, מאחר ששניים אומרים צריך" ¹⁴.

12 פסק דין מעין, בעמ' 482.

13 שו"ע, אור"ח, שכח, י.

14 שם, תריח, ד.

והרמ"א מוסיף שם :

"והוא הדין אם החולה ורופא אחד עמו אומרים צריך. אע"פ שמאה רופאים אומרים אינו צריך מאכילין אותו. ולא חיישינן¹⁵ דהחולה אומר צריך משום דמאמין¹⁶ לרופא זה שאומר צריך"¹⁷.

מסופקני, אם דברי השבות יעקב, המחייב רוב של שני שלישים כדי לאשר נטילת סיכון, משקפים בבירור את ההלכה העברית. למרות הגישה המחמירה העולה מתשובת בעל השבות יעקב, חכמים שדנו בשאלה זו של רוב רופאים נגד מיעוט רופאים פסקו הלכה למעשה באופן אחר¹⁸. כלומר, שגם דעת מיעוט יכולה לקבוע. יש לזכור, שמלבד החולה — המבקש עצמו, ראובן מעין — שני רופאים בעלי שם, ד"ר רובין ופרופ' זוהר, המליצו על מתן התרופה.

זאת ועוד: אפילו אם נסכים עם כבוד השופטת שדין המשיב כדין "רופאין מומחין שבעיר", מסופקני אם הנדון דומה לראיה. אין לשכוח, שהקפדתו היתרה של הרב יעקב ריישר על חוות דעתם של מומחים, והליכה אחר רוב מוחס של רופאים, התייחסה למקרה שבא לפניו, והוא: "שיש עוד רפואה אחת שאפשר שיתרפא מחוליו, וגם אפשר להיפך, שאם יקח רפואה זו אם אינו תצליח ח"ו ימות מיד תוך שעה או שתיים". [ההדגשה שלי. ש"ש]. האם במקרה מעין היתה הסכנה כה חמורה? לא ולא. שום רופא מומחה לא חשש מסכנת מוות מידי כתוצאה מלקיחת תרופתו של ד"ר רובין. לכל היותר המומחים העידו "כי הסיכונים הכרוכים בשמוש בו אינם נתנים עדיין להערכה"¹⁹.

(ב) רוב ומיעוט: סוגיה שנייה — סיכוי וסיכון

כאשר הסיכון סביר יותר מהסיכוי, האם יש להסתכן או לא? אין ספק, שגישת חכמי ההלכה, במיוחד גדולי המשיבים של מאה זו, שונה מזו העולה מעין בדברי השופטת נתניהו. כזכור, השופטת נתניהו הביאה את דברי פרופ' אלון, ש"יש להביא בחשבון את שעורי ההצלחה בעת קבלת החלטה קשה וגורלית זו", ועל סמך דברים אלה קבעה שלפי המשפט העברי יש "לבדוק ולשקול את סכויי ההצלחה כנגד הסכון" ולהחליט, אם כן, בהתאם לתוצאות בדיקה זו. כאמור, לא הובאו בפסק דינה מקורות נוספים בנדון. כמה וכמה חכמים דנו בשאלה זו, ובמיוחד במאה הנוכחית. תשובת הרב חיים עוזר גרודזינסקי (1863—1940, בליטא) היא בעלת ההשפעה הגדולה ביותר על התפתחות ההלכה בנדון בתמישים השנים האחרונות. בגלל חשיבותו של המשיב בכלל ושל תשובה זו בפרט, נביא את חלקיה העיקריים:

"ובדבר השאלה אשר שאל מעלת כבוד תורתו בחולה והרופאים המומחים אומרים

15 ואין חוששים.

16 משום שהוא מאמין.

17 הגהות הרמ"א, שם.

18 ראה דרך החיים (לעיל, הערה 9); אורחות חיים הלכות שבת שכת, ט, סעיף י.

19 פס"ד מעין, עמ' 480.

כי בלא אפערציאן²⁰ לא יחיה יותר משה חדשים, וע"י נתות אפשר שיחיה, אך הנתות מסוכן מאד וקרוב יותר שימות מהרה... בעיקר הדבר נראה כיון דלחיי שעה לא חיישינן²¹ היבא שיש בזה ספק הצלת נפשות, וספק פקוד נפש דוחה חיי שעה... ובספר משנת חכמים נסחפק והעלה שם דצריך שיהיה ספק השקול שיחיה, כמו ספק שימות מיד, מיהא²² דלחיי שעה לא חיישינן משמע, דאין חילוק בדבר, ובאופן שימות בודאי בלי הנתות לא חיישינן לחיי שעה²³.

היינו, אם נדייק בתשובה זו, הרב חיים עוזר חולק על גישת בעל משנת חכמים²⁴ ומתיר את הניתות במקרה שבא לפניו, למרות ש"הנתות מסוכן מאד וקרוב יותר שימות מהרה". ובימינו אנו הלכו בעקבות הרב חיים עוזר הרב גרוסנר²⁵, אב בית הדין בקהילת לונדון (המתגורר היום בירושלים) והרב הראשי אוונטרמן ז"ל, הכותב: "גם כשברוב המקרים זה לא מצליח ומקצר את חייו" מותר לנתח²⁶. ולבסוף, גדול המשיבים בימינו בארצות הברית, הרב משה פיינשטיין, דן באריכות בשאלה שלפנינו, ולמרות שהוא נוטה לפרש את הגמרא כך שיש להיכנס לספק חיי עולם רק כשיש ספק שקול, הלכה למעשה, הוא פסק כך: "אבל על כל פנים לדינא כיון דהאחיזר מתיר אף בקרוב יותר למיתה מי יוכל למחות במי שרוצה לסמוך עליו ולעשות הניתות"²⁷.

2. הסכמת החולה

מסקנה נוספת של השופטת נתניהו מעוררת ספקות בלבי. וזה לשונה: "גם הסכמת העותר לטיפול אינה מועילה על פי ההלכה כי אין לאדם רשות על גופו" (אלון, שם, בעמ' 232)²⁸. אמת נכון הדבר, הגישה ההלכתית היא, בדרך כלל, כפי שכתב פרופ' אלון, שאין לאדם רשות על גופו, אולם במאמר הנ"ל פרופ' אלון כתב את הדברים באופן כללי ולא התייחס לשאלה הספציפית שלפנינו.

יש סימוכין לכך, שדווקא בשאלה שאנו דנים בה הסכמת העותר לטיפול כן מועילה על-פי ההלכה — בניגוד לדברי השופטת נתניהו. הרב שלמה קלוגער (חי 1785—1869, בפולין) דן בשאלה זו ישירות ומביא את הכלל שהביאה השופטת נתניהו, ובלשונו: "כיון דהחולה מסכים לקבל על עצמו אחריות זו ולכנוס הסכנה זו²⁹ הן אמת דאין האדם ברשותו עצמו³⁰ להמית את עצמו, הוי בכלל מאבד עצמו לדעת"³¹. בכל זאת מגיע הר"ש קלוגער למסקנה זו:

20 כלומר, ניתות.

21 אין חוששים.

22 ברם.

23 שו"ת אחיעזר (לעיל, הערה 6).

24 משנת חכמים לשו"ע, יו"ד קנה, א. מחברה: ר' יוסף הויכגעלערנטער (1740—1807, בפולין).

25 ראה לעיל, הערה 6.

26 ראה לעיל, הערה 9.

27 שו"ת אגרות משה, יו"ד, חלק ג, לו.

28 פסק דין מעין, עמ' 482.

29 כלומר, להכניס עצמו בסכנה זו.

30 אין לאדם רשות על עצמו.

31 היינו, הוא בבחינת מי שמאבד את עצמו לדעת.

"בוזה עבור אולי יהיה עדיין... אין זה בכלל איסור זה... ודומה למה דאמרינן מוטב לחלל שבת אחת כדי שישמור שבתות הרבה כן הכא נמי בזה מוטב לכנוס³² לספק ביטול חיי שעה דאולי ירויח חיי עולמות ולכך כיון שגם החולה מסכים בדבר... א"כ יש לחולה תרתי, בקיאות ולב יודע ולכך עדיף ממאה"³³.

התרת הניתוח במקרה כגון זה על סמך הסכמת החולה נמצאת גם אצל הרבנים ולדינברג³⁴ וגרוסנס³⁵.

הרב משה פיינשטיין הרחיב את הדיבור בנדון ואף הביא ראיה מהגמרא לתמיכה בגישתו. וזה מהלך מחשבתו: כזכור, עצם דין זה של העדפת ספק חיי עולם על ודאי חיי שעה נלמד בתלמוד מהמקרה של ארבעת המצורעים בספר מלכים ב'. הרב פיינשטיין שואל: איך לומדים הלכה ממעשיהם של ארבעה הדיוטות? יתרה מזו: לפי האגדה, ארבעת המצורעים הם גחזי ושלוש בניו³⁶, ובמסורת גחזי נתפס באופן שלילי עוד יותר ממה שהוא מתואר בספר מלכים. הוא אחד מארבעה ההדיוטות שאין להם חלק בעולם הבא³⁷. אם כן, שואל הרב פיינשטיין, ברור שמעשיו לא נעשו על-פי דרך התורה. אם כן, חייבים אנו להגיד שכוונת ר' יוחנן בתלמוד, שהביא ראיה מגחזי, היא שבשאלה כגון זה הולכים לא על-פי כללי תורה נוקשים, אלא על-פי דרכו של עולם והרגשתו הסובייקטיבית של המצוי בסכנה. ולהדגשת דבריו מביא הרב פיינשטיין, כמשל וכאנאלוגיה, את תכונותיהם השונות של בני אדם. וזו לשונו:

"על כל פנים שא"ר יוחנן שמתרפאין מעכו"ם, כשבלא זה ימות בזמן קצר, הוא משום שכן הוא עדיף להאינשי³⁸, ולענין זה איכא³⁹ בעלות להאדם על חיותו. שלכן היה שייך למילף⁴⁰ מגיחזי ובניו כדלעיל. לכן מסתבר, שאם החולה אינו רוצה משום שעדיף לו חיי השעה הודאין מספק חיים המרובין רשאי שלא להתרפאות דאין הכרח מגיחזי ובניו שהיה עדיף להם ספק חיים המרובין מחיי השעה הודאין דגם לכולי עלמא עדיפי להם⁴¹, דאפשר יש שעדיף להם יותר חיי השעה הודאין מספק חיים המרובין, דהרי כן חזינן⁴² בעניני ממון שאיכא

32 להיכנס, כלומר: להסתכן בספק.

33 דרך החיים (לעיל, הערה 9).

34 שו"ת ציצ אליעזר (לעיל, הערה 6). בין היתר, הרב ולדינברג מסביר את דברי הרב שלמה קלוגער, והוא מפרש אותם כך: כוונת הר"ש קלוגער, כשהוא מצביע על הסכמת החולה, היא הסתמכות רק כסברה נוספת, בנוסף על הסברות האחרות העיקריות שעליהן מסתמך הר"ש קלוגער, ואין לפסוק הלכה למעשה רק על סמך סברה זו של הסכמת החולה. ברם, אין הכרח להסביר כך את דברי ר' שלמה קלוגער.

35 ראה לעיל, הערה 6.

36 סוטה מז ע"א.

37 סנהדרין צ ע"א.

38 לבני אדם.

39 יש.

40 לתלמוד.

41 שגם לעולם כולו זה עדיף.

42 אנו רואים.

אינשי⁴³ בשביל ספק ריוח גדול קונין במעט המעות שיש להם, ואיכא אינשי שלא ירצו לקנות במעט המעות שלהם איכא ספק שיפסידו המעט שיש להם וכן אפשר גם חלוקי דעות מצד טבעיות דהאינשי⁴⁴ לענין החיות⁴⁵. (ההדגשה שלי, ש"ש).

אשר על כן, החלטתו האישית של החולה היא היא הקובעת.

ג. שאלות שלא הועלו על-ידי בית המשפט

כמה מן השאלות הנוספות השייכות לעניין זה, שלא נשאלו בפסק הדין ואשר חכמינו דנו בהן, הן כדלקמן:

- (1) גדר חיי שעה. מה גדר חיי שעה — הרי חיי כולנו קצובים? לכאורה, אפשר לטעון שאין הבדל מהותי בין מה שמכונה "חיי עולם" ובין מה שמכונה "חיי שעה". גם במקרה של "חיי שעה" וגם במקרה של "חיי עולם" המוות הוא ודאי, כי אין אדם חי לעולם וההבדל ביניהם הוא רק הבדל במספר השנים שיחיה ואין זה הבדל עקרוני. ובלשון הרב שלמה קלוגער: "והנה ענין חיי שעה לא נתפרש ואין לומר דאם סופו למות תוך שנה א' או ב' נמי⁴⁶ יהיה נחשב חיי שעה, דאם כן איך משכחת לה⁴⁷ חיי עולם הרי סוף כל אדם למות ומה לי שנה או ב' או מאה סוף סוף לעולם לא יחיה ואם כן יהיה חשב הכל חיי שעה"⁴⁸. (ההדגשה שלי, ש"ש).
- יש תשובות שונות לשאלה זו, שדנו בה מגדולי הפוסקים במאה זו: הרב חיים עוזר גרודזינסקי⁴⁹, הרב אברהם יצחק הכהן קוק⁵⁰, הרב גרוסנס⁵¹ והרב משה פיינשטיין⁵².
- (2) טריפה. היה מקום להעלות את השאלה האם דיגו של ראובן מעין ז"ל כטריפה — היינו, אדם במצב אנוש כזה שרואים אותו כמעין מת, עם אחריות פלילית מוקטנת בנוגע למי שהורגו — ואת ההשלכות ההלכתיות הנובעות מכך. דיון בשאלה זו בקשר עם שאלת חיי שעה לעומת ספק חיי עולם נמצא, בין היתר, אצל חכמי ההלכה שעתה זה הזכרנו⁵³.
- (3) אישיותו של הרופא. שאלה נוספת, שלדעתי היה מקום להעלותה, מבוססת על דברי הירושלמי. המושג בנדרים ד, ד קובעת: "המודר הנאה מחבירו"⁵⁴...

43 שיש בני אדם.

44 כלומר, טבע האדם.

45 שו"ת אגרות משה (לעיל, הערה 27), שם.

46 גם כן.

47 איך בכלל קיים.

48 חכמה שלמה לשר"ע יו"ד, קנה, א.

49 שו"ת אחיזר (לעיל, הערה 6).

50 שו"ת דעת כהן (לעיל, הערה 6) בעמ' שח.

51 ראה הערה 6 לעיל.

52 שו"ת אגרות משה (לעיל, הערה 27), שם.

53 ראה להלן, הערות 48, 49, 51, 52.

54 היינו, שנאסרה עליו בנדר כל הנאה מחבירו.

ומרפאהו רפואת הנפש⁵⁵ אבל לא רפואת ממונו⁵⁶. במלים אחרות, למרות הנדר, כשמדובר ברפואת הגוף, אין הנדר חל למעשה. בירושלמי נשאלה שאלה: האם הלכה זו נכונה גם במקום שיש רופא נוסף שיכול לרפאותו? האם גם אז מותר למודר הנאה לרפאותו? לכאורה התשובה צריכה להיות שלילית, ברם, הגמרא עונה: גם במקרה כזה מותר לרפאותו כיוון ש"לא מכל אדם זוכה להתרפאות"⁵⁷. היינו, מלאכת הרפואה היא כזאת, שהצד הסובייקטיבי ביהסים בין חולה לרופא חשוב ביותר. חולה יכול לומר, אפילו אם מדובר במודר הנאה, עדיף שפלוני יטפל בי, ולא אלמוני, אפילו אם, להלכה, אסור לו, לכאורה, לפלוני לטפל בו כי הוא מודר הנאה ויש רופא אחר הנמצא כאן שיכול לטפל בחולה. דברי הירושלמי הובאו בידי המפרשים והפוסקים כהלכה מקובלת⁵⁸. לאור הדברים האלה, האם לא היה מקום להעלות שאלה זו במקרה של ראובן מעין ו"ל, דהיינו: האם לא היתה לראובן מעין זכות להעדיף את טיפולו של הד"ר רובין על טיפול של רופא אחר?

(4) יחיד מול ציבור. השאלה העקרונית שהועלתה במשפט זה דנה במניעת תרופה מחולה מסוים לאור מדיניות כללית של בדיקות וניסויים הבאים לטובת הציבור בכלל. והרי השופטת לא עסקה כלל במקורות הלכתיים הדנים בטובת היחיד מול טובת הציבור. גם בהלכה לעתים אדם שהוא בעל זכות מסוימת חייב לוותר על זכותו כשמימוש זכות זו מתנגש עם טובת הציבור.

רצוני להסב את תשומת הלב לשאלה דומה: על סמך מה מותר לשלוח אדם למות כחייל כדי להושיע את הרבים? דיון ארוך ומאלף בשאלה זו נמצא בתשובת הרב קוק⁵⁹. רמז לגישה מיוחדת כשמדובר בטובת הציבור, לאו דווקא בעתות מלחמה, נמצא בפירוש מסוים לדברי התלמוד לעניין הסוגיה של גחלת של מתכת ברשות הרבים בשבת⁶⁰. לאור שיטת גאונים וראשונים אחדים לסוגיה זו, כותבים הראשונים שזקק לרבים נחשב כסכנת נפשות⁶¹. הרב ישראלי, חבר בית הדין הרבני הגדול לערעורים, כותב: "שכל מה שנוגע לשלום הציבור או סילוק נזק ממנו הכל נחשב כפיקוח נפש, כי כל מה שכרוך בשלום הציבור יש בו בעקיפין ענין עם פקוח נפש"⁶². בית המשפט העליון כלל לא עיין, על-פי השקפת המשפט העברי, בשאלה, מה מקומה של מדיניות לטובת הכלל כשהיא מתנגשת בצורה חריפה עם טובת הפרט עד לדיני נפשות של אותו פרט.

55 כלומר, רפואת גופו.

56 כלומר, רפואת בהמתו.

57 ירושלמי גדרים פ"ד ה"ב; שם, כתובות פ"ג ה"ב.

58 ראה, למשל, פירוש הר"ן לגדרים מא ע"א, ד"ה "אלא"; פסקי הרא"ש לגדרים פ"ד סי' ח; הלכות הרמב"ן לגדרים מב ע"א; ריטב"א על הרי"ף והרמב"ן לגדרים מא ע"ב; ג"י, שם; טור יו"ד שלו; שו"ע יו"ד שלו, א; ט"ז וש"ך ליו"ד רכ"א, ד.

59 שו"ת דעת כהן, סימנים קמג-קמח; ראה גם ש"י זיין, לאור ההלכה (ירושלים, תשל"ט) עמ' ט ואילך על "המלחמה".

60 שבת מב ע"א.

61 חדושי הרמב"ן והרשב"א לשבת מב ע"א; הר"ן על הרי"ף שם.

62 שו"ת צמוד הימיני סי' יז.

ד. סיום

לדעתנו, אין להגיע למסקנה כלשהי על סמך דיוני כב' השופטת נתניהו, וכפי שראינו, אין הדברים חדי־משמעיים. לא באנו לפסוק הלכה, אלא להעיר ולהאיר את מקורות המשפט העברי שהם מקור מים חיים שאין להם סוף. אי לכך, יש לדלות את המים מבאר זו בזהירות ובהעמקה. אי חדירה לעומק עלולה להביא למסקנות מוטעות: "אבטליון אומר: חכמים הוהרו בדבריכם, שמא תורו דבר שלא כתלמוד..."⁶³.

63 אבות דרבי נתן פ"א, ד, והשווה משנה אבות א, יא.