

## הרב מרדכי הלפרין

## התנגדות הורים לניתוח התינוק המסוכן

## הערות לפסק דין אזרחי\*

## נתונים רפואיים

מדובר בתינוק בן ארבעה חודשים הסובל ממומי לב מולדים קשים. כדי להציל את חייו ממוות מיידי הוא זקוק לניתוח של העורקים הגדולים היוצאים מן הלב. ניתוח זה אינו הניתוח הדפיניטיבי, אשר אותו ניתן יהיה לבצע רק בעתיד, אלא הוא שלב ראשון בסדרת ניתוחים, כשהמטרה המיידית היא לאפשר לתינוק להמשיך לחיות ולגדול, כדי שיוכל לעמוד בניתוח דפיניטיבי בעתיד. ע"פ האמור בפסה"ד, אין לתינוק מומים נוספים פרט למומי הלב הנדונים. כפי שמצוי לעיתים בפסקי דין הניתנים על ידי שופטים שאינם בעלי השכלה רפואית<sup>1</sup>, חסרים בפסק הדין פרטים מזהים על האופי המדויק של מחלת הלב, על הניתוח המוצע ועל הניתוחים המתוכננים בעתיד. משום כך לא ניתן לקיים דיון רפואי רציני במקרה מסויים זה. כמו כן, היקש למקרים ספציפיים אחרים חייב ללקות בחסר, ולכן גם דיון משפטי בכלל ודיון משפטי עברי בפרט, אינם יכולים להיות שלמים. יש הכרח, איפוא, להניח מספר הנחות רפואיות כלליות ולדון לאורן במספר מוגבל של עקרונות הנוגעים לפסק הדין.

מדובר באחד ממומי הלב הכחלוניים המולדים, המצריך פרוצדורת ביניים ניתוחית של דלף ימין-שמאל בין העורקים הגדולים. זו עשויה להציל את חיי התינוק עקב מתן אפשרות לחימצון רקמות הגוף<sup>2</sup>. ניתוחים אלה הם בדרך כלל בעלי סיכון קטן לתמותה או תחלואה ניתוחית ומעניקים לתינוק את פסק-הזמן הדרוש לקראת ניתוח דפיניטיבי גדול, המיועד לתקן סופית את מומי הלב<sup>2</sup>.

\* תיק (ת"א) מ.א. 2192/88 — היועה"מ לממשלה נגד א' רמ'.

חלקים ממאמר זה פורסמו ב"פסקי דין — רפואה ומשפט", (עורכת ש' פריש וחב'), הל-אביב, 1989.

1. לרוגמא: ע"פ 341/82, נתן בן יחזקאל בלקר נ' מדינת ישראל, בו הנתונים הרפואיים המובאים בפסק הדין בעליזין לוקים בחסר ואינם ברורים לאיש המקצוע, למרות חשיבותם המרובה בסוגיית קביעת המוות המוחי.

2. ד"ר א. שטינברג, בהערותיו הרפואיות לפסק הדין שלפנינו, פסקי דין — רפואה ומשפט (שם) עמ' 94.

הסיכויים ורמות הסיכון המדוייקות תלויים, כמובן, בסוגי המומים ובמצב הרפואי של התינוק. נתונים אלו חסרים, כאמור, בפסק הדין.

### עיקר פסק הדין

מאחר והורי התינוק הגיעו למסקנה שחיי הילד אינם חיים, וככל שאפשר ניתקו עצמם מן הילד, פיזית ונפשית, ולא הסכימו לחתום על הסכמה לניתוח — הוגשה בקשה על ידי היועה"מ לממשלה למנות אפוטרופוס נוסף, עם סמכות לחתום על הסכמה לניתוח התינוק. בהחלטתו קיבל כב' השופט בקשה זו, ונתמנה אפוטרופוס נוסף לקטין.

### היבטים משפטיים לאור חוק יסודות המשפט התש"ם-1980

"המשפט העברי הוא מנכסי התרבות שהעניק עמנו לעולם, ורכים מעקרונותיו מהווים כיום נכסי צאן ברזל בכל שיטה משפטית מודרנית.

יניקה ממקורות המשפט העברי בעת עיצוב משפטה המתחדש, הוא אחד האתגרים הלאומיים הניצבים בפנינו. כך נביא לידי ביטוי את זיקתה של מדינת ישראל לעברו המפואר של עמנו.<sup>3</sup>

חוק יסודות המשפט התש"ם-1980 הביא למפנה בזיקתו של המשפט הישראלי אל המשפט העברי. על פי חוק זה נתבטלה הזיקה למשפט האנגלי, ובמקומה נקבעה זיקה חדשה למקורות המשפט העברי.<sup>4</sup>

כביח המשפט העליון באות לידי ביטוי שתי גישות עיקריות בפרשנות לחוק יסודות המשפט.<sup>5</sup> שופטים בעלי ידע מועט במקורות המשפט העברי מפרשים בדרך כלל את החוק על דרך הצימצום, ולעיתים ממשיכים בדבקתם בשיטת המשפט האנגלי שהמחוקק פנה לה עורף. לעומתם, שופטים בעלי ידע וכוח עיון במקורות המשפט העברי מפעילים את החוק הלכה למעשה.<sup>6</sup>

3. דן מרידור, מכתב שר המשפטים, מיום כ' שבט תשמ"ט (8.1.89).

4. חוק יסודות המשפט תש"ם-1980, סעיף 1-2. (נוסח סעיף 1: "ראה בית המשפט שאלה משפטית הסעונה הכרעה, ולא מצא לה תשובה בדבר חקיקה, בהלכה פסוקה או בדרך של הקשה, יכריע בה לאור עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל").

5. לדוגמה ראה: ע"א 546/78, בנק קופת עם בע"מ נ' הנדלס ואח', פד"י ל"ד(3), עמ' 58, וד"נ 13/80, הנדלס נ' קופת עם בע"מ ואח', פד"י ל"ה(2), עמ' 785.

6. נ. רקובר, קורס לשילובו של המשפט העברי במשפט במשפט הישראלי (מסדר המשפטים, שבט תשמ"ט, ינואר 1989), עמ' 14.

לאור האמור, נעיין במספר נקודות עקרוניות הנוגעות לפסק הדין שלפנינו, מתוך המקורות ההלכתיים המרכיבים את המשפט העברי.

### א. הצלת חיים ללא הסכמת החולה.

במשפט קורטאם<sup>7</sup>, נדון מקרה בו בוצע ניתוח (גסטרוטומיה) בגופו של עציר שבלע שקיות סם. הסיבה הפורמלית בבקשה לביצוע הניתוח היתה החשש לחיי העציר אם לא יתבצע הניתוח. למרות התנגדותו של העציר לניתוח, החליט כב' שופט השלום חרסונסקי "לאפשר ליתן לחשוד כל טיפול אשר יקבע בית החולים להצלת חייו...".

בפסק דינו, כתב, בין היתר, שופט ביהמ"ש העליון כב' השופט בייסקי:

"דומני כי הגישה העולה מפסק-דין עשירה (ע"א 322/63) וע"א 46/62 הנ"ל היא המייצגת והתואמת את התפיסה הראוייה בישראל, בהיותה הקרובה ביותר למסורת ישראל הדוגלת בקדושת החיים. על כן, כאשר נתון אדם בסכנת מוות ודאית מיידית או צפוי הוא לנזק חמור וודאי לבריאותו, מותר ומותר לבצע ניתוח או התערבות אחרת בגופו אף שלא בהסכמתו; ..."

בקטע אחר באותו פסק דין, חלק כב' השופט בייסקי על כב' השופט כן בנטייתו להיצמד לעקרונות שהתגבשו במערכות משפט זרות, והעדיף את המשפט העברי תוך כדי ציטוט אחד המקורות הבסיסיים בנדון:

"כשלעצמי אין אני סבור כי בסוגיא קשה וסבוכה זו עלינו לאמץ בהכרח את העקרונות שנתגבשו בארצות הברית ובאנגליה, הן העקרון הכולל האוסר טיפול פיזי על ידי רופא שלא בהסכמת הפציינט והן החריגים המעטים הפוטרם מהעיקרון. אין אני מפחית ערך האסמכתאות בהקשר זה אשר הזכיר חברי, אך אין אני משוכנע כי גישה זו עולה בקנה אחד עם הפילוסופיה היהודית באשר לקדושת החיים כערך עליון, ומסורת ישראל להציל במקום שניתן להציל. בהקשר זה הביא השופט המלומד קמא בפסק דינו את דבריו של ר' יעקב עמרין בספרו מור וקציעה על שו"ע או"ח<sup>8</sup>, כדלקמן:

בחולי ובמכה שבגלוי, שיש לרופא ידיעה ודאית והכרה ברורה בהם ועוסק בתרופה בדוקה וגמורה, ודאי לעולם כופין לחולה

7. ע"פ 480/85 וע"פ 527/85, יוסף קורטאם נ' מדינת ישראל.

8. סי' שכ"ח (מ. ה.).

המסרב במקום סכנה, ככל ענין ואופן, שניתנה רשות לרופא לרפאותו, כגון לחתוך בשר חי שבמכה ולהרחיב פיה ולהפיס מורסא ולחכוש שבר, אפילו בנטילת אבר (כדי להצילו ממות)... כל כהאי גוונא ודאי עושים לו ומעשים אותו בעל כרחו, משום הצלת נפש, ואין משגיחין בו אם הוא אינו רוצה ביסורין ובחר מוות מחיים, אלא חותכין לו אפילו אבר שלם, אם הוצרך לכך למלטו ממות, ועושין לו כל הצריך לפיקוח נפש נגד רצונו של החולה. וכל אדם מזהר על כך משום "לא תעמוד על דם רעך" ואין הדבר תלוי בדעת של חולה, ואינו נתון ברשותו לאבד את עצמו".

(ע"כ מתוך פסה"ד)

דבריו של ר' יעקב עמדין מהווים נדבך חשוב בפסיקה ההלכתית, אך ראוי לציין גם מקורות נוספים, מוקדמים ומאוחרים. המקור הקדום ביותר מצוי, כבדרך אגב, בתוספתא<sup>9</sup>, בה הושווה דין כפייה ("מישכון") בגביית השקלים לתרומת-הלשכה לכפיית טיפול רפואי מציל חיים:

"משל לאחד שעלתה לו מכה ברגלו והיה הרופא כופתו ומחתך בבשרו בשביל לרפאותו. כך אמר הקב"ה: משכנו ישראל על שקליהן..."

כמשל מתוארת כפייה לגיטימית של טיפול מציל חיים<sup>10</sup> ללא הסכמת החולה<sup>11</sup> — כפייה המוכנת עקב ההצלה הרצויה. ניתן, אם כן, ללמוד מתוך הדברים את ההלכה המוסכמת אשר מחייבת טיפול מציל חיים בכפייה.

מקור פסיקתי מאוחר מצוי בתשובה של הרב משה פיינשטיין זצ"ל, שנכתבה בחודשים האחרונים לחייו<sup>12</sup>:

"ואם יש חולה שצריך ניתוח להצילו, ויש רוב גדול שיצליח הניתוח, יש לעשות לו הניתוח גם כנגד רצונו... כל זמן שאין חשש שעצם מה שכך מכריחים אותו יגרום לו סכנה יותר גדולה."

9. תוספתא שקלים, פרק א.
10. מעין זה בתרי"ב, אמור, פרשתא א, יד, שעלתה נומא על רגלו של יוסף בן פכסס והוצרכו לכרות הרגל "כדי שלא יכלה הגוף" (ביאור הח"ח, שם).
11. פירוש ר' מיוחס, שמות ל', י"ג (הובא: ש. ליברמן, תוספתא כפשוטה, שקלים שם): "וכפתו הרופא לרפאותו על כרחו."
12. תשובה לרב חיים ספרונג, מיום ר"ח כסלו תשמ"ו, טרם פורסמה בדפוס.

לאור מקורות אלו, ברור שכשם שאין צורך בהסכמת בוגר בר-דעת לביצוע ניתוח מציל חיים בגופו, גם אין חוקף מחייב להתנגדותו, ואין צורך בהסכמת אפוטרופוס לביצוע ניתוח מציל חיים בגופו של תינוק.

מסקנה זו כבר נכתבה ע"י ר' דוד צבי הופמן בראשית המאה:<sup>13</sup>

"ומענה כיון דשרי לעשות אֶפְעֶרְאֵיָאָן (ניתוח) כזו, אם כן דעת אביו ואמו לא מעלה ולא מוריד. דאיתא ביו"ד סי' של"ו דיש חיוב על הרופא לרפאות ואם מונע עצמו הרי זה שופך דמים, ולא מצינו בכל התורה כולה שיש לאב ואם רשות לסכן נפש ילדיהם ולמנוע הרופא מלרפאותם."

בתחום העיוני, קיימים 3 הסברים להיתר (או חיוב) כפייה של פרוצדורה מצילת חיים.

- א. דיני פיקוח נפש<sup>14</sup> ומצוות הצלת חיים<sup>15</sup>.
  - ב. כפיית החולה למלא את חובתו להציל את חייו<sup>16</sup>.
  - ג. קיום הסכמה משפטית של החולה (!).
- למרות שבעת ביצוע הטיפול לא מובעת תמיד הסכמה מצד החולה, אך משיבריא יכיר בכך שנותח לטובתו ויביע הסכמה רטרואקטיבית.<sup>16\*</sup>

לענייננו נוגעים הסברים א' ו-ג' בלבד, שהרי על התינוק לא מוטלת שום חובה משפטית, ולכן אין מקום לכפיית חובה שאינה קיימת.

13. שו"ת מלמד להועיל, חלק ב (הוצאת חרמון, פרנקפורט ענ"מ, תרפ"ז), תשובה קד.
  14. פיקוח נפש דוחה כל איסורים שכתורה (פרט לשלש העברות החמורות) וימא פב: ובמקבילות) מן הפסוק "ושמרתם את חקתי ואת משפטי אשר יעשה אתם האדם וחי בהם..." (ויקרא, יח, ה), ודרשו חכמים: "ולא שימות בהם" (יומא, פה:).
  15. חובת הצלת חיים נלמדת (סנהדרין עג.) הן ממצות השבת אבידה (דברים כב, א-ד) והן מאיסור "לא תעמוד על דם רעך" (ויקרא יט, טז).
  16. כשם שכופין לווה לקיים את "מצות פריעת בעל חוב" וגוכין ממנו את דמי החוב (רב פפא, כתובות פו). סמכות הכפייה מוטלת על בית דין לדעת נתיבות המשפט סי' ג, ועל כל אדם לדעת קצות החושן במשובב נתיבות שם.
  - 16א. על ערך התנגדות החולה כשעת סבלו — השווה: רמב"ם, הל' גירושין, פ"ב, ה"כ; מלבי"ם, ויקרא ג, א, אות כ"ו, ד"ה "והנה הרצון".
- לגבי ערכה של הסכמה רטרואקטיבית מצד קטן שהגדיל — ראה סוגיית "גר קטן", כתובות יא.

ואכן, בדברי ר' יעקב עמדין מוזכר הנימוק "משום הצלת נפש" ואיסור "לא תעמוד על דם רעך", והדברים רמוזים גם בדברי רד"צ הופמן שהובאו לעיל.

### ב. זכות סירוב לפרוצדורה מצילת חיים

למרות העיקרון שחובת הצלת חיים אינה מותנית בהסכמת החולה, קיימים מספר יוצאים מן הכלל. כבר במקור הקדום, בתוספתא<sup>9</sup>, טמונים הן העיקרון והן גבולותיו. התנא משתמש במשל הרופא והרגל הננועה כדי לבאר את עיקרון הכפייה בגביית השקלים לתרומת הלשכה, ממנה נלקחים דמי קרבנות ציבור:

"משל לאחד שעלתה לו מכה ...

והיה הרופא כופתו ומחתך בבשרו כדי לרפאותו,  
 כך אמר הקב"ה: משכנו ישראל על שקליהן ...  
 מפני שקרבנות הציבור מרצין ומכפרין בין ישראל לאביהן  
 שבשמים."

כוונת הכרייתא לבאר מדוע לא נפסל כסף שנגבה בכפייה. שהרי קרבנות כשרים אך ורק אם הובאו מרצונו החופשי של המקריב. אם כן, מעות שניגבו בכפייה צריכות להיפסל! התשובה טמונה ב"משל הרופא" המדגים כפייה מסוג מיוחד: בעת ביצועה לא תמיד קיימת הסכמה של החולה, אך לכשמכריא מכיר החולה בכך שלטובתו נותח, והוא מרצה ומסכים רטרואקטיבית. כך גם מוסברת הכפייה על השקלים. למרות הכפייה בשעתה, קיימת הסכמה רטרואקטיבית לאור הכפרה והריצוי בין הנותן לאביו שבשמים<sup>17</sup>.

מתוך הדברים נראה שפרוצדורה רפואית אשר גם לאחריה ימשיך החולה לסבול סבל רב עד כדי כך שברור כי לא יסכים הסכמה רטרואקטיבית – אינה מותרת לביצוע בכפייה!

מכאן ניתן להסיק מסקנות מעשיות. הדוגמאות הבאות מובאות בספרות ההלכתית:

א. חולה בן 50 סבל מסוכרת עם סיבוכים קשים (עיוורון, בעיות כלי דם, זיהומים חוזרים ועוד) ועבר כריתת רגל עקב נמק (גנגריונה).

17. ראה ש. ליברמן, תוספתא כפשוטה, שם, עמ' 661 ד"ה וכוונת הכרייתא.

החולה שכב בבית החולים עם נמק ברגלו השנייה שגרם ליסורים קשים. קויימה התייעצות בין-תחומית של רופאים כירורגיים ורופאים פנימאים בה גיעו למסקנה כי החולה עלול למות תוך ימים ספורים אם לא תבוצע כריתה של הרגל השנייה. הניתוח, שאינו חסר סיכון לתמותה סביב-ניתוחית, לא הומלץ כטיפול במחלתו היסודית, אלא כדי להצילו ממוות מייד.

החולה עצמו סירב להסכים לניתוח עקב הסבל הכרוך בו ועקב חוסר הרצון להמשיך לחיות כעיוור וקיטע בשתי רגליו.

הרב שלמה זלמן אויערבאך, מגדולי הפוסקים בארץ, פסק שאין לבצע ניתוח כזה נגד רצונו של החולה ואין לנסות לשכנע אותו להסכים לפרוצדורה, (למרות ההיתר לחלל שבת אם הניתוח יחבצע בהסכמה!)<sup>18</sup>.

ב. חולה המסרב לעבור ניתוח מציל חיים עקב החשש מתמותה סביב-ניתוחית בשיעורים משמעותיים. כאן קיימות דעות שונות בין הפוסקים:

1. "ספר החיים"<sup>19</sup>: אין לנתח ללא הסכמה ואין כאן חובת הסכמה.
2. שו"ת "לב אריה"<sup>20</sup> מסתפק ברין זה, ללא הכרעה.
3. הרב משה פיינשטיין<sup>12</sup> סבור שאין צורך בהסכמה "אם יש רוב גדול"<sup>21</sup> שיצליח הניתוח.

18. נשמת אברהם, חלק יו"ד, קנה, ב.

19. אר"ח, סי' שכח. הובא: נשמת אברהם, שם.

20. שו"ת לב אריה, חלק ב, סי' לה. הובא: נשמת אברהם, שם.

21. עדיין יש צורך בהבהרה מהו "רוב גדול". האם הכוונה לרוב מיוחס של שני שלישי, מעין

דרישת שו"ת שבות יעקב ל"רובא דמינכר שהוא כפל" (חלק ג, סי' עה), או שהכוונה ל"רוב גדול" כזה שכל אדם סביר יעדיף את את סיכוני הניתוח על פני המשך המצב החולה הנוכחי, כפי שביאר הרב ש. רפפורט במאמרו זכרו תורת משה עבדי, פרק ה, בתוך: ממלכת כהנים וגוי קדוש, עורך: הרב י. שביב, תשמ"ט, עמ' 380-384.

יש לציין גם לאג"מ, יו"ד, חלק ג', סי' לו, ד"ה "ובדבר אם מחוייב החולה", בו כתב: "אבל כשהרוב הוא לחיים — מסתבר שחייב ... אבל בספק השקול מסתבר שאין לחייבו, דאם הוא חס על חיי שעה שלו הוודאין ואינו רוצה ליכנס בספק לאבד זה בשביל ספק שירויח עוד זמן — ודאי רשאי." משמע שדי ברוב רגיל (מעבר לספק שקול) כדי לחייב.

הנתונים הרפואיים בפסק הדין שלפנינו אינם מאפשרים ניתוח רפואי של המקרה ולכן לא ניתן לברר אם יש לשייכו לקטגוריות בהן כופין פרוצדורה ניתוחית על החולה. אמנם, מתוך חוות הדעת הרפואית של ד"ר שטיינברג עולה ש"קיימת סכירות רבה להצלחת השלב הראשון של הניתוח, ולהבאת החינוק למצב שבו ניתן יהא לחקן את מומיו בצורה משביעת רצון"<sup>22</sup>. לאור זאת, המסקנות הנובעות מפיסקה א' לעיל, על פיהן אין צורך בהסכמה כלל, ישימות למקרה שלפנינו.

אולם עקב קיומם של מקרים בהם ההלכה אינה מחייבת חיוב מוחלט לכצע פרוצדורות ניתוחיות מצילות חיים, ולאור חוסר נתונים רפואיים מלאים הנוגעים למקרה הנדון, יש מקום לדון בסמכויות המוקנות לאפוטרופוס ע"י ההלכה, ולחקור אם בסמכותו להחליט החלטות הנוגעות לגופו ולחיו של קטין.

### ג. סמכויות האפוטרופוס ע"פ ההלכה

כבסיס לדיון, יש להבהיר מהן סמכויות האפוטרופוס ומהיכן שאוב כוח לפעול בכסי יחומים ופסולי דין.

ע"פ ההלכה מתמנה אפוטרופוס לניהול עניני הממוניים של קטן או מפגר חסר דעת<sup>22</sup>. הצורך במינוי אפוטרופוס נלמד מן התורה<sup>23</sup> ומן הסברא<sup>24</sup> גם יחד. סמכויותיו של האפוטרופוס לנהל את נכסיו של הקטן מקורן בהלכות "זכייה" "זכין לאדם שלא בפניו"<sup>25</sup> הנלמדות מן הפסוקים הדנים בחלוקת הארץ<sup>26</sup> ומכוחו של בית דין להפקיר נכסים<sup>27</sup>. בתלמוד<sup>28</sup> ובפוסקים<sup>29</sup> מפורטות סמכויותיו של האפוטרופוס בתחום הממוני עם הגבלות שעיקרן שמירה מדוקדקת על רכושו של הקטן ע"י הימנעות מפעולות לחובתו כשאין בהן רווח ודאי.

22. רמב"ם, הלכות נחלות, פרק י, הלכה ח; שו"ע חו"מ, רצ, כז.
23. רמב"ן, גיטין, נב., ע"פ קידושין מב; ; שאילתות דרב אחאי גאון, שאילתא קלט.
24. הנצי"ב מוולוז'ין, העמק שאלה, שאילתא קלט, ס"ק ב.
25. עירובין פא; ; קידושין מב. ובמקבילות.
26. רמב"ן, שם (הע' 23) ע"פ קידושין מב; ; שאילתות, שם.
27. ריטב"א, גיטין נב.
28. גיטין נב.
29. רמב"ם, הלכות נחלות, פרק יא; ; שו"ע, חו"מ, רצ.



הן המקור לסמכויותיו של האפוטרופוס והן הדוגמאות המובאות בתלמוד, כרמב"ם ובשו"ע, מעידים שסמכויות אפוטרופוס מוגבלות לנכסים ממוניים ואין לו שום סמכות להחליט החלטות הנוגעות לפעולה בגופו של הקטין. יתר על כן, מבואר בפוסקים<sup>30</sup> ש"בממונא שליט אפוטרופא ולא בגופיה" ולכן אפוטרופוס אינו שליט בגופו של בן להוליכו נגד רצונו בשום מקום. מכאן נובע שגם אין הוא שליט בגופו של בן למנוע ניתוח מציל חיים או לאשר ניתוח לא הכרחי בגופו<sup>31</sup>.

בהלכות אפוטרופוס אין, כאמור, סמכות להחלטות שאינן ממוניות. מצד שני, מוקנית סמכות החלטה וביצוע לכל אדם המסוגל להציל חיים בעצמו או בעזרת אחרים<sup>32</sup>.

30. תשובות אלשיך סי' לח, הובא: ר' יצחק לאמפרונטי, פחד יצחק, ערך אפוטרופוס.  
31. סמכות חריגה לפגיעה בגופו של בן לטובתו, מצויה בהלכות חינוך. האב והרב המלמד חורה רשאים להכות את הבן במסגרת הפעילות החינוכית (מכות, פרק ב, משנה ב). הלכה זו אינה נוגעת לסמכויות אפוטרופוס, אלא למצוות חינוך, שמוטלת, כאמור, גם על האב וגם על המורה המחנך. הלכה דומה קיימת במצוות ברית מילה, המוטלת על אבי הבן או על בית דין, והמהול מקבל מינוי של שליח האב או שליח בית דין. רק לאחר הגיעו לגדלות מוטלת המצווה על הנימול עצמו (ברייתא, קידושין כט. ; שו"ע יו"ד, רס-רסא).

דוגמה קיצונית נוספת לסמכויות אב בגופה של בתו, מצויה בפרשת אמה עבריה (שמות כא, ז"ב):

אב ש"העני ולא נשאר לו כלום, לא קרקע ולא מטלטלין ואפילו כסות שעליו" — (רמב"ם, הלכות עבדים, פרק ד, הלכה ב)  
רשאי למכור את בתו הקטנה לאמה. אך הקונה חייב להיות:  
"מי שיש לה עליו או לבנו קידושין כדי שתהא ראיה לייעוד" (רמב"ם, שם, הלכה יא).

כלומר, מדובר במצבים קיצוניים בהם מכירת הבת עשויה להיות הדרך היחידה לשיקומה ממעמדה כמשפחה ההרוסה, עד כדי כך, שיש מקום לאסור על האדון לשחררה מיומנתו (לפני תום הזמן), ללא ביצוע ה"ייעוד" (רמב"ן על התורה, שמות, שם). הלכה זו מהווה לכאורה דוגמה להיתר מכירת קטינה לעבדות לטובתה, בניגוד לקביעה שאין לאפוטרופוס סמכויות בגופו של קטן.

אולם עיון בדוגמא החריגה מצביע דווקא על נכונות הכלל המגביל את סמכויות האפוטרופוס לנושאים ממוניים בלבד. שהרי סמכותו של האב למכור את בתו, גם כשמדובר בתועלתה ולשיקומה, אינה נובעת מהלכות אפוטרופוס, אלא מזכות קניינית שניתנה לאב, לו בלבד, שאינה מוקנית לשום אפוטרופוס בכל מצב שהוא. לכן, דוגמא חריגה זו מהווה הוכחה נוספת שסמכויות אפוטרופוס אינן כוללות זכויות פעולה בגופו של בן, וכדברי האלשיך בתשובה.

32. פסקא א' לעיל.

במקרים אלו מסתכם תפקיד בית הדין בבירור והוראת ההלכה לאור הנתונים הרפואיים, רק אם הדין אינו ידוע לנוגעים בדבר<sup>33</sup>.  
אולם, באותם מקרים בהם, עקב שיקול של חשש מפני סכל או איבוד חיי-שעה, רשאי החולה להחליט בעצמו אם לאשר את הפרוצדורה אם לא<sup>34</sup>, מתחדדת הבעיה הנוגעת לקטין כדוגמת התינוק שלפנינו – מי הוא המוסמך להחליט, ומה צריכה להיות ההחלטה בכל מצב ומצב.

הבדל עקרוני בין קטין למבוגר מתבטא, איפוא, באפשרותו של המבוגר להתנגד לכיצוע ניתוח כגופו, במצבים המתוארים בפסקה ב', לעומת התינוק הקטין שאין בו דעת ואין שום אפשרות להפיק ממנו הסכמה או התנגדות בעלות תוקף. לכן, יש מקום לבחון האם קיימים מצבים בהם ראוי להימנע מפרוצדורה להצלת חיים של קטין עקב איכות החיים הירודה הצפויה לו.

#### ד. הימנעות מניתוח תינוק הצפוי לסבל עתידי קשה

תינוק הנולד עם מנינגומילוצלה (Meningomyelocele).  
במום זה חסר חלק מחוליות עמוד השדרה וגם קרומי חוט השדרה, יחד עם חלק מחוט השדרה, גלויים וכולטים החוצה. ללא ניתוח לכיסוי הפגם – ימותו יותר מ-80% מהתינוקות תוך זמן קצר. גם אם יבוצע הניתוח למניעת מוות קרוב, צפויים ילדים אלו למספר סיכוכים חמורים הכוללים, בין השאר:

1. שיתוק בגפיים התחתונות.
2. חוסר שליטה על סוגרי כיס השתן והחלחולת.

בספרות ההלכתית בולטים חילוקי דעות בין הפוסקים בשאלה זו.

הרב א"י וולדינברג פסק:

"מותר, והדעת נוטה שאיכא<sup>35</sup> גם מצוה, לנתח תינוקות אלו ביומם הראשון ולכסות עם עור את קרומי המוח הגלויים על מנת למנוע זיהום של קרומי המוח<sup>36</sup>."

33. משה זילברג, כך דרכו של חלמוד, פרסומי הפקולטה למשפטים של האוניברסיטה העברית, מס' 8 (מהדורה ראשונה תשכ"ב-1961, מהדורה שנייה תשכ"ד), פרק ד' מידות ושיעורין, פסקה 4 ("המשפט העברי... – משפט ללא שופטים").

34. פסקה ב' לעיל.

35. = שיש

36. שו"ת ציץ אליעזר, חלק יג, סי' פח. השווה: הרב י. זילברשטיין, טיפול בפג בפיקר"ג העלול לגרום לנזקים, בשבילי הרפואה (בי"ח לניאדו) ט, (טכת תשמ"ט), עמ' עה-פה.

לעומתו פסק למעשה הרב ש"ז אויערבאך<sup>37</sup>:

"על דבר הילדה החולנית... דכיון שע"י הניתוח היא תשאר ח"ו משותקת לכל ימי חייה, וגם בנוסף לכך אין ההצלה ודאית, בכגון דא מוטב להשאר בשב ואל תעשה..."

אמנם, סוכר הרב אויערבאך, קיימת חובה לטפל כמשותקים למרות סבלם הקשה, ובמצבי פיקוח נפש אף חובה לחלל עבורם את השבת לצורכי הטיפול השיגרתי. כמו כן, אין לנו שום קנה מידה אנושי למדידת ערכם של חיים, "אבל מכל מקום, הואיל וסוף סוף החיים של המשותקים הם רעים ומרים, וגם יש אשר טוב להם המות מהחיים, לכן בכגון דא מסתבר שאין חייבים לעשות מעשה של ניתוח בקום ועשה, ובפרט בנדון דידן שגם עצם ההצלה אינו אלא ספק."<sup>37</sup>

את דעתו של הרב פיינשטיין ז"ל ניתן, אולי, להסיק מפרשנותו של הרב שבתי א' רפפורט: המודד להחלטה צריך להיות נורמה סבירה על פיה יש לפעול. ב"איזורים האפורים" תכריע דעתו של החולה<sup>38</sup>.

צריך עיון, אם כן, מיהו בעל זכות ההכרעה עבור התינוק הקטין<sup>39</sup> באותם "איזורים אפורים": ההורים, בית הדין או גורם אחר.

ברור, שהשיקול שצריך להילקח בחשבון הוא אך ורק טובתו של הקטין ולא שיקולים זרים הכוללים בין, בין השאר, את טובת ההורים או החברה. ייתכן כי הלכות "זכייה", שהן המקור לדיני אפוטרופוס<sup>26</sup>, מאפשרות להורים או לכל המופקד על טובת התינוק להחליט על הסכמה או התנגדות לפרוצדורה ניתוחית באותם "איזורים אפורים". אסמכתא להרחבה מעין זו בהלכות אפוטרופוס, ניתן

37. מנחת שלמה (ירושלים, תשמ"ו), סי' צא, פסקה כד.  
בהמשך דבריו שם מבדיל הרב אויערבאך בין מתן מזון וחמצן אותם יש לתת גם נגד רצון החולה, אפילו אם הוא חולה טרמינלי הסובל "כאבים ויסורים גדולים" לבין תרופות הגורמות סבל קשה לחולה אם הוא מסרב לקבלן.  
פירוש נוסף על סוגי הטיפול המחוייבים בחולה טרמינלי, הובאו בנשמת אברהם, יו"ד, שלט, ד.

38. זיכר תורת משה עבדי, שם (הע' 21 לעיל).  
39. ראה: ספר רשב"ץ (רפאפורט) על מסכת כתובות בדף ח' מדפי הספר (צויין: ציץ אליעזר, חט"ו, סי' מ, אות ד) שם הוזכרה הסכמת האב כתנאי לניתוח שבר. יתכן, איפוא, שבמקרים הגבוליים מכיר המשפט העברי בסמכות האב להחליט לטובתו של הבן, קרוב לוודאי עקב העקרון הנלמד מהלכות זכייה כמבואר להלן.

לראות בדברי הפוסקים המטילים על האפטרופוס את מצות החינוך<sup>40</sup> מצוה המוטלת במקור על האב בלבד<sup>41</sup>. במקום שקיים חשש מפני שיקולים שאינם עולים בקנה אחד עם טובת התינוק בלבד, יש מקום לבקרה חיצונית – על החלטות הורים או אפטרופוס אחר על ידי מרא דאתרא או בית הדין<sup>42</sup>.

מעוררת חלחלה טענתם של הורים בהם מצרפים את סכל המשפחה כנימוק נוסף להצדקת אותנזיה פסיבית –

”הנתיוח רק יאריך את סכלו של התינוק

וסכלה של המשפחה שהושפעה קשות עקב הלידה

ולפיכך הם סבורים כי זכותם ... לסייע לו למות...”<sup>43</sup>

שכן, הכנסת שיקולים של טובת אחרים, אפילו מדובר במשפחה, כנימוק לאותנזיה פסיבית, לא רק שאינה מוסרית והיא מנוגדת למשפט העברי, אלא אף מסכנת באופן חמור את אשיות החברה האנושית. לכן, ברגע שהורה או אפטרופוס מעלה טיעון מעין זה עליו להיפסל מיד, ויש להפקיע ממנו את אפשרות ההחלטה על חייו של התינוק.

## ה. תינוק חסר סיכוי

טיעונם של הורים כי מדובר בתינוק ש”נגזר עליו למות עוד קודם לידתו”, ולכן “אין להאריך את סכלו של התינוק” – ראוי לעיון. המשפט העברי מבדיל באופן בולט בין “נפל” שבעת לידתו ברור כי לא ישלים שלושים ימי חיים, לבין ילוד “טריפה” שיוכל לחיות יותר משלושים יום, אך ימות תוך שנה. במקרה של נפל, אכן ייתכנו מצבים נדירים בהם אין להתייחס אליו כאל יצור חי, עם כל ההשלכות המשפטיות של הגדרה זו<sup>44</sup>.

40. ראה: שדי חמד, מערכת ח, כלל נט, בשם אחרונים; והשווה: חקרי לב, אורח סי' ע, ר-עד.

41. דעת ר"ל, נזיר כט. וראה: ריטב"א עירובין פב. ד"ה לימא; מחצית השקל, סי' שמג, ס"ק א.

42. מעין דרישת שו"ת שבות יעקב (חלק ג, סי' עה), ל"הסכמת החכם שבכעיר". כבקרה על החלטה לביצוע נסיון רפואי בחולה חשוך מרפא.

43. פסקה 2 בפסה"ד.

44. "בן שמונה" מתואר כמשנה ובחלמוד בוולדות אדם וכהמה. מדובר ב"נפל", כלומר, וולד הנולד קודם זמנו כשקיימת ודאות רפואית בדבר מותו הקרוב. מצב מיוחד זה של יצור אנושי שאינו בר קיימא מרגע היוולדו ואשר לידתו המוקדמת מביאה להגדרתו כמין מיוחד, יוצר מהות הלכתית ייחודית: למרות מצבו הפיזיולוגי (הזמני) החי, והיותו

לעומת זאת, "טריפה מן הבטן"<sup>45</sup> דינו כחי לכל דבר ויש להתייחס אליו כאל כל חולה טרמינלי בוגר<sup>46</sup>.

החיאור של המצב הרפואי כפי שמשקף בפסק הדין שלפנינו, מצביע על כך שלא רק שאין מדובר כאן ב"נפל" אלא אין מדובר אפילו ב"טריפה מן הבטן". משום שהערכה רפואית קובעת שלתינוק יש סיכויים סבירים שיאריך ימים. הערכה זו קובעת שיש להתייחס לתינוק. זה כאל חולה שיש סיכויים סבירים לריפוי, למרות הסיכונים הכרוכים בניתוחו. מכאן המסקנות המשפטיות שהוכחו בפסקה א' לעיל, וכפי שסוכמו בדברי רד"צ הופמן במלמד להועיל<sup>13</sup>: כשם שאין צורך בהסכמת בוגר בר-דעת לניתוח מציל חיים בגופו ואין תוקף מחייב להתנגדותו, כך אין צורך בהסכמת אפטרופוס לביצוע ניתוח מציל חיים בגופו של תינוק.

נושם, מתנועע ובעל מחזור דם מתפקד, הרי מבחינה הלכתית מוגדר הנפל כגוף דומם, כאבן, עם כל המשמעויות הנובעות מכך. לדוגמא:

- א. הקזת דם וחיתוך בשר בן ח' – נחשבת כ-"מחתך בשר" ומותרת בשבת.
- ב. דמו, רוקו, ומי רגליו של בן ח' אינם מכשירים לטומאה כמשקה אדם.
- ג. אין היתר לדחות את השבת למען הארכה זמנית של חיי הנפל.

להלכה בזמננו, כשבני שמונה רבים מאריכים ימים, יש להתייחס אליהם כאל ספק בני קיימא, ולטפל בהם בשבת ככחול כל שיש תקוה שיוכל לחיות אפילו חיי שעה בלבד. (שמירת שבת כהלכתה, פרק לו, סע' יב. וראה: מ. הלפרין, הגדרה הלכתית ואבחנה רפואית – מבוא לסוגיית "בן שמונה", להלן עמ' 295-299, ובמקורות המצויינים שם).

45. לשון המשנה: חולין, ד, ד; שבת קלו. – הכוונה לולד חי עם פגמים מולדים שבעטים לא יוכל לחיות יותר משנה.

46. הרב זלמן נחמיה גולדברג, ייחוס אימהות בהשתלת עובר ברחם של אחרת, תחומין ה' (תשמ"ד), פרק א, סע' 3, עמ' 251. אך ראה מ. הלפרין, השתלת לב ע"פ ההלכה, ספר אסיא ה' (מס, ירושלים תשמ"ו) הע' 40, עמ' 61, ובמקורות המצויינים שם.