






## הרב ירון מושקוביץ וד"ר נתנאל הורוביץ הבסיס ההלכתי למתן הנחיות רפואיות מקדימות

- הנחיות רפואיות מקדימות במדינת ישראל
- הבעת רצון מוקדמת בחוק הישראלי
- יתרונות הבעת רצון מוקדמת
- הבסיס ההלכתי לאוטונומיה ורצון החולה
- החובה להתרפא וסירוב טיפול
- הימנעות מטיפול במצבים רפואיים מורכבים
- 'דבר שלא בא לעולם' בהנחיות רפואיות מקדימות
- גישות פרשניות לבעיית 'דבר שלא בא לעולם'
- פתרון הבעיה: סמיכות דעת ואומדנא
- סמיכות דעת
- אומדנא שאין אדם רוצה לסיים את חייו
- בייסורים
- מסקנה רפואית הלכתית

---

חוק 'החולה הנוטה למות' מאפשר לכל אדם בוגר להביע את רצונו לגבי טיפול רפואי עתידי שייעשה בגופו, על ידי מתן הנחיות רפואיות מקדימות  הרב מושקוביץ וד"ר הורוביץ עוסקים במאמרם בעקרונות ההלכתיים שעומדים בבסיס האפשרות להעניק הנחיות רפואיות מקדימות  מהו הבסיס ההלכתי לאוטונומיה ורצון החולה, והאם יש ביסוס הלכתי לעסוק בדבר שלא בא לעולם  בנוסף, המאמר מבאר יתרונות רבים למתן הנחיות רפואיות מקדימות ומסיק שיש להן תוקף הלכתי

---





## הרב ירון מושקוביץ וד"ר נתנאל הורוביץ' הבסיס ההלכתי למתן הנחיות רפואיות מקדימות

### הנחיות רפואיות מקדימות במדינת ישראל

#### הבעת רצון מוקדמת בחוק הישראלי

חוק 'החולה הנוטה למות' (תשס"ו, 2005) מאפשר לכל אדם בישראל מגיל 17 ומעלה, המסוגל להביע את רצונו בצורה ברורה והוא כשיר-משפטית, להביע את רצונו לגבי טיפול רפואי עתידי שיעשה או שלא ייעשה בגופו, בעת שלא יוכל להביע את רצונו, על ידי מתן הנחיות רפואיות מקדימות.<sup>2</sup> לדוגמא, אדם יכול להורות כי אילו יהפוך לחולה סופני ויאבד את הכרתו, יימנעו מביצוע הנשמה או החיאה בו. קיימים מסמכים שונים של הנחיות רפואיות מקדימות והחוק הישראלי מעניק תוקף מיוחד למסמך הנחיות רפואיות מקדימות, הַנְּחָתָם בפני גורם מוסמך האחראי להנחות, להסביר ולבאר את משמעויות החתימה, ומופקד במאגרי משרד הבריאות. תוקפן של הנחיות מקדימות הינו לחמש שנים, וניתן להאריך את תוקפן לפי הצורך.<sup>3</sup>

#### יתרונות הבעת רצון מוקדמת

הנחיות רפואיות מקדימות מקדמות את העצמאות האישית של האדם בניהול חייו ובטיפול בו, ויכולות לשמש בסיס להעצמה בעצם העלאת הנושא לשיחה ולדיון בקרב המשפחה ובין בני זוג. הן מבטיחות טיפול רפואי בהתאם לערכים ולאמונות האדם, ובפרט למעוניין להדריך את הטיפול בו על פי ההלכה. היות שכן, הן עשויות להעניק שקט נפשי בהווה. במבט לעתיד, הן מונעות מחלוקות ומתחים בקרב בני המשפחה המטפלים, מסייעות לשמור על אחדותם ומונעות תחושת חוסר אונים,

1. הרב ירון מושקוביץ, מרצה, המכון הגבוה לתורה – אוניברסיטת בר אילן, רב משיב ב'צהר עד מאה ועשרים', ארגון רבני צהר; ד"ר נתנאל הורוביץ, סמנכ"ל ורופא בכיר, רמב"ם – הקריה הרפואית לבריאות האדם, חיפה, יו"ר האיגוד הישראלי להמטולוגיה ורפואת עירוים.

2. חוק החולה הנוטה למות פרק ה סעיף ב. הנוסח המלא: <https://did.li/eeXTY>.

3. מסמך מלא: <https://did.li/vppx5>, תוספת וייפוי כח: <https://did.li/4LjOf>, הנחיות ליישום חוק החולה הנוטה למות – חוזר מנכ"ל משרד הבריאות 7/08, סעיף 3.6: <https://did.li/B9d6q>.

ובפרט לאור ההבנה שמעמד המשפחה להכריע בטיפולים אינו מוחלט, והן מכוונות את הצוות הרפואי להימנע מטיפולים לא רצויים ומסייעות לטפל בו לפי הדרכתיו.<sup>4</sup> אמנם, על אף התועלת הרבה, יש לבחון את הבסיס ההלכתי להנחיות מקדימות. נבחן שלושה מישורים:

1. אוטונומיה ורצון החולה.
2. קביעת הנחיות רפואיות מקדימות, התואמות את העקרונות ההלכתיים לטיפול בחולה מורכב בשלבי סיום החיים.
3. האם להכיר בהנחיות רפואיות מקדימות שניתנו לפני הידרדרות החולה, גם בעת שהחולה אינו כשיר, בפרט לאור החשש משינוי דעתו.

## הבסיס ההלכתי לאוטונומיה ורצון החולה

### החובה להתרפא וסירוב טיפול

במסורת ההלכתית מקובל שאין לאדם בעלות מוחלטת על גופו, אלא מחויב לשמור עליו ולהימנע מסיכון עצמי.<sup>5</sup> לפיכך, חובת האדם לשמור על בריאותו ולקיים אורח חיים בריא,<sup>6</sup> להימנע מסכנות ולהיות אחראי לפנות לטיפול רפואי בעת מחלה.<sup>7</sup> כמו כן, לדעת חלק מהפוסקים, בתנאים מסוימים אף ניתן לכפות טיפול רפואי על החולה, וזאת על בסיס דין ערבות או כפייה על המצוות, אלא שזה מסור לבית דין.<sup>8</sup>

4. על מעמד מקבלי החלטות במצבים רפואיים מורכבים ואקוטיים, ראו מאמרו של הרב ד"ר יהודה גולדברג, 'קבלת החלטות רפואיות במחלות קריטיות-אקוטיות', תחומין מד, עמ' 395-406; דיון וסיכום הלכה למעשה במעמד משפחת החולה בקבלת ההחלטות אצל הרב יובל שרלו, הרב אוריאל גנזל והרב שאול ברוכי, הלכות החולה הנוטה למות ואדם עם דמנציה, ארגון רבני צהר תשפ"ב, עמ' 57-58.

5. בבא קמא צא, ב; רדב"ז הל' סנהדרין יח, ו; הרב זאב נחום בורנשטיין, אגודת אזוב, טהרת אזוב, דין בא במחלת יב, ח; שועה"ר הל' נזקי גוף ונפש ד; הרב שלמה יוסף זיו, 'משפט שיילוק לפי ההלכה', לאור ההלכה, ספריית בית אל 2004, עמ' תי-תיא.

6. דברים ד, א-טו; שבועות לה, א – לו, א, וחידושי הריטב"א שם; רמב"ם הלכות רוצח ושמירת הנפש יא, ד-ה; ספר החינוך מצוה תקמו; רמב"ם הל' דעות ד, א; מורה נבוכים ג, כז; ג, לג; ג, מח; רמב"ן ויקרא טו, יא; רמב"ם ספר הקצרת, כתבים רפואיים כרך ד, עמ' 110; שולחן ערוך חו"מ תכז, ח; ערוך השולחן חו"מ תכז, ח; מנחת חינוך תקמו, יא; תורה תמימה דברים ד, הע' טז; הרב אהרון חיים נשרי, מאיר עיני ישראל, כרך ב, בני ברק 2004, עמ' 168-169; הרב פרופ' אברהם שטיינברג, אנציקלופדיה הלכתית רפואית, תשס"ו, כרך ב, ערך 'בריאות', טורים 331-369.

7. דברים ד, טו; מכילתא דרבי ישמעאל משפטים, מסכתא דנזיקין פר' ו; ברכות לב, ב; לבוש יו"ד קטז, א; שו"ת יהודה יעלה א, או"ח קס; בבא קמא צ, ב; שם צא, ב; איסור והיתר הארוך ס, ח. יש מהפוסקים הרואים בכך חובה בסיסית ויסודית, ראו הרב יחיאל מיכל טיקוצ'ינסקי, גשר החיים ח"א א, ב, ס"ק ב; אגרות חזו"א א, אגרות קלי; קלח.

8. תוספתא שקלים א, ו; יומא פג, א; שו"ת רדב"ז ד, סז; מור וקציעה או"ח ס"י שכח; אגרות משה חו"מ ב, עג,

אף על פי כן, למדנו שיש מעמד לרצון החולה ביום הכיפורים (יומא פג, א). כאשר החולה אומר 'צריך אני לאכול' ורופא אומר ש'אינו צריך' – שומעים לחולה, משום "לב יודע מרת נפשו" (משלי יד, י). טיעון זה יסודו בהנחת יסוד לפיה האדם מודע טוב יותר מכל אדם אחר, ואף מרופא, למה הוא זקוק ומה יועיל לו, כהגדרת הציץ אליעזר (טו, לב):

ועניין "לב יודע מרת נפשו" הוא לא מכח מְבִינֹת, אלא מכח רגשים עמוקים שהאדם חונן בהם לשם שמירת גופו... מכח דלבו אומר לו שצריך... ואם כן, שייך זה בכל עניין שהוא, בין אם יאמר שאם יאכל דבר זה יועיל לו, וגם לרבות אם יאמר להיפך, שאם יאכל דבר זה יזיק לו.

ישנם רגשות עמוקים שהאדם חונן בהם לשם שמירת גופו. על כן יש להיות קשובים לרגשות הללו, ועל ההלכה להתחשב בהם משום פיקוח נפש, אף מול איסור חמור של אכילה ושתייה ביום הכיפורים. על בסיס הבנה זו ניתן לומר, כי כל פעולה וכפייה כנגד רצונו של האדם עשויה לפגוע בו, וכפיית טיפול רפואי עשויה לגרום בדיוק ההיפך – דרדור מצבו הרפואי. טיעון זה בא לידי ביטוי בדין הבא (משנה נדרים ד, ד):

הַמְדִיר הַנָּאָה מַחְבִּירו וְנִכְנַס לְבִקְרוּ... מֵרַפָּאָהּ רַפּוּאָת נֶפֶשׁ, אֲבָל לֹא רַפּוּאָת מִמּוֹן.

והובא שם בפירוש עיקר תוספות יום טוב לרבי משולם כהן צדק:

פירש הר"ן: בשיש שם רופא אחר, דאי לא – שרי לרפאות, דהתנן (שם משנה ב): "מחזיר אבידתו", ואין לך השבה גדולה מזו. ואפילו הכי מרפאהו רפואת גופו, לפי שלא מכל אדם זוכה להתרפאות.

פירוש זה ניתן להבנה בשתי דרכים: האחת, שאין הרופאים דומים זה לזה ויש יכולות מקצועיות שונות, על כן, יתכן שדווקא הרופא שהוא מודר הנאה ממנו הוא בעל הניסיון לרפאו. והשנית, יתכן שכל הרופאים דומים ורמתם זהה, אך החולה חש

---

אות ה; הרב שלמה גורן, 'השימוש בתרופות וברופאים – מצוה או רשות?', תורת הרפואה עמ' 26-21; הרב שילה רפאל, קובץ 'תורה שבעל פה' לג, עמ' עד-פא; הרב שלמה דיכובסקי, 'כפיית בדיקה וטיפול – היבטים הלכתיים על מחלת ה"איידס"', ספר אסיא ז, עמ' 73; הרב מרדכי הלפרין, 'התנגדות הורים לניתוח התינוק המסוכן', ספר אסיא ח, עמ' 24; הרב יצחק זילברשטיין, 'כפיית טיפול רפואי', ישורון יג (תשס"ג), עמ' תקל-תקלג; הרב משה רזיאל, 'כפיית חולה לקבל טיפול רפואי', תחומין ב, עמ' 325-336; סיכום השיטות כולן אצל הרבנים יחיאל ונפתלי בר אילן, 'כפיית טיפול רפואי', תחומין כה, עמ' 22-40.

ביטחון להיות מטופל דווקא על ידי רופא זה ולא אחר. על כן, אם לפי דעתו הרופא שהוא מודר ממנו דווקא בידו הרפואה, אזי מותר הוא להתרפא ממנו.<sup>9</sup>

### הימנעות מטיפול במצבים רפואיים מורכבים

אשר על כן, במצבים רפואיים מורכבים, יש מקום לאדם להחליט על עצמו ולשקול שיקולים של איכות חיים ומניעת סבל.<sup>10</sup> ועל אף שעל פי ההלכה חולה שנמצא בסכנה חייב לעבור טיפול רפואי מבוסס שמצוי בהסכמה רפואית רחבה וסיכויי הצלחתו גבוהים (יומא פג, א; אג"מ חו"מ ב, עג, ה), עם זאת יש להתחשב ברצון החולה המסרב לטיפול, כאשר:

- ידוע שכפיית טיפול רפואי עלולה לפגוע בו;<sup>11</sup>
- סיכויי ההחלמה של החולה נמוכים, והוא מצוי בשלבי סיום חיייו;<sup>12</sup>
- סיכויי הצלחה של הטיפולים הקיימים נמוכים;<sup>13</sup>
- הטיפולים יאריכו את ייסורי החולה והטיפול עצמו מורכב, קשה וכואב.<sup>14</sup>

תנאים אלו עמדו ביסוד ניסוח חוק החולה הנוטה למות.<sup>15</sup> על המפקיד הנחיות רפואיות מקדימות, החובה להתחשב בתנאים הלכתיים אלו אם הוא מעוניין להנחות

9. לביטויים נוספים המבוססים על התחשבות ברצון החולה, ראו באריכות בדברי הרב פרופ' שטינברג, אנציקלופדיה רפואית הלכתית, כרך ב, ערך 'הסכמה מדעת'. יש להדגיש, כי במדינת ישראל קבע המחוקק בחוק זכויות החולה את עיקרון הצורך בהסכמה מדעת כביטוי לכבוד האדם ולאוטונומיה שלו, ופירט את דרכי יישומו, ובכלל זה אף מצבים שבהם כופים טיפול רפואי ללא הסכמה, כגון במצבי חירום וכיו"ב. נוסח החוק המלא: <https://did.li/pTRaa>.

10. הרב פרופ' שטינברג, 'הבסיס ההלכתי להצעת 'חוק החולה הנוטה למות'', אסיא עא-עב, הע' 13; ספר אסיא יא, עמ' 258-272.

11. אגרות משה שם; ר' משה פיינשטיין, היבטים הלכתיים בפסקי דין ברפואה ומשפט, עמ' 101.

12. ראו נשמת אברהם ב, עמ' מז, בשם רש"א.

13. שו"ת שבות יעקב ג, עה; אחיעזר יו"ד ב, טז, ו.

14. אגרות משה חו"מ ב, עד, ב; רש"א בשולחן שלמה רפואה ח"א, עמ' עה, וכן מנחת שלמה ח"א צא, כד; נשמת אברהם יו"ד סי' קנה, עמ' מז-מח; תשובות והנהגות א, תתנט; הרב משה הרשלר, הלכה ורפואה ב, עמ' קלא. וראו בדברי הרב שלמה דייכובסקי, הסכמת החולה לטיפול רפואי, לב שומע לשלמה ב, מא, שהוסיף מצבים שונים בהם החולה יכול לסרב לטיפול בו. וכן ראו בדברי הרב יצחק שילת, הלכה, רפואה וכוונת התורה עמ' 61, שהוסיף מצבים נוספים. סיכום הדברים הלכה למעשה אצל הרב יובל שרלו, הרב אוריאל גנזל והרב שאול ברוכי, הלכות החולה הנוטה למות ואדם עם דמנציה, ארגון רבני צהר תשפ"ב, עמ' 28-30.

15. הרב פרופ' אברהם שטיינברג, 'הבסיס ההלכתי להצעת 'חוק החולה הנוטה למות'', אסיא עא-עב: "לשיטת הסוברים שבמצבים מסוימים מותר להימנע מלהאריך חיים... נקבעו מספר הגבלות ותנאים כדלקמן: באופן עקרוני יש חובה להמשיך בכל הטיפולים הממלאים צרכים טבעיים של החולה, כגון אוכל, שתיה וחמצן... אין חיוב לטפל במצעים שמיועדים למחלה היסודית, או לסיבוכים קשים שברור שהחולה ימות מהם, ואין הטיפולים באים אלא להאריך את החיים במידת-מה, אבל אין כל סיכוי שטיפולים אלו יביאו להחלמה ולרפוי,

להימנע מטיפול רפואי עתידי בו. על כן, חשוב להיעזר בייעוץ הלכתי מפוסק הבקי בעניינים אלו.

## **'דבר שלא בא לעולם' בהנחיות רפואיות מקדימות**

### **פער הזמן בין חתימה ליישום**

חסרון מהותי בהנחיות רפואיות מקדימות נעוץ בפער הזמן בין מועד כתיבתן למועד יישומן. כאשר מגיע רגע ההכרעה, החולה כבר אינו מסוגל להביע את רצונו, ויתכן שדעתו השתנתה מאז שנתן את ההנחיות. דילמה זו מקבילה לסוגיית הנדרים בהלכה:

כל "נודר" משליך עצמו אל העתיד, אל נקודת זמן שטרם הגיעה, ומחליט מה יעשה באותה נקודת זמן... משום שעיניו צופות לעתיד המעורפל והבלתי ניתן לידיעה – נקרא הנודר "חוטא" (רש"י הירש, בראשית כח, כ).

מצב זה הוא חסרון הלכתי, המוכר כ"דבר שלא בא לעולם" בדיני קניין:

איתמר: המוכר פירות דקל לחברו, אמר רב הונא: עד שלא באו לעולם – יכול לחזור בו, משבאו לעולם – אין יכול לחזור בו (יבמות צג, א).

וכן נפסק להלכה, כמבואר בדברי הרמב"ם (הל' מכירה כב, א):

"אין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם, בין במכר, בין במתנה, בין במתנת שכיב מרע. כיצד? 'מה שתוציא שדה זו מכור לך', 'מה שיוציא אילן זה נתון לך', 'תנו מה שתלד בהמה זו לפלוני' – לא קנה כלום. וכן כל כיוצא בזה".

### **גישות פרשניות לבעיית 'דבר שלא בא לעולם'**

קושי משפטי: אדם אינו יכול לבצע פעולה משפטית על 'דבר שלא בא לעולם', שכן אין לו בעלות או זיקה משפטית לדבר שאינו קיים. בהיעדר בעלות או זכות קניינית, נשללת מהאדם הסמכות לקבל החלטות לגביו:

---

ובוודאי אם הטיפולים הללו יגבירו את הכאב והסבל, ובוודאי אם אין החולה מסכים לכך. בהגדרות אלו כלולים: החיאה, הנשמה, ניתוחים, דיאליזה, כימותרפיה, הקרנות וכיוצא ב".

בפשוטו, הא דאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם, יסודו הוא משום שעדיין אינו בעלים על הדבר, וכמו זר נחשב לגבי דבר שיקנה אחר כך (קהילות יעקב גיטין כט, 'זלכאורה'; ראו קהילות יעקב נדרים ג, ג, 'ועיקר').

## וביתר ביאור:

למה אין הקנין חל על דבר שלא בא לעולם?... דמאי מכר ראשון לשני? – זכות שיש לו, אבל כל זמן שאינו ברשותו או אינו בעולם, אין לו רשות עליו, ולזה אינו יכול להקנות אותו... אין יכול להקנותו הוא משום דאין לו זכות עליו (שו"ת מהר"ם שיק יו"ד שפח).

אין האדם יכול לפעול במה שאינו שלו. דבר שאינו בא לעולם אינו שלו, ועל כן אין לו יכולת לפעול עליו פעולות משפטיות, יהיו אשר יהיו. היעדר מושא משפטי: לא ניתן להחיל פעולה משפטית על דבר ערטילאי שלא קיים במציאות. כשם שאדם לא יכול למכור נכס שלא קיים, שכן אין אובייקט מוחשי שעליו תחול פעולת המכירה:

למדנו להלכה, דאם מכר דבר שלא בא לעולם ומסר לו שטר, אע"פ שהשטר נמצא בידו של הלוקח בשעה שבאו לעולם, לא קנה הלוקח. משום דשטר זה מעיקרו הוא חספא בעלמא, וכיון דמכר או מתנה אין כאן – שטר נמי אין כאן (משפטי עוזיאל ד, לג).

ההלכה עוסקת בדרך כלל בדברים קיימים. על כן, כאשר אין לקניין חפץ ממשי שהוא יכול לחול עליו, הוא חסר משמעות:

אין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם, דכל קנין קרקע או טלטול שמצינו בתורה משמע שהוא מצוי בשעת המכר כקנין שדה, וכתב (בראשית כג, ג): "כסף השדה קח ממני", משמע דמצוי, וכן: "ונתן הכסף וקם לו"<sup>16</sup> וכן בקנין הדיוט... ודבר שאינו ברשותו הוי כדבר שלא בא לעולם, כיון דלא הוי בעין ברשותיה.<sup>17</sup>

16. על פי ויקרא כז, יט (ראו תוס' שבת קכח, א, 'ונתן').

17. קרית ספר על הרמב"ם, הל' מכירה כב, 'אין'. ראו גם שו"ת התשב"ץ ד, חוט המשולש יג, 'ובאמת שהמסתכל', וז"ל: "מאחר שאינו במציאות – אין כאן מה שימכור המוכר ויקנה הקונה"; חזו"א דמאי יז, 'ומ"מ', וז"ל: "לא ניתנו דיני התורה אלא על הדברים שאדם משמש בהן ושליט עליהם".

מגבלות הכרת האדם: קבלת החלטות לגבי מצבים עתידיים שטרם התרחשו היא תיאורטית בלבד. האדם אינו מסוגל להבין ולדמיין באופן מלא מציאות שטרם התקיימה, ולהכיר את תגובותיו הרגשיות כלפיה, ולכן אינו יכול לקבל החלטה מושכלת ואחראית על העתיד:

טעמא דאין מקנה לדבר שלא בא לעולם, משום דלא גמר ומקנה (תוספות הרא"ש, מובא בשיטה מקובצת בבא בתרא קמב, ב).

יסוד הדברים, כשם שקשה לאדם להתחייב על דבר שאינו בתחום תפיסתו המיידית, כך מוגבלת יכולתו לקבל החלטות מחייבות לגבי מצבים עתידיים שטרם התממשו:

במה שאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם, הטעם הוא מפני שלא סמכא דעתיה, וייתכן שבמקום שסמכא דעתיה אפשר להקנות אף דבר שלא בא לעולם... אמנם משמע שבדבר שלא בא לעולם אין לו כח הקנאה עליו, ולכן לא מועיל בו קנין.<sup>18</sup>

כלומר, ההתייחסות לדבר שנעדר מהעולם, נובעת מהבנת פנימיות כוחות הנפש. כאשר דבר אינו קיים בפועל ואינו נתפס בחוש, התודעה האנושית לגביו טרם מגבשת הכרה שלמה המאפשרת קניין או חלות משפטית אחרת.<sup>19</sup>

נמצא אם כן, שמתן הנחיות רפואיות מקדימות מכיל בעיית "גמירות דעת" כמו בדיני קניין. כשם שבעסקה על נכס שטרם קיים, ההסכמה וההתחייבות אינן שלמות בשל חוסר היכולת להבין את מלוא השלכותיה, או שמצב זה טרם קיים במציאות כך שניתן יהיה להכריע לגביו, כך גם בהנחיות רפואיות מקדימות. שכן בעוד שבמכירת חפץ קיים, המוכר מבין היטב את משמעות פעולתו ותוצאותיה, במכירת דבר עתידי קיים ספק לגבי רמת ההבנה וההסכמה האמיתית. ובדומה לכך, במתן הנחיות רפואיות מקדימות, אף שאין מדובר בענייני קניין אלא בהחלטות אישיות, עדיין קיימת בעיה מהותית זהה: האדם הבריא אינו יכול להבין במלואו את המצב העתידי שבו ייצא כחולה, ולכן קיים ספק לגבי תוקף הכרעותיו המוקדמות. זוהי "גמישות מחשבתית" המקשה על קבלת החלטות מחייבות לגבי מצבים עתידיים בלתי ידועים.<sup>20</sup>

18. קובץ שיעורים בבא בתרא רע"ו. וכן נימוקי יוסף בבא מציעא לז, ב, בדפי הרי"ף: "העניין בעצמו, מפני שלא באו עדיין הפירות בעולם לא מהני, משום דלא סמכא דעתיה"; שו"ת מהר"ם מינץ סי' לה; שואל ומשיב תניינא ד, ז; מהרש"ם, משפט שלום ריב, א.

19. ראו עוד בדברי הרב אהרון רובינפלד, תורת הקניינים ב, יד, א; רבי שלמה איגר, ספר העיקרים, עיקר "אין אדם מקנה" אשכול א, מהדו' מכון ירושלים, כרך א, עמ' רפא-רפג.

20. יש להבהיר כי בחרנו שלא לנהל את הדיון סביב המושג 'קניין דברים' וזאת בשל הבדל מהותי: קניין דברים

## פתרון הבעיה: סמיכות דעת ואומדנא

### סמיכות דעת

בעוד שהקושי העיקרי בהנחיות מקדימות נובע מ"חסרון הדעת", אזי כאשר מוכח שהאדם שקל את החלטותיו בכובד ראש והבין את מלוא משמעותן בעת החתימה, יש בסיס הלכתי להכיר בתוקפן של ההנחיות המקדימות. ראייה לכך מדעת רבי מאיר:

האומר לאשה: 'הרי את מקודשת לי לאחר שאתגיר', 'לאחר שתתגירי', 'לאחר שאשתחרר', 'לאחר שתתחררי', 'לאחר שימות בעליך', 'לאחר שתמות אחותך', 'לאחר שיחלוץ לך יבמך' – אינה מקודשת. רבי מאיר אומר – מקודשת (קידושין סג, א).

רבי אלעזר ברבי שמעון סבר כרבי מאיר, דאמר: אדם מקנה דבר שלא בא לעולם. אימור דשמעת ליה לרבי מאיר – כגון פירות דקל, דעבידי דאתו (בבא בתרא עט, ב).

לשיטת רבי מאיר, עיקר החשיבות נעוצה בגמירות הדעת. כאשר מבצעי הקניין מודעים לכך שהעסקה צפויה להתממש, קיים ביטחון מספק כדי להביע הסכמה מוחלטת. דעת רבי מאיר אמנם לא התקבלה להלכה בסוגיות הנזכרות,<sup>21</sup> אך ניתן למצוא את עיקרון דבריו מיושם בהקשרים אחרים:

אמר רבי יוחנן, האומר לחבירו: מתנה אני נותן לך – יכול לחזור בו. יכול? פשיטא! אלא מותר לחזור בו. אמר רב פפא: ומודה רבי יוחנן במתנה מועטת, דסמכא דעתייהו (בבא מציעא מט, א; שו"ע חו"מ רד, ח).

דברי רב פפא התקבלו להלכה, והמפרשים ביארו כי יסוד הדברים נעוץ בגמירות הדעת (שו"ע חו"מ רמא, א):

הנותן מתנה לחבירו... אין המקבל זוכה בה אלא באחד מהדרכים שהקונה זוכה בהם... אבל בדברים – לא זכה המקבל, אלא כל אחד יכול לחזור בו. ואם אמר ליתן לחבירו מתנה מועטת, אם חוזר בו – יש בו משום מחוסר אמנה [סמ"ע ס"ק ד: דאילו במתנה מרובה לא סמכה דעתו של מקבל מעולם שיתן לו הנותן

מוגדר כהתחייבות עתידית שבה אדם מבטיח להתנהג בצורה מסוימת, או לבצע פעולה בעלמא (בבא בתרא ג, א). לעומת זאת, בנידוננו, אין מדובר בהתחייבות עצמית מעין זו, אלא בחתימה על מסמך מפורט, שהוא לדעתנו, כחתימה על שטר. מסמך זה פועל כגילוי דעת מפורש ומעצם מהותו נועד לחייב אחרים לפעול על פי המפורט בו, ולפיכך אין הוא דומה לגדרי קניין דברים. 21. רש"י קידושין סב, ב, ד"ה 'כמאן? אי רבה'; תוס' שם, ד"ה 'זאמר'.

מתנה מרובה כזו... ולא כעיר שושן [לבעל הלבושים] דתלה הטעם בהנותן, דבמתנה מרובה לא היתה דעתו מעולם ליתנו לו].

כלומר, כאשר גמירות הדעת לוקה בחסר, אך ניתן לחזק אותה באמצעים מקובלים ומוכרים שמבססים את הביטחון בהחלטה, הרי שבעיה זו באה על פתרונה.<sup>22</sup> וראיה לדבר – דברי הגמרא העוסקים בקניית קרקע גזולה (בבא מציעא טז, א):

איתמר, המוכר שדה לחבירו ונמצאת שאינה שלו... מתקיף לה רמי בר חמא: מכדי, האי לוקח במאי קני להאי ארעא? בהאי שטרא, האי שטרא חספא בעלמא הוא! אמר ליה רבא: תהא במאמינו, בההוא הנאה דלא קאמר ליה מידי וקא סמיך עליה, טרח ומייתי ליה, גמר ומקני ליה.

מתיב רב ששת: 'מה שאירש מאבא מכור לך', 'מה שתעלה מצודתי מכור לך' – לא אמר כלום. 'מה שאירש מן אבא היום מכור לך', 'מה שתעלה מצודתי היום מכור לך' – דבריו קיימין. אמר רמי בר חמא: הא גברא והא תיובתא. אמר רבא: גברא קא חזינא, ותיובתא לא קא חזינא. הכא סמכא דעתיה, והכא לא סמכא דעתיה. הכא סמכא דעתיה – דאזיל טרח ומייתי ליה, כי היכי דלא נקרייה גזלנא; הכא לא סמכא דעתיה.

הגמרא מזהה את חוסר גמירות הדעת כבעיה בדבר שלא בא לעולם. לכן, היא מבחינה בין גזלן, שיכול למכור קרקע גזולה מתוך הנחה שיקנה אותה בהמשך, לבין דייג, שאינו יכול למכור דגים שטרם נתפסו, משום שלקונה הקרקע יש ביטחון מסוים בעסקה, בעוד שלקונה הדגים אין סיבה לסמוך על הצלחת הדייג. נמצא, שכאשר קיימת סמיכות דעת מספקת, גם החלטה המתייחסת לעתיד נחשבת מחייבת וברת תוקף.

לכן, גם אם נאמר שיש קשיים משפטיים, אלו מגבילים רק קניינים המבוססים על מעשה או חפץ, אך לא קניין הנעשה באמירה. במיוחד כאשר האמירה מתייחסת לאדם עצמו, שקיומו ודאי, בכגון זה פער הזמן אינו מעכב:

22. אפשר שלכך התכוון הטור בפירושו הארוך לתורה על בראשית כה, לא, כיצד יכול היה עשו למכור את בכורתו, שהיא דבר שלא בא לעולם (שהרי כל הזכויות שיש לבכור בירושה אינן בבעלות הבכור אלא לאחר מיתת האב), והשיב שהמכירה התחזקה על ידי השבועה שהשביעו יעקב. שבועה פוטרת את בעיית גמירות הדעת, שכן היא מחזקת ומעלה את הרצינות לתהליך, ולכן כאשר החסרון בקניין 'דבר שלא בא לעולם' יסודו בחסרון גמירות הדעת – השבועה מחזקת ומבססת אותה, ו"סמכא דעתיה".

דבאמת בדבר שלא בא לעולם לא מהני מעכשיו כלל, אם לא מתרצה להקנות לו מעכשיו, דכיון שאינו רוצה להקנות מעכשיו – אין המעשה של עכשיו מועלת כלום... כשאומר 'מעכשיו' מגלה בזה שמצדו היה ניחא ליה לעשותו מעכשיו לבעלים גמורים, אז הועילה המעשה של עכשיו... ומהאי טעמא היה נראה לומר דבכל דבר שנקנה בדיבור גרידא, לא שייך לעולם האי כללא ד'כלתה קנינו', משום דכל היכא שנקנה בדיבור, אין הדיבור בגדר מעשה קנין, רק הוא התגלות כוונתו ורצונו על ההקנאה.<sup>23</sup>

נמצא, שכאשר הפקדת הנחיות רפואיות מקדימות מתבצעת בתהליך מבוקר הכולל הסבר מקצועי, חוות דעת נוספת ושיקול דעת מעמיק מצד המפקיד, מתקיימת סמיכות דעת מספקת, ואין בכך חשש לבעיה של "דבר שלא בא לעולם".<sup>24</sup>

#### אומדנא שאין אדם רוצה לסיים את חייו בייסורים

גם אם נניח שתהליך חתימה יסודי ומפורט אינו פותר את בעיית סמיכות הדעת, וכאשר מגיע מועד מימוש ההוראות אין ודאות לגבי דעת החולה, עיקר הקושי מתמקד בהנחיות מקדימות של החולה להימנע מטיפול מאריך חיים. לשם כך, נבחן את סוגיית הארכת חיי ייסורים על בסיס דין "הסרת מונע". כך כתב הרמ"א (יו"ד שלט, ט):

אסור לגרום למת שימות מהרה, כגון מי שהוא גוסס זמן ארוך ולא יוכל להיפרד, אסור להשט הכר והכסת מתחתיו, מכוח שאומרים שיש נוצות מקצת עופות שגורמים זה, וכן לא יזיזו ממקומו... אבל אם יש שם דבר שגורם עיכוב יציאת הנפש... מותר להסירו משם, דאין בזה מעשה כלל, אלא שמסיר המונע.

דברי הרמ"א נדונו בהרחבה,<sup>25</sup> ולענייננו יש להתמקד בעיקרון דין 'הסרת מונע', העוסק במניעת הארכת חיים המלווים בייסורים:

23. חידושי ר' שמעון נדרים סי' כג, וראו גם בשערי יושר ה, כ, 'ונלענ"ד לפרשי': "עיקר הכלל שאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם הוא בדבר שנוכל להחליט שהדבר שיבוא לעולם יחדש להאדם כח חדש... אבל אם... כבר היה לו כח זה מכבר – בכה"ג ליכא שום חיסרון בדבר שלא בא לעולם".

24. ראוי להבהיר כי מאמר זה אינו דן במחויבות הנגזרות מדיני צוואת שכיב מרע, כיבוד הורים, או הגדר של 'מצווה לקיים דברי המת' (ובכלל זה מאימתי הוא חל ותוקפו מעבר לחלוקת נכסים – 'צוואה ערכית'). הבחירה שלא לדון בזוויות אלו נובעת מקדימות לוגית והלכתית: דינים אלו מהווים 'תולדה' של עצם תוקף ההנחיות. אם אין להנחיות תוקף עצמי – דבריו בטלים, וממילא לא תחול לגביהן מחויבות מכוח דיני צוואה, כיבוד הורים או קיום דברי המת. ברור שאלת התוקף הראשוני הוא אפוא תנאי הכרחי לכל דיון המשכי.

25. ראו נשמת אברהם יו"ד שלט, א, ח; רפואה, הלכה וכוונות התורה, עמ' 47; הרב יוסף אריה לוריניץ, משנת

אל יתנו לגוסס לאכול, כי אינו יכול לבלוע, אבל נותנין בפיו מים... ואין צועקים עליו בשעת יציאת הנשמה, כדי שלא תחזור הנשמה ויסבול יסורים קשים. "עת למות" (קהלת ג, ב), למה הוצרך קהלת? אלא כשאדם גוסס, כשנפש אדם יוצאה, אין צועקים עליו שתשוב נפשו, כי אינו יכול לחיות כי אם מעט ימים, ואותן ימים יסבול יסורים (ספר חסידים רלד).

על אף שדברים אלו עוסקים בהארכת חיי הגוסס, יש הרואים בהם בסיס לדין 'הסרת מונע':

אם יש דבר מן הצד שמעכב יציאת הנפש – מותר להסירו... אם העיכוב מצד זה, למה יסבול? דהלא זהו אינו מחמת עצם גופו, ואם אין העיכוב מצד זה, הלא לא יועיל כלום... באמת אין חשש בזה (ערוך השולחן י"ד שלט, ג-ד).

לפיכך, יש להימנע לכתחילה מטיפול רפואי המאריך חיי ייסורים:

בעיקר היסוד דכל מה שאפשר להאריך חיי החולה (אפילו אינו אלא לחיי שעה) צריכים לעשות, אמת שגם אני שמעתי בילדותי מימרא כזו, ולא ידעתי אם זהו מבר סמכא הוא, אבל בעיני דבר זה צריך עיון גדול... דמותר להסיר דבר המונע פטירת החולה... ורק מעשה בגופו אסור לעשות. ואם כן, להיות שב ואל תעשה לכאורה (במקום שעל ידי זה יתווספו לו יסורים) לא מצאתי איסור, ואדרבה, יש ללמוד למנוע מזה.<sup>26</sup>

לדבריו, לא זו בלבד שאין מצווה להאריך חיי ייסורים, אלא אף חובה להימנע מכך, וזהו יסוד דין 'הסרת מונע'. עיקרון זה נובע מחובת הצלת חיים הנלמדת מ"לא תעמוד על דם רעך" (ויקרא יט, טז), וממצוות החסד "ואהבת לרעך כמוך" (שם יח). כאשר הצלת חיי אדם מובילה לחיי ייסורים, היא איננה עומדת במבחן האהבה לזולת, שכן "מה ששנוא עליך אל תעשה לחברך" (ראו שבת לא, א):

כשרע לו וטוב מותו בזה, לא נתנה תורה מצות "לא תעמוד". שאף שאין גוף האדם שייך לאדם, מכל מקום לא הקפידה תורה אלא לטובת האדם, אבל

פיקוח נפש, שער א סי' ח: הרב משה ולנר, 'זכויות וסמכויות הרופא', קובץ התורה והמדינה ז-ח, עמ' שיח.  
26. ר' ישראל יעקב קניבסקי, קריינא דאיגרתא ב, תצט.

כשרע לו החיים לא הקפידה תורה... באדם אחר שאינו מצילו אין בזה שום  
גְרַמַת רציחה.<sup>27</sup>

על כן, בעת מתן טיפול רפואי, אם ניתן לברר את רצון החולה – יש לברר את רצונו, ואם אין אפשרות לברר זאת, העיקרון המנחה הוא אומדן הדעת שאדם אינו חפץ בחיי ייסורים:

אם נזדמן שאפשר להאריך חיי החולה, אבל לא יתנו לו אריכות שנים רגיל... ואין ידוע רפואה אף לא להקל מהייסורין, שעל כעין זה ניחא להו לאינשי יותר אף למות מלחיות חיי יסורין כאלו... מסתבר לכאורה שאין מחוייבין לרפאות חולה כזה, כשאינו רוצה בענייני רפואה כאלו שמאריכין חייו בחיי יסורין כאלו. ואף בסתמא, כשלא שייך לידע דעת החולה, יש לתלות שאין החולה רוצה, וליכא החיוב לרפאותו.<sup>28</sup>

לסיכום, כאשר הורה אדם בהנחיות רפואיות מוקדמות להימנע מהארכת חייו, ובפרט כשצפויים לו חיי ייסורים, יש למלא את רצונו מתוך הנחה שדעתו לא השתנתה מאז. ועל פי האמור לעיל, גם כאשר אין הנחיה מפורשת בדבר, כאשר צפויים לו חיי ייסורים בשעה שלא יהיה כשיר לקבל החלטות מושכלות, שהם בגדר 'טוב מות מחייו', יש אומדנא שדעת כל אדם היא שלא יאריכו את חייו.

## מסקנה רפואית הלכתית

למתן הנחיות רפואיות מוקדמות יש יתרונות רבים, ולרצון החולה יש מעמד הלכתי. הנחיות אלו עדיפות על פני דעתם של הצוות הרפואי, המטפלים ובני המשפחה. כתיבת הנחיות מקדימות שבהן מורה האדם להימנע מטיפול רפואי מאריך חיים

27. ר' זלמן נחמיה גולדברג, 'הפסקת הנשמה מלאכותית בחולה אנושי', שו"ת עמק הלכה אסיא א, עמ' 64-83; שם 'הפסקת הנשמה מלאכותית בחולה אנושי כדי להציל חולה אחר', שו"ת עמק הלכה ב, עמ' 183-206; אגרות משה חו"מ ב, עג-עד; שבט הלוי ח, רגג; באהלה של תורה א, נו. גם ללומדים את מצוות ההצלה מהפסוק "וַיְהִי־שִׁבְתוֹ לֹ" (דברים כב, ב), המסקנה זהה, שאין מצווה להשיב לאדם את גופו כאשר טוב מותו מחייו, אלא שקשה להעריך זאת בחולה שאינו יכול להביע את רצונו, אלא אם גילה זאת קודם לכן, וזהו גופא נידוננו.

28. אגרות משה חו"מ ב, עד. ראו עוד בדברי הרב יצחק שילת, הלכה, רפואה וכוונות התורה, עמ' 53, שמביא בשם מורו ר' גדליה נדל שיש לחלק בין טיפולים מאריכי חיים, שלגביהם מניחים בסתמא שכל חולה סופני שלא גילה רצונו, ודאי שאינו רוצה בהם, ובין טיפולים שמקילים על החולה את ייסוריו אך אינם מאריכים את חיי סבלו, ובהם הטיפול נתון לשיקול דעת הרופאים (טיפול תומך-פליאטיבי). לדיון וסיכום השיטות ראו באריכות אצל הרב שי ייסבורט, 'הטיפול בחולה הנוטה למות', תחומין מא (תשפ"א), עמ' 287-294.

בו, תיעשה בתשומת לב ובשיקול דעת מעמיק, חוות דעת שניה וקבלת ייעוץ הלכתי מפוסק הבקי בפרטי הלכות אלו (ובפרט הנחיות שעניינן הימנעות מטיפולים מאריכי חיים). הנחיות רפואיות מקדימות שיינתנו בתנאים אלו, תקפות על פי ההלכה. חולה שאינו יכול לגלות את דעתו והשאיר הנחיות כנ"ל, יש לפעול על פי האמור בהן.

