

# “האיש קודם לאשה להחיות” – העדפה מגדרית בהלכה היהודית ויישומה של ההלכה הקדומה במציאות המשתנה

יוסי גריין\*

## תקציר

רפואה והלכה ירדו כרוכות מן השמים. ככל שהטכנולוגיות הרפואיות משתכללות ומתקדמות יותר כן הבעיות ההלכתיות קשות יותר והפתרונות חייבים להיות יצירתיים יותר. מערך היחידות לטיפול נמרץ הציב את הרופא בפני אחת הבעיות ההלכתיות והמוסריות הקשות ביותר – הצורך להעדיף בין חולים בקבלת טיפול רפואי (triage).

ההעדפה בין חולים היא כורח-המציאות לנוכח אי-יכולתה של מערכת הבריאות לתת מענה לכל אדם, לכל צורך רפואי, בכל זמן וללא הגבלה. במקרים רבים ההעדפה היא שאלה של חיים ומוות. הפרקטיקה הנוהגת בארץ היא בבחינת “תורה שבעל-פה” שאינה מעוגנת בדבר חקיקה. היא מושתתת על העדפה בין חולים משיקולים רפואיים.

מאמר זה מתמקד במדרג הקדימויות בקבלה ליחידה לטיפול נמרץ שמציע המשפט העברי: “האיש קודם לאשה להחיות”. מדרג זה אינו קביל בימינו אף שהוא מעוגן במקורות קדומים. איש אינו מעלה בדעתו להעדיף את האיש על האישה אך בשל היותו איש. מאמר זה מציע את הבסיס ההלכתי לא לנהוג על-פי מדרג הקדימויות ההלכתי הקדום, אלא לפעול על-פי ההנחיות הנוהגות בבתי-החולים. בחינת המדרג ההלכתי על רקע התקופה ותפיסות-עולמם של החכמים בתקופת המשנה והתלמוד מובילה למסקנה כי חכמי ההלכה הקדמונים לא ראו במדרג האמור הפליה מגדרית פסולה של האישה, אלא מתן יחס שונה, הנשען על מדרג קדימויות אובייקטיבי שנהג בתקופת המשנה ונגזר מהשונות בין המינים. אף-על-פי-כן, מכיוון שהמציאות השתנתה ואי-אפשר ליישם את מדרג הקדימויות האמור, מצאו חכמי ההלכה בדורנו את הדרך ההלכתית המאפשרת לאמץ את הפרקטיקה הנוהגת.

\* מרצה בכיר, בית-הספר למשפטים, המכללה האקדמית נתניה.  
תודתי נתונה לחברי מערכת כתב-העת מאזני משפט ולסוקרים האלמונים על הערותיהם המועילות. עם זאת, האחריות הסופית לדברים היא עליי.

## פתח-דבר

- א. בין משפט לאתיקה בקבלה ליחידה לטיפול נמרץ
1. הזכות לבריאות ולטיפול רפואי
  2. השוויון והזכות לבריאות במשפט הישראלי
  3. הנחיות הקבלה ליחידה לטיפול נמרץ
    - (א) ההנחיות בישראל
    - (ב) ההנחיות בארצות-הברית
- ב. "האיש קודם לאשה להחיות" – השתלשלותה של ההלכה
1. "האיש קודם לאשה להחיות" – המשנה בהוריות
  2. התקבלות המשנה על-ידי חכמי התלמוד ומפרשיו
  3. יישומו של הכלל אצל הראשונים ואחרוני הראשונים
- ג. קדימות בהצלה שאינה על רקע מגדרי
1. "שנים מהלכין במדבר": הצלה לחיי שעה או הצלה לחיי עולם?
  2. סדר הקדימות כאשר אמצעי ההצלה בידי צד שלישי
- ד. גישותיהם של חכמי דורנו להעדפה בקבלה ליחידה לטיפול נמרץ
1. מבוא
  2. ר' שמואל הלוי וואזנר
  3. ר' איסר יהודה אונטרמן
  4. ר' שלמה זלמן אויערבך
  5. ר' אליעזר יהודה וולדנברג
  6. ר' משה פיינשטיין
  7. סיכום
- סוף-דבר: האומנם קיימת בהלכה העדפה מגדרית?

## פתח-דבר

רפואה והלכה ירדו כרוכות מן השמים. ככל שהטכנולוגיות הרפואיות משתכללות ומתקדמות יותר כן הבעיות ההלכתיות קשות יותר והפתרונות חייבים להיות יצירתיים יותר. מערך היחידות לטיפול נמרץ הציב את הרופא בפני אחת הבעיות ההלכתיות והמוסריות הקשות ביותר – הצורך להעדיף בין חולים בקבלת טיפול רפואי (triage).<sup>1</sup> מונח זה הוטבע לראשונה בשלהי המאה השמונה-עשרה, אך הוא מוכר וידוע בדין העברי<sup>2</sup> זה כאלף ושמונה מאות שנים. דא עקא, סדרי הקדימות שבהלכה משקפים תפיסת-עולם שהייתה מקובלת בתקופות קדומות, והם אינם מקובלים עוד כיום. בעיקר הדברים אמורים ביחס למדרג הקדימויות על רקע מגדרי, העומד במרכזו של מאמר זה.

ההעדפה בין חולים היא כורח-המציאות. הכרעה זו אינה ייחודית למנהל היחידה לטיפול נמרץ ולרופאיו (התורנים), אף שהיא לחם-חוקם. רופאים בכל תחומי העשייה השונים נתקלים בצורך לברור בין חולים. לא בכל מקרה מדובר בהצלת חיים (הקדמת תור לניתוח אלקטיבי, הקדמת תורים לרופא משפחה וכיוצא באלה), ובמקרים רבים אף ניתן להצדיק העדפה זו.<sup>3</sup> אולם במקרים רבים אחרים ההעדפה יכול שתהיה שאלה של חיים ומוות. במאמר זה אתמקד במדרג הקדימויות בקבלה ליחידה לטיפול נמרץ, שבה הכרעה יכולה לגזור את דינו של חולה לשבט. המשפט העברי מציע מדרג קדימויות שאינו קביל בימינו אף שהוא מעוגן במקורות קדומים. הפרקטיקה הנוהגת בארץ היא בבחינת "תורה שבעל-פה" שאינה מעוגנת בדבר חקיקה. מטרתו של מאמר זה היא להוכיח כי יש בסיס הלכתי לא לנהוג על-פי מדרג הקדימויות ההלכתי, אלא לנהוג על-פי ההנחיות המקובלות בבתי-החולים. עם זאת – וזו נקודת המוצא במאמר – ההלכה הקדומה אינה בגדר הפליה פסולה של האישה, אלא מתן יחס שונה על בסיס מדרג קדימויות אובייקטיבי שנהג בתקופת המשנה.

ההעדפה בין חולים כשלעצמה מעוררת מטבע הדברים אנטגוניזם, אך באיזון הכולל, חרף הסיכונים שבהנהגתה,<sup>4</sup> אין מנוס משימוש בכלי זה. מערכת הבריאות אינה מסוגלת

1 על ההיבטים השונים של ההעדפה בין חולים בתחומי הרפואה השונים ראו: James F. Childress, *Triage in Neonatal Intensive Care: The Limitations of a Metaphor*, 69 Va. L. Rev. 547, 549–554 (1983).

2 כידוע, מתנהל ויכוח נוקב על-אודות השם הראוי להלכה היהודית – אם יש לכנותה בשמה זה או שמה "המשפט העברי" או "הדין העברי". בכל מקרה, מכיוון שההלכה היא שיטת משפט שהפן הדתי מודגש בה, אשתמש ברשימה זו במונחים "ההלכה", "הדין העברי", "המשפט העברי" במשמעות אחת. לעצם הוויכוח בנושא זה ראו יצחק אנגלרד "מחקר המשפט העברי – מהותו ומטרותיו" משפטים ז 34 (1976); מנחם אלון "עוד לעניין מחקרו של המשפט העברי" משפטים ח 99 (1977); מיכאל אברהם "האם ההלכה היא 'משפט עברי'?" אקדמות טו 141 (התשס"ה); עמיחי רדוינר "המשפט העברי" איננו הלכה (ובכל זאת יש בו ערך)" אקדמות טז 139 (התשס"ה).

3 ראו, למשל, ס' 9(ב)4 לחוק השתלת אברים, התשס"ח-2008.

4 ראו את עדותו של מנהל חדר המיון בבית-החולים סורוקה כפי שצוטטה במעריב – סוף שבוע 15.8.2014, 24: "למזולו [של סא"ל י', שנפצע אנושות במבצע "צוק איתן"] הוא הגיע לבד. אחרת, אם היו מגיעים איתו פצועים נוספים [במסוק], היו משאירים אותו כטיפול בעדיפות שנייה, כדי להציל את אלה שעוד אפשר להצילם. כיום י' בתהליך החלמה מתקדם. הוא כבר הולך ומדבר..."

לתת מענה לכל אדם, לכל צורך רפואי, בכל זמן וללא הגבלה. "אין חברה שמשאביה בלתי מוגבלים. אין רשות, הפועלת בחברה על-פי חוק, רשאית ויכולה להתעלם מאילוצי תקציב ולספק שירותים ללא חשבון, ותהא חשיבותם של השירותים רבה וחיונית ככל שתהא... המחוקק הראשי עצמו נאלץ להתפשר עם אילוצי תקציב, אף במחיר הפרת עקרון השוויון."<sup>5</sup>

דוגמה אחת מני רבות לצורך בהעדפה היא היחידה לטיפול נמרץ. מספר המיטות ביחידה לטיפול נמרץ אינו עונה על הצרכים.<sup>6</sup> היצע המיטות הפנויות, הנמוך מהביקוש, מחייב את הרופא לקבוע מדרג קדימויות בשאלה מי מהחולים יתקבל בזמן נתון: למי מבין החולים הנזקקים לטיפול מציל חיים יינתן הטיפול המיטבי ביחידה, ומי יקבל את הטיפול החלופי הטוב ביותר האפשרי בנסיבות העניין. כמו-כן, על הרופא להחליט אם להשאיר את המיטה הפנויה במחלקה לטיפול נמרץ למקרה דחוף שיחייב אשפוז ביחידה לשם הצלת חיים מיידית או שמא לקבל את החולה הראשון אף שסיכויי לשרוד נמוכים.<sup>7</sup> החלטות מסוג זה קשות הן. במקרים רבים משמעותן חיים ומוות, קיצור חיים או המשך חיי סבל.<sup>8</sup>

חזקה על הרופאים שהם מקבלים את הכרעותיהם הרפואיות על בסיס שיקולים רפואיים בלבד. אולם בין שנודה בכך ובין שלא, יש החלטות רפואיות המוכתבות על-ידי אילוצים כלכליים, הן ברמת המקרו (בשל תקציבים מוגבלים) והן ברמת המיקרו

5 בג"ץ 3472/92 ברנד נ' שר התקשורת, פ"ד מוז(3) 143, 152 (1993). הדברים צוטטו בהסכמה בע"ע (ארצי) 1020/01 מכבי שירותי בריאות – ברם, תק-אר 2003(2) 1937. ראו עוד בהקשר זה ע"ש 1199/07 רביב נ' משרד הבריאות, תק-מח 2008(2) 11447, שבו בית-המשפט מכיר ב"עובדה שקיימים שיקולי תקציב", אך בצד זאת קובע כי "על הרופא להמליץ על האבחון והטיפול הראוי לדעתו".

6 על מצוקת האשפוז במחלקות לטיפול נמרץ כללי בבתי-החולים בישראל ראו שלי לוי "מצוקת האשפוז במחלקות טיפול נמרץ כללי בבתי-החולים בישראל" (הכנסת – מרכז המחקר והמידע, 5.2.2007, [knesset.gov.il/mmm/pdf/m01691.pdf](http://knesset.gov.il/mmm/pdf/m01691.pdf); אלברט גרינשפון ואלן רובינוב "הקשיש והנגישות לטיפול נמרץ: המאבק על המיטה הרפואה" (2008) 649, 647 (2008); פרוטוקול ישיבה מס' 157 של ועדת העבודה, הרווחה והבריאות, הכנסת ה-17 (6.2.2007). ראו עוד "המצוקה בבתי החולים – מידע ונתונים עדכניים" ההסתדרות הרפואית בישראל (2011) [www.ima.org.il/MainSite/ViewCategory.aspx?CategoryId=5337](http://www.ima.org.il/MainSite/ViewCategory.aspx?CategoryId=5337).

7 ההנחה שביסוד הדין היא כי שני חולים (או יותר) מגיעים בו-זמנית ליחידה לטיפול נמרץ, וכי שניהם זקוקים לאשפוז ביחידה. כאשר שני החולים מגיעים בהפרשי זמן, יתקבל החולה הראשון (העומד באמות-המידה לקבלה), והחולה הבא אחריו לא יתקבל גם אם יוכל להפיק תועלת רבה יותר מהאשפוז ביחידה מאשר זה שהתקבל. עם זאת, אפשר שחולה לא יתקבל אף אם הוא היחיד שהגיע באותו זמן, מכיוון שמדיניות בית-החולים היא כאמור להשאיר מיטה פנויה בשעות תורנות למקרה שיגיע חולה שלגביו קיימת תוויה ברורה לקבלה ליחידה. במקרה כזה ההעדפה היא בין חולה ממש שהגיע לבית-החולים לבין חולה-בכוח שצפוי להגיע על-פי הסטטיסטיקה. עוד יש להעיר שתי הערות: (1) משקיבל הרופא חולה שהגיע ליחידה, אסור לו לפנותו לטובת חולה אחר המגיע אחריו, אלא אם כן מצבו הרפואי של הראשון מאפשר זאת. (2) ברמה התיאורטית אפשר לאשפוז את החולה ביחידה מעבר לתפוסה המלאה, אולם דרך זו אינה מומלצת עקב מגבלות כוח-אדם. כך עולה מפסק-דין של בית-המשפט בפלורידה בעניין מטופלת אשר אושפזה ביחידה לטיפול נמרץ מעל לתקן, וכאשר נזקקה לעזרת אחות, לא יכלה האחרונה להגיע אליה מכיוון שהייתה עסוקה בטיפול בחולה אחר. בית-המשפט פסק כי בית-החולים נושא באחריות לנזק שנגרם לתובעת. ראו: Florida Patient's Compensation Fund, et al. v. Susan Ann Von Stetina, etc., et al., 474 So.2d 783 (Fla. 1985).

8 ראו שרון אסיסוביץ "אזרחות וממדים של נגישות למערכת הבריאות בישראל – בעקבות חוק ביטוח בריאות ממלכתי" נגישות לצדק חברתי בישראל 135, 136 (ג'וני גל ומימי איינושטרד עורכים, 2009). הדברים צוטטו בהסכמה בג"ץ 11044/07 סולומיטין נ' שר הבריאות, תק-על 2011(2) 3947.

בשל אי-הכללת תרופות ו/או טיפולים בסל הבריאות). מטרתה של רשימה זו אינה לדרון בקדימות בהקצאת משאבים למערכת הבריאות ולקופות-החולים, ולא בשיקולי קדימות בהכללת שירותים בסל הבריאות.<sup>9</sup> כן אין מטרתו לדרון כאן בהעדפת חולים בכלל (triage) או בהגשת עזרה בעת מלחמה (military triage) או בעת אסון המוני (disaster triage).<sup>10</sup> כל אחת מסוגיות אלה קובעת דיון לעצמה.<sup>11</sup> ענייננו בבחינת אמות-המידה להעדפת חולים במשפט העברי ובפטרונות ההלכתיים המאפשרים במשטר המשפטי הנוהג בארץ לא ליישם מדרג זה בקבלת חולים ליחידה לטיפול נמרץ.

החלטה על קבלת חולים ליחידה לטיפול נמרץ היא הכרעה רפואית.<sup>12</sup> ברם, השלכותיה חורגות מתחום הרפואה ויורדות לשורש השיטה המשפטית, שכן פרייה בין חולים, מעצם טבעה, טומנת בחובה, ולו למראית-עין, חשש להעדפה משיקולים שאינם ענייניים. אומנם, בספר החוקים הישראלי מצויים מדרגי קדימויות, אך מטעמים מובנים אין הם בתחום הרפואה.<sup>13</sup> אין בדברי החקיקה או בפסיקה, לא במפורש ולא במשתמע, סדר קדימות המחייב את הרופא לנהוג לפיו, למעט עקרונות כלליים המחייבים אותו בבואו לטפל בכל חולה. אין המחוקק ואין בית-המשפט מתערבים בהכרעות רפואיות, ואין הם מחליפים את דעת הרופא בחוות-דעתם שלהם.<sup>14</sup> אף-על-פי-כן, כאשר בחיי אדם עסקינן, מערכת המשפט עשויה להתערב כל אימת שתיווצר הפליה פסולה בין חולים.<sup>15</sup> בית-

9 על הבעייתיות בהקצאת משאבים לרפואה ראו, בין היתר, עפרה גולן "קריטריונים אתיים לתעדוף שירותי בריאות" משפט רפואי וכיון-אתיקה 1, 22 (2008); משה ויידנבאום "סוגיות רפואיות-משפטיות ואתיות בנושא סל הבריאות" רפואה ומשפט 45, 48 (2012); שבתאי אברהם הכהן רפפורט "קדימויות בהקצאת משאבים ציבוריים לרפואה" אסיא נא-רב 46 (התשנ"ב); אברהם שטיינברג "חלוקת משאבים מוגבלים ברפואה – היבטים מוסריים והלכתיים" עמק הלכה, חלק ב' 91 (התשמ"ט).

10 על כך ראו סודי נמיר "סדר הטיפול בפצועים בפיגוע המוני" תחומין יז 349 (התשנ"ז); ישראל פריאל וערן דולב "שיקולים אתיים בעת אירוע רב נפגעים" הרפואה 140, 574 (2001); "ההיבטים האתיים באירוע רב-נפגעים" אתיקה רפואית – כללים וניירות עמדה 140 (ההסתדרות הרפואית בישראל, אבינעם רכס עורך, 2010). לגבי קדימות בפינוי מוטס של פצוע מחוץ-לארץ לארץ ראו ת"א (שלום ת"א) 68866/01 כהן נ' שילוח חברה לביטוח בע"מ, תק-של 2005(3) 11937.

11 משאביה המוגבלים של מערכת הבריאות מעוררים את שאלת הנאמנות הכפולה של הרופא: למי הוא חב חובת נאמנות – למטופל או למעביד? על סוגיית הנאמנות הכפולה ראו דין וחשבון הוועדה לבחינת הרפואה הציבורית ומעמד הרופא בה 90 (2000) (דוח ועדת אמוראי); יוסי גרין "חובת אמן של הרופא: בין המערכת האזרחית לצבאית" חובות אמן בדין הישראלי (רותי פלאטו-שנער ושוקי גבגב עורכים, צפוי להתפרסם ב-2015).

12 שתי הנחות עומדות בבסיסה של הגדרה זו: ההנחה האחת, המובנת מאלה, היא שקיימת חלופה (אשפוז במחלקה פנימית תחת השגחה, למשל), שהיא טובה פחות מאשפוז ביחידה אך סבירה בנסיבות העניין. ההנחה האחרת, המובלעת, היא שכאשר מדובר בשני חולים המגיעים לחדר מיון ב"מצב זהה", הכוונה היא שמצבו הרפואי של כל אחד מהם מחייב את אשפוזו ביחידה לטיפול נמרץ, שכן נדיר מאוד – אם לא בלתי-אפשרי – ששני חולים יהיו במצב רפואי זהה באמת ובתמים. המצב שונה כאשר כמות התרופות מוגבלת. במקרה כזה אין חלופה טובה פחות לחולה שלא יקבל את התרופה, אלא אם כן ביכולתו לקנות את התרופה באופן פרטי.

13 ראו, למשל, ס' 9 לחוק המקרקעין, התשכ"ט-1969; ס' 78 לפקודת פשיטת הרגל (נוסח חדש), התש"ס-1980.

14 יונתן דייזיס "היקף הביקורת השיפוטית על שיקול הדעת של ועדות רפואיות סטטוטוריות" רפואה ומשפט 28, 186 (2003).

15 מבלי לקבוע עמדה לגבי הדרך הראויה להעדפה בין חולים, יוצין כי כאשר נדרשת העדפה של אחד משני חולים או יותר, קיימות כמה דרכים אפשריות להכרעה. הדרך האחת, הפשוטה וההגיונית, היא להעדיף את החולה אשר צפוי להפיק תועלת רבה יותר מהטיפול הרפואי (מבחן תועלתני). דרך אחרת היא להפיל גורל ללא קשר למצבו הרפואי של החולה (דרך שירותיות). אפשרויות נוספות הן להכריע על-פי מעמדו של החולה בחברה (שיטה שטמון בה קושי מוסרי) או על-פי "אשמו התורם" של החולה להתפתחות מחלתו. אם ברפואה פריטית עסקינן,

המשפט יתערב כדי למנוע פגיעה בכבודו ובגופו של החולה, אשר מוגנים בחוק-  
היסוד.<sup>16</sup>

ההלכה קובעת סדרי קדימויות על בסיס מאפיינים שונים (ייחוס, חוכמה) ובהקשרים שונים. שני המקורות הקובעים את מדרג הקדימויות הם מקורות תנאיים בעלי תוקף הלכתי זהה. במשנה נקבע, בין היתר, מדרג הקדימויות על רקע מגדרי, המעורר קושי רב: "האישי קודם לאשה להחיות".<sup>17</sup> כברייתא נקבע להלכה כי "חייד קודמים לחיי חבירך",<sup>18</sup> כלומר, חייו של אדם המחזיק באמצעי ההצלה קודמים לחיי הזולת.<sup>19</sup> אומנם, מכלל זה ניתן להסיק לענייננו רק במשתמע, אך חשיבותו היא בכך שאין בו כל התייחסות להיבט המגדרי.<sup>20</sup> אכן, ליחס בין שני המקורות התנאיים יש נפקא מינה, מכיוון שאיני רואה – וזאת בלשון המעטה – שרופא יעדיף חולֵה על חולֵה בקבלה ליחידה לטיפול נמרץ אך בשל מינו.<sup>21</sup> האם הם סותרים זה את זה או שמא הם משלימים זה את זה? כיצד חכמי ההלכה בדורנו מתייחסים למדרג המגדרי בקבלה ליחידה לטיפול נמרץ?

כדי להשיב על שאלות אלה, יש להקדים שלוש הערות: ההערה הראשונה היא שהדיון במדרג הקדימויות המגדרי בהלכה בהקשר של פְּרִירָה בין חולים אינו ממצה את הדיון בסוגיה. לסוגיה זו יש היבטים נוספים החורגים מתחום ההלכה.<sup>22</sup> ההערה השנייה היא שאף שאין הכוונה ברשימה זו לערוך מחקר השוואתי, בחרתי כנקודת מוצא לדיון ליחד דברים אחדים, בקצירת האומר, למשטר המשפטי הנוהג בארץ בשני נושאים אשר רלוונטיים לענייננו – הזכות לבריאות ועקרון השוויון – וכן להציג את הנחיותיה של החברה האמריקאית לטיפול נמרץ בנוגע לקבלת חולים ליחידה, אשר מקובלות גם בארץ.<sup>23</sup> ההערה השלישית מתייחסת לשיקולים בבחירת חמישה חכמי ההלכה בדורנו

- אזי אפשר לכאורה להחליט גם על-פי יכולתו הכלכלית של החולה. השאלה אם מבחנים אלה, כולם או חלקם, מפלים באופן שמצדיק את התערבותו של בית-המשפט בהחלטה ראויה לדיון נפרד.
- 16 2' ו-4 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, התשנ"ב-1992 (להלן: חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו); ס' 3(ה) לחוק ביטוח בריאות ממלכתי, התשנ"ד-1994 (להלן: חוק ביטוח בריאות ממלכתי); ס' 5 ו-10 לחוק זכויות החולה, התשנ"ו-1996 (להלן: חוק זכויות החולה).
- 17 משנה, הוריות ג, ז (להלן: המשנה בהוריות).
- 18 בבלי, בבא מציעא סב, ע"א (להלן: הבריייתא בבבא מציעא).
- 19 וכך נפסק להלכה. ראו חידושי הריטב"א, בבא מציעא סב, א, ד"ה: "עד שבא"; קיצור פסקי רא"ש, שם, אות ו; בית הבחירה, שם, ד"ה: "מקרא זה"; ספר היראים, סימן מו; טור, יורה דעה, סימן רנא, בשם רב סעדיה; העמק שאלה, שאילתא קמו; מנחת חינוך, מצווה רצו.
- 20 לכלל זה יש תוצאות רבות בענייני הצלה, כגון הימנעות מהצלת הזולת ב"שב ואל תעשה" (תוספות, סנהדרין ער, ע"ב, ד"ה: "והא") או לעניין הצלה עצמית (חידושי רבינו חיים הלוי, הלכות יסודי התורה, פרק ה, הלכה ה). ראו לעניין זה בהרחבה ניל הנדל "חוק לא תעמוד על דם רעך, התשנ"ח-1998 – השראה ומציאות" מחקרי משפט 229 (2001); אליעזר בן-שלמה "החובה להציל נפשות במשפט העברי ובפסיקה של בית המשפט העליון בישראל" אסיא נג'רנר 67 (התשנ"ד); (התשנ"ד) Aaron Kirschenbaum, *The "Good Samaritan" and Jewish Law*, 7 DINE ISRAEL 7 (1976).
- 21 הוא הדין כאשר בחדר המיון יש מכשיר מציל חיים זמין אחד בלבד ואין לטפל באמצעותו בשני החולים יחד.
- 22 ראו אברהם סופר-אברהם, נשמת אברהם, יורה דעה, סימן רנב, אות ב.
- 23 ראו, למשל, על ההיבט האתי יעקב דיכובסקי "קדימות בהצלת נפשות – הגישה האתית" ברכה לאברהם 201 (יצחק אילן הלוי שטינברג עורך, ירושלים, התשס"ח).
- 23 אחת התופעות המעניינות היא שבארץ אין למעשה הנחיות בנושא, למעט א"א-אלה נסיונות בבית-החולים הדסה העלות על הכתב הנחיות. למעשה, לא הצלחתי להשיג הנחיות כתובות, ורק בבית-חולים אחד הסכימו לשתף

שבפסיקותיהם אדון. לא למותר לציין כי לא עולה על דעתי לקבוע מי פוסק גדול ממי. קטונתי מלחלק ציונים לחכמי ההלכה שגדלותם אינה מוטלת בספק. בחרתי בחמישה הפוסקים משלוש סיבות: הסיבה האחת היא שהם סמכות הלכתית, ופסיקותיהם מוכרות ומקובלות בחברה הדתית והחרדית; הסיבה השנייה היא שכולם נדרשו לשאלת ההעדפה בין חולים בכלל ובקבלה ליחידה לטיפול נמרץ בפרט; הסיבה השלישית היא שהם משקפים מגוון רחב של פלחי אוכלוסייה אשר מכפיפה את עצמה להכרעותיהם. לפיכך בחרתי בפוסק מהמגזר החרדי (הרב שמואל הלוי וואזנר),<sup>24</sup> בסמכות רבנית ממסדית (הרב איסר יהודה אונטרמן),<sup>25</sup> בפוסק המקובל הן על הציבור החרדי והן על הציבור הלא-חרדי (הרב שלמה זלמן אויערבך),<sup>26</sup> בפוסק של בית-חולים "שערי צדק" (הרב אליעזר יהודה וולדנברג)<sup>27</sup> ובגדול הפוסקים מחוץ לישראל (הרב משה פיינשטיין).<sup>28</sup>

במאמר חמישה פרקים: בפרק הראשון אניח את התשתית העיונית ואציג את המשטר המשפטי והפרקטיקה הנוהגים בארץ. פרק זה נחלק לשלושה חלקים: החלק הראשון יתמקד במהותה ובהיקפה של הזכות לבריאות; השני יעסוק במעמדו של עקרון השוויון כערך הנגזר מכבוד האדם ובאיסור ההפליה הנובע ממנו;<sup>29</sup> ובחלק השלישי תוצג הפרקטיקה

- אותי בהסדרים הלא-כתובים שהם פועלים לפיהם.
- 24 הרב שמואל הלוי וואזנר, בעל שו"ת "שבט הלוי", ראש ישיבת חכמי לובלין בבני-ברק, נולד בווינה בשנת תרע"ג (1913) ונפטר בליל-הסדר תשע"ה (2015). ספר תשובותיו מקיף תחומי הלכה רבים, ובעיני האוכלוסייה החרדית הוא נחשב פוסק הדור (להלן: הר"ש וואזנר).
- 25 הרב איסר יהודה אונטרמן (1886 – 1976) כיהן כרב הראשי של תל-אביב-יפו ולאחר-מכן כרב הראשי לישראל. בספרו שו"ת "שבט מיהודה" עסק בשאלות הלכתיות אקטואליות רבות (להלן: הרא"י אונטרמן).
- 26 הרב שלמה זלמן אויערבך (1910 – 1995) שימש ראש ישיבת "קול תורה", והוכר כפוסק גדול על-ידי כל לומדי התורה לזמניהם. בפסקיו מוצאים התייחסות למכשור טכנולוגי מודרני ולעניינים שברפואה. ספרו "מנחת שלמה" כולל שאלות ותשובות רבות בנושאים אקטואליים (להלן: הרש"ז אויערבך). על אישיותו ופסיקותיו ראו בהרחבה אמיר משיח הלכה בתמורות הזמן במשנתו של הרב שלמה זלמן אויערבך (בר אילן, התשע"ג).
- 27 הרב אליעזר יהודה וולדנברג (1915 – 2006), בעל שו"ת "ציץ אליעזר", כיהן כאב"ד בבית-הדין האזורי בירושלים ולאחר-מכן כדיין בבית-הדין הרבני הגדול. בעשרים ואחד כרכי תשובותיו עסק בכל נושאי ההלכה, אך בולטות ביניהן בעיקר התשובות הנוגעות בבעיות רפואיות ובטכנולוגיות חדישות, שבהן עסק באופן מיוחד כרב הפוסק של המרכז הרפואי "שערי צדק" בירושלים (להלן: הרא"י וולדנברג).
- 28 הרב משה פיינשטיין (1895 – 1986), בעל שו"ת "אגרות משה", היה ראש ישיבת "תפארת ירושלים" בניו-יורק. הוא הוכר כפוסק הגדול בארצות-הברית, ותשובותיו מופצות בעולם היהודי כולו. הוא דן בתשובותיו בבעיות טכנולוגיות מודרניות וגם בעיקרי היהדות (להלן: הר"מ פיינשטיין). על פסיקתו ראו הראל גורדין הלכה ופסיקת הלכה בעולם משנתה: עיון בין-תחומי בפסיקותיו של הרב משה פיינשטיין (חיבור לשם קבלת התואר "דוקטור לפילוסופיה", אוניברסיטת תל-אביב, 2007).
- 29 בג"ץ 2911/05 אלחנתי נ' שר האוצר, פ"ד סכ"ד (4) 406, 432 – 433 (2008); בג"ץ 7426/08 טבקה, משפט וצדק לעולי אתיופיה נ' שרת החינוך, פ"ד סד"א (1) 820, 840 (2010) (להלן: עניין טבקה). יוער כי שני ערכים אלה – הזכות לבריאות ועקרון השוויון – מקובלים במשפט העברי, אף אם במינוח שונה. הדין העברי אינו מכיר בזכות לבריאות, אלא מטיל חובה על כל אדם לשמור על בריאותו. לכן על אדם שחלה לפנות לרופא בבקשת עזרה, ואל לו לסמוך על הנס. ראו בהרחבה יוסי גרין משפט ורפואה: יחסי חולה-רופא 46 – 54 (חושן למשפט, 2003). השוויון אף הוא מערכי-היסוד של הדין העברי, שהרי כל אדם נברא בצלם אלוקים (בראשית א' 27), ו"חביב אדם שנברא בצלם, קבה יתירה נודעת לו שנברא בצלם" (משנה, אבות ג, ד). מבריאת האדם בצלם אלוקים נגזרת, בין היתר, זכותו לכבוד. לעניין בריאת האדם בצלם ראו יאיר לורברבוים צלם אלהים: הלכה ואגדה (ירושלים, שוקן, התשס"ד). על כבוד האדם (הבריות בלשון ההלכה) ראו בהרחבה נחום רקובר גדול כבוד הבריות (מורשת המשפט בישראל, התשנ"ט); מנחם אֶלון המשפט העברי – תולדותיו, מקורותיו, עקרונותיו כרך ב 424 – 425 (מאגנס, התשל"ג); יעקב בלידשטיין "גדול כבוד הבריות" – עיונים בגלגליה של הלכה" שנתון המשפט העברי ט"ז 127 (התשמ"ב-התשמ"ג).

הנוהגת בבתי-החולים. בפרק השני אציג את השתלשלותו של סדר הקדימות המגדרי המפורש במשנה בהוריות. גם פרק זה נחלק לשלושה חלקים: בחלק הראשון אבהיר את סדר הקדימות שבמשנה; בחלק השני – את התקבלותה על-ידי חכמי התלמוד ומפרשיו; ובחלק השלישי – את יישומו של מדרג הקדימויות אצל הראשונים ואחרוני הראשונים. בפרק השלישי אדון בסדר הקדימות המשתמע מהברייתא בבבא מציעא, שעיקרו כללי העדפה של צד שלישי המחזיק באמצעי ההצלה. בפרק הרביעי אדון בגישותיהם של חכמי ההלכה בדורנו להעדפה בקבלה ליחידה לטיפול נמרץ. יתווסף את המאמר פרק המסקנות, שהעיקרית מביניהן היא שאין מדרג הקדימויות במשנה ישים בימינו, וכי יש להשאיר את ההחלטה על הקדימות בטיפול בידי הרופא המטפל בהתאם להנחיות של האיגוד המקצועי או של בית-החולים.

## א. בין משפט לאתיקה בקבלה ליחידה לטיפול נמרץ

### 1. הזכות לבריאות ולטיפול רפואי

הזכות לקבל טיפול ביחידה לטיפול נמרץ הינה חלק מזכות האדם לשירותי בריאות. האם העדפת חולה אחד על חולה אחר שגם לגביו קיימת התוויה לאשפוז ביחידה עולה כדי פגיעה בזכות לבריאות? מה מהותה של הזכות לבריאות? הזכות לבריאות הינה מושג מורכב המתפרש על אגד של זכויות הקשורות לבריאות של אדם. מעמדן של זכויות אלה והיקף ההגנה עליהן אינם אחידים, והם משתנים בהתאם לסוגן, לטיבן ולהקשרן.<sup>30</sup> הזכות הוכרה במשפט הבין-לאומי כבר בהכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם משנת 1948 (The Universal Declaration of Human Rights)<sup>31</sup> וכן באמנה הבין-לאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות (International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights).<sup>32</sup> גם ארגון הבריאות העולמי (World Health Organization) הכיר בזכות לבריאות כאחת מזכויות-היסוד של האדם. הזכות לבריאות, במובנה הרחב, חובקת מגוון של זכויות בעלות אופי שונה, תוכן

30 עניין סולומטין, לעיל ה"ש 8, פס' 11 לפסק-הדין.

31 ס' 25(1) להכרזה קובע:

"Everyone has the right to a standard of living adequate for the health and well-being of himself and of his family, including food, clothing, housing and medical care and necessary social services, and the right to security in the event of unemployment, sickness, disability, widowhood, old age or other lack of livelihood in circumstances beyond his control."

32 בס' 12(1) לאמנה, אשר אושרה על-ידי מדינת-ישראל ביום 3.10.1991, נקבע:

"The States Parties to the present Covenant recognize the right of everyone to the enjoyment of the highest attainable standard of physical and mental health."

בס' 12(2) לאמנה נקבע:

"The steps to be taken by the States Parties to the present Covenant to achieve the full realization of this right shall include those necessary for... (d) The creation of conditions which would assure to all medical service and medical attention in the event of sickness."



שונה והגנה משפטית שונה.<sup>33</sup> כך, היא עשויה לכלול את הזכות לקבל טיפול רפואי "בהתאם לכל דין ובהתאם לתנאים ולהסדרים הנוהגים, מעת לעת, במערכת הבריאות בישראל",<sup>34</sup> ובמצב חירום הכרוך במצוקה גופנית – באופן מידי וללא התניה.<sup>35</sup> כמור – כן, הזכות לבריאות כוללת את הזכות לשוויון בקבלת טיפול רפואי, את הזכות להבטחת נגישותו של הטיפול הרפואי<sup>36</sup> וכן שלילת כל צורה של הפליה באפשרות הגישה לטיפול הרפואי ובטיפול עצמו.<sup>37</sup>

הזכות לבריאות הינה חלק מהזכויות החברתיות הכלולות בזכויות האדם. אדם שאין לו גישה לטיפול רפואי בסיסי הוא אדם שכבודו כאדם נפגע.<sup>38</sup> אומנם, מעמדה החוקתי של הזכות לבריאות לא הוגדר, אך אין ספק שהיא נגזרת מהזכות לכבוד האדם כאשר הוא אדם,<sup>39</sup> וכן מהזכות החוקתית לחיים ולשלמות הגוף, אשר מעוגנת אף היא בחוק-היסוד.<sup>40</sup>

בארץ זכותו של כל אדם לקבל טיפול רפואי מעוגנת בחוק ביטוח בריאות ממלכתי, המושתת על עקרונות של "צדק, שוויון ועזרה הדדית".<sup>41</sup> ברם, בשל משאביה המוגבלים של המדינה, ובשל היות הזכות לבריאות נגזרת מחוק-היסוד, ניתן להגבילה בחוק שהולם את ערכיה של מדינת-ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ואשר פוגע בזכות במידה שאינה עולה על הנדרש.<sup>42</sup> לכן "שירותי הבריאות הכלולים בסל שירותי הבריאות יינתנו

33 על הזכות לבריאות בכללותה ראו בהרחבה כרמל שלו בריאות, משפט וזכויות האדם 36 – 61 (הוצאת רמות, 2003).

34 ס' 3(א) לחוק זכויות החולה.

35 ס' 3(ב) לחוק זכויות החולה. סעיף זה מגדיר למעשה "טיפול מציל חיים", אשר כולל, על-פי הפסיקה, "אף טכנולוגיות המיועדות להארכת חיים של העמית החולה ולשיפור איכות חייו. זאת, במקרה בו העמית לוקה במחלה קשה וממושכת והטיפול החריג מונע ממנו נזק בריאותי משמעותי. או כשבאיון הכללי, נמצא כי הטיפול החריג יהיה בעל השפעה משמעותית על איכות חייו, או על הארכת חייו, באופן העולה במשקלו על הסיכון לנזק בריאותי העלול להיגרם לו כתוצאה מאותו טיפול" (ע"ע (ארצי) 205/08 שירותי בריאות כללית – טיירו, תק"אר 2009(4) 251, פס' 25 לפסק-הדין). כמור-כן, "טיפול מציל חיים" יכול וייבחן, במקרים המתאימים, במשמעותו המהותית כ"טיפול מאריך חיים" או "טיפול המעניק איכות חיים", במיוחד כאשר הובר כי אין המדובר עוד בהצלת החיים, כי אם בהארכתם לתקופה מסוימת" (ע"ע 1507/02 מכבי שירותי בריאות – בן צבי, פד"ע לט 112, 138 (2003)).

36 בג"ץ 1105/06 קו לעובד נ' שר הרווחה, פדאור 2014(45) 355, פס' 59 לפסק-דינה של השופטת ארבל. ראו עוד עניין סולומטין, לעיל ה"ש 8, פס' 11 לפסק-הדין; אייל גרוס "בריאות בישראל: בין זכות למצרך" זכויות כלכליות, חברתיות ותריבותיות בישראל 437, 446 (יורם רבין ויובל שני עורכים, הוצאת רמות, 2004).

37 ס' 4 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

38 רע"א 4905/98 גמזו נ' ישעיהו, פ"ד (נה) 360, 375 – 376 (2001). הדברים צוטטו בהסכמה בעניין סולומטין, לעיל ה"ש 8. ראו עוד רפנה ברק-ארו ואייל גרוס "הזכויות החברתיות והמאבק על אורחות חברתית בישראל: מעבר לזכות לכבוד" ספר דליה דורנר 189 (שולמית אלמוג, דורית ביניש ויעד רותם עורכות, נבו, 9002).

39 עניין קו לעובד, לעיל ה"ש 36, פס' 59 לפסק-דינה של השופטת ארבל.

40 ס' 2 ר-4 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. ראו עוד גרוס, לעיל ה"ש 36, בעמ' 453. לדיון בשאלה אם הזכות לבריאות נגזרת מהזכות לכבוד או שהיא זכות חברתית ראו אהרן ברק פרשנות במשפט כרך שלישי – פרשנות חוקתית 416, 419 (נבו, 1994); גיא מונדלק "זכויות חברתיות-כלכליות בשיח החוקתי החדש: מזכויות חברתיות לממד החברתי של זכויות האדם" שנתון משפט העבודה ז 65 (1999); בג"ץ 1554/95 עממת "שוחר גילית" נ' שר החינוך, פ"ד (3) 2 (1996).

41 ס' 1 לחוק ביטוח בריאות ממלכתי.

42 ס' 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

בישראל, לפי שיקול דעת רפואי, באיכות סבירה, בתוך זמן סביר ובמרחק סביר... והכל במסגרת מקורות המימון העומדים לרשות קופות החולים".<sup>43</sup> כלומר, הזכות לקבל טיפול רפואי (מיטבי) אינה זכות מוחלטת, למעט במצב חירום רפואי.<sup>44</sup> המדינה וקופות החולים חייבות לספק את שירותי הבריאות הטובים ביותר במסגרת המשאבים המוקצים להן.<sup>45</sup> נמצינו למדים כי אף שהמטופל עצמו זכאי לקבל טיפול רפואי נאות מבחינת הרמה המקצועית והאיכות הרפואית,<sup>46</sup> זכותו זו כפופה לשלושה תנאים השזורים זה בזה ומשקפים את יחסיותה של הזכות: (1) על שירותי הבריאות להיות שוויוניים, ולנתוני השירות אסור להפלות בין המטופלים;<sup>47</sup> (2) הטיפול הרפואי יינתן במגבלות המימון העומד לרשות הקופה ובהתאם להסדרים הנהוגים במערכת הבריאות;<sup>48</sup> (3) הטיפול הרפואי יינתן למטופל על-פי שיקול-דעת רפואי. לא התבאר מלשון החוק מה משקלם של כל אחד משלושה תנאים אלה, וכיצד יש לנהוג כאשר תנאים אלה מתנגשים. הדעת נותנת כי שיקול-הדעת הרפואי צריך להיות הגורם המכריע. לכן העדפה בין חולים על רקע מגדרי שאינה מחמת שיקולים רפואיים פסולה, בעוד הפליה מחמת גיל לא תיחשב פסולה אם היא נבעה משיקולים רפואיים.<sup>49</sup>

## 2. השוויון והזכות לבריאות במשפט הישראלי

האין ההעדפה בין חולים והשמירה על השוויון סותרות זו את זו? לכאורה, התשובה חיובית. אולם, כאשר הבדירה בין החולים נעשית משיקולים ענייניים (רפואיים), הפגיעה בעקרון השוויון נסבלת. כאשר מערכת הבריאות אינה מסוגלת לתת את המענה הרפואי הטוב ביותר, אין מנוס מהעדפה בין חולים, ובלבד שההעדפה לא תהיה מטעמים פסולים.<sup>50</sup>

43 ס' 3(ד) לחוק ביטוח בריאות ממלכתי. שירותי הבריאות יינתנו על-פי סל שירותי הבריאות בתחומים המפורטים בחוק, ובכלל זה אשפוז כללי (ס' 6(א)(4) לחוק). כמרכן, שירותי הבריאות יינתנו תוך שמירה על כבוד האדם, הגנה על הפרטיות ושמירה על הסודיות הרפואית (ס' 3(ה) לחוק). ראו עוד ס' 10 ו-18 לחוק זכויות החולה.

44 ס' 3(ב) לחוק זכויות החולה.

45 ע"ע (ארצי) 483/06 רבין – קופת חולים כללית בע"מ, תק"אר 2009(2) 759, פס' 7 לפסק-הדין.

46 ס' 5 לחוק זכויות החולה.

47 ס' 4 לחוק הנ"ל.

48 דרישה זו מכפיפה למעשה את חוק זכויות החולה לחוק ביטוח בריאות ממלכתי. אף-על-פי-כן חייב בית-הדין לעבודה, בעניין גרונדשטיין, את קופת-חולים לממן טיפול תרופתי שאינו כלול בסל הבריאות מכיוון שהטיפול בתרופה היה, על-פי חוות-דעת רפואית, בגדר טיפול מציל חיים. בית-הדין פסק כי הימנעות ממימון התרופה על-ידי הקופה תפגע בזכויותיה של החולה על-פי החוק. עב' (אזורי ת"א) 14-339/99 גרונדשטיין – קופת החולים הכללית, פורסם בנבו (1999). ראו עוד בר"ע (ארצי) 186/99 קופת חולים הכללית – גרונדשטיין, תק"אר 1999(2) 97.

49 ס' 4(ב) לחוק זכויות החולה.

50 כך, לדוגמה, קיימים בספר החוקים הישראלי חוקים לא-מעטים המעניקים העדפה לאישה באשר היא אישה (קטגוריית העדפה שהותרה במפורש במסמכים בין-לאומיים ובחוקות זרות רבות). כך, למשל, חוק שירות ביטחון (נוסח משולב), התשמ"ו-1986, קובע תקופות שירות שונות לנשים ולגברים (ס' 15 ו-16), וכן מעניק פטור מטעמי הכרה דתית לאישה בלבד. גם חוק שירות לאומי, התשי"ג-1953, מתייחס לנשים בלבד, וכך גם חוק עבודת נשים, התשי"ד-1954, המסדיר סדרה של נושאים ייחודיים לנשים.

על עקרון השוויון ומקומו בשיטתנו המשפטית ככל שהדבר נוגע בעניינים שברפואה כבר דנתי בעבר.<sup>51</sup> לפיכך אתייחס במסגרת זו רק לעיקרי הדברים הצריכים לענייננו. עקרון השוויון עוגן בחוק-היסוד כנגזרת וכחלק מכבוד האדם,<sup>52</sup> כמו-גם בשורה של חוקים אחרים.<sup>53</sup> גם במסגרת חוק ביטוח בריאות ממלכתי הובטח "מתן טיפול שוויוני בהתאם למשאבים המוגבלים וסל הבריאות".<sup>54</sup>

הזכות לשוויון, כזכות-יסוד בעלת חשיבות עליונה, הוכרה כבר בראשית ימי המדינה.<sup>55</sup> השוויון כערך הוא נדבך מרכזי בשיטת המשפט בישראל,<sup>56</sup> עמוד-התווך של הדמוקרטיה,<sup>57</sup> וערך המהווה "עקרון יסוד חוקתי, השלוב ושזור בתפיסות היסוד המשפטיות שלנו ומהווה חלק בלתי נפרד מהן".<sup>58</sup> הכל שווים לפני החוק – זו נשמת-אפו של המשטר החוקתי שלנו – ואין להפלות בין אדם לאדם מטעמי גזע, מין, לאום, עדה, ארץ מוצא, דת, השקפה או מעמד חברתי.<sup>59</sup> הפליה על בסיס אחד הטעמים הללו פוגעת בגרעין הקשה של כבוד האדם, יש בה מן ההשפלה והביזוי, והיא מהווה פגיעה בזכות החוקתית לכבוד האדם.<sup>60</sup> הפליה כזו עומדת בסתירה לאופייה הדמוקרטי של המדינה, ופוגעת בכוחות המאחדים את החברה.<sup>61</sup> להתנהגות לא-שוויונית בין שווים יש תוצאות הרסניות לפרט ולחברה כאחד.<sup>62</sup>

הפליה פסולה הסותרת את ערך השוויון משמעותה יחס שונה אל שווים ויחס לא-

- 51 יוסי גרין "התערבות המדינה באוטונומיה של התא המשפחתי: בין הזכות להורות לבין ערכיה של מדינת-ישראל" מאזני משפט ט 83, 99–101 (2014).
- 52 ס' 2 ו-4 לחוק-היסוד: כבוד האדם וחירותו; בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פ"ד סא (1) 619, 683–685 (2005).
- 53 ס' 1 לחוק שיווי זכויות האשה, התשי"א-1951 (להלן: חוק שיווי זכויות האישה); ס' 2 (א) לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988, ועוד.
- 54 עניין רבין, לעיל ה"ש 45, פ"ס 9 לפסק-הדין; עניין טייר, לעיל ה"ש 35, פ"ס 15 לפסק-הדין.
- 55 עניין טבקה, לעיל ה"ש 29, פ"ס 17 לפסק-דינה של השופטת פרוקצ'יה.
- 56 בג"ץ 726/94 כלל חברה לביטוח בע"מ נ' שר האוצר, פ"ד מח(5) 441, 460 (1994). ראו עוד יצחק זמיר ומשה סובל "השוויון בפני החוק" משפט וממשל ה 165 (1999); פרנסס רדאי "על השוויון" משפטים כד 241 (1994); אריאל בנדר "שוויון ושיקול דעת שלטוני – על שוויון חוקתי ושוויון מינהלי" ספר שמגר: מאמרים חלק א 287 (2003); אליקים רובינשטיין "על השוויון לערבים בישראל" קרית המשפט א 17 (2001); אמנון רובינשטיין וברק מדינה המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל כרך א 271 (מהדורה חמישית, 1997); דוד קרצמר "חמישים שנה של משפט ציבורי בבית-המשפט העליון – זכויות אדם" משפט וממשל ה 297, 315–321 (1999).
- 57 בג"ץ 4112/99 עדאלה נ' עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד נו(5) 393, 415 (2002); בג"ץ 10026/01 עדאלה נ' ראש הממשלה, פ"ד נז(3) 31, 39 (2003).
- 58 בג"ץ 6698/95 קעדאן נ' מנהל מרקעי ישראל, פ"ד נד(1) 258, 273 (2000). עם זאת, ראוי לציין כי בית-המשפט טרם הכריע בשאלה אם הזכות לשוויון ואיסור ההפליה מעוגנים בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. ראו בג"ץ 240/98 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' השר לענייני דתות, פ"ד נב(5) 167 (1998). ראו עוד ברק, לעיל ה"ש 40, בעמ' 423.
- 59 בג"ץ 114/78 בורקאן נ' שר האוצר, פ"ד לב(2) 806, 800 (1978). ראו עוד בג"ץ 953/87 פורז נ' ראש עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד מב(2) 309, 331 (1988).
- 60 עניין טבקה, לעיל ה"ש 29.
- 61 עניין קעדאן, לעיל ה"ש 58, בעמ' 274.
- 62 שם. הרברים צוטטו מעניין פורז, לעיל ה"ש 59, בעמ' 332. על השלכותיה ההרסניות של הפליה (אמיתית או מדומה) ראו את דבריו של השופט מ' חשין בג"ץ 1703/92 ק.א.ל קוי אויר למטען בע"מ נ' ראש-הממשלה, פ"ד נב(4) 203, 193 (1998); הנשיא ברק בעניין קעדאן, לעיל ה"ש 58, בעמ' 274.

שווינוי ובלתי-הוגן כלפי אלה הראויים ליחס שוויוני.<sup>63</sup> אכן, שוויון אינו מחייב זהות,<sup>64</sup> כשם שאי-שוויון אינו בהכרח הפליה. הפליה באה לידי ביטוי ביצירת הבחנה בין אדם לאדם או בין עניין לעניין מטעמים לא-רלוונטיים.<sup>65</sup> הפלייתו של אדם לרעה מחמת השתייכותו הקבוצתית, ובענייננו הפליה לרעה של אישה, פוגעת בזכות לכבוד.<sup>66</sup> ביסודה של הפליה כזו עומד ייחוס מעמד נחות למופלה, וכפועל יוצא מכך השפלה עמוקה של קורבן ההפליה.<sup>67</sup> לעומת זאת, שוני ענייני בין בני-אדם עשוי להצדיק הבחנה ביניהם, ובלבד שבסיס ההבחנה יהיה מושתת על יסוד רלוונטי.<sup>68</sup> הפליה מטעמי גיל אסורה,<sup>69</sup> ואף-על-פי-כן אין רואים הפליה בין מטופלים מטעמי גיל כאשר ההבחנה נדרשת משיקולים רפואיים.<sup>70</sup>

חזקה על מנהלי היחידה לטיפול נמרץ ורופאיה שהם נוהגים בחולים בדרך שוויונית. המחוקק העניק להם סמכות רחבה – כשלוחיו של המוסד הרפואי<sup>71</sup> – ליתן שירותי בריאות.<sup>72</sup> סמכות זו מקנה לרופא ביחידה לטיפול נמרץ את ייפוי-הכוח להחליט על אשפוז חולה ביחידה על-פי שיקול-דעתו ומצפונו הרפואי. עם זאת, הסמכות הנתונה לרופא אינה הרשאה לנהוג בחולה ככל שירצה. היא גם אינה הרשאה להפלות בין חולים משיקולים שאינם רפואיים. להפך, הרופא מחויב לעקרונות ולכללים האמורים. לכן העדפה בין חולים במתן טיפול רפואי שאינה מנומקת בשיקולים רפואיים – פסולה.<sup>73</sup> ככלל, בית-המשפט אינו מתערב בשיקולים רפואיים, ואינו מחליף את שיקול-הדעת הרפואי בדעתו שלו, מה שאין כן כאשר שיקולים זרים משתרבבים או מנחים את הרופא בהחלטותיו.<sup>74</sup> שיקול-הדעת מוענק לרופא כדי שיהיה לו חופש פעולה במילוי תפקידו,

- 63 ד"נ 10/69 בורנובסקי נ' הרבנים הראשיים, פ"ד כה (1) 35, 7 (1971). הדברים צוטטו בהסכמה בבג"ץ 6778/97 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' השר לבטחון פנים, פ"ד נח(2) 365, 358 (2004).
- 64 בג"ץ התנועה לאיכות השלטון בישראל, לעיל ה"ש 52.
- 65 בג"ץ 6671/03 אבו גאנם נ' משרד החינוך, פ"ד נט(5) 577, 589 (2005).
- 66 בג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הבטחון, פ"ד מט(4) 94, 133 (1995); בג"ץ 104/87 נבו נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד מד(4) 749, 759 (1990). בג"ץ 453/94 שדולת הנשים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד מח(5) 501, 524 (1994). ראו עוד בהקשר זה פרנסס רדאי "על השוויון" מעמד האשה בחברה ובמשפט 19 (פרנסס רדאי, כרמל שלו ומיכל ליב-קובי עורכות, 1995).
- 67 דבריה של השופטת דורנר בעניין מילר, שם, פס' 4 סיפא לפסק-דינה.
- 68 בג"ץ 678/88 כפר ורדים נ' שר האוצר, פ"ד מג(2) 501, 507 (1989); בג"ץ 6051/95 רקנט נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד נא(3) 289, 312 (1997); דנג"ץ 4191/97 רקנט נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד נד(5) 330 (2000); בג"ץ 59/88 צבן נ' שר האוצר, פ"ד מב(4) 705, 706–707 (1989).
- 69 ס' 4(א) לחוק זכויות החולה.
- 70 ס' 4(ב) לחוק זכויות החולה. הוא הדין בהבחנה בין שני המינים כאשר היא מתחייבת מהשונויות העניינית שבניהם או מאופיו או ממהותו של העניין (ס' 1)ב(1) לחוק שיווי זכויות האשה.
- 71 כמשמעותו בס' 24 לפקודת בריאות העם, 1940.
- 72 אשר כוללים, בין היתר, אבחון רפואי (ס' 6)א(2) לחוק ביטוח בריאות ממלכתי ואשפוז כללי (ס' 6)א(4) לאותו חוק.
- 73 בג"ץ 4253/02 ראש עיריית טבריה נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד סג(2) 86 (2009).
- 74 המחוקק ומערכת המשפט אינם אמורים להתערב בשיקול-דעתו המקצועי של הרופא הן בשל הדינמיות של מקצוע הרפואה והשתכללותו המתמדת והן משום שהמחוקק אינו יורד ככלל לפרטים מקום שאי-הוודאות גדולה. ראו עוד לעניין זה יוסי גרין "סמכותה של ועדת האתיקה בבית חולים פסיכיאטרי למנוע מידע רפואי מהורה בקשר למצבו הרפואי של ילדו הקטין" מאזני משפט ו 125 (2007).

וכדי שיוכל למצוא את הפתרון המתאים בהתאם לנסיבות.<sup>75</sup> לכן, בהפעילו את שיקול-הדעת הרפואי עובר להחלטה אם לקבל חולה ליחידה אם לאו, על הרופא לנהוג בתום-לב, בהגינות, בסבירות ועל-פי אמות-מידה מקובלות בתחום התמחותו.<sup>76</sup> כמו-כן עליו להימנע מקבלת החלטות שרירותיות המפללות בין חולים.<sup>77</sup>

### 3. הנחיות הקבלה ליחידה לטיפול נמרץ

#### (א) ההנחיות בישראל

אין חולק על חשיבות קיומן של הנחיות וקווים מנחים ככלי-עזר לרופא. עם זאת, על הרופא להפעיל שיקול-דעת עצמאי כחלק מהאוטונומיה שלו, ולבחון אם המקרה שלפניו תואם את ההנחיות או להפך. למיטב ידיעתי, אין בארץ הנחיות כתובות לקבלת חולים ליחידה לטיפול נמרץ – לא הנחיות של מנכ"ל משרד הבריאות, לא של האיגוד הישראלי לטיפול רפואי נמרץ ואף לא של ההסתדרות הרפואית בישראל.<sup>78</sup> קיימת "תורה שבעל-פה". המאמר היחיד בארץ המציע כללי העדפה בקבלת חולים ליחידה נכתב על-ידי פרופ' ספרונג, מנהל היחידה לטיפול נמרץ כללי בהרסה עין-כרם, והמתמחה באותה תקופה – ד"ר בנטוב.<sup>79</sup> בהמשך פיתחו פרופ' ספרונג וצוותו – על-סמך נסיונם

75 על-דרך ההיקש מההלכה שנקבעה בר"נ 16/61 רשם החברות נ' כרדוש, פ"ד טז 1209, 1215 (1961).

76 בג"ץ 297/82 ברג' נ' שר הפנים, פ"ד לז(3) 29 (1983). יודגש כי הדברים האמורים משקפים את ההסדר החוקי. ברם, את עבודתו של הרופא מכוונת גם מערכת כללים לבר-משפטית (כללי האתיקה), שאליה הוא מכפיף את עצמו מרצונו. המערכת החוקית היא המעטפת הכללית, החיצונית, הקובעת את גבולות המותר ואת האסור לכלל אזרחי המדינה, ובכלל זה לרופא. המערכת האתית היא מערכת פנימית המהווה מכלול של כללים הקובעים אמות-מידה וסטנדרט התנהגות המצופים מחברי הפרופסיה. מערכת כללים זו אמורה לסייע בידי הרופא לפתור את הדילמות שהוא ניצב בפניהן ואשר אין להן פתרון בחוק. לרוב שתי המערכות משלימות זו את זו.

77 בג"ץ 4540/00 אבר-עפאש נ' שר הבריאות, תק-על 2005(2) 2017.

78 זאת, בניגוד לכללי אתיקה להעדפה בטיפול באירוע רב נפגעים, אשר גובשו ופורסמו. ראו "ההיבטים האתיים באירוע רב-נפגעים", לעיל ה"ש 10. ראו עוד גרינשפון ורובינוב, לעיל ה"ש 6.

79 אתי בנטוב וצ'רלס ספרונג "בעיות אתיות בבירית חולים לטיפול נמרץ" דילמות באתיקה רפואית 355 (רפאל כהן-אלמגור עורך, הקיבוץ המאוחד, 2002). המחברים מציעים את העקרונות הבאים (שם, בעמ' 369):

1. כל ההחלטות על חולים בודדים חייבות להתקבל באופן הוגן וצודק, ללא דעה קדומה. לגזע, למין, למוצא, למעמד חברתי או כלכלי לא תהיה השפעה על קבלת ההחלטה.
2. קווי היסוד של בירית חולים יהיו ידועים מראש לציבור הרחב.
3. במידת האפשר, השיקולים יימסרו לחולה ולבני משפחתו עם קבלתו או אי-קבלתו, אולם לא יהיה צורך בהסכמת החולה כדי לקבל החלטות אלה.
4. ככלל, המחויבות לחולים המאושפזים ביחידה לטיפול נמרץ גדולה מהמחויבות לחולים המועמדים לאשפוז, אך קיימים מצבים בהם יהיה מוצדק לשחרר חולה כדי לקבל חולה אחר, כשהתועלת הצפויה לחולה המתקבל גדולה באופן ניכר, והסיכוי לתוצאות לוואי בחולה המשוחרר קטן.
5. במקרים מסוימים, שבהם החולה חסר סיכוי, ניתן להוציאו מטיפול נמרץ, גם אם הסיכון שיתדרדר במחלקה גבוה.
6. חולים מסוימים אינם צריכים כלל להתקבל לטיפול נמרץ (גם אם קיימות מיטות פנויות). זאת משום שמצבם חמור ובלתי-הפיך ואין להם שום סיכוי רפואי לשרוד. יש גם חולים שהביעו את דעתם המוסמכת, כי אינם מעוניינים בטיפול נמרץ.
7. ההחלטה על בירית החולה חייבת, מעל לכל, להתחשב בתוצאה הצפויה של אשפוז החולה – הן בהארכת חיים והן בשיפור איכותם."

המצטבר ביחידה – את הכללים הנוהגים הלכה למעשה בקבלת חולים ליחידה לטיפול נמרץ בבית-החולים הרסה עין-כרם ובשחרור ממנה. אמות-מידה אלה, אשר מקובלות בספרות, הן כדלקמן (בסדר יורד):<sup>80</sup> חולים הזקוקים לטיפול אינטנסיבי, חולים הזקוקים לניטור אינטנסיבי, חולים הזקוקים לטיפול סיעודי אינטנסיבי, ובתחתית הרשימה – חולים עם סיכוי ירוד ביותר לשחרור מבית-החולים. לפני קבלת החולים לטיפול נמרץ יש לוודא שאחד מהתנאים הבאים מתקיים:

1. חולה עם צפי למהלך טרום-ניתוחי או בתר-ניתוחי מורכב, עקב טיב הניתוח או מחלות-הרקע שלו;
2. חולה במצב של הלם אשר אינו מגיב על טיפול בנוזלים;
3. חולה לאחר חבלה רב-מערכתית, כוויית ממושטות או חבלת ראש;
4. חולה הנזקק לטיפול בתרופות דרך הווריד שאין אפשרות לתת מחוץ לטיפול נמרץ;
5. חולה הנזקק לטיפול נשימתי עקב אחד מהגורמים הבאים:
  - א. החמרה חריפה של מחלת-רקע נשימתית,
  - ב. דלקת ריאות קשה,
  - ג. מינון-יתר של תרופות או סמים הגורמים לדיכוי נשימתי;
6. חולה עם כישלון תפקודי רב-מערכתי;
7. חולה הנמצא במצב קשה עקב מחלה רפואית (לא-ניתוחית) חריפה;
8. חולים עם סיכון גבוה של חסימה של דרכי הנשימה העליונות עקב מחלה חריפה.

## (ב) ההנחיות בארצות-הברית

לעומת החסך בהסדר בישראל, החברה האמריקאית לטיפול נמרץ ניסחה בשנת 1999 את העקרונות לברירת חולים (triage), וקבעה מודל קדימויות (prioritization model). על-פי מודל זה, על החלטת הרופא להיות ברורה וללא משוא-פנים. נאסר עליו להפלות בין חולים מטעמי גזע, מין, מעמד חברתי, העדפה מינית או מעמד כלכלי:

עוד מציעים בנטוב וספרונג להשתית את ההנחיות לקבלת חולים ליחידה לטיפול נמרץ, בראש ובראשונה, על העקרונות הכלליים שכל רופא אמון עליהם: להיטיב עם החולה (beneficence), לא להזיק לו (nonmaleficence), ובקוד ההיפוקרטי – (primum non nocere), לכבד את האוטונומיה של החולה (respect of autonomy) ולפעול ביעילות מרבית במסגרת המשאבים המוגבלים העומדים לרשותו ולרשות המערכת הרפואית (distributive justice) (שם, בעמ' 360). ראו עוד בהקשר זה: Tom L. Beauchamp & James F. Childress, Principles of Biomedical Ethics (5th ed., Oxford University Press 2001).

Society of Critical Care Medicine, *Recommendations for Intensive Care Unit Admission and Discharge Criteria*, 16 CRIT. CARE MED. 807 (1988); Society of Critical Care Medicine, *Guidelines for Intensive Care Unit Admission, Discharge, and Triage*, 27 CRIT. CARE MED. 633 (1999). תודתי לד"ר פרידה דקיוור גנץ, ראש תוכנית המוסמך, בית-הספר לסייעוד ע"ש הנרייטה סאלד של הרסה והאוניברסיטה העברית בירושלים, אשר העבירה מידע זה אליי באישורו של פרופ' ספרונג, מנהל היחידה לטיפול נמרץ בהרסה עין-כרם.

"Triage decisions should be made explicitly, and without bias. Ethnic origin, race, sex, social status, sexual preference or financial status should never be considered in triage decisions. Triage decisions may be made without patient or surrogate consent, and can be made despite an anticipated untoward outcome."<sup>81</sup>

בבסיסו של מודל זה עומד מבחן קדימות תועלתני: החל בחולה הצפוי להפיק את התועלת המרבית מאשפוזו ביחידה (עדיפות ראשונה) וכלה בחולה שאינו צפוי להפיק תועלת כלל מקבלתו ליחידה (עדיפות אחרונה). לפי מודל זה, הראשון שיועדף הוא חולה במצב קריטי, לא יציב מבחינה רפואית, הזקוק לטיפול אינטנסיבי שאינו יכול להינתן מחוץ ליחידה לטיפול נמרץ. בעדיפות שנייה יתקבל חולה אשר זקוק ליחידה לטיפול נמרץ אך אינו במצב קריטי. חולה זה זקוק לטיפול אינטנסיבי ביחידה מכיוון שבכל רגע מצבו עלול להידרדר ולחייב את אשפוזו ביחידה לטיפול נמרץ. השלישי בסדר העדיפויות הוא חולה במחלה קשה אשר ההסתברות להתפרצות המחלה אצלו נמוכה, וגם אם תפרוץ, הוא יוכל לקבל את הטיפול מחוץ ליחידה. לקטגוריה הרביעית משתייכים החולים שאינם צפויים להפיק תועלת משהייה ביחידה לטיפול נמרץ. חולים אלה נחלקים לשתי קבוצות: האחת, חולים שהתועלת שהם צפויים להפיק מהטיפול ביחידה נמוכה, כאשר טיפול זה אינו צפוי לשפר את מצבם, מה-גם שהסיכוי להתפרצות המחלה אצלם נמוך; הקבוצה האחרת הם חולים במחלות סופניות.

## ב. "האיש קודם לאשה להחיות" – השתלשלותה של הלכה

### 1. "האיש קודם לאשה להחיות" – המשנה בהוריות

סדר הקדימות בהלכה שנוי בשתי משניות בסופה של מסכת הוריות. באשר לקדימות על רקע מגדרי נקבע כך:

"האיש קודם לאשה – להחיות ולהשיב אבדה, והאשה קודמת לאיש – לכסות ולהוציאה מבית השבי. בזמן ששניהם עומדים לקלקלה – האיש קודם לאשה."<sup>82</sup>

81 American College of Critical Care Medicine of the Society of Critical Care Medicine, *Guidelines for ICU Admission, Discharge and Triage 7* (1999), available at <http://www.learnicu.org/docs/guidelines/admissiondischargeandtriage.pdf>

82 משנה, הוריות ג, ז. כך הנוסח גם בכתב-היד בודפסט של המשנה, וכך גם לשון התוספתא (הוריות ב, ו). יוער כי הדיון מושתת על ההנחה כי מדרג זה אינו מן התורה. מדובר במקור תנאי, ולא כל הראשונים מסכימים לכך, כפי שיתבאר.

בכתב-יד פרמה של המשנה הלשון היא "האיש קודם להחיות ולהשיב אבדה והאישה קודמת לאיש לכסות ולהוציאה מבית השבי". התנא על-פי לשון זו אינו מבהיר למי האיש קודם. ייתכנו שתי פרשנויות: הפרשנות

התנא קובע כי יש לפעול לפי סדר קדימות על רקע מגדרי בחמישה מצבים. בשלושה מצבים האיש קודם לאישה ("להחיות", "להשיב אברה" וב"קלקלה"), ובשניים האישה קודמת לאיש ("לכסות" ופדייה מהשבי).

במשנה שלאחריה התנא מפרט את סדרי הקדימות שאינם על רקע מגדרי:

"כהן קודם ללוי, לוי לישראל, ישראל לממזר, וממזר לנתין, ונתין לגר, וגר לעבד משוחרר. אימתי? בזמן שכולן שוין [=שווים], אבל אם היה ממזר תלמיד חכם וכהן גדול עם הארץ, ממזר תלמיד חכם קודם לכהן גדול עם הארץ."<sup>83</sup>

סדרי הקדימות בכללותם מושתתים למעשה על ארבעה מאפיינים: מגדר (האיש קודם לאישה), ייחוס (כהן קודם ללוי), חוכמה (ממזר תלמיד חכם קודם לכהן גדול עם-הארץ) ומעמד אישי (ממזר, נתין, גר ועבד).<sup>84</sup> הנהגת סדרי הקדימות מנומקת בהתנהגות בדרכי שלום,<sup>85</sup> בהעדר תחליף,<sup>86</sup> בתרומה לחברה (כל ישראל צריכים לו)<sup>87</sup> ובכשירות.<sup>88</sup> "אימתי? בזמן שכולן שוין [=שווים]", כלומר, כאשר יש יותר מנוקק אחד (חולה, עני) ואי-אפשר להציל או לחלק את צורכי המחיה אלא לאחד מהם.<sup>89</sup> בתיחום הדיון לתחום הרפואי מובלעת ההנחה כי המונח "להחיות" פירושו להציל מסכנת חיים באמצעות עזרה רפואית,<sup>90</sup> ולא כסיפוק צורכי החיים מכספי צדקה ("לפרנס"). אם כך, מתחייבת תשובה לכמה שאלות: ראשית, מהו הרציונל העומד ביסוד העדפת האיש על האישה בהצלת חיים? שנית, משהתפרש הביטוי "להחיות"

האחת, הנסמכת על ההקבלה כפי שעולה מהמשנה, היא שהאיש קודם לאישה להחיות, והאישה – להיפדות מן השבי; על-פי הפרשנות האחרת, לפנינו קביעה גורפת שהאיש קודם להחיות בין לאישה, בין לקטין ובין לפסול-דין.

83 משנה, הוריות ג, ח.

84 דיני קדימות נוספים נמנים במשנה ומופעלים בעת קיום מצוות והקרבת קורבנות: תדירות – "כל התדיר מחבירו קודם את חבירו"; וקדושה – "כל המקודש מחבירו קודם את חבירו" (בבלי, הוריות יב, ע"ב; ירושלמי, הוריות ג, ד). סדר קדימות זה אינו מענייננו. עוד יוער כי הקדימות מכוח קדושה מופעלת לא רק לגבי הקורבנות, אלא גם לגבי בני-אדם. בתלמוד הבבלי הקדושה מתפרשת במשמעות של כיבוד. יש לנהוג כבוד בכהן ולהקדימו על חבריו שאינם כוהנים: "דתנא דבי רבי ישמעאל: 'וקדשתו – לכל דבר שבקדושה. לפתוח ראשון ורש"י: "לקרות בתורה", ולברך ראשון ורש"י: "בזמן" וליטול מנה יפה ראשון" (בבלי, הוריות יב, ע"ב).

85 בבלי, גיטין נט, ע"ב; שולחן ערוך, אורח חיים, סימן קלה, סעיף ד.

86 ראו להלן ליד ה"ש 95.

87 בבלי, הוריות יג, ע"א; רש"י, שם, ד"ה: "להחיותו". ראו גם להלן בה"ש 93.

88 בבלי, הוריות יג, ע"א.

89 יוער כי תשובת התנא לשאלה "אימתי" מעוררת קושי. לכאורה, הדברים אמורים לגבי סדר הקדימות שבמשנה זו בלבד, כפי שאפשר להבין מההתייחסות לממזר תלמיד חכם. ולא היא. שכן מהותה של הברירה וההעדרה שאי-אפשר לספק בו-זמנית את צורכי הנצרכים שכולם שווים מכוח בריאתם בצלם אלוקים.

90 המילה "להחיות" בהקשר של הצלה יכולה להתפרש על-פי מקורותינו בכמה אופנים: האופן האחד – להשיב לחיים, כפי שעשה אלישע ("ויחי הוא מספר לַמֶּלֶךְ אֶת אֲשֶׁר הָחִיָּה [אלישע] אֶת הַמֶּת וְהָגָה הָאִשָּׁה אֲשֶׁר הָחִיָּה אֶת בְּנֵהוּ עֲצֻקָת אֵל הַמֶּלֶךְ... (מלכים ב, ח 5)); האופן האחר – להציל ממות ("שָׁנִים מִפְּלִי תָבִיא אֶל הַתְּבָה לְהַחִיָּת אֹתָךְ" (בראשית ה' 19), "וְהַחַיִּיתָם אֶת אָבִי וְאֶת אִמִּי... וְהִצַּלְתֶּם אֶת נַפְשֵׁינִי מִמָּוֶת" (יהושע ב' 13); האופן השלישי – לרפא, להחזיר חולה אנוש לחיים ("וְתַחְלִימֵנִי וְהַחִיֵּנִי" (ישעיהו לח 16)).



כ"להציל", יחולו גם דיני פיקוח נפש. ברם, בדיני פיקוח נפש אין התייחסות לפן המגדרי. חובתו של הרופא להגיש עזרה אינה תלויה במינו, בכשירותו או במעמדו של המטופל, אלא בסיכויי ריפוי.<sup>91</sup> שלישית, האם כוונתו של התנא להורות כי יש לנהוג לפי סדר הקדימות שבמשנה, בבחינת זו ההלכה ואין בלתי, או שמא מורה לו התנא הלכות נימוסים ודרך-ארץ, בבחינת כך ראוי ורצוי לנהוג מבחינה מוסרית? רביעית, האם רק הרופא (המִחִה) מצוּוֶה לנהוג לפי סדר הקדימות או גם מקבל ה"שירות" (המטופל)? באשר לשתי השאלות האחרונות יחדיו, אם תאמר כי התנא רק מנחה את האדם, כִּי־אז המִחִה (הרופא) רשאי להעדיף את האישה על האיש מבלי שיהיו לכך תוצאות בדין; אולם אם בהלכה מחייבת עסקינן, אזי אין לרופא שיקול-דעת, והוא חייב להעדיף את האישה. הוא הדין לגבי המטופל: אם סדר הקדימות חל גם עליו אולם רק בהלכות דרך-ארץ עסקינן, כִּי־אז אף אם יבחר הרופא לטפל באישה ולא באיש, אין היא חייבת לוותר על הטיפול לטובת האישה; אולם אם מדובר בהוראה מחייבת, אין האישה רשאי לוותר על זכותו לקבל טיפול לטובת האישה, המצויה בעדיפות נמוכה ממנו במדרג הקדימויות.<sup>92</sup>

## 2. התקבלות המשנה על-ידי חכמי התלמוד ומפרשיו

המשנה הקובעת את קדימות האישה שנויה באותה לשון הן בתלמוד הבבלי והן בתלמוד הירושלמי. אמוראי בבל אינם מתייחסים על-אתר לדיני הקדימות על רקע מגדרי. עם זאת, מהמשך הדיון בדיני הקדימות בכלל עולה המסקנה כי המונח "להחיות" מתפרש על-ידיהם כהצלת חיים.<sup>93</sup> לעומתם, אמוראי ארץ-ישראל דנים בכך בהרחבה. מה משמעות "שתיקתם" של אמוראי בבל? מדוע אין הם נוקטים עמדה בשאלת הקדימות על רקע מגדרי? "שתיקתם" יכול שתתפרש באחת משלוש דרכים: הדרך האחת, הסבירה, היא שאין לייחס כל משמעות להתעלמותם זו של האמוראים מכיוון שאין בידינו כל מסכתות התלמוד הבבלי בשלמותן, לרבות זו מושא דיוננו, כלומר, אפשר

91 בית הבחירה, סנהדרין עג, א, ד"ה: "מנין"; בית חדש, חושן משפט, סימן תכה. גורם נוסף במסגרתה של חובת ההצלה שאינו מותנה בזוהר המגדרי הוא רמת הסיכון הצפויה למציל. ראו משנה תורה, רוצח ושמירת הנפש, פרק א, הלכה יד; כסף משנה, שם; שו"ת רדב"ז, חלק ה, סימן ריח; שו"ת אליעזר, חלק י, סימן כה.

92 שאלה נוספת, אשר אינה מעניינת אך ראויה לדיון הלכתי, נוגעת בתפקודו של הרופא. האם משהעדיף לטפל באישה במקום באיש קיים מצווה (את חובתו לרפא) הבאה בעבירה (בהעדפה הנוגדת לכאורה את הדין)? ראו לעניין זה בהרחבה אליאב שוחטמן מעשה הבא בעבירה 155–171 (מוסד הרב קוק, התשמ"א).

93 כך מסתבר מהדיון בנוגע לקדימותו של הכוהן משוח-מלחמה לסגן (כוהן גדול), המנומקת על-ידי רבינא בנימוק תועלתני: "כי תניא היא – להחיות" (בבלי, הוריות יג, ע"א). רש"י מסביר: "להחיותו – הוא קודם לסגן משום דצבור צריכים לו למשוח מלחמה לצורך מלחמה טְפִי [=יותר] מסגן". ביתר הרחבה נידונה שאלה זו במסכת נזיר (מו, ע"ב): "איבעיא להו: משוח מלחמה וסגן, הי מינייהו עדיף? אמר ר' זוטרא: לענין החיותו – משוח מלחמה עדיף. מאי טעמא? דתלו ביה רבים". ומסביר רש"י כי תועלתו לרבים ולכן הוא קודם (שם, ד"ה: "דתלו ביה רבים"). לדעת התוספות (שם, ד"ה: "והתניא משוח מלחמה"), הקדימות האמורה, כפי שהתבאר במשנה בהוריות, היא "לענין להחיותו לפקח עליו את הגל – קודם לסגן דאם נפל אל על שניהם". כלומר, קדימות בהצלת חיים. מכאן משתמע, על-דרך ההיקש ובשינויים המחוייבים, כי אם האישה הנתונה בסכנה תביא תועלת רבה יותר לחברה, היא קודמת לאיש שתועלתו לחברה פחותה משלה.

שהתקיים דיון בנושא, אך אין בידינו עדות לכך בכתבי-היד השונים; על-פי פרשנות שנייה, העדר ההתייחסות למדרג הקדימויות על רקע מגדרי נובע מכך שלדעת אמוראי בבל המדרג מוסכם ומובן ואינו מצריך התייחסות; ההסבר השלישי הוא "שתיקת" האמוראים היא "שתיקה רועמת" – אין אמוראי בכל יכולים לקבל מדרג זה, אך גם אין הם יכולים לחלוק על התנא, ולכן נמנעו מלדון בהעדפת האיש על האישה להחיות, והשאירו זאת לדורות הבאים.<sup>94</sup> היא ההסבר אשר יהא, עדיין עומדת בעינה השאלה כיצד יש לפרש את המונח "להחיות" בתלמוד הבבלי – כפשוטו (להציל) או כסיפוק צורכי חיים (מזונות וכסות).

אף שיש פנים לכאן ולכאן, דעתי היא שהפרשנות התואמת ביותר של "להחיות" היא להציל חיים. אומנם, האמוראים אינם דנים במפורש בקדימות על רקע מגדרי, אך הם אינם נמנעים מלהסביר את הרציונל העומד בבסיס מדרגי הקדימויות האחרים. לרוגמה, קדימותו של החכם למלך מנומקת בכך שאין לו תחליף וחייבים להצילו. הווה אומר, כוונת הדברים היא להצלת חייו של החכם. עם זאת, אין לשלול את האפשרות שקדימותו יכול שתהיה מוסכרת במעמדו ובחשיבותו בחברה.<sup>95</sup> ראיה לכך שמדובר בהצלת חיים ניתן למצוא בכרייתא במסכת כתובות, שעניינה קדימות בדיני הצדקה:

"תנו רבנן: יתום ויתומה שבאו להתפרנס [רש"י: "מזונות של צדקה"] מפרנסין את היתומה ואחר כך מפרנסין את היתום, מפני שהאיש דרכו לחזור על הפתחים, ואין אשה דרכה לחזור."<sup>96</sup>

סדר הקדימות בכרייתא סותר את זה שבמשנה. כדי ליישב בין שני המקורות התנ"איים, נראה כי המשנה בהוריות דנה בסדר הקדימות בהצלת חיים בעוד הכרייתא קובעת סדר קדימות בהקצאת כספי צדקה.<sup>97</sup> מנוסח הדברים בתלמוד הירושלמי, אף שנראה כי המונח "להחיות" מתפרש כ"להציל", אין הדבר כן. וכך שנוי בתלמוד הירושלמי:

94 ראו דיון דומה שעורך הרב ראובן מרגליות במשמעותה של השתיקה בתלמודים: ראובן מרגליות מחקרים בדרכי התלמוד וחידותיו צ"צו (התשכ"ז).

95 תוספות, ניר מז, ע"ב, ד"ה: "והתניא"; רא"ש, ניר מז, ד"ה: "והתניא".

96 בבלי, כתובות סז, ע"א.

97 הראשונים נחלקו בפירוש המונח "להתפרנס". המאירי מפרש את הביטוי "להחיות" בשני המובנים – להאכיל ולהלביש – אך מצמצם את תחולתו של סדר הקדימות המגדרי. לאמור, קדימות האישה למזון היא בתנאי שהאיש יכול לחזור על הפתחים או לחלופין להרוויח ממון למימון לבושו, שאם לא כן – האיש קודם על-פי הסדר הקבוע במשנה בהוריות (בית הבחירה, כתובות סז, ב, ד"ה: "יתום ויתומה"). הרשב"א פירש כי אין מדובר ביתומים הנתונים בסכנת חיים, ולכן אין מושא הדיון כאן סדר הקדימות בהצלת חיים (רשב"א בשיטה מקובצת, כתובות סז, א, ד"ה: "יתום ויתומה"). בתוספות הרי"ד מפורש כי אין מושא הדיון כאן קדימות בקבלת כסות. האישה קודמת לאיש בפרנסתה (דהיינו, במזון) רק מקום שהאיש יוכל להתפרנס בכוחות עצמו, מה שאין כן בהחייאה או מקום שאין לאיש אפשרות אחרת להצילו. במקרה כזה האיש קודם לאישה בשל חיובו במצוות יותר מהאישה (תוספות רי"ד, כתובות סז, א, ד"ה: "ואי קשיא"). ראו עוד בהרחבה דב הלברטל ערך החיים בהלכה – קדימויות בהצלת חיים 5 – 18 (ירושלים, התשס"ו).

"האיש קודם לאישה וכו'. עד כדון [=עד כאן] בשהיה זה להחיות וזה להחיות, זה לכסות וזה לכסות. הרי שהיה זה להחיות וזה לכסות, נישמענינה מן הדא דמר ר' יהושע בן לוי בשם ר' אנטיגנס: כסות אשת חבר וחיי עם הארץ – כסות אשת חבר קודמת לחיי עם הארץ מפני כבודו של חבר, לא [אמר] אלא כסות אשת חבר בחיי חבר. אבל אם היה זה להחיות וזה לכסות – אותו שלהחיות קודם."<sup>98</sup>

לכאורה, מלשונו של בעל הסוגיה עולה כי משמעות הביטוי "להחיות" היא להציל,<sup>99</sup> שכן הוא נוקט שני ביטויים ושני מצבים – "להחיות" ו"לכסות". אלא שפרשנות זו אינה סבירה, כפי שמסביר ר' משה מרגליות, מפרשני התלמוד הירושלמי במאה השמונה-עשרה. לדירו, הפירוש הנכון של הביטוי "להחיות" בנסיבות העניין צריך להיות "לפרנס", שאם לא תאמר כן, הכיצד כסות אשת חבר עדיפה על פיקוח נפש אפילו של עם הארץ?<sup>100</sup> לכן מסתבר כי את המונח "להחיות" יש לפרש כהעדפה בחלוקת כספי צדקה לסיפוק צורכי החיים. זו גם דעתו של ר' חיים דוד אזולאי, המפרש את המונח "להחיות" כקדימות בחלוקת מזון.<sup>101</sup> נמצא כי הפרשנות הסבירה לביטוי "להחיות" שבמשנה בהוריות היא להציל מסכנת חיים, בעוד התלמוד הירושלמי גורס כי כוונת הביטוי היא לספק מזונות.

### 3. יישומו של הכלל אצל הראשונים ואחרוני הראשונים

הרמב"ם השמיט את סדר הקדימות המגדרי מדיני פיקוח נפש, ושיבצם בהלכות מתנות

98 ירושלמי, הוריות ג, ד.

99 פני משה, ירושלמי, שם, ד"ה: "עד כדון" וכו'. עד כאן שמענו ממתני' בשהיה כאן לזה ולזה להחיות דהאיש קודם ובשניהם צריכין לכסות האישה קודמת: הרי שהיה זה. האיש צריך להחיות והאישה צריכה לכסות איזה מהן קודם: נישמענינה מהדא דאמר ריב"ל וכו' לא אמר אלא כסות של אשת חבר. קודמת אלא מפני כבודו של חבר ובחיי החבר אבל בעלמא אם היה לזה להחיות ולאשה לכסות אותו שהוא להחיות קודם."

100 מראה הפנים, שם, ד"ה: "כסות אשת חבר": "כסות אשת חבר קודם לחיי עם הארץ. נראה דהאי ש"ס מפרש להחיות היינו לפרנס אותו, דאלו להחיות היינו להצילו לפקח מעליו את הגל וכיוצא בזה, היאך שייך לומר כסות אשת חבר קודם לפיקוח נפש? ודברי הרמב"ם ז"ל אינם כן, אלא שכתב בפ"ח ממתנות עניים הל' ט"ו: האשה קודמת לאיש להאכיל ולכסות וכו' וטעמו כדמוכח בפרק מציאת האשה דף ס"ז דמזון וכסות חד דינא אית להו א"כ להחיות היינו פיקוח נפש. ובב"י יו"ד סימן רנ"א שהביא דברי הרמב"ם ז"ל ופירש דלהחיות שמתניתין היינו להצילו אם טובע בנהר וכיוצא הביא הא דהכא גרסינן בירושלמי דסוף הוריות עד כדון כשהיה זה להחיות וכו', וכמדומה דלהאי ש"ס לא סבירא ליה האי פירושה דלהחיות, דאם כן קשיא, הא דכסות אשת חבר קודם לחיי עם הארץ והיה צ"ל דאפילו פיקוח נפש נדחה מפני כסות אשת חבר, וכן נראה מדברי הרמ"א בהגהה שם שהביא זה בשם הבי"י ולא מצאתי להראשונים ז"ל שדברו מזה."

101 שער יוסף למסכת הוריות, עג, א, ד"ה: "ונראה לענ"ד להביא". לדעתו, אין לפרש את הדין בתלמוד הירושלמי ("זה להחיות וזה לכסות") כהתרחשות בזמנית, שהרי הצלת חיים קודמת. "וכי יש סברא שמפני קצת זמן שלא יתכסה זה אף שבטוח הוא לכסותו אח"כ יישאר זה בסכנה ולא נחוש על פיקוח נפש מישראל. ותו, איך מפני כבוד חבר מקדימין כסות אשתו לחיי עם הארץ ואמרינן דמוטב שימות לא תישאר אשת חבר בלא כסות קצת זמן שנטפל בהצלת נפש העם הארץ אף שיתכף אחר הצלתו נכסנה". לחלופין, סבור ר' חיים דוד אזולאי, גם אם נבין את דברי התלמוד הירושלמי כמתייחסים להצלת חולה, אין הכוונה לחולה המצוי בסכנת חיים, אלא לחולה ש"אינו בסכנת נפשות ואיכא ממונא פורתא דלא ספקא אלא למזון או לכסות."

עניים.<sup>102</sup> השמטה זו מוסברת בכך שהוא פסק להלכה כשיטת הברייתא בכתובות. עם זאת, בפירושו למשנה הוא מסביר מדוע האיש קודם לאישה. וזו לשונו:

”כבר ידעת המצוות כולם חייבין בהן הזכרים, והנקבות בקצתם, כמו שנתבאר בקידושין, והוא מקודש ממנה ולפיכך קודם להחיות. ואמרו שניהם לקלקלה, רצונו לומר, שניהם בשביה ושניהם מבקשים אותן לביאה – פודין האיש קודם האישה, לפי שהאיש אין דרכו בכך, יבקשו דבר שאינו טבע לו.”<sup>103</sup>

הסבר זה יכול להתפרש בשני אופנים: לפי הפירוש האחד, האיש קדוש יותר מהאישה, לכן הוא מחויב במצוות רבות יותר ממנה, ומכאן קדימותו לה. לפי הפירוש האחר, בשל היות האיש מחויב במצוות רבות יותר מהאישה, הוא מקודש יותר ממנה. בכל מקרה קדימותו של האיש נובעת מקדושתו ו/או מקיום מצוות רבות יותר.<sup>104</sup> מכל מקום, מסתבר שהרמב"ם אינו פוסק להלכה את סדר הקדימות שבמשנה בהוריות כמתייחסת להצלת חיים. והראיה, שכאשר האיש והאישה צפויים בשבי להתעללות מינית, פודים את האיש קודם לא בשל קדושתו, אלא בשל סבלו הגדול יותר, ש"אין דרכו לכך".<sup>105</sup>

גם בעל הטורים השמיט את סדר הקדימות המגדרי.<sup>106</sup> כמותו נהג הר"י קארו בשולחן ערוך, אשר כמו הרמב"ם התעלם מסדר הקדימות שבמשנה בהוריות בעניין החיאה והצלת חיים, אך לא לגבי פדייה משבי. וכך פסק:

”פודים האשה קודם האיש. ואם רגילין במשכב זכור, פודין האיש קודם. ואם שניהם רוצים לטבוע בנהר, הצלת האיש קודם.”<sup>107</sup>

אלא ממה שהסביר בדברי הטור משתמע כי לדעת הר"י קארו, "להחיות היינו להצילים אם הם טובעים בנהר וכיוצא, אבל אכילה לאו בכלל להחיות הוא אלא דינה כדין הכסות,

102 משנה תורה, מתנות עניים, פרק ח, הלכה טו.

103 פירוש המשניות לרמב"ם, הוריות ג, ד. ראו עוד פירוש ר"ע מברטנורא, שם; תוספות יום טוב, שם, ד"ה: "האיש"; פני משה, ירושלמי, הוריות, פרק ג, הלכה ד.

104 ההסבר התולה את קדימות האיש בחיוב במצוות קשה מכמה טעמים. ראשית, בריאת האדם (האיש והאישה) בצלם מעידה על שוויון ביניהם. האם רק בשל החיוב במצוות האיש קודם לאישה? שנית, "מניין למדו דְּבִשְׁר וּרְם מרחם על זכרים יותר מעל נקבות ומה טעם ברבר?" (תורה תמימה, הערות במדבר פרק כז, הערה א). שלישית, המבחן של חיוב במצוות מעורר קושי גדול. לדוגמה, האם יש להעדיף אישה המקיימת מצוות שהזמן גרמא על חירש, שוטה וקטן, הפטורים מן המצוות? האם תועדף אישה המקיימת מצוות על איש שאינו מקיים מצוות כלל? ובכלל, האם תועדף אישה מעוברת על האיש? רביעית, האם התכוון הרמב"ם לקבוע הלכה בפירוש המשניות דווקא? ראו לעניין זה יובל סיני "פירוש המשנה לרמב"ם" מברכת משה – קובץ מאמרים במשנת הרמב"ם לכבודו של הרב נחום אליעזר רבינוביץ 200 (צבי הבר וכרמיאל כהן עורכים, הוצאת מעליות, התשע"ב).

105 ירושלמי, הוריות ג, ד.

106 טור, יורה דעה, סימן רנב.

107 שולחן ערוך, יורה דעה, סימן רנב, סעיף ח. מקור הרברים ברישא בהגהת המרדכי, ובסיפא – בבית יוסף, יורה דעה, סימן רנא.

ותנא כסות והוא הדין אכילה דחד טעמא הוא.<sup>108</sup> כלומר, יש לפרש את המשנה בהוריות כקובעת את סדר הקדימות בהצלה במצבי פיקוח נפש.<sup>109</sup> רבי שבתאי הכהן פסק כי אף שהדברים לא נאמרו במפורש, ואף שמהר"י קארו השמיט את לשון המשנה בהוריות, פירוש המונח "להחיות" לדעתו הוא להציל מסכנת חיים.<sup>110</sup>

ר' משה איסרליש (להלן: הרמ"א) הוסיף בהגהותיו על דברי הר"י קארו בהסתמכו על פירושו ב"בית יוסף", ופסק כי "אם שניהם רוצים לטבוע בנהר, הצלת האיש קודם".<sup>111</sup> סתם הרמ"א ולא פירש מה פשר נסיון ההתאבדות בנהר. האם שניהם רוצים לטבוע בשל תנאי השבי הבלתי-נסבלים או שמא בשל העדר סיכויי הצלה, ומשום שבהצלה מסכנה עסקינן, ויהא גורם הסכנה אשר יהא, יש לפעול על-פי סדר הקדימות הקבוע במשנה בהוריות? לדעת ר' מרדכי יפה, תלמידו של הרמ"א, הרמ"א דן במקרה פרטי שבו האיש והאישה נפלו בשבי אצל שוים ה"רגילין במשכב זכור", שאז קדימותו של האיש נובעת משום שכלו הרב יותר. הווה אומר, במקרה אחר שבו שניהם בסכנת חיים אין הכרח להסיק שהאיש קודם לאישה.<sup>112</sup>

לדעת ר' דוד הלוי סגל לנדא, אין לייחס משמעות לסיבה שבעטייה שני השבויים רוצים לטבוע בנהר, אלא רק לעצם העובדה "שאישה ואשה הם בסכנת טביעה בנהר" ואי-אפשר להציל את שניהם. ולפי ש"גלמד ממשנה סוף הוריות האיש קודם לאישה להחיותו", הוא מסיק כי "לכל סכנה של מיתה" האיש קודם משום "שאישה חייב טפי [=יותר] במצוות".<sup>113</sup>

דומה כי פירוש המונח "להחיות" נגזר מהמציאות ששררה. בתקופה הקדומה חיו חכמי ההלכה בעוני בקהילותיהם. רבים "התפרנסו" מקופות צדקה ואכלו בבתי-התמחוי. לכן הם נטו לפרש את המונח "להחיות" כמתייחס לקדימות בפרנסה ובחלוקת כספי הצדקה על-פי מדרג מגדרי, כמפורט בבבלייתא בכתובות. בתור לקבלת התמיכות היו האיש והאישה שווים בעוניים, והקדמת האישה לאיש אינה מסכנת את חייו של האיש.<sup>114</sup> קדימותה עומדת ביחס ישר לכבודה. שונה הדבר ביחס להצלת חיים ולטיפול רפואי. הידע, הטכנולוגיה הרפואית והכלים לאבחון ולרפוי גם-יחד היו מועטים בתקופות קדומות. ואף שרבים מחכמי ההלכה היו רופאים בהשכלתם,<sup>115</sup> סביר להניח שהם היו

108 בית יוסף, יורה דעה, סימן רנב, אות ח.

109 ראו עוד ערוך השולחן, יורה דעה, סימן רנא, סעיף י.

110 ש"ך, שם, ס"ק ז, המפנה לסימן רנא, ס"ק יא: "הא דתנן בסוף הוריות האיש קודם לאשה להחיות ולהשיב אבידה והאשה קודמת לאיש לכסות כו' צריך לומר דלהחיות היינו להצילם אם הם טובעים בנהר וכו"ג, אבל אכילה לאו בכלל להחיות הוא אלא דינן כדיון הכסות ותנא כסות והוא הדין אכילה עד כאן לשון בית יוסף, וכ"כ בספר באר שבע דף כ"ב."

111 שולחן ערוך, יורה דעה, סימן רנב, סעיף ח בהגהה. ראו עוד פתחי תשובה, שם, ס"ק ז; שו"ת שאילת יעבץ, חלק א, סימן סח.

112 לבוש עטרת זהב, יורה דעה, סימן רנב, סעיף ח. ראו עוד שו"ת ציץ אליעזר, חלק יח, סימן א, אות ב.

113 ט"ז, שולחן ערוך, יורה דעה, סימן רנא, סעיף ו.

114 אכן, "קו העוני" המזכה בקבלת כספי צדקה הוא מבחן אובייקטיבי שאינו מבחין בין איש לאישה. ראו בהרחבה אביעד הכהן "קו העוני וזכות הקיום ככבוד" פרשת השבוע: עיונים משפטיים בפרשיות התורה כרך ב – שמות 261 (אביעד כהן ומיכאל ויגודה עורכים, מכללת שערי משפט ומשרד המשפטים, 2012).

115 ביניהם הרמב"ם, הרמב"ן, ר' שבתאי דונולו ר' יוסף-טוב צהלון ועוד רבים. על הרופאים בתלמוד ראו יצחק

מודעים לקשיים באבחון מצבם הרפואי המדויק של שני חולים המגיעים לטיפול בור-זמנית. לכן לא נקבע מדרג קדימויות על בסיס אמות-מידה רפואיות. סדר הקדימות שנקבע אינו תלוי באבחנה רפואית, אלא מעוגן במאפיינים אובייקטיביים (קדושה וקיום מצוות). ככל שמדע הרפואה התקדם והידע שנצבר הלך והשתכלל, וכפועל יוצא מכך רבו ההצלחות בהצלת חיים, עלתה חשיבותם של האבחון והפרוגנוזה. לכן המונח "להחיות" שהוטבע על-ידי התנא מקבל את המשמעות המקובלת בלשון בני-האדם – להציל חיים.

המציאות, לדעת הרב פרופ' עמנואל רקמן, אינה מאפשרת כיום לפעול על בסיס מדרג קדימויות מגדרי. העובדה שאין הסכמה בין הפרשנים לגבי השאלה אם בהצלת חיים עסקינן או בהקצאת כספי צדקה מקשה נקיטת עמדה בעניין. זאת ועוד, התוספת במשנה ("בזמן ששניהם עומדים לקלקלה") מלמדת על סבילותם של השבויים, בעוד הנוסח בשולחן ערוך ("ואם שניהם רוצים לטבוע") מלמד על ניסיון פעיל של השבויים למנוע את התקיפה המינית. מכאן שסדר הקדימות בהצלה צריך שייגזר ממידת הסבל הצפוי מהפגיעה, ולא ממינו של הנתון בסכנה. בהעדר הסכמה בין חכמי ההלכה על סדר העדיפויות הראוי, סבור רקמן, הסמכות את מי להעדיף בהצלה מסורה למצפוננו של המציל, דהיינו, לרופא ("his conscience and his sense of values").<sup>116</sup>

כפי שיתבאר בהמשך, איני חולק על מסקנה זו, אך מסופקני אם די בשינויי הנוסח לבססה. בהחלט הרופא הוא שאמור לקבוע על-פי מיטב שיקול-דעתו המקצועי – ובכלל זה מצפוננו וערכיו – את מי מבין החולים להעדיף, אך המצפון הרפואי אינו עומד בפני עצמו. הרופא ניצב בפני הכרעה מצפונית כאשר הדרך המחייבת אותו – בין שיהיו אלה הנחיות האיגוד המקצועי או ההלכה (והחוק) – נוגדת את מצפוננו הרפואי. הכרעה מצפונית במקרה זה מחייבת אמות-מידה ברורות. בהעדר הנחיות או סדרי קדימות מוסכמים, הרופא מועמד במצב בלתי-אפשרי. לכן סבורני כי הדרך הנכונה היא לאמץ את אחת מפרשנויותיו של המונח "להחיות", במקרה זה "להציל", ואז לתקוף את ההסדר ולהציע את הפתרון שהוצע, דהיינו, מסירת ההכרעה למצפוננו של הרופא.

### ג. קדימות בהצלה שאינה על רקע מגדרי

#### 1. "שנים מהלכין במדבר": הצלה לחיי שעה או הצלה לחיי עולם?

סדר קדימות נוסף בהצלה מתמצה בכלל שפ"ל רבי עקיבא: "חייך קודמים לחיי חבירך".<sup>117</sup> להבדיל מסדר הקדימות שבמשנה בהוריות, הקדימות במקרה זה היא לאותו אחד מבין השניים שנקלעו למצב סכנה המחזיק באמצעי ההצלה. אף-על-פי-כן יש חשיבות רבה

(יוליוס) פרויס הרפואה במקרא ובתלמוד 24-29 (אורי וירצבורגר מתרגם, מאגנס, ירושלים, 2012).

116 ראו בהרחבה: Emanuel Rackman, *Priorities in the Right to Life, in TRADITION AND TRANSITION* 235 (Jonathan Sacks ed., London 1986).

117 בבלי, בבא מציעא סב, ע"א.

למסקנות העולות – במפורש ובמשתמע – ממקור תנאי זה: ראשית, משום שהקדימות לא נקבעה על בסיס מגדרי או אחר מאלה המנויים במשנה בהוריות; שנית, משום שהעמדות של שני התנאים – של בן פטורא ושל רבי עקיבא החולק עליו – הינן עמדות ערכיות דיכוטומיות המחייבות הכרעה קשה בשאלות של חיים ומוות; שלישית, משום שניתן על-דרך הפרשנות להסיק למקרה שאמצעי ההצלה מצוי בידיו של צד שלישי שאינו נזקק לו. וכך שנוי כברייתא:

”שנים שהיו מהלכין בדרך, וביד אחד מהן קיתון של מים, אם שותין שניהם – מתים [רש"י: "בצמא, שאין מספיק [מים] לשניהם"], ואם שותה אחד מהן – מגיע לישוב [רש"י: "וימצא מים"]. דרש בן פטורא: מוטב שישתו שניהם וימותו, ואל יראה אחד מהם במיתתו של חברו. עד שבא רבי עקיבא ולימד: וחי אחיך עמך – חייך קודמים לחיי חבריך.”<sup>118</sup>

קולמוסים רבים נשתברו בהבנת מחלוקת זו והמסקנות הנגזרות ממנה, ואין זה המקום להאריך בנושא. ככל שהדבר צריך לענייננו, נבהיר כי יש קושי בשתי הגישות. הקושי בגישתו של בן פטורא, הסובר כי יש לחלק את המים, מובן. וכי "בשביל שאי אפשר לקיים 'וחי אחיך' מחויב הוא להמית את עצמו ח"ו [=חס וחלילה]? ואיזה תועלת יהיה מה שייתן לחבירו?"<sup>119</sup> הקושי בגישתו של רבי עקיבא נובע ממבחן התוצאה, שכן אם בעל הקיתון ישתה את המים, הוא יגרום למות חברו. האם מסקנה זו תואמת את הכלל "ואהבת לרעך כמוך", שכייל רבי עקיבא עצמו? כדי להשיב, יש לעמוד על הרציונל העומד בבסיס גישתו של כל אחד מהתנאים החלוקים.

נקודת המוצא המוסכמת היא שעל הרואה את חברו נתון בסכנה מוטלת החובה להצילו,<sup>120</sup> ובלבד שלא יקריב את חייו בהצלה, באשר "אין דוחין נפש מפני נפש",<sup>121</sup> שהרי אין דמו של האחד (המציל-בכוח) סמוק מדמו של האחר (הנתון בסכנה).<sup>122</sup> לרעת בן פטורא, אם

118 שם. נוסח אחר מצינו במדרש (ספרא, בהר, פרשה ה): "וחי אחיך עמך". זו דרש בן פטורי: שנים שהיו מהלכין במדבר, ואין ביד אחד אלא קיתון של מים, אם שותהו אחד – מגיע לישוב ואם שותים אותו שנים – שניהם מתים. דרש בן פטורי: ישתו שניהם וימותו, ושנאמר: וחי אחיך עמך. אמר לו רבי עקיבא: וחי אחיך עמך – חייך קודמים לחיי חבריך."

119 העמק שאלה, שאילתא קמו, ס"ק ד. נראה כי גישת בן פטורא רלוונטית רק כאשר חלוקת המים בין השניים תיתן לשני המהלכים סיכוי להינצל. מכאן שאם ברור כי אמצעי ההצלה לא יספיקו לשניים להינצל, יסיכם בן פטורא עם רבי עקיבא כי אין חובה להתחלק במים, אלא ישתה זה המחזיק באמצעי ההצלה. האם יודה בן פטורא כי ישתה מי שסיכוייו להינצל טובים יותר מזה של המחזיק באמצעי ההצלה? ראו עוד יהודה בן קלונימוס, יחסי תנאים ואמוראים, ערך "בן פטורי" (צילום הספר באתר Hebrew Books במרשתת, בכתובת [www.hebrewbooks.org](http://www.hebrewbooks.org)).

120 בבלי, סנהדרין עג, ע"א.

121 משנה, אהלות ז, ו.

122 סמ"ע, שולחן ערוך, חושן משפט, סימן תכה, סעיף ב. השוו מנחת חינוך, מצווה רלו, ס"ק ב; ש"ך, שולחן ערוך, יורה דעה, סימן קנז, סעיף ג; פתחי תשובה, שולחן ערוך, חושן משפט, סימן תכו, סעיף ב; שולחן ערוך, יורה דעה, סימן קנז, סימן טו. ראו גם איסור והיתר (שער נט, כלל לח, זר זהב, שם, אות כח); אליה רבה (שער נט, כלל לח); שולחן ערוך הרב (סימן שכט, סעיף ח; השו"י של שלמה, בבא קמא, פרק שישי, סימן כו; מגן אברהם, אורח חיים, סימן תקעד, ס"ק ו) ומשנה ברורה (סימן שכט, אות יט); שו"ת ציץ אליעזר, חלק ט, סימן מה; שם, חלק י, סימן כה, פרק ז, חלק יג, סימן קא; שו"ת אגרות משה, יורה דעה, חלק ב, סימן קעד, ענף ב; שו"ת מנחת

המחזיק במים ייתן אותם לחברו מכוח חובתו להצילו, יתחייב גם המקבל את המים לתיתם למצילו מכוח אותה חובה, שכן אין עדיפות לחיי האחד על חיי הזולת, וכדי להימנע ממות ודאי של האחד, עדיף שיתחלקו במים על-מנת שיוארכו חייהם (לחיי שעה), בתקווה שבמשך זמן זה תגיע הצלה ושניהם יינצלו. לשון אחר, הצלת חיי שעה של שניים עדיפה על מוות ודאי של האחד, גם אם בכך יינצלו חייו של המחזיק בקיתון.<sup>123</sup> לדעת רבי עקיבא, אין לחלק את המים, אלא על המחזיק בקיתון לשתות ולהינצל, מכיוון שהצלת חיים ודאית (חיי עולם) של האחד עדיפה על הצלת חיים מסופקת (חיי שעה) אפילו של שניים, גם אם יוביל הדבר למותו הוודאי של האחר.<sup>124</sup> לשיטתו, האדם שבירדו אמצעי ההצלה חייב להציל בראש ובראשונה את חייו שלו, שכן חיי חברו במקרה זה טפלים לחייו. רבי עקיבא מבחין בין גרימת מוות בכלל, אשר אסורה בין במעשה בין במחדל, לבין גרימת מוות תוך כדי

יצחק, חלק ו, סימן קג. וכך פסק הרדב"ז (שו"ת הרדב"ז, חלק ג, סימן תרכ"א) (אלף נ"ב): "אם הספק נוטה אל הודאי – אינו חייב למסור עצמו להציל את חברו, ואפילו בספק מוכרע אינו חייב למסור נפשו דמאי חזית דמא דידך סומק טפי, דימא דמא דידה סומק טפי [=מה ראית שדמך שלך סמוק יותר, שמא דמו שלו סמוק יותר]. אבל אם הספק אינו מוכרע אלא נוטה אל ההצלה והוא לא הסתכן ולא הציל, עבר על לא תעמוד על דם רעך". עם זאת, "אם יש ספק סכנת נפשות, הרי זה חסיד שוטה, דספיקא דידה עדיף מוודאי דחבריה [=שכן הספק (לגבי חיי) שלו גובר על הוודאות (לגבי מות) של חברו]".  
123 ראו עוד לעניין זה שלמה דיכובסקי "קדימויות ועדיפויות בהצלת נפשות לאור ההלכה" דיני ישראל ז, מה, פרק ב (התשל"ו).

124 כפי שהקל את הדיון אבהיר, בקצירת האומר, מה הם "חיי שעה" ומה הם "חיי עולם". המונח "חיי שעה" עלה במסגרת הדיון התלמודי בשיטת סוגיות: אם מותר להתרפא אצל רופא עובד כוכבים (בבלי, עבודה זרה כז, ע"ב); ובעניין הצלה בשבת של מי שנקבר תחת מפולת (בבלי, יומא פה, ע"א). מסקנת הגמרא בסוגיה הראשונה היא כי באין חלופה אחרת מותר להירפא על-ידי רופא עכו"ם, מכיוון ש"לחיי שעה לא חיישינן". במקרה האחר "לחיי שעה חיישינן", ויש להמשיך בחילול שבת כל עוד יש סיכוי למצוא ניצולים תחת המפולת. הסתירה בהנמקה מיושבת על-ידי התוספות בכך שהמבחן הוא טובת החולה או הניצול: "דהכא והתם עבדינן לטובתו" (תוספות, עבודה זרה כז, ע"ב, ד"ה: "לחיי שעה"). המושג "חיי שעה" אינו מוגדר על-ידי בעל הסוגיה, וגם לא המושג "חיי עולם". מפירושו רש"י (עבודה זרה כז, ע"ב, ד"ה: "חיי שעה"), מהתוספות (שם, ד"ה: "לחיי שעה") ומדברי הר"ן (על הרי"ף, שם, ד"ה: "חיי שעה"), וכן מההקשר שבו נקט בעל הסוגיה מונח זה, ניתן להבין כי הכוונה היא לחיים שחולה – בדרך-כלל חולה הנוטה למות – יכול לחיות על-פי המהלך הטבעי של החיים עד למותו. ההדגשה היא על המהלך הטבעי עד למוות. עזרה רפואית יכולה להאריך את חיי השעה אך גם לקצרה. כאשר מדובר בהארכת חיים, חיי השעה הם החיים שהחולה חי מעבר למועד שבו היה מסיים את חייו אלמלא העזרה הרפואית. במקרה שהעזרה הרפואית לא ענתה על הציפיות וחייו של החולה קוצרו, חיי השעה הם החיים שהיה החולה יכול לחיות עד למותו בדרך טבע אלמלא ההתערבות הרפואית. מכאן הקושי בהתייחסותה של ההלכה לחיי השעה". "חיי עולם" הם החיים שאינם בכלל "חיי השעה". מכאן ש"חיי שעה" ו"חיי עולם" מוציאים זה את זה. למעשה, בספרות הראשונים אין הגדרה התוחמת את משכם של חיי השעה בזמן. הראשון מבין חכמי ההלכה האחרונים שהגדיר מושג זה ותחם אותו בזמן היה ר' שלמה קלוגר, ממפרשי השולחן ערוך: "כל שאינו יכול לחיות מחמת חולי זה י"ב חודש וסופו למות מחולי זה תוך י"ב חודש" – חייו הם חיי שעה, בדומה למשך חייו של הטרף (הגהות חכמת שלמה, שולחן ערוך, יורה דעה, סימן קנה, סעיף ו; דרכי תשובה, יורה דעה, סימן קנה, ס"ק א; פתחי תשובה, יורה דעה, סימן שלט, ס"ק א; שו"ת בית מאיר, יורה דעה, סימן שלב; שו"ת בנין ציון, חלק א, סימן קיא; שו"ת אבני צדק, חושן משפט, סימן יט; שו"ת אגרות משה, חושן משפט, חלק ב, סימן עה; משה פיינשטיין "סיכון לחיי שעה" הלכה ורפואה א, מו (התשל"ח)). כאשר "חיי השעה" עומדים בפני עצמם, דינם כדיון חיים רגילים, ואסור לפגוע בהם ולקפחם, שכן הלכה פסוקה היא שההורג את הבריא או את החולה המסוכן או הגוסס – נהרג עליו. אין הדבר כן כאשר הבחירה היא בין "חיי שעה" ל"חיי עולם". ככלל, הדיון מאפשר לסכן "חיי שעה" כדי לנסות להשיג "חיי עולם" בכפוף לסיכוי להשיג "חיי עולם". ההנחה היא ש"חיי השעה" טפלים ל"חיי עולם". אימתי? כאשר קיימת הסתברות גבוהה שהחולה יירפא כתוצאה מההתערבות הרפואית. אולם אם ההסתברות להשיג "חיי עולם" קלושה וההצלה אינה ודאית, אין לקפח ולסכן "חיי שעה". ראו בהרחבה גרין, לעיל ה"ש 29, בעמ' 211–224.



הצלה עצמית. בעל הקיתון אינו רוצה במותו של חברו, אלא עוסק אך ורק בהצלת חייו שלו.<sup>125</sup> מכיוון שכך, אין משמעות למבחן התוצאה. משנקבעה ההלכה כרבי עקיבא,<sup>126</sup> המסקנה היא שכאשר אפשרית הצלה של אחד משניים בלבד, עדיפה הצלתו של מי שסיכוייו לשרוד טובים יותר, בלא קשר למאפיינים של מדרג הקדימויות (מגדר, ייחוס וחוכמה). על רקע מחלוקת זו ומסקנתה נבוא לדון בשאלה כיצד ינהג אדם שלישי המחזיק באמצעי הצלה ואינו זקוק להם כאשר לפניו שני ניצולים הזקוקים להצלה אך ביכולתו להציל רק אחד מהם.

## 2. סדר הקדימות כאשר אמצעי ההצלה בידי צד שלישי

התשובה לשאלה את מי משני החולים שלפניו על הרופא (הצד שלישי) המחזיק באמצעי ההצלה (המיטה ביחידה לטיפול נמרץ) להעדיף נגזרת מהרציונל העומד בבסיסה של מחלוקת בן פטורא ורבי עקיבא, בשינוי המחויב. כלומר, האם יסכים בן פטורא עם רבי עקיבא כי מכיוון שאי-אפשר להציל את השניים (שכן יש רק מיטה אחת), על הרופא להציל את החולה שיפיק תועלת רבה יותר מהאשפוז ביחידה? בספרות האחרונים ניתן להצביע על שתי גישות סותרות, ואת שתיהן מצינו בהערות ה"חזון איש". בשל כך עמדתו אינה ברורה. בליקוטים הוא כתב:

"ונראה, דאם יש לאחד מים ולפניו שני צמאים, נמי תלוי בפלוגתא, דלכן פטורא נותן לשניהם וימותו שניהם, דהא אף אם יתן לאחד, יתחייב לחלוק עם חבירו, ולרבי עקיבא ייתן לאחד שירצה. ואע"ג דלהנותן ליכא משום חיך קודמים, מכל מקום, כיון שזה שיזכה יציל עצמו כדין, רשאי הנותן ליתן לו. ונראה דחייב ליתן לאחד כיון שבשביל חיך קודמים אמרה תורה דחיי עולם שלו קדם לחיי שעה של שניים, גם הנותן צריך להשתדל טפי [=יותר] בהצלת חיי עולם, ואם אחד מהם קדם לחבירו כגון כהן ואינך דתנן הוריות י"ג הקודם וזכה. ואם שניהם שווין נותן למי שירצה."<sup>127</sup>

כלומר, כאשר מצבם של שני הנצרכים למים אינו שווה, על הצד השלישי להעדיף את הצמא שסיכוייו לשרוד טובים יותר. למסקנה זו הוא מגיע משני טעמים: הטעם האחד, התועלתני, שגם אם ייתן את המים לאחד מהם כשיטת בן פטורא, יהא על המקבל להתחלק במים עם חברו והמים לא יספיקו לשניהם לשרוד. לכן עדיף שייתן את המים לאחד מהם כשיטת רבי עקיבא, שכן מקבל המים אינו חייב להתחלק עם חברו מכיוון שחייו קודמים. נמצא שגם בן פטורא יודה כי במקרה שקיימת אפשרות להציל רק את החולה האחד, יאשפז הרופא ביחידה את החולה שהפרוגנוזה שלו

125 חידושי רבינו חיים הלוי, הלכות יסודי התורה, פרק ה, הלכה ה. ראו עוד מנחת חינוך, מצווה רצו, אות כג.

126 לעיל ה"ש 19.

127 חזון איש, נזיקין, סנהדרין, סימן כה.

טובה יותר ("להשתדל טְפִי בהצלת חיי עולם"). אלא שהסיפא של דבריו מעורר קושי. מחד גיסא אומר ה"חזון איש" כי אם האחד קדם לחברו, על הצד השלישי לחלק את המים על-פי מדרג הקדימויות שבמשנה. כלומר, הבריייתא משלימה את המשנה בהוריות.<sup>128</sup> אולם אם כך, מדוע "אם שניהם שווין נותן למי שירצה"? הלא דווקא במקרה זה (כלשון המשנה: "אימתי? בזמן שכולן שווין") יש לפעול על-פי המדרג שבמשנה. לא זו אף זו, הרי בתחילת דבריו הסיק כי קודם מי שניתן להצילו לחיי עולם; מדוע אם כן קבע בסיפא כי ייתן למי שירצה? הלא ממה נפשך: אם על הצד השלישי לנהוג לפי המדרג שבמשנה, אזי אין הרופא יכול לתת למי שירצה; ואם רשאי הרופא לתת למי שירצה, הדבר נוגד את המדרג שבמשנה. ייתכן כי בשל כך כתב ה"חזון איש" בהשגותיו על רבינו חיים הלוי כי על הצד השלישי לחלק את המים בין השניים. יתרה מזו, אין לאיש (אפילו הוא חכם) עדיפות על חברו (שהוא הדיוט). וכך כתב:

"נראה, דראובן שיש לו קיתון של מים ושמעון ולוי צמאים, לכולי עלמא נותן לשניהם, שאם יתן לשמעון הרי לוי מת עכשיו ושמעון שומר מים למחר, ועכשיו אפשר להחיות שניהם, ולהכי צריך קרא דחייך קודמין אף לכהאי גוונא, וכמו דחיי קודמין אף שהוא הדיוט וחבירו חכם וכהי גוונא."<sup>129</sup>

כלומר, על המחזיק באמצעי ההצלה לחלק את המים לשניהם. ומדוע? מכיוון שאם ייתן את המים לאחד מהם, מטבע הדברים הוא לא ישתה את כל המים, אלא ישמור חלק מהם להמשך הדרך עד שיגיע ליישוב, ובינתיים ימות חברו הצמא. לעומת זאת, אם יחלק את המים בין שניהם, הוא יגדיל את הסיכוי להציל את שניהם – אם לא לחיי עולם, לפחות לחיי שעה. במתח שבין הסיכוי להציל חיי שעה של שניים לבין חיי עולם – ואפילו ודאיים – של האחד, עדיף הסיכוי להציל חיי שעה של שניים.<sup>130</sup> מכיוון שעסקינן במצב שבו הצלת השניים אינה אפשרית, סבורני כי יש לאמץ את האפשרות הראשונה שהציע

128 מעניין שה"חזון איש" מציין במדרג הקדימויות שבמשנה כוהן וכולי, ואינו מציין את הקדימות על רקע מגדרי. ניתן לשער שאילו הזכיר את קדימות האישה, היה נוצר מתח בין שתי אמות-המידה לקדימות: בין הקדימות של האישה (שהרי האישה קודם לאישה) לקדימות על-פי אמות-המידה הרפואיות.

129 חזון איש, השגות על "חידושי רבינו חיים הלוי" על הרמב"ם, הלכות יסודי התורה ה, א. יושם לב כי בשני המקומות נקט ה"חזון איש" לשון זהירה ("ונראה"). האם פירוש הדבר כי אינו שלם עם שתי המסקנות כאחת? ראו עוד בהקשר זה משה סולבייצ'ק "בענין יהרג ואל יעבור בעריות, קרקע עולם, חייך קודמין" ספר הזכרון לכבודו ולזכרו של רבי יחזקאל אברמסקי תמא (יוסף בוקסבוים עורך, ירושלים, התשל"ח).

130 לא לגמרי ברור מלשון ה"חזון איש" אם הוא נסמך על הטקסט שבבריייתא או על זה שבמדרש. מחד גיסא, ניתן לפרש את הסיפא כמכוון לדבריו של בן פטורא, שדווקא בנסיבות המקרה ייתן הצד השלישי את המים לשניהם, שכן ההיגיון אומנם מחייב לכאורה הצלה ודאית (גם של אחד) על הצלה לחיי שעה (גם של שניים), אך אף-על-פי-כן באה התורה ללמדנו "וחי אחיך עמך". מאידך גיסא, שיטתו של בן פטורא, הסובר כי הסיכוי להציל שניים עדיף על הצלתו של האחד ומותו הוודאי של האחר, הגיונית יותר (גם מבחינה תועלתנית). רבי עקיבא אינו יכול להתעלם מסברא זו – מה-גם שזו הייתה ההלכה הקדומה "עד שבא רבי עקיבא" – ולכן משפסק כי חיי בעל הקיתון קודמים, הוכרח להסתמך על הפסוק "וחי אחיך עמך". עוד משתמע מהסיפא כי לשיטתו של רבי עקיבא אין להתחשב במדרג הקדימויות שבמשנה, שהרי "דחיי קודמין אף שהוא הדיוט וחבירו חכם וכהי גוונא".

ה"חזון איש" ולאשפו את החולה שסיכוייו להשיג חיי עולם גבוהים יותר, קרי, את החולה שצפוי להפיק תועלת רבה יותר מהאשפוז.

ר' איסר יהודה אונטרמן נשאל על-ידי יהודי תורני שהחזיק ברשותו כמות מסוימת של סממני רפואה חדישים (מסוג אודומיציין) – אשר הדרישה להם הייתה גדולה והכמות שברשותו לא הספיקה למלא את כל הדרישה – אם מותר לו לשמור חלק מהסממנים כמלאי, שמא יזדקק הוא עצמו לתרופה בעתיד, או שמא הוא מחויב לחלק כל מה שיש לו לחולים הזקוקים לכך באותה שעה.<sup>131</sup> עוד שאל אותו יהודי כיצד עליו לנהוג אם כמות התרופות שברשותו אינה מספיקה לשני חולים: האם עליו לתת את התרופה רק לאחד מהם ולהשיג ריפוי או שמא עליו לחלק את התרופות בין שניהם ובכך להקל עליהם עד אשר תימצא התרופה לשניהם?<sup>132</sup> לבסוף, האם מותר לו להעדיף את קרוביו?<sup>133</sup>

הרב אונטרמן דן באריכות בחובת ההצלה, ופסק, ככל שהדבר צריך לענייננו, כי אין לחלק את הסממנים בין שני החולים, אלא יש לבחון את מצבם ולהחליט את מי מהם ניתן להציל הצלה גמורה, ולו לתת את התרופה. וכך כתב:

"נראה שיש ללמוד זה מדינא דר' עקיבא, שפירשנו כי כשאין דין חייך קודמים, מחויב הוא להחיות ולהציל הצלה גמורה ולא לחלק המים לכל אחד שייספיק להם לחיי שעה בלבד, וזה נכלל בציווי "וחי אחיך עמך" שאתה מצווה להחיותו, לכן החובה למסור לחולים די הצורך לריפוי, כפי חוות דעתו של רופא ולא לחלקם לחלקים שאין בכל אחד אלא כדי הקלה זמנית בלבד."<sup>134</sup>

נמצא כי על הצד השלישי להעדיף הצלה ודאית של האחד על הצלה מסופקת של שניים, ולתת את התרופה למי שסיכוייו להינצל טובים יותר.

אומנם, אין למדין הלכה מפי משנה וברייתא,<sup>135</sup> אך בהיותן אחד המקורות הראשוניים שההלכה נסמכת עליהם, אין גם להתעלם מהן. בהתחשב בכך מתבארות מהברייתא שתי מסקנות: המסקנה האחת, הנגזרת מכך שאין התייחסות לסדר הקדימות המגדרי, היא שלעניין הקדימות בהצלה דין אחד לאיש ולאשה. העדפה בטיפול נגזרת מסיכויי

131 שאלה זו דומה לשאלה – שתידון בהרחבה להלן בפרק ד – אם מותר להשאיר מיטה פנויה ביחידה לטיפול נמרץ למקרה שיגיע חולה שניתן להצילו בוודאות. יוער כי הסטטיסטיקה מוכיחה כי בכל תורנות מגיע חולה קשה הזקוק לאשפוז ביחידה.

132 שאלה דומה נשאל הרב לגבי בית-חולים ציבורי: האם מותר לרופא או למנהל להקדיש כל מה שיש ברשותם בשביל ריפוי מקצת מן החולים או שמא הם מחויבים לתת לכל אחד חלק כחלק כל זמן שיש ברשותם, וכאשר לא יספיק – יסבלו כולם במידה שווה?

133 שו"ת שבט מיהודה, שער ראשון בענייני פיקוח נפש, עמ' טז (ירושלים, התשט"ו). ראו בהרחבה להלן בתת-פרק ד.

134 איסר יהודה אונטרמן "גדרי פיקוח נפש" בצומת התורה והמדינה חלק ג 313, 316 (מכון צומת, מהדורה מחודשת, התשנ"א).

135 רש"י, נדה ז, ע"ב, ד"ה: "הא קא משמע לן"; רי"ף עירובין יא. על הסקת המסקנה ההלכתית ראו ר"ש, סנהדרין ד, סימן ו, ד"ה: "אבל אם לא ישרו".

הצלחתו ומהפרוגנוזה של החולים, ולא ממינם.<sup>136</sup> המסקנה האחרת היא שלגבי הצד השלישי המחזיק באמצעי ההצלה יש שתי גישות: לפי הגישה האחת, אותו צד שלישי אוטונומי להחליט את מי להציל; ולפי הגישה האחרת, עליו להעדיף את מי שסיכוייו לשרוד טובים יותר. דעתי נוטה לגישה השנייה, מכיוון שהיא מגבילה את מרחב שיקול-הדעת של הרופא. ולא בכדי. הבה נניח שרופא נדרש להכריע אם לאשפז במיטה הפנויה ביחידה חולה דמנטי שסיכוייו לשרוד טובים יותר או לחלופין חולה כשיר מונשם שסיכוייו לשרוד פחותים גם אם יאושפז ביחידה. אם ההעדפה נגזרת מסיכויי השרידות של החולה, יועדף החולה הדמנטי, שכן כשירות מנטלית אינה פוגמת בזכות לבריאות. אולם אם ההכרעה נתונה לשיקול-דעתו של הרופא על-פי אמות-מידה רפואיות, הוא רשאי לשקלל במכלול שיקוליו גם את כשירותו של החולה.

להלכה פסק ר' יוסף תאומים, מפרשני השולחן ערוך האחרונים, כי ההעדפה בין חולים מסורה לשיקול-דעתם של הרופאים על-פי מבחנים רפואיים: "אם יש אחד שוראי מסוכן על פי הרופאים וכדומה, ואחד ספק, ורפואה אחת אין מספקת לשניהן – הוודאי דוחה את הספק."<sup>137</sup>

## ד. גישותיהם של חכמי דורנו להעדפה בקבלה ליחידה לטיפול נמרץ

### 1. מבוא

לאחר שהתבארו סדרי הקדימות בשני המקורות – המשנה בהוריות והברייתא בבבא מציעא – נבוא לבחון אם וכיצד הם באים לידי ביטוי בפסיקותיהם של חכמי ההלכה בדורנו. כן נבדוק אם וכיצד ניתן לבסס הלכתית את המסקנה כי אין ליישם את מדרג הקדימויות על רקע מגדרי.

שלוש נקודות מוצא ביסודה של סקירה זו. הראשונה היא כי המונח "להחיות" מתפרש כהצלת חיים ממש. השנייה היא שהתנאים במשנה ובברייתא חלוקים.<sup>138</sup> לדעת התנא במשנה, האישה קודם לאישה ללא קשר למצבם הרפואי, ואילו לדעת התנא בברייתא, קודם מי שהפרוגנוזה שלו טובה יותר וסיכוייו לשרוד גבוהים יותר, ללא קשר למינו. לא למותר לציין כי הרציונל העומד בבסיס שתי הגישות הוא ערך החיים והצלתם. ברם, לפי המשנה בהוריות, ערך החיים נמדד על-פי קדושה וחיוב במצוות, ולכן האישה קודם לאישה, ואילו על-פי הברייתא, ערכם של החיים נמדד בעצם קיומם, ולכן בעל הסיכוי הגבוה לחיות קודם בהצלה. נקודת המוצא השלישית היא שהמציאות כיום שונה מזו ששררה בתקופת המשנה. סדרי הקדימות שנקבעו לפני כאלף ושמונה מאות שנים היו

136 אכן, לא מסתבר שאם בקיתון מחזיקה אישה והמהלך האחר הוא איש, יחריג רבי עקיבא מקרה זה מההלכה העקרונית, הקובעת כי חיי המחזיק בקיתון קודמים, ויחייב את האישה לוותר על המים לטובת האישה. ראו עוד משה הרשלר "חיוב הצלה בחולים מסוכנים" הלכה ורפואה ב, כו, פרק שלישי, אות ו (התשמ"א).

137 פרי מגדים, אורח חיים, סימן שכח, "משבצות הזהב", ס"ק א.

138 למעט על-פי ה"חזון איש", לעיל ליד ה"ש 128–130.

נכונים לשעתם, אך כיום אי-אפשר לקבלם. פוסקי ההלכה בדורנו מודעים לשינויים שעברו על החברה, ומכירים את תפיסות-העולם המודרניות. משום כך מעניין לבחון כיצד הם מתמודדים עם האתגר שהמציאות המשתנה מציבה בפניהם בכל הנוגע בהכרעה העלולה לגזור את חייו של החולה לשבט.

ככלל, יש להבחין בין הפסיקה העקרונית, המהווה את הבסיס להתגבשותה של ההלכה, לבין יישומה של ההלכה למעשה. המקורות המשפטיים שמבססים את ההלכה, ואשר עליהם הפוסק מסתמך, הם בין היתר המשנה והברייתא, אך היישום נגזר גם – ואולי בעיקר – ממדיניות הלכתית המתחשבת במציאות המשתנה, בהשלכות הפסיקה ובמשקל שהפוסק מייחס לשיקולים אלה. מכאן הברדלי הגישות בין הפוסקים, אשר חלקם סבורים כי כאשר אין הצדקה להבחין בין החולים, יש לפעול על-פי ההלכה הקדומה ולאמץ את סדר הקדימות הקבוע במשנה בהוריות, וחלקם סבורים כי בהתחשב בזמן ובמקום אי-אפשר ליישם את מדרג הקדימויות שבמשנה, וההכרעה מסורה לגורם המוסמך – הוא הרופא.

## 2. ר' שמואל הלוי וואזנר

הר"ש וואזנר דן בשני מצבים שבהם נדרשת העדפה בין חולים. המצב האחד הוא כאשר לרשות הרופא עומד אמצעי הצלה אחד שניתן להשתמש בו לחולה אחד בלבד, ועליו להחליט אם לטפל באמצעותו בחולה שהגיע לבית-החולים ואשר אינו צפוי להפיק תועלת מהטיפול, בשל הפרוגנוזה הגרועה שלו, או שמא להשאיר את האמצעי פנוי לטובת חולה אנונימי שצפוי להגיע לבית-החולים ואשר סיכויי להינצל טובים אם יזכה להשתמש בו. סוגיה זו עלתה באחד מבתי-החולים בנוגע למכשיר החייאה חדיש שהתקבל בחדר המיון. על-פי הסטיסטיקה באותו בית-חולים, בכל תורנות מגיע לחדר המיון לפחות חולה אחד שניצל באמצעות המכשיר החדיש. לפיכך החליטה הנהלת בית-החולים להשאירו פנוי לטובת החולים שסיכוייהם להינצל טובים. אין חולק כי אם יחובר החולה הראשון למכשיר החייאה, אין לנתקו ממנו לטובת החולה האחר.<sup>139</sup>

המצב האחר שבו רופא נדרש להעדיף בין חולים הוא כאשר שני חולים במצב רפואי זהה מגיעים בו-זמנית לחדר המיון ושניהם נזקקים לאותו אמצעי הצלה, אך אי-אפשר כאמור להשתמש בו לטיפול בשניהם בו-זמנית.

תחילה הר"ש וואזנר קובע את הכלל המנחה בדיני הקדימות, שכבר הוזכר:<sup>140</sup>

”אם עומד לפני אדם שלישי הנדון אם להציל חיי שעה או להציל חיי עולם, ועדין לא התחילו לטפל בחיי שעה בודאי מניחים חיי שעה ועוסקים בחיי עולם.”<sup>141</sup>

139 שו"ת שבט הלוי, חלק ו, סימן רמב.

140 לעיל ליד ה"ש 134.

141 שו"ת שבט הלוי, לעיל ה"ש 139.

אימתי יופעל כלל זה? כאשר הרופא צריך להחליט את מי משני החולים שלפניו לחבר למכונה. אולם כאשר הבחירה היא בין חולה שכבר נמצא בבית-החולים ונוקק לטיפול לבין חולה אנונימי שטרם הגיע – אף שקיימת הסתברות גבוהה שיגיע ויינצל אם יחובר – אין תחולה לכלל זה. זאת, משום שלגבי החולה שלפנינו חל הדין "דלא תעמוד על דם רעך, אבל מה שעדין אינו לפנינו אף על פי שלפי המציאות עלול שיבוא מכל מקום פשיטא דלא חל על זה דין דלא תעמוד על וגו'"<sup>142</sup>. כלומר, חובת ההצלה המוטלת על הרופא אינה חובה ערטילאית. היא קמה כלפי החולה עם הגיעו לחדר המיון, גם אם לפי ההערכה חייו הם חיי שעה,<sup>143</sup> בעוד לגבי החולה האנונימי הצפוי להגיע אין על הרופא חובת הצלה ואין הוא עומד על דם הרע (האנונימי). מכאן שאין כאן למעשה שאלה של תיעדוף בין חולים. לא כן כאשר שני חולים במצב רפואי זהה מגיעים בו-זמנית לחדר המיון. במקרה זה מוטלת על הרופא חובת הצלה כלפי כל אחד מהם, אך מכיוון שאין באפשרותו להציל את שניהם, אין מנוס מלנהוג לפי מדרג הקדימויות שבמשנה בהוריות, המבחינה בין החולים על בסיס המאפיינים השונים.<sup>144</sup>

לסיכום, נראה כי המציאות המשתנה, לדעת הר"ש וואזנר, אינה סיבה מספקת לסטות מההלכה הקדומה. כאשר המציאות החדשה אינה סותרת את ההלכה, וקיים מרווח המאפשר לרופא לפעול על-פי מדרג הקדימויות ההלכתי, אין מניעה שיכריע על-פי עקרונותיו. אולם כאשר התנאים שבהם הוא פועל נוגדים את מדרג הקדימויות ההלכתי, על הרופא לדבוק בהלכה הקדומה.

### 3. ר' איסר יהודה אונטרמן

הרא"י אונטרמן דן בהרחבה בספרו "שבט מיהודה" בדיני פיקוח נפש, ובכלל זה בשאלת הקדימות בטיפול הרפואי. בתוך כך הוא מייחד דיון לשאלה כיצד על הרופא לנהוג כאשר "הרפואה נמצאת ברשותו של רופא שהוא עצמו אינו זקוק לה".<sup>145</sup> כאשר ההכרעה הנדרשת היא בין טיפול בחולה שחייו הם חיי שעה לבין טיפול

142 ש.ם.

143 מעניינת הערתו של הר"ש וואזנר, שם, כי קדימותו של החולה שהגיע לבית-החולים וחיוו הם חיי שעה, "ואפשר להאריך ימיו ושעותיו (בלי ייסורים גדולים) בזה לכאורה פשיטא דחיי שעה קודם". לאמור, זכות הקדימה של החולה שחייו הם חיי שעה היא רק אם אין בחיבורו למכשיר ההחייאה משום הארכת חיים המלווה ייסורים גדולים. נראה לי כי מכלל הן משתמע הלאו, שבמקרה שבו הארכת חיי השעה כרוכה בייסורים עדיף להשאיר את המכונה פנויה לטובת החולה האנונימי הצפוי להגיע.

144 ש.ם. ראו עוד כיוצא בזה בשו"ת שבט הלוי, חלק י, סימן קסז, אות א. שאלה מעניינת היא אם אין הרופא הפועל על-פי דיני הקדימות "מעביר על המצוות". אם התשובה חיובית, כ-אז מתערער הבסיס לכל דיני הקדימות. להבנת הדברים אעיר כי משמעותו של הכלל היא שאם הודמנו לאדם שתי מצוות והוא יכול לקיים את שתיהן (בבלי, יומא לג, ע"א), עליו לקיים תחילה את המצווה שהתחייב בה לראשונה, ולא להניחה כדי לקיים את השנייה (רש"י, שם, ד"ה: "אין מעבירין"; משנה תורה, תפילין, פרק ד, הלכה ח). לדעת התוספות, אין תחולה לכלל כאשר אי-אפשר לקיים את שתי המצוות (שם, יומא לג, ע"א, ד"ה: "אין מעבירין"). כלומר, הכלל אינו גובר על דיני הקדימות, והרופא רשאי לפעול על-פי מדרג הקדימויות (שו"ת שבט הלוי, חלק י, סימן קסז).

145 שו"ת שבט מיהודה, לעיל ה"ש 133, עמ' יח.

בחולה שחייו הם חיי עולם, ההצלה לחיי עולם קודמת. אולם כאשר הדבר בלתי-אפשרי, "התשובה היא [שיש לנהוג] מדברי המשנה בסוף הוריות"<sup>146</sup>. כעשרים שנים מאוחר יותר עיבד הרב את הבירור ההלכתי למהדורה מחודשת של ספרו "שבט מיהודה"<sup>147</sup>, ואף פרסם מאמר בנושא.<sup>148</sup> הרב חוזר על עמדתו כי כאשר הקיתון בידי אדם שלישי, מי שקודם הוא זה שניתן להצילו הצלה גמורה. אולם כאשר ההעדפה בלתי-אפשרית, יש לפעול על-פי מדרג הקדימויות שנקבע במשנה בהוריות:

"כשאין סממני הרפואה מספיקים ויש כאן חשש סכנה וצריכים לבחור חולים על פי זכות קדימה – יקדים לפי חשיבותם העצמית, כמפורש במשנה בהוריות ולא יתחשבו בקרבת משפחה או בדידות."<sup>149</sup>

ומה מפורש במשנה לפי הרב? "חכם קודם למלך, מלך לכהן גדול... ממזר תלמיד חכם קודם לכהן גדול עם הארץ"<sup>150</sup>. יושם לב כי הרב משמיט את מדרג הקדימויות המגדרי שברישא. מה פשר הדבר? לא למותר לציין כי הדברים נכתבו הרבה לפני המהפכה החוקתית שהתחוללה בישראל. לכן סביר להניח כי התעלמותו של הרב אינה מקרית. נראה שכהונתו כרבה של העיר ליוורפול באנגליה, ערש הדמוקרטיה, ותפיסתו בנוגע למוסד הרבנות<sup>151</sup> השפיעו עליו והובילוהו למסקנה כי קדימות על רקע מגדרי אינה יכולה להתקבל בציבור.

אכן, על הרב הפוסק להתחשב בציבור, להעביר את הכרעתו הצפויה ב"פלס השכל", להבין את ההיגיון שבהלכה, ולמצוא את הדרך הרצויה המאזנת בין מקל הנועם לבין העמידה על העקרונות. לכן סביר להניח כי אף שפסק כי יש לפעול לפי מדרג הקדימויות שבמשנה בהוריות, אילו קיים את הבירור ההלכתי בימינו, "פלס השכל" ו"אמון הציבור" היו מובילים אותו למסקנה שאין לקבל את המדרג על רקע מגדרי בימינו.

146 שם. זאת, בהסתמך על בית יוסף, יורה דעה, סימן רנא, המתייחס להצלחתם של שניים הטובעים בנהר.

147 שו"ת שבט מיהודה, חלק ראשון (מהדורה מחודשת, ירושלים, התשמ"ד).

148 אונטרמן, לעיל ה"ש 134. מטרת הבירור המחודש היא להזהיר מפני פרשנות מרחיבה ומקילה למושג "פיקוח נפש", ובאצטלה זו לדרות איסורים ומצוות שבתורה. נוקה של פרשנות מקילה, בעיקר בעניינים שבפיקוח נפש, טומנת בחובה סכנה לזלזול בחיי אדם. אכן, "בספקות של פיקוח נפש אנו זקוקים לגדרי ההלכה ואין ההכרעה בידי כל אחד ואחד לפי השערת שכלו. ברור גם כי המושג פיקוח נפש הוא בעניין שסכנתו היא לפי המצב עכשיו, כי אם נבוא לחשוב על אפשרויות של התפתחות וגלגולי נסיבות אין לדבר סוף" (שם, בעמ' 320).

149 שם בעמ' 320. ועוד הוסיף כי אם אין מדובר בסכנה, אזי שורת הדין היא שהללו (שבויים ועניים) יפנו לקרוביהם ולמכריהם על-מנת שיפדו אותם ויתמכו בהם.

150 שם.

151 בטקס הכתרתו לרב הראשי של תל-אביב, בשנת תש"ו, נשא הרב בדברי תורתו משא תורני פרוגרמטי שבו הבהיר כי נאמנותו של פוסק הלכה כפולה: חובתו הראשונית היא לאל ולהלכה שניתנה על-ידי, אולם "אין להידמות גם אל הרבנים בדורות הקודמים אשר דבריהם היו כדברי האורים והכול קיבלו מרותם בלי פורץ גדר ומפר חוק. הרב בזמננו מוכרח לשקול דבריו בפלס השכל, כי אם יפריז על המידה ימירד את הציבור עליו ולא די שלא יתקן אלא גם יגרום לקול בענייני הדת שתיקונם דורש עזרת הציבור והשתתפותו. ראיתי בימי חלדי רבנים שנטו לצד זה או לצד השני והתוצאות בחיי הקהילה היו מעציבות מאד". ראו יצחק אלפסי שבט מיהודה: תולדות חייו ומבחר הגותו של מרן הרב איסר יהודה אונטרמן פה (הוצאת יד הרב אונטרמן, 2003).

## 4. ר' שלמה זלמן אויערבך

במחקרו על משנתו ההלכתית של ר' שלמה זלמן אויערבך מאפיין אמיר משיח את הרב, על-פי פסיקתו, כמעדיף את מסורת החיים על מסורת הספרים. למנהג הנהוג בציבור, לשיטתו של הרב, יש תוקף נורמטיבי משל עצמו, שאף מכריח לפרש הלכות פסוקות כדי להצדיקו.<sup>152</sup> אומנם, הדוגמאות שמשיח מביא מתייחסות למנהגים מושרשים, או לפחות לכאלה הנהגים שנים רבות, אך אין בכך כדי לשלול את תוקפו של מנהג חדש שנוצר כתוצאה מהמציאות המשתנה. לאמור, חשיבותו של המנהג נעוצה לא רק בקיומו רב השנים, אלא גם בהיווצרותו עקב שינוי הנסיבות. מאפיין נוסף בפסיקתו של הרש"ז אויערבך הוא האנושיות והמשקל הניתן לסברה ולשיקול-הדעת האנושי.<sup>153</sup> הרש"ז אויערבך רואה לא רק את השואל, אלא גם את מי שעומד מאחוריו (החולה). לכן נקל להבין את גישתו כי "כשם שאסור להתיר את האסור, כך אסור לאסור את המותר".<sup>154</sup> הרש"ז אויערבך קובע כי העדפה בין חולים במצב רפואי דומה שהגיעו ב-זמנית אינה נחשבת הריגה, אלא כורח-המציאות המחייב לפעול על-פי דיני הקדימות.<sup>155</sup> אכן, עקרון-היסוד בדיני הקדימות בטיפול רפואי הוא שהודאי דוחה את הספק.<sup>156</sup> בנוגע לסדרי עדיפות בטיפול נמרץ, כולל העברת חולים והעברת מכשירי הנשמה מחולה אחד לרעהו, יש להבחין בין כמה מצבים.<sup>157</sup> מצב אחד הוא כאשר אין אפשרות לטפל בשני חולים ב-זמנית, אלא רק באחד מהם. במצב זה המבחן הוא גודל הסכנה וסיכויי ההצלה, כלומר, חומרת המחלה וסיכויי של החולה לשרוד.<sup>158</sup> קדימות מטעמי גיל ("התחשבות", כלשון הרב) אינה באה בחשבון כלל.<sup>159</sup> אמות-מידה אלה (חומרת המחלה וסיכויי השרידות) אינן תלויות בזהותו המגדרית של החולה או ברמת דתיותו ובמידת קיום המצוות על-ידי. על-כן, אף שבמשנה בהוריות נקבע סדר קדימות על בסיס מגדרי, "בזמננו קשה מאד להתנהג לפי זה".<sup>160</sup> עם זאת, הרש"ז אויערבך מדגיש כי הוא אינו "קובע מסמרים בכל מה שכתבתי כי השאלות הן חמורות מאד, ואינני יודע ראיות ברורות".<sup>161</sup> במלוא הצניעות אעיר כי אפשר שראיות ברורות אין לרש"ז אויערבך, אבל שכל ישר יש ויש.

152 משיח, לעיל ה"ש 26, בעמ' 29. עוד על דמותו, דרכו ופסיקתו של הרש"ז אויערבך בעניינים שברפואה ראו אברהם שטינברג "מנחה לשלמה" אסיא נט"ס 5 (התשנ"ז); מרדכי הלפרין "דרכו של הגרש"ז אויערבך וצ"ל בהלכות רפואה ופיקוח נפש" אסיא נז"נח 17 (התשנ"ז).

153 משיח, לעיל ה"ש 26, בעמ' 69.

154 ראו הלפרין, לעיל ה"ש 152, בעמ' 27.

155 ראו מכתבו לפרופ' אברהם סופר אברהם (נשמת אברהם, יורה דעה, סימן רנב, אות ב).

156 פרי מגדים, לעיל ה"ש 137. ראו עוד ר' עקיבא איגר בהגהותיו לשולחן ערוך, יורה דעה, סימן שלט.

157 ראו שלמה זלמן אויערבך ושמעון גליק "שיכוח כאבים שמקצו חיים, טיפולי פוריות לפסולי דין, קדימויות בחולים מסוכנים – שו"ת" אסיא נט"ס 49 (התשנ"ז). ראו עוד שו"ת מנחת שלמה, תנינא (בג), סימן פו.

158 צילום התשובה בכתב-ידו של הרש"ז אויערבך ברשימתם של אויערבך וגליק, שם.

159 שם.

160 שם. ראו עוד, בשינויים המחויבים, נשמת אברהם, אבן העזר, סימן ד, סוף ס"ק ו; מרדכי הלפרין "מדע ורפואה בתלמוד – קבלה או אקטואליה?" אסיא ע"עב, 90 (התשס"ג).

161 אויערבך וגליק, לעיל ה"ש 157.



אם חולה כבר חובר למכשיר הנשמה והטיפול בו החל, כִּי-אז גם אם הפרוגנוזה של חולה שהגיע אחריו טובה יותר, ואף אם החולה המטופל לא ישרוד גם בעזרת המכשור הרפואי, דיני הקדימות אינם רלוונטיים. החולה המחובר למכשיר הנשמה כאילו זכה בו, והוא פטור מליתן את המכשיר "שלו" לחולה האחר, אף אם הלה חולה מסוכן יותר.<sup>162</sup> מכאן לשאלה בנוגע להחלטתו של בית-חולים להימנע מהצלת חולה טרפה<sup>163</sup> באמצעות מכונת ההחייאה (היחידה בחדר המיון), כדי להשאירה זמינה למקרה שיגיע חולה שניתן להצילו בעזרת המכונה, באשר יום-יום מצילים באמצעותה אנשים שלמים.<sup>164</sup> הרש"ז אויערבך מקבל כנכונה את העובדה שבאמצעות מכונת הנשמה (הפנויה) מצילים יום-יום את חייהם של חולים המגיעים במהלך התורנות. לכן פסק כי אין לחבר חולה שסיכוייו לחיות קלושים (=טרפה). יתרה מזו, "גם אם אין זה כ"כ ברור, על כל פנים הרי ההנהלה החליטה כך, וכיון שכך הנני מסכים למה שאמר הדרת גאוונו".<sup>165</sup> מכאן למקרה שבו אמצעי ההצלה נמצא בידי אדם שלישי שאינו נזקק להם (לענייננו – מנהל היחידה לטיפול נמרץ):

162 הוא הדין גם אם כבר התחיל הרופא להתעסק עם החולה המסוכן. "מסתבר דכמו שהעוסק במצוה פטור מן המצוה, כך הוא פטור – ואולי אסור – מלהניח את הראשון ולהתעסק עם השני כששניהם בסכנה, אף אם יש יותר סיכוי להציל את השני". שם. ראו גם שו"ת מנחת שלמה, לעיל ה"ש 157, אות א.

163 ראו לעניין זה יעקב רבינון "טריפה באדם" אסיא נו 30 (התשנ"ו).

164 שו"ת מנחת שלמה, לעיל ה"ש 157.

165 שם. בהסכימו להחלטת ההנהלה מקבל הרש"ז אויערבך את ההנחה כי יש לתת לבני-אדם לנהל בעצמם את חייהם במסגרת הנורמות שבהלכה. עם זאת, ייתכנו מצבים שבהם בשל נסיבות הזמן והמקום הנורמות והכללים (ההלכתיים) אינם נותנים פתרון, בין משום שחסרה התייחסות הלכתית למציאות שהשתנתה ובין משום שאי-אפשר לעמוד בכללים (הנוקשים) הקבועים בדיון. הפתרון שההלכה מציעה כדי למלא חסר זה הוא לפנות להסדרים הנהוגים במדינה ולנהוג על-פיהם. כך, לדוגמה, בני אומנות אחת (במונחים של ימינו – בעלי מקצועות בתחומי העיסוק השונים המאוגדים באיגודים מקצועיים מוכרים) רשאים להתקין תקנות ולכפות פעולה על-פיהם בענייני אומנותם לא ברשות בני העיר (תוספתא, בבא מציעא יא, כג"כה (ליברמן)); בית הבחירה, בבא בתרא ט, א: "הנהו טבחי דעבדי ענינא בהרי הרדי"; משנה תורה, מכירה, פרק ד, הלכה ו; שולחן ערוך, חושן משפט, סימן שלא, סעיף כז; שו"ת הרא"ש, כלל ו, סימן ה; שו"ת הרשב"א, חלק ד, סימן קפה; שו"ת משפטי עוזיאל, חלק ד, חושן משפט, סימן כב; שו"ת אגרות משה, חושן משפט, חלק א, סימן נט). אומנם, יש הסבורים כי בדרשת הסכמתו של אדם חשוב (=מנהיג המקובל על הציבור), אך הנהלת בית-החולים שהתקינה את המדרג ואת נוהלי העבודה ממלאת אחר דרישה זו. אפשר שניתן לקבל את החלטת ההנהלה כמחייבת מבחינה הלכתית גם מכוח הכלל הקובע כי "הכל כמנהג המדינה" (משנה, בבא מציעא ז, א; שם, ט, א; משנה, סוכה ג, יא; משנה, בבא בתרא ט, א; תוספתא, בבא מציעא ה, ו (ליברמן)); שם, הלכה כג; שם, פרק ט, הלכה יא). אם בדיני ממונות וביחסי עבודה ככוחו של מנהג המדינה לעקור דין מדאורייתא, ובכוחם של האיגודים המקצועיים לקבוע נורמות התנהגות ולאוכפן, על אחת כמה וכמה בעניינים שברפואה. גם אם אין "תורה שבכתב" בעניין הערפה בקבלת חולים ליחידה לטיפול נמרץ, ה"תורה שבעל-פה" שהרופאים פועלים על-פיה מקובלת ומוסכמת על ההסדרות הרפואית והאיגוד המקצועי. אי-היכולת ליישם בימנו את מדרג הקדימויות שבמשנה יוצר ריק הלכתי. מכיוון שהצורך בהנחיות ל-triage אינו מוטל בספק, ומכיוון שה"תורה שבעל-פה" המקובלת בבתי-החולים נותנת מענה ראוי עומד בסתירה להלכה מפורשת, אין מניעה הלכתית לפעול על-פיהם.

הטעונונים בדבר הכלל "הכל כמנהג המדינה" נסמכים על דיני ממונות (ובכלל זה על דיני צדקה ודיני עבודה), ובעניינים שבממון ניתן להתנות על האמור בתורה, שכן מדובר בהוראת חוק מרשה, דיספוזיטיבית. אולם כאשר מדובר בדיני נפשות – בהנחה שהערפה בין חולים הינה הכרעה של חיים ומוות – ההסדר במשנה בהורית הינו בבחינת הוראת חוק כופה, קוגנטיבית, אשר אי-אפשר להתנות עליה ולשנותה רק מהטעם הכללי של "הכל כמנהג המדינה". עם זאת, ההנחה כי במקרה מדובר בדיני נפשות אינה הכרחית, מכיוון שגם החולה שאינו מתקבל ליחידה לטיפול נמרץ מקבל טיפול רפואי, כך שניתן להגדיר את ההעדפה גם מנקודת-מבטו של המשפט החוקתי.

"היה נלענ"ד [=נראה לעניות דעתי] דיתכן שצריך להקדים ולהציל את האיש שיש לו זכות קדימה כדתנן בסוף מס' הוריות באופן כזה שברור הדבר שאם ייתן את הקיתון לשניהם ימותו ודאי שניהם ברעב, אך כת"ר [=כתנו רבנן] הביא וגם ידעתי שאומרים אחרת.<sup>166</sup>"

כלומר, ממבט ראשון נטתה דעתו של הרש"ז אויערבך לפסוק כי על המחזיק באמצעי ההצלה לפעול על-פי מדרג הקדימויות שבמשנה בשני תנאים מצטברים: התנאי האחד, שאם ייתן את המים לבעל זכות הקדימה (יאשפו את החולה ביחידה), יינצל הלה בוודאות; והתנאי האחר, שאם ייתן את המים לשניהם, ברור בוודאות שאיש מהם לא יינצל.<sup>167</sup> אולם מתשובת הרש"ז אויערבך מתבררות המסקנות הבאות: ראשית, הוא מכבד דעות של פוסקים אחרים ("ידעתי שאומרים אחרת"), אף אם אין הוא מבטל את דעתו מפני דעתם. שנית, יש בדבריו שתי אמירות ברורות המלמדות כי בימינו אין ליישם מדרג קדימות על רקע מגדרי: האמירה האחת, ש"בזמננו קשה מאד להתנהג לפי זה"<sup>168</sup>; והאמירה האחרת, שמכיוון שההנהלה החליטה על הנהל במסגרת סמכותה, ההחלטה מחייבת את הרופאים העובדים בבית-החולים. שלישית, יש לצמצם את תחולתו של סדר הקדימות שבמשנה למקרה שבו ניתן להציל בוודאות את בעל זכות הקדימה. אולם לנוכח שתי המסקנות הראשונות, נראה שדעתו היא שבהסדרים הנוהגים כיום אי-אפשר להיצמד למדרג הקדימויות שבמשנה. אי-אפשר לדרוש – לא מהאיגוד המקצועי ולא מהרופא כפרט – לפעול על-פי סולם עדיפויות מגדרי, אלא יש לאפשר ולהכשיר פעולה לפי אמות-מידה רפואיות.

## 5. ר' אליעזר יהודה וולדנברג

הרא"י וולדנברג השיב תשובות רבות בעניינים שברפואה,<sup>169</sup> בין היתר בעניין דיני הקדימות בהצלה והרצינון העומד בבסיסם.<sup>170</sup> לדעתו, לסדר הקדימות במשנה שבהוריות אין תחולה כאשר מדובר בפיקוח נפש, אלא רק בהקשר של חלוקת כספי צדקה. הראיה לכך, בעיניו, היא שהרמב"ם, הטור והשולחן ערוך השמיטו דין זה מדיני פיקוח נפש ושיבצו אותו בהלכות צדקה ומתנות עניים.<sup>171</sup> הרא"י וולדנברג פוסק כשיטת הרמ"א ובניגוד לדעתו של הר"י קארו, אשר פסק בשולחן ערוך כי "פודים האשה קודם האיש.

166 שו"ת מנחת שלמה, לעיל ה"ש 157.

167 התנאי השני רלוונטי לגבי מתן תרופות (חלוקת הכמות המוגבלת הקיימת בין שני חולים), אך אינו רלוונטי לגבי אשפוז ביחידה לטיפול נמרץ. יושם לב כי הרש"ז אויערבך נקט לשון מסופקת ("דיתכן") בשל כך שיש הסבורים אחרת, דהיינו, שעל המחזיק באמצעי ההצלה לתיתו למי שסיכויי הצלתו טובים יותר.

168 ראו לעיל ליד ה"ש 160.

169 על המגוון הרחב של פסיקותיו של הרא"י וולדנברג ראו אברהם שטינברג הלכות רופאים ורפואה על פי שו"ת ציץ אליעזר (מוסד הרב קוק, ירושלים, התשל"ח).

170 שו"ת ציץ אליעזר, חלק יח, סימן א.

171 להוכחת פסיקתו ראו שם, אותיות ד ר"ו. ראו עוד לעיל תת-פרק 33; בית הבחירה, כתובות סז, ב, ד"ה: "יתום ויתומה".

ואם רגילין במשכב זכור, פודין האיש קודם".<sup>172</sup> הרמ"א מוסיף כי "אם שניהם רוצים לטבוע בנהר, הצלת האיש קודם".<sup>173</sup> כלומר, יש לפרש את הדברים על-דרך הצמצום: "דוקא בזה האופן [כלומר, כאשר מתעללים בהם מינית] שצער האיש גדול יותר מן האשה או ראוי להצילו יותר, אבל לא בעלמא היכי ששניהם נתונים בשוה בסכנת מות".<sup>174</sup> ללמדנו כי רק כאשר סבלו של האיש גדול מסבלה של האישה הצלתו קודמת, אך כאשר האיש והאישה במצב זהה, אין עדיפות לאיש. ולפי שסדר הקדימות בהצלת חולים במצב זהה נגזר, בין היתר, מרמת סבלם, החולה שסבלו רב יותר קודם בהצלה.

לחלופין, גם אם נפרש את המשנה בהוריות כקובעת סדר קדימות במצבי פיקוח נפש, האיש עדיף על האישה, על-פי פירושו של הרמב"ם, רק משום שהוא חייב במצוות יותר ממנה.<sup>175</sup> אם כך, טלו לדוגמה מקרה שבו איש ואישה באותו מצב רפואי מגיעים בו-זמנית לבית-החולים וניתן לאשפוז ביחידה רק אחד מהם. האיש אינו מקיים מצוות כלל, ואילו האישה מקיימת את כל המצוות שהיא חייבת בהן ואף יותר. הדעת נותנת כי האישה קודמת לאיש בניגוד לסדר הקדימות שבמשנה. אפשר שמשום כך השמיטו הרמב"ם, הטור והשולחן ערוך דין זה מדיני פיקוח נפש. רמת דתיות ומידת קיום מצוות אינן אמות-מידה הניתנות למדידה. אין לרופא המטפל הכלים – ואי-אפשר לדרוש ממנו – לברר מי מהמטופלים שלפניו מקיים מצוות רבות יותר. לכן:

"כיון שזה לא מוגדר כדבר הקבוע, אלא הדבר תלוי לפי מידת הקיום של המצוות שהאיש והאשה מקיימים, ולפי הניתונים והשיקולים שיהא בזה למצילים באותה שעה. ולכן מצאו לנכון לא לקבוע בזה מסמרות נטועים והשאירו את הדבר להכרעת המתעסקים".<sup>176</sup>

מכיוון שאי-אפשר ליישם את סדר הקדימות שבמשנה, יש להשאיר את ההכרעה בידי מי שהוסמך לכך, דהיינו, בידי הרופא המטפל.

האם נכון להותיר את מכשיר ההחייאה היחיד פנוי למקרה שיגיע חולה שניתן להצילו (לחי עולם) או שמא יש לחבר אליו את החולה הראשון שמגיע גם אם אי-אפשר להצילו? מכיוון שמוסכם כי אין לנתק חולה שכבר חובר למכונה, החליטה הנהלת בית-החולים בצדק לא לחבר חולים שסיכויי שרידותם נמוכים. האם על הרופא למלא אחר נוהלי בית-החולים או שמא עליו לנהוג על-פי צו מצפוני (ודין תורה) ולחבר את החולה הראשון שמגיע ללא קשר לסיכויי החלמתו, בניגוד להנחיותיהם של הממונים עליו?<sup>177</sup> התשובה היא כי על הרופא להעדיף את החולה שהפרוגנוזה שלו טובה יותר על החולה

172 שולחן ערוך, יורה דעה, סימן רנב, סעיף ח. לשיטת הש"ך, פרייה מן השבי כמוה כהצלה מסכנת חיים (ש"ך, שם, ס"ק י).

173 שולחן ערוך, יורה דעה, סימן רנב, סעיף ח בהגהה.

174 שו"ת ציץ אליעזר, לעיל ה"ש 170, אות ג.

175 פירוש המשניות לרמב"ם, הוריות ג, ד; פירוש ר"ע מברטנורא, שם.

176 שו"ת ציץ אליעזר, לעיל ה"ש 170, אות ח.

177 שו"ת ציץ אליעזר, חלק יז, סימן י.

שסיכוייו לשרוד נמוכים, שכן הוודאי עדיף על הספק. לכן יש לשמור את התרופה רק למקרה הוודאי, כלומר, להשאיר את המכונה פנויה במהלך התורנות למקרה שיגיע חולה שניתן להצילו.<sup>178</sup> וכך פסק:

"יפה היא התקנה שתיקנה הנהלת ביה"ח ביוהנסבורג שלא להשתמש במכונת ההחייאה היחידה שברשותם כי אם עבור חולים שניתן לרפאותם ולהצילם לחיי עולם, היות ואם יתנו הטיפול במכונת ההחייאה לזה שלחיי שעה, תדחה עי"כ [=על-ידי כך] ההצלה לזה שלחיי עולם וימות, כי אז בהיות כבר החיי שעה מחובר למכונת ההחייאה, יהא אסור לנתק את המכונה מהלחיי שעה עבור החיי עולם, כי להמית, בידיים עבור החיי עולם יהא אסור, כפי שביארנו בדברינו הדק היטב. ולכן יש להשאיר מלכתחילה את מכונת ההחייאה פנויה כדי להציל על ידה יהודים לחיי עולם, אשר כפי דברי הרופא-השואל אין יום שלא מובא לביה"ח דשם חולה יהודי שניתן להצילו באמצעות המכונה לחיי עולם, ומתפאר בעצמו שעל פי ההנחיות של הנהלת ביה"ח הציל הרבה יהודים לחיי עולם. ועל כן נראה לי להלכה גם זאת, כי הרופא-השואל, לא רק שאיננו מחויב לגזול את מכונת ההחייאה ולעבור עי"כ על תקנת ביה"ח, כדי להציל יהודי טריפה וכיו"ב לחיי שעה, כפי שעומד ושואל על כך, אלא שאסור לו לעשות זאת... הכי נמי גם בנידוננו, אם יגזול את מכונת ההחייאה כדי להציל לחיי שעה, הוה ליה כגזול עי"ז [=על-ידי זה] נפשו של הלחיי עולם. ולבו של הרופא לא צריך לנוקפו כלל מזה, כי הוא מתנהג לפי הוראות ביה"ח כדין וכהלכה, ויכול שפיר להתפאר בזה מה שעל פי ההנחיות של הנהלת בית החולים, שמבצע אותם, הציל הרבה יהודים לחיי עולם אשריו ואשרי חלקו בזה ובבא."<sup>179</sup>

ומכאן המסקנה – בניגוד לדעתו של הר"ש וואזנר – כי על הרופא לפעול על-פי הוראותיה של הנהלת בית-החולים.

את מה שלא אמר במפורש בתשובה שלעיל, אמר הרא"י וולדנברג בתשובה בעניין סדרי הקדימות לגבי תורים בכניסה לרופא.<sup>180</sup> הנהלים הנקבעים במערכת הבריאות וההסכמות שהתקבלו בחברה מחייבים הן את המטפלים והן את המטופלים,<sup>181</sup> ודינם "כשאר הסכמות ותקנות בסדרי חברה וטובתה, אשר חלים גם כאשר מבחינת ההלכה אין לזה אחיזה."<sup>182</sup>

178 שם, אות ו. ראו עוד שו"ת ציץ אליעזר, חלק ט, סימן כה, אות ג.

179 שם, אות ז.

180 שם, אות ג.

181 ראו, למשל, ס' (א) לחוק זכויות החולה. ראו עוד שו"ת ציץ אליעזר, חלק ב, סימן כג.

182 שם. לעניין תחולתם של דיני הקדימות ראו עוד בהרחבה נשמט אברהם, יורה דעה, סימן רנא, והמקורות שם.

## 6. ר' משה פיינשטיין

ר' משה פיינשטיין, מגדולי הפוסקים בארצות-הברית בדורנו, פסק כי "ענין קדימה ליכא [=אין] אלא במה שתנן במתני' דסוף הוריות ויג, ע"א, ואף באלו קשה לעשות מעשה בלא עיון גדול".<sup>183</sup> כלומר, ברמה העקרונית סדר הקדימות המחייב הוא זה שנקבע במשנה, אולם בשל הקושי ביישומו יש לנקוט פרשנות מצמצמת. לדוגמה, כאשר "יודעין שלפי הדין יש קדימה, ודאי הוא דוקא כששוין בזמן, ויש להרפא לילך למי שנקרא קודם שהרי תיכף נתחייב לילך לשם".<sup>184</sup> דהיינו, אם שני החולים מגיעים בו-זמנית לחדר המיון ומצבם הרפואי זהה, אזי משנקרא הרופא לטפל בחולה האחד, הוא חייב לגשת ולטפל בו. אם הוא נקרא לשניהם ואין ביכולתו לקבוע למי מהחולים יש זכות קדימה – יטיל גורל.<sup>185</sup> אם הפרוגנוזה של שני החולים אינה זהה ושניהם זקוקים לאשפוז ביחידה לטיפול נמרץ ויש רק מיטה אחת פנויה, כִּי־אז זכות הקדימה היא של החולה שהפרוגנוזה שלו טובה יותר:

"אם באו שניהם בכת אחת, היינו קודם שהכניסו האחד מהם צריך להכניס בתחלה את מי שלדעת הרופאים הנמצאים שם יכולין לרפאותו, אם גם לחולה זה צריך להתחיל תיכף אם יש צורך אף מספק."<sup>186</sup>

במה דברים אמורים? במצב שבו טרם הוחל בטיפול באחד מהם. אולם אם החלו לטפל בחולה שחיינו הם חיי שעה, ואפילו הוכנס בטעות ליחידה ותפס את המיטה הפנויה, אין להפסיק את הטיפול בו ולהוציאו מהיחידה לטובת החולה האחר:

"והטעם פשוט, דודאי חיי הראוי להתרפא ולחיות כל ימי חייו הראוין שיחיה כדרך סתם אינשי עדיפא מאלו שעומדין למות מצד חולי שלהן שלא ידוע להרופאים רפואה למחלתן, אבל זה הוא לעלמא."<sup>187</sup>

יושם לב כי אין לזהות המגדרית של המטופל כל רלוונטיות לגבי סדר הקדימות. זכות הקדימה היא של החולה שסיכויי טובים יותר. לכן, אם הפרוגנוזה של החולה טובה מזו של החולה, היא שתאושפו ביחידה.<sup>188</sup> החולה עצמו אינו חייב להציל חולים אחרים בנפשו. לכן, אם הכניסוהו ליחידה לטיפול נמרץ, הוא זכה במיטה ואינו חייב לוותר

183 שו"ת אגרות משה, חושן משפט, סימן עד, אות א.

184 שם.

185 שו"ת אגרות משה, חושן משפט, חלק ב, סימן עג, אות ב.

186 שם.

187 שם.

188 שם. הרב יצחק זילברשטיין, מחשובי הפוסקים בעניינים שברפואה בימינו, מצמצם את תחולתה של תשובה זו לאשפוז בבית-חולים פרטי בלבד. לדעתו, ואולי בצדק, במסגרת הרפואה הפרטית שיקולי הקדימויות שונים. ראו יצחק זילברשטיין שיעורי תורה לרופאים חלק שלישי, סימן קסד (התשע"ב); שם, חלק שני, סימן פח. השו"ע"א 6153/97 שטנרל נ' שדה, פ"ד נו"ד (4) 746 (2002).

עליה. יתרה מזו, "אולי גם אסור שיתן את זכותו שע"ז [=שעל-ידי זה] יחיה החיי שעה שהוא הזמן קצר שאפשר לו לחיות לחולה אחר אף שראוי לחיות כשיתרפא כל ימיו הקבועים לו".<sup>189</sup> זאת, בתנאי שלא יתבצעת החולה ויורע מצבו מהמחשבה שלא אושפו ביחידה מפני שאי-אפשר להצילו, שכן "הביעותותא [=הפחד] אפשר שיזיקוהו וגם ימיתהו ויהיה זה כהמיתוהו בידים. ולכן, יותר טוב שלא לעשות בעל כורחיה אף שהקרובים רוצים שיעשו לו גם בעל כרחיה, וצריכין הרופאים להתיישב בזה הרבה כשנודמן חולה שאינו רוצה בהרפואה שעושיין לו אם לכפותו כשהוא גדול שקרוב שלא תהא לתועלת כל כך, ולעשות בזה לשם שמים".<sup>190</sup> במקרה כזה "יש להקדים להכניסו לחדר היחידה למי שבא תחלה, ואף כשהחולה יודע מצבו נמי יש לחוש שיטרף דעתו שיאמר שכבר מחשבין אותו כמו שאינו שאין מתעסקין עמו".<sup>191</sup>

מכאן הקביעה העקרונית כי הסמכות לקבוע מי מהחולים קודם נתונה לרופאים הנמצאים במקום. וכך הוא קובע:

"הנה החלוק הוא אם יש לפנינו שני חולים ושניהם אפשר שיתרפאו בדרך הטבע ממחלות אחרות שאירע להם, יש להקדים החולה ששייך שיתרפא שיחיה יותר משנה שהוא לא אבד חזקת חיים שלו מחולה האחר שלפי דעת הרופאים לא יחיה יותר משנה שהוא בחשיבות טריפה להרופאים."<sup>192</sup>

אכן, ההחלטה על הקדימות מסורה לרופאים, בהיותה הכרעה רפואית. עם זאת, על הרופאים לדעת כי סמכותם בעניין זה אינה בלתי-מוגבלת. הר"מ פיינשטיין חושש בעניין זה מהחלקה במדרון תלול. כך, למשל, אסור לרופא להעדיף חולים קומפוטנטיים (כשירים וצלולים) על חולים פסולי-דין אך בשל פגם בכשירותם.<sup>193</sup>

לסיכום, מכיוון שההחלטה למי מהחולים יש זכות קדימה בקבלת טיפול רפואי נגזרת ממצבם הרפואי של החולים, זוהי שאלה רפואית שיש להותירה בידי הרופאים. חזקה על הרופא כי טובת החולה – כל חולה – לנגד עיניו, וכי כל החלטה רפואית, קשה ככל שתהיה, מתקבלת על-ידיו בתום-לב ועל-פי אמות-המידה המקובלות בעולם הרפואה. זאת ועוד, סביר להניח כי החולה שנדחה יקבל גם הוא את הטיפול המיטבי בנסיבות העניין.<sup>194</sup>

189 שו"ת אגרות משה, לעיל ה"ש 185.  
 190 שו"ת אגרות משה, חושן משפט, חלק ב, סימן עג, אות ה. גם גילו של החולה אינו עילה להעדיפו (אם הוא צעיר) על חולה אחר (מבוגר) בטיפול הרפואי. ראו עוד שם, סימן עה.  
 191 שו"ת אגרות משה, לעיל ה"ש 185.  
 192 שם, סימן עה.  
 193 שו"ת אגרות משה, לעיל ה"ש 183.  
 194 שאלה מעניינת היא עד כמה הושפע הר"מ פיינשטיין, שחי בארצות-הברית, מההתקדמות המדעית. בתשובותיו בעניינים שברפואה הוא מייחס משקל להיבטים פסיכולוגיים ולמצבו הנפשי של החולה. שיקולים אלה הינם שיקולים אתיים, מכיוון שפגיעה נפשית עלולה לעיתים לגרום לחולה נזק גדול יותר מהטיפול, וזה הלא אחד מארבעת המבחנים המוסריים שלפיהם נבחנת פרודורה רפואית. השוו: Tom L. Beachamp & James F. Childress, Principles of Biomedical Ethics chs. 5–6 (6th ed., Oxford University Press 2009); Sheila

את הרציונל העומד בבסיס גישתו של הר"מ פיינשטיין – דהיינו, לא להיצמד למדרג הקדימויות שבמשנה ולהותיר את ההחלטה בידי הרופאים – ניתן להסביר בשני טעמים. הטעם האחד הוא שאין הברל בין האיש לאישה לעניין שבקדושה, ואין בעובדה שהאישה טטורה ממצוות עשה שהזמן גרמא כדי לפגוע בשוויון:

"צריך לדעת כי אין זה בשביל שנשים פחותות במדרגת הקדושה מאנשים, דלענין הקדושה שוות לאנשים לענין שייכות החיוב במצות [=במצוות] שרק מצד הקדושה דאיכא בישראל הוא ציוי המצות [=ציווי המצוות], וגם לנשים נאמרו כל הקראי דקדושה... ובכל מקום שנמצא ענין קדושה דישראל נאמר גם לנשים, ולכן גם הנשים מברכות בלשון אשר קדשנו במצותיו כמו האנשים, אף על המצות שלא חייבתן תורה, ורק שהוא קולא מאיזה טעמי השי"ת [=השם יתברך] שרצה להקל לנשים כדלעיל ולא מצד גריעותא ח"ו [=חס וחלילה]... וליכא [=ואין] שום זלזול בכבודן ובכל דבר בזה שנפטר מלמוד התורה וממצות שהזמן ג"ג [=שהזמן גרמא] וליכא כלל שום סבה להתרעם כלל...<sup>195</sup>"

הר"מ פיינשטיין רגיש מאוד לכבודם של בני-האדם באשר הם. הוא מכיר היטב את המציאות שהשתנתה ואת הרגישות הציבורית להבחנה בין בני-האדם על רקע מגדרי. כל בני-האדם נבראו בצלם אלוקים ולכן כולם שווים. הטעם האחר מוסבר באחריותו של הפוסק כפי שהר"מ פיינשטיין מבין אותה. לשיטתו, על חכמי ההלכה מוטלת האחריות להתאים את ההלכה למציאות המשתנה, גם אם הדבר מחייב לסטות מטקסט קדום, ובלבד שהפוסק יבסס את פסיקתו על טעמים נכונים. המציאות המתחדשת מזמנת שאלות שלא נמצא להן מקור ישיר בספרים. על הפוסק לחקור ולדרוש כדי להגיע לפתרון, ולא לדחות את השואל אך משום שלא מצא מקור בספרות ההלכה. יתרה מזו, גם בבואו לפסוק בסוגיה שיש לה לכאורה מקור, על הפוסק לרדת לשורש הבעיה, ולא לפסוק רק משום שמצא מקור שעלול להתברר כלא מתאים בהכרח. וכך כתב:

"ומש"כ [=ומה שכתב] ידידי איך רשאים אנו לסמוך על חדושים כאלו שבארתי למעשה ובפרט שהוא נגד איזה אחרו' [=אחרונים], הנה אני אומר וכי כבר נעשה קץ וגבול לתורה ח"ו שנפסוק רק מה שנמצא בספרים וכשיזדמנו שאלות שלא נמצאים בספרים לא נכריע אותם אף כשיש בידנו להכריע[?]. ודאי לע"ד [=לעניות דעתן] אסור לומר כן דודאי עוד יגדיל תורה גם עתה בזמננו ומחוייב כל מי שבידו להכריע כל דין שיבא לידו כפי האפשר

A.M. McLEAN, AUTONOMY, CONSENT AND THE LAW 30–39 (Routledge-Cvendish, London & New York 2010).

195 שו"ת אגרות משה, אורח חיים, חלק ד, סימן מט.

לו בחקירה ודרישה היטב בש"ס ופוסקים בהבנה ישרה ובראיות נכונות אף שהוא דין חדש שלא דברו אודותו בספרים. ואף בדין הנמצא בספרים ודאי שצריך המורה ג"כ [=גם-כן] להבין אותו ולהכריע בדעתו קודם שיורה ולא להורות רק מחמת שנמצא כן דהוי זה כעין מורה מתוך משנתו שע"ז [=שעל זה] נאמר התנאים מבלי עולם שמורין הלכה מתוך משנתם בסוטה דף כ"ב עיי"ש בפרש"י [=עייין שם בפירוש רש"י]. ואף אם הכרעתו לפעמים נגד איזה גאונים מרבתינו האחרונים מה בכך הא ודאי שרשאין אף אנו לחלוק על האחרונים וגם לפעמים על איזה ראשונים כשיש ראיות נכונות והעיקר גם בטעמים נכונים ועל כיוצא בזה אמרו אין לדיין אלא מה שענינו רואות...<sup>196</sup>

בהמשך דבריו מבהיר הר"מ פיינשטיין כי על הפוסק לפסוק על-פי הבנתו, ובלבד שאין הפסיקה נוגדת הלכה שנפסקה בשולחן ערוך, ורק כאשר מדובר בצורך גדול, כגון התרת עגונה. אל לו לפוסק להיות ענוותן ולחשוש מקום שפסיקתו מבוססת, שכן נסיון העבר מוכיח כי ענוותנותו של הפוסק (ר' זכריה בן אבקולס) המיטה חורבן על ישראל.<sup>197</sup>

## 7. סיכום

העדפה בין חולים הינה לעיתים הכרעה בין חיים למוות. חיי אדם הם ערך גבוה בסולם ערכיה של ההלכה. לכן ההגנה על חיי אדם ומניעת פגיעה בהם עומדת בבסיס גישתם של חכמי ההלכה שפסיקותיהם נסקרו. השאלה המרכזית שעמדה במרכז הדיון הייתה כיצד יש להתייחס בימינו לסדר הקדימות על רקע מגדרי הקבוע במשנה בהוריות וליחס בינה לבין הברייתא במסכת בבא מציעא. במילים אחרות, כיצד יש לפרש את המקורות הקדומים בהתחשב בעובדה שבימינו אי-אפשר לקבל סדר קדימויות מגדרי? סדר הקדימות אינו מתרי"ג מצוות. הוא נקבע על-ידי חכמי ההלכה במסגרת סמכותם, אלא שקביעתם, שהייתה נכונה בתקופת המשנה, אינה קבילה ואינה ישימה כיום. העצמת שיח הזכויות בחברה ופיתוחן של טכנולוגיות רפואיות חדישות, מחד גיסא, ומגבלות תקציביות, מאידך גיסא, הובילו לצורך לקבוע מדרג קדימויות שאינו נשען על מינו של החולה. העצמת שיח הזכויות המאפיינת את החברה בישראל מקצינה את ההגנה על זכויות האדם, ובעיקר את ההגנה על כבודו של האדם כאדם, ומדרג קדימות, מעצם טבעו, תומך בחובו פגיעה בכבוד האדם (החולה). ההגנה על כבוד האדם מעוגנת גם בהלכה. אחת מנגזרותיו של כבוד האדם היא השוויון בין בני-אדם שנבראו בצלם. לכן העדפת האיש על האישה בקבלת טיפול רפואי אך בשל היותו זכר (המקיים מצוות רבות יותר) אינה יכולה להתקבל בימינו גם מבחינת הדין המהותי. אומנם, קיום מצוות הוא ערך מרכזי,

196 שו"ת אגרות משה, יורה דעה, חלק א, סימן קא.

197 שם. על ענוותנותו של ר' זכריה בן אבקולס והשלכותיה ראו בבלי, גיטין נו, ע"א.



ומאזן המצוות הוא בוודאי שיקול רלוונטי בקבלת החלטות בתחומי החיים השונים, אך לא בתחום הרפואה. קשה להעלות על הדעת שרופא הנדרש להחליט במי לטפל – באיש או באישה – יברר תחילה מי מהם מקיים מצוות רבות יותר. הייתכן שמותר לדחות את הטיפול בחולה "שוטה" רק משום שהוא פטור מן המצוות<sup>198</sup> ולהקדים לטפל באישה המקיימת מקצת מן המצוות חרף היות השוטה איש?<sup>199</sup> כלום תפקידו של הרופא לערוך, קודם לטיפול, מאזן קיום מצוות של מטופליו?

אכן, חכמי ההלכה בדורנו מודעים לקושי ביישום מדרג הקדימויות ההלכתי, וכד בבר מכירים בצורך להעדיף במקרים מסוימים את החולה האחד על החולה האחר. על רקע זה ניתן להצביע על שתי גישות. הגישה האחת, השמרנית הנוקשה, קובעת כי אם אין הצדקה רפואית להעדפת אחד מן החולים, אזי אין מנוס מלפעול על-פי מדרג הקדימויות שבמשנה. הסיבה לכך – אף שזו לא נאמרה במפורש – היא שאין בסמכותם של חכמי דורנו לחלוק על הראשונים.<sup>200</sup> למעשה, על-פי גישה זו, המשנה בהוריות משלימה את הברייתא בבבא מציעא.

הגישה האחרת, המעשית, היא שכדי לשמור על אמון הציבור בפוסקי ההלכה, אין לקבל כיום מדרג קדימויות על רקע מגדרי. גישה זו מנומקת בשלושה נימוקים: הנימוק האחד, הפרשני, הוא שהמונח "להחיות" שבמשנה מתפרש כקדימות בחלוקת כספי צדקה, ולא כדין מדיני פיקוח נפש; הנימוק השני הוא שאין לרופא כלים לבחון מי מהחולים הזקוקים לטיפול מקיים מצוות רבות יותר, מה-גם שלעניין קדושה אין מקום להבחין בין נשים לגברים; והנימוק השלישי, העקרוני, הוא שמשיקולים של מדיניות הלכתית ניתן לאמץ את הפרקטיקה הנוהגת במערכת הבריאות, כלומר, להנחיות שגיבשה הנהלת בית-החולים מכוח סמכותה יש תוקף הלכתי. הפוסקים האוחזים בגישה זו אינם חולקים על המשנה, אלא בוחנים את סדר הקדימות על רקע המציאות, תוך שימוש בכלים הלכתיים המאפשרים להימנע מיישומו.

## סוף-דבר: האומנם קיימת בהלכה העדפה מגדרית?

שתי הגישות הנוגדות ביחס ליישומן של סדר הקדימות המגדרי הקבוע במשנה בהוריות – הגישה שלפיה אין מנוס מליישמו והגישה שלפיה המדרג אינו קביל בימינו – משקפות את שתי המגמות הסותרות שההלכה אוצרת בתוכה: היותה מערכת נורמטיבית סדורה, שמרנית ואף נוקשה המגינה על ערכיה ועקרונותיה, מחד גיסא; והיותה תורת חיים תוססת ומתפתחת למען החיים, בבחינת נטיעה פְּרָה וְרֵבָה, מאידך גיסא.<sup>201</sup> מסקנת

198 על מעמדו של השוטה בהלכה ראו בהרחבה משה מרדכי פרבשטיין משפטי הדעת (הוצאת מכון שערי משפט, התשנ"ה).

199 ראו בהקשר זה צבי א' טל "אין דוחין נפש מפני נפש בהלכה היהודית" עלי משפט ב 21, 29 (2002).

200 שהרי "ואפשר לומר שמיום חתימת המשנה קיימו וקבלו שדורות האחרונים לא יחלקו על הראשונים, וכן עשו גם בחתימת הגמרא שמיום שנחתמה לא ניתן רשות לשום אדם לחלוק עליה" (כסף משנה, הלכות ממרים ב, א).

201 על-דרך ההיקש ממאמר חז"ל בבבלי, חגיגה ג, ע"ב ("מה נטיעה זו פרה ורבה – אף דברי תורה פרין וריבין").

המאמר היא שאין ליישם את המדרג בימינו, אלא יש לפעול על כללי ההערפה הנהוגים בבתי-החולים.

מן המפורסמות הוא שבראש סולם ערכיו של הדין העברי ניצבת השמירה על חיי האדם שנברא בצלם אלוקים.<sup>202</sup> "וחי בהם – ולא שימות בהם."<sup>203</sup> לכן טבעי שההלכה תקדם בברכה השתכללויות טכנולוגיות רפואיות המאפשרות הצלת חיים ברמה ובאיכות טיפול כביחידה לטיפול נמרץ. השמירה על צלם האדם החולה אינה רק ההגנה על קדושת חייו, אלא גם על זכותו לשוויון, שכן "זה [=השוויון] ספר תולדות אדם – זה כלל גדול מזה."<sup>204</sup> השוויון בין בני-האדם הוא חלק מכבוד האדם כאדם. השוויון בין האיש לאישה אינו רק במצבי סכנה, אלא הוא טבוע בהלכה ונגזר מהיות שניהם ברואים בצלם אלוקים. אף-על-פי-כן, כבוד האדם והשוויון הנגזר ממנו אינם חזות הכל. תפקודם, מינם וכשירותם של בני-האדם יוצרים שונות (מובנית) ביניהם, היכולה להצדיק בתנאים מוגדרים התייחסות שונה מבלי לפגוע בכבודם כבני-אדם.

אין חולק כי לכל אדם באשר הוא אדם שמורה הזכות לחיים. למרות זאת, בשל משאביה המוגבלים של החברה, יש מי שחיי קודמים לחיי זולתו. כפרפרזה על דבריו של השופט אֶלון ניתן לומר כי בא זה (סדר הקדימות) ללמד על זה (השוויון בין החולים), ובא זה (השוויון) ללמד על זה (מדרג הקדימויות), ושניהם משלימים זה את זה והיו לאחדים בדינו.<sup>205</sup>

אכן, קשה לקבל – וקשה עוד יותר לקבוע – מדרג קדימויות בטיפול רפואי. כל חולה הוא עולם מלא, וכל חולה זכאי לקבל את הטיפול הרפואי המיטבי. אך בשל אילוצים תקציביים ומיעוט המיטות, אין ביכולתה של מערכת הבריאות לתת את הטיפול המיטבי ביחידה לטיפול נמרץ לכל המבקש. לפיכך סדר קדימות בקבלה ליחידה הוא בלתי-נמנע.<sup>206</sup>

ככלל, מדרג הקדימויות הקיים בארץ הוא בבחינת "תורה שבעל-פה". אין הנחיות כתובות, למעט נסיונות ספורים לקבוע סדר קדימות.<sup>207</sup> זאת, בניגוד למצב בארצות-הברית, שם קיימות הנחיות קבלה ליחידה.<sup>208</sup> "תורה שבעל-פה" זו התגבשה במהלך השנים מאז הוקמו היחידות לטיפול נמרץ.

מדרג הקדימויות ההלכתי קיים זה כאלף ושמונה מאות שנים. חכמינו לא הכירו

202 על ערכם של חיי אדם ראו גרין, לעיל ה"ש 29, בעמ' 70–73.

203 בבלי, יומא פה, ע"ב.

204 ירושלמי, נדרים ט, ד. בן עזאי, האומר כלל זה, חולק על רבי עקיבא, הסובר כי הכלל הגדול יותר הוא "ואהבת לרעך כמוך" (בראשית רבה כד, ז). בן עזאי מעמיד את התורה כולה על השוויון בין כל בני-האדם, אשר נבראו בצלם ובאים מאב אחד, בעוד רבי עקיבא מעמידה על אהבת הרע (קרבן העדה, ירושלמי, שם, ד"ה: "זה ספר").

205 בש"פ 2169/92 סוויסה נ' מדינת ישראל, פ"ד (מו) 338, 343 (1992); ע"א 294/91 חברה קדישא גחשא קהילת ירושלים נ' קסטנבאום, פ"ד (מו) 513, 464 (1992).

206 זאת, בצד הסדרים שבחוק המחייבים את הרופא לנהוג בדרך שוויונית (ס' 1 לחוק ביטוח בריאות ממלכתי) ואוסרים עליו להפלות בין חולים (ס' 4 לחוק זכויות החולה).

207 ראו בנטוב וספרונג, לעיל ה"ש 79.

208 ראו לעיל ליד ה"ש 81.

את היחידות לטיפול נמרץ. הטכנולוגיה הרפואית המתקדמת לא הייתה ידועה בתקופת המשנה ולאחריה, ולכן שאלות מסוג זה לא התעוררו כמעט. רוב החולים זכו לקבל טיפול רפואי ברמה דומה פחות או יותר, כך שנושא הקדימות נשא אופי טכני יותר ממהותי. אומנם, כאשר עוצבו סדרי הקדימות, ראו חכמים צורך להתחשב בערך הגלום בכבוד האדם, אך כבוד האדם פורש אז בצורה שונה מזו המקובלת כיום.<sup>209</sup> מכאן הקושי ליישם כיום את מדרג הקדימויות ההלכתי במערכת הבריאות הציבורית – הן ברמה הערכית והן ברמה המעשית. ברמה הערכית איני רואה רופא שיעדיף לקבל ליחידה את האיש אך בשל היותו איש, החייב ככזה במצוות יותר מהאישה, או להפך – רופא שיעדיף לקבל את האישה רק משום שהיא מקיימת מצוות רבות יותר מהאיש. ברמה המעשית איני רואה מנהל ליחידה לטיפול נמרץ אשר יכול וצריך לברר מי משני החולים שלפניו מקיים מצוות רבות יותר או מי מהם מיוחס יותר (כזהן או לוי).

זאת ועוד, התוצאה החמורה הבלתי-נמנעת והבלתי-קבילה מהנהגת מדרג הקדימויות ההלכתי תהיה הצבתם של רופאים המכפפים את עצמם להלכה בפני הדילמה אם לפעול על-פי מדרג הקדימויות ההלכתי, הנוגד את הנחיותיה של הנהלת בית-החולים, ובכך להסתכן בפיטורים, או הדרתם של רופאים בעלי סולם ערכים דתי מהעיסוק הקליני ברפואה בכלל ובתחומים כטיפול נמרץ בפרט.

פוסקי דורנו שנשאלו בענייני קדימות היו מודעים לקושי ביישום מדרג הקדימויות ההלכתי. מעיון בתשובותיהם מסתמנות שתי גישות. הגישה האחת, הנוקשה, היא זו של הר"ש וואזנר, ולפיה יש לפעול על-פי מדרג זה מכיוון שזו ההלכה ואין בלתה. לכן, כאשר אין דרך אחרת לפני הרופא אלא לברור בין חולים בקבלה ליחידה, סדר הקדימות המחייב אותו הוא המדרג הקבוע במשנה בהוריות. הגישה האחרת, זו של הפוסקים האחרים, היא שאין ליישם בימינו את מדרג הקדימויות המגדרי שבמשנה.

גישה אחרונה זו נשענת על שני אדנים אשר תואמים את ההלכה ומהווים חלק ממנה. האדן האחד הוא הפרשני, ובבסיסו ההנחה שהמונח "להחיות" אינו מתפרש כקדימות בהצלת חיים, אלא כקדימות בהקצאת צורכי המחיה כחלק מדיני הצדקה. לכן מדרג הקדימויות האמור אינו רלוונטי לדיון בנושא הקדימות בקבלה ליחידה לטיפול נמרץ. יתרה מזו, סדר הקדימות המשתמע מהברייתא בבבא מציעא, אשר "שותקת" ביחס למינו של הניצול, הוא הקבוע. סדר קדימות זה קובע כי החולה שהפרוגנוזה שלו טובה יותר, ואשר צפוי להפיק תועלת רבה יותר מהאשפוז ביחידה, קודם לחולה שסיכויי שרידותו נמוכים יותר גם אם יאושפו ביחידה. על-פי עיקרון זה, ניתן אפילו להימנע מלאשפוז ביחידה חולה שסיכויי שרידותו קלושים על-מנת להותיר מיטה פנויה לצורך אשפוז חולה אנונימי שצפוי להגיע לחדר מיון במהלך התורנות ולהינצל בזכות אשפוזו.

209 כך, למשל, ההבחנה המגדרית על רקע קיום המצוות הייתה, באופן פרדוקסלי, חלק מכבוד האדם. השוויון בין בני-האדם היה במידה רבה דיפרנציאלי, ונכלל בו אי-השוויון הנובע מקיום מצוות, לאמור, השוני בין האיש לאישה בשל קיום המצוות, וכן אי-השוויון הנובע מהשוני בין האיש לאישה במידת הסבל שלהם מהתעללות מינית. אלה לא נתפסו כגורמים הפוגמים בשוויון, אלא כחלק ממנו. תפיסה זו אינה מקובלת כיום, ולכן מובן הקושי לקבל את המדרג ההלכתי וליישמו.

האדן האחר הוא המעשי. גם אם נפרש את המונח "להחיות" כהצלת חיים, אי-אפשר לפעול על-פי המדרג ההלכתי מכמה טעמים. ראשית, בסמכותה של הנהלת בית-החולים, כאורגן של המדינה, לקבוע נהלים אחידים המחייבים את כל הצוות הרפואי העובד במוסד, ומשהותקנו ההנחיות בסמכות, יש להן תוקף הלכתי.<sup>210</sup> שנית, אין לרופא כלים – ואין לדרוש ממנו – לקבוע מי מהחולים שלפניו מקיים מצוות רבות יותר.<sup>211</sup> שלישית, הקדושה כשלעצמה אינה עילה להעדיף את האיש על האישה – קדושתם שווה.<sup>212</sup> רביעית, לחכמי ההלכה יש הסמכות לקבוע את ההלכה על-פי שכלם והבנתם, גם אם התוצאה נוגדת דעות של חכמי ההלכה בדורות הקודמים. התורה לא ניתנה למלאכי השרת;<sup>213</sup> על פוסק ההלכה להיות "פיקח בענייני העולם" ולהתחשב במציאות המשתנה.<sup>214</sup>

אין במסקנה כי המדרג ההלכתי אינו ישים בימינו כדי לשלול פרשנות אחרת. את המדרג האמור יש לבחון על רקע התקופה ותפיסות-עולמם של החכמים בתקופת המשנה והתלמוד. אפשר שחכמי ההלכה הקדמונים לא ראו במדרג הפליה מגדרית, אלא ביטוי לשונות בין המינים, ועל בסיסו קבעו יחס שונה. לאמור, אין ענייננו בהפליה פסולה, אלא במתן יחס שונה על בסיס מדרג קדימויות אובייקטיבי. כך, במקום אחד נותנים עדיפות לנשים, בשל החשש שהן ייפגעו יותר בשעה שהן בשבי.<sup>215</sup> לעומת זאת, כאשר אין חשש גדול יותר לנשים, סדר הקדימות מתייחס למדרג חברתי הנובע מידע בתורה. אין כאן הפליה לרעה של הנשים, אלא העדפה של יודעי התורה.

סוף-דבר, יהיו הנימוקים המוצעים לאי-תחולתו של סדר הקדימות שבמשנה אשר יהיו, "יש דברים שאין מידת הדין שולטת בהם ואתה צריך לחזור בהם אחר מה שראוי יותר להכריע את האחד, למה שאין מידת הדין מחייבת אותו דרך פשרה ומידה מעולה".<sup>216</sup> המאפיין את ההלכה – חרף תדמיתה השמרנית – הוא יכולתם של חכמי ההלכה בדורות המאוחרים להתאימה למציאות המשתנה על-פי שכלם והבנתם.<sup>217</sup> אשר על-כן, אין חלקי עם הסוברים כי זו ההלכה ואין בלתה, ולכן יש להקדים את האיש לאישה בטיפול הרפואי, וגם לא עם הסבורים כי יש להתעלם ממדרג הקדימויות שבמשנה. חלקי עם הבוחנים את ההלכה במבחן השכל והסְכָרָה,<sup>218</sup> אשר באו למסקנה – בהתחשב בעקרונותיה של ההלכה,

210 ראו לעיל ליד ה"ש 165.

211 ראו לעיל ליד ה"ש 176.

212 ראו לעיל ליד ה"ש 195.

213 הקדמה לקצות החושן על שולחן ערוך, חושן משפט.

214 פירוש הגר"א, משלי ו, ד.

215 שולחן ערוך, יורה דעה, סימן רנב, סעיף ח.

216 בית הבחירה, סנהדרין לב, ב, ד"ה: "יש דברים". הדברים צוטטו בתשובה של הרב זילברשטיין בעניין הקדמת תור במרפאה. ראו יצחק זילברשטיין "סדר עדיפות ניתוח – הקדמת תור תוך רחיית אחרים" הלכה ורפואה ג,

צא, צג (התשמ"ג). ראו עוד בהרחבה נשמת אברהם, יורה דעה, סימן נב, אות ב; שם, סימן רנא, אות א.

217 על התפתחותה של ההלכה והכלים להתאמת ההלכה למציאות המשתנה ראו בהרחבה יורם קירש מהפכות בהלכה (2002).

218 שו"ת הרשב"ז, חלק ג, סימן תרכ"ו (אלף נ"ב). הבסיס ההלכתי מצוי בבבלי, יבמות פז, ע"א, ובפסוק "דַּרְכֵיךָ דַּרְכֵי נְעָם וְכָל נְתִיבֹתֶיךָ שְׁלוֹם" (משלי ג 17). ראו מנחם אלון "הדין, האמת, השלום והפשרה" מחקרי משפט יד 269, 304 (1998).

מחד גיסא, ובמציאות המשתנה, מאידך גיסא – כי אי-אפשר ליישם בימינו את מדרג הקדימויות ההלכתי. לשון אחר, אי-יישומו של המדרג בימינו הוא-הוא ההלכה. לפיכך, כאשר לפני הרופא איש ואישה הזקוקים שניהם לאשפוז ביחידה לטיפול נמרץ ואין אלא מיטה אחת פנויה – יאושפו מי שהפרוגנוזה שלו טובה יותר וצפוי להפיק תועלת רבה יותר מהאשפוז. הצלת חיים ודאית עדיפה על הצלת חיי שעה, ללא תלות במגדר. זו החלטה רפואית על-פי ההנחיות המקובלות באותו תחום ובאחריותו של הרופא.