

השתלות איברים חיוניים וקביעת רגע המוות – תלות הכרחית?

היבטים אתיים, הלכתיים ומשפטיים

מאת

עירית עופר-שטרק*

תקציר

מאמר זה מוקדש לבחינת שאלת התלות בין קביעת רגע המוות ותרומות איברים חיוניים מנקודת מבט רב תחומית, תוך עיון משווה בין השיח הביוראתי, השיח הלכתי והשיח המשפטי בישראל.

ההנחה המוסרית הרווחת והמנחה את השיח הציבורי והמקצועי בנושא תרומות איברים בעשורים האחרונים, היא שאין זה ראוי ליטול איברים חיוניים מאדם, אם ידוע שנטילת האיברים תגרום למותו. הנחה זו מוכרת בשיח הביוראתי כ"כלל התורם המת" (the dead donor rule), ולפיו תנאי ראשון והכרחי לנטילת איברים חיוניים הוא שהתורם מת. ביסוד הכלל ניצבת תפיסה מוסרית שלפיה אין זה ראוי להרוג אדם, גם לא למען הצלת חיים של אחר. בהתאם לתפיסה זו, קיימת תלות הכרחית בין השתלות איברים חיוניים לבין קביעת רגע המוות, שהרי נטילת איברים חיוניים תתאפשר רק בתנאי שמות התורם ייקבע בעת שאיבריו טרם איבדו מחיוניותם.

בניגוד לתפיסה זו, נשמעות בשיח הביוראתי בשנים האחרונות הצעות המערערות על מדיניות "כלל התורם המת" וקוראות לאמץ הנחה מוסרית אלטרנטיבית, הגורסת כי נטילת איברים חיוניים מתורם חי היא מוסרית בתנאים מסוימים, חרף העובדה שתגרום למותו של התורם. לשיטה זו, לא קיימת תלות הכרחית בין קביעת רגע המוות ונטילת איברים חיוניים לתרומה.

מטרת המאמר היא אפוא לעיין בהצעות אלו ולבחון האם ניתן למצוא להן מקבילה בשיח ההלכתי, ואם כן, לעמוד על טיבם של השיקולים הערכיים המאפשרים זאת. כמו כן, המאמר בוחן האם התפיסה המוסרית שביסוד הצעות אלו באה לידי ביטוי בדין הישראלי ובאיזה אופן.

* ד"ר עירית עופר שטרק – עמיתת מחקר בתכנית פוסט דוקטורט במרכז למשפט רפואי, ביו-אתיקה ומדיניות בפקולטה למשפטים בריאות בקריה האקדמית האונו, עמיתת מחקר במכון שלום הרטמן, מרצה במכון שכטר ללימודי יהדות, תכנית מרפא להכשרת מלווים רוחניים.

מבוא

1. **שיח ביראתי – מדיניות "כלל התורם המת" והצעות לשינוי**
 - 1.1 כלל התורם המת.
 - 1.2 נאמנות לכלל התורם המת והרחבת הגדרת המוות.
 - 1.3 נטישת כלל התורם המת והצעות לשינוי מדיניות.
2. **שיח הלכתי – נטילת איברים חיוניים מאדם שטרם מת**
 - 2.1 פיקוח נפש מול שפיכות דמים – קונפליקט פנימי ביישום ערך קדושת החיים.
 - 2.2 טריפה באדם – הגדרה הלכתית.
 - 2.3 דין ההורג את הטריפה ומשמעותו.
 - 2.4 השלכות לימינו: איסור נטילת איברים חיוניים להשתלה מאדם שטרם מת.
 - 2.5 היתר הלכתי להרוג טריפה למען הצלת אדם "שלם".
 - 2.6 השלכות לימינו: היתר נטילת איברים חיוניים להשתלה.
3. **שיח משפטי – כלל התורם המת: מגמות חדשניות בדין הישראלי**
 - 3.1 היסטוריה חקיקתית.
 - 3.2 המצב המשפטי כיום.
 - 3.3 הגדרת המוות הלבבי וכלל התורם המת.

מבוא

ההנחה המוסרית הרווחת והמנחה את השיח הציבורי והמקצועי בנושא תרומות איברים היא שלא ראוי ליטול איברים חיוניים מאדם, אם ידוע שנטילת האיברים תגרום למותו. הנחה זו מוכרת בשיח הבירואתי כ"כלל התורם המת" (the dead donor rule), ולפיו תנאי ראשון והכרחי לנטילת איברים חיוניים הוא שהתורם מת. ביסוד הכלל ניצבת תפיסה מוסרית שלפיה לא ראוי להרוג אדם, גם לא למען הצלת חיים של אחר. בהתאם לתפיסה זו, קיימת תלות הכרחית בין השתלות איברים חיוניים לבין קביעת המוות, שהרי נטילת איברים חיוניים תתאפשר רק בתנאי שמות התורם יקבע בעת שאיבריו טרם איבדו מחיוניותם.

בשנים האחרונות נשמעות בשיח הבירואתי הצעות המערערות על מדיניות "כלל התורם המת" וקוראות לאמץ הנחה מוסרית אלטרנטיבית, הגורסת כי נטילת איברים חיוניים מתורם חי היא מוסרית בתנאים מסוימים, חרף העובדה שתגרום למותו של התורם. לשיטה זו, לא קיימת תלות הכרחית בין קביעת רגע המוות ונטילת איברים חיוניים לתרומה.

מטרת מאמר זה להציע עיון ביקורתי בהצעות אלו ולבחון האם יש להן מקבילה בשיח ההלכתי, וכן האם הן באות לידי ביטוי בחוק הישראלי

ובאיזה אופן. במילים אחרות, מאמר זה מבקש לבחון את שאלת התלות בין קביעת רגע המוות ותרומות איברים חיוניים מנקודת מבט רב תחומית, תוך עיון משווה בין השיח הביוראתי, השיח הלכתי והשיח המשפטי הישראלי.

הפרק הראשון מוקדש לעיון בשיח הביוראתי, ומתמקד באותן מגמות עכשוויות המערערות על "כלל התורם המת", וקוראות לאפשר נטילת איברים חיוניים להשתלה מתורם חי בנסיבות מסוימות. כרקע לכך מוצג דיון בכלל התורם המת ועיון ביקורתי בהצעות המאפשרות נטילת איברים חיוניים להשתלה בהתאם לכלל.

מנקודת מבט פרטיקולרית, מעניין לבחון האם ההצעה ליטול איברים מאדם חי לצורך השתלה חרף העובדה שהדבר יגרום למותו, ייחודית לשיח הביוראתי המודרני ואפשרית רק במסגרת של שיח חילוני-ליברלי? או שמא ניתן למצוא לה מקבילה גם בשיח ההלכתי, במקורות המסורת היהודית?

הפרק השני, הוא חלק הארי במאמר, מוקדש לעיון בשיח ההלכתי בסוגיה זו. השאלות שעומדות בו לדיון הן: האם קיימת בקרב פוסקי ההלכה המודרניים נכונות להתיר נטילת איברים להשתלה מצילת חיים מתורם חי, אף שהדבר גורם למותו, ואם כן – מהם שיקולי הפסיקה המאפשרים זאת. העיון המוצע מתמקד בבחינת השיקולים הערכיים שבבסיס העמדות ההלכתיות ובכך יוצר תשתית לכינון דיאלוג ערכי אוניברסלי רב תרבותי בנושא.

הפרק השלישי מוקדש לעיון בדין הישראלי. בחלקו הראשון עיון בחוק השתלות איברים וחוק מוות מוחי נשימתי, המבססים תלות הכרחית בין קביעת רגע המוות ונטילת איברים חיוניים לתרומה, ובכך הולמים את "כלל התורם המת". בחלקו האחרון עיון בהוראות חוזר מנכ"ל משרד הבריאות מפברואר 2014, המתירות ביצוע פעולות רפואיות לשימור איברים במטרה להשתילים דקות ספורות לאחר הפסקת פעילות הלב של התורם, בעיתוי בעייתי. בפרק נדונות שאלות אתיות כבדות משקל, המתעוררות מהוראות החוזר, באשר לשאלת התלות שבין קביעת רגע המוות ונטילת איברים חיוניים לתרומה.

1. שיח ביוראתי – מדיניות "כלל התורם המת" והצעות לשינוי

בשיח הביוראתי בנושא השתלות איברים חיוניים רווחת מגמה מוסרית, המוכרת כמדיניות "כלל התורם המת" (the dead donor rule), שלפיה

תנאי ראשון והכרחי לנטילת איברים חיוניים הנו שהתורם מת. בהתאם למגמה זו, נטילת איברים חיוניים להשתלה תתאפשר רק אם מכירים בקריטריון המוות המוחי,¹ שלפיו ניתן לקבוע את המוות בעת שהאיברים חיוניים עדיין.²

פרק זה יוקדש לדיון במדיניות האמורה ובהצעות לשנותה ולהחליפה בעקרונות מוסריים שיאפשרו נטילת איברים חיוניים מחולים חיים, חרף העובדה שהפעולה תגרום למותם. תחילה תוצג מדיניות כלל התורם המת והתפיסה הדאונטולוגית המעניקה לה צידוק מוסרי. לאחר מכן תוצג הצעה להרחבת הגדרת ה"מוות" שבכלל התורם המת, כך שתכלול גם חולים שאינם מתים מבחינה ביולוגית, ותידון התפיסה התועלתנית הניצבת בתשתית הצעה זו ומעניקה לה הצדקה מוסרית. לסיום, יידונו הצעות הנשמעות לאחרונה בשיח הביוראתי, הקוראות לשנות את מדיניות כלל התורם המת. הצעות אלו מערערות על התלות שבין נטילת איברים

1 קריטריון המוות המוחי הוצע בשנת 1968, על ידי ועדה מבית הספר לרפואה בהרווארד, שבחנה את סוגיית קביעת רגע המוות בעידן המודרני. הוועדה הציעה להכיר במות המוח השלם כקריטריון מהימן לקביעת רגע המוות. בהתאם לקריטריון זה, ניתן לקבוע את מות האדם כאשר פעילות המוח כולו חדלה באופן בלתי הפיך, אף על פי שפעילות הדופק והנשימה ממשיכים להתקיים בזמן זה (באמצעות טיפול מלאכותי תומך חיים). ראו:

Harvard Medical School, Ad Hoc Committee of the Harvard Medical School, "A Definition of Irreversible Coma", *Journal of the American Medical Association (JAMA)* 205 (6), 1968, pp. 337-340

קריטריון המוות המוחי היווה חידוש גדול בשיח הרפואי והביוראתי על אודות קביעת רגע המוות. מצד אחד, במישור המדיניות הציבורית, הקריטריון עורר תגובות חיוביות, בעיקר בשל השלכותיו הפרקטיות, המאפשרות תרומות איברים חיוניים ופינוי משאבים רפואיים ביחידות הטיפול הנמרץ. מצד שני, אותן השלכות עוררו גם ביקורת רבה. טענת המבקרים הייתה שאין זה ראוי מבחינה מוסרית-דאונטולוגית שקביעת המוות תושפע ממניעים תועלתניים, חשובים ככל שיהיו. לתיאור תולדות קריטריון המוות המוחי ולניתוח הפולמוסים השונים שעורר בשיח הביוראתי ראו:

Ronald E. Cranford, "Death, Definition and Determination of-(1).Criteria for Death", in Stephen G. Post (Ed.), *Encyclopedia of Bioethics*, 2 (3rd edition), New York: Macmillan Reference USA, 2004, pp. 602-607; Edward T. Bartlett and Stuart J. Youngner, "Human Death and the Destruction of the Human Cortex", in Richard M. Zaner (Ed.), *Death beyond Whole-Brain Criteria – Philosophy and Medicine* (Vol. 31), Dordrecht, The Netherlands: Kluwer Academic Publishers, 1988, pp. 199-216

עירית עופר־שטרק, **הצדקות פילוסופיות להגדרת קריטריון לקביעת רגע המוות על פי ההלכה**, עבודה לשם קבלת תואר דוקטור, רמת גן, תשע"ה, עמ' 32–50.

2 בעידן המודרני ניתן לשמר את פעילות הלב ומחזור הדם גם לאחר מות המוח באמצעות מכשירי החיאה מלאכותיים. לעומת זאת על פי קריטריון המוות הלבבי, המוות נקבע לאחר שהאיברים כבר איבדו את חיוניותם, שהרי לאחר מות הלב מחזור הדם ייפסק.

חיוניים להשתלה לבין קביעת המוות, ומניחות שקיימים מצבים שבהם ראוי מבחינה מוסרית ליטול איברים חיוניים מאדם חי, חרף העובדה שהפעולה תגרום למותו.

1.1. כלל התורם המת

"כלל התורם המת" (the dead donor rule) מבטא מוסכמה מוסרית רווחת בשיח הביו-אתי, לפיה אין זה מוסרי ליטול איברים מחולה, גם לא למען הצלת חיים של חולים אחרים, כאשר ידוע שנטילת האיברים תגרום למותו של התורם. שמו הפורמלי של המונח ניתן לו על ידי ג'ון רוברטסון ב-1988;³ אולם למעשה "כלל התורם המת" מתאר סטנדרט מוסרי מקובל, שהנחה את מדיניות השתלת האיברים בארה"ב מאז שנות השישים של המאה העשרים. הנסיבות המיוחסות במחקר להיווצרות הכלל נוגעות למדיניות רפואית שהייתה נהוגה בתחילת עידן ההשתלות, ליטול כליות להשתלה מחולה לאחר ניתוח מעקפים כושל, בטרם נקבע מותו. פרקטיקה זו הפרה את המוסכמה המקובלת שאין זה מוסרי לגרום נזק לחולה, וההתנגדות אליה יצרה את התשתית המוסרית למדיניות כלל התורם המת.⁴

הנחת היסוד המוסרית הניצבת בתשתית כלל התורם המת הינה שחל איסור לגרום לאדם נזק ובכלל זה לגרום למותו. הנחה זו היא חלק מתפיסת מוסר דאונטולוגית הסבורה כי קיימת חובה מוסרית לשמור על כבוד האדם וערך החיים. על פי תורת המוסר הדאונטולוגית, ערכה המוסרי של פעולה נקבע בהתאם לפעולה עצמה, ולא לאור התוצאה או התכלית שהפעולה נועדה להשיג.⁵ בהתאם לכך הציע עמנואל קאנט, מחשובי הפילוסופים המזוהים עם תורת מוסר זו, שיש לשפוט כל פעולה על פי הרצון שהוביל לעשייתה, ולא על פי תוצאתה. כך, אם אדם עשה פעולה שהובילה לתוצאה טובה, אך

3 John A. Robertson, "Relaxing the Death Standard for Organ Donation in Pediatric Situations", in Deborah Mathieu (Ed.), *Organ Substitution Technology: Ethical, Legal, and Public Policy Issues*, Boulder, CO: Westview Press, 1988, pp. 69-76.

4 Robert M. Arnold and Stuart J. Youngner, "The Dead Donor Rule: Should We Stretch it, Bend it, or Abandon it?", *Kennedy Institute of Ethics Journal* 3, 2 (1993), pp. 263-278. P. 264; Michael A. DeVita, James V. Snyder, and Ake Grenvik, "History of Organ Donation by Patients with Cardiac Death", *Kennedy Institute of Ethics Journal* 3, 2 (1993), pp. 113-129.

5 ההבחנות בין תורת מוסר דאונטולוגית ותורת מוסר תועלתנית מבוססות על דיונו של וינריב. ראו: אלעזר וינריב, **בעיות בפילוסופיה של המוסר**, כרכים א-ב, מהדורה שנייה, האוניברסיטה הפתוחה, רעננה 2008, כרך א', עמ' 261-346, 221-227; כרך ב, עמ' 9-96.

לא היה לו רצון טוב בעת עשייתה, הרי הפעולה לא תיחשב טובה; וההפך: פעולה תיחשב טובה אם היה לפועל רצון טוב בעת עשייתה, גם אם הובילה לתוצאה לא טובה. לאור זאת, קאנט הציע לנסח חוק מוסרי, שיהווה אמת מידה לשיפוט מוסריותן של פעולות, בדרך של צווים מוחלטים שמתייחסים למעשים שצריכים להיעשות, ולא לתוצאות הרצויות של אותם מעשים.⁶ הצו המוסרי של קאנט אינו בעל תוכן ספציפי, אלא מנוסח על דרך הכלל, כך: "עשה מעשיך רק על פי אותו הכלל המעשי אשר בקבלך אותו תוכל לרצות גם כן כי יהיה לחוק כללי".⁷ היינו, בבואנו להחליט האם מעשה ראוי מבחינה מוסרית, עלינו לבחון אם המעשה הוא ברה־הכללה, אם ראוי שיהפוך לחוק כללי שכולם ינהגו על פיו.

בהתאם להגדרות אלו, כלל התורם המת אכן מהווה מוסכמה מוסרית ראויה. הרי ראוי מבחינה מוסרית שיהיה חוק כללי הקובע איסור לגרום למות החולה. אולם, צורניותו של הכלל הקאנטיאני מאפשרת לצקת לתוכו גם תוכן שונה, כל עוד הוא ברה־הכללה. כך במקרה שלנו, ניתן להצדיק באמצעות הכלל הקאנטיאני גם נטילת איברים להשתלה, כאשר אפיון פעולת נטילת האיברים מתמקד בהצלת חיי המושתל (ולא בהריגת התורם). הגדרת הפעולה באופן זה מאפשרת לנסח חוק כללי, שיהיה ראוי בהתאם להשקפה הדאונטולוגית, כך: קיימת חובה מוסרית להציל חיים של חולים הממתינים להשתלה. רצון הפועל במקרה זה הוא חיובי – הצלת חיים! ואילו תוצאת הפעולה – מות החולה התורם – היא נלווית ואינה חשובה לשיפוט המוסרי.⁸

נראה להלן שהגדרת נטילת איברים באופן זה, כפעולה מצילת חיים, מהדהדת בהצעות להתיר נטילת איברים חיוניים מחולים חיים.

1.2. נאמנות לכלל התורם המת והרחבת הגדרת המוות

למוסכמה המוסרית הרווחת בציבור בדבר כלל התורם המת השלכה ישירה על היצע האיברים לתרומה: נטילת איברים חיוניים לתרומה תתאפשר רק

6 קאנט עמנואל, הנחת יסוד למטאפיזיקה של המידות, תרגם מ' שפי, מאגנס, ירושלים תשמ"ד, עמ' 60–79.

7 קאנט עמנואל, הנחת יסוד, לעיל ה"ש 6, עמ' 78.

8 דיון זה מדגים את נקודת החולשה בתיאוריה של קאנט, שמתוקף היותה כללית וצורנית היא לא מספקת כלי מעשי להכרעה בשאלות מוסריות, מכיוון שניתן לאפיין כל פעולה באופנים שונים. עמד על כך הגל בביקורת שמתח על התיאוריה של קאנט, בטענתו כי התיאוריה המוסרית של קאנט מהווה "צורניות עקרה" ולכן אינה יכולה להיות ממשית.

אם המוות ייקבע בעת שהאיברים טרם איבדו מחיוניותם.⁹ תובנה זו, יחד עם הרצון להגדיל את היצע האיברים החיוניים לתרומה, הובילו בשנים האחרונות להצעות חדשות להגדרת מושג ה"מוות", כך שיכלול גם חולים שטרם מתו מבחינה ביולוגית. הגדרות אלו מאפשרות לקבוע את המוות בעת שהאיברים עודם חיוניים וניתנים להשתלה, והן מבקשות להצדיק פרקטיקה זו, מבלי להפר את כלל התורם המת.

ביטוי למגמה זו מצוי במחקריו של רוברט ויטץ', המכיר בחשיבות המוסרית של שמירה על כלל התורם המת, אולם סבור שיש לפעול למען הגדלת היצע האיברים החיוניים לתרומה, ולכן הציע להרחיב את הגדרת המוות שבכלל התורם המת, כך שתכלול גם חולי מוות מוחי, חרף העובדה שחולים אלו לא מתים מבחינה ביולוגית לשיטתו.¹⁰

אמנם מות המוח הוגדר כקריטריון מהימן לקביעת רגע המוות כבר בשנת 1967, עם הצעת בית הספר לרפואה בהרווארד להכיר בו כקריטריון למוות מוחלט ובלתי הפיך של האורגניזם כולו.¹¹ כך למעשה נסללה הדרך להצדיק מבחינה מוסרית נטילת איברים חיוניים מחולים שמוחם מת מבלי להפר את כלל התורם המת. הרי בהתאם לקריטריון המוות המוחי, חולים אלו מוגדרים כמתים ועל כן מותר מבחינה מוסרית ליטול מהם איברים לתרומה, כיוון שהדבר לא גורם למותם. אולם הצדקה זו מתערערת נוכח מחקרים המבקשים להוכיח, בהסתמך על נתונים ביולוגיים, שמות המוח אינו מעיד על מות האורגניזם כולו, ולפיכך גם לא על מות האדם. מחקרים אלו הראו שלאחר מות המוח ממשיכות להתקיים פונקציות ביולוגיות חשובות ומהותיות ביותר באורגניזם – כגון איזון הורמונלי של הגוף, צמיחה ובשלות מינית, ואפילו היריון תקין – המעידות על כך שהאורגניזם ממשיך לחיות מבחינה ביולוגית גם

9 ניתן ליטול איברים לתרומה מתורם חי כאשר מדובר באיברים שניתן לחיות בלעדיהם (איברים כמו כליה – כיוון שיש לאדם שתי כליות ויכול לחיות רק עם אחת, אונות ריאה, אונות כבד ואף תרומת דם – אם ניתן להגדירו כאיבר). כמו כן, ניתן ליטול איברים לתרומה מתורם מת לאחר מוות לבבי (למשל: קרנית, עור, עצם). לעומת זאת, איברים חיוניים ניתנים להשתלה רק כל עוד לא איבדו מחיוניותם, והם מסוגלים לתפקד באופן חיוני בגוף המושל. עובדה זו עוררה ביקורת רבה על השתלות האיברים החיוניים (ובעיקר על השתלות הלב) – הרי ניתן לטעון שכל זמן שהאיברים חיוניים, האדם חי. ראו להלן הפניות לדיון בביקורת מסוג זה בה"ש 122.

10 Robert M. Veatch, "Abandon the Dead Donor Rule or Change the Definition of Death?", *Kennedy Institute of Ethics Journal* 14, 3 (2004), pp. 261-276. P. 268.

11 Harvard Medical School, Ad Hoc Committee of the Harvard Medical School, "A Definition of Irreversible Coma", *Journal of the American Medical Association (JAMA)* 205 (6), 1968, pp. 337-340.

לאחר מות המוח.¹² ממצאים אלו ערערו את ההנחה שמות המוח מהווה קריטריון מהימן למות האדם, ועוררו ספק רב באשר למוסריות הפעולה של נטילת איברים מחולֵי מוות מוחי. הרי אם מוות מוחי אינו מוות מוחלט (מבחינה ביולוגית), אזי נטילת איברים מחולֵי מוות מוחי (שעודם חיים מבחינה ביולוגית) מהווה הפרה מובהקת של כלל התורם המת.¹³

ויטְץ' מסכים עם הביקורת שנמתחה כנגד קריטריון המוות המוחי, וסבור שמות המוח לא מעיד על מוות **ביולוגי** של האורגניזם. עם זאת, הוא מציע להגדיר חולים שעונים על קריטריון מות המוח כמתים, מכיוון שאדם שמוחו מת איבד לדעתו את מעמדו **המוסרי** המלא כאדם ולכן אין ערך לחייו במצב זה, ומן הראוי (מבחינה מוסרית) להחשיבו כמת לצורך כלל התורם המת.¹⁴

12 Robert M. Veatch, "The Impending Collapse of the Whole-Brain Definition of Death", *The Hastings Center Report* 23, 4 (1993), pp. 18-24, Pp. 18-19; Amir Halevy and Baruch Brody, "Brain Death: Reconciling Definitions, Criteria, and Test", *Annals of Internal Medicine* 119, 6 (1993), pp. 519-525; Amir Halevy, "Beyond Brain Death?", *Journal of Medicine and Philosophy* 26, 5 (2001), pp. 493-501; Alan D. Shewmon, "The Brain and Somatic Integration: Insights into the Standard Biological Rationale for Equating 'Brain Death' with Death", *Journal of Medicine and Philosophy* 26, 5 (2001), pp. 457-478, Pp. 467-468; Alan D. Shewmon, "Brain Death: Can it Be Resuscitated?", *Hastings Center Report* 39, 2 (2009), pp. 18-24, Pp. 20-23; Franklin G. Miller and Robert D. Truog, "The Incoherence of Determining Death by Neurological Criteria: A Commentary on 'Controversies in the Determination of Death, A White Paper by the President's Council on Bioethics'", *Kennedy Institute of Ethics Journal* 19, 2 (2009), pp. 185-193.

13 קביעה זו תלויה בהנחה שהגדרת המוות האנושית נקבעת על פי אמת מידה ביולוגית גרידא, עם הפסקה בלתי הפיכה של פעילות האורגניזם כולו. כמובן שהנחה זו ניתנת לערעור. מבקריה טוענים כי הגדרת המוות אינה פונקציה ביולוגית גרידא, אלא היא תלויה בשיפוט מוסריים־ערכיים באשר למצב הביולוגי של האורגניזם. דוגמה קיצונית לכך נראה להלן בדיון בעמדתו של ויטְץ', הסבור שיש להגדיר את המוות רק בהתאם לתפיסות מוסריות. עמדה מתונה יותר מצויה בקרב תומכי קריטריון המוות המוחי, הסבורים שדי בהפסקה בלתי הפיכה של פעילות הנשימה והמוח כדי לקבוע מוות אנושי, ושוללים התייחסות לפונקציות חיות אחרות השורדות לאחר מכן כמעידות על חיות האדם. עמדה זו מצויה גם בקרב פוסקי הלכה הסוברים כי קריטריון המוות המוחי (ובפרט מות גזע המוח) מעיד על קיומו של הקריטריון המסורתי של הפסקת הנשימה, ולכן מהווה תנאי מספיק לקביעת המוות, גם אם באורגניזם ממשיכות להתקיים פונקציות ביולוגיות אחרות. זו כמובן גם הגישה הניצבת בבסיס חוק מוות מוחי־נשימתי, השתס"ח בישראל. לדיון מעמיק בעמדות אלו ראו: עופר־שטרק, לעיל הי"ש 1, עמ' 35, 50-56, 178-210 (עמדת הרב גורן), 344 והלאה (דיון בחוק הישראלי).

14 Robert M. Veatch, "Abandon the Dead Donor Rule or Change the Definition

ויטץ' מבקש להצדיק נטילת איברים חיוניים מחולים שמוחם מת, תוך כיבוד כלל התורם המת, באמצעות הרחבת הגדרת המוות, כך שתכלול גם חולים שמוחם מת. הגדרת חולי המוות המוחי כמתים מאפשרת להתיר נטילת איברים מהם מבלי להפר את הכלל, שהרי הם מוגדרים כמתים, ועל כן נטילת איברים מהם לא תגרום למותם.¹⁵ אולם קשה שלא לתמוה על הצעתו ולתהות האם הרחבת הגדרת המוות כך שתכלול גם חולים שאיבדו את מעמדם המוסרי המלא, אך אינם מתים מבחינה ביולוגית (לשיטתו), היא ראויה מבחינה מוסרית. נדמה שהטעון של ויטץ' משמש כסות דאונטולוגית לטענה שנועדה לקדם מגמה תועלתנית, שמטרתה להגדיל את מאגר האיברים להשתלה. במילים אחרות, ויטץ' מבקש להציג את טיעונו כמגן על התפיסה הדאונטולוגית הניצבת בתשתית כלל התורם המת, שלפיה אין זה מוסרי לגרום למותו של חולה ויש להגן על כבודו וחיי. אולם הצעתו להרחיב את הגדרת המוות נועדה לאפשר תרומות איברים מחולים שמוחם מת, חרף העובדה שאינם מתים מבחינה ביולוגית, ובכך חותרת תחת הרעיון המהותי של כלל התורם המת ומקדמת מגמה תועלתנית של הרחבת היצע האיברים להשתלה.¹⁶

בניגוד לתורת המוסר הדאונטולוגית, הבוחנת את מוסריות הפעולה על פי הפעולה עצמה, הרי על פי תורת המוסר התועלתנית, מוסריות הפעולה נבחנת על פי תוצאתה. אריסטו (384 לפנה"ס), שהשתית את דפוסי התפיסה הטלאולוגית (מלשון "טלוס" – תכלית), סבר שמכיוון שפעולות נועדו להשיג תכליות, הרי יש לבחון את מוסריות הפעולה לאור התכלית שהיא נועדה להשיג. גרמי בנתם (1748–1832) הוסיף נדבך לתפיסה הטלאולוגית בהציעו עיקרון הניצב בבסיס תורת המוסר התועלתנית: ערכה המוסרי של פעולה נבחן על פי התועלת שלה בהפקת הנאה ומניעת כאב לכלל האנשים. הוא סבר שפעולה תיחשב מוסרית ככל שהיא תסב תועלת לכלל האנשים:

of Death?", *Kennedy Institute of Ethics Journal* 14, 3 (2004), pp. 261-276. P. 268; Robert M. Veatch, "The Dead Donor Rule: True by Definition", *The American Journal of Bioethics* 3, 1 (2003), pp. 10-11.

15 Robert M. Veatch, "Abandon the Dead Donor Rule or Change the Definition of Death?", *Kennedy Institute of Ethics Journal* 14, 3 (2004), pp. 261-276. P. 268

16 חיזוק לביקורת זו עולה מהתנגדותו המפורשת לנטישת כלל התורם המת, מהסיבה שלדעתו הציבור יתנגד לזניחת כלל מוסרי שכזה וכך לא תושג מטרת הרחבת מאגר האיברים. הרחבת הגדרת המוות מוצעת בהקשר זה כדרך אלטרנטיבית להשגת אותה תוצאה (הרחבת מאגר האיברים לתרומה. Robert M. Veatch, "Abandon the Dead Donor Rule or Change the Definition of Death?", *Kennedy Institute of Ethics Journal* 14, 3 (2004), pp. 261-276.

”מירב האושר למירב בני האדם”¹⁷

עקרונות תורת המוסר התועלתנית עשויים להצדיק את המהלך שהציע ויטץ'. דרישת התועלתנות מהאדם שיעשה את הפעולה שתיטיב עם מירב בני האדם עולה בקנה אחד עם ההצעה לאפשר השתלות איברים לחולים רבים הממתניים להשתלה (גם במחיר של הריגת חולה אחד). אין ספק שמדובר בתכלית נעלה שמיטיבה עם מירב האנשים: הצלת חיים של כמה חולים. אולם ויטץ' לא מעוניין להצדיק עמדתו באמצעות טיעונים תועלתניים מסוג זה. במקום זאת הוא נאחז בכלל התורם המת, ומבהיר שנטילת איברים מחולים שמוחם מת אינה גורמת להריגה אסורה שלהם, משום שהם נחשבים למתים מבחינה מוסרית. בטענה זו הוא מבקש למעשה להכשיר את עמדתו מבחינה דאונטולוגית.

גם אם מבחינה פורמלית ויטץ' מצליח להציג טיעון המאפשר הרחבת מאגר האיברים לתרומה מבלי להפר את כלל התורם המת, הרי מבחינה מהותית – טיעונו מעורר שאלות ערכיות כבדות משקל. הביקורת המרכזית על טיעונו היא שהרחבת הגדרת המוות (כך שתכלול גם חולים שאינם מתים לשיטתו מבחינה ביולוגית), אינה ראויה מבחינה מוסרית, משום שחוטאת באופן מהותי לכלל התורם המת, המבקש להגן על המוסכמה המוסרית שאין לגרום למותו של חולה שטרם מת.

יש להבהיר כי ויטץ' עצמו סבור שמן הראוי ”לשמור על כללי המשחק”¹⁸ ולכבד את כלל התורם המת. בהתאם לכך, הוא פוסל כל אפשרות של נטילת איברים חיוניים מחולים חיים. דווקא בשל כך קשה שלא לתמוה האם הוא עצמו מצליח לשמור על כללי המשחק, כאשר הוא מרחיב את הגדרת המוות ומגדיר כמתים גם חולים שאינם מתים לשיטתו מבחינה ביולוגית, רק בשל העובדה שמבחינה מוסרית ניטל מהם מעמדם המוסרי המלא? הלא בפועל, מהלך זה מעניק לגיטימציה להריגתם של חולים חיים (מבחינה ביולוגית, לשיטתו של ויטץ') – פעולה שכלל התורם המת נועד להגן מפניה! נדמה שהרחבת הגדרת המוות באופן זה חוטאת באופן מהותי

17 עמדתו באה לידי ביטוי קיצוני בקביעתו שאין להתחשב ברגשות סובייקטיביים בשיפוט המוסרי: ”ייחשב כל אחד לאדם, ואל יחשב שום אחד ליותר מאחד”. עיקרון זה קובע, מעבר לדרישה שלא להפלות בין בני אדם שונים, גם את הדרישה שאדם לא ייחס לעצמו ולאינטרסים שלו חשיבות יתרה על פני אחרים. מיל (1806–1873), בעקבות בנתם, מגן בספרו על תורת המוסר התועלתנית, שעל פיה כל מעשה נבחן על פי תוצאתו (גיון סטיוארט מיל, **התועלתניות**, תרגם יוסף אור, מאגנס, ירושלים 2003).

18 ביטוי הקוח ממאמרו: Robert M. Veatch, “The Dead Donor Rule: True by Definition”, *The American Journal of Bioethics* 3, 1 (2003), pp. 10-11.

לכלל התורם המת, המבקש להגן על המוסכמה שאין לגרום למותו של חולה שטרם מת.¹⁹

נראה להלן הצעות נוספות של ביו-אתיקנים המבקשים להרחיב את מאגר האיברים לתרומה באמצעות היתר מוסרי לנטילת איברים חיוניים מחולי מוות מוחי. אולם, בניגוד למאמציו של ויטץ' להיות נאמן לכלל התורם המת, הם קוראים לנטוש אותו, ומציעים להכיר בכך שישנם מצבים שבהם יהיה זה ראוי מבחינה מוסרית ליטול איברים מחולה חי חרף הידיעה שהפעולה תגרום למותו.

1.3. נטישת כלל התורם המת והצעות לשינוי מדיניות

לאחרונה נשמעו קולות מפורשים המערערים על תוקפה המוסרי של מדיניות כלל התורם המת וקוראים להתיר בתנאים מסוימים נטילת איברים מחולה חי. חוקרים הנמנים עם גישה זו סבורים שהחובה המעוגנת בכלל התורם המת, שלא לגרום למותו של החולה, נסוגה בתנאים מסוימים מפני ערכים אחרים, כמו כיבוד הרצון האוטונומי של החולה והצלת חיים של חולים אחרים. כמו כן, הם מתנגדים להרחבת הגדרת המוות כך שתכלול גם חולים שלא מתים מבחינה ביולוגית (כפי שהציע ויטץ'), וסבורים שמהלך כזה גורם להטעיית הציבור, שיחשוב שאותם חולים מתים מבחינה ביולוגית.²⁰ הגדרת המוות צריכה להיקבע, להשקפתם, בהתאם לנתונים ביולוגיים-עובדתיים בלבד, ואין זה ראוי שתושפע מתפיסות מוסריות על אודות מצבו של החולה. לאור זאת, גם אם מבחינה מוסרית יהיה זה ראוי להתייחס לחולי מוות מוחי כמתים, הרי אין זה ראוי להגדיר אותם כמתים מבחינה ביולוגית. במקום זאת, יש להכיר בכך שמבחינה ביולוגית מדובר בחולים חיים, ולבחון באילו מצבים ותנאים יהיה זה ראוי מבחינה מוסרית

19 ביקורת זו מכוונת אך ורק נגד הצעתו של ויטץ', הסבור שחולי מוות מוחי אינם מתים מבחינה ביולוגית. מובן שהכרה בקריטריון המוות המוחי מתוך הנחה שחולי המוות המוחי אינם מתים מבחינה ביולוגית, מאפשרת נטילת איברים חיוניים מחולי מוות מוחי מבלי להפר את כלל התורם המת.

20 היו שטענו באופן מפורש שכלל התורם המת הוא "מניפולציה קונספטואלית", שנועדה להסתיר מהציבור את הפולמוס המוסרי על הגדרת המוות למען הגדלת מאגר האיברים המוצעים להשתלה (David Rodriguez-Arias, Maxwell J. Smith, Neil M. Lazar, "Donation After Circulatory Death: Burying the Dead Donor Rule", *The American Journal of Bioethics* 11, 8 (2011), pp. 36-43., P. 38). ביקורת זו מצטרפת לביקורת המושגית על קריטריון "המוות המוחי" שגורם להטעיית הציבור, כפי שטענה מועצת הנשיא בשנת 2008 (President's Council on Bioethics, *Controversies in the Determination of Death*, Washington, D.C., 2008).

ליטול מהם איברים להשתלה, חרף העובדה שהפעולה תגרום למותם.²¹ אפשרויות שונות הוצעו במחקר להגדרת המצבים שבהם יהיה זה ראוי מבחינה מוסרית ליטול איברים חיוניים מחולה חי, כמתואר להלן:

1.3.1. מוות בלתי נמנע ואיכות חיים ירודה

רוברט ארנולד וסטיוארט יונגנר הגדירו שלושה תנאים הכרחיים המאפשרים נטילת איברים חיוניים מחולה חי באופן מוסרי: מוות בלתי נמנע ותוחלת חיים קצרה, איכות חיים ירודה והסכמת החולה. באשר לשאלת אופן הערכת איכות החיים של החולה, הם מצביעים על הצורך בפיתוח סטנדרטים חברתיים למדידת איכות החיים ביחס לתוחלת חיים, שיהוו אמת מידה מוסרית מנחה לקבלת החלטות בדילמות של סיום החיים בהתחשב באיכותם.²²

ההנחה המוסרית הניצבת בבסיס הצעתם היא שבמקרים שהחולה מעוניין בכך, הרי תוחלת חיים קצרה ואיכות חיים ירודה למדי מצדיקים הריגתו

21 Robert D. Truog, "Brain Death – Too Flawed to Endure, Too Ingrained to Abandon", *Journal of Law, Medicine and Ethics* 35, 2 (2007), pp. 273-281; Robert D. Truog and Walter M. Robinson, "Role of Brain Death and the Dead-Donor Rule in the Ethics of Organ Transplantation", *Critical Care Medicine* 31, 9 (2003), pp. 2391-2396; Robert M. Arnold and Stuart J. Youngner, "The Dead Donor Rule: Should We Stretch it, Bend it, or Abandon it?", *Kennedy Institute of Ethics Journal* 3, 2 (1993), pp. 263-278; Franklin G. Miller and Robert D. Truog, "Rethinking the Ethics of Vital Organ Donation", *Hastings Center Report* 38, 6 (2008), pp. 38-46; David Rodriguez-Arias, Maxwell J. Smith, Neil M. Lazar, "Donation After Circulatory Death: Burying the Dead Donor Rule", *The American Journal of Bioethics* 11, 8 (2011), pp. 36-43.

הנחת המוצא של התומכים בגישה זו זהה להנחת המוצא של ויטץ' לגבי מות המוח, שאינו מהווה מוות מבחינה ביולוגית. אך בשונה מויטץ' הם מסרבים להרחיב את הגדרת המוות כך שתכלול גם מקרים של מות המוח, וקוראים להיצמד להגדרה הביולוגית של המוות. בדומה לויטץ', גם הם סבורים שאמנם ניתן ליטול איברים מחולי מוות מוחי, אך לא מהסיבה שהחולה מת! אלא הם מציעים לבטל את מדיניות כלל התורם המת, ולהגדיר במקומה מצבים ותנאים שבהם יהיה זה ראוי מבחינה מוסרית ליטול איברים מחולה חי אף שהפעולה תגרום למותו.

22 דוגמה למנגנון שכזה היא שיטת "שנות חיים מותאמות איכות" (Quality Adjusted Life Years). תיאוריה זו התפתחה בשנות השבעים של המאה העשרים בניסיון להציע כלי מדידה המתחשב בערך החיים כשלעצמם ובאיכות החיים של החולה. מדובר במנגנון מתמטי המשמש כלי לביטוי העדפותיו של האדם. וראו ביקורתו של האריס שטען שמוטב לשוב לעיקרון הרפואי המסורתי של הצלת מספר החולים הגדול ביותר, ולא שנות החיים מותאמות האיכות הרבות ביותר: John Harris, "QALYfying the Value of Life", *Journal of Medical Ethics* 13 (1987), pp. 117-123.

למען הצלת חיים של חולים אחרים. מבחינה תועלתנית, הצעתם מוצלחת במובן זה שהיא עשויה להגדיל את מאגר האיברים לתרומה, משום שהיא מעניקה הצדקה מוסרית לנטילת איברים מכלל החולים הסופניים המעוניינים לתרום את איבריהם, ולא מגבילה את נטילת האיברים רק לחולי מוות מוחי, המחוברים למכונות הנשמה.²³

1.3.2. תלות באמצעים מלאכותיים תומכי חיים (מכונת הנשמה)

בשונה מארנולד ויונגנר, רוברט טרוג ופרנקלין מילר טענו שחיבור למכונות הנשמה מהווה תנאי הכרחי למוסריותה של פעולת נטילת האיברים במצב של איבוד הכרה קבוע או גסיסה ומוות בלתי נמנע. תנאי זה מבטיח שלא תהיה אפשרות של הידרדרות מוסרית במדרון החלקלק, שעלול להוביל לנטילת איברים גם מאנשים חיים שהביעו רצונם לכך.²⁴ מעניין לציין שטרוג ומילר סבורים שהסכמה מדעת של החולה לניתוקו ממכשירי הנשמה מהווה לא רק תנאי הכרחי, אלא גם תנאי מספיק, לנטילת איברים.²⁵ כלומר, די לדעתם בהסכמת החולה לניתוקו ממכשירי החיאה, ואין צורך בהסכמה מפורשת לנטילת איבריו, כדי ליטול ממנו איברים לתרומה. זאת מאחר ששתי הפעולות (ניתוק מכשירים ונטילת איברים) גורמות לתוצאה זהה (מות החולה), ויש להניח שמי שהסכים לסיים את חייו בנסיבות אלו באמצעות ניתוק ממכונות החיאה, יסכים שהדבר יקרה גם כתוצאה מנטילת איברים מגופו.²⁶

23 Robert M. Arnold and Stuart J. Youngner, "The Dead Donor Rule: Should We Stretch it, Bend it, or Abandon it?", *Kennedy Institute of Ethics Journal* 3, 2 (1993), pp. 263-278; Stuart J. Youngner, Robert M. Arnold, "Philosophical Debates About the Definition of Death: Who Cares?", *Journal of Medicine and Philosophy* 26, 5 (2001), pp. 527-537. Pp. 529-530.

24 ארנולד ויונגנר הודו שהטיעון שהציעו להצדקת נטילת איברים מחולים חיים מהווה הצדקה גם להמתת חסד אקטיבית. טרוג ומילר לעומת זאת מתנגדים באופן נחרץ להמתת חסד אקטיבית. לדיון מעניין המשווה בין המתת חסד אקטיבית לנטילת איברים חיוניים מחולה חי ראו מאמרם של צ'ן יריואן וקו ור'ג'ה, הסבורים כי קצירת איברים בהליך DCD זהה להמתת חסד אקטיבית, מאחר שבשני ההליכים גורם הרופא למות החולה שהסכים לכך מרצונו (בהמתת חסד – באמצעות הזרקת רעל או נתינת סם ממת ואילו ב-DCD באמצעות קצירת איברים חיוניים בעת שהחולה טרם מת). בהסתמך על השוואה זו, שני הכותבים צופים כי מרבית הציבור יתנגד לשינוי מדיניות כלל התורם המת, כשם שהתנגד להמתת חסד אקטיביות:

Yen-Yuan Chen and Wen-Je Ko, "Further Deliberating Burying the Dead Donor Rule in Donation After Circulatory Death", *The American Journal of Bioethics* 11, 8 (2011), pp. 58-59

25 Miller and Truog, See above footnote 21, pp. 38-46.

26 Robert D. Truog, "Brain Death – Too Flawed to Endure, Too Ingrained to

1.3.3. מניעת נזק וכיבוד רצונו האוטונומי של החולה

הצדקה אחרת המצויה בשיח הביוראתי לנטילת איברים חיוניים מתורם חי, נוגעת לעיקרון המוסרי של "מניעת נזק". השימוש הרווח במושג ה"נזק" מיוחס במרבית המקרים למות התורם או לכאב ולסבל הכרוכים בהליך נטילת האיברים. הטענה הרווחת במקרה של תרומת איברים חיוניים מתורם חי היא שעקרון מניעת הנזק נסוג מפני כיבוד רצונו האוטונומי של החולה לתרום איבריו. כך למשל, טרוג מבהיר כי חרף העובדה שנטילת איברים חיוניים מחולה חי תוביל למותו ובכך תגרום לו נזק, הרי יש לכבד את רצונו לתרום איברים. כיבוד בחירתו ורצונו האוטונומי (להציל חיים של חולים הממתינים להשתלה) גובר במקרה זה על כיבוד עקרון מניעת נזק מהחולה.

אחרים הדגישו את הנזק הנגרם לחולה כתוצאה מהליך נטילת האיברים, הכרוך בכאב וסבל. הם הציעו דרכים להקטנת הנזק באמצעות הרדמת החולה באופן שיבטיח שלא יחוש כאב וסבל במהלך נטילת האיברים מגופו.²⁷

מובן אחר של עקרון "מניעת הנזק" מצוי בהצעתה של קופלמן, המתמקדת בנזק שייגרם לחולה המעוניין לתרום את איבריו, אם בחירתו האוטונומית לא תכובד.²⁸ לטענתה, איסור גורף על נטילת איברים חיוניים מחולים חיים הוא פטרנליסטי, וגורם נזק לחולים המעוניינים לתרום איברים חיוניים

Abandon", *Journal of Law, Medicine and Ethics* 35, 2 (2007), pp. 273-281. מובן, שנטילת איברים תהיה מוצדקת מבחינה מוסרית באותן הנסיבות גם כאשר החולה הביע רצונו באופן מפורש לתרומת איברים (ולא רק בהסתמך על בקשתו להפסיק טיפול רפואי תומך חיים).

David Rodriguez-Arias, Maxwell J. Smith, Neil M. Lazar, "Donation After Circulatory Death: Burying the Dead Donor Rule", *The American Journal of Bioethics* 11, 8 (2011), pp. 36-43; Dick Teresi, *The Undead: Organ Harvesting, the Ice-Water Test, Beating-Heart Cadavers – How Medicine is Blurring the Line Between Life and Death*, New York: Pantheon Books, 2012, pp. 141-164.

בהקשר זה ראו את טענתם של מיכה הסטר וג'יריל גרין, שעמדו על כך שבהליך ה־DCD, האיברים נלקחים מהחולה עוד בטרם מות המוח, ועל כן סביר מאוד להניח שהחולה חש בכאב. עם זאת, הם תומכים בהצעתם של רודריגוס, סמיט ולזר, שהסכמה מדעת של החולה לנטילת איבריו מהווה הצדקה אתית לפעולה זאת Micah D. Hester and Jerril Green, "It's All About the Brain", *The American Journal of Bioethics* 11, 8 (2011), pp. 44-45.

Elysa R. Koppelman, "The Dead Donor Rule and the Concept of Death: Severing the Ties that Bind Them", *The American Journal of Bioethics* 3, 1 (2003), pp. 1-9.

טרם מותם, כיוון שהוא מאיין אפשרות לתרומה כזו חרף רצונם האוטונומי של החולים, ובכך הוא פוגע בכבודם (הרי לאחר המוות האיברים מאבדים מחיוניותם ולא ניתן להשתילם ולהגשים את רצון החולה לתרום איבריו).

קופלמן מבהירה כי היא אינה מתנגדת לכלל התורם המת. ההפך, היא סבורה שההנחה המוסרית שהכלל נועד לקדם, שלפיה יש למנוע נזק מהחולה ולהגן על כבודו, היא ראויה. אולם, היא מתנגדת לפירוש הרווח של הכלל, שהנזק שיש למנוע מהחולה הוא מותו. פירוש זה הוא שמסב לדעתה נזק לחולה, בכך שמונע את האפשרות לכבד את רצונו האוטונומי לתרום איברים חיוניים. במקום זאת, קופלמן מזהירה, יש להימנע מזלזול ברצונו האוטונומי של החולה, שיגרום לו נזק. בהתאם לכך, כלל התורם המת מצמיח חובה מוסרית לכבד את רצון החולה ולפעול בהתאם להנחיות מוקדמות שלו המורות על נטילת איבריו החיוניים בטרם מת.²⁹

1.3.4. מובנים שונים של כבוד

עמדתה של קופלמן, המעניקה את משקל הכובד של עקרון כבוד האדם לכיבוד רצונו האוטונומי, עוררה ביקורת רבה בשיח הביוראתי. תמצית הביקורת היא שכיבוד מוחלט של רצונו האוטונומי של החולה עשוי לפגוע בערכים חשובים אחרים, המתנגשים עמו תדיר, והמרכזי שבהם: ערך החיים. ביטוי לכך מצוי בביקורת שמתח גיימס מק'קרתני על עמדתה של קופלמן, ובה טען שעקרון "כבוד האדם" כולל אמנם את הדרישה לכיבוד בחירותיו האוטונומיות, אולם זו אינה הדרישה הבלעדית.³⁰ לצידה מצויה גם הדרישה להגן על ערך החיים, ולשמור על חייהם של אנשים שהם בעלי

29 שם. טיעונה של קופלמן מבוסס על מושג ה"נזק" של תומס נייגל, שלפיו גרימת נזק ותועלת לאדם אינה תלויה במצב הקטגורי של האדם באותו רגע, אלא בהיסטוריה שלו ובאפשרויות שקיימות לו (כך לדוגמה אדם ששמו נפגע על ידי שקרים לאחר מותו, ניזוק חרף העובדה שכבר מת). חוסר המודעות לאינטרסים ומטרות נוכחיים אינו מעיד על כך שהאדם לא יכול להינזק. נזק או רע יכולים להיגרם לאדם כשיש ניגוד בין המציאות ובין האלטרנטיבות האפשריות (תומס נייגל, **שאלות על מוות**, תרגם רוני צדקה, מאגנס, ירושלים תש"ע, עמ' 7-17). בהסתמך על תפיסה זו, קופלמן טוענת שאף שחולי PVS ומוות מוחיהם נטולי אינטרסים, הרי הם חשופים לפגיעה. כך, למשל, אדם שהעיד בעברו שהוא רוצה לתרום את איבריו והחליט מראש לוותר על טיפול רפואי מלאכותי משמר חיים אם יגיע למצב של PVS או מוות מוחי. מניעת אפשרות לתרום איברים במצב המתואר (כפי שקורה כיום לאור מדיניות כלל התורם המת), תגרום לחולה נזק ותפגע בכבודו. הסיבה לכך היא שהתעלמות מהרצון שהביע החולה מהווה התייחסות לאדם שלא כתכלית.

30 James J. McCartney, "The Theoretical and Practical Importance of the Dead Donor Rule", *The American Journal of Bioethics* 3, 1 (2003), pp. 15-

מידה פחותה של אוטונומיה.³¹ מקיקרתי מגן על הפירוש המסורתי לכלל התורם המת, שלפיו הנזק שיש למנוע הוא מות התורם, והכבוד שעליו יש להגן הוא כבוד חי התורם. פירוש זה ראוי יותר מבחינה מוסרית לדעתו, כיוון שהוא מבטיח כבוד לחיי האדם, שהוא כולל יותר מכבוד רצונו האוטונומי של הפרט, כפי שמציעה קופלמן. מקיקרתי מודע לכך שהגנה על כבוד האדם במובן שהציע (הגנה על חיי האדם), עשויה להגביל לעיתים את כיבוד רצונו האוטונומי של הפרט (במקרים בהם הפרט מעוניין לשים קץ לחייו). אולם הוא סבור שכאשר מדובר בהגבלת אוטונומיה של אדם המעוניין לגרום להפסקת חייו, הרי מדובר בפגיעה סבירה באוטונומיה, המתקבלת על הדעת.³²

שימוש אחר בעקרון ה"כבוד" להצדקת נטילת איברים חיוניים מחולים שטרם מתו, נעשה באמצעות הטענה שישנן נסיבות שבהן לא ניתן לכבד או לפגוע בכבוד של הפרט. כך, יש המבקשים להצדיק נטילת איברים מחולים שאיבדו הכרתם ומודעותם באמצעות מושג הכבוד, בטענה שלא ניתן לפגוע בכבודם של חולים אלו.³³ הסיבה לכך, כפי שטענו נורמן פוסט וג'ון רברטסון, היא שללא מודעות ויכולת קוגניטיבית, אדם הוא חסר אינטרסים, ולכן אינו מסוגל לחוות סבל וכאב, ואם כך, הרי לא ניתן לכבד

31 וראו בהקשר זה גם את טענתו של סטפן נאיפר, שהציע שהריגת חולי מוות מוחי למען נטילת איברים לתרומה היא אסורה מבחינה מוסרית מכיוון שהיא מהווה שימוש אסור בחולים אלו כאמצעים להשגת מטרה ולכן פוגעת בכבודם: Stephen Napier, "Out of the Frying Pan and into the Fire", *The American Journal of Bioethics* 11, 8 (2011), pp. 60-61.

32 קונפליקט מוסרי בין כיבוד ערך החיים לכבוד האדם מאפיין סוגיות ביראתיות נוספות הנוגעות למצבי סיום חיים. הקלאסית שבהן היא סוגיית המתת החסד, והדילמה הכרוכה בה: האם ראוי להתיר המתת חסד בשם כיבוד הרצון האוטונומי בכל מחיר, או שמא יש להגבילה בשם ערך החיים. לדיון מרתק בנושא בהקשר הישראלי, ראו: אהובה טיכו, "חוק החולה הנוטה למוות, התשס"ו: השפעת הדת היהודית על מיתת החסד לפי הדין הישראלי", **משפט רפואי וביוראתיקה**, כרך 1, תשס"ח, עמ' 107-159. דיון מרתק נוסף על האיזון הראוי בין ערך קדושת החיים וכבוד האדם בהקשר הישראלי מצוי במאמר של אסייג: ענת אסייג, "בחירתו של האיסור על הפסקת טיפול רפואי רציף בחוק החולה הנוטה למוות", **משפט רפואי וביוראתיקה**, כרך 1, תשס"ח, עמ' 160-182. המתח שבין עקרון האוטונומיה וכבוד האדם התעורר לאחרונה בישראל גם סביב סוגיית ההזנה בכפייה של אסירים שובתי רעב. ראו: גיל סיגל, שמעון גליק, עירית עופר־שטרק, אברהם שטיינברג, "הזנה בכפייה של אסירים שובתי רעב – פגיעה אסורה באוטונומיה או הצלת חיים הכרחית?", **הרפואה** (טרם פורסם).

33 אפשרות זו שונה באופן מהותי מההצעות הקודמות לה. בעוד שההצעות הקודמות הצדיקו נטילת איברים מחולי מוות מוחי בטענה שנטילת האיברים **מכבדת** את בחירתו האוטונומית של החולה, הרי הטענה הנוכחית מצדיקה נטילת איברים מחולי מוות מוחי מהסיבה **שלא ניתן לכבדם**. כלומר, שאין משמעות לכיבוד אדם שהוא נטול אינטרסים.

אותו או לפגוע בכבודו.³⁴ הנחות אלו הובילו את וולטר גלנון לטעון שנטילת איברים מחולה שאיבד את הכרתו ומודעתו היא מוסרית, מכיוון שחולה כזה אינו מסוגל לחוות כאב וסבל ולכן אין חשש שייפגע כתוצאה מנטילת איבריו.³⁵

1.3.5. רצון החולה

מסקירת עמדות החוקרים עד כה עולה כי בקרב המערערים על כלל התורם המת רווחת ההנחה, שרצון החולה מהווה תנאי הכרחי לנטילת איברים חיוניים מחולה חי. אולם הנחה זו מעוררת כמה קשיים:

ראשית, קיים החשש שהוראות מקדימות שנתן החולה אינן מהוות אינדיקציה אמינה לרצונו של החולה במצבו החדש. טיעון כזה נשמע בעבר על ידי רונלד דבורקין לגבי חולי אלצהיימר, כאשר טען שהוראה מקדימה יכולה לעמוד בסתירה לרצונותיו של ה"אני המאוחר" שנוצר במחלה.³⁶

שנית, גם אם נניח שרצונו של החולה ידוע ומובן, עצם ההסתמכות על רצון החולה כהצדקה לנטילת איברים חיוניים מגופו מעוררת חשש של

Norman Fost, "The Unimportance of Death", in Stuart J. Youngner, Robert M. Arnold and Renie Schapiro (Eds.), *The Definition of Death: Contemporary Controversies*, Baltimore: The Johns Hopkins University Press, 1999, pp. 161-178; John A. Robertson, "The Dead Donor Rule", *Hastings Center Report* 29, 6 (1999), pp. 6-14.

Walter Glannon, "Donation, Death, and Harm", *The American Journal of Bioethics* 11, 8 (2011), pp. 48-49.

מובן שאם אמת המידה למוסריות הפעולה היא שהחולה לא יחווה כאב וסבל, הרי אין הצדקה להגביל את ההיתר ליטול איברים מחולים גוססים שמוותם קרוב (כפי שהוצע לעיל על ידי ארנולד ויונגנר). ואמנם גלנון מתנגד להגבלת ההיתר לנטילת איברים לחולים גוססים בלבד.

Ronald Dworkin, *Life's Dominion: An Argument about Abortion, Euthanasia, and Individual Freedom*, New York: Vintage Books, 1994.

סוגיית התמדת הזהות האישית מעוררת שאלות מוסריות כבדות משקל באשר לסוגיית הרצון האוטונומי של החולה. יש לציין שקופלמן התייחסה לאתגר זה, אך היא סבורה שבניגוד לחולי אלצהיימר, שעוברים במהלך מחלתם שלבים שונים של מודעות שבהם האינטרסים שלהם מתקיימים, הרי המצב של חולי מוות מוחי ו-PVS הוא שונה. אצל חולים אלו אין אינטרסים חדשים או שונים שיכולים לסתור הוראות מקדימות, כיוון שאין מצב קטגורי של הרגע. לטענתה, מצב של מוות מוחי או PVS אינו מצב שונה מזה שהיה בעבר, אלא העדר מצב. לכן, הטענה שקיים קונפליקט בין מה שהחולה ביטא בהוראה מקדימה לבין רצונו במקרה של מוות מוחי או PVS אינה תקפה. ראו:

Elysa R. Koppelman, "The Dead Donor Rule and the Concept of Death: Severing the Ties that Bind them", *The American Journal of Bioethics* 3, 1 (2003), pp. 1-9, P. 8.

הידרדרות מוסרית במדרון החלקלק שיוביל להריגת אנשים בריאים. הרי אם אמת המידה המוסרית לנטילת איברים היא רצונו של החולה, מדוע לא לאפשר נטילת איברים חיוניים מאדם בריא שהביע רצונו לכך?

ואמנם, היגיון זה מהדהד בטיעונו של נעם זהר, שאם הסתמכות על רצון החולה מהווה הצדקה מוסרית לנטילת איברים חיוניים מחולה חי, הרי אין להגביל את ההיתר לנטילת איברים רק לחולי מוות מוחי ו־PVS (Presistent Vegetative State).³⁷

2. שיח הלכתי – נטילת איברים חיוניים מאדם שטרם מת

מהאמור בפרק הקודם עולה כי לצד הקונצנזוס הרווח בשיח הביוראטי על אודות מדיניות כלל התורם המת, קיימת מגמה לא מבוטלת של ביו-אתיקאים הסבורים כי במקרים ובתנאים מסוימים יהיה זה ראוי להתיר נטילת איברים חיוניים מחולה חי, חרף העובדה שהדבר יגרום למותו.

מעניין לבחון האם מגמה זוהי קיימת גם בשיח ההלכתי? כלומר, האם בשיח ההלכתי מצויות טענות דומות, שלפיהן יש להתיר מבחינה הלכתית נטילת איברים חיוניים מתורם חי לצורך הצלת חיים של חולה אחר?

התמודדות עם שאלות מסוג זה מאפיינת את השיח ההלכתי בעידן המודרני בכלל, ובסוגיות ביו-אתיות בפרט. התפתחות הרפואה מחייבת את פוסקי ההלכה להתמודד עם מציאות מודרנית חדשה, ולהתאים את ההלכה אליה, אף על פי שאין לה תקדים רלוונטי מובהק במסורת פסיקת ההלכה. מלאכת פסיקה זו מהווה כר מרתק למחקר על אודות כללי פסיקת ההלכה, תפיסות מטא-הלכתיות של הפוסקים ושיקולי הפסיקה המשמשים את הפוסקים בעולם מודרני משתנה. כלי פסיקה שונים, המאפשרים התאמת ההלכה לעידן המודרני, נזכרים במחקר הפילוסופיה של ההלכה, ואלה המרכזיים בהם: הסתמכות על תקדים הלכתי מוכר, פרשנות מקורות מן המסורת ההלכתית ושימוש בעקרונות מטא-הלכתיים ושיקולים ערכיים של הפוסק.³⁸ להלן ניוכח כיצד עקרונות אלו באים לידי ביטוי בעניינו –

37 Noam J. Zohar, "The End of Humanity: Does Circumventing 'Death' Help the Cause?", *The American Journal of Bioethics* 3, 1 (2003), pp. 12-13.

38 במסגרת ביקורת שמתח על הצעתה של קופלמן, תהה זוהר מדוע היא מניחה שבחירה של חולה בזמן אמת לתרום את איבריו היא פחות משכנעת (ולכן אסורה) מהנחיות מקדימות שניתנו על ידי חולה מוות מוחי או PVS, המצדיקות נטילת איברים מהם. על מקומם של שיקולים ערכיים בשיח ההלכתי ראו: משה הלברטל, **מהפכות פרשניות בהתהוותן – ערכים כשיקולים פרשניים במדרשי הלכה**, מאגנס, ירושלים תשס"ד; וכך: הנ"ל, "דוד הרטמן והפילוסופיה של ההלכה", בתוך: אבי שגיא וצבי זוהר (עורכים), **מחויבות יהודית מתחדשת – על עולמו והגותו של דוד הרטמן**, מכון

סוגיית השתלות איברים חיוניים.

ההנחה המוסרית הניצבת בתשתית "כלל התורם המת" – שמבחינה מוסרית לא ראוי לגרום למות החולה התורם, גם כאשר הדבר נעשה למען הצלת חולים אחרים – עולה בקנה אחד עם הכלל ההלכתי ש"אין דוחים נפש מפני נפשי". על פי כלל זה, אין לפגוע בחייו של אדם א', גם לא למען הצלתו של אדם ב'. בהתאם לכך, ניתן להבין את ההשקפה הרווחת בשיח ההלכתי, לפיה חל איסור על נטילת איבר חיוני מאדם חי, מכיוון שהפעולה גורמת למותו ועל כן מהווה רצח אסור. כיצד אם כן יתיר פוסק הלכה ליטול איברים חיוניים מאדם חי? הרי ברור שנטילתם תגרום למותו ובכך היא מהווה רצח התורם!

תפיסה זו באה לידי ביטוי בכתיבתם של גדולי פוסקי ההלכה במאה העשרים, האוסרים השתלות לב. הנימוק הרווח בפסיקתם הוא שנטילת לב מהחולה התורם תגרום למותו, ועל כן היא מהווה רצח אסור.³⁹ כך למשל קובע הרב אליעזר יהודה ולדנברג: "כי הדבר ברור כשמש, שאי אפשר לבצע השתלת לב או כבד מגוף לגוף אלא אם כן יוציאו אותו מהתורם כל עוד קיים בו חיות עצמי [...] ומכיוון שישנה עוד באותו רגע חיות עצמית בלב התורם, אם כן כריתת הלב או הכבד ממנו גובל ממש עם רציחה".⁴⁰ נימה דומה עולה מתשובתו המוקדמת של הרב משה פיינשטיין, הקובע כי "שתילת הלב שהתחילו הרופאים לעשות בזמן האחרון הוא רציחת שתי נפשות ממש, שהורגין בידיים את מי שלקחו ממנו הלב כי עדיין הוא חי".⁴¹ כך גם טען הרב איסר יהודה אונטרמן שהשתלת הלב אסורה מכיוון שהוצאת הלב מבטלת את חזקת החיות של המושלת ולכן נחשבת לרציחה.⁴²

הנחה נוספת, המקובלת בכתיבה ההלכתית מסוג זה, היא שאיסור רצח לא

שלום הרטמן והקיבוץ המאוחד, ירושלים ותל אביב תשס"ב, עמ' 13–35. על שימוש בעקרונות מטה-הלכתיים בשיח ההלכתי ראו: מנחם אלון, "עקרונות מוסריים כנורמה הלכתית", **דעות** כ (תשכ"ב), עמ' 62–67; אליעזר גולדמן, "יסודות מטה-הלכתיים להכרעה ההלכתית", בתוך: ד' סטטמן וא' שגיא (עורכים), **יהדות ללא אשליה**, מכון שלום הרטמן, ירושלים 2009, עמ' 30. נעם זהר, "פיתוח תאוריה הלכתית כבסיס חיוני לפילוסופיה של ההלכה", בתוך: אביעזר רביצקי ואבינעם רוזנק (עורכים), **עיונים חדשים בפילוסופיה של ההלכה**, מכון ון ליר ומאגנס, ירושלים תשס"ח, עמ' 43–63, עמ' 49.

39 לדיון נרחב בעמדות הפוסקים המתנגדים להשתלות ראו: עופר-שטרק, הצדקות פילוסופיות, לעיל ה"ש 1, עמ' 129–311 (פרקים א, ד, ה, ו).

40 אליעזר יהודה ולדנברג, **ציץ אליעזר**, חלק יז, סי' סו.

41 משה פיינשטיין, **אגרות משה**, יורה דעה, חלק ב, סימן קעד.

42 איסר יהודה אונטרמן, "בעיית השתלת לב הלכה", **נועם** יג (תש"ל), עמ' א–ט.

נדחה מפני הצלת חיים של אדם אחר. עמד על כך הרב דוד בלייך כשטען שעל פי כללי האתיקה היהודית: "לחברה אין זכות מוסרית להקריב חיים של בן אנוש אחד לטובת אחר. לא משנה עד כמה ראויים לשבח המאמצים לצורך הצלת איברים להשתלה מצילת חיים, בכל מקרה היעלמותם של חיי אדם אחד בתהליך של הצלת חיי אחר היא בבחינת רצח".⁴³

עם זאת, על אף המקום המרכזי שעמדות אלו תופסות בשיח ההלכתי, נראה להלן כי ניתן לזהות בשיח זה ביטוי גם לעמדה אלטרנטיבית, המכירה באפשרות של נטילת איברים חיוניים מתורם חי לצורך השתלה, חרף העובדה שהדבר יגרום למותו. ניצנים לעמדה זו מצויים במקרים שבהם התורם מוגדר על פי ההלכה כ"טריפה". בתשתית עמדה זו ניצב השיקול המוסרי שחיי הטריפה מוגדרים כמוגבלים מכיוון שהוא נוטה למות, ולפיכך חיי מוערכים פחות מחיי אדם רגיל, ועל כן ניתן, בתנאים מסוימים, להקריב חיי טריפה למען הצלת חיי אדם בר קיימא.⁴⁴ אם נשתמש במונחים שהוזכרו לעיל, הרי התפיסה המוסרית, הניצבת בתשתית ההיתר להקריב חיי טריפה למען הצלת השלם, היא שישנם מצבים שבהם תוחלת החיים ואיכות החיים של אדם נפגעים באופן כה חמור, עד כדי כך שגם הגדרתו כ"נפש" נפגעת וערכה יורד או אפילו אינו מוגדר כ"נפש" כלל, ולפיכך אינו שקול יותר כנפש רגילה. לאור זאת, ניתן להציע שאמנם אין דוחים נפש מפני נפש, אך כן דוחים "פוסט נפש" מפני נפש ממשיית. אם נקבל תפיסה זו, ייתכן שגם לשיטת מי שלא מגדיר את מות המוח כמות האדם וסבור שחולה מוות מוחי חי הוא, תימצא הדרך ההלכתית להתיר נטילת איברים מחולה המוגדר כטריפה (ובכלל זה חולה מוות מוחי) לצורך הצלת חולה אחר, וזאת מכיוון שאותו חולה כבר אינו מוגדר כ"נפש".

הדיון שלהלן יוקדש לבחינת השאלה: האם קיים יסוד הלכתי להתיר נטילת איברים חיוניים מאדם המוגדר כ"טריפה" לצורך השתלתם והצלת חיים של אדם אחר, חרף העובדה שהדבר גורם למותו? ומהם השיקולים הערכיים המנחים את הפוסקים בסוגיה זו.

David J. Bleich, *Judaism and Healing – Halakhic Perspectives*, New York: Ktav Publishing House, 1981, P. 147. 43

אפשרות זו תידון להלן תוך עיון בדברי פוסקים שהשתמשו בהסבר זה על מנת להתיר הריגת טריפה לצורך הצלת ה"שלם". אך לעומתם, היו שהסתפקו בהסבר "פורמלי" להיתר, וטענו שהעדר סנקציה אנושית בהלכה על הריגת טריפה היא שמאפשרת את ההיתר. עדיין, ניתן להציע שגם אם הפוסקים לא אמרו זאת במפורש, הנימוק לדיון ההלכתי הפוטר את הורג הטריפה מסנקציה אנושית הוא אותו הסבר מוסרי המוצע לעיל – שחיי טריפה מוערכים פחות מחיי אדם רגיל, כפי שיוצע להלן. 44

2.1. פיקוח נפש מול שפיכות דמים – קונפליקט פנימי ביישום ערך קדושת החיים

הכלל ההלכתי המוכר "פיקוח נפש דוחה את כל מצוות שבתורה" נידון בתלמוד ובספרות הפוסקים בעיקר לגבי מקרים של התנגשות בין קיום מצוות ובין חיי אדם. הכלל קובע כי הצלת חיי אדם חשובה יותר מקיום המצוות. מכך ניתן להסיק שיש להציל חיי אדם גם במחיר של עבירה על מצווה ממצוות התורה. כמה נימוקים הוצעו בתלמוד להסבר טעם הכלל. לשיטת רבא, המשכנע מבין כולם הוא נימוקו של שמואל, שטען שמצוות התורה ניתנו לישראל כדי שיחיו בהם כפי שכתוב במקרא: "ושמרתם את חקתי ומשפטי אשר יעשה אותם האדם וחי בהם" (ויקרא יח, ה). ודרשו חז"ל: "וחי בהם ולא שימות בהם". שמואל סבור שהמצוות נועדו לצורך החיים, ולא שהחיים נועדו לצורך קיום המצוות. מכך ניתן להסיק שבמקרים של התנגשות בין קיום מצוות וחיים – יש להעדיף את החיים.

אך למעשה נקבעו בתלמוד גם חריגים לכלל: "כל עבירות שבתורה אם אומרין לאדם עבור ואל תהרג – יעבור ואל יהרג. חוץ מעבודה זרה וגילוי עריות ושפיכות דמים" (סנהדרין עד ע"א). כלומר ישנן שלוש מצוות שחובה לקיימן בכל מחיר, גם כאשר קיומן עלול להוביל למוות. מהדיון התלמודי עולה שהטעם לכך שחובת פיקוח נפש נדחית במקרה של שפיכות דמים מבוסס על טענת 'מאי חזית': "מאי חזית דדמא דידך סומק טפי דלמא דמא דידיה סומק טפיי" [מה ראית (חשבת) שהדם שלך אדום יותר? שמא הדם של חברך אדום יותר?].⁴⁵

התפיסה המוסרית הניצבת בבסיס טענת "מאי חזית" נוגעת לערך השוויון, ולפיו חיי בני האדם שווים בערכם ואין הצדקה מוסרית להעדיף חיים של אחד על פני חיים של אחר. בהתחשב בתפיסה מוסרית זו, עולה השאלה האם מותר לעבור על שפיכות דמים במקרה שטענת 'מאי חזית' בטלה? כלומר, האם במקרה שבו עומדים זה מול זה חיים שאינם שווים בערכם, חובת פיקוח נפש חלה, ומותר אפילו לעבור על איסור שפיכות דמים לשם פיקוח נפש?⁴⁶

45 מסופר על אדם שבא לפני רבה ושאל אותו כיצד עליו לנהוג במקרה שאדון הכפר שלו איים עליו שאם לא יהרוג אדם אחר, יהרוג האדון אותו. השיב לו רבה: מוטב שיהרוג אותך ובלבד שלא תהרוג, כיוון שמי אמר שדמך אדום יותר? שמא דמו של אותו אדם אדום יותר.

46 לדיון במקרים נוספים שבהם ערך החיים נדחה מפני ערכים אחרים ראו: ישראל כץ, "הזנת שובתי רעב על פי המשפט העברי", **משפט רפואי וביואתיקה**, כרך 6, תשע"ו, עמ' 228–248, ובפרט עמ' 236–240.

מקרים של חוסר שוויון בין דם לדם מצויים בהלכה. מרדכי הלפרין מזכיר שלושה מקרים שבהם ניתן להציע שטענת "מאי חזית" בטלה, וסביר להסיק שערך חייו של אדם א' פחות מערך חייו של אדם ב':⁴⁷

א. עובר וילוד – על הריגת ילוד חייבים מיתת בית דין ואילו על הריגת עובר אין חיוב כזה.

ב. טריפה באדם – אין חייבים מיתת בית דין בדיני ישראל על הריגת טריפה באדם.

ג. עכו"ם – ההורג עכו"ם עובר על לא תרצח, וחייב מיתה בידי שמים, אך למרות זאת אין חיוב מיתת בית דין.

שלושת המקרים משקפים נסיבות שונות המצדיקות הקרבת חיים למען הצלת חיים של אדם אחר. הדוגמה הראשונה משווה בין חיי עובר שטרם נוצרו, ולכן גדיעתם מוצדקת לטובת הצלת חיי האם למשל, לבין חיים בר קיימא של ילוד ששווים בערכם לחיים של אדם בוגר ולכן חל איסור להרוג יילוד. כנגדה, הדוגמה השנייה נוגעת למצבים של סוף החיים ומשקפת את התפיסה שערך החיים של אדם שנוטה למות והוא מוגדר כטריפה הוא נמוך מחייו של אדם רגיל. הדוגמה האחרונה משקפת את העמדה שחייו של אדם מישראל בעלי ערך רב יותר מאשר חייו של עכו"ם.

שלוש הדוגמאות מרתקות ומצריכות עיון נוסף להבנת השיקולים הערכיים העולים מהן, אולם לענייננו רלוונטית ביותר הדוגמה השנייה, של טריפה באדם, כיוון שבמקרים רבים החולה המיועד לתרומת איברים מוגדר כ"טריפה" מבחינה הלכתית. אם יוכח שקיימת תפיסה במסורת ההלכתית שדמו של טריפה סמוך פחות מדמו של אדם בר קיימא, הרי טענת "מאי חזית" בטלה. ואם כאשר טענת "מאי חזית" בטלה חלה חובת פיקוח נפש, ניתן לטעון שמותר יהיה ליטול איברים מתורם המוגדר כטריפה אף שהדבר יגרום למותו, על מנת להציל את חייו של האדם השלם (המושתל). להלן אבחן טענה זו. אקדים לכך בירור מושגי של הגדרות הטריפה בהלכה.

2.2. טריפה באדם – הגדרה הלכתית

מושג ה"טריפה" ההלכתי מתאר חיה או אדם שמותם קרוב בשל פגיעה

47 מרדכי הלפרין, "האם מותרת השתלת לב עפ"י ההלכה?", בתוך: מרדכי הלפרין (עורך), **קביעת רגע המוות – אסופת מאמרים**, ירושלים: המכון ע"ש פלק שלזינגר ז"ל לחקר הרפואה עפ"י התורה, 2007 (מהדורה ראשונה ב-2006), עמ' 136–162, עמ' 148–157.

חמורה שאירעה בגופם. במסורת ההלכתית מצויות דעות שונות באשר להבחנות שבין טריפה באדם וטריפה בבהמה.⁴⁸ לגבי טריפה בבעלי חיים, חז"ל קבעו רשימה סגורה של כל הפגמים שגורמים למותם הקרוב של בעלי החיים, שבגינם בעל חיים יוגדר כטריפה.⁴⁹ בנוסף לרשימת הכללים הפרטניים המגדירים בעל חיים כטריפה, נקבע עקרוֹן־על, שלפיו בעל חיים שתוחלת חייו פחותה משנים־עשר חודשים נחשב לטריפה.⁵⁰ ההשלכה העיקרית של הגדרת חיה כטריפה היא לגבי דיני כשרות, שחיה המוגדרת כ'טריפה' אסורה למאכל אדם.

לעומת טריפה בבעלי חיים, מושג הטריפה באדם נזכר במקום אחר בתלמוד, בהקשר של דיני עונשין. התלמוד קובע שההורג את הטריפה פטור מעונש מוות (סנהדרין ע"א). לאור השוני שבין מקורות המושגים, נחלקו הפוסקים באשר לשאלה האם יש להחיל את דיני טריפה שנוכרו בהקשר של בעלי חיים גם על דיני טריפה באדם? כלומר, האם כלל הסימנים שמגדירים טריפה בבעלי חיים חלים גם על אדם?⁵¹ בהתייחסו לדיני טריפה, קובע הרמב"ם כי: "ההורג את הטריפה, אף על פי שאוכל ושותה ומהלך בשוק, הרי זה פטור מדיני אדם. וכל אדם בחזקת שלם הוא וההורגו נהרג עד שיודע בודאי שזה טריפה ויאמרו הרופאים שמכה זו אין לה תעלה באדם ובה ימות אם לא ימיתנו דבר אחר".⁵² הפוסקים נחלקו בהבנת דברי הרמב"ם: יש הסבורים שאדם מוגדר כטריפה רק אם מתקיימים שני התנאים הבאים במצטבר: א. אחד מהמומים המטריפים

48 לדיון מפורט בהבחנות אלו ראו: יעקב רבינזון, "טריפה באדם", אסיא נו (תשנ"ו), עמ' 30–34; יעקב אילני, "הערה בנושא טריפה באדם", אסיא ז (1993), עמ' 207–208.

49 רשימת הטרפות נזכרת במסכת חולין מב ע"א ובסופה נזכר הכלל "כל שאין כמות חיה – טרפה", וראו דיון התלמוד על רשימת הטרפות והכלל הנזכר (חולין נד ע"א).

50 במשנה (חולין ג, א) נקבע ש"טריפה אינה חיה". בתלמוד (חולין נו ע"ב) נידונה השאלה: מהו פרק זמן החיות שיעיד על כך שחיה אינה טריפה. להלכה נפסק שטריפה חיה עד שנים־עשר חודשים. מפסיקת הרמב"ם מובן שהכלל הנזכר מתייחס רק לרשימת הטרפות הנזכרת בחולין. כמו כן, מובהר כי רשימת הפגמים המגדירים חיה כטריפה (הנזכרת בחולין) היא רשימה סגורה, שלא ניתן לשנותה גם לא לאור התפתחות הרפואה והמדע (רמב"ם, הלכות שחיטה י, יב–ג).

51 רבינזון מצוין כי קיימת מחלוקת ראשונים באשר לשאלה זו. יש הסבורים שכל הסימנים שמטריפים בעלי חיים חלים גם על אדם; אחרים סבורים שסימני הטריפה של בעלי חיים חלים על טריפה באדם רק לגבי האיברים של האדם שזהים מבחינה אנטומית לאיברי בעלי החיים. לעומתם, יש ראשונים שטענו שיש הבחנה עקרונית בין אדם לבהמה, כיוון שלאדם יש "מזל" ויש לו יותר כוח חיות. בהתאם לכך, אף שיש איברים שזהים מבחינה אנטומית אצל בעלי חיים ואדם, ייתכן שמום שמופיע בבעלי חיים יטריף את החיה, ואילו אותו מום לא יטריף את האדם (רבינזון, טריפה באדם, לעיל הי"ש 48).

52 רמב"ם, הלכות רוצח ושמירת הנפש ב, ח.

בהמה יימצא גם באדם. ב. הרופאים קבעו שאין תרופה למחלת האדם ואינו יכול להמשיך לחיות. לפי דעה אחרת באחרונים, די בקיומו של התנאי השני על מנת להגדיר טריפה באדם.⁵³ לשיטה זו, הרמב"ם סבור שההגדרה של טריפה באדם רחבה מההגדרה של טריפה בבעלי חיים.⁵⁴

כך או כך, בהתאם להגדרות אלו ניתן להגדיר חולים שמוחם מת כטריפה. הרי במקרה של מות המוח תנאי ב' מתקיים, כיוון שעל פי מדע הרפואה מות המוח הוא מצב בלתי הפיך ולכן לא ניתן לרפאו, והחולה לא יכול להמשיך לחיות במצב זה. בנוסף, תנאי א' מתקיים גם הוא במקרה זה, מכיוון שאחד המומים המטריפים בהמה נוגע לפגם במוח, שיש הטוענים שמתקיים כאשר המוח כולו מת.

2.3. דין ההורג את הטריפה ומשמעותו

דינו של ההורג את הטריפה נקבע כאמור בתלמוד: "הכל מודים בהורג את הטריפה שהוא פטור" (סנהדרין ע"א). כך קבע גם הרמב"ם להלכה שההורג⁵⁵ את הטריפה: "הרי זה פטור מדיני אדם" (הלכות רוצח ב, ח). הפטור המוענק בדין ההלכתי להורג את הטריפה מעונש מוות מעורר תמיהה מוסרית – מדוע הורג אדם פטור מעונש? בניסיון להבין מדוע ההלכה פוטרת את ההורג הטריפה מעונש מוות נתחקה להלן אחר טעם הדין.

2.3.1. טעם הדין

הכרת הקונטקסט הרחב, שבו מצוי דין הפטור מעונש מוות בידי אדם להורג הטריפה, עשויה לתרום להבנת הרציונל הניצב בתשתיתו.⁵⁶ מקור

53 אילני סבור שהרמב"ם דורש קיומם של שני התנאים. רבינוזון חולק עליו וסבור שדי בקיומו של התנאי השני להגדרת טריפה באדם. ראו: רבינוזון, טריפה באדם; אילני, טריפה באדם, לעיל ה"ש 48.

54 ראו דיון במחלוקת זו אצל אילני, טריפה באדם, לעיל ה"ש 48, עמ' 207–208.

55 בהלכה מצויות דעות שונות באשר להגדרת האיסור המדויק של ההורג את הטריפה. יש הסוברים שחל על הריגת הטריפה איסור רציחה אף שיש פטור מעונש של מיתה בדיני ישראל. לעומתם, יש הסבורים כי אין איסור רציחה בהריגת טריפה אלא קיימת מצוות עשה להציל את הטריפה, ולכן הריגתו נחשבת לעבירה על "לא תעמוד על דם רעך", אך אינה רציחה. ראו בהקשר זה דבריו של הלפרין (הלפרין, השתלת לב, לעיל ה"ש 47, עמ' 150, ה"ש 82). לאורך פרק זה התעלמתי מהמחלוקת בנוגע להגדרה המדויקת של האיסור. בשימושי במונח "רצח" [ולעיתים "רציחה"] לגבי ההורג את הטריפה לא ביקשתי לנקוט עמדה באשר לוויכוח, אלא להשתמש במונח שיבטא את חומרת המעשה.

56 הנחת המוצא למהלך שכזה היא ששיקולים ערכיים השפיעו על עריכת התלמוד, ואם כן, להכרת ההקשר הרחב של הסוגיה התלמודית תרומה ניכרת בחשיפת המשמעות של הדינים הנזכרים בה. ראו בהקשר זה את ספרו של זהר, על משמעות מעשה

הדין בסוגיה תלמודית, הדנה במשנה העוסקת בעונשים של חייבי מיתות בית דין. המשנה מפרטת את דינם של מי שנהרגים בעונש מוות על ידי סייף:

ואלו הנהרגין: הרוצח ואנשי העיר הנדחת.
רוצח שהכה את רעהו באבן או בברזל וכבש [לחץ] עליו לתוך המים או לתוך האור [האש] ואינו יכול לעלות משם ומת – חייב.
דחפו לתוך המים או לתוך האור ויכול לעלות משם ומת – פטור.
שיסה בו את הכלב, שיסה בו את הנחש – פטור.
השיך בו את הנחש [נעץ את שיני הנחש בבשרו] רבי יהודה מחייב וחכמים פוטרין.⁵⁷

חז"ל ביקשו לברר מהו הטעם לדינים שהובאו במשנה. למשל, מדוע מי שהכה אדם וגרם למותו חייב בעונש, ואילו מי ששיסה באדם כלב או נחש שגרמו למותו של האדם אינו חייב? ההיגיון המוסרי המתבקש לקביעות אלו הוא שיש להטיל עונש מוות רק על מי שגורם באופן ישיר למותו של אדם. לעומת זאת, מי שלא גרם באופן ישיר למות האדם – פטור מעונש. הדיון התלמודי בוחן כיצד יש להחיל את עיקרון הענישה הזה על מקרי הריגה שונים. תובנה מעניינת נוגעת למקרים שבהם נעשה מעשה שנקטע על ידי גורם זר מתערב: במקרים שבהם אדם 1 עשה מעשה על מנת להרוג את אדם 2, אך גורם זר התערב במהלך העניינים והוא זה שגרם למותו של אדם 2 – הרי אז אדם 1 פטור מעונש, חרף כוונתו להרוג את אדם 2, כיוון שבסופו של דבר הוא לא זה שגרם למותו. מאחורי קביעה זו עומד ההיגיון שגורם זר המתערב במהלך העניינים מנתק את הקשר הסיבתי שבין הפעולה של אדם 1 לבין מותו של אדם 2, ומתחיל למעשה שרשרת סיבתית חדשה.

בהתאם לעקרונות אלו קבעו חכמים, למשל, שאם עשרה אנשים מכים בבת אחת אדם 1 וגורמים בכך למותו – כל העשרה פטורים מעונש, כיוון שאיש מהם לא גרם בעצמו למוות, אלא רק כוחם המאוחד של עשרת האנשים יחד גרם למוות. לעומת זאת, במקרה שעשרה אנשים הכו אדם בזה אחר זה וגרמו למותו, ר' יהודה קובע שרק האחרון חייב בעונש "מפני שקירב את מיתתו". ר' יוחנן מסביר את הטעם לשתי הקביעות הללו:

ושניהם מקרא אחד דרשו: 'ואיש כי יכה כל נפש אדם [מות יומת]'

העריכה בספרות חז"ל: נעם זהר, **בסוד היצירה של ספרות חז"ל: העריכה כמפתח למשמעות**, מאגנס, ירושלים, 2007.

57 סנהדרין עו ע"ב; המשנה כפי שמצוטטת בתלמוד.

רבנן סברי 'כל נפש' – [משמעו:] עד דאיכא כל נפש
 ור' יהודה בן בתירא סבר 'כל נפש' – [משמעו:] כל שהוא נפש (סנהדרין
 עח, ע"א)

בהסברו של ר' יוחנן מוצגת מחלוקת ערכית: עמדת חכמים היא שרק מי שגרם לבדו להריגת אדם ייענש (כיוון שהרג את "כל הנפש" בעצמו), ואילו ר' יהודה גורס שגם מי שרק תרם במעשהו להריגת אדם ייענש (כיוון שאפילו על הריגת "קצת" מהנפש, גם אם אחרים גרמו קודם לכן לכך שמעשהו של האחרון הוביל למוות, יש להיענש).

בהקשר זה מופיע הכלל התלמודי הנוגע להורג את הטריפה: "הכל מודים בהורג את הטריפה שהוא פטור". המקרים השונים המוזכרים בסוגיית התלמוד לפני מקרה הטריפה מדגימים את העיקרון שיש להטיל עונש מוות רק על רוצח שגרם להפסקת חיים בניקיימא. לעומת זאת, לא יוטל עונש מוות על מי שגרם למותו של אדם שהיה עתיד למות בכל מקרה, גם בהעדר הרצח. בהתאם לעיקרון זה, מובן מדוע הכול מודים שההורג את הטריפה פטור – שהרי מותו של טריפה הוא בלתי נמנע (הרי מעצם הגדרתו הוא צריך למות בקרוב בלאו הכי בשל מחלתו או מומו, גם אילו לא אחר היה הורגו). אם כן, אי אפשר לומר שההורג את הטריפה נטל חיים בניקיימא, ועל כן הוא פטור מעונש מוות.

רש"י מבטא רעיון זה בהסבירו כי יש להבין את הטריפה כ"גברא קטילא", ועל כן ההורגו פטור מעונש, כיוון שגברא קטילא קטל [גבר הרוג הרג – כלומר הרוצח הרג אדם מת].⁵⁸ רעיון זה בא לידי ביטוי גם בדינים נוספים הקשורים לטריפה. כך למשל נקבע באותה סוגיה, שעדים שהעידו על אדם טריפה שעבר עבירה שחייב עליה מיתה, והוזמו העדים – אינם נהרגים כדין עדים זוממים, כיוון שזממו להרוג אדם שהיה אמור למות בלאו הכי.⁵⁹

58 רש"י על סנהדרין עח ע"א, ד"ה "שהוא פטור". יש מי שהציעו כיוון אחר: הפטור המוענק בהלכה להורג טריפה מבוסס על תפיסה מטריאליסטית של עבירת הרצח, המתרכזת בפגיעה פיזית בגופו של הקורבן. לפי תפיסה זו, רצח הוא הדרגה הגבוהה ביותר בסולם ה"חבלות" המביאה למותו של אדם אחר. לכן, מי שגרם חבלה חמורה בגופו של טריפה כאשר הביא למותו פטור מעונש בדיני אדם, מאחר שגוף הטריפה כבר היה פגום לפני הרצח. באופן דומה: הפטור המוענק בדיני נזיקין לאדם ששבר כלי שכתב היה שבור (דניאל סינקלר, "המתות חסד, הטיפול בחולה האנושי" (יחידה ט), בתוך אורי שטרזמן, איתמר ורהפטיג, דניאל סינקלר, **סוגיות במשפט העברי**, ב, הוצאת האוניברסיטה הפתוחה, רעננה 2006, עמ' 155).

59 סנהדרין עח ע"א. מרתק לראות שהיגיון זה מוחל אפילו על שורו של אדם טריפה! כך נקבע בסוגיה שם ששור של אדם טריפה שהרג אדם – פטור (בעוד שהדין הרגיל הוא ששור טריפה שהרג אדם – חייב). והתלמוד מציע הסבר לדין: "מאי טעמא? אמר קרא 'השור יסקל וגם בעליו יומת'. כל היכא דקרינא ביה 'וגם בעליו יומת' קרינא

מעניין לציין כי הנימוק התלמודי, הפוטר את רוצח הטריפה מעונש, שימש לימים ככלי הגנה על הדין התלמודי. היה זה ר' שלמה דוראן (ידוע בכינויו הרשב"ש, 1400–1467 לערך), מגדולי הפוסקים בצפון אפריקה (היה רבה הראשי של אלג'יר), שנחלץ להגנת התלמוד מפני התקפותיו של המומר יהושע הלורקי. יהושע הלורקי, שהיה רופא ומשכיל יהודי, התנצר בראשית המאה החמש-עשרה ופרסם קונטרס המשמיץ את התלמוד. אחת ההאשמות המוצגות בחיבורו נוגעת לדין התלמודי הפוטר רוצח טריפה מעונש מוות. דוראן משיב לטענה זו ומסביר מה הרעיון העומד מאחורי הדין התלמודי:

וכיון שכבר היה מוכה ונגוע בצד שלא יוכל לחיות [הטריפה], למה ימות זה השני הבא להכותו? על כן פטרוהו ממות, שהתורה לא אמרה אלא ומכה אדם יומת, וזה אינו בגדר האדם עתה שכבר הוא בגדר המת, כיון שלא יחיה אחרי נפלו. אבל אם יראה לבית דין להענישו – מענישים, וגם אינם מצילים אותו מיד גואל הדם, ואם גואל הדם [של הטריפה] הרגו אינו נהרג [...] ואנחנו [היהודים] לא נמית אלא בראייה ברורה, ונשאר הדבר לתקנת בית דין וגדרם בזה [...] וזה יותר טוב מנימוס הנוצרים שיתחייב האדם מיתה והמלך יפטרנו [...] ואשר יעריך זה עם זה [דין היהודים מול דין הנוצרים] יראה יתרון תורתנו הקדושה על נימוסם כיתרון האור מן החושך, אם יביט אליה בעין משפט ויטעים הדברים וישכלם בשכלו.⁶⁰

הרב דוראן מסביר שהריגת טריפה אינה שקולה להריגת אדם, מכיוון שהנחשב טריפה עתיד למות בקרוב בלאו הכי. כיוון שברור שימות בקרוב, פוטרים מעונש מוות מי שבא להכותו. בנוסף, הוא מסביר שגם החוק הנוצרי מחזיק בתפיסה דומה, כשהוא מאפשר פטור מעונש לרוצח טריפה באמצעות חנינה. לדבריו, על פי החוק הנוצרי, דינו של הורג הטריפה הנו מוות, אך בפועל המלך רשאי להעניק חנינה להורג הטריפה, וכך למעשה גם הנוצרים אינם מחילים גזר דין מוות על ההורג את הטריפה. כלומר, בפועל החוק הנוצרי משיג אותה תוצאה שמשגיגה ההלכה היהודית: הורג הטריפה אינו מקבל עונש מוות. הרב דוראן סבור שהפרקטיקה הנוצרית המאפשרת למלך להעניק חנינה להורג הטריפה מעידה על כך שהחוק הנוצרי אינו

ביה 'השור יסקל', וכל היכא דלא קרינן ביה 'וגם בעליו יומת' לא קרינן ביה 'השור יסקל'. לאור כלל זה: כיוון שבעל השור הינו טריפה ולא ניתן להמיתו, גם שורו פטור ממיתה. רב אשי סבור שגם שור טריפה שהרג – פטור. מכיוון שהכתוב השווה את השור לבעלים – יש להשוות את הבעלים לשור; ואם השור טריפה – יש להחשיב את הבעלים כטריפה ולכן הוא פטור מעונש.

60 שלמה בן שמעון דוראן, **מלחמת מצווה**, לייפציג תרט"ז, עמ' 16.

מוסרי ביסודו, לכן מנגון תיקון החוק הנעשה באמצעות חנינת המלך נצרך. לעומת זאת, נקודת המוצא ההלכתית היא שהורג טריפה פטור מעונש מוות, ולצד זאת קיים בהלכה מנגון מובנה שנועד לאזן את הפטור מעונש: ההלכה מותירה לבית הדין שיקול דעת להחמיר בעונשו של הורג הטריפה במקרים שמצא לנכון לעשות כן.⁶¹

2.3.2. הסדר חלופי בדין: סמכות בית דין ומלך למתן סנקציה עונשית

הפטור המוענק בדין ההלכתי להורג טריפה אינו שלם. אם נדייק בדברי הרמב"ם ניווכח שההורג את הטריפה פטור מדיני אדם בלבד. כלומר, משתמע מדבריו שההורג את הטריפה חייב בעונש מוות בידי שמים.⁶² סינקלר עמד על כך שהרמב"ם מצמצם בדבריו את הפטור המוענק בתלמוד להורג הטריפה, וקובע שהוא רלוונטי רק לדיני אדם ואילו מדיני שמים אינו פטור, משום שלדעתו אין זה ראוי מבחינה מוסרית לפטור את הורג הטריפה מעונש. כך הרמב"ם מיישב בין התמונה האנטי־מוסרית שמתקבלת מהפטור התלמודי המוענק להורג טריפה מעונש, לבין המוסכמה המוסרית שהריגת אדם היא חמורה ויש להיענש עליה. ביטוי לתפיסה מוסרית זו מצוי גם בהלכות מלכים, כאשר הרמב"ם מכליל במסגרת העבירות האסורות לבני נוח את איסור הריגת טריפה: "בן נוח שהרג נפש, אפילו עובר במעי אמו – נהרג עליו. וכן אם הרג טריפה, או שכפתו ונתנו לפני הארי, או שהניחו ברעב עד שמת – הואיל והמית מכל מקום נהרג. וכן אם הרג רודף שיכול להצילו באחד מאבריו – נהרג עליו, מה שאין כן בישראל".⁶³ הקודקס של מצוות בני נח נתפס בהלכה כ"קוד" המוסר האוניברסלי הבסיסי, וככזה מן הראוי שיחול גם על ישראל. בהתאם לכך, מציע סינקלר, מובנת קביעתו

61 ראו דיון וניתוח תשובת הרב דוראן: אורי שטרזמן, איתמר ורהפטיג ודניאל סינקלר, **סוגיות במשפט העברי**, ב, (יחידות ו-ט), האוניברסיטה הפתוחה, רעננה 2006, עמ' 160-161. עוד ראו ניתוחו של סינקלר בספרו. מעניין לציין שהצעתו של סינקלר, שהנוהג הנוצרי המתואר בתשובת הרב דוראן מהמאה החמש־עשרה, קרוב לעמדה מקובלת במשפט האנגלי המודרני, שלפיה חרף הכלל שאין להכיר בהגנת כורח/ צורך כטיעון תקף בהתגוננות מול האשמה ברצח, מותר להשתמש בחנינה כאמצעי לשחרור נאשם מגזר דינו בהתקיים טעמים מוסריים המצדיקים זאת. ראו: Daniel B. Sinclair, "Jewish Biomedical Law- Legal and Extra-legal Dimensions", Oxford: Oxford University Press, 2003, pp. 216-219.

62 כך למשל סבור הרב גרשוני: "מוכח מלשון הרמב"ם דרך מדיני אדם פטורין שניהם, אבל מדיני שמים חייבין מיתה, והטעם מפני שנחשב לרוצח..." (יהודה גרשוני, "השתלת הלב לאור ההלכה", בתוך **קול צופיד**, ירושלים תש"ס, עמ' שעד-שפ, עמ' שעו). רבינון מעיר שבילקוט שינויי נוסחאות שברמב"ם מהדורת פרנקל, מובא שבחלק מכתבי היד כתוב במפורש שההורג את הטריפה חייב בידי שמים (רבינון), **טריפה באדם**, לעיל ה"ש 48, עמ' 30-34, ה"ש 8).

63 רמב"ם, הלכות מלכים ומלחמות ט, ד.

של הרמב"ם שחל איסור על בן נח להרוג טריפה, ככזו שנועדה להתאים בין המוסר האוניברסלי, המיוצג על ידי האיסורים שחלים על בני נח, לבין המוסר הפרטיקולרי של היהודים כפי שבא לידי ביטוי בכללי ההלכה. עונש המוות המוטל על בן נח שהרג טריפה מצביע על כך שמעשה זה נתפס מבחינה הלכתית כעבירה חמורה של שפיכות דמים. מכאן מתבקשת המסקנה שהריגת טריפה אסורה גם לישראל ועל כן גוררת עונש בדיני שמים, והפטור הוא רק מדיני אדם.⁶⁴

בנוסף לצמצום הפטור שמעניק התלמוד להורג הטריפה, הרמב"ם מציע מנגנון ענישה אלטרנטיבי, של נקיטת עונשים חוץ-משפטיים על ידי בית דין במקרים שבהם אין להעניש עבריין על פי הדין ההלכתי הפורמלי. כך הוא קובע שלבית דין יש סמכות להעניש עבריינים אף שהדין הפורמלי פוטר אותם מעונש. בית דין צריך להלקות עבריינים אלו במכות הקרובות למיתה, ולאסור אותם, ולגרום להם צער מרובה, על מנת להרתיע את שאר העבריינים ולהזהיר אותם מלעשות מעשים חמורים. אם ראו שהשעה צריכה לכך, רשאי בית דין או המלך אף להרוג את העבריין.⁶⁵ ניתן לטעון שבהציעו מנגנון ענישה אלטרנטיבי להורג הטריפה, הרמב"ם למעשה מרוקן מתוכן את הפטור מעונש שמעניק לו התלמוד.⁶⁶

2.4. השלכות לימינו: איסור נטילת איברים חיוניים להשתלה מאדם שטרם מת

עמדת הרמב"ם, הרואה בחומרה רבה את הריגת הטריפה, מהדהדת בשו"תים של פוסקים אחרונים, המתנגדים להשתלות איברים חיוניים. דוגמה לכך מצויה, למשל, בפסיקת הרב ולדנברג, המסתמך על דברי הרמב"ם וקובע שאין ליטול לב מאדם שמוגדר כטריפה, גם לא לצורך הצלת חיים של חולה אחר:

ואם כן הרי יש מקום לדון על כגון מנדב כזה שהוא כבר טריפה [...] כתוצאה ממכות, או תאונת דרכים וכדומה, אם מותר להוציא ממנו לבו בכדי לשותלו לבן אדם אחר שיצילהו על ידי כך ממות ויבריא [...] אבל זה אינו, כי אף על פי שאין נהרגין על הריגת טריפה [...] אין זה מוציא את האדם ההורג משום רוצח, ורק דמו לא מסור בידי בית

64 Sinclair, Jewish Biomedical Law, See above footnote 61, p. 206-207.

65 רמב"ם, הלכות רוצח ושמירת הנפש ב, ד-ה.

66 אך ניתן כמובן להסתייג מטענה זו ולטעון שהפטור התלמודי מעונש מוות הוא המשמעותי, ואילו העונשים האלטרנטיביים שבית דין יכול לנקוט בהם אינם משתווים לעונש מוות. אם כך, הרי הפטור עומד בעינו. אתייחס לטענה זו בהמשך.

דין להמיתו וכדפוסק בהדיא הרמב"ם דכל אלו הרצחנים וכיוצא בהן שאינן מחויבין מיתת בית דין, אם רצה מלך ישראל להרגם בדין המלכות ותקנת העולם הרשות בידו, וכן אם ראו בית דין להרגם בהוראת שעה אם היתה השעה צריכה לכך יש להם רשות כפי מה שיראו [...] ומכיון שרואים שאף על פי שפטורים מדיני אדם מכל מקום עוון הריגה בידו וחייב מיתה לשמים, אם כן הדין נותן שאין להציל נפשו של אדם אחר אפילו שאינו טריפה או גוסס בידי אדם בדמו של זה. ואילו היה כח לבית דין בזמנינו על כך היו צריכים לענוש העוברים על זה בעונש גדול ורב.⁶⁷

בדברים אלו הרב ולדנברג מתנגד בתוקף לרעיון שהפטור מסנקציה עונשית ממשית (דיני אדם) להורג הטריפה מעיד על היתר להרוג את הטריפה. לחיזוק עמדתו הוא מסתמך על פסיקת הרמב"ם שהוצגה לעיל. בהתאם לכך, הוא מבהיר שחל איסור ליטול לב מחולה מוות מוחי, גם אם מוגדר כטריפה, מכיוון שהדבר גורם למותו, וגם אם אין עונש בדיני אדם על מעשה זה, הרי יש על כך עונש בדיני שמים, והרמב"ם עמד על כך שמדובר באיסור חמור. התפיסה המוסרית המנחה את קביעתו באה לידי ביטוי בדברים הבאים:

וכמה גדולים דברים הרמב"ם בפ"ה מה' יסודי התורה ה"ז שבחכמת אלקים אשר בקרבו כלל באיסור שפיכות דמים של חברו אפילו כדי להציל עצמו על ידי כן, שהוא ביהרג ואל יעבור, גם דבר זה, שלא להרוג נפש מישראל לרפאות נפש אחרת, ומהו דבר זה להרוג נפש מישראל כדי לרפאות על ידי כן נפש אחרת אם לא כדי ליקח מדמו ואיבריו לרפאות בזה נפש האחרת? ובזמנינו: כדי לשותלם בנפש אחרת, ובאה גם על זה האזהרה החמורה שאין מאבדין נפש מפני נפש.⁶⁸

דברים אלו מבטאים את התפיסה המוסרית שהריגת נפש אינה מוצדקת, גם לא כשמדובר במטרה נעלה כהצלת נפש אחרת.

אולם, בניגוד לעמדה המבקשת להדגיש את חומרת האיסור ההלכתי להרוג טריפה, ניצבת עמדה אחרת, הסבורה שלא ניתן להתעלם מהדין ההלכתי הפוטר את רוצח הטריפה מעונש מוות בידי אדם ומדגישה דווקא אותו. לשיטה זו, חומרת העונש משקפת את חומרת המעשה. כך, ככל שהעונש חמור יותר – המעשה נתפס כחמור יותר, ולהפך. נראה להלן שבמרוצת

67 אליעזר יהודה ולדנברג, **ציץ אליעזר**, חלק י, סימן כה, פרק ה.

68 שם.

הדורות היו פוסקים שהסתמכו על הפטור המוענק להורג הטריפה, כאסמכתא להיתר הריגת טריפה במקרים שבהם היו צריכים לקבוע סדרי עדיפויות בהצלה של מספר אנשים.

2.5. היתר הלכתי להרוג טריפה למען הצלת אדם "שלם"

דיון בהיתר להרוג טריפה למען הצלת חיים של אחר מופיע בשיח ההלכתי סביב סוגיות של הסגרת יחיד למען הצלת רבים. סוגיה קלאסית, המתארת מקרה שכזה, מופיעה בתוספתא: "סיעה של בני אדם שאמרו להם גויים: תנו לנו אחד מכם ונהרגהו, ואם לאו הרי אנו הורגים את כולכם – ייהרגו כולם, ואל ימסרו להם נפש אחת מישראל".⁶⁹ הכרעת הסוגיה, שאין לשתף פעולה עם האולטימטום המוצג בפני חברי הקבוצה, אלא מוטב שייהרגו כולם ואל יסגירו אדם יחיד לשלטונות, מבוססת כנראה על ההנחה שאין קריטריון מוסרי מוצדק שלפיו ניתן להכריע מי מבני הקבוצה ייהרג לצורך הצלת השאר. אך להלכה זו קיים חריג בהמשך הסוגיה: "אבל אם ייחזוהו להם, כגון שייחדו לשבע בן בכרי – יתנו להם, ואל יהרגו כולם". חריג זה מתייחס למקרה של שבע בן בכרי, שמרד בדוד מלך ישראל, והתחבא בעיר אבל בית מעכה מפני צבא דוד. יואב, שר צבא דוד, צר על העיר ואיים להחריבה במטרה לתפוס את המורד. אישה חכמה, שחששה לחיי אנשי העיר, שכנעה אותם להרוג את שבע בן בכרי ולהסגירו למלכות, וכך להציל את אנשי העיר כולם (שמואל ב, פרק כ). מובן כי מקרה שבע בן בכרי מובא בתוספתא כדוגמה לתקדים מקראי המתיר הריגת יחיד למען הצלת הרבים. אולם נחלקו הדעות בין הפרשנים באשר לשאלה מהם התנאים שמצדיקים מסירת אדם יחיד לצורך הצלת קבוצה. האם די בכך שהדרישה להסגיר אדם היא לאדם ספציפי? האם יש צורך להוכיח שאותו אדם עבר על דין תורה והוא חייב להיענש? האם די בכך שאותו אדם מרד במלכות ישראל? האם קיומה של אפשרות הצלה למוסגר לאחר הסגרתו מתירה את ההסגרה?⁷⁰ נראה להלן תשובות שונות שהוצעו לשאלות אלו במרוצות

69 תוספתא תרומות ז, כ. ומופיע במקומות נוספים: ירושלמי תרומות, פ"ח, ה"ד; בראשית רבה צד, ט. סוגיה דומה הנוגעת גם היא להסגרת יחיד למען הצלת רבים (אם כי לא בהקשר של הוצאה להורג) מצויה במשנה, במסכת תרומות ח, ד: "נשים שאמרו להם עובדי כוכבים תנו אחת מכם ונטמא אותה, ואם לאו הרי אנו מטמאים את כולכם, יטמאו את כולם, ואל ימסרו להם נפש אחת מישראל" (משנה תרומות ח, יב). בחרתי לצטט כאן את התוספתא מכיוון שהדיון במסירת אדם להורג רלוונטי עבור דיוני בסוגיית הריגת טריפה, ואילו במשנה מדובר על נשים שהגויים ביקשו לטמאן.

70 מחלוקת זו מצויה כבר בתלמוד הירושלמי, המזכיר את דברי התוספתא. האמוראים נחלקו באשר לעיקרון המצדיק מסירת אדם להורג, כפי שמשמע מספור שבע

הדורות בקרב פוסקי ההלכה.

ר' מנחם בן שלמה המאירי (ידוע בכינויו "המאירי", 1249–1315, פרובנס), מגדולי פרשני התלמוד בימי הביניים, סבור שהתנאי ההכרחי המתיר הסגרת אדם יחיד למען הצלת קבוצה הוא שהאדם המוסגר יוגדר כטריפה: "ואין צריך לומר בסיעה של בני אדם והיה ביניהם טרפה שימסרוהו ואל יהרגו שהרי ההורגו פטור".⁷¹ הנימוק המוצע בדברי המאירי לקביעתו נסמך על ההלכה שההורג את הטריפה פטור מעונש. אולם לא ברור האם התכוון שהסיבה לכך שמותר למסור טריפה להורג היא רק העובדה שאין עונש על מעשה זה; או שמא ניתן לייחס לקביעתו רובד נוסף של משמעות, ולטעון שהיעדר העונש על הריגת טריפה מלמד על קיומה של תפיסה בהלכה שערכם של חיי טריפה פחותים משל אדם שלם, ולכן ניתן להרוג את הטריפה למען הצלת אדם אחר.

הסבר אחר, המרחיק לכת מהסברו של המאירי, מצוי בפסיקת הרב יוסף באב"ד (1801–1874, גליציה), מחבר הספר מנחת חינוך. הרב באב"ד מסביר שאין טריפה נחשב לנפש ולכן טענת "מאי חזית" בטלה ואדם אינו חייב למסור נפשו, אלא רשאי להרוג את הטריפה על מנת להציל את עצמו, כיוון שדמו "אדום יותר" מדמו של הטריפה: "והנה נראה לי דבדין זה, אף אם לא ייחדו, מכל מקום אם היה טריפה ביניהם, כיוון דכבר כתבתי דלא איקרי נפש כלל, אם כן מותר למוסרו ולהציל עצמם, דלא שייך הסברא דמאי חזית וכו' דודאי דמיה סומק טפיי".⁷²

גם הרב באב"ד אינו מגדיר באופן מפורש את המאפיין הייחודי של הטריפה, שהופך את חייו לבעלי ערך פחות מזה של אדם רגיל. ראינו לעיל שאדם מוגדר כטריפה כאשר הרופאים קובעים שאין תרופה למחלתו וימות

בן בכרי: "אמר רבי שמעון בן לקיש: והוא שיהא חייב מיתה כשבע בן בכרי, ורבי יוחנן אמר: אף על פי שאינו חייב מיתה כשבע בן בכרי" (ירושלמי תרומות, פ"ח, ה"ד). לדיון הלכתי רחב יותר בשאלות אלו ראו: המאירי, בית הבחירה, סנהדרין עב, ע"ב. וכן רשימת המקורות בתוך: אברהם שטיינברג, "קדימויות בטיפול רפואי", **אנציקלופדיה הלכתית רפואית**, ו, מכון ע"ש ד"ר פלק שלזינגר ז"ל לחקר הרפואה על פי התורה ליד המרכז רפואי שערי צדק, ירושלים תשס"ו, טורים 596–659.

71 המאירי, בית הבחירה, סנהדרין עב ע"ב, ד"ה "יראה לי שאם". המאירי דן שם גם במקרה המוזכר בירושלמי לגבי הדרישה להסגיר אישה, וקובע: "יראה לי שאם היתה סיעה של נשים והיתה ביניהם זונה ידועה עומדת על מנהגה אפילו לא ייחד אלא שאמרו תנו לנו אחת ונטמאה ימסרו את הזונה ואל יטמאו...". אם כך, ניתן להציע שהמאירי סובר שישנם כמה תנאים המתירים מסירת יחיד למען הצלת אחר: 1. אדם שחטא – כמו אותה אישה זונה; 2. מי שאין עונש על הריגתו. להלן אדון במשמעות של תנאי זה.

72 באב"ד, מנחת חינוך, מצוה רצו, סעיף כח.

תוך זמן קצר. אם כך, ניתן להציע שמכיוון שתוחלת החיים של הטריפה קצרה, חייו מוערכים פחות מחיי אדם אחר. אפשרות אחרת להגדרת אדם כטריפה היא שבנוסף לתנאי האמור, לאדם יש מום מרשימת המומים שמטריפים בעלי חיים. בהתאם לכך, ניתן להציע שהצירוף של תוחלת חיים קצרה ואיכות חיים ירודה, מצדיקים הריגת טריפה למען הצלת אדם בר־קיימא.

דוגמה לכך שקריטריון תוחלת החיים מהווה אמת מידה מנחה בקביעת סדרי עדיפויות בהצלה מצויה בהיתר של הרב ישראל ליפשיץ (בעל ה"תפארת ישראל", 1782–1861, גרמניה) להרוג אדם שנותרו לו חיי שעה (חיים שעל פי הערכת הרופאים עתידים להסתיים תוך זמן קצר) למען הצלת אדם שנועדו לו חיי עולם (תוחלת חיים ארוכה).⁷³ הרב ליפשיץ מבסס היתר זה על סיפור תלמודי ממסכת נדרים שעוסק בהצלת חיים הכרוכה בפגיעה באדם אחר:

עולא במיסקיה לארעא דישראל איתלוו ליה תרין בני חוזאי בהדיה,
[כשהיה עולא בדרכו לארץ ישראל התלוו אליו שני אנשים ממקום
שנקרא בני חוזאי],

קם חד שחטיה לחבריה, [קם אחד שחט את חברו]

אמר ליה לעולא יאות עבדי? [יפה עשיתי?]

אמר ליה אין ופרע ליה בית השחיטה [אמר לו כן ועשה פעולה שתזרז
את מותו],

כי אתא לקמיה דר' יוחנן אמר לו: דלמא חס ושלום אחזיקי ידי עוברי
עבירה? [כשהגיע לפני ר' יוחנן אמר לו: האם חס ושלום חזקתי ידם
של עוברי עבירה?]

אמר לו: נפשך הצלת.⁷⁴

מדברי ר' יוחנן לעולא, "נפשך הצלת", למד הרב ליפשיץ על היתר ליטול חיי שעה של הזולת למען הצלת חיי עולם של האדם הפועל עצמו. יובהר, כי אין היתר זה מלמד על זלזול בחיי שעה כשלעצמם, אלא על ערכם הפחות מחיי עולם, במקרים שיש חובה להכריע בין השניים, כדבריו:

73 כד סבור גם אליהו בן זמרה, ראו: אליהו בן זמרה, "קדושת החיים ומסירת נפש בימי השואה, עפ"י ההלכה" (מבחר שו"ת), סיני פ (תשרי-אדר תשל"ז), עמ' קנא-קפה.

74 נדרים כב ע"א.

ונראה לי דאיכא למימר דאף על גב דקיימא לן דחיישינן לחיי שעה, היינו באין חיי קיום כנגדו, אבל ביש חיי קיום כנגדו, וודאי דדס חיי קיום שלו סומק טפי מדס חיי שעה של חבירו שאינו סומק כל כך, ואפילו ספק חיי קיום עדיף מוודאי חיי שעה, ויכול להציל את עצמו בו. ואפשר דאפילו בהיה צריך עולא לעשות מעשה בעצמו, הוה שרי מהאי טעמא, וכל שכן בדבור, שאינו רק גרמא בעלמא.⁷⁵

בדברים אלו הרב ליפשיץ מבהיר שכאשר שאלת הצלת חיי שעה עומדת כשלעצמה, הרי חלה חובה להציל חיים אפילו כשמדובר בחיי שעה בלבד. אולם כאשר הצלת חיי שעה כרוכה בסכנת קיום לאדם אחר ("חיי עולם"), יש להציל את האדם ה"שלם" גם במחיר של הריגת חיי שעה.⁷⁶ זאת ועוד, הרב ליפשיץ אף אינו פוסל את האפשרות שמותר להרוג חיי שעה על ידי ביצוע מעשה אקטיבי למען הצלת חיי קיום של אדם ה"שלם".⁷⁷

פסיקתו של הרב ליפשיץ בעניין חיי שעה ופסיקתו של הרב באב"ד בעניין טריפה מבוססות על ההנחה שראוי מבחינה מוסרית לקבוע קריטריון לתיעודן בהצלה כאשר כמה אנשים נמצאים במצוקה. שניהם סבורים שבמקרה של כמה אנשים הנמצאים בסכנה, מוטב לקבוע קריטריון שידריך כיצד להציל לפחות חלק מהאנשים, גם במחיר של פגיעה בשוויון והעדפת אינטרסים של חלק מהקבוצה. מדברי שניהם ניתן להבין שתוחלת החיים ואיכות חייו של אדם היא קריטריון לגיטימי לקביעת סדרי קדימויות בהצלה. שניהם אף מבטאים זאת במונחים התלמודיים של טענת 'מאי חזיתי'. הרב ליפשיץ מדגיש שדמו של אדם עם חיי קיום אדום יותר מדמו

75 תפארת ישראל – בועז, מסכת יומא, פרק ח.

76 נפתלי בר אילן מציע שהיתר התפארת ישראל להציל אדם שלם במחיר של הריגת חיי שעה מוגבל רק למקרים שמדובר בחיי שעה קצרים ביותר (של דקות או שעות ספורות). זאת לעומת חיי שעה ארוכים, הנמשכים חודשים מספר. ראו: נפתלי בר אילן, "בעניין מי שתורם לב או כבוד להשתלה", בתוך: מרדכי הלפרין (עורך), **קביעת רגע המוות – אסופת מאמרים**, ירושלים: המכון ע"ש פלק שלזינגר ז"ל לחקר הרפואה עפ"י התורה, 2007 (מהדורה ראשונה ב'2006), עמ' 125–135, עמ' 133.

77 נחלקו הפרשנים בהסבר מעשה עולא. היו שהציעו שמשום שחש איום על חייו שלו, השיב עולא לרוצח שנהג יפה ואף הוכיח לו שהוא מסכים עם מעשה השחיטה כאשר עשה בעצמו מעשה שגורם למותו של הנשחט. אחרים טענו שעולא עצמו לא שחט, אלא רק השיב לרוצח שנהג יפה, אולם הרוצח הוא ששחט ופרע לו את בית השחיטה (ראו למשל: הרב ולדנברג, ציץ אליעזר, חלק יז, סימן עב, וכך סבר גם הרב ליפשיץ עצמו). יש שביקשו להאיר באור חיובי את מעשה ההריגה של עולא, והסבירו ששחט בעצמו על מנת לזרז את מותו של הנשחט, כדי שלא יסבול מייסורי גסיסתו (ראו למשל פירוש הר"ן: "ופרע ליה בית השחיטה – שימות מהר". לעומתו הראש מאמץ את שני ההסברים האפשריים: "ופרע ליה בית השחיטה – מחמת מורא החזיק ידיו וגם כדי שימהר למות").

של אדם שנותרו לו רק חיי שעה. הוא עד כדי כך משוכנע בכך שהוא מרחיק לכת וקובע שאפילו ספק חיי קיום עדיפים על חיי שעה ודאיים, ולכן מותר לאדם שיש לו סיכוי לחיי קיום להרוג אדם שחיי השעה שלו ודאיים. גם הרב באב"ד סבור שמכיוון שדמו של הטריפה אדום פחות מדמו של אדם "שלם", הרי מותר למסור להורג את הטריפה למען הצלת הקבוצה.⁷⁸

לעומתם, ניתן לראות פוסקים המייחסים ערך עליון לקדושת החיים כשלעצמם, גם אם איכותם נפגעת, ועל כן חל איסור מוחלט לשיטתם לגדוע חיים, גם אם איכותם ירודה ותוחלתם קצרה. לשיטתם, לא ייתכן להקריב חיים של אדם, קצרים וקשים ככל שיהיו, לטובת הצלת חיים של אדם אחר. דוגמה לעמדה זו באה לידי ביטוי בפסיקתו של הרב יחזקאל לנדא.

הרב יחזקאל לנדא (ידוע בכינויו "הנודע ביהודה" על שם ספרו, 1793–1713, פראג) התנגד נחרצות לרעיון שמותר להרוג טריפה על מנת להציל חיי אדם שלם. הוא הביע התנגדות זו בתשובה שכתב בדבר הריגת עובר למען הצלת אמו. השואל, הרב ישעיהו פיקברלין (1725–1799),⁷⁹ הציע שכיוון שאין חיוב בהלכה על הריגת עובר, ניתן ללמוד מכך שמותר להרוג עובר ברחם אמו למען הצלת האם. הרב פיקברלין תמה על הרמב"ם שמבסס את נימוקו להתיר להרוג את העובר במעי אמו על הסברה שניתן לייחס לעובר דין רודף. לשיטתו אין צורך בדין רודף על מנת להסביר את ההיתר להריגת העובר לצורך הצלת האם, אלא די בכך שלא חייבים על הריגתו, לעומת אמו – שחייבים על הריגתה.⁸⁰ בהקשר זה קובע הנודע ביהודה:

אני תמה על תמיהתו ואטו מי הותר להרוג את הטריפה להציל את השלם זה לא שמענו מעולם, ומה בכך שעל הטריפה אינו חייב מכל מקום איסור בידיים עושה להרוג הטריפה ואפילו שבת החמורה מחללין על חיי שעה ולהציל את השלם אם אינו מציל הרי הוא שב ואל תעשה.⁸¹

78 דברי הרב באב"ד עניינם הצלת חיי קבוצה במחיר של הסגרת טריפה יחיד, ואין הוכחה שהיה מתיר למסור טריפה למען הצלת חיי אדם יחיד. לעומת זאת, דברי הרב ליפשיץ עניינם הריגת יחיד (חיי שעה) למען הצלת יחיד (חיי קיום).

79 הרב יהודה גרשוני מזהה את השואל ישעיה עם הרב ישעיהו ברלין (גרשוני, השתלת הלב לאור ההלכה, לעיל ה"ש 62, עמ' שעה) וכך גם הלפרין (הלפרין, השתלת לב, לעיל ה"ש 47, עמ' 151, ה"ש 94).

80 ייתכן שהרב ישעיהו פיק אף סבור שאין חיוב על הריגת העובר כיוון שדמו "אדום" פחות מדם אמו. כך עולה למשל מדברי החזון איש לגבי הריגת עובר: "יש לומר כיון דהא דשפיכות דמים ייהרג ואל יעבור הוא מסברא מאי חזית דדמא דידך סומק טפי, לא שייך זה בעובר והלכך אינו בדין שיהרג אדם בשביל חיים של עובר, אלא מותר ליה להרוג העובר בשביל חיייו" (חזון איש על הרמב"ם, הלכות רוצח פ"א, ה"ט; הלפרין, השתלת לב, לעיל ה"ש 47, עמ' 151).

81 נודע ביהודה, מהדורה תנינא, חו"מ, סימן נט, ד"ה: "ומה שתמה".

בדברים אלו מסביר הנודע ביהודה שכשם שהעדר סנקציה מעשית בהלכה לגבי מי שהורג את הטריפה לא מלמדת שמותר להורגו, כך גם העדר סנקציה מעשית על ההורג את העובר לא מלמדת שמותר להרגו. בהסבירו את דין הטריפה הוא מבהיר שנפש הטריפה היא בעלת ערך, וכראיה לכך מדגיש שקיימת חובה בהלכה לחלל שבת על מנת להציל את חיי השעה של הטריפה. לעומת חובת הצלת הטריפה והעבירה החמורה בהריגת טריפה, העבירה של מי שנמנע מלהציל אדם שלם היא חמורה פחות כיוון שהיא עברה על דרך המחדל.

מה ניתן ללמוד מעמדות הפוסקים הנזכרים לעיל באשר לשאלת השתלות איברים, הרלוונטית בעידן המודרני? האם מותר מבחינה הלכתית ליטול איברים חיוניים מחולה שמוגדר כ"טריפה" למען הצלת חולה אחר שיכול לחיות חיים בני־קיימא, חרף העובדה שהדבר גורם למותו של הטריפה? במילים אחרות, האם מותר להרוג טריפה על ידי נטילת איברים ממנו, על מנת להציל את ה"שלם"?

אם נאמץ את שיטת הנודע ביהודה, הרי חל איסור מוחלט ליטול איברים חיוניים מטריפה, כיוון שאסור לעשות מעשה אקטיבי שיגרום להריגת הטריפה.⁸² לעומת זאת, אם נאמץ את שיטתו של המאירי, הרי מותר להרוג את הטריפה משום שאין סנקציה מעשית על הריגתו. אם נאמץ את הסברו של הרב באב"ד, הרי מותר להרוג את הטריפה, משום שחיי בעלי ערך פחות (דמו של המושגל אדום יותר) ולכן טענת "מאי חזית" בטלה, ואם כן חובת פיקוח נפש אינה נדחית במקרה זה מפני שפיכות דמים. ואם קיימת חובת פיקוח נפש – אולי יש לשקול אפילו טענה רדיקלית יותר, שלפיה חלה חובה (ולא רק היתר) להרוג את הטריפה למען פיקוח נפש של חולה אחר שמסוגל לחיות חיים בני־קיימא? בכל מקרה, גם אם הרב באב"ד

82 ועדיין, גם אם מאמצים את שיטת הנודע ביהודה, ניתן לראות שהפטור המוענק בדין להורג את הטריפה שימש כבסיס לפוסקים לנקוט בהעדפת הצלת חיי אדם שלם גם במחיר של מניעת טיפול רפואי מהטריפה (והריגתו באופן פסיבי). כך למשל, הרב ולדנברג קובע שיפה תקנה שתיקן בית חולים ביוהנסבורג, שלא לחבר את מכונת ההחייאה היחידה שברשותם לחולים שחיהם חיי שעה, אלא רק לחולים שחיהם חיי עולם. הוא מנמק קביעתו כך: "היות ואם יתנו הטיפול במכונת ההחייאה לזה שלחיי שעה, תדחה על ידי כן 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 ולכן יש להשאיר מלכתחילה את מכונת ההחייאה פנויה כדי להציל על ידה יהודים לחיי עולם" (ציץ אליעזר, חלק יז, סימן עב). פסיקה זו סותרת לכאורה את התנגדותו להריגת טריפה למען הצלת השלם (כפי שתוארה לעיל). לדיון בשיקולי הפסיקה במקרה זה ראו מאמרי: עירית עופר־שטרק, "שיקולים מוסריים בשיח ההלכתי בסוגיות של ריפוי והצלה: עיון בפסיקת הרב אליעזר יהודה ולדנברג במקרים של מות המוח", דעות 83, עמ' 361-389.

הרחיק לכת בעמדתו של המאירי, כשטען שחיוו של טריפה הם בעלי ערך פחות משל אדם שלם, עדיין די בנימוק הפורמלי שהציע המאירי על מנת להתיר הריגת טריפה לצורך הצלת חיי אדם בר־קיימא, משום שההורגו פטור. נראה להלן ניצנים של פסיקת הלכה מודרנית הצועדת בכיוון זה לגבי השתלות איברים חיוניים.⁸³

2.6. השלכות לימינו: היתר נטילת איברים חיוניים להשתלה מאדם שטרם מת

להלן יידונו פסקי הלכה מודרניים, שמשמעת מהם אפשרות להתיר נטילת לב מאדם טריפה לצורך השתלה להצלת אדם אחר, חרף הריגתו הבלתי נמנעת של התורם כתוצאה מנטילת איבריו. אבקש לברר מהם השיקולים הערכיים המשולבים בפסיקת ההלכה, המאפשרים היתר מעין זה.

פסיקת הלכה ראשונה, המכירה באפשרות של נטילת איברים חיוניים מטריפה לצורך הצלת חיי המושלת, פורסמה בשנת תש"מ (1979) על ידי הרב יהודה גרשוני (1912–2000). בפתיחת פסיקתו הרב גרשוני סוקר את המחלוקת המצויה במסורת ההלכתית לגבי שאלת הריגת טריפה למען הצלת השלם, ולאחר מכן הוא מבקש להשליך ממחלוקת זו לגבי דין השתלת לב, כך:

בטריפה אף דלא שייך מאי חזית, אבל לאו דרוצח יש כאן ואפילו במקום דלא שייך מאי חזית יהרג ואל יעבור, ולפיכך פוסק הנודע ביהודה שאין היתר להרוג את הטריפה כדי להציל את השלם. ולפי זה יהיה אסור להוציא לב מבן אדם טריפה שעומד למות להציל בן אדם בר קיימא ממיתה, ואם הוא עדיין נושם בזמן שהרופאים מוציאים את הלב מבן אדם הטריפה נחשב הרופא לרוצח. **אבל האחרונים החולקים על הנודע ביהודה סוברים שאין על הטריפה לאו דלא תרצח ולפיכך סוברים דמותר להציל שלם על ידי הריגת הטריפה, שאינו נחשב לבר קיימא כלל וגברא קטילא קטל.**⁸⁴

ההיתר שמציע הרב גרשוני להריגת טריפה מבוסס על הנימוק ההלכתי

83 בהקשר זה מעניין לציין שבמסגרת התנגדותו להקרבת חיי טריפה למען הצלת השלם, התנגד הרב ולדנברג גם לאפשרות המוצעת להסתמך על עמדת המאירי והמנחת חינוך כתקדים הלכתי להיתר. הוא מבהיר כי היתרם להרוג טריפה רלוונטי רק ביחס למקרה הנדון בתלמוד, של סיעת אנשים שהגויים דרשו אחד מהם להריגה, אך לא ניתן להשליך מקביעתם לסיטואציה של השתלת איברים בימינו (נציץ אליעזר, חלק י, סימן כה, פרק ה).

84 גרשוני, השתלת לב לאור ההלכה, לעיל ה"ש 62, עמ' שעו–שעז.

שההורג את הטריפה הרג אדם הרוג. על מנת להבין מה השיקול הערכי שמאפשר את הריגת הטריפה, יש להבין את כוונת הביטוי "גברא קטילא קטל". ניתן להציע שהטריפה נחשב לאדם הרוג, מכיוון שחיי אדם ראויים עד כדי כך שהוא נחשב למת. לכן ההורג את הטריפה אינו עובר על איסור רצח, כיוון שלא ניתן להרוג אדם שכבר מת. הסבר זה מזכיר במידה רבה את הטיעון של ויטץ', שהציע להגדיר את חולי המוות המוחי כמתים, ובהסתמך על כך הציע שמותר ליטול מהם איברים חיוניים מבלי להפר את כלל התורם המת. באופן דומה, הרב גרשוני מציע שטריפה הוא אדם שנחשב כמת (כהרוג) ולכן ניתן ליטול ממנו איברים חיוניים. אולם הסבר זה נתקל בקושי מכיוון שההגדרה ההלכתית של טריפה היא של אדם חי ולא מת. אם כך, ניתן להציע שהסיבה לכך שהרב גרשוני מחשיבו כ"גברא קטילא" היא משום שאיכות חייו ירודה וגם תוחלת חייו קצרה, כפי שמוגדרת טריפה באדם בהלכה.

חיזוק לכך עולה מהמשך הפסיקה, כאשר הרב גרשוני מסתמך על הכרעת הרב ליפשיץ, המתיר להרוג טריפה על מנת להציל אדם בר־קיימא גם כאשר מדובר רק בספק חיי קיום של הניצול. היתר זה משמש את הרב גרשוני בהציעו להתיר נטילת לב מטריפה למען הצלת אדם בר־קיימא אפילו במקרה שאין ערובה להצלחת ההשתלה. כדבריו:

ולפי זה בהשתלות הלב **אפילו שלא ברור לנו שהניתוח יצליח יש לאפשר השתלת הלב** לחולה המסוכן מטעם ספק חיי קיום ונדחה חיי שעה של אדם טריפה [...] **אם הרופאים קובעים באדם שלא יחיה מהמכה, והוא בבחינת טריפה, מותר להוציא הלב ממנו להציל בן אדם שלם אפילו מספק**, וזה לפי שיטת האחרונים דמצילים חיי שלם בחיי טריפה, **דלא שייך מאי חזית בטריפה, ואפילו בספק** כמו שהוכחתי מבעל תפארת ישראל. ועל פי רוב מוציאין את הלב מבן אדם שנפגע מתאונה, או שהרופאים קובעים שאין לו סיכויים לחיות בודאי, ויהיה תלוי זה הפסק במחלוקת האחרונים.⁸⁵

בדברים אלו הרב גרשוני מבהיר שבמקרה של טריפה "לא שייך מאי חזית". משתמע מכך שהרב גרשוני סבור שחיי הטריפה מוערכים פחות מחייו של אדם שלם, ועל כן מותר לפגוע בחיי האדם הסובל למען הצלת האדם הבריא. הרב גרשוני מחזיק בעמדה זו עד כדי כך שהוא מאמץ את קביעתו של הרב ליפשיץ לגבי הקרבת "חיי שעה" למען "חיי קיום" – וקובע כי מותר להקריב חיי טריפה אפילו במקרה של ספק הצלת חיי אדם שלם.

85 שם, עמ' שעז–שעח.

עם זאת, הרב גרשוני מציין שיש מי שפסק שההיתר להרוג את הטריפה למען הצלת חיי קיום הוא רק לאדם שנמצא בסכנה (ואילו לצד שלישי אסור להצילו). לשיטה זו, מותר רק לחולה עצמו להוציא לב מטריפה למען הצלת חייו, ולא לרופא. אם כן, הרב גרשוני אמנם מציע להתיר נטילת איברים מטריפה לצורך הצלת אדם בריקימא, אך ניכר שהוא עושה זאת בזהירות רבה, מבלי שהוא קובע עמדה נחרצת בעניין זה או פסיקת הלכה בהירה המתירה נטילת איברים חיוניים מטריפה. עם זאת, נדמה שנכונותו להכיר בחולה "טריפה" כמקור לנטילת איברים חיוניים היוותה חידוש בשיח ההלכתי. זאת ועוד, הנימוקים המשולבים בפסיקה של הרב גרשוני פתחו פתח לפוסקים הבאים אחריו להישען על אותו היגיון בבואם להתיר הקרבת חיי טריפה למען הצלת שלם.

דוגמה נוספת לפסיקה, שמשתמע ממנה היתר נטילת איברים מטריפה לצורך הצלת אדם בריקימא, מצויה בפסיקת הרבנות הראשית בעניין השתלת לב, משנת תשמ"ז. היתר הרבנות הראשית להשתלות לב אמנם מבוסס על ההנחה שמות גזע המוח הינו מות האדם. הנחה זו מאפשרת ליטול לב פועם מאדם שמוחו מת משום שמוסכם שנטילת הלב נעשית לאחר מות האדם ולכן אינה גורמת למותו.⁸⁶ עם זאת, מעניין שהרבנות הגבילה את היתרה לנפגעי תאונה בלבד, ואף הגדירה באופן מפורש כי "המועמד להוצאת הלב הוא לכתחילה אדם בגדר טריפה, גם בטרם נפטר לבית עולמו".⁸⁷ סביר להניח שהרבנות דרשה שתורם הלב יהיה אדם שמוגדר כטריפה, כיוון שהגדרה זו מאפשרת נטילת איברים גם אם טרם התרחש המוות, על פי העמדות ההלכתיות המתירות להרוג את הטריפה לצורך הצלת השלם.⁸⁸

הצעה הלכתית נוספת להתיר נטילת איברים חיוניים מאדם חי, התפרסמה כשבע-עשרה שנה לאחר פסיקת הרבנות על ידי הרב יהודה דיק. הרב דיק

86 לניתוח פסיקת הרבנות ראו: עופר-שטרק, הצדקות פילוסופיות, לעיל ה"ש 1, עמ' 268–311.

87 מכתב הרבנות הראשית לישראל מיום כ"ג אדר תשמ"ז, בתוך: מרדכי הלפרין (עורך), קביעת רגע המוות – אסופת מאמרים, המכון ע"ש פלק שלזינגר ז"ל לחקר הרפואה עפ"י התורה, ירושלים 2007 (מהדורה ראשונה: 2006), עמ' 332–337, עמ' 336–337.

88 כך מציע למשל סינקלר בספרו, שההיתר של הרב יהודה גרשוני מהדהד באופן ברור בהחלטת הרבנות (Sinclair, *Jewish Biomedical Law*, See above footnote 61, p. 215). בהקשר זה ראו גם את דבריו של הלפרין, שתוהה האם ההסתמכות של הרבנות על ההיתר להרוג טריפה מעידה על כך שהרבנות אינה מכירה בהפסקת הנשימה כקריטריון מוחלט למוות (מרדכי הלפרין, "המשמעות המשפטית של החלטת מועצת הרבנות הראשית בנושא השתלות לב בישראל", בתוך הלפרין 2007 (לעיל ה"ש 87), עמ' 328–331, עמ' 329–330).

סבור שמותר ליטול איברים חיוניים מחולה שמוגדר כגוסס בידי אדם כדי להציל נפש מישראל.⁸⁹ היתר זה מותנה בהסכמת התורם לתרומת איבריו. הסכמת התורם שוללת את האפשרות שנטילת האיברים מהחולה תיחשב כגזל ורציחת התורם, ועל כן היא מהווה תנאי הכרחי להיתר נטילת האיברים.⁹⁰ החידוש בהצעתו של הרב דיק הוא בכך שבעוד ההיתרים שהוזכרו לעיל מתמקדים בקטגוריית הטריפה כמאפשרת את נטילת האיברים, הרי הוא מציע ליטול איברים מגוסס בידי אדם. הוא מסביר שבשונה מטריפה, שיש לו חזקת חיים ויכול לחיות עוד שנים־עשר חודשים ולפעמים אפילו יותר מזה, הרי תוחלת החיים הצפויה של גוסס בידי אדם פחותה באופן משמעותי. כדבריו: "מה שאין כן בגוסס – שודאי ימות בזמן קצר מאד, ומעידים עליו שמת, חזקת החיים שלו איתרע, ולכן אולי יודו שבהסכמתו יוכלו להציל אחר על ידי לקיחת אבר חיוני ממנו."⁹¹

התמקדותו של הרב דיק בקטגוריית הגוסס (בשונה מטריפה) מעידה שתוחלת החיים הקצרה של הגוסס מהווה שיקול מכריע בהכרעה ההלכתית להתיר נטילת איברים חיוניים ממנו. כלומר, ניתן להבין מכך שתוחלת החיים הקצרה היא שמאפשרת לקבוע שערך חייו פחות מערך חייו של האדם הבריא. נימוק זה עולה גם מטענה נוספת של הרב דיק: "למרות שאדם איננו בעלים על גופו, דעתנו נוטה שלגבי חיי שעה יש לאדם רשות לנתר במקום פיקוח נפש."⁹² הרב דיק מניח שהמוסכמה ההלכתית הרווחת בהלכה היא שאדם אינו בעלים על גופו, אף על פי כן הוא קובע שכאשר מדובר באדם חולה שנותרו לו רק חיי שעה, מותר לאדם להחליט שהוא מקריב את חיי השעה שלו למען הצלת אדם אחר (ואילו לאדם בריא אסור לוותר על חייו גם לא למען הצלת אחר). גם קביעה זו מעידה על השקפתו הערכית של הרב דיק, הרואה בתוחלת חיים אמת מידה מוסרית מנחה להכרעות בדילמה מוסרית של הצלת חיים של כמה אנשים.

אולם לא רק תוחלת החיים מהווה קריטריון מוסרי מכריע בדילמת ההצלה, אלא מצטרף אליה גם קריטריון איכות החיים. כך, בהסתמך על טענת ספר חסידים, שמצווה על אדם להציל בנפשו תלמיד חכם שרבים צריכים לו, הרב דיק מציע להתיר נטילת איברים מטריפה למען הצלת

89 בשונה מגוסס בידי שמים. התלמוד מחלק בין גוסס בידי אדם, שההורגו פטור, לבין גוסס בידי שמים שנחשב כחי, והמקרב מיתתו חייב מיתה בידי אדם (בבא קמא ו ע"ב; סנהדרין עח ע"א).

90 יהודה דיק, "תרומת איברים מגוסס להצלת חיי אדם", בתוך הלפרין 2007 (לעיל ה"ש 87), עמ' 116–124.

91 שם, עמ' 123.

92 שם, עמ' 117.

אדם שיוכל לחיות חיים משמעותיים ולקיים מצוות:

יתכן דמותר למי שאין לו אלא רק כמה שעות לחיות, להיות תורם ולותר על שעות אלו בשביל אחר שיוכל לחיות חיי קיום ולקיים עוד הרבה מצוות. ובפרט שהתורם בדרך כלל מחוסר הכרה, מרותק למכונת הנשמה ולמערכת טיפול נמרץ (ואינו יכול לקיים שום מצוה).⁹³

נימוק זה עולה גם מדבריו של הרב נפתלי בר אילן:

אמור מעתה שאם מדובר במי שאין לו עוד **שום תועלת** בחיי השעה שלו, שאינו יכול יותר לקיים מצוות או אפילו לחזור בתשובה מסתבר שעדיף לקבל את הסכמתו ולהציל נפש אחת מישראל תמורת חייו, ולקיים בכך עולם מלא. קל וחומר במקרה שהחולה שנתרו לו חיי שעה הוא גם טריפה.⁹⁴

הרב בר אילן סבור שאם החולה הביע רצונו לתרום איברים והוא נמצא במצב בלתי הפיך של טריפה ומחוסר הכרה, הרי מותר ליטול ממנו איברים לתרומה אף שהחולה טרם מת. בשונה מהרב דיק, הרב בר אילן אינו מגביל את ההיתר לגוסס.

לצד פוסקי ההלכה, ניתן לראות כי גם בקרב חוקרי ההלכה יש הסבורים כי קיים היתר הלכתי לנטילת איברים מטריפה למען השתלתם באדם בר־קיימא. סינקלר הציע שניתן להסתמך על הפטור המוענק להורג את הטריפה מעונש מוות ארצי, כהצדקה להריגת טריפה לצורך הצלת אדם "שלם". הוא מדגים בספרו כיצד ההנחה הזו שימשה כאסמכתא לפוסקים במרוצת הדורות להתיר הריגת טריפה למען הצלת שלם.⁹⁵ כך למשל, בתקופת השואה ניתן היתר ליהודים שעבדו כיונדנראט להשליך יהודים שהיו במצב של "טריפה" למשרפות, בהתחשב באיום שהוצב לחייהם אם יסרבו לבצע עבודתם בהתבסס על ההנחה שמותר להקריב חיי טריפה לצורך הצלת שלם. דוגמה נוספת, הנזכרת בדברי סינקלר, היא היתרו של הרב פיינשטיין לבצע ניתוח להפרדת תאומות סיאמיות חרף הידיעה שהניתוח יגרום למותה של אחת האחיות. אחת הטענות של הרב פיינשטיין מתבססת על ההנחה שהאחות שעתידה למות מוגדרת כ"טריפה" מבחינה הלכתית, ועל כן מותר להקריב את חייה למען הצלת האחיות שתשרוד. בהקשר זה, סינקלר מציע גם את האפשרות להתיר נטילת איברים מטריפה, בהסתמך

93 שם, עמ' 120.

94 בר אילן, בעניין מי שתורם לב או כבד להשתלה, לעיל ה"ש 76, עמ' 134.

95 Sinclair, *Jewish Biomedical Law*, See above footnote 61, p. 212-216.

על ההנחה שמותר להקריב חיי טריפה למען הצלת אדם ברי־קיימא. במקום אחר סינקלר מבהיר כי ההיגיון העומד מאחורי הצעה זו הוא החשיבות המיוחדת בהלכה להצלת חיים בני־קיימא:

במישור העקרוני תומך המשפט העברי בהפסקה עקיפה של חיי חולה אנוש כאשר זו עשויה להביא להצלת חיים בני־קיימא, כמו במקרה של השתלת איברים או הקצאת משאבים רפואיים מוגבלים [...] בכל המקרים של הריגת "טריפה", באופן ישיר או עקיף, ההורג פטור מעונש מוות וגורלו יוכרע על ידי גורמים חוץ־משפטיים [...] יש להניח כי במקרים שבהם יוכח כי מות ה"טריפה" התרחש בדרך עקיפה ונועד להציל חיים בני קיימא, לא יוטל כל עונש על האנשים המעורבים בפעולות הנוגעות לדבר.⁹⁶

נימה דומה עולה גם מדבריו של הלפרין, הסבור שקיימת אפשרות להתיר נטילת לב מחולה שמוגדר כטריפה בתנאים מסוימים. לדעתו, כאשר התורם מוגדר כטריפה לא קיימת טענת "מאי חזית", ובמקרה שלא קיימת טענת "מאי חזית" ניתן לטעון שבטל החיוב של יהרג ואל יעבור בשפיכות דמים. לענייננו, חשוב ההסבר שהלפרין מציע לכך שלא קיימת טענת 'מאי חזית', מכיוון "שיש עדיפות לחייו של החולה (דמו 'סומק טפוי) על פני חייו של התורם". כלומר, ההנחה שעומדת ביסוד ההיתר ליטול איברים חיוניים מחולה חי היא שערך החיים ניתן למדידה והשוואה, ולכן ניתן לקבוע סדרי עדיפויות בין "חיים" של אנשים שונים.

הלפרין מאפיין את סוגיית ניתוחי השתלות הלב כמצב שבו קיים קונפליקט ערכי בין ערך פיקוח נפש של המושתל ובין איסור רציחה של התורם (המבטא כביכול את ערך החיים של התורם). הספק ההלכתי במקרה הזה, לשיטתו, הוא האם פיקוח הנפש של המושתל דוחה את איסור רציחת התורם. הלפרין מודה כי "כללי פסיקה בספק כזה טרם מצאתי", אך הוא מציע להקיש מדברי המכילתא בעניין גנב הבא במחתרת, וללמוד כיצד יש לנהוג במקרה המודרני של השתלת לב:

וכבר היה ר' ישמעאל ורבי עקיבא ור' אלעזר בן עזריה מהלכין בדרך ולוי הסדר ור' ישמעאל בנו של ר' אלעזר בן עזריה מהלכין אחריהם. נשאלה שאלה זו בפניהם: מנין לפיקוח נפש שדוחה את השבת? נענה ר' ישמעאל ואמר: 'אם במחתרת ימצא הגנב' – ומה זה שספק על ממון בא ספק על נפשות בא, ושפיכות דמים מטמא את הארץ וגורם לשכינה שתסתלק מישראל – ניתן להצילו בנפשו, קל וחומר לפיקוח

96 סינקלר, המתות חסד והטיפול בחולה האנוש, לעיל ה"ש 58, עמ' 195.

נפש שדוחה את השבת (יומא פד ע"א).

ניתן להבין מדברי ר' ישמעאל שההורג גנב הבא במחלת עובר על איסור רציחה. עם זאת, כיוון שיש חשש שהגנב, שכה דבק במטרתו, מסוגל אף להרוג את בעל הבית שיעמוד מולו – הותר לבעל הבית להרוג את הגנב ובכך להציל את נפשו. הלפרין מציע ללמוד ממכילתא זו על קיומו של כלל הלכתי המתיר דחיית איסור רציחה מפני פיקוח נפש. אולם הוא מבהיר כי תנאי הכרחי להיתר ליטול לב מטריפה למען פיקוח נפש של המושג הוא הסכמת מדעת של התורם להוצאת לבו לצורך ההשתלה.⁹⁷

הערה לסיכום העיון בשיח ההלכתי: חרף קיומם של הצעות לאפשר, בתנאים מסוימים, נטילת איברים מטריפה למען הצלת אדם ברקיימא, כלל הפוסקים עושים זאת בזהירות רבה. היה ניתן לצפות שפוסק, שסבור שערכם של חיי טריפה פחותים מערכם של חיי אדם ברקיימא, ולכן פיקוח נפש דוחה שפיכות דמים במקרה כזה, יפסוק שנטילת איברים מטריפה לצורך הצלת אדם שלם הינה חובה משום מצוות פיקוח נפש. אך לא נמצא פוסק שמגדיר נטילת איברים מאדם שמוגדר טריפה כמצווה. לעומת זאת מצויים פוסקים המגדירים נטילת איברים מחולה שנמצא במוות מוחי כמצווה, כיוון שלדעתם הוא מוגדר כמת.⁹⁸

3. שיח משפטי – כלל התורם המת בדין הישראלי

מהאמור בפרקים הקודמים עולה כי הן בשיח הביוראטי והן בשיח ההלכתי קיימת, לצד המוסכמה המוסרית הרווחת בדבר כלל התורם המת, מגמה לא מבוטלת של נכונות להורות על נטילת איברים חיוניים מחולה שטרם מת למען הצלת חיים של אחר. הפרק הנוכחי יוקדש לבחינת העמדה הערכית הבאה לידי ביטוי בדין בישראל בנושא. לשם כך תוצג בראשית הפרק סקירת ההיסטוריה החקיקתית שקדמה לעידן ההכרה החוקית

97 הלפרין, השתלת לב, לעיל ה"ש 47, עמ' 158. כך למעשה מתבטל צד איסור רציחה הנובע מדיני בין אדם לחברו, ונותר רק צד איסור רציחה הנובע מדיני בין אדם למקום, שאותו מותר לדחות מפני פיקוח נפש כאשר לא קיים חיוב של ייהרג ואל יעבור. יש לציין שהלפרין סבור שכאשר התורם והרופא הם גויים, ההיתר ההלכתי לביצוע ההשתלה מובהק עוד יותר (הלפרין, השתלת לב, לעיל ה"ש 47, עמ' 136–162).

98 ראו למשל דיון בעמדת הרב גורן, המגדיר את השתלת האיברים כמצווה: עופר-שטרק, הצדקות פילוסופיות, לעיל ה"ש 1, עמ' 178–210 (דיון בעמדת הרב גורן), וכך גם עולה מפתח דבריו של שילת במאמרו: "במאמר שלפנינו יש, קודם כל, משום סיכום קצר וחזרה על היסודות האיתנים, לענ"ד, שעליהם מבוסס ההיתר – **וממילא המצוה** – להשתלת איברים" (יצחק שילת, "קביעת רגע המוות לצורך השתלת איברים", בתוך הלפרין 2007, (לעיל ה"ש 87), עמ' 277–295).

במוות מוחי והשתלות איברים חיוניים. לאחר מכן תבחן העמדה המוסרית באשר לשאלת התלות בין תרומות איברים חיוניים וקביעת רגע המוות כפי שבאה לידי ביטוי בחוקים הישראלים בעניין תרומות איברים ומוות מוחי נשימתי, ולסיום יוצע עיון בחוזר מנכ"ל משרד הבריאות משנת 2014 המבטא חריגה מהמגמה המוסרית הרווחת.

3.1. היסטוריה חקיקתית

הסדרת השתלות איברים חיוניים והכרה בקריטריון מות המוח עוגנו בדין הישראלי במסגרת חקיקה ראשית רק בשנת 2008, עם כניסתם לתוקף של חוק השתלות איברים, התשס"ח–2008; וחוק מוות־מוחי נשימתי, התשס"ח–2008.⁹⁹ עד אז, בעידן שקדם להכרה החוקית בקריטריון המוות המוחי, סוגיית השתלות איברים חיוניים הוסדרה בישראל במסגרת חוזרי מנכ"ל משרד הבריאות¹⁰⁰, ובמקרה יחיד בפסיקת בית המשפט העליון, כפי שיתואר להלן.¹⁰¹

הממסד הרפואי הכיר בקריטריון המוות המוחי כבר בשנת 1969, כחלון שנה בלבד מפרסום דו"ח ועדת הרווארד,¹⁰² כפי שמשמע מההנחיות

99 זאת אף שהממסד הרפואי מכיר בקריטריון מות המוח כבר כשלושים שנה קודם לכן. פער הזמנים הוא תוצאה של מחלוקת רבת שנים בין הממסד הרפואי והרבנות הראשית באשר להגדרת המוות והסכמה על ההליכים הדרושים לקביעתו. לתיאור המחלוקת בין הממסד הרפואי והרבנות הראשית ראו: עופר־שטרק, לעיל ה"ש 1, עמ' 268–309, 349–379. כמו כן, מחלוקת זו נדונה בפירוט רב במחקרו של מוזס: Naftali Moses, *Brain Death in Israel: A History and Analysis of the Chief Rabbinate's 1986 Decision on Heart Transplants*, Ph.D. dissertation, Bar-Ilan University, Ramat Gan, 2008.

100 חוזרי מנכ"ל משרד הבריאות הנוגעים לקביעת המוות מצויים ברובם באתר משרד הבריאות: חוזר מספר 11/86 (11.12.1986), חוזר מספר 15/87 (29.11.1987), חוזר מספר 11/91 (21.8.1991), חוזר מספר 10/96 (30.4.1996), חוזר מספר 16/96 (26.6.1996), חוזר מספר 27/09 (25.5.2009), חוזר מספר 26/11 (7.11.2011). שני החוזרים האחרונים פורסמו לאחר חקיקת החוק. החוזר הראשון משנת 1969 אינו מצוי באתר האינטרנט.

101 השתלות איברים מן המת הוסדרו בחוק האנטומיה והפתולוגיה, תשי"ג–1953, בכל הנוגע לעניין התנאים הנדרשים לקצירת איברים מן המת לצורך תרומה מצילת חיים. מן החוק, העוסק בפתולוגיית המת, מובן כי קצירת איברים תתאפשר רק לאחר המוות (5 שעות לפחות (סעיף 6(ב)). בכך הולם החוק את כלל התורם המת. באשר לתרומת איברים מן החי – הנושא הוסדר במסגרת חוזר מנכ"ל 2/97 (ועודכן בשנת 1998 בחוזר מס' 10/98). הדיון שלהלן יתמקד בסקירת ההיסטוריה החקיקתית של סוגיית השתלות איברים חיוניים מאדם המצוי במצב של מות המוח (שאינו מוות לבבי, ולכן אינו עונה להגדרות חוק האנטומיה והפתולוגיה; ואינו חי, ולכן אינו עונה להגדרות "תרומה מן החי").

102 ראו לעיל ה"ש 11.

שפרסם פרופ' גז'בין בחוזר מנכ"ל משרד הבריאות מס' 25/15/1, מיום 7.2.1969:

בתוקף סמכותי כמנהל הכללי של משרד הבריאות הנני להפנות את שימת לבם של כל מנהלי בתי-החולים, מנהלי מחלקות כירורגיות, המנתחים הראשיים וחברי הצוותים בכל בתי-החולים בארץ כי בכל מקרה של השתלה יש לנהוג לפי הכללים, העקרונות והקריטריונים שנידונו ונקבעו בזירה הבינלאומית.¹⁰³

לחוזר זה צורפו המסקנות והקריטריונים לקביעת מוות מוחי של מועצת הארגון הבינלאומי של מדע הרפואה – היא הצהרת ז'נבה מ'1986 – וכן הצהרת סידני מאותה שנה.¹⁰⁴

כמעט עשור לאחר מכן, בעקבות השתלת הלב הראשונה בישראל, בשנת 1978 דנה ועדת חוקה, חוק ומשפט של הכנסת התשיעית בנושא השתלות הלב בישראל. לאחר שהוועדה שמעה מפי מומחים על מצב ההשתלות בארץ, היא קבעה שנחה דעתה ביחס לאמצעים שנקטו אז על ידי הממסד הרפואי בביצוע השתלות לב, והמליצה כי שיטה חיונית זו להצלת חיי אדם תימשך בהתאם לקריטריונים וההנחיות של משרד הבריאות. בנוסף, הוועדה המליצה כי יש מקום לחוקק חוק שיסדיר את מכלול הבעיות של השתלת איברים, ורשמה לפנייה את הודעת נציג משרד הבריאות על כוונת המשרד להגיש הצעת חוק בתחום זה. הוועדה הביעה תקווה כי הצעת החוק תוגש לכנסת בהקדם.¹⁰⁵

בית המשפט העליון נדרש לדון בנושא המוות המוחי באופן ישיר ומעמיק במקרה יחיד, בעקבות ערעור פלילי של **נתן בן יחזקאל בלקר נגד מדינת ישראל** משנת 1986 (ע"פ 341/82).¹⁰⁶ במקרה הנדון, הנאשם הורשע בבית המשפט המחוזי ברצח בכוונה תחילה של אשתו, שניסה להציתה ומשלא

103 הציטוט מתוך פסק דינו של השופט בייסקי בפ"ד בלקר (ע"פ 341/82). חרף ניסיונות ליצור קשר עם ארכיב משרד הבריאות לא עלה בידי לאתר את המסמך המקורי.

104 השופט בייסקי מציין כי "בזאת יש לראות קבלת העיקרון של מוות מוחי במישור הרפואי בישראל עוד בשנת 1969, אגב הפניה אל המבחנים שנקבעו אותה עת על ידי גופים רפואיים בינלאומיים" (ע"פ 341/82, פסקה יג, עמ' 19).

105 מדובר בישיבת ועדת חוקה, חוק ומשפט מיום 12.7.1978 (ע"פ 341/82, פסקה יג, עמ' 20).

106 אמנם ידוע על מקרה נוסף, בתחילת שנות השמונים, שבו דן בית המשפט בתל אביב במוות מוחי. גם במקרה זה הנאשם הורשע ברצח כיוון שגרם למותו המוחי של הקורבן. אך מדובר בפסיקת בית משפט מחוזי שלא פורסמה מעולם, אלא רק הוזכרה במאמר "שתילת לב – עבר ועתיד", **הרפואה** 5: 98 (מרץ 1980), עמ' 225–227. ראו הערתו של מוזס בנושא: מוזס, לעיל הי"ש 99, עמ' 195, ובפרט הי"ש 1, 12.

הצליח, השליך אותה מחלון דירתם מהקומה הרביעית. האישה סבלה מתבלה חמורה בראשה, והרופאים קבעו שהיא במצב של "מוות מוחי" וכי אין תועלת בהמשך מתן טיפול רפואי. האישה חוברה למכשירי החיאה תומכי חיים על מנת לשמר את חיוניות כליותיה. כעבור חמישה ימים הוצאו כליותיה למטרת השתלה ולאחר מכן ניתקו אותה ממכשירי ההנשמה. סנגוריו של הנאשם לא כפרו בטענה שהנפילה גרמה למוות מוחי, אך טענו שמות המוח לא מהווה מוות, ושמותה של האישה נגרם בשל הניתוק ממכשירי החיאה שגרמו להפסקת פעילות לבה ונשימתה ולכן יש לזכות את הנאשם מאשמת רצח בכוונה תחילה.

בהקשר זה נזקק בית המשפט העליון לדון בשאלת הכרה חוקית בקריטריון המוות המוחי בישראל. בפסק דינו, השופט בייסקי סוקר את הנעשה ברחבי העולם ביחס לקבלת קריטריון המוות המוחי ומצביע על כך שמות המוח התקבל במדינות רבות בעולם כקריטריון לקביעת המוות, והללו חלוקות ביניהן רק באשר למבחנים הרפואיים הנדרשים על מנת לוודא את התקיימותו של הקריטריון (היינו שהמוח אכן מת).¹⁰⁷ בהתאם לכך, הוא סבור שמן הראוי שמדינת ישראל תאמץ את ההכרה המשפטית הרווחת בעולם בקריטריון המוות המוחי. לשיטתו, כאשר מוכח במבחנים רפואיים שפעילות המוח חדלה באופן בלתי הפיך, הרי יש לקבוע שמוות התרחש במובן המשפטי.¹⁰⁸ הוא קורא למחוקק להסדיר את נושא קביעת המוות במסגרת חקיקה ראשית: "עם הדרישה, כי יעוגן הנושא על ידי המחוקק בחקיקה, ודאי יש להסכים בכל הלב, ולמשאלה זו יש להצטרף" (עמ' 36).

עד שהמחוקק יעגן את הנושא בחקיקה הראשית, בייסקי סבר שבת

107 ראו את דבריו בהקשר זה: "קיימת הסכמה רפואית כללית ברחבי העולם, כי מות המוח מהווה קריטריון נוסף לקביעת מותו של אדם, ללא התחשבות בעובדה, כי איברים אחרים כמו הלב והריאה עדיין מופעלים באמצעים מלאכותיים" (עמ' 12 בפסק הדין), וכן: "אנו סבורים, כי בנסיבות הקיימות בל לנו להיות צמודים לעקרונות מלפני דורות רבים, ועלינו לאמץ את העיקרון של מוות מוחי, כפי שהוא הוכר בעולם הרפואה ובזירה הבינלאומית" (עמ' 40 בפסק הדין).

108 בייסקי מקדיש תשומת לב רבה לבירור עמדת ההלכה בפסק דינו. הוא מבהיר כי עמדת ההלכה עולה בקנה אחד עם קביעתו, שיש להכיר במוח כקריטריון לקביעת המוות. לטענתו, "המגמה בפסיקה [ההלכתית] היא להתאים את סימני המוות, כפי שמופיעים בהלכה, לידע על התהליכים הפיסיולוגיים בגוף האדם באותה תקופה" (עמ' 34). לאור סקירת מקורות הלכתיים רבים ומרכזיים הוא מסיק שאין כל סתירה בין ההלכה לבין המבחנים המודרניים לקביעת המוות (עמ' 38). מעניין להזכיר בהקשר זה כי פסיקת הרבנות הראשית לישראל – המתירה באופן עקרוני השתלת לב בישראל בהתחשב בתנאים מסוימים, התפרסמה חודש לפני מתן פסק הדין בפרשת בלקר מיום 3.11.1986 (א' חשוון תשמ"ז). בייסקי מתייחס לפרסום ההיתר בפסק דינו. מדבריו נראה כי הוא סבור שהיתר הרבנות מסמל את הנכונות של גדולי ההלכה להיות קשובים לחידושי המדע והרפואה ולא להתעלם מהם.

המשפט צריכים לאמץ את קריטריון המוות המוחי כאמת מידה לקביעת המוות, והוא קרא למשרד הבריאות להוציא הנחיות מפורטות, אחידות וחד-משמעיות לכלל המרכזיים הרפואיים בארץ, שיקבעו מהו הנוהל לקביעת המוות ויכללו את סוגי המבחנים הרפואיים שיש לבצעם. בין הנושאים שראוי לכלול בהנחיות אלו, בייסקי מצוין את הבאים: א. אין לנתק מכשיר החייאה מחולה עד לקביעת מוות מוחי; ב. הצוות הרפואי הקובע את המוות יהא מורכב מיותר מרופא אחד, ולא קשור לצוות ההשתלות – בייסקי מבהיר בפסק דינו שאסור שקביעת המוות תושפע מהצורך באיברים להשתלה; ג. הקפדה על סדר הבדיקות והמבחנים השונים; ד. רישום מפורט של הבדיקות, מהותן, הזמן הנדרש לביצוען ותוצאותיהן; ה. ההנחיות יכללו את עיקרי ההמלצות והמבחנים שנקבעו על ידי מוסדות בני-סמך בעולם (כמו ועדת הרווארד או הצהרת ז'נבה). עקרונות אלו, המבקשים למנוע אפשרות של נטילת איברים חיוניים מחולה טרם מותו, עולים כמובן בקנה אחד עם כלל התורם המת, וכפי שנראה להלן, אף הוטמעו לימים בחוזרי המנכ"ל של משרד הבריאות.

בחלוף שבוע ממתן פסק הדין בפרשת בלקר, פרסם מנכ"ל משרד הבריאות, פרופ' דן מיכאלי, נהלים לביצוע השתלות מיוחדות בחוזר מס' 11/86 (מתאריך 11.12.1986), ובהן הוא קובע, בין השאר, כי במקרה מוות בעוד הלב פועם – קביעת המוות תבוצע בנפרד ובאופן בלתי תלוי על ידי שלושה רופאים, ובהסכמת המשפחה. נהלים אלו נועדו למנוע מצב שקביעת המוות תושפע משיקולים של חולים הממתינים להשתלה. עקרונות מנחים אלו, ההולמים את כלל התורם המת, ייושמו באופן אופרטיבי לכדי נהלים מפורטים וחד-משמעיים לקביעת מוות מוחי בכלל המרכזים הרפואיים בישראל, בחוזר מנכ"ל מס' 15/87, מיום 29.11.1987 (מנכ"ל משרד הבריאות היה אז פרופ' יורם לס).¹⁰⁹

חוזר זה פותח בהסבר העקרונות העומדים בתשתית נוהל קביעת המוות.¹¹⁰

109 בחוזר זה נקבעו נהלים לקביעת מוות מוחי בהתאם להנחיות של חוזרי המנכ"ל שקדמו לו (מהשנים 1969 ו-1986) וביתר פירוט. ועדה שהוקמה בשנת 1986 במשרד הבריאות עמלה על הכנת נוהל זה. הוועדה הורכבה משלושה רופאים: "י בורמן, מנתח לב, ז' שפירא, מומחה השתלת כליות, וא' סהר, נוירוכירורג. הוועדה הגישה למשרד הבריאות ב-1987 הצעת נוהל לקביעת מוות מוחי. ראו תיאורו של סהר בהקשר לעבודת הוועדה: אברהם סהר, "חוק מוות מוחי-נשימתי, התשס"ח-2008 – הארות והערות", **רפואה ומשפט** 38 (יוני 2008), עמ' 178-209. עמ' 202.

110 עקרונות אלו הובעו כאמור קודם לכן בפסק דינו של בייסקי ובחוזרי המנכ"ל שקדמו, אך בחוזר זה הם מנוסחים בהרחבה וביתר פירוט. לכן בחרתי לפרטם דווקא כאן. עיקר חידושו של החוזר הוא ביישום העקרונות הללו באופן אופרטיבי בקביעת נהלים לקביעת מוות מוחי.

העיקרון הראשון מתייחס להגדרת המוות וקובע כי: "המוות הוא סיום חיותו של אדם ואינו מוות של איברים, של רקמות ושל תאים. בהיבט זה אין מחלוקת לגבי משמעותו של המוות המוחי כמקובל, הן ברפואה והן במשפט" (עמ' 2). בנוסף, נקבע כי המוות יכול להיקבע באחת משתי דרכים: הפסקת פעילות הלב והנשימה או הפסקת פעילות המוח. קביעה זו מהווה הצהרה מפורשת על הכרת הממסד הרפואי בקריטריון המוות המוחי. עיקרון נוסף נוגע למהות כלל התורם המת, ומבקש למנוע מצב של ניגוד עניינים בקביעת המוות: "עצם הצורך באיברים מגופות לצרכי השתלות אין בו כדי להשפיע במאומה על הסוגיה של קביעת שעת המוות" (עמ' 2). נראה שהשימוש בכינוי "גופות" בא כביכול להמחיש את העמדה הרואה במוות המוח כקריטריון לקביעת המוות. לפי עמדה זו מי שמוחו מת הריהו מת וגופו מהווה גופה נטולת חיות. ועדיין, מובהר כי אסור שמניע ותולתני, כמו רצון להשיג איברים להשתלה, ישפיע על שעת קביעת המוות.

החידוש המשמעותי בחוזר מנכ"ל זה הוא פירוט הנהלים הנדרשים להליך קביעת המוות המוחי, וגם בהם ניכרת המגמה להקפיד על ההנחה המוסרית הניצבת בתשתית כלל התורם המת – למנוע אפשרות של ניגוד עניינים שישפיע על קביעת מוות מוקדם, לצורך השתלת איברים. כך, למשל, בסעיף 2 לחוזר מעוגן מנגנון הפרדה בין הרופא המטפל לבין הרופא הקובע את המוות: קביעת המוות המוחי תיעשה על ידי שני רופאים (הנוהל מגדיר התמחויות רלוונטיות), ובתנאי ששני הרופאים הקובעים את המוות לא טיפלו בחולה קודם לקביעת המוות ואין להם קשר למחלקת ההשתלות. כאשר יש חשש שחולה אנוש נמצא במצב של מוות מוחי, יפנה מנהל המחלקה המטפלת או רופא המוסמך על ידו לסמכות רפואית מנהלתית (מנהל בית החולים), והלה יזמן ועדה של שני רופאים שיקבעו את המוות על פי אמות מידה רפואיות שהוגדרו. קביעת המוות תיעשה פה אחד, רק בהסכמת שני הרופאים.¹¹¹ כמו כן, נקבע כי מרגע שנקבע מות המוח (סעיף 4 לנוהל קובע את המבחנים הנדרשים לקביעת המוות המוחי), יופסק הטיפול בחולה. אז, במידת הצורך, ואם יש אפשרות ליטול איברים חיוניים מהגופה להשתלה, יש להמשיך טיפול רפואי לצורך שמירה על חיוניות האיברים (סעיף 3). עקרונות אלו באו לידי ביטוי גם בחוזרים נוספים, בשנת 1991 ו-1996.¹¹²

111 סהר מסביר כי ההצעה שהצוות הקובע את המוות ימנה שני רופאים ולא שלושה, נעשתה על מנת למנוע אפשרות של קביעת מוות שלא בפה אחד. לתיאור כתיבת הנוהל ומטרותיו ראו את דבריו של סהר, שהיה שותף בוועדה (סהר, לעיל ה"ש 109, עמ' 202).

112 ראו: חוזר מנכ"ל מס' 11/91 מתאריך 21.8.1991, חוזר מנכ"ל מס' 10/96 מתאריך

ניסיון נוסף להסדיר את נושא המוות המוחי במסגרת חקיקה ראשית נעשה בפברואר 1998, עם הקמתה של ועדה ציבורית בראשות ד"ר יצחק ברלוביץ', שדנה בהיבטים הרפואיים והציבוריים הקשורים לקביעת המוות המוחי. הוועדה עדכנה את ההנחיות לקביעת המוות באופן אחיד לכל בתי החולים בישראל בהתאם לממצאי המדע הרפואי החדש, והציעה דרכים ליישוב הפולמוס בין הממסד הרבני והממסד הרבני במטרה להגיע להסכמה על חקיקת חוק בנושא.¹¹³ בחלוף עשור מפעילותה של ועדת ברלוביץ', ועל פי העקרונות שהתוותה, הגיש חבר הכנסת עתניאל שנלר ב-25.7.2007 הצעת חוק פרטית שתסדיר את נושא קביעת המוות המוחי בישראל בחקיקה הראשית: הצעת חוק קביעת מוות מוחינשימתי, התשס"ז-2007.¹¹⁴ ב-24.3.2008 התקבלו בכנסת ישראל חוק מוות מוחינשימתי, התשס"ח – 2008;¹¹⁵ וחוק השתלות איברים, התשס"ח-2008. בדומה לחוזרי המנכ"ל שהסדירו את השתלות האיברים החיוניים עד לחקיקת החוקים, גם החקיקה הראשית מבטאת מוסכמה מוסרית, העולה בקנה אחד עם כלל התורם המת, שלפיה תנאי ראשון והכרחי להשתלות איברים חיוניים הוא שהתורם ימות לפני קצירת האיברים ממנו, כפי שיודגם להלן.

3.2. המצב המשפטי כיום

סוגיית תרומות והשתלות איברים מוסדרת במדינת ישראל, החל משנת 2008, במסגרת חוק השתלות איברים, תשס"ח-2008. החוק מגדיר את המצבים שבהם תרומת איברים מותרת וראויה. התנאים הנדרשים לתרומת איברים מתורם מת נידונים בפרק ה' לחוק. מבחינה מוסרית מקרה זה הוא "פשוט" יותר, משום שלאחר המוות לא מתעוררת דילמה מוסרית באשר לשאלה אם להציל את חיי הנתרם במחיר של פגיעה ממשית בחיי התורם, שהרי מדובר בתורם מת. במקרה זה הבעיות המוסריות

30.4.1996.

113 לתיאור פעולת הוועדה ראו: אברהם שטיינברג, "מות המוח והיעדר נשימה=מות האדם: היבטים היסטוריים, רעיוניים, חברתיים והלכתיים", נספח לחוזר מנכ"ל משרד הבריאות מס' 27/09 מתאריך 25.5.2009, עמ' 24.

114 הצעת חוק מוות מוחינשימתי, התשס"ז-2007, ה"ח 2875. מליאת הכנסת הקדישה שתי ישיבות לדון בהצעת החוק, החוק עבר בקריאה טרומית והועבר לדיוני ועדת העבודה, הרווחה והבריאות של הכנסת (להלן: ועדת הכנסת) שהקדישה לדיון בהצעת החוק ארבע פגישות שאלהן הוזמנו מומחים מתחומי הרפואה, ההלכה, המשפט והאתיקה. הפרוטוקולים של ועדת העבודה, הרווחה והבריאות, כמו גם הפרוטוקולים של מליאת הכנסת, מצויים באתר הכנסת.

115 לאחר חקיקת החוק פרסם משרד הבריאות הנחיות ליישום החוק בחוזר מנכ"ל מס' 27/09 מתאריך 25.5.2009. ההנחיות עודכנו בחוזר מנכ"ל מס' 26/11 מתאריך

7.11.2011

הנוגעות לתרומת איברים נוגעות לשיקולים של שמירה על כבוד המת.

לעומת זאת, העיסוק בתנאים הנדרשים לתרומת איברים מתורם חי, מצוי בפרק ד' לחוק. במקרה זה, תנאי הכרחי לנטילת איברים להשתלה הנו ש"התורם מתאים מבחינה רפואית ונפשית למתן התרומה, ואין במצבו הרפואי והנפשי משום חשש לסיכון בריאותו או לפגיעה בתפקודו, עקב התרומה, החורגים מן הסיכון הרגיל בפעולות מסוג זה" (סעיף 15(1) לחוק). כלומר, על פי החוק אין אפשרות ליטול איברים חיוניים להשתלה מתורם חי – כיוון שהדבר יגרום למותו והדבר אסור על פי סעיף 15(1). אם כן, חוק ההשתלות עולה בקנה אחד עם המוסכמה המוסרית הבאה לידי ביטוי בכלל התורם המת, שלפיה תנאי ראשון והכרחי לנטילת איברים חיוניים להשתלה הנו שהתורם מת.

ואמנם, תרומת איברים חיוניים אפשרית במסגרת הדין הישראלי רק תוך כיבוד כלל התורם המת. זאת במסגרת חוק מוות מוחינשימתי, המגדיר אדם שמוחו מת באופן בלתי הפיך כמת, ובכך מאפשר נטילת איברים חיוניים מיד לאחר מות המוח, בעת שהלב עוד פועם, והאיברים החיוניים טרם איבדו מחיוניותם וניתן להשתילם.¹¹⁶

ביקורות רבות נמתחו על החוק, והמרכזית שבהן היא כי ההכרה החוקית במוות המוח כקריטריון מהימן לקביעת רגע המוות של האדם אינה ראויה מבחינה מוסרית, משום שמות המוח אינו מעיד מבחינה ביולוגית על מות האדם. לטענתם המבקרים, הרחבת הגדרת המוות באופן זה, הכוללת גם מקרים של מות המוח, נועדה לאפשר את הגדלת היצע האיברים החיוניים לתרומה, וככזו היא תועלתנית ואינה ראויה.¹¹⁷

116 מעניין לתת את הדעת על כך ששני החוקים ניתנו באותה שנה! עובדה זו מעידה במידה רבה על התלות ההכרחית בין השניים.

117 ראו טענתו של שפרינג: "יש להצטער על כך שהגדרת המוות כרוכה באופן כה ישיר (בזמן ובתודעה) עם סוגית תרומת האיברים. ההכרה בהגדרת המוות המוחי וההסכמה לקבוע הגדרה זו בחוק לא נועדה ולא גובשה אלא כדי לאפשר ביתר קלות את קצירת האיברים מן המת ואת הגדלת מאגר האיברים להשתלה" (דניאל שפרינג, "חוק מוות מוחינשימתי, התשס"ח-2008 – הערות לדבר חקיקה", **רפואה ומשפט** 38 (יוני 2008), עמ' 178-209, עמ' 207). וראו מנגד את הצעת תומכי החוק להפריד בין שני החוקים הנוכחים על מנת לעמעם את התלות שלהם זה בזה ולהקטין את ההתנגדות לחוק מוות מוחינשימתי, כפי שטען אברהם סהר (לשעבר מנהל המחלקה לנוירוכירורגיה בבית חולים שיבא): "שילוב שני הנושאים – מוות ותרומת איברים – גרם וממשיך לגרום לבהלה, חסרת הבסיס האמיתי, בפני קביעת מות המוח. קבלת שני החוקים, חוק השתלת איברים, התשס"ח-2008, וחוק מוות מוחינשימתי, התשס"ח-2008, שעצם בואם לעולם כרוכים זה בזה כתאומים סיאמיים, על כל התוצאות המשתמעות מכך, ספק אם עוזרת לפיזור חרדות קמאיות אלה" (סהר אברהם, "חוק מוות מוחינשימתי, התשס"ח-2008 – הארות והערות", **רפואה**

לא נוכל להיכנס לדיון בטיב טענת המבקרים במסגרת מאמר זה, אולם בכל מקרה, מובן, גם מבלי לדון בטענתם, כי לכל הפחות באופן פורמלי – הדין הישראלי מכבד את כלל התורם המת ואינו מתיר נטילת איברים חיוניים מאדם שטרם מת. כלומר התפיסה המוסרית הבאה לידי ביטוי בחוק מוות מוחי-נישמתית ובחוק השתלות איברים היא שאין זה ראוי ליטול איברים חיוניים מתורם במקרה שנטילת האיבר תגרום למותו.¹¹⁸

אולם נדמה כי תפיסה מוסרית זו מתערערת במידה מסוימת נוכח פרסום הוראות חוזר מנכ"ל מס' 8/14 (פורסם בפברואר 2014) בדבר תרומת כליות לאחר מוות לבבי. החוזר מודיע על קביעת נוהל חדש של משרד הבריאות, המאפשר לראשונה לבצע פעולות רפואיות לשימור איברים לצורך השתלתם דקות ספורות לאחר הפסקת פעילות הלב, ללא הסכמה מפורשת של החולה או בני משפחתו, בתנאי שהחולה חתום על כרטיס אדי. לכאורה, אין חידוש בנוהל החדש המתיר ליטול איברים לאחר מוות לבבי, אולם להלן נראה שהגדרת המוות הלבבי המשתמעת מהוראות החוזר שנויה במחלוקת, ובכך עלולה לחתור תחת המוסכמה המוסרית של "כלל התורם המת".¹¹⁹

3.3. הגדרת המוות הלבבי וכלל התורם המת

הנוהל החדש בדבר תרומות כליות לאחר מוות לבבי מתיר נטילת איברים לאחר דום לב באחד משני מקרים: "1) דום לב קבוע לאחר החיאה שלא צלחה במחלקה לרפואה דחופה [...] או בדרך אליה בכל מחלקה בבית

ומשפט 38 (יוני 2008), עמ' 178–209, עמ' 201).

118 ראוי לציין בהקשר זה כי גם תיקון חוק ההשתלות באמצעות הוספת סעיף 9(ב) (4), המעניק לחתומים על כרטיס תורם ולבני משפחתם הקרובים קדימות ברשימת הממתניים להשתלה, אינו חותר תחת מדיניות כלל התורם המת, אלא מבקש להגדיל את היצע האיברים לתרומה באמצעות תמרוץ הציבור להביע נכונות לתרום איברים לאחר המוות. כך גם הצעות שונות לשינוי ברירת המחדל החוקית אינן מערערות על מוסריותו של כלל התורם המת, אלא מבקשות למצות את פוטנציאל תרומות האיברים מנפטרים. ראו למשל עמדתו של סיגל: גיל סיגל, "תרומות איברים בישראל – קול קורא לשינוי", **משפט רפואי וביאתיקה**, כרך 5, תשע"ג, עמ' 8–12. וראו דיונו של נעם זהר, על עיצוב מדיניות ציבורית ראויה בנושא תרומות איברים חיוניים, בהתחשב בעמדות פוסקי ההלכה המתנגדים לתרומה:

Noam Zohar, "Is Our Public Policy on Brain Death Ethical?", in: *Halakhic Realities - Collected Essays on Brain Death*, Zev Farber (Ed.), Maggid Books, 2015, pp. 277-281.

119 לעיון ביקורתית נרחב בנוהל ראו: עירית עופר-שטרק, "תרומת כליות לאחר מוות לבבי – הרהורים על התמורות שבתרומות", **משפט ועסקים – כתב עת של בית ספר דניזר למשפטים**, המרכז הבינתחומי הרצליה, מהדורה מקוונת, 11.3.2014.

החולים; (2) דום לב שהתרחש לאחר שנקבע מוות מוחי נשימתי בהתאם לחוק מוות מוחי נשימתי התשס"ח-2008" (סעיף ד לנוהל).

במקרה השני אין משום חידוש של ממש. שהרי כאמור, חוק מוות מוחי נשימתי אפשר הלכה למעשה את נטילת האיברים בנסיבות הללו עוד קודם לפרסום הנוהל. לעומת זאת האפשרות הראשונה, המתירה נטילת איברים לאחר החייאה שלא צלחה, היא בגדר חידוש גדול.

אמנם חוזר המנכ"ל מציג את הנוהל החדש כחידוש השיטה המסורתית של נטילת איברים לאחר הפסקה בלתי הפיכה של פעילות הלב; אך אם אכן מדובר רק בשם חדש המתאר שיטה ישנה, מדוע יש צורך בתכנית חדשה של משרד הבריאות שתתיר נטילת איברים לאחר דום לב? מדוע לא די בחוק מוות מוחי־נשימתי המכיר במוות לבבי כמועד מותו של אדם? ומדוע הנוהל החדש מגביל את ההיתר לנטילת איברים מהתורם לכליות בלבד? אם התורם מוגדר כמת לאחר דום הלב, מדוע לא ליטול ממנו איברים חיוניים נוספים להשתלה?

סביר להניח שהתשובות לשאלות אלו טמונות במשמעויות אפשריות שונות של המונח "בלתי הפיך", והשפעתן על הגדרת המוות. תרומה מנפטר לאחר דום לב מוגדרת בסעיף ההגדרות של הנוהל החדש כ"נטילת איברים ממטופל לאחר הפסקה בלתי הפיכה של פעימות לבו, המכונה גם 'תרומה מנפטר ללא לב פועם'" (סעיף ג).

מהגדרה זו משתמע שהמוות נקבע כאשר פעימות הלב הפסיקו באופן בלתי הפיך. אולם מובנו של המונח "בלתי הפיך" נותר עמום. לא ברור, האם בלתי הפיך הוא תיאור עובדתי של מציאות ביולוגית שבה קיים מצב נתון אשר לא יכול להשתנות? כלומר על פי האמצעים הרפואיים הקיימים כיום, אין שום אפשרות להחזיר את פעילות הלב. או שמא בלתי הפיכות המצב נקבעת בהתאם לתפישות מוסריות באשר למצבים שבהם יהיה זה מוסרי שלא לנסות להפוך את המצב? כלומר ניתן להחיות את הלב באמצעים רפואיים מלאכותיים, ולמרות זאת התקבלה החלטה שלא לעשות כן משיקולים מוסריים.¹²⁰

נדמה כי המשמעות האחרונה היא שעומדת ביסוד הקביעה בסעיף 2 לנוהל, המתאר את הליך קביעת המוות הלבבי כתוצאה של החלטת רופאים: **"לאחר שהצוות המטפל יחליט שדום הלב הוא קבוע, והחליט להפסיק את**

120 דיון מעניין על מובנו של המונח "בלתי הפיך" מצוי במאמר של תומלינסון: Tom Tomlinson, "The Irreversibility of Death: Reply to Cole", 3(2), *Kennedy Institute of Ethics Journal* 157 (1963), pp. 157-165.

ההחייאה, יקבע הרופא את מותו של המטופל". קביעה זו מעוררת תהיה: האם החלטה רפואית שלא להחיות את הלב מחדש באמצעים מלאכותיים שקולה לקביעה שהפסקת פעילות הלב היא בלתי הפיכה מבחינה עובדתית-ביולוגית? והאם דום לב קבוע זהה במשמעותו להפסקה בלתי הפיכה של פעילות הלב? האם אין הבדל בין מצב קבוע למצב שהוא בלתי הפיך? הרי ניתן לתאר מצב שהוא קבוע, אך קיימת אפשרות לשנותו!¹²¹

שאלות אלו התעוררו ביתר שאת בדיונים על מדיניות תרומת איברים לאחר מוות לבבי (DCD – Donation after Cardiac Death) הנהוגה במדינות רבות בארצות הברית. מדיניות זו מאפשרת, בדומה לנוהל החדש של משרד הבריאות, ליטול איברים חיוניים לאחר הפסקה בלתי הפיכה של פעילות הלב. אך בשונה מהנוהל הישראלי, מדיניות ה-DCD אינה מגבילה את נטילת האיברים לכליות בלבד, אלא מתירה ליטול כל איבר הנחוץ להשתלה. מדיניות זו עוררה ביקורת רבה, בעיקר בשל העובדה שבין שאר האיברים הניטלים להשתלה, היא מאפשרת ליטול גם לב. אפשרות של נטילת לב להשתלה ממחישה את הבעייתיות שבהגדרת הפסקת פעילות הלב כבלתי הפיכה לצורך קביעת המוות הלבבי, ומעידה על הסתירה הלוגית הפנימית שבהליך זה. הרי לב שמושתל ופועם בהצלחה בגופו של המושתל מוכיח שניתן היה להחזיר את פעילות הלב. אם כך, הפסקת פעילות הלב, לא הייתה בלתי הפיכה. לאור זאת הקביעה שתרומת האיברים נעשתה לאחר מוות לבבי נראית כטעות, שהרי הלב לא מת באופן בלתי הפיך.¹²²

אם נקבל הן את ההנחה שכל עוד ניתן להחיות את הלב באמצעים מלאכותיים הרי שהפסקת פעילותו אינה בלתי הפיכה, והן את ההנחה שאדם מת רק כאשר פעילות לבו חדלה באופן בלתי הפיך; הרי לא ניתן להגדיר את החולים שהנוהל החדש מתייחס אליהם כמתים. מהבנה זו נובעות שתי תפישות אפשריות אך מנוגדות: האחת, נטילת איברים אינה אפשרית דקות ספורות לאחר מוות לבבי, כיוון שבפרק זמן זה הפסקת פעילות הלב הפיכה (באמצעים מלאכותיים), ועל כן החולה לא נחשב כמת, ואם כך, נטילת

121 דיון מעניין בהבחנה בין מצב 'קבוע' לבלתי הפיך' מציג במאמרו של דון מארקויז: Don Marquis, "Are DCD Donors Dead?", *Hastings Center Report* 40, 3 (2010), pp. 24-31.

122 ראו למשל מאמרו החלוצי של ויטץ' בעניין זה: Robert M. Veatch, "Donating Hearts after Cardiac Death – Reversing the Irreversible", 359, *New Eng. J. Med.* 672 (2008), pp. 672-673. מארקויז צעד צעד נוסף והחיל את טיעונו של ויטץ' על כלל האיברים. לטענתו, כיוון שלא ניתן להגדיר חולה כמת כל עוד ניתן להחיות את לבו באמצעים מלאכותיים, הרי נטילת איברים חיוניים מגופו – יהיו אשר יהיו ולא דווקא לב – תגרום למותו של התורם. ראו: מארקויז, DCD, לעיל ה"ש 121.

איברים חיוניים תגרום למותו וככזו היא מפרה את כלל התורם המת, ולכן אסורה מבחינה מוסרית (לשיטת הדוגלים בגישה מוסרית זו). לעומת זאת ניצבת תפישה אחרת, שלפיה תרומת איברים לאחר מוות לבבי אפשרית, חרף העובדה שנטילת האיברים במצב זה גורמת להריגת החולה־התורם. מסקנה זו אפשרית רק אם נקבל את ההנחה שישנם מצבים שבהם יהיה זה מוסרי להתיר נטילת איברים מחולים שטרם מתו, למען מטרות נעלות כהצלת חיי חולים אחרים, אף על פי שהדבר גורם למותם של התורמים.

העובדה המעניינת היא, שהנוהל עצמו שולל את האפשרות האחרונה, לפחות באופן פורמלי. כך, סעיף 3.2 בנוהל מעגן את החובה לבצע הפרדה מוחלטת בין הצוות הקובע את המוות לבין הצוות שמבצע את פעולות שימור האיברים או הצוות הפונה בבקשה להסכמה לתרומת איברים. הפרדה זו נועדה למנוע מצב של ניגוד אינטרסים בין הרצון של רופאים לקדם את תחום השתלת האיברים למען הצלת חיים של חולה אחר, ובין תפקידם לקבוע את מותו של התורם לשם כך.

ההנחה הניצבת בבסיס עקרון הפרדה זה היא אותה הנחה הניצבת בתשתית חוק מוות מוחינישית, שאין זה ראוי מבחינה מוסרית שקביעת המוות תושפע מאינטרסים זרים. האפשרות שרופא יקבע את מותו של החולה בטרם עת נתפשת כאסורה מבחינה מוסרית, גם אם הדבר נעשה למען הצלת חיים של חולה אחר. עקרון ההפרדה המעוגן בנוהל נועד להבטיח שמוסכמה מוסרית זו תישמר (היינו כלל התורם המת).

אולם קשה שלא לתמוה שמא ההליך המוצע בנוהל בנוגע לקביעת מוות לבבי חוטא לעקרון ההפרדה הנזכר, כאשר ברור שהנוהל הוא תוצר של ניסיון "לבחון חלופות נוספות להצלת איברים לצורך השתלה", ומטרתו המוצהרת היא: "להרחיב את מאגר תורמי האיברים להשתלה".¹²³

123 כך דברתי הפתיחה להסבר הנוהל. מעניין לציין בהקשר זה כי גיימס בורדיק, יושב ראש ועדת האתיקה של הרשת המשותפת לשיתוף איברים (UNOS), הביע חשש דומה בהתייחס לפרוטוקול פיטסבורג. לטענתו, הנוהל המעוגן בפרוטוקול, המתיר נטילת איברים חיוניים לאחר שתי דקות בלבד מדום הלב הראשוני, עלול להגביר את חוסר האמון הציבורי בממסד הרפואי. פחד זה אינו "בלתי מוצדק מנקודת הראות של מי שנמצא בצד של החולה בהליך הזה" Burdick James F., "Potential Conflicts of Interest Generated by the Use of Non-Heart-Beating Cadavers", *Kennedy Institute of Ethics Journal* 3, 2 (1993), pp. 199-202 פתרון אפשרי העשוי להפחית את החשדנות ברופאים הוא הקמת ועדות אתיקה חיצוניות ובלתי תלויות בבתי החולים, שיבחנו את הליך תרומת האיברים במסגרת הנוהל החדש המוצע בחוזר המנכ"ל.

4. סיכום

במאמר זה ביקשתי לתאר מגמות עכשוויות בשיח הביוראטי, הקוראות תיגר על "כלל התורם המת", ומציעות לאמץ במקומו תפיסה מוסרית חלופית, המגדירה תנאים שבהם ראוי ליטול איברים חיוניים מתורם חי לצורך הצלת חיים של חולים אחרים, חרף העובדה שהדבר גורם למותו.

מטרתו המרכזית של המאמר היא לברר האם ניתן למצוא מקבילה למגמות חדשניות אלו גם בשיח ההלכתי. כלומר, האם גם בשיח ההלכתי קיימת נכונות להורות על נטילת איברים מתורם שטרם מת, למען הצלת חיים של חולים הממתינים להשתלה, ומהם השיקולים הערכיים המובילים לכך. עיון במקורות ההלכה מלמד כי קיימת נכונות בקרב פוסקים וחוקרי הלכה להורות על נטילת איברים חיוניים מאדם חי כאשר מדובר באדם שמוגדר על פי ההלכה כ"טריפה". מבחינה פורמלית, הדין ההלכתי הפוטר את הורג הטריפה מעונש מוות הוא שמאפשר זאת. העדר עונש מוות לרוצח טריפה, אפשר לפוסקי ההלכה להתיר הקרבת חיי טריפה בתנאים מסוימים. לצד הפן ההלכתי הפורמלי, עולה השאלה לגבי הפן המהותי: מהם השיקולים הערכיים המהותיים שהובילו את פוסקי ההלכה להתיר הקרבת חיי טריפה למען הצלת שלם? בניתוח עמדות הפוסקים ביקשתי להצביע על הנימוקים המשולבים בפסיקת ההלכה וללמוד מהם על ההנחות המקדימות של הפוסקים שהתירו להקריב את חיי הטריפה למען הצלת השלם.

ההנחה הראשונית, המשותפת לכלל הפוסקים המתירים הקרבת חיי טריפה למען הצלת אדם שלם, היא שיש לתעדף חיים שונים על פי ערכם. כלומר הם סבורים ש"קדושת החיים" אינה ערך מוחלט, וכי יש מצבים שבהם ערך החיים נפגע עד כדי כך שיהיה זה ראוי מבחינה מוסרית והלכתית להקריבם למען הצלת חיים של אדם אחר.

מתי ניתן לקבוע שערך החיים נפגע? שלושה כיוונים אפשריים של תשובה לשאלה זו נמצאו בדברי הפוסקים והחוקרים: הראשון – כאשר איכות החיים נפגעת בשל מחלה קשה שפקדה את האדם; השני – כאשר תוחלת החיים קצרה למדי; השלישי – צירוף של שני התנאים הראשונים יחד. בנוסף לתנאים אלו, כלל הפוסקים הציבו את דרישת הסכמת החולה להקרבת חייו כתנאי למהלך שכזה.¹²⁴

124 מאליה עולה השאלה האם קיומם של תנאים אלו מהווים היתר גם להמתת חסד? אמנם הפוסקים טענו שקיומם של תנאים אלו מתירים לגרום לסיום חיי החולה התורם למען הצלת חולה אחר; אך עולה השאלה האם אותו היגיון, שמנחה את הפוסקים להתיר נטילת איברים מחולה בתנאים שלעיל, אינו תקף גם לגבי שאלת המתת חסד של חולה שמוגדר כטריפה? ראו למשל את הצעתו של הרב גרשוני ללמוד

השיקולים הערכיים המשולבים בשיח ההלכתי מזכירים במידה רבה את השיקולים המשולבים בשיח הביו־אתי. בשניהם הכותבים מניחים כי ישנם מצבים שבהם חייו של אדם אחד מוערכים פחות מחייו של אדם אחר, ובהתאם לכך מסכימים להקריב חיים של אחד למען הצלת חיים של אחר, שערכם גבוה יותר.

סביר להניח ששיקולים אלו ניצבים גם בתשתית הוראות חוזר מנכ"ל משרד הבריאות בדבר תרומות כליות לאחר מוות לבבי, בניגוד לתפיסה המוסרית הרווחת בשיח הציבורי, והבאה לידי ביטוי בחוק השתלות איברים וחוק מוות מוחי־נשימתי, המכבדת את כלל התורם המת.

מסיפור התאבדות שאול, שייתכן שלגבי טריפה קיים היתר להתאבד מחמת עינויים: יהודה גרשוני, "בענין רציחה מתוך רחמים", בתוך **קול צופיך**, ירושלים תש"ס, עמ' של-שלז, עמ' שלה. אם הפוסקים קובעים שאין להתיר המתת חסד גם כאשר מדובר בחולה טריפה, יש לברר מה טיב ההבדל בין השניים? מדוע למען הצלת אחר מותר להרוג טריפה, אך על מנת לגאול אדם טריפה הסובל מייסוריו הדבר אסור? נושא זה מרתק כשלעצמו אך לא כאן המקום לדון בו.