

Medical Halachah: Capacity, Part II (10-31-10)

R' Mordechai Torczyner – torczyner@torontotorah.com

Educational Objectives

In the context of Orthodox Jewish religious and ethical practice, participants will be able to use this case-based approach to:

- Recognize situations and clinical settings in which questions of practice may arise,
- Define the parameters of these situations and clinical settings that enable research directed toward defining an answer,
- Review original textual sources relevant to the case,
- Appreciate that differences among authorities lead to nuanced answers for the individual situation or setting, and
- Apply the principles learned in future situations and clinical settings.

What we learned in Part I – The Need for Informed Consent

- The patient is obligated to seek life-saving treatment, and the physician is obligated to heal
- Where the treatment won't cure the illness, or there is debate about the best treatment, or the treatment is invasive or particularly damaging, we require informed consent
- To achieve informed consent, we require rationality, comprehension and a thoughtful process

How do we define Incapacity?

Bad decisions

Three halachic models of incapacity

Irrationality – Symptoms; Irrational in one area; Subjective analysis

Incomprehension – Comprehending generalities; Uncomprehending in one area; Source; Subjective analysis

Haste – Symptoms; Hasty in one area; Subjective analysis

Diagnosis in clinical situations

Who speaks for the incapacitated patient?

Life-and-death situations with clearly indicated treatments

Proxies and Parents and Legal Guardians

Physicians acting on behalf of patients

What standards do we use when speaking for the incapacitated patient?

The "Best Interest" standard

The "Substituted Judgment" standard

Practical difference: The woman in labor

Which approach do we use?

Question 1: How do we define Incapacity?

א. רמב"ם הלכות נחלות פרק י

קטן שהגדיל אפילו היה אוכל ושותה יותר מדאי ומפסיד והולך בדרך רעה אין בית דין מונעין ממנו וממונו ואין מעמידין לו אפוטרופוס, אלא אם כן צוה אביו או מורישו שלא יתנו לו אלא אם כן יהיה כשר ומצליח או שלא יתנו לו עד זמן מרובה, והשוטה והחרש הרי הן כקטנים ומעמידין להן אפוטרופוס.

ב. תלמוד בבלי מסכת חגיגה דף ג עמוד ב

תנו רבנן איזהו שוטה היוצא יחידי בלילה והלן בבית הקברות והמקרע את כסותו. איתמר רב הונא אמר עד שיהו כולן בבת אחת. רבי יוחנן אמר אפילו באחת מהן. היכי דמי? אי דעביד להו דרך שטות אפילו בחדא נמי! אי דלא עביד להו דרך שטות אפילו כולהו נמי! לא, לעולם דקא עביד להו דרך שטות, והלן בבית הקברות אימור כדי שתשרה עליו רוח טומאה הוא דקא עביד, והיוצא יחידי בלילה אימור גגנדיפס אחדיה, והמקרע את כסותו אימור בעל מחשבות הוא. כיון דעבדינהו לכולהו הוה להו כמי שנגח שור חמור וגמל ונעשה מועד לכל. אמר רב פפא אי שמיע ליה לרב הונא הא דתניא "אי זהו שוטה זה המאבד כל מה שנותנים לו" הוה הדר ביה. איבעיא להו כי הוה הדר ביה ממקרע כסותו הוא דהוה הדר ביה דדמיא להא, או דלמא מכולהו הוה הדר? תיקו.

ג. בית יוסף אבן העזר סימן קכא

ופסק הרא"ש בריש חולין (ס"ד) כרבי יוחנן, ותניא תו בריש חגיגה (שם) איזהו שוטה זה המאבד כל מה שנותנין לו. וכן נראה מדברי הרמב"ם דהלכה כרבי יוחנן שכתב בפרק ט' מהלכות עדות (ה"ט) השוטה פסול לעדות מן התורה לפי שאינו בן מצות, ולא שוטה שהוא מהלך ערום ומשבר כלים וזורק אבנים בלבד אלא כל מי שנטרפה דעתו ונמצאת דעתו משובשת תמיד בדבר מן הדברים, אף על פי שהוא מדבר ושואל כענין בשאר דברים הרי זה פסול ובכלל שוטים יחשב עכ"ל. ומדכתב "בדבר מן הדברים" משמע בהדיא דכרבי יוחנן דאמר אפילו באחת מהן סבירא ליה. ולכאורה היה נראה דחד מהני ארבע דתניא בגמרא בעינין ליחשב שוטה, אבל אי עביד שאר דברים אחרים דרך שטות אכתי בחזקת שפוי הוא כיון שאינו עושה דבר מד' דברים הללו, אלא דמדברי הרמב"ם שלא הזכיר דברים הללו אלא סתם וכתב "שנטרפה דעתו וכו' בדבר מן הדברים" משמע דהני ד' דברים השנויים בברייתא לאו דוקא אלא לדוגמא נקטינהו והוא הדין לשאר דברים. ונראה שהכריחו לפרש כן מדחזינן דבברייתא קמייתא קתני תלת ולא קתני "מאבד מה שנותנין לו" ובאידיך ברייתא קתני "מאבד מה שנותנין לו" ולא קתני אינך תלתא, ואם איתא דהני ד' דוקא קשיא על ברייתא קמייתא אמאי לא קתני מאבד מה שנותנין לו, ובאידיך ברייתא לא קתני הנך תלתא. אלא ודאי הני לאו דוקא אלא לדוגמא נקטינהו, והך ברייתא נקטה הנך לדוגמא ואידיך ברייתא נקטה הך. וזה שלא כדברי רבינו שמחה שכתבתי בסימן קי"ט.

ד. שולחן ערוך חושן משפט סימן לה:ח

שוטה, פסול. ולא שוטה שהוא הולך ערום ומשבר כלים וזורק אבנים בלבד, (אלא) כל מי שנטרפה דעתו ונמצאת דעתו משובשת תמיד בדבר מהדברים, אף על פי שהוא מדבר ושואל כענין בשאר דברים, הרי זה פסול, ובכלל שוטים יחשב.

ה. שו"ת חתם סופר חלק ד (אבן העזר ב) סימן ב

הנה לדון בדיני השוטים א"א כ"א בראיית עיני הדיין המבין מה טיבו ומהותו וא"א לברר בכתב מה ענינו וטבעו ומהותו וכמ"ש הרמב"ם פ"ט מה' עדות ואין לדיין אלא מה שענינו רואות

ו. רמב"ם הלכות עדות פרק ט הלכה י

הפתאים ביותר שאין מכירין דברים שסותרין זה את זה ולא יבינו עניני הדבר כדרך שמבינין שאר עם הארץ, וכן המבוהלים והנחפזים בדעתם והמשתגעים ביותר הרי אלו בכלל השוטים, ודבר זה לפי (מה) שיראה הדיין שאי אפשר לכונן הדעת בכתב.

ז. שו"ת מהר"ט חלק ב - אבן העזר סימן טז

וכתב הטור דצריך שיכוונו שניהם בזה שבחליצה זו נותרת לעלמא וכן כתב בגליוני האחרוני' שיכוונו ב' בזה איברא דלא אמר בגמרא שיכוונו שניהם אלא לאפוקי חליצה מוטעת או כגון יבמה שגדלה בין האחים שהיה לשם שימוש אבל היכא שמסברו ליה וסבר שבחליצה זו נפטרת ממנו אין צריך שיהיה בבית לבו באותה שעה אלא אעפ"י שבשעת חליצה הסיח דעתו והיה מהרה' בדברים אחרים שפיר דמי כל שידוע שחליצה זו מתרת

ח. ר' יהושע פלק, סמ"ע חו"מ לה: כא

זהו החילוק בין פתי לשוטה שהשוטה דעתו היא משובשת ומטורפת לגמרי בדבר מהדברים משא"כ פתי שאינו מטורף לגמרי בשום דבר.

ט. שו"ת מהרי"ט חלק ב - אבן העזר סימן טז

נר' דלא אמר כן אלא לענין עדות שצריך להעיד על מה שעבר כבר ויש לחוש שמא נדמה לו באותה שעה שהדבר כן ואינו ונתחלף לו דבר בזולתו מאחר שלפעמים אין מכירין דברים שסותרים זה לזה ואיך יעיד עכשיו על מה שראה בתחלה אבל כשאנו באים לקיים דבר עמו במק' וממכר או בגיטין וקידושין ומסברו ליה וסבר ואנו מכירין שהבין הדברים כגון זה לאו שוטה הוא והרי הוא כפקח לכל מה שהוא עושה בדעת שפויה לפנינו וראיה מההיא דפ' מי שמת [ב"ב קנה:] שמכר נכסים ואלפיה דניכול תמרי ונשדי קשייתא בי רבא, דמסיק, "מסברו ליה וסבר זביניה זבינא."

י. שו"ת חתם סופר חלק ד (אבן העזר ב) סימן ב

והנלע"ד בזה דודאי כל מי שאין שכלו צלול שיהי' לו לכל הפחות דעתא צילותא אעפ"י שאינו עושה שום מעשה שטות רק הוא בשב ואל תעשה אבל מ"מ אינו מבין הדברים הסותרים הרי הוא פסול מן התורה לכל מילי והרי זה בכלל חרש שמנו חז"ל בכל מקום שפסלו מטעם הנ"ל ומכ"ש הפתאים הגרועים מן החרש ואמנם אין פסולים אלא משום שחסרי' דיעה ולא שנתוסף להם שום שגגון וטרוף הדעת כלל ומשו"ה כשמרגישים בהם שום דעתא צילותא מועיל וכל מעשיהם כמעשה הפקחים... ואמנם השוטה שדברו בו בכל מקום היינו שעושה מעשים בפועל המורים על טירוף דעתו ובלבול מחשבתו ולזה לא יועיל אפי' אם משיב ושואל כהוגן כיון דידיעי' בודאי שדעתו מעורבת ומשוגשת... והיינו נמי דלא הזכירו דין הפתאים דבכלל חרש הוא וגם הרמב"ם לא הזכירו בשום מקום. אך בה' עדות דפסול החרש הוא מטעם אחר - משום שאינו ראוי להגיד ואינו בדרישה וחקירה כמבואר שם בדבריו - ע"כ הוצרך להזכיר הפתאים בפירוש.

יא. ר' זלמן נחמיה גולדברג, נשואי מפגרים, תחומין ז

מכל זה נראה מוכרח שלא חילקה תורה בחרש בין שיש לו דעה צלולה ובין שאין בו דעה צלולה, וכל שהוא חרש שאינו שומע ואינו מדבר גזרה תורה שאין דעתו חשובה דעה ולכן אין קידושו קידושין וכן כל מה שצריך דעת העושה לעשות חלות, אבל בחליצה ו"לשמה" אין צריך דעת ליצור חלות רק כל שעושה בכוונה ממילא התורה יוצרת חלות, ולכן כל שגדול עומד על גביו ומלמדו ואנו רואים שהבין, שהרי כותב הגט כדן, לזה מועיל כל שיש לו הבנה ולא איכפת לנו במה שהוא חרש

יב. ר' יהושע פלק, סמ"ע חו"מ לה: כב

המבוהלים והנחפזים בדעתם והמשתגעים ביותר - נראה שכל הני פירושם הוא שאינם מתונים בעניניהם, אלא כל מעשיהן עושין במהירות ולא מבינים לסוף הענין ולתכלית המעשה, מ"ה זה ג"כ בשם שגגון ושטות יחשב:

יג. שו"ת מהרשד"ם חלק אבן העזר סימן רל"ט

ולכאורה נר' שאין לנו מבוהל ונחפז גדול ממי שהוא מנוגף בקדחת עזה והרי הוא בכלל שוטה שפסול מן התורה ואפילו שעתה לעת העדות הוא פקח אין עדותו עדות

יד. תלמוד בבלי מסכת גיטין דף סז עמוד ב

נשתתק ואמרו לו נכתוב גט לאשתך והרכינן בראשו בודקין אותו שלשה פעמים אם אמר על לאו לאו ועל הן הן הרי אלו יכתבו ויתנו

טו. פתחי תשובה, אבן העזר קכא:ב

והועתק מקצת דבריהם בתשובות בית אפרים סי' פ"ט... וגם כתב שם דאף לדעת הרמב"ם דס"ל להני סימני שוטה לאו דוקא, היינו בשעושה איזה מעשה שטות בידיים אבל אם הוא רק מדבר דברים של שטות אינו נחשב כשוטה

Question 2: Who speaks for the incapacitated patient?

טז. תלמוד בבלי מסכת גיטין דף נב עמוד א

אין עושין אפוטרופין נשים ועבדים וקטנים ואם מינן אבי יתומין הרשות בידו

יז. שו"ת מלמד להועיל חלק ב (יורה דעה) סימן קד

כיון דשרי לעשות אפערטיאן כזו א"כ בודאי דעת אביו ואמו לא מעלה ולא מוריד דאיתא בי"ד סי' של"ו דיש חיוב על הרופא לרפאות ואם מונע עצמו הרי זה שופך דמים ולא מצינו בכל התורה כולה שיש לאב ואם רשות לסכן נפש ילדיהם ולמנוע הרופא מלרפאותם. זה הוא הדין תורה, ודינא דמלכותא איני יודע באופן זה.

יח. שולחן ערוך חושן משפט סימן רצ"כו

קטן שהגדיל, אפילו היה אוכל ושותה יותר מדאי ומפסיד והולך בדרך רעה, אין בית דין מונעים ממנו ממונו ואין מעמידים לו אפוטרופוס, אלא אם כן צוה מורישו שלא יתנו אלא אם יהיה כשר ומצליח, או שלא יתנו לו עד זמן מרובה, ואף על פי כן מוכיחים אותו ומלמדין אותו ללכת בדרך ישרה ואורחות צדיקים. הגה: מי שמינה אפוטרופוס לבניו הגדולים, יכולים לומר: אין אנו צריכין אפוטרופוס, אלא אם כן יש בו משום מצוה לקיים דברי המת (רבינו ירוחם נכ"ו ח"א) (ועיין לעיל סימן רנ"ב).

יט. Canadian Medical Association Code of Ethics (2004)

Ascertain wherever possible and recognize your patient's wishes about the initiation, continuation or cessation of life-sustaining treatment. Respect the intentions of an incompetent patient as they were expressed (e.g., through a valid advance directive or proxy designation) before the patient became incompetent. When the intentions of an incompetent patient are unknown and when no formal mechanism for making treatment decisions is in place, render such treatment as you believe to be in accordance with the patient's values or, if these are unknown, the patient's best interests.

כ. שו"ת אגרות משה חושן משפט חלק ב סימן עד:ה

ואם אחד אינו רוצה ניתוח שנשאר מזה בעל מום ולדברי הרופאים לא יוכל לחיות בלא הניתוח והוא באופן שאין לחוש לשמא יטרף דעתו כשלא ישמעו לו כגון שחשש המיתה מהחולי ברור וטריפת הדעת כשלא ישמעו לו הוא רק ספק, וגם בלא זה הא מיתה גרוע מטריפת הדעת, וכ"ש כשאין הספקות שוות דאם לא יעשו לו הניתוח ימות ודאי וחשש טירוף הדעת הוא רק ספק וגם אולי פחות טובא מספק ממש מאחר שאמרו לו הרופאים שיתרפא מהניתוח, ודאי שרשאין ומצוה גדולה דחיי נפש יהיה כשיעשו לו בעל כרחו אף בכפייה דקשירת גופו. אבל לחייב לעשות כן לגדול יש מקום להסתפק דאולי אף למ"ד שאין אדם רשאי לחבול בעצמו הוא דוקא במעשה,

Question 3: What standards do we use when speaking for the incapacitated patient?

כא. תלמוד בבלי מסכת גיטין דף נב עמוד א

ואין אפוטרופין רשאין למכור שדות וליקח עבדים אבל מוכרין עבדים ולוקחין בהן שדות רבן שמעון בן גמליאל אומר אף לא למכור עבדים וליקח שדות מ"ט דלמא לא משפיין [לא יהיו משוקטין אצלו – רש"י]

כב. תלמוד בבלי מסכת בבא בתרא דף ח עמוד א

רבה רמא צדקה איתמי דבי בר מריון א"ל אביי והתני רב שמואל בר יהודה אין פוסקין צדקה על היתומים אפילו לפדיון שבויים א"ל אנא לאחשובינהו קא עבידנא

כג. תלמוד בבלי מסכת כתובות דף מח עמוד א

ואמר רב חסדא אמר מר עוקבא מי שנשתטה בית דין יורדין לנכסיו וזנין ומפרנסין את אשתו ובניו ובנותיו ודבר אחר א"ל רבינא לרב אשי מ"ש מהא דתניא מי שהלך למדינת הים ואשתו תובעת מזונות בית דין יורדין לנכסיו וזנין ומפרנסין את אשתו אבל לא בניו ובנותיו ולא דבר אחר א"ל ולא שאני לך בין יוצא לדעת ליוצא שלא לדעת מאי דבר אחר רב חסדא אמר זה תכשיט רב יוסף אמר צדקה מ"ד תכשיט כ"ש צדקה מ"ד צדקה אבל תכשיט יחבין לה דלא ניחא ליה דתינוול

כד. כסף משנה הלכות נחלות פרק יא הלכה יא

ואפשר לומר שטעם רבינו משום דמסתמא כל אדם ניחא ליה למעבד צדקה מממוניה

כה. שו"ת אגרות משה חושן משפט חלק ב סימן עד

ב: בסתמא כשלא שייך לידע דעת החולה יש לתלות שאין החולה רוצה וליכא החיוב לרפאותו, אבל ברובא דרובא הא יש להחולה קרובים ואף אב ואם ואחים וכדומה העוסקים ברפואת החולה שעליהם יותר מוטל גם בדינא
ה: ובאם החולה הוא תינוק או אף גדול שאינו יודע להחליט רשאין אביו ואמו וכל המשפחה להחליט, והרשות שיש להם משום דרוב חולים סומכין על דעת האב והאם ואף על המשפחה כאחים ואחיות ובניהם שרוצים מה שיותר טוב להחולה ולבני ביתו, וכשליכא קרובים ודאי יש לסמוך על דעת הב"ד שבעיר.